

مجلة العلوم

الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخميس

جامعة المرقب

العدد الأول لسنة 2018

مجلة العلوم الشرعية والقانونية مجلة محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة المرقب

رقم الإيداع المحلي 2015/379م.

دار الكتب الوطنية ببنغازي . ليبيا

هاتف:

9090509 . 9096379 . 9097074

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@hotmail.com

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

شروط النشر بالمجلة:

الأخوة الأفاضل حرصاً على حسن إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:

1. أن لا يكون قد تمّ نشر البحث من قبل في أي مجلة أو كتاب أو رسالة علمية أو وسيلة نشر أخرى.
2. أن لا تزيد صفحات البحث عن (35) صفحة تقريباً بما فيها قائمة المراجع.
3. هوامش الصفحة من اليمين ، على ورق A4 . وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic). وللهامش (12) وبين السطور (1).
4. العناوين الوسطية تكتب مسودة وبحجم خط (16) Bold.
- العناوين الجانبية: تكتب من أول السطر مسودة وبحجم (14) Bold ، وتوضع بعدها نقطتان رأسيّتان.
5. تبدأ الفقرات بعد خمس فراغات.
6. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، ورموز أسمائها بالخط العربي .
7. ضرورة استخدام رمز القوسان المزهران للآيات القرآنية (﴿ ﴾) ، والرمز (« ») للنصوص النبوية، والرمز: (" ") علامة التنصيص.
8. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.
9. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.
10. لا تكتب بيانات النشر للمصادر والمراجع في الهامش، وإنما يكتب ذلك في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث.
- مثل : ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 2، ص 332
11. عند الإحالة إلى كتب الحديث المرتبة على الأبواب الفقهية والموضوعات العلمية تكتب أسماء الكتب والأبواب، مع كتابة الجزء، والصفحة، ورقم الحديث إن

-
- وجد. هكذا: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب. الإيمان، باب الإيمان وقول النبي «
بني الإسلام على خمس» : ج 1، ص 12 ، رقم 1.
12. تخرّج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.
مثل: قال الله تعالى: (سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّاهُمْ عَن قِبَلَتِهِمُ الَّتِي كَانُوا
عَلَيْهَا قُلْ لِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ)..[البقرة: 142]
13. في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش فراغ واحد ثم تبدأ كتابة المعلومات التي
يراد كتابتها، وهوامش كل صفحة تبدأ بالرقم واحد.
14. قائمة المصادر ترتب على أسماء الشهرة للمؤلفين، كالاتي:
ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري،
تحقيق: علي محمد الجاوي، بيروت: دار الجيل، ط 1، سنة 1112 هـ/ 1992م.
15. يرفق الباحث ملخصاً لسيرته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة
شخصية له.
16. ترسل البحوث، والسير الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج
لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي.
iaelfared@elmergib.edu.ly
17. للمجلة الحق في رفض نشر أي بحث بدون إبداء الأسباب والبحوث التي لا
تقبل للنشر لا ترد إلى أصحابها.
18. لصاحب البحث المنشور الحق في الحصول على عدد (5) نسخ من عدد
المجلة المعني مجاناً.
19. ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما لكل
التقدير والاحترام .
20. لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة
التي تراها.
نأمل من السادة الباحث والقراء المعذرة عن إي خطأ قد يحدث مقدماً ، فله
الكمال وحده سبحانه وتعالى.
-

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

مجلة العلوم الشرعية والقانونية
مجلة علمية محكمة تصدرها
كلية القانون بالخمسة - جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد

هيئة التحرير:

د. مصطفى إبراهيم العربي

د. عبدالمنعم محمد الصرارعي

د. أحمد عثمان احميده

اللجنة الاستشارية:

أ. د. عبدالسلام أبوناجي. أ. د. محمد عبدالسلام

أ. د. محمد رمضان باره. أ. د. سالم محمد مرشان.

د. عمر رمضان العبيد. د. محمد علي أبوسطاش.

د. علي أحمد اشكورفو. د. عبد الحفيظ ديكنه.

فهرس الموضوعات

7 كلمة رئيس التحرير
	القواعد الفقهية مفهومها - كونها كلية أو أغلبية- (دراسة استقرائية تحليلية)
9 د. مُجَّد عبدالحفيظ عليجة
	البعد الفلسفي للشرعية الدستورية
57 أ. صالح أحمد الفرجاني
	تطبيق قانون الامتثال الضريبي الامريكى على المؤسسات الأمنية
73 د. رحاب مُجَّد بن نوبة
	مدى مشروعية تقنية الرحم المستعار في القانون الجنائي الليبي
102 د. عبدالله عبدالسلام عربي
	التوسع في استخدام الفصل السابع من الميثاق " الأسباب والنتائج"
122 د. مصباح النعاس
	الحماية الجنائية للبيانات الشخصية الإلكترونية في القانون الليبي والمقارن
146 د. ماشاء الله عثمان الزوي
	الوسائل الودية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي (دراسة تحليلية)
233 د. جمال عثمان المبروك
	نطاق تطبيق مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية
273 د. نعيمة عمر الغزير
	نطاق تطبيق الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة
331 بشرة سعيد سليمان سيف
	البصمة الوراثية كدليل إثبات في مرحلة المحاكمة في القانون الإماراتي
377 هنادي شريف مراد
	ضمانات المحكوم عليه في حالة النفاذ المعجل وفقاً لأحكام القانون الإماراتي
411 دانة مُجَّد سليمان
	فهرس القانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط الاقتصادي
430 أ. الصديق محمود سليمان

كلمة رئيس التحرير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الكرام الطيبين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد: فإنه يسر هيئة التحرير أن تهديكم العدد الأول من المجلة للعام 2018م. ونظراً للعمل الذؤوب، والجهد المتواصل للرقى بالمجلة، فقد منّ الله تعالى علينا بأن داع صيت مجلتكم في الآفاق، بحيث صارت معتمدة في ترقيات اعضاء هيئة التدريس الجامعي في كل الجامعات الليبية وكذلك بعض الجامعات العربية، الحمد لله وله المنة والفضل، وهذا الأمر مما يثقل كاهلنا من ناحية، ويشجعنا على مزيد من بدل الجهد والعطاء، وكل ذلك كان بفضل جنود مجهولين يقدمون العمل للمجلة بدون ادنى مقابل - جزاهم الله أحسن الجزاء، وشكر جهدهم، وزادهم علما وتقى - كما لا يفوتني أن أنبه أن بحوث طلاب الدراسات العليا التي تنشر في المجلة تتم بإشراف من أساتذتهم بجامعاتهم المختلفة، ثم تأخذ دورتها في المجلة مثل البحوث المقدمة من السادة أعضاء هيئة التدريس الجامعي.

وفي الختام نشكر كل من ساهم معنا في أن تخرج المجلة بهذه الصورة، ونشكر كذلك كل من اتخذها منبرا لنشر نتاجه العلمي، ونسأل الله - تعالى - أن يوفق الجميع لما يحب ويرضى، وله الحمد في الأولى والأخرى.

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد
رئيس التحرير

البعد الفلسفي للشرعية الدستورية

أ. صالح أحمد الفرجاني

عضو هيئة تدريس كلية القانون/ جامعة طرابلس

المقدمة

لقد حرصت الدول الحديثة والمتقدمة على التمسك بمبدأ الشرعية والذي يعنى خضوع الدولة والأفراد في تصرفاتهم لأحكام القانون سواء كانوا حكاماً أو محكومين، وتبرز أهمية هذا المبدأ من خلال تطبيق سيادة الدستور أو القانون والخضوع له، ومن خلاله يتحقق مبدأ المساواة بين الأفراد، وبذلك تتأكد الضمانات القانونية وغيرها المنصوص عليها في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789م، وهو ما تضمنته الدساتير والمواثيق الدولية والإقليمية وحرصت عليه تلك الدول، وتكفل بها حقوق المواطنين في كافة المجالات⁽¹⁾.

والشرعية لغة جاءت من الشرع الذي هو الطريق أو المذهب المستقيم. وشرع الوارد: استسقى الماء بما فيه، وتأتي بمعنى جعله مسنوناً «شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا»⁽¹⁾ صدق الله العظيم.

كذلك مهد الطريق وشرع الشيء رفعه، وشرع الرمح سدده وفي محكم التنزيل «لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرَعًا وَمِنْهَا جَا»⁽²⁾ والمشرعة (شريعة الماء نبع الماء)، جعله مسنوناً ومشروعاً⁽³⁾.

أما اصطلاحاً فهي تعني خضوع الحكام والمحكومين في الدولة جميعهم "لسيادة القانون" وتتبع هذه الشرعية من خلال أهمية قواعد التنظيم القانوني في الدولة التي تحتل قمة الهرم، وهي

(1) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976م، ص 10 وما بعدها.

(2) سورة الشورى، الآية: 13.

(3) سورة المائدة، الآية: 48.

(4) د. إبراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، ج 1، ط 2، باب الشين، ص 479.

التي تشكّل من خلال التدرج الهرمي لقوة القانون؛ تتمثل في الوثيقة التي أفرغت قواعد الدستور بها بحيث تعلق جميع السلطات في الدولة كنظام قانوني وهو البناء الشكلي "المعيار الشكلي" الذي تقوم عليه مفهوم الشرعية في الدولة والذي هو في رأينا نواة الشرعية الدستورية.

ومن الناحية التطبيقية "المعيار الموضوعي" فتعني خضوع الدولة بكافة أجهزتها وسلطاتها وأعمالها وتصرفاتها لحكم وسيادة القانون سواء كانت هذه السلطة تشريعية أم تنفيذية أم قضائية، وهذه السيادة تشمل في إطارها العام الدستور والقوانين العادية النافذة، والقرارات واللوائح الإدارية والمبادئ العامة للقانون وأحكام القانون والقضاء الإداري⁽⁴⁾ والتي يجب وفي تقديرنا أن تسخر لخدمة الأفراد والنهوض بالحريات العامة وضماناتها التي يتوجب أن يتمتع بها الأفراد في كل مجتمع.

هذا وسنتناول في مطلب أول، ماهية الشرعية الدستورية، وفي مطلب ثان، الأسس

الفلسفية للشرعية الدستورية.

-
- (4) انظر د. عوابدي عمار، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، دار هومه، الجزائر، 1998، ص: 510
- د. طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص 75.
 - د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970م، ص 8.
 - د. سعاد الشراوي ود. عبد الله ناصف، أسس القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م، ص 25.
 - د. سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 1988، ص 98-100.
 - د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية القاهرة 1969م، ص 19.
 - د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996، ص 21.
 - د. رمضان بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، القاهرة 1996م، ص 17.
- وانظر Eisemann: La Justice Constitutive et la Haute Cour constitutionnelle. Aliriche, paris, Ecomereca, 1986, pp:3-5

المطلب الأول

ماهية الشرعية الدستورية

إن سيادة القانون والديمقراطية ليست ضماناً مطلوباً لحرية الفرد فحسب بل هي الأساس الوحيد لمشروعية السلطة، الأمر الذي يدعونا لدراسة مفهوم الشرعية الدستورية (الفرع الأول) وتطور الشرعية الدستورية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الشرعية الدستورية

إن الرأي السائد في الفقه يرى بأن الشرعية الدستورية هي الضمان الأعلى للحقوق والحريات لما لها من أثر كبير في إحداث التوازن المطلوب لفاعلية العدالة والمصلحة العامة في المجتمع في إطار سيادة القانون حتى يتمتع الفرد بحريته بعيداً عن الأنظمة التسلطية التي تتجاهل حقوق الفرد وحياته، كما هو الحال في الدولة القانونية التي تحمي المصالح القانونية جميعها، حتى أن مصلحة الفرد لا يجوز إهدارها بمعنى أو بدعوى المحافظة على مصلحة المجتمع⁽¹⁾.

ففي الأنظمة التسلطية، لوحظ أن الدول أعطت نفسها تحقيق مصلحتها بشكل مستقر وثابت وهو ما يسمى بمبدأ تفوق الدولة، الأمر الذي لا يمكن إقراره إلا باستعمال القوة أو العنف، لذلك كانت الدول تلجأ لتجريد الفرد من ضماناته وحياته، فأصبح القانون أداة السلطة ويدها التي تبطش بها، مما أدى إلى انحرافها عن طبيعة الهدف الذي أنشأت من أجله وفي ذلك يقول الأستاذ والفقيه جورج بورديو George Burdeau "إن أهمية القوانين الدستورية تكون عقيمة لو أن أجهزة الدولة تستطيع انتهاكها دون التعرض لعقاب ما"⁽²⁾.

(1) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 39 وما بعدها.

(2) George Burdeau, Constitutionnel et Intuitions Politiques, Paris, 1977.P; 102

حيث يتعين وجود الأثر المقيد المرتبط بالنظام الدستوري الواجب التقيد به واحترامه من قبل السلطات العامة تحت طائلة الجزاء، ولذلك يختلف مضمون مبدأ الشرعية الدستورية من دولة لأخرى بقدر اختلاف نظامها السياسي والاقتصادي في إطار أيديولوجيتها ونظامها الديمقراطي الذي تفرضه الدولة الحديثة، حيث الشرعية الدستورية في دولة القانون وهي ترسيخ لسيادة القانون والديمقراطية.

وهذا المفهوم يختلف كذلك باختلاف قوة تفعيل القانون وفقاً للتدرج الهرمي في النظام القانوني، فالشرعية الدستورية وفقاً لما تقدم، تعتبر الضمان الأعلى لسيادة القانون من خلال ممارسات السلطة لأعمالها واختصاصاتها في هذا الإطار، وبالتالي فإن كل سلطة من السلطات في إطار مبدأ الفصل القانوني أو الدستوري - عندما تمارس اختصاصاتها، يتوجب عليها ترسيخ وتدعيم هذا المبدأ كضمان لحقوق وحريات الأفراد في المجتمع وإشباعاً لحاجاتهم المتجددة.

ومن هنا تبرز أهمية تدعيم القضاء لمبدأ الشرعية الدستورية من خلال استقلاله وحصانته وتطبيقاته القانونية السليمة دون تدخل من أية سلطة في الدولة أيّاً كانت قوتها ومصدرها واختصاصاتها، فالتطبيقات القانونية للقضايا الدستورية وكيفية الرقابة على دستورية القوانين هي في الأصل وحدة الحماية لسيادة القانون والديمقراطية وحقوق الإنسان لأن الدستور هو الوسيلة التي استحدثها الفكر الدستوري لحماية مبدأ الشرعية.

ومن هنا نرى أنه وفي ظل انحدار النظم الديكتاتورية فقد أصبحت الحاجة ملحة لتطبيق الرقابة على دستورية القوانين التي تتوافر من خلالها قيمة الشرعية التي تعد ضماناً لعدم المساس بحريات الأفراد.

هذا وقد أصبحت الرقابة على دستورية القوانين بعد الحرب العالمية الثانية إحدى وظائف النظام القضائي ففي الأنظمة الديمقراطية لا بد أن تكون الأغلبية البرلمانية هي المسيطرة، الأمر الذي تطلب وجود قضاء دستوري يوازن ويراقب هذه القوانين وكما حدث في ألمانيا وإسبانيا.

النظام الديمقراطي هو الذي يترجم سيادة القانون، وهو الأمر الذي لا يقوم إلا في البلاد التي تشهد الرقابة على دستورية القوانين، لذلك فشرعية الرقابة هذه هي نجاح الديمقراطية في ظل دولة القانون.

لذلك يرى جانب من الفقه بأن سيادة الدستور تتأكد من خلال تطبيق الرقابة على دستورية القوانين وإلا سيكون الدستور برنامجاً سياسياً له القوة الإلزامية الأدبية فقط، وعليه فإن مخالفة التشريع ستكون لها مبرراتها في جميع الأحوال، لذلك فإن الرقابة على دستورية القوانين تؤكد جمود الدستور وإلزاميته وسموه⁽¹⁾، وهو الأمر الذي يؤكد بأنه لا يمكن وجود قضاء دستوري في دولة بدون وجود الدستور.

الفرع الثاني

تطور الشرعية الدستورية

لقد سبقت مرحلة إعلانات الحقوق في العالم مراحل عديدة منذ بدء الخليقة فكانت أولى هذه المراحل هي مرحلة القناصين والجماعيين وهي من أهم المراحل التي كونت بها المجتمعات قاعدة قوية في التكافل والتضامن كقاعدة أساسية قائمة على التسامح وإصلاح ذات البين بحيث أصبح هذا التكامل القائم على الفطرة والعطف أساساً للشرعية التي يتعامل بها هذا الجيل في المرحلة البدائية للبشرية، وقد تبعت هذه المرحلة مراحل عديدة شهدت كمّاً من الانتهاكات وخصوصاً نشوء المجتمع الذي سادته الظلم والاستبداد غير مراعاة للشرعية أو بالأحرى للأسس

(1) Eisenmann, la haute Court Constitutionnelle dautch, Paris,1986,P:37 للتعبير عن سمو الدستور تناول الفقه مصطلحات عديدة ولكنها جميعها تؤدي نفس الغرض والمعنى، فمنهم من يستخدم علوية الدستور وفاعلية الدستور وسيادة الدستور كالفقه العربي أما الفقه الفرنسي فقد استخدم عدة مصطلحات منه، Le Principe-de legalite souveraine وكذلك الفقه الإنجليزي: rul of law - د. عبدالغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997م، ص 403.

- د. عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار الولاة، القاهرة 1991، ص 7

- د. مطير قعلول، ضمانات علوية الدستور، أطروحة دكتوراه، جامعة الاقتصاد والتصرف، جامعة تونس المنار، 1993م-1994م، ص 5 وما بعدها.

الحياتية المجبولة على الفطرة الإنسانية، وقد تبع ذلك مرحلة أخرى وهي مرحلة ما قبل الإسلام والتي تعد نهاية حقبة المجتمع القبلي بعد أن حى الله البشرية بالإسلام والذي نظم القواعد الشرعية ضمن إطار دستوري قوي تمثل بالقرآن الكريم وحدد به ومن خلاله القواعد الدستورية للشرعية في الإسلام في كافة المجالات أهمها أنه كان قاعدة صالحة لكل زمان ومكان وهي من أفضل الأسس الدستورية التي رفعت البشرية إلى أرقى المستويات دنيوياً وأخروياً⁽¹⁾.

كما جاءت مرحلة العصور الوسطى والتي سادها الاستبداد والصراع فيما بين الإمبراطورية والكنسية التي تولد عنها ظهور الإقطاع الذي كان عاملاً أساسياً من العوامل التي أدت لانتهاكات حقوق الإنسان الأمر الذي يعد اعتداءً على مبادئ الشرعية، مما حدا بظهور ما يسمى بالحد من سلطة الملوك الاستبدادية في نهاية هذه المرحلة⁽²⁾.

أما مرحلة إعلانات الحقوق فقد ابتدأت بها محاولات عديدة لتدوين القانون ووثائق حقوق الإنسان كأساس لتأصيل الشرعية وقد كانت أقدم هذه الوثائق والإعلانات ما يسمى باتفاق عام 1180 الذي جاء به الملك "أولفونسو التاسع" ملك ليون - وبين محكوميه حيث جاء به إقرار العديد من الحقوق أهمها حرمة الحياة، والشرف وحماية الممتلكات وحق المتهم في المحاكمة العادلة - وهي إشارة لإحياء مبدأ الشرعية.

كما يعد من أهم وأشهر الإعلانات، إعلان الحقوق الانجليزي (العهد الأعظم) الشرعة الكبرى الذي أصدره الملك جون عام 1215م، والذي أقر مبادئ عدم المساس بحقوق الشعب وأهمها :-

2- حق الملكية

1- حق النفاضي

وكذلك إعلان الحقوق الصادرة عام 1222م بمملكة المجر في عهد " اندرو"، والذي تأكد من خلاله مبدأ عدم إلقاء القبض على الأشخاص إلا وفق القانون.

(1) د. محمود زناتي، حقوق الإنسان، مدخل تاريخي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م، ص 7 وما بعدها.
(2) د.صبحي المحمصاني، أركان حقوق الإنسان مقارنة بالشرعة الإسلامية والقوانين الوضعية الحديثة، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، بيروت، 1979م، ص 15 وما بعدها.

وقد تبع هذا الإعلان وثيقة تسمى وثيقة الحقوق عام 1688م أبرز من خلالها التأكيد على الحرية الشخصية، وتحريم إنشاء محاكم خاصة وتحريم فرض الضرائب بدون موافقة البرلمان، كما تبع ذلك وثيقة تجريم الجسد عام 1679م وقانون الخلافة الملكية سنة 1701م⁽¹⁾.

وبعد ذلك صدر إعلان الحقوق الأمريكي أو الدستور الأمريكي بعد الاستقلال من مستعمرة التاج البريطاني عام 1776م والذي يجمع الفقه الدستوري على أثره أن الولايات المتحدة الأمريكية قد أوجدت أعظم ابتكار في عالم النظريات الدستورية، وهو مبدأ الرقابة على دستورية القوانين (احترام المخاطبين بالقانون للشرعية الدستورية) وذلك من خلال الصلاحية التي تنتظرها المحاكم عامة والمحكمة العليا خاصة بالتحري عن شرعية القوانين ومدى موافقتها للدستور، رغم أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية لم يتضمن النص الصريح للرقابة على دستورية القوانين إلا أن القضاء الأمريكي سطر أشهر القضايا في تطبيق مبدأ رقابة الدستورية بطريق الامتناع، الأمر الذي أدى إلى أن لاقى هذا المبدأ استهجان بعض فئات المجتمع الأمريكي ومع ذلك استمر القضاء الأمريكي وسائر المحاكم الأمريكية في رقابة الدستورية وتدعيمها وقد ساعد في ذلك الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

ورغم أن الدستور الأمريكي جامد لا يحتوي إلا سبع مواد وبعض التعديلات التي لا تتجاوز 27 تعديلاً إلا أن المحكمة العليا قد حلت في تقديرها لمضمون النصوص محل المشرع الدستوري حتى أنها غالت كثيراً وذلك في حدود رقابتها لمبدأ الدستورية بوصف حكومة الولايات المتحدة الأمريكية أنها حكومة قضاة وأن القانون الأمريكي هو قانون قضائي تضعه المحاكم، ومع ذلك فقد أدى نجاح أسلوب مراقبة الدستورية في الولايات المتحدة إلى إتباعه في معظم الأنظمة الدستورية الحديثة التي اعترفت بهذا الأسلوب بطريق مباشر أو غير مباشر بوجود نص دستوري أو بعدم وجوده، ومن الدول التي أخذت بهذا الاتجاه النرويج عام 1866م، والدستور الألماني عام 1949 الذي أعطى المحكمة الاتحادية اختصاصاً بالفصل في الدستورية بعد إحالته من المحكمة

(1) د. كريم يوسف كشاكش، الحريات العامة، القاهرة، 2003م، ص 359.

- د. فتحى عبدالنبي الوحيدي، ضمانات نفاذ القواعد الدستورية، القاهرة، 2002م، ص 175.

- د. محمد سليم الطراونة، حقوق الإنسان في القانون الدولي، دراسة مقارنة بالتشريع الأردني، الطبعة الأولى، عمان، 1994، ص (1-10).

المطعون بعدم دستورية القانون أمامها⁽¹⁾. كما اتجهت بعض الدول للنظر في دستورية القوانين ضمن الرقابة السابقة وهي رقابة فحص الشرعية الدستورية قبل إصدار القانون وهذا حال فرنسا حيث يطعن من خلال ذلك بهذه القوانين أمام المجلس الدستوري كونه الجهة صاحبة الاختصاص دستورياً وقد تبع ذلك العديد من الدول كالدول المغاربية.

المطلب الثاني

الأسس الفلسفية للشرعية الدستورية

إن ما تلتزم به الدولة القانونية والديمقراطية من احترام لحقوق الإنسان وحياته الأساسية لا يعد ضماناً لسيادة القانون فحسب وإنما يعد الأساس الوحيد لمشروعية السلطة بنفس الوقت، فقيمة الفرد وعمله وكرامته تكمن هبة الوطن وقوة الدولة وفي هذا الإطار بموجب مبدأ الشرعية لا يجوز للدولة القانونية في تنظيماتها المختلفة كافة أن تنزل بالحماية القانونية التي توفرها لمواطنيها وحياتهم إلى الحدود الدنيا فهو المعيار لحقوق الإنسان وحياته الأساسية ومن أهم ضماناته رقابة القضاء على دستورية القوانين. ومن هذا الجانب يتعين علينا أن نتناول الأسس الفلسفية للشرعية الدستورية على اختلاف تطبيقات الرقابة على دستورية القوانين، وهي أسس يظهر عليها الطابع القانوني الفلسفي كما سوف نوضح في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

حماية النظام الديمقراطي وسيادة الدستور كأساس لسيادة القانون

بعد انحدار النظم الديكتاتورية أصبحت الحاجة ملحة إلى وجود ما يسمى بالرقابة القضائية على دستورية القوانين نظراً لأن هذه النظم قد تعسفت في استعمال القانون كما كان الحال في النظام النازي والفاشي مما تطلب البحث عن وسيلة لحماية القانون من بطش السلطة بمحوريها التنفيذي والتشريعي وهو ما يجعل بعض الدول تفكر ملياً بتفعيل سيادة الدستور الذي

(1) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 116-128.

هو قاعدة القانون الأساسي للقوانين كافة، الأمر الذي جعل بعض الدول التي خرجت من مأزق الديكتاتورية، كألمانيا وإيطاليا تأخذ بهذا النظام وفرنسا، ومن ثم إلى إسبانيا⁽¹⁾.

وعليه، ووفقاً لما تقدم، فإن الرقابة القضائية على دستورية القوانين أصبحت إحدى الوظائف الهامة للنظام السياسي حيثما توافرت الأغلبية البرلمانية الدائمة التي تستطيع تشريع القوانين وإبرازها إلى حيز الوجود وهو الأمر الذي يدفع بإيجاد قضاء مختص يراقب دستورية القوانين وهو القضاء الدستوري، فشرعية الرقابة الدستورية هي علامة نضج للديمقراطية.

وهناك انتقاد من الفقه وخصوصاً في فرنسا في ظل رقابة المجلس الدستوري على مشروعات القوانين وخصوصاً في ظل الإنجازات التي انبثقت من الثورة الفرنسية مما حدا ببعض أن يقول أيهما الأولى أن يعتد به نواب الشعب المنتخبون في البرلمان أم المجلس الدستوري غير المنتخب والذي لا يتجاوز أعضاؤه تسعة أشخاص وبالتالي فإن الرقابة على دستورية القوانين ستغلب إرادة القاضي على إرادة الشعب المنتخبة، وتغتصب كلمته، مما يسبب فشلاً للديمقراطية، وخصوصاً ما جاء بأفكار الجينرال "ديجول" بأن المجلس الدستوري سيصبح ويتحول بالتدريج إلى محكمة عليا لمعظم الأعمال التشريعية للبرلمان⁽¹⁾، إلا إن هذه الأفكار قد زالت مع وجود نظرية الدولة القانونية التي أكدت أن السلطة التشريعية يجب أن تلتزم بأحكام الدستور مما يتوجب عليها أن تضمن من خلال تشريعاتها حماية الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور أي أن البرلمان عندما يعبر عن الإرادة العامة للشعب يكون تعبيره وفقاً للشروط التي يتطلبها الدستور.

وبالتالي فإن الرقابة على دستورية القوانين على هذا النحو ليست من أجل إضفاء حماية على مبادئ غير قانونية، وليست فقط لتمكين القضاء وحده من الإمساك بحقائق القانون، وإنما هي من أجل تمكين الدولة القائمة على سيادة القانون لذلك، فهي أيضاً من أجل إعطاء الشعب،

(1) د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974م ص19.

- د. نعمان أحمد الخطيب، مبادئ النظم السياسية، دراسة مقارنة، دار الفرقان، عمان، 1987م، ص80.

- د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية والأجنبية، بدون دار نشر، طبعة 2001م، ص680.

(1) د. سعاد الشراوى ود. عبدالله ناصف، المرجع السابق، ص 170.

والذي وضع الدستور (الكلمة النهائية) من أجل حماية الديمقراطية، وتبعاً لذلك فهي تطبيق عملي لسيادة الدستور الذي هو أداة فعالة لحماية الحقوق والحريات والديمقراطية، فهي مواجهة الجميع بما في ذلك السلطة التشريعية.

إن الشرعية الدستورية كنموذج لتأصيل الرقابة على دستورية القوانين هي التي تحمل المشرع على احترام حقوق الإنسان وحرياته العامة بكفالة الدستور، والتي يتوجب أن يتمتع الفرد بها في ظل الدولة القانونية، وإن كان الفقهاء يعبرون دائماً عن فكرة الحقوق بأنها ترسيخ لفلسفة القانون الطبيعي، والتي تحكم الحقوق الأساسية، إلا أن الفرد لا ينعم داخل المجتمع دون احترام لهذه الحقوق الأمر الذي يجعل فكرة الحقوق والحريات تأخذ الطابع القانوني الوضعي، بمعنى أن تفسير الحقوق والحريات ينصرف إلى معنى القواعد القانونية، بخلاف تفسير حقوق الإنسان فإنه ينصرف لاعتبارات أيديولوجية قائمة على مجموعة الأفكار السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ولكن هذه الأفكار، وفي ظل التقدم العلمي ووجود الدولة القانونية، تنتقل إلى المجال القانوني وخاصة ما يتعلق منها في مجال مواجهة السلطة⁽¹⁾ ومن هنا تنبع الأفكار المتعلقة بالشرعية الدستورية وحقوق الإنسان، تلك الأفكار والمبادئ التي لا تستند فقط لنصوص الدستور، وإنما تستخلص من مفاهيم سيادة القانون والديمقراطية وذلك لخضوع الدولة القانونية للالتزامات تحمي من خلالها حقوق المواطنين وحرياتهم بحيث تنزل عند الحدود الدنيا للمتطلبات القانونية بوجه عام في الدول الديمقراطية للتمتع بها، كطائفة الحريات الشخصية.

وإذا نظرنا إلى الدول التي تأخذ بنظام القضاء الدستوري، فنجد أن المشرع الدستوري يقوم بتنظيم أمر ضمان حقوق الإنسان والحريات العامة من خلالها.

لذلك نلاحظ بأن الدستور الفرنسي لعام 1946م أكد في ديباجته على الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان والمواطن، وجاءت تأكيداً لما نصت عليه إعلان الثورة الفرنسية عام 1789م، وأكد ذلك دستور عام 1958م الذي استخلص بوضوح أن الشعب الفرنسي هو محل

(1) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص39.

- د. كريم كشاكش، المرجع السابق، ص295 وما بعدها.

- د. مصطفى الجمال، "حماية الشرعية الدستورية"، جريدة الأهرام المصرية، 6/6/1990م، ص6.

ارتباط حقوق الإنسان ومبادئ السياسة الوطنية، كما جاء المجلس الدستوري الفرنسي، وأكد على إعطاء هذه الحقوق القيمة الدستورية.

أما النموذج الأمريكي فقط جاء من خلال الدستور الصادر سنة 1776م الذي أكد على حماية الحقوق والحريات في مواجهة السلطة، فهذه الحماية هي الهدف الأسمى في الرقابة الدستورية.

لذلك نرى بأن هذا الأمر يتم تفعيله بما يقره الدستور والقانون فهما الأدوات لحماية حقوق الإنسان وحريات الأفراد من بطش السلطة، وقاعدة ذلك هي الشرعية والشرعية الدستورية.

الفرع الثاني

الشرعية الدستورية مناط الاستقرار القانوني والسياسي وإشباع لحاجات

المجتمع المتجددة

تسهم الرقابة على دستورية القوانين بحسم الخلافات حول المراكز القانونية التي تنشأ عن طريق القانون، فالقضاء العادي ينظر المنازعات التي يحكمها القانون العادي بشتى الاختصاصات، إلا أن هذا التطبيق القانوني ينبغي أن يرتبط بقضاء دستوري أو رقابة على احترام الشرعية الدستورية، الأمر الذي يعبر عن تعزيز فكرة وحدة النظام القانوني الذي يترجع الدستور على قمته، والذي من خلاله تخضع جميع فروع النظام القانوني لمبادئ دستورية واحدة تكفلها الشرعية الدستورية في هذا الإطار وهي وحدة النظام القانوني.

وهذه الشرعية الدستورية التي تتولاها الرقابة على دستورية القوانين تؤدي إلى حسم النزاعات في المسائل المثارة حول الخلافات الدستورية في الاتجاهات السياسية حول مضمون القوانين الأمر الذي يؤدي إلى تجنب الاضطراب التشريعي طالما أن القضاء الدستوري تولى هذه

المهمة، كما قد يتطور الأمر إلى قيام بعض الدول لاختيار البرلمان لأعضاء أجهزة الرقابة الدستورية كما هو في فرنسا والدول المغاربية وهي ما تسمى بالرقابة السياسية⁽¹⁾.

أما عن إشباع الحاجات المتطورة فالقضاء الذي ينفرد بالرقابة على دستورية القوانين هو الذي ينهض بمسئوليته من خلال قضاة متخصصين قادرين على كفالة الرقابة على دستورية القوانين، وهي وظيفة إبداعية غير تقليدية، ومثالها اختلاف التفسير الدستوري عن التفسير العادي، وكذلك اختلاف الاختصاص في المسائل الدستورية عن العادية.

وقد كان هذا الأمر يعد مأخذاً على القضاء الدستوري وخصوصاً ما يتعلق بالتفسير في ضوء صياغة النص الدستوري.

ولكن الرقابة على دستورية القوانين تتيح للقاضي فرصة التجاوب مع احتياجات المجتمع المتجددة لتكون نصوص الدستور عملاً واجباً لا يتوقف نبضه، لهذا نجد أن المحكمة العليا الأمريكية كان لها الدور في تفسير الاتحاد ذو الوصف الجامد المحدد، الأمر الذي يجعله دستوراً يريد للشعوب ضمانات كافية للعيش بحرية وأمان⁽²⁾ وهو ما أثبتته التطبيقات الدستورية للرقابة على دستورية القوانين.

(1) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 153.

- د. على الباز، المرجع السابق، ص 673.

(2) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 155.

الخاتمة

لقد توصلنا من خلال هذا الورقة البحثية إلى أن القضاء الدستوري هو أحد الركائز الأساسية في القانون الدستوري، وذلك في التأكيد على حماية وضمن حقوق الإنسان وحياته الأساسية، وبدون الشرعية الدستورية لا توجد دولة القانون ودولة المؤسسات، ولا يوجد دستور بالمعنى الحقيقي للكلمة وذلك لما لها من أثر كبير في إحداث التوازن المطلوب لفاعلية العدالة والمصلحة العامة بالمجتمع في إطار سيادة القانون، وهذه الشرعية هي مناط الاستقرار القانوني.

ومن هنا تبرز أهمية تدعيم القضاء لمبدأ الشرعية الدستورية من خلال استقلاله وحصانته وتطبيقاته القانونية السليمة دون تدخل أي سلطة في الدولة أياً كانت قوتها ومصدرها واختصاصاتها.

ولذلك نوصي بضرورة تفعيل الشرعية بوجه عام والشرعية الدستورية بوجه خاص.

قائمة المراجع

أولاً - القواميس والمعاجم

1. د. إبراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، باب الشين، 1994م.

ثانياً - الكتب المتخصصة

1- د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976م،

2- د. عوابدي عمار، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، دار هومه، الجزائر، 1998م.

3- د. ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970م.

4- د. سعاد الشرقاوي ود. عبد الله ناصف، أسس القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة 1984م.

5- د. سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 1988م.

6- د. ثروت بدوي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971م.

7- د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1996م.

8- د. رمضان بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م.

9- د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية- القاهرة- مصر، 1995م.

10- د. عبدالغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997م.

- 11- د. عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دار الولاة، القاهرة، 1991م.
- 12- د. مطير قعلول، ضمانات علوية الدستور، أطروحة دكتوراه، جامعة تونس المنار، كلية الاقتصاد والتصرف، 1993م-1994م.
- 13- د. محمود زناتي، حقوق الإنسان، مدخل تاريخي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م.
- 14- د. صبحي المحمصاني، أركان حقوق الإنسان مقارنة بالشرعية الإسلامية والقوانين الوضعية الحديثة، الطبعة الأولى، دار العلم للملايين، بيروت، 1979م.
- 15- د. كريم يوسف كشاكش، الحريات العامة، القاهرة، 2003م.
- 16- د. فتحى عبدالنبي الوحيدى، ضمانات نفاذ القواعد الدستورية، القاهرة، 2002م.
- 17- د. محمد سليم الطراونة، حقوق الإنسان في القانون الدولي، دراسة مقارنة بالتشريع الأردني، الطبعة الأولى، عمان، 1994م.
- 18- د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
- 19- د. نعمان أحمد الخطيب، مبادئ النظم السياسية، دراسة مقارنة، دار الفرقان- عمان، 1987م.
- 20- د. على السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر والأنظمة الدستورية العربية والأجنبية، بدون دار نشر، طبعة 2001م.

ثالثاً - المجالات

- 1- د. مصطفى الجمال، حماية الشرعية الدستورية، جريدة الأهرام المصرية، 1990/6/6م.