

**استقلال السلطة القضائية
في النظامين الوضعي والإسلامي**

تأليف

الدكتور يس عمر يوسف

عنوان کتاب: استقلال السلطة القضائية فى النظامين الوضعى و الاسلامى

پدیدآور[ان]: يوسف، يس عمر

نام ناشر: دار و مكتبة الهلال

جلد[ها]: 1

نام و نام خانوادگی کاربر: پژوهشگاه مطالعات فقه معاصر

منبع: noorlib.ir کتابخانه دیجیتال نور

تاریخ دانلود: 1404/6/16

تعداد صفحات دانلود شده: 400

استقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي

تأليف

الدكتور يس عمر يوسف

مركز البحوث والدراسات الإسلامية
جامعة القاهرة

دار ومكتبة الملال



دار و مكتبة الهلال للنشر
بئر الجبل - شارع مكتبة - بناية برج الضاحية - ملكة دار و مكتبة الهلال

تلفون: ٨٢٠١٣٧ / ٨٢٠١٣٨ - الفاكس: ٨٢٠١٣٨ / ٨٢٠١٣٩ - ب. ١٨ / ٤٠٠٣١ - ب. ١٨ / ٤٠٠٣١
٢١٦ / ٢٠١٠٢ / ٢٠١٠٢ - ٨٢٠١٣٧ - ٨٢٠١٣٨ - ٨٢٠١٣٩



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة :

أولا :

١ - إذا كان مبدأ الشرعية وسيادة القانون يقتضى ان يسود حكم القانون المحاكمين والمحكومين على السواء فيصبح من الضرورة بمكان ان تكون السلطة القائمة على تطبيق القانون سلطة قوية مستقلة لتتمكن من صيانة ذلك المبدأ وحمايته .

٢ - وإذا كانت حقوق الانسان أصبحت مبدأ عالميا مدونا في جميع دساتير العالم ، فإن ذلك المبدأ يظل حبرا على ورق ما لم توجد سلطة قوية مستقلة لحراسته وحمايته حال الاحتذاء عليه ولذلك فإن دراسة هذه السلطة دراسة مقارنة أمر تفرضه عالمية المبدأ .

٣ - وإذا كان التقدم الاقتصادى واستثمار رؤوس الأموال العالمية والمحلية لا يتم الا فى ظل الاستقرار السياسى ، فإن الاستقرار السياسى لا يتحقق الا فى ظل قضاء قوى مستقل .

٤ - وإذا كانت الصحوة الإسلامية قد اجتاحت دساتير الدول الإسلامية فإن تطبيقها عمليا يتطلب سلطة قضائية لحماية المبادئ الأساسية للنظام الإسلامى .

٥ - وإذا أريد لعالمنا الإسلامى ان يتكامل ويتحد فإن تكامله واتحاده لن يتم على روابط مادية فحسب لانها روابط متغيرة وتقوم على المصلحة وإنما يجب ان يتم تكامله واتحاده على العدل الذى قامت به السماوات والأرض .

كانت هذه دوافعى لاختيار الموضوع فى دراسة مقارنة بين النظامين الوضعى والإسلامى .

ثانيا : كيفية معالجة الموضوع :

عالج الكثيرون من رجال القانون الخاص وبخاصة علماء المرافعات النظام القضائي بأسهاب في رسائل وبحوث ومقالات ، فتحدثوا عن أنواع المحاكم وتشكيلها واختصاصاتها واجراءات التقاضي أمامها منذ رفع الدعوى وحتى صدور الحكم فيها لم يتحدثوا عن طرق الطعن في الاحكام وتنفيذها ، وتحدثوا أيضا عن استقلال القاضي بحيث لا يخضع لاي تأثير غير ضميره والقانون ، واستقلاله كذلك في نظره للدعوى عن تبعية ما يعلوه من قضاء أو محاكم .

وبتين من هذا ان رجال القانون الخاص لم يتحدثوا عن استقلال السلطة القضائية وإنما تحدثوا عن استقلال الوظيفة القضائية التي هي إحدى شقي استقلال السلطة القضائية .

أما رجال القانون العام فقد تحدثوا عن القضاء كسلطة ثالثة في الدولة ، فلا يكتفى رجال القانون العام بان يكون القاضي مستقل في وظيفته وإنما يجب ان يكون مستقلا كذلك في الكيان الذي ينتمي اليه فيشعر وهو يصدر قراره بأنه ينتمي الى سلطة مستقلة عن بقية السلطات الأخرى في الدول . ومع هذا نجد رجال القانون العام خاصة في دول العالم الثالث لم يوفوا هذا الموضوع حقه من البحث والدراسة لسبب أو لآخر ما عدا في مصر فقد ظلوا في المجالين الدستوري والاداري يسعون لترسيخ استقلال السلطة القضائية والى بسط ولاياتها في الرقابة على أعمال المشرع والادارة حماية وتحقيقا لمبدأ الشرعية وسيادة القانون .

ولذا نتناول هذا الموضوع من وجهة نظر القانون العام ولا نلجأ الى القانون الخاص الا بالقدر الذي يتطلبه موضوع البحث باعتبار ان موضوع القضاء هو شركة بين القانونين العام والخاص .

ثالثا : خطة البحث :

لانتعرض مباشرة لدراسة ضمانات استقلال القضاء كما فعل الكثيرون ، ولكن

نعرض بالدراسة والتحقيق لموضوعات أساسية في التنظيم القضائي ثم تأتي تلك الضمانات كنتائج طبيعية لهذه الدراسة ومن ثم يهيء بحثنا كنظرية عامة لاستقلال السلطة القضائية في النظامين الوضعي والإسلامي .

ولنعتمد كثيرا في هذا البحث على المراجع الأجنبية باللغة الإنجليزية لسببين :
الأول : - أن السودان تأثر أكثر من سبعين عاما بالقانون الإنجليزي - والثاني :
أن استقلال السلطة القضائية بهذه موضوعاته الحية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية .

ولما كان موضوع البحث يعقد دراسة مقارنة بين النظامين الوضعي والإسلامي فقد قسمناه الى قسمين :

القسم الأول : ومخصصناه للحديث عن استقلال السلطة القضائية في النظام الوضعي .

القسم الثاني : ومخصصناه لدراسة استقلال السلطة القضائية في النظام الإسلامي .

ثم فصلنا القسم الأول في أبواب ثلاثة :

الباب الأول : عن الولاية القضائية ، وقسمناه الى فصلين :

الفصل الأول : الولاية العضوية

الفصل الثاني : الولاية الموضوعية

الباب الثاني : العلاقة بين السلطات . وقسمناه الى فصلين :

الفصل الأول : العلاقة بين السلطات التشريعية والسلطة القضائية

الفصل الثاني : العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية

الباب الثالث : المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية . وقسمناه الى فصلين :

الفصل الأول : مبدأ عدم المسؤولية

الفصل الثاني : مبدأ المسؤولية

ثم اتبعنا نفس الخطة بالنسبة للقسم الثاني ثم بحثنا البحث باستعراض الجديد في الموضوع والنتائج التي توصلنا اليها ومقترحائنا لما نراه ضروريا .

القسم الأول

استقلال السلطة القضائية في النظام الوضعي



مرکز اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران

الباب الأول

« الولاية القضائية »

تمهيد : تعبر الدساتير والقوانين عن « ولاية القضاء »^(١) بمصطلحات مختلفة ولذلك لم نجد تعريفا جامعاً مانعاً متفقاً عليه بين فقهاء القانونين الخاص والعام على السواء ، وإن كان معظم فقهاء القانون الخاص قد ذهب إلى أن « ولاية القضاء » تعنى « اختصاص » المحاكم بالفصل في المنازعات ، فهل يعنى هذا أن اصطلاح « ولاية القضاء » يرادف اصطلاح « الاختصاص » أم هما متغايران غير مترادفين ؟

انقسم الفقه إلى اتجاهين — المذهب الفرقي^(٢) إلى أن الاختصاص لفظ عام معناه الولاية القضائية الممنوحة لمحكمة من المحاكم في أن تنظر وتحكم في قضية ما ، فتكون المحكمة مختصة إذا كانت لها هذه الولاية وغير مختصة إذا لم تكن لها ولاية . وذهب الفريق الآخر إلى أن

(١) نص المادة ١٦٥ من دستور ١٩٧١ في مصر بأن « السلطة القضائية مستقلة وبحولها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون »

وجاء الفصل الثامن من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بعنوان ولاية القضاء ونص في المادة ١٥ : .. لمختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص وتبين قواعد اختصاص المحاكم في قانون المرافعات وقانون الإجراءات الجنائية . ونص دستور السودان لسنة ١٩٧٣ : تكون ولاية القضاء في جمهورية السودان الديمقراطية هيئة مستقلة تسمى الهيئة القضائية ، ثم ورد في نص المادة ٨ من قانون الهيئة القضائية لسنة ١٩٨٤ تحت عنوان « ولاية المحاكم واختصاصاتها » بأن تتولى المحاكم الفصل في كافة المنازعات والجرائم وتختص كل منها بالفصل في المسائل التي ترجع إليها طبقاً للقانون .

(٢) د. عبد الباسط نجمي — نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد — ١٩٧٣ — ١٩٧٤ ص ٩ .

الاختصاص معناه السلطة التي خولها المشرع هيئة من الهيئات القضائية للفصل في المنازعات ، فقواعد الاختصاص قواعد تبين المنازعات التي تدخل في سلطة المحكمة ، أي تبين نصيب كل محكمة من ولاية القضاء^(٣) .

ومضمون هذا الاتجاه هو اعتبار أن الاصطلاحين مترادفان بمعنى واحد فالاختصاص والولاية لهما مفهوم واحد كما يوضح ذلك جانب من الفقه^(٤) وإن كان يسرى البعض ضرورة التفرقة بين فكرة اختصاص وفكرة الولاية^(٥) وقد ذهب رأى حديث في تعريف الولاية القضاء ، بأنه يقصد بها كامل الوظيفة القضائية وما تمنحه من سلطات ... أو هي مجموع الاختصاصات المسندة لكافة المحاكم في الدولة^(٦)

ومن جهة أخرى فإن النظامين القانونيين في كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة يعبران عن ولاية القضاء بالاختصاص * Jurisdiction فيرى بعض الفقهاء هناك أن الاختصاص يقصد به الخصومات والمنازعات التي ترفع للمحاكم للفصل فيها^(٧) أما دستور الولايات المتحدة لسنة ١٧٨٧ فقد عبر عن ولاية القضاء بمعنيين مختلفين ، فقد نص في صدر المادة الثالثة على ولاية القضاء بالهيئة التي تتولى الفصل في المنازعات أي عبر عنها بولاية القضاء العضوية ، حيث نصت تلك المادة على أن السلطة القضائية في الولايات المتحدة مخولة لمحكمة عليا واحدة ، وفي تلك المحاكم الدنيا التي ينشعورها الكونجرس وينظمها من وقت لآخر^(٨) وعبرت تلك المادة في فقرتها الثانية والثالثة عن الولاية القضائية بالوظيفة

(٣) د. رمزي سيف - الوسيط في المرافعات المدنية والتجارية الطبعة التاسعة ١٩٦٩ - ١٩٧٠ ص ١٩٧٢ بند

(٤) د. أحمد مسلم أصول المرافعات ١٩٧٧ ص ١٧٣ بند ١٩٦٩

(٥) د. فصحى وال - مبادئ قانون القضاء المدلل - الطبعة الثامنة ١٩٧٥ ص ٢٢٠ بند ١٤٧

(٦) د. محمد محمود إبراهيم - الوجيز في المرافعات ١٩٨١ ص ١٩٩ .

(٧) John. H. Ferguson, Dean. E. Mchenry: The American System of Government, 14th ed. 1981.

حيث جاء به «Jurisdiction refers to the types of disputes and issues which may be taken to federal court for decision»

(٨) تنص المادة ٣ من دستور الولايات المتحدة على أن «The judicial power of United States shall be vested in one supreme court and in such inferior courts as the congress may be from time to time ordain and establish.

القضائية أى باختصاصات الولاية الموضوعية حيث نصت على أن تعد السلطة القضائية على كل القضايا هذا المحاكمة عن طريق الأهم والتي يعولها مجلس الشيوخ عادة في القضايا التي تتعلق بمحاكم رئيس الدولة والقضاء والوزراء وكبار رجال الإدارة الأمريكية . وقد استخدم القاضي ميلر Miller نفس الاصطلاح للتعبير عن الوظيفة القضائية بقوله أن السلطة القضائية هي سلطة المحكمة في الفصل في الخصومات والمنازعات وإعلان الأحكام فيها لكي تكون نافذة بين الخصوم الذين أقاموا الدعوى أمامها^(٩) .

ويتبين من هذا أن النظم القانونية السابقة عرفت الولاية القضائية مرة بالهيئة التي تتولى الفصل في المنازعات ، ثم عرفها مرة أخرى بالاختصاصات التي تمارسها تلك الهيئة ولم تجمع بينهما في تعريف واحد جامع مانع ، ولأن الجمع بين هذين التعريفين هو الذي يكون جوهر السلطة القضائية باعتبارها سلطة منفصلة ومستقلة عن بقية السلطات العامة في الدولة .

ولعل المشرع الدستوري في مصر قد لطن إلى هذا المعنى لأنه بعد أن نص على أن القضاء سلطة مستقلة ، عاد مرة أخرى وبين عناصر تلك السلطة حيث نص الدستور على أن القانون يحدد الهيئات القضائية وشروط وطرق وإجراءات تشكيلها^(١٠) وهذه هي الولاية العضوية ثم نص على أن يحدد القانون اختصاصاتها وهذه هي الاختصاصات القضائية والتي تمثل ولاية القضاء الموضوعية .

فالولاية القضائية إذن — هي هيئة تتطلب في عضويتها شروطاً خاصة ، وتشكل

(٩) أنظر كذلك القوانين ٢ و ٣ من نفس المادة حيث يقول Miller on constitution P. 314 «judicial power, is the power of a court to decide and pronounce a judgment and carry it into effect between persons who bring a case before it for decision».

انظر : Paul A. Freund and others: Constitutional Law, Cases and other Problems (1977) P. 5

(١٠) نص المادة ١٦٥ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ على أن « السلطة القضائية مستقلة وتوكلها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وفق القانون » ونص المادة ١٦٧ منه على أن « يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها وبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم » .

بطريقة معينة وتمارس وظيفتها وفق اجراءات محددة . وبناء على هذا نقسم هذا الباب الى
فصلين :

الفصل الأول : نتحدث فيه عن الولاية العضوية
الفصل الثاني : ونخصصه للحديث عن الولاية الموضوعية



الفصل الأول الولاية العضوية

نتحدث في هذا الفصل عن طبيعة تلك الولاية وعن طبيعة قراراتها ، ثم عن شروط وطرق اختيار أعضائها وأخيرا نتحدث عن خصائصها ، فنقسم هذا الفصل الى مباحث ثلاثة :

المبحث الأول : طبيعة الولاية القضائية وقراراتها

المبحث الثاني : شروط وطرق اختيار القضاة .

المبحث الثالث : خصائص الولاية العضوية

المبحث الأول طبيعة الولاية القضائية وقراراتها

لا يمكن الحديث عن استقلال السلطة القضائية ما لم نتحقق أولا من أن القضاء سلطة « تصدر قرارات نهائية ملزمة واجبة النفاذ ، ولذا نتحدث عن طبيعة ولاية القضاء وطبيعة أعماله في مطلبين باعتبارهما المدخل الطبيعي لمفهوم ذلك الاستقلال .

وعليه نقسم هذا المبحث الى مطلبين

المطلب الأول : طبيعة الولاية القضائية

المطلب الثاني : طبيعة العمل القضائي

المطلب الأول طبيعة الولاية القضائية

ان استقلال الوظيفة القضائية كان أسبق في الظهور من استقلال ولاية القضاء العضوية ، حيث وجد استقلال الوظيفة القضائية قبولا عاما في جميع الأنظمة القانونية على اختلاف نظمها السياسية ، وهذا هو السبب الذي دفع فقهاء القانون الخاص في أن يعالجوا وضع القضاء من زاوية اعتباره أو عدم اعتباره سلطة ثالثة في الدولة . بينما عمد فقهاء القانون العام خاصة بعد ظهور مبدأ الفصل بين السلطات — الى تحليل الطبيعة القانونية — لوظائف الدولة ليتبينوا ما اذا كانت الوظيفة القضائية تتمتع بصفات تجعلها سلطة ثالثة .

ان استقلال السلطة القضائية كان أهم نقطة في نظرية « مونتسكيو » الذي ارتبط مبدأ الفصل بين السلطات باسمه حيث يرى أن قمة العمل التشريعي هو أن يعرف كيف يحسن وضع سلطة القضاء ، غير أن هذا الوضع لن يكون أسوأ من أن يوضع في نفس الأيدي التي يكون لديها مقاليد السلطة التنفيذية^(١١) .

لقد أصبح وضع القضاء كسلطة مستقلة في الدولة بمثابة المبادئ الدستورية المسلم بها ويتضح هذا من الدراسة المقارنة التي تناولها أستاذنا العميد الدكتور الطماوى لدساتير الدول العربية^(١٢) وكذلك في الدساتير العالمية التي قام بدراستها الدكتور محمد عصفور^(١٣) فقد أجمعت كل تلك الدساتير على أن القضاء سلطة وإن اختلف أسلوب تطبيقها في العمل بسبب الطبيعة السياسية لكل نظام .

ذهب رأى في الفقه المصري^(١٤) الى أنه يجب التفرقة بين استقلال القضاء كسلطة

(١١) استقلال السلطة القضائية — للدكتور محمد عصفور — بحث في مجلة المحاماة سنة ١٩٦٨ ص

(١٢) السلطات الثلاث : للعميد الأستاذ الدكتور سليمان محمد الطماوى — ١٩٧٦ ص : ٢٨٧ — ٢٩١

(١٣) استقلال السلطة القضائية — المرجع السابق — ص : ٢٥ — ٣٥

(١٤) مقالات في الحرية والشرعية : للدكتور جمال الدين العطفي ١٩٨٠

دستورية وبين استقلال القضاء كوظيفة ، فالاستقلال الدستوري شيء والاستقلال الوظيفي شيء آخر ، ويرى أن استقلال القضاء لا يعنى حتما أن ينظر اليه دستوريا باعتباره سلطة مستقلة لأنه مرتبط بالتنظيم الدستوري لنظام الحكم .

فالاستقلال الدستوري قد يختلف فيه الرأي أما الاستقلال الوظيفي للقاضي فهو مستمد من طبيعة القضاء لذلك فإن استقلال القضاء تؤكد دساتير تنكر فصل السلطات لأنها لا تعترف أصلا بتعدد السلطات ، مثلما تؤكد دساتير تأخذ بنظام فصل السلطات أو تعاونها أو دمجها .

وواضح أن هذا الرأي ينكر صراحة أن القضاء سلطة مستقلة . وذهب رأى مضاد له يرى أن انكار وصف السلطة على القضاء هو التهميد الطبيعي لاهدار استقلال القضاء وأن استخدام تعبير « المرفق » أو « الوظيفة » يرى في ظاهره ولكنه يخفى وراءه اتجاه مجرد به القضاء من أخطر خصائصه — وهي خصائصه كسلطة تقف على قدم المساواة مع السلطتين الأخريين^(١٥) وذهب رأى ثالث الى انتقاد فكرة اطلاق كلمة المرفق العام على السلطة القضائية لأن هذه تعنى اضعاها للسلطة القضائية وللقضاة ما دامت قائمة على فكرة الاشباع وبالتالي اتجاه منفذ سهل للولوج الى جوهر القضاء وتكون مجرد الضمانات الممنوحة للقضاة معلقة على شرط الاشباع ويرى أن الوضع الصحيح هو أن القضاء سلطة ويجب أن يقف على قدم المساواة من حيث القوة والفعالية والا طغت السلطتان الأخريتان عليها بمعنى ذلك رأى ويقول اذا اردنا اضعاف القضاء والنزول به درجة فهذا يتعارض مع الدستور الذى نص وكفل استقلال القضاء وأكد أنه « سلطة » وليس « مرفق »^(١٦).

ونحن وان كنا نختلف مع رأى الأول الذى يشك في أن يكون القضاء سلطة مستقلة وننتفق مع الرايين الأخريين ، الا أننا نختلف معهما في مفهومهما للمرفق العام ، لأنه مع ايماننا بأن القضاء « سلطة » ثالثة في الدولة فلا يمنع من كونه مرفق عام يؤدي لخدمات ،

(١٥) استقلال السلطة القضائية — للدكتور محمد عصفور — ١٩٦٩

(١٦) الوجيز في المرافعات — للدكتور محمود محمد ابراهيم — ١٩٨١

فالعبرة ليست بالأصطلاح وإنما العبرة بحقيقة الدور الذى يضطلع به والضمانات التى تحاط

يقول العميد الطماوى فى تعليقه على نصوص الدساتير المصرية الصادرة قبل عام ١٩٦٠ بأن تلك الدساتير قد خصصت كلها فصلا مستقلا للسلطة القضائية وعاملتها بذلك على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية مما يؤكد تسليم المشرع الدستورى لدينا بأن السلطة القضائية هى سلطة مستقلة^(١٧) وإذا كان هذا تحليل أستاذنا العميد قبل ربع قرن فهو نفسه هو الذى ورد فى الدستور المصرى الحالى لسنة ١٩٧١ .

أما فى السودان فقد نصت المادة ٧٦ من قانون الحكم الذاتى لسنة ١٩٥٣ على أن « تتولى إدارة القضاء فى السودان مصلحة منفصلة مستقلة للدولة تسمى « الهيئة القضائية » .

وقد نقل نفس النص الى دستور ١٩٥٦ المؤقت ثم الى المادة ٨٩ لدستور ١٩٦٤ المؤقت أيضا ، ولم ترد كلمة « سلطة » الا فى مشروع اللجنة القومية للدستور عام ١٩٥٨ حيث وصفه القضاء بأنه « سلطة » وعلى الرغم من أن الباب الثامن من دستور ١٩٧٣ جاء بعنوان « السلطة القضائية » الا أن الفصل الأول منه جاء بعنوان « الهيئة القضائية » ونص فى المادة ١٨٥ على أن تكون ولاية القضاء فى جمهورية السودان الديمقراطية هيئة مستقلة تسمى الهيئة القضائية ولكن هذه المسميات لا تقدرح فى كون القضاء فى السودان « سلطة » مستقلة .

(١٧) (١) القانون الدستورى للدكتور الطماوى ١٩٥٨ - ١٩٦٠ ص ٣٦

المطلب الثاني طبيعة العمل القضائي

يتسم تحديد الأعمال القضائية لميزتها عن أعمال الإدارة بالدقة والتعقيد . ومرجع ذلك أن وسيلة القضاء في أداء وظيفته التي تتمثل في الحكم القضائي تتلاقى مع وسيلة الإدارة التي تتمثل في القرار الإداري ، في أن كليهما ينقل حكم القانون من حالة العمومية والتجريد إلى حالة الخصوصية والواقعية وذلك بتطبيقه على الحالات الفردية^(١٨) ولقد دعا هذا التشابه البعض من الفقهاء إلى القول بوجود وظيفتين فقط للدولة ، وهما الوظيفة التشريعية والوظيفة التنفيذية ، واعتبار الوظيفة القضائية فرعاً من الوظيفة التنفيذية^(١٩) إلا أن هذا الاتجاه قد وجد معارضة من الغالبية من الفقهاء استناداً على أن القضاء سابق على التنفيذ ، وإن ادخاله ضمن السلطة التنفيذية يجعل أحكامه غير ملزمة لها مما يؤدي إلى العودة إلى نظام القضاء المقيد فضلاً عن أن أحكام القضاء لها حجية لا تمنع بها القرارات الصادرة من الإدارة .

وأما هذه الطبيعة الخاصة للوظيفة القضائية لم ينكر انصار ثنائية وظائف الدولة ضرورة فصل المهمة القضائية عن المهمة الإدارية لتحقيق استقلال القضاء مما جعل الخلاف بين الفريقين من الفقهاء مجرد خلاف نظري^(٢٠) وأصبحت الصعوبة تتركز في تعريف هذه الوظيفة وتتميزها عن طريق تعرف طبيعة أعمالها . وقد ذهب الفقهاء إلى ذلك إلى اتباع معايير ثلاثة :

أولاً : المعيار الشكلي :

ويقوم على اعتبار العمل قضائياً إذا صدر من سلطة لها صفة ونظام المحاكم سواء كانت جهة قضائية عادية أو استثنائية . ومعنى ذلك أن كل تصرف يصدر

(١٨) المسهرية عن أعمال السلطة القضائية : دكتور رمزي الشاهر - الطبعة الأولى ١٩٧٨ ص ٧ - القضاء الإداري : الدكتور محمود حافظ - الطبعة الثانية ١٩٧٣ ط ١ : ٣٦٠ و ٣٦١ .

(١٩) المراجع السابقة وأنظر كذلك النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات للدكتور وحدي راجب رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس ١٩٧٤ ص ١٦ .

(٢٠) وأنظر كذلك دراسة نظرية وعملية مقارنة للعمل القضائي للمستشار عادل بونس هت بمجلة الدولة يناير ١٩٥٦ ص : ١٢٣

عن هيئة منظمة ومعدة لممارسة القضاء ومحاطة بأشكال واجراءات معينة يعتبر عملا قضائيا . وينسب هذا المعيار الشكلي الى كتابه دى مالبرج وفقهاء مدرسة فينا . ويعتبر كتابه دى مالبرج من أقوى المدافعين عنه حتى أصبح اسمه علما على هذا المعيار .

ثانيا : المعايير الموضوعية أو المادية :

تقوم المعايير الموضوعية على أساس النظر الى موضوع العمل ذاته وآثاره القانونية ، دون النظر الى السلطة التي أصدرته أو الاجراءات التي اتخذت في إصداره ونسب هذا المعيار الى العميد دوجي وجيز .

ثالثا : المعيار المختلط :

ويقوم هذا المعيار على الجمع بين بعض عناصر كل من المعيارين السابقين ويعتبر (جوليان) من أشهر القائلين بهذا النوع من المعايير^(٢١) .

ونتفق مع أستاذنا الدكتور رمزي الشاعر في أن العمل القضائي تصرف أو بناء مركب من عناصر شكلية وعناصر موضوعية^(٢٢) وتتمثل العناصر الشكلية في تكوين العضو صاحب النشاط وتمتعه بالاستقلال ، وكذلك الاجراءات المتبعة أمامه ونظام الطعن في الأحكام الصادره منه ، لأن هذه في اعتقادنا تمثل استقلال ولاية القضاء العضوية ، أما العنصر الثاني يتمثل في وظيفة القضاء الموضوعية في ممارستها للرقابة على أعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية وذلك تحقيقا وحماية لمبدأ المشروعية وسيادة القانون .

تحديد طبيعة العمل القضائي في النظام الانجليزي :

استقرت المحاكم في المملكة المتحدة على التفرقة بين العمل القضائي Judicial act والعمل الاداري Administrative act على اتخاذ معيارا موضوعيا يقوم على طبيعة العمل ، فاذا كان تصرف الهيئات العامة تصرفا قضائيا أمكن للمحاكم العادية رقايته أما اذا كان

(٢١) دكتور رمزي الشاعر - المرجع السابق - ص : ٩ و ٢٤ و ٤١

(٢٢) المرجع السابق ٤٥ و ٤٦ و ٧٨

تصرفاتها تصرفات إدارية فلا يجوز لها رقابته . والعمل يعتبر قضائيا إذا كان مفروض على الهيئات العامة وأجبا قانوني بتوفير ضمانات معينة قبل وعند اتخاذ القرار أو كان يجب عليها مراعاة قواعد العدالة الطبيعية Principles Of Natural Justice^(٢٣) ومع ذلك فقد فشلت المحاكم في وضع معيار جامع مانع لتحديد طبيعة العمل القضائي^(٢٤) ويرى اللورد ديننج معلقا على قرار اللورد باركر في إحدى القضايا^(٢٥) أنه لم تعد فائدة تذكر من هذه التفرقة لأن العمل الإداري أصبح في أغلب الأحوال يخاضعا لرقابة القضاء .

ونعتقد طالما أن المحاكم هي التي تستقل بتقديرها فيما إذا كان العمل قضائيا أو إداريا فإنه يمكنها تحقيق وضمان فعالية مبدأ المشروعية الذي هو أساس سلطتها واستقلالها .

المبحث الثاني شروط وطرق اختيار القضاة

تعد شروط تولية القضاء وطرق اختياره دعامتان أساسيتان لاستقلاله ولذا نتحدث عن هذين الموضوعين في مطلبين .
المطلب الأول : شروط تولية القضاء
المطلب الثاني : طرق اختيار القضاة

(٢٣) أنظر Lord Denning: Discipline Of Law 1979, PP. 88-94 Wade: Administrative Law / 1978 P. 41

وأنظر القضايا Sterenage V. Minister Of Town and Country planning (1958) Ridge V. Baldwin (1964) AC 40 (1963) 2 ALL.ER 66

Padfield V. Minister Of Agriculture Fisheries and Food (1968) AC 997 (1968) 1 ALL. ER 694

R. V. Gaming Board For Great Britain EX.P. Benaim Khoida (1970) 2 Q.B. 417 at 430

(٢٤) «The distinction between judicial acts and administrative acts which no one has been satisfactorily to define»

(٢٥) انظر قضية روج ضد بالدون السابقة

المطلب الأول شروط تولية القضاة

ان الشروط الواجب توافرها فيمن يلى القضاء بالاضافة الى أنها تحدد صلاحيته لذلك المنصب فانها تعتبر من العوامل الموضوعية التى تفيد السلطة التعيين فى عدم تحكمها فى اختيار من تشاء خاصة اذا كانت هذه الجهة غير قضائية الأمر الذى يؤدى الى المساس باستقلال شخصيات القضاة .

ونستعرض تلك الشروط فى كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة ومصر والسودان :

- الفرع الأول : شروط تولية القضاء فى المملكة المتحدة
- الفرع الثانى : شروط تولية القضاء فى الولايات المتحدة
- الفرع الثالث : شروط تولية القضاء فى مصر والسودان

الفرع الأول شروط تولية القضاء فى المملكة المتحدة

لم تتضمن القوانين الصادرة فى تنظيم القضاء فى المملكة المتحدة على شروط محددة يجب توافرها فيمن يلى القضاء فى المملكة المتحدة ، ولكن التقاليد والقوانين قد استقرت هناك على اختيار القضاة من بين المحامين العاملين فى مهنة القانون لفترات محددة ومتصلة وبذلك تكون الشروط الواجب توافرها فى القاضى هى نفس الشروط الواجب توافرها فى المحامى ، وهى المؤهل العلمى والسيرة الحسنة والسلوك الحميد Good Behavior .

فيشترط فى قضاة المحاكم الدنيا ما يلى :

- ١ - أن يكون من المهامين العاملين في مهنة القانون
 - ٢ - أن يكون قد أمضى عشرة سنوات على الأقل في ممارسة مهنة المحاماة ممارسة فعلية ومستمرة .
 - ٣ - أن يكون قد اشتهر بحسن الخلق والكفاءة
- ويشترط في قضاة المحاكم العليا ومحكم الاستئناف نفس الشروط بشرط أن يكون قد مارس لمهنة المحاماة لمدة خمسة عشر سنة على الأقل ممارسة متصلة^(٢٦) .

الفرع الثاني شروط اختيار القضاة في الولايات المتحدة الأمريكية

يقوم نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية على دستور عام للنظام الاتحادي Federal System ينظم السلطات العامة في الحكومة الاتحادية وعلاقتها مع الولايات التابعة للاتحاد ، وإن لكل ولاية دستور خاص يحدد تشكيل السلطات العامة فيها ، وشروط وطرق اختيار القضاة وفقا للفلسفة السياسية التي تقوم عليها تلك السلطات ومن ثم كان طبيعيا ان يختلف التنظيم القضائي من ولاية لأخرى لاختلاف دساتيرها ، وكان طبيعيا كذلك أن تختلف النظم القضائية في بعض الولايات مع تنظيم القضاء الاتحادي Federal Judiciary وخشية أن يحد من موضوع البحث فقد رأينا أن ننصب دراستنا في كل ما يتعلق باستقلال السلطة القضائية على القضاء الاتحادي - على أن نشير إلى النظم القضائية في الولايات بالقدر الذي يتطلبه الموضوع ويتفق مع طبيعة البحث خاصة وأن النظم القضائية في الولايات كانت سابقة على النظام القضائي في حكومة الاتحاد بل وتأثر بها في مواضع شتى . ولأن القضاء الاتحادي يمثل السلطة القضائية بنص الدستور - حيث

(٢٦) Wade and Phillips: constitutional law, 4 th ed (1950) P. 2

نصت المادة الثالثة منه على أن السلطة القضائية ممثلة في المحكمة الاتحادية العليا ولي المحاكم الاتحادية الأخرى في الولايات المتحدة .

لم يبين الدستور ولا القانون شروطا معينة يجب توافرها فيمن يلى القضاء وقد نصت المادة الثانية في فقرتها الثانية من الدستور أن الرئيس يعين القضاء بعد مشاورة وموافقة مجلس الشيوخ ، وهذا يعنى أن الرئيس الأمريكى حرا في أن يعين من يشاء بعد مشاورة وموافقة مجلس الشيوخ^(٢٧) ولكن لا يعنى هذا على الإطلاق عدم وجود شروط مسبقة يستوجب توافرها ، لأن شخصية من يرشح للقضاء كانت محل دراسة وتحليل الفقهاء نظرا لطبيعة وظيفة القضاء الاتحادى وارتباطها ارتباطا وثيقا بالرقابة القضائية التى تتطلب بالضرورة رجال أقوياء أكفاء .

وقد تنبه الى أهمية شخصية القاضى والكيان العضوى للهيئة القضائية الرئيس الأمريكى جورج واشنطن أبرز قادة الاتحاد الأمريكى وذلك في وقت مبكر للحياة السياسية والدستورية للنظام الاتحادى حيث كان يرى أنه لا يكفى أن يكون القضاء الاتحادى مستقلا في أعماله ، بل يجب أن يكون مستقلا ما أمكن استقلالاً كاملاً في تكوينه ، لأن القضاء هو الدعامة التى تقوم عليها الحكومة القومية^(٢٨) . وكان يرى أنه لا يكفى أن يكون أول رئيس للمحكمة العليا رجل قانون فحسب بل يجب أن يكون رجل سياسى عظيم ، ورجل إدارى عظيم ، وقائد عظيم كذلك^(٢٩) .

(٢٧) نص المادة ٢ على أن «He shall have power by and with the advise and consent of the senate ... to appoint judges of the supreme court»

أنظر فلرمن — مرجع سابق حيث يقول ٤٤٣

«No qualifications are stated in the constitution hence, the president is free to appoint any one whom the senate agrees to confirm».

Hampton.L. Carson: The supreme court of the United States: its history (Philadelphia 1902) P. (٢٨)

١٤ حيث جاء فيه

«The federal judiciary should be not only, independent in its operations, but as perfect as possible in its formation». «The judiciary as the chief pillar upon which our national government must rest».

The supreme court in United States history (Boston, 1922) 1: 33 (٢٩)

وذهب رأى الى أن نوعية العدالة تعتمد بدرجة أكبر على صفات الرجال الذين يطبقون القانون أكثر من اعتمادها على مضمون القانون الذى يطبقونه^(٣٠) ، وذهب الى نفس المعنى البروفسور فرانكفورتر ، ولكن بصورة منفصلة حيث ربط بين شخصيات القضاة وبين تطور القانون الدستوري حيث يرى أن تطور القانون الدستوري يعتمد على شخصيات القضاة أكثر من اعتماده على السوابق ، وعلى المبادئ القانونية الثابتة بل وأكثر من اعتماده على أى نص ملزم للدستور نفسه^(٣١) ثم تحدث البروفسور «كار» عن الشروط التى يجب توفرها فى شخصية القاضى وربط بين شخصيته وبين الرقابة القضائية فى بحث طويل^(٣٢) ثم تحدث البروفسور «كوهمان» عن الأعراف والتقاليد التى سادت على المحكمة العليا بما يجب أن يكون عليه القاضى^(٣٣) .

ويرى «كار» أن لسلوك القاضى وأخلاقه ومعدله ثم خبرته القانونية والقضائية أهمية عظيمة على التحكم فى وجهة نظره وهو على منصة القضاء ولذلك فقد جمعت المحكمة العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية خبرات ومؤلفات مختلفة فقد جمعت بين قضاة أحرزوا نجاحاً فى المجالات المالية أمثال ماثوس Mathews وفولر Fuller وبتر Butler وروبرت Robert وجمعت كذلك قضاة كانوا أساتذة للقانون فى أرقى الجامعات مثل فرانكفورتر Frankfurter ودوجلاس Douglas واستون Stone ثم ضمت قضاة تمرسوا فى العمل القضائى من أدنى الهامك الى أعلاها أمثال كاردوز Cardozo وهولمز Holmes وقضاة همكوا الحياة السياسية أمثال بلاك Black وساويرلاند Southerland ويختم بروفر «كار» هذا الموضوع بقوله «أنه لحقيقة أن قضائنا العظيم من عهد مارشال Marshall ، و تانى Taney وحتى عهد هولمز وبرانديز Brandeis قد نالوا سمعة وشهرة واسعة لأنهم نجحوا فى

(٣٠) Introduction to Haynes: The selection and tenure of the judges «The quality of justice depends upon the quality of the men who administer the law than on the content of the law they administer».

(٣١) Robert K.Carr: The supreme court and judicial review (1970) P. 233

(٣٢) المرجع السابق - ص : ٢٣١ - ٢٥٦

(٣٣) Cushman: American National Government (1933) PP. 525 - 27

مزج تخصصاتهم الأكاديمية المختلفة وقدراتهم المهنية مع تجاربهم وخبراتهم القانونية.

ويتبين من هذا أن المؤهل العلمي لا يشترط أن يكون بالضرورة مؤهلاً قانونياً وإن كان ينبغي أن يكون كذلك — ومع ذلك فقد يكون مؤهلاً في علم الاقتصاد أو العلوم السياسية أو الادوية أو الدراسات الاجتماعية .

كذلك الخبرة العملية فلا يشترط أن تكون خبرة قانونية أو قضائية ، فقد تكون خبرة مالية أو دبلوماسية أو في العمل التنفيذي أو التشريعي أو السياسي أو التدريس في كليات الحقوق ولذلك ضرب « كار » أمثلة للمؤهلات والخبرات من خلال القضاة الذين تولوا مناصب في المحكمة العليا .

أما عامل السن والذي له أثر على قرارات القاضي كما يقول البروفسر « أويلج » (٣١) Ewing كان في المتوسط ما بين ٤٠ و ٤٥ سنة حسب الإحصائيات التي قام بها منذ تأسيس المحكمة العليا وحتى عام ١٩٣٧ .

على أن شروط اختيار القضاة تختلف بحسب نظرة النظام القانوني للمنصب

Ewing, Cortez. A.M: The judge of supreme court 1789-1937 (1938) PP. 63-76. (٣٤)

وقد وضع أويلج جداول وإحصائيات تفصيلية عن سن قضاة المحكمة العليا أوضح فيها أن متوسط سن قضاة المحكمة العليا منذ عام ١٧٨٩ كانت ثلاثة وخمسون سنة ، وأنه في السبع سنوات الأولى من عام ١٩٣٠ كانت تسع وستين سنة ، وأنه خلال الأربعين سنة الأولى لتاريخ المحكمة العليا كانت سن أربعة من قضائها أقل من سن الأربعين وقت تعيينهم ، وأن سن اثني عشر قاضياً كانوا أقل من الخمسين ولم يوجد أحد فوق الستين ، ولقط كان سبعة منهم فوق الخمسين .

وفي خلال فترة الأربعين سنة المنتهية في عام ١٩٣٧ لم يوجد قاضي أقل من سن الخامسة والأربعين عند تعيينه في المحكمة ، وكان يوجد واحد فقط أقل من الخمسين ، ومن جهة أخرى كان خمسة قضاة فوق الستين وعشرة فوق الخامسة والخمسين . وقد لاحظ أن متوسط رؤساء المحكمة العليا قد هبط من سن التاسعة والخمسين خلال الأربعين سنة الأولى لتاريخ المحكمة العليا إلى الثالثة والخمسين خلال الأربعين سنة المنتهية لعام ١٩٣٧ .

ونعتقد أن أويلج اتخذ عام ١٩٣٧ أساساً لإحصائياته باعتباره يمثل الفترة التي شهدت تعيينات قضائية كثيرة في عهد الرئيس روزفلت على أثر الأزمة التي نشبت بينه وبين المحكمة العليا . بسبب سياسته الاقتصادية .

القضائي ، ففي دول النظام القاري Continental Countries يعتبر القضاء مهنة ، ولذلك يشترط لمن يرشح لهذا المنصب أن تتوفر فيه شروط الموظف العام التي تنص عليها عادة قوانين الخدمة المدنية^(٣٥) بينما في بلاد الشريعة العامة Common Law Countries وفي مقدمتها المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية فينظر الى منصب القضاء على أنه مكافأة Reward ينعم به على ذلك الشخص الذي قمرس في العمل القانوني في المحاكم في مهنة المحاماة فترة طويلة حتى صقلته التجربة^(٣٦) على خلاف في ذلك بين النظامين الانجليزي والأمريكي . وقد بلغت أهمية الشروط الواجب توافرها في شخصية القاضي حد القول بأن المنصب القضائي يجب أن يسمى للإنسان ، لا أن يسمى اليه الإنسان^(٣٧) وهذا مبدأ — كما سنرى — قد استقر بالنص في النظام الاسلامي .

الفرع الثالث الشروط العامة لتولية القضاء في مصر والسودان

جمعنا بين شروط تولية القضاء في مصر والسودان في موضوع واحد نظرا لأن المشرع السوداني قد استعار نص المادة ٢٢ من قانون الهيئة القضائية لسنة ١٩٨٣ من نص المادة ٣٨ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ في مصر وكنا نتوقع أن يتضمن القانون الجديد للهيئة القضائية في السودان شروط تولية القضاء في الاسلام وذلك بعد تعديل القوانين لتطابق مع أحكام الشريعة الاسلامية وبعد تطبيقها بالفعل لمدة عام ولكن صدر قانون الهيئة القضائية لسنة ١٩٨٤ ونص في مادته ٢٢ على نفس النص السابق ولم اعتقادنا أن هذا خطأ كان يجب تداركه .

(٣٥) Bernard Schwartz: American Constitution Greenwood Press New York (1969) P. 131

(٣٦) كوهمان — مرجع سابق ص : ٢٥٠ الى ٢٧٠

(٣٧) «No man shall seek office on supreme court..... It is said that the office must seek the man and not the man seek the office»

ويشترط فيمن يولى القضاء حسب نص المادتين ٣٨ في مصر و ٢٢ في السودان ما

يلي :

١ - أن يكون المرشح للقضاء كامل الأهلية ، والمقصود بكامل الأهلية هو ممارسة الحقوق المدنية ، ولا يكفي في اعتقادنا أن يكون المرشح كامل الأهلية وإنما يجب أن يكون على درجة من الذكاء والفطنة ، ويمكن التحقيق من ذلك في الاختبارات التي يخضع فيها القاضى لتطبيقات عملية كما هو الحال عليه في مصر ثم يعمل معاونا في النيابة ومن خلال التفتيش على عمله وتقييمه من كل الوجوه يمكن تعيينه بعد ذلك في القضاء وهذا خلاف لما كان عليه الوضع في السودان حيث كان يعين الخريج مباشرة في القضاء وأن يمارس تدريبها عملها على أعمال كتبة المحاكم والشرطة ويجلس مع القضاة في سماع الاجراءات العملية وصدور الأحكام فن القضايا المدنية والجنائية ثم يمنح سلطات قاضى من الدرجة الثالثة أو الثانية حسب الحاجة اليه وفي اعتقادنا أن هذا ليس بكاف للحكم على صلاحية تولى الوظائف القضائية وان كان الأمر قد عدل الآن بحيث أصبح لابد أن يمضى القاضى فترة طويلة في التدريب على أعمال القضاء ، ونرى ضرورة وجود معهد قضاء لتدريب القضاة كما هو الحال عليه في مصر .

٢ - يجب أن يكون المرشح للقضاء مصريا ، فالقاضى موظف عام ولا يجوز تولى الوظائف العامة الا من المصريين هذا فضلا عن أن القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة ولا يجوز أن تسمح الدولة في تولى سلطتها الا من تمتع بجنسيتها ، ويجب أن تتوفر في الشخص الجنسية الأصلية ، فاذا كانت جنسيته المصرية طارئة فلا يجوز تعيينه قاضيا قبل انقضاء خمس سنوات من تاريخ كسبه لهذه الجنسية الا اذا كان قد أعفى بقرار من وزير الداخلية من شرط هذه المدة بسبب انضمامه الى القوات المصرية ومحاربه في صفوفها^(٣٨) فاذا توفر شرط الجنسية فلا يهم من الناحية الدستورية والقانونية أن يكون رجل أو امرأة وان كان العمل قد جرى على عدم تولى المرأة القضاء في مصر .

(٣٨) فؤاد رياض وسامية راشد الوجيز في القانون الدول الخاص ١٩٧١ جزء أول بند ١٨٣ ص : ١٩١ وص : ١٩٢

ويرى كثير من الفقهاء أن لا سند لهذا المنع من القانون . فالقانون لم يفرق في هذا بين المرأة والرجل ، ولكن محكمة القضاء الإداري في حكم لها قضت بأن قصر بعض الوظائف كوظائف مجلس الدولة والقضاء على الرجال دون النساء لا يعدو هو الآخر أن يكون وزناً لمناسبات التعيين في هذه الوظائف تراعى فيه الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية شئ الاعتبار من أحوال الوظيفة وملابسها وظروف البيئة وأوضاع العرف والتقاليد دون أن يكون ذلك لا حط من قيمة المرأة ولا نيل من كرامتها ولا نقص من مستواها الأدبي والثقالي ، ولا غمط لنهوضها وتفوقها ولا إجحاف بها ، وإنما هو مجرد تخيير الإدارة في مجال ترخيص فيه لملاءمة التعيين في وظيفة بذاتها بحسب ظروف الحال وملابسائه كما قدرها هي ، وليس في ذلك إخلال بمبدأ المساواة قانوناً — ومن ثم فلا مغيب لهذه المحكمة على تقديرها مادام يحل من إساءة استعمال السلطة^(٣٩) .

والعمل يجرى على خلاف ذلك في السودان حيث تبوأت المرأة منصب القضاء والنيابة العامة في أعلى مستوياتها حتى بعد تطبيق الشريعة الإسلامية .

٣ — المؤهل العلمي :

أن يكون حاصلاً على إجازة الحقوق من إحدى كليات الحقوق بجامعة جمهورية مصر العربية أو على شهادة أجنبية معادلة لها وأن يجتاز في الحالة الأخيرة في امتحان المعادلة طبقاً للقوانين واللوائح الخاصة بذلك . أما في السودان فإن أي شخص يريد الالتحاق بمهنة القانون سواء في المحاماة أو القضاء أو النائب العام فيجب أن يجلس إلى امتحان مهنة القانون « المعادل » حتى ولو كان من طلبة كليات الحقوق بجامعة السودان — ونعتقد بعد أن اتخذ السودان خطوة إيجابية في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية أصبح لابد من تعديل المناهج وضرورة الحصول على شهادة أعلى في التخصص لأن القاضي في الإسلام مجتهد أو على الأقل يستطيع أن يرجع بين أقوال المجتهدين .

(٣٩) القاعدة رقم (١٧٦) القضية رقم ٣٣ لسنة ٤ قضائية جلسة ٢٠ من فبراير ١٩٥٢ مستخرج من مجموعة مجلس الدولة السنة السادسة المجلد الثاني ص : ٤٨٤ لأحكام القضاء الإداري — مكتبة وزارة العدل .

٤ - أن يكون حسن الأخلاق محمود السيرة وهذا شرط أساسي في القاضي وهو يشمل عدم الحكم عليه في مجلس تأديب و أنهم مجرد اتهام في قضية مخلة بالشرف .

٥ - السن :

وبالاحظ أن تقسيم المحاكم في مصر يشمل المحاكم الجزئية والابتدائية والاستئنائية والنقض ، وأن المحاكم في السودان مقسمة الى محاكم جزئية ومديرية واستئناف وعليا ، والسن المطلوب توفرها في قاضي المحكمة الجزئية في السودان خمسة وعشرين سنة بينما في مصر ثمانية وعشرين سنة أما قاضي المديرية وقاضي المحكمة الابتدائية فيشترط فيهما في مصر والسودان أن يكون عمرهما ثلاثين سنة .

أما اذا كان التعيين في محاكم الاستئناف فيجب ألا تقل سنه عن أربعين سنة في مصر وخمسة وثلاثين سنة في السودان ، وبالنسبة لمحكمة النقض فيجب ألا تقل سنه عن ثلاثة وأربعين أما في المحكمة العليا في السودان وهي المقابلة لمحكمة النقض فيجب ألا تقل سنه عن أربعين عاما - وفي النظام الأمريكي نجد أنها في الحالة الأخيرة كانت ما بين أربعين سنة وخمسة وأربعين .

ولما كانت هذه الشروط لم توضع عبثا وإنما وضعت لاختيار القوي الأمين لانه منصب القضاء يحظره جليل ومسؤوليته عظيمة لذلك رأينا رجال السياسة ورجال القانون في الولايات المتحدة الأمريكية يعولون على شخصية القاضي أكثر من القانون وأكثر من الدستور ، لذلك يرى المستشار يحيى الرفاعي تحت عنوان (غيبة ضمانات حسن الاختيار) .

أن المادة الثانية من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٤٣ تنص على أنه : لا يجوز تعيين أحد في وظيفة قاضي الا بعد التحقق من كفاءته وصلاحيته للقضاء وتطلب وزارة العدل من الهيئة التي ينسب اليها المرشح والتي لها الاشراف على عمله - البيانات الخاصة بكفاءته وعمله في مهنته أو وظيفته أو سلوكه ، وقد خلا النص القائم من مثل هذا النص كما خلا من أي ضمانات تكفل حسن اختيار القضاة وبذلك ترك الباب مفتوحا على مصراعيه بحيث تكاد أن تنفرد به السلطة التنفيذية - تحت مختلف المؤثرات السياسية والحزبية والانتخابية

والعائلية — ومن هنا فقد أسوء استعمال هذه السلطة أكثر من مرة وبشكل صارخ كان له صده عند القضاة ، وعند إدارة التفتيش القضائي ومجلس صلاحيات التأديب ناهيك عن أثر ذلك في مصالح المتقاضين وفي ثقة المواطنين في القضاء والقضاة^(٤٠) .

ومن هنا يلزم المشرع أن يضيف لهذه الشروط العامة ضمانات خاصة تكفل حسن الاختيار خاصة كلما كان التعيين بغير طريقة الترقية أو النقل من النيابة العامة .

وأول هذه الضمانات أن يكون مجلس القضاء الذي يختص بالموافقة على التعيين مشكلا من القضاة وحدهم دون أي دخيل عليهم من الهيئات القضائية أو غير القضائية الأخرى ولا من غيرهم .

والضمانة الثانية : أن ينص القانون على وجوب دراسة نشاط المرشح منذ تخريجه في الجامعة — والتجارب العملية والنفسية ومدى عنايته بعمله خلال هذه الفترة والتحقق من استقامته ونزاهته وعفته وسائر عناصر تكوينه النفسي والاجتماعي والقانوني التي تؤهله لتولي القضاء .

والضمانة الثالثة : أن ينص القانون على وجوب أن يواجه المرشح بعد ذلك دائرة من دوائر محكمة النقض تتولى مناقشته في معلوماته الاجتماعية والثقافية والقضائية لتثبت من كفايته العلمية وصلاحيته للدرجة المرشح للتعين فيها .

والضمانة الرابعة : أن يشترط القانون ألا يكون المرشح منتظما لأحد الأحزاب السياسية أو شاغلا لأحد المناصب السياسية خلال السنوات الثلاثة السابقة على ترشيحه

(٤٠) تشريعات السلطة القضائية مطلقا على نصوحها للمستشار هي الرافعي ١٩٨١ — ص : ٣٨ و ٣٩ .

وإذا كان كمال الأخلاق أمر لا غنى عنه في اختيار القضاة فإن سلامة الحواس في اعتقادنا أمر لا بد منه فيجب أن يكون القاضي سميعا بصيرا طلق اللسان مقبول الشكل ، لأن هيئة القاضي ومنظره ومظهره أمر يترك انطباعه على نفسيات المتقاضين .

أما شروط التعيين في مجلس الدولة فقد حددتها المادة ٧٣ من قانون مجلس الدولة بقولها « يشترط فيمن يعين عضوا بمجلس الدولة :

- ١ — أن يكون مصريا متمتعا بالأهلية المدنية الكاملة
- ٢ — أن يكون حاصلا على درجة « الليسانس » من إحدى كليات الحقوق بجمهورية مصر أو على شهادة أجنبية تعتبر معادلة لها ، وأن ينجح في هذه الحالة الأخيرة في امتحان المعادلة وفقا للقوانين الخاصة .
- ٣ — أن يكون محمود السيرة حسن السمعة .
- ٤ — ألا يكون قد حكم عليه من المحاكم أو مجالس التأديب لأمر مغل ولو كان قد رد إليه اعتباره . وهذا التشدد تبرره الاعتبارات الخاصة والمهيطة بهذا المنصب^(١) .
- ٥ — أن يكون حاصلا على دبلومين من دبلومات الدراسات العليا أحدهما في العلوم الادارية أو القانون العام اذا كان التعيين في وظيفة مندوب . واشترط حصول عضو مجلس الدولة على شهادة دراسية عليا فوق ليسانس الحقوق استحدثه القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ اذ اشترط الحصول على المؤهل المشار اليه في المندوب المساعد . فاذا لم يحصل عليه خلال أربعة سنوات من تاريخ تعيينه جاز لرئيس المجلس أن يعرض على رئيس الجمهورية نقله الى وظيفة عامة أخرى أو الى إحدى الوظائف الادارية بالمجلس . ثم اشترط القانون أخيرا ضرورة الحصول على المؤهلين ، ويعتبر المندوب المساعد معينا في وظيفة مندوب من أول يناير التالى لحصوله على الدبلومين المشار اليهما متى كانت التقارير المقدمة عنه مرضية وذلك وفقا لنص المادة ٧٥ . ونرى ضرورة تعميم هذا النظام في القضاء العادى لأن المؤهل العلمى العالى يساعد في تطوير العمل القضائى .
- ٦ — ألا يكون متزوجا بأجنبية . ومع ذلك يجوز باذن من رئيس الجمهورية الاعفاء من هذا الشرط اذا كان متزوجا بمن تنتمى بجنسها الى إحدى البلاد العربية .

(١١) قضاء الالغاء — الطبعة الخامسة ١٩٧٦ السيد الاستاذ الدكتور الطماوى — ص : ١٢١ و ١٢٢

٧ — ألا تقل سن من يعين مستشارا بالمحاكم عن أربعين سنة ، وألا تقل سن من يعين عضوا بالمحاكم الادارية عن ثمان وعشرين سنة وألا تقل سن من يعين مندوبا مساعدا عن تسع عشرة سنة .

هذا ولا يجوز لعضو مجلس الدولة القيام بأى عمل تجارى ، أو القيام بأى عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته (مادة ٩٤) وهذا الشرط عام كما يقول أستاذنا العميد الطماوى بالنسبة الى جميع موظفى الدولة ، ولكنه ألزم بالنسبة الى من يشغل منصب القضاء .

ولهذا فان المشرع لم يكتفى بحظر الأعمال المنصوص عليها صراحة فى الفقرة السابعة بل أضاف اليها فى ذات المادة (ويجوز للمجلس الأهل للهيئات القضائية أن يقرر منع عضو مجلس الدولة من مباشرة أى عمل يرى أن القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن أدائها) ولنفس السبب نصت المادة ٩٥ من قانون المجلس على أن (يحظر على أعضاء مجلس الدولة الاشتغال بالعمل السياسى ولا يجوز لهم الترشيح لانتخاب مجلس الشعب أو الهيئات المحلية الا بعد تقديم استقالاتهم وتعتبر الاستقالة فى هذه الحالة مقبولة بمجرد تقديمها) .

المطلب الثانى طرق اختيار القضاة

لكى يكون القاضى مستقلا يجب أن يشعر بأنه ليس مدينا لشخص معين ، ولا لجهة معينة فى اختياره لمنصب القضاء وأنه حصل عليه بكفاءته وأهليته دون أن يكون لأحد فضل عليه فى ذلك ، لذا اجتهد الفقهاء فى البحث عن وسيلة لاختيار القاضى بحيث يكون مستقلا أم الاستقلال عن الجهة التى اختارته . وقد استقر جهدهم عن طريقتين لاختيار القضاة — طريقة التعيين — ثم طريقة الانتخاب ، ونحاول هاتين الطريقتين فى فرعين مستقلين .

الفرع الأول طريقة الانتخاب

وطريقة الانتخاب العام تعنى اختيار القضاة عن طريق جمهور الناخبين بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، ويؤكد هذه الطريقة أنها تتمشى مع مبدأ أن الأمة مصدر السلطات ، فكما أن الأمة باعتبارها مصدر السلطات تختار رجال السلطة التشريعية فيجب كذلك أن تختار رجال السلطة القضائية^(٤٢) وتتفق طريقة الانتخاب كذلك مع مبدأ الفصل بين السلطات ومع استقلال السلطة القضائية من تدخل وتغول السلطتين التشريعية والتنفيذية في تكوينها .

ويؤدي هذا النظام الى اهتمام الشعب بالقضاء وزيادة الصلة بين الشعب والمحاكم كما أنه يدعو بالضرورة الى تبسيط الاجراءات حتى يستطيع القاضى المنتخب تطبيقها ، وهو أخيراً يتلافى في تكوين القضاء لطبقة معزولة عن الشعب فتطبق القانون تطبيقاً جامداً دون مراعاة اتجاهات الشعب وميوله^(٤٣) .

وطريقة الانتخاب متبعة في بعض الولايات الأمريكية ولى سويسرا ولكنها متبعة بطريقة أساسية في دول الكتلة الاشتراكية ، فان الاتجاه الغالب في الدساتير ذات الطابع الماركسي يجرى على انتخاب القضاة اما كلياً أو جزئياً ومن الدساتير التي أخذت بمبدأ الانتخاب سواء على درجة واحدة أو درجتين الدستور السوفيتي ودستور بولنده وتشيكوسلوفاكيا ، ومن الدساتير التي جمعت بين الانتخاب والتعيين الدستور اليوغسلافي ودستور ألمانيا الديمقراطية^(٤٤) .

(٤٢) الدكتور رمزي سيف — الوسيط في المرافعات المدنية والتجارية طبعة ١٩٦٩ — ١٩٧٠ ص : ٥٨

(٤٣) دكتور عبد الحميد أبو هيف — المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر ١٩٢١ ص : ٤٣

(٤٤) السلطات الثلاث — للعبد الطحاوي — ص : ٢٩٦ أنظر كذلك

W. Friedman: Legal theory, fifth ed 1967 P. 374-375

Harold Bernard: Justice in the U.S.S.R. sixth ed (1982) PP. 285-98

وعلى الرغم من محاسن طريقة الانتخاب إلا أنها تنطوي على عيوب كثيرة تجهض كل تلك المحاسن وتقضى على استقلال القضاء قضاء مبرما ومن أهم تلك العيوب :

١ - تدخل العوامل السياسية :

من الثابت أن الانتخابات العامة تنظمها وتمارسها الأحزاب السياسية ، وإن القاضي لا يضمن فوزه في تلك الانتخابات ما لم يجد الدعم والتأييد من حزب سياسي معين ومن ثم فإن ترشيح القاضي يتم عن طريق الهيئات السياسية للحزب ، وأن فوزه يتوقف على اختيار جمهور ذلك الحزب له ، ولذا فإن القاضي يشعر بأنه مدبنا لذلك الحزب وجمهوره ويكون متعاطفا مع وجهات نظره مما يفقده حياده الذي هو أهم سمات استقلاله ، وبالرغم من الطابع الديمقراطي الظاهري لهذه الطريقة فإنها أسوأ الطرق عملا لخضوع القضاء للأحزاب السياسية^(١٥) .

٢ - سوء الاختيار :

والثابت كذلك أن انتخاب القاضي لا يقوم على كفاءته العلمية وخبرته القضائية وسلوكه - وهي الصفات الواجب توافرها فيمن يرشح لمنصب القضاء - ولكنه يقوم على الرغبة الشعبية والصداقات والعلاقات والقرابة وبذلك قد يصل إلى منصب القضاء رجال ضعفاء غير مؤهلين علما أو خلقا وذلك لعدم تقدير الناصحين للمؤهلات والمزايا التي يعين توافرها في القضاة^(١٦) .

٣ - توليت المنصب :

إن الانتخاب مهما كانت مدته يعتبر مؤقتا لأنه بعد انتهاء فترة الانتخاب قد لا يعاد انتخاب القاضي مرة أخرى وهذا يعارض مع مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل ويجعل

(١٥) السلطات الثلاث - المرجع السابق - ٢٩٦ أنظر كذلك الدكتور أحمد أبو الوفاء المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٨٠ - ص : ٥٣ بند ٤٥ - الدكتور محمد حيدر - استقلال السلطة القضائية مرجع سابق . د . فحى والى - مبادئ قانون القضاء المدني - ص : ١٥٩ بند ١٠٤ - ١٩٧٢ . د . محمود أحمد إبراهيم الوجيز في المرافعات ١٩٨١ ص : ٩٠ و ٩١ .

(١٦) السلطات الثلاث - المرجع السابق ص : ٢٩٧ - أنظر المراجع السابقة .

النظام القضائي يفتقر الى الخبرة والتجربة لأن فترة الانتخاب غير كافية لأن يكتسب فيها الخبرة والتجربة اللازمين لتدعيم المنصب القضائي .
ولهذه الأسباب وغيرها لم تأخذ معظم النظم القانونية بطريقة اختيار القضاة عن طريق الانتخاب

الفرع الثاني طريقة التعيين

وجوهر هذه الطريقة أن تقوم جهة معينة في الدولة بتعيين القضاة ، فقد تكون تلك الجهة — السلطة التشريعية — وقد تكون السلطة التنفيذية — وقد تكون مشاركة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وقد تكون مشاركة بين السلطتين القضائية والتنفيذية ، وإن كان اختيار القضاة بواسطة السلطة التنفيذية أكثر الطرق انتشاراً^(٤٧) وإذا كان يعاب على هذه الطريقة الأخيرة أنها تخالف مبدأ الفصل بين السلطات ، فإن المسلم به أن هذا المبدأ ليس مطلقاً^(٤٨) ولكن العيب الأساسي يوجه الى الخوف من خضوع القضاء للحكومة مما يعرض استقلال السلطة القضائية الى خطر فعل . ولكن أستاذنا العميد الطماوى يرى أن تعيين القضاة بواسطة السلطة التنفيذية لا يتعارض مع استقلال القضاء لأن القانون يحدد الطرق التي بتعين على السلطة التنفيذية أن تراعيها وهي تعيين القضاة بالشروط والمؤهلات التي يجب توافرها في المرشحين لمنصب القضاء^(٤٩) ولذا نستعرض طريقة التعيين في بعض النظم لنقف على حقيقة الأمر . ونعرض لطريقة التعيين في كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة ومصر والسودان

(٤٧) الوجيز في قانون المرافعات — مرجع سابق — ص : ٩٢

(٤٨) مبادئ قانون القضاء المدلى للدكتور زحى والى — مرجع سابق — ص : ١٦٠ بند ١٠٥

(٤٩) السلطات الثلاث — مرجع سابق — ص : ٢٩٧

أولا كيفية تعيين القضاة في المملكة المتحدة

رسخت التقاليد الدستورية في المملكة المتحدة بأن يختار القضاة من بين المهامين العاملين في مهنة القانون لأن هذا يتفق واستقلال القضاء ، باعتبار أن علاقة القضاء بالهاماة أكثر صلة من علاقته بالسلطة التنفيذية وأعضائها^(٥٠).

ويتم تعيين قضاة المحاكم الدنيا إلى محاكم أعلى Puisne of judges of the high court بقرار من التاج Crown بعد استشارة اللورد الحاجب Lord Chancellor والذي يتصل عادة برئيس الوزراء ، وتعين قضاة المحاكم العليا Superior Courts الأخرى بقرار من التاج يصدر بناء على استشارة رئيس الوزراء والذي من المفترض أنه يتصل باللورد الحاجب أما بقية القضاة الآخرين فينفرد بتعيينهم اللورد الحاجب^(٥١).

واللورد الحاجب كما يقول « جارنر » وظيفة انفرد بها النظام الانجليزي فهو رئيس السلطة القضائية Head Of The Judiciary وهو يرأس مجلس اللوردات أحد مجالس السلطة التشريعية One Of The Houses Of Legislature وهو عضو بارز في السلطة التنفيذية Prominent Member Of The Executive ولكن ليس بالضرورة في مجلس الوزراء Member Of Cabinet وهو أخيرا يرأس مجلس اللوردات كمحكمة عادية^(٥٢) ولذلك نفضل أن نطلق عليه الوزير القاضي لأنه يجمع بين الصفتين السياسية والقضائية ولأن تعيينه يتم بقرار من التاج بناء على توصية أو استشارة رئيس الوزراء .

(٥٠) ويد وفيلبس — مرجع سابق — ص : ٢٣٢

O. Hood Phillips: Constitutional and Administrative law (1965) P. 366

(٥١)

Garner: Administrative Law (1978) P. 13

(٥٢)

ويتبين من هذا أن تعيين القضاة في المملكة المتحدة تنفرد به السلطة التنفيذية ، وإن كانت مقيدة في أن تختارهم من بين المحامين ، ولم نجد فيما نعلم أى سابقة يستشف منها وقوع أزمة في طريقة التعيين .

يقول « راد كليف » و « كروس » : (أن قضاءنا متميز عن نظام الموظفين المعوميين وهو وثيق الارتباط بالمهنة الخاصة بالمحاماة فالشاب ذو المراتب القانوني في إنجلترا لا خيار له بين مهنة المحاماة وبين القضاء . فمن خلال ممارسته للمهنة الحرة — إذا كان ناجحا فيها نجاحا كافيا — يمكنه في وسط العمر أو في سن متقدمة أن يلتحق بالقضاء — وهو عندما يحتل منصة القضاء فإنه لن يشعر أنه انتقل الى وظيفة عامة أو أنه انتقل الى عالم مختلف عما كان يعيشه في المهنة . فالقضاء في إنجلترا ليس في الحقيقة وظيفة عامة يضطلع بها موظفون من قبل الحكومة كما هو الشأن بالنسبة لأى مصلحة حكومية عادية وإنما هو أقرب الى أن يكون خدمة مؤسسة على مهنة خاصة .

« تخلع الدولة على أكثرهم بروزا فيها سلطة الجلوس في المحاكم ، فقبل أن يعين القاضي يكون قد أمضى جزءا هاما من حياته العملية في مهنة قائمة على التنافس الشديد يكون قد اكتسب فيها قدرا كبيرا من النجاح وترتب على ذلك أن القضاء ليس مصلحة منظمة على نحو ما تنظم في فرنسا ، فليس لدينا شخص واحد على رأس نظامنا القانوني يكون شبيها بوزير العدل ، وإنما توزع الرقاب عندنا على عدد من الأشخاص . فبعض المناصب القضائية العليا تشغل بناء على توصية من رئيس الوزراء وبدون شك فإن أقرب شخص لوزير العدل هو اللورد الحاجب الذي يوصى بتعيين قضاة المحكمة العليا ويشرف على نظام محاكم المقاطعات .. والذي تزايدت سلطته — منذ قوانين التنظيم القضائي في الاشراف على الجانب المدني والمحكمة العليا غير أنه لا تزال هناك مصالح ليس للورد الحاجب اشراف عليها » (٥٣) .

ثانيا طريقة تعيين القضاة في الولايات المتحدة الأمريكية

ان من أخطر المسائل **serious questions** التي أثيرت عند وضع الدستور الاتحادي^(٥٤) كانت طريقة تعيين القضاة **appointing judges** وذلك لصعوبة التوفيق بين شدة مبدأ الفصل بين السلطات **separation of powers** الذي هو أحد مميزات النظام الرئاسي . الا أن « مادنسون » يرى أنه لم توجد حالة واحدة تشير الى أن السلطات ظلت فيها منفصلة انفصالا مطلقا ومتميزا ، ويؤكد ذلك « جفرسن » في مذكراته عن « فرجينيا » أن المشرع تولى بنفسه الفصل في حالات كثيرة كان من المفروض أن تكون من اختصاص القضاة ، وأن لاي « روداهلند » و « كونتكت » قد رفضتا طويلا أن تعترفا بمبدأ تقسيم السلطات وأن في ولاية « كونتكت » لم يتردد المشرع في الاشراف العام على المحاكم وفرض محاكمة جديدة اذا لم يستصوب أى حكم صدر منها ...

وفي كثير من الولايات درج المشرع على تعيين القضاة مباشرة ، وعلى الرغم من الاحترام لمبدأ « مونتسكيو » فكان مشروع ولاية « فرجينيا » في الجمعية التأسيسية الاتحادية **Federal Convention** قد اقترح بأن يعين المشرع القضاة المحكمة العليا^(٥٥) وتقدم « باترسن » باقتراح أن يعين السلطة التنفيذية القضاة . وقد عارض « جيمس ويلسن » أن يعين المشرع القضاة وقال : « أن التجربة قد أوضحت عدم لياقة تلك التعيينات التي تقوم بها جهات متعددة لأنه يكون من نتائجها بالضرورة المكيدة والمهاياة والتستر »^(٥٦) وقيل كذلك أن وحدة السلطة في الجهاز التنفيذي هي السبب الأساسي في

(٥٤) أنظر كل ما جاء في مناقشة تعيين القضاة في Vol. 111, 62 Documentry history of constitution وما بعدها وأنظر كذلك

Charles Evans Hughes: The supreme court of United State, 1966 P.P. 11-13.

(٥٥) «In many states, legislature appointed the judges directly, and not with standing the devotion fo Montesquieu, it is not surprising that in the federal convention the Virginia plan should have proposed that national legislature should appoint the judges of the supreme court».

(٥٦) الوثيقة التاريخية للدستور — المرجع السابق — ص : ٦٤ ولشارلز ايفانز ص : ١٢

أن يتم تعيين الموظفين العموميين عن طريق شخص مسئول واحد ، وقد لاحظ الدكتور « فرانكلين » أن أسلوب الاختيار عن طريق السلطتين التشريعية والتنفيذية لم يجد قبولا ويرى أن تقترح أساليب أخرى^(٥٧) .

وكانت لحظة عظيمة أن اعترض « مادسون » على أن يتم التعيين بكامل هيئتي السلطة التشريعية by the whole legislature واقترح أن يتم التعيين عن طريق مجلس الشيوخ by the Senote لأنه أقل عدداً as a less nenerous واختار من الصفوف more selected body وثابت ومستقل بدرجة كافية sufflently stable and independent^(٥٨) وقد أجز هذا الاقتراح في اللجنة العامة ثم ضمن في لجنة التفاصيل وفي نفس الوقت اقترح الإشارة إلى ما كان يجري عليه العمل في ولاية ماساشوسيتس بأن القضاة يمينوا عن طريق السلطة التنفيذية بعد مشاورة وموافقة مجلس الشيوخ ومن ثم أجز هذا الاقتراح ونص عليه في دستور الولايات المتحدة الأمريكية في المادة الثالثة .

وتختلف أسس التعيين في المملكة المتحدة عنها في الولايات المتحدة الأمريكية من وجهتين — الوجهة الأولى — أن مهنة القانون تعني في إنجلترا ممارسة المهامة عمليا وبصفة مستمرة — في حين أنها في أمريكا تعني المهامة وتعني أساتذة الجامعات والمستشارين القانونيين ، بل وكل من كان يحمل شهادة قانون حتى ولو انقطعت صلته بأي عمل قانوني أو حتى ولو لم يعمل بمهنة القانون — وفي ذلك نجد سلطة التعيين في أمريكا أوسع من سلطة التعيين في إنجلترا — ومن الوجهة الأخرى — فإن سلطة التعيين في إنجلترا مقيدة بمدة معينة مستمرة يكون مارس فيها المرشح المهامة حسب المنصب القضائي المرشح لشغله — في حين أن شرط المدة هذا غير ضروري في النظام الأمريكي وفي ذلك أيضا تكون سلطة التعيين في الولايات المتحدة الأمريكية أوسع من سلطة التعيين في النظام الإنجليزي ومن عيوب الطريقة الأمريكية كما يقول : « لاسكي »^(٥٩) « أنها تأتي بقضاة ضعفاء وتنفق معه

(٥٧) المرجع السابق ص : ٦٤ و ٦٣

(٥٨) المراجع السابقة ص : ٦٣ و ٦٢

(٥٩) لاسكي المرجع السابق — ص :

في ذلك وقد وافقه شوارتز على ذلك وأن كان يرى في العمل أن القضاة الاتحاديين كانوا يختارون من أشخاص أكفاء ومؤهلين بالرغم من أن الاختيار يتم على أسس سياسية وفي الواقع أن ازدياد تعيين القضاة من بين القانونيين الذين لا تشابه أعمالهم كلية أعمال المهامى الانجليزي العامل في مهنة القانون بصفة مستمرة مثل أعضاء السلطة التنفيذية ، أو التشريعية أو أساتذة القانون الذين لم يمارسوا مهنة القانون لفترة طويلة أمر غير مرغوب فيه وهذا ما حدث في تكوين المحكمة العليا عام ١٩٥٤ حيث اختير ثمانية من أعضائها من تلك المجموعات ، فكان أربعة منهم من السلطة التنفيذية وعضوين من مجلس الشيوخ وعضو من كلية الحقوق ورئيس القضاة اختير من محافضى ولاية كاليفورنيا^(٦٠).

وإذا كان من أهم العيوب التي وجهت الى طريقة التعيين هو الخشية من أن يتم الاختيار بناء على اعتبارات سياسية فإن هذا العيب يصدق على النظام الاتحادي لأن الرئيس وأغلبية مجلس الشيوخ في الغالب ينتمون الى حزب واحد مما يحصلهم التعصب الحزبي على اختيار القضاة من أنصار حزبهم وهذا ما بدأ به كل من الرئيس جورج واشنطن وخلفه الرئيس « أدمر » حيث درجا على اختيار القضاة من أنصار حزبهم المتعصبين^(٦١).

وقد وجهت في السنوات الأخيرة انتقادات لطريقة التعيين باعتبارها تتضمن تسييس غير لائق للاختيار القضائي Unduly politicize judicial selection وقد كشفت عملية التعيين عن احتضاها للفرقة بسبب الجنس discrimination of reasons of race والاصل القومي national origin والعتيدة Creed والتعصب الحزبي partisanship والذكورة والأنوثة Sex وقد قلل هذا من الثقة والاحترام الواجبين للقضاة^(٦٢) وقد قدمت العديد من المقترحات للرؤساء المتعاقبين للإصلاح القضائي ولكن دون جدوى .

وازاء هذا عهد الرئيس السابق كارتر في حملته الانتخابية عام ١٩٧٦ بإجراء إصلاحات قضائية عامة يشمل طريقة التعيين وبالفعل ألحق الرئيس كارتر وعده بمجرد فوزه

(٦٠) أنظر شوارتز - المرجع السابق - ص : ١٣٢ والخامس

«In fact; a growing number of judicial appointments are being made from among lawyers whose work does not out all resemble that performed by the active English Barrister, such as members of the executive the legislature or of lawfaculties, who have not engaged in legal practice for many years thus in the 1954, supreme court, eight of its members were appointed from among the groups just mentioned».

Charles Grove Haines: the american doctrine of judicial supremacy 1973, P. 346

(٦١)

(٦٢) نظام الحكومة الأمريكية - المرجع السابق - ص : ٤٤٣ - ٤٤٤

ولتنصيبه رئيسا للجمهورية وأصدر ثلاثة قوانين ، قانون القضاء الموحد لسنة ١٩٧٨ Bankruptcy reform و قانون اصلاح التفليسة لسنة ١٩٧٨ act وقانون القضاء لسنة ١٩٧٩ magistrates act ومن أهم الاصلاحات التي وردت في تلك القوانين هو تكوين لجنة من مجلس الشيوخ ومساعدى الرئيس ونقابة المحامين تتحرى في صلاحية المرشحين وترفع للرئيس أو المحكمة الجزئية أسماء من ثلاثة الى خمسة مرشحين ليعينهم أو ليختار من بينهم من يعين في القضاء ولكن الرئيس أو موظفى التعيين غير ملزمين في تعيين أو اختيار من يعين من بين تلك الأسماء المرفوعة لهم ، ولكن فشلهم في ذلك يعرضهم للانتقاد والى مخاطر سياسية .

وأنه لمن السابق لأوانه تقييم هذه التجربة الجديدة مع أنها لم تضع نهاية للتجاوزات الحزبية partisan excesses أو مجاملات مجلس الشيوخ Senatorial Courtesy ولكنها قد حدثت منها في العمل ، ومع ذلك فإن عملية الاختيار قد وسعت من دائرة المشاركة ، واتخذت الاجراءات كذلك التقليل من أخطاء الماضى ومن أهمها أن الاقلية أصبحت تجد طريقها الى منصة القضاء^(١٣) .

وإذا كان من بين المقترحات التي نادى بها الفقهاء بعد اقرارهم لعملية تعيين القضاة — أن ينص على ضمانات موضوعية لاختياره القضاء — وأن توضع ضوابط محددة على سلطة التعيين في اجراءات عملية للاختيار فنجد أن هذه القوانين الأخيرة لم تضع الضمانات الفعالة لتفادى العيوب والأخطاء التي كشف عنها التطبيق في العمل لأن رأى تلك اللجنة التي استحدثها القانون غير ملزمة وهذه حقيقة لأن الدستور هو الذى يحول أمر التعيين للرئيس ومجلس الشيوخ فلا بد اذا ما أريد تفادى العيوب التي تنجم عن هذه الطريقة من ضرورة تعديل الدستور نفسه .

ثالثا تعيين القضاة في مصر

اتبعت مصر في اختيار القضاة طريقة التعيين ، فقد نصت الدساتير المتعاقبة وآخرها دستور ١٩٧١ بأن يحدد القانون إجراءات تعيين القضاة (مادة ١٦٧) وقد صدرت القوانين المختلفة في تنظيم السلطة القضائية بأن يتم التعيين عن طريق السلطة التنفيذية بعد أخذ رأى أو موافقة مجلس القضاء العالى وقد تمسك القضاء بحقوقهم في المشاركة في اختيارهم وقد وصل الأمر الى حد الأزمة بين محكمة النقض والسلطة التنفيذية عام ١٩٤٧ عندما انفردت الحكومة بتعيين وكيل محكمة النقض فاجتمعت الجمعية العمومية في أول فبراير ١٩٤٧ واتخذت القرار الآتى :

... و بما إنه قد وصل الى علم مستشارى محكمة النقض أنه بجملة أول فبراير سنة ١٩٤٧ قررت اللجنة المذكورة في صدد تعيين وكيل محكمة النقض أن تستقل السلطة التنفيذية وحدها بهذا التعيين على الرغم من معارضة مستشار النقض العضو بها وعلى الرغم من أن القانون القائم لا يحول السلطة التنفيذية للانفراد بالتعيين . وهذا الذى فعلته اللجنة في شأن أعلى هيئة قضائية في البلاد انما رجوع باستقلال القضاء الى الوراء . وبما أن الروح التى أملت ذلك لا تستقيم وما تدبى به الجمعية العمومية لمحكمة النقض من وجوب عدم المساس أبدا بالضمانات المكفولة بقانون استقلال القضاء ووجوب العمل على استقلال السلطة القضائية بجميع شعباتها والحد من تدخل السلطة التنفيذية فيها . ولما كان هذا النظر هو الذى كان ماثلا أمام محكمة النقض حين أجازت إشراك المستشار مصطفى مرعى بك الى التحدى عن عضوية لجنة تعديل لائحة ترتيب المحاكم .

وقد ظل القضاء يتمسك بضرورة إشراكه في كل ما يتعلق بشعبونه وأهمها اختيار القضاة ، وظلت القوانين المتلاحقة في تنظيم القضاء تخطو الى الأمام حتى صدور قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والذى عدل أخيرا بموجب القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ . وقد نصت المادة ٤٤ من هذا القانون على أن يكون شغل الوظائف القضائية سواء بالتعيين أو بالترقية بقرار من رئيس الجمهورية وهذا النص يتفق مع وضع رئيس الجمهورية كرئيس للدولة ويؤكد حقه الدستوري في تعيين كل شاغل المناصب الدستورية . ومع ذلك فإن هذا القانون قد وفق للمدى الحميد بين هذا الحق وبين استقلال السلطة

القضائية في اشراكها في كل ما يتعلق بشؤونها ، فقد نصت تلك المادة على أن يعين رئيس محكمة النقض من بين نواب الرئيس وبعد أخذ رأى مجلس القضاء الأعلى .

وأن يعين المستشار بمحكمة النقض بموافقة مجلس القضاء الأعلى من بين مرشحين ، ترشح أحدهما الجمعية العمومية لمحكمة النقض وترشح الآخر وزير العدل وإن كنا نفضل ألا يكون لوزير العدل دور في الترشيح لا لأنه عضو في السلطة التنفيذية ولكن لأن مثل هذه الثنائية قد تخلق نوعا من الحساسيات بين القضاء ووزير العدل ضررها أكثر من نفعها .

ونصت تلك المادة أيضا على أن يتم تعيين رؤساء محاكم الاستئناف ونوابها ومستشاريها والرؤساء بالمحاكم الابتدائية والقضاة بموافقة مجلس القضاء الأعلى . ويعتبر التعيين من تاريخ موافقة أو أخذ رأى مجلس القضاء الأعلى بحسب الأحوال وفي هذا النص الأخير ما يؤكد أن لأخذ رأى مجلس القضاء الأعلى وموافقته الاعتبار الأساسي .

وقد عدل قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بموجب القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ وأصبح رئيس مجلس الدولة يعين بقرار جمهوري من بين نواب الرئيس بعد أخذ رأى جمعية خاصة حسب نص المادة ٨٣ وأن يعين النواب والمستشارين بقرارات جمهورية بعد موافقة تلك الجمعية ، وقد أثار هذا التعديل جدلا بسبب مشروع التعديل الذي تقدمت به المعارضة على أن يعين رئيس مجلس الدولة بقرار جمهوري بعد موافقة الجمعية الخاصة ولكن ذلك التعديل قد رفض ، ونحن نتفق مع رأى أحد أعضاء المجلس^(٦٤) بأن اختيار الرئيس يتم من بين النواب وإن النواب عينوا بموافقة الجمعية فيكون أخذ رأى الجمعية بمثابة الموافقة السابقة أو الضمنية .

لعل التاريخ يسجل لذلك المجلس مجدا عظيما في اجازته لهذه التشريعات التي تعد من أهم ضمانات مبدأ استقلال السلطة القضائية .

(٦٤) مضبط الجلسة الحادية والأربعين ... الفصل التشريعي الثالث - دورة الانعقاد العادي الخامس لمجلس الشعب بتاريخ ١٩٨٤/٣/٢٨ ص : ١٤ .

طريقة تعيين رئيس وأعضاء المحكمة الدستورية العليا :

يشترط فيمن يعين عضوا في المحكمة الدستورية العليا بالإضافة الى الشروط العامة في تولية القضاء المنصوص عليها في المادة ٣٨ من قانون السلطة القضائية ألا يقل عمره عن خمسة وأربعين سنة وأن يكون من بين الأعضاء العاملين في الهيئات القضائية الحالية أو السابقة ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها خمسة سنوات متصلة على الأقل أو من الأساتذة الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية ممن أمضوا في وظيفة أستاذ ثمان سنوات متصلة على الأقل أو المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض والمحكمة الادارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل — وذلك حسب نص المادة ٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ .

ويعين من هذا أن المشرع قد جعل تشكيل المحكمة من عناصر قضائية محضة وكان لأستاذنا الدكتور رمزي الشاهر رأى في تعيين قضاة المحكمة العليا قبل صدور قانون المحكمة الدستورية العليا فكان يفضل أن تجمع المحكمة في تشكيلها من العناصر الفنية والعناصر السياسية^(٦٥) ولكن بعد تجربة المحكمة العليا عاد أستاذنا وقال : إذا كنا قد فضلنا في تلك الفترة أن تشكل المحكمة من عناصر قضائية وعناصر سياسية بحيث تكون الغلبة من بين العناصر القضائية فالتنازلي أمام التجربة التي مرت بها المحكمة العليا في مصر أن يقتصر التشكيل على العناصر القضائية والقانونية التي تتمتع بمكانة علمية كبيرة^(٦٦) .

أما تعيين رئيس المحكمة فقد نص قانونها على أن يستقل به رئيس الجمهورية حسب نص المادة الخامسة دون أخذ رأى أى جهة — نرى أن ذلك يعارض واتجاه المشرع المصري في أن يكون تعيين رؤساء الهيئات القضائية بعد أخذ رأى جميعها فلم العُدول عن ذلك المبدأ في قانون المحكمة الدستورية العليا ؟ ربما يعزى ذلك الى أن رئيس المحكمة وحسب نص المادة ٨٤ من الدستور قد يكون له دور سياسى حين يصبح رئيسا للجمهورية في حالة انحلو

(٦٥) النظرية العامة للقانون الدستوري — للدكتور رمزي الشاهر ١٩٧٠ ص ٢٩٠ — ٢٩١

(٦٦) النظرية العامة للقانون الدستوري — للدكتور رمزي الشاهر ١٩٨٠ ص : ٥٨٨

منصب الرئيس ، وترشيح رئيس مجلس الشعب نفسه لرئاسة الجمهورية ، ومن ثم يخضع اختياره بجانب مؤهلاته القانونية الى اعتبارات سياسية ولى هذه الحالة لا تطلب على افراد رئيس الجمهورية بتعيين رئيس المحكمة ، أما ان كان هذا الافتراض لم ينصرف اليه قصد المشرع فاننا نرى أن يتم اختياره بعد أخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية ولى ذلك يختلف مع أستاذنا الدكتور رمزي الشاعر الذى يرى أن يقوم أعضاء المحكمة الدستورية العليا — وهم الحائزون لثقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية باختيار رئيس المحكمة من بينهم ولأن هذه الطريقة تعطى استقلالاً أكبر للرئيس^(٦٧) ونرى أن فى ذلك تقييد لجمال اختيار الرجل المناسب لهذا المنصب الخطيرة فضلاً عن أن المحكمة تمارس تفسير النصوص القانونية التى تكون ملزمة لكل المحاكم بهدف توحيد الأحكام القضائية وعدم تضاربها فيكون من حق تلك الهيئات أن يكون لها رأى فى اختيار رئيسها .

رابعا طريقة تعيين القضاة فى السودان

نص دستور ١٩٦٤ فى مادته ٩٤ على أن يعين مجلس السيادة — وهو الذى يمثل رئاسة الدولة — رئيس القضاء وقاضى القضاة وأعضاء المحاكم العليا بعد التشاور مع الرئيس المختص أو الرئيس المتقاعد ، أما أعضاء المحاكم الأخرى فيعينهم الرئيس المختص .

والرئيس المختص هو رئيس القضاء ، أو قاضى القضاة حيث أن القضاء كان موزعا على قسمين القسم المدنى وعلى قمته رئيس القضاء ، والقسم الشرعى وعلى قمته قاضى القضاة ، ولكن ذلك التقسيم قد انتهى وأصبح القضاء موحداً وهو الوضع الأمثل .

أما فى ظل الدستور الحالى فان سلطة تعيين القضاة هى من اختصاص رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ١٨٨ من الدستور وإن كان الدستور يفوضه فى انشاء مجلس قضاء على حسب نص المادة ١٩١ تتولى معه تصريف وإدارة شؤون القضاء الا أن رأى

(٦٧) . مرجع سابق — ص : ٥٥٦

ذلك المجلس استشاريا ولا يعمد تقديم النصح له حسب نص المادة السابقة وقد استقر عليها أن ينفرد رئيس الجمهورية بمعظم تعيينات القضاة وخاصة في المستويات العليا . ونعتقد أن هذا يتعارض واستقلال السلطة القضائية ، ونرى في قانون مجلس القضاء العالي في مصر والذي عدل بموجب القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٨٤ النظام الأفضل والأمثل خاصة وأن التكامل التشريعي له أثر فعال في دفع التكامل بين مصر والسودان على جميع المستويات .

المبحث الثالث

خصائص الولاية القضائية

ان الحيادة والتخصص سمتان من سمات السلطة القضائية ، فانه لا جدوى من الاعتراف للقضاء كسلطة أو الاعتراف باستقلاله اذا لم يكن القضاء محايدا ومتخصصا فاذا كان القضاء منحازا ، أو اضطلع به غير المتخصصين فان الاعتراف به كسلطة مستقلة يعني في الواقع المطالبة بتحصين الطرفين والتحكم والاحتياز^(٦٨) .

وندرس هنا الموضوع في مطلبين :

المطلب الأول : حيادة القضاء

المطلب الثاني : تخصص القضاء

المطلب الأول

حيادة القضاء

الحياد يعني صلاحية القاضي لنظر النزاع المطروح عليه للفصل فيه والحياد مفترض في القضاء ، لأنه سمة من سمات استقلاله ، فاذا ما تعلق بالقاضي سبب يجعله غير صالح لنظر النزاع فان عليه أن يتنحى من تلقاء نفسه والإجاز للخصم الذي له مصلحة مبينة على أسباب جديدة في عدم نظر ذلك القاضي للنزاع ، أن يتخذ الاجراءات القانونية التي نظمها

(٦٨) استقلال السلطة القضائية - مرجع سابق - ص : ٦٠

القانون لرده . وقد نظمت القوانين أسباب تنحى القاضى ورده ومخاصمته ، فاذا كانت القوانين قد حرصت على تأكيد مبدأ حياد القضاء فى المنازعات الفردية ، فىكون الحرص عليه وتوكيده فى النظام القضائى ككل أمر وجوبى .

ومن المسائل التى تتناول وتؤثر على حياد القضاء اشتراكه فى السياسة وفى اقامة قضاء خاص أو قضاء عسكرى لمحاكمة المدنيين ونناقش هذا الموضوع فى فروع ثلاثة :

الفرع الأول : اشتراك القضاء فى السياسة

الفرع الثانى : القضاء الخاص

الفرع الثالث : القضاء العسكرى

الفرع الأول

اشتراك القضاء فى السياسة

ليس المقصود بعدم اشتراك القضاء فى السياسة حرمانهم من ابداء آرائهم فى المسائل القومية كمواطنين ، وإنما المقصود به هو الا يصبح القاضى ممثلاً لوجهة نظر النظام السياسى من فوق منصة القضاء . ونرى ضرورة التنقيب عن هذا الموضوع فى كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية ثم مصر والسودان .

أولاً : استقلال القضاء عن السياسة فى المملكة المتحدة :

لا تختلف الحكومات فى المملكة المتحدة عن غيرها من حكومات الدول الأخرى فى محاولتها دائماً لاحتواء السلطة القضائية ، ولذا فليس غريب أن يصدر اقتراح من أحد اللوردات عام ١٩٢٩ بوجوب أن يختار القضاة من أعضاء الحزب الحاكم^(٦٩) الا أن ذلك الاقتراح لم يكتب له النجاح لأن القضاء يحتل فى أعماق الشعب الانجليزى مكانة دستورية هامة .

(٦٩) «Laski: studies in law and politics, (1932) P. 168 حيث ورد ذلك الاقتراح «Judges should be chosen from among members of party in power»

ويرى الفقيهان « راد كليف » و « كروس » أن في الدول التي لا تأخذ بتعدد الأحزاب السياسية فإنه يتطلب عادة من جميع المواطنين أن يفكروا في الأمور الهامة على نمط واحد حيث تمتد سلطة الحكومة الى أعمال حياة الشعب ، لأن المواطنين سواء كانوا مدرسين أو قضاة أو من كبار رجال الدولة أو وزراء فانهم ينغمرون في نفس العمل فهم يحاولون — في مجالات العمل المختلفة — أن يضعوا موضع التنفيذ الفلسفة السياسية السائدة سواء كانت الشيوعية أو الفاشية أو غيرها ، والحديث في هذه الحالة عن انعزال القضاء عن السياسة أو عن استقلالهم عن السلطة التنفيذية يكون حديثا بدون معنى على الإطلاق^(٧٠).

ويعتقد أن الوضع يكون على خلاف ذلك تماما في ديمقراطية برلمانية ، وفي المملكة المتحدة فإن هؤلاء الذين يقومون بإدارة دفة الحكم وسيطرون على السلطة التنفيذية ، هم مجرد ممثلين مؤقتين لجزء من الناخبين وربما يكون هذا الجزء هو أقلية من هؤلاء الناخبين ، وليس هناك عقيدة سياسية تطالب جميع المواطنين بالولاء ، ولا يفهم القانون على أنه تعبير عن إرادة الحكم بقدر ما يفهم على أنه حماية وضمان لحرية المواطن ، وفي مثل هذه الحالة يكون هناك معنى كبير بأن يجب انعزال القضاء عن السياسة واستقلالوا عن السلطة التنفيذية .

ثانيا : القضاء والسياسة في الولايات المتحدة الأمريكية :

بدأت علاقة القضاء الاتحادي بالسياسة منذ بداية الحياة الدستورية في الولايات المتحدة ، وظهر منذ البداية اتجاهان في محيط السياسة ، اتجاه يرمى الى تقوية الحكومة الاتحادية وتقليص نفوذ الولايات ، واتجاه ثاني يدعو الى استقلال الولايات واعتبارها الاصل والحد من سلطات الحكومة الاتحادية الى الدرجة التي تمكنها من المحافظة على النظام الاتحادي فقط . وسمى انصار الاتجاه الأول بالاتحاديين وازعمهم الرئيس المؤسس لدولة الاتحاد جورج واشنطن وكان هذا الاتجاه هو اساس الحزب الاتحادي Federalist Party

(٧٠) أنظر شوارتز — مرجع سابق — ص : ١٣٢ ، ومقاله في جريدة الفايفر اللندنية في ١١ نوفمبر ١٩٢٩ ص : ٨

والاتجاه الآخر سمي انصاره بالجمهوريين أو « الجفرسيون » نسبة لرؤسائهم « جفرسن »
وكان هذا الاتجاه هو الحزب الجمهوري Republican Party وكانت تلك هي بداية
الحزب السياسية في الولايات المتحدة الأمريكية .

سيطر الاتحاديون تماما على الحكومة القومية في أول انتخابات عامة أجريت عام
١٨٠٠ ولكن لسوء حظهم لم تستمر تلك السيطرة طويلا حيث سيطر الجمهوريون على
الكونجرس والرئاسة^(٧١) . ولذلك اتجه الاتحاديون للسيطرة على القضاء لتحقيق أهدافهم
خاصة وأن الرئيس واشنطن كان يرى منذ البداية ضرورة اختيار القضاة على اعتبارات
سياسية لأنه كان يتنبأ بأن تلعب المحكمة العليا دورا هاما في السياسة وتدير شؤون
البلاد^(٧٢) ومن ثم سارع الرئيس « آدمز » في الأسابيع الأخيرة لإدارته وأصدر تشريعا يخلق
مواقع قضائية ملاءها بأعضاء من حزبه قبل نهاية مدة رئاسته^(٧٣) .

وعلى الرغم من أن القضاة أصبحوا كثير من الأحيان يتم اختيارهم على اعتبارات
سياسية ومن بين أنصار الحزب الحاكم أو المتعاطفين مع سياسته فإنه قل ما يصدر حكم
يعبر عن عقيدة القاضي السياسية ، ولا أدل على ذلك في أن القاضي جون مارشال والذي

(٧١) كار - المرجع السابق - ص : ٥٨

(٧٢) هينز - المرجع السابق - ص : ١٢١ حيث جاء فيه : «It was assumed from the beginning that the supreme courts would not merely function as a court of justice, but it was also expected to take prominent place in the politics and statemenship of the country».

Charles Grove Haines: The American Doctrine Of Judicial Supremacy, 1973, P. 364.

(٧٣)

ارتبط مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين باسمه والذي ظل قاضيا في المحكمة العليا أطول فترة في تاريخ الحياة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية^(٧٤) لم يتهمه أحد بأن أحكامه كانت تحمل آرائه وميوله السياسية بالرغم من أنه من الاتحاديين الذين احتارهم الرئيس أدمر لهذه المناصب القضائية ، وحتى حكمه في قضية ماربوري ضد ماديسون والتي كانت بداية الرقابة القضائية ، وبالرغم من النقد الذي وجه له فيها فلم يهتم بأن ذلك الحكم كان يحمل طابعا سياسيا .

وإذا كان القضاء حريصين على عدم تدخل ميولهم السياسي في السيطرة على قراراتهم وأحكامهم فكانت السلطة التشريعية أكثر حرصا على عدم تسييس القضاء بدليل أن الكونجرس في أشد صراع بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية كان يهدف بجانب السلطة القضائية وحدث هذا في وقت كانت السيطرة كاملة للجمهوريين مرتين وذلك عندما حاول الرئيس الأمريكي جفرسون إيهام القاضي الاتحادى « شيت »^(٧٥) فقد فشلت ادانته أمام مجلس الشيوخ وكان الجمهوريون يمثلون الأغلبية الساحقة التي تمكنهم من توقيع قرار الادانة . كذلك فشلت كل المحاولات والاقتراحات التي قدمت في عهد الرئيس روزفلت^(٧٦) لرقابة الرأي العام للقضاء والاستفتاء على قراره وأحكامه بحسبان أن كل هذه أمور سياسية تؤثر في استقلال السلطة القضائية .

ولما كان دستور الولايات المتحدة الأمريكية يخول للرئيس سلطة تعيين القضاء بعد .

(٧٤) عين مارشال عام ١٨٠١ وظل حتى عام ١٩٣٥ وهي أطول مدة حسب الإحصائيات عن قضاء المحكمة العليا عام ١٧٨٩ وحتى ١٩٨٢ التي وُِدِث في مقدمة الدستور الأمريكي لكل ويلسون لسنة ١٩٨٣ .

(٧٥) المرجع السابق - ص : ١٧٣ - ١٧٦

Charles Grove Haines: The American Doctrine Of Judicial Supreme: 1973, PP. 388-89.

(٧٦)

مشاورة وموافقة مجلس الشيوخ ، ولما كان الرئيس واغلبية أعضاء مجلس الشيوخ عادة ينتمون الى حزب واحد ، فانه من الصعوبة بمكان ان يعين الرئيس رجالا مهما بلغت مؤهلاتهم ومستوياتهم في مناصب قضائية عليا مادامت وجهات نظرهم في السياسة العامة تختلف تماما مع وجهة نظره^(٧٧).

ومن ثم لا يستطيع ان ينكر النظام الاتحادي ان الاعتبارات السياسية مازالت تلعب دورا أساسيا في اختيار أعضاء الهيئة القضائية ، واذا اتخذت المحكمة الاتحادية العليا كمثال فانه منذ بداية عام ١٩٥٢ وبعد عشرين عاما من حكومة الديمقراطيين — كانت المحكمة العليا تتكون من ثمانية قضاة من الديمقراطيين وقاضى جمهورى واحد ، وان خمسة قضاة من القضاة الثمانية التابعين لحزب السلطة كانوا من الاعضاء العاملين في الحكومة وقت تعيينهم في المحكمة .

وقد ختم البروفسر كار بحثه القيم عن شخصيات القضاة وعلاقتها بالرقابة القضائية بان من المبادئ التي وجدت قبولا عاما في المحكمة العليا هو ان يتعد قضاها عن مظهر أى نشاط سياسى وهذا يدل على ان النظام القضائى وان بدأ على اعتبارات سياسية الا انه انتهى الى عدم تسييس القضاء لأن هذا يتعارض واستقلال السلطة القضائية

ان الاتجاه لتعيين أولئك العاملين في الحكومة في مناصب قضائية عليا ، وان الاتجاه المماثل في تعيين قضاة المحاكم الاتحادية الدنيا كذلك كان تحولاً خطيرا وجد انتقادا عنيفا بين أوساط الفقهاء في الويات المتحدة ، لأنه كان يخشى من هؤلاء الرجال الذين أصبحوا جزءا لا يتجزأ من السلطة التنفيذية أن يتجاوزوا لوجهات نظرهم ، فلا يكون هناك مجال للحياد والمحاكم يكون هناك انحياز خطير للإدارة . ولذلك كانت المحكمة الاتحادية العليا التي كوّلت من الخمسة العاملين في الحكومة في بداية عام ١٩٥٣ أكثر مودة للإدارة من المحاكم السابقة التي

أختير معظم أعضائها من العاملين في نقابة المحامين كما هو عليه الحال في المملكة المتحدة^(٧٨).

وبعد صدور القوانين الأخيرة فأصبح يتطلب من القاضي بمجرد تعيينه في المنصب القضائي أن يمتنع عن أي نشاط سياسي أو العمل في أي منظمة سياسية . أو يحضر أي اجتماع لها أو يهدي أي رأي أو يوافق على أي فكرة تطرحها تلك المنظمة بل منعت تلك القوانين مجرد أن يشتري القاضي تذاكر الحفلات التي تقيمها الأحزاب السياسية وفي ذلك ما يقطع بأن يحرم على القاضي في الولايات المتحدة الأمريكية أن يشترك في السياسة بصورة مباشرة أو غير مباشرة . فان اراد ذلك فعليه قبل أن يقدم عليه أن يتقدم باستقالته^(٧٩).

اشتراك القضاة في مصر والسودان في الاتحاد الاشتراكي

لم تتر مشكلة اشتراك القضاة في السياسة في ظل الحياة النيابية وتعدد الأحزاب في مصر والسودان ، وإنما بذلت المحاولات لإقحام القضاة في السياسة بعد قيام ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ في مصر وبعد ٢٥ مايو ١٩٦٩ ، وذلك لأن النظامين أحداً بالاتحاد الاشتراكي كنظام سياسي وحيد بدلاً لتعدد الأحزاب ، وكان طبعهما أن يسمى هذا النظام إلى تركيز السلطات ودمجها باعتباره نوع أدنى من أنواع الشمولية .

في مصر . ذهب رأي إلى أن اشتغال القضاة بالسياسة وإن كان أمر غير مرغوب فيه ويهدر استقلال القضاء إلا أن هذا يصدق في حالة تعدد الأحزاب ، وعندما تعنى السياسة التناحر الحزبي ، أما الاتحاد الاشتراكي فهو تنظيم جماهيري يمثل تحالف قوى الشعب العاملة وأنه ليس حزبا لذلك فإن اشتراك القضاة في تنظيماته لا يتناقض مع استقلالهم^(٨٠).

(٧٨) أنظر شولتز ص : ١٣٣ وأنظر :

Frankfurter and Landis: The supreme court under the judiciary act 1925 (1928) 1, 18.

(٧٩) نظام الحكومة الأمريكية — مرجع سابق — ص : ١١١

(٨٠) آراء في الحرية والشرعية : للدكتور محمد جمال الدين العطيف — ١٩٨٠ ص : ١٨٧

وشايع ذلك الرأي رأى آخر فهو يرى أنه لا يوجد في الدستور ، أو في قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية أو قانون السلطة القضائية ما يمنع القاضي كشخص من ابداء رأيه السياسي وليس ثمة ما يحول دون اعتناقه العقيدة السياسية التي يراها ، ومضى ذلك الرأي فيقول : وإذا رجعنا الى قانون الاتحاد الاشتراكي العربي لما وجدناه في أهدافه ولا مبادئ عمله ، ولا كافة نصوصه ونوده ما يتعارض مع طبيعة القضاء واستقلاله

وأن هناك فارق ضخم بين انضمام القضاة الى أحزاب متعددة — في ظل نظام تعدد الأحزاب — ويكون انضمامهم حينئذ غير مرغوب فيه حتى لا يفرقوا شيئا بين هذه الأحزاب بما قد ينال من هبة القضاء وما يعرضهم لزلزلة السياسة ، ولكنه لا يوجد ما يوجب مثل هذه الخشية في نظام الحزب الواحد^(٨١) .

وذهب رأى معارض ذلك الاتجاه و يرى أن المشرع عندما وضع نصا في قانون السلطة القضائية^(٨٢) لمنع القضاة من الاشتغال بالسياسة لم يكن غافلا عن هذا التحالف الواسع لقوى الشعب العاملة ممثلا في الاتحاد الاشتراكي كمنظمة سياسية وأنه تعمد رغم ذلك وضع النص الذي يحظر على القاضي ابداء الآراء والميول السياسية ، فالسياسة لا تختلف في مفهومها أو في مداها سواء كانت تنطوي على التطاحن الحزبي في الماضي أو كانت تمثل تحالفا عميقا في الرأي وصداما في المصالح داخل الاتحاد الاشتراكي نفسه^(٨٣) .

(٨١) حرية الدفاع للمستشار طه أبو الخير ١٩٧٠ ص : ١٧٣

(٨٢) تنص المادة ٧٣ من دستور مصر الحالي ١٩٧١ على أن : « يحظر على المحاكم ابداء الآراء السياسية ويحظر كذلك على القضاة الاشتغال بالعمل السياسي إلا بعد استقلالهم » وهو نفس النص في قانون السلطة القضائية لسنة ١٩٦٥ .

(٨٣) السلطة القضائية — مرجع سابق — ص : ١١٠ — ١١١

ولعله من حسن الطالع ألا يجد رأيا مؤيدا لأى فقيه من فقهاء القانون العام فى مصر
لاشتراك القضاء فى الاتحاد الاشتراكى بل أن رجال القضاء وقفوا ضد ذلك الاتجاه وقفة قوية
وحازمة أجبرت السلطة على التراجع فى قرارها .

أما فى السودان : وبعد أن أخذ بنظام الاتحاد الاشتراكى كنظام سياسى وحيد لا
شريك له ، فقد أصبح رئيس القضاء بحكم منصبه عضوا فى اللجنة التنفيذية للاتحاد
الاشتراكى ، وأصبح نوابه أعضاء فى اللجنة المركزية العليا ، وأصبح أعضاء المحكمة العليا
أعضاء فى مؤتمره القومى ، وقد جاء فى تقرير ذلك فى كلمة لرئيس القضاء الأسبق : أن
استقلالية الهيئة القضائية لا يمكن أن يكون جهودا بالنسبة للصراع المشروع الذى تخوضه
الأمة ضد ميراث التخلف الاقتصادى والسياسى ، وإنما بتأكيد هذا الاستقلال وتدعيم عبر
المشاركة الفاعلة فى حسم هذا الصراع لصالح تقدم الوطن والمواطن وما يتطلبه من
مواكبة للتشريع بل ولما يتحدد من مشاكل التطبيق وحجمه ومداه^(٨٤) وقد استند رئيس
القضاء الأسبق على اشتراك القضاء فى الاتحاد الاشتراكى بما ورد فى الحلقة الدراسية المنعقدة
فى دار السلام والتى اشترك فيها قانونيون من مختلف بلدان العالم بما فهم المملكة المتحدة
والولايات المتحدة — حيث يرون أن للقضاة الحق فى الاشتراك فى التنظيم السياسى الواحد
بشرط أن يكون التنظيم مفتوحا وألا يكون حزبا مطلقا تسيطر عليه فئة من المثقفين أو تحية
محلية وأن يترك للقضاة حرية الاختيار للاشتراك فى التنظيم السياسى الواحد بشرط ألا يترتب
على عدم الاشتراك فيه ما يضر به أو يؤثر عليه تأثيرا مناولا^(٨٥) ويرى رئيس القضاء أن
دخول القضاء فى التنظيم السياسى يجعله فى مأمن من كيد المفرضين^(٨٦) .

(٨٤) مقالة لرئيس القضاء الأسبق خلف الله الرشيد بمجلة الصحافة عدد ٦ يونيو ١٩٧٧

(٨٥) بحث حول استقلال القضاء — للاستعداد عبد الله المشاوى الحامى — فى ندوة نقابة المحامين السودانيين عن

استقلال القضاء ص : ١٣

(٨٦) المرجع السابق — ص : ١٣

و لقد ظل قضاؤنا وحتى وقت قريب بعيدا تماما عن السياسة فكان ملاذا يلجأ اليه السياسيون في خصوماتهم فيرد كل متغول الى حكم القانون ، ولم يعرف عن قضائنا في الماضي أنه كان في يد السلطة السياسية أو التنفيذية وعلى الرغم من أن رئيس القضاء لم يعد الآن عضوا في المكتب السياسي الا أنه ظل وبحكم منصبه عضوا في اللجنة المركزية للاتحاد الاشتراكي السوداني وهذا لا يغير من الأمر شيئا وإن كان يقلل من وزن الهيئة القضائية حتى من ميزان السياسة^(٨٧) وقد وجه لرئيس القضاء نقدا عنيفا في تلك الندوة ، ذلك لأن رئيس القضاء هو الذي يقع عليه التمسك بحماية استقلال القضاء ، لأنه هو ضمان استقلاله^(٨٨) .

ان ابتعاد القضاء عن السياسة ، والاشتراك فيها — في اعتقادنا — يمثل سمة من أهم سمات استقلاله وهو الحيدة التي يطمئن لها المحاكم والمحكومون على السواء ، لأنها أهم عنصر من عناصر تحقيق العدل الذي هو أساس الحكم وأساس النظام السياسي .

المطالب الثاني

القضاء الخاص

يتمثل القضاء الخاص في تلك المحاكم التي تؤسس وتشكل على خلاف المحاكم العادية ، ويختلف التقاضي أمامها من حيث الضمانات الدستورية والقانونية للمتقاضين أمام المحاكم العادية من حيث الاجراءات والاثبات وحق الدفاع وطرق الطعن في الأحكام ، وأوضح مثال لتلك المحاكم ، محاكم الطوارئ ومحاكم أمن الدولة ولذلك نقسم هذا المطلب الى فرعين :

الفرع الأول : محاكم الطوارئ

الفرع الثاني : محاكم أمن الدولة

(٨٧) بحث عن استقلال السلطة القضائية — للاستاذ علي محمود حسين الهامى بتاريخ ٢٠/١٢/١٩٨٠ ص : ١١
(٨٨) لقد قبل : ان غير ضمانات القاضي هي تلك التي يستمدّها من قرارة نفسه وبغير حصن يلجأ اليه هو ضميمه فقبل أن تفعل عن ضمانات القاضي ففش عن الرجل تحت وسام الدولة فلن يصنع الوسام منه قاضيا ان لم يكن بين جنبه نفس القاضي ، وحرّة القاضي ، وكرامة القاضي وخطبة القاضي لسلطانه واستقلاله هذه الحصانة الذاتية هي العصمة النفسية ، هي أساس استقلال القضاء لا تخلفها النصوص ، ولا تقرها القوانين ، وإنما تقرر القوانين الضمانات التي تؤكد هذا الحق وتعزّزه ... وتسد كل ثغرة ينفذ منها السوء الى استقلال القضاء ، وهي ضمانات وضعية تلقى بمخالب الحصانة الذاتية ندا في وجه كل عنوان ، وضد كل انتهاك لحرمة استقلال القضاء .. بل أن شعت فهي السلاح بيد القوى الأمين يلود به عن استقلاله ويحمي حماه ، ويجب أن يكون هذا هو واجب رئيس القضاء وكل القضاة .
أنظر تشریحات السلطة القضائية — مرجع سابق — ص : ١٤٥

المرع الأول مهام الطوارئ

يتعلق الفقه والمرع والقضاء على أن حالة الطوارئ هي نشوء ظرف غير عادي لا يكون في وسع الحكومة مجابهة الا باجراءات استثنائية خاصة تتجاوز بها المبادئ الدستورية والقانونية المتعارف عليها في ظل الظروف العادية وخاصة تلك التي تتعلق بحقوق وحرمان المواطنين^(٨٩) ومن أمثلتها الحروب والكوارث والازمات ، وتطول السلطة التنفيذية سلطة التشريع وتشكيل المهام وتنظيم اجراءات القضاى أمامها ، الأمر الذي يخل بمبدأ الفصل بين السلطات وينتقص من ولاية القضاء ويقضى على حياده ومن ثم يمس استقلاله .

وتعرض لتلك المهام في كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة ومصر والسودان .

أولا : مهام الطوارئ في المملكة المتحدة :

تنص المادة الأولى من قانون سلطة الطوارئ لسنة ١٩٢٠ المعدل لسنة ١٩٦٤^(٩٠) في المملكة المتحدة على أن يعلن العاج حالة الطوارئ اذا ما نشأ ظرف من شأنه مهدد الأمن الغذائي ، كالباء ، الوقود ، الكهرباء ، أو وسائل الطاقة ، والتي من شأنها حرمان المجتمع أو جزء منه من مواد الحياة الضرورية ويجب عرض قرار اعلان حالة الطوارئ على البرلمان في الحال Forthwith أو في مدة لا تتجاوز خمسة أيام واذا ما وافق عليه البرلمان أصبح قانونا ولا يجوز للقضاء رقايته عملا بمبدأ سيادة البرلمان^(٩١).

(٨٩) أنظر في ذلك المراجع الآتية :

Wade and Phillips: Constitutional and Administrative law 9 th ed (1977) P. 506

Edward. S. Carwin: president power and constitution (1976) P. 70

مبادئ القانون الدستوري المصري والاتحادى للعهد الدكتور الطماوى - مرجع سابق - ص : ٢٩١ مبدأ
المشروعة - للدكتور طعيمة الجرف - مرجع سابق - ص : ٢٦ - مقالة للاستاذ محمد عبد السلام - عن
الحكم العرفى في مصر - مجلة مجلس الدولة السنة الرابعة - ص : ٦٩

The Emergency Power Act 1920 amended by act 1964

(٩٠)

(٩١) هود للبن - مرجع سابق - ص : ٥٠٥

لم ينص قانون الطوارئ على تشكيل محاكم خاصة خلال سريان حالة الطوارئ ،
ولما تتولى المحاكم العادية الفصل في المخالفات الناتجة عن تطبيق لائحة الطوارئ بطريقة محايدة
عاجلة وبدون محلفين Courts of summary jurisdiction ولا تتجاوز العقوبة السجن
ثلاثة أشهر أو الغرامة التي لا تزيد عن مائة جنيه ولا يجوز للائحة الطوارئ أن تعدل من
قانون الاجراءات الجنائية^(٩٢) ومن ثم لا تعتبر محاكم الطوارئ في المملكة المتحدة محاكم
خاصة ، وفي اعتقادنا أن النظام الانجليزي في هذه الناحية يعد من أفضل النظم القانونية في
المحافظة على استقلال القضاء .

ثانيا : محاكم الطوارئ في الولايات المتحدة الأمريكية :

ينص قانونا الدفاع المدني الاتحادى ، والأمن الداخلى لسنة ١٩٥٠^(٩٣) في الولايات
المتحدة على أن يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ في حالة تعرض الولايات المتحدة أو
ممتلكاتها للعدوان ، أو في حالة إعلان الكونجرس لحالة الحرب أو حصول اضطرابات
داخلية ويحول الرئيس سلطات استثنائية وكذلك للنائب العام سلطة اعتقال من يرى
ضرورة اعتقاله وتشكل محاكم خاصة نتعرض لها عند دراستنا لولاية القضاء العسكرية على
المدنيين في الولايات المتحدة .

ثالثا : محاكم الطوارئ في مصر :

نصت المادة الأولى من قانون حالة الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون
رقم ٦ لسنة ١٩٦٧ والقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ على أن يجوز لرئيس الجمهورية اعلان
حالة الطوارئ اذا تعرض الأمن أو النظام العام في مصر للخطر بسبب وقوع حرب أو قيام
حالة يهدد بوقوعها أو حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة أو وباء عام .

وتملك السلطة التنفيذية — طبقا لقانون الطوارئ اقامة قضاء خاص تسيطر عليه

(٩٢) — القانون الادارى — مرجع سابق — ص : ٧٠٢

(٩٣)

سواء في وضع قواعده الموضوعية أو الشكلية أو الرقابة على أحكامه .

ويطالب البعض^(٩٤) في أن تم محاكمة المواطنين وفي جميع الظروف أمام محاكم القضاء العام وبالإجراءات المقررة أمامها ولا تستثنى من ذلك سواء التي تقع عند إعلان حالة الطوارئ ويخضع لقانونها الذي يعين أن تكفل نصوصه ، في إجراءات التحقيق وتشكيل المحاكم ، وإجراءات المحاكمة — الضمانات الأساسية في القانون العام — ولا يجوز أن يستثنى من ذلك سوى الجرائم التي تقع في منطقة عمليات عسكرية فعلية ومتصلة اتصالاً مباشراً بهذه العمليات ... ويهيب إباحة الطعن في هذه الأحكام أمام هيئة قضائية خاصة يكون العنصر القضائي هو الغالب في تشكيلها لتكون وسيلة فعالة لحماية الأفراد من تسرع العسكريين^(٩٥) .

رأبها : محاكم الطوارئ في السودان :

تنص المادة ١١١ من الدستور على سلطة رئيس الجمهورية في إعلان حالة الطوارئ إذا اقتنع بأن هناك خطر يهدد استقلال الوطن ، أو وحدة وسلامة أراضيه ، أو كيانه الاقتصادي أو نظمته الجمهورية ومؤسساتها أو تنفيذ التزاماتها الدولية أو مكاسب الشعب ، ويجوز له أن يعلق بعض الحريات والحقوق الدستورية ما عدا الماس بالذبح إلى القضاء .

أعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ بموجب قراره رقم ٢٥٨ لسنة ١٩٨٤ بتاريخ ١٩٨٤/٤/٢٩ لأسباب كثيرة تعرض لها في مقدمة الإعلان وبناء على ذلك شكل العديد من محاكم الطوارئ من ثلاثة أعضاء برئاسة قاضي وعضوية ضابطين من قوات الشعب

(٩٤) القانون الدستوري — للدكتور كامل ليلة — ١٩٦٢ ص : ٤١٦

(٩٥) استقلال السلطة القضائية — مرجع سابق — ص : ٩٦

أنظر كذلك قوانين الطوارئ والأوامر العسكرية للاستاذ مصطفى كامل منيب الخامس — ١٩٧٣ — الجزء الأول ص : ٧

المسلحة أو من الشرطة أو الأمن أو السجون ومنحت تلك المحاكم سلطات واسعة^(٩٦) لهاكمة معظم جرائم القانون العام وأهمها الحدود الشرعية وهذا يعنى أن توقع تلك المحاكم عقوبات الرجم والاعدام والقطع من خلاف وقطع اليد والسجن المؤبد ، ومع خطورة تلك الجرائم والعقوبات فلم يسمح للمتهم بالاستعانة بمحامى ولا يجوز الطعن فى أحكام تلك المحاكم الا فى حالة الاعدام حيث يرفع الحكم للتأييد بواسطة رئيس الجمهورية .

وإذا كان قضاء أو محاكم الطوارئ يعتبر قضاء استثنائى يسلب جزء من ولاية القضاء العادى ، فإن هذه المحاكم قد سلبت كل اختصاص المحاكم الجنائية ، حسب نص الفقرة التاسعة ، بل أن تلك المحاكم منحت سلطة غريبة وهى أن تعاقب على أفعال لم يحدد القانون تجريمها ولم ينص عليها كجريمة معينة وهذا يخالف الاصول الدستورية والقانونية الثابتة فى أنه لا جريمة الا بقانون ولا عقوبة الا بنص وذلك عندما نص على معاقبة أى فعل ترى المحكمة أنه معوق لتطبيق الشريعة الاسلامية حسب نص المادة (٨) من اختصاص محاكم الطوارئ .

وعلى الرغم من أنه قد أدخل تعديل على قانون تلك المحاكم بجواز ظهور المتهمين أمامها ، وبجواز الطعن فى أحكامها الا أن ظهور المتهمين كان مقيدا فليس للمحامى حرية الدفاع التى كفلها له القانون وإن دائرة الطعون كومت من رؤساء تلك المحاكم وهذا يعنى أن يشترك فى نظر الطعن قاضى من الذين نظروا ذلك الحكم المطعون فيه وفى هذا عدم ضمان

(٩٦) نصت أوامر تشكيل المحاكم على اختصاص محاكم الطوارئ بنظر الجرائم الآتية :

- أ - جميع الجرائم التى تقع مخالفة للائحة الطوارئ لعام ١٩٨٤ .
 - ب - جرائم الفتنة المنصوص عليها فى قانون العقوبات والتى تمس بأمن الدولة .
 - ج - جرائم الحدود الشرعية وجرائم تهديد المال العام .
 - د - جميع الجرائم التى تقع مخالفة لقانون أمن الدولة .
 - ذ - جميع جرائم الغزو الحرام .
 - ط - جميع جرائم قانون الرقابة على السلع .
 - ظ - جميع جرائم التهريب المنصوص عليها فى قانون الجمارك متى كانت قيمة المهربات تزيد عن عشرة آلاف جنيه .
 - ع - أى فعل أو امتناع يسوء قصد بشكل تعويها لأحكام الشريعة الاسلامية أو نفاذها أو استهزارا بها اذا شكل الفعل أو الامتناع المذكور مخالفة أى قانون مدنى أو جنائى .
 - غ - أى جرائم أخرى بموجب أى قانون تصل الى علم المحكمة وترى من المناسب محاكمتها بواسطتها .
- وهذا النص الأخير جعل من محاكم الطوارئ صاحبة الولاية القضائية العامة .

لحياد ذلك القاضي بل وعدم حياد الدائرة كلها ، يرى البعض أن النظام الاسلامي يميز للقاضي نقض حكمه من تلقاء نفسه ليهجر له من باب أول أن يشترك معه من يعينه على ذلك لا خلاف في اعتقادنا على جواز القاضي في الاسلام لنقض حكمه اذا ما تبين له بعد الحكم أنه مخالف نصا قطعي الثبوت والدلالة أو ظهرت من الوقائع ما يبرر ذلك ، ولكن ليس له أن ينقض حكمه المبني على الاجتهاد في تلك الواقعة وان كان له أن يصدر في واقعة أخرى ما يناقض ذلك الحكم لأسباب تبرر ذلك .

وما نأخذ على تلك المحاكم أن تطبق جرائم الحدود وهذا يتطلب قاضي مجتهد — صحيح أن رؤساء تلك المحاكم من قضاة المحاكم العليا ومن أساتذة الجامعات ، إلا أنه لم ينص على الأغلبية اللازمة لإصدار القرار ، ولذلك فإن القاعدة العامة تقضي بأن يصدر الحكم بالأغلبية ومن المحتمل أن يتفق العضوان على الحكم وفي هذه الحالة يكون الحكم في نظر الشريعة الاسلامية باطلا يصدره ممن لا تتوافر فيه ولاية القضاء .

وَمَعَ تقديرنا للدوافع النبيلة التي حدثت بالسلطة لتشكيل تلك المحاكم ومع اعترافنا بالنجاح الذي حققته في بعض المجالات إلا أننا نرى وللأسباب المتقدمة ضرورة مراجعة بعض الأحكام اذا ما ثبت أنها كانت مخالفة لأحكام الشرع . وذلك بتشكيل محكمة من قضاة المحكمة العليا لا يقل عددهم عن خمسة للنظر في الطعن في تلك الأحكام بناء على طلب مسبب يرفع لرئيس الجمهورية الذي يحيله لتلك المحكمة للاذن لها بالنظر فيه .

أما في حالة الطوارئ فتشكل محكمة أمن الدولة بقرار جمهوري من ثلاثة من الضباط القادة ويهجر لرئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه أن يحيل الى محاكم أمن الدولة الجرائم التي يعاقب عليها القانون العام .

ولا يهجر الطعن بأي أوجه من الوجوه في الأحكام الصادرة من تلك المحاكم ولا تكون هذه الأحكام نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية . ويهجر لرئيس الجمهورية حفظ الدعوى قبل تقديمها للمحاكمة ، كما يهجر له الأمر بالافراج المؤقت عن المتهمين المقبوض عليهم قبل إحالة الدعوى الى محكمة أمن الدولة . ويهجر عند عرض الحكم عليه أن

يخفف العقوبة المحكوم بها أو أن يبدل بها عقوبة أقل أو أن يلغى كل العقوبات أو بعضها أما كان نوعها أصلية أو تكميلية أو تبعية وأن يوقف تنفيذ العقوبات كلها أو بعضها كما يجوز له إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى أو مع الأمر بإعادة المحاكمة أمام دائرة أخرى ، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب أن يكون القرار مسببا .

ويجوز لرئيس الجمهورية بعد التصديق على الحكم بالادانة أن يلغى الحكم مع حفظ الدعوى ، أو أن يخفف العقوبة أو أن يوقف تنفيذها . وذلك إذا لم تكن الجريمة الصادر فيها الحكم جنائية قتل أو اشتراك فيها^(٩٧) .

ويتبين من هذا أن السلطة التنفيذية تبسط ولايتها انبساطا كاملا على محاكم أمن الدولة سواء من حيث تشكيلها أو اجراءات المحاكمة أمامها أو في تحديد مصير الأحكام الصادرة عنها ، وهذا التدخل يهدد السلطة القضائية من حيث ولايتها ومن حيث استقلالها .

ثانيا : محاكم أمن الدولة في السودان :

تنص المادة ٣١ من قانون أمن الدولة لسنة ١٩٧٣ على أن تشكل محاكم أمن الدولة بقرار من رئيس الجمهورية من عدد لا يقل عن ثلاثة ولا يزيد عن خمسة ولم يقيد القانون رئيس الجمهورية فيمن يختارهم لرئاسة وعضوية تلك المحاكم فإن شاء اختارهم من القضاة ، وإن شاء اختارهم من العسكريين وإن شاء اختارهم من الفريقين .

وتختص محاكم أمن الدولة بنظر الجرائم الآتية :

- ١ — الجرائم المنصوص عليها في قانون أمن الدولة والجرائم المماثلة لها في قانون العقوبات مثل جرائم الفتنة وحمل السلاح من أجل محاربة الحكومة .
- ٢ — الجرائم المتعلقة بالموظفين العموميين مثل الرشوة وخيانة الأمانة وتبديد المال العام .
- ٣ — الجرائم التي توجه فيها اتهامات جنائية لأي موظف عان أو أي عضو من أعضاء مجلس الحكم الشعبي المثل أو أعضاء مجالس إدارات الجمعيات التعاونية أو أعضاء

(٩٧) انظر المواد من ١١ الى ١٦ من قانون الطوارئ السابق دراسته والمادة ١٠ من قانون انشاء محاكم أمن الدولة التي تحيل الى أحكام ذلك القانون .

ويحدد رئيس الجمهورية في أمر التشكيل الاجراءات القانونية التي تتبعها المحكمة والجهة التي تؤيد الحكم أو التي يستأنف لديها . وما اذا كان يسمح للمتهم بحق الدفاع بواسطة محامى أو يظهر عنه كصديق أو تعين السلطة الأمرة بالتشكيل من يدافع عنه من القوات النظامية .

ول اعتقادنا أن وجود محاكم أمن الدولة ليس له ما يبرره لأن السلطة القضائية تستطيع أن تتولى الفصل في جميع المنازعات والقضايا في الظروف العادية وغير العادية ، ولأن محاكم أمن الدولة تتضمن انتقاصا لولاية القضاء وضمانات حقوق المتهم في أن يحاكم أمام قاضيه الطبيعي ، وتتسم تلك المحاكم بعدم الحيده والتخصص لأنها تخضع في تشكيلها واجراءاتها وتأيد أحكامها للسلطة التنفيذية وفي ذلك اخلال لمبدأ الفصل بين السلطات كل هذه العوامل تؤدي الى اجهاض استقلال السلطة القضائية .

المطلب الثاني القضاء العسكري

عرفت النظم الدستورية في معظم دول العالم أن تباشر ولاية القضاء فيها هيئة واحدة ، هي السلطة القضائية حيث تبسط ولايتها على كافة المواطنين من مدنيين وعسكريين على أن تباشر المحاكم العسكرية — وبصفة استثنائية — ولاية القضاء على أفراد القوات المسلحة في الجرائم التي يرتكبها أفرادها أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها بشرط ألا يكون أحد المساهمين في تلك الجرائم مواطناً مدني .

ولكن الانقلابات العسكرية التي استولت على السلطة المدنية والسياسية خاصة في دول العالم الثالث أدت الى قيام حكومات عسكرية أو مدنية المظهر عسكرية المستوى والمضمون تسعى لفرض وجودها وحمايتها عن طريق قوانين استثنائية تطبقه محاكم عسكرية تمتد ولايتها على المدنيين حتى في الظروف العادية وفي جرائم القانون العام الأمر الذي ينتقده الفقه ويستكره القضاء .

وعليه نقسم هذا المطلب الى أربعة فروع لنبحث ذلك النظام في كل من المملكة المتحدة ، والولايات المتحدة الأمريكية ثم في مصر والسودان .

- الفرع الأول : المحاكم العسكرية في المملكة المتحدة
- الفرع الثاني : المحاكم العسكرية في الولايات المتحدة الأمريكية
- الفرع الثالث : المحاكم العسكرية في مصر
- الفرع الرابع : المحاكم العسكرية في السودان

الفرع الأول المحاكم العسكرية في المملكة المتحدة

عرفت المملكة المتحدة القانون العسكري وسريانه على المدنيين في القرن السابع عشر في عهد جيمس الأول وشارلز الأول عندما فرضا القانون العسكري من أجل معاقبة المدنيين على الجرائم التي يرتكبوها^(٩٨) .

عارض الشعب الانجليزي تلك المحاولة حتى أجبر ملوكه على وقفها والاعتذار والالتزام بعدم تكرارها ، وكان ذلك سببا في الاعلان التاريخي لحقوق الانسان الذي تضمن شروطا لا يمكن التنازل عنها أو التصالح عليها Un-comprmissing terms

يعرف هود فلبس القانون العسكري Martial law في معناه الضيق strict sense بأنه يعنى تعليق القانون العادى ، واحلال السلطة التنفيذية ، سلطة الدولة التقديرية وممارستها لها من خلال السلطة العسكرية^(٩٩) وكان دابيس يرى من قبل أن القانون العسكري بهذا المعنى غير معروف في المملكة المتحدة^(١٠٠) ويعنى دابيس بذلك أن تعطيل

(٩٨) Authorised martial law for purpose of speedily punishing all types of crimes committed by civilians.

(٩٩) هود فلبس — مرجع سابق — ص : ٥٠١

(١٠٠) Dicey: The law of constitution, P. 293 R. V. Eyre (1868)

القانون العام لكى يمل محله القانون العسكرى ليطبق على المدنيين أمر لا يعترف به الدستور الانجليزى .

ويفرق بعض الفقهاء بين تطبيق القانون العسكرى فى زمن السلم أو فى زمن الحرب ، ويرون أن وثيقة حقوق الانسان سنة ١٦٢٨ تحرم سريانه وقت السلم ، وإن كانت تعترف بتطبيقه الى حد ما فى وقت الحرب ويعترفون بسريانه وإمكانية فرضه فى خارج المملكة أو فى داخلها فى حالات التمرد والعصيان insurrection أو الحرب الأهلية أو تعرض المملكة للغزو ، وفى اعتقادنا أن هذا تطبيقا محصنا للمبدأ الذى يحول السلطة التنفيذية سلطات ضرورية as are necessary لحفظ النظام العام for preservation of public order

وقد ذهب رأى آخر الى شرعية سريان القانون العسكرى فى المملكة سواء فى داخلها أو خارجها ولا يجوز للمحاكم العادية رقابة تطبيقه وقد اعتمد هذا رأى ما ورد فى مقدمة القوانين الايرلندية بأن ممارسة المملكة الواحية والمفيدة لتطبيق القانون العسكرى بعد من امتيازاتها ، واستدلوا على ذلك بعبارة هالسى على أن واضع وثيقة حقوق الانسان كانوا يعلمون جيدا بما هو المقصود من عدم الشرعية وعدم الدستورية فى سريان القانون العسكرى ، ويرى بلاكبيرن أنه من الخطأ الفاحش الافتراض بأن وثيقة حقوق الانسان لم تحرم القانون العسكرى فى وقت الحرب^(١٠١) .

ولكن قد تنور الصعوبة فى تحديد قيام حالة الحرب أو عدم قيامها ، ومن رأى كوك Coke ودول Role وهول Hole أن وقت السلم هو الوقت الذى تكون فيه المحاكم المدنية مستمرة وإن حالة الحرب هى الوقت الذى تكون فيه تلك المحاكم مغلقة^(١٠٢) .

ولكن مجلس الملك فى قراره فى قضية مايرز^(١٠٣) يرى أن هذا المعيار غير قاطع Not

(١٠١) وانظر كذلك Holdsworth: History of English law, Vol X PP. 705-713

(١٠٢) هود فليس - مرجع سابق - ص : ٥٠٣

(١٠٣) انظر Exp.D.F. Marias فى المرجع السابق

Conclusive ولذا يقول هولدرورث لاستبعاد شرعية القانون العسكري يجب أن تكون المحاكم منعقدة بمحض اختيارها وليس كمرخص لها بمحض إرادة السلطات العسكرية^(١٠٤).

أما القضاء الانجليزي فقد استقر في أحكامه على أن الظروف التي تبرر فرض القانون العسكري تتمثل في قيام الحرب خارجية كانت أو داخلية ، ووضع معيارا منضبطا لقيام الحرب يتمثل في عجز الحكومة المدنية عن مباشرة اختصاصاتها ، وعجز المحاكم العادية عن مباشرة واجباتها^(١٠٥) ومع ذلك لم يعتبر القضاء المحاكم العسكرية التي يشكلها القائد العسكري عند اعلان هذا النظام محاكم قانونية ، بل اعتبرها لجان عسكرية ... وان ما تصدره من أحكام لا تعد أحكاما قضائية وأنها لا تخوز حجية حتى تجاه القائد العسكري لانه يملك تعديلها والغائها وحفظها ولذلك فهي لا تعتبر أكثر من قرارات صادرة عن القائد العسكري نفسه^(١٠٦).

وخلاصة القول أن النظام الانجليزي لا يميز أن تمتد ولاية المحاكم العسكرية على المدنيين في الظروف العادية وغير العادية ، وأنه في حالة الحرب يكون فرض ذلك القانون رهين بعدم مقدرة المحاكم المدنية على مباشرة أعمالها وفي هذا ضمانه لكي لا تتعسف السلطة التنفيذية في استعمال سلطتها الاستثنائية وتكثر من اللجوء لفرض القانون العسكري ، ولذلك يعد النظام الانجليزي في اعتقادنا من أفضل النظم القانونية الذي يتمشى مع حياد القضاء واستقلاله .

(١٠٤) هولدر زورث — المرجع السابق حيث يقول «The courts must be sitting in their own right and not merely as licensees of the military authorities»

Kier and Lawson: cases in constitutional law, 5th ed, (1972) 238 (١٠٥)

أنظر القضايا الواردة فيه في تلك الصفحة وما بعدها

Clifford and O'Sullivan: (1921) 2, A.C. 570 (١٠٦)

الفرع الثاني

السلطة العسكرية في الولايات المتحدة الأمريكية

تقدم مع بداية استقلال المستعمرات الأمريكية بعض الزعماء الأمريكيين باعتراض للحكومة البريطانية بأن الملك يحاول أن يضع السلطة العسكرية في وضع يعلو على السلطة المدنية ، وقد رأى المسؤولون أنه من الأفضل أن يقتصر دور القوات المسلحة على حفظ الأمن والنظام لأنهم لم يفضوا النظر عن الفلسفة التي تضمنتها وثيقة حقوق الإنسان وإعلان الاستقلال فانه يجب عدم استخدام السلطة العسكرية في وجود الحكومة المدنية وبخاصة المحاكم^(١٠٧).

وفي عام ١٧٨٧ وهي السنة التي أجهز فيها دستور الولايات المتحدة ، استخدم حاكم مستعمرة ماساشوسيتس قوات الميليشيا في أحمداء تمرد ، وقد اتخذ موقفا قانونيا جديرا بالاعتبار عندما أصدر أوامره في قائمة بأهداف الحملة العسكرية ، للقائد القوات وكان من أهمها أن تلك القوات مرشلة لحماية المحاكم القضائية To protect the judicial courts ولتساعد القضاة المدنيين في تنفيذ القانون ولتساعدهم في القبض على المخلين بالأمن ، وإن يعتبر القائد نفسه على الدوام تحت إشراف السلطة المدنية ، وإن مهمته هي تنفيذ الأوامر

وقد اتخذ الرئيس جورج واشنطن اجراءات مماثلة في أحمداء تمرد بنسلفانيا سنة ١٧٩٤ حيث حذر قائد القوات بأنه لا يجب أن يؤثر على القاضي في أداء وظيفته ، وأن القوات العسكرية تستخدم للمساعدة وليس لاحتلالها محل السلطة المدنية^(١٠٨) ولذلك جاءت آراء القضاة في كثير من القضايا مردده هذه الأصول القانونية .

(١٠٧) فريولند وآخرون - مرجع سابق - ص : ١٠٦٥

(١٠٨) «The judge can not be controlled in his function... the troops were generally again employed to aid and not to supplant the civilian authorities».

وقد جاء في قضية دو ضد جونسون أنه «... يجب أن تخضع السلطة العسكرية دائماً لقوانين الدولة التي تنتمي إليها فالمبدأ المقرر في كل شعب حر هو أن القانون وحده هو الذي يسود...» وأن على السلطة العسكرية أن تخضع له دائماً^(١٠٩)

وورد في قضية ميليجان أن «دستور الولايات المتحدة هو قانون يسري على المحاكم والشعب في جميع الأزمنة وتحت كل الظروف في الحرب والسلام ويغطي بدرع حماية جميع طوائف الناس في جميع الأزمنة وتحت كل الظروف»^(١١٠).

وقد انتهت المحكمة في قرارها في محاكمة «دانكان» بعد استعراض هذه الملاحظات التاريخية، والأصول الدستورية، والسوابق القضائية إلى أن المبادئ العامة التي ولدت وتطورت من خلال المؤسسات الدستورية والسياسية تناهض أن يعطى النظام العسكري على تلك المؤسسات التشريعية، والتنفيذية، والقضائية، ولهذا السبب قررت عدم اختصاص المحكمة العسكرية بمحاكمة دانكان^(١١١).

وتبين من هذه السوابق أن النظام الدستوري والقانوني قد استقر في الولايات المتحدة الأمريكية على عدم امتداد القانون العسكري أو المحاكم العسكرية على المدنيين، وأن المحاكم العادية هي المختصة والقانون العادي هو الذي يجب أن يسود ففي ذلك ضمانات لحياة القضاء واستقلاله.

(١٠٩) Dow V. Johnson, 100, U.S. 158, 169 «The established principle of every free people is that the law shall alone govern, and to it the military must always submit».

(١١٠) EX Part Milligan 4 Wall. 2, 18 ED (1866) «The constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and peace and covers with the shield of its protection, all classes of men at all times and under all circumstances».

(١١١) «People of many ages and countries have feared and unflinchingly opposed the kind of subordination of executive legislative and judicial authorities to complete military rule».

انظر المرجع السابق ص: ١٠٦٥

الفرع الثالث

ولاية القضاء العسكري على المدنيين في مصر

ينص القانون العسكري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ١ لسنة ١٩٨٣ على امتداد ولاية المحاكم العسكرية على المدنيين الملحقين بخدمات القوات المسلحة ، ويحدد هذا القانون نقداً حينها من الفقهاء والمطالب المعارضة الآن في مصر بإلغاء تلك الأحكام لأنه إذا كانت إقامة محاكم خاصة في ظل قانون الطوارئ وأمن الدولة بعد أمراً غير مقبول لأنه ينطوي على إقامة جهات قضائية لا تجمع بمبدأ القضاء ، فإن خضوع المدنيين لولاية القضاء العسكري المحض هو الآخر بعد أمراً مرفوضاً لأنه لا ينطوي على مجرد قيام جهات قضائية غير محايدة وإنما ينطوي كذلك على اعتداء على مبدأ أساسي هو الفصل بين السلطتين المدنية والعسكرية^(١١٢) .

وذهب رأي^(١١٣) إلى أن المعنى التقليدي لاستقلال القضاء كان يقضى بالنظر إلى القضاء كسلطة مستقلة ، وإن ينظر إلى هذا الاستقلال من زاوية ضيقة لا تتفق مع حقيقة الدور الذي يقوم به القضاء كملاذ للناس في مصر عن احساسهم الطبيعي بالعدل ، إن معنى استقلال القضاء أهم من ذلك وأصحق لأنه يعني ألا يحاكم الشخص إلا أمام قاضية طبيعي ، ولا يجب أن يطلب من المحاكم اختصاصها الأصلي .

لذلك فإن أهم اعتراض يوجه إلى قانون الأحكام العسكرية أنه سلب القضاء العادي اختصاصه الطبيعي في عديد من الجرائم الهامة ، فهو لم يقتصر على محاكمة الجرائم العسكرية المحضة التي تقع من أفراد القوات المسلحة بل مد ولايته إلى محاكمة المدنيين غير العسكريين في عديد من الجرائم ولى كل الجرائم إذا وقعت بين العسكريين وبذلك اعتدى على القانون الجنائي باعتباره القانون العام في كثير من مجالاته .

ويعلق ذلك أهمية أن المادة ٤٨ من ذلك القانون يعطى المحاكم العسكرية الفصل في

(١١٢) استقلال السلطة القضائية — مرجع سابق — ص ١ :

(١١٣) آراء في الحرية والفرصة — مرجع سابق ص ١ :

تنازع الاختصاص فيما اذا كانت الجريمة تخضع لمحاكمتها بواسطة المحاكم العادية أو المحاكم العسكرية ولا معقب على قرارها وفي ذلك افتتات عظيم على سلطة المحاكم العادية .

ونعتقد ان المشرع الذى استطاع ان يعدل قانون السلطة القضائية وقانون مجلس الدولة في فترة متقاربة من أجل استقلال السلطة القضائية لن يتوالى في الغاء بعض الاحكام الواردة في ذلك القانون العسكري لتأكيد ولاية القضاء وسلطته واستقلاله خاصة وان مصر اقترحت كثيرا من الأنظمة الديمقراطية العريقة .

الفرع الرابع ولاية المحاكم العسكرية على المدنيين في السودان

لا تنص الدساتير عادة على وضع القوات المسلحة في الدستور وذلك لسببين — الأول — ان القوات المسلحة تعتبر جزء من السلطة التنفيذية بدليل ان الدساتير الرئاسية قد نصت على ان رئيس الجمهورية هو القائد الاعلى للقوات المسلحة وذلك مثل دستور الولايات المتحدة (مادة ٢٠٢) والدستور المصري (المادة ١٥٠) والدستور السودانى (مادة ٩٩) والسبب الثانى — هو المحافظة على قوميتها وعدم تسييسها لتتفرغ لاحداث الوسائل العصرية لحماية كيان الدول الخارجى ولتتفرغ قوات الامن لحماية الداخل — ومع ذلك نجد بعض الدول التى لعبت القوات المسلحة دورا اساسيا في نظامها السياسى قد نصت على وضع القوات المسلحة في الدستور عرفانا بذلك الدور الوطنى وذلك مثل الدستور المصرى في المواد (١٨٠ — ١٨٣) والدستور السودانى في المواد (٩٩ — ٢٠٠) . ولكن الدستور المصرى والسودانى ذهبا الى أبعد من ذلك حيث نصا على ان المحاكم العسكرية تعتبر سلطة قضائية لا تقتصر ولايتها على افراد القوات المسلحة وإنما امتدت ولايتها لتشمل المدنيين المعلقين بخدمة القوات المسلحة ، وانفردت المحاكم العسكرية في السودان بان امتدت ولايتها على المواطنين العاديين حتى في الظروف العادية .

وكانت المحاكم السودانية قد قضت بعدم ولاية المحاكم العسكرية على المدنيين وذلك في قضية نصر عبد الرحمن محمد ضد حكومة السودان م ع/ق د/١٩٧٤ ولكن صدر بعد هذا الحكم تعديل لقانون القوات المسلحة عام ١٩٧٥ يتضمن محاكمة المدنيين امام المحاكم

العسكرية بعد التشاور مع رئيس القضاء وقد حوكم العديد من المدنيين أمام المحاكم العسكرية^(١١٤). ولقضت الدائرة الدستورية في المحكمة العليا برفض الدفع الذي تقدم به أحد المتهمين بعدم دستورية محاكمته أمام محكمة عسكرية وقررت أن مثوله أمام محكمة عسكرية لا يتقصر من الضمانات القانونية التي تكفل للمتهم أمام جهات القضاء العادي .

وقد صدر قانون القوات المسلحة لسنة ١٩٨٣ ونص مادته ٤ (ي) على أن تجوز محاكمة أي مواطن أمام المحاكم العسكرية في الجرائم المنصوص عليها في الفصول التاسع والعاشر والحادي عشر من قانون العقوبات إذا قرر القائد العام ذلك بموافقة النائب العام — وهي الجرائم التي تمس بأمن الدولة . ومهما كانت الدوافع والمبررات والحرص على سلامة الدولة فتري ضرورة حذف هذا النص ولعل من الدساتير العربية ما نصت صراحة على عدم محاكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية إلا في ظل الأحكام العرفية وذلك مثل المادة ١٦٤ من دستور الكويت والمادة ١٠٢ من دستور البحرين^(١١٥) .

المطلب الثالث

تخصص القضاء

تواترت النظم القانونية على أن القضاء فرع متخصص من فروع أنشطة الدولة لا يليه غير المتخصصين ... ويرتبط بهذا التخصص معنى أساسي هو أن العمل والتحصيل والمعاناة والمكابد والتدريب الشاق خلال عديد من السنوات هو وحده القادر على أن يصوغ شخص القاضي وعقله — فليس العلم وحده هو الذي يصنع القاضي من الناحية الفنية وإنما هو المران الشاق الطويل في بيئة فنية خاصة^(١١٦) .

فالقاضي يجب أن يكون ملماً بالقانون النظري والذي هو علم لا يمكن اكتساب معرفته إلا بدراسات خاصة ، ويجب أن تتوفر لديه الخبرة التي لا يزوده بها سوى التطبيق ،

(١١٤) قضية الصعالي الطنب باهكر ضد حكومة السودان ١٩٨٢

(١١٥) السلطات الثلاث — مرجع سابق — ص : ٣٠٨

(١١٦) السلطة القضائية — مرجع سابق — ص : ١١٥ و ١١٦

حقيقة أن الثقافة العامة والانتباه المستمر لوقائع السياسة الجارية والمشاركة في إدارة الأمور ذات الصلة المحلية صفات يمكن أن تكفي لتهيئة أصحابها للوظائف التشريعية ، وبالتالي لوظائف السلطة التنفيذية ، غير أن هذه الصفات لا يمكن أبدا أن تكفي لكي تجعل شخصا قادرا على الاضطلاع بوظائف القاضي والتي هي بطبيعتها مهنة خاصة^(١١٧).

وإذا كان اشتراك غير المتخصصين أو ما يسمى بمساهمة أو اشراك الشعب في تحقيق العدالة قد وجد مكانه في الدول الغربية والدول الشرقية الاشتراكية على السواء ، فإن الاختلاف في ذلك بين النظامين كبير ، فقد نشأ نظام المهلفين في الدول الغربية خاصة في المملكة المتحدة والولايات المتحدة على اعتبارات تاريخية لتحقيق العدالة في حين أنه يقوم في دول الكتلة الاشتراكية على اعتبارات سياسية وهي تركيز السلطة وجعلها بيد الشعب وندرس هذا الموضوع في أربعة فروع :

- الفرع الأول : نظام المهلفين في المملكة المتحدة
- الفرع الثاني : نظام المهلفين في الولايات المتحدة الأمريكية
- الفرع الثالث : المساهمة الشعبية في القضاء في مصر
- الفرع الرابع : المحاكم الشعبية في السودان

الفرع الأول نظام المهلفين في المملكة المتحدة

المهلفون هم طائفة من المواطنين الذين ليس لهم أي صفة عامة ، وإنما يدعون للجلوس في مجلس القضاء مع القضاة لسماع الدعوى وإصدار قرارهم في وقائعها وتركيب للقاضي تطبيق حكم القانون على الوقائع التي ثبتت لهم وقد أطلق عليهم هذا الأسم لأنهم يستحلون قبل مباشرة مهمتهم .

دخل نظام المهلفين « Jury » إلى الجزر البريطانية مع الفتح النورمندي والعقل منها

بعد ذلك وساد في دول أوروبا ، والنقل من المهلرا الى البلاد الواقعة تحت نفوذها كاسكوتلندا والبرتغال ثم النقل الى المستعمرات الأمريكية ، فالولايات المتحدة الأمريكية .

وترجع نشأة المهلفين الى أن ملوك المهلرا مثل الحكم قبل عدة قرون يتفردون بالسلطة وسيطرون بطبيعة الحال في اختيار أرواحهم ممن يملكون فهم الميل كل الميل لتلبية رغباتهم وتحقيق نزواتهم ، فكانوا من الطبيعي أن يسيطروا على القضاة ويمارسون كل أنواع الضغط والاهراء ليكولوا تحت امرهم فاحرفوا بسلطانهم واحلوا بالمواطنين ظلما دفعهم للثورة عليهم وطالبوا بأن يشترك أفراد من الشعب مع قضاة الملك في محاكمهم ضمانا لحمايتهم من تعسفهم .

ويبدو — مما تقدم أن نظم المهلفين — اعتبر منذ بادىء الأمر بمثابة أساس وموتل للحريات العامة — بل أن صفة السياسية ظلت متميزة من صفة القضاية — فقد كانت النظرة اليه منذ العهد الأول — كضمانة سياسية — ليس باعتباره نظاما واليا من الأعطال التي يمكن أن يتعرض لها أي عدالة ابسالية ، وإنما من الانحراف بالسلطة والضغط والتأثير الذي يمكن أن يمارسه الملك والسلطة التنفيذية في المجتمع ويضعوا له القضاة الدائمين المعينين بواسطة العاج . لذلك يقول اللورد دنج أن نظام المهلفين وجد باستمرار لا باعتباره ضمانا ضد القوانين المجحفة Harsh laws وإنما وجد كضمانة ضد التحيز السياسي Political prejudice وضد الشكلية القانونية legal formalism^(١١٨) .

وشروط في المهلفين توفر الجنسية ، وسن معينة والامام بالقراءة والكتابة وحسن السمعة .

كان المهلفون يختارون حسب قانون المهلفين الصادر عام ١٩٢٢ والمعدل بالقانون الصادر عام ١٩٤٩ وقانون المهلفين لسنة ١٩٥٤ باعداد قوائم لمن تتوفر فيهم شروط المهلف وذلك تحت اشراف السلطة التنفيذية ، ولكن بعد صدور قانون المحاكم لسنة ١٩٧١ أصبح تنظيم عملية الاختيار تتم تحت اشراف الوزير القاضي وذلك أمام محكمة العاج أو المحكمة

وإن اعتقادنا أن مهمة المحلفين وإن قامت في بادئ الأمر على اعتبارات تلميحية وسياسية فإن هذه المهمة قد أصبحت وظيفة قضائية محضة وإن ذلك يختلف بنظام المحلفين في المملكة المتحدة وإن الدول التي تأثرت به عموماً عن نظام القضاء الشعبي السائد في الدول الاشتراكية والذي يعتبر بطبيعته نظام سياسي يقوم على تركيز كل السلطات في الدولة بيد الشعب .

الفرع الثاني نظام المحلفين في الولايات المتحدة الأمريكية

استقر نظام المحلفين في إنجلترا لوقت طويل قبل تشييد مستعمراتها في أمريكا ، فقد نقل الإنجليز نظام القانون العام ونظام المحلفين لتلك المستعمرات . ولم يكن هذا الانتقال أمراً مستغرباً ، بل كان من الطبيعي — وقد استقر النظام ورسخت أقدامه وحظى بتأييد الشعب في إنجلترا — أن ينتقل من هؤلاء الذين تشبهوا به إلى حيث يحلون . فقد نادى به أول مؤتمر للمستعمرات في إعلان الحقوق الذي صدر بالاجماع في أكتوبر ١٧٧٤ ، والذي ورد فيه : أن هذه المستعمرات يجب أن تتمتع بالقانون العام الإنجليزي ، وبصفة خاصة الميزة العظمى — التي تفوق أي تقدير — في أن تكون المحاكمة بواسطة أقران المتهم من المناطق المجاورة ، تبعاً لما يجري عليه العمل بهذا القانون^(١٢٠) .

وقد أقرت دساتير الولايات نظام المحلفين ، وأقرت التشريعات الدستورية الأخرى على إشارة صريحة أو ضمنية — لحق المتهم في المحاكمة بمحلفين — ولكن دستور الولايات المتحدة لسنة ١٧٨٧ لم يتضمن سوى مادة واحدة تتعلق بالمحلفين حيث نصت المادة ٣/٢ (٣) على أن : المحاكمة في جميع الجرائم — فيما عدا أحوال الخيانة — تكون بواسطة المحلفين — وتعمد هذه المحاكمة في الولايات التي تقع فيها تلك الجرائم .. ، ولكن عندما

Courts Act (1971)

(١١٩)

«The trial of all except in cases of impeachment shall be by jury.....» (١٢٠) نص المادة ٢/٣ (٣) على أن

jury.....».

ترتكب محارج اى ولاية ، فان المحاكمة سوف تكون فى المكان أو الأمكنة التى يحددها
الكونجرس بمقتضى القانون

ولكن التعديلات اللاحقة على الدستور تضمنت تفصيلا أكثر من نظام المصلين
وأهميته ، فقد نص التعديل الخامس على حق كل شخص فى : ألا يقدم للاستجواب فى
جريمة كبرى أو أى جريمة مسبقة للسمعة .. الا بقرار من هيئة المصلية الكبرى .. ، ونص
التعديل السادس على أنه : فى جميع الادعاءات الجنائية يجمع المتهم بالحق فى محاكمة
سريعة علنية بواسطة مصلين غير متحيزين من الولاية أو الجهة التى ارتكبت فيها الجريمة .

وبين من هذا أن اشراك المصلين فى المحاكمات الجنائية وخاصة الجرائم الكبرى يعد
أحدى الضمانات الدستورية لتحقيق العدالة وليس له أى هدف سياسى ، وإن دور المصلين
ينحصر فى تكييف الوقائع تحت اشراف قاضى متخصص والذي يقوم بتطبيق القانون على
تلك الوقائع .

المساهمة الشعبية

فى القضاء فى مصر

دعى الى مساهمة الشعب فى القضاء أحد رجال القانون وقد رفضت تلك الفكرة فى
مهددها رفضا قاطعا من رجال القانون^(١٢١) وكان كل ذلك قد تبلور أمام المشرع الدستورى
عند وضع الدستور ، بل جندت المعارضة وتأكدت فى اللجنة الدستورية نفسها مع ذلك
لقد نص عليها فى الدستور^(١٢٢) .

وبعد وضع الدستور وبناء على التوجيه الذى ورد فى كلمة السيد رئيس الجمهورية

(١٢١) انظر الدكتور محمد عصفور — استقلال القضاء — المرجع السابق

(١٢٢) نصت المادة ١٧٠ من دستور ١٩٧١ : يسهم الشعب فى إقامة العدالة على الوجه الذى يحدده المبدأ فى
القانون .

ببحث كيفية مساهمة الشعب في القضاء ، كونهت لجنة برئاسة صاحب الفكرة رئيس اللجنة التشريعية في مجلس الشعب ، وأرسلت الوفود القانونية والقضائية لتقف على تجربة الفكرة في الدول الغربية والشرقية التي أخذت بها .

وبعد أن قامت اللجنة المكلفة بدراسة الموضوع ، وبعد أن أخذت آراء جميع العاملين في مهنة القانون فقهاء وأسائلة ، قضاة ومحامين ، رفضت الفكرة في مساهمة الشعب في القضاء^(١٢٤) كما رفضتها جميع الآراء التي استطلعتها اللجنة^(١٢٥) .

وقبل أن نلقى الضوء على نص المادة ١٧٠ من الدستور وهدف صاحب الفكرة من المساهمة الشعبية ، يجب أن نحدد نقطة الخلاف في الموضوع ، وهي هل كان الهدف من هذه الفكرة هو البت السريع في الدعاوى والقضايا لتحقيق العدالة الناجزة كما وكيفها ؟ أم كان الهدف من اشراك الشعب في القضاء هو تحقيق نقل السلطة الى الجماهير ؟ ومعنى آخر هل كان الباحث الدافع للفكرة باحث قانوني ؟ أو باحث سياسي ؟ .

(١٢٣) كلمة السيد رئيس الجمهورية ٢٨ مارس ١٩٧٢ جاء فيها : التي أطالب أن تحل المشكلة بواسطة المؤسسات كلها .. مجلس الوزراء ومجلس الشعب .. ومجلس القضاء العالي وأن لا يبدأ القضاء المقبل الا وقد يحيا نظام القضاء الشعبي ونظام المحلفين
وقال الرئيس : يجب أن نترك هذه المشكلة ليقوم بدراستها أهل المهنة بأنفسهم ولا نفرض عليهم شيئا ولكن نيسر لهم البحث وإرسال البعثات الى الخارج والهدف كله هو أن يخلص الشعب من هذه المشكلة ويكون هدفنا الأول أن نبني نظاما قضائيا جديدا يثبت أهل المهنة أنفسهم ليحصل كل مواطن في هذا الشعب على العدالة بأسرع ما يمكن .

(١٢٤) أجمعت كلمة اللجنة باستثناء أحد أعضائها على عدم الأخذ بالفكرة وحللت اللجنة رفضها بقولها : ونظرا لجسامة القضايا التي تنظرها المحاكم الابتدائية وما يليها من محاكم الاستئناف ومحكمة النقض وما يثار فيها من مسائل قانونية إجرائية وموضوعية دقيقة - مما يعذر معه على غير المتخصص في الدراسة القانونية والممارسة لتطبيقها للاحاطة بها والأدلاء بقول صحيح فيها وفي وقت دعا فيه قانون السلطة القضائية الى تخصيص القضاء في نطاق عملهم الأصلي وهو الفصل في المنازعات مراعاة منه لهايتها وتعدد القوانين وتشابكها ، وفي الوقت الذي يتجه فيه العالم كله الى مزيد من الفصل في بحث الأمور وعدم استناد أى عمل الا لمن يهيئه ، نظرا لذلك كله أجمعت اللجنة على رفض الأخذ بنظام المشاركة آتية الذكر في القضايا التي تنظرها المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض وما يقابلها من المحاكم الادارية بمجلس الدولة .

(١٢٥) أنظر المحدثين الثالث والرابع مجلة المحاماة السنة ٥٣ مارس وأبريل ١٩٧٣ عن القضاء الشعبي والذي تضمن الآراء التي استطلعتها اللجنة والتي انفلتت جميعها عن رفض الفكرة من أساسها .

ولقد كان رئيس الجمهورية قد أشار في كلمته الى المهملين والمساهمة الشعبية ، الا أن هدفه من الكلمة كان وجود طريق لتحقيق العدالة والتجارة ولم يقصد المساهمة الشعبية الا كوسيلة لهذا الهدف ، وإذا وجدت وسائل أخرى فلا معنى للتسك بطلب المساهمة ، أى أن هدفه وباعته على ذلك كان باحث غائول — وهذا ما فهمه كل من أدلى برأيه حول الفكرة حيث تعرضوا لحلولا بديلة للسرعة في نظير القضايا .

أما صاحب الفكرة فقد لمى منحها سياسيا منذ البداية فقد جاء في كلمته في اللجنة « أن الديمقراطية الحقة لا تعنى مجرد تقرير حق الشعب في رقابة ممثلة ، ولذلك فإنه من المعروف أن الديمقراطية المباشرة التي ترمى الى أن يحكم الشعب نفسه بنفسه هي أسهى صور الديمقراطية . كذلك لا يكفى لتحقيق ديمقراطية القضاء أن يكون للشعب الحق في مراقبة قضائه أو حتى اختيارهم — بل أن الديمقراطية السليخة تقتضى اشراكا ايجابيا من الشعب في أعمال القضاء » (١٢٦) . ودلل صاحب الفكرة على هذه النظرة الشمولية بما ورد في الميثاق بدمج القوى الحركية المثل واشراك العمال في ادارة وحدات الانتاج ، ومضى رئيس اللجنة الى أبعد من ذلك حيث أوضح أن الهدف من الفكرة هو الرقابة الشعبية على أعمال القضاء (١٢٧) .

ان التحليل الدقيق لدهوى شعبية القضاء كما يرى البعض انها تستهدف اغراضا سياسية بعيدة المدى ، فهي اذا توهم من مركز القاضي المتخصص — بما تدعيه من قدرة غير المتخصصين على المشاركة في عمله — تمهد في الأمد الطويل الى ما يسمى بنقل سلطة القضاء كلها الى عامة الشعب اسوة بسائر السلطات الأخرى — وهكذا يتبين أن دعوة شعبية القضاء ليس مطلبها قانونيا برفها ، وإنما هي دعوة ذات طابع سياسي محض وانما تستهدف اغراضا سياسية لا شبهة فيها ... يؤكد ذلك ارتباطها بالدعوة الى ما يسمى بالقضات التقدمي ، المنعزم عن طريق ادماج القضاء في النشاط السياسي ، وانحياز القضاء للمنظمة السياسية القائمة (١٢٨) .

(١٢٦) كلمة رئيس اللجنة الدكتور العطيلى — المرجع السابق — ص : ١١٧

(١٢٧) المرجع السابق ص : ١١٧

(١٢٨) الدكتور محمد منصور — المرجع السابق — ص : ١١٧

ونرى أن النظام السياسى ، والمشرع الدستورى قبيل وضع الدستور وقد تبلورت الفكرة أمامهم ووجدت معارضة ورفضاً من رجال القانون ، وما كان عليهم إلا أن يفضوا الطرف عن تضمينها فى الدستور ، ولكن على عكس المتوقع قاموا بتقنينها فى المادة ١٧٠ من الدستور وفى الفصل الرابع الذى يتحدث عن السلطة القضائية ، فجاء وضعها فى ذلك الموضع من الدستور مضطرباً . ويوضح الى أى مدى التردد الذى وقع فيه النظام السياسى فى تلك الفترة الحرجة التى تمثل منعطفاً خطيراً وجديداً فى تاريخ مصر السياسى ، حيث كان الاتحاد الاشتراكى وهو بطبيعته نظام شمولى يحتضر ، وكان النظام الديمقراطى قد بدأت تطل بوادر ميلاده فكان طبيعياً أن يحدث مثل هذا التراجع ، لأنه ما كان لأحد على وجه اليقين أن يتنبأ بما ستسفر عنه الأيام القادمة عن مستقبل الوضع السياسى ، فجاء نص تلك المادة ليطوع ويكون صالحاً لكل نظام .

ويؤكد هذا المعنى مناقشة لجنة الدستور التى تمت فى شأن المادة ١٧٠ — وقد كان أصلها أن يشترك الشعب فى إقامة العبدالة عن طريق المهلفين والمدعى الاشتراكى وذلك على الوجه المبين فى القانون^(١٢٩) .

وقد وجدت تلك المادة معارضة منطقية ، حتى طالب البعض بأن يوضع نص مضاد يمنع اشتراك الشعب فى القضاء بقول الأستاذ الدكتور كامل ليلة الواقعة أنه عندما نغفل النص على هذا النظام فى الدستور ، يجب أن نضع نصاً بديلاً يقضى بعدم الأخذ بهذا النص ، كضمانة من ضمانات استقلال القضاء ، اننى أتساءل ونحن نتكلم عن اشتراك الشعب فى القضاء ، لماذا لا نتكلم عن اشتراك الشعب فى السلطة التنفيذية ، ولماذا نشرك الشعب فى القضاء ، يخل الى أن هذه وسيلة لوصول الاتحاد الاشتراكى للاشتراك فى القضاء وطبيعياً ان اختيار المهلفين سيم عن طريق الاتحاد الاشتراكى .

ويتبين من هذا العرض أن رجال القانون فى مصر كانوا حريصين كل الحرص ، وعلى علم تام بما تخفيه تلك الفكرة فى جنبها قبل وضع الدستور ، وعند وضع الدستور ، وبعد

سريانه وتطبيقه فكانوا مترددين بها حتى واتهم الفرصة ، لرفضوها رفضا اجماعيا قاطعا ، لأن تلك الفكرة غريبة دخيلة على السلطة القضائية التي ظلت صرخا شامخا للعدالة على مر الأجيال ، وعلى الرغم من اختلاف النظم السياسية التي مرت بها البلاد .

المحاكم الشعبية في السودان

ألف المجتمع السوداني والذي كان يعيش في نظم قبلية - نظام فض المنازعات عن طريق زعماء العشائر والقبائل ووجهاء وحكماء القوم ومجالس الصلح . ولذا أقر المستعمر هذا النظام وعمل على تحسينه وتطويره بتنظيم الادارة الأهلية ومنحها سلطات ادارية وقضائية ، وقد نجحت تلك الادارة الأهلية والتي تمثل قضاءا شعبيا في ممارسة اختصاصاتها لأنها كانت تتسجم مع طبيعة البيئة السودانية ومساحة السودان الشاسعة ومع بساطة الحياة الاجتماعية والاقتصادية وعدم تعقد المشاكل القانونية ، فكانت العدالة ناجزة وفي متناول المواطنين دون عناء في النقل أو رسوم قضائية أو اجراءات معقدة .

وقد ظل المواطنون الشعبيون يعمدون في المحاكم الأهلية ومجالس القضاة ويمدحون سلطات قضائية ، وكانوا يشتركون مع القضاة المتخصصين في نظر جميع الجرائم عن طريق المحاكم الكبرى والصغرى والتي ألغيت الآن ، وكانت تكون برئاسة قاضى وعضوين شعبيين ولم يكن اختصاصهم قاصرا على الوقائع كما هو حال المهلفين في الدول الغربية وإنما كانوا يفتصلون في مسائل الوقائع والقانون وكان الحكم يصدر بالأهلية وقد يتفق العضوان الشعبيان ضد رأى القاضى المتخصص في أخطار الجرائم ولكن قل أن يحدث ذلك وإن حدث فإن لرئيس المحكمة أن يكتب مسببات اعتراضه على صدور الحكم لجهات المحاكم العليا والتي قد تعيد القضية للفصل فيها من جديد وتشكيل جديد من عضوين آخرين .

وقد نص قانون الهيئة القضائية لعام ١٩٨٣ والذي ألغى وحل محله قانون الهيئة القضائية لعام ١٩٨٤ على تشكيل مجالس قضاء برئاسة قاضى متخصص وعضوية قاضيين شعبيين ويختص مجلس القضاء بنظر الدعاوى المدنية والجنائية حسب نصوص قانون الاجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣ وقانون الاجراءات الجنائية لسنة ١٩٨٣ ويحصل في الدعاوى والقضايا باجراءات انجازية :

وهي أعضاء المجالس القضائية من بين العاملين بالهيئة القضائية الذين مارسوا أعمالاً قضائية أو شبه قضائية أو إدارية أو من بين الأشخاص ذوي السمعة الحسنة والأخلاق الحميدة الموصى عليهم من رئيس الجهاز القضائي .

وكانت مجالس القضاة قبل صدور قانون الهيئة القضائية لسنة ٨٣ و ٨٤ تكون من ثلاثة شعبتين وتمنح سلطات قاضي من الدرجة الأولى أو الثانية إيجازاً . وهو نظام ناجح وناجز وهو أفضل من النظام الحالي الذي يلقى العبء كله على رئيس المجلس ، ونرى ضرورة العودة إلى النظام القديم على أن يمنح سلطات نظر القضايا التي يحيلها إليه قاضي المدعية والتي لا تتضمن عادة مسائل قانونية معقدة على أن يتفرغ القضاة المتخصصون للقضايا الهامة .



الهيئة القضائية
التي هي من اختصاص
القضاء

الفصل الثاني ولاية القضاء الموضوعية

ان ولاية القضاء كانت منذ بدء الخليقة هي الفصل في المنازعات التي تلور بين أفراد الجماعات البشرية في المجتمعات البدائية بحسبان أن تلك المنازعات ظاهرة اجتماعية لوجود ذاتية المجتمع وأما كان وضعه ووصفه ، وكان القضاء بالعالى وظيفته أساسية وضرورية لحسم تلك المنازعات وفقا للقوانين غير المكتوبة المعتملة في الأعراف والعادات المرعية والمستقرة في ضمير تلك الجماعات دون أن يمل عليها أو تقوم بتنفيذها سلطة عليها ، فكان القضاء جهة اختيارية يلجأ اليها الأفراد وفق مشيقتهم ولكنه كان جهة متميزة بطبيعتها .

وتطورت الجماعات وتحولت الى مجتمعات منظمة تخضع لسلطة عليا حاكمة وفق تصور نظرية العقد الاجتماعي لتوفر لها الأمن والأمان وتمنعها بالحقوق الطبيعية بالقدر الذى يحفظ لها كيانها وبذلك تقوم السلطة الحاكمة بسن القوانين وتنفيذها وتطبيقها فركزت السلطات الثلاث بيد الحاكم .

ومع تطور نظرية العقد الاجتماعي وتطور الجماعات المتخلفة الى مجتمعات سياسية منظمة تختار سلطتها الحاكمة وفق ارادتها الحرة وتقيد تلك السلطة بمراعاة حقوقها الطبيعية والأساسية وكفالة حرياتها وتقوم برقابتها وردّها الى جادة الطريق اذا ما عن لها التفل على تلك الحقوق والمساس بتلك الحريات ومن ثم ظهرت فكرة الدساتير المكتوبة التي تضمنت مبادئ قانونية وسياسية مثل مبدأ الشرعية وسيادة القانون ومبدأ الفصل بين السلطات

اللدان يعتبران أساس الوظيفة القضائية وأساس استقلالها .

لذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول : أسس الوظيفة القضائية

المبحث الثاني : الرقابة القضائية على أعمال المشرع

المبحث الأول

أسس الوظيفة القضائية

ان الأسس التي تقوم عليها الوظيفة القضائية في الرقابة على أعمال السلطات العامة له ما يبرره من الناحية القانونية ومن الناحية السياسية — فمن الناحية القانونية تعد رقابة القضاء على أعمال تلك السلطات ضماناً لعدم انحرافها أو إساءتها للاختصاصات الدستورية والقانونية الممنولة لها ، وضماناً لحقوق الأفراد ويتمثل هذا كله في مبدأ الشرعية وسيادة القانون .

أما من الناحية السياسية ، فان توزيع الاختصاصات على سلطات منفصلة ومستقلة وعدم تركيزها بيد سلطة واحدة يعد من أهم الأسس التي تمارس بها الوظيفة القضائية أعمال السلطات الأخرى اذا ما حادت عن مبدأ الشرعية وسيادة القانون .

ولذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين

المطلب الأول : مبدأ الشرعية وسيادة القانون

المطلب الثاني : مبدأ الفصل بين السلطات

المطلب الأول

مبدأ الشرعية وسيادة القانون

نتعرض لدراسة مبدأ الشرعية وسيادة القانون في كل من المملكة المتحدة ، والولايات المتحدة الأمريكية ، ومصر والسودان فنقسم هذا المطلب الى أربعة فروع :

الفرع الأول : مبدأ سيادة القانون في المملكة المتحدة
الفرع الثاني : مبدأ سيادة القانون في الولايات المتحدة
الفرع الثالث : مبدأ الشرعية وسيادة القانون في مصر
الفرع الرابع : مبدأ الشرعية وسيادة القانون في السودان

الفرع الأول مبدأ سيادة القانون في المملكة المتحدة

يعد الفقيه داييس هو أول من تصدى لشرح مفهوم مبدأ سيادة القانون The Rule Of Law في المملكة المتحدة ويخلص هذا المبدأ إلى قواعد ثلاث :

القاعدة الأولى : ألا يعرض الإنسان للعقاب ، أو يؤدي في بدنه أو يضر ممتلكاته إلا باخلاله بقاعدة قانونية محددة استقرت أمام المحاكم وبطريقة مشروعة .

القاعدة الثانية : أن يخضع كل إنسان للقانون العادي والمحاكم العادية .

القاعدة الثالثة : إذا كان الدستور الإنجليزي يقوم على مبدأ سيادة القانون ، فإن ذلك المبدأ نفسه قد استقر في السوابق القضائية التي أرست قواعدها المحاكم العادية وهي تتصدى للفصل في حقوق الأفراد الشخصية ، بمعنى أن مبدأ سيادة القانون هو من عمل المحاكم ، بل إن الدستور نفسه يعد من عمل القضاء^(١٣) .

وإذا كانت وجهة نظر داييس تؤمن بحقوق وحرقات الأفراد بصورة تكاد تكون مطلقة — في ظل سلطة قضائية مستقلة ، وتمنع قيام أي محاكم استثنائية أو خاصة في ظل قانون استثنائي أو محاص ، فإن نظريته مع ذلك تنطوي على جانب كبير من المثالية ولم تضع في الحسبان النظرة المستقبلية .

ولذلك يرى ديكسن ان حقوق الافراد والتزاماتهم اليوم تحدد اما بقرار ادارى أو بحكم صادر من المحاكم العادية ، وان الهيئات التنفيذية التى تملك سلطات قضائية adjudicatory authority لا تعد فى نظر داهسى محاكم قضائية ، وليس صحيحا ان يقال اليوم بأن مبدأ سيادة القانون يمنع منح سلطات تقديرية واسعة للسلطات العامة ، بل على العكس ان السلطات التقديرية اليوم تعتبر من الصفات الأساسية للحكومات المعاصرة^(١٣١).

ويفرق الفقيه د هيد^(١٣٢) بين مبدأ المشروعية principle of legality ومبدأ سيادة القانون فمبدأ المشروعية فى نظره هو سند السلطة من القانون الذى تبرر به تصرفاتها ، أما مبدأ سيادة القانون ان تكون تصرفاتها متفقة لما يتطلبه القانون ، وفى ذلك يتفق هيد مع الفقه الايطالى الذى فرق بين مبدأ المشروعية والشرعية ، فالمشروعية فى نظر الفقه الايطالى هى ان يكون لفاعل الفعل حق فعله ، وان الشرعية هى ان يكون فاعل الفعل الذى له حق فعله — قد فعله فى حدود ما هو مرسوم مسبقا لأحداث فعله .

وقد رتب هيد على مبدأ سيادة القانون عدة نتائج أهمها ان تعمل الحكومة فى اطار قواعد موضوعية مسبقا ومبادئ تحد من سلطتها التقديرية ... وان تحد المحاكم من تصرف الحكومة ، وان تخضع تصرفات الحكومة فى ذلك الى قضاء مستقلين استقلالاً كاملاً عن السلطة التنفيذية Wholly independent of the executive وهو يتفق مع داهسى فى توسع ولاية القضاء العادى وما يترتب عليها من نتائج ويتفادى فى نفس الوقت الانتقادات التى وجهها ديكسن لداهسى فيما يتعلق باللجان القضائية tribunals فىرى ان تلك اللجان بالرغم من انها لا تعد محاكم بالمعنى المفهوم فى القانون العام الا ان خضوعها لرقابة المحاكم العادية تكفل مبدأ سيادة القانون للمدى الذى تخضع فيه تلك المحاكم لرقابة تلك المحاكم .

ويتبين من هذا ان الفقه فى المملكة المتحدة يربط بين مبدأ سيادة القانون وبين ولاية القضاء العادى واستقلاله ، ويذهب داهسى الى أبعد من هذا حيث يرى ان مبدأ سيادة

Dickson: Administrative justice and supremacy of the law (1925) P. 35.

(١٣١)

هيد — القانون الامارى — مرجع سابق — ص : ٢٣ — ٢٥ — انظر هود لابس ص : ١٩ — ٢٢

(١٣٢)

القانون وثيق الصلة بأحكام القضاء ، بل ان شئت فقل ان مبدأ سيادة القانون هي أحكام القضاء نفسها .

الفرع الثاني مبدأ سيادة القانون في الولايات الم المتحدة الأمريكية

يقدر منذ البداية الفقيه الأمريكي شوارتز الى النتيجة التي توصلنا اليها في بحثنا عن مبدأ سيادة القانون في النظام الانجليزي وبدأ من حيث التي « ويد » فيقول « ان الفصل بين السلطة القضائية وبين هيئات الحكومة هو أساس استقلال المحاكم في النظام الانجلو - أمريكي - وان رجل القانون العام يعلم جيداً ان استقلال قضائه قبل كل شيء هو الذي يعطى معناً عملياً لمبدأ سيادة القانون ويفتخر بأنه المميز الأساسي لنظامه الدستوري^(١٣٣) .

وذلك لان خصائص دستور الولايات المتحدة تختلف عن خصائص الدستور الانجليزي ، لان الفقيه الأمريكي يرى ان الانحياز الفعال لمبدأ الشرعية يتطلب الحماية القضائية للشرعية الدستورية مثلها في ذلك مثل الحماية القضائية للقانون العادي ولذلك فان مبدأ سيادة البرلمان تشكل ثغرة في نظام الشرعية في النظام الانجليزي ، لأن السيادة هناك تطابق مع الادارة المعلنة لأولئك الذين يشكلون أغلبية السلطة التشريعية في وقت معين بينما أساس التكليف في الولايات المتحدة لمبدأ الشرعية هو الاعتقاد السائد بان هناك مبادئ فوق الدولة تحميها وان تلك المبادئ قد أرست قواعدها في الدستور الاتحادي وان - المحاكم تستطيع ان تلغي أى قانون يتعارض أو يتناقض مع تلك المبادئ باعتباره غير دستوري^(١٣٤) .

واستدل شوارتز على تأكيد ذلك بحكم المحكمة العليا الذي جاء فيه « انه يجب التسليم بأنه توجد في كل حكومة حرة حقوق لا يجوز لسلطة الدولة المساس بها ، والحكومة

(١٣٣) شوارتز - مرجع سابق - ص : ٢٤

(١٣٤) المرجع السابق - ص : ٢٥

التي لا تعترف بهذه الحقوق والتي تضع حياة وحرية وملكيتها مواطنيها في جميع الاوقات تحت تصرفها المطلق ورقابتها غير المحدودة حتى ولو كان الحائزون للسلطة أكثر ديمقراطية ، فانها تكون ليست سواء سلطة مستبدة ، ويصدق عليها القول بأنه استبداد الكثرة أو استبداد الاغلبية ولكن هذا لا ينتقص من صفتها الاستبدادية^(١٣٥) .

ولعل أوضح وأقوى تعبير عن مبدأ سيادة القانون هو ما قال به « شارلز ايفانز » بأن الفرد في الولايات المتحدة الامريكية يجد امانه وحقوقه في تلك الضمانات التي توفرها الحماية القضائية المتمثلة في مقدرة المجتمع على اقامة قضاء محايد حر منزوع عن الهوى والغرض ويخضع التفكير السياسي لتكييف القانون لا كأمر تحكمي صادر من السلطة ، ولكن ليسود التصور الامثل للعدالة فيجب الا يكون أحد فوق القانون ، الموظف العام والدولة نفسها تخضع للقانون يخضع الضعيف اليه وتمسك به^(١٣٦) .

وقد انتهى النظام القانوني في الولايات المتحدة الى ان مبدأ الشرعية وسيادة القانون تكفله المبادئ الدستورية بتقرير سلطة المحاكم في رقابة القرار الحكومي Government action ومطابقته لمعيار الشرعية Standar of legality فالرقابة القضائية هي التي تؤكد دائما خضوع الحكومة للقانون^(١٣٧) .

وقد جاء في توصيات اللجنة الدولية للفقهاء^(١٣٨) المنعقد في نيودلهي عام ١٩٥٠ والتي حضرها اللورد دينج رئيس القضاء الانجليزي — ان تخضع السلطة التنفيذية في ممارستها للتشريعات التفويضية — الى رقابة قضائية مستقلة وان ممارسة القضاء ومهنة القانون تتطلب استقلالا للسلطة القضائية .

وهذا ما يؤكد الاجماع على ان ولاية القضاء تقوم على مبدأ سيادة القانون ، وان ذلك المبدأ يعد من أهم عناصر استقلال السلطة القضائية .

Citizens saving and loan Ass. V. Topeka 20, Wall 655, 662 (U.S.1874)

(١٣٥)

شارلز ايفانز — المحكمة العليا — مرجع سابق — ص : ٢٤١ و ٢٤٢

(١٣٦)

اشوارتز — مرجع سابق — ص : ٢٣

(١٣٧)

هود فليس — مرجع سابق ص : ٢١

(١٣٨)

الفرع الثالث

مبدأ المشروعية في مصر

يسود الدولة المعاصرة مبدأ ذو أهمية خاصة هو مبدأ المشروعية ، أو مبدأ سيادة القانون ومن مقتضياته ان أعمال الهيئات العامة وقراراتها النهائية لا تكون صحيحة ولا منتجة لأثارها القانونية في مواجهة المواطنين بها الا بمقدار مطابقتها للقواعد القانون العليا التي تحكمها ، فاذا هي صدرت باخالف هذه القواعد فاما تكون غير مشروعة فيكون للنوى المصلحة طلب الغائها والتعويض عنها أمام المحكمة المختصة ولا يخلاف في ان تقرير مبدأ المشروعية يمثل ضمانا جديدا للأفراد في مواجهة السلطة العامة حيث يكون هؤلاء بمقتضاه في مأمن من ان تعدى عليهم الهيئات الحاكمة على خلاف ما قرره القانون .

فقد أصبح من المسلمات الآن انه لا يكفي لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم العامة ، ان تتأكد سيادة القانون في شأن علاقاتهم ببعضهم البعض ، بل أصبح يلزم لتوكيد هذه الحماية ان يسود القانون علاقاتهم مع الدولة . وما يفرع عنها من هيئات عامة مخصوصا متى دعى ازدياد هذا النوع من العلاقات بعد انكماش فكرة الدولة الحارسه واندفاع الدولة المعاصرة في سياسات التدخل في مختلف أوجه النشاط الاقتصادي والاجتماعي^(١٣٩) .

الا ان مبدأ المشروعية في الحدود التي ينطبق فيها لا يزال في حاجة الى حماية تكفل نفاذه وتعرض احترامه على السلطات العامة .

واذا كان من المتعذر حماية المشروعية في مواجهة السلطات بالجزاءات المباشرة التي يحققها تحريك القوى الجبرية فانه لا أقل من تقرير بعض الضمانات التي تسمح بكفالة نوع من الجزاءات غير المباشرة حتى يستقيم القول باحترام الدولة لمبدأ سيادة القانون^(١٤٠) .

ولعل أقوى هذه الضمانات جميعا ما تقدمه النظم القانونية المعاصر من حلول مختلفة

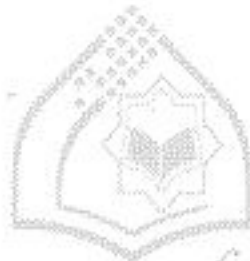
(١٣٩) مبدأ المشروعية وحضرة الدولة للقانون : دكتور طهمة الحرق — دار الثقافة العربية للطباعة — ص : ٥

L. Duguit: Leçon de droit public; P. 174/175

(١٤٠)

في شأن تنظيم الرقابة على أعمال الهيئات العامة ، اذ لاشك في ان مخصصة الهيئات العامة امام قاضى متخصص بملك ان يناقشها في تصرفاتها وان يراجعها في مشروعية هذه التصرفات سوف يكون من أهم عوامل ارساء مبدأ المشروعية ، وفرض احترامه على الجميع^(١١).

وقد أصبح مبدأ الشرعية وسيادة القانون من المبادئ التي ترد في صدر الدساتير فقد خصص لها دستور ١٩٧١ الباب الرابع (المواد من ٦٤ الى ٧٢) حيث نصت المادة ٦٤ بأن (سيادة القانون أساس الحكم في الدولة) والمادة ٦٤ : تخضع الدولة لحكم القانون وافرد له دستور السودان لسنة ١٩٧٣ الباب الرابع أيضا (المواد من ٥٩ الى ٦٩) فنصت المادة ٥٩ بأن : تخضع الدولة لحكم القانون وسيادة القانون أساس الحكم ، اذن يقصد بمبدأ الشرعية — الخضوع للقانون بمفهومه العام — خضوع الحكام والمحكومين للقانون ، فتخضع سلطات الدولة جميعا للقانون في كل صور نشاطها ومختلف التصرفات والأعمال التي تصدر عنها ، باعتبار ان القانون ينشئ حائلا دون كل صورة من



المركز القومي
للحفظ
والتوثيق
والتوثيق
والتوثيق

(١٤١) سيادة القانون بين الشريعة الاسلامية والشرائع الوضعية : دكتور عبد الله مرسى — ١٩٧٢ — المكتب
المصري الحديث — ص : ١٩ — ٢٢ .

الفرع الرابع مبدأ سيادة القانون في السودان

منذ صدور قانون الحكم الذاتي عام ١٩٥٣ نص على مبدأ سيادة القانون وتوسعت الدساتير الصادرة بعد استقلال السودان على ذلك المبدأ وتفصيله ولعل كان الدستور الأخير لسنة ١٩٧٣ أكثرها توسعا حيث نص عليه في الباب الرابع في أكثر من عشرين مادة (١٤٣) وذلك بان تخضع الدولة للقانون وان سيادة القانون هي أساس الحكم .

وعلى الرغم من ان قانون الحكم الذاتي ودستوري ١٩٥٦ و ١٩٦٤ المؤقتين قد أسسا على النظام النيابي الذي يقوم على مبدأ الديمقراطية الليبرالية وعلى أسس نظام الحكم في

(١٤٢) نظر العميد الطمائي القضاء الإداري ورقابته على أعمال الإدارة — طبعة ثالثة ١٩٦١ ص : ١٢ ، القرارات الإدارية — ص : ١٤ ، قضاء إلغاء — ص : ٢٢ والاستاظة الدكتور : محمد كامل ليله — الرقابة على أعمال الإدارة — طبعة ٦٥/٦٤ ص : ١٦ وما بعدها ، محمود محمد حافظ — القضاء الإداري — طبعة ١٩٦٦ طبعة ثالثة ص : ١٩ وما بعدها ، فؤاد المطار طبعة ١٩٦٧/١٩٦٦ ص : ٢١ وما بعدها ، مصطفى كيو — نظرية الأحكام المادية في القانون الإداري — رسالة دكتوراه — طبعة ١٩٦٤ ص : وما بعدها — رمزي الشاعر — تدرج الطلاق في القرارات الإدارية — رسالة دكتوراه — طبعة ١٩٦٨ ص : ٢٠١ وما بعدها ، حسن خليل القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة — ١٩٦٢ ص : ٧ وما بعدها ، طه الحرف — رقابة القضاء على أعمال الإدارة ١٩٦٢ ص : ٩ وما بعدها ، الدكتور ثروة بدوي (مقال) الدولة القانونية — منشور بمجلة أدلة قضايا الحكومة — العدد الثالث من السنة الثالثة ص : ٢٨ ، الدكتور محمود حلمي (مقال) تدرج القواعد القانونية — منشور بمجلة العلوم الإدارية — العدد الأول — سنة ١٩٦٣ ص : ١٦٩ وما بعدها ، الدكتور حافظ هريدي — أعمال السيادة في القانون المصري المقارن — طبعة ١٩٥٢ ص : ١٤ و ١٥ و ١٦ ، الدكتور عبد الفتاح سابر داير — نظرية أعمال السيادة — طبعة سنة ١٩٥٥ ص : ٦٠ ، سعيد عبد المنعم الخليم — الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم القانونية سنة ١٩٧٦ — ص : ٧ .

والقانون بمعناه العام كما يقول العميد الطمائي — يؤخذ بمطلوه العام أي جميع القواعد الملزمة في الدولة سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة وأيا كان مصدرها مع مراعاة التدرج في قوتها : القانون الدستوري : القانون العادي ، فاللائحة بالقرار الإداري — هذا هو السلم الرأسي للتدرج الشرعي وقد يضاف إليها درجة خامسة اذا وجدت في الدولة قواعد تسمى على الدستور — وأيا كانت تجزئ الأمانة أي سواء كان عملها قانونيا أو ماديا . انظر قضاء إلغاء ص : ٢٢ و ٢٣ .

(١٤٣) المادة ٨ من قانون الحكم الذاتي لسنة ١٩٥٣

المملكة المتحدة الا ان مفهوم مبدأ سيادة القانون كان له معنى متميزا عن مبدأ سيادة القانون في الدستور الانجليزي الذي ساد فيه مبدأ سيادة البرلمان وأصبح ليس في مقدور المحاكم رقابة القوانين الصادرة عنه ^(١٤٤).

أما في السودان فقد كان مفهوم مبدأ سيادة القانون ان يخضع جميع الافراد والهيئات العامة لحكم القانون كما تطبقه المحاكم ولا يستثنى من ذلك غير الامتيازات البرلمانية وهي حصانة أعضائه عن أى آراء يبدونها في المجلس وذلك تدعيما وتشجيعا لقول الحق والرأى الحر ولذلك نصت بقانون الحكم الذاتي في المادة ٨٢ ^(١٤٥) بحق للهيئة القضائية في رقابة دستورية القوانين .

ولم يختلف كذلك مفهوم مبدأ سيادة القانون في دستور ١٩٧٣ وان كان قد حصن كثيرا من الأعمال الادارية من رقابة القضاء الأمر الذي كان له أثره في التقليل من أهمية ذلك المبدأ ، وربما يكون لمفهوم ذلك المبدأ معنا جديدا في ظل تطبيق الشريعة الاسلامية حيث يجب أن يسود حكم القانون تصرفات الأفراد والحكام والهيئات العامة بان تتم على مقتضى المبادئ العامة للشريعة الاسلامية .

(١٤٤) المادتان ٧ و ٨ من دستور ١٩٥٦ و ١٩٦٤ .

(١٤٥) المواد من ٥٩ الى ٧٩ من دستور ١٩٧٣

المطلب الثاني مبدأ الفصل بين السلطات

إن أول من قال بهذا المبدأ هو الفيلسوف الانجليزي «كوك»^(١١٦) في القرن السابع عشر ، ولكن ارتبط المبدأ باسم الفيلسوف الفرنسي «مونتسكيو» الذي اقتصرت دوره الاساسي في شرح ذلك المبدأ وإبراز خصائصه وتدعيمه ... ومبدأ فصل السلطات في تفسيره السليم هو قاعدة من قواعد فن السياسة ، ومبدأ لحكم الحكمة السياسية ، وذلك أنه لكي تسير مصالح الدولة سيرا حسنا وحتى تضمن الحريات الفردية ، ويحول دون استبداد الحكام ، فانه من اللازم ألا تتركز السلطات كلها في هيئة واحدة ، ولو كانت هيئة نهائية تعمل باسم الشعب^(١١٧) .

وكان مونتسكيو مهتما بالمحافظة على الحرية السياسية في القرن الثامن عشر ، فهو يقول : إذا جمع شخص واحد أو هيئة واحدة السلطتين التشريعية والتنفيذية انعدمت الحرية السياسية ... وتلغى الحرية كذلك ما لم تفصل السلطة القضائية من السلطتين التشريعية والتنفيذية وكذلك انه إذا اجتمعت السلطات الثلاث في يد واحدة ولو كانت يد الشعب ذاته ، ولينتهى من ذلك إلى النتيجة الحتمية في عبارته الشهيرة يجب أن توقف كل سلطة عند حدودها بواسطة غيرها . بحيث لا تستطيع أية سلطة أن تسوء استعمال سلطتها أو أن تستبد بملك السلطة^(١١٨) .

(١١٦) السلطات الثلاث — مرجع سابق — ص : ٤٦٧ وانظر كذلك

O. HOOD Phillips: Constitutional and Administrative law, third ed 1962, P. 17

(١١٧) السلطات الثلاث — مرجع سابق — ص : ٤٦٨

(١١٨) المرجع السابق — وانظر هودفيلس — المرجع السابق حيث نقل ترجمة عن كتاب مونتسكيو روح القوانين

حيث يقول «Political liberty is to be found only when there is no abuse of power... when the legislative and executive powers united in the same person or body... there can be no liberty...»

again there is no liberty if the judicial power is not separated from the legislative and the executive... there would be an end of everything if the same person or body... were to exercise all their powers»

ولمبدأ الفصل بين السلطات شقان ، شق يتعلق بطبيعة الرقابة على أعمال السلطات العامة . ويثور التساؤل ان كانت تلك الرقابة تمل ذلك المبدأ وتجعل من السلطة القضائية سلطة عليا فوق السلطين الآخرين ؟ أم أن تلك الرقابة تعتبر لازمة ومن صميم اختصاص السلطة القضائية لحماية مبدأ الشرعية وسيادة القانون ؟ ولكي نجيب على تلك الأسئلة ندرس هذا الموضوع في كل من المملكة المتحدة ، والولايات المتحدة الأمريكية ومصر والسودان ، فنقسم هذا المطلب الى أربعة فروع :

- الفرع الأول : مبدأ الفصل بين السلطات في المملكة المتحدة
- الفرع الثاني : الفصل بين السلطات في الولايات المتحدة الأمريكية
- الفرع الثالث : الفصل بين السلطات في مصر
- الفرع الرابع : الفصل بين السلطات في السودان

الفرع الأول مبدأ الفصل بين السلطات في المملكة المتحدة

كانت المملكة المتحدة أول من عرفت مبدأ فصل السلطات من آراء لوك في القرن السابع عشر والذي يرى أنه ليس من الحكمة أن يمنح واضعوا القوانين سلطة تنفيذية لأنهم ربما-استثنوا أنفسهم من الخضوع لها واستخدموها في حالة التشريع والتنفيذ لمصالحهم الخاصة^(١٤٩).

ويرى الفقهاء في المملكة المتحدة أن الفصل بين السلطات فصلا تاما بمعنى توزيع سلطات الحكومة بين ثلاث هيئات مستقلة بدون تداخل **Overlapping** وتعاون **Co-ordination** حتى ولو أمكن ذلك من الناحية النظرية فإنه من شأنه أن يجعل نشاط الحكومة متعلدا ، ويرى أولئك ان كل ما يعنيه ذلك المبدأ هو منع الاستبداد بان تراقب كل سلطة ، السلطة الأخرى وهذا هو التفسير الذي قال به هلاكستون

Blackstone عام ١٧٦٥ بأن في كل الحكومات المستبدة يفوض فرد واحد أو هيئة واحدة مكونة من عدة أفراد في وضع القوانين وتطبيقها ، وإذا ما اتحدت هذان السلطات انعدمت الحرية^(١٥٠).

وتتساءل هود فليس ان كان مبدأ الفصل بين السلطات يعد أمراً عملياً أو كان أمراً مرغوب فيه ؟ وان كان كذلك فالى أمدى وجد قبولاً كنظرية سياسية في الدساتير المختلفة ؟ ويهيب هود فليس على هذه التساؤلات بقوله ان هذا المبدأ وبهذا المعنى لم يجد له محلاً في المملكة المتحدة ولا في بقية البلاد الأوربية الأخرى^(١٥١) فالسلطات الحكومية تتعاون عن طريق جهاز تنفيذي فعال ، لمجلس الوزراء تختاره السلطة التشريعية وهو في الواقع يخضع لرقابتها حسب التقاليد التي أرست قواعدها بالمبادئ الدستورية فالسلطة التنفيذية تخضع لرقابة السلطة التشريعية في الدول الديمقراطية أما في الدول الشمولية Totalitarian States فتسيطر السلطة التنفيذية على السلطين التشريعية والقضائية ، ولذلك يجد مبدأ الفصل بين السلطات مجال تطبيقه في الدول الديمقراطية في تأمين استقلال المحاكم من سيطرة السلطة التنفيذية^(١٥٢).

الفرع الثاني الفصل بين السلطات في الولايات المتحدة الأمريكية

احتضن دستور الولايات المتحدة الأمريكية مبدأ الفصل بين السلطات وأخذ بشدة الفصل بينهما لأنه يقوم على النظام الرئاسي ، فقد نصت المادة الأولى من الدستور على سلطة الكونجرس التشريعية ، ونصت المادة الثانية على سلطة الرئيس التنفيذية ثم نص في

In all tyrannical government the right of making and of enforcing the laws is vested in one and the same man or the same body of men, and wheresoever these two powers are united together there can be no liberty. (١٥٠)

هود فليس — مرجع سابق — ص : ١٧ و ١٨ (١٥١)

The doctrine has received its main application in democratic countries by the securing of the independence of the courts from control of the executive. (١٥٢)

المادة الثالثة على السلطة القضائية .

يقول « كار » ان السلطة التشريعية أوكلت الى كونجرس مستقل independent Congress ، وحوّلت السلطة التنفيذية الى رئيس مستقل independent president وفوضت السلطة القضائية الى محكمة عليا مستقلة independent supreme court ويرى أن ذلك يرجع الى خلق حكومة قوية ذات سلطات فعالة ، ولي نفس الوقت تمنع قيام حكومة جائرة arbitrary أو مستبدة Tyrannical لا تقع في قبضة عصبة واحدة أو حزب واحد خاص بأغلبية دهماء Mob Majority^(١٥٣)

ويرى جاكسون أن الدستور بذلك وضع توازن قانوني أكثر من أنه توازن سياسي ، واعتمد في ذلك على المحكمة باعتبارها أكثر الهيئات الحكومية السياسية حكمة لأنها تحافظ على أكثر المعادلات الأساسية للمجتمع ، مثل الموازنة بين المركزية Centerlisation والمحلية Localism وبين الحرية والسلطة liberty and authority وبين الاستقرار والتقدم Stability and progress^(١٥٤)

ولذلك فإن المحاكم عندما تمارس رقابتها القضائية على السلطات العامة من أجل المحافظة على ذلك التوازن ، وتلك المعادلات فإنها لا تعتبر سلطة فوق السلطات كما يقول هينز^(١٥٥) وإنما تمارس أعمالاً قضائية محضة .

ولما كان توزيع الاختصاص بين الحكومة الاتحادية وبين حكومة الولايات يعد من الأمور السياسية ، فإن المحكمة الاتحادية العليا بحكم وظيفتها تتصدى الى تفسير تلك النصوص الدستورية التي تحدد ذلك الاختصاص ، وأن المحكمة قد أصبحت في الواقع هي الجهة التي تحدد بصفة نهائية معنى تلك النصوص فإن البعض قد تشكك في دورها

(١٥٣) كار — مرجع سابق — ص : ٩١

(١٥٤) Robert. H. Jackson: The struggle for judicial supremacy (1979) P. 312, 313.

(١٥٥) Charles Haines: The Role of the supreme court in American government and politics; (1973) P 12,13.

ووصله بأنه تدخل في اختصاص السلطة التشريعية ويحل مبدأ الفصل بين السلطات

ويرى أسعدنا الدكتور كمال أبو المجد أن الشراح الأمريكيين لم يقولوا مبدأ الفصل بين السلطات كنتيجة للتمييز الموضوعي بين الصور المختلفة لنشاط الدولة وإنما نادوا به كما فعل مونتسكيو من قبل كوسيلة لتفويت السلطة وعدم تركيزها في يد واحدة على نحو مبدأ حريات الأفراد ... وأستشهد بذلك بعبارة مادسون بأن تجمع السلطات كلها — التشريعية والتنفيذية والقضائية في يد واحدة سواء كانت تلك اليد يد حاكم فرد أو مجموعة من الحكام ... فإن هذا التجمع هو المحض لمصالح الاستبداد بل هو الاستبداد بعينه^(١٥٦).

ولم نحن لنعقد أن هذا الفهم مازال حتى الآن يسود بين الشراح في الولايات المتحدة على أشده إذ أن كثير منهم يرى أن التمييز الموضوعي له دور أساسي في مبدأ الفصل بين السلطات بل أن طبيعة المبدأ المشتركة بين جانبيه القانوني والسياسي يبرز ضرورة النظر إليه من الناحية الموضوعية ، لأن توزيع اختصاص كل سلطة هو جانب قانوني ، وإن عدم تركيز تلك السلطة في يد واحدة هو الجانب السياسي .

ولذلك فإن نظرة الشراح السابقة كانت تقوم على النظرية السياسية والنظرية أكثر من النظرية القانونية والعملية بدليل أن مادسون نفسه يقول أنه لم ير حالة واحدة ثبت فيها أن السلطات من الناحية الموضوعية منفصلة انفصالا تاما وكاملا من بعضها^(١٥٧).

وبين أن مبدأ الفصل بين السلطات يشكل الدعامة الأساسية الثانية لمبدأ استقلال القضاء لتحقيق مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذي يعد المبدأ الأول لذلك الاستقلال .

(١٥٦) الرقابة على دستورية القوانين : للدكتور أحمد كمال أبو المجد — ١٩٦٠ ص ١٢٦.

(١٥٧) شارل ايمالتر — مرجع سابق — ص : ١٢ حيث يقول مادسون : «Not a single instance in which the several departments of power have been kept absolutely separate and distinct».

الفرع الثالث

الفصل بين السلطات في مصر

لم نجد فيما نعلم دستورا نص على مبدأ الفصل بين السلطات صراحة سوى دستور الكويت ودستور البحرين^(١٥٨) ولذلك لم تنص الدساتير المصرية المتعاقبة على ذلك المبدأ صراحة كما فعل دستور الولايات المتحدة الأمريكية وإنما نظم دستور ١٩٧١ السلطات الثلاث بصورة تؤكد مبدأ انفصالها أو استقلالها .

لم يؤخذ الدستور الحالي بالفصل المطلق أو بشدة الفصل بين السلطات بالرغم من أنه يجمع بين الطائفتين الرئاسي والبرلماني ، فقد أقام رقابة متبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وتتلخص رقابة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية في حق أعضائها في سؤال الوزراء ، وطلب طرح موضوع عام للنقاش ، وإجراء تحقيق في موضوع معين وقد يترتب على حق السؤال وطرح موضوع عام للنقاش والتحقيق استجواب الحكومة وطرح الثقة بها وإسقاطها .

ومن جهة أخرى فإن السلطة التنفيذية تلعب دورا هاما وأساسيا في رقابة السلطة التشريعية إذ أن للحكومة دورا هاما في تكوين السلطة التشريعية وذلك بإعداد قوائم الناخبين وقبول أوراق المرشحين والإشراف على المعركة الانتخابية وفرز الأصوات وإعلان النتيجة . بل أن بعض الدساتير تمنح السلطة التنفيذية تعيين بعض أعضاء السلطة التشريعية ، وتلعب الحكومة دورا هاما في أعمال البرلمان حيث تتبنى مشروعات القوانين ، وهي التي تدعو المجلس للانعقاد وفرضه في دورته العادية وغير العادية ولعل أخطر جزء يترتب على رقابة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية يتمثل في حق حل البرلمان وهذا الحق هو المقابل لحق السلطة التشريعية في سحب الثقة من الحكومة وبذلك يقيم الدستور

(١٥٨) تنص المادة ٥٠ من دستور الكويت لسنة ١٩٦٢ على أن : يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقا لأحكام الدستور ولا يجوز لأي سلطة منها التزول من كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليه في الدستور ، وتنص المادة (١) من دستور البحرين لسنة ١٩٧٣ على أن : يقوم الحكم على أساس فصل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية مع تعاونها وفقا لأحكام الدستور .

أما علاقة السلطة التشريعية بتنظيمها الدستور في المادة ١٦٧ التي تنص على أن « يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط واجراءات تعيين أعضائها ونقلهم » وينص الدستور على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويحدد القانون اختصاصاته (مادة ١٧٢) وتنص المادة ١٧٦ أيضا على أن « ينظم القانون كيفية تشكيل المحكمة الدستورية العليا ويبين الشروط الواجب توافرها في أعضائها وحقوقهم وحصلاتهم » ومن خلال تنظيم السلطة التشريعية لتنظيم السلطة القضائية بموجب القانون يمارس نوعا من الرقابة عليها وفي مقابل ذلك تتولى المحكمة الدستورية العليا الرقابة على أعمال السلطة التشريعية (مادة ١٧٥) فتتولى مجلس الدولة الفصل في المنازعات الادارية وفي الدعاوى العادية وبذلك يمارس نوعا من الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية والهيئات الادارية .

وإذا كان الدستور المصري لم يضع رقابة على السلطة القضائية كذلك التي تقوم بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ذلك لأن مثل تلك الرقابة تتعارض مع طبيعة الوظيفة القضائية وتخل بمبدأ الفصل بين السلطات إلا أن تلك الرقابة كفلتها قوانين المرافعات المدنية والتجارية وقانون الاجراءات المدنية وقانون مجلس الدولة على أعمال القضاة وهي رقابة لا تتعارض مع استقلال السلطة القضائية .

وبين من هذا أن الدستور المصري أخذ بأهم مزايا مبدأ الفصل بين السلطات لتمكين سلطات الدولة الثلاث من التعاون المطلوب لاقامة الحكم الأمثل الذي يفي بمطالبات الشعب واقامة العدل بعدم تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية في شؤون السلطة القضائية احراما لذلك المبدأ وليسود مبدأ الشرعية وسيادة القانون .

(١٥٩) السلطات الثلاث — مرجع سابق — ص : ٤٩٠ — ٥٦٩ ، وأنظر كذلك النظرية العامة للقانون الدستوري ١٩٨٠ — للتفصيل روى الشاهر — مرجع سابق — ص : ٣٩٩ — ٤١٨ .

الفرع الرابع

الفصل بين السلطات في السودان

لم تنص الدساتير السودانية كذلك على فصل السلطات صراحة ، وإنما نظمت تلك السلطات كما فعل الدستور المصري ، فقد تضمن قانون الحكم الذاتي لسنة ١٩٥٣ والذي يعد الوثيقة التأسيسية التي قلم عليها دستور ١٩٥٦ على تنظيم السلطات الثلاث ، فقد نص على السلطة التنفيذية في الفصل الرابع في المواد من ١٣ الى ٢٨ ونص على السلطة التشريعية في الفصل الخامس من المواد من ٢٩ الى ٥٤ ونص على الهيئة القضائية في الفصل التاسع في المواد من ٧٥ الى ٨٨ وقد أخذ دستور ١٩٥٦ المؤقت بهذا التقسيم .

وإن كان دستور ١٩٦٤ المؤقت قد اتبع خطة دستور ١٩٥٦ إلا أنه نص في المادة ٣٦ على أن يتولى مجلس السيادة ومجلس الوزراء السلطة التشريعية أثناء فترة الانتقال .

على أن يكون لمجلس السيادة حق إعادة أى أمر لم يجره مجلس الوزراء بأغلبية ثلثي أعضائه ، ولذلك لم تكن العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية واضحة لأن دستور ١٩٦٤ كان مؤقتاً وهذا مصداق لقول أستاذنا العميد الطماوى أن العلاقة بين السلطات العامة لا تتضح بصورة تامة إلا في الدساتير الدائمة لأن الدساتير المؤقتة تواجه اعتبارات مرحلية .

أما دستور ١٩٧٣ فقد نص على رئيس الجمهورية باعتباره يمثل السلطة التنفيذية في الباب الخامس في المواد من ٨٠ الى ١١٧ ونص على السلطة التشريعية في الباب السادس في المواد من ١١٨ الى ١٥٣ ونص على السلطة القضائية في الباب الثامن في المواد من ١٨٥ الى ١٩٥ . وإن كانت السلطة التنفيذية تطفئ على السلطتين الأخريين كما سوف يتضح لنا ذلك فيما بعد مما يؤثر على مبدأ الفصل بين السلطات .

المبحث الثاني الرقابة القضائية على أعمال المشرع

تعد الرقابة القضائية على أعمال المشرع جزء من ولاية القضاء بل تعد المظهر العملي لاستقلال السلطة القضائية . وإله لمن الممارقات الغربية ألا تعرف المملكة المتحدة للمحاكم بحق الرقابة على أعمال البرلمان في حين أن السودان الذي تأثر بالقانون الانجليزي عشرات السنين أخذ بالرقابة على دستور القوانين منذ صدور قانون الحكم الذاتي عام ١٩٥٣ ، بينما تمنع فرنسا المحاكم من التصدي للرقابة على دستورية القوانين لمجد مصر التي تأثرت بالقانون الفرنسي قد أقرت حق المحاكم على دستورية القوانين — وبذلك تكون مصر والسودان متفقتان مع الولايات المتحدة الأمريكية في هذا هذا المجال — وعليه نقسم هذا المبحث الى أربعة مطالب :

- المطلب الأول : منع المحاكم من الرقابة على أعمال البرلمان في المملكة المتحدة
- المطلب الثاني : الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية
- المطلب الثالث : الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر
- المطلب الرابع : الرقابة القضائية على دستورية القوانين في السودان

المطلب الأول امتناع المحاكم من الرقابة على أعمال البرلمان في المملكة المتحدة

كان أول صوت ارتفع مناديا بالرقابة القضائية على أعمال البرلمان هو صوت اللورد كوك ، Coke في المجلعة ، ولم تكن مناداته مجرد شعار نظري وإنما كانت ممارسة عملية طبقها بنفسه في قضية الدكتور بونهام .

وتتلخص وقائع تلك القضية في أنه قد صدر قانون من البرلمان يتضمن النظام

الأساسى لكلية الأطباء الملكية بلندن حيث غول الكلية أن تشتط ترخيصا مسبقا لمزاولة مهنة الطب فى مدينة لندن ، وأن تفرض غرامة على من يخالف ذلك الشرط جاء دكتور بونهام وهو خريج جامعة كامبردج وباشر عمله كطبيب فى لندن دون الحصول على موافقة كليتها والحصول على ترخيص منها . فحكم عليه بالغرامة ولكنه رفض دفعها معتجبا بأنه خريج كامبردج ولا يخضع لأوامر وتنظيم تضعه جامعة جامعة لندن ، وقد حبس وطعن فى الحكم أمام القاضى كوك الذى أصدر حكمه عام ١٦١٠ براءة دكتور بونهام باعتبار أن القانون الذى حبس بمقتضاه بونهام يعتبر قانونا باطلا وقال : ويظهر فى كتبنا أنه فى أحوال كثيرة تكون قواعد القانون العام فهذا على البرلمان تحكم تصرفاته وتقضى عليها بالبطلان لانه حين تكون أعمال البرلمان متعارضة مع قواعد الحق والمنطق فإن قواعد القانون العام تقضى عليها بالبطلان^(١٦٠).

ولكن التطورات السياسية التى شهدتها إنجلترا بعد ذلك أدت الى تحول سلطة الملك الى البرلمان ، واذا كانت القاعدة هى أن الملك لا يخطئ فإن البرلمان أصبح فى استطاعته عمل أى شئ حتى قال الكاتب السويدي دى لوم فى مؤلفه عن القانون الدستورى الانجليزى سنة ١٧٧٠ : إن البرلمان يستطيع عمل أى شئ ما عدا أن يحول المرأة الى رجل أو الرجل الى امرأة^(١٦١).

وبناء على تلك التطورات السياسية أصبحت المحاكم لا تستطيع أن تراقب أعمال البرلمان بسبب مبدأ سيادة البرلمان والذى أصبح الطابع المميز للدستور الانجليزى .

وقد فسرت الشرعية بإنها تعنى — الرغبة الصريحة لأولئك الذين يمثلون — فى وقت معين — أغلبية السلطة التشريعية ومن ثم لا تخضع قراراتها لرقابة المحاكم . وقد أنقذ بعض الفقهاء فى الولايات المتحدة مبدأ سيادة البرلمان بأنه يمثل ثغرة فى جبين الدستور الانجليزى .

ولكن النظرة الحديثة لمفهوم السلطة التشريعية التى تكون سيادة البرلمان فى وقت معين — إن هى الا تمثيل للأقلية أو أقلية الأقلية التى تتولى السلطة ولذا لا يجب اعتبارها

Louis B. Boudin: Government by judiciary, Vol. 1 (1969) PP. 485—563

(١٦٠)

De Lome: Constitution of England (1770)

(١٦١)

الممثلة للسيادة البرلمانية بحيث تكون أهميتها في منأى عن رقابة القضاء إذا ما حادت عن المبادئ الأساسية للدستور التي وضعت أسسها المحاكم ، وبفضلا عن هذا المفهوم وعند الدور الذي بدأت تلعبه المحاكم في تفسير التشريعات البرلمانية على مدى القانون العام فقد توسعت المحاكم في تفسيرها لمبدأ تجاوز الاختصاص الذي تطبقه على قرارات الهيئات العامة المخولة لها بموجب التشريعات الطرئية من البرلمان delegated legislation — لدرجة تؤدي إلى إبطال التشريع من الناحية العملية وأن لم تتعرض إلى مخالفته للدستور^(١٦٢)

وقد وجدت في مبدأ العدالة الطبيعية The principle of natural justice بنيتها خاصة في حالة عدم وجود نصوص صريحة حيث تقرر أن مقصد المشرع لم ينصرف إلى المعنى الذي توصلت إليه السلطات العامة في تطبيقها للتشريعات البرلمانية .

وإن كنا لم نعر على سابقة رفعت الدعوى فيها مباشرة إلى المحاكم بعدم دستورية قانون صادر من البرلمان إلا أن محاولة بلالك بين عام ١٩٧١ في رفع دعوى ضد الحكومة قبل انضمامها إلى السوق الأوروبية المشتركة لأنها بذلك تعتبر متنازلة جزئيا عن سيادة التاج لدى توقيعها معاهدة روما إذ أنها لا تملك هذا الحق .

ويرى اللورد دينج أن هذه القضية ذات دلالة دستورية هامة ولكن المحكمة قد رفضت الدعوى لعدم توافر المصلحة ، وكان يرى اللورد دينج بأنه كان من الممكن رفعها على أساس أن ليس للقضاء سلطة لمراقبة أعمال الملكة في إبرام المعاهدات .

ومع ذلك إذا صدر تشريع برلماني على خلاف اتباع الإجراءات الواجب اتباعها فإنه يعتبر غير دستوري حتى لو تم بعد ذلك إجازته^(١٦٣) .

ويتبين من هذا أن المحاكم في المملكة المتحدة تسعى لأن تلعب دورا هاما في الرقابة على التشريعات البرلمانية ولكن بطريقة غير مباشرة وبحكمة جنبها كما يقول « فريدمان »
المعركة العقائدية ideological warfare التي خرفت فيها المحكمة الاتحادية العليا في

(١٦٢) أنظر دويد ، مرجع سابق : ١٠ و ١١ و ١٢

Lord Denning: the discipline of law 1979, 118—133

(١٦٣)

الولايات المتحدة الأمريكية وبجانب ذلك وفرت لها الاستقلال القضائي الحقيقي والعمل أكثر من الاستقلال النظري المتمثل في نظام الرقابة والترجيح checks and blance^(١٦١) والذي يسود في النظام الدستوري الاتحادى الأمريكى .

ونظرا للمفهوم الحديث للسلطة التشريعية والتشكيك في تمثيلها لسيادة البرلمان ، ومن تفسير المحاكم للتشريعات البرلمانية على ضوء مبادئ القانون العام وتوسع المحاكم في تفسير مبدأ تجاوز الاختصاص ultra virse في المجال الادارى ولتمتد الى المجال الدستورى ، وكثرة لجوء المحاكم الى تطبيق مبادئ العدالة الطبيعية ثم انضمام المملكة المتحدة الى اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة وعدم صدور تشريعات من البرلمان تتعارض مع نصوصها كل هذه الاسباب في اعتقادنا سوف تؤدي في المستقبل البعيد الى انحسار مبدأ سيادة البرلمان وتقرر حق المحاكم في الرقابة الدستورية على التشريعات البرلمانية خاصة وان هذا هو النظام الغالب في معظم الدول الديمقراطية ولم تصح المملكة المتحدة — بريطانيا العظمى .

المطلب الثاني

رقابة القضاء على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

لم ينص دستور الولايات المتحدة على الرقابة القضائية على دستورية القوانين ومع ذلك تعد من أهم الدول التي عرفت نظام الرقابة على أعمال المشرع ولأهمية الرقابة في هذه الدولة فإننا نتعرض لها بشيء من التفصيل ، ونحدث عن الخلفية التاريخية ، والخلفية السياسية ثم أثر الرقابة على استقلال السلطة القضائية ونقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع .

الفرع الأول : الخلفية التاريخية للرقابة القضائية

W. Friedmann: Legal theory fifth ed 1967 P. 449—450 «Traction have preserved the British (١٦٤) judiciary from the ideological Warfare into which the American supreme court has at times been drawn it. Therefore given them a truer judicial independence than theoretic-ally more perfect system of checks and blances which characterise in particular the American Conistitution.

الفرع الثاني : الخلفية السياسية للرقابة القضائية
الفرع الثالث : أثر الرقابة على استقلال القضاء

الفرع الأول الخلفية التاريخية للرقابة القضائية

إن الباحث في تاريخ الرقابة القضائية في الولايات المتحدة يجد أن آراء اللورد كوك في قضية دكتور بوهام السابقة قد أعدت جنودها إلى هناك وكانت لها انعكاس على واضعي الدستور ، وقد ورد في تقرير اللجنة الخاصة لنقابة المحامين في الولايات المتحدة سنة ١٩١٥ « إن الثورة الأمريكية كانت ثورة القانونيين لحماية المبدأ الذي وضعه اللورد كوك واللورد هوبارت واللورد هولت بأن تشريعات البرلمان التي تتعارض مع الحق العام أو فيها انحلال بالحرمان الطبيعية للمواطنين الإنجليز تعتبر باطلة »^(١٦٥).

حاول بودن^(١٦٦) وهو من معارضي نظام الرقابة القضائية أن يقلل من أهمية اللورد كوك وأن ينال من شخصيته في حين أن اللورد كوك احتل مكانة سامية في الفقه الأمريكي ورجع ذلك إلى أنه من الشخصيات المحدودة في الفقه الإنجليزى التي كانت ترى وجود قانون أساسى ملزم للسلطة التشريعية فإن تجاوزته كانت أعمالها محكوما عليها بالبطلان .

ومن الانطباعات التي وجهها بودن إلى آراء كوك في معرض مناقشته obiter dictum للقضية دكتور بوهام وبالنسبة فهي ليست ملزمة ، وعلى الرغم من أن اللورد كوك نفسه يعترف بذلك إلا أننا نرى أنه ليس من المهم التأكيد تلك الآراء من عدمها وإنما الأهم

«The American revolution was a lawyers revolution to enforce the principle laid down in lord (١٦٥) Coke's, Lord Hobart's and Lord Holt's decisions that acts of parliament against common right or in violation of the natural liberties of Englishmen were void».

(١٦٦) بودن — مرجع سابق — ص : ٥٠٥ و ٥٠٦

هو لمباح تلك الآراء بدرجة تصلح لأن تكون مبدأ غاما تأخذ به الدول المختلفة في نظمها الدستورية وقد كانت تلك الآراء واضحة أمام واضعي الدستور الاتحادي .

وقد وجد الى جوار هذه الآراء عاملان ساعدا على رسوخ مبدأ الرقابة القضائية — وهذان العاملان هما :

أولا : خضوع أعمال المجالس التشريعية للفحص والرقابة أمام مجلس الملك في لندن والذي نصب من نفسه سلطة استئنافية على أحكام محاكم المستعمرات حتى لا تكون متعارضة مع مبادئ القانون الانجليزي .

ثانيا : وكان نتيجة لرقابة ذلك المجلس على تشريعات المستعمرات وقرارات محاكمها أن الفت تلك المستعمرات موضوع الرقابة القضائية في محاكمها وقد نصت عليها بعض المستعمرات في دساتيرها .

وعلى الرغم من أن هودن حاول مرة أخرى أن ينفي أثر هذين العاملين على واضعي الدستور الاتحادي^(١٦٧) إلا أن المراقب لمناقشات أعضاء وفود الولايات في فلادلفيا يجد أثر تلك العوامل واضحة .

الفرع الثاني

الخلفية السياسية للرقابة القضائية

تنازع الفكر السياسي في الولايات المتحدة مدرستان : المدرسة القومية National School وتزعمها الاسكندر هاملتون وتؤمن بالتفسير الحر للدستور Liberal Construction of constitution في حكومة اتحادية قوية وفعالة ، ثم مدرسة حقوق الولاية School of State rights وتزعمها توماس جفرسن وتؤمن بالتفسير الضيق

(١٦٧) المرجع السابق ص ١٨٠ وما بعدها ، ٣١٠ وما بعدها

للدستور في حكومة اتحادية مبنية على مبادئ السلطات الضرورية فقط .

ويرى هاملتون أن الولايات آفة Bane تجلب الشقاء للمؤسسات السياسية ، وأن غايته التي يسعى إليها هو الحد من سلطات الولايات حتى تصبح مجرد أقسام إدارية ويفضل لتحقيق ذلك الرقابة القضائية ، لأن القضاة سوف يساعدون في بسط النفوذ الاتحادي بتفسير نصوصه تفسيراً واسعاً وبأساليب فضفاضة وبغضاً عن ذلك فإن الدساتير المكتوبة تتضمن مبادئ ونظريات سياسية في جوهرها مثل مبدأ سيادة الشعب *sovereignty of the people* ومبدأ الحكومات القائمة على رضا المحكومين ، وحق الثورة والحقوق الفطرية التي لا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها *inherent and inalienable rights* ثم مبدأ الفصل بين السلطات .

ولذا أثير التساؤل عن طبيعة الدستور ، وهل هو وثيقة سياسية *political document* أم يعد وثيقة قانونية ؟ أو هو مزيج بين هذا وذاك ؟ وما أثر ذلك كله على تفسيره والرقابة على دستورية القوانين ؟ .

ويرى القاضي بلاند *Bland* ومنه عدد من القضاة أن الحق في حماية القيود الدستورية يجب أن يترك للشعب نفسه باعتباره هو المخصص بصلة أساسية ، لأن الدستور هو صوت الشعب الموجه إلى الهيئات العامة في الدولة كل فيما يتعلق باختصاصها المنفصل والمتميز ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يترك حمايتها للقضاء : ويعبر بلاند عن رأيه بصورة واضحة فيقول أنه من المؤكد أن اختصاص وواجب الهيئة القضائية أن تقول ما هو القانون *to say what is the law is* ولكن ليس من اختصاصها أن تقول كيف يجب أن يكون *not what it shall be* (١٦٨) .

وذهب فريق آخر إلى أن دستورية القانون هي مسألة سياسية في الأساس وليست

(١٦٨) هيل - دور المحكمة العليا في الحكومة والسياسة الأمريكية - ص : ١٧

مسألة قانونية .. وأن قرارات المحاكم التي تقيد التشريع لهذا الحد تتجاوز في الحقيقة المتطلبات الصريحة للدستور وتعد هذه التجاوزات بمثابة التعديلات الدستورية^(١٦٩) وهذا يعنى أن المحاكم عندما تتصدى لرقابة دستورية القوانين فإنها تقوم بعمل سياسى يتجاوز حدود المضمون الواضح والصريح للدستور ليصل إلى حد التعديلات الدستورية الأمر الذى لا تملكه المحاكم .

ويرى المؤيدون للقومية والمركزة قبل قيام الدستور الاتحادى أنه كان من الأنسب أن يصدر تأكيد قاطع definite assertion بحق السلطة القضائية في الرقابة على الأعمال التشريعية بدلا من أن يكون الموضوع مثار جدل ونقاش وشك في اختصاص المحاكم للاطلاع بذلك الدور الهام .

وبعد اجازة الدستور الاتحادى ونفاذه ظل الموضوع أيضا محل جدل ونقاش حاميين وظهرت النظرية الادارية لتفسير الدستور departmental theory ومضمونها إن الدستور هو القانون السياسى الأساسى للأمة الذى مزج مسائل ذات أهمية قانونية ضئيلة مع مسائل ذات أهمية سياسية واسعة وبذلك يكون الدستور في الحالتين قانون هادى . تطبقه المحاكم ومجموعة من القواعد السياسية لسلوك الحكومة تراعيه السلطان التنفيذى والتشريعية ، وللتمييز بين القانون والسياسة تقرر النظرية الادارية أن تترك المسائل السياسية الدستورية لتقرر عن طريق الهيئات السياسية ، وأن تقرر تلك المسائل القانونية عن طريق القضاء .

وقد ظهرت النظرية الادارية للتفسير لأول مرة في مناقشة نقل السلطة في أول كونجرس عندما أكد عدد كبير من الأعضاء حقهم وواجهتهم في حسم تفسير الدستور ، والذين

(١٦٩) حيث جاء فيه Charles. A. David: judicial veto P. 5 «The constitutionality of a statute is fundamentally a political and a legal question and decisions of the courts which restricted legislation so far as they went beyond the specific language and express requirements of the constitution were in effect constitutional amendments».

وأظهر كذلك Charles A. Beard: An Economic Interpretation of the constitution of the United States (1941) P. 10

تولوا أمر هذه النظرية هم الاتحاديون وقد وافقهم عليها الجمهوريون — وقد كتب جفرسن سنة ١٨٠١ أن كل من السلطات الثلاث والمساواة والمستقلة للحكومة الحق في حسم المسائل التي تثار داخل اختصاصها ... وتقرر في شرعية الفصل وفقا لتقديرها الخاص ولا يجوز أن تراقب بآراء أى جهة أخرى

ويؤكد مادسن مسؤولية القضاء في أن يفسر معنى الدستور والقوانين ... خاصة فيما يتعلق بالأموال والحقوق الفردية وتحقيق العدالة وهو مع ذلك ينكر أن تملك أى هيئة سلطة أكبر من هيئة أخرى لتضع حدود السلطات الأخرى .

وإن كان مارشال هو الذى وضع نظرية الرقابة القضائية الا أنه لم يضع تأكيداً عاماً في أن القرار القضائي بخصوص دستورية التشريع البرلماني *an act of congress* ملزم للهيئات السياسية ، ولا ينازع في أن تفسر القضاء ليس أعلى من أو يستحق الأولوية على تفسير الكونجرس أو السلطة التنفيذية — وكل ما نادى به هو أن يكون لكل هيئة السلطة النهائية في أن تفصل في دستورية المسائل تنشأ مع واجباتهم ومسؤولياتها الخاصة .

ونعتقد أن هذا جوهر النظرية الإدارية في التفسير الدستوري ونعتقد كذلك أن الفرق الوحيد بين النظريتين هو ميل مارشال في النظرية أعطى القضاء مهزة على الهيئات السياسية لأن معظم التشريعات تمس حقوق الأفراد ومن المناسب ترك ذلك لقرار القضاء .

ويتبع الرأي الذى كان سائدا بين المؤرخين والفقهاء كما يقول وليام لويز أن من الميوب الرئيسية للدستور كما صاغه أعضاء الجمعية *convention* — كان فشله في تحديد الهيئة التي تملك الفصل نهائيا وبصفة حازمة في المسائل الدستورية المتنازع عليها ، ونتيجة لهذا العيب لم يؤخذ تفسير بات حول تقييد قرار الولاية ، أو جزاء بغير قضاء الولاية ، والمواطنين العموميين ، والمشرعين على احترام الدستور ولكن قد بذلت محاولة جزئية على الأقل لمعالجة ذلك العيب رعى القانون الاساسى الاتحادى بموجب المادة ٢٥ من قانون القضاء لسنة ١٧٨٩ والذى ظل تفسيرها وتطبيقها محل نزاعات سياسية متعددة بين الحكومة الاتحادية وحكومات الولايات^(١٧٠) .

(١٧٠) شارلتر قبل : تفسير الدستور ص : ١١ والنظر كذلك تعبر دور المحكمة العليا مرجع سابق ص : ٢٣

وقد نصت تلك المادة على حق المحكمة العليا في رقابة قوانين الولايات ، وفي مراجعة ونقض وتأيد أحكام محاكمها عما اذا كانت تلك جاءت متفقة أو متعارضة مع الدستور الاتحادي ومع قوانين ومعاهدات الولايات المتحدة .

ويتبين من أسلوب هذه المادة كما يقول ماكلفن أن ذلك القانون قد أكد حق محكمة الولاية أو المحكمة القومية في اعلان بطلان التشريع اذا جاء متعارضا مع أحكام الدستور . ولما كان هذا القانون قد شرعه رجال اشتركوا في وضع الدستور الاتحادي فإنه يستنتج من ذلك أن قصد المشرعين كان واضحا في الاعتراف بتلك السلطة القضائية الهامة (١٧١) .

الفرع الثالث أثر الرقابة على استقلال القضاء

لعل أول قضية أقرت فيها المحاكم بحقها في رقابة دستورية القوانين كانت قضية ماربوري ضد ماديسون والتي أصدر الحكم فيها رئيس القضاء جون مارشال والذي كان معروف بميوله السياسية المناوئة للسلطة الحاكمة ومع ذلك استطاع أن يقر مبدأ رقابة المحاكم على أعمال الكونجرس دون أن يثير غضب خصومه السياسيين وكان من أهم الحجج التي اعتمد عليها في تبهر حق المحاكم على رقابة القوانين :

أولا : إن الدستور هو القانون الأعلى للأمة فلما أن يكون قانون يستعصى تعديله بالوسائل التشريعية العادية وأما أن يكون في مستوى واحد مع التشريعات العادية بحيث يعدل بالوسائل التي تعدل بها تلك التشريعات . فإن كانت

(١٧١) ماكلفن : التاريخ الدستوري للولايات المتحدة ص : ٢٣٦ و ٢٣٧ حيث يقول «... assumes the right of a court, either state or national to declare congressional acts void, as this fundamental statute was enacted by men some of whom had been active in the federal convention, we are entitled to gather from it evidence of the intention of the framers to recognize this important judicial power».

أنظر كذلك دور المحكمة العليا مرجع سابق ص : ٢٢

الأول فقد تعين القول بأن ما تصدره الهيئة التشريعية من أعمال مخالفة للدستور
لا يمكن أن يكون قانوناً على الإطلاق ، وإن كانت الأخرى فإن فكرة الدساتير
المكتوبة تكون حينئذ عبثاً تضعح بها الشعوب أوقامها في محاولة تفهيد سلطة
تستعص بطبيعتها على التقييد (١٧٢).

ثانياً : إن القضاء عندما يفصل في خصومه موضوعية قائمة أمامه فلا بدله أولاً أن
يحدد القانون الذي يطبق عليها ، وهذه مسألة أولية لابد من تسويتها قبل إمكان
التعرض للموضوع . فإذا حدث وتناول المشكلة القانونية المعروضة نصان
متعارضان أحدهما دستوري والأخرى عادية فإن على القضاء أن يختار بينهما
ولما كان الدستور هو القانون الأساسي الذي يشغل الدرجة العليا من البناء
القانوني فلا شك إن على القضاء أن يطبقه في الخصومة ضارباً صلحاً عن كل
نص تشريعي مخالف .

ثالثاً : إن المادة الثالثة من الدستور تنص على أن السلطة القضائية تمتد الى كافة
المنازعات التي تنشأ في ظل الدستور .

ومع ذلك لم تصدر أمراً بتسليم ماربوري قرار تعيينه وشطبت الدعوى لعدم
الانحصار .

إن الخلافية السياسية التي احاطت بقضية ماربوري ضد ماديسون وعلى الرغم من قرار
القاضي مارشال الذي تحجب به الصراع الحزبي ومراعاة الهيئات السياسية التي كان يسيطر
عليها الجمهوريون — إلا أن هذا الموقف والبراعة من القاضي مارشال قد هما السلطة
الحاكمة لاحترام استقلال القضاء ولحسمها المسائل الدستورية التي تتعلق بحقوق
الأفراد ، هذا الموقف كان مقبولا للجمهوريين المعتدلين الذين رغبوا في إقامة قضاء قوي
مستقل ولم ينكروا حق القضاء في أن يفصل في دستورية المسائل في المنازعات والتي تختص
بها بنوع خاص .

ولكن قرار الجمهوريين بدفع قضية ماربوري الى الامام قد استفز الى حد ما الجمهوريين في الغاء قانون القضاء لسنة ١٨٠١ الا أن مجاملة مارشال للأغلبية السياسية قد دعم موقف الجمهوريين المعتدلين في صراعهم مع المتطرفين في اجازة قانون محاسبة القضاء وإن فشل المتطرفين في إجازة ذلك القانون جعل المعتدلين يسيطرون على الحزب ومن ثم تأكد مبدأ استقلال القضاء^(١٧٣).

المطلب الثالث دستورية القوانين في مصر

نادى كثير من فقهاء القانون العام في مصر منذ فجر الحياة الدستورية بولاية المحاكم على دستورية القوانين على الرغم من أن دستور ١٩٢٣ لم يتعرض لها بالاجازة أو المنع ، وقد أسس الفقهاء مطالبهم على اعتبارات سليمة ومنطقية تتفق مع تلك التي برر بها القضاء في الولايات المتحدة حق المحاكم في رقابة دستورية التشريعات الصادرة عن الكونجرس ، وكان الفقه المصري يرى أن الحكومة لا يمكن أن تكون شرعية الا إذا كانت تصرفاتها في حدود القانون ... أو بعبارة أخرى لابد في كل حكومة عادلة من خضوع المحكام جميعا - رئيس الدولة الوزارة والبرلمان لمبدأ شرعية تصرفاتهم ، سواء كانت هذه التصرفات قوانين أو لوائح أو قرارات أو اجراءات فردية^(١٧٤).

إن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون ، والقاضي مقيد في حكمه لقوانين البلاد العادية كما هو مقيد بالقانون الأساسي للدولة الذي هو أعلى من القوانين العادية ويكون

Alfred, H. Kelly, Winfred A. Harbison and Herman Balz 6th ed.: American Constitution Its (١٧٣)
Origins And Development (1983) P. 181

(١٧٤) مسعولة الدولة : للأستاذ عبد السلام ذهني ١٩٢٩ ص : ٣٩٦ وما بعدها - الأنظمة الدستورية والادارية المقارنة : لعبد السلام ذهني ووايت ابراهيم : الرسالة الثانية سنة ١٩٣٤ ص : ٢٢ وما بعدها ، وشرح قانون العقوبات للاستاذين : كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد سنة ١٩٤٣ وما بعدها - مبادئ القانون الدستوري : للدكتور السيد صبحي سنة ١٩٤٩ ص : ٦٤٦ و ٦٤٧ .

منطقيا أن يفصل القاضى القانون الأهل عند تعارضه مع قانون ادلى ... وهذا الرأى يتفق تماما مع مبدأ الفصل بين السلطات^(١٧٥).

يرى كثير من الفقهاء إن أول مرة قررت فيه المحاكم المصرية حقها فى نظر دستورية القوانين هو حكم محكمة مصر الابتدائية الأهلية عام ١٩٤١ وقد رددت المحكمة وجهة نظر الفقه السابقة^(١٧٦).

وبعد إنشاء مجلس الدولة عام ١٩٤٦ يبدو أن القضاء الإدارى كان متحفزا لتقرير هذا الحق فى أول فرصة توافية فقضت محكمة القضاء الإدارى فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ أثناء نظر الدعوى المتعلقة بالمرسوم بقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٤م بحقها فى رقابة دستورية القوانين ورفضت الدفع الذى تقدمت به الحكومة بعدم حق المحاكم فى التصدى لبحث دستورية القوانين وتؤكد هذا الحكم مرة ثانية فى الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى فى ٢١ يونيو سنة ١٩٥٢ والذى ردد ما قبل فى الحكم السابق ، ومنذ ذلك للتاريخ توالت أحكام القضاء الإدارى المصرى التى تقضى بأحقية القضاء فى الرقابة على دستورية القوانين^(١٧٧).

ولم يقتصر حق المحاكم فى الرقابة على دستورية القوانين على القضاء الإدارى ، بل إن محكمة النقض قضت فى حكم لها بتاريخ ٧ فبراير ١٩٥٢ برفض تطبيق قانون من قوانين الاجراءات الجنائية نظرا لخروجه على قاعدة عدم رجعية قوانين العقوبات المقررة فى دستور ١٩٢٣^(١٧٨).

ولى ٣٠ يوليو سنة ١٩٦٢ ورد فى الميثاق ما يؤكد إقرار الرقابة على دستورية القوانين فنص تحت عنوان « ضمانات مبدأ سيادة القانون » : « ضرورة تنظيم الضمانات الكفيلة بسيادة القانون ، بحيث يصدر طبقا للدستور .. ومن ثم فقد أصبح ملائما لها تأكيدا

(١٧٥) السبد ص ٦٤٨ و ٦٤٩ .

(١٧٦) المرجع السابق — ص : ٦٦٤ ، النظرية العامة للقانون الدستورى : للتكوير روى الشاهر ١٩٨٠ ص : ٥٢٥ .

(١٧٧) النظرية العامة للقانون الدستورى — المرجع السابق — ص : ٥٢٧ و ٥٢٨ .

(١٧٨) مجموعة أحكام النقض الجنائية ، السنة الثالثة ، العدد الثانى : ص : ٤٨١ .

للحرية ودعمها لها أن تقرر إنشاء محكمة دستورية العليا يحدد الدستور الجديد طريقة تشكيلها واختصاصاتها ، وأكد بيان ٣٠ مارس ١٩٦٨ ضرورة إنشاء المحكمة الدستورية العليا . ونتيجة لذلك أنشئت المحكمة العليا بموجب القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ . ثم صدر دستور ١٩٧١ ونص في مادته ١٧٤ على أن : المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها وأن تتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص التشريعية ، مادة ١٧٥ ، ومن ثم ألغيت المحكمة العليا وأنشئت المحكمة الدستورية العليا بموجب القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ .

وتنفذا لذلك نصت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن — أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم

ونعتقد أن تفويض الدستور للقانون في أن يقرر الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية يخل بمبدأ الشريعة وسيادة القانون ويؤثر على استقلال السلطة القضائية لأن هذا الأثر يعتبر من أهم المسائل المتعلقة بعدم دستورية القوانين والتي كان ينبغي أن ينص عليها الدستور ، ذلك أن السلطين التشريعية التنفيذية هما اللتان لهما مصلحة في الحكم بعدم الدستورية وإذا ترك الأمر لمشیئة السلطة التشريعية فإنها تستطيع أن تعدل من الأثر المترتب على الحكم بعدم الدستورية لا بالنسبة لتسريان الحكم على الماضي والمستقبل وإنما بتعديل بدرجة تبرز به قوانينها غير الدستورية وفي ذلك إخلال بخضوع جميع السلطات العامة لحكم القانون وفي مقدمتها الدستور .

الثابت إن ولاية المحكمة الدستورية العليا تنبسط على رقابة دستورية القوانين واللوائح من حيث الشكل والموضوع ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء ، ولكن الخلاف أثير حول نظرية الانحراف التي قال بها الدكتور السنبوري ، والتي تلخص في — « إن المشرع في حدود الدستور له سلطة التشريع فيما لم يقهده الدستور بقهوده محده فإن سلطته في التشريع هي سلطة تقديرية .

هذه السلطة التقديرية هي الأصل في التشريع والسلطة المحددة هي الاستثناء
ونطاق هذه السلطة التقديرية يكاد يستغرق النشاط التشريعي فهذا النطاق الواسع هو
النطاق الذي يقع فيه الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ... وتلك منطقة أوسع
بكثير من منطقة مخالفة التشريع للدستور ^(١٧٩).

وكان من رده الفعل على تلك النظرية إن جاء في حكم حديث للمحكمة الإدارية
العليا : ولكن صبح اتخاذ معيار ذاتي موضوعي للانحراف في استعمال السلطة
الإدارية لأن انحراف رجل الإدارة للدوافع الذاتية وهو يمارس سلطته العامة أمر محتمل ،
وإن كان في ذلك أقل من الفرد وهو يستعمل حقوقه الخاصة — إلا أنه في نطاق الانحراف
في استعمال السلطة التشريعية لا يسوغ أن يقبل إلا معيار موضوعي محدد لا يدخله أي
عنصر ذاتي إذا الواجب أن يفرض في المهبة التي تمارس السلطة التشريعية — وهي تسمو
إلى النزاهة والفرد عن الفرد وهو يمارس حقوقه الخاصة وعن رجل الإدارة وهو يمارس سلطته
الإدارية — الواجب فيها أنها لا تراعى في جميع التشريعات إلا المصلحة العامة .

ويستطرد المحكم قائلا : ولكن قيل بأن من بين صور المعيار الموضوعي
للانحراف في استعمال السلطة التشريعية تجاوز التشريع الهدف المخصص الذي رسمه له
بيد أن قاعدة تخصيص الأهداف ليست كثيرة التطبيق في ميدان التشريع ... فقل أن يقيد
الدستور المشرع في دائرة معينة لا يخطاها ولهدف مخصص لا يتجاوزه ... وأقل من القليل
بل يكاد يكون في حكم النادر أن يقيد المشرع نفسه في دائرة غرض معين ، ومن ثم فإنه
إذا ما أثبت قاعدة تخصيص الأهداف بالنسبة لتشريع ما فهذه السور بحذر شديد ...
وبدرجة أشد في استخلاص غرض المشرع إذا كان المثار أن المشرع هو الذي قيد نفسه
بهذا الغرض ذلك أن الأصل هو إطلاق سلطة المشرع في التشريع فيقوم بتنظيم الروابط
المختلفة ولا يتقيد هذا النظام بهدف غير المصلحة العامة ، والمصلحة العامة مفترضة كما
سلف البيان ^(١٨٠).

(١٧٩) مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية : بحث في مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة —
عدد يناير ١٩٥٢ ص : ٦٦ وما بعدها — للعميد الدكتور السجوي .

(١٨٠) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦١ لسنة ٣ قضائية — بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٩ مجموعة أبو شادي —
ص : ٦٥٤ — ٦٥٥ .

وما كان حكم المحكمة الادارية العليا سالف الذكر الا ترديد لرأى الفقهاء الذين انتقدوا تلك النظرية ولى مقدمتهم استاذنا العميد الدكتور الطماوى^(١٨١).

ونحن اذ نسلم بهذه الآراء من الناحية النظرية الا أن مايجرى فى العمل يقع على خلاف ذلك . ذلك إن التشريع فى الواقع يمثل وجهة نظر الحزب الحاكم ، وإن عضو تلك الهيئات وقد يصل الى حد حل تلك الهيئات وانتخاب مجالس ادارات جديدة تكون موالية للحزب أو السلطة الحاكمة وذلك مثل حل نقابة المحامين ، أو نقابة الأطباء أو نقابة المهندسين أو المعلمين أو العمال واتحاداتها أو غيرها .

وقد كان أعضاء الجمعية التأسيسية لوضع دستور الولايات المتحدة الأمريكية قد أبدوا تخوفهم من إنحراف السلطة التشريعية فى تعيين القضاة وفى الفصل فى صحة عضوية

(١٨١) النظرية العامة للقرارات الادارية ١٩٥٧ ص ٢٥ وطبعة ١٩٧٦ ص : ٣٤ وما بعدها :

« تتمتع السلطة التشريعية فى ممارسة اختصاصاتها بحرية واسعة ، ولكنها ليست مطلقة كما هو الشأن بالنسبة للسلطة التأسيسية ، فالمرشح يتقيد بما ورد فى الدستور من قواعد ، ويتقيد على الرأى الرجوع بالمبادئ الطبيعية العامة التى تستمد وجودها من وجود الإنسان وأدميته ... ولكن مهما كانت تلك القيود فإنها تترك للمشرع حريه شبه مطلقة يستطيع بمقتضاها أن يضع من القواعد ما يشاء ولهذا فإنه من التجاوز أيضا الحديث عن السلطة التقديرية للسلطة التشريعية ، ذلك ان حرية السلطة التشريعية تختلف اختلافا بينا عن السلطة التقديرية .

فالأصل هو حرية السلطة التشريعية ، والاستثناء هو القيود التى يضعها الدستور ، وهى قيود لضبطه عادة . أما بالنسبة للإدارة فإن الأصل أن تقتصر وظيفتها على تنفيذ ما جاء بالقوانين ، ولى حدود قواعد الشكل والاختصاص ومن ثم كان التقيد هو الأصل والحرية هى الاستثناء

فإن من المسلم به ان السلطة التشريعية تستقل بتقدير أهداف التشريع لأن ذلك يتعلق بنطاق السياسة أكبر منه بالقانون ، ولأن التشريع لا بد وأن يصطبغ بصيغة الحزب الغالب فى البرلمان ... وبمضى العميد الطماوى فيقول : إن المعيار الذى الموضوع الذى سلمنا به فى الانحراف بالسلطة الادارية يصعب التسليم به فى الانحراف بالسلطة التشريعية لأنه من غير الممكن — وعلى كل حال فمن غير المستساغ — أن — تسب غايات شخصية الى أهمية التشريعية فالمفروض دائما أن هذه المهمة تستعمل سلطتها لتحقيق المصلحة العامة ولا غاية لها غير ذلك . ويذهب ان ذلك ايضا الدكتور محمد عصفور ، أنظر مؤلفه عن « مذاهب المحكمة الادارية العليا فى الرقابة والتفسير والابديع » الجزء الأول طبعه ١٩٥٧ ص : ١٢٧ وما بعدها .

ويقول الدكتور أحمد كمال أبو المجد : ونحن من جانبنا نسلم بما ذكره المعارضون على النظرية من وجود فوارق بين السلطة التقديرية المعروفة للإدارة وتلك التى يتمتع بها المشرع وإن كنا نعتقد مع ذلك أن الفارق بين السلطتين فارق فى الدرجة وخدها . أنظر هامش ٥٩٣ من مرجعه السابق .

ولما كان المحرف السلطة التشريعية أمر محتمل الوقوع ، وأنه يقوم على اعتبارات سياسية ، فإن رقابة القضاء على دستوريته يكون في اعتياده محل نظر وترج بالقضاء في وزن وتقدير ملائمة تلك الاعتبارات السياسية الأمر الذي يحسن باستقلاله . ونطلق فيها ذهب اليه استاذنا العميد الطحاوي وما انتهى اليه الدكتور عبد الحميد متولى في أن توكل مهمة الرقابة على عيب الانحراف الى هيئة يقرر الشاها الدستور على أن يراعى في تكوينها أن تجمع بين التشريع مقيد بوجهة النظر الحزبية خاصة في المسائل السياسية الهامة بغض النظر عن وجهة نظره الشخصية ، ولذلك يكون مدفوعا في مثل هذه الحالات بغايات حزبية فيقع الانحراف ، ويكون مجال الانحراف في السلطة التشريعية أكبر من مجاله في السلطة الادارية لأن عضو الادارة شخص معروف ومحدد ومسؤول لم يتحرى دائما حدود وظيفته حتى لا يتعرض للمساءلة وتعرض قراراته للإلغاء مما يؤثر في مستقبله الوظيفي . أما عضو التشريع بمجال الحصانة التي يسبغها عليه القانون فهو غير مسؤول بصفة شخصية أمام أى كائن من كان ، وإن كان الحزب يتعرض في هذه الحالة الى مسؤولية سياسية قد تؤثر في ثقة الناخبين فيه وفي مستقبله السياسي .

ولعل أوضح صور الانحراف تتمثل في سلطة المشرع في تنظيم الهيئات المهنية والنقابية التي يسيطر على ادارتها أعضاء من غير المنتمين للحزب الحاكم أو السلطة الحاكمة ، أو يعارضون سياساتها العامة ، وقد يحد ذلك التنظيم من حقوق وحرمان وسلطة عناصر قضائية وعناصر سياسية غير ذات صبغة حزبية أى برجال معروفين باستقلال الرأي (١٨٣).

(١٨٢) الوسيط في القانون الدستوري : للدكتور عبد الحميد متولى — ص : ٦٦١ الى ٦٧٥ والنظرة العامة للقرارات الادارية مرجع سابق — ص : ٤٣

(١٨٣) شارلز ايمالز — المحكمة العليا — ص : ١٣ ، وليرولد وآخرون مرجع سابق — ص

المطلب الرابع الرقابة القضائية على دستورية القوانين في السودان

نصت المادة ٨٢ من قانون الحكم الذاتي للسودان لسنة ١٩٥٣ على أن « الهيئة القضائية هي حارس الدستور ولها اختصاص النظر والحكم في أي مسألة تشمل تفسير الدستور الموضوع بموجب هذا ، أو تطبيق الحقوق والحريات الممنوحة بموجب الفصل الثاني ... »

وقد عقدت الفقرة الثانية من المادة المذكورة اختصاص تفسير الدستور للمحكمة المدنية العليا . وجاء ذلك القانون كميثاق يلتزم به الدستور الذي يوضع عند استقلال البلاد . وتنفيذا لذلك صدر أول دستور مؤقت للسودان فنص على أن « الهيئة القضائية هي حارس الدستور ولها اختصاص النظر والحكم في أي مسألة تشمل تفسيره أو تطبيق الحقوق والحريات الممنوحة بموجب الفصل الثاني ، وتختص المحكمة المدنية العليا بتفسير الدستور » ونقل هذا النص الى نص المادة ٩٩ من دستور ١٩٦٤ المؤقت .

ويتبين من هذا ان الدساتير في السودان قد نصت على حق المحاكم في النظر في دستورية القوانين قبل الدساتير المصرية وإن كانت المحاكم في مصر قد مارست هذا الحق قبل نص الدساتير عليها .

أما الدستور الحالي فقد نص في المادة ١٩٠ على أن « المحكمة العليا حارس الدستور وتختص بنظر المسائل الآتية وإصدار الأحكام والقرارات فيها وفقا للدستور والقانون ... » مثل تفسير الدستور ... والطعن في دستورية القوانين ، وقد مارست المحاكم هذا الحق منذ عام ١٩٦٥ وحكمت في عديد من القضايا الهامة بشأن دستورها .

أخذ السودان بالرقابة المركزية على دستورية القوانين ولكنه لم ينشئ محكمة خاصة كما فعل الدستور المصري ولكنه جعل الرقابة القضائية على دستورية القوانين من اختصاص

المحكمة العليا تنظرها في دائرة من دوائرها تكون من سبعة قضاة ولا تقل عن خمسة ، ويرأس المحكمة أكبر القضاة سنا ما لم يرأسها رئيس المحكمة العليا وذلك وفقا لنص المادة ١١ (٢) من قانون المهبة القضائية لسنة ١٩٨٤ .

كذلك نص قانون الاجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣ على طرق الدعوى الأصلية. نص في المادة ٣٢٣ على أن : ترفع الدعوى بطلب الفصل في دستورية القانون أو نص تشريعي بمرضة تقدم إلى المحكمة العليا تتضمن خلاصة على البيانات العامة التي تشتمل عليها عرضة الدعوى ، بيان القانون أو النص التشريعي موضوع الطلب وأوجه مخالفته للدستور والمصلحة المباشرة لمقدم الطلب التي أضيفت .

وأما كذلك بطريقة الدفع الفرعي نص في المادة ٣٢٤ على أنه : إذا دفع بعدم دستورية قانون أو نص تشريعي أمام المحاكم وقررت المحكمة جدية الدفع فحدد للمخصوم مهلة لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ، ول اعتقادنا يهز للمحكمة المطروح أمامها النزاع أن تتصلى من تلقاء نفسها لاحالة الدعوى إلى المحكمة العليا إذا كان الموضوع يتعلق بنزاع دستوري حتى ولو لم يطلب ذلك المخصوم لأن الدفع بعدم الاختصاص من النظام العام .

أما عن الأثر القانوني المقرب على عدم الدستورية فلم يتعرض له الدستور أو القانون وإنما نصت المادة ٣٣٥ على أن تفسر الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين وتكون تلك الأحكام ملزمة وإن كنا نفضل أن ينص الدستور على الأثر القانوني بعدم دستورية القانون والذي يجب أن يكون هو البطلان .

الباب الثاني

علاقة السلطات العامة

إن مبدأ الفصل بين السلطات لا يعنى أن يكون الفصل بينها فصلا كاملا أو مطلقا ، ولا يمكن أن يكون كذلك فلا بد أن يكون هناك تداخل وتعاون بين السلطات ومن دراسة هذا التداخل وذلك التعاون يتبدى مدى الاستقلال الذى يتوافر للسلطة القضائية فى علاقتها مع السلطتين التشريعية والتنفيذية ، ولذا نقسم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : علاقة السلطة التشريعية بالسلطة القضائية

الفصل الثانى : علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة القضائية

الفصل الأول

علاقة السلطة التشريعية بالسلطة القضائية

تنص الدساتير — عادة — على وضع السلطة القضائية فيها وترك للمشروع سلطة تنظيمها وتفاوت نوعية هذا التنظيم بحسب النظام السياسي الذي يعتنقه الدستور ويختلف تبعاً لذلك وضع السلطة القضائية واستقلالها ، وقد يحتفظ المشرع لنفسه بحق الفصل في بعض المسائل التي تكون من اختصاص السلطة القضائية ، وقد يفوض الدستور أو المشرع للسلطة القضائية النظر في تفسير بعض القوانين التي هي من اختصاص المشرع ، وقد يقيد المشرع حق اللجوء إلى القضاء وهو ينظم حق التقاضي لذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تدخل المشرع في تنظيم القضاء
المبحث الثاني : تدخل اختصاص المشرع والقضاء

المبحث الأول

تدخل المشرع في تنظيم القضاء

درجت الدساتير أن تضع القواعد العامة لكل سلطة من حيث تكوينها واختصاصاتها وكيفية ممارستها لذلك الاختصاصات وفوض المشرع الدستوري — المشرع

العادى — فى وضع التشريعات التى تكفل حسن اداء كل سلطة لوظيفتها التى انيطت بها دستوريا ، ولما كانت السلطة القضائية هى إحدى تلك السلطات الدستورية فان المشرع يتدخل لوضع قواعد تنظيمها بأسلوب يختلف من دولة لأخرى وينعكس على استقلالها . ولذا نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب :

- المطلب الأول : تنظيم القضاء فى المملكة المتحدة
- المطلب الثانى : تنظيم الكونجرس للمحاكم الاتحادية فى الولايات المتحدة الأمريكية
- المطلب الثالث : تنظيم القضاء فى مصر
- المطلب الرابع : تنظيم القضاء فى السودان

المطلب الأول تنظيم القضاء فى المملكة المتحدة

إن الدستور هو الوثيقة السياسية والقانونية التى تتبلور فيها علاقة السلطات العامة فى الدولة ولا يتسنى لأى باحث أن يصدر حكما على تدخل البرلمان فى تنظيم المحاكم فى المملكة المتحدة مالم يلم على الأقل بالمبادئ الدستورية العامة التى ينفرد بها الدستور الانجليزى . فهو دستور غير مكتوب وأن أشتمل على وثائق تشكل جزءا هاما منه إلا أن الجزء الأكبر من ذلك الدستور غير مكتوب وهو كما يقول العلامة دابسى — من صنع القضاء^(١) أون حجر الأساس فيه كما يقول جيننجر هو مبدأ سيادة البرلمان بحيث يستطيع أن يصدر من القوانين ما يشاء فى تنظيم المحاكم دون أن تستطيع أى هيئة معترف بها فى المملكة المتحدة أن تلغىها *override* أو تنقصها *to set aside*^(٢) — ولذلك فإن تنظيم المحاكم وتحديد اختصاصاتها تقوم على قوانين تشريعية

Jennings: The law and the constitution 4 th ed (1952) P. 139

(١)

(٢) ديد وفليس — مرجع سابق — ص : ٨

وقد يعتقد البعض ان المشرع الانجليزي يجمع سلطة مطلقة في إنشاء والغاء المحاكم وتحديد اختصاصاتها الأمر الذي قد يمثل مبدأ الفصل بين السلطات ويؤثر على ولاية القضاء غير أن هذه نظرة سطحية ، لأنه على الرغم من مبدأ سيادة البرلمان فإن طبيعة الدستور وما جرى عليه العمل ينفيان تلك السلطة المطلقة .

يقول العلامة رادكليف وكروس : أن قضائنا في الواقع لا يشعرون بخوف من هذه السيادة البرلمانية ، وذلك أن البرلمان لا يصدر القوانين التي تمس تنظيم المحاكم إلا بناء على مشورة أو اقتراح من رجال القانون^(٣) . ويرى جينينجر أن السلطة القضائية وهي ثالث الفروع الكبرى التي تقسم معظم الدساتير وظائف الدولة إليها — تمثل مشكلة — ذلك بأنه لا يستطيع فهم القانون الدستوري (والذي هو مصدر السلطات الثلاث في النظم الأخرى) بأنه يشمل السلطة التنفيذية ... فالقانون الدستوري هو أحد وظائف النظام القضائي وهو يعالج هيئات الدولة الأخرى : البرلمان الادارة ووظائفها^(٤) .

وإذا كان هذا هو الوضع المميز للقضاء الانجليزي — كهيئة خاضعة للبرلمان ومنشيه في نفس الوقت لقواعده الدستورية ، فإنه لا يجوز تصور أن القضاء في علاقته بالمشرع في وضع أدنى من وضعه في الدول الأخرى ، فقد يوحى ظاهر الأمر بأن وضع القضاء الانجليزي يقل في مركزه الدستوري عن وضع القضاء في أية دولة ذات دستور مكتوب لا تتمتع فيه السلطة التشريعية بمثل ما يتمتع به البرلمان الانجليزي من سيادة . غير أن المتعمق في روح النظام الانجليزي سوف يجد أن ما يظهر للعيان غير ما يجري به العمل — ولئن كان البرلمان الانجليزي يتمتع دستوريا بالسيادة إلا أن الشراح مجمعون أن العمل يجري على أن تقتصر هذه السيادة على معناها القانوني دون معناها السياسي ذلك ان السيادة السياسية في نهاية الأمر معقودة لهيئة الناخبين ولي ضوء هذه الحقيقة يجب أن ينظر الى العلاقة الواقعية بين القضاء والبرلمان ، وهي علاقة تؤكد تأكيداً لا شبهة فيه أن البرلمان لا يستطيع أن ينظر إلى القضاء إلا من خلال نظرة المواطنين له وهي نظرة توفير لا حد لها

(٣) هودلبيس — مرجع سابق — ص : ٣٦٥

(٤) راد كليف وكروس — مرجع سابق — ص : ٣٩٣ — ٣٩٤

توجب له الاعتراف بالاستقلال الكامل^(٥) وفي هذا يقول جينينجز وإن كانت الصيغ القانونية قد أفادت في ارساء تقاليد استقلال القضاء إلا أن استقلال القضاء يعتمد على شعور عام بوجود استقلال القضاء أكثر من اعتماده على أشكال القانون^(٦).

المطلب الثاني

تنظيم القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية

لعل دستور الولايات المتحدة كان أكثر الدساتير وضوحاً عندما نص صراحة على سلطة الكونغرس في تنظيم وتأسيس المحاكم الدنيا^(٧) ولعله كان من أكثر الدساتير بعد نظر عندما قصر ذلك التنظيم والتأسيس على تلك المحاكم الدنيا خلافاً للمحكمة العليا حتى لا تمتد إليها يد التعديل لمس سلطانها الأصلية ، ولعل في ذلك ما يقطع بأن القضاء سلطة مستقلة لاميزة للمشرع عليها أو الرئيس فكل تلك السلطات الثلاث تدور في فلك الدستور .

فالمحكمة العليا — اذن — محكمة دستورية Constitutional Court بمعنى انشأها الدستور ولم ينشئها القانون not created by law ولا يستطيع أن يلغيها القانون not to be dispensed with by law وفقط يستطيع القانون تنظيمها كسلطة متعاونة Co-efficient power مع بقية السلطات الأخرى .

لم يحدد الدستور عدد أعضاء المحكمة العليا وترك ذلك ضمنياً للكونغرس لينظمه بموجب قانون ، ولم يتحدث الدستور كذلك عن وظيفة رئيس القضاء كلية ولكن ورد في نص سابق بأن يرأس القضاء محكمة الرئيس الأمريكي كوظيفة رئيس القضاء — اذن — من عمل الكونغرس^(٨).

(٥) استقلال السلطة القضائية — مرجع سابق — ص : ١٩٨ و ١٩٩

(٦) جينينجز — مرجع سابق — ص : ٧٦ و ٧٧

(٧) راجع المادة ٣ من الدستور

(٨)

أما عدد أعضاء المحكمة العليا فقد كان في البداية يتكون من رئيس القضاء وخمسة أعضاء آخرين ، ثم خفضه الكونجرس إلى خمسة أعضاء عام ١٨٠١ ثم رفع العدد إلى سبعة أعضاء في عام ١٨٠٧ ، ثم إلى تسعة عام ١٩٢٧ ثم إلى عشرة عام ١٨٦٣ ، ثم خفض إلى سبعة عام ١٨٦٦ ، ثم رفع إلى تسعة عام ١٨٧٩ وظل ثابتا حتى الآن^(٩) .

وكان زيادة وتقصان عدد المحكمة العليا ما هو إلا محاولة من الكونجرس للنيل من استقلال السلطة القضائية وذلك بأدخال أو عدم إدخال بعض الأعضاء من ذوي الميول السياسية ، لتنفيذ سياسة الحكومة ولكن ندر ما يمس ذلك استقلال المحكمة لأن العضو مجرد توه منصبه في المحكمة العليا تسيطر عليه تقاليدها وتحيط به هيئة المحكمة المستقرة في أعماق الشعب الأمريكي فيجد نفسه أكثر تمسكا باستقلالها .

لقد حاول الكونجرس مرات ومرات مدغورها بعوامل سياسية أن يتدخل في تنظيم المحكمة العليا ، بوضع أساليب معينة فيحدد من سيادتها القضائية judicial supremacy والتي كانت تهدد سلطة المشرع بالتمادي في الرقابة على أعماله ويري أن نتعرض بشيء من التوضيح لتلك المحاولات لأنها أكثر العوامل تأثيرا على استقلال السلطة القضائية :

أولا : اهتمام القضاة وعزلهم :

لم يكن غريبا - أن كانت محاولة الكونجرس لاهتمام وعزل القضاة هي أول الأساليب التي اتبعها لخفض السلطة القضائية to curb power of judiciary لسلطانه ، وذلك لأن الحزب الاتحادي Federalist Party كان قد فقد الرئاسة والكونجرس في انتخابات سنة ١٨٠٠ ولذلك رأى أن يحتفظ بتأثير هام على القضاء الاتحادي بوضع أقوى وأصدق أعضاء الحزب في المناصب القضائية الهامة قبل تسليم الإدارة للرئيس الجديد لحكومة الحزب الديمقراطي . وقد أصبح نشاط بعض القضاة الاتحاديين إلى حد ما مصدر قلق مستمر للديمقراطيين الذين تسلموا السلطة منذ عام ١٨٠٠ ، وقد أدى

(٩) فارغسن - النظام الأمريكي للحكومة - مرجع سابق - ص : ٤٤٦ و ٤٤٧ .

هذا القلق إلى محاولة عزل أحد الاتحاديين القيايين من أعضاء المحكمة العليا عن طريق الاتهام *Via impeachment route* ولكن اجراءات الاتهام أمام مجلس الشيوخ قد فشلت لعدم توفر النصاب اللازم في هذه الحالة وهو ثلثي أعضاء المجلس^(١٠).

ثانيا : الالغاء التشريعي للمحاكم : Congressional Abolish Of Courts

والمحاولة الثانية التي بذلت هي أن يمارس الكونجرس حقه غير المشكوك فيه *unquestioned right* لالغاء المحاكم الاتحادية ، ولكن هذا أن كان يصدق على المحاكم الاتحادية الدنيا ، فلا يصدق على المحكمة العليا التي هي من صنع الدستور حسب الفقرة الأولى من نص المادة الثالثة منه . وفي الواقع أن الكونجرس قد ألغى عام ١٩١١ نظام محاكم الدوائر كلية .

وفي عام ١٨٦١ وكجزء من المخطط للهجوم على المحكمة العليا بسبب قرارها في قضية *Dred Scott*^(١١) أقترح أحد أعضاء مجلس الشيوخ السناتور Hale من ولاية Maine وضع حل في الكونجرس وذلك بأن توجه « لجنة القضاء » لأن تبحث في ملائمة ولياقة الغاء المحكمة العليا القائمة وإنشاء محكمة عليا بدلا عنها حسب نصوص الدستور ، وأنه من رأى الكونجرس أن هذا سوف يوافق متطلبات الدستور ولكن زملاء ذلك « السناتور » لم يكونوا على استعداد لقبول ذلك الاقتراح العنيف *drastic proposal* ولأن دستوريته سوف تكون محل خلاف *debatable*^(١٢).

ثالثا : الانتقاص التشريعي لاختصاص المحاكم :

أن الحد من اختصاص المحاكم تشريعيا *Congerssional curtailments of the Courts jurisdiction* كان المحاولة الثالثة لأن ينتقص الكونجرس من المحاكم الاتحادية اختصاصها

(١٠) كار - مرجع سابق - ص : ٢٦١

(١١) المرجع السابق - ص : ٢٦٣ و ٢٦٤

(١٢) كان - المرجع السابق - ص : ٢٦٤ - ٢٦٦

بموجب القانون ، لا يخلف في أن الدستور يعطى الكونجرس سلطة كاملة في أن يقرر أنواع القضايا التي يختص بمسماها القضاء الاتحادي بما في ذلك المحكمة العليا ، ولكن التوسع في أنقص ذلك الاختصاص بفرض انكار أى فرصة للمحاكم الاتحادية تقاس سلطة الرقابة القضائية ولقد وسيلة متطرفة للغاية ترقى إلى مستوى إلغاء المحاكم جميعا ... لأن الكونجرس يستطيع بسهولة أن يسحب اختصاص المحاكم الاتحادية في تلك الحالات والتي تكون فيها دستورية القانون الاتحادي موضع شك . وقد حدث هذا على الأقل في حالة واحدة عام ١٨٦٨ عندما أجاز الكونجرس قانونا يلغى اختصاص المحكمة العليا بنظر نوع معين من الاستئنافات كان قد سبق أن منحه لها في سنة سابقة إلا أن المحكمة العليا أعلنت عدم دستوريته لأن ذلك قد يؤدي إلى أن يلغى الكونجرس كل أنواع الاختصاص القضائي لكي يتخلص بهذه الطريقة من الرقابة القضائية ...

وقد يحاول الكونجرس أن يترك الاختصاص القضائي دون مساس ولكن يمنع المحاكم من ممارسة سلطة الرقابة القضائية في أى دعوى عندما تكون مختصة بنظرها ، ولكن هذه المحاولة نفسها معرضة بأن تعلن المحكمة العليا عدم دستورتها لأنها تتضمن سحباً لكل أنواع الاختصاص^(١٣) .

رابعاً : تعديل الأغلبية اللازمة لصدور الحكم :

تكون المحكمة الاتحادية العليا من تسعة قضاة وتصدر قراراتها بالأغلبية وقد هاجم الكونجرس هذه الأغلبية البسيطة وقدمت عدة اقتراحات كان أهمها الاقتراح الذى يقضى بعدم اختصاص المحاكم الاتحادية الدنيا في ابطال invalidation القوانين الاتحادية أو قوانين الولاية على أن يتطلب إلغاء ذلك

التشريع بواسطة المحكمة العليا موافقة ثلثي قضاةها^(١٤) ولكن هذا الاقتراح مثل الاقتراحات الأخرى لم يكتب لها النجاح ، ولأنه مهما كان حجم الأغلبية فإنها لا تحل المشكلة بدليل أن القرار في قضية Dred Scott والذي لم يرض الكونجرس كان بأغلبية سبعة أعضاء من تسعة .

لا خلاف في أن المحاكم الاتحادية ، ومحاكم الاستئناف تخضع في تنظيمها لسلطة الكونجرس وفقا لنص المادة الثالثة من الدستور ، ولا توجد محكمة واحدة من المحاكم الاتحادية — خلاف المحكمة العليا — منصوص عليها صراحة في الدستور ، ومن ثم فإن وجود المحاكم الاتحادية يقوم أساسا على القوانين based primarily on statutes أكثر من الدستور ، وقد سبق للكونجرس في الماضي أن غير هيكل القضاء الاتحادي عدة مرات ويمكنه عمل ذلك في المستقبل دون أي عائق دستوري without constitutional hindrance وما يصدق على الهيكل القضائي ، يصدق على المحاكم الاتحادية^(١٥) .

ولكن سلطة الكونجرس من الناحية العملية في هذا المجال كانت ماثرة خلاف بين رجال القانون وكانت محل اهتمام القضاء ، فقد صدر قانون عام ١٩٣٢ ينص على أنه لا يجوز لأي محكمة في الولايات المتحدة أن تعطى نفسها الحق في إصدار أمر منع injunction دائم أو مؤقت في أي دعوى تتعلق أو تنجم عن نزاع عمل^(١٦) ويرى البعض أن هذا القانون غير الدستوري لانهلاله بسلطة المحاكم الاتحادية ، لأنه لا يجوز للمشرع أن يتعدى على سلطات المحاكم بحيث يقضى على وجود المحكمة في ممارسة وظيفتها الأساسية^(١٧) ويعتبر ذلك القانون حسب رأي أحد القضاة المرموقين عن مدى ممارسة الكونجرس لسلطاته التي لم توجد إلا من أجلها^(١٨) وإذا ماتدخل الكونجرس بهذه الطريقة ، فإن الإنسان يتساءل إلى أي مدى يمكن تدخل الكونجرس في المحاكم الاتحادية^(١٩) .

(١٤) اشوارتز — مرجع سابق — ص : ١٤٠

(١٥) القانون المسمى بقانون Norris-La Guardia الصادر في ٢٩ مارس ١٩٣٢ أنظر فريوند — مرجع سابق ص : ١٣٧

(١٦) اشوارتز — المرجع السابق — ص : ١٤١

(١٧) فاندربيلت — مرجع سابق — ص : ١١١

(١٨) القاضي Chose في قضية Ex parte Mc Coid عام ١٨٦٨ .

(١٩) أنظر كيلي — مرجع سابق — ص : ١٨٧ قضية Martin V. Hunter's lease عام ١٨١٦ .

ولذلك أخذ رئيس القضاة الأمريكي (ستورى) وجهة نظر مختلفة في سلطة الكونجرس المنصوص عليها في المادة الثالثة من الدستور في تنظيم وإنشاء المحاكم وتحديد اختصاصاتها حيث ورد في حكمه في قضية مارتين^(٢٠) أن الكونجرس وأن كان يملك دستوريا تحويل الاختصاص الاتحادي للمحاكم الاتحادية ... إلا أن ذلك لا يسلب المحكمة العليا سلطاتها الاستثنائية .

ويعين من هذا أن (ستورى) كان يرى بوضوح فائقة إلى الخضوع تشريعات الكونجرس في صدد تنظيم المحاكم الدنيا إلى اختصاص المحكمة العليا من فرض السيادة القضائية على كل التشريعات التي تمس ولاية القضاء واستقلاله .

ونعتقد أن الحق ما قال به بروفيسر هارت وهو أن سلطة تنظيم الاختصاص في الواقع هي تنظيم للحقوق^(٢١) وأن تنظيم الحقوق هي من الأمور التي يستقل بتنظيمها المشرع الدستوري لا المشرع العادي . ولذا يرى فريوند أن ممارسة الكونجرس لتنظيم المحاكم الاتحادية يجب أن يخضع ويتطابق على الأقل مع التعديل الخامس للدستور ، بمعنى أن الكونجرس وأن كان يملك سلطة غير مشكوك فيها بأن يمنع أو يمنع أو يقيد اختصاص المحاكم الاتحادية الدنيا إلا أنه يجب ألا يمارس هذه السلطة لدرجة تجرد أى شخص من حياته أو حرته أو ماله بدون اتباع الوسائل القانونية *Due process of Law* وأنها اختصاص المحاكم بالنظر في شرعية تلك القوانين أو القرارات^(٢٢) .

ويعين من هذا أن دستور الولايات المتحدة وأن نص صراحة على سلطة المشرع في تنظيم القضاء الاتحادي ، إلا أن تلك السلطات ليست مطلقة وإنما هي سلطة مقيدة ، فلا يجوز للكونجرس استنادا على نص المادة الثالثة من الدستور أن يتدخل في تنظيم القضاء بدرجة يقضى فيها على وظيفة المحاكم وينال بذلك من مبدأ الفصل بين السلطات والمساس باستقلال السلطة القضائية فيظل التعديل الخامس للدستور هو المهيمن على كل عمليات التشريع بما في ذلك التشريعات التي تنظم المحاكم واختصاصاتها .

«A power to regulate jurisdiction is actually a power regulate rights»

(٢٠)

(٢١) فريوند — مرجع سابق — ص : ١٣٨

Arthur T. Vanderbilt: The doctrine of separation of powers and its present-day significance (٢٢)
(1933) P.

ومع ذلك فقد انفرد النظام الأمريكى بنوع آخر بتدخل السلطة التشريعية فى أعمال القضاء بعد صدور أحكامه وتمثل الفترة بين الثورة الأمريكية والحرب الأهلية ذروة هذا الموقف الذى كانت فيه الهيئات التشريعية للولايات تبطل وترد أحكاما قضائية نهائية أو تسمح بالاستئناف بعد أن تكون مواعيد الطعن قد انقضت وتصحيح بعض الوصايا بعد أن تكون المحاكم قد رفضتها ، وتصحيح بعض الزيجات التى كانت باطلة وقد التزم القام ... وقد أشار الاستاذ فاندربلث إلى أن صدور تشريع محاكمة جديدة كان أكثر شيوعا فى انتهاك السلطة التشريعية لمبدأ الفصل بين السلطات^(٢٣) .

أما بعد صدور دستور ١٨٨٧ فان المشرع لا يستطيع أن يلغى تفسير قانونى طبقته المحاكم بالفعل على قضايا واقعية ولا يستطيع كذلك أن يلزمها بتفسير معين فى المستقبل .. وإذا كان المشرع لا يستطيع أن يتحكم بطريقة غير مباشرة فى عمل المحاكم بان يلزمها بتفسير القانون حسب وجهة نظره فيكون من باب أولى الا يستطيع عمل ذلك بطريقة مباشرة بالغائه لأحكامها والزامها بمحاكمة جديدة أو إخلاء سبيل المحكوم عليهم أو ان يأمر بان تتخذ اجراءات معينة لاجراء تحقيق قضائى جديد .

لقد توسعت المحكمة العليا فى الرقابة القضائية بدرجة مذهلة بعد الحكم الشهير الذى أصدره جون مارشال فى قضية ماربرى ضد ماديسون بدرجة أعاققت السياسات الاقتصادية والاجتماعية التى حاولت السلطات العامة انتهاجها الأمر الذى أخرج كبار الدستوريين المشيعين للرقابة القضائية حتى وصفها بقوله أن الرقابة القضائية فى معنى معين تشجع على عدم احترام القانون^(٢٤) .

ولذلك أثير جدل قانونى وسياسى بين البقاء retention على الرقابة القضائية أو الغائها abolishment^(٢٥) وقد بذلت عدة محاولات وقدمت عدة مقترحات للحد من تلك الرقابة ، وكان أشدها خطرا على استقلال السلطة القضائية الاقتراح الذى تضمن الغاء

(٢٣) كار - مرجع سابق - ص : ٢٨٦

(٢٤) كار - مرجع سابق - ص : ٢٨٧

(٢٥) كالسون - مرجع سابق - ص : ٣٥٢ و ٣٥٣

القرارات القضائية بموجب قرار يصدر عن الكونجرس بأغلبية ثلثي أعضائه^(٢٦) ولكن لم يكتب لهذا الاقتراح النجاح . وكانت أكثر المقترحات التي وضعت موضع التنفيذ ، ولا تتعارض في نفس الوقت مع سلطة الكونجرس هو تعديل عدد أعضاء المحكمة العليا بالزيادة والنقصان للسيطرة على قرارات المحكمة عن طريق الأعضاء الموالين لسياسة الحكومة ، وفشل ذلك الاتجاه لأسلوب تعديل الدستور لعدم سريان نفاذ التفسير الذي اعتنقه المحاكم في المستقبل .

وتطبيقا لذلك ، وإذا ما وجد الكونجرس نفسه في تعارض *in conflict* مع المحكمة العليا في مسائل دستورية ، فيسمى في هذه الحالة إلى استخدام وسيلة مباشرة ومنظمة لتعديل الدستور لتحقيق أغراضه *to accomplish its ends* وقد فعل ذلك في قضايا ثلاث — الأولى : شيشولم ضد جورجيا عام ١٧٩٣ حيث ألغيت بموجب التعديل الحادي عشر — والثانية : ديردسكوت عام ١٨٥٧ في طبيعة ومصدر المواطنة وقد ألغيت بموجب المادة الأولى من التعديل الرابع عشر — بينما ألغى التعديل السادس عشر على الأقل جزء من قرار المحكمة في قضايا ضريبة الدخل عام ١٨٩٥ . ولكن هذه التعديلات ليس من السهل تحقيقها ، ومع ذلك فإن معظم الجهود لتعديل أو إلغاء الأحكام المتنازع فيها لم تنجح ، فضلا عن أن تاريخ تعديل ضريبة الدخل أوضح بجلاء أن معنى التعديل يخضع لتفسير المحكمة العليا مثله في ذلك مثل أي نص دستوري أصلي^(٢٧) .

وهذه نفس النتيجة التي توصل إليها البروفسر كار بعد بحث مستفيض في هذا الصدد حيث انتهى إلى أن تجديد Modernizing الدستور لم يضع حداً لنهاية تدخل

(٢٦) كوهمان — مرجع سابق — ص : ٢٣ و ٢٤ — أنظر القضايا التي ألغيت Chisholm V. Georgia, 2 Dall. 419 (1793)

Dred Scott V. Sandford, 19 How. 393 (1857)

Pollock V. Farmers loan and trust Co. 159 U.S. 61 (1895)

(٢٧) أنظر الفصل الحادي عشر — مرجع سابق — ص : ٢٥٧ — ٢٧٧ حيث تعرض المقترحات قدمت في —

معالجة الرقابة القضائية وحلها جميعا ووجد أنها تتعارض واستغلال السلطة القضائية وحتى إن هذا الاقتراح الأخير

على حد قوله "It is clear that modernizing constitution would by no means bring to an end controversy over the judicial function in the governmental process."

المطلب الثالث تنظيم المشرع للقضاء في مصر

خولت الدساتير المصرية المتعاقبة السلطة التشريعية في تنظيم القضاء وكان آخرها الدستور الحالي الذي ينص على أن يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط اجراءات تعيين أعضائها . وعلى المشرع أن يمارس هذه السلطة بنفسه بحيث لا يخلوها لأي جهة أخرى ومع ذلك فقد صدرت القوانين المنظمة للسلطة القضائية بقرارات بقوانين ، في حين أنه من المسلمات في فقه القانون العام أنه لا يجوز تنظيم أي من السلطتين التشريعية أو القضائية بأداة تشريعية أدنى من القانون حتى لا تتسلط عليها السلطة التنفيذية وتمحقها فتنتهي بذلك الدولة القانونية وتطبقا لذلك قضت محكمة النقض في ١٩٧٢/٢/٢١ في الطلبات رقم ٢١ لسنة ٣٩ ق و ٢٤ لسنة ٤١ ق ، ٢٦ لسنة ق ، بأن المسائل التي تتصل باستقلال القضاء لا يجوز تنظيمها بأداة تشريعية أدنى مرتبة من القانون الصادر من السلطة التشريعية ، وقد استقر قضاء النقض على هذا المبدأ فيما تلاه من أحكام ومع ذلك صدرت معظم القوانين المنظمة للقضاء لقرارات بقوانين وكان آخرها قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

ويتبع تنظيم المشرع للسلطة القضائية في مصر نجد أن المحاكم الحالية قد أنشئت ونظمت بلائحة ترتيب المحاكم الأهلية الصادرة في ١٨٨٣/٦/١٤ . ولائحة اجراءاتها الداخلية الصادرة في ١٨٨٤/٢/١٤ . وقد ألغيت هاتان اللائحتان بقانون نظام القضاء رقم ٤٧ لسنة ١٩٤٩ فكانت محكمة النقض قد أنشئت بالمرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ ثم صدر بعد ذلك قانون استقلال القضاء رقم ٦٦ لسنة ١٩٤٣ الذي حل محله قانون استقلال القضاء والصادر بالمرسوم بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٢ ، وعند قيام الجمهورية العربية المتحدة صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ م في

شأن السلطة القضائية فالقضى بالمادة الأولى من مواد إصداره كل ما يعارض مع أحكامه من أحكام قانونى نظام واستقلال القضاء . ثم ألغيت بالقى أحكام قانون نظام القضاء وأحكام القرار بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩م بالمادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ والتي أطلت النص على بالقى أحكام قانون استقلال القضاء (٢٨) .

ثم صدر فى ١٩٧٢/١٠/١ قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ وحلت أحكامه محل القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ بموجب نص المادة الأولى من مواد إصداره ، وعدل أخيراً ذلك القانون بموجب القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ فى بعض أحكامه لاضفاء المزيد من الاستقلال على السلطة القضائية .

وصدر كذلك فى شأن القضاء الإدارى قانون مجلس الدولة رقم ١٢ لسنة ١٩٤٦م حل محله القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩م فالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥م فالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩م ، وبعد صدور دستور ١٩٧١ الذى نص على أن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة صدر قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م ، والذى عدلت بعض أحكامه بموجب القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤م .

وصدر أيضاً فى شأن المحكمة العليا القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩م والذى ألغى وحل محله القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨م بعد أن نص الدستور على قيام محكمة دستورية عليا .

ونجد أن المشرع المصرى كان هدفه من إلغاء تلك القوانين وإصدار قوانين جديدة لتنظيم القضاء — هو حرصه على اضماء مزيد من الاستقلال على السلطة القضائية باعتبارها إحدى السلطات الثلاث لكى تواكب التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التى تطرأ على المجتمع . ولم نجد أن نيه المشرع انصرفت الى ذلك التنظيم على بواعث سياسية للنيل من استقلال القضاء كما كان يحدث فى الولايات المتحدة الأمريكية .

(٢٨) تشريعات السلطة القضائية — مرجع سابق — ص : ١٧

ومع ذلك ذهب رأي إلى أن إنشاء المحكمة العليا في ظروف إنشائها كان الهدف منه السعي بشدة نحو بسط سلطان السلطة التنفيذية على القضاء والتدخل في شئونه واخضاعه للسياسة التي يفرعها المشرع ونحن نختلف مع ذلك الرأي لان التنويه إلى إنشاء محكمة عليا نص عليه ميثاق العمل الوطني في ٣٠ يوليو ١٩٦٢ وذلك من أجل أن تقام الضمانات الكفيلة بسيادة القانون وتأكيداً للحرية ودعمها وأكد ذلك بيان ٣٠ مارس ١٩٦٨ ونعتقد أن الهدف الذي من أجله روي قيام محكمة عليا يرفض ما ذهب اليه الرأي السابق .

ولعل في تعديل قانون السلطة القضائية وقانون مجلس الدولة الأخير ما يؤكد حرص المشرع المصري على تنظيم القضاء وبدرجة تكفل له الاستقلال الكامل .

المطلب الرابع

تنظيم الهيئة القضائية في السودان

لم يخول قانون الحكم الذاتي الصادر في ١٩٥٣ والذي يعتبر الدستور الذي يحكم فترة انتقال السلطة الى الوطنيين - لم يخول المشرع سلطة تنظيم الهيئة القضائية ما عدا تحديد مرتبات ومعاشات القضاة التي تصدر بقانون من البرلمان وفوض ذلك إلى لائحة يصدرها رئيس القضاء بعد التشاور مع قاضي القضاة وبعد موافقة الحاكم العام حسب نص المادة ٨٨ من ذلك القانون .

نقل ذلك النص إلى دستور ١٩٥٦ المؤقت ثم إلى نص المادة ٩٨ من دستور ١٩٦٤ المؤقت والتي تقضي بأن تكون شروط خدمة أعضاء الهيئة القضائية بما في ذلك الشروط المتعلقة بالتعيين والترقي والنقل والتأديب والتقاعد بالمعاش وذلك حسب اللائحة التي يصدرها رئيس القضاء بعد التشاور مع قاضي القضاة فيما يتعلق بالقسم الشرعي وبعد موافقة مجلس السيادة .

ونصت الفقرة الثالثة من تلك المادة على جواز تكوين لجنة تتول شئون القضاة برئاسة رئيس القضاة وعضوية قاضي القضاة وبعض أعضاء المحاكم العليا وذلك على نسق مجلس القضاء العالي في مصر الآن بحيث يكون القضاء أنفسهم هم المسؤولون على شئونهم بأنفسهم ولذلك لم يصدر أى قانون لتنظيم الهيئة القضائية في ظل تلك الدساتير غير أن مرتبات القضاة ومعاشاتهم وحدودهم محدد بقانون أما تشكيل المحاكم وأنواعها واختصاصاتها فتد عادة في قانون الاجراءات — الجنائية أو قانون الاجراءات المدنية أو لائحة المحاكم الشرعية بحسب الأحوال .

ولذلك كفل الدستور للهيئة القضائية الاستقلال الكامل في الاطلاع بشئونها دون تدخل من السلطتين التشريعية أو التنفيذية ومع ذلك نجد المشرع قد تدخل تدخلًا مباشرًا في تعطيل أحكام القضاء .

فقد كانت الجمعية التأسيسية التي قامت على أثر القضاة ثورة أكتوبر لها وظيفتان — الأولى — وضع الدستور — الثانية — ممارسة الوظيفة التشريعية حين قيام برلمان منتخب وفق الدستور الجديد ، وقد قامت الجمعية بتعديل نص المادة الخامسة من دستور ١٩٦٤ المؤقت والتي كانت تنص على أن :

- ١ — يتمتع جميع الأشخاص بحرية الاعتقاد وبالحق في اداء شعائرتهم الدينية بحرية بشرط الا يتنافى ذلك مع الأدب أو النظام العام أو الصحة كما يقتضيها القانون .
- ٢ — لجميع الأشخاص الحق في حرية التعبير عن آرائهم والحق في تأليف الجمعيات والاتحادات في حدود القانون .

والتعديل الذى أدخل على هذه المادة هو إضافة الحكم الشرطى الآتى في آخر البند الثانى والذى ينص : على أنه لا يجوز لأى شخص أن يروج أو يسعى لترويج الشيوعية سواء كانت محلية أو دولية ، وأن يروج أو يسعى لترويج الأحقاد أو عديم الاعتقاد في الاديان السماوية أو يعمل أو يسعى للعمل عن طريق القوة والأرهاب أو أى وسيلة غير مشروعة لقلب نظام الحكم .

وقد أضيف لهذه المادة بند جديد ينص على أن « كل منظمة تنطوي أهدافها أو وسائلها على مخالفة لحكم الشرطى الوارد فى ذيل الفقرة تعتبر منظمة غير شرعية وللجمعية التأسيسية أن تصدر أى تشريع تراه لازماً لتنفيذ أحكام ذلك النص » .

وبناء على ذلك التعديل أصدرت الجمعية التأسيسية قراراً يقضى بأسقاط عضوية النواب الشيوعيين من عضويتها ، ومن ثم تقدم النواب الشيوعيون برفع طعن دستورى فى قرار الجمعية التأسيسية . وأصدرت المحكمة العليا قراراً يقضى بعدم دستورية قرار الجمعية ، وبصححة عضوية النواب الشيوعيين واستمرارهم فى عضوية الجمعية .

وفى اليوم التالى ٢٣ سبتمبر ١٩٦٦ عقدت الجمعية التأسيسية جلسة فوق العادة ، وقد أحاط رئيس الوزارة الجمعية علماً بأن الحكومة قد استأنفت الحكم لذى محكمة الاستئناف المدنية العليا ، وفى نفس الجلسة قدم للجمعية التأسيسية اقتراح مضمونه أنه من رأى الجمعية أن لا يحضر أعضاء الجمعية التأسيسية من الحزب الشيوعى المنحل جلساتها حتى يصدر قرار نهائى من محكمة الاستئناف العليا فى هذا النزاع . إلا أن بعض الأعضاء طلب بتعديل الاقتراح بحذف عبارة « حتى يصدر قرار نهائى من محكمة الاستئناف فى النزاع » وأجازت الجمعية أعضاء الجمعية السابقون من الحزب الشيوعى المنحل جلساتها ،

« وإذا كانت الجمعية التأسيسية قد أخطأت وتعدت على اختصاص السلطة القضائية حين منعت الأعضاء الشيوعيين من حضور جلساتها لأن حكم المحكمة العليا ملزم وواجب التنفيذ مالم يصدر قرار من محكمة الاستئناف المدنية العليا بإلغائه أو إيقاف تنفيذه إلا أن خطأ الجمعية الحسيم وتعديها الصارخ على الهيئة القضائية كان فى ذلك التعديل الذى أدخل على الاقتراح الأول والذى يعنى أن الجمعية التأسيسية لا تسمح لأولئك الأعضاء بحضور جلساتها وفقاً لقرار المحكمة العليا لن تسمح بحضورهم فى المستقبل حتى ولو أيدت محكمة الاستئناف المدنية العليا قرار المحكمة العليا » (٢٩) .

(٢٩) التجربة الديمقراطية وتطور نظام الحكم فى السودان — رسالة دكتوراه — الدكتور ابراهيم محمد حاج موسى — جامعة القاهرة — ١٩٧٠ — ص : ٥٤

وقد انحلت السلطة التنفيذية نفس الموقف الذي سوف نعرض له في محله وأيد مسلك السلطين التشريعية والتنفيذية - مجلس السيادة - الذي يمثل رأس الدولة حيث أصدر بياناً للمواطنين في ١٩ أبريل سنة ١٩٦٧ وصف للقواعد القانون الدستوري المتعارفة كما وصف البيان سلوك وطلبات محكمة الاستئناف ،... بأنها بدعة وخروج عن الجهاد الذي يجب أن تتصف به المحكمة لطمئن الناس الى أحكامها^(٣٠).

وأقل ما يوصف به في اعتقادنا سلوك الجمعية التأسيسية بأنه كان يتضمن أخطالا كاملا لاستقلال السلطة القضائية ، وغرقا للدستور بل وبعد أول سابقة للانحراف بالتشريع تلك النظرية التي قال بها العلامة الدكتور السنهوري وهارضة فيها معظم فقهاء القانون الدستوري مستبعدين أن يقع الانحراف من السلطة التشريعية .

أما دستور ١٩٧٣ الحالي فقد نص في المادة ١٩٢ على أن « يحدد القانون درجات القضاة وعددهم ومرتباهم ومخصصاتهم وشروط خدمتهم واجراء محاسبتهم » كما نصت تلك المادة على أن ينظم القانون كيفية ادارة مرفق القضاء ويحدد القانون الاختصاصات الادارية لكل من الهيئة القضائية والسلطة التنفيذية .

وقد صدرت جميع قوانين الهيئة القضائية بموجب أوامر مؤقته ، وقد نص الدستور كذلك على تفويض رئيس الجمهورية بأن ينشئ مجلساً للقضاء العالي ويحدد تكوينه واختصاصاته ليقدم له النصح في سائر شئون القضاء (مادة ١٩١) .

وإذا كان الفقه الدستوري ينتقد تنظيم القضاء بأداة تشريعية أدنى ، فإن تحويل الدستور لرئيس الجمهورية سلطات واسعة في إنشاء مجلس القضاء العالي والسيطرة على ادارة الهيئة القضائية يصبح محل نظر .

ولي اعتقادنا أنه لا يمكن أن ينظم القضاء بموجب قانون بل يجب أن يكون ذلك القانون من القوانين التي يتطلب إصدارها اجراءات خاصة ، وان تتطلب اجازتها أغلبية

(٣٠) انظر بيان مجلس السيادة الصادر في ١٩ أبريل ١٩٦٧

خاصة حتى نضمن عدم انحراف المشرع بسلطاته في تنظيم القضاء وتحقيقاً لمبدأ استقلاله واستقراره .

وبالاحظ بأنه قد صدرت منذ عام ١٩٧٢ وحتى أكتوبر عام ١٩٨٤ خمسة قوانين لتنظيم الهيئة القضائية في حين أنه لم يصدر في مصر منذ عام ١٩٧٢ قانوناً جديداً للسلطة القضائية لأن تعدد القوانين ينعكس أثره على السلطة القضائية وآدائها واستقرارها .

المبحث الثاني

تضارب الاختصاصات بين السلطين التشريعية والقضائية

تنص بعض الدساتير على أسناد الفصل في مسألة معينة للسلطة التشريعية بينما تكون تلك المسألة تدخل بطبيعتها في اختصاص السلطة القضائية وذلك كحق المجالس النيابية في الفصل في صحة عضوية أعضائها ، أو يسند الدستور للسلطة التنفيذية كالنص على إبداء الآراء الاستشارية أو تفسير النصوص الدستورية والقانونية تفسيراً موضوعياً مجرداً ولذلك ندرس هذا الموضوع في مطلبين نرى إلى أي مدى يتفق هذا الاختصاص مع استقلال السلطة القضائية .

المطلب الأول : فصل المجالس النيابية في صحة عضوية أعضائها
المطلب الثاني : الآراء الاستشارية والتفسير الموضوعي للدستور والقوانين

المطلب الأول

فصل المجالس في صحة عضوية أعضائها

نبحث هذا الموضوع في كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة ومصر والسودان ، فنقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع :

الفرع الأول : الفصل في صحة عضوية المجالس النيابية في المملكة المتحدة
الفرع الثاني : الفصل في صحة عضوية الكونجرس في الولايات المتحدة
الأمريكية

الفرع الثالث : الفصل في صحة عضوية مجلس الشعب في مصر
الفرع الرابع : الفصل في صحة عضوية مجلس الشعب في السودان

الفرع الأول الفصل في صحة عضوية المجالس النيابية في المملكة المتحدة

تعد المملكة المتحدة من أعرق الدول التي عرفت نظام الحكم النيابي
وكان من الطبيعي أن تثار مشكلة الفصل في صحة عضوية البرلمان ، فقد
حدث أن أبعاد مجلس العموم من عضويته عام ١٧١٢ العضو ولبول Wolpole
والذي سبق أن أبعاد في دورة البرلمان السابقة .

ودخل مجلس العموم مع نفسه في معركة حادة عام ١٧٨٢ وذلك بسبب قضية
إبعاد جون ويلكر John Wilker وعدم السماح له باحتلال مقعده في البرلمان فقد انتخب
ثلاث مرات بعد انتخابه في عام ١٧٦٤ وكان يعد في كل مرة . وفي عام ١٧٨٢ اقترح
المجلس على قراراته السابقة في منعه من عضوية المجلس ، وأقر المجلس أن قراراته السابقة
كانت خاطئة وكانت مدمرة لحقوق الناخبين في المملكة^(٣١) ومنذ ذلك التاريخ أصبح ينظر
إلى حق البرلمان في الفصل في صحة عضوية أعضائه نظرة شك وحذر .

وبعد أن مر ذلك الموضوع بمراحل تاريخية متعددة صدر قانون عدم أهلية عضوية

(٣١) فيولند - مرجع سابق - ص : ٧٧

مجلس العموم لسنة ١٩٥٧^(٣٢) ونص في مادته السابعة على تنظيم الاجراءات الواجب اتباعها اذا ما طعن في صحة عضوية نائب معين .

وتبدأ تلك الاجراءات بأن يرفع طلب إلى مجلس الملكة الذي يحيل ذلك الطلب إلى اللجنة القضائية Judicial Committee التابعة للمجلس بنفس الطريقة التي يرفع بها طلب الاستئناف إلى المحاكم ... ويجوز للجنة القضائية أن توجه بأن تفصل المحكمة العليا في مسألة الوقائع ويعتبر قرارها نهائى ، ويجوز للمجلس من تلقاء نفسه أن يحيل الدعوى إلى التاج وللجنة القضائية وفقا لنص المادة ٤ من قانون اللجنة القضائية لسنة ١٨٨٣^(٣٣) وذلك للحصول على رأيها الاستشارى في المسائل القانونية الى تتعلق بعدم مؤهلات العضو وهذا ما حدث في قضية « ماكنواى »

وإذا كان ثبوت الوقائع المنسوبة للعضو والتي اذا ما ثبت تؤثر في صحة عضويته مسألة وقائع تفصل فيها المحكمة العليا وقرارها في ذلك نهائى فان هذا يعنى أن البرلمان لم يصبح هو السلطة الوحيدة في الفصل في صحة عضوية أعضائه ، وإنما أصبح يشاركه في ذلك القضاء في أهم جزء يتعلق بالدعوى ، ونستطيع أن نقول أن النظام الانجليزي قد أدرك أن الفصل في صحة عضوية المجالس النيابية مسألة ذات طبيعة خاصة تجمع بين حق المجلس في الفصل في صحتها وبين حق القضاء في التحقق من صحة الوقائع المنسوبة إلى العضو والتي تبرر استبعاده وذلك حتى لا تلعب الاعتبارات السياسية والحزبية دورا في ابعاده . وفي ذلك يوازن النظام بين حق البرلمان وبين ولاية القضاء واستقلاله القائم على الحياد .

The House Of Commons Disqualification Act 1957

Judicial Committee Act 1833

(٣٢)

(٣٣)

الفصل الثاني

الفصل في صحة عضوية الكونجرس

ينص دستور الولايات المتحدة في مادته الأولى الفقرة الخامسة على أن كل مجلس هو القاضي الذي يحصل في صحة عضوية أعضائه بأغلبية أعضائه^(٣٩) وتوضح الفقرة الأولى من تلك المادة الشروط الواجب توافرها في المرشح لعضوية الكونجرس وهي السن Age والمواطنة Citizenship والأقامة Residency ، وأن من أهم القضايا الحديثة التي أثارت في ظل تلك النصوص الدستورية هي قضية د باول^(٤٠) ولاهمية تلك السابقة نرى أن نتناولها بالتفصيل .

الوقائع :

تتلخص وقائع هذه القضية في أنه في خلال فترة المجلس رقم ٨٩ انبثقت لجنة فرعية من لجنة المجلس الادارية للتحقيق في نفقات لجنة التعليم والعمل والتي كان يرأسها باول ، وقد رفعت اللجنة تقريراً يتضمن بأن باول وموظفين معينين قد ضللوا سلطات المجلس في نفقات السفر وأوضح التقرير أيضاً وجود بيئة قوية بدفع مرتبات غير شرعية لزوجته باول بناء على توجيهه ، ولم يتخذ قرار رسمي بحلال دورة المجلس رقم ٨٩ وكان باول قد انتخب عضواً عن الدائرة ١٨ بنيويورك يمثلها في المجلس النيابي للولايات المتحدة رقم ٩٠ . وعندما كان هذا المجلس يستعد للانعقاد طلب من باول أن يتنحى عن أداء القسم لحين اتخاذ المجلس

(٣٩) «Each House shall be the judge of qualifications of its members and a majority shall constitute a quorum to do».

Powell V. MC Cormack 395 U.S. 486, 89 S.Ct. 1944, 23 L. ED 491 (1969)

(٣٥)

قراراً بصحة انتخاب عضويته وكان المجلس قد فوض رئيسه في اختيار لجنة خاصة لترفع تقريراً للمجلس على أن يظل باول مستحقاً لمرتباته وعلاواته في خلال تلك الفترة .

أصدرت اللجنة المكونة من تسعة أعضاء قانونيين دعوة لباول ليمثل أمامها وبين خطاب الدهوى أن غرض الشهادة يشمل عمره ووظيفته ، وإقامته ، ونورطه في أي دهوى مدنية ثم سلوكه منذ يناير ١٩٦٣ . ظهر باول أمام اللجنة في ٨ / ٤ / ١٩٦٧ والتي رفضت طلب باول بأن اجراءات عدائية قد تود اللجنة اتباعها وأنه سوف يجاوب فقط عن عمره ووظيفته وإقامته ويرفض الاجابة عن بقية الاسئلة بناء على استشارة محامية .

أصدرت اللجنة مرة أخرى في ١٠ / ٤ / ١٩٦٧ دعوة لباول تخطره فيها بأن مسئوليتها في التحقيق معه لا تقتصر على استيفائه لشروط العضوية المنصوص عليها في الدستور ، ولكنها تشمل ايضاً مسئوليته في أن يعاقب أو يبعد عن المجلس .

ولكن باول لم يظهر في جلسة ١٤ / ٤ / ١٩٦٧ وبالرغم من أن محاميه قد حضر وأخبر اللجنة بأن باول لن يدلي بأقواله في مسائل غير تلك التي تتعلق بصحة انتخابه وفقاً لشروط الانتخاب المقررة بموجب المادة السابقة وقد اجتمعت اللجنة مرة أخرى ولكن باول لم يحضر وكذلك محاميه .

وأخيراً أوصت اللجنة بصحة عضوية باول على أن يغرم ويجرد من أسبقيته وبعد أن ناقش المجلس تقرير اللجنة عدل قراره عن التصويت عليه وأصدر قراراً بعدم صحة عضويته والاعلان بأن مقعده أصبح شاغراً (٣٦)

استعرضت المحكمة السوابق التاريخية الماثلة في المملكة المتحدة وخاصة ابعاد جون ويلكز الذي تراجع فيها البرلمان الانجليزي والذي كان لكفاح جون وانتصاره الحاسم وقع هام في نفوس شعوب المستعمرات الأمريكية لأنهم كانوا يرون في دفاعه عن قضايا الحرية وجهاده

(٣٦) أنظر فريوند - المرجع السابق - حيث أورد تحليلاً وافياً لهذه القضية .

من أجل احتلال مقعده في البرلمان صيحة للحرية تردده صيادها عاليها عبر المحيط وكان هذا الموقف معاصر ومائل أمام واضعي الدستور .

لذلك قدم اقتراح للجمعية بالا تفرد السلطة التشريعية بوضع شروط الناخبين والمرشحين كي لا تتصرف بهذه السلطة وعارض رأى آخر ان يتم استبعاد عضوية المجلس بالأغلبية العادية وإنما يجب أن يتم ذلك بأغلبية ثلثية . وذهب رأى الى أنه لا يجوز للمجلس أن يستبعد أى عضو لأن المبدأ الأساسى للديمقراطية هو أن يترك للشعب حرية اختيار من يريد للتحكم . وهذا رأى الأخير يتفق مع ما توصل اليه البرلمان في المملكة المتحدة في عام ١٧٨٢ في قضية جون ويلكر .

وتستنتج المحكمة من ذلك أن قصد واضعي الدستور هو أن يضيق من سلطات الكونغرس في الفصل في صحة عضويته ولذلك يجب أن تفسر المحكمة هذه السلطة تفسيراً ضيقاً وبأنه على ذلك قضت بأن شطب الدعوة كان خطأً وإن الطاعن « باول » يستحق الحصول على حكم تقررى لأنه أبعد بغير وجه حق .

وبين من هذا بالرغم من صراحة الدستور في حق الكونغرس في الفصل في صحة عضويته فإن المحكمة العليا ترى أن قراره في ذلك يخضع لرقابة القضاء .

الفرع الثالث الفصل في صحة عضوية مجلس الشعب في مصر

تنص المادة ٩٣ من الدستور على أن « يختص المجلس بالفصل في صحة عضوية أعضائه . ويختص محكمة النقض بالتحقيق في صحة الطعون المقدمة إلى المجلس بعد إحالتها من رئيسه ويجب إحالة الطعن إلى محكمة النقض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم

المجلس به ، ويجب الانتهاء من التحقيق خلال تسعين يوما من تاريخ إحالته إلى محكمة النقض .

وتعرض نتيجة التحقيق والرأى الذى انتهت اليه المحكمة على المجلس للفصل فى صحة الطعن ... ولا تعتبر العضوية باطلة الا بقرار يصدر بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس .

يشير تحويل مجلس الشعب حق الفصل فى صحة عضويته جدلا فقهيها وسياسيا لى مصر بين مؤيد ومعارض وأن من أهم العيوب التى توجه اليه وأصدقها أن مجلس الشعب هيئة سياسية ، قد يتأثر فى ممارسته لهذا الحق باعتبارات سياسية معينة ، فإذا كان العضو المراد إبعاده من حزب السلطة الحاكمة والذى يمثل أغلبية فى المجلس ، فإن المجلس قد يقف بجانبه بغض النظر عن رأى محكمة النقض ، وأما إذا كان من أحزاب المعارضة فإن مصيره فى الغالب الطرد حتى ولو كان رأى محكمة النقض أوصى بغير ذلك .

والحقيقة أن الفصل فى هذا الموضوع لا بد أن يكون نزاعا قانونيا يخضع لسلطة القضاء ورقابته لانه يتطلب خبرة قانونية وقضائية ، وحتى لو قيل بتوفر هذه الخبرة القانونية والقضائية فى مجلس الشعب فإن تأثيرها بالاعتبارات الحزبية والسياسية يفقدها الجهاد الذى هو سمة من سمات القضاء .

ومن المآخذ التى نأخذها على نص المادة ٩٣ هو أنها جعلت من السلطة القضائية جهة استشارية فى حين أن القضاء سلطة تصدر قرارات ملزمة واجبة الاتباع لا أن تكون قراراتها مجرد رأى يأخذ به مجلس الشعب أن أراد أو يرفضه لأن فى ذلك تقليل من شأن القضاء كسلطة مستقلة خاصة وقد رأينا أن القانون الانجليزى يعتبر رأى المحكمة العليا فى مثل هذه الحالة من حيث حكمه على الوقائع رأيا نهائيا .

ولقد أتيح للقضاء أن يقول كلمته فى هذا الصدد فقضت محكمة استئناف القاهرة و أن اختصاص مجلس الشعب بفحص الطعون فى عضوية أعضائه — ليس اختصاصا أصليا سواء بالنظر إلى الوظيفة الأصلية لمجلس الشعب فى التشريع والرقابة أو بالنظر إلى الاختصاص الأصيل للسلطة القضائية بالفصل فى المنازعات بل هو اختصاص استثنائى

ولذلك ينبغي أن يفسر هذا الاختصاص تفسيراً ضيقاً بحيث لا يفتح على الاختصاص الأصيل للسلطة القضائية كما أن القرار الذي يصدره المجلس لا يعتبر حكماً كالأحكام التي تصدر من السلطة القضائية صاحبة الاختصاص الأصيل بالفصل في المنازعات والتي تتمتع بالاهلية القانونية والحيطة الكاملة ، ولذلك فإنه لا يصح القول أنه يجوز حجية الأمر المقضي بحيث يمنع التعقيب عليه أو الرجوع فيه أو العيول عنه ذلك لأن الأحكام القضائية هي التي تخوِّز هذه الحجية . وهذا يرجع إلى تكوين الهيئة القضائية وإجراءات فصلها في الحقوق والتي تنطوي على الكثير من الضمانات التي تكفل العدالة مثل العناية قبل كل شيء بناحية المشروعية فيما يعرض من مشاكل والعلائية وحرية الدفاع ومناقشة الشهود والخصوم وضرورة تسبيب الأحكام واستقلال القضاء وحصانه المقرين بالدستور ، وذلك بعكس القرارات التي تصدر من المجالس النيابية بشأن الطعون في صحة عضويتها ، إذ إن هذه المجالس لا تتوفر فيها الضمانات الكافية والحيطة اللازمة والحيطة القانونية التي يتميز بها القضاء بل تخضع في كثير من الأحيان للهوى والاعتبارات السياسية والانحرافات الحزبية ... (٣٧)

وبعد أن انتهت محكمة الاستئناف من قضائها في النزاع المطروح أمامها إلى عدم سلامة التنظيم القائم للفصل في صحة العضوية — توجهت في ختام حكمها المشار إليه إلى المسؤولين بالتوصية الآتية .

« وحيث أنه بعد الاطلاع بطروف النزاع الراهن وملايساته وفحص المسائل الدستورية والقانونية التي أثيرت فيه فإن المحكمة وهي جزء من ضمير الأمة تطالب المسؤولين بأن يعملوا على ... جعل الاختصاص بالفصل في الطعون الانتخابية معقوداً لمحكمة النقض قمة السلطة القضائية وليس قاصراً على تحقيقها وإبداء الرأي فقط كما هو معمول به حالياً — ذلك لأن أسناد هذه المهمة إلى جهة قضائية عليها يوفر الضمانات والحيطة والكفاية القانونية والعدالة اللازمة ... »

وإلا واضح من هذا الحكم أن محكمة الاستئناف قد سلكت طريق المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في قضية « باول » في تفسير الدستور في هذه الحالة

(٣٧) حكم محكمة الاستئناف في الطعن رقم ٣٩١٧ لسنة ٩١ بتاريخ ١٩/٤/١٩٧٦ — أنظر ذلك : النظام الدستوري المصري — للدكتور سعد عصفور — مرجع سابق — ص : ٢٠٨ وما بعدها .

تفسيرا ضيقا باعتبار ان اختصاص مجلس الشعب بالفصل في صحة عضويته أعضائه هو اختصاص استثنائي .

ونحن وأن كنا نتفق مع ماورد في حكم محكمة الاستئناف في أن طبيعة تكوين الهيئة القضائية واجراءات فصلها في الخصومة يتفق مع استقلال القضاء وحصانته المقررين دستورها الا أننا نختلف معها في أن يكون هذا الاختصاص من سلطة محكمة النقض ونرى أنه لاغبار على أن يختص مجلس الشعب في فصل صحة عضوية أعضائه مثله في ذلك مثل فصل السلطة التنفيذية في شئون أعضائها ولكن يجب أن يخضع ذلك لرقابة المحكمة الادارية العليا لأن ممارسة مجلس الشعب لسلطة والانحراف بها لاعتبارات الحزبية والسياسية أمر وارد وقد تنبه إلى ذلك واضعوا دستور الولايات المتحدة عند مناقشتهم لنص المادة الخامسة التي تحول مجلس النواب والشيوخ حق الفصل في صحة عضوية أعضائها خشية اساءة استعمال السلطة والانحراف بها وفي اعتقادنا أن قرار مجلس الشعب في هذه الحالة لا يعدو أن يكون قرارا اداريا يخضع في رقبته للقضاء في كل مايشوب القرارات الادارية من عيوب .

الفرع الرابع

الفصل في صحة عضوية مجلس الشعب في السودان

نظم كل من دستور السودان المؤقت لسنة ١٩٦٤ ودستور السودان الدائم لسنة ١٩٧٣ الفصل في صحة العضوية في المجالس النيابية واستمرارها ، وتتناول الوضع في الدستورين كل على انفصال :

الوضع في ظل دستور سنة ١٩٦٤ :

نصت المادة ٤٩ من دستور ١٩٦٤ المؤقت على أن « أية مسألة تنشأ بصدد حق أى شخص في أن يكون أو يظل عضوا في الجمعية التأسيسية تحال إلى رئيسها الذي يجوز له اذا ما رأى ذلك مناسبا أن يرفع المسألة الى المحكمة العليا المدنية للفصل فيها » .

ولئن كان واضحاً من نص تلك المادة أن الدستور لم يهول على الإطلاق الجمعية التأسيسية الفصل في صحة عضوية أعضائها أو استمرارها ، إلا أنه قد يبدو أنه الدستور قد خلق حق المحكمة العليا في الفصل في الموضوع بناء على إحالة رئيس الجمعية الموضوع لها إذا رأى ذلك مناسباً ، أي كان رئيس الجمعية يتمتع بسلطة تقديرية في أن يهمل النزاع أو لا يهمله إلى المحكمة العليا .

ونعتقد أن ذلك الاعتقاد بسلطة رئيس الجمعية التقديرية في الأحالة ينفيه نص المادة ٨ من الدستور مرفوعة مع نص المادة ٩٩ (١) منه ، فالمادة ٨ تنص على أنه : لأي شخص أن يطلب من المحكمة العليا حماية أي من الحقوق الممنوحة بموجب هذا الفصل أو تطبيقها ، وللمحكمة العليا السلطة في إصدار جميع الأوامر اللازمة والمناسبة لمقدم الطلب الاستمتاع بأي من الحقوق المذكورة ، وتنص المادة ٩٩ (١) بأن : المهمة القضائية هي حراسة الدستور ولها اختصاص النظر في أي مسألة تشمل تفسيره أو تطبيق الحقوق والحريات الممنوحة بموجب الفصل الثاني .

أن نص المادة ٨ يعطى الحق لصاحب المصلحة في صحة عضويته أو استمرارها أن يلجأ مباشرة للمحكمة العليا إذا لم يحل رئيس الجمعية طلبه إلى المحكمة العليا خلافاً لما عليه الوضع في المادة ٩٣ من الدستور المصري حيث لا يستطيع الطاعن أن يلجأ مباشرة إلى محكمة النقض للتحقيق في طعنة إذا تماطل فيه المجلس .

وإن نص المادة ٩٩ الذي يجعل من المحكمة العليا حارسة للدستور تخولها نظر أي نزاع يشتمل على إخلال بالدستور مقدم إليها لمن له مصلحة فيه حتى وأن كان هناك نص شكلي يقضي بغير ذلك لأنه لا معنى لكلمة « حارس » إذا لم تنطوي على المبادرة ودرأ الخطر الذي يهدد الإخلال بالدستور .

ولذلك فقد أتيح للمحكمة العليا فرصتان لوضع ذلك النص موضع الاختيار فقد حكمت في قضية النواب الذين فازوا في جنوب السودان بصحة عضويتهم بالرغم من أن مجلس السيادة والذي يمثل رئاسة الدولة كان قد أصدر قراراً بطلان عضويتهم .

ولذلك نرى أن دستور ١٩٦٤ لم يتحول للجمعية التأسيسية الفصل في صحة أو استمرار عضوية أعضائها وإنما جعل ذلك من اختصاص القضاء .

الوضع في دستور سنة ١٩٧٣ .

تنص المادة ١٣٧ بأن يختص مجلس الشعب بالفصل في صحة عضوية أعضائه وفقا للاتحته الداخلية — هذه المادة جعلت سلطة الفصل في صحة العضوية حق لمجلس الشعب ينظم اجراءاته كيف يشاء وفقا للاتحته الداخلية ، وهذا أمرا انتقذه الفقه الأمريكي عند وضع الدستور لسنة ١٧٨٧ .

ونصت المادة (٣) على سقوط عضوية العضو اذا فقد شرطا من شروط الأهلية أو اذا اسقط مجلس الشعب عضويته بأغلبية ثلثي الأعضاء وفقا للاتحة وهنا أيضا ترك الدستور لمجلس الشعب حرية تنظيم اجراءات اسقاط العضوية وأسباب سقوطها وهو أمر يظل محل نظر .

من هذه المقارنة بين الأنظمة الدستورية في المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية ومصر والسودان ، نعتقد أن الكونغرس في أمريكا ، ومجلس الشعب في مصر والسودان يتصدىها للفصل في صحة عضوية أعضائها تتأثر الى حد بعيد باعتبارات الحزبية والسياسية والتحيز للأعضاء التابعين لحزب الأغلبية وفي ذلك اضرار للأعضاء المستقلين أو المنتمين إلى أحزاب أخرى .

ونحن وأن كنا لا نعترض على أن يتولى مجلس الشعب في السودان في الفصل في صحة عضوية أعضائه الا أننا نرى أن يخضع ذلك لرقابة المحكمة العليا والتي تملك حق الرقابة على الطعون الادارية الصادرة من الهيئات القومية ، وفي ذلك حماية لمبدأ الشرعية وسيادة القانون الذي يمثل دعامة أساسية لمبدأ استقلال القضاء .

المطلب الثاني الآراء الاستشارية والتفسير الموضوعي للتصوص الدستورية والقانونية

لا خلاف بين جميع النظم القانونية في أن مهمة القضاء الأساسية هي تفسير القانون بمعناه العام وتطبيقه على المنازعات المعروضة عليه بقصد الفصل فيها بأحكام نهائية واجبة النفاذ ، ولكن درجت بعض النظم القانونية أن تسمح للسلطون التشريعية والتفيذية أن تطلب آراء استشارية من القضاء وتطلب منه تفسيراً لبعض التصوص القانونية وتعرض لهذا الموضوع في كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية ومصر والسودان ونقسم هذا المطلب الى أربعة فروع :

- الفرع الأول : إبداء القضاء للآراء الاستشارية في المملكة المتحدة
- الفرع الثاني : القضاء والاستشارة في الولايات المتحدة
- الفرع الثالث : تفسير المحكمة الدستورية العليا للتصوص القانونية في مصر
- الفرع الرابع : تفسير التصوص الدستورية والقانونية في السودان

الفرع الأول إبداء القضاء للآراء الاستشارية في المملكة المتحدة

درج ملوك إنجلترا على الحصول على آراء القضاء الاستشارية ، وكان الملك نفسه يتحصل على تلك الآراء بناء على مسائل افتراضية ليستعين بها فيما بعد في تطبيقها على بعض القضايا بحيث يستطيع أن يجهز القضاء على الالتزام بالعمل بتلك الآراء كما لو كانوا مستشاريه الرسميين^(٣٨)

ولكن هذا التقليد قد قضى عليه نهائيا وأصبح القضاء في حل في أن يقدموا النصيح للسلطة التنفيذية في قضايا لم ترفع أمامهم بالطرق العادية للفصل فيها وفقا لاجراءات التقاضي^(٣٩) وهذا لا يمنع من أن تكون السلطان التشريعية والتنفيذية لجان قضائية لتساعدتها في حل المشاكل التي تنطوي على معضلات قانونية ... وهذا يختلف أيضا عما كان عليه الحال في الماضي حيث كان مجلس اللوردات يستعين بآراء القضاة الاستشارية في ممارسة اختصاصاته القضائية وكانت أحكامه المبنية على هذه الاستشارات تعتبر الزامية^(٤٠).

ويتبين من هذا أن القضاء في المملكة المتحدة لا يمد السلطة التنفيذية بأي استشارات قانونية ولا يقوم بتفسير القوانين تفسيراً مجرداً إلا بناء على وقائع عرضت أمامه في قضية فعلية وهذا هو الذي يتفق ووظيفة القضاء واستقلاله وعدم تأثره بأي من السلطتين الأخرتين .

الفرع الثاني

القضاء والاستشارية في الولايات المتحدة الأمريكية

يجمع الفقهاء في الولايات المتحدة الأمريكية على أن وظيفة المحاكم تنحصر في فض المنازعات والفصل في الخصومات (وليس) لها فيما وراء ذلك . ويقول شوارتز نسبة لاستقلال القضاء فإن المحاكم منذ بداية وجودها قد رفضت إبداء أي رأي استشاري بناء على طلب أي من السلطتين التشريعية والتنفيذية^(٤١) .

وكان دستور ولاية ماسشوتس عام ١٧٨٠ قد نص على أن لكل هيئة تشريعية أو تنفيذية أن تطلب من قضاة المحكمة القضائية العليا آراء استشارية حول بعض المسائل

(٣٩) هود لابس - مرجع سابق - ص : ٣٧١

E.C.Wade: Consultation of the Judiciary by the executive (1930) P. 46.

(٤٠)

أنظر كذلك Dyson V. ATT-Gen (1911) 1 K.B; 410, leading case No. 88.

(٤١) هود لابس - مرجع سابق - ص : ١٤٦ و ١٤٧

القانونية الهامة وفي المناسبات الهامة ، وأجيزت نصوص مماثلة في كل من ولاية هامبشاير
ومين ودرو أيلاند وفيما بعد سادت هذه النصوص في الولايات الجنوبية والغربية ولكن كان
القضاة في هذه الحالة يبدون آراءهم الاستشارية كمستشارين للهيئات الحكومية الأخرى
وليس كمحاكم (٤٢)

ويبدي الفقهاء تخوفهم من استشارة القضاة لأن مثل هذه الاستشارات قد تضمن
مسائل سياسية فيكون من الصعب المحافظة على استقلال أو اعتماد المحكمة العليا عن الهيئات
الحكومية الأخرى في الوقت الذي يشترك فيه القضاة في تسوية بعض المسائل السياسية .

ولذلك امتنعت المحكمة العليا في قضية مسكراتي أن تمد الرئيس جورج واشنطن براء
استشارية حول النقاط التي رفعت لها فيما يتعلق بالمعنى القانوني للحياد والأكرار التي تترتب
عليه وذلك بقولها أنه لا يجوز للقضاة أن يبدوا آراء استشارية وإنما عندهم ينحصر في داخل
المحاكم في الفصل في الخصومات والمنازعات (٤٣)

وهنا أيضاً نجد الولايات المتحدة الأمريكية تتبع المملكة المتحدة في منع القضاة من
إبداء آراءهم الاستشارية للسلطات العامة في الدولة حفاظاً على استقلالهم .

الفرع الثالث تفسير المحكمة الدستورية العليا للنصوص القانونية

تنص المادة ١٧٥ من الدستور على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها
تفسير النصوص القانونية وذلك على الوجه المبين في القانون ، وتنص المادة ٢٦ من قانون
المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير
نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بالقوانين الصادرة من رئيس
الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية بما يقتضى

Albert. R. Ellingwood: Departmental cooperation in the state government (٤٢)

"... Ingevining such opinions the judges do not act as a court, but as the
constitutional advisers of other department of government". حيث جاء فيه

Muskrot V. United States, 219 U.S. 190 (1943) (٤٣)

توحيد تفسيرها ، ويقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية ويجب أن يبين في الطلب النص التشريعي المراد تفسيره وما أثاره من خلاف في التطبيق العملي ومدى الأهمية التي تستدعي تفسيره لتحقيقاً لوحدة تطبيقه (مادة ٣٣) . وأن قرارات المحكمة في تفسير النصوص القانونية تعتبر ملزمة لجميع سلطات الدولة وفقاً لنص المادة ٤٩ وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بأن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير لا يحول دون مباشرة السلطة التشريعية حقها في إصدار التشريعات التفسيرية بدعوة أو بالتهالفة لما أُنْهت إليه المحكمة الدستورية العليا من تفسير .

كما أن هذا الاختصاص لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى جميعاً في تفسير القوانين وانزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا .

وقد وجه بعض رجال القانون نقداً لتصدى المحكمة الدستورية العليا لتفسير النصوص التشريعية بحجة أن التفسير مجرد الموضوعى لا تملكه إلا السلطة التشريعية التي قامت بسن التشريع المراد تفسيره ... وأنه لا يجوز لأى محكمة مهما علت مرتبتها في التنظيم القضائى أن تعطى اختصاصاً مماثلاً لاختصاص السلطة التشريعية إذ لا يترتب عليه تحويل القضاء لسلطة تشريعية على خلاف أحكام الدستور كما يترتب عليه مصادرة حق المحاكم الأخرى ... ومصادرة حق المواطنين الأطراف في هذه المنازعات في مباشرة حقهم في التقاضى أمام قاضيهما الطبيعي وفى استنفاد طرق الطعن المقررة لصالحهم أمام المحاكم الأعلى^(٤٤) .

ويرى الدكتور رئيس المحكمة الدستورية السابق^(٤٥) أن هذه الحجة غير سليمة لأن تفويض المحكمة الدستورية العليا في إصدار التفسير الملزم جاء بنص صريح في الدستور

(٤٤) النظام الدستورى المصرى — للدكتور سعد حنظل — ١٩٨٠ ص : ٣٢٤ و ٣٢٥

(٤٥) المحكمة الدستورية العليا الجزء الأول — ص : ١٣٩ — من كلمة المستشار مملوح عطيه أول رئيس للمحكمة .

ولا يمكن أن يتعارض مع حق مجلس الشعب باعتباره الأصل في تولي سلطة التشريع طبقا للمادة ٨٦ من الدستور ، واستشهد سيادته بقرارات من المذكرة الإيضاحية للقانون والتي أشرنا إليها .

وفي اعتقادنا أن الهدف من تصدى المحكمة الدستورية العليا — كما أضحى به القانون نفسه — هو إزالة التعارض الظاهري بين القوانين عند تطبيقها في العمل وما قد تنبئ من خلاف بهدف توحيد الأحكام القضائية وعدم تضاربها — وكما تقول المحكمة — ومؤدى ذلك أن يكون القرار الذي تصدره المحكمة بتفسير أحد النصوص قاطعا في تحديد مدلوله القانوني حيث يتحسم به مآل من خلاف في التطبيق ، وتتحدد بهالها المراكز القانونية للمواطنين بأحكامه على مقتضى هذا التفسير الملزم^(١٦) .

الفرع الرابع تفسير النصوص الدستورية والقانونية في السودان

تنص المادة ١٩٠ (أ) من الدستور على أن تختص المحكمة العليا بتفسير الدستور والنصوص القانونية الأخرى . وتنص المادة ٣٢٠ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣ على أن تتولى المحكمة العليا تفسير النصوص الدستورية والقانونية بناء على عرضة تقدم إليها من النائب العام .

يقدم النائب العام طلبات التفسير الى المحكمة العليا من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ذوي الشأن ، متى رأى ان طبيعة النصوص المراد تفسيرها أو أهميتها تستوجب ذلك ضمانا لوحدة تطبيقها — ويجب أن تتضمن عرضة طلب التفسير كما تنص على ذلك المادة ٣٢١ على بيان النص المراد تفسيره والاسانيد والمبررات التي تستدعي ذلك التفسير .

(١٦) طلب تفسير رقم ٣ لسنة ٢ قضائية بطرح ٨٢/١١/٦ في الجزء الثاني للأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا في أكتوبر ٨١ وحتى ٨٣/١٢ — ص : ٢٠٩ .

لم ينص القانون على الزامية التفسير الصادر من المحكمة العليا ولم يكن ذلك سهواً من المشرع وإنما قصد ذلك بدليل أنه نص في المادة ٣٣٥ على أن « تنشر الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين وتكون تلك الأحكام ملزمة » مع أن تفسير النصوص الدستورية والقانونية وردت في الفصل الرابع وكانت النصوص عليها مشتركة في كل المواد وهذا بخلاف قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر حيث نص في المواد ٤٩ على الزامية أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقرارات التفسير على السواء .

تقدم النائب العام بطلب الى المحكمة العليا لتفسير نص المادة ١٠٨ من الدستور والخاصة بسلطة رئيس الجمهورية في حل مجلس الشعب وكان الرئيس قد حل المجلس بالفعل قبل أن يكمل دورته وقد فسرت المحكمة بالأغلبية فحوى تلك المادة بما يليه صحة الحل ، إلا أن رأياً مخالفاً أبدى اعتراضه على مجرد عرض الموضوع على المحكمة العليا باعتباره يعد عملاً من أعمال السيادة لأنه من المسائل التي تحدد العلاقة بين الحكومة ومجلس الشعب ، ونحن وإن كنا نتفق مع هذا الرأي الأخير في أن طلب التفسير كان ينطوي على عمل من أعمال السيادة إلا أن قرار التفسير ليس ملزماً كما رأينا وبالتالي يكون المشرع السوداني لم يرد أن يقتضي أثر المشرع المصري ومن المرجح أنه فضل اتباع ما كان يجري عليه العمل في بعض الولايات الأمريكية المتحدة .

وفي اعتقادنا ، وأما كانت الدوافع والمبررات التي حدثت بالمشرع الدستوري أن يمنع ذلك الاختصاص للمحكمة الدستورية العليا في مصر أو المحكمة العليا في السودان فإننا نعتقد أن هذا الاختصاص يتعارض مع طبيعة الوظيفة القضائية خاصة وقد رفض هذا النظام في كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية حفاظاً على استقلال القضاء .

المبحث الثالث

تقييد حق التقاضي

لا تتصدى السلطة القضائية من تلقاء نفسها للفصل في المنازعات ، وإنما تتصل ولايتها بنظر تلك المنازعات عن طريق دعاوى ترفع إليها من الأفراد والهيئات وفق إجراءات يحددها

القانون ، ولما كان المشرع هو الذى ينظم كيفية اتصال المحكمة بالنزاع واختصاصها بالفصل فيه ، فانه قد يمنع أو يحد أو يقيد حق اللجوء الى المحاكم فى بعض المنازعات وبذلك يكون قد حطل مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذى هو المرتكز الأول لولاية القضاء واستقلالها .

ونتعرض للدراسة هذا الموضوع من أربعة مطالب :

- المطلب الأول : تقييد حق التقاضى فى المملكة المتحدة
- المطلب الثانى : تقييد حق التقاضى فى الولايات المتحدة الأمريكية
- المطلب الثالث : تقييد حق التقاضى فى مصر
- المطلب الرابع : تقييد حق التقاضى فى السودان

المطلب الأول

تقييد حق التقاضى فى المملكة المتحدة

اتخذت المحاكم فى المملكة المتحدة - على الرغم من مبدأ سيادة البرلمان - موقفاً إيجابياً وفعالاً ضد التشريعات التى تقيد من حق التقاضى وتحصن القرارات الادارية ، وقرارات اللجان القضائية من الرقابة القضائية . ولعل أول حكم صدر فى هذا المعنى هو قرار القاضى فارويل Farwell سنة ١٩١٠ عندما أعلن أن سلطة المحكمة العليا فى الرقابة على كل اللجان القضائية أمر ضرورى ولازم^(١٧) . وقد استشهد بهذا القرار فى الحكم الذى صدر فى قضية Anisminic^(١٨) والتى عبر القضاء فيها على منع اللجان القضائية وفى كل الأحوال من أن تكون القاضى الوحيد لشرعية قراراتها والا كان ذلك نهاية مبدأ سيادة القانون كما قال اللورد دهنج^(١٩) .

R.V.Shoredich Assessment exp. Morgan (1910) 2.K.B. 839 at 880

(١٧)

Lord Denning: The Discipline of the law (1979) P.

(١٨)

ولكى تحافظ المحاكم على هذه السياسة الحيوية فإنها اضطرت للتمرد على البرلمان ... وطبقت المحكمة افراضا يعلو حضورها الدستوري لكي تكون حدود ولايتها القضائية ذات فعالية قانونية وهذا يعنى كما يقول ويد مساوي للقول بأن للرقابة القضائية أساس دستوري لا يمكن أن يلقى حتى مع وجود سيادة البرلمان ، لأن البرلمان غالبا ما يندو كشخص متناقض وغير مهال عندما يشرع قانونا ثم يمنع المحاكم من تطبيقه ، أما القضاة بعد نظرهم يعبرون أن تطبيق القانون من صميم واجباتهم لحافظوا على المنطق الدستوري الصحيح بدلا من مجازاتهم لحرفية البرلمان ، وغنى عن القول بأن القضاة قد حافظوا على مر الأيام على التفسير الصحيح لاطهار مقاصد البرلمان الحقيقية^(٤٩)

وكان البرلمان قد اصدر تشريعات تضمن نصا يحظر على المحاكم العادية نظر الاحكام الصادرة من اللجان الخاصة ويطلق على تلك الشروط شروط الحظر أو الشروط المانعة من الطعن Ouster Clauses بوصفها أحكام نهائية واذا ما فسرت هذه الشروط تفسيراً حرفياً فإنها تعنى أن ماتصدره تلك اللجان الخاصة من أحكام يتخلق دونها أى باب للطعن وذلك مهما شاب الحكم من خطأ أو عيوب في تطبيق القانون .

وقد وردت مناقشة عرضة كراى للورد ديننج في قضية تايلور ضد لجنة المساعدة الوطنية^(٥٠) بأن مجرد النص على أن قرار اللجنة نهائيا لا يستبعد بالضرورة اختصاص المحاكم من فحص القرار لأن البرلمان لا يضمن صفة النهائية على قرارات اللجنة الا بعد أن تكون ما أنهت اليه موافقا للقانون . فان جانب حكمها صحيح القانون فإنها تكون قد تجاوزت الاختصاص المأل لها ، ومن ثم يكون قرارها باطلا ذلك لانه ليس من اختصاصها أن تقرر على نحو مخالف للقانون .

ولى قضية اللجان الطبية للاستئناف^(٥١) تمسك ممثل المستأنف ضده بنص القانون

(٤٩) ويد - مرجع سابق - ص : ٥٧٣

Taylor V. National Assistance Board (1957) P. 101 (1957). 1 ALL.ER 183 (٥٠)

R.V. Medical appeal tribunals ex parte (Hilmore (1957) (٥١)

الذى يعتبر قرار اللجنة نهائيا ولكن قضت المحكمة أن النص على مثل ذلك الخطر يجعل القرار نهائيا من حيث الوقائع لكنه ليس نهائيا من حيث القانون .

ول قضية التسميتك ضد لجنة التعويض الخارجية^(٥٢) نص قانون إنشاء محكمة التعويضات الخارجية على أن القرارات الصادرة من المحكمة في أى طلب يقدم لها وفقا لهذا القانون لا تعرض للمحس أمام أى محكمة قانون . وتمسكت الشركة بأن التفسير الصحيح للقانون يجعلها مستحقة لتصيب من مال التعويضات ولكن محكمة التعويضات قضت برفض دعوى الشركة ومن ثم أقامت الدعوى أمام المحكمة القضائية ودفعت محكمة التعويضات بأنه لا اختصاص للمحكمة العليا في طلب الاجراءات ولحصها عملا بأحكام القانون وطلبت من المحكمة أن تفصل في مسألة الاختصاص النوى باعتبارها مسألة أولية

١... وقد قررت المحكمة بالأغلبية باعادة القضية لمحكمة أول درجة للفصل فيها من جميع الوجوه ، ولكن محكمة الاستئناف نقضت هذا الحكم وعند عرض الأمر على مجلس اللوردات نقض حكم محكمة الاستئناف وأيد الحكم الأول مقررًا أن محكمة التعويضات أخطأت في القانون لدى تفسيرها للأمر وأن هذا الخطأ يرقى إلى مرتبة عطفية بحيث تعتبر المحكمة قد تجاوزت اختصاصها بحيث يعتبر قرارها معلوما .

ول قضية حديثة^(٥٣) حكم بأنه متى ما ثبت أن المحكمة الخاصة قد خالفت القانون فأنها تكون قد تجاوزت الاختصاص المألوف لها بموجب التشريع ويعتبر قرارها باطلا ذلك لأن البرلمان يحول الاختصاص للمحكمة بشرط أن تفصل في النزاع وفقا للقانون .

ومثل ما عارض القضاء الشروط المانعة لحق التقاضى فان رجال القانون ناصبوها العداء لأنها تفتح الباب أمام سلطة دكتاتورية ولذلك أوصت لجنة فرانكز Franks

Anisminic Limited V. Foreign Compensation Commission

(٥٢)

أنظر تحليلا لهذه القضايا في ريد - ٥٧٣ و ٥٧٤ ول ديبيج - المرجع السابق - ص : ٧٠ - ص : ٧٨ .

Pearman V. Keeper and governors of Harrow School (1978) 3 WLR. 736

(٥٣)

committe سنة ١٩٥٧ على أن لا يجوز أن يتضمن قانون عبارات من شأنها أن تؤدي إلى منع وسائل حق التقاضي وقد اتخذ قانون اللجان الخاصة والتحقيقات لسنة ١٩٧١ (٥٤) والذي حل محل القانون ١٩٥٨ خطوة إلى الأمام في المجاز التوصية الأخيرة حيث نص في المادة ١٤ منه على أنه « لا أثر قانوني لأي نص في قانون صدر قبل أول أغسطس عام ١٩٥٨ - بأن أي أمر أو قرار لا يجوز مناقشته في أي محكمة أو أي نص في ذلك القانون وينفس التعبيرات يستبعد أيا من السلطات المحكمة العليا في نقل الاجراءات . . عن طريق الفحص او يعوق سلطات المحكمة في اتخاذ اوامر المنع

وبذلك ينتهي النظام الإنجليزي فقهاً وقضاءً وتشريعاً إلى تأييم تقييد حق التقاضي تحقيقاً لمبدأ سيادة القانون وولاية القضاء واستقلاله .

المطلب الثاني

كفالة حق التقاضي في الولايات المتحدة الأمريكية

إذا كانت الرقابة القضائية في النظام الأمريكي تمثل جوهر استقلال السلطة القضائية - كما رأينا - لأنها مرتبطة بمبدئي سيادة القانون ، والفصل بين السلطات ، وإن القضاء لا يتصدى من تلقاء نفسه الى تلك الرقابة مالم ترفع اليه دعوى وفقاً للاجراءات التي يتطلبها القانون ، فإن سلطة القضاء واستقلاله يظلان معنيين أجوفين إذا كان في استطاعة السلطة التشريعية أن تحمد من كفالة حق التقاضي ، وفي ذلك يقول « شوارتز » ان كفالة حق التقاضي Availability of Judicial Remedy في نظرية الانجلو - امريكية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ سيادة القانون (٥٥) .

ولكن المحاكم في الولايات المتحدة قد رفضت دائما أن تعطى أثرا حقيقيا لتلك النصوص
لنهائية القرارات الادارية ، وقد قضت المحاكم الاتحادية أنه وبالرغم من تلك الصياغة فإنه من
الواضح تماما أن القرار الاداري لا يعد نهائيا بالمعنى الذي ينأى به عن رقابة المحاكم ، فقد
استقر منذ زمن طويل أن الاجسب الذي يصدر ضده قرار الابعاد يستطيع الحصول على قرار
قضائي بناء على مشروعية ذلك القرار عن طريق اجراءات أوامر الاحضار — Habeas corpus proceeding^(٥٦) .

وحقيقة أن مايجرى عليه العمل يقطع بعدم وجود تلك النهائية للقرارات الادارية
وذلك بسبب امكانية الحصول على أوامر الاحضار^(٥٧) .

ومن الأمثلة الأخرى التي نص عليها القانون على منع المحاكم من النظر في قضايا
معينة — تلك القضية التي أثارها قانون معايير العمل العادل والذي نص في مادته السابقة
على أن الأجر الذي يحاسب عليه العامل هو أربعة وأربعين ساعة أسبوعيا حتى ولو عمل
أكثر من تلك الساعات المقررة . ولكن المحاكم الاتحادية في سلسلة قراراتها قد رفضت ذلك
وأقرت بحق العامل في الأجر الإضافي إذا ما عمل أكثر من الساعات المقررة . وبعد ستة
أشهر من تلك القرارات رفضت ١٩٠٠ دعوى للمطالبة بمبلغ خمسة مليون جنيه تدفع بأثر
رجعي ومن ثم أصدر الكونجرس قانونا سنة ١٩٤٧ (Portal to portal act) وأعاد فيه
تعريف النشاطات التي يشملها القانون السابق لاستبعاد ذلك التفسير الذي اعتنقه
المحاكم — وذلك لتجريد المحاكم الاتحادية ومحاكم الولايات من ولايتها القضائية في حمايتها لتلك
الحقوق المطالب بها كأجر اضافي لم ينص عليه صراحة بموجب هذا القانون

لم تفصل المحكمة العليا مطلقا في دستورية ذلك القانون ، ولكنها أهدت كل قرارات
المحاكم الاتحادية الدنيا التي اعتنقت ذلك التفسير باعتبار أن التعديل يحد من الولاية
القضائية ولكن قليل من المحاكم الجزئية أقرت بصحة ذلك القانون وقد أسست ذلك
على أن ولاية المحاكم الاتحادية — خلافا لولاية المحكمة العليا يحددها الكونجرس وله في ذلك أن

United States EX rel. Tiner V. Casual, 166 F.2D 457,460 (3d Cir. 1948)

(٥٦)

Hekkila V. Barber, 345, U.S. 229 (1953)

(٥٧)

وتفريق المحاكم في الولايات المتحدة وهي بصدد حق التقاضي بين حالتين الأولى - حالة السكوت التشريعي Legislative Silence والحالة الثانية - إذا نص التشريع على استبعاد Preclusion حق التقاضي . ففي الحالة الأولى - إذا شرع شخص في قضية معينة في ظل تشريع لا يتضمن نصاً للرقابة القضائية ، لا يفسر بالضرورة بأنه نكران لسلطة المحاكم الاتحادية في الاستجابة لطلبات المدعى - وهي تمارس اختصاصها العام الذي يحوله لها الكونغرس (٥٨) .

وهذا هو المبدأ الأساسي الذي استقر عليه قضاء المحاكم الاتحادية في قضية ستارك ضد ويكارد (٥٩) حيث قضت المحكمة بأن رقابة القرار الإداري مكفولة حتى ولو لم توجد رقابة قضائية ينص عليها القانون والمحاكم في تلك القضايا تمارس اختصاصها الأصلي وفقاً للدستور (٦٠) .

أما الحالة الثانية - فإن النصوص التشريعية لنهائية القرارات الإدارية Administrative في الولايات المتحدة - لم تكن غير مألوفة - وإن كانت نادرة للغاية - ولذلك فهي لم تكن كبيرة الأهمية للدرجة التي ترقى إلى عبارة النص القاطع Conclusive evidence الذي يثير الاهتمام للفقهاء الانجليز . والمثال الوحيد لنوعية نهائية النص يوجد في التشريعات الأمريكية متضمناً في قانون الهجرة لسنة ١٩١٧ لأن القانون يخول إبعاد الأجانب الذين تنطبق عليهم نصوصه ، حيث نص على أن القرار الإداري في إبعاد معين يعتبر نهائياً shall be final . وإذا ما فسرت عبارة نهائية القرار الإداري تفسيراً حرفياً، فإنه سوف يضع القرار الإداري في وضع قاطع وبات بحيث يتعذر اللجوء كلية إلى المحاكم (٦١) .

(٥٨) Estop V. United States , 327 , U.S. 114;120 المرجع السابق - ٢٩٧

(٥٩) Stark V. Wilkard (1994) " .. The action could be maintained even though, there was no direct judicial review granted by statute " .

(٦٠) أنظر شوارتز - ص : ٢٩٧ حيث يعلق على ذلك بقوله "The dallence of congress is not to be construed indicating a legislative intent to preclude review the courts in such cases, may exercise the inherent review power which they possess through the delegation to them of the judicial power under the constitution " .

(٦١) شوارتز - مرجع سابق - ص : ٢٩٩

ينتقص منها كلها أو جزئيا ... وقرار هذه المحاكم الجزئية من شأنه ان يضمن شرعية على تفيد حق التقاضي بقطع النظر عما اذا كانت تلك القوانين شرعية ... ومع ذلك نعتقد أن ممارسة الكونجرس على الاختصاص القضائي لولاية المحاكم خاضع على الأقل لمطابقة ومتطلبات التعديل الدستوري الخامس ، بمعنى أن الكونجرس يملك سلطة غير مشكوك فيها بمنح اختصاص أو سجنه أو تقييده لولاية المحاكم القضائية الدنيا ولكن يجب الا يمارس الكونجرس تلك السلطة بدرجة تجرد حياة المواطن أو حرته أو ماله بدون اتباع الطرق القانونية *Due process of law* (٦٢).

وتسأل بروفيسر هارت (٦٢) أو ليس الحقيقة العارية هي أن تنظيم الاختصاص القضائي — هو في الواقع — تنظيم للحقوق — حقوق التقاضي مهما كانت ، ومهما كان جوهر تلك الحقوق عموما ؟ لماذا تستطيع المحكمة أن تفعله اذا قال الكونجرس أنه لا ولاية لها ؟ أو أن ولايتها مقيدة فقط أنه من الغريب أن يقول الدستور الكونجرس سلطة تنظيم الاختصاص القضائي المتعلقة في تنظيم حقوق التقاضي في حين أن هذه السلطة المخولة للكونجرس سوف تؤثر في تلك الحقوق بالخطر الكلي أو الجزئي ، وبالتالى فان السلطة القضائية سوف تكون عاجزة عن حماية تلك الحقوق ، وبذلك السلطة يكون الكونجرس يتناقض مع كل الحقوق المنصوص عليها في وثيقة الدستور بسبب تنظيم الاختصاص القضائي بالخطر الكلي أو الجزئي .

وينتهي بروفيسر هارت الى أن أى قانون يتضمن لهذا على حق التقاضي فهو في الحقيقة يعتبر تعديا ومصادرة للحكومة الدستورية ، ويجب أن يكفل للمحكمة دائما أن تفصل في الدعوى وفقا للحقوق الدستورية باتباع الاجراءات القضائية وأن توفر لها ضمانات التقاضي *right to judicial process* اذا كانت الدعوى مقبولة (٦٣).

(٦٢) انظر لبرولد القانون الدستوري — مرجع سابق — ص : ١٣٨

(٦٣) - المرجع السابق — ص : ١٣٨

الفرع الثالث حق التقاضي في مصر

إن كفالة حق التقاضي وتقييده قد مر في مصر بمرحلتين — المرحلة الأولى — قبل صدور الدستور الحالي — والمرحلة الثانية — بعد صدوره .

وإن كان حق التقاضي في مصر قد أصبح في ذمة التاريخ بعد صدور الدستور — كما سنرى — إلا أن دراسته في المرحلة السابقة على قيام الدستور أمر تملبه طبيعة هذا البحث المقارن مع نظام حق التقاضي في السودان حيث انتقلت آثار الأولى الى نظام الأخير .

أما المرحلة الأولى — وهي المرحلة السابقة على اجازة دستور ١٩٧١ فقد رأى معظم كبار الفقهاء في مصر^(٦٤) ان تقييد حق التقاضي يتعارض ومبدأ اعتبار القضاء سلطة مستقلة لانه يمس بولاية القضاء ويخل بمبدأي الشرعية والفصل بين السلطات .

أما موقف القضاء فقد تجسد في موقف كل من محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا .

أولاً : موقف محكمة القضاء الإداري :

لقد اتخذت محكمة القضاء الإداري — كما يقول استاذنا العميد الدكتور الطماوي موقفاً وسطاً ، حيث فرقت بين حالتين : حالة — ما اذا كانت الحصانة التي يضيفها المشرع على القرارات الادارية مطلقة ، بمعنى أنها تغلق في مواجهة المواطنين كافة سبل الطعن ، الغاء وتعويضاً . وحالة : ما اذا منع المشرع طريق الالغاء وأبقى طريق التعويض مفتوحاً . وفي الحالة الأولى استقرت

(٦٤) قضاء الالغاء — الجزء الأول — للعميد الدكتور الطماوي — ص :

المحكمة على عدم دستورية التشريع ، أما في الحالة الثانية فقد رأت دستورية التشريع^(٦٥) ، ومثل لذلك قضاء المحكمة في الحالين :

١ - التشريع الذي يخلق جميع سبل الطعن هو تشريع غير دستوري :

وتأسيسا على ذلك قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بتاريخ ٢١ يونيو عام ١٩٥٢ بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢ لتضمنه مصادرة مطلقة لحق التقاضي وجاء في أسباب ذلك الحكم : أن منع سماع الدعوى في أي تصرف أو أمر أو قرار صدر من السلطة القائمة على اجراء الاحكام العرفية كما تقضى بذلك المادة الثانية من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠

وهو اعفاء هذه السلطة من أية مسؤولية ترتبت على تصرفها لمخالفة الاحكام العرفية ذاته . واعفاء سلطة عامة اعفاء مطلقا من كل مسؤولية تحققت فعلا في جانبها من شأنه ان يخل اخلالا تاما بحقوق الافراد في الحرية والمساواة وفي التكاليف والواجبات ، وهي المبادئ الاساسية التي نص عليها الباب الثاني من دستور ١٩٢٣ الذي صدر في ظله القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ كما نصت عليها المبادئ العامة في كل من الاعلان الدستوري الصادر في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ والصادر في ١٨ يونيو سنة ١٩٥٣ وتقضى بأن المصريين لدى القانون سواء فيما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات ، وأن الحرية الشخصية وحرية الرأي مكفولة في حدود القانون ، وأن للملكية والمنازل حرمة وفق أحكام القانون ، وكذلك نص الباب الثالث من مشروع دستور الجمهورية المصرية لسنة ١٩٥٦ على أن تكفل الحرية والأمن والعلمانية ، وتكافؤ الفرص لجميع المصريين الذين هم لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، وأن القانون يكفل حق الدفاع أصالة أو بالوكالة ، وبذلك يكون القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ السالف الذكر قد جاء مخالفا - فيما تضمن من نص المادة الثانية منه - لاحكام الدستور التي صدرت خلال فترة الانتقال ، بل وتلك

التي جاء بها مشروع دستور الجمهورية المصرية المعلن في ١٦ يناير سنة ١٩٥٦^(٦٦).

٢ - التشريع الذي يمنع الإلغاء فحسب دستوري :

قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ١٥ مارس ١٩٥٤ أنه : من المسلم به كأصل غير قابل لأي جدل أن لكل إنسان حق المطالبة بحقه والدفاع عنه والتقاضى بشأنه . وهذا الحق مستمد من المبادئ العليا للجماعات منذ وجدت ولم يخل دستور من دساتير العالم من النص عليه وتوكيده ، وكل مصادرة وجدت لهذا الحق على إطلاقه تقع باطلة وغير مشروعة ومنافية للمبادئ المتعارف عليها وللأصول الدستورية المرعية . غير أن ذلك لا يخلل يد المشرع عن تنظيم وسائل المطالبة به وتحديداتها بما يحفظ لصاحب الحق حقه . مع مراعاة الروابط الاجتماعية ومقتضيات صالح الجماعة ولو صح الجدل أن المرسوم بقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٢ استهدف منع التقاضى إطلاقاً سواء بالنسبة لطلبات الإلغاء والتعويض لأضحى قانوناً غير دستوري ، وجاز للمحاكم الامتناع عن تطبيقه فيما جاوز الحدود الدستورية^(٦٧)



ثانيا : اتجاه المحكمة الإدارية العليا :

حينما أنشأت المحكمة الإدارية العليا بمقتضى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ كان قضاء مجلس الدولة المصري مستقرا على التفرقة السابقة ، بل أن المحكمة الإدارية العليا قد انضمت ضمنا الى تلك التفرقة في حكمها الصادر في ٢٧ أبريل ١٩٥٧ ، فقد استندت في القول بدستورية المرسوم بقانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٢ — الخاص بفصل المواطنين بغير الطريق التأديبي مع حرمانهم من حق الطعن للإلغاء مع ترك باب التفويض مفتوحا — إلى أن المنع الذي تضمنه المرسوم بقانون المشار إليه « لا يتطوى على مصادرة مطلقة

(٦٦) السنة العاشرة — ص : ٣٣٤ وبذات المعنى حكمها الصادر في ١١ نوفمبر سنة ١٩٥٦ السنة ١١ ص : ١٥

أنظر ذلك في المرجع السابق — هامش ٤١٧

(٦٧) السنة الثامنة — ص : ٩٦٩ وبذات المعنى حكمها في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٤ السنة التاسعة ص ٤٣ وفي ٢٦

مارس سنة ١٩٥٧ السنة ١١ — ص : ٣١٥ وقد أبدت المحكمة الإدارية العليا هذا القضاء في حكمها الصادر

في ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٧ — السنة الثانية — ص : ٩٧٥ .

أنظر المرجع السابق — هامش ٤١٨

للحقوق بدون تعرض عادل أو محرم لانتهاكها في أية صورة ، حقيقة أن المحكمة لم تلصح صراحة عن رأيها فيما لو كان المرسوم بقانون المطلوب فيه قد تضمن تلك المصادرة المطلقة للحق ولكن مفهوم المثالية كان يقطع بتأييد المحكمة الإدارية العليا للقضاء بحكمة القضاء الإداري المستقر في هذا الخصوص .. (٦٨) . ومع ذلك فقد سلكت المحكمة الإدارية العليا عدة طرق لتبرير قضائها .

١ - فقد استندت في تبرير مسلك الشارع إلى نظرية الظروف الاستثنائية أو للصالح العام . فمن ذلك حكمها الصادر في ١٣ أبريل سنة ١٩٥٧ الذي جاء في أسبابه : ... وقد قصد بإصدار هذا القانون - على ما بين من المناقشات التي دارت بمجلس الشيوخ - إعفاء القائمين على الأحكام العرفية مما يكون قد تخلفوه أثناء قيام الأحكام العرفية من أجراءات تجاوزوا بها حدود القانون باعتبار أنهم إنما فعلوا ما تقتضيه به المصلحة العامة ، وما عليه واجب الدفاع عن البلاد أو واجب الحيلة والطعنات والمناط في ذلك كله أن يكون الحاكم العسكري وهو يخطط هذا الإجراء إنما يدفع به خطرا أو هائلة ، أو بصورة أخرى أن يكون زائدة في ذلك المصلحة العامة (٦٩) .

٢ - وفي حالات أخرى استندت المحكمة في تبرير مسلكها ذاته إلى التفرقة بين الحق باعتباره الهدف الذي يسعى الفرد إلى تحقيقه والمطالبة بالحق باعتبارها وسيلة وخلفت إلى أن الوسيلة قد تختلف طالما أن الحق مصان وعلى هذا الأساس قضت في حكم لها بتاريخ ٨ يونيو سنة ١٩٥٧ بأن : إلغاء الوسيلة القضائية ليس معناه إلغاء أصل الحق ذاته . ذلك أنه يجب عدم الخلط بين أصلين لا تعارض بينهما وهما :-

أولا : الحق شيء ووسيلة المطالبة شيء آخر .

(٦٨) النظرية العامة للقرارات الإدارية - ص : ٤٤٢

(٦٩) مجموعة المبادئ القانونية التي قرر بها المحكمة الإدارية العليا ، السنة الثالثة حكم رقم ٩٣ ص : ٦٨٨ ، راجع المجموعة ذاتها السنة الثالثة حكم رقم ١٠١ ص : ٩٧٥ ، والسنة الثالثة حكم رقم ٤٦ ص : ٣٦ .

ثانياً : أن القانون هو الذى يحدد وسيلة المطالبة بالحق ويعين الجهة التى يلجأ إليها صاحب الحق لاقتضاء حقه ، قضائية كانت هذه الجهة أو غير قضائية ، ثم أضافت المحكمة أنه « من المسلم كأصل دستورى أن القانون هو الذى يرتب جهات القضاء ويحدد نطاق ولايتها ويوزع الاختصاص بينها . كما أنه هو الذى يقرر الحقوق ويحدد وسائل المطالبة بها قضائية كانت أو غير قضائية ولا يلزم حتماً أن تكون تلك الوسيلة قضائية ، أو أن تكون قضائية على وجه معين كطلب الإلغاء أو وقف التنفيذ دون وجه آخر كطلب التعويض . بل المراد فى ذلك كله إلى ما يرتبه القانون ويحدده والشروط والأوضاع التى يقررها ، لأنه الأداة الدستورية التى تملك ذلك كله فى حدود الدستور ، وبغير خروج على مبادئه . كما أن من المسلمات كذلك كأصل دستورى أن المقصود بالمساواة أمام القضاء هو عدم التفرقة بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية وهو المقصود بالمساواة أمام القضاء فى حقهم من الناحية الدستورية ولكن لا يمكن أن تفهم المساواة أمام القضاء بالقياس بينهم وبين طائفة أخرى من أفراد لأشأن لهم فى النظم الجامعية لعدم التماثل فى المراكز القانونية » (٧٠) .

غير أن المحكمة الإدارية العليا بعد أن اتجهت الاتجاه ذاته الذى اتبعته محكمة القضاء الإدارى فى التفرقة بين الخطر الشامل لسماع الدعوى والخطر الجزئى له وما ترتب على ذلك من اعتبارها الأول دون الثانى غير دستورى مخالفتها لأحكام الدستور — هادت فقضت فى حكمين لها — بتاريخ ٢٩ يونيو سنة ١٩٥٧ و يولييه سنة ١٩٥٨ — بدستورية كل قيد يصدر من جانب الشارع على الاختصاص القضائى . ويستوى فى ذلك أن يكون هذا القيد كلياً أى يشمل دعوى الإلغاء ودعوى التعويض أو جزئياً فيقتصر على دعوى الإلغاء دون دعوى التعويض ، وقد أقامت المحكمة الإدارية العليا هذا القضاء الأخير على أساس ما تقرره الدساتير عادة من النص على أن القانون هو الذى يرتب جهات القضاء ويعين اختصاصها وخلصت من ذلك إلى أن الشارع وهو فى سبيل تحقيق ذلك — أن يوسع فى اختصاص القضاء أو يقيد على هذا الأساس (٧١) — قضت المحكمة الإدارية العليا فى حكم بتاريخ ٢٩ يونيو سنة ١٩٥٧ :

(٧٠) مجموعة المبادئ القانونية التى قررها المحكمة الإدارية العليا ، السنة الثانية رقم ١١٧ ص : ٤١١٥

(٧١) النظم السياسية والقانون الدستورى — للدكتور العطار — مرجع سابق

و أنه يجب التفرقة بين المصادر المطلقة لحق التقاضي عموماً وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء . وإذا كان لا يجوز من الناحية الدستورية حرمان الناس كافة من الالتجاء الى القضاء للاختصاص لأن في ذلك مصادره لحق التقاضي وهو حق كلفه الدستور أصلاً إذ تكون مثل هذه المصادر المطلقة بمثابة تعطيل لوظيفة السلطة القضائية ، وهي سلطة أنشأها الدستور لممارسة وظيفتها في أداء العدالة مستقلة عن السلطات الأخرى — فمن كان ذلك ، إلا أنه لا يجوز الخلط بين هذا الأمر وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء بالتوسع أو التضييق ، لأن النصوص الدستورية تقضي أن القانون هو الذي يرتب جهات القضاء ويعين اختصاصها ، وينبى على ذلك أن كل ما يخرجه القانون من ولاية القضاء يصبح معزولاً عن نظره وهذا أصل من الأصول المسلمة (٧٢) .

ثالثاً : موقف الفقه من موقف القضاء :

منذ البداية تعرضت أحكام القضاء سواء تمثلت في محكمة القضاء الإداري أو تمثلت في أحكام المحكمة الإدارية العليا الى انتقاد وم هجوم من بعض رجال الفقه في مصر ، ونكاد نجدهم جميعين في تقديم مسلك القضاء في تبرير اتجاهاته تلك — الى أنها تمس من قرب مبادئ دستورية أساسية هي مبدأ الفصل بين السلطات ، مبدأ الشرعية وسيادة القانون ومبدأ استقلال السلطة القضائية تلك المبادئ التي شيدت عليها النظم السياسية السليمة القائمة على مبدأ الديمقراطية والحرية . ويرى أن تزيد هذا الاحتمال تفصيلاً .

١ — مبدأ الفصل بين السلطات :

إن من أهمية مبدأ الفصل بين السلطات اعتبار السلطة القضائية سلطة ثالثة الى جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية ، ولا يجوز لأى من تلك السلطات أن تزاول عملاً هو من اختصاص سلطة أخرى إلا بناء على نص صريح في الدستور وعلى سبيل الاستثناء . وإذا كان الدستور جامداً فإن قواعده تسمو على قواعد القانون

(٧٢) مجموعة المبادئ القانونية التي قررها المحكمة الإدارية العليا — السنة الثامنة حكم رقم ١٣٧ — ص : ١٢٣٥

والسنة الثالثة حكم رقم ١٧٣ — ص : ١٦٩١

العادى وبذلك يختص الدستور وحده بتنظيم وتقييد الاختصاصات التى أوجدها
ومن ثم يكون من الطبيعى أن السلطة التشريعية وهى سلطة أوجدها الدستور
وقبدها — أن تقيّد سلطة أخرى .

ولكن ان هذا المبدأ يظل نظريا ما لم يترتب عليه جزاء يعطل تصرف تلك السلطات
التى اعتدت على سلطة أخرى مخالفة بذلك قواعد الدستور ، وهذا الجزاء هو الرقابة على
دستورية القوانين الا أن هذا الجزاء ليس كافيا لضمان ولاية القضاء الكاملة مادام أن الشارع
قد لجأ الى تقييد حق التقاضى . ولذا يتعين اضافة شرط آخر مكمل للأول ومعهم لضمان
استقلال الولاية القضائية — هو كفالة حق التقاضى (٧٣) .

« ومن ناحية أخرى فإن السلطة القضائية ، بمختلف جهاتها القضائية هى سلطة
أصلية ، وعلى قدم المساواة مع السلطتين الأخرى ومن ثم فإنها لا تستمد وجودها وكيانها من
السلطة التشريعية . وقد سلمت المحكمة الإدارية العليا هذه القاعدة أيضا ولكنها لم تترتب
عليها كامل نتائجها ، لأن السلطة القضائية اذا لم تكن منحة من المشرع ، فإنه هذا
المشرع لا يمكنه إلغاء كليها ولا جزئها ، لأن الإلغاء واحد في المجالتين وكميته لا يغير جوهره .
أما تنظيم السلطة القضائية فله شأن آخر وهو ككل تنظيم يملكه المشرع . يجب أن يكون
الغرض منه تمكين المواطنين من ممارسة حرياتهم ومن ثم فإن المشرع يملك تنظيم السلطة
القضائية كما يشاء بشرط أن يكون هدفه التنظيم لا الإلغاء » (٧٤) .

٢ — مبدأ الشرعية وسيادة القانون :

أن مبدأ الشرعية يقتضى سيادة حكم القانون يتمكن المحاكم من تحقيق تلك المهمة
عن طريق الرقابة على دستورية القوانين وشرعية أعمال الإدارة — فمحقق المشرع
للقرارات الادارية ويجعلها في منأى عن رقابة القضاء تعد خروجاً على مبدأ الشرعية

(٧٣) النظم السياسية والقانون الدستوري — للطاير مرجع سابق — ص : ٢٤٣

(٧٤) النظرية العامة للقرارات الادارية — للطاير مرجع سابق — ص : ٤٥٠

والفئات على سلطة المحاكم في مراقبة كل تصرف وفقاً للقواعد القانونية الأمر الذي يمثل مبدأ سيادة القانون ويحمل الدولة أقرب إلى النظم الاستبدادية التي لا تتقيد بقاعدة قانونية في معظم تصرفاتها^(٧٥).

٣ — أن مبدأ استقلال السلطة القضائية يصطدم به مبدأ آخر هو حرية المشرع في تنظيم السلطة القضائية فالخطر التشريعي الذي يسببه المشرع على نشاطات السلطات العامة في عدم وقوف الأفراد ضدها في ساحات المحاكم يمثل حجراً على الفرد السلطة القضائية واستقلالها في نظر كافة المداخلات التي تتورق بين الأفراد والسلطات العامة.

وحيثما دليلاً على ذلك أنه من الأصول المسلمة والتي ردها أحكام المحكمة الإدارية العليا في كثير من أحكامها ، أن السلطة التشريعية حين تزاوِل الاختصاص الذي خصها به الدستور يعين عليها أن تباثق في النطاق الذي قرره الدستور ، وبغير خروج على مبادئه . ويستتبع ذلك أنه إذا نص الدستور على أن تكون ولاية القضاء كاملة وأن المواطنين متساوون أمام القانون ، وجب في نطاق هذه المبادئ والألا كان غير دستوري^(٧٦).

وبناء على هذه الانطباعات يكون حق التقاضي بكل المقاييس أنه غير دستوري حتى ولو لم ينص عليه صراحة في الدستور باعتراف ذلك القضاء المتناقص نفسه بأن حق التقاضي هو حق أصيل يستمد وجوده من المبادئ العليا للجماهير منذ وجدت ولم يخل دستور من دساتير العالم من النص عليه وتوكيده .

ولقد سأل القضاء وجهة أخرى لتبرير مسلك الشارع في تقييد حق التقاضي في حين قضى بوجوب التفرقة بين الهدف وهو الحق ذاته ، وبين المطالبة به وهو الوسيلة . فقررت أن القانون هو الذي يحدد وسيلة المطالبة بالحق ويعين الجهة التي يلجأ إليها صاحب الحق لاقتضاء حقه قضائية كانت الجهة أو غير قضائية حقيقة أن الحق شيء والمطالبة به شيء آخر ، فكل وسيلة تهدف إلى ضمان اقتضاء صاحب الحق لحقه تعتبر كافية ، ولكن إذا حدد الدستور وسيلة معينة ومحدودة ، وهي المطالبة القضائية للوصول إلى الحق ،

(٧٥) القضاء الإداري (قضاء إلغاء) الجزء الأول للطايعي مرجع سابق — ص : ١٣٠

(٧٦) المطار — المرجع السابق ص : ٤٥

تعين التزام هذه الوسيلة ، ومن ثم لا يجوز للسلطة التشريعية أن تتجاوز : فالدستور يحول السلطة القضائية وحدها حق الفصل في الخصومات القضائية دون السلطتين التشريعية والتنفيذية ولا يتأتى للسلطة القضائية أن تباشر هذه الوظيفة التي أسندها اليها الدستور إلا إذا تمكن الأفراد من وسيلة المطالبة القضائية مادام أن السلطة القضائية لا تختص بانزال كلمة القانون إلا في المنازعات التي تقوم من أصحاب الشأن .

ويقضى على ذلك أن كل تقييد لوسيلة المطالبة القضائية هو في حقيقته تقييد الوظيفة السلطة القضائية في مزاولة اختصاصها .

وقد كان لدور الفقهاء في نقد مسلك المحكمة الادارية العليا في تبهرها لتقييد حق التقاضي صدها في ميثاق العمل الوطني فقد حرص الميثاق كما يقول استاذنا العميد الطماوي في أكثر من موضوع أن يربط بين « الديمقراطية » و « الحرية » و « سيادة القانون » و « استقلال القضاء » ومن جماع هذه الأفكار يقوم مبدأ الشرعية ولذا يقول الميثاق « أن الكلمة الحرة ضوء كشاف أمام الديمقراطية السليمة ونفس المقدار فان القضاء الحر ضمان نهائي وحاسم لحدودها أن حرية الكلمة هي المقدمة الأولى للديمقراطية ، وسيادة القانون هي الضمانة الأخيرة لها » (٧٧).

وفي اعتقادنا — إن الحقيقة التي لا جدال فيها بأن وجود أولئك الفقهاء الذين انتقدوا مسلك المحكمة الادارية العليا والذين شاركوا في صنع بنود الميثاق والذين شاركوا في الأعمال التحضيرية لدستور ١٩٧١ — كان له دور أساسي في أن يصدر الدستور متضمنا في المادة ٦٨ حكما يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار اداري من رقابة

(٧٧) قضاء الالغاء — مرجع سابق ص : ٤٣٣ ، النظرية العامة للقرارات الادارية ص : ٤٥٢

القضاء لذلك لم تتردد المحكمة العليا بعد انشائها عام ١٩٦٩ في أن تقضى بعدم دستورية القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل قانون مجلس الدولة الملغى فيما نص عليه من اعتبار أن قرارات رئيس الجمهورية بأحوالة الموظفين العموميين إلى المعاش بغير الطريق القادسي من أعمال السيادة لأنه « ينطوي على مصادرة لحق الموظفين في الطعن في تلك القرارات أو التقاضي بشأنها فضلا عن اهدارها مبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق مما يخالف المادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور ».

وقضت كذلك عام ١٩٧٦ بعد أن استعرضت نص المادة ٦٨ فإن هذا النص من الدستور لم يقف عند حد تقرير حق التقاضي للناس كافة كحق دستوري أصيل ، بل جاوز ذلك إلى تقرير مبدأ حظر النص في القوانين على منحصرين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء ، رغم دخول المبدأ في عموم المبدأ الأول ورغبة في تأكيد الرقابة القضائية على القرارات الإدارية وحسما لما يثار من خلاف في شأن عدم دستورية التشريعات التي تحظر حق الطعن في هذه القرارات ، وقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن النص المشار إليه جاء كاشفا للطبيعة الدستورية لحق التقاضي ومؤكدا لما أقرته الدساتير السابقة ضمنا من كفالة هذا الحق للأفراد حين تحولهم حقوقا لا تقوم ولا تؤثر ثمارها إلا بقيام هذا الحق باعتباره الوسيلة التي تكفل حمايتها والتمتع بها ورد العنوان عليها (٧٨).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ وتوابعات أحكامها عليه في طائفة من القضايا لعام ١٩٨٣^(٧٩) وهكذا انتهى نص الدستور كاشفا إلى أن حق التقاضي حق

(٧٨) الدعوى رقم ٦ لسنة ١ قضائية بتاريخ ١٩٧١/١١/٦. أنظر ذلك في المرجع السابق الأخير ص : ٤٥٥ تنص المادة ٦٨ من الدستور على أن : « التقاضي حق مضمون ومكفول للناس كافة ، لكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي ، وتكفل الدولة تهريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا . ويحظر النص في القوانين على منحصرين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء ».

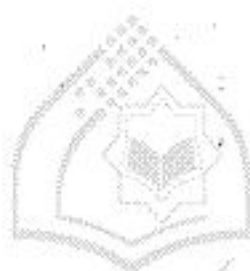
(٧٩) أنظر القضايا الآتية في الجزء الثاني - الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا من أكتوبر ١٩٨١ حتى ديسمبر ١٩٨٣ :

القضية رقم ٧ لسنة ٢ قضائية (دستورية) بتاريخ ٥ فبراير ١٩٨٣ ص : ٨٧ و ٨٨
القضية رقم ١٦ ورقيم ٥ لسنة ٢ قضائية (دستورية) ورقيم ٧ لسنة ٣ في تاريخ ١٩٨٣/٤/٣٠ ص : ٩٤ و ٩٥ و ١٠٢ و ١٠٣ و ١١١ .
والقضية رقم ٩٢ لسنة ٤ قضائية (دستورية) بتاريخ ١٩٨٣/١٢/٣ ص : ١٨٢ و ١٩٠ .

دستورى أصل يقع على عاتق المحاكم حمايته ورقابته من أى قانون ينص على تحصين القرارات والأعمال الادارية والغالها ولى ذلك ضمانه لسيادة مبدأ الشرعية وحكم القانون وتحقيق مبدأ الفصل بين السلطات — اللذين هما عنصرا استقلال السلطة القضائية .

المفراع الرابع تقييد حق التقاضى فى السودان

مرت كفالة حق التقاضى وتقييده بمرحلتين فى السودان — منذ قيام ثورة أكتوبر ١٩٦٤ وحتى ٢٥ مايو ١٩٦٩ والمرحلة الثانية كانت بعد ذلك وحتى اليوم ونرى ضرورة مناقشة الوضع فى هاتين المرحلتين اللتين تمثلان معلمين هامين بارزين فى تاريخ الحياة الدستورية والقضائية فى السودان .



المرحلة الأولى :

بدأت الحياة النيابية والدستورية فى السودان عام ١٩٥٦ ولم تلبث أكثر من عامين حيث وقع انقلاب عسكري فى ١٧ نوفمبر ١٩٥٨ وألغى الدستور وحل الأحزاب وأقام حكم دكتاتورى حتى هب الشعب فى ٢١ أكتوبر واستعاد الحياة الدستورية . وكان من أهم النقاط التسع التى وردت فى ميثاق ثورة أكتوبر والتى قام عليها دستور ١٩٦٤ المؤقت « تأمين استقلال القضاء » وقد نصت المادة السابعة منه على أن « يخضع جميع الأشخاص والجمعيات التى تتكون من الأشخاص رسمية كانت أو غير رسمية لحكم القانون ... » . ومعنى هذا النص خضوع كل الأفراد والسلطات العامة فى الدولة لحكم القانون ولى كل المنازعات وقد أتيح للقضاء أن يضع هذا النص موضع التنفيذ العملى حيث قضت المحكمة العليا بإعلان التعديل الدستورى الذى أدخلته الجمعية التأسيسية والتى كانت تتولى سلطة تأسيسية وتشريعية وألغت القوانين الصادرة بموجبه وقررت بأن الجمعية التأسيسية لاهق لها فى تعديل الدستور بما يعارض والحقوق الأساسية لأية مجموعة من الناس وأن الحقوق

الأساسية المنصوص عليها في الدستور محصنة من أي تعديل قانوني أو حتى دستوري^(٨٠).

وعلق البعض على هذا الحكم بقوله : إن هذا الحكم بلا أدنى شك دليل قطعي على أن قضاءنا لم يكن يستثنى أحدا من سلطانه ، ولم يكن ليحجب سلطته من أي نزاع حتى ولو كانت الدولة في مؤسساتها العليا هي المدعى عليها وكان النزاع يتعلق بقوانين أساسية لتلك المؤسسات ، ولم يكن هذا الحكم فريدا في قضائنا بل قبلت المحكمة العليا دعوى ضد مجلس السيادة لأنه أمر بحل الجمعية التأسيسية وأجرى التعديلات أخرى ولكن المحكمة لم تتمكن من إصدار حكمها نتيجة لإلغاء الدستور وحل محكمة الاستئناف العليا عقب — ٢٥ مايو ١٩٦٩ ولو قدر للمحكمة أن تصدر قرارها لصالح المدعين لأمرت بإلغاء مؤسسات دستورية^(٨١).

ول قضية أخرى^(٨٢) لمضت المحكمة العليا ، أنه ليس هناك في الدستور ما يمنع أي شخص من اللجوء إلى المحاكم إلا فيما يتعلق بالإجراءات داخل البرلمان ، وعلى الرغم من أن دستور ١٩٦٤ لم ينص صراحة على حق التقاضي إلا أن المحكمة العليا قررت أن من حق جميع المواطنين في أي وقت وفي أي نزاع اللجوء إلى المحكمة العليا والقول بغير ذلك يهدم سلطات المحاكم ويهدم مبدأ سيادة الدستور نفسه ويحل بنص المادة ٩٩ منه والتي تجعل الهيئة القضائية حارسا للدستور ولها اختصاص النظر والحكم في أية مسألة . كما أنه يحل بأساس النظام الديمقراطي الذي يقوم عليه الدستور^(٨٣).

ويتبين من هذا أن القضاء السوداني في ظل دستور ١٩٦٤ اعتبر حق التقاضي . حق دستوري — بل ذهب القضاء إلى أبعد من ذلك حيث اعتبره من المبادئ التي تملو الدستور ، والتي يجب أن يكون الدستور مطابقا لها لامتعارض معها . في حين أن محكمة القضاء الإداري في مصر وفي تلك الفترة كانت تفرق بين المصادرة الجزئية لحق التقاضي

(٨٠) جولييت فريل وآخرين ضد حكومة السودان (مجلس السيادة) مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٦٨ قضية رقم ٣ : ٣

(٨١) استقلال القضاء — للأستاذ علي محمود حسن الخامس — بتاريخ ١٩٨٠/١٢/٢٠ ص : ٤

(٨٢) قضية ابراهيم محمد عبد الله عمر الباء ضد ابراهيم أحمد وآخرين مجلة الأحكام القضائية لسنة ١٩٦٩ ص : ١٥

(٨٣) البحث السابق — ص : ٥٠

والمصادرة الكلية فاعتبرته في الحالة الأولى دستوريا وفي الثانية غير دستوري — بل أن المحكمة
للإدارة العليا جنحت إلى اعتبار حق التقاضي هو حق قانوني وليس حق دستوري ومن ثم
يحق للمشرع أن ينظمه بالكيفية التي تراهي له ، إلا أن موقف المحكمة العليا كان محل نقد
وهجوم من جمهور الفقهاء وفي مقدمتهم أستاذنا العميد الدكتور الطماوي^(٨٤) .

المرحلة الثانية :

وتبدأ هذه الفترة بقيام نظام ٢٥ مايو ١٩٦٩ الذي حل الأحزاب وعطل الحياة
النيابية والدستورية مؤقتا ثمما يضع دستورا دائما وخلال تلك الفترة كانت القوانين تصدر
عن مجلس قيادة الثورة بأوامر جمهورية . وكانت في منأى عن رقابة القضاء . وكان هذا أمرا
تقتضيه طبيعة كل نظام جديد في تصفية كل ما يراه معوقا لمسيرته .

وفي عام ١٩٧٣ أجهز الدستور الحالي ونص في مادته ٢٢٢ بأن : يستمر العمل
بجميع القوانين والأوامر المعمول بها وقت صدور هذا الدستور مالم ينته سريانها أو تلغ أو
تعديل على أنه في حالة تعارضها معه تسود أحكام هذا الدستور . وقد تمت مراجعة شاملة
لكل القوانين التي تتعارض مع نصوص الدستور وعدلت وكان من أهمها قانون الخلاء المبالي
العامة الذي كان يخول السلطات الإدارية إصدار قرارات باخلاء المبالي الحكومية بالقوة
الجزئية دون لجوء إلى القضاء ، بل أن المادة الرابعة من ذلك القانون نصت بأنه : لا يجوز
لأية محكمة أن تعقب على أمر صدر أو فعل تم أو اعتبر أنه صدر بموجب هذا القانون .

والغريب في الأمر أنه بعد ما ألغيت هذه المادة لأنها تتعارض ونصوص الدستور لأنها
تمنع الشخص المتضرر من اللجوء إلى المحاكم واعتبرت قرارات الاخلاء في هذا الصدد قرارات
إدارية يجوز الطعن فيها أمام المحاكم المختصة ، إلا أن المشرع عاد مرة أخرى وأدخلها على ذلك
القانون وبدأ سريانها بأثر رجعي حيث أمتنت كل المحاكم التي أمامها طعون إدارية معلقة من
نظرها ومن ثم طعن في دستورية ذلك التعديل . وأصدرت المحكمة العليا قرارها بالأغلبية

(٨٤) قضاء الإلغاء — مرجع سابق — ص : ٤٢٣ — ٤٣٦

بصححة دستورية ذلك التعديل^(٨٥) وبالقالي يمنع حل القضاء العدلى فى أى قرار يصدره المحافظ بموجب ذلك القانون حتى ولو أعطى المحافظ خطأ فى قراره وحتى ولو تجاوز سلطاته بموجب ذلك القانون ، وحتى لو شاب قراره سوء نية أو غش أو خداع . فكل ما هو مطلوب من المحافظ أن يعلن - أن القرار الذى أصدره هو بموجب أحكام ذلك القانون حتى ولو كان القرار الذى أمر بإخلائه قراراً خاصاً وليس عاماً^(٨٦) .

والأدهى من ذلك وأمر أن المحكمة العليا لجأت الى الفقرة التى اعتمدت عليها المحكمة الإدارية العليا فى مصر فى أن حق التقاضى حق قانونى وليس حق دستورى ، فى حين أن المحكمة العليا فى السودان تعلم علم اليقين أن تلك السابقة قد ألغيت Overruled بموجب المادة ٦٨ من دستور مصر لسنة ١٩٧١ وان المحكمة العليا تعلم كذلك علم اليقين أن الفقه فى مصر قد ناصب مسلك المحكمة الإدارية العليا العداء ، ولذلك فإن أقل ما يوصف به مسلك المحكمة العليا فى السودان - هو أشبه بمسلك القائد الذى يحرى سلفه خلفه

والرأى الغالب فى المحكمة العليا - كما يقول الأستاذ على محمود حسين - مع الاحترام - جد غريب - فهو يرى أن وجود الهيئة القضائية وجود دستورى ولكن ليس بذى موضوع أن يكون ذلك الوجود هيكلاً دون محتوى أو شكلاً دون مضمون ، فالمهم فى نظر المحكمة العليا أن يبقى القضاء ولكن ليس مهماً أن يفرغ القضاء تدريجياً من عمله بالتشريعات المانعة للرقابة القضائية فإذا كان القضاء كمؤسسة قد انشأ ليقتضى بين الناس ليكون ملاذ لكل من يرى أنه قد أضير ، وأن حقه قد أهدر فكيف يستطيع أن يؤدى رسالته إذا استبعد بالتشريعات الملاحقة عن أداء رسالته فى كل حالة ينص عليها ذلك التشريع ؟

(٨٥) قضية مجلس شعى المنطقة الشرقية - ق. د. ١٩٧٨/٢/ ١٩٧٩ لفرع الأحكام الشهرية - أكتوبر نوفمبر وديسمبر ١٩٧٩

(٨٦) استقلال القضاء - مرجع سابق - ص : ٧

وبذلك تنتهي الى حيث انتهى اليه الفقه في مصر وأيده المشرع الدستوري وإلى
مآنتهى اليه القضاء في المملكة المتحدة والولايات المتحدة ، وإلى مآنتهى اليه القضاء في
السودان في الفترة السابقة على دستور ١٩٧٣ في أن حظر التقاضي أو تقييد حق التقاضي
جزئيا أو كليا يخل بمبدأ الشرعية وسيادة القانون ومبدأ الفصل بين السلطات وينتقص من
ولاية القضاء واستقلاله وفي ذلك اهدار للمبادئ الدستورية العامة .



مرکز تحقیقات کتاب و اسناد اسلامی

الفصل الثاني

علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة القضائية

يكاد الإجماع أن يكون متعلدا بين فقهاء القانون الدستوري على فصل السلطة القضائية عن السلطة التشريعية إلا أن فصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية كان أمرا مختلفا فيه في البداية باعتبار أن وظيفتهما واحدة ذلك لأن تطبيق التشريع على مختلف المنازعات بمقتضى حكم يحوز قوة الشيء المقضى به هو نوع من تنفيذ القانون ، إلا أن الاعتبارات التي قام عليها مبدأ الفصل بين السلطات دفع فقهاء القانون الدستوري الى القول بأن السلطة القضائية هي سلطة مستقلة وعلى قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية^(٨٧).

وقد دلت التجارب في كثير من الدول على اختلاف نظمها السياسية بأن طبيعة وظيفة السلطة التنفيذية مكنتها من الطغيان على السلطتين الأخرين ولم تتحرر أى منهما تحرر كاملا من ذلك الطغيان وخاصة السلطة القضائية لأن السلطة التنفيذية هي التي تتولى حقيقة تصرف شؤون السلطات العامة وتنفيذ قراراتها .

وتتمثل علاقة السلطة التنفيذية مع السلطة القضائية في أنها هي السلطة التي تتولى الإشراف على شؤون القضاة مثل تعيينهم ونقلهم ومحاسبتهم وعزلهم ، ومن جانب آخر

(٨٧) السلطات الثلاث - مرجع سابق - ص : ٦١٩

تدخل السلطة القضائية في الرقابة على قرارات السلطة التنفيذية والغائها ولما كانت معظم تلك الموضوعات قد بحثت فإن الموضوعين الذين نتعرض لهما بالبحث هما أثر تدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التنفيذية ثم أثر تدخل الحكومة في شئون القضاء ومدى أثر ذلك على استقلاله ولذلك نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث :

المبحث الأول : علاقة السلطين التنفيذية والقضائية في المملكة المتحدة

المبحث الثاني : علاقة الرئيس الأمريكى بالقضاء الاتحادى

المبحث الثالث : علاقة رئيس الجمهورية بالهيئات القضائية في مصر

المبحث الرابع : علاقة رئيس الجمهورية بالهيئة القضائية في السودان

المبحث الأول

علاقة السلطين التنفيذية والقضائية

في المملكة المتحدة

يقوم نظام الحكم في المملكة المتحدة على أساس النظام البرلماني وهو نظام يأخذ بمبدأ التعاون بين السلطات ويقوم على فصل رئاسة الدولة عن رئاسة الحكومة ، ولذلك نجد سلطات الحكومة موزعة بين الوزارات والهيئات العامة المستقلة ، فلا نجد تركيزا للسلطات بيد رئيس الوزراء ولذلك تكون التفرقة بين أعمال سلطات الحكم وأعمال سلطات الادارة واضحة لأن سلطات الحكم يتولاها رئيس الوزراء عادة مع التاج بناء على قرار المجلس وهي لا تخضع لرقابة القضاء بينما سلطات الادارة يتولاها الوزراء في وزاراتهم ثم الهيئات العامة بناء على تشريعات تفويضية تصدر عن البرلمان وهذه السلطات تخضع لرقابة المحاكم العادية ولا يثور في المملكة المتحدة ذلك الصراع الذى يقع بين الرئيس الأمريكى مع المحاكم الاتحادية في الولايات المتحدة الأمريكية . ولنلقى مزيدا من الضوء على هذه العلاقة نقسم هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الأول : تدخل المحاكم في أعمال الادارة

المطلب الثاني : اشراف الحكومة على القضاء

المطلب الأول تدخل المحاكم في أعمال الإدارة

إن مبدأ سيادة القانون في تطوره الحديث في المملكة المتحدة يعنى أن يخضع أى فرد من رئيس الوزراء Prime Minister حتى رجال الشرطة Constable وجامع الضرائب Taxes Collector إلى مسؤوليته أمام المحاكم عن أى عمل يرتكبه أثناء ممارسة وظيفته بدون مبرر قانونى Without legal justification مثله في ذلك مثل أى مواطن عاды^(٨٨) ولا تعنى رقابة المحاكم على أعمال السلطة التنفيذية في هذه الحالة كما يقول ويلبرفورث Wilberforce بأنه صراع بين المحاكم والسلطة التنفيذية^(٨٩) بل أن الحكومة كونت لجان قضائية للرقابة على أعمال الإدارة وأن قرارات تلك اللجان والقرارات الوزارية تخضع لرقابة المحاكم العادية وفقاً لمبدأ تجاوز الاختصاص Ultra Vire ذلك المبدأ الذى توسعت المحاكم في تفسيره حتى بسطت رقابتها على قرارات الوزراء وقرارات اللجان الادارية اذا انطوت على أى عيب يتعلق بالاختصاص أو مخالفة القانون والاجراءات أو اشكال أو اساءة استعمال السلطة والانحراف بها بل تعدت ذلك الى رقابة معقولة القرار الادارى وعدم تعارضه مع قواعد العدالة الطبيعية .

ولم تثر تلك الرقابة أى صراع بين المحاكم والحكومة ، بل كونت الحكومة اللجان لتطورها فقد اقترح أكثر من مرة أن تتولى الدعاوى الادارية دائرة خاصة من دوائر المحكمة العليا لكي تكتسب الخبرة في هذا المجال وتقلل من مخاطر تضارب الأحكام . وقد أوصت اللجنة القانونية عام ١٩٦٩ أن تتولى لجنة عليا إعادة النظر في نظام القانون الادارى ككل بحيث يشمل ذلك تكوين محاكم ادارية ووضع شروط لاختيار قضائها ، وقد جسد الفقهاء هذا الاتجاه ويرى د ويد ، أن القانون الادارى في فرنسا هو علم راق متخصص يضطلع به قضاة على مستوى عال من الكفاءة والخبرة ويضم شبكة من المحاكم الادارية ، ومحاكم من هذا النوع يقتصر عملها على تطبيق القانون الادارى تكون بلا شك مؤهلة أكثر من غيرها ويحدد

(٨٨) جازير مرجع سابق - ص : ٤١

It would be misdescription to state it in terms of a struggle between the Courts and Executive. (٨٩)

« وقد ، التقارب بين القانونين الإداريين في فرنسا والمملكة المتحدة ويرى أن هيوب القرار الإداري قد نقلها القانون الانجليزي عن مجلس الدولة الفرنسي وأن كلى للقانونين بهمدان على السوابق القضائية أكثر من اعتمادهما على القوانين التشريعية (٩٠) ، ولعل هذا يدحض نظرة دابسي المتشائمة في أن القانون الإداري لن يجد مجاه في القانون الانجليزي كما هو مطبق في فرنسا .

ويتبين من هذا أن العلون بين السلطين التنفيذية والقضائية لم يترك مجالا لان تطغى أى من السلطين على الأخرى وبالتالي يكون استقلال القضاء محفوظا للمدى الذى لاتمدى فيه المحاكم بالرقابة على أعمال الحكومة بكسلطة حكم أو على أعمال البرلمان .

المطلب الثاني الجهة التى تشرف على القضاء في المملكة المتحدة

يتردد الفقه خارج المملكة المتحدة في اعتبار أو عدم اعتبار — اللورد الحاجب Lord Chancellor — وزيرا للعدل والذي فضلنا أن نطلق عليه « الوزير القاضى » فهو قريب الشبه من وزير العدل في النظم القانونية الأخرى لان تعيينه يتم بقرار من التاج بعد موافقة رئيس الوزراء والذي في العادة هو زعيم الأغلبية السياسية وبذلك تلعب الاعتبارات السياسية دورا هاما في اختياره فهو من هذه الناحية مثله في ذلك مثل وزير العدل ، وهو أيضا حلقة الصلة بين الحكومة والقضاء ، فصفاته التى تجمع بين السياسية والقضاء لها أثر كبير على حفظ التوازن في العلاقة بين السلطين التنفيذية والقضائية وتمكنه من الإشراف على القضاء بصورة مرضية .

والدليل على أن « الوزير القاضى » ليس وزيرا للعدل هو أن النظام الانجليزي عرف

وظيفة النائب العام باعتبارها وظيفة سياسية بالرغم من طابعها القانوني والقضائي ، ونظرا لخطورة الوظائف القانونية التي يقوم بها النائب العام فإن مركزه في الحكومة قد يؤثر على استقلاله في عمله القانوني ، ولذلك فإن التقاليد الدستورية في المملكة المتحدة تقضي بالا بتأثير النائب العام برأى زملائه الوزراء .

ولما كانت المحاكم في المملكة المتحدة لا تتدخل مباشرة في أعمال البرلمان الذي يمثل الأغلبية السياسية التي تنهق منها السلطة التنفيذية ولا تتصدى الى أعمال الحكومة باعتبارها سلطة حكم وليست سلطة ادارة ، ولا تشرف كذلك في الرقابة القضائية على أعمال الوزراء والهيئات العامة التي تحترم القانون الى أقصى حد في ممارستها للأعمال المفوض اليها بموجبه فلكل هذه الأسباب لا تتدخل الحكومة بصورة مباشرة في شؤون القضاء والتي معظمها يحددها القانون ويؤكد لنا للمرة الثالثة أن الفجوة بين السلطات له أثر كبير على تطبيع العلاقات بين السلطتين التنفيذية والقضائية ذلك هو الذي وفر للمحاكم في المملكة المتحدة استقلالها الحقيقي كما يقول « فردمان »^(٩٥)

المبحث الثاني

علاقة الرئيس الأمريكي بالقضاء الاتحادي

يقوم نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية على النظام الرئاسي ، فـ الرئيس الجمهورية هو رئيس الدولة ورئيس السلطة التنفيذية ، ويمتلك سلطات واسعة يمارسها عن طريق استصدار قوانين من الكونجرس ، وقد تتعرض تلك القوانين في بعض الحالات لرقابة المحاكم والغالبها ، ولذلك يمارس الرؤساء سلطتهم في تعيين القضاة للتأثير على المحاكم لتعاطف مع وجهات نظرهم السياسية ولذلك ظلت العلاقة بين الرئيس والمحاكم محل أخذ ورد ولكن تستجلى تلك العلاقة وأثرها على استقلال القضاء نقسم هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الأول : تدخل المحاكم في أعمال الرئيس

المطلب الثاني : أثر نفوذ الرئيس على المحاكم

المطلب الأول تدخل المحاكم في أعمال الرئيس

أمتعت المحاكم الاتحادية في البداية من رقابة قرارات الرئيس ، فقد قررت المحكمة العليا في قضية مسيسي ضد جونسون عام ١٨٦٧ أن المحكمة مقتنعة تماماً بأنها لا تملك سلطة قضائية في منع الرئيس من ممارسة أعماله^(٩٢) ومنذ ذلك القرار ساد اعتقاد عام وكمبدأ أساسي في القانون الأمريكي بأنه لا يجوز للمحاكم أن تصدر أمر منع قرارات الرئيس ، ويقضى هذا المبدأ الى تخصيص قراراته وجعلها في منأى عن الرقابة القضائية . ويعزى امتناع المحاكم عن رقابة شرعية تلك القرارات الى التفسير المعكوس Perverved Construction لمبدأ فصل السلطات الذي أخذت به المحكمة^(٩٣) حيث ترى أن الكونجرس وهو السلطة التشريعية للدولة ، وأن الرئيس هو السلطة التنفيذية فلا يجوز للسلطة القضائية أن تقيد أيا من تلك السلطتين في أعمالها^(٩٤) .

وميزت المحاكم في قضية شيكاغو^(٩٥) عام ١٩٤٨ بين قرارات الرئيس وبين قرارات الادارة الأمريكية ، فامتنعت عن التدخل في رقابة قرارات الرئيس بينما لم تتردد في رقابة قرارات موظفي السلطة التنفيذية ، وقد أسست المحكمة هذه التفرقة — على أن الرئيس باعتباره القائد العام والممثل للشعوب الخارجية فلا ينبغي أن تراقب قراراته المبنية على معلومات فنية وسرية موثوق بها .

وقد انتقد الفقه منذ البداية موقف المحاكم من امتناعها عن رقابة قرارات الرئيس أو التفرقة بين قراراته وقرارات موظفي ادارته لأنه من الخطأ البين أن تعتقد المحكمة العليا أن الرقابة على أعمال أى سلطة حكومية أخرى هو تدخل غير لائق من المحاكم ، لأن جوهر الوظيفة القضائية هو تطبيق القانون في الدعاوى التي ترفع اليها للفصل فيها ، فاذا حدث

Mississippi V. Johnson, 4 Wall. 475 (1867) 49,129

(٩٢)

(٩٣) شوارتز — مرجع سابق — وفيه نقد للحكم في القضية السابقة

(٩٤) انظر الحكم في القضية السابقة

Chicago and Southern Airlines V. Waterman S.S.Co., 33U.S. 1,3,111, (1948)

(٩٥)

بأن. رئيس السلطة التنفيذية طرف في قضية معينة فإن هذا لايعنى أن المحكمة وهي تفصل في الدعوى تمارس وظيفة أخرى غير وظيفة القضائية ... وأن التفسير الذي ذهبت إليه المحاكم لفصل السلطات بتلك الطريقة يعد شروحا في نظام الحكومة وبعد أمرا غريبا على أفكار النظام الأنجلو - أمريكي^(٩٦) .

وترتب على موقف الفقه من أحكام المحكمة العليا - في قضية مسسى وشيكاهو أن عدلت في نفس العام من موقفها في قضية ولنجر ضد فالنج عام ١٩٤٨ حيث قررت أن الرئيس مثل مدير البريد العمومي تتحدد مسؤوليته من خلال الخاضعين له في تنفيذهم لأوامره غير الشرعية ، ولذلك تختص المحاكم برقابة قراراته المخالفة لمبدأ الشرعية والدائما .

أصدرت المحكمة العليا كذلك في عام ١٩٥٢ قرارا بمنع تنفيذ قرار وزير التجارة بالاستيلاء على شركات الحديد والصلب الصادر بناء على أمر رئيس الجمهورية^(٩٧) ويرى الفقهاء اذا كانت هذه القضية تعنى شيئا مميذا فإنها تعنى أن المحكمة قد رفضت نظرية الحصانة المطلقة لقرارات وأعمال السلطة التنفيذية المعصلة في الرئيس^(٩٨) .

ولكن ترددت المحاكم في الولايات المتحدة في بداية الأمر في رقابة قرارات الرئيس الأمريكي فان ذلك يعزى الى عدم التفرقة بين الأعمال السياسية *Political Questions* باعتبارها عملا من أعمال السيادة وبين القرارات الادارية الأخرى ، وكذلك اعتناق المحاكم في بعض القضايا لتفسير خاطيء لمبدأ الفصل بين السلطات الا أن الفقه كان منذ البداية ينتقد مسلك المحاكم وينبه الى خطورة انجهاها على مبدأ سيادة القانون ، ولذلك مالبت القضاء أن يصحح مساره وأخضع قرارات الرئيس الى رقابته مالم تتدرج في الأعمال السياسية الا أنه أفرط في الرقابة للدرجة جعلت الرؤساء يميلون الى استخدام نفوذهم في التأثر على المحاكم .

(٩٦) شوارز - ص : ٢٠٣ - والنظر تحليلا للقضايا السابقة فيه

(٩٧) Youngstown sheet and tube Co. V. Sawyer; 343, U.S. at 654

(٩٨) شوارز - مرجع سابق - ١٣٥

المطلب الثاني

أثر نفوذ الرئيس على المحاكم

يستطيع الكونجرس لو يشاء استخدام سلطته في تنظيم القضاء بان يضيق من دائرة اختصاص السلطة القضائية ، وقد ثبت أن سلطته في ذلك نظرية أكثر من كونها عملية ، وقد ظل يحافظ على علاقته بالقضاء ، أما علاقة الرئيس كانت في بعض الحالات على خلاف ذلك وأنها لم تكن دائما في وفاق وقد وصف هاملتون العلاقة بين السلطين فقال : ان السلطة التنفيذية هي التي تملك سيف المجتمع وأن القضاء يجب أن يعتمد في النهاية على مساعدة السلطة التنفيذية حتى في نفاذ أحكامه (٩٩) .

وقد حدثت بعض الخلافات بين الرئيس والمحاكم منذ عهد الرئيس توماس جفرسن وحتى عهد الرئيس روزفلت ، وإذا كان الرئيس روزفلت قد خرج منتصرا في معظم تلك الاختلافات إلا أن انتصاره كان في الغالب طفيفا . أما الرئيس جفرسن فقد بذل عدة محاولات منذ انتخابه في المرة الثانية عام ١٨٠٤ للسيطرة على القضاء الاتحادي وذلك بمحاولة اللجوء الى اتهام قضاة المحكمة العليا ، إلا أن تلك المحاولات باءت بالفشل بسبب الانقسام الذي وقع في صفوف حزبه في الكونجرس . وقد تردد الرؤساء بعد ذلك في عزل القضاة الاتحادين لأسباب سياسية عن طريق الاتهام ، ولكنهم حاولوا توجيه لطمات سياسية بممارسة حكمة لاستخدام نفوذهم في تعيين قضاة الاتحاد .

ولعل أوضح مثال لممارسة الرئيس لسلطته في التعيين هو ذلك التعيين الذي حدث عام ١٨٧١ حين عين الرئيس الأمريكي عضوين في المحكمة العليا من أجل قرار هام أصدرته المحكمة العليا عام ١٨٧٠ وكان يتعارض مع وجهة نظر الرئيس خاصة وأن القرار صدر بأغلبية البسيطة Bare Majority أى بأغلبية عضو واحد . ولما كان العضوان المعينان يتطابق وجهتا نظريهما مع وجهة نظر الرئيس فليس من المستغرب أن تتحلل المحكمة

من قرارها بمجرد تعيينها^(١٠٠) وذلك يبرز أن يقوم الرئيس بإجراء تعيينات أخرى كلما كانت الفرصة مواتية له ويمكن كذلك أن يستفيد هذا التفويض من أجل نقض قرار معين للمحكمة .

إن أهم تضارب يستحق الذكر هو الذي وقع بين المحكمة العليا والرئيس روزفلت بسبب إلغاء المحكمة العليا لكثير من قرارات الرئيس والتي تتضمن إجراءات أساسية للإصلاح الاقتصادي والذي عرف في التاريخ الأمريكي « بنو ديل » فلم ينتظر الرئيس حتى تواتر الفرصة لي يعين الرجال الذين يطبقون مع وجهات نظره في المحكمة العليا ، لأنه كان يرى مخطئه التشريعية وهي تلغى بسبب التفسير المتعصب للدستور بالأغلبية البسيطة ، فرأى أن يتعامل مع المشكلة بمقاومة المحكمة بالقراح عفيف يبرز بها عضويتها .

وقد بعث روزفلت بعد تعيينه مباشرة للمرة الثانية برسالة للكونجرس تحمل خطة إعادة تنظيم المحكمة Court reorganisation plan وكانت تتضمن في أن يعطى كل قاضي في المحكمة العليا تجاوز سن السبعين فرصة ستة أشهر للاعتزال ، وإذا لم يستعجب لذلك يكون من حقه أن يستمر في منصبه ولكن يكون من حق رئيس السلطة التنفيذية أن يعين قاضي إضال في مقابل كل قاضي أكمل سن السبعين ولما كان في ذلك الوقت قد تجاوز ستة من قضاة المحكمة العليا سن السبعين فأصبح من حق الرئيس أن يعين ستة قضاة آخرين وذلك يستطيع أن يشكل المحكمة بالأغلبية التي تحقق رغبته^(١٠١) .

ومن وجهة النظر الدستورية فإن خطة روزفلت لو أجازها الكونجرس لن مهاجم لأن الدستور الاتحادي — كما رأينا — قد نص صراحة على وجود المحكمة العليا ولكنه لم يحدد طريقة تكوينها ، وترك هذا للكونجرس وقد ظل تنظيم المحكمة يحدد منذ البداية بموجب القانون ولذلك فإن عضوية القضاة التسعة والتي ظلت ثابتة منذ عام ١٨٦٩ وحتى الآن

(١٠٠) شوارتز — الدستور الأمريكي — مرجع سابق — ص :

(١٠١) ماسون — مرجع سابق — ص ٢٩١ : ٢٩٦

ليس لها أساس دستوري وإنما هي عدد حددته القانون ولكن أن عدم تحديد أعضاء المحكمة العليا بموجب الدستور يشكل ثغرة خطيرة في الوثيقة الأمريكية الأساسية^(١٠٢).

ولذلك يرى برايس أن الرئيس الذي يسيطر حزبه على الكونجرس والذي تعلن المحكمة بطلان إجراءاته باعتبارها غير دستورية يكون في وسعه تحقيق أغراضه بتأمين التشريع وذلك بزيادة عضوية المحكمة وبذلك يدعم تلك المحكمة بأعضاء موالين لوجهة نظره ولذلك كانت خطة روزفلت تهدف إلى إلغاء الشرعية الدستورية بتغيير مؤثر في عضوية تلك المحكمة.

وفضلاً من ذلك كله ثبت في التاريخ الأمريكي تحدى الرؤساء للسلطة القضائية تحدياً مباشراً ، فقد رفض الرئيس جاكسون تنفيذ قرار للمحكمة العليا ، وأن كان هروفسر كوروين يرى أن ذلك مجرد أسطورة إلا أن المثال الثاني يؤكد أن ذلك أن لم يكن حقيقة فهو أقرب إليها لأنه قد ثبت بهد ذلك وفي خلال الحرب العالمية الثانية أن أصدر رئيس القضاء Taney أمر احضار ولكن السلطات العسكرية رفضت تنفيذه بحجة أنها تعمل وفقاً لأوامر الرئيس لتكون ، ووسط هذه المصادفات فلم تملك السلطة القضائية أكثر من دبرع نزاهتها وذلك التأييد الذي تجمع لها من تحرك الرأي العام خوفاً على حرياته وهذه الأسلحة وأن كانت اخلاقية إلا أنها في الواقع قوة وفعالة وبدل على ذلك أن الامثلة على تحدى السلطة التنفيذية نادر نسبياً في التاريخ الأمريكي^(١٠٣).

ويتبين من هذا أن علاقة السلطة القضائية بالسلطة التنفيذية ظلت تتأثر في الولايات المتحدة الأمريكية بتناسب طردي مع استراف المحكمة العليا في الرقابة على قرارات الرئيس ومع ذلك وعلى الرغم من كل المحاولات التي بذلت في عهد الرئيسين : جفرسن وروزفلت فإن جميعها لم تصمد أمام اصرار المحكمة العليا في استمرارها على ترسيخ مبدأ الحكومة القانونية القائم على مبدأ الشرعية وسيادة القانون ولذلك فإن الرئيس جفرسن على الرغم من

(١٠٢) برايس - مرجع سابق - ص : ٢٧٦ - ولاسكى - ص : ١١٢

(١٠٣) شوارتز - ص : ١٤٥ و ١٤٦

تنصيبه رئيسا مرتين وكذلك الرئيس روزفلت وسيطرتهما على الكونغرس الا أنهما فشلا في تحقيق أغراضهم بالسيطرة على السلطة القضائية وأعضائها للسلطة التنفيذية وبمقتل ذلك في فشل عزل القضاة عن طريق الامهام وإعادة تنظيم المحكمة العليا حيث أنهت اللجنة القومية لشؤون القضاء بأغلبية أعضائها الى رفض مشروع بحطة روزفلت منبهة الى أن ذلك المشروع يمس استقلال القضاء وسيادته ويتعارض مع الدستور ومبادئه الهامة إذ أنه يسعى في الحقيقة الى تعديل الدستور دون موافقة الشعب عليه كما اشترط ذلك الدستور نفسه .

المبحث الثالث علاقة رئيس الجمهورية بالسلطة القضائية في مصر

أخذت الدساتير المصرية التي وضعت بعد قيام ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ بالنظام الرئاسي وبخاصة دستور ١٩٥٦ ودستور الجمهورية العربية المتحدة سنة ١٩٥٨م ولكنهما مع ذلك لم يأخذا بالنظام الرئاسي الخالص ، بل كان مزيجا من النظامين الرئاسي والبرلماني وأن كانت الصيغة الرئاسية فيهما واضحة لها يتعلق باستثمار رئيس الجمهورية برئاسة الدولة ورئاسة السلطة التنفيذية وكان يتمتع بسلطات واسعة ، وعلى الرغم من أن دستور ١٩٧٨ الحالي قد عاد الى النظام البرلماني فإنه مازال يحمل بقايا النظام الرئاسي وترجع أهمية التفرقة بين النظامين الرئاسي والبرلماني الى مدى تدخل رئيس الجمهورية في تنظيم السلطة القضائية ومدى تدخل السلطة القضائية في أعمال رئيس الجمهورية . ولذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين :

- المطلب الأول : تدخل الحاكم في الرقابة على قرارات رئيس الجمهورية
- المطلب الثاني : نفوذ رئيس الجمهورية وأثره على تنظيم السلطة القضائية

المطلب الأول

تدخل المحاكم بالرقابة على قرارات رئيس الجمهورية

تنص المادة ١٣٧ من الدستور الحالي على أن « يعول رئيس الجمهورية السلطة التنفيذية ويمارسها على الوجه المبين في الدستور » ولذلك نص الدستور في الفصل الثالث على سلطات رئيس الجمهورية .

وقد استقر القضاء الإداري في مصر منذ البداية على أن قرارات رئيس الجمهورية في ممارسة سلطاته التنفيذية تعتبر قرارات إدارية فردية تخضع لرقابة القضاء الإداري ويجوز إلغاؤها إذا مسها عيب من عيوب القرار الإداري .

أما القرارات بقوانين والتي يصدرها رئيس الجمهورية بموجب سلطاته الدستورية مثل اللوائح التفويضية (مادة ١٠٨) ولوائح الضرورة (مادة ١٤٧) ولوائح الطوارئ (مادة ١٤٨) فإنها تعتبر قرارات إدارية مالم تعرض على مجلس الشعب وأجازها وفقا لأحكامها فتصبح قانونا لا تمتد اليه رقابة القضاء الإداري .

ولكن ثار الجدل بين الفقهاء في مصر وتضاربت أحكام القضاء فيما يتعلق برقابة القضاء على لجوء رئيس الجمهورية لاستعمال المادة ٧٤ من الدستور والتي اقتبست من نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ والتي لا يوجد لها نظير في الدساتير السابقة حيث تنص على أن « لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ويوجه بياناً للشعب ويجري الاستفتاء على ما يتخذ من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها » .

ولأنود أن نخوض في ذلك الجدل الفقهي حتى لا يبعدنا عن هدف البحث ولكننا نشابع رأي استاذنا العميد الدكتور الطماوى في أن الاستفتاء الشعبي الذي يجري خلال الستين يوما من اتخاذ تلك الإجراءات هو الضمانة الفعالة لاستعمال هذه السلطة

الاستثنائية وهو الذى يؤكد شرعية تلك الاجراءات ، فاذا ملوأت الشعب عليها تحولت الى اجراءات شرعية بحسب طبيعتها أى بحسب ما اذا كانت فردية أو تنظيمية^(١٠٤) ولا يبرز للقضاء رقابها وتصبح الرقابة عليها رقابة سياسية تفضل في رد الفعل الذى تحدته فيما بعد .

ويعين من هذا أن تدخل المحاكم في قرارات وأعمال رئيس الجمهورية أو السلطة التنفيذية — ممارسة المحاكم وفقا للقواعد الدستورية والقانونية ولا بعد تدخل من القضاء بمبدأ الفصل بين السلطات واستقلاله .

المطلب الثاني نفوذ رئيس الجمهورية وأثره على تنظيم السلطة القضائية

ينظم المشرع شؤون القضاء ويترك تنفيذ ذلك الى السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية أو الحكومة ويقول في مصر مجلس القضاء العالى ممارسة ادارة شؤون السلطة القضائية وتعد جزور ذلك المجلس — في اعتقادنا — حينما أعلن الزعيم سعد زغلول رئيس مجلس النواب في جلسة المجلس المنعقدة بتاريخ ١٠/٨/١٩٢٦ حيث مخاطب المجلس قائلا بأنه يجب أن يكون القضاء مستقلا ولا يمكن أن يكون مستقلا الا اذا لم تتدخل فيه السلطة التنفيذية^(١٠٥)

ومن ثم فلا سبيل لوضع نصوص الدستور ومبدأ استقلال القضاء موضع التنفيذ الا باسناد كافة تلك الاختصاصات الى رجال القضاء أنفسهم سواء من خلال مجلس أهل يتكون منهم وحدهم أو جميعهم أو رؤساء المحاكم حسب الأحوال^(١٠٦) وذهب رأى الى القول بأن إنشاء مجلس القضاء الأعلى كان نتيجة لما كان يتمتع به وزير العدل من حقوق

(١٠٤) النظرية العامة للقرارات الادارية — مرجع سابق — ص : ٥٣٦

(١٠٥) تعليقات مجلس الشيوخ على نصوص الدستور — طبعة سنة ١٩٤٠ — ص : ٢٦٠

(١٠٦) تشريعات السلطة القضائية — مرجع سابق — ص : ٢٣

مطلقة في تعيين وترقية ونقل وندب القضاة ولما تبين من أن كثيرين من الوزراء المتعاقبين قد استعملوا هذه السلطة نكابة ببعض القضاة الذين يشكون في ميوهم السياسية نحوهم ، فرأى أنه يجب ألا يترك الوزير يتصرف فيها بمفرده كما يشاء ، بل يجب أن يأخذ رأى لجنة فنية بعيدة عن الأهواء (١٠٦) .

وقد خطت الحكومة الخطوة الأولى نحو الإصلاح ، وذلك بأن أنشأت مجلس القضاء الأعلى بالمرسوم بقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٣٦ وجعلت هذا المجلس برئاسة وزير العدل وعضوية أربعة بحكم مناصبهم وهم رئيس محكمة النقض ورئيس محكمة استئناف القاهرة ووكيل الوزارة والنائب العام وأربعة من مستشارى محكمتى النقض واستئناف القاهرة .

وعندما سقط المرسوم المشار اليه لعدم عرضه على البرلمان عرضا صحيحا فقد تقدمت الحكومة في عام ١٩٣٨ بمشروع قانون آخر لتنظيم هيئة القضاء ولما لم ينته البرلمان من دراسته وإقراره ، أصدر وزير العدل في ١٩٣٨/١٢/٧ قرارا بإنشاء لجنة مؤلفة تبتدى الرأى في تعيين القضاة والمستشارين وترقيتهم ونقلهم وندبهم وإحالتهم الى المعاش وتشكل برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية وكيل الوزارة ورئيسى محكمتى استئناف القاهرة وأسيوط والنائب العام .

أى خمسة بحكم مناصبهم — ثلاثة من مستشارى محكمة النقض تنتخبهم جمعيتهم العمومية . واستمر العمل جاريا تنفيذا لهذا القرار حتى صدر قانون استقلال القضاء الأول رقم ٦٦ لسنة ١٩٤٣ فنص على مجلس القضاء الأعلى في المواد من ٣٤ الى ٣٩ منه

فقد نصت المادة ٢٤ من هذا القانون على أن يشكل المجلس برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية الوكيل الدائم للوزارة ، ورئيس محكمة استئناف القاهرة ، والنائب العام ، ومستشار من كل من محكمة النقض ومحكمة استئناف القاهرة تنتخبه جمعيتها العمومية لمدة سنتين ورئيس محكمة القاهرة الابتدائية ونقل هذا القانون الى هذا المجلس اختصاصات اللجنة السابقة — في مسائل التعيين والترقية والنقل والندب — وأوردت المذكرة الإيضاحية

(١٠٧) المستشار حسن نجيب — مذكرات في استقلال القضاء — ص : ٢٠

له أن الأصل أن يكون رأى المجلس استشاريا فيما عدا اشغراط موافقه على عزل من يجوز عزلهم وتعيين القضاة في النيابة

وقد قدم مستشارو محكمة الاستئناف المذكورة اعترضوا فيها على عضوية وكيل الوزارة والنائب العام ، لكونهما من رجال السلطة التنفيذية ولأن وجودهما مرجع مقدما لوجهة نظر هذه السلطة ترجيحها لا يرجع الى صواب هذه الوجهة لئلاهما (١٠٨) ول ذلك يقول أحد المستشارين : أن تشكيل المجلس على هذه الصورة لا يخلو فكرة الاستقلال عن السلطة التنفيذية وأن الغرض من الاستقلال أن يرمى القضاة شئونهم بأنفسهم دون تدخل العناصر الادارية ... وأن كان الاصبوب أن يسمى المجلس تبعا لذلك « لجنة » كما كان في الوضع السابق ... ولا محل لوصفه بالاغلل لغو سبب سوى التكبير والتضخيم في شكله لاني موضوعه وأن يعين — اذا أريد الاصلاح أن يتكون هذا المجلس من رجال القضاء دون غيرهم وأن يكون مقره محكمة النقض — حرصا على مظاهر كرامته ، وهذا به عن مظنة التبعية للوزير — وأن تكون كلمته هي العليا ، وأن يفصل في شئون القضاء كما تفصل المحاكم في القضايا وهكذا يكون اسمه على معنى (١٠٩)

وقد تطور تشكيل المجلس في قوانين السلطة القضائية اللاحقة دون تغيير في المضمون وتلك القوانين هي — قانون استقلال القضاء الصادر بالمرسوم بقانون ١٨٨ لسنة ١٩٥٢ وقانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ ، ثم صدر القرار بقانون ٧٤ لسنة ١٩٦٣ ثم قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، ثم صدر القرار بقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ وتصر في مادته بأن يرأسه رئيس الجمهورية ويشكل من وزير العدل نائبا لرئيس المجلس ، رئيس المحكمة العليا رئيس محكمة النقض ، رئيس محكمة استئناف القاهرة — النائب العام — رئيس ادارة قضائها الحكومة — مدير النيابة الادارية — أقدم نواب رئيس مجلس الدولة — رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ويجوز لرئيس الجمهورية أن يعين بالمجلس عضوين آخرين ممن سبق لهم العمل بالهيئات القضائية في وظيفة مستشار أو ما يعادلها على الأقل وتكون عضويتهم لمدة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد :

(١٠٨) تفرعات السلطة القضائية — المرجع السابق — ص : ٢٠٥

(١٠٩) المستشار — حسن نجيب — مرجع سابق — ص : ٣٠٦

وبلاحظ أن أغلبية أعضاء مجلس القضاء العالى المكون بموجب القرار بقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ يتكون من عناصر غير قضائية هم : رئيس الجمهورية ، وزير العدل ، مدير النيابة الادارية ، رئيس ادارة قضايا الحكومة ، وأن العضوين الذين يعينهما رئيس الجمهورية لمدة محددة قابلة للتجديد بطبيعة الحال ينحازان لوجهة نظر الحكومة لأن استمرار عضويتهم وتجديدتها يتوقف عليهما وافقهم من القضايا التي تطرح على المجلس ، بل أن النائب العام بالرغم من صفته القضائية إلا أن طبيعته عمله تجعله اقرب ميلا للحكومة ، ولذلك يكون هذا القانون قد قضى على التطور الذي كان يسير فيه مجلس القضاء العالى للتحرر لصفة نهائية من أى عنصر غير قضائى ليتولى القضاة شئونهم بانفسهم ولى ذلك أكبر ضمانه لاستقلال الكيان العضوى للسلطة القضائية .

وقد تعرض القرار بقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ والذي ينص على تشكيل مجلس القضاء بصورته المشار اليها الى نقد عنيف من رجال الفقه فى مصر وعارضه القضاء معارضة قوية ولذلك عدلت أحكام مجلس القضاء العالى فى قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ثم عدلت أحكامه بموجب تعديل ذلك القانون بموجب القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ فأصبح مجلس القضاء العالى يكون وفقا لنص المادة ٧٧ مكرر (١) من عناصر قضائية محضة برئاسة رئيس محكمة النقض والنائب العام بعد أن أصبح وظيفة قضائية ثم من أقدم نائين من نواب رئيس محكمة النقض وأقدم رئيسين من رؤساء محاكم الاستئناف الأخرى وأصبح حسب نص المادة ٧٧ (٢) يختص مجلس القضاء العالى بنظر كل مايتعلق بتعيين وترقية ونقل وندب وإعارة القضاء والنيابة العامة وكذلك سائر شئونهم على النحو المبين فى القانون .

ثم عدل قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بموجب القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ ونص فى مادته ٦٨ على أن ينشأ بمجلس الدولة مجلس خاص للشئون الادارية برئاسة رئيس مجلس الدولة وعضوية أقدم ستة من نواب رئيس المجلس وعند غياب أحدهم أو وجود مانع لديه يحل محله الأقدم فالأقدم من نواب رئيس المجلس .

ويختص هذا المجلس بالنظر فى تعيين أعضاء مجلس الدولة وتحديد أقدمياتهم وترقياتهم

ونقلهم وندبهم خارج المجلس وأعارهم والمظلمات المصلحة بذلك وكذلك سائر شعوبهم على الوجه المين في القانون .

ول اعتقادنا أن التعديلات الأخيرة تعد طفرة في استقلال السلطة القضائية في مصر ويرجع الفضل في ذلك بمسك رجال الفقه والقضاة في مصر منذ عشرات السنين باستقلال القضاء ولكن لا تنفي مع البعض في إلغاء وظيفة وزير العدل لأنه لا بد من قيام رابط بين القضاء والدولة وأن كرامة القضاء واستقلاله تتطلب ألا تكون الصلة مباشرة بينهم وبين الحكومة ولا بد من أن يكون هناك وسيلة اتصال هي وزير العدل ، ولعل لمباح و الوزير القاضي ، في المملكة المتحدة بعد مثالا طيبا لتلك الصلة .

المبحث الرابع علاقة رئيس الجمهورية بالهيئة القضائية في السودان

جمع الدستور السوداني الحالي بين الطائفتين الرئاسي والبرلماني ، وطابعه السياسي يتجلى في تشكيل واختصاصات السلطة التنفيذية : فالسلطة التنفيذية منوطة برئيس الجمهورية الذي يعمل بموجب تفويض مباشر من الشعب عن طريق استفتاء ، (مادة ٨٠) ورئيس الجمهورية هو رئيس الحكومة في ذات الوقت وأن كان له أن يعين رئيسا للوزراء و معاونه فيما يوكل اليه من مهام بقرار جمهوري يصدره ، كما له حق عزله أو قبول استقالته متى رأى ذلك ، (مادة ٨٩) وهو الذي يعين الوزراء للقيام بأعباء الوزارات التي يكلفهم بها ، وفقا لقرار جمهوري ينظم ويحدد أعباء السلطة التنفيذية وواجباتها ، وله أن يعفيهم من مناصبهم ، (مادة ٩٠) ورئيس الوزراء والوزراء مسؤولون أمام رئيس الجمهورية (مادة ٩٣) (١٢٠) :

وتنص المادة ١٨٦ على أن : الهيئة القضائية مسؤولة مباشرة أمام رئيس الجمهورية عن أداء عملها ، وتنص المادة ١٨٧ على أن : القضاة مسؤولون أمام رئيس الجمهورية عن حسن

اداء أعمالهم ، ولكى نستطيع أن نحدد العلاقة بين رئيس الجمهورية والهيئة القضائية نقسم هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الأول : تدخل المحاكم بالرقابة على قرارات رئيس الجمهورية

المطلب الثانى : سلطة رئيس الجمهورية على الأشراف على القضاء

المطلب الأول

تدخل المحاكم بالرقابة على قرارات رئيس الجمهورية

اعترفت معظم النظم الدستورية والبرلمانية بحق السلطة القضائية فى رقابة قرارات رئيس الجمهورية ، ولم تعتبر تلك الرقابة نوعا من تدخل القضاء فى أعمال السلطة التنفيذية ولا صراعا بين السلطتين ، وعلى الرغم من أن الدستور لم ينص على حصانة قرارات رئيس الجمهورية من الرقابة القضائية ، وأن قوانين الهيئة القضائية المتلاحقة وآخرها قانون ١٩٨٤ لم تحصن الا القرارات المتعلقة بأعمال السيادة الا أن القضاء فى السودان قد استقر على أن كل القرارات والأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية وكذلك الاجراءات التى يتخذها وتعتبر من أعمال السيادة ولا يجوز للمحاكم رقابتها وأيا كان موضوعها وذلك بعد التعديل الأول الذى أدخل على الدستور عام ١٩٧٥م ولكى نقضى على صحة هذا الرأى من فساد به يجب أن نتعرض الى هاتين المادتين ، والتعديل الذى أدخل عليهما ثم أسبابه ومعناه .

تنص المادة ٨١ على أن : رئيس الجمهورية مسئول عن صون الدستور واستقلال الوطن وسلامة أراضيه ويحمى كيان الدولة ويكفل حسن سير السلطات العامة ، وتنص المادة ٨٢ على أن : رئيس الجمهورية هو رمز الوحدة والسيادة وممثل الإدارة الشعبية وتولى مسئولية حماية انتصارات مايو ومكاسب الشعب ودعم قوى الشعب العاملة وتحقيق الحرية والعدل — والرفاهية للشعب .

وقد أدخل فى نهاية كل من هاتين المادتين التعديل الآتى :

وله (أى لرئيس الجمهورية) فى ذلك أن يتخذ من الاجراءات وأن يصدر من القرارات ما يراه مناسباً وتكون قراراته ملزمة ونافذة فى هذا الشأن وفق أحكامها .

أسباب التعديل :

١ - إن ذلك التعديل وهو أول تعديل للدستور قد اقترح على أثر المحاولة التى قادها بعض ضباط القوات المسلحة للاطاحة بنظام مايو عام ١٩٧٥ والبلاد فى حالة توتر فاقترح التعديل فناقشه مجلس الشعب وأجازة فى يوم ١٦/٩/ من عام ١٩٧٥ ووافق عليه رئيس الجمهورية وأصدره وأصبح نافذاً فى ١٧/٩/٧٥ .

٢ - أن الهدف من ذلك التعديل كان تدعيم سلطات رئيس الجمهورية لهاكمة الانقلابيين وإزالة آثار الانقلاب وسد الفجوات التى أدت الى وقوعه ودليلنا فى ذلك أن تعديل هاتين المادتين جاء نتيجة تعديلات لمواد أخرى فى الدستور :

أ - فعمل التعديل المادة ٤١ التى كانت تكفل حرية التنقل والأقامة ... وتحدد مدة ومدى أى حجر عليها حيث أصبح بموجب المادة الجديدة يستطيع مجلس الشعب بموجب قانون يصدره ان يجرى الاعتقال التحفظى لأى شخص وتحديد اقامته أو منعه من التنقل لأسباب تتعلق بأمن الدولة وسلامتها ... وأنه يجدر أن يظل الاعتقال الى ما شاء الله دون أن يبلغ الانسان بأسباب اعتقاله .

ب - أعيد ترقيم المادة ٦٦ الى البند (١) والبند (٢) ليظل النص الأول فى البند (١) والتى تنص على أن يبلغ كل شخص بأسباب القبض عليه واعتقاله فوراً ولا يجوز أن يتم ذلك الا بأمر قبض سارى المفعول من محكمة مختصة ويجب ان يحضر ذلك الشخص أمام المحكمة المختصة فى المدة التى يحددها القانون وللمحكمة أن تمديد المدة من حين الى حين كلما كان ذلك ضرورياً .

(٢) أما هذا البند الجديد فإنه ينص على ألا تسرى أحكام البند (١) فى حالة اعتقال أى شخص أو تحديد اقامته أو منعه من التنقل بموجب أى قانون يصدر وفقاً لأحكام المادة ٤١ من هذا الدستور .

ج - ألغيت المادة ١٩٦ والتي كانت تنص على أن ينظم القانون تشكيل المحاكم العسكرية وعضويتها ويبين اختصاصاتها واستعاض بدلا عنها بالمادة ١٩٦ التي تنص على أن ينظم القانون كيفية انشاء وتكوين المحكمة العسكرية ومحاكم أمن الدولة وأى محاكم أخرى وهذا النص استحدث المشرع في الدستور محاكم أمن الدولة والمحاكم الخاصة وهي التي تم بموجبها محاكمة الانقلابين .

لأشك أن نصوص المادتين ٨١ و ٨٢ تتضمن أعمالا سياسية ترقى الى درجة أعمال السيادة باعتبار أن رئيس الجمهورية يمارس أعمالا تتعلق بنظام الحكم وحماية الدولة ومكاسب الشعب ، وأن التعديل الذي أدخل عليهما كان تأكيداً لذلك وبسبب الحوادث التي وقعت ، وأن قصد المشرع من التعديل كان هو تدعيم سلطات رئيس الجمهورية بالإضافة ذلك النص تمكينه من ممارسة سلطاته بفعالية لتحقيق المبادئ والأغراض والأهداف التي وردت في هاتين المادتين ، ولم ينصرف قصد المشرع بأى حال من الأحوال الى أن يشمل ذلك التعديل القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية باعتباره سلطة ادارة لاسلطة حكم .

ولم يفرق القضاء في السودان بين قرارات رئيس الجمهورية فيما بعد منها أعمالا ادارية أو من أعمال السيادة كما فعل القضاء في مصر فقد قضت المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٠٠ ديسمبر ١٩٦٦ حيث يقول : الأصل أن معيار التفرقة بين الأعمال الادارية ... وبين أعمال السيادة .. مرده القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المطروح عليه ، وما إذا كان يعد عملا اداريا عاديا يختص بنظره ، أو عملا من أعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه وأن ما يعتبر في بعض الظروف عملا اداريا عاديا قد يرقى في ظروف أخرى الى مرتبة أعمال السيادة لارتباطه في ظل الظروف الجديدة بسياسة الدولة العليا أو بأحوالها الاجتماعية والاقتصادية المتطورة .

ولذلك فإن ما استقر عليه القضاء في السودان باعتبار قرارات رئيس الجمهورية من أعمال السيادة دون تفرقة بين ما يتعلق بها بنظام الحكم وما يتعلق بها بنظام الادارة يخالف قصد المشرع وحمله لما لم تنصرف نيته اليه ، وبعد هذا موقفا سلبيا بل وتنازل من القضاء ،

لأن رقابة قرارات رئيس الجمهورية كسلطة إدارة يدخل في صميم اختصاص القضاء وفقا لنص المادة ٣١٢ من قانون الأحوال المدنية التي تخول المحاكم نظر الطعون في القرارات الإدارية ولأن تخلي المحاكم من هذا الاختصاص هو تكويع عن حماية مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذي هو أحد الدعامتين اللتين يقوم عليهما استقلال السلطة القضائية .

وعبر تأييد لما ذهبنا اليه أن قانون الهيئة القضائية لسنة ١٩٨٤ قد قررت في مادته ١٠ (ب) (١) انشاء محكمة عليا إدارية لتتولى الفصل في المسائل التي تتعلق بشاغل الوظائف الدستورية ومن هم في درجتهم من حيث الشكاوى والادعاءات والتظلمات .

وعمم القانون هذا النظام في محاكم الاستئناف ومحاكم المديريات ليشمل معظم العاملين وبعد هذا نواة للقانون الإداري في السودان وهو انما هو محمود يعنى مع ما هو متبع في فرنسا ومصر ومع ما توجه اليه المملكة المتحدة والولايات المتحدة .

ونرى ضرورة وضع نظام متأن لعمل تلك المحاكم حتى يأتى التطبيق سليما - ولإ اعتقادنا أن هذا يعنى أن تراقب المحاكم جميع تظلمات الموظفين حتى تلك التي تصدر بناء على قرار جمهوري .

المطلب الثاني

دور رئيس الجمهورية في الإشراف على الهيئة القضائية

تنص المادة ١٨٦ من الدستور على أن الهيئة القضائية مسؤولة مباشرة أمام رئيس الجمهورية عن أداء أعمالها ، وتنص المادة ١٨٧ على أن القضاء مسؤولون عن حسن أدائهم أمام رئيس الجمهورية ثم نصت المادة ١٨٨ على أن يعين رئيس الجمهورية ويحزل رئيس القضاء وجميع القضاة على الوجه المبين في القانون وأنه حسب نص المادة ١٩١ ينشئ رئيس الجمهورية بقانون مجلسا للقضاء ليقدم له النص في ممارسته لتلك الاختصاصات ، ثم

نصت المادة ١٩٣ على أن ينظم القانون كيفية إدارة مرفق القضاء ويحدد القانون الاختصاصات الادارية لكل من الهيئة القضائية والسلطة التنفيذية .

وإذا رجعنا الى أعمال لجان الدستور لوضح لنا أن الهدف من نص هذه المواد قصد به أن تكون الهيئة القضائية مسؤولة مسؤولة مباشرة أمام رئيس الجمهورية وأن يكون هو المشرف عليها في سائر شئونها .

فقد جاء في التوصية الأولى للجان الدستور « في الفصل الحادى عشر والذي أصبح الباب الثامن — الفصل الأول — الخاص بالسلطة القضائية ولما له من أهمية فقد استرشدت اللجان بالكثير من المذكرات التى قدمت لها ورجعت للدساتير المختلفة وتوسعت في مضامين مواد هذا الفصل وقد ركزت اللجنة على استقلال القضاء وأن السلطة القضائية مسؤولة مباشرة أمام رئيس الجمهورية عن أعمالها وليس أمام غيره وذلك تحقيقاً للعدالة ولكي تتمكن من اداء واجباتها القانونية دون خشية أو محاباة .

وأن الرأى الثانى للجنة يرى « قد رأت اللجنة أن القضاء المستقل الذى لا سلطان عليه من أحد ولا يخضع في أعماله أو انجاز مهامه إلا لرئيس الدولة بوصفه الراعى الأول لمصلحة البلاد وحرىات أفرادها وأمن أهله — هو الوسيلة الفعالة لدعم الحرىات وحماية الحقوق » .

تمضى اللجنة فتقول « في الفصل الحادى عشر لم نكن لنورد أكثر مما ورد في هذه القاعة من تعليقات مطولة في موضوعية تسندها القانونية في وجوب استقلال الهيئة القضائية ، فقد استقر هذا المبدأ في نفوس أعضاء اللجنة مثل ما استقر في الفقه الدستورى . فالهيئة التى تختص بتفسير الدستور وتطبيق الحقوق والحرىات التى كفلها الدستور وبالطعن في دستورية القوانين وبتنازع الاختصاص القضائى بين الأجهزة العامة ، والنزاعات المختلفة التى تصدرها السلطة التنفيذية لابد وأن تكون بمنأى عن يد السلطة التنفيذية .

من هذا فهى مسؤولة مسؤولة مباشرة أمام رئيس الجمهورية عن اداء أعمالها بوصفه

رأساً للدولة لا بوصفه الرئيس الأعلى للسلطة القضائية (١١١).

وتمضى تقارير لجان الدستور فتقول : لقد اطلعت اللجنة على مذكرات القضاة ... وتوصلت الى الرأى بأن الاستقلال المنشود للقضاء هو استقلال القضاة في ممارستهم لواجباتهم والسلطات التي يمنحها القانون لهم ولا سلطات عليهم في ذلك الا القانون ،

ونلاحظ أن تقارير اللجان جاءت متباعدة ومتضاربة حول مفهوم علاقة القضاء بالسلطة التنفيذية والتي يمارسها رئيس الجمهورية ، ويتلخص هذا التباين وذلك التضارب في ثلاثة آراء :

الرأى الأول :

ذهب هذا الرأى أنه لكي تتحقق العدالة ولكي يتمكن القضاء من اداء واجباته القانونية دون خشية أو حذر فيجب أن تكون السلطة القضائية مسؤولة مسؤولة مباشرة أمام رئيس الجمهورية (اللجنة الأولى - ص - ١٠) . ولم تأت هذه اللجنة بمجديد - في اعتقادنا - إن كانت تعنى مسؤولة القضاء لرئيس الجمهورية بوصفه رأس الدولة وحكما بين السلطات لمنع تفوق سلطة على أخرى - لأن هذا أمر متفق عليه بين الأنظمة الدستورية حتى ولو لم ينص الدستور على ذلك صراحة لأنه أصبح بمثابة العرف الدستوري الملزم - ولكن يبدو أن اللجنة تعنى شيئا أكثر من ذلك . وبدل على ذلك ما ذهبت اليه اللجنة الثانية (ص ٣) في أن القضاء المستقل الذي لا سلطان عليه من أحد ، هو الذي لا يخضع في أعماله أو انجاز مهامه لأحد الا لرئيس الجمهورية بوصفه الراعى لمصلحة البلاد ومعنى هذا الرأى خضوع القضاء في اداء أعماله وأنجاز مهامه لرئيس الجمهورية وهذه بدعة لم يقل بها أحد من فقهاء القانون الدستوري .

(١١١) التقارير المقدمة من لجان الدستور لمجلس الشعب الأول سنة ١٩٧٢ - الفترة من ١/٢٤ / ١٩٧٣ الى

١٩٧٣/١/٣١

وذهب رأى وسط الى أن الاستقلال المنشود للقضاء هو استقلال القضاء فى ممارسة واجباتهم والسلطات التى يمنحها القانون لهم ولا يكون فى ذلك سلطان عليهم الا القانون (اللجنة السادسة من ١٩) وهذا الرأى تجنب تحديد علاقة القضاء بالسلطات الأخرى فضلا عن أنه يتعلق بشق واحد من شقى استقلال السلطة القضائية .

الرأى الثالث :

ذهب الى أن استقلال السلطة القضائية يتمثل فى تفسير الدستور وتطبيق الحقوق والحريات التى كفلها وبالطعن فى دستورية القوانين وتنازع الاختصاص القضائى والمنازعات بين الأجهزة العامة والمنازعات المختلفة والمتعلقة بالقرارات الإدارية التى تصدرها السلطة التنفيذية والتى لابد وأن تكون بمنأى عن يد السلطة التنفيذية . ومن هذا فهى مسئولة مسئولة مباشرة أمام رئيس الجمهورية عن أداء أعمالها بوصفه راسا للدولة لا بوصفه الرئيس الأعلى للسلطة التنفيذية (اللجنة الرابعة من ١٠) .

وفى اعتقادنا أن هذا الرأى هو الذى يتفق مع مبدأ الشرعية وسيادة القانون ومبدأ الفصل بين السلطات ومن ثم يتفق تماما مع مبدأ استقلال القضاء الا أن المشرع الدستورى قد فضل أن يخضع القضاء فى سائر شؤونه الادارية لرئيس الجمهورية باعتباره رئيسا للسلطة التنفيذية بدليل أن الدستور منحه حق تعيين القضاة وعزلهم ومحاسبتهم وترقيتهم ونقلهم وسائر شؤونه بل نصت المادة ١٩٣ من الدستور صراحة على أن « ينظم القانون كيفية ادارة مرفق القضاء ويحدد الاختصاصات الادارية لكل من الهيئة القضائية والسلطة التنفيذية » وهذا مايقطع بأن القضاء يخضع فى ادارته لرئيس الجمهورية فى سائر شؤونه كأى مرفق ادارى من مرافق الدولة وفى هذا الحلال مبدأ الفصل بين السلطات وأجهاض مبدأ استقلال القضاء وبدل على ذلك عدم الاستقرار الذى لازم السلطة القضائية حتى وصل

الى حد توقف القضاة عن العمل عدة أشهر ، ولم تعالج القوانين الخاصة بتنظيم الهيئة القضائية والتي بلغت خمسة قوانين منذ عام ١٩٧٢ وحتى الآن وقوانين مجلس القضاء العالي كذلك لأنها جميعاً تصدر بأوامر مؤقتة ولا يستشار القضاة فيها لذلك لناشد السيد رئيس الجمهورية ومجلس الشعب لتعديل الدستور وإلغاء الباب الثامن منه ، وإلحاحاً بالسلطة القضائية والتابع طريق مجلس الشعب المصري في تعديل قانون السلطة القضائية وقانون مجلس الدولة لكي ينفرد القضاء بمسائل شقونه وبذلك يحقق القضاء استقلاله ويخطو خطوة إيجابية نحو التكامل التشريعي في أهم سلطة من سلطات الدولة الأمر الذي يجعل بقيام وحدة حقيقية .



الجمعية العامة للصحافة
مصر



سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران

الباب الثالث

مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

تقضى طبيعة الوظيفة القضائية أن تحاط بأكبر قدر ممكن من الضمانات لكفالة تحقيق العدالة ، وهذا يتطلب ألا تكون أخطاء القضاء محلاً للمساءلة المدنية لكي يتمكن القضاء من أداء واجباتهم بحرية واطمئنان . والقاعدة المقررة في هذا الصدد أن الدولة غير مسؤولة عن أخطاء القضاء إلا حيث يقرر المشروع ذلك صراحة أما فيما يتعلق بمسئولية رجال القضاء شخصياً فإن المشرع ينظمها بإجراءات خاصة .

لم تثر مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في النظام الانجلو - سكسوني وترك ذلك للقواعد العامة للمسئولية التقصيرية *tortious liability* حسب أخطاء القضاء الشخصية في حين أن هذا الموضوع أثير باسهاب في فرنسا ومصر ولكي لا نعيد عن هدف البحث نتعرض لمناقشة مبدأ عدم مسؤولية القضاء ثم نتحدث عن المسؤولية ونقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول : مبدأ عدم مسؤولية القضاء

الفصل الثاني : مبدأ المسؤولية



مرکز تحقیقات کتاب و اطلاع‌رسانی

الفصل الأول

مبدأ عدم مسؤولية القضاء

يصدر القضاء أحكاما نهائية ملزمة واجبة النفاذ ونحاط هذه الأحكام بالتقديس والاحترام باعتبارها عنوانا لحقيقة القضائية ودرجة لى توفير أكبر قدر من الاستقلال للقضاء ، وقد سبقت مبررات متعددة لعدم مسؤولية القضاء على الرغم مما يترتب على ذلك من آثار خطيرة . وقد اتجه القضاء الفرنسى والمصرى الى أنه لا يجوز مساواة القضاء مدنيا بسبب ما يصدر عنهم من أحكام ومع ذلك وردت استثناءات على هذه القاعدة — ولذا نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

- المبحث الأول : مبررات قاعدة عدم المسؤولية
- المبحث الثانى : الاستثناءات من قاعدة عدم المسؤولية

المبحث الأول

مبررات قاعدة عدم المسؤولية

تعددت الحجج التى قيل بها لتبرير عدم المسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ، ونعرض لى هذا البحث لأهم تلك المبررات وهى استقلال القضاء ، وفكرة السيادة ثم قوة الشيء المقضى به فنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : استقلال القضاء
المطلب الثانى : فكرة السيادة
المطلب الثالث : قوة الشيء المقضى به

المطلب الأول استقلال القضاء

ويرتبط استقلال القضاء بعوامل ثلاث :

أولاً : استقلال الوظيفة القضائية :

تقرر الدولة استقلال القضاء فى أداء وظيفته عن تدخل أية سلطة من سلطات الدولة ، ويتمتع كل محكمة وكل قاضى داخل السلطة القضائية نفسها بالقدر اللازم من هذا الاستقلال ، وبناء على ذلك جعل المشرع الكلمة الأولى لرجال القضاء فى إدارة شئونهم^(١) وعلى ذلك فليس لأية سلطة فى الدولة أن تمل على المحكمة أو توحى إليها بوجه الحكم فى قضية ما ، وليس لها أن تنتزع قضية ما من القضاء للحيلولة بينه وبين الحكم فيها ، أو أن تعدل فى الحكم الذى أصدره القضاء أو توقف تنفيذه ، فالسلطة القضائية أذن مستقلة عن السلطة التنفيذية وليس لأى شخص من أشخاص هذه السلطة أن يتدخل لدى القضاء بشأن قضية معروضة عليه أما كان نوع هذا التدخل .

ولقد ترتب على هذا الاستقلال أن ذهب البعض الى أنه لا يجوز أن ترتب مسؤولية الحكومة على أعمال القضاء ، لأن الحكومة تسأل عن أعمال موظفيها لما لها عليهم من سلطة التوجيه والإشراف والرقابة ، وهو ما لا تملكه بالنسبة

(١) أصول المرافعات والتنظيم القضائى والإجراءات والأحكام فى المواد المدنية والتجارية والشخصية للدكتور أحمد مسلم - القاهرة ١٩٦٨ - ص : ٤٠ وما بعدها

للقضاة الذين لاسلطان عليهم في قضائهم لغیر القانون . فالعلاقة بين الحكومة من جهة والقضاء وأعضاء النيابة من جهة أخرى ليست علاقة سيد بخادم أو متبرع بقایع^(٢) .

ولقد صدرت بهذا المعنى بعض الاحكام في مصر ، فذهبت محكمة العطارين الجزئية في حکمها الصادر في ٢٧ مايو ١٩١٨ الى أنه لا شأن للحكومة في الخطأ الذي يرتكبه الموظف (القضاء أو عضو النيابة) ... لأن الموظف القضائي عضو من أعضاء الهيئة القضائية وليس تابعاً في اجراءاته للسلطة الادارية ... بمعنى أن علاقته بالحكومة ليست علاقة مخادم بسيد فلا مسؤولية على الحكومة عن أعمالهم . كما ذهبت محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية في حکمها الصادر في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٨ الى أن الحكومة غير مسؤولة عن أعمال النيابة لأن عضو النيابة ليس تابعاً للحكومة ، وجاء في الحكم : وحيث أن نص المادة ١٥٢ مدني لا ينطبق مطلقاً على وزارة الحفانية ووكيل النيابة لأن علاقتهما معاً لم تكن علاقة مخادم ومخدوم فهي سلطة تنفيذية وهو من أعضاء السلطة القضائية يستعمل اختصاصه من القانون فلا سلطان لها عليه في أعماله القضائية ، فهو موظف قضائي يقوم بشؤون وظيفته ضمن دائرة القانون ، وحيث أنه لما تقدم يبين أنه لا علاقة بين وزارة الحفانية ووكيل النيابة ، ولا محل للقول بأنه يحصل على راتبه من الوزارة المذكورة فهو تابع لها لأن هذا الراتب إنما هو أجر له على قيامه بعمل قضائي القصد منه العدالة وليس لعمل خاص يتعلق بأمورها الادارية^(٣) .

ويرى استاذنا الدكتور رمزي الشاهر أن هذه الحجة غير مقنعة وتقوم على لبس في فهم الموضوع ، فالقول باستقلال السلطة القضائية عن الحكومة

(٢) مسؤولية الدولة عن أعمالها : للدكتور وحيد رأيت ١٩٥٢ — مذكرات على الألة الكاتبة — ص : ١٠٣ .
قضاء الصيرفي : الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ١٩٧٧ — ص : ٥٤ ، القضاء الاداري ومجلس الدولة :
الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي ص : ٧١٠ — مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية — للدكتور رمزي
الشاهر ص : ١١٨ .

(٣) المجموعة الرسمية السنة ٢٢ حكم رقم ٧

لتبرير عدم مسؤولية الدولة ، قول غير سليم . فالقضاء وأن كان مستقلا فعلا عن الحكومة ولا يخضع لتوجيهها ، الا أننا بصدد مسؤولية الدولة لا مسؤولية الحكومة عن أعمال السلطة القضائية وعندما تقوم الحكومة بدفع مبلغ التعويض المحكوم به ، فإنما تدفع باعتبارها المدبرة لأموال الدولة والحارس عليها . والذي لا شك فيه أن القضاء مظهر من مظاهر نشاط الدولة ، فتسأل عنه مسؤوليتها عن نشاط الإدارة .

ومن ناحية أخرى فإن هذا الاستقلال لا يتمتع به أعضاء النيابة بالرغم من أن قاعدة عدم المسؤولية تشمل جانباً كبيراً من أعمالهم . فأعضاء النيابة يخضعون للسلطة التنفيذية ، ولذلك قررت محكمة النقض أن النيابة العمومية شعبة من شعب السلطة التنفيذية ، فالحكومة هي التي تختار أعضائها وهي التي تقوم بترقياتهم^(٤) .

وفضلاً عن ذلك فإن نفي مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء استناداً الى انتفاء رابطة التبعية لا يكون صحيحاً ، الا اذا كانت المسؤولية عن أعمال سلطات الدولة تستمد أصولها من القواعد المدنية التي تحكم علاقة المتبرع بالتابع ، والتي تستلزم إثبات خطأ الموظف أو المستخدم أو لا ، ثم تنعكس هذه المسؤولية بعد ذلك على الدولة بصفتها مسؤولة عن أعمال الموظفين والمستخدمين التابعين لها في تأدية وظائفهم (أما في إطار قواعد المسؤولية التي استقر عليها القضاء الإداري ، فإن هذه الحجة لا تغدو صحيحة ، اذ يمكن أن توجه المسؤولية للدولة بطريقة مباشرة استناداً الى فكرة الخطأ المصلحي^(٥) .

ثانياً : حماية حرية القاضي وعدم عرقلة سير العدالة :

تقوم هذه الحجة على أن تحقيق الاستقلال للقاضي وضمان حريته في الفصل في القضايا يتطلب الا تدخل محكمة في القضايا المعروضة على محكمة

(٤) دكتور رمزي الشاهر - المرجع السابق

(٥) الدكتور وحيد زأفت - المرجع السابق - ص : ١٠٤

أخرى ، ولو كان ذلك بين محكمة عليا ومحكمة أدنى منها ، إلا أن يكون ذلك بعد الحكم ، إذا أباح التنظيم القضائي العظم منه ، وبالطريقة التي ينص عليها القانون . .

وأمام ذلك فإن تقرير المسؤولية عن أعمال القضاء سيؤدي الى أن يتدخل قاضي في عمل قاضي آخر ، مما يؤدي الى المساس بحرية القاضي . وبذلك يتردد القضاء كثيرا في الفصل في المنازعات ، مما يعرقل سير العدالة ويعود بالضرر على المجتمع . كما يتردد رجال النيابة في القبض على المجرمين مما يساعد على تفشي الاجرام والاستهانة بالقانون .

ولقد أخذ بهذه الحجة القضاء المصري في بعض أحكامه ، فقررت محكمة استئناف الاسكندرية في حكمها الصادر في ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٧ ، أنه ليس هناك أكثر تعطيلًا للعدالة من فتح الباب بغير حساب على القاضي للموتورين ممن يحكمون اليه أو ممن يقدمون له ليحكم فيهم ، للتشفي منه أو للفض من كرامته عن طريق الادعاءات التي يوجهونها اليه^(٦) .

واستند البعض فيما يتعلق برجال الضبطية القضائية الى أن أعمالهم تحتاج الى كثير من السرعة وعدم التردد ، مما يؤدي الى وقوعهم في الخطأ في كثير من الأحيان . والقول بإمكان تقرير المسؤولية بالنسبة لهم سيؤدي الى عدم تمكنهم من القيام بوظيفتهم ، ول هذا ما يعرقل سير العدالة^(٧) .

وإذا تقررت مسؤولية الدولة عن الأعمال الصادرة من القضاة أو أعضاء النيابة أو رجال الضبطية القضائية ، فإن التعويض سيدفع من الخزانة العامة ، مما يقللها ويعرقل الإصلاح .

(٦) دكتور رمزي الشاهر - مرجع سابق - ص : ١٢١

(٧) الدكتور وحيد رأفت - المرجع السابق - ص : ١٠٥ ، الأستاذ الدكتور الطماوى - المرجع السابق ص :

٥٥ ، الدكتور مصطفى أبو ليد فهمي - المرجع السابق - ص : ٧١٠

وهذه الحجة لا يمكن التسليم بها ، فالقول بأن تقرير المسؤولية سيؤدي الى تردد القضاء في القيام بوظيفته خشية المسؤولية ، مما يؤدي الى عرقلة سير العدالة ، هو قول صحيح لو أننا نبحث المسؤولية الشخصية للقضاة . أما اذا كان مدار البحث هو مسؤولية الدولة فلا قيمة لهذه الحجة ، لأن التعويض سيدفع من الخزنة العامة للدولة ، لا من المال الخاص للقاضي .

ولا يحتاج على ذلك بأن التعويض الذي سيدفع من الخزنة العامة سيثقلها ، وذلك لأن المفروض في الدول المنظمة والتي بلغت درجة معينة من الحضارة أن تكون أخطاء القضاة قليلة نادرة ، خاصة وأن أعمالهم تحاط بضمانات متعددة تكفل عدم وقوعهم في الخطأ^(٨) . ولذلك فإن ما ستتحمله خزنة الدولة بالتعويض عن هذه الأخطاء لا يمكن أن يثقلها على أى حال ، فضلا عن أنه لا يوجد فارق بين مسؤولية الدولة عن أخطاء رجال القضاء ومسؤوليتها عن عمال الإدارة العامة فيما يتصل بالأعباء التي ستقع على عاتق الخزنة العامة .

ثالثا : العلاقة بين مرفق القضاء والمتقاضين :

تقوم هذه الحجة على أن المشرع يكفل للمتقاضين ضمانات متعددة تكفل لهم الحصول على حقوقهم بما يحقق العدالة والمساواة ، كما أن العلاقة بين المتقاضين ومرفق القضاء تختلف عن علاقة المتقاضين بالمرافق الإدارية بهذه المرافق ، ولذا ما يؤدي الى استبعاد أعمال القضاء من نطاق المسؤولية .

أ — فلقد قرر المشرع ضمانات تكفل نزاهة القاضي وحسن ادائه لوظيفته . ومن ذلك حسن اختيار القضاة وتحرى قوة الخلق فيهم ، وتطلب شروطا ومؤهلات خاصة في المرشحين لهذا المنصب تضمن علمهم بالقانون ، وذلك باشتراط الحصول على درجة علمية في القانون وهو الوضع الغالب ، أو اشتراط ممارسة المهامة عملا وهو ما تأخذ به بعض الدول . ولذا يختلف

(٨) دكتور وحيد رأفت — مرجع سابق — ص : ١٠٥

رجل القضاء عن رجل الإدارة ، مما يستتبع الاختلاف في تقرير المسؤولية عن أعمالهم ، وهذه الضمانات التي لا تتوفر في رجل الإدارة تبرر استبعاد أعمال رجال القضاء من نطاق المسؤولية .

ولفلا من ذلك فإن المشرع يحيط العمل القضائي ذاته بضمانات متعددة ، ويضع من الإجراءات ما يكفل عدم التسرع ومنع الوقوع في الخطأ كما ينظم طرق الطعن في الأحكام ، حتى يكون الحكم الصادر عنوانا للحقيقة ، ومظهرا لها . وهذا أيضا ما يؤكد تبرر عدم المسؤولية عن الأعمال القضائية .

ولاشك أن هذه الضمانات تؤدي إلى أن تصبح الأخطاء التي تقع من مرفق القضاء قليلة إذا قيست بالأخطاء التي يرتكبها عمال الإدارة ولكن هذا لا ينفي وجود هذه الأخطاء ، مما يتطلب ضرورة التعويض عنها^(٩) .

وإذا كانت المحاكم القضائية تحاط بهذه الضمانات ، كما أن الأعمال القضائية الصادرة عنها تتوفر لها الوسائل التي تجعل الخطأ فيها قليلا ، فإنه توجد محاكم أخرى — لا تتوفر لها هذه الضمانات ولا تتوفر لأعمالها الوسائل التي تجعلها عنوانا للحقيقة ومظهرا لها .

.... ولا أدل على ذلك من المحاكم الاستثنائية التي تنشأ في ظروف معينة ، كما أن رجال الضبطية القضائية لا تتوفر لهم هذه الضمانات في الكثير من الحالات ، كما أن أعمالهم لا تخضع للإجراءات التي تشترط في القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم . وأمام ذلك تعتبر الحجة غير قائمة بالنسبة للأعمال الصادرة من المحاكم الأخرى ورجال الضبطية القضائية .

ب — ويستند البعض إلى اختلاف العلاقة بين مرفق القضاء والمتقاضين عن العلاقة بين المرفق الإداري وبين المتظعن به

(٩) دكتور رمزي الشاهر — مرجع سابق — ص : ١٢٥

— وتتمثل الصورة الأولى لاختلاف هذه العلاقة في أن اللجوء الى القضاء اختياري دائما ، وذلك على خلاف اللجوء للمرفق الادارى الذى ، يهجر المنتفعين على اللجوء اليه . وعلى ذلك كان تقرير المسؤولية عن أعمال الادارة أمرا طبيعيا يتفق مع عنصر الاجبار الذى يفرض على المنتفعين ، أما أعمال السلطة القضائية فيجب أن تبعد عن نطاق المسؤولية لتوافر عنصر الاختيار للمتقاضين أمامها .

وهذا القول غير صحيح لأن علاقة المتقاضين بمرفق القضاء ليست دائمة علاقة تقوم على الاختيار ، فالقضاء الجنائى لا يكون اللجوء اليه اختياريا ، وهو المجال الخصب للاضرار التى تحقق بالمواطنين . وبالمقابلة فإن علاقة المنتفعين بالمرفق الادارية بهذه المرافق ليست دائما علاقة اجبارية ، فلجوء الافراد الى المرافق الاقتصادية ليس دائما اجباريا . ثم ماهو الفرق بين علاقة الافراد بالضبط الادارى وعلاقتهم بالضبط القضائى ؟ لاشك أن نوع العلاقة واحدة ، وبالرغم من ذلك فإن القضاء الفرنسى يقرر المسؤولية عن أعمال الضبط الادارى ورفض تقررها فيما يتعلق بأعمال الضبط القضائى .

وحتى لو سلمنا جدلا بسلامة هذه الحجة فإن الاثر الذى يمكن أن يترتب علينا يجب أن يقتصر على مجرد خضوع الاعمال الصادرة عن السلطة القضائية لنظام مستقل للمسؤولية ، ولا يصل الى حد انتفاء المسؤولية عن هذه الأعمال^(١٠) .

— أما الصورة الثانية فتتمثل في أن المرافق الادارية تجهد من المواطنين تعاوننا صادقا وحسن نية بمساعدتها على حسن القيام بوظيفتها في حين أن مرفق القضاء لا يجهد الا خصوما يهدون بحيلهم وتعتهم الى أعباء القضاء أعباء جديدة بل وقد يتواطأ المتقاضون للحصول على التعويض ، اذا أصبح التعويض ممكنا عن الأعمال الادارية^(١١) .

(١٠) دكتور رمزي الشاهر — المرجع السابق — ص : ١٢٥ و ١٢٦

(١١) المرجع السابق — ص : ١٢٦ و ١٢٧

وإذا كان صحيحاً أن القاعدة هي وجود التعاون بين المتفاعلين بالمرافق الادائية وبين هذا المرفق ، فإن إطلاق هذه القاعدة لأبعد من حقيقة هذه العلاقة ، فلا شك أن علاقة المواطنين بالمرافق المالية ، كالضرائب وغيرها ، لا تختلف كثيراً عن علاقتهم بمرفق القضاء ، إذ هي علاقة يشوبها عدم الثقة والرهبة .

وعلى الرغم من ذلك فلم يقل أحد باستبعاد الأخطاء التي تترتب على نشاط هذه المرافق من المسؤولية . أما القول بإمكان التواطؤ بين المتفاعلين فهو الفرض نظري لا يجد له أساساً من الواقع ، خاصة إذا نظمت المسؤولية عن أعمال مرفق القضاء تنظيمًا يتسم بالتشدد في الشروط المطلوبة لتقرير التعويض وتختلف عن قواعد المسؤولية التي تحكم أعمال الإدارة من حيث تحديد حالات الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي .

ومن هذا العرض للأراء الفقهية في تبيين أو عدم تبيين مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية — نرى ضرورة تقرير تلك المسؤولية بحسبان أن السلطة القضائية ماهي إلا إحدى تلك السلطات الثلاث التي يقوم عليها نشاط الدولة . فإذا ما تسبب نشاطها الخطأ عن أي ضرر للأفراد فيجب أن تكون الدولة مسؤولة عنها لأن استقلال القضاء قرر كضمانة لحقوق الأفراد فلا يجب أن يكون سببا في إهدار تلك الحقوق .

المطلب الثاني

فكرة السيادة

كان المبدأ السائد في معظم دول العالم حتى أواخر القرن التاسع عشر يقضي بأن الملك الذي له كل السلطات وتركز فيه السيادة ، لا يمكن أن يرتكب خطأ ولقد فسرت السيادة على أنها تعارض مع المسؤولية التي تحد منها فالمسؤولية تعني سبق ارتكاب الخطأ بينما الملك معصوم منه ولا يجوز أن تسند إليه تقصير .

ولم يختلف الوضع كثيراً خلال المرحلة التي تلت الثورة الفرنسية التي أحلت مبدأ

السيادة الشعبية محل مبدأ سيادة الملك المستند الى الحق الألهى ، اذ ان الثورة لم تعدل من طبيعة هذه السيادة أو تحد من اطلاقها . ولما كان القضاء يقوم بأعمال باسم الملك في القديم وباسم الشعب في الوقت الحاضر ، فإنه لا يجوز أن تترتب على هذه الاعمال أية مسؤولية ، لأن هذا يتعارض مع تمتعه بالسيادة التي يستمدّها من الملك أو الشعب وعلى ذلك فلا يجوز مساءلة صاحب السيادة الا اذا وجد نص صريح على هذه المسؤولية ، وتعد المسؤولية في هذه الحالة بمثابة استثناء على القاعدة الاصلية المتمثلة في عدم المسؤولية . ولذلك اعتبر هذا الفريق أن ماضئته المشرع في قانون سنة ١٨٩٥ من تقرير المسؤولية عن خطأ القاضي في حالة الحكم بالبراءة نتيجة إعادة النظر ، استثناء من القاعدة التي تقضى بعدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية^(١٢) .

وهذه الحجة لا يمكن التسليم بها في الوقت الحاضر ، اذ زالت فكرة السيادة بمعناها الذي لا يقبل التقييد ، وأصبحت فكرة السيادة في الوقت الحاضر لا تتنافى مع المسؤولية .

بل قد تغير تصور الدولة عما كان عليه في الماضي ، فبعد أن كان ينظر اليها — كسلطة امرة تحكم وتنحكم في أفراد لا يملكون الا واجب الطاعة والخضوع ، أصبح ينظر اليها في الوقت الحاضر على أنها مجموعة مصالح عامة أنشئت لارضاء حاجات الجمهور ، كما أنه ينفق عليها من أموال الشعب ، وما الحكام والموظفون الا أشخاص مكلفون بالادارة لهذه المرافق العامة لمصلحة المجموع وليس لمصلحتهم الخاصة . فاذا ما تترتب على سير مرفق من هذه المرافق ضرر بأحد الافراد فلا يوجد ما يمنع قانونا في تعويض هذا الضرر من الخزنة العامة .

ونتيجة لهذا التطور الذي لحق بنظرية السيادة أصبح من حق القضاء أن ينظر دعاوى المسؤولية الموجهة ضد الموظفين العموميين ، وظهرت مسؤولية الدولة نفسها بجانب المسؤولية الشخصية للموظف ، بل وأخذت مسؤولية الدولة تحل محل المسؤولية الشخصية للموظف في مواجهة المضرور^(١٣) .

(١٢) الذكور رمى الشاهر — مرجع سابق

(١٣) المرجع السابق — ص : ١٢٨

وعلى ذلك لم تعد نظرية السيادة حائلا يعوق تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة ، بل لم تعد حائقا دون مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية ، اذ أصبح القضاء منذ حكم Lafleurette يتجه الى تقرير مسؤولية الدولة عن الاضرار التي ترتبها القوانين ، على أساس المخاطر وليس على أساس الخطأ .

واذا كانت نظرية السيادة لم تعد تتعارض مع تقرير المسؤولية ، فإنها لا تصلح إذن مبررا لعدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية . فالسلطة القضائية لا تختلف عن السلطتين التشريعية والتنفيذية من حيث كونها تقوم مثلهما بممارسة جانب من جوانب سيادة الدولة^(١٤) .

المطلب الثالث قوة الشيء المقضي به

تمثلت الحجة الأساسية لتقرير عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في احترام حجية الاحكام وقوة الشيء المقضي به . وحجة الشيء المقضي به — هي حجة قانونية لمضمون الحكم القضائي ذاته تحددها الحدود الموضوعية والشخصية لهذا المضمون وهي ذات دور سلبي يمنع اعادة الفصل في ذات الدعوى التي سبق الفصل فيها ، ودور ايجابي يؤدي الى احترام الحكم السابق في الدعاوى الأخرى التي يثار فيها مضمونه كمسألة أولية . وتعني الحجة بذلك أن الحكم بعد صدوره من القضاء وانتهاء طرق الطعن القانونية بشأنه يصبح نهائيا قاطعا في موضوع النزاع ، ولا يمكن تجديد المنازعة أمام القضاء مرة أخرى . فالحكم اذا استنفذ طرق الطعن فيه يحوز قوة الشيء المحكوم به ، ويعتبر عنوانا للعدالة فيما بين الخصوم بالنسبة لذات الموضوع ، وذلك حتى يضع حدا للنزاع ، وبالتالي فلايسوغ تجديد النزاع مرة أخرى والا ترتب على ذلك عدم القضاء الخصومة واستمرار الحقوق والمراكز القانونية في حالة من عدم الاستقرار .

وأمام ذلك فإن السماح للأفراد بالمطالبة بالتعويض عن الاحكام النهائية الحائزة على قوة الشيء المقضى به ، بحجة أن تلك الاحكام مخلفة ، يتعارض مع ما يجب أن تتسم به هذه الاحكام من استقرار وما يفترض فيها من صحة وتعبر عن العدالة . فلو سمحنا لشخص حكم عليه القضاء الجنائي مثلاً بالادانة ، وأصبح حكمه نهائياً ، ان يرفع دعوى على الحكومة يطالبها بالتعويض بحجة أن الحكم الجنائي قد أخطأ وأنه برىء مما نسب اليه ، فكأننا نسمح باثارة موضوع الادانة أو البراءة من جديد ونهدم بطريقة غير مباشرة ما قضى به هذا الحكم الذى يجب أن يظل حجة بما ورد فيه .

ولقد أخذت بهذه الحجة محكمة استئناف مصر فى حكمها الصادر فى العاشر من ديسمبر سنة ١٩٣٢ ، حيث ورد فى الحكم أن : أساس عدم مسئولية الحكومة عن خطأ القضاء هو حجية الاحكام ، ورغم رجاحة هذه الحجة التى تظهر لأول وهلة ، فإن الاستناد اليها لا يفسر عدم مسئولية الدولة الا بالنسبة للاحكام النهائية التى تتمتع وحدها بحجية الشيء المقضى به ، ولقد سبق أن أوضحنا أن أعمال السلطة القضائية ليست كلها أعمال تتمتع بالحجية ، اذ توجد بين أعمال القضاة أعمال ذات طبيعة ادارية وأخرى ذات طبيعة شبه قضائية ولكنها لا تحوز قوة الشيء المقضى لانها لا تفصل فى نزاع قانونى وإنما تساعد على هذا الفصل ، ومن ذلك الاحكام التحضيرية والتمهيدية كقرارات تعيين الخبراء والحراس القضائيين والمصفين . كما أن أعمال النيابة العامة لا يوجد الا قليل منها يتمتع بحجية الشيء المقضى به ، كقرارات الحفظ التى تصدرها النيابة بعد تحقيق تجربة بمعرفة^(١٥) أما أعمال مساعدي القضاء فهى جميعاً أعمال لا تحوز الحجية .

وأمام ذلك فإن الاستناد الى حجية الشيء المقضى به لا يفسر عدم مسئولية الدولة عن أعمال النيابة أو رجال الضبطية القضائية ، كاجراءات التفتيش والضبط وأوامر القبض والحبس الاحتياطى ، بل أنها تفسر عدم المسئولية عن الأعمال ذات الطبيعة الادارية التى تصدر من القضاة أنفسهم . وحتى بالنسبة للاحكام التى تتمتع بحجية الشيء المقضى ، فإن فكرة الحجية قد لا يمكن أعمالها لعدم توافر شروطها ، وهى وحدة الموضوع ووحدة

(١٥) حكم محكمة النقض الصادر فى ١٥ يولييه سنة ١٩٣٦ ، المجموعة الرسمية ، سنة ٣٦ قضائية رقم ٩ . انظر كذلك دكتور مصطفى أبو زيد فهمى مرجع سابق - ص : ٧١١ ، دكتور رمزي الشاهر - ص : ١٣٠ ،

ويضاف الى ذلك أن حجة الأحكام لا تعارض مع المسؤولية في بعض الحالات ، بل قد تتفق مع طلب التعويض . ومن ذلك الأحكام الصادرة بالبراءة في المسائل الجنائية ، فمن يطالب بالتعويض عن المدة التي قضاه في الحبس الاحتياطي ، يكون متفقاً مع حجة الحكم الصادر بالبراءة ومستنداً اليه ، فسبب التعويض في هذه الحالة ليس هو الحكم ذاته الذي قضى بالبراءة ، بل اجراءات الامهام والتحقيق التي سبقت كالتبض والحبس الاحتياطي ورفض الافراج ، وجميعها لا تتمتع بالحجية^(١٧) .

المبحث الثاني

الاستثناءات عن قاعدة عدم المسؤولية

كانت القاعدة في فرنسا حتى سنة ١٩٧٢ وفي مصر حتى الآن هي عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ومع ذلك تدخل المشرع في بعض الحالات وقرر مسؤولية الدولة عن أعمال بعضها بصفة استثنائية ، كما أن القضاء نفسه قد أعترف بالمسؤولية في بعض الحالات — ولذا نتعرض لبحث الاستثناءات التشريعية والاستثناءات القضائية في مطلبين :

المطلب الأول : الاستثناءات التشريعية

المطلب الثاني : الاستثناءات القضائية

(١٦) دكتور مصطفى أبو زيد — المرجع السابق — ص : ٧١١

(١٧) دكتور رمزي الشاهر — مرجع سابق — ص : ١٣١

المطلب الأول الاستثناءات التشريعية

لقد ظلت قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية مطبقة في فرنسا بصفة مطلقة ، ولكن المشرع في ٨ يونيو سنة ١٨٩٥ أعطى الحق للأفراد الذين يحكم ببراءتهم — في الحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابهم من جراء حكم سابق بالادانة عن طريق التماس إعادة النظر . ونص كذلك في المادة ٥٠٥ من القانون الصادر في ٧ فبراير ١٩٣٣ على مسؤولية الدولة عن طريق دعوى مخصصة رجال القضاء ، ثم أضاف المشرع الى هذه الحالات مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تصيب الأفراد نتيجة لقرارات الحبس الاحتياطي اذا — انتهت سلطة التحقيق الى أنه لاوجه لأقامة الدعوى أو قضت المحكمة بالبراءة متى كان الضرر استثنائيا وذلك وفقا لقانون ١٧ يوليو ١٩٧٠^(١٨) .

وقد نص المشرع المصري في المادة ٤٤١ من قانون الاجراءات الجنائية على جواز إعادة النظر في الاحكام النهائية الصادرة بالعقوبة في جناية أو جنحة ولكنه لم يقرر مسؤولية الدولة عن تعويض المتهم عن الأضرار التي تكون قد لحقت به نتيجة للحكم الخاطئ بالادانة . ونص كذلك في قانون المرافعات على مخصصة القضاة — وتعرض بالانجاز لتلك الحالات التي نص عليها القانون الفرنسي ثم لدعوى المخصصة في القانون المصري .

أولا : مسؤولية الدولة في حالة براءة المحكوم عليه بحكم جنائي :

قرر المشرع الفرنسي بالقانون الصادر في ٨ يونيو سنة ١٨٩٥ الخاص بالتماس إعادة النظر في بعض الاحكام الجنائية على حق الأفراد الذين يحكم ببراءتهم في التعويض عن الأضرار التي أصابهم نتيجة للحكم السابق بالادانة وكان قانون تحقيق الجنايات الفرنسي الصادر في سنة ١٨٠٨ ينص في المواد ٤٤٣ — ٤٤٦ على طريق استثنائي لإعادة النظر في بعض الاحكام الجنائية النهائية اذا ماظهرت أو وجدت عوامل جديدة لم تكن معروفة وقت الحكم يمكن أن

(١٨) دكتور رمزي الشاهر — مرجع سابق — ص : ١٤٦ و ١٤٧

يستدل منها على براءة الشخص المحكوم عليه ولكن لم يتقرر في ظل هذا القانون شيء بخصوص التعويض عن الأضرار التي أصابت من حكم ببراءته نتيجة للأحكام الخاطئة السابقة على إعادة النظر .

ثم حدث بعد ذلك أن حكم القضاء الفرنسي بإعدام أحد المتهمين بعد ادانته بقتل ساعي البريد « بليون » وبعد عدة سنوات ظهر الفاعل الحقيقي وحكم عليه لنفس السبب . ولقد حاولت عائلة المحكوم عليه الأول أن تسترد اعتباره ولكنها لم تنجح في ذلك

وجاء قانون ٢٩ يونيو سنة ١٨٦٧ وتوسع في حالات إعادة النظر في الأحكام الجنائية ، ولكنه لم يقرر حق المتهم في طلب التعويض عندما يحكم ببراءته .

ثم عرض على القضاء قضايا مماثلة للقضية التي نلذ فيها حكم الإعدام السابق مما ترتب عليه مطالبة الرأي العام بضرورة تقرير مبدأ التعويض ، وأمام ذلك اضطر المشرع الفرنسي إلى تعديل قانون تحقيق الجنايات في ٨ يونيو ١٨٩٥ وتقرر مسؤولية الدولة في حالة نجاح التماس إعادة النظر في براءة المحكوم عليه بحكم جنائي^(١٩) .

ثانيا : مخاصمة القضاء :

لم يشأ المشرع أن يترك القاضي مسؤولا مسؤولية مدنية عن أي خطأ يرتكبه أثناء تأديته وظيفته كشأن سائر موظفي الدولة ، إنما جعله فقط مسؤولا إذا — أدخل بواجبه اختلافا جسيما وحتى في هذه الحالة الأخيرة أحاط المشرع القاضي بضمانات حتى لا تتخذ مقاضاته وسيلة للتشهير به ، والغرض من كل هذا تهيئة جو صالح للقاضي يكفل له العمل في اطمئنان حتى لا يتهيب التصرف والحكم ، وحتى يؤدي رسالته المقدسة على خير وجه . وقد وردت

Ardant: La responsabilité de L. Etat de la fonction juridictionnel, (1956) PP. et Suiv

(١٩)

وأنظر كذلك مسؤولية الدولة عن عمل السلطة القضائية : الدكتور محمود مصطفى — ص : ٦٣

الأحكام الخاصة بالمخاصمة في القانون الفرنسي في المادة ٥٠٥ من القانون الصادر في ٧ فبراير سنة ١٩٣٣ بتعديل قانون المرافعات وذلك قبل تعديله في سنة ١٩٧٢ وفي قانون المرافعات في المواد من ٤٩٤ - ٥٠٠ .

والمخاصمة دعوى ترفع بطلب أصل من أحد الخصوم على القاضي أو على عضو النيابة لسبب من الأسباب التي بينها القانون ... ومن المتفق عليه في مصر أن طريق المخاصمة هو الواجب الاتباع فيما يتعلق بمسؤولية القضاة وأعضاء النيابة في مصر .

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه « لا يجوز مداعة القاضي بسبب ما يصدره من الأحكام إلا بطريق مخاصمة القضاة ومن ثم فليس للخصم الذي أصابه ضرر بسبب مانسب إليه في حكم من الألفاظ أن يرفع على القاضي الذي أصدر دعوى تعويض بطريق اللجنة المباشرة أمام محكمة الجنح » (٢٠) .

كما قضت محكمة النقض بأنه « من المقرر أن القاضي إذا ارتكب أثناء تأدية وظيفته أمرا يؤخذ عليه فليس للأفراد من سبيل قبله إلا اتباع ما جاء في باب مخاصمة القضاة الذي سنه القانون خصيصا لذلك ، وقد أجمع شراح القانون على عدم إمكان رفع الدعوى مباشرة ضد القاضي عن عمل أثناء تأدية وظيفته ، بل يجب اتباع ما سنه القانون في الباب الخاص بمخاصمة القضاة » (٢١) . ولقد كان هذا هو الرأي السائد في فرنسا قبل صدور قانون سنة ١٩٧٢ حيث كان المستقر عليه في الفقه والقضاء ، أن دعوى المخاصمة شرط لمطالبة الدولة بالتعويض عن أعمال القضاة في حالة إعادة النظر (٢٢) .

(٢٠) حكم محكمة استئناف مصر الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٩٢٢ ، المجموعة الرسمية السنة ٢٤ ص : ١٠٨

(٢١) حكم محكمة النقض (الدائرة الجنائية) الصادر في ٣ ديسمبر - الهامة - السنة الرابعة - ص : ٤٣٠

(٢٢) دكتور رمزي الشاعر - مرجع سابق - ص : ١٦٤

نص المشرع الفرنسي بالقانون رقم ٧٠ - ٦٤٣ الصادر في ١٧ يوليو سنة ١٩٧٠ على مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تصيب الأفراد نتيجة لقرارات الحبس الاحتياطي اذا انتهت سلطة التحقيق الى أنه لاوجه لاقامة الدعوى أو قضت المحكمة بالبراءة ، متى كان الضرر استثنائيا . وأضاف المشرع الفرنسي بذلك استثناء تشريعا جديدا ، من قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ، الى جوار مسؤولية الدولة في حالة براءة المحكوم عليه بحكم جنائي نتيجة لاهادة النظر ومسؤوليتها في حالة مخاصمة القضاة .

وذلك لأن حبس المتهم احتياطيا اجراء مقيد للحرية لأن الاصل هو الا تسلب حرية الانسان الا تنفيذا لحكم قضائي واجب النفاذ ولكن قد تقضى المصلحة التحقيق منعا لتأثير المتهم في الشهود أو العبث بالادلة ودرة لاحتمال هربه من الحكم الذي قد يصدر ضده ولاشك أن ماقروه المشرع الفرنسي يمثل حماية لمن يضار من حبس غير مبرر واعتداء على الحرية غير مشروع^(٢٣) .

ولم يشأ المشرع الفرنسي أن يقرر التعويض تلقائيا عن أضرار الحبس الاحتياطي ، وإنما تطلب لامكان تقرير هذه المسؤولية ضرورة أن تتوافر شروط ثلاثة : ويمثل الشرط الأول : في أن يكون الحبس الاحتياطي قد تم في اطار القواعد التي ينص عليها قانون الاجراءات الفرنسي أما الشرط الثاني : فيتمثل في أن يكون الافراج قد تم نتيجة لصدور أمر بلا وجه لاقامة الدعوى أو لبراءة المتهم بحكم من محكمة الجنح أو لبراءته نتيجة لحكم من محكمة الجنايات ، وأخيرا يشترط أن يكون الضرر الذي أصاب الموقوف احتياطيا ضرا استثنائيا بالغ الجسامة^(٢٤) .

(٢٣) المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية — مرجع سابق — ص : ١٧٨

VEDEL : Droit administratif (1973) P. 438

(٢٤)

ولقد جعل المشرع الاختصاص لى هذا الشأن موكولا الى لجنة تتكون من ثلاثة من مستشارى محكمة النقض ، وقرار اللجنة لايشترط فيه التسبب ويكون نهائيا غير قابل للطعن أمام أية جهة ويجب على المضرور أن يرفع الدعوى أمامها خلال ستة أشهر من تاريخ صدور الأمر بالأوجه لاقامة الدعوى أو حكم البراءة^(٢٥) .

وتتحمل الدولة بالتعويض الذى يحكم به لى هذه الحالة ، ولا يجوز لها الرجوع على القاضى أو عضو النيابة الذى أصدر قرار الحبس الاحتياطى فالمسئولية هنا تبنى على مبدأ مساواة المواطنين أمام الاعباء العامة فهى مسئولية على أساس المخاطر وليست على أساس الخطأ .

المطلب الثانى الاستثناءات القضائية

أقام القضاء — بجانب الاستثناءات التى أقرها المشرع من مبدأ عدم مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية — أما على أساس المخاطر أو على أساس الخطأ — وتمثلت هذه الاستثناءات التى قررها القضاء لى مجال أعمال الضبط القضائى وبعض أعمال القضاء الادارى والتى يمكن فصلها عن ممارسة الوظيفة القضائية — ولذلك نقسم هذا المطلب الى فرعين :

- الفرع الأول : مسئولية الدولة عن أعمال الضبطية القضائية
- الفرع الثانى : أعمال القضاء الادارى

الفرع الأول

أعمال الضبطية القضائية

إذا كانت قاعدة عدم مسؤولية القضاة أمر يهمله استقلال القضاء وتحقيق العدالة على أم وجه ممكن فإن المنطق يقتضى أن تمتد تلك الحماية والحصانة لتشمل الهيئات التى تساعد القضاء فى ذلك مثل رجال الشرطة أو الهيئات التى تمارس عملاً بطبيعته قضائياً كموظف الجمارك والنهاية العامة .

لقد كان الاتجاه السائد فى القضاء الفرنسى أن رجال الضبطية القضائية لا يسألون عن الأضرار التى تنشأ عن أفعالهم إلا عن طريق دعوى المخاصمة وكانت حجة القضاء فى ذلك أن أعمال الضبطية القضائية أعمال تدخل فى إطار السلطة القضائية التى لا يجوز التعويض عنها بخارج إطار النصوص الاستثنائية التى قررت هذه المسؤولية . وعلى ذلك كانت دعوى المخاصمة هى الطريق الوحيد الذى يجوز اللجوء إليه لامكان حصول المضرور على تعويض عن الأضرار التى أصابته من أعمال السلطة القضائية .

ول عام ١٩٥٦ ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى قضية *Glry* الى أن الدولة مسؤولة عن أعمال الضبطية القضائية ليس فقط على أساس الخطأ بل أيضاً على أساس المخاطر وتحمل التبعة وتتابعت بعد ذلك أحكام القضاء العادى فى فرنسا فى هذا الاتجاه مقررّة مسؤولية الدولة عن أعمال مرفق الضبط القضائى على أساس تحقيق العدالة والمساواة بين المواطنين أمام الاهباء العامة^(٢٦) .

أما فى مصر فقد فرّق القضاء منذ البداية بين الأعمال التى تصدر من الضبطية

(٢٦) قضاء التعويض للعبيد الذكور الطماوى - ص : ٦٠ وما بعدها ، وأورد الحكم السابق من مجموعة القواعد المدنية للمرحوم محمود عسر جزء أول قاعدة ١٧٠ فى القضية رقم ١٨ سنة ٣ قضائية .
ومراجعها - مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا منذ عام ١٩٥٥ وحتى عام ١٩٨٠ فى الاجراء الثلاثة لم نعر على سوابق جديدة .

القضائية كضبطية اداة وتلك التى تصدر منه كضبطية قضائية : أما بالنسبة للأعمال الأولى فالأجماع منعقد على مسؤولية الدولة عنها .

أما فيما يتعلق بأعمال الشرطة كضبطية قضائية فالأمر مختلف — فيه خلاف : فالحكام فى فرنسا ، وبعض الفقهاء فى مصر ، يرون عدم المسؤولية . أما القضاء فى مصر فيميل الى تقرير مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال الضبطية القضائية ، فقد قررت محكمة الاستئناف الوطنية بحكمها الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ أنه : ... فيما يتعلق بنظرية الحكومة بقياس أعمال الضبطية القضائية على أعمال القضاء من جهة وجوب حصانة رجالهم ، وعدم مسؤوليتهم عن أعمالهم اذا وقع منهم خطأ ضار بالافراد ، ترى هذه المحكمة عدم قبول هذه النظرية ، لأن أساس عدم مسؤولية الحكومة عن خطأ القضاء هو حجبه الاحكام من جهة . ومن جهة أخرى فان أعمال رجال البوليس المتشعبة والمتعددة ليس لها صفة ولاية القضاء ، بل أن وظيفتهم اداة^(٢٧) .

وهذا هو أيضا المسلك الذى التزمه مجلس الدولة المصرى فى أحكامه ، والتى منها على سبيل المثال حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٥٧ حيث يقول : ... ان أوامر واجراءات مأمورى الضبطية القضائية التى تصدر عنهم — فى نطاق الاختصاص القضائى الذى يحولهم القانون اليه وأضفى عليهم فيه تلك الولاية القضائية — هى وحدها التى تعتبر أوامر وقرارات قضائية ، وهى بهذه المثابة تخرج عن رقابة هذه المحكمة . وأما الأوامر والقرارات التى تصدر عنهم خارج نطاق ذلك الاختصاص القضائى المخول لهم فى القانون ، فإنها لاتعد أوامر أو قرارات قضائية وإنما تعتبر من قبيل القرارات الادارية ، وتخضع لرقابة هذه المحكمة اذا توافرت فيها شرائط القرارات الادارية النهائية .

هذا وقد أبدت المحكمة الادارية العليا حكم محكمة القضاء الادارى السابق لاسبابه ، وذلك بحكمها الصادر فى ٢٩ مارس سنة ١٩٥٨ .

(٢٧) أنظر الهامش السابق

وتطبيقا لهذا المعيار ، قررت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢٥ مارس سنة ١٩٥٦ أنه : متى كان الثابت أن القبض على المعتقل وحبسه الى حين صدور أمر الحاكم العسكري العام باعتقاله — قد وقع من رجال البوليس بصفتهم من رجال الضبطية الادارية ، فان القرار الصادر في هذا الشأن من حكامدار بوليس القاهرة أو من مثله ، يعتبر قرارا اداريا يخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري من حيث طلب الغائه أو التعويض عنه ،

وعلى العكس من ذلك ، اعتبرت المحكمة عملا قضائيا لالتئد اليه ولائها مصادرة رجال الادارة لسبع جريدة أذاعت بيانات عن حادث تخريب النهاية تحقيقه مخالفة لذلك القرار الذي أصدرته النهاية بمحظر اذاعة بيانات عن الحادث ، بحكمها الصادر في ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ والذي جاء فيه : .. وحيث أن اختصاص هذه المحكمة بطلبات الالغاء منوط بأن تكون منصبة على القرارات الادارية ومؤدى ذلك أن يخرج من ولاية محكمة القضاء الإداري طلب الغاء أى عمل قضائى . وحيث أنه يبين بجلاء أن النهاية العامة إذ أصدرت قرار المحظر المشار اليه ، ووكلت ابلأجه وتنفيذه الى رجال الادارة ، قام هؤلاء بذلك لحسابها وعلى ذمة التحقيق .

ولا ريب في أن هذا العمل قضائى ، فيخرج بهذه المثابة من اختصاص محكمة القضاء الإداري طلب الغائه أو التعويض عنه^(٢٨) . ومن هذا المنطلق أيضا حكمها الصادر في ١٣/٥/١٩٤٧ والذي يقول : « أن محكمة القضاء الإداري غير مختصة بالنظر في طلب الغاء العمل القضائى فإذا أجرى موظف الجمرات ضبط حل مما لا يجوز طبقا للمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٣٩ تصديره بغير ترخيص من وزير المالية ، ولم يحصل حائزه على هذا الترخيص ، فهذا العمل يخرج عن اختصاص محكمة القضاء الإداري ، إذ هو عمل قضائى ، لأن موظف الجمرات وعماله يعتبرون بمقتضى المادة السابعة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٠٥ الخاص بمنع مهرب البضائع من رجال الضبطية القضائية في أثناء قيامهم بتأدية وظائفهم^(٢٩) »

(٢٨) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٨ مارس ١٩٥٦ من ١٠ من ٢٥٠

(٢٩) المرحوم حمود عمر السابقة من : ٣٠١

وعلى هذا الأساس أيضا فإنه إذا اقتصر عمل النيابة على مجرد المساهمة في تنفيذ قرار إداري ، فإن اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري يظل معقودا . أو كما تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٠ مايو سنة ١٩٦٠^(٣٠) : (ص ١٤ ص ٣١٢) إذا كان الثابت أن المدعين إنما يطعنون على القرار الصادر من المراقبة الإقليمية للشعوب البلدية والقروية بسوهاج بتاريخ ١٢ يوليو سنة ١٩٥٨ بإزالة البوابة موضوع النزاع وكان المدعون قد تعرضوا قبل رفع الدعوى ، وامتنعوا عن تنفيذ هذا القرار ، فلجأت جهة الإدارة إلى النيابة العمومية فأمر وكيل نيابة طهطا في ٥ أغسطس سنة ١٩٥٨ بتنفيذ قرار المراقبة الإقليمية بإزالة البوابة ، فإن ذلك لا ينفى أن مانفذ هو القرار الإداري المطعون فيه ، وأن أمر النيابة العمومية بالتنفيذ ، قد صدر منها بسلطانها الإدارية لتمكين جهة الإدارة من تنفيذ القرار المطعون فيه ، ولم يصدر منها بمقتضى سلطانها القضائية ، ومن ثم يكون الدفع بعدم الاختصاص في غير محله^(٣١)

الفرع الثاني مسئولية الدولة عن أخطاء القضاء الإداري

وردت الأحكام الخاصة بمخاصمة القضاة في المادة ٥٠٥ من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بقانون ٧ فبراير ١٩٣٣ ولذلك فقد أسترى الرأي في فرنسا على أن النصوص الخاصة بالمخاصمة لا تسرى بالنسبة لغير هيئات القضاء العادي ولذلك فلا يطبق على القضاء الإداري أو هيئة المفوضين أو محكمة التنازع .

ونتيجة لعدم انطباق النص الخاص بالمخاصمة في فرنسا على الأخطاء الصادرة عن القضاء الإداري ، فإنه يمكن القول بأن القضاء وأعضاء هيئة المفوضين مسؤولون مسؤولية شخصية في حالة إمكان نسبة الخطأ الشخصي إليهم دون حاجة إلى الالتجاء إلى دعوى المخاصمة التي لا يخضعون لنظمتها وفي هذه الحالة يمكن القول أيضا بأن الدولة تسأل عن

(٣٠) المرجع السابق - ص : ٣١٢ .
(٣١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٤ أغسطس سنة ١٩٥٩ (ص ١٢ و ١٣) ص : ٢٢٦

تعميـض هذه الأفعال إذا كان الخطأ الشخصى الذى ارتكبه القاضى الإدارى أو عضو هيئة المفوضين لا يمكن فصله تماماً عن المرفق ، وتكون مسؤولية الدولة فى هذه الحالة نوعاً من الضمان للمضـرور فقط فى إطار القواعد العامة للمسئولية بحيث ترجع فى كل الأحوال على من ارتكب الخطأ الشخصى (٣٢) .

وقد اتجه مجلس الدولة فى عام ١٩٥٨ إلى التحقيق من حدة هذا المبدأ وقرر إمكان مساءلة الدولة عندما يكون الخطأ المدعى حدوثه من جهة القضاء الإدارى من الممكن فصله عن ممارسة الوظيفة القضائية وكان ذلك فى حكمه الصادر فى قضية Blondet حيث أثر هذا الحكم البحث عما إذا كان فقد شهادات طبية من مفوض الدولة يعتبر خطأ منفصلاً عن الوظيفة القضائية فتسأل الدولة عنه أم أنه لا يعتبر كذلك وبالتالى لا تسأل عنه الدولة (٣٣) .

وإذا كان هذا الاتجاه مطلقاً مع نصوص القانون الفرنسى فإنه لا يتفق مع النظام القانونى المصرى فقد نصت المادة الثالث من قانون إصدار القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة المصرى على أن : تطبق الإجراءات المنصوص عليها فى القانون ، وتطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص ، وذلك إلى أن يصدر قانون الإجراءات الخاص بالقسم القضائى . وقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن تطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص ولا تتعارض مع نظام المجلس وأوضاعه الخاصة .

ويتشكك الاستاذ الدكتور عاطف البناء فى إمكان تطبيق أحكام دعوى المخاصمة على رجال القضاء الإدارى ، وذلك لأن المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات تقرر أحكاماً موضوعية فى مخاصمة القضاة فى حين أن مقتضى نص المادة الثالثة من قانون إصدار قانون مجلس الدولة هو الإحالة فيما لم يرد فيه نص على الأحكام الإجرائية والشكلية فى قانون المرافعات ويرى من ناحية أخرى أنه لا يصح القول بالاعتقاد الاختصاص بمخاصمة رجال

(٣٢) فهدل - المرجع السابق - ص : ٤٣٣ - ٤٣٥

(٣٣) راجع الأحكام الفرنسية التى أوردها الدكتور رمزي الشاهر - المرجع السابق - هامش ١٨٥

القضاء الإداري لجهة القضاء العادي لما في ذلك من إخلال باستقلال كل من جهتي القضاء^(٣٤).

ويختلف أستاذنا الدكتور رمزي الشاهر مع الرأي السابق ويري أنه لا يوجد في قواعد المخاصمة ما يمتنع نصاً أو روحاً مع قانون مجلس الدولة لأن المحكمة التي من أجلها قرر المشرع نظام المخاصمة بالنسبة للقضاة أمام المحاكم العادية تتوافر بالنسبة للقضاة أمام المحاكم الإدارية ، كما أن واجبات المفوض في المنازعة الإدارية يتحقق فيها المحكمة التي وجد من أجلها نظام مخاصمة أعضاء النيابة ويري سيادته أنه لا يوجد ما يمنع من أن تتم المساواة أمام القضاء العادي إذا لا يترتب على ذلك أي إخلال باستقلال كل من جهتي القضاء كما أنه لا يوجد ما يمنع من أن تنظر دعوى المخاصمة أمام القضاء الإداري ، أما فيما يتعلق بأن الأحالة هي للمسائل الإجرائية فإن دعوى المخاصمة في هذه المسائل الإجرائية^(٣٥).

ولي اعتقادنا أن المحكمة التي من أجلها قرر المشرع دعوى المخاصمة تتطلب أن ينسب تطبيقها على كل أنواع القضاء العادي والإداري ، وأن كان الأفضل أن توضع قواعد وإجراءات خاصة لمخاصمة رجال القضاء الإداري ، — ولأن حكم القضاء العادي لا يمتد أطراف الدعوى فهو ذو أثر محدود ، أما حكم القضاء الإداري فإنه ذو أثر عيني قد يمتد إلى غير أطراف الدعوى ومن ثم يكون القضاء الإداري أولى بالمخاصمة من غيره .

(٣٤) القضاء الإداري (تنظيم الرقابة القضائية في مصر — قضاء المعترض) للدكتور محمود عاطف البناء القاهرة

١٩٧٥ — ١٩٧٦ — ص : ٢٣٦ و ٢٣٧

(٣٥) الدكتور رمزي الشاهر — المرجع السابق — هامش ١٦٩ و ١٧٠

الفصل الثاني

مسؤولية الدولة عن أعمال القضاة

إذا كانت القاعدة العامة في النظامين الفرنسي والمصري قد بدأت بعدم مسؤولية الدولة عن أعمال القضاة إلا أن التطورات الأخيرة قد انتهت بهما إلى مسؤولية الدولة عن الأخطاء الجسيمة التي تقع من القضاة أثناء تأدية أعمالهم ولذلك نعرض إلى مناقشة أسباب مسؤولية القضاة ثم إلى مسؤولية القضاة الشخصية . ونقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : أساس مسؤولية القضاة
المبحث الثاني : مسؤولية القضاة الشخصية

المبحث الأول

أساس مسؤولية القضاة

نصت المادة ١١ من قانون ٥ يوليو سنة ١٩٧٢ المعدل لقانون المرافعات المدنية الفرنسي القديم ، والمادة ٥٠٥ من قانون المرافعات المدنية الجديد الصادر في ٥ ديسمبر سنة ١٩٧٥ على مسؤولية الدولة عن الأخطاء التي يقع فيها مرفق القضاة في حالة الخطأ الجسيم وحالة انكار العدالة^(٣٦) .

Lambard (M): La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 3 Juillet 1972, (٣٦)
R.D.P. PP. 607 et suiv.

وقد نصت كذلك المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات الجديد على أسباب المسؤولية وحصرها في الآتي :

١ - إذا وقع من القاضي في عمله غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم وقد أضيف في فرنسا إلى أسباب المخاصمة الخطأ المهني الجسيم فبراير ١٩٣٣ لأن القضاء كان يتطلب لقبول دعوى المخاصمة ثبوت غش أو تدليس من جانب القاضي ، وكانت لا تقبل هذه الدعوى ولو ثبت أن القاضي قد أخطأ خطأ جسيماً فاراد المشرع بهذه الاضافة التيسر على المتقاضين^(٣٧).

ورأى المشرع المصري أيضاً ان يضيف الى أسباب المخاصمة الخطأ المهني الجسيم . وقالت المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات السابقة : أن الفارق بين الخطأ المهني الجسيم وبين الغش فارق ذهني في معظم الأحوال . فغالبا ما يستدل على الغش بمجسامة المخالفة ، وكثيرا ما يدعى الحرج الى درء نسبة الغش عن من يتهم به بنسبة الخطأ الفاحش اليه^(٣٨).

٢ - إذا أمتنع القاضي عن الأجابة على عرضة قدمت له أو عن الفصل في قضية صالحة للحكم .

٣ - في الاحوال الأخرى التي يقضى فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتضمنات اذا لم يودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه في الميعاد الذي حدده القانون اذا ترتب على ذلك بطلان الحكم .

والصور الثلاث المشار اليها يجمعها جامع واحد وهو حصولها بسوء نية من القاضي بقصد الانحراف عن العدالة لقاء حصوله على منفعة أو فائدة ويصعب اثباتها عملاً أن لم يكن يستحيل ذلك لأن اثبات ارتكاب القاضي لا أى منها يتطلب اثناء القصد السيء

(٣٧) للمرافعات المدنية والتجارية - الدكتور أحمد أبو الوفا - ١٩٨٠ - ص : ٦١

(٣٨) المرجع السابق - ص : ٦٢

لدى القاضى في اثبات عمله ، لذلك نص قانون المرافعات السابق لأول مرة على الخطأ المهني الجسم كسبب يميز خاصة القاضى .

والخطأ المهني الجسم هو الخطأ الذى لا ينفطر اذا وقع من قاض ولا يشترط فيه أن يكون عمداً أو بسوء قصد ، فلا يتطلب الأمر البحث في النية الداخلية للقاضى فهو خطأ فاحش ينشأ عن الاستهتار وعدم الحيطة ودرجة تجعله في مرتبة الدس كإهتفال الوقائع الثابتة في الدعوى ، والجهل بالمبادئ الأولية للقانون التى لا يحتاج الاثبات بها الى خبرة خاصة حتى لا تتوافر في القاضى ذى المستوى العادى لأن القاضى الذى يجسر على الجلوس للقضاء وهو على جهل تام بهذه المبادئ ليس أقل جرماً من القاضى الذى يعتمد الانحراف للأضرار بالعدالة أو بأحد الخصوم^(٣٩) .

ولكن لا يعد خطأ مهنياً جسمياً أن يفسر القاضى القانون على نحو يخالف المعارف عليه بين رجاله مادام لا يهتلب سوء النية ولا يتخطى الى منطقة الجهل الفاضح أو الأهمال المفرض ، وكذلك ما يذهب اليه القاضى من تقدير الأدلة واستخراج النتائج منها مادام ليس هناك جهل بالمبادئ المسلم بها أو المعارف عليها ، أو عدم اجابة بعض الطلبات أو عدم بحث بعض الدفوع ، أو الخلل في مسألة تقديرية الى جانب دون آخر لأن التقدير ليس له معيار ثابت ، ولا يعد من هذا القبيل كذلك جهل القاضى كذلك بحكم في القانون لا يعتبر من أسسه أو مبادئه أو القصور في أسباب الحكم وعدم أخذ القاضى بتقرير الخبر واستناده الى مستند دون آخر .

وأساس المسؤولية كما نص عليها القانون الفرنسى في ٧ فبراير ١٩٣٧ هو مسؤولية التابع عن خطأ المتبوع وكان قانون المرافعات المصرى المملّى قد نص في آخر المادة ٧٩٧ على أن :

(٤٠) استضاف المتبوع في ١٨/٧/١٩٥٣ ، مجلة المحاماة السنة ٢٤ عدد ٥٢ أبريل في المرافعات منذ ١٣٥٩ والمشمولى منذ ١٣٣

تكون الدولة مسؤولة عما يحكم به من التضمينات على القاضي أو عضو النيابة بسبب هذه الأفعال (وهي الأفعال التي تبيح رفع دعوى المخاصمة) ولها حق الرجوع عليه ، ولكن هذا الحكم لم يرد في نص المادة ٤٩٤ من قانون المرافعات الجديد ولم يفصح المشرع عن سبب إسقاطه ولم يبق كما يقول استاذنا العميد الدكتور الطماوي إلا الرجوع إلى القواعد العامة ... متبعين مخاصمة القاضي أولاً فإذا ما حكم عليه كانت الدولة مسؤولة بالتبعية حتى لا يفاجأ المضرور باعسار القاضي في نهاية الأمر ولكن للدولة حق الرجوع على القاضي أو عضو النيابة بما دفعته لأنها مسؤولة عنه لامتسولة معه^(٤٠) .

وبلاحظ أن القضاء الفرنسي قد ذهب في أحكامه السابقة على صدور قانون ١٩٧٢ إلى تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال البوليس القضائي ليس فقط على أساس الخطأ بل أيضاً على أساس المخاطر ويرى استاذنا الدكتور رمزي الشاعر أن اتجاه المشرع الفرنسي نحو تقرير قاعدة مسؤولية الدولة عن أعمال القضاة أنفسهم يتفق مع البقاء على توسع القضاء في تقرير مسؤولية الدولة عن الهيئات المساعدة للقضاء على أساس المخاطر ...^(٤١) وبذلك تظل قاعدة مسؤولية الدولة قائمة عن الأخطاء البسيطة التي يرتكبها رجال الضبطية القضائية^(٤١) .

المبحث الثالث

مسؤولية القضاة الشخصية

إذا كانت قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية كانت الأصل وأن مبدأ المسؤولية هو الاستثناء ، فإن مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاة الشخصية أصبحت هي الأصل وأن مبدأ عدم المسؤولية هو الاستثناء .

(٤٠) قضاء الصعيطن - للعميد الطماوي - ص : ٦٩

(٤١) مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية - مرجع سابق - ص : ١٩١

ولما كانت أخطاء القضاة تثير مسؤولية جنائية ومدنية وتأديبية ، فإننا نقصر على دراسة المسؤولية المدنية والتأديبية دون المسؤولية الجنائية التي لا يبرز القضاة فيها عن غيرهم سوى حصائلهم من القبض والتفتيش في غير حالات القبض ومحاكمتهم أمام محاكم مشكلة بطريقة خاصة وغير خاضعة للاختصاص المكالي . ولذا نقسم هذا البحث الى مطلبين :

- المطلب الأول : مسؤولية القضاة المدنية
- المطلب الثاني : مسؤولية القضاة التأديبية

المطلب الأول

مسؤولية القضاة المدنية

تعرضنا ضمناً لمسؤولية القضاة في مصر عن أخطائهم الشخصية من تعرضنا الى دعوى المخاصمة وأساس المسؤولية ولما كان النظام الانجلو - سكسوني لم يتعرض بالمناقشة لمسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية كما حدث في فرنسا ومصر ولكن مسؤولية الدولة من خلال مسؤولية القضاة عن أخطائهم الشخصية تعد نواة لمسؤولية الدولة ولذلك نبحت في هذا المطلب مسؤولية القضاة المدنية في كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة والسودان ، فنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع :

- الفرع الأول : مسؤولية القضاة المدنية في المملكة المتحدة
- الفرع الثاني : مسؤولية القضاة المدنية في الولايات المتحدة الأمريكية
- الفرع الثالث : مسؤولية القضاة المدنية في السودان

الفرع الأول مسئولية القضاة المدنية في المملكة المتحدة

إذا كان النظام الانجليزي قد وضع اجراءات قانونية لمساءلة القضاة تأديبيا — كما سنرى — فإنه لم يغفل كذلك تحصيل القاضى ضد المسئولية المدنية التى يمكن أن تنشأ نتيجة لخطئه الشخصى ، لأن المسئولية فى هذه الحالة أشد خطرا على استقلال القاضى ولأن المسئولية التأديبية قد تحرك خطأ واضح فى حين أن المسئولية المدنية قد يحركها أى من الخصوم الذى يخسر دعواه تنكيلا وتشهيرا بالقاضى .

يقوم « فيلد » أن مبدأ المسئولية هو من المبادئ الرئيسية فى الحكومة الدستورية ويفترض هذا المبدأ بوجه عام مساءلة كل موظف أو هيئة وفقا للآراء السائدة — ولاسيما بالنسبة للقواعد السياسية الاجرائية المسلم بها — وهى الدستور . وفى الظروف الديمقراطية توكل سلسلة المسئولية للتأخيرين ، وللجزاء النهائي فى ذلك هو العزل من الوظيفة وعلى الرغم أن القضاء هو جزء من أهم أجزاء الحكومة الدستورية الا أنه وجد من الضرورى أن يعفى هذا الفرع من أى تطبيق فعال لمبدأ المسئولية فيعفى القاضى كلية من أى دعوى جنائية أو مدنية لأخطاء يمكن أن يكون قد ارتكبها فى اداء وظيفته^(١٢) .

ومن المبادئ المتفق عليها فى الحكومات الدستورية الحديثة احكام المحاكم وأن كان يمكن أن تراجع وأن تصحح وفقا للاجراءات التى ينظمها القانون أمام محاكم أعلى الا أنه لايجوز لاية هيئة تشريعية كانت أو تنفيذية أن تتخذ اجراء تأديبى ضد قاض لجرد الاعتقاد بأنه قد أصدر قرارا خاطئا . وتنحصر مسئولية القضاة الرسمية فى الحالات القصوى فى انعدام الخلق الشخصى ، والانحراف الجسيم بالسلطة ، أو عدم الكفاية الواضح لاستمراره فى اداء وظيفته ، وفى مثل هذه الحالة لايجوز اتخاذ اجراءات المساءلة الا وفقا لقواعد اجرائية ذات طبيعة قضائية^(١٣) .

وقد حكم تطبيقاً لذلك أن القضاة — معفيون — من المسؤولية المدنية أثناء ممارستهم لاختصاصاتهم القضائية حتى ولو وقعت منهم عمداً وبدون سبب معقول أو راجح^(١١) وأن — قضاة المحاكم العليا غير مسؤولين حسب الظاهر عن أفعالهم التي تقع منهم خارج اختصاصهم^(١٢) ويفترض دائماً أن أحكام المحكمة العليا قد صدرت في نطاق اختصاصها^(١٣) وعلى أي حال فلا توجد محكمة تبت في تلك المسؤولية^(١٤).

أما قضاة المحاكم الدنيا Judges of inferior courts فهم مسؤولون عن أفعالهم القضائية التي تقع منهم خارج نطاق اختصاصهم أو تلك الأعمال التي تجاوزوا فيها اختصاصهم أن الطريقة بين المحاكم العليا ، والمحاكم الدنيا قام في القرن السابع عشر على مبدئين — الأول : أن اختصاص المحاكم الدنيا مقيد بالموضوع — والأشخاص — والمكان بينما اختصاص المحكمة العليا غير مقيد بأي من تلك الموضوعات والمبدأ الثاني : أن المحاكم الدنيا مسؤولة لدى المحاكم العليا إذا تجاوزت اختصاصها في حين أن المحاكم العليا مسؤولة فقط أمام الله والملك^(١٥).

وقد نظم قانون حماية القضاة في مادته الأولى والثانية مسؤولية قضاة المحاكم الدنيا وذلك إذا اثبت الطرف المضرور أن معطاً القاضي كان متعمداً أو بدون سبب معقول أو راجح ، ولكن في حالة الادانة ، فلا يكلى اثبات ذلك فحسب بل لابد أن يلقى حكم

(١١) أنظر هودفليس — المرجع السابق — ص : ٣٧٢ Anderson V. Gorrie (1895)

«Judges are exempt from civil liability for things done while acting within their jurisdiction, even if done

maliciously and without reasonable or probable cause». Hamond V. Howell — المرجع السابق (١٥)

(1677) «Judges of superior courts are apparently not liable for judicial acts done outside their jurisdiction».

Peacock V. Bell (1666) 3 The acts of a superior courts are presumed to be within their jurisdiction». (١٦)

(١٧) هودفليس — المرجع السابق — ص : ٣٧٢

«Any way there is no tribunal to enforce such liability

Holdsworth: The constitutional position of the judges (1932) Vol (6) PP: 234-240. (١٨)

الادانة^(٤٩) ولما كان الوزراء ممارسون أعمالاً شبه قضائية فبرى «نومسن» أن تمتد اليهم تلك الحماية بشرط أن يكونوا حسنى النية في ممارستهم^(٥٠).

ويتبين من هذا أن القضاة محصنون ضد المسؤولية في ممارسة أعمالهم القضائية حتى لو نسب اليهم قصد الاساءة أو الضرر ، وقد استقرت أحكام القضاء الانجليزى على ذلك منذ وقت طويل ، ول ذلك يقول «Kelly» أن هذا الحكم القانونى ليس القصد منه حماية قاض فاسد أو شرير وإنما المصلحة العامة هى التى تقتضى أن يكون لدى القضاة الحرية فى ممارسة وظائفهم فى استقلال وبدون خوف من العواقب اذ كيف يستطيع قاض أن يمارس وظيفته اذا كان يعيش فى خوف كل يوم ، بل وكل ساعة من رفع دعوى ضده فى شأن تصرف يكون قد أتاه أثناء نظره قضية ما^(٥١) . وقد قضى مجلس الملك ومن بعده محكمة الاستئناف أنه لاسبيل لمساءلة قاض عن تصرفاته أو أقوال أدلى بها فى ممارسة عمله القضائى حتى ولو كان دافعه على ذلك شريفاً ، وحتى لو تمت تصرفاته أو أدلى بأقوال أثناء ممارسة غير أمينة لوظيفته .

الفرع الثانى مسئولية القضاة المدنية فى الولايات المتحدة الأمريكية

لم يوجد لفترة طويلة فى الولايات المتحدة قانون لمساءلة القضاة عن أخطائهم التى تنسب فى أضرار للمتقاضين ، وفقط وجد قانون الالهام والذى بموجبه يعزل القاضى من وظيفته اذا ما ارتكب جريمة أو جنحة وذلك بعد ادانته أمام مجلس الشيوخ وقد ثبت أن هذه الطريقة غير مجدية فى معالجة أخطاء القضاة الأخرى ، وخاصة تلك التى ينشأ عنها ضرر ، وقد قدمت عدة مشروعات قوانين على مدى أربعين سنة لوضع وسائل أبحرى لتحديد مسؤولية القضاة الاتحاديين المدنية ولم يوافق الكونجرس على أى منها نظراً لمساسها باستقلال

Justice protection act 1848

(٤٩)

.. ought to be protected only if exercised in good faith

(٥٠)

(٥١) جينينجر - مرجع سابق - ص : ٢٢٤

القضاء وعدم دستورها ، ولكن أمورا تحلل الكونغرس من عقدة عدم الدستورية وأصدر قانون القصور والسلوك القضائي لعام ١٩٨٠^(٥٢) والذي نظمت بمقتضاه إجراءات كيفية خاصة للقضاة .

وتتلخص تلك الإجراءات في أن ترفع الشكوى ضد القاضي المشكو ضده إلى رئيس الدائرة القضائية التي يقع لها ، على أن تتضمن بالعقد السلوك الذي يتضرر منه الشاكي ، ويهوز لرئيس الدائرة شطب الشكوى إيجازا إذا رأى إنها غير منتجة ، أو يسمح بالتحقيق مع القاضي أمام لجنة قضائية خاصة كما لو كانت محكمة حيث تفصل في الشكوى بناء على المرافعات .

وإذا صدر قرار اللجنة بإدانة القاضي فإن له أن يستألف قرارها أمام الجمعية العمومية لقضاة استئناف تلك الدائرة التي تجتمع في هيئة مجلس ، وللقاضي الحق كذلك استئناف قرار ذلك المجلس إلى المؤتمر السنوي لقضاة الولايات المتحدة^(٥٣) .

وإذا ادّين القاضي بناء على الشكوى المقدمة ضده فإنه يمكن توقيع أي عقوبة ضده ماعدا عقوبة العزل^(٥٤) وهذا يعني أنه يمكن أن توقع عليه عقوبة مالية كتعويض عن الضرر الذي لحق بالشاكي نتيجة لتصرفه الخاطئ . ولكن لم نعر على سابقة واحدة حوكم فيها قاضي بموجب ذلك القانون حتى يتسنى لنا تقييمه ومقارنته مع النظامين الفرنسي والمصري ولكن يبدو من نص القانون أن المسؤولية تنحصر في القاضي ولا تعداه إلى مسؤولية الدولة عن أعماله .

ويرى المعارضون لذلك القانون أنه يعتبر تدخلا غير دستوري في استقلال القضاء واحتجوا بأن طريق الاتهام كان الوسيلة الدستورية الوحيدة لمساءلة القضاة غير المسؤولين أو ذوي السلوك المنحرف . أما المؤيدون فيصرون على أن القضاة شأهم شأن كل موظفي

The Judicial conduct and disability act 1980

(٥٢)

(٥٣) فارلن - مرجع سابق - ص : ١١٤ و ١١٥ ، وكل - مرجع سابق - ص : ٧٣٧ و ٧٣٨ وأنظر فيما

شرحنا لهذا القانون

(٥٤) أنظر للمرجعين السابقين

الحكومة يجب أن يكونوا مسؤولين عن أخطائهم وأن هذا يعد أمراً ضرورياً لأن طريق الاتهام أصبح عاجزاً في أن يراقب السلوك القضائي^(٥٥). ولما كان هذا الرأي الأحمر يمثل الاتجاه الراجح فإن تقرير مسئولية الدولة عن أعمال القضاة تصبح وشيكة.

الفرع الثالث مسئولية القضاة المدنية في السودان

لم يول المشرع في السودان اهتماماً بتنظيم مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية أو المسئولية عن أخطاء القضاة الشخصية، ولم يكن ذلك اغفالا منه وإنما كان مرده لبساطة الحياة الاجتماعية والاقتصادية وعدم تشعب وتعقد العلاقات بين الناس، فضلا عن أن نظرة المواطن للقضاء كانت نظرة اكبار وتقدير لاتعد لها نظيره لأى وظيفة أخرى، ولهذا لم نعلم على سابقة واحدة لمخاصمة القضاة أو ردهم ولأن القضاة أنفسهم قد درجوا على التنحي عن نظر أى نزاع لمجرد أن تكون الصلدة قد جمعتهم بأحد أطرافه مجرد اجتماع عابر.

أما بعد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فقد صدر قانون المعاملات المدنية بالأمر المؤقت رقم ٦ لسنة ١٩٨٤ ونص في المادة ١٦٢ (٢) (ب) على مسئولية القضاة ورجال الضبطية القضائية الذين يمارسون عملا قضائيا كالتحرى ثم على مسئولية المحضرين وهذا واضح من قول المادة ١ تعطيل التحرى أو الاعلان أو الفصل في القضايا أو اجراءات العدالة دون سبب مقبول واصدار الاحكام ضد صريح النص استهتارا بالقانون أو استهتارا بقصد المشرع وخروجاً على ضوابط الاجتهاد الفقهي أو استخفافاً بحقوق المتقاضين، ولم يضع

(٥٥) أنظر كل - ص : ٧٣٧ حيث جاء فيه :

Opponents of the judicial conduct and disability act declared it an unconstitutional interference with judicial independence. They argued that impeachment was the only constitutional means for dealing with the problem of irresponsible or arbitrary judicial behavior supporters of the act insisting that judges, like all other government officers, must be held accountable. But it was necessary because impeachment was useless as a check on judicial conduct.

المشرع اجراءات خاصة لتحريك الدعوى لأجراءات الخاصة بالقضاء وهذا يعنى أنه تركها للقواعد العامة وفى ذلك خطر على اطمئنان القضاة وحرصهم فى اداء وظائفهم وكان يجب أن تنظم طرق معالجة القضاة كما هو الحال فى النظام المصرى فى دعوى الخاصة أو كما نص عليه القانون فى الولايات المتحدة الأمريكية ، ولذا نرى ضرورة الأخذ بنظام دعوى الخاصة فى قانون المرافعات المصرى .

والخطأ الذى يسأل عنه القاضى حسب نص المادة السابقة الفقرة (٤) هو أن الأضرار الشخصى أو الوظيلى أو المهنى يفترض اذا كان الضرر من الجسامة بحيث لا يعقل وقوعه دون أهمال جسيم أو سوء قصد ، والثابت أن المشرع أخذ فى تحديد الاهمال الجسيم — لمساواة القضاة — بدرجة جسامة الضرر الذى نتج عن الاهمال ، فإذا كان الضرر جسيما حكم بان الاهمال لابد وأنه كان جسيما أو وقع بسوء قصد . وفى اعتقادنا أنه ليس هناك تلامح حتمى بين جسامة الضرر والاهمال ، فقد يكون الاهمال بسيطا ومع ذلك يكون الضرر جسيما وبالعكس فقد يكون الاهمال جسيما ويكون الضرر بسيطا ، وكان الأولى أن يعول على الاهمال بغض النظر عن بساطة الضرر أو جسامة وهذا ما يقتضيه المنطق السليم وهو ما يجرى عليه العمل فى فرنسا ومصر والمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية .

المطلب الثانى مسئولية القضاة التأديبية

لعل أهم ماثيرو المساواة التأديبية هى النتيجة التى تنتهى اليها وهى العزل عادة — والذى يصطلم مبدأ دستورى هام وهو عدم قابلية القضاة للعزل .

يقول فقهاء القانون الدستورى ، ان عدم قابلية القضاة للعزل يعتبر من الضمانات القانونية القوة التى تكفل للقضاء استقلاله وتقوى صرحه وتحصى القضاة من تدخل الحكومة كما تحميمهم من هبث المتقاضين واعتداء الافراد — وليس عدم قابلية القضاة للعزل أن يبقى

القضاة في مراكزهم ولو صدر منهم ما يستوجب مسئوليتهم ويقتضى عزلهم اذ لا نزاع في أنه مهما انحلت السلطة التنفيذية من الاحتياطات في اختيار القضاة فإنه سيكون من بينهم من تنقصه الكفاءة أو النزاهة وسوف يقع من بعضهم تصرفات أو أعمال لا تتفق مع ما ينبغي أن يكون لمنصب القضاء من كرامة ولا مع ما يجب أن يكون عليه القاضي من بعد عن الشبهات .

ومبدأ عدم قابلية القضاء للعزل هو المبدأ السائد في معظم بلاد العالم حيث تنص الدساتير والقوانين فيها على وجوب بقاء القضاة في مناصبهم ماداموا يتمتعون بحسن السلوك وكال الاستقامة ، ولا خلاف في أن القاضي اذا ارتكب أو صدر منه أو اتصف بما ينال مهمة القضاء — فإنه يجب أن يعزل — وتعرض للمساءلة التأديبية بما فيها عزل القاضي في النظم القانونية في المملكة المتحدة والولايات المتحدة ومصر والسودان فنقسم هذا المطلب تبعاً لذلك الى أربعة فروع :

- الفرع الأول : مسؤولية القضاة التأديبية في المملكة المتحدة
- الفرع الثاني : مسؤولية القضاة التأديبية في الولايات المتحدة الأمريكية
- الفرع الثالث : مسؤولية القضاة التأديبية في مصر
- الفرع الرابع : محاسبة القضاة في السودان

الفرع الأول مسؤولية القضاة التأديبية في المملكة المتحدة

كان التاج البريطاني يستطيع أن يعزل القضاة لسوء السلوك misconduct أو لاهمالهم في أداء واجباتهم الرسمية ، أو اذا ارتكبوا جرائم خطيرة serious offences وذلك دون أن يوجه رسالة الى البرلمان ، أما بعد صدور قانون التسوية سنة ١٧٠٠ فقد أصبح القضاء غير قابلين للعزل ماداموا يتمتعون في ممارسة أعمالهم بخلق حميد وسلوك حسن وقد

نص قانون الاختصاص الاستثنائي^(٥٦) في مادته السادسة على أن يستمر كل لورد في عمله في محكمة الاستئناف ... ما لم ينسب اليه فعل يخل بواجبات وظيفته^(٥٧).

وتنص المادة الثانية عشر في فقرتها الأولى من قانون القضاء لسنة ١٩٢٥ م^(٥٨) على أن يبقى كل قضاة المحكمة العليا وقضاة محكمة الاستئناف في مناصبهم ولا يجوز عزلهم إلا إذا نسب لأحدهم فعل من شأنه أن يعترض مع واجبات وظيفته وذلك بموجب رسالة يبعث بها التاج إلى مجلس البرلمان وهو ما يعرف بنظام الاتهام أمام البرلمان .

ويرى أنسن^(٥٩) أن سوء السلوك الذي يستوجب أن يحاسب عنه القاضي ويكون سببا في عزله يشمل أى فعل من شأنه أن يخل بالثقة والاعتبار اللذين في شاغل المنصب القضائي^(٥٩).

ولم يعزل بموجب ذلك القانون منذ عام ١٧٠٠ إلا قاضيان إيرلنديان في عامي ١٨٠٥ و ١٨٣٠^(٦٠) وذلك لأن القضاة يخافون عادة من بيت المحامين الذين اشتهروا بالعلم وحسن الخلق .

الفرع الثاني مسئولية القضاة التأديبية في الولايات المتحدة الأمريكية

يعتبر الاتهام impeachment وهو المحاكمة التي تتم أمام مجلس الشيوخ — الوسيلة الدستورية الوحيدة لمحاسبة موظفي وقضاة الاتحاد وعزلهم ، وقد وضع الجمهوريون

(٥٦) هود فليس — مرجع سابق — ص : ٣٦٨

The appellate jurisdiction act 1876

(٥٧)

Adjudicature Act 1925

(٥٨)

Anson: Law and custom of constitution Vol. Pt.1, PP. 234-235

(٥٩)

(٦٠) هود فليس — المرجع السابق

أول قانون للأهمام عام ١٨٠٤ وكان كما قال عنه « كل » بعكس وجهة نظر الزمرة المتعصبة من الحزب الجمهورى لاختضاع القضاء لهيئات الحكومة السياسية .

ويحول ذلك القانون الرئيس الأمريكى توجيه رسالة للكونجرس لأهمام أحد قضاة الاتحاد أو يحرك ذلك الأهمام الكونجرس من تلقاء نفسه ضد قضاة الاتحاد لمحاكمتهم أمام مجلس الشيوخ . وعلى الرغم من أن الاتهام لا يحرك الا فى الجرائم الكبرى والجنح الا أن الجمهوريين توسعوا فى مجال تطبيقه فى كل حالة يرون فيها أن موقف القاضى أو سلوكه يتعارض مع رأى العام ويعتبرون أن الاتهام أصلح وسيلة لعزل القضاة . وقد جعل هذا التكليف من الأهمام اجراء سياسيا يمكن أن يعزل بموجبه أى قاضى متى رأى مجلس النواب والشيوخ ذلك^(٦١) .

وقد عارض الاتحاديون هذا الاتجاه ورون أن يكون القضاء فى منأى عن الاعتبارات السياسية الا أن الجمهوريين يعتقدون أن القضاء أنفسهم هم الذين تدخلوا فى السياسة ويجب عليهم تحمل مغبة ذلك . ولكن الجمهوريين المعتدلين لم يمنحوا منحى زملائهم المتعصبين ورون أن يقصر الاتهام على سلوك القاضى فى ممارسته لوظيفته القضائية . ولذا لم يحاكم بموجب ذلك القانون غير قاضى واحد بتهمة السكر ، أما المحاولة الثانية والتي فى اعتقادنا من أجلها صدر القانون هى محاولة محاكمة القاضى — شيت Chase أحد القضاة الاتحاديين البارزين وذلك لنقده العنيف للكونجرس فى الغالب لقضاء الدوائر كلية وخطر ذلك على استقلال القضاء^(٦٢) .

وقدم شيت أمام مجلس الشيوخ فى فبراير عام ١٨٠٥ وقد دفع محاميه بأن الجريمة التى يجب أن يقدم بموجبها القاضى للمحاكمة عن طريق الاتهام يجب أن تكون من الجرائم الكبرى التى تعرض على المهلين والقضاة بموجب القانون ، ولكن « راندولف » أحد أعضاء هيئة الأهمام يرى أنه لا يشترط بالضرورة أن يكون الاتهام محلا لاجراءات جنائية ويرى معه بعض أعضاء مجلس الشيوخ أن الاتهام طالما كان الوسيلة الدستورية الوحيدة لعزل القضاة

(٦١) كل — مرجع سابق — ص : ١٧٣

(٦٢) المرجع السابق

الاتحاديون فإن اصطلاح الجرائم الكبرى والجميع يجب أن تشمل بالضرورة كل صور الخطأ
الجسيم سواء كان يشكل جرائم جنائية يعاقب عليها القانون أو لا يعاقب^(٦٣).

وعلى الرغم من أن مجلس الشيوخ كان يتكون من أربعة وثلاثين عضواً ، خمسة
وعشرين منهم جمهورياً وتسعة اتحاديين وإن النصاب القانوني للأداة ثلاثة وعشرين عضواً
فقد فشلت اداة شيت لعدم توافر النصاب القانوني لوقوف بعض الجمهوريين المعتدلين ضد
الأداة .

إن فشل محاكمة شيت قضى على آخر محاله عداليه ضد القضاة Antijudiciary
للجمهوريين وجعل نظام المحاكم الاتحادية أكثر تألقاً مما كان عليه في عام ١٨٠٠ وبعد ذلك
اتفق الجمهوريون المعصبون والمعتدلون في وضع نظام لإدارة العدالة مستقلاً عن الرقابة
السياسية مع ضرورة تقرير مسؤولية القضاء عن أخطائهم التي تسبب ضرراً للخصوم والتي
تعد نواة لتقرير مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية .

الفرع الثالث مسؤولية القضاة العاديين في مصر

نظم قانون السلطة القضائية في الفصل التاسع في المواد من ٩٣ الى ١١٥ مساءلة
القضاة تأديبياً وكيفية محاسبتهم والعقوبات التي توقع عليهم . وإذا كانت المادة ٩٣ قد
حولت حق الإشراف على جميع المحاكم والقضاة لوزير العدل ورئيس المحكمة المختص ، فإن
هذا الحق عملياً وبموجب المادة ٩٤ يمارسه رئيس المحكمة المختص وجميعها العامة في تنبيه
القضاة الى مايقع منهم مخالفاً لواجباتهم أو لمقتضيات وظائفهم بعد سماع أقوالهم . ويكون
هذا التنبيه شفاهة أو كتابة وفي الحالة الأخيرة يبلغ صورته الى وزير العدل .

وللقاضي أن يعترض على التنبيه الصادر اليه كتابة من رئيس المحكمة بطلب يرفع —
خلال اسبوع من تاريخ تبليغه له الى اللجنة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة

(٦٣) المرجع السابق — ص : ٧٤ — فلورنس — مرجع سابل — ص : ١١١ — ١١٥

السادسة من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن المجلس الأعلى للهيئات القضائية .

ولهذه اللجنة اجراء تحقيق عن الواقعة التي كانت محلا للتنبيه أو تندب لذلك أحد أعضائها بعد سماع أقوال القاضي ولها أن تؤيد التنبيه أو ان تعتبره كأن لم يكن وتبلغ قرارها الى وزير العدل ، ولا يجوز لمن أصدر التنبيه أن يكون عضوا بهذه اللجنة ويحل محله من يليه في الأقدمية . ولوزير العدل حق تنبيه الرؤساء بالمحاكم الابتدائية وقضايتها بعد سماع أقوالهم على أن يكون لهم اذا كان التنبيه كتابة حق الاعتراض أمام اللجنة المشار اليها . ولجميع الأحوال اذا تكررت المخالفة أو استمرت بعد صيرورة التنبيه نهائيا رفعت الدعوى التأديبية .

وتنص المادة ٩٨ على أن يكون تأديب القضاة بجميع درجاتهم من اختصاص مجلس تأديب بشكل على النحو التالي :

رئيس محكمة النقض
أقدم ثلاثة رؤساء محاكم الاستئناف
أقدم ثلاثة من مستشاري محكمة النقض

وعند خلو وظيفة رئيس محكمة النقض أو غيابه أو وجود مانع يحل محله الاقدم فالأقدم من أعضاء المجلس .

وعند غياب أحد رؤساء محاكم الاستئناف أو وجود مانع لديه يكمل العدد بالأقدم من رؤساء محاكم الاستئناف ثم من أعضائها وعند غياب أحد مستشاري محكمة النقض أو وجود مانع لديه يكمل العدد بالأقدم في هذه المحكمة .

وحسب نص المادة ٩٩ : تقام الدعوى التأديبية من النائب العام بناء على طلب وزير العدل من تلقاء نفسه أو بناء على اقتراح رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي .

ولا يقدم مثل هذا الطلب الا بناء على تحقيق جنائي أو بناء على تحقيق اداري يتولاه أحد نواب رئيس محكمة النقض أو رئيس محكمة استئناف يندبه وزير العدل بالنسبة الى .

المستشارين أو مستشارين من إدارة القضاة بالنسبة للرؤساء بالمحاكم الابتدائية وقضاها .

ويخطر مجلس التأديب بالطلب فإذا لم يقدم النائب العام برفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ الطلب جاز لمجلس التأديب أن يعزل بنفسه الدعوى بقرار يبين فيه الأسباب . وترفع الدعوى التأديبية بمعرفة تشتمل على التهمة والأدلة المؤيدة لها ويقوم مجلس التأديب بإصدار قراره بإعلان القاضي بالحضور أمامه وذلك وفقا للمادة ١٠٠ .

ويجوز للمجلس أن يجرى مزيدا من التحقيقات إذا رأى ذلك ضروريا ويندب له أحد أعضائه . وإذا ما رأى المجلس وجها للسفر في إجراءات المحاكمة عن جميع التهم أو عن بعضها كلف القاضي بالمقول أمامه في مدة أسبوع على الأقل بناء على أمر يصدره رئيس المجلس ويجوز عند التقرير في السفر في المحاكمة أن يؤلف القاضي عن مباشرة أعمال وظيفته أو بمنح إجازة اجبارية نالها ينتهي المحاكمة .

وتنص المادة ١٠٤ بالقضاء الدعوى التأديبية باستقالة القاضي أو إحالة للمعاش وهذا خلاف للقواعد العامة ، في شأن تأديب الموظفين العموميين حيث لا تقبل استقالة الموظف المحال إلى المعاش إلا بعد انتهاء محاكمته تأديبيا . ويجب أن تكون جلسات المحاكم التأديبية سرية (مادة ١٠٦) .

ويحكم مجلس التأديب بعد سماع طلبات النيابة العامة ودفاع القاضي الذي يكون آخر من يتكلم .

وتنص المادة ١٠٧ على أن يكون الحكم الصادر في الدعوى التأديبية مشتملا على الأسباب التي بني عليها وأن تمل أسبابه عند النطق به في جلسة سرية ولا يجوز الطعن فيه بأي طريقة . وعلى الرغم من أن حكم المجلس قد يشوبه غلو في توقيع العقوبة وذلك لعدم الملاءمة الظاهرة بين الخطأ التأديبي والعقوبة إلا أننا نرى أن المجلس بهذا التكوين هو أقدر من أي جهة أخرى في تقرير صلاحية استمرار القاضي في منصبه القضائي الذي يجب أن يعد عن كل مواضع الرهبة .

وتنص المادة ١١١ على أنه اذا ظهر في أى وقت ان القاضى فقد أسباب الصلاحية لولاية القضاء لغير الأسباب الصحية يرفع طلب الاحالة الى المعاش أو النقل الى وظيفة أخرى غير قضائية من وزير العدل من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب رئيس المحكمة الى المجلس المشار اليه في المادة ٩٨ — ولهذا المجلس — اذ رأى محلاً للسير في الاجراءات ان يندب عند الاقتضاء أحد أعضائه لاجراء مايلزم من التحقيقات .

ويدعو المجلس القاضى للحضور أمامه بميعاد ثلاثة أيام وبعد سماع ملاحظات ممثل النيابة العامة وأقوال القاضى أو من ينوب عنه يصدر قرار بقبول الطلب وأحالة القاضى الى المعاش أو بنقله الى وظيفة أخرى غير قضائية أو برفض الطلب . ويرى البعض أنه يجب أن يلاحظ الفرق بين حالة فقد أسباب الصلاحية وواقعة التأديب ، فالثانية يحكم فيها القاضى عن واقعة محددة ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر فيها من مجلس التأديب أما الصلاحية فتختلف بحالة القاضى في مجموعها وليس بواقعة وقد يقوم القرار على سيرة القاضى وسمته وما عرف عنه بطريق التواتر من صفات تناقلتها الالسن وتستقر في الاذهان وأن لم يكن لها مصدر ثابت معلوم ويجوز الطعن في القرار أمام المحكمة النقض وبخاصة لعدم ملائمة الجزاء وهو ما نعرف بالغلو فهو صورة من صور الانحراف بالسلطة أو اساءة استعمالها وأستشهد في ذلك بقضاء المحكمة الادارية العليا وما ورد في قضاء التأديب لاستاذنا العميد الطماوى^(٦٤) ويرى أن يكون الاختصاص بالطلب المشار اليه بالنص لمجلس القضاء الأعلى دون وزير العدل خاصة وأن القضاء الادارى يكتفى في تقرير تخلف الصلاحية بالدلائل أو الشبهات القوية متى كانت تلقى ظلالاً من الشك ولا يقبل في هذا الصدد مجرد الشائعات اذا لم توجد دلائل أو تجرّيات أو شبهات قوية تؤكدّها — ونحن نتفق مع هذا الرأي الاخير لسد كل ذريعة ينفذ بها الى المساس باستقلال القضاء بناء على عوامل سياسية .

(٦٤) قضاء التأديب — للعميد الدكتور الطماوى — ص : ٦٩١ وما بعدها

الفرع الرابع مسألة القضاء تأديبا في السودان

كانت الدساتير السودانية السابقة على الدستور الحالي تكل مهمة الاشراف الادارى الى رئيس القضاء أو قاضى القضاء ، ونصت المادة ٨٩ (٣) من دستور ١٩٦٤ على نقل سلطات رئيس القضاء الادارى الى محكمة الاستئناف العليا وذلك تنفيذا لنص البند الثامن من ميثاق ثورة أكتوبر ١٩٦٤ ولذلك كان القضاء يخضعون في محاسبتهم الى جهات قضائية محضة فلم تتدخل السلطة التنفيذية في شئونهم .

أما دستور ١٩٧٣ وإن كان قد حول سلطة محاسبة القضاء الى رئيس الجمهورية الا أن رئيس الجمهورية ضمن تلك السلطة في قانون الهيئة القضائية الى مجلس خاص ثم الى الجهات القضائية نفسها — وقد نظم قانون الهيئة القضائية لعام ١٩٨٣ هذه الاجراءات في الفصل السابع في المواد من ٤٥ الى ٦٠ وقد ألغى ذلك القانون وحل محله قانون الهيئة القضائية الذى صدر في أول أكتوبر ١٩٨٤ ونظم تلك الاجراءات في الفصل الثامن في المواد من ٤٥ الى ٦٠ وهى نفس المواد السابقة ارقاما ونصوصا .

وتنص المادة ٤٥ على أن يكون لرئيس القضاء سلطة الاشراف الادارى — والرقابة والتفتيش على جميع محاكم القضاء وفى ذلك يختلف هذا النص عن نص المادة ٩٣ التى جعلت هذا الاشراف مشترك بين وزير العدل ورؤساء المحاكم وذلك لعدم وجود وزير عدل في السودان — ويهوز لرئيس القضاء حسب نص المادة ٤٦ تنبيه القضاء كتابة بعد سماع أقوالهم ، ويهوز كذلك لرؤساء محاكم الاستئناف تنبيه القضاء التابعين للجهة القضائية بعد سماع أقوالهم بصورة لرئيس القضاء ، ويهوز للقضاة في الحالاتين أن يقدموا باستئناف ضد قرار التنبيه لرئيس القضاء أو لرئيس محكمة الاستئناف .

ونعتقد أن هذا التعبير غير موفق فكان الاجدر أن ينص على أن يقدم القضاء بطلب التماس لاعادة النظر في القرار الصادر من رئيس القضاء أو رئيس محكمة الاستئناف — لأن الاستئناف يقدم عادة لغير الجهة التى أصدرت القرار أما التماس لاعادة النظر فيقدم للنفس .

الجهة التي أصدرت القرار - ولكن المشرع نقل هذا النص عن المادة ٩٤ من قانون السلطة القضائية المصري دون أن ينتبه لذلك .

ويجوز لرئيس القضاء في جميع الحالات أن يكلف أحد قضاة المحكمة العليا لأجراء أى تحقيق في موضوع التنبيه ، وإذا أيد رئيس القضاء قرار التنبيه وضع صورة منه في ملف القاضى وذلك لكي يرجع اليه في حالة تصفح أحوال ذلك القاضى فيما يتعلق بترقيته أو محاسبته في المستقبل ، وأن لم ينص على هذا الحق لرؤساء محكمة الاستئناف فإنه يكون مكفولا لهم ضمنا .

وتنص المادة ٤٧ على موجبات المحاسبة بقولها : إن كل قاضى يهمل اهمالا شديدا في عمله أو يعطله تعطيلًا شديدا دون عذر مشروع أو يخل بواجبات وظيفته أو يشرف مهنته أو يسلك سواء بفعل أو امتناع سلوكا يحط من قدرها أو يتخيب عن العمل لمدة ثلاثين يوما أو أكثر دون إذن أو عذر مقبول يقدم الى مجلس محاسبة .

وفي اعتقادنا كان الافضل أن يسلك المشرع السودانى مسلك المشرع المصرى في المادة ٩٤ من قانون السلطة القضائية التي تنص على مخالفة القاضى لواجباته الوظيفية أو مقتضياتها لأن كل أنماط السلوك السابقة يندرج في نص هذه المادة .

وتنص المادة ٤٨ على إقامة دعوى المحاسبة في مواجهة رئيس القضاء أو رؤساء محاكم الاستئناف أو قضاة المحكمة العليا بقرار يصدر من رئيس الجمهورية . أما دعوى المحاسبة ضد قضاة الاستئناف فتقام بناء على قرار يصدره مجلس القضاء العالى بموجب توصية من رئيس القضاء ، أما دعوى المحاسبة ضد بقية المحاكم الأخرى فتقام بناء على قرار يصدره رئيس القضاء بتوصية من رئيس محكمة الاستئناف المختص ويجب أن يجرى تحقيق مبدئى قبل قيام دعوى المحاسبة .

وتتولى محاسبة رئيس القضاء مجلس يشكل برئاسة نائب رئيس الجمهورية وعضوية رئيس مجلس الشعب والنائب العام ورئيس لجنة الرقابة الادارية وثلاثة من قضاة المحكمة العليا ، وعلى الرغم من أن هذا المجلس يشكل أغلبية غير قضائية الا أنه لم يحاكم أمامه حتى

الآن أما من رؤساء القضاة الذين أقصوا من مناصبهم وقد بلغ عددهم ثلاثة خلال عامين وعلى الرغم من أن رئيس الجمهورية يملك هذا الحق دستوريا وقانونيا إلا أن المادة ١٨٨ من الدستور تشترط عليه أن يمارس ذلك الحق على الوجه المبين في الدستور والقانون وقد أوجب الدستور في المادة ١٩١ على رئيس الجمهورية أن يكون مجلسا للقضاء العالى ليكون من اختصاصاته تقديم النصح له في تعيين وعزل القضاة وسائر شئونهم الأخرى ، وحتى في حالة الاحالة الى التقاعد بالمعاش للصالح العام التي نصت عليها المادة ٦٧ من قانون الهيئة القضائية فإنها قد أوجبت أن تتم الاحالة بناء على توصية المجلس ، ولم يؤخذ رأى المجلس فيما نعلم في أى من حالات رؤساء القضاة الثلاثة الذين أحيلوا للتقاعد بالمعاش أو أحيلوا الى وظائف أخرى ، وينطبق هذا على بقية أعضاء الهيئة القضائية ومع ذلك لمجد أن حالات فصل القضاة أو إحالتهم للمعاش أو الى وظائف أخرى كانت تتم في معظم الحالات بقرارات جمهورية دون استشارة المجلس أو اتباع الطرق التي نص عليها قانون الهيئة القضائية ، ونعتقد أن في ذلك مساس باستقلال القضاء .

ولا يختلف أحكام المواد ٥٠ و ٥١ و ٥٢ و ٥٣ فيما يتعلق بسلطة المجلس في اجراء مزيد من التحقيق أو الاتقال عن العمل أو سرية الجلسات أو مشتتات الاحكام الواردة في قانون السلطة القضائية في مصر .

ولكن المادة ٥٤ توسعت في تدرج العقوبات التي يوقعها مجلس المحاسبة على أن يجوز أن يوقع المجلس عقوبة اللوم والحرمان من العلاوة أو العزبة لمدة لا تتجاوز السنتين أو العزل ، أو الفصل أو الغرامة التي تعادل مرتبه عن مدة الانذار الذي كان يتحتم اعطائه لو أنهت الخدمة بطريقة صحيحة أو غرامة قدرها ٥ ٪ من استحقاقه في المكافأة أو الاثنى معا في حالة التغيب عن العمل لمدة ثلاثين يوما أو أكثر بدون إذن أو عذر مقبول أو العزل مع الحرمان من فوائدها بعد الخدمة في حالة الاستقالة أو التوقف خلافا لنص المادة ٤٧ .

ويخضع قرار مجلس محاسبة رئيس القضاء لتأييد رئيس الجمهورية بينما تخضع قرارات المجالس الأخرى بقرار خاص يصدره مجلس القضاء العالى حسب نص المادة وتنتهى دعوى المحاسبة باستقالة القاضى أو تقاعده .

وتنص المادة ٦٠ على أن يكون لدعوى المحاسبة أى أثر على دعوى مدنية أو جنائية تكون ناشئة عن نفس الواقعة وهذا أمر مفهوم فى أن انتفاء المسؤولية التأديبية أو ثبوتها مستقل عن المساءلة المدنية أو الجنائية .

ونرى أن ما انتهى اليه المساءلة التأديبية فى عزل القضاة عن طريق الاتهام فى كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية وما انتهى اليه مجلس التأديب فى مصر هو الذى يتمشى مع استقلال القضاء .



مجلس القضاء الأعلى
الجمهورية العربية السورية

القسم الثاني

استقلال السلطة القضائية
في النظام الاسلامي



مركز بحوث ونگارخانه حقوق اسلامي

تمهيد :

نتناول في هذه المقدمة الحديث عن موضوعات ثلاثة باعتبارها المدخل الاساسي للسلطة القضائية :

أولاً : تعريف القضاء والسلطة القضائية :

جاء في لسان العرب^(١) ان القضاء هو الحكم وأصله قضاءى لانه من قضيت الا ان الياء لما جاءت بعد الالف هزئت ، قال ابن بري صوابه بعد الالف الزائدة طرفاً هزئت ، والجمع الاقضية والقضية مثله والجمع القضايا على فعال وأصله فعائل ، وقضى عليه يقضى وقضية والاحيرة مصدر كالاولى والاسم القضية فقط^(٢) . والقضاء في اللغة يأتي على معان كثيرة هي احكام الشيء وتمامه والفراغ منه وامضائه بين المتخاصمين والفصل بين الشيعين ، وقضاء الحاجة وقضاء الامر وقضاء الصلاة بمعنى الاداء في الجميع . يقول الزهرى : القضاء في اللغة على وجه مرجعها الى انقطاع الشيء وتمامه ، وكل ما أحكم عمله وأم أو نعم أو أودى اداء أو أوجب أو أحلم أو أفلد أو أمضى فقد قضى^(٣) كما يأتي القضاء في اللغة بمعنى أخذ الحق والصلح عليه ، ومعنى المحاكمة على الامر فتقول اقتضيت منه حقى : أخذته منه ، وقاضيته : حاكمته ، وقاضيته على مالى : صالحته عليه ، واقتضى

(١) لسان العرب لابن منظور - ٢٠ / ٤٧

(٢) المرجع السابق والظر القاموس المحيط ٣٧٨ / ٤

(٣) لسان العرب المرجع السابق .

الامر الوجوب : دل عليه ^(٤) . كما يأتي القضاء في اللغة بمعنى الموت والقتل فتقول قضى عليه أى قتله ، وقضى لمحبه أى مات ووردت آيات كثيرة في القرآن تؤيد ذلك ^(٥) .

والقضاء شرها :

يقصد به المفهوم الاصطلاحي الذي تعارف عليه الفقهاء ، وهو لا يخرج في الجملة عن التعريفات اللغوية التي سبق لنا تبيانها بخاصة تلك التي تعنى فصل الخصومات بين الناس على وجه الالتزام . يعرفه الحنفية ^(٦) بأنه « الفصل في الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص » والمالكية ^(٧) بأنه « الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الالتزام » والشافعية ^(٨) « بأنه قطع الخصومة بين شخصين فأكثر ، وقيل هو الزام من له الالتزام بحكم الشرع » والحنابلة ^(٩) بأنه « الالتزام بحكم الشرع وفصل الخصومات » والشيعة بأنه « ولاية شرعية على الحكم في المصالح العامة من قبل الامام » ^(١٠) وقيل كذلك هو « الزام ذي الولاية بعد الترافع ، وقيل هو الاكراه بحكم الشرع في الوقائع الخاصة لمعين ، أو جهة والمراد بالجهة كالحكم لبيت المال أو عليه » ^(١١) .

« والتعريف الأخير يبرز دلالة هامة عمدها فقهاء القانون العام في أوروبا منذ بداية القرن التاسع عشر الى استعارتها من نظم القانون الخاص ، وهي نظام الشخصية المعنوية فجعلوا من الدولة شخصا معنوها هو الذي تستقر فيه ملكية مال الدولة ، وقد سبق هؤلاء الباحثون فقهاء الاسلام الى ذلك في تصويرهم البديع لما سموه بيت المال فانهم جعلوا هذا البيت مقرا لمال الدولة وللكل حق مشاع فيه ، والمالك الحقيقي فيه هو شخص الدولة

-
- | | |
|------|--------------------------------|
| (٤) | المصباح المنير ٧٢ / ٢ |
| (٥) | معجم ألفاظ القرآن ٤٠١ / ٢ |
| (٦) | حاشية ابن عابدين ٣٥٢ / ٥ |
| (٧) | تبصرة الحكام ١٢ / ١ |
| (٨) | مغنى المحتاج ٣٦٢ / ٤ |
| (٩) | القناع على متن الاقناع ٤٥٧ / ٤ |
| (١٠) | دليل القاضى الشرعى ١٢ / ١ |
| (١١) | سبل السلام ١٢ / ١ |

المعنى وبذلك يمكن أن يكون طرفا في التقاضى ويحكم له أو عليه ،^(١٢)

أما السلطة :

السلطة لغة معناها القهر ، وقيل المحكن من القهر ويقال سلطة الله عليه أى جعل عليه قوة وقهرا يقول تعالى : « ولو شاء الله لسلطهم عليكم »^(١٣)

قال الصاغانى : « والتركيب يدل على القوة والقهر والغلبة »^(١٤) اذا فالمادة تدل على القوة والقهر والمحكن وان كان المحكن لازما للقوة والقهر ، وعلى ذلك يمكن القول بان السلطة القضائية هي القوة والمحكن من تنفيذ أحكام الله تعالى بين العباد على جهة الالتزام كما يشهد بذلك قوله تعالى : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكمون فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت وسلموا تسليما »^(١٥) . فالسلطة القضائية هي الحكم بين المتخاصمين وفصل النزاع الواقع بينهم على ما أنزل الله ، وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم^(١٦)

ونعتقد ان هذه التعريفات ، والتعريفات الأخرى التى يضيف المجال يذكرها بالرغم من أنها أبرزت أهم سمات السلطة القضائية ، إلا أنها لم توفق في الربط بينها وسياقها في تعريف جامع مانع — جامع بمعنى أن يجمع التعريف كل عناصر السلطة القضائية ، ومانع بمعنى ألا يشتمل التعريف على بعض الأعمال التى لها صلة قضائية ولكنها تخرج عن مفهوم السلطة القضائية .

فقد عرفت السلطة القضائية بأنها ولاية عامة وهذا يبرز الجانب الشكلى أو العضوى

(١٢) السياسة الدستورية للدولة الإسلامية رسالة دكتوراه عطية — جامعة الأزهر — للدكتور ابراهيم النجار لسنة ١٩٣٧ ص : ٢٨

(١٣) آية — ٩٠ من سورة النساء

(١٤) تاج العروس للزبيدي ص : ١٦

(١٥) آية ٦٥ من سورة النساء

(١٦) السلطة القضائية : لشوكت حسان رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون سنة ١٩٧٤

للسلطة من حيث توافر الشروط فيمن يلى القضاء وطرق اختياره ، ثم عرفت بأنها الفصل فى الخصومات وقطع المنازعات وهذا يبرز وظيفة السلطة القضائية ويميزها عن التحكيم ، ثم عرفت بالزامية قراراتها وهذا يميزها عن الفتوى ، ثم عرفت بالأدلة التى تستمد منه وظيفتها بالفصل بمقتضى الكتاب والسنة وحتى هذا جاء ناقصا لانه اسقط الاجتهاد الذى يمثل جانبها كبيرا من وظيفة القضاء .

ونرى ان خير تعريف للسلطة القضائية هو انها هيئة ذات ولاية عامة للفصل فى الخصومات وقطع المنازعات بمقتضى الشرع وذلك على سبيل الالتزام .

ثانيا : الحالة القانونية والقضائية قبل الاسلام :

لم يكن القضاء فى الجاهلية منصبا يسلم به الكافة ، ولم يكن القاضى انسانا مختارا من بين الناس ، أو منصوبا من سلطة أعلى منه ، وإنما كان انسانا يتفق عليه المتخاصمان بارادتهما المشتركة فيقصدان اليه حيث هو ، وربما كان رئيسا للقبيلة ، أو انسانا اشتهر بالفهم ، أو كاهنا متبعا ، وربما كان غير ذلك ^(١٧) .

ولكن بعد ان استقر أهل بعض الامصار فى البيوت المعمورة ، وعزفوا عن الخيام فقد استقرت تبعاً لذلك بعض الحقوق بالاموال والدماء ، بل عرف عند العرب المرأة والكرم كما عرفوا نظام الارث ونظام الزواج ، والتعويض عن الدم المسفوح ، — وقطع يد السارق ، وقتل القاتل الا اذا رضى أهله بالدية .

ومع ذلك فان القاضى كان انسانا متميزا ، فاذا كان شيخ قبيلة أو رئيسها فان رئاسته لم تكن الا لما تتمتع به من خصائص ومميزات ، وان كان كاهنا فالكهنة فى الجاهلية هم رجال الدين وما يخفى لرجال الدين فى جميع العصور والدهور والاقطار والامصار من سلطان على الناس ، ومن احترام لهم فى نفوسهم وان كان من غير هؤلاء فلا بد ان تكون له صفاته الخلقية والنفسية التى قد أهلته لذلك ^(١٨) .

(١٧) فجر الاسلام : للاستاذ أحمد أمين ص :

(١٨) السلطة القضائية : للاستاذ طاهر القاسمى — ص : ١٦

وهؤلاء المحكام لم يكتفوا بمحكمون بقانون مدون ، ولا قواعد معروفة ، وإنما يرجعون الى
أعرافهم وتقاليدهم التي كونتها قهارهم أحيانا ، وبمعتقداتهم أحيانا ، وما وصل عن طريق
اليهودية أحيانا ، ولم يكن لهذا القانون المؤسس على المعرف والتقليد جزءا ، ولا المتخصصون
ملزمون بالتحاكم اليه وإن صدر الحكم أطاعه إن شاء ، وإن لم يطعه فلا شيء أكثر من
أن يحمل عليه غضب القبيلة^(١٩) .

ونحن من ذلك أن العرب في الجاهلية لم يعرفوا بسلطة قضائية ، ولا بقانون ملزم ،
ومع ذلك فإن أما أصاب العرب في القرنين الآخرين قبل الإسلام من سطو الحبشة على
اليمن ، ثم على الحجاز في أواسط القرن الأول قبل الهجرة للمنع مكة والاستيلاء على
الكعبة — جعلهم يشعرون بالخطر وأحسوا بالافتقارهم الى الاتحاد وقد تنهت أذهانهم
وأخذت مواهبهم في الظهور فنبهوا في السياسة والقيادة والادارة^(٢٠) .

ثالثا : مشروعية السلطة القضائية وضرورتها :

منذ أن خلق الله تبارك وتعالى سيدنا آدم ، وأسكنه وزوجه الجنة ، أباح لهما التمتع
بكامل عورتها ونعيمها ، ولم يضع عليهما قيودا في ذلك غير عدم الاقتراب من شجرة
معية ، فوسوس لهما الشيطان فعصى آدم ربه فغوى ، فكانت هذه أول مخالفة قانونية
يرتكبها الانسان ، فجاء قرار السلطة القضائية العليا بطرد آدم وزوجه وابليس وأمروا بالهبوط
الى الارض حتى يأتيهم قانون من السماء فمن تبعه فقد نجح ومن عصاه فقد أوى ، وفي ذلك
يقول تعالى : « وقلنا يا آدم أسكن انت وزوجك الجنة وكلا منها رغدا حيث شئتما ولا تقربا
هذه الشجرة فتكونا من الظالمين »^(٢١) « فأزلهما الشيطان عنها فأخرجهما مما كانا فيه وقلنا
اهبطوا بعضكم لبعض عدو ... »^(٢٢) وقال جل شأنه : « قلنا اهبطوا منها جميعا فإما
يأتیکم مني هدى فمن تبع هداى فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون »^(٢٣) .

(١٩) الفصل في تاريخ العرب قبل جواد — ص : ٢٥

(٢٠) العرب والمحدثين : جودج ليدان ١ / ٢٣

(٢١) الآية ٣٤ سورة البقرة

(٢٢) الآية ٣٦ سورة البقرة

(٢٣) الآية ٣٨ سورة البقرة

فاذا كان هذا هو حال الانسان مع خالقه الذى اكرمه وعلمه الاسماء وأمر الملائكة له بالسجود قد عصى ربه وطفى ، فكيف تكون علاقته بأخيه الانسان على وجه الارض والشيطان بينهما ؟ لا شك ان التعدى على الحقوق ، وسفك الدماء وهتك العرض سيكون دستور حياته ، فاذا كان هذا حتماً أمراً مقضياً ، أفلا يكون الانسان فى مسيس الحاجة الى سلطة قوية ملزمة تردع المعتدى وتمحق الدماء وتصون العروش ؟ تلك هى كانت سلطة الانبياء والرسل سلطة قضائية مستمدة من الله سبحانه وتعالى بخلافه عنه فى أرضه ، وبها قامت السموات والارض . يقول جل شأنه : « يا داود انا جعلناك خليفة فى الارض فأحكم بين الناس بالحق ... » (٢٤) وقال سبحانه وتعالى : « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد » (٢٥) وقال تعالى : « انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم به النبيون » (٢٦) .

ولما كان الاسلام قد ختم الرسالات وجمعها فأوعى فقد تواترت الآيات فى مشروعية القضاء والزمامته حتى وصف الذى يوتاب فى قضاء الرسول — صلى الله عليه وسلم — بأنه ليس مؤمناً قال تعالى : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا » (٢٧) وقال تعالى : « فأحكم بينهم بما أنزل الله » (٢٨) وقال تعالى : « وان أحكم بينهم بما أنزل الله » (٢٩) وقال جل شأنه « أفحكم الجاهلية يغنون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون » (٣٠) .

ولم تثبت مشروعية القضاء بالنصوص القرآنية فحسب ، وإنما تأكدت كذلك بالسنة ، حيث قضى الرسول صلى الله عليه وسلم — بين الناس ، وأرسل القضاة الى الامصار ، وأجمع الصحابة على مشروعية القضاء فقضوا بين الناس ونصبوا القضاة فى

(٢٤)	الآية ٢٦ من سورة ص
(٢٥)	الآية ٢٥ سورة الحديد
(٢٦)	الآية ٤١ سورة المائدة
(٢٧)	الآية ٦٥ سورة النساء
(٢٨)	الآية ٤٧ سورة المائدة
(٢٩)	الآية ٤٩ سورة المائدة
(٣٠)	الآية ٥٠ سورة المائدة

الأمصار والأقطار ، وسار على ذلك خلفاء بني أمية ، وخلفاء العباسيين ومن جاء بعدهم^(٣١) .

وبذلك كان القضاء منذ بدء الخليفة سلطة متميزة مارسها الأنبياء والرسل وفوضوا بها من يمارسها نيابة عنهم لتحقيق شرع الله في أرضه فكانت منذ البداية سلطة مستقلة عن جميع السلطات الأخرى ونصبها فرض على الحاكم فلا يحار له في ذلك .

الباب الأول الولاية القضائية

الولاية لغة معناها النصرة ، وتطلق على ما يتولاه الشخص ويقوم به من أعمال ، والشرع تنفيذ القول على الغير ، شاء الغير أم أبى ، وهرقها بعضهم بأنها قوة تدرية يملك صاحبها التصرف في شئون غيره^(٣٢) .

والولاية القضائية التي هي مدار بحثنا ، نقصد بها الهيئة التي تتوافر فيها شروط خاصة ، وتكون بطريقة معينة ، تمارس اختصاصاتها شرعا .

والولاية بهذه الصفة تنقسم الى نوعين ، ولاية عضوية وهي الهيئة التي تتطلب في عضويتها شروط خاصة وتقوم بتوليها جهة أو جهات معينة .

ثم الولاية الموضوعية ، وهو العمل ، أو الاختصاص الذي تمارسه تلك الهيئة وفق اجراءات شكلية وقوانين موضوعية .

(٣١) انظر تفصيل ذلك في أدب القاضي للماوردي ١ / ١٣٠ — أعلام الموقعين ١ / ٨٥ نظام القضاء في الإسلام رسالة دكتوراه للشيع محمد محمود مفتاح ص : ٣٥

(٣٢) روح المعاني : للأولس ١١ / ٣٥
ارشاد العقل السليم الى مزايا القرآن الكريم : لآل السعدي ٢ / ٢٥٠
الجامع لاحكام القرآن : للقرطبي ٢٨٩٥

ولذلك ندرس هذا الباب في فصلين :

الفصل الأول : الولاية العضوية .

الفصل الثاني : الولاية الموضوعية .



مجلس شورای اسلامی ایران

الفصل الأول الولاية العضوية

نتحدث في ولاية القضاء العضوية عن الشروط الواجب توافرها فيما يولى القضاء ، ثم عن طريقة تعيينه ، وأخيراً نتحدث عن أهم خصائص تلك الولاية . فنقسم هذا الفصل الى مباحث ثلاثة :



المبحث الأول : شروط تولية القضاء

المبحث الثاني : تولية القضاء وطرق اختيارهم

المبحث الثالث : خصائص ولاية القضاء

المبحث الأول شروط تولية القضاء

اختلف الفقهاء في الشروط التي يجب ان تتوفر في القاضي من حيث عددها وما يعتبر منها شرطاً في صحة التولية والتعيين وصحة القضاء بالفعل ، وما يعتبر شرطاً في صحة القضاء بالفعل دون صحة التولية والتعيين . ونتحدث عن أهم تلك الشروط وهي : البلوغ والعقل والحرية والإسلام والذكورة والاجتهاد والعدالة . ونقسم هذا المبحث الى سبعة مطالب :

- المطلب الأول : البلوغ
- المطلب الثاني : العقل
- المطلب الثالث : الحرية
- المطلب الرابع : الاسلام
- المطلب الخامس : الذكورة
- المطلب السادس : الاجتهاد
- المطلب السابع : العدالة

المطلب الأول البلوغ

اتفق فقهاء المسلمين على ان البلوغ الشرعى هو شرط اساسى فيمن يولى القضاء لان غير البالغ لا يجرى عليه قلم ، ولا يتعلق بقوله على نفسه حكم^(٣٣) . ولم يحدد الفقهاء سنا معينة بعد البلوغ بحيث لا يجوز للشخص ان يلى القضاء قبل بلوغها ، وانما اشترطوا البلوغ الشرعى باعتباره الحد الذى يتعلق به التكليف ، ويترتب عليه توجه خطاب الشارع للمكلفين . ومع ذلك فقد ربط النظام الاسلامى فى العمل بين السن والنضوج العقل .

فقد ولى الرسول - صلى الله عليه وسلم - عتاب بن اسيد على مكة وهو فى سن العشرين ، وولى سيدنا عمر بن الخطاب كعب بن سور وهو شاب حدث على قضاء البصرة ، ولذلك عندما عين الخليفة العباس المأمون - القاضى يحيى بن اكرم على قضاء البصرة طعن فى ولايته ، واراد المأمون ان يظهر للطاعين رجاحة عقله ، فكتب اليه يسأله : كم سن القاضى ؟ فاجاب : انه اكبر من عتاب بن اسيد عندما ولاه الرسول - صلى الله عليه وسلم - على مكة يوم الفتح ، وانه اكبر من معاذ بن جبل عندما ارسله - النبى - صلى الله عليه وسلم - الى اليمن قاضيا ، وانه اكبر من كعب بن سور عندما ولاه - عمر

(٣٣) الاحكام السلطانية - للماوردي - مرجع سابق - ص : ٥٩ . تبصرة الحكام ١ / ٢٤ ، فتح القدير ٥ / ٤٥٤ الاشباه والنظائر لابن نجيم ص : ٣٠٧ ، المغنى لابن قدامة ٩ / ٣٩ ، حاشية الدسوقي ٤ / ١٣٩ ، بدائع الصنائع ٧ / ٣ ، مغنى المحتاج ٤ / ٣٧٢

بن الخطاب — رضى الله عنه — قاضيا على اهل البصرة

ويعتقد وان كان النظامان الوضعي والاسلامي مختلفان في هذا الشرط من الناحية النظرية ، لان النظام الوضعي يتطلب في القاضي من اهل من البلوغ الشرعي ، الا انهما لا يختلفان في التطبيق العملي ، لان النضوج العقلي والخبرة والعجربة جميعها صفات يجب ان تتوفر في شخصية القاضي لانها تعد من عناصر تكوين استقلاله في الرأي .

المطلب الثاني

العقل

لقد اجمع الفقهاء ايضا على اشتراط العقل فيمن على القضاء ، لان العقل هو مناط التكليف ولاشتراطه في جميع العقود والاجماع ، وليس المراد بالعقل — العقل الذي يتعلق به التكليف من حيث عمله بالمدركات الضرورية ، بل لابد ان يكون صحيح التمييز ، جيد الفطنة ، بعيدا عن الشهو والغفلة ، يتوصل بتكاته الى ما اشكل وفصل ما اعضل^(٣٤) .

ويجمع الباحثون على ان القضاء علم وفهم وورع ، الا ان جمهورهم قدم الفهم على العلم ، ذلك بأن وسيلة العلم هي للذاكرة والحفظ ، اما وسيلة الفهم فهي العقل ، وتميز الخطأ من الصواب ، والحق من الباطل ، والنفاد الى ما وراء الالفاظ ، والاستدلال من الحركات والاشارات ، ومعالجة الاعمى وما تخفى الصدور .

وقد نقل النباهي المالقي عن عبد الملك بن حبيب رايه يقول فيه : « وان لم يكن علم فعقل وورع ، فبالعقل يسأل وبه تحصل بحصال الخير كلها ، وبالورع يعف ، وان طلب العلم وجدده ، وان طلب العقل اذا لم يكن عنده لم يجدده ، وقد قيل كثير العقل مع قليل العالم انفع من كثير العلم مع قليل العقل ، وليس العلم بكثرة الرواية والحفظ كما يقول ابن مسعود — وانما العلم نور يضيئه الله في القلوب^(٣٥) .

(٣٤) الاحكام السلطانية — ص : ٥٩

(٣٥) السلطة القضائية — للقاسمي — ص : ٣٩

ونعتقد ان العقل اهلل من العلم واوسع ، فالعلم يشكل جزء من عناصر العقل ،
والعقل يستوعب العلم وما فوق العلم . فسيدنا داؤد وسيدنا سليمان — عليهما السلام —
كل أوتي حكما وعلما ، إلا ان سيدنا سليمان امتاز على سيدنا داؤد بالفهم الذى هو نتاج
العقل فاصاب قضائه الحق قال تعالى : « وداؤد وسليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نقشت
فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين . ففهمنا سليمان وكل اتينا حكما وعلما » ^(٣٦)

وقد جاء قوم الى القاضى اياس بن معاوية وكان مشهورا بالفهم والفراسة فى القضاء
وطلبوا منه ان يعلمهم القضاء فقال لهم : قولوا علمنا العلم فان القضاء لا يعلم ^(٣٧) ولذلك
كان القضاء فى الاسلام يختارون من اناس تفردوا برجاحة العقل وتقدير الامور ولذا يجب ان
تستوثق سلطة التعيين باسلوب او بآخر من قدرات القاضى العقلية لانها من اهم مميزات
شخصيته المستقلة .

المطلب الثالث

الحرية

الرق له مظهران ، رقيق كامل ، ورق ناقص ، ونرى ان الرق الكامل هو الذى يتبدى
فيه الرقيق كمجرد مال ليس له حقوق عليه او واجبات عامة ومملوك للغير ، اما الرق
الناقص فهو الذى يتبدى فيه الرقيق كائنسان ولكنه انسان مجرد من الحقوق المدنية او
السياسية لو هما معا .

جاء الاسلام فوجد الرق الكامل نظاما عالميا مشروعا لدى امم العالم القديم جميعا وما
من فليسوف روماني ، ولا مفكر يوناني ، ولا قائد فارسي ، ولا حبر يهودي ، ولا زعيم عربي
الا وقد اقر الرق وعمل به ، حتى المسيحية رغم مثاليتها البالغة فى تحرير الانسان اعلى
الزرا — لم تمنع الرق ، ولم تضع نظما صريحة لتخفيفه او تقليله او نسخه كما فعل الاسلام .

(٣٦) الايمان ٧٨ و ٧٩ من سورة الانبياء

(٣٧) مهديب ابن عساكر ٣ / ١٨٠

ولذا كان النظام الاسلامي منطقيا مع نفسه حينما اشترط الحرية ليمن به القضاء
 تمسها مع استقلال شخصية القاضي وان كان هذا الشرط قد اصبحت في ذمة التاريخ بعد ان
 قام الاسلام الرق مقاومة لتدنيها لانه يؤمن بتوقع انتهاءه في وقت مسمى وأجل محدد
 مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم : « وصلى حبسى جهنم بالرق بالرقى حتى ظننت
 انه سيضرب له أجلا يخرج فيه حرا » وفي رواية اخرى : « حتى ظننت ان — الناس لا
 تستعبد ولا تستكلم » (٣٨).

المطلب الرابع الاسلام

اتفق الفقهاء على ان الاسلام شرط لصحة تولية القضاء وصحة قضائه اذا كان
 الخصوم كلهم مسلمون او بعضهم مسلم والبعض الآخر غير مسلم ، فلا يصح ان يقول
 القضاء كافر بين مسلم ومسلم او بين مسلم وكافر ذهب الى ذلك الشافعية (٣٩)
 والمالكية (٤٠) والحنابلة (٤١) والحنفية (٤٢) وأهل الظاهر (٤٣) واستدلوا بقوله تعالى : « ولن
 يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » (٤٤) لان « سبيلا » لكرة في سبيل النفس تفيد
 العموم ، والمراد بالسهيل القيام على شؤون الغير فهي الله سبحانه وتعالى عن قيام الكافرين
 بشؤون المسلم ، فلا يلى امره سواء كانت الولاية على المال أو النفس أو القضاء ، حيث انه
 لا سهيل اعظم من القضاء .

ان القضاء مبنى على الشهادة ، واذا كان الاسلام شرطا في صحة الشهادة وجوزها

(٣٨) شرح النيل وشفاء العليل — محمد بن يوسف ابيش ٧ / ٢٠٣ — انظر كذلك — النظم الانشائية

نشأها وتطورها — للتذكير صبحى الصالح — ص : ٤٦٤

(٣٩) الاحكام السلطانية للماوردي — ص : ٦٥ — مفى المحتاج ٤ / ٣٧٥

(٤٠) نصوص الاحكام ١ / ٢٣ ، مدان المجدد ٢ / ٩٩ ، الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ١٢٩

(٤١) المفى ٩ / ٣٩ ، المفى والشرح الكبير ١١ / ٣٨٠ كشاف القناع ٦

(٤٢) رد المحتار على الدر المختار ٥ / ٣٥٤ ، بدائع الصنائع ٧ / ٣

(٤٣) اهل لابن حزم ٩ / ٣٦٣

(٤٤) آية ١٤١ سورة النساء

بقوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » ^(٤٥) فان الكافر ليس من رجال المسلمين وقوله تعالى : « واشهدوا ذوى عدل منكم » ^(٤٦) والكافر ليس من ذوى العدالة ، وقوله تعالى : « ممن ترضون من الشهداء » ^(٤٧) والكافر غير مرض .

ويتبين من هذا ان الاسلام شرط فى الشهادة فكان فى القضاء شرطه من باب اولى . وليس من شك ان حظر تعيين القضاة من غير المسلمين وعدم صحة قضائهم بالفصل بين المسلمين — فى حالة الاختيار — امر له ما يبرره فهو يتفق مع المنطق والعدل والحق ولا يتعارض مع ما عرف الاسلام من تسامح ومرونة وهذا كله فى حالة الاختيار ^(٤٨) .

اما اذا تجاوز الامر دائرة الاختيار وكان غلب الكفار — لا قدر الله — على بعض بلاد المسلمين ، او استبدت بالسلطة حاكم كافر ذو شوكة فولى غير للمسلم القضاء فان هذه حالة ضرورة يختلف الحكم فيها عن الظروف العادية والسياسة الشرعية فيها مجال — حيث ان الامر يتعلق بالمصلحة العامة والحفاظ على الحقوق والاموال والدماء — ^(٤٩) .

ونزولا على مقتضى هذه الضرورة ينفذ قضاء هذا القاضى الكافر رغم بطلان توليته ويسمى « قاضى الضرورة » وينفذ قضاؤه لمكان الاضطرار ^(٥٠) ويؤيد هذا الرأى ما رواه ابن القيم عن الامام مالك — رضى الله عنه — انه اجاز شهادة طيبين كافرين على مسلم حيث لا يوجد مسلم للحاجة ^(٥١) .

وقد اجاز الحنابلة وشرع والتخصى والاوزاعى وابن مسعود وابو موسى والظاهرية والامامية قبول شهادة غير المسلم فى وصية المسلم حال السفر للضرورة ^(٥٢) مستدلين بقوله

(٤٥) الآية ٢٨٢ سورة البقرة

(٤٦) الآية ٢ سورة الطلاق

(٤٧) آية ٢٨٢ سورة البقرة

(٤٨) القضاء فى الاسلام محمد محمود مفتاح ص : ١٢٢

(٤٩) تبصرة الحكام ص : ٩٣

(٥٠) تبصرة الحكام ١ / ٣٨٢ ، نظام القضاء فى الاسلام للدكتور ابراهيم عبد الحميد ص : •

(٥١) الطرق الحكمية : لابن القيم ص : ١٩٢ — تبصرة الحكام ١ / ٤١٥

(٥٢) المغنى : ٩ / ١٨٣ ، ١٨٤ ، المحلى : ٩ / ٤٠٥ ، مذكور ص : ٣٩

تعالى : يا ايها الذين امنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوى عدل منكم او اثنان من غيركم ان لم توجدا في الارض فاصابكم مصيبة الموت ، (٥٣) قال ابن عباس رضى الله عنه (من غيركم) اى من اهل الكتاب .

وروى عن عبدالله بن احمد بن حنبل انه تمجوز شهادة غير المسلم على المسلم في الميراث قياسا على ما اجازوه في السفر (٥٤) .

ونقل عن شيخ الاسلام بن تيمية انه يصح توسع هذه للضرورة فتقبل شهادة غير المسلم في كل ضرورة حضرا أو سفرا وصية أو غيرها (٥٥) وان ابا حنيفة ، واما يوسف حموزا نكاح المسلم للكتانية بشهادة الكتانيين وان القنوى عليه (٥٦) .

ومعنى هذا ان شهادة غير المسلم مقرة عند المالكية (٥٧) والحنابلة (٥٨) — والحنفية (٥٩) والتخميمي وشرع وابن مسعود والأوزاعي وأبي موسى والظاهرية والامامية ما دام مقيدا بالضرورة (٦٠) اذا اضيف الى ذلك ان القضاء مبني على الشهادة نتج عن ذلك عندهم ان غير المسلم ينفذ قضاؤه للضرورة (٦١) ولذلك فان مجلة الاحكام العدلية لم تشترط الاسلام في القضاء

-
- (٥٣) نظم القضاء في الاسلام : مرجع سابق — ص : ١٢٣
 (٥٤) الطرق الحكمية — مرجع سابق — ص : ١٧١ — نيل الاوطار للشوكاني ٢٩٣ / ٨
 (٥٥) الاختيارات لابن تيمية : ٤ / ٦١٣
 (٥٦) الهداية : للمرغني : ٢ / ٣٥٣
 (٥٧) تبصرة الحكم ١ / ٤١٥ و ٤١٦
 (٥٨) الاختيارات لابن تيمية ٤ / ٦١٢ ، الطرق الحكمية ص : ٩٢ ، اعلام الموفلين ١ / ٩٣
 (٥٩) الهداية للمرغني
 (٦٠) تبصرة الحكم ١ / ٣٨٢ ، المناس ٩ / ١٨٣ و ١٨٤ ، الهداية ٢ / ٣٥٣ ، اهل ٩ / ٤٠٥
 (٦١) المادة ١٧٩٤ من مجلة الاحكام العدلية

المطلب الخامس الذكورة

اختلف الفقهاء في اشتراط الذكورة فمن يولى القضاء على ثلاثة احوال :

القول الاول لجمهور الفقهاء :

وفيهم المالكية^(٦٢) والشافعية^(٦٣) والحنابلة^(٦٤) والشيعة^(٦٥) ويرى هؤلاء الفقهاء انه يشترط في صحة تولية القاضي ولى صحة قضائه بالفعل ان يكون رجلا ، فلا يصح تولية المرأة القضاء عندهم ، ولو فيما تقبل فيه شهادتها ، ولو وليت تكون التولية باطلة ، ولو قضت بالفعل بناء على التولية يكون قضاؤها باطلا ولا — ينفذ وان وافق الكتاب والسنة .

واسعدلوا بالكتاب والسنة والاجماع :
أولا : الكتاب :

يقول تعالى : الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وقوام الرجل على المرأة او تفضيله لا يقوم على التفرقة في العبادة فمن النساء من تفوقن على

(٦٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١ / ١٢٩ — وبداية المجتهد ٢ / ٤٩٤ — وبصيرة المحكم ١ / ٢٤ وشرح اقرب المسالك ٢ / ٢٥٧ — ومنع الجليل ٤ / ١٣٨ .

(٦٣) ادب القاضي للماوردي ١ / ٦٢٥ — المهذب ٢ / ٢٩١ — الوجيز للفرزلي ٢ / ٢٣٧ — منى المحتاج : ٤ / ٣٧٥ — الاحكام السلطانية للماوردي ٥٩ — وشرح ابن القاسم ص : ٨٤ — تحفة المحتاج ١٠٦ / ١ .

وأدب القاضي لابن الدم ص : ٢١ .

(٦٤) المنى والشرح الكبير ١١ / ٣٨٠ — الاقناع ٤ / ٣٦٨ — كشف القناع ٤ / ٢٦٢ — الاحكام السلطانية : لابن بعل ص : ٦٦ .

(٦٥) البحر الزخار ٥ / ١١٨ — دليل القاضي الشرعي ١ / ١٨ — شرح الارهاار ٤ / ٣١٠ :

(٦٦) الآية ٣٤ من سورة النساء

بعض الرجال في القوى والصالح ، ولا تقوم القوامة او الفضيل كذلك على العلم والمعرفة فكثير من النساء قد تفوقن على الرجال في هذا المجال ، ولكن القوامة او الفضيل ترجع الى الاختلاف في الفسيولوجي ، لطبيعة كل من المرأة والرجل وهذا ما يقره العلم الحديث وهو الذي يكون عادة سبب للفرقة بين الرجل والمرأة في كثير من الاعمال ومن بينها القضاء .

ثانيا : السنة :

روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة » ^(٦٧) وهو حديث رواه البخاري وان كان الحديث قيل في واقعة خاصة فان القاعدة عند الاصوليين ان العمرة بعموم الطلب لا بخصوص السبب ، وبذلك يكون الحديث في المرأة عاما .

ثالثا : الاجماع :

لقد جرى عمل المسلمين منذ عهد الرسول عليه الصلاة والسلام ، وعهد الخلفاء الراشدين ومن بعدهم على تعيين الولاة والقضاة وامراء الجند وقادة الجيوش ، وعقدوا مجالس الشورى ، وهيئات الراي من الرجال دون النساء مع وجود النساء الصالحات ، وعقدت مجالس الشورى في سقيفة بني ساعدة لبحث أهم امر يهم المسلمين ويتصل باقامة دولتهم وهو الخلافة وامامة المسلمين بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، واستشار ابو بكر فيمن يخلفه عند موته ، والى عمر مجلسا لانتخاب الخليفة من بعده ، وشاور الصحابة في شأن سواد العراق وارضه ولم ير احدا مطلقا ان امرأة واحدة حضرت هذه المجالس او اشتركت فيها او اخذ رايا فيها عرض للبحث فيها او انها اشتركت فيها او طلب منها ان تشترك فيبيعة الخلافة مع وجود المبررات من النساء آنذاك في العلم والفقه والصالح وحسن الراي لشؤون الحياة .

(٦٧) الأحكام السلطانية ص : ٦٦ ، المنى لابن قدامة ٩ / ٣٩ و المنى المحتاج ٤ / ٢٧٥

الرأى الثانى : تلفهاء الحنفية :

يرى الحنفية ان الذكورة ليست شرطا فى صحة التولية ، وان كانت التولية محرمة شرعا وهائم من يوليها القضاء لارتكابه المحرم ، ولكن ان ولاها صحت التولية ، واذا قضت بالفعل يصح قضاؤها وينفذ فى غير الحدود والقصاص بشرط ان يوافق الكتاب والسنة ، اما فى الحدود والقصاص فان قضاءها بالفعل لا ينفذ وان وافق الكتاب والسنة فتكون الذكورة شرطا فى صحة القضاء بالفعل ونفاذه بالنسبة للحدود والقصاص^(٦٨) ، واستدل الحنفية على تدعيم رأيهم بقياس قضاء المرأة على شهادتها ، وذلك ان شهادة المرأة تصح فيها حد الحدود والقصاص والقضاء مبنى على الشهادة ، وشروطه شروطها لذلك صح قضاء المرأة فيما تصح فيها شهادتها .

ورد عليهم بانه لا يجوز القياس فى مقابل النص وهو حديث الرسول عليه الصلاة والسلام : لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة ، ويتعارض كذلك هذا الرأى مع نص الآية بقوامة الرجل على المرأة ويتعارض مع الاجماع ورد عليهم كذلك بان شهادة المرأة لا ولاية فيها والقضاء ولاية عامة ، والولاية تعنى القوامة والقهر والسلطان وهذا مالا يكون للمرأة فى المجتمع المسلم .

الرأى الثالث :

انه لا يشترط الذكورة مطلقا سواء كان القضاء فى الحدود والقصاص ، وسواء كان مما يجوز شهادتها فيه ام لا ، وسواء كان مما يطلع عليه الرجل ام لا .

(٦٨) جاء فى بدائع الضياع للكاسانى ٧ / ٣ : واما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد للقضاء لان المرأة من اهل الشهادات على الجملة الا انها لا تقضى فى الحدود والقصاص لان الشهادة لها فى ذلك وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة .

وجاء فى الهداية ٥ / ٤٨٥ : ويجوز قضاء المرأة فى كل شيء الا فى الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها فيها ،

وجاء فى تنوير الابصار وشرحه على البر المنقار : المرأة تقضى فى غير حق وقود وان اتم مولها ، انظر كذلك فتح القدير ٥ / ٤٨٥ — وجمع الانهر ٢ / ١٩٥ والمغنى والشرح الكبير ١١ / ٣٨٠ .

ذهب الى ذلك ابن جرير الطبري واهل الظاهر حيث يرى ابن حزم انه لا مانع من
تولى المرأة القضاء وانه يجوز توليها من غير ام^(٦٩) .

وقد استدلل ابن حزم على رأيه بالاتي :

١ - ان انوثة المرأة لا تحول دون فهمها لموضوع النزاع والاحتجاج التي يقدمها الخصوم ،
ومعرفة وجه الحق ، وكل من كان كذلك فحكمه جائز فيكون قضاؤها صحيحا
وجائزا - ونعتقد اذا سائرنا رأى ابن حزم ومنطقه لا لفت كل الشروط التي تحدث
عنها الفقهاء .

٢ - ان المرأة يجوز ان تكون مفعلة بالتفويض لجميع الجوز ان تكون قاضية ، ورد عليه بان
القضاء الحكم فيه ملزم ولذا كان من باب الولاية ، اما الالفاء فليس فيه حكم ملزم
والما فيه اخبار عن حكم الشرع في الحادثة موضوع الاستفتاء وهو غير ملزم
للمستفتى شرعا ، فلا ولاية فيه فليس هناك وجه للقياس .

ونعتقد يمكن ان يرد عليه بانه لا يجوز القياس في مقابل النص ولان ابن حزم من نفاة
القياس وهو القائل فيه : اما ان يكون ذلك موافقا لقران او لسنة صحيحة عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم ، فهذا المما يحكم فيه بالقران او بالسنة ولا معنى لطلب قياس او
رأى أو قول قائل موافق لذلك ومن لم يحكم بالقران او بحكم سنة رسول الله صلى الله عليه
وسلم الا حتى يوافق ذلك قياس أو رأى أو قول قائل فقد السليخ عن الايمان واما ان
لا يوجد في القران والسنة ما يوافقه نصا ولا ما يخالفه فهذا معلوم من العالم ولا سبيل الى
وجوده^(٧٠) .

واذا اخذنا بمنطقه هذا لاجبنا عليه بانه لا يجوز له ان يلجأ للقياس في وجود النص .
وفي اعتقادنا ان النظام الاسلامي لا يجوز للمرأة تولية القضاء لان القضاء من وظيفة الانبياء
والرسل وانه لم يحدث على الاطلاق ان بعث الله سبحانه وتعالى امرأة رسولا ولم يعين

(٦٩) اهل - ٩ / ٤٢٩

(٧٠) المرجع السابق

الرسول — صلى الله عليه وسلم — امرأة قاضيا لمساواة المرأة مع الرجل مساواة مطلقة والدعوة لها تتضمن في اعتقادنا معارضة لحكم الله سبحانه وتعالى الذي خلق الزوجين الذكر والانثى ووضع اساس التفرقة بين الرجل والمرأة في الطبيعة الفسيولوجية والتي يترتب عليها الاختلاف فيما يجب ان يكون فيه ، وان تلك المطالبة في اعتقادي تعد بدعة تتعارض ومبادئ الشريعة الاسلامية ، ولعل السودان كان اولي بغوره من البلاد الاسلامية في عدم تولية المرأة للقضاء نسبة للعادات والتقاليد المحافظة التي تسود فيه وهي تقاليد من وحي الاسلام وهي ليست تقاليد رجعية او متخلفة .

المطلب السادس الاجتهاد

الاجتهاد لغة هو بذل الجهد واستفراغ الوسع في أمر من الامور ، وهو يلزم الكلفة والمشقة ، ولهذا يقال اجتهد في حمل الصخرة ولا يقال اجتهد في حمل بحرلة^(٧١) . والاجتهاد شرعا : هو أهلية الشخص لاستنباط الحكم من مصادر التشريع^(٧٢) وهو المؤهل العلمي الذي يجب توفره فيمن يلى القضاء .

عرف الماوردي الاجتهاد الذي يجب توفره في المرشح للقضاء ان يكون عالما بالاحكام الشرعية ، وعلمه بها يشتمل على علم أصولها ، والارتياض بفروعها وأصول الاحكام في الشريعة أربعة :

((أحدها علم بكتاب الله عز وجل ، ومعرفة ما تضمنه من الاحكام ناسخا ومنسوخا محكما ومتشابهها وعموما وخصوصا ومجملا ومفسرا

((والثاني : علمه بسنة رسول الله — صلى الله عليه وسلم — الثابتة من أقواله وأفعاله ، وطرق مجيئها في التواتر والآحاد والصحة والفساد

(٧١) أنظر مادة « جهد » في لسان العرب ١٠٧ / ٤ والقاموس المحيط ٢٩٦ / ١

(٧٢) أنظر المصباح المنير مادة « جهد » ص : ٥٧

((والثالث : علمه بما أجمع عليه السلف ، واختلفوا فيه ليتبع الأجماع ويجهد في الاختلاف

((والرابع : علمه بالقياس الموجب لرد الفروع المسكوت عنها إلى الفروع المنطوق بها والجمع عليها

فاذا علم بهذه الأصول من أهل الاجتهاد ، وجاز أن يفتي وأن يقضي ، وإن أحل بشيء منها فلم يهرله أن يفتي ولا أن يقضي ، فإن ولي القضاء كان تقليده باطلا وحكمه وإن وافق الصواب مردودا)) (٧٣).

وقد عرفه الإمام الغزالي بأنه بذل الجهود واستغراق الوسع في طلب العلم بالأحكام الشرعية (٧٤) ، وعرفه الأمدى (٧٥) ، والبدخشى (٧٦) ، والكمال بن الهمام (٧٧) ، في معانٍ متقاربة .

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الاجتهاد لمن يلي القضاء على قولين :

الاول :

أن الاجتهاد شرط في صحة التولية وصحة القضاء ، فلا يصح تقليد غير المجتهد ولا يصح قضاءه ، وذهب إلى ذلك الشافعية (٧٨) والحنابلة (٧٩) والظاهرية (٨٠) والشيعة (٨١).

(٧٣) الأحكام السلطانية للماوردي ص : ٦٠ وأدب القاضي ١ / ٤٨٨

(٧٤) المستصفى للغزالي ٢ / ٣٥٠

(٧٥) الأحكام في أصول الأحكام ٣ / ٢٠٤

(٧٦) المنهاج وشرح البدخشى ٣ / ١٩١

(٧٧) التحرير وشرح التيسير ٤ / ١٢٩

(٧٨) الأحكام السلطانية للماوردي ص : ٦٠ وأدب القاضي ١ / ٦٣٦ ، المهذب ٢ / ٢٩٠ - منى المحتاج

٤ / ٣٧٥ ، سبل السلام ٤ / ١١٦

(٧٩) المنهاج ٩ / ٤٣ ، المنهاج والشرح الكبير ١١ / ٣٨ ، كشف القناع ٤ / ٢٦٢ ، الأحكام السلطانية لابن

مجل ص : ٤٦

(٨٠) المحلى لابن حزم

(٨١) البحر الرقاع ٥ / ١٢٠ ، شرح الارهاط ٤ / ٢١٠ ، دليل القاضي القرشي ١ / ٢٠٠

والمالكية في رواية عنهم وبعض الحنفية .

القول الثاني :

ان الاجتهاد ليس شرط صحة في التولية ، ولا في القضاء بل هو شرط كمال وأولوية ، فيجوز تقليد غير المجتهد وينفذ قضاؤه لان الغاية من القضاء هي فصل الخصومات ، وقطع المنازعات ، وايصال الحق الى مستحقه ، ويمكن ان يتحقق من غير المجتهد ، اذ يستطيع ان يقضى بالحق بعلم يستفيده من مذهب امامه الذي يقلده فلا مانع من تقليده ، غير أنهم قالوا لا ينبغي تقليده لانه يفسد أكثر مما يصلح ، ويحكم بغير الحق من حيث لا يشعر . ذهب الى هذا الحنفية في الصحيح عندهم^(٨٢) والمالكية في الأصح^(٨٣) .

وقد استدل أصحاب القول الأول بالكتاب والسنة :

١ - الكتاب : يقول تعالى : « فان تنازعتم في شئ فردوه الى الله والرسول »^(٨٤) . اذ ان الرد الى الله ، هو الرد الى كتاب الله . وان الرد الى الرسول ، هو الرد الى سنته ، ولا يتيسر ذلك الا لمن كان مجتهدا ومتفهما في الدين .

٢ - أما السنة : فقد جاءت مفسره ومتممة ومؤكدة لتلك الآية والايات المماثلة فقد روى عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - عندما بعث معاذ بن جبل قاضيا لليمن فقال له : كيف تقضى ؟ قال : أقضى بكتاب الله ، قال : فان لم يكن في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : فان لم يكن في سنة رسول الله صلى

(٨٢) رد المختار ٥ / ٣٦٥ ، تبين الحقائق ٤ / ١٧٦ ، بدائع الصنائع ٧ / ٣ ، مجمع الانهر ٢ / ١٦٢ ، المبسوط للمرعي ١٦ / ٧٢

(٨٣) حاشية الدسوقي ٤ / ١٢٩ ، بصره المحكام ١ / ٢٤ ، بداية المجتهد ص : ٤٩٤

(٨٤) الآية ٥٨ من سورة النساء - أنظر كذلك السلطة القضائية لشوكت عرسان ص : والسلطة القضائية لنصر محمد ص : ١٦٧ ، والنظم القضائية لعبد الخالق النوار ص : ٢٤٤ . ان الولايات الدالة على الاجتهاد في القرآن كثيرة ولا يتسع المجال لذكرها .

الله عليه وسلم ؟ قال : اجتهد رأي فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : الحمد لله الذي وفق رسول الله صلى الله عليه وسلم - . وفي رواية أخرى قال معاذ : اجتهد رأي ولا آثر قال : فطرب صدرى فقال الحمد لله الذي وفق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لما يرضى الله ورسوله (٨٥) .

ان القاعدة العامة في النظام الاسلامي بالا يجوز مجتهد ان يقلد مجتهدا آخر ، فالامام مجتهد ، والقاضي الذي يعينه الامام مجتهد كذلك ، فلا يجوز لاي منهما تقليد الآخر . وقد أجمع الفقهاء انه لا يشترط توافقهما في المذهب بل ان كانا مجتهدين على الاطلاق فالقاضي يحكم باجتهاده في المجتهدات سواء وافق اجتهاده اجتهاد الامام أو لم يوافقه ...

و قد برهن حديث معاذ هذا على ان القضاء أصبح سلطة في الاسلام ، بل وسلطة مستقلة استقلالاً كاملاً عن الخليفة وعماله تستند أحكامها مباشرة من أدلتها الشرعية وهذا نظام لم يدانيه أي نظام وضعي في تاريخه القديم والحديث (٨٦) .

ولم نكن نعتقد ان رأي الفقهاء هو الاول بالاتباع في ان يكون القاضي مجتهدا لانه الاصل الذي يتفق مع أحكام النظام الاسلامي ، الا ان حلول القاضي المجتهد في هذا العصر يعتبر ضرورة تبرز تولية غير المجتهد للقضاء حتى لا يسد باب القضاء وتتعطل الاحكام وتضيع الحقوق . وتحقيقا لذلك نرى ان تختار الاحكام التي تناسب كل دولة من المذاهب المختلفة حسب مقتضيات العصر ثم تقنن تلك الاحكام وتوضع لها المذكرات التفسيرية لتوضح مصادر تلك الاحكام وأدلتها ، وأدلة المعارضين ثم أدلة الترجيح التي حدثت بالمرشح تفضيلها والاعتد بها على ان يسود نظام التخصص بين القضاة حتى يتمكن كل قاضي من اجادة الفرع الذي تخصص فيه بحيث يتسنى له الاطلاع على كل ما قيل عنه وكتب فيه في جميع المذاهب المختلفة . ونعتقد ان قانون اصول الاحكام القضائية

(٨٥) مسند الامام أحمد بن حنبل - ٥ / ٢٣٦ و ٢٤٢

(٨٦) السلطة القضائية لطاهر القاسمي ص : ٥٦

الذى صدر في السودان بعد تطبيق الشريعة الإسلامية بعد خطوة نحو هذا الاتجاه (٨٧) إذا ما أخذ بتلك المقترحات التي ارتأيناها .

ويرى الشيخ المراخي : « ان من نظر بعين العدل والانصاف فيما شرطه رجال القانون ، وما شرطه علماء الشريعة الإسلامية فيمن يتولى القضاء يجد فرقا كبيرا بين هذا وذاك ، فان الشريعة لم تترك شيئا من الشروط الا تعرضت له ونصت عليه ، وشرطت شروطا تجعل القاضي أقرب الى الانصاف ، وأدلى للحقيقة ، وأقدر على استنباط الاحكام واقامة قسط العدل بين الناس .

وأما ما جاء في القوانين فانه لا يسير بالقاضي الى سبيل البحث واستنباط الاحكام لما يجد ويحدث ، ولا غرابة في ذلك فان الشريعة الإسلامية شأنها الكمال في كل نواحيها (٨٨) ، وكذلك يقول الشيخ المراخي « ان كان اصلاح قانون الموضوع هو اصلاح لنصف القضاء ، الا ان النصف الآخر بين القضاء نفسه ... فيجب تحيزه من أفاضل العلماء علما وأدبا وفهما ، وصبرا وتمسكا بالدين والفضيلة والمروءة (٨٩) .

وخلاصة القول نرى ان استطراد فقهاء النظام الإسلامي في الحديث عن شخصية القاضي ، وعن الشروط التي يجب توفرها فيه قد خلق من القاضي شخصية متميزة مستقلة ، ووضعه في مكانة لا يطولها رصفه في النظام الوضعي .

(٨٧) : نص المادة ٣ « على الرغم مما قد يرد في أي — قانون آخر في حالات غياب النص الذي يحكم الواقعة : (أ) يطبق القاضي ما يجد من حكم شرعي ثابت بنصوص الكتاب والسنة . (ب) فان لم يجد القاضي نصا يجهده رأيه ويهدي في ذلك بالمبادئ العالية بحيث يأخذها على وجه التكامل ويراعي ترتيبها في أولوية النظر وال ترجيح »

(٨٨) السلطة القضائية وأطوارها : رسالة للعالمية مخطوطة — بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر سنة ١٩٣٧ للشيخ عبد الصمد عبد الحليم سالم ص : ٤٦

(٨٩) أنظر المخطبة القيمة للإمام الأكبر شيخ الجامع الأزهر — المرحوم الشيخ المراخي في رسالة العالمية بجامعة الأزهر للشيخ محمد عبد النبي سرور عن النظام القضائي في مصر منذ الفتح العثماني ص : ١٣١ إلى ١٣٣ .

المطلب السابع العدالة

والعدالة ترادف الاخلاق الفاضلة — وهي في النظام الوضعي تعنى السر الحسن والسلوك الحميد ، ولكنها في النظام الاسلامي تعنى أكثر من ذلك ، فهي تعنى ان يكون المرشح للقضاء صادق اللهجة ، ظاهر الامانة ، عفيفا عن المحارم ، متوقفا المآثم بعيد عن الرعب ، مأمونا في الرضا والغضب ، مستعملا لمروءته مثله في دينه ودنياه^(٩٠) .

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة فيمن يلي القضاء على قولين :

القول الاول :

للمالكية^(٩١) والشافعية^(٩٢) والحنابلة^(٩٣) والشيعة^(٩٤) فقد ذهبوا الى ان العدالة شرط في صحة القولية فلا يجوز عندهم تقليد الفاسق القضاء .

القول الثاني :

للحنفية^(٩٥) فذهبوا الى ان العدالة ليست شرطا في صحة القولية ، ولا في صحة القضاء بالفعل ونفاذه ، فهي شرط كمال ، فيجوز توليه الفاسق لانه اهل للشهادة وان كان ينفى الا تقبل شهادته ، فكذلك يكون أهلا للقضاء ، وان كان ينفى للامام الا بقلده

(٩٠) الاحكام السلطانية للماوردي ص : ٦٠٥٩

(٩١) تبصروا الاحكام ١ / ٢٤ ، بداية المجتهد ٢ / ٤٩٩ حاشية الدسوقي ٤ / ١٢٩

(٩٢) المهذب ٢ / ٣٠٧ ، مفتي المحتاج ٤ / ٣٧٥ ، شرقاوى على الصمد ٢ / ٢٤٢

(٩٣) المفتي ٩ / ٤٢ ، الاتباع ٤ / ٣٦٨ ، المفتي والشرح الكبر ١١ / ٣٨٠ ، كشف القناع ٤ / ٣٦٢

(٩٤) دليل القاضى الشرعى ١ / ١٨ ، البحر نالرخار ٥ / ١١٩ ، مشرح الازهار ٤ / ٣١١

(٩٥) بدائع الصنائع ٧ / ٣ ، تبين الحقائق ٤ / ١٧٥ ، فتح القدير ٥ / ٤٥٤ ، مجمع الانهر ٢ / ١٩٦ ، رد

المطار على الدر المختار ٥ / ٣٥٥ ، معين الاحكام ص : ١٣ ، أدب القاضى للخصاف ١ / ١٢٩ تحقيق

فهمى سرحان

القضاء لانه امانه عظيمة ، وولايته شاملة فلا ينبغي ان تودع الا عند من كل يومه وتمت تقواه ، ومن لم قالوا انه يجب على الامام الا يقلده القضاء ويحرم عليه ذلك ويؤثم به ، ولكن لو ولاة صحت التولية وصح قضاءه ... وأساس الخلاف في الواقع هو الخلاف في أهلية الشهادة ، فعند الحنفية هو أهل للشهادة فيكون أهلا للقضاء ، وعند الاثنية الثلاثة هو ليس أهلا للشهادة فلا يكون أهلا للقضاء^(٩٦) .

ونعتقد أن رأى الأحناف محل نظر ذلك لأن قياس صحة قضاء الفاسق على صحة شهادته مع فرض الاجماع عليها هو قياس مع الفارق ، لأن الشهادة ولاية خاصة في وقائع معينة لا تتعدى أطرافها ويجوز للقاضي الاختار بها أو ردها ، أما القضاء فهو ولاية عامة بل ان الأحناف أنفسهم يرون أن القضاء أمانة عظيمة وان الامام يؤثم اذا قلده الفاسق ونحن نضيف ان الأئمة متفقون على ان وظيفة القضاء هي وظائف الرسل والانبياء فلا ينبغي لهذا المنصب العظيم أن يتقلده الفاسقون الا اذا دعت الضرورة لذلك والضرورة تعدد تقديرها .

ونرى ان رأى الواجب الاتباع هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء لانه هو الذى يتفق وتكون شخصية القاضي التى هي في اعتقادنا من موجبات التكوين المستقل للسلطة القضائية .

المبحث الثاني

طرق اختيار القضاة

لقد أفاض الفقهاء فيما ينبغي ان يكون عليه القاضي من الصفات والمزايا والاعلاق التى تتصل بعلاقته بهر وعلاقته الخصوم وبالناس كافة وبالحاكمين وذوى — الهيئات والسلطات في الدولة وسلوكه الخاص والعام وعمله في القضاء وسيرته فيه حتى لقد جعلوه من خلق يعز وجودهم الا ان يكون ملكا كريما ... ولم يتركوا الى الامر وصاحب الحق في تعيين القضاء ان يعين من تتوافر فيه الشروط وتتجمع فيه الصفات ، بل الزموا بأن يختار من بين هؤلاء الافضل فالافضل لا في الورع والتقوى ولكن في الصلاحية للقضاء والكفاية والقدرة عليه ، وألزموا ايضا بالا بما مل قريبا ولا اذا جاء او مصلحة في التولية على حساب

(٩٦) العظم القضائية للدكتور عبد الحالى النواوى ص : ٣٤٤

وإذا كان النظام الرضعى قد عرف طريقين لاختيار القضاة فإننا نناقش هاتين الطريقتين : وهما التعيين والانتخاب ونقسم هذا المبحث تبعاً لذلك الى مطلبين :

المطلب الأول : طريقة التعيين
المطلب الثانى : طريقة الانتخاب

المطلب الأول طريقة تعيين القضاة

من يستعرض التاريخ ويطلع على نصوص فقهاء الإسلام فإنه يخرج من بحثه بنتيجة صادقة ، جلية لا تخفى ولا يحتمل الشك ولا يعترضها الابهام ، وهى ان تعيين القضاة إنما هو من حق الخليفة أو السلطان ، أو من فوض إليه ذلك من قبلهما ، وليس لأحد بعد ذلك ولاية هذا التعيين إلا عند الضرورة القصوى وكل عقد يقع من غير هؤلاء يكون باطلاً^(٩٨) .

ومن المبادئ السديدة التى اهتدى إليها الفقهاء أنهم فرقوا بين نوعين من الأمانة .. أمانة التفويض وأمانة التنفيذ ، فقالوا ... ان عمال التنفيذ نواب ، وعمال التفويض ولاية — ولما كانت ولاية القضاء ولاية تفويض — فإن التفويض ولاية لا يمنع إلا بعقد^(٩٩) .

(٩٧) النظم القضائية فى الشريعة الإسلامية — للدكتور عبد الحالى النواوى ١٩٧٤ ص : ٢٧٠

(٩٨) السلطة القضائية وأطوارها : للشَّيخ عبد الصمد عبد الحليم — رسالة لنيل العالمية من جامعة الأزهر مخطوطة سنة ١٩٣٤ ص : ٦٨ ، تبصرة الأحكام ١ / ٢١ ، مقدمة ابن خلدون ٢ / ٦٢٧ ، كشف القناع ٦ / ٢٨٦ حاشية ابن عابدين ٤ / ٣٣٨ — تبين الحقائق للزلهي ٤ / ١٧٧ ، بدائع الصنائع ٧ / ٢ ، فتح القدير ٧ / ٢٥٨ القضاء فى الإسلام للشَّيخ محمد سلام مذكور ص : ، السلطات الثلاث للدكتور الطماوى ص : ٤٤٠

(٩٩) الأحكام السلطانية للماوردى ص : ٢٢ أنظر كذلك النظريات السياسية الإسلامية : للدكتور طهieb الدين الراس ص : ٢٥٧ .

ولكن كان الخليفة ، وهو رئيس السلطة التنفيذية هو الذى يقوم بتعيين القضاة ، فان هذا لا يؤثر مطلقا على استقلال القضاة ، لأن الخليفة ليس حر التصرف فى اختيار من يشاء وإنما هناك قواعد معينة يجب عليه اتباعها والالتزام بها ، وإن اغفلها وتجاهلها يكون جزاءه البطلان فى الدنيا والخسران فى الآخرة .

إننا إذا تتبعنا نصوص القرآن نجد أن أول قاعدة وضعها الإسلام فى اختيار الموظفين جاءت فى قوله تعالى : « ان خير من استأجرت القوى الأمين » (١٠٠) . وإذا كان اختيار القوى الأمين قد جاء فى هذه الآية على وجه الأخبار والاستحسان فإن توسيد الولاية للاكفاء قد جاء فى القرآن الكريم على وجه الوجوب والأمر ، قال تعالى : « ان الله يأمركم ان تؤدوا الأمانات الى أهلها ... » (١٠١) . قال ابن تيمية « فيجب على ولى الأمر ان يولى على كل عمل من أعمال المسلمين أحسن من يجد لذلك » .

يقول النبى — صلى الله عليه وسلم — « من ولى من أمر المسلمين شيئا منه ، فولى رجلا وهو يجد من هو أصلح للمسلمين منه فقد خان الله ورسوله والمؤمنين » ولى رواية أخرى من قلد رجلا عملا على عصاة وهو يجد فى تلك العصاة أرضى منه ، فقد خان الله ورسوله ، وخان للمؤمنين » (١٠٢)

ويقول سيدنا عمر رضى الله عنه « ما من أمير ، أمر اميرا ، أو أستقضى قاضيا محاباة الا كان عليه نصف ما اكتسب من الأثم ، وأن أسرة وأستقضاه نصيحة للمسلمين كان شريكه فيما عمل فى طاعه ، ولم يكف عليه شيء مما عمل فى معصية » (١٠٣)

ونعتقد ان هذه النصوص القرآنية ، والاحاديث النبوية والقاعدة العمرية ، فضلا عن الشروط الدقيقة لتولى القضاء ، تجعل سلطة الخليفة فى التعيين مقيدة تقييدا مطلقا لى

(١٠٠) الآية ٢٦ من سورة القصص

(١٠١) الآية ٥٨ من سورة النساء

(١٠٢) سبل السلام ١١٧ / ٤

(١٠٣) معجم الأحكام ص : ١٣ و ١٤

اختيار الشخصية القوية المستقلة ، التي يصعب القيادها وميلها وهاباتها للسلطة التنفيذية ، والتي تمثل عيبا رئيسيا في النظام الوضعي والذي ينتقده الفقه مظنة منه في تأثيره على استقلال السلطة القضائية .

ومن جهة أخرى فان عقد التولية يختلف اختلافا بينا مع عقد التعيين في النظام الوضعي ، والذي تظهر فيه السلطة التنفيذية بمظهر الخدم في كثير من الوجوه ، وفي ذلك انتقاض لاستقلال القضاء .

أما الصفات الذاتية التي بها يتميز عقد التفويض هي ان الامام حين يعقد هذا العقد إنما يعقده بالنيابة عن الامة ، لا عن نفسه ، وانه يقلد هذا الشخص الذي يمنحه سلطة ما ليتصرف في حق أو حقوق للامة ، لا في حق لنفسه .

نوبما ينتج عن ذلك ان السلطة التي تمنح بمقتضى هذا العقد تكون سلطة استقلالية ، ومركز الذي يقول عن هذا النحو يصبح ثابتا آمنا ، ما دام قائما بعمله على الوجه المعين . فكل المقلدين للمناصب يعقود تفويض يقفون مع الامام — اذن — على قدم المساواة ... ولعل هذا الذي قال به الدكتور ضياء الدين الريس^(١٠٤) هو ما أجمع عليه فقهاء النظام الاسلامي .

ولابد لنا ان نتعرض الى طبيعة عقد التفويض في تولية القضاء ، لان اجبار الامام الى حنيئة وضربة على ولاية القضاء قد أثار لغطا في أذهان الكثير من فقهاء المسلمين حتى قيل عن الامام مالك بأنه يجوز اكراه الشخص على تولي القضاء ، لان هذا لو صح لاهدرت كل المبادئ والقيم التي تقوم عليها نظرية استقلال السلطة القضائية في النظام الاسلامي .

لقد أجمع مجتهدو الفرق الاسلامية كلها — عدا الشيعة — على ان طريق ثبوت الامامة هو الاختيار والاتفاق وصاغ علماء الفقه هذه الصيغة القانونية ، فقالوا : « ان الامامة عقد » ... وقد بحث الاستاذ الدكتور السنبوري طبيعة عقد الامامة ... كما عرضه

(١٠٤) النظريات السياسية الاسلامية : لضياء الدين الريس ص : ٢٥٧ و ٢٥٨ — المرجع السابق ص : ٢١٢ و ٢١٣ . أنظر كذلك الحليفة للدكتور السنبوري باللغة الفرنسية ص : ٢٨

علماء الشريعة الإسلامية فقال عنه : « انه عقد حقيقي » أى عقد مستوف للشرائط ، من وجهة النظر القانونية ووصفه بأنه مبنى على الرضا ... وإذا كانت الأمة من الوجهة السياسية العملية هي مصدر السلطات ، وإن كل ما يصدر عن الإمام وهو رئيس الدولة ، من سلطات أو ولايات . فمرجعه الأول إرادتها . وهذه هي الإرادة التي تظهر حين تقرر أن تنشئ أو توجب العقد باختيار وتمنع حق التصرف في تلك الحقوق ، باختيار ، فإن النتيجة الطبيعية لذلك أن تقوم كل عقود التفويض التي يمارسها الإمام نيابة عن الأمة في تولية الولاية والقضاء على الرضا والاختيار .

وإذا كانت الناحية النظرية تستوجب قيام عقود التفويض على الرضا ، فإن ما جرى عليه العمل يؤكد الجانب النظري الذي قال به الفقهاء . فقد جاء في حسن المحاضرة للسيوطي ، أن عمر بن الخطاب كتب إلى عمرو بن العاص وإلى مصر أن يجعل كعب بن ضنه على القضاء ، فأرسل إليه عمرو فأقرأه كتاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فأبى أن يقبل القضاء فتركه عمرو ولم يجبره عليه ، بل ولم يجبره سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه على ذلك وصرفه وولى على القضاء عثمان بن قيس بن أبي العاص فكان أول قاضي على مصر^(١٠٥) .

وجيء كذلك بخالد بن أبي عمران إلى أبي جعفر ليوليه القضاء فامتنع عليه ، فهدده وأسمعه وقال : أنت عاصي فقال له خالد : إن الله يقول : « أنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها » فلم يسمعن عصاة حيث أبين حمل الأمانة ، وقال « وحملها الإنسان انه كان ظلوما جهولا » .^(١٠٦) فلم يجبره أبو جعفر بالرغم من أنه غضب منه .

أما قصة اصرار الخليفة المنصور وولى العراق ابن هبيرة على تولية أبي حنيفة القضاء وضرره بالسوط على إجباره لقبول القضاء ، هذه القصة التي رويها كتب التاريخ وكتب الفقه لا يمكن أن تعتبر في نظرنا حجة لإجبار الشخص على ولاية القضاء ، بل تعتبر بدعة لا

(١٠٥) تاريخ القضاء في الإسلام للشيخ محمود بن محمد بن عروس ص : ١٧ و ١٨ .

(١٠٦) أخبار القضاء لوكيع - ١ / ٢٧

أساس لها في النظام الإسلامي .

ونحن نقول مع الشيخ محمد الحصري^(١٠٧) وابن عرنوس وما جاء في كتاب تاريخ بغداد في أن إجبار أي حليفة على قبول القضاء كانت له دوافع سياسية ، لأن العلماء كانوا يمتنعون عن توليه عمل في حكومة لا يرغبون فيها لئلا يجد اشتراكهم فيها تأييد لها ، وكان أبو حنيفة متشيعا لآل البيت ، وكان يهاجر بمعارضته لحكام بني العباس وفي ذلك يقول الواقدي : كنت بالكوفة وقد أشخص أبو جعفر أمير المؤمنين أبا حنيفة إلى بغداد إلى أن روى عن زفر بن الهذيل صاحب أبي حنيفة أنه قال كان أبو حنيفة يجهر الكلام بأهم إبراهيم جهارا شديدا فقلت له والله ما أنت بممنه حتى توضع الأحبال في أعناقنا ... ،^(١٠٨)

أن الضرب بالسوط وهو نهاية الاحتقار لا يفعله عاقل ليحمل السنانا على تولى أشرف منصب بعد الإمارة وهو منصب القضاء إذا لم يكن ثم إلا الإهانة لانا نظن أنه يحدث في قلب الأمير الضغينة ما يحمله على إجراء تلك العقوبة لا سيما أن الفقهاء كانوا متوافرين بالكوفة فلا يحز على ابن هبيرة أن يختار من بينهم من يؤدي هذه المهمة ، أني أظن أن هذا العرض كان الغرض منه محبة المعروض عليه حتى يعرف مقدار ولائه للحكومة ،^(١٠٩)

ونرى أن موقف الإمام أبي حنيفة من القضاء مبني على إيمانه باستقلال القضاء ، الأمر الذي يراه غير متحقق في ظل النظام السائد في ذلك التاريخ لأنه كان يرى عدم شرعيته فقد اغتصب السلطة ممن هو أحق بها شرعا .

وقد ترتب على القول بإجبار الشخص على ولاية القضاء أن قال بعض الفقهاء بمجاوز تقلده من الإمام العادل والخائز وهذا في اعتقادنا يناهض مبدأ استقلال القضاء ، لأن

(١٠٧) تاريخ القضاء - المرجع السابق - ص : تاريخ الفقه الإسلامي للشيخ محمد الحصري ص : تاريخ بغداد / ١٣

(١٠٨) المراجع السابقة

(١٠٩) المراجع السابقة

لحكومة في النظام الاسلامي حكومة مقيدة ولا طاعة فيها لمخلوق في معصية الخالق ، وجوز
الحاكم يعني عدم تقيدده بالشرعية ، واجبار القاضي على تبرير تصرفاته ، فاذا ما فعل القاضي
ذلك يكون في الحقيقة قد فقد سلطته واستقلاله وهذا ما رفضه الامام الجليل أو حنيفة رضى
الله عنه .

ان طريقة تولية القضاء لها قواعد ، وضوابط في النظام الاسلامي ، ويجب على ولي
الامر ان يتحرى بشتى الطرق ليتأكد من صلاحية الشخص لولاية القضاء وبأنه مستوف
لجميع شرائطها اللازمة لها ، فان أقدم على التولية دون اتباع تلك الضوابط كانت التولية
باطلة .

ومن القواعد المجمع عليها بين الفقهاء عدم جواز طلب الدخول في القضاء أو التماسه
وذلك للاحاديث القاطعة التي وردت عن الرسول — صلى الله عليه وسلم .

عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : « قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم : انكم
ستحرصون على الامارة ، وستكون ندامة يوم القيامة ، فنعم المرخصة وبغيت الفاطمة » .

وأخرج مسلم من حديث أبي ذر قال « قلت : يا رسول الله الا تستعلمنى ؟ قال :
انك ضعيف ، وانها امانة ، وانها يوم القيامة خزي وندامة الا من أخذها بحقها وأدى —
الذى عليه فيها » .

وقد أخرج الشيخان عنه صلى الله عليه وسلم قال لعبد الرحمن « لا تسأل الامارة
فانك ان أعطيتها عن مسألة وكلت اليها ، وان أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها » .

وأخرج أبو داود والترمذي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من طلب القضاء
واستعان عليه بالشفعاء وكل اليه ، ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه أنزل الله ملكا لسدده » .

ول صحيح مسلم انه صلى الله عليه وسلم : « والله انا لا نولى هذا الامر أحدا
سأله ، ولا أحدا حرص عليه » .

وأخرج الحاكم والبيهقي : ... إلخ منى عن طلب الأمانة ، لأن الولاية تفيد قوة بعد ضعف ، وقسرة بعد عجز ، تتخذها النفس المجهولة على الشر وسيلة إلى الانتقام من العدو ، والنظر إلى الصديق ، وتتبع الأهراض الفاسدة ، ولا يوثق بحسن عاقبتها ، ولا سلامة مجاوزتها ، فالأولى أن لا تطلب ما أمكن وإن كان قد أخرج أبو داود بإسناد حسن عنه صلى الله عليه وسلم : من طلب قضاء المسلمين حتى يناله فطلب عدله جوره فله الجنة ومن غلب جوره عدله فله النار (١١٠).

ونعتقد أن تلك الأحاديث جاءت تعبر عن معان سامية في علو مرتبة القضاء وشرفه واستقلاله ، فمنصب القضاء يسعى لمن كملت شروطه فيه وأصبحت تتشرف به الوظيفة لا أن يتشرف بها وإذا كان هذا المعنى قد استقر منذ فجر الإسلام بالنص فإنه لم يأخذ طريقه إلى النظام الوضعي إلا في القرن التاسع عشر حيث استقرت الأحزاب والتقاليد في المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية كما رأينا . والوسائل التي يمكن لولي الأمر أن يتحقق بها عن أهلية الشخص وصلاحيته لمنصب القضاء تمكن في الاعتبار والترشيح والاستشارة .

أولا : الاعتبار :

والاعتبار يفترض أن ولي الأمر على غير علم بأهلية وصلاحيته المرشح للقضاء أو غير متحقق منها بدرجة كافية أو يرى ضرورة التأكيد للاحتياط . أو يكون ولي الأمر على علم بأهلية وصلاحيته من يرشح للقضاء .

وفي الحالة الأولى وإذا كان ولي الأمر غير عالم بحال الشخص المرشح للقضاء فيسأله ويناقشه ليعلم ويتحقق من أهليته ومدى صلاحيته كما فعل الرسول - صلى الله عليه وسلم - مع معاذ بن جبل حيث اختبره عن كيفية القضاء إذا عرض عليه أمر ليس في كتاب الله وسنة رسوله واستوثق من علمه وفهمه وصلاحيته للقضاء وأمر بتعيينه قاضيا على اليمن وهذا ما هو عليه الحال في النظام الوضعي والذي يتمثل في المعاينة التي تعقد

(١١٠) سبل السلام : ١١٦ / ٤ و ١١٧ فقد شرحت فيه بصورة واضحة وشاملة أنظر كذلك تبصرة الحكام . ١٥ / ١

للمرشحين للقضاء أو في المعاهد التي يدرّب عليها من يعين في القضاء لفترة معينة للتأكيد من صلاحيته كما هو معمول به في معهد القضاء القومي في مصر وهو نظام ناجح يستحق التعميم خاصة في السودان والذي بدأ تطبيق الشريعة الإسلامية .

أما في الحالة الثانية وعندما يكون ولي الأمر على علم تام بمن يرشح للقضاء وإن الشخص معروف لديه بصفاته وأحواله وما هو عليه من تحقق الشروط فيه وأفضليته على غيره فإنه يمكن أن يأمر بتعيينه دون اختبار ، وقد قلّد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - علي بن أبي طالب كرم الله وجهه على قضاء اليمن وهو على علم بعلمه وذكائه وورعه ومقدرته وهي صفات تجعله أصلح للولاية العامة والقضاء .

ولذلك لم يختبره ووصاه بما ينبغي أن يعمل به القاضي حين ينظر الخصومة وهذا ما يقوم مقامه الآن قوانين الإجراءات والمرافعات وغيرها من القوانين التي تنظم كيفية التقاضي أمام المحاكم المختلفة . وبشابه تعيين سيدنا علي بن أبي طالب كرم الله وجهه في النظام الوضعي اختبار القضاة من بين المحامين المشهورين بالكفاءة وحسن الخلق وأساتذة الجامعات والمستشارين وهو نظام متبع كما رأينا في المملكة المتحدة وإن كان قاصراً على المحامين في الولايات المتحدة وفي مصر والسودان .

وقد يستبين لولي الأمر صلاحية الشخص للقضاء نتيجة موقف معين أو واقعة محددة وهو حدث في تعيين سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه للقاضي شريح بسبب حكم قضى فيه بين سيدنا عمر رضي الله عنه وآخر واستصوب سيدنا عمر أهليته للقضاء ، وكذلك تعيين سيدنا عمر للقاضي كعب بن سور نتيجة لفهمه شكوى تقدمت بها امرأة لسيدنا عمر ولم يفهم قصدها ففهمه كعب بن سور وفوضه عمر بالقضاء فيها فقضى فيها فأعجب بقضائه وولاه القضاء^(١١١) .

(١١١) مهديب ابن صاكر ٤ / ٣٢٨ وما بعدها ، أخبار القضاء لوكيع ١ / ٢٧٤ وما بعدها

ثانيا : الترشيع :

كان الخلفاء اذا شغل منصب القضاء أو مرض القاضي العامل مرضا لا يرجى شفاؤه سألوا الخبيرين الاكفاء لهذا المنصب لئلا يصل اليه من ليس هو أهل له . وروى وكيع ان أبا الدرداء كان يقضى على أهل دمشق وانه لما حضر أبو معاوية حالدا له فقال : له ، من ترى لهذا الأمر بعدك قال : فضاله بن عبيد^(١١٢) . وروى أيضا ان ثوبة بن عمرو تولى القضاء ما شاء الله ثم استعفى فقيل له : فأشر علينا برجل نوليه قال : كاتبي جبر بن نعيم^(١١٣) . واعتزل جبر بن نعيم القضاء لان الأمير اختلف على سلطانه فالحوا عليه في العودة فرفض فقالوا له : أشر علينا برجل نوليه ، فقال : كاتبي غوث بن سليمان^(١١٤) .

وهذا يدل على ان للسلطة القضائية في النظام الإسلامي دورا أساسيا في تعيين القضاة ، ويدل على ذلك ترشيح القاضي جبر بن نعيم لكاتبه غوث بالرغم من ان جبر اعتزل القضاء لاختلافه مع الحاكم ومع ذلك أخذ برأيه وولى غوث القضاء .

ونجد أمثلة لذلك في النظام الوضعي في قانون السلطة القضائية المصري^(١١٥) ودستور السودان المؤقت لسنة ١٩٥٦ والمعدل لسنة ١٩٦٤^(١١٦) على خلاف دستور السودان الحالي لسنة ١٩٧٣ حيث أصبح لرئيس الجمهورية وهو رئيس السلطة التنفيذية دورا أساسيا ، لان قرارات مجلس القضاء العالي والذي يرأسه عادة رئيس الجمهورية تعتبر مجرد توصيات غير ملزمة^(١١٧) .

ثالثا : الاستشارة :

دأب الحكام الحريصون على المصلحة العامة في جميع أعمال الدولة ، ولا سيما

- | | |
|-------|------------------------------|
| (١١٢) | أخبار القضاء : لوكيع ٣ / ١٩٩ |
| (١١٣) | المصدر السابق ٣ / ٢٣١ |
| (١١٤) | المصدر السابق ٣ / ٢٣٢ |
| (١١٥) | المادة ٤٤ |
| (١١٦) | المادة ٨٩ |
| (١١٧) | المادة ١٨٨ |

الخلفاء الاستشارة في توليه الوظائف العامة . جاء في قضاء قرطبة للخشنى : « كان من شأن الخلفاء رجمهم الله ، السؤال عن أخبار الناس ، والكشف عن أهل العلم والخير منهم ، والتعرف لآماكنهم من قرطبة أو غيرها من الكور فكانوا اذا احتاجوا الى رجل يصلح لخطبة من خطبهم استجلبوه ... » (١١٨) . وروى وكيع انه حينما عزل المهدي القاضي خالد بن طليق كان الناس ينتظرون قرار المهدي لم يخرج عليهم الفضل بن ربيع فقاموا اليه فبدأهم فقال : قد عزله أمير المؤمنين فاختراروا رجلا نوليه عليكم (١١٩) .

ومن هذا يتبين ان استشارة ذوي الرأي والخبرة والدراية ، وتحسس الرأي العام كانت من الوسائل التي يتبعها الحاكم في توليه القضاء ، وهذا يدل على أن السلطة التنفيذية ما كانت لتقوم بتولية القضاء بآراءها المنفردة خشية عظمة المسؤولية وفي ذلك استقلال حقيقي في تكون السلطة القضائية في النظام الاسلامي .

المطلب الثاني اختيار القضاة عن طريق الانتخاب

عرف النظام الوضعي طريقتين لاختيار القضاة ، طريقة التعيين وتولاها السلطة التنفيذية ، ثم طريقة الانتخاب ويقوم بها جمهور الناخبين مباشرة ، أو عن طريق ممثلهم أو بأى كيفية أخرى .

أما في النظام الاسلامي فقد أجمع الفقهاء على ان الطريقة الوحيدة فيه لاختيار القضاة هي التعيين بواسطة الخليفة أو من يفوضه الخليفة في ذلك .

يرى الأستاذ ظافر القاسمي ولعن كانت التولية هي الطريقة المتبعة في خطط القضاء ، غير ان فكرة انتخاب القاضي لم تكن غريبة عن نظام الحكم الاسلامي ، في المشرق ، وفي

(١١٨) قضاء قرطبة : للخشنى ص : ٢٣

(١١٩) أخبار القضاة : لوكيع ٢ / ١٣١

المغرب على السواء ، وربما كان الجمهور هو الذى يولى مباشرة ، وربما كان هو الذى يرشح ويلزم المولى بتسمية المرشح وتعيينه^(١٢١) واستدل برأى الماوردى فى تقليد أهل البلدة للقاضى^(١٢٢) .

وتبين ان الماوردى يتحدث عن حالة الضرورة حين يخلو العصر من امام بصفة دائمة أو مؤقتة ، وحتى فى الاميرة يقع تقليد أهل البلدة للقاضى باطلا ، لاحتمال عودة الامام فى أى وقت وممارسة اختصاصاته ، ولذلك يعتقد ان رأى الماوردى هذا لا يصلح حجة يستند عليها صاحب ذلك رأى ، بل يكون حجة عليه فى استبعاد امكانية اختيار القاضى عن طريق الانتخاب .

ويرى الدكتور ابراهيم عبد الحميد : مع ان طريقة التعيين هى الطريقة الوحيدة فى الاسلام لشغل مناصب السلطة القضائية ، فان هذا لا يمنع من تصور امكان اختيار القضاة بطريقة الانتخاب وذلك اذا أمر به الحاكم الاهل ، ويكون تصرف الوكيل كتصرف الحاكم الاهل بنفسه اذا تصرف فى الحدود المرسومة له والتي لا تخرج عن الشرع^(١٢٣) ، واستدل بعبارة ابن قدامة الحنبلى : وان فوض الامام انسان توليه القضاء جاز ، لانه يجوز ان يتولى ذلك فجاز التوكيل فيه كالبيع .

وتتفق مع الدكتور نصر فرهد محمد واصل فى ان هذا ورد فى شأن الاستخلاف^(١٢٤) ، ولم يقصد به انتخاب العامة للقاضى ومع ذلك لم يبين الدكتور نصر

(١٢٠) السلطة القضائية : للاستاذ طاهر القاسمى ص : ١٢٩

(١٢١) أدب القاضى : للماوردى ١ / ١٣٩ حيث يقول : فلو خلا بلد من قاضى قلده أهل البلد عن أنفسهم قاضيا منهم ، كان تقليدهم له باطلا ان كان فى العصر امام لا قيامهم عليه فيما هو أحق به — فاحلوا العصر من امام ، فان كان يرجى لأن يعينه امام نظر بعد زمان قرب كان تقليدهم للقاضى باطلا ، كما لو كان الامام موجودا لقرب زمانه .

ثم حدد الماوردى بعض الحالات الى ان وصل الى قوله : فان تعبد بعدد امام لم ينقض له حكما — أى للقاضى الذى قلده أهل البلد — قلده على الصحة ، وله عزله والقراره ، ولم يجر للقاضى ان يستألف النظر الا بعد اذن الامام ، ولو تقليده عن امام تقدم لم يلزم الاستعانة ، والفرق بينهما وجود الضرورة فى تقليد أهل الاعتبار ، وعدمها فى تقليد الامام .

(١٢٢) مذكرات لطلبة الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون — جامعة الأزهر : للدكتور ابراهيم عبد الحميد ص : ٤٥

(١٢٣) السلطة القضائية : للدكتور نصر فرهد محمد واصل — ص : ١٤٣

رأيه بوضوح في امكانية اختيار القضاة عن طريق الانتخاب في النظام الاسلامي .

ان الامر يصبح جليا اذا حللنا العلاقة بين الامة باعتبارها مصدر السلطات والامامة ، فالامامة ولاية عامة في جميع الاعمال ومن المستحيل ان يباشر الامام ويتصرف في كل تلك الشؤون بنفسه وهذا ما عناه الماوردي بقوله : « لان ما وكل الى الامام من تدبير الامة لا يقدر على مباشرة جميعه الا بالاستئذان »^(١٢٤) . وهو الذي اراده ابن خلدون بقوله : « أعلم أن السلطان » وهو يقصد رئيس الدولة بصفة عامة « أعلم انه في نفسه ضعيف يحمل أمرا ثقيلا فلا بد له الاستعانة بابناء جنسه »^(١٢٥) .

« والحق ان الدولة في تصور فقهاء الاسلام ليست الا مجموعة من « عقود » أو سلسلة من مسؤوليات والتزامات . ولم تكن الغاية من العقد الاول في الحقيقة الا ان يكون الوسيلة لتوزيع تلك المسؤوليات ، وامكان احداث التعاقد بشأنها ، وان يوجد الرابطة بينها وبين السلطات التي تصدر عن الادارة العامة . فهو اذن ليس مقصودا لذاته ، وهو وسيلة لا غاية . ومن النتائج التي يتحتم ان تترتب على ذلك انه لا ينبغي ان ينظر للامام الا على انه الصلة بين الامة وبين القائمين بتلك الاعمال ، التي يعتبر اداء كل منها وفاء بحق من حقوقها »^(١٢٦) .

ونرى اذا كان هذا هو التحليل السليم والدقيق لعلاقة الامة باعتبارها مصدر السلطات بالخليفة في ممارسة سلطاته المفوضة له منها ، والتي تمثل الاصول العامة للنظريات الاسلامية لنظام الحكم في الاسلام ، فانه يستنتج من ذلك ان تولية القضاء عن طريق الانتخاب (الامة ممثلة في جمهور الناخبين) هو الاصل العام وان لم يجر به العمل ، وان تولية القضاء بواسطة الخليفة أو ممن يفوضه في ذلك يعتبر سلطة مشتقة من ذلك الاصل العام وان جرى به العمل لرجحان مزاياه ومحاسنه على طريقة التولية بالانتخاب والتي تصاحبها عيوب كثيرة قد فصلناها في الحديث عن النظام الوضعي .

(١٢٤) الاحكام السلطانية : للماوردي — ص : ٢١

(١٢٥) مقدمة ابن خلدون : ٢ / ٦٦٣

(١٢٦) النظريات السياسية الاسلامية : لفضاء الدين الرئيس — ص : ٢٥٦

وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد أخذت بالطريقة المثل في اختيار القضاة وتمييزهم ، وكفلت بذلك حسن الاختيار وسمت بمركز القضاء عن مهاترات السياسة ومؤثرات الانتخابات^(١٢٧) الأمر الذي يمتشى ومبدأ استقلال السلطة القضائية .

المبحث الثالث

خصائص الولاية القضائية

ان من أهم خصائص الولاية القضائية الحيادة والتخصص والحيادة تتمثل في ان يحاكم الانسان أمام قاضى يتوافر فيه الاستقلال وان يطبق في أحكامه شرع الله في المسائل موضوع المحاكمة ويتقضى مبدأ التخصص ان يكون القاضى الذى يتولى الفصل في النزاع من تتوافر فيه شروط توليه القضاء ولذا نبحث هذين الموضوعين في مطلبين منفصلين :

المطلب الأول : حيادة القضاء

المطلب الثانى : تخصص القضاء

المطلب الأول

حيادة القضاء

الحيادة تعنى ان يحاكم المتهم أمام المحاكم العادية وبموجب القوانين القائمة على شرع الله وسنة رسوله — صلى الله عليه وسلم . ولكن قد تقع ظروف طارئة واستثنائية كالحرب والازمات والتى تفوض فيها القوانين الوضعية دستورية كانت أو تشريعية ، السلطة التنفيذية لسلطات واسعة تؤدي الى تعليق الحقوق الدستورية والضمانات القانونية للمواطنين ، فهل عرف النظام الإسلامى مثل معالجة تلك الظروف الغير عادية عن طريق قضاء محاصر أو قضاء عسكرى ؟

(١٢٧) العلاقات الدولية والنظم القضائية : للدكتور عبد الحالى النورى ص : ٢٦٢

رأينا ان امتداد ولاية القضاء العسكري على المدنيين سواء في الظروف — العادية أو الاستثنائية كانت مثار جدل في النظام الوضعي ، لما يتصف به بعدم الحيادة ، فتمس استقلال القضاء وينتقص من ولاية السلطة القضائية ، فان النظام الاسلامي كما سنرى لم يعرف قضاءا عسكريا بهذه الصورة .

ان قاضي الجند أو قاضي العسكر — هو القاضي الذي يسير مع الجند لفصل في الخصومات التي يمكن ان تحدث بينهم ، أو بينهم وبين غيرهم ، وطبيعي ان مصادر قضاء الجند هي مصادر القضاء العادي نفسها ، وقد حدث هذا القضاء للمرة الاولى أيام الرسول — صلى الله عليه وسلم فقد بعث معاذ بن جبل قاضيا للجند الى اليمن ، كما بعث علي بن أبي طالب قاضيا اليها ، ثم ازدادت الحاجة الى هذا النوع من القضاء واستمرت فكان أبو الدرداء قاضي الجند زمن عمر وعثمان^(١٢٨) .

ولعل أول من أقامه عمر بن الخطاب ، اذ يروى الطبري ان عمر جعل على قضاء الناس عبد الرحمن بن ربيعة الباهلي ، وجعل له الاقباض وقسمة الفىء . وكان للجيش المملوكى في مصر قضاة مختصون بشئون العسكر يعرف الواحد منهم باسم « قاضي العسكر » وكانوا من المذاهب المختلفة ويحضرون « بدار العدل » ولم تكن لهم ولاية على غير العسكر ومن يتصل بهم من الصناع والعمال . وجاء في وصية قاضي العسكر نقلا عن العمري « وان أكثر ما يتحاكم اليه في الغنائم التي لا تحمل لاحد قبل هذه الامة ولى الشركة ما يطلب منه القسمة ، ولى المبيعات وما يرد منها بيع ، ومن الديون المؤجلة وما يحكم فيها بغيب ، وكل هذا مما لا يحتمل طول الاناة في القضاء ، واشغال الجند المنصور عن مواقف الجهاد بالتردد اليه للامضاء ، فاليكن مستحضرا لهذه المسائل ليعتد بالحكم في وقته »^(١٢٩) .

(١٢٨) السلطة القضائية — مرجع سابق — لطاهر القاسمي — ص : ٢٥٨ أخبار القضاء لوكيع — مرجع سابق

(١٢٩) السلطات الثلاث : مرجع سابق — ص : ٤٤٢ دكتور على ابراهيم دراسات في تاريخ الممالك البحرية ٣٩٢

أما في الأندلس فالذي عليه مؤرخو القضاء^(١٣٠) ، إنما لم تعرف إلا قضاء الجند حتى دخل عبد الرحمن بن معاوية قرطبة فألقى فيها يحيى بن زيد النجاشي قاضيا ، فأثبتته على القضاء ، ولم يعزله إلا أن مات قال : وكان يقال له ، والقضاء قبله بقرطبة قاضي الجند وقال محمد بن حارث : وقد رأيت سجلا عنده سعيد بن محمد بن محمد بن بشر — بقرطبة ، يقول فيه : حكم محمد بن بشر قاضي الجند بقرطبة .

وهذا النص ... يؤكد أن الفتح العربي في الأندلس لم ترس قواعده إلا بعد خمس وأربعين سنة من فتحها على الأقل ، لأن عبد الرحمن الداخل أرسى مركبه في « المنكب » سنة ١٣٨ هجرية وكان فتح الأندلس عام ٥٣ هـ فالفترة السابقة لدخول عبد الرحمن كانت فترة حروب مستمرة ، والناس جميعا فيها من الجند ، والقضاء بينهم « قضاء جند » فلما دخل عبد الرحمن قرطبة واستقرت قواعد الملك الجديد تغيرت تسمية قاضي الجند فأصبح « قاضيا »^(١٣١) .

وأورد القلقشندي في صبح الأعيان عن قاضي العسكر « وإن كان قاضي العسكر وصي بنحو ما يوصى به القاضي ، وإن يتخذ معه كاتباً يكتب للناس ، وإن يقبل من الجند من كان ظاهر العدالة ، فإن الشهود المعدلين لتحمل الشهادة يعز وجودهم في العسكر . وإن يكون له منزل معروف يقصد فيه إذا نصبت الخيام وأحسن ما يكون ذلك عن يمين الأعلام السلطانية »^(١٣٢) .

ثم أشار القلقشندي إلى بعض اختصاصات الجند فقال : « وإن يكون مستعدا للأحكام التي يكرر فصلها في العسكر : كالغنائم ، والشركة ، والقسمة ، والمبيعات ، والرد بالمعيب ، وإن يسرع في فصل القضايا بين الخصوم لئلا يكون في ذلك تشاغل عن مواقع الحرب »^(١٣٣) .

(١٣٠) قضاء الأندلس للبيهقي المالكي ص : ٢١ ، قضاء قرطبة للخطيب ص : ٢٨

(١٣١) السلطة القضائية — المرجع السابق — ص :

(١٣٢) صبح الأعيان في صناعة الأنبياء — مرجع سابق ١١ / ٩٦ ، السلطة القضائية

(١٣٣) مرجع سابق — ص : ٢٦٠ — صبح الأعيان — المرجع السابق

وغلبه الظن ان قاضى الجند كان يفصل فى الخصومات من جهة ، ويمطى التوجيهات والفتاوى لقائد الجيش والجنود من جهة أخرى ، يدل على ذلك عبارة وردت فى توقيع « مرسوم تعيين » بقضاء العسكر بدمشق ، كتب به للقاضى فمس الدين محمد الاخنائى الشافعى ، بالجناب العالى^(١٣٤) جاء فيه « فاليهاش الوظيفة المباركة ، وليحل فى قضاء العساكر بطلعته السنية ، ليفصل بينهم فى الاسفار فى كل قضية ويعرفهم طرق القواعد الشرعية^(١٣٥) . والجملة الاخيرة » ويعرفهم طرق القواعد الشرعية » واضحة فى ان قاضى الجند هو الذى يبين للجيش أحكام الشريعة فى المشكلات التى تعرض له ، لكى يوفق تصرفاته على مقتضاها . وهذه الطريقة بقيت متبعة حتى أواخر أيام السلطنة العثمانية حيث كانت تلحق كل فرقة بمفت يصورها بأحكام الحلال والحرام وكان يسمى « مفتى الآى »^(١٣٦) .

ومما يدل على ان قضاء العسكر كان يلتزم بمبدأ الشرعية مثله فى ذلك مثل القضاء — العادى ما جاء فى هذه الصورة عن توقيع بقضاء العسكر التى أوردها القلقشندى : فاليحكم فى ذلك كله بما أراه الله عن علمه وأتاه حكمة وحكمه ، وبين له من سبل الهدى وهينه لبصيرته من سنن نبيه صلى الله عليه وسلم التى من حاد عنها فقد جار واعتدى وليقف من الاحكام عندما قرره الشريعة المطهرة من أحكام الله التى لا يعقلها الا العالمون ويأمر كلا من المتقاضين بالوقوف عند ما حد له « ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون »^(١٣٧) .

وبتين مما تقدم ان القضاء العسكرى فى النظام الاسلامى يتميز بالآتى :

١ — قاضى الجند أو قاضى العسكر مؤهل تأهيلا علميا مثله فى ذلك مثل القاضى العادى .

(١٣٤) السلطة القضائية — مرجع ساهل

(١٣٥) صبح الاعشى ١٢ / ٣٦١

(١٣٦) السلطة القضائية مرجع ساهل ٢٦١

(١٣٧) المرجع الساهل ١١ / ٢٠٥ — السلطة القضائية — المرجع الساهل — ص :

٢ — يتبع قاضي العسكر الاجراءات القانونية التي يطبقها القضاء العادي في المحاكمات فلا توجد اجراءات استثنائية كما هو الحال في النظام الوضعي .

٣ — يطبق قاضي العسكر المصادر القانونية التي يطبقها القضاء العادي وهي الكتاب والسنة وما أجمع عليه السلف الصالح ، ثم يجتهد رأيه بما يتفق وروح الشريعة الإسلامية فلا توجد قوانين استثنائية .

٤ — تقتصر ولاية القضاء العسكري على الجند ومن يتصل بهم من العمال والصناع وهذا ما يأخذ به النظام الوضعي ، ولا تمتد ولايته على المدنيين سواء في الأحوال العادية أو الاستثنائية ما دامت المحاكم العادية قادرة على ممارسة أعمالها وهذا ما يأخذ به النظام الإنجليزي .

ونخلص من هذا الى ان القضاء العسكري في النظام الاسلامي هو قضاء محايد غير خاضع للسلطة العسكرية (قائد الجيش) بل ان القاضي هو الذي يصير القائد وجنوده للاجراء والسلوك الذي يتفق ومبدأ الشرعية ، فهو قضاء خاص بالعسكر فهو امتداد وتأكيـد للسلطة القضائية واستقلالها ، وهذا نظام لم يعرفه النظام الوضعي في تاريخه القديم والحديث .

المطلب الثاني تخصيص القضاء

لم يعرف النظام الاسلامي القضاء الشعبي كما عرفه النظام الوضعي سواء في الشرق أو الغرب ، لان القضاء في الاسلام هو (رتبة دينية ونسبة شرعية وفيه فضل عظيم لمن قوى القيام به واداء الحق فيه) (١٣٨) لانه من وظيفة الانبياء والرسل لذلك

(١٣٨) كتاب النباغ — مرجع سابق — ٦ / ٢٨١

اشترط جمهور الفقهاء ضرورة توافر أهلية الاجتهاد فيمن يليه ، فلا يجوز تولية الجاهل وان ولي فان حكمه يكون باطلا ولو وافق الحق ، ولانه لا يقوى على القيام به واداء الحق فيه الا لمن يكون عالما بالاحكام الشرعية وعلمه بها يشتمل على علم أصولها والارتياض بفروعها ، (١٣٩) .

حاء في سبل السلام عن برهدة رضى الله عنه قال : قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — « القضاء ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة » وكأنه قيل من هم ؟ — فقال « رجل عرف الحق ف قضى به فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق ف قضى للناس على جهل فهو في النار »

والحديث ظاهره ان من حكم بجهل وان وافق الحق فانه في النار لأنه أطلقه وقال : ف قضى للناس على جهل فانه يصدق على من وافق الحق وهو جاهل في قضائه انه قضى على جهل ، وفيه التحذير من حكم بجهل أى بخلاف الحق مع معرفته به ... وفيه نهي عن تولية الجاهل القضاء قال في مختصر السنة : انه لا يجوز لغير المجتهد ان يتقلد القضاء ولا يجوز للإمام توليته (١٤٠) .

أما الاحناف (١٤١) فانهم يقولون بصحة تولية الجاهل القضاء لان الاجتهاد عندهم شرط أولوية ، ولكن عند التحقيق نرى ان الاحناف لا يقولون بصحة تولية الجاهل على اطلاقها وإنما يراعون في ذلك حالة الضرورة وهذا أمر غير مختلف عليه بين الفقهاء .

يقول صاحب البدائع : « وأما العلم بالحلال والحرام وسائر الاحكام ليس بشرط الجواز بل شرط الندب والاستحباب ... ولكن مع هذا لا ينبغي ان يتقلد الجاهل بالاحكام لان الجاهل نفسه .. يفسد أكثر مما يصلح بل يقضى بالباطل من حيث لا

(١٣٩) الاحكام السلطانية — مرجع سابق ص : ٦٠

(١٤٠) سبل السلام — ٤ / ١١٥ و ١١٦٧

(١٤١) بدائع الصنائع ٧ / ٣ أنظر كذلك حاشية ابن عابدين ٥ / ٣٦٥ وفتح القدير ٧ / ٢٥٦ ، الزيلعي ٤ / ١٧٦

بشر ، وليس المقصود بالجاهل من جهل القراءة والكتابة وإنما هو من يجهل الحكم بشرع الله .

ويتبين من ذلك ان القضاء في الاسلام نشأ متخصصا وظل كذلك فلا يجوز لاي — شخص مهما كان علمه وعلمه مكانه ان يولى القضاء ما لم تتوافر فيه جميع شروط ولاية القضاء العضوية وأهمها على الإطلاق أهلية الاجتهاد ، فان خلا الزمان من مجتهد بالمعنى العلمي الدقيق لمصطلح كلمة « مجتهد » فان القضاء الذي يمارس الفصل في الخصومات بين الناس لكيلا تضيع الحقوق بعد قضاء ضرورة . فتخصص القضاء أمر تملبه وتفرضه طبيعة القانون في النظام الاسلامي ، وبذلك تكون السلطة القضائية في الاسلام مستقلة استقلالاً تاماً لا يليها غير المتخصصين .

لقد حاول البعض ان يشبه القضاء الشعبي المتمثل في نظام المجلدين بالنظام الذي عرف في الاسلام باسم « العلول » ويرى ان هذا الرأي محل نظر^(١٤٢) والعلول كما يقول ابن خلدون وظيفة دينية تابعة للقضاء ومن مواد تعريته وحقيقته هذه الوظيفة القيام بما يأذن به القاضي في الشهادة بين الخصوم وتسجيل الحقوق في السجلات ومن شروطها الاتصاف بالعدالة الشرعية^(١٤٣) . وهذا يعني ان العلول نفر من الناس يختارهم القاضي لمساعدته في تصفح أحوال الشهود ، ويشترط فيهم العدالة وانتفاء التهمة عنهم ويجب على القاضي التحري في اختيارهم ، فان قصر في ذلك لحمل تبعة تقصيره بالاضافة الى ان العلول كانوا يمارسون عملية توثيق قضائي .

ولم يكن نظام العلول بعيد عن الشبهات حتى قال البعض : « كانت الشهادة شائعة بين المسلمين ولم تكن مقصورة على اناس معروفين حتى اتخذوها جمالة ونصبوها شركا »

(١٤٢) تاريخ القضاء في الاسلام للشيخ محمود محمد بن عروس — ص : ١٣١ — ١٣٤ — نظام المجلدين في الاسلام للاستاذ فؤاد أمين مجلة الجامعة السنة ٤٩ لعام ١٩٦٩ العدد الثاني ص : ٤٩ — الدكتور جمال الدين العطيشي — العدالة الاشتراكية — ص : ٣١ ، الدكتور محمد عبد الحالح عمر — القضاء الشعبي — مجلة الجامعة ١٩٧٣ العددان ٣ و ٤ السنة ٥٣ ص : ١٤٠ .

(١٤٣) مقدمة ابن خلدون — الجزء الثاني — تحقيق الدكتور عبد الواحد ولي — ١٩٨١ — ص : ٦٣٥ .

ومحالة « ومن المأثور عن سفیان الثوري قوله : « الناس عدول الا العدول »^(١١) . ويتضح من ذلك ان - العدول يساعدون القاضي على تقدير شهادة الشهود والمهلفون يساعدون القاضي على اثبات الوقائع .

ولكن نرى ان نظام « العدول » لم يكن نوع من القضاء الشعبي الذي عرفه النظام الوضعي لا من حيث شروطه وطرق اختياره ولا من حيث غايته وأهدافه .



(١١) تاريخ القضاء لابن عرنوس - المرجع السابق - ص : ١٣٤

الفصل الثاني الولاية الموضوعية

نقصد بولاية القضاء الموضوعية ممارسة القضاء لاختصاصاته في الفصل في كل ما يثار بين الأفراد أو بين الأفراد والسلطات العامة في الدولة وفق كتاب الله وسنة رسوله وما أجمع عليه السلف الصالح .

ونبحث في هذا الموضوع الأسس التي تقوم عليها وظيفة القضاء ثم رقبته على أعمال السلطات العامة فنقسم هذا الفصل إلى بحثين :

المبحث الأول : الأسس التي تقوم عليها الوظيفة القضائية

المبحث الثاني : ممارسة الوظيفة القضائية

المبحث الثالث : رقابة القضاء على أعمال السلطات العامة

المبحث الأول

الأسس التي تقوم عليها الوظيفة القضائية

قامت الوظيفة القضائية — في النظام الوضعي — على مبادئ يوجب عليها الطابع السياسي ، فمبدأ الشرعية وسيادة القانون بدأ سياسيا في نشأته ثم تحول إلى مبدأ قانوني وأن لم يتخلص من رواسب السياسة ، أما مبدأ الفصل بين السلطات فقد نشأ

سياسيا وظل كذلك ولذا نناقش مبدأ الشرعية وسيادة القانون ومبدأ الفصل بين السلطات في النظام الاسلامي كمرتكزين للوظيفة القضائية فنقسم هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الاول : مبدأ المشروعية في النظام الاسلامي

المطلب الثاني : مبدأ الفصل بين السلطات

المطلب الاول مبدأ الشرعية وسيادة القانون في النظام الاسلامي

رأينا ان مبدأ الشرعية وسيادة القانون يعني في النظام الوضعي ان يخضع الحكام والمحكومين في تصرفاتهم لحكم القانون ، وقد استقر هذا المبدأ بعد كفاح الشعوب المبرر ضد الظلم والظغيان والسلطة المطلقة ، التي كانت لا تقيدتها قيود ، ولا تحد من سلطانها حدود .

أما مبدأ الشرعية وسيادة القانون في النظام الاسلامي كان القاعدة والاساس الذي قام عليه الاسلام كمقيدة وشرعية ، فلا غرو في ذلك لان الاسلام جاء لرفع الظلم ومحاربة الظغيان وتفويض أركان السلطة المطلقة ، ولذا وجد ذلك المبدأ أساسه في الكتاب والسنة واجماع المسلمين ، حتى في تلك العصور التي شهدت الضعف والانحلال .

قال تعالى : ﴿ ... ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ ^(١٤٥) قال ابن عباس : من جحد بما أنزل الله فقد كفر ومن أقر به ولم يحكم فهو ظالم فاسق ، وقال ان جرير عن الشعبي ان هذه الآية نزلت في المسلمين ^(١٤٦) .

وقال تعالى : ﴿ ... ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ ^(١٤٧) قال ابن

(١٤٥) الآية ٤٤ من سورة المائدة

(١٤٦) مختصر ابن كثير للصابون المجلد الاول ص : ٢٠

(١٤٧) الآية ٤٥ من سورة المائدة

جرير ان هذه الآية نزلت في اليهود وان قوله تعالى : « ... ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون » (١٤٨) نزلت في النصارى .

يقول الصابوني : وقد استدل كثير ممن ذهب من الأصوليين والمفهاء الى ان شرع من قبلنا شرع لنا ان حكى مقررا ولم ينسخ كما هو المشهور عند الجمهور (١٤٩) .

وقال جل شأنه : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فان تنازعتم في شئ فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » (١٥٠) .

هذه الآية تبين وجوب طاعة المحكام (أولى الأمر) ولكن هذه الطاعة ليست مطلقة بل مقيدة ومرتبطة بمدى موافقة تصرفات المحكام وقراراتهم وأوامرهم لكتاب الله وسنة رسوله ودليلنا في ذلك ان الضمير في قوله تعالى : « فان تنازعتم في شئ » لا يعود على الرعية فحسب وإنما يعود كذلك على المحكام (أولى الأمر) فاذا ثار النزاع بين الرعية والمحكام (السلطات العامة) فيجب رده الى الكتاب والسنة ، لانه لو كانت الطاعة مطلقة لكان الرد الى الله والرسول وأولى الأمر ، ولان الطاعة مقيدة فقد قصرت الآية الرد الى كتاب الله وسنة رسوله .

واذا لم يرد المحاكم كل نزاع الى كتاب الله وسنة رسوله فان عمله أو تصرفه يكون باطلا وهذا ثابت من قوله سبحانه وتعالى « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ولا تبطلوا أحكامه » (١٥١) .

وقد جاءت السنة النبوية مؤيدة ومؤكدة وموضحة لتلك الآيات القرآنية . ثل اصل الله عليه وسلم : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » (١٥٢) .

(١٤٨) الآية ٤٧ من سورة المائدة

(١٤٩) مختصر ابن كثير - المرجع السابق ص : ٢٠

(١٥٠) الآية ٥٩ من سورة النساء

(١٥١) الآية ٣٣ من سورة محمد

(١٥٢) سنن ابن ماجه ٢ / ٩٥٦ ، الجامع الصغير ٢ / ٦٤٦ ، صحيح الترمذي ١ / ٣١٩

وقال : « على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره إلا أن يؤمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة » (١٥٣).

وقال : « لا طاعة لى معصية الله إنما الطاعة لى المعروف » (١٥٤).
وقال صلى الله عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » (١٥٥).

ولذلك فإن الآيات السابقة مقترنة مع هذه الأحاديث تقرر كل نزاع يحدث لى المجتمع الإسلامى — بين أفراد وأفراد أو بين طوائف وطوائف أو بين الرعية والدولة أو بين مختلف أجزاء الدولة وشعبها — إنما يرجع القضاء فيه الى ذلك القانون الأساسى الذى تلقيناه من الله ورسوله صلى الله عليه وسلم ... ومقتضى هذا المبدأ يجب ألا تكون الدولة خالية من هيئة تفصل بين الناس بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم تلك الهيئة هى السلطة القضائية .

لقد أصبح مبدأ الشرعية وسيادة القانون هو النهج الذى يجب على الخليفة أو الوالى أن يسلكه ويوضحه للناس ويلتزم به أمامهم بمجرد توليته ، لقد خاطب سيدنا أبو بكر رضى الله عنه الناس بعد توليته خليفة لرسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله : « .. أطيعونى ما أطعت الله ورسوله وإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لى عليكم ... » (١٥٦).

وخطب أيضا محمد بن أبى بكر عند توليته مصر من قبل أمير المؤمنين على بن أبى طالب كرم الله وجهه فقال : « فإن يكن ما ترون من أمارتى وأعمالى طاعة الله وتقوى فأحمدوا الله عز وجل على ما كان من ذلك ، وإن رأيتم عاملا عمل غير الحق زائفا فأدفعوه الى ، وعاتبونى فإنى بذلك أسعد وأنتم بذلك جديرون » (١٥٧).

(١٥٣) صحيح مسلم ٢ / ٦٤٦ ، سنن ابن ماجه ٢ / ٩٥٦ ، صحيح البخارى ٩ / ٥٢

(١٥٤) صحيح مسلم ٦ / ١٥ ، صحيح البخارى ٩ / ٥٣ مسند أحمد ٢ / ٦٢٢ — ٦٤٣

(١٥٥) صحيح البخارى ٩ / ٨٧ ، الجامع الصحيح ٥ / ١٣٢

(١٥٦) تاريخ الطبرى ٣ / ٢١٠ ، تاريخ الإسلام السياسى — للدكتور حسن ابراهيم حسن — طبعة أولى ١ / ٢٥٠

(١٥٧) تاريخ الطبرى — مرجع سابق — ٤ / ٥٥٦ و ٥٥٧

« وتطبيقاً لمبدأ الشرعية وأنه أحد الأسس التي بنى عليها نظام الحكم الاسلامي نجد
 احكام المسلمين بعد انتهاء العصر الاسلامي الاول ، يطبقون ذات المبادئ التي كان
 يطبقها السابقون ويبدلون جهدهم لتطبيق احكام الشرع بالرغم من ان الوازع الديني كان
 قد بدأ في الضعف ، فكانوا يخضعون لاحكام القضاء مثلهم في ذلك مثل أي فرد عادي
 من افراد الرعية ، ويحسروا دائماً في تصرفاتهم وأعمالهم لتطبيق احكام الشرع الامر الذي
 يدل على ان مبدأ الشرعية لم يكن مجرد اسلوب شخصي أو أشخاص بعينهم ، بل انه مبدأ
 استقر في ضمير الجماعة وكيانها فمئذ ان وضعت أول لبنة في بناء الدولة
 الاسلامية» (١٥٨).

وتطبيقاً لذلك نجد بعض الولاة رفض تنفيذ أوامر الخليفة لأنها جاءت مخالفة لمبدأ
 الشرعية ، ذلك ان الحكم بن عمر الغفاري نائب زائدة بن أبي سفيان على عكرسان قد خزا
 جبل الاسل فغنم أموالاً جمّة فكتب اليه زناد بأن أمر المؤمنين معاوية قد جاء في كتابه ان
 يجمع الذهب والفضة من الغنيمة وترسل الى بيت المال ، فرفض ورد بان كتاب الله مقدم
 على كتاب أمير المؤمنين (١٥٩).

ولعله من أوضح الأمثلة على رسوخ مبدأ الشريعة وسيادة القانون واستقراره في
 نفوس القضاة والولاة والحكام ان ابن هبيرة عندما ولي العراق وعكرسان نياحة عن يزيد بن
 عبد الملك ، استدعى الحسن وابن سيرين والشعبي ... فقال لهم : ما ترون في كتب تأتينا
 من عند يزيد بن عبد الملك فيها بعض ما فيها ، فلن أنفذها وافقت سحق الله وان لم
 أنفذها نحشيت على دمي فقال ابن سيرين والشعبي قولاً فيه بعض تقيه ، فالتفت ابن هبيرة
 الى الحسن وقال : ما تقول يا أبا سعيد ، فقال الحسن : يا ابن هبيرة خف الله في يزيد ولا
 تخف يزيد في الله ، يا ابن هبيرة ان الله مانعك من يزيد ، وان يزيد لا يمنعك من الله ، يا
 ابن هبيرة لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، فأنظر ما كتب اليك فيه يزيد فأعرضه على

(١٥٨) الرقابة على أعمال الادارة في الشريعة الاسلامية والنظم المعاصرة — رسالة دكتوراه — للدكتور سيد عبد المنعم
 الحكيم الهامى — ص : ٨١

(١٥٩) تاريخ الطبري — مرجع سابق — ٢٥١ / ٥ — البداية والنهاية زين كلفر ٢٩ / ٨

كتاب الله تعالى ، فما وافق كتاب الله تعالى فأنفذه ، وما خالف كتاب الله فلا تنفذه ، فان الله أولى بك من يزيد ، — وكتاب الله أولى بك من كتابه^(١٦٠) ولعل هذا أبلغ وأكمل تطبيق لمبدأ الشرعية وسيادة القانون بدرجة لا يمكن ان يكون قد وصل الله النظام الوضعي في تاريخه الطويل لان الطاعة المفروضة للحكام ليست طاعة أصيلة واجبة ابتداء ، وانما هي طاعة تبعية ترتبط أساسا بمدى طاعة أولى الامر لله وللرسول والتزامهم بأوامرهما ، واجتناب نواهيهما والعمل على تحقيق وكفالة مقاصد الشريعة وأهدافها ، ولا يكون لأول الامر طاعة فيما وراء ذلك ، بل انه يجب على كل مسلم في هذه الحالة الرد والانكار^(١٦١) .

وكان القضاء أكثر تشددا في التمسك بمبدأ الشرعية ، فهذا الخليفة الظاهر بن الناصر العباسي يولي على القضاء الشيخ عماد الدين أبا الصلح نصر عبد الرازي فلم يقبله الا بشرط ان يورث ذوى الارحام فقال له الخليفة : اعط كل ذى حق حقه واتق الله ولا تتق سواء — وهذا هو ابن عطاء الحنفى يقف في وجه الظاهر بيبرس وذلك لما وقعت الحوطة على أملاك الناس اراد السلطان الظاهر بيبرس منه ان يحكم بمقتضى مذهبه فغضب القاضى من ذلك ، وقال : هذه أملاك بيد أصحابها وما يحل لمسلم ان يتعرض لها ثم نهض من المجلس فذهب ، فغضب السلطان من ذلك غضبا شديدا ، ثم سكن غضبه فكان يثنى عليه بعد ذلك ويمدحه ويقول لا تثبتوا كتبنا الا عنه^(١٦٢) .

ويتبين من هذا ان مبدأ الشرعية وسيادة القانون في النظام الاسلامى كان حجر الزاوية الذى قام عليه استقلال السلطة القضائية ، فاذا كان ذلك المبدأ قد بدأ سياسيا في مظهره في النظام الوضعي نتيجة لمقاومة الشعوب للسلطة المطلقة ثم أصبح بعد ذلك مبدأ قانونيا في جوهره ، فانه في النظام الاسلامى قد بدأ منذ فجر الدعوة الاسلامية مبدأ قانونيا

(١٦٠) العقد الفرید لابن عبد ربه ١ / ٢٣ و ٢٤

(١٦١) رئیس الدولة بین الشريعة الاسلامیة والنظم الدستوریة المعاصرة — رسالة دكتوراه — للدكتور فؤاد محمد اللغادی — ص : ٨٨٧ وما بعدها .

(١٦٢) البداية والنهاية لابن كثير — مرجع سابق — ٣ / ٢٦٨

ونعتقد ان عبارة لا تلجوا كتاب الا عنه ، تعنى تفويض القضاء تفويضا كاملا للرقابة على أعمال الإدارة من رئيس الدولة وحتى رجل الشرطة وهذا هو مبدأ الشريعة وسيادة القانون في أعظم صوره .

ومحوراً أساسياً للعقيدة والشرعية لأن الحاكمية القانونية لله سبحانه وتعالى ، ولذلك ظل القضاء في الإسلام يرفض بحزم تطبيق أى - قانون أو قرار أو أمر يصدر من الخليفة أو عماله إذا كان ذلك القانون أو القرار أو الأمر جاء مخالفاً للأحكام العامة الواردة في كتاب الله وسنة رسوله ، ولذلك يكون النظام الإسلامى قد عرف مبدأ الشرعية وسيادة القانون ، وبالتالى عرف استقلال السلطة القضائية كنتيجة طبيعية معترية عليه قبل أن يعرف ذلك النظام الوضعى بعده قرون لأنه من شرع الله الذى خلق الإنسان ولن يعقل أن يكون الإنسان المخلوق أحسن من الله صنعا .

يقول الدكتور ضياء الدين الرهس : « فلا خلاف بينهم مطلقاً (أى بين علماء المسلمين) - بل لا خلاف بين أمة الإسلام جميعاً - على أنه لا تجوز الطاعة إلا فيما وافق الشرع وما قال أحد أبداً أن الطاعة تجوز في معصية .

« وعلى رأس الأدلة التى يستنبط منها هذا الحكم - الحديث الشريف الذى رواه البخارى في صحيحه . الا وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « السمع والطاعة على امرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية . فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة » .

« قال القسطلانى - شارح البخارى - تعليقا على هذا الحديث : « هذا تفيد لما أطلق في الحديثين السابقين ، من الأمر بالسمع والطاعة ومن الصبر على ما يقع من الأمير مما يكره .

« نقول : وهذا تفيد لكل الأحاديث التى وردت بحالة على الطاعة .

« كما أثبت البخارى حديثاً صحيحاً آخر ، هو قوله عليه الصلاة والسلام : « ما تحب الطاعة في المعروف » .

« ويستنبط هذا الحكم أيضاً في الآية الكريمة التى احتوت صيغة البيعة التى أملاها الرسول صلى الله عليه وسلم على النساء المؤمنات ، فقد جاء فيها قوله تعالى : « ولا يعصينك في معروف » قال المفسر « أبو مسعود » في شرحه للآية : « والتقيد بالمعروف - مع

ان الرسول صلى الله عليه وسلم لا يأمر الا به — للتنبيه على انه لا يجوز طاعة مخلوق في معصية الخالق .

« نقول ويمكن استنباط الحكم أيضا من الآية الكريمة « ولا تطيعوا أمر المسرفين الذين يفسدون في الأرض ولا يصلحون ... »

« ومما جاء في كلام الغزالي ان « طاعة الامام لا تجب على الخلق الا اذا دعاهم الى موافقة الشرع » (١٦٣) .

المطلب الثاني

مبدأ الفصل بين السلطات

« لم يتكلم أحد فيما أعلم من رجال الاسلام في أمر هذا الفصل ولم يكن هناك جدال علمي أو نظري في ذلك كما هو حاصل في التشريع الحديث ، ولكن القابت ان الخلفاء في صدر الاسلام كانوا يباشرون هذه السلطات بأنفسهم ولا يجعلونها الى من سواهم ، فكانت كلها مجتمعة في يد الخليفة من تشريع وقضاء وتنفيذ ، وإمام الخلفاء في ذلك رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فقد كان له التشريع والقضاء والتنفيذ باعتماد ان وظيفته دعوة الناس الى الايمان وتبليغ ما أنزل من ربه ، وكان يرعاهم ويسوس من يوجب دعوته منهم ، ويدير أمورهم ، وينظم أحوالهم وفق ما يقتضيه الشرع الشريف

وهذا التبليغ وذلك التدبير ينظمان التشريع والقضاء والتنفيذ فلا نجد لفصل السلطات واستقلال القضاء مكانا في التشريع الاسلامي لان أعمال القضاء ، والعلماء المشرعين لم تتمايز تمايزا تاما ولم يوضع لها نظام خاص ، وبخاصة في العصر الاول لتأسيس دولة المسلمين ، فان الأعمال كانت مشتركة ، والسلطات مشتركة ، وكان الرسول هو القاضي الاعظم ، وهو المشرع فهو شارع وقاض ومنفذ

(١٦٣) النظريات السياسية — مرجع سابق — ص : ٢٥٨ و ٢٥٩

وقد ولّاه مولاة هذه السلطات كلها قال تعالى : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل به » وقال تعالى : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما ... »

وما كان في جمع هذه السلطات في قبضة الرسول الأعظم من الاضطراب التي تقتضي انفصال هذه السلطات وجعلها مستقلة تمام الاستقلال عن بعضها لأن - الرسول صلى الله عليه وسلم معصوم : لا يصدر منه قول عن غرض ، ولا فعل عن هوى ، بل كان في تشريعه المصلحة ولي قضائه العدل ولي تنفيذه الحكمة » (١٦٤) .

ولئن كان مبدأ الفصل بين السلطات يعتبر بمثابة سلاح من أسلحة الكفاح ضد السلطة المطلقة ، وضد تركيزها في يد شخص واحد وهيئة واحدة منعاً لاستبدادها وتمسكها (١٦٥) ، ويجهل من كل سلطة رقبتها على السلطات الأخرى بحيث تمسكها إذا ما عن لها الخروج عن فلكها ...

... ولئن كان هذا هو أهم هدف لمبدأ الفصل بين السلطات ففراه قد تحقق النظام الإسلامي منذ فجر الإسلام ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم وقد تركزت السلطات الثلاث في قبضته كان مراقباً مراقبة محكمة من السماء (لأن الله سبحانه وتعالى وهو المطلع مؤيد لرسوله ومتبع لكل عمل يقوم به ، فإذا لم ينزل ما يصوب هذا العمل كان ذلك اقراراً من الله سبحانه وتعالى لما قام به رسوله ، وإذا نزل ما يصوبه كان ذلك اعلاناً من الله سبحانه وتعالى بأنه لا يترك عملاً للرسول إلا إذا كان مطراً منه ... وإن السماء لا تترك صغيرة ولا كبيرة حتى شكوى المرأة لرسول الله سبحانه وتعالى من فوق سبع سموات ونزلت فيها آية كريمة : قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشعكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير ، لقد وصلت الدقة في الرقابة وفي التصويب وفي مطابقة المنهج إلى حد

(١٦٤) مجلة القانون والاقتصاد : بحث للمرحوم الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلائف السنة ٣٧ ص : ٥٦٥ وما بعدها
أنظر السلطات الثلاث للصمد الدكتور الطمراوى ص : ٦١٨ وما بعدها ، وأنظر كذلك السلطة القضائية للشيخ عبد الصمد عبد الحليم سالم - رسالة للعالمية مطبوعة - جامعة الأزهر سنة ١٩٣٧ ص : ٢٣ و ٢٤

(١٦٥) مجلة اللواء الإسلامي - السنة الثانية ، العدد ٦٥ - ٨ رجب ١٤٠٣ هـ - ٢١ أبريل ١٩٨٣ - مقالة للشيخ محمد متولى الشعراوى - ص : ٨ في معرض رده على توليق الحكيم .

شكوى امرأة من زوجها الى رسول الله سمعها الله من فوق سبع سموات وأنزل فيها قرآنا ...

اذن عندما يقول الله سبحانه وتعالى : « وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » يقول هذا ليطمئننا وهو المطلع برأى المنهج كلمة كلمة — وفعلنا تدخل السماء لتصحيح ، وكانت السماء قادرة الا تصحح علنا أمام البشر — وكانت السماء قادرة على ان توحى بما هو صحيح قبل ان يحدث كما تم في أشياء كثيرة ، ولكن الله سبحانه وتعالى اراد ان يضرب لنا أمثلة تدخل الى نفوسنا اليقين الا نرتاب لان السماء تراقب وتدخل .

ولكن كان الشيخ خلاف قد خلص في بحثه السابق الى انه لم يجد لمبدأ الفصل بين السلطات واستقلال القضاء مكانا في التشريع الاسلامي ، الا ان الاستاذ ظاهر القاسمي^(١٦٦) يرى عكس ذلك حيث يعتقد ان الاسلام قد عرف استقلال القضاء وتفرق سلطات الدولة منذ القرن السابع الميلادي بينما لم تعرف ذلك الامم المتحضرة الا في أواخر القرن الثامن عشر الميلادي مستنتجا ذلك من حديث رسول الله — صلى الله عليه وسلم — مع معاذ بن جبل رضى الله عنه عندما بعث به إلى اليمن واليا وقاضيا واستشهد كذلك بواقعة غزو سمرقند التي رواها الطبري^(١٦٧) . لقد اشتكى أهل سمرقند لحاكمها سليمان بن أبي السرح عامل عمر بن عبد العزيز عليها بان القائد العسكري لقوات المسلمين قتيبه قد استولى على بلادهم دون اتخاذ الاجراءات القانونية الاسلامية وحولت شكواهم الى القضاء للنظر فيها .

وعند نظر الدعوى أمام القاضي جميع بن حاضر تبين للمحكمة ان القائد العسكري لم يتبع الاجراءات التي نص عليها الكتاب والسنة ، وقال تعالى : « وأما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على اسواء ان الله لا يحب الخائنين » وروى كذلك انه كان بين معاوية والروم عهدا ففسار اليهم حتى يكون قريبا من بلادهم فاذا ما انقضى العهد غزاهم ، فجاء رجل على فرس وهو يقول الله أكبر الله أكبر وفاء ولا ندر فاذا هو عمر بن عتبة ، فأرسل

(١٦٦) السلطة القضائية : لظاهر القاسمي — ص :

(١٦٧) تاريخ الطبري ٦ / ٥٦٧

إليه معاوية وسأله فقال : سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد ولا يحلها حتى ينقضى أمرها أو ينهد اليهم على سواء فراجع معاوية (١٦٨).

وهنا نرى عمر بن عبد العزيز يدرك مبدأ تفريق السلطات على أهم وجه ، وذلك بأنه حين عرف مظلمة أهل سمرقند لم يت هو بها مع أنه كان يسمعه ذلك ولم يعهد بها إلى عامله ... مخالفة إن يجتمع به الهوى أو تأخذه العزة بالآل .. ولم يفاوض ذلك إلى القائد العسكري بل أمر أن يجلس لهم القاضي - لماذا ؟ .. لأن القاضي لا يتأثر بالاعتبارات العسكرية أو السياسية ولا يأبه إلا بحكم الله ويطبق أوامر الشريعة كما وردت (١٦٩).

ونعتقد أن لغزوة بني قريظة دلالة قوية وهامة تشير إلى مبدأ الفصل بين السلطات ، وذلك عندما عاد المسلمون من غزوة الخندق ، أمر الله سبحانه وتعالى رسوله صلى الله عليه وسلم بالتوجه إلى غزو بني قريظة ، فتمحركت قوات المسلمين - بقيادة الرسول صلى الله عليه وسلم وحاصروا بني قريظة عدة ليال حتى استسلموا .

وكان من الممكن أن يتخذ النبي فيهم من القرارات ما يشاء لانه القائد العسكري الأعلى لقوات المسلمين ، ولانه غزا بأمر الهى غير قابل للاعتد والرد ، ولانه في معركة حرة هي ظرف استثنائى ، يحكمها قانون استثنائى لا تتوفر فيه الضمانات للحكوم عليهم في محاكمة عادلة ، خاصة وجود قاضى محايد ، ولكن مع كل هذا وذلك فقد رفع النبي أمرهم إلى القضاء فحكم فيهم سعد بن معاذ .

وعندما وصل القاضى سعد إلى ساحة المحاكمة أمر الرسول صلى الله عليه وسلم الجميع بالقيام به توفيرا له بحضور المحكوم عليهم ليكون أبلغ في نفوذ حكمه ، فلقاموا إليه وقالوا : يا أبا عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ولالك أمر مواليك فحكم فيهم ، فقال سعد : عليكم بعهد الله وميثاقه ان الحكم فيهم لما حكمت ؟ قالوا : نعم ، قال : وعلى من هنا في الناحية التى فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو معرض عنه

(١٦٨) المرجع السابق - لفظ القاضى

(١٦٩) المرجع السابق

اجلاله له ، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : نعم . قال سعد : فاني حكمت فيهم ان يقتل الرجال ، وتقسم الاموال ، وتسبي الدراري والنساء . قال الرسول صلى الله عليه وسلم : لقد حكمت فيهم من فوق سبعة أرفعة (١٧٠) .

ويتبين من هذا أن هذا الغزو كان بموجب تشريع الهي ، ثم نفذ بموجب قرار نبوي ، وحكم فيه بقرار قضائي ، وفي هذا أوضح دلالة على مبدأ الفصل بين سلطة التشريع ، وسلطة التنفيذ ، وسلطة القضاء .

وإذا كان النبي عليه الصلاة والسلام قد مارس جميع هذه السلطات للاعتبارات السابقة إلا أن الله كان مطلعاً عليه ومراقباً له في استعمالها . وكذلك إذا ظلت تلك السلطات بيد الخلفاء الراشدين من بعده فإن شدة عدلهم وتقواهم وخوفهم من الله سبحانه وتعالى كانت أكبر ضماناً ضد التعسف أو إساءة استعمال السلطة .

وبذلك يكون النظام الاسلامي قد عرف مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره أهم عنصر لاستقلال السلطة القضائية ، قبل أن يعرفه النظام الوضعي بعدة قرون ، وأن لم يتحدث فقهاء المسلمين عن ذلك المبدأ مثل ما تحدث عنه فقهاء القانون الوضعي ، بسبب عدم سيادة النظام الاسلامي وتطبيقه عملياً لضعف الأمة الاسلامية وخضوعها واستسلامها للنظام الوضعي وقفل باب الاجتهاد .

ونحن نتفق فيما ذهب اليه استاذنا العميد الطماوي « في أن توزيع وظائف الدولة على هيئات مستقلة ومتخصصة تراقب بعضها بعضاً ، لا ينافي مبادئ الفكر الاسلامي في السياسة . وإذا كان المسجد قد أدى دوره كبرلمان يناقش فيه المسلمون أمور حياتهم ويعرض فيه حكام المسلمين سياستهم في التنظيم العصري القائم على استحداث برلمان منتخب ، يختار الحكام ويحاسبهم ويعزلهم إذا أخطأوا ، يتفق تماماً مع مبادئ المسلمين في الحكم والسياسة . . . »

(١٧٠) السيرة النبوية لابن كثير - تحقيق مصطفى عبد الواحد - ٣ / ٢٣٢ و ٢٣٣ - مطبعة عيسى الباب الحلبي - ١٩٦٥ .

المبحث الثاني ممارسة الوظيفة القضائية

تمارس الوظيفة القضائية في النظام الاسلامي هيئات ثلاث نعرض لها في ثلاثة مطالب :

المطلب الاول : القضاء العادي

المطلب الثاني : قضاء المظالم

المطلب الثالث : قضاء المحسبة

المطلب الاول القضاء العادي

تمارس الوظيفة القضائية قضاء مؤهلون يستوجب النظام الاسلامي فيهم شروط محددة ويختارون بطرق معينة — كما رأينا ويختلف اختصاص كل قاضي عن آخر بحسب ولايته ، وقد قسم الماوردي القضاء الى الانواع الاتية :

أولا : القاضي ذو الولاية العامة :

إذا كانت ولاية القاضي عامة فإن اختصاصاته تشمل عشرة أمور ذكرها الماوردي على النحو الاتي :

١ — الفصل في المنازعات : أما عن صلح أو تراض بشرط ان يكون الصلح جائزا ، وأما بحكم ملزم .

٢ — استيفاء الحقوق ممن ماطل بها وايصالها الى مستحقها بعد ثبوتها بالادلة الشرعية .

٣ — ثبوت الولاية على كل من كان ممنوع التصرف بماله أو صغر والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس و حفظا للاموال على مستحقها وتبحيحها لاحكام العقود فيها .

- ٤ - النظر في الاوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها وصرف ريعها في أغراضه .
- ٥ - تنفيذ الوصايا .
- ٦ - تزويج الايامى بالاكفاء اذا عد من الاولياء ودعين الى النكاح .
- ٧ - اقامة الحدود على مستحقها ، فان كان من حقوق الله تعالى تفرد باستيفائه من غير طالب ، وإن كان من حقوق الآدميين كان موقوفا على طلب مستحقه .
- ٨ - النظر في مصالح عماله من الكف عن التعدي في الطرقات والافنية واخراج ما لا يستحق من الاجنحة والانبية ، وله ان ينفرد بالنظر فيها ، وإن لم يحضره خصم .
- ٩ - تصفح شهوده وامثاله واختيار النالين عنه من خلفائه في اقرارهم والتعويل عليهم .
- ١٠ - التسوية في الحكم بين القوى والضعيف والعدل في القضاء بين المشروف ولا يتبع هواه في تقصير المحقق أو ممايلة المبطل .

وواضح من الغرض السابق ، ان الاختصاصات التي ذكرها الماوردي تشمل ما يطلق عليه اليوم تسمية الاختصاصات القضائية والاختصاصات الولاية ، ثم بعض التوجيهات العامة في كيفية ممارسة القاضي لعمله .

ثانيا : القاضي عام النظر خاص العمل :

وهذا القاضي يمارس كافة الاختصاصات التي أشرنا اليها في البند السابق ، ولكن اختصاصه يقيد بمنطقة معينة . فتنفذ أحكامه فيها وحدها .

ثالثا : القاضي محدود الولاية :

ولقد عرفه الماوردي على النحو التالي : « ويجوز ان تكون ولاية القاضي مقصورة على حكومة معينة بين خصمين ، فلا يجوز ان ينفذ النظر بينهما الى غيرهما من الخصوم » والتحديد هنا بالافراد . لوكن الماوردي أضاف اليها التحديد بالايام ،

كأن يمين للقاضي أيام معينة لا يجوز له ان يجلس للقضاء في غيرها .

رابعاً : القضاء المخصص بالزمان أو المكان أو الموضوع :

ولقد أشار الماوردي الى هذا النوع من القضاء المخصص ، ومقتضاه :
أ / يمكن لولى الامر تخصيص دائرة مكانية للقاضي لا يجوز ان يعمدها ، فيقتصر اختصاصه على المقيمين فيها أو القادمين اليها ، ولو كانت جزءا من إقليم الدولة ، أو بلدا بعينه ، بل يمكن ان يصل التحديد المكاني ، الى الموضوع الذي يحكم فيه ، وبهذا المعنى يقول الماوردي : « ولو قلد الحاكم فيمن ورد اليه في داره أو في مسجده صبح ، ولم يجوز له أن يحكم في غير داره ولا في غير مسجده ، لانه جعل ولايته مقصورة على من ورد الى داره أو مسجده ، فلذلك صار حكمه فيها مشروطا » .

ب / ويمكن ان يقيّد القاضي من حيث الزمان ، بحيث تحدد للقاضي أيام معروفة في الاسبوع ، ويكون ممنوها من الجلوس للقضاء في غيرها وبهذا المعنى أيضا يقول الماوردي : « ولو قال قلدتك النظر بين الخصوم في كل يوم سبت ، جاز ، وكان مقصور النظر فيه » .

ج / تخصيص القضاء بالموضوع : فضلا عن المكان والزمان ، يمكن ان تقيّد ولاية القضاء بموضوع النزاع بان يختص قضاء كل نوع من أنواع المنازعات ، وفيه يقول الماوردي : « واذا قلد قاضيان على بلد ، وهذ الى أحدهما نوع من الاحكام وإلى الآخر غيره ، كرد المدانيات الى أحدهما ، والمناكح الى الآخر ، فيجوز ويقتصر كل واحد منهما على النظر في ذلك الخاص » .

بل لقد عرف النظام القضائي الاسلامي في وقت مبكر فكرة تقييد القضاء بنصاب مالي معين ، فلقد روى ان عمر بن الخطاب أنه قال لاحد قضاته : « رد عني الناس في الدرهم والدرهمين » كما روى أبو عبد الله الزيري ان الامراء بالبصرة يستقضون القاضي في

مكان معين يحكم في مائتي درهم وعشرين دينارا فما دونهما ، وفرض النفقات ولا يتعدى موضعه ولا ما قدر له ^(١٧١) .

المطلب الثاني قضاء المظالم

بدأ القضاء موحدا في عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وظل كذلك في خلافتي أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وذلك لتمكن الوازع الديني في نفوس المسلمين وعدالة الخلفاء وعماهم . ولكن بعد مقتل الامام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه ومحاولة الاعتداء على حياة معاوية صار الخلفاء أقل اتصالا بالعامية ، يغلقون الابواب دونهم ويهينون الحجاب عليها . ومع اتساع رقعة الدولة الاسلامية ، ودخول شعوب غير عربية في الاسلام ، وبعد العهد عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — ضعف الوازع الديني واستشرى الفساد وتجاهر الناس بالظلم وتجهور الولاة والعمال ، ولم تكفلهم زواجر العظة عن القمانع والتجاذب فاحتاجوا في ردع المتغلبين الى قاضي المظالم الذي يمتزج به قوة الحكام بنصف القضاة ^(١٧٢) .

ويتطلب البحث في قضاء المظالم الحديث عن تعريف ولاية المظالم ثم عن أساسها القانوني والتاريخي وعن الذين يمارسونها ثم عن شروط قاضي المظالم واختصاصاته وعزله ثم كيفية قضاء المظالم .

أولا : تعريف ولاية المظالم :

الظلم لغة وضع الشيء في غير موضعه ، وفي الشريعة عبارة عن التعدي من الحق الى الباطل قصدا وهو الجور وقيل هو في ملك الغير ومجاوزة الحد ^(١٧٣) ، وولاية

(١٧١) القضاء في الاسلام للاستاذ محمد سلام مذكور — ص : السلطات الثلاث — ص : ٤٤٤
(١٧٢) الاحكام السلطانية للماوردي ص : ٧٨ وأبي يعلى — ص : ٥٧ — الادارة العربية — محمد كرد — ص : ٣٠٢
(١٧٣) القاموس المحيط ٤ / ١٤٥ ، التعريفات للجوهراني — ص : ١٢٥ — فتح المبدى بشرح مختصر الزبيدي ٢٣٥ / ٢

المظالم كما يعرفها كل من الماوردي وأبو يعلى الفراء - هي قود المظالمين الى العاصف بالرهبة وزجر المخاضعين عن العجاجة بالهبة^(١٧٤)

ويرى الشيخ أبو زهرة ان ولاية المظالم كولاية القضاء وكولاية الحرب وكولاية الحسبة جزء مما يعوله في الامر الاعظم ويقم فيه ثانيا عنه من تكون فيه الكفاية والهمة لادائه - ويسمى المولى لامر المظالم ناظرا ولا يسمى قاضيا ولكن عمله ليس قضائيا محالفا - بل هو قضائي وتنفذي اداري أحيانا^(١٧٥)

ويرى الاسعد العميد الذكوري الطماوي ان وظيفة النظر في المظالم تتأرجح بين القضاء والادارة ولذلك فهي تحتاج الى عدة عناصر معاونة لكي تم على أكمل وجه فاذا كانت القاعدة في القضاء الاسلامي هي وحدة القاضي فان نظر المظالم كما يقول الماوردي : يشغل على خمسة اصناف لا يستغنى عنهم نظر المظالم ولا ينظم الا بهم وهم^(١٧٦)

أ - الحملالا والاعوان : لجذب القوى وتقوم الجرمه
ب - القضاء والحكام : لاستعلام ما ثبت عندهم من الحقوق ومعرفة ما يجري في مجالسهم بين الخصوم .

ج - الفقهاء : ليرجع اليهم فيما أشكل ويسألهم فيما اشبه وأعتدل .
د - الكتاب : ليقروا ما جرى بين الخصوم وما توجه لهم أو عليهم من الحقوق .
هـ - ليشهدهم على ما أوجه من حق وأمناء من حكم .

ثانيا : الاساس القانوني لقضاء المظالم :

يمهد قضاء المظالم أساسه في النظام الاسلامي في القرآن والسنة لان الظلم من

(١٧٤) الاحكام السلطانية - الماوردي - ص : ٧٧ وأبو يعلى - ص : ٧٣

(١٧٥) الاحكام السلطانية - للماوردي - السلطات الثلاث - ٤٥١ و ٤٥٢

(١٧٦) مقدمة ابن خلدون - ص :

المسائل التي حرمها الله سبحانه وتعالى على عباده ونهاهم عنه لما فيه من مفسد وشرور تفوض أركان المجتمع الانساني وما ينشأ عنه كما يقول ابن خلدون : فساد العمران وخرابه وذلك مؤذن بانقطاع النوع البشري وهي الحكمة العامة المراعاة للشرع في جميع مقاصده الخمسة : من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال :

وقد ذم الله سبحانه وتعالى في كثير من الآيات القرآنية بقوله تعالى : « أما من ظلم فسوف نعذبه ثم يرد الى ربه فيعذبه عذابا نكرا » ^(١٧٧) ويقول جل شأنه : « ان الذين كفروا وظلموا لم يكن الله ليغفر لهم » ^(١٧٨) وقوله : « واتبع الذين ظلموا ما أترفوا فيه وكانوا مجرمين » ^(١٧٩) وقد تواترت الآيات القرآنية على ذلك ^(١٨٠).

وقد أكد الرسول — صلى الله عليه وسلم — في الحديث القدسي عن الله سبحانه وتعالى : « يا عبادي اني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا .. » ^(١٨١) وقال عليه الصلاة والسلام : « اتقوا الظلم فانه ظلمات يوم القيامة » ^(١٨٢) وقال : « ان الناس اذا رأوا الظالم فلم يضرهوا على يديه أوشك ان يعمهم الله بعقابه منه » ^(١٨٣).

ثالثا : الأساس التاريخي :

أما أساسه التاريخي جاء في سيرة النبي لابن هشام انه لما كثر في قرش في الجاهلية الزعماء وانتشرت فيهم الرهاسة وشاهدوا من التغالب والتجاذب ما لك يكفهم عنه سلطان قاهر عقدوا بينهم حلفا على رد المظالم وانصاف المظلوم من الظالم —

(١٧٧) الآية ٨٧ الكهف

(١٧٨) الآية ١٦٨ النساء

(١٧٩) الآية ١١٦ هود

(١٨٠) أنظر الآيات : ٤٥ الأنعام — ٥٩ الكهف — ٢٢٧ الشعراء — ٥١ النجم — ٦٥ الزمر ٢١ و ٤٧ الأنعام — ٤٢ الشورى — ٣٦ التوبة .

(١٨١) الجامع الصحيح ٩٣ / ٦

(١٨٢) صحيح مسلم ٨ / ١٨ — سبل السلام ٤ / ٢٧٢ — صحيح الترمذي ١ / ٢٦٥

(١٨٣) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه .

..... فاجتمع في دار عبد الله ابن جدعان بن تيم - بنو هشام وهو المطلب وهو
أسد بن عبد العزى وبنو زهرة ابن كلاب وبنو تيم بن مرة - وتعاهدوا على ألا يجهلوا بمكة
مظلوما من أهلها وغيرهم ممن دخلها من سائر الناس إلا قاموا معه وكانوا على من ظلمه
حتى ترد إليه مظلمته - وقد سميت قريش هذا الحلف بحلف الفضول^(١٨٤).

وكان السبب المباشر لهذا الحلف ما حكاه الزبير بن بكار أن رجلا من اليمن من بني
زهر قدم مكة متعمرا لبضاعة فاشتراها منه رجل من بني سهم قبل أنه العاصي بها وأل -
فلوى الرجل بحقه - فسأله ماله أو متاعه فامتنع عليه فقام على الحجر وأنشد بأهل صوته
مستنكرا ومستغيبا

وكذلك فإن قيس بن شيبه السلمي باع متاعا على أبي بن خلف فلواه وذهب بحقه
فاستجار برجل من بني جمع فلم يجره فقال شعرا استنكر أن يحدث ذلك في الحرم - فقام
العباس بن عبد المطلب وأبو سفيان فردا عليه ماله واجتمعت بطون قريش وعقدوا ذلك
الحلف^(١٨٥).

وقد شهد هذا الحلف رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل الرسالة وكان ابن خمسة
وعشرين سنة وأقره بعد الرسالة بقوله : لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلف
الفضول - ولو ذهبت في الإسلام لأجبت وما أحب أن لي به حجر النعم^(١٨٦).

ولقد تمسك الحسين بنى على الله عنهما بهذا الحلف في عهد معاوية بن أبي سفيان
ذكرنا بن اسحق - أنه كان بين الحسين بنى على رضي الله عنهما وبين أمير المدينة بن عتبة
بن أبي سفيان منازعة في مال كان بينهما - فتحامل الوليد على الحسين لسلطانه - فقال
له الحسين أحلف بالله لتصفني من حقى أو لاخذن سيفي ثم لاقومن في مسجد رسول
الله صلى الله عليه وسلم ثم لا دعون بحلف الفضول قال : فقال عبد الله بن الزبير وهو عند
الوليد حين قال الحسين ما قال - وأنا أحلف بالله لئن دعا به لأخذن سيفي ثم لاقومن معه

(١٨٤) سيرة ابن هشام - ص : ١٤٤

(١٨٥) المرجع السابق

(١٨٦) نهاية الأرب للذهبي ٦ / ٢٦٦

حتى ينصف من حقه أو لموت جميعا قال وبلغت المسور بن محزمة بن نوفل الزهري فقال
مثل ذلك وبلغت عبد الرحمن بن عثمان بن عبيد الله التيمي فقال مثل ذلك — فلما بلغ
ذلك الوليد بن عتبة أنصف الحسين من حقه حتى رضى^(١٨٧).

ولعل أول سابقة يرى الفقهاء فيها نوعا من قضاء المظالم تلك الحادثة التي وقعت من
خالد بن الوليد ، فقد روت كتب التاريخ ان خالد بن الوليد قتل مقتلة في قبيلة جذيمة بعد
ان أعلن أهلها الخضوع فاستنكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ورفع عن أهلها الظلم
بأن دفع دية قتلاها^(١٨٨).

ولى اعتقادنا ان الرسول — صلى الله عليه وسلم كان يمارس في هذه السابقة قضاء
ادارى لان خالدا موظف من موظفى الدولة الاسلامية وارتكب خطأ تسبب عنه ضرر أثناء
تأدية وظيفته وان هذه السابقة تشير كذلك الى مسؤولية الدولة فى النظام الاسلامى عن
جميع موظفيها ولى جميع الظروف . لان قضاء المظالم نشأ بعد ان ضعف الوازع الدينى
وتعسف الولاة وظلموا الرعية .

ويذكر الماوردى وأبو يعلى الفراء ان الرسول صلى الله عليه وسلم نظر المظالم فى
الشرب الذى تنازعه الزهيرة بن العوام ورجل من الانصار — فحضره بنفسه وقال للزبير :
« اسق أنت يا زبير ثم الانصارى » — فقال الانصارى ان كان ابن عمك يا رسول الله —
فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا زبير أجره على بطنه حتى يبلغ الماء الكعبين
وانما قال (أجره على بطنه) أداها لجرأته عليه^(١٨٩) ونحن نتفق مع الدكتور حمدى عبد
المنعم^(١٩٠) ان هذا الحكم كان قضاء ولم يكن نظرا فى المظالم لان الخصمين كانا من أفراد
الناس وحسنت الخصومة بتعيين صاحب الحق وهو الزبير أما تأديب الانصارى فكان
لواقعة أخرى هى جرأته على الرسول صلى الله عليه وسلم وهو فى مجلس القضاء مما يعتبر
« اهانة محكمة » حسب تعبير القوانين الوضعية .

(١٨٧) سيرة ابن هشام — ص : ١٤٤ والجامع لاحكام القرآن للقرطبى ٦ / ٣٣

(١٨٨) تاريخ الرسل والملوك للطبرى ٣ / ٦٧ و ٦٨

(١٨٩) الاحكام السلطانية للماوردى — ص : ٧٧ والاحكام السلطانية لآل يعلى — ص : ٧٤

(١٩٠) ديوان المظالم — مرجع سابق — ص : ٥٠

ولكننا نختلف مع الدكتور حمدي^(١٩١) في اعتبار قضاء الرسول - صلى الله عليه وسلم - في نزاع سمرة بن حذاف مع الأنصاري حيث كان لسمرة لمخل في بستان أنصاري وكان يدخل عليه هو وأهله فيؤذيه - فشكا الأنصاري إلى الرسول فقال الرسول لسمرة بعه فأبى قال فأقلعه فأبى - قتل به ولك مثلها في الجنة فأبى فقال الرسول - صلى الله عليه وسلم - أنت مضار وقال للأنصاري اذهب فأقلعه .

ولي اعتقادنا أن هذا قضاء عادي يتعلق بالتعسف في استعمال الحق ولا علاقة له بقضاء المظالم وإن قضاء المظالم هو تعقب أشر أنواع الظلم وهو ظلم الولاة وكبار رجال الدولة وهو ما يقابله القضاء الإداري في النظام الوضعي وإن اختلف قضاء المظالم في نشأته وتكوينه وأجراءاته فإنه ينبغي أن يطبق في العصر الحديث كما هو عليه الأمر في نظام القضاء الإداري لأن أولى الأمر أنفسهم بعد أن ضعف وأزعهم الديني فيجب أن يخضعوا لسلطة مستقلة محايدة .

رابعاً : اختصاصات ناظر المظالم :

وفيما يلي نعرض لاختصاصات المظالم كما أوردها المأوردى :

أولاً : النظر في تعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعسف في السيرة :

فعل ناظر المظالم أن يتصفح أحوال الولاة من تلقاء نفسه . بلا حاجة إلى متظلم كما ذكرنا . ليقومهم أن انصفوا ، ويكفيهم أن فسقوا ، ويستبدل بهم إن لم ينصفوا .

ثانياً : النظر في جور العمال فيما يجبونه من الأموال ، فيرجع فيه إلى القوانين العادلة . ليحمل الناس عليها ، ويأخذ العمال بها ، وينظر فيما استرادوه فإن دفعوه إلى بيت المال أمر برده ، وإن أخذوه لأنفسهم استرجعه لأربابه .

(١٩١) المرجع السابق - ص : ٥١

ثالثا : تصفح أحوال كتاب الدواوين ، لانهم أمناء المسلمين على ثبوت أموالهم فيما يستوفونه له ويوفونه منه .

رابعا : النظر في تظلم المستورقة (الموظفين) من نقص أرزاقهم أو تأخرها عنه .

خامسا : رد الغصب : أى الاموال التى اغتصبت على خلاف أحكام الشرع وقد قسمها الماوردى الى قسمين :

(أ) الغصب السلطانية : وهى التى يأخذها الولاة بغير حق أما بضمها للدولة ظلما أو إن يأخذوها لانفسهم . وهذا النوع من الظلم يأخذ حكم الاختصاصات الثلاثة الاولى ، بمعنى ان ناظر المظالم يحكم برده الى ذويه منى علم به من تلقاء نفسه ، ودون حاجة الى متظلم . فاذا لم يعلم به فان نظره فيه يتوقف على تظلم ملاك المال المغتصب . ولكن ناظر المظالم فى هذه الحالة يستطيع ان ينقص الحقيقة من ديوان السلطنة ، أى أن نظره غير متوقف على تقديم الادلة من ذى المصلحة ، وإنما من الممكن ان يصل اليها ناظر المظالم بطريقته الخاصة .

(ب) غصب الاقرباء من الافراد : أى الاموال التى يفتصبها وجهاء الدولة من الضعفاء ، وهذا النوع من الغصب لا يعرض له ناظر المظالم الا بدعوى من ذى مصلحة

سادسا : النظر فى المنازعات المتعلقة بالاقواف : ويتميز فى هذا الخصوص بين الاوقاف العامة ، والاقواف الخاصة .

(أ) أما الاوقاف ذات المصارف العامة (كالاوقاف على المساجد والفقراء) فان ناظر المظالم ليس بحاجة الى متظلم لمباشرة اختصاصاته المتعلقة بها بل له ان يتدخل من تلقاء نفسه ليجرى ريعها على سبيلها ، وممضيها على شروط واقفها اذا عرفها من أحد ثلاثة أوجه : أما من دواوين المندوبين لحراسة الاحكام ، وأما من دواوين السلطنة ، وأما من كتب فيها قديمة يغلب على الظن صحتها

(ب) أما الأوقاف الخاصة : (وهي التي تكون على مستحقين معروفين) . فلا يملك ناظر المظالم ان يتصدى للمنازعات المتعلقة الا بتظلم من ذى الشأن ، ولا يحكم الا وفقا للطريقة المألوفة في الالابات . وقد جعل هذا النوع من النزاع من اختصاص قاضي المظالم نظرا لضعف المستحقين أمام سطوة ناظر الوقف .

سابعها : الاشراف على تنفيذ الاحكام التي يصدر القضاء عن تنفيذها .

ثامنا : معاونة ناظر الحسبة (المحتسب) في انقاذ اختصاصاته ...

تاسعا : مراعاة العبادات الظاهرة كالجمع والاعياد والحج والجهاد من تقصير فيها أو إخلال بشروطها (فان حقوق الله أولى ان تستوفى وفروضه أحق أن يؤدي) .

هاشرا : النظر بين المتشاجرين ، والحكم بين المتنازعين فلا يخرج في النظر بينهم عن موجب الحق ومقتضاه ولا يسوغ ان يحكم بينهم الا بما يحكم بالحكام والقضاة^(١٩٢) .

وبغض النظر عن الاختصاصات المتنوعة والمتشعبة لناظر المظالم فان ولايته برقابة أعمال الإدارة كانت من الاتساع والشمول ما لم يحدد لها نظير في النظم القانونية المعاصرة ومن ثم ظل قضاء المظالم دعامة قوية لمبدأ الشرعية وسيادة القانون ، ومعلما بارزا لقوة السلطة القضائية واستقلالها .

ولئن كان القضاء ظل موحدا منذ فجر الاسلام لان الوازع الديني كان متمكنا من المسلمين ولان الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين رضی الله عنهم كانوا حريصين على اختيار رجال الإدارة من المشهود لهم بالكفاءة والزهد والورع ، فان الحاجة قد دعت الى قيام ذلك النظام بعد أن أصبحت الخلافة ملكا عضويا في عهد بني أمية ، وضعف الوازع الديني ، وبدأ اختيار رجال الإدارة يقوم على القرابة والمحسوبية ، فكان أول من جلس لها من خلفاء بني أمية عبد الملك بن مروان وإن آخر من جلس لها الخليفة المهتدي من بني العباس .

(١٩٢) السلطات الثلاث — مرجع سابق — ص : ٤٥٢ و ٤٥٣ و ٤٥٤ — الاحكام السلطانية للمأوردي — ص :

٧٨ وابن بطي — ص : ٧٦

خامسا : من الذى يمارس ولاية المظالم ؟ :

ولاية المظالم من الولايات العامة وتثبت لكل ذى ولاية عامة لان الرسول صلى الله عليه وسلم كان يتتبع سيرة عماله ويحاسبهم ويعاقبهم وكذلك فعل الخلفاء الراشدون من بعده وسار من بعدهم خلفاء بنى أمية وكان الخليفة عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه اول من تولى ولاية المظالم وباشرها بنفسه دون أن يردها الى القضاء ورد مظالم بنى أمية على أهلها حتى قيل له وقد شدد عليهم وأغلظ « أنا نخاف عليك من ردها العواقب فقال : كل يوم أتقيه وأخافه دون يوم القيامة لا وقته »^(١٩٣) وقد باشر خلفاء بنى العباس النظر فى المظالم وكان أول من جلس منهم مجلسا عاما للمظالم الخليفة المهدى وقد عرف انه كان اذا جلس للمظالم قال : « أدخلوا على القضاة فلو لم يكن ردى للمظالم الا للحياء منهم لكفى »^(١٩٤) وولاية قضاء المظالم لا يقتصر مباشرتها على الخلفاء وحدهم^(١٩٥) بل أنه يجوز للخلفاء تفويضها الى غيرهم مثلها فى ذلك مثل بقية الولايات الاخرى التى تدخل فى اختصاص — الخليفة وان كانت العادة قد جرت قبل اضمحلال الخلافة ان يتولى الخليفة قضاء المظالم بنفسه وذلك بالاضافة الى نوابه الذين ينتدبهم لمباشرتها والاختصاص بها دون غيرهم^(١٩٦).

سادسا : الشروط الواجب توافرها فى قاضى المظالم :

لما كان قاضى المظالم فى الاغلب الاعم من أصحاب الولاية العامة ويمارس أعمالا قضائية فلذا فانه يجمع بين صفتى الولاية والقضاة وقد أجمل شروطه الماوردى وأبى يعلى^(١٩٧) بقولهما : « ان يكون جليل القدر نافذ الامر عظيم الهبة ظاهر العفة قليل الطمع كثير الورع . لانه يحتاج فى نظره الى سطوة الحماية وتثبيت القضاة فاحتاج الى الجمع بين صفتى الفريقين وان يكون بجمالة القدر نافذ الامر فى الجهتين » وهذا يعنى بالاضافة الى هذه

(١٩٣) البداية والنهاية لابن كثير ٩ / ٢١٣ — الاحكام السلطانية للماوردى ٧٧ وأبى يعلى ٧٥

(١٩٤) تاريخ الكامل لابن الاثير ٢ / ٣٣ — مآثر الخلافة للفلقشندى ١ / ١٨٥

(١٩٥) مقر ابن خلدون

(١٩٦) أنظر هامش ٦٠٣ للذكور سيد عبد المنعم الحكيم فقد أورد الذين تولوا قضاء المظالم على مدى تاريخ الدولة الاسلامية — مرجع سابق .

(١٩٧) الماوردى — ص : ٧٧ وأبى يعلى — ص : ٧٣ و ٧٤

الصفات ان تتوفر فيه الشروط العامة في تولية القضاة والولاة .

يخضع قاضي المظالم باعتباره يمارس عملاً يدخل في ولاية القضاء في عزله للقواعد العامة التي تحكم عزل القضاة العاديين وذهب رأى حديث انه لا يجوز عزل قاضي المظالم ما لم يتغير حاله أو كانت هناك مصلحة تقتضي ذلك وذلك باعتباره — يمارس عملاً يدخل في ولاية القضاء . أما اذا تولى قضاء المظالم واحد من ذوى الولاية العامة فانه يعزل عن قضاء المظالم بعزله عن وظيفته الأصلية التي يشغلها ويخضع في ذلك للقواعد العامة التي تنظم الوظيفة الأصلية^(١٩٨).

ولم يختلف مع ذلك في فقرته الأخيرة ونرى ضرورة ان تسبغ على وظيفته الحصانة القضائية بحيث لا يعزل كان سبب عزله من وظيفته الأصلية يرجع الى سبب مستقر لحكم قضى به وذلك لكيلا لا يكون ذلك العزل قد تم بناء على اعتبارات سياسية تؤثر في ممارسة الوظيفة القضائية واستقلالها — ولذلك فان المشرع المصري في تعديل قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ قد راحى ذلك وعمل على تحصين وظيفة القضاء الإداري بضمانات فعالة .

سابعاً : تكيف قضاء المظالم :

ان الباحث في قضاء المظالم وطبيعته من حيث نشأته وتشكيكه واختصاصاته واجراءاته يخرج بالنتائج الآتية :

١ — نشأ قضاء المظالم في النظام الاسلامي لمنع المحراف كبار موظفي الدولة الاسلامية بسلطانهم بعد ان ضعف الوازع الديني وهذا يتفق مع الحكمة في نشأة القضاء الإداري في العصر الحديث لتحقيق مبدأ المشروعية وسيادة القانون .

٢ — تولى قضاء المظالم الخلفاء وفرضوه لكل ذى ولاية عامة وهذا يختلف عن نظام القضاء

(١٩٨) الدكتور سيد عبد المصم — مرجع سابق — ص : ٦٢٦ و ٦٢٧

العادى فى الاسلام ويتفق مع القضاء الادارى فى نشأته فى فرنسا حيث كان يتولى
الوزير القضاء الادارى .

- ٣ - ان معظم اختصاصات قاضى المظالم يغلب عليها الطابع الادارى .
- ٤ - ان الاجراءات الشكلية المتمثلة فى الكتابة تنسجم مع طبيعة القضاء الادارى لان
احكام القضاء العادى كانت غير مكتوبة الى وقت متأخر .

ويتبين من هذا ان قضاء المظالم قضاء ادارى كما ذهب الى ذلك استاذنا العميد
الدكتور الطماوى وهو الرأى الذى نؤيده - ولذلك نرى ان يشكل القضاء الادارى فى
النظام الاسلامى فى العصر الحديث من قضاء متخصصين ولا يشرك فيه الا اقلية من
الاداريين أو الشخصيات العامة ذلك لان الاسباب التى قام عليها قضاء المظالم وهو ضعف
الوازع الدينى فان اليوم تقوم بالاضافة اليه القرارات الظالمة والاجراءات المتعسفة التى تقوم
بها السلطات العامة فلا يجوز ان يكون القاضى حكما وخصما فى وقت واحد وهو ما يخل
بمبدأ الفصل بين السلطات وممس باستقلال السلطة القضائية .

المطلب الثالث

قضاء الحسبة

الحسبة لغة مشتقة من مادة (حسب) بحسب احتسابها والاحتساب لغة يدل على
بذل المعروف ومنع الظلم لوجه الله تعالى ، كما يدل على معنى الحفظ والشهادة والرقابة من
جانب المحتسب - وهو فى اصطلاح الفقهاء لا يخرج عن هذه المعانى ، فالحسبة عندهم
أمر بمعروف اذا ظهر تركه ، ونهى عن منكر اذا ظهر فعله واصلاح بين الناس^(١٩٩) وأساس
هذه الوظيفة قوله تعالى : « ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن
المنكر »^(٢٠٠) .

(١٩٩) مادة احتساب محمد بنيت المطيعى - حقيقه الاسلام وأصول الحكم - ص : ١٥٤
(٢٠٠) الاحكام السلطانية للماوردى وأبو يعلى

ويشترط في المحاسب ان يكون حرا عدلا ذا رأى وصراحة وبحسونة في الدين وعلم بالمنكرات الظاهرة واختلاف الفقهاء في شرط الاجتهاد فاشترطه بعضهم وأهللته الاغلبية لان طبيعة عمل المحاسب لا تتطلب اجتهادا بالمعنى الفني كهذا الاصطلاح اذا أن — وظيفته تقوم أساس على منع العجائز بالمنكر وأعمال الواجبات الظاهرة المقررة (٢٠١)؟

واحتصاصات المحاسب كما يقول ابن خلدون هي ان يبحث المنكرات ويقرر ويؤدب على قدرها (٢٠٢).

أما الماوردي فقد رد الاختصاصات الى أصلها المقرر في القرآن الكريم وإلى تقسيم الحقوق في الشريعة الاسلامية فجاءت دراسته — كما يقول أستاذنا العميد الدكتور الطحاوي — أقرب الى المنهج الفقهي وتعرض لذلك باختصار :

أولا : ان وظيفة المحاسب وفقا للقرآن الكريم تقوم على أساس الامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

ثانيا : ان فقهاء الشريعة الاسلامية يقسمون الحقوق تقسيما ثلاثيا :
أ / حقوق الله : وهي التي تتعلق بالعبادات وهيكلان المجتمع الاسلامي .
ب / حقوق العباد : وهي الحقوق الخاصة للأفراد لحق الملكية .
ج / حقوق مشتركة بين الله والعباد : وهي الحقوق التي تحمل خصائص الحقين السابقين معا .

وتنبرها على ذلك قسم الماوردي اختصاصات المحاسب على النحو الاتي :

أولا : الامر بالمعروف :

أ / فيما يتعلق بحقوق الله الخاصة : ومن ذلك ان المحاسب يشرف على اقامة

(٢٠١) السلطات الثلاث — ص : ١٥٢

(٢٠٢) المراجع السابقة

صلاة الجماعة متى استوفت شروطها الشرعية ، وإقامة صلاة الجماعة في المساجد بكافة شعائرها ، وزجر من يتركون الصلاة بلا عذر شرعي وغير ذلك .

ب / فيما يتعلق بحقوق العباد : بعض هذه الحقوق ذو طابع عام مثل تعطيل مرافق البلدة المتعلقة بالشرب وهدم الأسوار ، والمساجد ومختلف المرافق فمن واجب المحتسب الإشراف على هذه المرافق وإصلاحها بالاتفاق عليها من بيت المال أو من المسورين من المسلمين بحسب الأحوال .

أما حقوق العباد ذات الطابع الخاص : فمثلها المبالطة في الحقوق ولي أداء الديون ، وكذلك كفالة من تجه كفالته من الصغار فيجوز للمحتسب أن يأمر بسداد الديون وإداء الحقوق والزام النساء أحكام العدة إذا فرقن وتكليف أرباب باطماحها والا يستعملوها فيما لا تطيق وتكليف من أخذ لقيطا وإن يقوم بحقوقه .

ثانيا : النهي عن المنكر :

أ (فيما يتعلق بحقوق الله الخالصة : وقد قسمها الماوردي الى ثلاثة أقسام :

١ — العبادات : مثل عدم أداء الصلاة وفقا لأوضاعها الشرعية والافطار في رمضان والامتناع عن اخراج الزكاة والتعرض للناس بالمساءلة في غير حاجة . وتصدي الجهلاء للفتوى في شؤون الناس وغيرها .

٢ — المخطورات : ويقوم واجب المحتسب على أن يمنع الناس من مواقف الرهسة مثل مخالطة النساء في الطرقات والمجاهرة باظهار الخمر أو السكر أو الملاحى المحرمة على سبيل المثال .

٣ — المعاملات المنكرة : كالربا الفاسدة وغش المبيعات وتدليس الائمان والبخس في المكاييل والموازن وغيرها .

(ب) فيما يتعلق بحقوق الأديين الخالصة : ومثالها أن يغذى أحد الأفراد على حد لجاره أو حرمة داره أو أن يضع أجذاع على جداره بدون إذنه ، وأعمالاً لهذه الحقوق منع المحتسب سلطة الإشراف على الأطباء والمعلمين حتى تتواءم فيهم شروط الأمانة ولا يهروا بأموال الناس وعلى كافة الصناعات حتى يهيئوا عملهم .

(ج) فيما يتعلق بالحقوق المشتركة : ومثال ذلك المنع من الإشراف على منازل الناس ومنع الأئمة في المساجد من الإطالة في الصلاة وتبنيہ القضاء الذين يحجبون المتقاضين بلا عذر شرعي ومنع أرباب المواشي من استعمالها فيما لا تطبق ومنع أصحاب السفن من الإشراف في تحميلها بما قد يؤدي إلى اضرارها ، — ومراعاة الآداب الإسلامية في الفصل بين الرجال والنساء . وأعمالاً لهذا النوع من الحقوق منع المحتسب سلطة الإشراف على الأسواق حتى لا تستعمل إلا فيما أهدت له من أغراض وعلى الطرق العامة حتى لا تشغل ببناء ولو كان مسجداً أو منقولات مما يعوق السير ، وعلى الجبهات حتى لا تنتهك حرمة الموتى^(٢٠٣) .

ويحلل أستاذنا العميد الدكتور الطحاوي وظيفة الحسبة فيرى أن وظيفة الحسبة منها من خصائص القضاء ونظر المظالم والشرطة : « فالمحتسب يفصل في المنازعات الظاهرة التي لا تحتاج إلى أدلة فهو بهذا قريب من القضاء . وهو يتولى تأديب من يهاجر بالمعصية ويخرج على المألوف من آداب المسلمين ومن ثم فهو يناظر المظالم . وأخيراً فإنه يرى النظام العام والأمن في الطرقات والأسواق مما يقره من وظائف الشرطة » .

وبعد أن تبلورت وظائف القضاء والمظالم والحسبة على النحو السابق يمكن ترتيبها وفقاً على أهميتها على النحو التالي :

ولاية المظالم ثم ولاية القضاء فولاية الحسبة .

ولقد رتب الماوردی علی ذلك النتيجة الطبیعیة وهی أنه یجوز لوالی
المظالم — فی المسائل المشتركة — ان یوقع الی القاضی والی المحتسب ولا یجوز
للقاضی أن یوقع الی والی المظالم ولكن له ان یوقع الی المحتسب ، أما المحتسب فلا
یجوز له ان یوجه أمرا الی أئی منها .

وننتهی فی هذا البتحت الی ان المحتسب یمارس أعمالا قضائیة وتعد وظيفة
الحسبة فیما یتعلق باختصاصاتها القضائیة نوعا من القضاء المستعجل ولأن قرارات
المحتسب وأوامره واجراءاته تخضع لرقابة القضاء أو قضاء المظالم بالتظلم منها وهذا
ما یقطع بأن الحسبة وظيفة قضائیة فی معظم اختصاصاتها .



المبحث الثالث

الرقابة القضائية على أعمال السلطات العامة

نصت المصادر الأساسية للنظام السياسي الاسلامي - الكتاب والسنة - على طاعة الافراد لاول الامر افرادا كانوا أو جماعات ، الا ان تلك الطاعة ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بان تتفق تصرفات اول الامر - تشريعية كانت أو ادارية مع الكتاب والسنة وما أجمع عليه السلف الصالح فيما لا تتغير فيه المصلحة ، وإذا جاءت على خلاف ذلك وقعت باطلا ولا طاعة فيها لانه لا طاعة في معصية الله وإنما الطاعة في المعروف ولذا كان القضاء في الاسلام وفي أشد العهود ظلما يرد على ما هو معارض مع شرع الله ، ونؤصل الموضوع في مطلبين :

المطلب الاول : الرقابة القضائية على أعمال السلطات التشريعية
المطلب الثاني : الرقابة على أعمال الامراء والولاة وعما لهم

المطلب الاول

الرقابة القضائية على أعمال السلطات التشريعية

لكي تتسنى لنا دراسة الرقابة القضائية على أعمال السلطات التشريعية - فردية كانت أو جماعية فلا بد لنا من دراسة طبيعة الدستور الاسلامي والتشريع الاسلامي أولا ثم نتعرض بعد ذلك لمبحث مبررات وكيفية الرقابة القضائية ولذا نقسم هذا المطلب الى فرعين :

الفرع الاول : طبيعة الدستور والتشريع الاسلامي
الفرع الثاني : مبررات وكيفية الرقابة القضائية

الفرع الاول طبيعة الدستور والتشريع الاسلامى

اذا كانت الرقابة القضائية تقوم على مبدأ المشروعية وفصل السلطة القضائية عن بقية السلطات العامة فى الدولة فان لطبيعتى الدستور والتشريع فى الاسلام معينين —
ينعكس أثرهما على تلك الرقابة .

أولا : طبيعة الدستور :

اذا كان الدستور — فى النظام الوضعى — هو مجموعة القواعد القانونية التى تبين نظام الحكم فى الدولة ونوعه ، وتنظيم السلطات العامة ، وتحديد حقوق الافراد وواجباتهم ، فان هذا التعريف وان كان لا يتعارض مع نظام الحكم فى الاسلام الا — ان للدستور الاسلامى معنى أعمق وأفضل من ذلك ، فالدستور يعنى التعبير عن الايمان بالله والتضامن فى تنفيذ أوامره ، ومنع نواهيه ، وان القرآن والسنة هما ميثاق الجماعة ، وان جلب المصالح ودرء المفاسد تحقيقا للمقاصد الشرعية واجب ، وان الاجتهاد يجب ان يكون موافقا للقواعد المقررة شرعا .

وبذلك تختلف القاعدة الدستورية فى النظام الاسلامى عن القاعدة الدستورية فى النظام الوضعى .

يقول استاذنا العميد الدكتور الطماوى^(٢٠٤) ولو اننا تركنا ما يثار حول هذه المصادر من خلاف ونظرنا اليها فى مجموعها لوجدنا ان مصادر الشريعة ممكن ردها الى ثلاثة : القرآن والسنة والرأى وهذا ما انتهى اليه الامام الاكبر شيخ الجامع الازهر الاسبق المرحوم شنتوت^(٢٠٥) ويرى العميد الطماوى ان هذه المصادر درجتان القرآن والسنة هم الرأى وقياسا

(٢٠٤) السلطات الثلاث — ٣٢٩ ، ٣٣٠

(٢٠٥) الاسلام عقيدة وشريعة — للامام الاكبر محمد شنتوت ١٩٥٩ ص : ٣٩٧

على تعريفات العصر فيمكن اعتبار القرآن والسنة بمثابة التشريعات الدستورية . أما المبادئ التي تستقى من غيرها من المصادر والتي تجمع تحت تسمية الرأي فانها بمثابة التشريعات العادية .

ثانيا : طبيعة التشريع ومجال الشورى :

ان طبيعة التشريع في النظام الاسلامي تختلف اختلافا بينا عن طبيعة التشريع في النظام الوضعي ، فالمشرع الوضعي يستطيع ان يضمن تشريعاته ما يشاء من أحكام الا ما استبعدته الدستور بنص صريح . أما التشريع في النظام الاسلامي فيجب ان يكون متفقا مع كتاب الله وسنة رسوله ، بحيث لا تتعارض المصلحة التي يسعى الى تحقيقها مع نص في الكتاب والسنة . ولذا تحدد مجال الشورى كسلطة تشريعية فيما يلي .

١ — من المطلق عليه ، ان الشورى — هي ضرب من الاجتهاد بالرأي الجماعي من أهله في شتى الشؤون التشريعية ، وسياسية ، واقتصادية ، واجتماعية — لا تجوز فيما ورد فيه نص قاطع ، لان ارادة الشارع فيه بيّنة ، وهي معصومة لا تتحمل الخطأ بخلاف الاجتهاد بالرأي ، ولو كان جماعيا لانه لجرمة للفكر الانساني ، وهذا ليس معصوما عن الخطأ ، وان كانت الجماعة قريبة من الصواب قوية ، ولكنها ليست قاطعة اذ لم تبلغ مستوى الاجماع من جهة ، لانها لا تقوى على معارضة حل ما ثبت بالنص وحيا ، وعلى وجه قاطع لكل احتمال ، لما في الاجتهاد في مثل ذلك في الانفعات على حق الله في التشريع ولما في تقديم الرأي على الوحي ، ولذا لم يكن هذا جائزا حتى بالنسبة للرسول — صلى الله عليه وسلم — نفسه ^(٢٠٦) لقوله تعالى : ان اتبع الا ما يوحى الى ، وما أنا الا نذير مبين ^(٢٠٧) ومن المقررات اصولية انه لا اجتهاد مع صراحة النص .

٢ — أما فيما يتعلق بالنص غير القاطع من بحث الدلالة ، فله مجال للاجتهاد الفردي فكذلك الجماعي من باب أولى منعا للفتوى ، وذلك لترجيح أحد الاحتمالات أو

(٢٠٦) خصائص التشريع الاسلامي — مرجع سابق — ص : ٤٤٤

(٢٠٧) الآية ٩ من سورة الاحقاف

الدائل حتى اذا ترجح أحدها بالاجتهاد الجماعي من أهله ، وأصدره الحاكم تنظيمها عاما ملزما في الدولة ، لم يعد مباحا العمل بغيره من البدائل التي يحتملها النص حتى يصدر تنظيم لاحق يلغيه . ورجح الاحتمال الآخر ، تبعا للمصلحة وتغير الظروف ، وذلك لان المقرر اجماعا ان حكم الحاكم بترجح أحد الاحتمالات في المسألة المجتهد فيها ، والمنصوص عليها يجعله ملزما دون غيره حسما للنزاع^(٢٠٨) .

٣ — اما اذا لم يكن قد ورد نص في الواقعة المعروضة ، أو نظير يقاس عليه أو اجماع انعقد على حكمها فيما لا يكون مستنده المصلحة المتغيرة ، فان « للشورى » مجالا واسعا في مثل هذه الحالة سواء أكانت المسائل المفروضة ، فيما يتعلق بالحرب ، أم بغيرها على الاصح — ومعظم شئون السياسة والحكم من هذا القبيل — فيعتمد الى استنباط أحكامها عن طريق مجلس الشورى بناء على المصالح ، و « قاعدة مقدمة الواجب » وقاعدة « فتح الزرائع وسدها » بمعنى تشريع نظم اجتهادية يتوسل بها الى تحقيق مقاصد التشريع في الدولة . وتنظيم ادارتها ومؤسساتها في كل ما لم يرد فيه نص ، وهو يرجع الى « فقه المصالح » في الواقع^(٢٠٩) .

ولقد أحسن فضيلة المرحوم الأستاذ عبد الوهاب خلاف التعبير عن هذا المعنى حيث قال : ان للتشريع معنيين :

أ — إيجاد شرع مبتدع ، وهذا في الاسلام لا يكون الا لله
 ب — بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة . وهذا هو المعنى في الاسلام^(٢١٠) وتمتد رقابة القضاء وتشمل مجالات الشورى الثلاثة وتتسع رقابته في النوع الاول وتقل في النوع الثاني وتضعف وتتضاءل في النوع الثالث والآخر وفي كل تلك الأنواع يقوم القضاء بفحص مطابقة القوانين التشريعية (الاجتهاد الجماعي) مع المبادئ العامة للكتاب والسنة وما أجمع عليه السلف الصالح فيما لا تتغير فيه المصلحة .

(٢٠٨) خصائص التشريع — ص : ٤٤٥

(٢٠٩) المرجع السابق — ص : ٤٤٦

(٢١٠) بحث الشيوخ خلاف — مرجع سابق — ص :

الفرع الثاني

مبررات وكيفية الرقابة على أعمال السلطة التشريعية

إذا كان الاجتهاد في صورته الفردية والجماعية يعبري فيه لكي يكون مطلقا مع كتاب الله وسنة رسوله ، وهل ما أجمع عليه سلفنا الصالح فيما لا تنفرد فيه المصلحة . فما هي إذن الحكمة في الرقابة القضائية على مشروعيته ؟

والاجابة على ذلك أن المشروع مهما بلغ تحريمه في التشريع على ان يأتي مطلقا مع مبدأ الشرعية ، فان لزوم الحكم تظل مسيطرة عليه اذا كان المجهد حاكما ، وهذه طبيعة جبل عليها الانسان . وتظل كذلك الحال بالنسبة لمجلس الشورى ، فقد تقوم الشبهة ضده في انجازه للحاكم خاصة في النظام الحزبي وتحقيق رغباته . وقد نبى الله سبحانه وتعالى عن اتباع الهدى في كثير من الايات القرآنية .

ولعل في الخطاب المسقول الذي ألقاه الخليفة العادل عمر بن الخطاب في مجلس الشورى عند تقديمه لمشروع قانون « عدم تقسيم أراضي العراق على الفاتحين » أهلب دلائل على مظنة انجياز المجلس التشريعي للحاكم حيث حذرهم الخليفة لقوله « ولست أريد هذا الذي هوأى معكم من الله كتاب ينطق بالحق ، فوالله لئن كنت نطقت بأمر أريد ، ما أريد به الا للحق » (٢١١) .

وتأسيسا على هذا فان « مبدأ الشورى » والذي كان الخلفاء الراشدون يلتزمون به ابتداء وانتهاء بوزاع ديني ، تحريها لما هو الحق عند الله تعالى في السياسة والحكم ، والقضاء أو الادارة أو في كل ما يتعلق بالمصلحة بوجه عام .

حتى اذا ضعف هذا الوزاع الديني وكان التعانف الى الفرد بالرأى أو الاستبداد في الحكم وجب ان يقوم هذا المبدأ ، ويلزم العمل بمقتضاه عن طريق تنظيم الامر تحقيقا لمقصد

(٢١١) كتاب الخراج - مرجع سابق - ص :

المشرع في المصلحة والعدل ، وذلك بتشكيل مجلس الشورى وتكوين الهيئات المتخصصة فيه ، ووجوب التقيد بالشورى في التدبير السياسي ابتداء وانتهاء وإقامة هيئة قضائية عليا بوجه خاص تشرف على مدى شرعية الأحكام الصادرة تشريعا اجتهاديا أو تطبيقيا عمليا ، لأن هذا يندرج في مضمون مبدأ التعاون على البر ومداول مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإن لم ينص عليه تفصيلا وبوجه محلي (٢١٢) .

ويقول العالم أبو الأعلى المودودي : أما السلطة القضائية فتعني دائرة عملها مبدأ حاكمية الله بنفسه فالذين يتبوؤون منصب الأمر والحكم في الدولة الإسلامية ويقومون بمهمة الأنبياء في هذا الشأن فلا سبيل لهم إلا أن يجعلوا أساس أحكامهم ذلك القانون الذي جاءهم من الله ورسوله صلى الله عليه وسلم ... (٢١٣) .

ونعتقد إذا كان الانحراف بالسلطة أمرا واردا بالنسبة للسلطة الادارية حتى قام قضاء المظالم للضرب على أهدي أصحاب النفوذ والسلطان ورفع الظلم عن الرعية ، فإن الأمر مقصور كذلك بالنسبة لمجلس الشورى في انحيازه للخلفاء ، أو عدم التزام الخلفاء بكثير من قراراته واستخدام سلطاتهم المطلق فيما يريدون .

لهذا كان لابد من الرقابة القضائية لحماية مبدأ المشروعية العليا في النظام الاسلامي تحقيقا للعدل ، دفعا للظلم ، ومنعاً لقيام حكم استبدادي مطلق ، ذلك لأن السلطة القضائية مبرأة من نزوة الحكم أو انحيازها للحكم وذلك بحكم حيادها .

ويتبين من هذا ان الرقابة القضائية على شرعية الاجتهاد أو دستورية القوانين بلغة اليوم تعد أهم مظهر لاستقلال السلطة القضائية . فإذا كان القضاء يخضع خضوعا مطلقا لمبدأ الشرعية مثله في ذلك مثل الخليفة ، ومجلس الشورى ، إلا ان الشرعية هي ما يحكم بها القضاء وهذا هو التعبير الذي قال به شارلز ايفان رئيس القضاء الأمريكي العاشر : ان القضاء يخضع للدستور ولكن الدستور هو ما يقوله القضاء .

(٢١٢) خصائص الشريعة الاسلامي - مرجع سابق - ص : ٤٤٥ و ٤٧٠

(٢١٣) لدوين الدستور الاسلامي - ص ٢٤

تختلف الانظمة القانونية في النظام الوضعي في كيفية رفع الطعن في دستورية القوانين ، وللمحاكم التي تنظر الطعن لم في الاثر المترتب على الحكم بعدم دستورية القانون المطعون فيه — أما من حيث كيفية رفع الطعن أمام الجهة القضائية المختصة فنجد ان بعض الدول تبيح الالتجاء الى طريق الدعوى الأصلية بحيث يجوز ان ترفع الدعوى أمام تلك الجهات القضائية ، دون ان تكون مسبقة برفع في دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم .

كما ان البعض الآخر من الدول يتطلب لرفع دعوى فحص الدستورية أمام الجهة القضائية المختصة ان يكون نتيجة لرفع مبدىء في دعوى مرفوعة أمام القضاء يطلب فيها خصم تطبيق قانون معين على شخصه ، فيدفع هذا الأخير بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه عليه فتوقف المحكمة التي تنظر الدعوى الفصل فيها لحين صدور حكم من المحكمة الدستورية المختصة بشأن القانون المتنازع على دستوريته .

أما حيث المحاكم المختصة بنظر دستورية القانون فقد تكون المحاكم العادية وهذا ما يعرف بعدم مركزية الرقابة ، وإن تخصص محاكم معينة لنظر المنازعات الدستورية فهذا ما يعرف بمركزية الرقابة .

أما من حيث الاثر المترتب على الحكم بعدم دستورية القوانين . فقد تقف هذه السلطات عند مجرد آعمال القاضي لحكم القانون غير الدستوري والامتناع عن تطبيقه في القضية المعروضة امامه وقد يكون من حق الهيئة القضائية ان تصدر أمرا قضائيا الى الموظف المختص بتنفيذ القانون بعدم تنفيذه ، كما قد يكون من حق المحاكم أن تصدر حكما تقرر بها توضيح فيه دستوريته أو عدم دستورية ما ، وأخيرا يحد النظام الدستوري للقاضي ان يبطل القانون غير الدستوري في مواجهة الكافة مما يترتب عليه اعتبار القانون كأن لم يكن .

أما في النظام الاسلامي ، فإن اسلوب الدعوى المباشرة هو الاصل ، لان دعوى عدم الشرعية هي دعوى حسبه ، ذلك لان مخالفة شرع الله تعتبر منكرا يجب النهي عنه وذلك كان لكل مسلم مصلحة في ابطال ذلك التشريع المخالفة للكتاب والسنة .

وهذا بالطبع لا يمنع ان يتمسك أى من الخصوم أثناء نظر أى دعوى عادية بعدم
دستورية التشريع ، ويجوز للمحكمة من تلقاء نفسها ان تتمسك بذلك .

أما من حيث المحاكم المختصة بنظر عدم شرعية القانون فان جميع المحاكم المختصة
بنظرها ، ولكن هذا لا يمنع من اقامة محاكم عليا خاصة لتوحيد القوانين الاسلامية لانها
أحوج من النظام الوضعى فى ذلك . لان القوانين الاسلامية ليس للمعاملات والمما تقوم
أساسا على مبدأ العقيدة فهى قوانين يتعبد بها ويتقرب بها الى الله . وهذه المحاكم الخاصة لا
تجيب حق المحاكم الأخرى فى الامتناع عن تطبيق القانون المخالف لمبدأ الشرعية ولكن يجب
عليها ان تحليه الى المحاكم الخاصة .

أما الأثر المترتب على الحكم بعدم الشرعية فهو البطلان ، لانه ما دام قد ثبت مخالفة
القانون لشرع الله فليس هناك ما يبرر قيامه وامتناع المحاكم من تطبيقه فى مناسبات أخرى
والمما يجب ان يكون جزاؤه البطلان بان كان لم يكن . لانه أصبح منكر والمنكر يجب ازالته .

وقد حرص القضاء على رقابة دستورية القوانين حتى عندما انقلبت الخلافة الى ملك
عضو فى تلك الحادثة التى وقعت بين الخليفة العباسى المأمون والقاضى يحيى بن أكثم بالرغم
من الصداقة المثينة التى تربطهما ببعض .

فقد أصدر الخليفة المأمون تشريعا يقضى بتحليل زواج المتعة وتبرم بعض الناس فى
هذا القانون وعلم به القاضى يحيى بن أكثم ، فاتفق مع بعض المعارضين لهذا القانون بأن
يسبقوه الى الخليفة ويحاولوا فتح النقاش معه — فهو حينئذ سوف يتدخل .

فجاء يحيى وجلس ، فقال المأمون ليحيى : مالى أراك متفيرا ؟

قال : هو غم بأمر المؤمنين لما حدث فى الاسلام

قال : وما حدث ؟

قال : النداء بتحليل الزنا

قال : الزنا ؟

قال : نعم ، المتعة زنا

قال : ومن أين قلت هذا ؟

قال : من كتاب الله ، وحديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم ، قال تعالى :
قد أفلح المؤمنون الذين هم في صلاتهم خاشعون ، والذين هم عن اللغو معرضون والذين
هم للزكاة فاعلون والذين هم لفروجهم حافظون ، إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم
فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون (٢١٤) .

يا أمير المؤمنين ، زوجة المتعة ملك اليمين ؟ قال : لا

قال هل هي الزوجة التي عنى الله أن ترث وتورث ، وتلحق الولد ، ولها شرائطها ؟
قال : لا

قال : فقد صار متجاوز هذين من العادين

وهذا الزهري - يا أمير المؤمنين - روى عن عبد الله والحسن بن محمد بن الحنفية
عن أبيه محمد بن علي أبي طالب قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن انادي
بأنهي عن المتعة وتحريمها بعد أن كان أمر بها :

فالتفت المأمون إلى الحاضرين فقال : أمحفوظ هذا من حديث الزهري ؟ فقالوا :
نعم يا أمير المؤمنين

فقال : استغفر الله نادوا بتحريم المتعة ، فنادوا بها (٢١٥) .

هذه الدعوى الدستورية حركها القاضي من تلقاء نفسه ، وخاصم فيها الخليفة فكان
القاضي مدعي والخليفة مدعى عليه ، فوجه له الأسئلة وناقشه في ذلك القانون فقرة -
فقرة ثم حكم القاضي بإبطاله لخالفه لكجانب الله وسنة رسوله ، فانصاع الخليفة إلى حكم
القضاء وأصدر قانونا يلغى القانون الذي حكم القضاء بعدم دستوريته .

(٢١٤) الآيات ١ - ٢ من سورة المؤمنون

(٢١٥) تاريخ بغداد ١٤ / ١٩٩ وفيات الأعيان : ٢ / ٢٨٨ و ٢٨٩

أما في النظام الوضعي ، وبالرغم من ان بعض الدساتير تنص على ان الهيئة القضائية هي حارس الدستور^(٢١٦) نجد انه لا يجوز لتلك الهيئة فحص الدستورية من تلقاء نفسها . في حين أنه لا يمكن تفسير كلمة حراسة الدستور اذا لم تمكن السلطة القضائية من التصدي لفحص التشريع المخالف للدستور من تلقاء نفسها .

ونعتقد ان دور السلطة القضائية في هذا المجال يفوق دور السلطة القضائية في جميع النظم القانونية ويترتب على ذلك ان تتمتع السلطة القضائية في النظام الاسلامي باختصاص عام على رقابة التشريعات لان مخالفة التشريع لا يقتصر أثرها على حياة الناس الدنيوية والمما قد تمتد وتمس أساس العقيدة .

المطلب الثاني الرقابة على أعمال الامراء والولاة وعماهم

تتلخص أوجه الرقابة على العيوب التي تلحق بالقرارات الادارية الصادرة من السلطة التنفيذية فتدفعها بمخالفة الشرعية ومن ثم تحكم عليها بالبطلان ، وهي في النظام الوضعي تنحصر في عيب الاختصاص ، فمخالفة القانون ، مخالفة الشكل والاجراءات ، - والسبب ، ثم الانحراف بالسلطة مع اختلاف شكل بين النظم القانونية المختلفة ، وهي أيضا نفس العيوب التي تصاحب قرارات الخليفة أو معاونيه من أعضاء السلطة الادارية وقد تزيد عليها .

قال صاحب تهذيب فروق القوال على الفرق ٢٢٣ بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاة والقضاة وما لا ينفذ من ذلك : « ان ما ينفذ من ذلك ولا ينقض هو ما اجتمع فيه خمسة أمور :

(٢١٦) المادة ١٩٠ من دستور السودان لسنة ١٩٧٣ ، المحكمة العليا حارس الدستور ،

الأول : ما تتناوله الولاية بالأصالة (الاختصاص)
 الثاني : الموافقة لدليل الحكم (مطابقة القانون)
 الثالث : الموافقة لسببه وحججه (مطابقة القانون أيضا من حيث المناسبة)
 الرابع : انتفاء التهمة (عدم التعسف)
 خامسا : وقوعه على الأوضاع الشرعية (وهو ما يتصل الى حد ما بالشكل)

وأما ما لا يتخذ من ذلك وينقضى فهو ما انتفى فيه واحد من الأمور المذكورة (٢١٧) .

ونتناول هذه الأوجه بتوضيح مختصر لنقف على مدى حرص النظام الاسلامي على التمسك بمبدأ الشرعية .

أولا : الاختصاص

يقول الماوردي : ان ما وكل الى الخليفة من تدبير شؤون الأمة لا يقدر على مباشرته جميعه الا بالاستعانة في تدبير شؤون الدولة وتقسيم العمل ، لان هذا أصلح في تدبير الأمور وأبعد من الزلل وأمنع من الخلل (٢١٨) .

ولذلك قسم فقهاء المسلمين الوظائف الادارية من حيث الاختصاص الى أقسام أربعة (٢١٩) .

القسم الأول :

الولاية ذور الولاية العامة في الاعمال العامة : وهؤلاء هم الوزراء لانهم يستنبهون في جميع الأمور .

(٢١٧) مذهب الفریق

(٢١٨) الاحكام السلطانية للماوردي - مرجع سابق ص : ٢٢ و ٢٣ وأيضا ص : ٢٩ و ٣٠

(٢١٩) الماوردي - المرجع السابق - ص : ١٩ وأيضا ص : ٢٨

القسم الثاني :

الولاية ذوو الولاية العامة في الاعمال الخاصة : وهم أمراء الاقاليم والبلدان ، لان اختصاصهم عام ولكنه محصور في نطاق الاقليم والبلدان التي عهد اليهم بادراجها .

القسم الثالث :

الولاية ذوو الولاية الخاصة في الاعمال العامة : وهم قاضي القضاة ونقيب الجيوش ، وحامى الثغور ، ومستوف الخراج ، وجالى الصدقات ، لان كل واحد منهم مقصور على نظر خاص في جميع الاعمال .

القسم الرابع :

الولاية ذوو الولاية الخاصة في الاعمال الخاصة : وهم كقاضى بلد ، أو اقليم ، أو مستوفى خراجه ، أو جالى صدقاته ، أو حامى ثغره ، أو نقيب جنده ، لان كل واحد منهم خاص بالنظر بخصوص العمل^(٢٢٠) .

ومن هذا التقسيم يتبين ان الفارق بين النوعين الاول والثاني هو فارق اقليمي ، أما من حيث الاختصاص فانه عام شامل

أما النوعان الثالث والرابع ، فهم ولاية متخصصون ، تقتصر سلطاتهم على موضوع بعينه ، تمارسه الفئة الثالثة في الدولة كلها ، وتمارسه الفئة الرابعة في منطقة بعينها .

وعلى ذلك يمتنع على أى موظف أن يمارس نشاطا يدخل في اختصاص وظيفة أخرى ، ويلتزم في ممارسته لعمله حدود اختصاصه والا وقع تصرفه باطلا لا يعتد به^(٢٢١) .

(٢٢٠) الاحكام السلطانية للماوردى - ص : ١٩

(٢٢١) السلطات الثلاث : ص :

ثانياً : الشكل والاعجراءات :

يعنى الشارع الإسلامى (كما يقرر ابن القيم) من وراء أعمال السلطة غاية وأهداف ورسم طرقاً لتحقيق هذه الأهداف وتلك الغايات والطرق أسباب ووسائل لا تراد للدوامها وإنما المراد غاياتها التى هى المقاصد ،^(٢٢٢)

ويقسم ابن القيم الوسائل المؤدية الى المقاصد الى أربعة أقسام^(٢٢٣) :

- ١ — وسيلة موضوعة الى مفسدة وهذه غير جائزة ولا يجوز استخدامها .
- ٢ — وسيلة موضوعة للمباح مقصود بها التوصل الى المفسدة واستخدام هذه الوسيلة غير جائز أيضاً .
- ٣ — وسيلة موضوعة للمباح لم يقصد بها التوصل الى المفسدة ولكنها مفضية اليها غالباً ومفسدة أرجح من مصلحتها واستخدام هذه الوسيلة غير جائز .
- ٤ — وسيلة موضوعة للمباح وقد تقضى الى المفسدة ، ومصلحتها أرجح من مفسدةها ، — واستخدام هذه الوسيلة مشروعاً^(٢٢٤)

ومن أمثلة التصرفات التى يمكن ان تعتبر مشوهة بحسب الاجراءات أو الشكل وكان هذا العيب سبباً فى نقضها :

ما روى عن الخليفة بن الخطاب رضى الله عنه انه تسلى دار رجل فراه على حالة مكروهة ، فأنكر عليه ، فقال : يا أمير المؤمنين ان كنت أنا قد عصيت الله فى وجهة واحدة ، فأنت قد عصيته فى ثلاثة ، فقال : وما هى ؟ فقال : قد قال الله : ولا تمسسوا ، وقد تمسست ، وقال تعالى : وآتوا البيوت من أبوابها ، وقد تسورت من^(٢٢٢) صبح الأمل للقلقشندي ١٢ / ٦ ، البداية والنهاية بن كثير ١٣ / ٢٤٢ — المسمى لابن لقمان ٩ / الأحكام السلطانية لابن بطل — مرجع سابق — ص : ٣٥ و ٣٦

(٢٢٣) اعلام الموقعين لابن القيم — مكتبة الكليات الأزهرية — طبع ٢ / ٢٧٢ ، الطول الحكيم لابن القيم ١٦ (٢٢٤) اعلام الموقعين — مرجع سابق — ٣ / ١٣٦ و ١٤٤ .

السطح ، وقال الله تعالى : « ولا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها » و ما سلمت فتركه عمر^(٢٢٥) .

وما روى عن دخول قتيبة بن مسلم الباهلى على رأس نجيش من المسلمين مدينة سمرقند غدرا بدون ان يعلن أهلها بالحرب واسكانه بها مخالفا بذلك الاجراءات التى يجب اتخاذها قبل القتال والتى ذكرها النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله : « واذا — لقيت عدوك فادعه أولا احدى خصال ثلاثة : ادعه للاسلام فيكون منا ، وان أبوا الا البقاء على دينهم وسلطانهم فسالهم الجزية ، فان رضوا فاجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ، وكف عن قتالهم ، وان أبوا الجزية فاستعن بالله وقاتلهم »^(٢٢٦) . فلما تظلم أهل سمرقند الى الخليفة عمر بن عبد العزيز كتب الى واليه فى الولاية المجاورة وأمرهم برفع قضيتهم الى القاضى ، فان ثبت لديه ما ادعوا أمر باخراج المسلمين من سمرقند ، ودفع الدية لأهلها ، فلما رفعت القضية الى القاضى حكم باخراج المسلمين من المدينة^(٢٢٧) .

وعلى ذلك فانه يجب ان تكون الاجراءات التى تتبعها الادارة مشروعة فلا يكفى — لاسباغ المشروعية على أعمال الادارة ان يكون الهدف من أعمالها المصلحة العامة بل يجب تحقق مشروعية الاجراءات ، وذلك بكونها تتفق مع أحكام الشرع ومقاصده^(٢٢٨) .

ثالثا : مخالفة القانون :

يقصد بمخالفة القانون هنا خروج الادارة فى تصرفاتها عن حدود أحكام الشريعة الاسلامية وروحها العامة فى التشريع ، فيكون القرار معيبا من حيث موضوعه ومضمونه أو محله ، وذلك تطبيقا لمبدأ الشرعية الذى يقضى بوجوب ان يكون كل ما يصدر عن الادارة موافقا لأحكام الشريعة وروحها^(٢٢٩) .

(٢٢٥) احياء علوم الدين للغزال — طبعة صحيح — ٢ / ٢٨٥

(٢٢٦) صحيح الترمذى ١ / ٢٩٢ ، سنن ابن ماجه ٢ / ٩٥٣

(٢٢٧) تاريخ الكامل لابن الاثير ٢ / ٢٢ ، تاريخ الطبرى — مرجع سابق ٦ / ٥٦٧

(٢٢٨) الرقابة على أعمال الادارة — مرجع سابق ص : ٦٧٤

(٢٢٩) المرجع السابق — ص : ٦٧٥

وتعتبر مخالفة حجية الشيء المقضي به مخالفة للقانون ، لانه من المستقر عليه ضرورة تنفيذ أحكام القضاء وحجيتها وعدم نقضها ما لم تكن مخالفة لنص كتاب أو سنة أو إجماع^(٢٣٠).

على انه يلاحظ بالنسبة للمسائل التي تكون محل اجتهاد فان الإدارة اذا اجتهدت في أمر من الأمور لم ترجع لها اجتهاد ثان مخالفا للاول ، فانها تكون ملزمة بأن تتبع ما أدى اليها اجتهادها الثاني فيما يستجد من الحوادث ، وعدم نقض والغاء التصرفات الصادرة وفقا للاجتهاد الاول ، وذلك ما لم يكن الاجتهاد الاول مخالفا لنص أو إجماع أو قياس جلي ، أو القواعد الشاملة ومقاصد الشريعة^(٢٣١).

ومن ثم فان الإدارة وفقا لهذا تكون ملزمة بتطبيق ما أدى اليه اجتهادها على كافة الحوادث التي تخضع لحكم القاعدة التي قررهما باجتهادها ما لم يتغير اجتهادها بترجيح اجتهاد آخر .

فالحكم أو القرار الذي تتوصل اليه الإدارة لا يوصف بكونه شرعيا إلا اذا توفر فيه شرطان^(٢٣٢).

١ — ان يكون متفقا مع روح الشريعة ، معتمدا على أصولها الكلية وقواعدها الشاملة ، وهي بطبيعتها لا تقبل التغيير والتبديل ، كما لا تختلف باختلاف الزمان والمكان .

٢ — ان يكون الحكم أو القرار الذي توصلت اليه الإدارة غير مخالف لدليل من الأدلة التفصيلية التي تقرر شريعة عامة للناس .

وعترب على عدم اتباع الإدارة في تصرفاتها لأحكام الشرع بطلان تصرفاتها في مواجهة الأمة^(٢٣٣).

(٢٣٠) السلطة القضائية لشركت عرسان — مرجع سابق — ص : ٣٧٠ — المني لأين لقائمة ٩ /

(٢٣١) السلطة القضائية — مرجع سابق ص : ٣٧٧ — المني لأين لقائمة مرجع سابق ٩ /

(٢٣٢) مبدأ المشروعية وضوابط مطروح الدولة للقانون في الفقه الإسلامي — للدكتور فؤاد همد النادي — ص : ٣٣٩

(٢٣٣) الأحكام في أصول الأحكام للامدني — ١٥٨ / ٣

ومخالفة قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية قد تكون عن عمد أو عدم علم بالقاعدة الشرعية ، أو تكون المخالفة نتيجة الخطأ في تفسير القاعدة الشرعية بحيث تتجاوز الإدارة قصد المشرع ، كما قد تكون المخالفة نتيجة خطأ في تطبيق القاعدة الشرعية ، فتطبق الإدارة قاعدة شرعية على حالة غير الحالة التي قصد الشارع تطبيقها عليها^(٢٣٤) . وفي كل الأحوال يقع تصرف الإدارة باطلا .

ومثال ذلك ذكر الفقهاء انه يشترط فيمن يتولى القضاء ان يكون صالحا له وتتوافر فيه الشروط اللازمة لشغل هذا المنصب ، فان تولاه ما لم يكن صالحا له لم يصح توليته وبأنه المولى والمولى ، ولا ينفذ حكمه وان أصاب فيه الا لضرورة^(٢٣٥) .

رابعاً : السبب :

السبب في اصطلاح الأصوليين هو الوصف الظاهر المنضبط الذي يشتمل على المعنى المناسب للحكم ، بمعنى ان وجوده مظنة لوجوده وعدمه مظنة لعدمه^(٢٣٦) — أو هو كل حادث ربط الشرع بأمر آخر وجوداً وعدمه وهو خارج عن ماهيته^(٢٣٧) .

ومعنى ان يكون السبب وصفاً مناسباً للحكم ان يترتب على تشريع الحكم بناء عليه تحصيل منفعة للعباد أو دفع مفسدة عنهم^(٢٣٨) .

وهذا يعني ضرورة وجود سبب صحيح مشروع يبرر صدور القرار فإذا انعدم السبب إنعدم القرار أو الحكم لانه يدور معه وجوداً وعدمه وتأسسنا على هذا قرر بعض

(٢٣٤) الرقابة على أعمال الإدارة — مرجع سابق ص : ٦٧٦

(٢٣٥) إحالة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين — السيد البكري — ٤ / ٢١١

(٢٣٦) أصول الفقه : زكي شعبان — ص : ١٣٩ إرشاد الفحول للشوكاني — ص : ١٦ ، الفروق للقوال — ص :

٦١ و ٦٢ ، مذهب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية — محمد علي بن الشيخ الحسن — مطبوع

بالهامش — الفروق للقوال — مرجع سابق ١ / ٦٠

(٢٣٧) أصول الفقه — المرجع السابق — ص : ١٣٨ و ١٣٩

(٢٣٨) المرجع السابق — ص : ١٤٩ و ١٥٤

الفقهاء أن أرباب الوظائف الخاصة كالإمامة والمؤذنين والقسيس والطبيب ومحوها لا يعزل شاغلوها بالعزل من غير سبب ، وافق بهذا جميع المتأخرين وهو معتمد^(٢٣٩) .

كما افق كثير من المجهدين بأنه يحرم على الإمام عزل القضاة بدون عذر وكذلك أمثالهم من المشغلين بالوظائف العامة ، بل قال البعض أن العزل غير المسبب لا ينفذ^(٢٤٠) .

وإذا أراد أمير إقليم أن يهبط في مرتبات جيشه لغیر سبب لم يجر هذا لما فيه من استهلاك مال في غير حق^(٢٤١) . وهذا ما نراه متحققا اليوم في الدول التي تقوم فيها حكومات عسكرية أو حكومات مدنية المظهر عسكرية السند حيث تغدق على أفراد القوات — المسلحة دون سبب وفي ذلك أكل لأموال الشعب بالباطل .

خامساً : الأهراق بالسلطة :

تتوخى الإدارة في الإسلام في قراراتها المصلحة العامة ، فلا يهل لولى الأمر أو معاونيه أن يتصرفوا إلا لجلب المصلحة ، أو دفع مفسدة ، والولاية والأئمة معزولين عما يحقق المصلحة العامة^(٢٤٢) .

فقد وضعت الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح العباد ولهذا فإن جميع الأعمال تكون صحيحة أو باطلة على حسب تضمنها المصلحة العامة للمسلمين من عدمه^(٢٤٣) .

والمصلحة العامة للمسلمين هي التي تحدد النطاق الذي يجب أن تمارس الإدارة من

(٢٣٩) النظريات الإسلامية — الدكتور شباء الدين الرس — مرجع سابق ص : ٢١١ وما بعدها ، اعانة الطالبين — مرجع سابق — ٢٢٤ / ٤ و ٢٢٥ — حاشية ابن عابدين ٣٩٢ / ٤

(٢٤٠) النظريات الإسلامية — المرجع السابق — ص : ٢١١

(٢٤١) الأحكام السلطانية — للماوردي — ص : ٣١ — لا يهل ص : ٣٥

(٢٤٢) الفروع الفرائد ٣٩ / ٤ وما بعدها — مهذب الفروع — مرجع سابق ٧٨ / ٤

(٢٤٣) المواظفات للشافعي — مرجع سابق — ٣٨٥ / ٢

خلالها سلطتها^(٢٤٤). ولا يجوز لها ان تمارس سلطتها فيما يخرج عن تحقيق هذه المصلحة ، فالسلطة لم تمنح لها الا بقصد ، أو بفرض تحقيق المصلحة العامة وأى ممارسة للسلطة خارج نطاق المصلحة يعد انحرافا بالسلطة وأساءة استعمالها^(٢٤٥).

ولذا فانه اذا كان من سلطة ولى الامر تعيين الموظفين وعزلهم فان هذه السلطة مرتبطة أساسا بالمصلحة العامة لجماعة المسلمين فى كون مصلحتهم ترتبط بإداء وظائف الدولة بطريقة فعالة على نحو يحقق المصلحة من ضرورة وجود الوظيفة^(٢٤٦). لذلك قرر الفقهاء^(٢٤٧) انه يجب على ولى الامر ان يختار لكل وظيفة من يكون أقدر على القيام بأعباء تلك الوظيفة على ضوء المصلحة العامة المقصود تحقيقها منها ، أى يجب عليه ان يولى الاصلح ، ولا يجوز ان يعزل الا اذا وجد ان ذلك يحقق المصلحة العامة للمسلمين^(٢٤٨).

ومن المعلوم ان الاسلام ليس فيه ذلك الحيز المطلق والمسمى بأعمال السيادة ، كما ان السلطة التقديرية مقيدة فيه تماما بقاعدة «الولاية العامة منوطة بما هو نظر الرعية» فيجب على الامام وولى الامر — ايا كان ان يبنى تصرفاته على المصلحة ولا يتمتع فى ذلك بسلطة تقديرية مطلقة يترخص فيها كيف يشاء.... ويطعن فى التصرف للتعسف وهو ما سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاثرة لقوله صلى الله عليه وسلم «ستكون من بعدى اثره فمن رأى من أمره شيئا يكرهه فليصبر»^(٢٤٩).

(٢٤٤) الخلافة للسنبورى — ص : ١٧٧ و ١٧٨ — القراء — مرجع سابق ٤ / ٣٩ — مذهب الفروع — مرجع سابق ٤ / ٧٨

(٢٤٥) الخلافة للسنبورى — مرجع سابق — ص : ١٧٩ — المرافقات للشايطى — مرجع سابق ٢ / ٥٢

(٢٤٦) مبدأ المشروعية — مرجع سابق — ص : ٩٦

(٢٤٧) اعلام الموقعين — مرجع سابق ١ / ١٠٦ ، السياسة الشرعية لابن تيمية ص : ١٩ وما بعدها

(٢٤٨) حاشية ابن عابدين — مرجع سابق — ٤ / ٣٩٢ — احاطة الطالبين — مرجع سابق ٤ / ٢١١ ، مبدأ المشروعية — مرجع سابق — ص : ٩٨

(٢٤٩) مصنفه النظم الاسلامية — للدكتور مصطفى كمال وصفى — ص : ٤٨٩

الباب الثاني العلاقة بين السلطات

إذا كان الفقهاء المسلمون لم يتحدثوا عن الفصل بين السلطات بالكيفية التي تحدث عنها فقهاء النظام الوضعي ، إلا أنهم تحدثوا عن تلك السلطات بدرجة كافية تميز كل سلطة من السلطات الثلاث عن غيرها من السلطات الأخرى ، فتحدثوا عن طبيعة تلك السلطات وعن اختصاصاتها وعن العلاقة بينها ، وحللو تصرفات الرسول ﷺ — إلى سلطة تشريعية وسلطة تنفيذية وسلطة قضائية . فيقول الأمام القزالي : أعلم إن رسول الله ﷺ — وهو الإمام الأعظم والقاضي الأحكم والمفتي الأعلّم فهو ... إمام الأئمة (رئيس الدولة ورئيس السلطة التنفيذية) وقاضي القضاة (رئيس السلطة القضائية) وعالم العلماء (السلطة التشريعية) ، ويمضي القزالي في تفصيل ذلك فيقول : ... فكل ما قاله — ﷺ — أو فعله على سبيل التبليغ (التشريع) كان ذلك حكما عاما على الثقلين إلى يوم القيامة فإن كان مأمورا به أقدم كل أحد بنفسه وكذلك المباح ، وإن كان منها عنه اجتنبه كل أحد بنفسه . وكل ما تصرف فيه عليه السلام بوصفه الإمامة (رئاسة الدولة) لا يجوز لأحد أن يقدم عليه إلا بإذن الإمام (بقرار من رئيس الدولة) ولأن تصرفه فيه بوصفه الإمامة (السلطة التنفيذية) دون التبليغ (السلطة التشريعية) يقتضى ذلك . وما تصرف فيه — ﷺ — بوصفه القضاء لا يجوز لأحد أن يقدم عليه إلا بحكم الحاكم (أى أن يصدر قرارا بتوليته القضاء من رئيس الدولة) اقتداء به — ﷺ — ولأن السبب الذي من لأجله تصرف فيه ﷺ — بوصف القضاء يقتضى ذلك . وهذه هي الفروق بين هذه القواعد الثلاث^(١)

(١) الفروق للقزالي : ٢٠٥/١ وما بعدها الفرق السادس والثلاثون

ولعل في هذا التحليل العلمي للسلطات الثلاث والذي قال به الامام القراني قبل وفاته عام ٦٨٤ هـ ما يدل على أن فقهاء المسلمين قد سبقوا فقهاء القانون الوضعي الذين لم يعرفوا هذا المبدأ الا في القرنين السابع عشر على لسان المفكر الانجليزي لوك والثامن عشر على لسان الفيلسوف الفرنسي مونتسكيو . ولكي تصل الى هدفنا من هذا البحث في ومدى استقلال السلطة القضائية في علاقتها مع السلطتين التشريعية والتنفيذية — نقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول : علاقة السلطة التشريعية بالسلطة القضائية

الفصل الثاني : علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة القضائية



الفصل الأول

العلاقة بين السلطين التشريعية والقضائية

إن التشريع في بداية الرسالة كان لله سبحانه وتعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام ، ولما اكتملت الرسالة والفحق النبي بالرفيق الأهل أصبح هذا الحق لأول الأمر في المجتمع الاسلامي أفرادا كانوا أو جماعات وإن كانت الزامته قاصرة على النوع الأخير ، والاجماع ، والذي يعد أهم مصدر بعد الكتاب والسنة وقد تحقق عملا في عهد الخلفاء الراشدين خاصة في خلافة أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ويرى بعض الفقهاء تعلل — انعقاده في صورته الأولى إن لم يكن مستحيلا ، ويرى أن النظام الاسلامي الذي يصلح لكل زمان ومكان لا يمكن أن يتضمن أمرا مستحيلا لأن هذا يتعارض مع استمراره ولذا نتعرض لطبيعة تكوين الهيئات التشريعية ثم لعلاقتها بالسلطة القضائية ونقسم هذا الفصل الى بحثين :

المبحث الأول : تكوين الهيئة التشريعية
المبحث الثاني : علاقة الهيئة التشريعية بالقضاء

المبحث الأول تكوين الهيئة التشريعية

• عرف النظام الاسلامى منذ البداية نوعين من التشريع يقومان على الاجتهاد الفردى والاجتهاد الجماعى ولذا ندرس هذين النوعين من التشريع لى مطلين :

المطلب الأول : التشريع الفردى
المطلب الثانى : التشريع الجماعى

المطلب الأول التشريع الفردى

يقول استاذنا العميد الطماوى إن التشريع وفقا للغة الفقه الدستورى الحديث هو التعبير عن إرادة الأمة ممثلة فى برلمانها ولهذا كان الانتخاب هو السبيل الطبيعى الى اختيار أعضاء السلطة التشريعية الذين يعهد اليهم بوضع تشريعات عامة تسير عليها الجماعة لا يتطلب فيهم عادة شروط علمية قاسية ويصدر هذا التقليد عن قاعدة أساسية مقتضاها حرية الجماعة فى أن تقرر ما تشاء من تشريعات بالطريق الدستورى ولما كانت وجهة نظر التشريع الاسلامى تختلف اختلافا بينا عن وجهة النظر السابقة إذ يقتصر معنى التشريع وفقا لها - على الاستنباط لاحكام من القرآن والسنة ، فقد انحصرت وظيفة التشريع بالمعنى الصحيح - فى فئة معينة من المسلمين هم الذين يطلق عليهم المجتهدون - والمجتهد - وفقا لتعريف أساتذة أصول الفقه - هو الذى يستطيع استنباط الاحكام العملية من أدلتها الشرعية ، ويسمونه أيضا بالفقيه .

وليس هناك جهة تستطيع اختيار أولئك المجتهدين لأن الاجتهاد صفة يكتسبها كل مسلم نتيجة توافر صفات معينة فيه ، فهذه الصفات هى التى تقوم مقام الانتخاب وتحدد أعضاء السلطة التشريعية .

وشروط الاجتهاد هي :

- ١ - أن يعرف القرآن الكريم بمعانيه لغة وشرعية
- ٢ - أن يعرف كذلك السنة بمعانيها لغة وتشريعا
- ٣ - أن يعرف الناسخ والمنسوخ من الكتاب والسنة
- ٤ - أن يفهم مقاصد الشريعة العامة في تشريع الاحكام
- ٥ - أن يكون عالما بأصول الفقه
- ٦ - أن يفهم مقاصد الشارع العامة من تشريع الاحكام
- ٧ - العدالة : وهي الوازع الدني

وشرط أو أهلية الاجتهاد يجب توافره ليس في عضو السلطة التشريعية بل يجب أن تتوافر في رئيس الدولة وفي القاضي على حد سواء .

المطلب الثاني

التشريع الجماعي (الاجماع)

الشورى - أصل - سياسى وتشريعى في الاسلام وقد نص عليها القرآن الكريم^(٢) والسنة النبوية^(٣) والشورى مبدأ يقضى باسناد الأمر الى أهله حتى يستقيم فالشورى التشريعية اذن هي السلطة التشريعية ، وهذا يعنى اسنادها الى كتاب الله وسنة رسوله ، وما يبنى عليها من الاحكام الاجتهادية بمعايير تشريعية معروفة بالاستعانة بأهل الخبرة والتخصص في سائر الشؤون ، وفي مقدمتهم الفقهاء المجتهدون^(٤) .

وقد جاء في تفسير الطبري والقرطبي بيان للآراء الفقهية في تحديد المراد ، بأولى

(٢) ... وأمرهم شورى بينهم ، الآية ٣٨ سورة الشورى ، وشاورهم في الأمر ، الآية ١٥٩ سورة آل عمران

(٣) روى عنه عليه الصلاة والسلام : ما ندم من استشار ولا حاب من استشار .

(٤) خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم للتكوير دحى الدين ص : ٤١٦ و ٤١٧ .

الأمر ، منها أنهم « ألو الفقه » في الدين والعقل^(٥) ومنها أنهم « أولو العقل والرأى » — الذين يديرون أمر الناس^(٦) .

وهذه الإمام محمد عبده الى معنى قريب من هذا ، ولكنه أشمل وأوضح إذ يقول « إن المراد بأولى الأمر جماعة » « أهل الحل والعقد » من المسلمين وهم الأمراء والحكام والعلماء ، ورؤساء الجند ، وسائر الرؤساء والزعماء الذين يرجع اليهم الناس في الحاجات والمصالح العامة ، فهؤلاء اذا اتفقوا على أمر أو حكم وجب أن يطاعوا فيه ... بشرط ألا يخالفوا أمر الله ولا سنة رسوله التي عرفت بالتواتر ، وأن يكونوا مختارين في بحسبهم الأمر ، واتفاقهم عليه ، وأن يكون مايتفقون عليه من « المصالح العامة » وهو مالى لولى الأمر سلطة فيه ووقوف عليه^(٧) .

وقد ذهب الى هذا الرأى أيضا الشيخ الإمام الأكبر محمود شلتوت إذ يقرر أن أولى الأمر هم « أهل النظر الذين عرفوا في الأمة بحمال الاختصاص في بحث الشئون وإدراك المصالح والغيرة عليها ، وكانت طاعتهم هي الأخذ بما يتفقون عليه في المسألة ذات النظر والاجتهاد بما يترجح فيها عن طريق الأغلبية أو قوة البرهان^(٨) »

ونعتقد أن الشورى ، وهي أصل سياسى ، وتشرعى في الاسلام تتكون من هيئات ثلاث ، تختلف كل منها عن الأخرى أهلية وغرضا .

الأولى : هيئة سياسية ، لأنها تقوم باختيار الخليفة نيابة عن الناس ، وقد أطلق عليها المازردى « أهل الاختيار » ويشترط في عضويتها ثلاثة شروط :

١ — العدالة

٢ — العلم : الذى يمكن به معرفة من يستحق الامامة بالنظر الى توافر شروطها

(٥) تفسير الطبرى — ٨/٤٩٦

(٦) القرطبي مكتبة الشعب / ١٨٢٩ — ١٨٣١

(٧) تفسير المنار ١٨/٥

(٨) الاسلام عقيدة وشريعة — مرجع سابق — ص : ٤٦٢

٣ - الرأي والحكمة المؤديان الى اختيار من هو للامامة اصلح وتعتبر المصالح اقوم وأعرف^(٩).

الثالثة : : هيئة تشريعية وهي « أهل الحل والعقد » وتتكون من المجتهدين الذين تتوافر فيهم أهلية الاجتهاد ومهمتهم استنباط الاحكام من أدلتها الشرعية وهذه مهمة تشريعية .

الرابعة : : هيئة أهل الذكر : وتتكون من ذوي الاختصاصات المختلفة في شؤون الزراعة والصناعة والاقتصاد والصحة وسائر شؤون الدولة ، ويشترط فيهم شروط تخصصاتهم

فإذا اجتمعت هذه الهيئات الثلاثة تكونت جمعية تضم السياسيين (أهل الاختيار) والمشرعين (أهل الحل والعقد) وذوي التخصصات العلمية المختلفة (أهل الذكر) وإن هذه الجمعية أن تصدر قوانين بالاجماع أو بالأطلبية التي يدخل رئيس الدولة ويقرها فتصبح كما لو صدرت بالاجماع لتنظيم حياة الناس .

وقد أكد هذا المعنى الشيخ عبد الوهاب عجلان بقوله : « فإذا اجتمعت جماعة متوافرة فيها هذه المؤهلات وضمت اليهم جماعة من العلول ، وأولى العلم بشؤون الدنيا ، من قانونية ، واقتصادية ، وتجارية ، واجتماعية وصحية وغيرها ، تكونت من هاتين الجماعتين جمعية تشريعية لها الاهلية للاجتهاد بالرأي »

ولحن نرى أن الاجتهاد الجماعي من أهل (الشورى) واجب شرعا على سبيل الكفاية ، لا سيما فيما يتعلق بمصلحة الدولة العليا ، ترجيحاً للرأي القائل بالواجب في تفسير قوله تعالى : « وشاورهم في الأمر »

(٩) الاحكام السلطانية للمازني - ص : ٦ ، النظرات السياسية للنس - مرجع سابق - ص : ٢٢٥
السلطات الثلاث - مرجع سابق - ص :

« وعلى فرض إن الرسول — ﷺ — لم يكن واجبا عليه الأخذ بالشورى ، ابتداء ولا انتهاء ، لتأييده بالوحي ، تصورها ، ونحطة — فلا يقاس عليه — ﷺ — من يأتي بعده من الحكام ، تفاديا للخطأ ، أو الوقوع في مآل ممنوع ، أو سدا للسرعة الاستبداد بالحكم .

وأضيف الى ذلك إن هذا الاجتهاد هو أقرب الى الحق والعدل والمصلحة غالبا لما لعناصره التي يتكون منها ، من فضل اختصاص ، وعلم خبرة بالشؤون التي صقلت بها التجارب ، ولتعقد الحياة في عصرنا هذا ، وتشعب مناحيها ، وتنوع طبائع مراقبها الأمر الذي يقتضى مزهد تخصص وخبرة ، عما كان عليه الحال في عهد البساطة الأول ، ولا تظن أن الاجتهاد الفردي ، ولو من أهله قادر على أن ينهض بهذا العبء وحده ^(١٠) .

ونحن نعتقد أنه اذا ما صدر عن تلك الجمعية ، والتي تمثل أعلى مجلس للشورى — رأى بالاجماع ، أو بالأغلبية — فإنه يصبح ملزما للكافة ، فلا يشترط فيه الإجماع ، لأنه قد يتعذر وبذلك يفوت مصلحة عامة للجماعة كانت أولى بالرعاية .

ويؤيد ذلك ما ذهب اليه الامام الأكبر الشيخ شلتوت حيث يقول : « متى أجمعوا على رأى ، أو ترجع عندهم رأى ، من طريق الأغلبية أو عن طريق قوة البرهان أخذ به وتقيد ^(١١) » .

وما دامت السلطة التشريعية (مجلس الشورى) تصدر قرارات ملزمة للكافة فهل تستطيع أن تصدر قرارات تحد من ولاية القضاء ، أو من اختصاصاته ؟ كان هذا هو هدفنا من الدراسة السابقة لتمكين من تحديد العلاقة بناء على ضوء الاجابة على هذا السؤال .

رأينا في دراستنا للنظام الوضعي ، إن فيه نظاما قانونية تحد من ولاية القضاء ، وقد

(١٠) خصائص التشريع الاسلامي — مرجع سابق — ص : ٤٥٢

(١١) الاسلام عقيدة وشريعة — مرجع سابق — ص : ٣٧

اعتبر الفقه والقضاء إن هذا الحد بمس استقلال السلطة القضائية وقد يتوهم البعض بأن النظام الاسلامي لا يمنع تقييد ولاية القضاء .

ونحن نرى ان النظام الاسلامي ليس فيه نص يمنع ولي الامر سواء كان الحاكم أو أهل الحل والعقد (السلطة التشريعية حق تقييد ولاية القضاء بل أن النصوص قد تضافرت على اعتبار أن حق التقاضي حق مطلق لا يجوز تقييده .

إن الحد من ولاية القضاء ، وتضييق اختصاصاته ، أو تخصيص أى عمل من رقابة القضاء ، كل هذه عبارات تليد معنى واحد هو تقييد حق التقاضي ، وقد أثير جدل قضائي وفقهي في النظام الوضعي خاصة في مصر عن طبيعة التقاضي ، هل هو حق دستوري أو حق قانوني ، وما يترتب على ذلك من دستورية تقييده أو عدم دستوريته ، ولكن المادة ٦٨ من الدستور الحالي قد حسنت الموضوع حسنا باتا حيث اعتبرت حق التقاضي حقا دستوريا ، بل ونصت على عدم النص في القوانين على حطرة من رقابة القضاء .

أما في النظام الاسلامي ، فلم يتعرض أحد فيما نعلم للمنلشة هذا بالموضوع لأن حق التقاضي فيما نعتقد ، نابع من طبيعة القضاء في الاسلام ، فهو إذن حق مقدس ، وحق أصيل يستعصى على أى سلطة بالغة ما بلغت ، وأى كانت ، دستورية أو تشريعية أن تمسه بالتقييد ، وتندلل على ذلك بما يلي :

أولا : إن القضاء كان المهمة الأولى والسلطة الرئيسية التي جاءت بها رسالات الانبياء والرسول .

فكيف إذن يتسنى للانبياء والرسول تنفيذ شرع الله بين الناس إذا حرم بعض الناس من اللجوء الى القضاء والشكوى الى الرسول ؟

وكيف يرفع الظلم ، وينتصر للمظلوم ، ويقتضى من الظالم مالم يكن الانسان من ممارسة حقه في التقاضي ؟

ثانيا : إن الرسول ﷺ — عندما هاجر الى المدينة ، وكون أول دولة في الاسلام — وضع لها دستورا في « الصحيفة » وهي وثيقة دستورية هامة جاء فيها

« وأنكم مهما اختلفتم فيه من شيء فإن مرده الى الله عز وجل ، وإلى محمد ﷺ — وإن ما كان من هذه الصحيفة من حدث أو اشتجار يخالف فسادة فإن مرده الى الله عز وجل وإلى محمد رسول الله ﷺ » (١٢) .

ويتبين من هذا النص ان حق التقاضي منذ البداية كان حقا أصيلا ، لان كلمة « شيء » و « حدث » و « اشتجار » جاءت كلها نكرة في سياق الكلام فهي تفيد العموم ، أى إن كل نزاع مهما كانت طبيعته فهو من اختصاص القضاء .

ويؤكد هذا المعنى قوله تعالى : « فإن تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » (١٣) حيث جاء أيضا موضوع التقاضي نكرة (شيء) في سياق الكلام فهو يفيد العموم — أى أن — أى نزاع — يجب رفعه الى القضاء للفصل فيه بموجب الكتاب والسنة ، بل أن في الآية حث على اللجوء الى القضاء حيث قرن الله سبحانه وتعالى ممارسة حق التقاضي عملا بكتاب الله وسنة رسوله دلالة على الايمان .

يقول تعالى : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما » (١٤) ولعل في هذه الآية أبلغ دلالة على عدم تقييد حق التقاضي ، فإذا كانت الآية قد أوجبت على المسلمين أن يرفعوا أى نزاع يقع بينهم الى الرسول ﷺ باعتباره قاضي المسلمين ويلتزمون حكمه والا فهم ليسوا بمؤمنين ، فإن اختصاص الرسول عليه الصلاة والسلام بكل منازعاتهم يكون أوجب عليه من باب أولى .

(١٢) سورة ابن هشام ١٤٩/٢

(١٣) الآية ٥٩ سورة النساء

(١٤) الآية ٦٥ من سورة النساء

الثا

: عن جابر رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « كيف تقدس أمة لا تؤخذ من شديدهم لضعفهم »^(١٥) والمراد أنها لا تظهر أمة من الذنوب لا ينصف لضعفها من قوتها فيما يلزم من الحق له فإنه يجب نصر الضعيف حتى يأخذ حقه من القوى .

وكيف يكون ذلك ما لم يكفل حق التقاضي لكل مظلوم وكل ضعيف وكل من اعتدى على حقه . وكيف ينتصر له ما لم يكن القضاء مختصا بكل ما يقع بين الناس من منازعات وخصومات ، وبين الناس والسلطات العامة

روى عن الرسول ﷺ أنه قال : « إما أمر احتجب عن الناس فأهملهم احتجب الله تعالى عنه يوم القيامة »^(١٦) .

والحديث دليل على أنه من ولي أمر من أمور عباده الله أن لا يحجب عنهم وأن يسهل الحجاب ليصل إليه ذو الحاجة^(١٧) .

ونرى أن احتجاب الحاكم عن الناس لا يعني الاحتجاب المادي فحسب ، وإنما يشمل ذلك الاحتجاب المعنوي حيث يصدر الحاكم أوامر منع الناس من رفع بعض الشكاوى إلى القضاء ضد عماله وهذا هو عين تقييد حق التقاضي .

رابعا : لقد عرف النظام الاسلامي قضاء المظالم وهو قضاء يقوم على رفع الظلم بطريقة لم يعرفها النظام الوضعي حيث من اختصاص ناظر المظالم أن يتصدى من تلقاء نفسه لتحريك الدعوى ولو ذلك أكبر ضمانا لحق التقاضي .

خامسا : يقول صاحب معين الحكام : « إن خطة القضاء أعظم الخطط قدرا ، وإن

(١٥) سبل الاسلام ١٢٢/٤

(١٦) المرجع السابق - ص : ١٢٣

(١٧) بحث سابق عن استقلال القضاء ، للشيخ حلف الله الرشيد - ص : ١٢

أنظر الاحكام السلطانية للملوكي - ص : ٢١١

إليه المرجع في الجليل والحكيم فلا تحديد ، وإن على القاضي مدار الأحكام وإليه
النظر في جميع وجوه القضاء من القليل والكثير ... وقال كثير من الفقهاء
قبلة هذا الذي قال به ، ويدل على أن ولاية القضاء تشمل كل نزاع أو
خصومة .

ويبين من هذا العرض الاجتهادي إن حق التقاضي حق فوق سلطات الامة فلا أحد
يستطيع تقييده ، بل إن اطلاقه ظل دون استثناء على مدى تاريخ الرسالة الاسلامية .

وعليه فلا يجوز للاجتهاد الجماعي وإن وقع بالاجماع ان ينال منه لأنه خارج عن
اختصاصه وليست من الأمور التي يجوز الاجتهاد فيها .

وإن كان مجلس الشورى وهو السلطة التشريعية لا يستطيع أن يحد من حق التقاضي
أو يقيده فيكون رئيس الدولة من باب أولى لا يستطيع أن ينال من ذلك الحق وهذا خلافا لما
ذهب إليه رئيس القضاء الأسبق في السودان — في أن ولي الأمر إلى رئيس الجمهورية
يستطيع تقييد حق التقاضي لأن ما استند عليه فيما ورد عن الامام الماوردي لا يؤيده لأن
الماوردي يتحدث عن تقييد القاضي بالزمان والمكان والموضوع والاطراف ولكنه لا يقيده أمرا
معينا من عرضه على القضاء للأسباب التي ذكرناها .

ولكن يستطيع مجلس الشورى أن ينظم القضاء بإنشاء المحاكم المختلفة وتحديد
اختصاصاتها وطرف تشكيلها واختيار أعضائها ويستطيع كذلك أن يصدر من القوانين
لتنظيم شؤون القضاء ولكن يجب ألا تكون تلك القوانين تحد من ولاية القضاء الموضوعية أو
تجعل شؤون القضاء بيد السلطة التنفيذية وإنما تكلها إلى القضاء أنفسهم ذلك لأن كان
الوازع الديني هو الذي يقوم مقام الفصل بين السلطات في فجر الاسلام فإن هذا الوازع
قد ضعف ولابد من تنظيم تلك العلاقات بالصورة التي تحل محله وتمنع الاستبداد والظلم .

الفصل الثاني العلاقة بين القضاء والخليفة

يجمع الفقهاء على أن الخليفة هو الذي له حق تعيين القضاة وعزلهم وتحديد مرتباتهم واختصاصاتهم ونقلهم ومحاسبتهم ولكن مع ذلك ليس حراً في أن يتصرف حسب أهوائه السياسية ورغباته الشخصية وإنما هو مقيد بأن يكون تصرفه مبنى على اجتهاد لا يتعارض ومقاصد الشرع والا وقع قراره واجراءاته باطلة .

وإذا كان الخليفة نفسه يجب أن يكون مجتهداً فهو قاضياً كذلك ، ولما كان القضاء بعد جزء من السلطة التنفيذية مندرجاً فيها وليس منفصلاً عنها لأن القاضي كان يمارس مهام تنفيذية أخرى بجانب عمله كقاضى مثل قيادة الجيوش ، فإن النظام الإسلامى كما يقول أستاذنا العميد الدكتور الطماوى قد تضمن فصلاً بين هاتين السلطتين بدرجة غير معروفة في الدولة الحديثة ولكن أساس الفصل في النظامين مختلف فأساس الفصل في الدولة الحديثة يرجع الى كفالة الحرية الفردية وضمان شرعية الدولة وهذه الاعتبارات يكفلها النظام السياسى الإسلامى لاعلى أساس الفصل بين السلطات ولكن استناداً الى الوازع الدينى ، والذي يجعل كافة المسلمين — حكاماً ومحكومين — على قدم المساواة في الدنيا والآخرة ، والذي يهرد المسلمين من اطاعة أى أمر يتضمن معصية تفرعاً على القاعدة المشهورة « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق »^(١٨) .

(١٨) السلطات الثلاث — ص : ٦٢٠

« ومن جهة أخرى فالخليفة كرئيس للسلطة التنفيذية — لا يملك التشريع وإن كان يملك الاجتهاد — كسائر المجتهدين متى أستوفى شروطه ، وهو اذا اجتهد إنما يفعل ذلك باعتباره مجتهدا لا بوصفه خليفة وكذلك الشأن بالنسبة الى القاضي ، فإنه حينما يستنبط حكما يطبقه في نزاع معروف عليه فإنه يقوم بهذا النشاط باعتباره مجتهدا ولهذا فإن القاضي الاسلامي مستقل في عمله من تبعيته للسلطة التنفيذية نظرا لأن القواعد التي يطبقها ليست من عمل السلطة التنفيذية »

ونسبة للتقاليد التي أستقرت في مشاوراة القضاة للخليفة فقد يتبادر الى الأذهان إن القضاة ملزمون بمشاراة الخليفة الامر الذي يترتب عليه تدخله في أعمالهم مما يمس باستقلالهم ، ولهذا نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول : مشاوراة القضاة للخليفة
المبحث الثاني : موقف القضاة من تدخل الخليفة في أعمالهم

المبحث الأول استشارة القاضي للخليفة

حرص الخلفاء في أكثر العصور الاسلامية ، على حفظ حرمة القضاء ، وتوفير المهابة للقضاء ، وضمان الاستقلال والحرية لهم ، كذلك كان أكثر القضاة يترفع عن كل ما يخل باستقلالهم وحرمتهم ، ولكن هذا لا يعنى تجاهل وجود الخليفة كلية ولا يترتب عليه ألا تقوم بين القاضي والخليفة أى علاقة .

ولعل أفهم من وصى دور القاضي في الدولة الاسلامية الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذلك واضح في تصرفاته من جهة ، ومن العهد الذي كتبه لابي موسى الاشعري والذي يعد بحق دستور القضاء ، ومن للعهد الذي وجهه كذلك الى القاضي شرح وقد

جاء بروايات مختلفة وكلها مقبولة والجمع بينها ممكن حيث جاء في أحدها : « أقض بما استبان لك من كتاب الله ، فإن لم تعلم كتاب الله كله ، فأقض بما استبان لك من قضاء رسول الله ﷺ ، فإن لم تعلم كل قضية الرسول ﷺ — فأقض بما استبان لك من أمر الأئمة المهتدين ، فإن لم تعلم كل ما قضت به الأئمة المهتدين فاجتهد رأيك ، واستشر أهل العلم والصلاح » (١٩).

ول رواية ثانية للبيهقي نقلها أيضا ابن عساكر : « فإن شئت أن تجتهد رأيك فاجتهد ، وإن شئت أن تؤامرني فأمرني ، ولا أرى مؤامرتك إياي إلا خيرا لك والسلام » والمؤامرة : المشاورة وهي أمر مشروع ، لا ينقص من قدر القاضي ولا ينقص من حرمة واستقلاله ، بل هي أمر مندوب ، والمشاورة ليست ملزمة وإنما هي طريقة من طرق التحقيق والتمس الحقيقة ، والقاضي مخير في أن يأخذ بها أو يدع ، فإذا كان جائزا مشاورة أهل العلم والصلاح فتكون مشاورة الخليفة جائزة من باب أولى ولا سيما إذا كان خليفة كعمر بن الخطاب .

على إن المذكرة العلمية فيما استعصى من القضايا أو فيما احتمل وجهين لاتعنى جواز التبذل على أبواب الخلفاء والملوك والسلاطين والولاة والأمراء وغيرهم . فكان كثير من القضاة يرى في الترفع من التردد على الخليفة وجهها من وجوه الاستقلال ولقد نظر بعض العلماء من المؤرخين هذه النظرة إلى القاضي الذي يكثر التردد على السلاطين ، يقول المراكشي فيما نقله عن ابن عبد البر : (٢٠)

« كان أبو القاسم أحمد بن محمد بن زياد اللخمي حريصا شريفا وشيخا وسيما جميلا ، ذا هيئة حسنة ، غير أنه أهان خطة القضاء وتبذل فيها بالركوب إلى السلطان والدخول فيها لاسعه من أمورهم » .

هذا على الرغم من أن عبد البر قد عظم القاضي اللخمي فقال عنه : « كان ممولا ،

(١٩) مهذب ابن عساكر ٣٠٥/٦ — تاريخ القضاء لوكيع ١١٨/٢

(٢٠) مهذب ابن عساكر ١٥٥/١ — المرجع السابق

كثير الصدقات ، سخيا باطعام الطعام وكان يصنع الصنائع العظيمة ويحضرها شيوخ زمانه من الفقهاء والعلماء .

وعلى العكس من ذلك نحدث عن قاض آخر نقلنا عن عبد البر أيضا فقال :^(٢١) « مصعب بن عمران ، شامي الأصل ، دخل الأندلس في مدة عبد الرحمن الداخل ، وكان راوية عن الأوراعي ولا يتقلد مذهبا ، ويقضى بما يراه صوابا ، وكان خيرا ، وسجل على أحد رجال الأمير هشام في دار أخرجه منها ، فشكاه إلى الأمير وطمع أن يأمره بحله فقال الأمير : والله لو سجل على في مقعدى هذا لخرجت عنه »^(٢٢) .

قال الشافعي^(٢٣) : ومشاور ، قال تعالى : « وأمرهم شورى بينهم »^(٢٤) وقال لنبه عليه^{عليه السلام} : « وشاورهم في الأمر »^(٢٥) قال الحسن إن كان عن مشاورتهم لغنيا ، ولكنه أراد أن يستن بذلك الحكم بعده .

قال الماوردي : أما المشاورة فمندوب إليها في الأمور المشبهة لما أورده الشافعي من كتاب الله تعالى وتفسير الحسن لسنة نبه وهو ما روى عن النبي^{صلى الله عليه وسلم} أنه قال : « المستشار معان والمستشار مؤتمن » وقد شاور الرسول^{صلى الله عليه وسلم} أصحابه .

فأما غير رسول الله^{صلى الله عليه وسلم} من صحابته ومن بعدهم من سائر أئمة ، فمشاورتهم نغم في مصالح الدنيا وأحكام الدين فما اختص عنها بالدنيا ندب إليه عقلا ، وما اختص منها بالدين ندب إليه شرعا .

في أي المسائل نشاور ؟

فإذا تقرر هذا الجملة فالقاضي مأمور بالمشاورة في أحكامه وقضاياه وهي ضريان :

(٢١) المرجع السابق - ١/١٤٤

(٢٢) سجل بمعنى حكم عليه ونفذ

(٢٣) أدب القاضي للماوردي ١/٢٥٥ - ٢٦٨

(٢٤) الآية ٣٨ من سورة الشورى

(٢٥) الآية ١٥٩ من سورة آل عمران

أحدهما : ظاهر جلي قد حصل الاتفاق فيه وانعقد الاجماع عليه فلا يحتاج الى مثل هذا الى مشاورة .

والضرب الثاني : نوال حادثة لم يتقدم فيها قول متهوع أو ما اختلف فيه العلماء من مسائل الاجتهاد ، فهو الذي يؤمر بالمشاورة فيها ليشقه بمذاكرتهم ومناظرتهم على ما يجوز أن يخفى عليه من يستوضح بهم طرق الاجتهاد فيحكم باجتهاده دون اجتهادهم فلم لم يشاور وحكم ونفذ حكمه ، اذالم يخالف نصا أو اجماعا أو قياسا جليا غير محتمل ...

بين القاضي وأهل الشورى :

وليس على أهل الشورى اذا خالفوه في حكمه أن يعارضوه فيه ولا يمنعه منه اذا كان مسوغا في الاجتهاد .

وقال أبو حنيفة : ان كان أعلم من مخالفة عمل على اجتهاد نفسه ، وإن كان مخالفة أعلم منه عمل على اجتهاد مخالفه بقوله تعالى : « فسئلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون »^(٢٦) ودليلنا قول الله تعالى « فإن تنازعتم في شئ فردوه الى الله ورسوله »^(٢٧) . ولأن الصحابة اجتهدوا فيما اختلفوا فيه ، ولم يقلد بعضهم مع تفاضلهم في العلم .

والجواب عن الآية من وجهين :

أحدهما : إنها محمولة على تقليد العامي لانه قال : « إن كنتم لا تعلمون » والثاني : إنها محمولة على سؤال المستشار في المذاكرة والكشف .

فلو لم يصل القاضي باجتهاده الى حكم الحادثة ففي جواز تقليده فيها وجهان : أحدهما : وهو قول أبي العباس بن شريح : يجوز إن يقلد فيها للضرورة ، ويحكم لأنه مامن عالم الا ويجوز ان يشكل عليه أحكام لبعض الحوادث .

(٢٦) الآية ٤٣ من سورة النحل - و الآية ٢ من سورة الانبياء أيضا

(٢٧) الآية ٥٩ من سورة النساء

والوجه الثاني : وهو قول أبي اسحق المرزوي : لا يجوز أن يقلد في قضائه ويستخلف عليها من يحكم باجتهاده أن ضاق وقت الحادثة لأن الحاكم ملزم فلا يجوز أن يلزم بما لا يعتقد لزومه .

وفي اعتقادنا أن نظام المشاورة كان يرجع الى عدم وجود مؤلفات فقهية ، ولا مدونات قانونية تشتمل على أحكام القضاء يمكن أن يلجأ اليها القاضي عند الاقتضاء ، أما الآن قد أصبحت وسائل التفسير في متناول القاضي فقد أصبح نظام المشاورة في ذمة التاريخ ، وإن كان منذ نشأته لم يمس باستقلال القضاء عن الخليفة .

المبحث الثاني

موافقة القضاء لجهاد تدخل الخليفة وعماله

لم تكن الأسس والمبادئ التي تقوم عليها علاقة الخليفة بالقضاء هي مبادئ نظرية ، كما هو الحال في أكثر الأنظمة القانونية الوضعية — حيث كانت السلطة التنفيذية من الناحية الفعلية هي الأقوى ، حتى أصبح رئيس الدولة في أرق الدول الديمقراطية يملك سلطات يمتنع عن القضاء رقابتها بحجة أنها من أعمال السيادة ، في حين أن تلك الأسس والمبادئ ترجعها القضاء في النظام الاسلامي الى واقع عمل ، فظل القضاء على مدى تاريخ الدولة الاسلامية قلعة قوية شامخة وحارسا وحاميا للشرعية ، ومنقذا للحق حتى ولو كان بين فكي السلطان أو أنياب عماله ، وإذا كانت الأمثلة في ذلك لم تسعها بطون كتب التاريخ فإننا نقدم بعض النماذج لتأكيد مدى الاستقلال الذي كانت تقوم عليه علاقة الخليفة بالقضاء والذي خضع له الخليفة مجبرا أو طائعا ومختارا .

روى إن أحد كبار قادة الجيش قد أدهى ملكية أرض في حيازة تاجر وكان النزاع أمام القاضي أبي سود بن عبد الله قاضي البصرة ، فكتب له الخليفة المنصور أن ينظر في تلك الأرض وأن يدفع بها للقائد .

فرد عليه القاضي إن البينة قامت عنده للتاجر ، ولم يخرجها الا بينة — ونعتقد ان

القاضي كان على حق لأن الأرض كانت في حيازة العاجر وهذه الحيازة قرينة على الملكية ما لم يتقدم القائد ببينة أخرى ترخص تلك القرينة .

ولكن الخليفة المنصور كتب للقاضي مرة أخرى وقال : « والله العظيم الذي لا اله الا هو لتدفعها للقائد » فرد عليه القاضي : « والله العظيم الذي لا اله الا هو لأخرجها من يد التاجر الا بحق »

فماذا كان رد الخليفة على هذا التحدي السافر من القاضي ؟ هل هزله ؟ لاهل انصاع الخليفة لحكم القاضي مسرورا ومعتزا بقضائه ، وإله قد أرسى قواعد العدل حتى أصبح القضاء يراقبه ويرده الى الطريق الحق فقال : « ملائمتها والله عدلا وصار قضائي تردى الى الحق »^(٢٨)

ولعل في الموقف القائل ما يدل على صرامة القاضي « شريك » في الحق وهو موقف حق غريب يثير الدهشة والاحجاب ، فهو رجل قد اعتصم بالحق ، ووقف أمام سلطان الأمانة وسطوتها حتى أرغم الحاكم على الخضوع للحق ، والذبول على رأى العدالة والوقوف موقف المساواة من خصمه حتى ولو كان امرأة ضعيفة ، لاحول لها ولا قوة .

فقد روى الخطيب البغدادي^(٢٩) أن امرأة شكت للقاضي شريك بأن الأمير موسى بن عيسى أمير الكوفة قد ساءمها على أن تبيع له بستان وورثته عن آباءها قد قضت فأرسل بمسماة فاعل فاقبلوها الحائط الذي كان يسور البستان .

أمر القاضي بإعلان الأمر الذي استنكر هذا الاجراء وأمر رجل الشرطه بتبليغه للقاضي ، فما كان من القاضي الا أن وضع الشرطي في الحبس . ولما علم الأمير بذلك بعث اليه بحاجبه فوضعه القاضي أيضا في الحبس ، ثم بعث له بأصدقائه ليتشفعوا في الأمر فهددهم بوضعهم في الحبس . فلما بقى الأمر ذهب وأخرج كل من كان في الحبس ، ولما علم القاضي بذلك شد رحاله الى الخليفة في بغداد وقال : « والله ما طلبنا هذا الأمر منهم »

(٢٨) تاريخ الخلفاء للسيوطي - ص : ٢٦٥

(٢٩) تاريخ بغداد - ٢٨٩/٩ - ٢٩١

علم الأمر بذلك والحق به واستعطفه بالرجوع وخضع للمثول أمامه ، فوافق القاضي على أن يعاد كل من كان في الحبس مرة أخرى فأعيدوا الى الحبس ، ووقف الأمر مع خصمه المرأة وأقر بدعواها فحكم عليه القاضي برد جميع ماأخذه ، وألزمه ببناء الحائط وببيت الفارس ومتاعه . ثم وثب بعد الحكم فأخذ بيد الأمر فأجلسه في مجلسه ، ثم قال : السلام عليك ياأيها الأمر تأمر بشيء ؟

قال : أى شيء . أمر ؟ وضحك .

كانت الصلة بين شريك ، وبين الربيع صاحب الخليفة المهدي العباسي صلة ود مفقود ، واتهمه عند الخليفة بأنه فاطمي محض ، فهذا اتهام سياسي خطير ، فاستدعاه المهدي وقال له : بلغنى إنك فاطمي .

فقال شريك أعيد بالله بأمر المؤمنين أن تكون غير فاطمي إلا أن تعنى فاطمة بنت خنزي .

قال : ولكنى أعنى فاطمة بنت محمد ﷺ

قال : أفتلعبها بأمر المؤمنين ؟

قال : معاذ الله

قال : فما تقول فيمن يلعبها ؟

قال : عليه لعنة الله

قال : فألعب هذا وأشار الى الربيع — فإنه يلعبها ، لعنة الله .

قال المهدي : دعنى من هذا فأنى رأيتك في منامى كأن وجهك مصروف عنى وفجأتك الى ، وما ذلك الا بخلافك على ، ورأيت في منامى أقتل زنديقا .

قال شريك : إن رؤياك ، بأمر المؤمنين ، ليست برؤيا الصديق يوسف صلوات الله على محمد وعليه ، وإن الدماء لاتستحل بالاحلام ، وإن علامة الزندقة بينة .

قال : وما هي ؟

قال : شرب الخمر ، والرشي في الحكم ، ومهر البغي

قال : صدقت والله يا همد الله ، انت والله خير من الذي حملني عليك . (٣٠)

والحق إن هذا الموقف من القاضي شريك ، يعنى له التاريخ اجلالا واحجابا
وسجل مغامر القضاء واستقلاله في النظام الاسلامي بحروف من نور . فعل الرغم من أن
شريك كان يقف موقف الاهتمام أمام الخليفة في أخطر قضية سياسية ودينية ، هي مشايعة
آل البيت التي كانت في عهد العباسيين عقوبتها القتل ، ودينه لان الزندقة جريمة عقوبتها
القتل ، ومع ذلك فإن الحق كان ينساب بين شفتيه بقوة وجراءة وصلت الى حد تسفيه
لاحلام الخليفة وإنها ليست من أحلام الانبياء وسخرته من الاعتماد على أحلامه بأن
الاحكام لا تنهى على الاحلام بل وصل في الحق مداه حين طعن في نزاة الحكم في عهد
الخليفة عندما لا يقل روعة في المعرفة بالحق لعريق ايمانه بالقضاء ، فأكد له أنه أفضل عنده
من الذي حرك ضده ذلك الاهتمام ، هذه هي العلاقة التي تحكم صلة الخليفة بالقاضي ،
تقوم على الحق والحق .

ويتبين من هذا إن القضاء وقفوا بصلابة ضد تدخل الخليفة اذا ما عن له التدخل
والتأثير في أحكامهم ، وبذلك صانوا استقلالهم .

الباب الثالث مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

عرف النظام الاسلامي مسؤولية القضاة عن أخطائهم الشخصية وعرف منذ فجر
الدعوى مسؤولية الدولة عن أعمال القضاة ولذلك نقسم هذا الباب الى فصلين :
الفصل الاول : مسؤولية القضاة الشخصية
الفصل الثاني : مسؤولية الدولة عن أعمال القضاة

الفصل الأول مسئولية القضاة الشخصية

تعدد مسؤولية القضاة الشخصية في النظام الاسلامي وتنقسم الى نوعين : مسئولية دينية ومسئولية دنيوية . لان الاسلام دين ودولة عقيدة وشريعة فالاساس الديني للدولة الاسلامية كما يقول استاذنا العميد الطماوي هو طابع جوهري لها بحيث يخلو كل حكم عليها بعيدا عن هذه الحقيقة من الخطأ البين ، ذلك ان للوازع الديني أثره الفعال في ممارسة الوظيفة العامة في الاسلام خاصة الوظيفة القضائية التي انيط بها تحرى شرع الله وتطبيقه على كل المنازعات . ولذا نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول : المسؤولية الدينية
المبحث الثاني : المسؤولية الدنيوية

المبحث الاول المسئولية الدينية

وردت مسؤولية القضاة الدينية في القرآن والسنة وانعكس أثرها على امتناع كثير من العلماء عن تولية القضاء ولذلك نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : المسؤولية في القرآن

المطلب الثاني : المسؤولية في السنة
المطلب الثالث : أثر المسؤولية على تولية القضاء

المطلب الأول مسئولية القضاة في القرآن

قال وكيع^(١) ان الله عز وجل بإقامته الحق بين الناس جعل الحكم بينهم أرفع الاشياء وأجلها خطراً واستخلف الخلفاء في الأرض ليقوموا حكمه وينصفون من عباده ويقوموا بأمره

قال تعالى : يا داود انا جعلناك خليفة في الأرض فأحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ان الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب^(٢) . واتباع الهوى هو أن يبعد القاضي عن تطبيق شرع الله منساقاً وراء شهوات نفسه ، فيجوز في الحكم ويتعد عن الحق وعن سبيل الله . وفي هذه الحالة حتى لو قررت مسئوليته الدنيوية وتجاوز عنها فان له عذاب في الآخرة شديد لا يغفاله عن المحاسبة في مثل هذا اليوم .

وقد أمر الله نبيه الذي أدبه وأحسن تأديبه ووصفه بأنه على خلق عظيم — ان يحكم بشرع الله وأمره بالا تكون عداوته لاعداء الاسلام سبباً في عدم اتباع الحق وتحقيق العدالة قال تعالى : انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيماً^(٣) وقال تعالى : وأنزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيئاً عليه فأحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق^(٤) وقال تعالى : ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل ان الله نعما يعظكم به^(٥) .

(١) أخبار القضاة لوكيع ١/١ — الصفحة الأولى

(٢) الآية ٢٦ من سورة ص

(٣) الآية ١٠٥ من سورة من سورة النساء

(٤) الآية ٤٨ من سورة المائدة

(٥) الآية ٥٨ من سورة النساء

وبعد ان فصل القرآن الاوامر القاطعة لكى يسلك القاضى طريق الحق قرر المسؤولية بدرجة تبين مدى حرص الاسلام على التزام القاضى فى أحكامه بالعدل ثم رتب على ذلك جزاء رادع قال تعالى : « وأما القاسطون فكانوا لجهنم حطباً »^(٦) والقاسط هو القاضى الجائر والظالم فى أحكامه^(٧) .

وإذا كانت عقيدة القاضى الإسلامية تلقى عليه بهذه المسؤولية الجسيمة فإنه لا يخشى فى ممارسة وظيفته أحداً غير الله وبذلك يتأكد الاستقلال الحقيقى للسلطة القضائية .

المطلب الثانى مسئولية القضاة فى السنة

وردت أحاديث كثيرة عن النبى — صلى الله عليه وسلم — فى مسؤولية القاضى الدينية ، وذلك اذا ما جار القاضى فى حكمه واتبع هواه فضل عن سبيل الله . فقد روى عنه أنه قال : « ما من حاكم يحكم بين الناس الا ألقى به يوم القيامة وملكت آخذ بقفاه فيوثقه على شاطئ جهنم ثم يرفع رأسه ، فان قيل له ألقه ألقاه فى مهواة يهوى فيها أربعين خريفاً » وعن معاذ بن — جبل رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم — انه قال « القاضى ليزل مزلقه أبعد من عدن فى جهنم » وقال : « ليس أحد من خلق الله يحكم بين ثلاثة الا جىء به يوم القيامة مغلوله يده الى عنقه فكاه العدل أو سلمه » وقال « يجاء بالقاضى العدل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يمتنى انه لم يقض بين اثنين » وقال : « لو تعلم الناس ما فى القضاء ما قضوا فى ثمن بقرة . ولكن لا يهد للناس من القضاء ومن امره برة أو فاجرة » .

وقال : « القضاة ثلاثة ، قاضيان فى النار وقاض فى الجنة » فأما الذى فى الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ، وأما اللذان فى النار — فرجل عرف الحق فجار فى الحكم ورجل قضى على جهل فهما فى النار » ولعل تشديده مسؤولية القاضى الدينية تجعله فى قول

(٦) الآية ١٥ من سورة الجن

(٧) وكبح المرجع السابق — ص : ٣

الرسول صلى الله عليه وسلم « من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين »^(٨) .

ويبين من هذه الأحاديث ان مسؤولية القضاة في الآخر مسؤولية عظيمة لا تعادها مسؤولية أى وظيفة أخرى وهذا ما يجعل القضاة أكثر تحملا عن حكم الله في الواقعة .
وبذلك يسود مبدأ المشروعية الذى هو أساس استقلال القضاء .

المبحث الثالث أثر المسؤولية الدينية في تولية القضاء

كان لتلك الآيات القرآنية والأحاديث النبوية أثر عظيم على امتناع الكثر من العلماء في تولية القضاء حتى ضربوا وعذبوا مثل أى حنيفة وأى قلابة وشرع وأبو خزيمة^(٩) وغيرهم لأنهم كانوا يرون فيه خطر عظيم مع ان تلك الأحاديث لم تمن ترغيب وتخويف الناس من تولي منصب القضاء وإنما كان المقصود منها ان يتعد عن هذا المنصب من علم في نفسه الضعف وعدم الاستقلال بما يجب عليه وكذلك من يرى نفسه أهلا للقضاء والناس لا يرونه كما يقول الطرابلسي في كتابه معين الأحكام وان كنا نختلف معه لان هناك من العلماء من يتمتع بكل الصفات التى تتطلبها منصب القضاء بجانب قوة شخصياتهم كالامام أى حنيفة فله أسباب أخرى أشرنا اليها الا ان أساس الخوف كان من المسؤولية الدينية ولان القضاة كانوا يرون الامراء قد ضعف وازعهم الدين فكانوا يخشون ان يكونوا تبعاً لهم فيدرّكهم العذاب الاليم .

ومع ذلك فان هناك من الأحاديث الصحيحة التى تؤكد فضل القضاة وشرفه وحسن ثوابه فيمن حكم فيه بالحق ولا يتبع هواه يقول النبى — عليه الصلاة والسلام :
« المقسطون على منابر من نور عن يمين الرحمن وكلتا يديه يمين الذين يعدلون في حكمهم وما ولوا »^(١٠) .

(٨) أنظر هذه الأحاديث في الجزء الأول من أخبار القضاء تجميع ص ٧٠ و ١٩ — ٢٣ — وتاريخ قضاة الاندلس للنباهى الماتقى ص : ٩ و ١٠ ووردت هذه الأحاديث في مقدمة كتاب القضاء أو الاقضية في معظم كتب الفقه .

(٩) تاريخ القضاء لابن عرنوس — ص : ٧٤

(١٠) وكيع — مرجع سابق — ص : ٤

وبذلك تعد المسؤولية الدينية لها أثر كبير يتضامن مع المسؤولية الدينية ويجعل القاضى
فى الاسلام أقرب الى تحقيق العدالة من غيره فى النظم الوضعية .

المبحث الثانى المسؤولية الدينية

بعد منصب القضاء فى نظر الشارع الاسلامى من أعظم المناصب قدرا وأجلها
خطرا وقد أحيط هذا المنصب لما لم يحط به مناصبا أخرى فى الدولة من العناية والتنظيم
ووضعت شروط دقيقة لاختيار القضاة وأهمها العلم والعدالة ثم وضعت اجراءات فعالة
لضمان اختيار القوى الأمين ومع ذلك فان القضاة بشر معرضون للخطأ وفى ذلك يقول
صلى الله عليه وسلم : « إنما أنا بشر وأنكم تختصمون الى ولى ولعل بعضكم ألحن بحجته من
بعض وإنما ألقى بينكم حل نحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا
يأخذه »^(١) وإذا كان الواقع يشهد بثبوت وقوع الخطأ من القضاة فان النظام الاسلامى
احتاط لذلك ووضع اجراءات معينة لهاسبة القاضى تأديبيا أو مدنيا .

ولذلك نقسم هذا - المبحث الى مطلبين :

المطلب الأول : مسؤولية القضاة التأديبية

المطلب الثانى : مسؤولية القضاة المدنية

المطلب الأول المساءلة التأديبية

لا تختلف الاسباب التى تؤدى الى مساءلة القاضى تأديبيا فى النظام الاسلامى عن
الاسباب التى أخذ بها النظام الوضعى ، وهى فى الجملة ، ألا يرتكب القاضى فعلا يخالف
واجبات وظيفته أو مقتضياتها ، أو يسلك سلوكا يخل باخلاقيات المهنة أو يحط من قدرها

(١١) الجامع الصغير ١٠٢/١ ، نيل الأوطار ٢١٤/٨

أو يرتكب خطأ جسيماً يعرضه للمساءلة المدنية والمحاكم الجنائية ، ونجمع هذه الصور عبارة "فقهاء المسلمين" أن كان عنده متهم في أحكامه ، أو غير عدل في حاله ، أو جاهلاً بقضائه^(١٢) . ولا يحاكم القاضي تأديبياً ما لم يحقق في الواقعة محل المساءلة مسبقاً .

وإذا قدمت شكوى ضد القاضي فإن الإجراءات تختلف باختلاف شخص القاضي وسيرته السابقة ، فإن كان مأموناً في أحكامه عدلاً في أحواله ، بصيراً بقضائه فلا يجوز لولى الأمر أن يأبه بتلك الشكوى ولا يقبلها ، ولا يتخذ من الإجراءات ما يدل على أنه وثق بها مثل أن يأمر بجلوس الفقهاء للنظر في أحكامه فإن فعل ذلك فإنه يعتبر خطأ منه^(١٣)

أما إذا كان القاضي غير مشهوراً بالعدل والرضا وتظاهرت الشكوى عليه ، فإن إجراءات التحقيق تبدأ ضده بأن يستدعى سلطة التحقيق رجالاً صالحين من أهل بلدة ذلك القاضي للمساءلة عنه والكشف عن حاله^(١٤) .

ولعل في هذه الواقعة التي وردت في قضاء قرطبة للخشنى^(١٥) ما يوضح بأن المساءلة التأديبية كانت لا تتم إلا بعد التحقيق : عندما ولى سليمان بن أسود على مدينة « ماردة » قام بمراجعة مالية المدينة فوجد عجزاً بلغ عشرة آلاف ديناراً ، فاستدعى العدل الذي كان قائماً على شؤون الديوان واستجوبه فبرز له مستنداً محرراً من القاضي عمرو بن عبد الله باستلامه لذلك المبلغ وعضد ذلك بستة عشر شاهداً ولكن القاضي عمرو أنكر الواقعة وكذب الشهود وعلل ذلك بمؤامرة احيكت ضده . ولكن سليمان حكم عليه برد المبلغ فاستأنف القاضي الأمر إلى الأمير ، فشاوَرَ الأمير الفقهاء فأشاوروا لتحليف القاضي إلا أن بقي بن مخلد عارض ذلك وقال أنه من العيب أن يبلغ الأمر ببني العباس أن يحلفوا قضائهم

(١٢) تبصرة الحكام — ٧٩/١

(١٣) نقل ابن فرحون في كتابه تبصرة الحكام (٧٩/١) عن مختصر الواضحة عن جيب قل مطرف : « وإذا اشكى على القاضي في قضية حكم بها ورفع ذلك إلى الأمير فإن كان القاضي مأموناً في أحكامه ، عدلاً في أحواله ، بصيراً بقضائه فأرى ألا يعرض له في ذلك ولا يقبل شكوى من شكاه ولا يجلس الفقهاء للنظر في قضائه فإن ذلك من الخطأ أن فعله ومن الفقهاء أن تاهوه على ذلك »

(١٤) المرجع السابق — ص : ٨٠/١

(١٥) قضاء قرطبة — ص : ٨٤

— فوافق الامر على ذلك وأوصى الامر الى القاضي عمر ان يكتب اليه بيمينه في السر ،
وبرأ الامر مما نسب اليه . وحرّم الذين تسبوا في ضياع ذلك المال .

واذا ثبت خطأ القاضي فكانت العقوبة في الغالب هي العزل .

عقوبة العزل :

اذا كان التحقيق يتولاه ولي الامر أو قاضي القضاة والاستعانة في ذلك بالفقهاء
والثقات والقوم الصالحين فان توقيع عقوبة العزل يقعها ولي الامر أو من يفوضه في
ذلك .

ان مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل والذي يعد أهم ضمانات لاستقلال القضاء والذي
استقر في الاحكام الدستورية في النظام القانوني مادام القضاة يعمتون بحسن السلوك
وكمال الاستقامة ، فان هذا المبدأ وجد أساسه في النظام الاسلامي ولئن اتفق فقهاء
المسلمين على انه اذا تغيرت حالة القاضي بفسق أو زوال عقل أو مرض يمنعه من
القيام بأعمال القضاء أو اتصف بما ينال الاهلية أو احتل فيه بعض شروط القضاء
فانه ينعزل ويستحق العزل ويتمين على من يبدى الامر ان يعزله .

ولكن الفقهاء اختلفوا فيما اذا كان القاضي باقياً على صلاحته ومستمراً على ما كان
عليه ولم يصدر منه ولم يتصف بما يقتضي عزله . والنسوا في ذلك الى عدة آراء :

الرأى الأول : يرى عدم قابلية القضاة للعزل مع سداد حالهم أو لم يكن في عزهم تحقيق
مصلحة ، لان ولاية القضاء عقد لمصلحة المسلمين — ذهب الى ذلك المالكية والشافعية
وأحمد في رواية عنه وبعض الشيعة^(١٦) .

(١٦) حاشية الدستور ١٣٧/٤ ، منح الجليل لابن عيسى ١٥٥/٤ ، قلوب وعيون ٢٦١/٤ ، المنى ١٠٥/٩
الشرح الكبير ٣٨٣/١١ ، كشف القناع ٦/ ، شرح الازهار ٣٢٩/٤

الرأى الثانى : يرى ان القضاة يعزلون ولو لم يصدر منهم ما يقتضى عزلهم ولو لم يكن فى عزلهم مصلحة ذهب الى ذلك الحنفية والشافعية فى رواية ثانية وأحمد فى رواية أخرى وبعض الشيعة^(١٧)

وذلك لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال : لا عزلن أباهم وأولادهم رجلا اذا رآه الفاجر فرقه ، فعزله عن قضاء البصرة ، وولى كعب بن سور مكانه كما انه رضى الله عنه كان يولى ويعزل^(١٨) فعزل شرحبيل بن حسنة عن ولايته فى الشام وولى معاوية ، فقال شرحبيل ، امن جبن عزلتنى أو خيانة ؟ قال : من كل فلا ولكن أردت رجلا أقوى من رجل ، وعزل خالد بن الوليد وولى أباه عبيدة ، وقد كان يولى بعض الولاة الحكم مع الامارة ، فولى أباه موسى البصرة ، قضاءها وامارتها ثم كان يعزلهم ومن لم يعزله عزله عثمان رضى الله عنه بعده الا القليل منهم وكذلك فصل سيدنا على كرم الله وجهه .

ولان القضاء كالامارة بجامع الولاية فى كل فكما ان للامام عزل امرائه عن البلد فكذلك يجوز له عزل قضائه .

ف عزل القاضى — طبقا لهذا الرأى — أولى ، ويفارق عزله بموت من ولاية أو عزله ، لان فيه ضررا ، وهنا لا ضرر فيه لانه لا يعزل قاضيا حتى يولى آخر ، ولهذا لا يعزل القاضى بموت الامام ويعزل يعزله له . هذا غير ان الاولى لولى الامر ان لا يعزله الا بعذر^(١٩) .

وهذه رأى آخر الى ان للامام ان يعزل القاضى لتحقيق مصلحة ، كتعيين من هو أفضل منه أو مثله ، ويكون فى عزله تحقيق مصلحة كتسكين فتنه أو لكثرة الشكاوى

(١٧) مجمع الامهر ١٥١/٢ ، لسان الحكم فى معرفة الاحكام — ص : ١١ و ١٢ — معنى المحتاج ٢٨١/٤ قلهون وصورة ٢٦١/٤ ، كشاف القناع ٦/ ، شرح الازهار ٣٢٩/٤ ، المغنى ٩/ ، الشرح الكبير ١٧٩/١١

(١٨) تاريخ عمر بن الخطاب لابن الجوزى — ص : ١٢٢

(١٩) الاحكام السلطانية للملوك — ص : ٧٠ ، الاحكام السلطانية — لى بعل — ص : ٦٥ ، الشرح الصمد لاحمد بن أحمد الدردري — مطبوع كتاب بلغة السالك لا قرب المسالك ٣٣٥/٢

منه ، ولكن ليس للامام ان يعزل القاضي ان لم يكن في عزله مصلحة ولكن ينفذ قرار العزل^(٢٠) .

ونعتقد ان هذه الآراء جميعا بالرغم من اختلافها الظاهري تتفق مع الرأي القائل بضرورة توفر المصلحة في عزل القاضي ، وانه لا يجوز للامام ان يعزل القاضي بدون عذر . ولأن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما عزلا بناء على مصلحة سواء كانت تلك المصلحة مستترة أو ظاهرة ، وهب انه قد تعذر علينا ادراك تلك المصلحة التي كان يبتغيها العالمان الجليلان فمن منا مثل عمر الذي اقترن العدل باسمه ؟ ومن منا مثل علي الزاهد الورع امام المتقين وأقضى قضاء الاسلام وباب مدينة العلم .

واننا نتفق مع الدكتور سعيد عبد المنعم الحكيم في انه ليس للامام عزل القاضي ما لم يتغير حاله ، ولم تكن هناك مصلحة تتحقق بعزله ، لان القاضي ولي القضاء لمصلحة المسلمين ، والامام تولى أمور المسلمين ليحقق لهم المصلحة بمجلب المنافع ودرء المفاسد وليس من المصلحة عزل القاضي اذا لم يتغير حاله أو لم تكن هناك مصلحة تتحقق من ذلك فقد يستعمل حق العزل في التدخل في أعمال القضاة مما يضر بسير العدالة في الدولة^(٢١) . ولأنه يسبب مبدأ الفصل بين السلطات ومن ثم باستقلال السلطة القضائية .— هذا ومن المتفق عليه انه اذا لم يكن ثمة من يصلح للقضاء غير متوليها فانه يحرم على ولي الامر عزله وان عزله فان قراره لا ينفذ^(٢٢) .

ولعل ما ذهب اليه العالم الجليل الماوردي في هذا الصدد يسبق الرأي الذي توصلنا اليه . يقول الماوردي وهو يتحدث عن عزل القاضي : « فان كان عزله عن اجتهاد أدى اليه

(٢٠) المنهاج للنووي — طبعة الخليلي — سنة ١٩٣٣ — ص : ٥٨٩ و ٥٩٠ ، الشرح الصغیر ٢/٣٣٥ — احانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين ٤/٢٢٤ ، شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين مطبوع على هامش كتاب حاشيتنا للهيولى وحميد ٤/٢٩٩ ، شرح البيهقي الكبير — لشيخ الاسلام زكريا الانصاري ٥/٢١٩ و ٢٢٠

(٢١) الرقابة على أعمال الإدارة — مرجع سابق — ص : ٢٢٦

(٢٢) شرح البيهقي — مرجع سابق — ٥/٢١٩ و ٢٢٠ ، شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين — مرجع سابق — ٤/٢٩٩ ، فتح المعين — مرجع سابق — ٤/٢٤٤ ، احانة الطالبية على حل ألفاظ فتح المعين السيد البكري — مرجع سابق — ٤/٢٢٤ .

اما بظهور ضعفه ، واما لوجود من هو أكفا منه جاز ان يعزله ؛

وان لم يؤده الاجتهاد الى عزله لاستقلاله بالنظر في عمله على الصحة والاستقامة لم يكن له ان يعزله لانه لا مصلحة في عزل مثله .

فان عزله انعزل وان كان الاجتهاد بخلافه ، لان عزله حكم من أحكام الامام لا يرد اذا لم يخالف نصا أو اجماعا^(٢٣) .

وبتين من رأى الماوردى ان العزل لا يقع الا بموجب حكم أى بالاجتهاد وان اجتهاد الإمام لا يرد الا اذا تعارض مع نص أو اجماع ، ولما كانت المصلحة أحيانا تقوم مقام النص ، ولما كان الاجتهاد لابد ان يكون مسببا لانه حكم فانه وفي جميع الاحوال لابد ان يتم العزل بناء على مصلحة تبرره والا وقع باطلا وفي ذلك أكبر ضمانة لمبدأ عدم قابلية القضاة للعزل ، وحسنا فعل المشرع المصرى في النص على وقوع العزل بموجب حكم يصدر من هيئة قضائية محضة^(٢٤) وليس بقرار ادارى وهذا هو الذى يتفق مع النظام الاسلامى الذى يقدر مبدأ استقلال السلطة القضائية .

المطلب الثانى

مسئولية القاضى المدنية

تنشأ مسؤولية القاضى المدنية عن خطئه في الاحكام المتعلقة بحق من حقوق العباد ، وخطأ القاضى اما ان يكون بسبب راجع الى القاضى نفسه ، أو لسبب راجع الى غيره كغش وتدليس الخصوم أو الشهود ، وقد يكون الخطأ متعمداً وقد يكون من غير عمد ، وغير العمد اما ان يكون عن تقصير من القاضى أو يكون عن اجتهاد صحيح ولا يخرج الخطأ عن فرض من هذه الفروض .

(٢٣) أدب القاضى للماوردى ٣٩٩/٢

(٢٤) المادة ١١١ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤

فان كان خطأ القاضى فى الحكم وقع بناء على اجتهاد صحيح وكان الحكم قد صدر بناء على النصوص والقواعد والاجراءات الشرعية التى يلزم بها القاضى فى قضائه كان حكمه صحيحا ، وكان غير مسئول عن خطئه ، ولا يؤثر ذلك الخطأ فى نزاهته فى القضاء بل كان مثابا على اجتهاده بنص الحديث « من اجتهد فأصاب فله أجران ومن اجتهد فأخطأ فله أجر واحد » . وبذلك هذا الحديث على احتمال وقوع الخطأ ولذلك قال بعض الفقهاء : ان القضا مظهر فى التحقيق للأمر الشرعى لا مثبت له^(٢٦) .

واذا كان خطأ القاضى فى الحكم لسبب يرجع اليه وكان ذلك عن تقصير منه لقصر نظره فى الاجتهاد والبحث عن الحكم الصحيح من حيث النظر فى الموضوع أو لتقصيره فى اتباع الاجراءات القضائية الواجب اتباعها قبل الحكم فى الدعوى ، وذلك كان القاضى لم يعلم الى المدعى عليه الحاضر ، أو لم يحلف المدعى على الغالب على بقاء حقه قبله مع بينه سهوا كأن ظن أنه فعل ذلك والحقيقة أنه لم يفعل^(٢٧) . وكان الشهود غير أهل للشهادة وقد قصر فى البحث عن عدالتهم أو حكم بيع وقف صالح ، أو بفاذ تصرف محجور بمجرد سماع ادعوى من غير تحر عن الحقيقة والواقع سهوا أو تقصيرا .

وفى هذه الحالة اذا أدى هذا الخطأ فى الحكم الى جور فى الحكم فانه ينقض لانه ليس حكم الله الذى أمر ان يحكم به ، والمعتمد عند الجمهور من الفقهاء انه يحتاج الى صيغة نقض لنقضه ولا يعتبر منقوضا من تلقاء نفسه وعلى هذا يجب لنقضه اتباع طريق الطعن بالنقض^(٢٨) .

ومن ناحية مسئولية القاضى عن هذا الخطأ غير المتعمد فانه يعلم شرعا بمعنى الا يكون عرضة للمساءلة الجنائية ، وان تحمل الضمان المالى الا ان يكون التقصير عن خطأ جسيم غير عاوى فانه يتحمل جميع نتائجه ويكون كسبه العمد^(٢٩) .

(٢٦) . المجال الزمنية — ص : ٨ و ٩

(٢٧) حاشية الدسوى ١٤٨/٤ ، المهلب ٣٠٣/٢

(٢٨) السلطة القضائية ونظام القضاء — مرجع سابق — ص : ٣٢٤

(٢٩) المهلب ٢٩٧/٢ ، حاشية الدسوى ١٤٨/٤ ، قانون وصو ٣٢٣/٤

وخطأ القاضي عن تقصيره لا يوجب عزل القاضي ولكن يضعه في محل المساءلة أمام
صحاب الامر في التولية وله ان يعزله ان رأى في ذلك مصلحة للقضاء لانه يخالف أمر
الولاية وأصول المهنة وهو الحكم بالعدل والخطأ في الحكم بسبب تقصير اذا تكرر خروج
عن العدل بل هو جور في الحكم . وله ان يبقيه في منصبه القضائي لان الخطأ غير المتعمد
لا يخرج القاضي عن العدالة التي هي لازمة لولاية القضاء .

فان كان الخطأ في الحكم عن جور عمداً أو شبه عمد فهو على القاضي في ماله ان
كان عن عمد بلا خلاف ، وفي شبه العمد عند الجمهور والا تحملت الدولة تبعات أخطاء
هي بالعمد أشبه وهذه زيادة على وجوب عزلة في تعمد الجور واستحقاقه للعزل في
الخطأ^(٣٠) .

وان كان الجور في الحكم قد تبين بعد تنفيذه فيما عدا العقوبات من عقود وفسوخ
وأموال فانه يعاد الوضع كما كان قبل التنفيذ ، فتعود الزوجة الى زوجها في حالة الحكم
بالطلاق ، وتعود العين الى صاحبها في حالة الحكم بالاجارة ، وينتزع المال ممن دفع اليه في
حالة الحكم باستحقاق غير مستحق كدين ثم وفاءه ، أو لم يكن هناك استدانة أصلاً .
وهذا اذا كان المال ما يزال باقيا فان تلف فبدله ان كان من أخذه تعذر على الاداء ، فان
كان معسراً فرب المال ان يطالب به القاضي فيغرمه القاضي لا من مال نفسه ولكن من
مال الدولة اذا كان الحكم عن خطأ تقصيري يمكن تداركه ، والا أتت ضماناته على كل ما
يملك وهذا مبني على المبدأ السائد في الفقه الاسلامي من ان القاضي انما يعفى من المسؤولية
حيث يمكن التدارك ومن هنا كان تعبير البعض من الفقهاء في الحكم على مثل هذه الحالة
بقوله (خطأ الحاكم في الاموال على الاجتهاد هدر) ومثل لذلك بمنزل موقوف على المساكين
باعه القاضي وفرق ثمنه ثم رفع الامر الى قاضي آخر فحكم بفسخ البيع وبرد المنزل حسباً أي
وفقاً على الفقهاء كما كان ويدفع الثمن المشتري من غلة الحبس ولا شيء على القاضي^(٣١) .

(٣٠) السلطة القضائية ونظام القضاء - المرجع السابق - ص : ٣٢٦ و ٣٢٧

(٣١) المهذب ٢/٢١٢ ، قلوب وحمير ٤/٢١٠ ، تبصرة الحكام ١/٧٦ ، حاشية الدسوقي ٤/١٥٥ الاشباه والنظائر

لان لحيم - ص : ٢٢٣ ، مجمع الانهر ٢/١٧٣ ، نظام القضاء للمرصاوي - ص : ١١٥

وتكون مساءلة القاضي مدنيا عن طريق مخاصمته ويرى بعض الفقهاء انه لا ينبغي ان يمكن الناس من خصومه قضائهم لان ذلك لا يخلو من وجهين : اما ان يكون عدلا فيستهان بذلك ، واما ان يكون فاسقا فاجرا وهو الجن بحجته ممن شكاه فيبطل حقه ويتسلط ذلك القاضي على الناس ، — واذا وثق الأمير في الشكوى أجلس الفقهاء للنظر في حكم التقاضي المطعون فيه فان ثبت انه انبنى على خطأ جسيم وذلك لاهماله وتقصير في البحث والنظر واتباع الاجراءات السليمة أو كان متعمدا للجور فان حكمه ينقض ويمكن الشاكي من الحصول على حقه حسب التفصيل السابق .

ونلاحظ ان الخطأ الموجب للمسئولية المدنية في النظام الاسلامي هو الخطأ العمدى أو الخطأ غير العمدى أو شبه العمد ، والخطأ العمدى هو الذى يتضمن عادة جريمة جنائية كالرشوة ، والخطأ غير العمد أو شبه العمد هو الذى يتضمن خطأ جسيما ، في حين ان هذين القسمين في النظام الوضعي — كما في مصر مثلا — يجمعهما اصطلاح واحد هو الخطأ الجسيم .

ونعتقد ان جمع صور الاعطاء العمدية وغير العمدية تحت اصطلاح الخطأ الجسيم هو الاولى بالاتباع لانه من الصعوبة بمكان اثبات القصد الجنائي للقاضي ويكون المعيار الوحيد الذى يجب ان يعول عليه هو درجة الخطأ ولانه يسهل تقديره .

الفصل الثاني

مسئولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

لم يسترسل فقهاء المسلمين في بحث مسؤولية الدولة عن أعمال القضاة — ومبرراتها أو عدم مبرراتها لان هذه المسؤولية قد قررت منذ البداية ، فقد روى — ان خالد بن الوليد قتل مقتلة في قبيلة خزيمية فاستنكر النبي صلى الله عليه وسلم فعلة خالد وأرسل على بن أبى طالب رضى الله عنه الى هذه القبيلة ليرفع عنها ما حالى بها من الظلم والتعسف بدفع

دية قتلاها^(٣٢) وذلك على اعتبار ان خالداً أحد موظفي الدولة وانه ارتكب فعلة اثناء تأدية وظيفته وسببها .

في الدولة الاسلامية على قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » تلك القاعدة التي وضعها رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فأصبحت تنبسط على أفعال الحكام أفراداً كانوا أو هيئات اذا ما شأ بها خطأ تسبب عنه ضرر .

فاذا ما حكم القاضي في حق من حقوق الله وأخطأ ونفذ الحكم فان الضمان يكون في بيت المال وذلك لان القاضي قد استمد ولايته من عامة المسلمين وبيان ذلك ان عامة المسلمين بايعوا ولي الامر بالولاية والقاضي معين من قبل ولي الامر فالضمان على بيت مال المسلمين^(٣٣) .

وقد يتبادر الى الأذهان من حديث الرسول — صلى الله عليه وسلم — « من اجتهد فأصاب له أجران ومن اجتهد فأخطأ فله أجر واحد » — الى ان هذا الحديث يخص القضاء من المساءلة عن أخطائهم وبالتالي يعفى الدولة عن مسؤولية أعمال قضائها ، ولكن القضاء ولاية عامة مثله مثل كل الولايات العامة الأخرى في الدولة الاسلامية مسعول عن أخطائه الجسيمة التي ينشأ عنها ضرر للمتقاضين لان — الحديث السابق يعنى عدم مسؤولية القاضي وبالتالي الدولة عن خطئه اذا ما بذل كل ما في وسعه وتحرى الحقيقة لكي يصل الى الحكم السليم ولكنه أخطأ في الحكم ففي هذه لا تجوز مساءلته ولا مساءلة الدولة وهذه هي عدم المسؤولية التي يحصنها مبدأ استقلال القضاء اما اذا ما وقع منه اهمال بلغ حد الجسامة فانه يعد مسعولاً عن — خطئه وتعد الدولة مسعولة عن ذلك الخطأ لأن وظيفة الدولة في النظام الاسلامي هي تطبيق شرع الله .

ونجد في قانون المعاملات المدنية رقم ٦ لسنة ١٩٨٤ الذي صدر في السودان مؤخراً بعد تطبيق الشريعة الاسلامية نواة لتقرير مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء بالتضامن .

(٣٢) تاريخ الرسل والملوك — مرجع سابق ٦٧/٣ و ٦٨ ، المسند لابن حنبل ٦٣٨٢/٩ ، صحيح البخارى : ٨٠/٤ و ٦١/٩ .

(٣٣) رد المختار على الدر المختار ٤١٨/٥ ، منهاج السنة ١٢٩/٣ ، المغنى ٥٨/٩ بداية الجهاد ٥١٤/٢ كشف القناع ٢٨٢/٤ — ٢٨٣ ، بدائع الصنائع ١٦/٧ .

تنص المادة ١٥١ من الأحكام العامة في الفصل الرابع تحت عنوان « تعدد المسؤولين عن الضرر » على أن :

- ١ - إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر .
- ٢ - تكون المسؤولية فيما بين الشركاء في ارتكاب الفعل الضار بالتساوي إلا إذا هيئت المحكمة نصيب كل منهم في التعويض .
- ٣ - يسرى حكم البندين (١) و (٢) على كل أنواع الفعل الضار بما فيها الأضرار الشخصية والمهني المنصوص عليه في الفصل الخامس من هذا الباب .

ونصت المادة ١٦٢ (٢) (ب) من الباب الخامس على المسؤولية في حالات « تعطيل التحري أو الإعلان أو الفصل في القضايا أو إجراءات العدالة دون سبب مقبول وإصدار الأحكام ضد صريح النص استهتار بالقانون أو استهتار بقصد المشرع وخروجاً على ضوابط الاجتهاد الفقهي أو استخفافاً بحقوق المتقاضين » .

ولي اعتقادنا أن هذا النص يتضمن طفرة في تقرير مسؤولية القضاة ومسؤولية الدولة عن أخطائهم بعد سريان تطبيق الشريعة الإسلامية ، وكما كان ينبغي تقرير مثل هذه المسؤولية في هذه المرحلة خاصة وأن معظم القضاة في السودان غير مهنيين علمياً وعملياً لتطبيق الشريعة الإسلامية كما أراد لها المشرع . وقد يؤدي هذا إلى مهبهم من الفصل في القضايا خشية المسؤولية وهذا يؤثر في استقلالهم .

وإذا كانت مسؤولية الدولة عن أعمال القضاة قد تقررت في بعض النظم القانونية على سبيل الاستثناء بالنص أو عن طريق أحكام القضاة فإنها في النظام الإسلامي مقررّة بموجب المبادئ العامة للشريعة الإسلامية التي جاءت لرفع الظلم أيها كان مصدره والمنسب فيه فلا حصانة في الإسلام ضد الخطأ وليس في ذلك مساس باستقلال القضاة وإنما هو ترسيخ لمبدأ المشروعية التي يقوم عليها الدولة في الإسلام والذي هو عنصر من عناصر استقلال القضاة .

واذا كنا قد تناولنا هذا الموضوع باختصار شديد ذلك لاننا لم نعر على سوابق في تاريخ القضاء في النظام الاسلامي عن تحمل الدولة لمسئولية اخطاء القضاء ودفعها تعويضاً بالفعل عن تلك الاخطاء وان كان الفقهاء قد وضعوا المبادئ التي تحكم تلك المسئولية بصورة تفصيلية .



الخاتمة

لقد خصصنا هذه الخاتمة لاستعراض الجديد في هذا البحث وللنتائج التي توصلنا إليها وأخيرا للمقترحات التي نرى ضرورة الأخذ بها .

أولا : الجديد في موضوع البحث

مما لا شك فيه إن موضوع استقلال السلطة القضائية قد وجد اهتماما من العاملين والمتخصصين في الحقل القانوني بشقيه العام والخاص وعلى اختلاف مهنتهم فقهاء وقضاة أساتذة ومحامين ، فقد تحدث فقهاء القانون العام عن ذلك الاستقلال من خلال بحوثهم في القانون الدستوري عن السلطات الثلاث ومبدأ الفصل بينها وعن مبدأ الشرعية وسيادة القانون ثم عن القضاء كسلطة ثالثة في الدولة حارسة للدستور وحامية للحقوق وحرية المواطنين . وقد تحدث فقهاء القانون الخاص عن استقلال القضاء في بحوثهم عن ممارسة الوظيفة القضائية ولما يجب أن تحاط به من ضمانات بحيث يصبح القضاء مستقلا لا سلطان عليهم غير ضميرهم والقانون .

ولي اعتقادنا ان تلك البحوث لم تف هذا الموضوع حقه من الاهتمام المطلوب ولم يتقدم أحد فيما نعلم لدراسة هذا الموضوع في رسالة منفصلة خاصة بعد تطور النظم السياسية في العالم وظغيان السلطة التنفيذية ومحاولتها السيطرة على السلطتين التشريعية والقضائية باعتبارها السلطة الأقدر على تلبية احتياجات الشعب والأقدر على الوفاء بمتطلباته الأمر الذي يؤثر على استقلال القضاء

بإفلات أعمال تلك السلطة من الرقابة القضائية بحسبانها تحقق مصلحة عامة وقد حدث هذا في عهد الرئيس الأمريكي روزفلت عام ١٩٣٧ ويحدث اليوم بصورة سافرة في الدول التي تأخذ بالأنظمة الشمولية — لذلك جاء بحثنا هذا بجديد في هذا الموضوع من خلال الدراسة المقارنة ودراسة علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة القضائية وأثرها على استقلال السلطة القضائية .

والجديد في الموضوع كذلك هو تقسيم موضوعات البحث في النظامين الوضعي والاسلامي تقسيما متشابهما مما يجعل مهمة الباحث سهلة في الرجوع الى المراجع الاسلامية لأن كتب الفقه لم تبوب بصورة ميسرة كما عليه الحال في النظم الوضعية . وترتب على ذلك أيضا أن بحثنا موضوعات لم يتطرق لها الباحثون وعلى سبيل المثال « حق التقاضي » وبذلك نضع لبنة للباحثين في الدراسات المقارنة في هذا الموضوع لتحديث النظام الاسلامي وبعبارة أخرى من جديد ليسود العالم الاسلامي كله بصورة علمية معاصرة بحيث لا يجد المسلم غربة في تطبيقه خاصة وأن الباحثين في مجال الدراسات المقارنة توصلوا الى معظم النظم الوضعية لا تتعارض مع مبادئ الشريعة الاسلامية وعلى وجه الخصوص في القوانين الوضعية المطبقة في البلاد الاسلامية .

ثانيا : النتائج التي توصلنا اليها :

توصلنا من خلال هذا البحث الى مبادئ أساسية تحكم استقلال السلطة القضائية وأن أي مساس بها يؤدي الى المساس باستقلال القضاء كسلطة ونخلص هذه المبادئ في الآتي :

١ — إن استقلال السلطة القضائية يقوم على عنصرين أساسيين هما مبدأ الشرعية وسيادة القانون ثم مبدأ الفصل بين السلطات فكل اتجاه يرمى الى تخصيص أعمال السلطات العامة ويجعلها بمنأى عن رقابة القضاء يعد اختلالا بمبدأ الشرعية وسيادة القانون وبمس بالتالي استقلال السلطة القضائية . وإن أي اتجاه يهدف الى تجميع السلطات في يد واحدة أو هيئة واحدة حتى ولو كانت الشعب نفسه يعد اختلالا

مبدأ الفصل بين السلطات ويؤدي الى المساس باستقلال السلطة القضائية .

٢ - ان الحيداء والمخصص سمعان من سمات استقلال القضاء وأن أى مساس بهما يعنى المساس باستقلال السلطة القضائية ولذلك فإن محاكم أمن الدولة والمحاكم العسكرية ومحاكم الطوارئ والمحاكم الخاصة تعد مناهضة لذلك الاستقلال . وإن اشتراك غير المتخصصين كذلك فى القضاء يمس باستقلال السلطة القضائية أيا كانت هويتهم ونوعيتهم ومؤهلاتهم فإن كان لمؤهلاتهم ومهبراتهم دور فى حسم النزاع المعروض على المحاكم فيمكن أن يمثلوا أمام القضاء كمخبراء .

٣ - إن النظام الإسلامى وعلى الرغم من عدم سيادته وتطبيقه منذ عدة قرون فإنه يحتفظ للقضاء باستقلاله بدرجة لم يصل اليها النظام الوضعى على اختلاف فلسفاته العقائدية والسياسية وذلك لأنه من صنع الله وذلك من صنع البشر فمن أحسن من الله صنعا ؟

٤ - أتلفت الأنظمة القانونية المختلفة على أن تعين القضاء عن طريق السلطة التنفيذية لا يعارض مع استقلال القضاء مادامت تلك السلطة مقيدة بالشروط والاجراءات التى ينص عليها القانون وهذا هو ماأخذ به النظام الإسلامى منذ البداية .

٥ - أتلفت الأنظمة القانونية الوضعية مع النظام الإسلامى فى عدم قابلية القضاء للعزل ما لم توجد من الأسباب القوية ما تؤكد أن القاضى قد أشغل بواجبات وظيفته انحلالاً بمر عزله وقد نظمت اجراءات خاصة تتمثل فى نظام الأهمام فى كل من المملكة المتحدة والولايات المتحدة ومجالى المحاسبة فى مصر والسودان وإن كان النظام المصرى هو الأفضل فى تحقيق أكبر ضمانات للقاضى تتمثل فى مغوله أمام هيئة قضائية محضة تصدر حكماً قضائياً وليس قراراً ادانياً كما هو متبع فى السودان فى معظم الحالات .

والله اعلم : مقترحاتنا :

لكى يكون "مبدأ هذا محلاً عملها ومبدأنا نرى صورة مراعاة الاقتراحات الآتية لكى نصل باستقلال الى الوضع الأمثل :

١ - نرى تحقيقا لاستقلال القضاء استقلالاً كاملاً أن يترك للقضاة مباشرة سائر شئونهم وذلك بأخذ رأيهم وموافقتهم في تعيين وانفرادهم بالترقيات والتنقلات والمهاسبة والعزل لأن تدخل السلطة التنفيذية في ذلك يخل بمبدأ الفصل بين السلطات ومن ثم يؤثر على استقلال السلطة القضائية . وحسنا فعل المشرع المصري في تعديل قانون السلطة القضائية حيث ترجم هذا الاقتراح الى عمل واقع . وهو ما نتجه للأخذ به القوانين الصادرة في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٨٠ .

٢ - نرى ضرورة تعديل الباب الثامن من دستور السودان لسنة ١٩٧٣ والمتعلق بالسلطة القضائية والحد من سلطات رئيس الجمهورية في تعيين وهزل القضاة ونقلهم وترقيتهم ومحاسبتهم لأن هذه السلطات جعلت من الهيئة القضائية مجرد هيئة حكومية .

٣ - ان تتضمن الدساتير تفصيلات أكثر عن وضع السلطة القضائية وأن تنص على صدور القوانين المنظمة للقضاء باجراءات خاصة وأغلبية خاصة حتى لا يستطيع المشرع العادى أن يؤثر بذلك التنظيم على استقلال القضاء .

٤ - ان يحد من قيام المحاكم الخاصة والاستثنائية وأن تخضع تلك المحاكم في حالة قيامها للظمن في قراراتها أمام القضاء العادى للتأكد من شرعيتها .

٥ - عدم اشراك غير المتخصصين في القضاء بأى صورة من الصور إلا بوصفهم خبراء .

٦ - نرى - على خلاف - ما يرى البعض في أن وجود وزارة للعدل لا يتعارض مع استقلال القضاء بل يعد مظهر من مظاهر استقلاله ولأن اعتبار القضاء سلطه مستقلة لا يمنع من قيام تعاون بين السلطات العامة وخاصة بين الحكومة والقضاء ، فلا بد من وزير عدل يتابع ميزانيه السلطه القضائية وتوفير الامكانيات الماديه وتبنيه المناخ المناسب للقضاة ليعملوا على تحقيق العدالة الناجزه والحفظ كرامة القضاء واستقلالهم من التردد على أبواب السلطات العامة .

المراجع

أولاً : باللغة العربية :

(١) المعاجم

القاموس المحيط

المصباح المنير

لسان العرب

معجم ألفاظ القرآن

(٢) كتب الطيور

الجامع لأحكام القرآن - للقرطبي

روح المعاني للآلوسي

ارشاد العطل السليم لمزايا القرآن الكريم - لابي السعود

مختصر ابن كثير - للصابري

(٣) السنة

المسند

سنن ابن ماجه

: للإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني الموفى عام ٢٤١ هـ .

: للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه الموفى سنة

٢٥٧ هـ .

: لأبي عبد الله بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري .

صحيح البخاري

البخاري بمأشئة السندي

صحيح مسلم

صحيح الترمذي

الجامع الصغير

الجامع الصحيح

نيل الأوطار

: للإمام بن الحجاج بن مسلم النيسابوري أبو الحسن حافظ .

: لأبي عبد الله محمد بن عيسى بن سورة الترمذي .

: لجلال الدين الأسيوطي .

: للإمام مسلم .

: للشوكاني .

(٤) كتب الفقه

بدائع الصنائع

تبين الحقائق

: للكاظمي - دار الكتاب العربي ، بيروت ١٩٨٢ .

: للزبيدي - دار المعرفة ، بيروت ١٣١٤ هـ .

- حاشية ابن عابدين
شرح المختار على الدر المختار
بجمع الأنهر
المبسوط
معين المحاكم
لسان المحاكم
فتح القدير
قليوب وصية
الأشياء والنظائر
أدب القاضي
- مصطفى الباب الحلبي القاهرة ١٩٦٦ .
مصطفى الباب الحلبي القاهرة ١٩٦٦ .
: للسرخسي — دار أحياء التراث العربي ، بيروت : ١٩٥٠ .
: للطرابلسي — مصطفى الباب الحلبي ١٩٧٣ .
: مصطفى الباب الحلبي ١٩٧٣ .
: مصطفى الباب الحلبي ١٩٧٠ .
: عيسى الباب الحلبي ١٩٦٨ .
: لابن نجيم — عيسى الباب الحلبي ١٩٥٨ .
: للخصاف — تحقيق عيسى هلال السرحان ، مطبعة الرشاد بغداد
١٩٧٨ .
- حاشية الدسوقي
بداية المصنف ونهاية المقصد
تبصرة المحاكم — لابن فرحون
شرح أقرب المسالك
الفروق للقرطبي
مذهب الفروق والقواعد السنية
المواقف : للشاطبي
عظمي الخطيب
المذهب
سبل الإسلام
أدب القاضي
الاحكام السلطانية
الهداية
أدب القاضي الابن أبي الدم
الفتاوى على من الفتاوى
المفتي
المفتي والشرح الكبير
كشاف الفتاوى
الاحكام السلطانية
اعلام الموقنين
- : عيسى الباب الحلبي ١٩٧٠ .
: أحياء التراث العربي ١٩٥٩ .
: للمازدي — تحقيق عيسى هلال السرحان بغداد ١٩٧٨ .
: دار الفكر العربي ١٩٨٣ .
: للمرخاني — الكليات الأزهرية ١٩٦٧ .
: عيسى الباب الحلبي ١٩٧٠ .
: الكليات الأزهرية ١٩٥٨ .
: لابن قدامة — الكليات الأزهرية ١٩٥٨ .
: مطبعة الحكومة مكة ١٣٩٤ هـ .
: لابي يعلى الفراء — مصطفى الباب الحلبي ١٩٦٠ .
: لابن القيم — الكليات الأزهرية ، القاهرة .

الطرق الحكمية	: لأن القيم - المؤسسة العربية ، القاهرة ١٩٦٣ .
الاعتبارات	: لأن قيمة - الكليات الأزهرية ١٩٦٥ .
المحل لأن حرم	: طبعة المطبع ١٩٦٨ .
البحر الزخار	: مطبعة العالي العراق ١٩٥٣ .
وكيل القاضي الشرعي	: مطبعة العالي العراق ١٩٥٨ .
شرح الأزهار	: مطبعة العالي العراق ١٩٥٨ .

(٥) كتب السيرة والتاريخ

صبح الاصل في صناعة الانشاء	: للعلفندي - دار الكتب ١٩٥٨ .
السيرة النبوية	: لأن كافر - مصطفى الباب الحلبي تحقيق مصطفى عبد الواحد
تاريخ الرسل والملوكة	: للطوسي .
تاريخ الكامل	: لأن الأثر .
قضاة الاندلس	: للباهة المالقي .
قضاء قرطبة	: للعسلي .
تاريخ القضاء في الاسلام	: لأن عرنوس .
سفر الاسلام	: لأحمد أمين .
المفضل في تاريخ العرب	: لعلي جواد .
العرب ومحمد	: لخروج نيدان - الأهرام ١٩٠٥ .
تاريخ بغداد	: مطبعة الشروق - بغداد ١٩٦٠ .
تاريخ التشريع الاسلامي	: للشيخ محمد الخطري - الكليات الأزهرية ١٩٦٤ .
مقدمة ابن خلدون	: تحقيق علي عبد الواحد ، ١٩٨١ .
أخبار القضاة	: لتوكيع - عالم الكتب ، بيروت .
تاريخ الاسلام السياسي	: للدكتور حسن إبراهيم حسن - دار النهضة ، ١٩٦٠ .
الهداية والنهاية	: لأن كافر - عيسى الباب الحلبي ، ١٩٥٨ .
تاريخ الخلفاء للسيوطي	: مصدر بدار الكتب ، ١٩٧١ .

(٦) (أ) العلوم القانونية الوضعية والمقارنة

د . إبراهيم عبد الحميد	: نظام القضاء في الاسلام .
د . أحمد مسلم	: أصول المرافعات ، ١٩٧٧ .
د . أحمد كمال أبو المجد	: الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، ١٩٦٠ .

- د . أحمد أبو الوفاء : المرافعات المدنية والتجارية ، ١٩٨٠ .
- د . السيد صبري : مبادئ القانون الدستوري ، ١٩٤٩ .
- د . رمزي سيف : الوسيط في المرافعات المدنية والتجارية ٦٩ — ١٩٧٠ .
- د . رمزي الشاهر : مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ، ١٩٧٨ .
- النظرية العامة للقانون الدستوري ، ١٩٧٠ .
- النظرية العامة للقانون الدستوري ، ١٩٨٠ .
- د . سيد عبد المنعم الحكيم : الرقابة على أعمال الإدارة ، ١٩٧٦ .
- د . عبد السلام ذهني ورايت إبراهيم : الأنظمة الدستورية والإدارة المقارنة ، ١٩٣٤ .
- د . عبد السلام ذهني : مسؤولية الدولة ١٩٢٩ .
- د . عبد الله مرسى : سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية والوضعية ١٩٧٢ .
- د . عبد الباسط حميص : نظرية الاختصاص في قانون المرافعات ١٩٧٣ — ١٩٧٤ .
- د . عبد الحميد أبو هيف : المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر — ١٩٢١ .
- د . عبد الخالق النواوي : العلاقات الدولية والنظم القضائية ، ١٩٧٤ .
- د . عبد الحميد متولى : الوسيط في القانون الدستوري ، ١٩٦٢ .
- د . فتحي والي : مبادئ قانون القضاء المدني ، ١٩٧٥ .
- د . فؤاد رياض وسامية راشد : الوجيز في القانون الدولي الخاص ، ١٩٧١ .
- د . فؤاد العطار : النظم السياسية والقانون الدستوري ، ١٩٧٦ .
- القضاء الإداري — ١٩٦٣ .
- د . كامل مرسى والسعيد : شرح قانون العقوبات ، ١٩٤٣ .
- مصطفى سعيد : القانون الدستوري — ١٩٦٢ .
- د . كامل ليله : القانون الدستوري — ١٩٥٨ — ١٩٦٠ .
- د . سليمان محمد الطماوي : القضاء الإداري — ١٩٧٦ .
- القرارات الإدارية — ١٩٧٦ .
- السلطات الثلاث — ١٩٧٦ .
- قضاء الإلغاء — ١٩٧٦ .
- قضاء التعويض — ١٩٧٧ .
- قضاء التأديب — ١٩٧٧ .
- د . طحمة الحرف : مبدأ الشريعة — ١٩٧٦ .
- د . سعد حصفور : النظام الدستوري المصري — ١٩٧١ — ١٩٨٠ .

- د . محمد عضلور : استقلال السلطة القضائية — ١٩٦٩ .
 د . مصطفى أبو زيد فهمي : القضاء الإداري ومجلس الدولة .
 د . محمد محمود حافظ : القضاء الإداري — ١٩٧٨ .
 د . محمد محمود إبراهيم : الوجيز في المرافعات — ١٩٨١ .

- د . جمال العطيل : مقالات في الحرية والشرعية — ١٩٨٠ .
 د . وحيد رأفت : مسؤولية الدولة عن أفعالها — ١٩٥٢ .
 المستشار طه أبو الخير : حق النطاق — ١٩٧٠ .
 المستشار الرفاعي : تشريعات السلطة القضائية — ١٩٨١ .

١٦) كتب إسلامية للأطفال

- الامام الأكبر محمود شلتوت : الاسلام عقيدة وشرعة .
 د . طاهر القاسمي : السلطة القضائية في الاسلام .
 د . مصطفى كمال وصفي : مصنفات النظم الاسلامية .
 د . فهمي الدبري : محاصيل التشريع الاسلامي .
 د . ضياء الملقن الرئيس : النظريات السياسية الاسلامية .
 د . نصر فريد محمد واصل : السلطة القضائية .
 المخرج لاني يوسف

٧٩) الرسائل والبحوث

١) الرسائل

- السلطة القضائية وأطوارها : رسالة للعالمية مخطوطة بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر — ١٩٣٤ للشيخ عبد الصمد عبد الحليم سالم .
 النظام القضائي في مصر قبل الفتح : رسالة للعالمية — كلية الشريعة والقانون — جامعة الأزهر ١٩٣٧ : مخطوط للشيخ محمد عبد الغني سرور .
 القضاء في الاسلام : رسالة للعالمية — كلية الشريعة والقانون — جامعة الأزهر — مخطوطة ١٩٣٧ للشيخ محمد محمود مفتاح .
 السلطة القضائية في الاسلام : كلية الشريعة والقانون — جامعة الأزهر ١٩٧٤ .
 رئيس الدولة الشريعة والنظم : للدكتور شوكت عرسان .
 الدستورية المعاصرة : رسالة دكتوراه — للدكتور فؤاد الناصي .

السياسة الدستورية للدولة الإسلامية : رسالة دكتوراه خطية — جامعة الأزهر — للدكتور إبراهيم النجار : ١٩٣٧ .

النظرية العامة للعمل القضائي : رسالة دكتوراه — جامعة عين شمس — ١٩٧٤ : الدكتور وجدي راغب .

التجربة الديمقراطية في السودان : رسالة جامعة القاهرة — ١٩٧٠ : للدكتور إبراهيم الحاج موسى .

(ب) البحوث والمقالات :

السلطات الثلاث في الإسلام : للشيخ عبد الوهاب خلاف مجلة القانون والعلوم الاقتصادية السنة ٣٧ .

مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية : مجلة مجلس الدول السنة الثالثة عدد يناير ١٩٥٢ .

مقالات ألقيت في نقابة المحامين السودانيين عن استقلال السلطة القضائية : للسيد رئيس القضاء الأسبق خلف الله الرشيد والأستاذ علي محمود : حسن بن الهامى والأستاذ عبد الله المشاوي الهامى .

١٩٨٠



ثانيا : المراجع باللغة الاجنبية

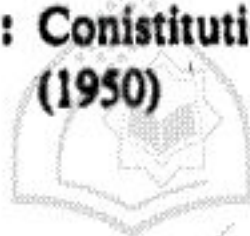
١ - المراجع باللغة الانجليزية

- Alfred Denning** : The Discipline of the law. London Butterworth (1979)
Freedom Under The Law. London Stevens and sons (1949)
- Alfred H. Kelly Winfred A. Harbison, and Herman Kahn** : The American Constitution and its Origins and Development 6th, ed (1983)
- Arthur Vanderbilt** : The Doctrine Of Separation Of Powers and its present day Significance (1953)
- Bodin. L. B.** : Government by Judiciary Vol. 1 reissued by Russell and Russell New York (1968)
- Charles A. Beard** : An Economic Interpretation of the Constitution of the United States The Free Press New York (1941)
- Charles Evans** : The Supreme Court of the United States Columbia University Press New York and London 17th, ed (1966)
- Charles Grove Haines** : The American Doctrine of the Judicial Supremacy DA Capo Press New York (1979) The Role of Supreme Court in American

- Government and Politics
1789—1839. DA Capo New York
(1973)**
- Cooley** : **A Treatise on the Constitutional
Limitations DA Capo New York
(1972)**
- Corwin** : **The President, Office and Powers
(1948)**
- Cushman** : **American National Government
(1935)**
- Cushman F.** : **Leading Constitutional Deci-
sions 16th, ed Prentice — Hall
Englewood Cliffs New Jersey
(1982)**
- Robert H. Jackson** : **The Struggle for Judicial
Supremacy, New York (1979)**
- Dicey** : **Law of Constitution 9th, ed.
(1939)**
- Dikson** : **Administrative Justice and
Supremacy of the Law (1925)**
- Ewing Cortz A. M.** : **The Judges of the Supreme Court
1789-1937 (1938)**
- Fairman, Charles** : **MR. Justice Miller and Supreme
Court (1938)**
- Field** : **Government in Modern Society**

- Frankfurter and Landis** : The Supreme Court Under Judiciary Act 1925 (1928)
- Freedmann** : Legal Theory 5th, ed. (1967)
- Garner** : Administrative Law (1978)
- Hampton, L. Carson** : The Supreme Court of United States, its History (Philadelphia 1902)
- Hood Phillips** : Constitutional and Administrative Law (1965)
- Holdsworth** : The Constitutional Position Of the Judges (1932)
- Jennings** : The Law and the Constitution 4th, ed. (1952)
- John H. Ferguson, Dean E. Mchenry** : The American System of Government 14th; ed. (1983)
- John Randolph Tucker** : Constitution Of United States Vol. 11 (1981)
- Kier and Lawson** : Cases in Constitutional Law 5th, ed. (1972)
- Laski** : Studies in Law and Politics (1932)
- Paul A. Fyeund, Arthur E. Sutherland, Mark Dewolfe Howe and Ernest J. Brown** : Constitutional Law, Cases and other Problems, 4th, ed. Boston (1977)
- Robert. K. Carr** : The Supreme Court and Judicial Review. Greenwood Press (1970)

- Harold J. Berman** : Justice in the U. S. R. An Interpretation of Soviet Law Harvard University Press 6th, ed. (1982)
- Radcliff and Cross** : the English History 4th, ed. (1864)
- Schwartz** : American Conistitutional Law. Greenwood Press (1969)
Law and Executive in Britain (1930)
- Wade** : Administrative Law 4th, ed. Clarendon Press-Oxford (1977)
- Wade and Phillips** : Conistitutional Law, 4th, Ed. (1950)



کتابخانه مرکزی
وزارت عدالت
تهران

— المراجع باللغة الفرنسية —

ARDANT

: La Responsabilité de l'état de la
Fonction Jurisdictionnel (1956)

A. Esmein et H. Naze

: Elements de droit Constitution-
nel (1924)

Daguit

: Leçon de droit public brève de
droit Constitutionnel, Paris
1924-1926

Lambert (M)

: La responsabilité de la Fonction
Jurisdictionnelle et loi du 5 Juillet
1972

Riviere

: Droit Administratif 1973

Vedel

: Droit Administratif 1973

الفهرست

مقدمة

القسم الأول : استقلال السلطة القضائية في النظام الوضعي

١١

الباب الأول : الولاية القضائية

١٥

الفصل الأول : الولاية العنصرية

١٥

المبحث الأول : طبيعة الولاية القضائية وقراراتها

٢١

المبحث الثاني : شروط وطرق اختيار القضاة

٤٧

المبحث الثالث : خصائص الولاية القضائية

٨١

الفصل الثاني : ولاية القضاء الموضوعية

٨٢

المبحث الأول : أسس الوظيفة القضائية

٩٩

المبحث الثاني : الرقابة القضائية على أعمال المشرع

١١٧

الباب الثاني : علاقة السلطات العامة

١١٩

الفصل الأول : علاقة السلطة التشريعية بالسلطة القضائية

١١٩

المبحث الأول : تدخل المشرع في تنظيم القضاء

١٣٦

المبحث الثاني : تضارب الاختصاصات

١٥٢

المبحث الثالث : تقييد حق التقاضي

١٧٥

الفصل الثاني : علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة القضائية

١٧٦

المبحث الأول : العلاقة بين السلطين في المملكة المتحدة

١٧٩

المبحث الثاني : العلاقة بين السلطين في الولايات المتحدة الأمريكية

١٨٥

المبحث الثالث : العلاقة بين السلطين في مصر

١٩١

المبحث الرابع : العلاقة بين السلطين في السودان

٢٠١ الباب الثالث : مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية

الفصل الأول : مبدأ عدم المسؤولية

٢٠٣ المبحث الأول : موزات قاعدة عدم المسؤولية

٢١٥ المبحث الثاني : الاستثناءات من قاعدة عدم المسؤولية

الفصل الثاني : مسؤولية الدولة عن أعمال القضاء

٢٢٧ المبحث الأول : أساس مسؤولية القضاء

٢٣٠ المبحث الثاني : مسؤولية القضاء الشخصية

القسم الثاني : انحلال السلطة القضائية في النظام الملكي

تمهيد

٢٥١ الباب الأول : السلطة القضائية

٢٥٧ الفصل الأول : الولاية القضائية

٢٥٩ المبحث الأول : شروط توليه القضاء

٢٧٦ المبحث الثاني : طرق اختيار القضاء

٢٨٩ المبحث الثالث : خصائص ولاية القضاء

الفصل الثاني : الولاية الموضوعية

٢٩٧ المبحث الأول : الأسس التي تقوم عليها الوظيفة القضائية

٣٠٩ المبحث الثاني : ممارسة الوظيفة القضائية

٣٢٧ المبحث الثالث : رقابة القضاء على أعمال السلطات العامة

الباب الثاني : العلاقة بين السلطات

٣٤٥ الفصل الأول : العلاقة بين السلطتين التشريعية والقضائية

٣٤٧ المبحث الأول : تكوين الهيئة التشريعية

٣٤٨ المبحث الثاني : علاقة الهيئة التشريعية بالقضاء

٣٤٩

الفصل الثاني : العلاقة بين القضاء والمحلية

٣٥٧ المبحث الأول : مشاركة القضاء للمحلية

٣٥٨ المبحث الثاني : مؤلف القضاء من تدخل المحلية

٣٦٢

٤٠٩

٣٦٧

الباب الثالث : مسؤولية الدولة عن أعمال المنظمة القضائية

الفصل الأول : مسؤولية القضاة الشخصية

٣٦٩

المبحث الأول : المسؤولية المدنية

٣٧٤

المبحث الثاني : المسؤولية المهنية

٣٨١

الفصل الثاني : مسؤولية الدولة عن أعمال الهيئة القضائية

٣٨٥

الحالة

٣٨٩

قائمة المراجع



مجلس قضاة
جمهوری اسلامی ایران