

## العلاقة بين الدستور والقضاء



الأستاذ الدكتور / محمد ناصر بوغزالة  
جامعة الوادي



### مقدمة:

منذ ظهور الكتابة والعامية يطالبون بضرورة كتابة ونشر القانون حتى يعلم به الكافة بحكم أن الحكام عبر الفترات الزمنية الماضية حكموا ارادتهم باعتبارها قانونا. ثم بعد أن ادركت الشعوب أن القانون أو القاعدة القانونية يتم التلاعب في علاقتهم بالحكام فإن لا بد لهذه الشعوب حتى تقدم تضحيات جسام من خلال الثورة ضد الطغيان والاستبداد من أجل الحرية والمساواة والعدل ذلك أن تاريخ الشعوب تاريخ دماء من أجل المطالبة بالحقوق والحرية الأساسية التي ظلت حكرًا على جماعة دون أخرى عن طريق اصدار القوانين الجائرة أو تلك التي تحمل وتدافع عن ايديولوجية معينة.

وتاريخ اقرار الدساتير لا يخرج عن هذا الاطار العام التي اختلفت ابعادها بحسب ظهورها الأول الذي كان في شكل منحة أو عقد، وبفضل النضال المتواصل للشعوب تم الانتقال من هذه الفترة إلى فترة أخرى تسير نحو تجسيد الديمقراطية في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية النابعة من الدراسات الفكرية لمختلف الفقهاء الذي نظروا في هذا المجال ليصل إلى ما نحن عليه الآن.

هذه النظرة نبين لنا عبر التاريخ البشرية أن نشأة الدساتير ونشأة القضاء والحرية قد تأسست بمعزل عن بعضها البعض، رغم أن بعض المفكرين ربطوا بين هذه النواحي دون اللجوء إلى تفسير منطقي لسير الأحداث التاريخية من أطروحات أغلبها قائم على فرضيات معينة دون وجود سندی قوي يدعمها لذا فإن العناصر الثلاثة الجوهرية المتمثلة في الدستور والقضاء والحرية والعامية ستكون محور هذه الدراسة المتواضعة من خلال الوقوف على العلاقة التي تجمع بينها في الوقت الحالي وفي الفترات التاريخية السابقة.

وعليه فإن الاشكالية التي تقوم عليها هذه الدراسة تتمثل في مدى العلاقة بين الدستور والقضاء من خلال العصور القديمة مرور بالعصور الوسطى إلى العصر الحالي متناولين الحقوق والحرية والعامية في إطار هذه العلاقة التي ظلت الشغل الشاغل للدراسات القانونية خاصة؟

وبناء على ما تقدم نتناول العلاقة بين الدستور والقضاء من خلال المحاور الآتية:

المبحث الأول: بداية ظهور العلاقة ونوعيتها

المبحث الثاني: صور العلاقة

## المبحث الأول

### بداية ظهور العلاقة ونوعيتها

تدور الفكرة العامة للموضوع حول تطور وظيفة الدولة التي نجم عنها ظهور الدساتير وتناولها لموضوع القضاء والحريات والحقوق العامة وأن الفكرة تنطلق من بعد عكسي أن القضاء كان سببا في ظهور الحقوق والحريات والفصل فيما، لذلك فإن موضوع العلاقة بين الدستور والقضاء يؤدي إلى الرجوع إلى الأحداث التاريخية المرحلية لنشأة هذه العلاقة وكيف تطورت إلى الحال التي هي عليه اليوم. وهذا يدعونا إلى تناول هذه الدراسة في المحورين التاليين:

المطلب الأول: المراحل الزمنية لبداية وجود العلاقة

المطلب الثاني: صراع الاتجاهات حول اقرار العلاقة وابعادها.

### المطلب الأول

#### المراحل الزمنية لبداية وجود العلاقة

لقد تعددت المراحل التي مرت بها العلاقة بين الدستور والقضاء بين عصور قديمة وأخرى وسطى وأخرى حديثة ذلك أن الفاصل الزمني بين فترة وأخرى غير قائم على أساس موضوعي ثابت ذلك أن العصر الحديث مثلا غير محدد زمنيا بشكل دقيق بين موسع ومضيق ولذلك فإن هذا التحديد تقريبي فقط. وعليه فإننا سنتناول دراسة هذه العلاقة في الفروع التالية:

الفرع الأول: غياب العلاقة

الفرع الثاني: ظهور العلاقة

الفرع الثالث: مضمون العلاقة.

### الفرع الأول

#### غياب العلاقة

إذا رجعنا إلى الدراسات التاريخية القانونية فإننا نجد القضاء ظهر قبل الدستور في شكل نواميسر تحكم المجتمع ثم في شكل تحكيم قائم على أساس ديني حيث كان لكل شيء تفسيراته الخاصة الذي يفيد لكل أمر آله، آله الجمال، آله الشعر، آله العدل... الذي يقوم في جوهره على الصدفة (قطعة عجينة، أو خبز، اشعار) مواصفات من الغربان، ذلك أن الصراع بين البشر كان سابقا نشأة الدساتير، لذلك وجد القضاء في شكل تحكيم بدائي في ظل المجتمعات الأولى التي غالبا ما تحتكم إلى القوة وأحيانا إلى التحكيم.

أما إذا رجعنا للمدن اليونانية فإننا نجد أنها قد عرفت الدساتير التي اقتصرتها في معظمها على تنظيم السلطة في الدولة، فضلا عن ذلك فإن السلطة التي تصدر القانون هي التي تصدر الدستور وبالتالي فإن التمييز بين القواعد القانونية العادية والقواعد الدستورية لم يكن واضحا.

ونفس الشيء نجده عند افلاطون في كتابه (جمهورية افلاطون) الذي انصب على العدالة عموما.

هذه النظرة كانت تقريبا نفسها التي أقرها ارسطو الذي جمع حوالي 158 دستورامن دساتير المدن

اليونانية ولم يوضح في كتابه (دستور أثينا) الفرق بين الدستور والقانون فاكتفى بتناول المصطلح دون أن

يبين ابعاده. غير أنه تناول مسألة في غاية الأهمية وهي التدرج بين قواعد القانون والدستور الذي ارجعه افلاطون إلى سبب أخلاقي وليس قانوني.

هذا المضمون الذي شهدته اثينا وباقي المدن اليونانية لم يختلف كثيرا عن الحالة التي عرفتها روما ذلك أن الامبراطورية كانت تتجلى في القانون والدستور دون الاستناد إلى أي ضابط يبررها، ذلك أن الامبراطور يمكن له تجاوز كل من القانون والدستور اللذان لا يمثلان قيودا حقيقيا على سلطته، ويصدق الأمر نفسه على القواعد العرفية السائدة<sup>(1)</sup>.

وإذا رجعنا إلى مدونة جوستينيان نجدها قد جمعت الدساتير الامبراطورية والقوانين القديمة وكان هدفه من ذلك أن يسهل على المشرع والقاضي الرجوع إلى القواعد القانونية القديمة بدون صعوبات أولا، وثانيا ترسيخ القانون الروماني الذي كان يرى فيه تراثا عالميا شاهدا على عظمة روما وعبقريتهم القانونية ومن أجل بلوغ هذه الغاية المثلى شكل جوستينيان لجنة العشر هدفها جمع الدساتير الخاصة بالامبراطورية وذلك عام 528 م التي انتهت عملها في العام الموالي ثم شكلت لجنة أخرى لجمع القانون القديم عام 530 والتي انجزت عملها بعد 3 سنوات وقد قام جوستينيان بعملية نشر الدساتير في نسخة جديدة معدلة عام 534 كما قام باصدار ما عرف حينها الدساتير الجديدة التي استهدفت حذف النصوص المتعارضة أو التي لم تعد مقبولة<sup>(2)</sup>.

وتضم مجموعة جوستينيان 12 كتابا مقسمة تقسيما منهجيا (كل كتاب مقسم إلى ابواب والأبواب مقسمة إلى فقرات بحيث احتوت كل واحدة على دستور امبراطوري يذكر اسم الامبراطور وتاريخ ومكان صدوره.

أما الموسوعة القانونية فقد شكلت لها لجنة من كبار الاساتذة التي قامت بدراسة 275 مؤلفا ل 39 فقها التي تم اصدارها 533 المكونة من 50 كتابا من اتباع نفس التقسيم السالف بحيث احتوت على (كل كتاب قسم إلى أبواب والأبواب قسمت إلى فقرات وفي كل فقرة ذكر اسم الفقيه وعنوان مؤلفه ورقم الكتاب...)<sup>(3)</sup>

ومجموعة جوستينيان تفرض بعض القيود على إرادة الحاكم التي أمردها إلى مبادئ العقل والقوانين الطبيعية التي تعد (أوامر الضمير) التي كان الامبراطور يتقيد بها وأحيانا يخالفها لكونه المفسر لها. أما شيشرون في جمهوريته فقد تصدى لأشكال الدساتير وكان هدفه من ذلك البحث عن احسنها وكذلك الحال بالنسبة لكتابه القانون الذي لم ينته فيه باقرار صفة للدستور.

## الفرع الثاني

### العصر الوسيط

نميز في هذه المرحلة بين العصر الوسيط الاسلامي والعصر الوسيط الاروربي حيث اختلفت القواعد الخاصة بهما بالنظر لاختلاف طبيعة هذه القواعد المتعلقة بالحكم ومختلف القوانين العادية<sup>(4)</sup>.

ونتناول هذه المسألة بالدراسة من خلال التطرق إلى العصر الاسلامي أولا، والعصر الاروربي ثانيا.  
أولا: العصر الوسيط الاسلامي

تميز هذا العصر عن سابقه ولاحقه بأنه عرف قواعد فريدة من نوعها باعتباره رسالة سماوية تجلت فيها إرادة الرحمن من خلال القرآن والسنة كمنهج للحياة البشرية في مختلف المجالات لتنظيم متناه الدقة والأحكام الذي كان في عهد النبي والخلفاء الراشدين الذي جاء بعد تأسيس الدولة الاسلامية في المدينة المنورة والتي تحددت معالمها بشكل واضح فبرزت علاقة القاضي بالدستور إن جاز لنا أن نسمي القرآن والسنة بالدستور ذلك أن القاضي محكوم بمصادر رئيسية ممثلة في القرآن والسنة ومصادر احتياطية تشمل الاجماع والاجتهاد والقياس والمصالح المرسلة وشرع من قبلنا، الاستحسان....

فالقاضي مطالب باستبعاد والغاء كل القواعد التي تخالف القرآن والسنة الشيء الذي جعل التشريع الاسلامي واقعيًا لأن الأحكام كانت تنزل حسب الحوادث التي يمر بها الناس مما جعل الناس يقبلونه وينفذونه خوفا من الله وطعما في الجنة واجتناب النار القائم على التسيير وعدم الحرج ومراعاة مصالح الناس، لذلك كانت وظيفة القاضي من أصعب الوظائف التي تتطلب الامام بعلوم الدين والدنيا فضلا عن أن القضاء كان يشكل جزء من الولاية للحكام والولاة الذين كانوا يتخذون المساجد مقرا لهم للفصل في المنازعات إلى ان اصبحت هناك دارا خاصة للقضاء في عهد عثمان (رضي الله عنه).

وقد كان الرسول (ص) قاضيا ومشرا ومنفذا للتشريع الاسلامي وهذه الخاصة برزت في عدة مناسبات تجلت فيها أحكام القضاء منها عندما أراد زيد بن ثابت أن يشفع للمرأة المخزومية التي سرقت التي قال بشأنها رسول الله (ص) (إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق منهم الضعيف أقاموا عليه الحد، فوايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها).

وقوله (من جعل قاضيا بين الناس فقد ذبح بغير سكين)  
وقوله (القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار وقوله (ص) (إنما أنا بشر مثلكم وأنكم تختصمون إلي لعل لعل بعضكم يكون الحن حجة من غيره فاقضي له على نحو ما اسمع فإنما اقضي له قطعة من نار).

وقوله (ص) (أمرت أن احكم بالظاهر والله يتولى السرائد)  
وقوله (ص) (يجاء بالقاضي العدل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقضي بين اثنين في تمرة فقط)

واستمرت الأحكام على هذا المنوال في عهد الخلفاء الراشدين منها كتاب الفاروق رضي الله عنه إلى عبيدة عن ابي الجراح والذي كان واليا على الشام ( أما بعد فإني كتبت اليك في القضاء الزم خصال خمس يسلم لك دينك وتأخذ بأفضل حظك: إذ حضر الخصمان فعليك بالبيانات العدل، والايمان القاطعة تم اذن الضعيف حتى ينبسط لسانه ويجتري قلبه، وتعاهد الغريب، فإنه إذا طال حبسه ترك حاجته وانصرف إلى اهله، وإنما ضيع حقه من لم يرفق به وأس بينهم في لحظك وطرفك واحرص على الصلح ما لم يتبين لك القضاء والسلام)<sup>(5)</sup>

وورد نفس البعد بشكل أوضح في رسالة عمر رص الله عنه إلى أبي موسى الأشعري (يَسْمِعُ اللَّهُ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ من عبد الله عمر أمير المؤمنين إلى عبد الله بن قيس، أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذ أدلى إليك وانفذ إذا تبين لك، فإنه لا ينفع حق لأنفاذ له. أس بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف في عدلك البينة على من أدعى. واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا. ولا يمنع قضاء قضيته بالأمس، فراجعت فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك، أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل.

الفهم فيما يتلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ولا سنة ثم اعرف الأشياء والأمثال ثم قس الأمور عند ذلك واعمد إلى أحبها إلى الله واشبهها بالحق. واجعل لمن ادعى حقا غائبا أو بينة أمدا ينتهي إليه فإن حضر بينته أخذت له بحقه وإلا استحلتت عليه القضاء فإن ذلك انفى للشك واجل للعمى وابلغ في العذر. والمسلمون عدول في الشهادة بعضهم على بعض إلا مجلودا في حد أو مجريا عليه شهادة زور أو ضنينا في ولاء أو قرابة، فإن الله قد تولى منكم الرائد ودرأ عنك الشبهات واياك والقلق والضجر والتأذي بين الناس والتنكر للخصوم في مواطن الحق، التي يوجب الله بها الأجر ويحسن الذخر فإنه من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى ولو على نفسه، يكفي الله ما بينه وبين الناس.

من تزين للناس فيما يعلم الله خلافه منه شأنه الله وهتك ستره، ما بدى فعله فما ظنك بثواب الأجر عند الله عز وجل في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام<sup>(6)</sup>.

وفي السياق نفسه تأتي رسالة علي بن علي بن ابي طلب إلى الاشتهر النخعي وإلى مصر: (انصف الله وانصف الناس من نفسك ومن خاصة اهلك ومن لك فيه هوى من رعيتك فإنك إلا تفعل تظلم، ومن ظلم عباد الله كان الله خصمه دون عبادته ومن خاصمه الله ادحض حجته وكان لله حربا حتى ينزع ويتوب وليس شيء ادعى إلى تغيير نعمة الله وتعجيل نقمته من اقامته على ظلم فإن الله سميع دعوة المضطهدين وهو للظالمين بالمرصاد ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك في نفسك ممن لا تضيق به الأمور ولا تمحكه الخصوم ولا يتماذي في الذلة ولا يحصر من الفيء إلى الحق إذا عرفه، ولا تشرف نفسه على طمع، ولا يكتفي بأدنى فهم دون اقصاه، واثقهم في الشبهات، وأخذهم بالحجج، وأقلهم تبرما بمراجعة الخصوم وأصبرهم على تكشف الأمور واصبرهم عند اتضاح الحكم، ممن لا يزهيه إطرأ ولا يستميله إغراء وأولئك قليل)<sup>(7)</sup>.

يتبين مما سبق أن علاقة القضاء بالدستور (القرآن والسنة) هي علاقة خضوع بابعاد النصوص والاعراف المتعارضة والمتناقضة مع الدستور، وهذا لا يمنع القاضي من اللجوء إلى المصادر الاحتياطية إذا كان هناك بد. وهذا شيء من قليل.

ثانيا: العصر الوسيط الاوروبي

جاء علماء اللاهوت في هذه الفترة بفكر ديني لمعالجة كثير من المسائل، حيث جاء توما الاكوييني متأثرا بأرسطو في كونه يرى القانون نابعا من العقل الذي يعد مصدره، فالقانون المطلق هو القانون الازلي الذي

يجب أن يحكم الكون ذلك ان الله هو العقل المطلق فهو خالق الكون وحاكمه ثم يلي ذلك (العقل التأملي البشري) ثم القانون الوضعي الذي يجد مصدره في القانون الطبيعي.

وقد فرق توما الاكوييني بين العقل المطلب الثابت الجوهرى وبين القانون الطبيعى الثانوى (المختلف القواعد عبر الزمان والمكان) اختلاف الانسانية فنكون أمام ثلاثة أنواع من القانون:

أ- القانون الأزلي الالهي

ب- القانون الطبيعي الذي يدركه الانسان في بحثه عن القانون الأزلي

ج- القانون الوضعي وهو ما توصلت إليه الانسانية في بلورة القانون الطبيعي

هذا التدرج مرده على اختلاف القواعد لدى هذه الأصناف الثلاثة مشكلة هرما ومعبرة أن السلطة من

الله. وهو ما جعل القاضي يلتزم بتطبيق الهرم والذي يكون العدالة كلما توقف عند الصنف الاول ثم يكون أقل شأنًا في الصنف الثاني.

وبهذا المفهوم السلطة ثلاث: المبدأ - الكيفية - الاستعمال

وبشأن مبدأ السلطة مصدره الله أما الكيفية والاستعمال فتقومان على البشر.

وفي هذا الكلام لم يشر توما الاكوييني إلى الدستور بل أشار إلى الحكومة والسلطة، فذهب يميز بين

أنواع الحكومات باحثًا عن أفضلها.

وقد كانت الدساتير في كثير من الأحيان تعرف بالقوانين الأساسية التي لم يكن لها سجل خاص

يفرض حمايتها ويسهر على احترامها لأنها كانت غير ثابتة بحيث يتم تغييرها دون سند موضوعي وهو ما دفع أن

هذه القوانين الأساسية تمثل سندا فقهيًا يتمسك به الملك أو الخصوم مما يجعلها قابلة للتطبيق.

وفي ظل هذا الصراع القائم بين الملك وخصومه بين هيئات الدولة أو الشعب أراد كرومويل أن يقيد

الملكية بدستور مكتوب عام 1653 معتبرا نفسه حامي دستور انكلترا وايرلندا وسكوتلندا، مقرا دستورا ينظم

حكومة الجمعية على اثر الصراع الشديد بين الملك شارل الأول والبرلمان الذي أدى إلى إعدام الملك وإلغاء

الملكية ومجلس اللوردات وتأسيس حكومة جمعية مارست السلطة مدة 10 سنوات<sup>(8)</sup>.

غير أن الدستور الذي دافع عنه كرومويل الذي أعده أحد ضباطه لم ينسجم مع تطلعات كرومويل

الذي كان يفرض تقييدات واسعة الذي استغله لتدعيم سلطته لكنه سرعان ما تخلى عنه.

### الفرع الثالث

#### العصر الحديث

في بداية هذا العصر فإن أغلب الكتابات اهتمت بالسلطة والحكومات ولم تهتم كثيرا بالدساتير التي

كانت تسمى (القوانين الأساسية) بالنسبة للحكومة الملكية رغم أن مونتسيكيو أطلق على الباب السادس من

كتابه الحادي عشر (في دستور انكلترا) ولكنه لم يعرف الدستور بل اكتفى بوصف المؤسسات الدستورية

القائمة<sup>(9)</sup>.

وقد ذهب روسو إلى استخدام القوانين الأساسية في كتابه الثالث من العقد الاجتماعي في الباب

الثاني. كما وصف بولونيا في كتابه الرابع بأنها جسدت العقد الاجتماعي بعد 10 سنوات قائلًا (بحكم القانون

الطبيعي للمجتمعات، فإن الإجماع مطلوب بالنسبة لتكوين المجتمع السياسي وبالنسبة للقوانين التي تخص وجوده، إلا أن الإجماع المطلوب لإقامة هذه القوانين يجب أن يكون هو نفسه بالنسبة لإلغائها، وبهذا الطريقة سنجعل الدستور ثابتا والقوانين غير قابلة للتغيير بقدر ما يمكن أن نكون كذلك لأنه طبيعة المجتمع السياسي أن يفرض على نفسه قوانين لا يمكن إلغاؤها<sup>(10)</sup>.

ولكن فكرة الدستور اتضحت في كتاب سيس الذي يعتبر أكبر منظر للثورة الفرنسية، الذي انتخب نائبا عام 1789 عن الطبقة الثالثة (البرجوازية) في مجلس الطبقات الاجتماعية التي تحولت على جمعية وطنية رغم أنه كان قسا الذي قضى على الثورة لأنه كان المهندس لانقلاب 1799 (برميز الشهرير) بزعامة بونايرت وتوصل سيس إلى أن الدستور أداة لتقييد الحكام والمحكومين الذي يعد ضمانا للحريات والحقوق وهذا ما قاله أمام لجنة اعداد الدستور عام 1789 (أن كل اتحاد اجتماعي وبالتالي كل دستور سياسي لا يمكن أن يكون موضوعه غير ابانه، نشر وضمان حقوق الإنسان والمواطن، وممثلو الأمة الفرنسية يجب عليهم قبل كل شيء الاعتراف بهذه الحقوق، وعرضها المعلل يجب أن يسبق خطة الدستور باعتباره تمهيدة اللازم)<sup>(11)</sup>.

وهذه الفكرة كانت دافعا أساسيا لإعلان الحقوق والحريات في مادته 16 التي ورد فيها أن كل مجتمع لا تتوفر ضمانات الحقوق أو لا يقر مبدأ الفصل بين السلطات يعد بدون دستور. وكتب سيس عن الطبقة الثالثة (أن القوانين الدستورية هي أساسية، لأن الهيئات التي توجد وتتصرف بمقتضاها لا يمكنها مطلقا أن تمس فالدستورية في كل جزء من أجزائه، ليس من صنع السلطات المؤسسة بل من صنع السلطة المؤسسة). لذا فالمؤسسة التي تنشئ التعديل بإمكانها أن تتولى تعديله أو توكله إلى جهة أخرى، فالدستور بهذه الكيفية ينظم علاقات السلطة فيما بينها في علاقاتها المتبادلة.

وبوجود الدساتير اتضحت العلاقة بين الدستور والقضاء العادي الذي يعبر عن مجرد سند للانشاء وتحديد الاختصاصات والصلاحيات وبهذا يكون الدستور مصدرا أساسيا للقضاء من حيث النشأة وممارسة العمل الذي يتضمن اعترافا بالدور الرئيس للقضاء في مجال الحقوق والحريات الأساسية<sup>(12)</sup>.

ولكن هذه النظرة التي مفادها أن الدستور سابق على وجود الدولة وان القضاء سابق على وجود الدستور نظرة لا يسلم بها الكثير من الفقهاء، في ظل الاعتراف بان الدستور سابق على وجود الدولة فهو بهذا التحليل يسمو على الدولة والحكام الذين يمارسون السلطة باسم الشعب.

وقد اختلفت نشأة الدساتير حسب الفقه حيث يرى انصار العقد الاجتماعي أن الدستور عقد اجتماعي خلق الدولة وسلطاتها وقيدها فالدستور أعلى من الدولة ثم تأتي تبعا بعد ذلك القوانين التي تضعها الدولة.

غير ان دوجي انتقد هذه الفكرة قائلا: (أن تفسير المجتمع بالعقد هو حلقة مفرغة أن فكرة العقد لم تنشأ إلا عند الانسان إلا من اليوم الذي عاش فيه في مجتمع)<sup>(13)</sup>.

إن ولادة الدولة قد تمت بعيدا عن القانون لأن وجود الدولة سابق على وجود القانون والعقد يفترض وجود الدولة.

هذه الفكرة كان محل خلاف عند بيردوا الذي يرى أن الدولة والدستور قد وجدا في وقت واحد فالدستور هو الوسيلة التي بواسطتها يتم انشاء الدولة.  
ومع الأسف إذا كانت هذه الأطروحة صالحة لتقييد الدولة الحديثة الاستقلال في الانفصال عن المستعمر فإنها غير صالحة للدول الأخرى التي ظهرت قديما تم أن الدولة المستقلة حديثا البعض منها كان ذا سيادة قبل استعمارها.

## المطلب الثاني

### صراع الاتجاهات حول إقرار العلاقة وأبعادها

إن عصر القرن العشرين هو عصر العدالة الدستورية خاصة بعد الحرب العالمية الثانية لأن أغلب الدول عرفت رقابة الدستورية التي شكلت دافعا نحو احترام الدستور وسموه وبذات الوقت تمثل تحولا ديمقراطيا لمؤسسات الدولة حيث أن كتابات كلسن وتلميذه اسمان تشكل منطلقا لرقابة الدستورية باعتبارها تكفل احترام الدستور ولا تتعارض كذلك مع الإرادة الشعبية (السيادة الشعبية وان القانون تعبير عن إرادة الشعب ولا سلطة تعلقه في أطار نظرية الهرم القانوني للقواعد القانونية التي نادى بها كلسن رغم أن الولايات المتحدة الأمريكية كانت سباقة في إقرار هذه الرقابة من خلال حكم ماربوري ضد ماديسون ويرجع ذلك إلى عاملين العامل الأول اجتهاد المحكمة العليا والعامل الثاني ظروف أوروبا الداعية إلى التخوف من رقابة الدستورية خاصة عند وصول هتلر إلى السلطة الذي تم بطريقة شرعية ثم انقلب على ذلك.

وعموما لدى إقرار الدول الرقابة اعتمدت مجموعة التجارب:

1- رقابة سياسية ( عن طريق مجلس دستوري أو هيئة نيابية)

2- اعتماد رقابة قضائية عن طريق وجود جهاز قائم تضاف إليه رقابة الدستورية أو عن طريق

استحداث جهاز خاص برقابة الدستورية فقط.

وانطلاقا من هذا المنطلق نتناول صراع إقرار رقابة الدستورية من عدمه من خلال تجارب بعض

الدول في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الولايات المتحدة الأمريكية

الفرع الثاني: فرنسا

الفرع الثالث: الجزائر

### الفرع الأول

#### الولايات المتحدة الأمريكية

وحتى يتسنى لنا فهم الدستور الأمريكي ومضمونه والصراع الذي دار حول مضمونه خاصة المحكمة العليا فإن هذا الدستور ينفرد في نشأته عن باقي دساتير العالم في كونه مرتبط بعوامل مميزة.  
إن الولايات المتحدة بعد ثورة الولايات الثلاثة عشر وحصولها على استقلالها برز إلى الوجود دستور اتحادي عام 1787 الذي كان فيه المجال واسعا لفكرة التحرر الديمقراطي خاصة الأوراق الفيدرالية التي شكلت حدثا هاما ملئ بالابتكارات الدستورية مثل الاتحاد الفيدرالي والنظام الرئاسي والسلطة القضائية

الممثلة في المحكمة الاتحادية العليا حيث شكلت أوراق الآباء الروحيون للدستور مثل هاملتون، ماديسون، جاي المنطلقات الحقيقية الفكرية للدولة ونظامها السياسي.

غير أن هذه المعطيات لا تمثل حقيقة ما حدث في الولايات المتحدة ذلك أن شارل بيرد أوضح في كتابه (التفسير الاقتصادي لدستور الولايات المتحدة الأمريكية) الصادر عام 1913 أن الدستور الأمريكي نابع من أبعاد اقتصادية صرفة دافع عنها كبار الرأسماليين لدى إعداد الدستور الذي انطلق من حق الملكية والديون المترتبة عن الأشخاص متوسطي الدخل التي تركت بصمات واضحة على انتخاب مندوبي مؤتمر فيلاديلفيا وهو ما جعل بيرد يقول أن وثيقة الدستور وثيقة اقتصادية أكثر منها سياسية.

هذا البعد هو الذي ميز مناقشات فيلاديلفيا وكذلك التصويت الشعبي على الدستور لأن أكثر الناخبين كانوا هم الممولون<sup>(14)</sup>.

لكن الفقيه لامبير الفرنسي مع اعترافه بتأثير العاملين المالي والاقتصادي على الدستور ومضمونه إلا أنه لم يقلل من أهمية العامل القانوني المتمثل في القانون العرفي والسوابق القضائية. كذلك العامل السياسي والتاريخي، ذلك أن هذا الدستور يمثل انتصار للمحافظين الذين كان هدفهم إلا تلجأ البرلمانات إلى إلغاء ديون الطبقة الضعيفة من صغار المستثمرين تجاه كبار الملاك وهذا ما كان دافعا أساسيا لنشأة المحافظين الذين كان هدفهم تقوية الاتحاد على حساب الحد من صلاحيات الولايات من خلال نقاشات الاتحاديين للاستقلاليين انعكست كثيرا على غموض بعض أحكام الدستور الذي كان مدعاة للتفسير الذين استغله المحافظون الذين حكموا خلال 12 التي تبعت تأسيس الدولة الاتحادية.

لكن بعد عام 1800 انكشفت خبايا الأمور من خلال وصول الجمهوريين إلى السلطة (جيفرسون) الذي اصطدم مع رؤية الاتجاه المحافظ الذي كان يؤمن بالولايات الاتحادية وليس بالاتحاد المركزي.

وتجدر الإشارة إلى أن هاملتون وادامزو ماديسون الذين دافعوا كثيرا عن رقابة الدستورية حيث قال هاملتون (إن الأكثرية يمكن أن تستبد، وبالتالي فإن البرلمان غير معصوم عن الخطأ، ويمكن أن تعد تشريعات سيئة بدليل التشريع الاستعماري البريطاني)<sup>(15)</sup>.

وقال أيضا (أن سلطة الحكم بعدم دستورية القوانين تعني أن السلطة القضائية أعلى مرتبة من السلطة التشريعية وتعني أيضا أن سلطة الشعب فوق الجميع والدستور هو الميثاق الذي يحكم الشعب والمشرعون هم نواب الشعب الذين يعملون بتفويض مؤقت وبموجب الدستور... أما في حالة مخالفتهم ذلك فإن السلطة القضائية تقوم بدورها الحيوي وذلك عن طريق القضاء بعدم دستورية التصرفات المخالفة وبطلانها وإلغائها وهكذا تحمي السلطة القضائية الشعب ونوابه)<sup>(16)</sup>.

وبذلك نادى هاملتون بفكرة سمو الدستور باعتباره القانون الأعلى الذي لديه الأفضلية على باقي القوانين وأنه لا معنى لسمو الدستور دون الاعتراف برقابة الدستورية خاصة أن دور المحكمة العليا الاتحادية خاضع لرقابة الشعب وممثليه.

هذه الفكرة تم إقرارها في الدستور الأمريكي بشكل ضمني في المادة 6 من الدستور المشكل من 7 مواد التي أكدت في فقرتها الثانية (...ولا يعتد بأي نص في دستور أو قوانين أية ولاية يكون مخالفا لذلك).

هذا النص يتكلم عن سمو الدستور دون وجود جهاز يكفل رقابة عدم التعدي عليه ولكنه لم يقر رقابة الدستور.

لذلك أكد هاملتون ضرورة منح المحكمة العليا أمر تفسير الدستور وأنه لا تخوف من القضاء ما دام أن الكونغرس بيده الحل وهو إقالة القضاة بالاتفاق مع الرئيس. وبذلك ظلت هذه المرحلة تمثل اختلاف لدور القضاء بين الاتحاديين والجمهوريين. وقد قام القضاء الأمريكي على مرتكزات قانونية (القانون العرفي) ومرتكزات قضائية (السوابق القضائية) وكان الهدف من ذلك تعزيز دور القضاء الفيدرالي في حماية الدولة الاتحادية من خلال ملء الفراغ القانوني كلما وجد لتقوية الاتحاد المركزي وتدعيم صلاحيات الحكومة على حساب الولايات والحريات الفردية عن طريق القانون العرفي والسوابق القضائية وهذا ما أكده القاضي الفيدرالي في حالة غياب نص تشريعي ينظم المسألة، فكانت الأداتان المذكورتان قد ساهمتا في اجتهاد القضاء أولا وتعزيز المؤسسات الاتحادية، ثانيا حيث أن المحكمة العليا تعاضد دورها القضائي في اختيار ما تشاء من السوابق البريطانية، فتفوت بذلك الحكومة المركزية في علاقاتها الخارجية وعلاقتها بالولايات.

وما عزز هذه الظاهرة أن الولايات المتحدة التزمت الحذر من خلال الصراع بين فرنسا وبريطانيا، ذلك أن الاتحاديين تأثروا بالتجربة الانجليزية أما الجمهوريين فقد تأثروا بالتجربة الفرنسية من خلال مبادئ رجال الثورة الفرنسية والإصلاحات التي قاموا بها لذلك كان جورج واشنطن متخوفا من هذا الصراع وهو ما دفعه إلى إصدار إعلان الحياد عام 1793 الذي كان مجرد إعلان خال من أية قيمة قانونية تفرض عقوبة على مخالفته وقد توقف الأمر بالقانون العرفي الانجليزي وسوابقه القضائية خاصة في المسائل الجزائية ابتداء من عام 1825 وهذا ما جعل الكسي دي توكفيل يقول في كتابه الديمقراطية في أمريكا وان ما من حدث سياسي إلا وتكون للمحكمة العليا دور فيه ولذلك فإن القاضي الأمريكي هو من أهم القوى السياسية<sup>(17)</sup>. ونتيجة لهذا الدور المميز للقضاء الفيدرالي أصبحت تنعت الولايات المتحدة في عام 1913 بحكومة القضاة وهذا ما جعل بيردو يقول (أن الدستور الأمريكي لم يعد في الواقع مطبق، فهو الآن موجود كرمز لا كقاعدة)<sup>(18)</sup>.

أما الفقيه الانجليزي دايسي فيقول ( يمكن الزعم بدون مبالغة أن العنصر العرفي في دستور الولايات المتحدة كبير كما هو في الدستور البريطاني)<sup>(19)</sup>.

وهذا ما جعل الكاتب الأمريكي لونغلي يقول (أن النظام الذي انشئ عن طريق الممارسة ليس هو النظام الذي توقعه الالباء المؤسسون)<sup>(20)</sup>.

وهذا الدور المميز للقضاء يجد تفسيره القانوني في قرار ماريوي ضد ماديسون الذي وصفه الرئيس جيفرمون قائلاً أن قرار 1803 يجعل أمريكا تحت استبداد اوليغارشييه. وهو نفس التخوف الذي اثير في فرنسا سابقا ثم تأكد عام 1929 وما بعدها في التجربة الأمريكية لدى وصول روزفلت إلى السلطة.

وهذا كله يؤكد أن الدستور والجمعية التأسيسية التي أوجدته لم يجيبا عن الوجود القانوني للولايات تجاه الاتحاد مما كان دافعا للمحكمة العليا حتى تفصل الوضع لصالح الاتحاد الفيدرالي لأن

التخوف الذي كان قائما مفاده أن الولايات يمكن مقاضاتها من قبل الأفراد أمام القضاء الاتحادي، غير أن مؤسسي الدستور قالوا أن الدستور لا يتضمن هذه الامكانية.

هذه الفرضية قامت فعلا في حكم ملشوم ضد ولاية فرجينيا الذي مفاده أن الولايات الثلاثة عشر كانت في ذمتها ديون من خواص الذين لجؤو إلى المحكمة العليا طالبين استيفاء تلك الديون منذ عام 1791، وكانت ولاية فرجينيا محل متابعة من دائنين (2) من مواطني كارولين الجنوبية وهو ما تضمنته المادة السادسة من الدستور الفيدرالي المعنون ب(الديون القومية (سمو الحكومة القومية) التي فصل فيها القاضي (جي) Jay الذي تضمن حكمه حق الأفراد في رفع دعاوى ضد الولايات وهو ما دفع ولاية فرجينيا تصدر قانونا تقضي فيه بالاعدام لكل موظف يطبق حكم المحكمة العليا<sup>(21)</sup>.

اما ولاية ماساشوتس فقد اقترحت تعديلا دستوريا في نفس السنة يقضي بمعالجة هذه الوضعية أي الحد من تكرار اصدار هذه الأحكام، وهو ما جعل أغلب الولايات تتقدم بالتعديل الذي فحواه لا يمكن رفع دعاوى قضائية ضد الولايات من قبل مواطن ولايات أخرى أو من قبل أجنب.

وفي عام 1800 تم انتخاب جيفرسون رئيسا الذي كان انتكاسة للاتحاديين الذين كان دورهم يتنامى في تعزيز مكانة المحكمة العليا، الذين يدافعون كثيرا عن مصالح الاتحاد عن طريق تفسير النصوص الدستور بما تلاءم تطبيق برنامج الحكومة الاتحادية.

وقد تمكن الاتحاديون من تحقيق هذا المسعى بوصول جون مارشال من رئاسة المحكمة العليا الذي كان يشغل منصب وزير خارجية ادمز الذي استهدفت سياسته ايجاد تنظيم جديد للقضاء الذي كان مبرمجا عام 1801.

وقد عمد القاضي مارشال إلى إحداث تعديل في التنظيم القضائي لعام 1789 الذي كانت فيه رواتب القضاء غير مقنعة (6 قضاة) الذين من بينهم القاضي (جي) الذي رفض منصب رئاسة المحكمة العليا وكذلك بقية القضاة الذين كانوا يفضلون المناصب السياسية التي كانت رواتبها أفضل<sup>(22)</sup>.

وقد لعب الكونغرس الأمريكي دورا أساسيا في زيادة نفوذ القضاء الاتحادي من خلال قانون التنظيم القضائي الجديد الذي صدر في عهد الجمهوريين حيث عالج أغلب مشاكل القضاء بزيادة عدد المحاكم الاتحادية في الولايات وعالج مشكلة تفرغ القضاة المحكمة العليا ورفع من رواتب القضاة ولما اعيد النظر في التنظيم القضائي من جديد عام 1896 فإنه احتوى أغلب أحكامه من سابقه.

وكان فصل المحكمة العليا في القضايا قليلا في سنواتها الاولى التي قدرت بحوالي 10 أحكام في السنة فضلا عن تعيين القضاة الذي تسبب في عجز مالي للدولة، ثم أغلب القضاة كانوا نوابا أو شيوخا الذين فقدوا مناصبهم في انتخابات 1800 الذي كان الاتحاديون يشجعون مثل هذا النظام الذي يسمح للقاضي بأن يكون نائبا أو شيخا بذات الوقت.

وقد عمد الاتحاديون قبل أن يسلموا السلطة للجمهوريين إلى تعديل النظام القضائي ليكون عدد قضاة المحكمة العليا 6 إلى 5 (ذلك أن القاضي كوشينغ كان مسنا ومريضا) وحتى لا يستخلفه جيفرسون في

التعيين أصبح القضاة 5، وهذا ما جعل قضاة المحكمة العليا تابعين للمحافظين لان ادماز عهد إلى تعيينهم في اليوم الأخير من عهده بموافقة الكونغرس الذين أطلق عليهم (قضاة منتصف الليل)<sup>(23)</sup>.  
وبذلك استمرت هيمنة الاتحاديين على القضاء رغم ذهابهم مما أثار معارضة الرأي العام واستهجان الجمهوريين.

ولم تكن لجيفرسون نية في تصفية الاتحاديين من مؤسسات الدولة، إلا أنه وجد نفسه مضطرا لذلك خاصة في مجال القضاء الذي سيطر عليه الاتحاديون، فضلا عن خيانة ولايته، لذلك كان يعترف باستقلالية القضاء ولكن كان لا يؤمن بقيادة لسلطات الدولة الاتحادية<sup>(24)</sup>.

لذلك بادر بتنحية القضاة الاتحاديين الذين أبدوا تخوفهم من المحافظين الذين منهم القاضي (شاس) الذي كان قاسيا فاقدا الشعبية، إلا أن هذا المسعى لم ينجح لأن الكونغرس رفض تنحيتهم، وبذلك خاب أمل الجمهوريين إلى أن أفلحوا في جعل القضاء بعيد عن السياسة.

وفي هذه الفترة بدأ النقاش الجدي حول الرقابة على دستورية القوانين عام 1802 تاريخ صدور التنظيم القضائي الجديد لأن الموضوع لم يفصل فيه من قبل الجمعية التأسيسية كما تقدم وكذلك من قبل الولايات.

## الفرع الثاني

### فرنسا

تجدر الإشارة إلى أن رجال الثورة الفرنسية كانوا يدخلون الاصلاحات السياسية على أجهزة الدولة التي تعرض لها القضاء بالغاء اعمالهم وهو السبب الذي دفع لتأخير الاعتراف برقابة الدستورية في السنوات الأولى من الثورة التي استمرت كذلك وان كانت الرقابة موجودة شكلا في شكل محتشم في السنة الثامنة للثورة وكذلك عام 1852 ثم غيبت لنظر من جديد عام 1946 في شكل محتشم تحت تسمية اللجنة الدستورية. لذلك حرمت دساتير 1791، 1793، 1795 هذا النوع من الرقابة.

هذا التخوف مازال موجودا لدى الكثير من الشعوب والدول المتخلفة التي يحبذ حكامها هذه الرقابة باعتبارها قيادا على تصرفاتهم وصلاحياتهم لكونهم لا يؤمنون بديمقراطية المؤسسات القائمة على فكرة العدالة الدستورية والقانون الدستوري للحريات والقانون الدستوري للمسؤولية الجزائية للحكام المؤدية حتما لدولة القانون.

ما زال هذا النوع من الدراسات قليل الأهمية حيث أن المكتبات العربية تفتقر لمثل هذه الدراسات.

وإذا عدنا إلى الوراثة فإننا نجد دستور 1791 انتزع السلطة من الملك ليعطيها للبرلمان الذي الزم كل نائب أدى اليمين بالحفاظ على الدستور وألا يقدم أي اقتراح (مبادرة) يكون هدفها انتهاك الدستور.

ولما طرح فكرة سمو الدستور اعترضتها فكرة القانون المطلق الصادر عن إرادة الشعب المنطلقة

من السيادة الشعبية وهذا ما جعل فكرة سيبي تستبعد التي تقدم بها عام 1795 المستمدة من فكرة هاملتون الداعية لانشاء المحلفين الدستوريين التي اعترض عليها Thibeaudeau (أن هذه السلطة الوحشية

(أي الجهاز الدستوري المختص بالرقابة الدستورية) ستكون كل شيء في الدولة بدل أن تواجه السلطات العامة بحارس لها فإننا سنضع عليها سيدا يستطيع تقييدها بشكل سهل)<sup>(25)</sup>.

لذلك ظل السؤال مطروحا كيف يمكن الحفاظ على علوية (سمو) الدستور إذا لم يتم اقرار رقابة الدستورية خاصة في مواجهة القوانين العادية.

لقد ظلت هذه الفكرة بدون إجابة خلال قرن ونصف من الزمن إلى غاية وجود دستور 1958 رغم أن دستور 1946 تناول الرقابة باحتشام كبير اللذان قال عليهما Saint James (أن جميع الفنون قد انتجت الروائع، غير أن فن الحكم لم ينتج سوى صورة قبيحة، ومن هذه الصور القبيحة التي خففت التجربة البرلمانية الطويلة المدى اخطارها ومحاسنها بالتناوب يجب ان نعترف بأن دستوري عام 1946 وعام 1958 يعدان اسوأ الدساتير، كما يجب أن نتأكد أنهما لن يكونا الآخرين)<sup>(26)</sup>.

ومرد ذلك أن رجال الثورة الفرنسية كانوا معادون للدستورية ومتخوفون منها التي وردت في فكر سيس، الذي قال (تعتبر السلطات اللامحدودة وحشا في السياسة حتى الشعب نفسه لا يملك السلطات المطلقة التي يحاول بعض الخادعين اقناعه بها فالقوانين أيا كانت تفترض امكانية مخالفتها ولذلك هناك حاجة حقيقية لفرض احترامها، والقوانين الدستورية يجب حمايتها أكثر من غيرها من المخالفات والانتهاكات: أنها تشكل جسما من القوانين الالزامية التي يجب الالتزام بها وعدم تجاوزها).

وحسب فكر سيس يتكون المحلفون من 108 أعضاء يعينهم البرلمان تتكفل على أن يجدد ثلثهم سنويا عن طريق الانتخاب الذين تكمن وظيفتهم في:

- 1- حماية الدستور خاصة في فترة التعديل الذي يجب أن يكون أساسها
  - 2- تطوير الدستور للاستجابة للمتغيرات الذي تعده لهيئة كل 10 سنوات
  - 3- تكوين هيئة محلفين بنسبة 10/1 من أعضاء البرلمان فيما عجز عنه القضاء أمام نتيجة لعدم وجود نص، أو رفض القضاء الفصل فيها.
- إلا أن هذه الفكرة رفضت.

أما دستور 1791 فقد اعترف بالرقابة الذاتية: (تعتبر الجمعية التأسيسية أن الدستور وديعة يحميها الجسم التشريعي، الملك والقضاة وانتباه وحذر ارباب العائلات والزوجات والأمهات وحنان المواطنين الشباب وشجاعة كل الفرنسيين).

هذا الخطاب العام ورد في كل الدساتير الاولى حيث أن الشعب والسلطات يجب أن يتحدا للدفاع عن الدستور لمواجهة الطغيان.

هذه الفكرة وجدت في مشروع الجيرنديين التي تؤكد في المادة الثالثة التي ربطت الطغيان في حالة خرق الحقوق الطبيعية والمدنية والسياسية للانسان سواء من قبل الحكومة أو الأشخاص ولم تعترف دساتير 1814، 1830، 1948، 1875 رقابة الدستورية.

لكن سيس عاد واقترح في السنة الثامنة من الثورة انشاء مجلس شيوخ محافظ يتكون من 80 عضوا يعينون لمدى الحياة غير قابلين للعزل وظيفتهم الغاء الأعمال غير الدستورية التي تحال عليهم من tribunat أو الحكومة المادة 21.

أما الأعمال الصادرة عن المشرع فعلى المجلس البت في مدى دستوريته (المادة 37).

وعاد عام 1852 تحت تسمية مجلس الشيوخ الذي انشأه نابليون الثالث (لويس نابليون) ذلك ان مجلس الشيوخ هو المؤتمر على الميثاق الأساسي وعلى الحريات المتلاءمة مع الدستور) ويمارس هذا المجلس الصلاحيات التالية:

-يعد سلطة تأسيسية اضافية

-مفسر ومكمل للدستور

-يمارس رقابة الدستورية المحالة عليه من قبل الحكومة والمواطنين

-حق المجلس في الاعتراض على نشر القوانين التي تتعدى على الدين والأخلاق والعبادات والملكية

ومبدأ المساواة وعزل القضاة.

-الاعتراض على القوانين التي تمس بالدفاع عن الاقليم.

وبذلك أصبح مجلس الشيوخ مدافعا عن النظام القائم وكأنه غرفة ثانية.

أما دستور 1946 فقد أنشأ اللجنة الدستورية التي يقتصر دورها على العشر الابواب الأولى من الدستور لذلك قال عنها جورج فيدال: (ان النظام القضائي الذي أنشأته المواد 91-93 من الدستور هو طريقة لحل سلمي للتراز الذي يمكن أن ينشأ بين الجمعيتين التشريعتين أكثر منه طريقة للرقابة على دستورية القوانين)<sup>(27)</sup>.

فاللجنة الدستورية التي تم إنشاؤها ليس لها دور إلا حل الخلاف بين غرفتي البرلمان هذا ما قال ألان بوهر 1951 Poher وميشال دوبري اللذان أكدا على أن اللجنة الدستورية وظيفتها حل الخلاف بين الغرفتين ولا علاقة لها بالدستورية. أما دستور 1958 فقد أسس الرقابة الدستورية الحقيقية وهذا ما جعل ميشال دوبري مهندس الدستور يقول بمناسبة عرض مشروع الدستور أمام مجلس الدولة: (ان إنشاء المجلس الدستوري يعبر عن الإرادة في إخضاع القانون أي قرار البرلمان إلى القواعد الدستورية العليا، وللمجلس المقترح مهام أخرى أهمها النظر في دستورية الأنظمة الداخلية للبرلمان والبت في الطعون الانتخابية.... وهكذا فأن الدستور ينشئ سلاحا فعالا ضد إمكانية انحراف النظام البرلماني)<sup>(28)</sup>.

### الفرع الثالث

#### الجزائر

إذا رجعنا إلى الدساتير الجزائرية لوجدنا تأثيرا كبيرا بالتجربة الفرنسية من أولها حيث أن دستور 1963 جعل السلطة القضائية تحت اسم العدالة التي تمارس باسم الشعب في المادة 60 فضلا عن ذلك فإن هذا الدستور احتوى على ثلاثة مواد منظمة للقضاء حيث احتوت المادة 61 على حق الدفاع والمادة 62 على

استقلالية القضاء حيث أكدت على أنه (لا يخضع القضاة في أداءهم لوظائفهم لغير القانون ومصالح الثورة الاشتراكية، ويضمن استقلالهم بموجب القانون وبمقتضى مجلس أعلى للقضاء).

فإذا كانت الفقرة الأولى من المادة مقبولة فإن آخرها يثير مشاكل كثيرا ذلك أن دور القاضي مرتبط

بمصالح الثورة الاشتراكية وفي هذا تعد على حقوق الأطراف وتحيز القضاء إلى جانب مؤسسات الدولة.

وتجدر الإشارة هنا إلى ان العلاقة بين القضاء والدستور علاقة مصدر ذلك أن الدستور أوجد السند

القانوني لنشأة القضاء وأوجد في ذات الوقت صلاحيات القضاء التي كانت محدودة جدا. فالقضاء وفق هذا التوجه مجرد وظيفة.

ثم أن الهيئة الثابتة ضمن السلطة القضائية المجلس الدستوري الذي تناوله الدستور في مادتين

المادة 63 التي عالجت تشكيلة المجلس والمادة 64 تناولت صلاحية المجلس أما عن تشكيل المجلس فيتكون من

رئيس المحكمة العليا ورئيس الغرفتين المدنية والادارية بالمحكمة العليا وثلاثة نواب يعينهم رئيس المجلس

الوطني وعضوا يعينه رئيس الجمهورية وعليه فإن تمثيل السلطات في المجلس ( 3 أعضاء من القضاء، و 3

أعضاء من البرلمان، وعضوا واحد من السلطة التنفيذية) يعبر عن هيمنة السلطتين التشريعية والقضائية

على حساب السلطة التنفيذية والشئ الجيد في هذا رغم الأحكام المقتضبة فإن رئس المجلس ينتخب من

ضمن أعضاءه.

أما صلاحيات المجلس فإنه يفصل في دستورية القوانين والأوامر التشريعية التي تحال عليه من رئيس

المجلس الوطني ورئيس الجمهورية وهذا اجحاف كبير لأن رئيس البرلمان هو مشرع وكأنه يراقب عمله ان شاء

حرك الدستورية فإن لم يشأ لا يحركها، وكان من المفروض إذا كان تحريك رقابة الدستورية وحيدة تمنح

للقضاء وان كان هناك مجال ثان ان توكل لرئيس الجمهورية ثم أن هذه الرقابة قاصرة على القوانين والأوامر

ولا تتعداها إلى التنظيم ولا إلى المعاهدات.

أما دستور عام 1976 فلم يعترف بالرقابة الدستورية واكتفى بالإشارة إلى السلطة القضائية لا لذي

أطلق عليها الوظيفة القضائية وبذلك يكون هذا الدستور قد تبنى بشكل واضح المنهج الاشتراكي للتنمية حيث

عالج الوظيفة القضائية في المواد ( 164-182) وأهم ما ورد في هذه المواد المادة 166 التي نصت (يساهم

القضاء في الدفاع عن مكتسبات الثورة الاشتراكية وحماية مصالحها).

هذه المادة تجعل من القاضي مدافع عن القيم والمكتسبات الاشتراكية على حساب الافراد وهذا تحيز

واضح لمؤسسات الدولة. رغم تأكيد المادة 175 أن القاضي محمي من كل أشكال التعسف والانحراف. ذلك أن

وجود هذه المادة يتناقض مع المادة 175.

لذا فإن دستور 1976 أبقى العلاقة بين الدستور والقضاء علاقة مصدر وتحديد الاختصاصات فلا

يوجد في دستور 1963 ولا دستور 1976 نص يعترف بالاجتهاد القضائي أو الاعتراف بدور فعال للسلطة

القضائية ذلك ان الدولة في كلتا الدستورين يهيمن عليهما الحزب وينعكس ذلك على أجهزة الدولة وسلطاتها.

أما دستور 1989 فقد نظم في الفصل الرابع منه الوظيفة القضائية الذي ابقى على دور القاضي المدافع عن الثورة الاشتراكية وحمايتها ومن هذا الجانب فإن الاطار العام لهذا الدستور في مجال السلطة القضائية ابقى عليها بشكل عام ولا مجال لرقابة الدستورية.

غير أن تعديل 1996 الذي يعتبره البعض دستورا جديدا غير في مجال التسمية (السلطة القضائية) وتخلى عن دفاع القاضي عن الاشتراكية وأحدث محكمة عليا ومجلس دولة ومحكمة التنازع بغية توحيد أعمال القضاء وظهرت لأول مرة فكرة الاجتهاد القضائي الذي بقي مجرد شعار وتحول بذلك المجلس الاعلى الذي كان جهازا قضائيا معقبا على أعمال القضاة إلى جهاز إداري خاص بتعيين القضاة ونقلهم الذي يعتبر مجرد هيئة استشارية لرئيس الجمهورية في مجال حق العفو.

فضلا عن ذلك فإن هذا الدستور أسس لمجلس دستوري ضمن الباب الثالث المعنون بالرقابة والمؤسسات الاستشارية الذي أوكلت له مهمة رقابة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات والقوانين العضوية.

واستمر الوضع على ما هو عليه في تعديل 2016 الذي غير من تشكيلة المجلس الدستوري وازدادة الحصانة على أعضائه الذين يجب أن يقوموا بأداء القسم واستحدث رقابة الدفع في مجال الحريات والحقوق الأساسية فقط.

ومهما يكن من أمر فإن رقابة الدستورية عن طريق مجلس دستوري ليست هي الحل الأمثل لذا ترتقب هيئة قضائية مستقلة تختص برقابة الدستورية يلجأ إليها الأفراد والمؤسسات على حد سواء في كل ما يتعلق بالمجال التشريعي (كل القوانين مهما كانت).

والملاحظ أن المراحل الاولى من قيام التجربة السياسية الجزائرية لم يؤمن فيها المشرع برقابة الدستورية إلى غاية عام 1996 نتيجة للاتجاه العام للدولة المتأثر بالنزعة الفقهية الراضية لرقابة الدستورية والتي كانت قائمة في جميع الدول الاشتراكية.

وهذه الرقابة التي تم تأسيسها تقوم على أحداث مجلس دستوري، وهو حل مرغوب فيه متأثر إلى حد كبير بالتجربة الفرنسية التي كانت سائدة في كل دول المغرب العربي.

غير أن تونس والمغرب قد خالفتا هذه التجربة من خلال اقرارهما بمحكمة دستورية.

## المبحث الثاني

### التحول الكبير في العلاقة بين الدستور والقضاء

بوجود الدستور الأمريكي الذي يصنف بأنه الدستور الرائد في العصر الحديث الذي تناول في مادته السادسة الفقرة الثانية فإن الدستور يعد القانون الأعلى للبلاد، الذين يجب على القضاة الالتزام به ولو كان ذلك في مواجهة دساتير الولايات وقوانينها.

ويقع على مجلس الشيوخ ومجلس النواب ومختلف موظفي الولايات التنفيذيين والتشريعيين

والقضائيين بالالتزام أيضا بالدستور.

ولذلك ظهر مبدأ سمو الدستور على باقي القوانين الاتحادية وقوانين الولايات ولم تظهر رقابة الدستورية إلى بعد حوالي 16 سنة من وجود الدستور التي تجلت بشكل أساسي في قضية ماربوري ضد ماديسون 1803.

ثم أن النمسا بفضل جهود كلسن الفكرية أسست رقابة الدستورية عام 1920 تتولاها محكمة عليا دستورية ثم انتقلت هذه التجربة إلى باقي الدول الأوروبية منها تشيكوسلوفاكيا 1920 ثم توسعت إلى اسبانيا 1931 وباقي الدول الأوروبية.

إلا أن معاناة أوروبا من نظام هتلر كانت له آثار سلبية على الرقابة الدستورية وبشكل أخص على المبادئ الديمقراطية مثل سيادة البرلمان وسيادة الشعب والحقوق والحريات وخاصة النمسا التي كانت ضحية احتلال من قبل ألمانيا وتشيكوسلوفاكيا الذي قضى على المحاكم الدستورية للتظهر من جديد بعد الحرب العالمية الثانية في النمسا 1945، واليابان 1947 وإيطاليا 1946.

ثم أن كثيرا من الدول بعد السبعينات قد شهدت رقابة الدستورية لأنظمة دكتاتورية في الأصل وفي الدول العربية لتتعزيز الرقابة في الدول كالألمانيا والنمسا والسويد. ثم أن الدول الاشتراكية أثار سقوط النظام السوفياتي بعد عام 1989، أقدمت على تبني رقابة الدستورية بعدما كانت تعرف رقابة ذاتية قائمة على فكر كلسن التي تقوم بالرقابة السابقة واللاحقة للقوانين وفي ظل هذا التوجه تغيرت العلاقة بين القضاء والدستور. وهذا ما سنحاول الوقوف عنده من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: بداية التحول في دور القضاء (تجربة المحكمة العليا الأمريكية)

المطلب الثاني: صور العلاقة بين القضاء والدستور

## المطلب الأول

### بداية التحول في دور القضاء (تجربة المحكمة العليا الأمريكية)

كانت الفكرة السائدة عام 1800 تقتصر على أن المحكمة العليا لا يطبق القانون المتعارض مع الدستور، وبوصول جيفرسون أصبح الاتحاديون ينادون برقابة الدستورية والجمهوريون معارضون لها. أما القضاة الاتحاديون فكانوا محرجين من هذا الصراع وكذلك التدخل لابعاد القوانين المتعارضة مع الدستور لأن زملائهم أصدروها. وفي هذا الصدد اعترف القاضي (شاز) رئيس المحكمة العليا بأنه ليس من حق المحكمة العليا والقضاء الاتحادي ممارسة رقابة الدستورية، وأن المحكمة العليا هي الجهاز الوحيد الذي يملك هذه الرقابة.

ولما فتح النقاش حول هذا الموضوع عام 1802 بمناسبة اصلاح التنظيم القضائي الجديد عرف الكونغرس نقاشا مستفيضا بشأن رقابة الدستورية الذي ايد فيه الجمهوريون عدم الرقابة وألغو التنظيم القضائي لعام 1801 وعادوا لتنظيم 1789، مما تحررت معه الولايات على حساب السلطة الاتحادية عكس توجهات الاتحاديين.

وكما سبق أفصح الاتحاديون في ضمان القضاء نتيجة للتعيينات التي قام بها الرئيس ادامز التي من بينها تعيين جورج مارشال على رأس المحكمة العليا الذي كان معاديا لجيفرسون في توجهاته الذي ظل رئيسا

لمدة 35 سنة الذي آمن من أن بقاء الاتحاد رهن السلطات الاتحادية من خلال القضاء الاتحادي الذي يضمن وحدة القانون في تحقيق الاستقرار ورعاية مسيرة الآباء، ذلك أن مؤسسات الولايات حسب مارشال لا يمكن أن تستمر في أداء عملها بشكل عاد أمام النزاعات التي يمكن تصادفها التي كانت في حاجة ماسة إلى مؤسسة تحميها، وهذه المؤسسة هي القضاء الاتحادي الحامي لمصالح الاتحاد.

غير أن المشكل الذي واجهه مارشال لدى توليه المنصب هو أنه اعترف بعدم دستورية للتنظيم القضائي لعام 1801 وكذلك التنظيم القضائي لعام 1789 الذي أعيد الرجوع إليه. فإن هناك مسألة تطرح بحددة مفادها من ينفذ عم الدستورية؟ فالمحكمة العليا لا تملك هذه الخاصية بموجب الصلاحيات التي تتمتع بها، كما ان أغلب القضاة كبار في السن الذين يعينون لمدى الحياة وكانت هذه فرصة لجيفرسون. ولم تطرح قضية الدستورية أمام المحكمة العليا بشكل مباشر وإنما جاءت بمناسبة رفض تبليغ قرار إداري (تعيين ماربوري قاض من قبل الرئيس ادامز وآخرون).

وقد رفض وزير العدل ماديسون تبليغ التعيينات المتبقية التي لم تصل لأصحابه نتيجة للسرعة التي اتسمت بها تعيينات ادامز وقراراته. وبقيت تلك التعيينات على مكتب الوزير في انتظار تعليمات الرئيس جيفرسون الذي علم بها فطلب من ماديسون تبلغ 25 منها فقط.

وكان ماربوري من بين الذين لم يتم تبليغهم فقام رفقة ثلاثة آخرين الذين تتوفر فيهم الشروط بطرح القضية على المحكمة الاتحادية في ديسمبر 1801، لذا طلبت المحكمة من ماديسون استفسارا ضمن مهلة محددة تحددت بجوان (7 أشهر) التاريخ الذي كان من المتوقع حضور الأطراف أمام المحكمة إلى انه تخلف إلى غاية عام 1803 (14 شهرا) بحكم أن الكونغرس ألغى دورة جوان خلال عامي 1802، و1803 لأن القضية لم تكن ذات أهمية كبيرة<sup>29</sup> وكان على المحكمة أن تختار أحد الحلين:

الحل الأول أن تعلن المحكمة عن اختصاصها في نظر القضية وهذا يثبت استقلال المحكمة وهذا يتناقض مع توجهات الاتحاديين الذين كما سلف أرادوا أن تكون المحكمة مسيطرة على الاتحاد وتقود مسيرته كما أرادها الآباء.

أما الحل الثاني أن تعلن المحكمة عدم اختصاصها وهذا ينال من قيمتها ومكانتها.

وانتهى الأمر بتبني الحل الأول بنوع من التعديل حيث أكد مارشال أن المحكمة العليا تسمو على

السلطتين التشريعية والتنفيذية حسب المادة الثالثة من الدستور.

وكانت المسائل التي أثارها محامي ماربوري (شال لي) قد ركزت على الأوجه التالية:

1- حق القضاة المعينون من قبل الرئيس ادامز من التبليغ بالتعيين

2- إن الامتناع عن تبليغهم يفيد خرق القانون

3- ان مهمة القضاة هو تصحيح أخطاء السلطة التنفيذية.

ولما تناولت المحكمة العليا (مارشال) اعتبرت الاوجه المثارة تشكل خرقا للقانون أي لحقوق ماربوري

ومن ثمة وجب تصحيحه، فهل تملك المحكمة العليا تصحيحه في مواجهة السلطة التنفيذية.

الجمهوريون وماديسون كانوا يعتقدون أن المحكمة لا تملك هذا الحق الذي يؤدي في حالة الاعتراف به إلى تدخل متواصل للقضاء في أعمال السلطات الأخرى لأن هذا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقره الدستور.

وقد سلم مارشال أن ممارسة الرئيس لصلاحياته السياسية الموكولة له بموجب الدستور ليس من حق المحكمة النظر فيها تبعا للقاعدة الشهيرة القاضية بأن القضاء لا يتدخلون في المسائل السياسية. أما الوضع المثار في قضية الحال يتعلق بقرار إداري صادر حسب القانون وموثق في الارشيف فإن من حق المحكمة أن تأمر السلطة التنفيذية بتنفيذ القرار، وفي هذا الشأن ميز مارشال ما بين المسائل السياسية الصرفة للرئيس التي لا دخل للقضاء فيها وبين المسائل الادارية للرئيس التي من حق القضاء التدخل فيها قائلا (فإذا ما اتخذ وزيراً محتجاً بصلاحياته ووظائفه قراراً غير قانوني أدى إلى إلحاق الضرر بأحد الأفراد لا يمكننا الادعاء أو وظيفته بحد ذاتها تعفيه من الملاحقة وفقاً للأصول العادية للمراجعة... وقرار المحكمة بإلزام الوزير بالتنفيذ ليس موجهاً ضد وظيفته السياسية بل هو نتيجة حتمية لطبيعة الأمور)<sup>(30)</sup>. لا شك أن المحكمة بهذا الحكم كانت تقف ضد تعسف الإدارة، ولكن مشكلة تنفيذ حكم المحكمة كان يشكل طريقاً مسدوداً.

أما الإشكالية الثانية مفادها أن بإمكان مارشال أن يقضي بعدم دستورية التنظيم القضائي لعام 1789. وأنه كان يجب رفع القضية إلى المحكمة الاتحادية على مستوى الولايات وليس أمام المحكمة العليا لأن هذه الأخيرة محكمة استئناف، وهذا يعني أن قانون 1789 أخطأ في الاعتراف للمحكمة العليا في النظر في القضية مباشرة دون المرور بالمحاكم الاتحادية وقد كانت نية مارشال الوقوف على ثلاثة نقاط:

- 1- حق المحاكم في مراقبة أعمال السلطة التنفيذية
- 2- عدم تنفيذ المحكمة العليا لقانون 1789 في مجال الاوامر التنفيذية
- 3- حق المحكمة في رقابة الدستورية وحققها في عدم قبول قانون يتجاوز صلاحيات السلطة التنفيذية. وكنتيجة لذلك توصل مارشال إلى أن المادة 13 من قانون التنظيم القضائي لعام 1789 متعارضة مع الدستور في مادته 2/3.

وعليه فإن الكونغرس لا يملك سحب بعض صلاحيات المحكمة، وعلى العكس يملك اضافة اختصاصات جديدة للمحكمة.

وقد طرح مارشال بعد ذلك سؤالاً مهماً مفاده هل يمكن لعمل متعارض مع الدستور أن يشكل قانوناً للدولة؟ والجواب على ذلك معروف لأن العمل المخالف للدستور يجب ابطاله قائلاً: (أن القانون المخالف للدستور باطلا وان المحاكم وبقية أجهزة الحكم ملزمة بهذا التدبير)<sup>(31)</sup> وظل هذا الحكم وحيداً لمدة 50 سنة. وفي ظل هذه المعطيات تبين أن دور المحكمة العليا لم يكن قانونياً فقط بل كان سياسياً أيضاً وهذا ما قاله روبر أ. دال ( أن من يصف المحكمة العليا في الولايات المتحدة بأنها هيئة قضائية فحسب إنما يقلل من مغزاها ونفوذها في النظام السياسي الأمريكي لأنها هيئة سياسية أيضاً لأنها تفصل في مسائل مختلفاً علمياً على مستوى السياسية القومية)<sup>(32)</sup>.

والنظام الأمريكي كما سلف قائم على السوابق القضائية التي تقوم بدورها على مبدأ المعقولية حيث أن القضاة الأمريكيين محكومين بالسوابق القديمة إلا إذا اصطدمت بقاعدة جديدة مستمدة من مبادئ العقل والشعور بالعدالة ذلك أن مبادئ العدالة واجبة الإتباع إذا ما تعارضت مع القوانين. مع العلم أن القضاة الأوائل في أمريكا مهما كانت اصنافهم لجأوا إلى الحقوق الطبيعية والعقد الاجتماعي كقيد وارد على الحكومة. لذا هناك مبدأ قائم في الولايات المتحدة يقضي بان القضاء مفروض أن يقضي في النزاع المعروف عليه بحجة عدم وجود نص يطبق على تلك الحالة فإن القاضي هنا يكون منكرًا للعدالة التي هي وظيفته الأساسية.

وسلطة المحكمة ليست مطلقة فهي مقيدة بإرادة المشرع الدستوري التي يمكن أن يلغها، وكذلك يمكن للمشرع أن يحد من سلطة المحكمة من خلال حركة التعيينات والعزل كما فصل روزفلت عام 1937 فالمحكمة متقيدة عموماً بأحكام الدستور كما حددها واضعوه، ومن الصعب أن نفسر الدستور حسب واضعيه استحضار نواياهم خاصة في ظل عامل الزمن والتحولات المختلفة التي حدثت على المستوى القانوني والاقتصادي والسياسي والاجتماعي، أن مقاصد الأباء في الدستور الأصلي تصطدم مع الموضوعات الجديدة فمثلاً كانت العبودية شيء عادي لدى صياغة الدستور ولدى صانعيه لكنها اصطدمت بواقع جديد وهو محاربة الرق داخليا ودوليا فجاء التعديل الثالث عشر 1868 لتقرير المساواة بين الجنسين. ولدى وصول روزفلت عام 1932 الذي انتخبته كل الولايات إلا ستة الذي وجد مجتمعا تفتشت فيه البطالة بشكل واسع 13 مليون.

هذه المرحلة أملت الاصلاحات على أثر الازمة الاقتصادية التي شهدها العالم ابتداء من عام 1929 حيث اقتنع الكونغرس والرئيس بضرورة تدخل الدولة. وكانت المحكمة العليا شكلت آنذاك من (4 محافظين و 2 ليبراليين و 2 جمهوريين) التي وقفت في وجه الرئيس استنادا إلى وظيفة الدولة الحارسة واستنادا لعدم دستورية القوانين المتعلقة بالاصلاحات مما جعل الرئيس يؤكد في مؤتمر صحفي (ان الامة في خطر نتيجة موقف مسنين مازالوا يعيشون عصر عربات جياد المسافرين من خلال زجاج نظراتهم السميكة)<sup>(33)</sup>.

هذا المؤتمر مكن الرئيس بمساعدة الكونغرس من اصدار قوانين جديدة شبيهة بتلك التي رفضتها المحكمة ماضي (1936-1937) غير أنه بعد انتخابات عام 1936 حصل الرئيس على تأييد كل الولايات ما عدا ولايتين، مما مكنه من المضي قدما إلى اصلاح المحكمة العليا من خلال اقدمه على تعيين بعض أعضاءها، إلا أن الكونغرس رفض في البداية مشروع الرئيس الخاص بتجديد أعضاء المحكمة ولكن المحكمة خضعت لإرادة الناخبين، ففقدت جزء كبيرا من قوتها ومكانتها مما جعل روزفلت يترشح لمدة ثالثة عام 1940، ومدة رابعة عام 1944 الذي لم يمه ولايته وخلفه نائبه ترومان عام 1945.

## المطلب الثاني

### صور العلاقة بين القضاء والدستور

فضلا عما تقدم فإن تجارب الدول والفكر القانوني السائد فيها حتى في ظل الايديولوجية الواحدة حسب الصلاحيات التي يملكها القضاء، اعترف لهم الدستور أحيانا بالاجتهاد القضائي وأحيانا بدون هذا الاعتراف فإن القضاء شق طريقه واثبت وجوده بأنه جهاز له وزنه ضمن إطار النظام السياسي للدولة. ومن خلال هذه النظرة اثبت القضاء لدى دول كثيرة أنه مجرد أداة لتطبيق القانون حيث لا مجال للاجتهاد لأن ذلك يتجاوز صلاحيات القاضي.

وعلى خلاف هذه النظرة لعب القضاء دورا أساسيا في المحافظة على الدستور وابعاد القوانين المتعارضة عن طريق رقابة الدستورية.

وانطلاقا مما تقدم نتناول حدود العلاقة بين الدستور والقضاء من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: القاضي المقيد (القضاء وظيفية)

الفرع الثاني: القاضي المتحرر (خالق القانون).

الفرع الأول: القاضي المقيد (القضاء وظيفية)

اعتمدت دول كثيرة هذا المنحى حيث يلقب فيها القاضي بقم الدستور التي تعني أن القاضي ناطق باسم الأحكام القضائية من خلال قراءة هذه الأحكام الخاصة بعدم الدستورية، وفي حالة وجود القاضي أمام صعوبة فإنه بإمكانه أن يرجع إلى الأعمال التحضيرية أو نية المشرع، فالقاضي في قيامه بهذا الدور لا يخلق القانون ولا يكتشفه، بل يتأكد من وجوده بالدرجة الأولى عن طريق تفسير القاضي للقواعد الدستورية.

ومثاله ما قام به المجلس الدستوري الفرنسي في تصديده لعمل المرأة ليلا في قطاع الصناعات التي توصل فيها إلى ان المرأة تتمتع بحقوق خاصة تمنع عملها ليلا وإن ذلك لا يخل بقاعدة المساواة. وورد نفس التأكيد تقريبا لدى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في جويلية 1991 التي أعلنت فيه أن دور القاضي يجب أن ينطلق من تحديد معنى النص في إطاره الصحيح عن طريق تفسيره للنص وفق معناه الصحيح من بين التفسيرات المتباينة التي تكون لديه أو أمامه وهذه ليست مسألة سهلة.

وتجدر الإشارة إلى أن الدساتير الاشتراكية أكدت على أن القضاء وظيفية أساسية لأنه ملتزم بخدمة الاشتراكية مثل المادة 166 من الدستور الجزائري لعام 1976.

وذهب اتجاه فرعي إلى ان القضاء مرفق عمومي مثل سائر الوظائف الأخرى وهو ما يجعل القضاء مجرد سلطة إدارية ويندرج الدستور الفرنسي في هذا الإطار الذي اعتبر القضاء مجرد مرفق خاضع لأحكام القانون الإداري وهذا مرده إلى ان رجال الثورة كما سلف كانوا يخشون أن يكون أعمالهم محل تقدير القضاء، بل أكثر من ذلك اعتبر القضاء في وقت من الاوقات (العدو الحميم الذي لا بد منه).

لذلك يعد القضاء حسب هذا التوجه مرفقا حكوميا تستعمله السلطة لفرض سياستها القضائية فضلا عن اعتباره مظهرا من مظاهر السيادة<sup>(34)</sup>.

وقد انتقد (ريني ديفيد) و (جون هازارد) موقف القاضي السوفياتي السلبي في نظرهما، الحقوق السوفياتية تعد وجهها من وجوه السياسة، وهي منفصلة انفصالا تاما عن أية فكرة تجعل العدالة في مرتبة

الوحي المنزل، ولذلك فإنه يتطلب من القاضي دوماً أن يتقيد بما استطاع إلى ذلك سبيلاً بتفسير القانون السوفيياتي تفسيراً حرفياً دون أن يتعداه أو يحاول أن يخلق تحت ستار التفسير، قواعد قانونية جديدة، فالمنهج التوجيهي السوفيياتي لا يتحمل فرض الاجتهاد القضائي ولا يثري البحث الفقهي لأن هذين ينسجمان مع أوضاع البلاد التي يسودها النظام البرجوازي وهما يساعدان على تخفيف المساوئ وسد الثغرات التي تلازم التشريعات البرجوازية<sup>(35)</sup>.

كما ان القضاء السوفيياتي قضاء غير مستقل حيث أن القضاء مجرد موظفين للدولة فضلا عن فإن القاضي معين بعيد عن الانتخاب الذي يضمن إلى حد كبير الاستقلال الوظيفي ويؤيد هذه الفكرة البعض في قوله بأن (الاجتهاد هو مصدر تعسفي للقانون)<sup>(36)</sup>.

واستناداً لوجهة النظر هذه فإن القاضي يكتفي بالكشف عن القواعد القانونية فقط التي يتوقف عندها ولا يتجاوزها إلى خلق القانون.

وقد عبر رئيس وزراء ديغول مهندس دستور 1958 عن دور القاضي الدستوري قائلاً: (ليس من روح الحكومة البرلمانية وليس من التقاليد الفرنسية أن يعطي القاضي أي مواطن الفرد حق تفحص تبعة القانون)<sup>(37)</sup>.

انطلاقاً من هذا التصريح نفهم دور المجلس الدستوري والنية التي أسس من أجلها لذلك لم تعط فرنسا القاضي الدستوري سلطة تفسير الدستور بشكل صريح ولكن واقع العمل اثبت العكس، ذلك أن القيام برقابة الدستورية وإصدار القرارات بشأنها يتطلب تفسير الدستور ومختلف النصوص القانونية السارية المفعول، لكن هذا التفسير يطغى عليه الطابع لسياسي وهو ما حدث عام 1961 عندما كانت المادة 16 مطبقة التي في ظلها تقدمت الجمعية الوطنية بلائحة لوم إلى الحكومة التي أثارت خلافاً كبيراً بين الجهتين فرفع الأمر إلى المجلس الدستوري ليحل الخلاف الذي قرر أنه غير مختص للقيام بهذا الدور ما دام أن الدستور لم يعطه هذا الاختصاص. فضلاً عن وجود الدولة في حالة استثنائية معلنة ويلحق بهذا الأمر أن القاضي مراقب لأعمال البرلمان التي تحال على الأجهزة المكلفة برقابة الدستورية وهنا يكمن الفرق الحقيقي بين هذه الأجهزة التي قد تقتصر على تطبيق القانون فحسب أو تتعداه إلى خلق القانون.

الفرع الثاني: القاضي المتحرر (خالق للقانون)

هذه الصورة تحدث في أغلب الأحوال عن طريق التفسير انطلاقاً من قاعدة المساواة بين الأجانب والمواطنين في إطار الفكر القانوني والأخلاقي والعقائدي والسياسي، وفي ظل هذه النظرة الشمولية يتم تفسير النص ليصل القاضي إلى خلق قواعد قانونية جديدة.

فيكون التفسير طريقة لتحرير القاضي أكثر في عمله حتى يخلق القانون، ومن أجل قيام القاضي بهذا الدور فإنه يقف على كل شيء يساعده على فهم النص القانوني التي من بينها نية المشرع الحاضرة والمستقبلية والأعمال التحضيرية وروح النص وتطور المجتمع.

وهذا هو السبب الذي من أجله يتصدى القاضي لأعمال البرلمان ليستبعد بعضها وتعديل بعضها سواء عن طريق إعادة الصياغة أو الحذف أو الاضافة عن طريق تصدي القاضي أعمال البرلمان أو الأعمال السلطة التنفيذية.

وقد يتعدى الأمر ذلك بارجاع العمل إلى البرلمان أو القبول الجزئي لمشروع القانون وعدم قبول الجزء المخالف للدستور عن طريق رقابة الدستورية أو رقابة المطابقة، ومثال قانون الانتخابات الألماني الذي جاء بعد توحيد الألمانيتين الذي تم التوصل إليه بعد مفاوضات مضمينة الذي كان يقضي بأن كل حزب لا يحصل على 5% من أصوات الناخبين لا يمكن أن يمثل في البرلمان إلا إذا تحالف من حزب أو أحزاب أخرى حاصلة على نسبة تتجاوز 5% غير أن المحكمة الدستورية بناء على تدخل حزب الخضر بينت أن هذا القانون غير دستوري رغم أنه تمت الموافقة عليه من الأكثرية والمعارضة باعتباره يخل بقاعدة المساواة بين مختلف الأحزاب<sup>(38)</sup>.

ويدخل في صميم دور القاضي أن يسعى جاهدا حتى لا يبطل القانون بل يستهدف إبقاؤه مع تفسيره دون أن تكون نيته المسبقة الإلغاء والإبطال والتعديل والحذف أو إرجاعه إلى البرلمان مع توجيهات الجهات القضائية إلى البرلمان وما يجب فعله حتى يكون النص الدستوري مقبولا انطلاقا من ضرورة تحقيق الانسجام بين مختلف سلطات الدولة التي هي في الأصل أنها متعاونة وليست متنافرة لأن وظيفة القاضي الدستوري هو حارس القانون وحارس الدستور من خلال تقدير الدستورية من عدمها للأعمال التي تعرض عليه. إن الإعلانات البريطانية ابتداء من العهد الأعظم وقانون الحقوق وملتزم الحقوق 1628، 1689 وقانون العرش وقانون البرلمان كلها قوانين تعبر عن الدور الاجتهادي للقضاء والبرلمان، ولذلك فإن القضاء الانجليزي (قضاء المحاكم العليا) هو أكثر من أي قاضي آخر منشئ للقانون في إطار دوره المقر للحقوق والحريات الأساسية<sup>(39)</sup>.

هذا الدور تأثر به القضاء الأمريكي فضلا عن ذلك فإن القضاء الأمريكي عرف ابتداء من عام 1875 تأسيس محاكم المتشاربة الذين يلجأ إليهم المتنازعون هروبا من شدة القانون وصرامته الذي يحقق العدالة التي يراها المواطنون أنها ظالمة القائمة على القانون العرفي أن المحاكم المتشاربة فإنها تقدم أساس على مخاطبة الضمير النابعة من القانون العرفي الذي يسود في حالة تعارضه مع القانون الوضعي وهذا ما اعترف به القاضي أدوار كوك الذي نفذ القانون الأعلى (القانون العرفي) في قضية بونهام الصادر عن محكمة كومونة بليز عام 1610 الذي توصل في حكمه عدم إدانة السيد بونهام المتابع بممارسة مهنة الطب دون رخصة فحكم القاضي ببطالان القانون الذي يدين السيد بونهام لكونه متعارضاً مع القانون العرفي الملزم للسلطة القضائية والذي يشكل القانون الأساسي للمحكمة النابع من مثل العقل الإنساني لكن المحاكم تخلت عن هذا الدور لتظهر من جديد مع إصلاح 2005 الذي أقر بوجود هيئة قضائية جديدة مشكلة من قضاة مستقلون عن مجلس اللوردات ووزراء العدل التي تكمن مهمتها في التصدي لأعمال المحاكم (محكمة عليا)<sup>(40)</sup>.

ويرجع تخلي بريطانيا عن هذه المحاكم لسببين:

الأول تنامي التشريع المنسجم مع القانون العرفي عموما وتطور النظام الديمقراطي القائم على سيادة البرلمان ما دام أن بريطانيا عرفت تنازلا سلميا للسلطة من مجلس اللوردات إلى مجلس العموم ومن الملك إلى الحكومة فأصبح بذلك البرلمان معبرا عن إرادة الشعب الحقيقي بينما حسمت هذه المسألة في أوروبا عن طريق التوازن خاصة فرنسا.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن القضاء يعتبر مصدر للدستور ومصدرا رئيسا على خلاف دول أمريكا اللاتينية التي جعلت دور القاضي مقصورا على تطبيق القانون وتفسيره حرفيا ويرى القاضي (باولو) رئيس محكمة القضاة أنه (عندما يكون النص غامضا وعندما تنهض شكوك في مداه ومعناه أو عندما يتعارض أو يتسع أو يضيق بمقابلته مع نص آخر أرى ان للقاضي حينئذ أوسع صلاحيات للتفسير)<sup>(41)</sup>.

وفي الولايات المتحدة كما سبقت الإشارة أن القضاء خاصة في الفترات السابقة كانوا يسيطرون حتى على السياسة حيث يتمتع بنفوذ كبير لم يعرفه التاريخ من قبل حيث أن النصوص الصادرة عن البرلمان كان القضاة يتعرضون لها بعدم الدستورية لهذا قال القاضي ( هولمز ) (اعترف دون تردد بأن القضاة يشرعون ويجب أن يشرعوا)<sup>(42)</sup>. والذي مكن القضاة من أن تكون لهم المكانة هو التأثير بالتجربة البريطانية القائمة على القانون العرفي والسوابق القضائية لذلك قامت المحكمة العليا في الولايات المتحدة بدور ريادي في مجال الاستنباط الأحكام حيث أن رقابة الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية ورقابة الدفع والرقابة عن طريق الحكم التقريري من ابتكار القضاء.

وبذلك فإن دور القضاء في الولايات المتحدة يتجاوز دور القضاء الفرنسي حيث يقول ادوار لومبير (أن المثل الأمريكي يثبت لنا أن هذه الرقابة تتوقف عن ان تكون مجرد جزء من التنظيم الفيدرالي لتصبح هيئة رقابة قضائية على المشرع..... فإنها تغير جذريا طبيعة الدستور التي احتضنها فهي تحل محل الدساتير الجامدة التي أقامتها الجمعيات المؤسسات (التأسيسية) دساتير قضائية غاية في المرونة تعني باستمرار بعناصر جديدة بفعل التشريع الدستوري أو..... هي تصنيف إلى الدستور القديم الشعبي، دستورا قضائيا أكثر حداثة وأكثر حيوية)<sup>(43)</sup>.

وبذلك حل القضاء محل إرادة المشرع حسب البعض الذي يقول (ان طبيعة سلطة القضاء أو طبيعة وظيفتهم قد تغيرت فمن هيئة يفترض فيها أن تطبق القانون، أصبحت هيئة تراقب العمل التشريعي بل تمارس هذا العمل التشريعي أيضا)<sup>(44)</sup>.

وقد تم التعبير عن هذه الفكرة بطريقة مختلفة قليلا (ان السلطة تعود من الآن فصاعدا إلى أوليغارشييه قضائية أنه حكم القضاء)<sup>(45)</sup>.

## الخاتمة

نخلص من هذا أن العلاقة بين الدستور والقضاء إذا كانت منعدمة في المجتمعات الأولى فإنها أصبحت واضحة في الوقت المكرسة من خلال أحكام قضائية وتعديلات دستورية أو دساتير جديدة لكن هذه النظرة ليست عامة في جميع الدول لأنها لم تقر قواعد موحدة في هذا الشأن فهي تتراوح بين الاتجاه المقرر للرقابة بكل أبعادها وبين الاتجاه المحتمل له الرقابة الدستورية، والسبب في ذلك أن هناك بعض الدساتير

تجعل السلطة القضائية مستقلة عن باقي السلطات الأمر الذي يدعو القضاء إلى الإبداع وخلق القانون بل أكثر من ذلك إلى تحديد مكانته في الدستور، والتجربة الأمريكية دليل على ذلك أن المحكمة العليا اعتبرت نفسها في بعض الفترات الزمنية أنها تسمو على باقي السلطات لأنها تتصدى لأعمال السلطتين التنفيذية والتشريعية بالإبطال والحذف والإلغاء بالإضافة عن طريق تفسير الدستور الذي يعتبر حق تنفرد به المحكمة العليا.

أما تجارب دول أخرى فإن القضاء يكمن دوره في حماية الدستور فقط دون أن يساهم في خلق قواعد قانونية.

وأمام هذه الحقيقة فإننا نقترح بعض الملاحظات التي من شأنها أن تجعل العلاقة بين الدستور والقضاء منسجمة ولكن خلاقة للقانون:

1- نقترح أن تتحول التجربة الجزائرية من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية لتلعب دوراً أساسياً في حماية الدستور من جهة وأن يلعب أعضاؤها دوراً مميزاً في الاجتهاد القضائي الذي يفتح فيه المجال للدعوى الأصلية ودعوى الدفع بعدم الدستورية التي تنظر في النزاعات التي يرفعها الأفراد والنزاعات التي ترفعها مؤسسات الدولة شريطة أن يتولى عضويتها خيرة رجال القانون من أساتذة جامعيين وقضاة ومحامون ذوي الخبرة لفترة تزيد عن 20 عاماً وكفاءات عالية.

2- إيجاد نظام قانوني متميز لهذه المحكمة التي تتمتع باستقلالية كاملة وتقدير كبير من المجتمع ومؤسسات الدولة القائمة على أساس الانتخاب.

3- للمحكمة التي يتم إنشاؤها نظام قانوني يمكنها من أداء مهامها على أفضل وجه تمكن بالمثل أمامها لأي شخص ولو كان رئيس الجمهورية.

4- تبين مما سبق أن العلاقة المثلى للقضاء والدستور كانت في العهد الإسلامي حيث أن مخالفة الله والضمير عاملين أساسيين في نجاح العلاقة التي تقوم على أن هناك جزاء دنيوي وآخر أخروي للقضاة.

5- ضرورة التشدد في شروط تولية أعضاء هذه المحكمة الدستورية التي تمثل صفوة النخبة بتمكين الأساتذة الجامعيين من عضويتها عن طريق السماح بتنفيذ النصوص القانونية التي تحكم القضاء ذات العلاقة.

6- التأكيد بشدة وقوة على الاجتهاد القضائي الذي يحرق القاضي من رقابة النصوص القانونية الجامدة والتي من شأنها أن تجعل القاضي متحجراً بعيد عن الإبداع والخلق لقواعد القانون في ظل رقابة دستورية فعلية.

(1) - منذر الشاوي، الانسان والقانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد الصداقية، 2015، ص 333.

(2) - د. علي محمود جعفر، تاريخ القوانين والشرائع، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1982، ص 113.

(3) - المرجع نفسه، ص 114-115.

(4) - منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 335.

(5) - عبد الغني بسبوني عبد الله، نظرية الدولة في الإسلام، دار الجامعة، بيروت، 1976، ص 275.

- (6)- المرجع نفسه، ص 274-275.
- (7)- عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 275-277.
- (8)- زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، الجزء الأول، دار بلال، بيروت، 2014، ص 341.
- (9)- منذر الشاوي، المرجع نفسه، ص 343.
- (10)- المرجع نفسه، ص 344.
- (11)- منذر الشاوي، المرجع نفسه، ص 347.
- (12)- المرجع نفسه، ص 348.
- (13)- المرجع نفسه، ص 352.
- (14)- زهير شكر، المرجع السابق، ص 54.
- (15)- المرجع نفسه، ص 57.
- (16)- د. كريم يوسف أحمد كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف الاسكندرية، 1978، ص 428-429.
- (17)- ChrestienLerat, La cour suprême des états Unis, pouvoirs et évolutions historiques, presses universitaires de Bordeaux, 4<sup>eme</sup> éditions, 1990, P 6.
- (18)- أحمد العزي التقشبندي، تعديل الدستور دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الاردن، 2006، ص 199.
- (19)- المرجع نفسه، ص 199.
- (20)- المرجع نفسه، ص 206.
- (21)- زهير شكر، المرجع السابق، ص 65.
- (22)- المرجع نفسه، ص 68.
- (23)- أحمد العزي التقشبندي، المرجع السابق، ص 254.
- (24)- زهير شكر، المرجع السابق، ص 69.
- (25)- المرجع نفسه، ص 401.
- (26)- جاك دونديوي فاير، الدولة، ترجمة د. سموحي فوق العادة، مكتبة الفكر الجامعي، منشورات عويدا لبيروت، 1970، ص 34.
- (27)- المرجع نفسه، ص 114.
- (28)- المرجع نفسه، ص 115.
- (29)- جاي م، فيتمان، النظام الأمريكي، ترجمة د. أحمد أمين الجمل الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، 2005، ص 37.
- (30)- زهير شكر، المرجع السابق، ص 81.
- (31)- المرجع نفسه، ص 92.
- (32)- كريم يوسف أحمد كشاكش، المرجع السابق، هامش ص 437.
- (33)- جاي م. فيتمان، المرجع السابق، ص 26.
- (34)- زهير شكر، المرجع السابق، ص 110.
- (35)- حاشي يوسف، في النظرية الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص
- (36)- أحمد العزي التقشبندي، المرجع السابق، ص 259-260.
- (37)- أحمد مامي سرحالي، القانون الدستوري والنظم السياسية الاطار والمصادر، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002.
- (38)- أحمد العزي التقشبندي، المرجع السابق، ص 268.
- (39)- زهير شكر، المرجع السابق، ص 34.
- (40)- المرجع نفسه، ص 48.
- (41)- المرجع نفسه، ص 51.
- (42)- أحمد العزي التقشبندي، المرجع السابق، ص 240.
- (43)- Ardant PH et Mathieu B, Institutions politiques et droit constitutionnel, 2eme édition LGDJ, Paris, 2009, P 112.
- (44)- المرجع نفسه، ص 310-311.
- (45)- منذر الشاوي، القانون الدستوري، الجزء الثاني، مطبعة شفيق، بغداد، 1970، ص 20-21.
- (46)- المرجع نفسه، ص 20.

