

**القانون الأجنبي كمصدر من مصادر التفسير الدستورى
(دراسة مقارنة فى استعانة المحاكم الدستورية بالقوانين
والأحكام القضائية الأجنبية)**

الأستاذ الدكتور
محمد عبد العال إبراهيم
أستاذ القانون العام المساعد
كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

مقدمة

لئن كان القاضى الدستورى ملزم، بمقتضى ما تفرضه وظيفته من متطلبات وكذا ما للأحكام الصادرة عنه من حجية، بالنهوض بمهمة على جانب كبير من الدقة تتمثل فى ضرورة الانخراط فى تفسير نصوص قانونية من طبيعة متباينة، تلك المهمة التى تعكس وجهاً متميزاً من أوجه خصوصية وظيفة القاضى الدستورى. ولعل خصوصية تلك الوظيفة تبرز فى مجال أعمال القاضى الدستورى لاختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين، بحيث يضحي لازماً عليه تفسير النص القانونى المطعون فيه، سواء كان نصاً قانونياً عادياً أم لائحياً، من ناحية، والنص الدستورى المدعى مخالفته من ناحية أخرى. وإن كان سديد الرأى يفرض التسليم وبحق أن جميع القضاة، على اختلاف جهات التقاضى المنتسبين لها وكذا درجات المحاكم العاملين بها، قد يجدوا أنفسهم معرضون لتفسير النصوص الدستورية، إلا أن ذلك لا يجحد حقيقة أن التفسير المُعطى من القاضى الدستورى للنص الدستورى يتميز عن ذلك التفسير الصادر عن غيره من القضاة. وبالمثل فتفسير القاضى الدستورى لنص القانون العادى أو اللائحى من شأنه أن يُرتب نتائج أكثر خطورة وأعمق أثراً عن تلك المترتبة على تفسير القاضى الإدارى أو العادى لتلك النصوص.

إن التفسير المُعطى من القاضى الدستورى للنص الدستورى أو لنص القانون العادى أو اللائحى ينبسط على نطاق الواقع مظاهر تميزه، من حيث حجيته وتبعاته. فإن كان، كما سبق الذكر، النهوض بمقتضيات اختصاص القاضى الدستورى بالرقابة على الدستورية يفرض عليه تفسير النص القانونى أو اللائحى محل الطعن وكذا النص الدستورى المدعى بمخالفته، فذلك التفسير يستمد أهميته من كون أن القاضى الدستورى يردفه بإصدار حكماً قضائياً بعدم دستورية النص الطعين أو برفض الدعوى ومن ثم التسليم بدستورية النص، بما لهذا الحكم من حجية تلزم الأفراد وجهات الدولة قاطبة. ودون الخوض فى تفاصيل تتعلق بطبيعة حجية الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية تنأى طبيعة البحث عن ذكرها مكتملة، فلئن كان تفسير القاضى الدستورى المُعطى للنص الدستورى والنص القانونى العادى أو اللائحى فى الدعوى الدستورية لا يمتد إليه حجية الحكم الصادر فى هذه الدعوى، بحيث لا يُقيد المحكمة الدستورية ولا غيرها من المحاكم الأخرى، إلا أن هذا التفسير يمثل الأساس الذى يبنى عليه الحكم بدستورية النص الطعين أو عدم دستوريته. ولا يعزب عن البال أن أهمية تفسير القاضى الدستورى للنصوص الدستورية والعادية تبرز بشكل كبير فى نطاق الأحكام الصادرة بعدم الدستورية خاصة وأن تلك الأحكام تحوز حجية مطلقة تطول كافة الأفراد وجهات الدولة قاطبة. ناهيك عن أن الحكم الصادر بعدم دستورية نص قانونى أو لائحى من شأنه أن يعدم قوة نفاذ النص

المحكوم بعدم دستوريته، بحيث يضحى هو والعدم سواء وتمتنع كافة المحاكم عن تطبيقه.¹

¹ نصت المادة (49) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 على أن "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة. وتنتشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها.

ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه."

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا بشأن نص المادة (49) أن "تناول القانون أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم. أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت أحكاماً باتة." المستشار الدكتور حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها، دار أبو المجد للطباعة: القاهرة (2009)، ص. 481.

وكذلك قضت المحكمة العليا أن "الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي يلغى قوة نفاذ هذا النص فيغدو معدوماً من الناحية القانونية، ويسقط كتنشريع من تشريعات الدولة." المحكمة العليا، القضية رقم 8 لسنة 3 ق. – جلسة (11 ديسمبر 1976).

وقضت المحكمة الدستورية العليا في شأن أحكام المحكمة العليا أن مؤدى المادة الرابعة من القرار بقانون رقم 81 لسنة 1969 والمادة (31) من قانون الإجراءات والرسوم "أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية – وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص المطعون عليها بعيب دستوري – تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع جهات القضاء، سواء أكانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس، وذلك لعموم نص المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا والمادة (31) من قانون الإجراءات والرسوم أمامها المشار إليهما، ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة العليا دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلغى قوة نفاذه، وإلى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان." المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 39 لسنة 2 ق. – جلسة (6

وتجلية لأهمية التفسير الصادر عن القاضى الدستورى يقول البعض إن التفسير الدستورى ليس مجرد تعبير عن القيم المكتوبة فى الدستور بل هو فى جوهره نتاج عملية مستمرة لتقييم النصوص من قبل أولئك الذين تم تكليفهم بمهمة التفسير. بناء على ذلك يبرز التفسير الدستورى كعملية اجتهادية دقيقة تمكن كل جيل من التعبير عن القيم والمبادئ والمعايير الدستورية. فالتفسير الدستورى، من هذه الزاوية، يُمكن من تحديد نية واضعو الدستور وفقاً للظروف والمستجدات المعاصرة.¹

وتُعاضد أهمية التفسير الصادر عن القاضى الدستورى مقتضيات اختصاصه بدعوى التفسير التشريعى. فلئن كان جل القضاة مطالبون بتفسير القواعد القانونية المثمرة فى الدعوى والمزمع تطبيقها على النزاع المعروف أمامهم، ولما كان هذا التفسير عنصراً يتفرق فى تنوعه، وإن كانت جل أنواعه قد جمعتها غاية واحدة، نتيجة لتعدد جهات القضاء المختلفة ولاختلاف مدارس التفسير القضائى التى يتبناها القضاة – لما كان هذا – يضحى من المتصور أن يتم تفسير القاعدة القانونية الواحدة بطرق متباينة، الأمر الذى من شأنه تعدد معانيها وبالتبعية اختلاف تطبيقها على

فبراير 1982). وكذلك حكمها فى القضية رقم 3 لسنة 8 ق. – جلسة (4 يونيو 1988). وقضاءها بأن "ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التى اختصت بها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها هى رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعدم دستورية النص فتلقى قوة نفاذه أو إلى تقرير دستوريته وبالتالي سلامته من جميع العيوب وأوجه البطلان." المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 136 لسنة 5 ق. – جلسة (17 مارس 1984). كذلك حكمها فى القضية رقم 49 لسنة 3 ق. – جلسة (5 نوفمبر 1983).

أخيراً قضت محكمة النقض المصرية "أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه يترتب على صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص فى القانون – غير ضريبى – أو لائحة عدم جواز تطبيقه اعتباراً من اليوم التالى لتاريخ نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية. وهذا الحكم ملزم لجميع سلطات الدولة وللکافة ويتعين على المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها أن تمتنع عن تطبيقه على الوقائع والمراكز القانونية المطروحة عليها حتى ولو كانت سابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية باعتباره قضاء كاشفاً عن عيب صاحب النص منذ نشأته بما ينفى صلاحيته لترتيب أى أثر من تاريخ نفاذ النص، بما لزمه أن الحكم بعدم دستورية نص فى القانون أو لائحة لا يجوز تطبيقه من اليوم التالى لتاريخ نشره أو من تاريخ إعمال أثره ما دام قد أدرك الدعوى أثناء نظر الطعن أمام محكمة النقض، وهو أمر متعلق بالنظام العام تفعله المحكمة من تلقاء نفسها. حكمها فى الطعن رقم 13626 لسنة 82 ق. (الدائرة المدنية والتجارية) – جلسة (5 فبراير 2020).

¹ انظر باللغة الإنجليزية

Terrance Sandalow, *Constitutional Interpretation*, 79 MICH. L. REV. 1033, 1034-1068 (1981).

الدعاوى والنزاعات المتشابهة، وهو ما يهدد مبدأ عمومية وتجريد القواعد القانونية وكذلك مبدأ توقع القانون الواجب التطبيق.¹ ولعل تلك الاعتبارات هي ما حثت بالمشروع المصرى منذ نشأة القضاء الدستورى إلى اسناد اختصاص التفسير التشريعى إلى المحكمة العليا بمقتضى قانون إنشائها رقم 81 لسنة 1969 وكذا المحكمة الدستورية العليا بمقتضى قانون إنشائها رقم 48 لسنة 1979،² وذلك فى محاولة لتلافى جملة المثالب التى قد تنشأ عن الاختلاف فى تفسير النصوص التشريعية ومن ثم تضارب تطبيقها فتضحى بذلك صدعًا كبيرًا فى صرح سيادة القانون وامتيازًا مستترًا لإهدار مبدأ توقع القانون. ولعلنا لا نغلو إذا قلنا أن المادة 49 من قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 هى ما فرضت ضرورة التسليم بأهمية وخطورة التفسير الصادر عن القاضى الدستورى للنص القانونى محل دعوى التفسير. فقد ذكر المشروع المصرى فى المادة 49 أن "أحكام

¹ يُعتبر مبدأ توقع القانون "Predictability of Law" أو كما يحلو للبعض تمسته بمبدأ اليقين القانونى "Legal Certainty" من أهم المبادئ الحاكمة لسيادة القانون. ويعنى هذا المبدأ ضرورة أن يعلم المخاطبون بالقاعدة القانونية بواجباتهم وحقوقهم تجاه تلك القاعدة بحيث تضحى النتائج المترتبة على الالتزام بها أو مخالفتها متوقعة. انظر فى تطبيقات مبدأ توقع القانون باللغة الإنجليزية:

James R. Maxeiner, Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law, 31 HOUSTON J. INT'L L 27 (2008).

Antonion Scalia, The Rule of Law as a Law of Rules, 56 UNIV OF CHICAGO L REV 1175 (1989).

² نصت المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا رقم 81 لسنة 1969 على أن "تختص المحكمة العليا بما يأتى: (1) تفسير النصوص القانونية التى تستدعى ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمناً لوحدة التطبيق القضائى وذلك بناء على طلب وزير العدل، ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزماً." وفى إطار تحديد إجراءات وشروط تقديم طلب التفسير، نصت المادة (14) من القانون رقم 66 لسنة 1970 بشأن الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على أنه "يجب أن يتضمن الطلب المقدم من وزير العدل النص القانونى المطلوب تفسيره. وتقدم مع الطلب مذكرة توضح فيها الأسانيد والمبررات التى تستدعى التفسير، ويرفق بها عدد كاف من صور الطلب والمذكرة." وكذلك نصت المادة 26 من هذا قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 على أن "تنولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً فى التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها." وفى إطار تحديد إجراءات تقديم طلب التفسير التشريعى، نصت المادة 33 من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن "يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية. ويبين فى طلب التفسير النص التشريعى المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف فى التطبيق ومدى أهميته التى تستدعى تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه."

المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة. " يُستفاد من ذلك أن المشرع قد أضفى على أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة فى دعاوى التفسير التشريعى حجية مطلقة تمتد لتلزم كافة الأفراد وسلطات الدولة على السواء.¹

الواقع من الأمر أن النظرة العابرة لنص المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية العليا يؤكد ما سبق ذكره من أن تفسير المحكمة لنصوص الدستور يفتقر لصفة الإلزام فى مواجهة سلطات الدولة والمحاكم الأدنى، ذلك على سند من أن النصوص الدستورية لا تدرج ضمن مفهوم المادة 26 من قانون المحكمة حين أضفت صفة الإلزام على تفسير المحكمة فى شأن النصوص القانونية الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية فحسب. وفى تبيان ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا فى أوليات أحكامها "حيث إن المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 والمعمول به اعتباراً من 21 من سبتمبر سنة 1979 إذ نصت على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور...) فإن مؤدى ذلك أن ولاية هذه المحكمة لا تمتد إلى تفسير نصوص الدستور الذى لم يصدر من أى من هاتين السلطتين وإنما أعلنته وقبلته ومنحته لأنفسها جماهير شعب مصر طبقاً لما جاء فى وثيقة إعلانه.²"

وفق هذا التصوير، وعلى نحو ما تجرى عليه الأصول العامة فى دعاوى التفسير التشريعى، تتمتع الأحكام الصادرة فى تلك الأخيرة بحجية مطلقة من شأنها التأكيد على أهمية التفسير الصادر عن القاضى الدستورى للنصوص التشريعية وما قد يترتب عليه من تبعات أبرزها فهم النص التشريعى محل التفسير بحسب تأويل القاضى الدستورى له وفقاً لمقتضيات تجلية اللبس والغموض الذى شابه وأدى إلى إثارة الخلاف بشأن تطبيقه، وفى ضوء استجلاء الإرادة الحقيقية للمشرع بشأنه.³

¹ راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 1 لسنة 17 ق. - جلسة (3 يوليو 1995) أن مؤدى نص المادة (26) من قانون المحكمة "أنه خول هذه المحكمة سلطة تفسير النصوص التشريعية التى تناولها تفسيراً تشريعياً ملزماً." كذلك استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن "القرارات التى تصدرها المحكمة الدستورية العليا بتفسير التشريعات تعتبر ملزمة، ولا يجوز لأى جهة قضائية التحلل من القوة الملزمة لتلك القرارات، وأن لهذه القرارات ذات القوة المقررة للنص الذى انصب عليه التفسير." محكمة النقض، الطعن رقم 2398 لسنة 55 ق. (26 يناير 1989)، مشار إليه عند، المستشار الدكتور حمدان حسن فهمى، مرجع سابق، ص. 149-150.

² المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 1 لسنة 1 ق. - جلسة (1 مارس 1980).

³ راجع حكم المحكمة الدستورية العليا حين قضت أن "الأصل فى النصوص التشريعية، هو ألا تحمل على غير مقاصدها، وألا تفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها، أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها، أو يعتبر تشويهاً لها سواء بفصلها عن موضوعها أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها، ذلك أن المعانى التى تدل عليها هذه النصوص والتى ينبغى الوقوف عندها، هى

إن تلك الأهمية التي يحظى بها التفسير الصادر عن القاضى الدستورى سواء للنصوص الدستورية أو العادية تدفع إلى طرح تساؤلاً هاماً: ما هى الآليات والصادر التي يمكن للقاضى الدستورى الاستعانة بها والتي من شأنها أن تُعينه على النهوض بمهمته فى التفسير؟ الواقع من الأمر أن لا خلاف حول وجود تلك الآليات والصادر، بيد أن المختلف عليه حقاً مدى فاعليتها فى تحقيق الغرض منها. فلئن كان القاضى الدستورى قد عُهد إليه بمهمة تفسير النصوص الدستورية والقانونية العادية وفقاً لحدود اختصاصاته، على النحو السالف ذكره، إلا أن تلك المهمة كثيراً ما يعترىها قدرًا هائلاً من الصعوبة التي لا تخبو أبداً وإن غاضت حيناً. تلك الصعوبة التي فرضتها طبيعة النصوص التشريعية المتباينة التي يتعامل معها القاضى الدستورى من ناحية، وطبيعة حجية ما يصدر عنه من أحكام من ناحية أخرى. فالقاضى الدستورى، كما سبقت الإشارة، يجد نفسه مضطراً لتفسير النصوص الدستورية والقانونية بكل ما قد يكتنف تلك النصوص من غموض غالباً ما قد يكون مرده كونها حمالة أوجه أو ذات نهايات مفتوحة بحيث قد تُحمل على أكثر من معنى أو تحتل أن يندرج تحتها العديد من المعايير والمبادئ، وهو الأمر الذى قد يثير خلافاً حول مضمونها بحيث تتباين تفسيراتها وطرق تطبيقها.

فى مواجهتها لتلك المسألة، ابتدعت الأنظمة القانونية طائفة من آليات التفسير الدستورى، نعرض لها لاحقاً، وكذا طائفة من مصادر هذا التفسير قصدت بها ضمان تيسير مهمة القاضى الدستورى عند نهوضه بمقتضيات اختصاصاته لا سيما فى مجالات الرقابة القضائية على الدستورية والتفسير التشريعى. وبالرغم من تعدد تلك الآليات والصادر إلا أنه يمكن جمع شتاتها فى نوعين: مصادر تقليدية، وأخرى غير تقليدية. وتجدر الإشارة فى هذا المقام إلى أن الباحث فى تقسيمه لمصادر التفسير بين تقليدية وغير تقليدية ليس المقصود منه أبداً التفرقة بين هذه المصادر من حيث مسمياتها أو فحواها، فهى جميعها سواء من هذه الوجهة. بيد أن المقصود حقاً هو التفرقة بين هذه المصادر من حيث هويتها أو إن شئنا قلنا جنسيتها. فالواقع من الأمر أن مصادر التفسير تتحد تحت مسميات واحدة وإن كان الفقه قد فرق بينها عن طريق تقسيمها إلى مصادر رسمية وأخرى غير رسمية. فأدرج التشريع والعرف ضمن طائفة المصادر الرسمية، والفقه والقضاء ضمن طائفة المصادر غير الرسمية. وبحسب الباحث أن مصادر التفسير، التقليدية منها وغير التقليدية، سواء. بيد أن التفرقة بين التقليدية منها وغير التقليدية يخضع، بحسب الباحث، إلى تباين النظام القانونى المستمدة منه تلك المصادر. بعبارة أكثر وضوحاً، تضحى مصادر التفسير، فى نظر الباحث، تقليدية إن كانت مستمدة من النظام القانونى الوطنى المنتمى إليه القاضى الدستورى الصادر عنه التفسير. فى حين تصنف تلك المصادر

تلك التي تعتبر كاشفة عن حقيقة محتواها، مفصحة عما قصده المشرع منها، مبينة عن حقيقة وجهته وغايته من إيرادها، ملقية الضوء على ما عناه بها." المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 1 لسنة 15 ق. - جلسة (30 يناير 1993).

غير تقليدية إن استهدى القاضى فى تفسيره إلى نظام قانونى أجنبى. وعليه، فى إطار نهوضه بمقتضيات التفسير، إن قدر القاضى الدستورى الاستعانة بتشريع أو بعرف أجنبى أو الاستهداء بكتابات الفقه أو أحكام المحاكم الأجنبية يكون بذلك قد استعان بمصادر غير تقليدية للتفسير.

خطة البحث

وفق هذا التصور، يُعنى الباحث فى هذا البحث تسليط الضوء على القانون الأجنبى أو المقارن باعتباره أحد الأدوات التى يمكن للقاضى الدستورى أن يستعين بها عند تفسيره للنصوص الدستورية والقانونية بمناسبة ممارسته لاختصاصاته. بيد أن تناول هذه المسألة يقتضى أولاً التطرق لتحديد المقصود بالقانون الأجنبى فى مقامنا هذا، وذلك قبل الحديث عن الأسباب الداعية لاستخدام القانون الأجنبى وأنماط هذا الاستخدام، وهو حديث نردفه ببيان المناقب التى يمكن تحصيلها من الاستعانة بالقانون الأجنبى وكذا المثالب التى قد تترتب على هذه الاستعانة. وأخيراً تصنيف الأنظمة القانونية من حيث نظرتها لمدى إمكانية استعانة محاكمها بالقانون الأجنبى فى معرض تفسيرها للقواعد القانونية وتسبب الأحكام الصادرة عنها وموقف المحكمة الدستورية العليا المصرية من تلك الاستعانة. كل هذه الأمور نسوقها جميعاً بشئ من التفصيل باعتبارها من المسائل اللازمة لخدمة أغراض هذا البحث وعاملاً هاماً لبيان مدى جدوى استعانة المحاكم الوطنية، لا سيما الدستورية والعليا، بالقانون الأجنبى والخصائص والسمات المرتبطة بكل نظام قانونى التى من شأنها حث محاكم هذا الأخير على الاستعانة بالقانون الأجنبى أو الإلتفات عنه

الفصل الأول

ماهية القانون الأجنبي باعتباره أحد آليات التفسير الدستوري

تمهيد

لم تكن آليات التفسير الدستوري أو التشريعي من نشأة المشرع، وإنما كانت من صنعة القضاء. فعلى النحو السابق بيانه في المقدمة، دفعت الطبيعة الخاصة للنصوص الدستورية وما تتمتع به أحكام المحاكم الدستورية من حجية فيما يتعلق بالتفسير التشريعي المحاكم الدستورية والعليا إلى تطوير عدة آليات لتفسير النصوص الدستورية والتشريعية من شأنها تقديم قراءة منصفة ومنطقية لتلك النصوص. ووفق ما استقر في قضاء العديد من المحاكم الدستورية والعليا، لعبت القوانين والسوابق القضائية الأجنبية دورًا هامًا ومميزًا في عملية تطوير تلك الآليات التفسيرية. وهو الأمر الذي يمكن التعرض في مبحث أول نخصه بحديث عن مفهوم القانون الأجنبي في سياق التفسير الدستوري. على أن نفصل الحديث عن أنماط استخدام القانون الأجنبي في مبحث ثان.

المبحث الأول

مفهوم القانون الأجنبي والأسباب الباعثة على الاستعانة به

تمهيد

تحديد المقصود بالقانون الأجنبي في مقامنا هذا، فيما يتعلق باعتباره أحد الأدوات القضائية التي قد يلجأ إليها القاضى الدستورى عند نهوضه بمهمة التفسير والفصل في المسائل الدستورية، يستلزم بدايةً صرف الذهن عن شائبة الخلط بينه وبين مفهوم القانون الأجنبي في مسائل القانون الدولى الخاص. فمصطلح القانون الأجنبي، وإن احتدم الجدل حول مدلوله في سياق مسائل القانون العام ونظيره الخاص، واختلف في نطاقها سعة وضيقاً، إلا أن له من الضوابط ما يحكمه. ولا يسعنا المقام هنا سوى التأكيد على أننا لسنا بصدد بيان حجية القوانين الأجنبية أمام المحاكم الوطنية ولا ضابط قاعدة الإسناد، بل نسوق حديث يفي بغرض تحديد مفهوم القانون الأجنبي كأحد مصادر التفسير الدستورى.

المطلب الأول

مفهوم القانون الأجنبي

ورد غير بعيد أن الباحث قد قصد باصطلاح القانون الأجنبي جملة المصادر غير الوطنية التي قد يلجأ لها القاضى الدستورى مستعيناً ومستهدياً بها لاعائه على تفسير النصوص التشريعية التي يُعرض لها بمناسبة ممارسته لاختصاصاته. تأسيساً على ذلك، فقد يستعين القاضى الدستورى بأحد الأحكام الصادرة عن محكمة أجنبية أو بكتابات الفقه المقارن أو بالنصوص الدستورية والقانونية الواردة في الدساتير والقوانين الأجنبية أو حتى بالعرف الدستورى السائد في دولة ما، وذلك كله بغية الوصول إلى قراءة منصفة للنصوص التي تُعرض عليه وإصدار أحكام تتسم بقوة الحجة وتصادف سديد المنطق. والأمر كذلك، فلا ينبغي في هذا المقام أن ينصرف الذهن لاعتبار أن مصطلح القانون الأجنبي يثير مسائل القانون الدولى الخاص من واقعات تنفيذ ومنازعات تتعلق بالتنازع بين القوانين الوطنية والأجنبية أو التنازع بين قواعد الاختصاص الدولى، فذلك كله مما تنأى عنه طبيعة البحث. فعلى خلاف ذلك، يقصد الباحث بالقانون الأجنبي ذلك القانونى الوطنى لنظام قانونى معين عند إعماله في سياق نظام قانونى آخر.¹

ويبدو أن ذلك كان مدعاة لما ارتأه البعض من أن استخدام القانون الأجنبي، بمفهومه السابق، يكون بمناسبة دور المحاكم الوطنية، لا سيما الدستورية، في تفسير النصوص والمعايير القانونية الوطنية فحسب، دون أن تتعدى حدود ذلك الاستخدام

¹ انظر في ذلك المعنى باللغة الإنجليزية

Gábor Halmai, The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation, in MICHEL ROSENFELD AND ANDRÁS SAJÓ (EDS.), THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 1329 (2012).

لتشمل التطبيق المباشر للقانون الأجنبي في أحكام تلك المحاكم، أو بعبارة أخرى التبنى الصريح لقواعد ومبادئ القانون الأجنبي. وتجدر الإشارة إلى أن القانون الأجنبي المستخدم من قبل المحاكم الوطنية يتسع مفهومه ليشمل ليس التشريعات الوضعية أو الأحكام القضائية لدولة ما فحسب، بل يمتد ليستوعب كذلك قواعد القانون الدولي والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، لا سيما في مجالات الحقوق والحريات الأساسية¹ وتجلية لذلك، فالمتمأمل لأغلب الدساتير يلحظ وبحق أنها تتضمن نصوصاً ترتبط بشكل أو بآخر بقواعد القانون الدولي. على سبيل المثال، تمنح دساتير بعض الدول لبرلماناتها سلطة إعلان الحرب، وإقرار قواعد وأحكام اللجوء السياسي، وتحديد ما يُمكن اعتباره جرائم تتنافى مع قانون الأمم والأعراف الدولية، وقبول السفراء واعتماد أوراقتهم، وإبرام المعاهدات والتصديق عليها.

وفي تبرير تلك الفكرة يقول الشراح أن المحاكم الدستورية حين تركز إلى الاستعانة بالقانون الأجنبي أو المقارن إنما تتسع تلك الاستعانة لتشمل إمكانية الإشارة إلى قواعد وأحكام القانون الدولي، حيث تمثل تلك القواعد والأحكام مصدرًا مهمًا وليس حصريًا للتفسير بغية استخلاص معنى النص التشريعي². في حين ذهب البعض للقول بأن الممارسات المتبعة من قبل بعض المحاكم الدستورية بشأن الإشارة إلى القانون الأجنبي أو المقارن من شأنها أن تساعد على الربط بين الحماية المقررة بمقتضى الدساتير الوطنية للحقوق والحريات الأساسية وتلك المقررة بمقتضى المواثيق والاتفاقيات الدولية³. ولعل هذا التصور هو ما شجع على ظهور بعض الأفكار القانونية الحديثة من شاكلة دسترة القواعد الدولية وتدويل القواعد الدستورية⁴.

¹ انظر في ذلك المعنى باللغة الإنجليزية

Gerald L. Neuman, The Uses of International Law in Constitutional Interpretation, 98(1) AM. J. INT'L L. 82, 82 (2004).

² انظر المرجع السابق، ص. 82.

³ انظر باللغة الإنجليزية

Bisariyadi, Referencing International Human Rights Law In Indonesian Constitutional Adjudication, 4(2) CONSTITUTIONAL REVIEW 249, 251 (2018).

⁴ المرجع السابق، ص. 251.

الواقع من الأمر أن ثمة وظيفة مميزة للدساتير، فتلك الأخيرة ينبغي ألا تقتصر على تنظيم العلاقات السياسية ونظام الحكم والحقوق والحريات داخل الدولة فحسب، بل تتعدى ذلك لتنظيم العلاقات بين المجتمع القانوني الوطني والأجنبي. ويضحي ذلك الوجه الأخير من الوظيفة المميزة ممكن التحقيق من خلال تضمين الدساتير آليات من شأنها أن تُساعد على تبني قواعد وأحكام القانون الدولي في النظام القانوني الوطني. والدساتير الوطنية في نهوضها بتلك الوظيفة تفتقر تبعًا لنموذجين: أولهما أن يشترط الدستور، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، اندماج

على هدى مما سبق يمكن القول أن القانون الأجنبي أو المقارن المستخدم من قبل المحاكم الدستورية والعليا إنما هو ذلك القانون العابر للحدود الوطنية الذي من شأنه أن يضيف بعداً جديداً على التفسير المُعطى للنصوص الدستورية والقانونية بحيث يجعله أكثر إنصافاً وأوقع إتساقاً مع المستجدات والمعطيات المتغيرة وبعض المعايير والمبادئ ذات الصبغة العالمية. وبالمثل يضحى المقصود بالقانون الأجنبي أو المقارن هو ذلك القانون الذي يمكن تلمس تأثيره في الأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية والعليا لا سيما في محاولة تلك الأخيرة تقديم أحكامها في صورة عصرية متناغمة مع مبادئ الديمقراطية مستعينة في ذلك بما وقر في المنظومة الإجرائية والموضوعية لأحد الأنظمة القانونية غير الوطنية.

ولئن كانت الشواهد الداعمة لاستعانة المحاكم الدستورية والعليا لبعض الدول بالقوانين والسوابق القضائية الأجنبية في سياق أحكامها الوطنية الصادرة عنها كثيرة ومتعددة، على النحو الذي فصله لاحقاً، إلا أنه لا حاجة أن ثمة أسباب باعثة على تلك الاستعانة. فليس ثمة خلاف على أن الأصل في المنظومة الإجرائية والموضوعية للقانون الدستوري، وكذا منازعاته بما يصدر فيها من أحكام وواقعات تنفيذها كونها بطبيعتها من مسائل القانون الداخلي أو الوطني، مثلها في ذلك مثل سائر مسائل القانون العام بمفهومه الضيق. بيد أن الطابع الوطني أو الداخلي للقانون

المعاهدات الدولية في حومة التشريعات الوطنية، وذلك عن طريق تبنى أحكام وقواعد تلك المعاهدات في صورة قانون يصدر من السلطة المختصة بالتشريع. والأخر أن يمنح الدستور المعاهدات الدولية بمجرد التصديق عليها ونشرها ذات قوة النفاذ المقررة للتشريعات الوطنية، ريثما هو الحال في فرنسا وهولندا.

انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

VICKI C. JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA 8 (Oxford University Press, 2009).

Melissa A. Waters, Creeping Monism: The Judicial Trend toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties, 107(3) COLUM. L. REV. 628-631 (2007).

وتجدر الإشارة أن ثمة آلية خاصة تعتمدھا الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي لضمان تبنى قواعد وأحكام القوانين الصادرة عن الاتحاد في تشريعاتها الوطنية، وذلك في ضوء التسليم بسمو وعلو قوانين الاتحاد على التشريعات الوطنية. وتتمثل تلك الآلية في التزام الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بإعطاء القوة التنفيذية للقوانين والمراسيم والتوجيهات الصادرة عن الاتحاد عن طريق تمرير التدابير التنفيذية المناسبة لضمان تحقيق عملية تبنى القوانين والمراسيم والتوجيهات في التشريعات الوطنية. وتراقب المفوضية الأوروبية عملية التبنى هذه للتأكد من كونها تتم في الوقت المناسب وبشكل فعال وصحيح. انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

MONICA CLAES, THE NATIONAL COURTS' MANDATE IN THE EUROPEAN CONSTITUTION 167-172 (Hart Publishing, 2006).

الدستوري، وإن كان لم يخفت جل سناها، إلا أن جزءًا منه قد غاض مؤخرًا. فانهيار الطابع الوطني أو الداخلي لمسائل القانون الدستوري إنما هو انحسار يتبدى على نطاق الواقع مظاهره من لجوء المحاكم الوطنية، لا سيما الدستورية والعليا منها، إلى الاستعانة بالقانون الأجنبي فيما يتعلق بتفسير النصوص التشريعية وتسبب الأحكام الصادرة عنها.

الواقع من الأمر أن الاستعانة بالقانون الأجنبي إنما هي نتاج ما اصطاح على تسميته في كتابات شراح الغرب بالعمولة القانونية Legal Globalization بصفة عامة والعمولة الدستورية Constitutional Globalization / Global Constitutionalism بصفة خاصة. فلئن كان تطور وسائل الإتصال يُنسب إليه الفضل الأول في ظهور اصطلاح العمولة الذي ينصرف معناه إلى التداخل والتفاعل والتكامل بين الثقافات والمعتقدات، بيد أن تعميق الروابط القانونية والسياسية والاقتصادية وحرية تداولها قد ساهم وبالقدر نفسه في تطوير ونشر ظاهرة العمولة. ويحسب الباحث عدم المغالاة بالقول أن ظاهرة العمولة الدستورية يتجلى أثرها في اتفاق أغلب الأنظمة القانونية على اعتبار بعض الحقوق والحريات الدستورية ذات صبغة عالمية، لا سيما تلك اللصيقة بالشخصية مثل الحق في حرية الرأي والتعبير، والحق في الحياة، والحق في حرمة الحياة الشخصية والممتلكات، والحق في الخصوصية. بناء على ذلك، وعلى تفصيل يرد لاحقًا، يضحى من المتصور أن تستعين المحاكم الوطنية بالأحكام الصادرة عن نظيراتها الأجنبية وبالقوانين الأجنبية فيما يتعلق بتفسير تلك الحقوق ومجالات ممارستها والقيود الواردة عليها.

وفق هذا التصوير، تضحى ظاهرة العمولة القانونية بصفة عامة والدستورية بصفة خاصة أحد أهم الأسباب الباعثة على استعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام الأجنبية في سياق ممارسة اختصاصاتها. وفي محاولة الربط بين ظاهرة العمولة القانونية واستعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية يقول أحد الشراح إن التفاعل المتزايد بين الأنظمة الدستورية المختلفة، والمتجسد في استعانة المحاكم الدستورية والعليا الوطنية بالأحكام الصادرة عن نظيراتها الأجنبية، يقطع بأن تلك الاستعانة لم تعد أداة من شأنها المساعدة في الوصول لأحكام قضائية أفضل إنساقًا مع المنطق القانوني القويم ومبادئ الديمقراطية والقواعد والأعراف الدولية فحسب، بل من شأنها كذلك خلق ما يمكن تسميته بالمنظومة الدستورية العالمية.¹ في حين يذكر آخر أن عولمة القانون الدستوري تعنى أن المسائل الدستورية لم تعد

¹ انظر باللغة الإنجليزية

Gábor Halmai, The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation

مرجع سابق، ص. 1328.

ANNE-MARIE SLAUGHTER, A NEW WORLD ORDER 65-103 (2004).

امتيازًا حصريًا خاضعًا للنظام الداخلى للدولة، بل أضحت تمثل مفهومًا ومعياريًا عالميًا.¹

لئن كانت العولمة القانونية بصفة عامة والدستورية بصفة خاصة قد مثلت الركيزة الأساسية الذى استندت إليها المحاكم الوطنية للاستعانة بالقانون الأجنبي، إلا أن فكرة العولمة لم تمثل وحدها كمبرر رئيس لتلك الاستعانة. على خلاف ذلك ثمة جملة من الأسباب الأخرى التى تضافرت معًا لتمهيد الطريق نحو الاستعانة بالقانون الأجنبي وأحكام المحاكم الأجنبية. ويحسب الباحث أن تلك الأسباب تلعب دورًا مباشرًا بل وتعتبر عاملاً مهمًا فى التحول الذى لحق بسلوك المحاكم الوطنية بشأن مواراة خجلها تجاه الاستعانة بالقانون والأحكام الأجنبية. والأمر كذلك، كان لزامًا على الباحث أن يعرض لتلك الأسباب بشئ من التفصيل خدمة لمقتضيات البحث.

المطلب الثانى

الأسباب الباعثة على الاستعانة بالقانون الأجنبي

يُمكن إيجاز الأسباب التى من شأنها أن تبعث المحاكم الدستورية والعليا على الاستعانة بالقوانين والسوابق القضائية الأجنبية فى سياق ما تصدره من أحكام وطنية فى أربع أسباب: أسباب تتعلق بمبادئ ومعايير الديمقراطية والمجتمعات المتحضرة، وأسباب تتعلق بنظريات التفسير الدستورى، وأسباب تتعلق بمسمات وخصائص النظام القانونى، وأسباب تتعلق بجودة ودقة الأحكام القضائية.

أولاً: أسباب تتعلق بمبادئ ومعايير الديمقراطية والمجتمعات المتحضرة

الواقع من الأمر أن جانب من فقه القانون الدستورى المقارن فى تسليمه بأهمية إتاحة المجال للمحاكم الدستورية الوطنية للاستعانة والاستهداء بالقوانين والأحكام الأجنبية يرى أن ذلك من شأنه إعانة المحاكم على أداء رسالتها بشكل أفضل. فتمكين المحاكم الدستورية الوطنية من الاسترشاد بما استقر من مبادئ ومعايير فى القوانين والأحكام القضائية الأجنبية، فى رأى البعض، من شأنه جعل الأحكام الصادرة عن تلك المحاكم أكثر توافقًا مع المبادئ الديمقراطية والمعايير والثوابت المستقرة لدى المجتمعات المتحضرة. فتلك المبادئ والمعايير والثوابت هى خير عون لحجية الأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية الوطنية. فإذا كانت أهم النتائج التى تترتب على ما تتمتع به أحكام المحاكم الدستورية من حجية تتمثل فى التزام كافة سلطات الدولة بتلك الأحكام، فتوافق تلك الأخيرة مع مبادئ الديمقراطية وإتسامها بالتناغم مع ما وقر مبادئ ومعايير متحضرة يدعم ما لها من حجية ويبسر لها سبيل القبول من قبل الكافة.

¹ انظر باللغة الإنجليزية

Bruce Ackerman, The Rise of World Constitutionalism, 87 VIRGINIA L. REV. 771 (1997).

ولعل ما ورد في أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية عام 1988 هو أصدق تعبير عن فكرة الديمقراطية ومبادئ ومعايير المجتمعات المتحضرة كأحد الأسباب الباعثة لاستعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. فقد ذكرت المحكمة العليا الأمريكية، في تسبيب قضائها بإلغاء عقوبة الإعدام الموقعة على أحد القاصرين البالغ من العمر خمسة عشر عامًا كونها تُصنف كعقوبة وحشية ولا إنسانية في مفهوم التعديل الدستوري الثامن، "أن القوانين والممارسات القضائية الخاصة بالدول الأخرى تصلح كموجه عام للمحكمة عند إصدارها لأحكامها. فتأثير القوانين والأحكام القضائية الأجنبية يتجلى في تدبر معايير التحضر والآراء التي أفرزها الفقه في الدول الأخرى".¹

وتارة أخرى تسلك المحكمة العليا الأمريكية ذات الإتجاه وبخصوص نفس المسألة. ففي قضائها بعدم دستورية توقيع عقوبة الإعدام على منهم دون الثمانية عشر عام تقول المحكمة أنه "تحت تطور المعايير الأخلاقية المتحضرة تضحي عقوبة الإعدام الموقعة على من هم دون الثمانية عشر عام وقت ارتكاب الجريمة عقوبة وحشية ولا إنسانية وفقًا لمفهوم التعديل الدستوري الثامن".² وفي تبريرها لذلك القضاء أخذت المحكمة بعين الاعتبار الممارسات المتبعة في بعض الدول الأجنبية. فقد ذكرت المحكمة أن بين عام 1990 ووقت نظر الدعوى في 2005 "قامت سبع دول فقط غير الولايات المتحدة بإعدام المجرمين أحداث وهم إيران، وباكستان، والمملكة العربية السعودية، واليمن، ونيجيريا، وجمهورية الكونغو الديمقراطية، والصين".³ واستطردت المحكمة قائلة أنه منذ عام 1990 قامت بعض من هذه الدول بإلغاء عقوبة الإعدام للأحداث أو على الأقل تنصت علنيًا من هذه الممارسة، وأن الولايات المتحدة ظلت وحدها تسمح بإعدام المجرمين الأحداث".⁴

¹ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815, 830 & nn.31, 34 (1988).

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا الأمريكية قد ذكرت أن قوانين الولايات ذات الصلة – لا سيما تلك الخاصة بالثمانية عشر ولاية التي نظرت صراحة في مسألة الحد الأدنى لسن فرض عقوبة الإعدام، والتي تشترط بشكل موحد أن يكون المدعى عليه قد بلغ سن الستة عشر على الأقل في وقت ارتكاب الجريمة التي يعاقب عليها بالإعدام – يدعم الاستنتاج بأن إعدام شخص يقل عمره عن ستة عشر عامًا في وقت ارتكاب الجريمة من شأنه أن يسيء إلى المعايير الأخلاقية في المجتمعات المتحضرة. ويتسق هذا الاستنتاج أيضًا مع الآراء التي عبرت عنها المنظمات المهنية المحترمة، والدول الأخرى ذات التراث الأنجلوأمريكي، والأعضاء البارزين في مجتمع أوروبا الغربية.

² انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

³ انظر الحكم السابق.

⁴ انظر الحكم السابق.

وفى ربطه بين مبادئ الديمقراطية والمعايير المستقرة لدى المجتمعات المتحضرة واستعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام الأجنبية، بحيث تكون الأولى سبباً للثانية، كان مؤدى ما ذهب إليه فريق من الفقهاء أن الديمقراطية ومعايير المجتمعات المتحضرة تركز في الأساس على منظومة الحقوق والحريات الأساسية الممنوحة للأفراد بمقتضى الدساتير الوطنية.¹ تلك الحقوق والحريات التى تُنعت بالأساسية كونها لصيقة بشخصية الفرد، بحيث يتمتع بها دون أن تربطه بالدولة رابطة المواطنة، مثل الحق فى الحياة، الحق فى الكرامة الإنسانية، الحق فى التعليم والرعاية الصحية، الحق فى حرية الرأى والتعبير، الحق فى الخصوصية، والحق فى حرمة الممتلكات الخاصة. والأمر كذلك، تتشابه أغلب تلك الحقوق والحريات فى الدساتير الوطنية المختلفة، وهو الأمر الذى كان من شأنه إضفاء صبغة العالمية على تلك الحقوق. وعليه، تضحى تلك الحقوق والحريات الأساسية عابرة للحدود الوطنية بحيث أن مقتضيات تفسيرها وتطبيقها وبيان قيودها من شأنها أن تخول للمحاكم الوطنية، الدستورية منها والعليا، الاستعانة بتجارب الأنظمة القانونية الأجنبية والممارسات القضائية المتبعة فيها.² ولعل ذلك هو ما قصده القاضى أنتونى كيندى، أحد أبرز قضاة المحكمة العليا الأمريكية السابقين، حين ذكر أن "ثمة بعض المصالح المشتركة الكامنة فى ضمير الجماعة، وبعض الأفكار المشتركة الأساسية، وبعض الطموحات الأساسية المشتركة، ومفهوماً أساسياً وموحداً لما تعنيه كرامة الإنسان وسائر الحقوق والحريات الأساسية".³

تأسيساً على ذلك، فالاستعانة بتجارب الأمم والممارسات القضائية المتبعة فيها يفضى إلى التوافق حول فهماً مشتركاً للحقوق والحريات الأساسية وكيفية تفسيرها وتحديد قيودها تبعاً للدعاوى القضائية المنظورة بشأنها.⁴ فضلاً عن ذلك، فالاستعانة بتجارب الأمم وممارساتها القضائية بشأن الحقوق والحريات الأساسية من شأنها أن

¹ انظر باللغة الإنجليزية

Jed Rubinfeld, Unilateralism and Constitutionalism, 79 N.Y.U. L. REV. 1971, 1975 (2004).

² انظر باللغة الإنجليزية

Sujit Choudhry, Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation, 74 IND. L. J. 819, 833-835 (1999).

³ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Ganesh Sitaraman, The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation, 32 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 653, 660 (2009).

⁴ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980).

تخدم أغراض مرونة التفسير وحيوية التطبيق. فتوافق الأمم حول معنى معين للحقوق والحريات الأساسية يعنى توافقها فى زمن معين وبخصوص وقائع وحالات معينة، فلا يكون لهذا التوافق أثرًا فى تقييد المحاكم الوطنية عند تفسيرها للحقوق والحريات الأساسية فى زمن مختلف بمستجداته ومعطياته الجديدة.

وفى نفس السياق، يمضى جانب من الشراح، معتصمًا بفكرة الديمقراطية والمبادئ والمعايير السائدة فى المجتمعات المتحضرة، فى تبرير استعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية بالقول إن أهمية تلك الاستعانة تتجاوز حدود الاتفاق على معنى وفهم مشترك للحقوق والحريات الأساسية. فاستعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية تتعاضم بالنظر إلى حقيقة أن الدول لا تحيا بمفردها، بل فى ظل مجتمعًا دوليًا تسعى للحصول على مصادقته وقبوله من الناحية الشرعية.¹ تلك المصادقة وذلك القبول الدولى يعضده، فى رأى البعض، استعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام القضائية الدولية بغية تسهيل اندماج الدولة فى المجتمع الدولى والمنظومة القانونية العالمية.² ومن زاوية أخرى، قد ينظر إلى الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية على أساس أنها تسهم فى إيجاد شرعية عالمية حول بعض المعايير والتفسيرات والممارسات والأعراف القضائية،³ وهو الأمر الذى من شأنه المساعدة فى تعزيز منظومة دولية عالمية للعدالة.⁴

لئن كانت الديمقراطية والمعايير والمبادئ المستقرة فى المجتمعات المتحضرة قد مثلت لدى البعض إحدى الدعائم التى تبرر استعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، إلا أنها قد كانت لدى البعض الآخر الحاجز الذى

¹ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Ganesh Sitaraman, *The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation*

مرجع سابق، ص. 661.

² انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Ernest A. Young, *Foreign Law and the Denominator Problem*, 119 HARV. L. REV. 148, 154-155 (2005).

³ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Vicki C. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109, 122 (2005).

Harold Hongju Koh, *International Law as Part of Our Law*, 98 AM. J. INT'L L. 43, 47 (2004).

⁴ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Harold Hongju Koh, *International Law as Part of Our Law*

المرجع السابق، ص. 53-54.

تتهاوى أمامه فكرة الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. فقد استند البعض على ما يمكن تسميته بالمعيار القومي لتبرير أن الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية تتجافى مع مبادئ الديمقراطية. وقد تمثل ذلك المعيار القومي فى مسلمة مفادها أن الدساتير الوطنية إنما وُضعت لتمثل القانون الأساسى الذى يستمد شرعيته من الإرادة الشعبية. وعليه تضحى القوة الملزمة للدساتير الوطنية وشرعيتها المستقاه من كونها تمثل القانون الأساسى للدولة مستمدة من إرادة الشعوب.¹ فالدساتير الوطنية تعبر عن ما وقر فى عقيدة الأمم من قيم ومعايير قانونية تتجلى فيها أسمى مبادئ الحكم الذاتى الديمقراطى.²

إن التعمّل فيما ساقه جانب من الفقه من رؤى تعتصم فى رفضها لاستعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية بالمعيار القومى البحث للدساتير يُفضى إلى القول أن هذا المعيار، فى نظر المحتجين به، يُعبر عن مدى أهمية ما تنطوى عليه المسائل الدستورية من خصوصية بالنسبة للدولة المعنية.³ فتلك الخصوصية هى ما تمكن من الحفاظ على ثقافة دستورية متميزة تجد مصدرها فى الإرادة الشعبية.⁴ وعليه يضحى من تمام القول التأكيد على أن بعض الباحثين، فى اعتصامهم بالنزعة القومية للدساتير الوطنية، قد ثبت لديهم أن القوانين والأحكام القضائية الأجنبية إنما تعكس المبادئ والمعايير المستقرة والسائدة لدى الأنظمة التابعة لها وكذا ما وقر فى ضمير الجماعة الخاضعة لها، بحيث تضحى فكرة الاستعانة بها كأحد المصادر التفسيرية للدستور الوطنى أو كأحد العوامل المساعدة على تسبب الأحكام القضائية الوطنية مجافية لأبسط معانى الديمقراطية والحكم الذاتى وافتتائاً على الإرادة الشعبية الوطنية.⁵

¹ انظر باللغة الإنجليزية

Jed Rubinfeld, Unilateralism and Constitutionalism, 79 N.Y.U. L. REV. 1971, 1975 (2004).

² انظر باللغة الإنجليزية

Carlos F. Rosenkrantz, Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law, 1 INT'L J. CONST. L. 269, 284 (2003).

Mark Tushnet, The Possibilities of Comparative Constitutional Law, 108 YALE L.J. 1225, 1228-1229 (1999).

³ انظر باللغة الإنجليزية

Carlos F. Rosenkrantz, Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law

المرجع السابق، ص. 293-294.

⁴ المرجع السابق، ص. 294.

⁵ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

ويحسب الباحث عدم المغالاة في القول أن أنصار النزعة القومية، حين أعلنوا رفضهم استعانة المحاكم بالقوانين والأحكام القضائية لتفسير الدستور والفصل في المسائل الدستورية، كانوا قد نظروا إلى الدساتير الوطنية باعتبارها التشريع الأساسي للدولة الذي ارتبط باعتبارات القومية والإرادة الشعبية بعلاقة لا فكاك منها فرضتها طبيعة الموضوعات التي تنظمها تلك الدساتير الوطنية، مثل هوية الدولة، شكل الدولة، نظام الحكم، ومنظومة الحقوق والحريات الأساسية. بيد أنه تجدر الإشارة إلى أن بعض من أنصار النزعة القومية للدساتير الوطنية قد ساقوا، في رفضهم فكرة الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، غير الجانب الموضوعي للدساتير أسباباً أخرى يستمدها من نظريته العضوية إلى القائمين على تفسير الدستور الوطني والفصل في المسائل الدستورية.¹ فلئن كان القضاء هم من يُعهد إليهم بمقتضى وظيفتهم تفسير النصوص التشريعية، الدستورية منها والعادية واللائحية، ولئن كان القضاء في أغلب الأنظمة القانونية يستندوا إلى شرعية التعيين لا الانتخاب، فإذا ما رُدد الأمر إلى نصابه، يكون القضاء، في نظر البعض، هم أسوأ اختيار للقيام بمهمة التفسير الدستوري وتحديد المسائل والقيم الدستورية.²

للتدليل على هذا الأمر يسوق الباحث ما سبق الإشارة إليه من قضاء المحكمة العليا الأمريكية عام 2005 حين قضت بعدم دستورية توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث دون الثمانية عشر. وبالرغم من أن المحكمة كانت قد أسست قضاءها على ما اسمته بتطور المعايير الأخلاقية المتحضرة والتجارب والممارسات المتبعة في بعض الدول الأجنبية، وهو الأمر الذي تم تفسيره على أساس كون أن قضاء المحكمة قد تقف مظاهر الديمقراطية لا سيما حين ذكر أن ثمة إجماعاً وطنياً على استهجان عقوبة الإعدام يمكن تلمسه في سلوك الولايات بشأن التقليل من وتيرة تطبيق عقوبة الإعدام على المدانين من الأحداث.³ بيد أن بعض قضاة المحكمة المعارضون لرأى

Vicki C. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*

مرجع سابق، ص. 112.

وفى ذلك يقول البعض أن الديمقراطية الدستورية تعنى في جوهرها أن يقوم المجتمع الوطني بتحديد معاني ومفاهيم الألفاظ والأحكام الواردة في الدستور الوطني. انظر في ذلك المعنى باللغة الإنجليزية

Ganesh Sitaraman, *The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation*

مرجع سابق، ص. 659.

¹ انظر في هذا الرأي، المرجع السابق، ص. 659.

² انظر المرجع السابق، ص. 659.

³ انظر قضاء المحكمة العليا الأمريكية السابق الإشارة إليه في قضية

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

الأغلبية ذكروا في معارضتهم المكتوبة أن قضاء المحكمة يجافى الديمقراطية في معناها القويم.¹ فقد شكك هؤلاء القضاة في حقيقة الوصول إلى ما اسمته أغلبية المحكمة بالإجماع الوطني على سند من أنه وقت صدور الحكم كانت ثمانية عشر فقط من أصل ثمانية وثلاثون ولاية، تعترف تشريعاتها بعقوبة الإعدام، تحظر توقيع تلك الأخيرة على الأحداث المدانين.² فضلاً عن ذلك، فقد أبدى القضاة المعارضون الخوف من منح حفنة من القضاة غير المنتخبين سلطة تحديد القيم الأخلاقية والدستورية وفرضها تحت اسم القراءات والتفسيرات المرنة للنصوص الدستورية سواء استلهمت تلك القراءات والتفسيرات من مصادر وطنية أم أجنبية.³

يتبدى من استطراد التأمل في الحكم السابق أن المحكمة العليا الأمريكية، في تبريرها لقضائها بعدم دستورية توقيع عقوبة الإعدام على القاصرين والأحداث، قد عمدت إلى الاستشهاد ببعض الاتفاقيات الدولية المختلفة المتعلقة بحقوق وحرريات الأفراد وكرامتهم الإنسانية متجاهلة حقيقة أن الولايات المتحدة الأمريكية، عبر مؤسساتها السياسية، قد أبدت تحفظات عدة على تلك الاتفاقيات الدولية، مثل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، محتفظة لنفسها صراحة بالحق في إعدام الأحداث والقاصرين من المدانين بجرائم ترتقى عقوبتها للإعدام.⁴ إذن يمكن القول أن المحكمة في تجاهلها للتحفظات المبداه على الاتفاقيات الدولية المستشهد بها إنما تجاهلت في حقيقة الأمر مبادئ الديمقراطية المتمثلة في كون أن تلك التحفظات قد أبديت عن طريق مؤسسات تجلت فيها إرادة الأمة والشرعية الانتخابية، سواء أكانت مؤسسات تشريعية أم تنفيذية، مغلبة بذلك إرادة المجتمع الدولي على الوطني.

الواقع من الأمر أنه بإنعام النظر في الآراء السابقة يتضح أن فكرة الديمقراطية والمبادئ والمعايير المستقرة في المجتمعات المتحضرة لا يمكن اعتبارها مساندة لاستعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية مطلقاً ولا يمكن كذلك اعتبارها مناهضة لهذه الاستعانة بشكل مطلق، بل هي وبحق عوان بين ذلك وذلك. فالمناصرون لفكرة الديمقراطية ومبادئ ومعايير الأمم المتحضرة لا يقرّطوا لها إلا تقديم السلطة القضائية بصورة تعكس تبنى هذه الأخيرة للمعايير الدولية بغية تلقى المجتمع الدولي لها قبولاً حسن، وذلك على سند من أن ثمة قواعد ومعايير ومبادئ يصلح نعتها بالعالمية كونها قد صادفت القبول الدولي. في حين أن المناهضين لتلك الاستعانة لا ينقمون منها إلا مصادرتها على الإرادة الشعبية وتغليب الإرادة الدولية عليها ومجافاتها للطبيعة الوطنية الداخلية للنصوص والمسائل الدستورية. أخيراً

¹ راجع الحكم السابق.

² راجع الحكم السابق.

³ راجع الحكم السابق.

⁴ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

يمكن القول إن الاستعانة بالقوانين والأحكام الأجنبية قد تكون بمثابة أحد الوسائل التي قد تلجأ إليها محاكم بعض الدول في محاولة لإثبات اندماج تلك الأخيرة في المجتمع الدولي، بغية خلق جملة من المعايير الموحدة تمثل شرعية عالمية لبعض السلوكيات والممارسات والأعراف الدستورية.¹

ثانياً: أسباب تتعلق بنظريات التفسير الدستوري

ورد ذات مرة أن الأنظمة القانونية، تحت وطأة طبيعة النص الدستوري كونه من النصوص القانونية مفتوحة النهايات حمالة الأوجه التي تحتمل أن يندرج تحتها العديد من المعايير والمبادئ أكثر مما قد يُنبئ عنه ظاهر ألفاظها، قد ثبت لديها بعضاً من نظريات ومدارس التفسير الدستوري التي كانت نتاج تأمل وتحليل شتات الأحكام والاجتهادات القضائية لا سيما تلك الصادرة عن المحاكم الدستورية والعليا. تلك النظريات والمدارس كان الهدف منها في المقام الأول محاولة إعانة القاضي على تقديم قراءة منطقية ومنصفة للنصوص التشريعية خاصة الدستورية منها. اللافت للنظر أن تلك النظريات والمدارس كانت ولازات تخضع لاعتبارات ذاتية تخص كل قاضي، بحيث أن تبني ذلك الأخير لإحداها يخضع لعدة اعتبارات ذاتية لعل أهمها قناعاته الشخصية، خلفيته القانونية سواء النظرية أو العملية، تأثره برواد النظرية، ومدى إيمانه بجدوى النظرية. بيد أن ذلك ليس من شأنه نفي حقيقة أن بعض المحاكم الوطنية قد تبنت نظرية تفسيرية واحدة موحدة تطبيقها على كافة المنازعات والمسائل التفسيرية، كما هو الشأن في المحكمة الدستورية العليا المصرية، على تفصيل يأتي لاحقاً.

مستهدياً بشتات اجتهادات المحاكم، لا سيما في المسائل الدستورية، قنع فقه القانون الدستوري المقارن أن نظريات التفسير الدستوري، وإن تباينت في فحواها وآليات التفسير المستندة إليها، يمكن جمع شتاتها تحت غاية واحدة وهي تقديم قراءة منطقية ومنصفة للنص الدستوري، وتغليب وجه من أوجهها التي قد تتعدد على الآخر. وعليه كان تصنيف فقه القانون الدستوري المقارن لنظريات التفسير الدستوري محل اتفاق، حيث تراوحت تلك النظريات في كتابات الشراح بين نظرية التفسير الأصولي، ونظرية التفسير القصدى، ونظرية التفسير البرجماتي. بيد أنه وجب التنويه على أن الباحث في انتقاءه لتلك النظريات الثلاث، لا يُصدر على حقيقة أن ثمة نظريات أخرى عرفها فقه القانون الدستوري مثل نظرية التفسير وفق قواعد

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Ernest A. Young, Foreign Law and the Denominator Problem

المرجع السابق، ص. 164-165.

Vicki C. Jackson, Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement

مرجع سابق، ص. 112.

العدالة والقانون الطبيعي، إلا أن النظريات الثلاث السابقة الإشارة إليهم نالوا قسطاً كبيراً من الشهرة لم يتوافر لنظرائهم.

تأسيساً على ذلك، كان لزاماً على الباحث أن يعرض لتلك النظريات بشئ من التفصيل. بيد أن الباحث لا يسوق الحديث عن تلك النظريات إلا بالقدر الذى من شأنه أن يُعين على ولوج ألبها وبيان ذاتيتها والتمييز بين مناقبها ومثالبها، دونما الانزلاق إلى تناول تلك النظريات بالفحص والتحليل الذى تنأى طبيعة البحث عن تحمله.

أولى هذه النظريات وأكثرها شهرة وتأثير هي نظرية التفسير الأصولى Originalism. تفترض نظرية التفسير الأصولى أن ثمة التزام على عاتق القاضى بضرورة تفسير النص الدستورى وفق ظاهر ألفاظه، بحيث يضحى من المحذور عليه أن يتعدى حدود ظاهر ألفاظ النص فى محاولة للبحث فى نية وقصد المشرع.¹ تأسيساً على ذلك، يفترض القاضى الأصولى أن للنص الدستورى معنى ثابت وجامد سبق وتحدد وقت إصداره ولا يجوز الحيد عنه حتى زعم أن المشرع الدستورى لم يكن ليقصد المعنى المستخلص من ظاهر الألفاظ.² وذلك ببساطة لأن المشرع الدستورى لو قصد غير ذلك، ما كان ليمنعه شئ من التعبير بألفاظ مغايرة.³ ويبدو أن هذا التصور كان مدعاة لما ارتآه البعض من المدافعين عن نظرية التفسير الأصولى من أن تلك الأخيرة الملاذ الآمن لتحديد المسائل المتعلقة بالتفسير الدستورى على سند من أنها تقدم معايير واضحة وشفافة لتمييز معانى النصوص الدستورية، حال شاب تلك الأخيرة لبس أو غموض من شأنه أن يثير مشاكل فى التطبيق.⁴ فالتحرر من قيود التفسير الأصولى، على حد زعم البعض، من شأنه منح القضاة سلطة تقديرية واسعة بشأن تحديد المسائل والمنازعات الدستورية وفق

¹ انظر باللغة الإنجليزية

Thomas B. Colby and Peter J. Smith, Living Originalism, 59 DUKE L.J. 239, 253 (2009).

² تجدر الإشارة إلى أن جانب من الفقه قد وصف فحوى نظرية التفسير الأصولى كونه لا يختلف عن مذهب الشرح على المتون، الذى برز بشدة فى أعقاب صدور تشريعات نابليون فى فرنسا عان 1804. راجع فى ذلك، د. إسلام إبراهيم شيجا، التفسير الدستورى للحقوق والحريات الدستورية فى ضوء قواعد القانون الدولى لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية – العدد الأول (2016)، ص. 154؛ د. خالد وزانى، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وعلماء القانون، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (2008)، ص. 113.

³ انظر باللغة الإنجليزية

B. Boyce, Originalism and the Fourteenth Amendment, 33 WAKE FOREST L. REV. 909, 915 (1998).

⁴ انظر باللغة الإنجليزية

Jamal Greene, On the Origins of Originalism, 88 TEX. L. REV. 1, 2 (2009).

تفضيلاتهم السياسية ونزعاتهم الشخصية، وهو الأمر الذى يُجافى مقتضيات وظيفتهم القضائية.¹

وتجلية لذلك وصف القاضى أنطونيون سكاليا، أحد أبرز قضاة المحكمة العليا الأمريكية السابقين وأحد أبرز رواد نظرية التفسير الأصولى، تلك الأخيرة كونها النظرية الأقل شراً.² وفى تبريره لذلك الوصف يقول القاضى سكاليا إن دور القاضى ينحسر فى مهمة استجلاء المعنى الأصلي للنصوص الدستورية والتأكد من معانى ألفاظ الدستور فى ضوء فهم المجتمع الذى تنبأه وارتضى به.³ ويستطرد القاضى سكاليا، فى تأكيده على أن المعنى الأصلي والحقيقى للدستور هو ذلك المعنى الذى فُهمت به ألفاظه وقت إصداره، قائلاً إن الدستور الذى يتم تفسيره وتطبيقه ليس حياً بل ميتاً أو إن شئنا قلنا باقياً بعد حين، فلا يجب تفسيره وفقاً لما هو سائد ومعتقد فى المجتمع الحالى بل وفقاً لما كان يُقصد بألفاظه وقت إصداره.⁴

وفق هذا التصوير، وجدت نظرية التفسير الأصولى مريدين كثر على سند من أنها تمثل، بحسب منطقتهم، أكثر النظريات التى من شأنها ضمان كبح جماح التقدير القضائى.⁵ فثمة ضرورة لتقييد التقدير القضائى من أجل منع حفنة من القضاة غير

¹ انظر باللغة الإنجليزية

Jamal Greene, Selling Originalism, 97 GEO. L.J. 657, 659 (2009).

² انظر باللغة الإنجليزية

Antonin Scalia, Originalism: The Lesser Evil, 57 U. CIN. L. REV. 849, 862 (1989).

³ انظر المرجع السابق.

وكذلك باللغة الإنجليزية

Thomas B. Colby and Peter J. Smith, Living Originalism

مرجع سابق، ص. 253.

⁴ انظر باللغة الإنجليزية

Antonin Scalia, Pew Forum, University of Chicago Divinity School, Session Three: Religion, Politics, and the Death Penalty (Jan. 25, 2002).

ويقول القاضى سكاليا "سلطتى الوحيدة كقاض تتلخص فى منع الدولة من إثيان فعل ما قد يتسبب فى تدايعيات سيئة. تلك السلطة هى التى منحها الأغلبية الديمقراطية للمحاكم. فالقول بأن ظاهر ألفاظ الدستور يُخالف القانون الطبيعى يعنى ببساطة أن القاضى يضع نفسه فوق الدولة الديمقراطية. فيتقرر ما هو جيد وما هو سئ مصادراً فى ذلك على الإرادة الشعبية. فالديمقراطية الحقة تقتضى القول أننى قد تم تعيينى فى هذه المحكمة لتطبيق الدستور والقانون الوضعى ولا شئ غيرهِ." راجع فى ذلك باللغة الإنجليزية

Antonin Scalia, Of Democracy, Morality and the Majority, Address at Gregorian Univ. (May 2, 1996), in 26 ORIGINS 81, 88-89 (1996).

⁵ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

المنتخبين من المصادرة على إرادة السلطة التأسيسية الأصلية بحجة أن المشرع الدستوري لم يكن يقصد ما تُفصح عنه ظاهر ألفاظ الدستور أو بداعي أن الظروف المجتمعية الحالية لم تعد تتناسب مع المعنى الظاهر للنصوص الدستورية.¹ لأن كانت نظرية التفسير الأصولي تستهدف تجلية المعنى الظاهر للنص الدستوري، حال شابه لبس أو غمض حكمه، وهي في ذلك تقف عند ظاهر ألفاظ النص دون أن تتعدى تخومه، فنظرية التفسير القصدى إنما تتغيا استجلاء قصد ونية المشرع، فتذهب بأنصارها أبعد من ظاهر ألفاظ النص مفسحة المجال أمامهم للاستعانة بالعديد من المصادر التي من شأنها أن تسهل مهمة الولوج إلى نية وقصد المشرع الدستوري. الواقع من الأمر أن نظرية التفسير القصدى والتفسير الأصولي يتقاربا في الهدف المرجو وإن تباينا في الآليات والمصادر المستعان بها لتحقيق هذا الأخير. فكلتا النظريتين تستهدف استظهار حقيقة ما قصده المشرع الدستوري من الألفاظ التي أوردتها في نصوص الدستور. فالقاضي القصدى إنما هو في حقيقته قاضياً أصولياً من زاوية أن كلاهما ينشد استجلاء المعنى الحقيقي للنصوص الدستورية، بيد أن الثاني ينشد هذا المعنى الحقيقي بفحصه ظاهر الألفاظ بغية الوصول إلى فهم النص بالكيفية التي فهم بها عند وضعه، أما الأول فيستهدف المعنى الحقيقي للنص بالذهاب أبعد مما يُفصح عنه ظاهر لفظه وذلك بتفقدته لنية وقصد المشرع.

لأن كانت نظرية التفسير الأصولي تتقارب مع نظيرتها القصدية إلا أن هذا التقارب ليس من شأنه أن ينفى افتراقهما في موطنين أساسيين. أولهما يتعلق بالمصادر المُستعان بها للنهوض بالعملية التفسيرية. فالقاضي الأصولي في تتبعه للمعنى الظاهر للنص الدستوري إنما يستعين بقواميس اللغة التي عاصرت وضع النص محل التفسير، وذلك في محاولة منه لفهم ألفاظ النص بالكيفية التي فهمت به وقت

Richard A. Posner, Bork and Beethoven, 42 STAN. L. REV. 1365, 1368 (1990).

¹ المرجع السابق، ص. 1368.

ويقول أحد الشراح إذا كان الدستور هو في الأصل قانون، فذلك يفترض أنه مثله مثل أى قانون آخر، يتحدد معناه بالكيفية التي قصد المشرعين أن تفهم نصوصه بها، ووجب على السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية الالتزام بهذا المعنى. لا يوجد أى معنى آخر للدستور غير ذلك الذى قصده المادة السادسة من كونه قانون. وهذا يعنى بالطبع أن القاضى بغض النظر عن نوع ودرجة المحكمة التى يخدم بها، لا يجوز له أن يخلق حقوق دستورية جديدة أو أن يلغى القائم منها. وإن فعل ذلك، فإنه لا ينتهك فقط حدود سلطته ولكن ينتهك أيضاً حقوق السلطة التشريعية والشعب. وبالتالي تضحي فلسفة الفهم الأصلية لنصوص الدستور لازمة لتحديد هيكله وحدود سلطات الدولة الثلاث. انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

ROBERT BORK, THE TEMPTING OF AMERICA 145, 147 (1990).

وضع هذا الأخير.¹ وبعبارة أخرى ففي استعانته بقواميس اللغة التي عاصرت وضع النص محل التفسير إنما يفترض القاضى الأصولى أن المعنى الحقيقى لألفاظ النص هو ذلك المعنى الذى فهم من قبل واضعوه والمجتمع آنذاك.² أما بالنسبة للقاضى الموالى لنظرية التفسير القصدى، فسعيه نحو الولوج لنية وقصد المشرع يتيح له الفرصة للاستعانة بالعديد من المصادر الأخرى غير قواميس اللغة، لعل أهمها يكمن فى التاريخ التشريعى للنص بما يحمله هذا الأخير من إمكانية اللجوء إلى المذكرات الإيضاحية والمساجلات والمناقشات التى جرت خلال عملية الصياغة والتصديق. وثانيهما يتعلق بالنتيجة المترتبة على عملية التفسير. فالتفسير الأصولى، بما تفرضه مقتضياته من الوقوف عند حد ظاهر ألفاظ النص محل التفسير بحيث يقترب من هذه الزاوية مع التفسير الحرفى، قد يقود أحياناً إلى نتيجة شاذة. وعندئذ لا يملك القاضى الأصولى سوى الالتزام بهذه النتيجة الشاذة مبرراً ذلك بأن المشرع الدستورى طالما أراد طواعيةً واختياراً التعبير بألفاظ معينة فقد قصد تلك النتيجة، فما كان ليمنعه شئ للتعبير بألفاظ مغايرة لو قصد نتيجة أخرى. على النقيض من ذلك، تحول نظرية التفسير القصدى للقاضى الدستورى فرصة تجنب النتيجة الشاذة التى قد يُسفر عنها ظاهر ألفاظ النص محل التفسير. فالقاضى القصدى، على النحو السابق ذكره، إنما يستهدف الولوج إلى نية وقصد المشرع، وهو فى سعيه نحو تحقيق هذا الهدف يفترض أن المشرع لم يكن أبداً ليقصد ثمة نتيجة شاذة قد يقود إليها ظاهر ألفاظ النص محل التفسير. وعليه، حال أدرك القاضى القصدى أن ظاهر الألفاظ يقود إلى نتيجة شاذة، يضحى لزاماً عليه الالتفات عن تلك النتيجة مقترضاً أن المشرع لم يكن

¹ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Akhil Reed Amar, *Intratextualism*, 112 HARV. L. REV. 747, 748 (1999).

Phillip A. Rubin, *War of the Words: How Courts Can Use Dictionaries Consistent with Textualist Principles*, 60 DUKE L. J. 167-206 (2010).

² ويقول بعض الشراح أن التحقيق فى الفحوى والمعنى الأصلى للنص الدستورى غالباً ما يعتمد على (1) المعتقدات والقناعات المسبقة للمفسرين المعاصرين بشأن معانى الألفاظ والعبارات الواردة فى النص، و(2) قواميس اللغة المعتمدة فى الحقب الزمنية التى وضع خلالها النص محل التفسير، و(3) الاعتماد على نمط الكتابات والاستشهادات والتعبيرات التى كان مستقر عليها وقت وضع النص وصياغته والتى قد تكون أو لا تكون جزءاً من الصياغات والمفردات القانونية، و(4) الاحتجاج بأصل الألفاظ الواردة فى الدستور.

راجع فى ذلك باللغة الإنجليزية

Lawrence B. Solum, *Triangulating Public Meaning: Corpus Linguistics, Immersion, and the Constitutional Record*, B.Y.U. L. REV. 1621, 1639 (2017).

Thomas R. Lee & James C. Phillips, *Data-Driven Originalism*, 167 U. PA. L. REV. 261, 279 (2019).

قط يقصدها حين اختار التعبير بالألفاظ الواردة في النص. حالئذ يثبت القاضي الدستوري، معتصمًا بنظرية التفسير القصدى، لنفسه سلطة البحث فيما وراء ظاهر ألفاظ النص محل التفسير فى محاولة منه للوصول إلى نية وقصد المشرع، التى، بحسب ظنه، تتجافى تمامًا مع ما قاد إليه ظاهر ألفاظ النص من نتيجة شاذة. لعل هذا هو ما يؤكد ما سبق ذكره من أن القاضى القصدى هو فى جوهره قاضيًا أصوليًا، ذلك لأنه فى تنقيبه عن نية وقصد المشرع إنما يفعل ذلك حال ما إذا كان الوقوف عند ظاهر ما أورده المشرع من ألفاظ من شأنه أن يقود إلى نتيجة شاذة، على سند من أن المشرع لم يكن يقصد تلك الأخيرة.

وللتدليل على الاستخدام القضائى لنظرية التفسير القصدى يسوق الباحث حكم المحكمة العليا الأمريكية فى إحدى الدعاوى التى نظرتها بشأن دستورية فرض إحدى الولايات ضريبة على البضائع المملوكة لإحدى الشركات العاملة فى مجال الاستيراد والتصدير. فقد قضت المحكمة بدستورية الضريبة المفروضة من ولاية جورجيا على البضائع المملوكة لإحدى الشركات والتى تم تخزينها فى مستودع مملوك لتلك الأخيرة على أراضى الولاية. مستعينة بنظرية التفسير القصدى، بررت المحكمة قضاءها قائلة أن نية وقصد واضعى الدستور الفيدرالى قد انصرفت بشأن بند الاستيراد والتصدير لمنح الحكومة الفيدرالية مصدرًا للإيرادات وموقعًا منقوفاً لتنظيم التجارة الخارجية. فالضريبة غير التمييزية المفروضة على قيمة الممتلكات لا يمكن تصنيفها كونها نوع من أنواع الإلجبار المفروض من الدولة على الملاك، فذلك الأمر لم يكن أبدًا ضمن نية وقصد المشرع الدستورى.¹ وتارة أخرى تلجأ المحكمة العليا الأمريكية لنظرية التفسير القصدى فى حديث أحكامها حين قضت بعدم دستورية فرض رسوم غير مكتسبة من قبل مقدمى خدمات تسوية العقارات على سند من أن المشرع قد ألزم مصلحة الإسكان والتنمية العمرانية بتقديم تقرير إلى البرلمان عند الحاجة لفرض رسوم جديدة، وهو ما يقطع بأن نية المشرع قد انصرفت إلى حظر فرض رسوم جديدة بغير تشريع.²

أخيرًا تبرز نظرية التفسير البرجماتى كأحد أشهر نظريات التفسير الدستورى. فى البداية نود أن نشير إلى أن نظرية التفسير البرجماتى تنطوى على جانبين أساسيين. أولهما يتعلق بالبرجماتية كمنهجية من شأنها أن تُعين على تطوير وتجديد عملية التفسير الدستورى فى محاولة لتلبية الاحتياجات والمستجدات المجتمعية الحديثة.³

¹ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية

Michelin Tire Corporation v. Wages, 423 US 276 (1976).

² انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية

Freeman v. Quicken Loans, Inc., 566 US _ (2012).

³ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

STEPHEN BREYER, ACTIVE LIBERTY: INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION (2005).

ثانيهما يتعلّق بوصف البرجماتية كونها آلية من شأنها تفسير النص الدستوري بطريقة تحافظ على سلامة المجتمع السياسي من خلال تعزيز العملية الديمقراطية.¹ وعلى النقيض من نظرية التفسير الأصولي، التي ترى أن معاني الألفاظ الدستورية ثابتة ودائمة، فإن نظرية التفسير البرجماتي تولي اهتمامًا كبيرًا بتداعيات وعواقب التفسير المُعطى للنص الدستوري وكذا الحكم الصادر بناء على هذا التفسير بالنسبة للمجتمع.² بعبارة أكثر وضوحًا، يضحى من المحتمل أن يطرح القاضى البرجماتي جانبًا حكمًا أو تفسيرًا موافقًا لصحيح القانون إذا ما تيقن أن من شأنه أن يرتب تداعيات وعواقب سلبية في المجتمع، أو حال ما إذا كان ثمة أدلة كافية تشير إلى أن العامة ليست مستعدة بعد لقبول مثل هذا الحكم أو التفسير.³ فضلًا عن ذلك، ثمة فارق آخر بين نظريتي التفسير الأصولي والتفسير البرجماتي يكمن في نظرة كل من القاضى الأصولي ونظيره البرجماتي للدستور وثم تفسير نصوصه. فالقاضى الأصولي ينظر إلى الدستور على اعتبار أنه نص كتبه حفنة من الأموات ولم يتغير منذ وقت كتابته،⁴ وبالتالي ينبغي تفسير نصوصه وفقًا لنظرة واضعيه في ذات الزمن الذى وُضع فيه.⁵ على النقيض من ذلك يفترض القاضى البرجماتي أن لألفاظ

RICHARD A. POSNER, HOW JUDGES THINK (2008).

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Frank H. Easterbrook, Pragmatism's Role in Interpretation, 31 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 901 (2008).

² انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

MATTHEW GUILLEN, READING AMERICA: TEXT AS A CULTURAL FORCE 93-94 (2007).

انظر كذلك في نفس المعنى، أ.د. رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري: تطور الأنظمة المصرية وتحليل النظام الدستوري في ظل دستور 1971، القاهرة (1999)، ص. 376.

³ انظر المرجع السابق، ص. 94.

⁴ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Reva B. Siegel, Heller & Originalism's Dead Hand – In Theory and Practice, 56 UCLA L. REV. 1399, 1401 (2009).

⁵ انظر في هذا المعنى باللغة الإنجليزية

Paul Brest, The Misconceived Quest for the Original Understanding, 60 B.U.L. REV. 204, 204 (1980).

الدستور معانى حية وديناميكية تتغير وتتطور بمرور الزمن،¹ وهو الأمر الذى يستتبع النظر بعين الاعتبار للمستجدات والمتغيرات والتطورات المجتمعية.² وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا الأمريكية، فى حديث أحكامها، قد استعانت بنظرية التفسير البرجماتى لتقرير دستورية زواج المثليين فى الولايات المتحدة الأمريكية. فالمحكمة رفضت أن تُفسر التعديل الدستورى الرابع عشر، الذى بموجبه يُحظر على الولايات حرمان الأفراد من الحق فى الحياة والحرية الشخصية والملكية دون اتباع الإجراءات القانونية، وفقاً للقصد الأسمى لوضعيه. وفى ذلك قضت المحكمة أن الأجيال التى كتبت وصدقت على وثيقة الحقوق والتعديل الرابع عشر لم تفترض قط أنها تعرف مدى الحرية بجميع أبعادها، ولذا فقد منحت الأجيال القادمة ميثاق بمقتضاه تتم حماية حق جميع الأفراد فى التمتع بالحرية. فإذا ما طرأت مستجدات ومتغيرات مجتمعية جديدة كان لزاماً أن يتم معالجة الحق فى الحرية وتفسيره وفق هذه المستجدات والمتغيرات.³

بالعودة مرة أخرى إلى التساؤل الأساسى المتمثل فى كيف لنظريات التفسير الدستورى أن تكون من الأسباب الباعثة على الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، يتضح بإنعام النظر فى فحوى نظريات التفسير الدستورى، وفق العرض السابق، أن نظرية التفسير الأصولى تفترض تفسير الدستور وفقاً لظاهر ألفاظ النص محل التفسير بغية الوصول إلى ما فهم من النص وقت صياغته والتصديق عليه.⁴ وفق هذا التصوير، يحسب الباحث أن الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، فى حدود نطاق التفسير الأصولى، تضحى جائزة حالما كانت تلك المصادر الأجنبية قد ساهمت فى فهم معانى النص الدستورى وقت صياغة هذا الأخير والتصديق عليه.⁵ على خلاف ذلك، تخول نظرية التفسير القصدى ونظرية

¹ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

William H. Rehnquist, Observation, The Notion of a Living Constitution, 54 TEX. L. REV. 693, 693 (1976).

² انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Adam Winkler, A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and The "Living Constitution", 76 N.Y.U. L. REV. 1456, 1463 (2001).

³ راجع حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 576, 2598 (2015).

⁴ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Antonin Scalia, Originalism: The Lesser Evil

مرجع سابق، ص. 849.

⁵ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Ganesh Sitaraman, The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation

التفسير البرجماتى للدستور للقضاة الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، وذلك على سند من أن النظريتين تتيح للقضاة قدر أكبر من حرية التقدير عند تفسير النصوص الدستورية فيما يتعلق بتحديد قصد ونية المشرع الدستورى وكذا التداعيات والنتائج المترتبة على إعطاء النص تفسيرًا معينًا أو الفصل فى الدعوى على نحو معين ومدى تقبل المجتمع لمثل هذا التفسير أو الحكم فى ظل المستجدات والمتغيرات الطارئة على منظومة الحقوق والحريات الدستورية والقيم والمعايير الدستورية.¹

ثالثًا: أسباب تتعلق بسمات وخصائص النظام القانونى

على نحو ما يجرى به حديث الفقهاء يحكم القاضى الدستورى فى نظره للمسألة الدستورية عدة أصول بعضها إجرائى والآخر موضوعى، لعل أهمها طبيعة الرقابة القضائية المتبعة وما ترتبه من آثار وطبيعة التفسير الدستورى المُتبني وما يليه من ظلال على قراءة النصوص الدستورية المثمرة فى الدعوى الماثلة.² وبالرغم من تسليمنا بأهمية طبيعة وفحوى الرقابة القضائية المطبقة والتفسير الدستورى المستقر عليه كأصول من شأنها أن تحكم القاضى الدستورى عند نظره للمسألة الدستورية، إلا أن القوانين والأحكام القضائية الأجنبية تعتبر، وبالقدر نفسه، أحد أبرز الأصول التى من شأنها أن ترتب نتائج على قدر عالٍ من الأهمية فيما يتعلق بالتحكم فى تعاطى القاضى الدستورى مع المسألة الدستورية وتوجيه الحكم الصادر عنه بصدد تلك الأخيرة. فالواقع من الأمر أنه منذ النصف الأخير من القرن العشرين بدأت المحاكم الدستورية والعليا فى الجنوح للاستعانة بتجارب الأمم فى مجال التقاضى الدستورى ومن ثم الاستهداء بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية فى معرض تسببها للأحكام الصادرة عنها، وذلك على الرغم من أن تلك الاستعانة قد أثارت جدلًا كبيرًا لا سيما فيما يتعلق بأساس مشروعيتها ومنهجية تطبيقها.³

مرجع سابق، ص. 658.

¹ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Jed Rubinfeld, Unilateralism and Constitutionalism

مرجع سابق، ص. 1975.

Carlos F. Rosenkrantz, Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law

مرجع سابق، ص. 284.

² انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Cheryl Saunders, Judicial Engagement With Comparative Law, in TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON (EDS.), COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 575 (2011).

³ انظر المرجع السابق، ص. 571.

وكذلك باللغة الإنجليزية

وفق هذا التصوير، يحسب الباحث أن سمات وخصائص النظام القانوني للدولة قد تتحكم إيجاباً أو سلباً في مدى قدرة المحاكم الدستورية أو العليا على الاستعانة بالقوانين والأحكام الأجنبية. وعليه، قد يعنّ لبعض أن يتساءل كيف لطبائع الأنظمة القانونية المتباينة في الدولة أن تمكن المحاكم الدستورية من الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية؟ لئن كانت الأنظمة القانونية المستقر عليها تتفاوت بين نظام أنجلوسكسوني ونظام لاتيني، فالإجابة على التساؤل السابق تكمن في بعض السمات الرئيسية التي تميز كلا النظامين عن بعضهما البعض. تلك السمات من شأنها التأثير على الفصل في المسألة الدستورية وكذا إما تيسير مهمة المحاكم الدستورية في الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية أو حظر تلك الاستعانة. تأسيساً على ذلك، بالرغم من تعدد السمات الحاكمة للأنظمة القانونية، إلا أن ثمة أربع منها، بحسب ظن الباحث، تتحكم بشكل أساسي في مدى إمكانية استعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. أولاً: الطريقة المتبعة في تسبيب الحكم القضائي. ثانياً: المسائل الدستورية المثارة وطبيعة النظام القضائي الدستوري للدولة. ثالثاً: الممارسات والإجراءات المتبعة في نظر الدعاوى الدستورية والفصل فيها. وأخيراً: شكل الحكم القضائي.

(أ) الطريقة المتبعة في تسبيب الأحكام القضائية

فيما يتعلق بالطريقة المتبعة في تسبيب الأحكام القضائية، ففلسفة النظام الأنجلوسكسوني تقتضي القول أن الفصل في المنازعات القضائية، دستورية كانت أم غير ذلك، يعتمد بشكل كبير على ما يُسمى بالسوابق القضائية، بحيث يتلمس القاضى حلاً للمنازعة المنظورة أمامه في المنازعات السابقة التي سبق وتم حسمها عن طريق القياس والاستقراء.¹ فنظام السوابق القضائية، الذي يمثل ركناً أساسياً من أركان النظام الأنجلوسكسوني، يفرض على القاضى أن يسوق حلاً للمنازعة المنظورة أمامه مستهدياً بما سبق تقريره من مبادئ في القضايا والمنازعات المماثلة التي حُسمت من قبل. فتلك المبادئ غالباً ما يتم صياغتها وتطبيقها بصورة مرنة وبعبارات فضفاضة بحيث يمكن تطويعها فيما بعد لتضحي منطبقة على المنازعات الجديدة.² تأسيساً على ذلك، تعتمد عملية تسبيب الحكم القضائي، على اختلاف نوع

Mark Tushnet, When is Knowing Less Better than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-US Law, 90 MINN. LAW REV. 1275 (2006).

¹ لمزيد من المعلومات عن عملية القياس والاستقراء للسوابق القضائية في النظام الأنجلوسكسوني، انظر باللغة الإنجليزية

Gerald J. Postema, A Similibus ad Similia: Analogical Thinking in Law, in DOUGLAS E. EDLIN (ED.), COMMON LAW THEORY, 102, 116 ff (Cambridge, 2007).

² انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

الدعوى التى صدر فيها، على سوق مجموعة من الأسباب الجوهرية والعرضية المستقاة من مجموعة من المبادئ التى تم تقريرها فى الأحكام القضائية التى صدرت فى منازعات سابقة.¹

أما بالنسبة للوضع فى النظام اللاتينى، فعلى الرغم من تفاوت وتباين الممارسات المتبعة فى دول النظام اللاتينى بالنسبة إلى الطرق المتبعة فى تسبيب الأحكام القضائية، إلا أن شتات تلك الممارسات يمكن جمعها فى حقيقة مفادها أنه – على خلاف ما هو مستقر فى دول النظام الأنجلوسكسونى، حيث يعتمد القاضى فى تسببيه لحكمه على فكرة السابقة القضائية والمبادئ المستخلصة من الأحكام السابق صدورها – يعتمد القاضى فى النظام اللاتينى عند تسببيه لحكمه بشكل أساسى على جملة من النصوص التشريعية الوضعية كمصدر من مصادر القانون. بناء على ذلك، تضحى الأسباب التى من شأن القاضى أن يسوقها تبريراً لحكمه – تضحى – معتمدة بشكل أساسى على جملة من المبادئ والأحكام المستنبطة من التشريعات الوضعية.

وفق هذا التصوير، يحسب الباحث عدم المغالاة بالقول أن هيمنة فكرة السوابق القضائية على النظام الأنجلوسكسونى، مع ما تستتبعه من إلزام القاضى بالتنقيب عن حل للمنازعة المطروحة أمامه فى المبادئ القانونية التى سبق تقريرها فى الأحكام القضائية، إنما توسع من سلطة القاضى التقديرية من ناحية وتضييقها من ناحية أخرى. فالواقع من الأمر أن سلطة التقدير الواسعة التى يتمتع بها القاضى فى النظام الأنجلوسكسونى إنما هى سلطة تنبسط على نطاق الواقع مظاهرها، من حيث أن الفلسفة التى يبنى عليها نظام السابقة القضائية، الذى يمثل أهم أركان النظام القانونى الأنجلوسكسونى، من شأنها أن تخول للقاضى مكنة تحديد القانون الذى من شأنه أن يحكم النزاعات المنظورة أمام المحاكم.² بعبارة أكثر وضوحاً، تتجلى مظاهر السلطة التقديرية الواسعة للقاضى حين يُحدد المبادئ القانونية التى تُشكل أساس السابقة القضائية التى سوف يعتمد عليها مستقبلاً للفصل فيما يُطرح عليه من منازعات. وعليه، تضحى السوابق القضائية بما تنطوى عليه من مبادئ قانونية هى القانون الذى تم تحديده من قبل القضاة. ولعل هذا هو ما مثل لدى البعض مدعاة للقول بأن نظام السوابق القضائية قد ساهم بشكل كبير فى تعزيز موقف القاضى كصانع للقانون، أو كمشرع إيجابى، كما يحلو للبعض القول.³ ومن ناحية ثانية، يحد

Cheryl Saunders, Judicial Engagement With Comparative Law

المرجع السابق، ص. 575.

¹ المرجع السابق، ص. 575.

² انظر المرجع السابق، ص. 575.

³ تجدر الإشارة إلى أن معالم وظيفة القاضى كمشرع إيجابى فى الأنظمة الأنجلوسكسونية إنما يحدها المعتقدات السائدة والقبول المجتمعى والثقافى. لمزيد من المعلومات حول دور القاضى كمشرع إيجابى، انظر باللغة الإنجليزية

نظام السوابق القضائية من سلطة تقدير القاضى، بحيث يضحى ذلك الأخير فى بحثه عن حل للمنازعة المنظورة أمامه بما سبق وتم تقريره من مبادئ قانونية فى السوابق القضائية المستقرة.

على الجانب الآخر، فى النظام اللاتينى أو مدرسة القانون الوضعى المكتوب، يضحى دور القاضى محدد بشكل أوضح مما هو عليه فى نظام القانون الأنجلوسكسونى، وذلك بالنظر إلى كون أن المصادر التى تمثل له المرجعية القانونية أكثر وضوحًا وإحكامًا.¹ وجدير بالذكر فى مقامنا هذا أن غياب فكرة السابقة القضائية الملزمة فى نظام القانون اللاتينى وسيطرة القانون الوضعى المكتوب كان من شأنه تدعيم وتعزيز مبدأ اليقين القانونى أو توقع القانون.

(ب) المسائل الدستورية المثارة وطبيعة النظام القضائى الدستورى للدولة

من زاوية أخرى، قنع جانب من فقه القانون الدستورى المقارن بالتفريغ بين الأنظمة القانونية على أساس طبيعة المسائل الدستورية المثارة والتنظيم الهيكلى لجهة القضاء الدستورى للدولة.² وفى تبيانهم لأوجه هذا التفريغ، اكتفى بعض الفاقهين بالاعتصام ببعض الحجج إجمالاً دون الإنباء عن فحواها. فاعتصموا، من ضمن ما اعتصموا به، بخصائص الدساتير الوطنية، على سند من أن تلك الخصائص، بحسب ظنهم، من شأنها المغايرة فى الممارسات المتعلقة بالتقاضى الدستورى.³ وفى تبرير تمسكهم بخصائص الدساتير الوطنية، كأحد العوامل التى يجوز الاستناد إليها للتفرقة بين الأنظمة القانونية المختلفة، يقول الفقهاء أن الدساتير الوطنية تتمتع بخصيصة مميزة مفادها أن النصوص الدستورية، قانعة بما تحمله من مبادئ ومعايير عامة، تنأى بطبيعتها عن الخوض فى التفصيلات، وهو الأمر الذى يساهم بشكل كبير فى

Jack G. Day, Why Judges Must Make Law, 26 CASE W. RSRV. L. REV. 563 (1976).

Wolfgang Friedmann, Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling, 29 MOD. L. REV. 593-607 (1966).

John Chipman Gray, Judicial Precedents. A Short Study in Comparative Jurisprudence, 9 HARV. L. REV. 27-41 (1895).

¹ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Guy Canivet, The Practice of Comparative Law by the Supreme Courts: Brief Reflections on the Dialogue between the Judges in French and European Experience, in SIR BASIL MARKESINIS AND JORG FEDTKE (EDS.), JUDICIAL RECOURSE TO FOREIGN LAW 315-316 (Routledge, 2006).

² انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Cheryl Saunders, Judicial Engagement With Comparative Law

المرجع السابق، ص. 576.

³ انظر المرجع السابق.

إخراج النصوص الدستورية في صورة نصوص مرنة ومفتوحة النهايات،¹ بحيث تحتمل أن يندرج تحتها العديد من المبادئ والمعايير غير تلك التي قد تُفصح عنها صراحة.

وهذا القول رغم ما يستند إليه من منطق إلا أن مذهبه يتوارى في مقام الحديث عن التفرقة بين الأنظمة القانونية المختلفة. فيقدر ما يستقر على جانب من الحق بقدر ما ينازعه جانب آخر منه. فالحديث عن خصائص الدساتير ليس محله المفاضلة بين أنظمة قانونية ولا موازنة بين الممارسات المتبعة في التداعي الدستوري. إنما هو في حقيقته مسألة التوفيق بين الدستور والموضع الذي ينبغي أن يُوضع فيه، والدور الذي ينبغي أن يُندب له. فالواقع من الأمر أن الأصل في الدساتير المكتوبة أن تتأى نصوصها عن الخوض في التفاصيل مكتفية بذكر مبادئ ومعايير عامة، والأنظمة القانونية المختلفة في ذلك سواء. فلا يحسن حاسب أن صفة العمومية التي تلحق بأغلب النصوص الدستورية، إنما هي صفة تصلح للتفرقة بين الأنظمة القانونية – أى أن ميل المشرع الدستوري لتعميم ألفاظ النصوص الدستورية ليست من الأمور التي من شأنها أن تميز نظامًا قانونيًا معينًا عما عداه، فالعمومية في النصوص الدستورية إنما هي من فن الصياغات القانونية. فحالما كان الدستور هو الوثيقة القانونية الأعلى شأنًا ومرتبّة في الدولة، وطالما كان الغرض منه تنظيم جملة من العلائق السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وبيان شكل الدولة ونظام الحكم فيها، ورسم حدود العلاقة بين الحكام والمحكومين، فتعدو صياغة نصوصه بقدر عالٍ من العمومية أمرًا مألوفًا مستساغًا.²

وفق هذا التصوير، يمكن القول أن صفة العمومية في النصوص الدستورية ليست من قبيل الصفات التي من شأنها تمييز دساتير دول النظام الأنجلوسكسوني عن تلك التابعة لدول النظام اللاتيني والعكس صحيح. بيد أن المعتصمين بصفة العمومية قد غاب عنهم أن تلك الأخيرة قد تخدم أغراض الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية إذا ما تم النظر إليها من زاوية التفسير الدستوري. فلئن كانت أغلب النصوص الدستورية تمتاز بعمومية ألفاظها، بحيث تضحى مفتوحة النهايات تستوعب العديد من المبادئ والمعايير أكثر مما يُفصح عنها ظاهرها، فالتعامل مع تلك النصوص ذات الطبيعة الخاصة قد يفرض المراوحة بين نظريات التفسير الدستوري المختلفة. بعبارة أكثر وضوحًا، قد يترأى لبعض القضاة أن الطبيعة الخاصة للنصوص الدستورية، التي فرضتها عمومية ألفاظها، يستوجب الالتفات عن نظرية التفسير الأصولي والمعنى الظاهر للنص. فقد يكون من الأجدى لدى البعض تفسير تلك النصوص وفق نظرية التفسير القصدى، مع ما يستتبعه ذلك من

¹ انظر المرجع السابق.

² انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Peter J. Smith, How Different Are Originalism and Non-Originalism?, 62 HAST. L. REV. 707, 716 (2011).

محاولة استجلاء نية وقصد المشرع، أو نظرية التفسير البرجماتي من خلال قياس وطة التفسير وتداعياته على الأحوال والظروف المجتمعية ورضاء العامة. تأسيساً على ذلك، فالطبيعة الخاصة للنصوص الدستورية قد تمثل أحد الأسباب الممهدة لطريق الاستعانة بتجارب الأمم في المجالات التشريعية والقضائية، إذا ما نُظر إليها من زاوية التفسير الدستوري، وفق التفصيل السالف بيانه.

على الجانب الآخر، قد تبدو فكرة الاعتصام بالتنظيم الهيكلي للقضاء الدستوري للتفرقة بين الأنظمة القانونية المختلفة مثمرة إذا ما تعلق الأمر بمدى إمكانية الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. فالواقع من الأمر أن بعض الدول قد اعتمدت النظام اللامركزي في تنظيمها للقضاء الدستوري، بحيث يتم تمكين كل المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها من ممارسة الرقابة على الدستورية والنظر في المسائل الدستورية والفصل فيها.¹ ولئن كان النظام اللامركزي لا يُمثل خصوصية للدول التابعة للنظام القانوني الأنجلوسكسوني، أي أنه ليس بحكر على تلك الأخيرة، إلا أن اللامركزية في القضاء الدستوري قد ارتبطت تاريخياً بالنظام الأنجلوسكسوني، لا سيما حين صدرت الولايات المتحدة الأمريكية للعالم فكرة الرقابة على الدستورية عام 1803، وتبعها أيضاً تصدير النظام اللامركزي في تلك الرقابة. في حين أن بعض الدول الأخرى، في تنظيمها لقضائها الدستوري، قد اعتمدت النظام المركزي، بحيث يتم منح سلطة ممارسة الاختصاص الدستوري إلى هيئة قضائية واحدة على سبيل الحصر دون مشاركة من أي هيئة أخرى.² بالرغم من ذلك، وجب التنويه أنه، على غرار النظم اللامركزية، لا يمثل النظام المركزي للقضاء الدستوري خصوصية تستأثر بها الدول التابعة للنظام القانوني اللاتيني، فتمتة بعض الدول الأنجلوسكسونية التي تعرف النظام المركزي للقضاء الدستوري.³

¹ تعد دولة جنوب إفريقيا، كونها من دول النظام الأنجلوسكسوني، استثناءً على النظام اللامركزي للقضاء الدستوري، من حيث أن لديها محكمة دستورية متخصصة، ونظام إجرائي ضابط لكيفية التعيين فيها ومدة العضوية، يفرقها عما عداها من المحاكم في الدولة. بالرغم من ذلك، لم تنسلخ المحكمة تماماً عن فلسفة النظام الأنجلوسكسوني، حيث لازالت تعتمد بشكل كبير على فكرة السوابق القضائية لحسم المنازعات والمسائل الدستورية المنظورة أمامها.

² انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Víctor Ferreres Comella, *The Rise of Specialized Constitutional Courts*, in TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON (EDS.), *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 265 (2011).

³ على سبيل المثال، يتجلى في دستور دولة الهند لعام (1950) الطابع الأنجلوسكسوني للقضاء المستمد أساساً من النظام القانوني البريطاني. ويُعتبر التنظيم القضائي الهندي إحدى السمات الفريدة للدستور الهندي، حيث تحتل المحكمة العليا الهندية قمة الهرم القضائي في النظام القانوني، في حين تمتلك كل ولاية محكمة عليا خاصة بها. وتُمارس المحكمة العليا الهندية سلطة الرقابة

وفق هذا التصوير، لئن كان النظام اللامركزي للقضاء الدستوري يفترض توزيع سلطة الرقابة القضائية على الدستورية بين جميع محاكم الدولة، يضحى من المتصور أن يُمكن النظام المحاكم الوطنية من الاستعانة بالقوانين والأحكام الأجنبية والأحكام القضائية بشكل أكثر اضطرارًا. فاحتمالية أن تنظر جل المحاكم المسألة الدستورية تُرجح أن تستعين بعضها بمصادر أخرى بجانب الدستور للفصل في المسألة الدستورية المنظورة أمامهم. علاوة على ذلك، لعلنا لا نغلو بالقول أنه لئن كان تعدد المحاكم المُمارسة للرقابة القضائية يعنى بالتبعية تعدد القضاة المنوط بهم تحقيق مقتضيات تلك الرقابة، فيغدو من المتصور أن يستأنس بعض هؤلاء القضاة، بحسب خلفيتهم القانونية والمدارس التفسيرية التابعين لها، للقوانين والأحكام القضائية الأجنبية عند فصلهم في المسألة الدستورية.

(ج) كيفية تسبب الحكم وشكل الحكم القضائي

لئن كان التنظيم الهيكلي المتباين للقضاء الدستوري من شأنه تزكية التمييز بين الأنظمة القانونية، وهو الذى يُلقى بظلاله حول مدى إمكانية استعانة المحاكم الوطنية، لا سيما الدستورية والعليا منها، بالقانون الأجنبي فى معرض فصلها فى المسائل الدستورية التى تُعرض لها، فثمة أمرًا آخر حرى بالذكر فى مجال المقارنة بين الأنظمة القانونية، ومن ثم الاستعانة بالقوانين الأجنبية فى الأحكام الوطنية، يتمثل فى طريقة تسبب الحكم وشكل الحكم القضائي الصادر. الواقع من الأمر أن الممارسات القضائية المتبعة فى دول النظام الأنجلوسكسونى تُفصح عن أن الحكم الصادر عن المحاكم يُفرغ فى قالب معين يتضمن تفصيلاً لوقائع الدعوى وتحديدًا وتحليلًا للمسائل القانونية التى تطرحها الدعوى وبيئات أسباب الحكم. وبالرغم من أن الممارسات القضائية فى دول النظام اللاتينى، فيما يتعلق بشكل الحكم القضائي، ليست باستثناء عما سبق ذكره بخصوص دول النظام الأنجلوسكسونى، بيد أن ثمة

على الدستورية، بحيث تملك إبطال القوانين والإجراءات الحكومية التى من شأنها انتهاك المقومات الأساسية للدستور.

وتجد الإشارة إلى أن عددًا متزايدًا من الدول، لا سيما الأوروبية، قد حرصت على إنشاء محاكم خاصة للفصل فى المسائل الدستورية. على سبيل المثال، من الست وعشرين دولة التى تُشكل الاتحاد الأوروبى، ثمانية عشر دولة اعتمدت إنشاء محاكم خاصة تختص بنظر المسائل الدستورية. تلك الدول هى النمسا، بلجيكا، بلغاريا، جمهورية التشيك، فرنسا، ألمانيا، المجر، إيطاليا، لاتفيا، ليتوانيا، لوكسمبورغ، مالطا، بولندا، البرتغال، رومانيا، سلوفاكيا، سلوفينيا وأسبانيا. فضلًا عن ذلك، فثمة بعض الدول اعتمدت نظام الدوائر القضائية داخل محاكمها العليا، تلك الدوائر لم يتم فصلها عضوياً عن الهيكل التنظيمى للقضاء، وتؤدى مهام مشابه لتلك التى تؤدىها المحاكم الدستورية فى معناها الدقيق. وعليه، يصدق على هذه الدوائر القضائية وصف المحاكم الدستورية. لمزيد من المعلومات، راجع باللغة الإنجليزية

Francisco Ramos, *The Establishment of Constitutional Courts: A Study of 128 Democratic Constitutions*, 2 REV. OF LAW & ECON. 103–35 (2006).

ملاحظة جديرة بالذكر من شأنها أن تُعين على إظهار وجه متميز من أوجه التباين بين النظامين الأنجلوسكسوني واللاتيني فيما يتعلق بتسبيب محاكم كلا النظامين للحكم القضائي الصادر عنها. فالمتأمل للأحكام القضائية الصادرة عن أغلب محاكم دول النظام اللاتيني يلحظ أن ما يسوقه القضاة من تسبيب للأحكام الصادر عنهم تغلب عليه مظاهر الرسمية والسلطوية بشكل كبير.¹ فضلاً عن ذلك، مستهدية بالممارسات المتبعة في فرنسا، تعتمد أغلب محاكم الدول التابعة للنظام القانوني اللاتيني عند إصدارها لأحكامها القضائية إلى صياغة منطوق هذه الأخيرة في شكل النتيجة الحتمية والنهائية التي تتفق وصحيح القانون من وجهة نظر تلك المحاكم.² وعليه، تفترض محاكم دول النظام اللاتيني أن ثمة حلاً واحداً للمنازعة المعروضة أمامها، ذلك الحل يُمثل في حد ذاته الإجابة الوحيدة للمسائل القانونية التي يُثيرها النزاع المطروح، تلك الإجابة، في ظن المحكمة، هي بدورها الوحيدة التي تتفق مع صحيح القانون.³ مثل ذلك الحكم يصدر كتابةً في صورة رأي جماعي يُعبر عن جميع قضاة المحكمة الذين مثلوا في الدعوى، دون أن يتم تسمية القاضي الذي تولى عملية صياغة الحكم وكتابته.⁴ وتجدر الإشارة إلى أن المحاكم الدستورية في دول النظام اللاتيني ليست باستثناء عن سائر المحاكم الأخرى في تلك الدول بشأن اتباعها لنفس الأسلوب السالف بيانه، فعلى سبيل المثال، المتأمل للممارسات المتبعة من قبل المجلس الدستوري الفرنسي وكذا المحكمة الدستورية الإيطالية يلحظ أنها تحافظ على التقليد المتبع في المحاكم الإدارية والمدنية العليا للدولتين، بحيث تصدر الأحكام قصيرة نسبياً ومنضمنة حكم القانون في المسألة القانونية المنظورة أمامهم، وذلك مع الاستهزاء ببعض المبادئ والمعايير السابق إقرارها في بعض من السوابق القضائية،⁵ مع التسليم بأن تلك الأخيرة لا تتضمن ثمة قيمة ملزمة أمام تلك المحاكم الدستورية.

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Cheryl Saunders, *Judicial Engagement With Comparative Law*

مرجع سابق، ص. 578.

² انظر باللغة الإنجليزية

MD Kirby, *Judicial Dissent: Common Law and Civil Law Traditions*, 3 WLR 112, 36-75 (2007) (excerpted from 23 L.Q. REV. 379 (2006)).

³ انظر المرجع السابق.

⁴ انظر باللغة الإنجليزية

Ruth Bader Ginsburg, *Remarks on Writing Separately*, 65 WASH. L. REV. 133 (1990).

⁵ انظر باللغة الإنجليزية

MD Kirby, *Judicial Dissent: Common Law and Civil Law Traditions*

مرجع سابق، ص. 75.

على الجانب الآخر، يتفاوت شكل الحكم القضائي الصادر عن محاكم الدول التابعة للنظام الأنجلوسكسوني عن ذلك الصادر عن نظيرتها التابعة للنظام اللاتيني، لا سيما فيما يتعلق بتسبب الحكم. تُفصح مظاهر الواقع في الأحكام القضائية الصادرة في أغلب محاكم الدول الأنجلوسكسونية عن أن تسبب تلك الأحكام يعتمد اعتماداً كبيراً على السوابق القضائية والقياس على المبادئ والمعايير السالف تقريرها فيها. ولعل ذلك مرجعه ما سبق الإشارة إليه بشأن فلسفة النظام الأنجلوسكسوني وتقيدته الشديد بمبدأ السابقة القضائية، لا سيما إن كانت ملزمة. ومن زاوية أخرى، ثمة موطن آخر للتفاوت بين الأحكام الصادرة من محاكم النظام الأنجلوسكسوني ونظيرتها الموالية للنظام اللاتيني، يتمثل في أنه على خلاف تلك الأخيرة، غالباً ما يغلب على أحكام المحاكم الأنجلوسكسونية الإسهاب والاستطراد، فلا تأتي مقتضبة أو مختصرة.¹ الواقع من الأمر أن ذلك الإسهاب وذاك الاستطراد مرده عدة أمور: أولهما، ما تنتهجه محاكم النظام الأنجلوسكسوني من سوق العديد من السوابق القضائية وآراء ومذاهب الفقهاء تدعيماً لوجهة نظرهما. ثانيهما، التقليد المتبع بشأن صدور الحكم بأكثر من رأي. فبجانب رأي الأغلبية، تصدر الأحكام متضمنة رأي الأعضاء المعارضون Dissent Opinion وكذا أولئك المؤيدون لرأي الأغلبية والمختلفون معهم في التسبب Concurrent Opinion، مع تسمية جميع القضاة سواء من كان في جانب الأغلبية أو المعارض منهم أو المؤيد بأسباب مختلفة.² الواقع من الأمر أن تعدد الآراء الواردة في الحكم مرجعه ما سبق الإشارة إليه من هيمنة نظام السوابق القضائية في النظم القانونية الأنجلوسكسونية، فتعدد الآراء – ما بين رأي يمثل أغلبية المحكمة، ورأي مؤيد لرأي الأغلبية ومختلف معه في التسبب الذي قاد لهذا الرأي، ورأي معارض تماماً لما انتهى إليه رأي الأغلبية – من شأنه خدمة نظام السوابق القضائية، بحيث يتم تمكين المحاكم من معرفة كافة اتجاهات القضاء بشأن مسألة قانونية معينة، ومن ثم يمكنها مستقبلاً العدول عن التسبب الذي ساقته الأغلبية في رأيها أو حتى العدول عن رأي الأغلبية كلياً وتبني الرأي المعارض، وهو الأمر الذي يحمل في معناه عدولاً عن السابقة القانونية برمتها وتقرير سابقة جديدة. فضلاً عن ذلك، فبجانب خدمة أغراض نظام السوابق القضائية، قد يُعزى تعدد الآراء الصادر بها الحكم القضائي إلى تعزيز الشعور

J Alder, Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices?, 20 OXF J. OF LEGAL STUD. 221, 237 (2000).

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Cheryl Saunders, Judicial Engagement With Comparative Law

مرجع سابق، ص. 576.

² انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

MD Kirby, Judicial Dissent: Common Law and Civil Law Traditions

مرجع سابق، ص. 77.

بالعدالة الكامن في نفوس العامة وكذا مبادئ الديمقراطية وسيادة القانون. فصدور الأحكام القضائية متضمنة الآراء المعارضة لرأى الأغلبية والآراء المختلفة مع هذا الأخير في التسبب من شأنه أن يُمكن العامة من إدراك مدى اتفاق المحكمة حول المسألة القانونية المفصول فيها، وكذا تمكينهم من معرفة أى من هذه الآراء يُصادف القبول الشعبى. من ناحية أخرى، قد يُنظر لتعدد الآراء الصادر بها الحكم القضائى من زاوية أن فى ذلك خدمة لمقتضيات الديمقراطية وسيادة القانون، بحيث يُمكن كل قاضى فرد من صياغة رأيه القانونى الخاص فى المسألة القانونية المنظورة وسرد الحجج والأسباب التى قادتة لمخالفة رأى أغلبية المحكمة كلياً أو على الأقل مخالفة التسبب الوارد بهذا الرأى. ولعل ذلك، كما سبق القول، من شأنه إتاحة الفرصة للمحاكم للتغاضى عن رأى الأغلبية وتبنى أحد الآراء المخالفة له، وذلك وفق نظام السوابق القضائية.¹

(د) الممارسات والإجراءات المتبعة فى نظر الدعاوى الدستورية والفصل فيها

أخيراً، لعل الباحث لا يغلو بالقول أن أحد أبرز العوامل التى من شأنها التمييز بين الأنظمة القانونية المختلفة وكذا التأثير على قدرة المحاكم الدستورية والعليا على الاستعانة بالقوانين والأحكام الأجنبية يتمثل فى طبيعة الممارسات والإجراءات المتبعة فى نظر الدعاوى الدستورية والفصل فيها. الواقع من الأمر أنه وفقاً للمنظومة الإجرائية المستقرة فى النظام الأنجلوسكسونى تتركز الإجراءات الاختصاصية أمام محاكم هذا الأخير على الخصوم أنفسهم دونما أن يكون للقاضى دوراً فى تسيير الخصومة إلا فيما ندر.² فعادةً ما تُعرض المسألة الدستورية على المحكمة فى سياق نزاعاً قانونياً قائماً، بحيث يُلقى على عاتق الخصوم عبء تقديم الحجج القانونية التى تهدف إلى تعزيز مطالبتهم قدر الإمكان، وبما يتفق مع الإجراءات الأساسية الواجب مراعاتها أمام المحكمة.³ ولعل أهم الالتزامات الملقاه على عاتق الخصوم فى معرض إثبات مطالبتهم القضائية تتمثل فى التزام الكشف عن جميع القوانين المحلية ذات الصلة بالمطالبة القضائية.⁴ ويعتمد تحديد المحكمة للمسائل القانونية والحلول القانونية لها، إلى حد كبير، على الدفع والحجج التى

¹ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

J Alder, Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices?

مرجع سابق، ص. 237.

² انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Cheryl Saunders, Judicial Engagement With Comparative Law

مرجع سابق، ص. 576 – 577.

³ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Justice D.A. Ipp, Lawyers' Duties to the Court, 144 L. QUART. REV. 63, 67 (1998).

⁴ انظر المرجع السابق، ص. 67.

أثارها وأبداها أطراف الخصومة وكذلك على أعمال الخبرة أو طلبات تدخل الأعيان بشأن تقديم مستندات وأدلة قانونية ذي صلة بالمسائل القانونية المتنازع عليها التي تمثل محل الخصومة المنعقدة.¹

على النقيض مما سبق، يُعهد بعملية الرقابة القضائية في أغلب أنظمة القانون اللاتيني إلى محكمة متخصصة تُسمى المحكمة الدستورية أو المحكمة العليا، ومن ثم يضحى الفصل في المسألة الدستورية من الاختصاص الحصري لتلك المحكمة، وبالتبعية يكون الادعاء الدستوري أمامها. فضلاً عن ذلك، فكما سبق الذكر، ترفض دساتير وقوانين أغلب دول النظام اللاتيني الدعوى الأصلية المباشرة أمام المحاكم الدستورية المتخصصة، بحيث يقتصر الحق في تقديم الدعوى الدستورية على أشخاص أو جهات معينة،² أو ينعقد اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية اتصالاً سليماً بناء على دفع قد سبق وأبداه أحد الخصوم أمام محكمة عادية أو بناء

¹ تجدر الإشارة إلى أن مصطلح الغير المتدخل في الخصومة يأخذ معنى مختلف إلى حد ما في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية عن ذلك المستقر عليه في أنظمة القانون اللاتيني. فلئن كان، وفق ما استقرت عليه المنظومة في دول النظام اللاتيني، ينصرف مصطلح الغير إلى ذلك الشخص المتدخل في الخصومة، سواء كان تدخله إنضمامياً بغية مساندة أحد الخصوم الأصليين في الدعوى، أو هجومياً بغرض المطالبة لنفسه بالحق المتنازع عليه في الدعوى، فالغير في الأنظمة الأنجلوسكسونية، لا سيما في النظام القانوني الأمريكي، غالباً ما يأخذ معنى مختلف إلى حد ما. ففي النظام القانوني الأمريكي، تشتق فكرة الأعيان في الخصومة من المصطلح القانوني اللاتيني *Amicus curiae*، وهو ما يعنى (صديق المحكمة). فالغير يندرج تحته المتدخل في الدعوى، وفق المفهوم المستقر في المنظومة الإجرائية لدول النظام القانوني اللاتيني، وكذا أعمال الخبرة والاستشارات المقدمة إلى المحكمة، سواء بناء على طلبها أو تطوعاً من ذوى الشأن. في حين يأخذ ينصرف مصطلح (صديق المحكمة) في النظام القانوني الكندي، إلى المحام الذى تنتدبه المحكمة لتمثيل أحد أطراف الخصومة وتقديم أوجه الدفاع كمثل له، وذلك حال كان أحد أطراف الخصومة لم يتم تمثيله تمثيلاً قانونياً سليماً في الخصومة أو لم يكن ممثلاً فيها من الأصل.

لمزيد من التفاصيل، راجع باللغة الإنجليزية

JUDITHANNE SCOURFIELD MCLAUCHLAN, CONGRESSIONAL PARTICIPATION AS AMICUS CURIAE BEFORE THE U.S. SUPREME COURT (2005).

Rachel C. Lee, The Legal Ethics of Supreme Court Advocacy in the Internet Era, 61(6) STAN. L. REV. 1535–1571 (2009).

² على سبيل المثال، وفقاً للمادة 61 من الدستور الفرنسي الحالى لسنة 1958، في غير الحالات التي ينعقد اختصاص المجلس الدستوري اجبارياً برقابة القوانين الأساسية (العضوية)، يمكن لرئيس الجمهورية، أو رئيس مجلس الشيوخ، أو رئيس الجمعية الوطنية، أو رئيس الوزراء، أو 60 عضواً من أعضاء الجمعية الوطنية، أو 60 من أعضاء مجلس الشيوخ تقديم طلب للمجلس الدستوري لمراجعة وفحص دستورية قانون معين قبل التوقيع عليه من قبل رئيس الجمهورية.

على إحالة تلك الأخيرة المسألة الدستورية للمحكمة الدستورية،¹ دون أن يكون لتلك الأخيرة أى دور فى الفصل فى الدعوى الأصلية التى تثار بمناسبة الدفع أو تمت بصدد الإحالة. ففى الحالة الأولى، التى يقتصر فيها الحق فى تقديم طلب الرقابة أو المراجعة على جهات أو أشخاص معينة، تراقب المحكمة القانون رقابة مجردة Abstract Review،² بحيث تتمثل مطالبة الأشخاص أو الجهات المعنية فى تقديم طلب المراجعة للمحكمة بغية استصدار حكمًا أو تفسيرًا بشأن نصًا قانونيًا معينًا لم يتم تطبيقه بعد وحامت حوله شبهة عدم الدستورية دون أن نكون بصدد خصومة قضائية حقيقية منعقدة انعقادًا صحيحًا.³ على خلاف ذلك، حين يرسم النظام القانونى طريقًا معينًا لاتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية، سواء بناء على الدفع الذى يبدیه أحد الخصوم أو بناء على إحالة المسألة الدستورية للمحكمة الدستورية، كما سبق الذكر، يضحى طلب الرقابة مقبولاً حالما كان النص محل الرقابة نافذًا ومزمع تطبيقه فى سياق خصومة قضائية منعقدة بالفعل.⁴

¹ على سبيل المثال، تنص المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 على أن "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى: (أ) إذا تراءى لأحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع، أو قفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية. (ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادًا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن."

² انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Cheryl Saunders, Judicial Engagement With Comparative Law

مرجع سابق، ص. 579.

³ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Tom Ginsburg, Comparative Constitutional Review, United State Institute of Peace, available online on https://www.usip.org/sites/default/files/ROL/TG_Memo_on_Constitutional_Review%20for%202011_v4.pdf

⁴ انظر المرجع السابق.

تجدر الإشارة إلى أن ثمة بعض العوامل التى من شأنها المفاضلة بين نظامين الرقابة المجردة والرقابة بناء على دعوى قضائية قائمة، لعل أهمها: اللامركزية فى النظم القضائية الدستورية بشأن التعامل مع دعوى عدم الدستورية؛ الاعتراف بحق الأفراد فى إقامة دعوى مباشرة أمام المحاكم الدستورية؛ واستقرار فكرة التداعى بالحقوق الدستورية، بحيث يتم تمكين الأفراد من الادعاء بانتهاك حقوقهم الممنوحة لهم بمقتضى الدساتير الوطنية.

رأى الباحث

يحسب الباحث أن استطراد التأمل فيما سبق الإشارة إليه بشأن العوامل التي من شأنها التمييز بين النظامين القانونيين الأنجلوسكسوني واللاتيني يُفضي إلى خدمة أغراض الدراسة فيما يتعلق بمدى إمكانية استعانة المحاكم الوطنية، خاصة الدستورية والعليا منها، بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. فالواقع من الأمر أن إنعام النظر فيما وقر في النظام القانوني الأنجلوسكسوني من حيث الاعتماد الكبير على مبدأ السوابق القضائية، فضلاً عن تعدد الآراء في الأحكام الصادرة عن أغلب محاكم ذلك النظام وغياب مظاهر الرسمية والنبوة السلطوية من شأنه تسهيل إمكانية استعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. إن تعدد الآراء في الأحكام الصادرة عن أغلب محاكم النظام الأنجلوسكسوني، ما بين رأى الأغلبية ورأى مؤيد بتسبب مختلف ورأى معارض، من شأنه تمكين القضاة من إبداء وجهة نظرهم في المسألة القانونية المنظورة أمامهم بقدر من الحرية لا يتوافر لنظرائهم من قضاة محاكم النظام اللاتيني. فتعدد الآراء يُمكن القاضى من فحص المسألة القانونية، لا سيما الدستورية، من زوايا متعددة وفقاً لخلفيته القانونية وتبعاً لنظريات التفسير التي يتبناها، وهو الأمر الذى من شأنه أن يفتح المجال أمامه للاستعانة بالتجارب التشريعية والقضائية للأمم الأجنبية. علاوة على ذلك، فالدور المستحدث للقاضى، الذى فرضه الاعتماد على نظام السوابق القضائية لدى الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية، كمشروع إيجابي يُقرر بما يملكه من سلطة جملة من القواعد والمبادئ والمعايير، التى تشكل فحوى السابقة القضائية، كان من شأنه تخويل قدر لا بأس به من سلطة التقدير للقاضى، بحيث يضحي لا تتريب عليه من الاستعانة ببعض المبادئ والمعايير المستقرة فى تشريعات الدول الأجنبية والأحكام الصادرة عن محاكمها.

على سبيل المثال، فى عام 2001 صدر توجيهًا بشأن الممارسات القضائية فى كل من إنجلترا وويلز يُحدد الدعاوى التى تم الفصل فيها بموجب أحكام قضائية صدرت عن محاكم دول أجنبية باعتبارها "مصدرًا قيمًا للقانون".¹ وفى تفسير المقصود

انظر باللغة الإنجليزية

Benito Alaez Corral and Abel Arias Castano, *The Role of the Spanish Constitutional Court in the Judicial Review of Parliamentary Legislation*, 15 EURO. PUB. L. 597, 609 (2009).

Victor Ferreres Comella, *The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization*, 2 INT'L J. OF CONST. L. 461, 462–3 (2004).

¹ راجع التوجيه الصادر بشأن شكل الأحكام وطرف الاستشهاد

Practice Direction (Sup Ct: Judgments: Forms and Citation), 1 WLR [2001], p. 100.

"بالمصدر القيم للقانون"، أشار التوجيه إلى ضرورة ألا يتم الاستشهاد بتلك الأحكام القضائية الأجنبية دون النظر فيما إذا كان من شأنها الإضافة إلى المنظومة القانونية القائمة في كل من إنجلترا وويلز، بحيث تضحى الاستعانة بالأحكام القضائية الأجنبية مرهونة بتضمن تلك الأخيرة لمبادئ ومعايير قانونية تصلح للتبنى في سياق النظام القانوني الإنجليزي والويلزي.¹ وفي نفس السياق، أشار التوجيه الصادر عن المحكمة العليا في سنغافورة على التزام الخصم الذي يسوق من القوانين أو الأحكام الأجنبية ما يعينه على تدعيم مطالبته القضائية أن يوضح جدوى ذلك في تطوير عملية الاجتهاد القضائي الوطني.²

على الجانب الآخر، يحسب الباحث أن لامركزية النظم القضائية الدستورية في أغلب النظم القانونية الأنجلوسكسونية، بما تستتبعه من تمكين جل المحاكم من ممارسة اختصاص الرقابة القضائية على الدستورية، من شأنها تمهيد الطريق للمحاكم الدستورية والعليا الوطنية للاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. فكما سبق الذكر، من شأن تمكين جميع محاكم الدولة من نظر المسألة الدستورية وإعمال اختصاص الرقابة القضائية تعدد القضاة المنوط بهم إعمال مقتضى الرقابة القضائية على الدستورية، وهو ما يعنى بالتبعية إمكانية أن يستعين بعضهم بمصادر مختلفة لتفسير النصوص الدستورية والقانونية، من ضمنها القوانين والأحكام الأجنبية. فلئن كانت النصوص الدستورية، على النحو السالف بيانه، تتميز عما عداها من النصوص التشريعية الأخرى كونها نصوصاً مفتوحة النهايات تستوعب العديد من المبادئ والمعايير القانونية أكثر مما قد يُفصح عنها ظاهر ألفاظها، يضحى تمكين جل المحاكم من إعمال مقتضيات الرقابة على الدستورية إتاحة

¹ راجع التوجيه السابق الإشارة إليه.

وتجدر الإشارة في مقامنا هذا إلى أن هذا التوجيه قد لاقى بعض الانتقادات الفقهية على سند من أنه يُقدم نموذج غير واضح المعالم للحجج القانونية من شأنه التأثير سلبيًا على تسبب الأحكام القضائية، حيث لا تقتصر تلك الأخيرة على تنفيذ الحجج القانونية المقدمة وتحليل القوانين والسوابق القضائية الوطنية.

انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Roderick Munday, Over-citation: Stemming the Tide, 166 JUSTICE OF THE PEACE 6 (2002).

Catherine Best, Everything Old is New Again: The Proliferation of Case Law and Whether There is a Remedy, (Paper delivered at the Law Via the Internet Conference, Montreal, 25–26 October 2007) [unpublished] at 25 [Best].

² راجع في ذلك التوجيه الصادر عن المحكمة العليا السنغافورية رقم 1 لسنة 2007

The Supreme Court of the Republic of Singapore, Practice Direction No. 1 of 2007 (Interest of Judgments, Costs and Under Order 30 Rule 6(2)).

الفرصة لأكثر من قراءة للنص الدستوري الواحد، وهو الأمر الذي قد يُغرى إحدى المحاكم من الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية لتفسيره وبيان أوجهه المختلفة.

وفيما يتعلق بما سبق ذكره بخصوص التفاوت في الممارسات والإجراءات المتبعة في نظر الدعاوى الدستورية والفصل فيها في كل من محاكم النظام الأنجلوسكسوني ونظيرتها ذات الانتماء اللاتيني، فلئن كان سبيل الدعوى الدستورية المباشرة وكذا تمكين الأفراد العاديين من التداوى مباشرة بحقوقهم الدستورية أمام المحاكم الدستورية والعليا، قد ارتبطا بالنظام القانوني الأنجلوسكسوني أكثر من نظيره اللاتيني، فقد ساهما معاً في تمهيد طريق المحاكم الدستورية والعليا للاستعانة بالقوانين والأحكام الأجنبية، وذلك على سند من أن تحرير سبيل إتصال المحاكم الدستورية بالدعوى الدستورية من القنوات التي تمثل سلطات الدولة، سواء كانت المحاكم عن طريق الإحالة أو الدفع المبدى أمامها، أو أشخاص السلطة التنفيذية من رئيس الدولة والحكومة، من شأنه تنويع المصادر التي قد يستند إليها الأفراد العاديين لتدعيم مطالبهم القضائية الدستورية. فتدعيم تلك الأخيرة بما وقر في عقائد المحاكم الأجنبية وما ثبت من قواعد ومبادئ في القوانين الأجنبية يغدو متصوراً من قبل الأفراد العاديين، حين يُضحى سبيل الدعوى الدستورية المباشرة متاحاً لهم، أكثر مما قد يبدو عليه الحال إذا ما اقتصر إتصال المحاكم الدستورية بالدعوى الدستورية عن طريق سلطات الدولة. بيد أن جانب من الفقه قد ارتأى أن ثمة خصوصية قد تثبت للمحاكم الدستورية والعليا التابعة للنظام اللاتيني من شأنه لفت انتباه تلك الأخيرة للقوانين والأحكام الأجنبية. تلك الخصوصية تتمثل في القاضي الفرد أو الهيئة التي تنشأ لغرض تحضير الدعوى وتهيتها للمرافعة وإبداء رأياً قانونياً فيها. على سبيل المثال، وفقاً للمنظومة الإجرائية المتبعة في المجلس الدستوري الفرنسي يعهد رئيس المجلس لأحد أعضاء هذا الأخير بمهمة تحقيق الدعاوى والطلبات المقدمة إلى المجلس وإبداء الرأي القانوني فيها قبل عرضها على المجلس، ويُسمى هذا العضو بالمقرر أو المفوض.¹ وبالمثل يعرف القضاء الدستوري المصري نظام المفوضين، بحيث تُعتبر هيئة المفوضين إحدى الهيئات التي يتشكل منها النظام

¹ جدير بالذكر أن في منازعات الطعون الانتخابية، يتم تعيين ثلاثة مفوضين (مقررين). على أن يتم تعيين كل واحد منهم من قبل سلطة مختلفة.

انظر باللغة الفرنسية

Amandine Capitani, Aurélie Duffy, Priscilla Monge, Patricia Rrapi, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL, 2009/1 (n° 77), p. 175.

Gaëlle Dumortier, *La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral: sous les pavés, la plage?*, LES NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 2013/4 (N° 41), p. 33.

الداخلي للمحكمة الدستورية العليا بجانب الجمعية العامة للمحكمة ولجنة الشئون الوقتية. فقد نصت المادة 21 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 على أن "تؤلف هيئة المفوضين لدى المحكمة من رئيس وعدد كافٍ من المستشارين والمستشارين المساعين."¹

يتبدى من استطراد التأمل في نظام المقررين أو المفوضين أمام المحاكم والمجالس الدستورية أنه من شأنه المساهمة في خدمة مقتضيات الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. ففي إتاحة الفرصة لهيئة أخرى لفحص الدعوى أو المطالبة الدستورية وتحضيرها وتثبيتها للمرافعة وإيداع تقرير فني يحتوى رأياً قانونياً في موضوعها، سبيل للاستعانة بالتجارب الأجنبية بصدد المسألة التي تمثل محل الدعوى، لا سيما وإن كانت تلك الهيئة متحررة من رسمية الإجراءات أمام المحاكم وتُدرَك أن رأيها المُبدى في موضوع الدعوى لا يعدو أن يكون مجرد رأياً استشارياً غير ملزم للمحكمة. وليس أدل على ذلك مما استقر في المنظومة الإجرائية للمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بشأن ضرورة إحالة الدعوى أو المطالبة الدستورية لمقرر أو مفوض، وذلك قبل نظرها من قبل المحكمة.² وقد استقر نصاً وعملاً أن

¹ لم يتضمن القرار بقانون رقم 81 لسنة 1969 بشأن إنشاء المحكمة العليا المصرية النص صراحةً على إنشاء هيئة مفوضين بالمحكمة، بيد أن المشرع في ذات القرار بقانون قد أوجب إتباع نفس الإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة المصري في شأن رفع الدعوى وتقديم الطلبات، وذلك لحين صدور قانون خاص يُنظم الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا. فقد نصت المادة الثالثة من القرار بقانون رقم 81 لسنة 1969 على أنه "إلى أن يصدر قانون خاص بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا تتبع في إجراءات رفع الدعوى وتقديم الطلبات إلى المحكمة والفصل فيها وتحديد الرسوم المستحقة عليها الأحكام المعمول بها أمام مجلس الدولة." ولما كانت سنن التقاضي بمجلس الدولة المصري تقتضى عرض الدعوى وتقديم الطلبات إلى المحكمة والإدارى لتحضيرها وتثبيتها للمرافعة قبل أن تنظرها المحكمة المختصة، تكون المادة الثالثة من القرار بقانون رقم 81 لسنة 1969 قد أقرت ضمناً بضرورة وجود هيئة للمفوضين بالمحكمة العليا. وبصدور القانون المنظم للإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا رقم 66 لسنة 1969، تم النص صراحةً على إنشاء هيئة المفوضين أمام المحكمة العليا، وعُهد إليها بجملة من الاختصاصات الجوهرية أهمها تحضير الدعوى الدستورية وتثبيتها للمرافعة قبل نظرها من قبل المحكمة العليا. يُراجع في ذلك، أ.د. محمد باهى أبو يونس، محمد باهى أبو يونس، أصول المرافعات الدستورية: محاضرات في القضاء الدستوري: دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (2011)، ص. 131.

وتُراجع كذلك اختصاصات هيئة المفوضين في الباب الأول من القانون رقم 66 لسنة 1970 بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا بعنوان "في تقديم الطلبات وتحضيرها وتثبيتها."

² انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

اختصاص المقرر أو المفوض أمام المحكمة الدستورية الألمانية يتمثل في تقديم تقرير، قد يستغرق إعداده عدة أشهر، يتضمن تحديداً مفصلاً لمطالبات وادعاءات أطراف الدعوى أو المطالبة، وتلخيصاً لسوابق المحكمة بصدد المسألة القانونية محل الدعوى أو المطالبة والفقهاء القانوني والوطني والمقارن، وكذا أمثلة من واقع أحكام المحاكم الأجنبية والقوانين الأجنبية بشأن كيفية تعاطيهم مع المسألة القانونية محل الدعوى أو المطالبة الدستورية.¹ ولعل هذا الأمر هو ما دعا جانب من الفقهاء لوصف دور المقرر أو المفوض بأنه يُعهد إليه بتقديم بحثاً قانونياً شاملاً للمسألة القانونية المعروضة.²

وثمة ملاحظة أخيرة جديرة بالذكر، من شأنها صرف ذهن القارئ عما قد يختلط به من سوء فهم أو تنكب لغاية الباحث. فلا يحسن حاسب أن الباحث في حديثه عن الفروقات بين النظامين القانونيين الأنجلوسكسوني أو اللاتيني إنما يتغنى تفضيل أحدهما على الآخر أو الولوج إلى تفصيلات تلك الفروقات، فذلك مما تنأى عن تحمله طبيعة البحث. على خلاف ذلك، يتغيا الباحث من بيان أوجه التمييز بين النظام القانوني الأنجلوسكسوني ونظيره اللاتيني خدمة موضوع البحث من زاوية أياً من النظامين يخدم أغراض الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. وفي نفس السياق، لا يستهدف الباحث إذابة الفروقات بين النظامين القانونيين، فتلك مسألة تُعد، بحسب ظن الباحث، من قبيل محاولة إثبات ما هو معلوم بالضرورة. فعلى الرغم من الفروقات التي بدت واضحة بين النظامين الأنجلوسكسوني واللاتيني إلا أن التداخل الملحوظ والمتنامي بين المناهج الفقهية والقضائية كان من شأنها تبيد العديد من تلك الفروقات.³ فعلى سبيل المثال، بالرغم من ثبات المحكمة العليا الأمريكية على مبادئ النظام الأنجلوسكسوني من حيث اعتمادها على نظام السوابق

Brun-Otto Bryde, *The Constitutional Judge and the International Constitutional Dialogue*, in BASIL MARKESINIS AND JORG FEDTKE (EDS), *JUDICIAL RECOURSE TO FOREIGN LAW* 298 (2006).

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

DONALD P. KOMMERS, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 25 (1997).

² انظر المرجع السابق، ص. 25؛ وكذلك باللغة الإنجليزية

Sarang Vijay Damle, *Specialize the Judge, Not the Court: A Lesson from the German Constitutional Court*, 91 VA. L. REV. 1267, 1269 (2005).

³ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Vicki C. Jackson and Jamal Greene, *Constitutional Interpretation in Comparative Perspective: Comparing Judges or Courts?*, in TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON (EDS.), *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 599 (2011).

القضائية وإصدار أحكامها بأراء متعددة بجانب رأى أغلبية المحكمة، واعتماد المجلس الدستوري الفرنسي على منهجية شكلية تتجلى فيها معالم النظام اللاتيني من الاعتماد على النصوص الوضعية وصياغة الحكم القضائي بصورة تغلب عليها مظاهر الرسمية وصدوره برأى واحد يمثل الرأى القانونى فى المسألة المعروضة، وكذا اعتماد المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية على منهجية غائية شاملة تسمح بفحص جميع جوانب المسألة الدستورية المنظورة، بيد أن التداخل والتقارب بين مناهج التفسير الدستوري وظاهرة العولمة القانونية كان من شأنهما إفساح المجال أمام تلك المحاكم للاستعانة بتجارب بعضها البعض فى المسائل الدستورية المتشابهة.¹

رابعًا: أسباب تتعلق بجودة ودقة الأحكام القضائية

ورد غير بعيد أن أغلب الكتابات الفقهية فى تناولها لمسألة الاستعانة بالقوانين والأحكام الأجنبية فى سياق الأحكام القضائية الوطنية إنما مردها أسبابًا كانت باعثة على تلك الاستعانة، مع تركيز ملحوظ للأسباب المتعلقة بمقتضيات التفسير الدستوري والتباين بين الأنظمة القانونية المختلفة. بيد أن بعض الشراح قد تلمسوا فى شروحهم سببًا آخر للاستعانة بالقوانين والأحكام الأجنبية جدير بالتأمل وخلق بالبحث يتمثل فى جودة ودقة الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الوطنية. فقد قنع هؤلاء الشراح بأن الإشارة الصادرة عن المحاكم الدستورية والعليا إلى قانون أو حكم قضائي أجنبي قد يكون ثمرةً لتمهيد الطريق نحو تقبل الحكم الصادر منها بشأن المسألة الدستورية محل الدعوى المنظورة. فضلاً عن ذلك، فقد ذهب البعض أبعد من ذلك للقول بأنه حتى فى حالة كون أن الحكم الأجنبي غير وثيق الصلة بالمسألة القانونية المنظورة أمام المحكمة الوطنية، فلا تثريب إن استأنست تلك الأخيرة به فى محاولة منها لالباس الحكم الصادر عنها ثوب الدقة والجودة، وذلك فيما يتعلق بطرائق الصياغة والتسبيب.

الواقع من الأمر إن القول بأن الاستعانة بالقوانين والأحكام الأجنبية لأجل خدمة مقتضيات جودة ودقة الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الوطنية لعل مرده بتقارب المسائل القانونية المثارة، لا سيما الدستورية منها، بين محاكم مختلف الدول، خاصة إذا ما سلمنا وبحق ببتشارك أغلب الدساتير فى الحقوق والحريات الممنوحة للأفراد. فقلما تجد دستورًا لدولة ما لا يتضمن النص على زمرة الحقوق والحريات الأساسية مثل الحق فى حرية الرأى والتعبير، والحق فى الحرية الشخصية والخصوصية، الحق فى التنقل، والحق فى الصحة والتعليم والمسكن الملائم، والحق فى حرمة الحياة الخاصة والمراسلات. تأسيسًا على ذلك، يضحى الرأى لدى البعض أن لا تثريب على المحاكم الدستورية الوطنية، حين تنظر مسألة تتعلق بتلك الحقوق والحريات، أن تستأنس بما استقر فى أحكام نظرائها الأجانب

¹ انظر المرجع السابق، ص. 599.

من مبادئ ومعايير وتفسيرات بشأن تلك الحقوق والحريات المشتركة.¹ فإن ارتأت المحاكم الدستورية الوطنية أو نظراؤها الأجانب قد استقروا على نفس المبدأ أو المعيار بالنسبة لنفس المسألة الدستورية، فقد ينهض ذلك دليلاً لديها على صحة ذلك المبدأ أو ذلك المعيار.²

ومن وجهة أخرى، في تبرير استعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام الأجنبية لدواعي جودة ودقة الأحكام، استقر الرأي لدى البعض أن القوانين والأحكام الأجنبية قد تساهم في تجلية بعض الغموض الذي قد يشوب ألفاظ النص الدستوري، وإزالة التناقضات بشأن تفسيره ومن ثم توضيح وإبراز المبادئ المستخلصة منه.³ وتجلية لذلك يقول البعض، في وصفه لمدى أهمية استعانة المحاكم الوطنية بالخبرات التشريعية والقضائية المقارنة ضماناً لجودة الأحكام الصادرة عنها ودقتها، "إن القوانين الأجنبية ينبغي أن تمثل للمحاكم الوطنية منظومة علمية وقانونية ذات قيمة عالية، فمن غير المتصور أن تغفل المحاكم الوطنية عن تلك المنظومة ماضية قدمًا في طريقها دونما الاستهداء بتلك المنظومة لاستكمال نواقصها."

بيد أن الحُجج التي ساقها جانب من الفقه فيما يتعلق بجودة ودقة الأحكام القضائية لتبرير استعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام الأجنبية قد نظر إليها جانب آخر على أساس كونها تفتقر للمعقولية وتصادر بمدلولها على المطلوب، بحيث تنطوي على تحاجج بموضع الخلاف. فقد ارتأى البعض أنه وإن سلمنا بأن ثمة نفع يُرجى من استئناس المحاكم الوطنية بالأحكام الصادرة عن نظيرتها الأجنبية وكذا التشريعات الأجنبية، فمن العجب أن يعتصم المعتصمون بحجة ضمان جودة ودقة الأحكام القضائية الوطنية لتبرير استعانة المحاكم بالقوانين والأحكام الأجنبية. وفي معرض نفيهم لفكرة أن القوانين والأحكام الأجنبية من شأنها تحسين جودة ودقة الأحكام الوطنية، ساق هؤلاء الفقهاء جملة من الحُجج سواء على الصعيد القضائي

¹ انظر في ذلك المعنى باللغة الإنجليزية

Rosalind Dixon, A Democratic Theory of Constitutional Comparison, 56 AM. J. COMP. L. 947 (2008).

² انظر في ذلك المعنى باللغة الإنجليزية

Joan L. Larsen, Importing Constitutional Norms from a "Wider Civilization": Lawrence and the Rehnquist Court's Use of Foreign and International Law in Domestic Constitutional Interpretation, 65 OHIO ST. L.J. 1283 (2004); Eric A. Posner and Cass R. Sunstein, The Law of Other States, 59 STAN. L. REV. 131, 169-71 (2006).

³ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Ganesh Sitaraman, The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation

مرجع سابق، ص. 664.

أو التشريعي. فعلى الصعيد القضائي، فالأحكام القضائية الأجنبية، مثلها في ذلك مثل نظيرتها الوطنية، ناهيك عن كونها تصدر بالضرورة وفق نسق إجرائي معين يستلزمه النظام القانوني للدولة، فهي تصدر كذلك في إطار سياق قانوني معين. ذلك السياق تفرضه طبيعة المسألة الدستورية المثارة وكيفية إتصال المحكمة بها وما يبديه الخصوم من دفوع بصددها، فضلاً عن مدى استقرار المحكمة في سوابقها على تفسير أو توجه معين. أما على الصعيد التشريعي، فالقوانين الأجنبية، بالنسبة للقاضي الوطني، تنطوي على قدر لا بأس به من التعقيد يصعب معه الإلمام بكافة تفصيلاتها.¹ فمن غير المتصور أن يفترض في القاضي الوطني إدراكه لكافة المسائل المتعلقة بالتاريخ التشريعي للنصوص القانونية والدستورية الأجنبية والخلفية الثقافية والظروف المجتمعية التي ساهمت في صياغة النص وإقراره على نحو معين.²

وفق هذا التصوير، يُنكر أصحاب هذا الرأي فكرة أن يُعين القانون الأجنبي على تحسين جودة الأحكام القضائية الوطنية وضمان دقتها. فلا حاجة في أن القاضي الوطني لكي يتمكن من إدراك المفاهيم الأساسية لنظام قانوني أجنبي، والهيكل الدستوري للحقوق والحريات الدستورية لهذا الأخير، وكذا مقوماته وخلفياته الثقافية والتاريخية، إنما هو أمر من شأنه أن يستغرق الكثير من الوقت والنفقات.³ فعلى الرغم من إمكانية تشابه وتقارب المسائل القانونية والدستورية المثارة أمام المحاكم كافة، وطنية كانت أم أجنبية، إلا أن النصوص التشريعية، لا سيما الدستورية منها، قد تختلف ألفاظها ومن ثم تفسيراتها، مما قد يُنذر بتسطيح أوجه التشابه بينها.⁴ وبطرح تضارب التفسيرات واختلاف الألفاظ جانباً، فثمة تقاليد وقيم مختلفة تختلف بحسب رؤية كل نظام قانوني للمسائل المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية. فلا عجب أن نجد بعض الأنظمة القانونية التي تُعلى من شأن الحق في الحياة للدرجة

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Carlos F. Rosenkrantz, *Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law*

مرجع سابق، ص. 293.

² انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*

مرجع سابق، ص. 1265.

³ انظر باللغة الإنجليزية

Ernest A. Young, *Foreign Law and the Denominator Problem*

مرجع سابق، ص. 165-166.

⁴ انظر باللغة الإنجليزية

Michael D. Ramsey, *International Materials and Domestic Rights: Reflections on Atkins and Lawrence*, 98 AM. J. INT'L L. 69, 77-79 (2004).

التي جعلته من الحقوق الأساسية التي لا يرد عليها قيود، وهو الأمر الذي استحثت تلك الأنظمة القانونية لإعلان عدم دستورية عقوبة الإعدام. وبالمثل نجد اختلافاً ظاهراً بين الأنظمة القانونية في تناولها للحق في حرية الرأي والتعبير والقيود الواردة عليه، وما يمكن من الأقوال والأفعال مندرجاً بالفعل تحت مظلة الحق في حرية الرأي والتعبير وما يمكن اعتباره من قبيل التشهير والسب. مثل الاختلاف الشهير في وجهات النظر الأمريكية والبريطانية حول التشهير وحرية التعبير.¹

علاوة على ذلك، يُعاضد الفقه المُنكر للاستعانة بالقانون الأجنبي بغية ضمان جودة ودقة الأحكام القضائية الوطنية حُجة أخرى مفادها أن الأحكام والقوانين الأجنبية، مثلها في ذلك مثل نظيرتها الوطنية، قد تصدر مستندة إلى جملة من المصالح والاعتبارات السياسية المعينة، وهو الأمر الذي من شأنه أن يُقلل من قابلية هذه الأحكام وتلك القوانين الأجنبية للتعميم في السياق القانوني الوطني. وفي هذا المقام، يسوق الباحث الحديث عما يمكن الاصطلاح على تسميته بالتحكم في توقيت نظر الدعاوى القضائية، لا سيما الدستورية منها، للتدليل على مدى إمكانية هيمنة المصالح والاعتبارات السياسية على توجه المحاكم. فأهمية اختيار التوقيت المناسب من قبل المحكمة للفصل في الدعاوى الدستورية تبرز بشكل كبير في أنظمة القضاء الدستوري اللامركزي، أكثر من أنظمة القضاء الدستوري المركزي، وذلك لكون المحاكم الدستورية في أنظمة القضاء المركزي هي الجهة الوحيدة المنوط بها ممارسة اختصاص الرقابة الدستورية، وهو الأمر الذي يترتب عليه عدم قدرتها على التنصل من تلك المهمة والعدول عن الفصل في الدعاوى الدستورية. أما في أنظمة القضاء الدستوري اللامركزي، فالمحكمة، أي محكمة، تملك من الوسائل والحيل القانونية ما يمكنها من التنصل من الفصل في المسألة الدستورية. ومن هنا تبرز أهمية اختيار المحكمة لتوقيت الفصل في الدعوى الدستورية. فقد ترى المحكمة أن الفصل في المسألة الدستورية المعروضة أمامها من شأنه ترتيب الكثير من التداعيات غير المرغوب فيها أو قد يؤدي إلى استقطاب سياسي بغض، فترفض الفصل فيها أو على الأقل تُرجئ ذلك إلى حين. فعلى سبيل المثال، أعلنت المحكمة العليا الأمريكية رفضها التام لنظر أي دعوى تتعلق بمدى دستورية الحرب على فيتنام. فضلاً عن ذلك، رفضت ذات المحكمة النظر في الدعاوى المتعلقة بدستورية القوانين والقرارات التنفيذية التي صدرت في أعقاب أحداث الحادي عشر من سبتمبر، وذلك حتى عام 2004، حيث استأنفت نظرها حين تيقنت من استقرار

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Ganesh Sitaraman, The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation

مرجع سابق، ص. 662.

الأوضاع في البلاد وأن المجتمع الأمريكي أصبح مهيبًا لتقبل الأحكام الصادرة في هذا الخصوص.¹

وفق هذا التصوير، قنع لدى البعض أن القوانين والأحكام الأجنبية إنما تصدر وفق سياق سياسي واعتبارات مجتمعية معينة، وهو الأمر الذي من شأنه أن يجعل الاسترشاد بها خارج هذا السياق وتلك الاعتبارات في نظام قانوني أجنبي استرشادًا فاسدًا في غير محله.² ناهيك عن كون أن الأحكام القضائية الأجنبية قد تأتي معبرة عما وقر في عقيدة القاضى مصدرها من أيولوجية سياسية أو مجتمعية معينة.³

¹ وبالمثل قبل الحكم التاريخي في قضية ماربورى ضد ماديسون، الذى أسس لمبدأ الرقابة على دستورية القوانين، كان قد مضى على تأسيس المحكمة العليا الأمريكية حوالى أربعة عشر عامًا، ولكنها لم تجد الفرصة مواتية للحكم بعدم دستورية قانون فيدرالى وإبطاله إلا فى 1803. من الجدير بالذكر، أن اختيار المحكمة للوقت المناسب لنظر المسألة الدستورية وقرارها بتأجيلها أو بالعدول كليًا عن مظرها له أثرًا بالغًا فى جودة الحكم الصادر فى شأن المسألة الدستورية. بعبارة أكثر وضوحًا، قد يكون من الأفضل للمحكمة الدستورية حديثة النشأة أن تفصل فى عدد محدود من القضايا التى تُعرض عليها، بحيث يتسنى لها فحص كل قضية بتمعن وبشكل أكثر فاعلية وتتأنى فى إصدار أحكامها بشأنهم، وذلك بدلًا من أن تقبل الفصل فى عدد كبير من القضايا فتزدحم ساحاتها وتتكدس قضاياها، فيُصبح التعجل والفحص غير الدقيق سمة من سماتها. والحكمة من ذلك أن المحكمة الدستورية حديثة النشأة يهتما فى المقام الأول أن تستأثر على ثقة وتأييد الأفراد وكذلك المؤسسات السياسية فى بداية عملها، فتوطد أركانها وتدعم استقرارها، الأمر الذى من شأنه أن يُمثل نقطة الانطلاق إليها بخصوص إصدار أحكام غير تقليدية وإرساء مبادئ غير مسبوقه.

غير أنه وجب التنويه على ضرورة ألا يُتخذ من آلية التحكم فى توقيت نظر المحكمة للمسألة الدستورية ذريعة لتقييد حق التقاضى أمام القضاء الدستورى، فعلى الرغم من الإيجابيات والمزايا السابق عرضها، إلا أن مغالاة المحكمة فى رفض أو تأجيل نظر المسائل الدستورية قد يصمها بعدم المشروعية وقد يُفقد ثقة الأفراد والمؤسسات تدريجيًا. خير مثال على ذلك، هو ما انتهجته المحكمة الدستورية الروسية التى تم إنشائها بعد إنهيار الإتحاد السوفيتى فى 1991. فقد عُرض على المحكمة فى عامها الأول ما يقرب من 1700 قضية للفصل فيها، إلا أنها قررت أن تفصل فى 20 قضية فقط متعلقة بمدى دستورية أعمال الحكومة و6 قضايا فقط متعلقة بالحريات والحقوق الأساسية. وفى عام 1993 عبر الشعب الروسى فى استفتاء شعبى عن رأيه فى المحكمة حديثة النشأة، والذى جاءت نتيجته معلنة عن أن 10% فقط من الشعب لا يزال يثق فى المحكمة. انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Herbert Hausmaninger, Towards a "New" Russian Constitutional Court, 28 CORNELL J. OF INT'L L. 349, 350, 354 (1995).

² انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Ganesh Sitaraman, The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation

مرجع سابق، ص. 662.

³ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

بالإضافة لما سبق، ليس ثمة جدال فيما ثبت لدى المحاكم، لا سيما الدستورية منها والعليا، من سلطة بمقتضاها تملك العدول عن منهج معين أو أيديولوجية وفق ما تمليه الظروف المجتمعية والاقتصادية والسياسية، بحيث يتراءى لها أن ثمة مبررات ملحة تقتضى العدول عن اتجاه كان قد سبق واستقرت عليه فى الأحكام الصادرة بشأن تفسير معين للنصوص الدستورية أو منهجية معينة تتعلق بكيفية ممارسة اختصاصاتها بالرقابة القضائية. وعليه، فالقضى الوطنى فى سعيه نحو الاستئناس والاستشهاد بالأحكام القضائية الأجنبية يضحى لزاماً عليه الإلمام بالظروف والاحتياجات المجتمعية والاقتصادية والسياسية المتغيرة للدولة التابعة لها المحكمة الأجنبية، وكذا تتبع قضاء تلك الأخيرة بحيث يمكنه تلمس أى تغيير يكون قد طرأ على اتجاهات وقناعات المحكمة بصدد مسألة دستورية معينة. تأسيساً على ذلك، يضحى، بحسب ظن البعض، أن الاستشهاد بالقوانين والأحكام الأجنبية ليس ثمة نفع يُرجى منه فيما يتعلق بتحسين جودة الأحكام القضائية الوطنية وضمان جودتها، وذلك إذا ما أخذ بعين الاعتبار أن أغلب أساليب التعليم القانونى لا تتضمن التعريف بالجوانب الموضوعية والإجرائية لغير القوانين الوطنية، وهو الأمر الذى يُبذر بصعوبة التيقن من إلمام القضاة الوطنيين بتفصيلات القوانين والأحكام الأجنبية ومنظومة القانون المقارن.¹

تأسيساً على ذلك، ونتيجة لصعوبة إلمام القضاة الوطنيين بالجوانب الموضوعية والإجرائية للقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، يسوق الفقه المنكر لامكانية الاستعانة بالقوانين الأجنبية لضمان دقة وجودة الأحكام القضائية الوطنية حُجة أخرى مفادها أن القاضى الوطنى فى استعانتته بالقوانين والأحكام الأجنبية يضحى انتقائياً وأحياناً عشوائياً.² وتدليلاً على ذلك، يقول البعض إن القضاة يغلب عليهم الطابع الانتهازى فيما يتعلق بتسبب أحكامهم وتبريرها، بحيث يتلمس بعضهم بعض

CASS R. SUNSTEIN ET AL., ARE JUDGES POLITICAL? AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE FEDERAL JUDICIARY (2006).

¹ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Mark Tushnet, When is Knowing Less Better than Knowing More?

مرجع سابق، ص. 1294.

² انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Roger P. Alford, Misusing International Sources to Interpret the Constitution, 98 AM. J. INT'L L. 57 (2004).

Harold Hongju Koh, International Law as Part of Our Law

مرجع السابق، ص. 56.

Michael D. Ramsey, International Materials and Domestic Rights: Reflections on Atkins and Lawrence

مرجع سابق، ص. 72-73.

النصوص القانونية أو التفسيرات الانتقائية بغية تعضيد النتيجة القانونية التي توصلوا إليها. وعليه، قد يلجأ بعض القضاة إلى تبرير أحكامهم مستندين إلى قوانين وأحكام أجنبية شاذة مستعنيين في ذلك بقلة معرفة العامة بتفصيلات هذه القوانين وتلك الأحكام الأجنبية.¹

وفق هذا التصوير، يمكن القول أن جانب من الفقه قد ارتأى أن المشاكل المترتبة على صعوبة إدراك القاضى الوطنى لتفصيلات القوانين والأحكام الأجنبي وما قد ينتج عن ذلك من انتقائية القاضى الوطنى فى تعامله مع النصوص والأحكام الأجنبية من شأنها أن تدحض الحجج التى ساقها البعض لتبرير الاستعانة بالقوانين والأحكام الأجنبية بهدف تحسين جودة ودقة الأحكام القضائية الوطنية.² فالقاضى الوطنى فى استعانتة بالقوانين والأحكام الأجنبية لن يُجابه بتعقيدات القوانين والأحكام الأجنبية فحسب، بل يضحى مجبراً للتغلب على ضعف إدراكه وإلمامه بالتاريخ التشريعى للنص والظروف المصاحبة لعملية إصداره، وكذا المبادئ والمعايير المستقرة لدى المحاكم الأجنبية فى سوابقها القضائية وحجم التغيير الذى طرأ عليها.

¹ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Michael D. Ramsey, International Materials and Domestic Rights: Reflections on Atkins and Lawrence

مرجع سابق، ص. 69.

² انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Mark Tushnet, When is Knowing Less Better than Knowing More?

مرجع سابق، ص. 1280-1281.

المبحث الثاني أنماط استخدام القوانين الأجنبية

تمهيد

ورد غير بعيد أن كتابات الفقه بشأن استعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية قد حفلت بالعديد من الانتقادات التي كان من شأن أصحابها إنكار جدوى تلك الاستعانة. بيد أن جانب آخر من الفقه، معتصمين بجملة من الحجج والتبريرات، وفق ما سلف بيانه، قد قنع أن ثمة نفع يُرجى من استعانة المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام الأجنبية. والواقع من الأمر أن استطراد التأمل في الممارسات المتبعة من قبل المحاكم الدستورية والعليا لبعض الدولة يُفصح عن استخدامهما واستشهادها بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. تأسيساً على ذلك، يحسب الباحث ضرورة بيان أنماط وأشكال استخدام القوانين والأحكام القضائية الأجنبية في سياق ما تصدره المحاكم الوطنية من أحكام. وفي معرض استعراض أنماط وأشكال ذلك الاستخدام، يسوق الباحث ما يمكن تصوره من مشكلات قد تترتب على بعض هذه الأنماط والأشكال.

المطلب الأول

استخدام القانون الأجنبي لضمان جودة الأحكام القضائية الوطنية

يحسب الباحث أن أنماط استخدام القانون الأجنبي لضمان جودة الأحكام القضائية الوطنية يمكن اختزالها في نمطين أساسيين: أولهما استخدام القانون الأجنبي لتوضيح الاختلافات وبيان التناقضات. والآخر استخدام القانون الأجنبي لتدعيم منطق الأحكام القضائية أسبابها.

أولاً: استخدام القانون الأجنبي لتوضيح الاختلافات وبيان التناقضات

تجدر الإشارة إلى أن المحاكم الدستورية والعليا لبعض الدول قد تلتبس في القوانين والأحكام القضائية الأجنبية الوسيلة لإبراز أوجه الاختلاف والتناقض بينها وبين القوانين والأحكام القضائية الوطنية. ولعل دافع المحاكم الوطنية في الاستشهاد بالقوانين والأحكام الأجنبية في تلك الحالة يتمثل في أمرين أساسيين: أولهما التركيز على توافق تلك القوانين والأحكام الأجنبية مع نظيرتها الوطنية، وذلك في سعي المحاكم الدستورية الوطنية لتأكيد أن الأحكام والتفسيرات الصادرة عنها، وكذا القوانين الوطنية المستند إليها تتوافق مع المبادئ والمعايير المستقرة في كثير من الأنظمة القانونية والقضائية الأجنبية. وثانيهما محاولة بيان عدم توافق القوانين والأحكام الأجنبية مع نظيرتها الوطنية. ولعل ذلك الأمر يجد مبرره في محاولة المحاكم الدستورية لتبني اتجاه جديد في الأحكام أو التفسيرات الصادرة عنها على غرار الاتجاه المستقر في الأنظمة القانونية الأجنبية، وذلك على سند من أنه قد ثبت لديها صحة المبادئ والمعايير المستخلصة من الأحكام والتفسيرات والقوانين الأجنبية وتناغمها بشكل كبير مع فحوى المسألة الدستورية المنظورة، لا سيما حين

يتعلق الأمر بمنظومة الحقوق والحريات الأساسية. على النقيض من ذلك، قد تعتمد المحاكم الدستورية لابرار مواطن الفرقة بين القوانين والأحكام القضائية الوطنية ونظيرتها الأجنبية للتأكيد على أفضلية الأولى وشذوى الثانية وعدم اتساق الثانية مع المسألة الدستورية محل النظر أو عدم توافقها مع ما استقر من معايير ومبادئ دستورية فى أغلب الأنظمة القانونية.

على سبيل المثال، فى عام 1997 رفضت المحكمة العليا الأمريكية أحد الطعون المقدمة من بعض أعضاء الكونجرس الأمريكى بعدم دستورية قانون الاعتراض الرئاسى (1996) Line Item Veto Act، والذى بمقتضاه تم منح الرئيس سلطة الاعتراض على القوانين المتعلقة بالضرائب الفردية وإجراءات الإنفاق، مبررة ذلك بانتفاء شرطى الصفة والمصلحة فى مقدمى الطعن الذين فشلوا فى إثبات أن ثمة ضرر قد لحق بهم جراء إقرار القانون المُدعى بعدم دستورية، كونه قانوناً تلتزم به مؤسسة الكونجرس قاطبة.¹ فضلاً عن ذلك، فقد أقام أعضاء الكونجرس ادعائهم، فى نظر المحكمة، على فقدان السلطة السياسية بدلاً من إظهار كيفية انتهاك القانون الطعين لأحد مصالحهم الخاصة المحمية بمقتضى القانون.² تأسيساً على ذلك، ارتأت المحكمة أن شروط الدعوى القضائية، على النحو المحدد فى الدستور الفيدرالى الأمريكى فيما يتعلق بضرورة كونها تمثل نزاعاً ظاهراً وملموساً، قد انتفت.³

¹ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية

Raines v. Byrd, 521 U.S. 811 (1997).

² راجع الحكم السابق.

³ راجع الحكم السابق.

نصت المادة الثالثة (البند الثانى/الفقرة الأولى) من الدستور الفيدرالى الأمريكى على أن "تشمل السلطة القضائية جميع قضايا القانون والإنصاف الناشئة فى ظل أحكام هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات المبرمة أو المزمع إبرامها بموجب سلطتها. كما تشمل جميع القضايا بشأن السفراء والوزراء المفوضين الآخرين والقناصل وجميع القضايا الداخلة فى اختصاص الولاية القضائية الأميرالية والبحرية والمنازعات التى تكون الولايات المتحدة طرفاً فيها، والمنازعات التى تنشأ بين اثنتين أو أكثر من الولايات، وبين إحدى الولايات ومواطنى ولاية أخرى، وبين مواطنى ولايات مختلفة، وبين مواطنى نفس الولاية ممن يدعون ملكية أراضٍ بموجب منح من ولايات مختلفة، وبين ولاية أو مواطنيها ودول أجنبية أو مواطنى دول أجنبية أو رعايا أجنبان."

وتجدر الإشارة إلى المحكمة العليا الأمريكية فى تفسيرها للمادة السابقة قد قنعت بأن تلك الأخيرة قد فرضت قيدين أساسيين لممارسة المحاكم لاختصاص الرقابة القضائية: أولهما حظر إصدار الآراء الاستشارية؛ وثانيهما ضرورة ثبوت أهلية وصفة ومصلحة المدعى. وقد استقرت المحكمة على أن الدعوى المقبولة أمامها والتى ينعقد بشأنها الاختصاص بالرقابة القضائية ينبغى أن تمثل نزاعاً قانونياً مادياً وملموساً، وهو الأمر الذى يتحقق باستيفاء الشروط الآتية: (1) حظر إصدار

بيد أن ما تجدر الإشارة إليه في مقامنا هذا أن المحكمة في معرض قضائها السابق قد أشار إلى أن نقيض ما انتهت إليه – أى إثبات شرطي الصفة والمصلحة وقبول الطعن والفصل فيه بحالته الماثلة – ليس بالضرورة غير معقول أو لا يمكن تصوره، وذلك على سند من أن بعض المحاكم الأوروبية قد أقرت بذلك. ولم تكن المحكمة بما سبق، بل ذهبت أبعد من ذلك مشيرة إلى بعض الكتابات الفقهية التي من شأنها التأكيد على الممارسات المتبعة من قبل بعض المحاكم الدستورية الأوروبية بشأن إثباتها لشرطي الصفة والمصلحة في الطعون المشابهة للطعن الذي تنتظره المحكمة.¹ وبالرغم من أن المحكمة كانت واضحة في تأكيدها على أن الدستور الأمريكي لا يساير الممارسات المستقرة في المحاكم الدستورية والعليا لبعض الدول الأوروبية، بيد أن إشارة المحكمة لتلك الممارسات، على النحو السالف بيانه، قد يحمل في طياته محاولة من المحكمة لبيان الممارسات الشاذة الواجب تجنبها أو التبصير بما تحمله هذه الممارسات من مبادئ ومعايير يمكن تبنيها مستقبلاً،² وذلك

الآراء الاستشارية (التي لا تكون محلاً لدعوى قضائية فعلية)؛ (2) ضرورة إثبات أن ثمة ضرر قد لحق بالمدعى؛ (3) ضرورة ثبوت رابطة سببية بين الضرر الذي لحق بالمدعى والفعل أو القانون أو التصرف محل الطعن؛ (4) وأخيراً أن يثبت للمحكمة سلطة التعويض عن هذا الضرر بمقتضى القانون.

¹ فقد أشارت المحكمة لمقالين محكمين ومنشورين لأستاذين من أساتذة القانون الدستوري والمقارن في أوروبا

Louis Favoreu, Constitutional Review in Europe, in LOUIS HENKIN & ALBERT J. ROSENTHAL (EDS.), CONSTITUTIONALISM AND RIGHTS: THE INFLUENCE OF THE UNITED STATES CONSTITUTION ABROAD 38, 41 (1989); Wright Sheive, Central and Eastern European Constitutional Courts and the Antimajoritarian Objection to Judicial Review, 26 LAW & POL'Y INT'L BUS. 1201, 1209 (1995).

² تجدر الإشارة إلى أن، في تعليقه على قضاء المحكمة العليا الأمريكية، ذهب جانب من فقه القانون الدستوري الأمريكي إلى وصف أى محاولة لتبنى ما هو مستقر من ممارسات في قضاء بعض المحاكم الدستورية الأوروبية فيما يتعلق بإثبات أو نفي الصفة والمصلحة في طعون عدم الدستورية كونها "استعارة سلبية" أو "إكراهاً دستورياً". راجع في ذلك، على سبيل المثال

Carlos F. Rosenkrantz, Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law

مرجع سابق، ص. 289.

Joan L. Larsen, Importing Constitutional Norms from a "Wider Civilization"

مرجع سابق، ص. 1288-1289.

على سند من أن تفاعل المحاكم الوطنية مع القوانين والأحكام القضائية الأجنبية من شأنه اختبار مدى جدوى المبادئ والمعايير والقيم المستخلصة من القوانين والأحكام القضائية الوطنية ودرجة استيعابها من خلال قياسها على ما استقر من مبادئ ومعايير وقيم لدى الآخرين.¹

وفي نفس السياق، تجدر الإشارة إلى أن دستور دولة جنوب إفريقيا قد خول لمحاكم الدولة سلطة الاستعانة بالقوانين الأجنبية في معرض الفصل في الدعاوى المتعلقة حقوق والحريات الأساسية. فقد نصت المادة 39(1) على أنه "عند تفسير وثيقة الحقوق، على المحكمة العادية أو الخاصة أو غير الرسمية (أ) أن تعزز القيم التي تمثل أساساً لمجتمع مفتوح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانية، والمساواة، والحرية؛ (ب) وينبغي عليها الاستعانة بالقانون الدولي؛ (ج) ولها أيضاً الاستعانة بالقانون الأجنبي." ² الواقع من الأمر إن القراءة المتأنية لنص المادة 39 في فقرتها الأولى من الدستور الجنوب أفريقي تُفصح وبحق عن أن المشرع الدستوري قد أجاز للمحاكم الاستعانة بالقوانين الأجنبية، بيد أنه قد ألزمها بضرورة الاستعانة بقواعد ومبادئ القانون الدولي. بعبارة أكثر وضوحاً، لئن كانت المحاكم الجنوب أفريقية لها سلطة اختيار الاستعانة بالقوانين الأجنبية في معرض تفسيرها للحقوق والحريات الأساسية، فهي تضحى ملزمة بالاستعانة بالقانون الدولي عند نهوضها بمقتضيات هذا التفسير. غير أنه وجب التنويه على أن استعانة المحاكم بالقوانين الأجنبية وقواعد ومبادئ القانون الدولي ليس من شأنها أن تجعل تلك القوانين الأجنبية أو الدولية ملزمة في النظام القانوني لدولة جنوب أفريقيا.³

Kim Lane Scheppele, Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case For Studying Crossconstitutional Influence Through Negative Models, 1 INT'L J. CONST. L. 296 (2003).

¹ انظر في ذلك المعنى باللغة الإنجليزية

Vicki C. Jackson, Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement

مرجع سابق، ص. 114.

² جدير بالذكر أن الدستور الجنوب إفريقي المؤقت لعام (1993)، قد نص في المادة 35(1) من الفصل الثالث منه بعنوان (الحقوق الأساسية) على أنه "عند تفسير أحكام هذا الفصل، ينبغي على المحاكم أن تعزز القيم التي يستند عليها المجتمع المفتوح والديمقراطي القائم على الحرية والمساواة. وينبغي على المحاكم، عند الاقتضاء، أن تراعى القانون الدولي العام المطبق بشأن حماية الحقوق المنصوص عليها في هذا الفصل. وللمحاكم أن تنظر في السوابق القضائية الأجنبية المماثلة."

³ تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن كافة المعاهدات والاتفاقات الدولية المُصدق عليها من دولة جنوب إفريقيا، وكذا القواعد والمبادئ التي اكتسب صفة القانون الدولي العرفي تضحى بالضرورة

على سبيل المثال، كانت المحكمة الدستورية الجنوب أفريقية قد قضت بعدم دستورية عقوبة الإعدام في إحدى الدعاوى التي نظرتها عام (1995) كونها عقوبة تعسفية وبربرية وتتعارض مع جملة من الحقوق الدستورية الأساسية أهمها الحق في الحياة والحق في الكرامة الإنسانية. وفي سياق تسببب حكمها، ذكرت المحكمة إمكانية الاستعانة والاستهداء بالقانون الدولي العام والسوابق القضائية الأجنبية، دون أن تكون بأى حال من الأحوال ملزمة باتباعها.¹ تأسيساً على ذلك، شرعت المحكمة في تدعيم حكمها باستعراض وضع عقوبة الإعدام وفق قواعد القانون الدولي وما استقر في الممارسات القضائية للدول الأجنبية. وتجلية لذلك تقول المحكمة "إن عقوبة الإعدام التي تم استخدامها عبر التاريخ من قبل المجتمعات المختلفة لطالما كانت موضوعاً خصباً للكثير من الجدل. وحين لحقت العديد من المجتمعات بركب التطور والتحضر ارتأت أن ثمة ضرورة لتقييد الجرائم التي يمكن أن تكون هذه العقوبة جزءاً على اقترافها. وقد شهد النصف الثاني من القرن الحالي عزوفاً ملحوظاً عن تطبيق عقوبة الإعدام. وقد تفاوت هذا العزوف في مظاهره، حيث ارتأت بعض الدول إلغاء عقوبة الإعدام كلياً وحظر تطبيقها في كل الأحوال وبصرف النظر عن نوع وطبيعة الجريمة المرتكبة. في حين قنعت بعض الدول الأخرى بتطبيق عقوبة الإعدام وتفعيلها في أوقات الحروب فحسب. وبصفة عامة، فالدول التي ارتأت الاحتفاظ بعقوبة الإعدام، إنما قصرت تطبيقها على الحالات القصوى. ووفقاً لمنظمة العفو الدولية ففي عام 1993 تم تنفيذ 1831 حكماً بالإعدام في جميع أنحاء العالم، منها 1419 حالة في الصين، مما يعنى أنه تم تنفيذ 412 عملية إعدام فقط في بقية العالم في ذلك العام. واليوم تم إلغاء عقوبة الإعدام كعقوبة على جرائم القتل من قبل ما يقرب من نصف دول العالم بما في ذلك ديمقراطيات أوروبا والبلدان المجاورة لنا مثل ناميبيا وموزمبيق وأنغولا. وبالرغم من بقاء تلك العقوبة في تشريعات بعض الدول، إلا أنه نادراً ما يتم تطبيقها، وذلك على النحو الذي تُفصح عنه إحصاءات منظمة العفو الدولية."²

هذا وفي تقريرها بكون عقوبة الإعدام عقوبة وحشية ولا إنسانية ومن ثم غير دستورية، أكدت المحكمة على أن تفسير الحقوق المنصوص عليها في الدستور المؤقت، لا سيما الحق في الحياة والحق في الكرامة الإنسانية، وكذا الحظر الدستوري الوارد على تطبيق العقوبات الوحشية ينبغي أن يتم في ضوء الاستهداء بالتاريخ التشريعي للنصوص الدستورية والتقارير الصادرة عن وزارة العدل

مكتسبة لصفة الإلزام سواء تمت الاستعانة بها من قبل محاكم جنوب إفريقيا لأغراض التفسير المقارن بشأن الحقوق والحريات الأساسية أو لم تتم.

¹ انظر حكم المحكمة الدستورية الجنوب أفريقية في قضية

S v. Makwanyane and Another (CCT 3/94) (1995).

² راجع الحكم السابق.

وقواعد ومبادئ القانون الدولي والأجنبي.¹ وفيما يتعلق بالاستعانة بالقانون الأجنبي المقارن في تفسير النصوص الدستورية، تقول المحكمة أنه عند التعامل مع القانون المقارن، يجب الوضع في الاعتبار أن مهمة المحكمة الأساسية تفسير الدستور الوطني، وليس القوانين الدولية أو التشريعات الأجنبية. فتفسير الدستور الوطني لا بد وأن يتم مع مراعاة مقتضيات وقيود النظام القانوني الداخلي وتاريخ وثقافة الدولة ولغة دستورها. فالمحكمة يمكن أن تستعين بالقانون الدولي والسوابق القضائية الأجنبية، لكنها ليست ملزمة بأى حال من الأحوال باتباعهما.²

رأى الباحث

استطرد التأمّل في المنهج المتبع من كل من المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية الجنوب أفريقية في الدعاوى السالف الإشارة إليها، يُفصح أن كلا المحكمتين قد ضمنت قضاءها إشارات متعددة للقوانين والسوابق القضائية الأجنبية. بيد أن واقع الحال يكشف عن تباين أهداف المحكمتين في استعانتهم بالقوانين والسوابق القضائية الأجنبية. فلئن كانت استعانة المحكمة العليا الأمريكية ونظيرتها الجنوب أفريقية بالقوانين والسوابق القضائية الأجنبية قد اتحدت غايتها في إبراز وتوضيح اختلاف القانون الوطني عن نظيره الأجنبي، إلا أن غاية كلتا المحكمتين من هذه الاستعانة قد تباينت في مواطن أخرى، لعل أهمها يتمثل في الباعث الدافع للاستعانة بالقوانين والسوابق القضائية الأجنبية. إن القراءة المتأنية لقضاء المحكمة العليا الأمريكية يكشف عن أن المحكمة لم يعوزها النص التشريعي الواجب التطبيق. فلئن كانت المحكمة قد ساقها الحديث عن القانون الأجنبي في معرض فحصها لشرطي الصفة والمصلحة في الطعن بعدم الدستورية، فالدستور الفيدرالي الأمريكي قد جاء صريحاً في نصه على انتفاء شرطي الصفة والمصلحة إذا ما كانت الدعوى أو الطعن لا تتعلق بنزاع حقيقي وقائم بالفعل. إذن فاستشهاد المحكمة ببعض القوانين والممارسات الأجنبية التي من شأنها إثبات الصفة والمصلحة بصرف النظر عن وجود نزاع حقيقة وقائم كان هدفه، بحسب ظن الباحث، لفت انتباه المُشرع الأمريكي إلى شدة وطأة ما هو مُشترط قانوناً في النظام الأمريكي من ضرورة وجود نزاع حقيقي وقائم بالفعل لثبوت الصفة والمصلحة ومن ثم صحة إتصال المحكمة بالدعوى الدستورية. بعبارة أكثر وضوحاً، لعل إشارة المحكمة العليا الأمريكية للقوانين والممارسات الأجنبية في هذا الصدد كان مرده دعوة المُشرع إلى التخفيف من وطأة اشتراط وجود نزاع حقيقي وقائم بالفعل، لا سيما في مجال

¹ وقد استطردت المحكمة قائلة "في استخدامه كأداة للتفسير، يتضمن القانون الدولي العام قواعد ملزمة وأخرى غير ملزمة. فضلاً عن ذلك، فإن الاتفاقيات الدولية والقانون الدولي العرفي توفر إطاراً يمكن من خلاله تقييم وفهم ميثاق حقوق الإنسان في الدستور الانتقالي. وعليه، فإن قرارات الجهات التي تستند إلى قواعد ومبادئ القانون الدولي، مثل لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، يمكن أن تكون مصدرًا من مصادر التفسير الدستوري."

² راجع الحكم السابق.

الطعون بعدم الدستورية لما تقتضيه تلك الأخيرة من تغليب مقتضيات المصلحة العامة على المصلحة والصفة الشخصية، خاصة وأن المحكمة، كما أسلفنا، قد ذكرت في معرض قضائها أن إثبات الصفة والمصلحة في الطعن المائل أمامها، ليس بالأمر الشاذ كون بعض الممارسات الأجنبية قد استقرت على هذا الأمر.

على الجانب الآخر، بالرغم من أن مظاهر الواقع تُفصح عن أن المحكمة الدستورية الجنوب أفريقية قد استشهدت بالقوانين والسوابق القضائية الأجنبية في قضائها السابق الإشارة إليه بغية بيان وإبراز أوجه افتراق الاتجاهات المستقر عليها بشأن تطبيق عقوبة الإعدام في جنوب أفريقيا وبعض الديمقراطيات الأجنبية، بيد أن فقه القانون الدستوري المقارن قد ساق بعض الاعتبارات الأخرى التي كان من شأنها اضطرار المحكمة الدستورية الجنوب أفريقية للاستهداء بالقوانين والسوابق القضائية الأجنبية في هذا الصدد. أولهما أن جنوب أفريقيا لا تمتلك سوابق قضائية وطنية كافية من شأنها أن تمكن المحكمة الدستورية من معالجة المسائل القانونية التي أثارها إمكانية التداعي الدستوري بالحقوق والحريات الأساسية الواردة في وثيقة الحقوق الدستورية.¹ ثانيهما إن الإرث القديم لجنوب إفريقيا كدولة تميز عنصري جعل من الصعب تكوين اجتهاد فقهي وقضائي وطني لدعم تفسير الدستور الجديد.² ثالثهما أن وثيقة الحقوق الأساسية في الدستور الجنوب أفريقي قد تأثرت بشدة بدساتير بعض الدول الأخرى مثل الولايات المتحدة الأمريكية وكندا وألمانيا وناميبيا.³ أخيراً، ارتأى جانب من الفقه أن تحويل دفة الإهتمام صوب الفقه والقانون

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

GEORGE DEVENISH, CONSTITUTIONAL LAW IN THE LAW OF SOUTH AFRICA 1, 202 (LexisNexis Butterworths, 2d ed. 2004).

² انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Andrea Lollini, Legal Argumentation Based on Foreign Law: An Example from Case Law of the South African Constitutional Court, 3 UTRECHT L. REV. 60, 65 (2007).

³ على سبيل المثال، تبنت المحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا ما استقر عليه قضاء المحكمتين العليا في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا فيما يتعلق بالتداعي بالحقوق والحريات الأساسية على مرحلتين، بحيث يتوجب على المدعى إثبات أن ثمة حقاً دستورياً قد ثبت له بموجب نصاً دستورياً معيماً، وذلك قبل أن يثبت أن الدولة بفعلها قد انتهكت ذلك الحق. فضلاً عن ذلك، فاعتبار الكرامة الإنسانية من الحقوق الأساسية في النظام القانوني الجنوب أفريقي إنما يرجع إلى تأثر ذلك الأخير بنظيره الألماني. انظر في تفصيل ذلك

Sydney Kentridge, Comparative Law in Constitutional Adjudication: The South African Experience, in BASIL MARKESINIS AND JORG FEDTKE (EDS.), JUDICIAL RECOURSE TO FOREIGN LAW: A NEW SOURCE OF INSPIRATION? (2006).

المقارن كان نتيجة حتمية لفكرة عولمة وتدويل المسائل المتعلقة بالحقوق الفردية الأساسية لا سيما تلك اللصيقة بالشخصية.¹ فضلاً عن ذلك، فالاستعانة بالقوانين والأحكام الأجنبية في قضاء المحكمة الدستوية الجنوب أفريقية كان ضرورياً، بحسب ظن البعض، كمحاولة لتقديم الدولة للمجتمع الدولي في صورة عصرية حديثة منفتحة على الأنظمة القانونية الأكثر تديناً وتطوراً وأكثر توفقاً مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان بعد سنوات من العزلة الدولية بسبب التمييز العنصرى.²

ثانياً: استخدام القانون الأجنبي لتدعيم منطق الحكم القضائى وأسبابه

ثمة نمطاً آخر من أنماط استخدام القوانين والسوابق القضائية الأجنبية في سياق الأحكام القضائية الوطنية، لا سيما تلك الصادرة في المسائل الدستورية، قد ظهر مؤخرًا بغية التأكيد على منطقية أسباب الحكم ومنطوقه. فالواقع من الأمر أن استطراد التأمل في بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية والعليا تكشف عن أن تلك المحاكم، في استعانتها بالقوانين والسوابق القضائية الأجنبية، إنما تبتغى إثبات أن قضائها بما ورد فيه من تفسيرات وبما بُنى عليه من أسباب ليس شأداً أو مُجافياً للمنطق القانونى بحجة أن القوانين والسوابق القضائية الأجنبية تدعمه.³ بيد أنه تجدر الإشارة في مقامنا هذا إلى ضرورة ألا يُصرف ذهن القارئ للظن بأن المحاكم الدستورية، حين تستأنس بالقوانين والسوابق القضائية الأجنبية، لا تعتمد على تلك القوانين أو السوابق للوصول إلى قضائها – أى أن القوانين والسوابق القضائية الأجنبية، في هذه الحالة، لا تُعد من قبيل المصادر التى تعتمد عليها المحكمة للتفسير أو للوصول إلى نتيجة معينة بشأن المسألة المنظورة أمامها.⁴ تأسيساً على ذلك، يعتمد القاضى الوطنى في قضائه على مصادر قانونية وطنية من

¹ راجع فى ذلك

GEORGE DEVENISH, CONSTITUTIONAL LAW IN THE LAW OF SOUTH AFRICA

مرجع سابق، ص. 620.

² انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Andrea Lollini, Legal Argumentation Based on Foreign Law: An Example from Case Law of the South African Constitutional Court, 3 UTRECHT L. REV. 60, 65 (2007).

³ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Steven G. Calabresi & Stephanie Dotson Zimdahl, The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision, 47 WM. & MARY L. REV. 743 (2005).

⁴ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

Ganesh Sitaraman, The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation

مرجع سابق، ص. 666.

جهة، وعلى تفسير موضوعي ومنطقي لتلك المصادر من جهة أخرى. وحين يتوصل القاضى الوطنى لفتاعة معينة – من شأنها أن تُمثل، من وجهة نظره، الحل الأمثل للمسألة القانونية المنظورة أمامه – يُمكنه أن يستشهد ببعض السوابق القضائية الأجنبية وثيقة الصلة بالمسألة المنظورة والتي تتضمنت حلاً مماثلاً لذلك الذى توصل إليه بغية تدعيم منطقية هذا الأخير ومعقوليته.¹

وتجلية لما سبق، يسوق الباحث من قضاء المحكمة العليا الأمريكية حكمها فى إحدى الدعاوى التى نظرتها عام 1886، والتى تلخصت وقائعها فى أن المدعى، أحد المواطنين الأمريكيين الفارين من العدالة فى دولة بيرو، قد ادعى عدم دستورية إجراءات القبض عليه وتقديمه للمحاكمة الجنائية، وذلك بعد أن تم اختطافه من قبل السلطات الأمريكية فى دولة بيرو وإحضاره إلى الأراضى الأمريكية للمثول أمام العدالة، وذلك بالمخالفة لاتفاقية تسليم المجرمين الموقعة بين الولايات المتحدة الأمريكية ودولة بيرو، فضلاً عن أن إجراءات القبض والتقديم للمحاكمة تُجافى ما تم النص عليه فى التعديل السادس من الدستور الأمريكى الفيدرالى من حيث ضرورة تقديم المتهم إلى محكمة انعقدت اختصاصها انعقاداً صحيحاً بناء على إخبار المتهم بطبيعة الإتهام وسببه أثناء القبض عليه.² وقد قضت المحكمة العليا الأمريكية باختصاص محاكم الولايات المتحدة الأمريكية بمحاكمة المتهم جنائياً على الرغم من أنه قد اختطف قسراً من دولة أخرى فى انتهاك واضح لاتفاقية تسليم المجرمين.³ وقد بررت المحكمة قضاءها قائلة إن الحماية التى يدعيها لا تجد سنداً لها فى الاتفاقية.⁴ علاوة على ذلك، فالحقوق الواردة بالتعديل الدستورى، بحسب المحكمة، لم يتم انتهاكها على سند من أن المتهم قد تم تبصيره بالفعل بطبيعة الإتهام الموجه إليه وأسبابه، ولم يُحرَم من حقوق الدفاع على النحو المنصوص عليه بالتعديل الدستورى المدعى مخالفته.⁵

وفى محاولة لتدعيم منطقية حكمها وما اشتمل عليه من أسباب، ساقَت المحكمة العليا الأمريكية من سوابق القضاء الإنجليزى سابقتين شهيرتين تم التأكيد فيهما على أن الاختطاف القسرى فى حد ذاته لا يرتقى ليضحي سبباً كافياً للحد من اختصاص المحاكم الوطنية.⁶ فقد أكدت السابقتين القضائيتين الإنجليزيتين على أن الاختطاف القسرى ليس سبباً قانونياً كافياً ولا اعتراضاً صحيحاً لانكار المدعى عليه لاختصاص المحكمة المختصة بالفعل بمحاكمته عن الجرم الذى اقترفه، فضلاً عن

¹ المرجع السابق، ص. 666.

² انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية

Ker v. Illinois, 119 U.S. 436 (1886).

³ انظر الحكم السابق.

⁴ انظر الحكم السابق.

⁵ انظر الحكم السابق.

⁶ انظر الحكم السابق.

ذلك فمسألة مدى مشروعية الاحتجاز ليست من ضمن المسائل الممكن إثارتها لانكار اختصاص المحكمة المنظورة أمامها النزاع.¹

وبالمثل كانت المحكمة العليا الأمريكية قد قضت في أحد الطعون الذي نظرتها عام 1939 المتعلقة بمدى دستورية الضريبة العامة للدخل بالنسبة إلى القضاة الفيدراليين إن تلك الضريبة ليست مخالفة للمادة الثالثة من الدستور الفيدرالي الأمريكي، خاصة ما تم النص عليه فيها من أن العائد الذي يتحصل عليه القضاة نظير ما يقدموه من خدمات يجب ألا يُنتقص منه أثناء فترة تأديتهم لعملهم القضائي.² وقد بررت المحكمة قضاءها السابق بالقول إن إخضاع القضاة لضريبة عامة على الدخل لا يعدو أن يكون مجرد اعترافاً بأن القضاة مواطنون في الدولة وأن وظيفتهم الخاصة في الحكومة ليس من شأنها إضفاء حصانة خاصة عليهم تعفيهم من تقاسم العبء المالي للحكومة مع سائر المواطنين الآخرين.³ بيد أنه تجدر الإشارة إلى أن المحكمة قد ذكرت صراحة أن قضاءها السالف الإشارة إليه يُعد من قبيل التقرير بسابقة قضائية جديدة تفترق عن الاتجاه السابق للمحكمة، حيث كانت ترى تلك الأخيرة أن إعفاء قضاة القضاء الفيدرالي من الضرائب العامة لا يُشكل في حد ذاته مخالفة دستورية.⁴ وفي معرض عدولها عن السابقة القضائية المستقرة، استشهدت المحكمة بقضاء المحاكم العليا في بعض الدول الأجنبية مثل كندا وأستراليا، حيث ذكرت أن المحكمة العليا الكندية والأسترالية حين تعرضا لمدى دستورية الضرائب العامة المفروضة على دخل القضاة استقرا على ضرورة أن يكون دخل القاضي محدد وثابت من قبل المجالس التشريعية وذلك في ضوء النصوص الدستورية المنظمة للضرائب، لا سيما وأن ضمان إستقلالية وكفاية السلطة القضائية، كأحد الأغراض المنشودة من تحديد وثبات دخول القضاة، ليس من شأنه التأثير بإخضاع هؤلاء القضاة للضريبة العامة على الدخل مساواةً بينهم وبين سائر المواطنين في الدولة.⁵

¹ استشهدت المحكمة العليا الأمريكية بقضاء المحاكم الإنجليزية في القضيتين

Ex parte Scott, 109 Eng. Rep. 166 (1829).

R. v. Lopez, 169 Eng. Rep. 1105 (1858).

² انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

O'Malley v. Woodrugh, 307 US 277 (1939).

³ انظر الحكم السابق.

⁴ انظر الحكم السابق.

⁵ استشهدت المحكمة العليا الأمريكية بقضاء المحكمة العليا الكندية ونظيرتها الأسترالية في القضيتين

Cooper v. Commissioner of Income Tax, 4 C.L.R 1304 (1907).

Judges v. Attorney-General for Saskatchewan, D.L.R. 209 (1937).

وفي نفس السياق، تُفصح الممارسات المتبعة في المحكمة العليا الأرجنتينية أن تلك الأخيرة كثيرًا ما تلجأ للاستشهاد بالقوانين الأجنبية وأحكام المحاكم الأجنبية، وذلك بغية تبرير ما توصلت إليه من نتائج في أحكامها والتأكيد على منطقيّة تلك الأخيرة وتوافقها مع المعايير الدولية. ففيما يتعلّق بالمسائل الدستورية والحقوق والحريات، كان لسوابق المحكمة العليا الأمريكية تأثيرًا كبيرًا وملموستًا في قضاء المحكمة العليا الأرجنتينية.¹ أما بالنسبة للمسائل القانونية المدنية والتجارية، فقد تأثر قضاء المحكمة العليا الأرجنتينية بالنظام القانوني اللاتيني، خاصة ذلك المتبع في الدول الأوروبية، لا سيما النظام القانوني الفرنسي ونظيره الإيطالي.² ولعل ذلك مرده حقيقة أن الدستور الأرجنتيني لعام 1853 قد استند إلى النموذج الدستوري الأمريكي، لا سيما فيما يتعلّق بالفلسفة العقائدية بالنسبة للحقوق والحريات الأساسية، وهو الأمر الذي كان من شأنه أن تؤثر السوابق القضائية للمحكمة العليا الأمريكية تأثيرًا ملحوظًا في قضاء نظيرتها الأرجنتينية في المسائل الدستورية. أما فيما يتعلّق بالمسائل المدنية والتجارية، فحقيقة أن المشرع الأرجنتيني قد تأثر عند تقنينه للمسائل المدنية أو التجارية بنظرائه في كل من فرنسا وألمانيا وإيطاليا قد ألقّت بظلالها في قضاء المحكمة العليا الأرجنتينية التي كثيرًا ما تُشير للسوابق القضائية الصادرة عن المحاكم العليا في تلك الدول الثلاث.

الواقع من الأمر أن قضاء المحكمة العليا الأرجنتينية يعج بالعديد من الإشارات والاستشهادات من القوانين والأحكام القضائية الأجنبية. على سبيل المثال في إحدى الدعاوى التي نظرتها المحكمة العليا الأرجنتينية عام 1994 والمتعلقة بالمطالبة ببعض الالتزامات غير المدفوعة بشأن الضمان الاجتماعي والالتزامات المتعلقة بالعمل لموظفي السفارة الروسية في العاصمة الأرجنتينية، ارتأت المحكمة العدول عن رأيها السابق بشأن المسألة المنظورة، فقد كانت المحكمة تتخذ من مبدأ الحصانة السيادية المطلقة للدولة الأجنبية وليجة لرفض مثل تلك الدعاوى، بحيث يضحى محاكمة الدول الأجنبية أمام المحاكم الأرجنتينية محظورًا.³ بيد أن المحكمة، كما سبقّت الإشارة، قد ارتأت العدول عن هذا الاتجاه مقررة أن لم يكن مبدأ الحصانة السيادية للدول ليس من المبادئ المطلقة، بل يقتصر أثره على التصرفات العامة ذات الطابع السيادي الصادرة عن الدولة الأجنبية ولا يتعدى ذلك ليشمل أنشطتها

¹ انظر في ذلك

PATRICA MARCELA CASAL, RECEPCIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO COMO ARGUMENTO: DERECHO COMPRARADO 90 (1997).

² انظر المرجع السابق.

³ انظر حكم المحكمة العليا الأرجنتينية في قضية

CSJN, "Manauta, Juan J. y otros c/ Embajada de la Federación Rusa," Fallos 93485 of Dec. 22, 1994, La Ley (LL), Sept. 1, 1995.

الخاصة.¹ تأسيسًا على ذلك، يضحى من غير الجائز، وفق المحكمة العليا الأرجنتينية، مقاضاة أى دولة أجنبية أمام المحاكم الأرجنتينية حالما كان النزاع متعلقًا بالأنشطة العامة ذات الطابع السيادى للدولة الأجنبية على الأراضى الأرجنتينية الدولة.² وعليه خلصت المحكمة العليا الأرجنتينية إلى أنه ليس ثمة قاعدة دستورية أو تشريعية من شأنها النص صراحةً على الحصانة المطلقة للدول الأجنبية.³ فطالما لم يكن ثمة عائق قانونى أمام المحكمة العليا للحد من الحصانة السيادية، فلا مانع من مقاضاة الدولة الأجنبية أمام المحاكم الوطنية الأرجنتينية عن تصرفاتها المتعلقة بأنشطتها الخاصة المفترقة للطابع السيادى.⁴

وفى معرض عدولها عن رأيها السابق وتقريرها لاتجاهها الجديد وتدعيم منطقيته، استشهدت المحكمة العليا الأرجنتينية بقضاء نظيرتها الأمريكية الذى صدر عنها فى إحدى الدعاوى التى نظرتها عام 1992، حيث قضت، بموجب قانون الحصانات السيادية الأجنبية لعام 1976، بإخضاع جمهورية الأرجنتين للاختصاص المحلى للمحاكم الأمريكية، وذلك لتقصيرها فى سداد سندات دين يتعلق بنشاط تجارى كان له تأثيرًا مباشرًا فى الولايات المتحدة الأمريكية.⁵ وقد أسست المحكمة قضاءها على سند من أن إصدار السندات وإعادة جدولة تواريخ الاستحقاق كان فى الأصل نشاطًا تجاريًا.⁶ بناء على ذلك، تضحى دولة الأرجنتين، بحسب رأى المحكمة العليا الأمريكية، قد تصرفت كشخص خاص داخل السوق الأمريكى.⁷ فضلًا عن ذلك، تدعيمًا لمنطقية ما انتهت إليه المحكمة العليا الأرجنتينية فى قضائها السالف الإشارة إليه، استعانت تلك الأخيرة بقضاء المحكمة الدستورية الألمانية فى إحدى الدعاوى التى نظرتها عام 1963، حيث قضت تلك الأخيرة أن قواعد القانون الدولى بشأن الحصانة السيادية للدول لا تُعد جزءًا من القانون الفيدرالى الألمانى الواجب الاستناد إليه أمام المحكمة طالما كان نشاط الدولة الأجنبية المدعى عليها تجاريًا بحثًا خاضعًا لقواعد القانون الخاص.⁸

ثمة نقطة أخيرة جديرة بالملاحظة، فرضتها اعتقاد المحكمة العليا الأرجنتينية فى أهمية القانون الأجنبى المقارن فى تحسين جودة أحكامها وتدعيم منطقيتها، حيث

¹ انظر الحكم السابق.

² انظر الحكم السابق.

³ انظر الحكم السابق.

⁴ انظر الحكم السابق.

⁵ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية

Republic of Argentina v. Weltover, Inc., 504 U.S. 607 (1992).

⁶ انظر الحكم السابق.

⁷ انظر الحكم السابق.

⁸ انظر قضاء المحكمة الدستورية الألمانية فى قضية

BVerfGE 16, 2 BvM 1/62 (30 April 1963).

ارتأت المحكمة في عام 1992 إنشاء ما يُسمى بقسم أبحاث القانون المقارن الداخلية، وذلك بغية تقديم خدمات بحثية بشأن أحكام المحاكم الأجنبية وكتابات الفقه المقارن والتشريعات الأجنبية إلى المحكمة العليا.¹ وقد تم إعادة تسمية هذا القسم عام 2009 باسم معهد الأبحاث والمراجع الأجنبية Instituto de Investigaciones y de Referencia Extranjera.² المتأمل لواقع حال معهد الأبحاث والمراجع الأجنبية بالمحكمة العليا الأرجنتينية يلحظ وبحق أن هذا الأخير كان شاهداً على مدى أهمية وملاءمة المعلومات والدراسات المتعلقة بالقانون والأحكام الأجنبية التي يقدمها للمحكمة.³ وتتجلى أهمية معهد الأبحاث والمراجع الأجنبية في أن المهمة الأساسية التي عُهد بها إليه ليس فحسب تقديم جملة من الإشارات المرجعية للمحكمة العليا بشأن القوانين والأحكام القضائية والكتابات الفقهية الأجنبية، بل تتعدى مهمته ذلك لتشمل التدقيق في القوانين والأحكام القضائية والكتابات الفقهية الأجنبية وقياس ما ورد بها من معايير ومبادئ على المسائل القانونية والدستورية المنظورة أمام المحكمة.⁴ بعبارة أكثر وضوحاً، يمكن القول أن معهد الأبحاث والمراجع الأجنبية قد أضحى بمثابة الهيئة الفنية المعاونة للمحكمة العليا الأرجنتينية فيما يتعلق بتقديم الدعم الفني بشأن كيفية تعاطي الأنظمة القانونية الأجنبية مع المسألة القانونية أو الدستورية المنظورة أمام المحكمة، وذلك بغية تبصير المحكمة بما استحدثت من تفسيرات ومبادئ ومعايير قانونية ودستورية يمكن تبنيتها وتدعيم منطقيتها قضاء المحكمة من خلالها.

المطلب الثاني

¹ لمزيد من المعلومات حول قسم أبحاث القانون المقارن، انظر في ذلك باللغة الإنجليزية Francesca Polacchini, Foreign Law and Foreign Case Law before Latin American Constitutional and Supreme Courts, in GIUSEPPE FRANCO FERRARI (EDS), JUDICIAL COSMOPOLITANISM: THE USE OF FOREIGN LAW IN CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL SYSTEMS 827-850 (2019). انظر كذلك بعض الأعداد الصادرة عن قسم أبحاث القانون المقارن بالمحكمة العليا الأرجنتينية على الموقع الإلكتروني

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=19442>

² انظر في ذلك باللغة الإنجليزية Alba Ruibal, Innovative Judicial Procedures and Redefinition of the Institutional Role of the Argentine Supreme Court, 47 LATIN AM. RES. REV. 22-40 (2012).

³ انظر المرجع السابق.

⁴ انظر المرجع السابق.

استخدام القانون الأجنبي في سياق النزاع المنظور

على الجانب الآخر يمكن إيجاز أنماط استخدام القانون الأجنبي في سياق النزاع المنظور في نمطين أساسيين: أولهما استخدام القانون الأجنبي للتدعيم صحة فرضية تتعلق بمسائل الواقع. والآخر استخدام القانون الأجنبي لتطبيقه مباشرةً على النزاع المطروح.

أولاً: استخدام القانون الأجنبي للتدعيم صحة فرضية تتعلق بمسائل الواقع

لئن كانت الأنماط السابقة لاستخدام القوانين والأحكام القضائية الأجنبية في سياق الأحكام الصادرة عن المحاكم العليا والدستورية الوطنية تتفق فيما بينها على أن ذلك الاستخدام مرده الاستشهاد بالقوانين والأحكام الأجنبية فيما يتعلق بمسائل القانون المُشتمل عليها النزاع المنظور أمام المحاكم الوطنية، سواء لبيان مواطن الاتفاق والافتراق بين التفسيرات والمعايير والمبادئ القانونية الوطنية ونظيرتها الدستورية أو حتى لتدعيم منطقية النتائج المتوصل إليها من قبل المحاكم الوطنية، فثمة نمط آخر من أنماط استخدام القوانين والأحكام القضائية الأجنبية يفترض عن سابقه، لا سيما كونه متعلقاً في المقام الأول بمسائل الواقع وليس مسائل القانون. وفق هذا التصوير، قد تلجأ بعض المحاكم الوطنية، لا سيما العليا منها والدستورية، للاستشهاد بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية لتأكيد صحة ما ثبت لديها من مسائل واقعية تتعلق، على سبيل المثال، بممارسات تاريخية أو بفرضيات تتعلق بطبيعة مجتمع أو بيئة معينة أو حتى بالاختلافات بين البشر والأجناس المختلفة.¹

وتجلية لهذا النمط من استخدام القوانين والأحكام القضائية الأجنبية، يسوق الباحث من قضاء المحكمة العليا الأمريكية حكمها في إحدى الدعاوى التي نظرتها في سنوات عملها الأولى. ففي عام 1905، نظرت المحكمة العليا الأمريكية دعوى تعلقت وقائعها بالنعي بعدم دستورية أحد القوانين الصادرة عن برلمان ولاية نيويورك بشأن تنظيم عمل المخازن بالولاية، حيث تضمن هذا الأخير النص على حظر أصحاب المخازن من تشغيل الخبازين لأكثر من 60 ساعة في الأسبوع أو 10 ساعات في اليوم. وقد نعى أحد أصحاب المخازن على هذا القانون عدم دستوريته كونه قد صدر متعارضاً مع مبدأ حرية التعاقد المنصوص عليه في التعديل الدستوري الرابع عشر من الدستور الفيدرالي الأمريكي.² وقد قضت المحكمة بعدم دستورية القانون على سند من أن الحق العام للأفراد في إبرام العقود فيما يتعلق بأعمالهم وأنشطتهم يُعد جزءاً من الحرية الشخصية المحمية بموجب التعديل الرابع

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Ganesh Sitaraman, *The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation*

مرجع سابق، ص. 666.

² انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

عشر للدستور الفيدرالي، فلا يجوز لأى ولاية أن تحرم الأفراد من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون إتباع الإجراءات القانونية الواجبة.¹ فضلاً عن ذلك، استطردت المحكمة قائلة إن قانون ولاية نيويورك الطعين ليس له ظهيراً من المنطق على سند من أن ساعات العمل الطويلة لم تقوض صحة العاملين بشكل كبير، فضلاً عن أن نشاط الخبز لا يُعد من الأنشطة الخطيرة بشكل خاص.²

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة، فى وصولها لذلك القضاء، قد استأنست بمجموعة من التشريعات والتقارير والدراسات الصادرة عن الولايات المتحدة الأمريكية وسبع دول أوروبية بشأن المعرفة العامة للبنية الجسدية للأفراد، لا سيما النساء، والوظائف العاملين بها.³ فقد ذكرت المحكمة أن الإحصاءات تشير إلى أن متوسط وقت العمل اليومي بين العمال فى أستراليا ثمانى ساعات، وفى بريطانيا تسعة، وفى الولايات المتحدة الأمريكية والدنمارك تسعة وثلاثة أرباع، وفى النرويج عشرة، وفى السويد وفرنسا وسويسرا عشرة ونصف، وفى ألمانيا عشرة وربع، وفى بلجيكا وإيطاليا والنمسا أحد عشر، وفى روسيا اثنتى عشرة ساعة. وقد أكدت المحكمة أن مسألة حساب عدد ساعات العمل للعمال كانت، لفترة طويلة، وما زالت، موضع اهتمام جاد بين الشعوب المتحضرة، ومن قبل أولئك الذين لديهم معرفة خاصة بقوانين الصحة.⁴ تأسيساً على ذلك، ارتأت المحكمة أن القانون الطعين من شأنه تقييد حرية الأفراد فى التعاقد مجافياً بذلك التعديل الدستوري الرابع عشر.

رأى الباحث

يحسب الباحث أن هذا النمط من أنماط استخدام القوانين والأحكام القضائية الأجنبية فى سياق الأحكام القضائية الوطنية إنما يكشف عن أهمية التفرقة بين مسائل القانون ومسائل الواقع التى قد يشتمل عليها الرأى القانونى للمحاكم الصادر فى شكل الحكم القضائى. ودون الخوض فى بيان تفصيلات هذه التفرقة، بشكل تنأى عنه طبيعة البحث، يكفى القول بأن مسائل القانون أمام القاضى تتمثل فى تساؤل يثيره النزاع المطروح بحيث ينبغى الإجابة عليه من خلال تطبيق المبادئ القانونية ذات الصلة بتفسير القانون. أما مسائل الواقع فهى تلك التى تثير تساؤلاً معيناً تكمن الإجابة عليه فى استقراء الحقائق الواقعية وتمحيص الأدلة المقدمة وكذلك الاستنتاجات الناشئة عنها. الواقع من الأمر أن الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية فى سياق الفصل فى مسائل القانون تضحى متصورة وأكثر ملاءمة فى الأنظمة القانونية التى تعترف بتلك الاستعانة.⁵ بيد أن بعض الممارسات القضائية قد أفصحت عن حقيقة

¹ انظر الحكم السابق.

² انظر الحكم السابق.

³ انظر الحكم السابق.

⁴ انظر الحكم السابق.

⁵ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

أن بعض المحاكم الدستورية والعليا قد تركزت إلى الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية لمجرد إثبات أو تأكيد مسألة من مسائل الواقع التي يمكن تحديدها من خلال مصادر تنتمي العلوم التطبيقية معينة أو التاريخية أو غير ذلك من المصادر.

وتجلية لذلك، فقد أشارت المحكمة العليا الأمريكية، في قضائها السالف الإشارة إليه، إلى أن بعض الدول مثل ألمانيا وبريطانيا وفرنسا ودول أوروبية أخرى لديها قوانين تحدد الحد الأقصى لساعات العمل. كما أشارت المحكمة إلى أن بعض الدراسات الأمريكية والأوروبية قد ركزت على القوة الجسمانية للأفراد العاملين سواء من الرجال أو النساء، وكذا المخاطر المحتملة من الأنشطة ذات العمالة البشرية المرتفعة، وذلك كله كوسيلة يمكن الاستعانة بها عند تحديد الحدود القصوى لساعات العمل. بيد أن المحكمة قد ذكرت صراحة أن كل هذه المعلومات الواردة في قضائها إنما هي من قبيل المعلومات والمصادر غير الملزمة للمحكمة والتي ليس من شأنها المساعدة في حل المسألة الدستورية المعروضة على المحكمة، بل ذهبت المحكمة أبعد من ذلك للتقرير بأن تلك المعلومات والدراسات إنما تهدف إلى تكوين قدر من المعرفة العامة حول ساعات العمل وحدودها القصوى من خلال الاستئناس ببعض من مسائل الواقع.

ثمة نقطة أخيرة نود الإشارة إليها تتمثل في أن استخدام المحاكم الوطنية للقوانين والأحكام القضائية الأجنبية فيما يتعلق بالاستشهادات المنتمية لمسائل الواقع ليس من شأنه إثارة الكثير من الجدل أو الاعتراضات كما هو الشأن في الاستشهادات بمسائل القانون التي من شأنها تكوين قناعة المحكمة بشأن المسألة القانونية المنظورة أمامها. فاستشهاد المحاكم الوطنية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية بشأن مسائل الواقع ليس من شأنه الإساءة إلى القيم الديمقراطية أو السيادية، على سند من هذا الاستشهاد لا يعدو أن يكون مجرد استشهاداً لإثبات حقيقة واقعية من دولة أجنبية، وليس لتقديم تبريراً مقنعاً أو موثقاً من شأنه أن يُعين المحكمة الوطنية على تكوين قناعة معينة أو توجيهها لاتخاذ قراراً معيناً.

ثانياً: استخدام القانون الأجنبي لتطبيقه مباشرة على النزاع المطروح

لئن كانت الأنماط السابقة من استخدام القوانين والأحكام الأجنبية من قبل المحاكم العليا والدستورية الوطنية، باستثناء النمط الأخير الخاص بإثبات مسألة من مسائل الواقع، تكشف عن أن تلك الأخيرة إنما تنتظر إلى القوانين والأحكام القضائية الأجنبية كوسيلة أو مصدر من شأنه أن يُعينها على الفصل في المسألة القانونية أو الدستورية المنظورة أمامها. بيد أن ثمة نمطاً آخر لاستخدام المحاكم الوطنية للقوانين

Rosalind Dixon, A Democratic Theory of Constitutional Comparison, 56 AM. J. COMP. L. 947 (2008).

Eric A. Posner & Cass R. Sunstein, The Law of Other States, 59 STAN. L. REV. 131, 169-71 (2006).

والأحكام القضائية الأجنبية يفترق جوهرياً عن الأنماط السالف الإشارة إليها يتمثل في الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية بغية تطبيقها تطبيقاً مباشراً في سياق الأحكام القضائية الوطنية.¹ الواقع من الأمر أن التطبيق المباشر للقوانين والسوابق القضائية الأجنبية يبرز بكشل كبير في قضاء المحاكم العليا والدستورية المنتمية إلى النظام القانوني الأنجلوسكسوني، لا سيما المحاكم المنتمية لدول الكومنولث البريطاني، مثل جنوب أفريقيا ونيوزيلندا.²

على سبيل المثال، كانت المحكمة العليا الأمريكية قد نظرت إحدى الدعاوى التي تعلقت بمدى دستورية إصدار وتداول عملة ورقية من النقود الأمريكية التي ليس لها غطاء من ذهب أو فضة، والتي اقتصر استخدامها في وقت الحرب الأهلية الأمريكية، في غير أوقات الحرب. وقد تلخصت وقائع الدعوى في أن المدعى قد باع وسلم 100 بالة من القطن إلى المدعى عليه مقابل 5,122.90 دولاراً أمريكياً. وقدم المدعى عليه مبلغ بقيمة 5.100 دولار في صورة سندات قانونية بالعملة النقدية التي كانت مستخدمة وقت الحرب الأهلية، والباقي بعملة معدنية، بيد أن المدعى لم يقبل تلك الأوراق النقدية. وقد قضت المحكمة أن سلطة إصدار تلك الأوراق النقدية ومكنة تداولها كانت بالأصل ناتجة عن سلطة اقتراض الأموال وإصدار سندات من الحكومة مقابل الأموال المقترضة، وهي سلطة ارتبطت عالمياً بمفهوم السيادة في كل من أوروبا وأمريكا وقت صياغة الدستور الفيدرالي الأمريكي واعتماده.³ وقد استشهدت المحكمة العليا الأمريكية، في معرض قضائها، بإحدى الدعاوى التي نظرتها إحدى المحاكم البريطانية والتي استصدر فيها إمبراطور النمسا، بصفته ملك المجر، أمراً قضائياً ضد إصدار سندات يُزعم أنها عملة مجرية.⁴

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Ganesh Sitaraman, *The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation*

مرجع سابق، ص. 672.

² انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Peter Roudik, *Comparative Summary*, in *The Impact of Foreign Law in Domestic Judgments*, THE LAW LIBRARY OF CONGRESS, GLOBAL LEGAL RESEARCH CENTER (March 2010), at p. 2.

³ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Juilliard v. Greenman, 110 U.S. 421 (1884).

⁴ انظر الحكم السابق.

وجدير بالذكر أن المحكمة العليا الأمريكية في إحدى الدعاوى التي نظرتها قد نفت اختصاصها على منازعة تتعلق بأحد العقود التي تم إبرامها أثناء الحرب الأهلية الأمريكية كون أن الدعوى كانت تستند إلى المبادئ القانونية العامة وحدها ودون أن تكون مؤسسة على أى نص قانوني

على الجانب الآخر، استطراد التأمل في قضاء المحكمة العليا الكندية يكشف وبحق أن لتلك الأخيرة باعًا كبيرًا في التأثير بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية في سياق أحكامها الوطنية. لعل ذلك مرده تبنى دولة كندا لميثاق الحقوق والحريات الصادر في 1982، والذي يُمثل الدستور الكندي. فقد كان تبنى هذا الميثاق بميثاق نقطة التحول في قضاء المحكمة العليا الكندية. فتحت وطأة الحاجة لتفسير الحقوق والحريات الواردة في الميثاق، لجأت المحكمة العليا الكندية إلى الاستعانة بما ثبت في قضاء المحاكم البريطانية والمحكمة العليا الأمريكية من تفسيرات بشأن مفهوم ونطاق الحقوق والحريات الأساسية والقيود الواردة عليها، لا سيما وأن المشرع الدستوري الكندي، في صياغته لنصوص ميثاق الحقوق والحريات، قد تأثر تأثيرًا كبيرًا بوثيقة الحقوق الواردة التعديلات العشرة الأولى في الدستور الفيدرالي الأمريكي. علاوة عن ذلك، فقد أضاف الفقه للحجة السابقة حجة أخرى من شأنها تبرير تأثير المحكمة العليا الكندية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. فقد ارتأى البعض أن الثقافة المختلطة لدولة كندا قد مهدت الطريق نحو تقبل المواطنين لنظام قانوني منفتح ومتعدد الثقافات،¹ وهو الأمر الذي كان من شأنه جعل المحاكم الكندية أكثر عرضة للانخراط فيما اصطلح على تسميته في فقه القانون الدستوري المقارن بالحوار الديمقراطي بينها وبين المحاكم الأجنبية، وذلك بدلاً من قصر دورها على كونها مجرد آلية لتنفيذ النصوص المتعلقة بالنظام الدستوري الداخلي.² تأسيسًا على ذلك، أُلقت شمولية وعالمية النظام القانوني الكندي بضلاله على المجتمع القانوني، لا سيما القضائي، بحيث أضحى استعانة المحكمة العليا الكندية بالأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية وتبنى المعايير والمبادئ الواردة في تلك الأخيرة، وكذا

فيدرالي. بيد أن أحد الآراء المعارضة لرأى الأغلبية قد ورد فيه أن ادعاء فسخ العقد على أساس وجود الحرب إنما هو ادعاء يجد مبرره وأساسه القانوني في القوانين الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية التي تحظر التجارة والعلاقات مع العدو وترتكز على السلطات الدستورية لإعلان الحرب وتنفيذها. فالقوانين التي يجب على مواطني الولايات المتحدة الأمريكية الامتثال إليها بشأن العلاقات مع الدول الأجنبية في حالة الحرب هي القوانين الوطنية للولايات المتحدة الأمريكية. تلك القوانين، بحسب ظن الرأي المعارض، تمثل القانون الدولي غير المكتوب، طالما لم يتم النص على غير ذلك صراحةً. فقوانين الحرب تنطبق مباشرة على الولايات المتحدة باعتبارها قواعد تنتمي للقانون الدولي، ما لم يتم النص على حكم مخالف. بناء على ذلك، يضحى الاستشهاد بقواعد القانون الدولي وتجارب الأمم الأجنبية، بحسب الرأي المعارض، سائغًا للفصل في الدعوى. انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

New York Life Insurance Co. v. Hendren, 92 U.S. 286 (1876).

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

BASIL MARKESINIS AND JORG FEDTKE (EDS.), JUDICIAL RECOURSE TO FOREIGN LAW: A NEW SOURCE OF INSPIRATION? 83 (2006).

² راجع المرجع السابق، ص. 83.

انخراطها في حوارات وجدالات قضائية مع المحاكم الأجنبية ليس من شأنها تهديد الطابع الوطني للمسائل الدستورية أو إفقار الثقافة القانونية الوطنية،¹ بل على النقيض من ذلك، فتلك الاستعانة قد أمست مصدر إلهام مستمر من شأنه تعزيز الشرعية القضائية.²

وتجلية لذلك يسوق الباحث من قضاء المحكمة العليا الكندية حكمها في إحدى الدعاوى التي كانت بمثابة حجر الزاوية في تفسير الحق في حرية الرأي والتعبير الوارد في ميثاق الحقوق والحريات الكندي وتحديد نطاقه. ففي أحد النزاعات العمالية، قضت المحكمة العليا الكندية بعدم دستورية النص الوارد في قانون العمل الخاص بإحدى المقاطعات الكندية، والذي يحظر على العمال المضربين توزيع منشورات خارج منطقة الإضراب الأساسية الخاصة بهم. فقد تلخصت وقائع النزاع في أن عمال أحد المتاجر الكندية الشهيرة قرروا الإضراب عن العمل المتبوع بوقفة احتجاجية أمام فرع المتجر العاملين به. بيد أن العمال المحتجين قد كلفوا البعض منهم بالاحتجاج أمام أحد الفروع الأخرى للمتجر مع رفع لافتات تعبر عن مطالبهم وتوزيع نشرات على الجمهور أمام الفرع. بيد أن السلطات المحلية أقدمت على فض الوقفة الاحتجاجية الحادثة أمام الفرع الثاني للمتجر وقدمت العمال للمحاكمة، وذلك استناداً إلى قانون العمل في المقاطعة الذي يحظر الاحتجاج وتوزيع المنشورات خارج منطقة الاحتجاج الأساسية. وفي معرض نظرها للنزاع، قضت المحكمة العليا الكندية بأن حرية التعبير المنصوص عليها في ميثاق الحقوق والحريات الكندي تمثل أسمى معان الحرية الشخصية، وهي بمثابة الأساس الذي يرتكز عليه أى مجتمع ديمقراطى متحضر وحجر الزاوية للمؤسسات الديمقراطية في الدولة وضمن حسن عملها.³ وقد استطردت المحكمة قائلة إن التوزيع السلمى للمنشورات التي تحدد بدقة

¹ انظر المرجع السابق، ص. 84.

² انظر المرجع السابق، ص. 84.

وفي ذلك يقول أحد الشراح أن المحاكم الكندية قد "أظهرت انفتاحاً كبيراً في تبني مبادئ جديدة من مصادر أجنبية. وطالما كان الدافع وراء ذلك نظرة المجتمع الكندي لنفسه على أساس كونه مجتمعاً متسامحاً ومنفتحاً على المبادئ والمعايير القانونية الأجنبية، وهو الأمر الذي ترتب عليه أن المؤسسات القانونية الكندية قد تتبنت هذه النظرة المتسامحة أيضاً. فتحت وطأة العولمة القانونية، غالباً ما يكون القانون الوطنى على اتصال مستمر مع القانون الأجنبى والقانون الدولى، فيضحى كون أمام المحاكم الوطنية خياران. أولهما يتمثل في التركيز على التجربة الوطنية فحسب. وثانيهما هو تقبل فكرة الأفكار القانونية والاستعانة بالخطاب القانونى غير الوطنى. ويبدو أن المحكمة العليا الكندية قد تبنت الخيار الأخير." انظر فى ذلك

Randy Ai, The Use of Foreign Jurisprudence by the Supreme Court, THE COURT, Dec. 2008.

<http://www.thecourt.ca/2008/12/02/714>

متاح عبر الرابط الإلكتروني:

³ انظر حكم المحكمة العليا الكندية فى قضية

موقف العمال المحتجين من صاحب العمل إنما هو جزء لا ينفصم عن فعل الاحتجاج المحمى بدوره بحرية التعبير المنصوص عليها فى البند الثانى من ميثاق الحقوق والحريات.¹ وفى ردها على الادعاء بأن العمال والنقابة التى تمثلهم ليس لها سوى سلطة تمثيلهم فى الفروع الأساسية للمتجر داخل مقاطعات محددة، بحيث لا تمتد تلك السلطة لتشمل تمثيل العمال فى الفروع الثانوية للمتجر الموجودة فى المقاطعات الكندية الأخرى، تقول المحكمة "إن فعل الاحتجاج وتوزيع المنشورات فى الفروع الثانوية للمتجر لم يكن من شأنه التأثير سلبيًا على عملية البيع والشراء فى تلك الفروع. ناهيك عن أن الاحتجاج وتوزيع المنشورات قد اتسم بالطابع السلمى بشكل لم يعيق وصول الجمهور إلى تلك الفروع. ولم يقدّم دليل أمام المحكمة عن أن فعل الاحتجاج وتوزيع المنشورات قد انطوى على تخويف لفظى أو جسدى."² تأسيسًا على ذلك، قنعت المحكمة بأن النص الوارد فى قانون العمل بشأن حظر الاحتجاج فى غير المنطقة الأساسية المشتغل بها العمال المحتجون يتجافى مع الحق فى حرية التعبير المنصوص عليها فى البند الثانى من ميثاق الحقوق والحريات الكندي.³

اللافت للنظر أن، فى تفسيرها للحق فى حرية التعبير، ذكرت المحكمة العليا الكندية أنها قد قامت بمراجعة السوابق القضائية الأجنبية التى ميزت بين الاحتجاج وتوزيع المنشورات، وقنعت بالسوابق التى اعتبرت أن القيود الواردة على حرية توزيع المنشورات والاحتجاج خارج مناطق معينة تُعد انتهاكًا للحق الدستورى فى حرية التعبير المكفول بمقتضى الميثاق الكندي للحقوق والحريات. وفى ذلك تقول المحكمة إن فقه القانون الدستورى الأمريكى يدعم التفرقة المفاهيمية بين الاعتصام التقليدى وتوزيع المنشورات على المستهلكين وذوى الشأن. بيد أنه يدرجهما ضمن حدود الحق فى حرية الرأى والتعبير المصونة بمقتضى الدستور الأمريكى الفيدرالى.⁴ فضلاً عن ذلك، ضَمَّنَت المحكمة العليا الكندية قضاءها الإشارة إلى بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية فى أعوام 1942 و 1979 و 1988، حيث ارتأت تلك الأخيرة أن سلوكيات مثل الاحتجاجات وتوزيع المنشورات إنما هى من قبيل السلوكيات وثيقة الصلة بالتواصل بين الأشخاص والتعبير عن الأفكار والآراء، ومن ثم تعتبر مصونة بمقتضى الحق الدستورى فى حرية الرأى والتعبير طالما خلت من مظاهر العنف أو أى مظاهر أخرى ليس لها سندًا من القانون.⁵

U.F.C.W., Local 1518, v. KMart Canada Ltd. [1999] 2 SCR 1083.

¹ انظر الحكم السابق.

² انظر الحكم السابق.

³ انظر الحكم السابق.

⁴ انظر الحكم السابق.

⁵ يُراجع فى ذلك حكم المحكمة العليا الأمريكية فى القضايا

Bakery Drivers Local 802 v. Wohl, 315 U.S. 769 (1942).

وبالرغم من أن المحكمة العليا الكندية، في استشهادها بتلك السوابق القضائية الأجنبية، ذكرت صراحةً ضرورة اتباعها بشكل أعمى دون تمحيص، إلا أنها ارتأت أن تلك السوابق وثيقة الصلة بالدعوى المنظورة أمامها ولم تجد حرجًا في تطبيقها تطبيقًا مباشرًا على تلك الأخيرة.

رأى الباحث

يحسب الباحث أن استطراد التأمل في نمط الاستعانة بالقوانين والسوابق القضائية الأجنبية لتطبيقها تطبيقًا مباشرًا في سياق قضاء المحاكم الدستورية والعليا الوطنية يُفصح عن حقيقة أن تلك الاستعانة وثيقة الصلة بنظريات التفسير الدستوري، على النحو السالف بيانه. فلئن كان الحكمين الصادرين من المحكمة العليا الأمريكية ونظيرتها الكندية يكشفان عن أن المحكمتين قد استشهدتا بالسوابق القضائية الصادرة عن بعض المحاكم الأجنبية بغية تطبيق المبادئ والمعايير الواردة فيها تطبيقًا مباشرًا، بيد أن القراءة المتأنية للحكمين تُفصح عن أن تطبيق المبادئ والمعايير الواردة في الأحكام الأجنبية تطبيقًا مباشرًا قد سبقه تبنى المحكمتين الوطنيتين الأمريكية والكندية للتفسير المُعطى من قبل المحاكم الأجنبية لبعض النصوص الدستورية والمعايير القانونية العالمية.

فالواقع من الأمر أن المحكمة العليا الأمريكية إذا ما ارتأت تطبيق القوانين والأحكام القضائية الأجنبية تطبيقًا مباشرًا في سياق أحكامها الوطنية، إنما تفعل ذلك متوخية تطبيق المبادئ والمعايير الدولية ذات الصلة بنطاق الأحكام الدستورية الوطنية التي من شأنها تحديد السلطات الدولية لحكومة الولايات المتحدة،¹ لا سيما المسائل المتعلقة بإعلان الحرب وعقد المعاهدات وإنفاذ قواعد القانون الدولي في الأقاليم الوطنية.² وفق هذا التصوير، يحسب الباحث أن المحكمة العليا الأمريكية في قضائها السابق الإشارة إليه، فيما يتعلق بسلطة الحكومة المركزية بإصدار عملات ورقية معينة، ارتبطت عملية إصدارها بأوقات الحروب، في غير وقت الحرب وطرحها

Governor of Arizona v. United Farm Workers National Union, 442 U.S. 289 (1979).

Edward J. DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building & Construction Trades Council, 485 U.S. 568 (1988).

¹ انظر في ذلك

Gerald L. Neuman, The Uses of International Law in Constitutional Interpretation

مرجع سابق، ص. 82-84.

² انظر في ذلك

Michael D. Ramsey, International Materials and Domestic Rights: Reflections on Atkins and Lawrence

مرجع سابق، ص. 71.

للتداول في البيع والشراء، قد استأعنت بالسوابق المستقرة في القضاء البريطاني بغية تفسير النصوص الدستورية الواردة في الدستور الفيدرالي الأمريكي بشأن سلطة الكونجرس الأمريكي فيما يتعلق بإعلان الحرب وسلطة الحكومة الفيدرالية في سك النقود وطبعتها.¹ وقد ارتأت المحكمة العليا الأمريكية تطبيق ما استقر عليه في قضاء المحاكم البريطانية كونه قد جاء متناسبًا مع المبادئ والمعايير الدولية المتعلقة بإعلان الحرب وكذلك بهامش التقدير الممنوح للحكومات الوطنية بشأن طباعة النقود وإصدارها، وهو الأمر الذي من شأنه ضمان اتساق النصوص الدستورية الوطنية مع تلك المبادئ والمعايير الدولية.

فضلاً عن ذلك، لئن كانت استعانة المحاكم الوطنية، لا سيما الدستورية والعليا منها، بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية قد يجد سندًا له في محاولة المحاكم الوطنية إصدار أحكامها بما يتوافق مع مبادئ الديمقراطية الحديثة وما استقر في المجتمعات المتحضرة من معايير قانونية، على النحو السالف الإشارة إليه، فكثيرًا ما تجد بعض المحاكم الوطنية في هذا الأمر ذريعة لتبرير تطبيقها للقوانين والأحكام القضائية الأجنبية تطبيقًا مباشرًا فيما يصدر عنها من أحكام.² وليس أدل على ذلك من قضاء المحكمة العليا الأمريكية فيما يتعلق بعدم دستورية عقوبة الإعدام للأحداث الأقل من ثمانية عشر عامًا. فكما أسلفنا، ذكرت المحكمة في قضائها أن القوانين والممارسات القضائية الخاصة بالدول الأخرى تصلح كموجه عام للمحكمة عند إصدارها لأحكامها، فتأثير القوانين والأحكام القضائية الأجنبية يتجلى في تدبر معايير التحضر والآراء التي أفرزها الفقه في الدول الأخرى.³ علاوة على ذلك، استطرد التأمل في قضاء المحكمة يُفصح عن أن تلك الأخيرة حين أقدمت على تطبيق المبادئ والمعايير المستقرة في قوانين وقضاء بعض الدول الأجنبية، قد استعانت بتلك القوانين والأحكام الأجنبية لتلمس الطريق نحو التعديل الدستوري الثامن، المتعلق بعدم جواز تطبيق عقوبات وحشية ولا إنسانية، تفسيرًا عادلًا يتفق مع

¹ انظر في ذلك

Roger P. Alford, *Misusing International Sources to Interpret the Constitution*

مرجع سابق، ص. 58، هامش رقم 10.

² انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Eugene Volokh, *Necessary to the Security of a Free State*, 83 NOTRE DAME L. REV. 1, 1-6 (2007).

حيث يذكر المؤلف في تعليقه على قضاء المحكمة العليا الأمريكية بشأن عدم دستورية توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث إن المحكمة قد اعتبرت الفهم العالمي والدولي لمصطلح (العقوبة الوحشية) يُعد جزءًا لا يتجزأ من تفسير التعديل الدستوري الثامن.

³ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815, 830 & nn.31, 34 (1988).

المعايير والمبادئ العالمية، وذلك لتنتهي إلى تطبيق نفس الممارسات التي استقرت في قضاء بعض الدول الأجنبية من عدم تطبيق عقوبة الإعدام على الأحداث.¹ لأن كانت مقتضيات التفسير الدستوري وضمان توافق قضاء المحاكم الوطنية مع مبادئ الديمقراطية ومعايير وقيم المجتمعات الوطنية واتساقها مع المفاهيم القانونية العالمية قد صلّحت عند بعض المحاكم الدستورية والعليا لتبرير استعانتها بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية وتطبيق ما ثبت فيها من مبادئ ومعايير تطبيقاً مباشراً في سياق أحكامها الوطنية، بيد أن الباحث يحسب عدم المغالاة بالقول إن ثمة عوامل أخرى كان من شأنها حث المحاكم الوطنية على التبنى الصريح للمعايير والمبادئ الواردة في القوانين والأحكام القضائية الأجنبية وتطبيقها تطبيقاً مباشراً، لعل أهمها وثيقة الصلة بين الدستور الوطني لدولة ما والدستور الوطني لدولة أخرى. بعبارة أكثر وضوحاً، حين يثبت تاريخياً أن دولة ما قد تأثرت في صياغة دستورها الوطني بدستور دولة أخرى، يضحى من المتصور أن تتأثر المحاكم الوطنية للدولة الأولى بما استقر في محاكم الدولة الثانية من تفسيرات ومبادئ ومعايير دستورية.² على سبيل المثال، على غرار الموثيق الدستورية البريطانية، اعترف ميثاق الحقوق والحريات الكندي بحقوق السكان الأصليين، وهو الأمر الذي تطلب ضرورة استيعاب المحكمة العليا الكندية المفاهيم الدستورية الأمريكية والبريطانية والتفسيرات الصادرة عن المحاكم الأمريكية والبريطانية لتحديد نطاق ومحتوى تلك الحقوق.³ بناء على ذلك، حين يستعين قضاة المحكمة العليا الكندية بالأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية بشأن مسائل حقوق السكان الأصليين، فإن تلك الاستعانة تجد مبررها في العلاقة الوثيقة بين ميثاق الحقوق والحريات الكندي والدستور الفيدرالي الأمريكي كون أن الأول قد استهدى بالثاني في صياغة النصوص التي كفلت حقوق السكان الأصليين.⁴ فضلاً عن ذلك، فالمتمأمل في قضاء المحكمة العليا الكندية، السابق الإشارة إليه، فيما يتعلق بالحق في الاحتجاج وتوزيع المنشورات كأحد مظاهر حرية الرأي والتعبير، يلحظ وبحق أن المحكمة قد تأثرت بالتفسير المُعطى من قبل نظيرتها الأمريكية بشأن نطاق الحق في حرية الرأي والتعبير والقيود الواردة عليه.

¹ انظر الحكم السابق.

² انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Louis Henkin, A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects, 14 CARDOZO L. REV. 533 (1993).

³ انظر المرجع السابق، ص. 533.

⁴ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Sujit Choudhry, Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation

مرجع سابق، ص. 838.

الفصل الثانى

القانون الأجنبى فى قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية

تمهيد

من نافلة القول أن أول ما يلاحظ من خصائص وسمات المحاكم الدستورية يتمثل فى أنها بالأساس تُعد هيئات للتداعى القضائى، مثلها فى ذلك مثل سائر المحاكم الأخرى فى البنين القضائى لأى دولة. بيد أن اللافت للنظر أن المحاكم الدستورية فى معظم الأنظمة القانونية غالباً ما يتم النظر إليها على أساس كونها هيئات تستهدف إصدار أحكاماً نهائية فى الدعاوى التى يكون فيها معانى النصوص الدستورية موضع خلاف. تأسيساً على ذلك، تضحى المحاكم الدستورية واردة على غير محل فى حالات الفراغ الدستورى، لا سيما فى ظل غياب الدستور أو إذا ما تم تعليق هذا الأخير أو إذا بدا أن النظام السياسى برمته يتجاهل الشرعية الدستورية. فضلاً عن ذلك، لئن كانت الوظيفة الأساسية للمحاكم الدستورية تتمثل فى ممارسة الاختصاص الدستورى فيما يتعلق بإعمال مقتضيات الرقابة القضائية على دستورية القوانين، كأحد أهم آليات احترام الشرعية الدستورية وسيادة القانون، فثمة سمة أخرى للمحاكم الدستورية، فرضتها مقتضيات تلك الوظيفة، تتمثل فى أن تلك المحاكم غالباً ما تُعتبر رمزاً للدولة، ترتقى فوق الاعتبارات والمشاحنات السياسية باعتبارها الحصن المتين والملاذ الأخير لتطبيق مبدأ علو الدستور وسيادة القانون ولحماية حقوق وحرىات الأفراد. بيد أن ذلك ليس من شأنه أم يجحد حقيقة أن المحاكم الدستورية أحياناً ما تجد نفسها مضطرة للانغماس فى العلائق السياسية، بحيث يضحى لها دوراً فاعلاً فيها. فلا حاجة فى أن اختصاصات المحاكم الدستورية، لا سيما تلك المتعلقة برقابة الدستورية، تعتبر وثيقة الصلة بالمسائل السياسية فى الدولة، خاصة فى ظل الآثار التى تترتب على الحكم الصادر بعدم دستورية النص التشريعى الطعين، وما يستتبعه ذلك من زوال ما لهذا الأخير من قوة نفاذ قانونى وامتناع كافة المحاكم عن تطبيقه.

المبحث الأول

مدى إمكانية استعانة المحكمة الدستورية العليا بالقانون الأجنبى

تمهيد

كثيراً ما يُحتج بأن المحاكم الدستورية أو العليا فى نظرها للدعاوى الدستورية، سواء انتهت إلى القضاء بعدم دستورية النص الطعين أو برفض الدعوى ومن ثم التقرير بدستورية هذا الأخير، إنما تراعى، بخلاف الجوانب الدستورية والقانونية، بعض من الملاءمات السياسية، الأمر الذى من شأنه أن ينفى عن أحكامها صفة الحكم القضائى. والواقع من الأمر أن هذا الرأى لا يجد له سنداً من المنطق يؤيده فإن هذا الرأى لا يجد له أساساً منطقياً، ذلك لأن القاضى الدستورى، مثله فى ذلك مثل سائر القضاة، إنما هو حصيلة ظروف مجتمعية وسياسية من الصعب أن ينفصل عنها حتى بعد توليه منصة القضاء. وبالمثل فإن أى عمل تشريعى هو فى الأساس من

طبيعة سياسية، حيث تمت صياغته وإقراره بمراعاة الكثير من الملامح السياسية بغية مواجهة ظروف اجتماعية معينة. وقد أضفى القضاء الدستوري المصري صفة العمل القضائي على أحكامه وذلك من خلال التحقق من طبيعة الجهة المُصدرة له. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا أن "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين يفترض أن يكون اختصاص هذه الجهة محددًا بقانون، وأن يغلب على تشكيلها العنصر القضائي، الذي يلزم أن تتوفر في أعضائه ضمانات الكفاية والحيدة والاستقلال، وأن تكون لها ولاية الفصل في خصومة بقرارات حاسمة، ودون إخلال بالضمانات القضائية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها، والتي تقوم في جوهرها على إتاحة الفرص المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها وتمحيص إدعاءاتهم على ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفًا، ليكون القرار الصادر في النزاع مؤكدًا للحقيقة القانونية مبلورًا لمضمونها في مجال الحقوق المدعى بها أو المتنازع عليها".¹

ويحسب الباحث أن المحكمة الدستورية العليا المصرية ليست باستثناء عما سبق قوله من حيث كونها جهة قضائية مستقلة تمثل مركزية القضاء الدستوري في مصر كونها المحكمة الوحيدة المنوط بها ممارسة الاختصاص الدستوري – أي الفصل في مدى دستورية القوانين واللوائح – على سبيل الحكر، بحيث يضحى محظورًا على سائر المحاكم الأخرى مشاركة المحكمة الدستورية في ممارسة ذلك الاختصاص. فضلاً عن ذلك، فلئن كانت اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، بمقتضى الدستور وقانون إنشائها، يُعهد إليها عدة اختصاصات؛² أولهما: الرقابة على

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 10 لسنة 26 ق. – جلسة (9 أبريل 2006). كذلك راجع حكمها في القضية رقم 129 لسنة 22 ق. – جلسة (12 يناير 2003). انظر كذلك قضاء المحكمة أن الهيئة الهيئة التي "يغلب على تشكيلها العنصر الإداري ولم يتضمن القانون إلزامها بإتباع الإجراءات القضائية التي تتحقق بها ضمانات التقاضي أمامها عند نظر المعارضات التي تعرض عليها، ومن ثم فإن هذه اللجنة لا تعدو أن تكون مجرد لجنة إدارية، وتعتبر قراراتها قرارات إدارية وليست قرارات قضائية، ولا يغير من ذلك ما قد يُثار من أن تشكيل هذه اللجنة برئاسة أحد القضاة يضيف على أعمالها الصفة القضائية، ذلك أن مشاركة أحد رجال القضاء في تلك اللجان التي يغلب على تشكيلها العنصر الإداري- لا يخلع بذاته عليها الصفة القضائية طالما أنها لا تتبع في مباشرة عملها إجراءات لها سمات إجراءات التقاضي و ضماناته على نحو ما تقدم." المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 18 لسنة 5 ق. – جلسة (6 يونيو 1987).

² تنص المادة 192 من الدستور المصري الحالي لسنة 2014 على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أي جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي،

دستورية القوانين واللوائح، وثانيهما: الفصل في دعاوى تنازع الاختصاص القضائي بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وثالثهما: الفصل بين الأحكام النهائية المتناقضة، وأخيراً: التفسير التشريعي، فتلك الاختصاصات تتداخل فيها جملة من الاعتبارات القانونية والسياسية على السواء. وعليه، فلا تثير على المحكمة الدستورية العليا، في أعمالها لمقتضيات اختصاصاتها وإصدار أحكامها، أن تراعى بعض الاعتبارات والملاءمات السياسية، دون أن يقدر ذلك في ثبوت صفة العمل القضائي للأحكام الصادرة عنها، أو يتخذ منه وليجة للطعن في استقلال المحكمة أو بوصفها كونها مسببة.

ولئن كان من المعلوم، بدايةً، أن اختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح وكذا التفسير التشريعي يعتبر وثيق الصلة بنظريات التفسير الدستوري، على النحو السابق بيانه. فضلاً عن ذلك، فالمحكمة الدستورية العليا ليست باستثناء عن سائر المحاكم الدستورية والعليا، السالف الإشارة لهم، فيما يتعلق بحاجتها لوسائل وآليات مساعدة من شأنها أن تعينها على أداء اختصاصاتها، لا سيما ما تعلق منها بالرقابة على دستورية القوانين. ولعل الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، كما سبق الذكر، أحد أهم تلك الوسائل والآليات المساعدة. تأسيساً على ذلك، فثمة تساؤل جدير بالطرح: هل ثمة مانع من تشريع أو عرف قضائي من شأنه أن يحظر على المحكمة الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية؟

المطلب الأول

تفاوت الاستعانة بالقانون الأجنبي تبعاً لمقتضيات الأنظمة القانونية المختلفة

أما عن التساؤل السابق فالإجابة عليه تقتضى التسليم بأن لكل نظام قانوني سمات تعكس طبيعته الذاتية، وتكشف عن معالم تميزه عن غيره من الأنظمة القانونية

والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها." وكذلك نصت المادة 26 من قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 2014 على أن "تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي: أولاً: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. ثانياً: الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أما جهتين منها ولم تتخل إحداها عن نظرها أو تخلت كليهما عنه. ثالثاً: الفصل في النزاع يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها." وأخيراً نصت المادة 26 من نفس القانون على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثار خلافًا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها."

الأخرى. فكما يقول الشراح "لكل نظام قانونى مفرداته المعينة التى تتوافق مع المفاهيم والقيم السائدة فى المجتمع، وطرق معينة لتفسير النصوص الدستورية القانونية".¹ ولا يعزب عن البال أن النظام القانونى المصرى ينتمى إلى مدرسة القانون اللاتينى، التى تجد أساسها فى مجموعات القوانين الوضعية المكتوبة الصادرة عن المجالس التشريعية. وعليه، فى دول النظام القانونى اللاتينى، وإن كانت المحاكم تُعَوّل على السوابق القضائية للوصول إلى حل قانونى سليم ينطبق على الدعوى المنظورة أمامها، بيد أن تأثير تلك السوابق لا يُضاهى تأثيرها المتعارف عليه فى أنظمة القانون الأنجلوسكسونى، حيث يتوارى تأثيرها فى نظم القانون اللاتينى أمام القانون الوضعى المكتوب. من المفترض أن يمثل القانون ، ليس مجرد تشريع للسلطة التشريعية ، فذلك الأخير يتعدى حدود كونه مجرد عمل صادر عن السلطة التشريعية للدول، ليمثل الإجابة المنطقية لأى مسألة قانونية تعرض على المحاكم.

وفق هذا التصوير، كان من المتصور ألا يكون للقانون والسوابق القضائية الأجنبية ذات التأثير واسع المجال أمام محاكم دول النظم اللاتينية، على عكس الوضع المستقر فى محاكم النظم الأنجلوسكسونية. تأسيساً على ذلك، تغدو الممارسات القضائية المستقرة فى المحاكم الفرنسية منطقية ومتصورة، حيث تحجم تلك الأخيرة، كقاعدة عامة، عن الاستشهاد بالأحكام الصادرة عن محاكم الدول الأخرى أو حتى الإشارة إلى الكتابات الفقهية الوطنية والأجنبية على السواء. فالاستشهاد بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية وكذا الإشارة إلى الكتابات الفقهية، بحسبانهم ضمن الأسباب التى استندت إليها المحكمة للوصول إلى النتيجة أو الحل المزمع تطبيقه على النزاع، يصلح أن يكون أساساً قانونياً للطعن على الحكم الصادر.² فلا عجب أن الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية الفرنسية وعلى رأسها مجلس الدولة الفرنسى وكذا المحاكم العادية تعلوها محكمة النقض الفرنسية تمتاز بالإيجاز

¹ انظر فى ذلك باللغة الإنجليزية

James Gordley, Myths of the French Civil Code, 42 AM. J. COMP. L. 459 (1994).

² انظر فى ذلك باللغة الفرنسية

Raymond Legeais, L'utilisation du droit comparé par les tribunaux, REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ, 1994/46 (n° 2), pp. 347-358.

Didier Maus, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL, 2009/4 (n° 80), pp. 675 à 696.

انظر كذلك باللغة الإنجليزية

BASIL MARKESINIS AND JÖRG FEDTKE, JUDICIAL RECOURSE TO FOREIGN LAW: A NEW SOURCE OF INSPIRATION? 64-65 (2006).

والأسلوب والصيغة المحكمة المحددة دونما الاستشهاد بقوانين وأحكام قضائية أجنبية أو الإشارة إلى الكتابات الفقهية. وتجلية لذلك يقول أحد قضاة محكمة النقض الفرنسية السابقين "إن الأسلوب التقليدي المتبع في صياغة الأحكام القضائية الفرنسية وتسببها كان من شأنه منع محكمة النقض والسلطات القضائية الأخرى من ذكر سوابق قضائية أجنبية، أو الإشارة صراحةً إلى القوانين الأجنبية في متن الأحكام الصادرة عنها. فلا تستطيع المحاكم الفرنسية، من حيث المبدأ، الاستشهاد بالفقه الوطني أو الأجنبي في سياق أحكامها. فضلاً عن ذلك، فإن أحكام المحاكم العليا الفرنسية تصدر عن تلك الأخيرة في صورة أحكام موجزة ومختصرة مستندة إلى القياس والاستنتاج الصارم الذي يمنع من الإفصاح عن الدوافع الحقيقية للحكم سواء كانت سابقة قضائية أجنبية أو رأياً فقهياً".¹

ولئن كان الحظر المفروض على الاستشهاد بالقوانين والسوابق القضائية الأجنبية أو حتى بالكتابات الفقهية في الأحكام الوطنية الفرنسية يجد مصدره في الممارسات القضائية المستقرة في القضاء الفرنسي، على النحو السالف بيانه، فالحظر في دولة إيطاليا، إحدى الدول التي سايرت فرنسا في الأخذ بالنظام القانوني اللاتيني، يستند في الأساس على نص تشريعي. فقد ألزمت المادة 118 من قانون الإجراءات المدنية والأحكام الانتقالية الإيطالي، الصادر بمقتضى المرسوم الملكي رقم 1368 في 18 ديسمبر 1941، جميع المحاكم الإيطالية بمنع استخدام الإشارات والاقتراسات المرجعية في الأحكام القضائية، وذلك بأن نصت على وجوب "حذف الإشارات والاقتراسات في الأحكام القضائية". الواقع من الأمر أن القراءة المتأنية للمادة تُفصح بجلاء عن عمومية الحظر الوارد بها، بحيث يمكن القول أن تلك العمومية تنصب على أمرين أساسيين: أولهما عمومية الحظر فيما يتعلق بالجهات المخاطبة به. بعبارة أكثر وضوحاً، إزاء صراحة النص، لا يسعنا سوى التسليم بأن حظر استخدام الإشارات والاقتراسات المرجعية إنما هو حظر تشريعي يُخاطب به المشرع جميع المحاكم الإيطالية، بما في ذلك المحاكم العليا الثلاث – المحكمة الدستورية، مجلس الدولة، ومحكمة النقض. وثانيهما عمومية الحظر فيما يتعلق بالمحل الواقع عليه. فنص المادة 118 السابق الإشارة إليه قد جاءت صياغته عامة بشأن حظر الإشارات والاقتراسات المرجعية في سياق الأحكام القضائية الإيطالية، وهو الأمر الذي يمكن تأويله ليعنى أن الحظر يشمل الإشارات والاقتراسات المتعلقة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية والكتابات الفقهية على السواء.

على الرغم من ذلك، فالممارسات القضائية المتبعة في فرنسا وشكل وطريقة تسبب الأحكام القضائية لم يكن من شأنها منع المحاكم الفرنسية من الاستعانة بالقوانين

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

والأحكام القضائية الأجنبية. فعلى سبيل المثال، غالبًا ما تظهر الإشارات والاستشهادات بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية في التقارير المقدمة من مفوض الدولة بشأن إحدى الدعاوى المنظورة أمام مجلس الدولة الفرنسي. وتأكيدًا لذلك، يذكر روجر إرييرا Roger Errera، أحد قضاة مجلس الدولة الفرنسي السابقين، أن الآراء الصادرة عن مفوضي الدولة تكشف عن حقيقة أن ثمة اهتمامًا متزايدًا بالاستئناس بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية لا سيما في مجالات المسؤولية الإدارية، وتسليم المجرمين، والحريات المدنية.¹ فضلاً عن ذلك، فاستطرد التأمل

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Roger Errera, *The Use of Comparative Law Before the French Administrative Courts*, in GUY CANIVET ET AL., *COMPARATIVE LAW BEFORE THE COURTS* 156 (2004).

على سبيل المثال، في دعويين متعلقتين بالمسؤولية الطبية للمستشفيات الحكوميين، صاغ مفوض الدولة تقريره الفنى مستعينًا ببعض القوانين الأجنبية. وقد تلخصت وقائع الدعوى الأولى في أن أحد الأمهات كانت قد أخبرت الأطباء بأنها تفضل اجهاض جنينها على أن يولد بأحد العيوب الخلقية. بيد أن الأطباء قد ذكروا لها أن الجنين سوف يُولد خاليًا من أى عيب خلقى بعد إجراء عملية بزل للسوائل الزائدة فيه أثناء وجوده فى رحمها. وحين تمت عملية الولادة، وُلد الطفل مصابًا بمتلازمة داون. فأقامت الأم دعوى قضائية ضد المستشفى مطالبة تلك الأخيرة بالتعويض عن الضرر الذى لحق بها. وقد انتهى مجلس الدولة الفرنسى فى قضائه إلى ثبوت ركن الخطأ فى جانب المستشفى الحكومى، وذلك لعدم إخطار الأم بهامش المخاطرة الكبيرة قبل إجراء عملية بزل السائل، وهو الأمر الذى كان من شأنه عدولها عن اختيار حل الاجهاض. وقد ورد تقرير مفوض الدولة استشادات عدة بسوابق قضائية أمريكية وبريطانية تتعلق بالحق فى الحياة والاجهاض. انظر حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية

C.E., Section, du 14 février 1997, N° 133238, publié au recueil Lebon.

وفى الدعوى الثانية، قضى مجلس الدولة الفرنسى فى حكم صدر عن جمعيته العامة بعدم ثبوت ركن الخطأ فى جانب إدارة مستشفيات باريس بعد أن أجرت عملية نقل دم لأحد المرضى اليهوديين، على خلاف ما تجيزه عقيدته ودون الحصول على موافقته، وذلك نظرًا لخطورة حالته الصحية. ومن ثم تنتفى مسؤولية الإدارة. وفى هذه الدعوى، استشهد مفوض الدولة فى التقرير المقدم منه بجملة من السوابق القضائية الأمريكية والبريطانية والكندية لتدعيم موقف الإدارة وتبرير تحللها من شرط انتظار أخذ موافقة المريض أو من يمثله قانونًا. انظر حكم الجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسى فى قضية

C.E., Assemblée, du 26 octobre 2001, N° 198546, publié au recueil Lebon.

وفيما يتعلق بتسليم المجرمين، نظر مجلس الدولة الفرنسى إحدى الدعاوى المتعلقة بالطعن على عدم مشروعية القرار الصادر فى 18 يناير 1993 بتسليم أحد المجرمين إلى السلطات الأمريكية خشية من محاكمته وتوقيع عقوبة الإعدام عليه فى الولايات المتحدة الأمريكية، لا سيما وأن تلك العقوبة قد ألغيت فى فرنسا بمقتضى القانون الصادر فى 9 أكتوبر 1981. وقد انتهى مجلس الدولة

في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، يكشف عن حقيقة أن ذلك الأخير لم يتورع عن الاستشهاد صراحةً بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية في بعض الدعاوى التي نظرها. فعلى سبيل المثال، في عام 2003 استشهد المجلس بأحد الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة العدل العليا الإنجليزية بشأن وضع الملصقات الاسترشادية على المنتجات، وذلك في معرض قضائها بضرورة تعليق تنفيذ المرسوم الخاص بدمج أحكام التوجيه الصادر عن الاتحاد الأوروبي رقم 2 لسنة 2002، بشأن إعلان النسب المئوية لبعض منتجات العلف، في القانون الفرنسي، وذلك انتظاراً لتحديد صلاحية التوجيه من قبل محكمة العدل الأوروبية.¹

أما في إيطاليا، فالحال يجري كما هو مستقر في أنظمة القانون اللاتيني الأخرى القائمة على أساس النموذج الفرنسي، فليس ثمة تمييز بين سابقة قضائية ملزمة وسابقة قضائية أخرى مقنعة غير ملزمة. فضلاً عن ذلك، فقد استقر الأمر على أن القوانين والأحكام القضائية الأجنبية كقاعدة عامة ليس لهم قيمة السابقة القضائية الملزمة أمام المحاكم الوطنية، وبالتالي فإذا ما استعانت المحكمة الدستورية الإيطالية بالقانون الأجنبي لحل النزاع المعروض أمامها فهذا يكون على سبيل الاستئناس والاسترشاد وليس على سبيل الإلزام،² خاصة وأن أحكام المحكمة الدستورية

في قضائه إلى رفض الطعن على أساس أن القرار المطعون عليه قد تضمن شرطاً مفاده أنه في حالة محاكمة المتهم والحكم عليه بالإعدام، فإن السلطات الأمريكية تلتزم بعدم تنفيذ تلك العقوبة. وقد استشهد مفوض الدولة في تقريره المودع بشأن تلك الدعوى بالقوانين والممارسات المستقرة في ألمانيا وإيطاليا والنمسا والدنمارك وسويسرا وبريطانيا، فيما يتعلق بطلب تسليم المجرمين المقدم من دولة لا تزال تطبق عقوبة الإعدام كجزء على الجريمة المرتكبة. انظر حكم الجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسي في قضية

C.E., Assemblée, du 15 octobre 1993, N° 144590, publié au recueil Lebon.

وبالمثل في إحدى الدعاوى التي نظرها مجلس الدولة الفرنسي عام 1990، تضمن تقرير مفوض الدولة فحصاً دقيقاً للسوابق القضائية الدستورية في كل من دولة ألمانيا وإسبانيا والولايات المتحدة والنمسا وإيطاليا والنرويج والبرتغال وكندا، وذلك لتحديد ما إذا كان القانون الفرنسي بشأن الإجهاض قد جاء متوافقاً مع الحق في الحياة المنصوص عليه في المادة السادسة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة الثانية من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. انظر الحكم الصادر عن الجمعية العامة لمجلس الدولة الفرنسي في قضية

C.E., Assemblée, du 21 décembre 1990, N° 111417, inédit au recueil Lebon.

¹ انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية

C.E., du 29 octobre 2003, Societe Techna S.A. et autres, N° 260768.

² انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

R. POSNER, HOW JUDGES THINK 348 (2008).

الإيطالية نفسها لا تعتبر سوابق قضائية ملزمة للمحكمة.¹ على سبيل المثال، أحياناً كثيرة وجدت المحكمة الدستورية الإيطالية نفسها مجبرة على إصدار أحكام قضائية خالفت بها بعضاً من سوابقها القضائية التي سبق وكانت قد قررتها من قبل ولكن بالموافقة مع الأحكام الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومحكمة العدل الدولية.² وبالرغم من الحظر الوارد على الإشارة والاستشهاد بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية بمقتضى المادة 118 من قانون الإجراءات المدنية والأحكام الانتقالية الإيطالي، على النحو السالف بيانه، بيد أن ذلك ليس من شأنه أن يجحد حقيقة أن المحكمة الدستورية الإيطالية، على خلاف المحاكم الإيطالية الأخرى، أحياناً ما قد تجد نفسها مضطرة للإشارة إلى القانون الأجنبي، أو إلى حكم أجنبي كأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومحكمة العدل الدولية. غير أن ذلك الأمر يتم في أضيق الحدود. على سبيل المثال، فقد ذكر الأستاذان الإيطاليان جيوسيبي فرانكو فيراري وأنطونيو جامبارو أن الدراسات التي أجريت على الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية الإيطالية بين عامي (1980) و (1987) قد أثبتت أن متوسط الإشارة إلى القانون الأجنبي لا يزيد عن خمس مرات في السنة، أما في السنوات اللاحقة وحتى عام (1998) فقد انخفض هذا المعدل بشكل ملحوظ.³

المطلب الثاني

انتفاء موانع استعانة المحكمة الدستورية العليا بالقانون الأجنبي

وبالعودة إلى التساؤل السابق طرحه بشأن ما إذا كان ثمة مانع تشريعي أو عرف قضائي من شأنه أن يمنع المحكمة الدستورية العليا المصرية من الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية في سياق أحكامها الوطنية، فلعلنا لا نغلو بالقول أنه لئن كان واقع الأمر في كل من فرنسا وإيطاليا على النحو السالف بيانه، فالحال نفسه يجرى في قضاء المحكمة الدستورية العليا مع فارق بسيط. فبالرغم من أن ليس ثمة ما يمنع المحاكم المصرية من الاستشهاد بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، سواء من نص تشريعي أو عرف قضائي مستقر، بيد أن المحاكم المصرية نادراً ما تلجأ للاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية في سياق الأحكام الصادرة عنها. ولعل ذلك مرده التقاليد المستقرة في دول النظام القانوني اللاتيني، على النحو السابق الإشارة إليه. فتبعية النظام القانوني المصري للنظام القانوني اللاتيني قد ألفت بظلالها على الأحكام القضائية، فيما يتعلق بكون تلك الأخيرة تصدر موجزة وبشكل وتقسيم معين بشأن كيفية تسبيبها وصياغة منطوقها. والأمر كذلك، يمكن القول إن القوانين والأحكام القضائية الأجنبية وكذا الكتابات الفقهية تفتقر لعنصر الالتزام

¹ انظر في ذلك باللغة الإنجليزية

Giuseppe Franco Ferrari and Antonio Gambaro, The Italian Constitutional Court and Comparative Law: A Premise, 1 COM L. REV. 1, 3 (2010).

² انظر المرجع السابق.

³ انظر المرجع السابق، ص. 4.

بالنسبة للمحاكم المصرية، بيد أن تلك الأخيرة قد تجد نفسها مضطرة أحياناً للاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية والكتابات الفقهية، وذلك لأغراض المقارنة والمقاربة فحسب.

الواقع من الأمر أنه بالرغم من ضرورة التسليم بأن المحكمة الدستورية العليا ليس بها من الحاجة ما يجعلها تنسلخ عن ما استقر عليه العمل في سائر المحاكم المصرية الأخرى، فلم تبرح الأحكام الصادرة عنها مقام الإيجاز والاقتضاب ولا الشكل المتبع في سرد الإجراءات مروراً بطرح المسألة القانونية وتسبب الرأي وانتهاءً بالمنطوق، وكذا لم تكن أحكام المحكمة باستثناء عن ضرورة صدورها برأى واحد يُمثل رأى أغلبية المحكمة دونما سرد الآراء المعارضة، بيد أن إنعام النظر في قضاء المحكمة الدستورية العليا يُفصح عن أن تلك الأخيرة هي الأكثر عرضة بين المحاكم المصرية قاطبة للاستشهاد بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية والاقتراسات الفقهية. لعل ذلك مرده أهمية وخصوصية الاختصاصات التي يُعهد إلى المحكمة ممارستها، لا سيما الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين. فبمقتضى هذا الاختصاص، يضحى لزماً على المحكمة الدستورية العليا الخوض في تفسير نصوص تشريعية من طبيعة مختلفة. فالمحكمة يُعهد إليها تفسير النصوص القانونية العادية وكذلك النصوص الدستورية المُدعى مخالفتها. ولا حاجة في أن لتلك الأخيرة طبيعة وذاتية خاصة تفرقها عن سائر النصوص التشريعية الأخرى، خاصة كونها نصوص فضفاضة ومفتوحة النهايات، وغالباً ما تقتصر على سوق بعض المبادئ والمعايير العامة دونما الانزلاق في حومة ذكر تفاصيلها. والأمر كذلك، كثيراً ما تجد المحكمة الدستورية العليا نفسها مضطرة إلى استكمال ما أغفله المشرع الدستوري من تفصيلات، لا سيما ما يتعلق بتحديد النطاق التعريفى للحقوق والحريات الأساسية وتصنيفاتها ما بين حقوق ايجابية وأخرى سلبية، وكذلك بيان القيود الواردة عليها. تأسيساً على ذلك، يغدو متصوراً أن تَعَن الحاجة للمحكمة للاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، وذلك بغية الوصول إلى قراءة منطقية وتفسير منصف للحقوق والحريات الأساسية، خاصة إذا ما سلمنا بحقيقة أن النصوص الدستورية المتعلقة بتلك الحقوق والحريات غالباً ما تتشابه بين دساتير الدول المختلفة. فضلاً عن ذلك، فلا يعزب عن البال أن المحكمة كثيراً ما يتداخل اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، لا سيما في المسائل المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية، بجملة الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الملزمة للدولة، وهو الأمر الذى قد يدفعها للاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية المتعلقة بتفسير تلك الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

على هدى من هذا البيان، يمكن القول أن التشريعات المصرية، متضمنة قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 وكذا قانون تنظيم الإجراءات والرسوم رقم 66 لسنة 1970، قد خلت من ثمة مانع من شأنه أن يُعيق المحكمة عن الاستشهاد والإشارة إلى القوانين والأحكام القضائية الأجنبية في سياق أحكامها الوطنية. علاوة على ذلك، فلا مجال للاعتصام بأن الممارسات والأعراف القضائية

قد برزت كأحد الأسباب التي أعاققت المحاكم المصرية عن الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، لا سيما المحكمة الدستورية العليا، حيث اشتملت بعض أحكامها على العديد من الاشارات إلى الكتابات الفقهية والسوابق القضائية الأجنبية، على النحو الذى نعرض إليه لاحقاً. أمّا وقد خلت التشريعات المصرية وكذا الأعراف القضائية من ثمة مانع يحظر على المحاكم المصرية الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، فيضحي سائغاً الانتقال للإجابة عن عن التساؤل الثانى السابق طرحه بشأن موقف المحكمة الدستورية العليا من الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. بيد أن الإجابة على هذا التساؤل تتطلب - فى رأينا - تحديد أمرين أساسيين. أولهما بيان الاتجاه المستقر عليه فى قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن المنظومة التفسيرية المتبعة. وثانيهما تتبع قضاء المحكمة الدستورية فى بعض الأحكام الصادرة عنها لبيان كيفية استعانة المحكمة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية.

المبحث الثانى

موقف المحكمة الدستورية العليا من الاستعانة بالقانون الأجنبى

تمهيد

ورد غير بعيد أن مسألة استعانة المحاكم الوطنية، لا سيما الدستورية منها، بالقوانين والأحكام الأجنبية إنما هى مسألة وثيقة الصلة بنظريات التفسير الدستورى. فالمنهجية التى تعتمدها المحاكم فيها يتعلق بتفسير النصوص الدستورية من شأنها التأثير ايجاباً أو سلباً فى هامش التقدير المُرخص لها للاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. فعلى سبيل المثال، فنظرية التفسير الأصولى، فيما تفرضه على القاضى الدستورى من ضرورة توخى استجلاء معنى النص الدستورى وفق ظاهر ألفاظه دون محاولة الذهاب أبعد مما تُفصح عنه تلك الأخيرة، لا يُتصور معها تخويل المحاكم الدستورية إمكانية الاستعانة بالقوانين والأحكام الأجنبية. فدور القاضى الأصولى ينحصر فى الاستعانة بقواميس اللغة التى من شأنها أن تعينه على تفسير ظاهر ألفاظ النص. فى حين أن نظرية التفسير القصدى ونظرية التفسير البرجماتى، بما تفرضه الأولى على القاضى الدستورى من ضرورة الذهاب أبعد مما قد تُفصح عنه ظاهر ألفاظ النص والولوج لنية وقصد المشرع، وبما تفرضه الثانية من ضرورة تقدير التداعيات والتأثيرات المجتمعية المترتبة على تفسير النص الدستورى على نحو معين، كان من شأنهما تخويل قدر أكبر من الحرية للمحاكم الدستورية للاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية.

المطلب الأول

اتجاه المحكمة الدستورية العليا فى التفسير

قبل بيان منهجية التفسير المستقرة فى قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية، تجدر الإشارة فى هذا المقام إلى أن المحكمة، وفق نص المادة 26 من قانون إنشائها رقم 48 لسنة 1979، تختص، من ضمن ما تختص به، بتفسير نصوص القوانين

الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها. والأمر كذلك، يتضح من نص المادة 26 من قانون المحكمة أن المشرع قد عهد إلى تلك الأخيرة باختصاص تفسير النصوص القانونية العادية، سواء صدرت من قبل السلطة التشريعية أو من نظيرتها التنفيذية حين يثبت لها بمقتضى القانون الاختصاص بالتشريع، إذا ما أثارت تلك النصوص خلافاً في التطبيق.¹ بيد أن المشرع لم يعهد إلى المحكمة باختصاص استثنائي فيما يتعلق بتفسير النصوص الدستورية وإصدار أحكاماً ملزمة بهذا التفسير.² فالواقع من الأمر أن تفسير الدستور لا يدخل ضمن الاختصاص الحصري لأى محكمة، حيث أن جميع المحاكم العادية منها والدستورية تملك سلطة تفسير الدستور متى كان ذلك مثمراً للفصل في النزاع المعروف عليها.³ بيد أن ذلك لا يقدح في تسليمنا بحقيقة أن المحاكم الدستورية هي الأكثر تعرضاً لتفسير النصوص الدستورية بحكم تخصصها وولايتها في التأكد من إتساق القوانين مع الأحكام والمبادئ الدستورية.⁴

وفق هذا التصوير، وجب التنويه على أنه، لطالما كان الباحث معنى في المقام الأول بإبراز مظاهر استعانة المحكمة الدستورية العليا، فينبغى ألا يغم على القارئ أن الباحث في تناوله لما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن منهجية التفسير المتبعة إنما يخص بالذكر منهجية تفسير المحكمة للنصوص الدستورية. بالرغم من ذلك، يحسب الباحث أن موقف المشرع من تخويله المحكمة اختصاص تفسير النصوص القانونية العادية من شأنه أن يُلقى بظلاله على تحديد منهجية التفسير التي تتبعها المحكمة لتفسير النصوص الدستورية. بعبارة أكثر وضوحاً، لئن كان المشرع قد خول المحكمة اختصاصاً استثنائياً بتفسير النصوص القانونية

¹ راجع في ذلك، أ.د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر (دار النهضة العربية، القاهرة: 2008).

² راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 1 لسنة 17 ق. – جلسة (3 يوليو 1995) أن مؤدى نص المادة (26) من قانون المحكمة "أنه خول هذه المحكمة سلطة تفسير النصوص التشريعية التي تناولها تفسيراً تشريعياً ملزماً." كذلك استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن "القرارات التي تصدرها المحكمة الدستورية العليا بتفسير التشريعات تعتبر ملزمة، ولا يجوز لأى جهة قضائية التحلل من القوة الملزمة لتلك القرارات، وأن لهذه القرارات ذات القوة المقررة للنص الذي انصب عليه التفسير." محكمة النقض، الطعن رقم 2398 لسنة 55 ق. (26 يناير 1989)، مشار إليه عند، المستشار الدكتور حمدان حسن فهمي، اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها، دار أبو المجد للطباعة: القاهرة (2009)، ص. 149-150.

³ راجع في ذلك، د. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية: القضاء الدستوري في مصر، مطابع دار الشعب، القاهرة: (1988).

⁴ المرجع السابق.

العادية بحيث يضحى حكمها الصادر بالتفسير ملزمًا للجميع، وذلك دون أن يمنحها نفس الاختصاص بشأن النصوص الدستورية، كما سبق البيان، فيحسب الباحث أن المنهجية التي تتبعها المحكمة في تفسير النصوص القانونية العادية ينسحب أثرها ليشمل كذلك تفسير النصوص الدستورية. وهو أصل يُفضى للقول بأن المحكمة الدستورية العليا إنما تُعامل المشرع الدستوري ونظيره العادي على السواء من حيث كيفية صياغتهما للنصوص التشريعية والمصالح المستهدفة من تلك الصياغة.

استطرد التأمل فيما ساقه الفقهاء من حديث حول منهجية التفسير المتبعة من قبل المحكمة الدستورية العليا، أو كما يحلو للبعض تسميتها بآليات التفسير، يلحظ وبحق أن المحكمة الدستورية العليا تتفاوت منهجيتها التفسيرية بين آليتين أساسيتين: أولهما آلية داخلية، وأخرى خارجية.¹ فأما عن الآلية الأولى، فيُقصد بها تلك الوسائل التي من شأنها أن تُعين المحكمة على تفسير النص الدستوري واستجلاء معناه من خلال التقيد بألفاظه ومبانيه على النحو الذى صاغه المشرع الدستوري. وعليه فليس ثمة جدال في أن تلك الآليات تتمثل في التفسير الأصولي، على النحو السابق بيانه. فالمحكمة الدستورية العليا، في تفسيرها للنصوص الدستورية، إنما تتبغى استجلاء معناها في حدود الألفاظ التي أوردها المشرع الدستوري، فإن استعصى عليها ذلك نظرًا لغموض ظاهر الألفاظ أو أن تلك الأخيرة تقود إلى نتيجة شاذة، فللمحكمة العدول عن التفسير وفق ظاهر الألفاظ واللجوء إلى استجلاء قصد ونية المشرع،² وهو ما يُعرف بآلية التفسير القصدى، على النحو السالف تفصيله.

وتجلية لذلك، تقول المحكمة الدستورية العليا، في اعتمادها لآلية التفسير الأصولي، أنه "من المقرر أنه في مجال استظهار المقاصد التي رعى المشرع إلى بلوغها من وراء إقراره حكمًا معينًا، فإن العبارة التي صاغ المشرع بها النص التشريعي في سياقها ومحددة على ضوء طبيعة الموضوع محل التنظيم التشريعي والأغراض

¹ انظر في ذلك، أ.د/ رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري: تطور الأنظمة الدستورية المصرية وتحليل النظام الدستوري في ظل دستور 1971، بدون دار نشر، القاهرة: (1999)، ص. 386 وما بعدها، مُشار إليه عند، د. إسلام إبراهيم شيجا، التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص. 119.

² راجع في ذلك، د. إسلام إبراهيم شيجا، التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص. 121 وما بعدها. يُشير سيادته إلى أن التفسير القصدى في مفهوم المحكمة الدستورية العيا يعنى عدول المحكمة عن التفسير اللفظي (التفسير الأصولي أو الحرفي) إلى التفسير الاصطلاحي – أى مدلول الألفاظ وفحواها على النحو الذى قصده المشرع الدستوري واتجهت نيته إليه.

راجع كذلك، د. مجدى مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة: (2003)، ص. 43.

التي يتوخاها هي التي يتعين التعويل عليها ابتداءً، ولا يجوز العدول عنها إلى سواها إلا إذا كان التقيد بحرفيتها يناقض أهدافاً واضحة ومشروعة سعى إليها المشرع.¹ وفي خصوص عدول المحكمة عن تفسير النصوص الدستورية وفق ظاهر ألفاظها والتجاءها إلى التفسير وفق مدلول الألفاظ وأغراضها، يذكر الشراح أن المحكمة تعتمد على ما يُسمى بالتفسير التكاملي بحيث يتم تفسير النصوص الدستورية بافتراض أنه يجمعها نسيجاً واحداً وتُكمل بعضها البعض، وذلك بغية توخي استظهار حقيقة مقاصدها ومراميتها وضمان اتساق القيم الدستورية العليا.² ولعل ما يُبرر ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا بأن غياب الأعمال التحضيرية أو كون

¹ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 34 لسنة 13 ق. – جلسة (20 يونيو 1994). وكذلك قضاءها أنه "وحيث إن الأصل في النصوص التشريعية، هو ألا تحمل على غير مقاصدها، وألا تفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها، أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها، أو يعتبر تشويهاً لها سواء بفصلها عن موضوعها أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها، ذلك أن المعاني التي تدل عليها هذه النصوص والتي ينبغي الوقوف عندها، هي تلك التي تعتبر كاشفة عن حقيقة محتواها، مفصحة عما قصده المشرع منها، مبينة عن حقيقة وجهته وغايته من إيرادها، ملقية الضوء على ما عناه بها، ومرد ذلك أن النصوص التشريعية لا تصاغ في الفراغ، ولا يجوز انتزاعها من واقعها محددًا بمراعاة المصلحة المقصود منها، وهي بعد مصلحة اجتماعية يتعين أن تدور هذه النصوص في فلكها، ويفترض دومًا أن المشرع رمى إلى بلوغها متخذًا من صياغته للنصوص التشريعية سبيلاً إليها. ومن ثم تكون هذه المصلحة الاجتماعية غاية نهائية لكل نص تشريعي، وإطارًا لتحديد معناه؛ وموطنًا لضمان الوحدة العضوية للنصوص التي ينظمها العمل التشريعي، بما يزيل التعارض بين أجزائها، ويكفل اتصال أحكامها وتكاملها وترابطها فيما بينها، لتعدو جميعها منصرفة إلى الوجهة عينها التي ابتغاها المشرع من وراء تقريرها." حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 1 لسنة 15 ق. – جلسة (30 يناير 1993).

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن قضاء محكمة النقض المصرية قد استقر على نفس ما استقر في قضاء المحكمة الدستورية العليا فيما يتعلق بواجب القاضي في استجلاء معاني النصوص التشريعية وفق ما تُفصح عنه ظاهر ألفاظها. فقد ذكرت محكمة النقض أنه "وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الدستور قد كفل الحق في التقاضي لكل مواطن وعزز هذا الحق بضماناته التي تحول دون الانتقاص منه، وأن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات المدنية والتجارية، وأن أي قيد يضعه المشرع للحد من هذه الولاية – ولا يخالف به أحكام الدستور – يعتبر استثناءً وارداً على أصل عام، ومن ثم يجب عدم التوسع في تفسيره، وأن القاضي مطالب بالرجوع إلى نص القانون وإعماله في حدود عبارة النص فإذا كانت واضحة الدلالة فلا يجوز الأخذ بما يخالفها أو يقيدتها لما في ذلك من استحداث لحكم مغاير لمراد الشارع." راجع حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٣٠٦ لسنة ٧٤ ق. (الدائرة التجارية) – جلسة (12 فبراير 2015).

² د. محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة: (2009)، ص. 59.

النصوص التشريعية قد انتابها غموض ليس من شأنه "أن يحول بين هذه المحكمة وبين مباشرة ولايتها في مجال أعمال النصوص الدستورية، إذ هي التي يقوم من خلال تفسيرها على ربطها ببعض على ضوء المقاصد الحقيقية التي ابتغاها الدستور منها، وبما يرد عنها الغموض، بما مؤداه أن النصوص الدستورية جميعها غير مستعصية على التحديد من ناحية، وأنه يتعين من ناحية أخرى أن يكون لكل منها مجال يعمل فيه، متكاملًا في ذلك مع غيره من النصوص."¹

ولئن كانت الآليات الداخلية للتفسير إنما تتفقد، وفق ما استقر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، بما أورده المشرع الدستوري في النصوص الدستورية من ألفاظ تُفصح عن معاني معينة، فعلى النقيض من ذلك، تأتي الآليات الخارجية للتفسير. فتلك الآليات من شأنها حث المحكمة للذهاب أبعد مما قد تنبئ عنه ظاهر ألفاظ النصوص الدستورية. ولا ريب في أن تلك الآليات التفسيرية تجد طريقها لقضاء المحكمة حال ما إذا تيقنت تلك الأخيرة أن تفسير النص الدستوري وفق ظاهر ألفاظه من شأنه أن يقود إلى نتائج شاذة أو غير منطقية. والأمر كذلك، فالآليات التفسيرية التي من شأنها تحرير المحكمة من التقييد بألفاظ النص الدستوري كما أوردها المشرع تستهدف السماح للمحكمة لتفسير النص وفق مقصد المشرع والغاية التي استهدفها من النص. وفي خروجها عن نهج التفسير وفق ظاهر النص، نجد المحكمة الدستورية العليا لا يتردد قضائها في إزالة اللبس أو تجلية الغموض الذي قد ينتاب النص الدستوري عن طريق تفسيره في ضوء غاية المشرع أو الحكمة من تقريره.² على سبيل المثال، في تناولها للحق في تداول المعلومات، تعرضت المحكمة للقيود التي قد ترد على حرية الرأي والتعبير، حيث توخت استظهار معنى النصوص الدستورية المتعلقة بحرية الرأي والتعبير في ضوء غاية المشرع منها. وفي ذلك تقول المحكمة "وحيث إن الحماية الدستورية لحرية التعبير - في مجال انتقاد القائمين بالعمل العام - غايتها أن يكون نفاذ الكافة إلى الحقائق المتصلة بالشئون العامة، وإلى المعلومات الضرورية الكاشفة عنها، متاحًا، وألا يحال بينهم وبينها اتقاء لشبهة

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 7 لسنة 8 ق. - جلسة (15 مايو 1993). انظر كذلك قضاء المحكمة بن "الأصل في النصوص الدستورية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنها تؤخذ باعتبارها متكاملة وأن المعاني التي تتولد عنها يتعين أن تكون مترابطة فيما بينها بما يرد عنها التناقض أو التنافر، وكان الدستور بعد أن نص في المادة 3 على أن السيادة للشعب وحده، حتم أن تكون ممارستها وحمايتها على الوجه المبين في الدستور، بما مؤداه أن أحكامه هي التي تحدد قواعد مباشرتها وتبين تخومها." حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم 19 لسنة 8 ق. - جلسة (18 أبريل 1992). راجع كذلك حكمها في القضية رقم 22 لسنة 8 ق. - جلسة (4 يناير 1991).

² راجع في ذلك، د. إسلام إبراهيم شيجا، التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص. 129-132.

التعريض بالسمة¹ وبالمثل، في اعتبارها النصوص العقابية غير دستورية إذا ما انتابها غموضاً أو تميغاً، أسست المحكمة قضاءها على غاية المشرع التي يمكن استخلاصها من النصوص العقابية. وفي ذلك تذكر المحكمة "الغاية التي يتوخاها الدستور هي أن يوفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حرياته في إطار من الضوابط التي قيدها بها، ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التي تفرضها القوانين الجزائية، محددة بصورة يقينية لأنها تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لها كي يدفعوا عن حقهم في الحياة وكذلك عن حرياتهم، تلك المخاطر التي تعكسها العقوبة. ولقد كان غموض القوانين الجزائية مرتبطاً من الناحية التاريخية بإساءة استخدام السلطة، وكان أمراً مقضياً أن يركن المشرع إلى مناهج جديدة في الصياغة لا تنزلق إلى تلك التعبيرات المرنة أو الغامضة أو المتميعة المحملة بأكثر من معنى والتي تنداح معها دائرة التجريم بما يوقع محكمة الموضوع في محاذير واضحة قد تنتهي بها - في مجال تطبيقها للنصوص العقابية - إلى ابتداع جرائم لا يكون المشرع قد قصد حقيقة إلى إنشائها، وإلى مجاوزة الحدود التي اعتبرها الدستور مجالاً حيويًا لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها، وهو ما يخل في النهاية بالضوابط الجوهرية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة."²

فضلاً عن ذلك، في خروجها عن آلية التفسير وفق ظاهر النص، قد تلجأ المحكمة إلى الاستعانة بما يُسمى بالأعمال التحضيرية للنص، مثل مضابط الجلسات والمناقشات والمساجلات التي صاحبت عملية اقتراح النص مروراً بمناقشته

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 42 لسنة 16 ق. - جلسة (20 مايو 1995). وفي تبريرها للأثر الرجعي للأحكام الصادرة عنها بعدم دستورية النصوص التشريعية، تقول المحكمة "إن المشرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام أي من جهات القضاء، أما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم، وأوجب على الجهة القضائية، عند الشك في عدم الدستورية، وقف الدعوى أو تأجيلها إنتظاراً لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسألة المثارة، إنما كان يبغى بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضى بعدم الدستورية وهي منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي، لأصبح لزاماً على قاضي الموضوع - الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته - أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته مما يأباه المنطق القانوني السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق لمبدى الدفع أية فائدة عملية، مما يجعل الحق في التقاضي - وهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور في المادة 68 منه للناس كافة - بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد ومجرداً من مضمونه، الأمر الذي ينبغى تنزيه المشرع عن قصد التردى فيه." حكمها في القضية رقم 37 لسنة 9 ق. - جلسة (19 مايو 1990).

² حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 3 لسنة 10 ق. - جلسة (2 يناير 1993).

وصياغته وانتهاءً بالتصويت عليه وقراره.¹ وبالرغم من أن ما ورد بتلك الأعمال التحضيرية لا يُمثل ثمة قيمة ملزمة أمام القاضى الدستورى، بيد أن هذا قد يجد مبتغاه فى تلك الأعمال التحضيرية فيما يتعلق باستجلاء المعنى الحقيقى للنص الدستورى فى ضوء قصد صنّاعه.² تأسيساً على ذلك، ففى معرض تفسيرها للإشراف القضائى على الانتخابات، استعانت المحكمة بالأعمال التحضيرية للدستور، معلنة أن ذلك الإشراف لا يتعدى كونه يعنى الاطلاع على العملية الانتخابية لضمان حيادتها ونزاهتها دون الانزلاق للسيطرة أو التحكم فيها. وفى ذلك تقول المحكمة "الإشراف يُؤخذ بمعنى الاطلاع على الاقتراح من علٍ، وليس بمعنى توليه وتعهده فالذى يملك أمر الاقتراح والقيام به هو الناخب ذاته وليس المشرف القضائى. كما لا يصح حمل الإشراف على معنى الرقابة والسيطرة، لصعوبة ذلك عملياً إذ أن عدد اللجان الفرعية يفوق بكثير عدد أعضاء الهيئات القضائية؛ بالإضافة إلى أن الأعمال التحضيرية للدستور أوضحت أن الإشراف القضائى على اللجان الفرعية إنما يكون بقدر الإمكان. بما يعنى أن مد هذا الإشراف إلى تلك اللجان من الملائمات التى تدرج فى نطاق السلطة التقديرية للمشرع بلا معقب عليه، وخلص دفاع الحكومة إلى القول بأن قرينة الدستورى المقررة لمصلحة القوانين، تقتضى حملها على المعنى الذى يعصمها من الإبطال متى كانت نصوصها تحتتمل ذلك".³

¹ راجع فى ذلك، د. إسلام إبراهيم شيجا، التفسير الدستورى للحقوق والحريات الدستورى فى ضوء قواعد القانون الدولى لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص. 133.

² د. على خطار شطناوى، القانون الدستورى المقارن، مكتبة الرشد (2013)، ص. 17. انظر كذلك، د. مجدى مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورى فى القضاء الدستورى (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص. 105-106.

³ حكم المحكمة الدستورى العليا فى القضية رقم 11 لسنة 13 ق. – جلسة (8 يناير 2000). وفى معرض تبريرها لرفض الدعوى الدستورى الموجهة ضد القرار بقانون رقم 141 لسنة 1981، بشأن فرض الحراسة على الأشخاص الطبيعيين وعائلاتهم وورثتهم، نظراً لصدوره عن السلطة التنفيذية فى غيبة مجلس الشعب، استعانت المحكمة بالأعمال التحضيرية للقرار بقانون المذكور للوقوف على حقيقة قصد المشرع، حيث قضت "وحيث أنه لما كان البين من الأعمال التحضيرية للقرار بقانون المطعون عليه أن الأسباب التى دعت إلى الإسراع بإصداره فى غيبة مجلس الشعب تتمثل فيما أوردته مذكرته الإيضاحية من أن القضاء الإدارى توالى أحكامه باعتبار قرارات فرض الحراسة على الأشخاص الطبيعيين استناداً إلى أحكام القانون رقم 162 لسنة 1958 بشأن حالة الطوارئ باطلة ومعدومة الأثر قانوناً، وأن مؤدى هذه الأحكام والأثر المترتب عليها، أن ترد عيناً لهؤلاء الأشخاص كل ما خضع لتدابير الحراسة الباطلة من أموال وممتلكات، وقد صدرت بذلك فعلاً بعض الأحكام من القضاء العادى، الأمر الذى اقتضى الإسراع بالتدخل التشريعى حسماً للمنازعات التى كانت قائمة وتجنباً لإثارة منازعات جديدة ولمواجهة ما قد يترتب على استرداد بعض تلك الأموال والممتلكات عيناً من الحائزين لها من آثار خطيرة تمس بعض الأوضاع

فضلاً عن ذلك، تتضمن كتابات الشراح الإشارة إلى ما اصطلح على تسميته بالتفسير المعاصر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، حيث تنسلخ المحكمة من حومة ظاهر ألفاظ النص الدستوري لتفسر هذا الأخير في ضوء الظروف الواقعية والمجتمعية المعاصرة.¹ وفي تبريرهم لذلك، يذكر الشراح أن التفسير في ضوء الظروف الواقعية والمجتمعية المعاصرة إنما تنتمي إلى آليات التفسير الخارجية، بحيث تنأى بالمحكمة عن التقييد بظاهر ألفاظ النص، فتضفى على هذا الأخير معنى حتى يخرج به عن فكرة التيبس والجمود ويجعله متناسب ومتوافق مع التغيرات المجتمعية المطردة.² وتجلية لذلك، تذكر المحكمة الدستورية العليا، في معرض قضائها برفض الدعوى الدستورية الموجهة ضد نص المادة 24 من قانون مباشرة الحقوق السياسية، "إن الأصل في النصوص الدستورية أنها تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً متماسكاً، بما مؤداه أن يكون لكل نص منها مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يعزلها عن بعضها البعض، وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لعدم مصالحتها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها، ولا أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ أو باعتبارها قيماً مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي."³ وبالمثل في تفسيرها لنص المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية، الصادر بالقانون رقم 25 لسنة 1966 والمعدلة بالقرار بقانون رقم 5 لسنة 1970، أكدت المحكمة على ضرورة أن يأتي التفسير التشريعي متوافقاً مع المصلحة التي يرمى الشارع إلى تحقيقها، وهي مصلحة في الأصل اجتماعية خالصة بها يتحدد إطار النص ومعناه. وفي ذلك تقول المحكمة إن "النصوص التشريعية لا تصاغ في الفراغ، ولا يجوز انتزاعها من واقعها محددًا

الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ومن ثم فإن رئيس الجمهورية إذ أصدر القرار بقانون المطعون عليه في تلك الظروف يكون غير مجاوز حدود سلطته التقديرية طبقاً للمادة 147 من الدستور، ويكون النعي على ذلك القرار بقانون بمخالفة هذه المادة على غير أساس جديراً بالالتفات عنه." المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 139 لسنة 5 ق. - جلسة (21 يونيو 1986).

¹ انظر د. مصطفى عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة، القاهرة: (1990)، ص. 40. حيث يذكر سيادته أن "الدستور ليس بقالب جامد أصم يفقد الصلاحية والقابلية المستمرة للتطبيق، وإنما على العكس تعبيراً عن الحقائق الخالدة والحية."

² د. إسلام إبراهيم شيجا، التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص. 139؛ د. مجدى مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص. 95.

³ حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 76 لسنة 29 ق. - جلسة (1 أكتوبر 2007).

بمراعاة المصلحة المقصود منها، وهي بعد مصلحة اجتماعية يتعين أن تدور هذه النصوص في فلكها، ويفترض دومًا أن المشرع رمى إلى بلوغها متخذًا من صياغته للنصوص التشريعية سبيلًا إليها. ومن ثم تكون هذه المصلحة الاجتماعية غاية نهائية لكل نص تشريعي، وإطارًا لتحديد معناه؛ وموطنًا لضمان الوحدة العضوية للنصوص التي ينتظمها العمل التشريعي، بما يزيل التعارض بين أجزائها، ويكفل اتصال أحكامها وتكاملها فيما بينها، لتعدو جميعها منصرفة إلى الوجهة عينها التي ابتغاها المشرع من وراء تقريرها.¹

رأى الباحث

ورد غير بعيد أن استطراد التأمل في الاختصاص الموكل للمحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي من شأنه أن يُلقى بظلاله على المنهجية المتبعة من قبل المحكمة في تفسير النصوص الدستورية. ولعلنا لا نغلو بالقول أن التفسير التشريعي والتفسير الدستوري هما وجهان لعملة واحدة في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية. بعبارة أكثر وضوحًا، لئن كانت المحكمة الدستورية العليا المصرية، شأنها في ذلك شأن سائر المحاكم الدستورية الأخرى، هي الأكثر عرضة إلى تفسير النصوص الدستورية، نظرًا لاختصاصها بالرقابة على الدستورية، وحيث أنها أيضًا تختص بتفسير النصوص القانونية العادية إذا ما انتابها غموض أثار مشاكل في تطبيقها، فيضحي من الصعب على المحكمة الفصل بين منهجيتها المتبعة بشأن التفسير التشريعي وتلك المتبعة بشأن التفسير الدستوري. بيد أنه لا يعزب عن ذهن أن الباحث لا يعنى عدم إمكانية اختلاف الطرق والمنهج المتبعة في شأن تفسير النصوص القانونية العادية عن تلك المتبعة في شأن تفسير النصوص الدستورية. فلئن كانت الطبيعة الخاصة المميزة لتلك الأخيرة من كونها نصوصًا تأتي في أغلب الأحيان مقتضبة وفضفاضة ومفتوحة النهايات، فتقتصر صياغتها على إيراد جملة من المبادئ والمعابير دون الانزلاق في شائبة سرد التفصيلات، وهو الأمر الذي يجعلها تستوعب من المعانى أكثر مما قد يفصح عنه ظاهر ألفاظها، فهي بطبيعتها حمالة أوجه، فلا عجب إن قلنا أن تفسيرها قد يتطلب آليات وطرق تختلف عن ما عداها من نصوص قانونية عادية نادرًا ما تأتي حمالة أوجه أو غير محكمة.

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 1 لسنة 15 ق. - جلسة (30 يناير 1993). تأكيدًا لذلك ذهب البعض للقول بأن "الدستور الذي يقوم على حمايته قضاة المحكمة الدستورية العليا، لا يعبر عن قيم مثالية، أو فلسفة نظرية منفصلة عن محيطها الاجتماعى، بل هى قواعد قانونية ملزمة ناتجة فى مجموعة من أيديولوجية اعتنقها الشعب وجعلها نظامًا له يحقق مصالحه فى المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية." انظر فى ذلك، المستشار الدكتور/ عبد العزيز سالم، أسلوب وإجراءات إصدار الحكم الدستوري، مجلة المحكمة الدستورية العليا، العدد الثامن والعشرون (الإصدار الإلكتروني). متاح عبر الرابط الإلكتروني للمجلة:

وبفرض التسليم بأن المحكمة الدستورية العليا المصرية لم يخب عنها التصور السابق، فيما يتعلق بالطبيعة المميزة لصياغات وألفاظ النصوص الدستورية التي تفرقها عن تلك الخاصة بالنصوص القانونية العادية، غير أن ذلك لم يكن من شأنه أبدًا القدح في حقيقة تماثل المنهجية التفسيرية المتبعة من قبل المحكمة بصرف النظر عن المحل الواقع عليه التفسير، سواء كان نصًا دستوريًا أم نصًا قانونيًا عاديًا. فاستطرد التأمّل في قضاء المحكمة الدستورية العليا يكشف عن أن تلك الأخيرة قد استقرت على تفسير النصوص التشريعية، الدستورية منها والعادية، وفق قصد المشرع وما انصرفت إليه نيته. فالواقع من الأمر أن المدقق المنصف في أحكام المحكمة الدستورية العليا يتبدى له وبحق أنه على الرغم من تراوح قضاء تلك الأخيرة بين آليات التفسير المختلفة، سواء الأصولية منها أو الغائية، بيد أنها ترمو إلى هدف واحد مفاده استجلاء نية وقصد المشرع من النصوص التشريعية محل التفسير.

وتجلية لذلك، ففي تحريها عن نية وقصد المشرع عند نهوضها باختصاصها بالتفسير التشريعي، أعلنت المحكمة الدستورية العليا المصرية صراحة أن حدود سلطتها تنصب على تحديد مضمون النص القانوني وفقًا لإرادة المشرع. وفي ذلك تقول أنها "في مجال ممارستها لاختصاصها بالنسبة إلى التفسير التشريعي، إنما تقتصر ولايتها على تحديد مضمون النص القانوني محل التفسير على ضوء إرادة المشرع تحريًا لمقاصده من هذا النص، ووفقًا عند الغاية التي استهدفها من تقريره، وهي في سبيل استلزام هذه الإرادة وكشفها توصلًا إلى حقيقتها ومرامها، لا تعزل نفسها عن التطور التاريخي للنصوص القانونية التي تفسرها تفسيرًا تشريعيًا، ولا عن الأعمال التحضيرية الممهدة لها سواء كانت هذه الأعمال قد سبقتها أو عاصرتها باعتبار أن ذلك كله مما يعينها على استخلاص مقاصد المشرع التي يفترض في النص القانوني محل التفسير أن يكون معبرًا عنها ومحمولًا عليها."¹ فضلًا عن ذلك، فقد قضت المحكمة بأن إعمالها لسلطتها في مجال التفسير التشريعي "يقتضيها ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع، بل عليها أن تستظهر هذه الإرادة، وألا تخوض فيما يجاوز تحريها لماهيتها بلوغًا لغاية الأمر فيها، مستهديةً في ذلك بالتطور التاريخي للنصوص القانونية التي تفسرها تفسيرًا تشريعيًا، وكذلك بالأعمال التحضيرية الممهدة لها، سواء كانت هذه الأعمال قد سبقتها، أو عاصرتها، باعتبار أن ذلك كله مما يُعينها على استخلاص مقاصد المشرع التي يفترض في النص محل التفسير أن يكون معبرًا بأمانة عنها. ذلك أن الأصل في النصوص التشريعية، هو ألا تحمل على غير مقاصدها، وألا تفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها، أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها، أو يعتبر تشويهاً لها سواء بفصلها عن موضوعها، أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها، تقديرًا بأن المعاني التي تدل عليها هذه

¹ راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم القضية رقم 2 لسنة 8 ق. - جلسة (7 مايو 1988).

النصوص، والتي ينبغي الوقوف عندها، هي تلك التي تعتبر كاشفةً عن حقيقة محتواها، مفصحةً عما قصده المشرع منها، مبينةً عن حقيقة وجهته وغايته من إيرادها، ملقبةً الضوء على ما عناه بها.¹

والحال نفسه يجرى عند تفسير المحكمة للنصوص الدستورية. فالواقع من الأمر أنه يتبدى من استطراد التأمل في الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، السابق الإشارة إليها، بشأن تفسيرها للنصوص الدستورية، أن المحكمة تتوخى تفسير تلك الأخيرة وفق مقاصد المشرع، وذلك بصرف النظر عن المنهجية التي اعتمدها في التفسير. ولا أدل على ذلك من قضاء المحكمة السابق استعراضه. فعلى النحو السابق تفصيله، فالأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، والتي فيها تطرقت لتفسير بعض النصوص الدستورية، تُفصح عن أن المحكمة قد استعانت بعدة منهجيات تفسيرية، بيد أنها في استعانتها بتلك المنهجيات التفسيرية إنما كانت تستهدف غاية واحدة فحسب، وهي استجلاء نية وقصد المشرع.

فحين استحضرت المحكمة منهجية تفسير النص الدستوري وفق ظاهر ألفاظه، إنما فعلت ذلك بغية استظهار حقيقة قصد ونية المشرع. فعلى النحو السالف بيانه، دائماً ما تحرص المحكمة على أن تذكر في قضائها أن تفسيرها للنصوص الدستورية وفق ظاهر ألفاظها إنما هو تفسير تتوخى من خلاله استظهار قصد المشرع في ضوء الأغراض التي توخاها. وبالمثل، فباستقراء قضاء المحكمة حين تلجأ لمنهجية التفسير وفق مدلول ألفاظ النص الدستوري بدلاً من ظاهرها، يتضح أن المحكمة تتغيا أيضاً تجلية قصد ونية المشرع من خلال مدلول ألفاظ النص. فالمحكمة قد استقر قضاءها على أن تفسير النص الدستوري وفق مدلول ألفاظه إنما يتم على ضوء المقاصد الحقيقية التي ابتغاها المشرع الدستوري من الألفاظ محل التفسير. أخيراً، فيما يتعلق بسلوك المحكمة في استبعادها لظاهر ألفاظ النص الدستوري أو مدلوله، كمنهجية تفسير واعتمادها على ما يُسمى بالتفسير المعاصر أو الأعمال التحضيرية ومضابط الجلسات، فالقراءة المنصفة لأحكام المحكمة تكشف عن أن تلك الأخير تستهدف من خلال منهجية التفسير المعاصر تفسير النص الدستوري

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم القضية رقم 1 لسنة 17 ق. - جلسة (3 يوليو 1995). كذلك استقر قضاء المحكمة على أنها حين تمارس سلطتها بتفسير النصوص التشريعية، فإنما تفسرها متوخية في ذلك إظهار إرادة المشرع وألا تتحرف عن المقاصد التي تغياها عند صياغته للنص التشريعي. وعلى ذلك قضت المحكمة أن مؤدى نص المادة (26) من قانونها "أنه خول هذه المحكمة سلطة تفسير النصوص التشريعية التي تناولها تفسيراً تشريعياً ملزماً، يكون بذاته كاشفاً عن المقاصد الحقيقية التي توخاها المشرع عند إقرارها، منظوراً في ذلك -لا إلى إرادته المتوهمة أو المفترضة التي تحمل معها النصوص التشريعية محل التفسير على غير المعنى المقصود منها ابتداءً- بل إلى إرادته الحقيقية التي يفترض في هذه النصوص أن تكون معبرةً عنها مبلورةً لها، وإن كان تطبيقها قد باعد بينها وبين هذه الإرادة." راجع حكمها في القضية رقم 1 لسنة 15 ق. - جلسة (30 يناير 1993).

وفق المصلحة الاجتماعية التي هي بالأساس المقصد الرئيس للمشرع. وكذا في استعانتها بالأعمال التحضيرية لتفسير النص الدستوري، استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنها تستهدف استجلاء المعنى الحقيقي للنص الدستوري في ضوء قصد صنّاعه.

تأسيساً على ذلك، لعل الباحث لا يغلو قولاً بأن المحكمة الدستورية العليا قد استقر قضاءها على منهجية التفسير القصدى سواء كان المحل الواقع عليه التفسير نصاً قانونياً عادياً أو نصاً دستورياً. فالقراءة المتأنيّة لأحكام المحكمة، على النحو السالف بيانه، تُفصح عن حقيقة أنه بالرغم من تعدد وتفاوت الآليات المستخدمة من قبل المحكمة، ما بين ظاهر ألفاظ النص أو مدلولها، وغاية المشرع، والمصلحة الاجتماعية، والأعمال التحضيرية، بيد أن المحكمة إنما تتوخى تحقيق هدفًا واحدًا يتمثل في استظهار نية وقصد المشرع الدستوري.

على هدى مما سبق، يضحى من المستساغ القول بأن منهجية التفسير القصدى المستقرة في منظومة قضاء المحكمة الدستورية العليا من شأنها أن تتيح لهذه الأخيرة إمكانية الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية. فالتفسير القصدى، على النحو السابق تفصيله، إنما يُغايّر سائر نظريات التفسير الدستوري الأخرى من جهة أنه يفتح للمحاكم السبيل نحو الاستهداء بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، وذلك في سعيها لاستجلاء نية وقصد المشرع الدستوري. فحين تستهدف المحكمة استظهار نية وقصد المشرع الدستوري إنما تعتق نفسها من أسر ظاهر ألفاظ النص، متعدية ذلك للولوج إلى إرادة المشرع الحقيقية، والتي قد تأتي على خلاف ما تُفصح عنه ظاهر الألفاظ. حينئذ تضحى استعانة المحكمة الدستورية العليا بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية في معرض تفسيرها للنصوص الدستورية متصورة وسائغة، وذلك بغض الطرف عن الآليات المستخدمة في التفسير، فكلها، كما أسلفنا، تفضى إلى ذات الهدف، وهو استجلاء نية وقصد المشرع الدستوري والوقوف على إرادته الحقيقية. وبحسب الباحث أن ما يُعاضد ذلك التصور يتمثل في حقيقة أنه ليس ثمة حظر من تشريع أو عرف من شأنه أن يُعيق سبيل المحكمة، عند إصدارها لأحكامها الوطنية، للاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية.

المطلب الثاني

تطبيقات قضائية من واقع أحكام المحكمة الدستورية العليا

ورد غير بعيد أنه ليس ثمة مانع تشريعي أو عرف قضائي من شأنه أن يحظر على المحكمة الدستورية العليا الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية في سياق تسبب أحكامها القضائية الوطنية. فضلاً عن ذلك، فكما سبق الذكر، لعل منهجية التفسير القصدى المستقرة في قضاء المحكمة من شأنها أن تمهد طريق أمام المحكمة للاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، وذلك على سند من أن المحكمة تستهدف بهذه المنهجية استجلاء قصد ونية المشرع وإرادته الحقيقية، وهو الهدف الذي قد يتأتى من خلال الاستهداء بالقراءات والتفسيرات المتبعة من قبل المحاكم

الدستورية الأجنبية للنصوص الدستورية، لا سيما حين تتشابه تلك النصوص في دساتير الدول المختلفة خاصة في مجال الحقوق والحريات الأساسية.

وتجدر الإشارة إلى أنه بداية من تسعينيات القرن العشرين أخذت المحكمة الدستورية العليا المصرية على عاتقها مهمة تطوير فقها قضائياً طموحاً يخرج بها من أسر التفسير الضيق للنصوص الدستورية، الذي كان يُميزها من قبل، ويستند إلى قراءة موسعة لنصوص الحقوق والحريات الأساسية. وفي توخيها تحقيق هذه الغاية، عمدت المحكمة إلى الاستعانة بالمعايير الدولية المنصوص عليها في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، وأحكام المحاكم الدستورية والعليا الأجنبية، وكذا فقه القانون الدستوري الأجنبي، متخذة من هذه الآليات موجهاً لقضائها وحجر زاوية لتفسير ليبرالي ومعاصر للنصوص الدستورية.

بيد أنه وجب التنويه على أنه بخلاف الوضع في أغلب المحاكم الدستورية والعليا التابعة لدول النظام الأنجلوسكسوني، حيث تنتشر أحكام تلك المحاكم متضمنة رأى الأغلبية بجانب رأى القضاة المعارضين، تقتصر أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية على إيراد رأى أغلبية المحكمة دون إشارة إلى ثمة رأى معارض. ولعل هذا ما يبرر القول بصعوبة إدراك توجه قضاة المحكمة كل على حدة في حقبة زمنية معينة، وصعوبة تحديد المدرسة التفسيرية التي يتبناها كل قاض. والأمر كذلك، فلا يسع المدقق في الأحكام الصادرة عن المحكمة سوى تلمس اتجاه تلك الأخيرة ككل إزاء مسألة قانونية معينة أو الاستقرار على منهجية تفسيرية معينة.

تأسيساً على ذلك، يحسب الباحث أن استعانة المحكمة الدستورية العليا بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية تتجلى باستعراض طائفة من أحكامها لا سيما تلك الصادرة في مسائل الحقوق والحريات الأساسية، والتدابير الاحترازية، وقواعد معاملة الأجانب، والتجريم والعقاب.

(أ) الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية في مسائل الحقوق والحريات

ورد غير بعيد أن استعانة المحاكم الوطنية، الدستورية منها والعليا، بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية في سياق الأحكام القضائية الصادرة عنها إنما تجد سبباً ممهّداً في المسائل المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية. ولعل ذلك مرده أن النصوص الدستورية المانحة للحقوق والحريات الأساسية غالباً ما تأتي صياغتها فضاضة تنأى عن تحديد نطاق تلك الحقوق والحريات والقيود الواردة عليها، وهو الأمر الذي يستدعى تدخل المحاكم لتحديد ذلك النطاق وتصنيف الحقوق والحريات ما بين ايجابية وأخرى سلبية، وكذلك بيان القيود الواردة عليها. والواقع من الأمر أن المحكمة الدستورية العليا المصرية ليست باستثناء عن ذلك. وعليه، يحسب الباحث أن استجلاء منهجية المحكمة في الاستعانة بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية في سياق أحكامها الوطنية لا تتأتى إلا بتحليل بعض الأحكام الصادرة عنها في مسائل الحقوق والحريات الأساسية.

على سبيل المثال، في احدى الدعاوى التي نظرتها المحكمة الدستورية العليا عام 1995، قضت تلك الأخيرة بعدم دستورية البند السادس من المادة 73 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972، وذلك فيما تضمنه من النص على ألا يُعين عضو بمجلس الدولة من كان متزوجاً بأجنبية. وقد أسست المحكمة قضاءها بعدم دستورية نص البند الطعين على سند من أن هذا الأخير قد جاء مجافياً لجملة من الحقوق الدستورية، مثل الحرية الشخصية، وحرمة الحياة الخاصة، والحق في اختيار الزوج، والحق في الزواج، والحق في المساواة وتكافؤ الفرص، والحق في تولى الوظائف العامة. وفي استعراضها لتلك الحقوق وبيان مفهومها ونطاقها والقيود الواردة عليها، استأنست المحكمة بالمعايير المستقرة في الاتفاقيات الدولية وأحكام المحاكم العليا الأجنبية، وكذا الكتابات الفقهية الأجنبية، وذلك في عدة مواطن أساسية. أولهما، فيما يتعلق بالحق في الزواج واختيار الزوج، أكدت المحكمة أن عدم النص على الحق في الزواج والحق في اختيار الزوج صراحةً في بعض الدساتير ليس من شأنه أن يقدح في ثبوت هذين الحقين للأفراد باعتبارهما من الحقوق الأساسية للصيقة بالشخصية. فضلاً عن ذلك، ارتأت المحكمة أن في نص الدستور المصري لسنة 1971 على حرمة الحياة الخاصة ما يُغني عن ذكر الحق في الزواج والحق في اختيار الزوج صراحةً، وذلك على سند من أن هذين الحقين يندرجان ضمن الحق في الخصوصية وحرمة الحياة الخاصة. وفي ذلك تقول المحكمة "وحيث إن إغفال بعض الوثائق الدستورية النص على الزواج كحق، وما يشتمل عليه بالضرورة من حق اختيار الزوج، لا ينال من ثبوتهما. ولا يفيد أن تلك الوثائق تتجاهل محتواهما أو أنها تطلق يد المشرع في مجال القيود التي يجوز أن يفرضها على مباشرة أيهما. ذلك أن هذين الحقين يقعان داخل مناطق الخصوصية التي كفل صونها دستور جمهورية مصر العربية بنص المادة 45 التي تقرر أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون".¹

وقد أكدت المحكمة تبنيها لمنهجية التفسير القصدى، بحيث تستهدف استجلاء نية وقصد المشرع عند تفسيرها للنصوص الدستورية، وذلك حين بررت موقفها من إدراج الحق في الزواج والحق في اختيار الزوج ضمن مقومات الحق في الخصوصية بالقول أن تحديد أبعاد العلاقة بين النصوص الدستورية والربط بينها باعتبارها نسيجاً واحداً لا يتأتى إلا بالفهم العميق لمقاصد تلك النصوص ومراميتها وتجليات ما غمض من قيم ومثل عليا تضمنها الدستور.²

¹ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 23 لسنة 16 ق. - جلسة (18 مارس 1995).

² تقول المحكمة الدستورية العليا في ذلك إن "أبعاد العلاقة بين النصوص الدستورية وربطها ببعض، كثيراً ما ترشح لحقوق لا نص عليها، ولكن تنشئ بثبوتها ما يتصل بها من الحقوق التي كفلها الدستور، والتي تعد مدخلاً إليها بوصفها من توابعها أو مقدراتها أو لوازمها. وكثيراً ما تفضى فروع بعض المسائل التي نظمها الوثيقة الدستورية، إلى الأصل العام الذي يجمعها،

وفي استعانتها بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية، فالتأمل لحكم المحكمة يلحظ أن هذه الأخيرة، في سعيها لإثبات أن الحق في الزواج والحق في اختيار الزوج لا يمكن فصلهما عن خواص الحياة العائلية ومقتضيات الخصوصية، قد أوردت بعض المصطلحات القانونية بلغة أجنبية. فقد ذكرت المحكمة "إن حق اختيار الزوج لا يمكن أن يكون منفصلاً عن خواص الحياة العائلية أو واقعاً وراء حدودها، إذ يتصل مباشرة بتكوينها. وهو كذلك من العناصر التي تؤثر في تكامل الشخصية الإنسانية باعتباره مبلوراً لإرادة الاختيار فيما هو لصيق بذاتية كل فرد a Private Autonomy of Choice، وكاشفاً عن ملامح توجهاته التي يستقل بتشكيلها. ولا يعدو إنكاره أن يكون إخلالاً بالقيم التي تقوم عليها الحرية المنظمة Liberty وهو كذلك يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة، وما يتوخاه من صون الحرية الشخصية بما يحول دون تقييدها بوسائل إجرائية أو وفق قواعد موضوعية لا تلتئم وأحكام الدستور التي تمد حمايتها كذلك إلى ما يكون من الحقوق متصلاً بالحرية الشخصية، مرتبطاً بمكوناتها، توقيفاً لاقتحام الدائرة التي تظهر فيها الحياة الشخصية في صورتها الأكثر تألقاً وتراحماً".¹

الواقع من الأمر أن القول بأن المحكمة في تصنيفها لحق الفرد في اختيار زوجه كونه حقاً لصيق بذاتية الفرد إنما هو أمراً متصوراً وسائعاً يجد مبرره في جملة من المبادئ الدستورية مثل الحرية الشخصية وحرمة الحياة الخاصة، بيد أن ما يدعو للتأمل هو ما أقدمت عليه المحكمة من تسمية الحق للصيق بذاتية الفرد بمرادفه الأجنبي Private Autonomy of Choice – أي الحرية الخاصة في الاختيار. فيحسب الباحث عدم المغالاة بالقول أن المحكمة في استخدامها للمصطلح الأجنبي إنما تأثرت بما استقر في قضاء المحاكم العليا الأجنبية من اعتبار الحق في اختيار الشخص من الحقوق اللصيقة بذاتية الفرد وثيقة الصلة بالحرية الخاصة للاختيار. ولعل ما يدعم تصور الباحث يتمثل في حقيقة أن مصطلح Private Autonomy of Choice كان من نتاج اجتهاد المحكمة العليا الأمريكية في الدعاوى المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية. فقد ورد المصطلح أول ما ورد في قضاء المحكمة العليا الأمريكية بمناسبة نظرها لإحدى الدعاوى الشهيرة عام 1965 Griswold v. Connecticut، حيث أثبتت المحكمة للأفراد ما يُسمى بالحق في خصوصية العلاقة الزوجية مصنفة إياه كونه وثيق الصلة بالحق في حرية الاختيار الشخصي Private Autonomy of Choice. وقد تلخصت وقائع الدعوى في أن سلطات ولاية كونيتيكت الأمريكية، بناء على أحد القوانين العقابية للولاية، كانت قد أدانت طبيبين لإعطائهم زوجين مشورة طبية لتحديد النسل. وقد ألغت المحكمة العليا

ويعتبر إطاراً محدداً لها. ولا يكون ذلك إلا من خلال فهم أعمق لمراميها واستصفاء ما وراءها من القيم والمثل العليا التي احتضنها الدستور. "راجع حكم المحكمة الدستورية العليا السابق الإشارة إليه.

¹ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا السابق.

الأمريكية الإدانة على سند من أن قانون الولاية غير دستوري كونه يمثل انتهاكاً للحق في خصوصية العلاقة الزوجية.¹ وقد أسست المحكمة قضاءها بالقول بأنه على الرغم من أن الدستور الفيدرالي الأمريكي لا يحمي على وجه التحديد الحق في الخصوصية، بيد أنه قد استقر في قضاء المحكمة أن ضمانات الحقوق والحريات المحددة في وثيقة الحقوق حقوقاً ضمنية لم يرد ذكرها صراحةً، من ضمنها الحق في خصوصية العلاقة الزوجية *Right to Marital Privacy* والحق في حرية الاختيار الشخصي *Private Autonomy of Choice*.²

وبالمثل عام 1973 عاد مصطلح الحق في حرية الاختيار الشخصي ليتردد مجدداً في قضاء المحكمة العليا الأمريكية في القضية الشهيرة *Roe v. Wade*، حين قضت المحكمة بأن الحق في الاجهاض يرتقى ليلبغ منزلة الحقوق الدستورية اللصيقة بذاتية المرأة، على سند من أن الحق في الاجهاض يُعد من الحقوق المنبثقة عن الحق في الخصوصية المنصوص عليه بمقتضى التعديل الرابع عشر للدستور الفيدرالي الأمريكي. وفي معرض قضائها بذلك، ذكرت المحكمة العليا الأمريكية أن الحق في الاجهاض أحياناً ما يكون متعلقاً بالحرية الخاصة للاختيار *Personal Autonomy of Choice*.³

أخيراً عام 1992 في القضية الشهيرة *Planned Parenthood v. Casey*، أكدت المحكمة العليا الأمريكية قضاءها السابق فيما يتعلق بحق الأم في الاجهاض، وذلك بأن قضت بعدم دستورية اشتراط الحصول على إخطار الزوج قبل الشروع في الاجهاض. وقد ذكرت المحكمة في معرض قضائها أنه إذا كان الغرض من تنظيم الاجهاض براءة أو إذا ما نتج عن هذا التنظيم "عبء غير مبرر" يمكن تأويله كونه يُمثل "عقبة كبيرة" في طريق المرأة الساعية إلى إجهاض نفسها قبل أن يصبح

¹ حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

² راجع الحكم السابق.

³ أسست المحكمة العليا الأمريكية قضاءها على سند من أن الحق في الخصوصية الممنوح للأفراد بمقتضى التعديل الدستوري الرابع عشر يشمل النساء الساعيات إلى إنهاء حملهن قبل أن يصبح الجنين قابلاً للحياة خارج الرحم. فتلك الفترة تمثل الأشهر الثلاثة الأولى من الحمل. وبناءً على ذلك، تلتزم الحكومة الفيدرالية وكذا حكومات الولايات بتبرير أي قيود تضعها على عمليات الاجهاض خلال تلك الفترة، وذلك عن طريق إثبات أن ثمة مصلحة ملحة للدولة أو لحكومة الولاية في منع الاجهاض أو تقييده. أما بمجرد أن يصبح الجنين قادراً على الحياة خارج رحم الأم، فإن اتجاه الدولة بحظر الاجهاض وحماية حياة الجنين يفوق حق الأم في حرمتها الشخصية وكذلك حقها في حرية الاختيار.

راجع حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

الجنين قابلاً للحياة خارج رحمها، فلا ريب في عدم دستورية مثل هذا التنظيم.¹ وعليه، يضحى، في نظر المحكمة، اشتراط إخطار الزوج قبل الإجهاض عبئاً غير مبرراً يتجافى مع الحق في الإجهاض والحق في حرية الاختيار الشخصى Private Autonomy of Choice.²

ثانياً: تجلت مظاهر استعانت المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقوانين والأحكام القضائية الأجنبية في قضائها السالف الإشارة إليه، حين نعتت الحرية الشخصية، وما يتفرع عنها من الحق في اختيار الزوج والحق في خصوصية الحياة الزوجية، بالحرية المنظمة، وأوردت المصطلح الأجنبى لتلك الأخيرة في متن الحكم الصادر عنها. وفي ذلك تقول المحكمة "حق اختيار الزوج لا يمكن أن يكون منفصلاً عن خواص الحياة العائلية أو واقعاً وراء حدودها، إذ يتصل مباشرة بتكوينها ... ولا يعدو إنكاره أن يكون إخلالاً بالقيم التي تقوم عليها الحرية المنظمة Ordered Liberty وهو كذلك يناقض شرط الوسائل القانونية السلمية، وما يتوخاه من صون الحرية الشخصية بما يحول دون تقييدها بوسائل إجرائية أو وفق قواعد موضوعية لا تلتئم وأحكام الدستور التي تمد حمايتها كذلك إلى ما يكون من الحقوق متصللاً بالحرية الشخصية، مرتبطاً بمكوناتها، توقيفاً لاقتحام الدائرة التي تظهر فيها الحياة الشخصية في صورتها الأكثر تألقاً وتراحماً."³

الواقع من الأمر إن نعت المحكمة الدستورية العليا للحرية المنظمة بتسميتها الأجنبية Ordered Liberty يذهب أبعد من مجرد أن يغدو نعتاً لأغراض الترجمة الحرفية، وذلك على سند من أن استحضار المحكمة للمصطلح العربى بالأساس لم يكن من ابتداعاتها القضائية. فيحسب الباحث أن المحكمة لم تقدم على استخدام مصطلح الحرية المنظمة إلا بعد اطلاعها على السوابق القضائية الأجنبية المتعلقة بالحق في الزواج وخصوصية الحياة الزوجية، لا سيما تلك المتناثرة في شتات قضاء المحكمة العليا الأمريكية. فالمدقق المنصف يلحظ وبحق أن نعت الحقوق والحريات أو حتى أحد الامتيازات الممنوحة لسلطات الدولة (بالمنظمة) إنما يعزو إلى ما استقر في قضاء المحكمة العليا الأمريكية في تعرضها لما يُعرف بالحقوق والحريات الأساسية التي تُفصح عنها النصوص الدستورية بطريقة ضمنية أو الحقوق والامتيازات الممنوحة ضمناً لإحدى سلطات الدولة بمقتضى الدستور. بعبارة أكثر وضوحاً، في استخلاصها لحق أو حرية فردية أساسية، غير مسماة صراحةً في الدستور الفيدرالى الأمريكى، عن طريق تفسيرها لأحد النصوص الدستورية الوارد بها صراحةً إحدى الحريات الفردية، تعتمد المحكمة العليا

¹ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية

Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

² راجع الحكم السابق.

³ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا السابق الإشارة إليه فى القضية رقم 23 لسنة 16 ق. -

جلسة (18 مارس 1995).

الأمريكية إلى تسمية تلك الأخيرة (بالحرية المنظمة). والحال نفسه يجرى على منهجية المحكمة في تقريرها للسلطات الضمنية للكونجرس الأمريكي (السلطة التشريعية الأمريكية)، حين استخلصتها من النصوص الدستورية المحددة لسلطات الكونجرس بشكل صريح، ناعته تلك الأخيرة بالسلطات المنظمة.

وفق هذا التصوير، يتبدى من استطراد التأمل في منهجية المحكمة العليا أنه فيما يتعلق بمسائل الحقوق والحريات الأساسية، فالمحكمة قد استقر قضاءها على أن ثمة حقوق وحريات تم النص عليها صراحةً في الدستور الأمريكي، وهي ما يصدق عليه وصف الحريات المنظمة *Ordered Liberties*. فإسباغ وصف (المنظمة) على الحرية الأساسية المنصوص عليها صراحةً في الدستور، إنما يعنى، بحسب المحكمة، تنظيمها تشريعياً من قبل المشرع الدستوري. أما بالنسبة للحريات غير المذكورة صراحةً في الدستور، والمستخلصة من قبل المحكمة من خلال تفسيرها للنصوص الدستورية، فتعرف بالحريات الضمنية *Implied Liberties*.¹

ثالثاً: يحسب الباحث عدم المغالاة بالقول أن مظاهر استعانت المحكمة الدستورية العليا بالأحكام القضائية الأجنبية في قضائها السابق الإشارة إليه قد ظهرت واضحة جلية حين عبرت المحكمة بعبارات صريحة عن استساغتها لما استقر عليه القضاء الدستوري لبعض الدول من استخلاص بعض الحقوق الدستورية ضمناً من النصوص الدستورية، لا سيما فيما يتعلق بالحقوق الدستورية الهامة واللصيقة بالشخصية كالحق في حرية الاختيار الشخصي والحق في خصوصية الحياة الزوجية واختيار الزوج. وتجلية لذلك تقول المحكمة أنه لم يكن من المستغرب – على ضوء أهمية بعض الحقوق المتعلقة بنطاق المسائل الشخصية وأوضاع الحياة التي ينبغي كتمانها، ونطاق استقلال الأفراد – "أن يستخلص القضاء في بعض الدول ذلك الحق [الحق في الخصوصية وحرمة الحياة الشخصية] من عدد من النصوص الدستورية التي ترشح مضمونها لوجوده، وذلك من خلال ربطها ببعض

¹ والحال نفسه يجرى في قضاء المحكمة العليا الأمريكية بشأن السلطات الضمنية للكونجرس الأمريكي. فقد تواتر قضاء المحكمة على أن السلطات الممنوحة للكونجرس وفق نص المادة الأولى من الدستور الفيدرالي، إنما تتعلق بالسلطات المذكورة صراحةً بنص الدستور (السلطات المنظمة). وفي معرض تفسيرها لتلك السلطات، كثيراً ما اهتدت المحكمة إلى تخريج العديد من السلطات الأخرى والتي نعتتها بالسلطات الضمنية *Implied Powers*.

انظر في ذلك على سبيل المثال

W. F. Dodd, *Implied Powers and Implied Limitations in Constitutional Law*, 29 YALE L. J. 138 – 162 (1919).

Robert J. Reinstein, *The Aggregate and Implied Powers of the United States*, 69 AM. UNIV. L. REV. 3 – 104 (2019).

David M. Driesen and William C. Banks, *Implied Presidential and Congressional Powers*, 41 CARDOZO L. REV. 1301 – 1365 (2020).

وقوفاً على أبعاد العلاقة التي تضمها فالدستور الأمريكي لا يتناول الحق في الخصوصية بنص صريح. ولكن القضاء فسر بعض النصوص التي ينظمها هذا الدستور بأن لها ظلالاً Penumbras لا تخطئها العين، وتتنبثق منها مناطق من الحياة الخاصة تعد من فيضها Emanations، وتؤكد ذلك بعض الحقوق التي كفلها ذلك الدستور، من بينها حق الأفراد في الاجتماع. وحقهم في تأمين أشخاصهم وأوراقهم ودورهم ومتعلقاتهم في مواجهة القبض والتفتيش غير المبرر. وحق المتهمين في ألا يكونوا شهوداً على أنفسهم توفيقاً لإدلائهم بما يدينهم. وكذلك ما نص عليه الدستور الأمريكي من أن التعداد الوارد فيه لحقوق بذواتها، لا يجوز أن يفسر بمعنى استبعاد أو تقليص غيرها من الحقوق التي احتجزها المواطنون لأنفسهم.¹¹

الواقع من الأمر أن التدقيق في قضاء المحكمة الدستورية العليا السابق الإشارة إليه يكشف عن استساعة المحكمة الدستورية العليا المصرية في قضائها السابق لدور القضاء الدستوري الأجنبي في استخلاص الحقوق الدستورية ضمناً من فحوى النصوص الدستورية، إنما يُجزم بقناعة المحكمة بأن ثمة نفع يُرجى من الاستعانة بالسوابق القضائية الأجنبية، لا سيما فيما يتعلق بتفسير الحقوق والحريات الأساسية، بحيث تضحى المحاكم الوطنية قادرة على الاستهداء بما استقر في تلك السوابق الأجنبية من منهجيات تفسيرية من شأنها المساعدة على تدعيم حقوق وحريات الأفراد. بيد أن معاودة المحكمة التعبير عن بعض الأفكار القانونية باللغة الأجنبية، إنما يقطع، بحسب ظن الباحث، ليس باستحسانها لفكرة الاستعانة بالسوابق القضائية الأجنبية في سياق تيرير الأحكام الوطنية فحسب، بل وبعدم تورعها عن الاستعانة بتلك السوابق الأجنبية.

ففي سعيها لتبرير موقفها من التقرير بأن الحق في حرمة الحياة الشخصية إنما يتفرع عنه جملة من الحقوق الدستورية الأخرى أخصها الحق في الاختيار الشخصي والحق في اختيار الزوج، استندت المحكمة على ركيزتين أساسيتين. أولهما، ما سبق الإشارة إليه بشأن الممارسات المتبعة في قضاء بعض الدول من استخلاص عدد من الحقوق الدستورية استخلاصاً ضمناً من النصوص الدستورية التي تنبئ مضمونها عن وجود تلك الحقوق. وثانيهما، يتمثل في تعبير المحكمة عن فكرة استخلاص الحقوق الدستورية ضمناً بنفس المصطلحات المستخدمة في قضاء المحكمة العليا الأمريكية، بل وإيراد تلك المصطلحات باللغة الأجنبية. ففي وصفها للنصوص الدستورية التي أوردت حقوق وحريات فردية بشكل صريح، تجنبت المحكمة إطلاق الأوصاف المستقر عليها بالنسبة لتلك النصوص، مثل كونها نصوصاً فضفاضة أو واسعة أو حمالة أوجه أو حتى كونها من النصوص التي تستوعب أكثر مما قد يُفصح عنه ظاهر ألفاظها، وعمدت إلى استبدال تلك الأوصاف بوصف جديد لم يكن نتاجاً لاجتهادها القضائي، بل ترديداً لما هو مستقر في قضاء

¹ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا السابق الإشارة إليه في القضية رقم 23 لسنة 16 ق. - جلسة (18 مارس 1995).

المحكمة العليا الأمريكية وفقه القانون الدستوري الأمريكي. فقد نعتت المحكمة الدستورية العليا تلك النصوص كونها نصوصاً لها ظلال، وذلك قبل أن تردف ذلك النعت بتسميته الإنجليزية *Penumbras*. وكذا فعلت المحكمة حين عمدت إلى وصف الحقوق الدستورية المستخلصة ضمناً من النصوص الدستورية ذات الظلال، حيث جنحت نحو وصفها بذات الوصف التي اضعفته المحكمة العليا الأمريكية عليها. فعلى غرار ما هو مستقر في قضاء المحكمة العليا الأمريكية، وصفت المحكمة الدستورية العليا الحقوق الدستورية المستخلصة ضمناً من النصوص الدستورية ذات الظلال كونها حقوقاً تُعد من فيض تلك الأخيرة، وذلك قبل أن تورد المصطلح الإنجليزي لذلك الوصف *Emanations*.

وتجلية لذلك، فشنت أحكام المحكمة العليا الأمريكية تعج بما اسمته تلك الأخيرة بالنصوص الدستورية ذات الظلال *Penumbras*. فعلى سبيل المثال، في إحدى الدعاوى التي نظرتها المحكمة العليا الأمريكية، قضت تلك الأخيرة بأن نص التعديل الدستوري الأول المتعلق بحرية الرأي والتعبير يُعتبر من النصوص الدستورية ذات الظلال التي يندرج تحتها عدة حقوق دستورية أخرى، بخلاف الحق في حرية الرأي والتعبير، مثل الحق في الاجتماع والحق في تكوين الجمعيات والنقابات.¹ فضلاً عن ذلك، فقد وصفت المحكمة العليا الأمريكية في العديد من أحكامها التعديل الرابع والخامس من الدستور الفيدرالي، فيما يتعلق بشأن الحق في الحرية الشخصية، كونهما ضمانات ضد جميع الانتهاكات الحكومية لحرمة مسكن الإنسان وخصوصيات الحياة.² وقد بررت المحكمة ذلك على سند من أن التعديل الرابع والخامس من النصوص الدستورية ذات الظلال التي لا تضمن الحق في الحرية الشخصية فحسب، بل يتفرع عنها كذلك الحق في الخصوصية والحق في حرمة الحياة الشخصية.³

¹ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

NAACP v. Button, 371 US 415 (1963).

وكذلك حكمها في قضية

Schware v. Board of Bar Examiners, 353 U. S. 232 (1957).

² انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Boyd v. United States, 116 U. S. 616 (1886).

³ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Bread v. Alexandria, 341 U. S. 622, 341 (1951).

وكذلك قضائها

Public Utilities Comm'n v. Pollak, 343 U. S. 451 (1952); *Lanza v. New York*, 370 U. S. 139 (1962); *Frank v. Maryland*, 359 U. S. 360 (1959); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U. S. 535 (1942).

وكما سبقت الإشارة، فلئن كانت المحكمة الدستورية العليا قد وصفت الحقوق الدستورية المستنبطة ضمناً من النصوص الدستورية الصريحة كونها حقوقاً من فيض تلك الأخيرة Emanations، فذلك الوصف لم يكن أيضاً من ابتداع المحكمة. فقد تردد هذا الوصف في أحكام المحكمة العليا الأمريكية. فعلى سبيل المثال، في إحدى الدعاوى التى نظرتها المحكمة العليا الأمريكية، ذكرت تلك الأخيرة أن الحق فى الحرية الشخصية إنما هو من الحقوق التى تقيض بها العديد من الضمانات الدستورية المذكورة صراحةً فى نصوص الدستور الفيدرالى.¹ وفى جملة من الدعاوى القضائية الأخرى، تقول المحكمة العليا الأمريكية أن العديد من الضمانات الواردة فى وثيقة الحقوق (التعديلات العشر الأولى من الدستور الأمريكى)، مثل الحق فى الاجتماع السلمى والحق فى الخصوصية والحق فى حرمة المسكن، إنما هى ضمانات فاضت بها ضمناً النصوص الدستورية الصريحة.²

¹ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية

NAACP v. Alabama, 357 U. S. 449 (1958).

وكذلك قضائها فى قضية

Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).

² انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية

Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).

Powell v. Alabama, 287 U. S. 45 (1932).

Olmstead v. United States, 277 U. S. 438 (1928).

وفى دعوى أخرى، تقول المحكمة العليا الأمريكية أنه "على الرغم من أن الدستور لا يتحدث بكلمات كثيرة عن الحق فى خصوصية الحياة الزوجية، إلا أنه لا يمكن للمحكمة التسليم بأن الدستور لا يوفر أى حماية لهذه الحقوق الأساسية. فحقيقة أنه لا يوجد نص معين فى الدستور يحظر صراحةً على الدولة انتهاك العلاقة التقليدية للأسرة – وهى علاقة قديمة قدم حضارتنا بأكملها – ليس من شأنها القول بأن الدولة مخول لها هذا الانتهاك. بل على النقيض من ذلك، وعلى النحو الذى أقره صراحةً التعديل الدستورى التاسع، ثمة حقوق فردية أساسية محمية من خطر الانتهاك، وذلك بالرغم من عدم ذكر هذه الحقوق صراحةً فى الدستور." انظر حكم المحكمة فى قضية

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

وتجدر الإشارة فى هذا المقام أنه بالرغم من أن ما تواتر عليه قضاء المحكمة العليا الأمريكية، بشأن التقرير بنظرية النصوص الدستورية ذات الظلال وكذا الحقوق الدستورية المستخلصة ضمناً، قد مثل مصدر إلهام للمحكمة الدستورية العليا المصرية، بيد أن ذلك ليس من شأنه أن يجحد حقيقة أن كتابات فقه القانون الدستورى الأمريكى تعج بالاشارات المتعلقة بتفسير وتوضيح مفهوم النصوص الدستورية ذات الظلال وكذا منهجية المحكمة العليا الأمريكية فى استخلاص الحقوق الدستورية ضمناً. ولعل تلك الكتابات الفقهية قد مثلت للمحكمة الدستورية العليا المصرية،

رابعًا: ثمة مظهر آخر لاستعانة المحكمة الدستورية العليا المصرية، في قضائها السالف الإشارة إليه، بالسوابق القضائية الأجنبية. ففي معرض تبريرها لموقفها بشأن استخلاصها للحق في اختيار الزوج ضمناً من النص الدستوري المتعلق بالحق في الخصوصية، ذكرت المحكمة أن إغفال المشرع الدستوري المصري للنص على الحق في الزواج لا يعنى إنكاره لوجود هذا الحق، وذلك على سند من أن الحق في الخصوصية المنصوص عليه صراحةً يشتمل بالضرورة على حق الفرد في اختيار زوجه. واستطردت المحكمة قائلة إن الحق في اختيار الزوج يُعتبر من الحقوق المكتملة للحق في الحرية الشخصية والخصوصية، خاصةً وإن تلك الرؤية تؤكد أن المنظومة الدستورية الضامنة للحريات الشخصية والخصوصية لا بد وأن يأتي "نهجها متواصلًا Rational Continuum ليوائم مضمونها الآفاق الجديدة التي تفرضها القيم التي أرسنها الجماعة وارتضتها ضوابط لحركتها، وذلك انطلاقًا من حقيقة أن النصوص الدستورية لا يجوز فهمها على ضوء حقبة جاوزها الزمن، بل يتعين أن يكون نسيجها قابلاً للتطور، كإفلا ما يفترض فيه من اتساق مع حقائق العصر".¹

في استعانتها بتلك النظريات الدستورية الأجنبية، موجهاً عامًا للوقوف على مفهومها وذاتيتها وحقيقة مراميها. انظر على سبيل المثال

O. John Rogge, Concept of Ordered Liberty: A New Case, 47 CAL. L. REV. 238-266 (1959).

Henry T. Greely, A Footnote to "Penumbra" in Griswold v. Connecticut, 6 CONST. Q. 251-265 (1989).

R. H. Clark, Constitutional Sources of the Penumbra Right to Privacy, 19 VILL. L. REV. 833-884 (1974).

¹ راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 23 لسنة 16 ق. السابق الإشارة إليه، حيث تقول المحكمة "وحيث إن دستور جمهورية مصر العربية وإن نص في الفقرة الأولى من المادة 45 على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، ثم فرع عن هذا الحق - وبنص الفقرة الثانية منها - الحق في صون الرسائل البريدية والبرقية والهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال تقديرًا لحرمتها، فلا يصادرها أحد أو ينفذ إليها من خلال الاطلاع عليها إلا بأمر قضائي، يكون مسببًا ومحددًا بمدة معينة وفقًا لأحكام القانون، إلا أن هذا الدستور لا يعرض البتة للحق في الزواج، ولا للحقوق التي تنتفرع عنه كالحق في اختيار الزوج. بيد أن إغفال النص على هذه الحقوق لا يعنى إنكارها، ذلك أن الحق في الخصوصية يشملها بالضرورة باعتباره مكملًا للحرية الشخصية التي يجب أن يكون نهجها متواصلًا Rational Continuum ليوائم مضمونها الآفاق الجديدة التي تفرضها القيم التي أرسنها الجماعة وارتضتها ضوابط لحركتها، وذلك انطلاقًا من حقيقة أن النصوص الدستورية لا يجوز فهمها على ضوء حقبة جاوزها الزمن، بل يتعين أن يكون نسيجها قابلاً للتطور، كإفلا ما يفترض فيه من اتساق مع حقائق العصر The Supposed Tune of Times".

استطرد التأمّل فيما ساقته المحكمة الدستورية العليا المصرية في قضائها السابق يكشف عن مواطنين أساسيين: أولهما، يتعلق بالمنهجية التفسيرية للمحكمة. فالمحكمة فيما ساقته من حديث بشأن ضرورة أن تأتي منظومة الحماية الدستورية للحريات الشخصية والحق في الخصوصية متكاملة، ذكرت أن هذا التكامل لا يتأتى إلا باستخلاص ما أغفل المشرع الدستوري النص عليه من حقوق وحريات دستورية ضمناً من النصوص الصريحة، وهو الأمر الذي اعتبرته ضرورياً لتضحي لضمان أن تأتي الحقوق الدستورية المذكورة صراحةً في الدستور متوائمة مع المتطلبات والمعطيات الجديدة في المجتمع وكذا القيم التي فرضتها الجماعة وارتضاها كضوابط لتصرفاتها. الواقع من الأمر أن القراءة المنصفة لموقف المحكمة من الحاق الحق في الزواج وما يتفرع عنه من حقوق كالحق في اختيار الزوج من مشتملات الحق في الخصوصية، وذلك لضمان أن تأتي منظومة الحماية الدستورية لهذا الأخير متكاملة ومتسقة مع المتطلبات المجتمعية الجديدة وقيم الجماعة، إنما تفصح عن أن المحكمة قد مزجت بين المنهجية القصدية في التفسير من جهة والمنهجية البرجماتية من جهة أخرى. فالمحكمة في استدعائها لفكرة الأفاق والمتطلبات المجتمعية الجديدة إنما عمدت إلى تفسير الحق في الخصوصية تفسيراً موسعاً لا تتوخى تخومه ظاهر الألفاظ، بل تتعداها للولوج لقصد ونية المشرع الدستوري وحقيقة مراميه. فقد كان الثابت لدى المحكمة أنه من غير المتصور أن تكون نية المشرع الدستوري المصرى قد انصرفت إلى اعتبار أن الحق في الخصوصية يقف عن حد التقرير بحق الفرد في حرمة مسكنه وحياته الخاصة. على النقيض من ذلك، قنعت المحكمة أن حقيقة مرامى المشرع تدفع للظن بأنه قد قصد أن الحق في الخصوصية يمتد ليشمل، إلى جانب الحق في حرمة المسكن وحرمة الحياة الشخصية، الحق في حرمة المراسلات والحق في الزواج والحق في اختيار الزوج والحق في حرية الاختيار الشخصى. ولعل ما يدعم ذلك الفهم ما ساقته المحكمة في قضائها من أن اعتبار الحق في الزواج والحق في اختيار الزوج من الحقوق المتفرعة عن الحق في الخصوصية إنما مرده حقيقة أن النصوص الدستورية لا يجوز فهمها في ضوء حقبة تجاوزها الزمن، بل على العكس من ذلك فالنصوص الدستورية قابلة للتطور لتواكب حقائق العصر المتغيرة باستمرار واضطراباً. فضلاً عن ذلك، فالمحكمة قد جنحت نحو الارتكان إلى المنهجية البرجماتية في تفسير الحق في الخصوصية، حين جعلت من رضاء وتوافق الجماعة على قيم مختلفة باختلاف العصر ميزاناً لقياس مدى ملاءمة تفسيرها للحق في الخصوصية. بعبارة أكثر وضوحاً، تجلت برجماتية تفسير المحكمة في استحضارها لفكرة أن التفسير المضيق للحق في الخصوصية لن يتوافق مع إرادة الجماعة التي استقرت على قيم واعتبارات جديدة لربما لم تكن قد صادفها القبول الشعبى وقت صياغة الدستور وإقراره. وعليه، فالاستقرار على التفسير الضيق للحق في الخصوصية، واستبعاد أن يندرج تحته الحق في الزواج والحق في اختيار الزوج، بحسب المحكمة، لن يُصادف قبولاً لدى الجماعة.

على الجانب الآخر، ما يمكن استخلاصه ثانيًا من قضاء المحكمة السابق، أن تلك الأخيرة قد استعانت بما استقر في القضاء الدستوري الأجنبي، لا سيما سوابق المحكمة العليا الأمريكية، من تفسير بشأن أهمية تكامل النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات. فالمحكمة الدستورية قد عبرت عن أهمية هذا التكامل بضرورة أن يأتي تفسير نصوص الحقوق والحريات في صورة نهج عقلاني متواصل، وذلك قبل أن تنعت ذلك الأخيرة بالوصف الأجنبي المستقر عليه في قضاء المحكمة الأمريكية Rational Continuum.¹ فقد سايرت المحكمة الدستورية العليا نظيرتها الأمريكية في نظرتها لفكرة تكامل التفسير لنصوص الحقوق والحريات الأساسية، بحيث أن ذلك التكامل لا يستقيم إلا باعتبار بعض الحقوق التي لم تذكر صراحةً من مشتقات الحقوق التي أتى ذكرها صراحةً في الدستور. وعليه، بحسب المحكمة، يضحى التفسير الموسع لنصوص الحقوق والحريات الأساسية، والذي يُمكن من الاعتراف بجملة من الحقوق والحريات الأخرى، غير المنصوص عليها صراحةً والتي استقر عليها الضمير الجمعي، تفسيرًا من نهج عقلاني يتوافق مع متطلبات الجماعة ونوازل العصر الجديدة.

أخيرًا: يمكن تلمس استعانة المحكمة الدستورية العليا المصرية بالقانون الأجنبي في قضائها السابق حين عمدت إلى تدعيم رأيها بشأن التقارب الشديد بين الحق في الخصوصية والحق في الزواج واختيار الزوج، باعتبار أن الأخير إنما هو فرع من الأول، بالاستشهاد بعدة موثيق دولية مؤيدة لحق الفرد في اختيار زوجه. ففي معرض قضائها بأن الحق في الزواج والحق في اختيار يرتقى ليلبغ منزلة الحقوق الدستورية للصيقة بالشخصية، دعمت المحكمة وجهة نظرها بالاستشهاد بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10/12/1948، واتفاقية التراضي بالزواج والحد الأدنى لسنة وتسجيل عقوده

¹ على سبيل المثال، في إحدى الدعاوى التي نظرتها المحكمة العليا الأمريكية عام 1961، قضت بانتفاء صفة المدعين في الدعوى التي تمكنهم من الطعن على قانون ولاية كونتيكت بشأن حظر استخدام موانع الحمل ويمنع الأطباء من تقديم المشورة لاستخدامها، وذلك على سند من أن القانون لم يُطبق بعد. وعليه، فإن أى طعن في القانون يعتبر سابق لأوانه، حيث أنه ليس ثمة تهديد فعلى بالحق الضرر بأى شخص يخالف القانون. بيد أنه تجدر الإشارة إلى أن حكم المحكمة قد ورد به رأيًا معارضًا لأحد القضاة مفاده تبني تفسيرًا موسعًا للحق في "الحرية الشخصية" التي يحميها البند المتعلق بإجراءات التقاضى، على النحو الوارد في التعديل الدستوري الرابع عشر، ليشمل ليس انتهاكات الدولة لواحد من التعديلات الثمانية الأولى التي تم اعتبارها "مدمجة" في التعديل الرابع عشر فحسب، ولكن أيضًا ضد أى قانون من شأنه تقييد "الحرية الشخصية" بلا مبرر. وقد تم وصف "الحق في الحرية الشخصية" المحمي بمقتضى الدستور الأمريكى كونه "سلسلة عقلانية تتضمن، بشكل عام، التحرر من جميع القيود التعسفية." راجع حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Convention on Consent to Marriage Minimum Age (1962/11/7)
على جميع أشكال التمييز العنصرى (1965/12/21) والاتفاقية الدولية للقضاء
Discrimination International Covenant on Civil and Political (1966/12/16)
Rights Declaration on the Elimination of Discrimination against
Women Convention on the Elimination of all Forms of (1979/12/18)
Discrimination against Women، والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان
وحرياته الأساسية والموقع عليها فى روما بتاريخ (1950/11/4) من الدول
الأعضاء فى مجلس أوروبا
Convention for the Protection of Human Rights and
Fundamental Freedoms¹

¹ وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا "إن المواثيق الدولية تؤيد كذلك حق اختيار الزوج.
ومن ذلك ما نصت عليه المادة 16 من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الذى أقرته الجمعية العامة
للأمم المتحدة فى 1948/12/10 من أن لكل من الرجل والمرأة - إذا كانا بالغين - حق التزوج
وتأسيس أسرة دون قيد يقوم على العرق أو الدين أو الجنسية. وتردد حكم المادة 16 من هذا
الإعلان، اتفاقية التراضى بالزواج والحد الأدنى لسنة وتسجيل عقوده (1962/11/7)
Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and
Choice of Spouse. كذلك فإن حق التزوج واختيار الزوج
مكفولان بنص المادة 5 من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصرى
International Convention on the Elimination of all Forms of (1965/12/21)
Racial Discrimination. وتؤكد الفقرة الثانية من المادة 23 من العهد الدولى للحقوق المدنية
والسياسية (1966/12/16) International Covenant on Civil and Political Rights
حق الرجال والنساء الذين بلغوا سن الزواج فى أن يكونوا أزواجًا، وأن يقيموا لهم أسرًا. وترعى
المادة 6 من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة (1967/11/7) Declaration on the
Elimination of Discrimination against Women حقها فى اختيار الزوج بملء حريتها
وعدم التزوج إلا برضاها التام. وتتمتع المرأة وفقًا لنص المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع
أشكال التمييز ضد المرأة (1979/12/18) Convention on the Elimination of all
Forms of Discrimination against Women بحق مساو للرجل فى اختيار الزوج، وفى
ألا يتم الزواج إلا برضاها الكامل. وتنص المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان
وحرياته الأساسية والموقع عليها فى روما بتاريخ 1950/11/4 من الدول الأعضاء فى مجلس
أوروبا Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

(ب) الحق فى محاكمة منصفة وافترض براءة المتهم

تارة أخرى تستعين المحكمة الدستورية العليا المصرية بالاستشهادات الأجنبية فى مجال الحقوق الأساسية، لا سيما فى المسائل ذات الصلة بالحق فى التقاضى وحقوق المتهم. فى الدعوى رقم 28 لسنة 17 قضائية، كانت المحكمة قد قضت بعدم دستورية نص المادة 18 من القانون رقم 10 لسنة 1966 بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها فيما تضمنه من معاقبة من يخالف أحكام المادة الثانية من هذا القانون بعقوبة المخالفة إذا كان حسن النية. وفى تسبب قضائها بعدم دستورية المادة المشار إليها، تعرضت المحكمة لبيان المقصود بعدة حقوق ومبادئ دستورية، لا سيما الحق فى محاكمة منصفة وافترض براءة المتهم.

وتجدر الإشارة فى هذا المقام، أن المحكمة فى تعرضها لتلك الحقوق والمبادئ الدستورية قد ساقطت العديد من العبارات القانونية الأجنبية، تعلق بعضها بالاستشهادات الفقهية والبعض الآخر بالسوابق القضائية، وأوردتها فى حكمها باللغة الإنجليزية. ولعل ما يدعم هذا الأمر ما يسوقه الباحث، على سبيل المثال، من قضاء المحكمة الدستورية العليا فى الطعن السابق الإشارة إليه، فيما يتعلق بضرورة قيام الفعل المؤثم والمُعاقب عليه على ركنين، أحدهما مادى والآخر معنوى، وذلك، بحسب المحكمة، ضمانًا للمحاكمة المنصفة وصونًا لحقوق المتهم. وتطبيقًا لذلك، تقول المحكمة إن توجه المشرع الدستورى بالنص على أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها، إنما يدل على أن "الكل جريمة ركنًا ماديًا لا قوام لها بغيره، يتمثل أساسًا فى فعل أو امتناع وقع بالمخالفة لنص عقابى، مفصلاً بذلك عن أن ما يركن إليه القانون الجنائى ابتداءً - فى زواجره ونواهيه - هو مادية الفعل المؤخذ على ارتكابه، إيجابيًا كان هذا الفعل أم سلبياً ... بل إنه فى مجال تقدير توافر القصد الجنائى، فإن محكمة الموضوع لا تعزل نفسها عن الواقعة محل الاتهام التى قام الدليل عليها قاطعًا واضحًا، ولكنها تجيل بصرها فيها، منقبة من خلال عناصرها عما قصد إليه الجانى حقيقة من وراء ارتكابها. ومن ثم تعكس هذه العناصر تعبيرًا خارجيًا وماديًا عن إرادة واعية. ولا يتصور بالتالى وفقًا لأحكام الدستور أن توجد جريمة فى غيبة

Freedoms على حق كل شخص فى ضمان الاحترام لحياته الخاصة وحياته العائلية. ولا يجوز لأى سلطة عامة التدخل فى مباشرة هذا الحق إلا وفقًا للقانون، وفى الحدود التى يكون فيها هذا التدخل ضروريًا فى مجتمع ديمقراطى لضمان الأمن القومى أو سلامة الجماهير أو رخاء البلد اقتصاديًا، أو لتوقى الجريمة أو انفراط النظام أو لصون الصحة أو القيم الخلقية أو لحماية حقوق الآخرين وحياتهم." انظر حكم المحكمة الدستورية العليا السابق الإشارة إليه فى القضية رقم 23 لسنة 16 ق. - جلسة (18 مارس 1995).

ركنهما المادى، ولا إقامة الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم، والنتائج التى أحدثنا بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه.¹ واللافت للنظر أن المحكمة فى بيانها للمقصود بالركن المادى والمعنوى للجريمة المُعاقب عليها جنائياً ارتأت الاستشهاد بما ورد فى بعض الأحكام القضائية الأجنبية الصادرة عن المحكمة العليا لولاية كونتيكت الأمريكية. فقد ورد فى قضاء المحكمة الدستورية العليا باللغة الإنجليزية الفقرة الآتية:

A person's intent in any regard is to be inferred from his conduct and ordinarily can be proven only by circumstantial evidence. Regardless of whether this intent is general or specific, intent is proven to the trier of facts by the conduct of the actor which represents an objective, tangible manifestation of behavior assumed to be reflection of his or her mental state."²

وقد قصدت المحكمة الدستورية العليا من تضمين قضائها هذه الفقرة الواردة باللغة الإنجليزية القول بأنه فى مجالات التجريم والعقاب يكون الاستدلال على نية الشخص عن طريق تقصى سلوكه، وهو الأمر الذى لا يمكن إدراكه عادةً إلا من خلال الأدلة الظرفية. وبصرف النظر عما إذا كانت نية الشخص عامة أو محددة، يكون إثباتها من خلال جملة الحقائق الواقعية التى تفصح عن سلوك الفاعل الذى يمثل مظهرًا موضوعيًا وملموسًا ويُفترض أن يكون بالضرورة انعكاسًا لحالته العقلية.

الواقع من الأمر أن الفقرة الأجنبية التى أوردتها المحكمة الدستورية فى قضائها قد تضمنت استشهادات من عدة أحكام قضائية صدرت عن بعض المحاكم العليا الأجنبية على النحو الآتى: أولاً: فيما يتعلق بكون أنه يمكن الاستدلال على نية الشخص من خلال سلوكه، أوردت المحكمة الدستورية العليا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا لولاية كونتيكت الأمريكية فى أحد الأحكام التى صدرت عنها عام 1956، حيث ورد فى هذا الأخير باللغة الإنجليزية العبارة التالية:

A person's intention in any regard is to be inferred from his
conduct.³

¹ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 28 لسنة 17 ق. - جلسة (2 ديسمبر 1995).

² انظر الحكم السابق.

³ انظر حكم المحكمة العليا لولاية كونتيكت الأمريكية فى القضية

Kiernan v. Borst, 144 Conn. 1, 6, 126 A.2d 569 (1956).

ثانيًا: بشأن ما ورد في قضاء المحكمة الدستورية العليا من تقرير بأن السلوك الإجرامي للشخص لا يمكن إدراكه عادةً إلا من خلال الأدلة الظرفية، فقد استهدت المحكمة بما ورد في حكم المحكمة العليا لولاية كونتيكت الأمريكية في إحدى الدعاوى التي نظرتها عام 1958. فالعبارة الأجنبية المذكورة في قضاء المحكمة الدستورية العليا "ordinarily can be proven only by circumstantial evidence..."، قد أوردتها بذات الألفاظ المحكمة العليا لولاية كونتيكت الأمريكية في حكمها الصادر في 1958.¹ ثالثًا: بشأن حقيقة أن مسألة إثبات النية الإجرامية للشخص تتعلق في المقام الأول بجملة من الحقائق الواقعية المادية والملموسة التي تعكس الحالة العقلية للشخص، فقد سبقت المحكمة الدستورية العليا نظيرتها التابعة لولاية كونتيكت الأمريكية في التسليم بها في الأحكام الصادرة عنها في أعوام 1953 و1954 و1966، حيث ورد في تلك الأحكام ذات العبارات الواردة في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية على النحو الآتي:

"The basic facts regarding the alleged crimes were not in issue. It was the intention of the parties or their state of mind as they performed these acts which are contested."² "A question of intent is a question of fact, the determination of which is not reviewable unless the conclusion drawn by the trier is one which cannot reasonably be reached."³ "Intention is a mental process, and of necessity it must be proved by the statement or acts of the person whose act is being scrutinized."⁴

بقي أن نشير إلى أن ما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا المصرية في قضائها السالف الإشارة إليه، فيما يتعلق بأهمية توافر الركن المادي والمعنوي للجرائم المُعاقب عليها قانونًا وكيفية استخلاص محاكم الموضوع لنية وقصد المتهم، قد ورد، على نحو مُغاير لفظًا، في قضاء المحكمة العليا الكندية في إحدى الدعاوى الشهيرة التي نظرتها عام 1994، بشأن الحقوق الدستورية للمتهم خاصةً قرينة البراءة ومقتضيات المحاكمة المنصفة.⁵

¹ انظر حكم المحكمة العليا لولاية كونتيكت الأمريكية في القضية

State v. Sul, 146 Conn. 78, 87, 147 A.2d 686 (1958).

² انظر حكم المحكمة العليا لولاية كونتيكت الأمريكية في القضية

International Brotherhood v. Commission on Civil Rights, 140 Conn. 537, 543, 102 A.2d 366 (1953).

³ انظر الحكم السابق.

⁴ انظر حكم المحكمة العليا لولاية كونتيكت الأمريكية في القضية

State v. Mazzadra, 141 Conn. 731, 735, 109 A.2d 873 (1954).

⁵ راجع حكم المحكمة العليا الكندية في قضية

على الجانب الآخر، تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا قد نحت منحى مغاير، فى جانب من قضائها السالف الإشارة إليه، فيما يتعلق بالاستشهادات الأجنبية. فلئن كانت المحكمة، على نحو ما أسلفنا، قد استشهدت ببعض السوابق القضائية الصادرة عن المحاكم العليا الأجنبية، فيما يتعلق بالتأكيد على ضرورة إثبات توافر الركن المادى والمعنوى للفعل المؤثم باعتباره من مقتضيات المحاكمة الجنائية المنصفة، بيد أن المحكمة قد غايرت وجهتها فى جانب آخر من قضائها، ملتفتة عن السوابق القضائية الأجنبية ومولية شطرها صوب الاستشهادات الفقهية. وتجلية لذلك يسوق الباحث من قضاء المحكمة الدستورية العليا، السالف الإشارة إليه، حديثها عن البراءة التى ترتقى لتبلغ، بحسب المحكمة، منزلة الأصل القانونى الذى يُلزم الفرد ولا يتزحزح بمحض الاتهام الجنائى.¹ فضلاً عن ذلك، ففى

R. v. Daviault, [1994] 3 S.C.R. 63.

"The fact that an accused may not rely on voluntary intoxication in such offences does not have that effect because of the nature of the offence and the mental elements which must be shown. The requisite state of mind may be proved in two ways. Firstly, there is the general proposition that triers of fact may infer mens rea from the actus reus itself: a person is presumed to have intended the natural and probable consequences of his actions ... This was the approach suggested in Majewski. In most cases involving intoxication in general intent offences, the trier of fact will be able to apply the first proposition, namely, that the intent is inferable from the actus reus itself...it is almost metaphysically inconceivable for a person to be so drunk as to be incapable of forming the minimal intent to apply force. Hence, only in cases of the most extreme self-intoxication does the trier of fact need to use the second proposition, that is, that evidence of self-induced intoxication is evidence of the guilty mind, the blameworthy mental state."

¹ وفى ذلك تقول المحكمة "وحيث إن أصل البراءة يمتد إلى كل فرد، سواء كان مشتبهًا فيه أو متهمًا، باعتباره قاعدة أساسية فى النظام الاتهامى، أقرتها الشرائع جميعها لا لتكفل بموجبيها حماية المذنبين وإنما لتدراً بمقتضاها العقوبة عن الفرد إذا كانت التهمة الموجهة إليه قد أحاطتها الشبهات بما يحول دون التيقن من مقارفة المتهم للواقعة محل الاتهام، ذلك أن الاتهام الجنائى فى ذاته، لا يزحزح أصل البراءة الذى يلزم الفرد دومًا ولا يزياله، سواء فى مرحلة ما قبل المحاكمة أو أثناءها، وعلى امتداد حلقاتها، وأيا كان الزمن الذى تستغرقه إجراءاتها، ولا سبيل بالتالى لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التى تبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم واليقين، بما لا يدع مجالاً معقولاً لشبهة انتفاء التهمة، وبشرط أن تكون دلالتها، قد استقرت حقيقتها بحكم قضائى استنفد طرق

معرض تدعيمها لفكرة كون أن الأصل في الإنسان البراءة، ذكرت المحكمة أن البراءة لا تُعد من قبيل القرائن القانونية، التي من شأنها تحويل محل الإثبات من الواقعة الأصلية مصدر الحق المدعى به إلى واقعة أخرى متصلة بها، بل على النقيض من ذلك، تُعد البراءة، بحسب المحكمة، مفترضاً بديهيّاً وأصلاً قانونيّاً يستمد أساسه من النصوص الدستورية، بحيث يُعتبر من ركيزة أساسية من الركائز التي يرتكز إليها مفهوم المحاكمة العادلة والمنصفة باعتبارها من الحقوق الدستورية الأساسية. وتدعيماً لذلك تذكر المحكمة في قضائها "وحيث إن افتراض البراءة لا يتمحض عن قرينة قانونية، ولا هو من صورها، ذلك أن القرينة القانونية تقوم على تحويل للإثبات من محله الأصلي ممثلاً في الواقعة مصدر الحق المدعى به، إلى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها، وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر إثباتها، إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون. وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التي افتترضها الدستور، فليس ثمة واقعة أحلها الدستور محل واقعة أخرى، وأقامها بديلاً عنها innocence is more properly called an assumption as opposed to a presumption. It does not rest on any other proved facts it is assumed. وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها، وهو كذلك من الركائز التي يستند إليها مفهوم المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور."1

اللافت للنظر أنه بخلاف العبارة التي ضمنتها المحكمة الدستورية العليا باللغة الإنجليزية طيات حكمها، وهي عبارة يأتي تفصيلها لاحقاً، فما ورد من قضاء بشأن كون أن براءة الإنسان لا تُعد من زمرة القرائن القانونية بل أصلاً قانونيّاً ومفترضاً أولياً قد سبق وقررت المحكمة بنفس الألفاظ في أحد أحكامها الصادرة عام 1992 – أي قبل صدور الحكم محل الحديث بعامين كاملين.² الواقع من الأمر أن ترديد

الطعن فيه، وصار باتاً." انظر حكم المحكمة الدستورية العليا السابق الإشارة إليه في القضية رقم 28 لسنة 17 ق. – جلسة (2 ديسمبر 1995).

¹ انظر الحكم السابق.

² راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 12 لسنة 13 ق. – جلسة (2 فبراير 1992).

"وحيث إن أصل البراءة يمتد إلى كل فرد سواء أكان مشتبهاً فيه أو متهمّاً باعتباره قاعدة أساسية في النظام الإتهامي أقرتها الشرائع جميعها لا لتكفل بموجبها حماية المذنبين، وإنما لتدرأ بمقتضاها العقوبة عن الفرد إذا كانت التهمة الموجهة إليه قد أحاطتها الشبهات بما يحول دون التيقن من مقارفة المتهم للواقعة الإجرامية، ذلك أن الاتهام الجنائي في ذاته لا يزحزح أصل البراءة الذي يلزم الفرد دوماً ولا يزيله سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة أو أثناءها وعلى امتداد حلقاتها وأياً كان الزمن الذي تستغرقه إجراءاتها، ولا سبيل بالتالي لحض أصل البراءة بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم واليقين بما لا يدع مجالاً معقولاً لشبهة انتفاء التهمة، وبشرط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم قضائي استنفد طرق الطعن فيه. وحيث إن افتراض البراءة لا

المحكمة للمبادئ والقواعد التي سبق وأقرتها في أحكامها ليس بالأمر الشاذ أو غير المتصور. فالمحكمة، مثلها مثل سائر المحاكم الدستورية والعلوية، تعتمد إلى الارتكان إلى سوابقها القضائية بشأن الوقائع الجديدة والمتشابهة مع تلك الوقائع السابق الفصل فيها. والأمر كذلك، يحسب الباحث أن ثمة مواطنين جديرين بالتأمل والبحث فيما ساقته المحكمة من قضاء بشأن افتراض البراءة. أولهما يتمثل في أنه بالرغم من أن ما ورد في قضاء المحكمة عام 1995 بشأن اعتبار براءة الفرد بمثابة الأصل القانوني الذي يُمثل أحد ركائز المحاكمة المنصفة كان قد ورد من قبل، بنفس الألفاظ، في أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة عام 1992، بيد أن هذا الأخير لم يحتو على ثمة عبارة أو فقرة بلغة أجنبية، سواء في جانبه المتعلق باعتبار براءة الفرد أصلاً قانونياً أو في غير ذلك. ثانيهما يتمثل في حقيقة أن المحكمة قد ارتأت في قضائها الصادر عام 1995 تضمينه عبارة أوردتها باللغة الإنجليزية، لا سيما فيما يتعلق بنفي كون أن البراءة تعتبر بمثابة قرينة قانونية يمكن أن تستند على أي وقائع أخرى مثبتة يمكن افتراضها. والأمر كذلك، يحسب الباحث أن طبيعة الدراسة الماثلة تقتضى التوقف ملياً عند تلك الحقيقة والتساؤل حول جدواها وما توخت المحكمة استهدافه من ورائها. تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المحكمة الدستورية لم تضمن حكمها الفقرة الواردة باللغة الإنجليزية على سبيل الاستشهاد أو الاقتباس من السوابق القضائية الأجنبية. فعلى الرغم من أن الفقرة الواردة باللغة الإنجليزية قد وردت في قضاء المحكمة لشرح وبيان المقصود من كون أن البراءة ليست من قبيل القرائن القضائية، وبالرغم من أن ما أوردته المحكمة من قضاء عام 1995 بشأن تلك المسألة لم يعد أن يكون مجرد ترديد لما سبق وقضت به عام 1992، بيد أن قضاءها عام 1992 لم يشتمل على أي فقرة بلغة أجنبية على خلاف قضائها عام 1995، على النحو السالف تفصيله. اللافت للنظر أن المحكمة في تضمينها لقضائها الفقرة الواردة باللغة الإنجليزية قد استعاضت عن الاستشهادات والاقتباسات من السوابق القضائية الصادرة عن المحاكم الأجنبية مفضلة للجوء إلى الاستشهادات والاقتباسات الفقهية. وجدير بالذكر أن المحكمة حين لجأت إلى الكتابات الفقهية لم تستشهد أو تقتبس من الفقه الأجنبي بل من الفقه المصري. فالعبارة الواردة باللغة

يتمحض عن قرينة قانونية، ولا هو من صورها، ذلك أن القرينة القانونية تقوم على تحويل للإثبات من محله الأصلي ممثلاً في الواقعة مصدر الحق المدعى به، إلى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها. وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التي افترضها الدستور، فليس ثمة واقعة أهلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلاً عنها، وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها، فقد ولد حراً ميراً من الخطيئة أو المعصية، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لازال كامناً فيه، مصاحباً له فيما يأتيه من أفعال، إلى أن تنقض المحكمة بقضاء حازم لا رجعة فيه هذا الافتراض على ضوء الأدلة التي تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها ..."

الإنجليزية فى قضاء المحكمة "innocence is more properly called an assumption as opposed to a presumption. It does not rest on any other proved facts it is assumed" اقتبسها المحكمة بنفس الألفاظ من أحد المؤلفات الفقهية الأجنبية التى احتوت على عدة فصول كتب أحدهما المستشار عوض محمد المر، أحد أشهر رؤساء المحكمة الدستورية العليا، وأشرف على تجميعها المستشار الدكتور عادل عمر شريف، أحد أشهر أعضاء المحكمة الدستورية العليا. بعبارة أكثر وضوحاً، كانت العبارة الأجنبية، على النحو الوارد فى قضاء المحكمة والسابق الإشارة إليه، قد وردت فى أحد المؤلفات القانونية الأجنبية بعنوان "الديمقراطية: سيادة القانون والإسلام" Democracy: The Rule of Law and Islam، والذى احتوى على عدة مقالات قانونية فى عدة فصول، اشترك فى جمعها المستشار الدكتور، عادل عمر شريف، أحد قضاة المحكمة الدستورية العليا، مع يوجين كوتران، أحد قضاة الدوائر فى إنجلترا. علاوة على ذلك، فالمثير للانتباه أن العبارة الأجنبية الواردة فى قضاء المحكمة كانت قد وردت فى الفصل الثالث من الكتاب بعنوان "أحدث الأحكام التاريخية للمحكمة الدستورية العليا المصرية" Recent Landmark Decisions of the Supreme Constitutional Court of Egypt، بقلم رئيس المحكمة الدستورية العليا المستشار الدكتور عوض محمد المر.¹ فضلاً عن ذلك، فالعبارة الأجنبية كان قد أوردها المستشار الدكتور عوض محمد المر فى الفصل الثالث من المؤلف، السالف الإشارة إليه، بمناسبة تحليله للحكم الصادر عن المحكمة الدستورية عام 1992،² ذلك الحكم الذى تضمن رأى المحكمة فى كون أن براءة الإنسان أصلاً قانونياً وحقاً دستورياً وليس مجرد قرينة قانونية، على النحو السالف بيانه.

وفق هذا التصوير، يحسب الباحث أن المحكمة الدستورية قد استشهدت فى قضائها بالعبارة الأجنبية التى أوردها رئيسها فى أحد مؤلفاته بغية تقديم نفسها للمجتمع القانونى الأجنبى فى صورة عصرية حديثة، وذلك عن طريق تضمين أحكامها فقرات بلغة أجنبية تكشف عن منهجية المحكمة حيال مسألة قانونية معينة تتعلق بالحقوق والحريات الأساسية. فحين قدرت المحكمة أن البراءة ليست من قبيل القرائن القانونية بل تعتبر أصلاً قانونياً وحقاً دستورياً، أرادت تعريف المجتمع القانونى الأجنبى بتلك الفكرة وبمدى حرصها على الحقوق والحريات الفردية، وذلك عن طريق شرح الفكرة بلغة أجنبية واسعة الانتشار مثل اللغة الإنجليزية.

¹ انظر باللغة الإنجليزية

Awad Mohammed El-Morr, Recent Landmark Decisions of the Supreme Constitutional Court of Egypt, in EUGENE COTRAN AND ADEL OMAR SHERIF (EDS.), DEMOCRACY: THE RULE OF LAW AND ISLAM 239, 244 (1999).

² انظر المرجع السابق، ص. 242-244.

(ج) مقومات الدولة القانونية وحرية التعاقد

على نحو ما ذكر من قبل، شكلت مسائل الحقوق والحريات الأساسية ركيزة أساسية لدى المحكمة الدستورية العليا لتبرير الاستعانة بالسوابق القضائية كتابات الفقه الأجنبية في سياق أحكامها الوطنية المتعلقة بتلك المسائل. وركيزة الحقوق والحريات الأساسية، كإطار استخدمته المحكمة لتبرير استعانتها بالقوانين والسوابق القضائية الأجنبية، ترتعن بأمرين يمكن تلمسهما من أحكام المحكمة السابق عرضها. أولهما تفسير النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية، بحيث تعتمد المحكمة للاستعانة بما استقر في قضاء المحاكم الأجنبية بشأن بعض الحقوق والحريات الصيقة بالشخصية وذات الصلة بموضوع الدعوى المقامة أمامها. فعلى النحو السالف بيانه، غالبًا ما تجد المحكمة الدستورية ضالتها في التفسيرات المعتمدة لدى المحاكم الأجنبية التي من شأنها توسعة مفهوم ونطاق حق دستوري معين تم النص عليه صراحةً في الدستور، بحيث تضحى فكرة إلحاق حقوق دستورية أخرى، على أساس كونها حقوقًا دستورية ضمنية، مستساغة. والآخر تقديم المحكمة نفسها للمجتمع القانوني الأجنبي كونها من المحاكم المنفتحة على أحكام المحاكم الأخرى وعلى منهجيات التفسير الدستوري العصرية التي من شأنها تدعيم الحقوق والحريات الفردية، وذلك عن طريق مخاطبة المجتمع القانوني الأجنبي، في معرض حكمها، بعرض إحدى الأفكار الجوهرية المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية بلغة أجنبية واسعة الانتشار، على التفصيل الوارد سلفًا.

بيد أن المتأمل في شتات أحكام المحكمة الدستورية العليا يلحظ وبحق أن تلك الأخيرة لا تقصر استعانتها بالسوابق القضائية الأجنبية على المسائل المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية فحسب، بل أحيانًا ما تلجأ للاستعانة بالأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية في غير تلك المسائل. وتجلية لذلك، يسوق الباحث من قضاء المحكمة الدستورية العليا حكمها في القضية رقم 35 لسنة 17 قضائية الصادر في 1997، المتعلق بمقومات الدولة القانونية ومبدأ حرية التعاقد.

فقد قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 35 من قانون رسوم الطيران المدني ومقابل استغلال حقوق النقل الجوي وإشغال واستغلال مبانى وأراضى الموانى الجوية والمطارات الصادر بالقانون رقم 119 لسنة 1983، وذلك فيما نصت عليه من "وتتولى مؤسسة مصر للطيران الوكالة أو الكفالة في هذه الحالة"، وذلك في دعوى تعلق وقائعها في أن المدعى (شركة طيران الخليج) قد طعنت بعدم دستورية المادة المشار إليها فيما قرره من تولى مؤسسة مصر للطيران الوكالة أو الكفالة عنها كونها شركة نقل جوى أجنبية لها فرع في جمهورية مصر العربية والدولة التي تتبعها تشترط لذلك تعيين وكيل أو كفيل.¹

¹ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 35 لسنة 17 ق. - جلسة (2) أغسطس (1997).

وفي معرض تسببها لقضائها بعدم الدستورية، تعرضت المحكمة إلى بيان عدة مبادئ دستورية، لعل أهمها يتمثل في مقومات الدولة القانونية ومبدأ المعاملة بالمثل والحدود الدنيا لمعاملة الأجانب. والمحكمة في تعرضها تلك المبادئ ارتأت الاستعانة بالسوابق القضائية الأجنبية لتدعيم رأيها. وبالرغم من أن المحكمة في عرضها لوجهة نظر الشركة المدعية في المذكرة المقدمة بدفاعها قد قررت ذكر الترجمة الفرنسية لبعض المصطلحات القانونية،¹ بيد أن ما ينبغي تسليط الضوء عليه، بحسب ظن الباحث، ما قنعت به المحكمة من الاستعانة بما ورد في بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية تدعيمًا لقضائها بعدم الدستورية.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 35 من قانون رسوم الطيران المدني ومقابل استغلال حقوق النقل الجوى وإشغال واستغلال مباني وأراضى الموانى الجوية والمطارات رقم 119 لسنة 1983 كانت تنص - في أصل نشأتها - على أنه "لا يجوز لأية شركة أو منشأة نقل جوى أجنبية فتح فرع أو مكتب لها في جمهورية مصر العربية إلا على أساس مبدأ المعاملة بالمثل؛ فإذا كانت الدولة التى تتبعها الشركة أو المنشأة تشترط لذلك تعيين وكيل أو كفيل فيتعين أن يكون لها بالمثل وكيل أو كفيل فى مصر؛ وتتولى مؤسسة مصر للطيران الوكالة أو الكفالة فى هذه الحالة." وبتاريخ 9 من يوليو سنة 1991 صدر القانون رقم 209 لسنة 1991 بتعديل نص المادة 35 من قانون رسوم الطيران المدنى المشار إليه، ليجرى على النحو التالى: "إذا كانت الدولة الأجنبية التى تتبعها شركة أو منشأة النقل الجوى تشترط لممارسة الشركات أو المنشآت المصرية نشاطها فيها، ضرورة أن يكون لها وكيل أو كفيل فى هذه الدولة، فيتعين أن يكون لهذه الشركات أو المنشآت الأجنبية وكيل أو كفيل فى مصر؛ وتتولى مؤسسة مصر للطيران الوكالة أو الكفالة فى هذه الحالة. وفى حالة مخالفة أحكام هذه المادة تلتزم الشركات أو المنشآت الأجنبية بأداء تعويض عن مبيعاتها فى مصر يُحسب بذات النسب ووفقاً للقواعد التى يتم على أساسها محاسبة الشركات والمنشآت الوطنية فى الدول الأجنبية." وقد عمل بهذا التعديل اعتباراً من 18 أغسطس سنة 1991.

¹ وفى ذلك تقول المحكمة "وحيث إن المدعية قدمت كذلك مذكرة بدفاعها، قررت فيها مخالفة النص المطعون فيه لأحكام المواد 34 و40 و41 من الدستور، مستندة فى ذلك إلى أن هذا النص جعل مصر للطيران وكيلاً وحيداً وجبرياً عن شركات الطيران الأجنبية التى تباشر نشاطها فى جمهورية مصر العربية؛ مجرداً بذلك ملكيتها من لوازمها؛ ومقيماً مركز الأجنبى فى مصر، على قاعدة "الحرمان الأصلى" من الحقوق، ولو كانت تقع فى نطاق الحدود الدنيا لمعاملتهم فى الدول الأجنبية التى يقيمون فيها؛ وبما يناقض قاعدة "الاعتماد المتبادل" التى يصونها الدستور، وبخل بأصل مساواتهم بالمواطنين، وهو أصل لا يجوز تقييده إلا استثناءً؛ ومتبنيًا كذلك تمييزاً تحكيمياً بين المواطنين المهيأين كوكلاء أو كفلاء عن شركات الطيران الأجنبية عند مباشرتها لبعض مظاهر نشاطها فى مصر؛ ومتضمناً - فوق هذا - انحرافاً *Détournement de procedure* بالإجراء، مع التدرع بظاهر النصوص القانونية لستر حقيقتها *Couvert legislation*؛ بل إن الاحتيال على الدستور *Fraude à la constitution* يبدو جلياً من خلال تقييد إرادة الشركة الأجنبية فى اختيار وكيلها، بما يهدر أصل الحرية فى التعاقد، وهو مبدأ متضمن فى الحرية الشخصية التى لا يقيمها غير اعتبار العقود شرائعاً لأطرافها." انظر حكم المحكمة السابق.

تأسيسًا على ذلك، يسوق الباحث من قضاء المحكمة ما تعلق منه بضبط مفهوم مبدأ المعاملة بالمثل والحدود الدنيا لمعاملة الأجانب بغرض تكييفه كأحد أهم مقومات الدولة القانونية. فقد ورد بقضاء المحكمة أنه بالرغم من أن مبدأ استقلال الدول وتكافؤها في السيادة يفضى للقول بأحققتها في تنظيم شروط دخول الأجانب إليها ووضع قواعد ممارستهم لأوجه نشاطهم وفق مصالحها وفي ضوء سياستها الخارجية، بيد أن سلطة الدول في هذا الشأن "لا يجوز القول بإطلاقها؛ وإنما تقيدها تلك القواعد الأمرة التي ارتضتها أسرة الدول سلوكًا لأعضائها يبلور أعرافها التي استقر العمل عليها فيما بينها؛ بما مؤداه أن القواعد التي تنظم بها الدول شئون غير مواطنيها الذين يعبرونها أو يستقرون فيها، وإن لم تكن هي ذاتها التي تشبههم بمواطنيها، إلا أنها تمثل بمستوياتها تلك الحدود الدنيا التي لا يجوز النزول بمعاملتهم عنها، والتي لا تستقيم حياتهم بدونها ... فكلما كان العمل الصادر عنها متضمنًا اغتيالًا للحقوق التي كفلتها هذه المعايير، أو تحديداً لآثارها، أو كان دالاً على سوء نيتها، أو إخلالها قصدًا بواجباتها، أو منحدرًا - بوجه عام - بمعاملتهم إلى ما دون مستوياتها الدولية التي لا يجوز التخلي عنها، كان إبطال هذا العمل - من خلال الرقابة التي تفرضها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية - لازمًا

The propriety of governmental acts should be put to the test of international standards the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.¹"

الواقع من الأمر أن صحيح الترجمة للغة العربية للفقرة التي أوردتها المحكمة الدستورية بلغة الإنجليزية في قضائها السابق الإشارة إليه تُفضى للقول بأن تلك الأخيرة قد قصدت التأكيد على ضرورة وضع الأعمال الحكومية في الميزان وتقدير مدى ملاءمتها وفقًا للمعايير الدولية لمعاملة الأجانب. فإن شكلت تلك الأعمال جنوحًا دوليًا يصل إلى حد الاعتداء أو سوء النية أو الإهمال المتعمد، تغدو بذلك أقل بكثير من المعايير الدولية، بحيث يدرك كل شخص عاقل وحيادي عدم كفاءتها وكفايتها. وتجدر الإشارة إلى أن تلك الفقرة الواردة في قضاء المحكمة باللغة الإنجليزية لم تكن نتاج اجتهاد المحكمة، بل نقلتها تلك الأخيرة، على سبيل الاستشهاد، عن لجنة المطالبات التابعة للأمم المتحدة في الحكم الذي صدر منها في 15 أكتوبر 1926. ففي الدعوى الشهيرة *Neer v. United Mexican States* التي نظرتها اللجنة، طالبت حكومة الولايات المتحدة دولة المكسيك بسداد مبلغ وقدره 100,000.00 دولار أمريكي كتعويض عن مقتل المواطن الأمريكي بول نير في المكسيك

¹ انظر حكم المحكمة السابق.

برصاص مجموعة من المسلحين المكسيكيين.¹ وقد ورد بقرار اللجنة الفقرة التي أوردتها المحكمة الدستورية العليا باللغة الإنجليزية بشأن الحدود الدنيا لمعاملة الأجانب وضرورة تقييد تصرفات وأعمال السلطة التنفيذية بما يتفق مع المعايير الدولية المستقرة في شأن معاملة الأجانب.²

فضلاً عن ذلك، ففي معرض تأكيدها لكون أن الالتزام بالحدود الدنيا لمعاملة الأجانب وفق المعايير الدولية المستقرة يعتبر من أهم مقومات الدولة القانونية، استشهدت المحكمة الدستورية، في قضائها السابق الإشارة إليه، بأحد الأحكام التي صدرت عن المحكمة العليا الأمريكية. وتجلية لذلك، تقول المحكمة الدستورية العليا "ولئن جاز القول بأن تلك المعايير التي قبلتها الدول فيما بينها، محددة بها أعرافها في مجال العلاقات بينها وبين غير مواطنيها، قد يكتنفها - من بعض جوانبها - قدر من الغموض في مجال تطبيقها، إلا أن وجودها قانوناً حقيقة مستعصية على الجدل، ولا يعدو الاخلال بها أن يكون نكولاً من الدول التي نقضتها عن واجباتها الدولية

There has grown up in the field of international relations, a body of customs defining with more or less certainty the duties owing by all nations to alien residents (Hines v. Davidourtz, 213 U. S. 25 per Justice Black, at. P. 65 1941³.)

المتأمل فيما أوردته المحكمة من قضاء سابق يتضح له أن تلك الأخيرة قد ذهبت أبعد من مجرد تضمين حكمها فقرة أو أكثر بلغة أجنبية وردت بقضاء إحدى المحاكم الأجنبية فحسب، بل تعدت حدود ذلك بالإفصاح عن المصدر التي اقتبست منه، وذلك بأن ذكرت صراحة الدعوى التي اشتملت على الفقرة الواردة باللغة الأجنبية. وتجلية لذلك يمكن القول أن المحكمة الدستورية، في سعيها للتأكيد على ضرورة الالتزام بالحدود الدنيا لمعاملة الأجانب باعتبارها من مقومات الدولة القانونية، ساقطت من قضاء المحكمة العليا الأمريكية، على نحو ما تدعّمه الترجمة للعربية، رأى تلك الأخيرة في أحد الأحكام الصادرة عنها عام 1941 بأنه "ثمة مجموعة من الأعراف قد نشأت في مجال العلاقات الدولية تحدد بدرجة أو بأخرى من اليقين الالتزامات الواقعة على عاتق جميع الدول تجاه المقيمين الأجانب."⁴ بيد أن المحكمة الدستورية العليا، كما سبق الذكر، قد ذهبت أبعد من ذلك بذكرها صراحة الدعوى التي نظرتها المحكمة العليا الأمريكية وصدر بشأنها ذلك القضاء، وذلك حين زيلت الفقرة الأجنبية المقتبسة بمصدر تلك الأخيرة على النحو الآتي: Hines v.

¹ انظر قرار لجنة المطالبات للأمم المتحدة في قضية

Neer v. United Mexican States, 15 October 1926, 4 UNRIAA 60.

² راجع قرار اللجنة السابق.

³ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

Hines v. Davidowitz, 312 U.S. 52 (1941).

⁴ انظر الحكم السابق.

Davidowitz, 213 U. S. 52 per Justice Black, at. P. 65 1941. ووفق ما جرى عليه الحال في الكتابات الفقهية الأمريكية بشأن الاشارات المرجعية، يمكن القول أن اشارة المحكمة الدستورية للدعوى التي نظرتها نظيرتها الأمريكية قد جاءت مُحكَّمة بأن تضمنت اسماء أطراف الدعوى – المدعى والمدعى عليه "Hienes v. Davidowitz" ورقم عدد السجل الرسمي لأحكام المحكمة العليا الأمريكية "213"، ورقم الصفحة التي وردت فيها الفقرة الأجنبية، وكذا القاضي الذي قام بكتابة رأى الأغلبية والتي وردت بقلمه الفقرة الأجنبية "Justice Hugo Black"، وأخيرًا السنة التي صدر فيها الحكم.

وفق هذا التصوير، يحسب الباحث أن خصوصية الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 35 لسنة 17 قضائية، على النحو السابق الاشارة إليه، تكمن في أن المحكمة قد تخلت عن منهجيتها المعتمدة في الاستشهاد بالسوابق القضائية الأجنبية، المتمثلة في الاكتفاء بتضمين أحكامها فقرة أو أكثر بلغة أجنبية من قضاء المحاكم الأجنبية، وذلك بذكر مصدر استشهادها صراحةً عن طريق تسمية الدعوى القضائية التي اقتبست منها الفقرة الواردة بلغة الأجنبية. ولعل ذلك الأمر مرده، بخلاف مقتضيات التوثيق المرجعي وتسهيل الوصول للمصدر المقتبس منه وتقديم المحكمة في صورة عصرية منفتحة، تذكر المحكمة أن ليس ثمة مانع مرجعه تشريع أو عرف قضائي يحول بينها وبين الاستشهاد بالسوابق القضائية الأجنبية في سياق ما تصدره من أحكام وطنية.

(د) مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وقاعدة تطبيق القانون الأصلح للمتهم صوتاً للحرية الشخصية

الواقع من الأمر أنه يتضح، بإنعام النظر في شتات أحكام المحكمة الدستورية العليا والتفحص في المبادئ والقواعد الدستورية التي أرسنها، أن المحكمة، ولئن كان استشهادها بالسوابق القضائية الأجنبية قد وجد سبيلاً مهاداً في علائق الحقوق والحريات الأساسية، قد لجأت حيناً آخر للاستشهاد بالسوابق القضائية الأجنبية إذا ما تعلق الأمر بقواعد أو مبادئ دستورية على قدر عالٍ من الأهمية لارتباطها بمبدأ سيادة الدستور وبمقتضيات الحرية الشخصية للأفراد.

وتجلية لذلك يسوق الباحث من قضاء المحكمة الدستورية العليا حكمها في القضية رقم 85 لسنة 17 قضائية الصادر في 1997، وذلك حين قضت بعدم قبول الدعوى الدستورية الموجهة ضد عدد من النصوص الواردة في القانون رقم 49 لسنة 1977 في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، والقانون رقم 136 لسنة 1981 في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، لمخالفتهم مبدأ حرية التعاقد وكون أن العقد شريعة المتعاقدين ومن ثم الحق في حرمة الملكية الخاصة المصون دستورياً، حيث أن المدعية كانت متهمة جنائياً في جريمة تقاضى مبالغ خارج نطاق عقد الايجار (خلو رجل)، وكانت المادة 77 من القانون رقم 49 لسنة 1977 والمادة 24 من القانون

رقم 136 لسنة 1981 قد نظمتا هذه الجريمة بحظرهما تقاضى خلو الرجل وتقريرهما لجزاء جنائى حال مخالفة هذا الحظر.¹

وقد أسست المحكمة حكمها بعدم قبول الدعوى الدستورية على سند من صدور قانون أصلح للمتهم، وهو القانون رقم 4 لسنة 1996 بشأن سريان أحكام القانون المدنى على الأماكن التى لم يسبق تأجيرها والأماكن التى انتهت أو تنتهى عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها.² وبحسب المحكمة يُعتبر هذا القانون بمثابة القانون اللاحق الذى تغيا المشرع بواسطته أن يُعيد العلائق الايجارية إلى الأصل فيها، بحيث لا تحكمها إلا مبدأ حرية التعاقد، وقدّر رفع التائيم عن الأفعال التى أتمتها القوانين السابقة ذات الصلة.³

بيد أن المحكمة فى معرض تسببها لقضائها بعدم قبول الدعوى الدستورية تعرضت لتحديد المقصود بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات وقاعدة تطبيق القانون الأصلح للمتهم باعتبارهما إحدى أهم مقومات مبدأ سيادة القانون وركيزة مهمة من ركائز الحرية الشخصية. وفى تناولها لقاعدتى شرعية الجرائم والعقوبات وتطبيق القانون الأصلح للمتهم استعانت المحكمة بمبدأين قانونيين سبق وقررهما المجلس الدستورى الفرنسى فى حكمين صدرا عنه. أما عن المبدأ الأول فقد تعلق بضابط الشرعية الدستورية للنصوص العقابية على النحو المستقر فى قضاء الأمم المتحدة. ومؤدى هذا المبدأ أنه إذا ما صدر قانوناً جديداً ينص على عقوبة أقل فسوة من تلك التى كانت مقررة بمقتضى قانون قديم، يضحى لزاماً على الفاضى الالتفات عن العقوبة المقررة فى القانون القديم وتطبيق تلك المنصوص عليها فى القانون الجديد، وذلك على سند من أنه إن قضى بالأولى اعتبر ذلك من قبيل القضاء بعقوبة لم يعد لها فى تقدير السلطة التشريعية ثمة ضرورة. وتجلية لذلك تقول المحكمة الدستورية العليا "وحيث إن هذا القضاء – وباعتباره معياراً للشرعية الدستورية للنصوص العقابية – مررد كذلك فيما بين الأمم المتحدة، ومن بينها فرنسا التى أقر مجلسها الدستورى مبدأين فى هذا الشأن. أولهما: أنه كلما نص القانون الجديد على عقوبة أقل فسوة من تلك التى قررها القديم، تعين أن تعامل النصوص القانونية التى تتغيا الحد من آثار تطبيق القانون الجديد فى شأن الجرائم التى تم ارتكابها قبل نفاذه، والتى لم يصدر فيها بعد حكم حائز لقوة الأمر المقضى، باعتبارها متضمنة إخلالاً بالقاعدة التى صاغتها المادة 8 من إعلان 1789 فى شأن حقوق الإنسان والمواطن، والتى لا يجوز للمشرع على ضوئها أن يقرر للأفعال التى يؤتمها، غير عقوباتها التى تضبطها الضرورة بوضوح، فلا تجاوز متطلباتها La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ذلك أن عدم

¹ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 85 لسنة 17 ق. – جلسة (22 مارس 1997).

² انظر الحكم السابق.

³ انظر الحكم السابق.

تطبيق القانون الجديد على الجرائم التي ارتكبتها جناتها في ظل القانون القديم، مؤداه أن ينطق القاضى بالعقوبات التي قررها هذا القانون، والتي لم يعد لها - فى تقدير السلطة التشريعية التي أنشأتها - من ضرورة 20 (Décision 80-127 DC - 20 janvier 1981, cons. 75, Rec.)¹

أما عن المبدأ الثانى، فقد تعلق أيضًا بضابط الشرعية الدستورية للنصوص العقابية، بحيث قضت المحكمة الدستورية، على هدى مما استقر عليه قضاء المجلس الدستورى الفرنسى، بأن قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات تقضى للقول بأن تأنيم المشرع لأفعال معينة بالذات ينبغى ألا ينفصل عن العقوبات المقررة لهذه الأفعال. وعليه يضحى لزامًا حظر رجعية النصوص العقابية كلما كان مضمونها أكثر قسوة.² وللتدليل على ذلك، ضمنت المحكمة الدستورية قضائها السابق فقرة، أوردتها باللغة الفرنسية، مقتطعة من أحد الأحكام الصادرة عن المجلس الدستورى الفرنسى، وذلك على النحو التالى:

"Une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le respect du principe des droits de la défense. Ces exigences concernent

¹ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا السابق.

² انظر حكم المحكمة الدستورية العليا السابق. حيث استشهدت المحكمة بحكم المجلس الدستورى الفرنسى فى القضية

Décision n° 80-127 DC - 20 janvier 1981.

"Considérant que ces dispositions tendent à limiter les effets de la règle selon laquelle la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée ; que, dès lors, elles doivent être regardées comme contraires au principe formulé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel: La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Qu'en effet, le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires; que, dès lors, le deuxième alinéa de l'article 100 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est contraire à la Constitution."

non seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire. Décision 88-248 DC - 17 janvier 1989, cons. 35, p. 18."¹

الواقع من الأمر أن استطراد التأمل في قضاء المحكمة الدستورية العليا السابق يكشف عن أمرين هامين: أولهما يتمثل في فلسفة المحكمة في الاستعانة بالسوابق القضائية الأجنبية. تلك الفلسفة التي تتبدى فيما أفصحت عنه المحكمة من أنها في مجال الشرعية الدستورية إنما لها أن تستعين بما استقر في قضاء الأمم المتحدة. فيحسب الباحث أن المحكمة الدستورية، فيما يتعلق بالاستعانة بالسوابق القضائية الأجنبية، قد قيدت نفسها بالاستعانة بما استقر عليه العمل في قضاء الأمم المتحدة، بحيث أن قياس مدى تحضر الأمم لا يقتصر على ما بلغت فيه الديمقراطية وسيادة القانون من منزلة فسخ، بل يتعدى ذلك ليشمل أيضاً عراقة وأصالة محاكمها وقوة وصيت أحكامها القضائية. وليس أدل على ذلك من قضاء المحكمة الدستورية السابق. فبالرغم من جنوح المحكمة إلى الاستعانة بما استقر من مبادئ وتفسيرات في قضاء المحكمة العليا الأمريكية، في بعض المسائل المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية، على التفصيل السابق بيانه، فلم تجد المحكمة الدستورية حرجاً في تحويل دفتها صوب المجلس الدستوري الفرنسي، مستعينة بما استقر عليه قضائه من مبادئ وتفسيرات بشأن قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات وصحيح أعمال قاعدة عدم رجعية القوانين العقابية وتطبيق القانون الأصلح للمتهم.

فيحسب الباحث أن المحكمة الدستورية في قضائها السابق قد قدرت أن فرنسا، مثلها في ذلك مثل الولايات المتحدة الأمريكية، تُعد من زمرة الأمم المتحدة، فضلاً عن أن ما تصدره محاكمها ومجلسها الدستوري من أحكام قضائية محل تبيجيل واحترام، من ثم تصلح محلاً للاستعانة والاستشهاد في سياق ما تصدره من أحكام وطنية.

والآخر يتمثل فيما سبق الحديث عنه بشأن منهجية المحكمة الدستورية العليا في استعانتها واستشهادها بالسوابق القضائية الأجنبية في سياق تدعيم ما تصدره من أحكام وطنية. فقد ورد غير بعيد أن المحكمة، في استشهادها بالسوابق القضائية

¹ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا السابق. حيث استشهدت المحكمة بحكم المجلس الدستوري الفرنسي في القضية

Décision n° 88-248 DC - 17 janvier 1989.

حيث يقول المجلس "إن فرض العقوبة لا ينفصم عن جملة من المبادئ الدستورية كمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ومبدأ ضرورة العقوبات، ومبدأ عدم رجعية القوانين العقابية الأشد قسوة، وكذلك ضمانات احترام حقوق الدفاع. ولا تتعلق هذه المتطلبات بالأحكام الصادرة عن المحاكم الجنائية فحسب، بل تتعلق أيضاً بأى عقوبة لها طابع الجزاء حتى وإن خول المشرع لسلطة غير قضائية أمر إصدارها."

الأجنبية، كانت قد قنعت في بادئ الأمر بتدعيم قضائها عن طريق تضمينه فقرة أو أكثر بلغة أجنبية وردت في قضاء محكمة أجنبية، وذلك دون أن تُفصح عن مصدر استشهادها - أي أن المحكمة كانت تنأى عن ذكر المحكمة الأجنبية المُستعان بقضائها أو تسمية القضية الوارد بها المبدأ القانوني الذي تم تضمينه بالحكم الوطني. بيد أن المحكمة قد ارتأت فيما بعد تغيير تلك المنهجية بأن أضحت تُفصح صراحةً عن مصدر استشهادها عن طريق ذكر المحكمة الأجنبية المُستشهد بقضائها وتسمية الدعوى ورقمها الذي صدر بصدها ذلك الأخير. ولم يكن حكم المحكمة السابق الإشارة إليه في الدعوى رقم 85 لسنة 17 قضائية باستثناء عن ذلك، حيث ذكرت فيه المحكمة صراحةً أن ما ورد فيه من فقرات بلغة الفرنسية إنما هي من قضاء المجلس الدستوري الفرنسي، بالإضافة للإشارة إلى الدعوى الصادر فيها الحكم ورقمها، على النحو السابق بيانه.

(ه) طبيعة الدعوى الدستورية والمصلحة فيها ومدى توافر الأوضاع الشكلية في القواعد القانونية محل الرقابة الدستورية

لئن كانت المحكمة الدستورية العليا، على هدى من الأمثلة السابق استعراضها من واقع قضائها، إنما قدّرت الاستعانة بالسوابق القضائية الأجنبية للفصل في بعض المسائل الموضوعية المثارة في الدعوى، سواء ما تعلق منها بتفسير النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية أو بضبط مصطلح بعض القواعد والمبادئ الدستورية أو لتسليط الضوء على ركيزة معينة من ركائز الدولة القانونية ومبدأ سيادة القانون، بيد أن استطراد التأمل في شتات قضاء المحكمة ينبئ عن أن تلك الأخيرة أحياناً ما تلجأ للاستعانة بالسوابق القضائية الأجنبية بغية تدعيم قضائها فيما تعلق منه ببعض المسائل الشكلية الخاصة بشروط قبول الدعوى الدستورية ومدى ملاءمة النص الطعين ليكون محلاً لتنبسط عليه رقابتها القضائية.

وتطبيقاً لذلك، يُسلط الباحث الضوء على حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 36 لسنة 18 قضائية الصادر في عام 1998، حيث تحصل وقائع الدعوى في أن المدعية قد طعنت بعدم دستورية قرار وزير الإدارة المحلية رقم 239 لسنة 1971 بشأن الرسوم الموحدة للمجالس المحلية، وذلك بعد أن أوقعت الوحدة المحلية لمدينة ومركز دسوق حجراً إدارياً على ممتلكاتها استيفاءً لمبلغ معين يمثل رسوماً محلية استحققتها هذه الوحدة على إنتاج المدعية. وقد أسست المدعية طعنها على سند من أن قرار وزير الإدارة المحلية رقم 239 لسنة 1971، الذي أوقعت الوحدة المحلية الحجز الإداري عملاً به، لم يُنشر في الجريدة الرسمية ولا في الوقائع المصرية، بالمخالفة للدستور. وعليه، وفقاً للمدعية، يضحى مؤدى إغفال نشر القرار المطعون فيه ألا يكون نافذاً، بحيث يُحظر سريانه على المخاطبين بأحكامه باعتبارهم أغياراً بالنسبة إليه. وقد أجابت المحكمة المدعية إلى طلباتها، حيث قضت أولاً بعدم دستورية قرار وزير الإدارة المحلية رقم 239 لسنة 1971 بشأن الرسوم الموحدة للمجالس المحلية، وثانياً بسقوط الأحكام التي تضمنتها المادة الرابعة من قانون إصدار قانون نظام الإدارة المحلية الصادر بالقرار بقانون رقم 43 لسنة

1979 وكذلك تلك التي احتواها قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 870 لسنة 1990، باعتبارهما من الأحكام المرتبطة بقرار وزير الإدارة المحلية رقم 239 لسنة 1971 ارتباطاً لا يقبل التجزئة، حيث أحالا إلى النصوص التي تضمنها القرار المطعون فيه، وظل مضمونها خافياً على المخاطبين بها لتجهيلهم بها.¹

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية، بعد أن أثبتت مصلحة المدعية في الدعوى الدستورية،² قد أسست قضاءها على سند من أن مقومات الدولة القانونية تحتم القول بضرورة أن تتفقد الدولة بقواعد قانونية تعلق عليها تمثل تخوم سلطتها التي يحظر تجاوزها،³ ومن أهم تلك المقومات مضمون القاعدة القانونية التي تمثل إطار الدولة القانونية.⁴ وحيث أن إنباء المخاطبين بمضمون القاعدة القانونية يقتضى ضرورة إخطارهم بها، وهو ما لا يتحقق إلا بنشر تلك القاعدة حتى تنفذ في

¹ انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 36 لسنة 18 ق. - جلسة (3 يناير 1998).
² وفي ذلك تقول المحكمة "حيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها توافر علاقة منطقية بينها وبين المصلحة التي يقوم بها النزاع الموضوعي، وذلك بأن يكون الفصل في المسائل الدستورية التي تدعى هذه المحكمة لإصدار حكمها فيها، لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها؛ وكان المدعى قد طعن أصلاً على قرار وزير الإدارة المحلية رقم 239 لسنة 1971 مدعياً أنه لم يُنشر؛ وكانت المادة الرابعة من مواد إصدار قانون نظام الإدارة المحلية الصادر بالقرار بقانون رقم 43 لسنة 1979، تحيل إلى هذا القرار، وتجيز لمجلس الوزراء تعديل الرسوم المحلية المنصوص علىها في همن خلال زيادة فئاتها؛ وكان قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 870 لسنة 1990 قد عدل بالزيادة من مقدارها، فإن مصلحة المدعى الشخصية والمباشرة، تمتد إلى القرار الأصلي المطعون عليه، وإلى كل قرار آخر صدر بناء عليه، وكان مرتبطاً به ارتباطاً لا يقبل التجزئة." انظر الحكم السابق.

³ وفي ذلك تقول المحكمة "وحيث إن الدولة القانونية - وعلى ما تنص عليه المادة 65 من الدستور - هى التي تتقيد في ممارستها لسلطاتها - أيًا كانت وظائفها أو غاياتها - بقواعد قانونية تعلق علىها، وتردها على أعقابها إن هيجاوزتها، فلا تتحلل منها، ذلك أن سلطاتها هذه - وأياً كان القائمون علىها - لا تعتبر امتيازاً شخصياً لمن يتولونها، ولا هى من صنعهم، بل أسستها إرادة الجماهير في تجمعاتها على امتداد الوطن، وضبطتها ثم تكون هذه القواعد قيدياً على كل أعمالها وتصرفاتها، فلا تأتيها بقواعد أمره لا يجوز النزول عنها. ومن إلا في الحدود التي رسمها الدستور، وبما يرضى مصالح مجتمعها." انظر الحكم السابق.

⁴ "وحيث إن مضمون القاعدة القانونية التي تعتبر إطاراً للدولة القانونية، تسمو علىها وتقيدها، إنما يتحدد - من منظور المفاهيم الديمقراطية التي يقوم نظام الحكم علىها على ما تقتضي به المواد 1 و 3 و 4 من الدستور - على ضوء المعايير التي التزمتها الدول الديمقراطية في ممارستها لسلطاتها، واستقر العمل فيما بينها على انتهاجها باطراد في مجتمعاتها، فلا يكون الخضوع لها إلا ضماناً لحقوق مواطنيها وحررياتهم، بما يكفل تمتعهم بها أو مباشرتهم لها دون قيود جائرة تنال من محتواها أو تعطل جوهرها." انظر الحكم السابق.

مواجهتهم، وذلك لضمان علانيتهما وذبوع أحكامها، فلا يتحقق للقاعدة القانونية مقوماتها ولا صفتها الإلزامية إلا بنشرها.¹

وفي ردها على القول بأن القرار الطعين لا يصلح محلاً لتبسط عليه الرقابة الدستورية بزعم أنه بانتفاء واقعة نشره يضحى لا نفاذ له ولا يُضار به أحد لامتناع تطبيقه، ذكرت المحكمة "إن القول بأن القواعد القانونية التي لا نفاذ لها، لا تضر بأحد لامتناع تطبيقها، مردود بأن تلك النصوص التي جرى الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية، تستنقضها، إذ يعتبر إخضاعهم لها، تدخلاً تطبيقها في شأن المخاطبين بها سواء قارنتها عندئذ أو زيلتها قوة نفاذها في شؤونهم، ملحقاً ضرراً بادياً، أو محتملاً بمصالحهم، فلا تكون Actual Interference فعلياً الأضرار التي أحدثتها تصوراً نظرياً."²

وفي دحضها لفكرة أن النصوص القانونية التي انتفت واقعة نشرها ومن ثم امتنع تطبيقها لا تصلح محلاً لرقابة الدستورية كون أن ذلك يُجافي طبيعة الدعوى الدستورية العينية تقول المحكمة إن "الدعوى الدستورية لا تقيمها خصومة لا تزال عناصرها في دور التطور، فلا يكون نضجها مكتملاً Ripeness ولا شأن لها كذلك بنزاع صار الفصل فيه عقياً مجرداً من كل فائدة Mootness. ولا يجوز بالتالي أن تتعلق الخصومة الدستورية بنصوص قانونية كان تطبيقها متراخياً، فلم يحن بعد أوان أعمالها Pre-enforcement Allegations؛ ولا بنصوص قانونية طال إهمالها بما يفيد إرادة التخلي عنها نشرها. فإذا كان فرضها لحمل المخاطبين بها على التزامها، واقعاً قبل نشرها، أحل سريانها في شأنهم بالحقوق والمراكز القانونية التي مستها، فلا يكون رد العدوان عليها عملاً مخالفاً للدستور."³

اللافت للنظر في قضاء المحكمة الدستورية العليا السابق أن تلك الأخيرة، بخلاف ما استقرت عليه في بعض أحكامها السابقة من إيراد فقرة أو أكثر بلغة أجنبية من قضاء محكمة أجنبية معينة، أوردت بعض المصطلحات القانونية باللغة الإنجليزية التي من شأنها التعبير عن الفكرة القانونية التي تحاول إثباتها. فعلى النحو السابق بيانه، في تأكيدها لصلاحيته قرار وزير الإدارة المحلية رقم 239 لسنة 1971 ليكون

¹ "وحيث إن إخطار المخاطبين بالقاعدة القانونية بمضمونها، يعتبر شرطاً لإنبائهم بمحتواها؛ وكان نفاذها بالتالي يفترض إعلانها من خلال نشرها، وحلول الميعاد المحدد لبدء سريانها؛ وكان ذلك مؤداه أن دخول هذه القاعدة مرحلة التنفيذ مرتبط بواقعتين تجريان معاً وتتكاملان - وإن كان تحقق ثانيتهما معلق على وقوع أولاهما - هما نشرها وانقضاء المدة التي حددها المشرع لبدء العمل بها؛ فإذا لم تتابعا على هذا النحو، وكان من المقرر أن كل قاعدة قانونية - سواء تضمنها قانون أو لائحة - لا يجوز اعتبارها كذلك، إلا إذا قارنتها صفتها الإلزامية التي تميز بينها وبين القواعد الخلقية، فإن خاصيتها هذه تعتبر جزءاً منها، فلا تستكمل مقوماتها بفواتها." انظر الحكم السابق.

² انظر الحكم السابق.

³ انظر الحكم السابق.

محللاً لرقابة الدستورية بالرغم من انتفاء واقعة نشره ومن ثم عدم نفاذه في مواجهة المخاطبين بأحكامه، ارتأت المحكمة أن القاعدة القانونية غير المنشورة يمكن النعي عليها عدم دستوريته إذا ما ثبت أنها قد تلحق بمصالح الطاعن ضرراً محتملاً في المستقبل إذا ما استوفت أوضاعها الشكلية ومنها واقعة نشرها. وفي معرض تأكيدها لإمكانية تصور الضرر المحتمل، أوردت المحكمة مصطلحاً قانونياً باللغة الإنجليزية "Actual Interference"، وهو ما يعنى، وفق سديد الترجمة القانونية للعربية، التدخل الفعلى. بعبارة أكثر وضوحاً، ذكرت المحكمة المصطلح القانوني الأجنبي للتدليل على أن إمكانية أن تلحق القاعدة القانونية غير المنشورة ضرراً محتملاً بالأفراد تعنى أن تلك القاعدة من شأنها أن تتدخل تدخلاً فعلياً في مصالح الأفراد. وعليه، يضحى الضرر المتصور حدوثه بمثابة الضرر الفعلى وليس مجرد ضرراً نظرياً لا أساس له.

وجدير بالذكر أن المصطلح القانوني الأجنبي الوارد في قضاء المحكمة الدستورية العليا "Actual Interference"، للتعبير عن أن الضرر المحتمل قد يأخذ صورة الضرر الفعلى بمصالح الأفراد، إنما هو بالأصل من اجتهاد المحكمة العليا الأمريكية. فقد استخدمت المحكمة العليا الأمريكية المصطلح أول ما استخدمته بمناسبة فحصها لشرط المصلحة لقبول طعون عدم الدستورية الموجهة إلى القوانين، لا سيما تلك القوانين التي لم تطبق بالفعل على الطاعنين. ففي إحدى الدعاوى التي نظرتها المحكمة العليا الأمريكية عام 1947، أوردت تلك الأخيرة مصطلح Actual Interference بمناسبة تقريرها بأن ثمة مصلحة للمدعى للطعن على أحد القوانين، التي حددت عدة ممارسات غير مشروعة تتعلق بالأنشطة السياسية في الدولة، على سند من أن المدعى كان قد انخرط بالفعل في ممارسة تلك الأنشطة، وذلك بالرغم من عدم تطبيق القانون بعد عليه.¹ وفق هذا التصوير، ارتأت المحكمة العليا الأمريكية توافر مصلحة المدعى في الدعوى الدستورية بالرغم من عدم تطبيق القانون الطعين عليه وعدم معاقبته بالعقوبات الواردة فيه، وذلك على سند من أن مصلحته في الطعن تتمثل في محاولته توقي تطبيق القانون عليه مستقبلاً.² وعليه،

¹ انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية

United Public Workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947).

تلخصت وقائع الدعوى في أن زعم بعض موظفي الحكومة أنهم يرغبون في الانخراط في أنشطة سياسية مختلفة وأنهم تم ردعهم عن رغباتهم بموجب قانون هاتش The Hatch Act of 1939، الذى يحظر على الموظفين العموميين، باستثناء الرئيس ونائبه، ممارسة بعض الأنشطة السياسية. وباستثناء مدعى واحد، ارتأت المحكمة عدم توافر شرط المصلحة بالنسبة لباقي المدعيين كونهم لم يتعرضوا للتهديد "بالتدخل الفعلى" في مصالحهم.

² انظر الحكم السابق.

انظر كذلك حكم المحكمة العليا الأمريكية في القضايا

Electric Bond Co. v. SEC, 303 U.S. 419 (1938).

يكون قد وقر في قناعة المحكمة أن القانون الطعين قد تدخل تدخلًا فعليًا في مصالح المدعى كونه قد يُصيبها بضرر محتمل في المستقبل. والضرر هنا، بحسب المحكمة، ليس من قبيل الضرر النظري غير المستند إلى أساس قانوني، بل على النقيض من ذلك يُعد ضررًا فعليًا وإن كان محتملاً.

وفق هذا التصوير يمكن القول أن المحكمة الدستورية العليا قد استهدت بما استقر في قضاء نظيرتها الأمريكية بالأخذ بمعيار التدخل الفعلي في مصلحة المدعى Actual Interference كمعيار لإثبات توافر مصلحة المدعى في الدعوى الدستورية بشأن إمكانية إلحاق القانون الطعين الضرر، وإن كان محتملاً، بمصالحه. فالمحكمة حين استعارت ذلك المعيار طبقته على الدعوى الماثلة أمامها مستخلصة أن ثمة مصلحة قد ثبتت للمدعية في الطعن بعدم الدستورية على قرار وزير البيئة رقم 239 لسنة 1971 بالرغم من عدم نشره ومن ثم امتناع نفاذه في حق المدعية، وذلك على سند من أن مصالح المدعية من المحتمل أن يُصيبها ضررًا مستقبلياً حال تمام واقعة نشر القرار.

وبالمثل في معرض تأكيدها لمصلحة المدعية في الطعن بعدم دستورية قرار وزير البيئة رقم 239 لسنة 1971، ضمنت المحكمة الدستورية العليا قضاءها بعض المصطلحات القانونية الأجنبية وأوردت إياها باللغة الإنجليزية. ففي مجال المفاضلة بين القوانين والقرارات التي تصلح محلاً لرقابة الدستورية، ارتأت المحكمة التمييز بين قرار وزير البيئة رقم 239 لسنة 1971 وما عداها من القرارات الأخرى التي انتفت واقعة نشرها. فلئن كان ثمة مصلحة للمدعية في الطعن على القرار الوزاري المذكور على سند من أن هذا الأخير قد يُلحق بمصالحها ضررًا محتملاً حال اكتملت أوضاعه الشكلية بتمام واقعة نشره، تضحى الدعوى الدستورية الموجهة إلى هذا القرار، بحسب المحكمة، من الدعاوى التي تشكل نزاعًا حقيقيًا ناضجًا وليس من قبيل رقابة نصوص قانونية أضحت الفصل في دستورتها عقبيًا مجردًا من كل فائدة. فضلاً عن ذلك، أكدت المحكمة أنه لما كان الفصل في دستورية القرار الوزاري الطعين يُمثل نزاعًا دستوريًا حقيقيًا وناضجًا، فلا يمكن تأويله على أساس أنها بصدد إصدار مجرد رأيًا استشاريًا في واقعة تتعلق بقواعد قانونية لم يحن بعد وقت إعمالها.

وفق هذا التصوير، ارتأت المحكمة الدستورية العليا أن الدعوى الدستورية التي تنتفي فيها مصلحة المدعى ومن ثم تضحى غير مقبولة إنما هي الدعوى غير الناضجة Ripeness، بحيث يصير الفصل فيها عقبيًا مجردًا من كل فائدة Mootness، أو تلك التي تتعلق بنصوص قانونية تراخي تطبيقها ولم يحن بعد وقت إعمالها Pre-enforcement Allegation. واللافت للنظر أن المحكمة في

Alabama State Federation of Labor v. McAdory, 325 U.S. 450 (1945).

Public Service Comm'n v. Wycoff Co., 344 U.S. 237 (1952).

Socialist Labor Party v. Gilligan, 406 U.S. 583 (1972).

تعبيرها عن تلك الفكرة ضمننت قضاءها بعض المصطلحات القانونية باللغة الإنجليزية، وذلك على النحو الذى سبق واستقر فى قضاء المحكمة العليا الأمريكية. فوق المنظومة الإجرائية المستقرة فى قضاء تلك الأخيرة، تُعد الدعوى مقبولة إذا ما كانت صالحة للفصل فيها وقت إقامتها. بعبارة أكثر وضوحاً، ينبغى أن تكون الطعون الدستورية المقامة ناضجة وتشكل نزاعاً حقيقياً – أى أنها تتعلق بالفصل فى دستورية نصوص قانونية من شأنها تهديد مصالح المدعى تهديداً فعلياً. والواقع من الأمر أن المحكمة العليا الأمريكية قد استقر قضاءها على وصف الدعوى الناضجة بمصطلح Ripeness، وهو ذات المصطلح الذى استخدمته المحكمة الدستورية العليا المصرية فى قضائها السالف الإشارة إليه، بحيث أن نضوج الدعوى يُعد قرينة على ثبوت مصلحة المدعى فيها.¹

والحال نفسه يجرى على نعت المحكمة الدستورية العليا للدعوى الدستورية غير الناضجة كونها دعوى تتعلق بنزاع مجرد عديم الفائدة. ففى وصفها لذلك النزاع الأخير، أوردت المحكمة المصطلح القانونى الأجنبى Mootness، وهو ذات المصطلح الذى استقر قضاء المحكمة العليا الأمريكية على إطلاقه فيما يتعلق بالإدعاءات القانونية عديمة الجدوى التى لا تُشكل نزاعاً قانونياً حقيقياً ولا تصلح محلاً لدعوى قضائية.²

¹ فى بيان المقصود بمصطلح Ripeness وتحديد ضوابطه، راجع على سبيل المثال حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية

International Longshoremen's Union v. Boyd, 347 U.S. 222 (1954).

Gardner v. Toilet Goods Ass'n, Inc., 387 U.S. 167 (1967).

Abbott Laboratories v. Gardner, 387 U.S. 136 (1967).

Duke Power Co. v. Carolina Environmental Study Group, 438 U.S. 59, 81–82 (1978).

Ohio Forestry Ass'n v. Sierra Club, 523 U.S. 726 (1998).

Texas v. United States, 523 U.S. 296 (1998).

² راجع على سبيل المثال، حكم المحكمة العليا الأمريكية فى القضية

United States v. Munsingwear, 340 U.S. 36 (1950).

Golden v. Zwickler, 394 U.S. 103, 108 (1969).

SEC v. Medical Committee for Human Rights, 404 U.S. 403 (1972).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 125 (1973).

Sosna v. Iowa, 419 U.S. 393, 398–399 (1975).

United States Parole Comm'n v. Geraghty, 445 U.S. 388, 397 (1980)

Burke v. Barnes, 479 U.S. 361, 363 (1987).

Honig v. Doe, 484 U.S. 305, 317 (1988).

Lewis v. Continental Bank Corp., 494 U.S. 472, 477–478 (1990).

أخيراً، فيما يتعلق بمصطلح Pre-enforcement Allegations، الذى أوردته المحكمة الدستورية العليا كوصف أجنبى للطعون الدستورية المتعلقة بنصوص لم يحن بعد أوان أعمالها، وذلك كإحدى صور الدعاوى الدستورية غير الناضجة، فهو كذلك من المصطلحات القانونية المستقرة فى قضاء المحكمة العليا الأمريكية، بحيث تطلقه هذه الأخيرة للتعبير عن تلك الطعون المتعلقة بعدم دستورية قوانين ولوائح لم يكتمل نضجها ولا ترقى لتصبح محلاً لرقابة القضاء نظراً لعدم التيقن من نفاذها فى مواجهة المخاطبين بأحكامها أو على سند من كونها نصوصاً مهمة ارتأت الدولة عدم تطبيقها فترة طويلة من الزمان.¹

وفق هذا التصوير، يحسب الباحث أن استعانة المحكمة بالسوابق القضائية الأجنبية فى قضائها فى القضية رقم 36 لسنة 18 قضائية، السالف الإشارة إليه، إنما كان من قبيل تقديم نفسها للمجتمع القانونى الدولى فى صورة عصرية، وذلك عن طريق بيان كونها مطلعة على ما استقر من مبادئ وقواعد قانونية فى قضاء المحاكم الأجنبية ذات السمعة الطيبة التابعة للدول المتحضرة. فضلاً عن ذلك، فقد أردت المحكمة الدستورية العليا، بحسب ظن الباحث، التأكيد على أنه ليس ثمة حرج من شأنه أن يُعيقها عن الاستعانة بالسوابق القضائية الأجنبية.

¹ انظر على سبيل المثال حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية

Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).

حيث قضت المحكمة بانتفاء النزاع القانونى الحقيقى فى الطعن المقام بعدم دستورية قانون يحظر استخدام موانع الحمل على سند من أن الدولة لم تقم مطلقاً بأى محاولة لإعمال مقتضاه خلال 80 عاماً من وجوده ونفاذه.

راجع كذلك حكمها فى قضية

Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1987).

Vance v. Amusement Co., 445 U.S. 308 (1980).

الخاتمة

مثلت فكرة العولمة القانونية بصفة عامة والدستورية بصفة خاصة حجر الزاوية الذى استند إليها منطق الدراسة الماثلة. فليس ثمة منكر أن الطابع الوطنى لمسائل القانون العام قد أخذ فى الانحسار، ولو قليلاً، تحت وطأة عدة عوامل لعل أبرزها يتمثل فى التفسيرات القضائية للنصوص الدستورية. فلئن كان لا حاجة فى أن للنظم الدستورية نسقاً ومضموناً يفترق من دولة إلى أخرى. وهو افتراق يعكسه جملة من النصوص الدستورية، لا سيما تلك المتعلقة بشكل الدولة ونظام الحكم فيها والتنظيم الدستورى لسلطاتها، بيد أن ثمة مواطن تلتقى فيها تلك النظم. ويُفسر هذا الأخير أمور شتى أبرزها الحقوق والحريات الأساسية وجملة من المبادئ والقواعد والمعايير الدستورية التى تتماثل فى العديد من الديمقراطيات المتحضرة. فعلى نحو ما حوت تلك الدراسة، بما تنأى عنه طبيعة هذه الخاتمة من رجع إليه، غالباً ما تتفق دساتير الدول المختلفة فى نصها على جملة من الحقوق والحريات الأساسية، مثل الحق فى الحياة والحق فى الخصوصية والحق فى الحرية الشخصية والحق فى محاكمة منصفة وعادلة. والحال نفسه يجرى فى شأن بعض المبادئ والقواعد والمعايير الدستورية، مثل افتراض براءة الإنسان ومقومات الدولة القانونية وعدم رجعية القوانين الجنائية، فغالباً ما تتفق معظم الدساتير المعاصرة بشأنها.

وفق هذا التصوير، لعل أهم ما استوقف الباحث فى تلك الدراسة يكمن فى أمرين أساسيين. أولهما يتمثل فى حقيقة أن بعض الحقوق والحريات الأساسية وكذا بعض المبادئ والقواعد والمعايير الدستورية تُشكل عاملاً مشتركاً بين أغلب دساتير الدول المعاصرة، وهو الأمر الذى من شأنه، بحسب ظن الباحث، تفسير انحسار الطابع الوطنى لبعض المسائل الدستورية. فالتشابه الواقع بين دساتير الدول المختلفة فى النص على بعض الحقوق والحريات المعينة وكذلك بعض المبادئ والقواعد والمعايير الدستورية كان من شأنه تبرير فكرة وجود بعض الحقوق والمبادئ الدستورية العابرة للحدود، بحيث أن موطن التشابه لم يعد مقتصرًا على النص فى الدساتير على تلك الحقوق والمبادئ فحسب، بل تعدى ذلك ليبلغ مرتبة كيفية تنظيم تلك الحقوق والمبادئ وماهية القيود الواردة عليها. والآخر يترتب على الأول ترتيباً منطقيًا. بعبارة أكثر وضوحًا، على النحو الذى أوضحته الدراسة، لئن كانت ظاهرة العولمة القانونية قد أفضت للتشابه الحادث بين دساتير الدول المختلفة فيما يتعلق ببعض الحقوق والحريات والمبادئ والمعايير الدستورية، فذلك التشابه كان مؤداه حث المحاكم الدستورية على الاستعانة بالأحكام الصادرة عن بعضهما البعض، لا سيما تلك الأحكام التى احتوت على تفسير لنصوص الحقوق والحريات أو لبعض المبادئ والمعايير الدستورية.

الواقع من الأمر، أن المحكمة الدستورية العليا المصرية لم تكن باستثناء عن سائر المحاكم الدستورية والعليا الأخرى التى طالتها ظاهرة العولمة القانونية. فعلى النحو الذى أفصحت عنه فصول الدراسة، تنوعت المنهجيات المتبعة من قبل المحكمة الدستورية العليا بشأن التفسير الدستورى؛ فتارة تلجأ المحكمة لتبنى منهجية التفسير

وفق ظاهر أفاظ النص، وتارة ثانية نجدها تجنح نحو اعتماد منهجية التفسير القصدى، ونجدها أحياناً أخرى تُفسر النصوص الدستورية وفق منهجية التفسير المعاصر وفق الظروف الاجتماعية والاقتصادية. وبالرغم من تفاوت تلك المنهجيات فى فحواها، على النحو السابق بيانه، بيد أن المحكمة الدستورية العليا قد استقرت فى قضائها على أن غايتها من الالتجاء لتلك المنهجيات التفسيرية المتباينة تتمثل دائماً فى محاولة الولوج لمضمون النص الدستورى من خلال توخى استجلاء نية وقصد المشرع.

وفق هذا التصوير، لعنا لا نغلو إن قلنا أن المحكمة الدستورية العليا قد اهتدت للاستعانة بالسوابق القضائية والكتابات الفقهية الأجنبية بغية الوصول إلى قراءة منصفة للنصوص الدستورية عن طريق تلمس التفسيرات القضائية والفقهية التى وردت فى قضاء المحاكم الأجنبية وكذا الكتابات الفقهية الأجنبية لتلك النصوص. بعبارة أكثر وضوحاً، إزاء التشابه الحادث فى دساتير العديد من الدول المختلفة بشأن نصوص الحقوق والحريات الأساسية والمبادئ والمعايير الدستورية المستقرة، لم تجد المحكمة غضاضة فى الاستعانة بالتفسيرات المستقرة فى قضاء المحاكم الأجنبية والكتابات الفقهية بشأن بعض الحقوق والحريات الأساسية وجملة من المبادئ والمعايير الدستورية بغية الاستقرار على ماهيتها والقيود الواردة عليها. بيد أن أهداف المحكمة من الاستعانة بالسوابق القضائية الأجنبية والكتابات الفقهية لم تكن مقتصرة على محاولة الوصول لقراءة منصفة ومنطقية للنصوص الدستورية فحسب، بل تعدت ذلك لتشمل هدفاً آخر، يحسب الباحث أنه لا يقل أهمية عن نظيره الأول. فكما أفصحت تلك الدراسة، اعتمدت المحكمة الدستورية العليا منهجيتين بشأن الاستعانة بالسوابق القضائية الأجنبية؛ فتارة تلجأ المحكمة إلى الاستشهاد بفقرة أو أكثر من قضاء إحدى المحاكم الأجنبية وتضمنها حكمها بلغة أجنبية، وتارة أخرى تكتفى المحكمة بتضمين حكمها مصطلح قانونى أو أكثر بلغة أجنبية. أما عن المنهجية الأولى، فبحسب ظن الباحث، فغالباً ما تلجأ إليها المحكمة بغية تحقيق الهدف السابق ذكره فيما يتعلق بالقراءة المنصفة والمنطقية للنصوص الدستورية. فى حين أن المنهجية الثانية، فعلى النحو الذى أوضحته الدراسة، تلجأ إليها المحكمة مستهدفة بها مخاطبة المجتمع القانونى الأجنبى، وذلك فى محاولة لتقديم نفسها فى صورة المحكمة المنفتحة التى لا تجد حرجاً فى الاطلاع على السوابق الأجنبية وكذا الكتابات الفقهية لمواكبة المستجدات القضائية الحديثة والتفسيرات المعاصرة، لا سيما وأن المحكمة قد استقرت على معيار معين للمفاضلة بين المحاكم الأجنبية التى يمكن الاستعانة بقضائها، وهو معيار قضاء الأمم المتحدة.

قائمة المراجع أولاً: المراجع العربية

1. أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسى والقانونى فى مصر، مجلة الدستورية، العدد الأول (يناير 2003).
2. إسلام إبراهيم شبحا، التفسير الدستورى للحقوق والحريات الدستورية فى ضوء قواعد القانون الدولى لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - العدد الأول (2016).
3. أشرف عرفات أبو حجازة، مكانة القانون الدولى العام فى إطار القواعد الداخلية الدستورية والتشريعية، المجلة المصرية للقانون الدولى، العدد الستون (2014).
4. حمدان حسن فهمى، اختصاصات القضاء الدستورى فى مصر وحجية أحكامه وتنفيذها وآثارها، دار أبو المجد للطباعة: القاهرة (2009).
5. خالد وزانى، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وعلماء القانون، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية (2008).
6. رمزى الشاعر، النظام الدستورى المصرى: تطور الأنظمة الدستورية المصرية وتحليل النظام الدستورى فى ظل دستور 1971، بدون دار نشر، القاهرة: (1999).
7. صلاح الدين عامر، القواعد القانونية الدولية الأمرة *jus cogens* فى قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى (يوليو 2003).
8. عبد العزيز سالمان، أسلوب وإجراءات إصدار الحكم الدستورى، مجلة المحكمة الدستورية العليا، العدد الثامن والعشرون (الإصدار الإلكتروني).
9. عبد العزيز سالمان، ضوابط وقيود الرقابة على الدستورية: منهج المحكمة الدستورية العليا فى رقابتها لدستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الإسكندرية: (2011).
10. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية: القضاء الدستورى فى مصر، مطابع دار الشعب، القاهرة: (1988).
11. على خطار شطناوى، القانون الدستورى المقارن، مكتبة الرشد (2013).
12. محمد باهى أبو يونس، الاختصاص الأصلى للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية فى النظام الدستورى الكويتى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية: (2008).
13. محمد فوزى نويجى، التفسير المنثى للقاضى الدستورى (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة: (2009).

14. مجدى مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية فى القضاء الدستورى (دراسة مقارنة)، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة: (2003).

15. مصطفى عفيفى، رقابة الدستورى فى مصر والدول الأجنبيّة، دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة فى الدساتير المعاصرة، القاهرة: (1990).

ثانياً: المراجع الأجنبية

1. Adam Winkler, A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and The "Living Constitution", 76 N.Y.U. L. REV. 1456 (2001).
2. Akhil Reed Amar, Intratextualism, 112 HARV. L. REV. 747 (1999).
3. Alba Ruibal, Innovative Judicial Procedures and Redefinition of the Institutional Role of the Argentine Supreme Court, 47 LATIN AM. RES. REV. 22 (2012).
4. Amandine Capitani, Aurélie Duffy, Priscilla Monge, Patricia Rrapi, Jurisprudence du Conseil constitutionnel, REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL, 2009/1 (n° 77).
5. Andrea Lollini, Legal Argumentation Based on Foreign Law: An Example from Case Law of the South African Constitutional Court, 3 UTRECHT L. REV. 60 (2007).
6. ANNE-MARIE SLAUGHTER, A NEW WORLD ORDER 65-103 (2004).
7. Antonin Scalia, Of Democracy, Morality and the Majority, Address at Gregorian Univ. (May 2, 1996), in 26 ORIGINS 81 (1996).
8. Antonin Scalia, Originalism: The Lesser Evil, 57 U. CIN. L. REV. 849 (1989).
9. Antonion Scalia, The Rule of Law as a Law of Rules, 56 UNIV OF CHICAGO L REV 1175 (1989).
10. Awad Mohammed El-Morr, Recent Landmark Decisions of the Supreme Constitutional Court of Egypt, in EUGENE COTRAN AND ADEL OMAR SHERIF (EDS.), DEMOCRACY: THE RULE OF LAW AND ISLAM 239 (1999).
11. B. Boyce, Originalism and the Fourteenth Amendment, 33 WAKE FOREST L. REV. 909 (1998).

12. BASIL MARKESINIS AND JORG FEDTKE (EDS.), JUDICIAL RECOURSE TO FOREIGN LAW: A NEW SOURCE OF INSPIRATION? 83 (2006).
13. Benito Alaez Corral and Abel Arias Castano, The Role of the Spanish Constitutional Court in the Judicial Review of Parliamentary Legislation, 15 EURO. PUB. L. 597 (2009).
14. Bisariyadi, Referencing International Human Rights Law In Indonesian Constitutional Adjudication, 4(2) CONSTITUTIONAL REVIEW 249 (2018).
15. Bruce Ackerman, The Rise of World Constitutionalism, 87 VIRGINIA L. REV. 771 (1997).
16. Brun-Otto Bryde, The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue, in BASIL MARKESINIS AND JORG FEDTKE (EDS), JUDICIAL RECOURSE TO FOREIGN LAW (2006).
17. Carlos F. Rosenkrantz, Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law, 1 INT'L J. CONST. L. 269 (2003).
18. CASS R. SUNSTEIN ET AL., ARE JUDGES POLITICAL? AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE FEDERAL JUDICIARY (2006).
19. Catherine Best, Everything Old is New Again: The Proliferation of Case Law and Whether There is a Remedy, (Paper delivered at the Law Via the Internet Conference, Montreal, 25–26 October 2007) [unpublished].
20. Cheryl Saunders, Judicial Engagement With Comparative Law, in TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON (EDS.), COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 575 (2011).
21. David M. Driesen and William C. Banks, Implied Presidential and Congressional Powers, 41 CARDOZO L. REV. 1301 (2020).
22. Didier Maus, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL, 2009/4 (n° 80).

23. DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 25 (1997).
24. Eric A. Posner & Cass R. Sunstein, The Law of Other States, 59 STAN. L. REV. 131 (2006).
25. Ernest A. Young, Foreign Law and the Denominator Problem, 119 HARV. L. REV. 148, 154 (2005).
26. Eugene Volokh, Necessary to the Security of a Free State, 83 NOTRE DAME L. REV. 1 (2007).
27. Francesca Polacchini, Foreign Law and Foreign Case Law before Latin American Constitutional and Supreme Courts, in GIUSEPPE FRANCO FERRARI (EDS), JUDICIAL COSMOPOLITANISM: THE USE OF FOREIGN LAW IN CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL SYSTEMS 827 (2019).
28. Francisco Ramos, The Establishment of Constitutional Courts: A Study of 128 Democratic Constitutions, 2 REV. OF LAW & ECON. 103 (2006).
29. Frank H. Easterbrook, Pragmatism's Role in Interpretation, 31 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 901 (2008).
30. Gábor Halmai, The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation, in MICHEL ROSENFELD AND ANDRÁS SAJÓ (EDS.), THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 1329 (2012).
31. Gaëlle Dumortier, La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral: sous les pavés, la plage?, LES NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, 2013/4 (N° 41).
32. Ganesh Sitaraman, The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation, 32 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 653 (2009).
33. GEORGE DEVENISH, CONSTITUTIONAL LAW IN THE LAW OF SOUTH AFRICA (LexisNexis Butterworths, 2d ed. 2004).
34. Gerald J. Postema, A Similibus ad Similia: Analogical Thinking in Law, in DOUGLAS E. EDLIN (ED.), COMMON LAW THEORY, 102 (Cambridge, 2007).

35. Giuseppe Franco Ferrari and Antonio Gambaro, *The Italian Constitutional Court and Comparative Law: A Premise*, 1 *COM L. REV.* 1 (2010).
36. Guy Canivet, *The Practice of Comparative Law by the Supreme Courts: Brief Reflections on the Dialogue between the Judges in French and European Experience*, in SIR BASIL MARKESINIS AND JORG FEDTKE (EDS.), *JUDICIAL RECOURSE TO FOREIGN LAW* 315 (Routledge, 2006).
37. Harold Hongju Koh, *International Law as Part of Our Law*, 98 *AM. J. INT'L L.* 43 (2004).
38. Henry T. Greely, *A Footnote to "Penumbra" in Griswold v. Connecticut*, 6 *CONST. Q.* 251 (1989).
39. Herbert Hausmaninger, *Towards a "New" Russian Constitutional Court*, 28 *CORNELL J. OF INT'L L.* 349 (1995).
40. Jack G. Day, *Why Judges Must Make Law*, 26 *CASE W. RESV. L. REV.* 563 (1976).
41. Jamal Greene, *On the Origins of Originalism*, 88 *TEX. L. REV.* 1 (2009).
42. Jamal Greene, *Selling Originalism*, 97 *GEO. L.J.* 657 (2009).
43. James R. Maxeiner, *Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law*, 31 *HOUSTON J. INT'L L.* 27 (2008).
44. Jed Rubenfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, 79 *N.Y.U. L. REV.* 1971 (2004).
45. Joan L. Larsen, *Importing Constitutional Norms from a "Wider Civilization": Lawrence and the Rehnquist Court's Use of Foreign and International Law in Domestic Constitutional Interpretation*, 65 *OHIO ST. L.J.* 1283 (2004).
46. John Chipman Gray, *Judicial Precedents. A Short Study in Comparative Jurisprudence*, 9 *HARV. L. REV.* 27 (1895).
47. JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980).

48. JUDITHANNE SCOURFIELD MCLAUCHLAN, CONGRESSIONAL PARTICIPATION AS AMICUS CURIAE BEFORE THE U.S. SUPREME COURT (2005).
49. Justice D.A. Ipp, Lawyers' Duties to the Court, 144 L. QUART. REV. 63 (1998).
50. Kim Lane Scheppele, Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case For Studying Crossconstitutional Influence Through Negative Models, 1 INT'L J. CONST. L. 296 (2003).
51. Lawrence B. Solum, Triangulating Public Meaning: Corpus Linguistics, Immersion, and the Constitutional Record, B.Y.U. L. REV. 1621 (2017).
52. Louis Favoreu, Constitutional Review in Europe, in LOUIS HENKIN & ALBERT J. ROSENTHAL (EDS.), CONSTITUTIONALISM AND RIGHTS: THE INFLUENCE OF THE UNITED STATES CONSTITUTION ABROAD 38 (1989).
53. Louis Henkin, A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects, 14 CARDOZO L. REV. 533 (1993).
54. Mark Tushnet, The Possibilities of Comparative Constitutional Law, 108 YALE L.J. 1225 (1999).
55. Mark Tushnet, When is Knowing Less Better than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-US Law, 90 MINN. LAW REV. 1275 (2006).
56. MATTHEW GUILLEN, READING AMERICA: TEXT AS A CULTURAL FORCE (2007).
57. Melissa A. Waters, Creeping Monism: The Judicial Trend toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties, 107(3) COLUM. L. REV. 628 (2007).
58. Michael D. Ramsey, International Materials and Domestic Rights: Reflections on Atkins and Lawrence, 98 AM. J. INT'L L. 69 (2004).
59. MONICA CLAES, THE NATIONAL COURTS' MANDATE IN THE EUROPEAN CONSTITUTION (Hart Publishing, 2006).

60. MD Kirby, *Judicial Dissent: Common Law and Civil Law Traditions*, 3 WLR 112, 36-75 (2007) (excerpted from 23 L.Q. REV. 379 (2006)).
61. O. John Rogge, *Concept of Ordered Liberty: A New Case*, 47 CAL. L. REV. 238 (1959).
62. PATRICA MARCELA CASAL, *RECEPCIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO COMO ARGUMENTO: DERECHO COMPRARADO* (1997).
63. Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U.L. REV. 204 (1980).
64. Peter J. Smith, *How Different Are Originalism and Non-Originalism?*, 62 HAST. L. REV. 707 (2011).
65. Peter Roudik, *Comparative Summary*, in *The Impact of Foreign Law in Domestic Judgments*, THE LAW LIBRARY OF CONGRESS, GLOBAL LEGAL RESEARCH CENTER (March 2010).
66. *Practice Direction (Sup Ct: Judgments: Forms and Citation)*, 1 WLR [2001].
67. R. H. Clark, *Constitutional Sources of the Penumbra Right to Privacy*, 19 VILL. L. REV. 833 (1974).
68. Rachel C. Lee, *The Legal Ethics of Supreme Court Advocacy in the Internet Era*, 61(6) STAN. L. REV. 1535 (2009).
69. Raymond Legeais, *L'utilisation du droit comparé par les tribunaux*, REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ, 1994/46 (n° 2).
70. Reva B. Siegel, *Heller & Originalism's Dead Hand – In Theory and Practice*, 56 UCLA L. REV. 1399 (2009).
71. Richard A. Posner, *Bork and Beethoven*, 42 STAN. L. REV. 1365 (1990).
72. RICHARD A. POSNER, *HOW JUDGES THINK* (2008).
73. Robert J. Reinstein, *The Aggregate and Implied Powers of the United States*, 69 AM. UNIV. L. REV. 3 (2019).
74. Roger Errera, *The Use of Comparative Law Before the French Administrative Courts*, in GUY CANIVET ET AL., *COMPARATIVE LAW BEFORE THE COURTS* 156 (2004).

75. Roger P. Alford, *Misusing International Sources to Interpret the Constitution*, 98 AM. J. INT'L L. 57 (2004).
76. Rosalind Dixon, *A Democratic Theory of Constitutional Comparison*, 56 AM. J. COMP. L. 947 (2008).
77. ROSALIND DIXON (EDS.), *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 265 (2011).
78. Ruth Bader Ginsburg, *Remarks on Writing Separately*, 65 WASH. L. REV. 133 (1990).
79. Sarang Vijay Damle, *Specialize the Judge, Not the Court: A Lesson from the German Constitutional Court*, 91 VA. L. REV. 1267 (2005).
80. Sujit Choudhry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 IND. L. J. 819 (1999).
81. STEPHEN BREYER, *ACTIVE LIBERTY: INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION* (2005).
82. Steven G. Calabresi & Stephanie Dotson Zimdahl, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, 47 WM. & MARY L. REV. 743 (2005).
83. Sydney Kentridge, *Comparative Law in Constitutional Adjudication: The South African Experience*, in BASIL MARKESINIS AND JORG FEDTKE (EDS.), *JUDICIAL RECOURSE TO FOREIGN LAW: A NEW SOURCE OF INSPIRATION?* (2006).
84. Terrance Sandalow, *Constitutional Interpretation*, 79 MICH. L. REV. 1033, 1034 (1981).
85. Thomas B. Colby and Peter J. Smith, *Living Originalism*, 59 DUKE L.J. 239 (2009).
86. Thomas R. Lee & James C. Phillips, *Data-Driven Originalism*, 167 U. PA. L. REV. 261 (2019).
87. Tom Ginsburg, *Comparative Constitutional Review*, United State Institute of Peace, available online on https://www.usip.org/sites/default/files/ROL/TG_Memo_on_Constitutional_Review%20for%202011_v4.pdf

88. Vicki C. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109 (2005).
89. VICKI C. JACKSON, *CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA* (Oxford University Press, 2009).
90. Vicki C. Jackson and Jamal Greene, *Constitutional Interpretation in Comparative Perspective: Comparing Judges or Courts?*, in TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON (EDS.), *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 599 (2011).
91. Victor Ferreres Comella, *The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization*, 2 INT'L J. OF CONST. L. 461 (2004).
92. Víctor Ferreres Comella, *The Rise of Specialized Constitutional Courts*, in TOM GINSBURG AND ROSALIND DIXON (EDS.), *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 265 (2011).
93. W. F. Dodd, *Implied Powers and Implied Limitations in Constitutional Law*, 29 YALE L. J. 138 (1919).
94. William H. Rehnquist, *Observation, The Notion of a Living Constitution*, 54 TEX. L. REV. 693 (1976).
95. Wolfgang Friedmann, *Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling*, 29 MOD. L. REV. 593 (1966).
96. Wright Sheive, *Central and Eastern European Constitutional Courts and the Antimajoritarian Objection to Judicial Review*, 26 LAW & POL'Y INT'L BUS. 1201 (1995).