

## انتهاك مبدأ التخصص القضائي في ضوء

مبدأ سمو القانون الإلهي

دكتور/ أحمد محمد أحمد حشيش

أستاذ المرافعات بحقوق طنطا ووكيلها سابقاً

### ١- مقدمة :

السلطة القضائية هي سلطة عامة، ولو أنها ليست وحدها السلطة العامة، لكنها وحدها «القضائية» بينما غيرها لا، وبالتالي فإن هذه السلطة لا تتميز عن غيرها إلا بكونها وحدها هي «القضائية».

وهي ليست «القضائية»، إلا بكونها مخصصة وحدها دون غيرها للقضاء، ومختصة به وحده دون غيره، ومختصة وحدها فيه وحده، وبالتالي فإن أي تجاوز لتلك الحدود العامة الثلاث هو بطبعه «انتهاك». وهو انتهاك لمبدأ: التخصص القضائي بمعناه القانوني العام، الذي لدراسته إذن أولوية، حتى على دراسة التخصص القضائي بمعناه الإجرائي الخاص، ولو كان الأخير وحده هو ما حظى بعناية فقه المرافعات سواء في فرنسا أو في مصر، بينما الأول لم يحظ بعد بمثل هذه العناية على الأقل.

### ٢- تقسيم :

دعنا إذن نبين مفهوم ذلك «الانتهاك»، قبل أن نبين مظاهره المعاصرة في مصرنا على الأقل. عسانا بهذا ننبه مشرعنا الدستوري والعادي على الأقل، إلى وجود تلك الظاهرة المرضية وخطورة تناميها بمرور الزمان منذ منتصف القرن الماضي.

ومن ثم، فإن محتويات الدراسة الراهنة تتوزع كالتالي: فرع تمهيدى: في مفهوم انتهاك التخصص القضائي. **المطلب الأول:** في ظاهرة قضاء الشخصيات العامة. **والمطلب الثاني:** في ظاهرة القضاء المختلط المعاصر. **والمطلب الثالث:** في الأعمال اللاقضائية للقضاة.

## الفرع التمهيدي انتهاك التخصص القضائي

### ٣- أزمة منهجية مقارنة :

في دراسة مبدأ: التخصص القضائي، لا يجب أن نستغنى عن معناه الإجرائي الخاص كما يذهب الفقه الإنجليزي، ولا أن نستغنى عن معناه القانوني العام كما يذهب الفقه الإجرائي الفرنسي، لكيلا نجد أنفسنا وسط خلاف الفقه المقارن، حول «طبيعة» النظام القضائي وحول «مركزه» أكاديمياً.

وفي بيان هذا الخلاف قيل بإيجاز بالغ: «النظام القضائي يعد من الموضوعات الأساسية... وهو يؤثر مشاكل ومسائل أساسية في النظام القانوني كله. ويعود الفضل في اعتبار النظام القضائي من الموضوعات الداخلة في نطاق قانون المرافعات إلى الفقه الفرنسي.

ولكن في كثير من القوانين الأجنبية مثل القانون الإنجليزي، لا يعتبر النظام القضائي من موضوعات قانون المرافعات. ولكنه يعتبر من موضوعات القانون الدستوري، أو من موضوعات النظام القانوني The legal system، أو موضوعاً قائماً بذاته Administration of justice.

ولا شك أنه من الناحية العلمية الدقيقة، يتجاوز النظام القضائي موضوعات قانون المرافعات «.....»<sup>(١)</sup>.

### ٤- تخطي الأزمة المنهجية :

لكن الأزمة المنهجية المقارنة هي أزمة مختلفة. فلئن كانت «العادة جرت على معالجة النظام القضائي في إطار قانون المرافعات، فقد أدى ذلك إلى الاهتمام بصفة أساسية بالنظام القضائي المدني، والإشارة إلى القضاء الإداري والقضاء الجنائي بصفة عرضية»<sup>(٢)</sup>، رغم أن وجود هذا

(١) محمد عبد الخالق عمر: النظام القضائي المدني - ج١ - المبادئ العامة - ط١ - ١٩٧٦ - دار النهضة العربية - ص ٣.

(٢) محمد عبد الخالق عمر: الإشارة السابقة.

القضاء أو ذاك أو - حتى - القضاء الدستوري والقضاء العسكرى ليس عرضياً في القانون الدستوري أو القانون العادى.

ومن ثم، فالأفضل فى دراسة مبدأ: التخصص القضائى هى دراسته بمعنييه معاً، أى معناه الإجرائى الخاص ومعناه القانونى العام، ولو أن الأولوية هى لمعناه القانونى العام على معناه الإجرائى الخاص.

فمبدأ التخصص القضائى هو مبدأ السلطة القضائية *pouvoir judiciaire* ذاتها، والذى لولاه ما كانت هذه السلطة موجودة أصلاً، ولا مستقلة، ولا - حتى - قضائية، وبالتالي فإن التخصص القضائى بمعناه القانونى العام هو مبدأها - سواء من حيث وجودها، أو من حيث استقلالها، أو من حيث تخصصها الوظيفى.

#### ٥- تأصيل التخصص القضائى :

التخصص القضائى من منظور أصله قانوناً، هو نوع قائم بذاته فى جنس التخصص عامة، أى فى جنس التخصص - بمعناه القانونى العام - الذى هو بطبعه فكرة وظيفية استوجبت تقسيم العمل عامة، وتقسم «العمل العام» بصفة خاصة. كما هو - فى نفس الوقت - فكرة معيارية استوجبت تقسيم العمل العام بحسب التخصص الوظيفى.

وهذا التخصص الوظيفى هو الذى استوجب تعدد السلطات العامة وتباينها وظيفياً بحسب التخصص. ثم أوجب الفصل بين تلك السلطات بعضها عن بعض، أى أوجب استقلال السلطات العامة عن بعضها وإزاء بعضها، بما فى ذلك السلطة القضائية، وبالتالي نصت - مثلاً - المادة ١٦٥ من الدستور المصرى الحالى على أن «السلطة القضائية مستقلة.....».

#### ٦- مبدأ السلطة القضائية :

إن «وجود» السلطة القضائية قائم أصلاً على مبدأ: التخصص الوظيفى. لأن هذه السلطة العامة تختلف - وظيفياً - عن غيرها من

نظيراتها. فهي بطبيعتها لا تشرع<sup>(١)</sup>، ولا تدير<sup>(٢)</sup>، إنما هي تقضى faire justice، وتقضى فحسب، أى هي السلطة المختصة وحدها دون غيرها للقضاء.

أما استقلال تلك السلطة العامة، فإنه قائم أصلاً على مبدأ: التخصص القضائي. فمن جانب، هذه السلطة ليست فقط السلطة المختصة للقضاء، إنما أيضاً هي السلطة المختصة به دون غيره، وبالتالي نصت المادة ٦٥ من الدستور المصرى مثلاً، على أن «استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات»، أى ضمانان أساسيان للقضاء.

ومن جانب آخر، فإن هذه السلطة ليست فقط السلطة المختصة للقضاء والمختصة به، إنما أيضاً هي السلطة المتخصصة وحدها فيه وحده، بحيث لا يجوز لأية سلطة أخرى أن تشاركها فيه، لا بطريقة مباشرة، ولا بطريقة غير مباشرة، ولو بالنفوذ إلى الهيئة القضائية وعملها، وبالتالي نصت المادة ١٦٦ من الدستور المصرى، على أنه: «لا يجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالة».. ولا - حتى - بالنفوذ على الهيئة القضائية وعملها، وبالتالي نصت المادة ١٦٦ من الدستور على أن «القضاة مستقلون. لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون»، كما نصت المادة ١٦٨ من الدستور، على أن «القضاة غير قابلين للعزل.....».

ومن ثم، ربما كان أفضل تعريف للسلطة القضائية هو تعريفها من منظور التخصص القضائي بمعناه القانونى العام، حيث هي السلطة العامة المختصة وحدها دون غيرها للقضاء، والمختصة به وحده دون غيره، والمتخصصة وحدها فيه وحده، وبما يترتب على ذلك من آثار بوجه عام، وذلك كالتالى:

١- لا يجوز التفويض فى نطاق التخصص القضائي<sup>(١)</sup>.

(٢٠١) عبد الحميد أبو هيف: المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي فى مصر - ١٩٢١ القاهرة - ص ١١٧-١١٨ رقم ٩٧ و ص ١١٩-١٢٠ رقم ٩٩، على التوالى.

٢- لا يجوز الانتقاص من نطاق التخصص القضائي، ولو كان هذا الانتقاص لصالح السلطة التنفيذية، وبالتالي نصت المادة ٢/٦٨ من الدستور، على أنه: «يحظر النص في القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء».

٣- لا يجوز الإضافة إلى نطاق التخصص القضائي، ولو كانت هذه الإضافة فى صورة إعطاء إفتاءات (استشارات) قانونية<sup>(١)</sup>.

#### ٧- حكم انتهاك التخصص القضائي :

الأولوية فى دراسة مبدأ: التخصص القضائي، هى إذن لدراسته بمعناه القانونى العام، حيث تتجلى - بصفة خاصة - ظاهرة انتهاكه من جانب المشرع، سواء المشرع العادى أو المشرع الدستورى بحسب الأحوال.

وهذه الظاهرة هى - فى نفس الوقت - ظاهرة «إنهاك» السلطة القضائية، أى إضعافها. وهذا الإضعاف منهى عنه صراحة منذ مطلق القرن السابع الميلادى، وبالتالى فهو محظور قانوناً.

وهذا الحظر مقنن فى اللائحة التنفيذية (السنة) للدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، مصداقاً لحديث خاتم الرسل فيما رواه أبو ذر الغفارى رضى الله عنه، بقوله: «قلت يا رسول الله: ألا تستعملنى؟. فضرب بيده على منكبى ثم قال: (يا أبا ذر إنك ضعيف. وإنها أمانة. وأنها يوم القيامة خزي وندامة، إلا من أخذها بحقها، وأدى الذى عليه فيها)»<sup>(٢)</sup> (٣). وقوله أيضاً: (يا أبا ذر إنى أراك ضعيفاً. وإنى أحب لك ما أحب لنفسى. لا تتأمرن على اثنين. ولا تولين مال يتيم)»<sup>(٤)</sup>.

(١) محمد فؤاد مهنا: سياسة الإصلاح الإدارى، وتطبيقاتها - ١٩٧٨ - دار المعارف - ص ٢٦٠ - ٢٦٧.

(٢) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى: النقض فى المواد المدنية والتجارية - ١٩٣٨ القاهرة - ص ٦ رقم ٣.

(٣) السيد سابق: فقه السنة - ج ٣ - ص ٢٢٦ - ٢٢٧.

(٤) الألبانى: صحيح الجامع الصغير وزيادته - ج ٢ - المكتب الإسلامى - ط ٣ - ١٩٨٨ - ص ١٢٩١ رقم ٧٨٢٣ و ٧٨٢٥ على التوالى.

(٥) الألبانى: السابق - ص ١١٢٩ رقم ٦٦٥٠.

فأقل ما يستفاد من هذين النصين من الوجهة العملية/التاريخية/ القانونية، هو مبدأ: لا يجوز إضعاف السلطة المخصصة للقضاء والمختصة به والمتخصصة فيه، ولو باستعمال قضاة ضعفاء بطبعهم، حتى لو كانوا من الصحابة رضی الله عنهم.

على أن هذا المبدأ القضائي الخاص مبني على مبدأ أعم لكنه بدوره مقنن في اللائحة التنفيذية (السنة) للدستور الإلهي المعاصر (القرآن) مصداقاً لقول خاتم الرسل: (المؤمن القوى خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف....) (١). ومن ثم، فالمبدأ: أن الخير كل الخير في السلطة القضائية القوية وبالتالي في الهيئة القضائية القوية، ولا يجوز إذن انتهاك التخصص القضائي بوجه عام، ولو بإنهاك السلطة القضائية أو بإضعاف الهيئة القضائية.

وعليه، فضلاً عن أن التشريعات المقارنة لم تعرف بعد هذا المبدأ، فقد تخيرت عنوان الدراسة الراهنة: «انتهاك مبدأ التخصص القضائي في ضوء مبدأ سمو القانون الإلهي»، حيث هذا الانتهاك محظور قانوناً، وحظره يعد مبدأ من مبادئ التخصص القضائي بمعناه القانوني العام.

## المطلب الأول

### ظاهرة قضاء الشخصيات العامة

#### ٨- تمهيد :

هي ظاهرة القضاء الذي تتولاه شخصيات عامة ليسوا قضاة حاليين أو - حتى - سابقين، وبالتالي فهي بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائي، سواء كانت تلك الشخصيات العامة تتولى القضاء منفردة أي لوحدها، أو كانت تتولاه مناصفة فحسب، أي تشارك في نصفه على الأقل، لأن الأمر في الحالتين ينطوي على إنهاك للسلطة القضائية، ولو أن هذه الظاهرة لن تعد من يدافع عنها أو - حتى - يُفلسف وجودها، ولو بمقولة إسهام الشعب في إقامة العدالة.

## الفرع الأول قضاء الشخصيات العامة منفردة

### ٩- قضاء البرلمان ومجلس الشورى :

الدستور يُنصب البرلمان بأعضائه من الشخصيات العامة، قضاء، لكنه لا يفصل إلا في مسألة صحة عضويته، وبالتالي نصت المادة ٩٣ من هذا الدستور على هذا النظام، وذلك بقولها: «يختص المجلس بالفصل في صحة عضوية أعضائه .... ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس».

وأيضاً، هذا الدستور منذ تعديله عام ١٩٨٠ يُنصب مجلس الشورى بأعضائه من الشخصيات العامة، قضاء، ولو كان بدوره لا يفصل إلا في مسألة صحة عضويته، وبالتالي نصت المادة ٢٠٥ منه، على أنه «تسرى في شأن مجلس الشورى الأحكام الواردة بالدستور في المواد ..... و ٩٣ ..... على أن يباشر الاختصاصات المقررة في المواد المذكورة مجلس الشورى ورئيسه».

وهذا النظام تقليد موروث عن دستور ١٩٢٣، ولو أن المادة ٩٥ منه لم تكن تحظر إسناد هذا الاختصاص القضائي إلى سلطة أخرى يعينها القانون، وبالتالي كانت تنص على أنه: «يختص كل مجلس بالفصل في صحة نيابة أعضائه. ولا تعتبر النيابة باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثي الأصوات. ويجوز أن يعهد القانون بهذا الاختصاص إلى سلطة أخرى».

والنص الأخير لم يكن يُحظر إسناد هذا الاختصاص القضائي إلى سلطة أخرى، استجابة منه للتطور الذي حدث في هذا الشأن - حتى - في إنجلترا التي هي مهد فكرة البرلمان الغربي. إذ لوحظ ما يلي:

أ - أن كافة البرلمانات في العالم قد مارست هذا الاختصاص القضائي، دون التزام - حتى - بأدنى المعايير الموضوعية، أي كانت ومازالت تلك البرلمانات تمارسه بمعايير حزبية بحتة<sup>(١)</sup>.

(١) أنظر بتفصيل: حسن البدر أوى: طعون صحة العضوية بين البرلمان والقضاء - مجلة التشريع - وزارة العدل - س ١ ع ٢ يونيو ٢٠٠٤ - ص ٤٥-٥٣.

ب - وانجلترا مهد هذا التقليد قد عدلت عنه منذ عام ١٨٦٧ وتبعتها دول أخرى كثيرة ولو لم تتبعها فرنسا<sup>(١)</sup>، أى أن إنجلترا ذاتها قد عدلت عنه قبل أكثر من نصف قرن من دستور ١٩٢٣.

ج - والبرلمان الإنجليزي فى الفترة من عام ١٦٠٤ حين أصبح برلماناً لأول مرة حتى عام ١٨٦٧، أى طوال أكثر من مائة وستين عاماً لم يكن يحوز هذا الاختصاص القضائى باعتباره حقاً له، إنما كان يحوزه لأنه لم يكن حقاً للملك، الذى كان يحوزه قبل عام ١٦٠٤، ولو أنه فى الأصل حق للقضاء<sup>(٢)</sup>.

#### ١٠- تطور عكسى فى مصر :

ورغم أن دستور ١٩٢٣ لم يكن منحازاً فى هذا الاختصاص القضائى للتطور الإنجليزي مائة بالمائة، ولا - حتى - للتقليد الفرنسى مائة بالمائة، لكن ابتداء من دستور ١٩٥٦ حتى دستور ١٩٧١ فى مصر، انحاز المشرع إلى التقليد الفرنسى مائة بالمائة، فخص البرلمان وحده بهذا الاختصاص القضائى.

هذا التقليد الفرنسى، لم يعدم من يدافع عنه، ويُفسف وجوده، ولو بمقولة أن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضى وجود هذا القاضى ولو كان قاضياً غير طبيعى، وذلك على تقدير بأن هذا المبدأ يعنى سيادة البرلمان بإطلاق.

والحقيقة أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يعنى فقط سيادة البرلمان، إنما يعنى أيضاً سيادة السلطة القضائية، التى هى السلطة المخصصة وحدها دون غيرها للقضاء والمختصة به والمتخصصة فيه، وبالتالي لا يجوز - حتى - للبرلمان أن يتدخل فى القضايا، ولو تعلقت بصحة عضويته.

كما أن هذا المبدأ لم يتقرر فقط لصالح التخصص التشريعى، إنما تقرر أيضاً لصالح التخصص القضائى، الذى يُحظر على المحاكم قاطبة إعطاء افتاءات (استشارات) قانونية، وذلك على تقدير أن هذه المحاكم ليست دوراً للإفتاء. ومن ثم كان الواجب على المشرع الدستورى ألا يُجبر

(٢٠١) أنظر بتفصيل: حسن البدر اوى: الإشارة السابقة.



محكمة النقض للعمل مستشاراً في «بلاط» البرلمان أو في بلاط مجلس الشورى، ولو لإبداء رأى قانونى فى صحة عضويته، وذلك على نحو ما نص عليه فى المادة ٩٣ وتقضى بأن: «تختص محكمة النقض بالتحقيق فى صحة الطعون ... وتعرض نتيجة التحقيق والرأى على المجلس....».

١١- طبيعة قرار البرلمان :

الفقه لم يلتفت بعد إلى أن المشرع الدستورى فى المادة ٩٣ قد انتهك مبدأ التخصص القضائى مرتين، وليس مرة واحدة. إذ سلب من هذا التخصص بعض منازعات، ولو استثناء، لكنه سلب اختصاص قضائى على أى الأحوال. وأجبر محكمة النقض على أن تعمل مستشاراً فى «بلاط» البرلمان مرة وفى «بلاط» مجلس الشورى مرة أخرى، ولو استثناء، لكنه مخالفة لمقتضيات مبدأ التخصص القضائى على أى الأحوال.

فلو التفت الفقه إلى ذلك، ما أضعاف وقته فى البحث عن «طبيعة» قرار البرلمان أو قرار مجلس الشورى فى هذا الشأن، خاصة أن هذا القرار لا طبيعة له إلا طبيعة المخالفة القانونية. كما أن الفقه الإجرائى لا عليه إن لم يساير المشرع فى مخالفته للمبادئ القانونية، حتى لو كان هو المشرع الدستورى.

ومن ثم، فإن الفقه لم يجد لهذا القرار طبيعة قضائية وفق أى معيار من المعايير التقليدية للعمل القضائى، وذلك على اعتبار أنه «وفقاً لقانون مجلس الشعب، يتم الفصل فى صحة عضوية أعضائه وفقاً لإجراءات و ضمانات القضاء. وهذا يكفى وفقاً للمعيار الموضوعى والمعيار الشكلى، لاعتبار القرار الصادر فى صحة العضوية قراراً قضائياً. ولكن من الممكن الرد على ذلك، بأن مجلس الشعب يجرى كثيراً من التحقيقات يراعى فيها ضمانات العدالة...، ولم يستطع أحد أن يقول أن القرارات الصادرة بناء على هذه التحقيقات تعتبر قرارات قضائية. فلماذا تعتبر القرارات الخاصة بالعضوية قرارات قضائية، ولا تعتبر القرارات الصادرة بناء على التحقيقات الأخرى قرارات قضائية؟»<sup>(١)</sup>.

(١) محمد عبد الخالق عمر: السابق - ص ١٥ - ١٦.

بل - حتى - هذا الفقه تخلى عن المسألة تاركاً إياها للقضاء،  
بمقولة: «... ولما كانت نصوص التشريع أو العرف لا تعسف في تحديد  
طبيعة القرار الصادر في هذا الشأن، فإن القضاء وحده هو الذى يملك أن  
يقرر ما إذا كان ..... مجلس الشعب وهو يفصل فى صحة عضوية  
أعضائه، يعتبر محكمة خاصة، أو بعبارة أخرى يعتبر محكمة ذاتية،  
تصدر قرارات قضائية بالمعنى الصحيح، تخضع بصفة عامة، للنظام  
القانونى للأعمال القضائية»<sup>(١)</sup>.

## ١٢ - صورة تاريخية أخرى لقضاء الشخصيات العامة :

قضاء الشخصيات العامة وحدها فى صورته «غير الجنائية»، لابد  
أن يكون أقل قبلاً وفداحة منه فى صورته «الجنائية»، وأقل بكثير جداً،  
وبالتالى لا ينبغى أن نغفل صورته الأخيرة، التى يؤرخ لها فى مصر فى  
خمسينات القرن الماضى.

وصورته الجنائية تجسدت فى «محكمة الثورة» و «محكمة  
الشعب». ففى مؤتمر شعبى يوم ١٥/٩/١٩٥٣، تم الإعلان عن إنشاء  
محكمة الثورة، بقرار من مجلس قيادة الثورة آنذاك، وتشكيلها برئاسة: قائد  
الجناح ... وعضوية البكباشى .... وقائد الأسراب ....، وانعقدت فى مبنى  
قيادة الثورة بالجزيرة، لمحاكمة بعض السياسيين القداماء.

ثم بقرار آخر فى ١/١١/١٩٥٤، أنشئت محكمة الشعب، وشكلت  
برئاسة قائد جناح ... وعضوية قائم مقام .... وبكباشى ....، واختصت  
بالنظر فى الأفعال التى تعتبر خيانة للوطن أو ضد سلامته فى الداخل  
والخارج، والأفعال التى تعتبر موجهة ضد نظام الحكم آنذاك، أو ضد  
الأسس التى قامت فيها الثورة، ولو كانت قد وقعت قبل إنشاء المحكمة.  
على أن يُعاقب على الأفعال التى تعرض عليها بعقوبة الإعدام أو الأشغال  
الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو بالسجن أو بالحبس المدة التى تقدرها  
المحكمة، أو بأى عقوبات أخرى تراها المحكمة (م ٣ من القرار).

ويبين من التصريح الذى أعلن به الأمر الصادر بتأليف محكمة  
الثورة مثلاً، أنها لم تكن محكمة قضائية عادية، ولا - حتى - محكمة

(١) محمد عبد الخالق عمر: السابق - ص ١٥ - ١٦.

قضائية غير عادية، ولا محكمة قضائية بالمرّة، ولو سميت تجوزاً بـ «محكمة»، وذلك لمحاكمة خصوم الثورة من السياسيين القدماء، أي السياسيين في عصر ما قبل الثورة.

إذ جاء بهذا التصريح، أنه: «ستتظر هذه المحكمة فوراً فيما يقدم إليها من متهمين بالعمل ضد مصلحة البلاد وضد كيان الثورة. وستصدر أحكامها باسم مجلس الثورة ولا محل لترك ذلك للقضاء العادى وللمحاكم العادية... وأنه مع احترامنا الشديد لجهتنا القضائية التى نكن لها كل إجلال وإكبار نحب أن نحيطها بهالة من الهيبة والوقار... وأنه لم يحدث فى تاريخ ثورة من الثورات أن احتكمت للقضاء العادى فى أمور حياتها. فللقوانين العادية قيودها وحدودها ولا يمكن لقضاتها أن يتعدوا هذه القيود والحدود لأنها شرعت لظروف الحياة الطبيعية»<sup>(١)</sup>.

ولم يكن هناك ثمة داع لكى تتغزل محكمة النقض آنذاك فى تلك المحكمة، بمقولة: «لا يكون ثمة تجاوز فى القول بأن محكمة الثورة هى محكمة ذات سيادة، أو فى تشبيهها من بعض النواحي بمجلس الشيوخ الفرنسى حينما ينعقد بوصفه محكمة عليا بناء على نصوص دستور سنة ١٨٧٥ لمحاكمة أى شخص متهم بجناية من الجنايات المخلة بأمن الدولة أو لمحاكمة رئيس الجمهورية بتهمة الخيانة العظمى أو لمحاكمة الوزراء على الجرائم التى يرتكبونها أثناء تأدية وظائفهم. وقد كان المجلس المذكور يصدر فى قضائه على أنه محكمة عليا ذات سيادة لا تتقيد بنصوص القوانين العادية، ولا بقاعدة: أن لا جريمة ولا عقوبة بغير نص. ويقضى بتأثير أفعال لم يرد فى القانون الفرنسى نص بتأثيرها ويضع العقوبة التى يراها...»<sup>(٢)</sup>.

لأن هذه المحكمة أو تلك ستظل صورة لانتهاك فاضح لمبدأ التخصص القضائى فى مصر، وبصرف النظر عن أى تفلسف قيل أو يقال بشأن وجودهما.

(١) نقض (أحوال شخصية) - جلسة ١٩٥٥/٦/٢٣ - قضية ٣ لسنة ٢٥ ق. مجموعة أحكام النقض - ٦ - ١٣٠٧ - ١٧٧.

## الفرع الثانى قضاء الشخصيات العامة مناصفة

١٣- عرض :

ربما تبدو هذه الصورة أقل قتامة من صورة قضاء الشخصيات العامة منفردة. لكن هذا الانطباع غير صحيح، خاصة أنه فى قضاء الشخصيات العامة مناصفة يشاركهم قضاة ارتضوا - بصورة أو بأخرى - انتهاك مبدأ التخصص القضائى، أو باركوه بسكوتهم عنه على الأقل، وبالتالي صاروا شركاء فى هذا الانتهاك.

١٤- لجنة الانتخابات الرئاسية :

هذه اللجنة استحدثها الدستور، ونصفها من الشخصيات العامة غير القضائىة، ولو أنها تختص بالفصل فى الطعون والتظلمات الخاصة بالانتخابات الرئاسية، وبالتالي نصت عليها المادة ٧٦ من الدستور، وتقضى بأنه: «... لجنة تسمى لجنة الانتخابات الرئاسية، تتمتع بالاستقلال، وتشكل من رئيس المحكمة الدستورية العليا، وعضوية كل من رئيس محكمة استئناف القاهرة وأقدم نواب رئيس المحكمة الدستورية العليا وأقدم نواب رئيس محكمة النقض وأقدم نواب رئيس مجلس الدولة. وخمسة من الشخصيات العامة المشهود لهم بالحياد، يختار ثلاثة منهم مجلس الشعب، ويختار الاثنى الآخرين مجلس الشورى بناء على اقتراح مكتب كل من المجلسين، وذلك لمدة خمس سنوات، ويحدد القانون من يحل محل رئيس اللجنة أو أى من أعضائها فى حالة وجود مانع لديه.

وتختص هذه اللجنة دون غيرها بما يلى: ١- ..... ٢- ..... ٣-

..... ٤- الفصل فى كافة التظلمات والطعون وفى جميع المسائل المتعلقة باختصاصها بما فى ذلك تنازع الاختصاص».

على أن هذه اللجنة ولدت باطله بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، ولا يجوز تصحيحه إلا بتعديل دستورى. لأنه لا يجوز أن يترأسها رئيس المحكمة الدستورية العليا، الذى هو مظنونة وراثته لرئاسة الجمهورية أياً

(٢) حكم النقض السالف ذكره.

كان من يتولاها من المرشحين بالانتخاب، وذلك عملاً بالمادة ٨٤ من الدستور، وتقضى بأنه: «فى حالة خلو منصب رئيس الجمهورية أو عجزه الدائم عن العمل يتولى الرئاسة مؤقتاً رئيس مجلس الشعب. وإذا كان المجلس منحللاً حل محله رئيس المحكمة الدستورية العليا». فمسلماً أن موضوع الإرث لا يقتصر على المال وحده، وأن مظنة الإرث تتحقق ولو وجد من يحجب عن الإرث أو من يُحرم منه<sup>(١)</sup>.

فالقاعدة أن القاضى المظنونة وراثته ولو لخصم واحد على الأقل، يكون ممنوعاً من سماع الدعوى، وذلك عملاً بقاعدة عامة فى قانون جهة المحاكم، ولو ورد النص عليها فى المادة ٤٦/٣ مرافعات، وتقضى بأنه: «يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يردده أحد الخصوم فى الأحوال الآتية: ١- ... ٢- ... ٣- إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم .... أو مظنونة وراثته له». فما بالنالو كان رئيس المحكمة الدستورية مظنونة وراثته لكل الخصوم (المرشحين)، وبالتالي فى كل الدعاوى والتظلمات والطعون التى تنظرها تلك اللجنة الرئاسية.

والقاضى الممنوع قانوناً من سماع الدعوى، إذا لم يمتنع عن نظرها كان عمله أو قضاؤه باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، وذلك عملاً بقاعدة عامة فى قانون جهة المحاكم، ولو ورد النص عليها فى المادة ٤٧/١ مرافعات، وتقضى بأنه: «يقع باطلاً عمل القاضى أو قضاؤه فى الأحوال المتقدمة ولو تم باتفاق الخصوم».

وهذه اللجنة لم تعدم من يدافع عنها ويفلسف وجودها، بمقولة «هيئة ذات اختصاص قضائى»<sup>(٢)</sup>. لكن هذه المقولة ليست أكثر من إقرار صريح بأن تلك اللجنة مجرد صورة من صور القاضى غير الطبيعى، وبالتالي فإن وجودها بمثابة انتهاك لمبدأ التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، ويخالف - حتى - مبدأ دستورياً منصوفاً عليه فى المادة

(١) فتحى والى: المرجع السابق- ص ١٧٨ رقم ١٠٥ والمراجع المشمل إليها فى حاشية رقم ٣.

(٢) قارن: أحمد فتحى سرور: تعديل المادة ٧٦ من الدستور - مجلة الدستورية - مجلة فصلية - ع ٧ س ٣ إبريل ٢٠٠٥ - ص ٢-١٤.

١/٦٨ من الدستور، وتقضى بأن: (لكل شخص حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي)، ولو في شأن المنازعات المتعلقة بالانتخابات الرئاسية.

#### ١٥- الدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا :

وتشكيل لجنة الانتخابات الرئاسية لا يختلف عن نظيره بالنسبة للدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا، حال نظرها للطعون والتظلمات الخاصة بتأسيس الأحزاب السياسية، وذلك عملاً بالمادة ٨ من القانون الخاص بتلك الأحزاب رقم ١٩٧٧/٤٠.

فهى تنص على أنه: «يجوز لطالبي تأسيس الحزب خلال الثلاثين يوماً التالية لنشر قرار الاعتراض فى الجريدة الرسمية، أن يطعنوا فى هذا القرار بالإلغاء أمام الدائرة الأولى للمحكمة الإدارية العليا التى يرأسها رئيس مجلس الدولة. على أن ينضم لتشكيلها عدد مماثل من الشخصيات العامة، يصدر باختيارهم قرار من وزير العدل يعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية، من الكشوف الخاصة بالشخصيات العامة، الذين يتمتعون بالكفاءة وحسن السمعة، ولا تقل أعمارهم عن أربعين عاماً، ومن غير أعضاء السلطة التشريعية».

وكل ما هنالك من اختلاف هو أن الشخصيات العامة فى لجنة الانتخابات من أعضاء السلطة التشريعية، بينما فى الدائرة الأولى الإدارية يكونوا من أعضاء السلطة التنفيذية، أى أن السلطان يتبادلان الأدوار فى انتهاك مبدأ التخصص القضائى بمعناه القانونى العام.

وبهذا، فالدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا لا تختلف عن لجنة الانتخابات الرئاسية، من حيث طبيعتها، التى هى على أحسن الفروض مجرد «لجنة» أو «هيئة» ذات اختصاص قضائى، وبالتالي فهى قاضى غير طبيعى، يكون وجوده بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائى، ويخالف - حتى - مبدأ: لكل شخص حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعى.

#### ١٦- دائرة التحكيم فى منازعات العمل الجماعية :

والدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا لا تختلف من حيث تشكيلها المختلط، عن دائرة التحكيم فى منازعات العمل الجماعية، عملاً بالمادة ١٨٢ من قانون العمل، وتقضى بأنه: «وتشكل هيئة التحكيم من ١- إحدى

دوائر محاكم الاستئناف التي تحددها الجمعية العمومية لكل محكمة في بداية كل سنة قضائية، والتي يقع في دائرة اختصاصها المركز الرئيسي للمنشأة وتكون لرئيس هذه الدائرة رئاسة الهيئة. ٢- محكم عن صاحب العمل. ٣- محكم عن التنظيم النقابي تختاره النقابة العامة المعنية. ٤- محكم من الوزارة المختصة يختاره الوزير المختص. وعلى كل من صاحب العمل والتنظيم النقابي والوزارة المختصة أن يختار محكماً احتياطياً يحل محل المحكم الأصلي عند غيابه».

ورغم ما عساه قد يوجه من انتقادات إلى مشروع قانون العمل في هذا الشأن<sup>(١)</sup>، فإن هذا المشروع هو الأكثر صدقاً مع نفسه والأكثر احتراماً للمخاطبين بأحكامه، وذلك بشأن تسمية هذا التشكيل بـ «هيئة التحكيم»، تلك التسمية التي تصدق مائة بالمائة على لجنة الانتخابات الرئاسية، وحتى الدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا.

فهي كلها حالات لهيئات تحكيم «إجباري» *forcé* في غير حالات جوازه قانوناً، وبالتالي فإن المشروع في تلك الصور الثلاث لم يترك لأي طرف في المنازعة سبيلاً للالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، رغم أن لكل شخص حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي (م/٦٨ دستور).

#### ١٧- صورة تاريخية لقضاء الشخصيات العامة مناصفة :

وتشكيل هيئات التحكيم الإجباري الثلاث السالف ذكرها، لا يختلف من حيث المبدأ، عن نظيره بالنسبة لمحكمة القيم والمحكمة العليا للقيم، وفقاً للمادة ٢٧ من قانون حماية القيم من العيب رقم ١٩٨٠/٩٥، ولو أنهما قد ألغيتا مؤخراً.

فكانت المادة ٢٧ تنص على أنه: «يكون تشكيل محكمة القيم من سبعة أعضاء برئاسة أحد نواب رئيس محكم النقض، وعضوية ثلاثة من مستشاري محكمة النقض أو محاكم الاستئناف، وثلاثة من الشخصيات العامة».

(١) أنظر في هذه الانتقادات نبيل إبراهيم سعد: نظرة انتقادية لنظام التحكيم في منازعات العمل الجماعية في القانون المصري - ورقة بحثية مقدمة لمؤتمر حقوق إسكندرية - منشورة في مجلة الحقوق - عدد خاص - ٢٠١٠.

ويكون تشكيل المحكمة العليا للقيم من تسعة أعضاء برئاسة أحد نواب رئيس محكمة النقض وعضوية أربعة من مستشارى محكمة النقض أو محاكم الاستئناف وأربعة من الشخصيات العامة. ويصدر بتشكيل المحكمة فى بداية كل عام قضائى قرار من وزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية». كما كانت المادة ٢٨ تنص على أنه: «ينظم وزير العدل بقرار منه بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية، كيفية إعداد ومراجعة الكشوف الخاصة بالشخصيات العامة التى يختار من بينها أعضاء المحكمة. ويتم اختيار الأسماء التى تتضمنها هذه الكشوف من بين المواطنين المشهود لهم بالكفاءة وحسن السمعة، بشرط ألا تقل أعمارهم عن أربعين عاماً، وألا يكون من بين أعضاء السلطة التشريعية». وأيضاً، كانت المادة ٢٩ تنص على أنه: «يكون تعيين أعضاء المحكمة من الشخصيات العامة لمدة سنتين غير قابلة للتجديد». ولا يجب إذن أن يلهينا لفظ «محكمة» الذى تكرر فى تلك النصوص، عن كونها لا تختلف من حيث المبدأ، عن هيئات التحكيم الإجبارى الثلاث السالف ذكرها، أى هى لم تكن أكثر من مجرد هيئة تحكيم إجبارى فى غير حالات جوازه قانوناً. لكن كانت تأخذها العزة بإثم المبالغة فى حقيقتها لدرجة - حتى - عدم الالتزام بمبدأ: إذا بليتّم فاستتروا، وبالتالي كانت تصف نفسها أحياناً بمقولة: «محكمة ذات تشكيل شعبى وطابع سياسى وتُعبّر عن ضمير الأمة»<sup>(١)</sup>. ولأن وجودها كان بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، ومبدأ: لكل شخص حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعى، فقد كان مصيرها الزوال حتماً، وإيداناً بزوال باقى صور التحكيم الإجبارى السالف ذكرها.

### الفرع الثالث

#### إسهام الشعب فى إقامة العدالة

(١) حكم محكمة القيم - جلسة ١٩٨٢/١/٣ - مجلة المحاماة - س ٦٢ ع ٩ و ١٠ - ص ٥٥.



## ١٨- مبدأ قانونى :

إسهام الشعب فى إقامة العدالة، هو مبدأ مقنن فى الدستور، حيث المادة ١٧٠ منه، تقضى بأنه: «يسهم الشعب فى إقامة العدالة على الوجه وفى الحدود المبينة فى القانون».

وهو بهذا مبدأ قانونى، أى لا هو مجرد «فلسفة» بحيث يمكن لأحد أن يُفلسف بمقتضاه فكرة قضاء الشخصيات العامة منفردة أو مناصفة، ولا هو يتصادم مع مبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام.

## ١٩- مبدأ إجرائى :

وهو مبدأ إجرائى من مبادئ تنظيم القضاء، وبالتالى ورد النص عليه فى الدستور المصرى تحت عنوان «السلطة القضائية»، وحيث كان من الواجب أيضاً أن يرد معه تحت ذات العنوان مبدأ: لكل شخص حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى، لأنهما متكاملان ومتلازمان ولازمان.

فإسهام الشعب فى إقامة العدالة، ليس طليقاً من كل قيد، إنما هو مقيد قانوناً، بأن يكون «على الوجه وفى الحدود المبينة» قانوناً، سواء المبينة فى القانون الدستورى أو المبينة بالتالى فى القانون العادى. بل - حتى - هذا الإسهام مقيد بأن يكون على الوجه وفى الحدود المبينة فى القانون الدستورى قبل نظيرتها المبينة فى القانون العادى.

## ٢٠- كيفية الإسهام :

ومن ثم، فدور الشعب إسهاماً فى إقامة العدالة، ليس هو إذن «تولى القضاء» لا بنفسه مباشرة، ولا بواسطة ممثليه المنتخبين لعضوية البرلمان أو مجلس الشورى بحسب الأحوال، ولا - حتى - بواسطة غيرهم من الشخصيات العامة، وبصرف النظر عن كون المسألة المتنازع عليها هى صحة عضوية البرلمان أو مجلس الشورى أو صحة تولى الرئاسة بالانتخاب أو صحة تأسيس الأحزاب أو - حتى - منازعات العمل الجماعية.

ولا يجب إذن أن يصرف أحد عبارة «إقامة العدالة» فى المادة ١٧٠ من الدستور، على معنى «تولى القضاء» بواسطة الشعب - حتى -

بنفسه، إنما يجب صرفها إلى معنى أن الشعب – أى الناس كافة بما لهم من حق التقاضى فى المادة ١/٦٨ من الدستور – يسهم فى إقامة العدالة بواسطة هذا الحق ذاته، وذلك على اعتبار أن حق التقاضى *droit d'agir en justice* هو حق معاونة القضاء على حماية القانون فى الحالات الواقعية الخاصة التى يكتنفها خطر يهدد قوة القانون.

وبهذا فدور الشعب فى إقامة العدالة فى المادة ١٧٠ من الدستور، لا ينفصل عن دوره فى المادة ١/٦٨ من الدستور ذاته، لأنهما دوران لازمان ومتلازمان ومتكاملان.

فحق الشعب (أى الناس كافة) فى التقاضى مصون ومكفول، لأنه الحق الذى من خلاله يسهم الشعب فى إقامة العدالة، التى يتولى إقامتها القضاء بمعناه الدقيق. وهذان الدوران لا يتصادمان، وبالتالي فإن من التناقض أن يقال أن للمشرع أن يسلب من الشعب حق التقاضى فى أحوال لى يسهم هذا الشعب فى إقامة العدالة فى تلك الأحوال، ولو كان إسهامه بواسطة الشخصيات العامة غير القضائية، أى فى صورة القاضى غير الطبيعى.

## ٢١- القاضى غير الطبيعى :

إسهام الشعب فى إقامة العدالة، لا يعنى إذن إجازة فكرة القاضى غير الطبيعى، فى أى صورة من الصور السالف ذكرها فى ظاهرة قضاء الشخصيات العامة.

والقاضى غير الطبيعى هو القاضى «الاصطناعى» *artificial*، سواء عقد جلساته فى مقر البرلمان أو فى مقر مجلس الشورى أو فى مقر جهة قضائية أصلية كمجلس الدولية أو فى دار القضاء العالى أو فى غير ذلك من المقار. وسواء عقد جلساته برئاسة رئيس مجلس الشعب أو رئيس مجلس الشورى أو رئيس المحكمة الدستورية العليا أو رئيس مجلس الدولة أو نائب رئيس محكمة النقض أو رئيس دائرة استئناف عالى أو برئاسة أحد غير هؤلاء كقائد الجناح فى محكمة الثورة أو فى محكمة الشعب.

وسواء كانت تلك الشخصيات العامة غير القضائية مشهوداً أو غير مشهود لها بالحياد، تتمتع أو لا تتمتع بالكفاءة وحسن السمعة، وافق أو لم

يوافق عليها المجلس الأعلى للهيئات القضائية، صدر أو لم يصدر بها قرار من وزير العدل أو أى وزير مختص آخر، اختارها أو لم يختارها مجلس الشعب أو مجلس الشورى، قلت أو زادت أعمارهم عن سن الأربعين، من أعضاء السلطة التشريعية أو من أعضاء السلطة التنفيذية، اختيروا لمدة خمس سنوات أو لمدة سنتين.... وهكذا.

فهذه «الديكوارت»، لا تغير شيئاً من حقيقة القاضى غير الطبيعى، ولا من كون وجوده فى ذاته بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، كما هو انتهاك لمبدأ: لكل شخص حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى.

## ٢٢- فكرة اللاقاضى non-judge :

القاضى غير الطبيعى هو القاضى الذى يُعرف بطريق الاستبعاد بالنسبة للقاضى الطبيعى، الذى هو «السلطة القضائية» pouvoir judiciaire ، باعتبارها السلطة العامة المخصصة وحدها دون غيرها للقضاء والمختصة به والمتخصصة فيه.

ومن ثم، فإن عبارة «القاضى غير الطبيعى» ترادف تماماً عبارة «اللاقاضى»، ولو كانت بعض عناصره هى عناصر ذات وظائف قضائية، وسواء كان عددهم خمسة أو أقل أو أكثر، وسواء كان أو لم يكن بينهم رئيس المحكمة الدستورية العليا أو رئيس مجلس الدولة أو نائب هذا الرئيس أو ذلك أو نائب رئيس محكمة النقض.

فهذه الوظائف بمثابة «شكليات» فى هذا الصدد، ولا يجب بالتالى أن تلهينا عن حقيقة الظاهرة التى نحن إزاءها، لأننا إزاء ظاهرة قضاء «طبقى» و «خاص».

فهى ليست فقط ظاهرة قضاء تقوم به شخصيات عامة غير قضائية، إنما أيضاً هى ظاهرة القضاء للشخصيات العامة غير القضائية فى منازعاتهم المتعلقة بصحة عضويتهم للبرلمان أو لمجلس الشورى أو بصحة توليهم رئاسة الدولة بالانتخاب، أو بصحة تكوينهم للأحزاب السياسية أو بصحة دورهم فى الحياة العامة ومسئوليتهم السياسية عنه، أو

- حتى - منازعاتهم العمالية الجماعية، أو بمنازعاتهم مع خصومهم من السياسيين القدامى .... وهكذا.

## المطلب الثاني ظاهرة القضاء المختلط

٢٣- عرض :

عرفت مصر «القضاء المختلط» *jurisdiction mixte* منذ بداية الربع الأخير من القرن التاسع عشر. وقيل لنا مراراً وتكراراً أن هذا القضاء المختلط قد ألغى في مصر منذ منتصف القرن العشرين، رغم أن هذا القول مبالغ فيه للغاية، لأن ما ألغى فعلاً هو «القضاء الأجنبي» في مصر، بينما بقيت ظاهرة القضاء المختلط وتنامت بمرور الزمان، رغم أنها بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائي بمعناه القانوني العام، وانتهاك لمبدأ: لكل شخص حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي.

## الفرع الأول قضاء القضاة والشخصيات العامة غير القضائية

٢٤- صورته الأربع :

في هذا المقام، نحن لا ننظر إلى لجنة الانتخابات الرئاسية أو الدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا أو محكمتي القيم أو هيئة التحكيم في منازعات العمل الجماعية من زاوية ما بها من أعضاء من الشخصيات العامة غير القضائية فحسب، بل ننظر إليها إجمالاً من زاوية تشكيلها «المختلط» *mixte*، حيث تمتزج تلك العناصر غير القضائية مع باقي العناصر في نسيج واحد.

فلجنة الانتخابات الرئاسية أو الدائرة الأولى الإدارية مكونة من خمسة من الشخصيات العامة وعدد مماثل من القضاة. ومحكمة القيم أو المحكمة العليا للقيم مكونة من ثلاثة أو أربعة من الشخصيات بحسب

الأحوال، ومثلهم بزيادة واحد من القضاة. وهيئة التحكيم فى منازعات العمل الجماعية مكونة من أربعة من غير القضاة وثلاثة من القضاة. وهذا التشكيل المختلط، لا هو تشكيل للجنة ذات اختصاص قضائى، خاصة أن المشرع قد يطلق على هذا التشكيل لفظ «محكمة» أحياناً، كما هو الشأن فى محكمة القيم والمحكمة العليا للقيم. ولا هو تشكيل لقضاء «خاص» أو «استثنائى»، خاصة أن المشرع قد يطلق عليه لفظ «لجنة» أحياناً. ولا هو تشكيل لمحكمة أو - حتى - دائرة قضائية بالمعنى الدقيق، خاصة أن المشرع قد يطلق على هذه الدائرة عبارة «هيئة التحكيم» أحياناً. والمتيقن منه أنه تشكيل لقاضى غير طبيعى، وبالتالي هو فى حقيقته تشكيل خاص بـ «اللاقضى»، الذى يُعد وجود القضاة فيه مجرد شكل، بل - حتى - شكل غير لازم أصلاً، أى أن وجودهم وعدمه سواء من الوجهة القانونية، وبالتالي فإن وجودهم لا يجب أن يلهينا عن التكييف الحقيقى لتلك الظاهرة.

#### ٢٥- صور أربع للتحكيم الإجبارى :

فى الصور الأربع المتقدمة نحن إزاء أربع صور متخفية للتحكيم الإجبارى *forcé*، الذى عهدنا له فى التشريع المصرى صورتان معلتان، لأنهما صورتان للتحكيم الإجبارى المشروع، وهما كالتالى:

- ١- التحكيم الإجبارى فى المنازعات «العامة» بحسب أشخاصها، إذا كان أحد أطرافها - على الأقل - شركة قطاع عام. ونظام هذا التحكيم مقنن فى قانون المؤسسات العامة السابق وكذا الحالى رقم ١٩٨٣/٩٧.
- ٢- التحكيم الإجبارى فى المنازعات «العامة» بحسب أشخاصها، إذا لم يكن من أطرافها شركة قطاع عام، أى إذا كان أطرافها من فروع السلطة التنفيذية. ونظام هذا التحكيم مقنن فى المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة، وتقضى بأنه:

«تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، بإبداء الرأى فى المسائل والموضوعات الآتية: أ - ..... ب - ..... ج - ..... د - المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات

وبعضها البعض. ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزماً للجانبين».

ورغم وضوح هذا النص فى بيان أن دور تلك الجمعية العمومية هو دور «المحكم» arbitre فى تحكيم إجبارى، وبالتالى فإن ما يصدر عنها ليس مجرد «فتوى» إنما هو حكم تحكيم إجبارى ومن ثم ملزم obligatoire على نحو ما جاء فى عجز النص، ومانع - إذن - من عرض المنازعة على القضاء، فإن محكمة النقض تقول: «اختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بإبداء الرأى الملزم فى المنازعات التى تنشأ بين فروع السلطة التنفيذية، لا يتجاوز حق الفتوى، ولا يحول دون اختصاص القضاء بنظر هذه المنازعات»<sup>(١)</sup>.

وفى هاتين الصورتين، فإن التحكيم الإجبارى مشروع، أى هو تحكيم إجبارى فى حالات جوازه قانوناً. لأنه تحكيم فى منازعة «عامة» بحسب أشخاصها، وبالتالى لا يوجد فى أطرافها أى شخص خاص privé، سواء كان شخصاً طبيعياً أو كان شخصاً اعتبارياً خاصاً، وإلا كان التحكيم الإجبارى غير مشروع لأنه يصادر حق التقاضى المنصوص عليه فى المادة ١/٦٨ من الدستور.

ومن ثم، فإن التحكيم الإجبارى فى هاتين الصورتين يختلف - من حيث المشروعية - عن نظيره فى الصور الأربعة المتخفية، حيث هو تحكيم فى منازعات أطرافها «شخصيات» عامة لكنهم ليسوا «أشخاصاً» بالمعنى القانونى، إنما هم بطبيعتهم أشخاص خاصة، سواء فى تحكيم لجنة الانتخابات الرئاسية أو الدائرة الأولى الإدارية أو محكمتى القيم أو هيئة التحكيم فى منازعات العمل الجماعية.

وبدأ، ففى الصور الأربعة المتقدمة نحن إزاء ظاهرة تحكيم إجبارى فى غير حالات جوازه قانوناً. وبدهى أن التحكيم فى منازعات القطاع العام هو تحكيم إجبارى، إنما ليس كل تحكيم إجبارى هو تحكيم فى تلك المنازعات كما تصورت محكمة النقض فأنكرت التحكيم الإجبارى الذى

(١) نقض مدنى: ١٩٨٤/٢/٢٠ - طعن ١١٠٧ لسنة ٥٠ ق - مجموعة أحكام النقض - ٣٥ - ٧٥٨ - ١٤٤.

تقوم به الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، وبالتالي ليس من المستبعد أن يُنكر البعض التحكيم الإجبارى الذى يقوم به البرلمان أو مجلس الشورى بشأن صحة عضويته.

إذن، ليس من الضرورى فى التحكيم الإجبارى أن يكون تحكيمياً فى منازعات القطاع العام، ولا أن تشكل الهيئة التحكيمية بالنظر إلى كل نزاع على حدة<sup>(١)</sup>، ولا - حتى - أن يُسهم المتنازعون فى اختيار تلك الهيئة جزئياً على الأقل<sup>(٢)</sup> إلا إذا أجاز لهم القانون ذلك كما فى التحكيم الإجبارى فى منازعات القطاع العام أو فى منازعات العمل الجماعية.

ولا - حتى - من الضرورى فى التحكيم الإجبارى أن يدخل فى تشكيل الهيئة قضاة، ولا أن يكون رئيسها على الأقل من القضاة كما هو الشأن فى التحكيم الإجبارى الذى يقوم به البرلمان أو مجلس الشعب بحسب الأحوال، أو الذى قامت به محكمة الثورة أو محكمة الشعب قديماً. ولا من الضرورى أن يكون عدد هيئة التحكيم الإجبارى وتراً، كما هو الشأن فى تحكيم الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، وتحكيم البرلمان أو مجلس الشورى.

إذن لا يجب أن تقصر نطاق فكرة التحكيم الإجبارى فى مصر، على التحكيم فى منازعات القطاع العام وحدها، لكيلا يلتبس علنياً أمر تكييف عمل الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع كما حدث لمحكمة النقض، أو أمر تكييف عمل البرلمان أو مجلس الشورى أو لجنة الانتخابات الرئاسية أو الدائرة الأولى الإدارية أو محكمتى القيم أو هيئة التحكيم فى منازعات العمل الجماعية.

## ٢٦- مظاهر الطبيعة التحكيمية الإجبارية :

دعنا إذن نسمى هذا النوع من القضاء المختلط بإسمه القانونى، لأنه تحكيم إجبارى وليس أكثر، تقوم به لجنة الانتخابات أو الدائرة الأولى الإدارية أو محكمتى القيم أو هيئة تحكيم منازعات العمل الجماعية بحسب الأحوال، وذلك بما يترتب عليه من آثار أخصها ما يلى:

(٢٠١) قارن: فتحي والى : السابق - ص ٣٩ رقم ٢٠.

١- القرار الصادر عبر تلك الأنظمة الأربعة، ليس حكماً قضائياً بالمعنى الدقيق، وبالتالي فإن هذا القرار لا يخضع لأي نظام من أنظمة الطعن المقررة قانوناً للطعن فى الأحكام القضائية.

وتطبيقاً لذلك بشأن قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية مثلاً، نصت المادة ٧٦ من الدستور، على أنه: «تصدر (اللجنة) قراراتها بأغلبية سبعة من أعضائها على الأقل، وتكون قراراتها نهائية ونافاذة بذاتها، غير قابلة للطعن عليها بأى طريق وأمام أية جهة، كما لا يجوز التعرض لقراراتها بالتأويل أو بوقف التنفيذ».

وأيضاً، فى شأن قرارات المحكمة العليا للقيم مثلاً، كانت المادة ٥٠ من قانون حماية القيم من العيب، تقضى بأنه: «يكون الحكم الصادر من المحكمة العليا للقيم نهائياً. ولا يجوز الطعن فيه بأى وجه من الوجوه عدا إعادة النظر». على أن مرد الاستثناء الوارد فى عجز النص، هو أن قانون المرافعات كان - حتى عام ١٩٩٤ - يبيح الطعن بإعادة النظر - حتى - بالنسبة لحكم التحكيم الاختيارى.

ونفس القاعدة تسرى - حتى - على القرار الصادر من الدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا، ولو لم يوجد نص خاص بشأن هذا القرار، وذلك عملاً بالقاعدة العامة فى شأن أحكام التحكيم، كالتالى:

أ - فالمادة ٦٦ من قانون المؤسسات العامة ١٩٨٣/٩٧، نصت على أنه: «تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية، ونافاذة، وغير قابلة للطعن فيها بأى وجه من وجوه الطعن». وهو نفس النص تقريباً، الوارد فى نظام لجنة الانتخابات الرئاسية.

ب - والمادة ١/٥٢ من قانون التحكيم الاختيارى ١٩٩٤/٢٧، تقضى بأنه: «لا تقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية».

٢- فالقرار الصادر عبر تلك الأنظمة الأربعة هو مجرد قرار «تحكيمى» arbitral، الذى اشتهرت تسميته بـ «حكم التحكيم» أو «الحكم التحكيمى».



ومن ثم، فالأصل أن هذا القرار لا يقبل الطعن فيه إلا بدعوى بطلان حكم التحكيم<sup>(١)</sup>، وذلك عملاً بالقاعدة العامة في هذا الشأن، ولو لم يرد النص عليها إلا في المادة ٢/٥٢ من قانون التحكيم ١٩٩٤/٢٧، وتقضى بأنه: «يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم...».

وتطبيقاً لذلك في شأن قرارات هيئة التحكيم الإجبارى فى منازعات العمل الجماعية، نصت المادة ١٨٨ من قانون العمل على أنه: «تتبع فى .... الطعن الشروط والأوضاع والإجراءات المقررة فى قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية».

٣- القضاة الموجودون فى تشكيل هيئات التحكيم الأربع، لا يعتبرون قضاة بالمعنى الدقيق، وذلك بصرف النظر عن مراكزهم الوظيفية القضائية، لأنهم ليسوا أكثر من محكمين، وبالتالي فهم لا يخضعون فى هذا الشأن لقواعد رد ومخاصمة القضاة.

فالمحكومون لا يخضعون لنظام دعوى المخاصمة، ولا يخضعون - حتى - إلا لقواعد الرد الخاصة بهم، وذلك عملاً بالقاعدة العامة فى شأن رد المحكم، ولو لم يرد النص عليها إلا فى المادة ١/١٨ من قانون التحكيم ١٩٩٤/٢٧، وتقضى بأنه: «لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيده واستقلاله».

وهم بهذا محكمون إنما ليس باعتبارهم قضاة. لأن قانون السلطة القضائية لا يجيز لهم العمل بالتحكيم خارج المحكمة أو داخلها، بأجر أو بغير أجر، فى نزاع مطروح على القضاء أو غير مطروح عليه، وذلك عملاً بالقاعدة العامة فى هذا الشأن، ولو لم يرد النص عليها إلا فى المادة ٦٣ سلطة قضائية، وتقضى بأنه: «لا يجوز للقاضى .... أن يكون محكماً ولو بغير أجر ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء».

فهم محكمون لكن باعتبارهم مجرد شخصيات عامة، أجاز لها الدستور أو القانون العادى - بحسب الأحوال، التحكيم فى تحكيم إجبارى، ولو كان تحكيمياً إجبارياً فى غير حالات جوازه قانوناً، أى أن المشرع هو الذى فرضه عليهم فرضاً بالمخالفة للمبادئ العامة الدستورية.

(١) فتحى والى: الوسيط ..... ط ٢٠٠١ - ص ١٠٣٧ رقم ٥١٩.

ورغم أن المحكمون من القضاة لا يحكمون فى التحكيم الإجبارى إلا باعتبارهم مجرد شخصيات عامة، فإن قانون حماية القيم من العيب كان ملكياً أكثر من الملك، وبالتالي حاول غبثاً أن يفتننا بأن المحكمون من غير القضاة لا يحكمون فى هذا التحكيم الإجبارى إلا باعتبارهم قضاة، وذلك فى المواد ٢٩ و ٣٠ و ٣١ منه:

أ - فكانت المادة ٢٩ تقضى بأنه: «يكون تعيين أعضاء المحكمة من الشخصيات العامة .... ويكون هؤلاء الأعضاء غير قابلين للعزل بالنسبة لعملهم القضائى خلال هذه الفترة. وتخضع مساءلتهم عن عملهم هذا للإجراءات المنصوص عليها فى قانون السلطة القضائية».

ب - وكانت المادة ٣٠ منه، تقضى بأنه: «يؤدى أعضاء المحكمة من غير المستشارين قبل مباشرة عملهم يميناً بأن يحكموا بين الناس بالعدل، ويكون حلف اليمين أمام رئيس المحكمة ذاتها».

ج - وكانت المادة ٣١ منه تقضى بأنه: «تسرى فى شأن عدم صلاحية عضو المحكمة وتنحيته ورده ومخاصمته الأحكام المقررة بالنسبة لمستشارى محكمة النقض. وتفصل المحكمة فى طلب الرد ودعوى المخاصمة بكامل أعضائها عدا العضو المشار إليه ومن لديه عذر، ويراعى ألا يقل عدد الأعضاء الحاضرين عن خمسة. ولا يقبل رد أو مخاصمة جميع أعضاء المحكمة أو بعضهم بحيث يقل الباقى منهم عن خمسة».

ولم يكن هناك أى داع لكى يزيد المشرع من المبالغة فى هذا الديكور، فى محكمتى القيم، التى كان نظامها أسرع أنظمة التحكيم الإجبارى غير المشروع، إلى الزوال، ولو امتد وجودها فترة ربع قرن. فالمحكمون لا يحلفون يميناً، ولا يخضعون لقواعد مخاصمة أو رد القضاة، وبالتالي لا تختص - حتى - هيئة التحكيم بنظر طلب الرد.

فهينات التحكيم - الإجبارى أو الاتفاقى - هى هيئات معاونة للقضاء، وبالتالي فالمحكمون مجرد «أعوان للقضاء». بالمعنى الدقيق. ومن ثم، فالأصل أن القضاة محظور عليهم القيام بالتحكيم.

## الفرع الثانى قضاء القضاة والنسوة

### ٢٧- ظاهرة فى مهدها :

القضاء المختلط المستجد فى مصر منذ خمس أو ست سنوات على الأكثر، هو قضاء القضاة والنسوة، ولو أن هذه الظاهرة ما زالت فى مهدها ومستوردة أصلاً من الغرب، لكنها لم تعد من يدافع عنها ويفلسف لزومها سواء فى مصر أو فى دول عربية أخرى.

وأخطر أساليب هذا الدفاع والتفلسف، هو الذى يُنكر وجود أى مانع قانونى لهذه الظاهرة - حتى - فى القانون الإلهى المعاصر، أى فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن) ولائحته التنفيذية (السنة).

بل إن هذا الاتجاه قد حظى - حتى - بمباركة بعض كبار المشايخ، وكان القانون الإلهى المعاصر يخلو من مبدأ: يُحظر على النسوة تولى الأعمال العامة بإطلاق، حتى الأعمال الإدارية.

وليس من المجدى أن نخوض مع أنصار هذا الاتجاه فى جدل يمكن الإفاضة فيه إلى مالا نهاية، دون جدوى، وبالتالى لا مناص من أن ننحى جدلهم جانباً<sup>(١)</sup>. وكان يكفيهم أن يسألوا أنفسهم، عما إذا كانت «النسوة المصريات» قد استأسدن، لدرجة أنهن لم يعدن - حتى - فى درجة ضعف الصحابى الجليل أبو ذر الغفارى رضى الله عنه، الذى سأل النبى أن يوليه القضاء فرد عليه خاتم الرسل بقوله: (يا أبا ذر إنك ضعيف. وإنها أمانة. وأنها يوم القيامة خزي وندامة، إلا من أخذها بحقها، وأدى الذى عليه فيها)<sup>(٢)</sup>. وقوله: (يا أبا ذر إنى أراك ضعيفاً. وإنى أحب لك ما أحب لنفسى. لا تتأمرن على اثنين. ولا تولين مال يتيم)<sup>(٣)</sup>؟

(١) أنظر تفاصيل هذا الجدل فى: مجلة القضاة - ملحوق، عدد خاص بعنوان: المرأة ... والقضاء - عدد يونية ٢٠٠٢م - ص ١ - ٧٥.

(٢-٣) الألبانى: السابق - ص ١٢٩١ رقم ٧٨٢٣ و ٧٨٢٥ على التوالى.

(٤) الألبانى: السابق - ص ٩٨٠ رقم ٥٥٩٧.

وإذا كان الرد بالإيجاب، فلا بد أن نكون - إذن - في عصر الفتنة النسائية الضارة بالرجال، مصداقاً لقول خاتم الرسل: (ما تركت بعدى فتنة أضر على الرجال من النساء) (١).

## ٢٨ - حظر تولى النسوة للأعمال العامة :

مبدأ: يُحظر تولى النساء للأعمال العامة بإطلاق، هو مبدأ قديم وبالتالي راسخ في القانون الإلهي. وينبغي أن يؤرخ له علمياً، منذ عصر سليمان عليه السلام في القرن العاشر قبل الميلاد.

على أن سليمان عليه السلام لم يبتكر هذا المبدأ، إنما تلقى العلم به مباشرة من ربه، وضمن ما تلقاه من علم منه سبحانه، مصداقاً لقوله تعالى: (وَلَقَدْ آتَيْنَا ... وَسَلِّمَانَ عَلِمًا ...) (١).

وكان سليمان أول من طبق هذا المبدأ القانوني عملاً، وفوراً، على عرش بلقيس، حتى قبل أن تعلن إسلامها هي وقومها، مصداقاً لقوله تعالى بشأن سليمان: (قَالَ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَيُّكُمْ يَأْتِينِي بِعَرْشِهَا قَبْلَ أَنْ يَأْتُونِي مُسْلِمِينَ. قَالَ عِفْرِيَّتُ مِنَ الْجِنِّ أَنَا آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَنْ تَقُومَ مِنْ مَقَامِكَ وَإِنِّي عَلَيْهِ لَقَوِيَّ أَمِينٌ. قَالَ الَّذِي عِنْدَهُ عِلْمٌ مِنَ الْكِتَابِ أَنَا آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَرْتَدَّ إِلَيْكَ طَرْفُكَ فَلَمَّا رآه مُسْتَقِرًّا عِنْدَهُ قَالَ هَذَا مِنْ فَضْلِ رَبِّي ...) (٢).

واستقر هذا المبدأ القانوني منذ ذلك التاريخ، وظل نافذاً حتى عند الرومان، الذين قننوه في الدايجست DiG., L.22, Dereg. حيث قاعدة: «ليس للنساء ولاية الأعمال العامة» (٣) Juris. Abomnibus officiis civilibus vel publicis remotae. وبدهى أن الرومان لم يبتكروا هذا المبدأ القانوني، إنما استحسوه واستعاروه من القانون اليهودي الذي تأثر به قانونهم الوضعي، وذلك على نحو ما هو متفق عليه حالياً بين جمهور مؤرخي القانون.

وما زال هذا المبدأ مستقراً وناظراً في القانون الإلهي حتى الآن، سواء في الدستور الإلهي المعاصر (القرآن) حيث قوله تعالى في الآيات

(١) آية ١٥ / النمل، ٣٨-٤٠ / النمل.

(٢) عبد العزيز فهمي: قواعد وأثار فقهية رومانية - ١٩٤٧ القاهرة - ص ١٤٧

رقم ١.

٣٨-٤٠ من سورة النمل وكذا قوله تعالى: (وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى) (١)، أو فى لائحته التنفيذية (السنة) حيث قول خاتم الرسل: (خاب قوم ولوا أمرهم امرأة) (٢)، وقوله: (المرأة راعية فى بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها).

ومن ثم، لا يجوز لأحد أن يُفلسف فكرة الخروج على هذا المبدأ القانونى الراسخ، ولو بقاعدة: الضرورات تبيح المحظورات، وذلك لسببين:

أولهما، أن قاعدة الضرورات تبيح المحظورات هى بطبيعتها قاعدة استثنائية، وبالتالي لا يجوز التوسع فى تفسيرها ولا القياس عليها ولا الإضافة إلى نطاقها بطريق الاجتهاد إنما يجب التضييق من هذا النطاق، وذلك عملاً بالقاعدة العامة فى شأن أى استثناء وكل استثناء.

وثانيهما، أن حالات الضرورة المبيحة للخروج - استثناء - على هذا المبدأ، هى حالات واردة حصراً فى القانون الإلهى، وبالتالي لا يجوز الإضافة إليها بطريق الاجتهاد. وهى حالات ثلاث، كالتالى:

١- قيام امرأتان معاً بالشهادة أمام القضاء إذا تخلف رجل من الرجلين، مصداقاً لقوله تعالى: (..... فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ .....). (٣)

٢- قيام النسوة بمعاونة الرجال فى الحرب باعتبارها حالة استثنائية، وذلك نزولاً على المأثور فى عهد خاتم الرسل.

٣- قيام امرأتان بعمل بدلاً عن والدهما المسن الذى لا إبن له، مصداقاً لقوله تعالى: (... وَوَجَدَ مِنْ دُونِهِمْ امْرَأَتَيْنِ تَذُودَانِ قَالَ مَا خَطْبُكُمَا قَالَتَا لَا نَسْقِي حَتَّى يُصْدِرَ الرَّعَاءُ وَأَبُونَا شَيْخٌ كَبِيرٌ) (٤).

وحتى فى كل عمل من الأعمال العامة الاستثنائية السالفة، لا تباشره امرأة بمفردها، إنما تباشره امرأتان معاً على الأقل. ومن ثم، لا يجوز لأحد أن يُفلسف الخروج على ذلك المبدأ القانونى الراسخ، ولو

(١) آية ٣٣/الأحزاب.

(٢) متفق عليه.

(٣) آية ٢٨٢/البقرة، ٢٣/القصص.

بمقولة أن الدستور المصرى قد أجاز فى المادة ١١ منه التطوير فى المركز القانونى للمرأة. لأن هذه المقولة مردودة. بأن نفس المادة، لم تُجز هذا التطوير بإطلاق، إنما قيده ابتداءً بقيد، هو: «دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية»، التى تقوم على مبدأ: ليس للنساء تولى الأعمال العامة بإطلاق، - حتى - الأعمال العامة الإدارية.

كما لا يجب أن يتنكر أحد لهذا المبدأ، ولو بمقولة: ما جدوى تعليم النسوة إذن إذا لم يكن لهن تولى الأعمال العامة بإطلاق؟ لأن هذه المقولة مردودة. فتعليمهن واجب عليهن، قياساً على قول خاتم الرسل: (طلب العلم فريضة على كل مسلم)، وبالتالي فإن هذا التعليم لا يكسبهن حقاً فى الخروج على ذاك المبدأ القانونى، إنما العكس هو الصحيح، أى الواجب أن يكسبهن إصراراً على الالتزام بالقانون الإلهى عامة ومبدأ: ليس للنسوة تولى الأعمال العامة، لأن هذا القانون هو الذى أوجب تعليمهن أصلاً، علماً بأن هذا التعليم لن يحولهن من نسوة إلى رجال.

#### ٢٩ - إضعاف السلطة القضائية :

إذن تولى النسوة الأعمال العامة، يخالف مبدأ راسخاً من مبادئ القانون الإلهى، الذى يقضى يحظر توليهن للأعمال العامة بإطلاق، حتى الأعمال الإدارية، أو - من باب أولى - الأعمال التشريعية والأعمال القضائية. لذا، جرى جمهور الفقهاء القدامى على أنه لا يجوز تولى المرأة للقضاء، وإذا وليت كانت هذه التولية باطلة، وإذا قضت بعد ذلك، كان قضاءها باطلاً، وبالتالي لا ينفذ.

وهكذا، فإن ظاهرة قضاء القضاة والنسوة معاً أو منفردات، هو انتهاك لمبدأ التخصص القضائى بمعناه القانونى، وإنهاك للسلطة القضائية، أى إضعاف لها.

وهذه الظاهرة هى ظاهرة غريبة أصلاً، ومستوردة حديثاً فى مصر، وبالتالي ينبغى أن يكون محور نقاشها ليس فكرة مساواة المرأة بالرجل أو فكرة حقوق المرأة أو فكرة حقوق الإنسان أو فكرة عدم التمييز، إنما مبدأ الحذر من فتنة الغرب بأفكار الوثنية المسمومة، مصداقاً

لقوله تعالى: (يَا بَنِي آدَمَ لَا يَفْتِنَنَّكُمُ الشَّيْطَانُ) (١)، وقوله تعالى: (وَاحْذَرْتَهُمْ  
أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ) (٢).

### الفرع الثالث قضاء القضاة وغير المسلمين

#### ٣٠- التاريخ للظاهرة :

منذ بداية الربع الأخير من القرن التاسع عشر حتى منتصف القرن  
العشرين، عرفت مصر ظاهرة القضاء المختلط، في صورة قضاء القضاة  
والأجانب غير المسلمين (٢)، ولو لم يكن الأخرى قضاة أصلاً كما كان  
الشأن في القضاء القنصلى.

ومنذ منتصف القرن العشرين، تمخض الأمر عن قضاء مختلط  
آخر، في صورة قضاء القضاة والوطنيين غير المسلمين، ولو لم يكن  
الأخرى قضاة أصلاً كما كان الشأن في القضاء الملى الذى الغى فى  
مطلع عام ١٩٥٦، واستمرت تلك الصورة الأخرى للقضاء المختلط.  
وهذه الصورة استمرت حتى الآن، لا لشيء، إلا لأن المشرع قد  
اعتاد على أن ينقل - تقليدياً - الشروط «القديمة» للتعين فى السلك  
القضائى بحالتها التى كانت عليها فى زمن المحاكم المختلطة والمحاكم  
الأهلية (٢).

وهذه الشروط كانت تكفى فى شأن علم القاضى بالقانون والتزامه  
بتطبيقه، بمجرد العلم بالقانون «الوضعى» وحده، دون القانون الإلهى  
المعاصر، وبالتالي فإن هذه الشروط لم تكن تستلزم علم القاضى بالقانون  
الإلهى المعاصر، أى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن) ولائحته التنفيذية  
(السنة).

(١) آية ٢٧/الأعراف ، ٤٩/ المائدة.

(٢) عبد الحميد أبو هيف: السابق - ص ١٩٩ رقم ٢١١-٢١٤، ص ٢٧٥-٢٧٦ رقم  
٣٢٨.

(٢) عبد الحميد أبو هيف: السابق - ص ١٣٣-١٣٤ رقم ١٢٠، ص ٢٠٠-٢٠١  
رقم ٢١٣.

على أن المشرع لم يعتاد على هذا المسلك في التعيين في السلك القضائي، إلا متأثراً للغاية بمقولة شاعت في فقه القانون الوضعي. ومفادها<sup>(١)</sup> أن هذا القانون قد استأسد بنطاقه على الحياة القانونية في مصر، بينما نطاق القانون الإلهي قد تقزم - حتى - كاد أن ينحصر في مسائل الأحوال الشخصية على الأكثر، ولو أن كثير من موضوعاتها قد قننت وضعياً.

على أن هذه المقولة بدورها متأثرة للغاية بمناهج الدراسة في كليات الحقوق منذ أواخر القرن التاسع عشر. ومن ثم كان الواجب على المشرع أن يعدل عن مسلكه التقليدي السالف ذكره، منذ عام ١٩٨٠ على الأقل، أي منذ تعديل المادة ٢ من الدستور المصري وتقضى بأن «مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع».

### ٣١- اصطلاح «غير المسلمين» :

هذه العبارة أصبحت اصطلاحاً قانونياً<sup>(٢)</sup>. ويقصد به «الأغيار» بالنسبة لاتباع الدين الإلهي (الإسلام) الكامل والتام والحائز لرضا الله تعالى منذ ثلاثينيات القرن السابع الميلادي، مصداقاً لقوله تعالى: (الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا)<sup>(٣)</sup> ومن ثم، فكل من عدا هؤلاء الأتباع يندرجون تحت هذا الاصطلاح، حتى لو كانوا هودا أو نصارى، أي حتى لو كانوا أهل كتاب، رغم أنهم مسلمون. إذ كان عيسى عليه السلام والحواريون - مثلاً - مسلمين، مصداقاً لقوله تعالى بشأنه: (... قَالَ مَنْ أَنْصَارِي إِلَى اللَّهِ قَالَ الْحَوَارِيُّونَ نَحْنُ أَنْصَارُ اللَّهِ آمَنَّا بِاللَّهِ وَأَشْهَدُ بِأَنَّا مُسْلِمُونَ)<sup>(٤)</sup>.

(١) أنظر مثلاً: حسن كيرة: المدخل إلى القانون - ١٩٧٢ منشأة المعارف - ص ٢٠٦ - ٢١١.

(٢) أنظر مادة الثالثة من مواد إصدار القانون ٢٠٠٠/١ بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

(٣) آية ٣/ المائدة.

(٤) آية ٥٢/ آل عمران، ٧٨/ الحج، ٦٧/ آل عمران.

(٥) الألباني: السابق - ص ٧٤٣ رقم ٤٠١٥ و ص ٤٩٥ رقم ٢٥٢٦ على التوالي.



على أن هؤلاء الأغيار من أهل الكتاب لم يعودوا أتباع «دين إلهي» كامل وتام وحائز لرضا الله تعالى، إنما أصبحوا منذ العقدين الثاني والثالث في القرن السابع الميلادي، أتباع مجرد «ملة إلهية» ولو أنها ملة إسلامية بحسب أصلها، حتى ملة إبراهيم عليه السلام مصداقاً لقوله تعالى: «مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ...» (٢) وقوله تعالى: «... كَانَ حَنِيفًا مَسْلَمًا» (٤).

وبدهى أن «الدين الإلهي» يختلف عن تلك «الملل الإسلامية»، حتى من حيث الوزن النسبي قانوناً، مصداقاً لقول خاتم الرسل: (عقل أهل الذمة نصف عقل المسلمين) (٥) وقوله أيضاً: (أهل الجنة عشرون ومائة ألف ضعف، ثمانون منها من هذه الأمة وأربعون من سائر الأمم) (٦). فالمستفاد من النصين من الوجهة العلمية/ التاريخية/ القانونية، هو أن نسبة الدين الإلهي النهائي إلى ما سبقه من ملل، هي نسبة الواحد الصحيح إلى النصف، أو هي نسبة الضعف إلى الواحد الصحيح.

وهذا الوزن القانوني النسبي له أثره على ثلاثة أنظمة بوجه خاص، كالتالي: ١- فالمبدأ هو أن الزواج المختلط بين المسلمين وغيرهم محظور، إلا استثناء. ٢- والمبدأ هو أن التوارث المختلط بين المسلمين وغيرهم محظور بإطلاق، أي بلا استثناء عليه.

٣- والمبدأ هو أن الولاية العامة المختلطة محظورة بإطلاق، أي بلا استثناء عليه. لأن هذا المبدأ مقرر لمصلحة القانون الإلهي، وبالتالي فالولاية التشريعية والولاية القضائية بوجه خاص، مقررتان قانوناً للمسلمين، وللمسلمين وحدهم، دون الأغيار.

ومن ثم، فإن هذه الولاية لا تثبت للأغيار وحدهم، ولا تثبت - حتى - لهم مع المسلمين، إنما هي تثبت للمسلمين وحدهم، مصداقاً لما «جاء في المعاهدة التي تمت بعد الهجرة بين المسلمين واليهود وغيرهم: (أنه ما كان يبين أهل هذه الصحيفة من حدث أو شئ يخاف فساد، فإن مرده إلى الله عز وجل وإلى محمد رسول الله)» (٧).

(١) الألباني: السابق - ص ٧٤٣ رقم ٤٠١٥ و ص ٤٩٥ رقم ٢٥٢٦ على التوالي.

(٢) السيد سابق: فقه السنة - ج ٣ - ص ٢٢٥.

وهي بهذا لا تثبت للأغيار، وبصرف النظر عن الديانة، وبالتالي فهي لا تثبت لهم ولو كانوا هوداً أو نصارى. ومبنى ذلك أنها لا تثبت لهم لأنهم غير مؤمنين أصلاً - وبالتالي غير مؤتمنين أصلاً - على مبدأ سمو القانون الإلهي المعاصر.

وهذا المبدأ الأخير مقنن في القانون الإلهي المعاصر، الذي جعل «الأولوية» على التشريع الوضعي و«المرجعية» بالنسبة له وبالتالي بالنسبة للقضاء، هما للقانون الإلهي، أي الدستور الإلهي المعاصر (القرآن) ولانحته التنفيذية (السنة)، مصداقاً لقوله تعالى: (أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ...) (١).

كما هذا المبدأ الأخير مقنن - بصورة أو بأخرى - في الدستور المصري الحالي، حيث المادة ٢ منه، تقضى بأن: «مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع»، وبالتالي للقضاء.

وبهذا، فإن ظاهرة قضاء القضاة وغير المسلمين هي صورة من صور انتهاك مبدأ: التخصص القضائي بمعناه القانوني العام، ولو كان هؤلاء الأغيار هوداً أو نصارى، أو كانوا يحملون - حتى - شهادة الحقوق من الجامعات المصرية، وبالتالي فإن هذه الظاهرة صورة من صور إتهاك السلطة القضائية.

### ٣٢- موقف محكمة النقض المصرية:

ولذا قضت محكمة النقض في مصر بأن الأحكام التي تصدر من هيئة قضائية مختلطة، أي مكونة من قضاة ووطنيين غير مسلمين، هي أحكام باطلة بطلاناً متعلقاً بالنظام.

وجاء في حكمها بجلسة ١٩٨٩/٣/٢٢ في الطعن رقم ٢٤٧٤ لسنة ٥٦ق، «بأنه إذا كانت الخصومة التي فصل فيها الحكم تنطوي على دعوى مما يوجب القانون بشأنها تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وكان الخصوم مسلمين، فإنه يجب أن يكون جميع القضاة الذين اشتركوا في

(١) آية ٥٩/النساء.

إصدار الحكم أى الذين سمعوا المرافعات وتداولوا فى إصداره من المسلمين.

ذلك أنه من الأصول المقررة التى انعقد عليها الإجماع فى الشريعة الإسلامية استمداداً من الكتاب والسنة، أنه يشترط فى ولاية القاضى الذى يفصل فى أنزعة المسلمين أن يكون مسلماً. فيُخطر على غير المسلم ولاية القضاء على المسلم لانتفاء هذه الولاية شرعاً.

فإذا كان أحد القضاة الثلاثة الذين اشتركوا فى إصدار الحكم غير مسلم، فإن الحكم يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام. ويكون لكل ذى مصلحة التمسك به فى أى حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض. وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها وفقاً للمادة ٢٥٣ ٣١ من قانون المرافعات»<sup>(١)</sup>.

وقد لوحظ - بحق - أن هذا الحكم «بمنطقه يؤدي إلى بطلان كل حكم يشترك فى إصداره قاض غير مسلم على خصم مسلم، دون تفرقة بين قضية يطبق فيها حكم مستمد من الشريعة أو حكم غير مستمد منها، مادام لا ولاية لغير مسلم على مسلم»<sup>(٢)</sup>.

### ٣٣- موقف فقهي :

وهكذا، فإن محكمة النقض لم تنظر إلى ظاهرة قضاء القضاة وغير المسلمين، إلا من زاوية القانون الإلهي المعاصر، وسموه - حتى - على التشريع الأساسى أى الدستور.

وهذه النظرة تختلف - بطبعها - عن نظرة أستاذنا الدكتور فتحى والى إلى نفس الظاهرة، لكن من زاوية الدستور الوضعى وحده، وبالتالي لدى سيادته أن حكم النقض السالف ذكره: «هو حكم محل نظر. ذلك لأنه ... يخالف مبادئ الدستور المصرى التى تقرر المساواة بين المواطنين

(١) فتحى والى: المرجع السابق - ص ٦٢٩-٦٣٠ رقم ٣٣٨، وحاشية رقم ١ ص ٦٣٠.

(٢) فتحى والى: المرجع السابق - ص ٦٢٩-٦٣٠ رقم ٣٣٨، وحاشية رقم ١ ص ٦٣٠.

فى الحقوق ومنها حق تولى السلطات العامة والوظائف العامة دون تمييز»<sup>(١)</sup>.

والنظرة الأخيرة تقوم على تصور أن المساواة فى الدستور المصرى طليقة من كل قيد، بينما العكس هو الصحيح تماماً، أى أن هذه المساواة مقيدة بمبادئ الشريعة الإسلامية، أى هى مساواة دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك عملاً بالمادة ٢ من الدستور ذاته.

### المطلب الثالث

### ظاهرة الأعمال اللاقضائية للقضاة

٣٤- عرض :

المقصود بالأعمال اللاقضائية للقضاة، هى الأعمال التى تتجاوز التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، وتتعداه، لكن تباشرها محاكم أو - حتى - قضاة منفردين، باسم التخصص القضائى، الذى هو برئ منها، وبالتالي تعتبر تلك الأعمال بمثابة انتهاك له.

وهذه الظاهرة لها صور متعددة. وقد أشرنا فيما تقدم إلى إحدى هذه الصور. وهى تتمثل فى التحكيم الإجبارى *forcé* الذى يشارك فى مباشرته قضاة. فهو بطبعه ليس عملاً قضائياً، إنما هو مجرد معاونة للقضاء، وبالتالي فهينات التحكيم هى بطبعها من أعوان القضاء. ومن ثم لا يجوز للقضاة أن يباشروه، لأنه لا يجوز لهم أن يجمعوا بين أعمال القضاء وأعمال أعوان القضاء، ولو كانت الأخيرة بأجر، لأن مباشرتهم لها انتهاك لمبدأ التخصص القضائى بمعناه القانونى العام.

أما الصور الأخرى، فهى العمل الاستشارى للمحاكم العليا، والإشراف على الانتخابات، والعمل الاستشارى للقضاة منفردين فى «بلاط» السلطة الإدارية أو فى «بلاط» السلطة التشريعية.

(١) فتحى والى: الإشارة السابقة.

## الفرع الأول العمل الاستشاري للمحاكم العليا

### ٣٥- العمل الاستشاري لمحكمة النقض :

انتهاك مبدأ التخصص القضائي بواسطة البرلمان أو مجلس الشورى، لا يقتصر على مجرد سلب اختصاص قضائي، إنما يشمل أيضاً تقليد استحدث بعد ذلك، هو تشغيل محكمة النقض كمستشار في «بلاط» هذا المجلس أو ذلك بحسب الأحوال.

وهذا التقليد بدأ بالمادة ٨٩ من دستور ١٩٥٦ التي تكررت بعد ذلك في المادة ٦٢ من دستور ١٩٦٤، وكانت تقضى بأنه: «... وتختص محكمة عليا يعينها القانون بالتحقيق في صحة الطعون المقدمة إلى مجلس الأمة. وتعرض نتيجة التحقيق على المجلس للفصل في الطعن...». أما المادة ٩٣ وكذا ٢٠٥ من الدستور الحالي، فقد عينت محكمة النقض مستشاراً في بلاط مجلس الشعب تارة وفي بلاط مجلس الشورى تارة أخرى، وذلك بنصها على ما يلي:

«وتختص محكمة النقض بالتحقيق في صحة الطعون المقدمة إلى المجلس بعد إحالتها إليها من رئيسه. ويجب إحالة الطعن إلى محكمة النقض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم المجلس به. ويجب الانتهاء من التحقيق خلال تسعين يوماً من تاريخ إحالته إلى محكمة النقض. وتعرض نتيجة التحقيق والرأى على المجلس...».

وهذا الدور الاستشاري لمحكمة النقض، لا يخالف فقط مبدأ: الفصل بين السلطات، إنما يخالف أيضاً مبدأ: استقلال القضاء، بل يخالف كذلك مبدأ: التخصص القضائي بمعناه القانوني العام.

فوفقاً للمبدأ الأخير، فإن دور الإفتاء القانوني ليست محاكماً قضائية، ولا المحاكم القضائية دوراً للإفتاء القانوني، وبالتالي لا يجوز لتلك المحاكم إعطاء إفتاءات قانونية لأحد أياً كان، أي سواء كان هو البرلمان أو مجلس الشورى أو غيرهما، أو - حتى - للمتقاضين، ولو طلبوا هذه الإفتاءات مباشرة في صورة «دعاوى» اشتهرت تسميتها فقهيًا

بـ «الدعاوى الاستفهامية» Actions interrogatoires ، أى الدعاوى التى يكون المطلوب فيها مجرد استفهام، ولو كان استفهاماً قانونياً<sup>(١)</sup>. لذا، فإن الإجماع<sup>(٢)</sup> منعقد منذ قديم على أن الدعاوى الاستفهامية تتجاوز الفكرة القانونية للدعوى القضائية action en justice بالمعنى الدقيق، وتتعداها إلى فكرة أخرى مختلفة وغير مشروعة قانوناً، وبالتالي لا يجوز للقضاء أن يقبلها.

وإحالة الطعن فى صحة العضوية إلى محكمة النقض، لا هى فى ذاتها طعن قضائى أمام تلك المحكمة، ولا هى أكثر من طلب استشارة قانونية (رأى) بشأن هذا الطعن ولو اقتضى الأمر تحقيقه، وبالتالي يتمخض الأمر بالنسبة لمحكمة النقض عن دور استشارى. واستشارة غير ملزمة قانوناً لأحد، أى مجرد رأى وليس إلا.

وهذا الدور يتجاوز مبدأ التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، وبالتالي لا يليق لمحكمة النقض أن تقوم به أصلاً، وذلك أمر قد روعى تماماً من جانب المشرع حالة إنشاء محكمة النقض بصفة خاصة. لذا فإن «الشارع قد رأى ألا يجعل عمل محكمة النقض - وهى هيئة قضائية - مقصوراً على ما يشبه مجرد الإفتاء فى المسائل القانونية المتنازع فيها، دون أن يكون لآرائها أثر إيجابى فى مراكز المتقاضين وحقوقهم، فجعل لها أن تحكم.....»<sup>(٣)</sup>.

ومن ثم، كان «ينبغي ألا يغيب عن الذهن أن محكمة النقض - أياً كانت الغاية التى قصدت من إنشائها وأياً كانت فى الأصل صفة المصالح التى تقوم على أساسها - هى هيئة قضائية عملها المباشر هو الحكم.... تؤديه فى حدود وظيفتها القضائية، وتتقيد فيه بكل القيود العامة التى

---

(٢-١) محمد حامد فهمى: المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٣٨ مطبعة النصر - ص ٣٨٥ رقم ٣٣٦، وجدى راغب فهمى: مبادئ القضاء المدنى - ط ١ - ١٩٨٧/٨٦ - دار الفكر العربى - ص ٩٨، رمزى سيف: الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٦٨/٦٧ - ص ١٣١ - ١٣٢ رقم ٩٤.  
(٢) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى: السابق - ص ٦ رقم ٣.

يخضع لها القضاة فى أداء وظيفتهم»<sup>(١)</sup> فى إطار مبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام.

وبعبارة أخرى، كان يجب على المشرع الدستورى أن يحترم مبدأ التخصص القضائى، وألا يسند إلى محكمة النقض مجرد دور استشارى بالنسبة للطعون فى صحة عضوية مجلس الشعب أو مجلس الشورى، لأنه لا يجوز لهذه المحكمة – وهى هيئة قضائية – أن تعمل مستشاراً فى بلاط هذا المجلس أو ذلك.

### ٣٦- العمل الاستشارى للمحكمة الدستورية العليا :

ومبدأ: أن المحاكم ليست دوراً للإفتاء القانونى لأحد، وبالتالى لا يجوز لها إعطاء إفتاءات، إنما هو واحد من مبادئ التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، وبالتالى فهو يسرى – حتى – على المحكمة الدستورية العليا، التى أسند إليها مؤخراً دوراً استشارياً فى «بلاط» رئاسة الدولة، وذلك بموجب المادة ٧٦ من الدستور، وتقضى بما يلى:

«يعرض رئيس الجمهورية القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا، بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره، لتقرير مدى مطابقتها للدستور. وتصدر المحكمة قرارها فى هذا الشأن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ عرض الأمر عليها. فإذا قررت المحكمة عدم دستورية نص أو أكثر من نصوص المشروع رده رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب لإعمال مقتضى هذا القرار.....».

وفضلاً عن أن هذا الدور الاستشارى لا يختلف – من حيث طبيعته – عن الدور الاستشارى لمحكمة القضاء فى بلاط البرلمان ومجلس الشورى، فإنه يذكرنا بالنظام الفرنسى فى عصر ما قبل الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩.

فهذا النظام الأخير، «كان .... لا يعرف .... نظام الفصل بين السلطات. وكانت المحاكم، وبصفة خاصة المحاكم العليا فيها والتي كانت تسمى البرلمانات، تباشر أعمال .... السلطة التشريعية فى نفس الوقت. فكانت هذه البرلمانات تدعى لنفسها الحق فى تسجيل أو رفض تسجيل

(١) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى: السابق – ص ٧ رقم ٤ .

المراسيم الملكية. وكان عدم التسجيل يساوى عدم إصدار التشريع، وهو ما يؤدي إلى عدم نفاذه»<sup>(١)</sup>.

كل ما هناك أن دور المحكمة الدستورية العليا ليس أكثر من دور استشاري، وبالتالي فإن ما يصدر عنها ليس أكثر من استشارة قانونية، أي رأي غير ملزم لأحد أياً كان، وبصرف النظر تسميته بـ «قرار» أو نشره في الجريدة الرسمية، أو وصفه بالإلزامية للكافة ولجميع سلطات الدولة، حتى لو ورد النص على ذلك كله في الدستور، حيث المادة ٧٦ منه تقضى بأنه: «وفي جميع الأحوال يكون قرار المحكمة ملزماً للكافة ولجميع سلطات الدولة وينشر في الجريدة الرسمية خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره».

فالدستور لا يملك أن يُغير حقيقة الأمور، وبالتالي فإن هذا النص لا يمنع من جواز الطعن – بعد ذلك بعدم الدستورية – على قانون الانتخابات الرئاسية، وكان المحكمة الدستورية لم تفعل بشأنه أكثر من إعطاء استشارة، خاصة أنه لا يجوز لها أصلاً أن تعطى استشارات – حتى – لرئاسة الدولة.

### ٣٧- حاجة المحاكم إلى الاستشارات القانونية :

مبدأ التخصص القضائي، وإن كان يُحظر على المحاكم العليا والدنيا إعطاء إفتاءات قانونية على تقدير أن تلك المحاكم ليست دوراً للإفتاء، لكنه لا يُحظر عليها الاستعانة بالإفتاءات القانونية التي تقدم إليها وفق الأنظمة الخاصة بتلك المعاونة.

كنظام تدخل النيابة العامة<sup>(٢)</sup> وجوباً أو جوازاً في الدعاوى المدنية ودعاوى الأسرة، ونظام هيئة المفوضين في قانون مجلس الدولة وفي قانون المحكمة الدستورية العليا، ونظام نيابة النقض، ونظام هيئة

(١) سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون – ١٩٩٩ منشأة المعارف – ص

٥١٦ رقم ١٥٥.

(٢) وجدى راغب فهمي: السابق – ص ٢٠٧.



التحضير فى المحاكم الاقتصادية<sup>(١)</sup>، ونظام دور مفتى الجمهورية بشأن أحكام الإعدام.

وينبغى أن نؤرخ علمياً لهذه الفكرة الإجرائية منذ عصر الخليفة الراشد عمر رضى الله عنه، الذى أرسل إليه والى اليمن يستشير به فى مسألة قتل الجماعة بالفرد، بمناسبة اشتراك امرأة وخليتها فى قتل ابن زوجها، فرد عليه عمر بقوله: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء قتلتم به».

## الفرع الثانى الإشراف على الانتخابات

### ٣٨- مشكلته :

منذ عام ١٩٧١ فى مصر استحدث المشرع الدستورى فكرة الإشراف على الانتخابات، وبالتالى كانت المادة ٨٨ من الدستور تنص على أنه : «... على أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية». ثم أصبحت مؤخراً تنص على أنه: «... تتولى لجنة عليا تتمتع بالاستقلال والحيادة الإشراف على الانتخابات ..... على أن يكون من بين أعضائها أعضاء من هيئات قضائية حاليين وسابقين. وتشكل اللجنة اللجان العامة التى تشرف على الانتخابات .... على أن تشكل اللجان العامة من أعضاء من هيئات قضائية، وأن يتم الفرز تحت إشراف اللجان العامة.....».

على أن انبهارنا بهذا الاستحداث قبل أو بعد تطويره، لا يجب أن يلهينا عن ثلاثة أمور، كالتالى:

١- أن عبارة «الإشراف القضائى» على الانتخابات ليست عبارة صحيحة قانوناً، ولو شاعت تلك العبارة فى الأدبيات الفقهية.

٢- وهى عبارة غير صحيحة قانوناً، سواء أخذنا عبارة «هيئة قضائية» أو «هيئات قضائية» بمعناه الدقيق الذى يقصرها على القضاة

(١) أحمد حشيش: مبادئ المحاكم الاقتصادية فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى - دار النهضة العربية - ٢٠١٠ القاهرة - ص ١٩٢-١٩٦ رقم ١٢٢-١٢٤.

وحدهم، أو أخذنا بمعناها الواسع الذى لا يقصرها على القضاة وحدهم، إنما يمتد هذا المعنى - حتى - إلى «هيئة مجامة الدولة»، أى هيئة قضايا الدولة وذلك بموجب المادة ١ من قانونها ١٩٦٣/٧٥ وهيئة النيابة الإدارية وذلك بموجب المادة ١ من قانونها ١٩٥٨/١٢ بعد تعديلها فى عامى ١٩٨٦ و ١٩٨٩ على التوالى.

وهى عبارة غير صحيحة قانوناً، حتى لو بوشر هذا الإشراف بواسطة القضاة وحدهم. لأن هذا الإشراف يتجاوز مبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، ويتعداه إلى مجرد عمل إدارى بطبعه.

٣٩- طبيعته :

هذا الإشراف هو عمل إدارى بطبعه، الذى لن يُغيره مجرد مباشرته بواسطة قضاة يقومون به خارج المحكمة، خاصة أن مباشرتهم له بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائى، وذلك بصرف النظر عن النص الدستورى الذى يجيز لهم مباشرة هذا الإشراف، لأن هذا النص بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام.

ولا يجب أن يُلهينا عن الطبيعة «الإدارية» لهذا الإشراف، أى جدل حول دلالة لفظ «الإشراف» لغوياً واصطلاحياً، ولو كان الجدل من جانب المحكمة الدستورية العليا، التى قالت: «..... معنى الإشراف على الشئ أو الأمر لغة - على ما يبين من الجزء الأول من المعجم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية، الطبعة الثالثة، صفحة ٤٩٨ - : (أشرف عليه: تولاه وتعهده وقاربه. وأشرف الشئ له: أمكنه). وإذا لم يكن للفظ الإشراف دلالة اصطلاحية تخالف دلالاته اللغوية .....»<sup>(١)</sup>.

فيكفى ما تلقيناه عن أساتذتنا فى «علم الإدارة العامة»، حيث هذا الإشراف عنصر من عناصر فكرة الإدارة، التى لها ستة عناصر أحدها هو الإشراف.

ولا يجب - بالتالى - أن يُلهينا شيئاً عن «حقيقة» مباشرة القضاة لهذا الإشراف، ولو كان هذا الشئ دفاعاً عن النص الدستورى الذى أجاز

(١) حكم الدستورية العليا - جلسة ٢٠٠٠/٧/٨ - قضية ١١ لسنة ١٣ قضائية دستورية.

لهم ذلك، خاصة إذا كان هذا الدفاع مجرد تفلسف من جانب المحكمة الدستورية العليا التي راحت تبرر هذا النص الدستوري بمقولة: «.... الدستور القائم أورد في مادته الثامنة والثمانين نصاً غير مسبوق لم تعرفه الدساتير المصرية من قبل .... مما يقطع أن المشرع الدستوري - احتفاءً منه بعملية الاقتراع بحسبانها جوهر حق الانتخاب - أراد أن يخضعها لإشراف أعضاء من هيئة قضائية ضماناً لمصداقيتها وبلوغاً لغاية الأمر منها، باعتبار أن هؤلاء هم الأقدر على ممارسة هذا الإشراف بما جبلوا عليه من الحيدة وعدم الخضوع لغير ضمانتهم - وهو ما تمرسوا عليه خلال قيامهم بأعباء أمانتهم الرفيعة - حتى يتمكن الناخبون من اختيار ممثليهم في مناخ تسوده الطمأنينة....»<sup>(١)</sup>.

لأن هذه المحكمة تتفلسف، وبالتالي لم تلتفت إلى أن هذا النص الدستوري يخالف مبدأ: الفصل بين السلطات، ومبدأ استقلال السلطة القضائية، ومبدأ: التخصص القضائي بمعناه القانوني العام، ولو أن هذا النص الدستوري دليل على أن القانون الوضعي قد أعيته الحيل بشأن تزييف الانتخابات البرلمانية، وهو الأمر الذي كان يقتضى الرجوع إلى القانون الإلهي للبحث عما إذا كان الأصل في البرلمان هو البرلمان غير النيابي أم البرلمان النيابي<sup>(١)</sup>؟

#### ٤٠ - هيئة محاماة الدولة :

مبدأ التخصص القضائي بمعناه القانوني العام، لا يجيز للمحاكم أو للقضاة العمل في «بلاط» السلطة التشريعية أو في «بلاط» السلطة الإدارية، ولو لإعطاء استشارات قانونية، ولا - حتى - للإشراف على انتخابات البرلمان أو مجلس الشورى أو غيرها من الانتخابات.

ومن ثم، فإن نص المادة ٨٨ من الدستور لا تلزم القضاة بهذا الإشراف، ولا تخولهم «حقاً» فيه، وذلك بصرف النظر عن تصور البعض من القضاة وتظاهرهم ببناء على هذا التصور الخاطئ. فهؤلاء

(١) حكم الدستورية العليا - السابق.

انبهروا ببريق الحرية والديموقراطية، ولم يلتفتوا - حتى - إلى مقتضيات مبدأ: التخصص القضائي بمعناه القانوني العام.

فنص المادة ٨٨ من الدستور لم ينشئ حقاً في هذا الإشراف، إلا لهيئة محاماة الدولة، أى هيئة قضايا الدولة وهيئة النيابة الإدارية، ولو أنهما لا تختلفان - من حيث الطبيعة - عن هيئات محاماة (الإدارات القانونية) الأشخاص الاعتبارية الأخرى، خاصة أن تلك الهيئات تباشر قضايا وتحقيقات معاً. بل إن هذه أو تلك لا تختلف - من حيث الطبيعة - عن هيئة المحاماة العامة التي أعضاؤها المحامون فى النقابة العامة للمحاماة. وكان بوسع المشرع الدستوري أن يسند لهؤلاء جميعاً الإشراف على الانتخابات ضماناً لمصداقيتها وبلوغاً للغاية من الأمر، وباعتبار أن هؤلاء هم الأقدر على ممارسة هذا الإشراف.

### الفرع الثالث عمل القضاة بالاستشارات

#### ٤١ - تنامي الظاهرة :

مبدأ التخصص القضائي بمعناه القانوني العام، لا يجيز للقضاة العمل فى «بلاط» السلطة التنفيذية أو فى «بلاط» السلطة التشريعية، ولو لإعطائها استشارات قانونية، ولو بطريق الندب إلى هذا البلاط أو ذلك، ولو بموافقة مجالس القضائية العليا، وبصرف النظر - حتى - عن علو أو تدنى مرتبات القضاة.

لذا، فإن النصوص التشريعية التى تُجيز للقضاة عكس ذلك، إنما تنتهك مبدأ التخصص القضائي معناه القانوني العام. وهذه النصوص لم تعد من يدافع عنها ويُفلسف ضرورتها، رغم علمه يقيناً بأنها لا تنال فحسب من استقلال القضاء إنما تنال أيضاً من كرامته.

---

(١) أنظر بالتفصيل: أحمد حشيش: مركز الشعب والدولة والرئاسة والبرلمان واللغة العربية - فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهي - دار النهضة العربية ٢٠١٠ - ص ١٢٧ - ١٧١ رقم ٧٧ - ١١٤.

لكنها نصوص وضعت دون تروٍّ ودون تمعن، ولم توضع إلا فى ظل «النظرة إلى القضاء على أنه مجرد مرفق عام»<sup>(١)</sup> وبالتالي «فالقاضى يُنظر إليه كموظف عام يودى خدمة عامة، وليس كشخص يتمتع بسلطات خطيرة خاصة»<sup>(٢)</sup>.

وواضعها لم يتمهل - حتى - ليسأل نفسه، عما إذا كان ولاء المنتفعين من تلك النصوص سيكون للسلطة القضائية أم للسلطة المنتدب إليها، أم لهما معاً رغم استحالة التوفيق بين الولايتين قانوناً، مصداقاً لقوله تعالى: (مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ)<sup>(٣)</sup>.

بل هو - حتى - لم يستفد من التجربة المصرية التاريخية فى هذا الشأن. إذ «حاول البعض فى مصر، استناداً إلى نظرية المرفق العام، أن يُبرر انضمام أعضاء الهيئة القضائية إلى الاتحاد الاشتراكى العربى. وقد لاقت هذه المحاولة مقاومة شديدة من معظم رجال القضاء. وأصروا على أن القضاء سلطة عامة وليس مجرد مرفق عام. وكان الصراع بين الطرفين من أسباب الاعتداء على القضاء سنة ١٩٦٩ بمقتضى قانون إعادة تشكيل الهيئات القضائية الذى عزل ونقل إلى جهات أخرى عدداً كبيراً من رجال القضاء وعلى رأسهم رئيس محكمة النقض فى ذلك الوقت»<sup>(٤)</sup>.

بينما «الحقيقة أن مركز القاضى فى القانون المصرى، وإن كان لا يرقى إلى مركز القاضى فى القانون الإنجليزى، إلا أن هذا لا يبرر أن نعتبر القاضى موظفاً عادياً من موظفى الدولة»<sup>(٥)</sup> بحيث يجوز حتى ندبه - كل الوقت أو بعضه - للعمل فى بلاط السلطة التنفيذية أو فى بلاط السلطة التشريعية، ولو لإعطاء استشارات قانونية.

## ٤٢ - نشاط القضاة فى ناديتهم :

هذا النشاط يُعد من الأعمال اللاقضائية أصلاً، كما يُعد - حتى - من الأعمال اللانقابية، حتى لو «أدت الأحداث السياسية إلى خروج النادى

<sup>(١)</sup> محمد عبد الخالق عمر: السابق - ص ٣٣.

<sup>(٢)</sup> آية ٤ / الأحزاب.

<sup>(٣)</sup> محمد عبد الخالق عمر: السابق - ص ٣٣-٣٤.

عن غرضه الأصلي، وإلى اتباعه أساليب العمل النقابي للدفاع عن استقلال وكرامة القضاء»<sup>(٣)</sup>.

فقد أنشئ في مصر نادياً للقضاة منذ أوائل الأربعينيات. ليس فقط لحاجتهم إلى نادٍ لهم، إنما أيضاً لحاجتهم إلى نادٍ يُغنيهم عن النوادي الأخرى، بل كذلك لحاجتهم إلى نادٍ واحد قائم بذاته يضمهم جميعاً معاً، ولو كانت له فروع في المحافظات.

وهو بهذا ليس أكثر من نادٍ، ولو كان نادياً طائفيًا، ولو كان يختلف بطبعه «الإقليمي» عن غيره من النوادي الطائفية التي هي «محلية» فحسب، كنوادي أعضاء هيئات التدريس الجامعي حيث لكل جامعة ناديها الخاص بأعضائها من هيئة التدريس بها.

ومن ثم «فإن هذا النادي ليس تنظيمًا نقابيًا»<sup>(١)</sup>. فلا هو نقابة مهنية للقانون كما هو الشأن في نقابة المحامين. ولا هو نقابة مهنية للقضاة، خاصة أن «القاضي باعتباره عضواً في سلطة عامة، ليس له أن ينضم إلى أي تنظيم نقابي. كما أنه ليس للقضاة أن يمارسوا أساليب العمل النقابي في الضغط والمفاوضة للحصول على مزايا مادية أو أدبية»<sup>(٢)</sup>.

وعبثًا يحاول البعض أن يخلع هذا النادي من ربة وزارة التضامن الاجتماعي، كأن على رأس هذا النادي ريشة، أو كأن تبعية الإشراف عليه لتلك الوزارة بمثابة سبة له، أو كأن عزة إثم العظمة على أي إشراف عليه قد أخذته.

وربما حال القضاء لم يتغير كثيراً عما كان عليه منذ مطلع الربع الأخير من القرن الماضي، رغم انقضاء خمس وثلاثين سنة، وبالتالي مازال «القضاء المصري في الوقت الحاضر يمر بمرحلة دقيقة. ولذلك يجب على القضاة أنفسهم أن يكونوا حريصين كل الحرص على مراعاة القواعد السليمة فيما يتعلق بإبداء آرائهم الجماعية، وفيما يتعلق بتحقيق مطالبهم. ونعتقد أن إبداء الرأي عن طريق الجمعيات العمومية للمحاكم للدفاع عن المصلحة المشتركة للقضاة هو أفضل الوسائل»<sup>(٢)</sup>، وذلك هو

(٣) محمد عبد الخالق عمر: السابق - ص ٣٤.

(٢-١) محمد عبد الخالق عمر: السابق - ص ٣٤.

(٢) محمد عبد الخالق عمر: الإشارة السابقة.

ما اتبعته الجمعية العمومية لمجلس الدولة إزاء - حتى - مشكلة عمل المرأة في هذا المجلس.

### خاتمة

٤٣- لا يكفي أن تكون «السلطة القضائية» موجودة ومستقلة ولها دور في الحياة القانونية، وبالتالي فإن محاولاتنا المدرسية في إثبات وجودها أو تبرير استقلالها أو وصف دورها لم تعد محاولات كافية من الوجهة العملية.

إذ يلزم أن يكون وجود هذه السلطة كاملاً، واستقلالها كاملاً، ودورها كاملاً، لكيلا يكون هناك تقصيراً في حقها، حتى في حق دراستها من الوجهة العملية.

وهذا الكمال لا يُقاس إلا وفق مبدأ التخصص القضائي بمعناه القانوني العام، حيث هي السلطة العامة المخصصة وحدها دون غيرها للقضاء والمختصة به وحده دون غيره والمتخصصة وحدها فيه وحده.

٤٤- ومن ثم لا يجوز - حتى - للسلطة القضائية أن تترك أي سبيل للمشرع الدستوري أو العادي، لكي يستضعفها ثم يستأسد عليها ثم ينتهك مبدأ التخصص القضائي، لما يترتب على ذلك من إنهاك لها وبالتالي إضعافها، علماً بأن مبدأ عدم جواز إضعافها بأي سبيل هو مبدأ مقنن في اللائحة التنفيذية (السنة) للدستور الإلهي المعاصر (القرآن)، وذلك منذ مطلع القرن السابع الميلادي أي هو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية، التي يجب على المشرع المصري - الدستوري والعادي بحسب الأحوال - وبالتالي على القضاة، احترامها، عملاً بالمادة ٢ من الدستور المصري الحالي على الأقل.

٤٥- على أن ظاهرة هذا «الانتهاك» قد تنامت بمرور الزمان، واتخذت صوراً متعددة ومتباينة، ولم تعد من يدافع عنها ويُفلسف وجودها، رغم أنها ظاهرة مرضية في الحياة القانونية.

ومن ثم، لا يجب أن يُلهينا أي تفلسف بشأنها عن حقيقتها، ولا عن تسميتها بإسمها القانوني الذي يضم كافة صورها، فهي انتهاك لهبدأ التخصص القضائي، الذي قد يغفله المشرع ذاته، وقد يتغافل عنه القضاة أنفسهم. وربما كان هذا هو كل ما سعت الدراسة الراهنة إلى توجيه الأنظار إليه.