University of Zawia Journal of Legal and Sharia Sciences (UZJLSS)
Volume 13, Issue 1, (2024), pp. 197-216

The Principle of the Supremacy of the Constitution as the Basis for Constitutional Oversight:

Fathallah Muhammad Al-Sariri

Academic degree: Associate Professor, Department of Public Law - Faculty of Law - University of Al-Zaytoonah

Tarhuna - Libya
Email: fathalla.sariri.ly@gmil.com

Received: 4/06/2024 | Accepted:15/06/2024 | Available online: 30/06/2024 | DOI:10.26629/uzjlss.2024.10.

ABSTRACT

The mission of a constitution is to create a degree of balance between two ideas: the necessity of having restricted authority and the necessity of individuals enjoying a certain degree of freedoms and fundamental rights. The concept of the constitution is thus linked to liberty, and its rules are associated with the need to restrict and regulate the work of the authority through provisions that form the core of the constitution. These provisions are characterized by rigidity in most constitutions, which in turn imposes constitutional review to ensure that public authorities do not deviate from its rulings and purposes. Any actions that contravene the governing provisions of their competencies are subject to annulment. The principle of the supremacy of the constitution has become one of the universally accepted constitutional principles, establishing a framework for either political or judicial constitutional review. This ensures adherence to the constitutional text in both form and substance by preventing the issuance or repeal of any legislation that contradicts it by the competent political or judicial authority.

Keywords: supremacy - constitution - principles - oversight - constitutionality.

How to cite this article:
Al-Sariri F. The Principle of the Supremacy of the Constitution as the Basis for Constitutional Oversight: .Univ of Zawia J. Legal Sharia Sci 2024; 13: 197-216 .

"Articles published in *Univ of Zawia J. Legal Sharia Sci* are licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."

مبدأ علو الدستور أساس الرقابة

فتح الله محمد السريري

الدرجة العلمية: أستاذ مشارك ، قسم القانون العام – كلية القانون – جامعة الزيتونة

ترهونة– ليبيا

Email: fathalla.sariri.ly@gmil.com

تاريخ الاستلام: 2024/6/4م **تاريخ القبول: 2024/6/15م** **تاريخ النشر: 2024/06/30م**

ملخَّص البحث:

إن مهمة الدستور هي خلق قدر من التوازن بين فكرتين: ضرورة وجود السلطة المقيدة مع ضرورة تمتع الأفراد بقدر من الحريات، والحريات الأساسية، فارتبطت فكرة الدستور بالحرية، وارتبطت قواعده بضرورة تقييد، و تنظيم عمل السلطة بنصوص تمثل صلب الدستور تتسم في أغلب الدساتير بالجمود الذي يفرض بدوره رقابة دستورية تضمن عدم خروج السلطات العامة عن أحكامه، ومقاصده التي تتعرض فيها تصرفاتها للإلغاء عند مخالفة النصوص الحاكمة لاختصاصاتها .

إن مبدأ علو الدستور صار من المبادئ المسلم بها دستورياً، وأسس لرقابة دستورية سياسية، أو قضائية لضمان الالتزام بالنص الدستوري شكلاً، و موضوعاً بعدم إصدار، أو إلغاء كل ما يخالفه من تشريعات الهيئة المختصة سياسية، أو قضائية.

الكلمات المفتاحية: علو – الدستور – المبادئ – الرقابة – الدستورية.

المقدمة.

استقر الفقه الدستوري على أن وجود دستور (قانون أساسي)، يمثل ضمانة أساسية لقيام دولة القانون، والمؤسسات، بل يأتي في مقدمة المعايير، والضمانات التي يستند إليها في وصف دولة –مّا– بأنها قانونية، أو غير قانونية.

أهمية الدراسة:

إن مهمة الدستور هي: خلق قدر من التوازن بين فكرتين: ضرورة وجود السلطة المقيدة، مع ضرورة تمتع الأفراد بقدر من الحريات، والحقوق الأساسية، فارتبطت فكرة الدستور بالحرية، وارتبطت قواعده بضرورة تقييد، وتنظيم عمل السلطة بنصوص تمثل صلب الدستور، وتتسم في أغلب الدساتير بالجمود الذي يفرض بدوره رقابة دستورية تضمن: عدم خروج السلطات العامة عن أحكامه، ومقاصده التي تتعرض فيها تصرفاتها للإلغاء عند مخالفة النصوص الحاكمة لصلاحياتها، واختصاصها.

هدف الدراسة:

إن مبدأ علو الدستور يعد أحد خصائص دولة القانون، وناتجاً بصورة حكمية من كونه القاعدة الأساسية التي يرتكز عليها بنيان الدولة، فصار من المبادئ المسلَم بها دستورياً، حتى لو أغفلت الدساتير النص عليه.

إشكالية الدراسة:

يثير موضوع الدراسة جملةً من التساؤلات تمثل: إشكالية الدراسة، وهي على النحو التالي: ماذا يعني مفهوم مبدأ علو الدستور؟، وما الأساس الذي يستند عليه وجودياً؟، وعلى أي شكل يكون؟، وبم تعرف الرقابة الدستورية، وأشكالها؟، وما علاقتها التأسيسية بمبدأ علو الدستور؟.

كل هذه الأسئلة سيتم تناولها وفق منهجٍ: وصفي تحليلي في خطة بحث تتكون من فرعين متتاليّين:

- الفرع الأول: الإطار المفاهيمي لمبدأ علو الدستور.
- الفرع الثاني: المدلول التأسيسي للرقابة على دستورية القوانين.

الفرع الأول: الإطار المفاهيمي لمبدأ علو الدستور:

الدستور: كلمة فارسية الأصل تعني في اللغة الفارسية: (الأساس، أو الأصل، الإذن أو الترخيص) واستخدموها للدلالة: عمن يمارس سلطة سياسية، أو دينية، ويقابلها في اللغة الفرنسية كلمة :(Constitution) المشتقة من الفعل:(Constituer) ومعناه: يؤسس، أو يبني، أو يكّون، أو ينظم أي معناه: التأسيس، أو البناء، أو التكوين، أو التنظيم [1].

أما في لغة العرب فيقابل لفظ الدستور: التشريع الأساسي.

أما مفهوم الدستور من الناحية الاصطلاحية: فهو الوثيقة الرسمية الصادرة عن المشرع الدستوري التي تحوي بيان شكل الدولة، ونظام الحكم: (السياسي، الاقتصادي، الاجتماعي)، وقواعد تنظيم السلطات العامة في الدولة: (التشريعية، التنفيذية، القضائية)، واختصاصاتها، وعلاقاتها البينية، وبيان حقوق الأفراد، وحرياتهم، والضمانات الأساسية لحمايتها.

يقصد بمبدأ سمو الدستور: خضوع التشريعات الأدنى منه (القوانين، اللوائح...) لأحكامه من حيث الشكل، والمضمون، هذا ويأتي إخضاع جميع تصرفات سلطات الدولة العامة، والعلاقات بين الأفراد لأحكام الدستور تأكيداً لمبدأ الدستورية، وتعزيزاً لمنزلة الدستور السامية فهو: أعلى الوثائق القانونية داخل النظم القانونية بمعظم دول العالم. فبدأ يأخذ هذا العلو: صوراً متعددة مصدرية، وشكلية، وموضوعية.

أولاً: مبدأ العلو المصدري (المنشأ):

تنشأ الدساتير بأساليب متعددة كلها ذات مصدر علوي مقارنة بالقوانين العادية، وما دونها من لوائح، وقرارات، إذ لو رجعنا الى تلكم الأساليب، لوجدنا أنها تتفاوت من حيث قوة المصدر التي يستمد منها الدستور، وجوده، وقوة مواجهته لتغول السلطات العامة سيما التشريعية عند إصدار القوانين الأساسية،

والفرعية، واللوائح البرلمانية، والسلطات التنفيذية، فيما تصدره من مراسيم بقوة القانون في الحالات الاستثنائية، واللوائح التنفيذية، والتنظيمية، والضبطية.

ولعل تسليط الضوء على أساليب نشأة الدساتير تبين اختلاف علو الدساتير حسب مصدر نشأتها، وقد صنفت بين: الأسلوب غير الديمقراطي، والأسلوب الديمقراطي.

1- الأساليب غير الديمقراطية لنشأة الدساتير:

هذه الأساليب يجمعها الدور البارز لإرادة الحاكم في صنع الدستور الذي قد يكون معبراً عن إرادته المنفردة، وهو ما عرف بأسلوب المنحة، وقد تتلاقى إرادته مع الإرادة الشعبية؛ لوضع دستور في صورة عقد.

أ- أسلوب المنحة:

ارتبط هذا الأسلوب بالحقبة الملكية المطلقة، التي كان فيها الملك يختزل السلطات العامة كافة في شخصه، لا ينازعه، ولا يشاركه فيها أحد في شكل حكم دكتاتوري مطلق، لكن بعد فترة من الحراك الشعبي المطالب بتقييد سلطات الملوك آنذاك، وازدياد الضغوط في هذا الاتجاه وجدوا انفسهم مضطرين لبعض التنازلات للحفاظ على سلطانهم بما يليق بوجاهتهم، فابتدعوا فكرة المنحة التي يظهر فيها الملك بمظهر المتفضل، والحريص في آن واحد على منح شعوبهم دساتير تقيد سلطانهم في وثيقة مكتوبة صادرة بإرادته المنفردة، تبين بعض السلطات التي تنازل عنها لصالح الشعب [2].

هذا ويعد أسلوب المنحة مرحلة انتقال النظام الملكي من الملكية المطلقة إلى الملكية المقيدة بنصوص دستورية وضعها الملك ذاته. ومن الأمثلة التاريخية: الدستور الفرنسي لسنة 1814م الذي أصدره لويس الثامن عشر، والدستور الياباني لسنة 1889م، ودستور إمارة موناكو 1911م، ودستور إثيوبيا 1931م، ودستور دولة الإمارات العربية المتحدة 1971م.

ب-أسلوب العقد:

ينشأ الدستور وفق هذا الأسلوب استناداً إلى توافق إرادتي الملك، والشعب على قبول الوثيقة الدستورية، والالتزام بمقتضى أحكامها، فيكون بذلك عملاً مشتركاً لا ينفرد أحد بوضعه ملبياً متطلبات المرحلة التي حدث فيها توازن بين قوة الملك التي ضعفت؛ لكن لم تنتهِ، وقوة الشعب التي تعاظمت، لكن بقت دون مستوى السيطرة على مقاليد السلطة.

ويمكن القول: إن هذه الصورة تتفق مع أفكار الفيلسوف: "جون لوك" الذي طرحها في نظرية: (العقد الاجتماعي)، جاعلاً الأفراد، والحاكم طرفين في العقد المبرم بينهما، مع التزام كل طرف بالواجبات الملقاة على عاتقه، وحال خروج الملك عن بنود العقد يصير وجوده، وأعماله غير شرعية بما يوجب فسخ العقد، واستبعاده عن سدة الحكم طوعاً، أو كرهاً.

ويعد هذا الأسلوب نقلة نوعية نحو تبني، وترسيخ الحكم الديمقراطي الذي يرجع في بداية عهده إلى وثيقة العهد الأعظم عام 1215 الجزء المدون من الدستور الإنجليزي المبني على: العرف في غالبيته [3].
الأمثلة: الدستور الفرنسي 1830م، الدستور البلغاري 1879م، دستور دولة الكويت 1962م، دستور العراق 1925م.

2- الأساليب الديمقراطية لنشأة الدساتير:

تشترك هذه الأساليب في إن إرادة الشعوب صارت منبع الدساتير بعد مستوى الفكر، والوعي السياسي، والحقوقي لها الذي انعكس بدوره على بنيان الدولة، ومؤسساتها، وضمان حقوق الأفراد، وحرياتهم من خلال صنع الشعب ذاته في مجموعه وثيقة دستورية تقيد سلطان الحاكم الذي صار بموجب نصوصها خادماً، ووكيلاً للشعب فبرز بذلك أسلوب: الهيئة النيابية التأسيسية، وأسلوب الاستفتاء الشعبي.

أ- أسلوب الهيئة النيابية التأسيسية:

يتسم هذا الأسلوب بالقرب الحقيقي من الفكر الديمقراطي المؤسساتي، وبسهولة التطبيق من الناحية العملية، ناهيك عن تلبية رغبات الشعب في أطر قانونية وفق مستوى نضجه السياسي، وظروفه الاجتماعية، والاقتصادية، والدينية، وبالتالي السير نحو تحقيق طموحاته التقدمية في مختلف المناحي الحياتية.

ولعل تفكيك هذا المسمى من الناحية التفسيرية بين كنهه، والغاية من تكوينه المركب ذي أهمية علمية، وعملية، فالهيئة، أو الجمعية، أو المجلس المفرد الأول من تركيبته تعني بشكل مطلق: إن من يقوم بصناعة الدستور ليس فرداً، فتخرج السيطرة الفردانية التحكمية من ذلك.

أما المفرد الذي يليه (النيابية) فهذه المجموعة من الأفراد المكونين للهيئة هم: يعملون بالنيابة عن أفراد الشعب المجموع الذي اختارهم لمهمة محددة "وضع دستور للبلاد".

أما صفة التأسيسية، أو التأسيسي، فالدستور الذي كلفوا بإعداده، وصياغته هو المؤسس لدولة القانون، والمؤسسات المبين لبنيانها، وهياكلها، والسلطات العامة، وفلسفة الحكم فيها، وآلية ضمان حقوق الأفراد، وحرياتهم الأساسية، وبالتالي تكون هذه السلطة سلطة أصلية مصدرها الشعب، وليست من صنع أي سلطة أخرى مشتقة عنها، ولا تابعة لها.

إن الجمع بين التكوين، والنيابة عن الشعب في العمل، والتأسيس لبنيان الدولة، وسلطاتها العامة هو: الغاية المبتغاة في جعله الأسلوب الأكثر انتشاراً، وإقناعاً، والأيسر تطبيقاً، إذ لا حاجة لطرح مخرجات الهيئة النيابية التأسيسية للاستفتاء الشعبي، إذ يكفي إقراره من أعضائها ليكون نهائياً، ويدخل حيز النفاذ كأحد أهم مقومات دولة القانون، والمؤسسات.

الأمثلة: الدستور الفرنسي 1791م، الدستور الإيطالي 1947م، دستور تشيكوسلوفاكيا 1948م، دستور دولة سوريا 1950، الدستور الليبي 1951م، الدستور الباكستاني 1956م، دستور دولة الكويت 1962م.

ب-الاستفتاء الدستوري:

يعد أسلوب الاستفتاء الشعبي أكثر أساليب وَضْعَ الدساتير ديمقراطيةً؛ بسبب المشاركة الواسعة لأفراد الشعب في إقرار الدستور سيما إذا كان المجتمع السياسي على قدر عال من الوعي الحقوقي، والنضج السياسي ضمن أجواء يتوافر فيها قدر كبير من حرية التعبير، والتعددية السياسية، والفكرية.

إن كنه هذا الأسلوب يتمثل في عرض مشروع الدستور على الشعب؛ لتكون له الكلمة الفصل في القبول، والرفض بحرية تامة دون الخضوع لأي توجهات، أو ضغوطات من السلطات القائمة، وبذا لا يكون مشروع الدستور نافذاً إلا بعد أن ينال موافقة الشعب عليه وفق النصوص المنظمة للعملية الدستورية، أو الاستحقاق الدستوري الوطني [4] مع عدم الإكتراث بمن قام بإعداد مشروع الدستور، يقوم بصياغتها فرد واحد يتمثل في (رئيس الدولة، أو أحد رجالات القانون، أو السياسة ...) أو لجنة فنية، أو هيئة تأسيسية نيابية، وإن كان الإعداد من الأخيرة يعزز المشاركة الشعبية على مرحلتين، الأولى: انتخاب الهيئة، والثانية: الاستفتاء الشعبي مما يجعله أكثر قبولاً، وترسيخاً للقيم الديمقراطية مع صعوبة إنجازه، وفي كل الأحوال تظل الكلمة الفصل في موافقة الشعب على مشروع الدستور لتنطلق مرحلة التأسيس، والبناء على القواعد الحاكمة التي تضمنها الدستور الجديد الذي يتحمل فيها المواطن مسؤولية خياراته الدستورية.

وتجدر الملاحظة في هذا الصدد: إن العملية الدستورية في ليبيا بعد عام 2011م بموجب الإعلان الدستوري المؤقت جمعت بين الأسلوبين الأخيرين (الهيئة النيابية التأسيسية، والاستفتاء الشعبي) لإعداد صياغة مشروع الدستور الجديد للبلاد [5].

إن العلو المصدري للدستور أياً كان أسلوب نشأته، سواء عن طريق المنحة بإرادة الحاكم المنفردة فالعلو متحقق بمكانة مُصدِره كأعلى سلطة في الدولة، وإن كان دكتاتوراً متسلطاً تولى مقاليد الحكم بالقوة، أو كان المنشأ بتلاقي إرادة الملك مع الشعب في ظرف مّا، فطرفا العقد أوجدا علوه عن التشريعات العادية.

ناهيك عن وجود الدستور بالطرق الديمقراطية المتمثل في أسلوبي الهيئة النيابية التأسيسية، أو الاستفتاء اللذين يستندان لإرادة الشعب في إقرار الدستور فذاك المصدر الأسمى لقانون القوانين " الدستور " الذي يعلو به مصدرياً عن أي تشريعات تصدرها السلطات التشريعية، أو التنفيذية التي تظل في كل الأحوال سلطات مشتقة من الأصل الدستوري.

ثانياً: مبدأ العلو الموضوعي للدستور:

يعد المصدر المادي للقاعدة القانونية عامة المتمثل في موضوعها، ومضمونها المكون من عوامل اجتماعية، واقتصادية، وسياسية، وثقافية ... الخ. محل السمو الموضوعي للقواعد الدستورية، والتي يتحقق سموها في الدساتير كافة سواء كانت مكتوبة، أو عرفية جامدة، أو مرنة، إذ إن السمو الموضوعي يظهر في مضمون، وهدف القاعدة التي تعد أساس أي نشاط قانوني، والمصدر الأساسي لشرعية أعمال السلطات العامة في الدولة.

فالقاعدة الدستورية تستمد السمو الدستوري من طبيعة القواعد الدستورية الواردة في الدستور ذاته باعتبارها المنظمة للأساس القانوني داخل الدولة المحددة للإطار العام لشكل الدولة، ونظام الحكم، وفلسفته الاقتصادية، والسياسية، والاجتماعية، والثقافية، وتنشئ السلطات العامة، وتبين اختصاصاتها، وعلاقاتها ببعضها في إطار مبدأ الفصل بين السلطات، أو التعاون، والمرونة بينها، وتبيان حقوق الأفراد، وحرياتهم، وآلية ضمانها، والحفاظ عليها، والواجبات الملقاة على عاتقهم، فتكون بذلك حقوق، وواجبات متبادلة يجب ممارستها، واحترامها في هذا الإطار الدستوري.

إن طبيعة الموضوعات التي تعالجها القواعد الدستورية تختلف عن تلك التي تنظمها القوانين العادية، التي تكون مقيدة بأحكام، ومبادئ الدستور عند تنظيم علاقات الأفراد البينية، وبمؤسسات الدولة فيما لم يفصله الدستور. وذاك يرتب على مبدأ العلو الموضوعي للدستور نتيجتين أساسيتين:

- تأكيد وتوسيع مبدأ الشرعية بما يشمل كافة التصرفات الفردية، أو المؤسساتية أي التي يقوم بها الأفراد، أو سلطات الدولة، بحيث تكون القواعد القانونية النافذة بما لا يخالف النص الدستوري الحاكم لها، والذي يسمو عليها، وتستمد شرعيتها منه، فأي انحراف عن مسار تلك التشريعات الدستورية يجعلنا أمام الخروج عن مبدأ الشرعية بما يفقد تلكم التصرفات شرعيتها، وانعدامها أحياناً بينما في المقابل الالتزام بها يعزز مبدأ الشرعية، ويوسع نطاقها، ومداها.
- عدم جوازية التفويض في الاختصاصات الممنوحة للسلطات العامة بموجب الدستور، اذ على كل سلطة أن تمارس بذاتها الصلاحيات التي أنيطت بها وفق الإطار العام الذي حدده الدستور وبما يتفق مع أحكامه، وقواعده المنبثقة عن فلسفة، وغايات المجتمع، فعليه لا يمكن التفويض في الاختصاص إلا إذا أجازه الدستور في بعض الحالات خدمة للصالح العام [6].

وبالرغم من هاتين النتيجتين، وأهميتهما في النظام القانوني للدولة، يظل السمو الموضوعي يحتل مرتبة تالية للسمو الشكلي عند إعمال الرقابة على دستورية القوانين.

ثالثاً: مبدأ العلو الشكلي للدستور:

لا يتحقق العلو الشكلي إلا في الدساتير المكتوبة الجامدة الذي يتطلب تعديلها إجراءات خاصة، ومعقدة تختلف عن تلك الإجراءات المتبعة في إصدار، أو تعديل القوانين العادية.

وغالباً ما يشار في صلب الدستور المكتوب إلى شروط، وآلية، وضمانات تعديل الدستور بنصوص واضحة، وصريحة لا تقبل الاجتهاد في التأويل، والتفسير.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى: عدم وجود إجراءات موحدة بين دساتير العالم تؤدي إلى جمود الدستور، فتتبع الدول إجراءات مختلفة تجعل من دساتيرها جامدة، فقد ينص الدستور على ضرورة انعقاد المجلس التشريعي بنصاب معين، أو تشكل لجنة لإعداد التعديل قبل عرضه للتصويت، أو ينص عند التصويت على التعديلات الدستورية ضرورة الحصول على أغلبية موصوفة (ثلثين، أو ثلاثة أرباع)، أو

أن يعرض التعديل على استفتاء شعبي عام، أو يعرض على المجالس التشريعية المحلية في الدول الاتحادية، أو أن ينص على وجوب عرض مشروع التعديل من رئيس الدولة، أو عدد من النواب، أو يؤخذ رأي المحكمة الدستورية بالخصوص الخ[7].

إن جملة هذه الاشتراطات والآليات المختلفة من دستور إلى آخر هي التي تفرض صفة الجمود على الدستور بحكم تشددها عن تلك التي تتطلبها إجراءات تعديل القوانين العادية، فهذه الشروط غير الميسرة لتعديل النص الدستوري تظهر السمو الشكلي المحقق للسمو القانوني ذي الطابع الملزم، ويسري هذا السمو على جميع القواعد التي تحتويها الوثيقة الدستورية بصرف النظر عن موضوعها ومضمونها.

هذا وتتجه معظم دول العالم لجعل دساتيرها جامدة صعبة التعديل، إذ يرى فقه القانون الدستوري: إن جمود الدستور هو الذي يمنحه خاصيته الأساسية المتمثلة في سموه عن التشريعات العادية، وبالتالي فإن الضمانات في الدستور الجامد: هي الأكثر جدية في مواجهة الحكومة المدعومة من قبل الأغلبية البرلمانية من أن تتلاعب بنصوص الدستور، أو أن تبدل أحكامه إلا بإجراءات صعبة، ومعقدة ولو نسبياً [8].

إن أهم دور للعلو الشكلي للدستور أنه يشكل الحاجز الأساسي في وجه السلطة التشريعية من أن تسن قوانين تخرج عن قواعده، وتخالف أحكامه، وهذا الواقع ينبثق عنه تمايز ملموس ما بين القاعدة الدستورية، والتشريعات العادية [9].

ويجدر التأكيد هنا أن الدساتير المرنة لا تتمتع بالعلو الشكلي، ولا تثار الرقابة على دستورية القوانين عند مخالفتها؛ لأنها توضع وتعدل بذات الآلية التي يتم بها وضعها، وتعديل القوانين العادية داخل الدولة، وأنه عند سن تشريع عادي يخالف الدستور المرن يعد تعديلاً دستورياً وفقآ لقاعدة: النص اللاحق يلغي النص السابق عند تساوي درجة القواعد القانونية في السلم الهرمي للنظام القانوني للدولة.

هذا ويظل مبدأ علو الدستور مبدأً نظرياً ما لم تكن هناك آلية تكفل تطبيقه عملياً، وتحميه من تجاوزات السلطات، فهي ضرورة تمثلت في الرقابة على دستورية القانون.

الفرع الثاني: المدلول التأسيسي للرقابة على دستورية القوانين:

لقد أيقن الفقه القانوني أن مبدأ تسلسل القواعد القانونية كما تصورها الفقيه النمساوي: (هانز كلسن [10]) في شكل هرمي تتدرج فيه قواعد القانون في أغلبية النظم القانونية للدول، إذ لا يعتد به عملياً ما لم توجد رقابة دستورية على القوانين، لوضع حد نهائي لما يمكن تسميته: بالقوانين السياسية، أي إصدار التشريعات بما يتماشى، والأغلبية البرلمانية دون الاكتراث لوجود الدستور، وقواعده الآمرة النافذة [11].

ولعل التراث الإسلامي: يؤكد مبدأ التدرج في القواعد التشريعية بسؤال **الرسول الكريم ــ صلى الله عليه وسلم** ـ الصحابي الجليل **معاذ بن جبل** –**رضي الله عنه**–عندما أوفده إلى اليمن فأكد جوابه التسلسل التشريعي المصدري حيث سأله الرسول، ((إذا **عرض لك أمر فبماذا تحكم**)) قال: بكتاب الله، قال: ((فإن

لم يكن شيء في كتاب الله؟)) قال: فبسنة رسول الله، قال: **((فإن لم يكن شيء في سنة رسول الله؟))** قال: اجتهد رأيي ولا آلو، أي لا أقصر. وقد ورد أن الرسول- صلى **الله عليه وسلم**- قال بعد كلام معاذ: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله [12].

فهذا التقرير منه **ـ صلى الله عليه وسلم** ـ بمبدأ التدرج في مصدر الحكم، والتشريع تجسد فيما يعرف حديثا بمبدأ التدرج في القواعد القانونية، فكان القرآن الكريم الأعلى في السلم التشريعي (الدستور) تلته السنة المطهرة (التشريعات الفرعية) ثم اللوائح، والقرارات من السلطة التنفيذية بما لا يعارض الأدنى الأعلى، فهذا يعد المصدر التاريخي لأهم دعائم دولة القانون، والمؤسسات ألا وهو مبدأ تدرج القوانين كمبدأ عام في كل النظم القانونية الحديثة تكريساً لمبدأ علو الدستور على التشريعات الأخرى.

ولنا أن نستطرد في الوصف الفكري، والمفاهيمي من التراث الإسلامي في سياق الرقابة على دستورية القوانين بناءً على إقرار مبدأ التسلسل التشريعي في موقف آخر مع **أمير المؤمنين: عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ (رئيس الدولة الإسلامية آنذاك)** عندما قرر تحديد المهر: بدراهم معدودة باعتباره رأس السلطة التنفيذية، والمشرع فكان رد المرأة المسلمة بمثابة: رفع دعوى دستورية بمخالفة هذا التشريع الأدنى لنص قرآني دستوري ﴿ **وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا**﴾ [13]. فكان الحكم الفوري من الخليفة **عمر بن الخطاب- رضي الله عنه** – بقبول الدعوى شكلاً لتوافر (شرط الاختصاص، والمصلحة، والصفة)، وسرعة الفصل في الموضوع بتطبيق النص الدستوري القرآني، وإهمال التشريع الفرعي المخالف الصادر من الخليفة ولي الأمر والقاضي **عمر – رضي الله عنه** – بالحكم الصريح **(أصابت امرأة وأخطأ عمر)** فلا بطء في العدالة، ولا تعالي في الخطاب بل تقريراً صريحاً بما يعرف الآن بالرقابة على دستورية القوانين، وأنها دعوى عينية تقام عند تنازع القوانين فيفاضل القاضي بينهما فيطبق الأعلى، ويترك الأدنى التزاماً بمبدأ علو الدستور الذي يشكل أساس الرقابة على دستورية القوانين.

إن عدم احترام نصوص الدستور هو: إهدارٌ للشرعية التي تجد أساسها في الدستور باعتباره أصل كل عمل قانوني يمارس على إقليم الدولة كَوْنَهُ القانون الأعلى الذي يستند إليه النظام القانوني بأكمله، لذا لزم ترتيب جزاء على مخالفة أحكامه، وبطلان تلك التصرفات، واعتبارها كأن لم تكن بموجب إعمال رقابة دستورية القوانين بوصفها الحارس لمبدأ الشرعية الوطنية.

لقد واجه مبدأ الرقابة على دستورية القوانين اعتراضات لم تواجهها المبادئ القانونية التي ترتكز عليها دولة القانون، والمؤسسات، إذ عُدَّ إعماله تعدياً على القوانين التي تقرها البرلمانات المنتخبة ديمقراطيا من الشعب، وانتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات، ولعل ذلك يرجع إلى نظرة البعض إلى الدستور كقاعدة سياسية، لا علاقة لها بالنظام القانوني داخل الدولة، وأن أي هيئة تمارس رقابة كهذه ستؤثر سياسياً بشكل فعال فيما تتبناه الدولة من نظم قانونية حاكمة لمؤسساتها، ومؤطرة لفلسفتها في الحكم.

ولما كان الدستور هو الذي يضع الشكل القانوني للدولة، ويبين شكلها الاتحادي المركب، أو الموحد، وينشئ السلطات العامة في الدولة، ويحدد اختصاصاتها وحدود علاقاتها ببعضها، ويبين حقوق الأفراد، وحرياتهم الأساسية، وواجباتهم لذا كان من البداهة، والضرورة أن يكون للدستور المكانة الأسمى، والعليا في النظام القانوني للدولة، دون الحاجة إلى النص عليها في صلبه، ويرتب على ذلك نتائج متعددة.

- إن جميع القوانين يجب أن تكون خاضعة للدستور سواء من الناحية الشكلية، أو الموضوعية فالقوانين: يجب أن تصدر عن سلطة مختصة، وأن تتبع هذه السلطة عند إصدارها للقوانين كل الأصول الشكلية التي رسمها الدستور، وأن تكون متوافقة مع مضمون الدستور، ومحتواه، وأحكامه وإلا عُدَّتْ القوانين غير دستورية.
- إذا تعارض النص القانوني مع نص دستوري فإن النص الدستوري: هو الذي يطبق على الواقعة محل الدعوى، أو الامتناع عن تطبيقها.
- وجود اشتراطات خاصة لتعديل نصوص الدستور أكثر صرامة، وتعقيداً من تلك المتطلبة لتعديل التشريعات العادية، ليكون بذلك الدستور جامداً تثار مسألة الرقابة على دستورية القانون في ظل أحكامه [14].

وبناءً على ما ذكر: تبنت الدساتير الحديثة فكرة دستورية القوانين واتفقت على ضرورة وجود رقابة فاعلة على دستورية القوانين وإن اختلفت على كيفية تنظيمها، وأساليب عملها، لكن مع هذا يمكن حصرها في صورتين: (الرقابة عن طريق هيئة سياسية، أو الرقابة عن طريق هيئة قضائية).

أولاً: الرقابة السياسية على دستورية القوانين:

يرجع الفضل في تولي هيئة سياسية، الرقابة على دستورية القوانين إلى السياسي الفرنسي: (سايس)، الذي أقنع واضعي دستور السنة الثامنة للثورة الفرنسية بهذه الفكرة نظراً إلى السمعة السيئة التي كانت عليها المحاكم قبل الثورة، وتم بالفعل ترجمة ذلك بإنشاء ما أطلق عليه آنذاك (مجلس الشيوخ الحامي للدستور). الذي رغم الضمانات التي شرعت لاستقلاله لم يسلم من هيمنة السلطة التنفيذية، وبالرغم مما شاب تلك التجربة من إخفاقات استمرار الدساتير الفرنسية المتعاقبة على تبني هذا الأسلوب الرقابي بطريق هيئة سياسية يطلق عليها الآن: المجلس الدستوري [15].

ويتسم هذا النوع من الرقابة بأنه: ذو طابع رقابي تمارسه هيئة سياسية قبل صدور القانون اذ تحول دون إصداره من الجهة المختصة متى تحققت من مخالفته لنصوص الدستور، وبعد موافقة السلطة التشريعية كمشروع قانون، ويصبح عندئذٍ غير قابل للإصدار في التنفيذ.

هذا وفي الغالب ما تتشكل هذه الهيئة من أعضاء تختارهم السلطة التشريعية بالشراكة مع السلطة التنفيذية، وآخرون بقوة النص الدستوري.

إن أبرز الأمثلة القائمة للرقابة السياسية (المجلس الدستوري الفرنسي) المنشأ بموجب دستور عام 1958م الذي أُنيط به ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، ونصَّ على تشكيله على النحو التالي:

- أعضاء بقوة النص الدستوري يعملون مدى الحياة، ويسمون بالأعضاء حكماً لصفة سابقة اكتسبوها، وتشمل هذه الفئة: كل رؤساء الجمهورية السابقين للاستفادة من خبرتهم السياسية، وتجربتهم العملية في رئاسة البلاد، وتوليهم أعلى منصب سيادي دستوري في الدولة.
- أعضاء معينون. وعددهم (9) أعضاء لمدة (9) سنوات غير قابلة للتجديد، ويتم تجديد ثلثهم كل ثلاث سنوات، يتولى رئيس الدولة تعيين (3) منهم، ورئيس المجلس النيابي (3)، ورئيس مجلس الشيوخ (3)، ويعين رئيس الدولة رئيس المجلس من بينهم سواء المعينين، أو رؤساء الدولة السابقين وفق نص المادة (56) من الدستور الفرنسي 1958م.

وإن كان الواقع العملي يؤكد أن الاختيار يقع دائماً على الذين يعينهم رئيس الدولة كرئيس للمجلس الدستوري، ويكون له صوتٌ مرجحٌ إذا تساوت الأصوات.

ويتولى المجلس الدستوري صلاحية البت في مدى دستورية القوانين بناءً على طلب رئيس الدولة، أو رئيس أي من مجلسي النواب، أو الشيوخ، فالمجلس لا يملك التصدي التلقائي لهذه المهمة، ولا يجوز للمواطنين الطعن أمامه، لعدم دستورية القوانين؛ لأنها مازالت مشاريع قوانين غير نافذة وبالتالي غير ملزمين بها، ولا تطبق عليهم نصوصها مع احتمالية إهدار حقوق المواطنين المصانة بالدستور من قبل السلطة العامة.

وفي هذا الصدد نصت المادة (61) للدستور الفرنسي لعام 1958 على: وجوب عرض القوانين الأساسية على المجلس الدستوري قبل إصدارها، واللوائح البرلمانية قبل تطبيقها للنظر في دستوريتها، أي: مدى مطابقتها للدستور شكلاً، وموضوعاً.

ويمكن القول: أن النظام التشريعي في فرنسا الذي تتقاسمه السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية حيث تستحوذ الأخيرة على النصيب الأكبر في ميدان التشريع، ومع احتمالية نشوء النزاع بين السلطتين بتجاوز إحداها لصلاحياتها متعديةً على صلاحيات الأخرى، ولحسم هذا النزاع منح رئيس الدولة ورؤساء السلطة التشريعية مكنة الطعن أمام المجلس الدستوري في أي تجاوزٍ من إحداها، لحفظ التوازن بينها استناداً لمبدأ التوازن بين السلطات العامة، وبذا صار المجلس الدستوري أقرب ما يكون إلى جهازٍ للفصل بينها.

هذا وقد أتاح التعديل الدستوري الصادر في 29 – 1–1974 لعدد (60) عضواً من النواب، ومثلهم لمجلس الشيوخ الطعن أمام المجلس الدستوري للفصل في مدى مخالفة أي نصوص للدستور، أو القوانين الأساسية بما يمثل الرقابة الجوازية على دستورية القوانين أمام المجلس الدستوري [16].

وتجدر الإشارة إلى: إن جميع قرارات المجلس الدستوري غير قابلة للطعن بأي طريقة من طرق الطعن.

ولزم التنويه: أن تخرج من نطاق رقابة المجلس الدستوري بصورة نهائية القوانين التي تمت الموافقة عليها في استفتاء شعبي.

وبالرغم من تبني عديد الدول الرقابة السياسية على دستورية القوانين عن طريق هيئة سياسية تتولى الكشف عن موافقة، أو مخالفة مشاريع القوانين لأحكام الدستور الشكلية والموضوعية لكن يبدو إنها غير فعالة، أو ذات أثر للمواطنين مما جعلها محل نقد الفقه الدستوري، ومرد ذلك لأسباب متعددة [17]:

- صعوبة توفر الحيدة والنزاهة اللازمتين في الهيئة السياسية تؤهلها للحكم على مطابقة القوانين للدستور، أو مخالفته دون تأثرها بالتوجهات السياسية، أو الانتماءات الحزبية لأعضائها، ولاستقلاليتهم تجاه السلطة التي تم تعيينهم بواسطتها.
- عدم توافر التأهيل القانوني، والخبرة القانونية العملية لدى أعضاء الهيئة السياسية تمكنهم من ممارسة رقابة دستورية القوانين رقابة فاعلة لغلبة الطابع القانوني لها على الطابع السياسي.
- إن جعل بعض الدساتير إحالة مشروع القانون إلى الهيئة السياسية (مجلس الدستور الفرنسي)، مسألة وجوبية تفرض على السلطة التشريعية إحالته للمجلس للبث فيه في وقت محدد يجعل من السلطة الدستورية في الواقع العمل جزءاً من السلطة التشريعية مما يفقدها قدراً كبيراً من الجدية، والمصداقية.

إن فكرة الرقابة السياسية على دستورية القوانين كانت ومازالت محل نقدٍ مما جعل النظم القانونية الداخلية تبحث عن بديل لها، فولت وجهها شطر الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

ثانياً: الرقابة القضائية على دستورية القوانين:

قد نشأ أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، وقد ظهر نتاج الاجتهاد القضائي للمحكمة الاتحادية العليا، وتبنته العديد من النظم القانونية، والسياسية كنهج أساسي لممارسة الرقابة القضائية التي ترمز إلى وصف الهيئة التي تباشرها، إذ تمارس هذه الرقابة من قبل هيئات قضائية سواءً كانت المحاكم العادية، أو المحكمة العليا، أو محاكم خاصة تنشأ لهذا الغرض تنحصر مهمتها في الرقابة على دستورية القوانين تسمى المحاكم الدستورية.

وبذا فقد تولى القضاء مهمة فحص القوانين العادية، واللوائح للتحقق من عدم مخالفتها لأحكام الدستور، ومقاصده نظراً لنزاهة القضاء، واستقلاله عن السلطة التشريعية، والتنفيذية، وضمان شفافية عمله التي تتجلى في أصول المحاكمات (حرية تامة في المناقشة، وتبادل الأدلة، والحجج، وعلانية الجلسات، وتسبيب الأحكام القضائية، وضمان حق الدفاع ...) ناهيك عن التكوين القانوني لرجالاته، وتعودهم عن البحث في المخالفات المرتكبة ضد القواعد القانونية النافذة، وتكييفها من الناحية القانونية، فذاك كله وغيره مما لم نذكر يجعل جهة القضاء أكثر مهنية، وحيادية، وشفافية في أداء مهمة الرقابة على دستورية القوانين، وفرض سيادة الدستور.

ولكن رغم مما حققته الرقابة على دستورية القوانين، وما تتميز به إلا إن جانباً من الفقه الدستوري اعترض عليها كفكرة، وآلية رقابة ضامنة للحقوق، والحريات موجهاً سهام النقد إليها في جوانب متعددة.

إن إعمال الرقابة القضائية على دستورية القوانين يعد تدخلاً من السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية بما يشكل اعتداءً على مبدأ الفصل بين السلطات، وإن كان الواقع يقر بعدم وجود فصل تام بين السلطات العامة حتى في الأنظمة الرئاسية الأشد تطرفاً، ونهجاً في ذلك، ولو على مستوى النص لكن لابد من وجود تعاون، وتكامل بين تلكم السلطات في الدولة لتحقيق أهداف المجتمع العليا، ناهيك على أن احترام السلطة التشريعية لأحكام الدستور، والالتزام بمقتضاها لن يضيرها بعد ذلك رقابة القضاء على دستورية القوانين.

فالقضاء عند ممارسته لهذه الرقابة لم يخرج عن وظيفته الأصلية ألا وهي تطبيق القانون التي كلف بها من الشعب بمقتضى أحكام الدستور المعبر عن إرادته، وأهدافه، وفلسفة المجتمع، وبالتالي فهو يفاضل بين نصين متعارضين أحدهما: دستوري، والآخر: عادي فوجب عليه تطبيق الأول؛ لأنه الأسمى، واستبعاد الثاني الأدنى وهو بذلك يطبق إرادة الأمة العليا، وسيادتها المتمثلة في أحكام الدستور.

إن القضاء بذلك لا يقوّم القوانين نافعة، أو ضارة، مناسبة، أو غير مناسبة، عادلة، أو ظالمة، وإنما يتحقق من جهة واحدة وهو: مدى توافق النصوص القانونية مع النصوص الدستورية شكلاً، ومضموناً، وإذا تبين له مخالفته طبق النص الدستوري، واستبعد النص العادي دون أي افتئات على السلطة التشريعية من السلطة القضائية.

إن الرقابة الدستورية التي يتولاها القضاء تعد رقابة ذات طبيعة قانونية محضة، وتدخل في صلب الوظيفة القضائية دون اعتبار للآثار السياسية التي تترتب عليها تبدأ من النصوص التشريعية محل الطعن بعدم الدستورية للوقوف على كنهها، ومعناها مقابل تحديد المعني الذي قصده المشرع الدستوري في نص معين للوقوف على المخالفة الدستورية من عدمها.

إن عملية تفسير النصوص الدستورية غاية في الدقة لما تحتاجه من إدراك المعنى العام للنص الدستوري المراد تفسيره مع مراعاة روح، وأحكام الدستور، ومقاصده، وفلسفة النظام القائم، وبالتالي يحتاج المفسر إلى مهارة، وخبرة عملية، وعلمية في مجال الفقه، والقضاء الدستوري.

وإذا كان السواد الأعظم من النظم القانونية تبنت فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وترجمتها في أسلوب رقابي، إلا إنها اختلفت في تنظيمه، وآلية تطبيقها، وكان الأسلوبان الأبرزان الأول: عن طريق الدعوى الأصلية (رقابة الإلغاء)، والثاني: عن طريق الدفع الفرعي (رقابة الامتناع)، ناهيك عن بعض الأساليب الأخرى.

1-رقابة الإلغاء بطريقة الدعوى الأصلية:

تُعبِر الدعوى الأصلية عن الدعوى الذي يرفعها صاحب المصلحة أمام المحكمة المختصة ابتداءً، وبصورة منفصلة تماماً عن أي نزاعٍ آخر مطالباً فيها الحكم: بإلغاء قانون محدد بصفة رسمية، وبطريقة مباشرة لمخالفته لأحكام الدستور النافذ، وهي بالتالي: دعوى عينية توجه فيها الخصومة للقوانين المطعون عليها بعيب دستوري، وتلزم المحكمة بإلغائها إذا تحققت من عدم دستوريتها، ويكتسب الحكم الصادر بشأنها حجية مطلقة على الكافة.

فالحكم الصادر في الدعوى الدستورية: يحسم النزاع بصفة نهائية، ولا يجوز إثارته مرة أخرى أمام القضاء فيصير والعدم سواء، لذا استلزم الأمر لخطورته، واقتضى إسناد ولاية نظرها إلى: محكمة قضائية عليا كما هو الحال في (سويسرا، ليبيا ...)، أو محكمة دستورية خاصة، كما في مصر بموجب دستور 1971، وما تبناه الدستور الليبي عام 2017م، ولعلَّ ميزة إسناد تلكم الدعوى إلى هاتين المحكمتين العليا، أو الدستورية يجنب البلد تناقض الأحكام، ويحافظ على وحدتها، ويكرس عدالة القضاء.

وتجدر الإشارة إلى: إن المحكمة المختصة بنظر الطعون الدستورية لا تتصدى من تلقاء نفسها، وإنما لابد من رفع الدعوى أمامها لمعرفة صاحب الصفة، أو المصلحة وفقاً لأصول المحاكمات المقررة في هذا الشأن، وبالتالي يشترط في رافع الدعوى: أن يكون القانون محل الطعن قد مس حقاً، أو مصلحةً مباشرةً له، وهو ما نصَّ عليه الدستور الأمريكي بشكل صريح كشرطٍ لقبول الدعوى. وإن خالف ذلك الدستور السويسري لعام 1874م الذي يجيز المصلحة الاحتمالية، فلا ينتظر رافع الدعوى حتى يتم تطبيق القانون عليه لرفع دعواه [18].

بينما حظر الدستور التركي لعام 1961م على الأفراد ممارسة حق الطعن الدستوري.

هذا وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية في مصر على: أن الطعن في دستوريه القوانين ليست من قبيل دعاوي الحسبة [19].

وسار على ذات النهج قضاء المحكمة العليا الليبية بإقراره: ضرورة توافر شرط المصلحة، فحكم في الطعن الدستوري رقم (13-60) ق بعدم قبول الطعن لانتفاء شرط المصلحة [20].

لكن الباحث يعد الطعون الدستورية من قبيل دعاوى الحسبة، لأن الالتزام بالنص الدستوري مصلحةٌ لكل مواطن، سيما إذا كان الدستور مُقَرٌ في استفتاء شعبيّ، أو بطريق هيئةٍ منتخبة مباشرةً من الشعب، فهو بذلك يعبر عن إرادة، وغايات المواطنين كافة، ناهيك عن كون ممارستهم لحق الطعن الدستوري يرسّخ: مبدأ علو الدستور الذي يعد أساس الرقابة الدستورية، ويردع السلطة التشريعية من سن أي قوانين مخالفة لأحكام الدستور.

ويمكن لنا أن نسند هذا الرأي بأنه: إذا كانت القوانين التي تمت الموافقة عليها في استفتاء شعبي تخرج بصورةٍ نهائية من نطاق رقابة المجلس الدستوري الفرنسي [21]، فمن باب أولى اعتبار الطعون الدستورية من قبيل دعاوى الحسبة استناداً إلى مبدأ العلو المصدري للدستور المستفتى عليه [22].

أما من حيث التوقيت، فإن الرقابة بطريق الدعوى الأصلية قد تكون رقابة سابقة على صدور القانون، أو لاحقة له.

أ. الرقابة السابقة على صدور التشريع:

تمارس هذه الرقابة في توقيت سابق على صدور القانون، أي: أثناء مرحلة التكوين إذ لايزال مشروع قانون، وذلك عن طريق الاعتراض عليه أثناء عرضه على السلطة التشريعية، أو أن القانون قد أقر بالتصويت في البرلمان، ولم يحظَ بالإصدار.

إذ يتولى عادةً رئيس الدولة، أو الحكومة متى ارتأى لأحدهما أن قانوناً مّا غير دستوري أقره البرلمان، فيطلب: إحالته للمحكمة المختصة خلال فترة محددة للنظر في دستوريته، وعلى المحكمة الفصل في القضية في زمن محدد حتى لا يبقى الموضوع معلقاً، ويكون الحكم الصادر من المحكمة بالخصوص محدداً لمصير مشروع القانون نفاذاً، أو إلغاءً.

فإذا قضت المحكمة: بدستوريته وجب استكمال إجراءات إصداره ليصير قانوناً نافذاً ملزماً للمخاطبين بأحكامه، وإذا قضت: بعدم دستوريته، امتنع رئيس الدولة عن التصديق عليه، وإصداره.

وقد يعاد للسلطة التشريعية لتعديله على نحو يطابق أحكام الدستور، ومقاصده، فيصبح بعدها: موافقاً له شكلاً ،ومضموناً ليتسنى بذلك إصداره ونفاذه لاحقاً.

ب. الرقابة اللاحقة لصدور التشريع:

تعني: أن يقام الطعن في عدم دستورية قانون مّا بعد أن يستكمل إجراءاته كافةً، فيصدر، ويصير نافذاً، وملزماً للمخاطبين بأحكامه، فتتصدى المحكمة المنوط بها الاختصاص الرقابي الدستوري عن طريق: دعوى يقيمها صاحب المصلحة أمامها، فتتحقق من مخالفته للدستور، فتقضي: بعدم دستوريته، واعتباره كأن لم يكن، فيصير، والعدم سواء، ويحوز هذا الحكم: الحجية المطلقة في مواجهة كافة السلطات، والأفراد.

وقد يترتب على انعدام القانون بحكم قضائي دستوري بأسلوب الدعوى الأصلية الدخول في مواجهة مع السلطة التشريعية التي قد تراه تدخلاً في اختصاصها التشريعي، ويدفعها إلى اتخاد إجراءات مقابلة بالخصوص، ولعل ما يشهد بذلك ما حدث بين مجلس النواب الليبي، والمحكمة العليا في إلغاء بعض التعديلات التي حدثت على قانون نظام القضاء.

إلا إن الحقيقة التي تخفف من حدة ردة الفعل المتوقعة من السلطة التشريعية: إن المحاكم التي تمارس الرقابة الدستورية تنظمها الدساتير، وتبين آلية تشكيلها، وكيفية أدائها لدورها المنوط بها الذي وجدت من

أجله بغية ترسيخ قواعد الديمقراطية، وتعزيز الشرعية الدستورية باحترام أحكام الدستور، وأهداف المجتمع العليا التي ينظمها، وردع كل خروج على نصوصه.

2 . رقابة الامتناع بطريق الدفع الفرعي:

تعد رقابة الامتناع: من صميم اختصاص المحاكم كافة، تمارسها دون الحاجة لنص دستوري صريح بمناسبة النظر في الدعاوى المرفوعة أمامها، التي يمنحها القانون حق الفصل فيها فهي الأسلوب الأقدم في الرقابة القضائية على دستورية القوانين، والأوسع نطاقاً من حيث الممارسة.

إن هذا النوع من الرقابة يفترض وجود نزاعٍ قائمٍ مطروحاً أمام المحكمة أياً كان نوعه (مدنياً، أو جنائياً، أو إدارياً)، فيدفع أحد أطراف الخصومة بأن القانون المراد تطبيقه على الواقعة محل النظر أمام محكمة الموضوع بأنه قانونٌ مشوبٌ بعدم الدستورية، فهو بذلك: لا يحتاج إلى رفع دعوى أصلية مباشرة ضد ذاك القانون، وإنما يكتفي بدفعٍ فرعيٍ بعدم دستوريته؛ لتمتنع المحكمة عن تطبيقه إذا اقتنعت بجدية الدفع، وصوابه، وسلامته من الناحية القانونية.

وحال توصل قاضي الموضوع بعد البحث، والتمحيص إلى حقيقة: مخالفة القانون موضوع الدفع بعدم دستوريته، يمتنع عن تطبيقه في القضية المطروحة، دون أن تكون له أحقية في إلغائه، ويبقى القانون نافذاً، قد تطبقه محكمة أخرى على نزاع لم يدفع بعدم دستوريته، ناهيك عن تطبيقه من قبل المحكمة ذاتها التي دفع أمامها دفعاً فرعياً لما تبين لها أن القانون لا يخالف نصوص الدستور النافذ في قضية أخرى منظورة أمامها أي عدلت عن رأيها السابق.

ويظل الحكم الصادر من قاضي الموضوع: بالامتناع عن تطبيق القانون، ذا حجيةٍ نسبيةٍ أثرها محدود يقتصر على النزاع موضوع الحكم، ويبقى ممكن التطبيق على الحالات الفردية الأخرى.

وللمحكمة ذاتها مصدرة الحكم بعدم الدستورية في نزاعٍ معين أن تعدل عن رأيها السابق، وتقرر دستوريته في نزاعٍ آخر محل نظر أمامها فيظل بذلك القانون قائماً مالم يلغ بآخر لاحقٍ له.

لكن القول: بإن الحكم لا يقيد إلا محكمة الموضوع، وتسري آثاره على غيرها من المحاكم الأدنى، ومن باب أولى الأعلى، بل لا يقيد المحكمة ذاتها في القضايا الأخرى، إلا إن هذا الوضع يختلف مع النظم القانونية التي تأخذ بنظام السوابق القضائية ذات الجذور الانجلو سكسونية، فإن امتناع المحكمة عن تطبيق قانون مّا يقيد بالضرورة المحكمة، والمحاكم الأخرى الأدنى منها درجة في السلم القضائي.

إن رقابة الامتناع بطريقة الدفع الفرعي لا تركز في يد المحكمة الدستورية، أو المحكمة العليا بل تمارسها كل المحاكم بمختلف درجاتها بمناسبة القضايا التي تنظرها بناء على دفع أحد أطراف الخصومة، أو عن طريق تصدي محكمة الموضوع ذاتها للقانون المطعون في دستوريته.

وبالتالي يتسم هذا الأسلوب بالمرونة، والاتساع في العملية الرقابية على دستورية القوانين، ولا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات فلا اعتداء على سلطة البرلمان، وإنما يمارس القضاة صميم عملهم القضائي

في تطبيق القانون الأعلى حال منازعته من القانون الأدنى رغم ما يترتب على ذلك من تضارب في الأحكام الصادرة من المحاكم المختلفة، أو حتى ذات المحكمة في القضايا المتشابهة لاختلاف الفهم، والتفسير لقضاة الموضوع، والنهج القانوني الذي يتبعه كل منهم في تكوين عقيدته، ورأيه قبل إصدار الأحكام.

لعلنا نختم القول في هذا الصدد: إن منع محكمة الموضوع ممارسة رقابة الامتناع من تلقاء نفسها بحجة عدم إضافة طريقٍ ثالث للطريقين اللذين نص عليهما المشرع وفق ما تبنته المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم (1 / 46 ق، جلسة 19 / 5 /1373 و. ر 2005م). وهو رأيٌ في نظر الباحث: إنه مجانب للصواب، لأن القاضي مطالبٌ باحترام الدستور ابتداءً من القسم الذي أداه عند توليه وظيفته، فكيف يقبل مخالفته بتطبيق قانونٍ اقتنع بعدم دستوريته، وإن لم يدفع به أحد أطراف الدعوى مخالفاً بذلك قيمة العدل التي هو مطالبٌ بالحكم وفق مبادئها، وامتثالاً: **لقول الله ـ تعالى ـ: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾** [23]، فالعدل: أحد أهداف القانون **(الأمن القانوني ــ العدل ــ التقدم الاجتماعي)** مما يجعله ناكراً للعدالة التي استقرت في ضميره ، ناهيك: امتناعه عن تطبيق قانون غير دستوري، لا يعني: إلغاؤه، بل إحالته إلى المحكمة المختصة للفصل في ذلك والتزامه لاحقاً بما تقضي به بحكم اختصاصها، وتخصص قضاتها الذين يفترض فيهم الخبرة في القضايا الدستورية، وأقدمية العمل مقارنة بقاضي الموضوع، ولعل ما ننهي به هذا الرأي أنه كما سلف بيانه، إن الدعاوى الدستورية دعاوى عينية [24] تختصم النص القانوني، لا أطراف الدعوى، أو الخصوم مما يجعل القاضي بمنأى عن أي شبهة تحيز، أو أسباب تنحٍ.

وذاك كله في رأي الباحث يشجع القاضي، ويفرض عليه التصدي لها من تلقاء نفسه حتى لو لم يدفع بذلك أحد الخصوم أسوةً بما تقوم به المحكمة العليا عندما يتعلق دفع مّا في دعاوى الإلغاء بعيبٍ مرتبط بالنظام العام، عليه فالأولى بقاضي الموضوع القيام به، إذ أن النص الدستوري أسمى، والأجدر بالتطبيق عند مخالفته من أي عيبٍ في القرار الإداري، الذي غالباً ما يمس مركزاً قانونياً شخصياً، وإن تعلق بالنظام العام.

ثالثاً: الرقابة الدستورية عن طريق أوامر المنع، والأحكام التقريرية:

أخذ نظام القضاء الأمريكي بصورتين أخريين للرقابة على دستورية القوانين تمثلتا في أوامر المنع، والأحكام التقريرية [25].

1- أوامر المنع:

تم اللجوء إلى أوامر المنع عام 1924م، وهو: إجراء يسمح لأحد الأفراد بالطعن على تشريع مّا قبل تطبيقه عليه استناداً إلى عدم دستوريته وذلك تجنباً لضرر قد يلحق به من جرّاء ذلك عن طريق الطلب من القضاء: إصدار أمرٍ قضائيٍ يوقف ذلك التشريع لعدم دستوريته، فإذا تبين صحة ذلك الطلب بعد

التحقق من عدم دستورية التشريع موضوع الطلب فَيَصْدُر أمراً قضائياً بالامتناع عن تنفيذه، وإذا كان هذا القانون قد نفذ فيصدر أمر قضائي من القاضي المختص للموظف المختص بإجابة طلب من صدر هذا الأمر لمصلحته، وتجدر الإشارة هنا: إن سلطة إصدار هذه الأوامر مقررة لجميع المحاكم على اختلاف أنواعها، ودرجاتها.

2- الأحكام التقريرية:

ابتدع نظام القضاء الأمريكي عام 1918م، صورةً للرقابة الدستورية تتجلى صورتها: عند رفض أحد الأفراد تطبيق قانون مّا عليه بحجة عدم الدستورية، فيتقدم بطلب إصدار حكم يقرر ما إذا كان القانون دستورياً، أو غير دستوري، فيوقف بذلك تطبيق القانون على هذا الشخص من قبل الجهة المعنية بتطبيقه لحين صدور الحكم في هذه الدعوى.

الخاتمة

من خلال تناول مجموعة الإشكاليات التي أثيرت في المقدمة بالنقاش والتحليل المعرفي توصلنا إلى النتائج التالية: -

1. إن مبدأ علو وسمو الدستور أهم خصائص النص الدستوري الجامد، مع تعدد مظاهر السمو (المصدري، والموضوعي، والشكلي).
2. إن الأساس المصدري لعلو الدستور يستند على: إرادة الحاكم في مراحله الأولى، ثم انتقل إلى إرادة الشعب مع انتشار الوعي الديمقراطي للمواطنين، مما يؤكد ارتباط أساليب نشأة الدساتير بالبيئة الحياتية التي ظهرت فيها.
3. إن مبدأ علو الدستور يعد أحد مميزات دولة القانون لا ينفك عنها، ناتجاً بصورة حكمية من كونه القاعدة الأساسية التي يتركز عليها بنيان دولة فصار من المبادئ العامة المسلّم بها دستورياً.
4. يستند مبدأ علو الدستور على: مبدأ التدرج في القوانين الذي يمايز بينها طبيعة موضوعها فتتصف قواعد أعلى، وأخرى أدنى يبرز اختلاف سنّهَا، وإصدارها، وآلية تعديلها فيفرض التزاماً قاعدياً تجاه الهرم مضموناً، وشكلاً.
5. أسس مبدأ علو الدستور لرقابة دستورية (سياسية، قضائية) لضمان الالتزام بالنص الدستوري شكلاً، وموضوعاً بعدم إصدار -رقابة سابقة - أو إلغاء- رقابة لاحقة- كل ما يخالفه من تشريعات من قبل المحاكم المختصة (العليا، أو الدستورية)، أو الامتناع عن تطبيقها من قبل محكمة الموضوع.
6. إن التراث الإسلامي: عرف مبدأ التدرج، أو التسلسل في القواعد التشريعية، ورتب عليها مبدأ علو التشريعات الدستورية بشكل يختلف عن النظم الحديثة لكن يشكل أصلها التاريخي من الناحية الفكرية.

7. أوصي قاضي الموضوع بتحريك الدعوى الدستورية من تلقاء نفسه متى اقتنع بعدم دستورية القانون الذي قد يطبقه على واقعة محل نزاع منظورةً أمامه وإن لم يدفع به الخصوم، لأنه مطالب بتحقيق العدل الذي يقره النص الدستوري لا تطبيق النص الحرفي للقوانين المخالفة له.
8. يقترح الباحثُ على المحكمة العليا الليبية العدول عن شرط المصلحة في الطعون الدستورية، واعتبارها من دعاوى الحسبة.

الهوامش

1- يونس، منصور ميلاد، القانون الدستوري والنظم السياسية، النظرية العامة للدولة، الكتاب الأول، دار الكتب الوطنية، بنغازي، الطبعة الأولى. 2008 ص 4 – 5 .

2- يونس، منصور ميلاد، القانون الدستوري، والنظم السياسية – طرق ممارسة السلطة (أنواع الحكومات) النظرية العامة للدستور الجزء الثاني – دار الكتب الوطنية –بنغازي – الطبعة السادسة 2022 – ص 136.

3- المرجع السابق – ص 140.

4- المادة (30) من الإعلان الدستوري الليبي المؤقت 2011/8/3 م.

5-المرجع السابق.

6- حجازي، محمد السيد صالح ، الرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية – دراسة تأصيلية مقارنة – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2021 ص 23. د. ايمن عاطف صليبا – دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون – المؤسسة الحديثة للكتاب – طرابلس – لبنان – 2002 ص: 7.

7-المادة (195) من مشروع الدستور الليبي سنة 2017م حيث تنص الفقرة (5) في حالة الموافقة على التعديل يعرض رئيس الجمهورية الأمر على المحكمة الدستورية لرقابة صحة الاجراء، وجواز طلب التعديل خلال مدة لا تتجاوز (15) يوماً.

8- المهذبي، ميلود، أبو خزام، إبراهيم، الوجيز في القانون الدستوري، دراسة تحليلية في النظرية العامة في فلسفة القانون الدستوري –الكتاب الأول – مكتبة طرابلس العلمية العالمية – طرابلس – الطبعة الأولى 1996م ص 263.

9- صليبيا، أيمن عاطف – مرجع سبق ذكره ص:81 .

10- كلسن، النمساوي هانز (1881 – 1973) الذي ولد في مدينة براغ، درس القانون في جامعة فيينا وعين فيها عام 1917 أستاذا للقانون العام وفلسفة القانون، وعين 1921 مقرراً في المحكمة الدستورية النمساوية ثمّ رحل عام 1940 الى الولايات المتحدة حيث درس في جامعة هارفورد ثم جامعة بيركلي –

كاليفورنيا، واشتهر بالنظرية البحثة او الخالصة في القانون. – سعيد بوعلي – فلسفة القانون – دار بلقيس – دار البيضاء – الجزائر 2017م ص 28.

11- صليبيا، ايمن عاطف، مرجع سبق ذكره ص 90.

12- زبيدة، محمد علي الهادي، مدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ،2020 م، ص 82،83.

13-سورة النساء – الآية رقم (20).

14- الزائدي، محمد فرج – مذكرات في النظرية العامة في القانون الدستوري – دار مكتبة بن حمودة للنشر والتوزيع – زليتن – الطبعة الأولى2017م ص 24.

المهذبي، ميلود، أبو خزام، إبراهيم، مرجع سبق ذكره ص 278.

15- المهذبي، ميلود، أبو خزام، إبراهيم، مرجع سبق ذكره ص: 280.

16-د. محمد السيد صالح – مرجع سبق ذكره ص:85 .

17- حجازي، محمد فرج الزائدي، مرجع سبق ذكره ص 25 ، المهذبي، ميلود، أبوخزام، إبراهيم، مرجع سبق ذكره ص 282

18- حجازي، محمد السيد صالح، مرجع سبق ذكره ص 35 .

19-المرجع السابق ص 36 .

20-حكم المحكمة العليا الليبية بتاريخ 8 شعبان 1444هـ بتاريخ 28-02-2023م.

21-انظر (ص 11) من هذا البحث.

22-انظر (ص 2-4) من هذا البحث.

23-سورة النساء الآية (57).

24-انظر ص 13 من هذا البحث.

25- المهذبي، ميلود، ، أبو خزام، إبراهيم، مرجع سابق ذكره، ص 290.

26- حجازي، محمد السيد صالح، مرجع سبق ذكره، ص39-40. يونس، منصور ميلاد، القانون الدستوري والنظم السياسية، النظرية العامة للدستور، الجزء الثاني، ص234-235.