وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية –تخصص: شريعة وقانون.

إعداد الطالبة:

روان وفاء

إشراف

د/ مصيطفى محمد السعيد

السنة الجامعية:

1440/1441هـ، 2019 /2020م

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

أهدي ثمرة مجهودي العلمي الذي أنويه خالصا لوجه الله تعالى إلى مهجة روحي ونبع الحنان والأمل كساك الله ثوب العافية أمي الغالية

ثم إلى فخري وقدوتي واعتزازي أبي الغالي الحاج النية روان

ثم إلى من جعله الله سكنا لي زوجي بشير بلعمري ثم إلى الشموع التي تنير حياتي إخوتي الأعزاء محي الدين،سلمى،حفصة،إبتهال، نجاة، محمد الأمين

ثم إلى كبدي التي تمشي على الأرض محمد عبد المنعم وعبد الوهاب وعبد الكريم

ثم إلى حمامي وحماتي حفظهما الله ورعاهما

وأهديه إلى روح خالتي الطاهرة الغالية رحمك الله واسكنك فسيح جناته

شكر وعرفان

الحمد لله السميع العليم ذي العزة والفضل العظيم والصلاة والسلام على المصطفى الهادي الكريم وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

مصدقا لقوله تعالى:﴿ لَئِن شَكَرْتُمْ لأَزِيدَنَّكُمْ ﴾ أشكر الله العلي القدير الذي أنار لي درب العلم والمعرفة وأعانني على إتمام هذا العمل.

كما أتقدم بالشكر والإمتنان للدكتور مصيطفى محمد السعيد لقبوله الإشراف على هذه الدراسة والذي لم يبخل في تقديم النصيحة والتوجيه لي طيلة إجراء هذه الدراسة من خلال إرشاداته القيمة وتوجيهاته في كل خطوات البحث .

وبهذه المناسبة لا يفوتني أن أسدي الشكر والإمتنان إلى أساتذتي الأفاضل بكلية العلوم الإسلامية الذين ساهموا بتوجيهاتهم ونصائحهم. والشكر موصول إلى عائلتي و إلى كل من مدّ لي يد العون من قريب أو بعيد وساعدني على إنجاز هذا العمل بتعاونهم وتشجيعهم لي.

مقدمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ثم الصلاة والسلام على النبي المصطفى سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة والتسليم أما بعد:

الإنسان مدني بطبعه كما أورد ذلك ابن خلدون في مقدمته الشهيرة فهو يعيش في مجتمع، ويبني علاقات مع الآخرين سواء أكانوا أفرادا أم جماعات أم دولا مستقلة، ولذلك لابد من وجود شكل تنظيمي، أو قانون معين للحكم بين الناس ولتنظيم هذه العلاقات المتداخلة والمتشابكة بين البشر، وبيان أطر الحقوق والواجبات، ومن هنا جاءت فكرة وضع دستور ينظم كافة نواحي الحياة في المجتمعات الحديثة. والدستور عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تحدد شكل الدولة وتنظم السلطات المختلفة فيها والعلاقات بينها.

وقد ارتبط مفهوم الدستور تاريخيا بالمبادئ التي تبين السلطات العامة في الدولة وعلاقاتها المتبادلة وكذا حقوق وحريات الأفراد المقررة في ظل نظام نيابي حر، وحيث أن الدستور وحده لا يكفي لسدّ حاجة البشر لجموده واحتوائه على مواد عامة لا تستجيب للتغييرات واحتياجات الحياة بسهولة كان لابد من سن القوانين واللوائح التي تفصل في مواد الدستور وفقراته لتواكب المستجدات.

ولتفادي التداخل عمل السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية وما قد يسببه ذلك من تجاوزات ومخالفات وتعارض مع نصوص الدستور استحذ مبدأ الفصل بين هذه السلطات حتى تمارس كل سلطة عملها بحرية تحت سلطة الدستور الذي ينظم هذه العلاقات، ويبدو أن هذا الفصل وحده لم يكن كافيا تماما فكان لابد من وجود رقابة على دستورية القوانين التي تم استخدامها لرؤية مدى ملائمة وموافقة القوانين للدستور الأعلى والأسمى، ولذا أنشئت في أغلب الدول الدستورية هيئة للرقابة على دستورية القوانين تقوم على حراسة الدستور وعدم مخالفته.

وقد كانت هذه الهيئة من أهم الوسائل لتحقيق العدالة، وتستطيع بموجب اختصاصاتها أن تردع السلطة التشريعية عند استعمال سلطتها لسن القوانين وعدم خروج هذه القوانين واللوائح على أحكام الدستور، ومن هنا كان اختيارنا لهذا البحث الذي وسمته بـ: القضاء الدستوري بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي.

أسباب اختيار الموضوع: دفعني للاختيار هذا الموضوع جملة أسباب، أهمها:

الأسباب الذاتية:

. الرغبة الملحة في البحث في الموضوع القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي.

. محاولة فهم معنى القضاء الدستوري ومن قبل من يتم ومن هي الجهات المسؤولة عن تقييم الدستور في التشريع الإسلامي وكذا في القانون الوضعي.

الأسباب الموضوعية:

. أهمية موضوع الرقابة على دستورية القوانين باعتبارها ضمانا لحماية الحقوق والحريات وكذا ضمانا لحماية سمو الدستور.

. ومن الأسباب القوية لاختيار الموضوع الوقوف على حقيقة تجذر وأصالة القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي.

أهمية الموضوع: نظرا للاعتبارات السابقة تكتسي الدراسة ميزة وأهمية بالغة في ما يلي:

- ✓ إن الرقابة على دستورية القوانين تعد وسيلة هامة وضمانة كبيرة لحماية الحقوق والحريات العامة وبالتالي فإن أي خلل في تطبيقها قد يعرض الأفراد إلى ضياع حقوقهم وكذا الالتباس في أداء واجباتهم.
- ✓ كما أن الرقابة الدستورية تكفل مبدأ سمو الدستور وعدم إصدار أي نصوص تخالفه

إشكالية البحث: بناء على ما سبق توصيحه، يرمي هذا البحث للإجابة عن إشكالية تتمحور بالأساس في السؤال التالي:

. ما مدى فعالية الرقابة على دستورية القوانين في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي كضمانة لسمو الدستور؟

ومحاولة منا للإجابة على هذه الإشكالية كان لابد لنا من الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية:

ما المقصود بالقضاء الدستوري؟ وماهي نماذجه وصوره ومشروعيته في التشريع الإسلامي؟

وكذا ما مدى فاعليته في القانون الوضعي؟ وماهي طبيعته القانونية؟

أهداف الموضوع: تهدف هذه الدراسة بالدرجة الأولى إلى بحث نظم الرقابة على دستورية القوانين وطبيعتها، ويتفرع من هذا الهدف الرئيس عدة أهداف أهمها:

- ✓ بحث الرقابة على دستورية القوانين في الأنظمة العالمية ودراستها.
- ✓ نشأة الرقابة على دستورية القوانين في قانون الجزائري.
- ✓ آثار الرقابة القضائية على دستورية القوانين ومدى تحقيقها للديمقراطية على الصعيد العالمي.
- ✓ إثراء المكتبة الإسلامية بهذه النوعية من البحوث.
- ✓ تبيان الحق في التشريع الإسلامي من خلال القاء الدستوري.

منهج البحث: اقتضت طبيعة هذا البحث تناول المناهج التالية :

- ✓ اعتمدت المنهج الوصفي وكذا التاريخي الذي يمكننا من معرفة أصل نشأة الرقابة الدستورية أو القضاء الدستوري وتطور هذه الرقابة.
- ✓ اعتمدت المنهج المقارن الذي يمكننا من دراسة المقصد والغاية من تفعيل القضاء الدستوري سواء كان ذلك في التشريع الإسلامي أو القانون الوضعي.

الدراسات السابقة: هناك دراسات قيمة حول هذا الموضوع من أهمها:

-د. محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2013.

-يحي الجمل، القضاء الدستوري في مصر، بحث حول منشور في الموقع الإلكتروني للبوابة القانونية شركة خدمات المعلومات الشرعية ومعلومات الفقه.

وسرت في هذا البحث العلمي وفق خطة هي كالتالي:

مقدمة عرفت فيها بموضوع القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي ، ثمّ مبحثا تمهيديا شرحت فيه المصطلحات الخاصة بالموضوع ثم قسمت البحث إلى ثلاث فصول تناولت في الفصل الأول : مشروعية القضاء الدستوري وتكييفه في التشريع

الإسلامي وأهم صوره وبعض النماذج عنه ، و في الفصل الثاني ذكرت نشأة القضاء الدستوري في التشريع الوضعي وطبيعته وأهم النماذج عنه في الجزائر وعلى الصعيد العالمي.

وقد خصصت الفصل الثالث لمقارنة القضاء الدستوري بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي من حيث الأساس الأيديولوجي في المبحث الأول، و في المبحث الثاني من حيث وسائل الرقابة الدستورية، وفي الأخير من حيث الغاية(المقصد) من الرقابة الدستورية.

وألحقت هذا كله بخاتمة سجلت فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها.

وفي الفهارس: قائمة المصادر والمراجع والمحتويات تسهيلا لعملية التعامل مع سائر مضموناته وأجزائه.

ملخص البحث.

تهدف هذه الدراسة لمعرفة الأساليب التي شرعها النظام السياسي الإسلامي لمنع استبداد السلطة الحاكمة والدفع بعدم الدستورية كل قرار يناهض نص شرعي ورد في القرآن أو السنة أو الإجماع. وقد أظهرت هذه الدراسة مدى فعالية هذا الأمر في التشريع الإسلامي. كما أن هذه الدراسة قد استهدفت معنى الرقابة الدستورية ونشأتها في القانون الوضعي وبينت طبيعتها القانونية وذكرت نماذج لها في العديد من دول العالم. وعقدنا مقارنة بين القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي من حيث الإيديولوجية وكذا من حيث وسائل الرقابة ومن حيث المقصد والغاية المرجوة.

Research Summary

This study aims to know the methods that the Islamic political system has legislated to prevent the tyranny of the ruling authority and push for unconstitutionality every decision that opposes a legal text stated in the Qur'an or the Sunnah or consensus, as the study showed the effectiveness of the methods applied in Islamic legislation.Moreover, this study targeted the meaning of constitutional control and its origin in positive law, showed its legal nature and mentioned examples of it in many countries of the world.We made a comparison between the constitutional judiciary in Islamic legislation and positive law in terms of ideology, as well as in terms of means of control, and in terms of the purpose and desired goal

.

المبحث تمهيدي: التعريف بمصطلحات البحث.

واشتمل على المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف القضاء الدستوري.

المطلب الثاني: تعريف التشريع الإسلامي.

المطلب الثالث: القانون الوضعي.

المبحث تمهيدي: التعريف بمصطلحات البحث.

المطلب الأول: تعريف القضاء الدستوري:

لغة: القضاء لغة هو الحكم[1]، والجمع أقضية والقضية مفرد، والجمع قضايا وقضى يقضي بالكسر قضاء أي حكم وقد جاء لفظ القضاء في القرآن بدلالات عديدة منها الحتم والأمر كما في قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ﴾[2] وكذا منها الفصل في الحكم كقوله تعالى :﴿وَلَوْلاَ كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ ﴾[3]، أي لفصل بينهم.

والقضاء بالمد أصله(قضايا) لأنه من قضيت فبدلت الياء همزة لمجيئها بعد الألف الساكنة فصارت قضاء. والقضاء في اللغة له معاني كثيرة، منها أحكام الشيء، واتمامه والفراغ منه وإمضائه والحكم بين المتخاصمين، والفصل بين الشيئين وقضاء الحاجة وقضاء الأمر وقضاء الدين. وقد جاء في القرآن الكريم في كثير من الآيات ما يؤيد هذه المعاني اللغوية التي أشرنا اليها:-

1 ـ الحكم، و منه قوله تعالى: ﴿ وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ ﴾[4] أي يحكم.

2 ـ الخلق، و منه قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ ﴾[5] أي خلقهن.

3 ـ العمل، و منه قوله تعالى:﴿فَاقْضِ مَآ أَنتَ قَاضٍ ﴾[6] أي فاعمل.

تعريف القضاء فقها: عرف القضاء في اصطلاح الفقهاء: بأنه ولاية الحكم شرعا لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على مجموعة معينة بشرية متعلقة بإثبات الحقوق واستيفائها للمستحق.

كما يعرف القضاء أيضا بأنه : الفصل بين المتخاصمين والمتنازعين في أمر ما وذلك بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية المأخوذة من الكتاب والسنة النبوية الشريفة، والمقصد الأساسي من القضاء الإسلامي هو تحقيق العدل بين الناس، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَامُرُ

---

[1] ابن منظور: لسان العرب، المجلد الخامس، ج41، (مادة قضى).

[2] سورة الإسراء: الآية (23).

[3] سورة سبأ: الآية(14).

[4] سورة البقرة :الآية (251).

[5] سورة فصلت: الآية (12).

[6] سورة غافر: الآية (20).

بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ﴾[1]، وكان الرسول عليه الصلاة والسلام أول من تولى مهمة القضاء في الإسلام تحديداً في المدينة المنورة في نص الصحيفة التي أصدرها الرسول عليه الصلاة والسلام، حيث ذكر فيها أنّ أي أمر أو نزاع يكون الرجوع فيه إلى الله ورسوله، وكان الرسول عليه الصلاة والسلام يحكم بما يقضيه كتاب الله عز وجل من أحكام، فبينت الآيات القرآنية المبادئ الأساسية للحكم وطبقها الرسول فيما بعد[2].

تعريف القضاء قانونا: هو فض النزاعات والخصومات الناشئة بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين وتوجيه العقوبة الرادعة بحق من يثبت ارتكابهم للمخالفات والجنح والجناية.[3]

كما يعرف بأنه السلطة (التي تقوم بتفسير القانون وتطبيقه في خصومة مطروحة عليها لتقضي أياً من الفريقين المتنازعين هو صاحب الحق موضوع الشكوى أو الاختلاف، وعُرف بأنه السلطة المختصة بتفسير القانون وتطبيقه على المنازعات التي تعرض عليها.[4]

أما الدستور لغة: فإن المدلول اللغوي لتعبير الدستور الراجح فيه أن كلمة دستور ليست عربية المنبت و إنما هي فارسية الأصل مركبة من (دست) أي يدو(ور)[5] أي صاحب ويراد به قاعدة أساسية وتعني الترخيص وقد دخلت إلى العربية عن طريق الأتراك وقد يراد بها الوزير الكبير أو الدفتر الذي تجمع فيه قوانين الملك.

تعريف القضاء الدستوري اصطلاحا: يثير القضاء الدستوري تساؤلا عن حقيقة معناه وهو ما يدعو إلى القول بأنه وفق الزاوية التي ينظر إليه من خلالها، يفترق هذا الاصطلاح إلى معنيين:

---

[1] سورة النحل: الآية (90).

[2] رنا سليم شاكر العزاوي، بحث تحت عنوان (القضاء)، جامعة بابل كلية التربية الأساسية، 07/12/2018 20:18:10 ، شوهد يوم 2020/09/09 .

[3] القضاء في القانون والفقه الاسلامي، علي خالد دبيس، مقال منشور في مجلة أهل عليهم السلام، العدد 14، ص 178.

[4] عبد الوهاب الأزرق، هل القضاء سلطة مستقلة، مجلة العدد الإمارتية، العدد 11، ص 44.

[5] الفيروز أبادي، أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي، القاموس المحيط، الأردن، مؤسسة الرسالة، (ج391/1).

[6] صيد الفوائد، حول (الدستور) في الدولة الإسلامية (1)، يوم 2020/12/3.

- عضوي ومفاده تعريف القضاء الدستوري كهيئة أو كيان مادي.
- موضوعي مؤداه النظر إلى القضاء الدستوري كعمل أو نشاط.

إذا ونتيجة لتعدد هذه المعاني الاصطلاحية التي يعطيها فقهاء القانون الدستوري لمصطلح القضاء الدستوري[1]، فإنني سأحاول تصنيف هذه التعاريف إلى جانبين أو اتجاهين:

- الأول يركز على الجانب العضوي فيعرفه على أنه محكمة أو هيئة.
- الثاني ينظر للقضاء الدستوري على أنه اختصاص أو ولاية[2].

كما يعرف أيضا من الناحية الموضوعية القضاء الدستوري: بالفصل في المسائل الدستورية، وهي المسائل التي تثير فكرة تطابق التشريع مع الدستور وبهذا المعنى ينصرف الاصطلاح إلى القضاء في هذه المسائل، سواء أصدر من محكمة دستورية متخصصة أم من محكمة أخرى من المحاكم العادية أو الإدارية أو غيرها، وذلك طالما تعلق هذا القضاء بالفصل في مسألة دستورية (قضاء دستوري غير متخصص وبهذا فإن المعنى الموضوعي لاصطلاح القضاء الدستوري) أوسع نطاق من معناه العضوي والشكلي. إذ أنه وفقا لهذا المعنى الأخير فإن القضاء الدستوري لا يوجد إلا مع وجود المحاكم الدستورية المتخصصة في حين أن القضاء الدستوري وفقا للمعنى الموضوعي لا يرتبط في وجوده بمثل هذه المحاكم الدستورية، إنما هو قائم مع الفصل القضائي في المسائل الدستورية بصرف النظر عن الجهة القضائية التي يصدر عنها هذا القضاء[3].

---

[1] د. محمد باهي أبو يونس ، أصول القضاء الدستوري ، مصر، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2013، (ص05).

[2] محمد شفيق، القضاء الدستوري، منشورات المفوضة السامية لحقوق الإنسان، تونس 2013،(ص 08).

[3] مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، عاجل عبيد، ميسون طه حسين، إصدار 2016، العدد الرابع، جامعة بابل- العراق، ص537-572.

المطلب الثاني: تعريف التشريع الإسلامي:

من مقومات المجتمع المسلم التشريع أو القانون الذي يحتكم إلى الشريعة ويحكم بها، والشريعة هي المنهاج الذي وضعه الله تعالى لتنظيم الحياة الإسلامية على ضوء الكتاب المبين والسنة المطهرة، ولا يكون المجتمع مجتمعاً إسلامياً إلا بتطبيقها والرجوع إليها في حياته كلها، عبادات ومعاملات، فليس من المعقول أن يأخذ المسلم من كتاب ربه:﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾[1]، ولا يأخذ منه: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَاصُ ﴾[2] ولا يتصور أن يقبل آيات إيجاب الصلاة، ويرفض آيات تحريم الربا.

تعريف التشريع لغة: الشَرْعُ والشريعة والتشريع معناها واحد في اللغة، فهي مصدر من شَرَعَ بمعنى سنَّ الأحكام والقواعد للناس، والشريعة: هي ما شرع الله لعباده من أحكام الدين، ومنه قوله تعالى:﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِ نُوحًا وَالذِي أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰٓ أَنَ اَقِيمُوا الدِّينَ وَلاَ تَتَفَرَّقُوا ﴾[3].

والشريعة مشترك لغوي ورد فيها عدة معان في اللغة، فقد وضعت اسماً على مورد الماء العذب للشارب، ووضعت أيضاً اسماً للطريق المستقيم ومنه قوله تعالى:﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الاَمْرِ اتَّبِعْهَا ﴾[4]، كما ترد كلمة الشريعة بمعنى ثالث وهو المشروع، بمعنى الأحكام والقواعد الشرعية نفسها[5]، فيقال الشريعة الإسلامية، والشريعة: الطريقة الظاهرة في الدين[6].

تعريف التشريع الاسلامي اصطلاحا: يراد بالتشريع في الاصطلاح الشرعي هو سن القوانين التي تعرف منها الأحكام لأعمال المكلفين وما يحدث لهم من الأقضية والحوادث،

---

[1] سورة البقرة: الآية(183).

[2] سورة البقرة: الآية (178).

[3] سورة الشورى، الآية (13).

[4] سورة الجاثية ، الآية (18).

[5] انظر: مختار الصحاح مادة شرع،(ص 318).

[6] اجراءات التحقيق الجنائي في الشريعة الاسلامية (ص625) ، د. عبد القادر محمد القيسي عن المطرزي: المغرب ، (ج 1 ص 439) مادة شرع.

فإن كان مصدر هذا التشريع هو الله سبحانه وتعالى بواسطة رسله وكتبه فهوا التشريع الإلهي، وان كان مصدره الناس سواء كانوا أفردًا أم جماعات فهو التشريع الوضعي.[1]

كما يعرف أنه جملة الأحكام والقواعد التي سنها الله تعالى لعباده، والتي أنزلها على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم، مما يتعلق بأحكام العقيدة، والعبادات، والمعاملات والأخلاق. وهذا المعنى يطابق ويوافق معنى كلمة الدين الوارد في قول الله تعالى:﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِينًا ﴾[2].

المطلب الثالث: القانون الوضعي:

إن وجود القانون أمر ضروري لا يختلف فيه اثنان من أبناء الجنس البشري، لأن وجوده أمر يتناسب مع سلوكيات البشر في إدارة حياتهم.

القانون لغة: هي من أصل يوناني تم تعريبها لفظا للكلمة اليونانية kanon التي تعني العصا المستقيمة وأصبحت في العربية تعني مقياس كل شيء.[3]

أما من حيث الاصطلاح: فلكلمة قانون مفهوم عام في مختلف العلوم، إذ يقصد بها الصلة والترابط العميق، والأساسي، والثابت، والمنتظم فيما بين الظواهر، أو في ما بين مختلف أوجه الظاهرة الواحدة، كقانون الجاذبية في علم الطبيعة، أو قانون العرض والطلب في علم الاقتصاد. ونجد بجانب المعنى العام السابق لكلمة (قانون) استعمالات أخرى في الدراسات للروابط الاجتماعية المتمثلة في الروابط الأسرية والعلاقات المالية والأسرية والعلاقات المالية والسياسية، فقد تستعمل للدلالة على مجموعة القواعد القانونية بصفة عامة. وهو ما يعبر عنه أيضا بالقانون الوضعي.[4]

القانون الوضعي: هو مجموعة من القواعد القانونية النافذة في إقليم دولة معينة، فالقانون الوضعي المغربي هو مجموعة القواعد المطبقة حاليا فوق التراب المغربي الصادرة عن

---

[1] تقية عبد الفتاح، التشريع الاسلامي خصائصه ومقاصده ، دراسة تحليلية ،ص19.

[2] سورة المائدة:(الآية 3).

[3] زهرة عبد الباقي، اشكالية ترجمة مصطلحات قانون الجنسية الجزائري، مشروع ماجيستير تعليمية اللغات و المصطلحاتية، السنة الجامعية 2015/2014 ص19.

[4] المرجع السابق: (ص24).

الجهات المختصة والسارية المفعول وكذا يتمثلُ القانون الوضعي.[1] في الدستور والقوانين التنظيمية والأعراف باعتباره قاعدة قانونية غير مكتوبة لشعور الناس بقوة الزاميتها.

وتعرف القوانين الوضعية بأنها القوانين التي وضعها الإنسان من دون الاعتماد على التشريعات السماوية وتسمى أيضًا بالقوانين المدنية .

ويعتبر القانون الوضعي بأنه مجموعة من اللوائح والقوانين التي وضعها الإنسان والتي تنظم حياة البشر وتسير المعاملة بين البشر حيث يُهتم بدراسة القانون في حاضرة بمعنى القانون المطبق فعلا في الدولة سواء كان هذا القانون قانونا خاصًا أو عامًا.

[1] سامي جمال الدين، قانون الدستوري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005، ص146.

الفصل الأول: القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي.

وقد اشتمل على:

المبحث الأول : مشروعية القضاء الدستوري في التشريع الاسلامي.

المبحث الثاني : صور القضاء الدستوري في التشريع الاسلامي.

المبحث الأول : مشروعية القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي.

المطلب الأول: تكييف القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي.

لقد أثرنا أن نتحدث عن الرقابة الدستورية في الإسلام وذلك لما لها من أهمية خاصة في هذا البحث، أولا من ناحية أقدميته، وأسبقيته على كل القوانين، وثانيا مصداقيته المستمدة من الشريعة الإسلامية الصالحة لكل زمان ومكان لارتباطها بالدستور الرباني، ومن ناحية ثالثة ما رأيناه من توجه كثير من الباحثين عند التطرق لهذا الموضوع من اغفال هذا الجانب، والابتداء بما جاء من الغرب في هذا المجال، والتبعية لهم في ذلك، فأردنا أن نؤطر بحثنا بما كنا سباقين فيه لكل أنظمة العالم في وضع الشرائع والقوانين المحكمة.

الرقابة الدستورية في التشريع الإسلامي:

إذا كانت الأنظمة الوضعية عرفت مبدأ الرقابة الدستورية في العصر الحديث وطبقته في القرنين الماضيين، فإن الشريعة الإسلامية عرفت هذا المبدأ منذ أربعة عشر قرنا وطبقته منذ ذلك التاريخ[1].

وهدف الرقابة الدستورية في الشريعة الإسلامية حماية القانون الأساسي، والمصدر الأسمى للتشريع وهو القرآن الكريم، والسنة النبوية، وما ورد فيهما من أحكام قطعية الدلالة والثبوت.

فلا يجوز في ظل الشريعة الإسلامية لمجتهد واحد، أو لكل المجتهدين أن يخالفوا حكما ورد في كتاب الله سبحانه وتعالى، أو في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، إذا كان ها الحكم قطعي الدلالة، وإذا وقعت المخالفة كان الاجتهاد باطلا ومردودا على صاحبه وعلى القضاء أن يهدره ولا يعمل به، كذلك لا يجوز للقاضي أن يخالف النصوص القرآنية، أو نصوص السنة النبوية، قطعية الدلالة والثبوت، وإذا خالف في حكمه نصا قطعي الدلالة والثبوت كان حكمه باطلا[2].

---

[1] صالح بن هاشل بن راشد المسكري، نظم الرقابة على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي، كلية الحقوق، .2011، ص 23.

[2] المرجع السابق، صالح بن هاشل بن راشد المسكري، نظم الرقابة على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي ، ص 25.

وهذا ما استقر عليه الفقه الاسلامي، فإن شذ مجتهد أو قاض عن حكم النص الصريح فإن حكم الشرع في شأن هذا الخروج أنه والهدام سواء.[1]

ورسالة عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري في القضاء مشهورة ومعروفة، حيث يأمره فيها بالالتزام بما جاء في الكتاب، والسنة وعدم الخروج عليهما إلا في أمور حددها له، حيث يعد ذلك مراقبة و متابعة للقاضي في أجلى صورها، يقول في ذلك: (لا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة.....)[2] ، وهذا نص صريح وواضح في مراقبة دستورية القوانين والاحتكام إليها.

وبذلك يكون الشرع الشريف أوكل إلى السلطة القضائية مراقبة مدى دستورية التشريعات، سواء أكان مصدرها السلطة التشريعية أو رئيس الدولة.

المطلب الثاني: مشروعية القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي.

–مشروعية القضاء الدستوري في القرآن.

قال سبحانه وتعالى :﴿ يَأيُهَا الذينَ آمنُوا كونُوا قَوامينَ بالقسْط شُهَدَاءَ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسكُمْ أَو الوَالدين و الأَقربين، إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلوا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا ﴾[3]، وقال كذلك : ﴿إنَ الله يَأمرُ بالعَدْل وَالإحْسَان وَ إيتَاء ذيْ القُرْبَى ويَنهَى عَنْ الفَحْشَاء والمنكَر وَالبَغْي ويَعظُكُمْ لَعَلَكُمْ تَذَكَرُونْ۞ واوفُوا بعَهْد الله إذَا عَاهَدْتُمْ ولَا تَنقُضُوا الإيمَان بَعدَ تَوكيْدهَا وقَدْ جَعَلْتُمْ الله عَلَيْكُمْ كَفيْلاً إنَ الله يَفْعَلُ مَا تَفْعَلونْ۞ ﴾[4].

كما قال تعالى في سورة الفتح :﴿ انَ الذينَ يُبَايُعُونَكَ انمَا يُبَايعونَ الله يدُ الله فَوقَ أَيديهمْ فَمَنْ نَكَثَ فَإنما يَنكثُ عَلى نَفسه وَمَنْ أَوفى بمَا عَاهَدَ اللهُ فَسُيُؤتيه أَجرًا عَظيمًا﴾[5]

---

[1] عادل عمر الشريف، القضاء الدستوري في مصر، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص 128.

[2] المبرد، الكامل في اللغة ، (ص09).

[3] سورة النساء: الآية(105).

[4] سورة النحل: الآية(91).

[5] سورة الفتح: الآية(10).

يأمر تعالى عباده المؤمنين أن يكونوا قوامين بالقسط، أي بالعدل، فلا يعدلوا عنه يمينا ولا شمالا ولا تأخذهم في الله لومة لائم، ولا يصرفهم عنه صارف، وأن يكونوا متعاونين مساعدين متعاضدين متناصرين فيه .

مشروعية القضاء الدستوري من السنة النبوية:

فمنها ما رواه عمرو بن العاص عن النبي –صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر»، رواه البخاري ومسلم. ما رواه أبو داود [3582] في الأقضية، باب: كيف القضاء، عن على بن أبي طالب رضي الله عنه، قال: بعثني رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلى اليمن قاضيا، فقلت يا رسول الله، ترسلني وأنا حدث السن، ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: " إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء " قال: فما زلت قاضيا، أو ما شككت في قضاء بعد).

مشروعية القضاء من الإجماع: فهو منعقد على مشروعية القضاء، وعلى فعله، سلفا وخلفا لم يخالف في ذلك أحد، وقد استقضى النبي – صلى الله عليه وسلم –، ومن بعده من الخلفاء إلى يومنا هذا من غير نكير من أحد.

المبحث الثاني : صور القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي.

المطلب الأول: صور القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي (نماذج)

من النماذج الجلية في تاريخ القضاء التشريع الإسلامي رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري رضي الله عنه :

«إن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له و أس[1] بين الناس في وجهك ومجلسك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك[2]، ولا ييئس ضعيفٌ من عدلك ، والبينة على من أدعى، واليمين على من أنكر والصلح جائز بين الناس إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، ومن ادعى حقا غائبا أو بينة، فاضرب له أمدا ينتهي إليه، فإن جاء عليه القضية فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى، ولا يمنعك من قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه رأيك وهذيت لرشدك ان تراجع الحق، فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى، ولا يمنعك من قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه رأيك، وهديت لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق قديم لا يبطل الحق شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل.

والمسلمون عدول بعضهم على بعض في الشهادات إلا مجلودا في حد، أو مدرك[3]، فإن الله عز وجل تولى من العباد السرائر، وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والإيمان ثم الفهم فيما أدلى اليك مما ليس في كتاب أو سنة ، ثم قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال والأشباه ثم اعمد إلى أحبها إلى الله فيما ترى و أشفها بالحق ، واياك والغضب والقلق والضجر[4] والتأذي بالناس عند الخصومة والتنكر، فإن القضاء في مواطن الحق يوجب الله به الأجر، و يحسن به الذخر فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين لهم بما ليس في قلبه شأنه الله تعالى ، فإن الله تبارك وتعالى لا يقبل

---

[1] آسر بين الناس: سو بينهم

[2] حيفك: أي ميلك معه لشرفه.

[3] أدرك الأمر الشخص : وفاه ، نزل به ، أدركه الهلاك الموت.

[4] القلق والضجر: ضيق الصدر وقلة الصبر.

[5] إسلام ويب ،كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري يوم 2020/12/3.

من العباد إلا ما كان له خالصا وما ظنك بثواب الله عز وجل في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام عليكم ورحمة الله.

وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه، وإلى تأمله.

وهو بحث نفيس وتحقيق أنيس والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب وهو حسبنا ونعم الوكيل.

الدروس المستفادة من وصية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأرضاه:

1. قد وضع عمر بن الخطاب الدستور المحكم للقضاء في الرسالة التي أرسلها إلى أبي موسى الأشعري.

2. ولقد حث على المساواة بين الناس في مجلسه وفي وجهه وقضائه، حتى لا يطمع شريف في حيفه ويئيس ضعيف من عدله.

3. ووضع قانونا جليا في اتخاذ الأحكام من قبل القضاة، البينة تكون على المدعي، واليمين يكون على من ينكر.

4. الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا إلى غير ذلك من الفوائد المنتقاة من وصية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأرضاه ولعل أجل ما أوصى به سيدنا عمر بن الخطاب أبا موسى الأشعري ويخدم موضوعنا خدمة واضحة قوله: إذا قضى القاضي بقضاء اليوم، ثم راجع فيه رأيه فهدي فيه لرشده، لا يمنعه ذلك أن يرجع فيه إلى حق قديم، لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، وكذا وصية الصلح جائز بين الناس إلا صلحا أحل حراما، أو حرم حلالا.

5_ والفكرة التي تخدم موضوعنا ولها علاقة بالقضاء الدستوري قوله رضي الله عنه "ولا يمنعك من قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه رأيك وهذيت لرشدك ان تراجع الحق، فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى، ولا يمنعك من قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه رأيك، وهديت لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق قديم لا يبطل الحق شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل "، ويقصد بهذا بانه لا ضرر في ان تصدر السلطة الحاكمة قرار ويرجع فيه اذا ورد فيه رد من قبل المحكومين وهذا لمخالفته لحكم شرعي او سنة متبعة .

المطلب الثاني: الدفع بعدم الدستورية الشرعية من قبل أجهزة القضاء العادي قضاء المظالم (النماذج):

لقد عرف المسلمون الأوائل الدفع بعدم الدستورية، وفي كثير من الأحيان كانوا يدفعون بعدم الدستورية **لتوهم المخالفة** من قبل المجلس التشريعي أو رئيس الدولة، وكان يشارك القضاء في هذا الاختصاص المحتسب وناظر، وأحيانا مصدر التشريع ذاته، فإذا أصدر الحاكم أو المجتهدون تشريعا أو قرارا **بقانون** كان أول لوازمه ألا يكون مخالفا لنص ورد في القرآن أو السنة أو الإجماع، وفي حالة المخالفة فإن هذا القانون لا يكون ملزما لأي فرد من أفراد الدولة، ويجب رده والطعن عليه بعدم الدستورية.

والتاريخ الإسلامي حافل بالوقائع التي أكدت رقابة دستورية القوانين ففي عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصدر "وهو رئيس الدولة" تشريعا يقضي بألا يزداد في مهور النساء عن أربعين أوقيه، وأن الزيادة على ذلك تلقى في بيت المال، طعنت امرأة من المواطنين بعدم دستورية هذا التشريع أمام عمر رضي الله عنه، وأكدت طعنها مخالفة التشريع لقاعدة دستورية ورد بها نص قرآني وهو قوله تعالى:﴿ وَإِنَ اَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلاَ تَاخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا اَتَاخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾.[1]

وأوضحت الطاعنة لعمر رضي الله عنه أن هذه الزيادة ليست له، ولا يملك أخذها لبيت المال، ولا لغيره لمخالفة ذلك الدستور الذي يجب أن يخضع له الحاكم قبل المحكوم، وعلى الفور سارع الحاكم بالتراجع، بل وندم على ما شرعه، وقال مقولته المأثورة: (أخطأ عمر و أصابت امرأة).

والأمثلة على ذلك كثيرة ففي عهد عمر بن عبد العزيز، دخل قتيبة بن مسلم الباهلي مدينة سمرقند على رأس جيش من المسلمين، وكان دخوله غدرا بدون أن يعلن أهلها الحرب وأسكن بها الجيش، مخالفا بذلك الإجراءات التي يجب اتخاذها قبل القتال التي قررتها القاعدة الدستورية، وورد بها حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله: «إذا لقيت عدوك فادعه أولا لإحدى خصال ثلاث: "ادعه للإسلام فكونوا منا ،وإن ابو إلا البقاء على

[1] سورة النساء: الآية (20).

دينهم وسلطانهم فسألهم الجزية فإن رضو فجعل لهم ذمه الله و ذمه نبيبه و فكف عن قتالهم وإن ابو الجزية فستعن بالله وقاتلهم»[1].

فلما دخل قائد الجيش بدون هذه الإجراءات طعن أهل سمرقند بعدم شرعية (دستورية) قتيبة إلى بلادهم أمام عمر بن عبد العزيز فأحال الطعن إلى القضاء الذي فحص الطعن والذي أصدر حكما بعدم دستورية الدخول إلى المدينة وأمر بإخراج المسلمين منها.

وبذلك نخلص إلى أن الشريعة الإسلامية عرفت مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين حماية للقانون الأسمى وهو القرآن الكريم، والسنة النبوية، وما ورد بها من أحكام سياسية وقضائية، واجتماعية قطعية الدلالات والثبوت، كما أن الشريعة الإسلامية عرفت بجانب الرقابة القضائية على دستورية القوانين وسائل أخرى لحماية القواعد القانونية سالفة الذكر، ومن هذه الوسائل نظام المظالم والرقابة الشعبية، وغيرها من الوسائل وكلها كانت كفيلة برد كل اعتداء على القواعد القانونية الإسلامية.

المطلب الثالث: الدفع بعدم الدستورية من قبل الفقهاء(النماذج).

من أهم الفقهاء الذين مارسوا الدفع بعدم الدستورية العز بن عبد السلام، الذي عاش في عصر شابته الظروف السياسية المضطربة عصر الضعف وانهيار الدولة العباسية والانشقاقات الداخلية وتكالب المغول على الأمة.

في هذه الظروف فضل كثيرون من أهل العلم والدين السكوت عن الحق واعتزال المشهد العام في حين انخرط العز في قلب هذه الأزمات مقدما صورة مغايرة لعالم الدين الذي يجاهد في سبيل الله، والذي لا يخشى أحدا من أجل مواقفه يدفع بعدم الدستورية تحديه للملك الصالح عماد الدين إسماعيل رفضه ضرائب الفقراء والأمراء أولا بعد وصول (قطز) لسدة الحكم في مصر[2].

ظهر خطر التتار ووصلت أخبار فظائعهم، فعمل العز على تحريض الحاكم واستنفاره لملاقاة التتار الزاحفين، ولما أمر قطز بجمع الأموال من الرعية للإعداد للحرب، وقف العز

[1] أخرجه البيهقي، في سننه، باب الرخصة في الإقامة بدار الشرك، رقم18631،(ج310/9).

[3]إسلام ويب ،كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري (ص 449) يوم 2020/12/3.

[2] د. علي محمد الطلابي، الشيخ عز الدين بن عبد السلام سلطان العلماء وبائع الأمراء ، نسخة محفوظة في مكتبة صيد الفوائد الإلكترونية، ص (6.8).

في وجهه وطالبه ألا يأخذ شيئا من الناس إلا بعد افراغ التجار من أموالهم وذهبهم المقادير التي تتناسب مع غناهم حتى يتساوى الجميع في الانفاق، فإذا لم تكف هذه الأموال لإعداد المعركة، فليفرض ضرائب على الناس فنزل قطز على حكمه وخرج المسلمون للقاء المغول في معركة (عين جالوت) وانتصروا[1].

[1] تاج الدين السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1413هـ، (83/ 5).

الفصل الثاني: القضاء الدستوري في القانون الوضعي.

واشتمل على:

المبحث الأول: تعريف ونشأة القضاء الدستوري في القانون الوضعي ودوره في ديمقراطية النظام السياسي.

المبحث الثاني: نماذج القضاء الدستوري في العالم المعاصر(نماذج).

المبحث الأول: تعريف ونشأة القضاء الدستوري في القانون الوضعي ودوره في ديمقراطية النظام السياسي.

المطلب الأول: نشأة القضاء الدستوري أو الرقابة السياسية على دستورية القوانين:

ترجع نشأة الرقابة السياسية contrôle politiqueعلى دستورية القوانين إلى عهد الثورة الفرنسية عندما أنشأ أول دستور في السنة الثامنة للجمهورية مجلسا خاصا للقيام بهذه المهمة، واستمرت فرنسا في تطبيق الرقابة السياسية حتى اليوم وقد أخذت بعض الدول بهذه الصورة وخاصة الدول الاشتراكية، وتعد الرقابة السياسية رقابة وقائية contrôle preventif لأنها سابقة على صدور القوانين وتعمل على توقى وقوعها في مخالفة الدستور[1].

وقد أخذت العديد من الدول عن فرنسا هذه الصورة من الرقابة، مع الاختلاف بين دستور وآخر فأخذ الاتحاد السوفيتي السابق بهذه الرقابة في دستور عام 1977، وجعل الرقابة من اختصاص السلطة التشريعية، كما أخذ دستور ألمانيا الديمقراطية لعام 1949 وبلغاريا عام 1947 والصين لعام 1954 وقد أناط الدستور الفرنسي الحالي الصادر عام 1958 مهمة الرقابة إلى هيئة أسماها المجلس الدستوري[2].

وقد دفع فرنسا إلى الأخذ بهذه الرقابة التفسير الذي ساد الفقه الفرنسي في فهم نظرية الفصل بين السلطات، وكذلك بوصف البرلمان هو المعبر عن سيادة الأمة وأن القانون هو التعبير عن هذه الإرادة، فهذان الأمران حالا بين فرنسا وبين الأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وقد ظهرت فكرة الرقابة السياسية على دستورية القوانين أول الأمر خلال إعداد دستور السنة الثالثة للثورة الفرنسية، وكان بين أعضاء الجمعية التأسيسية المناط بها وضع ذلك الدستور الفقيه سير sieyes وقد اقترح هذا الفقيه انشاء هيئة محلفين دستورية

---

[1] عبد الغني سيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مطبعة الدار الجامعية، القاهرة، ص 551/550.

[2] مازن ليلو راضي ، ضمانات احترام القواعد الدستورية في العراق ، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، www.ao-academy.orgشوهد يوم 2016/02/21على الساعة 20:00.

تكون مهمتها رقابة أعمال السلطة الشرعية ولقي هذا الاقتراح معارضة شديدة ولم يكتب له أن يرى النور[1].

وعند اعداد مشروع دستور السنة الثامنة في عهد نابليون عاد الفقيه siyes وطرح اقتراحه مرة أخرى واستطاع اقناع واضعوا الدستور سلامة مقترحه وبذلك أنشأ مجلس أطلق عليه المجلس المحافظ semetconsenvateur، ووفقا لدستور السنة الثامنة تكون مهمته فحص مشروعات القوانين لتحقق من عدم مخالفتها للدستور، كما أخذت فرنسا بهذه الرقابة في دستور عام 1852 وعهد بمهمة الرقابة إلى مجلس الشيوخ، بيد أن كلا المجلسين، المجلس المحافظ ومجلس الشيوخ لم يوفقا في هذه المهمة بين سيطرة الإمبراطور عليها حيث كان المجلس أداة بيده فقط[2].

وهذه المسألة أثيرت أمام القضاء الفرنسي في أكثر من مناسبة ولكن ذلك القضاء سواء الإداري أم العادي انتهى دائما إلى رفض رقابة دستورية القوانين وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في 11 ابريل / نيسان 1833 بأن القانون الذي تمت مناقشته وصدر بالطرق المرسومة لا يمكن أن يكون محل مهاجمة أمام المحاكم بدعوى عدم الدستورية، وقد استمرت محكمة النقض الفرنسية دائما في هذا الاتجاه من ناحية ومن ناحية أخرى فإن القضاء الإداري في فرنسا وإن اختص برقابة مشروعية القرارات الإدارية ومدى اتفاقها مع القانون فإنه حكم بعدم قبول الدعاوي التي تستند إلى عدم دستورية القانون.

المطلب الثاني: نشأة الرقابة الدستورية على دستورية القوانين في الدساتير الجزائرية: عرفت الرقابة على دستورية القوانين تطورا منذ الاستقلال إلى يومنا هذا فقد مرت بمراحل عدة ميزت الساحة التشريعية في الدولة ويمكن تقسيمها إلى مرحلتين أساسيتين مرحلة الأحادية الحزبية من سنة 1962 إلى سنة 1989 ومرحلة التعددية الحزبية بعد سنة 1989.

[1] يحي الجمل، القضاء الدستوري في مصر، بحث حول منشور في الموقع الالكتروني للبوابة القانونية شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية.www.tashreaat.com

[2] ديندار شيخاني، الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة منشور في الموقع الإلكتروني لمركز قنديل للنشر والاعلام العدد 65.

● مرحلة الأحادية الحزبية : خلال هذه المرحلة عرفت الجزائر وفي أول دستور لها بعد الاستقلال (دستور 1963)[1] إنشاء مجلس دستوري يتولى مهمة الفصل في دستورية القوانين والأوامر التشريعية إلا أن الدستور الذي لحقه 1976م يظهر للرقابة على دستورية القوانين أي أثر كون أن الدولة آنذاك تبنت النظام الاشتراكي حيث اكتفى المشرع الدستوري بإسناد مهمة المحافظة على الحريات والحقوق للقضاء (المادة 164).

● الرقابة على دستورية القوانين في دستور 1976: لقد تجاهل دستور 22 نوفمبر 1976 تماما فكرة الرقابة على دستورية القوانين حيث أنه لم يشر إليها صراحة ولا ضمنا ويعود ذلك إلى تكريسه لمبادئ النظام الاشتراكي، فقد أنيطت مهمة احترام الدستور برئيس الجمهورية بموجب نص المادة 111 الفقرة الثانية وهو حامي الدستور؛ إلا أنه لم يبين آلية الحماية لذلك، وبالرجوع إلى نص المادة 115 من دستور 1976 فإن بإمكان رئيس الجمهورية حق الاعتراض على القوانين التي صوت عليها البرلمان، فله أن يطلب قراءة ثانية لنص القانون خلال 30 يوما من تاريخ استلامه من المجلس الشعبي الوطني إلا أنه ومن خلال الاطلاع لم يتبين أن رئيس تقريبا تعد هذه التطورات في تاريخ القضاء الدستوري في الجزائر، ثم بعد تعديل دستور 1989 بالمرسوم الصادر في 28 نوفمبر 1996 حاول المشرع الدستوري تدارك النقائص التي جاءت في دستور 1989 وقد كانت هذه التعديلات تهدف إلى تحقيق التوازن وذلك بإحداث نظام الثنائية في تشكيل البرلمان بإنشاء مجلس الأمة، ونظام الازدواج القضائي بالإضافة إلى الأخذ بمفهوم القوانين العضوية.

كما أحدث هذا التعديل توسيعا في تشكيله المجلس الدستوري وفي جهة الإخطار وفي مهام المجلس فقد نصت المادة 164 من دستور 1996 على أن يتكون المجلس الدستوري من تسعة أعضاء: ثلاثة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية من بينهم رئيس المجلس، واثنان ينتخبهم المجلس الشعبي الوطني من بين أعضائه، اثنان ينتخبهم مجلس الأمة من بين أعضائه، وعضو واحد تنتخبه المحكمة العليا من بين أعضائها وعضو ينتخبه مجلس الدولة من بين أعضائه.

[1] السعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية ص 213.

يعين رئيس المجلس الدستوري من قبل رئيس الجمهورية لفترة واحدة مدتها ست سنوات غير قابلة للتجديد على أن يجدد نصف الأعضاء كل ثلاث سنوات[1].

وقد نص الدستور على ثلاث أنواع من الرقابة:

1. الرقابة السياسية وتقوم بها الأجهزة القيادية في الدولة والحزب.
2. الرقابة الشعبية وتقوم بها المجالس المنتخبة.
3. الرقابة الخاصة وتتولاها أجهزة متخصصة كمجلس المحاسبة.

● **مرحلة التعددية الحزبية:** قد شكلت حوادث 5 أكتوبر 1988 منعرجا حاسما في اتجاه المشرع الدستوري الجزائري الذي شعر بالتطور الطارئ في المجتمع، والذي دفع إلى ضرورة إعادة النظر في النظام السياسي برمته، حيث أضحت فكرة دولة القانون الشغل الشاغل للرأي العام، بعد سيطرة الحزب الواحد مدة طويلة على مقاليد الحكم، ولهذا فقد جاء دستور 23 فيفري 1989 استجابة لرغبة المجتمع من التخلص من وصاية الحزب الواحد والدخول في مرحلة التعددية الحزبية والفصل بين السلطات مع اقامة آليات تحفظ لدستور سموه وتحمي حقوق وحريت الأفراد في النظام القانوني للدولة[2].

المطلب الثالث: طبيعة القضاء الدستوري:

ان القضاء الدستوري هو قضاء متخصص وقضاء طبيعي وليس استثنائي، وعلى هذا الأساس فإنه يحمل من الخصائص ما تميزه عن غيره، وهذا التميز نجده أكثر وضوحا في محاكم القضاء الدستوري على النموذج الأوروبي، على ذلك فإننا سنعرض لطبيعة هذا القضاء كونه قضاء ذو طبيعة قانونية، لكنه كغيره من المؤسسات السياسية في الدولة، يؤدي دورا سياسيا لافتا في النظام السياسي للدولة، ونعرض لجملة من الخصائص العامة التي تشترك فيها محاكم وهيئات القضاء الدستوري، وذلك في فرعين نعرض في الأول لطبيعة القضاء الدستوري وفي الثاني نعرض الخصائص العامة للقضاء الدستوري.

---

[1] حسني بودیار، الوجيز في القانون الدستوري دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2002 ص 107.

[2] محمد أرزقي نسيب ، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية ج 1 ، دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1998، ص 241.

[3] مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني 2016 ص 548 .

الفرع الأول: طبيعة القضاء الدستوري:

القضاء الدستوري هو أسمى وأعلى مراتب قضاء القانون العام، وهو قضاء متميز عن أي قضاء آخر لأنه يحكم وفقا لنصوص الدستور التي تحتوي في الغالب على مبادئ وقيم عامة، ونادرا ما تحوي قواعد تفصيلية، وهو قضاء حقوق الإنسان، ولهذا كان هو حارس الشرعية وحامي الدستور والحقوق والحريات الفردية ضد تعسف الدولة وسلطاتها المختلفة[1].

ومع التسليم بطبيعته القانونية، ورغم أنه لا يمكن إنكار الجانب القانوني للرقابة الدستورية بما تحتاجه من خبرة فنية خاصة لا تتوافر إلا في القضاة بما لهم من ضمانات وحصانات تكفل استقلالهم وما لديهم من تخصص يمكنهم من دراسة وفهم النصوص الدستورية والقانونية، فإنه يصعب إنكار الطبيعة السياسية للرقابة الدستورية بما يجعل القضاء الدستوري يتأثر بالعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية المحيطة به ويؤثر فيها[2].

وقد أطلق بعض الفقهاء في القانون الدستوري على القضاء الدستوري اسم القضاء السياسي[3] ودلك للطابع السياسي للمنازعات التي يفصل فيها، وهذا قد يوحي إلى أن القضاء الدستوري قضاء مسيس[4] خاضع لتأثير السياسة.

غير أن نقطة الخلاف الرئيسية: أن الأول تتجلى مهمته في إخضاع السياسة للقانون في إطار دسترة السياسة أي ضبط العملية السياسية وجعلها خاضعة لأحكام الدستور، وتقنين وتطوير العمل في الحياة السياسية تتضمنه مؤسسات وسياسات وممثلين وأفكار سياسية وخضوع الجميع لأحكام القانون والدستور وخاصة القائمين على شؤون السلطة السياسية التنفيذية على وجه التحديد في الدولة والمجتمع.

---

[1] الدكتور عاطف سالم عبد الرحمان، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي، الأردن عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004 ص 14.

[2] الدكتور عاطف سالم عبد الرحمان، مصدر سابق ص09.

[3] الدكتور سليمان الطماوي ، السطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي، دار الفكر العربي 1911م، ص 200.

[4] تسييس القضاء هو ربطه بالسلطة السياسية ، فالتسيس هو الارتباط بالسلطة السياسية، فتسيس الظاهرة يعني تحويلها إلى مشكلة من اختصاص السلطة اعتقادا ويقينا أي انه يجب على هذه الأخيرة أن تأخذها على عاتقها . ينظر في ذلك : د عصام سليمان ، مدخل إلى علم السياسة ، ط 2 بيروت ، دار النضال للطباعة والنشر والتوزيع، 1919، ص 68.

في حين يعمل الثاني على إخضاع القانون للسياسة فيما يعرف بتسيس القوانين وهنا لا ينظر إلى القضاء بوصفه جهة محايدة تفصل في النزاعات، وإن كانت السلطة التنفيذية أحد أطرافها وإنما تمثل المحاكم الحكومة نفسها[1].

ويعد الحديث عن الطابع السياسي للقضاء الدستوري بما يؤديه من مهام خطأ فاصلا بين ضمان عدم تسيس القضاء من ناحية وضمان إحداثه التوازن المطلوب في العلاقة بين السلطات من ناحية ثانية وضمان قيام القضاء بواجبه والاحتفاظ بمصداقيته من ناحية أخيرة، وهو ما يعبر عنه القضاة أنفسهم عبر تأكيدهم على استغلال القضاء وعدم تسيسيه[2].

وبهذا استوجب على القضاء الدستوري أن يكون على مسافة واحدة من سلطات الدول الثلاث بما فيها السلطة القضائية بحيث يكون قضاء مستقل عن الجميع وتتبع قوة القضاء الدستوري من حيادتيه الكاملة عن جميع سلطات الدولة، وبحيث تكون كلمة القضاء الدستوري هي الكلمة الفصل في جميع النزاعات الدستورية بفضل حيادتيه وفهمه الواسع والمقنع للدستور والذي بموجبه يحرس القضاء الدستوري الدستور من أي خلل.

على ذلك فإنه وإن كان لا خلاف على أن عمل القاضي الدستوري هو عمل قانوني، يطبق فيه القاضي نصوص قانونية يحسم بها النزاع دون أي تأثر بالاعتبارات السياسية، حيث ينحصر عمله في الواقع بالنظر في ما إذا كان العمل القانوني قد جرى ضمن الاختصاصات الدستورية وهل أن هذا العمل قد روعي فيه التزام واحترام القواعد المنصوص عليها في الدستور، أو أن هناك تناقضا بين المشروع وأحكام الدستور وقواعده[3].

إلا أن ذلك لا ينفي الأثر السياسي لعمل القاضي الدستوري، فعمله إذن عمل قانوني ذو أثار أو نتائج سياسية، فهو قضاء يقوم على الموازنة بين الاعتبارات القانونية والاعتبارات السياسية[4].

---

[1] الدكتور عدنان عاجل عبيد، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، العراق مطبعة سومر للطباعة الملونة الحديثة 2001، ص 608.

[2] أحمد خميس كامل، الدور السياسي للقضاء قبل وبعد اقرار الدستور الجديد، مقال منشور في موقع مجلة الديمقراطية.

[3] نبيل عبد الرحمان حياوي، ضمانات الدستور ، طبعة 2، بغداد، المكتبة القانونية، 2008، ص 46.

[4] د. جابر جان نضار، الوسيط في القانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991، ص 102.

غير أننا نلاحظ بان الاختصاص القضائي الدستوري يعتمد في رقابة دستورية القوانين وتحقيق المطابقة الدستورية له اثر قوي في تحديد الأبعاد المختلفة للإصلاح القانوني والسياسي معا، وعلى وجه الخصوص عندما يقوم القاضي الدستوري بتفسير الدستور فإنه يفسره تفسيرا يستجيب للمصالح العامة المستمرة، ويمنع السياسيين من تحقيق مصالحهم، كما أنه لا يمكن لنا فهم الدور الحقيقي للقضاء الدستوري بدون ملاحظة العملية السياسية التي انتجت الدستور والعملية السياسية التي ينظمها الدستور[1]، وليس أدل على هذا المعنى مما ذكره الدكتور أحمد كمال أبو المجد بقوله: إن القاضي يمارس سلطة تقديرية واسعة حين يستخدم حقه المقرن في الرقابة على دستورية القوانين، ويرجع اتساع هذه السلطة التقديرية إلى أن نصوص لها طبيعة خاصة تميزها عن سائر النصوص القانونية إذ يقع بعضها على الحدود الفاصلة بين عالم السياسة وعالم القانون، فالنصوص الدستورية التي تعالج أمر سلطات الحكم ورسم الحدود الفاصلة بينهما تحمل بسبب عمومها تفسيرات متعددة، ومثلها في ذلك النصوص التي ترسم الحدود بين سلطات الدولة المختلفة وحقوق الأقوام والجماعات، فإذا أضفت إلى ذلك أن النصوص الدستورية العديدة التي تحدد للمشرع ولسائر سلطات الحكم في الدولة تشمل على توجهات موضوعية عامة في العديد من الشؤون السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وأن ذلك التحديد يتم عادة من خطر نصوص عامة ينفتح معها الباب لدور انشائي وإبداعي كبير في تفسيرها وإنزال حكمها الملزم لسلطة التشريع. إذا ذكرنا هذا كله لتتضح لنا على الفور ما تؤدي إليه هذه الطبيعة الخاصة للنصوص الدستورية من منح القاضي الذي يحكم النصوص التشريعية إلى نصوص الدستور سلطة تقديرية واسعة يكون له في ظلها تأثير على السياسات العامة للمجتمع في الميادين الاجتماعية والسياسية والاقتصادية[2].

ولا يسعنا في هذا المجال إلا أن نؤيد الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد في أن العمل القضائي لا يمكن أن ينفصل عن الواقع السياسي، شأنه في ذلك شأن العمل التشريعي والتنفيذي، وبعض عمل القاضي ينطوي علة تحديد لنظريات سياسية، اقتصادية

[1] المصدر نفسه، ص 105/104.

[2] د. أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر ، بحث منشور في مجلة دستورية، العدد الأول ، يناير 2003، ص 98.

واجتماعية، إلا أن هذا التحديد ينبغي أن يتم من خلال الالتزام الدقيق بالوظيفة القضائية ومن ثم فإن جوهر السياسة القضائية هو تحديد الحد الفاصل بين ادعاء القاضي لدور سياسي بالمعنى الواسع من خلال وظيفته القضائية الملتزمة بحدودها، وبين تصديه للقيام بعمل سياسي مكشوف يصعب الدفاع عنه، لأنه تخلص من الرداء القضائي[1].

فالقضاء الدستوري تأسس أصلا وخاصة في الدول التي أسست القضاء الدستوري في فترات التحول الديمقراطي، يكون ضابطا حقيقيا وقيدا على السلطة السياسية، وقد مارست هيئات ومحاكم القضاء الدستوري، اختصاص المراجعة الدستورية لتقف بوجه السلطة السياسية في إطار حماية حقوق وحريات الأفراد ولضبط التوازن بين مؤسسات الدولة في حال حدوث أي نزاع أو اختلاف بينها[2].

ويسود الاعتقاد لدى الفقهاء الأوربيين في مجال القضاء الدستوري بأن أهم وظائف هذا القضاء ألا وهي المراجعة الدستورية، هو اختصاص سياسي نتيجة لفرضية لديهم مؤداها أن القانون الدستوري كالقانون الدولي هو قانون سياسي بالدرجة الأولى، على خلاف بقية القوانين الأخرى كقوانين المدنية والقوانين الجنائية، فهي وإن كانت تعبر عن سياسة تشريعية معينة، إلا أن الطابع السياسي يظهر بصورة أكبر في النصوص الدستورية، ويعززون فرضيتهم هذه بالاستدلال بكيفية تعيين أعضاء الهيئات والمحاكم الدستورية حيث يتم اختيارهم عن طريق السلطات السياسية، إما من جانب السلطة التشريعية، وإما من جانب السلطة التنفيذية، أو تشترك السلطتين معا في الاختبار في حين يتم تعيين بقية أعضاء المحاكم الأخرى، بصورة آلية وفقا للقوانين السائدة في كل دولة[3].

وعلى ذلك فإنه يمكن إجمال أهم العوامل التي تؤكد على أهمية هذه المؤسسة الدستورية وأهمية ما تقوم به من اختصاصات قانونية ذات أثر سياسي هي:

---

[1] د. كمال أحمد أبو المجد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر، بحث منشور في مجلة دستورية، العدد الأول ، يناير 2003، ص 98.

[2] د. محمد صلاح عبد البديع السيد. قضاء الدستورية في مصر في ضوء أحكام القانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا، ط3 ، القاهرة، دار النهضة العربية ، 2003 ص 98.

[3] د. .عاطف سالم عبد الرحمان، مصدر سابق ، ص 16.

1. أنه يحكم وفقا للدستور الذي تقع الكثير من نصوصه على الحدود الفاصلة بين عالم القانون والسياسة، وهو في مجمله للثانية أقرب منه للأولى.

2. أنه يحكم على إعمال السلطات العامة التشريعية أو التنفيذية، وهي سلطات سياسية بطبيعتها وكل تشريع مصدره سواء كان قانون أو لائحة، تعبر عن اتجاهات وبرامج سياسية، تسعى هذه السلطات لتحقيقها من خلال هذه التشريعات.

3. طريقة اختيار أعضاء المحاكم والمجالس الدستورية تعكس وبكل وضوح الطابع السياسي لهذا القضاء.

4. وجود العديد من المنظمات الدولية التي تجمع المحاكم الدستورية في مختلف دول العالم لتنظيم العمل بينها، والاستفادة من التجارب المختلفة، وتبادل الخبرات، وهي منظمات سياسية بالدرجة الأولى ودليل على ذلك عدم وجود تنظيمات دولية أو اقليمية مماثلة للقضاء العادي أو الاداري.

5. يدل استقراء الأحكام القضائية فيما يتعلق بدستورية القوانين وتفسير الدستور، والصادرة من المحاكم وهيئات القضاء الدستوري يمارس سلطة تقديرية واسعة يكون لها في ظلها تأثير على السياسات العامة للمجتمع في مختلف الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وقد عبر عن ذلك أحد قضاة المحكمة العليا الأمريكية بقوله: نحن نعمل في إطار الدستور[1]، كما أن العدالة الدستورية ليست عدالة معصوبة العينين، والرقابة الدستورية ليست عملية حساسة، أو آلية يوضع بها نص القانون في مواجهة نص الدستور فيظهر على الفور مدى التطابق والخلاف بينهما[2].

المطلب الثالث: دور القضاء الدستوري في ديمقراطية النظام السياسي.

تلعب الرقابة الدستورية في كافة النظم المقارنة على اختلاف مناهجها دورا ضابطا للإيقاع حكم الدولة في المجالين السياسي والقانوني على وجه الخصوص، فعلى الصعيد السياسي يمكن أن تساهم الرقابة على دستورية القوانين في حسم الخلافات بين مختلف الاتجاهات السياسية في حالة حدوث مواجهة بين الأغلبية والمعارضة بشأن دستورية بعض

[1] د. أحمد كمال أبو المجد، مصدر سابق، ص 5.

[2] د. عاطف سالم عبد الرحمان، مصدر سابق، ص 14.

القوانين، وبذلك تسمح الرقابة الدستورية بتجنب الاضطراب التشريعي إذا ما جاءت أغلبية برلمانية جديدة تريد المساس بالقانون الذي قال القضاء الدستوري فيه كلمته بشأن مدى مطابقته للدستور، فالأغلبية البرلمانية في النظم الديمقراطية تخضع لقواعد اللعبة السياسية، الشيء الذي يمكن أن يجعل أكثرية اليوم هي أقلية الغد، والعكس صحيح وهنا يأتي دور القاضي الدستوري ليمنع التذبذبات في الحقل التشريعي، ويحاول رد الأغلبية البرلمانية إلى الحدود التي رسمها الدستور، حتى أن بعض الفقهاء وصف هذا الدور بقوله أن القاضي الدستوري يعتبر بمثابة مكبح للديمقراطية الأغلبية[1].

كما يمكن أن تشكل جهات الرقابة الدستورية ملجأ للأحزاب السياسية المعارضة التي لا تستطيع مواجهة إمكانات الأحزاب الحاكمة ذات الأغلبية في المجالس الشعبية، وبذلك تلعب جهة الرقابة الدستورية دورا تحكيميا بين مختلف القوى السياسية المشكلة للنظام السياسي[2].

[1] أمين عاطف صليبا، ص 285.

[2] صابر الحسين محمود الجندي، ص 04.

المبحث الثاني: نماذج القضاء الدستوري في العالم المعاصر.

المطلب الأول: القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية:

ظهرت بوادر فكرة الرقابة الدستورية عبر الوثائق الدستورية الأولى في الولايات المتحدة قبل الاتحاد، حيث وضعت نظما خاصة لحماية دساتيرها قبل لجوء محاكمها إلى تطبيق الفكرة على الطريق القضائي. والمحاكم الأمريكية كلها تمارس الرقابة الدستورية كل بحسب اختصاصها، تحت رقابة المحكمة الاتحادية العليا، حيث تراقب المحاكم الاتحادية دستورية القوانين التي تصدرها الولايات، سواء كانت هذه القوانين عادية أو دستورية، كما تراقب دستورية القوانين الاتحادية وتبحث في مدى مطابقتها للدستور الاتحادي، أما محاكم الولايات فإنها تراقب فقط دستورية القوانين التي تسنها السلطة التشريعية في الولايات، وتبحث عن مدى مطابقتها لنصوص دساتير هذه الولايات، وكذلك لأحكام الدستور الاتحادي[1].

غير أن الفقه ظل منقسما حول مسألة حق المحاكم الاتحادية في بحث مدى مطابقة القوانين الدستورية للدستور الاتحادي، حيث يذهب فريق الى استبعاد حق المحاكم الاتحادية في هذه الرقابة، بينما يقر فريق ثان يمثل الغالبية من الفقه، بهذا الحق للمحاكم الاتحادية، استنادا لروح الدستور وقواعده الضمنية المستفادة بشكل خاص من الأعمال التحضيرية للدستور، ويعتبر جمهور الفقه الأمريكي أن سلطة القضاء في رقابة دستورية القوانين هي أمر طبيعي لا يحتاج إلى نص دستوري صريح، فهي سلطة أساسها المبادئ العامة للقانون، وفي هذا السياق يقول الفقيه الدستوري الأمريكي هاملتون : الرقابة الدستورية عن طريق الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور لا تخرج عن وظيفة واختصاص القاضي، فالمحاكم كثيرا ما تواجه حالات تعارض القوانين، ويكون من مهمة القاضي حينها أن ينهي التنازع لصالح أحد القوانين المتعارضة، وهذه مهمة لا تستند لنص قانون وضعي بل هي مما يمليه المنطق وطبيعة الأشياء، وإذا كان هذا هو الوضع بالنسبة للقوانين العادية، فإنه

[1] إبراهيم درويش، القانون الدستوري (النظرية العامة والرقابة الدستورية)، دار النهضة العربية القاهرة، ط4، 2004، ص 194/193.

يكون من باب أولى أن يعمل القاضي هذا المبدأ عند تعارض قانون عادي من الدستور، فيمتنع عن تطبيق القانون العادي المخالف للدستور، فضلا عن إرادة السلطة المفوضة (البرلمان).و لا يمكن أن تعلو عن إرادة السلطة صاحبة التفويض، أي السلطة التأسيسية أو الشعب واضع الدستور، وإنكار هذا الأمر يعني قلب للمبادئ السليمة وما يمليه منطق وجود دستور جامد يسمو على القوانين[1].

أساليب الرقابة القضائية في النظام الأمريكي: طبقت المحاكم الأمريكية أثناء مباشرتها للرقابة على دستورية القوانين، ثلاثة أساليب وطرق للرقابة هي:

أ ـ الرقابة بطريقة الدفع: وهي الطريقة الأقدم شيوعا في الولايات المتحدة الأمريكية، وتعود بداية استخدام هذا الأسلوب إلى قضاء محاكم الولايات قبل نشأة الاتحاد الأمريكي، ونفترض في هذا الأسلوب وجود منازعة قضائية ما (مدنية أو جزائية أو...)، يدفع خلالها أحد الخصوم في الدعوى، بأن القانون المراد تطبيقه في النزاع غير دستوري، فتقوم المحكمة بفحص دستورية ذلك القانون، كمسألة فرعية في الدعوى المنظور اليها، فإذا ما انتهت إلى أنه غير دستوري اهملته وامتنعت عن تطبيقه وفصلت في الدعوى، بحيث لا يترتب عن الحكم بعدم الدستورية إلغاء القانون وسقوطه بالنسبة للجميع، وإنما يقتصر أثر هذا الحكم على استبعاد تطبيق القانون غير الدستوري في الدعوى المنظورة أمام المحكمة، أما القانون فيظل باقيا حتى تعدله أو تلغيه السلطة التشريعية المختصة[2].

ب ـ الرقابة بطريقة الأمر (المنع) القضائي: يعود استخدام هذا النوع من الرقابة في أمريكا في أواخر القرن التاسع عشر، وهي أسلوب رقابي تعود أصوله الأولى إلى التقاليد القضائية الإنجليزية، حيث كان الأفراد يلجؤون إلى مستشار الملك لرفع الظلم عنهم، فابتدع طريقة الأمر القضائي لتصحيح أوضاع القانون الظالمة وتحقيق العدالة، ومن ثم تأثر القضاء الأمريكي بهذا الأسلوب وطبقه رغم عدم وجود نص دستوري صريح يجيزه[3].

---

[1] محمد رفعت عبد الوهاب، تحليل مبدأ سمو الدستور، رقابة القضاء على دستورية القانون، المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، طبعة 2010، ص 98.

[2] عبد العزيز سلمان، رقابة دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،1994، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، ص178.

[3] عبد العظيم عبد الحميد، حقوق الانسان وحرياته العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص55.

ويتيح هذا الأسلوب من الرقابة للفرد مهاجمة القانون غير الدستوري قبل تنفيذه أو تطبيقه، ويمكنه من توقي الضرر الذي من الممكن أن يصيبه جراء التنفيذ بذلا من انتظار حصول الضرر فعلا، ولهذا وصف بأنه أسلوبا وقائيا مانعا، حيث يمكن للفرد أن يلجأ إلى القضاء المختص للحصول منه على أمر إيقاف تنفيذ القانون المطعون فيه بعدم الدستورية، إذا كان تنفيذ هذا القانون يؤدي إلى الحاق الضرر به، فإذا ثبت لدى المحكمة أن القانون غير دستوري، أصدرت أمرا قضائيا إلى الموظف المختص بالامتناع عن تنفيذ ذلك القانون، وعلى الموظف تنفيذ أمر المحكمة وإلا عد مرتكبا لجريمة احتقار المحكمة ويتعرض للمسؤولية الجزائية بالإضافة إلى التزامه بالتعويض[1].

ج ـ الرقابة بطريقة الحكم التقريري: يعد أسلوب الحكم التقريري أحدث أساليب الرقابة التقريرية في النظام الأمريكي، ويرجع الفقه نشأة هذا الأسلوب إلى القانون الأسكتلندي القديم الذي عرفه وطوره قبل أن يعرفه النظام الإنجليزي، الذي انتقل منه إلى النظام الأمريكي، حيث استخدمت محاكم الولايات الأمريكية هذا الأسلوب في مجال الرقابة الدستورية منذ عام 1918، ومقتضى هذا الأسلوب من الرقابة هو أن يلجأ الفرد إلى المحكمة طالبا منها إصدار حكم يقرر ما إذا كان القانون المراد تطبيقه عليه دستوريا أم لا، وهنا على الموظف المختص بتنفيذ القانون أن يتريث حتى صدور حكم المحكمة، وعندئذ يقوم بتنفيذ القانون إذا وجدت المحكمة هنا دستوريته، أو يمتنع عن تنفيذه إذا قضت المحكمة بعدم دستوريته[2].

المطلب الثاني: القضاء الدستوري في فرنسا:

تعد فرنسا من أسبق الدول التي جعلت الرقابة الدستورية من اختصاص هيئة سياسية، وقد صاحب تأسيس هذه الرقابة في فرنسا من ظهورها، جدل فقهي كبير إلى غاية المرحلة الحالية المتعلقة بالمجلس الدستوري المنشأ بموجب دستور الجمهورية المنشأ سنة 1958.

كان فقهاء ورجال الثورة الفرنسية المتشبعون بأفكار مونتسكيو وروسو يرفضون مبدأ الرقابة على القوانين من منطلق الاعتقاد بالسيادة المطلقة للأمة، وباعتبار القانون تعبير عن

[1] علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، نشر دار الجامعات المصرية، القاهرة ، ط 1978، ص 175.

[2] المرجع سابق، علي سيد الباز، ص 180.

الإرادة العامة للأمة التي لا تخطئ، والتي لا يجوز بالتالي رقابتها من أي جهة كانت، فضلا عن ما يرفضه مبدأ الفصل بين السلطات من سيادة مطلقة للبرلمان على أعماله (القوانين)، وهو الأمر الذي حال دون طرح فكرة الرقابة الدستورية غداة الثورة، عند وضع دستوري 1971و 1793[1]، وكانت المحاولة الأولى لتقرير الرقابة الدستورية بمناسبة وضع دستور السنة الثالثة للجمهورية عام 1895، عندما اقترح سايس وهو أحد أعضاء الجمعية التأسيسية إنشاء هيئة محلفين دستورية يتم تشكيلها من بين أعضاء السلطة التشريعية، ويعهد إليها بمهمة مراقبة دستورية القوانين وإلغاء القوانين المخالفة للدستور[2].

الرقابة الدستورية الحالية في ظل دستور 1958(نظام المجلس الدستوري):

تركيبة المجلس الدستوري: يتكون المجلس الدستوري من نوعين من الأعضاء، أعضاء حكوميون(بقوة القانون)، وأعضاء معينون، الأعضاء الحكوميون هم رؤساء الجمهورية السابقون وتكون عضويتهم لمدى الحياة، أما المعينون فهم تسعة أعضاء، يسمى رئيس الجمهورية ثلاثة منهم ويسمى رئيس الجمعية الوطنية ثلاثة أعضاء آخرين، ويسمى رئيس مجلس الشيوخ الثلاثة الآخرين الباقيين، ومدة عضويتهم تسع سنوات غير قابلة للتجديد، على أن يتجدد اختيار ثلث الأعضاء كل ثلاثة سنوات، أما رئيس المجلس الدستوري فيتم تعيينه من قبل رئيس الجمهورية من بين أعضاء المجلس، ويختاره رئيس الجمهورية عادة بين الأعضاء الثلاثة الذين يعينهم، ويكون صوت الرئيس مرجحا في بعض الحالات في حالة تعادل الأصوات[3].

طبيعة رقابة المجلس الدستوري: ثار خلاف فقهي كبير في فرنسا حول طبيعة المجلس الدستوري، حيث ذهب فريق من الفقهاء إلى أن المجلس يعتبر هيئة سياسية بالنظر إلى تركيبته وطريقة تعيين أعضائه التي تخضع لإرادة السلطات السياسية، وبالتالي تحكم

[1] كان معظم أعضاء الجمعية التأسيسية التي قادت مرحلة ما بعد الثورة، من المتأثرين بأفكار مونتسكيو حول مبدأ الفصل بين السلطات الذي دافع عنه في مؤلفه الشهير روح القوانين فضلا عن أفكار روسو حول مبدأ سيادة الأمة.

[2] ابراهيم درويش، القانون الدستوري (النظرية العامة والرقابة الدستورية)، دار النهضة العربية، القاهرة ط4، 2004، ص 172.

[3] فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، النظرية العامة للدساتير، ج2طبعة1، الجزائر في 1994،ص263.

الاعتبارات السياسية، فضلا أن الرقابة التي يمارسها هي رقابة سياسية لا رقابة قضائية، لأن من أهم خصائص الرقابة القضائية أن تكون رقابة لاحقة على صدور القانون وأن تكون رقابة محددة من حيث نطاق الدعوى وأن يفصل فيها قاضي (ينتمي للسلطة القضائية)، وفقا لقواعد ومبادئ المنازعة القضائية، وهذه خصائص غير موجودة في نظام المجلس الدستوري الفرنسي، في حين يرى غالبية الفقهاء أن المجلس الدستوري يعتبر هيئة قضائية وأنه يمتلك المعايير الشكلية والموضوعية اللازمة لاكتساب جهة ما الطابع القضائي، والتي تتمثل أساسا في تطبيق القانون وتمتع عمل الهيئة بحجية الشيء المقضي فيه، فالمجلس الدستوري يطبق القانون حيث يحكم نصوص الدستور للفصل في مدى دستورية النصوص المعروضة عليه، ويعلن نتيجة عمله بموجب حكم (قرار) يتمتع بقروة الشيء المقضي ويكون ملزم لجميع السلطات والمؤسسات في الدولة طبقا للمادة62 من الدستور[1].

اختصاصات المجلس الدستوري: عهد دستور 1958للمجلس الدستوري بعدة اختصاصات، منها ما هو ذو طبيعة استشارية مثل أخذ رأيه قبل تطبيق المادة16 من الدستور، ومنها ما هو إداري مثل الرقابة العامة على عمليات الاستفتاء والانتخابات الرئيسية وإعداد قائمة المرشحين للانتخابات الرئاسية وإعلان خلو منصب رئيس الجمهورية، واختصاصات أخرى ذات طابع قضائي مثل الفصل في المنازعات والطعون الانتخابية والتشريعية والرئاسية، وكذا الفصل في حالات عدم الجمع بين عضوية البرلمان والنشاطات الأخرى، فضلا عن المهمة الأساسية للمجلس الدستوري، وهي فحص دستورية القوانين والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان واعطاء الرأي في دستورية المعاهدات الدولية[2].

وتنقسم الرقابة الدستورية إلى نوعين رقابة الزامية ورقابة اختيارية، فالقوانين العضوية ونظامي مجلس البرلمان تخضع للرقابة الالزامية، حيث يجب عرضها على المجلس الدستوري قبل تطبيقها للتحقق من دستوريتها، أما القوانين العادية والمعاهدات الدولية فإن عرضها على رقابة المجلس يكون جوازيا، وفي كل الأحوال لا يحال على المجلس الدستوري إلا النصوص التي تم التصويت عليها وقبل إصدارها، أي التي لها طابع القانون الذي تم إقراره

[1] عبد العظيم عبد الحميد، المرجع السابق، ص 126.

[2] د. صلاح الدين فوزي ، المرجع السابق، ص 35.

نهائيا من البرلمان، وبالتالي فرقابة المجلس لا تنصب على مشاريع القوانين قبل التصويت عليها أو القوانين التي تم اصدارها بالفعل[1].

المطلب الثالث: القضاء الدستوري في الجزائر:

نظم دستور 1963 الرقابة الدستورية وعهد بها إلى هيئة المجلس الدستوري، غير أنه لم يتم إنشاء وتنصيب هذه المؤسسة آنذاك نتيجة للظروف السياسية في تلك المرحلة، والتي أدت إلى تعليق العمل بالدستور بعد أقل من ثلاث أسابيع من بدأ نفاذه، ثم تلتها المرحلة الانتقالية التي بدأت مع حركة 19جوان 1965 وما صاحبها من غياب المؤسسات السياسية الشرعية بشكل عام.

أما دستور 1976 فلم ينظم الرقابة الدستورية أصلا، بسبب طبيعة النظام السياسي في تلك المرحلة[2]، ثم جاء دستور 1989 ونص عبر المادة 153 على تأسيس مجلس دستوري يضطلع بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، فضلا على عدة صلاحيات أخرى نصت عليها المادة 155، وأكد التعديل الدستوري لعام 1996 على بقاء هذه المؤسسة مع بعض التعديلات البسيطة.

الفرع الأول : تنظيم المجلس الدستوري (التركيبة وأسلوب العمل):

1. تركيبة المجلس: طبقا للمادة 164من الدستور يتكون المجلس من تسعة أعضاء، ثلاثة أعضاء من بينهم الرئيس يعينهم رئيس الجمهورية، واثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني واثنان ينتخبهما مجلس الأمة، وعضو واحد تنتخبه المحكمة العليا، وعضو واحد ينتخبه مجلس الدولة، وتدوم مهمة هؤلاء ست سنوات، بحيث يجدد نصف عددهم كل ثلاث سنوات، أما الرئيس فيعين لمدة ست سنوات كاملة، الملاحظ على المجلس الدستوري أن المشرع الدستوري حرص على تمثيل مختلف السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية، مع تغليب الصفة السياسية على الصفة القضائية(2 مقابل 7)، ويعتبر وجود العنصر القضائي في التشكيلة عنصرا مميزا للمجلس الدستوري الجزائري مقارنة بنظيره الفرنسي[3].

---

[1] د. صلاح الدين فوزي، المرجع السابق، ص 138/137.

[2] سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، طبعة 1990، ص 67.

[3] مسعود شيهوب، الرقابة على دستورية القوانين –النموذج الجزائري–، مجلة الفكر البرلماني، مجلة دراسات تصدر عن مجلس الأمة في الجزائر، جويلية 2005، العدد 9، ص 24.

2. أسلوب العمل: يمثل المجلس الدستوري عمله المتعلق أساسا برقابة دستورية القوانين والتنظيمات والمعاهدات، بناء على الإخطار الذي يحتكره رئيس السلطة التنفيذية((رئيس الجمهورية) ورئيسا غرفتي البرلمان وتكون هذه الرقابة وجوبية بالنسبة لبعض النصوص وجوازية بالنسبة لنصوص أخرى.

أ. الإخطار: يمارس المجلس الدستوري اختصاصه الأصيل الموكول له بموجب المادة(163) من الدستور والمتمثل في السهر على احترام الدستور من خلال رقابة دستورية القوانين والتنظيمات والمعاهدات، بناء على اخطاره من طرف الجهات الرسمية السياسية المحددة على سبيل الحصر في المادة (166)من الدستور، وهي رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الأمة، إن تضييق حق الإخطار على هذا النحو وقصره على ممثلي السلطات العامة في الدولة يعد مثاليا ينال من فعالية المجلس الدستوري، ويجعله عرضة للتأثيرات السياسية، بحيث يظهر وكأنه مجرد أداة للتحكيم بين السلطات العمومية، طالما ظل المواطن الفرد والأقليات السياسية مستبعدون من الاتصال بالمجلس.

ب. حالات الرقابة (الوجوبية والجوازية): يخطر المجلس الدستوري وجوبا من طرف رئيس الجمهورية، بالقوانين العضوية والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان، وذلك بعد أن يصادق عليها البرلمان وقبل اصدارها من طرف رئيس الجمهورية، ويفصل المجلس الدستوري في مدى مطابقتها للدستور بموجب رأي المادة 165 من الدستور، يتداول المجلس الدستوري في جلسة مغلقة ويعطي رأيه أو قراره في ظرف عشرين يوما الموالية لتاريخ الإخطار، وتحدد قواعد عمل المجلس الأخرى، وكيفية فصله في القضايا المطروحة عليه، بموجب نظامه الداخلي الذي يعده ويحدده بنفسه (المادة 167 من الدستور).

يمكن الحديث عن وجود رقابة المطابقة ورقابة الدستورية، فالأولى متعلقة بالرقابة الالزامية للقوانين العضوية والأنظمة الداخلية للبرلمان، والتي مقتضاها بحسب قضاء المجلس الدستوري التعبير عن علاقة مطابقة صارمة من الدستور... وبالتالي يجب أن يكون النص موضوع الإخطار قد ذكر في أحكامه وعد بأمانة عن الخطة البيانية المضمنة في القواعد الدستورية التي يستنبط منها جوهره، أما الرقابة الثانية فهي تلك المتعلقة بالرقابة الجوازية للقوانين والتنظيمات والمعاهدات، سواء كانت رقابة سابقة أو لاحقة، وهي قد تتعلق بجزء

من النص المراقب وتشمل مجمل النص، في حين تنصب رقابة المطابقة على كل أحكام النص الخاضع لهذا النوع من الرقابة[1].

الفرع الثاني : طبيعة رقابة المجلس الدستوري:

أثارت مسألة طبيعة الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري جدلا فقهيا كبيرا، بين رأي يعتبر هذه الرقابة سياسية ورأي يعتبرها قضائية.

1. رقابة المجلس الدستوري السياسية: يستند هذا الرأي إلى طبيعة المجلس الدستوري وإلى علاقة عمله بالسلطات العليا للدولة، فمن حيث تشكيلته نجد تحكم المعايير السياسية، لأن سبعة من بين أعضائه التسعة يتم تعيينهم من قبل السلطتين التنفيذية والتشريعية، الشيء الذي يعني حضور الاعتبارات الحزبية والسياسية في هذا الخصوص، فضلا إلى تسمية الهيئة ذاتها بالمجلس الدستوري بدلا من المحكمة الدستورية، يعتبر مؤشر واضح يعكس نية المشرع الدستوري في استبعاد نظام الرقابة القضائية[2].

2. رقابة المجلس الدستوري القضائية: يركز هذا الرأي على طبيعة المجلس الدستوري، فكأي هيئة قضائية فإن المجلس الدستوري يقوم حكم القانون في منازعة (من نوع خاص) معروضة عليه، فهو يقارن قاعدتين قانونيتين، تكون احداهما مقياس للأخرى، الأولى تمثل المقياس والمرجع وهي الدستور، والثانية تمثل التصرف المرافق محل المقياس، وبذلك فإن رقابة المجلس الدستوري ليست من طبيعة سياسية، مادام أنها لا تتعلق إلا بالنزاعات التي يكون محلها أعمال قانونية(القوانين).[3]

[1] عبد القادر شربال، مكانة المجلس الدستوري في النظام الوطني المؤسساتي، مجلة الفكر البرلماني، تصدر عن مجلس الأمة في الجزائر، أفريل 2006، العدد 12، ص 92.

[2] عمار عباس ونفيسة بختي، تأثير النظام الإجرائي على رقابة المجلس الدستوري، مجلة الفكر البرلماني، مجلة تصدر عن مجلس الأمة في الجزائر، نوفمبر2008، العدد 21، ص 46.

[3] سعيد بوالشعير، ص 423.

الفصل الثالث: المقارنة بين القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي

واشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: المقارنة بين القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي من حيث الأساس الأيديولوجي.

المبحث الثاني: المقارنة بين القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي من حيث وسائل الرقابة الدستورية.

المبحث الثالث: مقارنة القضاء الدستوري بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي من حيث الغاية(المقصد) من الرقابة الدستورية.

المبحث الأول: مقارنة القضاء الدستوري بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي من حيث الأساس الإديولوجي.

تمارس الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الأنظمة الوضعية الحديثة بطرق مختلفة (عن طريق الدعوى الأصلية وعن طريق الدفع بأنواعها المختلفة)، كما تختلف الجهة التي ترفع أمامها الدعاوي، فقد تطرح أمام محاكم خاصة أو أمام محاكم عادية فكل دولة تنظم هذه الرقابة بكيفية خاصة بها.

والسؤال المطروح هنا هل عرف النظام الإسلامي الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وفي أي إطار يمكن أن تمارس فيه هذه الرقابة؟

وللإجابة على ذلك ينبغي الإشارة إلى أنه إذا كان القضاء في الأنظمة الوضعية يتولى فحص القوانين الصادرة من البرلمان بمختلف الصور المذكورة لكي يتحقق في مدى مطابقتها القوانين أو مخالفتها لقواعد الدستور، فإنه لا يمكن تصور هذه الرقابة في النظام الإسلامي إلا في حالة التشريعات الصادرة عن طريق الاجتهاد، وهذا سواء صدر من قبل مجالس جماعة أهل الحل والعقد، أو من الجماعات المكلفة بالاجتهاد بصفة عامة[1]، كما أن مبدأ وجوب العمل بالشورى في المجالات السياسية التي لم يتم تفصيل أحكامها في القرآن والسنة، أو التي سكت عنها الشرع(مجال العفو) المسموح فيه الاجتهاد وفقا للمقاصد الشرعية، تستوجب ممارسة هذه الرقابة من قبل كل مسلم له مصلحة في إبطال قانون أو عمل مخالف للشرع، وكذا من قبل القضاء بوجه خاص الذي يشرف على مدى شرعية الأحكام الصادرة (تشريعا اجتهاديا أو تطبيقا عمليا) لأن هذا يندرج في إطار مبدأ التعاون على البر ومبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[2].

وتبعا لذلك فإنه مادامت الرقابة تتم في إطار الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فهي من الفروض التي تتعلق بأصول الدين، وليس للأمة أن تتخلى عنها أو تتهاون فيها، وبالتالي

[1] د. منير حميد البياتي، ص 376.

[2] يسين عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والاسلامي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1984، ص 332.

فالتشريع الوضعي المستنبط من أحكام الشريعة الاسلامية يخضع لها وينزل منها منزلة التشريع الأدنى بالتشريع الأعلى بكل ما يترتب على ذلك من نتائج.

وعلى ضوء ما تقدم فلا يمنع أي شخص من ممارسة حقه في الرقابة عن طريق رفع دعوى مباشرة أو فرعية بعدم دستورية أي تشريع مخالف للكتاب والسنة أو الإجماع، كما يجوز لكل المحاكم وفي كل وقت ومن تلقاء نفسها أن تتمسك بذلك وطبعا هذا لا يمنع من إنشاء محاكم خاصة للقيام بهذه الرقابة، وذلك لتوحيد القوانين ومراقبة شرعيتها أفضل لأنها تقوم على مبدأ العقيدة[1].

كل ذلك يؤدي إلى القول أن هذه الرقابة ليست غريبة عن النظام الإسلامي، فهي فرض وكان لابد أن يستمر القضاء في ممارسة رقابة الشرعية أو دستورية الاجتهادات الصادرة عن مختلف الجهات جماعية كانت أم فردية وذلك تحقيقا للعدل ودفعا للظلم، ومنعا لقيام حكم استبدادي، لأن المفروض أن القضاء الشرعي المستقل في النظام الإسلامي مبرئا من نزوة الحكام أو الانحياز للسلطة بحكم الحصانة الإيمانية، والعقيدة التي تفرض عليه الحياد. فالقاضي في الإسلام يعتمد في بناء أحكامه على الكتاب والسنة والإجماع، ولا يجوز أن يطبق قانونا يرى فيه تعارضا مع المصادر المذكورة، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، يضاف إلى ذلك ، أن الهيئات المكلفة بالاجتهاد أو بالتشريع لا تتمتع بالسلطة المطلقة وبحرية التشريع كما هو الحال في لأنظمة الوضعية، فهي مقيدة بقواعد الاجتهاد وأصوله ومحددة بأدلة الأحكام، مما يكاد يعصمها من الخطأ أثناء استنباط الأحكام، وبمعنى آخر، فإن أعمال السلطات في النظام الإسلامي (تشريعية تنفيذية أو قضائية) وما يصدر عنها من قواعد وقرارات وعقود مقيدة بالمقاصد الشرعية، ولا يجوز أن تتعارض مع ما جاء في القرآن أو السنة أو الاجماع، وهذا خلاف ما تتبعه الأنظمة الوضعية من حيث اتباع السلطة لأدنى ما تصدره السلطة الأعلى أيا كانت قرارتها وتصرفاتها، لهذا فلأحكام الصادرة من المجالس التشريعية التي وردت بفعل المجتهدين ليس لها السمو المقرر على التشريعات الأخرى كما هو عليه الحال في الأنظمة الوضعية[2].

[1] د. يسين عمر يوسف، ص 33.

[2] د. صبحي عبده سعيد، الحاكم وأصول الحكم في النظام الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص 182.

المطلب الثاني: مقارنة القضاء الدستوري بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي من حيث وسائل الرقابة الدستورية.

نعقد مقارنة بين قضاء المظالم والقضاء الإداري الفرنسي ونظام الأمبودسمان السويدي وذلك من خلال:

الفرع الأول: قضاء المظالم والقضاء الإداري الفرنسي:

نشير في البداية إلى أن فرنسا من الدول التي تأخذ بمبدأ إزدواجية القضاء فهناك قضاء عادي وقضاء إداري: ولكل واحد منهما محاكمه الخاصة به، أما أهم أسباب نشأة القضاء الإداري فيها كما يدعيه مؤرخوه، أن أموراً سياسية وعوامل اجتماعية تمخضت عنها أحداث ثورة عام 1789 الفرنسية ،كان من أهمها أنهم كانوا يحملون أسوأ الذكريات عن المحاكم القديمة والتي كانت تسرف في التدخل في أعمال الإدارة وبقي ذلك الأمر على حاله حتى أسس مجلس الدولة الفرنسي والمحاكم الإدارية الإقليمية أيام نابليون عام 1799م، الذي أرسى أولى دعامات مجلس الدولة الذي كان له بادئ الأمر الصفة الإستشارية، ثم أعطي لمجلس الدولة صلاحية البت النهائي في الأحكام وأصبح قضاؤه باتاً في ذلك ومفوضاً لا يحتاج إلى تصديق رئيس الدولة.

ظل الوضع كذلك حتى يناير عام 1954 حيث صدرت عدة تشريعات كان لها الأثر الكبير على مجلس الدولة. ونعتقد أن المحاكم الإدارية الفرنسية أخذت من حيث المبدأ والتطبيق بما كان عليه نظام قضاء المظالم حيث كان ثمة والٍ للمظالم في العاصمة مركز الخلافة، وكانت ثمة دواوين في الأقاليم وكان يطعن في أحكام دواوين الأقاليم أمام الخليفة واختصاصات هذه المحاكم تتشابه إلى حد كبير مع اختصاصات ديوان المظالم فتنظر هذه المحاكم في:

1. القضايا المتعلقة بالهيئات المحلية وانتخابات مجلس المديريات.
2. القضايا المتعلقة بالضرائب المباشرة والأشغال العامة وبيع أموال الدولة ومخالفات الطرق.
3. المنازعات الفردية المتعلقة بالموظفين في هذه الهيئات.
4. منازعات العقود الإدارية التي تبرمها هذه الهيئات.

5. المنازعات المتعلقة بالمناجم.

وعلى ذلك لا بد من التأكيد على الحقيقة القانونية التي يتمتع بها مجلس الدولة الفرنسي في تأكيده على مبدأ المشروعية وسيادة القانون، فقد كان المجلس شديد الحرص على الموازنة ما بين المصلحة العامة والخاصة، فضلاً عن دوره الفعّال في حماية الحريات الفردية ضد عسف السلطات وجبروت الدولة وإنصاف المواطنين والموظفين تجاه تسلط الدولة.

أما بالنسبة للقضاء الإداري المصري والسوري والأردني، فقد سار على نهج القضاء الإداري الفرنسي وأخذ معظم اختصاصات هذا القضاء والتي من حيث المبدأ والتطبيق تشبه إلى حد كبير قضاء المظالم[1].

الفرع الثاني: قضاء المظالم ونظام (الامبودسمان) السويدي

أوجدت بعض الدساتير الحديثة نسبياً نوعاً خاصاً من رقابة السلطة التشريعية تكتسي طابع الرقابة الإدارية وهذا مطبق في السويد وسنقوم بتحليله من حيث تعريفه ونشأته واختصاصاته وتقييمه والفرق بينه وبين ديوان المظالم وذلك من خلال النقاط التالية:

أولاً: تعريف نظام (الامبودسمان) ونشأته.

كلمة (الامبودسمان) كلمة سويدية الأصل ويقصد بها الوسيط Intermediaire. و(الامبودسمان) في الواقع ليس إلا جهاز منبثق من البرلمان يختص بحماية حقوق المواطنين وحرياتهم ويحفظ لنفسه بامتيازات الرقابة على الإدارة يمارسها في أوسع نطاق ممكن وبكل الوسائل في إطار الشرعية، ويطلق البعض على (الامبودسمان) لفظ المفوض البرلماني إلا أننا نرى أن هذا المسمى ليس معبراً تعبيراً حقيقياً على مدلول النظام ووظائفه، ومن ثم نفضل تسميته بالمحامي أو المدافع عن حقوق المواطنين وحرياتهم. نشأ هذا النظام لأول مرة في دولة السويد سنة 1809م وهو تاريخ صدور أول دستور لها بعد الانقلاب العسكري الذي أطاح بالسلطة الحاكمة وقتذاك، وطالب بوضع دستور

[1] عدل عليا رقم 95/11، مجلة نقابة المحامين لسنة 1997م، ص662.

[2] دار الافتاء العام الاردن 2012/12/26 كتاب قضاء المظالم وسيلة لقمع الظلم واحقاق العدل د. محمد وليد العبادي ص 10 .

للبلاد يحقق فيه الاستقرار السياسي للدولة ويضع ضمانات لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأفراد، وقد نص الدستور على نظام الأمبودسمان كوسيلة للحد من تعسف الملوك ورجال السلطة من استعمال ما منح لهم من سلطات ولضمان حماية أكبر قدر من حقوق وحريات الأفراد. ونظراً لما لاقاه من نتائج إيجابية فلقد أخذت به دول كثيرة مثل النروج والدنمارك وألمانيا الاتحادية والمملكة المتحدة وكذلك نيوزلاندا ومن البلاد العربية السودان عام 1918م وتنزانيا في أفريقيا عام 1975 والهند عام 1968.

ثانياً: اختصاصات (الأمبودسمان):

أخذت السويد كما سلف القول بهذا النظام منذ أن صدر أول دستور لها عام 1809 وبالإضافة إلى ما ورد بالدستور من نصوص تتعلق بالامبودسمان فقد صدر القانون رقم (928) في 29 ديسمبر لسنة 1967 متضمناً القواعد القانونية المنظمة لوظائف واختصاصات الأمبودسمان.

ويباشر الامبودسمان سلطاته الرقابية على جميع موظفي الدولة المدنيين والعسكريين، وأعضاء الهيئات القضائية، والعاملين بوحدات الإدارة المحلية ابتداءً من سنة 1957، ويخرج من نطاق اختصاصه الملك وأعضاء البرلمان والوزراء.

---

[1] دار الافتاء العام الاردن 2012/12/26 كتاب قضاء المظالم وسيلة لقمع الظلم واحقاق العدل د. محمد وليد العبادي ص 10 .

وتستهدف هذه الرقابة بالدرجة الأولى ضمان التأكد من تطبيق القانون تطبيقاً سليماً على جميع المواطنين بدون تمييز، بالإضافة إلى حماية حقوق المواطنين وحرياتهم إذا ما تعسفت الدولة في استعمال ما منح لها من سلطات إزاء الأفراد، وعليه فالأمبودسمان يباشر الاختصاصات التالية:

أ- الرقابة على كل من السلطتين التنفيذية والقضائية.

ب- رد الحقوق إلى أهلها ورفع ما وقع على المواطنين من غبن.

ويمارس (الأمبودسمان) هذه السلطات والاختصاصات عن طريق الشكاوي المقدمة من الأفراد، ضد الوزارات والمؤسسات العامة، بما في ذلك القضاء، وكذلك عن طريق التفتيش والتحقيق تمهيداً للوصول إلى الحقيقة وله الحق في توجيه الملاحظات إلى جهة الإدارة. وتعتبر الصحافة مصدراً أساسياً للأمبودسمان لكي يستقي منها المعلومات اللازمة للقيام بوظائفه.

ج- يقدم تقريراً سنوياً إلى البرلمان عن النتائج المتعلقة بأعماله وملاحظاته ويعتبر من العوامل الرادعة لجهة الإدارة.

د- صلاحية تفسير النصوص التشريعية.

هـ- مراقبة المشروعية والملائمة.

ثالثاً: تقييم هذا النظام:

ونلاحظ من وظائف واختصاصات (الأمبودسمان) على أعمال السلطتين التنفيذية والقضائية وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم ورفع الظلم. فإن هذا النظام نجح نجاحاً كبيراً في السويد. ويرجع ذلك في المقام الأول إلى أن القانون المنظم للأمبودسمان اشترط صفات شخصية، فيمن يتولى هذا المنصب لا يحابي أي شخص سواء كان طبيعياً أو معنوياً لأي إنسان كما يقوم بدراسة كل حالة وكل شكوى تصله ويتولى الرد عليها بالتفصيل وهذا أعطى له هيبة كبيرة عند السويديين.

فالمواطن السويدي أصبح من خلال هذا النظام مطمئناً بأن أي إساءة تصيبه من موظفي الدولة سوف يحتج عليها وذلك بأن يقوم بإبلاغ الجهة المختصة بذلك وتقوم الجهة المختصة بالبحث عن الأسباب ورفع الظلم عنه من جراء هذا العمل غير القانوني. وأخيراً يمارس (الأمبودسمان) دوراً فعالاً في مجال الإصلاح السياسي والإداري من خلال ما يضمنه في تقريره السنوي المقدم للبرلمان، وآرائه في مجال الإصلاح الإداري والسياسي.

رابعاً: الفرق بين نظام المظالم و(الأمبودسمان).

من خلال الدراسة والبحث نجد أن كلا النظامين يتفقان في أن هدفهما واحد يتمثل في تحقيق سيادة القانون وحماية حقوق الأفراد، وردع الظالم ورد المظالم لأهلها، كما أنّ كلاً من والي المظالم والامبودسمان يعينان من قبل الهيئة الممثلة للشعب والخليفة الذي بايعه الأفراد في نظام المظالم والهيئة التشريعية الممثلة للشعب في نظام الأمبودسمان.

ولكن يختلفان في أن اختصاص والي المظالم أعم وأشمل في رد المظالم، فلا يوجد أي شخص بعيد عن الرقابة في ظل نظام المظالم حتى الخليفة نفسه حيث يمكن مقاضاته أمام والي المظالم.

أما نظام (الأمبودسمان) فيخرج من نطاق اختصاصاته الملك والوزراء وأعضاء البرلمان. كما أنه لا يملك حق توقيع العقوبة على الموظف المخطئ وكل ما يملكه إحالة الموظف للمحاكم التأديبية أو الجنائية بينما يملك والي المظالم كل السلطات بما فيها توقيع العقاب على الموظف المخطئ.

و(الأمبودسمان) لا يملك إصدار أوامر للإدارة أو إصدار قرار بدلاً منها بينما والي المظالم يملك ذلك بجانب سلطة التنفيذ كذلك.

وهكذا نرى أن نظام المظالم الإسلامي أعم وأشمل من نظام (الأمبودسمان) وأكثر تفصيلاً ورقابة على كل نواحي الحياة من اختصاصات في حين نرى أن نظام (الأمبودسمان) البرلماني يبدو هزيلاً جداً مع نظام المظالم الإسلامي ومن ثمَّ فهي مقارنة مع الفارق.

وأخيراً يمكننا القول بأن قضاء المظالم يعتبر نظاماً نموذجياً بالنسبة لنظام الأمبودسمان وغيره من الأنظمة المعاصرة التي درسناها سابقاً والذي ما زال مطبق في بعض الدول الإسلامية كالمملكة العربية السعودية وبهذا يتضح لنا أن الدولة الإسلامية لها الفضل الكبير في إرساء فكرة الرقابة الدقيقة على أعمال الإدارة وعلى أشخاصها وعمالها مما يكفل للمواطنين حماية حقوقهم وحرياتهم الأمر الذي لم تصل إليه الدول الأوروبية إلا في وقت متأخر بكثير عن العصر الإسلامي[1].

المطلب الثالث: مقارنة القضاء الدستوري بين التشريع الاسلامي والقانون الوضعي من حيث الغاية أو المقصد.

يمكن أن نختصر الموجود حالياً من القوانين والتشريعات في المجتمع البشري بأكمله إلى نمطين من التشريع، أحدهما تشريع ديني؛ باعتبار أن الدين هو جذره ومرجعه، والآخر

[1] د. ليلى تكلا، الامبودسمان، دراسة تحليلية مقارنة بنظام المفوض البرلماني، مكتبة الأنجلو المصرية،1971م، ص209/217.

التشريع الوضعي وهو مجموعة القوانين التي وضعها مختصون بالقانون، وتتميز القوانين الوضعية بأنها اجتهاد إنساني لتنظيم واقع بشري معاش.

ولا شك أن الغاية المرجوة من القوانين الوضعية والتشريعات الإسلامية هي أن تكون ميزاناً لحقوق الناس، يحافظ على مقاديرها، ويمنع من انتهاكها، ويفك نزاعاتها، وسواء أدت القوانين الوضعية والتشريعات الفقهية مهمتهما كما ينبغي أو لم تفلح في ذلك، فإن الحاجة إليها ماسة، حيث لا يستغني مجتمع بشري عن وجود قانون يرجع إليه الناس إلهياً كان القانون أو بشرياً.

ولا جدال في أنّ تشريعنا الإسلامي ـ بنحوٍ عام ـ يحظى بالشرعية التي جعلتنا نعتمد عليه، كقانون للحياة، أو كمصدرٍ نستنبط منه القوانين التي تحتاجها حياتنا، لكنّ علماء المسلمين ومفكريهم اختلفوا في الموقف من القوانين الوضعية، هل هي شرعية أم ليست كذلك؟ هل يصدق عليها أو بعضها أنها قوانين صالحة وتمضيها الشريعة الإسلامية أم لا؟ والسؤال بشكلٍ أوضح هو: هل هناك مجال لأن نتعامل بشكلٍ طبيعي مع الصالح من القوانين الوضعية ونلتزم بها ونطبقها؟ أم يجب أن تكون الشريعة الإسلامية حصراً هي المصدر الوحيد للقوانين؟[1]

لقد أجاب على هذا السؤال الكثير من المفكرين والعلماء، لكن الإجابات تعدّدت، وبالتالي لم تعبّر عن موقف واحد، علماً بأنّ بعض الأجوبة تقع على طرفي نقيض.

لا شكّ أنّ الموقف من القوانين الوضعية هو من قبيل المواقف الموحّدة الواضحة وضوح القواعد في العلوم، ذلك لأنّ القوانين الوضعية تمثّل شريعة أخرى تعتمد عليها معظم دول وشعوب العالم، لذلك فإنّ جوابنا على سؤال: ما هو موقف الدين من القوانين الوضعية؟ يجب أن يكون قاطعاً موحداً، وأن يتسم بالوضوح، كوضوح أي قاعدة في أي علم من العلوم، فما الذي جعل موقفنا مواقف؟ ولماذا تواجهت أجوبتنا إلى درجة التناحر، بينما يجب أن تكون واضحة وموحّدة؟

إنّ الغاية من التشريع الإسلامي هي ذات الغاية من التشريع الوضعي، ولو أنّنا تناولنا الدين بطريقةٍ طبيعيةٍ كما نتناول شؤوننا الدنيوية، لكان ذلك أيسر لنا وأقرب لفهم الدين،

[1] فتاوى الأزهر، ج 7، ص 185.

والتعاطي معه بشكل طبيعي، ولطالما أكدنا باستمرار أنّ ديننا دين الفطرة، فهو دين يتعامل مع واقع الحياة، ويستجيب لحاجياتنا الطبيعية، ولا يكلّفنا إلا وفق قابلياتنا، لأنّه يتعامل مع الواقع، فالدين يسلك بنا الطريق المناسب لطبيعتنا، ويعرّفنا على ما لا يناسبنا ويدعونا لاجتنابه، فالفهم الصحيح للدين وتشريعاته المجتمعية بالخصوص يبدأ من فهم طبيعتنا وواقعنا وحاجياتنا، وإذا أردنا فهم الدين –متجاوزين واقعنا وطبيعتنا– فلن نفهمه فهماً طبيعياً، وسنتعامل معه كما لو كنا نتعامل مع مجموعة ألغاز، أو كما نتعامل مع ظواهر لا تُعرف أسبابها، وحينئذٍ سيكون تعاطينا للدين لا يقوم على أساسٍ منطقي، بل على أساس التخبّط والتخمين والتخرّص، الأمر الذي سيفتح الباب على مصراعيه لخلافات لا تلتقي أطرافها على شيء، واختلاف الموقف حول شرعيّة القوانين الوضعية نابع من سوء فهمنا لغاية التشريع، فغاية التشريع الديني هو ذات الغاية من تشريع القانون الوضعي، والتشريعان يبغيان وضع حدٍّ لجور الإنسان على الإنسان، والفوضى والطغيان، ويقومان بتنظيم شئون الحياة وفق قواعد العدل، فليس التشريع في نفسه عبادة، ولا هو مجرد امتحان، ولم تشرّع الأحكام لذاتها، ولا لتكون فوق الحياة، وليس هو مقدساً لأنّه تشريع ديني، وإنّما تكمن قداسته في بسط العدل بين الناس[1].

أوجه الاختلاف	أوجه التشابه
التشريع الإسلامي ـ بنحوٍ عام ـ يحظى بالشرعية التي جعلتنا نعتمد عليه، كقانون للحياة، أو كمصدرٍ نستنبط منه القوانين التي تحتاجها حياتنا. للقانون الإسلامي هدف واضح وغاية محددة، تحدد وجهة الإنسان في الحياة، وتبين غايته، فهو يشعر أنّ غاية القانون الإلهي هي تعبيده لخالقه، وتحريره من كلِّ خضوع وعبودية بشرية، وأنّ جزاءً عادلاً وغاية أخروية تترتب على أفعّاله القانونية التي	الغاية المرجوة من القوانين الوضعية والتشريعات الدينية هي أن تكون ميزاناً لحقوق الناس، يحافظ على مقاديرها، ويمنع من انتهاكها، ويفك نزاعاتها، وسواء أدت القوانين الوضعية والتشريعات الفقهية مهمتهما كما ينبغي أو لم تفلح في ذلك، فإن الحاجة إليها ماسة، حيث لا يستغني مجتمع بشري عن وجود قانون يرجع إليه الناس إلهياً كان القانون أو بشرياً.

[1] محمد الأمين بن محمد المختار، تفسير أضواء البيان في ايضاح القرآن بالقرآن، دار العم للنشر ص 443.

يمارسها في الحياة، بعكس القانون الوضعي، فإنّ الفرد لا يشعر في ظله غير أنه مقيد بقيود الدولة والسلطة التي لا تملك غاية محددة، ولا هدفاً واضحاً غير مصالح الطبقة الحاكمة، وأهداف الفئة المتسلطة مما يدفع الإنسان إلى العمل على التخلص من هذه القوانين والكفاح ضدها.	

خاتمة.

الحمد لله رب العالمين، الذي أتمّ علينا من فضله وأسبغ علينا نعمهُ ظاهرةً وباطنة، نحمده سبحانه أن هدانا لهذا وما كنّا لنهتدي لولا أن هدانا الله، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين محمد وعلى آله وصحبه ومن سار على دربه إلى يوم الدين، وبعد:

من خلال دراستنا للقضاء الدستوري في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي نستنتج أنّ الشريعة الإسلامية قد عرفت هذا النوع من القضاء الذي يقضي بالدفع بعدم الدستورية وفي كثير من الأحيان كان المسلمون الأوائل يدفعون بعدم الدستورية بناظر المظالم وعليه أن يقف عند هذا الوضع ويتمحص وينتهي إلى عدم مخالفة هذا القانون لنص ورد في القرآن أو السنة أو الإجماع، والتاريخ الإسلامي حافل بمثل هكذا مواقف

- ✓ إن الأخذ بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين من شأنه حفظ الدستور وحمايته وإقرار "قاعدة السمو للدستور" وإبعاد آثار الحكم الديكتاتوري ويفرض للشعب إرادته وبما أن الدستور هو قانون فإن مهمة رقابته يجب أن توكل إلى هيئة قضائية لأنها أثبتت نجاحها وجدارتها على مرّ التاريخ.
- ✓ لقد تبنى المؤسس الدستوري الجزائري الرقابة السياسية على دستورية القوانين من خلال النص في دساتيره الثلاث (دستور 1963، دستور1989، دستور1996) على تأسيس مجلس دستوري يكلف بالسهر على حماية الدستور.
- ✓ إن الرقابة تتراوح بين أسلوبين رقابة سياسية ورقابة قضائية وإذا كانت الرقابة الدستورية تعد الوسيلة المثلى لكفالة احترام الدستور وضمانا لحماية الحقوق والحريات، فإن طبيعة الرقابة لازالت تشكل جدلا مثار بين النظم التي أخذت بنظام الرقابة السياسية والتي أخذت بنظام الرقابة القضائية (فرنسا وأمريكا).
- ✓ تكتسب الرقابة أهمية فائقة وخاصة بالنسبة للواقع الحالي الذي تعيشه الدول العربية اليوم، حيث ستمكن هذه الدراسة الباحث من وضع يده على بعض المواقف في التاريخ الإسلامي العريق الثري بمواقف الدفع بعدم الدستورية المحقق للحق والمبطل للباطل

وهو تقريبا نفس ما تنادي إليه الدساتير واللوائح في الحكومات المعاصرة من خلال المطالبة بالتطبيق الحقيقي للرقابة على دستورية القوانين لما فيها من تحقيق للديمقراطية.

التوصيات:

- ✓ ضرورة الفصل الفعلي والحقيقي للسلطات الثلاث الرئيسة بالمجتمع المدني السلطة القضائية، التشريعية والتنفيذية.
- ✓ مراجعة الأنظمة والدساتير وتعديلها وفق ما يحقق المطالب الشعبية والطموحات المستقبلية.
- ✓ التفعيل الحقيقي للرقابة القضائية على دستورية القوانين بالتأكيد الشفافية والمصداقية وترسيخ دولة القانون والمؤسسات وحماية الحقوق والحريات العامة للمواطنين.

فهرس الآيات

نص الآية	السورة	رقمها	الصفحة
﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾	البقرة	178	04
﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾	البقرة	183	04
﴿فَقَضَاهن سَبعَ سَمَوات﴾	البقرة	251	04
﴿ انْ أَرَدْتُمْ اسْتبْدَالَ زَوْج مَكَانَ زَوج واتيتم احدهن قنطارا ﴾	النساء	20	12
﴿ يَأيُهَا الذينَ آمنُوا كونُوا قَوامينَ بالقسْط شُهَدَاءَ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسكُمْ أَو الوَالدين و الأَقربين، ﴾	النساء	105	09
﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾	المائدة	03	05
﴿ لَئِن شَكَرْتُمْ لأَزِيدَتَّكُمْ ﴾	إبراهيم	07	ب
﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ﴾	النحل	90	02
﴿إِنَ الله يَأمرُ بالعَدْل وَالإحْسَان وَ إيتَاء ذيْ القُرْبَى ويَنهَى عَنْ الفَحْشَاء والمنكَر وَالبَغْي ويَعظُكُمْ لَعَلَكُمْ تَذَكَرُونْ۝ واوفُوا بعَهْد الله إذَا عَاهَدْتُمْ ﴾	النحل	91	09
﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه﴾	الإسراء	23	02
﴿فَاقْض مَا أنتَ قاضٍ﴾	طه	72	02
﴿ولَولَا كَلمَةٌ سَبَقَتْ منْ رَبكَ لَقُضيَ بَينَهُمْ﴾	سبأ	14	02
﴿و الله يَقْضيْ بالحَق﴾	سبأ	14	02

﴿ فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ ﴾	فصلت	12	02
﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيه﴾	الشورى	13	05
﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا﴾	الجاثية	18	05
﴿ انَ الذينَ يُبَايُعُونَكَ انمَا يُبَايعونَ الله يدُ الله فَوقَ أَيديهمْ فَمَنْ نَكَثَ فَإنما يَنكثُ عَلى نَفسه وَمَنْ أَوفى بمَا عَاهَدَ اللهُ فَسُيُؤتيه أَجرًا عَظيمًا﴾	الفتح	10	09

فهرس الأحاديث

نص الحديث	الصفحة
«اذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، واذا اجتهد فأخطأ فله أجر»	10
«إذا لقيت عدوك فادعه أولا لإحدى خصال ثلاث: "ادعه للإسلام فكونوا منا ،و ان ابو الا البقاء على دينهم وسلطانهم فسألهم الجزية فإن رضو فجعل لهم ذمه الله و ذمه نيبيهم فكف عن قتالهم وإن أبو الجزية فستعن بالله وقاتلهم »	13

فهرس المصادر والمراجع.

1) القرآن الكريم.

2) إبراهيم درويش، القانون الدستوري (النظرية العامة والرقابة الدستورية)، دار النهضة العربية القاهرة، ط4، 2004.

3) أحمد خميس كامل ، الدور السياسي للقضاء قبل وبعد اقرار الدستور الجديد ، مقال منشور في موقع مجلة الديمقراطية.

4) أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر ، بحث منشور في مجلة دستورية، العدد الأول ، يناير 2003.

5) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنات، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م.

6) الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا، الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م.

7) السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1413هـ.

8) الفيروز أبادي، أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي، القاموس المحيط ، الأردن ، مؤسسة الرسالة.

9) القضاء في القانون والفقه الاسلامي، علي خالد دبيس، مقال منشور في مجلة أهل عليهم السلام ، العدد 14.

10) المطرزي، ناصر بن عبد السيد أبى المكارم ابن على، أبو الفتح، المغرب، دار الكتاب العربي، دار الكتاب العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.

11) تقية عبد الفتاح، التشريع الاسلامي خصائصه ومقاصده، دراسة تحليلية.

12) جابر جان نضار، الوسيط في القانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991.

13) حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري ، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2002.

14) ديندار شيخاني، الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة منشور في الموقع الإلكتروني لمركز قنديل للنشر والاعلام العدد 65.

15) زهرة عبد الباقي، اشكالية ترجمة مصطلحات قانون الجنسية الجزائري، مشروع ماجيستير تعليمية اللغات و المصطلحاتية، السنة الجامعية 2015/2014.

16) سامي جمال الدين، قانون الدستوري والشرعية الدستورية، منشأة المعارف الإسكندرية،2005.

17) سليمان الطماوي ، السطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي، دار الفكر العربي 1911م.

18) صالح بن هاشل بن راشد المسكري، نظم الرقابة على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي، كلية الحقوق، 2011.

19) صبحي عبده سعيد، الحاكم وأصول الحكم في النظام الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1985.

20) عادل عمر الشريف، القضاء الدستوري في مصر، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

21) عاطف سالم عبد الرحمان، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي ، الأردن عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.

22) عبد العزيز سلمان، رقابة دستورية القوانين ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،1994، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط1.

23) عبد العظيم عبد الحميد، حقوق الانسان وحرياته العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

24) عبد الغني سيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، مطبعة الدار الجامعية، القاهرة.

25) عبد القادر شربال، مكانة المجلس الدستوري في النظام الوطني المؤسساتي، مجلة الفكر البرلماني، تصدر عن مجلس الأمة في الجزائر، أفريل 2006، العدد 12.

26) عبد الوهاب الأزرق ، هل القضاء سلطة مستقلة ، مجلة العدد الإمارتية ، العدد 11.

27) عدنان عاجل عبيد، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، العراق مطبعة سومر للطباعة الملونة الحديثة 2001.

28) عصام سليمان ، مدخل إلى علم السياسة ، ط 2 بيروت ، دار النضال للطباعة والنشر والتوزيع، 1919.

29) علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، نشر دار الجامعات المصرية، القاهرة ، ط 1978.

30) علي محمد الطلابي ، الشيخ عز الدين بن عبد السلام سلطان العلماء وبائع الأمراء ، نسخة محفوظة في مكتبة صيد الفوائد الإلكترونية.

31) عمار عباس ونفيسة بختي ، تأثير النظام الإجرائي على رقابة المجلس الدستوري، مجلة الفكر البرلماني، مجلة تصدر عن مجلس الأمة في الجزائر، نوفمبر2008، العدد 21.

32) فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، النظرية العامة للدساتير، ج2طبعة1، الجزائر في 1994.

33) ليلى تكلا، الامبودسمان، دراسة تحليلية مقارنة بنظام المفوض البرلماني، مكتبة الأنجلو المصرية،1971م.

34) مازن ليلو راضي ، ضمانات احترام القواعد الدستورية في العراق ، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، www.ao-academy.org

35) محمد أرزقي نسيب ، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية ج 1 ، دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1998.

36) محمد الأمين بن محمد المختار، تفسير أضواء البيان في ايضاح القرآن بالقرآن، دار العم للنشر.

37) محمد رفعت عبد الوهاب ،تحليل مبدأ سمو الدستور، رقابة القضاء على دستورية القانون، المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، طبعة 2010.

38) محمد شفيق، القضاء الدستوري، منشورات المفوضة السامية لحقوق الإنسان، تونس 2013.

39) محمد صلاح عبد البديع السيد. قضاء الدستورية في مصر في ضوء أحكام القانون وأحكام المحكمة الدستورية العليا، ط3 ، القاهرة، دار النهضة العربية ، 2003.

40) مسعود شيهوب، الرقابة على دستورية القوانين –النموذج الجزائري–، مجلة الفكر البرلماني، مجلة دراسات تصدر عن مجلس الأمة في الجزائر، جويلية 2005، العدد 9.

41) مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون.

42) نبيل عبد الرحمان حياوي، ضمانات الدستور ،طبعة 2، بغداد، المكتبة القانونية، 2008.

43) ياسين عمر يوسف، استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والاسلامي، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس، القاهرة، 1984.

44) يحي الجمل، القضاء الدستوري في مصر، بحث حول منشور في الموقع الالكتروني للبوابة القانونية شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنميةwww.tashreaat.com.

45) إبراهيم درويش ، القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004.

46) ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، لسان العرب، دار صادر – بيروت، الطبعة الثالثة – 1414 هـ.

47) سعيد بوشعير ، المجلس الدستوري في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2003.

48) سليمان الطماوي ، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي ، ط ، 5جامعة عين شمس ،القاهرة ، 1986م.

49) عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية والقانون الدستوري، – مطبعة الدار الجامعية ، القاهرة ،1992.

50) عبد الغني بسيوني، المبادئ العامة للقانون الدستوري، الدار الجامعية،1985.

51) محمد باهي أبو يونس ، أصول القضاء الدستوري، مصر، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2013.

فهرس المحتويات.

الموضوع	الصفحة
إهداء	أ
شكر وعرفان	ب
مقدمة	ج
خطة البحث	و
ملخص البحث	ك
مبحث تمهيدي: التعريف بمصطلحات البحث	02
الفصل الأول: القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي	04
المبحث الأول: مشروعية القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي	08
المطلب الأول: تكييف القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي	09
المطلب الثاني: مشروعية القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي	10
المبحث الثاني: صور القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي (نماذج)	12
المطلب الأول: الدفع بعدم الدستورية الشرعية من طرف أجهزة القضاء العادي، قضاء المظالم و نظام الحسبة(نماذج)	13
المطلب الثاني: الدفع بعدم الدستورية من طرف الفقهاء(نماذج)	16
الفصل الثاني: القضاء الدستوري في القانون الوضعي	19

المبحث الأول: نشأة القضاء الدستوري في القانون الوضعي و دوره في ديمقراطية النظام السياسي	24
المطلب الأول: نشأة القضاء الدستوري في القانون الوضعي	25
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للقضاء الدستوري	27
المطلب الثالث: دور القضاء الدستوري في ديمقراطية النظام السياسي	29
المبحث الثاني: نماذج القضاء الدستوري في العالم المعاصر(نماذج)	30
المطلب الأول: القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية	31
المطلب الثاني: القضاء الدستوري في فرنسا	34
المطلب الثالث: القضاء الدستوري في الجزائر	35
الفصل الثالث: المقارنة بين القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي	36
المبحث الأول: المقارنة بين القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي من حيث الأساس الأيديولوجي	37
المبحث الثاني: المقارنة بين القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي من حيث وسائل الرقابة الدستورية	40
المبحث الثالث: المقارنة بين القضاء الدستوري في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي من حيث الغاية(المقصد) من الرقابة الدستورية	43
خاتمة	45
ملخص البحث	47

فهرس الآيات	**49**
فهرس الأحاديث	**50**
فهرس المصادر والمراجع	**55**
فهرس المحتويات العامة	**58**