جمهـــــــــوريّة العـــــــــراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمـــــي
جامعـــــــــة بـــــــــابل
كليـــــــــة القانـــــــــون

التعارض بين السلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري

(دراسة مقارنة)

أطروحة تقدم بها الطالب

حسين شعلان حمد

إلى مجلس كلية القانون/ جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه في القانون العام

بإشراف

أ.د. حسين جبار عبد

١٤٤٤ هـ

٢٠٢٣ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَـٰنِ الرَّحِيمِ

وَالشَّمْسُ تَجْرِي لِمُسْتَقَرٍّ لَهَا ذَٰلِكَ تَقْدِيرُ الْعَزِيزِ الْعَلِيمِ (٣٨) وَالْقَمَرَ قَدَّرْنَاهُ مَنَازِلَ حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ (٣٩)

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

سُورَةُ يَسْ

الإهـــــــــــــــداء

إلـــــــــــى:

- فرع النبوة وأصل الإمامـــــــة:

السيدة فاطمة الزهراء (عليها السلام)

- مَن افتقدته طيلة مراحل عمري:

والدي العزيـــــــــــــــز (رحمه اللّه)

- القلب الحنون دائمـــــــــــــا:

والدتي العزيـــــــــــزة (حفظها اللّه)

- سندي في الدنيـــــــــــــــا:

إخوتي الاعـــــــــــــــــــــــزاء

- شريكة العمـــــــــــــــــر:

زوجتي الغاليـــــــــــــــــــــــة

- زينة حياتـــــــــــــــي أولادي:

(علـــــــي، محمـــــــد، كـــــــرم)

حسين

الشكر والعرفان

إلهي أحمدُك وأنت للحمد أهلٌ على حُسن صنيعك إليَّ، وسُبُوغ نَعمائِكَ عليَّ، وجزيل عطائِكَ عِندي، فقد اصطنعت عندي ما يعجِزُ عنه شُكري، وأصلّي وأسلم على سيّدنا محمّد (ص) أمينك على وحيكَ، وأهل بيته الطيّبين الطاهرين.

وبعد الانتهاء من هذه الدراسة يحق عليَّ المقام أن أسجل بامتنانٍ شكري وتقديري الفائق إلى أستاذي الفاضل (أ. د حسين جبار عبد) المشرف على هذه الأطروحة؛ لما شملني به من رعاية وحظوة كان لها الأثر في إتمام الدراسة.

وأتقدم بالشكر والعرفان إلى السيد عميد كلية القانون (أ د. ميري كاظم عبيد) ومعاوني العميد السيدين (أ د. ميثاق طالب عبد حمادي) و (أ م د. ماهر محسن عبود) والسيد رئيس فرع القانون العـــام (أ د. إسماعيل صعصاع غيدان)؛ على ما قدموه من مساعدة ودعم في مسيرتنا الدراسية.

وأتقدم بشكري واعتزازي إلى أساتذتي الأجلاء: (أ د. رافع خضر صالح شبّر) و (أ د. إسماعيل صعصاع غيدان) و (أ د. صدام حسين وادي) و (أ د. سعد خضير عباس) و (أ د. علاء عبد الحسن العنزي) و (أ د. حسون عبيد هجيج) و (أ د. صادق محمد علي) و (أ د. أسراء محمد علي سالم) و (أ د. سرمد عامر عباس)؛ لما بذلوه لنا من جهود علمية خلال السنة التحضيرية.

ويطيب لي في مقام الشكر والعرفان بالجميل أن أقدم شكري وامتناني الجزيل إلى أخي الكبير وأُستاذي الأول (أ. د هادي شعلان حمد)؛ لما أبداه لي من مساعدة، وتشجيع غير متناهٍ على مواصلة الدراسة والبحث.

وأتقدم بشكري وامتناني إلى زملائي الأعزاء في السنة التحضيرية، وإلى أصدقائي الأفاضل، وإلى الإخوة الأعزاء (د. أسعد كاظم وحيش، د. عباس عبد السادة شريف، فلاح مهدي عبد السادة، مهند فلاح حسن، زينب عبد السلام عبد الحميد، حيدر خلف مران، عباس جليل فهد)، والأخ العزيز (عبد العزيز القطيفي) والسيد (أحمد سرهيد)؛ لما قدموه لي من مساعدة، وشكري واعتذاري إلى كل من تفضل عليَّ بأي شكل من أشكال المساعدة والدعم.

المستخلص

يتمتع المشرع العادي بسلطة تقديرية في ممارسة اختصاصه التشريعي؛ بسبب عمومية النصوص الدستورية ومرونتها، وما تتركه هذه الصفات من حرية المفاضلة والاختيار من بين البدائل المتاحة لتنظيم موضوع معين، إلا أن تلك السلطة ليست مطلقة، بل تحدّها ضوابط وقيود دستورية، يقوم القاضي الدستوري – اثناء رقابته الدستورية – بالتحقق من مدى التزام المشرع العادي بها.

ولا يستطيع القاضي الدستوري أداء مهمته الرقابية إلا بوجود سلطة تقديرية له أيضا، تنبع من النصوص الدستورية نفسها، وتسمح له بالتحقق من مدى الاتفاق بينها، وبين تقديرات المشرع العادي المتصلة بها.

ولا يثير اتفاق القاضي الدستوري مع تقدير المشرع العادي أية إشكالية – لأنه يمثل إقرارا للأصل العام – بقدر ما يثيره الاختلاف بينهما، نتيجة التعقيب على السلطة التقديرية للمشرع العادي ممثل الشعب، والتداخل بينهما في نطاق السلطة التقديرية، وليس أخيرا الجزاء المترتب على ذلك الاختلاف، الأمر الذي يقتضي الإحاطة بما سميناه (التعارض التقديري) من ناحية الدراسة والتحليل، والتعارض التقديري يراد منه اختلاف القاضي الدستوري مع المشرع العادي في تقدير مسألة معينة، اختلافا مردّه إلى أحكام الدستور، ومبنيا على أسس موضوعية، ومسببا، يؤول إلى رجحان تقدير القاضي الدستوري، ونفي تقدير المشرع العادي، حماية للنصوص الدستورية وعلو أحكامها.

ولا يقع التعارض التقديري إلا في ثلاثة من عناصر القانون هي: السبب، والمحل، والغاية، أما الاختصاص، والشكل الإجراءات، فإن أغلب الفقه يتفق على خروجهما من نطاق السلطة التقديرية إذ لا يترخص للمشرع العادي ممارسة أي اختصاص غير مسند له دستوريا، وإنه ملزم باتباع ما حدده الدستور من شكليات، وإجراءات للعمل التشريعي، وبناءً على ذلك فقد انصب البحث على بيان السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر السبب، والمحل، والغاية، بوصفها أوجه التعارض التقديري.

وفي حالة تحقق أي وجه من وجوه التعارض المتقدمة، يترتب على ذلك أثر أساس وجوهري، يتمثل بالحكم بعدم الدستورية، ويختلف مقتضى هذا الحكم باختلاف التنظيم الدستوري والقانوني لكل دولة، وبغض النظر عن هذا الاختلاف فإنه يتأرجح بين إلغاء القانون المحكوم بعدم دستوريته، أو تجريده من قوة النفاذ، وفي كلا الحالتين لا بدَّ من تحديد نفاذ ذلك الأثر الذي يعتمد على اعتبارين أساسين هما: الشرعية الدستورية والأمن القانوني، فالاعتبار الأول يقتضي أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي في حين يسمح الأمن القانوني بتبني الأثر المباشر.

أما الأثر الآخر للتعارض التقديري فهو يمثل حالة ثانوية، أو غير مباشرة، ويتكون من جانبين: الأول تقييد نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي، سواء أكان من الناحية السلبية عن طريق استبعاد الحلول المحكوم بعدم دستوريتها من ضمن البدائل المتاحة بحيث لا يمكن اللجوء إلى تبنيها مرة أخرى، أم من الناحية الإيجابية، عن طريق تحديد مجموعة من المبادئ الارشادية والتوجيهية التي ينبغي أن يكون محتوى القواعد القانونية المستقبلية في ضوئها.

أما الجانب الثاني فيتعلق بالقاضي الدستوري، وهو أشبه بردة فعل من المشرع العادي على ما يمارسه القاضي الدستوري من رقابة على سلطته التقديرية، ويتمثل باندفاع المشرع العادي نحو ممارسات يُحيّد عن طريقها رقابة القاضي الدستوري بشأن موضوع معين، أو يحدُّ من فاعلية قراراته بعدم الدستورية، أو عدم الالتزام بها.

المحتويات

الموضـــوع		الصفحة
المقدمة		١
المبحث التمهيدي	مفهوم السلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري	٥
المطلب الأول	تعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري	٥
الفرع الأول	تعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي	٥
الفرع الثاني	تعريف السلطة التقديرية للقاضي الدستوري	١٤
المطلب الثاني	التمييز بين السلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري	١٨
الفرع الأول	أوجه الشبه بين السلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري	١٨
الفرع الثاني	أوجه الاختلاف بين السلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري	٢٢
الفصل الأول	ماهية التعارض التقديري	٢٦
المبحث الأول	مفهوم التعارض التقديري	٢٧
المطلب الأول	تعريف التعارض التقديري	٢٧
الفرع الأول	معنى التعارض التقديري لغة	٢٧
الفرع الثاني	التعريف الاصطلاحي للتعارض التقديري	٢٨
المطلب الثاني	ذاتية التعارض التقديري	٣٨
الفرع الأول	خصائص التعارض التقديري	٣٨
الفرع الثاني	تمييز التعارض التقديري	٤٢
المبحث الثاني	شروط التعارض التقديري	٥٠
المطلب الأول	عرض تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري بالطرق القانونية	٥١
الفرع الأول	طرق عرض تقدير المشرع العادي على المجلس الدستوري	٥١
الفرع الثاني	طرق عرض تقدير المشرع العادي على المحكمة الدستورية العليا	٥٦
الفرع الثالث	طرق عرض تقدير المشرع العادي على المحكمة الاتحادية العليا	٦٤
المطلب الثاني	عدم إمكانية توافق تقدير المشرع العادي مع الدستور	٨٢
الفرع الأول	اعتماد أحد معاني تقدير المشرع العادي المتفق مع الدستور	٨٣
الفرع الثاني	وضوح مخالفة تقدير المشرع العادي للدستور	٨٧

المبحث الثالث	ضمانات التعارض التقديري	٩٣
المطلب الأول	استقلال القاضي الدستوري	٩٥
الفرع الأول	تشكيل القضاء الدستوري وتحديد أعضائه ومدة العضوية	٩٥
الفرع الثاني	الاستقلال المالي والإداري للقضاء الدستوري وضمانات أعضائه	١٠٨
المطلب الثاني	تسبيب التعارض التقديري	١١٤
الفرع الأول	أهمية التسبيب وموقف القوانين والقضاء الدستوري منه	١١٥
الفرع الثاني	ضوابط التسبيب	١٢٤
الفصل الثاني	أوجه التعارض التقديري	١٣٣
المبحث الأول	التعارض التقديري في السبب	١٣٦
المطلب الأول	تعريف السبب في القانون وموقف الفقه الدستوري منه	١٣٦
الفرع الأول	تعريف السبب في القانون	١٣٧
الفرع الثاني	موقف الفقه الدستوري من السبب في القانون	١٣٩
المطلب الثاني	موقف القاضي الدستوري من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع العادي في السبب	١٤٢
الفرع الأول	السلطة التقديرية للمشرع العادي في السبب	١٤٣
الفرع الثاني	رقابة القاضي الدستوري على تقدير المشرع العادي في السبب	١٤٤
المبحث الثاني	التعارض التقديري في المحل	١٥٩
المطلب الأول	تعريف المحل وسلطة المشرع العادي فيه	١٦١
الفرع الأول	تعريف المحل في القانون	١٦٢
الفرع الثاني	سلطة المشرع العادي في عنصر المحل	١٦٤
المطلب الثاني	التعارض التقديري لعدم التناسب في المحل	١٦٩
الفرع الأول	مفهوم التناسب وموقف الفقه الدستوري من أطرافه	١٧٠
الفرع الثاني	موقف القاضي الدستوري من التناسب	١٧٤
المبحث الثالث	التعارض التقديري في الغاية	١٩٣
المطلب الأول	سلطة المشرع العادي في عنصر الغاية	١٩٥
الفرع الأول	موقف الفقه من سلطة المشرع العادي في عنصر الغاية	١٩٥
الفرع الثاني	مدى إمكانية تخصيص المصلحة العامة بأغراض محددة	٢٠٠

المطلب الثاني	التعارض التقديري للانحراف التشريعي	٢٠٧
الفرع الأول	تعريف الانحراف التشريعي وطبيعته	٢٠٨
الفرع الثاني	موقف القاضي الدستوري من الانحراف التشريعي	٢١٧
الفصل الثالث	آثار التعارض التقديري	٢٣٥
المبحث الأول	عدم دستورية تقدير المشرع العادي	٢٣٦
المطلب الأول	النطاق الموضوعي لعدم الدستورية	٢٣٧
الفرع الأول	الآثار المباشرة لعدم الدستورية	٢٣٧
الفرع الثاني	الآثار غير المباشرة لعدم الدستورية	٢٤٧
المطلب الثاني	النطاق الزمني لعدم الدستورية	٢٦٠
الفرع الأول	الاعتبارات المؤثرة في تحديد النطاق الزمني لعدم الدستورية	٢٦١
الفرع الثاني	التنظيم القانوني للنطاق الزمني لعدم الدستورية	٢٦٦
المبحث الثاني	الآثار غير المباشرة للتعارض التقديري	٢٨٦
المطلب الأول	تقييد نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي	٢٨٧
الفرع الأول	التقييد السلبي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي	٢٨٧
الفرع الثاني	التقييد الإيجابي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي	٣٠٠
المطلب الثاني	تقييد القاضي الدستوري أو الحد من فاعلية قراراته	٣١٥
الفرع الأول	استعمال المشرع العادي اختصاصاته الدستورية للحد من فاعلية رقابة القاضي الدستوري	٣١٦
الفرع الثاني	عدم التزام المشرع العادي بقرارات القاضي الدستوري	٣٢٤
الخاتمة		٣٣٠
المصادر		٣٤١
Abstract		A

المقدمـــة

أولا: التعريف بالموضوع

يتمتع المشرع العادي بقدر كبير من حرية التقدير في ممارسة اختصاصه التشريعي، بحيث تستغرق السلطة التقديرية ذلك الاختصاص، مما يجعل التقدير هو الأصل في عمل المشرع العادي والتقييد استثناء منه.

وتثير مسألة السلطة التقديرية للمشرع العادي قضايا نظرية تتصل جذورها بسيادة البرلمان، وتمثيله الشعب بشكل أقرب، وأكثر من السلطات الأخرى، مما يقود إلى خلاف فقهي بشأن جواز التعقيب على إرادة البرلمان المتمثلة بالقوانين الصادرة عنه.

وفي مقابل ذلك نجد أن السلطة التقديرية جزء من طبيعة عمل القاضي الدستوري، ومتلازمة معه، ولا يمكن التسليم بعمل حقيقي للقاضي الدستوري ما لم تكن هنالك سلطة تقديرية يتمتع بها، تضيق وتتسع من حالة إلى أخرى، إلا أنها لا تنعدم كليا في عمل القاضي الدستوري ككل، فكما لا يوجد القضاء الدستوري من دون قاضٍ، فإنه لا يقوم أيضا من دون سلطة تقديرية.

فالقاضي الدستوري يتمتع بحدود واسعة من التقدير عند نظر الدعاوى الدستورية؛ كونه ليس قضاء تطبيقيا، يُنزل حكم الدستور بشكل آلي، أو تلقائي على الوقائع المعروضة أمامه، وإنما يتحتم عليه التوفيق والتوازن بين اعتبارين هما: إرساء أسس الشرعية الدستورية، وضمان الالتزام بأحكام الدستور من ناحية، وأن يؤدي عمله في إطار نظام سياسي، واقتصادي، واجتماعي متكامل له أسس، ودعائم يتعين الإحاطة بها من كل الجوانب، والسعي إلى حمايتها من ناحية أخرى.

ولا يستطيع القاضي الدستوري تحقيق ذلك التوازن، وإقامة التوفيق بين هذين الاعتبارين إذا كان مجرد أداة ميكانيكية تستقبل الدعاوى من جهة، وتخرج الأحكام القضائية جاهزة من جهة أخرى، وإنما يستلزم منه فحص جوانب المنازعة، وما يحيط بها من اعتبارات سياسية، واقتصادية، واجتماعية، واضعا تقديرات المشرع العادي محل البحث والمناقشة، ليقابلها بأحكام الدستور، ومبادئه الكلية في عمل تقديري واضح وصولا للحكم الحاسم للمنازعة الذي يفترض به أن يكون نتاجا شرعيا لتلك العملية القضائية، ونتيجة طبيعية لإجراءاتها، وتقديراتها.

ومن المعلوم أن القوانين التي يمارس القاضي الدستوري رقابته على دستوريتها تضع قواعد عامة، ومجردة تنطبق على عدد غير محدود من الأفراد، وتمس جميع نواحي المجتمع، وهي تأتي نتيجة عملية تقدير مهمة، وواسعة تقوم بها السلطة التشريعية، وتشترك السلطة التنفيذية معها.

وإن خضوع تلك القوانين لرقابة القاضي الدستوري يعيد إلى واجهة البحث تقديرات المشرع العادي عند سن القانون محل الطعن، سواء أكانت تقديرات قانونية، أم عملية، إذ يُخضِع القاضي الدستوري ذلك القانون لتقديراته هو ليتحقق من مدى رجاحة تقديرات المشرع، وقيامها على أسس سليمة وصحيحة، وصولا إلى النتيجة المطلوبة في ضوء ما يقرره القاضي الدستوري نفسه، لا ما قرره المشرع العادي من قبل، ومن هنا يبرز التعارض التقديري بين المشرع العادي، والقاضي الدستوري، مع التركيز على ترجيح تقدير الأخير؛ لأنه يأتي مراجعة لتقديرات

المشرع من ناحية، وكونه المحطة الأخيرة، والحاسمة في سلسلة التقديرات المتخذة في العملية التشريعية من ناحية أخرى.

ثانيا: إشكالية الدراسة

تكمن إشكالية السلطة التقديرية الممنوحة للمشرع العادي والقاضي الدستوري في مدى التسليم بها لهما في آن واحد من ناحية، والتعارض الذي يحصل في تقدير كل واحد منهما من ناحية أخرى.

فمن المتعارف عليه أن المشرع العادي يمتلك من التقدير ما يؤهله لإصدار القوانين المناسبة، والملائمة للمعطيات الدستورية، والاعتبارات العملية، إلا أن تلك السلطة التقديرية ليست مطلقة، بل تحدها مجموعة من الضوابط والقيود الدستورية.

وفي مقابل ذلك أخضع الدستور القوانين لرقابة القاضي الدستوري؛ للتأكد من مدى دستوريتها، وفي الحقيقة إن القاضي الدستوري لا يستطيع ممارسة رقابته على دستورية القوانين من دون أن يمارس عملا تقديريا يتسع، ويضيق من جهة إلى أخرى بحسب القضية المعروضة عليه، والضوابط الحاكمة إياها.

وإذا كان القاضي الدستوري يمارس التقدير على القوانين التي قدر المشرع من قبل ضرورة إصدارها ومضمونها والغاية منها، فهل ينسجم هذا التسليم بالتقدير لتلك الجهتين؟ أي بمعنى ضرورة التسليم بالسلطة التقديرية للمشرع والقاضي الدستوري معا، وهل يقود ذلك التعدد في التقدير من المشرع أولا، والقاضي الدستوري أخيرا إلى التعارض؟ مما قد يدخلنا في صراع بين جهتين مهمتين، لا بدَّ لكل منهما أن تؤدي اختصاصها المعترف به دستوريا بشكل تام، كما لا يمكن لهما التنازل عنه.

وبذلك تواجه السلطة التقديرية طرفين ينبغي التسليم بها لهما، وعدم إمكانية نفيها عنهما بشكل كلي، ومن ثم أتجتمع السلطة التقديرية للمشرع وللقاضي الدستوري في آن واحد، أم أنها ترتفع عنهما؟ وإذا كان من المستبعد نفي السلطة التقديرية عن المشرع والقاضي الدستوري، فإنه لا يمكن إلا التسليم بها لهما، مع ضرورة أن يكون لكل واحد منهما مساحته في التقدير، وأدواته اللازمة في تلك العملية. إلا أن الواقع العملي قد يفضي إلى التداخل في تلك المساحات والأدوات في فرضيات معينة، مما يعيد الصراع إلى الواجهة مرة أخرى، ولا سيما إذا كانت تقديرات المشرع تخضع لتقديرات القاضي الدستوري؛ ليرى مدى سلامتها ورجاحتها، وأخيرا اتخاذ ما يلزم بشأنها، وبذلك يصل الأمر إلى نتيجة واقعية مؤداها التعارض التقديري مع أرجحية تقديرات القاضي الدستوري على نظيرتها الخاصة بالمشرع العادي، ليقف الأمر عند تقديرات الأول، وبغض النظر عما قرره الثاني من قبل، وهذا مدعاة التخوف من السلطة التقديرية للقاضي الدستوري، خاصة إذا علمنا أنها بعيدة عن المراجعة والتعقيب عليها؛ نتيجة نهائية قرارات القاضي الدستوري وإلزامها السلطات كافة.

ثالثا: نطاق الدراسة

يمارس المشرع العادي، والقاضي الدستوري عددا من الاختصاصات الأخرى غير التشريع، والرقابة على دستورية القوانين، إلا أن الاختصاصين الأخيرين يكاد يكونان من أهم اختصاصات المشرع العادي والقاضي الدستوري، بل يمكن القول إن التشريع هو الاختصاص الأصيل للمشرع العادي، وإن الرقابة على دستوريته هي

السبب الرئيس في النشأة التاريخية للقضاء الدستوري المتخصص؛ لذلك سيقتصر نطاق البحث على دراسة التعارض بين السلطة التقديرية للمشرع العادي، والقاضي الدستوري في التشريع والرقابة على دستوريته، مستبعدا الاختصاصات الأخرى للجهتين؛ كون التشريع هو المحل الصالح لتلك الرقابة، وتبرز به السلطة التقديرية جلية عند وضعه من المشرع العادي، وعند رقابته بوساطة القاضي الدستوري، مما يجعله مدار التعارض للسلطة التقديرية الممنوحة لكل منهما.

ويتحدد نطاق الدراسة أيضا بالمجال الموضوعي للسلطة التقديرية للقاضي الدستوري فقط، دون نظيره الإجرائي؛ لأن التعارض التقديري لا يقع إلا عند ممارسة القاضي الدستوري سلطته التقديرية على تقديرات المشرع العادي؛ من أجل التأكد من مدى دستوريتها، أما المجال الإجرائي للسلطة التقديرية، والمتمثل بما يتركه القانون للقاضي الدستوري من حرية في الجوانب الإجرائية، والشكلية في الدعوى، فيخرج عن نطاق الدراسة، على الرغم من أنه يعد جزءا من مضمون السلطة التقديرية.

رابعا: منهجية الدراسة

انسجاما مع طبيعة موضوع البحث سيتم اعتماد المنهج التحليلي المقارن أساسا للدراسة، فالمنهج التحليلي يتلاءم مع استقصاء الحالات التي يتمتع بها المشرع العادي، والقاضي الدستوري بسلطة تقديرية من ناحية، وكذلك معرفة الأسس التي يقوم عليها تقدير المشرع بوضع القوانين من ناحية، وتقدير القاضي الدستوري عند ممارسة رقابته على دستورية القوانين عن طريق الأدوات، والوسائل التي يستعملها لهذا الغرض من ناحية أخرى. أما المنهج المقارن فكان له نصيب في الدراسة؛ لأن المنهج التحليلي سيكون أكثر ثمارا ونتاجا إذا ما حصلت المقارنة بين أكثر من تجربة قضاء دستوري.

أما دول المقارنة وسبب اختيارها فقد وقع الاختيار على فرنسا، ومصر، والعراق، إذ تتمتع كل من فرنسا، ومصر بتجربة قضاء دستوري قيمة تجعلها محلا خصبا للدراسة، ولا يخفى سبب اختيار العراق ضمن دول المقارنة، لحداثة تجربته في القضاء الدستوري من حيث الكم والنوع، زيادة على عدم وجود الدراسات الكافية التي تتناول أهم تقنية يعتمد عليها كل من المشرع العادي في وضع القوانين، والقاضي الدستوري في رقابته على دستورية القوانين، وهي السلطة التقديرية.

وقد انصبت المقارنة – بما يرتبط بالموضوع – على دراسة قرارات المجلس الدستوري في فرنسا، بموجب دستور ١٩٥٨، وتم الاعتماد على موقع المجلس الدستوري الفرنسي بشكل كلي، في الحصول على قراراته المستخدمة في الدراسة، وأحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر، وتم الاعتماد على الجريدة الرسمية، بشكل أساسي، ومجموعات الأحكام، وموقع المحكمة، في الحصول على قرارات المحكمة المستخدمة في الدراسة، وقرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، منذ نشأتهما وحتى الوقت الحالي، وتم الاعتماد على موقع المحكمة بشكل أساسي، والوقائع العراقية، ومجموعات الأحكام، في الحصول على قرارات المحكمة المستخدمة في الدراسة.

وبناءً على التحديد المتقدم، سنقتصر في متن الدراسة على ذكر المجلس الدستوري، والمحكمة الدستورية العليا، وأخيرا المحكمة الاتحادية العليا فقط، من دون ذكر الدولة المعنية، إلا إذا تطلب الايضاح خلاف ذلك.

سادسا: هيكلية الدراسة

استيعابا للموضوع وإتماما لدراسته سيقسم على ثلاثة فصول يسبقها مبحث تمهيدي بعنوان مفهوم السلطة التقديرية للمشرع العادي، والقاضي الدستوري، أما الفصل الأول منها فيخصص لماهية التعارض التقديري، ويتناول هذا الفصل ثلاثة محاور بثلاثة مباحث: يخصص المبحث الأول لمفهوم التعارض التقديري، أما المبحث الثاني فخصص لبيان شروط التعارض التقديري، في حين يتمحور المبحث الثالث حول ضمانات التعارض التقديري.

أما الفصل الثاني فيعالج أوجه التعارض التقديري، ويقسّم على ثلاثة مباحث: المبحث الأول للتعارض التقديري في السبب، أما المبحث الثاني فيتناول التعارض التقديري في المحل، وأخيرا يكون المبحث الثالث بعنوان التعارض التقديري في الغاية.

ويكون الفصل الثالث بعنوان آثار التعارض التقديري، ويقسم على مبحثين: الأول يتناول عدم دستورية تقدير المشرع العادي، في حين يخصص المبحث الثاني للآثار غير المباشرة للتعارض التقديري.

وإتماما للفائدة نعقب هذه الفصول بخاتمة، نبيّن فيها أهم الاستنتاجات التي توصلت لها الدراسة، ونضع مجموعة من المقترحات التي نرى ضرورة الأخذ بها في العراق.

المبحث التمهيدي

مفهوم السلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري

تكاد تكون السلطة التقديرية سمة حاضرة في عمل سلطات الدولة كافة؛ وذلك لأنه لا يمكن تصور هيئة تمارس جميع أعمالها من دون سلطة تقديرية، ومهما زادت القيود فإنها لا تعدم التقدير عند القيام بأبسط عمل، وإذا كانت السلطة التقديرية حقيقة ثابتة في عمل السلطات الدولة، فإنها في الوقت نفسه تتفاوت من سلطة إلى أخرى، ومن عمل إلى آخر ضيقا واتساعا.

وفي هذا الصدد يعد موضوعا تشريع القوانين من جهة، والرقابة على دستوريته من جهة أخرى من المواضيع التي تثير مسألة مزدوجة بين الجهتين المختصتين بهذين الأمرين هي: السلطة التقديرية، إذ نجدها تدخل في عمل المشرع العادي عند تشريعه للقوانين، وهي تدخل، أو تثار عند قيام القاضي الدستوري بالرقابة على دستورية القوانين.

وإذا كان المشرع العادي، والقاضي الدستوري يتمتعان بالسلطة التقديرية فإن الأخيرة تتشابه في أوجه معينة، وتختلف في أخرى عند السلطتين المتقدمتين، مما يستلزم الوقوف على مواطن الشبه والاختلاف بينهما.

وعلى هذا الأساس يستلزم الأمر تعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي، والقاضي الدستوري، والتمييز بينها فيما يخص المشرع العادي والقاضي الدستوري، وذلك بتقسيم هذا المبحث على مطلبين نخصص الأول لتعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي، والقاضي الدستوري، والثاني للتمييز بين السلطة التقديرية للمشرع العادي، والقاضي الدستوري.

المطلب الأول

تعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري

لا يختلف معنى السلطة التقديرية باختلاف السلطات التي تمتلكها، إذ يتحدد معناها بحرية الاختيار المتروكة للجهة المعنية، إلا أن مضمون هذه السلطة يختلف من جهة إلى أخرى، باختلاف طبيعة النشاط الذي تمارسه كل جهة، ولإتمام الفائدة سنبيّن تعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي، والقاضي الدستوري بشكل منفرد في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي

إذا كان المشرع العادي يمارس سلطته التقديرية فيما يصدره من قوانين، فإن القاضي الدستوري أكثر جهة له تماس بتلك السلطة، عن طريق ما يقوم به من رقابة على دستورية القوانين التي تسمح له ببيان مفهوم السلطة التقديرية، وفحص تقديرات المشرع العادي في بعض الأحيان للتأكد من مدى دستوريتها.

وإن للفقه موقفا من تعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي، بعد التركيز على هذا الموضوع بالدراسة والتحليل، ولغرض الإحاطة بالتعريف القضائي، والفقهي للسلطة التقديرية للمشرع العادي سنقسم هذا الفرع على نقطتين:

التعريف القضائي للسلطة التقديرية للمشرع العادي (أولا)، والتعريف القضائي للسلطة التقديرية للمشرع العادي (ثانيا).

أولا: التعريف القضائي للسلطة التقديرية للمشرع العادي

تعد السلطة التقديرية للمشرع العادي أهم نطاق يخضع لرقابة القاضي الدستوري، بسبب ما تمثله من أصل عام في العمل التشريعي من جانب، ولما تعنيه من حرية في اختيار الحلول التشريعية من جانب آخر، إلا أنها – مع ذلك – لا تخرج من رقابة القاضي الدستوري، بل تبقى السلطة التقديرية محكومة بالضوابط الدستورية، وبناءً على ذلك يسهم القاضي الدستوري ببيان هذه السلطة، وايضاح حدودها، وما يعد خارجا عنها.

ولهذا الغرض سنستعرض موقف القاضي الدستوري في فرنسا، ومصر، والعراق من تعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي.

نتناول في البدء موقف المجلس الدستوري من تعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي، وبعدها موقف المحكمة الدستورية العليا، والمحكمة الاتحادية العليا من التعريف نفسه.

١- موقف المجلس الدستوري من تعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي

بحدود اطلاعنا على بعض قرارات المجلس الدستوري، لم نجد له تعريفا خاصا بالسلطة التقديرية للمشرع العادي، إلا أن المجلس الدستوري ينفي دائما أن تكون له سلطة مماثلة لما يتمتع به المشرع العادي من تقييم وتقرير، بل تقتصر سلطته على مراقبة القوانين، والتأكد من مدى اتفاقها مع الدستور، إذ يرى بأن: (المادة "٦١" من الدستور لا تعطيه – أي المجلس الدستوري – سلطة عامة في التقييم والتقرير، مماثلة لتلك التي يحظى بها البرلمان، وأنه لا يملك أن يحل تقديره محل تقدير المشرع)[١].

وعلى الرغم من أن ذلك لا يعد تعريفا بالمعنى المطلوب، إلا أنه يمكن الاستناد عليه لتحديد مضمون السلطة التقديرية للمشرع العادي، وفق منظور المجلس الدستوري.

فالملاحظ أن المجلس الدستوري – بعبارته المتقدمة – قد قسّم السلطة التقديرية على عنصرين هما: التقييم، والتقرير. وبحدود فهمنا لذلك فإنه يقصد بعنصر التقييم: دراسة البدائل المتاحة، من كل جوانبها، سواء أكان من ناحية الأسباب الدافعة إياها، أم مضمونها، وأخيرا الأهداف التي تحققها، ولا بدَّ أن ينتهي هذا التقييم بترجيح أحد البدائل، وفقا لما يراه المشرع العادي من اعتبارات سياسية، أو اجتماعية، أو اقتصادية.

أما العنصر الآخر فهو التقرير، فالسلطة التقديرية لا تقتصر على تقييم البدائل، والمفاضلة، والترجيح بينها، وإنما لا بدَّ من أن تكون هنالك قدرة، وإمكانية على اختيار الأنسب منها، وإضفاء الشرعية على هذا الاختيار، وهو ما يعبر عنه المجلس بالتقرير، ومن دون ذلك العنصر تفقد السلطة التقديرية قيمتها الحقيقية.

---

[١] ينظر: قرارات المجلس الدستوري المرقمة:

CC: 74.54.DC du 15/1/1975. CC: 2010.39.QPC du 6/10/2010. CC: 2013.371.QPC du 7/3/2014. CC: 2014.707.DC du 29/12/2014. CC: 2022.835.DC du 21/1/2022.

ويتضح أن المجلس الدستوري قد أشار إلى بعض خصائص السلطة التقديرية للمشرع العادي – كما سيتضح لاحقا – وهي العمومية والأصالة، فتأكيده الدائم على أنه لا يمتلك تقييما، وتقريرا مماثلا لما يمتلكه المشرع العادي، قد يتضح منه أن سلطة الأخير أوسع مما له من اختصاص رقابي على التقديرات المعروضة أمامه، فتقييم الحلول والمفاضلة بينها، واختيار الأنسب من بينها، بناءً على الاعتبارات السياسية، أو الاجتماعية، أو الاقتصادية، يبقى أمرا متروكا للمشرع العادي وحده، في حين تنحصر مهمة المجلس الدستوري في تقييم هذه الحلول من الناحية الدستورية فحسب، وفيما إذا كانت متفقة مع الدستور أم مخالفة إياه.

وإن نفي المجلس الدستوري امتلاكه عنصري التقييم والتقرير، مقرون دائما بالمماثلة مع ما للمشرع العادي من هذه العناصر، وبمفهوم المخالفة، فإنه يعترف بسلطة تقديرية له، ولكنها ليست مماثلة لسلطة المشرع العادي، من حيث تقييم البدائل، والمفاضلة بينها، بل هي سلطة تأتي لاحقة لذلك أولا، وتنصب على التأكد من مدى اتفاق الحلول التشريعية مع الدستور ثانيا.

٢- موقف المحكمة الدستورية العليا من تعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي

المتتبع سياسة المحكمة الدستورية العليا يجدها تعنى ببيان بعض المفاهيم، وإن كانت لا تصرح بتعريفها، إلا أن أحكامها جرت على تحديد معنى بعض المصطلحات في ثناياها، ومن ذلك السلطة التقديرية للمشرع العادي، إذ نجدها في عدد من أحكامها حددت جوهر هذه السلطة، ونظرا لكثرة تلك النماذج سنقتصر على بعضها ابتعادا عن التكرار، وإتماما للفائدة.

فقد بينت المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها أن السلطة التقديرية تقوم (على المفاضلة بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها على تنظيم موضوع معين لاختيار ما يكون – في تقديره – أنسبها لمصلحة الجماعة وأقربها للوفاء بمتطلباتها بافتراض مشروعيتها جميعا، واتصالها بالحقوق محل التنظيم)[١].

كما حددت المحكمة في حكم آخر أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع (لازمها أن يفاضل بين بدائل متعددة مرجحا من بينها ما يراه أكفل بتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها...)[٢].

ونخلص مما سبق إلى أن موقف المحكمة الدستورية العليا واحد من تعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي، وإن اختلفت الالفاظ، إذ نجدها قد أكدت في أحكامها السابقة على حرية المشرع في المفاضلة بين البدائل لاختيار أنسبها لتنظيم الموضوع.

وعلى الرغم من دقة – إلى حد ما – مفهوم المحكمة للسلطة التقديرية للمشرع، بتحديد جوهره، وتضمين تعريفها الكثير من عناصر ذلك المفهوم من مفاضلة، وبدائل تتزاحم فيما بينها على تنظيم موضوع معين، أي صلاحيتها

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٤ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/٦/١٥). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٥) في ١٩٩٦/٦/٢٧.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١١٦ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" في ٢٠١٧/٥/٦). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٩مكرر "أ") في ٢٠١٧/٥/١٥.

لذلك، ويحسب للمحكمة عدم إغفال الحرية الممنوحة للمشرع في وزن البدائل، وتمحيصها، والاختيار من بينها باستقلاله بالتقدير بين البدائل واختيار إحداها، وهذا في الحقيقة أبرز مضمون للسلطة التقديرية.

إلا أنه مع ذلك يعاب على المحكمة عند تحديدها مفهوم السلطة التقديرية للمشرع عدم ذكرها أهم صفة، أو خصيصة للبدائل المتاحة أمام المشرع العادي، وهي أن تكون تلك البدائل مشروعة، وغير مخالفة للدستور.

فعلى الرغم من ذكر المحكمة بعض خصائص البدائل: كالتزاحم أي بمعنى ارتباط تلك البدائل بالموضوع، وصلاحيتها أداة، أو وسيلة لتنظيمه، والتناسب بينها، وبين تحقيق الأهداف، وكذلك تحديد البديل الذي وقع عليه اختيار المشرع العادي، وكونه أكثر البدائل تناسبا في تحقيق الأغراض المطلوبة.

إلا أن ذلك لا يمنع من نقد المحكمة؛ لإغفالها أهم صفة ينبغي توفرها في البدائل، بحيث يترتب على عدم تحققها استبعاد كل بديل حتى لو وجدت فيه الخصائص الأخرى، وهي دستورية البدائل أي بمعنى اتفاقها مع الدستور وعدم مخالفة أحكامه، إذ إن التقدير مفاضلة بين بدائل لا بدَّ أن تكون جميعها وسائل مشروعة لتنظيم موضوع معين[١].

ولا ينال من الانتقاد المتقدم قول المحكمة (كلما كان التنظيم التشريعي مرتبطا منطقيا بهذه الأغراض – وبافتراض مشروعيتها – كان هذا التنظيم موافقا للدستور)[٢].

فمشروعية الأغراض لا تؤدي إلى إضفاء المشروعية على البدائل، أو البديل الذي اختاره المشرع العادي، فالمحكمة وإن رهنت موافقة الدستور بارتباط التنظيم التشريعي بأهدافه المشروعة، إلا أن ذلك لا يؤكد دستورية البدائل، فالتنظيم التشريعي لا يكون إلا باختيار أحد البدائل المتاحة أمام المشرع العادي، واشتراط مشروعية الأهداف فقط دون الوسائل (مادة التنظيم التشريعي) لا يكفي للقول بدستورية ذلك التنظيم، فقد يكون الأخير مرتبطا ارتباطا منطقيا بأهدافه، بحيث يكون البديل الذي اختاره المشرع العادي وسيلة منطقية لتحقيق الأهداف المرجوة، إلا أن مثار الشك دستورية البديل، وفيما إذا كان موافقا للدستور أم لا، واستبعاد ذلك هو خلاف ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا عن طريق رقابتها لوسائل التنظيم التشريعي، وأهدافه، والارتباط منطقيا فيما بينهما، بحيث ترهن دستورية التشريع باتفاق وسائله، وأغراضه مع الدستور دون أحدهما.

إذن فمشروعية البدائل جميعها عنصر مهم من عناصر تعريف السلطة التقديرية للمشرع وجزء منها، يؤدي استبعاده من التعريف إلى الاخلال به، ويجعله غير جامع، وهذا ما يلاحظ على المحكمة الدستورية العليا عند بيانها مفهوم السلطة التقديرية للمشرع.

---

[١] د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه – جان دبوي للقانون والتنمية، من دون مكان للنشر، من دون سنة للنشر، ص ١٤٠٨.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" في ٢٠٠٠/٨/٥). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٣٣) في ٢٠٠٠/٨/١٧.

ويؤاخذ على المحكمة أيضا قصر السلطة التقديرية على المضمون الموضوعي الذي يتحقق بحرية اختيار البديل المناسب، في حين يشتمل مضمونها على الخيار الزمني أيضا، الذي يترك للمشرع حرية اختيار الوقت الملائم للتدخل التشريعي، بناءً على المعطيات والظروف الماثلة، وبذلك يكون وقت التشريع أمرا عائدا لحرية المشرع العادي وتقديره، ما لم يقضِ الدستور بخلاف ذلك.

٣- موقف المحكمة الاتحادية العليا من تعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي

يلاحظ على السياسة القضائية للمحكمة الاتحادية العليا ابتعادها عن تعريف المصطلحات التي ترد في حيثيات أحكامها، وهي سياسة قد لا تفي أحيانا بما هو مأمول من القاضي الدستوري من وضوح أحكامه وتفصيلها عندما يقتضي الحال ذلك، فقد يكون من مصاديق ذلك الوضوح، والتفصيل الوقوف عند بعض المصطلحات لبيان مفهومها وإيضاح معناها.

إلا أنه يجدر بالذكر أن المحكمة[١] – وبتشكليها الجديد[٢] – قد أخذت في بعض أحكامها بيان مفاهيم معينة، وتحديد معناها[٣]، وعلى الرغم من أهمية هذا التحديد والبيان إلا أنه يقتضي الحذر الشديد، والعناية الدقيقة في عملية تحديد المفهوم حتى يستوعب جميع عناصره.

وفيما يتعلق بموقف المحكمة الاتحادية العليا من السلطة التقديرية للمشرع فإن ما يرشح أحكامها – وبحدود ما أطلعنا عليه – عدم وجود تعريف محدد لها.

---

[١] يجدر بالذكر أن المحكمة في تشكيلها السابق قد عرّفت في قرارها المرقم (١٥/اتحادية/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٢١) مصطلح (الكثافة السكانية) الوارد في المادة (٤/رابعا) من الدستور.

[٢] أصدر المشرع العراقي قانون التعديل الأول رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ لقانون المحكمة الاتحادية العليا (الأمر رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥) ناصا في المادة (٣) منه على إحالة الرئيس، ونائبه، وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا من القضاة بعد إكمال (٧٢) سنة من العمر إلى التقاعد، ومحددا في المادة (١) منه الآلية الجديدة في ترشيح، واختيار رئيس المحكمة الاتحادية العليا وأعضائها، عن طريق تولي رئيس مجلس القضاء الأعلى، ورئيس المحكمة الاتحادية العليا، ورئيس جهاز الادعاء العام، ورئيس جهاز الإشراف القضائي، اختيار رئيس المحكمة، ونائبه، والأعضاء من بين القضاة المرشحين، وترفع أسماؤهم إلى رئيس الجمهورية لإصدار المرسوم الجمهوري بالتعيين.

[٣] من ذلك قرارها المرقم (٩٧/اتحادية/أمر ولائي/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/١) إذ بينت فيه مفهوم السياسة العامة، وقرارها المرقم (١/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٧/٧) الذي أوردت فيه تعريفا للاختصاص، وبيان مفهوم التفويض، والأهلية، وقرارها المرقم (١٤٤/اتحادية/٢٠٢١) الذي عرفت فيه العملية الانتخابية، وأيضا الدائرة الانتخابية، والمساواة القانونية، وأيضا قرارها المرقم (٦٧/اتحادية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٥/١٦) الذي عرّفت فيه الفصل في صحة العضوية البرلمانية.

ويلاحظ أيضا استعمال المحكمة لمصطلح "الخيار التشريعي"[١] للدلالة على معنى السلطة التقديرية[٢]، مرتبة عليه رد الطعون إذا كان ما قام به المشرع خيارا تشريعيا له، أي ما يتمتع به من سلطة تقديرية لاختيار الحل المناسب للموضوع محل التشريع.

وقد ذهب رأي[٣] إلى أن مفهوم الخيار التشريعي – عند المحكمة – هو سلطة المشرع في اختيار الحلول، أو البدائل المتاحة له لغرض معالجة موضوع ما، وَعَدَّ صاحب الرأي الخيار التشريعي الممنوح للمشرع لا يكون مستقلا عن سلطته التقديرية.

والواضح من الرأي المتقدم أنه قد فهم الخيار التشريعي عند مقصود المحكمة الاتحادية العليا هو نفسه السلطة التقديرية، وإن جعله – في مكان آخر من مقاله – أحد صور السلطة التقديرية، إذ بيّن أن الخيار التشريعي هو سلطة المشرع في اختيار الحلول، وهذا في الحقيقة مفهوم السلطة التقديرية التي يراد بها إجمالا الحرية الممنوحة للمشرع في اختيار أحد البدائل الذي يتسم بصفات معينة تجعله خيارا أكثر مقبولية من غيره.

وهذا الفهم قد لا يحقق المعنى الذي قصدته المحكمة لمصطلح الخيار التشريعي، وإنه لا يجعل من الأخير صورة من صور السلطة التقديرية – كما ذهب صاحب الرأي في أعلاه – بل أصبح مرادفا لها وفقا لما حدده له من معنى، وبناءً على ذلك لا يمكن تأييد هذا الرأي؛ لأن المراد من مصطلح الخيار التشريعي هو ما وقع عليه الاختيار فعلا، وما رجّحه المشرع من البدائل التي كانت متاحة أمامه، أي بمعنى أن المشرع كانت لديه مجموعة من الاختيارات تتنافس فيما بينها على تنظيم موضوع ما، لا بدَّ أن يختار أحدها كحل لذلك الموضوع، وبناءً على ذلك فإن ما وقع عليه الاختيار هو ما يطلق عليه الخيار التشريعي، وهو بهذا المعنى يعد مرحلة من مراحل ممارسة السلطة التقديرية، أو المرحلة الأخيرة لها وإذا جاز لنا أن نعده نتيجة ما تمتع به المشرع من سلطة تقديرية.

وإذا كانت المحكمة الاتحادية العليا لم تحدد معنى الخيار التشريعي، فإنها قرنت الحكم بدستورية النصوص المعروضة أمامها بالخيار التشريعي، إذ نجدها – أي المحكمة – قد قضت برد الطعون إذا جاءت تجاه نصوص قانونية تمثل للمشرع خيارا تشريعيا، وهذا ما يبين السياسة القضائية للمحكمة تجاه السلطة التقديرية للمشرع العادي عن طريق تأكيد امتناعها عن مراقبة تلك السلطة، إذا مارسها المشرع، ووقع اختياره على أحد البدائل المعروضة أمامه.

---

[١] من ذلك قرارتها المرقمة: (٣/اتحادية/اعلام/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/٩) و (١٠٦/١٠٤/٩٩/ اتحادية/اعلام/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٦/٢١) و (١٧/اتحادية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٦/١) و (٤٥/اتحادية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٦/٢٢) و (١٨/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٧/٦) و (٨٨/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢٢/٢/١٤).

[٢] استعملت المحكمة الاتحادية العليا مصطلح "السلطة التقديرية" للمشرع في قرارها المرقم (١/اتحادية/٢٠٢٠ في ٢٠٢١/٦/٦)، وقرارها المرقم (١٣٥/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/١٧).

[٣] سالم روضان الموسوي: مفهوم الخيار التشريعي في ضوء قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، مقال منشور على موقع مركز الدراسات والابحاث العلمانية في العالم العربي: https://www.ssrcaw.org.

وهذه السياسة – وإن خالفتها المحكمة في بعض الأحكام – جديرة بالانتقاد، وعدم التأييد؛ إذ لا يمكن الربط دائما بين دستورية النص، والخيار التشريعي، فليس كل خيار تشريعي يتفق مع الدستور، ومن ثم لا تلازم حتمي بينه وبين الحكم بالدستورية؛ لذلك يستلزم الأمر من المحكمة أن توزن ذلك الخيار بميزان الدستورية لتتحقق من مدى مطابقته مع نصوص الدستور، ومن ثم الحكم بما يتفق مع النتيجة المتحصلة من ذلك التحقق، إذ لا يصح الركون في كل مرة إلى إقرار دستورية النص المطعون فيه ما دام خيارا تشريعيا.

ثانيا: التعريف الفقهي للسلطة التقديرية للمشرع العادي

يعد اهتمام الفقه الدستوري بدراسة السلطة التقديرية للمشرع العادي حديثا – نسبيا – بالمقارنة مع الدراسات الخاصة بسلطة الإدارة التقديرية[١]، إلا أن هناك اهتماما متزايدا من الفقه بدراسة السلطة التقديرية للمشرع[٢] من حيث بيان مفهومها، ومصدرها، وحدودها، ومدى إمكانية الرقابة عليها.

ولغرض الفائدة وعدم الاطالة في الوقت نفسه سوف نقتصر على عرض بعض التعريفات الفقهية للسلطة التقديرية للمشرع العادي مبينين مدى دقتها، ومحددين تعريفنا الخاص بالموضوع.

فقد عرّف البعض[٣] السلطة التقديرية للمشرع العادي أنها: (حرية المشرع في تنظيم، أو عدم تنظيم موضوع ما، وحريته في المفاضلة بين البدائل والخيارات المطروحة بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يتغياه – بحسبانه برلمان منتخب – دون أن يفرض عليه طريقا بذاته يجب عليه اتباعه، أو توجيها محددا يتعين عليه التزامه).

وإذا كان يحسب للتعريف أنه وسّع من نطاق السلطة التقديرية، ولم يجعله خاصا بالحقوق والحريات، وإنما يشمل كل تنظيم تشريعي، إلا أنه يعاب عليه عدم تحديده مصدر السلطة التقديرية المتمثل بالنصوص الدستورية، فالأخيرة هي من تترك – سواء أكان بشكل إيجابي أم بشكل سلبي – سلطة تقديرية للمشرع عند ممارسة عمله التشريعي.

ويؤخذ على التعريف أيضا عدم تحديد الأوصاف التي يفترض توافرها في البدائل والخيارات المطروحة أمام المشرع بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يتبناه، وهذا ما قد يؤدي إلى فهم السلطة التقديرية بأنها مطلقة من جانب، وتحكمية من جانب آخر، وهي في الحقيقة على خلاف ذلك إذ ينبغي أن تكون البدائل متفقة مع الدستور، ولا بدَّ أن تتسم تلك الخيارات بصفة الملاءمة حتى تكون مناسبة، ويمكن أن يتبنى المشرع أحدها في الموضوع محل التنظيم.

---

[١] إذ ترجع الدراسات والبحوث التي عَنيت بالسلطة التقديرية للإدارة إلى بدايات القرن العشرين وبالتحديد عام ١٩٠٢ بتعليق للفقيه الفرنسي "هوريو" على أحد أحكام مجلس الدولة الفرنسي هاجم فيه القرارات التقديرية، ونادى بفكرة السلطة التقديرية، وتابعه في ذلك كبار فقهاء القانون الإداري كميشو، وجيرو، وبونار، وفالين، وغيرهم. للمزيد ينظر: د: عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ٥٧–٥٨.

[٢] يعد من أول الدراسات التي ناقشت موضوع السلطة التقديرية للمشرع بحث الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري الموسوم بـ " مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المنشور في مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، ١٩٥٢.

[٣] د. شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣٨٨.

وقد يبدو للوهلة الأولى أن التشدد في خصائص البدائل، وضرورة مشروعيتها، وملاءمتها تنتفي معه فائدة الرقابة الدستورية، ما دامت خيارات المشرع كلها تحمل هذه الصفات، ومن ثم عدم تصور قيام المخالفة الدستورية التي تستدعي الرقابة.

وفي الحقيقة إن مجال الأمرين المتقدمين مغاير تماما، الأمر الذي يقطع باختلاف حكم كل واحد منهما، فافتراض مشروعية خيارات المشرع العادي، وملاءمتها عند تعريف السلطة التقديرية يدور في فلك عالم ما ينبغي أن يكون، ومن المناسب جدا في هذا العالم، وعند تحديد المفاهيم الاستناد إلى الفرضيات واعتماد المُثل في التعريف، زيادة على ذلك فإن إمكانية مخالفة المشرع العادي بإصدار قانون غير دستوري لا تمنع من تعريف سلطته التقديرية وفق الحالة المثالية التي ينبغي الالتزام بها، بل على العكس فإن نطاق الرقابة يتحدد بالأصل وفق فرضيات العمل التشريعي، وضوابط ممارسة السلطة التقديرية، ولولا تلك الحالة المثالية المطلوبة لما احتجنا إلى وجود رقابة القاضي الدستوري اكتفاءً بكل ما يصدر عن المشرع العادي غثه وسمينه.

وفي مقابل ذلك تنتمي رقابة القاضي الدستوري على خيار المشرع العادي إلى عالم ما هو كائن، إذ يتعامل القاضي معه وفق ميزان الدستورية بما هو ثابت عنده، وهذا الحال لا يكون حاكما مع الحالة المتقدمة بل على العكس تماما ينبغي أن يحاكم وفق ما هو مثالي، ومن ثم يغدو الاعتراض الذي مفاده انتفاء ضرورة الرقابة الدستورية في حالة التشدد بمشروعية الخيارات المعروضة على المشرع العادي عند بيان مفهوم السلطة التقديرية مطروحا ولا يمكن التسليم به.

في حين عرّفها آخر أنها: (حرية التقويم التي يتمتع بها المشرع باتباع سياسة تشريعية معينة في ممارسة اختصاصاته بمقتضى الدستور بغية إحداث أثر قانوني معين)[١].

ويؤخذ على التعريف عموميته بما لا يحدد حقيقة السلطة التقديرية أولا، وعدم اقتصاره على الوظيفة التشريعية، بل ينطبق أيضا على اختصاصات المشرع العادي الأخرى، في حين أن السلطة التقديرية للمشرع في مجال الرقابة الدستورية تقتصر على المجال التشريعي دون المجالات الأخرى، وهو بذلك لم يعطِ للعمل التشريعي خصوصيته في بيان مفهوم السلطة التقديرية للمشرع؛ كونه نحا باتجاه التعميم في مجال تلك السلطة ليكون التعريف غير مانع من دخول تلك الاختصاصات في تعريف مفهومها.

وإن السلطة التقديرية هي حرية الاختيار بين بدائل يتم دراستها لمعرفة أفضلها من حيث المضمون، وتحقيق الأهداف لاعتماده، وهي بذلك تأخذ أبعادا تبتدئ بالوقت، وتمر بالمضمون، وتنتهي بالغاية، وهذه الأبعاد لم يشر لها التعريف، مما يجعله قاصرا عن جمع عناصر تعريف السلطة التقديرية للمشرع.

---

[١] د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني: رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦، ص ٩٥.

وإن عبارة (بغية إحداث أثر قانوني معين) وإن كانت تصلح جزءا من تعريف القانون ككل إلا أنها لا تحقق الغاية التي ينبغي تحقيقها من السلطة التقديرية، فالمضمون الذي يختاره المشرع العادي يُحدث أثرا قانونيا، إلا أنه قد لا يكون الأكثر ارتباطا بالأهداف المراد تحقيقها.

وعرّفها كاتب آخر[١] أنها: (حرية المشرع في المفاضلة بين البدائل المختلفة، التي تتزاحم فيما بينها وفق تقديره، لتنظيم موضوع محدد، أو مسألة معينة).

ويلاحظ على التعريف عدم بيانه مصدر السلطة التقديرية، الذي قد يعطي انطباعا، ومعنى مفاده أن مصدر هذه الحرية يعود للمشرع نفسه وهو أمر يتقاطع مع مفهوم السلطة التقديرية التي يتحدد مصدرها بالدستور سواء أكان بالتصريح أم بترك وضع القيود على سلطة المشرع العادي، ومن ثم تأتي تلك السلطة نتيجة موقف الدستور إزاء الموضوع الذي ينظمه المشرع العادي، وبذلك يكون المصدر أحد العنصر التي ينبغي ذكرها في التعريف.

وبناءً على عرض التعريفات المتقدمة، ولغرض تحديد مفهوم السلطة التقديرية للمشرع العادي مع تلافي الملاحظات السابقة يمكن تعريفها أنها: **(حرية يمنحها الدستور للمشرع العادي، قوامها تقدير السبب الدافع، وتحديد الوقت المناسب للتشريع، والمفاضلة بين الحلول المشروعة، والمناسبة لاختيار أكثرها ملاءمة لتحقيق أغراض تدخل في إطار المصلحة العامة).**

ابتدأ التعريف بمفردة الحرية للتأكيد على أن السلطة التقديرية تجعل المشرع العادي حرا في ممارستها من دون التوقف على إرادة جهة أخرى، فاشتراط تلك الموافقة يسلب الحرية ومن ثم السلطة التقديرية.

"**يمنحها الدستور**" تحدد هذه العبارة مصدر السلطة التقديرية وهو الدستور، فالمشرع العادي يستقي اختصاصاته من الدستور، وهذا ما يبعد عن السلطة التقديرية التحكم، وقد اقتصر التعريف على الدستور فقط؛ كونه المصدر الرئيس في توزيع الاختصاصات وتنظيمها، ولا شك في أن السلطة التقديرية أحد مضامين هذا التنظيم.

"**تقدير السبب الدافع**" ترتبط هذه الفقرة بما يمتلكه المشرع العادي من سلطة تقديرية، بشأن عنصر السبب في القانون، التي تعطيه الحرية في تقدير الوقائع والأحداث؛ تمهيدا للبدء في تشريع القانون. وهي تتسع لتقدير مدى وقوع السبب الدافع، وأهميته، وكيفية التعامل معه، ومدى ارتباطه بالحل اللازم.

وبيّن التعريف مضمونا السلطة التقديرية الزمني والموضوعي، إذ حدد المضمون الزمني بعبارة "**تحديد الوقت المناسب للتشريع**" وهو أسبق من نظيره الموضوعي، ويحظى بأهمية في التقدير إذ يرجع لحرية المشرع العادي تحديد الوقت المناسب لتشريع قانون ما من الناحية الإيجابية، وإن عزوف المشرع العادي عن تنظيم موضوع معين هو أيضا يدخل ضمن سلطته التقديرية، ولا يمكن اجباره عليه، كل ذلك ما لم يحدد الدستور مدة معينة، أو ميعادا معينا، أو ظرفا ما لإصدار القانون.

---

[١] بالجيلالي خالد: السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة تلمسان، ٢٠١٧، ص ٣٩.

في حين تم تحديد المضمون الموضوعي عن طريق عبارة "**المفاضلة بين الحلول المشروعة، والمناسبة لاختيار أكثرها ملاءمة**" وهذه الحلول تتوافر فيها خصائص معينة تجعلها محلا صالحا لإعمال السلطة التقديرية من: مشروعية، وملاءمة، وارتباطها بالأهداف المبتغاة من القانون.

وإن هذه المفاضلة التي يملكها المشرع العادي – بموجب السلطة التقديرية – لا تقتصر على عنصر المحل في القانون، بل تتسع لتشمل عنصري السبب والغاية أيضا، إذ يتمتع المشرع في اختيار السبب المناسب لغرض تشريع القانون، وإنه يتولى تحديد مصداق المصلحة العامة، بوصفها غاية القانون كما سيتضح لاحقا.

وأخيرا عَنِي التعريف بذكر المرحلة الأخيرة التي تأتي بعد دراسة البدائل، والموازنة بينها، وهي اختيار أكثرها ملاءمة لتحقيق الأهداف المحددة للتنظيم التشريعي التي لا بدَّ أن تندرج تحت إطار المصلحة العامة سواء أكان في مفهومها العام أم في مصاديقها المحددة.

وأما السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر الغاية فقد بيّنها التعريف عن طريق عبارة "**لتحقيق أغراض تدخل في إطار المصلحة العامة**" إذ يعود للمشرع تحديد مصاديق المصلحة العامة وفق سلطته التقديرية.

واستبعد التعريف الرقابة على السلطة التقديرية لا لعدم خضوعهم لتلك الرقابة – إذ سيتضح لاحقا أن القاضي الدستوري قد مارس رقابته على مجالات تلك السلطة وردها إلى أحكام الدستور – بل لأن الرقابة ليست عنصرا من عناصر تعريف السلطة التقديرية للمشرع؛ كونها أمرا خارجيا عنها مما يقتضي استبعادها من التعريف.

الفرع الثاني: تعريف السلطة التقديرية للقاضي الدستوري

بالرجوع إلى المصادر المتوفرة لم نجد تعريفا للسلطة التقديرية للقاضي الدستوري بسبب ندرة الكتابات في هذا الموضوع، مما اضطرنا إلى البحث عن هذا المفهوم في فروع القانون الأخرى، واستجلاء موقف الفقه من السلطة التقديرية للقاضي ككل، أو في أحد فروع القانون؛ لغرض تكوين رؤية معينة عن هذا المفهوم والاستعانة به في تعريف السلطة التقديرية للقاضي الدستوري، تماشيا مع متطلبات الدراسة، وبيان مدى دقة التعريفات المعروضة، ومن ثم تقديم تعريف خاص بنا للموضوع.

عرّف بعض الفقه السلطة التقديرية للقاضي المدني أنها: (النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا النزاع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر أنها التي تحكم النزاع المطروح عليه)[١].

في حين عرّفها بعضهم أنها: (نشاط ذهني لقاضي الموضوع يتعلق بفهم أولي لواقع النزاع المطروح يؤدي من ثم إلى نشاط ذهني يتعلق بفهم الأثر الوارد في هذه القاعدة فهما صحيحا وإنزاله على واقع النزاع المطروح)[٢].

---

[١] د. نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٨٩.

[٢] د. أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٥٢٨.

ويلاحظ على التعريفين في أعلاه العموم بما لا يجعل للسلطة التقديرية خصوصيتها، وإنهما لم يحددا حقيقتها، فتعريف السلطة التقديرية أنها "نشاط ذهني" يجعل معناها مطابقا للعمل القضائي ككل، إذ لا يخلو الأخير من نشاط ذهني يبذله القاضي من أول الدعوى حتى صدور الحكم الفاصل فيها، وبهذا المعنى أصبحت السلطة التقديرية مرادفة للعمل القضائي، الأمر الذي ينفي خصوصيتها؛ كونها مصطلحا محدد المعنى يتبادر إليه الذهن عند استعماله[١].

زيادة على هذه العمومية التي وقع فيها التعريفان فإنهما عاجزان عن تحديد حقيقة السلطة التقديرية، فالنشاط الذهني لا يدل على المعنى الحقيقي للسلطة التقديرية بل يتحقق الأخير بالمكنة الممنوحة للقاضي في المفاضلة – كما سيتضح لاحقا – بين خيارات عدة تصلح كلها أن تكون محلا للقرار، أو الرأي الذي يتخذه – أي القاضي – ليختار أكثرها ملاءمة للحالة المعروضة عليه، فالسلطة التقديرية تفترض توافر بدائل معينة، وهنا يعمل القاضي سلطته في الموازنة بينها والاختيار منها.

ولا يمنع ما تقدم أن يمارس القاضي نشاطه الذهني في تلك الموازنة والاختيار، بل على العكس فإنه لا يستطيع أن يقوم بعمله من دون إعمال نشاطه الذهني، وإنما قصدنا هو عدم الربط بين هذا النشاط الذهني والسلطة التقديرية؛ كون الأول – أي النشاط – ليس علامة على وجودها، بل يتحقق معنى السلطة التقديرية بالمكنة الممنوحة للقاضي في الموازنة والاختيار.

ويؤاخذ على التعريفين حصر مضمون السلطة التقديرية للقاضي بالجانب الموضوعي دون الاجرائي، والحقيقة – في اعتقادنا – أن النظرة الصحيحة للسلطة التقديرية يجب أن تشمل الجانبين الإجرائي، والموضوعي معا، فكما يتمتع القاضي بسلطة تقديرية من الناحية الموضوعية المتمثلة بوقائع النزاع، ومدى الاقتناع بها، والحلول التي يتبناها إزاءها، فإن له سلطة لا تقل عمّا تقدم عند مباشرة نشاطه الإجرائي في الدعوى منذ رفعها، والسير فيها وحتى حسمها، وخلال هذه المراحل يتمتع القاضي بسلطة تقديرية للقيام بالعديد من الإجراءات على نحو معين، أو عدمه وفق الهدف المباشر من نشاطه، وهو إظهار الحقيقة المراد إثباتها.

ونستنتج من ذلك شمول السلطة التقديرية للقاضي المجالين الإجرائي والموضوعي على حد سواء، وإن استبعاد أحدهما من التعريف يجعله عاجزا عن تحديد مضمونه بشكل كامل، وهو ما وقع فيه التعريفان المتقدمان.

وعرّف البعض السلطة التقديرية للقاضي الإداري أنها: (الالتزام القانوني الذي يفرض الموازنة بين عدة خيارات ممكنة، وصالحة قانونا، لتطبيق أكثرها ملاءمة على الدعوى التي تكون جهة الإدارة طرفا فيها، وتستعمل فيها أساليب القانون العام)[٢].

---

[١] ينظر: د. وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ط١، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠١٥، ص ٨٨.

[٢] د. وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: المصدر السابق، ص ٩٦.

ويحسب للتعريف المتقدم عدم ربطه بين النشاط الذهني والسلطة التقديرية، وإعطاء الأخيرة معناها الحقيقي المتمثل بالموازنة بين عدة بدائل لاختيار أكثرها ملاءمة للدعوى.

إلا أنه يلاحظ عليه ابتدأه التعريف بعبارة "التزام قانوني" ومفاد ذلك التعهد القانوني الواجب الوفاء به، وفي الحقيقة لا يمكن تفهم ورود هذه العبارة ضمن تعريف السلطة التقديرية، فما هو وجه التعهد فيها وما هو أساسه؟ بل على العكس نجد هذه العبارة، ومدلولها قد يتناقض مع حقيقة السلطة التقديرية ما دامت الأخيرة مكنة أو حرية في الاختيار من بين أكثر من بديل متاح أمام القاضي، لذلك فإن عبارة الالتزام القانوني قد يعطي معنى يغاير فحوى السلطة التقديرية، وما تشتمل عليه من الحرية والتمكين في الاختيار بعد الموازنة بين البدائل المتاحة.

ويؤخذ على التعريف خلوه من تحديد مصدر السلطة التقديرية، وهو القانون سواء أكان قد حدد الخيارات على نحو واضح، وأعطى للقاضي حرية الاختيار من بينها، أو ترك له تحديد تلك البدائل والمفاضلة فيما بينها، والقانون بهذا المعنى عنصر مهم من عناصر السلطة التقديرية للقاضي.

وقد أعطى صاحب التعريف خصوصية للقاضي الإداري عند تعريف سلطته التقديرية عن طريق الإشارة إلى الدعوى، وكون الإدارة طرفا فيها مستعملة أساليب القانون العام، والواضح أنه اختار معيار السلطة العامة أساسا لتحديد اختصاص القاضي الإداري بالمنازعة، غير أن هذا المعيار لم يسلم من النقد؛ بسبب صعوبة التفرقة بين أعمال السلطة العامة، وغيرها من تصرفات الإدارة، وإن الأخذ به قد يؤدي إلى نتائج تخالف الواقع، وتقلّص من مساحة اختصاص القضاء الإداري[١]، وكان يكفيه عناء ذلك والابتعاد عن هذا الجدل الاقتصار على مصطلح الدعوى الإدارية من دون تحديد معنى الأخيرة، والدخول في بيان معيار اختصاص القضاء الإداري؛ كونه يخرج عن عناصر تعريف السلطة التقديرية للقاضي الإداري.

وتلافيا للملاحظات المتقدمة يمكن تعريف السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في ممارسة رقابته على دستورية القوانين بأنها: **(حرية يمنحها القانون للقاضي الدستوري سواء أكان في المجال الاجرائي أم الموضوعي من عمله، قوامها الموازنة بين عدة خيارات مشروعة، محددة أو يحددها القاضي، والمفاضلة بينها لاختيار أكثرها ملاءمة لحقيقة تقدير المشرع العادي؛ حماية للدستور).**

سنكتفي هنا بإيضاح التعريف المتقدم بما لا يؤدي إلى التكرار اكتفاءً بما ذكرناه من شرح لتعريف السلطة التقديرية للمشرع العادي.

فالسلطة التقديرية هي مكنة للقاضي الدستوري إما ممنوحة من القانون بشكل صريح عند تحديد البدائل، وترك حرية للقاضي في الاختيار من بينها، أو متروكة عندما لا يضع القانون حلولا معينة بشأن مسألة ما، مما يفتح المجال أمام القاضي الدستوري لإعمال سلطته التقديرية بحصر البدائل – ولو فكريا – والاختيار من بينها، إذا لم يكن هنالك نص يقضي بخلاف ذلك.

---

[١] للمزيد ينظر: د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٨٢.

وبذلك يشمل التعريف المكنة، أو التمكين وهو أحد معاني السلطة، زيادة عن الإشارة إلى مصدر تلك السلطة وهو القانون دائما بمعناه العام الذي يشمل النصوص الدستورية أيضا، إذ يجد القاضي الدستوري فيها سلطة تقديرية، نتيجة ما تتمتع به من مرونة، تتيح له معرفة مدى اتفاق خيار المشرع العادي مع الدستور.

أما عبارة "**سواء أكان في المجال الإجرائي أم الموضوعي**" فالقاضي في الدعوى الدستورية يسعى إلى كشف مركز القانون المشكوك بدستوريته، ويحدد ذلك الإطار الموضوعي للدعوى، وهو لا يستطيع الوصول إلى ذلك إلا باتخاذ عدد من الإجراءات والشكليات وصولا إلى حسم الدعوى، وهذه الإجراءات ترسم الإطار الإجرائي، وفي كلا المجالين يتمتع القاضي الدستوري بسلطة تقديرية تخوله حرية التقدير والاختيار في شكل العمل القضائي، ولذلك شمل التعريف جانبي السلطة التقديرية للقاضي الدستوري على خلاف التعريفات المتقدمة التي اقتصرت على المضمون الموضوعي دون الإجرائي[١].

"**قوامه الموازنة بين عدة خيارات مشروعة محددة أو يحددها القاضي**" تسلط هذه العبارة الضوء على كنه السلطة التقديرية بتمكين القاضي من المقارنة بين الخيارات التي يمكن أن تكون حلا للواقعة، أو الإجراء المراد اتخاذه، وهذه الخيارات إما أن يحددها القانون للقاضي، ويترك له حرية الاختيار من بينها، كما هو الحال في السلطة التقديرية الإجرائية، التي تركها المشرع المصري للمحكمة الدستورية العليا في حسم الدعاوى، والطلبات المعروضة عليها بغير مرافعة، أو بمرافعة شفوية، إذا رأت ضرورة في ذلك[٢].

وفي الجانب الموضوعي قد يبدو أن القاضي الدستوري يمتلك خيارين هما: دستورية تقدير المشرع العادي، وعدم دستوريته، إلا أن تقدير المشرع العادي في حقيقته قد يتضمن مجموعة من الخيارات المتفرعة في كل قضية يمكن أن يثيرها.

فعلى سبيل المثال عندما يحدد المشرع العادي تعويضا معينا بوصفه بديلا عن نزع ملكية الأفراد للمنفعة العامة فإن القاضي الدستوري يملك تجاه هذا التقدير في الأساس خيارين، فهو إما أن يكون هذا التعويض دستوريا، أو غير دستوري، وحتى يتوصل إلى اعتماد أحد هذين الخيارين فإنه يمارس سلطة تقديرية في كل جزئية من الجزئيات التي يثيرها التعويض عن نزع الملكية الخاصة، فهو يتحقق فيما إذا كان ذلك التعويض يشكل تعويضا حقيقيا، أم هو على خلاف ذلك، وإذا تحقق له الخيار الأول انتقل بعد ذلك إلى التأكد من أنه يمثل تعويضا عادلا بحسب ما يتطلبه الدستور، أم لا من ناحية مجازاته لما نُزع من ملكية خاصة، وتاريخ تحديد قيمته، وكيفية الحصول

---

[١] على الرغم من أننا قد عرفنا السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في المجالين الإجرائي والموضوعي، إلا أن بحثنا يقتصر على المجال الموضوعي فقط؛ لأن التعارض التقديري لا يقع إلا عند ممارسة القاضي الدستوري سلطته التقديرية على تقديرات المشرع العادي؛ من أجل التأكد من مدى دستوريتها، أما المجال الإجرائي للسلطة التقديرية، والمتمثل بما يتركه القانون للقاضي الدستوري من حرية في الجوانب الإجرائية والشكلية في الدعوى، فيخرج عن نطاق البحث، ومع ذلك فإنه لا يخرج عن تعريف السلطة التقديرية.

[٢] ينظر: المادة (٤٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

عليه، وفيما إذا كان دفعة واحدة، أم على شكل دفعات، ومدى مقبولية تقسيطه، ومدى معقولية مدة استلامه بالكامل إذا كان على شكل دفعات.

وبذلك يكون تقدير المشرع العادي بشأن التعويض عن نزع الملكية الخاصة قد أثار مجموعة من التقديرات الأساسية، والفرعية أمام القاضي الدستوري حتى يصل إلى إقرار دستورية ذلك التقدير، أو عدم دستوريته عن طريق دراسة الخيارات المطروحة أمامه بشأن كل مسألة يثيرها تقدير المشرع العادي، وتحليل تلك الخيارات، والمفاضلة بينها، والاختيار منها ما يناسب تقدير المشرع العادي وصولا إلى الحكم بدستوريته، أو عدمها.

وقد يرجع تحديد الخيارات للقاضي نفسه في ضوء النزاع المعروض عليه، وفي كلا الحالتين يشترط مشروعية تلك الخيارات.

"**والمفاضلة بينها لاختيار أكثرها ملاءمة لواقع النزاع المعروض عليه**" وتتحدد هنا المرحلة الأخيرة من مراحل إعمال السلطة التقديرية، وهي تتعلق باختيار القاضي لأكثر البدائل ملاءمة للنزاع، فبعد أن أيقن المشرع العادي بعدم إمكانية ضبط كل الفروض التي تعالج الواقع المتحرك بشكل دقيق ترك للقاضي حرية اختيار الحل الأكثر ملاءمة مع كل حالة على حدة، وبذلك يتحقق هدف السلطة التقديرية في أن يزن القاضي بحسب تقديره حالة فحالة حسب خصوصيتها، ويتخذ القرار المناسب لها، وهو ما سعى التعريف إلى ادراجه ضمن عناصره.

"**ابتغاءً للحقيقة**" وتمثل هذه العبارة غاية السلطة التقديرية المقررة للقاضي الدستوري، فالأخيرة لا تمنح إرضاءً لرغبة القاضي بممارسة التقدير تشهيا، أو لتحقيق نزعة من هذا القبيل، بل هي مكنة منظمة قانونا، تستهدف الوصول إلى الحقيقة التي ينشدها الجميع، بما فيهم القاضي الدستوري نفسه، ولذلك لا يصح أن تكون تلك السلطة التقديرية أساسا لإثبات ما يعارض الحقيقة، أو ينافيها.

المطلب الثاني

التمييز بين السلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري

اتضح سابقا أن السلطة التقديرية للمشرع العادي، والقاضي الدستوري هي مكنة يمنحها القانون للتصرف بحسب معطيات كل حالة على حدة، وهي بهذا المعنى تتشابه من حيث المضمون، ومن حيث المصدر، إلا أنه مع ذلك نجد تباينا بينهما، إذا ما نظرنا لإمكانية الرقابة على السلطة التقديرية، وآصالتها، ففي الوقت الذي تخضع سلطة المشرع التقديرية للرقابة، نجد عدم إمكانية ذلك إزاء القاضي الدستوري؛ نتيجة تمتع أحكامه بالبتات.

وبناءً على ذلك سنبيّن أوجه الشبه والاختلاف بين السلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: أوجه الشبه بين السلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري

يمكن القول إن التشابه بين السلطة التقديرية للمشرع العادي، والقاضي الدستوري يكون من ناحية المضمون، ومن ناحية المصدر، وسنبيّن ذلك تباعا:

أولا: من حيث المضمون

لا تختلف السلطة التقديرية من حيث الطبيعة باختلاف المجالات التي يمكن أن تظهر بها، أو باختلاف الهيئات التي تمارسها، بل هي ذات طبيعة واحدة بغض النظر عن مجال ظهورها، ومن يمارسها[١].

ويتحدد مضمون السلطة التقديرية بمكنة اختيار الأكثر ملاءمة للموضوع المعروض من بين بدائل عدة متاحة، وهي بهذا المضمون لا تتمايز بحسب الجهة التي تمارسها، وانما تأخذ معنى موحدا سواء أكان في ميدان عمل المشرع العادي أم القاضي الدستوري.

والسلطة التقديرية تجد مبررات منحها في طبيعة عمل كل سلطة من جهة، ومرونة الواقع، وتطور فروضه من جهة أخرى[٢].

فإذا علمنا أن السلطة التأسيسية تنهض بمهمة وضع القواعد العامة لكيان الدولة، وبعض التفاصيل والجزئيات أحيانا، ويقف دورها في هذا الإطار – مع ميزة علو القواعد التي تضعها على بقية السلطات – فإنها تأخذ بالحسبان جملة من المعطيات، منها وضع قواعد تحكم شؤون المجتمع بشكل أساس، مع بيان حكم الدستور بأكبر قدر ممكن من الأمور التي تعنى الوثيقة الدستورية ببيانها، سواء أكان بشكل حادث، أم متوقع في المستقبل تتطلع السلطة التأسيسية إلى تحقيقه، إلا أن كل جهد – في هذا المجال – يبقى عاجزا عن استيعاب كل شؤون الحياة والتطور الذي يطرأ عليها، وتقنينه بعدد معين من المواد الدستورية.

لذلك نجد الأمر يقتصر على وضع الأسس العامة وبعض الجزئيات، وترك ما عداها للسلطات الأخرى كل في حدود اختصاصه، وإذا كان المشرع العادي أكثر السلطات هيمنة في بيان تفاصيل الأحكام الدستورية ووضعها موضع التطبيق، فإنه يتميز بجملة من الاعتبارات، وبمجموعة من المعطيات والأدوات التي لا يمتلكها المشرع الدستوري التي تجعله قادرا على معالجة شؤون المجتمع المختلفة بمساحة واسعة من التقدير والمرونة.

فالمشرع العادي يملك من الوقت، والعدد، والوسائل الكافية لأداء مهمته في المجتمع على نحو أكثر قربا، وأمضى نجاعة من المشرع الدستوري. فالغالب ليس هنالك مددا زمنية يلتزم المشرع العادي بإصدار القوانين خلالها، مما يتيح له اختيار الوقت الملائم لإصدار القانون، وإن التكوين الجماعي للبرلمانات وأعدادها الكثيرة نسبيا – قياسا بالجمعيات التأسيسية – واعتماد عمل اللجان، له مردوده الإيجابي في الإحاطة بالموضوعات، ومناقشتها بشكل مستفيض.

---

[١] ينظر: محمد مصطفى حسن: السلطة التقديرية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، ١٩٧٤، ص ٨٠. د. ثروت عبد العال احمد: حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٥٥.

[٢] للمزيد بشأن مبررات السلطة التقديرية ينظر: محمد مصطفى حسن: المصدر السابق، ص ٩٨ وما بعدها. د. سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مطبعة أطلس، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢٥ وما بعدها. د. رأفت فودة: مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٤٠ وما بعدها.

وأمام هذه المعطيات يأخذ المشرع الدستوري على عاتقه بيان الأحكام العامة والضوابط الكلية، ويترك للمشرع العادي بيان تلك الأحكام والضوابط بقواعد تفصيلية تكفل لها التطبيق والواقعية.

ومع التسليم بذلك فإن هذه المعطيات نفسها نجدها أمام أنظار المشرع العادي – وإن كانت على نحو أقل – فتأخذ أثرها في القوانين التي يضعها، ويترك فيها سلطة تقديرية للقاضي، حتى يتعامل مع كل حالة على وفق معطياتها الواقعية، وظروفها الخاصة من أجل العدالة والفاعلية في العمل.

ثانيا: من حيث المصدر

تتشابه السلطة التقديرية لكل من المشرع العادي، والقاضي الدستوري من حيث وجود مصدرها، وهذا المصدر يختلف بحسب درجته ضمن سلّم القواعد القانونية، فقد يكون الدستور مصدر السلطة التقديرية للمشرع بتحديد اختصاصاته، وتنظيمها على نحو يسمح له بحرية العمل والاختيار، أو بتعبير آخر فإن النصوص الدستورية التي تتسم بالعموم، وعدم التحديد تمنح المشرع العادي سلطة تقديرية في ممارسة اختصاصه التشريعي.

وينهل القاضي الدستوري سلطته التقديرية من النصوص الدستورية أيضا، إذا كانت تتيح له مكنة التقدير لبيان مدى دستورية تقديرات المشرع العادي. ولذلك كلما زاد عموم النصوص الدستورية، وقل تحديدها، اتسعت السلطة التقديرية للمشرع العادي، وفي الوقت نفسه خضع في ممارستها لرقابة القاضي الدستوري، وهذه الرقابة لا تخلو من السلطة التقديرية نتيجة ما تتصف به النصوص الدستورية من عموم[١].

ويعد القانون مصدرا لسلطة القاضي الدستوري التقديرية في ممارسة عمله، فالكثير من القواعد الدستورية تحتاج إلى مزيد من الإيضاح، والتفصيل بموجب القانون فيحاول المشرع العادي – في سبيل إنجاح مهمته – تغطية أغلب الفروض بنصوص قانونية، إلا أنه يضطر أحيانا إلى ترك مساحة من التقدير للقاضي حتى يحكم الحالات بحسب معطياتها، وبذلك يكون المشرع العادي مصدر السلطة التقديرية للقاضي الدستوري.

إلا أنه ينبغي التمييز هنا بين المجال الموضوعي، والإجرائي للسلطة التقديرية للقاضي الدستوري، إذ يمكن القول إن المجال الموضوعي يجد مصدره – غالبا – في النصوص الدستورية وما تسمح به من مساحة تقدير للمشرع ابتداءً، والقاضي الدستوري أخيرا، في حين يكون القانون المصدر الأساسي للمضمون الإجرائي، عن طريق ما يتركه المشرع العادي من مساحة تقديرية للقاضي الدستوري في اتخاذ إجراء معين، أو قرار ما.

والسؤال الذي يطرح هنا: هل يعد القاضي الدستوري مصدرا لسلطة المشرع التقديرية؟

يرى بعض الفقه[٢] مصدرية القاضي الدستوري لسلطة المشرع التقديرية، وذلك بحسب السياسة القضائية التي ينتهجها، فإذا التزم القاضي الدستوري بسياسة التقييد الذاتي، وتفادى مواجهة المشرع العادي، واحترم خياراته، عن

---

[١] د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط ١، دار الشروق، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٣٥.

[٢] ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم سليم: السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٤٦٠ وما بعدها. د. شادي محمد صلاح عبد البديع: حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٩، ص ١٤٤ وما بعدها.

طريق تفسير النصوص الدستورية على نحو يتفق مع تفسير المشرع العادي، مكتفيا بفحص مدى اتساق الحل الذي اختاره – أي المشرع العادي – مع التفسير المتقدم، فإن القاضي الدستوري في ظل هذه السياسة القضائية يصبح مصدرا لسلطة المشرع التقديرية.

أما إذا كانت السياسة التي يتبناها القاضي الدستوري تتجه نحو تفسير النصوص الدستورية التي تتضمن مبادئ عامة تحمل أكثر من تفسير، على الوجه الذي يقيّد خيارات المشرع العادي، ويحصرها في إطار محدد لتصبح سلطة مقيدة في هذا الشأن، فإنه – أي القاضي الدستوري – يكون مصدرا لتقييد سلطة المشرع العادي[١].

ويمكن التسليم بأن يكون القاضي الدستوري مصدرا لتقييد سلطة المشرع العادي عندما يفسّر النصوص الدستورية على نحو يقيّد خيارات المشرع العادي، ومن باب إلزامية أحكام القاضي الدستوري للمشرع، فإنه يتحتم على الأخير ألا يلجأ إلى الخيار الذي قُضي بعدم دستوريته.

ومع ذلك فإنه يصعب قبول الشق الأول من الرأي المتقدم، المتمثل بمصدرية القاضي الدستوري لسلطة المشرع التقديرية؛ لأن تبني القاضي الدستوري سياسة التقييد الذاتي، وتجنب مواجهة المشرع العادي، واحترام خياراته، نتيجتها الطبيعية بقاء النصوص الدستورية – بما فيها من سلطة تقديرية – على حالها، منتجة حرية المشرع العادي في التعامل مع الحالات على وفق معطياتها.

وبذلك فإن إقرار القاضي الدستوري بصحة تقدير المشرع العادي لا يعني أنه قد غضّ النظر عن المخالفات التي احتواها ذلك التقدير، وانما يندرج عمل المشرع العادي ضمن السلطة التقديرية الممنوحة له من الدستور، وإن تقديراته صحيحة ومتفقة مع النصوص الدستورية، باعتراف القاضي الدستوري، فالأخير يفترض به ألّا يتردد عن إبطال كل تقدير مخالف للدستور، بغض النظر عمّا إذا كانت سلطة المشرع العادي مقيدة أم تقديرية، وبغض النظر أيضا عن السياسة التي ينتهجها القاضي الدستوري سواء أكانت تقييدا ذاتيا أم توسعية على حساب المشرع العادي.

لذلك لا يصح القول إن القاضي الدستوري مصدر لسلطة المشرع التقديرية، بل كل ما هنالك إن القاضي الدستوري عند التزامه بسياسة التقييد الذاتي قد أقرّ – ولم ينشئ – تلك السلطة، وبذلك يكون الدستور مصدرها، والمشرع العادي يكشفها، ويتخذ عمله التشريعي بناءً عليها، والقاضي الدستوري يقر له بذلك.

فالمشرع العادي يضع نصب عينيه – ابتداءً – النص، أو النصوص الدستورية المرتبطة بالموضوع المراد تنظيمه، ويتخذ حلوله التشريعية المناسبة بناءً عليها، فالمشرع العادي هنا أول من يكتشف أن النص الدستوري قد منحه سلطة تقديرية أم مقيدة، وإن كان هذا الأمر يحتاج إلى إقرار القاضي الدستوري في بعض الأحيان، إلا أن ذلك الإقرار لا يجعل من القاضي الدستوري مصدرا لسلطة المشرع التقديرية، وإنما تأييدا منه أن النص الدستوري يتيح للمشرع سلطة تقديرية.

---

[١] د. عبد المجيد إبراهيم سليم: المصدر السابق، ص ٤٦٢.

والقول بخلاف ذلك قد يؤدي بنا إلى نتيجة غير مقبولة؛ لأن الاعتراف بأن القاضي الدستوري مصدر لسلطة المشرع التقديرية، يستلزم بيان طبيعة تلك السلطة قبل تحديد القاضي الدستوري موقفه، وهي – أي سلطة المشرع العادي – تكون على حالتين: فإما أن تكون السلطة في الأساس مقيدة بموجب الدستور، وجعلها القاضي الدستوري تقديرية، وهذا الأمر – في الحقيقة – يصطدم بالدستور، ويغيّر وظيفة القاضي الدستوري من حماية الدستور، وعلو أحكامه إلى انتهاكه، والتشجيع على ذلك.

وإما أن تكون السلطة في أساسها تقديرية، وأقرَّ القاضي الدستوري بذلك، فيكون مصدرها هنا الدستور نفسه لا القاضي الدستوري كما ذهب الرأي المتقدم.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين السلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري

على الرغم من الشبه الحاصل بين السلطة التقديرية لكل من المشرع العادي والقاضي الدستوري، إلا أنهما يختلفان من حيث الخضوع للرقابة، ومن حيث الوجود وسنبيّن ذلك تباعا:

أولا: من حيث الوجود

إذا كانت بعض النصوص الدستورية تمنح قدرا من التقدير للمشرع العادي في تنظيم الحقوق والحريات، وممارسة السلطة، فإن خضوع ذلك التقدير لرقابة القاضي الدستوري يجعل من تلك النصوص أساسا مشتركا للسلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري، إلا أن سلطة الأول تتمتع بميزة العمومية والأصالة، وبذلك فهي تتمايز عمّا يتمتع به القاضي الدستوري من سلطة تقديرية إزاء النص الدستوري نفسه، فالسلطة التقديرية التي ترشح من النصوص الدستورية هي بالأصل للمشرع، ولا تنصرف مباشرة للقاضي الدستوري بشأن مادة التشريع، وانما تكون عرضا بمناسبة الرقابة على تقدير المشرع العادي[١]، ويترتب على ذلك انتفاء السلطة التقديرية للقاضي الدستوري، إذا انتفت نظيرتها الخاصة بالمشرع العادي[٢].

ولذلك ذهب بعض الفقه إلى أن القاضي الدستوري يستمد سلطته الكبيرة على الدعوى الدستورية عن طريق رقابته على السلطة التقديرية للمشرع[٣]، أي بمعنى أن النصوص الدستورية التي تسمح بحرية الاختيار للمشرع العادي تترك للقاضي الدستوري أيضا حرية التقدير في مدى دستورية البديل الذي وقع عليه اختيار المشرع العادي، إلا أن ذلك ينبغي ألّا يصل إلى أن كل سلطة تقديرية للمشرع العادي تقابلها سلطة تقديرية للقاضي الدستوري، إذ

---

[١] وقد عبّر عن ذلك المجلس الدستوري الفرنسي بقوله (إن نص المادة "٦١" من الدستور لا تمنح المجلس الدستوري سلطة عامة في التقييم والتقرير مماثلة لسلطة البرلمان)، قرار المجلس الدستوري الفرنسي المرقم:

CC: 84-176 DC du 25/7/1984.

[٢] ينظر: د. ثروت عبد العال أحمد: حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، مصدر سابق، ص ٦١.

[٣] ينظر: حسين جبر حسين الشويلي: الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون/ الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨، ص ١.

إن التسليم بذلك قد يصادر ما للمشرع من سلطة التقدير، انطلاقا من اختصاصه الأصيل بتشريع القوانين، وإنما يتعلق الأمر بالتأكد من التزام المشرع العادي باختيار بديل لا يخالف الدستور، أما ماعدا ذلك فيبقى متروكا له.

فالسلطة التقديرية تعطي للمشرع العادي حرية المفاضلة، والاختيار من بين البدائل المتاحة أمامه، في حين أنها تسمح للقاضي الدستوري تقدير دستورية ذلك الاختيار، وليس الاختيار نفسه، وإلا أصبح القاضي الدستوري مشرعا، وهذا ما يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات، ويتقاطع مع وظيفة القاضي نفسه.

ويترتب على ذلك نتيجة مفادها عدم جواز أن يحل القاضي الدستوري تقديره محل تقدير المشرع العادي – كما سيتضح لاحقا – بأن يختار الحل المناسب للموضوع محل التنظيم، وأن يريد ما لا يريده المشرع العادي، بل له في هذا الصدد وزن تقديرات المشرع العادي بميزان الدستورية، ومعارضة ما كان منها غير متفق مع الدستور بحسب ما تسمح به نصوصه من سلطة تقديرية للقاضي الدستوري، أو بتعبير آخر فإن مهمته تقتصر على بيان ما لا يملكه المشرع العادي، على وفق تقديره وتفسيره نصوص الدستور[١].

ثانيا: من حيث الرقابة

السلطة التقديرية للمشرع العادي – كأية سلطة أخرى – ليست سلطة مطلقة، بل هي سلطة قانونية تتضمن إمكانية المفاضلة بين بدائل عدة، واختيار البديل المتفق مع الدستور من جهة، والملائم للمصلحة العامة من جهة أخرى، وهي بهذا المعنى امتياز ينبغي إعماله في إطار الدستور، وما يضعه من حدود، وضوابط على عمل المشرع العادي.

وإذا سلّمنا بضرورة إعمال السلطة التقديرية للمشرع في إطار الدستور مع فرضية مشروعية البديل الذي وقع عليه الاختيار، وإن هذه الفرضية تبقى قابلة لإثبات العكس عن طريق الجهة التي منحها الدستور الرقابة على دستورية القوانين، وهي القاضي الدستوري الذي يعمل على التأكد من مدى إعمال المشرع العادي لسلطته التقديرية في حدود الدستور.

وعلى الرغم من الخلاف الفقهي حول مدى جواز الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع إلا أن الرأي الراجح في الفقه، الذي تعززه حقيقة أحكام القاضي الدستوري – وليس قوله – يذهب إلى جواز تلك الرقابة للأسباب الاتية:

١- عمومية النصوص الدستورية المنظمة لاختصاص الرقابة على دستورية القوانين

بالرجوع إلى النصوص الدستورية التي نظمت اختصاص الرقابة على دستورية القوانين نجدها قد وردت بشكل عام من دون تمييز بين سلطة مقيدة تخضع للرقابة، وأخرى تقديرية لا تخضع، ولازم ذلك وجوب أن تكون سلطة المشرع العادي المقيدة، والتقديرية على حد سواء محلا لرقابة القاضي الدستوري لعدم وجود التخصيص هنا.

بل إن خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القاضي الدستوري أكثر لزوما من نظيرتها المقيدة، لما يحمله استعمال المشرع العادي لتلك السلطة من إمكانية مخالفة أحكام الدستور بسبب الحرية الواسعة التي يتمتع بها

---

[١] ينظر: د. أحمد كمال أبو المجد: دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر (الجزء الأول)، مجلة الدستورية، الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد الأول، (يناير)، ٢٠٠٣.

المشرع العادي في ظل سلطته التقديرية، وعمومية بعض الأحكام وسعتها، وتشعب الحقوق، وتعارضها في بعض الأحيان، ومن ثم صعوبة تنظيمها ودقة ذلك التنظيم[١]، الأمر الذي قد يوقع المشرع العادي في دائرة مخالفة الدستور.

٢- أصالة السلطة التقديرية للمشرع

نظرا لطبيعة النصوص الدستورية المتسمة بالعمومية أحيانا كثيرة مقابل تفصيلها في مجالات أقل ترتب على ذلك أن الأصل في سلطة المشرع العادي تقديرية والاستثناء هو التقييد، وإن القول بخروج السلطة التقديرية – التي تمثل الأصل العام في اختصاص المشرع العادي – من رقابة القاضي الدستوري يجافي المنطق، ويخالف الدستور، إذ ليس من المنطق حصر الرقابة على القيود الظاهرة، والمحددة المفروضة على المشرع العادي، في حين تخرج من الرقابة السلطة التقديرية التي تشكّل المجال الأوسع والأكثر رجحانا في فرضية المخالفة الدستورية التي يقوم استعمالها على إعمال الفكر، والنظر، وليس التحديد، والتقييد.

فالمرونة والحرية التي تتركها السلطة التقديرية قد يندفع معها المشرع العادي – بقصد، أو بإهمال – إلى خيارات تتقاطع مع الدستور، مما يستلزم أن ترد تلك السلطة إلى حدودها الدستورية، وضرورة الالتزام بها بواسطة رقابة القاضي الدستوري.

وإن القول المتقدم يخالف الدستور؛ كونه نظّم الرقابة على أعمال المشرع العادي حماية لقواعده وإعلاءً إياها، سواء أكانت في إطار التقييد، أم التقدير لا يجوز أن تخالف الدستور، وإذا سلّمنا بإمكانية مخالفة المشرع العادي للدستور بغض النظر عن سلطته في هذا المجال، لزم الأمر أن تخضع جميع أعماله لرقابة القاضي الدستوري، وهذا ما يحقق غاية المشرع الدستوري في إقرار الرقابة على دستورية القوانين.

والجدير بالذكر أن السلطة التقديرية – كما تقدم – ذات مضمونين زمني وموضوعي، وإن خضوع تلك السلطة لرقابة القاضي الدستوري ينحصر مجاله في المضمون الموضوعي دون الزمني، الذي يعني حرية المشرع العادي في اختيار الوقت المناسب لتشريع القانون، وهي حرية تتضمن الإحجام عن التشريع من دون أن تلزمه أية جهة أخرى ما لم يكن الدستور نفسه قد ألزمه بميعاد، أو ظرف معين.

وفي الحقيقة إن رقابة القاضي الدستوري على الرغم من تطورها إلى رقابة الملاءمة، إلا أنها لم تصل إلى حد الرقابة على ضرورة التشريع، أو عدمها، لذلك تبقى تلك المساحة مفتوحة أمام المشرع العادي من دون معقب عليه.

زيادة على ذلك فإن رقابة القاضي الدستوري هي رقابة إيجابية تجعل من تقديرات المشرع العادي التي اتخذها عند تشريع القانون أساسا للتمحيص، والتعقيب وصولا إلى الحكم بدستورية، أو عدم دستورية تلك التقديرات.

---

[١] ينظر: د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص ١٥٣.

في حين نجد أن المضمون الزمني يغلب عليه الجانب السلبي المتمثل بالإحجام عن تشريع قانون ما بشكل كلي، وهذه السلبية لا تصلح مادة محددة ينزل عليها القاضي الدستوري رقابته لذلك تخرج عن نطاقها.

وفي مقابل إمكانية الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع نجد العكس بخصوص القاضي الدستوري، إذ تخرج سلطته التقديرية من التعقيب والرقابة، ويرجع ذلك إلى أصل عام تتمتع به أحكام القاضي الدستوري – ككل – بصفة البتات، وهي صفة تستلزمها اعتبارات عدة:

أ- خصوصية التقاضي أمام القاضي الدستوري

إذا كان التقاضي في فروع القانون الأخرى – بالأصل العام – على درجتين مما يتيح الطعن بالحكم الصادر من الدرجة الأولى أمام جهة الطعن، فإن القاضي الدستوري يمارس اختصاصه بوصفة أول، وآخر درجة من التقاضي، بحيث لا يمكن الطعن بأحكامه من أية جهة، وأمام أية جهة، لذلك يكون حكم القاضي الدستوري القول الفصل في القضية، ولا يخضع للتعقيب والرقابة.

ب- تعارض جواز الطعن مع اختصاص القاضي الدستوري بالرقابة الدستورية

إن جواز الطعن، وإعادة النظر بأحكام القاضي الدستوري يتنافى مع النصوص الدستورية التي أقرت اختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين، إذ في مثل هذه الحالة سيكون الاختصاص الحقيقي معقودا لجهة الطعن، ما دامت هي من تقرر في الأخير، وبذلك يتراجع دور القاضي الدستوري عما محدد له من اختصاص بموجب النصوص الدستورية[١].

ت- عدم منطقية التعقيب على أحكام القاضي الدستوري

زيادة على ما تقدم فإن جواز الرقابة على أحكام القاضي الدستوري، وسلطته التقديرية، وخصوصا من المشرع العادي يجافي المنطق، إذ إن جواز رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، وإصداره أحكاما غير نهائية بأن تخضع للرقابة من المشرع العادي – الذي يحرص على تأييد خياراته السابقة، ونقض أحكام القاضي الدستوري – يدخلنا في حلقة مفرغة لا مفر منها، ولا دافع لآثارها السلبية، ومن ثم قد نصل إلى نتيجة مفادها استحالة حسم الأمر في ظل التعارض الموجود بين السلطتين، ولا يمكن الخروج من هذا المأزق إلا بوضع حد لهذا الدور عن طريق ترجيح أحدهما، وهو هنا القاضي الدستوري لما يتمتع به من استقلال، وكفاءة، وخبرة تجعله قادرا على حسم الأمر بناءً على أسس موضوعية بعيدة عن المصالح الحزبية الضيقة، أو الشخصية، وبذلك تكون أحكام القاضي الدستوري، وسلطته التقديرية التي استخدمها في إصدار تلك الأحكام غير قابلة للتعقيب والرقابة.

---

[١] د. رفعت عيد سيد: الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٤٧٨.

الفصل الأول

ماهية التعارض التقديري[١]

عند عرض تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري – بإحدى الطرق المحددة لذلك – لا بدَّ من تحقق إحدى النتيجتين – باستثناء حالات عدم قبول الدعوى لأمور شكلية، أو إجرائية – إما الاتفاق مع المشرع العادي في تقديره ورفض الدعوى، أو الاختلاف معه، والحكم بعدم الدستورية.

وإذا كانت النتيجتان المتقدمان تحظيان بالأهمية، فإن الثانية تتميّز عن نظيرتها؛ إذ أن النتيجة الأولى تمثل إعمالا للأصل العام، وتأكيدا لقرينة الدستورية التي يتمتع بها تقدير المشرع العادي، ولذلك فإنها لا تثير إشكالا بقدر ما تثيره النتيجة الثانية، المتمثلة بالاختلاف في التقدير؛ نتيجة التعقيب على السلطة التقديرية للمشرع العادي ممثل الشعب، والتداخل بينهما في نطاق السلطة التقديرية، وليس أخيرا الجزاء المترتب على ذلك الاختلاف، وهو ما يؤدي إلى ما أسميناه بالتعارض التقديري.

وإن النتيجة الثانية تعد خلافا للأصل العام الذي يتمتع به تقدير المشرع العادي من حيث صحته دستوريا، مما يستلزم أن يحظى التعارض التقديري بين المشرع العادي، والقاضي الدستوري بأهمية تتناسب مع أهمية النتائج المترتبة عليه وخطورتها، عن طريق تحديد مفهومه، والشروط اللازمة لتحققه، وكيفية ضمان أن يكون تعارضا موضوعيا ومسببا يستند إلى أسس صحيحة تبرره.

إذ لا يقوم التعارض التقديري إلا بعد تحقق شروطه اللازمة وضماناته المطلوبة؛ حتى يؤدي عمله في حماية الدستور، وعلو أحكامه، وليس انتهاكه من جانب القاضي الدستوري.

فالتعارض التقديري يشترط فيه – قبل كل شيء – أن ينصب على مسألة تقديرية في العمل التشريعي، مما يستبعد من نطاقه السلطة المقيدة؛ لأن المخالفة الناتجة عن ذلك، قد تبدو من الوضوح، أكثر من نظيرتها السلطة التقديرية، التي تتيح حرية اختيار الحل بشكل عام، مما يتسع معه مدلول المخالفة الدستورية، وكيفية تحديدها، وشروطها، وليس أخيرا إثباتها، والتدليل عليها.

زيادة على ذلك فإنه ينبغي عرض تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري بالطرق المحددة؛ من أجل عدم التدخل في عمل المشرع العادي، بشكل يهدد مبدأ الفصل بين السلطات، ويؤثر في العلاقة المطلوبة بين المشرع العادي، والقاضي الدستوري.

---

[١] يعود سبب اختيارنا مصطلح (التعارض التقديري) إلى نطاق البحث المحصور بين مرحلة قيام المشرع العادي بتقديره، وخضوع ذلك التقدير لرقابة القاضي الدستوري، وحصول الاختلاف بينهما بشأنه، ومفاد ما تقدم أن البحث ينصب على دراسة تلك العملية حقيقةً واقعةً متحصلة من اكتمال المراحل المتقدمة، زيادة على ذلك فإن هذا المصطلح لا يخلو من حسنة الاختصار المطلوب في البحث العلمي، ما دام يدل بشكل واضح على المعنى المراد منه، مما يبرر اختياره ابتعادا عن الإطالة المخلة، مقابل استعمال المصطلحات، مع التنبيه على أن مصطلح التعارض التقديري لم يطلق من قبل، إلا أنه في الوقت نفسه لم نجد مصطلحا آخر يستخدمه القضاء، أو الفقه للدلالة على فكرة البحث، لذلك لم يكن أمامنا إلا الاجتهاد باستعمال مصطلح التعارض التقديري، عسى أن نكون قد أصبنا الدقة، ومزيّة الابتكار، وإن لم نكن كذلك فلنا أجر الاجتهاد فحسب.

وينبغي إحاطة التعارض التقديري بضمانات؛ تكفل تقبله من جميع الأطراف، وتجعله صحيحا قائما على أسس تستسيغه، وقواعد تبرره، وصادرا من جهة تتمتع بالموضوعية الحيادية.

وبناءً على ما تقدم سوف نقسّم هذا الفصل على ثلاثة مباحث، يكون المبحث الأول لمفهوم التعارض التقديري، أما المبحث الثاني فنبيّن فيه شروط التعارض التقديري، في حين نخصص المبحث الثالث لضمانات التعارض التقديري.

المبحث الأول

مفهوم التعارض التقديري

يمتلك المشرع العادي سلطة تقديرية في ممارسة عمله التشريعي، وكذلك القاضي عند رقابته على دستورية القوانين، وقد اتضح سابقا أن السلطة التقديرية هي حرية ممنوحة لهاتين الجهتين في أداء عملهما، وهي تمثل مقدمة لنتيجة تتمثل بالتقدير، فالأخير يراد به حصر البدائل التي تعالج مسألة معينة، ودراستها، وتحليلها، والمفاضلة بينها، وأخيرا اختيار أفضلها لتنظيم تلك المسألة، فيما يتعلق بالمشرع العادي، وتحديد مدى دستوريتها فيما يتعلق بالقاضي الدستوري.

والتعارض التقديري في حقيقته هو الاختلاف بين وجهات نظر كل من المشرع العادي، والقاضي الدستوري في مسألة معينة، وحتى تتضح هذه الحقيقة ينبغي تحديد التعريف الاصطلاحي للتعارض التقديري، وقبل ذلك بيان المعنى اللغوي له، وحتى يكتمل المفهوم سنبيّن ذاتية التعارض التقديري من حيث بيان الخصائص التي يتمتع بها، وتمييزه عمّا يشتبه به من المصطلحات، وتفصيل ذلك يكون بتقسيم هذا المبحث على مطلبين نوضح في الأول تعريف التعارض التقديري، في حين نبيّن ذاتية التعارض التقديري في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف التعارض التقديري

يجدر بنا أولا بيان المعنى اللغوي للتعارض التقديري، وبعد ذلك نحدد التعريف الاصطلاحي للتعارض التقديري، وانسجاما مع ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين: يكون الأول لمعنى التعارض التقديري لغة، في حين نخصص الفرع الثاني للتعريف الاصطلاحي للتعارض التقديري.

الفرع الأول: معنى التعارض التقديري لغة

التعارض التقديري مركب وصفي يستلزم تحديد معناه اللغوي بيان أجزائه، فهو متكون من التعارض موصوفا والتقديري صفة له، وسنبينهما على انفراد ونجمع بينهما بعد ذلك؛ لبيان المعنى اللغوي المتحصل منهما معا.

التعارض لغة من (عَرَضَ) وله معانٍ عدة: عارض الشيء بالشيء معارضة، وعارضت كتابي بكتابه، أي قابلته، وفلان يعارضني أي يباريني[١].

---

[١] ابن منظور: لسان العرب، المجلد الخامس، دار المعارف، القاهرة، من دون سنة نشر، ص ٢٨٨٥.

والتعارض مأخوذ من العُرض وهو الناحية، أو الجهة بمعنى جعل الشيء إزاء الشيء الآخر وفي قباله، ويقف كل منهما في وجه الآخر أي جهته وناحيته[١]، والعرضية بهذا المعنى كما قد تكون بملاك التماثل والمباراة بين الشيئين، كأن يأتي بمثل ما أتى به[٢]، فيقال عارض فلان شعر المتنبي أي أنشد مثله، كذلك قد تكون العرضية على نحو التباين والاختلاف بين شيئين، عندئذ يسمى المتقابلان بالمتعارضين.

أما التقدير[٣] لغة فهو من (قَدَر) والقدر القضاء الموفق، ويقال قدّره الله تقديرا، وإذا وافق الشيء شيئا قيل جاء على قدره[٤].

والتقدير على وجوه من المعاني: أحدها التروية، والتفكير في تسوية أمر وتهيئته، والثاني تقديره بعلامات يقطّعه عليها، والثالث أن تنوي أمرا بعقدك تقول: قدّرت أمرا كذا وكذا أي نويته وعقدت عليه، ويقال: قَدْرتُ لأمر كذا أقدر له، وأقدُرُ قدرا إذا نظرت فيه ودبرته، وقايسته، وقَدْرت أي ملكت، وقَدْرت أي وقّتُ، وقدرت عليه الثوب قدرا فانقدر أي جاء على مقداره[٥].

والظاهر من هذه المعاني أن التقدير لغة هو القيام بالشيء بعد التفكير، والتروية، والتدبّر فيه من كل جوانبه قبل اتخاذه، حتى يكون موافقا لما يبتغيه المُقدِّر، وهو بهذا المعنى يعطي مساحة من الحرية في المفاضلة، والاختيار من ناحية الوقت والمضمون.

وحاصل ما تقدم أن التعارض التقديري لغة هو التباين والاختلاف بين جهتين معينتين بشأن تقدير اتخذه كل واحد منهما.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للتعارض التقديري

بالرجوع إلى المصادر المتوفرة تعذر الحصول على تعريف للتعارض التقديري، وإذا كانت بعض المصادر تبيّن الحكم في الدعوى الدستورية[٦]، فإن ذلك لا يصلح أن يكون تعريفا للتعارض التقديري؛ كونه شاملا للاتفاق والاختلاف مع المشرع العادي، مما يجعله غير جامع، ومانع عند وضعه للتعارض التقديري، مما يحتّم علينا

---

[١] د. عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة: منهج التوفيق والترجيح بين مختلف الحديث، ط ١، دار النفائس للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٨، ص ٤٥.

[٢] الخليل ابن أحمد الفراهيدي: كتاب العين، ج٣، ط١، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ١٣٢.

[٣] يراد بالتقدير فلسفيا: تحديد كل مخلوق بحدّه الذي يستحقه من حُسن وقُبح ونفع وضر وغيرهما. ينظر: د. عبد المنعم الحفني: المعجم الشامل لمصطلحات الفلسفة، ط ٣، مكتبة مدبولي، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢١٣.

[٤] الخليل ابن أحمد الفراهيدي: المصدر السابق، ص ٣٦٥.

[٥] ابن منظور: مصدر سابق، المجلد ٥، ص ٣٥٤٧.

[٦] بهذا الصدد ينظر: د. عادل عمر شريف قضاء الدستورية القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، ١٩٨٨، ص ٤٥٢. د. شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ٥٦٥ وما بعدها.

وضع تعريف خاص به من دون الاعتماد على تعريف الحكم في الدعوى الدستورية، آخذين بالحسبان جميع عناصر التعريف فيه ليكون جامعا مانعا.

وبناءً على ما تقدم يمكننا تعريف التعارض التقديري بأنه: **(اختلاف القاضي الدستوري مع المشرع العادي في تقدير مسألة معينة في سبب، أو محل، أو غاية القانون، اختلافا مردّه إلى أحكام الدستور، ومبنيا على أسس موضوعية، ومسببا، يؤول إلى رجحان تقدير القاضي الدستوري، ونفي تقدير المشرع العادي، حماية للنصوص الدستورية، وعلو أحكامها).**

ابتدأ التعريف بمفردة (اختلاف) وهي أحد معاني التعارض لغة – كما اتضح سابقا – وهو بهذا الاستعمال يحقق معنى التعارض المتمثل بالتباين والاختلاف وفق العناصر الآتية:

١- طرفا التعارض

هما القاضي الدستوري والمشرع العادي، والملاحظ أن التعريف جعل مناط الاختلاف بالقاضي الدستوري، وهو أمر ينسجم مع حقائق الأمور وتسلسلها، فالسياق الطبيعي يكون بقيام المشرع العادي بمهمته في تقدير أمر معين، وعند الشك بعدم دستورية ذلك التقدير يعرض على القاضي الدستوري – ضمن شروط معينة – ليتحقق من ذلك الشك، فإذا تيقّن من عدم الدستورية لزمه الاختلاف مع المشرع العادي في ذلك التقدير على أساس مخالفته الدستور، لذلك نجد التعارض بمعناه الطبيعي يتحقق باختلاف القاضي الدستوري مع المشرع العادي.

ولا ينال مما تقدم مخالفة المشرع العادي القاضي الدستوري – استثناء من الأصل العام – في مسألة معينة سبق للأخير أن بيّن رأيه فيها، ويكون ذلك على أحد الاحتمالين الآتيين:

أ- أن يكون تقدير القاضي الدستوري في مقابل تقدير المشرع العادي، ويحصل الاختلاف بينهما في ذلك اختلافا يرجح معه تقدير القاضي الدستوري – بحسب الأصل – إلا أنه قد يُصدر المشرع العادي قانونا آخر يعتمد فيه على تقدير يخالف رأي القاضي الدستوري السابق، فنكون هنا أمام تعارض متتابع.

وتكمن خطورة هذا الاحتمال بالإمعان في مخالفة الدستور، فإذا كان المشرع العادي قد أساء التقدير الأول سهوا من دون قصد على نحو يخالف الدستور، فإن تقديره الثاني ينتفي فيه السهو مقابل العمد، بعد أن بيّن له القاضي الدستوري حدود اختصاصه في تلك المسألة، بما لا يسمح له في اعتماد التقدير السابق.

زيادة على ذلك نجد المشرع العادي قد خالف الدستور في التقدير الثاني من جانبين أولهما: النص، أو النصوص الدستورية المرتبطة بالموضوع محل التقدير، وثانيهما: النص الخاص بفرض إلزامية أحكام القاضي الدستوري للسلطات بما فيها – وأولها – السلطة التشريعية.

ومن ذلك على سبيل المثال قيام المشرع العراقي في قانون جوازات السفر رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٥ بالنص على عدم منح المواطن جواز سفر جديد إلا بعد مضي ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ صدور الحكم عليه بالغرامة، إذا

فَقَدَ، أو أتلف جواز سفره النافذ المفعول لأكثر من مرة[١] على الرغم من أن المحكمة الاتحادية العليا قد قضت – قبل ذلك – بعدم دستورية المادة (١٠/خامسا–ج) من قانون جوازات السفر (الملغى) رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٩؛ لأنها عدّت حرمان من حُكم عليه بالإدانة على وفق الفقرة (أ) من المادة نفسها، من الحصول على جواز السفر، إلا بعد مضي سنة واحدة تبدأ من تاريخ الحكم[٢]، تقديرا يخالف الدستور.

وقد بررت المحكمة عدم الدستورية أن: (الحرمان يعني منع المواطن العراقي من السفر، ... وحيث إن هذا المنع يتعارض مع حرية السفر التي كفلها الدستور في مادته (٤٤/أولا) ولمدة قد يكون خلالها بحاجة إلى سفر لأغراض العلاج، أو الدراسة، أو غيرها رغم أن فعله لا ينطوي على نية إجرامية، أو قصد)[٣].

وبذلك فإن المحكمة الاتحادية العليا قد عارضت المشرع العادي بتقديره الأول المتمثل بحرمان المواطن من الحصول على جواز سفر جديد لمدة سنة واحدة، عقوبةً تبعيةً على فقد، أو إتلاف جواز سفره النافذ، إلا أن المشرع قد عاد وعارض تقدير المحكمة الاتحادية العليا، عندما قرر مرة أخرى حرمان المواطن من الحصول على جواز سفر جديد إلا بعد مضي ثلاثة أشهر.

وبغض النظر عن اختلاف مدة الحرمان فإن علة عدم الدستورية التي حددتها المحكمة الاتحادية العليا متوفرة في تقدير المشرع الثاني؛ كونه يؤدي – أيضا – إلى منع المواطن من السفر محصلةً نهائيةً لعدم الحصول على جواز سفر جديد، وهو ما يتقاطع مع المادة (٤٤/أولا) من الدستور.

وبذلك فإن تقدير المشرع الثاني يعكس العمدية، والقصد في مخالفة الدستور، بعد أن بينت له المحكمة عدم دستورية هذا التقدير سابقا من جانب، وإنه يحقق مخالفة مزدوجة للنصوص الدستورية تتمثل بالمادة (٤٤/أولا) المتعلقة بحرية السفر، والمادة (٩٤) التي فرضت إلزامية قرارات المحكمة الاتحادية العليا للسلطات، وأولها السلطة التشريعية من جانب آخر[٤].

---

[١] نصت المادة (١٠) من قانون جوازات السفر رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٥ على: (ثانيا/ يعاقب بغرامة لا تقل عن (٢٥٠٠٠٠) مئتين وخمسين ألف دينار ولا تزيد على (١٠٠٠٠٠٠) مليون دينار كل من فقد، أو أتلف جواز سفره النافذ المفعول لأكثر من مرة. رابعا/ لا يمنح من صدر بحقه قرار حكم بات بالإدانة استنادا إلى أحكام البند (ثانيا) من هذه المادة جواز سفر جديد إلا بعد مضي ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ صدور الحكم، وللوزير أو من يخوله في الحالات التي يقدرها منحه جواز سفر قبل انتهاء المدة المذكورة).

[٢] نصت المادة (١٠) من قانون جوازات السفر رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٩ على: (خامسا/ أ – يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة من تسبب بإهماله بفقد، أو تلف جواز سفره النافذ المفعول كليا أو جزئيا. ج – لا يمنح جواز سفر جديد لمن صدر عليه حكم بالإدانة وفق الفقرة (أ) من هذا البند إلا بعد مضي سنة واحدة تبدأ من تاريخ صدور الحكم المذكور، ولسكرتير رئيس الجمهورية في الحالات التي يقدرها الموافقة على منحه جواز سفر جديدا قبل انتهاء المدة المذكورة). المنشور الوقائع العراقية بالعدد (٣٧٩٧) في ١٩٩٩/١٠/٢٥.

[٣] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦٥/اتحادية/اعلام/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٦/٢٢).

[٤] ويجدر بالذكر أن المحكمة الاتحادية العليا قد قضت بعدم دستورية المادة (١٠) من قانون جوازات السفر رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٥ بقرارها المرقم (٣/اتحادية/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/٢/٢١).

ب-أن يكون تقدير القاضي الدستوري قد جاء عرضا، وفي سياق بيان حيثيات أحكامه، أو قراراته من دون أن يقابله تقدير سابق من المشرع العادي، وهنا وفي حدود إلزامية الأسباب المرتبطة بمنطوق حكم القاضي الدستوري فإن مخالفة المشرع العادي لذلك التقدير قد يضعه في دائرة المخالفة الدستورية العمدية كما في الحالة السابقة.

٢- محل التعارض

يقع التعارض بين طرفيه المتقدمين على أساس تقدير مسألة معينة تتباين وجهة نظر كل منهما بشأنها، ومقتضى ذلك تحديد دائرة التعارض في موضوع معين عن طريق اتحاد متعلق التقدير وموضوعه بين القاضي الدستوري والمشرع العادي، فلو كان تقدير القاضي الدستوري متعلقا بوجوب التعويض العادل مقابل نزع الملكية الخاصة استنادا إلى الدستور[١]، وكان تقدير المشرع العادي متعلقا بنقل ملكية الأموال العامة بين سلطات الدولة وهيئاتها من دون تعويض عادل، لما حصل بين التقديرين تعارض لاختلاف موضوعهما.

فعلى سبيل المثال النص القانوني الذي ينقل ملكية عقارات من جهة رسمية إلى جهة رسمية أخرى من دون تعويض لا يعد مخالفا الدستور؛ لأنه يرتبط بالملكية العامة، وليس الخاصة، التي قرر لها الدستور حكما تنفرد به عن النوع الآخر – أي الملكية العامة – المتمثل بعدم نزعها إلا لأغراض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل.

وهذا ما قررته المحكمة الاتحادية العليا بقرارها الصادر في ٢٠٢٠/١/٢٧ الذي جاء فيه: (إن نقل عقارات رسمية من اسم جهة رسمية، إلى اسم جهة رسمية أخرى، يعد خيارا تشريعيا، ويدخل ضمن اختصاص مجلس النواب المنصوص عليه بموجب المادة (٦١/أولا) من الدستور، وليس فيه مخالفة دستورية)[٢].

والملاحظ أن مساحة تقدير المشرع العادي أوسع من نظيرتها الخاصة بالقاضي الدستوري – كما اتضح سابقا – إذ تعطي النصوص الدستورية للمشرع بشكل أصيل، وعام سلطة تقديرية في أمور معينة، عن طريق فحص الحلول المتاحة أمامه، ودراستها، وترجيح أفضلها، وأنها تتيح للقاضي الدستوري نطاقا من التقدير – يقل عمّا يتمتع به المشرع العادي – يرتبط بالتحقق من مدى دستورية الحل الذي جاء المشرع العادي عن طريق عرضه على النصوص الدستورية، ومن المنطقي أن يحصل التعارض بينهما إذا كان لكل منهما مساحة من التقدير في الموضوع نفسه.

---

[١] نص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة (٢٣/ثانيا) منه على: (لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون).

[٢] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٥٣/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠٢٠/١/٢٧). بشأن المادة (١٣/أولا) من قانون هيئة التصنيع الحربي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٩ التي نصت على: (يفك ارتباط شركة الصناعات الحربية العامة، والشركة العامة للصناعات النحاسية من وزارة الصناعة والمعادن، وترتبط بالهيئة المؤسسة بموجب أحكام هذا القانون، وتنتقل حقوقها، والتزاماتها، وموجوداتها، وموظفوها إلى الهيئة، وتستثنى من ذلك المجمعات السكنية، وترتبط بالبلديات الواقعة ضمن حدودها). المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٥٦١) في ٢٠١٩/١١/٤.

ويرجع التعارض بين المشرع العادي والقاضي الدستوري إلى عوامل شتى منها: أدوات التقدير، وغاياته، وطبيعة الالتزام الملقى على عاتق كل منهما.

فقد يعتمد المشرع العادي على أداة في التقدير يرى القاضي الدستوري عدم كفايتها لحصول تقدير سليم يتفق مع الدستور.

ومن ذلك قيام المشرع العراقي بتوزيع مقاعد مجلس النواب وفقا للمادة (١٥/ ثانيا) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ الملغى، بين المحافظات على أساس عدد الناخبين المسجلين في انتخابات (٣٠/ كانون الثاني/٢٠٠٥)، وبذلك فقد استخدم المشرع أداة تتمثل بعدد الناخبين المسجلين في سجلات كل محافظة أساسا لتقدير عدد مقاعدها في مجلس النواب.

ولما وجد القاضي الدستوري أن تلك الأداة لا تصلح أن تكون أساسا سليما في توزيع مقاعد مجلس النواب بين المحافظات، فقد عارض المشرع في تقديره أعلاه بسبب الأداة التي استخدمها فيه، إذ ذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى أن الأداة السليمة في تقدير عدد المقاعد النيابية لكل محافظة تتمثل بعدد نفوسها، وليس ناخبيها المسجلين في سجلاتها، بحيث يكون لكل (١٠٠,٠٠٠) نسمة مقعد نيابي استنادا إلى أحكام المادة (٤٩/أولا) من الدستور، وبناءً على ذلك قضت المحكمة بعدم دستورية المادة (١٥/ ثانيا) من القانون أعلاه[١].

وتؤدي غاية التقدير دورا في حدوث التعارض أيضا، فالمشرع العادي قد يرتبط – بحكم تكوينه – بغايات سياسية، أو حزبية، أو غيرها، تدفعه إلى اختيار تقدير معيّن على غيره من البدائل المتاحة[٢]، وفي مقابل ذلك نجد القاضي الدستوري متحررا من تلك الغايات، ولا يسعى إلى إقرارها على حساب الدستور، بل يبقى الأخير غايته المباشرة والنهائية، وهذا ما يدفعه إلى التعارض مع المشرع العادي في تقديره إذا ما تأكد له اصطدامه بالأحكام الدستورية.

فعلى سبيل المثال نجد المشرع العراقي قدّر توزيع الإعانات المالية المقدمة من ميزانية الدولة للأحزاب السياسية، وفق النسب الآتية: (٢٠%) بالتساوي على الأحزاب السياسية المسجلة على وفق أحكام هذا القانون، و (٨٠%) على الأحزاب الممثلة في مجلس النواب وفقا لعدد المقاعد التي حاز عليها مرشحوها في الانتخابات النيابية[٣].

والواضح أن المشرع في التقدير أعلاه كان مدفوعا بغايات خاصة، تقف وراءها الأحزاب السياسية الممثلة في مجلس النواب وقت تشريع القانون، للاستفادة من تلك الإعانات وفقا لتمثيلها النيابي.

وفي مقابل ذلك نرى القاضي الدستوري متحررا من تلك الغايات، لذلك عارضت المحكمة الاتحادية العليا تقدير المشرع في تحديد النسب أعلاه عادّةً إياها (غير عادلة؛ لأن ذلك سيؤدي إلى تركيز السلطة بيد الأحزاب التي

---

[١] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٥/ت/٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/٤/٢٦).

[٢] ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٠٦.

[٣] ينظر: المادة (٤٤/أولا/ ثانيا) من قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٣٨٣) في ٢٠١٥/١٠/١٢.

حصلت على تأييد جماهيري في فترة زمنية من الفترات، وتؤمّن استمرارها بأغلبية مميّزة بأموال الدولة، وهي أموال الشعب، ولا تسمح لغيرها من الأحزاب النامية أن تأخذ دورها في الحياة السياسية المستقبلية، وبالتالي فإن ذلك التوزيع يشكّل مخالفة صريحة لأحكام المادة (١٤) من الدستور (العراقيون متساوون أمام القانون...) والمادة (١٦) منه (تكافؤ الفرص مكفول لجميع العراقيين، وتكفل الدولة اتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك)[١].

وتفرض طبيعة الالتزام الملقى على عاتق المشرع العادي، والقاضي الدستوري أثرها في إحداث التعارض، فالتزام المشرع العادي بالدستور هو التزام ذاتي، في حين أن التزام القاضي الدستوري هو إلزام لغيره، ومن الممكن أن ينسى المشرع العادي، أو يتناسى ذلك الالتزام تحت ضغط أهداف سياسية، أو اجتماعية، أو اقتصادية، يرى ضرورة تحقيقيها، فيخالف الدستور، لذلك نجد الالتزام الذاتي من المشرع العادي باحترام الأحكام الدستورية لا يتحقق على أرض الواقع؛ بسبب تلك الأهداف التي يبتغيها من التشريع، فتأتي اختياراته متعارضة مع الدستور، مما يستلزم أن يكون هنالك إلزام خارجي يعمل على رد تلك المخالفات، وهذا ما يحققه القاضي الدستوري بعمله الرقابي، بعد أن فشل الالتزام الذاتي في تحقيقه.

في حين أن عمل القاضي الدستوري المتمثل في إلزام المشرع العادي بأحكام الدستور، واحترامها، ورد كل مخالفة منه إلى حدودها الدستورية تجعله ينقض كل تقدير يقع في دائرة المخالفة الدستورية.

ولا يقتصر حدوث التعارض التقديري – واقعيا – على المشرع العادي، بل يمكن أن يحدث بسبب القاضي الدستوري نفسه؛ عندما لا تتحقق الضمانات الكافية لاستقلاله، أو حياده في أداء عمله، مما يؤدي به إلى معارضة المشرع العادي في تقديره، ليس على أساس مخالفة الدستور، وإنما بسبب العوامل التي أخلت باستقلال القاضي الدستوري، أو أثرت في حياده.

فعلى سبيل المثال نجد قرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر في ٢٠١٩/٥/٢١[٢] مصداقا لذلك، إذ إن حكمها بعدم دستورية اختصاص مجلس القضاء الأعلى بترشيح أعضاء المحكمة الاتحادية العليا قد لا يجد أساسه في مخالفة تقدير المشرع العادي للدستور، بل قد يرجع في حقيقته إلى عدم حياد المحكمة، وانحرافها؛ بسبب الخلاف – غير المعلن – بين رئاسة المحكمة، ورئاسة مجلس القضاء الأعلى.

وقد حصر التعريف نطاق الاختلاف في التقدير بعنصر السبب، والمحل، والغاية في القانون، مستبعدا عنصري الاختصاص، والشكل والإجراءات؛ لأن المشرع العادي لا يملك فيهما سلطة تقديرية كما سيتضح لاحقا.

٣- مناط التعارض

يعد الدستور الأساس الذي ينبغي أن تبنى عليه تقديرات كل من المشرع العادي والقاضي الدستوري[٣]، فإن اتفقت تلك التقديرات مع الدستور تحقق المطلوب، وفي هذا الصدد أكّدت المحكمة الاتحادية العليا أن (ولايتها

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٣/اتحادية/اعلام/ ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/٩).

[٢] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٣٨/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٥/٢١).

[٣] ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١١٨.

على التشريعات التي تصدرها السلطة التشريعية مقيدة بالأصل الوارد في المادة (٦١/أولا) من الدستور التي قررت أن للسلطة التشريعية (مجلس النواب) سلطة تشريع القوانين، وهذه الولاية لا تنهض، ولا تنبسط على سلطة مجلس النواب مازالت السلطة الأخيرة غير متجاوزة لحدود الدستور في تشريعاتها)[١].

إلا أن المشرع العادي قد يلتزم سياسة تشريعية معينة، تؤدي به إلى مخالفة الدستور، ولذا يلزم معارضة القاضي الدستوري له في ذلك التقدير على أساس الدستور، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا بقرارها السابق بأنه: (إذا انحرفت – أي سلطة مجلس النواب – في ذلك، كان للمحكمة الاتحادية العليا، وبناءً على طلب ذي مصلحة ردّها إلى حدود الدستور، بتقدير عدم دستورية القانون المطعون فيه)[٢].

وإذا كان الدستور مناط التعارض، فلازم ذلك طرح كل القواعد القانونية الأخرى التي لا تنتمي له، أو لا تأخذ مرتبته القانونية من أساس التعارض، بحيث لا يصح للقاضي الدستوري أن يعارض المشرع العادي في تقدير مسألة معينة على أساس القانون، أو التشريعات الفرعية، أو الأنظمة الداخلية.

فالمشرع العادي وإن كان ملزما باحترام القواعد القانونية النافذة امتثالا لمبدأ سيادة القانون[٣]، إلا أن ذلك الالتزام لا يخضع التحلل منه إلى الرقابة الدستورية؛ كون الأخيرة تقتصر على كفالة احترام القواعد الدستورية دون غيرها من القواعد القانونية الأخرى.

وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية في بعض أحكامها، إذ عبّرت عن ذلك أن: (الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورية القوانين واللوائح، مناطها قيام تعارض بين نص قانوني، وحكم في الدستور، ولا شأن لها بالتناقض بين نصين قانونين، سواء جمعهما قانون واحد أم تفرقا بين قانونين مختلفين، أم كان واقعا بين تشريعين من مرتبتين مختلفتين)[٤]، وقد استقرت السياسة القضائية للمحكمة على ذلك من دون تردد.

في حين نجد المحكمة الاتحادية العليا قد صرّحت في بعض قراراتها بتبني هذا الأساس مبينة أن (من اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا الاصيلة، والحصرية البت بدستورية القوانين، وبيان مدى مخالفتها، أو اتفاقها مع أحكام الدستور، ولم يكن من بين اختصاصاتها الحكم بعدم دستورية القانون، لتعارضه مع أحكام قانون

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٥/اتحادية/٢٠٢٠ في ٢٠٢١/٥/٢٦).

[٢] قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي الرقم في أعلاه.

[٣] نصت المادة (١) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ المعدل على: (جمهورية مصر العربية دولة ذات سيادة، موحدة لا تقبل التجزئة، ولا ينزل عن شيء منها، نظامها جمهوري ديمقراطي، يقوم على أساس المواطنة **وسيادة القانون**)، ونصت المادة ٩٤ على: (**سيادة القانون أساس الحكم في الدولة. وتخضع الدولة للقانون**، واستقلال القضاء، وحصانته، وحيدته، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات. في حين نصت المادة (٥) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ على: (**السيادة للقانون**، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها، يمارسها بالاقتراع السري العام المباشر عبر مؤسساته الدستورية).

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٤) لسنة (١٦) دستورية في ١٩٩٦/٦/١٥، المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٥) في ١٩٩٦/٦/٢٧، وأيضا حكمها في القضية المرقمة (٦) لسنة (١٧) دستورية في ١٩٩٦/٥/١٦.

آخر)[١]، إلا أنها عمليا نراها قد أخذت أحيانا منحى آخر، إذ عارضت المشرع العادي في تقديره استنادا إلى قواعد قانونية دون الدستور، لا تصلح أساسا لذلك التعارض.

فعلى سبيل المثال قرارها الصادر في ٢٠٢١/١٠/٢٦، إذ يتضح منه أن المحكمة قد استندت إلى المادتين (٨٩)[٢] و (١٣٠)[٣] من النظام الداخلي لمجلس النواب في الحكم بعدم دستورية المادة (٤٣)[٤] من قانون المرور رقم (٨) لسنة ٢٠١٩، مبينة أن المادة المطعون بها وفقا لمشروع مجلس الوزراء كانت تنص على أيلولة الرسوم والغرامات المرورية إلى خزينة الدولة، إلا أن مجلس النواب قد عدّل صيغتها أثناء مناقشة مشروع القانون وفقا للصيغة التي أقرت بها، بناءً على مقترح لجنة الأمن والدفاع[٥].

وذهبت المحكمة إلى أن ما تقدمت به لجنة الأمن والدفاع من اقتراح لتعديل صيغة المادة (٤٣) لا يندرج ضمن اختصاصاتها الواردة في المادة (٨٩) من النظام الداخلي للمجلس، إذ ليس من بين تلك الاختصاصات ما تضمنه المقترح المتضمن توزيع إيرادات الرسوم، والغرامات المروية وفق نسب معينة، مما يجعل المادة معيبة بعدم الدستورية.

وبذلك يتبين أن المحكمة قد احتجت بعدم ورود مضمون التعديل الذي اقترحته لجنة الأمن والدفاع ضمن اختصاصاتها، للحكم بعدم دستورية المادة (٤٣)، وإذا بدا لأول وهلة أن استنتاج المحكمة سليم، إلا أن تمعنه يقضي بخلافه، إذ من المعلوم أن هذه الاختصاصات واردة في النظام الداخلي لمجلس النواب، ومن ثم لا تعد قيودا دستورية لعرض القانون عليها، وفحص مدى دستوريته بالنسبة لها، وهي بذلك لا تصلح أن تكون أساسا سليما في معارضة المحكمة لتقدير المشرع العادي في تحديد النسب المذكورة لتوزيع الرسوم والغرامات المرورية.

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٢٠/اتحادية/٢٠٢٠ في ٢٠٢١/٦/١٣).

[٢] نصت المادة (٨٩) من النظام الداخلي لمجلس النواب على: (لجنة الأمن والدفاع: تختص هذه اللجنة بما يأتي: أولا: متابعة شؤون أمن الدولة الخارجية. ثانيا: متابعة شؤون الأمن الداخلي ومكافحة الإرهاب والجريمة. ثالثا: متابعة شؤون القوات المسلحة. رابعا: متابعة شؤون جهاز المخابرات. خامسا: اقتراح التشريعات المتعلقة بضباط القوات المسلحة والشرطة وبأفرادها واجهزة الاستخبارات العراقية).

[٣] نصت المادة (١٣٠) من النظام الداخلي لمجلس النواب على: (يجب على اللجنة المالية أن تأخذ رأي مجلس الوزراء في كل اقتراح بتعديل تقترحه اللجنة في الاعتمادات التي تضمنها مشروع الموازنة، ويجب أن تضمن اللجنة تقريرها رأي الحكومة في هذا الشأن ومبرراته، **ويسري هذا الحكم على كل اقتراح بتعديل تتقدم به أية لجنة من لجان المجلس، أو أحد الأعضاء إذا كانت تترتب عليه أعباء مالية**).

[٤] نصت المادة (٤٣) من قانون المرور رقم (٨) لسنة ٢٠١٩ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٥٥٠) في ٢٠١٩/٨/٥، على: (تؤول إيرادات مبالغ الرسوم والغرامات المرورية المنصوص عليها في هذا القانون بنسبة "٥٠%" خمسون بالمائة إلى خزينة الدولة، ويخصص "٢٥%" خمسة وعشرون بالمائة من الإيرادات لتطوير المرور وتأمين مستلزماته،"٢٥%" خمسة وعشرون بالمائة لمديرية الطرق والجسور التابعة للمحافظة

[٥] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٤٢/اتحادية/٢٠٢٠ في ٢٠٢١/١٠/٢٦).

وأخذت المحكمة على المادة (٤٣) عدم أخذ رأي مجلس الوزراء عند تعديل مضمونها استنادا للمادة (١٣٠) من النظام الداخلي للمجلس التي ألزمت أخذ رأي مجلس الوزراء بكل اقتراح بتعديل تتقدم به أية لجنة من لجان المجلس إذا كانت تترتب عليه أعباء مالية.

وفي الحقيقة إن الاستناد إلى (١٣٠) في أعلاه يصطدم بأحد أهم أسس التعارض؛ لأنه مؤسس على النظام الداخلي وليس الدستور، وهو ما يخرج عن نطاق رقابة المحكمة، ولا يصلح محلا للتعارض التقديري بالمعنى المقصود.

وهذا ما أكدته المحكمة نفسها في حكم سابق لها[١] بخصوص المادة (١٣٠) معتبرة أن ما ورد فيها من حكم لا يعد قيدا دستوريا، على الرغم من أن الفاصل الزمني بين الحكمين لم يتجاوز بضعة أشهر.

وخلاصة ما تقدم أن المحكمة الاتحادية العليا قد عارضت المشرع العادي على أساس النظام الداخلي، وليس الدستور، وهذا ما يخالف مناط التعارض، وضوابط اختصاصها بالرقابة، وغاية عملها، مما يجعل تقديرها يخرج عن القواعد الدستورية، وليس حمايتها، عندما قيّدت اختصاص مجلس النواب بتعديل مشروعات القوانين أثناء مناقشتها، على وفق سلطته التقديرية، من دون أساس دستوري سليم وواضح.

٤- ضوابط التعارض

إن اختلاف القاضي الدستوري مع المشرع العادي في التقدير لا يكون بداعي التشهي والرغبة، من دون أسس موضوعية تدعوه إلى ذلك الاختلاف، وإلا وقع القاضي الدستوري نفسه في دائرة المخالفة الدستورية التي وجد من أجل منعها أو ردّها؛ حماية للدستور.

فالتعارض بين المشرع العادي، والقاضي الدستوري ليس صراعا – وينبغي ألّا يكون كذلك – يستهدف فيه كل طرف فرض إرادته على الآخر، بغض النظر عن الأدوات والغايات، وإنما هو اختلاف منظّم على أساس الدستور ولأجله، ووفق أسس موضوعية، ومن دون تلك الأسس يتحول التعارض إلى صراع بين المشرع العادي والقاضي الدستوري، ينتج عنه صدام بين مؤسستين مهمتين في الدولة قد يصعب تدارك آثاره، أو تلافيها، وقد يُذهب – على أقل تقدير – بهيبة هاتين المؤسستين، والاحترام اللازم إياهما.

ومن لوازم تلك الأسس الموضوعية أن يكون التعارض مسببا، فكلما كان التعارض مبنيا على أسس موضوعية كان التسبيب أداة واضحة لبيان تلك الأسس، وبخلافه قد يكون التعارض تحكميا، أو منحازا.

وبناءً على ما تقدم ينبغي أن يكون التعارض مسببا، ومبررا بعبارات واضحة، ومحددة توصل إلى نتائج منطقية ومقبولة له، يثبت القاضي الدستوري عن طريق ذلك التسبيب الأسس الموضوعية التي اعتمد عليها في تعارضه مع تقدير المشرع العادي.

---

[١] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١/اتحادية/ ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٧/٧).

٥- مآل التعارض

تبين لنا سابقا إمكانية حصول التعارض بين المشرع العادي والقاضي الدستوري، وفي ظل هذا الإمكان ينبغي تحديد مآل ذلك التعارض، ولهذا الغرض يمكن أن نضع الفرضيات الآتية توصّلا للحل المناسب:

أ- أرجحية تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري: أي بمعنى العمل بتقدير المشرع العادي، ونفي تقدير القاضي الدستوري في حالة تعارضهما، وهذه الفرضية مرفوضة؛ لتعارضها مع غاية مراجعة تقديرات المشرع العادي، والتعقيب عليها، زيادة على ذلك فإن القبول بهذه الفرضية يجعل من الرقابة أمرا عبثيا ما دامت النتيجة واحدة في الاتفاق والاختلاف، وهي أرجحية تقدير المشرع العادي مما يستلزم إلغاء الرقابة الدستورية، في حين أنها أمر مطلوب، ومنصوص عليه صراحة؛ لتأكيد سمو الدستور وعلو أحكامه.

ب-الجمع بين التقديرين: ويراد بهذه الفرضية العمل بكلا التقديرين المتعارضين، وهذا أمر مستحيل؛ لأن هذين التقديرين ينفي كل منهما الآخر، فكيف يطلب من المعنيين العمل بهما معا في آن واحد، وهما لا يجتمعان في محل واحد؛ كونهما مختلفين.

ت-سقوط كلا التقديرين: ومفاد هذه الفرضية سقوط تقدير المشرع العادي، والقاضي الدستوري معا في حالة تعارضهما، وافتراض وجودهما كعدمه، ومن ثم ينتهي الالتزام بهما معا، وينحل إلى العدم وكأنه غير موجود، وهذه الفرضية هي الأخرى غير مقبولة؛ لأن من نتائجها الفوضى إذا أسقطنا التقديرين معا، وتركنا الموضوع دون حل يتبع، مما يعطّل شؤون الناس، وهذه نتيجة غير مرغوب بها، ولا يعقل أن يتبناها المشرع الدستوري، لذلك تستبعد هذه الفرضية للنتائج الخطيرة المترتبة عليها.

ث-ترجيح تقدير القاضي الدستوري على تقدير المشرع العادي: بعد استبعاد الفرضيات السابقة تبقى لدينا هذه الفرضية، ومفادها ترجيح تقدير القاضي الدستوري، والعمل به مقابل نفي تقدير المشرع العادي للتعارض بينهما.

وهذه الفرضية هي المقبولة لرفع التعارض التقديري، وينبغي الالتزام بها؛ كونها تتفق مع غاية الرقابة الدستورية المتمثلة بحماية الدستور، وبخلافه يكون من العبث إخضاع تقدير المشرع العادي لرقابة القاضي الدستوري من دون ترجيح الأخير في حالة تعارضه مع الأول، وإلا لأنتفت الرقابة، وتعذر تحقيق غايتها من دون ذلك الترجيح.

وهذا يؤكد ما أشرنا إليه مسبقا أن التعارض التقديري مآله الترجيح لصالح القاضي الدستوري، فالتعارض التقديري وإن كان في حقيقته الاختلاف، إلا أنه يعد موردا من موارد الترجيح؛ لاحتواء أحد المتعارضين على مزيّة نابعة من غاية التعارض ترجحه على الآخر، ولذلك نجد الدساتير تنص على إلزامية أحكام القاضي الدستوري للسلطات كافة بما فيهم المشرع العادي.

وفي مقابل ذلك الترجيح، ومن لوازمه انتفاء تقدير المشرع العادي، إلا أن ذلك محكوم بالتنظيم الدستوري فيما إذا كان الانتفاء يقتصر على الإبطال، أم يصل إلى حد الإلغاء، وإن كانت النتيجة واحدة، هي عدم العمل بالنص القانوني المقضي بعدم دستوريته، وهذا ما سنفصّله في محله إن شاء الله.

والجدير بالذكر أن هذا الترجيح لا لسبب يجعل القاضي الدستوري يسمو على المشرع العادي، أو تابع له[١]، بل يبقى للمشرع سلطته ومكانته التمثيلية للشعب، وممارسة اختصاصه التشريعي، وإنما يرتبط ذلك بسمو القواعد الدستورية وعلو أحكامها، على السلطات العامة وأعمالها، وعلى هذا الأساس لا بدَّ من ترجيح تقدير القاضي الدستوري على تقدير المشرع العادي إذا ما تبينت مخالفته الدستور؛ حماية للقواعد الدستورية وعلوها.

٦- غاية التعارض

لا يقبل تعارض القاضي الدستوري مع المشرع العادي، ولا يرجح – كما تقدم – إلا من أجل الدستور، وحماية أحكامه لذلك لا يصح للقاضي الدستوري أن يختلف مع المشرع العادي إلا إذا كانت غايته حماية الشرعية الدستورية، وهي غاية موضوعية يمكن التحقق منها عن طريق الأسس الموضوعية، والتسبيب الذي استند إليه القاضي الدستوري وصولا إلى القطع بأن تقدير المشرع العادي يصطدم بأحد، أو بعض نصوص الدستور، فيلزم رد تلك المخالفة، وإبطالها بمعارضة القاضي الدستوري إياها، حتى يتحقق مبدأ سمو الدستور، وتعلو أحكامه على غيرها من القواعد القانونية.

المطلب الثاني
ذاتية التعارض التقديري

يتمتع التعارض التقديري بخصائص عدة من شأنها أن تميّزه عن غيره من المصطلحات، ولبيان ذلك سنقسّم هذا المطلب على فرعين مستقلين، أولهما لخصائص التعارض التقديري، وثانيهما لتمييزه عمّا يشتبه به.

الفرع الأول: خصائص التعارض التقديري

يشكل التعارض التقديري حالة نسبية من أصل الدعاوى التي ينظرها القاضي الدستوري من جانب، ويعد أمرا نهائيا يحسم المسألة التي حصل بشأنها من جانب آخر، لذلك من خصائص التعارض التقديري النسبية، والنهائية وسنبين هاتين الخصيصتين بشكل مستقل.

أولا: التعارض التقديري نسبي

إن حدوث التعارض التقديري يمثل أمرا نسبيا بالقياس إلى مجموع الدعاوى التي ينظرها القاضي الدستوري، إذ تشكّل حالات التعارض نسبة معينة تقل، أو تكثر بحسب جملة من المعطيات، وهذه المعطيات بمجموعها تكون مبررا إما لحصول التعارض بين تقدير المشرع العادي والقاضي الدستوري، أو نفيه.

فالقاضي الدستوري ليس موجودا بشكل أساس من أجل معارضة المشرع العادي، بل لحماية الدستور، وهذه الحماية لا تتقرر في حالة حصول التعارض فحسب، بل تتحقق أيضا بإقرار تقدير المشرع العادي، كلما كان متوافقا مع الدستور؛ لأن ذلك الإقرار بما يحمله من إنفاذ للنصوص الدستورية عن طريق التشريعات العادية يحقق

---

[١] ينظر: د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٧، ص ١٤٤.

المعنى السلبي لحماية الدستور، مقابل الحماية الإيجابية التي تتحقق بتدخل القاضي الدستوري، وردّ مخالفات المشرع العادي للدستور، وهو ما سميناه التعارض التقديري.

وهذه النسبية التي يتمتع بها التعارض التقديري نجد موجباتها في الآتي:

١- إن التعارض التقديري حاصل نتيجة رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع العادي، وما دامت الأخيرة تغطي مساحة ينحسر فيها التنظيم الدستوري لتناقضهما، فإنه يترتب على ذلك اتساع الخيارات المتاحة للمشرع بسبب انعدام الضوابط المحددة عليه، أو عموميتها.

ومفاد ما تقدم أن رقابة القاضي الدستوري ستكون في مواجهة مسائل لا نجد لها في الدستور قولا فصلا؛ لذلك على القاضي الدستوري هنا ألاّ يذهب إلى معارضة المشرع العادي في تلك المسائل، ما لم تكن هنالك مخالفة دستورية واضحة ومحددة، وبخلاف ذلك لا يصح التعارض منه، ما دام تقدير المشرع العادي لا يخالف الدستور بشكل واضح.

ومن نتائج ذلك تقليص دائرة التعارض التقديري ليشكّل حالة نسبية مقابل اتساع مساحة تبني تقدير المشرع العادي، والاتفاق معه في مسائل يعد الدستور ساكتا عنها، أو ليس فيه ضوابط محددة تصلح أساسا لحدوث التعارض التقديري.

٢- تؤثر السياسة القضائية للقاضي الدستوري في حدوث هذه النسبية، عندما يعتنق سياسة مؤداها عدم التعرّض لبعض تقديرات المشرع العادي بالتعقيب، والمراجعة تطبيقا لنظرية الأعمال السياسية ذات الأصل الإداري، إذ يلاحظ إقرار القاضي الدستوري لتلك النظرية في سياسته القضائية تأسيسا على طبيعة الأعمال السياسية، واتصالها بالنظام السياسي للدولة، أو أن التعقيب عليها يستلزم توفر ضوابط، وعناصر تقدير قد لا تتاح للقاضي الدستوري، مما يبرر استبعادها من دائرة الرقابة الدستورية.

وبغض النظر عن الخلاف الفقهي الحاصل حول مدى جواز استبعاد الأعمال السياسية من رقابة القاضي الدستوري[١]، فإنه عمليا نجد لها تطبيقات في أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية[٢]، محصلتها غير المباشرة تبني القاضي الدستوري لتقدير المشرع العادي، ولو في إطار الأعمال السياسية فحسب؛ لأن الامتناع عن ممارسة

---

[١] للمزيد بشأن هذا الخلاف ينظر: د. سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، ط ٢، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٧٠ وما بعدها. د. محمود رضا أبو قمر: القضاء والواقع السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٣٧١. د. محمود عاطف البنا: الرقابة القضائية على اللوائح الإدارية، من دون ناشر، ١٩٩٧، ص ٢٠٨ وما بعدها. د. يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٧٨.

[٢] إذ ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى (الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تجد أساسها – كأصل عام – في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة له، إلا أنه يرد على هذا الأصل – وفقا لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – استبعاد "الأعمال السياسية " من مجال هذه الرقابة القضائية تأسيسا على أن طبيعة هذه الأعمال تأبى أن تكون محلا لدعوى قضائية). حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٠ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" في ١٩٩٣/٦/١٩). المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٧ تابع) في ١٩٩٣/٧/٨.

الرقابة الدستورية على النصوص القانونية التي يسبغ عليها القاضي الدستوري صفة الأعمال السياسية يؤكد دستورية تلك النصوص، ومن ثم استمرار نفاذها، أي بمعنى استبعاد معارضة المشرع العادي فيها، لنصل في الأخير إلى حقيقة تؤكد نسبية التعارض التقديري.

وفي حدود اطلاعنا على قرارات المحكمة الاتحادية العليا يمكن القول بعدم تطبيقها نظرية الأعمال السياسية في سياستها القضائية، وقد يرجع ذلك إلى مضمون المادة (١٠٠) من الدستور التي نصت على: (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل، أو قرار إداري من الطعن)، ويمكن القول إن هذا النص يستبعد تطبيق نظريتي الأعمال السياسية في مجال القضاء الدستوري، وأعمال السيادة في مجال القضاء الإداري، وفي بقية فروع القانون الأخرى.

ثانيا: التعارض التقديري نهائي

وهذا المعنى ناتج عن ترجيح تقدير القاضي الدستوري، على تقدير المشرع العادي، إذ يكون من لوازم ذلك الترجيح النهائية، إذ لا يستقيم المعنى، ولا تتحقق الفائدة من الترجيح إذا كان مؤقتا، بل لا يمكن تصوّر ذلك التوقيت في الأمر؛ لأنه سيقضي على فكرة الترجيح ولو بعد مدة معينة، لتتحل فكرة الرقابة إلى عارض مؤقت يمكن أن يتلافاه المشرع العادي بالانتظار حتى يعاود مخالفته الدستورية، وهذا ما لا يقبله مبدأ سمو الدستور، والآلية المقررة لكفالته.

ويراد بالنهائية هنا أن يكون التعارض عصيا على المراجعة، وإعادة النظر من أي طرف، ومقتضى ذلك العمل بما قدّره القاضي الدستوري، وترتيب أثره واقعيا على نحو الإلزام من السلطات كافة، بحسب خصوصية كل حكم ومضمونه، حتى يكون معبرا بصورة مطلقة، وحاسمة عن الحقيقة القانونية التي دونها[١].

وتأكيدا لذلك فقد نصَّ الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن: (قرارات المجلس الدستوري، ... ملزمة للسلطات العامة، ولجميع السلطات الإدارية والقضائية)[٢]، ونصَّ الدستور المصري لعام ٢٠١٤ المعدل على إلزام أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا للسلطات كافة[٣]، وأضاف إلى ذلك الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ صفة البتات لقرارات المحكمة الاتحادية العليا[٤]، ولذلك فإن هاتين الصفتين (البتات والالزام) تتفقان على وصف تعارض القاضي الدستوري مع المشرع العادي بالنهائية.

وأما البتات فيرى بعض الفقه[٥] أنه يدور بين معنيين: الأول هو القطعية، أي عدم جواز الطعن بالحكم، أما الثاني فهو النهائية، ويقضي بعدم جواز تغيير مضمون الحكم في المستقبل، إلا أن هذا الرأي الفقهي يذهب إلى

---

[١] ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٣٧.

[٢] المادة (٦٢) من الدستور الفرنسي.

[٣] ينظر: المادة (١٩٥) من الدستور المصري.

[٤] ينظر: المادة (٩٤) من الدستور العراقي.

[٥] ينظر: د. علي هادي عطية الهلالي: النظرية العامة في تفسير الدستور، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ٢٤٣.

أن البتات بشأن قرارات القاضي الدستوري التفسيرية[١] يجب أن يُحمل على المعنى الأول المتمثل بالقطعية، وعدم جواز الطعن بها، وليس على معنى النهائية، وعدم تغيير الحكم[٢].

وإذا كان هذا الرأي الفقهي قد رفض تضمين مصطلح البتات معنى النهائية من أجل المرونة في اتجاهات القاضي الدستوري بما يؤمّن تطوير الدستور، وتحديثه على وفق التطورات الدستورية؛ لأن النهائية تعني عدم التغيير، فإننا نجده في موضع آخر قد ميّز بين تطوير التفسير وتغييره، موضّحا أن التطوير يتمثل بالإضافة التي يمكن أن توسّع نطاق التفسير، أو شموله للفروض المحتملة، أو زيادة مدى استيعابه حالات جديدة. في حين يرى أن التغيير يتحقق باختلاف الحكم، أو استبداله، أو إصدار حكم جديد مناقض للحكم السابق[٣].

ويتبين – مما تقدم – أن الرأي في أعلاه قد وضع حدودا واضحة بين تطوير حكم القاضي الدستوري وتغييره، وبذلك ندرك تماما أن ما ذهب إليه هذا الرأي من رفض لحمل البتات على معنى النهائية ليس لازما، وضروريا للوصول إلى النتيجة التي يبتغيها، المتمثلة بجواز تطوير الحكم.

فإذا كانت النهائية تعني عدم تغيير مضمون الحكم، فإن الرأي المتقدم قد أكّد بما لا يدع مجالا للشك أن التطوير لا يعد تغييرا، ومن ثم لا يدخل ضمن مفهوم النهائية، ولا يشمله بحسب تمييزه المتقدم، وبذلك يصبح تخوّفه من أن يكون إضفاء النهائية على قرارات القاضي الدستوري التفسيرية مانعا يحول دون تطوير اتجاهاته القضائية لا موجب له؛ ما دام التطوير ليس تغييرا، ومن ثم لا يندرج تحت معنى النهائية.

وإذا سلّمنا أن التطوير ليس تغييرا، ولا يتقاطع مع النهائية، فإنه يترتب على ذلك نتيجة مفادها شمول البتات لمعنى النهائية، وبذلك لا يصح للقاضي الدستوري أن يغيّر مضمون قراره – كأصل عام – التزاما بصفة البتات التي تتمتع بها قراراته، إلا أن تلك الصفة – على معنى النهائية – لا تمنعه من تطوير تفسيره؛ ما دام يعني توسعة في أسبابه، أو ظروفه، أو فروضه، وليس تغييرا لمضمونه.

ومحصلة ما تقدم أن تعارض القاضي الدستوري مع المشرع العادي يعد تعارضا نهائيا، إذ لا يصح للقاضي الدستوري نفسه – كأصل عام – أن يغيّر مضمون تقديره على نحو يخالف تقديره السابق الذي عارض فيه المشرع العادي؛ لأن ذلك يخل بصفة البتات التي تتمتع بها قراراته، وما تحمله تلك الصفة من معنى النهائية.

إلا أن تلك النهائية تلزم القاضي الدستوري أن يقيم تعارضه على دعائم تحيطها قوة الإقناع، وإلا صار سهلا اتهامه بأنه يشرّع لنفسه، ليفرض على الآخرين خياراته، وأولوياته السياسية، أو الأيدولوجية، بما يجعله سلطة فوق الدستور، يعدّل من قواعده يوما بعد يوم، وهو ما لا يستقيم[٤].

---

[١] وإذا كان هذا الرأي يضع مضمون كلامه في أعلاه بخصوص قرارات القاضي الدستوري التفسيرية، فإننا نرى شمول ذلك المضمون لقرارات التعارض التقديري؛ لأن تقدير القاضي الدستوري قد يكون على أساس تفسير نصوص الدستور، وإيضاح معناها، مما يجعل تلك الأحكام مندرجة تحت مقصد ذلك الرأي بشأن معنى البتات.

[٢] د. علي هادي عطية الهلالي: المصدر السابق، ص ٢٤٥.

[٣] د. علي هادي عطية الهلالي: المصدر السابق، ص ٢٤٦.

[٤] ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٤٠.

وإذا كان الأصل العام للتعارض التقديري هو النهائية استنادا إلى صفة البتات، فإن ذلك لا يمنع القاضي الدستوري من تحوّل اتجاهاته القضائية؛ لأن التعارض يدور وجودا وعدما مع حماية الدستور[١]، لذلك من الممكن أن يكون تعارض القاضي الدستوري مع المشرع العادي لاحقا لاتفاقه معه، أو سابقا عليه؛ ما دام يصب في مصلحة إعلاء الأحكام الدستورية، وجعلها متماشية مع تطورات المجتمع، مع ضرورة الاحتفاظ بالأصل العام المتمثل بالنهائية، واعتبار التحوّل أمرا استثنائيا منه، وضمن ضوابط معينة.

الفرع الثاني: تمييز التعارض التقديري عن الإحلال بالتقدير

يرى بعض الفقه أن الإحلال بالتقدير يتحقق بمجرد مباشرة القاضي الدستوري لرقابة الملاءمة[٢]، بل يذهب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك بأن القاضي الدستوري بمباشرته تلك الرقابة يكون قد أحلّ نفسه لا محل المشرع العادي فحسب، بل محل المشرع الدستوري كذلك. وفي تلك الحالة فإن القاضي الدستوري لا يعد متعديا حدود المجال القانوني إلى المجال السياسي فحسب، بل يعد متجاوزا مفهوم الرقابة نفسها، فهو في تلك الحالة لا يراقب دستورية قانون وضعه المشرع العادي، بل يقوم بمشاركته في سلطاته، والحلول محله أحيانا، بل والحلول محل المشرع الدستوري نفسه[٣].

والواضح من الرأي في أعلاه الخلط بين الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع العادي، والحلول محله في التقدير، فالرقابة على السلطة التقديرية للمشرع باتت أمرا معترفا به سواء على المستوى الفقهي، أم في مجال التطبيقات القضائية، في حين أن للإحلال بالتقدير معنى مغايرا لرقابة السلطة التقديرية كما سيتضح لاحقا.

فالرقابة على السلطة التقديرية لا تصل حد الحلول محل المشرع العادي؛ لأن تلك الرقابة في حقيقتها تستلزم وجود تقدير من المشرع العادي ابتداءً باختياره لأحد البدائل التي كانت متاحة أمامه عند تشريع القانون، وإذا وقع الاختيار على بديل معين، وعُرض ذلك التقدير على القاضي الدستوري للتحقق من مدى دستوريته، فلا بدَّ للأخير من إعمال وظيفته التي تستهدف حماية الدستور، ولذلك ما عليه إلا أن يحكم بعدم دستورية القانون، عندما يجد اختيار المشرع العادي يصطدم بالدستور، والحكم بالدستورية إذا انتفى له ذلك الاصطدام.

وفي هذه الحدود تنتهي رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، أما الإحلال بالتقدير فلا يقف عند النتيجة التي انتهينا إليها، بل يستمر دور القاضي الدستوري إلى مرحلة، أو مراحل لاحقة في عملية فحص الدستورية وصولا إلى تعديل تقدير المشرع العادي، أو استبداله، محققا بذلك حالة الإحلال بالتقدير.

---

[١] للمزيد بشأن مبررات التحول القضائي وأهميته ينظر: د. عبد الحفيظ علي الشيمي: التحول في أحكام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٩٩ وما بعدها. هديل محمد حسن المياحي: العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة النهرين، ٢٠١٥، ص ٧٤ وما بعدها.

[٢] د. علي السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٧٨، ص ٢٠٣.

[٣] د. علي السيد الباز: المصدر السابق، ص ٢٠٣- ٢٠٤.

وبناءً على ذلك فإن الإحلال بالتقدير على نوعين هما: الإحلال بالتقدير التعديلي، والإحلال بالتقدير الاستبدالي، ولذلك سنميز بين التعارض التقديري، وهذين النوعين كلا على انفراد.

أولا: تمييز التعارض التقديري عن الإحلال بالتقدير التعديلي

يمكن القول إن الإحلال بالتقدير التعديلي يتماشى مع حالة الإغفال التشريعي الجزئي[١]، الذي مفاده قيام المشرع العادي بتنظيم موضوع معين إلا أن ذلك التنظيم لا يصل إلى حدّ الفاعلية اللازمة له من جانب، وعدم تكريس النص الدستوري المرتبط به ذلك التنظيم من جانب آخر.

ومما تقدم يلاحظ أن الإغفال التشريعي الجزئي يستلزم وجود تقدير من المشرع العادي إلا أن ذلك التقدير يتسم بالنقص والقصور عن ضابطي الفاعلية والتكريس المتقدمين.

وإزاء هذا النقص الحاصل في التنظيم التشريعي يبرز دور القاضي الدستوري كجهة رقابية في تحديد مدى دستورية ذلك التنظيم، وإذا كان الأصل أن يقف دور القاضي الدستوري عند حد التعارض التقديري بمعناه المحدد، إلا أنه قد يخطو خطوة للأمام، مفادها إجراء تعديل على ذلك التقدير لتلافي النقص الحاصل فيه متجنبا بذلك الحكم بعدم الدستورية، ليحقق بهذه الخطوة الإحلال بالتقدير التعديلي.

وبناءً ذلك يمكن تحديد مفهوم الإحلال بالتقدير التعديلي بأنه: "**تسوية يجريها القاضي الدستوري، على تقدير المشرع العادي المعيب دستوريا لعدم تنظيم الموضوع بشكل متكامل، بإضافة ما يلزم لذلك التقدير، وجعله متفقا مع الدستور؛ لتلافي الحكم بعدم الدستورية، وإبقاء التشريع نافذا**".

ومن ذلك يمكن تحديد أوجه الشبه، والاختلاف بين التعارض التقديري، والإحلال بالتقدير التعديلي.

١- أوجه الشبه

أ- من حيث ارتباطهما برقابة القاضي الدستوري على دستورية القوانين

إن كلاً من التعارض التقديري، والإحلال بالتقدير التعديلي يمارسهما القاضي الدستوري في عمله، المتمثل بالرقابة على دستورية القوانين؛ لذلك يعد هذا الميدان هو الجامع لكل منهما، والعامل المشترك بينهما.

وإذا كان القاضي الدستوري يمارس العديد من الاختصاصات الأخرى غير الرقابة على دستورية القوانين، إلا أنه يبقى غير قادر على القيام بهذين العملين – أي التعارض والإحلال – عند ممارسة تلك الاختصاصات، فهو إما أن يكون مفسّرا للنصوص الدستورية، أو التشريعات العادية أو كليهما، ويقتصر عندئذ عمله على إيضاح معاني تلك النصوص، وإزالة غموضها، من دون أن يعارضها[٢]، أو يعدل فيها، أو أن يكون قاضي المنازعات،

---

[١] يُعرف الإغفال التشريعي الجزئي بأنه: (قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة في الدستور، على نحو منقوص وقاصر، لا يحيط به من كافة جوانبه التي لا يكتمل التنظيم إلا بها، مما يؤدي إلى عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم، ومخالفة أحد، أو بعض نصوص الدستور). جواهر عادل العبد الرحمن: الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٣٠.

[٢] لا يعطي العمل التفسيري – بحد ذاته – القاضي الدستوري معارضة المشرع العادي في تقديره، فالتفسير هو بيان مضمون التقدير، والنص بشكل عام، سواء أكان دستوريا أم عاديا، إلا أن ذلك لا يعني منعه من ممارسة التصدي لحالات عدم الدستورية،

ومن ثم يعد قاضيا لإنفاذ القانون، لا حكما عليه، وبذلك لا تتيح له تلك الاختصاصات القيام بالتعارض التقديري، أو الإحلال بالتقدير التعديلي، وبذلك يبقى اختصاص الرقابة الدستورية هو مناط التعارض التقديري، والإحلال بالتقديـــر التعديلي.

ب- من حيث استلزامهما وجود تقدير المشرع العادي

أي أنهما ينصبان على تقدير المشرع العادي الذي أفصح عنه مسبقا، وبذلك فإنهما يستلزمان وجود تقدير مسبق حتى يمارسهما القاضي الدستوري عليه، فالتعارض التقديري لا يتحقق ما لم يكن هنالك تقدير من المشرع العادي، واختلاف القاضي الدستوري بشأنه.

أما الإحلال بالتقدير التعديلي فبعد أن بيّنا مفهومه الحقيقي فإنه يكون بعمل إيجابي من القاضي الدستوري على تقدير المشرع العادي، مقتضاه إجراء تعديل على ذلك التقدير بإضافة ما يلزم للنص حتى يحكم بدستوريته، والواضح من ذلك أن هذا التعديل يستلزم بالأصل وجود تقدير مسبق حتى يلحقه.

٢- أوجه الاختلاف

أ- من حيث المساس بمبدأ الفصل بين السلطات

اتضح سابقا أن التعارض التقديري يقتضي وجود تقدير المشرع العادي حتى تنصب عليه رقابة القاضي الدستوري، وإذا كان تقدير المشرع العادي أخص مظاهر السلطة التقديرية له، فإن تلك السلطة بما تعنيه من مكنة، وحرية في الاختيار من بين البدائل المتوافرة، لا تعد سلطة مطلقة، عصية على الرقابة والتعقيب، بل هي سلطة أساسها الدستور، ومن ثم يجب أن يمارسها المشرع العادي على وفق الأحكام الدستورية، ومن أجل التأكد من ذلك الالتزام تخضع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القاضي الدستوري، وإن هذا الخضوع بما يحمله من معنى لمراجعة تقديرات المشرع العادي على وفق الدستور، لا يصطدم بمبدأ الفصل بين السلطات.

فكما أن للمشرع اختصاصات يجد سندها في الدستور، فإن القاضي الدستوري يمارس رقابته بموجب الدستور أيضا، وإن التسليم بعدم إطلاق السلطة التقديرية للمشرع يجيز الرقابة عليها، في ظل فرضية مخالفة المشرع العادي للدستور، مما يقتضي ردّ تلك المخالفة من الجهة التي حددها الدستور لهذه المهمة، وهي القاضي الدستوري.

ولذلك نجد التعارض التقديري نتاجا طبيعيا لمبدأ الفصل بين السلطات ما دام حاصل ممارسة كل جهة لعملها المحدد دستوريا، حتى وإن حصل الاختلاف فيما بين المشرع العادي والقاضي الدستوري، إلا أن ذلك الاختلاف مرجح – عقلا ومنطقا – لصالح القاضي الدستوري حتى تتحقق غاية الرقابة الدستورية، وهذا ما نصت عليه الدساتير بإلزامية أحكام القاضي الدستوري وقراراته، من جانب. وهو يعطي – أي التعارض التقديري – القاضي

التي تلحق النصوص القانونية عند تفسيره لها، طبقا لما هو محدد له من اختصاص في هذا الشأن، عند تحقق شروط إعماله كما سيتضح لاحقا.

الدستوري الحق بعدم مجاراة المشرع العادي في تقديره، ما دام مخالفا الدستور، وهذا ما يؤكد مبدأ الفصل بين السلطات من جانب آخر.

إلا أنه مقابل ذلك وفي ضوء المفهوم المتقدم للإحلال بالتقدير التعديلي فإن إحلال القاضي الدستوري تقديره محل تقدير المشرع العادي، والذهاب إلى أبعد مما أراده، بالتعديل في تقديره على النحو المتقدم، فإن ذلك قد يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات؛ لأنه يشكّل اعتداء على ما يتمتع به المشرع العادي من استقلال في ممارسة سلطته التشريعية، على وفق أحكام الدستور[١].

إلا إن ذلك لا يعني الترخّص للمشرع العادي في مخالفة الدستور، بل يراد به التزام القاضي الدستوري بممارسة رقابته على تقدير المشرع العادي، والحكم عليه بما هو قائم، من دون زيادة على ذلك، وإلا تعذر عليه أن يجد سندا دستوريا في الممارسات اللاحقة على ذلك الاختصاص.

ب- من حيث النتيجة

يمكن القول إن للتعارض التقديري عنصرين هما: اختلاف القاضي الدستوري مع المشرع العادي في تقدير مسألة معينة، ونتيجة هذا الاختلاف هي الحكم بعدم الدستورية الذي يشكل عنصرا ثانيا.

في حين أن عناصر الإحلال بالتقدير التعديلي هي عينها العنصران المتقدمان، يضاف إليها عنصر آخر، يتمثل بإعمال القاضي الدستوري ما يلزم لتلافي الحكم بعدم الدستورية، على وفق تصوره لما يجب أن يكون عليه تقدير المشرع العادي، حتى يمكن عده دستوريا[٢]، عن طريق تعديل تقدير المشرع العادي، واستكمال ما لحق به من نقص.

وبذلك يتضح أن نتيجة التعارض التقديري هي الحكم بعدم دستورية النص محل التقدير، في حين نجد أن الإحلال بالتقدير التعديلي على خلاف ذلك، إذ يؤدي إلى الحكم بالدستورية، فالإحلال يمكن القول إنه وسيلة يستخدمها القاضي الدستوري في تقنياته الرقابية، يهدف بوساطتها تلافي الحكم بعدم الدستورية، والإبقاء على التشريع على وفق الصيغة التي قررها – أي القاضي الدستوري – بعد حلول تقديره في جزئية معينة محل تقدير المشرع العادي.

ومن تطبيقات هذا النوع من الإحلال بالتقدير قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ١٩٧٦/٧/١٥ بشأن القانون المرقم (٥٩- ٢٤٤ في ١٩٥٩/٢/٤) المتعلق بالنظام الأساسي العام لموظفي الخدمة المدنية، الذي نص في المواد (٤/٣/٢) منه على قيام لجنة مشكّلة لإجراء المسابقة بين الموظفين المتقدمين لشغل الوظائف العليا، بفحص ملفات بعض المتقدمين دون الجميع، وبعد الطعن بهذه النصوص لإخلالها بمبدأ المساواة، نجد

---

[١] د. ثروت عبد العال أحمد: حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، مصدر سابق، ص ٢٩.

[٢] ينظر: د. محمد فوزي نويجي: التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١١١.

المجلس الدستوري قد أحلّ نفسه محل المشرع العادي من أجل تلافي الحكم بعدم الدستورية، عن طريق إلزام اللجنة المذكورة في أعلاه بفحص ملفات كل المتسابقين إذا ما قررت فحص ملفات بعضهم[١].

مع الإشارة إلى أن قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية، والمحكمة الاتحادية العليا العراقية – بحسب ما اطلعنا عليه – يخلو من الإحلال بالتقدير التعديلي، إذ الملاحظ على هاتين المحكمتين أنهما لا تسعيان إلى الحلول محل المشرع العادي حتى لو كان لغرض الحكم بدستورية القانون.

إلا أن ذلك لا يعني إحجام المحكمتين عن ممارسة رقابتهما على الإغفال التشريعي الجزئي، بل نجد في أحكامهما ما يؤكد ممارسة تلك الرقابة على ما يمكن أن يوصف إغفالا تشريعيا جزئيا.

ومن ذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦/اتحادية/٢٠١٠) بشأن المادة (١) من القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٩[٢] بتعديل قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ (الملغى) التي حددت في البند (ثالثا) منها عدد مقاعد كوتا الأقليات في مجلس النواب من المقاعد المخصصة للمحافظات، وجعلت في البند (خامسا) منها مقاعد كوتا المسيحيين ضمن دائرة انتخابية واحدة، من دون أن تشمل المكون الصابئي المندائي بهذا الحكم.

وبناءً على ذلك قررت المحكمة (أن القانون، ...، قد اعتبر المقاعد المخصصة من الكوتا للمسيحيين ضمن دائرة انتخابية واحدة، ...، ولم يمنح القانون هذا الحق للطائفة الصابئية المندائية، حينما قصر حق الترشيح والتصويت على بغداد فقط، لذا فإن القانون المذكور قد أخلّ بمبدأ المساواة بين العراقيين)[٣].

وبذلك رأت المحكمة أن تقدير المشرع قد اتسم بالنقص والقصور، عندما قصر حكم الدائرة الانتخابية الواحدة على المكون المسيحي فقط، دون المكون الصابئي المندائي، وبناءً عليه قضت بعدم دستورية حرمان هذا المكون من حكم الدائرة الانتخابية الواحدة[٤].

والملاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا وإن لم تقف عند حد عدم دستورية النقص الحاصل في النص التشريعي محل القرار، وذهبت إلى أبعد من ذلك مقررة بشكل صريح وجوب شمول المكون الصابئي المندائي بحكم الدائرة

---

[١] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 76-67 DC du 15/7/1976.

[٢] المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤١٤٠) في ٢٠٠٩/١٢/٢٨.

[٣] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٣).

[٤] ونلاحظ هنا أن المحكمة الاتحادية العليا لم تعمم حكم عدم الدستورية في أعلاه لبقية المكونات (الأيزيدي والشبكي) على الرغم من دخولهم ضمن التسبيب الذي أوردته لحكمها، بل نراها قد تمسكت بقواعد قانون المرافعات – بشكل حرفي – في حدود التزام طلبات الخصوم، وعدم تجاوزها لأمور أخرى غير واردة فيها، إلا أن ذلك لا ينسجم مع طبيعة الدعوى الدستورية، وكونها دعوى عينية، والحكم الصادر فيها، الذي يتمتع بحُجية مطلقة تجاه الكافة، ولازم ذلك التصدي لحالات عدم الدستورية الأخرى الخاصة بعدم شمول المكون الأيزيدي، والشبكي بحكم الدائرة الانتخابية الواحدة.

الانتخابية[١]، إلا أن ذلك القرار لا يعد مثالا على الإحلال بالتقدير التعديلي؛ كون الأخير يتحقق مع حالة الحكم بدستورية النص بعد إكمال النقص الوارد فيه، في حين نجد المحكمة الاتحادية العليا في هذا القرار قد قضت بعدم دستورية النص، وإن ما ذهبت إليه من اقتراح الحل على السلطة التشريعية يعد من نتائج ذلك القرار ولوازمه، حتى وإن لم تصرح المحكمة به.

وبخصوص المحكمة الدستورية العليا فمن صور ممارستها الرقابة على الإغفال لتشريعي، حكمها الصادر في ٢٠١٩/٣/٢ بشأن المادة (١/٢)[٢] من قانون تنظيم هدم المباني والمنشآت غير الآيلة للسقوط والحفاظ على التراث المعماري رقم (١٤٤) لسنة ٢٠٠٦ التي حظرت الترخيص بالهدم أو الإضافة للمباني والمنشآت ذات الطراز المعماري، وذلك مع عدم الإخلال بما يستحق قانونا من تعويض، إلا أن المحكمة قررت عدم دستورية هذه الفقرة على الرغم من تقريرها للتعويض؛ لأنها لم تتضمن تحديد قواعد، وضوابط تقدير ذلك التعويض[٣]، مما يجعل تنظيم المشرع العادي قاصرا عن تحقيق الفاعلية اللازمة له.

ثانيا: تمييز التعارض التقديري عن الإحلال بالتقدير الاستبدالي

إذا كان القاضي الدستوري في الإحلال بالتقدير التعديلي، يستهدف تلافي الحكم بعدم الدستورية، بوساطة التعديل الذي يجريه في تقدير المشرع العادي، بما يجعله محققا لمتطلبات الدستورية، فإن الإحلال بالتقدير الاستبدالي يكون ذا هدف مزدوج. إذ يبتغي القاضي الدستوري فيه الحكم بعدم دستورية التقدير المخالف للدستور أولا، وإحلال تقديره محل تقدير المشرع العادي في نطاق الجزء المستبعد ثانيا، ليكون النص مطابقا للدستور، وهنا تتحقق الازدواجية في الهدف ليكتمل معنى الإحلال بالتقدير الاستبدالي[٤].

وبذلك يمثّل الإحلال بالتقدير الاستبدالي، الحالة الثانية من الإحلال بالتقدير، الذي يمارسه القاضي الدستوري؛ حماية للدستور، من التقدير الذي يعارضه، عن طريق الحكم بعدم دستوريته، وتلافي الفراغ التشريعي الناتج عن ذلك الحكم، باستبدال التقدير بآخر منه – أي من القاضي الدستوري – يتفق مع الدستور.

---

[١] إذ ورد في قرار المحكمة الاتحادية العليا (واشعار السلطة التشريعية بتشريع نص جديد، ...، باعتبار المقاعد المخصصة من الكوتا للمكون الصابئي المندائي كافة ضمن دائرة انتخابية واحدة)، ينظر: قرارها المرقم (٦/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٣).

[٢] نصت المادة (٢) من قانون تنظيم هدم المباني والمنشآت غير الآيلة للسقوط والحفاظ على التراث المعماري رقم (١٤٤) لسنة ٢٠٠٦ على: (يحظر الترخيص بالهدم، أو الإضافة للمباني، والمنشآت ذات الطراز المعماري المتميز، المرتبطة بالتاريخ القومي، أو بشخصية تاريخية، أو التي تمثل حقبة تاريخية، أو التي تعتبر مزارا سياحيا، وذلك مع عدم الإخلال بما يستحق قانونا من تعويض، ... ويتولى تقدير التعويض المشار إليه في الفقرة الأولى، وعند نزع ملكية المبنى، أو المنشأة لجنة تشكيل بقرار من الوزير المختص بشؤون الإسكان، وفى الحالتين يجوز أن يكون التعويض عينيا بناء على طلب المالك).

[٣] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٣٩ لسنة ٣٩ قضائية "دستورية" في ٢٠١٩/٣/٢) المنشور في الجريدة الرسمة بالعدد (١٠ مكرر "ب") في ٢٠١٩/٣/١١.

[٤] ينظر: د. محمد فوزي نويجي: مصدر سابق، ص ١٣٨ – ١٣٩.

فعندما يعرض تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري للتأكد من مدى دستوريته، ويتضح له أنه يخالف الدستور، فيحكم بعدم الدستورية، وما دام هذا التقدير جزءا من نص معين، فإن الأخير قد يصبح غير صالح للتعبير عن معنى مترابط، فتنشأ ضرورة التدخل لسد هذا الفراغ الناشئ من الحكم المتقدم.

عندئذ يأخذ القاضي الدستوري على عاتقه أمر هذا التدخل، بإحلال تقديره محل التقدير الذي قضى بعدم دستوريته[١]، وبهذا المعنى يتحقق الإحلال بالتقدير الاستبدالي.

ويبدو القاضي الدستوري مدفوعا – للأخذ بهذا النوع من الإحلال – بسد الفراغ التشريعي الموجود في النص، إلا أن هذا الفراغ ليس كما هو الحال بالنسبة للإحلال بالتقدير التعديلي فهما يختلفان من ناحيتين في هذا الشأن:

أولهما: إن الإحلال بالتقدير التعديلي يأتي أداةً مباشرةً لسد الفراغ التشريعي، الناتج عن النقص الذي اعترى النص – محل الرقابة – بالأصل، عن طريق إضافة القاضي الدستوري تقديره للنص المتقدم، في حين أن الفراغ التشريعي الذي يعالجه الإحلال بالتقدير الاستبدالي، لا يعد صفة أصلية في النص، بل هو حالة تبعية للحكم بعدم دستورية الجزء المخالف منه.

ثانيهما: إن مبرر الإحلال بالتقدير التعديلي هو تقدير سلبي كان ينبغي على المشرع العادي أن يضمنه النص، إلا أنه أصدره من دونه[٢].

أما الإحلال بالتقدير الاستبدالي فإنه ينصب على تقدير إيجابي احتواه النص فعلا، إلا أن حكم القاضي الدستوري بعدم دستورية ذلك التقدير، هو الذي أنشأ حالة الفراغ التشريعي.

وبذلك فإن الإحلال بالتقدير الاستبدالي لا يهدف أساسا إلى سد فراغ تشريعي معين أصاب النص، بل يعالج حالة الفراغ الناشئة من الحكم بعدم الدستورية[٣].

وبناءً على ما تقدم يمكن تحديد مفهوم الإحلال بالتقدير الاستبدالي بأنه: **(إحلال القاضي الدستوري تقديره، محل تقدير المشرع العادي، بعد الحكم بعدم دستوريته، لتلافي الفراغ التشريعي الحاصل من الحكم المتقدم، بما يحقق المتطلبات الدستورية).**

وعليه فإن للإحلال التقديري الاستبدالي ثلاثة عناصر، الأول والثاني منها عنصرا التعارض التقديري نفساهما، يضاف إليهما العنصر الثالث الذي مؤداه إحلال تقدير القاضي الدستوري محل تقدير المشرع العادي المقضي بعدم دستوريته.

ومن الأمثلة التي يعزز بها الفقه الكلام المتقدم قرار المحكمة الدستورية الإيطالية المرقم (١٥ في ١٩٦٩/٢/١٧) بشأن الفقرة الثالثة من المادة (٣١٣) من قانون العقوبات الإيطالي، التي نصت على: (يملك وزير العدل السلطة لترخيص مباشرة الدعاوى ضد جنح إهانة المحكمة الدستورية).

---

[١] ينظر: د. محمد فوزي نويجي: مصدر سابق، ص ١٣٩.

[٢] ينظر: د. عيد أحمد الغفلول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣١٧.

[٣] ينظر: د. عيد أحمد الغفلول: المصدر نفسه.

ورأت المحكمة أن هذا الاختصاص المحجوز لوزير العدل، لا يتفق مع الدستور بل يتعارض معه، وبالتحديد مع الوضع الاستقلالي الذي قرره الدستور للمحكمة الدستورية الإيطالية[١]، إلا أنها – أي المحكمة – لم تقف عند هذا الحد، بل ذهبت إلى بيان الحكم الذي يستجيب لذلك الاستقلال، بتقرير اختصاص المحكمة نفسها بالترخيص المتقدم[٢].

وبذلك نلاحظ إن المحكمة الدستورية الإيطالية قد أحلّت تقديرها محل تقدير المشرع العادي، فبعد أن قررت عدم دستورية اختصاص وزير العدل بترخيص مباشرة دعوى إهانة المحكمة، قدرت أنها هي المعنية بذلك الاختصاص؛ نظرا للوضع الاستقلالي الذي تتمتع به في ظل الدستور النافذ، وأن المحكمة بحكم مسؤوليتها في ضمان فاعلية مبدأ الشرعية، وإخضاع أعمال السلطات للدستور، هي من تملك ممارسة رفع الدعاوى الجنائية عن جرائم الإهانة الموجهة إليها[٣].

١- وجها الشبه

أ- إذا كان التعارض والإحلال بالتقدير التعديلي يتشابهان في وجود تقدير للمشرع ينصبان عليه، فإنه يضاف إليهما الإحلال بالتقدير الاستبدالي؛ كونه أيضا يستلزم تقديرا إيجابيا من المشرع العادي في النص محل الطعن، عند ذلك يمكن أن يلجأ القاضي الدستوري إلى وسيلة الإحلال بالتقدير الاستبدالي على وفق العناصر المتقدمة، ابتغاءً لسد الفراغ التشريعي المتأتي من الحكم بعدم دستورية جزء من النص.

ب-يتفقان أيضا في النتيجة إذ قلنا سابقا أن القاضي الدستوري لا يستطيع معارضة المشرع العادي في تقديره، ما لم يكن يستند إلى الدستور، وإن تقدير المشرع العادي لا يمكن حمله على وجه يتفق مع الأحكام الدستورية، أما الإحلال بالتقدير الاستبدالي فهو في حقيقته تعارض تقديري؛ لأنه يستوفي عناصره ويحقق النتيجة المترتبة عليه، وبذلك فهما يتشابهان في هذه الجزئية، وإن كان الإحلال بالتقدير الاستبدالي يعد مرحلة لاحقة للتعارض.

٢- وجها الاختلاف

أ- يقوم التعارض التقديري على أساس مخالفة تقدير المشرع العادي الدستور، ويستهدف ردّ تلك المخالفة بنقضها والحكم بعدم دستوريتها، وهو بذلك يعد من صميم عمل القاضي الدستوري برقابة دستورية القوانين.

وعلى أساس هذه الحدود لعمل القاضي الدستوري، فإن أية مرحلة لاحقة لها تعد خارج اختصاصه المعروف، ومن ثم قد تشكّل تعديا على عمل المشرع العادي المختص بتشريع القوانين، ولذلك يوصف إحلال القاضي الدستوري لتقديره محل تقدير المشرع العادي المخالف للدستور بأنه إحلال بالتقدير، حتى وإن كان تقدير القاضي

---

[١] ينظر: مواد القسم الأول من الباب السادس من الدستور الإيطالي لعام ١٩٤٩، وبالتحديد المواد من (١٣٤ إلى ١٣٧) الخاصة بالمحكمة الدستورية.

Costituzione Italiana 1949: Pubblicazioni del Senato Italiano, 2018.

[٢] ينظر: د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

[٣] ينظر: د. أحمد فتحي سرور: المصدر نفسه.

الدستوري متفقا مع الدستور، ولغرض سد الفراغ التشريعي؛ إذ لا يترخص للقاضي الدستوري حماية الدستور بأدوات غير مقررة له، تصل إلى حد التشريع، ما دام اختصاصه ينحصر في رقابة القوانين على أساس الدستور فحسب، والحكم بما يناسب تلك الرقابة.

ب-وجدنا أن نتيجة التعارض التقديري واحدة، وهي الحكم بعدم دستورية تقدير المشرع العادي، وما يترتب على ذلك الحكم من إلزام وبتات، في حين أن الإحلال بالتقدير الاستبدالي له نتيجة مزدوجة، فهو يحقق أولا النتيجة المتقدمة، ويستهدف ثانيا إنشاء تقدير يكون محلا للتقدير غير الدستوري.

ومن نتائج ذلك أن التعارض التقديري قد يخلّف لنا نصوصا عاجزة عن التطبيق على أرض الواقع، بعد الحكم بعدم دستورية جزء من تلك النصوص، مما يجعل معناها غير مكتمل، أو غير مترابط على نحو يمكن تطبيقها واقعيا[١].

وإزاء ذلك يستلزم – الأصل – تدخل المشرع العادي لتلافي المشكلة التي تواجهها تلك النصوص ومعالجتها على نحو يتكامل معه معناها، وبما يتفق مع حكم القاضي الدستوري.

في حين نجد القاضي الدستوري في الإحلال بالتقدير الاستبدالي – طبقا للأمثلة المتقدمة – قد أحلّ نفسه محل المشرع العادي في تلك المهمة، وعمل على إكمال معنى النص، بعد الحكم بعدم دستورية جزء منه، مما يجعله صالحا للتطبيق في المستقبل من دون انتظار تدخل المشرع العادي، إلا أنه مع تلك الغاية التي يستهدفها القاضي الدستوري، في عمله المتقدم، يبقى توجهه في هذا الشأن خارجا عن الحدود التقليدية لاختصاصه في الرقابة على دستورية القوانين، التي تقف عند الحكم بعدم الدستورية، إذا تأكد له ذلك، عن طريق الفحص الذي يجريه على القانون ومدى اتفاقه مع الدستور، دون أن تسمح له بإحلال تقديره محل التقدير الذي قرر عدم دستوريته، سواء أكان بالتعديل، أم الاستبدال.

المبحث الثاني
شروط التعارض التقديري

يؤثر التعارض التقديري بنحو، أو بآخر في العلاقة بين القاضي الدستوري والمشرع العادي، ولا سيما أنه ينصب على مسائل تعد من أخص مظاهر سلطة المشرع العادي، وهو التقدير التشريعي، وما يتركه من مكنة

---

[١] ومن ذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٣٨/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٥/٢١) الذي قضت فيه بعدم دستورية المادة (٣) من قانونها المرقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ بقدر ما يتعلق منها بصلاحية مجلس القضاء الأعلى بترشيح رئيس، وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا؛ لقناعة المحكمة بمخالفته للمادتين (٩١/ثانيا) و (٩٢) من الدستور، ونتيجة ذلك القرار اختل معنى نص المادة أعلاه، وتعذر تطبيقه على أرض الواقع؛ إذ لا يمكن أن يعيّن رئيس الجمهورية أعضاء المحكمة من دون ترشيح، كما لا يستطيع أن ينفرد بهذه المهمة لوحده؛ نتيجة مركزه المحدد دستوريا. وبذلك تعطّل النص أعلاه، وتعطلت معه المحكمة الاتحادية العليا لمدة تزيد على السنة؛ بعد انتهاء عضوية اثنين من أعضائها، وتعذر سد النقص الحاصل فيها بعد الحكم بعدم دستورية ترشيح مجلس القضاء الأعلى لأعضاء المحكمة، إلى أن تدخل المشرع، وعدّل قانون المحكمة بموجب القانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ ليحدد آلية جديدة لاختيار رئيس المحكمة الاتحادية العليا وأعضائها، مؤمّنا بذلك عودتها للعمل بعد تطبيق الآلية الجديدة في الاختيار.

الاختيار في ظل الرخص الممنوحة إياه دستوريا، لذا يلزم ألّا يعارض القاضي الدستوري المشرع العادي في تقديره إلا عن طريق اتصال قانوني بذلك التقدير، وعليه أن يتيقن بأن تدخله ضرورة تحتمها الطرق التي وصل فيها التقدير إلى ساحته، وأنه لا يمكن حمل تقدير المشرع العادي – بشكل موضوعي – على وجه يجعله يتفق مع الدستور، بأن كانت المخالفة الدستورية على نحو واضح لا شبهة فيها.

وبناءً على ذلك يشترط في التعارض التقديري عرض تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري بالطرق القانونية، وتعذر توافق ذلك التقدير مع الدستور، وسنجعل هذين الشرطين عنوانا لكل مطلب فنبحث في المطلب الأول شرط عرض تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري بالطرق القانونية، ونبيّن في المطلب الثاني شرط عدم إمكانية توافق تقدير المشرع العادي مع الدستور.

المطلب الأول

عرض تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري بالطرق القانونية

تختلف طرق عرض تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري باختلاف طبيعة الرقابة المعتمدة من جانب، وبمدى إشراك الأفراد في حماية حقوقهم، والدفاع عن الشرعية الدستورية من جانب آخر، ولبيان ذلك سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع: الأول طرق عرض تقدير المشرع العادي على المجلس الدستوري، والفرع الثاني طرق عرض تقدير المشرع العادي على المحكمة الدستورية العليا، والفرع الثالث طرق عرض تقدير المشرع العادي على المحكمة الاتحادية العليا.

الفرع الأول: طرق عرض تقدير المشرع العادي على المجلس الدستوري

اتسمت طرق عرض تقدير المشرع العادي على المجلس الدستوري بالتطور اللافت، وباتجاه التوسع على المستويين الأفقي والعمودي، إذ ابتدأت عام ١٩٥٨ بطريقة العرض السابقة، وانتهت عام ٢٠٠٨ بطريقة العرض اللاحقة.

فعلى المستوى العمودي شهدت طريقة العرض السابقة عام ١٩٧٤ توسعا، تمثل بمنح بعض أعضاء الجمعية الوطنية، ومجلس الشيوخ حق عرض تقدير المشرع العادي على المجلس الدستوري[١]، في حين توسعت طرق العرض أفقيا عندما تبنى الدستور الفرنسي عند تعديله عام ٢٠٠٨ الرقابة اللاحقة.

وبناءً على ذلك توجد طريقتان لعرض تقدير المشرع على المجلس الدستوري، على أساس الوقت اللازم لذلك هما الطريق الطريقة السابقة، والطريقة اللاحقة، زيادة على التصدي، وسنبيّن هاتين الطريقتين تباعا:

أولا: طريقة العرض السابقة على نفاذ القانون

طريقة العرض السابقة إما أن تكون وجوبية، أو اختيارية، ويختلف هذان النوعان من ناحية محل العرض، وكيفيته.

---

[١] ينظر: هنري روسيون: المجلس الدستوري، ترجمة: د. محمد وطفه، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١، ص ٢٩.

١- طريقة العرض السابقة الوجوبية

تُعرض القوانين الأساسية، ومقترحات القوانين بموجب المادة (١١) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، بشكل وجوبي على المجلس الدستوري؛ بهدف النظر في مدى دستوريتها[١]، وذلك من دون طلب، أو طعن من جهة معينة[٢].

وتتميز القوانين الأساسية بأهمية موضوعاتها؛ كونها تكمل النصوص الدستورية من جانب، وتختلف إجراءات وأشكال إقرارها من جانب آخر، وهي محددة دستوريا على سبيل الحصر[٣].

أما مقترحات القوانين بموجب المادة (١١) من الدستور فهي ما يصطلح عليه بالقوانين الاستفتائية. إذ أجاز الدستور لرئيس الجمهورية بناءً على اقتراح من الحكومة خلال مدة دورة البرلمان، أو بناءً على اقتراح مشترك بين المجلسين، أن يعرض على الاستفتاء أي مشروع قانون يتضمن تنظيم السلطات العامة، أو الاصلاحات المتعلقة بالسياسة الاقتصادية، أو الاجتماعية، أو البيئية للأمة، وبالمرافق العامة التي تسهم في ذلك، أو يهدف إلى الترخيص بالتصديق على معاهدة قد ترتب آثارا على سير المؤسسات، من دون أن تكون متعارضة مع الدستور[٤].

ولم يخضع المجلس الدستوري هذه القوانين قبل عام ٢٠٠٨ لرقابته إذ رفض مراقبة تلك القوانين بحجة اقتصار رقابته على القوانين التي يوسع البرلمان في وضعها زيادة على أن تلك القوانين الاستفتائية تمثل تعبيرا مباشرا للأمة[٥]. إلا أن التعديل الدستوري لعام ٢٠٠٨ قد شمل هذه القوانين برقابة المجلس الدستوري[٦].

وقد حدد الدستور وقت عرض القوانين الأساسية بالمدة المحددة لإصدار القوانين وهي خمسة عشر يوما من تاريخ اعتمادها من البرلمان. أما إحالتها فقد نصت المادة (١/١٧) من قانون المجلس الدستوري، على أن يحيل رئيس الوزراء القوانين الأساسية، وما يفهم من ذلك أن الإحالة وجوبية، من دون أن تسمح لرئيس الوزراء بأي سلطة تقديرية[٧].

---

[١] ينظر: المادة (٦١) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

[٢] ينظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب: رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٢٦.

[٣] للمزيد ينظر: د. عمرو أحمد حسبو: القوانين الأساسية المكملة للدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٧ وما بعدها.

[٤] ينظر: المادة (١١) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

[٥] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 62-20 DC du 6/11/1962.

[٦] ينظر: المادة (٦١) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

[٧] ينظر: د. صلاح الدين فوزي محمد: المجلس الدستوري الفرنسي، ط٢، دار النهضة العربية، القاهر، ٢٠١٣، ص ١٠٣ – ١٠٤.

أما مقترحات القوانين فيكون وقت عرضها على المجلس الدستوري قبل طرحها على الاستفتاء الشعبي[١]؛ من أجل إزالة أية مخالفة دستورية قد تلحقها، قبل أن تعتمد بموافقة الشعب عليها.

٢- طريقة العرض السابقة الاختيارية

حدد الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ عند صدوره الجهات التي يحق لها عرض القوانين العادية على المجلس الدستوري وهي: رئيس الجمهورية، ورئيس الوزراء، ورئيس الجمعية الوطنية، وأخيرا رئيس مجلس الشيوخ.

وقد شكّل التحديد المتقدم تحديا كبيرا لرقابة المجلس الدستوري، في ظل إمكانية الانتماء السياسي الواحد للجهات المذكورة، وهو ما انعكس فعلا على قلة طلبات النظر بدستورية القوانين العادية، إذ شهدت المدة ما بين ١٩٥٨ و١٩٧٣ تسعة طلبات فقط، على الرغم من الأهمية السياسية للمدة المذكورة، التي شهدت استكمال البناء القانوني للنظام الدستوري الجديد[٢].

ولعل ذلك كان دافعا قويا نحو التعديل الدستوري الذي حصل في عام ١٩٧٤، الذي أعطى لستين نائبا في الجمعية الوطنية، وستين عضوا في مجلس الشيوخ، الطلب من المجلس الدستوري النظر في دستورية القوانين العادية.

وفيما يتعلق بالتنظيم القانوني لهذه الطريقة فإنه ينبغي على الجهات المحددة، أن تقدم طلب النظر في دستورية القوانين العادية خلال المدة المحددة لإصدار القانون، وهي طبقا للمادة (١٠) من الدستور (١٥) يوما من تاريخ إرسال القانون بعد إقراره من البرلمان.

وبشأن طلبات الأعضاء في الجمعية الوطنية، ومجلس الشيوخ، فلا يشترط فيها أن تكون مجتمعة، بل تقبل الطلبات الموقعة بشكل منفرد، ما دامت قد وصلت إلى العدد المطلوب[٣].

ثانيا: طريقة العرض اللاحقة لنفاذ القانون

جرت أكثر من محاولة لتعديل الدستور الفرنسي؛ من أجل توسيع طرق عرض القانون على المجلس الدستوري والسماح للأفراد في ذلك، إلا أن تلك النتيجة لم تحقق إلا في تعديل عام ٢٠٠٨ بعد أن سمح الدستور للأفراد بالطعن أمام المجلس الدستوري[٤].

وطبقا للمادة (٦١-١) المضافة بموجب التعديل الدستور المتقدم، وأحكام الفصل الثاني مكرر المضاف أيضا لقانون المجلس الدستوري بعنوان (المسألة الدستورية ذات الأولوية)، فإنه يشترط لهذه الطريقة أربعة شروط هي: دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم، ودفع بعدم دستورية حكم تشريعي ينتهك أحد الحقوق والحريات الواردة في

---

[١] ينظر: المادة (٦١) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

[٢] ينظر: هنري روسيون: مصدر سابق، ص ٣١. د. صلاح الدين فوزي: المصدر السابق، ص ٧٩.

[٣] ينظر: المادة (١/١٨) من قانون المجلس الدستوري رقم (٥٨-١٠٦٧) لسنة ١٩٥٨.

[٤] للمزيد ينظر: د. عيد أحمد الغفلول: الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٩٠ وما بعدها.

الدستور، وإحالة محكمة النزاع المسألة الدستورية ذات الأولوية إلى مجلس الدولة، أو محكمة النقض، وأخيرا عرض مجلس الدولة، أو محكمة النقض المسألة الدستورية ذات الأولوية على المجلس الدستوري، وسنبيّن هذه الشروط تباعا:

١- دعوى منظورة امام إحدى المحاكم

على الرغم من أن التعديل الدستوري لعام ٢٠٠٨ قد منح الأفراد حق تحريك الرقابة الدستورية أمام المجلس الدستوري، إلا أنه لم يقرر ذلك إلا في حالة وجود دعوى منظورة من إحدى المحاكم.

والمحاكم المشمولة بتقديم الدفع بعدم الدستورية أمامها هي: المحاكم التابعة لمجلس الدولة، أو لمحكمة النقض، ويشمل ذلك أيضا الجهتين الأخيرتين[١]. ويجوز تقديم الدفع في أية مرحلة من مراحل الدعوى، حتى في مرحلة الاستئناف[٢].

ويستثنى من إثارة الدفع بعدم الدستورية بعض المحاكم؛ إما لأنها غير تابعة لمجلس الدولة، أو محكمة النقض، أو لعدم إمكانية نظرها في مسائل تُنتهك فيها الحقوق، والحريات الواردة في الدستور، مثل: محكمة التنازع، والمحكمة العليا، ومحكمة الجنايات عندما تنظر في القضية بأول درجة، ومحاكم الهيئات التحكيمية، والهيئات الإدارية المستقلة[٣].

٢- دفع بعدم دستورية حكم تشريعي ينتهك أحد الحقوق والحريات الواردة في الدستور

اشترط قانون المجلس الدستوري تقديم الدفع بعدم الدستورية بمذكرة مكتوبة، ومسببة، ومنفصلة عن الدعوى الأصلية[٤].

وفيما يتعلق بمضمون الدفع فلا بدَّ أن يرتبط بحكم تشريعي ينتهك أحد الحقوق، والحريات الواردة في الدستور، ومفاد ذلك أن حق الأفراد في تحريك الرقابة الدستورية أمام المجلس الدستوري محدود من ناحية النصوص الدستورية المدعى بمخالفتها، لحد لا تصلح معه جميع القواعد الدستورية لإبداء الدفع، وإنما يقتصر نطاق هذا الحق على النصوص الدستورية المنظِمة للحقوق، والحريات فقط.

وتشمل هذه النصوص الحقوق والحريات الأساسية التقليدية كالحرية الفردية، ومبدأ المساواة، والحق في الحياة وحرية التنقل. والمبادئ الأساسية للقانون الجنائي كقانونية الجرائم والعقوبات، والتناسب بين الجريمة والعقوبة،

---

[١] ينظر: المادة (٢٣-٥/٢) من قانون المجلس الدستوري رقم (٥٨-١٠٦٧) لسنة ١٩٥٨.

[٢] ينظر: المادة (٢٣-١) من قانون المجلس الدستوري رقم (٥٨-١٠٦٧) لسنة ١٩٥٨.

[٣] للمزيد ينظر: وائل محمد الشوادفي محمد: الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين بفرنسا، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة المنوفية، ٢٠١٩، ص ٧٨ وما بعدها.

[٤] ينظر: المادة (٢٣-١/٥) من قانون المجلس الدستوري رقم (٥٨-١٠٦٧) لسنة ١٩٥٨.

وشخصية العقوبة. والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية كحق العمل، والإضراب، والحق في الرعاية الصحية[١].

٣- إحالة محكمة النزاع المسألة الدستورية ذات الأولوية إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض

أعطى قانون المجلس الدستوري محكمة النزاع سلطة مهمة في نظر المسألة الدستورية ذات الأولوية؛ للتأكد من ثلاثة شروط هي:

- إمكانية تطبيق النص المطعون فيه على النزاع، أو الإجراء، أو أنه يشكل أساس للدعوى المنظورة.
- عدم صدور قرار سابق من المجلس الدستوري بدستورية النص المطعون، فيه ما لم تتغير الظروف.
- جدية الدفع.

وبعد تحقق محكمة النزاع من توافر الشروط المتقدمة، تتخذ قرارا مسببا بإحالة المسألة الدستورية ذات الأولوية إلى مجلس الدولة، أو محكمة النقض، على أن تكون الإحالة خلال ثمانية أيام من تاريخ اتخاذ القرار، على أن يرفق به ملخصات الخصوم، واستنتاجاتهم.

ولا يخضع قرار محكمة النزاع بإحالة المسألة الدستورية ذات الأولوية إلى مجلس الدولة، أو محكمة النقض للطعن استئنافا، أما قرار رفض الإحالة فلا يجوز الطعن به انفرادا، بل عند الطعن استئنافا بالحكم الصادر بحسم النزاع كلا أو جزءا منه[٢].

وعند إحالة المسألة الدستورية ذات الأولوية لمجلس الدولة، أو محكمة النقض تؤجل محكمة النزاع حسم الدعوى الأصلية، حتى يتم إشعارها بقرار مجلس الدولة، أو محكمة النقض، أو المجلس الدستوري عند رفع المسألة الدستورية له، ما لم يتعلق الأمر بحرمان الفرد من حريته، أو أن تكون المحكمة ملزمة بحسم الدعوى خلال مدة محددة[٣].

٤- عرض مجلس الدولة أو محكمة النقض المسألة الدستورية ذات الأولوية على المجلس الدستوري

يعد مجلس الدولة، ومحكمة النقض جهات تصفية للإحالات المقدمة من محاكم النزاع[٤]؛ للتأكد من مدى تحقق الشروط المتقدمة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلام الإحالة، وعند إقرارها باستيفاء الشروط اللازمة، فإنها تحيل المسألة الدستورية ذات الأولوية للمجلس الدستوري، بقرار مسبب مع ملخصات الخصوم واستنتاجاتهم، للفصل فيها طبقا لاختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين.

---

[١] ينظر: وائل محمد الشوادفي محمد: المصدر السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

[٢] ينظر: المادة (٢٣-٦/٢) من قانون المجلس الدستوري رقم (٥٨-١٠٦٧) لسنة ١٩٥٨.

[٣] ينظر: المادة (٢٣-٣) من قانون المجلس الدستوري رقم (٥٨-١٠٦٧) لسنة ١٩٥٨.

[٤] ينظر:

Nicolas Bonnal: Propos Introductif – La QPC, 10 ans de jurisprudence, Conseil Constitutionnel «Titre Vii» 2020/Octobre hors série, p 207.

ثالثا: تصدي المجلس الدستوري

يمارس المجلس الدستوري رقابته على تقدير المشرع العادي من تلقاء نفسه عن طريق التصدي لأحد النصوص القانونية، على الرغم من عدم وجود نص صريح يسمح له بذلك، مما جعله محلا لانتقاد بعض الفقه الفرنسي؛ كونه سيقضي بأكثر مما مطلوب منه[١].

وبغض النظر عن ذلك فإن تصدي المجلس الدستوري بالمعنى الخاص، يجد له مجالا محدودا، إذ يستبعد منه الرقابة الوجوبية؛ لأنها تنصب على نصوص القانون الأساسي بأكمله، ومن ثم لا يمكن إصداره ما لم يقرر المجلس الدستوري مطابقة جميع نصوصه مع الدستور.

ويستبعد من مجال التصدي أيضا النصوص القانونية التي ترتبط بالنص المعروض على المجلس الدستوري ارتباطا لا يقبل التجزئة، إذ تخضع هذه النصوص لفكرة السقوط – كما سيتضح لاحقا – المنظمة بموجب المادة (٢٢) من قانون المجلس.

وأخيرا فإن المجلس الدستوري لا يستطيع ممارسة التصدي طبقا لرقابته اللاحقة؛ لأن رقابته بموجب المسألة الدستورية ذات الأولوية تقتصر على النص القانوني المرتبط بالنزاع الأصلي فقط، من دون أن تتعداه إلى أي نص آخر.

وباستبعاد الحالات السابقة يبقى مجال التصدي محصورا بالنصوص القانونية التي ترتبط بالنص المطعون فيه ارتباطا يقبل التجزئة، ولم يمارس المجلس الدستوري التصدي منذ قراره الصادر في ١٩٨٢/١١/١٨[٢] إلا ست مرات، فقلما يلجأ المجلس إلى التصدي لمدى دستورية نص وارد في قانون محال عليه، وقابل للتجزئة عن النص المطعون فيه[٣].

الفرع الثاني: طرق عرض تقدير المشرع العادي على المحكمة الدستورية العليا

حدد قانون المحكمة الدستورية العليا ثلاث طرق لعرض تقدير المشرع العادي على المحكمة هي: الإحالة التلقائية من محكمة النزاع، والدفع بعدم الدستورية المقترن بالدعوى، وأخيرا التصدي من المحكمة الدستورية العليا، وسنبيّن هذه الطرق تباعا:

---

[١] ينظر: هنري روسيون: مصدر سابق، ص ٣٦.

[٢] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 82-146 DC du 18/11/1982.

[٣] د. يسري محمد العصار: التصدي في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٧٨.

أولا: الإحالة التلقائية من محكمة النزاع[١]

يتضح من المادة (٢٩/أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا[٢] ضرورة توفر ثلاثة شروط للإحالة التلقائية من محكمة النزاع هي: وجود دعوى منظورة أمام محكمة النزاع، وجدية الإحالة التلقائية، وأخيرا صدور قرار بالإحالة يحدد عناصر المسألة الدستورية، وسنبيّن هذه الشروط تباعا:

١- وجود دعوى منظورة أمام محكمة النزاع

يعد القضاة – بحكم مؤهلهم العلمي وخبرتهم – أكثر معرفة بمخالفة القانون الدستور، وحتى لا يكون موقفهم سلبيا تجاه تلك المخالفة، والعمل بذلك القانون بما يحمله من تعارض مع الدستور على الدعاوى المعروضة عليهم، أعطى القانون للمحاكم رفع الأمر للمحكمة الدستورية العليا لبيان حقيقة تلك المخالفة؛ كونه الجهة المختصة حصرا في حسم هذه المسألة.

أما الجهات التي لها اختصاص الإحالة التلقائية، فقد حددتها المادة في أعلاه بالمحاكم التي يبينها القانون، وتشمل المحاكم العادية، والجنائية، وكذلك الإدارية، سواء أكانت محاكم الدرجة الأولى أم محاكم الطعن[٣].

كذلك أعطى النص الجهات ذات الاختصاص القضائي الإحالة التلقائية، إلا أنه لم يبين تلك الجهات، وبالرجوع إلى أحكام المحكمة الدستورية العليا فنجد قضاءها قد جرى على: (أن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين، يفترض أن يكون اختصاص هذه الجهة محددا بقانون، وأن يغلب على تشكيلها العنصر القضائي، وأن يكون لها ولاية البت في الخصومة، وأن تحاط أعمالها بالضمانات الرئيسية للتقاضي، ودون كل أولئك، لا يتسنى وصف تلك الجهة بأنها هيئة ذات اختصاص قضائي يكون مقبولا منها إحالة أية مسألة دستورية إلى هذه المحكمة)[٤].

---

[١] يختلف الفقه والقضاء في تسمية المحكمة المقصودة من النصوص القانونية المنظمة لطريقة الدفع والإحالة التلقائية، إذ يسميها بعض الفقه بـ (قاضي أو محكمة الموضوع) في حين يسميها البعض الآخر بـ (قاضي أو محكمة الإحالة) ونرى أن التسمية الأدق هي (محكمة النزاع)؛ لأن التسمية الأولى قد تقصر المعنى على محاكم الدرجة الأولى، دون محاكم الطعن في السلم القضائي (محكمة التمييز أو النقض، والمحكمة الإدارية العليا)؛ لأن الأخيرة لا تعد محاكم موضوع بل هي محاكم قانون، أما التسمية الثانية فقد تتفق مع طريقة الإحالة التلقائية، إلا أنها لا تعطي المعنى المقصود في الدفع بعدم الدستورية؛ لأن الأخير ليس إحالة بالمعنى الحقيقي، بقدر ما هو دعوى دستورية أجازت محكمة النزاع رفعها أمام القاضي الدستوري، لذلك نجد دقة التسمية التي أطلقناها في أعلاه؛ كونها تشمل جميع محاكم الدرجة الأولى، والثانية، وتستوعب طريقتي الدفع بعدم الدستورية والإحالة التلقائية.

[٢] نصت المادة (١/٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ على: (إذا تراءى لإحدى المحاكم، أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون، أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى، وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية).

[٣] ينظر: د. فتحي فكري: القانون الدستوري الكتاب الأول، من دون ناشر، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٧٤. مصطفى محمود إسماعيل علي: وسائل تحريك الدعوى الدستورية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة الإسكندرية، ٢٠٢٠، ص ١٩٧ – ١٩٨.

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١١ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" في ٢٠٠٤/١٢/١٩) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢ تابع) في ٢٠٠٥/١/١٣.

٢- جدية الإحالة التلقائية

تتحدد جدية الإحالة التلقائية بأمرين هما: اتصال النص المشكوك بدستوريته في الدعوى المنظورة أمام محكمة النزاع، أي بمعنى إمكانية تطبيقه على وقائع تلك الدعوى، بحيث يكون حسم الدعوى الدستورية المرفوعة بناءً على إحالة محكمة النزاع مؤثرا في الدعوى الأصلية.

وقد عبّر عن ذلك المشرع المصري بأن يكون النص المشكوك بدستوريته **(لازم للفصل في النزاع)**، وتطبيقا لذلك الشرط قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية أن: (يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة بها، والمطروحة على محكمة الموضوع، ...، ومؤدى ذلك أن الإحالة من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية العليا لا تفيد بذاتها توافر المصلحة، بما لازمه أن هذه الدعوى لا تكون مقبولة إلا بقدر انعكاس النصوص التشريعية المحالة على النزاع الموضوعي، فيكون الحكم في المطاعن الدستورية لازماً للفصل في ذلك النزاع)[١].

وتتحدد جدية الإحالة أيضا بوجود شبهة لدى محكمة النزاع حول دستورية النص الذي يتعلق بالدعوى – على وفق المعنى المتقدم – وهذه الشبهة قد تتعدد مصادرها، فقد تكون المخالفة الدستورية على نحو واضح، أو ترجع إلى نباهة محكمة النزاع بمقارنتها بين النص القانوني والنص الدستوري، واتضاح تلك المخالفة لها.

٣- صدور قرار بالإحالة التلقائية محددا عناصر المسألة الدستورية

يشترط لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية وفق طريقة الإحالة التلقائية صدور قرار قاطع يؤكد رغبة محكمة النزاع بعرض النص المشكوك بدستوريته، يتضمن عناصر المسألة الدستورية وهي: النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعى مخالفته، وأوجه المخالفة[٢]، فبيان تلك العناصر يدل على اتجاه إرادة محكمة النزاع للتأكد من مدى دستورية النص محل الشك عن طريق حسم القاضي الدستوري لذلك[٣].

وصدور قرار الإحالة التلقائية يقتضي من محكمة النزاع وقف الدعوى الأصلية، حتى صدور حكم فاصل في الدعوى الدستورية؛ بسبب ارتباط النص المشكوك بدستوريته بالنزاع الأصلي، وقد يتغيّر الموقف القانوني من تطبيق ذلك النص في ضوء حكم المحكمة الدستورية العليا.

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٠٦) لسنة (١٩) قضائية "دستورية" في ٢٠٠٢/٧/٧، المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٩ تابع "ب") في ٢٠٠٢/٧/١٨.

[٢] ينظر: المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٣] ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٩ لسنة ٨ قضائية "دستورية" في ١٩٩٢/٤/١٨). وحكمها في القضية المرقمة (١٣ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/٥/١٨)، المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢١) في ١٩٩٦/٥/٣٠.

ثانيا: الدفع بعدم الدستورية المقترن بالدعوى

يعد الدفع بعدم الدستورية من الدفوع التي تهدف إلى إيقاف الخصومة لحين الفصل في مسألة يتوقف عليها الحكم في الموضوع، ونظرا لعدم اختصاص محكمة النزاع – المبدى الدفع أمامها – بالفصل في المسائل الدستورية، وانعقاد هذا الاختصاص للمحكمة الدستورية العليا بشكل حصري، لذلك توقف محكمة النزاع النظر في الدعوى الأصلية إلى حين البت في الدعوى الدستورية التي تمثل نتيجة الدفع أمامها[١].

وبالرجوع إلى نص المادة (٢٩/ب)[٢] من قانون المحكمة الدستورية العليا فإنه يشترط لهذه الطريقة أن يكون هنالك دفع بعدم الدستورية، وإقرار من محكمة النزاع بجدية ذلك الدفع، وأخيرا رفع الدعوى الدستورية خلال المدة المحددة.

١- دفع أحد الخصوم بعدم دستورية نص قانوني

لا يمكن تقديم الدفع بعدم الدستورية إلا في دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم، أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي.

ويشترط في الدفع بعدم الدستورية وضوحه من حيث بيان النص المشكوك بدستوريته، والنص الدستوري المخالَف، وأسباب المخالفة[٣]؛ ومن دون ذلك لا تستطيع محكمة النزاع تقدير جدية الدفع، وبخلافه يرفض الدفع، أو الدعوى القائمة على أساسه[٤].

٢- إقرار محكمة النزاع بجدية الدفع بعدم الدستورية

لا تحيل محكمة النزاع الدفع بعدم الدستورية للمحكمة الدستورية العليا مباشرة، بل يتعين عليها قبل ذلك تقدير جدية الدفع، ويكاد ينعقد اتفاق الفقه[٥] على أن معنى جدية الدفع بعدم الدستورية يتحدد في مسألتين أساسيتين لا فرق في بحث إحداهما قبل الأخرى هما:

---

[١] ينظر: د. رمزي الشاعر: رقابة دستورية القوانين، دار التيسير، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٣٨٧.

[٢] نصت المادة (٢٩/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ على: (إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم، أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون، أو لائحة ورأت المحكمة، أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن)

[٣] للمزيد ينظر: مصطفى محمود إسماعيل علي: مصدر سابق، ص ٥٦.

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٢٦) لسنة (١٩) قضائية "دستورية" في ١٩٩٩/٦/٥، المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٤) في ١٩٩٩/٦/١٧.

[٥] ينظر: د. رمزي الشاعر: المصدر السابق، ص ٣٨٨. د. فتحي فكري: القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٢٧٧ – ٢٧٨. د. هشام محمد فوزي: رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٣٢. د. شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ٢٠٥. مصطفى محمود إسماعيل علي: المصدر السابق، ص ٦٤.

أ- ارتباط النص المدفوع بعدم دستوريته بالدعوى الأصلية، بحيث يمكن تطبيقه عليها، سواءً في موضوعها، أم في الإجراءات التي يمكن أن تتخذ فيها.

ب-وجود شبهة عدم الدستورية بالنص محل الدفع، عن طريق تحقق قناعة محكمة النزاع بأن النص المدفوع بعدم دستوريته يحمل في ثناياه شبهة الخروج عن القواعد الدستورية.

٣- رفع الدعوى الدستورية خلال المدة المحددة

بعد إقرار محكمة النزاع لجدية الدفع بعدم الدستورية، تحدد لصاحبه ميعادا لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا، وهذا الميعاد يتصف بصفتين أساسيتين:

أولهما: إن الميعاد الذي تحدده محكمة النزاع يعد ميعادا أصيلا، ينبغي الالتزام به، أما مدة الثلاثة أشهر فهي ميعاد احتياطي يصار له إذا لم تحدد محكمة النزاع ميعادا معينا، أو حددته على نحو يزيد على تلك المدة، فإن رفع الدعوى يكون خلال الأشهر الثلاثة وليس ما ذهبت إليه محكمة النزاع من زيادة على ذلك؛ كونه يشكل حدا أقصى لرفع الدعوى الدستورية.

ثانيهما: إن الميعاد الذي ستحدده محكمة النزاع، أو الذي عينه القانون هو ميعاد حتمي يجب الالتزام به، وضرورة رفع الدعوى الدستورية خلاله، وإلّا ترتب على خلافه عدم قبول تلك الدعوى[١].

وبعد إقرار محكمة النزاع بجدية الدفع بعدم الدستورية، وتحديد ميعاد لرفع الدعوى الدستورية ينبغي تأجيل نظرها في الدعوى الأصلية؛ انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا الكاشف عن مدى دستورية النص القانوني المراد تطبيقه في النزاع الأصلي، وبخلاف ذلك لا يكون لقضائها أثر قانوني في إعادة الفصل في تلك الدعوى طبقا لما توصلت المحكمة الدستورية العليا بشأن النص المطعون بعدم دستوريته[٢].

ثالثا: تصدي المحكمة الدستورية العليا

أعطى المشرع المصري المحكمة الدستورية العليا التصدي للنصوص القانونية التي تتراءى لها عدم دستوريتها، بعد توافر شرط معينة.

والتصدي لغة هو التعرض للشيء ومواجهته وإيقافه، وهذا المعنى ليس بعيدا عن المفهوم الذي وضع لأجله مصطلح التصدي، إذ يراد به أن تواجه المحكمة الدستورية العليا الشبهة التي تراها في النص، من حيث عدم دستوريته، واتخاذ القرار الملائم لذلك النص بعد تفحصه بشكل نهائي.

---

[١] وفي ذلك قررت المحكمة الدستورية العليا أن: (ميعاد الثلاثة أشهر الذي فرضه المشرع على نحو آمر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، ...، أو الميعاد الذي تحدده محكمة الموضوع – في غضون هذا الأجل – يعتبر ميعادا حتميا يتعين على الخصوم رفع دعواهم الدستورية قبل انقضائه، وإلّا كانت غير مقبولة). حكمها في القضية المرقمة (٤ لسنة ٣٢ قضائية "دستورية" في ٢٠١٩/٢/٢) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٦ مكرر) في ٢٠١٩/٢/١١.

[٢] ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٥٥ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" في ٢٠٠٢/١/١٣) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤ تابع) في ٢٠٠٢/١/٢٤.

أما عن الدافع وراء إقرار التصدي فيبدو الأمر منطقيا بعد أن أعطى المشرع للأفراد وسائر المحاكم الحق بتحريك الدعوى الدستورية، فيكون من غير المقبول حرمان المحكمة الدستورية العليا نفسها من استعمال التصدي، وهي صاحبة الولاية العامة في الرقابة على دستورية القوانين، ولذلك اعترف المشرع للمحكمة بالتصدي حتى يكون ذلك مكملا للدفع الفرعي والإحالة التلقائية التي تتأكد بهذه الطرق جميعها الشرعية الدستورية[١].

ومع التسليم بالسلطة التقديرية للمحكمة الدستورية العليا في ممارسة التصدي[٢]، فإنه يستلزم توفر ثلاثة شروط استنادا للمادة (٢٧) من قانون المحكمة[٣] هي: ارتباط التصدي بممارسة المحكمة أحد اختصاصاتها، واتصال النص محل التصدي بالنزاع المعروض عليها، وأخيرا اتباع إجراءات تحضير الدعاوى الدستورية، وسنبيّن هذه الشروط تباعا:

١- ارتباط التصدي بممارسة المحكمة أحد اختصاصاتها

لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا التصدي للنصوص القانونية، إلا عند ممارسة اختصاصاتها المحددة دستوريا[٤]، وقانونيا[٥]، وعلى الرغم من عمومية النص فقد استقر موقف المحكمة على عدم استعمال التصدي عند مباشرة اختصاصه بتفسير النصوص القانونية؛ كونه لا يشكل خصومة قضائية تتناقض مصالح أطرافها[٦].

---

[١] ينظر: د. عادل عمر شريف: مصدر سابق، ص ٤١٢ – ٤١٣.

[٢] ينظر: د. يحيى الجمل: مصدر سابق، ص ١٦٢. د. فتحي فكري: القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

[٣] نصت المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩ على: (يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها، وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية).

[٤] نصت المادة (١٩٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ على: (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صدر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها).

[٥] وفقا للتعديل الأخير لقانون المحكمة فقد أضيف إلى اختصاصاتها الرقابة على دستورية قرارات المنظمات والهيئات الدولية، وأحكام المحاكم الأجنبية المطلوب تنفيذها في مواجهة الدولة، والحكم بعدم الاعتداد بتلك القرارات، والأحكام، أو الالتزامات المترتبة على تنفيذها، بناء على طلب من رئيس مجلس الوزراء. ينظر: القانون رقم ١٣٧ لسنة ٢٠٢١ بتعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، المنشور في الجريدة الرسمة بالعدد (٣٢ مكرر "أ") في ٢٠٢١/٨/١٥.

[٦] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١ لسنة ١٧ قضائية " تفسير" في ١٩٩٥/٧/٣). مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، المكتب الفني، الجزء (٧)، ص ٨٠٣، وأيضا حكمها في القضية المرقمة (٤٧ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" في ١٩٩٧/٥/١٧). مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، المكتب الفني، الجزء (٨)، ص ٦٣٩.

وإزاء هذا التوجه انقسم الفقه المصري إلى اتجاهين: الأول مرجوح ويساند موقف المحكمة في توجهها المتقدم، ويرى أن الاختصاص التفسيري لا يمثل منازعة حقيقية، وإنما هو مجرد طلب يقدمه وزير العدل، ومن ثم ليس هناك نزاع يتيح للمحكمة إعمال التصدي[١].

أما الرأي الثاني والراجح – بتقديرنا – فيذهب خلاف ما ذهبت إليه المحكمة، ويرى أن ممارسة الأخيرة لاختصاصها التفسيري يسمح لها بالتصدي لعدم دستورية النصوص المعروضة عليها، مستندا لجملة من الأسباب من بينها: إن نص المادة (٢٧) قد جاء مطلقا لجميع اختصاصات المحكمة من دون تقييد لبعضها، ولو أراد المشرع استبعاد التفسير من التصدي لنص على ذلك صراحة[٢].

٢- اتصال النص محل التصدي بالنزاع المعروض على المحكمة

ميّز المشرع المصري بصياغته المتعلقة بهذا الشرط بين طريقتي الإحالة التلقائية والدفع المقترن بالدعوى من جانب، والتصدي من جانب آخر، إذ استعمل في الأولى عبارة (بأن يكون النص لازما للفصل في النزاع) في حين جاءت عبارته الخاصة بالتصدي على نحو مغاير مقتصرا على أن يكون النص (متصل بالنزاع المطروح). وبذلك يرى بعض الفقه أن النص قد اشترط مجرد الصلة بين النص المعروض أمره على المحكمة، والنص الذي تتصدى له[٣].

وعلى الرغم من ذلك فقد اختلفت سياسة المحكمة الدستورية العليا بشأن هذا الشرط إلى اتجاهين: أحدهما واسع والآخر ضيّق، وفي الاتجاه الأول فسّرت المحكمة الصلة بمجرد التماثل بين النص محل النزاع، والنص محل التصدي، واكتفت بذلك التماثل لإعمال التصدي، بغض النظر فيما إذا كان النص محل التصدي مؤثرا في النزاع الأصلي أم لا[٤].

إلا أن المحكمة لم تبقَ على سياستها السابقة بل عدلت عنها، وضيقت من إعمالها للتصدي، وتمثل ذلك بعدم اكتفائها بالتماثل على النحو السابق بل اشترطت وجود علاقة منطقية بين النزاع المعروض عليها، والنص محل التصدي، بحيث يكون الأول هو المقصود بالتداعي أصلا، والفصل في دستورية النصوص القانونية التي تتصل بها يكون أمرا عرضيا[٥].

---

[١] ينظر: د. هشام محمد فوزي: مصدر سابق، ص ٢٦٤.

[٢] ينظر: د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٤٥٥. جابر محمد حجي: السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/جامعة القاهرة، ٢٠١١، ص ١٢٨.

[٣] ينظر: د. محمد عبد اللطيف: إجراءات القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١٢٩. د. رمزي الشاعر: المصدر السابق، ص ٤٥٨.

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٠ لسنة ١ قضائية "دستورية" في ١٩٨٢/٥/١٦). المنشور في مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، المكتب الفني، الجزء (٢)، ص ٥٠.

[٥] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" في ١٩٩٧/١/٤). المنشور في مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، المكتب الفني، الجزء (٨)، ص ٢٤١.

وقد انتقد – وبحق– بعض الفقه المصري[١] الاتجاه الجديد للمحكمة الدستورية العليا لأكثر من سبب، منها: إن عدم التصدي للنص المماثل للنص المحكوم بعدم دستوريته يؤدي إلى تطبيقه على الرغم من انتفاء قرينة الدستورية بحقه. وإن ذلك التطبيق قد يفضي إلى أوضاع غير منطقية وغير مقبولة؛ لأنه يستلزم توجه المتضرر من النص للحصول على حكم بعدم دستوريته بدفع أمام محكمة النزاع، وقد ترفض الأخيرة هذا الدفع مما يؤكد بقاء ذلك النص على الرغم من التأكد من عدم دستوريته مع إلحاقه ضررا بمن شملهم تطبيقه[٢].

٣- اتباع إجراءات تحضير الدعاوى الدستورية

نعتقد أن الشرطين المتقدمين كافيان لإعمال التصدي في حدود إثارة شبهة عدم دستورية النص محل التصدي، إلا أنه لا يصح للمحكمة أن تفصل في مدى دستورية ذلك النص بشكل نهائي إلا بعد اتباع إجراءات تحضير الدعاوى الدستورية؛ لأن التصدي في حدود الشرطين المذكورين لا يعدو أن يكون قرارا مبدئيا من المحكمة مفاده الشك بدستورية النص محل التصدي أي أنه وسيلة لتحريك الدعوى الدستورية[٣].

وتتمثل إجراءات تحضير الدعوى الدستورية بعد إعمال المحكمة للتصدي، بضرورة إحالة الدعوى مرة أخرى إلى هيئة المفوضين لدراستها من جديد، في ضوء المادة محل التصدي، لتقدم تقريرا مفصلا، تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثارة، على أن تبيّن رأيها في الدعوى، وبالتحديد النص محل التصدي، وإعادة الدعوى إلى رئيس المحكمة لتحديد جلسة النظر فيها[٤].

---

[١] ينظر: د. فتحي فكري: مصدر سابق، ص ٣٠٨. د. رفعت عيد سيد: مصدر سابق، ص ٣٧٥.

[٢] ينظر: د. فتحي فكري: المصدر السابق، ص ٣٠٨ – ٣٠٩.

[٣] ينظر: د. يحيى الجمل: مصدر سابق، ص ١٦١.

[٤] ينظر: المادتان (٣٩ –٤٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

الفرع الثالث: طرق عرض تقدير المشرع العادي على المحكمة الاتحادية العليا[١]

يمكن القول إن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ قد وضع – بشكل عام – أربعة طرق لعرض تقدير المشرع العادي هي: الطلب التلقائي من محكمة النزاع، والدفع بعدم الدستورية المقترن بالدعوى، والدعوى المباشرة، وأخيرا التصدي من المحكمة نفسها، وسنبيّن هذه الطرق تباعا:

أولا: الطلب التلقائي من محكمة النزاع

تعزز هذه الطريقة حماية الشرعية الدستورية، وسمو أحكام الدستور، إذ يعد من لوازم ذلك السمو صدور الأحكام القضائية متفقة مع الدستور.

وقد يعرض على المحاكم نصان متعارضان فيما بينهما، أحدهما دستوري والآخر أدنى مرتبة منه، ويتنازعان الموضوع محل الدعوى المنظورة، مما يستلزم تطبيق أحدهما وترك الآخر، وفي ظل مركزية الرقابة الدستورية وانطلاقا من المقدمتين السابقتين، فقد رخص النظام الداخلي للمحاكم – من تلقاء نفسها – أن تطلب من المحكمة الاتحادية العليا النظر في مدى دستورية القانون.

وطبقا للمادة (١٨/أولا) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا[٢] يشترط لهذه الطريقة وجود دعوى منظورة من محكمة النزاع، واستئخار الدعوى الأصلية، وإرسال الطلب على وفق ضوابط معينة.

١- وجود دعوى منظورة أمام محكمة النزاع وارتباط النص القانوني بها

وعلة هذا الشرط إضفاء صبغة عملية على طلب النظر في دستورية القانون، بحيث لا يمكن لمحكمة النزاع أن تتقدم به لأغراض نظرية، بعيدة عن اختصاصها، وعملها القضائي، ومن ثم لا بدَّ أن يكون الدافع على الطلب

---

[١] يلاحظ على التنظيم العراقي تقنينه طرق عرض تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا –سواء أكان النافذ أم الملغى – وليس بقانونها، وما يمكن قوله هنا إن هذه الأداة القانونية – أي النظام الداخلي – لا تصلح لتنظيم هذه المسائل الجوهرية لعمل المحكمة، في ظل الدستور النافذ، وبالتحديد المادة (٩٢/ثانيا) منه، التي أعطت اختصاصا حصريا لمجلس النواب في تنظيم عمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية الثلثين. الأمر الذي يجعل هذا الإغفال التشريعي محلا للشك بعدم الدستورية، وإذا كان هذا التنظيم القانوني قد تحقق في ظل نفاذ قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤، فإن ما يؤسف له استمرار التوجه التشريعي المتقدم في مشروع قانون المحكمة الاتحادية العليا، الذي صوّت مجلس النواب على أغلب مواده، إلا أنه أجل إكمال تشريعه، بعد أن عَدَل عنه إلى تعديل قانون المحكمة النافذ. ينظر: محضر جلسة مجلس النواب العراقي المرقمة (٤٣) في ٢٠٢١/٣/١٥، المنشورة على موقع المجلس وفق الرابط الآتي: https://archive4.parliament.iq/ar/2021/03/15.

[٢] نصت المادة (١٨) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على: (تتولى المحكمة الاتحادية العليا النظر بالدعاوى المقامة للطعن بدستورية القوانين والأنظمة النافذة وفقا للإجراءات الآتية: أولا: لأي محكمة من تلقاء نفسها أن تطلب في أثناء نظر الدعوى البت في دستورية نص في قانون، أو نظام يتعلق بتلك الدعوى، ولعضو الادعاء العام أمام تلك المحكمة أن يطلب ذلك، وعلى المحكمة استئخار الدعوى الأصلية، ويُرسل الطلب إلى المحكمة الاتحادية العليا بواسطة كتاب مُوقع من رئيس محكمة الاستئناف التي تتبعها تلك المحكمة، أو من دائرة المستشار القانوني في وزارتي الدفاع، أو الداخلية بالنسبة للدعاوى المنظورة أمام المحاكم العسكرية ومحاكم قوى الامن الداخلي، خلال عشرة أيام من تأريخ صدور قرار الاستئخار).

هو عدم لجوء محكمة النزاع إلى تطبيق قانون تشك في دستوريته، أو أن تفصل – بعد شكها – في هذا الموضوع بعيدا عن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا، وبخلافه يكون الطلب مستوجبا الرفض.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا (إن قاضي محكمة جنح الناصرية طعن بالمواد القانونية، ...، دون أن يكون أمامه دعوى منظورة تتعلق بتلك المواد، ...، لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا رد الطلب شكلا)[١].

وفيما يتعلق بالمحاكم المشمولة باستعمال الطلب التلقائي، فهي بحسب النظام الداخلي: أية محكمة مختصة تتبع إحدى محاكم الاستئناف الاتحادية، وكذلك المحاكم العسكرية، ومحاكم قوى الأمن الداخلي، زيادة على فسح المجال لعضو الادعاء العام أمام المحاكم المتقدمة باستعمال الطلب التلقائي.

وعلى الرغم من الإضافات الجديدة التي جاء بها النظام الداخلي في هذا الشأن، إلا أنه يسجل عليه – بصيغته الحالية – استبعاده محكمة التمييز الاتحادية[٢]، وكذلك محاكم القضاء الإداري (المحكمة الادارية العليا، ومحكمة القضاء الإداري، ومحكمة قضاء الموظفين) من ممارسة الطلب التلقائي؛ بسبب الشكلية التي استلزمها، وهي إرسال الطلب إلى المحكمة الاتحادية العليا بكتاب موقع من رئيس محكمة الاستئناف الاتحادية التي تتبعها محكمة النزاع.

فالمحاكم المستبعدة إما أن تكون أعلى من محكمة الاستئناف الاتحادية، كمحكمة التمييز الاتحادية، والمحكمة الادارية العليا، أو أنها لا تتبع – على وفق نظامها القضائي – محاكم الاستئناف الاتحادية، كما هو الحال في محاكم القضاء الإداري، ومحكمة قضاء الموظفين، إذ تتبع هاتان المحكمتان مجلس الدولة[٣].

وبذلك يكون النظام الداخلي قد قلّص كثيرا من نطاق الشرعية الدستورية، عن طريق استبعاده المحاكم العليا في نظام القضائي العادي، والإداري، زيادة على محكمتي القضاء الإداري، وقضاء الموظفين، ولأجله لم يكن موفقا فيما وضعه من نص للطلب التلقائي لسببين:

أولهما: إن علة منح الطلب التلقائي للنظر في دستورية القانون، متوفرة في المحاكم المستبعدة، وقد تكون على نحو أقوى، إذ لا تقتصر مسألة الشك بدستورية القانون المراد تطبيقه في الدعوى على المحاكم المشمولة، وإنما تتسع لتشمل المحاكم المستبعدة، بل تتأكد هذه العلة، فيما يتعلق بالمحاكم العليا، ولا سيما أنها تختص بالنظر في مدى التزام المحاكم بصحة تطبيق القواعد القانونية بمعناها الواسع، ويدخل ضمن هذه المهمة مراعاة التدرج

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٥٠/اتحادية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٤/٣)، وفي المضمون نفسه قرارها المرقم (٦٠/اتحادية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٤/٣٠).

[٢] ويجدر بالذكر أن المحكمة الاتحادية العليا قد سبق لها أن نظرت – في ظل النظام الداخلي السابق – بطلب تلقائي مقدم من محكمة التمييز الاتحادية للتحقق من مدى دستورية المادة (٢٠/أولا–ثالثا) من قانون التقاعد الموحد رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٦. ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٨/اتحادية/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٥/٢٩).

[٣] للمزيد بشأن عرض موقف المحكمة الاتحادية العليا من مجلس الدولة، والرد على ذلك ينظر: د. علي سعد عمران: مركز مجلس الدولة في التصورات الدستورية والقضائية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون/جامعة كربلاء، السنة الثانية عشرة، العدد الأول، ٢٠٢٠، ص ٢١٩ وما بعدها.

القانوني، وما يقتضيه من الالتزام بالقواعد القانونية الأعلى، وإهمال ما يتعارض معها، وهو ما جاء الطلب التلقائي لمعالجته، عن طريق عرض الموضوع على المحكمة الاتحادية العليا؛ لتحسمه بموجب اختصاصها المركزي بالرقابة الدستورية.

وقد تكون المحاكم العليا – بحكم تكوينها الجماعي وخبرة أعضائها المتراكمة وطبيعة اختصاصاتها – قادرة على فهم النصوص القانونية، ومعرفة مدى اتفاقها مع الدستور، أو مخالفتها إياه.

ثانيهما: إن محاكم القضاء الإداري تختص بالكثير من المنازعات الناتجة عن مجموعة واسعة من القوانين التي يحتمل عدم دستورية بعضها، ومن ثم يعد عدم شمولها بالطلب التلقائي خللا كبيرا في شأن الشرعية الدستورية.

ولعل ما يؤكد فهمنا المتقدم، في عدم شمول عبارة (لأي محكمة، ...) المحاكم المستبعدة، ما جاء به النظام الداخلي من تنظيم خاص للمحاكم العسكرية، ومحاكم قوى الأمن الداخلي، إذ نجده قد تلافى مسألة عدم تبعية هذه المحاكم لمحكمة الاستئناف الاتحادية، عن طريق نصه على أن يكون الطلب موقعا من دائرة المستشار القانوني في وزارتي الدفاع، أو الداخلية.

ولا يكفي لقبول الطلب التلقائي من محكمة النزاع وجود دعوى تنظرها، بل ينبغي أن يكون حسم هذه الدعوى مرتبطا – بأية صورة – بالنص القانوني المشكوك بدستوريته، وبقدر هذا الارتباط يتوقف قبول الطلب التلقائي، بحيث يكون الفصل فيه لازما لحسم الدعوى المعروضة على محكمة النزاع.

٢ – استئخار الدعوى الأصلية

قد يبدو استئخار الدعوى الأصلية أثر، يترتب على الطلب التلقائي، إلا أنه على وفق صيغة النص المنظم له يمكن القول بأنه أصبح شرطا؛ لأن إرسال الطلب التلقائي إلى المحكمة الاتحادية العليا معلقا على صدور قرار استئخار الدعوى الأصلية، إذ اشترط النظام الداخلي أن يكون الإرسال خلال عشرة أيام من تاريخ صدور قرار الاستئجار، ومن دون ذلك القرار يتعذر تحديد بداية مدة الإرسال المذكورة، وبناءً عليه يعد استئخار الدعوى الأصلية شرطا لطريقة الطلب التلقائي. وإنه من جانب آخر يعزز جدية الطلب التلقائي، ويؤكد مركزية الرقابة الدستورية؛ إذ إن الاستئخار يدل على ارتباط النص المشكوك بدستوريته في الدعوى المعروضة على محكمة النزاع. زيادة على أن عدم استئخار الدعوى الأصلية والمضي في نظرها، بعد الشك بعدم دستورية النص المراد تطبيقه على النزاع، يعني إزالة هذا الشك بتأكيد دستوريته من محكمة النزاع نفسه، مما يؤدي إلى سلب اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بحسم مصير النص القانوني من الناحية الدستورية.

٣- إرسال الطلب التلقائي بضوابط معينة

استلزم النظام الداخلي أمرين إجرائيين هما: إرسال الطلب التلقائي بكتاب موقع من رئيس محكمة الاستئناف الاتحادية التي تتبعها محكمة النزاع فيما يتعلق بالمحاكم العادية، ومن دائرة المستشار القانوني في وزارتي الدفاع، او الداخلية، فيما يتعلق بالمحاكم العسكرية، ومحاكم قوى الأمن الداخلي، ويبدو هذا الإجراء تنظيما، إلا أنه جوهري، إذ يترتب على تخلفه رفض الطلب التلقائي.

وأما الإجراء الآخر فهو زمني، إذ اشترط النظام الداخلي إرسال الطلب خلال عشرة أيام من تاريخ صدور قرار استئخار الدعوى الأصلية، وهذه المدة من النظام العام؛ تستهدف عدم إطالة أمد النزاع الأصلي، وتأثير ذلك على حقوق المتخاصمين من جانب، وتنظيم التقاضي أمام المحكمة الاتحادية العليا من جانب آخر، وبناءً على ذلك فإن إرسال الطلب التلقائي خارج المدة المذكورة يوجب رفضه.

ثانيا الدفع بعدم الدستورية المقترن بالدعوى

أجازت المادة (١٨) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا[١] للخصوم الدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه عليهم في نزاعهم القضائي، على وفق شروط محددة هي: تقديم الدفع بعدم الدستورية بدعوى وقبول محكمة النزاع لتلك الدعوى.

١- تقديم الدفع بعدم الدستورية بدعوى خلال مدة محددة

على الرغم من أن الدفوع – بشكل عام – يجوز إبداؤها شفاها، أو تقديمها بشكل كتابي[٢]، إلا أن النظام الداخلي اشترط تقديم الدفع بعدم الدستورية بدعوى مستلزمة الشروط القانونية؛ لأهمية هذا الدفع، وكونه يرتبط بمسألة جوهرية هي الشك بدستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع.

وإن هذه الدعوى سترسل بصيغتها المطلوبة للمحكمة الاتحادية العليا، مما يستلزم أن يصل إليها دعوى كاملة، وليس دفعا؛ حتى تستطيع تحديد المسألة الدستورية المطروحة، بشكل واضح تمهيدا لحسمها. زيادة على أن تقديم الدفع بعدم الدستورية بدعوى قد يضفي عليه نوعا من الجدية، والتقليل من حالات التسويف والمماطلة من جانب أحد الخصوم.

ولذلك نجد النظام الداخلي قد اشترط تقديم الدفع بعدم دستورية بدعوى إلى محكمة النزاع، خلال عشرة أيام من تاريخ الدفع بعدم الدستور مما يؤكد حرصه على ضبط الإجراءات الممهدة للدعوى الدستورية.

ومع تأييدنا لوضع المدد الزمنية اللازمة إلا أنه يلاحظ على المدة المتقدمة الغموض، فهل هي لمحكمة النزاع نفسها، إذ يكون أمامها عشرة أيام تكلف خلالها الخصم بإقامة دفعه بدعوى، أم يدخل ضمنها التزام الخصم بإقامة الدعوى أيضا؟

---

[١] نصت المادة (١٨) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على: (تتولى المحكمة الاتحادية العليا النظر بالدعاوى المقامة للطعن بدستورية القوانين والأنظمة النافذة وفقا للإجراءات الآتية: ثانيا: لأي من الخصوم الدفع بعدم دستورية نص قانوني، أو نظام يتعلق بدعوى منظورة أمام محكمة الموضوع، وفي هذه الحالة يكلف بإقامة دعوى بذلك، ويدفع الرسم القانوني عنها، وتقدم إلى محكمة الموضوع خلال عشرة أيام من تاريخ الدفع بعدم الدستورية. ثالثا: على محكمة الموضوع البت بقبول الدعوى، أو رفضها خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديمها. رابعا: في حال قبول الدعوى على محكمة الموضوع استئخار الدعوى الأصلية، وإرسالها مع نسخة مصدقة من اضبارة الدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا خلال عشرة أيام من تاريخ قبولها. خامسا: يخضع قرار محكمة الموضوع برفض الدعوى، أو عدم البت فيها للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا، خلال سبعة ايام من تاريخ رفضه أو انتهاء المدة المحددة في البند (ثالثا) من هذه المادة).

[٢] د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط٦، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص ٨٤٣.

فإذا كانت المدة المحددة لمحكمة النزاع وحدها بالمعنى المتقدم فنجدها تتسم بالطول؛ إذ ليس هنالك من موجب لإعطاء محكمة النزاع عشرة أيام تتخذ خلالها قرارا إجرائيا تمهيديا ليس فيه تمحيص، أو نظر، وليس من المنطق تحديد عشرة أيام لمجرد تكليف محكمة النزاع الخصم بإقامة دعواه، في حين يكون بتها بهذه الدعوى، من جوانب شكلية وموضوعية خلال ثلاثة أيام!

أما إذا كانت هذه المدة لمحكمة النزاع، والخصم في آن واحد، فإن ذلك قد يؤثر في قبول الدعوى شكليا، أو موضوعيا؛ لأن محكمة النزاع قد تتراخى في تكليف الخصم بإقامة دعواه إلى تاريخ قريب من انتهاء المدة المحددة، مما قد يتعذر على الخصم تقديم دفعه بدعوى، أو يصعب عليه ذلك خلال المدة المتبقية.

وقد ينعكس ذلك الخلل التنظيمي على رفض الدعوى لأسباب شكلية، على الرغم من رجاحة الدفع بعدم الدستورية من الناحية الموضوعية.

وبذلك لا بدَّ أن تكون هنالك مدتين متغايرتين أحدهما لمحكمة النزاع، تكلف خلالها الخصم بتقديم دعواه، ومن المستحسن أن تكون قصيرة نسبيا، والأخرى للخصم يقيم فيها دعواه، ولا بدَّ أن تكون هذه المدة أطول من سابقتها؛ لأن إقامة الدعوى تستلزم بعض الأمور القانونية، سواء شكلية أم موضوعية، مما يقتضي اتاحة المدة الكافية لذلك.

٢ – قبول محكمة النزاع دعوى الدفع بعدم الدستورية خلال ثلاثة أيام

أعطى النظام الداخلي لمحكمة النزاع سلطة البت في دعوى الدفع بعدم الدستورية وصولا لقبولها، أو الرفض خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديمها، ويمكن أن يثار التساؤل عن معنى عبارة **(البت في الدعوى)** الواردة في النظام الداخلي؟

بداية ينبغي أن نستبعد من الإجابة قيام محكمة النزاع بحسم دعوى الدفع بعدم الدستورية بشكل نهائي، بعد نظرها في المسألة الدستورية؛ لأن هذا الحسم محجوز للمحكمة الاتحادية العليا حصرا، بموجب الدستور، وليس لأية جهة الاعتداء عليه، وإلا ارتكبت خطأ فاحشا، كما عبرت عن ذلك المحكمة الاتحادية العليا[١].

وما يؤكد هذا الاستبعاد المادة (١٨/ رابعا) من النظام الداخلي، التي ألزمت محكمة النزاع بإرسال دعوى الدفع بعدم الدستورية للمحكمة الاتحادية العليا للبت فيها كما سيتضح لاحقا.

وبعد استبعاد المعنى المتقدم يبقى لدينا ثلاثة تفسيرات لمعنى البت في الدعوى هي:

- إن المقصود بالبت في الدعوى ينصرف إلى اختصاص محكمة النزاع في التأكد من مدى تحقق الشروط الشكلية المطلوبة قانونا لقبول الدعوى، وبالتحديد ما يستلزمه قانون المرافعات المدنية من شروط في الدعوى، وبما يتفق مع خصوصية الدعوى الدستورية.

---

[١] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٢٢/اتحادية/تمييز/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٥/٦).

وإذا سلّمنا أن معنى البت في الدعوى يتحدد على وفق المقصود المتقدم، فإن محكمة النزاع تنتهي سلطتها عند هذا الحد، ليكون لزاما عليها إرسال الدعوى الدستورية إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيها، من دون أن يكون لها فحص الدفع بعدم الدستورية، وفيما إذا كان قائما على أسس صحيحة تبرره أم لا.

- كذلك يمكن أن تفسّر عبارة (البت في الدعوى) بتدقيق محكمة النزاع للأمور الشكلية من جهة، والتحقق من مدى الارتباط بين النص محل الدعوى الدستورية، والدعوى الأصلية من جهة أخرى، وفيما إذا كان الفصل بدستوريته مؤثرا في حسم النزاع الذي تنظره أم لا[١].
- أما التفسير الثالث للعبارة مدار البحث والنقاش فإنه يذهب إلى أبعد من ذلك ويحدد معناها – إضافة إلى التفسيرين المتقدمين – في تثبت محكمة النزاع بشكل مبدئي من وجود شبهة عدم الدستورية.

وأظن أن التفسير الثالث هو الأقرب لمنطق النص، وغايته وذلك للأسباب الآتية:

أ- إذا سلمنا بالتفسير الأول، وحصرنا معنى (البت في الدعوى) بمدى توفر الشروط الشكلية لتقديم الدعوى، فإن ذلك سيفتح الباب على مصراعيه أمام دفوع عدم الدستورية، مما يؤدي إلى تأخير حسم النزاع الأصلي، وإطالة أمد النظر فيه، مما يؤثر في سير العدالة، وسرعة حسم الدعاوى، لإظهار الحقيقة من جانب، وإرهاق المحكمة الاتحادية العليا بنظر الكثير من الدعاوى التي لا تستحق النظر فيها؛ ما دامت لا ترتبط بالرقابة الدستورية من جانب آخر.

ب-إذا كان المقصود بالبت في الدعوى هو المعنى المتحصل من التفسير الأول فإنه لا يمكن تبرير – أو على أقل تقدير فهم – جواز الطعن برفض محكمة النزاع دعوى الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا، إذ لا يعقل إجازة ذلك الطعن على أمور شكلية تعد من بديهيات المطالبة القضائية، والعمل القضائي ككل، مثل: اسم المحكمة التي تقام الدعوى أمامها، وتاريخ تحرير العريضة، واسم المدعي والمدعى عليه،... الخ، وأن يكون الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا، التي ليس لها ولاية عامة على محاكم النزاع ما دام الطعن يتعلق بأمور شكلية، لا تتصل باختصاص المحكمة المتمثل بالرقابة الدستورية[٢].

---

[١] ذهب إلى هذا التفسير د. علي هادي عطية الهلالي، إلا أنه مع ذلك دعا للمطالبة بتحديد دور واضح ومحدد لمحكمة النزاع في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا، ينحصر بتدقيق شكل الدعوى الدستورية، والتأكد من مدى استيفاء بياناتها الشكلية فقط. ينظر: كتابه: المباحث الموضحة لذاتية شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدستورية، ط ١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص ٦٤، و٧٣.

[٢] ولذلك نرى أن رفض دعوى الدفع بعدم الدستورية لأسباب شكلية قد لا يستلزم الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا، بل يمكن إعادة الدفع من جديد أمام محكمة النزاع لتكلفه بتقديمه بدعوى أخرى، يتلافى فيها الخصم – مبدي الدفع – ما وقع من إخلال في الشروط الشكلية في الدعوى المرفوضة. ونعتقد أن المبدأ القانوني المتمثل بحرية الخصوم في إبداء دفوعهم يمكن أن يكون أساسا في ذلك، إذا كانت هنالك أسباب مقبولة تعزز الشك بالنص المدفوع بعدم دستوريته، أو أن يكون الطعن في ذلك بشكل أصيل، أو تبعي أمام محكمة الطعن.

ت-إن التفسير الثاني الذي حصر معنى البت في الدعوى بالارتباط بين الدعويين الدستورية والأصلية، دون البحث في المسألة الدستورية؛ بداعي عدم تعدي محكمة النزاع على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا، وحفاظا على مركزية اختصاصها الرقابي، فإنه مردود أيضا لسببين:

أولهما: إن اختصاص محكمة النزاع بالمسألة الدستورية لا يتعدى حدود التأكد مبدئيا من شبهة عدم الدستورية، من دون حسمها بشكل نهائي، وعلى هذا الأساس يمكن القول بعدم التعدي على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة الدستورية، التي يبقى لها وحدها ممارسته بشكل كامل ونهائي، وبغض النظر عن وجهة نظر محكمة النزاع. الأمر الذي يؤكده خضوع قرار الأخيرة برفض دعوى الدفع بعدم الدستورية لرقابة المحكمة الاتحادية العليا.

ثانيهما: إن اعتماد التفسير الثاني لا يحقق غاية النص المتمثلة بتصفية دفوع عدم الدستورية قبل وصولها إلى المحكمة الاتحادية العليا ولأي سبب كان؛ لأن القول بذلك سيسمح لكل خصم أن يدفع بعدم دستورية النص الذي سيطبق عليه، وبغض النظر فيما إذا كان مشوبا بعيب دستوري أم لا، وانتقال دعواه الدستورية إلى المحكمة الاتحادية العليا ما دام البت في الدعوى يقتصر على مجرد التأكد من ارتباط ذلك النص بالدعوى الأصلية.

وما يؤيد ترجيحنا للتفسير الثالث توجه المحكمة الاتحادية العليا في قراريها الصادرين في ٤-٢٠١٤/٩/١٤ بمناسبة نظرها في الطعن ضد قراري محكمة بداءة الخالص القاضي برفض دعويي الدفع بعدم الدستورية، الذين اتخذتهما على أساس انتفاء شبهة عدم الدستورية، لا عدم ارتباطهما بالدعوى الأصلية، وهذا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا عندما استرسلت بالحجج والأدلة لتأكيد دستورية النصين المشكوك فيهما[١].

إذن فمقصود النص من جواز الطعن أبعد مما يحدده التفسير الأول والثاني من معنى للبت في الدعوى، ولذلك يمكن القول إن ما يتلاءم مع رخصة الطعن بقرار الرفض هو التفسير الثالث؛ لأنه يعطي (للبت في الدعوى) معنى التأكد من وجود شبهة عدم الدستورية فضلا عن المعنيين الأولين، ومفاد ذلك إن محكمة النزاع قد تقطع بعدم وجود تلك الشبهة، وترفض الدعوى، وبناءً عليه أجيز الطعن بذلك القرار؛ حتى لا تُحسم المسائل الدستورية بعيدا عن المحكمة الاتحادية العليا صاحبة الاختصاص الحصري، والأصيل فيها.

وفي ضوء الفهم المتقدم تبت محكمة النزاع في دعوى الدفع بعدم الدستورية خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديمها، إما بالقبول، أو الرفض، وحسنا فعل النظام الداخلي عنده تحديده المدة المتقدمة، متلافيا بذلك النقص الوارد في النظام السابق.

ويترتب على قبول محكمة النزاع لدعوى الدفع بعدم الدستورية أمرين:

---

[١] نفس الاتجاه في قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦٠/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٢/٢١) إذ دفع الخصم بعدم دستورية المادة (٧٧) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ أمام محكمة استئناف بابل الاتحادية، إلا أن الأخيرة رفضت الدفع، فطعن الخصم بقرار الرفض أمام المحكمة الاتحادية العليا، فقررت المحكمة تصديق قرار محكمة الاستئناف لا على أساس انتفاء الصلة بين الدعوى الأصلية والنص المطعون بعدم دستوريته، وإنما على أساس عدم مخالفة النص للدستور. وكذلك قراراها المرقم (٢٢/اتحادية/طعن/٢٠١١ في ٢٠١١/٤/١٢).

- استئخار الدعوى الأصلية.
- إرسال دعوى الدفع بعدم الدستورية مع نسخة مصدقة من إضبارة الدعوى الأصلية إلى المحكمة الاتحادية العليا خلال عشرة أيام من تاريخ قبولها.

وبذلك يكون النظام الداخلي قد حقق بعض الإيجابيات؛ إذ لم ينط رفع الدعوى الدستورية بصاحب الدفع، بل جرى النص على أن تُرسل محكمة النزاع الدعوى – بعد قبولها – إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيها.

والواضح من ذلك أن اتصال المحكمة الاتحادية العليا بالدعوى الدستورية لا يكون إلا عن طريق محكمة النزاع، وليس بوساطة صاحب الدفع، كما هو الحال في القانون المصري، ويمكن أن نلتمس في ذلك تيسيرا على الخصوم من عناء التوجه للمحكمة الاتحادية العليا، وما يتطلبه ذلك من نفقات، ووقت، وجهد ليس بالقليل، وبذلك يكون التنظيم العراقي أكثر توفيقا من نظيره المصري في هذه الجزئية.

وإنه ألزم محكمة النزاع بإرسال الدعوى خلال عشرة أيام من تاريخ قبولها، وبذلك يتلافى تماهلها في الأمر بما يخل بحقوق الخصوم، ولا سيما أن النزاع أصبح مزدوجا، يقتضي حسم الدعوى الدستورية أولا، والبت في الدعوى الأصلية ثانيا، ولنا أن نتصور حجم الضرر الذي سيلحق بالخصوم نتيجة المدة اللازمة لحسم تلك الدعويين.

وأخيرا فإن النظام الداخلي قد أجاز الطعن في قرار محكمة النزاع برفض دعوى الدفع بعدم الدستورية، أو عدم البت فيها مطلقا أمام المحكمة الاتحادية العليا، خلال سبعة أيام من تاريخ صدور القرار، أو انتهاء الأيام الثلاثة.

ونجد هذا المسلك قد أصاب الدقة؛ لأن جواز الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا، صاحبة الاختصاص الحصري في الرقابة على دستورية القوانين، يضمن عدم حسم المسائل الدستورية بعيدا عن المحكمة صاحبة الاختصاص الأصيل فيها، بعد أن فسّرنا اختصاص محكمة النزاع بالبت في الدعوى، بما يشمل الأمور الشكلية، والارتباط بين الدعويين الدستورية والأصلية، والتحقق – بشكل مبدئي – من شبهة عدم الدستورية، وهو ما يفضّل على التنظيم المصري.

ويُحسب للنظام الداخلي أيضا، إجازته الطعن برفض دعوى الدفع بعدم الدستورية الصريح أو الضمني، دون قرار القبول؛ لأن حكمة إجازة الطعن تتحصل إذا انصب الطعن على قرار الرفض، وهي عدم حسم المسائل الدستورية بعيدا عن المحكمة الاتحادية العليا صاحبة الاختصاص الأصيل بذلك.

أما إقرار الطعن بقرار القبول أمام المحكمة الاتحادية العليا فإنه لا يعد إلا انضماما إلى المدعى عليه في الدعوى الدستورية، وليس طعنا بالمعنى الحقيقي، وإذا ما قُدم بالصورة الأخيرة سيكون محلا للرفض من المحكمة؛ لعدم النص عليه في النظام الداخلي.

وعلى الرغم من الإيجابيات المتقدمة فإن النظام الداخلي لم ينص على جواز الطعن في حالة عدم تكليف محكمة النزاع الخصم بإقامة دفعه بعدم الدستورية بدعوى، أو عدم إرسالها الدعوى الدستورية إلى المحكمة الاتحادية العليا، خلال المدد المحددة لذلك، وهما حالتين متوقعتين في العمل، من حيث الامتناع كليا، أو التراخي في ذلك، حتى انتهاء المدة المحددة، مما يجعل الدعوى الدستورية محل شك من ناحية القبول، والرفض؛ بسبب

تقصير محكمة النزاع، وليس مبدي الدفع نفسه، الأمر الذي يؤثر عليه كثيرا عند عدم قبول دعواه للأسباب المتقدمة، مما يقضي شمول هاتين الحالتين بالطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا.

ثالثا: طريقة الدعوى المباشرة

أخذ النظام الداخلي بحالتين للدعوى المباشرة: أولهما الدعوى المباشرة من الجهات الرسمية، وثانيهما الدعوى المباشرة من الأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة، وبذلك لم يقتصر النظام الداخلي على منح الجهات الرسمية رفع الدعوى المباشرة، بل مكّن الاشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة من ذلك أيضا، وهو في الحقيقة تطور لافت في التنظيم العراقي، يسهم في حماية الشرعية الدستورية، ويزيد من ضمانات الأفراد في حماية حقوقهم وحرياتهم، وسنبيّن هاتين الحالتين بالتفصيل الآتي:

١- الدعوى المباشرة من الجهات الرسمية

أعطت المادة (١٩) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا[١] بعض الجهات الرسمية طلب النظر في دستورية القانون؛ تمكينا لها من تطبيق القواعد القانونية بشكل يتفق مع الدستور، وحماية اختصاصاتها الدستورية والقانونية.

ويشترط للدعوى المباشرة من الجهات الرسمية: طلب موقع من إحدى الجهات الرسمية، نص قانوني يرتبط بمهام الجهات المحددة ويثير خلافا في التطبيق.

أ- طلب موقع من إحدى الجهات الرسمية

على خلاف النظام الداخلي السابق الذي أطلق هذه الطريقة لكل الجهات الرسمية على وفق شروط محددة[٢]، فإن النظام الداخلي الجديد حدد الجهات التي يحق لها تقديم طلب النظر في دستورية القانون بشكل حصري[٣]، وهي: السلطات الاتحادية الثلاث، والوزارات، والهيئات المستقلة، ورئاسة وزراء الإقليم، والجهات غير مرتبطة بالوزارة، وأخيرا المحافظون.

وكان من الأفضل أن يكون النظام الداخلي أكثر تحديدا مما ذكره في عبارة (السلطات الاتحادية الثلاث)؛ لأنه يفهم من العبارة المتقدمة – على وفق المدلول الدستوري المحدد لها – أن السلطة التشريعية هي مجلس النواب

---

[١] نصت المادة (١٩) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على: (لأي من السلطات الاتحادية الثلاث والوزارات، والهيئات المستقلة، ورئاسة وزراء الإقليم، والجهات غير المرتبطة بوزارة، والمحافظين الطلب من المحكمة البت بدستورية نص قانوني، أو نظام، على أن يُرسل الطلب إلى المحكمة بكتاب مُوقع من رئيس السلطة المعنية، أو الوزير المختص، أو رئيس الهيئة المستقلة، أو رئيس وزراء الإقليم، أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة، أو المحافظ، على أن يتعلق النص المطعون فيه بمهام تلك الجهات، وأثار خلافا في التطبيق).

[٢] ينظر: المادة (٥) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ الملغى.

[٣] ينظر: د. مصدق عادل طالب: النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢، ط١، مكتبة القانون المقارن، ٢٠٢٢، ص ١٢٩.

ككل، والسلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين)، والسلطة القضائية كما محدد في المادة (٨٩) من الدستور[١].

والفهم المتقدم قد يثير اللبس والغموض، ويستبعد بعض الجهات المهمة من طلب النظر بمدى دستورية القانون.

فإذا حددنا السلطة التشريعية الاتحادية بمجلس النواب، هل يقدم الطلب بموافقة المجلس بأكمله، أم يكفي في ذلك موافقة رئيسه فقط بوصفه ممثلا له؟

كذلك يتعلق الأمر بالسلطة التنفيذية، وفيما إذا كان الطلب يستلزم موافقة طرفي هذه السلطة (رئيس الجمهورية، ومجلس الوزراء) أم يجوز لأي منهما على انفراد، وفي كلا الحالتين يستبعد رئيس مجلس الوزراء.

وما يؤكد غموض النص المتقدم ما ذهب إليه بعض الفقه من تفسير لعبارة: (السلطات الاتحادية الثلاث) على أن المراد بها: رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء، ورئيس مجلس النواب[٢].

وهو في الحقيقة تفسير لا يتطابق مع المعنى المحدد لهذه العبارة في الدستور، إذ أنه اختزل مجلس النواب برئيسه، وشطر السلطة التنفيذية إلى رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء، ومع أهمية المركز الدستوري للأخير، إلا أنه ليس الطرف الثاني للسلطة التنفيذية، بل مجلس الوزراء بأكمله. زيادة على ذلك فإنه استبعد السلطة القضائية. وبذلك يكون النظام الداخلي غير موفق في التحديد المتقدم وكان الأفضل تحديد هذه الجهات بشكل منفرد، وكان ينبغي أيضا إعطاء عدد معين من أعضاء مجلس النواب حق طلب النظر في دستورية القوانين والأنظمة.

ب- نص قانوني يرتبط بمهام الجهات المحددة ويثير خلافا في التطبيق

توصف الدعوى المباشرة بأنها دعوى هجومية من حيث تضمنها معنى مهاجمة القانون؛ من أجل إلغائه لعدم الدستورية، من دون وجود منازعة تستدعي ذلك[٣]، إلا أن النظام الداخلي، وإن أقرّ الدعوى المباشرة لبعض الجهات الرسمية، فإنها ليست دعوى هجومية بشكل صرف، وإنما استلزم أن يكون النص المطعون فيه يرتبط باختصاص تلك الجهات، وأن يكون قد أثار خلافا في التطبيق.

ويلاحظ في هذا الشأن مغايرة النظام الداخلي الجديد نظيره السابق بشأن هذا الشرط، إذ كان النص السابق يؤكد على وجود منازعة قائمة بين الجهة الرسمية، وجهة أخرى[٤]، في حين اشترط النظام الداخلي الجديد ارتباط

---

[١] نصت المادة (٨٩) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ على: (تتكون السلطة القضائية الاتحادية، من مجلس القضاء الأعلى، والمحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة التمييز الاتحادية، وجهاز الادعاء العام، وهيئة الإشراف القضائي، والمحاكم الاتحادية الأخرى التي تنظم وفقاً للقانون).

[٢] ينظر: د. مصدق عادل طالب: المصدر السابق، ص ١٢٩.

[٣] للمزيد ينظر: د. منذر الشاوي: القانون الدستوري، ج٢، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ٥٨ وما بعدها.

[٤] ينظر: المادة (٥) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ الملغى.

النص المطعون فيه بمهام الجهات الرسمية المحددة من جانب، وأن يكون قد أثار خلافا في التطبيق من جانب آخر[١].

ومع أهمية هذين الشرطين من أجل جدية الدعوى المباشرة، وتحقق مصلحة الجهات الرسمية المذكورة، إلا أنهما غير محددين بشكل واضح، مما يترك سلطة تقديرية واسعة للمحكمة الاتحادية العليا في تفسيرهما بحسب معطيات كل دعوى.

ويبدو غموض هذا الشرط، فيما إذا كان الخلاف حول دستورية النص محل الطلب، أم أنه ناشئ عن مضمونه، وما يحتويه من أحكام ترتبط بمهام الجهات المحددة، أم كليهما.

ويؤاخذ عليه أيضا أنه قد استلزم دخول النص حيز التنفيذ الفعلي حتى يصلح محلا للطعن بعدم الدستورية، ومن ثم لا يتحقق هذا الشرط بمجرد الخلاف حوله، إن لم يصل الأمر إلى تطبيقه على أرض الواقع، وهو في الحقيقة تضييق كبير لإعمال هذه الطريقة.

وإنه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة في ظل اعتماد النظام الداخلي للمحكمة – كما سيتضح لاحقا – الأثر المباشر لنفاذ قراراتها بعدم الدستورية، وبذلك قد لا يعود كسب الدعوى على الجهات الرسمية بالكثير من الفوائد؛ لعدم رجعية هذا القرار على الوقائع السابقة.

ولم يتسنَ لنا الحصول – بقدر اطلاعنا – على تطبيقات قضائية تحدد موقف المحكمة الاتحادية العليا من تفسير هذا الشرط.

٢- الدعوى المباشرة من الأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة

لم يكتفِ النظام الداخلي بإعطاء الجهات الرسمية المذكورة سابقا حق رفع الدعوى الدستورية المباشرة، بل أجاز ذلك للأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية الخاصة، ومنظمات المجتمع المدني المعترف بها أيضا، إلا أنه وضع لذلك شروطا أكثر صعوبة من الحالة المتقدمة، ضمانا لجدية الدعاوى، وعدم إرهاق المحكمة بدعاوى لا تحقق المعنى الحقيقي للخصومة الدستورية.

ويتضح من المادة (٢٠) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا[٢] أن شروط الدعوى المباشرة على وفق هذه الطريقة هي: تقديم دعوى وفق القانون من الجهات المذكورة، وجود مصلحة للمدعي، تطبيق النص المطعون فيه على المدعي فعلا، وعدم استفادته منه كلا، أو جزءا، وسنبيّن هذه الشرطين بالتفصيل الآتي:

---

[١] ينظر: المادة (١٩) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.

[٢] نصت المادة (٢٠) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على: (لأي من الاشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة، أو منظمات المجتمع المدني المعترف بها قانونا، الحق في إقامة الدعوى المباشرة أمام المحكمة الاتحادية العليا، للبت بدستورية نص في قانون، أو نظام، على أن تكون الدعوى مستوفية لكافة الشروط المنصوص عليها في (٤٧) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل المواد (٤٤-٤٥-٤٦-٤٧) وأن تقدم الدعوى من المدعي بالذات، أو وكيله على أن يكون محاميا ذا صلاحية مطلقة، فضلا عن توافر الشروط الآتية: أولا: أن يكون للمدعي في موضوع الدعوى مصلحة حالة ومباشرة ومؤثرة في مركزه القانوني، أو المالي، أو الاجتماعي، على أن تتوافر ابتداءً من إقامة الدعوى، وحتى صدور الحكم فيها. ثانيا: أن يكون النص

أ- تقديم دعوى على وفق القانون من الجهات المذكورة

حدد النظام الداخلي الجهات التي يحق لها رفع الدعوى المباشرة بالأشخاص الطبيعية، والأشخاص المعنوية الخاصة، ومنظمات المجتمع المدني المعترف بها.

وبذلك يكون النظام الداخلي قد استبعد صراحة الأشخاص المعنوية الرسمية من رفع الدعوى المباشرة، اكتفاءً بما أعطاه للجهات الرسمية في الطريقة السابقة، وبذلك يكون أمام الأشخاص المعنوية الرسمية التابعة للجهات المذكورة سابقا حق رفع الدعوى بشكل غير مباشر عن طريق ما نص عليه النظام الداخلي في المادة (١٩).

ويلاحظ تزيد النظام الداخلي عندما ذكر (منظمات المجتمع المدني المعترف بها)؛ لأن هذه المنظمات تدخل ضمن عبارة الأشخاص المعنوية الخاصة إذا تحقق الاعتراف بها قانونا.

وبغض النظر عن ذلك فقد اشترط النظام الداخلي في هذه الدعوى شروط عدة هي: إقامة الدعوى بعريضة تشتمل على اسم المحكمة التي تقام الدعوى أمامها، وتاريخ تحريرها، وبيان اسم كل من المدعي، والمدعى عليه، والبريد الالكتروني لكل منهما، وتحديد وقائع الدعوى، وأدلتها، وطلبات المدعي وأسانيدها، عن طريق بيان واضح للنص المطعون فيه، ونسخة منه، والنص الدستوري المدعي مخالفته، وأسباب المخالفة، وذكر ما يؤكد عناصر المسألة الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا، ويشترط كذلك طبقا لقانون المرافعات المدنية إرفاق نسخ بقدر عدد المدعى عليهم، وقائمة المستندات، وضرورة توقيع وكيل المدعي على كل ورقة، والإقرار بمطابقتها للأصل.

وعلى خلاف النظام الداخلي القديم الذي اشترط أن يكون تقدم الدعوى من محامٍ ذي صلاحية مطلقة[١]، فقد أجاز النظام الداخلي أن تقدم من المدعي نفسه، أو وكيله على أن يكون محاميا ذا صلاحية مطلقة.

ب- مصلحة حالّة ومباشرة وقانونية للمدعي

المصلحة في الدعوى – بغض النظر عن طبيعتها – هي الفائدة العملية التي يبتغيها المدعي من الحكم له بطلباته كلها، أو جزءا منها، ولذلك تعد المصلحة مناط الدعوى، ومن ثم لا دعوى من دون مصلحة[٢].

وقد عبّرت المحكمة الاتحادية العليا عن ذلك: (المصلحة مناط الدعوى الدستورية. كما إن مجرد وجود مصلحة للشخص لا يعد كافيا لإقامة الدعوى الدستورية. إذ لا بدَّ من أن تتوافر في المصلحة شروطا معينة تكمن بأن

المطعون فيه قد طبق على المدعي فعلا. ثالثا: أن لا يكون المدعي قد استفاد من النص المطعون فيه كلا أو جزءا رابعا: أن تتضمن عريضة الدعوى البريد الالكتروني للمدعي وعنوان المدعى عليه، أو بريده الالكتروني، وبيان واضح للنص المطعون فيه والنص الدستوري المُدَعّى مخالفته، وأسباب المخالفة الدستورية، ويُرفق معها نسخة من النص التشريعي المطعون فيه).

[١] ينظر: المادة (٢٠) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ الملغى.

[٢] للمزيد ينظر: عبد المنعم أحمد الشرقاوي: نظرية المصلحة في الدعوى، ط١، من دون ناشر، ١٩٤٧، ص ٥٣ وما بعدها. د. إبراهيم محمد علي: المصلحة في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة نشر، ص ١٤ وما بعدها. د. شعبان أحمد رمضان: أثر انقضاء المصلحة في السير في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية في النظام القانوني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٨. د. أحمد مليجي: الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج ١، من دون ناشر، من دون سنة نشر، ص ١٣١.

تكون قانونية، وحتى تعد المصلحة قانونية ينبغي أن تتضمن إخلالا بأحد الحقوق الدستورية، وأن تكون مباشرة أي إن هنالك ضررا مباشرا. سواء أكان هذا الضرر قد وقع فعلا، أو كان مهددا بوقوعه. وأن يكون الضرر قد لحق برافع الدعوى، أو الذي سيلحق به في حال تم تطبيق النص عليه، عائدا الى النص التشريعي المطعون بمخالفته لأحكام الدستور. وبالتالي لا يعتد بالضرر غير المباشر، سواء كان ضررا وهميا، أو مجهولا، أو قائما على الافتراض، وليس حقيقا)[١].

وبالرجوع إلى النظام الداخلي نجده قد اشترط في المصلحة أوصافا معينة هي: حالّة، ومباشرة، ومؤثرة في مركز القانوني أو المالي أو الاجتماعي[٢]، أي أن تكون المصلحة قانونية، ولإتمام الفائدة سنقف عند هذه الأوصاف لبيانها تباعا:

١- المصلحة الحالّة

تبين سابقا وجوب اتصاف الضرر بالواقعية، وهذا الشرط في الحقيقة يستلزم أن تكون مصلحة المدعي في دفع الضرر حالّة، الأمر الذي يبرر حماية المحكمة الاتحادية العليا عند اللجوء إليها، فحيثما وقع الضرر كانت مصلحته حالّة، وقد حصر النظام الداخلي وقوع الضرر بتطبيق القانون على المدعي فعلا، دون إرادة التطبيق.

٢- المصلحة المباشرة

تتفق القوانين الإجرائية على ضرورة توفر المصلحة المباشرة للمدعي في قبول الدعوى[٣]، ويراد بالمصلحة المباشرة وجوب كون المدعي هو صاحب الحق، أو المركز القانوني الذي يتهدده القانون المطعون بعدم دستوريته، أو من ينوب عنه، والسبب في اشتراط المصلحة المباشرة يرجع إلى تقدير أصحاب الحقوق، وحماية القضاء من الدعاوى غير المنتجة؛ لأن اشتراطها يعني إعطاء جانب من التقدير لصاحب الحق في أن يبادر للدفاع عنه، إذا كانت لديه قناعة بذلك، أو أن يسكت، فهو الأكثر معرفة بتقدير مصلحته، سواء بالدفاع عنها، أو بالسكوت، وليس لأي أحد غيره أن ينصّب نفسه بديلا عنه.

وإذا كان صاحب الحق هو الأولى بالدفاع فإن مبادرة غيره إلى رفع الدعوى قد يعطّل شؤون القضاء، إذا علمنا أن ذلك لا يمنع صاحب الحق من التنازل عن الدعوى، وهذا ما يؤدي إلى تضييع وقت القضاء.

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٤٠/اتحادية /٢٠٢١ في ٢٠٢١/٦/٢٩).

[٢] ينظر: المادة (٢٠/أولا) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.

[٣] لم ترد إشارة صريحة في قانون المرافعات المدنية العراقي للمصلحة المباشرة، إلا أنها معتبرة من تعريفه للدعوى في المادة (١) بأنها (طلب شخص حقه، ...)، وأيضا من مفهوم الخصومة الوارد في المادتين (٤-٥) منه. للمزيد ينظر: عبد الرحمن العلّام: شرح قانون المرافعات المدنية، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠، ص ٩٧.

كما إن ذلك يفقد الحكم قيمته؛ ما دامت حجته بين أطرافه، والحكم الذي يصدر في دعوى مرفوعة من غير صاحب الحق فيها لا يثبت لأحد حقا ولا يفرض على أحد التزاما، مما يؤكد على حق صاحب المصلحة الحقيقي بتجديد الدعوى باسمه[١].

واستنادا إلى ذلك اشترط النظام الداخلي توفر المصلحة المباشرة للمدعي في رفع الدعوى الدستورية، إلا أن سياسة المحكمة الاتحادية العليا بشأن هذا الشرط لم تكن واحدة، إذ قبلت في قرارها الصادر في ٢٠١٣/٩/١٦ الدعوى المقامة من أحد أعضاء مجلس النواب، مقررة (إن المدعي وهو عضو في مجلس النواب، ورئيس كتلة نيابية وهو يمثل مجموع الشعب العراقي استنادا إلى أحكام المادة (٤٩/أولا) من الدستور، وإن القانون موضوع الطعن هو ليس طلبا شخصيا حتى يتطلب به وجود مصلحة خاصة للطاعن، وإنما هو قانون عام يخص المصلحة العامة فيكون الطعن بعدم دستوريته مسألة تخص العراقيين جميعا، ويمثلهم نواب الشعب ومنهم المدعي)[٢].

في حين نقضت اتجاهها السابق بقرارها الصادر في ٢٠١٨/١٢/٢٣ عندما قررت عدم دستورية إعطاء النائب في مجلس النواب حق التقاضي أمام الهيئات القضائية كافة كممثل لمائة ألف نسمة[٣]، عادةً التقاضي حقا يختص به مدعي الحق، والادعاء العام، وهيئة النزاهة، على وفق الصلاحيات المنصوص عليها في قوانينها[٤].

٣- المصلحة القانونية

يجد شرط المصلحة القانونية أساسه فيما ورد بالنظام الداخلي: (مؤثرة في مركزه القانوني، أو المالي، أو الاجتماعي)، ويلاحظ هنا التزيد المخل بحسن الصياغة القانونية، فالمركز القانوني هو حالة، أو موقف الشخص من القانون فيما يتعلق بحقوقه وواجباته، وتحت هذا المعنى يندرج المركز الاجتماعي، والمالي، والوظيفي وغيره، مما يستلزم الاكتفاء بعبارة (مؤثرة في مركزه القانوني) من دون التفاصيل الأخرى.

وبغض النظر عن ذلك فإن المصلحة القانونية تتحقق بادعاء حق، أو مركز قانوني يستند إلى نص دستوري يقره ويحميه، سواء أكان الإقرار بنص صريح أم يندرج تحت معاني النصوص الدستورية، أو ما يعبر عنه بالحقوق الدستورية المتفرعة[٥]، أما العنصر الثاني لقانونية المصلحة فيتمثل بوجود قانون يخالف الدستور، ولا يكفي لتحقق

---

[١] ينظر: عبد المنعم أحمد الشرقاوي: المصدر السابق، ص ٢٦٨ – ٢٦٩.

[٢] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٨٧/اتحادية/اعلام/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٩/١٦).

[٣] نصت المادة (٦/ثانيا) من قانون مجلس النواب وتشكيلاته رقم (١٣) لسنة ٢٠١٨ على: (يعد النائب ممثلا للمصلحة العامة في جوانبها كافة، وله كممثل لمائة ألف نسمة حق التقاضي أمام الهيئات القضائية كافة) المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٤٩٩) في ٢٠١٨/٧/١٦.

[٤] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٤٠ وموحدتها ١٤١/اتحادية/اعلام/٢٠١٣ في ٢٠١٨/١٢/٢٣)، ومن ذلك أيضا قرارها المرقم (٣٨/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٧/١١) الذي قضت فيه رد الدعوى المرفوعة من أحد أعضاء مجلس النواب؛ لعدم توفر المصلحة.

[٥] للمزيد بشأن الحقوق الدستورية المتفرعة ينظر: د. فاطمة فاضل حليحل: نظرية الحقوق الدستورية المتفرعة، ط ١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٢، ص ٢٥ وما بعدها.

المصلحة وجود حق دستوري، ووجود قانون يخالف الدستور، بل يشترط فوق ذلك أن يكون هنالك ضرر مباشر قد لحق بالمدعي نتيجة تلك المخالفة. وبمفهوم المخالفة لا تتحقق مصلحة المدعي عندما يكون الضرر الذي لحقه غير مباشر، أي نتيجة غير طبيعية لإخلال النص القانوني بحق المدعي.

وقد عبّرت عن ذلك المحكمة الاتحادية العليا: (المصلحة النظرية المجردة، لا تغني، ولا تكفي لقبول الدعوى الدستورية المباشرة. كما هو الحال بالنسبة للمصلحة التي تهدف إلى تقرير حكم دستوري مجرد في موضوع معين، لأغراض أكاديمية، أو دفاعا عن قيم مثالية يراد تثبيتها، أو نوع من التعبير عن وجهة نظر شخصية، أو لإرساء مفهوم معين في مسألة معينة لم يترتب عليها ضررا بالطاعن)[١].

وأخيرا فقد اشترط النظام الداخلي توفر مصلحة المدعي – بشروطها المتقدمة – من تاريخ إقامة الدعوى، وحتى صدور الحكم فيها، ويبدو التشدد واضحا في هذا التحديد[٢]؛ لعدم انسجامه مع الطبيعة العينية للدعوى الدستورية، التي توجه الخصومة فيها للنص القانوني المشكوك بدستوريته، وما تؤديه من دور مهم في حماية الشرعية الدستورية، مما يقتضي الاكتفاء بتوافر المصلحة عند إقامة الدعوى فقط، دون استمرارها حتى صدور حكم فيها.

ت- تطبيق النص المطعون فيه على المدعي فعلا

تأكيدا لما اشترطه النظام الداخلي بأن تكون مصلحة المدعي حالّة، فقد نصّ أيضا على أن يكون القانون قد طُبق عليه فعلا[٣]، وفي الحقيقة إن اقتصار إقامة الدعوى المباشرة على حالة تطبيق النص المطعون فيه فقط، من دون فرضية إرادة التطبيق محل نظر؛ لأنه يقيد كثيرا من الفائدة العملية من الدعوى المباشرة، والرقابة الدستورية بشكل أعم، بعد أن أخذ النظام الداخلي – من دون سند دستوري – بالأثر المباشر لقرارات المحكمة الاتحادية العليا بعدم الدستورية.

إذ لا يُقدم المدعي على رفع دعواه أمام المحكمة الاتحادية العليا إلا من أجل الترضية القضائية، وفي ظل شرط تطبيق النص على المدعي فعلا، واعتماد الأثر المباشر، يحتمل أن لا تتحقق هذه الترضية بشكل كامل، أو لا تتحقق أصلا.

مما يجعل هذا الشرط في دائرة الشك بعدم الدستورية؛ لمخالفته حق التقاضي، وتعطيل الرقابة على دستورية القوانين.

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٣٣/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/٧)، وقرارها المرقم (١٥٠/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/٢٩)، ويلاحظ هنا استعارة المحكمة الاتحادية العليا عبارات ممّا استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية بشأن شرط المصلحة، وهو في الحقيقة أمر يحسب لمحكمتنا الموقرة، ومدعوة إلى السير عليه، كلما اقتضى الأمر ذلك؛ للاستفادة من تجارب القضاء الدستوري في البلدان الأخرى، ولا سيما مصر؛ لما لها من تجربة قيّمة في الرقابة على دستورية القوانين اختطتها ورسّختها المحكمة الدستورية العليا منذ تأسيسها وحتى الآن.

[٢] ينظر: د. مصدق عادل طالب: مصدر سابق، ص ١٣٤.

[٣] ينظر: المادة (٢٠/ثانيا) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.

ث- عدم استفادة المدعي من النص المطعون فيه كلا أو جزءا

قد تبدو حكمة هذا الشرط[١] بعدم تحقيق الحكم بعدم الدستورية فائدة عملية للمدعي يمكن أن يتغيّر بها مركزه القانوني – بشكل حقيقي – عما كان عليه قبلها؛ لأنه سيلغي تلك الاستفادة، الأمر الذي يتضرر معه المدعي. فالمزايا التي استفاد منها يستحيل الحصول عليها، أو استمرار ذلك الحصول مع الحكم بعدم دستورية القانون الذي قررها[٢]. وانتفاء مصلحة المدعي في حالة طعنه بقانون استفاد منه كلا، أو جزءا، أمر مفترض لا يتوقف على قناعة المدعي، إلا أن الاستفادة، أو عدمها مسألة موضوعية قابلة للإثبات بأي دليل تحت تقدير المحكمة الاتحادية العليا.

وإذا كان لهذا الشرط ما يبرره انطلاقا من مفهوم المصلحة في الدعوى، فإنه ينبغي الأخذ بالحسبان قيمة تلك الفائدة مقابل ما يحققه الحكم بعدم الدستورية من مصلحة للمدعي، بحيث إذا قلت تلك الاستفادة، وأصحبت هامشية إزاء الضرر الذي يلحق بالمدعي في حال رفض دعواه بسبب هذا الشرط، فإنه يمكن للمحكمة أن تتسامح في هذا الجانب وتقبل الدعوى؛ لأن التشدد هنا يجعل الفائدة من النص – مهما قلّت قيمتها – سببا لتحمل ضرر أكبر منها، مع تعذر إزالته؛ لعدم قبول الدعوى نتيجة تلك الفائدة.

زيادة على ذلك فإن من المقبول أيضا لغرض تطبيق هذا الشرط ضرورة توفر ارتباط، وعلاقة حقيقية بين المزايا التي استفاد منها المدعي من جهة، وما يدعيه من عدم الدستورية في أحكام النص من جهة أخرى، لا يمكن معها فصلهما عن بعض، بحيث إذا انتفت تلك العلاقة تعذر الالتزام بهذا الشرط. إلا إذا كان ما ينعاه المدعي على القانون ينصرف إليه بأكمله، كأن يكون العيب شكليا يرجع إلى عدم إقرار القانون بالأغلبية المطلوبة دستوريا، عندئذ يتحقق هذا الشرط، وإن لم تكن هنالك علاقة حقيقية بين المزايا المستفادة من القانون، وما يعاب عليه دستوريا.

وفوق ذلك كله تحديد معنى الاستفادة من النص، إذ يتوقف عليها مصير المدعي، والقانون أيضا، ويمكن القول إنها تشمل ممارسة أي حق لا يجد له أساسا في الدستور، أو أنه يرجع في تحديده بشكل واضح لذلك النص، أو منح امتيازات حقيقية لم تكن مقررة من قبل للمدعي، تعود بالنفع عليه وتغيّر في مركزه القانوني تغييرا حقيقيا، ولا يشمل ذلك مجرد الرخص التي لا تكون ممارسة الحقوق الدستورية إلا بوساطتها.

وعلى هذا الأساس لا يمكن القول بتحقق الاستفادة إذا كان النص القانوني يمنع من ممارسة حق معين، ويجيز في الوقت نفسه الطعن بالقرار الإداري الذي يصدر بذلك المنع استنادا إلى النص القانوني المتقدم. فالطعن لا يحقق استفادة حقيقية بالمعنى المطلوب في الشرط مدار البحث، بل هو رخصة لا يمكن استعادة الحق الذي صادره النص القانوني إلا عن طريقها، ومن ثم لا تعد ميزة تمنع من الطعن بعدم دستورية ذلك النص.

---

[١] ينظر: المادة (٢٠/ثالثا) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.

[٢] ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ٧٤٩.

واستنادا لهذا الشرط قضت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها الصادر في ٢٠٠٧/٧/٢ برفض الطعن ضد قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٩١٤) لسنة ١٩٨٦ لاستفادة المدعية بجانب من هذا القرار[١].

وطبقت المحكمة هذا الشرط في قرارها الصادر في ٢٠٠٨/٤/٢١ عندما قضت برد الدعوى ضد قانون هيئة حل نزاعات الملكية العقارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦ الملغى؛ لأن المدعي قد استفاد من القانون بإعادة عقارات أخرى له بموجب هذا القانون، ومن ثم عدم توافر مصلحته من الدعوى لهذا السبب[٢].

رابعا: تصدي المحكمة الاتحادية العليا

تعد طريقة التصدي من الإضافات الجديدة للنظام الداخلي للمحكمة رقم (١) لسنة ٢٠٢٢، إذ لم ينص النظام الداخلي السابق على التصدي، وبالرغم من ذلك فإن المحكمة الاتحادية العليا – بتشكيلها الثاني – قد مارسته على وفق مسلكين – متداخلين زمانيا – ففي الأول نجدها قد أعملت التصدي من دون تصريحها بذلك، إذ تصدت المحكمة في قرارين لنصوص أثناء ممارسة اختصاصها، لم تكن ضمن نطاق الدعوى الدستورية، إذ صدر الأول في ٢٠٢١/٤/٢٥. والثاني في ٢٠٢١/١١/٢٣.

ففي قرارها الأول انصب طلب محكمة النزاع على المادة الأولى من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٣٩) لسنة ١٩٩٤.

وعند نظر المحكمة الاتحادية العليا بالطلب قررت دستورية المادة المحالة لعدم تعارضها مع الدستور، وبالتحديد المواد (٢/أولا –ج، ١٩/خامسا، ٣٧/أولا) منه.

ولم تقف المحكمة عند هذا الحد بل تعدته إلى المادة (٥)[٣] من القرار المذكور متصدية لها، ومقررة عدم دستوريتها لتعارضها مع المادة (٩٥) من الدستور[٤]، على الرغم من عدم ارتباطها بالنزاع المعروض على محكمة النزاع.

أما قرارها الثاني فقد انصب الطعن فيه على المادة (٢/ثانيا)[٥] من نظام المراسم رقم (٤) لسنة ٢٠١٦[٦] فيما يتعلق بتقديم رئيس المحكمة الاتحادية العليا على رئيس مجلس القضاء الأعلى بأسبقية المراسم، وأثناء نظر

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١/اتحادية /٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٢). وبخصوص الطعن بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل في أعلاه ينظر قرارها المرقم (٥٤/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٠/٩/١٥).

[٢] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٣١/اتحادية /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٢١).

[٣] نصت المادة (٥) من القرار أعلاه على: (يحال المتهمون في الجرائم المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذا القرار على المحكمة الخاصة في وزارة الداخلية بقرار من قاضي التحقيق المختص).

[٤] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٣٢/اتحادية/٢٠٢٠ في ٢٠٢١/٤/٢٥).

[٥] نصت المادة (٢/ثانيا) من نظام المراسم قبل تعديلها على: (تكون الأسبقية لرئيس الجمهورية، ثم لرئيس مجلس الوزراء، ثم لرئيس مجلس النواب، **ثم لرئيس المحكمة الاتحادية العليا، ثم لرئيس مجلس القضاء الأعلى**، ثم لرئيس مجلس الاتحاد، ثم لرئيس الإقليم، ثم لرئيس مجلس وزراء الإقليم، ثم لرئيس مجلس نواب الإقليم).

[٦] المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٤٢٠) في ٢٠١٦/١٠/١٧.

الدعوى الدستورية قرّر مجلس الوزراء تعديل النص محل الدعوى بما ينسجم مع طلب المدعي بتقديم رئيس مجلس القضاء الأعلى على رئيس المحكمة الاتحادية العليا بأسبقية المراسم[١].

ولانتفاء المخالفة الدستورية المدعاة، وانتفاء مصلحة المدعي معها أيضا، قررت المحكمة الاتحادية العليا ردّ الدعوى بهذا الشأن، إلا أنها – مع ذلك – فقد تصدّت للمادة (١/أولا) من نظام المراسم نفسه، والتي عرّفت (الرئيس) لأغراض إعمال النظام على نحو يجعل رئيس مجلس القضاء الأعلى ورئيس المحكمة الاتحادية العليا بعد كل من: (رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء، ورئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس الاتحاد، ورئيس الإقليم)، معتبرة تأخيرهما في التعريف يخل بمبدأ المساواة في الحقوق، والامتيازات بين من يتولى رئاسة مكونات السلطات الاتحادية، ورئاسة مجلس القضاء الأعلى، وبناءً على ذلك قررت عدم دستورية النص[٢].

أما المسلك الثاني للمحكمة في إعمالها للتصدي فقد اتبعته بتصريحها في ممارسة تلك الطريقة[٣]، وهو في الحقيقة سياسة جريئة من المحكمة تؤكد سعيها نحو الاستفادة من تجارب القضاء الدستوري في البلدان الأخرى.

وبالرجوع للمادة (٤٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا[٤] نجدها قد تطلبت شرطين لهذه الطريقة هما: نظر المحكمة الاتحادية العليا بدعوى دستورية، وارتباط النص المتصدى له بالنص المطعون فيه.

١- نظر المحكمة الاتحادية العليا بدعوى دستورية

اتضح لنا سابقا أن المشرع المصري قد أجاز للمحكمة الدستورية العليا ممارسة التصدي، عند نظر جميع اختصاصاتها، وبعكس ذلك فإن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا قد حصر نطاق التصدي في اختصاص الرقابة الدستورية فقط، دون سائر اختصاصاتها الأخرى.

ونجد ذلك تقليلا من الفائدة المرجوة من هذه الطريقة، وهي حماية الشرعية الدستورية؛ لأن استبعاد الاختصاصات الأخرى من جواز ممارسة التصدي، قد يجبر المحكمة الاتحادية العليا – صاحبة الاختصاص الحصري بالرقابة الدستورية – على تطبيق قانون مشكوك بدستوريته.

وليس هنالك من وسيلة لتلافي هذه النتيجة غير المقبولة؛ لتعذر اللجوء – بحسب نصوص النظام الداخلي – إلى طرق تحريك الرقابة الأخرى، أمام المحكمة الاتحادية العليا، كالدفع بعدم الدستورية، أو الدعوى المباشرة.

---

[١] جرى نص المادة (٢/ثانيا) من نظام المراسم بعد تعديلها بموجب نظام التعديل الثاني المرقم (٤) لسنة ٢٠٢١ على: (تكون الأسبقية لرئيس الجمهورية، ثم لرئيس مجلس الوزراء، ثم لرئيس مجلس النواب، **ثم لرئيس مجلس القضاء الأعلى، ثم لرئيس المحكمة الاتحادية العليا**، ثم لرئيس مجلس الاتحاد، ثم لرئيس الإقليم، ثم لرئيس مجلس وزراء الإقليم، ثم لرئيس مجلس نواب الإقليم). المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٦٥٢) في ٢٠٢١/١١/١.

[٢] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٩٣/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/٢٣).

[٣] ينظر: قرارات المحكمة الاتحادية العليا المرقمة: (١١٧/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠٢١/٥/٢). (٧٢/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٠/٢٠). (١٤٢/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/٢).

[٤] نصت المادة (٤٦) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على: (للمحكمة عند النظر في الطعن بعدم دستورية نص تشريعي أن تتصدى لعدم دستورية أي نص تشريعي آخر يتعلق في النص المطعون فيه).

وقد يبدو من غير المنطقي إعطاء المحاكم طلب النظر بمدى دستورية القانون في جميع المنازعات التي تنظرها، وتحرم منه صاحبة الاختصاص الاصيل بالرقابة الدستورية، وهي بلا شك أقدر – بحكم تكوينها وطبيعة اختصاصها – من بقية المحاكم على تفحص القانون المراد تطبيقه على النزاع، ومعرفتها بمدى دستوريته.

٢- تعلق النص المتصدى له بالنص المطعون فيه

التعلق هنا بمعنى الارتباط، أي أن النص المتصدى له لا بدَّ أن يرتبط بالنص المطعون فيه، والارتباط بين النصين متعدد، ولا يقف عند صورة معينة، فإما أن يكون أحدهما مكملا للآخر، أو مفسرا له، أو محددا نطاق تطبيقه موضوعيا، أو زمانيا، أو غير ذلك من الحالات.

ولا يشترط في الارتباط وحدة القانون لكلا النصين، بل يسمح أن يكون كل منهما في قانون معين. ولا يشترط ارتباط النص المتصدى له بالنزاع الأصلي، فيما يتعلق بطريقتي الطلب التلقائي، والدفع المقترن بالدعوى؛ وإنما يكفي ارتباطه بالنص المطعون فيه فقط، حتى وإن كان غير قابل للتطبيق على النزاع الأصلي؛ لأن طريقة التصدي على وفق النظام الداخلي تستهدف حماية الشرعية الدستورية، أكثر من كونها تسهم في حسم ذلك النزاع، مع أنه لا يمنع من ذلك، إلا أنه ليس شرطا للتصدي.

والارتباط بين النص المتصدى له، والنص المطعون فيه مسألة موضوعية تحسمها المحكمة الاتحادية العليا بسلطة تقديرية واسعة.

المطلب الثاني

عدم إمكانية توافق تقدير المشرع العادي مع الدستور

يحتم الأصل العام على القاضي الدستوري ألّا يعارض المشرع العادي في تقديره إلا بعد انتفاء السبل التي يمكن معها حمل ذلك التقدير على نحو يجعله موافقا للدستور، فالمشرع العادي سلطة تمثل الشعب، وتمارس اختصاصها التشريعي من الدستور نفسه، حالها حال السلطتين التنفيذية، والقضائية.

وهذه السلطة يفترض بها أمران يقرران شرعيتها، وشرعية عملها: الأول إن تكوينها قد جاء على وفق ما وضعه الدستور من شروط لأعضائها، وبالكيفية التي حددها لاختيارهم، والثاني إن ما يصدر منها من أعمال، وبالأخص التشريع هو بحسب الإطار العام للدستور، والمبادئ العامة، والخاصة التي تحكم تلك الأعمال.

وعلى أساس ما تقدم فإن على القاضي الدستوري عند ممارسة رقابته على دستورية القوانين السعي دائما إلى حماية الدستور، ليس عن طريق التعارض التقديري، والحكم بعدم دستورية القانون فقط، بل يمكن القول إن هذا الأمر يمثل أحد جانبي عمله – المتقدم – الذي قد تكون مساحته أقل من الجانب الثاني، لحماية الدستور المتمثل بإقرار تقدير المشرع العادي؛ لأن هذا الإقرار – المحمول على أساس انتفاء مخالفة الدستور – هو في الحقيقة تطبيق من المشرع العادي للدستور، مؤيد من القاضي الدستوري صاحب الاختصاص في تحديد اتفاق تقدير المشرع العادي مع القواعد الدستورية من عدمه.

وإذا كان التعارض التقديري حالة واقعية يتعامل معها القاضي الدستوري فإنه يشكل أمرا نسبيا – كما تقدم – ونتيجة استثنائية عارضة من أصل عام، ولذلك يستلزم تيقّن القاضي الدستوري من عدم إمكانية توافق تقدير

المشرع العادي مع الدستور، ولا يكون ذلك إلا باعتماد التفسير الذي يجعله متفقا مع الدستور، إذا كان يحتمل معنيين، ووجود مخالفة واضحة فيه، ولتفصيل ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين: نبيّن في الأول اعتماد أحد معاني تقدير المشرع العادي المتفق مع الدستور، ونخصص الثاني لوضوح مخالفة تقدير المشرع العادي للدستور.

الفرع الأول: اعتماد أحد معاني تقدير المشرع العادي المتفق مع الدستور

ليس معنى ذلك تجاوز حدود التفسير، وقواعده عن طريق إعطاء النص معنى لا يحتمله من أجل تأكيد دستوريته، فالقاضي الدستوري وإن كان معنيا بتقدير دستورية القانون كما هو معني – أيضا – بالحكم بعدم دستوريته، إلا أن كلّا من الأمرين لا يكون إلا على وفق المعطيات القانونية، والواقعية، وبحسب الضوابط التي تحكم عمله، سواء بتفسير القانون، والدستور، وما يمتلكه هنا من سلطة تقديرية في تحديد معاني نصوصهما، أم عن طريق النتيجة التي يتوصل لها من التفسير المتقدم.

فالنصوص القانونية قد لا تكون ذات معنى واحد بل تتعدد معانيها، وهو أمر واقعي يحصل لأسباب كثيرة، قد يكون من بينها قصديا يعمد إليه البرلمان عندما لا يكون أعضاؤه على اتفاق كامل حول أمر معين – مع تأكيدهم على ضرورة التشريع – فيصدر القانون بمفردات عامة قد ترضي وجهة نظر كل طرف مما يحيل المشكلة للقاضي الدستوري ليأخذ على عاتقه تحديد معاني النصوص في ضوء مبادئ التفسير، وقواعده المعمول بها[١].

وإزاء تلك الفرضية التي تؤكد وجود أكثر من معنى للنص فإن ممارسة القاضي الدستوري رقابته على ذلك النص قد تجعله أمام معنيين، أو أكثر، وفي هذا الإطار يفترض تبني القاضي الدستوري المعنى الذي يجعل تقدير المشرع العادي متفقا مع الدستور، واستبعاد المعنى، أو المعاني الأخرى[٢]، بافتراض مؤداه أن المشرع العادي ما كان يضع تقديره إلا على نحو يتفق مع الدستور؛ التزاما منه بما تتمتع به قواعده من سمو، وعلو على بقية القواعد القانونية، والسلطات العامة بما فيها المشرع العادي[٣].

أما إذا كان القانون على نحو من الوضوح، ولا تحتمل ألفاظه إلا معنى محددا فليس للقاضي الدستوري من أجل التوفيق بين القانون، والدستور أن يعطيه معنى يتعارض مع ما تصرّح به هذه الألفاظ، فالالتزام الملقى على

---

[١] ينظر: د. وليد محمد الشناوي: دور المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد/٦٢، ٢٠١٧، ص ٧٦٩.

[٢] لا يبدو الأمر في أعلاه خاصا بالقاضي الدستوري عند ممارسة رقابته على تقدير المشرع العادي، وإنما يعد مبدأ أساسا في قواعد تفسير النصوص القانونية، ينبغي التزام القضاء – أياً كان نوعه واختصاصه – به عند ممارسة عمله، بل أي مفسر يتولى إيضاح نص معين، ويستجلي معناه. ينظر: د. علي السيد الباز: مصدر سابق، ص ٦٣٨.

[٣] ينظر: د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ٤٥٢ وما بعدها. د. عادل عمر شريف: مصدر سابق، ص ١٣٩. د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٧٢٠.

القاضي الدستوري – في هذا الصدد – يدور وجودا، وعدما مع وحدة معنى النص وتعدده[١]، فإذا كان المعنى الذي تشير له مفرداته واحدا – سواء أكان يتفق مع الدستور أم يختلف معه – انحسر عناء القاضي في البحث عن المعنى الذي يتجنب به الحكم بعدم الدستورية، ففي ثبوت حالتي اتفاق معنى النص، واختلافه مع الدستور ينبغي على القاضي الدستوري الحكم على وفق ذلك المعنى من دون محاولة التوفيق التي نحن بصددها.

ومن فرضيات ترجيح التفسير الذي يجعل القانون متفقا مع الدستور على وفق الضوابط المتقدمة أن تأتي مفردات النص القانوني على نحو يجعلها تتضمن معنى العموم، أو الإطلاق في مسألة معينة، يتضح من الدستور ضرورة التزام المشرع العادي بتشريعها على سبيل الخصوص، أو التقييد، فإن على القاضي الدستوري تفسير النص القانوني على خصوص الدستور؛ من أجل تلافي الحكم بعدم دستوريته، بافتراض مؤداه انصراف إرادة المشرع العادي – ضمنا – لجعل النص القانوني داخلا في الحدود التي وضعها الدستور له[٢].

ومثال ذلك ما نصّ عليه الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ من حصانة لأعضاء مجلس النواب ضد إلقاء القبض خلال الفصل التشريعي أو خارجه[٣]، والواضح من الدستور أنه خصّص الحصانة ضد إلقاء القبض دون سائر الإجراءات الجزائية، فإذا صدر قانون توحي عباراته بشمول الحصانة التوقيف، والتفتيش، أو غير ذلك من الإجراءات، فإن للقاضي الدستوري هنا أن يفسّر النص القانوني على نحو يجعله متفقا مع تخصيص الدستور للحصانة، واستبعاد العموم الظاهر من عباراته إذا كانت مفرداته تسمح بذلك.

وقد يكون النص الدستوري في مسألة معينة عاما، إلا أن المشرع العادي قد نظّم تلك المسألة بعبارات تحمل معنيي العموم، والخصوص، فإنه يمكن اعتماد معنى العموم من أجل اتفاق النص القانوني مع الدستور، وتلافي الحكم بعدم دستوريته.

ومثال ذلك العموم الوارد في الدستور العراقي حول حظر ترشيح القوات المسلحة، وأفرادها لإشغال مراكز سياسية، فإذا جاءت عبارات القانون باحتمال تفسيرين: يقتصر الأول على الانتخابات البرلمانية، ويشمل الثاني كل انتخابات لإشغال مركز سياسي في الدولة، عندئذ يمكن اعتماد المعنى الثاني للنص الذي يجعله متفقا مع عموم الدستور؛ من أجل تلافي الحكم بعدم دستوريته.

---

[١] ينظر: د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، المصدر السابق، ص ٤٥٥.

[٢] ينظر: د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، المصدر السابق، ص ٤٥٤.

[٣] نصت المادة (٦٣/ثانيا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ على: (ب/ لا يجوز إلقاء القبض على العضو خلال مدة الفصل التشريعي إلا إذا كان متهماً بجناية، وبموافقة الأعضاء بالأغلبية المطلقة على رفع الحصانة عنه، أو إذا ضبط متلبساً بالجرم المشهود في جناية. ج/ لا يجوز إلقاء القبض على العضو خارج مدة الفصل التشريعي إلا إذا كان متهماً بجناية، وبموافقة رئيس مجلس النواب على رفع الحصانة عنه، أو إذا ضبط متلبساً بالجرم المشهود في جناية).

على أن هذا التوفيق الذي يقوم به القاضي الدستوري من أجل تلافي التعارض التقديري لا يعني – بأي حال من الأحوال – تجاوز حدود التفسير، والدخول إلى ميدان التشريع الممنوع عليه دستوريا، بحيث لا يمكن وصف عمله تفسيرا للنص، بل إجراء تشريعي بإضافة شيء جديد للقانون، وعندئذ يصبح الحكم بعدم الدستورية أوجب من إقرار الدستورية؛ لأنه يمثل إحلال القاضي الدستوري نفسه محل المشرع العادي.

وإن وجود سياسة ثابتة للقاضي الدستوري تعمل على توفيق تقدير المشرع العادي مع الدستور بشكل مرن، قد تدفع إلى صياغة القوانين بألفاظ عامة يتحايل عن طريقها المشرع للمنع من الحكم بعدم الدستورية[١].

وقد تكون الحالة المعروضة على القاضي الدستوري خلاف ما تقدم، عندما يكون النص الدستوري يحتمل معنيين، أو أكثر يكون أحدهما مستوعبا القانون بخلاف المعنى، أو المعاني الأخرى التي تجعله يخالفها، فهل يلتزم القاضي الدستوري عند ممارسة رقابته على تقدير المشرع العادي باعتماد المعنى الذي يجعل القانون متفقا مع الدستور على وفق الضوابط المتقدمة؟

قبل الإجابة عن التساؤل المتقدم علينا التسليم باحتمالية تحقق هذه الفرضية، فالنص الدستوري – كأي نص قانوني آخر – قد تأتي صياغته على نحو يجعله محتملا أكثر من معنى، بل قد تتأكد هذه الفرضية في النصوص الدستورية؛ لما تتسم به من عموم، وإطلاق.

أما الإجابة فإنه يمكن القول باختلاف التعامل مع هذه الفرضية عن نظيرتها الخاصة بالقانون؛ لاختلاف قيمة النصين الدستوري والقانوني من جانب، وتباين عمل القاضي الدستوري إزاء كل واحد منهما من جانب آخر، فإذا كان القاضي الدستوري يعمل على توفيق تقدير المشرع العادي مع الدستور، ما أمكنه ذلك، فإنه مدفوع إلى حماية الدستور من خروج القانون عنه؛ لسمو الأول، وعلو قواعده.

وهذه التقنية تعد إحدى وسائل تلك الحماية التي تنتج من محاكمة – إن صح التعبير – القانون إزاء الدستور، أما تطويع القاضي الدستوري للنصوص الدستورية لجعلها متفقة مع القانون فيقلب المعادلة لنكون عندئذ أمام محاكمة الدستور مقابل القانون، وهذا ما لا تقوم عليه مهمة القاضي الدستوري.

ولذلك إذا عُرضت مثل هذه الحالة على القاضي الدستوري فإنه لا يكون ملزما بتفسير النص الدستوري ليكون متفقا مع القانون، أكثر من التزامه بحفظ قيمة النص الدستوري، وضمان أرجحيته على النص القانوني، بل عليه أن يلتزم بإعطاء النص الدستوري التفسير الذي يحقق غايته، ويضمن نفاذه على أرض الواقع، بغض النظر عن مدى اتفاق ذلك المعنى مع النص القانوني، أو عدمه.

ولتوضيح ذلك نأخذ النص الدستوري الذي حظر نزع الملكية الخاصة إلا لأغراض المنفعة العامة، مقابل تعويض عادل، وما يعنينا هنا مصطلح (التعويض العادل) الذي قد يحمل أكثر من معنى، فقد يكون المراد به – على وفق المعنى الضيق – المبلغ النقدي، أو العوض العيني الذي يقدم للمالك بشكل ثابت، ومحدد؛ نتيجة نزع

---

[١] ينظر: د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، المصدر السابق، ص ٤٥٤.

ملكيته، وقد يقصد به معنى أوسع من ذلك فيشمل كل ترضية للمالك سواء قدمت له بشكل مادي، أم تقررت له نتيجة ميزة، أو منفعة عادت عليه بسبب الاستملاك.

وبعد أن حددنا المعنى المحتمل لمصطلح (التعويض العادل) تبرز لنا المادة (٣٧) من قانون الاستملاك العراقي[١]، التي أجازت نزع ملكية ما لا يتجاوز ربع مساحة العقار من دون بدل، مقابل تحسّن موقع، أو منفعة القسم المتبقي منه، وزيادة قيمته بسبب الاستملاك.

فكيف يتعامل القاضي الدستوري مع هذه الحالة؟ فهل يعمل على جعل الدستور متفقا مع القانون باعتماد التفسير الواسع لمصطلح (التعويض العادل)، ويتلافى – بذلك – الحكم بعدم دستورية المادة أعلاه، أم يستبعد ذلك المعنى، ويلتزم بالتفسير الضيق بصرف النظر فيما إذا كان ذلك يحقق دستورية المادة، أم عدم دستوريتها؟

في الحقيقة قد تسنى للمحكمة الاتحادية العليا النظر في مدى دستورية المادة (٣٧)، وبالتحديد ما قررته من تعويض مقابل نزع ملكية ما لا يتجاوز ربع مساحة العقار، وبالرجوع إلى قرارها الصادر في هذه القضية نجدها قد أخذت بالمعنى الواسع للتعويض العادل، بما يجعل المادة المذكورة متفقة مع الدستور، أو بتعبير أدق قد وافقت الدستور مع المادة محل النقاش، مقررة رد الطعن، على أساس أن تحسّن موقع، أو منفعة القسم المتبقي من العقار المستملك جزء منه، وزيادة قيمته بسبب الاستملاك، يحقق التعويض العادل الذي اشترطه الدستور[٢]، بعد أن فسّرت التعويض العادل بالمعنى الواسع.

وفي الحقيقة لا نتفق مع ما ذهبت إليه محكمتنا الموقرة، فالتعويض العادل الوارد في النص الدستوري وإن كان يحتمل معنيين إلا أنه ينبغي اعتماد المعنى الضيق له، وليس الواسع؛ لأن غاية النص الدستوري لا تتحقق إلا بالمعنى الضيق.

فبالرجوع إلى النص الدستوري نجده قد قرر قاعدة عامة مقتضاها عدم جواز نزع الملكية الخاصة، إلا أنه أورد استثناءً من ذلك الأصل العام يجيز نزع الملكية بشرطين أساسيين هما: أن يكون النزع لأغراض المنفعة العامة، وأن يكون مقابل تعويض عادل، وما دام هذان الشرطان لازمين لحالة استثنائية فإنه ينبغي تفسيرهما على ضوء ما يحفظ للأصل العام حدوده، وعلى هذا الأساس ينبغي تفسير مصطلح التعويض العادل بالمعنى الضيق له.

وإن تفسير هذين الشرطين يستلزم ضرورة الرجوع إلى المصلحة التي دفعت المشرع الدستوري لاشتراطهما، فالشرط الأول تبدو المصلحة من ورائه مشتركة؛ لأنها مقررة للمُلّاك، والدولة على حد سواء، فالمالك يضمن عدم نزع ملكية عقاره إلا لأغراض المنفعة العامة، دون الخاصة، وإنه – أي شرط المنفعة العامة – يحقق مصلحة

---

[١] نصت المادة (٣٧) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ على: (يستملك بدون بدل ما لا يتجاوز ربع مساحة أرض العقار، إذا ثبت لهيئة التقدير تحسن موقع، أو منفعة القسم المتبقي منه وزيادة قيمته بسبب الاستملاك، ويقتصر التعويض في هذه الحالة، على ما تشتمل عليه المساحة المستملكة من منشآت، ومغروسات). المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٢٨١٧) في ١٩٨١/٢/١٦.

[٢] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٢٥/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٨/١/٨)، وقرارها المرقم (٩٢/اتحادية/اعلام/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٩/٤، وأيضا قرارها المرقم (٩٣/اتحادية/اعلام/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٩/١٤).

الدولة أيضا عن طريق تأدية مشروعاتها، وتحقيق أهدافها العمرانية، والتنموية عندما تستلزم تلك المشروعات نزع ملكية عقارات بعض الأفراد.

وفيما يتعلق بشرط التعويض العادل فإنه – من دون شك – مقرر لمصلحة المالك وحده دون الجهة المُستملِكة. وإذا كان الأمر كذلك فإنه ينبغي تفسير هذا الشرط بما يتفق مع تلك المصلحة، وإن ما يحقق المصلحة التي دفعت المشرع الدستوري إلى إقرار هذا الشرط هو تفسير (التعويض العادل) بالمعنى الضيق الذي يتحقق بمبلغ نقدي، أو عوض عيني يقدم للمالك بشكل ثابت، ومحدد، أما غير ذلك من منفعة، أو ميزة، فإنها لا تدخل ضمن هذا المعنى، ومن ثم لا تحقق مصلحة المالك التي تعد غاية الشرط الذي وضعه الدستور.

وبناءً على ما تقدم يعد ما قررته المادة (٣٧) من تحديد التعويض بتحسّن موقع، أو منفعة القسم المتبقي من العقار المستملك جزء منه، وزيادة قيمته بسبب الاستملاك لا يندرج تحت المعنى الحقيقي للتعويض العادل الذي قصده الدستور؛ مما يجعل المادة كفيلة بعدم الدستورية، وهو ما لم تقرره المحكمة الاتحادية العليا.

الفرع الثاني: وضوح مخالفة تقدير المشرع العادي للدستور

يقسّم الفقه تبعا لسياسة القاضي الدستوري في بعض البلدان مستويات الرقابة على القوانين على ثلاثة مستويات: المستوى الأولى هو الرقابة المتشددة، وتنصب على القوانين المتعلقة بالحقوق الأساسية، أو التي تتضمن تمييزا عنصريا، ويستلزم القاضي الدستوري في هذا المستوى من رقابته وجود غاية صريحة للقانون، وتوازنا بين الفوائد، والأضرار من تقييد حق معين، وضرورة أن يكون ذلك التقييد بأقل ضرر؛ لتحقيق الغاية المنشودة[١].

أما المستوى الثاني هو الرقابة المتوسطة التي تنصب على القوانين المتضمنة تصنيفا مشكوكا به كالتصنيف على أساس الجنس، فيراقب القاضي الدستوري في هذا المستوى مدى وجود غاية على درجة من الأهمية، وضرورة ارتباط الوسائل المستخدمة بالغاية المستهدفة[٢].

في حين يكتفي القاضي الدستوري في المستوى الثالث (الرقابة الأدنى) بالمعقولية، أو العلاقة المنطقية التي تتحقق بمجرد وجود غاية مشروعة، وارتباط معقول بينها، وبين الوسائل المستعملة لتحقيقها، ويعد هذا المستوى الأقدم في رقابة المحكمة العليا الأمريكية[٣].

---

[١] ينظر: حسين جبر حسين الشويلي: قرينة دستورية التشريع، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون/ جمعة بابل، ٢٠١٤، ص ٨٣.

[٢] ينظر: حسين جبر حسين الشويلي: المصدر نفسه.

[٣] ينظر: د. عاطف سالم عبد الرحمن: دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي – الاجتماعي – الاقتصادي، ط ١، من دون ناشر، من دون مكان نشر، ٢٠١١، ص ٣٥٩.

إلا أننا في إطار التعارض التقديري الذي هو نتاج رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع العادي، لا يمكن القول بضرورة المطابقة بين تقدير المشرع العادي، والدستور، فالأخير – كما تبيّن سابقا – يترك مساحة من التقدير للمشرع العادي عند ممارسة اختصاصه التشريعي، ولا يلزمه بفروض معينة.

وعلى أساس انتفاء تلك المحددات الدستورية فإن القاضي الدستوري عندما يمارس رقابته على السلطة التقديرية للمشرع العادي لا يراقب مدى مطابقة تقدير المشرع العادي مع الدستور، وإنما يكون عمله في مدى وجود التعارض بينهما، أو عدمه؛ ليحدد على أساس ذلك نتيجة رقابته.

ولهذا الغرض يسعى القاضي الدستوري إلى القيام بأمرين:

١– تحديد الغايات الحقيقية التي توخاها المشرع العادي من القانون، وله هنا إما الاعتماد على ما أظهره المشرع العادي من غايات إذا كانت تتطابق مع مضمون القانون، أو استبعاد تلك الغايات إذا تبيّن للقاضي الدستوري مناقضتها محتوى القانون، ومن ثم البحث عن الغاية الحقيقية عن طريق الوسائل الداخلية للنص، أو الخارجية.

٢– النظر في الوسائل التي اعتمدها المشرع العادي لتحقيق الغايات المتقدمة[١].

إن هذين الأمرين وإن كانا يحددان الخطوط العامة للقانون أمام القاضي الدستوري، إلا أنهما غير كافيين للقول بانتهاء تدقيق القانون من ناحية دستوريته، بل يستمر القاضي الدستوري في بحثه حتى يصل إلى النتائج الحقيقية من عمله، ولا يتحصل ذلك إلا بعد تأكده من مدى اتفاق غايات القانون – سواء أكانت معلنة أو مخفية – مع الدستور، فإذا وجدها تتقاطع معه قضى بعدم دستورية القانون، حتى وإن كانت الوسائل التي تحقق تلك الغايات ترتبط بها منطقيا.

أما إذا وجد غايات القانون لا تتعارض مع الدستور، بل تتسع نصوص الأخير لاستهداف هكذا غايات، فإنه ينتقل إلى الوسائل، ويبحثها من جوانب عدة: فهو أولا يدقق مدى مشروعية الوسيلة التي اعتمدها المشرع العادي من الناحية الدستورية، وعلى أساس ذلك يتوقف مصير القانون عند هذا الحد، أو الانتقال إلى المرحلة اللاحقة والبحث فيما إذا كانت الوسيلة التي اختارها المشرع العادي بالتحديد هي أنسب الوسائل من البدائل المتاحة أمامه، والأفضلية تتقرر على أساس تحقيقها الغاية المنشودة بالشكل المقبول أولا، وأن يكون ذلك بأقل الأضرار ثانيا.

وليس أخيرا ضرورة وجود علاقة مفهومة، وحقيقية بين الوسائل المعتمدة، وغايات القانون، كل ذلك بشرط ألّا يكون الدستور قد قيّد المشرع العادي بفروض محددة، إذ يتعين عندئذ إبطال النصوص القانونية التي تخالف تلك الفروض، أيا كان قدر اتصالها بأهدافها؛ لأن فروض الدستور لازمها أن يعمل المشرع العادي في إطار سلطة مقيدة لا تقديرية[٢]، ومن ثم تتحول عملية فحص القاضي الدستوري من صورة عدم التعارض إلى المطابقة.

---

[١] ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٣٥٣.

[٢] ينظر: د. عوض المر: المصدر نفسه.

ولنأخذ مثالا على ذلك النص القانوني الذي يمنح به المشرع العادي جهة رسمية شخصية معنوية، مستهدفا في ذلك تحقيق قدرتها على أداء مهامها بأفضل ما يكون، متمتعة بقدر من الاستقلال، وأهلا لتلقي الحقوق، وتحمل الالتزامات، ولهذا الغرض استخدم المشرع العادي وسيلة معينة هي تمتعها بالشخصية المعنوية.

وقبل كل شيء لا بدَّ من تقرير السلطة التقديرية للمشرع العادي بمنح الشخصية المعنوية، على وفق تقديره على ضوء معطيات معينة، إذ بالرجوع إلى الدستور نجده لم يحدد فروضا معينة على سلطة المشرع العادي في هذا الشأن.

فإذا ما طُعن على النص القانوني المتقدم بمنحه الشخصية المعنوية لجهة رسمية، بدعوى مخالفته الدستور، فإن القاضي الدستوري في سبيل عمله الرقابي سيحدد الغاية التي استهدفها النص المتقدم، ويبدو هنا أن الأسباب المعلنة من المشرع العادي هي أسباب حقيقية، ولا تختفي خلفها أسباب مغايرة، وهي في الحقيقة لا تتعارض مع الدستور؛ لأن تمكين جهة رسمية من أداء مهامها عن طريق شخصية معنوية خاصة بها هدف لا يتقاطع مع الدستور من حيث الأصل.

وإذا توصل القاضي الدستوري إلى ذلك ينتقل بعده إلى الوسيلة التي اعتمدها المشرع العادي لتحقيق تلك الغاية، وهل فيما إذا كانت أنسب وسيلة لتحقيقها؟ وللوصول إلى ذلك لا بدَّ من استعراض الخيارات المتاحة أمام المشرع العادي وهي:

- عدم منح شخصية معنوية للجهة الرسمية المقصودة.
- ربط هذه الجهة الرسمية بالشخصية المعنوية للجهة الأعلى التي ترتبط بها.
- منح شخصية معنوية للجهة الرسمية.

وبالنسبة للخيار الأول لا يمكن القول إنه خيار مناسب؛ لأنه قد يؤدي إلى ضياع حقوق هذه الجهة الرسمية، أو عدم تقرير مسؤوليتها عن أعمالها، ويقلل من الاستقلال اللازم إياها، وبالمحصلة النهائية عدم قدرتها على تأدية مهامها على أفضل ما يكون.

أما الخيار الثاني المتمثل بأن تبقى الجهة الرسمية جزءا من جهة رسمية أعلى ممنوحة شخصية معنوية، فهو وإن كان أفضل من الخيار الأول إلا أنه ليس البديل الأنسب، فالجهة الرسمية إذا كانت على قدر من الأهمية وعلى نحو واسع من الاختصاصات، والواجبات زيادة على الاستقلال النسبي الذي تتمتع به، يكون من المناسب منحها شخصية معنوية بمعزل عن الجهة التي ترتبط بها.

ويبقى أخيرا البديل الثالث الذي يبدو – بعد الملاحظات المتقدمة – أنه أنسب الخيارات التي كانت متاحة أمام المشرع العادي، فإن اختياره لا شائبة حوله؛ كونه الأفضل من بين البدائل الموجودة.

وبعد تقرير مشروعية الغاية، والوسيلة يبقى التساؤل المهم فيما إذا كانت هنالك علاقة منطقية، ومفهومة بين قدرة جهة رسمية على أداء عملها، وواجباتها على أفضل ما يكون، وبين منحها شخصية معنوية، فإنه يمكن القول بوجود تلك العلاقة المنطقية.

وقبل أن يختم القاضي الدستوري فحصه قد يتراءى له وجود أضرار معينة تترتب على ذلك، عندئذ يتحقق فيما إذا كانت هذه الأضرار أقل من الفوائد المتحققة من النص القانوني، أو مساوية إياها، أو أكثر منها، وفي إطار منح الشخصية المعنوية لجهة رسمية يمكن القول إن الأضرار أقل من الفوائد التي تعود على تلك الجهة عند منحها شخصية معنوية، حتى بالنسبة للجهة الأعلى التي ترتبط بها الجهة الأولى.

وإن مثل هذه الأضرار إذا ما حصلت فهي لا تمثل قيمة حقيقية تمنع من منح الشخصية المعنوية للجهة الرسمية المعنية؛ لأن هذا المنح **أولا:** لا يقطع العلاقة، والارتباط بين الجهة الأعلى، والجهة الأدنى[١]، والدليل على ذلك وجود الكثير من الدوائر العامة الممنوحة شخصية معنوية داخل الوزارات، من دون أن ينفي ذلك وجود ارتباط بينها، وبين الوزارة التي تنتمي إليها.

ثانيا: إن علاقة الارتباط تتكفل بها نصوص قانونية أخرى من شأنها جعل الجهة الرسمية مسؤولة أمام الجهة الأعلى حتى مع منحها شخصية معنوية، ويتحقق الارتباط أيضا عن طريق التشكيل، والإشراف على عملها، وغير ذلك، ومن ثم فإن منح الشخصية المعنوية لا ينفي الترابط، وما يحمله من عملية المساهمة في التشكيل، والإشراف، والمسؤولية.

والمتحصل من ذلك أن الأضرار التي قد تتحقق من منح الشخصية المعنوية للجهة الرسمية أقل من الفوائد المتحققة من هذا المنح إن لم تكن الأضرار منتفية في الأصل.

ومن التحليل المتقدم كله يستطيع القاضي الدستوري أن يقرر دستورية منح جهة رسمية معينة شخصية معنوية على وفق المعطيات السابقة.

ويجدر بالذكر أن هذا الموضوع قد عُرِض على المحكمة الاتحادية العليا عندما طُعِن بمنح هيئة الإشراف القضائي شخصية معنوية[٢]، وعلى الرغم من أن الدستور لم يتضمن نصا يشير إلى تمتع مكونات السلطة القضائية بما فيها هيئة الإشراف القضائي بشخصية معنوية باستثناء المحكمة الاتحادية العليا[٣]، إلا أن ذلك لا يعني منع المشرع العادي من منح هذه المكونات القضائية شخصية معنوية، بل له ذلك وفق ما يرتئيه بموجب سلطته التقديرية.

ومع ذلك فإن المحكمة الاتحادية العليا قضت بعدم دستورية منح هيئة الإشراف القضائي شخصية معنوية[٤]؛ لأن الهيئة جزء من مجلس القضاء الأعلى بموجب قانونها، وإن هذا يستلزم أن يستمد الجزء وجوده من الجهة

---

[١] ينظر: د. سليمان محمد الطماوي: مبادئ القانون الإداري، ط ٥، دار الفكر العربي، من دون مكان للنشر، ١٩٦٣، ص ٧٠. د. حامد مصطفى: مبادئ القانون الإداري العراقي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٨، ص ٣٧.

[٢] نصت المادة (١) من قانون هيئة الإشراف القضائي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦ على: (تشكل في مجلس القضاء الأعلى هيئة، تسمى هيئة الإشراف القضائي **تتمتع بالشخصية المعنوية**، وتعد من مكونات السلطة القضائية الاتحادية، وتتألف من رئيس ونائب للرئيس وعدد كاف من المشرفين القضائيين). المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٤١٨) في ٢٠١٦/١٠/٣.

[٣] نصت المادة (٩٢/أولا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ على: (المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة ماليا وإداريا).

[٤] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٥٦/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/٢٩).

التي تتولى إدارته، وما دام مجلس القضاء الأعلى يتمتع بالشخصية المعنوية فإن تلك الشخصية تمثل جميع مكوناته بما فيها هيئة الإشراف القضائي.

واستندت المحكمة إلى عدم توفر المبررات العملية التي تدعو إلى منح الشخصية المعنوية المتمثلة باتساع رقعة الدولة الجغرافية، وتعدد وظائفها مما يقتضي منح بعض الجهات الرسمية شخصية معنوية لتسيير الأمور اليومية المتعلقة بالدولة، وإن هذا الأمر لا ينطبق على هيئة الإشراف القضائي بعدّها هيئة ضمن مجلس القضاء الأعلى، ولا تتمتع بالاستقلال المالي، والإداري، وتمارس اختصاصاتها القضائية التي تعد جزءا من اختصاصات مجلس القضاء الأعلى.

وفي الحقيقة إن ما استندت إليه المحكمة الاتحادية العليا لا يصعب الرد عليه؛ فالقول بأن منح مجلس القضاء الأعلى شخصية معنوية يمنع من الاعتراف بالشخصية المعنوية لمكوناته لا يستند إلى أساس دستوري، إذا علمنا أن الدستور قد جعل مجلس القضاء الأعلى، وباقي مكونات السلطة القضائية الاتحادية في مستوى واحد من حيث الوجود، وإن ما يختص به المجلس من إدارة شؤون القضاء، والإشراف الاتحادي لا يسلب استقلال كل مكون من مكونات السلطة القضائية الأخرى، وما يستلزمه ذلك الاستقلال من منح شخصية معنوية[١]، إلا إذا فهمنا الإدارة، والإشراف بالتبعية المطلقة بين هيئة الإشراف القضائي، ومجلس القضاء الأعلى.

وإن ما ذكرته المحكمة الاتحادية العليا من عدم توفر المبررات العملية من أجل منح هيئة الإشراف القضائي شخصية معنوية قاصر عن احتواء كل الأسباب التي تدعو إلى هذا المنح، زيادة عن أنه لا يمنع من ذلك؛ لأن المبررات العملية ليست الدافع الوحيد لمنح الشخصية المعنوية، بل يضاف إليها أيضا أسباب أخرى، من بينها تحقيق استقلال نسبي للهيئة؛ يحقق وجودها القانوني، والقدرة على أداء عملها الذي يعد على قدر من الأهمية، كالإشراف على القضاة، وسير العمل في المحاكم الممنوح لهيئة الإشراف القضائي.

زيادة على أن تلك المبررات العملية التي استندت إليها المحكمة متوفرة في عمل الهيئة؛ كونها تختص بأمور تتسع مكانيا، وموضوعيا لجوانب واسعة[٢]، يكون من المناسب معها منحها شخصية معنوية.

---

[١] بشأن عدم تأثير رقابة السلطة المركزية على الهيئات الإدارية المتفرعة من الدولة على استقلال هذه الهيئات. ينظر: د. طعيمة الجرف: القانون الإداري، من دون ناشر، القاهرة، ١٩٧٣، ص ١٣٦.

[٢] نصت المادة (٣) من قانون هيئة الإشراف القضائي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦ على: (تتولى الهيئة المهام الآتية: أولا: الرقابة، والإشراف على حسن الأداء في المحاكم الاتحادية عدا المحكمة الاتحادية العليا. ثانيا: الرقابة، والاشراف على حسن الأداء في جهاز الادعاء العام. ثالثا: الرقابة على حسن قيام القضاة، وأعضاء الادعاء العام بمهامهم القضائية، والإدارية المنصوص عليها في القانون. رابعا: تقييم كفاءة أداء القضاة، وأعضاء الادعاء العام، وتقديم تقارير دورية بذلك. خامسا: التحقيق في الوقائع المنسوبة للقضاة، وأعضاء الادعاء العام التي تشكل مخالفة لقواعد السلوك القضائي عدا قضاة المحكمة الاتحادية العليا. سادسا: الرقابة على حسن أداء منتسبي المحاكم، وجهاز الادعاء العام من غير القضاة، وتقييم الجهد المبذول في القيام بواجباتهم، والحرص على المال العام، والتنبيه عن الأخطاء، والسلبيات، واقتراح معالجتها، وسبل تجنبها، وتشخيص العناصر المتميزة من بين المذكورين. سابعا:

ويتبين من ذلك أن التعارض التقديري الذي قررته المحكمة الاتحادية العليا مع المشرع العادي في منح هيئة الإشراف القضائي شخصية معنوية لا يتحقق فيه شرط المخالفة الواضحة بين تقدير المشرع العادي، والدستور.

فالمخالفة التي يتحقق بها التعارض التقديري يشترط فيها أن تكون حقيقية تستند إلى أسس منطقية تؤكدها، وينبغي أن تكون مخالفة مباشرة لنصوص الدستور، وليست سببا في تشريع قانون لاحق قد يخالف الدستور، ولذلك فإن القول بأن تقرير دستورية القانون سيفتح الباب أمام المشرع العادي لإصدار قوانين تخالف الدستور[١]، لا يحقق شرط المخالفة المباشرة في تقدير المشرع العادي.

ولا تشكل – أيضا – إمكانية إساءة تطبيق النص القانوني مخالفة دستورية بحد ذاتها، يستطيع القاضي الدستوري معها معارضة المشرع العادي في تقديره، إذ إن إساءة تطبيق النص القانوني لا تزال احتمالية غير مؤكدة من جانب، وإن تلك الإساءة – في حالة تحققها على أرض الواقع – يمكن إزالتها عن طريق الهيئات الإدارية، والقضائية، فيما تمارسه من رقابة على التصرفات الصادرة بناءً على ذلك النص، وحظر ارتكابها مرة ثانية من جانب آخر.

وبالمحصلة النهائية فإن تطبيق النص القانوني بشكل غير مشروع، لا يعد مخالفة دستورية بالمعنى المقصود في التعارض التقديري، مع الإقرار بإمكانية خضوع ذلك التطبيق لرقابة الجهات الأخرى غير القاضي الدستوري، الذي تنحصر رقابته على التحقق من المخالفات الدستورية الواضحة من جانب، والمباشرة من جانب آخر.

وفي هذا الشأن يمكن الإشارة إلى قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ١٩٨٣/٧/٢٠ الذي أكّد فيه: (أن مجرد احتمال إساءة تطبيق نص تشريعي بشكل مخالف للدستور لا يترتب عليه عدم دستوريته، ... وأن الأمر متروك، ... للمحاكم المختصة، لإعلان بطلان ذلك التطبيق وحظره)[٢].

وهو ما أشارت له المحكمة الاتحادية العليا أيضا بقرارها الصادر في ٢٠١٦/٨/١٦ إذ قررت: (بأن النصوص المطعون بعدم دستوريتها المتقدم ذكرها لم تكن في مبناها، ومحملها مخالفة للنصوص الدستورية الوارد ذكرها في عريضة الدعوى، وإنما كان الخلل في تطبيق أصحاب القرار، والقوى المتمكنة لهذه النصوص، مما أسفر عدم تحقيق أهدافها، وعدم تحقق التوازن، والعدالة، والمساواة في تحمل المسؤوليات بين أفراد مكونات الشعب العراقي، وفي نيلهم الفرص في حقوقهم المشروعة، ودون اعتماد الكفاءة والمهنية والنزاهة. وتجد المحكمة الاتحادية العليا

إنجاز ما يحيله رئيس مجلس القضاء الأعلى الاتحادي عليها، أو على أحد أعضاء مجلس النواب، أو على أحد المشرفين القضائيين وفقا للقانون).

[١] ينظر: د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مصدر سابق، ص ٤٥٠.

[٢] قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 83-162 DC du 20/7/1983.

أن تصويب ذلك الخلل في التطبيق لا يكون بإلغاء النصوص المطعون بعدم دستوريتها، وإنما عن طريق تصحيح مسار التطبيق بالطرق التي رسمها القانون)[١].

ومسألة عدم تحقق المخالفة الدستورية الناتجة عن التطبيق غير المشروع للنص القانوني، تختلف كليا عن حالة التفسير القضائي لذلك النص، أو ما يعبر عنه بالقانون الحي، الذي يراد به التفسير القضائي الثابت، والمستقر للنص القانوني، وهذا التفسير يمكن أن يشكل أساسا لرقابة القاضي الدستوري، ومن ثم فإنه يحقق المخالفة الدستورية التي يقوم عليها التعارض التقديري[٢].

أي أن النص القانوني – وبشكل مجرد – إذا كان لا يتضمن مخالفة دستورية، فإنه يمكن أن يكون كذلك بناءً على التفسير الذي تعطيه إياه المحاكم العليا بشكل مستقر، وبخلاف ذلك يمكن أن يتحصن النص القانوني عن رقابة القاضي الدستوري، مع أنه يخالف الدستور واقعيا، على وفق التفسير المتقدم، مع عدم خضوع هذه المحاكم لرقابة أية جهة أخرى، ومن ثم لا مفر من هذا التفسير المخالف للدستور إلا بوضع حد له عن طريق التعامل مع النص القانوني وفق معناه الذي حددته المحاكم العليا، وإدماجهما في محل واحد من حيث الخضوع للرقابة الدستورية، وعدم الاكتفاء بالنص القانوني مجردا عن مجاله الحيوي الذي قد يكون مخالفا الدستور.

وبناءً عليه فإن النص القانوني الذي تفسره المحاكم تفسيرا يصطدم بالدستور، يمكن أن يحقق المخالفة الدستورية في التعارض التقديري، حتى وإن كان النص نفسه لا يخالف الدستور.

ولذلك على القاضي الدستوري ألّا يقف عند حد النص القانوني بشكل مجرد عند إعمال رقابته على دستورية ذلك النص، وإنما ينبغي أن يأخذ في الحسبان المعنى الذي تعطيه إياه المحاكم العليا في هذه الرقابة، وفيما إذا كان ذلك المعنى يخالف الدستور، أم يتفق معه.

ومن ثم يكون أساس رقابة القاضي الدستوري – في هذه الجزئية – القانون الحي، وليس النص القانوني المجرد عن التفسير القضائي الثابت له[٣].

المبحث الثالث

ضمانات التعارض التقديري

تبين لنا سابقا اشتراط عرض تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري بالطرق القانونية، وعدم إمكانية توافق تقدير المشرع العادي مع الدستور لقيام التعارض التقديري.

وإذا كان هذان الشرطان كافيين للتعارض التقديري، فإننا نبحث هنا عن كفالة تعارض حقيقي بعيدا عن الضغوطات على القاضي الدستوري باستقلاله وحياده، ولا سيما أن التعارض التقديري ينتج عن ممارسة القاضي

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٢/اتحادية/اعلام/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/١٦).

[٢] للمزيد بشأن القانون الحي ينظر: د. محمد محمد عبد اللطيف: القانون الحي والرقابة الدستورية، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١٩، ص ٢٢ وما بعدها.

[٣] ينظر: د. محمد محمد عبد اللطيف: القانون الحي والرقابة الدستورية، المصدر السابق، ص ٢٥.

الدستوري رقابته على السلطة التقديرية للمشرع العادي التي تسمح للأخير بحرية اختيار الحل المناسب لتنظيم موضوع معين.

وانطلاقا من هذا الدور الحساس الذي يقوم به القاضي الدستوري عند ممارسة عمله، ونتاج ذلك العمل المتمثل بالتعارض التقديري، لا بدَّ من وجود ضمانات نكفل عن طريقها حصول تعارض تقديري حقيقي ومقنع.

وبالرجوع إلى عوامل التعارض التقديري فقد اتضح لنا أن هنالك عوامل في جانب المشرع العادي، وأخرى في جانب القاضي الدستوري، وبخصوص الأخير فقد يكون التعارض التقديري راجعا لعدم استقلال القاضي الدستوري وتأثره بضغوطات جهات فاعلة، تدفع إلى تحقيق مصالحها، حتى وإن كانت على حساب الدستور، وتحت مظلة حمايته، عن طريق التأثير – بوسائل شتى – في إرادة القاضي الدستوري، ودفعه إلى معارضة المشرع العادي في تقديره.

وقد تؤدي تلك التأثيرات فعلها في عمل القاضي الدستوري، مما يجعله ينحى إلى التعارض التقديري، بإيجاد المخالفة الدستورية والتبرير لها، مع تذكيرنا الدائم أن المخالفة في التعارض التقديري هي ليست مخالفة محددة – على نحو ما هو موجود في السلطة المقيدة للمشرع العادي – وإنما هي مخالفة استنتاجية قد يتوصل إليها القاضي الدستوري من الجمع بين أكثر من نص دستوري وتفسيره، وقد يصل الأمر إلى تأويله، أو تطويعه لغرض معين، مما يفتح المجال أمام القاضي الدستوري في استنتاج مخالفات غير قاطعة وغير حقيقية، ولا سيما إذا كان مدفوعا إلى ذلك تحت تأثير وضغوطات جهة، أو جهات معينة.

لذلك فإن اشتراط مخالفة تقدير المشرع العادي الدستور، لتحقق التعارض التقديري، قد يكون بحاجة إلى ضمان استقلال القاضي الدستوري، وعدم خضوعه إلى تأثير أية جهة، حتى يكون التعارض التقديري عملا قضائيا خاصّا بالقاضي الدستوري وحده، وفي ضوء المعطيات المعروضة أمامه، وما يتوصل له من اجتهاد وفق سلطته التقديرية، وحياد تام.

وإذا كانت المخالفة التي يستند إليها القاضي الدستوري – في التعارض التقديري – أقرب للاستنتاج منه إلى التحديد؛ نتيجة السلطة التقديرية للمشرع العادي، ولازمها عدم وجود الفروض الدستورية عند تنظيم موضوعات معينة، فإنه يلزم بيان القاضي الدستوري الأسباب، والأسس التي استند إليها في التعارض التقديري بشكل مفصّل؛ من أجل صحة ذلك الاستنتاج، وكفالة استناده إلى أسس دستورية، ومنطقية تؤدي إليه، وبذلك يعد تسبيب التعارض التقديري ضمانة حقيقية لمعرفة مخالفة تقدير المشرع العادي للدستور أولا، وتأكيدها بالأدلة اللازمة لها ثانيا.

وبناءً على ما تقدم يعد استقلال القاضي الدستوري، وتسبيب الأحكام ضمانات للتعارض التقديري، وهو ما سنبيّنه في هذا المبحث، بتقسيمه على مطلبين، نتناول في الأول استقلال القاضي الدستوري، وفي الثاني تسبيب التعارض التقديري.

المطلب الأول

استقلال القاضي الدستوري

يعد استقلال القاضي الدستوري من أهم الضمانات الواجب توفيرها له، كفالة لموضوعية عمله، وبالخصوص ما يصدر عنه من تعارض تقديري.

فالقوانين التي تصدر تنظيما لموضوع معين قد تحقق مصالح بعض أفراد المجتمع، والجهات الحكومية، وتتضرر بسببها مصالح أخرى، ومن هنا قد تنشأ رغبة قوية لدى أطراف الجهتين للتأثير – ولو بشكل غير مشروع – في عمل القاضي الدستوري، وصدور ما يؤمّن مصالح كل جهة، حتى على حساب الدستور، وما يتضمنه من مبادئ.

وعلى أساس ذلك يكفل الاستقلال صدور التعارض التقديري بناءً على المعطيات المعروضة في الدعوى المنظورة، وما تكوّن لدى القاضي الدستوري من يقين بشأن تقدير المشرع العادي على وفق سلطته التقديرية، بعيدا عن ضغوطات أية جهة كانت، وفي أي اتجاه.

وبناءً على ما تقدم سنبيّن استقلال القاضي الدستوري في فرعين: الأول نوضح فيه تشكيل القضاء الدستوري وتحديد أعضائه ومدة العضوية، في حين نخصص الفرع الثاني للاستقلال المالي، والإداري للقضاء الدستوري، وضمانات أعضائه.

الفرع الأول: تشكيل القضاء الدستوري وتحديد أعضائه ومدة العضوية

تبيّن سابقا أن استقلال القاضي الدستوري من ضمانات التعارض التقديري، ومن لوازم ذلك الاستقلال تنظيم الدستور نفسه لتشكيل القضاء الدستوري، من حيث كيفية تكوينه، وطرق اختياره، وعدده، ومدة عضويته، دون ترك ذلك الموضوع المهم للمشرع العادي، إلا أن دول المقارنة لم تتفق على ذلك، وإنما اختلف موقفها تبعا لمعطيات معينة.

وبناءً على ذلك سنوضح كيفية تشكيل القضاء الدستوري (أولا)، وعدد أعضائه، ومدة عضويتهم في دول المقارنة (ثانيا).

أولا: تشكيل القضاء الدستوري

تختلف الدول فيما بينها حول الآلية المقررة لاختيار أعضاء القضاء الدستوري، بحسب طبيعة النظام السياسي، والسلطة، أو السلطات المهيمنة فيه، ومدى الاعتقاد بضرورة الاستقلال، وترّسخ المبادئ الديموقراطية في البلد[١].

ولبيان ذلك سنوضح كيفية تشكيل المجلس الدستوري، والمحكمة الدستورية العليا، والمحكمة الاتحادية العليا، كلاً على انفراد.

---

[١] للمزيد بشأن هذه الاعتبارات فيما يتعلق بالقضاء بشكل عام ينظر: د. محمد عصفور: استقلال السلطة القضائية، من دون ناشر، من دون سنة نشر، ص ٤٦ وما بعدها.

١- كيفية تشكيل المجلس الدستوري

بيّن الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ بشكل واضح كيفية تكوين المجلس الدستوري، من حيث الفئات التي يتكون منها، وكيفية اختيار الأعضاء، والجهات المختصة بذلك[١]، إذ نصّ على: (يتكون المجلس الدستوري من تسعة أعضاء، تقدر مدة ولايتهم بتسع سنوات غير قابلة للتجديد. يجدد ثلث أعضاء المجلس الدستوري كل ثلاث سنوات. يتم تعيين ثلاثة أعضاء من قبل رئيس الجمهورية، وثلاثة أعضاء من قبل رئيس الجمعية الوطنية، وثلاثة أعضاء من قبل رئيس مجلس الشيوخ. ويطبق الإجراء المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة (١٣) على هذه التعيينات. تعرض التعيينات التي يجريها رئيس كل مجلس على اللجنة الدائمة المختصة في المجلس المعني دون غيرها لإبداء الرأي فيها. وزيادة على الأعضاء التسعة المنصوص عليهم أعلاه يتمتع رؤساء الجمهورية السابقون بالحق الكامل في العضوية الدائمة في المجلس الدستوري)[٢].

ويتضح من النص في أعلاه اشتراك كل من رئيس الجمهورية، ورئيس الجمعية الوطنية، ورئيس مجلس الشيوخ في تعيين أعضاء المجلس الدستوري، باختيار كل واحد منهم – على انفراد – تعيين ثلاثة أعضاء، بالإضافة إلى الأعضاء المعينين يتمتع رؤساء الجمهورية السابقين بحق العضوية الدائمة في المجلس الدستوري.

وعلى الرغم مما يبدو من تساوٍ بين الجهات الثلاثة التي أعطاها الدستور اختصاص تعيين أعضاء المجلس الدستوري، فإن أرجحية السلطة التشريعية على رئيس الجمهورية تبدو واضحة في هذا الشأن، عن طريق تعيين ستة أعضاء مقابل ثلاثة، إلا أن البعض يقلل من شأن ذلك التفاوت، بالنظر لما يشهده الواقع السياسي من تطابق حزبي في الغالب – باستثناء حالات التعايش التي شهدتها الجمهورية الخامسة – بين الأكثرية البرلمانية، ورئاسة الجمهورية. ومن ثم فإن تعيين أعضاء المجلس الدستوري حتى من قبل السلطة التشريعية يخضع سياسيا لهذا الحسبان[٣].

٢- كيفية تشكيل المحكمة الدستورية العليا

أما المشرع الدستوري المصري فيلاحظ عليه تركه أهم الأمور الخاصة بتشكيل المحكمة الدستورية العليا في دستوري ١٩٧١ و٢٠١٢ الملغيين من دون تنظيم، وتفويض المشرع العادي بذلك[٤]، إلا أنه قد عَدِل عن هذا الاتجاه في دستور ٢٠١٤، عندما نصّ بشكل محدد على كيفية تشكيل المحكمة الدستورية العليا بنفسه متلافيا

---

[١] للمزيد بهذا الشأن ينظر: هنري روسيون: مصدر سابق، ص ١١ وما بعدها.

[٢] المادة (٥٦) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

[٣] ينظر: د. كمال جعلاب: القضاء الدستوري، منشورات جامعة زيان عاشور، من دون مكان نشر، ٢٠١٩، ص ٤٣

[٤] نصت المادة (١٧٦) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغى على: (ينظّم القانون كيفية تشكيل المحكمة الدستورية العليا، ويبيّن الشروط الواجب توافرها في أعضائها وحقوقهم وحصاناتهم). في حين نصت (١٧٦) من دستور ٢٠١٢ الملغى على: (تشكّل المحكمة الدستورية العليا من رئيس وعشرة أعضاء، ويبيّن القانون الجهات، والهيئات القضائية، أو غيرها التي ترشحهم، وطريقة تعيينهم، والشروط الواجب توافرها فيهم، ويصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية).

بذلك موقفه السابق الذي كان محلا للانتقاد الفقهي، عندما فوّض المشرع العادي بذلك التنظيم[١]، وهو في الحقيقة تطور لافت يأخذ بالحسبان تحقيق استقلال المحكمة، مع توفر الاعتبارات الأخرى.

فقد أعطى دستور ٢٠١٤ عند صدوره الجمعية العامة في المحكمة الدستورية العليا اختصاص اختيار أعضاء المحكمة[٢].

ورأى في ذلك بعض الفقه تبديدا من المشرع الدستوري للمخاوف التي كانت تثار في ظل نفاذ دستور ١٩٧١، من جعل سلطة التعيين بيد رئيس الجمهورية الذي قد يكون له تأثير في استقلال المحكمة، وموضوعية عملها[٣].

إلا أنه سرعان ما عادت تلك المخاوف، وعلى نحو أقوى من قبل بعد تعديل الدستور عام ٢٠١٩، فالتخوف من إعطاء رئيس الجمهورية اختصاص اختيار أعضاء المحكمة الدستورية العليا كان منشؤه القانون في السابق، أما بعد التعديل المذكور، فقد أصبح محدد في الدستور، الأمر الذي يزيد من التأثير في استقلال المحكمة الدستورية العليا.

فبعد أن أعطى الدستور الجمعية العامة في المحكمة الدستورية العليا اختيار رئيس المحكمة، وأعضائها، وخصّ رئيس الجمهورية بدور شكلي في هذا المجال، يتمثل بإصدار قرار بتعيين من اختارتهم الجمعية العامة. نجده قد تراجع عن تلك الضمانة بشكل جوهري، عندما عدّل اختصاص اختيار أعضاء المحكمة، وجعله بيد رئيس الجمهورية[٤].

ووفقا للتعديل الأخير فقد أصبح اختيار أعضاء المحكمة الدستورية العليا، أكثر انتقادا مما كان عليه هذا التنظيم بموجب القانون، بعد أن نصّ الدستور نفسه على اختصاص رئيس الجمهورية باختيار أعضاء المحكمة، متراجعا عمّا قرره عند صدوره، من إعطاء الجمعية العامة في المحكمة ذلك الاختصاص.

وإذا علمنا أن تعديل الدستور لا بدَّ أن يكون لضرورة اجتماعية، أو سياسية، أو قانونية، تحتّم مسايرة التغييرات المستجدة في المجتمع بعد نفاذ الدستور، أو لتلافي الثغرات التي أفرزها الواقع العملي للنصوص الدستورية، فإنه بخلاف ذلك تبدو دوافع التعديل خاصة من أجل تحقيق أهداف لا ترتبط بمصالح المجتمع.

---

[١] للمزيد بشأن هذه الانتقادات ينظر: د. عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٠ –٢١.

[٢] نصت المادة (١٩٣) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ قبل تعديلها على: (تختار الجمعية العامة رئيس المحكمة من بين أقدم ثلاثة نواب لرئيس المحكمة، كما تختار نواب الرئيس، وأعضاء هيئة المفوضين بها، ويصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية، وذلك كله على النحو المبين بالقانون).

[٣] ينظر: د. حمدي علي عمر: النظام الدستوري المصري وفق دستور ٢٠١٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ٢٠٨.

[٤] نصت المادة (١٩٣) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ بعد تعديلها على: (يختار رئيس الجمهورية رئيس المحكمة الدستورية من بين أقدم خمسة نواب لرئيس المحكمة. ويعين رئيس الجمهورية نواب رئيس المحكمة من بين اثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة، ويرشح الآخر رئيس المحكمة...، وذلك كله على النحو المبين بالقانون).

والسؤال الذي يثار هنا عن المستجدات الحاصلة – بشأن المحكمة الدستورية العليا – من تاريخ إقرار الدستور وحتى إجراء التعديل عليه، وهل فيها ما يؤكد الثغرات، والنقص في التنظيم الدستوري السابق، بما يلزم لإجراء التعديل؟

في الحقيقة لا يمكن الجزم بوجود المستجدات في المجتمع التي تستلزم ذلك، بل على العكس فإن الواقع يعزز ذلك التنظيم؛ كونه يستهدف تحقيق أكبر قدر من الاستقلال للمحكمة الدستورية العليا.

بخلاف ما أحدثه التعديل الذي لا تبدو حكمته في استقلال المحكمة واضحة، وإنما قد يؤدي إلى العكس بالتقليل من ذلك الاستقلال، والتأثير في المحكمة، عند إناطة الاختيار برئيس الجمهورية.

وما يؤكد تلك المخاوف مراجعة المواد التي عدّلت، ومضمون ذلك التعديل، ومن بين ما شملها التعديل ولاية رئيس الجمهورية، بجعلها ست سنوات بدلا من أربع، وحظر تولي الرئاسة مدتين متتاليتين، بعد أن كان الدستور لا يجيز إعادة انتخاب الرئيس إلا مرة واحدة[١].

والجدير بالذكر أن التعديل قد شمل الرئيس الحالي بتمديد الولاية الرئاسية، في حين لم يشمله بالحظر الوارد على تولي الرئاسة مرتين متتاليتين[٢].

وأعطى التعديل رئيس الجمهورية اختصاص تعيين رؤساء الجهات، والهيئات القضائية من بين أقدم سبعة من نوابها[٣]. وتولي رئاسة المجلس الأعلى للهيئات القضائية، ونقل اختصاص اختيار النائب العام من مجلس القضاء الأعلى إلى رئيس الجمهورية[٤].

والواضح من التعديلات المشار لها أنها تصب في مصلحة منصب رئيس الجمهورية، وتعزيز دوره في الدولة، وخاصة ما يتعلق بالهيئات القضائية، والمحكمة الدستورية العليا.

وعلى هذا الأساس أيعد التعديل من أجل ضمان استقلال المحكمة الدستورية العليا، لأبعد حد ممكن، أم هو على خلاف ذلك؟ مما تقدم تبدو الإجابة واضحة بالتراجع عن توفير الضمانات اللازمة لاستقلال المحكمة الدستورية العليا، وهو ما لم يوفق له المشرع الدستوري المصري.

---

[١] نصت المادة (١٤٠) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ بعد تعديلها على: (يُنتخب رئيس الجمهورية لمدة ست سنوات ميلادية، تبدأ من اليوم التالي لانتهاء مدة سلفه، ولا يجوز أن يتولى الرئاسة لأكثر من مدتين رئاسيتين متتاليتين).

[٢] نصت المادة (٢٤١ مكرراً) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ بعد إضافتها بتعديلات عام ٢٠١٩ على: (تنتهي مدة رئيس الجمهورية الحالي بانقضاء ست سنوات من تاريخ إعلان انتخابه رئيساً للجمهورية في ٢٠١٨، ويجوز إعادة انتخابه لمرة تالية).

[٣] نصت المادة (١٨٥) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ بعد تعديلها على: (يعيّن رئيس الجمهورية رؤساء الجهات والهيئات القضائية من بين أقدم سبعة من نوابهم، ...ويقوم على شؤونها المُشتركة مجلس أعلى للجهات والهيئات القضائية، يرأسه رئيس الجمهورية، ...).

[٤] نصت المادة (١٨٩) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ بعد تعديلها على: (يتولى النيابة العامة نائب عام، يصدر بتعيينه قرار من رئيس الجمهورية، ...).

٣- كيفية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا

لم يبيّن الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ كيفية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا، على الرغم من تحديده الفئات التي تتكون منها، مفوّضا بذلك المشرع العادي لتحديد الطريقة التي يتم اختيار أعضاء المحكمة بها.

وعلى خلاف ذلك نجد أن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ قد تولى بنفسه بيان تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في نصوصه، بتحديده كيفية الترشيح والموافقة، والجهات المختصة بذلك[١].

ونجد في عزوف الدستور عن بيان تشكيل المحكمة الاتحادية العليا في نصوصه، خللا تنظيميا يؤثر في تحقيق الاستقلال اللازم إياه، وما يتطلبه ذلك من عناية المشرع بتنظيم التشكيل في الوثيقة الدستورية، من دون تفويض المشرع العادي بذلك؛ خوفا من إساءة استعمال ذلك التفويض على نحو يؤكد تبعية المحكمة الاتحادية العليا إلى سلطة، مما يحول دون قيامها برقابة حقيقية وفعّالة.

وعلى مستوى القانون فقد مرَّ تشكيل المحكمة الاتحادية العليا بأسلوبين تقرر الأول في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، وقانون المحكمة الصادر في ظل نفاذه، وطبقا لذلك توزع اختيار أعضاء المحكمة الاتحادية العليا بين مجلسي الرئاسة والقضاء الأعلى إذ اختص الأخير، وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم، بترشيح ما لا يقلّ عن (١٨)، ولا يزيد عن (٢٧) مرشحا، ليختار مجلس الرئاسة تسعة منهم لعضوية المحكمة، وتسمية أحدهم رئيسا لها[٢].

وإذا ما أردنا تحديد الجهة الأكثر هيمنة في اختيار أعضاء المحكمة الاتحادية العليا، علينا التمييز بين الاختيار الكلي للأعضاء، وبين سد الشواغر التي تحصل في عضويتها.

فالاختيار الكلي للأعضاء تبدو فيه هيمنة مجلس القضاء الأعلى على التشكيل، إذ على أساس ترشيحاته يتم اختيار الأعضاء، وله في هذا الشأن سلطة واسعة قد لا يحدّها سوى التشاور مع مجلس القضاء الأعلى في إقليم كردستان.

أما اختيار مجلس الرئاسة، فالظاهر من النص أنه – أي مجلس الرئاسة – ملزم بالاختيار من ترشيحات مجلس القضاء الأعلى، التي تصل إلى ضعفي العدد المحدد لتكوين المحكمة، ومن ثم ليس له رفض تلك

---

[١] نصت المادة (٤٤/هـ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ الملغى على: (تتكوّن المحكمة العليا الاتحادية من تسعة أعضاء، ويقوم مجلس القضاء الأعلى أوليا وبالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم بترشيح ما لا يقلّ عن ثمانية عشر إلى سبعة وعشرين فردا لغرض ملء الشواغر في المحكمة المذكورة، ويقوم بالطريقة نفسها فيما بعد بترشيح ثلاثة أعضاء لكلّ شاغر لاحق يحصل بسبب الوفاة، أو الاستقالة، أو العزل، ويقوم مجلس الرئاسة بتعيين أعضاء هذه المحكمة وتسمية أحدهم رئيساً لها. وفي حالة رفض أيّ تعيين يرشح مجلس القضاء الأعلى مجموعةً جديدةً من ثلاثة مرشّحين). المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٨١) في ٢٠٠٣/١٢/٣١.

[٢] ينظر: المادة (٤٤/هـ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ السابق الإشارة لها.

الترشيحات كليا[١]. بعكس حالة سد الشواغر التي تحصل في عضوية المحكمة، إذ تبدو فيها هيمنة مجلس الرئاسة، ويتضح ذلك من عجز المادة (٤٤/هـ)؛ كونها صرّحت بضرورة ترشيح مجلس القضاء الأعلى مجموعة جديدة من ثلاثة مرشحين في حالة رفض التعيين من المجموعة الأولى، مما يؤكد سلطة مجلس الرئاسة في رفض التعيين[٢].

وفيما يتعلق بكيفية اختيار أعضاء المحكمة بعد تعديل قانونها في عام ٢٠٢١ فنجد الأمر قد اختلف جذريا من حيث الترشيح والاختيار، وبالرجوع إلى المادة (٣) من قانون المحكمة بعد تعديلها، نجدها قد نصّت على: **(يتولى رئيس مجلس القضاء الأعلى، ورئيس المحكمة الاتحادية العليا، ورئيس جهاز الادعاء العام، ورئيس جهاز الإشراف القضائي، اختيار رئيس المحكمة، ونائبه، والأعضاء من بين القضاة المرشحين، ... وترفع أسماؤهم إلى رئيس الجمهورية لإصدار مرسوم جمهوري بالتعيين خلال مدة أقصاها (١٥) خمسة عشر يوما من تاريخ اختيارهم).**

ويتضح من النص في أعلاه تحديده الجهة المختصة باختيار أعضاء المحكمة، إلا أنه قد غفل عن تحديد الجهة المختصة بالترشيح، على الرغم من تصريحه أن يكون الاختيار من بين القضاة المرشحين، وهو في الحقيقة نقص تشريعي لا يمكن تبريره، ولا سيما أن محاضر جلسات مجلس النواب التي صوّت فيها على مشروع قانون التعديل تخلو من أية إشارة إلى الجهة المختصة بالترشيح[٣].

أما الأمر الآخر فيتمثل بإمكانية هيمنة عضو واحد على تشكيل المحكمة الاتحادية العليا من حيث الترشيح والاختيار، وذلك على خلاف ما تسعى إليه الدول الديموقراطية في إضفاء العلانية على إجراءات تعيين القضاء

---

[١] ينظر: خلاف ذلك د. علي هادي عطية الهلالي: النظرية العامة في تفسير الدستور، مصدر سابق، ص ١٨١ – ١٨٥. إذ يرى أن: (ترشيح مجلس القضاء الأعلى لأعضاء المحكمة مرتهن بموافقة مجلس الرئاسة (السلطة التنفيذية) الذي قد لا يوافق على الترشيح، مما يضطر المجلس لمعاودة الترشيح ثانية). وهو ما لا نتفق معه، على وفق تمييزنا في المتن، مع الأخذ بالحسبان، أهمية الاختيار الكلي على سد الشواغر من جانب، والعدد الذي يرشحه مجلس القضاء الأعلى فعلا من جانب آخر.

[٢] يلاحظ على المادة (٤٤/هـ) أنها لم تبين الحل إذا رُفِضَ التعيين من المجموعة الثانية للمرشحين، وهل يستطيع مجلس الرئاسة رفض التعيين أصلا؟ نعتقد أن الترشيح الثاني هو حالة استثنائية، ولا يمكن القياس عليها أو التوسع فيها؛ كون الأصل العام في الاختيار لا يعطي – طبقا لصريح النص – مجلس الرئاسة حق رفض التعيين كليا. وإن رفض التعيين من المجموعة الثانية للمرشحين تجعل مجلس الرئاسة متعسفا باستعمال السلطة، إذا ما رفض اختيار عضو واحد من ستة مرشحين، وهو ما يعادل خمسة أضعاف العدد المطلوب للتعيين، لذلك نجد أن رفض التعيين من المجموعة الأولى للمرشحين مسموح به دستوريا، إلا أنه يلزم اختيار أحد المرشحين من المجموعة الثانية، وليس لمجلس الرئاسة رفض التعيين منها.

[٣] ينظر: محضر جلستي مجلس النواب المرقمتين (٤٣) و (٤٥) في (١٥–٢٠٢١/٣/١٨) المنشور على موقع المجلس وفق الرابط الآتي: https://archive4.parliament.iq، ومن جانب آخر تعذر علينا الحصول على محاضر اجتماعات اللجنة المختصة باختيار الأعضاء لتحديد الجهة المختصة بالترشيح.

الدستوري؛ من أجل كسب ثقة الشعب في المحكمة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين، وتقبل قراراتها من السلطات الكافة[١].

وإذا كان القانون قد غفل عن تحديد الجهة المختصة بترشيح القضاة، فإنه قد حدد الجهة التي تتولى اختيار أعضاء المحكمة، بتشكيل لجنة خاصة تتكون من أربعة أشخاص بحكم وظائفهم هم: رئيس مجلس القضاء الأعلى، ورئيس المحكمة الاتحادية العليا، ورئيس جهاز الادعاء العام، ورئيس هيئة الإشراف القضائي.

وأول ما يلاحظ على اللجنة العدد الزوجي الذي تتكون منه، في ظل غياب الآلية اللازمة لكيفية اختيار أعضاء المحكمة من المرشحين.

وتزداد دائرة ذلك العيب التشريعي مع احتمال وجود هيمنة من أحد أعضاء اللجنة على الآخرين، ولا سيما أن القانون لم يبين الأغلبية اللازمة للاختيار، ومفاد ذلك هو ضرورة الإجماع[٢]، مما قد يؤدي إلى تصويت الأعضاء وفقا لتوجه العضو المهيمن على اللجنة، وخصوصا إذا كان الترشيح منه.

وإذا علمنا أن أحد اعضاء اللجنة لا يتمتع بثقل يضاهي العضو الأبرز فيها، فرئيس المحكمة الاتحادية العليا، يبدو مجردا من كل الأدوات اللازمة لفاعلية صوته، بعد إحالته إلى التقاعد وفق قانون التعديل نفسه[٣].

أما رئيسا جهاز الادعاء العام، وهيئة الإشراف القضائي فهما وإن كانا يتوليان منصبيهما بترشيح من مجلس القضاء الأعلى، وموافقة مجلس النواب[٤]، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا قضت بعدم دستورية منح جهاز الادعاء العام، وهيئة الاشراف القضائي الاستقلال المالي والإداري، والشخصية المعنوية لهما[٥] مما قد يؤكد تبعيتهما للمجلس[٦]، الأمر الذي قد يعطي رئيس مجلس القضاء الأعلى حضورا فاعلا في اللجنة.

---

[١] للمزيد بشأن إجراءات العلانية في اختيار القضاء الدستوري ينظر: د. محمد حميد عبد د. حسين جبر حسين الشويلي: إجراءات تعيين أعضاء المحاكم الدستورية، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، المجلد/١، العدد/٨، ٢٠٢٠، ص١١ وما بعدها.

[٢] أكد رئيس مجلس القضاء الأعلى على أن: (تم بالاتفاق اختيار تشكيل جديد للمحكمة وسط أجواء قضائية يسودها منطق النقاش العلمي والتقييم الموضوعي للمرشحين). ينظر: د. فائق زيدان: المحكمة الاتحادية العليا ... ولادة عسيرة، مقال منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا، وفق الرابط الآتي: https://www.iraqfsc.iq/news.4663/. تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/٤/١١.

[٣] ينظر: المادة (٦/ثالثا/ب) من قانون المحكمة الاتحادية العليا بعد تعديلها.

[٤] ينظر: المادة (٦١/خامسا/أ) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٥] يجدر بالذكر أن اللجنة قد اختارت أحد أعضائها (رئيس هيئة الإشراف القضائي) لرئاسة المحكمة الاتحادية العليا.

[٦] تحقق ذلك السعي بالطعون التي تقدم بها رئيس مجلس القضاء الأعلى أمام المحكمة الاتحادية العليا بقانوني الادعاء العام، وهيئة الإشراف القضائي؛ بسبب إقرار الاستقلال المالي والإداري، والشخصية المعنوية لهما، وهو ما استجابت له المحكمة وقضت بعدم دستورية ذلك المضمون. ينظر: قرارا المحكمة الاتحادية العليا المرقمان: (١١٢/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/٩)، و (١٥٦/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/٢٩).

ويمكن أن يزداد تضاؤل حرية الاختيار لدى أعضاء اللجنة، إذا كان عدد المرشحين مساويا لعدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا، مما يعزز هيمنة الجهة المختصة بالترشيح، التي لم يحددها القانون، ولم نتوصل إلى معرفتها بحسب المعلومات المتوفرة.

وفيما يتعلق باختصاص رئيس الجمهورية بإصدار مرسوم تعيين الأعضاء فهو لا يعدو أن يكون اختصاصا شكليا من دون أن يتضمن نواحيَ موضوعية، وما يؤكد ذلك أن القانون قد حدد مدة (١٥) يوما لإصدار مرسوم تعيين أعضاء المحكمة، وفي حال عدم صدوره يكون التعيين بموجب أمر نيابي يصدر خلال (١٥) يوما.

ثانيا: تحديد عدد أعضاء القضاء الدستوري ومدة العضوية

اختلفت دول المقارنة من ناحية تحديد أعضاء القضاء الدستوري، ومدة عضويتهم، مما يستلزم بيان ذلك الاختلاف.

١- موقف دول المقارنة من تحديد عدد أعضاء القضاء الدستوري

من الأمور الأخرى التي تؤثر – بشكل أو بآخر – في استقلال القضاء الدستوري، تحديد عدد الأعضاء ومدة العضوية، وفي هذا الشأن تختلف الدول فيما بينها إلى أكثر من اتجاه، فقد تجمع بعض الدساتير بين التحديد الحصري لفئة معينة من الأعضاء، والعدد المفتوح لفئة أخرى، ومن ذلك ما أخذت به فرنسا، إذ جمع دستورها بين التحديد الحصري للأعضاء المعينين في المجلس الدستوري بتسعة أعضاء.

في حين جعل العدد مفتوحا من دون تحديد، للأعضاء المعينين بحكم القانون، وهم رؤساء الجمهورية السابقون، ويبدو الأمر منطقيا؛ لأن عضوية هذه الفئة تعد حق لها، بحسب ظاهر النص الدستوري، ومن ثم تبقى مسألة قبول العضوية أمرا شخصيا، عائدا لكل واحد من رؤساء الجمهورية السابقين، إن رَغِب بها تولاها، وإن رَغِب عنها لا يأخذ مقعده في المجلس الدستوري[١].

وفي مصر ترك المشرع الدستوري تحديد أعضاء المحكمة الدستورية العليا، لجهة التعيين، من دون أن يلزم المشرع العادي بذلك التحديد، إلا أن قانون المحكمة اشترط صدور الأحكام، والقرارات من سبعة أعضاء حدا أدنى[٢].

---

[١] اختار عضوية المجلس الدستوري رئيسا الجمهورية الرابعة: (رينيه كوتي)، و(فينسينت أوريول). أما من الجمهورية الخامسة فقد قبلها الرئيس (فاليري جيسكار ديستان) من ٢٠٠٤ إلى ٢٠٢٠، أما الرئيس جاك شيراك، فقد اختار العضوية من ٢٠٠٧ إلى ٢٠١١، والرئيس (نيكولاس ساركوزي) من ٢٠١٢ إلى ٢٠١٣، أما الرئيس (فرانسوا هولاند) فلم يختار شغل عضوية المجلس الدستوري. للمزيد ينظر: موقع المجلس الدستوري الفرنسي وفق الرابط الآتي: https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres-depuis-1959

[٢] ينظر: المادة (٣) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

وإزاء هذا الموقف اختلف الفقه المصري إلى رأيين: ذهب أولهما إلى تأييد عدم تحديد عدد أعضاء المحكمة الدستورية العليا؛ حتى يمكن أن يزاد ذلك العدد لمواجهة أعباء المحكمة، ومسؤولياتها، من دون حاجة إلى تعديل تشريعي[١].

وعلى عكس الرأي المتقدم يذهب أغلب الفقه المصري إلى انتقاد موقف المشرع من عدم تحديده لعدد أعضاء المحكمة؛ لأنه سيمكّن جهة التعيين من ضم أعضاء جدد للمحكمة، في كل مرة تخشى فيها صدور حكم لا يحقق مصالحها[٢].

وإذا كان الحديث عن ضمان استقلال القضاء الدستوري فلا يسعنا إلا تأييد الاتجاه الثاني، بانتقاده عدم تحديد عدد أعضاء المحكمة الدستورية العليا؛ لما يمثله هذا الموقف من مجال مفتوح للتدخل في عمل المحكمة واستقلالها، بما يؤمن مصالح جهة التعيين، بعد نقل اختصاص اختيار أعضاء المحكمة الدستورية العليا من الجمعية العامة لها، إلى رئيس الجمهورية.

أما ما ذهب إليه الرأي الأول باستناده للأسباب العملية لتأييد عدم التحديد الحصري لأعضاء المحكمة، فلا نجده مبررا كافيا للتخلي عن تحديد العدد، مقابل ضمان الاستقلال اللازم للمحكمة؛ كون عدم التحديد يمثل انتهاكا لذلك الاستقلال[٣].

وإذا أمكن تفهم هذا المبرر عند عدم تحديد الدستور لعدد الأعضاء، فإنه لا يمكن فهمه إزاء القانون، الذي يمكن تعديله – إذا استجدت الظروف اللازمة لذلك – بطريقة أيسر مما هو مطلوب لتعديل الدستور.

فالمحكمة الدستورية العليا لا تتوزع إلى دوائر متعددة، بل تتكون من دائرة واحدة، تنظر جميع اختصاصاتها، ومن جميع الأعضاء.

زيادة على ذلك فإن هذا التوجه يثير أكثر من سؤال، وإشكال، فمن هي الجهة المختصة بتحديد زيادة الأعباء التي تستلزم زيادة عدد الأعضاء؟ ثم ما هو مصير الأعضاء الجدد إذا انتفت الحاجة لهم، بعد انخفاض الدعاوى المقامة أمام المحكمة، وهم محصنون بحصانة دستورية تتمثل بعدم قابليتهم للعزل.

كل ذلك يدعونا لانتقاد موقف الدستور المصري؛ بسبب عدم تحديده عدد أعضاء المحكمة الدستورية العليا في نصوصه، وترك ذلك لما هو معمول به، في ظل نفاذ دستور ١٩٧١ لجهة التعيين.

ونلاحظ أيضا تراجع موقف المشرع الدستوري في العراق، ففي الوقت الذي نظّم فيه قانون إدارة الدولة العراقية المرحلة الانتقالية كيفية اختيار أعضاء المحكمة الاتحادية العليا، وتحديد عددهم بتسعة أعضاء، نجد دستور

---

[١] ينظر: د. يحيى الجمل: مصدر سابق، ص ١٣٥.

[٢] ينظر: هذا الاتجاه: د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٣١٤. د. عصمت عبد الله الشيخ: مصدر سابق، ص ٣١. د. فتحي فكري: القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٢٥٨. د. سعاد الشرقاوي: القانون الدستوري وتطور النظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٢٤٦ – ٢٤٧.

[٣] ينظر: د. فتحي فكري: القانون الدستوري، المصدر السابق، ص ٢٥٩، هامش (١).

٢٠٠٥ قد ترك ذلك التحديد لقانون المحكمة، وهو ما نراه نقصا دستوريا في موضوع مهم يقتضي إحاطة المشرع الدستوري به؛ ضمانا لاستقلال المحكمة، وابتعادها عن الضغوط، والتأثيرات من أية جهة كانت.

إلا أنه مع ذلك نجد التنظيم الدستوري في العراق أفضل حالا – من الناحية النظرية – مما هو في مصر، فإذا كان المشرع الدستوري لم يحدد عدد أعضاء المحكمة، ليفوض المشرع العادي بذلك، فإنه ألزم المشرع العادي بتحديد العدد، وليس تركه لجهة التعيين.

واشترط لصدور قانون المحكمة أغلبية الثلثين، وهو ما نجده قيدا شكليا، يقلل من التأثير في استقلال المحكمة، من ناحية زيادة عدد أعضائها، أو إنقاصه، في ضوء سياسة تشريعية معينة.

وعلى خلاف ذلك تبيّن لنا تخلي المشرع الدستوري، والعادي في مصر عن عدم تحديد عدد أعضاء المحكمة الدستورية العليا لجهة التعيين، وهو ما يعد عيبا يؤاخذ عليه؛ كونه قد فتح بابا تستطيع جهة التعيين (رئيس الجمهورية) التأثير عن طريقه في المحكمة، بزيادة عدد أعضائها، أو إنقاصه، لغاية تستهدفها جهة التعيين، قد لا تكون سوى التأثير في أعمالها[١].

٢- موقف دول المقارنة من تحديد مدة عضوية أعضاء القضاء الدستوري

لا يقف استقلال القضاء الدستوري عند المتطلبات المتقدمة، وإنما يسهم في تحقيق ذلك أيضا تحديد مدة العضوية، من حيث الطول والقصر، فمدة الثلاث سنوات – مثلا – يمكن أن تؤثر في استقلال القضاء الدستوري، إذ من الممكن عدّها نوعا من القابلية لعزل القاضي الدستوري بطريقة غير مباشرة[٢]، وقد تَحول دون نضوج تجربة القضاء الدستوري، مما يؤثر في عدم تطوير اتجاهاته، واستقرار مبادئه.

ومن جانب آخر لا يمكن تأييد المدة التي تتسم بالطول كأن تكون (١٢) سنة؛ لأن إطالة مدة العضوية قد تمنع من إمداد القضاء الدستوري بالعناصر الجديدة والكفؤة، لمسايرة التطورات الحاصلة في المجتمع، فأعضاء القضاء الدستوري – في الغالب – يتولون عضويتهم في سن متقدمة من العمر؛ بسبب الشروط اللازم توفرها فيهم، كتدرجهم في الأعمال القضائية، أو القانونية حتى وصولهم إلى أعلى تلك الأعمال، ومن ثم قد يكون وصولهم إلى المحكمة بعمر متقدم من السن، وبمدة عضوية طويلة تصل إلى (١٢) سنة، عاملا مساعدا في عدم الاستفادة الكاملة من إمكانيات العضو؛ بسبب تقدم سنّه.

وبغض النظر عن طول مدة العضوية أو قصرها، فإن إمكانية التجديد وحدها، قد تكون كافية للتخوّف من إهدار الاستقلال اللازم لأعضاء القضاء الدستوري إذ من الممكن أن تستغل جهة التعيين – خصوصا إذا كانت منفردة – رغبة القاضي الدستوري في تجديد عضويته، للتأثير في عمله، بما يحقق مصلحتها[٣].

---

[١] ينظر: د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٣١٤.

[٢] ينظر: د. عصمت عبد الله الشيخ: مصدر سابق، ص ٣٣.

[٣] ينظر: د. محمد باهي أبو يونس: أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ٦٣.

واستنادا إلى تلك الاعتبارات سنبيّن فيما إذا كانت فرنسا، ومصر، والعراق قد التزمت بتلك المبادئ الخاصة بمدة العضوية وتجديدها، أم لا.

تبنى الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ تحديد مدة العضوية في المجلس الدستوري بشكل مباشر، من دون ترك هذا التحديد للمشرع العادي، إذ حدد مدة عضوية الأعضاء المعينين بتسع سنوات، أما عضوية رؤساء الجمهورية السابقين فهي غير محددة بمدة معينة.

وتبدو علة عدم شمول عضوية رؤساء الجمهورية السابقين بمدة محددة، في استكمال الفائدة المرجوة من التعيين أصلا، إذ يبرر اشتراكهم بالاستفادة من خبراتهم السياسية التي اكتسبوها أثناء توليهم منصب الرئاسة من جانب، وإعطاء المجلس الدستوري نوعا من الهيبة من جانب آخر[١].

ويرى الفقيه الفرنسي (آندري جين) أن تعيين رؤساء الجمهورية في المجلس الدستوري يتفق مع المكانة التي يجب أن يحظى بها الرؤساء، بعد انتهاء مدة ولايتهم الرئاسية، بعدّه نوعا من التقاعد الملائم وضعهم السابق[٢]. لذلك من المناسب في ظل الاعتبارات المتقدمة التي دفعت المشرع الدستوري الفرنسي لاختيار رؤساء الجمهورية السابقين في المجلس الدستوري ألّا يتم تحديد عضويتهم بمدة معينة.

أما في مصر فلم يحدد قانون المحكمة مدة العضوية بشكل مباشر، وإنما اشترط ألّا يقل سن عضو المحكمة عن (٤٥) سنة[٣]، ونصّ أيضا على سريان الأحكام الخاصة بتقاعد قضاة محكمة النقض (التمييز) على أعضاء المحكمة[٤].

وبالرجوع إلى تلك الأحكام نجدها قد حددت سن (٧٠) سنة لتقاعد قضاة محكمة النقض[٥]، وبما أن أعضاء المحكمة الدستورية العليا غير قابلين للعزل؛ لذا فإن العضوية في المحكمة يمكن أن تمتد من عمر (٤٥) حتى (٧٠) سنة.

وهي في الحقيقة مدة طويلة، إذ قد تصل إلى أكثر من (٢٠) سنة، وقد يؤدي ذلك إلى جمود اتجاهات المحكمة، والتعارض مع ضرورة مواكبتها التطورات، والمستجدات السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية[٦]، الأمر الذي يستلزم استمرار مد المحكمة بالعناصر الكفوءة التي تأخذ على عاتقها استيعاب تلك التطورات.

---

[١] ينظر: د. إحسان حميد المفرجي د. كطران زغير نعمة د. رعد ناجي الجدة: النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٩، ص ١٧٣.

[٢] نقلا عن د. شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ١٤٥.

[٣] ينظر: المادة (٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٤] ينظر: المادة (١٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٥] ينظر: المادة (٦٩) من قانون السلطة القضائية رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢.

[٦] ينظر: د. محمد باهي أبو يونس: مصدر سابق، ص ٦٣.

أما في العراق فابتداء لم يحدد قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية – الذي أنشئت المحكمة بموجبه – مدة العضوية في المحكمة، إلا أن قانون المحكمة – عند صدوره – قد نصّ على استمرار رئيس المحكمة، وأعضائها بالخدمة من دون تحديد حد أعلى للعمر، وأجاز لهم الاستقالة منها[١].

والواضح من القانون أنه جعل العضوية مدى الحياة، وهو في الحقيقة موقف منتقد[٢]؛ فالعضوية مدى الحياة تصطدم مع ضرورة تطوير أحكام القضاء الدستوري، ومسايرتها التطورات السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية؛ لأن كل تعيين جديد يمكن أن يمد المحكمة بالعناصر التي تستجيب لهذا التطور[٣].

ولعل ما يؤكد هذا النقد هو بقاء التشكيل الأول للمحكمة بحدود (١٥) سنة، الأمر الذي أدى إلى جمود اتجاهات المحكمة، حتى أصبحنا نشاهد حالات العدول بشكل متكرر من التشكيل الثاني لها.

زيادة على إن إتاحة العضوية مدى الحياة أمر يخالف سُنة الخلق، وطبيعة الأشياء، فالإنسان خاضع لقانون الزمان، وبعد تقدم العمر فيه، ووصوله مرحلة الشيخوخة، تبدأ عليه علامات الضعف والوهن، وعدم سلامة الحواس، وكل هذه العوامل تكفي للشك في مدى الاستفادة من الأعضاء عند وصولهم سناً متقدمة من العمر، وإن القول بغير ذلك هو إقرار للضعف أن يحكم، وللوهن أن يقضي[٤].

ولعلنا لا نبالغ في هذا التحليل إذا أخذنا بالحسبان المعدل العام لأعمار أعضاء المحكمة، عند انتهاء عضويتهم، بعد تعديل قانون المحكمة[٥]، إذ وصل معدل أعمار القضاة السابقين في المحكمة (٨١) سنة[٦]، وهو في الحقيقة عمر متقدم بشكل كبير، قد لا يكون العضو فيه قادرا على القيام بأبسط الأعمال اليومية، فضلا عن ممارسة أعمال المحكمة، وما تتطلبه من جهود وسلامة حواس وحيوية؛ لدقة الموضوعات المعروضة أمامها، وما تحمله تلك الموضوعات من نقاط خلاف يدق الفصل فيها بشكل كبير.

---

[١] نصت المادة (٦/ثالثا) من قانون المحكمة الاتحادية العليا قبل تعديلها على: (يستمر رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا بالخدمة دون تحديد حد أعلى للعمر، إلا إذا رغب بترك الخدمة).

[٢] يجدر بالذكر أن عضوية القضاء الدستوري مدى الحياة أمر غير مطبق في دول العالم – في حدود اطلاعنا – باستثناء الولايات المتحدة الامريكية التي نصّ دستورها بشكل مباشر على ذلك، إذ نصت المادة (٣/الفقرة الأولى) من الدستور الأمريكي على: (يبقى قضاة كل من المحكمة العليا، ... شاغلين مناصبهم ما داموا حسني السلوك).

[٣] ينظر: د. محمد عبد اللطيف: مصدر سابق، ص ٧٥.

[٤] ينظر: د. محمد باهي أبو يونس: مصدر سابق، ص ٦٤، هامش (١).

[٥] على الرغم من أن أعضاء المحكمة – بتشكيلها السابق – متقدمين بالسن بشكل كبير، إذ بلغ أكبر الأعضاء (٩٤) سنة، وأصغرهم (٧٠) سنة، إلا أن ما جاء به قانون المحكمة – بعد تعديله – من إحالة كل الأعضاء للتقاعد، وبشكل إلزامي، من دون وجود قاعدة قانونية عامة مقررة سابقا، قد يجعل تلك الإحالة عزلا لأحد الأعضاء، ولو بطريق غير مباشر، وهو ما يتقاطع مع الدستور الذي حظر عزل القضاة بشكل عام، ومن بينهم أعضاء المحكمة الاتحادية العليا، إذ يبلغ عمر هذا القاضي (٧٠) سنة، وهو بذلك غير مشمول بالسن الجديد لتقاعد أعضاء المحكمة، الذي حدده قانون التعديل بـ (٧٢).

[٦] استخرجنا المعدل العام لأعمار أعضاء المحكمة الاتحادية العليا بتشكيلها السابق، بالرجوع إلى السيرة الذاتية لهم، المنشورة في موقع المحكمة السابق وفق الرابط الآتي: https://www.iraqidevelopers.com/iraqfsc/ar/biographies-ar.

ومما تقدم لا يسعنا إلا انتقاد موقف قانون المحكمة قبل تعديله، عندما قضى بتولي العضوية مدى الحياة، إلا أن التعديل الحاصل على قانون المحكمة بهذا الشأن، ليس ببعيد من ذلك الانتقاد، فهو وإن لم ينص على جعل العضوية مدى الحياة، إلا أن ما جاء به من تنظيم لا يختلف كثيرا في النتائج عمّا قرره القانون قبل تعديله.

وبالرجوع إلى المادة (٦/ثالثا) بعد تعديلها نجدها قد حددت سن تقاعد أعضاء المحكمة بـ (٧٢) سنة، وبذلك فإن القانون لم يحدد مدة العضوية بشكل ثابت، مما يعني تفاوت مدة العضوية بين الأعضاء بحسب أعمارهم، حتى بلوغهم سنة التقاعد المحدد.

وفي الحقيقة لا نتردد بإظهار المثالب التي اعترت هذا التنظيم؛ كونه لم يحدد مدة العضوية بشكل ثابت لجميع الأعضاء، وإنما جعلها متفاوتة من جانب، وطويلة تكاد تصل إلى مدى الحياة من جانب آخر، إذا ما علمنا أن معدل أعمار القضاة الحاليين هو (٥٤) سنة[١]، ويعني ذلك أنهم مرشحون للبقاء في المحكمة لمدة تصل إلى (١٧) سنة في المعدل العام[٢]، ولا شك أنها مدة طويلة، قد تجعل من هؤلاء الأعضاء محتكرين عضوية المحكمة، إذا علمنا أن هذه المدة أكثر من نظيرتها التي قضاها التشكيل السابق للمحكمة.

وهذا التحديد قد لا يجد نظيرا له في دول العالم، حتى الولايات المتحدة التي يبقى أعضاء المحكمة العليا في مناصبهم مدى الحياة، إلا أن القانون قد أجاز للعضو طلب التقاعد إذا أكمل (٧٠) من عمره[٣].

وقد يقال إن هذه التشكيلة مؤقتة، حتى صدور قانون المحكمة وفقا للمادة (٩٢/ثانيا) من الدستور، ومن ثم تبقى هذه المدد نظرية أكثر منها عملية.

وفي الحقيقة لا يصعب رد هذا التبرير؛ كون ما جاء به المشرع من تنظيم، يتنافى معه، فإذا كان المشرع ينظر إلى هذا التشكيل على أنه وضع مؤقت، لنظمه بقواعد تتماشى مع ذلك التوقيت، كأن يكون بقاء الأعضاء في مناصبهم حتى صدور قانون المحكمة، وتشكيلها وفقا إياه، أو أن يضع مدة محددة، وثابتة لجميع الأعضاء كأن تكون (٤) سنوات حدا أعلى، وهي المدة المقررة للدورة البرلمانية؛ أملا في تشريع قانون المحكمة خلالها.

زيادة على أن التنظيم الذي جاء به المشرع لا يؤكد هذا التبرير؛ لأن تحديد العضوية على أساس سن التقاعد يوحي باتجاه إرادة المشرع نحو إبقاء هذه التشكيلة في عملها، أكبر قدر ممكن، بعيدا عن إرهاصات تشريع قانون المحكمة، الذي وصل إلى مراحل متقدمة، إلا أنه عاد القهقري؛ بعد لجوء مجلس النواب – بدورته الرابعة – إلى تعديل قانون المحكمة، بدلا من إكمال تشريع قانونها الأصل.

---

[١] استخرجنا المعدل العام لأعمار أعضاء المحكمة الاتحادية العليا الحاليين، بالرجوع إلى السيرة الذاتية لهم، المنشورة في موقع المحكمة وفق الرابط الآتي: https://www.iraqfsc.iq/cvethadea.php/.

[٢] يبلغ أكبر الأعضاء (٦٤) سنة وهو بذلك مرشح للبقاء في المحكمة لمدة (٨) سنوات، في حين يبلغ أصغر الأعضاء (٥٠) سنة، ليكون مرشح للبقاء في المحكمة لمدة (٢٢) سنة.

[٣] ينظر: د. محمد عبد اللطيف: مصدر سابق، ص ٧٥.

وليست بعيدة عن هذه المخاوف، المدة الطويلة التي بقي بها أعضاء المحكمة بتشكيلها الأول التي وصلت إلى (١٥) سنة.

وبالمحصلة فإن المشرع لم يكن موفقا في عدم تحديده العضوية بشكل ثابت من جانب، وبقاء أعضاء المحكمة في مناصبهم حتى إحالتهم إلى التقاعد بعد إكمال (٧٢) سنة من جانب آخر.

أما مشروع قانون المحكمة، فنجده قد حدد العضوية بـ (١٢) سنة، وهو مسلك يتماشى مع السياسة التشريعية السابقة، وفقا لقانون المحكمة النافذ وتعديله؛ كون تلك المدة طويلة بشكل كبير، ما يجعلها حائلا دون إدامة حيوية المحكمة، وإدخال عناصر جديدة في عضويتها. فضلا عن أن صدور أحكام المحكمة من تشكيلة ثابتة لمدة (١٢) سنة قد يطبعها – أي الأحكام – بطابع معين، يكون غير متلائم مع ما تقتضيه التطورات الحاصلة في المجتمع.

ومما تقدم جميعه فإن مدة العضوية تحكمها اعتبارات معينة، فقصر المدة، أو طولها أمر قد لا يكون في مصلحة استقلال القضاء الدستوري، أو تطوير أحكامه بما يساير التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية الحاصلة في المجتمع، وإن تجديد العضوية من جانب آخر له أثره غير المستبعد في عدم ضمان الاستقلال اللازم للقضاء الدستوري.

وبناءً على ذلك ينبغي أن تكون عضوية القضاء الدستوري متراوحة ما بين (٥) إلى (٧) سنوات حدا أقصى، ولمدة واحدة غير قابلة للتجديد، على أن يكون التشكيل خاضعا لتجديد نصف العضوية في منتصف المدة المحددة لها.

الفرع الثاني: الاستقلال المالي والإداري للقضاء الدستوري وضمانات أعضائه

لا يؤثر في استقلال القضاء الدستوري كيفية تشكيله فحسب، وإنما يؤثر فيه أيضا إدارة شؤونه الإدارية والمالية، والسلطة المختصة بالنظر في شؤون أعضائه، ولهذا السبب يرتبط استقلال القضاء الدستوري ارتباطا وثيقا بتوفير الضمانات الحقيقية له، عن طريق اختصاصه في ممارسة هذه الأمور، ولذلك ينبغي أن يكون للقضاء الدستوري استقلاله المالي، والإداري (أولا)، وأن يختص بشؤون أعضائه (ثانيا)، وعلى هذا الأساس سنبيّن هاتين الفقرتين تباعا:

أولا: الاستقلال المالي والإداري للقضاء الدستوري

يعد الاستقلال المالي والإداري من أهم الضمانات التي تكفل للقضاء الدستوري حياده وموضوعيته، وهو ما تقرره أغلب الدول، سواء أكان على مستوى الدساتير، أم على نطاق القوانين العادية. وبغض النظر عن طبيعة المجلس الدستوري الفرنسي المختلف فيها[١]، فإن هنالك من الضمانات التي تكفل استقلال المجلس، إذ نصّ

---

[١] للمزيد بشأن الاختلاف الفقهي حول طبيعة المجلس الدستوري ينظر: هنري روسيون: مصدر سابق، ص ١١ وما بعدها. د. عبد الحفيظ الشيمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٤٦ وما بعدها.

قانونه على أن للمجلس ميزانية مستقلة ليست جزءا من ميزانية أية وزارة، وإنما تدرج ببند خاص في الموازنة العامة للدولة[١]، وأعطى القانون رئيس المجلس اختصاص الصرف منها، أو تفويض ذلك لموظف الخزانة، الذي يتولى عمله بتعيين من رئيس المجلس، ويكون خاضعا للمسؤولية أمامه، أو أمام الأمين العام للمجلس، ويترتب على استقلال موازنة المجلس الدستوري اختصاص رئيسه بتعيين الموظفين اللازمين لسير العمل في المجلس، وصرف مكافآت الأعضاء، وأجور الموظفين والعاملين، زيادة عن النفقات الأخرى[٢].

ومن الناحية الإدارية يتضح الاستقلال الإداري الذي يتمتع به المجلس الدستوري عن طريق استقلاله بإدارة شؤونه الإدارية، وأناط ذلك برئيس المجلس، والأمين العام له الذي يتولى منصبه بمرسوم من رئيس الجمهورية.

وفي مصر قرر دستور ٢٠١٤ أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها، ونصّ على استقلال موازنتها التي تدرج في الموازنة العامة للدولة رقما واحدا، بعد مناقشة مجلس النواب إياه بكامل عناصرها، وإقرارها[٣].

واستناد لهذا الأساس الدستوري فصّل قانون المحكمة القواعد اللازمة لإعداد موازنتها، إذ نصّ على اختصاص رئيس المحكمة بإعداد مشروع الموازنة، وتقديمه إلى الجهة المختصة، بعد بحثه وإقراره من الجمعية العامة للمحكمة[٤].

ولغرض تنفيذ الموازنة أعطى القانون الجمعية العامة السلطات المخوّلة لوزير المالية في القوانين واللوائح (الأنظمة)، في حين يباشر رئيس المحكمة السلطات المخوّلة لوزير التنمية الإدارية، ولرئيس الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة[٥].

واتماما لاستقلال المحكمة من الناحية الإدارية نصّ قانونها على أن يكون لها أمين عام وعدد كاف من العاملين، ويتولى رئيس المحكمة عليهم سلطات الوزير، ووكيل الوزارة المقررة في القوانين واللوائح[٦].

وتشكل بقرار من رئيس المحكمة لجنة لشؤون العاملين من اثنين من أعضاء المحكمة، ومن الأمين العام تختص باقتراح كل ما يتعلق بشؤون العاملين من تعيين، ومنح علاوات، وترقية، ونقل، ويضع رئيس المحكمة بقرار منه بعد أخذ رأي لجنة شؤون العاملين ضوابط ترقية العاملين[٧].

---

[١] المادة (١٦) من قانون المجلس الدستوري رقم (٥٨-١٠٦٧) لسنة ١٩٥٨.

[٢] ينظر: د. عصمت عبد الله الشيخ: مصدر سابق، ص ٤٠ -٤١. د. شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ١٥٨.

[٣] ينظر: المادة (١٩١) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

[٤] ينظر: المادة (٥٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٥] ينظر: المادة نفسها.

[٦] ينظر: المادة (٥٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٧] ينظر: المادة (٥٨) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

وتتولى مساءلة العاملين بالمحكمة تأديبيا لجنة من ثلاثة من أعضاء المحكمة تختارهم الجمعية العامة للمحكمة سنويا، ويصدر قرار الإحالة إلى هذه اللجنة من رئيس المحكمة، وتباشر هيئة المفوضين وظيفة الادعاء أمام هذه اللجنة، وتكون أحكامها نهائية غير قابلة للطعن[١].

أما في العراق فقد نصّ دستور ٢٠٠٥ على أن المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة ماليا وإداريا، قاطعا بذلك أي ارتباط للمحكمة بالسلطات الأخرى، وبالأخص مجلس القضاء الأعلى، الذي يتولى طبقا للنصوص الدستورية إدارة شؤون القضاء الاتحادي، والإشراف عليه.

فالنص الدستوري الذي كفل استقلال المحكمة من الناحيتين المالية والإدارية، يعد حُكما خاصا إزاء ما يتمتع به مجلس القضاء الأعلى من الإشراف على القضاء الاتحادي، ومن ثم تخرج المحكمة من ذلك الاختصاص المعقود للمجلس[٢].

إلا أن نصوص قانون المحكمة لم تترجم الاستقلال المالي الذي قرره الدستور، إذ نجدها قد خلت من تأكيد استقلال موازنة المحكمة، واختصاصها بإعداد مشروعها، وهو ما يشكل مخالفة دستورية تتمثل بالإغفال التشريعي عن وضع النصوص الدستورية موضع التطبيق، بعدم تشريع النصوص القانونية اللازمة إياها.

وهذا ما يلاحظ أيضا على مشروع قانون للمحكمة الذي صوّت مجلس النواب على أغلب مواده؛ إذ لم يتضمن المشروع نصوصا قانونية تكفل الاستقلال المالي للمحكمة.

أما ما يجري عليه العمل فإن موازنة المحكمة الاتحادية العليا تذكر رقما واحدا، وبشكل مستقل، في قانون الموازنة العامة لعام ٢٠٢١[٣]، إلا أن ذلك قد لا يكون كافيا لضمان الاستقلال المالي للمحكمة، الذي يتحقق بالنص عليه بشكل صريح في قانونها، وتحديد الجهة المختصة بإعداد مشروعها والموافقة عليه، وضرورة إقرارها من مجلس النواب رقما واحدا، انسجاما مع النص الدستوري الذي كفل الاستقلال المالي للمحكمة.

أما من الناحية الإدارية فقد نصّ قانون المحكمة على أن يكون الرئيس هو المسؤول عن إدارة المحكمة، وله تخويل بعض اختصاصاته إلى أحد الأعضاء، ويختص الرئيس بتعيين موظفي المحكمة، والنظر في شؤونهم كافة[٤].

وأنشأ قانون التعديل منصب الأمين العام للمحكمة بدرجة وكيل وزير من حيث المكانة الوظيفية، والاختصاصات، على أن تكون له خبرة في القانون لا تقل عن (١٠) سنوات[٥].

---

[١] ينظر: المادة (٥٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٢] ينظر: د. علي هادي عطية الهلالي: النظرية العامة في تفسير الدستور، مصدر سابق، ص ١٨٩ – ١٩٠.

[٣] ينظر: الجدول (ب) النفقات حسب الوزارات لسنة ٢٠٢١ (الأبواب) الدوائر الخدمية الممولة مركزيا، الباب (٦٤) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠٢١ المرقم (٢٣) لسنة ٢٠٢١، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٦٢٥) في ٢٠٢١/٤/١٢.

[٤] ينظر: المادة (٨) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥.

[٥] ينظر: المادة (٧) من قانون التعديل الأول لقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١.

ثانيا: ضمانات أعضاء القضاء الدستوري

يتكامل مضمون استقلال القضاء الدستوري – زيادة على ما تقدم – بإقرار الضمانات اللازمة لأعضائه، كعدم قابليتهم للعزل، واختصاصه بمساءلتهم.

١- عدم عزل أعضاء القضاء الدستوري

تحرص الدساتير عادة على إقرار عدم عزل القضاة بشكل عام، وأعضاء القضاء الدستوري بشكل خاص؛ من أجل ضمان استقلالهم، أو للتقليل من الآثار المترتبة على طريقة اختيارهم، وبالأخص إذا كانت السلطة التنفيذية تتولى ذلك الاختيار.

ويراد بعدم العزل حظر إنهاء عمل أعضاء القضاء الدستوري – أصلا عاما – قبل انتهاء المدة المحددة له، سواء أكان التحديد بشكل ثابت، أم مدى الحياة؛ من أجل شعورهم بالاطمئنان عند ممارسة عملهم، وإبعاد خوف فقد العضوية من نفوسهم، لما يتركه ذلك الخوف من أثر في ممارسة أعمالهم بشكل غير محايد[١].

إلا أنه مع ذلك الأصل العام فإن عدم العزل لا يعني بقاء أعضاء القضاء الدستوري في عملهم من دون انتهاء لتلك العضوية، بل يمكن أن تنتهي لأسباب انضباطية أو صحية، زيادة على الإحالة إلى التقاعد.

واستنادا إلى ذلك فقد نصّ الدستور المصري على أن القضاة مستقلون، وغير قابلين للعزل[٢]، وتأكيدا على خصوصية المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن، بما يعكس اهتمام المشرع الدستوري بها، فقد نصّ بشكل خاص على أن: (رئيس، ونواب رئيس المحكمة الدستورية العليا، ورئيس، وأعضاء هيئة المفوضين بها، مستقلون وغير قابلين للعزل، ولا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون)[٣].

وأمام التأكيد الدستوري المتقدم ردد المشرع العادي هذه الضمانة بالنص على أن: (أعضاء المحكمة غير قابلين للعزل، ولا ينقلون إلى وظائف أخرى إلا بموافقتهم)[٤].

وفي العراق قرر دستور ٢٠٠٥ عدم قابلية عزل القضاة بشكل عام[٥]، ومع أهمية هذا النص في استفادة أعضاء المحكمة الاتحادية العليا منه، إلا أنه لم يضع نصا خاصا بهم، يحظر بموجبه عزلهم من أعماله، وهو ما نراه أمرا ضروريا؛ لتأكيد هذه الضمانة بحق أعضاء المحكمة بشكل خاص.

فعضوية المحكمة لا تقتصر على القضاة فقط، بل يضاف إليهم فئة خبراء الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون، وهم بهذه الصفة قد لا تشملهم ضمانة عدم العزل؛ كونهم ليسوا قضاة.

---

[١] ينظر: د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٣٢٣ – ٣٢٤.

[٢] ينظر: المادة (١٨٦) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

[٣] المادة (١٩٤) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

[٤] المادة (١١) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٥] ينظر: المادة (٩٧) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

وبناءً على ذلك كان الأولى بالمشرع الدستوري أن يفرد نصا خاصا بالمحكمة يقرر فيه ضمانة عدم قابلية أعضائها للعزل؛ تأكيدا لاستقلالها من جانب، وشمولا لجميع فئات أعضائها من جانب آخر.

وإذا كنا نؤكد دائما على تولي المشرع الدستوري نفسه بتوفير الضمانات اللازمة لاستقلال المحكمة الاتحادية العليا، من دون تركها للمشرع العادي ابتداء، فإن الملاحظ خلو قانون المحكمة النافذ، وكذلك مشروع قانونها لسنة ٢٠٢١ من ضمانة عدم العزل، وهو ما نجده خللا تشريعيا يمكن أن ينتقص من استقلال المحكمة في ظل سكوت المشرع الدستوري عن إقرار هذه الضمانة أيضا.

٢- اختصاص القضاء الدستوري بمساءلة أعضائه

بيّنا سابقا أن ضمانة عدم العزل ليست مطلقة، وإنما يمكن أن ينتهي عمل أعضاء القضاء الدستوري بناء على حالات معينة، وبما أن ذلك الانتهاء يشكل استثناء من ضمانة عدم العزل، فإن ما يحقق الأصل العام هو ألّا يكون انتهاء العضوية لأسباب انضباطية إلا بعد مساءلة العضو أمام القضاء الدستوري نفسه؛ من أجل عدم استغلال هذا الاستثناء للالتفاف حول ضمانة عدم العزل.

وتأكيدا لذلك نجد المشرع الدستوري المصري قد نصّ بشكل صريح على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا مساءلة أعضائها تأديبيا (انضباطيا)، وأحال للقانون بيان الإجراءات اللازمة للمساءلة[١].

واستنادا إلى ذلك فصّل قانون المحكمة إجراءات مساءلة الأعضاء بإناطة اختصاص المحاكمة للجمعية العامة في المحكمة. وبيّن حالات المساءلة بقيام العضو بأمر من شأنه المساس بالثقة، أو الاعتبار، أو الإخلال الجسيم بواجبات، أو مقتضيات وظيفته.

وإذا نُسب للعضو أياً من الحالات المتقدمة يعرض رئيس المحكمة الأمر على لجنة الشؤون الوقتية بالمحكمة التي تنعقد برئاسة رئيس المحكمة، وعضوية اثنين، أو أكثر من الأعضاء[٢].

وتقوم اللجنة المذكورة بدعوة العضو المعني لسماع أقواله، وتقرر ندب أحد أعضائها، أو لجنة من ثلاثة منهم، للتحقيق إذا وجدت أن هنالك مبررا للسير في الإجراءات، ويعد العضو المحال إلى التحقيق في إجازة حتمية براتب تام من تاريخ قرار الإحالة[٣].

وعند إكمال التحقيق يعرض الأمر على الجمعية العامة منعقدة في هيئة محكمة تأديبية، ما عدا من شارك من أعضائها في التحقيق أو الاتهام، وبعد استماعها لدفاع العضو وتحقيق دفاعه، تصدر الجمعية العامة حكما نهائيا غير قابل للطعن بأي طريق، إما بالبراءة، أو بإحالة العضو إلى التقاعد من تاريخ صدور الحكم المذكور[٤].

---

[١] ينظر: المادة (١٩٤) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

[٢] ينظر: المادة (١٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٣] ينظر: المادة (١٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٤] ينظر: المادة نفسها.

وما يلاحظ هنا أن القانون قد حدد جزاء وحيدا للمسؤولية التأديبية لأعضاء المحكمة، يتمثل بالإحالة إلى التقاعد، وعلى هذا الأساس لا يجوز معاقبة العضو تأديبيا بأية عقوبة أخرى غير الإحالة إلى التقاعد، وهو في الحقيقة (وضع يقتضيه ضمان نقاء الثوب القضائي، إذ إن القاضي الذي يُحكم عليه بأية عقوبة أخرى غير الإحالة إلى التقاعد، يثر بقاؤه في منطق القانون على سمعة المحكمة، ويقدح في موضوعية أحكامها، فيكون إقصاؤه أولى من بقائه)[١].

واستكمالا لتوفير الضمانات اللازمة للأعضاء، فقد نصّ القانون على اختصاص المحكمة الدستورية العليا بكامل نوابها – عدا النائب المشار إليه ومن يقوم لديه عذر – في طلبات الرد، ودعوى المخاصمة[٢].

وأعطى القانون المحكمة – دون غيرها – اختصاص الفصل في الطلبات الخاصة بالمرتَّبات، والمكافآت، والمعاشات لأعضائها، أو المستحقين عنهم، وكذلك الفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم، وطلبات التعويض المترتبة على هذه القرارات[٣]، كل ذلك استثناء من الأصل العام في هذا المجال، المتمثل باختصاص محاكم مجلس الدولة في هذه الطلبات.

وعلى أساس ما تقدم تعد المحكمة الدستورية العليا الجهة المختصة بكل شؤون أعضائها، وهو ما يؤكد استقلال المحكمة عن أية جهة أخرى، إذ تعد شؤون الأعضاء من الأمور الخاصة بالمحكمة، ومن ثم قد يكون إعطاء اختصاص النظر في تلك الشؤون لجهة خارج المحكمة، وسيلة للتأثير في الاستقلال اللازم إياها، ولذلك حسنا فعل المشرع المصري عندما حصر اختصاص الفصل في كل شؤون الأعضاء بالمحكمة نفسها.

وخلافا لما تقدم نجد المشرع الدستوري، والعادي في العراق قد تركا تنظيم مُساءلة أعضاء المحكمة الاتحادية العليا بقواعد خاصة بهم، مما يقلل من الضمانات اللازمة لاستقلالهم.

وإزاء هذا السكوت، وفي ظل فرضية إمكان قيام أعضاء المحكمة بأمور تخل بالثقة، وحسن السمعة اللازمة للعضوية، يثار التساؤل عن كيفية المُساءلة عن تلك الأفعال، ولا سيما إن ما يعمل به الآن من قواعد لمحاسبة القضاة قد لا تكون مناسبة للتطبيق تجاه أعضاء المحكمة؛ بسبب معارضتها مع الاستقلال الذي قرره الدستور للمحكمة[٤].

---

[١] د. محمد باهي أبو يونس: مصدر سابق، ص ٢٠٩.

[٢] ينظر: المادة (١٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٣] ينظر: المادة (١٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٤] تختص لجنة شؤون القضاة والادعاء العام المشكلة من مجلس القضاء الأعلى بمساءلة القضاة انضباطيا عما يقع منهم مخالفات لواجبات عملهم ومقتضياته. ينظر: المواد (٧– ٦٠– ٦١– ٦٢) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٠٦) لسنة ١٩٧٩. المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٢٧٤٦) في ١٩٧٩/١٢/١٧. وكذلك المادة (٣/ثاني عشر) من قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٧. المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٤٣٢) في ٢٠١٧/١/٢٣.

وبناءً عليه ندعو المشرع العادي إلى تنظيم القواعد الخاصة بمُساءلة أعضاء المحكمة الاتحادية العليا عن الأخطاء التي تنسب لهم، من ناحية تحديد الجهة المختصة بالتحقيق، والمحاكمة، والإجراءات اللازمة لذلك، وكذلك تحديد العقوبات التي يمكن فرضها على العضو.

وتحقيقا لاستقلال المحكمة ينبغي أن يكون ذلك الاختصاص بيد المحكمة نفسها، زيادة على النظر في المسائل الخاصة بالأعضاء، فيما يتعلق بردهم، وتعيينهم، وإحالتهم إلى التقاعد، وكل ما يتعلق بحقوقهم، وواجباتهم.

المطلب الثاني

تسبيب التعارض التقديري

قد يسهل على الكثير أن يحكم إلا أنه من الصعب عليه تسبيب حكمه؛ لأن التسبيب ليس عملا هينا، بل هو عملية صعبة، وقد لا يتاح لأي شخص أن يضع أسبابا حقيقية ومنطقية لحكمه، لذلك قد لا نجد ترددا في الحكم على الأشياء، أكثر من التردد في تسبيب ذلك الحكم بشكل منطقي، وموضوعي.

ويزداد هذا الأمر على القضاة الذين يقف الخصوم أمامهم، في قضايا مصيرية قد تتهدد حياتهم، أو أموالهم، أو أي شيء آخر يحرصون عليه كل الحرص، لذلك يقتضي الأمر من القاضي أن يقيم حكمه على أسس مستساغة، وأسباب منطقية تبرره، وتوصل إليه من جهة، وتدوين تلك الأسباب في الحكم من جهة أخرى.

ولعلنا لا نبالغ إذا أبرزنا خصوصية التعارض التقديري في عمل القاضي الدستوري ككل، بسبب ما تحيط به من عوامل، تجعل منه عملا شاقا، وخطيرا. مع الأخذ بالحسبان محله الذي دائما هو السلطة التقديرية للمشرع العادي، التي لا تجد فروضا محددة في الدستور يمكن أن تؤدي إلى الحكم بشكل مباشر بعدم دستورية تقدير المشرع العادي.

وعلى أساس تلك المرونة التي تحملها السلطة التقديرية للمشرع العادي فإن المخالفة التي يؤسس عليها القاضي الدستوري تعارضه، توصف بأنها مرنة، وأقرب إلى الاستنتاج منها إلى التحديد، وفي الحقيقة إن تلك الصفات تستلزم من القاضي الدستوري أن يوصف المخالفة وصفا دقيقا، يؤكد بوساطتها أبعاد تقاطعها مع الدستور، ولا يكون ذلك الوصف الدقيق إلا عن طريق التسبيب.

فالتسبيب هو ضمانة حقيقية يستطيع القاضي الدستوري به تحديد أساس تعارضه مع المشرع العادي. إلا أن الجدير بالذكر أن التسبيب ليس سلطة تقديرية للقاضي الدستوري يمارسه كيفما يشاء، من حيث ذكره، أو عدمه، وإنما هو واجب يقتضي الالتزام به، استنادا للشريعة العامة التي تنتظم الأحكام القضائية بموجبها، والتي لا تخرج منها أحكام القضاء الدستوري، إن لم تتأكد بشأنها.

وعلى هذا الأساس فالتسبيب يحظى بأهمية في عمل القاضي الدستوري انعكست على تحديد ضوابطه، وبناءً على ما تقدم سوف نعالج التسبيب في فرعين: الأول أهمية التسبيب، وموقف القوانين، والقضاء الدستوري منه، والثاني ضوابط التسبيب.

الفرع الأول: أهمية التسبيب وموقف القوانين والقضاء الدستوري منه

تؤكد أغلب القوانين الإجرائية على ضرورة تسبيب الأحكام القضائية أيا كان نوعها[١]، مرتبة على خلاف ذلك البطلان، ولا يخفى فإن بطلان الحكم نتيجة تخلّف التسبيب فيه، يؤكد أهمية التسبيب بوصفه جزءا من محتويات الحكم إن لم يكن من أهم ما يحتويه.

والتسبيب بشكل عام هو بيان القاضي الاعتبارات القانونية، والعملية التي أدت إلى تكوين عقيدته من ناحية، والرد على حجج الخصوم، ودفوعهم من ناحية أخرى. على أن يكون ذلك التسبيب كافيا ومنطقيا، بحيث تقوم علاقة طبيعية بين الأسباب ومنطوق الحكم[٢].

أما التسبيب بوصفه فنا فيراد به اتباع القاضي خطوات إجرائية محددة تؤدي إلى نتائج معينة يكون من شأنها صدور الحكم بشكل مناسب وصحيح[٣].

أولا: أهمية التسبيب

١- أهمية التسبيب في الأحكام القضائية بشكل عام

أ- يضمن التسبيب عدم التحكم والاستبداد، ويمنع من القضاء بناء على الهوى، أو الميل الشخصي، فمعرفة القاضي بضرورة تسبيب أحكامه تجعله يتردد عن الحكم بناء على اعتبارات شخصية، أو تحت تأثير جهة معينة من جانب. وإن ضعف تلك الأسباب، أو تأكيدها على وجود ذلك الميل الشخصي، أو التأثير الخارجي عن معطيات الخصومة تضعف الحكم أمام جهة الطعن[٤].

وبذلك يدفع التسبيب القاضي إلى الاجتهاد، وبذل المجهود عند ممارسة عمله القضائي، وعلى خلاف ذلك قد تقل همته، ويفتر عزمه إذا ما رفع عنه التسبيب، بحيث يصبح القضاء مجرد سلطة خالية من لغة الاقناع، وأسس الاستدلال.

---

[١] ينظر: المواد (٤٥٥-٤٥٨) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي رقم (٧٥-١١٢٣) لسنة ١٩٧٦، والمواد (١٧٦-١٧٧-١٧٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، والمواد (١٥٩-١٦١-١٦٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

[٢] ينظر: د. أحمد أبو الوفا: تسبيب الأحكام، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، السنة/ ٧، العدد/٢، ١٩٥٧، ص ٣ وما بعدها. د. وجدي راغب فهمي: المصدر السابق، ص٥١٥ -٥١٦. د. عزمي عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط ٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٤ وما بعدها. د. عبد الحميد الشواربي: تسبيب الأحكام المدنية والجنائية والطعن عليها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، من دون سنة نشر، ص ١٢ وما بعدها. د. حسام أحمد العطار: تسبيب الأحكام القضائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية/ كلية الحقوق- جامعة عين شمس، المجلد/٥٨، العدد /٢، الجزء /٢، ٢٠١٦، ص ٧٣٦.

[٣] ينظر: د. عزمي عبد الفتاح: المصدر السابق، ص ٥٤.

[٤] ينظر: د. أحمد أبو الوفا: المصدر السابق، ص ٤. د. عزمي عبد الفتاح: المصدر السابق، ص ٢٠. د. حسام أحمد العطار: تسبيب الأحكام القضائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، المجلد/٥٨، العدد /٢، الجزء /٢، ٢٠١٦، ص ٧٣٦.

ب-يؤدي التسبيب إلى ضمان حق الدفاع الذي كفلته أغلب الدساتير[١]، إذ إن مظاهر هذا الحق لا تقتصر على المواجهة بين الخصوم وحياد القاضي فحسب، بل يشمل تسبيب الأحكام أيضا، بعدّه وسيلة غير مباشرة لضمان حق الدفاع[٢]، بل نجد أن حق الدفاع مرهون بالتسبيب؛ إذ من الممكن أن تبقى اللوائح والدفوع التي يتقدم بها الخصوم مجرد حبر على ورق، ما لم يأخذ القاضي بالحسبان تلك الدفوع والطلبات عند الحكم، وما لم يناقشها ويردّ عليها، إذا استوجب الأمر، وهذه العملية في حقيقتها هي التسبيب.

ت-ينمّي التسبيب ثقة الرأي العام بالقضاء وعدالة أحكامه، ويُبعد عنه مظنة عدم الحياد، بما ينعكس على احترام الأحكام القضائية بغض النظر عن مضمونها، وتنفيذها دون الاحتيال عليها، وبخلاف ذلك يتولد عدم الاحترام في نفوس المتقاضين، وعدم الثقة بالقضاء، وما يصدر عنه من أحكام، إلى الحد الذي يجعلهم يقاومون تنفيذ تلك الأحكام، أو الاحتيال على مضمونها[٣].

ث-يؤمّن التسبيب للعدالة هيبتها، اذ لا تكتمل العدالة بالحكم حقا بين الخصوم فحسب، وإنما تستلزم أيضا تبرير الأحكام وتسبيبها، ولذلك فإن عدم التسبيب يتماشى مع نظام قضائي تحكمي، وعدالة لا تفسّر أحكامها[٤].

ج- وأخيرا فإن التسبيب يساعد الخصوم في تحديد أساس الطعن بالحكم القضائي، وفي الوقت نفسه يسهل على محكمة الطعن مراقبة الحكم المطعون فيه، والتصدي له بما يحتويه من أسباب توضح مدى اتفاقه مع القانون[٥].

٢- أهمية التسبيب في التعارض التقديري

وبشكل خاص تكمن أهمية التسبيب في التعارض التقديري من النواحي الآتية:

أ- إن تسبيب التعارض التقديري ضمانة لتحديد المخالفة التي أسّس القاضي الدستوري تعارضه عليها، إذا علمنا أن تلك المخالفة – كما اتضح سابقا – لا تتسم بالتحديد، كما هو الحال بشأن نظيرتها الناتجة عن السلطة المقيدة للمشرع العادي، إذ إن المخالفة في الحالة الأخيرة قد يكفي فيها – أحيانا – مجرد ذكر النص الدستوري لبيان ملامحها، وتحديدها[٦].

---

[١] ينظر: المادة (٩٨) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤، والمادة (١٩/رابعا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٢] ينظر: د. عزمي عبد الفتاح: المصدر السابق، ص ٢٠. د. حسام أحمد العطار: المصدر السابق، ص ٧٥١ وما بعدها.

[٣] ينظر: د. أحمد أبو الوفا: المصدر السابق، ص ٤.

[٤] ينظر: د. عزمي عبد الفتاح: المصدر السابق، ص ٥٣.

[٥] ينظر: د. عزمي عبد الفتاح: المصدر السابق، ص ٢١ – ٢٢.

[٦] ينظر: د. ثروت عبد العال أحمد: حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، مصدر سابق، ص ٣٠ وما بعدها.

كما هو الحال في النصوص القانونية التي تمنع الطعن ببعض القرارات الإدارية[١]، وبما إن الدستورين المصري، والعراقي قد نصّا على حظر النص في القوانين على تحصين أي عمل، وقرار إداري من الطعن[٢]،

---

[١] كما هو الحال في المادة (٦) من قانون المؤسسات العلاجية المصري رقم ١٣٥ لسنة ١٩٦٤ التي نصت على نهائية قرارات لجان التقييم – المشكّلة طبقا لأحكام القانون نفسه – وعدم خضوعها للطعن بأي وجه، وكذلك ما نصت عليه (١١/رابعا) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ من نهائية القرارات الصادرة بفرض عقوبة (لفت النظر، الإنذار، قطع الراتب) وعدم جواز الطعن بها.

[٢] نصت المادة (٦٨) من دستور مصر لعام ١٩٧١ الملغى على: (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء). والمعنى نفسه وارد في المادة (٩٧) من الدستور النافذ لعام ٢٠١٤، في حين نصت المادة (١٠٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ على: (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن).

والملاحظ أن النصين يختلفان من حيث الصياغة، ففي الوقت الذي حظر المشرع الدستوري المصري التحصين من رقابة القضاء، جعل نظيره العراقي الحظر منصبا على التحصين من الطعن بشكل عام، وإذا كنا في مقام التفضيل بين النصين – من حيث الصياغة – فإنه يمكن القول بأفضلية النص المصري؛ كونه جعل الحظر على الطعن أمام القضاء بالتحديد، وهو ما يشكل ضمانة حقيقية للأفراد، عن طريق حتمية مراجعتهم للقضاء في استحصال حقوقهم، وبما يبعد تأويل النص عن ذلك المعنى، أو تفسيره على نحو مغاير، أما في النص العراقي فنجد الحظر قد انصب على الطعن بشكل عام.

وعلى الرغم من الاختلاف في الصياغة – على النحو المتقدم – فإننا نرى أن مضمون النصين واحد، بحيث ينبغي تفسير المادة (١٠٠) من الدستور العراقي على نحو يجعلها تتفق مع مضمون النص الدستوري المصري؛ تحقيقا للغاية التي استهدفها المشرع الدستوري المتمثلة بعدم حرمان الأفراد من اللجوء إلى القضاء؛ لاستحصال حقوقهم، وعدم الاكتفاء بالطعن أمام الجهات الإدارية، زيادة على ذلك فإن هذا التفسير يعزز حق التقاضي المكفول دستوريا.

إلا أن المحكمة الاتحادية العليا – وعلى خلاف ما تقدم – ذهبت في قرارها المرقم (٥٣/اتحادية/اعلام/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٧/٢٧) إلى إن (المادة (١٠٠) من الدستور لم تنص على حظر الطعن بالأعمال، أو القرارات الإدارية أمام القضاء، وإنما أوردت مبدأ عاما، وهو عدم جواز تحصين هذه الأعمال أو القرارات التي تصدرها الجهات الإدارية من الطعن، وتركت للمشرع أن يحدد جهة الطعن بحسب الأعمال، أو القرارات الإدارية التي تصدرها الجهات الإدارية، وبحسب طبيعة هذه الأعمال والقرارات)، أي بمعنى أن المحكمة قد جعلت جواز الطعن أمام الجهة الإدارية كافيا لتحقق مضمون النص الدستوري، حتى مع حظر الطعن أمام القضاء، أو بتعبير أدق فإن جواز الطعن إداريا يمنع مخالفة النص القانوني للدستور، وهذا ما أكدته المحكمة في قرارها المرقم (١/اتحادية/اعلام/٢٠١٥ في ٢٠١٥/١/٢٧) بأن المادة (١٠٠) (حظرت تحصين القرارات، والأعمال الإدارية من الطعن، وإن الطعن يمكن أن يتخذ صورا أخرى غير الطعن أمام المحاكم، وبحسب طبيعة القرار، والجهة التي اتخذته، والمرجع المحدد للطعن في قانون تلك الجهة...، بمعنى إن القرار الذي يصدر من الجهة المختصة في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في النزاع المعروض من قبل المشتكي لدى الوزارة المذكورة لا يعتبر محصنا، ويمكن الطعن به أمام الوزير).

وهو في الحقيقة تفسير ضيق لنص المادة (١٠٠) أفقدت المحكمة معه الغاية، والحكمة التي استهدفها المشرع الدستوري المتمثلة بعدم حرمان الأفراد من مراجعة القضاء للمطالبة بحقوقهم.

وبعد تثبيت الملاحظة المتقدمة على الموقف القضائي في أعلاه أصدرت المحكمة الاتحادية العليا قرارها المرقم (١٤٣/اتحادية/٢٠١٨ في ٢٠٢٢/٣/١ عادلة فيه – بشكل ضمني – عن اتجاهها السابق، مفسرة المادة (١٠٠) من الدستور بالمعنى الذي يحقق غايتها، المتمثلة بإقرار حق التقاضي للأفراد، وعدم حرمانهم من اللجوء إلى القضاء، مقررة عدم دستورية المادة (٤٦) من قانون وزارة التعليم

لذلك نجد القاضي الدستوري قد قضى بعدم دستورية تلك النصوص القانونية بمجرد مقابلتهما مع النص الدستوري ذي الصلة، بعد بيان صفة القرارات الإدارية لتلك الأعمال، ومن ثم شمولها بحظر التحصين من الطعن، دون الإطالة في التسبيب[١].

ولا يعاب على القاضي الدستوري موقفه المتقدم؛ كون المخالفة – محل القرار – تقوم على أساس السلطة المقيدة للمشرع العادي؛ بسبب الفروض التي حددها الدستور عليه، لذلك تتضح تلك المخالفة بمجرد المقارنة بين النصين القانوني والدستوري، مما يجعل التسبيب متوفرا.

إلا أن الأمر على خلاف ذلك في السلطة التقديرية، وما ينتج عنها من خيارات مفتوحة أمام المشرع العادي، ومن ثم قد لا يكفي للحكم بعدم دستورية تقدير المشرع العادي مجرد مقابلته بالنص الدستوري. إذ غالبا ما يكون ذلك النص الدستوري عاما، وغير محدد، ولا ترشح منه قيود معينة، وإذا ما أراد القاضي الدستوري الحكم بعدم دستورية تقدير المشرع العادي، بعد قناعته بذلك، ينبغي عدم الاكتفاء بمجرد ذكر النص الدستوري المدعى بمخالفته، بل لا بدَّ من تحديد الوجه الذي جعل تقدير المشرع العادي مخالفا الدستور، ولا يكون ذلك إلا بتفسير النصين الدستوري، والقانوني، وبيان ما يرشح من الأول من قيود، وتحديد ما جاء به الثاني من مخالفة تلك القيود، وهذه هي حقيقة التسبيب، ومن دونه لا يمكن تحديد المخالفة الدستورية بشكل منضبط.

ب–تتسم أحكام القاضي الدستوري بالبتات والإلزام للكافة، وفي الحقيقة إن هذه الصفات ليست ميزة للقاضي الدستوري فحسب، بل تتضمن التزاما كبيرا عليه، يقتضي بذل كل الجهود والإمكانات لإيضاح حقيقة أحكامه؛ حتى تصبح بمستوى الصفات التي تتمتع بها من بتات، وإلزام للسلطات كافة، ولا يتحقق ذلك إلا عن طريق التسبيب الكافي، والمنطقي للأحكام بما يجعلها عنوانا حقيقيا للبتات والإلزام.

ت–يذهب بعض الفقه إلى عدِّ أحكام القاضي الدستوري – بدستورية التشريع أو عدمها – مصدرا غير تشريعي للقواعد القانونية في نطاق معين، يتمثل في عدم جواز تطبيق النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته، أو في

العالي والبحث العلمي لإقليم كردستان العراق رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨ التي نصت على: (تختص الجامعة والهيئة وحدها بالبت في الشكاوى التي تنشأ عن كل ما يتعلق بالقبول، والانتقال، والامتحانات، والعقوبات الانضباطية التي تفرض على الطلبة، والفصل بسبب الرسوب، وتقويم الشهادات، والدرجات العلمية العراقية، والأجنبية التي تلي مرحلة الدراسة الثانوية، ودعاوى منح الألقاب، والشهادات العلمية، والفخرية)؛ لأنها حصّنت القرارات في الموضوعات المذكورة من الطعن بها أمام القضاء، ومنعت المحاكم من سماع تلك الشكاوى. مخالفة بذلك أحكام المادتين (١٩/ثالثا– ١٠٠) من الدستور.

ويجدر بالذكر أن المحكمة – في تشكليها السابق – قد أقرت بدستورية المادة (٣٨) من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (٤٤) لسنة ١٩٨٨ التي تتطابق – إلى حد كبير – مع المادة (٤٦) في أعلاه. ويتضح من القرار الأخير للمحكمة أنها شملت القوانين الصادرة من إقليم كردستان برقابتها على دستورية القوانين، من دون أن تبين أساسها الدستوري، والقانوني في ذلك.

[١] ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٣٨ لسنة ١١ دستورية "قضائية" في ١٩٩٠/٧/٢٨). المنشور في مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء ١، ص ٢٩٧ وما بعدها، وكذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٤/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٢).

عدم جواز المنازعة في النص التشريعي المحكوم بدستوريته، وهو بذلك يؤدي إلى إحياء قواعد قانونية كان قد نسخها التشريع المقضي بعدم دستوريته، وقد يؤدي إلى سريان مبدأ عام، أو اتساع نطاق تطبيق قاعدة قانونية قائمة عند الحكم بعدم دستورية نص تشريعي كان يقيد نطاق تطبيق هذا المبدأ، أو تلك القاعدة، وقد يكون القاضي الدستوري موجها المشرع العادي فيما يتحتم عليه تشريعه من قوانين تلافيا الفراغ التشريعي عند الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ينظم موضوعا معينا[١].

ومع هذا الدور الذي تؤديه أحكام القاضي الدستوري بوصفها مصدرا للقواعد القانونية، فإن ما يتلاءم مع ذلك أن تكون تلك الأحكام مسببة، ومدعمة بالأدلة التي قامت عليها، ولا سيما ما نجده لدى القاضي الدستوري من دعوة للمشرع العادي لتنظيم الموضوع مرة أخرى في ضوء قراره، بعد الحكم بعدم دستورية النص الذي كان ينظمه، فحقيقة ذلك الحكم لا تعدو أن تكون إخطارا للمشرع العادي بالمخالفة التي ارتكابها[٢]، ودعوة – في الوقت نفسه – لتلافيها في المستقبل، فإذا ما أريد الاستفادة من تلك الدعوة، لا بدَّ أن تكون أحكام القاضي الدستوري مسببة على نحو يحدد المخالفة الدستورية بكل أبعادها؛ من أجل تلافي الوقوع بها مرة أخرى.

ث–إن تسبيب التعارض التقديري يمكّن من الحكم على تجربة القضاء الدستوري، وتحديد اتجاهاته، عن طريق تحليل أحكامه وتوضيحها، ولا يخفى أن ذلك التحليل يصب في مصلحة إنضاج تلك التجربة بتأييد اتجاهاتها الصحيحة، ونقد ما كان منها خلاف ذلك، ولا يتأتى ذلك العمل الفقهي إلا بتسبيب الأحكام، وتحديد الأسس التي قامت عليها.

ثانيا: موقف القوانين والقضاء الدستوري من التسبيب

١- موقف القوانين من التسبيب

إذا كان التزام القاضي الدستوري بتسبيب أحكامه عموما، وما تحمل من تعارض تقديري بالأخص، يعد واجبا أخلاقيا، فإن القوانين قد حرصت على إعطاء ذلك الالتزام الصفة القانونية، إلا أنه مع ذلك فقد اختلفت القوانين المنظمة للقضاء الدستوري بشأن النص بشكل صريح على الإلزام بتسبيب الأحكام، بين التصريح به، والإحالة إلى القواعد العامة التي تحكم القضاء بشكل عام، ففي فرنسا نجد المشرع العادي قد نصّ بشكل صريح على تسبيب قرارات المجلس الدستوري. إذ نصت المادة (٢٠) من قانون المجلس الدستوري على ضرورة تسبيب قرارات المجلس، وأكد قانون المجلس على شرط التسبيب في المادة (١١/٢٣)، والخاصة بالقرارات الصادر من المجلس الدستوري في المسألة الدستورية ذات الأولوية (الرقابة اللاحقة للمجلس)، والملاحظ أن النصين المتقدمين قد جاءا عامين بما يشمل القرارات الصادرة بدستورية القوانين، وعدم دستوريتها.

---

[١] ينظر: د. عصام أنور سليم: موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٧ – ٨.

[٢] ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ٤٣٤.

أما في مصر فقد خلا قانون المحكمة الدستورية العليا من الإشارة الصريحة إلى تسبيب الأحكام، إلا أنه مع ذلك فقد نصّ على سريان القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية على الأحكام، والقرارات الصادرة من المحكمة، فيما لم يرد به نص خاص، وبما لا يتعارض مع طبيعة تلك الأحكام، والقرارات[١].

وبالرجوع إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية نجده قد نصّ على وجوب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها، وإلا كانت باطلة[٢]، وبذلك يكون هذا النص قد جاء بحكمين: أولهما وجوب تسبيب الأحكام، وهذا الحكم يسري على أحكام المحكمة الدستورية العليا وقراراتها؛ لأنه لا يتعارض مع طبيعة تلك الأحكام والقرارات.

أما الحكم الآخر فهو بطلان الحكم القضائي غير المسبب، وهذا البطلان لا يسري على أحكام المحكمة الدستورية العليا وقراراتها؛ لأنه يتعارض مع طبيعة تلك الأحكام الموصوفة دستوريا بالنهائية، والإلزام، من ثم لا يمكن أن تكون محلا للإبطال من أي جهة كانت، حتى المحكمة نفسها.

أما في العراق فقد خلا قانون المحكمة الاتحادية العليا من النص على التسبيب أيضا، إلا أن النظام الداخلي الجديد للمحكمة[٣] نصَّ بشكل صريح على: (يتضمن الحكم، أو القرار الصادر عن المحكمة ما يأتي: رابعا: الأسباب التي استندت إليها المحكمة في اصدار الحكم، أو القرار. خامسا: بيان النصوص الدستورية، والقانونية، والمبادئ الدستورية المنطبقة على الواقعة المعروضة)[٤].

٢- موقف القضاء الدستوري من كيفية تسبيب أحكامه

يختلف القضاء الدستوري بشأن كيفية تسبيب أحكامه، تبعا للنظام القضائي السائد في البلد، إذ تتوزع تلك الأنظمة إلى التسبيب المطوّل (الأنجلوسكسوني)، والتسبيب الموجز (اللاتيني)، ويوجد بينهما التسبيب الوسط.

أ- التسبيب المطوّل

يمكن القول إن القضاء الدستوري الذي يتبنى أسلوب التسبيب المطوّل ينتمي إلى النظام الأنجلوسكسوني، ففي الولايات المتحدة تأخذ المحكمة العليا بأسلوب التسبيب المطوّل، إذ تعرض المحكمة لأدق التفاصيل في أحكامها، والاجتهاد في ذكر مختلف الاعتبارات القانونية، والاجتماعية، والاقتصادية[٥].

وكذلك الحال في سويسرا إذ تعرض المحكمة العليا الاتحادية بشكل تفصيلي للوقائع المعروضة عليها، ومختلف الاعتبارات القانونية، والسوابق القضائية، وآراء الفقه، وكذلك الإشارة الى المراجع، وإذا لم يتفق الحكم مع مؤلف

---

[١] ينظر: المادة (٥١) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٢] ينظر: المادة (١٧٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.

[٣] يجدر بالذكر أن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ الملغى، نصَّ في المادة (١٦) منه على التسبيب أيضا، مع ضرورة إرفاق الرأي المخالف مع أسبابه، إذا لم يكن الحكم، أو القرار قد صدر بالإجماع، وهو ما لم يعالجه النظام الداخلي الجديد.

[٤] المادة (٣٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.

[٥] ينظر: د. محمد عبد اللطيف: مصدر سابق، ص ٢١٧.

ذائع الصيت فإنه يذكر فيه أسباب عدم تأييد وجهة نظر هذا المؤلف، ويغلب على أحكام المحكمة الأسلوب الانشائي أكثر من صياغة الأحكام[١].

ومن بين الأسباب التي تدعو للأخذ بالتسبيب المطوّل، السماح للأعضاء المخالفين الحكم بذكر آرائهم، والأسباب، والتبريرات التي يستندون إليها، وإن هذه النظم لا تعدُّ الحكم مجرد استدلال منطقي، وإنما فن اجتماعي أيضا، له نتائج اجتماعية، واقتصادية[٢].

ويمتاز أسلوب التسبيب المطوّل بإثرائه الحكم بالأدلة والأسباب التي تبرره، وتوصل له، بما ينعكس على تعزيز ثقة المتقاضين، ومعرفة اتجاهات القضاء الدستوري عن طريق حيثياته المتشعبة.

إلا أن ما يعاب عليه بطء التقاضي أمام القضاء الدستوري، وتأخر إصدار الأحكام؛ بسبب المدة الزمنية اللازمة لإنضاج الحكم، ويمكن أن يؤدي إلى عدم وضوح الحكم؛ لأن الإطالة في التسبيب بما يخرج عن المألوف قد تصعّب من مهمة تتبع الحكم بشكل دقيق، فضلا عن فهمه، وتحليل حيثياته.

ب- التسبيب الموجز

تعد فرنسا الانموذج الأبرز في اعتماد أسلوب التسبيب الموجز، إذ تعتمد محكمة النقض، ومجلس الدولة على التسبيب الموجز في الأحكام، وقد سار على ذلك المجلس الدستوري، باعتماده منذ بداية عمله على الصياغة الموجزة لأحكامه، بما يعكس الحد الأدنى من التسبيب، بحيث يُصدر المجلس أحكامه بحيثيات قليلة جدا، يبيّن بوساطتها موقفه، ويترك للمتخصصين فهم أبعاد قراراته[٣].

ومما يبرر اعتماد هذا الأسلوب في قرارات المجلس الدستوري أن التسبيب الموجز يؤدي إلى الوضوح، على خلاف التسبيب المطوّل فإنه يؤدي إلى اللبس، ولا يخفى تأثر المجلس الدستوري بالأسلوب الذي اعتمده مجلس الدولة في كيفية تسبيب قراراته التي تتسم بالإيجاز عادة، ولا سيما أن الأعضاء الأوائل للمجلس الدستوري قد جاءوا من مجلس الدولة[٤].

وإن التسبيب الموجز لقرارات المجلس الدستوري تنبع من رؤيته المقيدة لعمله الرقابي، بحيث يتوقف دوره عند التحقق من مدى مطابقة النص القانوني للدستور، مؤكدا أن المادة (٦١) من الدستور لا تمنحه سلطة عامة في التقدير، شبيهة بسلطة البرلمان، ولكنها تمنحه الاختصاص من تطابق القوانين المحالة أمامه للدستور فقط.

زيادة على ذلك فإن آلية عمل المجلس الدستوري، والمدد المحددة لعمله تساعد في توضيح اعتماد المجلس لأسلوب التسبيب الموجز، إذ ألزم الدستور المجلس بإصدار قراره بشأن المسألة الدستورية خلال (٣٠) يوما، أو

---

[١] ينظر: د. محمد عبد اللطيف: المصدر نفسه.

[٢] ينظر: د. عزمي عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٤٣.

[٣] د. سعاد مالح: الطريقة التقليدية في تسبيب قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، بحث منشور في مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الرابع، العدد الأول، ٢٠١٨، ص ١٠٨.

[٤] ينظر: د. محمد عبد اللطيف: المصدر السابق، ص ٢١٧. د. سعاد مالح: المصدر السابق، ص ١١٣.

في (٨) أيام في حالة الاستعجال، بالنسبة للرقابة السابقة[١]، وثلاثة أشهر للرقابة اللاحقة[٢]، وبذلك تكون هذه المدة المحددة قد لا تسمح بتوفير تسبيب نموذجي، ومثالي، إلا أنه يلاحظ تغيير المجلس الدستوري في سياسته الخاصة بتسبيب قراراته، إذ أصبحت قرارات المجلس تشمل العديد من الحيثيات، طويلة، ومسببة بدقة، عن طريق عمل منهجي للتبريرات، وبلغة يمكن فهمها بشكل أكبر من المعنيين بالقرار، غير أن بعض الفقه الفرنسي يرى أن الإيجاز لم يغب تماما عن كيفية تسبيب المجلس قراراته، بحيث يمكن القول إن المجلس لم يتخلَ عن طريقته التقليدية بشكل عام في تسبيب قراراته[٣].

أما المحكمة الاتحادية العليا فإنه يمكن عدَّها من المحاكم التي تعتمد الأسلوب الموجز في تسبيب أحكامها؛ وقد يكون من بين الأسباب في ذلك طبيعة أحكام القضاء في العراق التي تتسم بالإيجاز الشديد، سواء أكان في قرارات محكمة التمييز الاتحادية، أو محاكم مجلس الدولة، وبما أن أعضاء المحكمة الاتحادية العليا هم من قضاة المحاكم المدنية التي تتسم قراراتها بالتسبيب الموجز، نجدهم يبقون على التقنيات القضائية التي اعتادوا على السير عليها في مسيرتهم العملية، حتى بعد وصولهم للمحكمة الاتحادية العليا، مع إيماننا بالفارق الكبير بين مهماتهم القضائية السابقة، وعملهم الجديد قضاة دستوريين، لما تبين سابقا من أهمية للتسبيب في أحكام القضاء الدستوري.

ومن استعراض بعض قرارات المحكمة نجدها لا تتوفر على تسبيب حقيقي، وإنما مجرد تأكيدات تعبر عن السلطة، ولا تبرر بشكل كافٍ ما خلصت إليه المحكمة في منطوق حكمها.

إذ يلاحظ على قرارات المحكمة الاتحادية العليا من الناحية الكمية قلة عدد صفحاتها الخاصة بالقرار من دون تفاصيل الادعاء، ولا سيما في التشكيل الأول للمحكمة، وهذا ما يؤكد اعتماد المحكمة على التسبيب الموجز في أحكامها، وعرض حيثيات الدعوى، إذ يمكن القول – في حدود اطلاعنا – إن أطول قرار للمحكمة قد بلغ (١٥) صفحة من أصل (٥٠) صفحة لمجمل القرار[٤].

إلا أنه يمكن القول بوجود تغيير في أسلوب المحكمة بتسبيب قراراتها في تشكيلتها الثاني، عن طريق كثرة الحيثيات في قراراتها بشكل نسبي، وملاحظة تبني الأسلوب الإنشائي في بعض القرارات، والشرح المطوّل أحيانا.

---

[١] ينظر: المادة (٦١) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

[٢] ينظر: المادة (١/٦١) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨. وطبقا لذلك نصت المادة (١٠/٢٣) من قانون تعديل القانون الأساسي لقانون المجلس الدستوري رقم (١٥٢٣) لسنة ٢٠٠٩ على: (يبتّ المجلس الدستوري في غضون ثلاثة أشهر من تاريخ الإحالة).

[٣] ينظر:

Nicole Belloubet: La motivation des decisions du Conseilconstitutionnel: justifieretréformer, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2017/2 N° 55-56, p 12.

[٤] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٣٥/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٩/٢٩) إذ انصب الطعن على (١٠) مواد من قانون الموازنة العامة لسنة ٢٠٢١. وأيضا قرارها المرقم (١٤٠وموحدتها١٤١/اتحادية/اعلام/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٢/٢٣)، ونعتقد أن السبب في تلك الإطالة هو كثرة المواد المشمولة بالطعن؛ إذ انصب الطعن على (٢٨) مادة من قانون مجلس النواب وتشكيلاته رقم (١٣) لسنة ٢٠١٨، وفي حين بلغ عدد صفحات القرار بأكمله بالإضافة إلى إجراءات الدعوى، وطلبات الخصوم (٣٥) صفحة.

إلا أن ذلك لا يعني تحول اتجاه المحكمة الاتحادية العليا من أسلوب التسبيب الموجز إلى نظيره المطوّل، وإنما يمكن القول ببقاء الأسلوب السابق، ولكن بحيثيات أكبر كماً، ونوعا، وهو في الحقيقة سياسة محمودة للمحكمة، وجديرة بالتأييد، ما دامت هذه الحيثيات تحقق تسبيبا حقيقيا، من دون استطراد مخل، أو غير مرتبط بالدعوى؛ لأن التسبيب الحقيقي يصب في مصلحة إعلاء شأن قرارات المحكمة الاتحادية العليا، بما يتفق مع صفة البتات والإلزام الذي تتمتع به دستوريا.

أما في مصر فيلاحظ بعض الفقه عدم استقرار المحكمة الدستورية العليا على سياسة واحدة بشأن تسبيب أحكامها، حيث مرّت بمراحل مختلفة من تاريخ عملها، إذ درجت في البداية على تسبيب أحكامها بالقدر الكافي، واللازم لبيان ما تقوم عليه الأحكام من معانٍ، وحجج، ثم اتجهت إلى منهج وسط بين الإطالة والإيجاز، ثم جرت على نوع من الإسهاب الذي قد لا يقتضيه الحكم أحيانا، وأخيرا في أحكامها منذ عام ٢٠٠٢ عادت مرة أخرى إلى الاقتصار في تسبيب الحكم على القدر الكافي لبيان ما يتطلبه، من دون إسهاب في ذلك[١].

وما يمكن قوله بشأن أحكام المحكمة الدستورية العليا بشكل عام أنها تعتمد على الأسلوب الوسط في تسبيب أحكامها إلا أنها – في بعض الأحيان – تميل إلى الإسهاب والإطالة، مع الابتعاد دائما عن الأسلوب الموجز في التسبيب.

وبغض النظر عن الأسلوب الذي تعتمده المحكمة الدستورية العليا، إلا أنها دأبت على تسبيب أحكامها منذ نشأتها، وحتى الآن بالقدر الكافي لبيان ما تقوم عليه من معانٍ[٢]، سواء اعتمدت على الأسلوب المطوّل، أو الوسط.

ويمكن القول إن أفضل مدة تميّزت بها تلك الأحكام، هي مدة تولي الدكتور عوض المر رئاسة المحكمة[٣]، إذ تميّزت الأحكام، والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في تلك المدة[٤] بالإطالة، والتفصيل في عرض

---

[١] ينظر: د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٥٢٠ هامش رقم (١).

[٢] ينظر: د. عبد العزيز محمد سالمان: رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، ط ١، من دون مكان للنشر، ١٩٩٥، ص ٣٧٤. د. فهيمة أحمد علي القماري: المحكمة الدستورية العليا كنموذج للتخصص القضائي، دار الكتب والدراسات العربية، من دون مكان نشر، ٢٠١٨، ص ١٨٤.

[٣] تولى الدكتور عوض المر رئاسة المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩١/٧/١ وحتى ١٩٩٨/٦/٣٠، بحسب موقع المحكمة وفق الرابط الآتي: http://www.sccourt.gov.eg.

[٤] ولذلك يقول د. أحمد كمال أبو المجد (لا أتردد بعيدا عن المجاملة في أن أصف فترة رئاسة الدكتور عوض المر للمحكمة مهما اختلفنا، واختلف بعض الناس حول عدد من أحكامها، بأنها فترة غنية بالمبادئ غزيرة بالعطاء، وأنها وضعت "سيادة الدستور" من جديد في مكانها العلي في عقل الأمة كلها، وفي وجدانها، وذلك على المدى القريب، والبعيد كسب سياسي، وقانوني عظيم. من أجل ذلك كله وجدنا من الإنصاف ونحن نتحدث عن مستقبل المحكمة الدستورية أن نرد بعض الفضل إلى أهله، وأن نثني على العطاء الكبير الذي قدمه الدكتور عوض المر لهذه المؤسسة الدستورية العزيزة، والذي تحققت به نقلة حقيقية في دورها داخل نظامنا السياسي، والدستوري). د. أحمد كمال أبو المجد: مستقبل القضاء الدستوري في مصر (١)، مقال منشور في صحيفة الأهرام، العدد (٤٠٧٩٧) السنة (١٢٣) في ١٩٩٨/٨/١٨.

الحيثيات، وكذلك قوة الاستدلال، والربط بين الحيثيات بمنتهى الدقة، زيادة على كثرة استدلال تلك الأحكام بالمواثيق، والاتفاقيات الدولية، واستعمال المصطلحات غير العربية بلغتها، بحيث يمكن القول إن تلك الأحكام بمثابة أبحاث قانونية رصينة، أكثر من كونها أحكاما قضائية[١].

إلا أن الملاحظ على أحكام تلك المدة الإطالة بشكل واضح، من حيث سرد الوقائع، وبيان الحيثيات، والأسباب، إلى الحد الذي يمكن معه القول باعتماد المحكمة على التسبيب المطوّل في أحكام تلك المدة من عملها؛ نتيجة تأثرها بشخص رئيسها[٢].

الفرع الثاني: ضوابط التسبيب

تذهب أغلب الكتابات إلى تقسيم تلك الضوابط على وجود التسبيب، ووضوحه، واتساقه، وكفايته، ومنطقيته[٣]. إلا أننا سنجمع بين أكثر من ضابط لوحدة الموضوع، ونقتصر على ضابطين هما: كفاية التسبيب، ومنطقيته. أما وجود التسبيب فنجده يتعلق بذاتيته، وليس بالضوابط التي تحكمه بعد وجوده، في حين أن وضوح التسبيب واتساقه يدخلان ضمنا في كفاية التسبيب – كما سيتضح لاحقا – وبناءً على ذلك سنقتصر على كفاية التسبيب، ومنطقيته.

أولا: كفاية التسبيب

ليس هنالك نموذج مسبق لكفاية التسبيب، ولذلك يمكن أن يتحقق بإيراد القاضي الدستوري من الأسباب القانونية والواقعية ما يدل على صحة استدلاله الذي توصل له في منطوق الحكم، ويحمل على القناعة به، بحيث يمكن القول إن النتيجة (منطوق الحكم) تجد أساسها في مقدماتها المتمثلة بالأسباب التي أوردها القاضي الدستوري في حكمه[٤].

---

[١] ومن الأمثلة على تلك الأحكام: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" في ١٩٩٥/٨/٥) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٣٣) في ١٩٩٥/٨/١٧. لما فيه من تحليل منطقي، واستنتاجات رصينة، واستدلالات قانونية بما فيها ميثاق الأمم المتحدة، للتوصل إلى عدم دستورية المادة (٥٠) من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم (٩٥) لسنة ١٩٨٠، وذلك فيما تضمنته من حظر الطعن – بغير طريق إعادة النظر– في الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة العليا للقيم في شأن المنازعات المحالة إلى قضاء القيم وفقاً لنص المادة (٦) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (١٤١) لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة. وأيضا حكمها في القضية المرقمة (٣٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/٤/٦) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٦) في ١٩٩٦/٤/١٨.

[٢] يمكن القول إن الدكتور عوض المر ممن ينحاز إلى أسلوب الاطالة في الكتابة، سواء على صعيد عمله الرسمي في المحكمة الدستورية العليا، أم على مستوى التأليف. ولا أدلُّ على ذلك الأحكام الصادرة في ظل رئاسته المحكمة، وأيضا كتابه الذي بلغت صفحاته (١٤٣٩) صفحة، على الرغم من أن عنوانه (الرقابة القضائية على دستورية القوانين في **ملامحها الرئيسية**).

[٣] ينظر: عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين: تسبيب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، ط٣، دار ابن فرحون، الرياض، ١٤٣٤، ص ١٠٧ وما بعدها

[٤] ينظر:

وكفاية التسبيب تجد أساسها القانوني فيما نص عليه المشرع الفرنسي، والمصري، والعراقي من وجوب أن تذكر المحكمة في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول، أو رد الادعاءات التي أوردها الخصوم، والمواد القانونية التي استندت إليها[١].

وتستلزم كفاية التسبيب أمرا مهما لا بدَّ منه، يتمثل بذكر النصوص الدستورية التي استند إليها القاضي الدستوري في تعارضه التقديري مع المشرع العادي، إذ يمكن القول إنه لا تسبيب من دون نص دستوري يستند إليه، إذا علمنا أن التعارض التقديري لا يكون إلا عند مخالفة تقدير المشرع للدستور، ومن ثم ينبغي على القاضي الدستوري أن يربط تعارضه – دائما – مع المشرع العادي بأحد النصوص الدستورية.

وبعد أن يحدد القاضي الدستوري النص الدستوري المُخَالَف، لا بدَّ من أن يدوّن تحليله، وتفسيره للنصوص ذات الصلة، إذا كانت تلك التفسيرات هي أساس تحقق المخالفة الدستورية؛ تحقيقا لكفاية التسبيب.

وقد دأب المجلس الدستوري على ذكر النصوص الدستورية – وما في قيمتها – في حيثيات قراراته، وأثناء عرض تحليله، وتفسيره النصوص الدستورية، والقانونية، من دون أن يعيد تحديدها مرة أخرى في منطوق قرارها، إذ يقتصر المنطوق على مجرد ذكر أن النصوص القانونية محل المراجعة تتعارض مع الدستور، أو الإعلان عن عدم دستوريتها، على شكل مواد تكون في خاتمة القرار.

أما المحكمة الدستورية العليا فقد سارت على تحديد النصوص الدستورية المرتبطة بالنصوص القانونية – محل الطعن – وبيان معناها، وما تتضمنه من مبادئ وضوابط، إلا أنها لا تقتصر على ذلك العرض، وإنما نجدها – في أغلب أحكامها – تختم حيثياتها بعبارتها الشهيرة (فإن النص – أو النصوص – المطعون فيها يكون مخالفا أحكام المواد .... من الدستور)[٢] من دون أن تعيد ذلك في منطوق حكمها.

ويدخل ضمن كفاية الأسباب الرد على دفاع الخصوم، ودفوعهم، بما يؤكد وجهة نظر المحكمة تجاه تلك الدفوع، إلا أن العبرة ليست بذكر الدفوع، وترديدها دائما، وإنما برد المحكمة عليها، سواء أكان من ناحية قبولها، أم رفضها، بحيث تبين المحكمة – بالتحليل والاستدلال – الأمر الذي جعلها تقتنع بالأدلة، والدفوع المقدمة أمامها.

وتبدو خصوصية الدعوى الدستورية عن بقية الدعاوى، والأحكام الصادرة فيها، هو أن الدعوى المنظورة أمام القضاء الدستوري بشأن دستورية القوانين، لا يحتل فيها الواقع، والمعطيات الواقعية أهمية، وحيزا مشابها لما موجود في الدعاوى الأخرى.

Manon Chateau–Grine: La motivation des décisions du juge administrative, these de doctorat de, l'universite de Nantes, Comue Universite Bretagne Loire, 2018, p 238 – 239.

[١] ينظر: المادة (٤٥٥) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي رقم (٧٥–١١٢٣) لسنة ١٩٧٦، والمادة (١٧٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، والمادة (١٥٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

[٢] على سبيل المثال ينظر: أحكام المحكمة الدستورية العليا في القضايا المرقمة (٢ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" في ١٩٩٧/١/٤) (٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/٢/٣). (٩٥ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" في ٢٠٠٣/٥/١١) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٢ تابع) في ٢٠٠٣/٥/٢٩.

فالدعاوى المدنية، والجنائية وحتى الإدارية تتأسس وجودا، ونظرا، وحسما – بشكل أساس – على الواقع وتكييفه[١]، أما الدعوى الدستورية، ونتيجة خصوصيتها، تنصب على مدى اتفاق القانون مع الدستور، ومن ثم فهي دعوى مدى مطابقة – إن صح التعبير – يعتمد حسمها بشكل أساس على ضوء تفسير النصوص القانونية من جهة، والنصوص الدستورية من جهة أخرى. إذ يمثّل النص الدستوري – بعد تحديده – المقدمة الكبرى، في حين يعد النص القانوني المطعون به المقدمة الصغرى، وبعد بيان معنى المقدمتين يستطيع القاضي الدستوري عن طريق القياس المنطقي التوصل إلى النتيجة التي تحدد مصير النص القانوني، فيما إذا كان متفقا مع الدستور، أو مخالفا إياه[٢].

ولذلك لا يأخذ الواقع أهميته في الدعوى الدستورية كما هو الحال في الدعاوى الأخرى، وعلى أساس ما تقدم فإن معطيات الدعوى في ضوء طلبات الخصوم، ودفوعهم، قد تقتصر على مجرد حيثيات بسيطة جدا للتدليل من جانب الخصوم على وجه المخالفة الدستورية، أو عدمها، وبذلك يكون الدور كله قائما على القاضي الدستوري في استنتاج المخالفة الدستورية، أو عدمها، في ضوء عمله القائم على التحليل، والتفسير، والقياس المنطقي وصولا إلى النتيجة التي يحسم بها الدعوى. إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود أثر للواقع في مسألة حسم الدعوى الدستورية، وإنما يتعلق الأمر بدور الواقع وأهميته، إذ نجده يتفاوت من هذه الناحية في الدعوى الدستورية على خلاف الدعاوى الأخرى التي يشكل فيها المادة الأساسية، زيادة على النصوص القانونية ذات الصلة.

ولا يراد بكفاية التسبيب أن يذكر القاضي الدستوري كل شاردة وواردة في الدعوى، بل يتعلق الأمر بالمسائل الأساسية، وما يرتبط بهذه من الأدلة، والاستنتاجات التي تحصل بها كفاية التسبيب من جانب، وينبغي ألاّ يتزيد القاضي الدستوري في حيثيات حكمه، بالاستفاضة المطوّلة، وغير المجدية في التسبيب، بل لا بدَّ أن يقتصر الأمر على قدر الحاجة من تحديد الأسس، والتفاصيل التي نهضت في تحقيق قناعة القاضي الدستوري.

وبتعبير أدق فإن واجب القاضي الدستوري في تسبيب التعارض التقديري يتحدد (بضوابط معينة تجملها فكرة أن تكون الأسباب كافية لتبرير الحكم)[٣]، بحيث يقوم الأخير على أسباب كافية لتبرير النتيجة التي توصّل إليها.

ولذلك لا نجد مبررا في استطراد المحكمة الاتحادية العليا – بتشكيلتها الثانية – في قراراتها، إذ يلاحظ على بعض هذه القرارات الاستطراد، والاسترسال الذي لا يتصل بالدعوى بشكل مباشر، بحيث يمكن القول إن ذلك الاستطراد مجرد استعراض نصي، وتاريخي، لا يؤثر وجوده، وعدمه في حيثيات القرار، ونتيجته، بل يؤدي –

---

[١] ولذلك يقول د. وجدي راغب فهمي أن: (السبب الموضوعي كركن في العمل القضائي إنما ينحصر في مضمون الأسباب الواقعية، دون الأسباب القانونية، وهو ينحصر في تحقيق الواقعة الأساسية للأمر المقضي، تحقيقيا يبرر إرادة القاضي بفرض رأيه على الخصوم). مصدر سابق، ص ٥٢٥.

[٢] ينظر:

Guillaume Drago: La qualité de l’argumentation constitutionnelle, Dans Revue française de droit constitutionnel 2015/2 (n° 102), p 340 -341.

[٣] د. وجدي راغب فهمي: المصدر السابق، ص ٥٢٩.

أحيانا – إلى عدم الوضوح والتكلّف، على نحو ينافي الإحاطة بالقرار، والقدرة على فهمه، ومعرفة مضمونه من جميع المخاطبين به[١].

وتستلزم كفاية التسبيب أيضا الوضوح والاتساق، عن طريق العناية بصياغة الأسباب، وكتابتها بشكل واضح ومحدد، مع الالتزام باستعمال اللغة العربية والمصطلحات إذا اقتضى الحال؛ لأنها العنوان المعبّر عن المعاني في المجال المعني.

وإذا كان الأصل العام في شكل الحكم أن يكون مستوفيا بذاته جميع أسبابه، بحيث يكون التسبيب جزءا منه، استنادا إلى القاعدة الإجرائية المعروفة التي تقضي بأن العمل القانوني يجب أن يحمل بنفسه دليل صحته[٢]، إلا أنه استثناء من ذلك تجوز الإحالة إلى أسباب حكم آخر.

ويشترط في صحة الإحالة أن يكون هذا الحكم قد سبق صدوره بين الخصوم أنفسهم، وألّا يكون قد نُقض من الجهة الأعلى، وأن يودع ملف الدعوى، بحيث يصبح عنصرا من عناصر الإثبات فيها، ويكون بمقدور الخصوم الإطلاع عليه، ويشترط أن تشير المحكمة إلى اعتمادها تلك الأسباب، وأخذها بها، وفي هذه الحالة فإن ما اعتمد عليه الحكم من تلك الأسباب المدونة في ورقة الحكم، وفي ذلك الجزء المتمم له، تتحقق كفاية التسبيب[٣].

إلا أن الأمر في مجال القضاء الدستوري أخف حدة، مما هو عليه في أنواع القضاء الأخرى، إذ يجوز أن يسبب القاضي الدستوري أحكامه بالإحالة إلى الأحكام التي سبق صدورها منه، من دون اشتراط أن تكون تلك الأحكام بين الخصوم أنفسهم؛ نتيجة ما تتمتع به أحكام القضاء الدستوري من حُجية مطلقة تسري تجاه السلطات الكافة، زيادة على إلزام المشرع العادي بنشر تلك الأحكام في الجريدة الرسمية، إذا تضمنت الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، مما يتيح فرصة الإطلاع عليها، ومعرفتها، ومع هذا التخفيف فإنه يشترط في الإحالة وضوحها، وتحديدها بشكل لا لبس فيه، وألّا تكون سببا في غموض التسبيب.

ففي فرنسا يلجأ المجلس الدستوري إلى التسبيب عن طريق الإحالة، ويرى بعض الفقه أن تلك الإحالة تظهر بشكل أكبر في اختصاص المجلس الدستوري بالرقابة على دستورية اللوائح الداخلية (الأنظمة الداخلية) لمجلسي البرلمان، إذ إن إقرار المجلس الدستوري بعدم دستورية جزء من اللائحة الداخلية من شأنه إلزام المجلس المعني بإعادة النظر في هذا الجزء مع ضرورة العرض مرة أخرى على المجلس الدستوري، وفي المرة الثانية يقتصر المجلس على فحص الجزء الذي قرر عدم دستوريته فقط، مشيرا في الوقت نفسه إلى الحكم الأول حتى لا يفحص الأجزاء التي سبق أن قرر عدم مخالفتها للدستور[٤].

---

[١] ومن ذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٢٣٠/اتحادية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١١/٣٠)، وكذلك قرارها المرقم (٤٩ وموحدتها ٨٣/اتحادية العليا/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٩/٢١)، وبالتحديد ما جاء في الفقرتين (ثانيا، ثالثا) من حيثياته تتعلق بتقسيم الأموال، وبعض الأمور التاريخية الخاصة بإدارة النفط منذ عام ١٩٢١، علما أن القرار المذكور قد صدر وفقا لأحكام المادة (٩٣/ثالثا) من الدستور.

[٢] ينظر: د. حسام أحمد العطار: مصدر سابق، ص ٧٣٨.

[٣] ينظر: د. عبد الحميد الشواربي: مصدر سابق، ص ٧٨.

[٤] د. محمد عبد اللطيف: مصدر سابق، ص ٢١٦.

وفي الحقيقة لا يمكن عدّ هذا المثال مصداقا حقيقيا للإحالة في التسبيب؛ كون الفحص الثاني يقتصر على الجزء المخالف للدستور، نتيجة الفحص الأول فقط، ولا يتعداه إلى الأجزاء الأخرى من جانب، وإن قرارات المجلس ملزمة للجميع، بما فيها المجلس نفسه، ومن ثم لا يحتاج المجلس إلى تأكيد قراراته مرة أخرى، حتى يمكن عدّ إشارته إلى قراره بشأن الأجزاء الموافقة، هي إحالة – بالمعنى الدقيق – للأسباب التي دفعته إلى ذلك الحكم من جانب آخر.

وإنما الأمر هو في حقيقته أشبه بالجمع الذي يقوم به المجلس الدستوري بين القرارين؛ ليؤكد دستورية اللائحة الداخلية لمجلسي البرلمان بأكملها، من أجل العمل بها، انسجاما مع الدستور الذي منع تطبيق اللوائح الداخلية ما لم يقرر المجلس الدستوري موافقتها له، على خلاف ما هو مقرر بشأن القوانين، إذ ميّز قانون المجلس الدستوري بشأنها بين المخالفة الكلية والجزئية، وبين الأجزاء القابلة للانفصال أو عدمها[١].

وفي مصر تأخذ المحكمة الدستورية العليا أيضا بالتسبيب عن طريق الإحالة، تأكيدا على الحُجية المطلقة للأحكام الصادرة منها[٢].

ومن ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا ١٩٨٥/١٢/٢١، الذي تقرر فيه عدم قبول الدعوى الخاصة بعدم دستورية المادة (٢٢٦) من القانون المدني بشأن الفوائد؛ مبررة ذلك بأن المحكمة سبق لها بتاريخ ١٩٨٥/٥/٤ (أن قضت برفض الدعوى بعدم دستورية النص المشار إليه على ما سلف بيانه، وكان قضاؤها هذا له حُجية مطلقة حسمت الخصومة بشأن دستورية هذا النص حسما قاطعا مانعا من نظر أي طعن يثور من جديد بشأنه، فإن المصلحة في الدعوى الماثلة برمتها تكون منتفية، وبالتالي يتعين الحكم بعدم قبولها)[٣].

ويجدر بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا قد استعانت في بعض أحكامها بحيثيات مقتبسة حرفيا من قرارات المجلس الدستوري الفرنسي مع التصريح بذلك، لتأكيد قضائها بشأن مسألة سبق للمجلس الدستوري أن أبدى رأيه فيها. ومن ذلك حكمها الصادر في ١٩٩٦/٢/٣ الذي جاء فيه: (لا يجوز أن تعمد الدولة كذلك –استيفاء لمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة – إلى تقرير جزاء على الإخلال بها، يكون مجاوزا – بمداه أو تعدده – الحدود المنطقية التي يقتضيها صون مصلحتها الضريبية، وإلا كان هذا الجزاء غلوا وإفراطا، منافيا بصورة ظاهرة لضوابط الاعتدال، واقعا عملا – وبالضرورة – وراء نطاق العدالة الاجتماعية، ليختل مضمونها بما ينافى القيود التي فرضها الدستور في مجال النظام الضريبي، وهو ما نحا إليه المجلس الدستوري الفرنسي بما قرره من أن القانون المالي إذ فرض – بنص المادة (٩٢) – على من يذيعون حقائق الدخل الخاص بأحد الأشخاص– من خلال إفشائهم لسريتها بالمخالفة لأحكامها – غرامة مالية يتعين دوما توقيعها، وتعادل في مبلغها مقدار هذا

---

[١] ينظر: المادة (٢٣) من قانون المجلس الدستوري رقم (٥٨–١٠٦٧) لسنة ١٩٥٨.

[٢] ينظر: د. محمد عبد اللطيف: المصدر السابق، ص ٢١٦.

[٣] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٤٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" في ٢١ /١٢/ ١٩٨٥). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١) في ١٩٨٦/١/٢.

الدخل، إنما يفقدها في عديد من الأحوال– وبصورة صارخة – تناسبها مع الأفعال التي ارتكبوها – ويتعين لهذا الاعتبار وحده – ودون ما ضرورة للخوض في غيره من مناحي الطعن على تلك المادة – تقرير عدم دستوريتها)[١].

وبقدر اطلاعنا على قرارات المحكمة الاتحادية العليا لم نلحظ استعمالها التسبيب بالإحالة.

ثانيا: منطقية التسبيب

لا يكفي في صحة التسبيب كفايته، وإنما يستلزم فوق ذلك منطقيته، فالعبرة ليست بالكفاية، والشرح، والاستطراد في عرض الأسباب، بقدر ما يكون هنالك قوة استدلال، وترابط بين الأسباب، وسلامة في الاستنتاج.

فمنطقية التسبيب تتحقق بوجود علاقة منطقية مفهومة، وواضحة بين الأسباب من جانب، ومنطوق الحكم من جانب آخر، وأن يكون هنالك تجانس، وارتباط بين الأسباب نفسها، ومتساندة جميعها في إثبات الأمر الذي توصل له القاضي الدستوري، ولا يصح أن تكون بعض الأسباب مناقضة بعضها الآخر، فإن من شأن ذلك التناقض انتفاء الأسباب، بحيث لا يبقى منها ما يمكن حمل الحكم عليه، أو تعذر معرفة الأساس الذي بنى القاضي الدستوري منطوق حكمه عليه[٢].

وينبغي أن تكون الأسباب التي ذكرها القاضي الدستوري مستساغة عقلا، ومنطقا لاستخلاص النتيجة التي توصل لها، بحيث تكون تلك الأسباب مقدمات تؤدي بشكل طبيعي لمنطوق الحكم، بحسبان أن المنطوق هو نتيجة أسبابه، والأخيرة هي مقدماته ومبرراته.

ومن ثم لا يصح من القاضي الدستوري أن يكون تسبيبه في جانب ومنطوقه في جانب آخر؛ لأن من شأن ذلك التناقض جعل الحكم غير مسبب، بل قد يبدو الأمر أكثر غرابة عندما يتعارض التسبيب مع منطوق الحكم، على نحو الضد بينهما، ليكون عدم التسبيب أفضل وضعا من هذه الحالة؛ لما يحمله من ارتباك قوي في فهم الدعوى، والفصل فيها، على نحو التعارض الجوهري بين التسبيب، ومنطوق الحكم.

ويمكن أن نلاحظ على قرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر في ٢٠٢١/١٠/٢٧، بشأن قانون أسس تعادل الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٢٠، عدم الانسجام بين حيثياته وبعض فقراته الحكمية.

وبالرجوع إلى القرار المذكور نجد أن المحكمة قد استعرضت خمس حيثيات فيه: تناولت في الأولى أهمية التعليم، ومرتبته بين الحقوق الأساسية، وموقف الدستور العراقي من التعليم ابتداءً بالديباجة، والمادة (٤/أولا)، والمادة (١١٤/سادسا)، والمادة (١٢٥)، وتوصلت من النصوص المتقدمة إلى أن: (المشرع الدستوري قد رسم

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية " في ١٩٩٦/٢/٣) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٧ مكرر "أ") في ١٩٩٦/٢/١٧. علما أن الاقتباس جاء حرفيا مع الإشارة إلى رقم قرار المجلس الدستوري الفرنسي ورقم الحيثية التي اقتبستها المحكمة. ويجدر بالذكر أيضا أن هذا الحكم قد صدر في عهد رئاسة الدكتور عوض المر للمحكمة الدستورية العليا.

[٢] ينظر: د. أحمد أبو الوفا: مصدر سابق، ص ٦٧. د. وجدي راغب فهمي: مصدر سابق، ص ٥٣٩ – ٥٤٠.

خارطة واضحة لمسار الحق في التعليم. والدستور بوصفه القاعدة القانونية الأعلى في الدولة، وهو واجب الاتباع، والاحترام من باقي السلطات، لذا نظّم الحقوق والحريات بأنواعها المختلفة، ومنها حق التعليم)[١].

وأوضحت في الحيثية الثانية النصوص الدستورية التي نظمت حق التعليم بشكل مباشر، وهي (٣٤/ أولا)، وتوصلت المحكمة منها إلى أن: (التعليم التزام يوجب على الدولة تحقيقه، والإيفاء به عن طريق مؤسساته الدستورية، وخاصة التشريعية والتنفيذية منها، عن طريق قيام السلطة التشريعية بإصدار القوانين المنظمة لهذا الحق، وقيام السلطة التنفيذية بإنفاذ تلك النصوص، وتطبيقها على أرض الواقع، بما يحقق الهدف منها، وعدم التجاوز عليه خلافا للدستور والقانون. وإن ادراج الحقوق بمختلف أنواعها في النصوص الدستورية يجعلها تكتسب القوة الدستورية، وبذلك تعد قيدا على سلطات الدولة، والتزاما يجب عليها الإيفاء به. وهذا يتطلب من السلطة التنفيذية التدخل وازالة كل العوائق التي تقف حائلا أمام تحقيق هذا الالتزام، وإن هذا الالتزام يوجب على الوزارات ذات العلاقة معالجة أي ظرف لتحقيق تمتع الشعب بحقه في التعليم على كافة مراحله، وبالتالي فإن وضع العوائق في الحصول على ذلك الحق الدستوري تعد من المخالفات التي تواجه ذلك الحق الدستوري، وتطرق الدستور إلى الحق في العليم المجاني، وبموجب الفقرة (ثانيا) من المادة (٣٤)[٢].

في حين بيّنت الحيثية الثالثة ضرورة المساواة بين مواطني الدولة جميعهم، في تكافؤ الفرص التعليمية، بشكل متساوٍ ومتكافئ؛ لتنمية قدراتهم، ومواهبهم، وبغض النظر عن أحوالهم المادية، أو مستواهم الاجتماعي، أو الاقتصادي.

أما الحيثية الرابعة فقد خصصتها لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي تبناه الدستور في المادة (٤٧) منه، ورأت المحكمة أن ذلك يقتضي: (أن تمارس السلطات الاتحادية اختصاصاتها ومهماتها على أساس المبدأ المذكور، وعدم تجاوز أي سلطة لاختصاصاتها)[٣].

واستنادا إلى الحيثية المتقدمة قررت المحكمة بأن: (السلطة التشريعية في العراق، وبموجب المادة (٦١) من الدستور، قد مارست اختصاصاتها الدستورية المنصوص عليها في الفقرة (أولا) منها، تشريع القوانين الاتحادية، لذا فإن القانون المطعون فيه يعد خيارا تشريعيا من حيث المبدأ)[٤].

وأخيرا فقد استعرضت المحكمة في الحيثية الخامسة التنظيم السابق لأسس تعادل الشهادات، وأنه كان محكوما بالتعليمات رقم (٥) لسنة ١٩٧٦ الصادرة عن مجلس التعليم العالي والبحث العلمي، مؤكدة أن: (تلك التعليمات قد مضى عليها فترة طويلة جدا، وأدت في بعض الأحيان إلى منع تمتع قسم من أبناء المجتمع بحقه في التعليم،

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٤٦ وموحدتيها ٥٠ و ٥١/اتحادية/٢٠٢٠ في ٢٠٢١/١٠/٢٧) المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٦٥٥) في ٢٠٢١/١١/٢٢).

[٢] قرار المحكمة المشار له في أعلاه.

[٣] قرار المحكمة المشار له في أعلاه.

[٤] قرار المحكمة المشار له في أعلاه.

... لذلك تجد هذه المحكمة أن القانون المطعون فيه شُرّعَ لغاية تتطلبها معالجة وضع الطلبة الدارسين خارج العراق)[١].

وبعد بيانها للحيثيات المتقدمة ابتدأت المحكمة فقراتها الحكمية بالعبارة الآتية: (على الرغم من أن القانون المذكور أخذ بنظر الاعتبار تعليمات رقم (٥) لسنة ١٩٧٦[٢]، إلا أن بعض نصوصه خالفت أحكام المواد (١٤و١٦و٣٤/اولاو٤٧) من دستور جمهورية العراق)[٣]، وبناءً عليه قضت بعدم دستورية (١١) عبارة، أو فقرة من القانون المتقدم.

وبالرجوع إلى حيثيات القرار وفقرته الحكمية، نجد أن المحكمة لم تبيّن وجه المخالفة الدستورية التي لحقت بعض النصوص المحكومة بعدم دستوريتها، بما يحقق وجود التسبيب من جانب، وكفايته من جانب آخر.

إذ اتضح سابقا أن مجرد ذكر النص الدستوري، قد لا يؤدي إلى تحديد المخالفة الدستورية، ووضوحها، وإنما يستلزم الأمر بيان مفهوم ذلك النص، والضوابط والقيود الواردة فيه، ومدى مخالفة النص القانوني لتلك الضوابط والقيود.

ولا سيما أن المشرع العادي يمتلك في تنظيم أسس تعادل الشهادات، سلطة تقديرية، مع الإقرار بضرورة الالتزام بالضوابط الدستورية، وبعض الحلول المحددة دستوريا في هذا الشأن.

زيادة على ذلك فإن القرار المذكور، قد يشوبه عدم الانسجام بين حيثياته (الأسباب)، وبعض فقراته الحكمية، فالملاحظ أن جميع الحيثيات تُعلي من حق التعليم، وأهميته الاجتماعية، والثقافية، والاقتصادية، وتبيّن كفالة الدستور العراقي هذا الحق، بشكل مباشر، وتقرير مبدأ المساواة، وتكافؤ الفرص بشأنه، والإقرار بالخيار التشريعي لمجلس النواب في تشريع القانون.

وبالمقابل فإن بعض ما قضت به المحكمة من عدم الدستورية، لا ينسجم مع الحيثيات المتقدمة، ومن ذلك: عدم دستورية قيام الوزارات الأخرى، والهيئات، بمعادلة الشهادات الممنوحة لموظفيها، عن طريق معاهد الدراسات فيها. وكذلك عدم دستورية قيام الجامعات المعنية، ومجلس الخدمة العامة الاتحادي بمعادلة، وتقييم الشهادات التدريبية، وأيضا عدم دستورية منح اللقب العلمي لحملة الشهادات العليا من الموظفين المدنيين، والمكلفين بخدمة عامة من غير موظفي وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، والتربية، على الرغم من أن القانون قد اشترط مجموعة من الضوابط العلمية، والإجرائية لذلك، ومن دون أن يرتب أثرا ماليا.

---

[١] قرار المحكمة المشار له في أعلاه.

[٢] قد لا يمكن فهم استدلال المحكمة بالتزام القانون في الأخذ بعين الاعتبار التعليمات المذكورة، وهل يعد ذلك شرطا من شروط دستوريته؟ وهو ما لا يمكن التسليم به؛ إذ لا تحقق الصفة الدستورية، أو عدمها في القانون، إلا على أساس موافقته للدستور، أو مخالفته. أما ما عدا ذلك من القواعد القانونية فلا يمكن أن تكون أساسا للرقابة على دستورية القانون.

[٣] قرار المحكمة المشار له في أعلاه.

فما جاء من أسباب في حيثيات القرار، لا يؤيد، ولا يدعم ما توصلت له المحكمة من عدم دستورية النصوص المتقدمة، إن لم تكن على غير مقتضاها، كما هو الحال في مخالفة مبدأ المساواة، وتكافؤ الفرص الذي لا يقر التمييز بين جواز معادلة وزارتي الدفاع، والداخلية الشهادات العسكرية، والمسلكية[١]، وعدم جواز ذلك فيما يتعلق بالأمانة العامة لمجلس النواب، والوزارات الأخرى، والهيئات، والجامعات المعنية، ومجلس الخدمة العامة الاتحادي، بخصوص الشهادات الممنوحة من الجهات المذكورة.

زيادة على عدم المساواة، وعدم تكافؤ الفرص، بين جواز منح اللقب العلمي لحملة الشهادات العليا في وزارتي التعليم العالي والبحث العلمي، والتربية، ومنعه عن نظرائهم في الوزارات الأخرى، بعد أن قضت المحكمة بعدم دستوريته، على الرغم من وحدة الشروط الموضوعية، والإجرائية، والعلمية بينهم، وتماثلهم في المركز القانوني المتمثل بحمل الشهادة العليا.

---

[١] فالملاحظ أن المحكمة قد قصرت حكمها بعدم الدستورية على اعتماد الشهادات العسكرية، والمسلكية المُعادَلة من وزارتي الدفاع والداخلية، أساسا لغرض الدخول للجامعات والتدريس فيها، إذا تماثلت مدة الحصول عليها مع المدة المطلوبة للحصول على الشهادات المؤهلة لدخول تلك الجامعات، أو التدريس فيها فقط، من دون أن تشمل بعدم الدستورية قيام وزارتي الدفاع، والداخلية بمعادلة تلك الشهادات، كما هو الحال فيما يتعلق بالوزارات، والجهات الأخرى.

الفصل الثاني
أوجه التعارض التقديري

تمهيد وتقسيم

لا تختلف عناصر القانون عن عناصر القرار الإداري، من ناحية العدد والمضمون، إذ يتكون القانون من خمسة عناصر هي: الاختصاص، والشكل، والسبب، والمحل، والغاية، وتتفاوت تلك العناصر فيما بينها من حيث تمتع المشرع العادي، والإدارة بالسلطة التقديرية، ودرجة تلك السلطة – بعد وجودها – في كل عنصر منها.

إذ يذهب أغلب الفقه[١] إلى أن السلطة التقديرية للمشرع العادي تكاد تكون مختفية تماما بشأن عنصر الاختصاص، والشكل والإجراءات.

وإذا كان الاختصاص يتمثل بالقدرة القانونية على القيام بعمل معين، فإن الدستور هو الذي يتولى توزيع الاختصاصات بين السلطات العامة (التشريعية، والتنفيذية، والقضائية)، وتحديد اختصاص كل سلطة منها.

ويترتب على ذلك التحديد الدستوري نتيجتان مهمتان: أولاهما أن عمل كل سلطة يتحدد في ضوء ما قرره لها الدستور من اختصاصات، وثانيهما عدم جواز ممارسة اختصاصات سلطة أخرى، وإلا كان ذلك العمل باطلا؛ لمخالفته قواعد الاختصاص التي حددها الدستور[٢].

وبالرجوع لمفهوم السلطة التقديرية للمشرع العادي، فقد اتضح سابقا أنها مكنة يتركها الدستور للمشرع العادي، قوامها تحديد الوقت المناسب، والمفاضلة بين البدائل المشروعة لاختيار أكثرها ملاءمة لتحقيق الأهداف المحددة للتنظيم التشريعي.

ومن الجمع بين مفهومي الاختصاص والسلطة التقديرية يمكن القول بعدم إمكانية اجتماعهما معا، فالاختصاص يحدده الدستور تحديدا دقيقا عن طريق بيان الأعمال التي يختص بها المشرع العادي، حتى تكون سلطته في هذا المجال مقيدة[٣].

---

[١] ينظر: د. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٨٥. د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٤ – ٥١ – ٥٤. د. عبد المجيد إبراهيم سليم: مصدر سابق، ص ٣٨٦ وما بعدها. ايناس كمال كامل: حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، ٢٠١٦، ص ١٢٣ وما بعدها. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٢٠٦ وما بعدها.

[٢] ينظر: عادل عمر شريف: المصدر السابق، ص ٢٨٩ – ٢٩٠. د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ٤٢. د. ثروت عبد العال أحمد: حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، مصدر سابق، ص ٥٨ –٥٩. د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٦٣٢. د. يحيى الجمل: مصدر سابق، ص ١٩٥.

[٣] ينظر: د. محمد ماهر أبو العينين: المصدر السابق، ص ١٨٠.

وعلى هذا الأساس ليس هنالك حرية يتمتع بها المشرع العادي في أن يكون مختصا بعمل معين، أو غير مختص بآخر، خلافا لقواعد الدستور، وهذا هو جوهر السلطة التقديرية المتمثل بحرية المفاضلة بين بدائل معينة، وبذلك تنتفي السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر الاختصاص.

وتعد قواعد الاختصاص من النظام العام[١]، ومن أهم النتائج المترتبة على ذلك عدم إمكانية التخلي عن الاختصاصات التي حددها الدستور للمشرع العادي من جانب، ولا يجوز له أن يتولى اختصاصات سلطة أخرى من جانب آخر.

أما فيما يتعلق بعنصر الشكل والإجراءات التي يراد به في مجال القانون الإجراءات، والشكليات الواجب اتباعها عند تشريع القوانين، فإن الدستور يتولى أيضا تحديد الإجراءات، والشكليات اللازمة عند ممارسة عملية تشريع القوانين، كالقواعد الخاصة باقتراح القوانين، وآلية مناقشتها، والتصويت عليها، والنصاب اللازم لانعقاد الجلسات والتصويت، وأخيرا عملية المصادقة على القوانين من رئيس الدولة[٢]. فهذه كلها قواعد حددها الدستور بشكل دقيق، وأوجب الالتزام بها في كل مرحلة من مراحل العملية التشريعية، بما يتناسب معها من الإجراءات والشكليات.

إن تحديد تلك الشكليات، والإجراءات من جانب المشرع الدستوري لا يكون اعتباطا، وإنما لتحقيق غرض بعينه، أو غاية بذاتها، يتعين مراعاتها عند تشريع القوانين[٣].

ولازم ذلك التحديد، والغاية منه، انتفاء السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر الشكل، والإجراءات، فيتعذر مع ذلك أن تكون له حرية الاختيار في أن يصوت على القانون بأغلبية أخرى، غير ما حدده الدستور، أو يمنع جهة معينة من ممارسة اختصاصها في اقتراح القوانين، وليس له سلطة تقديرية في مناقشة مشروعات القوانين بطريقة تختلف عمّا قرره الدستور في هذا الشأن.

---

[١] ينظر: د. رفعت عيد سيد: مصدر سابق، ص ٤٢٩– ٤٣٠. د. عبد المجيد إبراهيم سليم: المصدر السابق، ص ٣٨٦.

[٢] للمزيد ينظر: د. سامر عبد الحميد محمد العوضي: أوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية العليا، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠، ١٥٨ وما بعدها.

[٣] ينظر: عادل عمر شريف: مصدر سابق، ص ٣١٨.

وخلاصة ما تقدم أن المشرع العادي لا يتمتع بسلطة تقديرية في عنصر الشكل، والإجراءات، بل إن سلطته مقيدة في هذا المجال[١]، ويلزم من ذلك عدم دستورية القانون إذا ما جاء خلافا لقواعد الشكل، والإجراءات التي حددها الدستور؛ نزولا على الطبيعة الآمرة للقواعد الدستورية[٢].

وإذا كانت سلطة المشرع العادي في عنصر الاختصاص، والشكل والإجراءات مقيدة، وتنعدم حرية الاختيار فيهما، فإن الأمر على خلاف ذلك في العناصر الأخرى للقانون: السبب، والمحل، والغاية، إذ يتمتع إزاءها المشرع العادي بسلطة تقديرية واضحة إلا أنه – مع ذلك – فإن سلطته في هذه العناصر ليست تقديرية دائما، وإنما يمكن القول إنها متفاوتة بين التقدير، والتقييد، وذلك بحسب التنظيم الدستوري لكل عنصر منها، والمعيار في ذلك وجود فروض التنظيم، أو عدم وجودها.

فإذا وضع الدستور ضوابط معينة، وفروضا محددة، لا يكون للمشرع حرية الاختيار من بينها، فإن سلطته تكون مقيدة، أما إذا تعددت الخيارات، أو أن النصوص الدستورية ذات الصلة لا تتضمن حلولا محددة، بل هي

---

[١] وعلى خلاف ذلك يذهب د. يسري محمد العصار إلى أن سلطة المشرع العادي تجاه عنصر الشكل والإجراءات لا تعد مقيدة إلا في الأشكال والإجراءات التي نص الدستور، أو القانون على ضرورة اتباعها، والالتزام بها، أو عندما تكون من الضمانات الوجوبية لصيانة حقوق الأفراد وحرياتهم. د. يسري محمد العصار: رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد الثامن عشر، (أكتوبر)، ٢٠١٠.

وبمفهوم المخالفة للرأي المتقدم فإن سلطة المشرع العادي في عنصر الشكل، والإجراءات تقديرية في غير الحالات المنصوص عليها دستوريا، إلا أنه – في الحقيقة – يمكن التقليل من أهمية هذا التمييز؛ لأن المشرع الدستوري يحرص دائما على تنظيم الشكليات، والإجراءات اللازمة للعمل التشريعي، بما لا يترك أي إجراء مهم خارج تنظيمه، إلى الحد الذي تكون فيه الإجراءات، والشكليات الواردة في الدستور كافية للعمل التشريعي، أما غيرها من الإجراءات فيمكن القول إنها ثانوية، ولا تحتل حيزا مهما تكون معه مدارا حقيقيا للسلطة التقديرية، ويترتب على هذا الحرص من المشرع الدستوري، بتنظيم أغلب شكليات العمل التشريعي وإجراءاته، إفراغ محتوى السلطة التقديرية للمشرع العادي – إن وجدت – في الإجراءات الأخرى غير المنصوص عليها دستوريا، وتنصب على إجراءات هامشية، وثانوية تقل معها أهميتها، وقيمتها على المستوى النظري والعملي، وإذا ما بقيت إجراءات، وشكليات خارج التنظيم الدستوري، بحيث تكون – وفق هذا الرأي – سلطة المشرع العادي فيها تقديرية، فإن أغلب البرلمانات تحرص على تنظيم هذه الإجراءات، من دون تركها للممارسة اليومية، بما يترك سلطة تقديرية في كل حالة على حده.

فعلى سبيل المثال قد تعزف بعض الدساتير عن تنظيم كيفية مناقشة مشروعات القوانين، إلا أن القوانين المنظمة لعمل البرلمان، أو نظامه الداخلي، تتلافى ذلك النقص في التنظيم، عن طريق تقسيم المناقشة على مرحلتين: الأولى للمناقشة العامة لمشروع لقانون. والثانية لكل مادة على انفراد.

وبناءً على ذلك فإن ما عدَّه صاحب هذا الرأي من سلطة تقديرية ناتجة عن عدم تنظيم بعض الإجراءات هو في حقيقته نقص دستوري، عمل المشرع العادي على تلافيه، وإن كان ذلك التنظيم الذي جاء به المشرع العادي لا يخلو من التقدير، إلا أنه بعد التنظيم يصبح سلطة مقيدة، وليست تقديرية، مع التذكير أن مخالفة تلك الإجراءات التي نظمها المشرع العادي، لا تجعل القانون غير دستوري؛ كونها منظمة بقانون، أو بموجب النظام الداخلي، ومن ثم فإن مخالفتها لا ترقى للمخالفة الدستورية التي تستلزم التعارض التقديري.

[٢] ينظر: عادل عمر شريف: المصدر السابق، ص ٣٣٤.

أقرب للنصوص العامة الإنشائية، ويترشح منها مكنة واسعة في الاختيار، فإن المشرع العادي يملك في هذا الشأن سلطة تقديرية، وبما أن المشرع العادي يتمتع بسلطة تقديرية في عناصر: السبب، والمحل، والغاية من جانب، وخضوع تقديره في تلك العناصر لرقابة القاضي الدستوري من جانب آخر. فإن هذه العناصر هي التي يحصل بها التعارض التقديري.

وعلى أساس ذلك سنقتصر على دراسة هذه العناصر (السبب، والمحل، والغاية) أوجهاً لحصول التعارض التقديري، وتحقيقا لذلك سنقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث، يكون المبحث الأول للتعارض التقديري في السبب، والثاني التعارض التقديري في المحل، في حين يكون المبحث الثالث التعارض التقديري في الغاية.

المبحث الأول

التعارض التقديري في السبب

يشكّل السبب العنصر الأول عمليا في تشريع القانون، مع التسليم بافتراض عدم التشريع ما لم يكن المشرع العادي مختصا به على وفق الدستور، أما العناصر الأخرى فتأتي لاحقا للسبب، ما دام الأخير هو الحالة القانونية والمادية التي تدفع المشرع إلى تشريع القانون.

وبعد تحقق السبب يأتي عنصر الشكل، والإجراءات، عن طريق اقتراح قانون لتنظيم موضوع معين، وأثناء المناقشة، والتصويت يتحدد عنصر المحل، وبعد التصديق يكتمل القانون ليحقق الغاية التي يستهدفها.

ولا يقتصر دور السبب على تحريك العملية التشريعية، بل من الممكن أن يؤثر في مضمون القانون نفسه، أي المحل وغايته، إذ إن للحالات القانونية، والمادية المكونة للسبب دورا – ولو بشكل متفاوت – في توجيه المشرع العادي نحو حصر الحلول الناجعة عن طريق دراسة تلك الحالات، ومعالجتها، ومن ثم اختيار أكثر الحلول ملاءمة لتحقيق الغاية المنشودة.

وأخيرا فإن العلاقة التي تربط السبب بالغاية وثيقة إلى الحد الذي جعلت بعض الفقه يدمجهما معا في عنصر الغاية[١]، إلا أن تلك العلاقة – مع الإقرار بها – ليس من شأنها تلاشي الفرق بينهما، إذ يبقى لكل واحد منهما وجوده وأثره، والنطاق الخاص الذي يباشر به المشرع العادي سلطته، والقاضي الدستوري رقابته، ومع ذلك فإن للسبب أثره في الغاية، إذ يسهم – غالبا – بتحديد ملامح المصلحة التي يستهدفها المشرع العادي.

ولإتمام الفائدة سنقسم هذا المبحث على مطلبين يكون الأول لتعريف السبب في القانون، وموقف الفقه الدستوري منه، في حين نخصص الثاني لموقف القاضي الدستوري من الرقابة على السبب.

المطلب الأول

تعريف السبب في القانون وموقف الفقه الدستوري منه

تنطلق أغلب الدراسات الفقهية لعناصر القانون، من نظيرتها الخاصة بعناصر القرار الإداري التي تميّزت بالاهتمام الفقهي المتزايد الناتج من التأثر، أو التأثير في مواقف القضاء الإداري من رقابة عناصر القرارات

---

[١] ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٧.

الإدارية، وبالتحديد عنصر السبب، وإن كان هذا العنصر آخر ما خضع لرقابة الإلغاء؛ بسبب سياسة مجلس الدولة الفرنسي بحصر رقابته على الجانب القانوني للنزاع المعروض أمامه[١]، دون التعرض لفحص الوقائع والرقابة عليها[٢].

وانطلاقا من ذلك الأساس الفقهي، والقضائي سعى الفقه الدستوري إلى دراسة السبب في القانون، وتحديد مفهومه، وبيان أهميته، وما يتمتع المشرع العادي من سلطة تقديرية إزاءه.

وبناءً عليه سنقسم هذا المطلب على فرعين نخصص الأول منهما لتعريف السبب في القانون، والثاني لبيان موقف الفقه الدستوري منه.

الفرع الأول: تعريف السبب في القانون

تتسم الدراسات المتصدية للسبب في القانون بالقلة، مقارنة مع نظيرتها بشأن السبب في القرار الإداري، وقد يرجع الأمر في ذلك إلى عدم وجود فكرة واضحة المعالم عن السبب في القانون، تكون محلا للدارسة، مثلما هو الحال في القرار الإداري.

ويعزى ذلك أيضا لقلة الرقابة على السبب في القانون، إذ لا يمدنا القضاء الدستوري بالكثير من الأحكام التي يقضي بها بعدم الدستورية لعيب السبب بشكل مباشر؛ بداعي المساحة الواسعة من السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع العادي في ممارسة عمله التشريعي، وبالتحديد ما يتعلق بالسبب الدافع لذلك على خلاف القضاء الإداري الذي تزخر أحكامه بالتطبيقات القضائية القائمة على عيب السبب في القرار الإداري.

وعلى الرغم مما تقدم فإن هنالك من الدراسات التي تناولت تعريف السبب في القانون، إلا أنه يطغى عليها معالم السبب في القرار الإداري، ولغرض الإحاطة مع عدم الاطالة سنعرض بعض التعريفات في هذا الشأن، ونبيّن مدى دقتها في تحديد مفهوم السبب في القانون.

فقد عرّف بعض الفقه السبب في القانون بأنه: (الحالة الواقعية، أو القانونية التي تدفع إلى صدوره)[٣].

وما يلاحظ على التعريف المتقدم أنه من العمومية بمكان، بحيث لم يحفظ للقانون من خصوصية، ولذلك يعد أقرب إلى تعريف السبب بشكل عام، أكثر منه لتعريف السبب في القانون.

زيادة على ذلك فإنه لم يحدد دور السبب – كما سيتضح لاحقا – في مضمون العملية التشريعية، والاكتفاء بأنه يدفع إلى صدور القانون فقط.

---

[١] ينظر: د. عصام عبد الوهاب البرزنجي: مصدر سابق، ص ٢٧٢.

[٢] للمزيد بشأن ظهور رقابة مجلس الدولة الفرنسي على عنصر السبب وتطورها ينظر: د. محمد حسنين عبد العال: فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ٥ وما بعدها. د. سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مصدر سابق، ص ١٤٢ وما بعدها.

[٣] د. عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مجلس النشر العلمي/ جامعة الكويت، الكويت، ٢٠٠٠، ص ٤٥٠. د. سامر عبد الحميد محمد العوضي: مصدر سابق، ص٣١٠. ايناس كمال كامل: مصدر سابق، ص ١٢٥.

وعرفه آخر أنه: (الحالة القانونية، أو الواقعية التي تثير في ذهن المشرع فكرة التدخل لإصدار قانون ما)[١]، ويؤخذ على هذا التعريف أنه أوجد مجالا يثير عدم الوضوح للجانب الذاتي، زيادة على عدم تماشيه مع تكوين البرلمان. فالطابع الموضوعي للمصلحة العامة بوصفها هدفا نهائيا للقانون يجعل الجانب الشخصي في تعريف السبب قاصرا عن إيضاح الرابطة التي يجب أن تقوم بين محل القانون، والحقيقة الواقعية السابقة عليه فهذه الرابطة لا يكفي لقيامها انصراف الذهن إلى وجود الوقائع، وإنما يلزم قيام تلك الوقائع في العالم الخارجي[٢].

وإن الطابع الذاتي، والنفسي في تعريف السبب قد لا يتماشى مع تكوين البرلمان، وطبيعة عمله، فإذا كان من الممكن أن يكون للسبب في القرار الإداري طابعا ذاتيا؛ نظرا لصدور الأخير – في أغلب الأحيان – من فرد واحد يمثل جهة الإدارة، وأمكن لذلك أن يكون للوقائع تصورا ذاتيا في ذهن رجل الإدارة، فإن تشكيل البرلمان من عدد يتجاوز العشرات من الأعضاء، وآلية العمل الجماعي فيه، سواء في هيئته العامة، أم في لجان النوعية، يجعل من هذا التصور الذهني للوقائع غير متناسب مع المشرع العادي.

ولغرض تلافي الملاحظات السابقة يمكننا أن نعرف السبب في القانون أنه: **(الحالة الواقعية، أو القانونية المحددة دستوريا، أو المتروكة لتقدير المشرع العادي التي تدفعه لتشريع القانون، والتأثير في مضمونه، بما يحقق الغاية المنشودة منه، والمتمثلة بالمصلحة العامة).**

فالتعريف يبرز الطابع الموضوعي للسبب؛ نظرا لدوره في توجيه القانون نحو تحقيق المصلحة العامة التي تتسم بطابع موضوعي أيضا، بوصفها حقيقة واقعية. فإنه يلزم أن يتخذ السبب في القانون هذا الطابع الموضوعي حتى يساعد في اتجاه القانون نحو غرضه المحدد، زيادة على ذلك فإن التعريف قد أعطى السبب دوره الحقيقي في العمل التشريعي عن طريق الإقرار للحالة الواقعية بدور أكثر من مجرد مناسبة الإيحاء بفكرة القانون، بل تتعدى ذلك لتحديد مضمون القانون (المحل)، إذ لا تقتصر الوقائع على إثارة التدخل، وتنظيم الموضوع عن طريق القانون، وإنما لها دور أبعد من ذلك، يتمثل بالإسهام في تكوين مضمون القانون؛ لأن التدخل القانوني من المشرع العادي قد لا يكون ناجعا، إلا إذا كان مدروسا من كل جوانبه، وأحد هذه الجوانب هو السبب (الحالة الواقعية).

ومن ثم لا بدَّ من دراسة الوقائع المكونة للسبب من حيث وجودها فعليا، وتقدير أهميتها، ومدى ضرورة التدخل، وما يستلزمه ذلك من عمل لحل المشاكل التي تثيرها تلك الوقائع، وعلى ضوء ما تقدم تأتي حلول المشرع العادي لمعالجة الأمور التي يسعى لتنظيمها.

ويبرز في هذه المرحلة حجم العمل بشكل أكبر، مما هو عليه في القرار الإداري؛ وذلك في ظل الإجراءات التي يتسم بها العمل التشريعي، سواء أكان في مرحلة إعداد مشروع القانون، أم في مرحلة مناقشته؛ نظرا للدور الفعّال من جانب الحكومة، واللجان البرلمانية في هذا الشأن.

---

[١] د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني: مصدر سابق ص ١٥٢. د. شادي محمد صلاح عبد البديع: مصدر سابق، ص ٢٠٧.

[٢] ينظر: د. محمد حسنين عبد العال: مصدر سابق، ص ٢٥٠.

وقد ربط التعريف بين سبب القانون، وغايته، فقيام القانون على سببه الحقيقي المشروع، وبشكل مدروس يسهم في تحقيق غرضه.

الفرع الثاني: موقف الفقه الدستوري من السبب في القانون

اختلف الفقه بشأن السبب في القانون الى أكثر من رأي تزعم الرأي الأول الدكتور السنهوري، ويذهب إلى دمج السبب بالغاية، وعلى الرغم من أن الدكتور السنهوري يصرّح بالمماثلة بين القرار الإداري، والقانون من حيث عناصرهما (الاختصاص، والشكل، والمحل، والسبب، والغاية)، وأسباب البطلان الرئيسة لهما (مخالفة الدستور، والانحراف بالسلطة التشريعية)، إلا أنه يذهب إلى دمج السبب مع الغاية في القانون، دون القرار الإداري؛ (لأن أسباب التشريع، وتوجد عادة في مذكرته الإيضاحية، أو في ديباجته، أو في الأعمال التحضيرية بوجه عام تكشف عن الغاية منه، أو تعين على ذلك)[١].

وإذا أمكننا التسليم بالفرق بين السبب، والغاية في القانون عنهما في القرار الإداري، من حيث التحديد، وتطبيقات الرقابة عليهما، فإن ذلك لا يقلل من استقلال السبب عن الغاية في القانون، فالسبب هو الحالة القانونية، والواقعية التي تدفع إلى تشريع القانون، فإن الغاية هي الهدف النهائي الذي يبتغي القانون تحقيقه، والمتمثل دائما بالمصلحة العامة. وإن عدم وجود السبب يؤدي إلى مخالفة الدستور، بينما تعني عدم مشروعية الغاية وجود انحراف بالسلطة[٢].

في حين يذهب الرأي الثاني إلى التقليل من أهمية الوقائع المكونة للسبب بالقول أن: (الوقائع المبررة لإصدار القانون هي من خلق المشرع، وهو في كثير من الأحيان لا يعتمد على وقائع مادية، أو قانونية قائمة بالفعل، بل إنه يعمل على تنظيم علاقات مستقبلية في المجتمع، ونجد أساس هذه الحرية المتروكة على ركن السبب في القانون، في فكرة العمومية والتجريد، التي تجعل تشريعه – أي المشرع – لا ينطبق على واقع موجود فعلا فقط ،بل على وقائع قد ترد في المستقبل، أي أنه لا يستنفد أغراضه بمجرد تطبيقه مرة واحدة، فالقانون قد يستند الى وقائع معينة لينظم العلاقات في المجتمع، ولكن هذا الاستناد لا يعني أن هذه الوقائع هي الدافعة فقط لإصدار القانون؛ لأن القانون بعد أن يصدر لن يقتصر تطبيقه على هذه الوقائع فقط، ومن هنا لم تكن للوقائع في نطاق القانون نفس القوة التي لها في نطاق القرار الإداري)[٣].

والواضح من الرأي المتقدم أنه يقلل من أهمية السبب في القانون، عن طريق عدم ارتباط القانون بقيام وقائع موجودة فعلا، تدفع لإصداره من جانب، وإن طبيعته العامة والمجردة، تجعله يمكن أن ينظم أمورا لا تقوم عليها شواهد من الواقع، من جانب آخر.

---

[١] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٧.

[٢] ينظر: د. رفعت عيد سيد: مصدر سابق، ص ٤٥٧. د. عبد المجيد إبراهيم سليم: مصدر سابق، ص ٤٠٠. د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني: مصدر سابق، ص ١٥٣.

[٣] د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ٢٩٨.

وفي الحقيقة فإن التقليل من الوقائع في القانون، لا يمكن التسليم به على اطلاقه من حيث الأساس، ومن حيث النتيجة.

فالاستناد إلى خصيصتي القانون المتمثلة بالعمومية والتجريد، للتقليل من أهمية الوقائع في إصدار القانون، خوفا من سلب تلك الخصيصتين، قول تنقصه الدقة؛ لأنه يخلط بين السبب، والمحل في العمومية والتجريد.

فالسبب وإن كان هو الدافع لصدور القانون، ويؤثر في المحل، إلا أن التدخل التشريعي لا يكون مقبولا، ما لم تكن هنالك دراسات لهذه الوقائع، على نحو التحقق منها، وأهميتها، وفحصها، ومدى الضرورة في التدخل التشريعي، وعلى نتيجة تلك المعطيات يأتي محل القانون، المتمثل بالأثر الذي يرتبه القانون في المجتمع.

وإذا كان لخصيصتا العمومية والتجريد من أثر، فإنه يبتعد عن الوقائع المشكلة لعنصر السبب في القانون. وإنما يتضح أثرها بشكل كبير، وأساسٍ في عنصري المحل والغاية؛ إذ لا يعاب على القانون – على نحو ينتقص من أهم خصائصه – استناده لوقائع معينة، أساسا له في الإصدار، ما دام يستهدف المصلحة العامة، بل على العكس إن ذلك الاستناد يُحسب للمشرع العادي؛ لأنه يتلمس مشاكل المجتمع، ويلامسها بالحلول الناجعة لمواجهتها.

والقول بخلاف ذلك يعكسه نتيجتان: **أولاهما:** إهمال حاجات المجتمع، ومشاكله، إلى الحد الذي يصل إلى تهديده بعواقب خطيرة.

وثانيهما: الحلول غير الناجعة عند عدم الإحاطة بالوقائع، والمشاكل التي يعاني منها المجتمع، وكلا النتيجتين توجب على المشرع العادي، أن يستند إلى وقائع معينة تدفعه لإصدار القانون.

ونخلص من ذلك إلى أن استناد المشرع العادي إلى الوقائع في إصدار القانون أمر لا بدَّ منه حتى تعكس تدخلاته التشريعية حلولا ناجعة لمشاكل المجتمع، ولا تجرد القانون من خصيصتي العمومية والتجريد، إذ إن انتفاء العمومية والتجريد لا يكون في السبب، بل بمحل القانون وغايته، أي ينبغي على المشرع – حتى وإن استند إلى وقائع محددة – ألّا يخصص القانون بشخص، أو أشخاص معينين بذواتهم، ولا بوقائع محددة، وإنما لا بدَّ أن يجعله ممكن التطبيق على كل شخص توفرت فيه صفات معينة، وعلى كل واقعة استكملت شروطا محددة، وبخلاف ذلك يمكن أن يفقد القانون خصيصتي العمومية، والتجريد.

وبتعبير أدق تقتضي العمومية، والتجريد في القانون توحيد حكمه إزاء جميع الأشخاص الذين يخاطبهم، والوقائع التي ينظمها. مأخوذا بالحسبان الوضع الغالب الذي تشترك به الأغلبية العظمى، دون النظر إلى الظروف الخاصة التي ينفرد بها عدد قليل من الأشخاص، أو الوقائع[١].

وبذلك فإن العمومية، والتجريد لا يقتضيان من المشرع أن تكون الأسباب التي استند إليها في إصدار القانون عامة ومجردة. بل من الممكن أن تكون على خلاف ذلك، خاصة ومحددة من دون أن يؤثر في عمومية القانون وتجريده، ما دامت الحلول التي جاء بها تتسم بتلك الخصيصتين.

---

[١] ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة: أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، من دون سنة نشر، ص ١٨.

كما لو رصد المشرع العادي مؤشرات حول تمسك رئيس الوزراء في دولة ما، بهذا المنصب على نحو يدفع في المستقبل إلى تهديد قواعد الحكم الديمقراطي، ومبدأ التداول السلمي للسلطة، أو التحايل عليها، فهنا الواقعة محددة من حيث فحواها وشخصها، أي بمعنى خصوصية السبب، إلا أنه لا إشكال على المشرع إذا أصدر قانونا بسبب تلك الواقعة، يمنع تولي منصب رئاسة الوزراء لأكثر من دورتين، ما دام القانون قد حدد شروط تطبيقه على كل شخص يتولى هذا المنصب، ليكون التطبيق أبعد من تلك الواقعة الدافعة لتشريع القانون، إلا إذا كان هنالك انحراف في السلطة، وهذه مسألة تغاير ما نحن بصدده.

أما القول إن المشرع عندما يتولى تنظيم سياسة مستقبلية، من دون أن يستند إلى وقائع موجودة فعلا، فإنه قول يجافي الواقع؛ إذ مهما أصدر المشرع من قوانين لتنظيم حالات مستقبلية، ومهما تراخت مدة تطبيقها، فإن تلك القوانين لا تصدر ما لم تكن هنالك مؤشرات في المجتمع، تستدعي صدور ذلك القانون بعد قناعة المشرع بأهميتها. وهذه المؤشرات تشكل بتفاوتها الوقائع التي تدفع لصدور القانون.

والقول بخلاف ذلك يبعد المشرع عن المجتمع، ويجعل كلاً منهما في جانب مغاير للآخر، الأمر الذي يجعل من تدخل المشرع العادي مثاليا، من حيث القضايا التي يعالجها، وليس من حيث الحلول التي يضعها، وهو موقف يفترض بالمشرع ألّا يقع فيه؛ لأنه يقطع الصلة بينه، وبين المجتمع الذي يعنى بتنظيم شؤونه.

أما ما ذهب إليه الرأي الثاني أن الواقع الذي تستند إليه بعض القوانين، لا يشكل العنصر الأساس الدافع لإصدار القانون، وإنما إرادة المشرع هي التي تخلع عليه هذه الصفة، أي له أن يأخذ به، أو يهمله هو قول لا يمكن التسليم بأجمعه؛ لأنه لا ينطبق على الحالات التي يحدد بها الدستور السبب لتدخل المشرع العادي – كما سيتضح لاحقا – ومن ثم فإن الوقائع التي يستند إليها المشرع في التدخل تأخذ أهميتها من التحديد الدستوري إياها.

وإن هذا القول يؤدي إلى الخلط بين أهمية الوقائع بذاتها، والسلطة التقديرية للمشرع العادي إزاء تلك الوقائع، فالأخيرة موجودة، ومن الممكن أن تؤثر في جوانب عديدة من القانون، إلا أن الأخذ بها، أو إهمالها يرجع للسلطة التقديرية للمشرع إزاءها.

وبذلك فإن الوقائع موجودة فعلا، إلا أن تحديد أهميتها يرجع إلى تقدير المشرع، ومن ثم يتعلق الأمر بالتقدير، وليس في مجال خلق، أو ابتداع الوقائع، وشتان ما بين الأمرين.

ومما تقدم يتضح أن السبب عنصر قائم بذاته في القانون، ومستقل عن العناصر الأخرى، وبالتحديد الغاية[١]، ولا يقتصر دوره على دفع المشرع العادي إلى إصدار القانون، بل يسهم أيضا في تحديد مضمونه، والحلول التي يضعها المشرع كما اتضح لنا سابقا.

---

[١] ينظر: د. سامر عبد الحميد محمد العوضي: مصدر سابق، ص ٣١٠. د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني: مصدر سابق، ص ١٥٢. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٢٦٧ – ٢٦٨.

وأخيرا فإنه يكفل تحقيق الغرض الذي يستهدفه القانون، فقيام الأخير – بشكل مدروس – على أسباب حقيقية ومشروعة، من شأنه تحقيق أغراضه المشروعة[١].

ومع التسليم بأهمية السبب واستقلاله عن بقية عناصر القانون، وأنه يتشكل من أسباب قانونية تجد مصدرها فيما أسنده الدستور من ولاية عامة للمشرع العادي بتشريع القوانين، أو فيما يحيله إليه من موضوعات لتنظيمها، وأخرى واقعية، إلا أننا نقلل من أهمية الأسباب القانونية إزاء الأسباب الواقعية بدليل أن عدم وجود النص الدستوري الذي يدعو المشرع لتنظيم موضوع معين لا يمنعه من التشريع ما لم يكن هنالك نص دستوري يقضي بخلاف ذلك؛ نظرا لما يملكه المشرع العادي من اختصاص أصيل، وولاية عامة في تشريع القوانين.

ومن ثم يعد وجود الأسباب القانونية، أو عدم وجودها واحدا من حيث إمكانية قيام المشرع العادي بإصدار قانون ما من جانب، وإن هذه الأسباب القانونية (النصوص الدستورية) لها مدلول أكثر أهمية من كونها سببا دافعا للتشريع، يتمثل بمبدأ الانفراد التشريعي الذي يستلزم قيام المشرع العادي بتنظيم موضوعات معينة تنظيما كاملا، من دون تفويض كلي، أو جزئي من جانب آخر[٢].

إلا أنه يستثنى من ذلك إذا كان السبب القانوني محددا بشكل حصري، كما هو الحال في اشتراط صدور قانون التفويض لغرض ممارسة رئيس الدولة تشريع القوانين بشكل استثنائي (قرارات لها قوة القانون)، بحيث يترتب على عدم وجود ذلك القانون، أو عدم صحته – كما سيتضح لاحقا – انتفاء السبب القانوني للتشريع، مما يجعل القوانين الصادرة بناء على التفويض مخالفة للدستور.

وبذلك يقترب القانون من القرار الإداري من ناحية السبب القانوني، فالقرار الإداري يكون معيبا؛ إذا كان يفتقر لأي أساس قانوني يصلح لتبريره، وهو الحال في انتهاء رابطة الوظيفة أثرا قانونيا ضمنيا لصدور حكم جنائي على الموظف، فإن نقض هذا الحكم الذي صدر قرار الفصل تنفيذا لمقتضاه، وبراءة المتهم تجعل قرار الفصل معدوما، وكأنه لم يكن، ولا تلحقه أية حصانة[٣].

أما الأسباب الواقعية فنجد أهميتها أكبر في دفع المشرع العادي لإصدار القوانين؛ إذ ليس هنالك قانون إلا وكانت له أسباب واقعية موجودة في المجتمع، تدفع إلى تشريعه، وبغض النظر عن نوع تلك الأسباب، وتفاوتها.

المطلب الثاني

موقف القاضي الدستوري من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع العادي في السبب

تبين لنا سابقا أهمية السبب في القانون؛ كونه الدافع إلى التشريع، ولا يقف دوره عند هذا الحد، بل قلنا إنه يذهب لأبعد من ذلك عن طريق التأثير في المضمون الذي يختاره المشرع العادي حلا للموضوع المراد وتنظيمه.

---

[١] للمزيد ينظر: د. محمد حسنين عبد العال: مصدر سابق، ص ٣٤١ وما بعدها.

[٢] للمزيد بشأن مبدأ الانفراد التشريعي ينظر: د. عيد أحمد الغفلول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مصدر سابق، ص ٥١ وما بعدها.

[٣] د. عصام عبد الوهاب البرزنجي: مصدر سابق، ص ٢٦٠.

والأصل العام أن المشرع العادي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في عنصر السبب من حيث اختياره، وتكييفه، وكيفية معالجته بالحلول الناجعة، وهذه السلطة التقديرية تسهم في إنضاج ملامح نظيرتها في عنصر المحل، فعلى أساس الوقائع الدافعة لصدور القانون قد تأتي أغلب الحلول التشريعية.

وإزاء هذه السلطة التقديرية للمشرع العادي في السبب يبرز التساؤل عن موقف القاضي الدستوري من الرقابة على تقدير المشرع في السبب، وهل في الإمكان ممارسة رقابته في هذه المجال؟

ولغرض تحديد السلطة التقديرية المشرع العادي في عنصر السبب، ورقابة القاضي الدستوري عليها، سنقسم هذا المطلب على فرعين: الأول لسلطة المشرع التقديرية في السبب، والثاني لرقابة القاضي الدستوري على تقدير المشرع العادي في السبب.

الفرع الأول: السلطة التقديرية للمشرع العادي في السبب

جعل الدستور للمشرع العادي الولاية العامة في تشريع القوانين، ومع قلة الحدود والقيود في هذا الشأن، اتسعت السلطة التقديرية للمشرع العادي في اختصاصه التشريعي حتى أصبحت – على قول بعض الفقه – هي الأصل في التشريع، والسلطة المقيدة هي الاستثناء.

والسلطة التقديرية للمشرع العادي حرية يتركها الدستور له في الاختيار، أما عنصر السبب فالملاحظ أن القاعدة العامة التي تحكمه عدم تحديد الدستور الأسباب التي تدفع لتشريع القانون، والاستثناء على ذلك تحديد بعض الأسباب لتشريع قوانين معينة، ومن تحديد ذلك الاستثناء تتضح لنا حدود السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع العادي في عنصر السبب.

وفي إطار تنظيم الدستور السلطات العامة واختصاصات كل واحدة منها، فإنه جعل اختصاص تشريع القوانين بيد السلطة التشريعية أصلا عاما، إلا أن المشرع الدستوري، ومن تقديره احتمال مرور الدولة بظروف استثنائية، قد يتعذر على صاحب الاختصاص الأصيل مواجهتها عن طريق تشريع القوانين اللازمة لذلك، ومن أجل تمكين إحدى السلطات، بما يحقق الحفاظ على الدولة، واستمرار عمل مؤسساتها، أعطى الدستور رئيس الدولة اختصاصا استثنائيا بتشريع القوانين عن إصدار قرارات لها قوة القانون، استنادا إلى أسباب معينة، وتحقيقا لأغراض محددة.

وبما إن هذا التنظيم الدستوري قائم على أسس واضحة ومحددة، ويمثل استثناء من القاعدة العامة في توزيع الاختصاصات، نجد المشرع الدستوري يتدخل بنفسه ليحدد السبب في تشريع القانون لمواجهة الظروف الاستثنائية، أو التمهيد لذلك عن طريق تشريع قانون يفوض رئيس الدولة في إصدار قرارات لها قوة القانون.

ويترتب على ذلك أمران مهمان: أولهما تحديد سبب القانون على سبيل الاستثناء، وثانيهما: إن سلطة المشرع العادي في وجود هذا السبب مقيدة، ويحكم بعدم دستورية القانون إذا انتفى وجود السبب الذي حدده الدستور.

ويتضح ذلك جليا في حالتي التفويض التشريعي، والتشريع في حالة غياب البرلمان، ففي الحالتين المتقدمتين يحدد الدستور السبب الدافع للتشريع على سبيل الحصر، بوجود وقائع على درجة عالية من الخطورة، تتمثل بـ (الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية، أو حدوث ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير) فهذه الأوصاف يجمعها مصطلح (الظروف الاستثنائية)، ومن ثم يعد وجود هذه الوقائع السبب الدافع لإصدار رئيس

الدولة قرارات لها قوة القانون، وعلى أساس هذا التحديد من جانب الدستور تكون سلطة المشرع العادي في السبب (وجود الوقائع) مقيدة، وليست تقديرية[١].

ومن ذلك ما نصَّ عليه الدستور المصري لعام ٢٠١٤ من سبب عند إصدار رئيس الجمهورية قرارات لها قوة القانون، يتمثل بحدوث ظرف، في غير انعقاد مجلس النواب، يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير[٢].

وعلى خلاف ما تقدم ووفقا للأصل العام يبتعد المشرع الدستوري عن تحديد أسباب تشريع القوانين؛ لعدم قدرته فنيا، وعمليا على استيعاب الروابط الاجتماعية مقدما، بسبب تعددها، وتعقدها، وتفاوتها من حيث الأهمية، والأثر. زيادة على عدم قدرة الإرادة البشرية على الإحاطة بكل معطيات الحياة الاجتماعية، لغرض ضبطها، والخروج بحصيلة ينطلق منها المشرع العادي في وضع القوانين اللازمة لتنظيم المجتمع[٣].

وعلى هذا الأساس يتعذر على المشرع الدستوري تحديد أسباب التشريع، تاركا للمشرع العادي سلطة واسعة في تقدير الوقائع، ومدى أهميتها، وتكييفها، وما تستلزمه من حلول، أو بتعبير أدق تقدير الأسباب التي تدفع لتشريع قانون ما.

ومضمون هذه السلطة يتسع لنواحٍ متعددة تتعلق بوجود الوقائع سواء أكانت سياسية، أم اجتماعية، أم اقتصادية، وتقدير أهميتها، أو خطورتها، ومدى الحاجة للتدخل بناءً عليها، ومتى تستدعي التدخل، فهذه المضامين جميعها تعد من أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر السبب.

الفرع الثاني: رقابة القاضي الدستوري على تقدير المشرع العادي في السبب

تكون رقابة القاضي الدستوري أكثر وضوحا، إذا كانت سلطة المشرع العادي مقيدة في عنصر السبب، وقد اتضح لنا أن تحديد الدستور – وإن كان بشكل استثنائي – للسبب الدافع لصدور القانون يجعل سلطة المشرع مقيدة، وليست تقديرية، فيما يتعلق بوجود الوقائع، إلا أن تقدير تلك الوقائع – بعد وجودها – كتقدير حالة الضرورة، أو الظروف الاستثنائية التي حدثت في المجتمع، واستوجبت التدخل التشريعي، هي سلطة تقديرية، يعود للمشرع تقديرها في ضوء معطيات معينة[٤].

---

[١] ينظر: د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ١٩٣.

[٢] نصت المادة (١٥٦) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ على: (إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية اصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوما من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش، أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار).

[٣] للمزيد بشأن الأسباب الفنية والعملية للنقص التشريعي ينظر: د. حسن أحمد بغدادي: النقص الفطري في أحكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد (٤و٥) بغداد، ١٩٤٥، ص ٣٩٨ وما بعدها.

[٤] ينظر: د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٢٧٣ –٢٧٤.

وقد مارست المحكمة الدستورية العليا المصرية رقابتها على عنصر السبب من حيث وجود الوقائع في التشريعات الاستثنائية (التفويض التشريعي، وحالة الضرورة) في ظل نفاذ دستور ١٩٧١ الملغى[١].

ومن ذلك قرارها الصادر في ١٩٨٥/٥/٤ بخصوص القرار بقانون المرقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩ الذي أصدره رئيس الجمهورية استنادا لأحكام المادة (١٤٧) من الدستور المذكور في أعلاه الذي قررت فيه: (إن الدستور وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصا في إصدار قرارات تكون لها قوة القانون في غيبة مجلس الشعب، إلا أنه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدودا ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية...، فأوجب لإعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائبا، وأن تتهيأ خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد مجلس الشعب، باعتبار أن تلك الظروف هي مناط هذه الرخصة، وعلة تقريرها، وإذ كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص التشريعي الاستثنائي، فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد إليهما للتحقق من قيامهما، باعتبارهما من الضوابط المقررة في الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات...، وحيث إنه يبين من الأعمال التحضيرية للقرار بقانون رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩ المطعون عليه أن الأسباب التي استندت إليها الحكومة في التعجيل بإصداره في غيبة مجلس الشعب، تتمثل فيما أوردته مذكرته الإيضاحية من "أن القانونين رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠ ورقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ الخاصين ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد مضى على صدورهما قرابة خمسين عاما، طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المادي والأدبي التي انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية...، وقد كشف ذلك عن قصور في بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا إلى البحث عن أحكام الأحوال التي استجدت في حياة المجتمع المصري...". كما أنه عند عرض القرار بقانون (محل الطعن) على مجلس الشعب للنظر في إقراره، أفصح وزير الدولة لشؤون مجلس الشعب عن ماهية الضرورة التي دعت إلى اصداره بقوله: "ولا شك أن الضرورة تحتم استصدار قانون لتعديل الأحوال الشخصية... وقد طال الأمد على استصدار هذه القوانين، وطول الأمد واستطالة المدة هي حالة الضرورة، بل هي حالة الخطورة ..." لما كان ذلك، وكانت الأسباب سالفة البيان، وحاصلها مجرد الرغبة في تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم ما أستجد من تغييرات في نواحي المجتمع، وإن جاز أن تتدرج في مجال البواعث، والأهداف التي تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة، أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقا لإصلاح مرتجى، إلا أنه لا تتحقق بها الضوابط المقررة في الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من الدستور، ذلك أن تلك الأسباب تفيد أنه لم يطرأ – خلال غيبة مجلس الشعب – ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التي تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المشار إليها. ومن ثم فإن القرار بقانون

---

[١] ينظر: د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ١٩٦ وما بعدها.

رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩ إذ صدر استنادا إلى هذه المادة، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها، يكون مشوبا بمخالفة الدستور)[١].

ومن ذلك يتضح أن القاضي الدستوري في مصر قد مارس رقابته على عنصر السبب إذا كانت سلطة المشرع العادي فيه مقيدة، إلا أن تلك الرقابة تخرج عن مدار بحثنا الذي يقتصر على التعارض الحاصل بين المشرع العادي، والقاضي الدستوري في ممارسة السلطة التقديرية لكل منهما.

أما رقابة القاضي الدستوري على السبب إذا لم يحدده الدستور، فيرى بعض الفقه عدم جواز ذلك؛ لأن السماح للقاضي الدستوري بالتدخل في مجل متروك لسلطة المشرع التقديرية يؤدي إلى إرغام الأخير على الانقياد لتكييف القاضي الدستوري، أو تقديره للملاءمة بين محل القانون وسببه، وهذه كلها أمور محظور على القاضي الدستوري التدخل فيها[٢].

إلا أن بعص الفقه[٣] يذهب إلى خلاف ما تقدم، بالتأكيد على أنه ليس هنالك مانع قانوني يحول دون ممارسة القاضي الدستوري لرقابته على عنصر السبب، حتى وإن كانت سلطة المشرع العادي فيه تقديرية؛ لأن رقابة القاضي الدستوري على التقدير في هذ الصدد لا تؤدي إلى إحلاله محل المشرع العادي، ما دام التقدير قائما ابتداءً، ومن ثم تنحصر الرقابة في أحد أمرين، إما الحكم بدستورية تقدير المشرع العادي إذا تبين موافقته أحكام الدستور، أو الحكم بعدم دستوريته إذا كان مخالفا إياه[٤].

زيادة على ذلك فإن القول بحظر تدخل القاضي الدستوري في المجال المتروك لسلطة المشرع التقديرية هو قول لا يتفق مع ما استقر عليه عمل القاضي الدستوري من إخضاع هذا الجانب لرقابته بصورة واضحة[٥] على الرغم من تصريحه بعدم امتداد رقابة الدستورية لبحث ملاءمة القانون، وبواعث إصداره.

ففي فرنسا يلاحظ أن المجلس الدستوري يؤكد – دائما – على رفض التعرض لبحث ضرورة التشريع، أو عدم ضرورته؛ لأن ذلك يدخل ضمن اختصاصات المشرع العادي وأن المجلس لا يتعدى اختصاصه في هذا الصدد، وإنه لا يتعرض للبواعث الحقيقية التي دفعت المشرع لتشريع القانون[٦]، وهو ما ردده المجلس في العديد من

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٨ لسنة ٢ قضائية "دستورية" في ١٩٨٥/٥/٤). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٠) في ١٩٨٥/٥/١٦.

[٢] د. محمد ماهر أبو العينين: المصدر السابق، ص ١٩٣.

[٣] ينظر: د. ثروت عبد العال أحمد: السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٠٦ وما بعدها. ينظر: د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٢٧٤ وما بعدها.

[٤] ينظر: د. ثروت عبد العال أحمد: السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، المصدر السابق، ص ١٠٦ – ١٠٧.

[٥] د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: المصدر السابق، ص ٢٧٥.

[٦] ينظر: د. شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ٥٣٥ – ٥٣٦.

الأحكام بأن: (المادة "٦١" من الدستور لا تعطيه – أي المجلس الدستوري – سلطة عامة في التقييم والتقرير، مماثلة لتلك التي يحظى بها البرلمان، وأنه لا يملك أن يحل تقديره محل تقدير المشرع)[١].

كذلك نجد المحكمة الدستورية العليا من جانبها تؤكد على (تُباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها التقديرية – وفيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها – بعيدا عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا)[٢]، وتؤكد على (ملاءمة التشريع والبواعث على إصداره من إطلاقات السلطة التشريعية، ما لم يقيدها الدستور بحدود وضوابط معينة)[٣].

فعلى الرغم مما تقدم فإن القاضي الدستوري قد مارس رقابته على عنصر السبب، حتى وإن كانت سلطة المشرع فيه تقديرية، ويتضح ذلك جليا بالاستناد إلى الغلط البيّن الذي يقع فيه المشرع العادي عند تقديره للوقائع، وما يرتبه ذلك الغلط من أثر مباشر في الحل الذي يقع عليه الاختيار من المشرع، وبذلك فإن إعمال القاضي الدستوري للغلط البيّن في التقدير هو – في الحقيقة – مصداق لرقابته الدستورية على عنصر السبب في القانون[٤].

وبتعبير أدق فإن القاضي الدستوري لا يمارس رقابته على عنصر السبب مباشرة، وإنما عن طريق الغلط البيّن الذي يعد رقابة متطورة، وغير مباشرة لعنصر السبب في ظل السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها المشرع إزاء هذا العنصر.

والغلط البيّن من الوسائل الفنية التي استعملها مجلس الدولة الفرنسي في سياسته القضائية؛ لتحقيق هدفين: أولهما مباشر، والآخر غير المباشر، والهدف المباشر الذي سعى مجلس الدولة الفرنسي لتحقيقه هو تغطية الحالات التي يتعذر عليه ممارسة رقابته على التكييف القانوني الذي تجريه الإدارة على الوقائع، عندما تتمتع بسلطات تقديرية واسعة، ومن أبرز مثالين على تلك الحالات هي: قرارات الضبط الإداري، ودخول الأجانب وإقامتهم، والقرارات الخاصة بالموظفين، سواء كان في مجال الانضباط، أو تحديد كفاءتهم، وعن طريق هذه الوسيلة يضمن مجلس الدولة تحديد السلطة التقديرية للإدارة بوصفه هدفا غير مباشر[٥].

---

[١] ومن ذلك قراراته الآتية:

CC: 74.54.DC du 15/1/1975. CC: 2010.39.QPC du 6/10/2010. CC: 2013.371.QPC du 7/3/2014. CC: 2014.707.DC du 29/12/2014. CC: 2022.835.DC du 21/1/2022.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" في ١٩٩٥/١/١٤). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٦) في ١٩٩٥/٢/٩.

[٣] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٣ لسنة ١ قضائية "دستورية" في ١٩٨٠/٢/١٦). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٠) في ١٩٨٠/٣/٦.

[٤] ينظر: د. زكي محمد النجار: فكرة الغلط البيّن في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٠٧.

[٥] للمزيد ينظر: د. محمود سلامة جبر: نظرية الغلط البيّن في قضاء الإلغاء، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٣ وما بعدها. د. سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مصدر سابق، ص ١٤٢ وما بعدها. د. زكي محمد

وبصدد تحديد مفهوم الغلط البيّن فإنه لا يختلف في المجال الإداري عنه من الناحية الدستورية، إذ يمكن القول إنه بوصفه مفهوما له معنى واحد على المستويين المتقدمين، وقد عرّفه البعض من الناحية الإدارية بأنه: (عيب يشوب تكييف الإدارة وتقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري، ويبدو بيّنا وجسيما، على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة، وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع، ويكون سببا لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب)[١].

وبتطبيق هذا المفهوم على القانون يمكننا تعريف الغلط البيّن بأنه: (عيب يشوب تكييف المشرع العادي، وتقديره للوقائع المتخذة سببا للقانون، قوامه توهم الواقع، أو المبالغة بتقديره بشكل جسيم وبيّن، يؤدي إلى اختيار حل يخالف الدستور).

ونظرا لتأثر القضاء الدستوري بالقضاء الإداري نتيجة التقارب الكبير بينهما، فقد انتقلت نظرية الغلط البيّن إلى القضاء الدستوري وسيلةً فنيةً يمارس رقابته عن طريقها على تقدير المشرع العادي في عنصر السبب[٢]، لذلك سنبيّن موقف القاضي الدستوري من الغلط البيّن في فرنسا، ومصر، والعراق.

أولا: موقف المجلس الدستوري من الغلط البيّن

استعمل المجلس الدستوري الغلط البيّن في ممارسة رقابته على تقدير المشرع العادي أول مرة بشكل ضمني، ثم أخذ يصرح به في قراراته[٣]، وقد أشار له في قراره الصادر في ١٩٨١/١/٢٠ بشأن قانون تعزيز الأمن وحماية حرية الأشخاص[٤]، إذ جاء فيه (إن المادة (٦١) من الدستور لا تمنح المجلس الدستوري سلطة عامة في التقييم والتقرير، مماثلة لسلطة البرلمان، ولكنها تمنحه صلاحية الحكم على مدى توافق القوانين المحالة مع الدستور فقط، وفي إطار هذه المهمة ليس من اختصاص المجلس الدستوري أن يستبدل تقديره الخاص محل تقدير المشرع فيما يتعلق بضرورة العقوبات المرتبطة بالجرائم التي حددها الأخير، وعليه فإنه ليس هنالك نص في القانون المحال يتعارض بشكل واضح مع المبدأ المنصوص عليه في المادة (٨) من اعلان ١٧٨٩ المتمثل بعدم جواز وضع القانون إلا للعقوبات الضرورية، والمحددة بشكل واضح)[٥].

النجار: المصدر السابق، ص ٣٠ وما بعدها. د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: مصدر سابق، ص ٧٤ وما بعدها. د. عبد المجيد إبراهيم سليم: مصدر سابق، ص ٦٤٤ وما بعدها.

[١] د. محمود سلامة جبر: المصدر السابق، ص ٨٩.

[٢] د. شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ٤٥٨.

[٣] للمزيد ينظر: د. زكي محمد النجار: المصدر السابق، ص ٨٦ –٨٧. د. عبد الحميد عبد المنعم إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ١٠٩ وما بعدها. د. عبد الحفيظ الشيمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، مصدر سابق، ص ٣٧٧ وما بعدها.

[٤] ينظر: هنري روسيون: مصدر سابق، ص ٩٧.

[٥] قرار المجلس الدستوري الفرنسي المرقم:

CC: 80-127 DC du 20/1/1981.

إلا أن الإشارة الصريحة للغلط البيّن قد أوردها المجلس الدستوري في قراره الصادر ١٩٨٢/١/١٦ بشأن قانون التأميم إذ ورد فيه: (التقدير الذي أجراه المشرع بشأن ضرورة التأميمات بموجب القانون المحال، لا يمكن أن يراجعه المجلس الدستوري في حالة عدم وجود خطأ واضح، إذ لم يثبت أن من شأن نقل ملكية المشروعات المؤممة حاليا تقييد نطاق الملكية الخاصة، وحرية التصرف إلى درجة تتجاهل الأحكام المذكورة في إعلان ١٧٨٩)[١].

ووردت الإشارة الصريحة إلى الغلط البين في قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٩٨٣/١/١٤ الذي جاء فيه: (إن المشرع وتحت وطأة الأثر المترتب على فتح المنافسة أمام عدد كبير جدا من المشاركين الذي من شأنه جعل تنظيم التشغيل مستحيلا عمليا، فإنه قد دفع إلى الحد من عدد المتقدمين المحتملين، مع إعطاء الأفضلية لمن يمكن هو أكثر خبرة وكفاءة، فإن الأحكام المنتقدة لهذا الغلط لا تقوم على تقدير خاطئ بشكل واضح)[٢].

وعلى الرغم من استعمال المجلس الدستوري الغلط البيّن في قراراته المذكورة في أعلاه إلا أنه لم يعلن عدم دستورية تقدير المشرع لذلك السبب؛ لأنه يؤكد في كل مرة عدم وجود الغلط البيّن في ذلك التقدير مما يؤكد دستوريته[٣].

إلا أنه في عام ١٩٨٥ أعلن المجلس الدستوري الفرنسي لأول مرة عدم دستورية تقدير المشرع العادي، بسبب وجود غلط بيّن في التقدير[٤]، وذلك في قراره الخاص بشأن قانون تنمية كاليدونيا الجديدة، إذ حدد المشرع العادي في المادة (٢/٤) من القانون المذكور عدد مقاعد مجلس إقليم الشمال بـ (٩) مقاعد، في حين جعل مقاعد مجلس إقليم الجنوب (١٨) مقعدا، وقد رأى المجلس أن هذا الاختلاف في المقاعد يخل بالتوازن في التمثيل على أسس جغرافية وفقا للمادة (٣) من القانون نفسه؛ لأن عضو مجلس الجنوب سيواجه صعوبة تفوق مرتين ما يواجهه نظيره في الشمال، فيما يتعلق التمثيل، فعضو مجلس الجنوب سيكون ممثلا (٤٧٢٧) مواطنا، بينما يمثل عضو الشمال (٢٣٩٠) مواطنا فقط، وبذلك فإن المشرع قد تجاوز بهذا التقدير معيار إنشاء الدوائر الانتخابية وفقا للنطاق الجغرافي المنصوص عليه في المادة (٣) من الدستور بشكل واضح، مما يقتضي الإعلان عن مطابقته الدستور[٥].

---

[١] قرار المجلس الدستوري الفرنسي المرقم:

CC: 81-132 DC du 16/1/1982.

[٢] قرار المجلس الدستوري الفرنسي المرقم:

CC: 82-153 DC du 14/1/1983.

[٣] ينظر: هنري روسيون: المصدر السابق، ص ٩٧. د. عبد الحفيظ الشيمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، المصدر السابق، ص ٣٧٨.

[٤] ينظر: هنري روسيون: المصدر السابق، ص ٩٧. د. عبد الحفيظ الشيمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، المصدر السابق، ص ٣٧٨.

[٥] ينظر: قرار المجلس الدستوري الفرنسي المرقم:

وبعد هذا القرار أصدر المجلس الدستوري مجموعة من القرارات التي أعلن فيها عدم دستورية تقدير المشرع؛ لانطوائه على غلط بيّن في تقدير الوقائع التي دفعته إلى تشريع القانون، ومن ذلك قراره الصادر عام ١٩٨٨ الخاص بقانون المالية لسنة ١٩٨٨ الذي قرر فيه عدم دستورية المادة (٩٢) منه التي عاقبت العاملين في البنوك إذا أفشوا معلومات عن الدخل الخاص لأحد المودعين، خلافا لأحكام قانون الإجراءات الضريبية، بغرامة يساوي مبلغها مقدار الدخل الذي أُفصح عنه؛ لأن هذه العقوبة غير متناسبة بشكل واضح[١].

وعلى الرغم من استقرار المجلس الدستوري على استعمال الغلط البيّن في التقدير والحكم بعدم دستورية القانون إذا شاب تقدير المشرع غلط بيّن، فإن المجلس الدستوري قد ابتعد منذ تسعينات القرن الماضي عن استعمال مصطلح الغلط البيّن؛ لتجنب حساسية أعضاء البرلمان من هذا المصطلح، عن طريق استخدم تعبيرات مختلفة: كالإخلال الواسع، وعدم التناسق، أو عدم التوافق الظاهر، أو الاختيار غير المبرر بشكل واضح، ومع ذلك فإن الحقيقة الثابتة هي ممارسة المجلس الدستوري رقابته استنادا للغلط البيّن، وبغض النظر عن المصطلحات التي يستعملها[٢].

ويتضح مما تقدم أن المجلس الدستوري يمارس رقابته على تقدير المشرع العادي الوقائع الدافعة لإصدار القانون (السبب)، إلا أن بعض الفقه الفرنسي يلاحظ – وبحق – أن تلك الرقابة قد اتسمت بالحذر من جانب المجلس الدستوري، ويتضح ذلك عن طريق سياسته القضائية القائمة على عدم الحكم بعدم دستورية القانون، إلا إذا توصل المجلس إلى وجود خطأ واضح في تقدير المشرع للوقائع التي اتخذها أساسا في إصدار القانون عندها يكتفي بالإشارة الى الخطأ الظاهر كسبب لعدم الدستورية[٣].

ثانيا: موقف المحكمة الدستورية العليا من الغلط البيّن

اطردت أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن: (الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيدها الدستور بقيود معينة، وأن الرقابة على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملاءمة

CC: 85-196 DC du 8/8/1985.

[١] ينظر: قرار المجلس الدستوري الفرنسي المرقم:

CC: 87.237.DC du 30/12/1987.

[٢] ينظر: هنري روسيون: المصدر السابق، ص ٩٧. د. عبد الحفيظ الشيمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، المصدر السابق، ص ٣٧٩.

[٣] ينظر:

Jean-Jacques PARDINI: La jurisprudence constitutionnelle et les (faits), cahiers du conseil constitutionnel N° 8 – juillet, 2000.

إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقييد بالحدود، والضوابط التي نص عليها الدستور)[١].

وإذا كان الواضح من الاتجاه المطرد للمحكمة الدستورية العليا الإقرار للمشرع العادي بالسلطة التقديرية في ممارسة عمله التشريعي كأصل عام، ولازم ذلك انحسار رقابة المحكمة على ممارسة المشرع لسلطته في أعلاه باستثناء التأكد من الالتزام بالقيود والضوابط التي فرضها الدستور على المشرع العادي، فإن ما تسير عليه المحكمة عمليا هو إخضاع سلطة المشرع التقديرية لرقابتها، وفي أمور لا تبدو فيها ضوابط الدستور محددة بشكل دقيق؛ بسبب عمومية النص الدستوري، أو غموضه أحيانا.

ولعل من أهم الوسائل التي استندت إليها المحكمة في سياستها المتقدمة الغلط البيّن، وعلى الرغم من أن المحكمة لم تستخدم مصطلح الغلط البيّن بشكل صريح، إلا أن أغلب الفقه المصري يذهب إلى استعمالها هذا العيب، والأخذ به في أحكامها عبر استعمالها مصطلحات أخرى: كالمعقولية، أو اشتراط الضرورة الاجتماعية، وعدوان جسيم، أو حتى من دون استعمال مصطلح معين، فإنها قد عملت بجوهر الغلط البيّن في العديد من أحكامها[٢].

إذ لا يغير من الأمر شيئا عدم استعمال مصطلح الغلط البيّن في التقدير صراحة ما دامت العبرة بالأثر المترتب على الأخذ بهذا العيب المتمثل بتوسيع نطاق رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر السبب[٣].

ومن الأحكام الصادرة في هذا الشأن حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٨١/٥/١٦ الذي قررت فيه: (إن تقدير هذا التعويض – أي تعويض الخاضعين للحراسة عن أموالهم وممتلكاتهم – يعد من الملاءمات السياسية التي يستقل بها المشرع، ذلك أن كلا من هذين التشريعين قد تعرّض للملكية الخاصة التي صانها الدستور، ووضع لحمايتها ضوابط وقواعد محددة، الأمر الذي يحتم إخضاعهما لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية...، فإنه يكون بما نصّ عليه من تعيين حد أقصى لما يرد من كافة الأموال، والممتلكات التي فرضت عليها الحراسة قد انطوى على مخالفة لأحكام دستور سنة ١٩٧١ الذي لا يجيز تحديد حد أقصى إلا بالنسبة للملكية الزراعية...)[٤].

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٤ لسنة ٨ قضائية "دستورية" في ١٩٨٩/٤/١٥). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٧) في ١٩٨٩/٤/٢٧.

[٢] للمزيد ينظر: د. عبد الحميد عبد المنعم إبراهيم شرف: مصدر سابق، ١١٠ وما بعدها. د. عبد المجيد إبراهيم سليم: مصدر سابق، ص ٦٦٣ وما بعدها. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٤٣٠ – ٤٣٣.

[٣] د. زكي محمد النجار: مصدر سابق، ص ٢٤٧.

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٥ لسنة ١ قضائية "دستورية" في ١٩٨١/٥/١٦). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٣) في ١٩٨١/٦/٤.

ومن ذلك أيضا حكمها الصادر في ١٩٨٥/٢/٢ الخاص بالمادة (٢/٤) من القرار بقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٦٣ بتأميم بعض الشركات والمنشآت التي نصت على أن تكون أموال زوجات، وأولاد أصحاب الشركات، والمنشآت المبينة، ضامنة الوفاء بالالتزامات الزائدة على أصول هذه الشركات، والمنشآت، وقضت بأن: (تحميل أموال الزوجات والأولاد بضمان الوفاء بالتزامات الشركات، والمنشآت المشار إليها في هذه الفقرة الزائدة على أصولها، حال أنه لا علاقة لهم بها ودون أن يكون ثمة وجه لمسؤوليتهم عنها، فضلا عما اتسم به هذا الضمان من شمول لجميع أموال الزوجات والأولاد، ولو كانت في مصدرها منبته الصلة بالشركة، أو بأصحابها. لما كان ذلك، وكان خلق هذا الضمان الاستثنائي الذي حمل به المشرع أموال الزوجات، والأولاد وفاء لديون لا شأن لهم بها مؤداه الحتمي تجريد هؤلاء من ملكيتهم لهذه الأموال، ونزعها جبرا عنهم عند التنفيذ عليها...، يشكل اعتداء على الملكية الخاصة)[١].

ومن العرض المتقدم يتضح إعمال المحكمة الدستورية العليا رقابتها على السلطة التقديرية للمشرع، بالتحديد على تقدير الوقائع التي دفعته لإصدار القانون، كلما أدى ذلك إلى غلط بيّن في الحل الذي اختاره المشرع لتنظيم موضوع معين مقررة عدم دستورية ذلك التقدير كلما شابه غلط بيّن[٢]، إذ لا يتصور المسلك الذي سلكته المحكمة في أحكامها في أعلاه، ولا يبرر إلا باللجوء إلى رقابة الغلط البيّن[٣].

ثالثا: موقف المحكمة الاتحادية العليا من الغلط البيّن

تبين سابقا أن المحكمة الاتحادية العليا لا تتردد في رفض الطعون الموجهة ضد النصوص القانونية إذا كانت تمثل خيارا تشريعيا للمشرع العادي[٤]، والواضح من هذا الاتجاه امتناع المحكمة – أصلا عاما – عن ممارسة رقابتها على السلطة التقديرية للمشرع العادي؛ لأنها تربط – دائما – بين الخيار التشريعي، ودستورية الحل الذي اختاره المشرع.

وقد سبق أن أكدنا على عدم وجود ارتباط بين دستورية النص القانوني، والخيار التشريعي؛ لأن الإقرار بدستورية تقدير المشرع العادي لا يتحصل فيما إذا كان خيارا تشريعيا بل بمدى اتفاقه مع النصوص الدستورية، أو عدم اتفاقه.

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٦٧ لسنة ٤ قضائية "دستورية" في ١٩٨٥/٢/٢). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٨) في ١٩٨٥/٥/٢١.

[٢] د. عبد المجيد إبراهيم سليم: مصدر سابق، ص ٦٧٤.

[٣] د. زكي محمد النجار: مصدر سابق، ص ٢٣٩.

[٤] ينظر: قرارات المحكمة الاتحادية العليا المرقمة: (٣/اتحادية/اعلام/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/٩) و (٩٩/١٠٤/١٠٦/ اتحادية/اعلام/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٦/٢١) و (١٧/اتحادية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٦/١) و (٤٥/اتحادية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٦/٢٢) و (١٨/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٧/٦) و (٨٨/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢٢/٢/١٤).

وإذا كانت السلطة التقديرية حرية تمارس في إطار الدستور وداخل حدوده[١]، فإن على المشرع العادي أن يمارسها ضمن الضوابط، والقيود التي وضعها المشرع الدستوري، ولا يتحقق ذلك بمجرد التسليم أن ما قرره المشرع العادي يعد خيارا تشريعيا، بل لا بدَّ من مراقبة ذلك التقدير من المحكمة الاتحادية العليا للتحقق من مدى مطابقته للدستور. وبذلك فإن السلطة التقديرية لا تعني ترخص المشرع العادي في ممارسة اختصاصه من دون معقب عليه، في ظل الحدود الدستورية التي تحكم ذلك الاختصاص، بل تجيز اضطلاع القاضي الدستوري بمراقبة خيارات المشرع العادي للوقوف على مدى التزامه بالحدود والضوابط الدستورية.

والقول بخلاف ذلك يعني إطلاق السلطة التقديرية للمشرع العادي في سن القوانين، من دون التقيّد بالحدود الدستورية، وهو ما لا يمكن التسليم به[٢]؛ لأن السلطة التقديرية ستتحول إلى سلطة تحكمية، واستبدادية، تنعكس – من دون شك – بشكل سلبي على حقوق الأفراد، وحرياتهم.

وعلى الرغم مما تقدم فإن قرارات المحكمة الاتحادية العليا لا تخلو من ممارسة الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، وبالتحديد عنصر السبب في القانون، وذلك عن طريقين تمثل الأول في ممارسة رقابة المحكمة على وجود السبب الدافع لتشريع القانون، ومدى بقائه.

ومن ذلك قرارها الصادر في ٢٠٢١/٤/٢٥، وتتلخص وقائع الدعوى بإحالة تلقائية من محكمة قوى الأمن الداخلي تتضمن الشك بدستورية قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٤، وكان من بين ما استندت إليه محكمة النزاع للتدليل على عدم الدستورية أن القرار (بالغ في العقوبات الواردة فيه، وممكن أن يعد نصا جائرا، أو غير شرعي، وهو يتنافى مع السياسة الجنائية العامة للدولة، **لا سيما أنه شُرّع في ظروف استثنائية خلال مدة الحصار الاقتصادي على البلد، وإن هذه الظروف انتهت بعد عام ٢٠٠٣**)[٣].

والواضح من استدلال محكمة النزاع أن من بين ما استندت إليه في إحالتها عدم وجود الوقائع الدافعة لإصدار هذا القرار – الذي له قوة القانون – المتمثل بالحصار الاقتصادي المفروض على البلد، بموجب قرارات مجلس الأمن، مما دفع المشرع إلى تجريم بعض الأفعال، أو تشديد عقوبة بعض الجرائم، ويشكل ذلك – من وجهة نظر محكمة النزاع – عيبا دستوريا يستلزم تدخل المحكمة الاتحادية العليا للحكم بعدم دستورية ذلك القرار.

وإذا كان تشريع القانون بناءً على وقائع معينة، أو تعديله، أو الغاؤه يمثل سلطة تقديرية يمارسها المشرع العادي بموجب اختصاصه التشريعي، على وفق معطيات معينة، فإن بقاء القانون يعود لتقدير المشرع أيضا، على أساس وجود الوقائع الدافعة لتشريعه ابتداءً، أو استمرار بقائها.

---

[١] د. عصام عبد الوهاب البرزنجي: مصدر سابق، ص ١٣. د. يحيى الجمل: مصدر سابق، ص ٢٠١.

[٢] ينظر: د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس: رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٤٥٠.

[٣] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٣٢/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٤/٢٥).

إلا أنه – مع ذلك – نجد المحكمة الاتحادية العليا قد مارست رقابتها على وجود السبب الدافع لتشريع القانون، وبالتحديد استمرار الوقائع بعد وجودها عن طريق تأكيدها أن: (الحاجة إلى النصوص القانونية الواردة في المواد أعلاه من القرار، لا زالت قائمة لمواجهة الجرائم التي ينطبق عليها الوصف الوارد في المواد (١–٢) من القرار)[١].

وبذلك لم ترد المحكمة الاتحادية العليا على طلب محكمة النزاع عن طريق رفض البحث بمدى استمرار وجود الوقائع الدافعة لتشريع القرار، وفيما إذا كانت قائمة فعلا الآن، أم انتفت، وترك ذلك لتقدير المشرع العادي، بل قد بحثت في ذلك، وتوصلت إلى وجود تلك الوقائع على وفق تقديرها الخاص مقررة – بناءً على ما تقدم – رد الطعن، والحكم بدستورية القرار المطعون به.

وفي هذا المسلك أيضا قرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر في ٢٠١٧/٤/١١ الذي مارست فيه رقابتها على الأسباب الدافعة لتشريع القانون، وتتلخص وقائع الدعوى بوجود طعن ضد القانون رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٧ الذي ألغى قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (١٨٠) لسنة ١٩٧٧، وكان القرار الأخير يجيز إعادة انتخاب النقيب في النقابات لأكثر من مرة بصورة متتالية معطلا بذلك المادة (٨٤) من قانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ التي لا تجيز انتخاب النقيب، والأعضاء لأكثر من مرتين متتاليتين.

وفي موضع تعقيبها على الأسباب الدافعة لتشريع القانون ذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى أن: (القرار الذي صدر عن مجلس قيادة الثورة (المنحل) قد جاء استثناء من أحكام المادة المذكورة من قانون المحاماة؛ لظروف وضرورة لم تعد قائمة الآن، والضرورة تقدر بقدرها، مما يلزم أن تعاد الأمور إلى طبيعتها، وفي ظل الأحكام الواردة في قانون المحاماة المشار إليه)[٢].

ويتضح من ذلك أن المحكمة قد أقرت تقدير المشرع العادي بضرورة إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل)، والعودة إلى الآلية الأصلية في انتخاب النقيب، ومدة إشغاله هذا المنصب، بتأكيدها على انتفاء الظروف، والضرورة التي دعت إلى تشريع القرار المطعون فيه، مما يستلزم إلغاءه.

وهذا التوجه من المحكمة عن طريق فحص الوقائع سواء أكانت الدافعة إلى تشريع القانون، أم إلغائه، أو تعديله. يؤكد على ممارسة المحكمة رقابتها على السلطة التقديرية للمشرع العادي، وبالتحديد عنصر السبب، وإن لم تقضِ بعدم الدستورية؛ لأن ممارسة تلك الرقابة لا يعني بالضرورة الوصول إلى تلك النتيجة، بل من الممكن أن تتوصل المحكمة إلى إقرار تقدير المشرع إما بوجود الوقائع الدافعة لتشريع القانون، أو استمرار وجودها، وهذا ما يبعد عنه عدم الدستورية.

أما الطريق الآخر للمحكمة فقد توجت فيه رقابتها على عنصر السبب بالحكم بعدم الدستورية، ونستطيع القول إنها قد اعتمدت على الغلط البيّن في تقدير المشرع للوصول إلى تلك النتيجة.

---

[١] قرار المحكمة المشار له في أعلاه.

[٢] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٢٦/اتحادية/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٤/١١).

ومن ذلك قرارها[١] الصادر في ٢٠١٢/١٠/٢٢ الخاص بالطعن الموجه ضد المادة (١٣/خامسا) من قانون انتخابات مجالس المحافظات والأقضية والنواحي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٨ التي نصت على أن: (تمنح المقاعد الشاغرة عند وجودها للقوائم المفتوحة الفائزة التي حصلت على عدد من الأصوات بحسب نسبة ما حصلت عليه من المقاعد لاستكمال جميع المقاعد المخصصة للدائرة الانتخابية)[٢].

والواضح من النص في أعلاه أنه يعالج مسألة المقاعد الشاغرة، والمتبقية بعد إجراء عملية القاسم الانتخابي، عن طريق حصر توزيع المقاعد الشاغرة بين القوائم المفتوحة الفائزة في المرحلة الأولى بما معناه استبعاد جميع القوائم التي لم تحصل على مقاعد طبقا للقاسم الانتخابي.

وبعد دراسة المحكمة الاتحادية العليا المادة في أعلاه، وتحليل نتائج تطبيقها في الواقع، وجدت أنها – أي المادة – لا تتفق مع الدستور، مستندة على أن الحل الذي جاء به المشرع يعمل على: (تحويل صوت الناخب من المرشح الذي انتخبه إلى مرشح آخر، من قائمة أخرى لم تتجه إرادته لانتخاب مرشحها...، كما إنه يؤدي إلى حرمان المواطن من إعطاء صوته لمن يريد، وإعطاء مواطن آخر حق إعطاء صوته لمن أراد)[٣].

وبما أن الحل الذي جاء به المشرع طبقا للمادة المذكورة يؤدي إلى تحريف إرادة الناخبين، عن طريق تحويل أصواتهم من المرشحين الذين انتخبوهم، إلى آخرين لم يختاروهم، فإن ذلك يشكل مخالفة للمواد (١٤-٢٠-٣٨/أولا) من الدستور.

وعلى الرغم من اختلافنا مع المحكمة في توصيفها الحل الذي جاء به المشرع، وكونه تحريفا لإرادة الناخبين على النحو المتقدم[٤]، فإن ما ذهبت إليه في قرارها أعلاه يعد مثالا لرقابتها على تقدير المشرع العادي استنادا إلى الغلط البيّن في التقدير؛ لأن المحكمة لم تقضِ بعدم الدستورية، إلا بسبب الغلط البيّن الذي وقع فيه المشرع، بعدما حوّل – كما وصفته المحكمة – أصوات الناخبين إلى مرشحين لم ينتخبوهم.

وبذلك تكون المحكمة – عن طريق قرارها المتقدم – قد ألزمت المشرع بالعمل على حماية أصوات الناخبين، وعدم إهدارها، بحيث يكون المعيار في توزيع المقاعد سواء أكان بشكل أصلي، أم المتبقي هو عدد الأصوات التي حصلت عليها القوائم، أو المرشحين، وإن أي حل خلاف ذلك يمثل إهدارا لأصوات الناخبين من جانب، والمرشحين الذين حصلوا على تلك الأصوات من جانب آخر.

---

[١] وفي الموضوع نفسه ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٢/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٦/١٤).

[٢] المنشور في الوقائع العراقية بالرقم (٤٠٩١) في ٢٠٠٨/١٠/١٣.

[٣] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦٧/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٠/٢٢).

[٤] يمكن القول إن الحل الذي جاء به المشرع في المادة (١٣/خامسا) – محل الطعن – لا يشكل تحريفا لإرادة الناخبين عن طريق تحويل أصواتهم من المرشحين الذين انتخبوهم، إلى آخرين لم يختاروهم، وإنما يمثل – في الحقيقة – إهدارا لتلك الأصوات، وليس تحويلها، فالحل التشريعي المتقدم لا يؤدي إلى نقل أصوات القوائم الخاسرة، وإضافتها إلى القوائم الفائزة، لغرض حصول الأخيرة على المقاعد الشاغرة، ولكن يؤدي إلى استبعاد القوائم الخاسرة من المنافسة على المقاعد الشاغرة، ومن ثم إهدار الأصوات التي حصلت عليها، وبالتحديد القوائم التي حصلت على أصوات أكبر مما تبقى للقوائم الفائزة من أصوات.

ويمكن القول إن المحكمة الاتحادية العليا قد طبقت الغلط البيّن – بشكل ضمني أيضا – في قرارها الصادر في ٢٠١٨/٦/٢١ عندما قضت بعدم دستورية المادة (٣) من قانون التعديل الثالث لقانون انتخابات مجلس النواب رقم (١٥) لسنة ٢٠١٨ بالاستناد إلى المواد الدستورية التي استندت عليها في قرارها السابق.

وقد نصت المادة المذكورة على: (باستثناء أصوات الأقليات المشمولة بنظام (الكوتا) تلغى نتائج انتخابات الخارج لجميع المحافظات، وانتخابات الحركة السكانية لمحافظات (الأنبار، صلاح الدين، نينوى، ديالى)، وانتخابات النازحين في المخيمات، وانتخابات التصويت المشروط، والنزلاء في السجون، وانتخابات التصويت الخاص في إقليم كردستان فيما يثبت فيها حالات التزوير).

وفي معرض نظرها في المادة المتقدمة ذهبت المحكمة إلى أن الإلغاء الذي جاء به المشرع (يشمل بشكل مطلق ودون تمييز بين أصوات الناخبين التي أُدليت في تلك المناطق بشكل سليم، ودون مخالفات سواء بواسطة جهاز تسريع النتائج الالكتروني أو بغيره، وبين الأصوات التي شابتها شائبة المخالفات كالتزوير بصوره كافة، وببقية صور المخالفات التي تؤثر سلبا في العملية الانتخابية وتصادر أهدافها)[١].

وبعد أن توصلت المحكمة إلى النتيجة المتقدمة المتمثلة بشمول الإلغاء الأصوات الصحيحة، والأصوات التي شابها خرق، أو مخالفات، على حد سواء، أخذت على المشرع عدم تمييزه بين هذين التصنيفين من الأصوات في الحكم الذي جاء به، والمتمثل بالإلغاء.

وبما أن (الإلغاء قد انصب أيضا على الأصوات التي جاءت بشكل سليم، سواء داخل العراق أو خارجه، فإنه بذلك يشكل هدرا لهذه الأصوات، ومصادرة لإرادة الناخبين في تلك المناطق، وهذا يتعارض مع أحكام المادة المواد (١٤)، و (٢٠)، و (٣٨/أولا) من الدستور التي كفلت للمواطن حقه بالمساواة، وحقه بالتصويت والانتخابات والترشيح، وبإبداء الرأي في الأمور العامة، وفي مقدمتها حرية الرأي في انتخاب من يمثله في مجلس النواب)[٢]، قررت المحكمة أن ما جاءت به المادة (٣) موضوع الطعن مخالف أحكام الدستور.

ففي القرار المتقدم يمكن القول إن المحكمة قد أعملت الغلط البيّن في تقدير المشرع، وقضت بناء على ذلك بعدم دستورية المادة المطعون بها؛ لأن عدم التمييز بين الأصوات الصحيحة التي لم يطعن فيها أمام الجهات المختصة، والأصوات التي شابها خرق كالتزوير، أو بقية المخالفات التي تؤثر سلبا في العملية الانتخابية هو غلط بيّن من جانب المشرع مما يجعل حله غير مناسب، ولا يتفق مع الدستور.

ولم تقف المحكمة عند الحد المتقدم، وإنما أوضحت للمشرع الحل – الذي كان من شأن اعتماده تفادي الحكم بعدم الدستورية – لمعالجة المشكلة الماثلة أمامه، كما سيتضح في محله من الأطروحة.

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٩٩ و١٠٤ و١٠٦/اتحادية/اعلام/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٦/٢١).

[٢] قرار المحكمة المشار له في أعلاه.

والمثال الآخر هو قرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر في ٢٠١٩/٧/٣١، ويعد من أبرز تطبيقات الغلط البيّن، إذ انتهت فيه المحكمة إلى عدم دستورية المادة (٤٦)[١] من قانون الموازنة العامة للعام ٢٠١٩.

وبعد دراسة المحكمة المادة المذكورة، وتحليلها تبين لها أن المشرع قد حدد بدلات إيجار العقارات المذكورة فيها، معتمدا على عامل واحد، يتمثل بمساحة العقار فقط، مقسما تلك العقارات على أساسه إلى صنفين:

- العقار الذي تقل مساحته عن (٥٠٠) متر مربع، وحدد له المشرع بدل إيجار لا يقل عن خمسة ملايين دينار شهريا.
- العقار الذي تزيد مساحته على (٥٠٠) متر مربع، وببدل إيجار يقدر بعشرة ملايين دينار شهريا.

وبما أن المشرع قد اعتمد على عامل واحد، من دون أن يأخذ بالحسبان عوامل أخرى، يفترض أن تدخل في تقييم العقارات، وتحديد بدلات إيجارها بينت المحكمة عدم صحة ذلك التحديد؛ لأن مساحة العقار وإن كانت تشكل عاملا أساسا في التقييم والتحديد، إلا أنه يدخل معها أيضا عوامل أخرى لا يمكن استبعادها، تتمثل بموقع العقار، ودرجة عمرانه، ووقت تشييده، ونوعية المواد المستعملة في إنشائه، ومن ثم لا بدَّ أن يستند المشرع إلى هذه العوامل مجتمعة في تحديد بدل إيجار العقارات المعنية، إذا ما أراد هو تحديد ذلك بموجب القانون.

وبعد تحديد تلك العوامل ومقارنتها بما اعتمد عليه المشرع من عامل واحد دون العوامل الأخرى، توصلت المحكمة إلى أن ما جاء به المشرع من حل يتناقض مع الدستور، وبالتحديد مبدأ المساواة[٢].

ويمكن القول إن المحكمة قد أعملت في قرارها أعلاه الغلط البيّن؛ لأن المشرع قد جاء بحل مستندا في تحديده إلى عامل غير كافٍ للاعتماد عليه في تأسيس ذلك الحل، وهو ما يشكل خطأ واضحا في تقدير الوقائع، يمكن أن يتنبه إليه أي شخص من دون خبرة، أو تخصص، إذ إن تحديد بدلات إيجار موحدة لعقارات متفاوتة بشكل كبير من حيث موقعها، ودرجة عمرانها، وحداثة بنائها وقدمه، وليس أخيرا المواد المستعملة في إنشائها يعد خطأ واضح يصطدم بالدستور.

---

[١] نصت المادة (٤٦) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠١٩ رقم (١) لسنة ٢٠١٩: (على وزارة المالية /دائرة عقارات الدولة استيفاء بدل إيجار عقارات الدولة في المنطقة الخضراء ومجمع الوزراء، لا يقل عن خمسة ملايين دينار شهريا، للعقار الذي تقل مساحته عن ٥٠٠ متر مربع، ومبلغ عشرة ملايين دينار إذا زادت مساحة العقار عن ذلك، إذا لم يكن شاغله وزير، أو من هم بدرجتهم والدرجات الخاصة، يستثنى من ذلك الحكومة السابقة). المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٥٢٩) في ٢٠١٩/٢/١١.

وعلى الرغم من أن النص قد حدد بدل الإيجار في الحالة الأولى بما لا يقل عن خمسة ملايين دينار، وقد يكون قصد المشرع من ذلك أن هذا المبلغ يمثل حدا أدنى، بما يسمح أن يكون الحد الأعلى مفتوحا، وفي كل الأحوال لا يصل إلى عشرة ملايين، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا قد فسّرت النص على نحو يكون المبلغ في الحالتين ثابتا من دون تغيير بحسب تفاوت العقارات فيما بينها تبعا للعوامل الأخرى التي لم يحددها المشرع.

[٢] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٤٨/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٧/٣١).

وبعد استعراض التطبيقات المتقدمة من قضاء المحكمة الاتحادية العليا تبين لنا أنها قد استعملت الغلط البيّن للحكم بعدم دستورية بعض النصوص القانونية المعروضة عليها، على الرغم من عدم تصريحها بذلك، إلا أن تحليل تقدير المشرع العادي، والأحكام التي صدرت من المحكمة بشأنه، يمكن أن يؤكد وقوع المشرع في غلط بيّن، وواضح عند تقديره للوقائع التي اعتمد عليها.

وقد أسست المحكمة قرارها بعدم الدستورية على مبدأ المساواة المنصوص عليه دستوريا، وبذلك فإن هذا المبدأ يشكل عاملا مشتركا بين المحكمة الاتحادية العليا من جهة، والمجلس الدستوري، والمحكمة الدستورية العليا من جهة أخرى للأخذ بالغلط البيّن.

ومما تقدم – جميعه – يتضح لنا أن القضاء الدستوري في فرنسا، ومصر، والعراق قد أعمل رقابته على السلطة التقديرية للمشرع العادي بخصوص عنصر السبب في القانون، ولم يتردد عن الحكم بعدم دستورية تقدير المشرع كلما شابه غلط بيّن، وبغض النظر عن المصطلحات المستخدمة في هذا المجال، ما دام مضمون الحكم يؤكد ذلك العيب.

وعلى الرغم من ممارسة القاضي الدستوري لرقابته على السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر السبب إلا أن تلك الرقابة لم تصل – بطبيعة الحال – إلى ما وصلت إليه رقابة القاضي الإداري في الموضوع نفسه، إذ استطاع مجلس الدولة الفرنسي – وطوال قرن من الزمان – أن يمارس رقابته على الأسباب التي يقوم عليها القرار الإداري، عن طريق ثلاثة محاور – مثلت ثلاث مراحل تاريخية – هي رقابة الوجود الفعلي للوقائع واستمرار وجودها، وتكييف تلك الوقائع، وأخيرا تقدير أهميتها[١]، ومع تأكيدنا على الفرق بين السلطة التقديرية لكل من المشرع العادي والإدارة، من حيث الدرجة والاتساع، إلا أننا ندعو القاضي الدستوري أن يمارس رقابته على عنصر السبب – فضلا عما تقدم – بشكل أكبر وعلى نحو ما سنبيّنه.

فعندما يفصح المشرع العادي عن سبب القانون، وهو في الحقيقة واقعة معينة، بحيث تكون الدافع الحقيقي من وراء إصدار هذا القانون، ويترتب على انتفائها عدم إمكانية ذلك الإصدار، فإن القاضي الدستوري يستطيع أن يمارس رقابته على السبب، أو على أقل تقدير وجود الوقائع.

وتحقيقا لذلك نستلزم توافر الشروط الآتية لممارسة القاضي الدستوري لرقابته بالمعنى المتقدم:

١- إفصاح المشرع العادي عن سبب القانون، سواء أكان ذلك بشكل صريح، أم بشكل ضمني، ويستطيع القاضي الدستوري أن يتوصل لذلك السبب من معطيات عدة قد يكون منها محتوى القانون وغايته، أو الأعمال التحضيرية له، أو مذكرته الإيضاحية، أو الأسباب الموجبة.

٢- أن يتمثل السبب الدافع بوقائع محددة، يستطيع القاضي الدستوري، وبحسب ما تسمح له أدواته، وآليات عمله تحديدها بشكل دقيق، كالتزوير بنسبة معينة، واشتراط الشركات المصنعة للقاح فايروس (كورونا) فهذه الأسباب

---

[١] للمزيد بهذا الشأن ينظر: د. ثروت عبد العال أحمد: الرقابة القضائية على ملاءمة القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة أسيوط، ١٩٩١، ص ٢ وما بعدها.

تمثل وقائع محددة، يستطيع القاضي الدستوري تحديدها والتأكد من وجودها أما إذا كانت تلك الوقائع تشكل أمورا عامة لا يستطيع القاضي الدستوري التأكد من وجودها، وتحديدها بشكل دقيق، فإنها تخرج من نطاق الرقابة التي ندعو لها.

٣- أن تكون تلك الوقائع المحددة هي الدافع الأساس، والرئيس للمشرع في إصدار القانون حتى يمكن القول إن المشرع العادي لم يصدر القانون إلا لذلك السبب، وهو شرط مهم؛ لأن ثبوت عدم وجود السبب الدافع، يؤدي إلى حكم القاضي الدستوري بعدم دستورية القانون.

وعند توفر هذه الشروط ندعو القاضي الدستوري لممارسة رقابته على عنصر السبب في القانون من حيث تحقق الوجود المادي للوقائع الدافعة لإصدار القانون على ألّا تصل تلك الرقابة إلى تقدير الوقائع وتقييمها، لكي تترك تلك الأمور لتقدير المشرع العادي؛ ليقرر على ضوئها الحلول التشريعية المناسبة ما لم يقع تقديره في غلط بيّن.

المبحث الثاني
التعارض التقديري في المحل

ليس من المبالغة القول بانطباق مصطلح السلطة التقديرية للمشرع العادي على عنصر المحل أكثر من بقية عناصر القانون التي يوجد فيها التقدير، إذ إن حرية المفاضلة بين الحلول التشريعية، واختيار الأفضل من بينها، يعد أوضح مصداق للسلطة التقديرية التي يتمتع المشرع العادي بها عند ممارسة اختصاصه التشريعي.

وعلى هذا الأساس تشكّل السلطة التقديرية في عنصر المحل مصداقا حقيقيا، وكبيرا لحصول التعارض التقديري بين المشرع العادي، والقاضي الدستوري، إذ تبين سابقا أن النصوص الدستورية التي تترك سلطة تقديرية للمشرع العادي، تعطي القاضي الدستوري سلطة تقديرية أيضا، تتمثل الأولى في حرية اختيار البديل للموضوع المراد تنظيمه، في حين تسمح للثاني التأكد من اتفاق ذلك الحل مع الدستور، وحاصل ذلك في بعض الأحيان التعارض التقديري.

ومع ذلك فإن بعض الفقه يذهب إلى أن عنصر المحل لا يعد وجها من أوجه التعارض التقديري؛ لعدم التقاء عيب المحل مع السلطة التقديرية، أو بتعبير آخر، فإن عيب المحل لا يتحقق إلا إذا كانت سلطة المشرع مقيدة، إذ يذهب الدكتور السنهوري إلى أن التشريع لا يكون دستوريا إلا إذا كان محله غير مخالف للدستور، ولا تتحقق تلك المخالفة إلا إذا كانت سلطة المشرع مقيدة[١].

وفي الحقيقة لا يمكن التسليم بهذا الرأي؛ لأن تقبله يقودنا إلى إحدى نتيجتين كلاهما غير مقبولتين هما:

النتيجة الأولى: انتفاء السلطة التقديرية في عنصر المحل، إذ من المعلوم أن لكل عنصر من عناصر القانون عيبا خاصا به يقابله، وحصر عيب المحل في السلطة المقيدة يعني أن عنصر المحل يخلو من التقدير، بل التقييد فقط.

---

[١] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٣٨.

وطبقا لذلك إذا أراد القاضي الدستوري ممارسة رقابته على عيب المحل، فلا بدَّ أن تكون سلطة المشرع مقيدة حتى يتحقق ذلك العيب. وبتعبير أدق إن مخالفة السلطة المقيدة وحدها تنشئ عيب المحل، وهذه المخالفة تخضع لرقابة القاضي الدستوري، وهو من يقررها، وبما أن كل عنصر من عناصر القانون يلحقه عيب خاص به، وإن عيب المحل محصور بالسلطة المقيدة فقط، فإن ذلك يعني حصر المحل بالسلطة المقيدة من دون أن يكون للمشرع فيه سلطة تقديرية.

وهذا ما لا يمكن قبوله لسببين:

أولهما: من الصعب – إذا لم يكون من المستحيل – أن تكون سلطة المشرع في عنصر المحل مقيدة بوصفها أصلا عاما؛ لأن ذلك يستلزم من المشرع الدستوري التدخل لتنظيم مضامين جميع التشريعات بنصوص دستورية تفصيلية، إلى الحد الذي يجعل من سلطة المشرع مقيدة في تلك المضامين كأصل عام.

وهذا ما لا يدركه المشرع الدستوري بحكم طبيعة الأشياء، والتطور الذي يحكمها بين حين وآخر، وعدم قدرة الإرادة البشرية على حصر كل الحلول التشريعية في آن واحد، وفي وثيقة واحدة، مهما بذلت من جهود.

وأمام تلك الطبيعة المستعصية، والقدرة العاجزة نجد الدساتير تكتفي بوضع الضوابط العامة التي تحدد سلطة المشرع في وضع الحلول القانونية، واستثناء من ذلك تضع بعض القواعد التفصيلية التي تحتوي على حلول تشريعية ينبغي أن يلتزم بها المشرع في بعض القوانين.

وثانيهما: إن هذه النتيجة تتقاطع مع ما يسلم به الفقه[١] والقضاء الدستوري، من أن الأصل في سلطة المشرع العادي التقدير، وإن التقييد هو استثناء منه، مع التأكيد على أن عنصر المحل هو أكثر العناصر مساحة في نطاق السلطة التقديرية، وبالنتيجة فإن سلطة المشرع في عنصر المحل تقديرية بالأصل، فكيف يمكن التسليم بانتفائها؟

ويؤكد القضاء الدستوري على الأصل العام المتمثل بتمتع المشرع العادي بسلطة تقديرية عند ممارسة اختصاصه التشريعي.

النتيجة الثانية: رفض الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر المحل فإذا سلّمنا جدلا أن حصر عيب المحل بالسلطة المقيدة لا يعني بالضرورة خلو هذا العنصر من السلطة التقديرية إلا أنه مع وجودها ستخرج عن رقابة القاضي الدستوري؛ لأن الرأي محل النقاش حصر عيب المحل بالسلطة المقيدة، ومفاد ذلك أن السلطة التقديرية لا تحقق عيب المحل، بل يقتصر الأخير على نظيرتها المقيدة فحسب، وعدم تحقق عيب المحل عندما تكون سلطة المشرع تقديرية يستلزم انحسار رقابة القاضي الدستوري على ذلك العنصر، أي بمعنى عدم خضوع السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر المحل لرقابة القاضي الدستوري.

وهذا ما يخالف المتفق عليه بين الفقه، وما يسير عليه القضاء الدستوري عمليا من إخضاع السلطة التقديرية المشرع العادي، وبالتحديد الحلول التشريعية لرقابته.

---

[١] ينظر: د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٤١. ايناس كمال كامل: مصدر سابق، ص ١٩.

إذ إن الإقرار بالسلطة التقديرية للمشرع في عنصر المحل كأصل عام، من جانب، وعدم خضوع تلك السلطة لرقابة القاضي الدستوري من جانب آخر، يشكل خطرا كبيرا على حقوق الأفراد وحرياتهم، فالسلطة التقديرية في هذا العنصر واسعة جدا، وهي الأصل، وتتيح للمشرع تنظيم الحقوق بما يتضمنه ذلك التنظيم – أحيانا – من تقييد، فكيف تكون النتائج عندما تخرج تلك السلطة عن رقابة القاضي الدستوري؟

أما من الناحية العملية التي يسير عليها القاضي الدستوري فإن هنالك الكثير من قراراته – كما سيتضح لاحقا – لا يمكن الوصول إليها إلا نتيجة رقابته على السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر المحل.

ولئن كانت النصوص الدستورية تمثل ضوابط عامة على المشرع العادي الالتزام بها، وهي ليست من قبيل القيود، والحدود الواضحة التي يمكن أن يستند إليها القاضي الدستوري في إسناد المخالفة الدستورية إياه، وبالتحديد التعارض التقديري، لذا نجده – أي القاضي دستوري – قد اجتهد في إيجاد بعض الوسائل التي تسعفه في تحديد المخالفة الدستورية، عندما تكون سلطة المشرع تقديرية.

وتأسيسا على ما تقدم فإن المشرع العادي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في عنصر المحل، بل يعد هذا العنصر – كما ذهب البعض من الفقه – هو مناط التقدير وأصله العام، وهذا ما يتفق مع طبيعة النصوص الدستورية التي تضع الإطار العام للحقوق والحريات، وتترك للمشرع العادي حرية اختيار طريقة تنظيم تلك الحقوق والحريات بما يتلاءم مع الظروف المحيطة بالنص ومتطلباته، وبما لا يخرج عن الضوابط الدستورية[١].

ولذلك يعد المحل من أكثر عناصر القانون التي يتحقق فيها التعارض التقديري بين المشرع العادي، والقاضي الدستوري استنادا إلى أبرز الوسائل المعتمدة في ذلك وهو التناسب الذي يفحص القاضي الدستوري عن طريقه مدى الارتباط المتوازن بين المحل من جانب، والسبب، والغاية من جانب آخر، ومعارضة المشرع العادي في تقديره إذا اختل ذلك الارتباط، وأصبح تقديره غير متناسب.

وبناءً على ذلك سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين: يكون الأول لتعريف المحل، وسلطة للمشرع العادي فيه، والثاني للتعارض التقديري لعدم التناسب في المحل.

المطلب الأول

تعريف المحل وسلطة المشرع العادي فيه

المحل في القانون هو موضوعه، ومضمونه، ومحتواه الذي يتدخل المشرع العادي عن طريقه لتنظيم شؤون المجتمع. وهذا المحتوى إما أن يكون بقصد إنشاء مراكز قانونية معينة، أو تعديلها، أو إلغائها، وعلى أساس ذلك يعد عنصر المحل من أهم عناصر القانون؛ كونه يمثل جوهر القانون والغاية الأساس من منح المشرع العادي الاختصاص التشريعي، المتمثلة بتنظيم شؤون المجتمع بنصوص قانونية، تكفل للجميع ممارسة حقوقه، وحرياته الدستورية في حدود القانون من دون تعدٍ على الآخرين.

---

[١] ينظر: د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: المصدر السابق، ص ٢٤٨.

ولذلك نجد أوسع سلطة تقديرية يمتلكها المشرع العادي في عنصر المحل؛ بسبب قلة القيود الواردة عليه، بالقياس إلى الموضوعات المطلوب تنظيمها بنصوص قانونية، وبناءً على ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين أولهما لتعريف المحل في القانون، والثاني للسلطة التقديرية للمشرع العادي في المحل.

الفرع الأول: تعريف المحل في القانون

لا يقتصر أثر الدراسات الإدارية على مفهوم السبب في القانون، بل يمتد إلى عنصر المحل أيضا، إذ إن أغلب الدراسات الدستورية التي تعرضت لبيان مفهوم المحل تنطلق من بيان مفهومه في إطار القرار الإداري. ولذلك لا نجد اختلافا كبيرا بين المفهومين في القرار الإداري، والقانون.

كذلك فإن أغلب من تعرّض لتعريف المحل لم يخرج عن معنى معين، واقتصر الاختلاف على بعض الألفاظ، والتقديم والتأخير، مع وحدة التعريف من الناحية الموضوعية، فقد عرّف بعضهم المحل في القانون أنه: (الأثر القانوني المترتب عليه، فهو جوهر القانون، ومادته، وهو الركن الذي يترجم إرادة مصدّر القانون)[١].

في حين عرّفه آخر أنه: (الأثر القانوني الذي تتجه إرادة البرلمان[٢] إلى إحداثه، وهذا الأثر قد يكون إحداث حالة قانونية جديدة، أو تعديل مركز قانوني قديم، أو الغاءه)[٣].

وعرّف البعض الآخر المحل في القانون أنه: (الأثر القانوني المترتب عليه، متمثلا في إنشاء مركز، أو حالة قانونية، أو تعديلها، أو إلغائها)[٤].

والملاحظ على التعريفات المتقدمة أنها متفقة على معنى واحد، وإن اختلفت ألفاظها، ويتمثل هذا المعنى بالأثر القانوني الذي يترتب على القانون، وبشكل عام فإن هذا الأثر يتمثل بتنظيم المراكز القانونية، إما بإنشاء مركز قانوني جديد، إن لم يكن موجودا من قبل، أو تعديل مركز قانوني قائم، أو إلغائه.

إلا أنه من جانب آخر يؤخذ على التعريفات جميعها إغفالها شرطا مهما في المحل، هو شرط المشروعية، إذ لا يكفي في بيان مفهوم المحل ذكر معناه وخصائصه، من دون اشتراط أن يكون المحل مشروعا بضرورة أن تكون الحلول التي يضعها المشرع العادي متفقة مع الدستور.

ولا يقدح في ذلك أن تلك الحلول التشريعية (المحل) ستخضع لرقابة القاضي الدستوري؛ لبيان مدى اتفاقها مع الدستور، إذ إن تلك الرقابة لا تمنع من تعريف المحل بالصورة المثالية التي ينبغي أن يكون عليها، وبالأخص

---

[١] د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ١٨٥.

[٢] وإن كان البرلمان صاحب الاختصاص الأصيل بتشريع القوانين، إلا أنه مع ذلك ليس من الأصح ذكر مصطلح (البرلمان) عند تعريف القانون، أو المحل فيه، بل نفضل عليه مصطلح (المشرع العادي)؛ كونه أوسع من الأول لشموله البرلمان من جانب، والسلطة التنفيذية عندما تمارس اختصاصا تشريعيا بشكل استثنائي من جانب آخر.

[٣] د. رفعت عيد سيد: مصدر سابق، ص ٤٥٦.

[٤] د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني: مصدر سابق، ص ١٥١.

اتفاقه مع الدستور، بل على العكس فإن تلك الرقابة تنهض عندما نشترط في المحل شروطا معينة يتولى القاضي الدستوري التحقق من توفرها.

فالمشرع العادي، والقاضي الدستوري تتكامل مهمتهما في حماية الدستور، إذ تتحقق حماية الأول بشكل ذاتي، عندما يلتزم بالدستور عند وضعه للحلول التشريعية، وإذا ما حاد عن ذلك تولى القاضي الدستوري ردّ تلك المخالفة بالحكم بعدم دستوريتها.

والسلطة التقديرية للمشرع العادي فيما يتعلق بالمحل، وما تتيحه من حرية المفاضلة، والاختيار بين البدائل، لا تجيز وقوع ذلك الاختيار على بديل لا يتفق مع الدستور، وإلا كان ذلك سببا لعدم الدستورية، إذ تبين سابقا – عند تعريف السلطة التقديرية – اشتراط أن تكون البدائل المتاحة أمام المشرع العادي مشروعة، من ناحية اتفاقها مع الدستور، وذلك الشرط تتضح أهميته عند مرحلة الاختيار، أو بتعبير آخر عندما يتولى المشرع العادي وضع البديل المناسب حلا للموضوع المراد تنظيمه.

وتلافيا لما تقدم يمكن تعريف المحل في القانون أنه: **(الحلول التشريعية العامة المجردة، والمتفقة مع الدستور، التي يضعها المشرع العادي بناء على أسباب محددة؛ لتنظيم موضوع معين في المجتمع، إما بإنشاء مركز قانوني معين، أو تعديله، أو إلغائه؛ تحقيقا للمصلحة العامة).**

حدد التعريف مضمون المحل بكونه حلولا تشريعية يضعها المشرع العادي؛ لتنظيم موضوع معين، يسعى إلى تنظيمه بعد تحقق السبب الدافع لذلك، وهذا ما يؤكد العلاقة الوثيقة بين السبب من جانب والمحل من جانب آخر.

فالسلطة التقديرية فيما يتعلق بالمحل تتمثل بتمتع المشرع العادي بحرية الاختيار بين البدائل المتوفرة أمامه، وهذا يعني تمتعه بحرية إجراء التناسب بين السبب المعتمد للتدخل، ومحل القانون المتخذ.

ولذلك فإن عدم تحديد المحل يلازم عدم تحديد السبب، وبتعبير آخر فإن السلطة التقديرية للمشرع العادي في المحل تشتمل على حرية اختيار السبب الذي يتفق معه محل القانون[١].

وهذا ما يؤكد القول السابق بعدم حصر أثر السبب في دفع المشرع إلى تشريع القانون فقط، وإنما يؤثر – على نحو أو آخر – بمضمون ذلك القانون أيضا، فعلى أساس الوقائع الدافعة تأتي الحلول التشريعية، وهذا لا يقلل من تمتع المشرع العادي بالسلطة التقديرية في اختيار أحد البدائل المتاحة أمامه لتنظيم الموضوع.

وقد حدد التعريف شروط المحل المتمثلة بالعمومية والتجريد، إذ تعد هاتان الخصيصتان للقانون أكثر ارتباطا بعنصر المحل من أي عنصر آخر، ويترتب على تخلفهما عدم دستورية الحل الذي وضعه المشرع.

وإكمالا لمشروعية المحل فقد احتوى التعريف شرط اتفاق الحلول التشريعية مع الدستور، ولا يغير من ذلك سواء أكانت سلطة المشرع العادي مقيدة أم تقديرية، إذ من المؤكد أن السلطة التقديرية مهما كانت واسعة، فإنها مشروطة بعدم مخالفة الدستور، وهذا ما يجعلها سلطة قانونية غير تحكمية، أو استبدادية.

---

[١] ينظر: د. عصام عبد الوهاب البرزنجي: مصدر سابق، ص ٤٦٤.

وأخيرا فإن التعريف قد ربط بين المحل وعنصر الغاية، عن طريق استهداف الحلول التشريعية للمصلحة العامة، فالمشرع العادي وإن كان ملزما – دائما – بتحقيق المصلحة العامة غرضا يستهدفه من تشريعاته، إلا أنه قد يحيد عن ذلك الغرض لتحقيق غايات خاصة غير مشروعة، وهذا الانحراف قد يستدل عليه عن طريق مضمون القانون، أو الحلول التشريعية التي نظم بها الموضوع[١]، إذ إن المشرع العادي لا يضع الحلول التشريعية إلا بقصد تحقيق غرض معين يكون مقصودا منها بذاته، ومن ثم يتحدد على ضوء ذلك الغرض مضمون هذه الحلول وأثرها[٢]، ولذلك فإن عدم مشروعية الغرض المستهدف تستلزم مخالفة الحلول التشريعية (المحل) للدستور كما سيتضح لاحقا.

وبناءً عليه فإن اختيار المشرع العادي بديلا معينا من بين بدائل عدة، مشروطا في النهاية بمدى استهدافه المصلحة العامة من دون انحراف، أو تعسف في استعمال سلطته التشريعية[٣].

الفرع الثاني: سلطة المشرع العادي في عنصر المحل

يستند أغلب الفقه[٤] عند تحديده السلطة التقديرية في عنصر المحل، إلى تقسيم سلطة المشرع العادي إلى ثلاث مستويات، على أساس النصوص الدستورية، أو بتعبير أكثر تحديدا ما تضعه تلك النصوص من قيود تنعكس على سلطة المشرع إما بانعدامها، أو تقييدها، أو جعلها تقديرية، وسنبيّن تقسيم الفقه، ورأينا فيه.

أولا: السلطة المنعدمة

يرى أصحاب هذا التقسيم من الفقه أن طبيعة القيود التي يفرضها الدستور على المشرع العادي عند ممارسة اختصاصه التشريعي، تختلف ضيقا، واتساعا بحسب طبيعة الموضوع محل التنظيم، ونوعيته، فبعض تلك القيود التي يفرضها الدستور تصل إلى الدرجة التي تنعدم فيها سلطة المشرع العادي في التنظيم، ويبدو هذا الانعدام عندما يتولى الدستور نفسه تحديد نطاق الموضوع، وإطاره، بما لا يسمح للمشرع العادي بأية سلطة تجاهه[٥].

---

[١] ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٣٨٩.

[٢] ينظر: د. عوض المر: المصدر السابق، ص ١٣٨٧.

[٣] ينظر: حنفي علي جبالي: المسؤولية عن القوانين، أطروحة دكتوراه مدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، ١٩٨٧، ص ٤٦٣.

[٤] ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٥٢ وما بعدها. حنفي علي جبالي: المصدر السابق، ص ٤٥٣ وما بعدها. عادل عمر شريف: مصدر سابق، ص ٣٤٤ وما بعدها. د. وجدي ثابت غبريال: حماية الحرية في مواجهة التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٢٩ وما بعدها. حسين جبر حسين الشويلي: الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب، مصدر سابق، ص ٧٢ وما بعدها. د. جورجي شفيق ساري: رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة/ كلية الحقوق، العدد/ ٦٦، ٢٠١٨، ص ٦٦ وما بعدها.

[٥] ينظر: د. حنفي علي جبالي: المصدر السابق، ص ٤٥٣. عادل عمر شريف: المصدر السابق، ص ٣٤٦ – ٣٤٧. د. جورجي شفيق ساري: المصدر السابق، ص ٧٢.

ويضرب الفقه أمثلة على هذا المستوى من سلطة المشرع العادي، تتمثل بالنصوص الدستورية التي تقرر مبدأ شخصية العقوبة، وقانونية الجرائم والعقوبات، وافتراض براءة المتهم حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية، وحق التقاضي، وحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل، أو قرار إداري من رقابة القضاء[١].

ففي الأمثلة المتقدمة تنعدم سلطة المشرع العادي إزاء تحديد المراكز القانونية للأشخاص، كما تنعدم سلطته تجاه تحديد الشروط الموضوعية التي يتمكن بها الشخص، أو لا يتمكن من التمتع بمزايا أحد هذه المراكز[٢]، وعلى أساس ذلك لا يجوز للمشرع العادي تشريع قانون يخل بمبدأ شخصية العقوبة، أو قانونية الجرائم والعقوبات، أو يقرر إدانة المتهم قبل محاكمته[٣]؛ لأن ذلك يشكل مخالفة دستورية تستدعي الحكم بالبطلان.

ثانيا: السلطة المقيدة

تعد السلطة المقيدة حالة وسطية – بحسب تقسيم أصحاب هذا الرأي – بين السلطتين المنعدمة، والتقديرية، وبهذا الوصف فإنها تقترب منهما معا في جوانب معينة، فمن ناحية وجود القيود، والضوابط الصريحة تقترب من السلطة المنعدمة، إلا أنها مع تلك القيود لا تنعدم سلطة المشرع، بل يبقى له سلطة التنظيم في إنشاء المراكز القانونية، أو تعديلها، أو إلغائها ولكن على وفق الضوابط الدستورية في هذا الشأن[٤].

ولذلك تكون السلطة مقيدة عندما يسمح الدستور للمشرع العادي بتنظيم موضوع معين، ولكن على وفق ما وضعه من قيود، أو بتعبير آخر عندما يحدد دستور فروض التنظيم الذي يقوم به المشرع العادي.

ويضرب الفقه أمثلة على هذا المستوى من السلطة بحق الانتخاب والترشيح، وواجب أداء الضرائب والتكاليف العامة، وحرية الرأي، وحرية العقيدة[٥].

ففي مثل هذه الموضوعات إذا أراد المشرع العادي التدخل فيها فعليه الالتزام بالضوابط، والقيود الواردة على سلطته في هذا الشأن، فتنظيم حق الانتخاب، والترشيح، وحرية الرأي، والعقيدة ينبغي أن يكون في إطار تسهيل ممارسة هذه الحقوق والحريات، وإذا ما قرر المشرع العادي تقييدها، فلا بدَّ ألّا يصل ذلك إلى حد نقضها، أو الانتقاص منها، وإلّا عُد متجاوزا الحدود الدستورية، مستوجبا البطلان من القاضي الدستوري.

---

[١] ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المصدر السابق، ص ٥٤ – ٥٥. حنفي علي جبالي: المصدر السابق، ص ٤٥٤ – ٤٥٥. عادل عمر شريف: المصدر السابق، ص ٣٤٧ وما بعدها. حسين جبر حسين الشويلي: الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب، المصدر السابق ص ٧٩.

[٢] د. حنفي علي جبالي: المصدر السابق، ص ٤٥٥.

[٣] عادل عمر شريف: المصدر السابق، ص ٣٤٧.

[٤] ينظر: د. حنفي علي جبالي: المصدر السابق، ص ٤٥٨. عادل عمر شريف: المصدر السابق، ص ٣٥٢. د. جورجي شفيق ساري: المصدر السابق، ص ٦٩.

[٥] يجدر بالذكر أن الدستوري المصري لعام ٢٠١٤ قد نصَّ في المادة (٦٤) منه على: (حرية الاعتقاد مطلقة).

كذلك فيما يتعلق بواجب الضرائب والتكاليف العامة، فإن سلطة المشرع العادي في هذا الشأن تتحدد بالمبدأ الذي نظمه الدستور، وهو وجوب أداء الضرائب والتكاليف العامة، ومن ثم يبطل القانون الذي يصدر مخالفا هذا المبدأ، كأن ينص على أن للأفراد الخيار في أداء الضرائب، أو عدم أدائها[١].

وقد وضع بعض الفقه معيارا للتمييز بين السلطة المنعدمة، والمقيدة، يتمثل بنص الدستور، وفيما إذا كان قد علّق الحقوق والحريات على شرط أم لا، فإذا كانت الحقوق، والحريات قد وردت في الدستور غير معلّقة على شرط، ولا يحيل بشأنها إلى القانون، فتعد حقوقا حصينة، لا يجوز للمشرع المساس بها، ومن ثم تعد سلطته تجاهها منعدمة. أما إذا اكتفى الدستور بمبدأ الحق والحرية، وأحال بشأنها إلى القانون، فتعد الحقوق في مثل هذه الحالة إطارا، أو نطاقا يستطيع المشرع أن يعدّل في بنائه الداخلي طبقا لسلطته التنظيمية، وعندئذ تكون سلطة المشرع العادي مقيدة[٢].

ثالثا: السلطة التقديرية

لا تقتصر سلطة المشرع العادي على المستويين المتقدمين (المنعدمة والمقيدة)، وإنما يضاف لهما مستوى آخر، أوسع منهما، ويمثل الأصل العام، وهو السلطة التقديرية، وتوجد إذا انتفى المستويين السابقين، أو بتعبير أدق فإن الدستور عندما لا يضع الحلول التي يلتزم المشرع العادي بها، فلازم ذلك منحه سلطة تقديرية في تنظيم موضوع معين، وإذا قرر التنظيم فإنه يترك له حرية اختيار بديل من البدائل المتاحة أمامه، في ضوء معطيات معينة بما يجعله ملائما الظروف التي يصدر التشريع فيها[٣].

والأمثلة على هذا المستوى من السلطة التي يمتلكها المشرع العادي لا يحدّها عدد؛ لأنها تمثل أصلا عاما، فكل الموضوعات التي لم يقيّد الدستور سلطة المشرع العادي فيها بحلول محددة، تعد مصداقا للسلطة التقديرية، ويستطيع المشرع عندئذ تنظيم تلك الموضوعات على وفق تقديره، وبناءً على معطيات معينة[٤].

وفي الحقيقة لا نتفق مع الحدود التي وضعها الفقه لمستويي السلطة المنعدمة، والسلطة المقيدة التي يمتلكها المشرع العادي طبقا لنصوص الدستور، لأكثر من سبب.

ففيما يتعلق بالسلطة المنعدمة التي رأى فيها هذا الفقه أن سلطة المشرع العادي منعدمة من التقرب من الموضوع نهائيا حتى يكون مجرد التنظيم مخالفة من المشرع، فإن هذا الرأي قد أسس وجود هذا المستوى من السلطة على أساس النظر من اتجاه واحد للمبادئ التي أوردها أمثلةً عليها.

فمثلا قانونية الجرائم والعقوبات، وشخصية العقوبة، وافتراض براءة المتهم، فالملاحظ أنه – أي هذا الرأي – قد نظر من اتجاه واحد لهذه المبادئ، وتوصل إلى النتيجة التي قال بها، لكن الحقيقة والنظرة الصحيحة لا بدَّ من

---

[١] د. حنفي علي جبالي: المصدر السابق، ص ٤٦٠.

[٢] ينظر: د. حنفي علي جبالي: المصدر السابق، ص ٤٦١. د. وجدي ثابت غبريال: مصدر سابق، ص ٣١.

[٣] ينظر: د. حنفي علي جبالي: المصدر السابق، ص ٤٦٢.

[٤] ينظر: عادل عمر شريف: مصدر سابق، ص ٣٥٧.

أن تكون متكاملة إلى كل اتجاهات المبدأ، وإذا تحقق ذلك بنظرة فاحصة يمكن الوصول إلى نتيجة مغايرة لما وصل إليه أصحاب الرأي المتقدم.

فلو أخذنا قانونية الجرائم والعقوبات، فالفقه المتقدم ذهب إلى أن المشرع – تبعا لهذا المبدأ – لا يستطيع أن ينظم هذا الموضوع، والحقيقة أن ذلك مجرد قيد على المشرع العادي، ولا يعني عدم التنظيم مطلقا، إذ يفهم منه أن الدستور قد أعطى المشرع العادي وحده تجريم الأفعال، ووضع العقوبات الملائمة لها. لكن عند القيام بتلك المهمة لا بدَّ من أن يكون بقواعد قانونية عامة، مجردة، صادرة منه حصرا.

وبناءً على هذا الفهم فقد اختلفت النتيجة، فالمبدأ الذي قال عنه أصحاب الرأي المتقدم أن سلطة المشرع فيه منعدمة، أصبح يفهم منه وجود سلطة للمشرع العادي تمنحه التجريم والعقاب، وإذا ما أراد ذلك، فعليه أن يقوم هو به، من دون تركه لسلطة أخرى، مهما علت، أو قوي شأنها في الدولة.

كذلك فإن أصحاب الرأي المتقدم يرون أن شخصية العقوبة لا تجيز للمشرع تنظيمها، إلا أن النظر من اتجاه آخر ينبأ أن الدستور قد أجاز فرض العقوبة، إلا أنه مَن الذي يجعل العقوبة شخصية؟

الجواب قطعا: المشرع العادي عن طريق القانون، وهنا نتساءل كيف يضعها المشرع؟ وكيف يحددها؟ وعلى أي أساس يتم ذلك؟ وغير ذلك من الأسئلة، وهذه كلها لا يمكن الإجابة عنها إلا عن طريق التنظيم القانوني، والأخير جائز للمشرع، حتى الوصول إلى مبدأ شخصية العقوبة.

ولذلك فإن مبدأ شخصية العقوبة يعد رخصة للمشرع العادي بوضع العقوبات، وتنظيمها، ومن جانب آخر يمثل واجبا بعدم تعدي العقوبة لغير مرتكب الجريمة، وبتعبير آخر فإن سلطة المشرع العادي هنا مقيدة؛ لأن الدستور قد وضع له خيارا وحيدا، فإذا ما أراد تنظيم الموضوع لا بدَّ من أن يكون عن طريق ذلك الخيار، أي إذا أراد المشرع العادي فرض العقوبات، فليس لديه بدائل متعددة: كأن تكون العقوبة على مرتكب الجريمة وأحد أقاربه، أو مرتكب الجريمة وأحد أصدقائه وهكذا، بل يجد أمامه خيارا وحيدا هو إذا أراد أن يعاقب فعليه ألّا يتجاوز شخص مرتكب الجريمة، ولا يتعداه إلى أي شخص آخر، مهما كان صلته به، أو قرابته منه، أما ماعدا ذلك فهو متروك لتقدير المشرع بحسب معطيات كل حالة.

وإذا توصلنا إلى هذه النتائج فإن الفاصل الذي وضعه أصحاب الرأي المتقدم بين السلطة المنعدمة، والمقيدة يتلاشى؛ لأن ما ذكره أصحاب الرأي من أمثلة على السلطة المنعدمة لا تعدو أن تكون قيودا على سلطة المشرع العادي عندما ينظم موضوعات معينة.

وإذا سلمنا بأنها مجرد قيود فإن السلطة المنعدمة في حقيقتها هي سلطة مقيدة، ولذلك ليس هنالك سلطة منعدمة إلا إذا تحولنا إلى نطاق آخر، وأصبح الحديث في إطار عنصر الاختصاص، وليس عنصر المحل، عندئذ يمكن تقبل مصطلح السلطة المنعدمة للدلالة على أن المشرع العادي غير مختص بالموضوعات التي تكون خارج اختصاصه التشريعي، وبخلاف ذلك فإن الأدق هو القول إن سلطة المشرع العادي – إذا ثبت له الاختصاص في ذلك – مقيدة، بحيث يستطيع أن يتدخل، وينظم الموضوع وفق الفروض والضوابط الدستورية.

فعلى سبيل المثال يستطيع التدخل لتجريم أفعال معينة، ويضع لها العقوبات المناسبة، لكنه بشرط أن يكون التجريم، والعقاب بموجب القانون، ولذلك فإن قانونية الجرائم والعقوبات هو مجرد قيد على المشرع العادي عندما يجرم ويعاقب، وتبعا له لم تعد هنالك سلطة منعدمة وإنما سلطة مقيدة.

زيادة على ذلك فإن أصحاب هذا الرأي لم يتفقوا على أمثلة كل من مستوى السلطة المنعدمة والمقيدة، فحتى مع وحدة النصوص الدستورية – المعيار في هذا التقسيم – نجد بعض الحقوق والحريات مثالا على السلطة المنعدمة عند البعض، ومثالا للسلطة المقيدة عند بعضٍ آخر، فعلى سبيل المثال حرية الرأي فقد عدّها بعضهم من الحريات الأساسية التي تنعدم فيها سلطة المشرع العادي[١]، في حين عدّها البعض الآخر مثالا للسلطة المقيدة[٢].

وإذا أردنا تحديد السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر المحل لا بدَّ من إيضاح بعض الحقائق المهمة لهذا الغرض كالآتي:

يمكن القول إن عنصر المحل في القانون يتكون من وجهين:

أولهما: وقت التدخل والتنظيم، وفي هذا الوجه من وجهي المحل تتمثل القاعدة العامة التي تحكمه بعدم تقييد الدستور سلطة المشرع العادي، فالدساتير تكاد تجمع على ألّا تحدد للمشرع، وقتا معينا لتشريع قانون معين باستثناء بعض الحالات المتمثلة بالظروف الاستثنائية[٣]، والمراحل الانتقالية، فوقت التدخل، والتنظيم تكون سلطة المشرع فيه تقديرية، أي بمعنى أن المشرع العادي هو الذي يتولى تحديد الوقت المناسب لتشريع القانون، على وفق تقديره الخاص، وبناءً على معطيات معينة، يرى وفقا لها ضرورة التدخل، أو عدمها في هذا الوقت.

ثانيهما: مضمون التدخل، أما الوجه الثاني للمحل فيتمثل بمضمون التدخل، أو بتعبير آخر الخيارات، أو الحلول التي يأتي بها المشرع لتنظيم موضوع معين، وفي هذا الوجه فإن الأمر يختلف عن نظيره السابق إذ نجد الدستور – أحيانا – يتدخل، ويضع حلولا ينبغي أن يلتزم بها المشرع العادي، إذا ما قرر التدخل، وتنظيم الموضوع تشريعيا.

إلا أن هذه الحلول – كما تبيّن سابقا – تشكل حالة استثنائية من الأصل العام، فقد اتضح أن المشرع الدستوري لا يستطيع وضع كل الحلول التي يمكن أن يعالج بها موضوعات المجتمع، لكنه من باب آخر يرى أن بعض الموضوعات تحتاج لتدخله بشكل مباشر عن طريق وضع حلول معينة يلتزم بها المشرع العادي.

---

[١] ينظر: د. جورجي شفيق ساري: مصدر سابق، ص ٧٦.

[٢] ينظر: عادل عمر شريف: مصدر سابق، ص ٣٥٣.

[٣] حتى في الظروف الاستثنائية فإن الدستور، وإن كان قد حدد ظرفا معينا لتشريع قانون التفويض، إلا أنه لم يلزم المشرع العادي بتشريع هذا القانون، فكل ما هنالك أنه قد حدد له الظرف الذي يصدر فيه التشريع، وإذا تحقق ذلك الظرف كان الخيار بيد المشرع العادي في تشريع قانون التفويض، أو عدم تشريعه.

ولذلك يتدخل المشرع الدستوري بهذه الموضوعات، ويلزم المشرع باتباع الحلول التي وضعها، دون أي حل آخر. وهنا تكون سلطة المشرع العادي مقيدة، وما عدا ذلك فإن سلطته تقديرية تسمح له باختيار الحل الذي يراه مناسبا للموضوع الذي يريد تنظيمه.

إلا أن الأهم هو أن سلطة المشرع العادي وإن كانت تقديرية، تسمح بحرية اختيار الحل، والبديل المناسب وفقا لتقديره، لا بدَّ من الالتزام عند ممارستها بالضوابط، والقيود الدستورية، فإذا كان الدستور قد ترك للمشرع العادي تنظيم الموضوع بالحل الذي يراه مناسبا، إلا أنه مع ذلك ألزمه بقيود عامة مثل مبدأ المساواة، فعندما يختار المشرع العادي حلّا لا بدَّ أن تتحقق به المساواة، ولا يجوز التمييز بين فئتين تمييزا تحكميا.

وكذلك ينبغي أن يكون ملائما الوقت والظروف التي صدر فيها، ومتناسبا أيضا عن طريق وجود علاقة منطقية، ومعقولة بين السبب الدافع للتدخل، والحل الذي جاء به المشرع العادي، وكذلك بين الحل، والغاية المستهدفة.

ومما تقدم كله يمكن القول إن سلطة المشرع العادي المقيدة لا تخلو من التقدير، وإن سلطته التقديرية تحدها قيود وضوابط، ليس في اختيار بديل معين، وإنما تفرض على المشرع العادي عدم اختيار بديل يصطدم بتلك الضوابط، والقيود التي تشكل مبادئ عامة للدستور.

وبذلك فإن سلطة المشرع العادي في عنصر المحل فيما يتعلق بوقت التدخل فإنها تقديرية إلى أبعد ما يكون، أما الحلول التشريعية فإن الأصل فيها التقدير المتمثل بحرية اختيار الحل، مع الالتزام بالضوابط، والقيود الدستورية العامة، والاستثناء هو عدم ترك حرية اختيار الحل المناسب للمشرع العادي، بل نجد الدستور قد حدد له ذلك الحل مسبقا، وإذا ما أراد التدخل فلا بدَّ أن يكون عن طريق ذلك الحل الذي وضعه المشرع الدستوري.

وبناءً عليه فإن التقدير موجود في عنصر المحل، ويمثل الأصل العام، والتقييد موجود أيضا، إلا أنه يشكل استثناء من الأصل المتقدم، وإن السلطة التقديرية للمشرع العادي لا تعني الخروج على الضوابط والقيود الدستورية. بل كل ما هنالك أنها تسمح بحرية اختيار البديل المناسب، مع التزام ذلك الحل بحدود الدستور، وإلا وقع تقدير المشرع العادي في دائرة المخالفة الدستورية، مما يستلزم ممارسة القاضي الدستوري رقابته، ومعارضة المشرع في ذلك التقدير، والحكم بعدم دستوريته، وهذا ما سنبيّنه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

التعارض التقديري لعدم التناسب في المحل

يتمتع المشرع العادي بسلطة تقديرية في عنصر المحل تسمح له بالمفاضلة بين بدائل عدة مشروعة، واختيار الأفضل من بينها؛ لتنظيم الموضوع المراد تنظيمه، ويتحقق ذلك بسبب ترك الدستور للمشرع العادي اختيار الحل المناسب.

إلا أنه مع تلك السلطة التقديرية ينبغي أن يكون الحل الذي اختاره المشرع العادي في إطار المبادئ الدستورية، وهذه المبادئ قد تكون في صيغة إنشائية، لذلك قد يكون من الصعوبة كشف مخالفة التقدير لتلك المبادئ.

بخلاف ما هو موجود في السلطة المقيدة التي يضع فيها الدستور حلولا للمشرع العادي، وعلى الأخير الالتزام بها، حتى يمكن معرفة المخالفة بمجرد المقارنة – أحيانا – بين النص الدستوري، والنص القانوني.

في حين إن الأمر ليس بهذه السهولة فيما يتعلق بالسلطة التقديرية؛ لأن كشف المخالفة في هذا المجال يقتضي الدراسة المتعمقة، والعناية اللازمة من القاضي الدستوري، وفي الوقت نفسه الموازنة بين ما يبتغيه المشرع العادي من أهداف، وما حدده لتحقيقها من وسائل.

وقد حاول القاضي الدستوري مواجهة تلك الصعوبة بوسائل فنية، للتوصل عن طريقها إلى تحديد مخالفة تقدير المشرع العادي للدستور، عندما تكون سلطته تقديرية.

ومن بين هذه الوسائل التناسب، الذي يعد وسيلة فنية يراقب القاضي الدستوري عن طريقها السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر المحل، بالتحقق من وجود علاقة منطقية، متوازنة بينه، وبين عنصر السبب، أو الغاية، ويترتب على اختلال تلك العلاقة عدم التناسب، ومن ثم عدم الدستورية.

ولذلك فإن القاضي الدستوري ليس بحاجة إلى التناسب عندما تكون سلطة المشرع مقيدة، إذا علمنا أن المخالفة هنا تتحقق بمجرد اختيار حل يخالف ما حدده الدستور.

في حين أن الدستور في مجال السلطة التقديرية لا يضع للمشرع العادي حلا محددا، وإنما يترك له سلطة اختيار الحل بناء على تقديره، إلا أنه يضع عليه مجموعة من الضوابط، والمبادئ، ينبغي الالتزام بها عند اختيار أحد الحلول، ولغرض تحديد مدى التزام المشرع العادي بتلك الضوابط، والقيود يلجأ القاضي الدستوري إلى وسيلة التناسب؛ تمهيدا للتحقق من مدى وجود المخالفة، أو عدم وجودها.

وبناءً على ذلك سوف نقسم هذا المطلب على فرعين: يكون الأول لتحديد مفهوم التناسب وموقف الفقه الدستوري من أطرافه، في حين نخصص الثاني لموقف القاضي الدستوري من التناسب.

الفرع الأول: مفهوم التناسب وموقف الفقه الدستوري من أطرافه

اختلف الفقه الدستوري بشأن مفهوم التناسب في القانون، ولذلك نجد هنالك مجموعة من التعريفات التي وضعت في هذا الشأن سنستعرض بعضها، والملاحظات التي نسجلها عليها، ونختتمها بتعريف خاص بنا.

فقد عرفه بعض الفقه أنه: (التوافق بين أي نص – سواء صدر في شكل قرار فردي، أو لائحي، أو في شكل تشريع – كأداة قانونية تستخدمها الدولة في تنظيم موضوعات معينة، وبين حقوق وحريات الأفراد، سواء المنصوص عليها صراحة في الدستور، أو المتضمنة في المقومات، والمبادئ الأساسية، والقواعد، والأحكام التي أتى بها الدستور)[١].

ويلاحظ أن التعريف المتقدم يمثل تحديدا عاما لمفهوم دستورية القانون، أكثر منه لبيان التناسب في القانون، فالتوافق بين النص القانوني، والحقوق والحريات – كما حدده التعريف – يدل على أن ذلك معيارا لتحديد دستورية القانون بشكل عام، في حين أن التناسب يمثل جزءا – وإن كان مهما – من تلك الدستورية.

---

[١] د. جورجي شفيق ساري: مصدر سابق، ص ٨.

ومن ثم لا يصح التطابق بينهما في المفهوم؛ لأن الدستورية تشمل جميع عناصر القانون: كالاختصاص، والشكل، والإجراءات، والسبب، والمحل، زيادة على الغاية، في حين أن التناسب يرتبط بعنصر المحل فقط كما سيتضح لاحقا.

زيادة على ذلك فإن التعريف المذكور قد قصر التناسب على الحقوق والحريات فقط، وعلى الرغم من أن الحقوق، والحريات تمثل النطاق الأوسع للتناسب، إلا أنها ليست الوحيدة له، فجميع نصوص الدستور يمكن أن تمثل معيارا لتحقق التناسب، سواء أكانت متعلقة بالحقوق، والحريات، أم بغيرها من الموضوعات التي ينظمها الدستور.

وعرفه بعضهم أنه: (التوافق بين نص تشريعي، أو نص لائحي، مع نصوص الدستور، أو المبادئ المستمدة من الدستور)[١].

ولم يخلو التعريف المذكور من الملاحظات أيضا؛ لأنه لم يغاير سابقه بشأن العمومية التي جاء بها، من حيث شمول التعريف جميع عناصر الدستورية التي ينبغي توفرها في القانون، وهو بذلك عاجز عن تحديد مفهوم التناسب بشكل دقيق.

ومن جانب آخر فالتعريفين المتقدمين لم يحددا الجهة المعنية ببيان التناسب، ويبرز في هذا الصدد: المشرع العادي، والقاضي الدستوري، ولا يمكن التعويل بشكل نهائي على ما يقوم به المشرع العادي، من عملية تناسبية؛ كونه المستهدف من تلك الرقابة، زيادة على ذلك فإن الغايات التي يريد تحقيقها قد تدفعه إلى مخالفة الدستور عن طريق تبني حلولا غير متناسبة.

ويبقى بعد ذلك القاضي الدستوري بوصفه الجهة الأقدر على ممارسة رقابة التناسب، وبيان التوازن المطلوب بين المحل، وغيره من أطراف العلاقة؛ وصولا إلى الحكم بالدستورية، أو عدمها.

وبما أن التناسب لا يبحث إلا في إطار رقابة القاضي الدستوري، لذا فإن وجود الأخير يمثل عنصرا مهما من عناصر تعريف التناسب، ولا يمكن استبعاده منه.

وبناءً على ما تقدم يمكن تعريف التناسب أنه: **(وسيلة فنية يلجأ إليها القاضي الدستوري للتحقق من مدى وجود علاقة منطقية، ومتوازنة، ومقبولة بين الحل التشريعي "محل القانون" وبين السبب الدافع له، أو الغاية منه، يُحكم على أساس وجودها، أو عدمه، بدستورية القانون، أو عدم دستوريته).**

ويتحقق التناسب – بشكل عام – بوجود علاقة منطقية، ومقبولة بين أمرين أو أكثر[٢]، ولا خلاف حول ذلك المعنى بين الفقه بقدر ما موجود من اختلاف حول الأطراف التي يجب أن تحكمها العلاقة المنطقية.

---

[١] د. مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد ٤١، العدد ١، ٢٠١٧، ص ١٨١.

[٢] ينظر: حسين جبر حسين الشويلي: الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب، مصدر سابق، ص ٦.

إذ الملاحظ اختلاف الفقه إلى أكثر من اتجاه بشأن تحديد الأطراف التي يجب أن تكون متناسبة، ولا يخفى أهمية ذلك التحديد سواء أكان للمشرع العادي، أم القاضي الدستوري، إذا علمنا أن التناسب مطلوب من الأول ابتداءً، والثاني رقابة.

فقد ذهب الاتجاه الأول إلى أن التناسب يكون بين السبب، والمحل عن طريق وجود توافق، أو تقارب بين الحالة القانونية، والواقعية التي دفعت المشرع العادي إلى تشريع القانون، وبين محل، أو موضوع القانون نفسه[١].

وعلى ضوء تلك العلاقة يحدد أصحاب هذا الاتجاه صحة القانون، أو عدم صحته بسبب عدم التناسب، بحيث إذا انعدم التناسب بين السبب، والمحل كان القانون مخالفا الدستور[٢].

ويبدو أن هذا الاتجاه متأثر بما هو ثابت من معنى للتناسب في مجال القانون الإداري، وبالتحديد أبرز ميدان لتطبيقه هو المسؤولية الانضباطية (التأديبية)، وإن التناسب يتحقق هنا بالتقارب والتوازن بين السبب والمحل، وبتعبير أدق بين الفعل الذي ارتكبه الموظف واستحق عليه مساءلته، وبين العقوبة الانضباطية المفروضة عليه[٣]، وتحت تأثير هذا الفهم رأى أصحاب الاتجاه الأول أن التناسب في القانون يكون بين السبب، والمحل أيضا.

أما الاتجاه الثاني فيرى أن التناسب يكون بين المحل والغاية، أي بمعنى آخر بين الإجراء الذي اختاره المشرع، والغاية التي استهدفها من القانون، التي يجمعها عنوان المصلحة العامة بمصاديقها المتعددة[٤].

وتبعا لذلك فإن عدم التناسب في القانون يقع عندما لا يتوافق مضمونه مع الغاية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، حتى تختل العلاقة فيما بينهما اختلالا واضحا[٥].

وهنالك اتجاه ثالث حاول المزج بين الاتجاهين المتقدمين عن طريق تعدد أطراف العلاقة إلى ثلاثة تمثل العناصر الداخلية للقانون (السبب، والمحل، والغاية)، وليس بين السبب والمحل، أو المحل والغاية، وإنما يشمل التناسب العلاقة المتبادلة بين العناصر المتقدمة، بحيث ينعدم التناسب إذا ختل التوافق بين هذه العناصر الثلاثة[٦].

---

[١] ومن مؤيدي هذا الاتجاه: د. جورجي شفيق ساري: رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، المصدر السابق، ص ٧. حسين جبر حسين الشويلي: الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب، المصدر السابق، ص ٢١. د. سامر عبد الحميد محمد العوضي: مصدر سابق، ص ٣٤٣ – ٣٤٤.

[٢] ينظر: حسين جبر حسين الشويلي: الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب، المصدر السابق، ص ٩.

[٣] مايا محمد نزار أبو دان: الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١١، ص ١٣١ وما بعدها.

[٤] ومن مؤيدي هذا الاتجاه: د. سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، مصدر سابق، ص ٢٥٤ – ٢٥٥. د. يسري محمد العصار: رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، المقال السابق، ص ١٩. د. عماد محمد محمد أبو حليمة: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع العادي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٦٨٠. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٤٥٦.

[٥] ينظر: د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: المصدر السابق، ص ٤٥٦.

[٦] ومن أصحاب هذا الاتجاه: د. مروان المدرس، مصدر سابق، ص ١٧٣.

وإذا كانت رقابة التناسب تعني فحص درجة الارتباط بين عنصرين، أو أكثر من المعايير الخاضعة لرقابة القاضي الدستوري، فإن أغلب التطبيقات القضائية تؤكد فرض القاضي الدستوري رقابة التناسب على العلاقة بين المحل، والغاية كما سيتضح لاحقا.

إلا أن ذلك لا يمنع من القول إن حقيقة التناسب تقع بشكل أساسٍ على المحل، وبغض النظر عن الطرف الآخر الذي يرتبط به، فالتناسب في حقيقته يستلزم من المشرع العادي أن يجعل محل القانون متناسبا مع الطرف الآخر سواء أكان سببا أم غاية، أي ضرورة ملازمة المحل للسبب، والغاية كلا على انفراد بحالة تناسبية.

وبناءً على ذلك فإن المحور الأساس في التناسب هو المحل الذي يمثل حالة متغيرة أمام السبب – بعد وقوعه – والغاية – بعد تحديدها – كونهما يمثلان حالة ثابتة، ويدور المحل مدارهما حتى يكون متناسبا معهما.

فالحالة القانونية، أو الواقعية التي تمثل السبب هي حالة ثابتة بعد وقوعها، وعلى المشرع العادي عنده وضعها الحلول التشريعية (المحل)، أن يراعي التناسب مع تلك الحالة على وفق المرونة، والحرية المتروكة له بموجب السلطة التقديرية، وبذلك فإن المحل يمثل حالة متغيرة على المشرع أن يضبطها حتى يصل بها إلى التناسب مع عنصر السبب.

وكذلك الحال فيما يتعلق بالغاية، فبعد أن يحدد المشرع أهدافا يتوخى تحققها، عليه أن يضع الحلول التشريعية (المحل) لتحقيقها؛ لأن تلك الحلول تمثل وسائل لتحقيق الأهداف، وفي إطار التناسب لا بدَّ من أن تكون تلك الوسائل (الحلول التشريعية) متناسبة مع الغاية المستهدفة.

وفي الحالتين المتقدمتين يتضح أن التناسب مفروض على المحل، وليس العكس، إذ ليس من المنطق أن يلزم المشرع العادي بأن تكون أسبابه متناسبة مع الحلول التشريعية التي يأتي بها؛ لتقدم السبب زمنيا على المحل، وما يرتبه ذلك التقدم الزمني من أثر في تناسبهما، ومن ثم لا يمكن قبول خلافه؛ لأنه لا يمكن القول بوجود حل تشريعي ثابت، والسبب يدور حوله تناسبيا، ولا يمكن قبول تحديد المشرع غايات تتناسب مع الحل التشريعي الذي جاء به.

فالأسباب هي حالات قانونية، وواقعية تحدث على أرض الواقع، والغاية تتمثل بمصاديق المصلحة العامة، أما الحلول التشريعية فهي مرهونة بيد المشرع بما يمتلكه من سلطة تقديرية، وعليه أن يأتي بحلول متناسبة مع العنصرين الثابتين (السبب، والغاية)، وليس عليه أن يأتي بأسباب، وغايات متناسبة مع الحلول التشريعية.

وعند التسليم بأن التناسب ينصب على عنصر المحل، فلا يهم عندئذ إن كان ذلك التناسب مع السبب، أو الغاية، أو كليهما ما دام الوصف الدستوري للقانون لا يتحقق إلا بتناسب المحل مع الطرف الآخر، سواء أكان سببا أم غاية؛ كونهما يمثلان الحالة المثالية التي ينبغي أن يتناسب معهما محل القانون.

وإذا كان التناسب مفروضا بشكل أساس على المحل في القانون، فإننا لا ننحاز إلى أي اتجاه على حساب الاتجاهات الأخرى، بل نجد أن الاتجاهات المتقدمة – جميعها – يمكن أن تحقق التناسب، بحيث لا يمنع الأخذ بأحدها من تطبيق الاتجاهات الأخرى لتحقيق الغرض المطلوب.

وبناءً عليه فإن التناسب ينبغي أن يتحقق بين السبب والمحل من جانب، ولا بدَّ من توفره بين المحل، والغاية من جانب آخر.

ونضيف إلى ذلك أن التناسب يمكن أن ينصب على المحل وحده، أو بتعبير أدق فإن التناسب يمكن أن يكون لفحص درجة الارتباط بين مكونات المحل نفسه.

فالمحل بما يمثله من حلول يضعها المشرع العادي لمواجهة موضوعات معينة. فإن هذه الحلول تنقسم بذاتها إلى مكونات عدة، تحكمها علاقة ورابطة محددة، ينبغي أن تكون متناسبة فيما بينها، وإلا اختلت تلك العلاقة، وانعدم التناسب فيما بينهما، مما يؤدي إلى عدم دستورية تلك الحلول.

وأبرز مثال على ذلك القوانين الجنائية التي تحدد الأفعال المجرّمة، والعقوبات اللازمة إياها، وبما أن تلك القوانين يحكمها مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وما يستلزمه ذلك المبدأ من قيام المشرع العادي نفسه بوضع العقوبة لكل جريمة بعد تحديدها بشكل واضح، فإن النصوص الجنائية التي تمثل المحل في القانون تنطوي على عنصرين هما: الجريمة والعقوبة، وهذان العنصران تحكمهما علاقة ترابط، فلكل جريمة عقوبة، ومن ثم ليس هنالك جريمة من دون عقوبة، ولا توجد عقوبة من دون جريمة.

وإذا سلّمنا بوجود تلك الرابطة بين الجريمة والعقوبة، فلا بدَّ من أن تكون العلاقة متناسبة بينهما، حتى يمكن عن طريقها تفهم شدة العقوبة مع جسامة الجريمة، أو بالعكس، وإلا كان عمل المشرع مخالفا الدستور؛ بسبب عدم التناسب الذي أصاب العناصر الداخلية لمحل القانون، وبالتحديد عدم التناسب بين الجريمة من جهة، والعقوبة التي وضعها المشرع لها من جهة أخرى.

وقد أكد المجلس الدستوري على ضرورة التناسب بين الجريمة والعقوبة مبينا أنه: (إذا كانت الحاجة إلى العقوبات المصاحبة للجرائم تقع ضمن تقدير المشرع، فإنه يتعين على المجلس الدستوري التأكد من عدم وجود تفاوت واضح بين المخالفة والعقوبة المفروضة)[١]. وعبرت عن ذلك أيضا المحكمة الدستورية العليا أن: (الجزاء الجنائي لا يعد مبررا إلا إذا كان، ... متناسبا مع الفعل المؤثم)[٢].

الفرع الثاني: موقف القاضي الدستوري من التناسب

على الرغم من أن المشرع العادي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في عنصر المحل، إلا أن القاضي الدستوري استطاع أن يفرض رقابته على تلك السلطة، عن طريق التناسب، وصولا إلى التحقق من مدى دستورية الحل الذي اختاره المشرع العادي، بحيث يصل إلى عدم دستوريته كلما اختل ذلك التناسب بين المحل من جهة، والسبب أو الغاية من جهة أخرى.

---

[١] قرارا المجلس الدستوري المرقمان:

CC: 2021-984 QPC du 25/3/2022. CC: 2021-942 QPC du 21/10/2021.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١١٤ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" في ٢٠٠١/٦/٢). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٤) في ٢٠٠١/٦/١٤.

ولغرض بيان موقف القاضي الدستوري من التناسب، سنستعرض موقف المجلس الدستوري (أولا)، والمحكمة الدستورية العليا (ثانيا)، والمحكمة الاتحادية العليا (ثالثا).

أولا: موقف المجلس الدستوري من التناسب

اعتمد المجلس الدستوري التناسب لفحص التوازن بين القيود المفروضة على الحقوق والحريات الدستورية من جانب، والأهداف التي يبتغي المشرع العادي تحقيقها من الإجراء المتخذ، ويرى المجلس ضرورة تلك المراجعة لتحقيق التوازن بين المتطلبات المنطقية التي لا يمكن التضحية بها[١].

إن رقابة التناسب التي يمارسها المجلس الدستوري وخاصة منذ عام ١٩٩٠ مستوحاة من السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الألمانية، وتنطلق هذه السياسة القضائية للمجلس الدستوري من أبعاد ثلاثة، يتحقق بتوفرها التناسب بمعناه العام، فكل إجراء يقيّد حقا أساسيا يجب أن يفي بثلاثة متطلبات حتى يكون متناسبا هي: الكفاية، والضرورة، والتناسب بالمعنى الدقيق للكلمة[٢].

فأولا الكفاية، وتعني أن الإجراء الذي اتخذه المشرع العادي كافٍ لتحقيق الهدف الذي يسعى إليه، ولذلك يقضي المجلس الدستوري بعدم التناسب كلما وجد أن الإجراء المتخذ لا يحقق، أو لا يسمح بتحقيق الهدف المنشود.

وثانيا الضرورة، إذ لا بدَّ من أن يكون الإجراء ضروريا، أي بمعنى يجب ألّا يتجاوز بطبيعته، وطرقه ما هو مطلوب لتحقيق الهدف المنشود، وفي هذا العنصر يقصر المجلس رقابته على مراجعة تكييف الإجراء المتخذ مع الهدف المنشود في نطاقه المادي والزمني ويستبعد المجلس الدستوري من هذا العنصر البحث عن إجراء بديل لتحقيق الهدف؛ لأنه – أي المجلس – يؤكد مرارا، وتكرارا عدم امتلاكه سلطة عامة للتقييم والتقرير، مماثلة لما يمتلكه البرلمان، ومن ثم ليس له أن يقرر ما إذا كان الهدف الذي حدده المشرع يمكن تحقيقه بوسائل أخرى، بسبب عدم اعتماد القانون أساليب غير متناسبة مع الأهداف المحددة، ولذلك يقصر المجلس الدستوري بحثه هنا على عدم تجاوز الإجراء المتخذ ما هو ضروري لتحقيق الغاية المطلوبة[٣].

---

[١] ينظر: د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٤٦٩ وما بعدها. جورجي شفيق ساري: مصدر سابق، ص ٦٠ وما بعدها.

[٢] ينظر:

Valérie Goesel-Le Bihan: le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel: figures récentes, revue française de droit constitutionnel, 2007/2, n 70, p 278.

[٣] ينظر:

Goesel-Le Bihan: le contrôle de proportionnalité exercé par le conseil constitutionnel, cahier du conseil constitutionnel n° 22 (dossier : le réalisme en droit constitutionnel) - juin 2007.

وعلى هذا الأساس يصف بعض الفقه الفرنسي رقابة المجلس الدستوري لعنصر (الضرورة) ضمن مجال التناسب بأنها مقيدة؛ لأنها تتعلق بالإجراء المتخذ من دون أن تصل إلى البحث عن إجراء بديل، إذ يبقى ذلك متروكا لتقدير المشرع العادي نفسه[١].

ففي قراره الصادر في ٢٠٠١/٥/٩ لم يتحقق المجلس الدستوري ما إذا كان هناك إجراء آخر غير تأجيل الانتخابات لتحقيق الهدف الذي يسعى المشرع إليه، إلا أنه بالمقابل يتأكد ما إذا كان نطاق التمديد لولاية الجمعية الوطنية لا يتجاوز ما هو ضروري لذلك الهدف.

وتتلخص معطيات الإحالة في القرار أعلاه، بتمديد المشرع العادي ولاية الجمعية الوطنية أحد عشر أسبوعا عن الموعد الذي تنتهي فيه بشكل أصولي؛ لغرض جعل إجراء انتخابات رئيس الجمهورية قبل الانتخابات النيابية، بسبب تأثير مركز رئيس الجمهورية في عمل مؤسسات الدستورية الأخرى.

وبما أن هذا التمديد قد يتقاطع مع الحق في التصويت، فقد أحيل القانون إلى المجلس الدستوري للنظر في دستوريته، إلا أن الأخير أقره على وفق الحيثيات الآتية: (بالنظر إلى أن المشرع الأساسي، المختص بموجب المادة (٢٥) من الدستور لتحديد مدة كل مجلس، يمكنه تعديل هذه المدة بحرية وفقا لقواعد، ومبادئ ذات القيمة الدستورية؛ وأن من بين هذه القواعد المادة (٣)، التي بموجبها "يجب أن يكون الاقتراع دائما عاما، ومتساويا، وسريا"، مما يعني أن الناخبين مدعوون لممارسة حقهم في التصويت على فترات زمنية معقولة؛ وبما أن المجلس الدستوري لا يتمتع بسلطة عامة للتقييم، والقرار من طبيعة سلطة البرلمان نفسها؛ ومن ثم ليس من اختصاصه تحديد ما إذا كان يمكن تحقيق الهدف الذي حدده المشرع بوسائل أخرى، ...، وبما أن القانون المعروض لا يقصد منه التمديد الدائم لمدة ولاية النواب، التي تبقى محددة بخمس سنوات، ...، وأن الهدف الذي حدده المشرع لا يتعارض مع أي مبدأ أو مع أي قاعدة ذات قيمة دستورية، ...، وإذ يأخذ المجلس الدستوري بالحسبان أنه لتحقيق الهدف المحدد، قرر المشرع تمديد صلاحيات الجمعية الوطنية القائمة حاليا حتى الثلاثاء الثالث من شهر حزيران/ يونيو ٢٠٠٢؛ وأن هذا التمديد، الذي يقتصر على أحد عشر أسبوعا، يبدو ضروريا للغاية؛ لتحقيق هدف القانون، وأنه ذو طبيعة استثنائية وانتقالية، ولذلك فإنه لا يعد غير متناسبٍ بشكل واضح مع الهدف المذكور)[٢].

وأخيرا يجب أن يكون الإجراء المتخذ متناسبا بالمعنى الدقيق للكلمة، ويراد بذلك ألّا تكون الأعباء، والأضرار التي يتركها الإجراء غير متناسبة مع الغاية المنشودة.

---

[١] ينظر:

Valérie Goesel-Le Bihan: le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel: figures récentes, source précédente, p 290.

[٢] قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2001-444 DC du 9/5/2001.

ويرى بعض الفقه الفرنسي أن سياسة المجلس الدستوري بشأن رقابة التناسب تتفاوت بحسب طبيعة الحقوق والحريات التي يتعلق تقدير المشرع بها[١].

فبالرجوع إلى قرارات المجلس الدستوري يتضح أن هنالك مجموعة من الحقوق والحريات تحتل مكانة متقدمة في رقابة التناسب، تتمثل بشدة وصرامة هذه الرقابة، وتشمل هذه الفئة بشكل أساس: الحرية الفردية بما تتضمنه من الحق في احترام الحياة الخاصة، والحق في عيش حياة أسرية طبيعية، وحرية التنقل، وحرية الزواج، وحرمة المسكن. وأيضا تشمل حرية الاتصال، وسرية المراسلات، ولا يعني ذلك اقتصار هذه الفئة على الحقوق المتقدمة، وإنما يستند هذا التحديد إلى تطبيقات المجلس الدستوري، ومن ثم لا يمنع ذلك التحديد من إضافة حقوق أخرى، بحسب توجه المجلس إذا انتهكتها قوانين معينة.

وفي هذه الفئة من الحقوق والحريات يعزز المجلس الدستوري حمايته إياها بشكل مزدوج، إذ لا يقتصر على ممارسة رقابة التناسب بشكل عام، وإنما يذهب إلى أبعد من ذلك عن طريق اشتراط تبرير أية قيود يفرضها المشرع العادي بضرورة ارتباطها بأي مبدأ، أو هدف، أو حق آخر له قيمة دستورية، أي لا بدَّ أن تكون الأهداف التي يراد تحقيقها ذات أساس دستوري، ومن ثم لا تكفي لذلك مجرد المصلحة العامة البسيطة[٢].

وتؤكد السوابق القضائية هذا التحليل ففي قراره الصادر في ٢٠٠٣/٣/١٣ بشأن قانون الأمن الداخلي رقم (٢٣٩-٢٠٠٣) نظر المجلس الدستوري في قيد فرض على حرية الاتصال يتعلق بجريمة جديدة تتمثل بإهانة الأفراد النشيد الوطني، أو العلم الوطني عن طريق الانترنت، وقد توصل المجلس بعد تحليل نطاق التجريم المعترض عليه إلى أن المشرع قد أجرى التوفيق اللازم بموجب اختصاصه بين المتطلبات الدستورية، أي ضمان الحريات المحمية دستوريا، واحترام النظام العام[٣].

والواضح أن المجلس الدستوري قد أقر بالتناسب الذي أجراه المشرع العادي في قراره أعلاه؛ لأن القيود الواردة على حرية الاتصال تبررها ضرورات النظام العام المتمثلة بحماية النشيد الوطني والعلم الوطني، وهو هدف دستوري بعد أن كفله الدستور بشكل صريح[٤].

---

[١] ينظر:

Valérie Goesel-Le Bihan: le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel: figures récentes, source précédente, p 271.

[٢] ينظر:

Valérie Goesel-Le Bihan: le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel: figures récentes, source précédente, p 270.

[٣] قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2003-467 DC du 13/3/2003.

[٤] نصت المادة (٢) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على: (العلم الوطني هو العلم المتكون من ثلاثة ألوان، الأزرق، والأبيض، والأحمر. النشيد الوطني هو "لا مرسياز").

ونجد ذلك أيضا في قراره الصادر في ٢٠٠٤/٣/٢ بشأن قانون تكييف العدالة للمتغيرات الجريمة الذي أجاز تمديد الحبس الاحتياطي مدتين إضافيتين لمدة (٢٤) ساعة لكل منهما، زيادة على المدة الاعتيادية وهي (٤٨) ساعة. ليكون الحد الأقصى للحبس الاحتياطي لدى الشرطة (٩٦) ساعة.

وقد استند مقدمو الإحالة إلى أن تلك المدة مبالغ فيها بشكل واضح، وغير متناسبة بالمعنى المقصود في المادة مع المادة (٨)[١] من إعلان حقوق الانسان والمواطن لعام ١٧٨٩، ومن ثم تنتهك الحرية الفردية التي نص عليها الاعلان نفسه في المادة (٢) منه[٢].

إلا أن المجلس الدستوري رد ذلك الاعتراض؛ لأن نطاق التمديد المذكور يتعلق بالتحقيق في جرائم معينة (جرائم الإرهاب، وجرائم المخدرات) وهذه جرائم تتطلب بسبب خطورتها، وتعقيدها تحقيقات محددة، وأضاف المجلس أن القانون قد جعل تمديد الحبس الاحتياطي لدى الشرطة خاضعا لقرار مكتوب، ومسبب من قاضي التحقيق، الذي يجب تقديم الشخص المعني إليه، مع فرض الإشراف الطبي على الشخص المحتجز، وبالنظر إلى كل ما تقدم قرر المجلس الدستوري أن تمديد الحبس الاحتياطي لا يتعدى بشكل مبالغ فيه على الحرية الفردية[٣].

ومن جانب آخر تخضع الحقوق، والحريات الأخرى لرقابة تناسب أقل مما تقدم، إذ لا يشترط المجلس الدستوري في هذه الفئة من الحقوق تبرير القيود المفروضة عليها بأهداف لها أساس دستوري، وإنما يقتنع لتبرير ذلك التقييد بالمصلحة العامة البسيطة التي لا تجد لها أساسا دستوريا مباشرا، ولا يحكم المجلس بعدم التناسب إلا عند وجود قيود مبالغ فيها بشكل واضح، بالمقارنة مع الهدف المنشود، ويترتب على ذلك اتساع السلطة التقديرية للمشرع العادي في هذا المجال، ومن ضمن هذه الفئة حرية التعاقد، وحرية المشروع، أو المؤسسة، ومبدأ الإدارة الحرة للسلطات المحلية، ومبدأ حرية في مواردها[٤].

وفي قراره الصادر في ٢٠٠٢/١/١٢ بيّن المجلس الدستوري أن المشرع العادي قد فرض قيودا مبالغا فيها بشكل واضح، مقارنة بالهدف المنشود المتمثل بالحفاظ على العمل عندما حدد القانون حالات تسريح (فصل)

---

[١] نصت المادة (٨) من إعلان حقوق الانسان والمواطن لعام ١٧٨٩ على: (يجب أن ينص القانون فقط على العقوبات الضرورية بشكل صارم وواضح، ولا يجوز معاقبة أي شخص إلا بموجب قانون تم وضعه وإصداره قبل الجريمة وتطبيقه قانونا). المنشور في موقع التشريعات الفرنسية باللغة الفرنسية وفق الرابط الآتي: https://www-legifrance-gouv-fr.

[٢] نصت المادة (٢) من إعلان حقوق الانسان والمواطن لعام ١٧٨٩ على: (هدف أي جمعية سياسية هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية وغير القابلة للتقادم. هذه الحقوق هي الحرية والملكية والأمان ومقاومة الظلم).

[٣] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2004-492 DC du 2/3/2004.

[٤] ينظر:

Valérie Goesel-Le Bihan: le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel: figures récentes, source précédente, p 270.

العمال لأسباب اقتصادية، بالصعوبات الاقتصادية الخطيرة التي لا يمكن التغلب عليها بأية وسيلة أخرى، سواء أكانت تغييرات تكنولوجية تهدد استدامة الشركة، أو لحاجتها إلى اعادة تنظيم.

وقد رأى المجلس أن التحديد المذكور مع استبعاد أية فرضية لحالات أخرى، مثل وقف نشاط الشركة يشكل قيدا على إدارة المؤسسة له تأثيرات تسمح ببقاء عمال فائضين عن الحاجة عندما يكون بقاء الشركة موضع شك هو ما يجعل تدخل المشرع غير متناسب بشكل واضح، أو بشكل مبالغ فيه، قياسا بالهدف المطلوب تحقيقه وهو الحفاظ على العمل، ولذلك قرر المجلس الدستوري عدم دستورية هذا التحديد[١].

وبذلك يؤكد المجلس الدستوري أن المشرع العادي إذا كانت له سلطة فرض القيود على حرية المشروع، أو المؤسسة؛ لغرض وضع قواعد تضمن حق كل فرد في الحصول على عمل، فإن ذلك مشروط بأن لا يؤدي إلى اعتداء غير متناسب بشكل واضح مع ذلك الهدف المنشود.

وفرض المجلس الدستوري رقابته على التناسب فيما يخص التجريم، والعقاب انطلاقا من أحكام المادتين (٥)[٢]، (٨) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩[٣].

في هذا الصدد قرر المجلس الدستوري عدم دستورية المادة (١/٤٢١) من قانون العقوبات، التي عدّت المساعدة في الدخول غير المشروع للبلد، أو التنقل، أو الإقامة للأجنبي المحدد في المادة (٢١) من الأمر الصادر في ١٩٤٥/١١/٢[٤].

وقد رأى المجلس الدستوري أن المادة في أعلاه لا تجرم الأفعال المذكورة؛ لأنها تضر بأمن الأفراد، والممتلكات بشكل مباشر، وإنما تجرم السلوك البسيط للمساعدة المباشرة، أو غير المباشرة للأشخاص الموجودين بشكل غير مشروع، وإن هذا السلوك في حقيقته ليس له علاقة مباشرة بارتكاب عمل إرهابي.

زيادة على ذلك فإن وجود مثل هذه العلاقة بين المساعدة، والأعمال الإرهابية يمكن أن يدخل ضمن نطاق تجريم التواطؤ في أعمال الإرهاب، واخفاء المجرمين، أو المشاركة في مجموعة إرهابية.

وبذلك فإن إعطاء هذا السلوك وصفا إرهابيا ينتج عنه فقط تشديد العقوبة، وتبعا لذلك قرر المجلس الدستوري عدم دستورية مجرد مساعدة الأجنبي على الدخول غير القانوني، أو التنقل، أو الإقامة عملا إرهابيا[٥].

---

[١] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2001-455 DC du 12/1/2002.

[٢] نصت المادة (٥) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ على: (للقانون أن يمنع إلا الأعمال الضارة بالمجتمع لا يمكن إعاقة أي شيء لا يحظره القانون، ولا يمكن إجبار أحد على فعل ما لا يأمر به).

[٣] ينظر: د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٤٦٨.

[٤] وقد استثنت المادة من ذلك أصول الشخص، وفروعه، والزوج ما لم يكن الزوجان منفصلين قانونا، أو مخولين بالإقامة بشكل منفصل.

[٥] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 96-337 DC du 16/7/1996.

ثانيا: موقف المحكمة الدستورية العليا من التناسب

مارست المحكمة الدستورية العليا رقابة التناسب على مختلف مجالات القانون السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، عن طريق اشتراطها وجود ارتباط بين النصوص القانونية – بوصفها وسائل يعتمدها المشرع – والغايات المراد تحقيقها من تلك النصوص، ويعكس ذلك الارتباط – في حقيقته – التناسب بين عنصري المحل، والغاية في القانون[١].

ولم تقرر المحكمة الدستورية العليا التناسب بمجرد هذا الارتباط، وإنما تستلزم أن يكون ارتباطا منطقيا حتى تؤدي تلك الوسائل إلى تحقيق الأهداف أولا، وأنها – أي الوسائل – محددة بقدر ما يحقق تلك الأهداف، وأخيرا فإن الوسائل إذا ألحقت أضرارا بأحد الحقوق والحريات، أو شكلت قيدا عليها، فلا بدَّ ألّا تكون الأضرار، والقيود غير متناسبة مع الأهداف المنشودة.

إذ قضت أنه: (لا يجوز أن تنفصل النصوص القانونية التي نظّم بها المشرع موضوعا محددا عن أهدافها، بل يجب أن تكون هذه النصوص مدخلا إليها، وموطئا لإشباع مصلحة عامة لها اعتبارها، ومرد ذلك، أن كل تنظيم تشريعي لا يصدر عن فراغ، ولا يعتبر مقصودا لذاته، بل مرماه إنفاذ أغراض بعينها يتوخاها، وتعكس مشروعيتها إطارا للمصلحة العامة التي أقام المشرع عليها هذا التنظيم باعتباره أداة تحقيقها، وطريق الوصول إليها)[٢].

وبناءً على ذلك فإنه: (يقتضي اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور – وفى نطاق الموضوع محل التنظيم التشريعي – ألا تنفصل هذه النصوص عن الأغراض التي توخاها المشرع منها، بل يكون اتصال هذه الأغراض – وبافتراض مشروعيتها – بالوسائل إليها، منطقيا، لا واهيا أو مفتعلا)[٣].

وقد أعملت المحكمة الدستورية العليا رقابتها على مدى توافر هذه العلاقة عن طريق التحقق من عناصر التناسب بمعناه الواسع – كما هو معمول به في رقابة المجلس الدستوري – وهي الكفاية، والضرورة، والتناسب بمعناه الضيق حتى وإن لم تصرح بتلك العناصر، فإن أحكامها تؤكد هذه الحقيقة.

ففي حكمها الصادر في ١٩٩٢/٥/٢٧ راقبت المحكمة عنصر الكفاية في تقدير المشرع الذي يستلزم أن يكون الإجراء المتخذ (المحل) من شأنه تحقيق الغاية المستهدفة حتى إذا انقطعت الصلة بين هذا الإجراء، والأهداف المنشودة، قضت المحكمة بعدم الدستورية.

---

[١] للمزيد ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ٤٦٤. د. عبير حسين السيد حسين: دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع العادي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٨٠ وما بعدها. د. عماد محمد محمد أبو حليمة: مصدر سابق، ص ٦٨٧ وما بعدها. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٤٦٠ وما بعدها. د. شادي محمد صلاح عبد البديع: مصدر سابق، ص ٤٦٠ وما بعدها.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٨٠ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" في ٢٠٠٠/١/١). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢ تابع) في ٢٠٠٠/١/١٣.

[٣] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" في ١٩٩٧/٣/٢٢). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٤) في ١٩٩٧/٤/٣.

وقد انصب الحكم على المادة (٥٥) من قانون المحاماة رقم (١٧) لسنة ١٩٨٣ التي نصت على: (استثناء من حكم المادة (٢٠) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يجوز للمحامي، أو لورثته التنازل عن حق إيجار مكتب المحاماة لمزاولة مهنة حرة، أو حرفة غير مقلقة للراحة أو مضرة بالصحة).

والواضح أن المشرع قد استهدف دعم مهنة المحاماة من النص المتقدم، إلا أن المحكمة رأت أن هذه النص – بوصفه وسيلة – لا يرتبط بالغاية المذكورة، وإنما يعد منقطع الصلة بها، إذ إن (المحاماة التي نظمها القانون، ... مهنة حرة قوامها مشاركة السلطة القضائية في تحقيق العدالة، وفى توكيد سيادة القانون، وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين، وحرياتهم، ويمارسها المحامون وحدهم في استقلال، ولا سلطان عليهم في ذلك إلا لضمائرهم وأحكام القانون، ولتحقيق هذا الغرض حظر المشرع – وعلى ما قررته المادة (١٤) من هذا القانون – الجمع بينها وبين الأعمال التي عددتها، والتي قدر المشرع منافاتها لها، كما كفل بالمادة (٥١) من ذلك القانون عدم جواز التحقيق مع محامٍ، أو تفتيش مكتبه إلا بمعرفة أحد أعضاء النيابة العامة، ولم يجز كذلك بنص الفقرة الأولى من المادة (٥٥) منه الحجز على مكتبه، وكافة محتوياته المستخدمة في مزاولة المهنة، متى كان ذلك وكانت النصوص التي أوردها قانون المحاماة على النحو السالف بيانه تتضافر مع غيرها من النصوص التي بسطها في مجال توجهها نحو دعم مهنة المحاماة، والتمكين من أداء رسالتها على الوجه الذى يكفل إرساء سيادة القانون، وبمراعاة ما يقتضيه تنظيم أصول المهنة سعيا للنهوض بها، فإن الفقرة الثانية من المادة (٥٥) منه – وهى النص التشريعي المطعون فيه – تبدو غريبة في بابها منفصلة عن مجموع الأحكام التي اشتمل عليها هذا القانون، منافية للتنظيم المتكامل لمهنة المحاماة، وهو تنظيم خاص توخى تحديد حقوق المحامين وواجباتهم بصورة دقيقة بما لا يخرج على أصول المهنة، أو يخل بمتطلباتها محددة على ضوء الأغراض التي ترمى هذه المهنة إلى بلوغها، بما مؤداه: انفصال الفقرة الثانية من المادة (٥٥) – في جوانبها المطعون عليها– عن الأحكام التي تقتضيها مزاولة مهنة المحاماة والقيام على رسالتها، ذلك أنها تقرر لكل محامٍ – ولو بعد تخليه حال حياته عن مزاولة المهنة – ولورثته من بعده – ولو كانوا من غير المحامين – مزية استثنائية تنطوي على إسقاط كامل لحقوق المالك المرتبطة بها)[١].

وبناءً على عدم وجود العلاقة المنطقية بين النص المذكور، والغاية التي استهدف المشرع تحقيقها قضت المحكمة بعدم دستورية المادة في أعلاه.

وأما عنصر الضرورة فقد مارست المحكمة رقابتها على مدى التزام المشرع باتخاذ الإجراء المناسب على وفق الضرورة التي اقتضته.

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٥ لسنة ١١ قضائية "دستورية" في ١٩٩٢/٥/٢٧). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٤) في ١٩٩٢/٦/١٥.

ومن ذلك حكمها الصادر في ١٩٩٧/١/٤ المرتبط بالمادة (٢٩)[١] من قانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧ التي جاءت استثناء من الأصل العام لعقد الإيجار المتمثل بانقضائه عند وفاة المستأجر؛ كونه لصيقا بشخصه، لذلك قرر المشرع – في المادة المشار إليها – استمرار الإجارة – بقوة القانون – حتى إذا توفي المستأجر، أو ترك العين المؤجرة، إذا بقي فيها زوجه، أو أولاده، أو أي من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة، أو الترك.

ولم يقصر المشرع استمرار عقد الإيجار على الأشخاص المذكورين، وإنما أضاف لهم أقارب المستأجر مصاهرة حتى الدرجة الثالثة إذا كانوا يقيمون في المسكن مدة سنة قبل الوفاة، أو الترك.

وقد استهدف المشرع من النص المتقدم الإسهام في حل أزمة السكن المتفاقمة؛ بسبب قلة المعروض من الأماكن المهيأة للسكنى، عن طريق استمرار بقاء الأشخاص المحددين في العين المؤجرة بناءً على عقد الإيجار الأول.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا قررت أن الامتداد الخاص بأقرباء المستأجر مصاهرة: (لا يعدو ذلك، أن يكون عدوانا على حق الملكية إخلالا بأحد عناصرها، وافتئاتا كذلك على ما هو مفترض من أن الأصل في النصوص القانونية التي اقتضتها الضرورة، أن يكون إعمالها بقدر توافر موجباتها التي يعكسها – في نطاق النزاع الراهن – تصاعد أزمة الإسكان، وغلوائها مما اقتضى تدخل المشرع بقيود استثنائية للحد منها، ومن ثم تكون هذه الضرورة مناط سريان هذه القيود باعتبارها علة تقريرها، فلا تدور إلا معها، وينبغي أن تظهر هذه الضرورة – في مجال تطبيقها على المساكن – في صورتها الضاغطة التي تسوغ تحميل المؤجر بتدابير من طبيعة استثنائية، فلا يجوز أن ينتحلها المشرع، أو يتوهمها ليمد مجال عملها إلى فروض لا تسعها، ولا يمكن التسليم بها، ... وحيث إن ما تقدم مؤداه: أن النص المطعون فيه، أنشأ حقوقاً مبتدأة – بعيدة في مداها– منحها لفئة بذاتها من أقرباء المستأجر الأصلي، اختصها دون مسوغ، واصطفاها في غير ضرورة، بتلك المعاملة التفضيلية التي، ... تلحق بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش، حال أن دفع المضرة أولى اتقاء لسوءاتها وشرورها، ولأن الأصل حين تتزاحم الأضرار على محل واحد، أن يكون تحمل أخفها لازما دفعا لأفدحها، وكان ينبغي – من ثم – أن يترسم النص المطعون فيه تلك الضوابط التي تتوازن من خلالها العلائق الإيجارية بما يكون كافلا لمصالح أطرافها،

---

[١] نصت المادة (٢٩) من قانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧ على: (مع عدم الإخلال بحكم المادة (٨) من هذا القانون، لا ينتهي عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر، أو تركه العين، إذا بقي فيها زوجته، أو أولاده، أو أي من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة، أو الترك. وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر مصاهرة حتى الدرجة الثالثة، يشترط لاستمرار عقد الإيجار إقامتهم في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر، أو مدة شغله للمسكن أيتهما أقل، ... وفى جميع الأحوال يلتزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم الحق في الاستمرار في شغل العين ويلتزم هؤلاء الشاغلون بطريق التضامن بكافة أحكام العقد).

غير مؤد إلى تنافرها، ... وحيث إن النص المطعون فيه قد نقض بما تقدم، الأحكام المنصوص عليها في المواد (٧، ٣٢، ٣٤،٤٠) من الدستور، ... حكمت المحكمة بعدم دستورية ما نصت عليه المادة (٢٩)[١].

وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد أقرت بالسلطة التقديرية للمشرع العادي في تنظيمه للحقوق، إلا أنها قد مارست رقابتها على البديل الذي اختاره المشرع من حيث مدى تناسبه، وفيما إذا كان بحدود الغاية المستهدفة، أم متجاوزا تلك الحدود.

وبالرجوع إلى حيثيات الموضوع فإن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية في تنظيم الملكية الخاصة، وفرض بعض القيود عليها، انسجاما مع وظيفتها الاجتماعية؛ لغرض اجتماعي معتد به دستوريا يتمثل في حل أزمة السكن، إلا أنه ينبغي أن تكون القيود ضرورية بالحد الذي يحقق الغاية المستهدفة، فإذا كانت متجاوزة حد الضرورة تحولت إلى عدوان على الملكية.

وبناءً على ذلك قد يكون استمرار عقد الإيجار لزوج المستأجر، أو أولاده، أو أي من والديه – بمفهوم المخالفة لحكم المحكمة – أمرا متناسبا؛ كونه مقدر بقدر الضرورة التي دفعت إلى اتخاذه، أما ما يرتبط بأقرباء المستأجر مصاهرة، فإنه يشكل أمرا متجاوزا حدود الضرورة، من ثم يعد غير متناسب مع الغاية المستهدفة، ولا سيما أن النص جاء عاما، بحيث يمتد ذلك إلى أقرباء المستأجر بالمصاهرة الذين امتد عقد الإيجار إليهم من قبل.

وهذا ما أكدته المحكمة بأن: (الأقرباء بالمصاهرة – في مجال تطبيق النص المطعون فيه – يتربصون عادة بالمؤجر ختالا، متخذين من إقامتهم في العين المؤجرة للمدة التي حددها المشرع، موطئا لاستلابها، بعد توقعهم دنو أجل مستأجرها – لمرض أو لغيره – فإذا شغلها أحد هؤلاء الأقرباء بعد وفاة مستأجرها، انتقل حق الانتفاع بها – إذا توفى بدوره – إلى من شاركوه من أصهاره سكناها كلما توافرت في شأنهم الشروط التي حددها المشرع. ومن هؤلاء إلى آخرين بالشروط عينها فلا ينتزعها منهم أحد، بل تتصل أيديهم بها تعاقبا عليها، لا ينفكون عنها أو يبرحونها، ومن ثم يكون الاصطناع طريقهم للتسلط عليها، والانفراد بها من دون مؤجرها، فلا يفارقونها أبدا، ولو بعد العهد على العقد الأول، ما ظل زمامها بيد من يتداولونها، لا يتحولون عنها)[٢].

وفي مجال النصوص العقابية فقد مارست المحكمة الدستورية العليا عليها رقابة تناسب شديدة[٣] مقررة أن: (الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن دستورية النصوص العقابية، تضبطها مقاييس صارمة،

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٣ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" في ١٩٩٧/١/٤) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٣) في ١٩٩٧/١/١٦.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا المشار له أعلاه.

[٣] للمزيد ينظر: د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٤٦٨ وما بعدها. د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٠٢٩ وما بعدها. د. عبير حسين السيد حسين: دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع العادي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٦٠ وما بعدها. د. عبد المجيد إبراهيم سليم: مصدر سابق، ص ٥٤١ وما بعدها. ايناس كمال كامل: مصدر سابق، ص ٤٨١ وما بعدها. د. عماد محمد محمد أبو حليمة: مصدر سابق، ص ٧٤٣ وما

ومعايير حادة تلتئم وطبيعة هذه النصوص في اتصالها المباشر بالحرية الشخصية التي أعلى الدستور قدرها، مما يفرض على المشرع الجنائي أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية لضمان ألّا تكون العقوبة أداة عاصفة بالحرية، وأن تكون العقوبة التي يفرضها في شأن الجريمة تبلور مفهوما للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، فلا يندرج تحتها مجرد رغبة الجماعة في إرواء تعطشها للثأر والانتقام، أو سعيها للبطش بالمتهم، كما لا يسوغ للمشرع أن يجعل من نصوصه العقابية شباكا، أو شراكا يلقيها ليتصيد باتساعها، أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها، وكان الجزاء الجنائي لا يعد مُبرَّرا إلا إذا كان واجبا لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها، ومتناسبا مع الفعل المؤثم فإن جاوز ذلك كان مفرطا في القسوة مجافيا للعدالة، ومنفصلا عن أهدافه المشروعة)[١].

وبناءً على هذه المبادئ التي فرضتها المحكمة الدستورية العليا فقد قضت بعدم دستورية الكثير من النصوص الجنائية؛ لعدم التناسب[٢].

ومن ذلك حكمها الصادر في ٢٠٠١/٦/٢ بعدم دستورية جريمة الاتفاق الجنائي الواردة في المادة (٤٨)[٣] من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧، إذ قضت أن: (شرعية الجزاء – جنائيا كان أم مدنيا أم تأديبيا – مناطها أن يكون متناسبا مع الأفعال التي أثمها المشرع، أو حظرها، أو قيد مباشرتها، فالأصل في العقوبة هو معقوليتها،

بعدها. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٤٧٠ وما بعدها. د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس: مصدر سابق، ص ٤٦٢ وما بعدها. د. شادي محمد صلاح عبد البديع: مصدر سابق، ص ٤٧٢ وما بعدها.

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١١٤ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" في ٢٠٠١/٦/٢) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٤) في ٢٠٠١/٦/١٤.

[٢] من ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" في ١٩٩٣/١/٢). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢) في ١٩٩٣/١/١٤. وحكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٤٩ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/٦/١٥). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٥) في ١٩٩٦/٦/٢٧.

[٣] نصت المادة (٤٨) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ على: (يوجد اتفاق جنائي كلما اتحد شخصان فأكثر على ارتكاب جناية، أو جنحة ما، أو على الأعمال المجهزة، أو المسهلة لارتكابها ويعتبر الاتفاق جنائيا سواء أكان الغرض منه جائزا أم لا إذا كان ارتكاب الجنايات، أو الجنح من الوسائل التي لوحظت في الوصول إليه كل من اشترك في اتفاق جنائي سواء أكان الغرض منه ارتكاب الجنايات، أو اتخاذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه يعاقب لمجرد اشتراكه بالسجن. فإذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب الجنح، أو اتخاذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه يعاقب المشترك فيه بالحبس، وكل من حرض على اتفاق جنائي من هذا القبيل، أو تداخل في إدارة حركته يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة في الحالة الأولى المنصوص عليها في الفقرة السابقة وبالسجن في الحالة الثانية، ومع ذلك إذا لم يكن الغرض من الاتفاق إلا ارتكاب جناية، أو جنحة معينة عقوبتها أخف مما نصت عليه الفقرات السابقة فلا توقع عقوبة أشد مما نص عليه القانون لتلك الجناية، أو الجنحة، ويعفى من العقوبات المقررة في هذه المادة كل من بادر من الجناة بإخبار الحكومة بوجود اتفاق جنائي، وبمن اشتركوا فيه قبل وقوع أية جناية، أو جنحة، وقبل بحث وتفتيش الحكومة عن أولئك الجناة، فإذا حصل الإخبار بعد البحث والتفتيش تعين أن يوصل الإخبار فعلا إلى ضبط الجناة الآخرين).

فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضا أو عاتيا، أو كان متصلا بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافيا بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسبا مع خطورة الأفعال التي أثمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافا؛ متى كان ذلك، وكانت الفقرة الثانية من المادة (٤٨) تقرر عقوبة السجن على الاتفاق الجنائي على ارتكاب جناية، وكانت عقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية، وتشغيله داخل السجن، أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة المدة المحكوم بها عليه، ولا يجوز أن تنقص عن ثلاث سنوات، ولا أن تزيد على خمس عشرة سنة إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا، بينما هناك جنايات كثيرة حدد المشرع فيها بالسجن مدة تقل عن خمس عشرة سنة؛ كما تنص ذات الفقرة على أن عقوبة الاتفاق الجنائي على ارتكاب الجنح هي الحبس، أي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية، أو العمومية المدة المحكوم بها عليه وحدها الأدنى أربع وعشرون ساعة، ولا تزيد على ثلاث سنوات إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا، بينما هناك جنح متعددة حدد المشرع فيها بالحبس مدة تقل عن ثلاث سنوات؛ وهو ما يكشف عن عدم تناسب العقوبات الواردة في الفقرة الثانية من النص المطعون فيه مع الفعل المؤثم، ولا وجه للمحاجة في هذا المقام بأن الفقرة الرابعة من المادة (٤٨) المشار إليها تقضى بأنه إذا كان محل الاتفاق جناية أو جنحة معينة عقوبتها أخف مما نصت عليه الفقرة السابقة فلا توقع عقوبة أشد مما نص عليه القانون لتلك الجناية أو الجنحة ، ذلك أن محل الاتفاق – كما سبقت الإشارة – قد يكون ارتكاب جناية، أو جنحة غير معيّنة بذاتها وعندئذ توقع العقوبات الواردة في الفقرة الثانية من المادة وحدها، وهى تصل إلى السجن خمْس عشرة سنة أو الحبس ثلاث سنوات – حسب الأحوال – ولا شك أنها عقوبات مفرطة في قسوتها تكشف عن مبالغة المشرع في العقاب بما لا يتناسب والفعل المؤثم)[١].

وفي مجال الضريبة مارست المحكمة الدستورية العليا رقابتها أيضا على التناسب المطلوب بين مصلحة الممول، ومقدرته التكليفية، ومراعاة التوقع المشروع من جانبه، واستقرار مركزه القانوني، ومصلحة الدولة في زيادة مواردها عن طريق فرض الضرائب، وضرورة تحقيق التوازن بينهما[٢]، مبينة: (أن إقرار السلطة التشريعية لقانون الضريبة العامة، لا يحول دون مباشرة هذه المحكمة لرقابتها في شأن توافر الشروط الموضوعية لعناصر بنيانها، وذلك بالنظر إلى خطورة الآثار التي تحدثها هذه الضريبة، وعلى الأخص من زاوية اتصالها بمظاهر الانكماش، أو الانتعاش، وتأثيرها على فرص الاستثمار، والادخار، والعمل، وحدود الإنفاق، فلا تنحسر رقابتها بالتالي في شأن الضريبة التي فرضها المشرع، عن الواقعة القانونية التي أنشأتها، وقوامها صلة منطقية بين شخص محدد

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١١٤ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" في ٢٠٠١/٦/٢) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٤) في ٢٠٠١/٦/١٤.

[٢] للمزيد ينظر: د. عوض المر: مصدر السابق، ص ٢٦٣ وما بعدها. د. يسري محمد العصار: رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مصدر سابق، ص ٢٣. د. عماد محمد محمد أبو حليمة: مصدر سابق، ص ٧٤٠ وما بعدها. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٤٨٧ وما بعدها.

يعتبر ملتزما بها، والمال المتخذ وعاء لها مُتَحِّملا بعبئها، وهذه الصلة هي التي لا تنهض الضريبة بتخلفها سوية على قدميها، وتتحراها هذه المحكمة لضمان أن يظل إطارها مرتبطا بما ينبغي أن يقيمها على حقائق العدل الاجتماعي مُحدَّدا مضمونها وغاياتها على ضوء القيم التي احتضنها الدستور، ... كذلك فإن المشرع وإن توخى أصلا بالضريبة التي يفرضها، أن يدبر من خلالها موارد مالية لأشخاص القانون العام يقتضيها إشباعها لنفقاتها، إلا أن طلبها هذه الموارد، لا يجوز أن يكون توجها نهما مؤثرا في بنيان الضريبة، محددا أسسها وضوابطها؛ عاصفا بحقوق الملكية التي تتصل بها بما ينال من أصلها، أو يفقدها مقوماتها، أو يفصل عنها بعض أجزائها، أو يقيد من نطاق الحقوق التي تتفرع عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وهو ما يعني أن أغراض الجباية وحدها لا تعتبر هدفا يحدد للضريبة مسارها، ولا يجوز أن تهيمن على تشكيل ملامحها، فذلك مما لا يحميه الدستور، وعلى الأخص كلما كان عبؤها فادحاً يحيل أمرها عسرا)[١].

ومن التطبيقات القضائية للمحكمة الدستورية العليا في هذا المجال حكمها الصادر في ٢٠٠٦/١٢/١٠ بعدم دستورية المادة (٣٢) من قانون الضرائب على الدخل رقم (١٥٧) لسنة ١٩٨١ التي نصت: (على الممول أن يخطر مأمورية الضرائب المختصة خلال ثلاثين يوما من التاريخ الذي توقف فيه العمل وإلا حسبت الأرباح عن سنة ضريبية كاملة). مقررة أن: (النص الطعين لم يحقق التوازن المطلوب بين أمرين: هما حق الدولة في استئداء الضريبة المستحقة قانونا؛ لما تمثله من أهمية بالغة نحو وفاء الدولة بالتزاماتها العامة تجاه الأفراد، وبين الضمانات الدستورية، والقانونية المقررة في مجال فرض الضرائب على أفراد المجتمع لاسيما من حيث تحديد وعاء الضريبة تحديدا حقيقيا كشرط لعدالتها، وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن تحديد دين الضريبة يفترض التوصل إلى تقدير حقيقي لقيمة المال الخاضع لها، باعتبار أن ذلك شرط لازم لعدالة الضريبة، ولصون مصلحة كل من الممول، والخزانة العامة، ويتعين أن يكون ذلك الدين – وهو ما يطلق عليه وعاء الضريبة ممثلا في المال المحمل بعبئها – محققا، ومحددا على أسس واقعية يكون ممكنا معها الوقوف على حقيقته على أكمل وجه، ولا يكون الوعاء محققا إلا إذا كان ثابتا بعيدا عن شبهة الاحتمال، أو الترخص، ذلك أن مقدار الضريبة، أو مبلغها، أو دينها إنما يتحدد مرتبطا بوعائها، وباعتباره منسوبا إليه، ومحمولا عليه، وفق الشروط التي يقدر المشرع معها واقعية الضريبة وعدالتها بما لا مخالفة فيه للدستور، ... وحيث أن ما قرره النص الطعين من محاسبة الممول عن سنة ضريبية كاملة (قد تصل إلى أكثر من سنة بحسب الأحوال) رغم ادعائه بتوقف النشاط الخاضع للضريبة وإن أهمل في إخطار مصلحة الضرائب بهذه الواقعة في المواعيد وبالإجراءات المنصوص عليها، ... يجعل ما ورد بالنص الطعين أقرب إلى الجزاء إلا أنه جاء مبالغا فيه إذ قد يترتب عليه مصادرة وعاء الضريبة بالكامل بل

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٥٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" في ١٩٩٧/١١/١٥). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٨) في ١٩٩٧/١١/٢٧.

قد يتجاوزه إلى باقي أموال الممول بما يناهض مبدأ العدالة التي يقوم عليها النظام الضريبي، ويتضمن في الوقت نفسه اعتداء على حق الملكية لما يشكله من انتقاص للعناصر الإيجابية للذمة المالية للممول)[١].

وبشأن عدم تناسب الجزاء المفروض على عدم أداء الضريبة أصدرت المحكمة حكمها في ٢٠٠٥/٥/٨ بعدم دستورية المادة (١٨١) من قانون الضرائب على الدخل رقم (١٥٧) لسنة ١٩٨١ التي تنص على: (في حالة الحكم بالإدانة في الأحوال المنصوص عليها في المادتين (١٧٨، ١٧٩) من هذا القانون يقضى بتعويض يعادل ثلاثة أمثال ما لم يؤد من الضرائب المستحقة).

إذ بيّنت المحكمة أنه: (لا يجوز أن تعمد الدولة كذلك – استيفاء لمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة – إلى تقرير جزاء على الإخلال بها، يكون مجاوزا – بمداه أو تعدده – الحدود المنطقية التي يقتضيها صون مصلحتها الضريبية وإلا كان هذا الجزاء غلوا وإفراطا، منافيا بصورة ظاهرة لضوابط الاعتدال، واقعا عملا – وبالضرورة – وراء نطاق العدالة الاجتماعية، ليختل مضمونها بما ينافي القيود التي فرضها الدستور في مجال النظام الضريبي)[٢].

ثالثا: موقف المحكمة الاتحادية العليا من التناسب

على الرغم من قِصر تجربة المحكمة الاتحادية العليا بالمقارنة مع المجلس الدستوري الفرنسي، والمحكمة الدستورية العليا المصرية، لما يمتلكه الأخيران من تجربة قضائية حافلة بالأحكام القيمة في مجال الرقابة على دستورية القوانين بشكل عام، والتناسب بشكل خاص، إلا أنه مع ذلك فإن تجربة المحكمة الاتحادية العليا لا تخلو من التطبيقات المتعلقة بالتناسب، إذ يمكن القول إن المحكمة قد مارست رقابة التناسب على تقدير المشرع العادي، وإن كانت هذه الرقابة متفاوتة سلبا، وإيجابا بشأن المعايير المطلوبة لتحقيق العلاقة المتوازنة بين المتطلبات الدستورية التي تحكم عنصر المحل في القانون.

ولذلك سنستعرض في هذه الفقرة بعض التطبيقات القضائية للمحكمة الاتحادية العليا بشأن رقابتها على التناسب، والمعايير المعتمدة في هذا الشأن. مع التأكيد على أن المحكمة – وبحسب ما أطلعنا عليه – لم تستعمل التناسب بشكل صريح بالمعنى المحدد سابقا، وإنما نجدها تمارس هذه الرقابة من قريب، أو بعيد، من دون استعمال مصطلح التناسب.

أصدرت المحكمة الاتحادية العليا مجموعة من الأحكام ترتبط بحبس الفرد؛ لامتناعه عن تسليم ما قضت به الأحكام القضائية، وقد اختلفت في هذه الأحكام معطيات وتقدير كل من المشرع العادي، والقاضي الدستوري.

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٥٥ لسنة ٢٧ قضائية "دستورية" في ٢٠٠٦/١٢/١٠). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٥١ مكرر "أ") في ٢٠٠٦/١٢/٢٤.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٣٣٢ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" في ٢٠٠٥/٥/٨). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢١ تابع) في ٢٠٠٥/٥/٢٦.

ففي قرارها الصادر في ٢٠٢١/٦/١٥ المرتبط بحبس المدين بموجب المادة (٤٢)[١] من قانون التنفيذ في حالات معينة هي: رفض المدين التسوية، أو عدم إبدائه تسوية مناسبة، وأخيرا التوقف عن الوفاء بعد قبول التسوية حددت المحكمة الاتحادية العليا المتطلبات الدستورية التي ينبغي تحقيق التوازن بينها تمهيدا للحكم.

ووجدت أن هذه المتطلبات ترتبط بمبدأين دستورين هما: الحرية الفردية، التي قررها الدستور، وكفل حمايتها، وأعطى المشرع العادي سلطة تنظيمها.

وفي مقابل ذلك الملكية العامة، والخاصة اللتين كفلهما الدستور أيضا، وقرر لهما الحماية اللازمة، ويدخل في هذا الاتجاه حماية أحكام القضاء عن طريق إيجاد الوسائل التي تكفل تنفيذها.

ففيما يتعلق بالحرية الفردية وبعد استعراض هذه المبادئ الدستورية، فإن ما يهددها جواز الحبس لعدم أداء الدين بموجب الحالات المتقدمة، ويهدد الملكية العامة والخاصة، وأحكام القضاء عدم حصول الدائن على ما له من أموال في ذمة المدين.

ومن هذا التعارض ينبغي على المشرع أن يوجد وسائل تضمن للدائن حصوله على أمواله سواء أكانت أموالا عامة أم خاصة، وتوفير الحلول اللازمة لتنفيذ أحكام القضاء التي ألزمت بسداد الدين؛ لأن هذه الأحكام تعكس جهودا قضائية، من حيث الوقت، والإجراءات، والأموال، ومن ثم لا بدَّ أن تتوج هذه الجهود بوسائل تكفل تنفيذها.

وينبغي ألا تشكل الإجراءات المتخذة لتحقيق الغرض المتقدم قيدا مبالغا فيه على الحرية الفردية، وإلا أصحبت غير متناسبة.

فعدم حبس المدين بشكل مطلق يهدد الملكية العامة والخاصة، ويفقد الأحكام القضائية قيمتها من جانب، وإن جواز الحبس بشكل مطلق أيضا، سواء أكان المدين معسرا أم غنيا يهدد الحرية الفردية بشكل مبالغ فيه، ولا يتناسب مع الغاية التي يستهدفها المشرع المتمثل بحماية الملكية، وأحكام القضاء.

وسعيا منه لتحقيق التوازن المطلوب بين هذه المتطلبات الدستورية قرر المشرع العادي جواز حبس المدين لمدة لا تزيد على أربعة أشهر[٢] إذا كان قادرا على الوفاء بالدين، أو بجزء منه، ولم يبدِ تسوية مناسبة، ولم تكن له أموالا ظاهرة، أو رفض التسوية، أو إذا توقف عن الوفاء بالتسوية.

وعند عرض تقدير المشرع العادي المتقدم على المحكمة الاتحادية العليا وجدت أن هنالك تناسبا بين المتطلبات الدستورية التي تحكم محل العرض، إذ تبين لها أن المشرع لم يترك حماية المال العام، والملكية الخاصة، وأحكام

---

[١] نصت المادة (٤٢) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ على: (أولا/ إذا اقتنع المنفذ العدل أن المدين قادر على الوفاء بالدين، أو بجزء منه ولم يبدِ تسوية مناسبة، ولم تكن له أموال ظاهرة قابلة للحجز، ورفض التسوية التي عرضها عليه المنفذ العدل جاز حبسه. ثانيا/ إذا توقف المدين عن الوفاء بالتسوية التي وافق عليها جاز حبسه).

[٢] نصت المادة (٤٣) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ على: (لا يجوز ان تزيد مدة الحبس على اربعة أشهر). المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٢٧٦٢) في ١٩٨٠/٣/١٧.

القضاء، وفي الوقت نفسه قد راعى الحرية الفردية باستلزامه مجموعة من الشروط، والضمانات لجواز حبس المدين[١]، بما يتلاءم مع الغاية المتقدمة.

وبناءً على الشروط والضمانات التي قررها المشرع وجدت المحكمة أن القيود المفروضة على الحرية الفردية المتمثلة بحبس المدين لمدة لا تزيد على أربعة أشهر، متناسبة مع الغاية المنشودة، وهي حماية المال العام، والملكية الخاصة عن طريق إجبار المدين على تسديد ما بذمته للدائن[٢]، ومن ثم يعد إجراء دستوريا؛ لأنه يحقق التناسب بين المتطلبات الدستورية[٣].

أما الحالة الثانية التي قرر المشرع فيها جواز الحبس، فهي رفض المدين تقديم كفيل ضامن لتسديد الدين في أثناء التسوية[٤]، إلا أن الملاحظ مغايرة المشرع في حكم الحبس من حيث المدة، إذ جعل المدة مفتوحة، حتى تقديم كفيل ضامن، في حين حددها في الحالة المتقدمة بأربعة أشهر.

ومع الاختلاف الواضح بين الحالتين من حيث مدة الحبس على النحو المتقدم، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا أقرت بدستورية الحبس في الحالة الثانية مؤكدة أن غاية المشرع من ذلك هي: (إيجاد آلية جديدة ضمن وسائل التنفيذ الجبري، يتم من خلالها إجبار المدين المماطل على التنفيذ، مع مقدرته المالية، وعدم ترك المجال أمامه لإطالة مدة تسديد الدين، أو لتهريب أمواله، ولذلك حقق المشرع غايتين عند تشريعه الفقرة (ثالثا) الأولى إشعار

---

[١] نصت المادة (٤٠) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ على: (أولا/ لا يجوز حبس المدين في جميع الأحوال إلا بناء على طلب من الدائن، وقرار من المنفذ العدل إن كان قاضيا. ثانيا/ إذا لم يكن المنفذ العدل قاضيا عُرض الأمر على قاضي البداءة الأول ليقرر الحبس من عدمه وفقا لأحكام القانون. ثالثا/ لا يجوز حبس المدين عن نفس الدين إلا مرة واحدة)، ونصت المادة (٤١) على: (لا يجوز حبس المدين في الحالات الآتية: أولا/ إذا كان معسرا. ثانيا/ إذا لم يكمل الثامنة عشرة من عمره، أو جاوز عمره ستين سنة. ثالثا/ إذا كان من أصول الدائن، أو فروعه، أو اخوته، أو زوجاته، ما لم يكن الدين نفقة محكوما بها. رابعا/ إذا كان ذا راتب، أو أجر يتقاضاه من الدولة، أو القطاع الاشتراكي. خامسا/ إذا انقضى الدين، أو سقط بأي وجه من الوجوه).

[٢] إذ أكدت المحكمة الاتحادية العليا بقرارها المرقم (٤١/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٦/١٥) أن: (تقييد حرية المدين الممتنع عن أداء الدين لدائنه مع قدرته على الوفاء، لفترة من الزمان، وسيلة مجدية تلجئ المدين المتمرد والمماطل على أداء دينه، وتحرضه لإظهار أمواله التي أخفاها. وهو ضمانة لاستقرار المعاملات التجارية والاقتصادية. وقد دلت التجارب إن حبس المدين يؤدي في الغالب إلى تسديد الدين. فمنهم من يسارع بتسديد دينه خشية الحبس، وقبل أن ينفذ حبسه. ومنهم بعد إفهامه بقرار الحبس، ومنهم من يسدد دينه بعد أن يقضي مدة قليلة في الحبس.

[٣] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا في أعلاه.

[٤] نصت المادة (٣٢) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ على: (ثانيا/ للمنفذ العدل في أثناء التسوية، وبطلب من الدائن، أن يلزم المدين بتقديم كفيل ضامن لتسديد الدين ضمن التسوية التي قررها المنفذ العدل. ثالثا/ إذا رفض المدين تقديم كفيل ضامن لتسديد الدين، يفاتح قاضي البداءة لحبس المدين لحين تقديم كفيل ضامن).

المدين بأن مدة الحبس؛ لغرض تقديم كفيل، لم تقيد بأربعة أشهر، والثانية عدم إطالة مدة الحبس دون جدوى، إذ بتقديم المدين للكفيل يجب إخلاء سبيل المدين وسهولة حصول الدائن على دينه[١])[٢].

ولهذا الغرض رأت المحكمة الاتحادية العليا أن المشرع قد حقق الموازنة بين مصلحة الدائن والمدين، مما جعل تقديره متناسبا، وموافقا الدستور.

إلا أن التناسب – برأينا – غير متحقق بين تقييد الحرية الفردية (الحبس مدة غير محددة)، وحماية الملكية (الإجبار على الوفاء بالدين) قياسا مع الحالة الأولى التي حدد المشرع فيها الحبس بأربعة أشهر حدا أقصى؛ إذ إن جعل الحبس مفتوحا من دون مدة محددة حتى تقديم كفيل ضامن يشكل قيدا مبالغا فيه؛ لأنه قد يستحيل – أي الحبس – إلى مدة طويلة تتجاوز أربعة أشهر.

والمدين الذي فرض المشرع عليه الحبس إلى حين تقديم كفيل ضامن يعد أفضل من نظيره في الحالة الأولى، من ناحية تسديد الدين؛ لأنه قدم تسوية مقبولة إلا أن المنفذ العدل – وبطلب من الدائن – ألزمه بتقديم كفيل ضامن، ومن ذلك تتضح رغبة المدين في الوفاء.

في حين إن المدين في الحالة الأولى قد يكون أكثر مماطلة وتهربا؛ لأنه لم يقدم تسوية مناسبة، أو لم يقبل تسوية المنفذ العدل، أو توقف عن الوفاء بالتسوية التي وافق عليها.

وعلى الرغم من ذلك فإن المشرع قد جعل حبس المدين الأكثر تهربا ومماطلة محددا بأربعة أشهر، في حين قرر حبس المدين في الحالة الثانية مدة غير محددة، حتى يقدم كفيلا ضامنا.

وهو ما سايرته المحكمة؛ لأنها أقرت بدستورية ذلك الإجراء في الحالتين، على الرغم من اختلافهما من حيث المدة والمعطيات.

وبذلك لم تكن المحكمة موفقة عندما قررت دستورية الحبس الوارد في المادة (٣٢) من قانون التنفيذ؛ لأنه يعد قيدا مبالغا فيه على الحرية الفردية للمدين، فإطالة مدة الحبس (حتى تقديم كفيل ضامن) تجعل الحكم الذي جاء به المشرع غير متناسب بشكل واضح قياسا مع الحالة الواردة في المادة (٤٢).

وقد يكون التناسب متحققا فيما لو قرر المشرع حبس المدين لحين تقديم كفيل ضامن، على ألّا يتجاوز الحد الأقصى المتمثل بأربعة أشهر.

ولا يمكن تفهم موقف المحكمة المتقدم بالمقارنة مع قرارها الصادر في ٢٠١٧/٨/٣ بشأن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (١٢٠) لسنة ١٩٩٤ الذي نصّ على: (عدم إطلاق سراح المحكوم عليه، عن جريمة

---

[١] ولا نتفق مع ما ذهبت إليه المحكمة أن الحبس هو لإشعار المدين بتقديم كفيل ضامن؛ لأن ذلك الإشعار لا يتوقف على الحبس. فالمدين يعلم بأنه مطلوب منه تقديم كفيل ضامن، ولا يحتاج علمه بذلك إلى ضرورة حبسه، أما فيما يتعلق بالأمر الثاني فإن قول المحكمة بعدم إطالة مدة حبس المدين دون جدوى، إذ بتقديم الكفيل يجب اخلاء سبيل المدين، يوحي أن مدة الأربعة أشهر هي مدة كاملة للحبس، في حين أنها تمثل حدا أقصى، ومن ثم يجوز أن يكون الحبس أقل مما محدد قانونا.

[٢] قرار المحكمة الاتحادية العليا في أعلاه.

الاختلاس، أو سرقة أموال الدولة، أو عن أي جريمة عمدية أخرى، تقع عليها، بعد قضائه مدة الحبس، ما لم تسترد منه هذه الأموال، أو تحولت إليه، أو بدلت به، أو قيمتها).

إذ قضت بعدم دستورية هذا الحبس غير محددة المدة؛ لأنه: (يتعارض مع المبادئ التي أوردها الدستور في الفصل الثاني من الباب الثاني المتعلق بالحريات، المواد (٣٧ – ٤٦)، ومنها ما نصت عليه مادة (٣٧/أولا/أ) (حرية الانسان وكرامتهم مصون). وما نصت عليه الفقرة (ج) من نفس المادة بتحريم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي. وكذا ما حرّمته المادة (٤٦) منه، بعدم جواز تقييد الحقوق والحريات إلا بناءً على قانون، وألّا يكون هذا القانون ماسّا، ومقيدا لجوهر، أو الحرية)[١].

إذ إن معطيات هذه الحالة تختلف عن نظيرتها الواردة في المادة (٣٢) من قانون التنفيذ من حيث مصدر الدين، ففي القرار (١٢٠) يتمثل مصدر الدين بجريمة عمدية: اختلاس، أو سرقة، أو أية جريمة عمدية أخرى تقع على أموال الدولة، أما في المادة المذكورة فإن مصدر الدين ليس بالضرورة أن يكون ناشئا عن جريمة، إذ قد يكون مجرد التزام مدني.

مع الأخذ بالحسبان أن غاية مرتكب الجرائم المحددة في القرار أعلاه هي الحصول على المال العام بشكل غير مشروع، وقد لا تتوفر هذه الغاية السيئة عند المدين المشمول بأحكام المادة (٣٢).

ومع الاختلاف الواضح بين الأمرين فإن المشرع أجاز الحبس لحين تقديم كفيل ضامن في الحالة الأولى، واسترداد الأموال العامة التي وقعت عليها الجريمة العمدية في الحالة الثانية.

في حين إن تقدير المحكمة قد اختلف بشأنهما، إذ أقرت بدستورية حبس المدين حتى يقدم كفيلا ضامنا (مدة غير محددة)، وقضت بعدم دستورية إبقاء المحكوم عليه محبوسا إلى أن يسدد ما بذمته من أموال عامة وقعت عليها الجريمة، وهي مدة غير محددة أيضا.

ولا يخفى أن اختلاف المعطيات من شأنه أن يؤثر في تقدير المشرع العادي من جانب، والمحكمة الاتحادية العليا من جانب آخر، فإذا كان المشرع قد ساوى بين الحالتين المعروضتين من حيث الحبس بشكل غير محدد، فإن المحكمة قد غايرت بينهما، من حيث الإقرار بدستورية أحدهما، وعدم دستورية الآخر، في حين إن عدم التناسب كان واضحا في الحالة التي أقرت المحكمة بدستوريتها، بينما يبدو الحبس في الحالة الأخرى متناسبا، إذا علمنا أن المحبوس قد استفاد من جريمته ماديا، ولذلك من المناسب إبقاؤه محبوسا حتى يعيد تلك الأموال.

وفي هذا الشأن أيضا نجد قرارا آخر للمحكمة الاتحادية العليا بشأن المادة (٤٨) من قانون التنفيذ التي نصت على: (إذا امتنع المحكوم عليه عن تسليم الصغير فيجب حبسه، مهما بلغت المدة حتى يسلمه، على أنه لا يجوز الحبس عندما يكون عدم التسليم خارجا عن إرادة المحكوم عليه).

والواضح من النص أنه جاء استثناءً مما أوردته المادة (٤٣) من قانون التنفيذ التي حددت مدة الحبس لعدم الوفاء بالدين بأربعة أشهر حدا أقصى؛ لأنها جعلت الحبس مفتوحا، حتى تسليم المحضون.

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٥٧/اتحادية/ اعلام/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٨/٣).

وعلى الرغم من أن الأمر يتعلق بالتسليم تنفيذا لحكم قضائي، إلا أن المشرع ميّز بين الحالتين جزاءً لعدم التنفيذ، بحسب محل التسليم – إن صح التعبير – ففي أحدهما يكون التسليم منصبا على الأموال، وفي الحالة الأخرى إنسان صغير.

وعند عرض تقدير المشرع العادي الوارد في المادة (٤٨) على المحكمة الاتحادية العليا، حددت الأخيرة المتطلبات الدستورية تمهيدا للحكم في مدى دستورية التقدير المتقدم، ووجدت أن هنالك شخصا محكوما عليه بالحبس، وطفلا لا بدَّ من أن يسلم إلى حاضنته، وأن هذين الأمرين يقررهما الدستور بجملة من النصوص، إذ نصّ على حق الفرد بالحرية، وعدم جواز تقييدها إلا بقانون، أو بناءً عليه، وتحريم التعذيب النفسي والجسدي.

ومن جانب آخر وجدت أن الدستور قد خصّ الطفل بمجموعة من النصوص أيضا، تتمثل بالمادة (٢٩)[١]، والمادة (٣٠/أولا)[٢]، والمادة (٣٣/أولا)[٣].

وبعد استعراض المحكمة النصوص المتقدمة توصلت إلى أن مصلحة المحضون أولى بالرعاية، لذا فإنها تقدم على مصلحة المدين المحكوم عليه، وبما أن المشرع قد استهدف من تشريع المادة (٤٨) إيجاد آلية تضمن وسائل التنفيذ الجبري يتم من خلالها إجبار المدين (المحكوم عليه) المماطل بالتنفيذ، من تسليم الصغير إلى حاضنته، وعدم فسح المجال أمامه للتسويف والتهرب، وعدم التسليم، متى كان قادرا على ذلك، وبما أن المحافظة على مصلحة المحضون، التي تعد من المصالح واجبة الرعاية والحماية، وتقدم على مصلحة المدين المحكوم عليه، لحاجة المحضون الضرورية، والفعلية إلى البقاء مع حاضنته، تنفيذا لقرار الحكم المنفذ، بغية تلقي الرعاية اللازمة والواجبة التي يحتاجها ممن له الحق في حضانته، فقد توصلت إلى دستورية حبس المحكوم عليه حتى تسليم المحضون[٤].

والواضح من ذلك أن المحكمة قد وجدت أن حبس المحكوم عليه حتى تسليم المحضون، مهما بلغت مدة الحبس، يتناسب مع الغاية المنشودة، والمتمثلة في المحافظة على الصغير، ورعايته، وعيشه مع من له الحق في حضانته، مما يوفر له احتياجاته الضرورية اللازمة، والعيش في بيئة سليمة.

---

[١] نصت المادة (٢٩) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥على: (أولا/ أ–الأسرة أساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها، وقيمها الدينية، والأخلاقية، والوطنية. ب–تكفل الدولة حماية الأمومة، والطفولة، والشيخوخة، وترعى النشئ، والشباب، وتوفر لهم الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم، وقدراتهم. ثانيا/ للأولاد حقٌ على والديهم في التربية، والرعاية، والتعليم، وللوالدين حقٌ على أولادهم في الاحترام، والرعاية، ولاسيما في حالات العوز، والعجز، والشيخوخة. ثالثا/ يحظر الاستغلال الاقتصادي للأطفال بصوره كافة، وتتخذ الدولة الإجراءات الكفيلة بحمايتهم. رابعا/ تمنع كل أشكال العنف، والتعسف في الأسرة، والمدرسة، والمجتمع).

[٢] نصت المادة (٣٠/أولا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ على: (تكفل الدولة للفرد وللأسرة – وبخاصة الطفل والمرأة – الضمان الاجتماعي، والصحي، والمقومات الأساسية للعيش في حياة حرة كريمة، تؤمن لهم الدخل المناسب، والسكن الملائم).

[٣] نصت المادة (٣٣/أولا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ على: (لكل فرد حق العيش في ظروف بيئية سليمة).

[٤] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٦٦/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢٢/٢/٢١).

ومن العرض المتقدم سواء أكان متعلقا بتقدير المشرع – المتمثل بحبس المحكوم عليه؛ من أجل تسليم ما هو ملزم بتسليمه بموجب الأحكام القضائية – أم مرتبط بتقدير المحكمة على هذا الإجراء يتبين أن المشرع العادي قد أجاز الحبس – أصلا عاما – في الحالات المتقدمة للإجبار على تسليم ما قررته أحكام القضاء، على وفق شروط محددة.

إلا أن المحكمة الاتحادية العليا قد اختلف موقفها بشأن كل حالة من الحالات المذكورة، ففيما يتعلق بالحبس المحدد بأربعة أشهر قررت دستوريته على وفق ما مبرر في أعلاه، وأقرت أيضا بدستورية الحبس غير محددة المدة (حتى تقديم كفيل ضامن)، وقد أوضحنا أن المحكمة لم تكن موفقة في عدم الحكم على هذا الإجراء بعدم التناسب، ومن ثم بعدم الدستورية؛ لأنه يشكل قيدا مبالغا فيه قياسا مع الغاية المنشودة من جانب، ومقارنة مع الحالة المتقدمة من جانب آخر.

أما الحالة الثالثة فتتعلق بإبقاء المحكوم عليه محبوسا حتى يسلّم ما حصل عليه من أموال عامة نتيجة جريمة الاختلاس، أو السرقة، أو أية جريمة عمدية أخرى، وقد توصلت المحكمة بشأنه إلى عدم الدستورية؛ لأنه يشكل قيدا مبالغا فيه على الحرية الفردية بالمقارنة مع الغاية المستهدفة، المتمثلة بحماية المال العام، فالحبس المفتوح – بحسب رأي المحكمة – الذي له بداية، وليس له نهاية لا يتناسب مع غاية استرداد المال العام.

وعلى عكس ما تقدم فإن الحالة الأخيرة ترتبط بتسليم طفل صغير، فقد وجدت المحكمة أن حبس المحكوم عليه حتى تسليم الطفل من دون تحديد المدة يعد إجراءً متناسبا مع الغاية التي يستهدفها المشرع، وهي الحفاظ على الصغير، وتوفير بيئة سليمة، ومناسبة لعيشه، على وفق ما حدده القضاء، بوجوب بقائه مع حاضنته؛ لتوفير الاحتياجات اللازمة له، ومن ثم ليس من المستغرب أن تعده المحكمة إجراءً دستوريا؛ لتحقيق التوازن المطلوب بين المتطلبات الدستورية محل العلاقة.

المبحث الثالث

التعارض التقديري في الغاية

يتميز عنصر الغاية بأهمية بالغة من بين عناصر القانون الأخرى؛ لما يمثل هذا العنصر من أساس شرعية سلطة المشرع وأعماله، ومما لا شك فيه أن تلك السلطة، وما ترتبه من آثار في المجتمع لا تقوم إلا للمصلحة العامة التي تمثل غاية القانون، وغرضه النهائي.

ولا تقتصر تلك الحقيقة على المشرع فحسب، بل يمكن القول على حد تعبير (فالين): إن كل سلطة اجتماعية لا تكتسب وجودها الشرعي إلا فيما تسعى إليه من تحقيق المصلحة العامة[١].

---

[١] نقلا عن د. عصام عبد الوهاب البرزنجي: مصدر سابق، ص ٤٨١.

ولذلك فإن شرط استهداف المشرع المصلحة العامة يعد نتيجة منطقية للقانون؛ كونه – أي القانون – يمثل تعبيرا عن الإرادة العامة (الشعب)، ومن ثم ليس من المنطق أن يكون هذا التعبير عن الإرادة العامة لا يحقق مصلحة الشعب، أو يتقاطع معها[١].

وإذا كانت المصلحة العامة أساس شرعية سلطة المشرع، ونتيجة منطقية لتعبير القانون عن الإرادة العامة، فإن كل السلطات التي يضعها الدستور أمام المشرع ما هي إلا وسائل، وأدوات لغرض الوصول إلى تحقيق المصلحة العامة.

فمكنة تنظيم العلاقات الاجتماعية بموجب القانون – بما يتضمنه ذلك التنظيم من تقييد للحقوق والحريات العامة – لم تقرر إلا لتحقيق المصلحة العامة، وللغرض نفسه يملك المشرع العادي سلطة تقديرية في تشريع القوانين، إذ إن تعدد المصالح وتفاوتها، وتعقد شؤون المجتمع، وتطورها من زمن لآخر، يستلزم منح المشرع سلطة تقديرية لتحقيق المصلحة العامة، ولا تقتصر تلك السلطة التقديرية على حرية اختيار الحلول الناجعة لمعالجة أحد موضوعات المجتمع، بل تشمل أيضا تحديد مفهوم المصلحة العامة، ومصاديقها، والترجيح بين المصالح المتعارضة كما سيتضح لاحقا.

وعلى الرغم من ضرورة استهداف المشرع الأغراض التي تندرج تحت مفهوم المصلحة العامة، إلا أنه يبقى الانحراف عن تحقيق تلك الغاية أمرا يؤيده الجانب النظري ويؤكده الواقع[٢]، إذ مع تلك السلطات الممنوحة للمشرع، وفي ظل التنافس الحزبي، ونظم الانتخاب التي قد لا تعبر عن إرادة الشعب تعبيرا حقيقيا، وتدخل السلطة التنفيذية في العمل التشريعي فإن القوانين قد تصدر لتحقيق أغراض غير مشروعة، وتتقاطع مع المصلحة العامة[٣].

ولا شك في أن الانحراف التشريعي يمثل خللا كبيرا في عمل المشرع؛ لما يمثله ذلك الانحراف من سوء نية هيمنت على إرادته لإقرار النصوص القانونية تحقيقا للأغراض التي يبتغيها، إذ إن المشرع لا يضع تلك النصوص إلا بقصد استهداف غاية معينة تكون مقصودة بذاتها، ومن ثم تؤثر تلك الغاية في مضمون النصوص القانونية[٤].

ومن هنا بات لزاما على القاضي الدستوري أن يحدَّ من ذلك الانحراف، والوقوف أمامه، ومعارضة المشرع فيما قصد إليه من أغراض غير مشروعة؛ حماية للدستور، وأسس المجتمع القائمة عليه.

ولغرض بحث التعارض التقديري في عنصر الغاية سنقسم هذا المبحث على مطلبين: الأول لسلطة المشرع العادي في عنصر الغاية، والثاني للتعارض التقديري للانحراف التشريعي.

---

[١] ينظر: د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: مصدر سابق، ص ١٥٣.

[٢] ينظر: د. ثروت عبد العال أحمد: حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، مصدر سابق، ص ٨٥ – ٨٦.

[٣] للمزيد حول أسباب الانحراف التشريعي ينظر: د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ٣١٦ وما بعدها. د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: مصدر سابق، ص ٢٠٥ وما بعدها. د. عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل: الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٩، ص ١٣٧ وما بعدها.

[٤] ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٣٨٧.

المطلب الأول

سلطة المشرع العادي في عنصر الغاية

لا شك في أن غاية القوانين التي يصدرها المشرع العادي تنحصر بتحقيق المصلحة العامة دائما، حتى وإن لم ينص الدستور على ذلك بشكل صريح[١]، إذ يعد استهداف المصلحة العامة مبدأ عاما يحكم عمل سلطات الدولة من دون استثناء، إلا أن الفقه قد اختلف بشأن سلطة المشرع في تحديد تلك المصلحة، وفيما إذا كانت تقديرية أم مقيدة، وهو اختلاف له أثره في تحديد نطاق التعارض التقديري بشكل عام، وفي عنصر الغاية بشكل خاص.

ولم يقتصر هذا الاختلاف في التقدير، والتقييد على المصلحة بمفهومها العام، وإنما اتسع ليشمل أيضا مدى إمكانية تخصيص الدستور المصلحة العامة بأغراض محددة.

ولتفصيل ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين: نخصص الأول لموقف الفقه من سلطة المشرع العادي في عنصر الغاية، في حين نجعل الفرع الثاني لمدى إمكانية تخصيص المصلحة العامة بأغراض محددة.

الفرع الأول: موقف الفقه من سلطة المشرع العادي في عنصر الغاية

يجمع الفقه على أن غاية القانون تقتصر على المصلحة العامة من دون أي استثناء على ذلك، إلا أن الخلاف قد وقع بين الفقه بشأن سلطة المشرع العادي في عنصر الغاية، وفيما إذا كانت مقيدة أم تقديرية، وعلى أساس هذين النوعين من السلطة برز اتجاهان فقهيان يرى أحدهما أن سلطة المشرع العادي في الغاية مقيدة، في حين يراها الاتجاه الآخر تقديرية، وسنبيّن هذين الاتجاهين، وأدلة كل منهما، والرأي الذي نؤيده تباعا:

أولا: سلطة المشرع العادي مقيدة في عنصر الغاية

يرى بعض الفقه أن سلطة المشرع العادي في عنصر الغاية هي سلطة مقيدة، ولا يمكن أن تكون تقديرية؛ لأن غايات القانون سواء أكانت سياسية، أم اجتماعية، أم اقتصادية يحددها الدستور نفسه، إما بإطلاقها في صورة أغراض، ومصالح تدل عليها مبادئ الدستور، وتكامل نصوصه، أو بتخصيصها عن طريق استهداف أغراض بذاتها، ينبغي أن يسعى المشرع إلى تحقيقها عن طريق القوانين التي يقرها، وإن هذا التحديد الدستوري يفيد أن

---

[١] وعلى الرغم من عدم الحاجة إلى النص في الدستور على استهداف المصلحة العامة من القوانين، فإن الملاحظ أن بعض الدساتير تنص على ذلك بشكل صريح وفي مواطن محددة للتأكيد فحسب، وليس من باب الإنشاء، ومن ذلك ما نص عليه الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغى في المادة (٣٥) منه على: (لا يجوز التأميم إلا **لاعتبارات الصالح العام** وبقانون، ومقابل تعويض)، وما حدده الدستور المصري لعام ٢٠١٤ في مادته (٧٨) على: (تلتزم الدولة بوضع خطة وطنية للإسكان تراعي الخصوصية البيئية، وتكفل إسهام المبادرات الذاتية والتعاونية في تنفيذها، وتنظيم استخدام أراضي الدولة ومدها بالمرافق الأساسية في إطار تخطيط عمراني شامل للمدن والقرى واستراتيجية لتوزيع السكان، **بما يحقق الصالح العام** وتحسين نوعية الحياة للمواطنين ويحفظ حقوق الأجيال القادمة).

سلطة المشرع في عنصر الغاية هي مقيدة لا تقديرية، تتحدد دائما باستهداف تلك المصالح الدستورية العامة منها والمخصصة، ومن ثم فإنه – أي المشرع – لا يملك سلطة تقديرية تجاه تلك الزاوية من عناصر القانون[١].

في حين ذهب بعض أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الغاية ليست هي المصلحة العامة بذاتها، وإنما "تحقيق المصلحة العامة"، وبناءً عليه إذا كانت هنالك أغراض عدة من شأنها تحقيق المصلحة العامة فإنه يتعين اختيار الغرض الأكثر تحقيقا إياها[٢].

ويضرب هذا الرأي مثالا على ذلك بزيادة الموارد المالية للدولة التي تحقق المصلحة العامة؛ نظرا لما يعود على المجتمع من خدمات إضافية نتيجة هذه الزيادة المالية، غير أن هذه الزيادة قد لا تتحقق إلا بتقييد بعض الحريات العامة، والحقوق الفردية مثل حريات الصناعة، والتجارة، وحرية التنقل، ومن ثم فقد يكون من الأجدى تحقيقا للمصلحة العامة الاستغناء عن تلك الزيادة المالية المتوقعة، في سبيل المحافظة على الحقوق، والحريات العامة، ولذلك لا يجوز الاختيار بين تحقيق المصلحة المالية للدولة، والمحافظة على الحقوق والحريات العامة، وإنما يجب المفاضلة، والموازنة بينهما لتحديد أيهما أكثر تحقيقا للمصلحة العامة؟ أو بتعبير آخر أيهما يحقق المصلحة العامة الحقيقية فعلا؟ إذ إن تعارض الأغراض المتقدمة يعني أن أحدهما فقط هو الذي يحقق المصلحة العامة الحقيقية، في حين أن الغرض الآخر لا يعد كذلك؛ لأنه ليس من المنطق أن توجد مصلحتان عامتان في آن واحد، تخصان تصرفا واحدا[٣].

ولذلك فإن عنصر الغاية بما يتضمنه من أغراض يتوخاها المشرع في تنظيمه الحقوق والحريات يمثل سلطة مقيدة، بل هي قيد جازم على سلطته لا يجوز له مجاوزته، أو العدول عنه[٤].

وعلى هذا الأساس فإن أصحاب هذا الاتجاه يؤكدون على أنه ليس للمشرع العادي سلطة تقديرية في شأن تحديد الهدف من قوانينه، وإذا كان على المشرع واجب تقدير المصلحة العامة من القوانين التي يقرها، إلا أن هذا التقدير لا يمثل أي قدر من الحرية، أو السلطة.

---

[١] د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٢٨٤.

[٢] ينظر: د. سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مصدر سابق، ص ٢٧٧.

[٣] د. سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المصدر السابق، ص ٢٧٧ – ٢٧٨.

[٤] د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: المصدر السابق، ص ٢٨٧.

ثانيا: سلطة المشرع العادي تقديرية في عنصر الغاية

وعلى خلاف ما تقدم ذهب أصحاب هذا الاتجاه[١] إلى أن سلطة المشرع العادي في عنصر الغاية تقديرية، استنادا إلى طبيعة المصلحة العامة التي تمثل غاية القانون وغرضه النهائي، فالمصلحة العامة من الأفكار التي تتميز بالمرونة، وعدم التحديد، ويترتب على هذه المرونة اتساع مفهومها من جانب، وتفاوته من جانب آخر[٢].

فالحاجات، والمنافع التي يسعى المشرع العادي إلى تحقيقها متعددة، وفي الوقت نفسه متفاوتة، وعلى أساس ذلك فإن المشرع لن يستطيع تلبية كل الحاجات في آن واحد، وإنما يقوم بالمفاضلة بين تلك الحاجات، واختيار ما يراه ملبيا المصلحة العامة في زمن معين، وفي ظرف محدد[٣].

وإذا كانت المصلحة العامة فكرة غير ثابتة فإن لكل مجتمع مصالحه العامة التي يسعى إلى تحقيقها، وفي كل مرحلة من مراحل تطوره، وتقدمه، فتارة يرى المجتمع تحقيق مصالحه في النظام الاشتراكي، وتارة أخرى في النظام الرأسمالي، وقد لا يكون في ذلك بل بالنظام الإسلامي، أو الجمع بين هذه الأنظمة قدر الإمكان، وفي الحقيقة إن لكل من هذه الأنظمة أهدافها، ووسائلها الخاصة لتحقيق تطبيقها على أرض الواقع[٤].

ومن هنا فإن للمصلحة العامة مفهوما سياسيا قد يتسع تحديد مدلوله إلى تدخل السلطة التنفيذية زيادة على المشرع؛ لأن تقدير المصلحة العامة، وتحديد مفهومها إنما يكون عن طريق السلطات المسيطرة في الدولة، وتحديدا السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية، وبذلك يبدو أن تحديد المصلحة العامة مهمة ملقاة على عاتق المشرع بمعاونة السلطة التنفيذية، بما يجعلها عملية سياسية، بشرط أن يتبلور ذلك التحديد في أغراض لا تتقاطع مع الدستور وغاياته النهائية[٥].

وإذا كان المشرع هو الذي يحدد المصلحة العامة فإنه يتمتع بحرية لهذا الغرض، ويستطيع سن القوانين مهما تكن الغايات التي يسعى لتحقيقها، أي أن سلطته في شأن تحديد الغايات التي تدخل ضمن نطاق المصلحة العامة هي سلطة تقديرية[٦].

---

[١] ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٧١ وما بعدها. د. زكي محمد النجار: مصدر سابق، ص ٢١٢. د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: مصدر سابق، ص ١٦٦ وما بعدها. د. عبد المجيد إبراهيم سليم: مصدر سابق، ص ٤٠٤. د. شادي محمد صلاح عبد البديع: مصدر سابق، ص ٢١٧.

[٢] للمزيد حول مفهوم المصلحة العامة ينظر: د. محمد عصفور: البوليس والدولة، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٥٩ وما بعدها. د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ٣٠٣ وما بعدها. د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ١٥٤ ما بعدها.

[٣] ينظر: د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ١٥٥.

[٤] ينظر: د. محمد ماهر أبو العينين: المصدر السابق، ص ٣٠٤.

[٥] د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ١٥٥ – ١٥٦.

[٦] د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ١٦٧.

وهذه السلطة التقديرية تعطي المشرع العادي الحق في تحديد المصلحة العامة من بين المصالح الخاصة المختلفة، والمتعارضة، لفرضها على الجماعة في زمن معين، فمن يملك القانون يملك تحديد المصلحة المرعية التي تحظى وحدها بحماية القانون[١].

ومما لا شك فيه أن سلطة المشرع في استهداف المصلحة العامة بوصفها غاية للقانون سلطة مقيدة لا تقدير فيها[٢]، إلا أنه مع ذلك فإننا نتفق مع الاتجاه الثاني فيما ذهب إليه، فالمشرع العادي وإن كان ملزما بتحقيق المصلحة العامة إلا أنه يملك سلطة تقديرية واسعة في تحديد مصداق المصلحة العامة، ومدلولها.

أي بمعنى أن المشرع عندما يريد إقرار قانون معين يستهدف مثلا الموظفين أو فئة منهم، فإنه هو الذي يقدر فيما إذا كانت حماية، أو تقرير امتيازات لهؤلاء الموظفين يشكل مصلحة عامة تستدعي تشريع القانون أم لا.

زيادة على ذلك فإن بعض القوانين – إن لم يكن كلها – تتعارض بسببها مصالح معينة، فعلى سبيل المثال زيادة الامتيازات المالية للموظفين تستدعي أن تكون هنالك أموال، وهذه الأموال قد يكون مصدرها فئة معينة من المجتمع عن طريق فرض ضرائب جديدة، أو زيادة الضرائب السابقة، لذلك ستكون عندئذ مصلحتان إحداهما خاصة بالموظفين، والأخرى ترتبط بالممولين، مفادها عدم إرهاقهم بالمزيد من الضرائب، أو زيادة مبالغها، وهنا يقدر المشرع أي المصلحتين تقدم عن طريق الموازنة والمفاضلة بينها، بسلطة تقديرية تمكنه من ترجيح المصلحة الأولى، وإهمال الأخرى، فاذا رأى أن من المصلحة العامة زيادة مخصصات الموظفين، أو فئة منهم فإنه يقوم بتشريع القانون اللازم لتحقيق هذا الغرض، إلا أنه قد يرى أن من المصلحة العامة عدم إرهاق الممولين بضرائب جديدة، أو زيادة مبالغ الضرائب المفروضة عليهم سابقا، فعندئذ سيمتنع عن تشريع القانون.

وقد يرى ضرورة تحقيق المصلحتين في آن واحد عن طريق منح مخصصات محدودة للموظفين، في مقابل ذلك فرض زيادة قليلة على مبالغ الضرائب القائمة، وكل ذلك في ضوء معطيات المجتمع، وفي فترة زمنية معينة من مراحله.

ومما تقدم يتضح بجلاء أن المشرع العادي يتمتع بسلطة تقديرية في عنصر الغاية، عن طريق تحديد نطاق المصلحة العامة، ومدلولاتها، وما يستلزمه ذلك التحديد من مفاضلة وترجيح بين المصالح التي تتعارض بشأن القانون الذي يراد تشريعه، شرط أن يكون التحديد المتقدم في إطار المصلحة العامة دائما.

ويمكن الرد على ما ذهب إليه أحد مؤيدي الاتجاه الأول أن المشرع لا يملك أي تقدير، أو مفاضلة باستهداف المصالح، والأهداف المشروعة، أو إهمالها، والعدول عنها[٣]؛ لأن ما يتحدث عنه هذا الرأي يرتبط بمجال آخر وهو مشروعية الأهداف التي ينبغي على المشرع تحقيقها، ولا شك في أن سلطة المشرع هنا مقيدة، بل لا يقتصر الأمر على عنصر الغاية، وإنما يشمل عناصر القانون الأخرى، إذ إن المشرع مقيد – دائما – بعدم مخالفة

---

[١] د. محمد ماهر أبو العينين: المصدر السابق، ص ٣٠٦.

[٢] ينظر: د. شادي محمد صلاح عبد البديع: مصدر سابق، ص ٢١٧.

[٣] ينظر: د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٢٨٨.

الدستور في كل عنصر من عناصر القانون حتى وإن كان يتمتع فيها بسلطة تقديرية، وشتان ما بين استهداف المصالح المشروعة، وهي سلطة مقيدة، وبين تحديد مصاديق تلك المصالح المشروعة، والمفاضلة والترجيح بينها إذا ما تعارضت، وهو ما يمتلك المشرع فيه سلطة تقديرية.

أما القول بأنه: (ليس من المنطقي أن توجد في آن واحد مصلحتين عامتين بشأن تصرف واحد)[١]، فهو قول غير دقيق؛ لأن المصلحتين العامتين المتعارضتين لا ترتبطان بتصرف واحد، ومن جانب إيجابي فحسب، وإنما يضاف له الجانب السلبي، أي أن إحدى المصلحتين قد تتحقق عند تشريع القانون، في حين تتم الأخرى بعدم تشريعه.

وتبعا لذلك ليس من الصحيح القول إن المصلحتين المذكورتين ترتبطان بتصرف واحد، بل بتصرفين متغايرين من حيث سببهما وآثارهما، وبالتحديد من الناحيتين الإيجابية، والسلبية أي تشريع القانون، وعدم تشريعه.

زيادة على ذلك فإن المشرع قد يوفق بين المصلحتين المتعارضتين، عن طريق البديل الذي يختاره (المحل) – كما اتضح لنا سابقا – وإذا سلّمنا بذلك فقد غدا واضحا ما يتمتع به المشرع العادي من سلطة تقديرية في عنصر الغاية، عن طريق المفاضلة والترجيح بين المصالح المتعارضة.

ومع تأكيدنا على تمتع المشرع بسلطة تقديرية في عنصر الغاية، فإننا لا نتفق مع الرأي الذي يرى أن: (السلطة التشريعية تستقل بتقدير أهداف التشريع؛ لأن ذلك يتعلق بنطاق السياسة أكثر منه بالقانون، ولأن التشريع لا بدَّ أن يصطبغ بصبغة الحزب الغالب في البرلمان، ... وإن تقدير مدى الآثار الاجتماعية للقانون يجب أن يترك للمشرع دون معقب عليه، إلا من الرأي العام بالطريق الذي ينظمه الدستور)[٢].

وحتى مع اشتراط الرأي المتقدم موافقة غايات القانون للدستور فإن التساؤل الذي يطرح: مَن يقرر تلك الموافقة هل هو المشرع؟ ونقنع بما يقرره من اتفاق غايات قوانينه مع الدستور، أم لا بدَّ أن يؤكد ذلك القاضي الدستوري إذا ما طُعن أمامه، واتضح له أن غايات المشرع الظاهرة لا تعد أغراضا حقيقية للقانون، بل إنه يخفي أهدافا غير مشروعة، وتتقاطع مع المصلحة العامة.

ولذلك فإن اشتراط موافقة غايات القانون للدستور تعطي للقاضي الدستوري سلطة تحديد تلك الموافقة من عدمها. ومن ثم لا يصح القول بعدم التعقيب على المشرع في هذا الشأن، باستثناء الغايات التي تتفق مع المصلحة العامة فلا شأن للقاضي الدستوري بها، وبغض النظر عن آثارها الاجتماعية، أو السياسية، أو الاقتصادية، ما دامت تندرج تحت عنوان المصلحة العامة بإقرار القاضي الدستوري.

---

[١] د. سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مصدر سابق، ص ٢٧٧ – ٢٧٨.

[٢] د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط ٤، دار الفكر العربي، من دون مكان نشر، ١٩٧٦، ص ٣٥ – ٣٦.

وينبغي التمييز هنا بين السلطة التقديرية للمشرع في عنصر المحل، وبين نظيرتها في الغاية، فمفهوم التقدير في المحل متأتٍ من حرية المشرع في المفاضلة، والاختيار بين البدائل لمعالجة الموضوع المراد تنظيمه، واختيار الأفضل بعد الموازنة بينها.

إلا أن السلطة التقديرية في الغاية تتمثل في قدرة المشرع على تحديد مصداق المصلحة العامة ومفهومها، والموازنة بين المصالح المتعارضة، أو الترجيح فيما بينها، لغرض تحقيقها من القانون الذي أقره.

وعلى هذا الأساس قد يجتمع الاثنان معا في آن واحد، بحيث تكون سلطة المشرع في المحل والغاية تقديرية عن طريق الحرية الممنوحة له في اختيار الحل المناسب ومضمون المصلحة العامة.

كما إنهما قد يفترقان فتكون سلطة المشرع في المحل تقديرية، وفي الغاية مقيدة، كما لو أعطى الدستور للمشرع سلطة تقييد بعض الحقوق والحريات لحماية النظام العام. فالواضح أن وسائل التقييد متروكة لتقدير المشرع، وعلى هذا الأساس فإنه يختار التنظيم المناسب، لكنه بشرط أن يكون هذا التقييد والوسيلة التي اختارها المشرع تستهدف حماية النظام العام – مثلا – بالمعنى المتعارف عليه، ولا يجوز استهداف غاية أخرى لا تندرج تحت هذا المعنى.

اما إذا كانت سلطة المشرع في المحل مقيدة فلا شك عندئذ ستكون سلطته في الغاية مقيدة أيضا، فالحل الذي يضعه الدستور لتنظيم موضوع معين، يحدد في الوقت نفسه غاية ذلك الحل، ومن ثم ليس للمشرع الحرية في تحديد مصداق المصلحة العامة على خلاف ما يحدده الحل الدستوري من غايات قد تكون ضمنية أحيانا.

فالنص الدستوري الذي يحدد عدد أعضاء مجلس النواب على أساس مقعد واحد لكل مائة ألف نسمة، يعد حلا ملزما للمشرع في قانون الانتخابات، وفي هذه الجزئية منه، وبذلك تكون سلطته – أي المشرع – في توزيع المقاعد على أساس نفوس الشعب، والمعيار العددي اللازم لذلك هي سلطة مقيدة، وإن هذا النص الدستوري قد حدد وبشكل ضمني غاية القانون عند صدوره، والمتمثلة بوجود برلمان يمثل الشعب بشكل عام، والمحافظات بشكل خاص على أساس المعيار المتقدم من جانب، وتحديد عدد أعضائه بشكل مناسب من أجل أداء مهامه على النحو المطلوب من جانب آخر.

الفرع الثاني: مدى إمكانية تخصيص المصلحة العامة بأغراض محددة.

تبين سابقا أن الفقه قد اختلف إلى اتجاهين بشأن سلطة المشرع العادي في عنصر الغاية، يرى أحدهما أنها مقيدة، في حين يعدها الاتجاه الآخر سلطة تقديرية، وقد أيدنا الاتجاه الثاني؛ لأن المشرع هو من يحدد مفهوم المصالح العامة، ومصاديقها في المجتمع، وبناءً على ذلك يصدر القوانين اللازمة لتحقيقها.

والسؤال الذي يرد هنا حول ما إذا كانت سلطة المشرع العادي في عنصر الغاية تقديرية بشكل مطلق، أم يرد عليها استثناء، وتكون عندئذ سلطة مقيدة؟

وفي إطار الإجابة عن ما تقدم يمكن أن تبرز حالة تخصيص الدستور لأغراض معينة في إطار المصلحة العامة، ومن ثم قد تكون سلطة المشرع مقيدة، إلا أنه قبل تقرير تلك النتيجة لا بدَّ من الإشارة إلى أن الفقه قد اختلف بشأن إمكانية تحديد الدستور لأغراض معينة يتعين على المشرع أن يحققها من قوانينه، وترتب على هذا

الاختلاف وجود رأيين يرى أحدهما عدم إمكانية ذلك التحديد، في حين يسلّم الرأي الثاني بوجوده، وسنستعرض الرأيين معا، وأدلة كل منهما.

وقبل التعرض إلى هذين الرأيين نبيّن أن المقصود بتخصيص أهداف القانون هو تحديد الدستور هدفا، أو أهدافا معينة ينبغي على المشرع أن يستهدف تحقيقها في قوانين محددة، وعادة لا يلجأ الدستور إلى هذا التحديد إلا بعد عدم اكتفائه بالمصلحة العامة من ذلك القانون، وإنما يُلزم المشرع بتحقيق أغراض مخصصة[١].

أولا: عدم إمكانية تخصيص الدستور لأغراض القانون

يذهب هذا الرأي[٢] إلى عدم إمكانية تحديد أهداف، أو أغراض مخصصة للقانون، عادّاً (إن أي محاولة لتخصيص الهدف الذي يجب أن يتجه التشريع إلى تحقيقه محاولة تتناقض مع واجب المشرع في التجاوب مع مقتضيات التطور، وهذا التجاوب بحد ذاته سلطة إذا أُنكرت على المشرع، أو ضُيّق من نطاقها انهارت سلطة التشريع من أساسها)[٣].

في حين رأي بعض أصحاب هذا الرأي أن تخصيص أغراض القانون يتنافى مع المصلحة العامة؛ (لأنه ليس لجماعة معينة أن تفرض إرادتها باستمرار على جماعة أخرى، والنظام الاجتماعي يتطور باستمرار، ويستحسن أن يترك تقدير ذلك للجماعة ممثلة في برلمانها)[٤].

وقد رفض بعض الفقه وجود أغراض مخصصة؛ لأن الإقرار بإلزام المشرع بتلك الأغراض التي قد يستنبطها القاضي الدستوري ضمنا، وعلى غرار ما هو موجود فيما بين الإدارة والقضاء الإداري غير ممكن؛ لأن تطور القضاء الإداري منذ زمن ليس بالقريب، والنظرة للإدارة بوصفها الخصم الأساسي للفرد، غير النظرة للمشرع إذ الأصل فيه حماية الحقوق والحريات، لا التعدي عليها، لذا كان الوسط القانوني متقبلا هذا التدخل من القضاء الإداري ليضيف على الإدارة أهدافا في حين لا يسمح بهذا التدخل في تحديد أغراض القانون؛ لأن في ذلك تقييدا لسلطة تقديرية تركها الدستور للمشرع، ومن ثم فإن الرجوع إلى أصل الرقابة على الأغراض المخصصة يجعل من تطبيق هذه الفكرة في نطاق العلاقة بين القانون، والدستور أمرا لا يستطيع قبوله أي مجتمع ديمقراطي يعطي المشرع سلطة تقديرية في تحديد أغراض القانون[٥].

---

[١] ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٧١. د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: مصدر سابق، ص ١٧٩.

[٢] ومن مؤيدي هذا الرأي: د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، مصدر سابق، ص ١٣٩. د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ٤٢. د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ٢٢٩ – ٢٣٠.

[٣] د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المصدر السابق، ص ١٣٩.

[٤] د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ٤٢.

[٥] د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ٢٣٠.

ثانيا: إمكانية تخصيص الدستور لأغراض القانون

على غرار ما هو موجود في القرارات الإدارية من تخصيص غايات ينبغي تحقيقها، رأى بعض الفقه[١] أن سلطة المشرع العادي وإن كان الأصل فيها الإطلاق في التشريع، فيقوم بتنظيم العلاقات الاجتماعية، والسياسية، والاقتصادية استهدافا المصلحة العامة، إلا أنه قد يحدد الدستور للمشرع أغراضا لا يتجاوزها، ولا يتخطاها من القوانين التي يقرها، ومع قلة هذا التوجه الدستوري فإنه يصح، ولا إشكال فيه.

ويضرب على ذلك أصحاب هذا الرأي بعض الأمثلة: من ذلك حماية الأمن، والنظام العام في قوانين الأحكام العرفية، ووقاية النظام الاجتماعي في قوانين الصحافة، والاجتماعات العامة[٢].

فحماية الأمن، والنظام العام، وحاجات الحرب، والتموين تعد غايات مخصصة لقوانين الأحكام العرفية، وعلى المشرع أن يلتزم في كل قانون يصدره لتنظيم الأحكام العرفية، وفي أي تعديل لهذا القانون تلك الغايات المخصصة، وألّا يتجاوزها إلى غايات أخرى، ولو كانت تهدف لتحقيق المصلحة العامة[٣].

كذلك الأمر فيما يخص قوانين الصحافة والاجتماعات العامة، فإن إنذار الصحف، أو وقفها، أو إلغاءها، أو منع الاجتماعات العامة لا يجوز إلا إذا كان ذلك ضروريا لوقاية النظام الاجتماعي، وعلى أساس ما تقدم فإن وقاية النظام الاجتماعي هي الغرض المخصص لأي قانون يضعه المشرع لمصادرة الصحف، أو منع الاجتماعات العامة[٤].

وقد يكفل الدستور حرية العقيدة، ويمنع الدولة من التدخل لمناصرة عقيدة بعينها إضرارا بغيرها، وعندئذ يكون الدستور قد حدد للمشرع أغراضا بذاتها في مجال حرية العقيدة، ومنعه من التدخل على نحو يؤجج الصراع بين الأديان، ويعد ذلك غرضا مخصصا حدد الدستور مضمونه، ومداه[٥].

وقد ينص الدستور على المصلحة العامة بشكل عام دون أن يكتفي بذلك، بل يحدد أغراضا محددة – فضلا عن العامة – ينبغي على المشرع السعي إلى تحقيقها، ومن ذلك ما نص عليه الدستور المصري لعام ٢٠١٤

---

[١] يعد د. عبد الرزاق أحمد السنهوري أول من ذهب إلى إمكانية تخصيص الدستور لأغراض معينة ينبغي على المشرع تحقيقها في بعض القوانين وإلا عُدَّ منحرفا في استعمال سلطته التشريعية. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٧١. وقد أيد هذا التوجه: د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مصدر سابق، ص ٥٩٤. د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: مصدر سابق، ص ١٨٩ وما بعدها. د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٤٠٠ – ١٤٠١. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٢٨٣ – ٢٨٤.

[٢] أورد هذين المثالين د. عبد الرزاق أحمد السنهوري في بحثه سابق الإشارة إليه، وبالاستناد إلى الدستوري المصري لعام ١٩٢٣ الملغى.

[٣] ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المصدر السابق، ص ٧٢. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: مصدر سابق، ص ٢٨٣.

[٤] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المصدر السابق، ص ٧٣.

[٥] د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٤٠١.

بشأن الخطة الوطنية للإسكان، وضرورة استهدافها (الصالح العام)، وتحسين نوعية الحياة للمواطنين، وحفظ حقوق الأجيال القادمة، إذ يشكل الغرض الأول الغاية العامة في حين يعد الهدفين الآخرين أغراضا مخصصة[١].

وفي الفروض المتقدمة يكون المشرع أمام نطاق محدد وضعه الدستور لتدخله التشريعي من جهة الأغراض التي يتعين عليه تحقيقها من هذا التدخل.

وإذا أمكن أن تكون الأغراض المخصصة على نحو إيجابي، فإنها قد تكون من الناحية السلبية، وذلك باستبعاد الدستور غرضا معينا في أن يكون غاية القانون، ومن ثم يشكل هذا التحديد قيدا غائيا يستلزم على المشرع ألّا يستهدف ذلك الغرض المحدد من القانون الذي يقره، وإلا عُدّ مخالفا الدستور.

ومن ذلك بعض النصوص التي أوردها الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ مثل المادة (١٨/ خامسا) التي نصت على: (لا تمنح الجنسية العراقية لأغراض سياسة التوطين السكاني المخل بالتركيبة السكانية في العراق)، وكذلك المادة (٢٣/ ثالثا ب) التي نصت على: (يحظر التملك لأغراض التغيير السكاني).

فالملاحظ على هذين النصين أنهما يحددان غرضا بذاته، ويتحدان في حظر أن يكون غاية مستهدفة، وهو التغيير السكاني الناشئ من اكتساب الجنسية، أو تملك العقارات، وهو قيد عام يشمل سلطات الدولة كافة بما فيها المشرع، وعلى هذا الأساس لا يجوز أن يقر المشرع قانونا تستهدف نصوصه تحقيق التوطين المخل بالتركيبة السكانية في البلد، سواء أكان متعلقا بالجنسية العراقية، أم بالملكية الخاصة وتحديدا تملك العقارات.

وبعد استعراض الرأيين الفقهيين المتقدمين فإننا نتفق مع الرأي الثاني، ونرى إمكانية وجود قيود غائية مخصصة يفرضها الدستور على المشرع أهدافا لقوانين معينة.

فالدستور يقرر الحقوق، والحريات العامة، وينظم السلطة، وفي إطار هذين الموضوعين قد ترى السلطة المُؤسِسة تقييد بعض القوانين بأغراض معينة، وهي إذا ما قررت ذلك كان على المشرع استهداف تلك الأغراض.

ومع التسليم بذلك فإن الدستور قلّما يعمد إلى تخصيص الأهداف، وفي حالات محددة، ومن ثم يشكل التخصيص حالة استثنائية من الأصل العام المتمثل في حرية المشرع باستهداف أي الغرض من القوانين التي يقرها، ما دام ذلك الغرض يندرج تحت عنوان المصلحة العامة، وترتبط نصوص القانون به ارتباطا وثيقا.

والملاحظ أن تلك الأغراض المخصصة ترتبط ارتباطا وثيقا بالحقوق، والحريات، وحرصا من الدستور على حمايتها، وتوفير الضمانات اللازمة لها من القوانين، فإنه يستلزم أن يكون تقييد بعض الحقوق، والحريات لتحقيق غرض معين.

وعلى هذا الأساس فإن من الممكن أن يحدد الدستور أغراضا معينة، وفي حالات محددة، وقليلة من جانب، وترتبط بسلطة المشرع في تقييد الحقوق، والحريات العامة من جانب آخر، ومن ثم لا يعد ذلك التحديد سلبا لحرية

---

[١] ينظر: نص المادة (٧٨) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ سابق الإشارة إليه.

المجتمع في تقرير أغراضه المستهدفة – كما ذهب إلى ذلك بعض مؤيدي الاتجاه الأول[١] – وإنما يبقى للمجتمع ذلك ممثلا ببرلمانه، باستثناء ما حدده الدستور من أغراض مخصصة.

وإن تلك الأغراض المحددة – وعلى قلتها – تمثل مبادئ عامة كالنظام العام، والنظام الاجتماعي، وحماية الأديان، بحيث أنها تسمح لكل مجتمع، وفي أي وقت من مراحل تطوره بتحديد مفهوم تلك الأغراض على المستوى الواقعي، مما يضفي سلطة تقديرية للمشرع في تحديد مصداق الغايات التي حددها الدستور لقوانين معينة.

ومن ثم يستبعد الانتقاد الذي يرى أن تخصيص الغايات يتنافى مع حرية المجتمع في تحديد أهدافه؛ إذ ما زال المشرع العادي يتمتع بحرية تحديد مضامين الأغراض المخصصة على مستوى الواقع.

ومع اتفاق أصحاب الاتجاه الثاني على إمكانية تخصيص الدستور لأغراض معينة، إلا أنهم قد اختلفوا بشأن أمرين: أولهما ماهية السلطة التي يتمتع بها المشرع إزاء الأغراض المخصصة، وثانيهما نوع المخالفة التي تنهض عند عدم التزام المشرع بتلك الأغراض.

وفيما يتعلق بسلطة المشرع إزاء الأغراض المخصصة فقد ذهب بعض الفقه إلى أنها سلطة مقيدة، إذ إن تحديد الدستور للمشرع غرضا معينا يوجب عليه عدم تجاوزه، ومفاد ذلك أن سلطة المشرع هنا مقيدة بضرورة تحقيق هذا الغرض المحدد بما لا يكون له – أي المشرع – من سلطة تقديرية[٢].

وعكس الرأي المتقدم يرى اتجاه آخر أن تخصيص الدستور لأغراض معينة لا يجعل سلطة المشرع مقيدة، بل تبقى تقديرية لتحديد مفهوم ذلك الغرض المخصص على أرض الواقع، ففي الأمثلة السابقة فإن سلطة المشرع تقديرية في تحديد دائرة الأمن، والنظام العام، وحاجات الحرب، والتموين، والنظام الاجتماعي، وغير ذلك[٣].

وعلى الرغم من أن الدستور قد حدد أغراضا مخصصة لبعض القوانين، فإن المشرع ما زال يتمتع بسلطة تقديرية إزاء تلك القيود الغائية، إذ الملاحظ على هذه القيود (الأغراض المخصصة) أنها مصطلحات، ومبادئ عامة تتميز بالمرونة في هذا الشأن، كما هو الحال في موطن تطبيقها الأصلي (القانون المدني، والقانون الإداري) مثل: النظام العام فبالرجوع إلى هذين القانونين نجد أن النظام العام مصطلح مرن وغير ثابت، ويتغير من مجتمع إلى آخر، ومن وقت لآخر، وإذا سلّمنا بذلك فعندئذ ينبغي التعامل معه على غرار التعامل مع المصلحة العامة من حيث أنها مرنة، وإن هذه المرونة قد أعطت المشرع سلطة تقديرية في تحديد مفاهيم المصلحة العامة، ومصاديقها، ورسم دائرة حدودها، فكذلك الحال مع الأغراض المخصصة إذ أنها مصطلحات مرنة، ولذلك فإنها تعطي للمشرع سلطة تقديرية أيضا في تحديد مدلولاتها ونطاقها.

---

[١] د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ٤٢.

[٢] من مؤيدي هذا الرأي: د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: مصدر سابق، ص ١٩٢.

[٣] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٧٢ – ٧٣.

وإذا كان الغرض المخصص يمثل تحديدا للمصلحة العامة فإن هذا التحديد يشكل دائرة من مساحة أوسع، وبما أنه كذلك فإن المشرع ما زال يتحرك ضمن هذه الدائرة، وهذا التحرك ينبئ عن وجود سلطة تقديرية ضمن هذا الغرض.

وبناءً على ذلك يتمتع المشرع العادي بسلطة تقديرية في عنصر الغاية حتى وإن حدد له الدستور أغراضا مخصصة يتعين عليه تحقيقها في قوانين معينة، ما دامت تلك الأغراض مرنة، وغير محددة.

وعلى أساس الاختلاف المتقدم يرتبط نوع العيب الذي يصيب القانون، إذ الملاحظ أن تحديد السلطة التي يمتلكها المشرع يؤثر في بيان العيب الذي يلحق القانون، وفيما إذا كان مخالفة مباشرة للدستور أم انحرافا تشريعيا، فالاتجاه[١] الذي يرى أن سلطة المشرع في حالة تخصيص الأغراض مقيدة، يذهب إلى أن مخالفة تلك الأغراض تجعل القانون مخالفا الدستور مخالفة مباشرة، إذ إن تحديد غرض معين للمشرع يمنع من تمتعه بسلطة تقديرية في هذا الصدد، بل إن سلطته – هنا – مقيدة، ومن ثم فإن الخروج على هذه السلطة المقيدة يعد مخالفة مباشرة للدستور، وليس انحرافا في استعمال السلطة التشريعية[٢].

وفي المثال الخاص بقوانين الاجتماعات العامة فإن الحالة الوحيدة التي أجاز فيها الدستور صدور قانون يمنع تلك الاجتماعات هي حالة وقاية النظام الاجتماعي التي نص عليها الدستور، وعليه فإن القانون الذي يجيز ذلك المنع في غير هذه الحالة الوحيدة يعد مخالفة لنص الدستور[٣].

وفي هذا الاتجاه رأى بعض الفقه أن مجاوزة القانون الغرض المخصص الذي حدده الدستور تعد مخالفة موضوعية؛ لأن الغرض المخصص يعد شرطا من شروط صحة القانون، أو أنه يمثل تحديدا لأسباب القانون، وإذا تخلف ذلك الشرط، أو السبب بَطُل القانون لعيب السبب، مما يجعل عيب الانحراف غير مضيف لأي جديد للعيوب الأخرى، ويمكن الاستغناء عنه[٤].

وقد رتب بعض أنصار هذا الرأي نتيجة مفادها عدم إمكانية ترجيح القاضي الدستوري بين المخالفة المباشرة للدستور، وبين الانحراف التشريعي، لا لاحتياطية العيب الأخير، وانما لانتفائه أصلا؛ كونه – أي الانحراف –

---

[١] يلاحظ أن هذا الرأي لا يقتصر على أصحاب الاتجاه المؤيد إمكانية تخصيص أغراض القانون، بل ذهب إليه أيضا ممن يرون خلاف ذلك، إذ يرى د. محمد عصفور بأنه: (لا يتصور أن يخصص الدستور للتشريع غرضا معينا، على أنه إذا رسم هذا الغرض فإن مخالفة القانون له لا تكون انحرافا في استعمال السلطة، بل تكون مخالفة صريحة لنص في الدستور يتضمن توجيها معينا). د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، مصدر سابق، ص ١٤٠.

[٢] ينظر: د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ٢٣٥. د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: مصدر سابق، ص ١٩٢.

[٣] د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ١٩٤.

[٤] د. محمد ماهر أبو العينين: المصدر السابق، ص ٢٢٩ – ٢٣٠.

يرتبط ارتباطا وثيقا بالسلطة التقديرية، وما دام الدستور قد قيّد سلطة المشرع بشأن الغاية فإن مخالفة المشرع للدستور عندئذ ستكون مخالفة مباشرة وليست انحرافا تشريعيا[١].

وعلى خلاف ما تقدم ذهب الرأي الثاني إلى أن تخصيص أغراض معينة للقانون لا يجعل من سلطة المشرع العادي مقيدة بل تقديرية، وإن مخالفة تلك الأغراض تجعل القانون معيبا بعيب الانحراف التشريعي، وقد تزعم هذا الرأي الدكتور السنهوري إذ جعل مجاوزة القانون الغرض المخصص له الفرض الثاني من حالات الانحراف التشريعي الخمسة التي ذكرها في بحثه الخاص بالانحراف التشريعي[٢].

وقد أضاف إلى ذلك بعض الفقه أن الانحراف التشريعي يعد عيبا غائيا يشمل كل صور الخروج على المصلحة العامة سواء أكان في مفهومها الأشمل، أم بمعناها الخاص، وإن تخصيص الدستور أغراضا بذاتها وإلزام المشرع بتحقيقها لا يقيد سلطته في اختيار الوسائل الأفضل لتحقيق هذه الأغراض، وإنما يبقى له حرية اختيار تلك الوسائل (النصوص القانونية) وبسلطة التقديرية، ولكن بشرط ارتباطها عقلا بتلك الأغراض، وعدم مجاوزته إياها[٣].

ومن ثم فإن المصلحة العامة هي المفهوم الأوسع لاستعمال المشرع سلطته، والغرض المخصص يعد المفهوم الأضيق الذي يتعين التقيد به، وإن تجاوز المفهوم الأوسع، أو الأضيق للمصلحة العامة يحقق انحراف المشرع في استعمال سلطته، إذ ليس هنالك من فارق لا في الطبيعة، ولا من حيث الدرجة بين خروج المشرع على المفهوم العام للمصلحة العامة فيما يصدره من قوانين، وبين تعمد تجاوزه غرضا مخصصا من المصلحة العامة الذي حددها الدستور، وألزم باتخاذه غاية للقانون على وجه التحديد[٤]؛ لأن كليهما يمثل المصلحة العامة التي لا يجوز العمل على خلافها.

ومن جانبنا نرى أن تقرير امتلاك المشرع سلطة تقديرية في تحديد مفهوم الغرض الخاص، ومصاديقه على المستوى الواقعي يقودنا إلى التسليم بالرأي القائل إن مخالفة الغرض المخصص تعد حالة من حالات الانحراف التشريعي، حتى وإن كانت تمثل مخالفة مباشرة.

فالانحراف التشريعي بمعناه الأوسع يتحقق باستهداف المشرع غاية تتقاطع مع المصلحة العامة، وبمفهومه الخاص يقع بتحقيق هدف لا يندرج تحت مدلول الغرض المخصص الذي وضعه الدستور.

وعلى هذا الأساس فإن الانحراف التشريعي عيب يلحق الغاية (المصلحة العامة)، ولا يهم فيما إذا كانت المخالفة للمصلحة العامة بمعناها العام، أم بمفهومها الخاص (الغرض المحدد).

---

[١] د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ١٩٥.

[٢] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ٧١ وما بعدها. ومن مؤيدي هذا الرأي د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٤٠٠ وما بعدها. د. ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٣١٨

[٣] د. عوض المر: المصدر السابق، ص ١٤٠٢.

[٤] د. عوض المر: المصدر السابق، ص ١٤٠١.

وإذا جاز لنا القول إن الانحراف التشريعي بمعناه الواسع يمثل مخالفة غير مباشرة للدستور، فإن مجاوزة الغرض المخصص تمثل مخالفة مباشرة له، ومن ناحية عنصر الغاية.

وعلى هذا الأساس فإننا لا نتفق مع الرأي الفقهي الذي يرى أن الانحراف التشريعي لا يتحقق في الإخلال بالنصوص الدستورية، بل بتعارض القانون مع مبادئ الدستور العليا[١]؛ لأن كل نصوص الدستور ملزمة سواء أكانت متعلقة بعناصر القانون الأخرى (الاختصاص، والشكل، والسبب، والمحل) أم مرتبطة بعنصر الغاية.

وإذا حدد الدستور لقانون معين أغراضا مخصصة، فإن المشرع يبقى ملزما بالنصوص الدستورية التي حددت تلك الأغراض، حتى وإن كانت تمنحه سلطة تقديرية في تحديدها، ولذا فإن مجاوزتها تعد مخالفة مباشرة للدستور.

وبناءً عليه فإن الحدود التي رسمها بعض الفقه[٢] للتمييز بين المخالفة المباشرة للدستور، والانحراف التشريعي غير دقيقة؛ إذ إن المخالفة المباشرة لا تقتصر على تجاوز النصوص الدستورية المرتبطة بالعناصر الأخرى، بل يمكن أن تشمل عنصر الغاية أيضا، وبالتحديد عندما يقر المشرع قانونا يخالف غرضه الغاية المخصصة التي حددها الدستور.

زيادة على ذلك فإن الانحراف التشريعي قد لا يتحقق بمجرد مخالفة المبادئ الدستورية العليا التي تمنع استعمال المشرع سلطاته؛ سعيا لتحقيق غايات تتقاطع مع المصلحة العامة، أو تتنافى معها، بل يمكن أن يكون مخالفة صريحة، ومباشرة للنصوص الدستورية التي تحدد غاية القانون بغرض معين.

المطلب الثاني

التعارض التقديري للانحراف التشريعي

لا يتحقق التعارض التقديري في الغاية إلا عن طريق الانحراف التشريعي، سواء بمعناه الواسع، أو بمفهومه الضيق، فقد اتضح سابقا أن المشرع ملزم باستهداف المصلحة العامة من القوانين التي يقرها، إلا أنه يتمتع – مع ذلك – بسلطة تقديرية لتحديد مدلول المصلحة العامة على المستوى العام، وعلى نحو الأغراض المخصصة.

ولا شك في أن تمتع المشرع بالسلطة التقديرية في عنصر الغاية يقود إلى إمكانية استغلال تلك السلطة لتحقيق أهداف تتقاطع مع المصلحة العامة.

وما دامت أغلب الدساتير لا تضع أغراض القوانين بشكل محدد، إلا على سبيل الاستثناء، وفي حالات قليلة فإن ذلك يفتح المجال واسعا للمشرع في تحديد غايات القوانين، وبسلطة تقديرية واضحة، بشرط أن تكون ضمن إطار المصلحة العامة.

إلا أنه مع تلك السلطة التي يتمتع بها المشرع في هذا الشأن فإن القاضي الدستوري يتدخل لتحديد مشروعية الأغراض المستهدفة من عدم مشروعيتها على أساس مدى اتفاق تلك الأغراض مع المصلحة العامة، وعدم التقاطع معها.

---

[١] د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ٢١٨.

[٢] د. محمد ماهر أبو العينين: المصدر نفسه.

وبذلك يتضح أن القاضي الدستوري يمتلك سلطة تقديرية أيضا في رقابته على أغراض القانون، ولكن تلك السلطة التقديرية لا تسمح له بالتحقق من قدرة غرض القانون موضوعيا على تحقيق المصلحة العامة[١]، وإنما تعطيه إمكانية البحث في مدى مشروعية الغرض المستهدفة، وفيما إذا كان يمثل محاباة، أو انتقاما بشكل يتقاطع مع المصلحة العامة.

وبناءً على ذلك تقف السلطة التقديرية للقاضي الدستوري عند ثبوت مشروعية أغراض القانون دون أن تتسع لبحث آثارها الاجتماعية، أو السياسية، أو الاقتصادية، وفيما إذا كانت تحقق المصلحة العامة من الناحية الموضوعية، إذ يبقى ذلك الأمر متروكا للمشرع العادي في ضوء السياسة التشريعية التي يتبناها في أية مرحلة من مراحل حياة المجتمع[٢].

ولغرض بيان التعارض التقديري للانحراف التشريعي سنقسم هذا المطلب على فرعين: الأول لتعريف الانحراف التشريعي وطبيعته، والثاني لموقف القاضي الدستوري من الانحراف التشريعي.

الفرع الأول: تعريف الانحراف التشريعي وطبيعته

أورد الفقه الدستوري أكثر من تعريف للانحراف التشريعي[٣]، إلا أن أنسبها في هذا الشأن هو التعريف الذي يرى الانحراف التشريعي: (استعمال المشرع سلطته التقديرية في التشريع بقصد تحقيق هدف غير الصالح العام)[٤]؛ كونه جامعا عناصر الانحراف التشريعي المتمثلة بارتباطه بالاختصاص التشريعي من جانب، وبحدود السلطة التقديرية في ممارسة ذلك الاختصاص من جانب آخر[٥]، زيادة على عنصر القصد، إذ إن المشرع ينحرف بغايات القانون عن المصلحة العامة على نحو عمدي، بوجود إرادة جازمة تسعى إلى تحقيق غايات غير مشروعة[٦]، بخلاف العيوب الأخرى التي لا يشترط بها القصدية، بل قد تكون نتيجة خطأ يقع فيه المشرع في تقدير اختصاصه، أو شكليات العمل التشريعي، أو يرتبط بأسباب القانون، أو بمضمونه.

وأخيرا فإن استعمال السلطة التقديرية لا يكون إلا بقصد تحقيق هدف يتقاطع مع المصلحة العامة، مما يجعل الانحراف التشريعي عيبا يتعلق بغاية القانون دون العناصر الأخرى.

---

[١] ينظر: د. محمد ماهر أبو العينين: المصدر السابق، ص ٣٠٧.

[٢] ينظر: د. عوض المر: المصدر السابق، ص ١٣٨٢. د. عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل: مصدر سابق، ص ٧٠.

[٣] للمزيد من تعريف الانحراف التشريعي ينظر: د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: مصدر سابق، ص ٣٩. د. عبد المجيد إبراهيم سليم: مصدر سابق، ص ٦٩٤. جابر محمد حجي: مصدر سابق، ص ٤٢١. حسين محمد كريم حمزة: رقابة القضاء الدستوري على الانحراف التشريعي المالي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون/ جامعة بابل، ٢٠٢١، ص ٦٦ وما بعدها.

[٤] د. عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل: مصدر سابق، ص ٤٤.

[٥] ينظر: د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٦٩٩.

[٦] ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٣٩٨.

وبعد بيان مفهوم الانحراف التشريعي فإن أهم ما نود إيضاحه هو الطبيعة الاحتياطية التي يصف بها الفقه، والقضاء الدستوري الانحراف التشريعي عند بحث العيوب التي تصيب القانون، فقد انعقد إجماع الفقه[١]، والقضاء الدستوري – بحدود اطلاعنا – على أن الانحراف التشريعي عيب احتياطي من ناحية تسلسل بحث عيوب عدم الدستورية، ابتداءً بالعيوب الشكلية، ثم الموضوعية، وأخيرا الانحراف.

وهو تسلسل مأخوذ من ناحية طبيعة العيب الذي يلحق القانون وأثره، فالعيوب الشكلية تقوم على الاختصاص والشكل والإجراءات، وهما من مقومات القانون الذي لا يقوم، ولا يكتمل وجوده من دونها، ومن ثم لا يمكن البحث في مضمون القانون قبل التأكد من مقومات وجوده.

وبناءً عليه تقدم العيوب الشكلية على الموضوعية عند بحث القاضي الدستوري إياها[٢]، ويأتي تاليا العيوب الشكلية، والموضوعية بحث الانحراف التشريعي؛ لأنه عيب احتياطي لا يلجأ إليه القاضي الدستوري إلا إذا ثبت له عدم وجود أي عيب آخر. فوجود أحد العيوب في القانون يكفي للحكم بعدم دستوريته من دون ضرورة بحث الانحراف التشريعي؛ ويرجع ذلك – برأي الفقه – لخفاء عيب الانحراف التشريعي استنادا إلى الاختلاف بين ما يعلنه المشرع من أغراض مشروعة، وبين ما يبطنه من غايات أخرى غير مشروعة.

لذلك قد لا يظهر هذا العيب بمجرد الإطلاع على الأغراض المعلنة، وإنما يستلزم بحثا يتجاوز تلك الأغراض للتوصل إلى مدى التطابق بينها، وبين ما أخفي من غايات أخرى، وهي مهمة معقدة تقتضي البحث عن نية المشرع الحقيقية، التي غالبا ما يحرص المشرع على عدم بيانها علانية، والاجتهاد على إظهار الأغراض التي تتفق مع المصلحة العامة فقط[٣].

وإن هذا البحث قد يضع القاضي الدستوري في صراع مع المشرع العادي – ومن ورائه السلطة التنفيذية أحيانا – تترتب عليه نتائج غير مقبولة، إما التقليل من ضمانات استقلال القاضي الدستوري بما يقعده عن أداء رقابة

---

[١] ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصدر سابق، ص ١١١. د. عادل عمر شريف: مصدر سابق، ص ٣٨٢. د. شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ٤٣٠ وما بعدها. د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ٦٤ د. رمزي الشاعر: المصدر السابق، ص ٧١٢. د. يحيى الجمل: مصدر سابق، ص ٢٠٨ وما بعدها. د. عبير حسين السيد حسين: مصدر سابق، ص ٣٤٨ وما بعدها. د. عبد المجيد إبراهيم سليم: المصدر السابق، ص ٧٠٨ وما بعدها. د. سامر عبد الحميد محمد العوضي: مصدر سابق، ص ٣٠٠ وما بعدها. ايناس كمال كامل: مصدر سابق، ص ١١٤ وما بعدها.

[٢] وقد قررت ذلك المحكمة الدستورية العليا في عدد من أحكامها بقولها: (وأن يكون استيثاقها – أي المحكمة – من استيفاء هذه النصوص لأوضاعها الشكلية أمرا سابقا بالضرورة على خوضها في عيوبها الموضوعية انطلاقا من الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية هي من مقوماتها كقواعد قانونية لا يكتمل كيانها أصلا في غيبة متطلباتها الشكلية، وذلك خلافا للعيوب الموضوعية التي تقوم في مبناها على مخالفة النصوص المطعون عليها لقاعدة في الدستور من حيث محتواها الموضوعي، وهو ما يفترض لزوما اكتمال أوضاعها الشكلية وإن شابها عوار خروجها على الأحكام الموضوعية في الدستور) حكمها في القضية المرقمة (٣٩ لسنة ٩ قضائية "دستورية" في ١٩٩٢/١١/٧) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٩) في ١٩٩٢/١٢/٣.

[٣] ينظر: د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ٣٠٨.

حقيقية وفعّالة، أو تدخله في ممارسة العمل السياسي، بما يهدد استقلال المشرع العادي في ممارسة اختصاصه التشريعي، والتحول إلى حكومة القضاة[١]، وكلا الأمرين لا يمكن قبولهما.

وبناءً على هذه المخاطر يرى الفقه ضرورة تجنب بحث الانحراف التشريعي، إلا إذا انعدمت العيوب الأخرى، ومن ثم ينبغي اكتفاء القاضي الدستوري بأي عيب آخر دون الانحراف التشريعي، طالما كان ذلك العيب كافيا للحكم بعدم الدستورية.

فالانحراف التشريعي يتصل بالمصلحة العامة التي يجب أن يسعى المشرع لتحقيقها في كل قانون يقره، بوصفها غايته النهائية، ومن ثم فإن ثبوت هذا العيب يعني عدم التزام المشرع بتحقيق المصلحة العامة، بل إنه تجاوز إطارها، وانحرف عن حدودها، وعلى أساس ذلك يعد الحكم بعدم دستورية القانون لعيب الانحراف تأكيدا لذلك، وإن حقيقة هذا العيب تجعل المشرع العادي غير أمين على مسؤولياته الدستورية، بعكس المخالفة المباشرة بين القانون وأحد نصوص الدستور التي قد تعود لغموض تلك النصوص، وخفاء معانيها، ومن ثم لا تعني هذه المخالفة – بالضرورة – عدم أمانة المشرع العادي في أداء مهامه الدستورية، وإنما قد تكون نتيجة خطأ وقع فيه من دون عمد[٢].

ولذلك فإن القاضي الدستوري عادة ما يلجأ إلى تأسيس حكمه بعدم الدستورية على المخالفة المباشرة إذا ثبت له ذلك، من دون بحث الانحراف التشريعي، بل يرى بعض الفقه أن القاضي الدستوري حتى في الحالات التي يتيقن فيها من استهداف المشرع غايات تتقاطع مع المصلحة العامة فإنه لا يؤسس حكمه بعدم الدستورية على عيب الانحراف، وإنما يرده لعيب مخالفة الدستور في أوسع معانيه[٣].

وفي الحقيقة لا نتفق مع ما يذهب إليه الفقه، وما يؤكده القاضي الدستوري سواء بشكل صريح أم ضمنا بشأن احتياطية الانحراف التشريعي، وعدم اللجوء إليه للحكم بعدم الدستورية، إلا بعد خلو القانون من العيوب الأخرى؛ لأن معنى ذلك إمكانية قيام الانحراف التشريعي وحده في القانون، من دون أن يكون هنالك عيب آخر، في حين إن أمثلة الانحراف التشريعي، وبعض التطبيقات القضائية – على ندرتها – تؤكد استحالة وجود قانون مشوب بالانحراف من دون أن يكون معيبا في محله على أقل تقدير، فالملاحظ أن الانحراف التشريعي لا يتحقق ما لم يكن المشرع قد ارتكب عيب المحل عن قصد لغرض تحقيق الغاية التي تتنافى مع المصلحة العامة، فعندما يبتغي المشرع تحقيق غايات غير مشروعة فإنه – من دون شك – سيصطدم بأحد المبادئ الدستورية مثل (مبدأ المساواة،

---

[١] حكومة القضاة مصطلح وضعه الفقيه الفرنسي (إدوارد لامبير) عند دراسته النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٢١، وانتقل منه بعد ذلك إلى بعض الفقهاء الفرنسيين والبلجيكيين مثل: (ريفيرو) و(دي باج) ويراد به ممارسة القضاء دورا سياسيا بعيدا عن مهامه الأصلية، عن طريق تفسير النصوص القانونية تفسيرا معينا؛ لغرض تحقيق أهداف سياسية. ينظر: د. سمير تناغو: الالتزام القضائي، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ١٦٧.

[٢] ينظر: د. عادل عمر شريف: مصدر سابق، ص ٣٨٣

[٣] ينظر: د. ثروت عبد العال أحمد: حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، مصدر سابق، ص ٨٦.

والعدالة الاجتماعية، وتكافؤ الفرص، وعدم رجعية القوانين الجنائية)[١]، ومن ثم تنهض مخالفة محل القانون للدستور بشكل مباشر، إلا أنه في الوقت نفسه، وعن طريق التثبت – بمختلف الوسائل – من النية الحقيقية لأغراض القانون، قد ينهض الانحراف التشريعي، ومن ثم يتضح بجلاء أن المخالفة الموضوعية لم تكن إلا لتحقيق غرض غير مشروع.

ولغرض تأكيد هذه الحقيقة فإننا سنستعرض بعض أمثلة القوانين التي وضعها بعض الفقه[٢] لحالات الانحراف التشريعي:

- قانون تقسيم الدوائر الانتخابية الذي قد يستند على وفق الغرض المعلن لعوامل ديموغرافية وجغرافية، في حين لا يستهدف المشرع منه سوى تبديد قوة أصوات الخصوم السياسيين للحكومة وتشتيتها؛ حتى لا تتحقق لها في بعض الدوائر، أو في أغلبها أكثرية تكفل لها الفوز بها.
- القانون الخاص بالمعاهد التعليمية، فقد يكون لأغراض تنظيمية في الظاهر، غير أن الهدف الحقيقي هو التأثير في العملية التعليمية على نحو يعطل حرية إجراء البحوث العلمية فيها.
- القانون الصادر بتنظيم الانتفاع ببعض المرافق العامة لأغراض تنظيمية في العلن، مثل حماية صحة المواطنين في مجموعهم، إلا أن الغرض في حقيقة الأمر هو إقصاء أقلية بذاتها من هذا الانتفاع.

وفي الأمثلة المتقدمة للانحراف التشريعي، وحتى غيرها يتضح أنها تتضمن مخالفة موضوعية، كما أشار إلى ذلك الفقه الذي مثل بها، ففي المثال الأول والثالث يتضح أن المشرع لا يمكنه الوصول إلى غايته غير المشروعة إلا بعد مخالفة مبدأ المساواة. فالتفاوت الواضح بين الدوائر الانتخابية حتما سيوقع المشرع في دائرة الغلط البيّن، مما يشكل إخلالا بمبدأ المساواة. كذلك الحال في إقصاء أقلية بعينها من الانتفاع بالمرافق العامة؛ لأنه لا يتحقق إلا بانتهاك مبدأ المساواة.

أما المثال الثاني فإن ما أورده صاحب المثال خير دليل على المخالفة الموضوعية إذ قال إن التنظيم القانوني جاء (على نحو يعطل حرية إجراء البحوث العلمية)، وهو ما يؤكد تجاوز المشرع العادي حدود تنظيم الحق، والحرية إلى حد التعطيل، وهو ما يخالف للدستور من الناحية الموضوعية.

---

[١] إذا علمنا إن هذه المبادئ يندر أن يتخلف دستور عن النص عليها، وإذا سكت عنها فإنه يمكن العمل بها بوصفها من المبادئ العامة التي ينبغي الالتزام بها.

[٢] ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٣٨٥

وإن حالات الخروج على المصلحة العامة تدور بين المحاباة لفئة معينة، أو الانتقام من أخرى[١]، كالقوانين التي يصدرها المشرع سعيا للإضرار بشخص معين، أو فئة محددة بذاتها، مثل الحرمان من التمتع ببعض الحقوق والحريات، أو فرض ضرائب معينة، فالمشرع هنا يسعى إلى الكيد والانتقام من الأشخاص المقصودين[٢].

وعلى خلاف ذلك فقد يخرج المشرع العادي عن إطار المصلحة العامة بقصد تحقيق ميزة، أو فائدة لأشخاص معينين، أو فئة محددة، بشكل غير مشروع، خلافا للمصلحة العامة.

وقد يكون سعي المشرع مزدوجا بقصد الانتقام من فئة معينة من جانب، والمحاباة لفئة ثانية من جانب آخر، كما هو الحال في قانون تقسيم الدوائر الانتخابية، إذ قد يقوم المشرع العادي بتقسيم تلك الدوائر على نحو يشتت أصوات المعارضة، أو الأحزاب الضعيفة، وفي الوقت نفسه يعمل على تجميع أصوات الحزب الحاكم.

والملاحظ على حالتي الانتقام والمحاباة التي يتحقق بهما الانحراف التشريعي أنهما لا يقومان إلا بعد مخالفة القانون للدستور، أي باختيار المشرع حلا أو بديلا يتقاطع مع النصوص الدستورية، مثل تقرير امتياز خلافا لمبدأ المساواة أو تكافؤ الفرص، أو وضع عقوبة بأثر رجعي، أو غير ذلك من الحالات التي تتقاطع مع مبادئ الدستور.

وهو ما أشار إليه أحد مؤيدي الرأي الذي يذهب إلى الصفة الاحتياطية لهذا العيب بقوله: (إن الانحراف التشريعي يتحقق إذا كان من شأن التشريع أن يهدد قاعدة المساواة بين المواطنين، أو بمعنى أدق المساواة بين أصحاب المراكز الموضوعية المتماثلة، أي يهدد مبدأ المساواة القانونية، حتى وإن حقق مصلحة لطائفة كبيرة من الأفراد)[٣].

مما يؤكد أن الانحراف التشريعي لا يتحقق إلا بعد وجود مخالفة موضوعية للدستور، وبالتحديد في عنصر المحل، وعلى النحو المتقدم، ومن دون ذلك لا يقوم الانحراف وحده.

وبذلك نختلف مع الرأي الذي يذهب إلى أن الانحراف التشريعي عيب احتياطي لا يبحثه القاضي الدستوري إلا بعد انتفاء العيوب الأخرى؛ لأنه عيب تبعي – إن صح التعبير – أي أنه لا يقوم إلا بوجود عيب المحل، فالقانون المنحرف عن المصلحة العامة هو – بلا شك – معيب في محله أيضا.

---

[١] ويضيف إلى ذلك بعض الفقه استعمال السلطة التشريعية غرضا سياسيا معينا لمصلحة السلطة التنفيذية المسيطرة على الأغلبية البرلمانية، مثل قانون تقسيم الدوائر الانتخابية. ينظر: د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: مصدر سابق، ص ١٧٣. وهو توجه متأثر بما يحدده بعض الفقه بشأن الانحراف في القرارات الإدارية ينظر: د. سليمان محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ١٩٥٠، ص ١١١ وما بعدها. إلا أننا نرى أن استعمال السلطة التشريعية لتحقيق غرض سياسي لا يخرج عن إطار الحالتين السابقتين، فهذا الغرض السياسي لا يعدو أن يكون محاباة، أو انتقاما أو الاثنين معا في آن واحد؛ ولذلك حصرنا حالات الخروج على المصلحة العامة بالمحاباة والانتقام فقط، أما تحقيق الغرض السياسي فهو يدخل تحتهما.

[٢] ينظر: د. عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل: مصدر سابق، ص ١٢٣.

[٣] د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ٣١٢.

وإذا سلّمنا أن الانحراف التشريعي يستلزم وجود عيب المحل، فلازم ذلك أن الغايات غير المشروعة التي ابتغى المشرع تحقيقها كان لها الدور الفعال – إن لم يكن الوحيد – في تحديد مضمون القانون (المحل)؛ توصلا إلى ما يريد الوصول إليه[١]، وعندئذ لا يقتصر وصف العمد على الانحراف التشريعي بل يتسع ليشمل عيب المحل أيضا.

وبذلك ينشأ الارتباط بين الغاية، والمحل برابطة العلة والمعلول، فالغاية غير المشروعة هي التي تدفع المشرع إلى إقرار قانون بالصيغة التي تخالف الدستور، وإن ارتكاب تلك المخالفة ما كان إلا لتحقيق غايات تتقاطع مع المصلحة العامة[٢].

ولذلك نرى أن فروض المعيار الموضوعي التي وضعها الدكتور السنهوري لا تشكل حالات للانحراف التشريعي بشكل مباشر، وإنما تمثل أبرز المخالفات الموضوعية التي يرتكبها المشرع العادي لتحقيق الغايات غير المشروعة.

فمخالفة العمومية والتجريد، وتجاوز الغرض المخصص، وتعطيل الحقوق والحريات، والمساس بالحقوق المكتسبة، وانتهاك مبادئ الدستور العليا، لا تعدو أن تكون مخالفات موضوعية، ارتكبها المشرع لاستهداف الغرض غير المشروع، ولهذا نجد أن أغلب معارضي[٣] المعيار الموضوعي قد عابوا على الفروض التي وضعها الدكتور السنهوري أنها لا تشكل انحرافا تشريعيا، بل تمثل مخالفات دستورية مباشرة.

وبناءً عليه يعد وجود عيب آخر في القانون (وبالخصوص المحل) شرطا من شروط تحقق الانحراف التشريعي، ومن ثم لا يصح القول إن: (دائرة سوء استعمال السلطة كثيرا ما تتداخل مع دائرة المخالفة الموضوعية الواردة في الدستور)[٤].

---

[١] ولذلك يرى د. عوض المر أن على القاضي الدستوري ألّا يركز على ما إذا كان المشرع قد صاغ القاعدة القانونية متوخيا بها تحقيق غرض يناقض الدستور، وإنما يتعين عليه أن يدور تساؤله حوله ما إذا كان لهذا الغرض دور في تكوين هذه القاعدة، ويفترض أن للغرض غير المشروع دور في المحصلة النهائية للقاعدة القانونية، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك. ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٣٩٥.

[٢] وبناءً عليه فإن عيب المحل المقترن بعيب الغاية ليس خطأ، بل هو عيب قصدي دائما، عن طريق تعمد المشرع الوقوع في المخالفة الدستورية، وعلى خلاف ذلك إذا انفرد عيب المحل دون الانحراف التشريعي فعندئذ لا يكون قصديا بالضرورة، وإنما قد يكون على نحو الخطأ والإهمال، أو قصديا.

[٣] ينظر: د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، مصدر سابق، ص ١٣٩ – ١٤٠. د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مصدر سابق، ص ٥٩٥. د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مصدر سابق، ص ٣٨ وما بعدها. د. عبد العزيز محمد سالمان: رقابة دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ١٠٤. د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٧٠٦ وما بعدها.

[٤] د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٤١٣.

ولا نؤيد الرأي الذي يذهب إلى جعل المخالفة الموضوعية للدستور مجرد قرينة على وقوع الانحراف التشريعي[١]؛ لأن وجود المخالفة الموضوعية يعد شرطا أساسا لتحقق الانحراف التشريعي، وليس مجرد قرينة عليه، ومن ثم فإن التداخل بينهما حتمي، وليس نسبيا كما تقدم.

وعلى الرغم من تبعية الانحراف التشريعي، بحيث أنه لا يوجد مستقلا بذاته، من دون وجود عيب المحل، فإنه يتميز عنه بأمور عدة، فعيب المحل ينصب على اختيار المشرع للحل الذي ينظم به الموضوع، أي أنه يرتبط بمضمون القانون.

أما الانحراف التشريعي فهو يجعل من تقدير المشرع لمصداق المصلحة العامة محلا له، وبذلك فإنه يرتبط بنوايا المشرع غير المعلنة، أو المخفية التي تعد الغرض الحقيقي من القانون.

وإنهما يختلفان في أدلة الإثبات لكل منهما، فعيب المحل يستند في حالة السلطة التقديرية إلى التناسب اللازم تحقيقه بين الحل التشريعي من جانب، وعنصرا السبب والغاية من جانب آخر، ومن ثم يعد اختلال التناسب مصداقا لعيب المحل.

في حين يستند القاضي الدستوري على وجود الانحراف التشريعي بأدلة إثبات داخلية ترتبط بمضمون القانون، وخارجية تتمثل بالأعمال التحضيرية، والمناقشات البرلمانية واللجان المختصة، وتصريحات المسؤولين، وغير ذلك من الأدلة، توصلا إلى الأهداف الحقيقية للقانون ومدى مشروعيتها.

ولا بدَّ من التأكيد أخيرا على أن التلازم الحتمي بين عيبي المحل، والغاية يكون من جانب واحد، فإذا كان عيب الغاية يستلزم – بالضرورة – وجود عيب المحل، فإنه ليس كل عيب للمحل يحقق في الوقت نفسه عيب الغاية.

فعيب المحل قد يكون منشؤه الخطأ في التقدير، ومن ثم عدم التناسب، أما عيب الغاية فأساسه النوايا السيئة، أو غير المشروعة إلا أن المخالفة الموضوعية للدستور قد تكون متعمدة، فينشأ عندئذ عيبا المحل والغاية، إذا توفرت أدلتهما.

ويترتب على شرط المخالفة الموضوعية لوجود الانحراف التشريعي نتائج عدة:

١- إن تسلسل بحث العيوب الدستورية ابتداءً من الشكلية، ومرورا بالموضوعية، وأخيرا الانحراف التشريعي لا يعود لاحتياطية العيب الأخير، وعدم اللجوء إليه إلا بعد انتفاء العيوب الأخرى، كما ذهب إلى ذلك الفقه الدستوري، وإنما لأن بحث العيوب الموضوعية، وبالتحديد المحل، يسهل الوصول إلى الانحراف التشريعي أو عدمه.

إذ إن انتفاء عيب المحل يقضي معه – جزما – بعدم وجود الانحراف التشريعي، أما إذا ثبت للقاضي الدستوري أن القانون معيب في محله، فإن ذلك يسمح له ببحث انحرافه عن المصلحة العامة، على وفق الأدلة المتحصلة.

---

[١] ينظر: محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ٣١٢.

مع التأكيد على أن كل قانون يتقاطع غرضه مع المصلحة العامة، معيب في محله، وليس كل قانون محله معيب غاياته غير مشروعة؛ لأن الانحراف يستلزم وجود عيب المحل، زيادة على ذلك ثبوت النية السيئة عند المشرع في تحقيق أغراض تتنافى مع المصلحة العامة، ولذلك نستطيع القول إن شروط الانحراف التشريعي هي: وجود عيب في محل القانون أولا، وثبوت سوء نية المشرع ثانيا.

وما يؤكد ذلك أن المحكمة الدستورية العليا المصرية – في حكمها الوحيد الذي صرحت فيه بوجود الانحراف التشريعي – قد استدلت بوجود عيب المحل على التثبت من الانحراف التشريعي، بقولها: (أن اجتماع تلك المثالب الدستورية، مع عدم خفاء أمرها على أعضاء المجلس التشريعي – على ما كشفت عنه مضابط مجلس الشعب ذات الصلة – واتجاه المجلس في غالبيته، لتجاهلها، وإقراره لمشروع القانون ما يُجافي – عن قصد – الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها التشريع، وهو الأمر الذي يفقده عموميته وتجريده، ويوصمه – بالتالي – بعيب الانحراف التشريعي)[١].

ومن ذلك يتبين أن المحكمة الدستورية العليا عدّت المضي بإقرار مشروع القانون على الرغم من عِلم أعضاء المجلس التشريعي بوجود مخالفات دستورية فيه دليلا على سوء نية المشرع في إقرار هذا القانون؛ وسعيه لتحقيق غايات تتقاطع مع المصلحة العامة، تتمثل بالانتقام من أحد المرشحين لمنصب الرئاسة، وحرمانه من الترشيح.

٢- إن تفسير ندرة أحكام القاضي الدستوري بشأن الانحراف التشريعي لا يرتبط بصفته الاحتياطية – كما ذهب إلى ذلك إجماع الفقه – وإنما يعود لتبعيته، أي أنه لا يوجد إلا بقيام عيب المحل، ولذلك نجد القاضي الدستوري يكتفي بالعيوب الموضوعية التي لحقت القانون للحكم بعدم الدستورية من دون بحث الانحراف التشريعي، وهو ما لا نؤيده، ولأكثر من سبب:

أ- إن الانحراف التشريعي أساسه سوء نية المشرع، إذ إنه يستعمل اختصاصه التشريعي لتحقيق أغراض غير مشروعة، وهو في الحقيقة أبلغ العيوب خطرا على المجتمع، وأكثرها انتهاكا لسمو الدستور، وبناءً عليه ينبغي بحث الانحراف التشريعي في حالة إثارته من الطاعن – على أقل تقدير – من دون ترك مناقشته بحجة الاكتفاء بالعيوب الأخرى للحكم بعدم الدستورية.

فمناقشة القاضي الدستوري الطعن الخاص بالانحراف التشريعي أمر أساسي؛ لأن إثارة عدم مشروعية غاية القانون دفع جوهري في نطاق القانون العام، فصدور قانون يتقاطع مع المصلحة العامة يجعله في الواقع صادرا من غير مختص، ما دام أساس الاختصاص التشريعي هو المصلحة العامة[٢].

زيادة على ذلك فإن عدم بحث الانحراف التشريعي نتيجة وجود عيوب أخرى قد يشكل حماية لتلك الأغراض غير المشروعة التي استهدف المشرع تحقيقها، وهي في الحقيقة جديرة بعدم الحماية؛ لأنها تخالف الدستور بشكل

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٥٧ لسنة ٣٤ قضائية "دستورية" في ٢٠١٢/٦/١٤) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٤ "تابع" أ) في ٢٠١٢/٦/١٤.

[٢] ينظر: د. ثروت عبد العال أحمد: حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، مصدر سابق، ص ٨٧.

قصدي، ولا سيما أن تلك الأغراض قد تشكل غاية مهمة لدى الأغلبية الحاكمة، مثل استمرار بقائها في السلطة، أو الانتقام من الحزب المنافس، أو غير ذلك من الغايات المقاربة، مما يضطرها لتشريع القانون مرة أخرى؛ لتحقيق الأهداف المتقدمة.

ولهذا يجب غلق الأبواب أمام إعادة تشريع أي قانون يستهدف أغراضا غير مشروعة، عن طريق بحث الانحراف التشريعي ومناقشة أدلته، والاستناد إليه في الحكم بعدم الدستورية، إذا ثبت ذلك، حتى وإن كانت هنالك عيوب أخرى توصل إلى تلك النتيجة.

ولذلك نجد بعض الفقه حتى مع تأييده احتياطية الانحراف التشريعي يرى ضرورة الإشارة إلى هذا العيب في بعض الأحيان إلى جانب العيوب الأخرى التي تصيب القانون؛ من أجل وضع الأمور في نصابها وتذكيرا للمشرع العادي أن القاضي الدستوري غير بعيد عن أهدافه الحقيقية، حتى يرتدع عن التحايل على أحكام الدستور[١].

ب-إن الحكم بعدم الدستورية استنادا للعيوب الأخرى، من دون بحث الانحراف التشريعي مع الارتباط بينهما يقلل من نظرية الانحراف التشريعي، ويجعلها حبرا على ورق من دون تطبيقات عملية تؤيد وجودها، وتحدد أسسها القضائية.

وقد اتضح أن الانحراف التشريعي لا يقوم إلا بمخالفة محل القانون للدستور، وعلى هذا الأساس لن تكون هنالك تطبيقات قضائية له، ما لم يغيّر القاضي الدستوري نهجه بشأن هذا العيب، والتعامل معه على أنه عيب لا يقوم بمفرده، وإنما يتحقق تبعا لوجود عيب المحل، ومع ذلك ينبغي بحثه؛ لخطورته وضرورة إثراء التطبيقات القضائية منه، ما دامت الأدلة تؤكد وجوده.

وهذا ما انتهجته المحكمة الدستورية العليا خلافا لسياستها القضائية الثابتة - كما سيتضح لاحقا - عندما أشارت - في حكمها التاريخي - إلى عيب الانحراف التشريعي، وجعلته أحد أسباب حكمها المتقدم، على الرغم من قولها أن: (كل مخالفة دستورية اعتورت ذلك النص على نحو ما تقدم، تكفي بذاتها لإبطاله)[٢].

وهو في الحقيقة توجه محمود من المحكمة الدستورية العليا، وجدير بالتأييد، ويؤكد رأينا بشأن تبعية الانحراف التشريعي لعيب المحل على نحو ما ذكرناه سابقا، وعلى هذا الأساس ندعو المحكمة الدستورية العليا لتكرار توجهها المتقدم، كلما طُعن أمامها بعيب الانحراف التشريعي، وثبت لها ذلك الانحراف، وفي الوقت نفسه ندعو المجلس الدستوري الفرنسي، والمحكمة الاتحادية العليا للأخذ بهذا التوجه، ومن دونه يبقى الانحراف التشريعي نظرية لا تدعمها التطبيقات القضائية، ولا يؤكد وجودها القاضي الدستوري.

ت-يعد تعداد المخالفات الدستورية التي شابت القانون سياسة قضائية متبعة من القاضي الدستوري، ومن ثم ليس ببعيد عن تلك السياسة إضافة الانحراف التشريعي في الحكم بجانب ما به من عيوب أخرى، ما دامت له أسبابه الخاصة، والأدلة التي تثبت وجوده في القانون.

---

[١] ينظر: د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ٨٦٨.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا الذي سبقت الإشارة إليه.

ولذلك قد يكون الانحراف التشريعي تتويجا للعيوب الأخرى، بما يؤكد على نحو اليقين عدم دستورية القانون، ومن ثم يعد ذكره في الحكم إضافة نوعية له، من حيث تعداد المخالفات الدستورية، وتسبيب مضمونه، مما يثري الحكم، ويؤكد فقرته الحكمية، ولهذا لا نتفق مع الرأي الذي يذهب إلى أن ثبوت المخالفة الدستورية المباشرة (يجعل من بحث مسألة الانحراف في استعمال السلطة لا يعدو أن يكون تزيدا يعيب الصياغة الفنية للحكم)[١].

الفرع الثاني: موقف القاضي الدستوري من الانحراف التشريعي

اتضح سابقا أن الانحراف التشريعي أخطر العيوب التي تلحق القانون؛ بسبب استعمال المشرع اختصاصه التشريعي لارتكاب المخالفات الدستورية تحت ضغط الأغراض الضيقة، ولا يقتصر الانحراف على النوايا السيئة، بل إن تلك النوايا كان لها النصيب الأكبر، أو الوحيد في مخالفة الدستور بشكل مباشر؛ من أجل تحقيق الغايات غير المشروعة، وهذه المخالفة المزدوجة للدستور تجعل القاضي الدستوري أمام تحد كبير في كشف الغايات الحقيقية للقانون، ومراقبتها عن طريق التثبت من مدى مطابقتها المصلحة العامة تمهيدا للحكم بما ينسجم مع ما توصل له من نتائج، ولذلك سوف نبحث موقف المجلس الدستوري الفرنسي، والمحكمة الدستورية العليا المصرية، والمحكمة الاتحادية العراقية من الانحراف التشريعي، وكيفية تعامل القاضي الدستوري مع الطعون المرتبطة به.

أولا: موقف المجلس الدستوري من الانحراف التشريعي

على الرغم من أن بعض الفقه يرى أن (الانحراف التشريعي يأتي من غياب الضمانات الشعبية لنفاذ القواعد الدستورية، وأهمها الرأي العام، وانعدام التعددية الحزبية، وجماعات الضغط)[٢]، ومع توفر هذه الضمانات في فرنسا فإن التاريخ الدستوري للجمهورية الخامسة يمدنا بعدد من القوانين التي أُثير فيها سوء نية المشرع العادي وتوجهه لتحقيق أغراض تتقاطع مع المصلحة العامة.

ولعل أول قانون أثارت فيه إحدى جهات الإحالة الانحراف التشريعي أمام المجلس الدستوري هو قانون التقاعد في الخدمة المدنية والقطاع العام رقم (٨٤-٨٣٤) لسنة ١٩٨٤[٣] الذي خفّض سن التقاعد من (٦٨) إلى (٦٥) لبعض الوظائف القضائية والوظائف العليا، واستثناء نائب رئيس مجلس الدولة، والرئيس الأول، والمدعي العام، والمفتش العام لديوان المحاسبات من ذلك[٤].

وقد أحال (٦٠) عضوا في كل من مجلس الشيوخ، والجمعية الوطنية هذا القانون للمجلس الدستوري للنظر في مدى دستوريته، وورد في إحالة نواب الجمعية الوطنية أسباب تثير انحراف المشرع، وسعيه لتحقيق أغراض غير مشروعة تتقاطع مع المصلحة.

---

[١] د. عادل عمر شريف: مصدر سابق، ص ٣٨٣.

[٢] د. عبد الرحمن أسامة أحمد محمد كحيل: مصدر سابق، ص ١٢٨ – ١٢٩.

[٣] ينظر: د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: مصدر سابق، ص ٤٢٩. د. عبد المجيد إبراهيم سليم: مصدر سابق، ص ٧٢٨. د. شادي محمد صلاح عبد البديع: مصدر سابق، ص ٥٦٥.

[٤] المادة (٢/١) من قانون التقاعد في الخدمة المدنية والقطاع العام رقم (٨٤-٨٣٤) لسنة ١٩٨٤.

وبينت الإحالة أن (لخفض سن التقاعد في الخدمة المدنية والقطاع العام من (٦٨) إلى (٦٥) عاما طرحت الحكومة سببين رئيسيين: تجديد نشاط الخدمة المدنية، وتسهيل ترقية الموظفين الشباب. في حين إن المناقشات البرلمانية وأحكام النص ذاته، والمقارنة مع مشروع القانون الأساسي المقدم بالتوازي بشأن قضاة محكمة النقض تبين بوضوح أن الغايات التي تدعيها الحكومة لا تتطابق مع الغايات الحقيقية للقانون، ... وينتج عن هذا الاختلاف بين الأسباب المزعومة، والغرض الحقيقي الذي تسعى إليه الحكومة افتراض قوي لسوء استعمال السلطات)[١]؛ لأنها تحدد مصيرا خاصا منذ الصياغة الأولية لمشروع القانون لهيئات التفتيش، والرقابة، وخاصة مجلس الدولة، وديوان المحاسبة، فالجدول الزمني لتخفيض سن التقاعد لهذه الهيئات أكثر صرامة من أساتذة التعليم العالي، وقضاة محكمة النقض، ومن الواضح أن أصل هذا الاختلاف في المعاملة يرجع إلى سيطرة الحكومة على التعيينات الخارجية في الوظائف الشاغرة في مجلس الدولة، وديوان المحاسبة؛ لتوطيد سلطاتها، وتأثيرها في هذه المؤسسات، وينتج عن هذا الاختلاف بين الغايات المزعومة، والغرض الحقيقي الذي تسعى إليه الحكومة افتراض قوي على سوء استعمال السلطات.

ومن ذلك يتضح أن تخفيض سن التقاعد لم يكن الغرض الحقيقي منه – كما ادعت الحكومة – تجديد الوظيفة العامة بالموظفين الشباب، بل كان يهدف بشكل حقيقي إلى تصفية مجلس الدولة، وديوان المحاسبة بإبعاد أعضاء هاتين المؤسستين المؤثرتين في مجال التفتيش والرقابة؛ حتى تستطيع الحكومة سد الشواغر الحاصلة عن التقاعد بمن تشاء[٢].

وتتضح أهمية هذا التعيين الممنوح للحكومة عن طريق العدد الذي سيحال للتقاعد عند تطبيق القانون المذكور، إذ ستتم إحالة (١٧٣٠) موظفا للتقاعد بدلا عن (٧٥٧) على وفق القانون السابق[٣].

وعلى الرغم مما تقدم بشأن الأدلة التي قدمها طالبو الإحالة فإن المجلس الدستوري قد ذهب إلى: (أن نواب إحدى الإحالات يزعمون بأن الطبيعة السيئة لآثار القانون من شأنها أن تكشف نوايا المشرع حسب رأيهم بما يتعارض مع الدستور، وإن هذا الطعن يتعلق في الواقع بمدى ملاءمة القانون، وهو ما لا يمكن الأخذ به)[٤].

ومن ذلك يتضح أن المجلس الدستوري يرفض مناقشة الانحراف التشريعي لا لاحتياطيته، وإنما يرى أن الطعن بانصراف نية المشرع العادي نحو تحقيق أغراض غير مشروعة أمرا يتعلق بملاءمة القانون التي تدخل في ضمن اختصاص المشرع، وليس له مراقبة ذلك إلا في حالة الغلط البيّن.

---

[١] طلب إحالة أعضاء الجمعية الوطنية في البرلمان الفرنسي الملحق بقرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 84-179 DC du 12/9/1984.

[٢] ينظر: د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ٤٣٢.

[٣] ينظر: د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ٤٣٢.

[٤] قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 84-179 DC du 12/9/1984.

ولذلك لا نتفق مع الرأي الذي يذهب إلى أن المجلس الدستوري في قراره المذكور: (قد أخذ بظاهر النص التشريعي، ولم يبحث عن الغرض الحقيقي للمشرع، وما إذا كان يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، أم تحقيق مصالح شخصية)[١]؛ لأن عبارة المجلس الدستوري – المقتضبة – تؤكد تجنبه البحث في غايات القانون، ومدى تطابقها مع المصلحة العامة جملة وتفصيلا.

وأما عدم تحقق الانحراف التشريعي إلا بوجود مخالفة مباشرة زيادة على سوء نية المشرع فإن تعامل الأخير لم يكن واحدا بشأن مدد بدء سريان القانون، وهذا ما أوضحته إحالة نواب الجمعية الوطنية من (إن الجدول الزمني لتحقيق سن التقاعد الخاص بهيئات التفتيش، والرقابة، وخاصة مجلس الدولة، وديوان المحاسبة كان أكثر صرامة من الجدول الخاص بأساتذة التعليم العالي، وقضاة محكمة النقض، ففي مناقشة مشروع القانون الأساسي الخاص بسن تقاعد قضاة محكمة النقض الذي أقره البرلمان في الجلسة نفسها وافقت الحكومة على تمديد المواعيد النهائية الخاصة بتقاعد قضاة محكمة النقض، في حين أنها رفضت إطالة الأجل الخاص ببدء تنفيذ القانون فيما يتعلق بمجلس الدولة، وديوان المحاسبة، مما يعطيها فرصة التعيين حالا لمن تريدهم بقصد السيطرة على هيئات التفتيش، والرقابة)[٢].

كذلك فقد أثير الانحراف التشريعي بشأن قانون الحد من الاحتكار وضمان الشفافية المالية والتعددية في المؤسسات الصحفية رقم (٨٤–٩٣٧) لسنة ١٩٨٤ الذي وضع بعض القيود على ملكية الصحف، وإنشاء لجنة لمتابعة ذلك، وآلية محددة لتسوية ملكية الصحف على وفق الحدود التي وضعها القانون، وأيضا بعض العقوبات على عدم الالتزام بما جاء في القانون.

إذ نصت المادة (١٠) من القانون على: (يجوز لأي شخص أن يمتلك، أو يتحكم في عدة صحف يومية قومية تحتوي على أخبار سياسية وعامة، إذا كان إجمالي تداولها لا يتجاوز (١٥%) من جميع ما توزعه الصحف اليومية القومية ذات الطبيعة نفسها).

ونصت المادة (١١) على: (يجوز لأي شخص أن يمتلك أو يتحكم في عدة صحف يومية إقليمية أو محلية تقدم أخبارا سياسية وعامة، إذا لم يتجاوز توزيعها الكلي (١٥%) من جميع ما توزعه الصحف الإقليمية أو المحلية اليومية ذات الطبيعة نفسها).

في حين نصت المادة (١٢) على: (يجوز لأي شخص أن يمتلك، أو يتحكم في واحدة أو أكثر من الصحف اليومية الإقليمية، أو المحلية ذات الأخبار السياسية، والعامة، وصحيفة قومية وطنية واحدة، أو أكثر من الطبيعة نفسها، إذا لم يتجاوز توزيع هذه الصحف اليومية: ١–الصحف القومية (١٠%) من إجمالي ما توزعه جميع

---

[١] د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ٤٣٧.

[٢] طلب إحالة أعضاء الجمعية الوطنية في البرلمان الفرنسي الملحق بقرار المجلس الدستوري المرقم:
CC: 84-179 DC du 12/9/1984.

الصحف اليومية القومية من النوع نفسه. ٢-الصحف اليومية الإقليمية، أو المحلية (١٠%) من إجمالي ما توزعه جميع الصحف الإقليمية، أو المحلية اليومية ذات الطبيعة نفسه).

ولغرض معالجة أوضاع الصحف على وفق القانون المذكور نص على آلية محدد لذلك حددتها المادة (١٣) التي نصت على: (يجب مراعاة الحدود القصوى لنسب التوزيع المبينة في المواد (١٠-١١-١٢)، وتحسب هذه الحدود القصوى خلال الاثني عشر شهرا السابقة على اكتساب الملكية. وبالنسبة للأوضاع أو المراكز القائمة عند صدور القانون فإن هذه الحدود القصوى تحسب خلال الاثني عشر شهرا السابقة على العمل بهذا القانون).

وقد أحال أعضاء مجلس الشيوخ والجمعية الوطنية هذا القانون للمجلس الدستوري للنظر في دستوريته، ومن بين ما استدل عليه أعضاء الجمعية الوطنية لعدم الدستورية سوء استعمال السلطات، إذ ذهبت الإحالة إلى: (أن عدم وجود أساس دستوري موضوعي لجميع أحكام القانون يقتضي تحديد الأهداف التي تسعى إليها الحكومة صاحبة المشروع، والأغلبية التي صوتت لصالحه، وليس من الصعب تحديد هذه الدوافع؛ لأنها معروفة للبرلمانيين والصحافة والرأي العام، فالمبرر الوحيد هو الرغبة في تفكيك أهم مجموعة صحافية معارضة. إذ تشهد جميع الوثائق البرلمانية على ذلك، مثل: تقرير (السيدة كيران مقررة لجنة الشؤون الثقافية والعائلية في الجمعية الوطنية) رقم (١٨٨٥) الذي أكد الحاجة إلى التعددية في الصحف، والمناقشات البرلمانية التي لم ينكر فيها ممثلو الحكومة أن صحفتي: (Le Figaro، L'Aurore) هما الهدفان الرئيس للقانون محل المناقشة، ومما يؤكد ذلك ما ورد في إحدى المقالات الصحفية المنشورة ضمن ملاحق تقرير (إم جان كلوزيل) باسم اللجنة الخاصة لمجلس الشيوخ (رقم ٣٠٨) كما نشر في صحيفة (Le Canard enchaîné): "إن مشروع القانون الحكومي موجه فقط ضد مجموعة (هرسانت) وأنه ينطوي على هذا الخلل الأصلي، وله خصائص مشبوهة: إنه قبل كل شيء قانون ظرفي موجه ضد مجموعة واحدة ورجل واحد، وإنه قانون إعلاني؛ لأن النسب الواردة فيه بشأن ملكية الصحف المعنية محسوبة بطريقة لا تتأثر فيها إلا مجموعة (هرسانت) بينما يُستثنى الآخرون الذين يمارسون أيضا احتكارا لصحف إقليمية. ومن أشخاص لا يعرفون شيئا عن الصحافة اليومية، لذا فإن الحكومة لا تهتم إلا بتفكيك السلسلة الوطنية للصحف اليومية العائدة لمالك صحيفة (Le Figaro) ". ولذلك نجد أن بعض تصرفات السلطات العامة المعروفة جيدا للقاضي الإداري، تعتمد تدابير موجهة حصريا ضد أشخاص معينين، وتكون غريبة عن أي مصلحة عامة، وفي هذه الحالة، يتأكد التقاطع مع المصلحة العامة بشكل كافٍ؛ لأن القانون من جميع جوانبه يبدو وكأنه انتهاك متكرر للمبادئ الدستورية الأكثر ثباتا، وآخره الدوافع السياسية كما تقدم)[١].

وعند النظر في تلك الطعون نجد المجلس الدستوري قد ذهب إلى أن المادة (١٣) التي تحدد نطاق تطبيق القانون في الوقت المناسب تحتوي على نوعين من الأحكام، أحدهما مدرج في الفقرة (٢) وترتبط بالحالات القائمة وقت صدور القانون، والأخرى المشار إليها في الفقرة الأولى المتعلقة بالأوضاع التي حدثت بعد صدور القانون.

---

[١] طلب إحالة أعضاء الجمعية الوطنية في البرلمان الفرنسي الملحق بقرار المجلس الدستوري المرقم:
CC: 84-181 DC du 11/10/1984.

وبخصوص الفقرة (٢) فإن تطبيقها سيلزم المؤسسات الصحفية بالتقيد بالحدود القصوى المحددة في المواد (١٠-١١-١٢)، في حين أن الوضع الحالي لهذه المؤسسات قد تكوّن في ظل نفاذ تشريعات لا تشمل مثل هذه الحدود، وإذا كان للمشرع عند تنظيم ممارسة إحدى الحريات العامة باستعمال الاختصاصات المخولة له بموجب المادة (٣٤) من الدستور اعتماد قواعد أكثر صرامة في المستقبل – إذا رأى ضرورة ذلك – من تلك التي كانت سارية في السابق، فإنه لا يستطيع المساس بالمراكز القانونية المكتسبة التي ترتبط بإحدى الحريات العامة، إلا في فرضيتين هما: حالة اكتساب هذه المراكز بشكل غير قانوني؛ أو أن يكون المساس بالمراكز القانونية المكتسبة ضروريا لتحقيق هدف دستوري، وحيث أن الفقرة (٢) من المادة (١٣) لا تشير إلى الطبيعة القانونية، أو غير القانونية لشروط إنشاء الأوضاع القائمة وقت صدور القانون، ولا إلى قرارات المحاكم التي لها وحدها الاختصاص في هذه المسألة، لتقييم قانونية المراكز المكتسبة، أو عدم قانونيتها، وإنه من ناحية أخرى، وفيما يتعلق بالصحف القومية اليومية فإنه لا يمكن التأكيد بشكل دقيق على أن تعدد، وتنوع الأخبار، والاتجاهات، وظروف تداول هذه الصحف اليومية يتجاهل في الوقت الحاضر شرط التعددية في مثل هذه الخطورة بالطريقة التي سيكون من الضروري لاستعادتها التشكيك في المواقف الحالية، عن طريق الشروع في عمليات نقل، أو إلغاء ملكية بعض هذه الصحف التي قد تكون ضد رغبة القراء، ونظرا إلى أن أحكام الفقرة (٢) من المادة (١٣) التي تميل بشكل غير قابل للتجزئة إلى تطبيق حدود المواد (١٠-١١-١٢) على الحالات القائمة عند صدور القانون غير مبررة بعدم قانونية المراكز المكتسبة، أو ضرورة استعادة التعددية الفعالة، ومن ثم فإنها لا تتوافق مع الدستور[١].

ومن ذلك يتضح أن المجلس الدستوري قد قضى بعدم دستورية الفقرة (٢) من المادة (١٣) بما يمنع تطبيق القانون على وفق الحدود التي وضعها على (هيرسانت) الذي استهدفته الحكومة من القانون المذكور إلا أن ما يلاحظ على قرار المجلس الدستوري توصله إلى عدم الدستورية لا على أساس الانحراف التشريعي كما تقدم، وإنما أسس ذلك على عدم احترام المراكز القانونية المكتسبة؛ إذ رأى المجلس الدستوري أن الأصل هو احترام تلك المراكز، وأن المساس بها لا يكون إلا على سبيل الاستثناء، وفي حالتين فقط هما: إذا كانت تلك المراكز والأوضاع غير قانونية، أو أن المساس بالمراكز القانونية المكتسبة تستلزمه ضرورة قائمة لتحقيق هدف دستوري، وبما أن تطبيق الحدود التي وضعها القانون على الأوضاع القائمة وقت صدور القانون لا يستند إلى إحدى هاتين الحالتين، فإن المجلس الدستوري قد قضى بعدم دستورية الفقرة المذكورة؛ بناء على هذه المخالفة الموضوعية.

ومن ثم فإن المجلس الدستوري لم يناقش الانحراف التشريعي الذي لحق في القانون لا من قريب، ولا من بعيد، ولذلك لا نتفق مع الرأي الذي يذهب إلى: (أن المجلس الدستوري كان موفقا جدا في تحليله لنصوص المواد التي استند إليها النواب للقول بأن القانون ينطوي على انحراف في استعمال السلطة التشريعية)[٢].

---

[١] قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 84-181 DC du 11/10/1984.

[٢] د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ٤٦٧.

لأن المجلس الدستوري لم يناقش الغايات الحقيقية التي ابتغاها المشرع، ومن ورائه الحكومة، ولم يتوصل إلى أن تلك النصوص كانت تستهدف فئة معينة، أو شخصا محددا، مما يجعل غايات القانون غير مشروعة، وتجافي في المصلحة العامة، وإنما أسس قراره بعدم دستورية المادة (٢/١٣) على المخالفة الموضوعية المتعلقة بعدم احترام المراكز القانونية المكتسبة، إذ توصل المجلس إلى أن المساس بالمراكز القانونية القائمة عند صدور القانون، وتطبيق نسب الحدود القصوى على تلك المراكز بغير الحالتين الاستثنائيتين يعد مخالفا الدستور.

وعلى الرغم من أن النتيجة التي توصل إليها المجلس الدستوري يرد سعي المشرع، والحكومة أيضا في استهدف المؤسسات الصحفية العائدة للسيد (هيرسانت) إلا أن الحقيقة واضحة في عدم مناقشة المجلس الدستوري عيب الانحراف التشريعي الذي بينه طلب الإحالة.

ومن ثم لا نستطيع القول إن هذا القرار يعد من مصاديق الانحراف التشريعي في قضاء المجلس الدستوري، على أن ذلك لا يمنع من القول بوجود الانحراف التشريعي الذي لحق القانون على وفق الأدلة التي قدمها نواب الإحالة.

ثانيا: موقف المحكمة الدستورية العليا من الانحراف التشريعي

لعل من أهم عوامل، وأسباب الانحراف التشريعي هيمنة السلطة التنفيذية، وتدخلاتها في عمل البرلمان، وهذا التدخل، والتأثير يكاد يكون صفة غالبة على برلمانات مصر في ظل نفاذ دستور ١٩٧١[١]، الأمر الذي انعكس على وجود قوانين ما كانت تقر إلا لتحقيق غايات تتقاطع مع المصلحة العامة.

ومن تلك القوانين القانون رقم (١٢٥) لسنة ١٩٨١ الذي صدر لتنظيم الأحكام الخاصة بنقابة المحامين، إذ كان للمواقف السياسية التي أبدتها نقابة المحامين في مصر، وبالتحديد معارضتها زيارة الرئيس المصري الأسبق (أنور السادات) إلى القدس، وعقده اتفاقية (كامب ديفيد) للسلام مع الكيان الصهيوني أثرها في نشوء صراع بين رئاسة الجمهورية، ونقابة المحامين أدى إلى صدور القانون المذكور[٢] الذي نص في مادته الأولى على: (تنهى مدة عضوية نقيب المحامين الحالي، وأعضاء مجلس النقابة العامة الحاليين من تاريخ نفاذ هذا القانون)، ونص في المادة (٢) منه على تشكيل مجلس مؤقت يختاره وزير العدل لممارسة جميع الاختصاصات المقررة لمجلس النقابة العامة في قانون المحاماة رقم (٦١) لسنة ١٩٦٨.

---

[١] ينظر: د. سمير تناغو: برلمان حقيقي أم جهة إدارية، مقال منشور في صحيفة الأهرام، العدد (٤٠٥٧٣) السنة (١٢٢) في ١٩٩٨/١/٦.

[٢] ينظر: د. محمد ماهر أبو العينين، مصدر سابق، ص ٨٥٧ وما بعدها. د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ٥٧٠ وما بعدها. عمار علي حسن: المحامون والسياسة في مصر، مقال منشور في صحيفة البيان متاح وفق الرابط: https://www.albayan.ae/opinions/2007-12-21-1.818581 تاريخ الزيارة: ٢٠٢٢/٧/٧.

وعند نظر محكمة القضاء الإداري بالطعون ضد القرار الصادر بحل مجلس نقابة المحامين استنادا للقانون المذكور، وقرار وزير العدل بتشكيل مجلس مؤقت للنقابة، ودفع المدعون بعدم دستورية القانون المتقدم، وبعد أن قدرت المحكمة جدية هذا الدفع، أقاموا الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا.

وبعد استعراض المحكمة الدستورية العليا موقف دستور ١٩٧١ من النقابات المهنية، وحمايته إياها، وتمييزه عن الدساتير السابقة بتقريره مبدأ جديدا يتمثل بضرورة إنشاء النقابات، والاتحادات على أساس ديمقراطي وفقا للمادة (٥٦) منه، عاداً ذلك تعميقا للنظام الديموقراطي الذي اعتنقه الدستور، وأقام عليه البنيان الأساس للدولة، وبما أن الدستور قد عنى بهذا الأساس تأكيدا لمبدأ الحرية النقابية بمفهومها الديموقراطي الذي يقضى – من بين ما يقضى به – أن يكون لأعضاء النقابة الحق في أن يختاروا بأنفسهم، وفي حرية قياداتهم النقابية التي تعبر عن إرادتهم وتنوب عنهم، الأمر الذي يستتبع عدم جواز إهدار هذا الحق بحظره أو تعطيله، ومن ثم تكون المادة (٥٦) من الدستور قد وضعت قيدا يتعين على المشرع العادي أن يلتزم به مؤداه: ألّا يتعارض ما يسنه من نصوص تشريعية في شأن النقابات مع مبدأ الحرية النقابية بمفهومها الديموقراطي الذي سلف بيانه، ولما كان ذلك، فإن المشرع إذ نص في المادة (١) من القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١ – ببعض الأحكام الخاصة بنقابة المحامين – على أن قد تنتهى مدة عضوية نقيب المحامين الحالي، وأعضاء مجلس النقابة الحاليين" – من تاريخ نفاذ هذا القانون – وهم الذين تم اختيارهم بطريق الانتخاب من قبل أعضاء النقابة، يكون قد أقصاهم عن مناصبهم النقابية قبل نهاية مدة العضوية، وذلك عن غير طريق هيئة الناخبين المتمثلة في الجمعية العمومية للنقابة، فعطل حق اختيارها لهم، وحال دون هذه الجمعية، وانتخاب أعضاء جدد لشغل تلك المناصب بما نص عليه في المادة (٤) من القانون من وقف العمل بأحكام المواد (من ١٢ إلى ١٩) من قانون المحاماة السارية حينئذ، والمتعلقة بإجراءات الترشيح، والانتخاب لمناصب النقيب، وأعضاء مجلس النقابة، وذلك إلى حين صدور قانون المحاماة الجديد وإجراء انتخابات طبقا لأحكامه، ومن ثم تكون المادة (١) المشار إليها قد انطوت على مخالفة لنص المادة (٥٦) من الدستور؛ لإخلالها بمبدأ الحرية النقابية وتعارضها مع الأساس الديموقراطي الذي أرساه هذا النص قاعدة لكل بنيان نقابي (وحيث إنه لما تقدم، يتعين الحكم بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١ ببعض الأحكام الخاصة بنقابة المحامين)[١].

والملاحظ أن المحكمة الدستورية العليا قد أسست حكمها على المخالفة الموضوعية التي لحقت القانون، وتعارضه مع المادة (٥٦) من الدستور، على الرغم من أن تقرير هيئة المفوضين قد أشار إلى وجود انحراف تشريعي في القانون المذكور يتضح من مدلول المادة الأولى منه، والأعمال التحضيرية له التي تؤكد انصرافه لأشخاص محددين، ومعينين بذواتهم يضمهم تشكيل نقابي وحيد، مما يدلل على أن القانون لم يتضمن قواعد

---

[١] ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٤٧ لسنة ٣ قضائية "دستورية" في ١٩٨٣/٦/١١) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٥) في ١٩٨٣/٦/٢٣.

عامة ومجردة، وإنما وضع ليطبق على عدد معين من الأشخاص المحددين ابتداءً، وهم أعضاء مجلس النقابة القائم عند صدور القانون[١].

وتؤكد سلسلة التشريعات التي أقرها المشرع لهذا الغرض غير المشروع التي ابتدأت بالقانون رقم (١٢٥) لسنة ١٩٨١، والقانون رقم (١٠٩) لسنة ١٩٨٢ الذي استبدل نص المادة (١) بنص آخر، وتشكيل مجلس جديد للنقابة؛ لسد الباب أمام المحكمة الدستورية العليا في الاستمرار بنظر الدعوى المقامة ضد القانون الأول؛ بحجة انتهاء الخصومة القائمة عليه، وأخيرا القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٨٣ الذي ألغى القانون محل الطعن في الدعوى محل النقاش، وهو ما يؤكد الغرض الذي كان يسعى المشرع لتحقيقه، والمتمثل باستبعاد أشخاص محددين كانت لهم مواقف معينة من اتفاقية (كامب ديفيد) من البقاء بمناصبه في نقابة المحامين، أو الترشح لها[٢].

ومع وجود الأدلة، والقرائن التي تثبت الانحراف التشريعي للقانون محل الطعن إلا أن المحكمة الدستورية العليا اكتفت بالعيب الموضوعي للحكم بعدم دستورية القانون من دون مناقشة الانحراف التشريعي الذي شابه، والأدلة التي تؤكده؛ نتيجة اعتناق المحكمة سياسة ثابتة تجاه الانحراف التشريعي، وكونه عيبا احتياطيا[٣].

في حين إن هذا العيب لا يمكن أن تكون له تطبيقات قضائية ما لم يناقشه القاضي الدستوري حتى مع وجود العيوب الأخرى، وإلا سيبقى الانحراف التشريعي حبيسا للصفة الاحتياطية التي يجمع عليها الفقه، والقاضي الدستوري، وهو ما لا نؤيده، ومن ثم كان على المحكمة الدستورية العليا مناقشة العيب، والتوصل إلى مدى توفره حتى مع وجود العيب الذي لحق القانون عند مخالفته المادة (٥٦) من الدستور.

ويتضح مما تقدم إثارة الانحراف التشريعي أمام المحكمة الدستورية العليا، ومناقشة هيئة المفوضين فيها إياه، والاستناد إليه في بعض تقاريرها، إلا أن المحكمة لم تشر في أي من أحكامها قبل عام ٢٠١٢ للانحراف التشريعي، والاستناد إليه في عدم الدستورية، مما يجعل حكمها الصادر في ٢٠١٢/٦/١٤ حدا تاريخيا يفصل في هذا الصدد بين سياستها السابقة، وموقفها الجديد من الانحراف التشريعي؛ لأنها نطقت لأول مرة بوجود الانحراف التشريعي في الحكم المتقدم.

وترجع حيثيات هذا الحكم إلى تقدم اثنين من قيادات نظام الرئيس الأسبق (حسني مبارك)[٤] ترشيحهما لمنصب رئاسة الجمهورية في الانتخابات الرئاسية المزمع اجراؤها في يومي ٢٣ – ٢٠١٢/٥/٢٥.

---

[١] تقرير هيئة المفوضين في المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٤٧ لسنة ٣ قضائية "دستورية" في ١٩٨٣/٦/١١). نقلا عن د. محمد ماهر أبو العينين: مصدر سابق، ص ٨٦١.

[٢] ينظر: د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: مصدر سابق، ص ٥٩٤ وما بعدها.

[٣] ينظر: د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المصدر السابق، ص ٥٨٨.

[٤] المرشحان هما: اللواء عمر سليمان رئيس جهاز المخابرات، ونائب رئيس الجمهورية في عهد الرئيس الأسبق حسني مبارك، والسيد أحمد شفيق أخير رئيس وزراء في عهد الرئيس الأسبق حسني مبارك، ويجدر بالذكر أن تعيين الشخصين المذكورين في منصب نائب رئيس الجمهورية ومنصب رئيس الوزراء اتخذه الرئيس الأسبق حسني مبارك في ٢٠١١/١/٣٠، بعد المظاهرات التي شهدتها مصر ابتداءً من يوم ٢٠١١/١/٢٥. للمزيد ينظر: صحيفة الأهرام، العدد (٤٥٣٤٥) السنة (١٣٥) في ٢٠١١/١/٣٠.

وعند ترشيح القياديين المذكورين[١] تقدم بعض أعضاء مجلس الشعب – المسيطر عليه الاخوان المسلمين والتيار السلفي – بمقترح قانون لتعديل المادة (٣) من قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم (٧٣) لسنة ١٩٥٦ لإيقاف الحقوق السياسية لبعض الأشخاص، ولغرض إقرار هذا المقترح عقد المجلس جلسات متتالية، ومتواصلة لإصدار القانون على وجه السرعة[٢]، وبعد تصديق المجلس الأعلى للقوات المسلحة على القانون[٣] نشر ليعمل به في يوم ٢٠١٢/٤/٢٤.

وفي اليوم الأول من نفاذ القانون أصدرت لجنة الانتخابات الرئاسية قرارا باستبعاد أحد المرشحين من الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية استنادا لأحكام القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٢ الذي أضاف الفقرة (٤) للمادة (٣) من قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم (٧٣) لسنة ١٩٥٦ التي أصبحت تنص على: (تقف مباشرة الحقوق السياسية للأشخاص الآتي ذكرهم: ٤- كل من عمل خلال العشر سنوات السابقة على ١١ فبراير سنة ٢٠١١ رئيسا للجمهورية أو نائبا لرئيس الجمهورية، أو رئيسا للوزراء، أو رئيسا للحزب الوطني الديمقراطي المنحل، أو أمينا عاما له، أو كان عضوا بمكتبه السياسي، أو أمانته العامة، وذلك لمدة عشر سنوات ابتداءً من التاريخ المشار إليه)[٤].

فتظلم من هذا القرار في يوم ٢٠١٢/٤/٢٥ طالبا أصليا إلغاءه، واستمرار قيده في كشوف المرشحين، واحتياطيا وقف تنفيذ القرار المتظلم منه، وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا، للفصل في دستورية القانون المشار إليه.

ومن ذلك يتضح أن القانون المذكور قد صدر لمنع ترشيح أشخاص محددين بعد أن تقدم هؤلاء بترشيحاتهم إلى لجنة الانتخابات الرئاسية، مما يفقده العمومية والتجريد.

---

[١] ويجدر بالذكر أن لجنة الانتخابات الرئاسية قد رفضت ترشيح السيد عمر سليمان؛ لأن التأييد الشعبي (التوكيلات) الصحيحة المقدمة منه عن محافظة أسيوط قد بلغت (٩٦٩) تأييدا، وبما أن هذه المحافظة هي المتممة لعدد المحافظات المطلوبة، وهي بذلك تقل عن الحد الأدنى المطلوب لكل محافظة قانونا، ومن ثم فقد طالب الترشح شرطا من شروط ترشحه. للمزيد ينظر: صحيفة الأهرام، العدد (٤٥٧٨٦) السنة (١٣٦) في ٢٠١٢/٤/١٥.

[٢] ينظر: محمود نفادي: برلمان العصابة، ط١، دار دلتا للنشر، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٦٤.

[٣] نصت المادة (٥٦) من الإعلان الدستوري بإصدار دستور مؤقت لجمهورية مصر العربية لعام ٢٠١١ على: (يتولى المجلس الأعلى للقوات المسلحة إدارة شؤون البلاد، وله في سبيل ذلك مباشرة السلطات الآتية: ٥-حق إصدار القوانين، أو الاعتراض عليها). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٢ مكرر "ب") ٢٠١١/٣/٣٠.

[٤] نُشر القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٢ في الجريدة الرسمية بالعدد (١٦ مكرر "أ") ٢٠١٢/٤/٢٣.

وبعد بحث المحكمة النص محل الطعن توصلت إلى وجود مجموعة من المخالفات الدستورية في القانون تتمثل بمخالفة المادة (١٩) من الإعلان الدستوري لعام ٢٠١١؛ لأن القانون المذكور قد رتب جزاءً يوقع على من شمله النص بشكل تلقائي من دون حكم قضائي[١].

ومخالفة النص المحال للمواد (١-٢٦-٢٧-٣١-٣٢-٣٥-٣٨-٣٩) من الإعلان الدستوري؛ لأنه أوقف مباشرة الحقوق السياسية خلال المدة المحددة لكل من عمل بأحد المناصب التي حددها، وهو ما يمثل حرمانا من مباشرة الحقوق دون مقتضى، أو مبرر يتفق وأحكام الإعلان الدستوري بما ينطوي على إهدار لأصل هذه الحقوق، ويمثل اعتداء عليها، ومصادرة لها، وقيدا على ممارستها يجاوز حدود دائرة تنظيم الحقوق التي يملكها المشرع.

ومخالفة مبدأ المساواة، وتكافؤ الفرص المنصوص عليهما في المادة (٧) من الإعلان الدستوري؛ كون النص المحال قد تضمن تمييزا تحكميا لا يستند إلى أسس موضوعية تبرره، فضلا عن تبنيه تقسيما تشريعيا بين المواطنين لا يركن إلى أسس، أو مقاييس منطقية، وما استتبعه ذلك من انفصال أحكامه عن أهدافها، ليصير اتصالها بها واهيا، وليغدو التمييز الذي أورده مستندا إلى وقائع يتعذر حمله عليها، ومصطنعا لفوارق غير حقيقية بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة[٢].

ومخالفة المادتين (٨-٩) من الإعلان الدستوري؛ لأن النص المحال قد رصد جزاء الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية لمدة عشر سنوات، لمجرد تقلد أي من المناصب الواردة حصرا فيه، من دون أن يتطلب لذلك أن يثبت في حق من تولى أي من هذه المناصب إتيان فعل أو انتهاج سلوك يستحق هذا الجزاء، فإنه يكون قد ابتنى على افتراض لا يستقيم مع طبائع الأشياء وتأباه العدالة، ويخالف من ثم مفهوم الدولة القانونية، ومن جانب آخر، فإن رصد هذا الجزاء لكل من عمل بأي من تلك المناصب خلال السنوات العشر السابقة لتاريخ ٢٠١١/٢/١١، يعد توقيعا لعقوبة بأثر رجعي[٣].

وبعد استعراض المحكمة المخالفات الدستورية المتقدمة فإنها قد اختتمتها بالمخالفة الأخيرة، بل والأساسية التي ما كان المشرع ليقع في كل المخالفات المتقدمة لولا الغرض الذي كان يستهدفه، إذ ذهبت (وحيث إنه، ولئن كانت كل مخالفة دستورية اعتورت ذلك النص على نحو ما تقدم، تكفى بذاتها لإبطاله، إلا أن اجتماع تلك المثالب الدستورية، مع عدم خفاء أمرها على أعضاء المجلس التشريعي على ما كشفت عنه مضابط مجلس الشعب ذات الصلة واتجاه المجلس في غالبيته، لتجاهلها، وإقراره لمشروع القانون، ما يجافى عن قصد الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها التشريع، وهو الأمر الذى يفقده عموميته وتجريده، ويوصمه بالتالي بعيب الانحراف التشريعي)[٤].

---

[١] ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٥٧ لسنة ٣٤ قضائية "دستورية" في ٢٠١٢/٦/١٤) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٤ تابع "أ") في ٢٠١٢/٦/١٤.

[٢] ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا المشار له في أعلاه.

[٣] ينظر: الحكم نفسه.

[٤] ينظر: الحكم نفسه.

وبذلك تكون المحكمة الدستورية العليا قد نحت منحى جديدا قوامه مناقشة الانحراف التشريعي، والاعتداد به في حكمها، على الرغم من وجود مخالفات موضوعية – متعددة – في القانون تكفي للحكم بعدم دستوريته، وهو ما يؤكد أن الانحراف التشريعي لا يتحقق ما لم توجد مخالفات موضوعية في القانون، ومن ثم فإن الركون إلى الصفة الاحتياطية لهذه العيب تجعل من المتعذر حصول تطبيقات قضائية له.

وهذا ما حققته المحكمة الدستورية العليا عندما أشارت للانحراف التشريعي بعد تعداد المخالفات الموضوعية؛ بسبب خطورته وسوء نية المشرع في التحايل على أحكام الدستور، ولو كانت المحكمة قد أعملت اتجاهها السابق بشأن احتياطية الانحراف التشريعي لكان هذا التطبيق القضائي له لم يبصر النور.

والملاحظ بشأن إثبات الانحراف التشريعي فإن المحكمة الدستورية العليا قد استندت على أدلة خارجية تتمثل بالمناقشات البرلمانية التي أظهرت علم أعضاء المجلس التشريعي بالمخالفات الدستورية للقانون، والمضي بإقراره على الرغم من ذلك؛ لأن الأغلبية البرلمانية كانت عازمة على تحقيق الغاية المنشودة مهما كان الثمن، حتى وإن كان على حساب الدستور، وهو ما عدّته المحكمة دليلا على سوء نية المشرع وقصده المعلن – وليس المخفي – لتحقيق أغراض تتقاطع مع المصلحة العامة، تتمثل بالانتقام من أشخاص محددين وحرمانهم من الترشح لمنصب رئيس الجمهورية.

ثالثا: موقف المحكمة الاتحادية العليا من الانحراف التشريعي

لا يقتصر الانحراف التشريعي على برلمان دون آخر، إذ من الممكن أن ينحرف أي مجلس تشريعي بالقوانين التي يقرها عن المصلحة العامة؛ لتحقيق أغراض تتنافى معها، ويزداد ذلك الأمر كلما ضعُف الرأي العام، وتصاعدت هيمنة السلطة التنفيذية على البرلمان وقويت جماعات الضغط، لذلك يتناسب الانحراف التشريعي مع هذه العوامل.

وليس من باب الاتهام فإن البرلمان العراقي ونتيجة وجود العوامل المتقدمة – بنسب متفاوتة – قد أقرّ بعض القوانين لتحقيق أغراض خاصة لا تنسجم مع المصلحة العامة، وإذا كان مجلس النواب يمتلك سلطة تقديرية في تحديد مدلول المصلحة العامة فإن للمحكمة الاتحادية العليا مراقبة تقدير المشرع في هذا الشأن؛ للتأكد من مدى استهداف المصلحة العامة.

ومن بين النصوص القانونية التي نعتقد قد شابها الانحراف التشريعي نص المادة (٤٤) من قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥ التي نصت على: (تتولى دائرة الاحزاب توزيع المبلغ الكلي للإعانة المالية على الأحزاب السياسية وفقا للنسب الآتية: أولا/ (٢٠%) عشرون بالمائة بالتساوي على الأحزاب السياسية المسجلة وفقا أحكام هذا القانون. ثانيا/ (٨٠%) ثمانون بالمائة على الأحزاب الممثلة في مجلس النواب وفقا لعدد المقاعد التي حاز عليها مرشحوها في الانتخابات النيابية. ثالثا/ يعمل بأحكام هذه المادة في الدورة الانتخابية النيابية القادمة)[١].

---

[١] المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٣٨٣) في ٢٠١٥/١٠/١٢.

ويتبين من النص في أعلاه تقسيم مبالغ الإعانة المالية المقدمة من الدولة للأحزاب السياسية على نسبتين هما: (٢٠%) وتوزع بالتساوي على جميع الاحزاب المسجلة قانونا، و (٨٠%) وتقسم بين الأحزاب الممثلة في مجلس النواب كلاً بحسب المقاعد التي حصل عليها مرشحوها في الانتخابات النيابية.

والملاحظ أن النسبتين اللتين حددتهما المادة المذكورة تتفاوتان بشكل كبير، وليس بينهما أي تقارب، ومع ذلك فإن النص المذكور قد جعل الأحزاب الممثلة نيابيا تشترك مع غيرها من الأحزاب بنسبة (٢٠%) من جانب، وتنفرد بنسبة (٨٠%) من جانب آخر، مما يجعل الأحزاب الأخرى غير الممثلة نيابيا من دون استفادة حقيقية من مبالغ الإعانة.

وبذلك يمكن القول إن الغاية الحقيقية لإقرار النص هي استحواذ الأحزاب المتنفذة على مبالغ الإعانة المالية وفق النسب المحددة، والاستفادة منها لأغراضها الخاصة على حساب المصلحة العامة، ولا سيما أن تلك الأحزاب نفسها تمتلك سلطة تحديد مبالغ الإعانة في قانون الموازنة العامة[١].

وعلى الرغم من أن المشرع قد حدد النطاق الزمني لتطبيق هذه المادة، وجعله في الدورة البرلمانية اللاحقة لإصدار القانون، إلا أن ذلك لا يمنع من القول بوجود انحراف تشريعي يستهدف تحقيق غايات خاصة بالأحزاب التي لها تمثيل نيابي في مجلس النواب؛ لأن الرجوع إلى التكوين السياسي، والحزبي في المجلس يؤكد ضمان حصول الأحزاب المتنفذة على تمثيلها النيابي في الدورة البرلمانية اللاحقة؛ بسبب النظام الانتخابي الذي يكرس هيمنتها في السلطة.

فالتشكيل السياسي لمجلس النواب منذ الانتخابات الأولى عام ٢٠٠٥، وحتى انتخابات عام ٢٠١٨ يؤشر بوضوح على هيمنة أحزاب معينة عليه، وعودتها المتكررة للمجلس بعد كل انتخابات، ومن ثم فإن الأحزاب التي أقرت هذا النص ستبقى مستفيدة منه حتى في الدورة البرلمانية القادمة؛ ما دام النظام الانتخابي يكرس هيمنتها، ويضمن عودتها – بشكل شبه ثابت – إلى المقاعد النيابية، مما يؤكد عدم تغيير التشكيلة السياسية لمجلس النواب بشكل كبير في الدورة اللاحقة.

وهذا ما يؤكد وجود انحراف تشريعي في هذا النص عن طريق الغايات التي سعى المشرع لتحقيقها، والمتمثلة باستحواذ الأحزاب المتنفذة على المبالغ التي تقدمها الدولة للأحزاب السياسية بخلاف الأحزاب الصغيرة، أو غير الممثلة برلمانيا، ومن دون تلك الغايات الخاصة ما كان المشرع ليقر هذا النص بالنسب التي وضعها.

وقد تسنى للمحكمة الاتحادية العليا النظر في مدى دستورية المادة (٢/٤٤) وقضت بعدم دستوريتها؛ لأن (توزيع الإعانات المالية بنسبة (٨٠%) على الأحزاب الممثلة في مجلس النواب وفقا لعدد المقاعد التي حاز عليها

---

[١] نصت المادة (٤٢) من قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥ على: (تتسلم الأحزاب السياسية إعانة مالية سنوية من ميزانية الدولة، ويتم تحويلها إلى حساب كل حزب من قبل وزارة المالية). في حين نصت المادة (٤٣) على: (تختص وزارة المالية بالموافقة على التقدير السنوي للمبلغ الكلي للإعانة المالية المقدمة من الدولة للأحزاب، وتقدم اقتراحا بذلك إلى مجلس الوزراء للبت فيه وتضمينه في مشروع الموازنة العامة للدولة).

مرشحوها في الانتخابات النيابية، ... هي نسبة غير عادلة؛ لأن ذلك سيؤدي إلى تركيز السلطة بيد الأحزاب التي حصلت على تأييد جماهيري في فترة زمنية من الفترات، وتؤمن استمرارها بأغلبية مميزة بأموال الدولة، وهي أموال الشعب، ولا تسمح لغيرها من الأحزاب النامية أن تأخذ دورها في الحياة السياسية)[١].

والملاحظة على المحكمة الاتحادية العليا عدم إشارتها إلى الانحراف التشريعي الذي لحق النص المتقدم، وفقا للتحليل السابق، واكتفاؤها بالمخالفة المباشرة للحكم بعدم الدستورية؛ لأنها تعاملت مع الموضوع بشكل عام، من دون بحث الغاية الحقيقية لإقرار النص، في حين أن الأحزاب التي تحدثت عنها المحكمة معروفة، وممثلة في مجلس النواب بشكل شبه ثابت منذ تشكيله الأول وإلى الآن، مما يؤكد أن الأحزاب التي كانت ممثلة في مجلس النواب عند إقرار القانون كانت تستهدف بشكل محدد استحواذها على الإعانات المالية المقدمة من الدولة للأحزاب السياسية، مما يجعل غاياتها غير مشروعة وتتقاطع مع المصلحة العامة.

وبذلك تكون المحكمة الاتحادية العليا قد تعاملت مع الانحراف التشريعي وفقا لصفته الاحتياطية، وعدم بحثه إلا بعد انتفاء العيوب الأخرى، وبما أنها قد توصلت إلى وجود مخالفة دستورية مباشرة لذا استندت إليها وحدها للحكم بعدم الدستورية، من دون بحث الانحراف التشريعي، وهذا ما لا نتفق معه؛ لأن الانحراف التشريعي لا يعد عيبا مستقلا، وإنما عيب تبعي لعيب المحل، ومن ثم لا بدَّ من بحثه ومناقشته وإثباته في الحكم، إذا كانت الأدلة تؤكد وجوده، حتى وإن كانت هنالك عيوب أخرى، بخلاف ذلك لن يجد الانحراف التشريعي تطبيقا قضائيا له.

والمثال الآخر على الانحراف التشريعي يرتبط بالنظام الانتخابي لتوزيع المقاعد الذي تبناه المشرع العراقي على مستوى الانتخابات البرلمانية، وانتخابات مجالس المحافظات، فالملاحظ أن المشرع قد اعتمد أكثر من نظام انتخابي منذ الانتخابات الأولى وحتى الآن.

إذ تبنى المشرع في انتخابات مجلس النواب لعام ٢٠٠٥ نظام التمثيل النسبي على وفق القاسم الانتخابي لتوزيع المقاعد ابتداءً، وطريقة الباقي الأقوى للمقاعد المتبقية[٢].

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٣/اتحادية/اعلام/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/٩).

[٢] نصت المادة (١٦) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ الملغى على: (يتم توزيع المقاعد المخصصة للدوائر الانتخابية من خلال نظام التمثيل النسبي ووفقا للإجراءات الآتية: ١-يقسم مجموع الأصوات الصحيحة في الدائرة على عدد المقاعد المخصصة لها للحصول على (القاسم الانتخابي). ٢-يقسم مجموع الأصوات التي حصل عليها كل كيان على (القاسم الانتخابي) لتحديد عدد المقاعد التي تخصص له. ٣-توزع المقاعد المتبقية باعتماد طريقة الباقي الأقوى). المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٠١٠) في ٢٠٠٥/١١/٢٣.

وبعد ذلك أصدر المشرع قانونا خاصا بانتخابات مجالس المحافظات[١] معتمدا فيه النظام الانتخابي المشار إليه باستثناء المقاعد المتبقية، إذ لم يتبنَ المشرع طريقة الباقي الأقوى، وإنما اعتمد طريقة خاصة[٢] تتمثل بتوزيع المقاعد الشاغرة على القوائم الفائزة التي حصلت على عدد من المقاعد بحسب نسبة ما حصلت عليه من الأصوات[٣].

إلا أن المحكمة الاتحادية العليا قضت بعدم دستورية الفقرة (رابعا) من المادة (٣) من القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٩ المعدّل لقانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥[٤]، والفقرة (خامسا) من المادة (١٣) من قانون انتخابات مجالس المحافظات والأقضية والنواحي التابعة لها رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٨ التي حددت الطريقة المتقدمة بشأن المقاعد الشاغرة[٥].

ولغرض تلافي الفراغ التشريعي الناشئ عن قرار المحكمة الاتحادية العليا قُدم مقترح قانون لتحديد النظام الانتخابي، إلا أن المقترح لم يقتصر على طريقة توزيع المقاعد المتبقية، وإنما شمل توزيع المقاعد ككل، وبعد الاختلاف في مجلس النواب حول اعتماد أحد الخيارين المطروحين (نظام هوندت، ونظام سانت ليغو) حصلت موافقة المجلس على النظام الأخير[٦]، ليتم بموجبه حسم جميع المقاعد بمرحلة واحدة، وليس على مرحلتين، كما في النظام الانتخابي السابق.

والملاحظ أن المشرع قد اعتمد في التعديل الأخير نظام سانت ليغو على وفق قانونه الأصلي المتمثل بتوزيع الأصوات على مجموعة أرقام فردية تبدأ (١)، وتنتهي بالعدد الفردي المساوي لعدد المقاعد المخصصة للدائرة الانتخابية[٧].

---

[١] لأن المادة (١) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ قد نصت على: (يسري هذا القانون على ما يأتي: ج-انتخابات المجالس الوطنية للأقاليم، ومجالس المحافظات، والمجالس المحلية، ما لم يوجد نص خاص).

[٢] يجدر بالذكر أن المشرع قد عدل قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ بموجب القانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٩ ليعتمد النظام الانتخابي المتبنى في قانون انتخابات مجالس المحافظات والأقضية النواحي التابعة لها رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٨. ينظر: المادة (٣) من قانون التعديل. المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤١٤٠) في ٢٠٠٩/١٢/٢٨.

[٣] ينظر: المادة (١٣) من قانون انتخابات مجالس المحافظات والأقضية والنواحي التابعة لها رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٨.

[٤] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٢/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٦/١٤).

[٥] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦٧/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٠/٢٢).

[٦] ينظر: محاضر جلسات مجلس النواب المرقمة (٣٦) في ٢٠١٢/١٢/١. والمرقمة (٣٩) في ٢٠١٢/١٢/١١ والمرقمة (٤٠) في ٢٠١٢/١٢/١٣. المنشورة في موقع المجلس وفق الرابط الآتي:

http://parliamentiraq.com/index.php?newlang=arabic

[٧] ينظر: المادة (١) من قانون رقم (١١٤) لسنة ٢٠١٢ التعديل الرابع لقانون انتخاب مجالس المحافظات والأقضية والنواحي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٨. المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٢٧٠) في ٢٠١٣/٣/٤.

إلا أن الانحراف عن نظام سانت ليغو على وفق قانونه الأصلي ابتدأ عند تشريع قانون انتخابات مجلس النواب رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣، لتتبعه سلسلة من الانحرافات مما يؤكد تبني المشرع العادي سياسة تشريعية محددة بشأن النظام الانتخابي لتحقيق أغراض معينة.

إذ لم يبدأ القانون المذكور بالرقم الفردي (١) بل ابتدأ قسمة الأصوات الصحيحة بالرقم (١,٦)[١] ولم يكتفِ المشرع بذلك، وإنما أصدر قانون التعديل الأول ليجعل الرقم الفردي الأول (١,٧)[٢].

وعلى مستوى انتخابات مجالس المحافظات فقد عدّل المشرع نظام سانت ليغو من قانونه الأصلي الذي يبدأ بالرقم (١) ليجعله (١,٧)[٣]، ليعقبه المشرع بتعديل آخر مغيرا فيه الرقم الأول من (١,٧) إلى (١,٩)[٤].

ومن سلسلة التعديلات المتقدمة على مستوى الزمن، والنسب المعتمدة تتضح رغبة المشرع تجاه تعديل نظام توزيع المقاعد سانت ليغو من قانونه الأصلي إلى صيغ أخرى وفق سياسة تشريعية سار على اتباعها، تهدف جميعها إلى تحقيق مصلحة الأحزاب والقوائم الكبيرة، بحصولها على المزيد من المقاعد، وعلى حساب القوائم المتوسطة والصغيرة.

ومن أدلة إثبات الانحراف التشريعي التي يعتمد عليها القاضي الدستوري تقصي السياسة التشريعية التي يتبعها المشرع في موضوع معين، وفيما إذا كان يندرج تحتها تعمد إرهاق فئة معينة من المواطنين بأعباء تختل بها مراكزهم القانونية[٥].

وهذا ما اتبعه المشرع في نظام توزيع المقاعد، إذ ابتدأ بتقسيم الأصوات على الرقم (١) وبعده (١,٦) ومن ثم (١,٧) وأخيرا (١,٩). مما يؤكد سياسته التشريعية في هذا الشأن، إذ إنه وصل أقصى عُشر مع الرقم (١)، ولو كان هناك عُشر أكثر من (٩) لزاد عليه، ولذلك توقف عند هذا الحد؛ لأن أية زيادة أخرى ستحول الرقم الأول إلى رقم زوجي، وهذا ما يخالف نظام سانت ليغو الذي يستلزم تقسيم الأصوات على أرقام فردية، كل ذلك من أجل الغاية التي يبتغيها، وهي تحقيق مصالح القوائم الكبيرة بحصولها على المزيد من المقاعد النيابية.

وهذا في الحقيقة يخالف جملة من المبادئ التي نص عليها الدستور، ويصطدم بأحكامه التي تحدد مفهوم الديموقراطية التي أرساها وتوضح معالم المجتمع الذي يهدف إليه، سواء ما اتصل منها بجوهر الديموقراطية

---

[١] ينظر: المادة (١٤) من قانون انتخابات مجلس النواب رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣. المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٣٠٠) في ٢٠١٣/١٢/٢.

[٢] ينظر: المادة (٤) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٨ التعديل الأول لقانون انتخابات مجلس النواب رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣. المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٤٨١) في ٢٠١٨/٢/١٩.

[٣] ينظر: المادة (١٢) من قانون انتخابات مجالس المحافظات والأقضية رقم (١٢) لسنة ٢٠١٨. المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٤٩٤) في ٢٠١٨/٦/٤.

[٤] ينظر: المادة (٩) من قانون رقم (١٤) لسنة ٢٠١٩ التعديل الأول لقانون انتخاب مجالس المحافظات والأقضية رقم (١٢) لسنة ٢٠١٨. المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٥٥٣) في ٢٠١٩/٩/٢.

[٥] ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ١٣٩٠.

والمتمثل بالسيادة الشعبية، أم بوسيلتها وهي المشاركة في ممارسة السلطة، وأخيرا هدفها وهو كفالة الحقوق والحريات العامة.

وإذا كانت حرية الرأي والاختيار من الحقوق والحريات العامة التي تعد ركيزة لكل مجتمع ديمقراطي سليم، فإن الدستور قد حرص على كفالة حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل[١].

كما إن الدستور قد عنى بتمكين المواطنين رجالا ونساء من ممارسة حقوقهم العامة، ومن بينها إسهامهم في اختيار قياداتهم، ومن ينوب عنهم في السلطات العامة عن طريق تقرير حق مشاركتهم في الشؤون العامة، والتمتع بالحقوق السياسية بما فيهم حق التصويت والانتخاب والترشيح[٢].

ومن جانب آخر فقد قرر الدستور مبدأ المساواة بين المواطنين بوصفه أساس ممارسة الحقوق والحريات العامة على اختلافها، وركيزة العدل والسلام الاجتماعي؛ لضمان الحماية الدستورية المتكافئة للحقوق والحريات العامة في مواجهة أي تمييز ينال منها، أو يقيد ممارستها.

ولم يقف الدستور عند هذ الحد بل نص بشكل صريح على مبدأ تكافؤ الفرص الذي يتفرع عن مبدأ المساواة، ويتصل بالفرص التي تتعهد الدولة بتقديمها عند التزاحم عليها، ليكون الحصول على تلك الفرص وفق أولوية تحدد على أسس موضوعية تقتضيها المصلحة العامة[٣].

وحيث أن وسيلة الديموقراطية هي الانتخاب والترشيح وإن ممارستهما تعد من أهم مظاهر السيادة الشعبية، وهما حقان مترابطان ومتكاملان ويؤثران في بعضهما البعض، ومن ثم فإن ممارسة المشرع سلطته التقديرية في تنظيم هذين الحقين مرهون بالضوابط الدستورية المرتبطة بكفالتهما، وضمان ممارستهما من دون النيل، أو الانتقاص منهما، أو إهدارهما، وإلا كان تدخل المشرع مخالفا الدستور.

وبما إن المشرع قد اعتمد نظام سانت ليغو المعدّل لتوزيع المقاعد بين القوائم وفق سياسة تشريعية تصاعدية في هذا الشأن، فإن ذلك يمثل إهدارا لحقي الانتخاب والترشيح المكفولين دستوريا، يتجاوز حدود دائرة تنظيم الحقوق التي يملكها المشرع.

إذ إن الطريقة المعتمدة تعمل على إفراغ حقي الانتخاب والترشيح من محتواهما، بخصوص القوائم التي ترتب على تطبيق هذه الطريقة حرمانها من الاستفادة من الأصوات الممنوحة لها بالحصول على المقاعد النيابية التي تتناسب مع عدد تلك الأصوات.

ومن ثم فإن سعي المشرع إلى اعتماد صيغ تعمل على تعزيز مقاعد قوائم معينة على حساب قوائم أخرى يعد إهدارا للأصوات المدلى بها للقوائم الأخيرة، وما تمثله تلك الأصوات من وسيلة ديمقراطية لممارسة حق الانتخاب

---

[١] ينظر: المادة (٣٨/أولا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٢] ينظر: المادة (٢٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٣] ينظر: المادة (١٦) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

وأداة لتفعيل حق الترشيح، ومن ثم يشكل ذلك اعتداءً على هذين الحقين ومصادرة لهما مما يجعل النظام الانتخابي مخالفا الدستور.

كما إن النظام الانتخابي المعتمد جعل نتائج الانتخابات المتحصلة منه مبنية على فارق مصطنع، وليس حقيقي، عمد المشرع وفق الصيغ التي اعتمدها – (١,٦)، (١,٧)، (١,٩) – إلى إحداثه؛ من أجل التمييز بين قوائم معينة، وأخرى؛ ولغرض محدد هو حصول القوائم الأولى على مزيد من المقاعد النيابية.

ومن ثم فإن ما احتواه النظام الانتخابي من صيغ قد أفضى إلى تمييز تحكمي لا يستند إلى أسس موضوعية تبرره.

وإذا كان تقسيم الأصوات على تلك الصيغ يسري على جميع القوائم، إلا أنه في حقيقته يعبر عن رغبات تهدف إلى اضعاف قوائم معينة ولحساب قوائم أخرى، إذ إن هذه الصيغ وكلما زاد العدد العشري بجانب الرقم (١) تعمل على اتساع الفارق بين القوائم الكبيرة والقوائم المتوسطة والصغيرة.

مما يجعل التمييز الناتج عن القسمة وفق الصيغ المعتمدة تحكميا، ومصطنعا لفوارق غير حقيقية بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، بما يوقعه في دائرة مخالفة مبدأ المساواة.

وأما مبدأ تكافؤ الفرص فإنه يستلزم أن يكون فوز المرشح بالمقعد النيابي وفق أولوية محددة على أسس موضوعية تقتضيها المصلحة العامة، وهي الحصول على أعلى الأصوات، حتى استنفاذ المقاعد المخصصة للدائرة الانتخابية.

وحيث أن النظام الانتخابي المعتمد أدى – وبشكل متعمد – إلى إضعاف القوائم المتوسطة والصغيرة، عن طريق تبديد أصواتها؛ نتيجة القسمة على الصيغ أعلاه، فإنه بذلك قد حدد أولويات الفوز بالمقعد النيابي على أسس غير موضوعية؛ من أجل زيادة مقاعد القوائم الكبيرة، وحرمان القوائم المتوسطة والصغيرة من المقاعد التي تستحقها.

وهذا ما يجعل النظام الانتخابي منطويا على تمييز غير مقبول بين القوائم المتنافسة في فرص الفوز بالمقعد النيابي، ومن ثم تعارضه مع مبدأ تكافؤ الفرص المنصوص عليه دستوريا.

ولا أدل على مخالفة النظام الانتخابي المعتمد لمبدأي المساواة وتكافؤ الفرص فوز عدد من المرشحين تقل أصواتهم بأضعاف عن المرشحين الذين لم يفوزوا في الانتخابات؛ لمجرد انتمائهم لقوائم كبيرة سمحت الصيغ التي اعتمدها المشرع بحصولها على مقاعد القوائم المتوسطة والصغيرة، وبخلاف تلك الصيغ ما كانت تحصل بعض القوائم على المقاعد التي حصلت عليها.

وإذا كان الانحراف التشريعي لا يتحقق إلا بوجود مخالفة موضوعية فإن المشرع لم يعمد إلى ارتكاب المخالفات الدستورية المتقدمة إلا لتحقيق غاية خاصة تتقاطع مع المصلحة العامة، وهي تكريس هيمنة الأحزاب المتنفذة واستمرار بقائها في مجلس النواب بمقاعد معينة، وعلى حساب القوائم والمرشحين الآخرين، وهي في الحقيقة غاية غير مشروعة، وتتقاطع مع الأغراض التي يجب أن يحققها القانون، ومن ثم يعد اعتماد نظام سانت ليغو على وفق الصيغ المعدلة انحرافا تشريعيا.

وعلى الرغم من المخالفات الموضوعية في نظام توزيع المقاعد بصيغته المعدلة، والانحراف التشريعي الذي لحق قصد المشرع، فإن المحكمة الاتحادية العليا وعند نظرها في الطعون الموجهة ضد الصيغة (١,٧) الواردة في قانون التعديل الأول لقانون انتخابات مجلس النواب رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٢ المعدّل، والصيغة (١,٩) الواردة في قانون التعديل الأول لقانون انتخابات مجالس المحافظات والأقضية رقم (١٢) لسنة ٢٠١٨ المعدّل، عدت اعتماد تلك الصيغ خيارا تشريعيا لمجلس النواب استنادا لصلاحياته المنصوص عليها في المادة (٦١/أولا) من الدستور، وبناءً عليه رفضت تلك الطعون وقضت بدستورية النظام الانتخابي المتقدم[١].

وهو ما لا نتفق معه إذ إن السلطة التقديرية (الخيار التشريعي) التي استندت إليها المحكمة في تبريرها لا تبرء – بشكل عام – تقدير المشرع من المخالفة الدستورية، وإنما تتحدد تلك المخالفة على ضوء الالتزام بالضوابط الدستورية، أو عدمه، وقد اتضح لنا في أعلاه أن الصيغ التي اعتمدها المشرع تخالف الدستور، وبالتحديد ما أورده بشأن كفالة مبدأي المساواة وتكافؤ الفرص، وضمان ممارسة حق الانتخاب، والترشيح، وحرية التعبير عن الرأي، وأخيرا ضرورة استهداف المصلحة العامة من القوانين التي يقرها المشرع.

مما يجعل القانون مخالفا الدستور من الناحية الموضوعية، ومنحرفا عن الغاية التي ينبغي أن يستهدفها المشرع، والمتمثلة بالمصلحة العامة؛ لأنه ابتغى تحقيق غايات خاصة تتمثل بحصول القوائم الكبيرة على المزيد من المقاعد النيابية.

---

[١] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٥/اتحادية/٢٠١٨ وموحداتها ١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠/اتحادية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١/٢٩)، وقرارها المرقم (٢٢/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٢/١٨)، وقرارها المرقم (٩٩/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠٢٠/١/٢٧).

الفصل الثالث

آثار التعارض التقديري

تمهيد وتقسيم

اتضح سابقا تمتع المشرع العادي بسلطة تقديرية في ممارسة اختصاصه التشريعي، في ضوء ما تسمح به النصوص الدستورية التي عادة ما تتصف بالعموم، وهي بهذا المعنى تمنح القاضي الدستوري سلطة تقديرية أيضا تمكنه من التوصل إلى مدى توافق تقدير المشرع العادي مع الدستور.

وينهض التعارض التقديري بين المشرع العادي، والقاضي الدستوري في حالة تقدير كل منهما مسألة معينة، على أساس الدستور، وإذا كان لهذا التعارض من ترجيح فلا بدّ أن يكون لصالح القاضي الدستوري، إذ إن ممارسة الأخير لسلطته التقديرية في عمله الرقابي على تقدير المشرع العادي قد توصله إلى الاختلاف معه بشأن ذلك التقدير؛ بسبب مخالفته للدستور.

وبذلك ينشأ لدينا التعارض التقديري، وهو – في الحقيقة – ليس غاية بحد ذاتها، يستهدف القاضي الدستوري تحقيقها، وإنما هو وسيلة لحماية الدستور، وهذه الحماية لا تتحقق إلا بترجيح تقدير القاضي الدستوري، وما يستتبعه ذلك الترجيح من آثار أخصها عدم دستورية تقدير المشرع العادي.

وإذا كان التعارض محل النقاش هو حاصل اختلاف القاضي الدستوري مع المشرع العادي بشأن تقدير معين، فإن حصول هذا التعارض وتكراره إزاء تقديرات المشرع العادي المتعددة في ضوء متطلبات المجتمع، وما تستلزمه من قوانين، يؤدي بمرور الوقت إلى تقييد نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي، إذا علمنا أن التعارض – وإن كان يستند لنصوص الدستور – هو نتيجة مناقشة واستنتاجات القاضي الدستوري.

أي بمعنى أن النصوص الدستورية – بفرض عموميتها – قد لا يتضح منها مخالفة تقدير المشرع العادي لها، وإنما يكون ذلك نتيجة عمل القاضي الدستوري، وهذا العمل المتكرر يوما بعد يوم ينعكس حتما على دائرة السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع العادي، وبشكل هندسي سيقل قطر تلك الدائرة مع تعدد حالات التعارض التقديري. فما يتمتع به المشرع العادي من سلطة تقديرية في موضوع معين اليوم، حتما لا يتطابق مع ما كان له بالأمس، ويقينا سيختلف الأمر في المستقبل عن الزمانين المتقدمين.

وفي الحقيقة إن ضيق دائرة السلطة التقديرية للمشرع العادي ليست حالة سلبية للرقابة الدستورية، إذا كان التعارض التقديري وفق أسسه الموضوعية، وضماناته اللازمة، بل يعد أمرا مستهدفا للمشرع الدستوري، لغرض حماية القواعد الدستورية، عن طريق استبعاد الحلول المخالفة لها، أو بتحديد ملامح الحلول المتفقة معها.

وإذا كانت مخالفة المشرع العادي للدستور أمرا متوقعا، بل هي حقيقة واقعة، وإن هذه المخالفة تستلزم تعارض القاضي الدستوري، فإن محاولات المشرع العادي لإزالة أية عوائق تلوح أمامه؛ في سبيل تحقيق الأهداف التي يبتغيها، قد تصل إلى حد تهديد القاضي الدستوري في استقلاله، أو تقليل ضمانات عمله، وليس أخيرا الحد من آثار قراراته الصادرة بعدم الدستورية، بأية طريقة تمكن المشرع من تحقيق أهدافه.

ولتفصيل ما تقدم سنقسم هذا الفصل على مبحثين: الأول لعدم دستورية تقدير المشرع العادي، والثاني للآثار غير المباشرة للتعارض التقديري.

المبحث الأول

عدم دستورية تقدير المشرع العادي

يحمل تعارض القاضي الدستوري مع المشرع العادي في تقديره ميزة الترجيح، الذي لا يكون منطقيا إلا لصالح القاضي الدستوري، فأساس التعارض هو حماية الدستور، ولا تتحقق هذه الغاية إلا إذا رجحنا تقدير القاضي الدستوري.

وبما إن تقدير المشرع العادي وما يحتويه يمثل نصوصا قانونية مطبقة على أرض الواقع، وتحمل صفة الإلزام في هذا الشأن، فإن الترجيح المتقدم يستلزم الحكم بعدم دستورية هذا التقدير، وتجريد النصوص القانونية من فاعلية التطبيق، من أجل تحقيق الغاية العليا، المتمثلة بحماية الدستور، وهو ما نطلق عليه النطاق الموضوعي لعدم الدستورية.

وقد يثار أيضا مسألة الوقت الذي تتحقق فيه حالة عدم الدستورية، إذ إن تقدير المشرع العادي – باستثناء الرقابة السابقة في فرنسا – لا يصل إلى القاضي الدستوري إلا بعد مدة زمنية على نفاذه، تطول، أو تقصر بحسب معطيات معينة تتعلق بالخصوم[١]، وعندئذ سيكون لدينا وقتين: أولهما صدور تقدير المشرع العادي، والآخر صدور تقدير القاضي الدستوري، ولذا يحق التساؤل عن أي الوقتين تتحقق فيه لحظة عدم الدستورية. وهو ما يعبر عنه النطاق الزمني لعدم الدستورية.

---

[١] يجدر بالذكر أن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ قد حدد مدة معينة للطعن ببعض القوانين، إذ نصت المادة (٢٢) منه على عدم قبول الطعن بدستورية قانون الموازنة الاتحادية، أو أي نص فيه إلا خلال مدة لا تزيد على ثلاثين يوما من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، في حين قررت المادة (٢٣) عدم قبول الطعن بدستورية قانون الانتخابات، والنصوص الواردة فيه، قبل أقل من ستة أشهر من التاريخ المحدد لإجراء الانتخابات في كل دورة انتخابية، أو من تأريخ تحديد موعد رسمي لها في الانتخابات المبكرة. وقد يثير التحديد الزمني الذي وضعه النظام الداخلي أكثر من إشكال يرتبط أولها بمدى دستوريته، إذ إنه يقيّد من نطاق رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين من دون أساس دستوري، ويحصن القوانين المشمولة به من رقابتها على الرغم مما قد تتضمنه تلك القوانين من مخالفات دستورية، زيادة على ذلك فإن بعض النصوص القانونية قد لا تتضح مخالفتها الدستورية إلا بعد تطبيقها على أرض الواقع، ولا سيما المرتبطة منها بالإجراءات اللاحقة للعملية الانتخابية، وحتما سيكون ذلك التطبيق خارج المدة التي حددها النظام الداخلي مما يؤدي إلى عدم قبول الدعاوى المرفوعة بشأنها، ومن بين ما يؤخذ على التحديد المتقدم أن علته قد لا تتوفر في جميع نصوص القانونين المذكورين، إذ يبدو أن علة هذا التحديد فيما يتعلق بقانون الموازنة الاتحادية تتمثل بتمكين الدولة من القيام بواجباتها والحفاظ على مواردها المالية، في حين تبدو علة التحديد بشأن قانون الانتخابات بعدم التأثير في تكوين مجلس النواب سواء أكان في إقرار المحكمة بعدم دستورية بعض نصوص قانون الانتخابات قبل مدة قليلة من إجراء الانتخابات مما يقتضي تأجيلها بناءً على ذلك، أم بعد إجراءً الانتخابات ما يؤثر في شرعية تكوين مجلس النواب، إلا أن العلة المتقدمة قد لا تكون متوافرة في جميع نصوص القانونين المشمولين بالتحديد، مما يفقد هذا التحديد أساسه العملي زيادة على أساسه الدستوري.

وبناءً على ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين: أولهما النطاق الموضوعي لعدم الدستورية، والثاني النطاق الزمني لعدم الدستورية.

المطلب الأول

النطاق الموضوعي لعدم الدستورية

يترتب على التعارض التقديري الحكم بعدم دستورية تقدير المشرع العادي، ويختلف ذلك الأثر باختلاف نظم الرقابة المعتمدة، ففي فرنسا التي تعتمد الرقابة السابقة – أصلا عاما – يتحدد أثر عدم الدستورية بعدم إصدار القانون، أو النص القانوني الذي قرر المجلس الدستوري عدم دستوريته.

في حين أن الرقابة اللاحقة المعتمدة في مصر، والعراق، وفرنسا أيضا منذ عام ٢٠٠٨، تنصب على القانون بعد نفاذه، لذا فإن الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى عدم تطبيق النص غير الدستوري.

ولا يقتصر الحكم بعدم الدستورية – أحيانا – على النص المعني، وإنما يمتد ليشمل نصوصا أخرى، متى ما كانت ترتبط بالنص الأول ارتباطا وثيقا.

وبناءً عليه سنقسم هذا المطلب على فرعين: أولهما الآثار المباشرة لعدم الدستورية، والثاني للآثار غير المباشرة لعدم الدستورية.

الفرع الأول: الآثار المباشرة لعدم الدستورية

يعتمد أثر الحكم بعدم الدستورية على التنظيم القانوني في هذا الشأن، وهو – في إطار الرقابة المركزية – إما أن يكون إلغاء النص القانوني، أو تجريده من قوة النفاذ، وبغض النظر عن ذلك فإن الأثر المتقدم ملزم للسلطات كافة؛ لأنه يتمتع بحُجية مطلقة.

ولتفصيل ذلك سنقسم هذا الفرع على نقطتين: أولهما التنظيم القانوني لأثر عدم الدستورية، وثانيهما حُجية عدم الدستورية.

أولا: التنظيم القانوني لأثر عدم الدستورية وموقف القاضي الدستوري منه

١- التنظيم القانوني لأثر عدم الدستورية ورأي الفقه الدستوري منه

يُجمع الفقه – كأصل عام – استنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات على أن التشريع لا يلغيه، أو يعدله إلا تشريع بمستوى درجته، أو أعلى منه[١].

ومن أهم النتائج المترتبة على ذلك أن المشرع العادي وحده يتولى إلغاء القانون أو تعديله، ويقع باطلا كل إجراء يقوم على خلاف ذلك.

إلا أنه استثناء من ذلك يمكن أن يقوم القاضي الدستوري بإلغاء القانون، ولكن بشرط أن يكون غير دستوري، وأن ينص على ذلك الاختصاص بشكل صريح.

---

[١] ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري د. أحمد حشمت أبو ستيت: أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٤١، ص ٢١٥.

ومن ذلك يتضح أن اختصاص القاضي الدستوري بإلغاء القانون لا ينهض – بشكل استثنائي – إلا بوجود نص صريح يقرره.

وقد أخذت بعض الدساتير بهذا الاستثناء، ونصت بشكل صريح على اختصاص القاضي الدستوري بإلغاء القانون المخالف للدستور، ومن ذلك الدستور الفرنسي بعد تعديله في عام ٢٠٠٨، إذ نصت المادة (٦٢) على: (يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، استنادا إلى المادة (١/٦١) إلغاء هذا النص).

وفي مصر فوّض الدستور المشرع العادي بتنظيم الآثار المترتبة على عدم الدستورية[١] واستنادا إلى ذلك فقد نص قانون المحكمة الدستورية العليا على: (يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه)[٢].

أما في العراق لم يبين الدستور الأثر المترتب على قرارات المحكمة الاتحادية العليا بعدم الدستورية، مكتفيا بالنص على: (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتّة وملزمة للسلطات كافة)[٣]، وينطبق الأمر على قانون المحكمة أيضا، ونظامها الداخلي.

وإزاء النصوص المتقدمة في مصر، والعراق انقسم الفقه إلى رأيين: يذهب أحدهما إلى أن الحكم بعدم الدستورية يُلغي النص القانوني؛ لأنه – أي الحكم – ملزم لمحكمة الموضوع، ولا يقتصر على ذلك، بل الكافة وسائر سلطات الدولة ملزمون أيضا بعدم التعامل على أساس النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته، ويقع عليهم قانونا واجب عدم تطبيقه، بما يعني أن النص قد زالت عنه الفاعلية القانونية، ومن ثم يكون قد ألغي[٤].

في حين يرى الرأي الثاني أن القاضي الدستوري ليس له سلطة إلغاء القانون، إذا لم يكن هنالك نص صريح يعطيه ذلك الاختصاص، وإنما له هنا مجرد تقرير ما لحق القانون من عيب عدم الدستورية فقط، والحكم بذلك إذا ثبت له، وهذا الحكم ملزم لسلطات الدولة كافة، بحيث يجب على المشرع العادي التدخل – إذا كان هنالك موجبا – لإلغاء، أو تعديل القانون المحكوم بعدم دستوريته، وعلى السلطة التنفيذية، والقضائية عدم تطبيق القانون غير الدستوري فيما يكون أمامها من أمور، أو دعاوى[٥].

---

[١] نصت المادة (٩٥) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ على: (ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار).

[٢] المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٣] المادة (٩٤) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٤] ينظر: د. عصام أنور سليم: مصدر سابق، ص ١٤٢.

[٥] من أصحاب هذا الرأي: د. طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٧١. د. مصطفى محمود عفيفي: رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، مكتبة سعيد رأفت، من دون مكان نشر، ١٩٩٠، ص ٢٧٦. د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٥٧١. د. محمود أحمد زكي: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٥١٧ وما بعدها. د. عاطف سالم عبد الرحمن: دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي – الاجتماعي

أي بمعنى أن حكم عدم الدستورية يقتصر على تجريد النص من قوة النفاذ، ولا يتعداه إلى الإلغاء، وإن حقيقة ذلك الأثر تجعل القانون ليس له أية قيمة تطبيقية؛ لأن جميع المحاكم والهيئات الإدارية ستمتنع عن تطبيقه فيما معروض أمامها إعمالا لحُجية الحكم بعدم الدستورية المطلقة، ومع ذلك فإنه يبقى من الناحية النظرية قائما حتى يلغيه المشرع العادي، أو يعدله بحسب الأحوال[١].

ويرى بعض مؤيدي هذا الرأي أن أثر حكم عدم الدستورية يتوقف عند حد الإلزام لجميع السلطات، وللكافة بعدم تطبيق النص غير الدستوري، دون أن يتضمن ذلك الغاءه، ومن باب أولى تعديله؛ فذلك أمر لا يملكه القاضي الدستوري، وإنما يقتصر دوره على توجيه الخطاب بشأنه عن طريق حكمه للمشرع العادي بإزالة وجه عدم الدستورية في النص القانوني، إما بإلغائه أو تعديله، ولكن دون أن يلزمه بذلك الإلغاء، أو التعديل[٢].

ويذهب أغلب أنصار هذا الرأي إلى أن إلغاء قوة نفاذ النص المحكوم بعدم دستوريته يعني من الناحية العملية إلغاء ذلك النص، ما دام مجردا من كل قيمة عملية، ومن ثم يكون غير موجود، أو معدوم[٣].

وقد ذهب البعض إلى أن إلغاء قوة نفاذ النص القانوني غير الدستوري تتشابه مع إلغائه في معناه الحقيقي، دون المعنى اللفظي، إذ لا يوجد فارق فعلي واضح بين النص القانوني الملغى بنص قانوني آخر، وبين النص المقضي بعدم دستوريته بالنسبة للوقائع اللاحقة على الإلغاء، أو الحكم بعدم الدستورية، فكلاهما قد خرج من مجال التطبيق، ومن مجموعة قوانين الدولة المعمول بها[٤].

ومقابل هذين الرأيين ذهب رأي آخر إلى أن هذا الاختلاف هو خلاف نظري فحسب، أما النتيجة العملية المترتبة على الحكم بعدم الدستورية فهي واحدة في كل الحالات، ألا وهي سقوط النص المحكوم بعدم دستوريته من ناحية التطبيق، ولذلك فإن هذا الاختلاف الفقهي يتصل بالتكنيك القانوني أكثر منه في الواقع الذي لا يوجد فيه فارق من ناحية عدم جواز تطبيق النص من حيث إلغائه، أو تجريده من قوة النفاذ ما دام النص المحكوم بعدم دستوريته سيفقد كل قيمة عملية، وتطبيقية[٥].

– الاقتصادي، ط١، من دون ناشر ومكان نشر، ٢٠١١، ص ٢٨٥. صلاح خلف عبد: المحكمة الاتحادية العليا في العراق تشكيلها واختصاصاتها، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة النهرين، ٢٠١١، ص١٣٧ –١٣٨.

[١] ينظر: د. رمزي الشاعر: المصدر السابق، ص ٥٥٥. د. محمود أحمد زكي: المصدر السابق، ص ٥١٨ – ٥١٩.

[٢] ينظر: د. مصطفى محمود عفيفي: المصدر السابق، ص ٢٧٦.

[٣] ينظر: د. رمزي الشاعر: المصدر السابق، ٥٧١. د. يحيى الجمل: مصدر سابق، ص ٢١٧. د. عزيزة حامد الشريف: أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة، بحث منشور في المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق/ جامعة حلوان، ١٩٩٨، ٢٠٨.

[٤] ينظر: د. حمدان حسن فهمي: اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحُجية أحكامه وتنفيذها وآثارها، من دون ناشر ومكان نشر، ٢٠٠٩، ص ٢٤٦ – ٢٤٧.

[٥] د. شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ٦١٣.

وفي مورد الترجيح بين الآراء المتقدمة ينبغي التأكيد أولا على أن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي بألاّ لا يلغى القانون، ولا يعدل إلا بقانون، ومن البديهي اختصاص المشرع العادي بتشريع القوانين، وتبعا لذلك لا يملك القاضي الدستوري سلطة إلغاء القانون إلا على سبيل الاستثناء من الأصل العام المتقدم.

ولكي يثبت ذلك الاختصاص للقاضي الدستوري يشترط أمرين هما: **أولا** عدم دستورية القانون، أو النص القانوني، **وثانيا** النص بشكل صريح على اختصاص القاضي الدستوري بالإلغاء، ومن دون هذين الشرطين لا ينعقد للقاضي الدستوري اختصاص إلغاء القوانين حتى وإن كانت غير دستورية.

وبما أن الشرط الثاني غير متحقق في مصر والعراق، لذلك يصعب القول بتمتع القاضي الدستوري باختصاص إلغاء القانون غير الدستوري، وبناءً عليه لا بدَّ أن يقتصر أثر الحكم بعدم الدستورية على تجريد النص القانوني من قوة نفاذه، ويُلزم ذلك الأثر السلطات كافة، والأفراد بالامتناع عن تطبيقه استنادا لحكم القاضي الدستوري.

وعلى هذا الأساس فإن النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته وإن كان مجردا من قيمته التطبيقية، والفاعلية مع وقائع المجتمع، إلا أنه يبقى من الناحية النظرية ضمن المنظومة القانونية، ولا يزيله منها إلا المشرع بقانون آخر. سواء أكان لاغيا له، أم معدلا.

وبناءً على ذلك فإن القانون المحكوم بعدم دستوريته قد يعود إلى النفاذ مرة أخرى، في حالة تعديل الدستور، بما يجعله متفقا معه، فإذا أزال النص الدستوري الجديد المخالفة عن القانون الذي سبق للقاضي الدستوري الحكم بعدم دستوريته فإنه يمكن أن يعود للنفاذ مرة أخرى.

فالقانون المحكوم بعدم دستوريته ليس ملغيا، وإنما باقٍ ضمن المنظومة القانونية، مع تجريده من قوة النفاذ التزاما بحكم القاضي الدستوري، ولذلك يمكن أن تعود له قوة النفاذ، ويطبق مرة أخرى بشرط ألاّ يكون المشرع العادي قد ألغاه أولا، وأن يحصل تعديل دستوري يؤدي إلى إزالة المخالفة التي شابت القانون، بما يعيده إلى التشريعات الملزمة ثانيا.

وإن القول بخلاف ذلك – في ظل الفرضيات المتقدمة – يتعارض مع الدستور؛ إذ إن التعديل الدستوري قد ينشئ حقا جديدا لم يكن منصوصا عليه، أو يرفع حظرا مفروضا، أو يعطي اختصاصا لسلطة معينة، وتبعا لذلك يكون لكل من يستفيد من هذا التعديل مصلحة في تطبيق النصوص القانونية المنظّمة للنص الدستوري الذي جرى عليه التعديل، وبما أن هنالك قانون ينظم تلك الأمور، إلا أنه سبق للقاضي الدستوري الحكم بعدم دستوريته، فإن هذا القانون يعود للنفاذ، إذا قلنا بأنه غير ملغٍ، ولم يعد مخالفا الدستور بعد تعديله، لذا يكون تطبيقه على أرض الواقع أمر يستلزمه الدستور.

وقد يُعترض على ما تقدم بموجب الحُجية المطلقة المقررة لأحكام القاضي الدستوري، وما ترتبه تلك الحُجية من الامتناع عن تطبيق القانون المحكوم بعدم دستوريته، إلا أن هذا الاعتراض باطل منطقيا؛ لاختلاف الموضوع بين الأمرين، فموضوع حُجية حكم القاضي الدستوري هو قانون مخالف للدستور، في حين أن موضوع ما ذهبنا إليه يختلف عن ذلك كليا، وبالضد منه؛ لأنه يتعلق بقانون أصبح متفقا مع الدستور بعد التعديلات التي جرت عليه.

ومن ثم لا يصح الاستدلال بحُجية حكم القاضي الدستوري للقول بعدم نفاذ القانون المحكوم بعدم دستوريته سابقا، بعد زوال المخالفة الدستورية عنه، تبعا لتعديل الدستور، بل قد يكون التمسك بتلك الحُجية أمرا لا يقره الدستور بعد المطابقة الحاصلة بينه وبين القانون.

يزاد على ذلك أن حُجية الحكم بعدم الدستورية مقررة لغاية معينة هي حماية الدستور من مخالفة القانون، وبعد انتفاء تلك المخالفة تتحقق الغاية المنشودة، ولا تقوم عندئذ الحُجية المتقدمة، وذلك كله في ظل المقدمات السابقة.

وعلى أساس ما تقدم يمكن القول بعدم تأييدنا للاتجاه الأول؛ كونه يصطدم بمبدأ الفصل بين السلطات، وما ينتج عنه من أصل عام أن القانون لا يلغى، ولا يعدل إلا بقانون، وإن اختصاص القاضي الدستوري بذلك الإلغاء لا يقرر إلا استثناءً بنص صريح يجيزه.

ولا نؤيد الرأي الذي يقلل من أهمية الفارق بين الاتجاهين المتقدمين بشكل مطلق، فقد تبيّن سابقا أن القول باقتصار حكم عدم الدستورية على تجريد القانون من قوة نفاذه دون الإلغاء، يجعل القانون باقٍ ضمن المنظومة القانونية من الناحية النظرية.

وطبقا لذلك فمن الممكن أن تعاد للقانون المحكوم بعدم دستوريته قوة نفاذه، إذا زالت عنه المخالفة الدستورية بعد تعديل الدستور.

وبناءً عليه لم يبقى سوى تأييدنا للرأي الثاني فيما ذهب إليه من أن حكم عدم الدستورية لا يلغي القانون، وإنما يقتصر على مجرد إزالة قوة نفاذه، وما يرتبه ذلك من التزام السلطات، والأفراد كافة بالامتناع عن تطبيقه.

أما عودة نفاذ القانون المحكوم بعدم دستوريته من جديد، فهي وإن كانت حالة نادرة إلا أنها ليست مستبعدة. فإنه يشترط لذلك الشروط الآتية:

أ- عدم اختصاص القاضي الدستوري بإلغاء القانون غير الدستوري بشكل صريح.

ب-عدم تدخل المشرع العادي بإلغاء القانون المحكوم بعدم دستوريته، أو تعديله.

ت-تعديل الدستور بعد الحكم بعدم دستورية النص القانوني على نحو يزيل المخالفة الدستورية التي شابته.

إلا أنه يبقى الأهم من ذلك كيفية عودة نفاذ القانون المحكوم بعدم دستوريته بعد تحقق الشروط المتقدمة، وهل يكون ذلك بشكل تلقائي أم بإجراء معين؟

في البدء فإن القاضي الدستوري لا يستطيع الحكم بنفاذ القانون مرة أخرى، ما لم يعرض عليه بإحدى الطرق المحددة لذلك، وإن تحقق ذلك يؤكد – ولو ضمنا – نفاذ القانون، أما المشرع العادي فإن إصداره قانون جديد محل القانون السابق ينسف هذه الفرضية، إلا أن ذلك لا يعني عدم قدرته على اعتماد هذا الخيار، وإنما نحن بصدد إجابة عن التساؤل المتقدم، ومن ثم يمكن أن يكون النفاذ بشكل تلقائي بعد سريان تعديل الدستور، وقد يبقى تطبيق القانون مرة أخرى محل تشكيك، وهذا التشكيك قد يوصله إلى القاضي الدستوري لحسم أي نزاع يرتبط بنفاذه، أو صحته.

ومن الجدير بالذكر أن ترجيح الاتجاه القائل بتجريد قوة نفاذ النص المحكوم بعدم دستوريته دون إلغاءه لا يعني العودة إلى رقابة الامتناع، بل تبقى مركزية الرقابة قائمة، ويتمتع الحكم الصادر بعدم الدستورية بحُجية مطلقة مما يعني حسم مصير القانون من القاضي الدستوري حصرا، وبشكل ملزم للسلطات كافة، ولجميع الأفراد.

٢- موقف القاضي الدستوري من أثر عدم الدستورية

أ- موقف المجلس الدستوري من أثر عدم الدستورية

يجد المتتبع قرارات المجلس الدستوري الفرنسي اقتصاره على تقرير عدم دستورية النصوص القانونية المعروضة أمامه، من دون أن يذهب إلى أكثر من ذلك، سواء أكان في رقابته السابقة[١] أم اللاحقة[٢].

ولا تثور إشكالية أثر عدم الدستورية بشأن رقابة المجلس الدستوري السابقة، إذ قرر الدستور – بشكل صريح – عدم إمكانية إصدار أي نص قانوني يقضي المجلس الدستوري بعدم دستوريته، وبذلك أصبح الحكم بعدم دستورية نص قانوني معين مانعا من إكمال إجراءات تشريعه، وإذا ما أراد البرلمان المضي بإقرار القانون فعليه أن يأخذ بالحسبان ما جاء بقرار المجلس الدستوري[٣].

وعلى الرغم من تصريح الدستور الفرنسي بالأثر المترتب على عدم دستورية النصوص القانونية الخاضعة للرقابة اللاحقة فإن المجلس الدستوري لم يغير سياسته بشأن ذلك الأثر، إذ نجده يكتفي في منطوق قراره على تقرير عدم دستورية تلك النصوص، من دون أن يصرّح بإلغائها، إلا أن ذلك لا يعني اقتصار أثر عدم الدستورية على تجريد النصوص القانونية من قوة النفاذ، بل تعد ملغية استنادا إلى النص الدستوري الذي حدد أثر عدم الدستورية بالإلغاء، ولذلك يجد المجلس الدستوري دوره مقتصرا على تحديد عدم الدستورية تاركا أثر ذلك لما حدده الدستور نفسه.

ب- موقف المحكمة الدستورية العليا من أثر عدم الدستورية

أما المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد استقر قضاؤها على أن (ما نصت عليه المادة (٤٩) من قانون هذه المحكمة من أن النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها، لا يجوز تطبيقها، ... لا يعدو تجريد النصوص القانونية التي قضي بعدم دستوريتها من قوة نفاذها التي صاحبتها عند إقرارها أو إصدارها، لتفقد بالتالي خاصية الإلزام التي تتسم بها القواعد القانونية جميعها، فلا يقوم من بعد ثمة مجال لتطبيقها)[٤].

---

[١] على سبيل المثال ينظر: قرارات المجلس الدستوري المرقمة:

CC: 82-144 DC du 22/10/1982. CC: 88-244 DC du 20/7/1988. CC: 93-325 DC du 13/8/1993.

[٢] على سبيل المثال ينظر: قرارات المجلس الدستوري المرقمة:

CC: 2010-1 QPC du 28/5/2010. CC: 2018-717 QPC du 6/7/2018. CC: 2021-908 QPC du 26/5/2021.

[٣] ينظر: شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، المصدر السابق، ص ٥٩٧.

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/١١/٣٠) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٩) في ١٩٩٦/١٢/١٢.

ويتضح من ذلك أن المحكمة الدستورية العليا تستبعد الإلغاء بوصفه أثرا على أحكامها بعدم الدستورية، بل قصرت ذلك الأثر على تجريد النصوص القانونية المحكوم بعدم دستوريتها من قوة النفاذ.

وعدم النفاذ في حقيقته لا يعني إلغاء النص القانوني، وإنما سلبه قوة النفاذ فقط، وشل فاعليته بصورة كاملة في مواجهة الكافة، وعلى هذا يمكن فهم دعوة السلطات المختصة إلى تعديل النص القانوني الذي قضي بعدم دستوريته، فالحكم بعدم الدستورية يسلب النص القانوني ويجرده من قوة نفاذه فقط، أما البطلان، أو الانعدام، أو الزوال فيعني المساس بوجوده، وليس بفاعليته فقط[١].

موقف المحكمة الاتحادية العليا من أثر عدم الدستورية

صرّح قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ بالأثر المترتب على عدم دستورية القانون، والمتمثل بالإلغاء[٢]، أي أن القانون الذي تقضي المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستوريته يزال من المنظومة القانونية بشكل نظري، وعملي.

وبالرجوع إلى دستور ٢٠٠٥ نجده لم يصرح بأثر عدم الدستورية على القانون، فيما إذا كان يؤدي إلى إلغائه أم يقتصر على تجريده من قوة النفاذ، وإزاء هذا السكوت ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة التي أوضحناها سابقا، والمتمثلة باقتصار عدم الدستورية على تجريد النص القانوني من قوة نفاذه، ولا تتعداه إلى الإلغاء ما لم يكن هنالك نص صريح يجيزه، إذ إن القانون لا يلغى، ولا يعدل إلا بقانون طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات.

وعلى خلاف ذلك نجد المحكمة الاتحادية العليا لم يستقر قضاؤها على رأي موحد بهذا الشأن، بل تعددت اجتهاداتها إلى آراء عدة يخالف بعضها حدود الاختصاص الممنوح لها في إطار الرقابة على دستورية القوانين.

وباستقراء قرارات المحكمة الاتحادية العليا – بقدر ما أطلعنا عليه – وجدناها تذهب إلى أكثر من عشر صيغ بصدد أثر عدم الدستورية، اتفقت – تقريبا – على عدم الدستورية، فتارة تكتفي بذلك[٣]، وأخرى تضيف عبارة (مما يقتضي إلغاء هذه الفقرة من السلطة التشريعية حسب الاختصاص وإحلال فقرة جديدة محلها)[٤]، أو (للسلطة التشريعية تشريع نص جديد يكون موافقا للدستور)[٥]، أو (إشعار السلطة التشريعية بتشريع نص جديد يكون موافقا

---

[١] ينظر: د. حسام الدين كامل الأهواني: فكرة السقوط بين القضاء الدستوري والقضاء المدني، مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد التاسع والعشرون، (أكتوبر)، ٢٠٢١.

[٢] نصت المادة (٤٤/ج) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ (إذا قرّرت المحكمة العليا الاتحادية أنّ قانونا، أو نظاما، أو تعليمات، أو إجراء جرى الطعن فيه أنّه غير متّفق مع هذا القانون فيعتبر ملغيا).

[٣] ينظر: قرارات المحكمة الاتحادية العليا المرقمة: (٢١/اتحادية/٢٠٠٨ في ٢٠٠٩/٥/٢٦)، (١٢٢/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٠/٢٨)، (٦٧/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٩/٢٩)، (١١٢/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/٩)، (٢١٨/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢٢/٣/٣٠).

[٤] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٤/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٢).

[٥] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٥/ت/٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/٤/٢٦).

للدستور)[١]، أو (إلغائها – أي المادة – واشعار مجلس الوزراء بتعديلها)[٢]، أو (بوجوب منح المكون الأيزيدي عددا من المقاعد النيابية يتناسب مع نفوسه)[٣]، أو (الإيصاء إلى لجنة تعديل الدستور في مجلس النواب لاتخاذ ما يلزم)[٤]. كذلك نجدها تحكم بعدم دستورية النصوص القانونية، وإلغائها، وإلغاء الآثار المترتبة عليها كافة[٥].

وذهبت في عدد غير من قراراتها إلى عدم دستورية النص القانوني واعتباره معطلا[٦]، وليس أخيرا فإنها لم تكتفي بعدم الدستورية والإلغاء، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك عن طريق إعادة صياغة النص القانوني بعد حذف العبارات غير الدستورية منه[٧].

ومن ذلك يتضح عدم استقرار المحكمة الاتحادية العليا على صيغة ثابتة توضح فيها آثار قراراتها بعدم الدستورية، وهو في الحقيقة سياسة غير جديرة بالتأييد؛ لأنها لا تنسجم مع الدور الذي تؤديه المحكمة في النظام الدستوري العراقي الذي يستلزم منها الوضوح، والثبات على الصيغة المناسبة بشأن أثر قراراتها بعدم الدستورية.

زيادة على ذلك فإن هذا التوجه لا ينسجم مع معرفة مبادئ المحكمة الاتحادية العليا، وتحديد اتجاهاتها، وهي غاية جدٌّ مهمة سواء للمحكمة نفسها، أم للمتقاضين، وكذلك المتابعين لأحكامها، والدارسين لها.

أما الصيغ التي استعملتها المحكمة فإن بعضها لا يختلف إلا لفظيا، كما هو الحال في العبارات الخمس الأولى، في حين أن بعض الصيغ الأخرى لا يجد سندا دستوريا يجيزها، ومن ذلك إلغاء النصوص القانونية المحكومة بعدم دستوريتها؛ لأن الإلغاء – كما اتضح سابقا – لا يكون إلا من المشرع العادي نفسه، أو من القاضي الدستوري استثناءً إذا كان هنالك نص يجيز له ذلك، وبما أن النص غير موجود، لذلك لا يصح للمحكمة إلغاء النصوص القانونية غير الدستورية، ومن باب أولى فإنها لا تختص بإعادة صياغة النصوص القانونية بعد الحكم بعدم دستورية بعض أجزائها، إذ إن مهمتها تقتصر على تحديد دستورية النصوص من عدمها على أن يكون لعدم الدستورية أثر يتحدد بتجريد النص القانوني من قوة نفاذه.

أما تطبيق النص المحكوم بعدم دستورية بعض أجزائه، وتفسيره لهذه المهمة فيكون من اختصاص الجهات الأخرى سواء أكانت قضائية أم إدارية، وإذا كانت تلك الأجزاء عاجزة عن التطبيق عندئذ تنهض مهمة المحكمة

---

[١] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٣).

[٢] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٩٣/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/٢٣).

[٣] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١١/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٦/١٤).

[٤] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٠/اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٥/٢٦).

[٥] ينظر: قرارا المحكمة الاتحادية العليا المرقمان (٤٣/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٧/١٢). (٤٤/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٧/١٢).

[٦] ينظر: قرارات المحكمة الاتحادية العليا المرقمة (١٠/اتحادية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٣/١٢). (١٤/اتحادية/اعلام/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٣/١٢). (٣٢/اتحادية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٣/١٢). (١١٤/اتحادية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/١٢/٤). (٣٢/اتحادية/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٦/٧).

[٧] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٤٤/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/١٤).

الاتحادية العليا في إعمال فكرة سقوط النصوص القانونية المرتبطة بالنص المحكوم بعدم دستوريته، كما سيتضح لاحقا.

وبناءً على ما تقدم ندعو المحكمة الاتحادية العليا إلى اعتماد صيغة مناسبة، بشأن الحلول التي تضعها في مضمون قراراتها، وهي من الغايات الأساسية التي دعت المشرع الدستوري لتبني الرقابة المركزية، ولا بدّ أن تقتصر المحكمة على الحكم بعدم دستورية النص القانوني – إذا ثبت لها ذلك – والتوقف عند تجريده من قوة النفاذ، وترك الإلغاء، أو التعديل للمشرع العادي، انسجاما مع ما يقرره مبدأ الفصل بين السلطات في هذا الشأن.

ثانيا: حُجية أثر الحكم بعدم الدستورية

لا يستقيم للقضاء أمرا ما لم تكن لأحكامه حُجية تلزم الأخذ بما فصلت فيه، علما أن حُجية الأمر المقضي فيه هي وسيلة فنية اعتمدها المشرع العادي؛ لوضع حد للخصومات، ومن دونها يكون رفع الدعاوى لا نهاية له، ما دام الأطراف غير مرتضيين بما جاء في الحكم القضائي[١].

لذا فإن حُجية الأمر المقضي فيه يراد بها أن الحكم القضائي إذا صدر فإنه يكون حجة فيما فصل فيه من الادعاءات، سواء أكان أمام المحكمة التي أصدرته، أو تجاه المحاكم الأخرى، بما يمنع إعادة نظر الخصومة في المسائل التي قضي فيها؛ لأن القانون يفترض بالحكم أنه عنوان الحقيقة، بما أعطي للقاضي من سلطة حسم المنازعات، وما أتاحه للخصوم من تقديم الأدلة المؤيدة لادعاءاتهم، وحاصل تلك السلطة والامكانيات لا بدّ أن يكون الحكم عنوان الحقيقة التي ينبغي الالتزام بها.

وإذا كانت للحكم القضائي حُجية الأمر المقضي فيه فإن الأصل العام في ذلك هو الأثر النسبي، أي اقتصار الالتزام بالحكم القضائي على الخصوم في الدعوى التي صدر فيها، دون أن يتعداهم للغير[٢].

وقد تعددت آراء الفقه بشأن أساس الحُجية النسبية للحكم القضائي، منها نظرية العقد القضائي، ونظرية الحقيقة، ونظرية انقضاء حق الدعوى وغيرها[٣]، إلا أن الراجح يجعل أساس الحُجية النسبية هو القانون، فعندما يجعل المشرع حُجية الأمر المقضي فيه قرينة قانونية فلا بدّ من التسليم بهذا التكييف[٤].

---

[١] ينظر: د. وجدي راغب فهمي: مصدر سابق، ص ١٥٨. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط٤، منشاة المعارف، الإسكندرية، من دون سنة نشر، ص ٦٩٤. د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة: آثار حكم الإلغاء، ط١ دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١، ص ٢ وما بعدها. د. آدم وهيب النداوي: المرافعات المدنية، منشورات دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٨، ص ٣٤٢. د. محمود أحمد زكي: مصدر سابق، ص ٤٠ وما بعدها.

[٢] د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة: المصدر السابق، ص ٢.

[٣] للمزيد بشأن هذه النظريات ينظر: د. وجدي راغب فهمي: المصدر السابق، ص ١٨٤ وما بعدها. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المصدر السابق، ص ٦٩٤ – ٦٩٦. د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة: المصدر السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

[٤] د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، المصدر السابق، ص ٦٩٥.

وبالفعل هذا ما نص عليه المشرع العادي في دول المقارنة عندما جعل الحكم القضائي حجة على الخصوم في الدعوى، لكن بشرط اتحادهم في الحق محلا وسببا، ما لم ينص القانون على خلاف[١].

وعليه فإن حُجية الأمر المقضي فيه هي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، مؤداها أن الحكم القضائي قد صدر صحيحا من الناحيتين الشكلي والموضوعي، وإنه حجة فيما قضى فيه[٢].

وقد تبين سابقا أن الحُجية النسبية هي الأصل العام للحكم القضائي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ومفاد ما تقدم إمكانية أن يكون لبعض الأحكام القضائية حُجية مطلقة، ومن أبرز ذلك الاستثناء الأحكام الصادرة بعدم الدستورية.

لذلك نجد دساتير دول المقارنة قد اعتمدت الحُجية المطلقة لأحكام القاضي الدستوري، فقد نصّ الدستور الفرنسي في المادة (٦٢) منه على أن: (قرارات المجلس الدستوري، ... ملزمة للسلطات العامة، ولجميع السلطات الإدارية والقضائية).

في حين نصّت المادة (١٩٥) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ على الحُجية المطلقة بشكل صريح: (الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، ...، ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حُجية مطلقة بالنسبة لهم).

ويفهم كذلك من المادة (٩٤) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ إشارته إلى الحُجية المطلقة عندما جعل: (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة، وملزمة للسلطات كافة).

وعلى الرغم من أن الدستور الفرنسي، والعراقي لم ينصّا بشكل صريح على الحُجية المطلقة لأحكام القاضي الدستوري، كما هو الحال في الدستور المصري، إلا أن سياق النص، ودلالته تؤكد الحُجية المطلقة لتلك الأحكام بما لا يدع مجالا للشك، إذ إن الحُجية المطلقة يتحدد معناها في تجاوز إلزام الحكم القضائي الخصوم إلى غيرهم سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين، أم معنويين، ومن ثم فإن الدستور الفرنسي، والعراقي قد اقرا الحُجية المطلقة بمضمونها دون التصريح بمصطلحها، ولا فرق في ذلك من الناحية الموضوعية.

ويبدو تركيز المشرع الدستوري على إلزام السلطات العامة بأحكام القاضي الدستوري؛ لأنها الجهات المعنية بشكل مباشر بتلك الأحكام، فالسلطة التشريعية تتولى تشريع القواعد العامة، وتختص السلطة التنفيذية بإصدار الأنظمة اللازمة لتسهيل تنفيذها، وتطبيقها أيضا، في حين تتولى السلطة القضائية تطبيق القوانين على المنازعات المعروضة عليها، لذلك يمثل الالتزام الملقى على عاتق السلطات العامة النسبة الأكبر من دائرة تطبيق أحكام القاضي الدستوري، وما قضت به من عدم الدستورية.

---

[١] ينظر: المادة (١٣٥١) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، والمادة (٤٨٠) من قانون المرافعات الفرنسي رقم (٧٥-١١٢٣) لسنة ١٩٧٥، والمادة (١١٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، والمادة (١٠١) من قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨، والمادة (١٠٥) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

[٢] ينظر: د. آدم وهيب النداوي: المصدر السابق، ص ٣٤٢.

أما تبرير الحُجية المطلقة فيمكن القول إن الدعوى الدستورية هي دعوى عينية توجه الخصومة فيها للقانون، ليتحقق القاضي الدستوري من مدى مخالفته للدستور، وإذا تأكد له ذلك فإن القانون يسقط من تشريعات الدولة.

وما دام عدم الدستورية لا يقبل التجزئة بحسب الخصوم، والغير، لذلك لا يمكن أن يكون القانون غير دستوري تجاه بعض الأشخاص، ودستوري إزاء الآخرين، بل تكون له صفة واحدة تكتسب حُجية مطلقة، لا تقتصر على الخصوم بل تتجاوزهم إلى الغير، لينزلوا على حكم عدم الدستورية والالتزام به، وبذلك فإن حكم القاضي الدستوري يحسم النزاع حول القانون – المشكوك بدستوريته – مرة واحدة، وبشكل نهائي تجاه السلطات، والأفراد كافة[١].

ولا تقتصر حُجية الأمر المقضي فيه على منطوق الحكم، بل تتسع لتشمل الأسباب التي ترتبط بالمنطوق ارتباطا وثيقا، بحيث تنهض تلك الأسباب لتكون دعامة أساسية للمنطوق، وتشمل أيضا ما قرره القاضي الدستوري من حكم بشأن النصوص القانونية المرتبطة، بحيث أن النصوص القانونية المحكوم بسقوطها لها حُجية مطلقة تجاه الكافة.

الفرع الثاني: الآثار غير المباشرة لعدم الدستورية

لا يحق للقاضي الدستوري أن يعارض المشرع العادي في تقديره إلا بعد تحقق مجموعة من الشروط من بينها وجود مخالفة دستورية واضحة، وتبعا لذلك فإن التقدير الذي يخالف الدستور هو الجزء الذي يلحقه أثر التعارض التقديري كأصل عام.

فمن البديهي ألّا يحكم القاضي الدستوري إلا بعدم دستورية الأجزاء المتعارضة مع الدستور وحدها، من دون أن يمس في حكمه سائر أجزاء القانون، أو النص القانوني، فالقاضي الدستوري لا يملك أية وسيلة قانونية يستند إليها في الحكم بعدم دستورية النصوص القانونية المتفقة مع الدستور[٢].

وتشكل هذه البديهية أصلا عاما يحكم عمل القاضي الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين، إلا أنه يرد عليها استثناء يتعلق بالنصوص القانونية المرتبطة بالنص المحكوم بعدم دستوريته ارتباطا وثيقا، وعلى هذا الأساس يتسع أثر الحكم بعدم الدستورية لنصوص قانونية – لا تخالف الدستور – بسبب ارتباطها بنص غير دستوري.

وبناءً على ذلك يكون للحكم بعدم الدستورية آثارا غير مباشرة تتعلق بالنصوص القانونية المرتبطة بالنص المحكوم بعدم دستورية تؤدي إلى سقوط تلك النصوص من التطبيق.

ولتفصيل ذلك سنبيّن الآثار غير المباشرة لعدم الدستورية عن طريق تحديد مفهوم سقوط النصوص القانونية المرتبطة وشروطه (أولا)، وموقف القاضي الدستوري من النصوص القانونية المرتبطة (ثانيا).

---

[١] ينظر: د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٥٢٦.

[٢] ينظر: د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مصدر سابق، ص ٢٢٥.

أولا: مفهوم سقوط النصوص القانونية المرتبطة وشروطه

عرّف بعض الفقه سقوط النصوص القانونية المرتبطة بأنه: (فقد النص التشريعي المرتبط بالنص المقضي بعدم دستوريته لفاعليته تبعا لانهيار الركيزة التي يقوم عليها وهو النص المقضي بعدم دستوريته)[١].

ويمكن أن نسجل بعض الملاحظات على التعريف المتقدم، إذ أنه لم يبين ضرورة صحة النصوص القانونية المرتبطة من الناحية الدستورية، فالسقوط لا يحكم إلا النصوص القانونية المتفقة مع الدستور، أما إذا كانت تخالفه فيحكمها الأصل العام المتمثل بعدم الدستورية.

كما إنه أغفل تحديد الجهة المختصة بإعمال فكرة سقوط النصوص القانونية، وهو القاضي الدستوري، إذ يختص الأخير بذلك، تبعا لاختصاصه الأصيل بالرقابة على دستورية القوانين، فالحكم بالسقوط يعد اختصاصا متفرعا من الاختصاص المتقدم.

وبناءً على الملاحظات المتقدمة يمكن تعريف سقوط النصوص القانونية المرتبطة بأنه: **(فقدان نصوص قانونية، صحيحة دستوريا، فاعليتها العملية؛ بحكم من القاضي الدستوري؛ نظرا لارتباطها الوثيق بنص محكوم بعدم دستوريته؛ مما يتعذر تنفيذها من دون ذلك النص)**.

ويتم اللجوء إلى فكرة السقوط؛ نتيجة الأصل العام المتمثل باقتصار أثر الحكم بعدم الدستورية على النص القانوني المخالف للدستور، ولا يتجاوز ذلك الأثر لغيره من النصوص القانونية ما دامت متفقة مع الدستور[٢].

ويستند الأصل المتقدم إلى شرط أساسي مفاده ضرورة وجود مخالفة دستورية في النص القانوني حتى يمكن الحكم بعدم دستوريته، زيادة على ذلك أن تكون المخالفة واضحة ومحددة بالاستناد إلى أحد النصوص الدستورية.

ومع وجود الأصل العام قد تتسع – بشكل غير مباشر – آثار الحكم بعدم الدستورية إلى نصوص قانونية لا تخالف الدستور. ولكنها ترتبط ارتباطا وثيقا بالنص المحكوم بعدم دستوريته، بحيث لا يمكن التجزئة بينهما، ومن ثم لا يتصور وجود تلك النصوص من دون النص غير الدستوري.

وحقيقة النصوص القانونية المرتبطة أنها متفقة مع الدستور ولا تخالفه، إلا أنها في الوقت نفسه ترتبط بنص قرر القاضي الدستوري عدم دستوريته؛ لذلك يستتبعها ذلك الحكم إلى الحد الذي يجردها من قوة نفاذها أيضا[٣]. إلا أن ذلك لا يعني الحكم بعدم دستوريتها، وإنما الحكم بسقوطها؛ لتعذر تطبيقها على أرض الواقع بعد الحكم بعدم دستورية النص القانوني الذي ترتبط به ارتباطا لا يقبل التجزئة.

ولئن كانت مركزية الرقابة الدستورية تعطي القاضي الدستوري وحده ممارستها، وترتيب آثارها، فإن من بين تلك الآثار سقوط النصوص القانونية المرتبطة بالنص المحكوم بعدم دستوريته. لذلك يكون من الأنسب – في ظل

---

[١] د. حسام الدين كامل الأهواني: المقال السابق.

[٢] ينظر: د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، المصدر السابق، ص ٢٢٥.

[٣] ينظر: د. حسام الدين كامل الأهواني: المقال السابق.

مركزية الرقابة – امتداد اختصاص القاضي الدستوري لتحديد النصوص القانونية التي تتجرد من قوة نفاذها تبعا لعدم دستورية النص القانوني الذي ترتبط به ارتباطا وثيقا.

ولا يصح ممارسة المحاكم – على اختلاف أنواعها – اختصاص تحديد النصوص القانونية المرتبطة والحكم بسقوطها؛ بسبب كثرة الحلول التي ستحصل في هذا الشأن، وهو ما قصد المشرع الدستوري إلى منعه عن طريق الرقابة المركزية.

يزاد على ذلك أن القاضي الدستوري هو الأجدر للقيام بهذه المهمة؛ كونه لم يتوصل إلى الحكم بعدم دستورية النص القانوني إلا بعد تفسيره، وتحديد نطاقه، وتثبيت أبعاده الموضوعية، وعندئذ يكون هو الأكثر دراية من غيره بالنصوص القانونية المرتبطة بالنص غير الدستوري.

لذا فإن تحديد القاضي الدستوري للنصوص القانونية التي تسقط نتيجة الحكم بعدم دستورية النص المرتبطة به ينسجم مع اختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين، ويتفرع منه.

وقد يُعترض على ذلك بعدم الحاجة إلى سقوط النصوص القانونية المرتبطة، ما دام أثر الحكم بعدم الدستورية يقتصر على تجريد النص غير الدستوري من قوة نفاذه، دون إلغائه.

فإذا كان الأصل (النص المحكوم بعدم دستوريته) يتحدد أثر القاضي الدستوري فيه بتجريده من فاعلية التطبيق فإن الفرع (النصوص القانونية المرتبطة) تتجرد من هذه الفعالية أيضا، من باب أولى؛ بسبب زوال أصلها، أو الأساس الذي تنفذ للواقع عن طريقه، وعندئذ لا تقوم الحاجة لإعمال فكرة السقوط؛ ما دامت النصوص القانونية المرتبطة أصبحت مجردة من أية قيمة تطبيقية.

وفي الحقيقة لا يمكن قبول الاعتراض المتقدم؛ إذ إن فكرة سقوط النصوص القانونية المرتبطة لا تقتصر على الأثر المترتب عليها، والمتمثل بتجريد فاعلية تلك النصوص، وإنما تقوم أيضا، على ركن آخر، يتعلق بتحديد النصوص القانونية التي يشملها السقوط.

إذ لا يمكن أن ينتج السقوط أثره ما لم تحدد النصوص القانونية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالنص المحكوم بعدم دستوريته، وهذا التحديد يستلزم وجود جهة معينة تتولاه.

وقد تبين سابقا أن أكثر جهة مؤهلة لذلك القاضي الدستوري، وبناءً عليه لا نؤيد الاعتراض على إعمال فكرة سقوط النصوص القانونية المرتبطة بسبب عدم الحاجة إليها؛ لأن هذا الرأي ينطلق من الآثار فقط، دون أن يأخذ بالحسبان الجهة التي تتولى تحديد النصوص القانونية التي يشملها السقوط، ولذلك تبرز الحاجة الفعلية لإعمال فكرة سقوط النصوص القانونية المرتبطة؛ من أجل تحديد القاضي الدستوري تلك النصوص، ومن ثم شمولها بعدم النفاذ. ومن دون ذلك تتعدد الآراء، وتتفاوت فيما بينها بشأن النصوص القانونية التي يحكمها الترابط الوثيق بالنص المقضي بعدم دستوريته، كل بحسب فهم الجهة القائمة بذلك، ومعيارها المعتمد في تحديد الترابط، وتطبيقها له.

وما دام سقوط النصوص القانونية المرتبطة يمثل حالة استثنائية من الأصل العام فلا بدّ من تحديد الشروط اللازمة لضبط ذلك الاستثناء. وبناءً عليه يشترط لسقوط النصوص القانونية المرتبطة الشروط الآتية:

١- حكم بعدم دستورية نص قانوني معين

وتتبع ضرورة وجود مثل هذا الحكم من أن سقوط النصوص القانونية المرتبطة يعد اثرا للحكم بعدم دستورية النص الذي ترتبط به، ومن دون هذا الحكم لا يمتلك القاضي الدستوري أية وسيلة قانونية لتجريد تلك النصوص من قوة نفاذها؛ ما دامت لا تخالف الدستور.

لذلك فالحكم بعدم دستورية نص ما يمثل الأساس الذي يستند إليه القاضي الدستوري في سقوط النصوص القانونية المرتبطة به.

٢- نصوص قانونية أخرى تتفق مع الدستور

فالسقوط لا يتقرر إلا لنصوص قانونية متفقة مع الدستور. وحقيقة هذه النصوص لا تكون إلا في حالتين فإما أن تتفق مع الدستور، أو تخالفه، وإذا ثبتت تلك المخالفة، تجنب القاضي الدستوري اللجوء إلى فكرة السقوط وركن للحكم بعدم الدستورية، ومن ثم فإن تجريد تلك النصوص القانونية من قوة نفاذها يكون لعدم دستوريتها لا لسقوطها.

أما إذا انتفت المخالفة الدستورية في النصوص القانونية فعندئذ يلجأ القاضي الدستوري إلى فكرة السقوط، إذا تحققت شروطها الأخرى.

ويترتب على ذلك أمرا مهما يتمثل بالتزاحم بين عدم الدستورية، والسقوط، أو بتعبير آخر هل يقدم القاضي الدستوري الحكم بعدم الدستورية على السقوط، أم العكس؟

نستطيع القول إن فكرة السقوط لا تقوم إلا تجاه نصوص قانونية سليمة من العيوب الدستورية، وبما أنها كذلك فقد ابتدع القاضي الدستوري تلك الفكرة؛ لتجاوز حالة الموافقة الدستورية التي تتمتع بها النصوص القانونية، إلا أنها في الوقت نفسه ترتبط بنص غير دستوري.

ولذلك تظهر فكرة السقوط بوصفها وسيلة ثانوية يعتمد عليها القاضي الدستوري للتخلص من النصوص القانونية المرتبطة بالنص المحكوم بعدم دستوريته.

وعند توافر الوسيلة الأصلية المتمثلة بالحكم بعدم الدستورية يتعذر على القاضي الدستوري اللجوء إلى فكرة السقوط.

إن فكرة السقوط لا تدين النصوص القانونية لذاتها، وإنما بالتبعية، عن طريق ارتباطها بالنص غير الدستوري، ومفاد ذلك أن النصوص القانونية المرتبطة لا تشوبها أية مخالفة دستورية، وبما أنها كذلك فإن إسقاطها من القاضي الدستوري لا يمنع المشرع العادي من إقرارها مرة أخرى.

كما أن السقوط لا يتعدى إلى النصوص القانونية المطابقة لها، ما دامت ترتبط بنصوص قانونية أخرى لا تخالف الدستور.

في حين أن الحكم بعدم الدستورية يمنع المشرع العادي من اللجوء إلى إقرار النص القانوني الذي سبق للقاضي الدستوري الحكم بعدم دستوريته؛ لما يتمتع به ذلك الحكم من حُجية مطلقة.

زيادة على ذلك فإن الحكم بسقوط النصوص القانونية المرتبطة لا يمنع من عودة نفاذ تلك النصوص، في حالة تدخل المشرع العادي، وتعديله النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته، بما يتفق مع توجه القاضي الدستوري من جانب، وتوافق النصوص القانونية الساقطة مع التعديل التشريعي من جانب آخر[١].

ولذلك لا نؤيد ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا المصرية عندما ذهبت إلى أن (الخوض في دستورية بعض النصوص القانونية، يفترض ابتداء انتفاء ارتباطها ارتباطا لا يقبل التجزئة بنصوص أبطلتها هذه المحكمة لمخالفتها الدستور، فإذا كان ارتباطها بها قائما، فإن الحكم بسقوطها يكون مقدما على الفصل في دستوريتها، إذ لا محل للخوض في اتفاقها أو مخالفتها للدستور بعد انغلاق مجال عملها، ترتيبا على زوال النصوص القانونية التي كانت تستند إليها)[٢].

فالواضح من موقف المحكمة الدستورية العليا تقديمها سقوط النصوص القانونية المرتبطة، على الحكم بعدم دستوريتها. وهو تقديم يتنافى مع فكرة السقوط بوصفها وسيلة ثانوية يلجأ إليها القاضي الدستوري لتخليص القانون، أو المنظومة القانونية ككل من آثار النص القانوني غير الدستوري.

أما إذا كانت تلك النصوص لا تتفق مع الدستور فإنها تغدو جديرة بالحكم بعدم الدستورية وليس السقوط. ولذلك ينبغي تقديم الحكم بعدم الدستورية على السقوط، وليس العكس كما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا في حكمها المتقدم.

٣- ارتباط بين النص غير الدستوري والنصوص القانونية المتفقة مع الدستور

لا يكفي للحكم بسقوط النصوص القانونية توافر الشرطين المتقدمين، بل ينبغي أن ترتبط تلك النصوص بالنص غير الدستوري، ارتباطا وثيقا لا يقبل التجزئة بينهما.

ومفاد ذلك عدم تصور وجود النصوص القانونية الأخرى من دون النص المحكوم بعدم دستوريته، بحيث لا يمكن فصلها عنه، أو تطبيقها استقلالا، أو أن يقوم لها وجود بعد استبعاده. أو بتعبير أدق إن النصوص القانونية المرتبطة، لا تستطيع انتاج أي أثر قانوني، من دون النص المحكوم بعدم دستوريته، ولذلك لا ينبغي الابقاء عليها وحدها؛ لتعذر تنفيذها على نحو يحقق الغرض الأساسي من التشريع[٣].

---

[١] ينظر: د. رجب محمود طاجن: المطابقة الدستورية المشروطة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ١٠٤.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٤ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" في ١٩٩٨/٣/٧) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٢) في ١٩٩٨/٣/١٩.

[٣] ينظر: د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مصدر سابق، ص ٢٢٦. حاتم صبحي عبد الفهيم عبد الله الوكيل: سلطة القاضي الدستوري في التصدي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة بني سويف، ٢٠١٥، ص ٣٣٥.

والارتباط بين النص المحكوم بعدم دستوريته، وغيره من النصوص القانونية، مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي الدستوري بسلطة تقديرية واسعة من حيث التصدي لها، ومن حيث تحقق ذلك الارتباط[١].

والسؤال الذي يطرح بشأن هذا الشرط: هل يفترض الارتباط الوثيق بين النص غير الدستوري والنصوص القانونية الأخرى، حتى يثبت العكس، أم أن الأصل العام هو عدم الارتباط؟

وفي إطار الإجابة عن التساؤل المتقدم ذهب بعض الباحثين إلى أن الأصل في نصوص كل قانون هو تكاملها، ومن ثم يكون منطقيا سقوط النصوص القانونية وفق هذا الأصل إذا ما حُكم بعدم دستورية أحدها. ويترتب على ذلك أن من يدعي إمكانية فصل النصوص القانونية السليمة عن النص غير الدستوري، عليه أن يقيم الدليل على صحة دعواه، وأن يبرهن على أن المشرع العادي قصد سقوط النصوص غير الدستورية وحدها، لتبقى النصوص الأخرى قابلة للعمل والتطبيق[٢].

وفي الحقيقة لا نتفق مع هذا الرأي؛ لأن الاستناد إلى تكامل النصوص القانونية فيما بينها، لا يصح دليلا لقيام الارتباط بالمعنى المقصود في فكرة السقوط.

فسقوط النصوص القانونية فكرة استثنائية، يلجأ إليها القاضي الدستوري لحماية المنظومة القانونية من النصوص المعيبة، وآثارها. ومن بين هذه الآثار قد تكون نصوصا قانونية سليمة من الناحية الدستورية، وما دام سقوط هذه النصوص السليمة استثناءً، ومن ثم فإن الارتباط بينها، وبين النص غير الدستوري لا يتقرر بوصفه أصلا عاما، بل على العكس لا بدَّ أن يكون عدم الارتباط هو الأصل العام، ما لم يثبت عكس ذلك، وعلى من يدعي الارتباط إثبات ذلك.

فالارتباط الوثيق أمر بالغ الأهمية؛ لأنه يؤدي إلى المساواة من الناحية العملية بين النصوص القانونية السليمة، والنصوص المعيبة، عن طريق تجريدها من قوة النفاذ، وإذا كان السقوط يجرد نصوصا سليمة، ولا تخالف الدستور من قوة نفاذها، فإنه لا يفترض الارتباط أصلا عاما، بل لا بدَّ أن تكون هنالك أدلة وقرائن تثبته.

---

[١] إذ رفضت المحكمة الدستورية العليا طلب الحكم بسقوط بعض النصوص القانونية معتبرة ذلك الحكم من (التقديرات التي تملكها المحكمة الدستورية العليا، فيما لو قضت بعدم دستورية نص معين، ورتبت السقوط للمواد الأخرى المرتبطة به ارتباطا لا يقبل التجزئة، وهو أمر تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو لم يطلبه الخصوم. متى كان ذلك، وكان العوار الذي أصاب نص المادة (١٧٩) والبندين ٣، ٤ من المادة (١٨٢) من القانون المشار إليه، لا يستطيل أثره إلى نظام التحكيم العمالي، إذا توافق طرفا المنازعة العمالية الجماعية على اللجوء للتحكيم، وروعي في المحكمين المختارين عن التنظيم النقابي وعن الوزارة المختصة ما يكفل حيادهما، بعدم المشاركة بأية صورة في بحث المنازعة ذاتها أو محاولة تسويتها. ومن ثم لا يوجد ارتباط لا يقبل التجزئة بين أحكام هذين النصين، ونصوص المواد المطلوب الحكم بسقوطها). حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٣٣ لسنة ٣٦ قضائية "دستورية" في ٢٠٢١/٥/٨) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٩"تابع") في ٢٠٢١/٥/١٧.

[٢] ينظر: زين أشرف اسماعيل عزب: حدود رقابة الدستورية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، ٢٠١١، ص ٣٠٧.

ويترتب على ذلك أن يقيم القاضي الدستوري الدليل على وجود الارتباط الوثيق بين النص القانوني المعيب، والنصوص السليمة، كلما لجأ إلى فكرة سقوط النصوص الأخيرة.

وبعد تحقق الشروط المتقدمة يتولى القاضي الدستوري – حصرا – مهمة تحديد النصوص القانونية التي تسقط نتيجة ارتباطها بالنص المحكوم بعدم دستوريته، على نحو صريح في حكمه سواء أكان في الحيثيات أم المنطوق.

ثانيا: موقف القاضي الدستوري من النصوص القانونية المرتبطة

اختلف موقف القاضي الدستوري من النصوص القانونية المرتبطة، من ناحية اللجوء إلى سقوطها، ووجود الأساس القانوني لذلك، والأثر المترتب على ذلك.

ولغرض إيضاح ما تقدم سنبيّن موقف المجلس الدستوري الفرنسي من النصوص القانونية المرتبطة، وكذلك موقف المحكمة الدستورية العليا، والمحكمة الاتحادية العليا كلا على انفراد من الموضوع نفسه.

١- موقف المجلس الدستوري من النصوص القانونية المرتبطة

يمارس المجلس الدستوري الفرنسي اختصاصه على النصوص القانونية المرتبطة بالنص المحكوم بعدم دستوريته. على أساس قانوني صريح. إذ نصت المادة (٢٢) من قانونه على أن (الحالات التي يقرر فيها المجلس الدستوري أن القانون المحال إليه يتضمن نصا يتعارض مع الدستور ويكون هذا النص غير قابل للانفصال عن مجموع النصوص التي يتكون منها القانون فلا يجوز إصدار هذا القانون).

وكما هو واضح فإن النص المتقدم يعالج حالات الارتباط بين النص المحكوم بعدم دستوريته وغيره من النصوص القانونية. بحيث لا يمكن التجزئة بينهما، فإن حكم عدم الدستورية يتسع ليشمل تلك النصوص أيضا.

وعند وجود هذه الحالة ضمن الرقابة السابقة التي يمارسها المجلس الدستوري فإن حكم عدم الدستورية يعني عدم إصدار النص غير الدستوري والنصوص القانونية التي ترتبط به.

فإذا اتسع الارتباط لكل القانون فعندئذ يُمنع إصدار القانون بأكمله، أما إذا اقتصر الارتباط على بعض النصوص، فهنا يكون عدم الإصدار محددا في ضوء النصوص القانونية المرتبطة فقط، ولا يتعداه إلى غيرها.

ولا يخفى أن المجلس الدستوري وحده يتولى تحديد النصوص القانونية المرتبطة بالنصي غير الدستوري في ضوء معيار موضوعي قوامه عدم انتاج النصوص القانونية المرتبطة لأي أثر قانوني يفي بغايات القانون ومقاصده، من دون النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته.

وقد تسنى للمجلس الدستوري ممارسة سلطته التقديرية بشأن النصوص القانونية المرتبطة. ومن ذلك قراره الصادر في ١٩٧٣/١٢/٢٧ إذ انصبت الإحالة فيه على إحدى فقرات المادة (٦٢) من القانون المالي (الموازنة العامة) لسنة ١٩٧٤ التي قررت الإبقاء على نظام التقدير الجزافي للضرائب فيما يخص نسبة (٢%) من المكلفين. وبعد أن ثبت للمجلس الدستوري مخالفة تلك الفقرة لمبدأ المساواة، قرر عدم دستوريتها.

وبما أن الفقرات الأخرى للمادة (٦٢) قد وضعت استثناء سمح بموجبه المشرع إلغاء التقدير الجزافي للضريبة، لذا فإنها ترتبط بالفقرة غير الدستورية ارتباطا لا يقبل التجزئة، ومن ثم قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية المادة بأكملها[١].

ومن ذلك ايضا قراره الصادر في ١٩٨٢/١/١٦ المتعلق بقانون التأميم، إذ قضى فيه المجلس بعدم دستورية المواد (٣٠/١٦/٦/٤) من القانون؛ لأنها قررت تعويضا غير عادل لأصحاب رؤوس الأموال في الشركات التي ليس لها أسهم مسجلة في سوق الأوراق المالية، والخاضعة مع ذلك للتأميم. وكذلك المادة (١٣/أولا) أيضا؛ لأنها استثنت البنوك التعاونية من التأميم، على الرغم من أنها مشمولة بذلك. ما دامت قيمة ودائعها لا تقل عن مليار فرنك؛ لأنها تخالف مبدأ المساواة، كونها جميعا تنتظم في مركز قانوني واحد.

وبعد أن توصل المجلس الدستوري إلى ذلك، رأى أن المواد (٣٢/١٨/٦) لا يمكن فصلها عن مجمل القانون ولذلك قضى بعدم دستورية القانون بأكمله[٢].

وكذلك قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٩٨٧/١/٢٣ بشأن قانون نقل التقاضي بقرارات مجلس المنافسة للقضاء العادي، إذ قرر فيه المجلس عدم دستورية المادة (٢) من القانون؛ لأنها منحت محكمة استئناف باريس اختصاص النظر بالطعون ضد قرارات مجلس المنافسة دون أن تسمح لأصحاب المصلحة طلب وقف تنفيذ هذه القرارات، مما يشكل انتهاكا للضمانات الأساسية لحقوق الدفاع.

وبعد أن رأى المجلس الدستوري أن أحكام المادة (١) من القانون المذكور ترتبط بالمادة (٢) وغير قابلة للتجزئة عنها، قرر الحكم بعدم دستورية القانون بأكمله[٣]. القرار ستة وثمانين مئتين واربعة وعشرين ضروري ايجاد تطبيقات خاصة بالمسألة الاولوية الدستورية

ومن الاستعراض المتقدم يتضح أن المجلس الدستوري لا يقرر سقوط النصوص القانونية المرتبطة، وإنما يقضي بعدم دستوريتها، تبعا لعدم دستورية النص القانوني الذي ترتبط به.

وفي الحقيقة إن هذه النصوص يفترض أن يقضي المجلس الدستوري بسقوطها، لا بعدم دستوريتها؛ لأنها لا تخالف الدستور، وليس فيها ما يعيبها من هذه الناحية، سوى أنها ترتبط ارتباطا لا يقبل التجزئة بنص غير دستوري، ولذلك فإنها تسقط تبعا لعدم دستورية ذلك النص.

ومن أهم ما يترتب على السقوط دون الحكم بعدم الدستورية جواز تشريعها مرة أخرى، ما دامت لا تخالف الدستور.

---

[١] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 73-51 DC du 27/12/1973.

[٢] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 81-132 DC du 16/1/1982.

[٣] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 86-224 DC du 23/1/1987.

٢- موقف المحكمة الدستورية العليا من النصوص القانونية المرتبطة

لم تلجأ المحكمة الدستورية العليا ابتداءً لفكرة السقوط، وإنما واجهت النصوص القانونية المرتبطة بالنص غير دستوري، عن طريق اللجوء إلى الحكم بعدم دستورية تلك النصوص[١].

ومن ذلك حكمها الصادر في ١٩٨٣/٦/٢٥ إذ قررت فيه أن (باقي مواد هذا القانون مترتبة على مادته الأولى، بما مؤداه: ارتباط نصوصه بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة، ومن ثم، فإن عدم دستورية نص المادة الأولى وإبطال أثرها يستتبع – بحكم هذا الارتباط – أن يلحق ذلك الإبطال باقي نصوص هذا القرار بقانون المطعون فيه، بما يستوجب الحكم بعدم دستوريته برمته)[٢].

وفي الحقيقة لم تكن المحكمة الدستورية العليا موفقة فيما ذهبت إليه من الحكم بعدم دستورية النصوص القانونية المرتبطة بالنص غير الدستوري؛ إذا إن عدم الدستورية لا يترتب على النص القانوني إلا إذا كان يخالف الدستور.

كما لا يمكن القبول بعدم الدستورية بالتبعية؛ لأنها تمثل توسعا غير قانوني في نطاق عدم الدستورية بما يحمله ذلك التوسع من اتساع سلطة المحكمة على حساب المشرع العادي[٣].

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تستقر على هذا التوجه، وإنما عدلت عنه إلى التطبيق السليم لفكرة السقوط بما يتفق مع سلطتها في الرقابة على دستورية القوانين. إذ أخذت تقضي بسقوط النصوص القانونية لارتباطها الوثيق بالنص القانوني غير الدستوري وليس الحكم بعدم دستوريتها. من دون أن يكون هناك نص في قانونها يعالج مسألة النصوص القانونية المرتبطة[٤].

ومن ذلك حكمها الصادر في ١٩٩٥/١/١٤، إذ قررت أن: (نطاق الطعن الماثل قد انحصر في الفئة الثانية، وكان ما يتصل من أحكام الفقرة الثانية من المادة (٤٠) من قانون التأمين الاجتماعي بتلك الفئة التي اقتصر عليها مجال الطعن، يرتبط بأجزاء الفقرة الأولى من المادة (٤٠) المشار إليها – والتي انتهت المحكمة على ما سلف إلى عدم دستوريتها – ارتباطا لا يقبل التجزئة ولا يمكن فصلها عنها، فإنها تسقط تبعا لإبطالها)[٥].

---

[١] ينظر: د. حسام الدين كامل الأهواني: المقال السابق.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٣ لسنة ١ قضائية "دستورية" في ١٩٨٣/٦/٢٥) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٧) في ١٩٨٣/٧/٧. وفي هذا التوجه ينظر: أحكام المحكمة في القضايا المرقمة: (١ لسنة ١ قضائية "دستورية" في ١٩٨٥/٣/٢). (٤٧ لسنة ٣ قضائية "دستورية" في ١٩٨٣/٦/١١). (٥٦ لسنة ٦ قضائية "دستورية" في ١٩٨٦/٦/٢١)

[٣] ينظر: د. يسري محمد العصار: التصدي في القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص ٦٧. د. حسام الدين كامل الأهواني: المقال السابق.

[٤] ينظر: د. رفيق محمد سلام: الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا، بحث منشور في المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق/ جامعة حلوان، ١٩٩٨، ص ٣٩١.

[٥] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" في ١٩٩٥/١/١٤) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٦) في ١٩٩٥/٢/٩. وينظر: أيضا حكمها في القضية المرقمة (٣ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" في ١٩٩٧/١/٤)

ومما يلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا لم تقصر فكرة السقوط على النصوص القانونية وإنما وسعتها لتشمل كل نص آخر، ما دام يرتبط بالنص غير الدستوري ارتباطا وثيقا، حتى وإن كانت تلك النصوص واردة في اللوائح التنفيذية أم في القرارات الجمهورية.

ومن ذلك حكمها الصادر في ١٩٩٦/٢/٣ الذي ذهبت فيه إلى أن (الحكم بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ المشار إليه، يعنى بطلانها، وسقوط النصوص المرتبطة بها ارتباطا لا يقبل التجزئة، والتي لا يتصور وجودها بدونها، فإن ما أوردته الفقرة الثانية من أحكام متعلقة بوجوب عرض رئيس الجمهورية لقراره بتعديل جدول الضريبة على السلطة التشريعية خلال الميعاد المبين بها، وكذلك ما نصت عليه فقرتها الثالثة من جزاء على رفض السلطة التشريعية لقرار رئيس الجمهورية المشار إليه، إنما تكون مع التفويض المخول لرئيس الجمهورية بمقتضى النص المطعون فيه، كلا لا يتجزأ، وتسقط أحكامها تبعا لبطلان هذا التفويض، ومعها قرارا رئيس الجمهورية رقما ٣٦٠ لسنة ١٩٨٢، ١٣٧ لسنة ١٩٨٦ بتعديل جدول الضريبة على الاستهلاك، الصادرين استنادا لقانونها)[١].

وقررت ذلك أيضا في حكمها الصادر في ٢٠٠٢/٥/١٢، إذ ذهبت إلى أن (النص الطعين جاء ماسا بالحماية الدستورية للملكية، متجاوزا مبدأ المساواة، مناقضا للتضامن الاجتماعي، فيقع مخالفا للمواد (٧-٣٢-٣٤-٤٠) من الدستور، مما يتعين معه الحكم بعدم دستوريته، وإذ كانت باقي فقرات المادة (١٣) المشار إليها وكذلك الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من اللائحة التنفيذية من القانون المذكور ترتبط كلها ارتباطا لا يقبل التجزئة بالنص الطعين، فإنه يتعين الحكم بسقوط هذه الفقرات)[٢].

٣- موقف المحكمة الاتحادية العليا من النصوص القانونية المرتبطة

يمكن القول إن المحكمة الاتحادية العليا قد مارست رقابتها على النصوص القانونية المرتبطة في عدد قليل من قراراتها. إلا أن الملاحظ عدم اشارتها إلى الارتباط القائم بين النصوص القانونية، والنص المحكوم بعدم دستوريته بشكل صريح، وأنها لم تقضِ بسقوط النصوص القانونية المرتبطة، بل نجدها تقضي بعدم دستورية تلك النصوص.

المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٣) في ١٩٩٧/١/١٦. وحكمها في القضية المرقمة (٤٩ لسنة ٢٨ قضائية "دستورية" في ٢٠١٧/٤/١) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٤ مكرر "أ") في ٢٠١٧/٤/١٠.

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/٢/٣) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٧ مكرر) في ١٩٩٦/٢/١٧.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٥٠ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" في ٢٠٠٢/٥/١٢) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢١ تابع "أ") في ٢٠٠٢/٥/٢٥.

ومن ذلك قرارها الصادر في ٢٠٢١/١٠/٢٠ الخاص بالطعن الموجه ضد الفقرتين (أولا، ثانيا) من المادة (٢٤٥) من قانون الكمارك المرقم (٢٣) لسنة ١٩٨٤ اللتين نصتا على تشكيل المحاكم الكمركية المختصة[١]. وقد توصلت المحكمة إلى عدم دستورية المادة المذكورة بفقراتها الثلاث؛ لمخالفتها مبدأ الفصل بين السلطات، والتجاوز على اختصاصات السلطة القضائية، وتحديدا تشكيل المحاكم، وتولي القضاء من غير قضاة.

وبعد ذلك صرحت المحكمة بالتصدي للمادة (٢٤٧) التي حظرت على المحاكم الأخرى النظر في الدعاوى التي تختص بها المحاكم الكمركية، والمادة (٢٥٠) الخاصة بتشكيل الهيئة التمييزية للنظر في الطعون الموجهة ضد قرارات المحكمة الكمركية، والمادة (٢٥١) التي استثنت بعض القرارات من الطعن تمييزا، وقد توصلت المحكمة إلى عدم دستورية المواد التي تصدت لها في حيثيات قرارها، ومنطوقه.

وفي الحقيقة إن المواد التي قضت المحكمة – بعد التصدي لها – بعدم دستوريتها، ترتبط بالمادة (٢٤٥) ارتباطا لا يقبل التجزئة، بما يجعل تلك المواد جميعها مكونة لتنظيم قانوني محدد، خاص بتشكيل المحاكم الكمركية واختصاصها، وكيفية الطعن بأحكامها، ومن ثم لا يمكن تصور بقاء المواد (٢٧٤/٢٥٠/٢٥١) قائمة بذاتها، وإمكانية إعمالها في الواقع من دون نص (٢٤٥) التي ترتبط بها.

ولا سيما قد صرّحت المحكمة أن: (الحكم بعدم دستورية المادة (٢٤٥) قانون الكمارك لا يؤدي إلى فراغ تشريعي باعتبار أن الجرائم الكمركية تنطوي تحت التصنيف العام للجرائم، وتنظر من المحاكم الجزائية وفق اختصاصاتها الواردة في قانون أصول المحاكمات الجزائية)[٢].

بما يفيد تعطيل عمل المحاكم الكمركية بأكمله، من حيث التشكيل، والاختصاص، والطعن بقراراتها. وعودة الدعاوى التي تختص بها إلى المحاكم الجزائية المختصة، وفق قانون أصول المحاكمات الجزائية.

وكذلك الحال بشأن الفقرة الثالثة من المادة (٢٤٥)، إذ الملاحظ أن الطعن قد اقتصر على الفقرتين (أولا، ثانيا) من المادة نفسها، إلا أن المحكمة قد حكمت بعدم دستورية المادة بأكملها، على الرغم من أن الفقرة الثالثة لا تشوبها أية مخالفة دستورية، إذ نصت على: (تطبق المحكمة الكمركية قانون المرافعات المدنية، وقانون أصول المحاكمات الجزائية، في كل ما لم يرد به نص في هذا القانون) ومن ثم فإنها جديرة بالسقوط؛ نظرا لارتباطها بالفقرتين اللتين قضت المحكمة بعدم دستوريتهما.

ويمكن القول إن قرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر في ٢٠٢١/١٢/٢ يتعلق بالنصوص القانونية المرتبطة أيضا، فالملاحظ أن الطعن قد انحصر بالمادة (٢) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٠١٨) لسنة ١٩٨٢

---

[١] نصت المادة (٢٤٦) من قانون الكمارك المرقم (٢٣) لسنة ١٩٨٤ على: (تختص المحكمة الكمركية بما يأتي: أولا: الفصل في الدعاوى التي تقيمها الدائرة الكمركية من أجل تحصيل الرسوم الكمركية والرسوم والضرائب والتكاليف الأخرى. ثانيا: الفصل في الدعاوى التي تقيمها الدائرة الكمركية من أجل تحصيل الرسوم الكمركية والرسوم والضرائب والتكاليف الأخرى. ثالثا: النظر في الاعتراضات على قرارات التحصيل والتغريم عملا بأحكام المادة (٢٤٠) من هذا القانون).

[٢] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٧٢/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٠/٢٠).

التي بينت تشكيل اللجنة الخاصة بنظر الدعاوى المقامة على شركة النفط الوطنية العراقية، بمنع المعارضة والتعويض، أو أجر المثل، وقد توصلت المحكمة إلى عدم دستورية تلك المادة؛ بسبب إشراكها اشخاصا من غير القضاة في اللجنة، التي رأت المحكمة الاتحادية العليا أنها – أي اللجنة – تمارس اختصاصا قضائيا أصيلا.

وقررت المحكمة بعد ذلك التصدي لبقية مواد القرار المذكور، والحكم بعدم دستوريتها؛ لأنها تشكل تدخلا في اختصاص السلطة القضائية، وخرقا واضحا لمبدأ استقلال القضاء، والاختصاص الحصري لمجلس القضاء الأعلى في إدارة شؤون الهيئات القضائية[١].

وبالرجوع إلى حقيقة المواد المتصدى لها نجدها تتعلق بالجهة المختصة بتشكيل اللجنة المذكورة، والأداة القانونية اللازمة لذلك التشكيل، ومكان انعقادها (المادة ١)، وتنظيم الطعن تمييزا أمام محكمة التمييز الاتحادية بقرارات اللجنة (المادة ٤)، والجهة المختصة بإصدار تعليمات تسهيل تنفيذ أحكام القرار المذكور (المادة ٥)، وأخيرا النطاق الزمني لسريان القرار (المادة ٦).

وإذا أخذنا بالحسبان أن الإشارة إلى وزير العدل يراد بها رئيس مجلس القضاء الأعلى، ما دام الأمر يتعلق بتشكيل لجان تمارس اختصاصا قضائيا أصيلا[٢]، بحسب تصريح المحكمة بذلك[٣]، فإن المواد (٦/٥/٤/١) من القرار، تبدو سليمة من الناحية الدستورية، ولا يوجد فيها ما يشوبها من هذا الجانب.

وبما إن الحكم بعدم الدستورية يستلزم مخالفة القانون، أو النص القانوني للدستور، فإن المحكمة لا تملك أساسا دستوريا يجيز لها الحكم بعدم دستورية أي نص لا يتضمن مخالفة دستورية. ولذلك كان ينبغي التعامل مع مواد القرار الأخرى، وفق فكرة سقوط النصوص القانونية المرتبطة، وليس الحكم بعدم دستوريتها.

وبما أن المحكمة قد توصلت إلى عدم دستورية تشكيل اللجنة الخاصة بنظر الدعاوى التي حددها القرار، فإنه تسقط – بحكم اللزوم العقلي – النصوص القانونية المعنية بتحديد الجهة المختصة بتشكيل اللجنة، والدعاوى التي تختص، وتمييز قراراتها، وتحديد الجهة المختصة بإصدار تعليمات تسهيل تنفيذ القرار، وأخيرا النطاق الزمني لسريانه؛ لأنها ترتبط بالنص المحكوم بعدم دستوريته ارتباطا لا يقبل التجزئة بحيث تبقى النصوص القانونية المرتبطة عاجزة عن تحقيق غايات القرار، ومقاصده، مما يستلزم سقوطها.

---

[١] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٤٢/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/٢).

[٢] نص القسم السابع من مذكرة سلطة الائتلاف المؤقتة إدارة نظام قضائي مستقل المرقم (١٢) في ٢٠٠٤/٥/٨ على: (تفسر الإشارات إلى وزارة العدل، أو وزير العدل الواردة في القانون العراقي، حيثما كان ذلك ضروريا ومناسبا، الأمر رقم (٣٥) الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة، أو قانون إدارة الدولة العراقية أثناء الفترة الانتقالية، أو تفسر حيثما كان ذلك ضروريا، ومناسبا، بصورة أخرى للحفاظ على استقلال القضاء، على أنها إشارات إلى مجلس القضاة، أو إلى رئيسه...). المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٨٥) في ٢٠٠٤/٧/١.

[٣] إذ أكدت المحكمة الاتحادية العليا بقرارها المرقم (٢٦/اتحادية/اعلام/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٥/١٥) أن الإشارة إلى وزير العدل الواردة في المادة (٦/خامسا) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ يراد بها رئيس مجلس القضاء الأعلى، استنادا إلى مذكرة سلطة الائتلاف في أعلاه.

علما أن المحكمة قد ذهبت إلى أن (الحكم بعدم دستورية مواد قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٠١٨) في ١٩٨٢/٨/٣٠ برمتها، ليس من شأنه أن يخلق فراغ قانوني، لانعقاد الاختصاص بالنظر في الدعاوى المقامة، أو التي تقام على شركة النفط الوطنية العراقية، أو للمطالبة بمنع المعارضة، أو التعويض، أو اجر المثل، ... لمحاكم البداءة التابعة إلى رئاسات محاكم الاستئناف الاتحادية، التابعة إلى مجلس القضاء الأعلى، تطبيقا لمبدأ الولاية العامة للقضاء، وقواعد الاختصاص المكاني)[١].

وفي هذا الصدد أيضا نستعرض قرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر في ٢٠٢١/١١/١٤ بشأن المادة (٤٦) من قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (٩) لسنة ٢٠٢٠، التي ألزمت المرشح الفائز بالانتخابات البرلمانية بتأدية اليمين الدستورية خلال مدة أقصاها شهر من تاريخ الجلسة الأولى، وبخلافه يحل مكانه الحاصل على أعلى الأصوات من المرشحين الخاسرين من قائمته في دائرته الانتخابية، وإذا كان المرشح فرديا فيكون بديله أعلى الخاسرين في الدائرة الانتخابية.

وقد توصلت المحكمة إلى عدم دستورية الحل الذي جاء به المشرع، عندما اشترط أن يكون البديل من ضمن قائمة المرشح الذي لم يؤدِ اليمين الدستورية؛ لمخالفته المواد الدستورية (٥/١٤/١٦/٢٠)[٢].

إلا أن المحكمة شملت عدم الدستورية لعبارة (المرشح فرديا) من المادة نفسها، وفي الحقيقة إن العبارة الأخيرة لا تشوبها أية مخالفة دستورية، ولكنها ترتبط ارتباطا لا يقبل التجزئة بالعبارة التي قضت المحكمة بعدم دستوريتها، ومن ثم فإنها حرية بالسقوط دون الحكم بعدم دستوريتها، إذ إن عبارة (المرشح فرديا) أصبحت من دون أثر قانوني، بعد أن توصلت المحكمة إلى عدم دستورية البديل على أساس القائمة، وعندئذ لا يكون هنالك محل لتطبيق حالة المرشح الفردي، وإنما يكون البديل أعلى الخاسرين في الدائرة الانتخابية، سواء أكان المرشح المستبعد ضمن قائمة انتخابية، أم فرديا.

ومن جانب آخر نجد المحكمة الاتحادية العليا لم تلجأ إلى سقوط النصوص القانونية المرتبطة، على الرغم من توافر شروط تطبيقها بشكل لا لبس فيه، ومن ذلك قرارها الصادر في ٢٠١٩/١/٢٣ بشأن قانون شركة النفط الوطنية العراقية رقم (٤) لسنة ٢٠١٨، الذي توصلت فيه إلى الحكم بعدم دستورية مجموعة كبيرة من نصوصه، كان الأهم من بينها هي: المادة (٣) المتعلقة بأهداف الشركة المذكورة[٣].

ومن المسلم به أهمية هذه الأهداف، وجوهريتها، مما يجعل نصوص القانون الأخرى ترتبط ارتباطا وثيقا بها؛ فتأسيس الشركة، ورأسمالها، وهيكلها التنظيمي، ومهام مجلس إدارتها، ومهام رئيسها، وحقوقها والتزاماتها، ترتبط ارتباطا لا يقبل التجزئة، بما حدده القانون من أهداف للشركة؛ لأن هذه النصوص تتكامل جميعها لتحقيق تلك الأهداف.

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا السابق الإشارة إليه.

[٢] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٤٤/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/١٤).

[٣] ينظر: المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦٦ وموحداتها ٧١ و١٥٧و ٢٢٤/اتحادية/اعلام/٢٠١٨ في ٢٠١٩/١/٢٣).

ومن ثم يبقى تطبيق النصوص القانونية المرتبطة، مرهون بصحة الأهداف – من الناحية الدستورية – التي تتوخى تحقيقها.

وبما أن المحكمة الاتحادية العليا قد حكمت بعدم دستورية تلك الأهداف، فكان من اللازم أن تقضي بسقوط بقية نصوص القانون، بحيث لا يمكن تطبيقها إلا في حالة تصحيح القانون – بأية طريقة – بما يتفق مع الدستور.

إلا أن المحكمة الاتحادية العليا لم تقرر سقوط النصوص القانونية المرتبطة، مما أدى إلى مخالفة الدستور مرة أخرى، عن طريق تطبيق تلك النصوص بشكل غير صحيح، باعتراف المحكمة نفسها، إذ قضت بعدم صحة بعض قرارات مجلس الوزراء المنفذة للنصوص الباقية. مؤكدة على أن (إلغاء المواد الجوهرية المذكورة آنفا من القانون، لا يمكن معه المضي بتشكيل الشركة، والقول بأن جميع المواد الملغية غير مؤثرة في إنشاء الشركة، من خلال إحلال المواد الخاصة بقانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧، محل بعض المواد الملغاة مردود دستوريا وقانونيا)[١].

وكان يكفي المحكمة عناء ذلك، إعمال فكرة السقوط، بحيث تقضي بعدم دستورية المواد المخالفة للدستور، وفي الوقت نفسه سقوط بقية النصوص القانونية؛ لارتباطها بشكل لا يقبل التجزئة بالمواد المحكوم بعدم دستوريتها، وبالأخص المادة (٣) من القانون.

المطلب الثاني

النطاق الزمني لعدم الدستورية

بعد أن يضع المشرع العادي تقديره بشأن مسألة معينة، قد يعرض ذلك التقدير على القاضي الدستوري للتأكد من مدى عدم دستوريته، وقد يختلف القاضي الدستوري مع المشرع العادي في تقديره على أساس الدستور، وعندئذ يتحقق التعارض التقديري الذي يستلزم الحكم بعدم دستورية تقدير المشرع العادي، وهذا الحكم في حقيقته يكشف عمّا كان عليه التقدير المشرع من الناحية الدستورية منذ يوم صدوره، أي بمعنى أنه كاشف لعدم الدستورية التي لحقت القانون في الوقت المتقدم.

وإذا سلمنا بذلك كان لزاما أن يرافق الأثر الكاشف لعدم الدستورية الجزاء الموضوع له، وهو إما إلغاء القانون، أو تجريده من قوة النفاذ.

ولعل إقرار القاضي الدستوري للحالة التي كان عليها القانون لا تثير أية مشكلة زمنية؛ لأن حكمه – في هذا الصدد – يكشف عن عدم الدستورية الملازم للقانون منذ صدوره، ولا ينشئه، إلا أن المسألة تدق بشأن الأثر اللازم لعدم الدستورية، وفيما إذا كان له أثرا رجعيا، أم مباشرا، وذلك كله في ظل اعتبارات معينة تستلزم الأخذ بهذا الأثر، أو ذاك، الأمر الذي ينعكس على التنظيم القانوني لكل دولة، وفق الاعتبارات التي توليها عند تنظيم أثر عدم الدستورية.

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٤٩ وموحدتها ٨٣/اتحادية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٩/٢١).

وبناءً عليه سنقسم هذا المطلب على فرعين: أولهما الاعتبارات المؤثرة في تحديد النطاق الزمني لعدم الدستورية، وثانيهما التنظيم القانوني للنطاق الزمني لعدم الدستورية.

الفرع الأول: الاعتبارات المؤثرة في تحديد النطاق الزمني لعدم الدستورية

من المتفق عليه أن الحكم بعدم الدستورية يلازمه أثر لا بدّ منه، ومن دونه تقل فاعلية الرقابة الدستورية، إن لم تنعدم، ولذلك لا طائل من الحكم بعدم الدستورية، إذا لم يرتب ذلك الحكم أثره في القانون، إما من حيث إلغائه، أو تجريده من قوة النفاذ، ومن دون ذلك يبقى الحكم مجردا من أية قيمة عملية، وتعجز الرقابة الدستورية عن تحقيق غاياتها في حماية الدستور، وإعلاء قواعده على غيره من القواعد القانونية.

إذن فالحكم بعدم الدستورية يستتبعه الأثر المحدد قانونا، إلا أنه تثور المشكلة بشأن تاريخ انفاذ ذلك الجزاء، وهو يتقرر في ظل اعتبارين أساسيين هما: الشرعية دستورية، وهي تقتضي أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثرا رجعيا، يرتد إلى تاريخ صدور القانون، والأمن القانوني الذي يستلزم الأخذ بالأثر المباشر، وعدم سريان الحكم بعدم الدستورية على الماضي.

ولذلك فإن الاعتبارات الأساسية المؤثرة في تحديد النطاق الزمني للحكم بعدم الدستورية هي: الشرعية الدستورية، والأمن القانوني، وسنبيّن هذين الاعتبارين تباعا:

أولا: الشرعية الدستورية

يراد بالشرعية الدستورية وجوب احترام الدستور، والعمل على تطبيقه تطبيقا سليما، عند مباشرة المشرع العادي اختصاصا التشريعي، ضرورة أن تكون القوانين التي يقرها على النحو المبين في الدستور[١].

وبناءً عليه لا تعد القوانين صحيحة، ولا منتجة لآثارها القانونية، إلا بمقدار اتفاقها مع القواعد الدستورية، فإذا صدرت القوانين مخالفة تلك القواعد تكون غير مشروعة، ويكون من حق الأفراد ذوي المصلحة طلب التحقق من دستوريتها، عن طريق الرقابة الدستورية[٢].

إذن فالرقابة على دستورية القوانين تستهدف حماية الشرعية الدستورية، عن طريق تحديد الجزاء المناسب لكل قانون تثبت مخالفته الدستور، سواء أكان الجزاء يتمثل بإلغاء القانون، أم يقتصر على تجريده من قوة النفاذ[٣].

وتستلزم الحماية الكاملة للشرعية الدستورية رجوع الجزاء المقرر لمخالفتها إلى الوقت الذي تحققت فيه هذه المخالفة، وهو قطعا يتحدد منذ لحظة صدور القانون.

---

[١] ينظر: د. سامي جمال: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، مصدر سابق، ص ١٢.

[٢] ينظر: د. طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٥.

[٣] ينظر: د. عامر زغير محيسن: الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد (١٨) المجلد (١)، ٢٠١٨، ص ٢٠٦

إذ إن القانون – وما جاء به من أحكام – يحمل من لحظة صدوره مخالفة الدستور، وبما أن الشرعية الدستورية تقتضي إزالة تلك المخالفة من الوقت الذي تحققت فيه، فلا بدَّ أن يكون إلغاء القانون غير الدستوري، أو تجريده من قوة النفاذ من تاريخ صدور القانون، وهو ما يعبر عنه بالأثر الرجعي.

ولذلك ينبغي التمييز بين أمرين: أولهما عدم الدستورية، وثانيهما الأثر المترتب عليه، فالتعارض التقديري يؤدي إلى الحكم بعدم دستورية تقدير المشرع العادي، والحكم الصادر في هذا الشأن لا يمكن أن يكون إلا كاشفا عن المخالفة الدستورية التي لازمت القانون منذ صدوره، وليس منشئا لها.

أما الأثر المترتب على عدم الدستورية فهو يختلف بحسب التنظيم القانوني، فإما أن يكون إلغاء القانون غير دستوري، أو تجريده من قوة النفاذ.

وإذا سلمنا أن حكم القاضي الدستوري يتحلل إلى أمرين أساسيين: إقرار عدم دستورية القانون، والجزاء المقرر لذلك، فإن الشرعية الدستورية تستلزم أن يتطابق هذين الأمرين من ناحية وقت إعمالهما.

أي بمعنى أن إقرار عدم الدستورية ذو أثر كاشف، يرتد إلى تاريخ سابق على الحكم، كما إن الجزاء المقرر لذلك لا بدَّ أن يعود إلى التاريخ نفسه، ليتحد الأمران في النطاق الزمني، وأن أي فارق بينهما يكون على حساب الشرعية الدستورية؛ لأن ذلك الاختلاف معناه السماح لقانون غير دستوري بالنفاذ، وإنتاج آثاره في المجتمع، خلافا لمقتضى أحكام الدستور.

إذن فالأثر الرجعي لجزاء عدم الدستورية يعد مظهرا أساسيا من مظاهر فاعلية الرقابة على دستورية القوانين، ومن دونه تفقد تلك الرقابة الكثيرة من أهميتها.

فالآثار التي يحققها القانون غير الدستوري، منذ صدوره وحتى الحكم بالجزاء المقرر له، قد تحقق كل أهداف ذلك القانون، أو أغلبيتها، وهي في الحقيقة أهداف غير جديرة بالحماية، وعلى أساس ذلك تضعف أهمية الحكم بإلغاء القانون، او تجريده من قوة النفاذ إذا كان مقصورا على المستقبل فحسب، دون أن ينال الآثار التي رتبها القانون غير الدستوري.

وحتى تتحقق الفاعلية الكاملة في حماية الشرعية الدستورية لا بدَّ أن يكون جزاء عدم الدستورية بأثر رجعي، يرتد إلى تاريخ صدور القانون، وعدّه كأن لم يكن.

ولا بدَّ من الإشارة هنا إلى أن فكرة الأثر الرجعي لجزاء عدم الدستورية فكرة مجازية، تقوم على افتراض محض، فإلغاء القانون، أو تجريده من قوة النفاذ يُحدث تغييرا في النظام القانوني القائم قبل صدور الحكم؛ لأن ذلك الإلغاء، أو التجريد لا يعد تقريرا لوضع قائم، بل هو إحداث لشيء لم يكن موجودا في السابق، فالقانون طيلة المدة التي سيشملها الجزاء كان نافذا ومنتجا لآثاره؛ لذلك فإن الأثر الرجعي يقوم على الافتراض[١].

---

[١] ينظر: د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة: مصدر سابق، ص ٣٤٥.

كما إن إعمال الأثر الرجعي يصطدم بالواقع، ويؤدي إلى نتائج غير عادلة، فتطبيق القانون غير الدستوري من الفترة الممتدة من تاريخ صدوره، وحتى الحكم بعدم دستوريته قد يرتب حقوقا للأفراد مكتسبة، في ظل تنظيم قانوني معين، ومن غير العادل سلب تلك الحقوق؛ نتيجة إعمال الأثر الرجعي.

ثانيا: الأمن القانوني

تبين لنا سابقا أن الشرعية الدستورية تستلزم أن يكون لحكم عدم الدستورية أثرا رجعيا بشأن إلغاء القانون، أو تجريده من قوة النفاذ، وهو على خلاف ما يقتضيه الأمن القانوني؛ كونه يستبعد الأثر الرجعي في هذا الصدد.

وقبل بيان ذلك لا بدَّ من الإشارة إلى أن الأمن القانوني يحمل معنى واسع، ويشمل العديد من الصور إلا أنه بشكل عام يراد به التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، ووجود حد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة؛ بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية، بحيث تتمكن هذه الأطراف من التصرف بثقة، والقيام بأعمالها باطمئنان، وترتيب أوضاعها وفق القواعد القانونية القائمة، من دون التعرض لمفاجآت، او تصرفات مباغتة، صادرة عن السلطات العامة، تزعزع هذه الثقة، وتخل بذلك الاستقرار[١].

وفي صدد ما نبحثه يراد بالأمن القانوني: (ضمان قدر معين من الاستقرار للمراكز القانونية، والحقوق التي اكتُسبت، بناءً على أعمال قانونية غير مشروعة)[٢].

فالأفراد – في إطار علاقتهم بالدولة – ملزمون باحترام القانون، وضرورة تنظيم شؤونهم، وكل ما يرتبط بهم، في ضوء أحكامه وقواعده، وانسجاما مع ذلك يرتب الأفراد حياتهم – بكل ما تتطلبه – وفق القواعد القانونية المعمول بها، وقد تمضي مدة طويلة على نفاذ تلك القواعد، وتستقر في ظلها الحقوق، والمراكز القانونية الناشئة عنها.

إلا أنه قد يطعن بعدم دستورية القواعد القانونية المتقدمة، ويتوصل القاضي الدستوري إلى صحة ذلك الطعن، مما يستلزم الحكم بعدم دستوريتها، وفرض الجزاء المناسب لذلك.

وإذا سلمنا أن ذلك الجزاء يرتد إلى تاريخ صدور القانون، طبقا لاعتبارات الشرعية الدستورية، فإن ذلك يصطدم باعتبارات عملية قائمة على أساس وجود ثقة مشروعة لدى الأفراد، نابعة من قرينة الدستورية التي يتمتع بها القانون، الأمر الذي دعاهم إلى التعامل وفق قواعده، مبتغين تحقيق نتائج تصرفاتهم، استنادا إلى الوضع الظاهر للقانون[٣].

---

[١] ينظر: د. يسري محمد العصار: الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٤٥.

[٢] د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي: دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٨، ص ٢٢.

[٣] للمزيد ينظر: د. عاطف نصر مسلمي علي: نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري، من دون ناشر وسنة نشر، ص ١٦٠ – ١٦١.

فالأفراد محكوم بحسن نيتهم انطلاقا من أساسين مهمين: أولهما أن القانون يصدر، ويحمل معه قرينة الدستورية، أي أنه يتفق مع الدستور شكلا ومضمونا، وثانيهما أن شك الأفراد بعدم دستورية القانون – مهما زاد – لا يحقق أي أثر، من ناحية إلغاء القانون، أو عدم تطبيقه، ما لم يقرر القاضي الدستوري ذلك، وبناءً عليه فإن اعتقاد الأفراد بعدم دستورية القانون لا يؤثر في القيمة النظرية والعملية له، ومن ثم يبقى القانون مقترنا بالسمة الدستورية التي يتمتع بها، مما يؤكد حسن نية الأفراد عندما يتصرفون على أساس ذلك القانون.

إذن فواجب احترام القانون، والثقة المشروعة لدى الأفراد بصحته، يدفعهم – بحسن نية – إلى تنظيم شؤونهم وفق القواعد القانونية النافذة، ومحصلة ذلك نشوء مراكز قانونية، واكتساب حقوق قد لا تكون موجودة في السابق، وإن من شأن إعمال الأثر الرجعي لجزاء عدم الدستورية الإخلال بهذه المراكز، وإهدار الحقوق المكتسبة من جانب، ويُفقِد الأفراد ثقتهم بالقانون من جانب آخر، وكلاهما نتائج غير مقبولة.

إذ لا يمكن لأي تنظيم قانوني الاستغناء عن فكرة الاستقرار[١]؛ كونها تشكل إحدى دعائمه التي يقوم عليها، وهذا الاستقرار يقتضي حماية المراكز القانونية التي تكونت في ظل وضع قانوني معين، واستقرت، وأنتجت حقوقا مكتسبة.

كما إن إعمال الأثر الرجعي لعدم الدستورية قد يقلل من ثقة الأفراد بالقانون، أو يفقدها، وعندئذ ستكون النتيجة الحتمية الإحجام أو التردد في التعامل[٢]، ومن ثم عدم الالتزام بالقواعد القانونية بغض النظر عن مدى عدم دستوريتها؛ خوفا من إهدار تصرفاتهم القانونية والآثار المترتبة عليها، مما يشكل عائقا أمام تحقيق القانون أهدافه المرجوة في المجتمع من ناحية، وإثارة الفوضى من ناحية أخرى، وهو قطعا نتيجة غير مقبولة ولا يمكن التسليم بها على الدوام.

ولا سيما أن الدعوى الدستورية غير محددة بمدة معينة، بما يسمح بطول المدة بين نفاذ القانون، وتاريخ الحكم بعدم دستوريته، ومن ثم كثرة التعامل بالقانون عموديا وأفقيا.

وبناءً على ذلك فإن اعتبارات الأمن القانوني تستلزم حماية المراكز القانونية، والحقوق المكتسبة، في ظل قانون معين، حتى وإن ثبت عدم دستوريته لاحقا، عن طريق إعمال الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية، وجعله نافذا من تاريخ صدور ذلك الحكم، وليس من تاريخ صدور القانون نفسه، كما تقتضيه اعتبارات الشرعية الدستورية، ومن ثم بقاء المراكز القانونية المكتملة، والحقوق المكتسبة عن القانون، قائمة حتى بعد صدور الحكم بعدم دستوريته[٣].

---

[١] للمزيد بشأن فكرة استقرار التعامل ينظر: عدنان ابراهيم سرحان: الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة/ جامعة بغداد، ١٩٨٦، ص ١٤٤ وما بعدها.

[٢] ينظر: د. عاطف نصر مسلمي علي: المصدر السابق، ص ١٦٦ – ١٦٧.

[٣] ينظر: د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٣٢٢.

وبعد بيان الاعتبارات المؤثرة في تحديد النطاق الزمني لعدم الدستورية، ينبغي التأكيد على أن إعمال أي اعتبار منها يحقق نتائج إيجابية، وفي الوقت نفسه يترك آثارا سلبية.

وإذا كانت الاعتبارات المتقدمة تبدو متعارضة – إلى حد ما – إلا أن ذلك لا يمنع من الموازنة والتوفيق بينها قدر الإمكان، ولكن لا يقوم التوفيق على أساس جعل مقتضى الاعتبارات المذكورة متساوية؛ كونها متعارضة، فالأثر المباشر ينقض الأثر الرجعي، والأخير يتنافى مع الأول، ومن ثم لا يمكن إعمالهما بالتساوي في وقت واحد، ولذلك لا بدَّ من اعتماد أحدهما وجعله القاعدة العامة، وتبني الآخر على سبيل الاستثناء منه.

وفي صدد اختيار القاعدة العامة يمكن القول برجحان اعتبار الشرعية الدستورية على نظيره الأمن القانوني، فالشرعية الدستورية تعد الغاية الأولى، والأخيرة للرقابة على دستورية القوانين؛ إذ لم تقرر تلك الرقابة إلا لحماية الدستور، وفرض أحكامه على المشرع العادي، عن طريق إهدار القوانين التي تخالف هذه الأحكام.

وبما إن غاية الرقابة على دستورية القوانين هي تحقيق الشرعية الدستورية، فإنه ينبغي تنظيم هذه الرقابة بما يحقق تلك الغاية تحقيقا كاملا، ويضمن فاعليتها بشكل كبير.

إذن فالشرعية الدستورية تبرز هنا أساسا للرقابة على دستورية القوانين، وغاية لها، وفي الوقت نفسه تشكل معيارا في تنظيمها، وهي قطعا تقدم على أي اعتبار آخر يتقاطع معها.

وبناءً عليه لا بدَّ أن يكون تنظيم الرقابة على دستورية القوانين انطلاقا من الشرعية الدستورية، وفي هذا الصدد يعد تحديد النطاق الزمني لعدم الدستورية من أهم موضوعات تنظيم الرقابة، مما يقتضي تحديد ذلك الأثر على أساس حماية الشرعية الدستورية، وما تستلزمه من ضرورة اعتماد الأثر الرجعي لجزاء عدم دستورية.

كما إن إقرار عدم الدستورية يتمتع بأثر كاشف؛ لأنه يقرر حقيقة القانون عند صدوره، فإن جزاء عدم الدستورية وإن كان ينصرف إلى وقت مضى لم يكن موجودا، إلا أنه ينبغي أن يكون نافذا من اللحظة التي يتحقق فيها إقرار عدم الدستورية.

فاذا لم يكن الأثر الكاشف لإقرار عدم الدستورية لازما للأثر الرجعي للجزاء المقرر، فإنه – على أقل تقدير – يعد عاملا مساعدا لوجوده، وإذا سلمنا أن عدم الدستورية لا يكون إلا من تاريخ صدور القانون، فإن ذلك يجيز – إن لم يستلزم – إعمال الأثر الرجعي لإلغاء القانون، أو تجريده من قوة النفاذ[١].

وبناءً على ما تقدم يمكن اعتماد الأثر الرجعي لجزاء عدم الدستورية أصلا عاما، والأثر المباشر استثناءً عليه، وبما أن الأثر المباشر استثناءً من الأصل العام فلا بدَّ من تحديده بشكل دقيق؛ حفاظا على ذلك الأصل.

ولهذا الغرض يمكن نفي الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية عن المراكز القانونية المكتملة، والحقوق المكتسبة بموجب أحكام قضائية باتة، أو استنادا للتقادم، وجعل الحكم بعدم الدستورية نافذا بأثر مباشر إزاء تلك المراكز،

---

[١] ينظر: د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي: الأثر الرجعي في القضاءين الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٩٠.

والحقوق، بناء على اعتبارات الأمن القانوني، وحماية لاستقرار التعامل، على ألّا يشمل ذلك الاستثناء أي حكم جزائي بعقوبة معينة.

ولا تقف اعتبارات الأمن القانوني عند حماية المراكز القانونية والحقوق المكتسبة، بل تقتضي أحيانا حماية النظام القانوني، وبقاء التعامل به مدة من الزمن؛ خوفا من الانهيار، والفوضى الناتجة عن إلغاء القانون، أو تجريده من قوة النفاذ.

مما يستلزم استمرار تطبيق القانون مدة من الزمن، وإن كان غير دستوري باعتراف القاضي الدستوري؛ من أجل تلافي الفراغ التشريعي، واعطاء الوقت المناسب للمشرع العادي في التدخل، واتخاذ ما يلزم لتلافي آثار الحكم بعدم دستورية القانون، عن طريق تعديله، وإحلال ما يناسب توجه القاضي الدستوري.

لذلك لا تقتصر اعتبارات الأمن القانوني على إعمال الأثر المباشر، وإنما تقتضي في بعض الأحيان اعتماد الأثر المستقبلي، عن طريق منح القاضي الدستوري سلطة تقديرية في تحديد وقت لاحق لتاريخ صدور الحكم بعدم الدستورية، مما يترتب على ذلك بقاء القانون غير الدستوري نافذا، حتى حلول الوقت الذي حدده القاضي الدستوري لنفاذ حكمه.

وبذلك يذهب الأثر المستقبلي إلى أكثر مما يقرره نظيره المباشر، وكذلك الأثر الرجعي من باب أولى. مما يقتضي تنظيم الأثر المستقبلي بشكل دقيق، عن طريق تحديد حالاته، والمدة المسموح بها للقاضي الدستوري بتأجيل نفاذ الحكم بعدم الدستورية.

وفي هذا الصدد نقترح أن يكون من بين حالات إعمال الأثر المستقبلي:

- إذا كان تطبيق الجزاء المقرر لعدم الدستورية من شأنه إعادة نفاذ نصوص قانونية غير دستورية.
- إذا كان تطبيق الجزاء المقرر لعدم الدستورية من شأنه خلق فراغ تشريعي لا يمكن تلافيه.
- إذا كان تطبيق الجزاء المقرر لعدم الدستورية من شأنه حرمان الأفراد من بعض الحقوق والامتيازات التي قررها النص غير الدستوري، أو يؤدي إلى إهدار بعض الضمانات القانونية الجوهرية، أو التقليل من فاعليتها.
- إذا كان تطبيق الجزاء المقرر لعدم الدستورية يرتب آثارا مالية تلحق أضرارا كبيرة في خزينة الدولة، ويصعب تلافيها.

أما بصدد المدة التي يمكن أن يؤجل القاضي الدستوري فيها نفاذ الحكم بعدم الدستورية؛ والاستمرار بتطبيق القانون غير الدستوري فنقترح ألّا تزيد على ستة أشهر، ما لم يكن البرلمان في حالة عطلة نيابية.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني للنطاق الزمني لعدم الدستورية

تبين سابقا أن الأثرين الرجعي، والمباشر يعتمدان على أحد الاعتبارات المؤثرة في تحديد النطاق الزمني لعدم الدستورية. وإن الأخذ بأي منهما يرجع إلى ترجيح كل دولة لاعتبار دون الآخر، والواضح من ذلك التنظيم النسبي للدول، فبينما تعتمد بعضها الأثر الرجعي؛ إعلاءً للشرعية الدستورية، في حين تأخذ بعضها الآخر بالأثر المباشر؛ حماية للأمن القانوني، وبين هذا وذاك جمعت دول أخرى بين الأثرين المتقدمين، ولتفصيل ذلك سنبيّن التنظيم القانوني في كل من فرنسا، ومصر، والعراق بشأن النطاق الزمني لعدم الدستورية.

أولا: التنظيم القانوني للنطاق الزمني لعدم الدستورية في فرنسا

لا تثير رقابة المجلس الدستوري السابقة أية إشكالات بشأن النطاق الزمني لعدم الدستورية؛ كونها تنصب على القوانين قبل نفاذها، وملامستها للواقع، في حين تبرز مشكلات النطاق الزمني لعدم الدستورية من تطبيق القانون على الوقائع والتصرفات القانونية الحاصلة في ظل نفاذه، مما يرتب مراكز قانونية وحقوقا يتحتم معرفة مصيرها بعد ثبوت عدم دستورية القانون الناتجة عنه.

وعلى هذا الأساس فإن الدستور الفرنسي لم ينظم النطاق الزمني لقرارات المجلس الدستوري بعدم الدستورية طيلة المدة السابقة على عام ٢٠٠٨؛ لأن رقابة المجلس الدستوري تقتصر على القوانين قبل نفاذها.

وبعد تبني الدستور الفرنسي للرقابة اللاحقة، وخضوع القوانين بعد نفاذها – وتطبيقها مدة من الزمن – لرقابة المجلس الدستوري، فقد نصَّ على: (يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي، استنادا إلى المادة (١/٦١) إلغاء هذا النص اعتبارا من نشر حكم المجلس الدستوري، أو من تاريخ لاحق يحدده هذا الحكم. ويحدد المجلس الدستوري الشروط والقيود التي يجوز وفقا لها المساس بالآثار التي أحدثها النص)[١].

ويتضح من النص الدستوري[٢] المتقدم أن القاعدة العامة المقررة بشأن أحكام المجلس الدستوري بعدم الدستورية تتمثل بالأثر المباشر، أي أن إلغاء القانون غير الدستوري لا يكون إلا من تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية.

ومفاده ذلك تعذر إعمال الأثر الرجعي للحكم، وعدم انسحاب الإلغاء إلى تاريخ صدور القانون، وبذلك يكون الدستور الفرنسي رجح اعتبارات الأمن القانوني على حساب الشرعية الدستورية التي تستلزم كما اتضح سابقا اعتماد الأثر الرجعي لجزاء عدم الدستورية[٣].

إلا أن الدستور الفرنسي لم يتبنَ الأثر المباشر بشكل مطلق، وإنما وضع استثناءين عليه، منح بموجبهما المجلس الدستوري سلطة تقديرية في إرجاء آثار قراراته إلى المستقبل، أو إرجاعها إلى الماضي.

ويتضح الاستثناء الأول بجواز أن يحدد المجلس الدستوري تاريخا آخر للإلغاء. ومن الجمع بين عبارات المادة (٢/٦٢) فإن التاريخ الذي يضعه المجلس الدستوري استنادا للاستثناء المتقدم لا يكون إلا بعد تاريخ نشر حكم عدم الدستورية. أي أن الإلغاء يكون مستقبليا عند حلول التاريخ الذي حدده المجلس.

وتبدو الحالة الاستثنائية من الأصل العام، أن القانون الذي قرر المجلس الدستوري عدم دستوريته سيبقى قابلا للتطبيق طوال المدة المحددة في الحكم، على خلاف الأصل الذي يقضي بإلغاء القانون غير الدستوري من تاريخ نشر الحكم، وامتناع السلطة التنفيذية والمحاكم عن تطبيقه منذ ذلك التاريخ.

---

[١] المادة (٦٢) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

[٢] على الرغم من الإشارة الصريحة الواردة في المادتين (١/٦١ و٦٣) من الدستور الفرنسي بتفويض المشرع العادي في تنظيم رقابة المجلس الدستوري اللاحقة بقانون أساسي، إلا أن الملاحظ عدم تنظيم القانون الصادر في هذا الشأن للنطاق الزمني لأحكام عدم الدستورية؛ اكتفاءً بما فصله الدستور نفسه.

[٣] ينظر: د. محمد محمد عبد اللطيف: المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في ٢٣ من يوليو ٢٠٠٨، بحث منشور في مجلة الحقوق/جامعة الكويت، المجلد (٣٤)، العدد (٣)،٢٠١٠، ص ٦٥ – ٦٦.

ويمكن تبرير هذا الاستثناء، باعتبارات الأمن القانوني أيضا، كما هو الحال في الأثر المباشر، إذ تبين أن الأمن القانوني لا يقف عند حد حماية المراكز القانونية المكتملة والحقوق المكتسبة فحسب، وإنما يتجاوز ذلك في بعض الأحيان لحماية المنظومة القانونية ككل من الانهيار والفوضى؛ لتلافي الفراغ التشريعي.

لذلك يجيز هذا المبدأ التضحية بالشرعية الدستورية ليس على مستوى الماضي فقط، بل الحاضر، والمستقبل أيضا عن طريق السماح باستمرار نفاذ القانون غير الدستوري، وتطبيقه على الوقائع مدة من الزمن حماية للنظام القانوني؛ حتى يتمكن المشرع العادي من التدخل وتلافي آثار عدم الدستورية، وذلك كله عندما يصبح تطبيق القانون غير الدستوري مؤقتا أولى من حماية الشرعية الدستورية، وما تتركه من آثار أخصها الفراغ التشريعي الحاصل من تاريخ نشر الحكم، وحتى تدخل المشرع العادي.

ولا شك أن الأولوية المتقدمة يحددها المجلس الدستوري نفسه بسلطة تقديرية، تسمح له بترجيح بقاء القانون نافذا مدة من الزمن على إلغائه، بناءً على معطيات معينة تدعوه لذلك الترجيح.

وبعد ممارسة المجلس الدستوري لرقابته اللاحقة طبّق الأثر المستقبلي لعدم الدستورية في بعض قراراته، ومن ذلك قراره الصادر في ٢٠١٠/٥/٢٨ بخصوص المسألة الدستورية ذات الأولوية المرفوعة له من مجلس الدولة بشأن نصوص القانون الخاصة بإعادة تقييم الرواتب التقاعدية للرعايا الأجانب الذين سبق لهم العمل في خدمة الدولة الفرنسية، بما يضمن لهم رواتب مجزية وفق القوة الشرائية لكل سنة.

وقد توصل المجلس الدستوري إلى أن تلك الأحكام قد نصت على شروط إعادة تقييم (بلورة) تختلف عن تلك المطبقة على الرعايا الفرنسيين المقيمين في البلد الأجنبي نفسه (الجزائر)، وبناءً على ذلك قضى بعدم دستوريتها؛ لمخالفتها مبدأ المساواة.

ولأن إلغاء هذه الأحكام بشكل المباشر من شأنه إعادة العمل بالأحكام القديمة، ولا سيما المنصوص عليها في القوانين المالية لسنتي ١٩٥٨ و١٩٥٩ التي تضع أصحاب الرواتب التقاعدية الأجانب في وضع أكثر تفاوتا من الأحكام غير الدستورية؛ لذلك قرر المجلس الدستوري تأجيل نفاذ آثار قراره حتى ٢٠١١/١/١؛ لغرض تمكين المشرع العادي من معالجة عدم دستورية الأحكام المذكورة[١].

وأيضا قراره الصادر في ٢٠٢٠/٢/٢٨ الخاص بالمادة (٣٣٥) من قانون الإجراءات الجنائية التي حددت الأشخاص الذين يجوز الاستماع إلى شهادتهم من دون تأدية القسم، استثناءً من أحكام المادة (٣٣١)، ومن بينهم الزوج أو الزوجة حتى بعد الطلاق، وقد توصل المجلس الدستوري إلى أن النص المطعون به قد أوجد اختلافا في المعاملة مع الشكلين الآخرين الذين يمكن بموجبها تنظيم الحياة المشتركة للزوجين قانونيا، وعلى خلاف مبدأ المساواة، مما يجعل تلك الأحكام غير دستورية.

---

[١] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2010-1 QPC du 28/5/2010.

وبعد أن قرر ذلك رأى المجلس الدستوري أن الإلغاء المباشر للأحكام غير دستورية يؤدي إلى حرمان الزوجين من الضمان[١]، مما يترتب عليه عواقب مفرطة بشكل واضح، وبناءً على ذلك يجب تأجيل تاريخ إلغاء تلك الأحكام إلى ٢٠٢٠/١٢/٣١[٢].

كذلك استخدم المجلس الدستوري الأثر المستقبلي في قراره الصادر في ٢٠١٩/١١/٢٩ بصدد الطعن بدستورية المادة (١٠/٥٣) من الأمر الصادر في ١٩٤٥/٩/١٩ المحدد لعمل المحاسبين القانونيين، وقد قررت المادة المذكورة الإلغاء التلقائي لوقف تنفيذ العقوبة التأديبية المفروضة على المحاسب القانوني، إذا ارتكب أية جريمة، أو خطأ يؤدي للحكم عليه بعقوبة تأديبية جديدة خلال خمس سنوات من تاريخ النطق بالعقوبة الأولى.

وقد توصل المجلس الدستوري إلى أن إلغاء وقف تنفيذ العقوبة التأديبية، يمكن أن يكون بسبب أي انتهاك للقوانين واللوائح، من دون أن تكون له علاقة بالنشاط المهني، ومن ثم قد يتقرر الإلغاء التلقائي لوقف تنفيذ العقوبة التأديبية، بغض النظر عن طبيعة الانتهاك والعقوبة المحددة له، وخطورته.

ونظرا لأن عقوبة الايقاف المؤقت للممارسة المهنية يترتب عليه حظر مزاولة مهنة المحاسب القانوني مؤقتا، فقد قرر المجلس الدستوري أن الأحكام المطعون بها تتجاهل مبدأ إضفاء الطابع الفردي على العقوبات، من ثم تعد غير دستورية.

وبشأن أثر الإلغاء فقد أوضح المجلس الدستوري أن الإلغاء المباشر للأحكام المطعون فيها من شأنه إزالة أية إمكانية لتطبيق نظام وقف تنفيذ العقوبة التأديبية، مما يترتب عليه عواقب مفرطه بشكل واضح، ومن أجل السماح للمشرع العادي بمعالجة عدم الدستورية بالحدود المذكورة فقد قرر المجلس تأجيل تاريخ إلغاء الأحكام غير الدستورية حتى ٢٠٢٠/٩/١.

أما بشأن المدة التي يحددها المجلس الدستوري لنفاذ قراره، فهي وإن كانت ضمن سلطته التقديرية إلا أنه لا يبدو متساهلا ولا مستبدا للغاية بشأنها، وإنما يأخذ بالحسبان متطلبات النقاش الديمقراطي، وقيود المناقشات البرلمانية، وعلى هذا الأساس فإن متوسط المدة أكثر من عشرة أشهر مع زيادة ملحوظة عند وضع التأجيل في المواعيد النهائية لانتخابات عام ٢٠١٢[٣].

---

[١] علما أن المادة (٣٢٦) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي رقم (٥٧ -١٤٢٦) لسنة ١٩٥٨ تعاقب الشاهد الذي يرفض الادلاء بشهادته بغرامة قدرها (٣٧٥٠) يورو. في حين أن المادة (١٣/٤٣٤) تعاقب كل من يكذب تحت القسم بالسجن مدة خمس سنوات، وغرامة قدرها (٧٥٠٠٠) يورو.

[٢] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2019-828/829 QPC du 28/2/2020

[٣] ينظر:

Mathieu Disant: Les effets dans le temps des décisions QPC, nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel n° 40 (dossier: le Conseil Constitutionnel: trois ans de QPC) - juin 2013, p 79.

وإذا كان المجلس الدستوري في بعض قراراته يوضح دوافع استعمال سلطته في تأجيل آثار قراره بعدم الدستورية، كما في القرارات أعلاه، فإنه ينبغي التأكيد على أنه – أي المجلس الدستوري – في قرارات أخرى لا يقدم أية معلومات تبرر استعمال الأثر المستقبلي، مكتفيا بالصيغة المعروفة (مما يترتب عليه عواقب مفرطة بشكل واضح)[١].

مما جعل المجلس الدستوري محلا لانتقاد الفقه الفرنسي؛ لأن العبارة التي يكتفي بها المجلس تخلو من أية دوافع محددة، وتجعل استعماله للأثر المستقبلي غير متوقع، مما يولد عدم يقين قانوني في التقاضي، وهو ما يخالف حق المتقاضين في توقع أسباب حقيقية تتعلق بالحد من الآثار الزمنية للقرار الذي يتعلق بهم، مما ينبغي على المجلس الدستوري عدم استعمال عبارة (العواقب المفرطة بشكل واضح) في قراراته، على أساس اليقين القانوني الذي يعني ضمنا القدرة على معرفة ما يقوم عليه الحكم القضائي[٢].

كما انتقد بعض الفقه الفرنسي الأثر المستقبلي؛ لأنه يؤدي إلى نوع من التمييز بين الأفراد، أو المتقاضين، فبينما تستمر بعض الإدارات والمحاكم بتطبيق القانون، امتثالا لقرار المجلس الدستوري الذي أجاز استمرار نفاذ القانون، فإن بعض الإدارات، أو المحاكم الأخرى تفضل تأخير اتخاذ قرارها، أو إصدار حكمها إلى ما بعد التعديل التشريعي[٣].

أما الاستثناء الثاني فهو يقرر الأثر الرجعي المشروط، إذ نصصت المادة (٢/٦٢) على أن (يحدد المجلس الدستوري الشروط والقيود التي يمكن وفقا لها المساس بالآثار التي أحدثها النص).

ونظرا لأن قرارات عدم الدستورية تنفذ من تاريخ نشرها، ومن ثم لا تنسحب إلى الوقائع والمراكز التي حصلت قبل هذا التاريخ. فإن الدستور من أجل الموازنة بين الشرعية الدستورية والأمن القانوني أجاز للمجلس الدستوري إرجاع آثار قراراته إلى تاريخ سابق على النشر؛ لغرض إلغاء المراكز القانونية التي تقررت بموجب القانون غير الدستوري، ولكنه وفق شروط خاصة بكل حالة على حدة. ومن ذلك أن يقرر المجلس أن القانون غير الدستوري

---

[١] اكتفى المجلس الدستوري بهذه العبارة لتبرير الأثر المستقبلي لجزاء عدم الدستورية في الكثير من قراراته، من بينها:

CC: 2011-182 QPC du 14/10/2011. CC: 2012-235 QPC du 20/4/2012. CC: 2014-395 QPC du 7/5/2014. CC: 2017-688 QPC du 2/2/2018. CC: 2022-1010 QPC du 22/9/2022.

[٢] ينظر:

Olga Mamoudy: «Insécurité juridique et modulation dans le temps des effets des décisions de justice», Titre VII [en ligne], n° 5, La sécurité juridique, octobre 2020, p 25.

[٣] ينظر:

Paul Cassia: Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une "question" Revue française de droit administratif (RFDA), Numéro (5), 2008, p.877.

قد أثّر في القضايا التي فصل فيها، وأنه من الأفضل إعادة بحث تلك القضايا من جديد، كما لو أدى استبعاد هذا القانون إلى توقيع عقوبة أخف[١].

فقد يرى المجلس الدستوري ضرورة سحب آثار قراره بعدم الدستورية إلى الوقائع السابقة عليه، أي المراكز التي تمت بالفعل تحت تأثير القانون غير الدستوري، فعندئذ يلجأ إلى جعل الإلغاء بأثر رجعي؛ من أجل تعديل الأوضاع القانونية المكتملة، أو إزالة بعض آثارها، ويظهر ذلك بشكل أكثر تحديدًا في المسائل الجنائية، أي الأحكام الصادرة بالإدانة؛ لأن إلغاء القانون الذي يجرم أفعالا معينة لا يؤدي إلى إلغاء الأحكام الصادرة بناءً عليه[٢].

ولغرض محو أحكام الإدانة فقد أعمل المجلس الدستوري الأثر الرجعي، ومثال ذلك قراره الصادر في ٢٠١١/٩/١٦ إذ قرر فيه عدم دستورية المادة (٢٢٢-٣١-١) من قانون العقوبات؛ بسبب عدم تحديدها الدقيق للأشخاص الذين تتحقق بشأنهم صفة الجاني في جريمة زنا المحارم، ولأن قرار عدم الدستورية يسري بأثر مباشر، فإن المجلس الدستوري قد استخدم الرخصة الممنوحة له عن طريق إزالة هذه الجريمة من السجل الجنائي للأشخاص الذين أدينوا بها نهائيا قبل صدور هذا القرار[٣].

وأخيرا فمن اللازم التأكيد على أن سريان قرارات المجلس الدستوري بعدم الدستورية بأثر مباشر، قطعا لا تشمل الخصم الذي أثار المسألة الدستورية ذات الأولوية، ولذلك تسري آثار قرار المجلس الدستوري بأثر رجعي على ذلك الخصم، ويتم تطبيقه على الدعوى المعلقة أمام محكمة الموضوع.

وعلى الرغم من أن هذا الأمر ليس هنالك نصا دستوريا، أو قانونيا يقرره، إلا أنه يبدو أمرا مقبولا – إن لم يكن ضروريا – من الناحية الدستورية والمنطقية، فمن دونه تتجرد جهود ذلك الخصم من كل قيمة عملية، إذا قبل المجلس الدستوري المسألة الدستورية ذات الأولوية، وقرر عدم دستورية القانون المطعون به، كما إن عدم استثناء ذلك الخصم من الأثر المباشر يعد أمرا متناقضا مع ما يستهدف الدستور تحقيقه عن طريق إتاحة وصول المواطنين للمجلس الدستوري؛ لغرضه حماية حقوقهم وحرياتهم الدستورية.

وهذا ما قرره المجلس الدستوري فعلا في قراره الصادر في ٢٠٠٩/١٢/٣، واستقر عليه في قراراته اللاحقة[٤]. ففي قراره المذكور نظر المجلس الدستوري بشكل وجوبي في دستورية مشروع تعديل القانون الأساسي المنظم لعمل

---

[١] ينظر:

Paul Cassia: Ibid, p 877.

[٢] ينظر:

Dominique Rousseau: le conseil constitutionnel, maître des horloges, nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n° 54 (dossier: la constitution et le temps) – janvier 2017, p 17.

[٣] ينظر: قرارا المجلس الدستوري المرقمان:

CC: 2011-163 QPC du 16/9/2011. CC: 2011-222 QPC du 17/2/2012.

[٤] ينظر:

المجلس (الرقابة السابقة) إذ نظر المجلس في المادة (٣/٢٣) التي أجازت إصدار قرار نهائي في الدعوى المثار فيها المسألة الدستورية ذات الأولوية، من دون انتظار حكم المجلس الدستوري، وفي هذا الشأن قرر المجلس أن هذا الحكم، وما يتمتع به بحُجية الأمر المقضي فيه، لا يمكن أن يحرم الخصم (مثير المسألة الدستورية ذات الأولوية) من تقديم طلبات جديدة لغرض الاستفادة من قرار المجلس الدستوري[١].

واستنادا لذلك استقر المجلس الدستوري على ذكر هذه العبارة في كل قرارات عدم الدستورية (يجب أن يفيد حكم عدم الدستورية مثير المسألة الدستورية ذات الأولوية، ومن ثم لا يمكن تطبيق النص غير الدستوري على دعواه المعلقة على ذلك الحكم من تاريخ نشره) للتأكيد على أن الأثر المباشر لقرار عدم الدستورية لا يشمل بأي حال من الأحوال الخصم الذي أثار المسألة الدستورية ذات الأولوية، ومن ثم لا بدَّ من سريان قرار المجلس الدستوري عليه باثر رجعي؛ لأن مجرد حصوله على إقرار عدم الدستورية لا يشكل ترضية قضائية كافية، مما يضع على وجه التحديد مسألة أثر ذلك الإقرار، ونطاقه في صميم فعالية هذا التقاضي وحيوية الدعوى الدستورية[٢].

ثانيا: التنظيم القانوني للنطاق الزمني لعدم الدستورية في مصر

لم يحدد الدستور المصري النطاق الزمني لأحكام عدم الدستورية، وإنما فوّض المشرع العادي صراحة بتحديد (ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار)[٣].

وتطبيقا لذلك التفويض نصت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا (يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون، أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه)[٤].

Mathieu Disant: Ibid, p 72.

[١] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2009-595 QPC du 3/12/2009.

[٢] ينظر:

Mathieu Disant: Ibid, p 70.

[٣] المادة (١٩٥) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤، وهي العبارة نفسها الواردة في دستور ١٩٧١ (المادة ١٧٨) الذي صدر قانون المحكمة الدستورية العليا في ظل نفاذه.

[٤] تم تعديل المادة (٤٩) بموجب القرار بقانون المرقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨، ليكون وفق الصيغة المذكورة في المتن، بعد أن كانت تنص على: (يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون، أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه).

والواضح من النص في أعلاه أن المشرع المصري قد وضع قاعدتين عامتين بشأن آثار أحكام المحكمة الدستورية العليا، استنادا إلى طبيعة النص المحكوم بعدم دستوريته[١]، مع وجود استثناء على كل قاعدة، أحدهما متروك للسلطة التقديرية للمحكمة نفسها، والآخر مقرر بنص القانون.

وبناءً على ذلك سنبيّن التنظيم القانوني للنطاق الزمني لعدم الدستورية في مصر على أساس الأثر الرجعي والاستثناءات الوارد عليه، والأثر المباشر، وما يستثنى منه.

١- الأثر الرجعي والاستثناءات الواردة عليه

أثارت العبارة الواردة في المادة (٤٩) (عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم) اختلاف الفقه بشأن ما يفهم منها، وفيما إذا كانت تقرر الأثر الرجعي[٢]، أم الأثر المباشر[٣]، إلا أن المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة أكدت على سريان أحكام عدم الدستورية بأثر رجعي مبينة أن مؤدى تلك العبارة (هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية)[٤].

ومن ذلك يتضح أن القاعدة العامة التي قررها القانون بشأن أحكام عدم دستورية النصوص غير الضريبية هي الأثر الرجعي، ومفاد ذلك رجوع جزاء عدم الدستورية إلى تاريخ صور القانون[٥].

---

[١] قررت المحكمة الدستورية العليا في حكمها في القضية المرقمة (٢٧ لسنة ٣٦ قضائية "منازعة تنفيذ" في ٢٠١٥/٨/١) أن مؤدى المادة (٤٩) من قانونها بعد تعديل عام ١٩٩٨ (أن المشرع أكد على الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، بمفهومه الصحيح الذى سبق أن استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا، باعتباره الأصل في تحديد أثر الحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون، أو لائحة، غير أنه استحدث بهذا التعديل أمرين، كلاهما يعتبر استثناءً من الأثر الرجعي، أولهما: تخويل المحكمة الدستورية العليا رخصة تحديد تاريخا آخر لبدء إعمال أثر هذا الحكم، وثانيهما: الأحكام الصادرة بعدم دستورية نصوص ضريبية لا يكون لها في جميع الأحوال إلا أثر مباشر)، ومن ذلك يتبين أن المحكمة الدستورية العليا قد اعتبرت الأثر المباشر بشأن النصوص الضريبية هو استثناءً من الأثر الرجعي، وفي الحقيقة إن ما جاءت به المادة (٤٩) من تنظيم بشأن النصوص الضريبية يمثل قاعدة عامة ترتبط بتلك النصوص، وليس استثناء، وهو ما اعتمدنا عليه في بيان التنظيم القانوني للنطاق الزمني لعدم الدستورية في مصر.

[٢] من مؤيدي الأثر الرجعي ينظر: د. طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، مصدر سابق، ص ٢٧٢ وما بعدها. د. عبد الله ناصف: حُجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٩ وما بعدها. د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٥٧٠ وما بعدها. عادل عمر شريف: مصدر سابق، ص ٤٧٢ وما بعدها. د. مصطفى محمود عفيفي: مصدر سابق، ص ٢٨٩ وما بعدها. د. شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ٦٣٢ وما بعدها. د. فتحي فكري: القانون الدستوري، مصدر سابق، ص٣٢٧ وما بعدها. د. محمود أحمد زكي: مصدر سابق، ص ٥١٠ وما بعدها.

[٣] من مؤيدي الأثر المباشر ينظر: د. نبيل لوقا بباوي: الأثر الرجعي للأحكام الدستورية باطل، مقال منشور في صحيفة الأهرام، السنة (١٢٣)، العدد (٤٠٧٨٤)، في ١٩٩٨/٨/٥، ص ١٠.

[٤] الفقرة (١٠) من المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٥] ينظر: د. رمزي الشاعر: المصدر السابق، ص ٥٦٨.

وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في كل أحكامها إذ ذهبت إلى أن: (للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بيانا لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور وفى حدوده المقررة شكلاً وموضوعاً، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه، أم أنه صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره،)[١].

ومع الإقرار بالأصل العام ومفاده رجوع أثر عدم الدستورية إلى تاريخ صدور القانون، فان هنالك استثناءين يردان على الأثر الرجعي أولهما ما قرره القانون من سلطة تقديرية للمحكمة الدستورية العليا في تحديد تاريخ آخر لنفاذ حكمها.

ويقتضي إعمال هذا الاستثناء أن تصرح المحكمة به، عن طريق تحديد تاريخ آخر لنفاذ حكمها، ومن دون ذلك التصريح، يتم إعمال الأصل العام المتمثل بالأثر الرجعي.

وقد أكدت المحكمة ذلك في أحد أحكامها بقولها (ولما كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت، ... بعدم دستورية نصوص غير ضريبية تتعلق برسوم تجبيها الدولة جبرا من شخص معين مقابل خدمة تؤديها، ولم تحدد تاريخا آخر لإعمال أثر حكمها، بما لازمه وجوب إعمال الأثر الرجعي لهذا الحكم، وما يستوجبه ذلك من ارتداد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى تاريخ صدور النص التشريعي)[٢].

وتحديد المحكمة تاريخ آخر لحكمها يمكن أن يكون بين ثلاثة احتمالات، فهو إما أن يكون بأثر رجعي محدود، عن طريق تحدد المحكمة تاريخا لنفاذ حكمها يبدأ بعد تاريخ صدور القانون، وتاريخ صدور الحكم نفسه، كأن يكون رجوع الحكم لمدة سنتين، أو أكثر قبل صدوره[٣]. ولم يتسنى الحصول – بقدر اطلاعنا – على حكم للمحكمة حددت فيها أثرا رجعيا محدودا.

أما الاحتمال الثاني فقد يكون هو اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم، مما يجعل الأثر المترتب عليه مباشرا، من دون أن ينصرف إلى تاريخ صدور القانون. وبالفعل طبقت المحكمة هذا استثناء، وقررته في بعض أحكامها[٤]،

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" في ١٩٩٠/٥/١٩) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٢ مكرر) في ١٩٩٠/٦/٣. وحكمها في القضية المرقمة (٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/٢/٣) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٧ مكرر) في ١٩٩٦/٢/١٧. وأيضا في القضية المرقمة (٢٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/١١/٣٠) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٩) في ١٩٩٦/١٢/١٢.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٧ لسنة ٣٦ قضائية "منازعة تنفيذ" في ٢٠١٥/٨/١).

[٣] ينظر: د. رمزي الشاعر: المصدر السابق، ص ٥٧٦.

[٤] من ذلك حكمها في القضية المرقمة (٨٢ لسنة ٢٦ قضائية "دستورية" في ٢٠١٢/٨/٥) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٣٢ مكرر "أ") في ٢٠١٢/٨/١٥، وحكمها في القضية المرقمة (١٠٤ لسنة ٢٦ قضائية "دستورية" في ٢٠١٧/٤/١) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٤ مكرر "أ") في ٢٠١٧/٤/١٠، وحكمها في القضية المرقمة (٦١ لسنة ٣١ قضائية "دستورية" في ٢٠١٧/٥/٦) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٩ مكرر "أ") في ٢٠١٧/٥/١٥.

ومن ذلك حكمها الصادر في ٢٠٠٢/١١/٣ إذ ذهبت إلى إن (إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وعلى ما انتهت إليه المحكمة في هذه الأسباب، مؤداه: إحداث خلخلة اجتماعية واقتصادية مفاجئة، تصيب فئات عريضة من القاطنين بوحدات سكنية تساندوا في إقامتهم بها إلى حكم هذا النص قبل القضاء بعدم دستوريته، وهى خلخلة تنال من الأسرة في أهم مقومات وجودها المادي، وهو المأوى الذى يجمعها وتستظل به، بما تترتب عليه آثار اجتماعية تهز مبدأ التضامن الاجتماعي الذى يقوم عليه المجتمع وفقا لما نصت عليه المادة السابعة من الدستور، إذ كان ذلك فإن المحكمة ترى إعمال الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانونها، وتحدد لسريان هذا الحكم تاريخا آخر هو اليوم التالي لنشره، بما مؤداه: أن جميع العقود التي أبرمت قبل هذا التاريخ إعمالا لحكم الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، وتنزل منزلتها الوقائع التي ترتب عليها قيام التزام على المؤجر بتحرير عقود إيجار، فتعد عقودا قائمة حكما – حيث كان يجب تحريرها – وتظل قائمة ومنتجة لكافة آثارها القانونية وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) المشار إليها)[١].

واستعملته أيضا في حكمها الصادر في ٢٠٠٣/٤/١٣ مقررة أن (إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية المادة (٤٤) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ مؤداه: أن العلاقات الإيجارية التي تمت استنادا إلى هذا النص من مستأجرين بغير موافقة المؤجرين، أضحت بغير سند من القانون ومخالفة لما تضمنته عقود الإيجار الأصلية من شرط المنع من التنازل أو التأجير من الباطن ومن ثم سندا للمؤجرين في طلب إنهاء عقودهم وإخلاء الأعيان المؤجرة لهم، وهو أمر يحمل إلى جانب عنصر المفاجأة الشديدة، قدرا عاليا من الأضرار الاجتماعية والاقتصادية لفئة من المستأجرين ركنت في تصرفاتها إلى النص الطعين قبل أن يقضى بعدم دستوريته، وهى أضرار ترى المحكمة إمكان تجنبها بإعمال الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانونها، وتحدد لإعمال أثر هذا الحكم تاريخا آخر هو اليوم التالي لنشره، بما مؤداه: أن جميع عقود الإيجار المفروش التي أبرمت قبل هذا التاريخ تظل خاضعة في آثارها للنص المقضى بعدم دستوريته وللنصوص التي سقطت تبعا لذلك)[٢].

والاحتمال الأخير للاستثناء الذي قرره القانون للمحكمة فهو الأثر المستقبلي، إذ لا تقتصر عبارة (ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر) على إمكانية تحديد الأثر الرجعي المحدود، والأثر المباشر، بل تمتد أيضا لجواز أن تضع المحكمة الدستورية العليا لحكمها أثرا مستقبليا، لا ينفذ إلا بعد تحقق التاريخ الذي تحدده لذلك؛ من أجل إعطاء الوقت الكافي للمشرع العادي بتعديل النص التشريعي في ضوء ما قرره حكم عدم الدستورية[٣].

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٧٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" في ٢٠٠٢/١١/٣) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٦) في ٢٠٠٢/١١/١٤.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٤ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" في ٢٠٠٣/٤/١٣) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٧ تابع) في ٢٠٠٣/٤/١٧.

[٣] ينظر: د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٣٣٠.

وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا هذا الاحتمال، بعد عقدين على تعديل المادة (٤٩) من قانونها، باستعمالها الرخصة الممنوحة لها بموجب المادة المذكورة، لتحدد أثرا مستقبليا لحكمها[١]، الصادر في ٢٠١٨/٥/٥، إذ قررت فيه (إن هذه المحكمة تقديرا منها لاتصال النص المطعون فيه بنشاط الأشخاص الاعتبارية، وتأثيره على أداء هذه الأشخاص لدورها في خدمة المجتمع، والاقتصاد الوطني، فإن المحكمة تُعمل الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانونها، وتحدد لإعمال أثر هذا الحكم اليوم التالي لانتهاء دور الانعقاد التشريعي العادي السنوي لمجلس النواب، التالي لتاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية طبقا لنص المادة (١٩٥) من الدستور، والمادة (٤٩) من قانون هذه المحكمة الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وهو الدور الذى سيعقد خلال عام (٢٠١٨/٢٠١٩) طبقا لنص المادة (١١٥) من الدستور)[٢].

أما الاستثناء الثاني فهو يرجح اعتبارات الأمن القانوني، ومفاده عدم شمول آثار الحكم بعدم الدستورية للمراكز القانونية المكتملة، والحقوق المكتسبة بموجب أحكام قضائية باتة، أو بالتقادم. وفي الحقيقة لا يستند هذا الاستثناء إلى نص صريح في قانون المحكمة، وإنما هو مقرر بموجب مذكرته الإيضاحية[٣]، إذ نصت على: (أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة تقادم)[٤].

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا منذ عام ١٩٩٦ على ضرورة توافر شرطين في الحكم القضائي[٥] (أولهما: أن يكون باتا، وذلك باستنفاده لطرق الطعن جميعها. ثانيهما: أن يكون صادرا قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا، ومحمولا على النصوص القانونية عينها التي قضي ببطلانها)[٦].

والسبيل الثاني لإيقاف الأثر الرجعي فهو استقرار الحقوق والمراكز القانونية بانقضاء مدة التقادم. والملاحظ أن المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة لم تجعل التقادم هو الاستثناء، وإنما انقضاء مدة التقادم. ويبدو الفارق واضحا

---

[١] سنبيّن لاحقا عدم التزام المشرع المصري، بالموعد الذي حددته له المحكمة الدستورية العليا، لتصحيح عدم الدستورية في المادة (١٨) من القانون رقم (١٣٦) لسنة ١٩٨١ بشأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير، وبيع الأماكن، وتنظيم العلاقة بين المؤجر، والمستأجر.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١١ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" في ٢٠١٨/٥/٥) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٩ مكرر "ب") في ٢٠١٨/٥/١٣.

[٣] ينظر: د. عبد العزيز محمد سالمان: الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العملية التي تثيرها، ط١، دار سعد سمك، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٣٢٤.

[٤] الفقرة (١٠) من المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٥] للمزيد ينظر: د. عبد العزيز محمد سالمان: الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العملية التي تثيرها، المصدر السابق، ص ٣٣٢ وما بعدها.

[٦] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/١١/٣٠) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٩) في ١٩٩٦/١٢/١٢.

بين الأمرين. فالتقادم الذي تعنيه المذاكرة الإيضاحية هو مجرد فوات المدة اللازمة للتقادم، سواء أكانت سنة، او ثلاث سنوات، أو خمس سنوات، أو خمسة عشر سنة، تكفي لجعل الحق، أو المركز القانوني الذي استقر بموجب هذه المدة في مأمن من سريان الحكم الصادر بعدم الدستورية، وذلك دون حاجة لصدور حكم قضائي يقرر هذا التقادم، والتريث حتى يصبح هذا الحكم حائزا قوة الأمر المقضي فيه[١].

إذ إن اشتراط وجود مثل هذا الحكم القضائي ينفي أن يكون التقادم استثناءً قائما بذاته، وإنما يرجع الأمر للحكم القضائي نفسه، وليس للتقادم، وهذا ما لا تؤيده عبارات المذكرة الإيضاحية عندما نصت على أن استقرار الحقوق والمراكز القانونية إما أن يكون بحكم قضائي، أو بانقضاء مدة تقادم، ومن دون هذا المعنى يكون هنالك زيادة، وتكرار في المذكرة الإيضاحية لا فائدة فيها.

وبعد أن أوضحنا القاعدة العامة التي وضعها المشرع المصري بشأن أحكام عدم دستورية النصوص غير الضريبية، وهي الأثر الرجعي، والاستثناءين الواردين عليها، فإنه ينبغي التأكيد على أن القانون قيّد من نطاق هذين الاستثناءين عندما يتعلق الحكم بنص جنائي إذ نصَّ على: (فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه)[٢].

وبذلك يكون المشرع المصري قد قرر الأثر الرجعي المطلق من دون أي استثناء عليه، عندما يرتبط الحكم بعدم الدستورية بنص جنائي، ولازم ذلك عدم إمكانية المحكمة في تحديد تاريخا آخر للحكم من جانب. كما إن المراكز القانونية المستقرة في ظل القانون الجنائي غير الدستوري لا يمكن حمايتها من جانب آخر.

ولذلك يسري الأثر الرجعي المطلق على جميع الأحكام القضائية الصادرة بالإدانة كلما كانت مستندة إلى نص جنائي قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته. في هذا الترجيح انحياز كامل للشرعية الدستورية، والحرية الشخصية؛ لأن الأحكام الجنائية تمس مباشرة الحرية الشخصية للمواطن، وهي أعز ما يحرص عليه، فإذا اتضح أن النص الذي طُبق عليه كان غير دستوري. فالعدالة تقتضي تغليب جانب الحرية على حُجية الأحكام الجنائية، وفي هذا أعمال كامل للشرعية الدستورية، الذي يعد مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات أحد مصاديقها[٣].

---

[١] د. عبد العزيز محمد سالمان: الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العملية التي تثيرها، المصدر السابق، ص ٣٥٦.

[٢] المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٣] ينظر: د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٥٨٧.

٢- الأثر المباشر والاستثناء الوارد عليه

يوجد إلى جانب الأثر الرجعي قاعدة عامة أخرى تحكم النصوص القانونية الضريبية، إذ أفرد القانون لهذه النصوص أثرا خاصا بها بنصه على: (على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص)[١].

ومن ذلك يتضح أن الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص ضريبي ترتب أثرها من تاريخ صدورها، بقوة القانون وليس بناءً على تقدير المحكمة. ومن ثم لا يستلزم ذلك النص عليه في منطوق الحكم[٢].

وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨ ذلك بقولها: (أن إبطال المحكمة لضريبة بأثر رجعي مؤداه أن ترد الدولة حصيلتها التي أنفقتها في مجال تغطية أعبائها إلى الذين دفعوها من قبل، بما يعجزها عن مواصلة تنفيذ خططها في مجال التنمية، ويعوقها عن تطوير أوضاع مجتمعها، ويحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز في موازنتها، وتلك جميعها آثار خطيرة تهدم من خلال حدتها الأوضاع القائمة، وتضطرب بها موازنة الدولة فلا تستقر مواردها على حال).

ومع هذا الأصل العام بشأن أثر الحكم بعدم دستورية نص ضريبي فقد استثنى القانون منه رافع الدعوى الدستورية؛ وهو أمر منطقي إذ إن إعمال الأثر المباشر تجاهه من شأنه تفويت الفائدة المرجوة من الدعوى التي كسبها، ومن ثم يتعذر عليه استرداد ما أداه من ضرائب استنادا إلى قانون غير دستوري[٣].

وبناءً على ذلك فقد استثنى القانون المدعي من إعمال الأثر المباشر بحقه، وجعل الحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي يسري عليه بأثر رجعي، أي من تاريخ صدور القانون، أو بتعبير أدق من تاريخ تسديده للضريبة استنادا لذلك القانون؛ لغرض الاستفادة من دعواه.

وإذا كانت عبارة المشرع (وذلك دون إخلال باستفادة المدعي) تثير بعض الغموض بشأن مدى الاستفادة، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد وسعت من معنى المدعي، وجعلته يشمل (كل من اتصلت دعواه مستوفية أوضاعها القانونية بالمحكمة الدستورية العليا وقت صدور الحكم بعدم دستورية ذلك النص، وهو الإطلاق الذي يعصم النص من عدم الدستورية)[٤].

ثالثا: التنظيم القانوني للنطاق الزمني لعدم الدستورية في العراق

لم ينظّم النطاق الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية إلا بعد صدور النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢، وقبل ذلك كان الأمر محل فراغ تشريعي أدى إلى اختلاف فقهي بشأن تبني الأثر الرجعي

---

[١] المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.

[٢] ينظر: د. رمزي الشاعر: المصدر السابق، ص ٥٩٥.

[٣] ينظر: د. رمزي الشاعر: المصدر السابق، ص ٥٩٧.

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٧٦ لسنة ٢٢ قضائية "دستورية" في ٢٠٠٢/٧/٧) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٩ تابع "ب") في ٢٠٠٢/٧/١٨.

أو المباشر، إلا أن ذلك الفراغ لم يمنع المحكمة من الأخذ بالأثر المباشر أصلا عاما لقراراتها الصادرة بعدم الدستورية.

وعلى أساس ذلك سنبيّن التنظيم القانوني للنطاق الزمني لعدم الدستورية في العراق بناءً على الحد الفاصل بين الفراغ التشريعي، والتنظيم الوارد في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا لهذا الموضوع.

١- التنظيم القانوني للنطاق الزمني لعدم الدستورية قبل صدور النظام الداخلي الجديد للمحكمة

من الملاحظ على النصوص الدستورية والقانونية المنظمة للمحكمة الاتحادية العليا خلوها من أي تحديد للنطاق الزمني للحكم بعدم الدستورية، وهو في الحقيقة خلل تنظيمي كبير تنتقد على أساسه تلك النصوص؛ فتحديد الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية لا يقل شأن عن إقرار الرقابة على دستورية القوانين نفسها.

وإزاء هذا الفراغ التشريعي فقد اختلفت الفقه إلى رأيين: يرى الأول أن الحكم بعدم الدستورية يسري بأثر مباشر[١]، في حين يذهب الرأي الآخر إلى سريانه بأثر رجعي، مستدلا بالقواعد العامة التي تقتضي أن يكون حكم الإلغاء كاشفا، وليس منشئا، ومن ثم سريان حكم الإلغاء بأثر رجعي يرتد إلى صدور القانون المحكوم بعدم دستوريته[٢].

وقد استند الرأي الأول إلى أن الأثر الرجعي يتسبب بزعزعة النظام القانوني؛ إذ ينشأ عن الحكم بعدم الدستورية فراغ تشريعي، بسبب زوال القانون غير الدستوري، وهذا الفراغ تتسع دائرته بتكرار الأحكام بعدم الدستورية[٣]، وإن الأثر الرجعي يهدم المراكز القانونية التي أصبحت جزءا من الواقع الذي لا يمكن محوه[٤].

وفي تأييده لهذا الرأي ذهب بعض الفقه إلى أن الأحكام القضائية تتمتع بالأثر المباشر، والاستثناء إعمالها بأثر رجعي، وهذا الاستثناء يجب أن يقرره نص صريح، ومن ثم لا يجوز افتراضه، ولعدم وجود هذا النص الصريح فلا يمكن تأييد الأثر الرجعي؛ لأنه استثناء على الأصل العام، وتقريره لا بدَّ أن يكون في الدستور، أو القانون، ولا يمكن افتراضه[٥].

وبصدد الترجيح بين الرأيين المتقدمين يمكن تأييد سريان قرارات المحكمة الاتحادية العليا بأثر رجعي، عن طريق الرد على الأدلة التي استند إليها الرأي الأول، إذ وقع بعض أصحاب هذا الرأي في خلط كبير أدى به إلى

---

[١] ينظر: د. علي هادي عطية الهلالي: النظرية العامة في تفسير الدستور، مصدر سابق، ص ٢٥٠. أحمد علي عبود الخفاجي: آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة إلى كلية القانون/ جامعة بابل، ٢٠١٥، ص ٢٥١ – ٢٥٢.

[٢] ينظر: د. مها بهجت يونس الصالحي: الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٢٢٢.

[٣] ينظر: محمد عباس محسن: اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين في العراق، أطروحة مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة النهرين، ٢٠٠٩، ص ١٦٨ – ١٦٩.

[٤] ينظر: د. غازي فيصل مهدي: المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، موسوعة الثقافة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٦٨.

[٥] ينظر: د. علي هادي عطية الهلالي: النظرية العامة في تفسير الدستور، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

نتائج غير مقبولة، إذ إنه صرّح أن الأثر المباشر يمثل القاعدة العامة بشأن آثار الأحكام القضائية، والأثر الرجعي استثناء منها، وفي ذلك خلط بين سريان القواعد القانونية من جانب، والأحكام القضائية من جانب آخر.

فالقواعد القانونية على وفق الأصل العام لا تسري إلا على الوقائع التي حدثت بعد نفاذها، ولا تطبق على ما سبق ذلك النفاذ من وقائع وتصرفات إلا على نحو الاستثناء. فالقانون يضع قواعد جديدة لا يصح في الأصل فرض احترامها على المخاطبين بها والامتثال لها، إلا بعد العلم بها، وهو ما يفترض نشرها بعد الإصدار[١].

وعلى خلاف ذلك فإن أحكام القضاء تعد تطبيقا للقواعد القانونية القائمة بالفعل – بمراعاة تدرجها – على وقائع وعلاقات لتردها إلى حكم القانون، ومن ثم فإن الأصل أن تسري أحكام القضاء بأثر رجعي، خاصة قضاء المشروعية، أي المتعلق بموافقة، أو مخالفة العمل القانوني للقواعد القانونية الأعلى منه[٢]، كما هو الحال في القضاء الدستوري الذي يكشف عن حكم الدستور في القانون المعروض أمامه، ليرده إلى مفهومه الصحيح الملازم له منذ صدوره، سواء أكان موافقا للدستور، أم مخالفا له.

ولذلك لا يصح ما ذهب إليه صاحب هذا الرأي من أن الأصل العام في الحكم بعدم الدستورية هو سريانه بأثر مباشر، وإنما لا بدَّ أن يسري ذلك الحكم من تاريخ صدور القانون الذي ثبتت مخالفته للدستور منذ ذلك التاريخ.

أما بشأن ما أورده بعض مؤيدي الرأي الأول من أن الأثر الرجعي يزعزع النظام القانوني[٣]، فإن ذلك يمثل دعوة لمخالفة الدستور، أكثر منه لحمايته، وهي الغاية المستهدفة من الرقابة على دستورية القوانين.

فالتذرع بحجة الفراغ التشريعي الناشئ من كثرة أحكام عدم الدستورية، لغرض تبرير الأثر المباشر، سيمكن المشرع العادي من الإقدام – من دون تردد – على مخالفة الدستور؛ لتحقيق غايات خاصة يبتغيها، عن طريق تشريع قوانين غير دستورية، والعمل – مع الجهات المعنية – على سرعة تطبيقها، قبل أن تعرض على المحكمة الاتحادية العليا.

وبذلك يكون الأثر المباشر – تحت ذريعة الفراغ التشريعي – تخويلا صريحا للمشرع العادي في مخالفة الدستور، على أقل تقدير طيلة المدة السابقة على إقرار المحكمة الاتحادية العليا بتلك المخالفة، وقد تكون هذه المدة جدٌّ خطيرة، ولا سيما إذا كان القانون غير دستوري للانحراف التشريعي الذي شابه، مما يجعل تلك المدة مؤثرة بشكل سلبي على الشرعية الدستورية، وعلى نحو ايجابي لمن شرّع القانون عن علم بمخالفته للدستور.

---

[١] وهذا ما قرره الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٩/تاسعا) بنصه على أن (ليس للقوانين أثر رجعي، ما لم يُنص على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم).

[٢] ينظر: د. عاطف البنا: المشروعية الدستورية... رد شبهات ومغالطات، مقال منشور في صحيفة الوفد ١٩٩٨/٧/٢٤. ملحق في مؤلف د. عبد الله ناصف: المصدر السابق، ص ١٩٢ – ١٩٣.

[٣] ينظر: محمد عباس محسن: مصدر سابق، ص ١٦٨ – ١٦٩.

ويمكن الرد على الرأي الذي يذهب إلى أن الأثر الرجعي لا يقرر إلا بنص صريح، ولا يجوز التوسع في تفسيره، أو افتراضه[١]، بأن الحقيقة خلاف ذلك، إذ أن الأثر المباشر هو من يحتاج إلى نص صريح، ومن دون ذلك النص لا يمكن إعماله.

فالأثر المباشر في حقيقته يجيز مخالفة الدستور مؤقتا، أو بتعبير آخر فإنه يسمح ببقاء الآثار المترتبة على القانون غير دستوري، نافذة في المدة السابقة على الحكم، ومجرد إزالتها في المدة اللاحقة له، ومن ثم فإن التسامح عن المخالفة الدستورية طيلة المدة السابقة على الحكم، وبقاء الآثار المترتبة عليها، هو من يحتاج إلى نص صريح وقاطع، وليس العكس كما ذهب إليه صاحب الرأي المتقدم.

وأما القول إن الأثر الرجعي يهدم المراكز القانونية المستقرة، فإنه يحمل مبالغة لا يمكن قبوله معها؛ لأن إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية مقيد بعدم المساس بالحقوق المكتسبة، والمراكز القانونية المستقرة، وبخلاف ذلك فإن مرور الزمن لا يمكن أن يعيق إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، ما دام ذلك يؤكد الشرعية الدستورية، ويضمن تحقيقها على أكمل وجه.

في حين رأى البعض أن خلو الدستور من أي نص يتعلق بتحديد الأثر الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية يتيح للمحكمة الاتحادية العليا مرونة كبيرة في التعامل مع المواقف المختلفة وفقا لظروف كل قضية على حدة، إذ يجعل إعمال أياً من الأثرين، سواء أكان الرجعي أم المباشر لا يتعارض مع الدستور[٢].

ولا يمكن قبول هذا الرأي؛ كونه يصطدم بالدستور، ويتعارض مع الأصول العامة في آثار الأحكام القضائية. فكونه يتعارض مع الدستور؛ لأن عدم وجود إشارة صريحة في تحديد النطاق الزمني لقرارات المحكمة الاتحادية العليا لا يعني عدم وجود مؤشرات ضمنية يمكن أن تؤيد الأثر الرجعي لعدم الدستورية.

فنص المادة (١٣) من الدستور قد صرّحت بسمو قواعده، وعدم جواز سن قانون يتعارض معها، وقررت في الوقت نفسه بطلان كل نص قانوني يخالفها، وإن حقيقة البطلان الذي قرره النص الدستوري لا يعني إلا زوال النصوص القانونية المخالفة للدستور من أصلها، أي من اللحظة التي صدرت فيها تلك النصوص، ولا يتحقق ذلك إلا إذا اعتُمد الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، في حين أن إعمال الأثر المباشر لا يحقق معنى البطلان الذي قرره الدستور لكل نص قانوني يخالفه.

وإن الرأي المتقدم لا يتفق مع الأصول العامة لآثار الأحكام القضائية، إذ تقتضي تلك الأصول وجود قاعدة عامة معينة لأثر الحكم بعدم الدستورية، محددة مسبقا على أسس موضوعية، ومبنية على اعتبارات معروفة. مع أن وجود هذه القاعدة العامة لا يمنع من وضع استثناءات عليها تحكم حالات معينة.

زيادة على ذلك فإن القول بعدم وجود أصل عام لأثر الحكم بعدم الدستورية، وترك ذلك للمحكمة، تحدده وفق كل قضية يتعارض مع اعتبارات الأمن القانوني؛ لأن عدم التحديد ينعكس بشكل مباشر على حق التقاضي، وما

---

[١] ينظر: د. علي هادي عطية الهلالي: النظرية العامة في تفسير الدستور، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

[٢] أحمد علي عبود الخفاجي: مصدر سابق، ص ٢٢٨.

يتصل به من ترضية قضائية ينشدها الأفراد في ظل توقعاتهم للأسباب الحقيقية المرتبطة بالنطاق الزمني للحكم، مما يستلزم حدا أدنى من معرفتهم المسبقة بآثار الدعاوى التي يرفعونها، في حالة كسب دعواهم.

وبناءً على ما تقدم ينبغي أن يكون الأثر الرجعي الأصل العام الذي يحكم آثار قرارات المحكمة الاتحادية العليا الصادرة بعدم الدستورية، مع جواز أن تكون هنالك استثناءات عليه.

وفيما يتعلق بموقف المحكمة الاتحادية العليا – قبل صدور نظامها الداخلي لعام ٢٠٢٢ – من أثر قراراتها بعدم الدستورية فقد استقر قضاؤها على سريانها بأثر مباشر[١]، إذ ذهبت في قرارها الصادر في ٢٠١٨/٢/١٢ إلى (أن الأحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا تكون نافذة اعتبارا من تاريخ صدورها، ما لم ينص في تلك الأحكام والقرارات على سريان نفاذها من تاريخ محدد في الحكم أو القرار، أو ينص على سريانها على واقعة محددة)[٢].

إلا أن بعض الفقه يرى أن المحكمة الاتحادية العليا قد أعملت الأثر الرجعي في بعض قراراتها، ومن ذلك (١١/اتحادية/٢٠٠٦)[٣] و (٦٠/اتحادية/٢٠٠٩)[٤]، إذ ورد في القرار الأول (قررت هذه المحكمة الحكم بإلغاء الفقرة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ٢٢١ والمؤرخ في ٢٠٠١/١٠/١٤ بحيث ينال المدعي من ارث والدته المتوفية من الدار موضوع الدعوى وفقا للاستحقاق الشرعي)[٥].

وجاء في قرارها الثاني (قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم بإلغاء القرار (٦٧) المؤرخ في (٢٠٠١/٧/٣١) الصادر من رئيس النظام السابق، وإعادة الحالة لما كانت عليه لقطعة الأرض موضوع الدعوى سابقا)[٦].

وإذا كنا نوافق أصحاب هذا الرأي في إعمال المحكمة الاتحادية العليا للأثر الرجعي في قراريها المتقدمين، إلا أنه لا يمكن القول إن ذلك يمثل مصداقا حقيقيا للأثر الرجعي لعدم الدستورية بالمعنى المقصود، إذ إن محل عدم الدستورية هنا ليس قواعد قانونية عامة، وإنما هو قرار فردي خاص بحالة محددة، فالأول حرم فردا معينا من ميراث أمه؛ عقوبة على عقوقه لها. والثاني قضى بإفراز قطعة أرض مملوكة على شيوع. مما يجعل الرقابة التي مارستها المحكمة الاتحادية العليا أقرب إلى القضاء الإداري أكثر منه للقضاء الدستوري الذي تنصب رقابته على القواعد القانونية العامة.

---

[١] ينظر: محمد عباس محسن: مصدر سابق، ص ١٧٠. أحمد علي عبود الخفاجي: المصدر السابق، ص ٢٦٨.

[٢] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٢٨/اتحادية/اعلام/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٢/١٢). وأيضا قرارها المرقم (١٤/اتحادية/اعلام/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٢/١٤).

[٣] استدل بهذا القرار محمد عباس محسن: المصدر السابق، ص ١٧٣ – ١٧٤.

[٤] استدل بهذا القرار د. فتحي فكري: تنظيم رقابة الدستورية في العراق بين عثرات الماضي وثغرات الحاضر، مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد الثلاثون، (ابريل)، ٢٠٢٢. علما أنه قد ذكر رقم القرار بشكل غير صحيح (١٠/اتحادية/٢٠٠٩) والصحيح ما ذكرناه في المتن.

[٥] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١١/اتحادية/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٨/٢٤).

[٦] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦٠/اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠١٠/٧/١٢).

وإذا كان قضاء المحكمة الاتحادية العليا قد استقر على إعمال الأثر المباشر في قراراتها، فإنها قد حددت أثرا مستقبليا لبعضها، ومن ذلك قرارها الصادر في ٢٠١٠/٦/١٤ بشأن المادة (١٥/ثالثا – ب) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ التي حددت مقعدا واحدا للمكون الأيزيدي (الكوتا) في مجلس النواب، وقد توصلت المحكمة إلى أن عدد نفوس المكون تفوق ما خُصص له من المقاعد، وإن ذلك يخالف الدستور، ومن ثم قضت بعدم دستورية النص أعلاه، إلا أنها ألزمت (منح المكون الأيزيدي عدد من المقاعد النيابية يتناسب مع عدد نفوسه **في انتخابات مجلس النواب لدورته القادمة لعام ٢٠١٤**، وحسب الاحصاء السكاني الذي سوف يجرى في العراق مستقبلا)[١].

والواضح من العبارات المتقدمة أن المحكمة قد جعلت لقرارها في أعلاه أثرا مستقبليا، وليس أثرا مباشرا؛ لأن الأخير يستلزم نفاذ القرار من تاريخ صدوره، وإزالة الآثار المترتبة على النص غير الدستوري من ذلك التاريخ، عن طريق زيادة عدد المقاعد النيابية للمكون الأيزيدي، وإجراء انتخابات تكميلية لملء المقاعد المضافة، وهذا ما لم تقرره المحكمة، وإنما ألزمت بحصول ذلك في الانتخابات القادمة بعد انتهاء الدورة البرلمانية التي صدر فيها القرار.

٢- التنظيم القانوني للنطاق الزمني لعدم الدستورية بعد صدور النظام الداخلي الجديد للمحكمة

قننت المحكمة الاتحادية العليا سياستها المستقرة بشأن آثار قراراتها في نظامها الداخلي الجديد إذ نصت المادة (٣٧) منه على: (أولا: يسري الحكم الصادر من المحكمة في غير النصوص الجزائية من تاريخ صدوره، إلا إذا نُص على خلاف ذلك. ثانيا: يسري الحكم الصادر بعدم دستورية النصوص الجزائية من تاريخ نفاذ أحكام النص موضع الحكم).

والواضح من النص في أعلاه أن هناك أصلين عامين يحددان آثار الحكم بعدم الدستورية، بالاستناد إلى طبيعة النص المحكوم بعدم دستوريته، وفيما إذا كان نصا جزائيا أم غير جزائي. وهما: الأثر المباشر ويسري على النصوص غير الجزائية، والأثر الرجعي وينطبق على النصوص الجزائية.

أ- الأثر المباشر في النصوص غير الجزائية والاستثناء الوارد عليه

قرر النظام الداخلي سريان آثار أحكام المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية النصوص غير الجزائية من تاريخ صدور الحكم[٢]، من دون أن ينسحب الأثر إلى تاريخ صدور تلك النصوص، مما يعني بقاء الآثار المترتبة عليها قائما طيلة المدة السابقة على صدور الحكم.

وعلى الرغم من أن الأثر الرجعي لأحكام المحكمة الاتحادية العليا يتفق مع الدستور، وأنه يعد نتيجة منطقية لطبيعة الأحكام القضائية الكاشفة عن حالة عدم الدستورية الملازمة للقانون منذ صدوره، الا أن النظام الداخلي للمحكمة قرر خلاف ذلك، عن طريق تبنيه الأثر المباشر.

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١١/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٦/١٤).

[٢] ينظر: المادة (٣٧/أولا) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.

ومع التشكيك بقدرة النظام الداخلي للمحكمة على تنظيم آثار أحكام عدم الدستورية، فإن الأثر المباشر قد لا ينسجم مع طرق تحريك الرقابة أمام المحكمة، فتحريك هذه الرقابة لا يكون إلا بوجود نزاع، أو دعوى منظورة أمام المحاكم، عن وقائع سبق حدوثها قبل عرض الأمر على المحكمة الاتحادية العليا[١]، وما دامت هذه الوقائع محكومة بالقانون المشكوك بدستوريته، فإن صدور حكم بعدم دستورية ذلك القانون، ونفاذه بأثر مباشر يطرح التساؤل الآتي: ما هي القواعد القانونية التي يطبقها قاضي الموضوع، أو الجهات المتنازعة على تلك الوقائع؟ هل هي القواعد القانونية المحكوم بعدم دستوريتها، وهذا ما يتنافى مع الدستور؛ بسبب إلزامية قرارات المحكمة للسلطات كافة؟ أم هي القواعد القانونية التي يقرها المشرع العادي بعد صدور حكم المحكمة؟ وهذا الفرض ممنوع أيضا بوصفه أصلا عاما بموجب الدستور الذي نصّ على: (ليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك)[٢].

وفي ظل هذه الفرضيات والخيارات المطروحة ما هي فائدة صاحب الدعوى الدستورية إذا كان أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية لا يمتد إلى الماضي ليحكم الوقائع التي أقيمت الدعوى الدستورية بناءً عليها؟ وهل تحققت له الترضية القضائية وفق التنظيم الذي جاء به النظام الداخلي من دون أن يكون له سند دستوري؟

ولعل ما يخفف من حدة تلك الآثار السلبية المترتبة على الأخذ بالأثر المباشر لحكم عدم الدستورية هو الاستثناء الذي أورده النظام الداخلي للمحكمة، إذ سمح أن يحدد القرار لنفاذه تاريخا آخر غير تاريخ صدوره[٣].

وخلاف الأثر المباشر الذي قرره النظام الداخلي، يمكن أن يتسع للأخذ بالأثر الرجعي، ولكن على سبيل الاستثناء، وهذا الأثر الرجعي قد يكون مطلقا يتحدد بصدور القانون غير الدستوري، كما قد يكون بتاريخ لاحق لذلك الصدور، وسابق على الحكم نفسه.

ويمكن أن تجعل المحكمة لقرارها أثرا مستقبليا؛ لغرض إعطاء مدة معقولة للمشرع العادي من أجل التدخل، وإصدار قواعد قانونية تحل محل نظيرتها غير الدستورية؛ تلافيا لآثار الفراغ التشريعي. وإذا كان هذا الاستثناء تبرره اعتبارات الأمن القانوني، فإنه ينبغي أن يقتصر على حالات محدودة، تلتزم المحكمة ببيانها، وإيضاح الآثار المترتبة عليها، وأن يكون التأجيل لمدة معقولة غير مفرطة في الإطالة من جانب، وغير قصيرة تأخذ في الحسبان الأوقات المعتادة لإكمال العملية التشريعية من جانب آخر.

مع التأكيد على أن إعمال الأثر المستقبلي لا بدَّ ألّا يشمل المدعي بمعناه الواسع، الذي يستوعب مبدي الدفع، أو صاحب الدعوى الأصلية، أو المستفيد في حالتي الإحالة التلقائية، والتصدي، بحيث لا يسري بحقه إلا الأصل العام المقرر وهو الأثر المباشر، أو الأثر الرجعي إذا أعملت المحكمة الاتحادية العليا الاستثناء المسموح لها بموجب نظامها الداخلي.

---

[١] ينظر: محمد عباس محسن: المصدر السابق، ص ١٦٨.

[٢] المادة (١٩/تاسعا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٣] ينظر: المادة (٣٧/أولا) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.

والجدير بالذكر أن المحكمة الاتحادية العليا – بحدود اطلاعنا – لم تستخدم السلطة التقديرية الممنوحة لها بشأن اعتماد أثر آخر غير الأثر المباشر، لقراراتها بعدم الدستورية، إلى حد كتبة هذه الأسطر.

ب- الأثر الرجعي المطلق في النصوص الجزائية

يعد الأثر الرجعي المطلق القاعدة الثانية لآثار أحكام المحكمة الاتحادية العليا الصادرة بعدم الدستورية، وهي خاصة بالنصوص الجزائية. وإذا كان النظام الداخلي قد رجح اعتبارات الأمن القانوني في القاعدة الأولى (الأثر المباشر)، فإنه قد التزم بالشرعية الدستورية عند تبنيه الأثر الرجعي المطلق للحكم بعدم دستورية النصوص الجزائية، من دون أي استثناء على ذلك.

وبالرجوع إلى نص النظام الداخلي نجده قد استخدم مصطلح (النصوص الجزائية)[١] على نحو العموم، لذلك فإنه يشمل النصوص العقابية من جانب، والنصوص الإجرائية من جانب آخر، فالمصطلح قد ورد عاما، ومن ثم ينبغي أن يفسّر على عمومه، ولا سيما أن الأثر الرجعي – برأينا – ينبغي أن يكون أصلا عاما يحكم أثر قرارات المحكمة.

وقد تبين سابقا أن اعتماد الأثر الرجعي في النصوص الجزائية راجع إلى ترجيح اعتبارات الشرعية الدستورية، ولا تقتصر هذه الاعتبارات على إلغاء الآثار المترتبة على النصوص العقابية فقط، بل تستلزم شمول الأثر الرجعي للنصوص الجزائية الإجرائية أيضا.

فحماية الشرعية الدستورية، وكفالة الحرية الشخصية لا تقف عند إعمال الأثر الرجعي بشأن النصوص العقابية، وزوال الأحكام الصادرة بالإدانة استنادا إليها، وإنما تقتضي كذلك شموله – أي الأثر الرجعي – للنصوص الجزائية الإجرائية، متى ما كانت تلك النصوص تقرر أحكاما تخالف الدستور.

فالأحكام الصادرة بالإدانة بناءً على نصوص إجرائية غير دستورية لا تقل مساسا بالشرعية الدستورية، والحرية الشخصية عن نظيرتها الصادرة استنادا لنصوص عقابية غير دستورية.

وبناءً عليه ينبغي إعادة النظر بهذه الأحكام جميعها، على أساس قرار المحكمة الاتحادية العليا، وبغض النظر عمّا إذا كان النص المحكوم بعدم دستوريته عقابيا أم إجرائي، متى كانت تلك الأحكام مستندة إليه.

والأثر الرجعي الذي خصّ النظام الداخلي به الأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص الجزائية ليس استثناءً، وإنما هو قاعدة عامة في هذا الشأن، وبناءً على ذلك فإن إعماله لا يتوقف على تصريح الحكم بذلك، كما هو الحال فيما يتعلق بالحكم الصادر بعدم دستورية نصوص غير جزائية، بل هو مقرر بحكم القانون.

ولذلك لا يصار إلى إعمال الأثر المباشر في حالة خلو الحكم من الإشارة لأثره، وإنما يتم تطبيق الأثر الرجعي ما دام الحكم يرتبط بنصوص جزائية، حتى وإن لم يصرح بذلك.

وإذا كان النظام الداخلي قد جارى بعض الدول في إعمال الأثر الرجعي المطلق بشأن النصوص الجزائية، إلا أن الأحكام التي جاء بها في هذا الشأن تبدو قاصرة عن إيجاد تنظيم كامل لتطبيق الأثر الرجعي على الأحكام

---

[١] ينظر: المادة (٣٧/ثانيا) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.

الصادرة بالإدانة استنادا إلى قانون غير دستوري، كما هو الحال في مصر، فقد تبين سابقا تصريح القانون المصري بانعدام الأحكام الصادر بالإدانة، واعتبارها لم تكن من جانب، وإلزام رئيس هيئة المفوضين في المحكمة الدستورية العليا بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه من جانب آخر.

وهذا التنظيم في حقيقته يوضح كيفية الالتزام الكامل بأحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة بعدم دستورية نص جنائي، وهو ما سكت النظام الداخلي عن بيانه؛ مما يجعله محلا للانتقاد؛ بسبب القصور التنظيمي.

المبحث الثاني

الآثار غير المباشرة للتعارض التقديري

يمارس القاضي الدستوري رقابته وصولا إلى مدى اتفاق، أو مخالفة تقدير المشرع العادي مع النصوص الدستورية. وإذا ما وصل إلى قناعة تامة أن هذا التقدير يصطدم بالدستور فإنه يقرر عدم دستوريته، ومن ثم إلغاء النص القانوني، أو تجريده من قوة النفاذ.

وإذا جاز لنا أن نعدَّ ذلك بأنه أثر مباشر للتعارض التقديري، فإنه يمكن القول إن هنالك آثار غير مباشرة، أو غير مستهدفة بشكل مباشر، وإنما هي تتحقق في أرض الواقع.

فالمتتبع للنصوص الدستورية والنصوص القانونية، وقرارات القاضي الدستوري أيضا، يستطيع أن يجد – سواء أكان على المدى القريب أم البعيد – آثارا غير مباشرة تتعلق بالمشرع العادي من جانب، والقاضي الدستوري من جانب آخر.

ففيما يتعلق بالمشرع العادي فإن سلطته التقديرية التي ثبتت له عند صدور الدستور سوف تتقلص يوما بعد يوم، فكلما تحقق التعارض التقديري كلما كان ذلك على حساب السلطة التقديرية للمشرع العادي، ومن ثم تصبح العلاقة عكسية بين التعارض التقديري والسلطة التقديرية للمشرع العادي، فحيثما زاد التعارض التقديري قلّت معه السلطة التقديرية للمشرع العادي في مجال معين، وقد يكون ذلك على نحو سلبي بتقليص البدائل التي كانت متاحة أمام المشرع، أو على نحو إيجابي، عن طريق تحديد القاضي الدستوري للإطار التشريعي الذي ينبغي أن يتحرك المشرع العادي ضمنه.

وإزاء هذه النتيجة غير المباشرة للتعارض التقديري، التي تؤثر في تقليص السلطة التقديرية للمشرع العادي، قد لا يقف الأخير ساكتا أمامها، بل من الممكن أن يمارس حق الدفاع – بتصوره – عن سلطته التقديرية، ومساحتها سواء أكان ذلك الدفاع بطريقة مشروعة أم غير مشروعة، من أجل تقييد القاضي الدستوري بتقليل ضماناته، واستقلاله، أو الحد من آثار أحكامه.

وبناءً على ذلك فإن الآثار غير المباشرة للتعارض التقديري هي: تقييد نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي، وتقييد القاضي الدستوري، أو الحد من فاعلية عمله، ولذلك سنتناول هذين الأثرين غير المباشرين للتعارض التقديري في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول

تقييد نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي

يترك التعارض التقديري أثرا يتمثل بتقييد نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي، وذلك من الناحيتين السلبية والإيجابية، ويتحقق التقييد السلبي بتقليص عدد البدائل المتاحة أمام المشرع العادي وفق سلطته التقديرية في تنظيم موضوع معين، عن طريق استبعاد كل بديل حكم القاضي الدستوري بعدم دستوريته.

ومفاد ذلك عدم صلاحية هذا البديل في التنافس مرة ثانية مع البدائل الأخرى في تنظيم الموضوع المراد تنظيمه، وبالمقابل عدم مقدرة المشرع في وقوع اختياره على ذلك البديل؛ كونه يخالف الدستور باعتراف القاضي الدستوري المخول بهذا العمل.

وأما من الناحية الإيجابية فيقيد التعارض التقديري نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي، بما يضعه القاضي الدستوري – بشكل مباشر أو غير مباشر – من مبادئ إرشادية، وتوجيهية بشأن كيفية اختيار البديل المناسب لتنظيم موضوع معين مستقبلا، أو تحديد البديل نفسه أحيانا.

وليس للمشرع العادي إلا أن يلتزم بتلك المبادئ التي وضعها له القاضي الدستوري عند اختياره بديلا معينا، إذا كان يريد للقوانين التي يقرها استمرار نفاذها، وتحقيق أهدافها، وإلّا وقعت تلك القوانين في دائرة المخالفة الدستورية، بحكم من القاضي الدستوري الذي وضع تلك المبادئ الارشادية والتوجيهية.

ولغرض بيان تأثير التعارض التقديري في تقييد نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول التقييد السلبي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي، والثاني التقييد الإيجابي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي.

الفرع الأول: التقييد السلبي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي

يعد التقييد السلبي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي نتيجة طبيعية للتعارض التقديري، إذ لا يمكن للمشرع العادي أن يعود إلى اختيار البديل الذي حكم القاضي الدستوري بعدم دستوريته، ومن ثم ينبغي أن يتم استبعاد هذا البديل، من الاختيار لتنظيم موضوع معين.

وحالة استبعاد البدائل، نتيجة عدم دستوريتها عن طريق تحليل القاضي الدستوري للنصوص الدستورية، يؤدي إلى تقليل مساحة السلطة التقديرية للمشرع العادي يوما بعد يوم.

ولغرض إيضاح ذلك سنقسم هذا الفرع على نقطتين: أولهما مضمون التقييد السلبي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي، وثانيهما موقف القاضي الدستوري من التقييد السلبي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي.

أولا: مضمون التقييد السلبي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي

تبين سابقا أن العلاقة عكسية بين التعارض التقديري، والسلطة التقديرية للمشرع العادي، إذ إن زيادة التعارض التقديري في موضوع معين، أو على المستوى العام يؤدي إلى تقليص مساحة السلطة التقديرية للمشرع العادي.

فالقاضي الدستوري واستنادا إلى سلطته التقديرية، وبناءً على استنتاجاته، ونظرته الكاملة والفاحصة للنصوص الدستورية، يستطيع أن يستخرج بعض القيود على السلطة التقديرية للمشرع العادي في تنظيمه لقضايا المجتمع.

وعلى الرغم من أن السلطة التقديرية للمشرع العادي تسمح له بحرية اختيار البديل المناسب والملائم، لكنه بشرط أن يكون ذلك البديل غير مخالف للضوابط والقيود الدستورية.

وهذه الضوابط والقيود قد تكون غير صريحة، أو غير واضحة، أو غير محددة، وإنما يستنتجها القاضي الدستوري عند ممارسة رقابته على دستورية تقدير المشرع العادي، وبسلطة تفسيرية وتقديرية واضحة.

وبما إن بعض النصوص الدستورية تتسم بالعموم فقد يندفع المشرع العادي نحو تشريع قوانين تصطدم بالدستور؛ تحت ذريعة السلطة التقديرية الممنوحة له، إذ قد لا يرشح من النص الدستوري استبعاد بديل معين، وعدم الاستبعاد معناه منح سلطة تقديرية للمشرع العادي في اختيار هذا البديل، لكن القاضي الدستوري قد يتوصل إلى خلاف ذلك، ومن ثم يحكم بعدم دستورية البديل المعروض أمامه.

وحقيقة هذا الحكم أن البديل الذي وقع عليه اختيار المشرع العادي سابقا أصبح مستبعدا من دائرة البدائل المتاحة أمامها في تنظيم موضوع معين بعد أن حكم القاضي الدستوري بعدم دستوريته.

فصدور حكم بعدم دستورية هذا البديل اليوم، وآخر في غيره يؤدي إلى تقليل عدد البدائل المعروضة لتنظيم الموضوع، وهكذا يجد المشرع العادي سلطته التقديرية بعد مرور مدة من الزمن على نفاذ الدستور تتقلص، وتقل خياراتها.

ولا يعني ذلك – بأي حال من الأحوال – انعدام السلطة التقديرية، وإنما تقل مساحة التحرك فيها بمرور الوقت، عن طريق نقصان البدائل، بقدر ما يُصدر القاضي الدستوري من تعارض تقديري.

وبعملية حسابية ورقمية، فقد يكون للمشرع العادي عند نفاذ الدستور – على سبيل المثال – عشرة بدائل، أو أكثر تتنافس فيما بينها حول تنظيم موضوع معين، إلا أنه بعد مدة على ذلك النفاذ، وممارسة المشرع العادي لسلطته التقديرية، وإصدار عدد من القوانين في موضوع معين، وبالمقابل خضوع هذه القوانين لرقابة القاضي الدستوري، وتحقق تعارضه التقديري مع المشرع العادي، والحكم بعدم دستورية ذلك البديل، قد ينقص عدد البدائل إلى ثمانية، أو أقل، وبعد مدة أخرى قد يقل العدد إلى خمسة وهكذا من الناحية الافقية.

وأما على المستوى العمودي فإن اختيار هذا البديل قد يكون عند نفاذ الدستور بأية صورة مناسبة، أو مضمون معين يحدده المشرع العادي ويرسم ملامحها، لكنه أيضا بعد مدة زمنية معينة، وبالسياق المتقدم قد تقل الخيارات التفصيلية والجزئية لبديل معين، ومن ثم تتحدد صور اختيار هذا البديل في ضوء ما استبعده القاضي الدستوري من تفاصيل فيه تخالف الدستور.

وإذا رسمنا دائرة للمساحة التي يتحرك بها المشرع العادي في تنظيم الحقوق، والحريات بموجب سلطته التقديرية، فإنه يمكن القول بقدرته على تبني أي حل، أو بديل يقع ضمن هذه الدائرة، وبالعكس فإنه لا يجوز له اعتماد حلولا تقع خارجها.

ويدخل ضمن هذا الاستبعاد أيضا كل الحلول الأخرى التي تعد أكثر انتهاكا للدستور، وأشد مخالفة لأحكامه من باب أولى، زيادة على الحلول التي قرر القاضي الدستوري عدم دستوريتها.

كما لو حكم القاضي الدستوري بعدم دستورية امتداد عقد الإيجار لأقارب المستأجر من الدرجة الثالثة، فإن هذا الحل أصبح مستبعدا من دائرة السلطة التقديرية للمشرع العادي، ومن باب أولى يستبعد امتداد عقد الإيجار لأقارب المستأجر من الدرجة الرابعة والخامسة وهكذا.

وفي مقابل ذلك فإن الحلول التي دون الحل المحكوم بعدم دستوريته تبقى متمتعة بقرينة دستورية، حتى قبل تبنيها تشريعيا، أي أن اختيارها لمعالجة موضوع معين يبقى قائما أمام المشرع العادي.

إلا أن إمكانية تبنيها، أو اعتمادها بالفعل لا يعصمها من عدم الدستورية مطلقا، وإنما تكون مشمولة بقرينة الدستورية فحسب، وتسري عليها آثار هذه القرينة إلى أن يقرر القاضي الدستوري خلاف ذلك.

وفي مثالنا السابق فإن خيار امتداد عقد الإيجار لأقارب المستأجر من الدرجة الأولى، يبقى متاحا أمام المشرع العادي لتمتعه بقرينة الدستورية.

وهنا يمكن أن نتحدث عن مفهوم جديد لقرينة الدستورية، أو بتعبير أدق لحدود هذه القرينة زمنيا، بحيث أصبح إعمال تلك القرينة عند سن القوانين، وليس عند عرضها – أي القوانين – على القاضي الدستوري.

وبناءً عليه تكون الحلول ما دون الحل المحكوم بعدم دستوريته هي المتمتعة بقرينة الدستورية، أما الحلول الأخرى الأكثر انتهاكا للدستور فتفقد هذه القرينة.

وهذا التعامل يفترض أن يكون من المشرع العادي، إذ عليه – حتى يكون متفقا مع الدستور – استبعاد كل الحلول التي سبق للقاضي الدستوري التصريح بعدم دستوريتها، وكذلك الحلول التي تعد كذلك، أو أكثر، عن طريق إعمال قواعد التفسير، وتطبيق التفسير من باب أولى.

وينبغي التمييز هنا بين السلطة المقيدة للمشرع العادي، وتقييد نطاق السلطة التقديرية له، فالأولى مفادها أن المشرع العادي ملزم باختيار الحل الذي حدده له الدستور، ولا يجوز له أن يختار غيره، وإلا كان عمله غير دستوري.

أما تقييد نطاق السلطة التقديرية، فهو لا يعني أن المشرع العادي أصبح ملزما باختيار بديل محدد، وإنما يراد به تقليص عدد البدائل، فبعد أن كانت هذه البدائل بعدد معين ستكون بمرور الوقت، وبعد تحقق كل تعارض تقديري، تقل يوما بعد يوم، إلا أنها لا تصل إلى حد السلطة المقيدة.

ويختلفان من ناحية التحديد، فالسلطة المقيدة ناتجة عن قيام الدستور بتحديد حل معين يجب على المشرع العادي اختياره لتنظيم الموضوع المعني، في حين أن تقييد نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي يتحقق عن طريق تفسير القاضي الدستوري للنصوص الدستورية، وتحليلها، واستنتاج بعض الضوابط، والقيود منها بما يوصل إلى استبعاد بديل، أو أكثر، من البدائل التي كانت متاحة أمام المشرع العادي بشأن موضوع محدد.

ثانيا: موقف القاضي الدستوري من التقييد السلبي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي

لا بدَّ من القول إن الحكم بعدم الدستورية لا يعد أثرا غير مباشر للتعارض التقديري بل هو أهم الآثار المباشرة له، ولذلك يقتصر الحديث هنا عن موقف القاضي الدستوري من تقليل الحلول، والخيارات المطروحة أمام المشرع العادي، عن طريق ما يصدره من تعارض تقديري يوما بعد يوم.

وإن تحديد هذا الموقف بشكل يحتوي كل قرارات التعارض التقديري، يعد أمرا يخرج عن نطاق هذه الأطروحة؛ ولا سيما أن أغلب قرارات عدم الدستورية، تنشأ عن ممارسة المشرع العادي سلطته التقديرية، التي تغطي كل موضوعات الدستور، لذلك تبدو الإحاطة مستحيلة على هذه الصفحات.

إلا أن ذلك لا يمنع من أخذ عينة تمثل موقف القاضي الدستوري بشأن التقييد السلبي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي، عن طريق استعراض تعارضه التقديري بشأن الحلول المنظمة لأحد الحقوق، وما يرتبه ذلك من استبعاد الحلول غير دستورية.

وبناءً على ذلك سنبيّن هذا الموقف بشأن الحرية الفردية في فرنسا، وحق الملكية الخاصة في مصر، وأخيرا حق الانتخاب في العراق.

١- موقف المجلس الدستوري من التقييد السلبي لنطاق السلطة التقديرية في تنظيم الحرية الفرية

حدد المجلس الدستوري الأسس الدستورية للحرية الفردية – لأول مرة – في قراره الصادر في ١٩٧٧/١/١٢، أي بعد ما يقارب عشرين عاما على إجراء الرقابة الدستورية بموجب دستور ١٩٥٨[١].

وبموجب هذا القرار قرر المجلس الدستوري أن الحرية الفردية تشكل إحدى المبادئ الأساسية التي كفلتها قوانين الجمهورية، وأعلنتها ديباجة دستور عام ١٩٤٦، وأكدتها ديباجة دستور عام ١٩٥٨، وأعادت التأكيد عليها المادة (٦٦) من الدستور، لتعهد بحمايتها وضمانها للسلطة القضائية[٢].

---

[١] ينظر:

Guy Canivet: positions et composition dans la genèse d'une liberté fondamentale – les contours évolutifs de la liberté individuelle dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, conseil constitutionnel, titre vii, n° 7, la liberté individuelle, octobre 2021, p 2 – 3.

[٢] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 76-75 DC du 12/1/1977.

وبشأن محتوى الحرية الفردية فقد أدرج المجلس الدستوري تحتها: الحق في الأمن، وحرية التنقل[١]، أي عدم جواز القبض على الشخص من دون وجه حق، وتشمل أيضا حرمة الحياة الخاصة، وحرمة المسكن، وحماية السيارة الخاصة[٢]، إلا أنه استبعد من نطاق المادة (٦٦) الخاصة بالحرية الفردية، حق الملكية[٣].

وبناءً على الأساس الدستوري المتقدم، والمحتوى المذكور، فقد توصل المجلس الدستوري إلى استبعاد بعض الحلول التي اختارها المشرع العادي؛ بسبب عدم دستوريتها، من نطاق السلطة التقديرية في تنظيم الحرية الفردية. ومن ذلك الحل التشريعي الذي يُعطي لضباط الشرطة القضائية، ووكلائهم سلطة تفتيش أية مركبة، أو محتوياتها، بحضور مالكها، أو سائقها، إذا كانت في طريق مفتوح أمام المرور العام؛ بسبب عدم ضمانه تدخل السلطة القضائية على عمليات التفتيش، على الرغم من أن التفتيش هنا لا يكون بسبب ارتكاب جريمة، والبحث عن مرتكبيها، أو بسبب حالات تهديد النظام العام فقط، مما يقوّض المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الحرية الفردية[٤].

كذلك استبعد المجلس الدستوري الحل التشريعي الذي يمنح الجهات الادارية سلطة الاحتفاظ بالأجنبي بشكل غير محدد في منطقة العبور بالميناء او المطار؛ بسبب عدم النص على تدخل السلطة القضائية بأسرع وقت ممكن للتصريح – إذا لزم الأمر – باتخاذ قرار الإبقاء في منطقة العبور، مما يؤثر في الحرية الفردية للشخص خلافا لأحكام المادة (٦٦) من الدستور[٥].

كما استبعد المجلس الدستوري من نطاق السلطة التقديرية لتنظيم الحرية الفردية الحل الذي يُعطي (للجنة الإدارية للعلاج النفسي) – وهي لجنة إدارية، وليست قضائية – مهمة فحص حالة الأشخاص الموجودين في المستشفى؛ بسبب الاضطرابات النفسية، فيما يتعلق باحترام الحريات الفردية لهم، وإعطائها سلطة الإذن باستمرار العلاج في المستشفى بعد الأيام (١٥) الأولى، لمدة أقصاها شهر واحد؛ لأن ذلك الحل يبرر حرمان هؤلاء الأشخاص من الحرية، دون موافقتهم، ومن دون تدخل السلطة القضائية، التي لا تصان الحرية الفردية من دون تدخلها بأقصى وقت ممكن، مما يجعل ذلك مخالفا للمادة (٦٦) من الدستور[٦].

---

[١] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2008-562 DC du 21/2/2008.

[٢] ينظر: د. عبد الحفيظ الشيمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، مصدر سابق، ص ٢٥٠ – ٢٥١.

[٣] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 85-189 DC du 17/7/1985.

[٤] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 76-75 DC du 12/1/1977 .

[٥] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 92-307 DC du 25/2/1992.

[٦] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

وتقييدا للسلطة التقديرية في تنظيم الحرية الفردية أيضا، فقد استبعد المجلس الدستوري الحل التشريعي الذي اتخذه المشرع الفرنسي لمواجهة فيروس كورونا (covid 19)، ومقتضاه أن فرض الحظر على جميع الرحلات، والحجر الصحي، والعزل ومنع جميع النزهات، أو مطالبة الشخص بالبقاء في منزله، أو مكان إقامته مدة زمنية تزيد على (١٢) ساعة في اليوم يشكل حرمانا من الحرية الفردية المحمية بموجب المادة (٦٦) من الدستور[١].

٢- موقف المحكمة الدستورية العليا من التقييد السلبي لنطاق السلطة التقديرية في تنظيم الملكية الخاصة

تعد الملكية الخاصة من أهم الحقوق الاقتصادية وأولها[٢] بوصفها أساس تلك الحقوق، وأوسعها نطاقا، وأكثرها قوة وأرحبها سلطة؛ لأنها تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء محلها: تصرفا، واستغلالا، واستعمالا ليكون وحده – بالأصل العام – مستأثرا بثمارها ومنتجاتها وملحقاتها دون وساطة أحد، إلا أنها مع ذلك لا تعد حقا مطلقا، وإنما يرد عليها استثناءات، وقيود، انطلاقا من وظيفتها الاجتماعية؛ لغرض تحقيق المصلحة العامة[٣].

وبناءً على ذلك يستطيع المشرع العادي بموجب سلطته التقديرية، أن ينظم الملكية الخاصة، بما يسمح بنزعها، والاستيلاء عليها مؤقتا، وتقييدها ببعض القيود، عندما تقتضي ذلك ضرورات المصلحة العامة[٤].

وممارسة لسلطته التقديرية فقد أصدر المشرع العادي الكثير من القوانين التي تنظم بشكل مباشر، أو غير مباشر حق الملكية الخاصة، فارضا عليها العديد من القيود، وفي مجالات شتى، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قررت الحكم بعدم دستورية بعض تلك القيود؛ لمخالفتها الدستور.

ومفادي تلك الأحكام – كما تقدم – أن الحلول التي وضعها المشرع العادي فيما سبق أصبحت مستبعدة، ولا يمكنه العودة لتبنيها مرة أخرى، ومن ثم عليه اعتماد غيرها من الحلول المتاحة، إذا ما أراد تنظيم الموضوع في المستقبل.

وسنقسم هذه الأحكام على أبرز موضوعات تنظيم حق الملكية الخاصة وهي: الاستملاك والتأميم، وعقد الإيجار بوصفه أهم العقود المنصبة على الحق المتقدم.

CC: 2010-71 QPC du 26/11/2010.

[١] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2020-800 DC du 11/5/2020.

[٢] أكدت المحكمة الدستورية العليا أن قضاءها: (قد جرى على أن لحق الملكية خاصية تميزه عن غيره من الحقوق – الشخصية منها، أو العينية أصلية كانت أم تبعية – وتتمثل هذه الخاصية في أن الملكية وحدها هي التي تعتبر حقا دائما، وتقتضي طبيعتها ألّا يزول هذا الحق بعدم الاستعمال). حكمها في القضية المرقمة (٢١٥ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" في ١٩٩٩/١٠/٢) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤١) في ١٩٩٩/١٠/١٤.

[٣] ينظر: عوض المر: مصدر سابق، ص ٣٤٦. د. فاروق عبد البر: دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحقوق والحريات، منشورات النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٧٠٢.

[٤] للمزيد ينظر: د. محمد عبد علي الغزالي: الحق في الملكية الخاصة دراسة دستورية مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٢٢، ص ٢٠٦ وما بعدها.

وبشأن نزع الملكية، والتأميم[١] فإن الدستور المصري لعامي ١٩٧١[٢] و ٢٠١٤[٣] قد أعطى للمشرع العادي سلطة تقديرية في فرضهما على الملكية الخاصة. من حيث تحديد معنى المنفعة العامة، ومصداقها، وحقيقة التعويض، وكيفية تحقيق عدالته، وأسس تقديره ووقت دفعه، إلا أن المحكمة الدستورية العليا – بما لها من سلطة تقديرية أيضا في الرقابة على دستورية تقدير المشرع العادي – فقد قررت استبعاد بعض الحلول التي اعتمدها المشرع في هذا الشأن.

فمن حيث تحديد الأموال الخاصة التي تنزع ملكيتها للمنفعة العامة فقد قررت المحكمة الدستورية العليا بأنه لا يجوز أن يقرر المشرع العادي أيلولة أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم الحراسة طبقا لأحكام قانون الطوارئ إلى ملكية الدولة[٤].

ومؤدى ذلك الحكم أن نزع الملكية الخاصة يجب أن ينصب على عقارات معينة بذاتها، ومن ثم تستبعد الأموال المنقولة بكل أصنافها، وتنوعها من ذلك.

وإذا جاز للمشرع العادي أن ينقل ملكية المنقولات إلى الدولة عن طريق التأميم فإنه يستبعد من المقتنيات الشخصية. استنادا إلى المفهوم الذي حددته المحكمة الدستورية العليا للتأميم، ومقتضاه انتقال المال المؤمم إلى ملكية الشعب، لتسيطر عليه الدولة، بعيدا عن مجال الملكية الخاصة[٥].

ومن ثم فإنه يشترط أن يرد التأميم على أموال تصلح بطبيعتها لسيطرة الدولة عليها، وادارتها لصالح الجماعة. وبناءً على ذلك يخرج من دائرة السلطة التقديرية للمشرع العادي في تحديد الأموال التي يجوز تأميمها كل ما لا يصلح بطبيعته لسيطرة الدولة، وادارته بالصورة المناسبة مع فكرة التأميم، كالمقتنيات الشخصية.

ومنهى القول إن أيلولة أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين إلى ملكية الدولة، يعد خيارا مستبعدا من بين الحلول المتاحة أمام المشرع العادي، بحيث لا يجوز اللجوء إليه مرة أخرى.

ولا يمكن للمشرع العادي أن يحدد العقارات المراد نزع ملكيتها على أساس بقاء نسبة منها للملاك، وما عداها يتم نزعه للمنفعة العامة؛ لان ذلك التحديد يؤدي إلى وضع حد أقصى للملكية الخاصة، وهو ما يخالف الدستور[٦].

---

[١] يجدر بالذكر أن التأميم قد غاب عن التنظيم في دستور ٢٠١٤ بعد أن كان منظما في دستور لعام ١٩٧١ الملغى. وقد ذكرنا هذين الدستورين في المتن بشأن نزع الملكية والتأميم؛ لأن هذين الموضوعين قد صدرت الكثير من أحكام المحكمة الدستورية العليا بشأنهما في مدة نفاذ دستور ١٩٧١.

[٢] ينظر: المواد (٣٢ – ٣٥ – ٣٦) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغى.

[٣] ينظر: المادة (٣٥) من دستور ٢٠١٤.

[٤] ينظر: المادتان (١–٢) من القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص برفع الحراسة عن أموال وممتلكات بعض الأشخاص.

[٥] ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٥ لسنة ١ قضائية "دستورية" في ١٩٨١/٥/١٦) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٣) في ١٩٨١/٦/٤.

[٦] ينظر: الحكم المشار له في أعلاه.

أما بشأن التعويض فإن المشرع العادي يملك سلطة التقديرية في تحديد مقدار التعويض الذي يدفع للملاك نتيجة نزع ملكيتهم، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد اشترطت فيه بعض المواصفات معبرة عن ذلك أن (ما يعتبر عادلا ومنصفا في مجال التعويض لا يتحدد على ضوء معايير جامدة، أو مقاييس تحكمية يتم تطبيقها بآلية عمياء)[١].

وبناءً على ذلك قررت المحكمة الدستورية العليا أن: (مقدار التعويض عن الأراضي المستولى عليها يتحدد بما يعادل سبعين مثل الضريبة العقارية الأصلية المربوطة بها الأرض في تاريخ الاستيلاء الاعتباري عليها[٢]، لا يعدو أن يكون تقديرا جزافيا منفصلا عن قيمتها السوقية، وذلك من وجوه متعددة. أولها: أن الضريبة العقارية المشار إليها لا شأن لها بأصول الأموال محلها، وإنما يتعلق فرضها بتقدير تصوره المشرع لإيراد نجم عن استغلالها، فلا يكون هذا الإيراد إلا وعاء لها. وثانيها: أن الأموال المحملة بهذه الضريبة تتباين قيمتها فيما بينها على ضوء ظروفها وخصائص بنيانها حتى داخل المحافظة الواحدة، ولا يمكن بالتالي أن يجمعها معيار واحد ينفصل عن أوضاع عرضها وطلبها التي تؤثر فيها إلى حد كبير عناصر متعددة تتداخل في مجال تقييمها، من بينها ما إذا كان أصحابها يزرعونها بأنفسهم أم يؤجرونها لغيرهم. وثالثها: أن الضريبة العقارية المشار إليها – وحتى بفرض جواز الرجوع إليها لتحديد التعويض المستحق – لا يعاد النظر فيها سنويا، وإنما يمتد تقديرها في شأن الأراضي الزراعية جميعها – أياً كان موقعها وبغض النظر عن خصائصها – سنين عشرا، مدها المشرع بعدئذ لمدد تماثلها، فلا يكون التعويض المقدر على أساسها إلا تصوريا)[٣].

ولما كان تقدير التعويض بالصورة المتقدمة قد أصبح مستبعدا من ضمنه الحلول التي يلجأ المشرع العادي إليها في هذا الشأن، فإن ذلك الاستبعاد يشمل – بحكم اللزوم المنطقي – كل تقدير على شاكلته، وبغض النظر عن العدد الذي وضعه المشرع العادي لمثل الضريبة؛ لأنه يعد تقديرا جزافيا أيضا.

كم هو الحال بالتعويض الذي يعادل عشرة أمثال القيمة الإيجارية للأرض التي استولت عليها الدولة، وأن تقدر القيمة الإيجارية بسبعة أمثال الضريبة الأصلية المربوطة بها الأرض[٤]. وهو ما قررته المحكمة الدستورية العليا فعلا[٥].

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٤ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" في ١٩٩٨/٣/٧) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٢) في ١٩٩٨/٣/١٩.

[٢] تبنى المشرع المصري هذا التحديد للتعويض بموجب المادة (٩) من القرار بقانون رقم (٥٠) لسنة ١٩٦٩ بشأن تعيين حد أقصي لملكية الأسرة والفرد في الأراضي الزراعية وما في حكمها.

[٣] حكم المحكمة الدستورية العليا المشار له في أعلاه.

[٤] تبنى المشرع المصري هذا التحديد للتعويض بموجب المادة (٤) من القرار بقانون رقم (١٢٧) لسنة ١٩٦١ بتعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعي.

[٥] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٨ لسنة ٦ قضائية "دستورية" في ١٩٩٨/٦/٦) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٥ تابع) في ١٩٩٨/٦/١٨.

وأما بشأن وقت تقدير التعويض فقد استعبدت المحكمة الدستورية العليا أن يكون ذلك بتاريخ سابق بمدة غير معقولة على وقت الاستيلاء على العقار المنزوع ملكيته، بحيث يكون التعويض قاصرا عن تلافي ما لحق المُلّاك من أضرار؛ نتيجة نزع ملكيتهم؛ لأن ذلك التحديد يهدر (مفهوم التعويض الكامل القائم على الاعتداد بكل العناصر التي تتصل بتقدير قيمة الأموال في تاريخ نزعها من أصحابها)[١].

إذ قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة (٤) من القرار بقانون رقم (١٢٧) لسنة ١٩٦١ بتعديل بعض أحكام قانون الإصلاح الزراعي فيما نصت عليه من تعويض – عن الأراضي التي تم الاستيلاء عليها بموجب هذ القانون – يقدر وفقا للأحكام الواردة في المرسوم بقانون رقم (١٧٨) لسنة ١٩٥٢.

فالاستيلاء قد حصل في عام ١٩٦١ وصعودا، في حين أن تقدير التعويض قد تحدد تشريعيا في عام ١٩٥٢، ومن ثم عدّت المحكمة مضي هذه المدة يجعل التعويض عاجزا، عن مقابلة القيمة الحقيقة والفعلية للأراضي المستولى عليها[٢].

وأما بشأن عقود الإيجار الواردة على الملكية، فإن حرية التعاقد وإن كانت تتصل بالحريات الشخصية، إلا أنها – مع ذلك – ترتبط بشكل وثيق بالملكية الخاصة؛ لأنها تعد محلا للحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها[٣].

وقد نظّم المشرع المصري عقود الإيجار تنظيما استثنائيا من القواعد التقليدية، التي تنظم حق الملكية الخاصة، وحرية التعاقد؛ بسبب أزمة السكن التي مرت بها مصر، وذلك عن طريق تقييد حق المُلّاك في اختيار مستأجري أملاكهم، وتحديد مبلغ الأجرة، وليس أخيرا مدة الإيجار، والامتداد القانوني للعقد[٤].

إلا أن المشرع العادي قد اعتمد حلولا بشأن عقود الإيجار الاماكن، عدّتها المحكمة الدستورية العليا مخالفة للدستور، وبناءً على ذلك أصبح نطاق سلطته التقديرية في الإطار المتقدم مقيدة، باستبعاد الحلول غير الدستورية.

ومن ذلك في شأن اختيار المستأجر فقد استبعد من الخيارات المطروحة أمام المشرع العادي في تقييد حق الملكية الخاصة: جواز تبادل الوحدات السكنية بين مستأجر، وآخر وذلك في البلاد وبين الأحياء[٥]؛ لأن ذلك

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا المشار له في أعلاه.

[٢] ينظر: د. أحمد عبد العال أبو قرين: الحماية الدستورية للملكية الفردية أسسها ومقتضياتها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، العدد الثاني السنة (٤٢)، ٢٠٠٠، ص ٣٨.

[٣] ينظر: د. عوض المر: مصدر سابق، ص ٣٥٤.

[٤] ينظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد: حماية حق ملكية العين المؤجرة في ظل عدم دستورية استمرار عقد الايجار لأقارب المصاهرة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة (٣٨)، ١٩٩٦، ص ١٢.

[٥] ينظر: المادة (٣/٧) من القانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

يفرض (إطارا لتبادل الانتفاع بالأعيان المؤجرة، بما ينال من حق أصحابها في مباشرة سلطتهم في مجال استعمالها، وعلى الأخص عن طريق اختيارهم لمن يشغلونها)[١].

كما استبعدت المحكمة الدستورية العليا من ذلك أيضا، الحل الذي أجاز المشرع العادي بمقتضاه تنازل المحامي، أو ورثته عن حق إيجار مكتب المحاماة لمزاولة مهنة حرة، أو حرفة غير مقلقة للراحة، أو مضرة بالصحة[٢]، وأيضا تنازل الطبيب، أو ورثته من بعده عن حق إجارة العين المتخذة مقرا لعيادته الخاصة لطبيب مرخص له بمزاولة المهنة[٣]؛ لأن ذلك (يلحق بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش منافيا بذلك المقاصد الشرعية التي ينظم ولي الأمر الحقوق في نطاقها، ومجاوزا الحدود المنطقية لعلاقة إيجارية كان ينبغي أن تتوازن فيها المصالح)[٤].

أما امتداد عقد الإيجار، فقد استبعدت المحكمة الكثير من الحلول التي أقرها المشرع العادي بموجب سلطته التقديرية في تقييد حق الملكية الخاصة لأغراض اجتماعية، عن طريق تقرير الامتداد القانوني لعقد الإيجار في حالة وفاة المستأجر أو تركه العين المؤجرة لصالح طوائف متعددة[٥].

ومن ذلك استمرار عقد إيجار المسكن عند ترك المستأجر الأصلي له، لصالح أقاربه بالمصاهرة بشكل عام، أو حتى الدرجة الثالثة منهم، الذين أقاموا معه في العين المؤجرة مدة سنة على الأقل سابقة على ترك العين[٦]؛ لأن (حق مستأجر العين في استعمالها، مصدره العقد دائما، ... ولازم ذلك أن يكون بقاء مستأجر العين فيها مرتبطا بضرورة شغلها بوصفها مكانا يأويه هو وأسرته. فإذا تخلى عنها تاركا لها، وأفصح بذلك عن قصده إنهاء الإجارة التي كان طرفا فيها، زايلته الأحكام الاستثنائية التي بسطها المشرع عليه لحمايته، ولم يعد لغيره إحياء حق أصبح منقضيا)[٧].

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٧١ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" في ١٩٩٧/١٠/٤) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤٢) في ١٩٩٧/١٠/١٦.

[٢] ينظر: المادة (٥٥) من قانون المحاماة رقم (١٧) لسنة ١٩٨٣.

[٣] ينظر: المادة (٥) من قانون تنظيم المنشآت الطبية رقم (٥١) لسنة ١٩٨١.

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٥ لسنة ١١ قضائية "دستورية" في ١٩٩٢/٥/٢٧) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٤) في ١٩٩٢/٦/١٥. وحكمها في القضية المرقمة (١١ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" في ١٩٩٥/٧/٣) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٩) في ١٩٩٥/٧/٢٠.

[٥] ينظر: د. أحمد عبد العال أبو قرين: المصدر السابق، ص ٥٠.

[٦] ينظر: المادة (٢٩) من قانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧.

[٧] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية" في ١٩٩٥/٣/١٨) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٤) في ١٩٩٥/٤/٦. وحكمها في القضية المرقمة (٣ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" في ١٩٩٧/١/٤) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٣) في ١٩٩٧/١/١٦.

وأيضا استمرار شركاء المستأجر الأصلي للعين التي كان يزاول فيها نشاطا تجاريا أو صناعيا أو مهنيا أو حرفيا، في مباشرة ذات النشاط بها بعد تخلى هذا المستأجر عنها[١]؛ لأن ذلك يفرض (على مؤجر العين – ودون ما ضرورة – امتدادا قانونيا لعقد إجارتها، ولو كان ذلك لخدمة ذات نشاطها، بل يتعين أن يكون العقد – وباعتباره تصرفا قانونيا وعملا إراديا – بديلا عن هذا التدخل التشريعي، ليحدد المؤجر بمقتضاه من يدخلون إلى العين بعد تخلي مستأجرها الأصلي عنها، والشروط التي يتراضون عليها لمباشرة مهنتهم أو حرفتهم أو تجارتهم أو صناعتهم فيها، إذا لم يؤثر هو أن تعود إليه لاستعمالها واستغلالها في الأوجه التي يراها)[٢].

وكذلك الحل الذي يقضي بعدم جواز طلب المؤجر إخلاء الأماكن المؤجرة للأشخاص الاعتبارية لاستعمالها في غير غرض السكنى، ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد[٣]؛ لأن ذلك الامتداد القانوني يسلب (حق المؤجر المؤجر في طلب إخلائها – أي العين المؤجرة – بعد انتهاء مدة الإيجار المتفق عليها في العقد، لتصير يد المستأجر على العين مؤبدة، باقية مدة بقاء الشخص الاعتباري – عاما كان أم خاصا – ولو كان المؤجر في أمس الحاجة لها، ... وهو ما يجاوز نطاق السلطة التقديرية المقررة للمشرع في مجال تنظيم الحقوق، لينحل التنظيم الذي أتى به تقييدا لها، بما ينال من أصل الحق في الملكية وجوهره)[٤].

٣- موقف المحكمة الاتحادية العليا من التقييد السلبي لنطاق السلطة التقديرية في تنظيم حق الانتخاب

يعد حق الانتخاب من أهم الحقوق السياسية، وأساس النظام النيابي، ووسيلة مشاركة المواطنين في ممارسة السلطة. بما يسمح لهم من اختيار ممثليهم في السلطات العامة، وما يعطيه من حق الرقابة عليهم بشكل دوري.

ولذلك أولت الدساتير عناية خاصة بحق الانتخاب عن طريق النص عليه صراحة، وتنظيم قواعده الكلية، وبعض تفاصيله، إلا أنه مع ذلك يبقى للمشرع العادي سلطة تقديرية واضحة في إكمال التنظيم الدستوري لحق الانتخاب، وتفصيل قواعده، وكفالة حرية ممارسته، ونزاهته؛ من أجل أن يدلي جميع المواطنين – المؤهلين لمباشرة الحقوق السياسية – بأصواتهم، بما لا يخل بمساواتهم، ولا في فرص تمثيلهم بالمجالس النيابية، سواء أكانت برلمانية، أم محلية.

---

[١] ينظر: المادة في أعلاه.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٤ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/٧/٦) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٨) في ١٩٩٦/٧/١٨.

[٣] ينظر: المادة (١٨) من قانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر رقم (١٣٦) لسنة ١٩٨١.

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١١ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" في ٢٠١٨/٥/٥) المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٩ مكرر "ب") في ٢٠١٨/٥/١٣.

وقد نص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ على أن تنظم بقانون، شروط المرشح والناخب وكل ما يتعلق بالانتخاب[١]، وبما يعطي لجميع المواطنين رجالا ونساء، حق المشاركة في الشؤون العامة، والتمتع بالحقوق السياسية، بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح[٢].

وبناءً على ذلك يمتلك المشرع العادي سلطة تقديرية في تنظيم ممارسة الناخبين لحق التصويت. إلا أن تلك السلطة يستبعد منها مستقبلا إلزام الوزارات، والجهات غير المرتبطة بوزارة، والمؤسسات الحكومية، وشبه الرسمية بإجبار موظفيها على تسجيل، وتحديث، واستلام بطاقتهم الانتخابية الالكتروني المحدثة البايومترية طويلة الأمد[٣]. إذ قررت المحكمة الاتحادية العليا عدم دستورية ذلك الحل؛ لأن (مشاركة المواطن في ممارسة التصويت، والانتخاب، والترشيح حق نصت عليه المادة (٢٠)، ولم تلزمه بممارسة هذا الحق)[٤].

وإذا كانت المحكمة الاتحادية العليا قد عدّت إلزام الموظفين بتسجيل، وتحديث، واستلام بطاقتهم الانتخابية الالكتروني المحدثة حلا يتقاطع مع الدستور، فإنه يكون من باب أولى استبعاد الحل الذي يقضي بإلزام المواطنين بالاشتراك في الانتخابات من ضمن البدائل المطروحة أمام المشرع العادي، ومن ثم لا يكون ضمن دائرة سلطته التقديرية مستقبلا في إطار تنظيم حق التصويت.

وفي شأن الدوائر الانتخابية، وبالخصوص للأقليات، فإن المشرع العادي يمتلك سلطة تقديرية في تنظيم تلك الدوائر، ومعيار تقسيمها، وتحديدها، سواء أكان بشكل عام، أم للأقليات فقط، مع عدم الاخلال بالضوابط الدستورية، بضرورة اعتماد معيار واحد في تقسيم الدوائر يسري على جميع الأقليات.

وبناءً على ذلك يعد عدم شمول المكونات الآتية: الأيزيدية، والشبكية، والكرد الفيلية، من ناحية تصويتهم وترشيحهم في دائرة انتخابية[٥]، حلا غير دستوري[٦]، ويستبعد من ضمن خيارات المشرع العادي إذا أراد تنظيم الموضوع مرة أخرى.

وفيما يتعلق بتوزيع المقاعد النيابية فإنه يستبعد من نطاق السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع العادي في تنظيمها توزيع المقاعد الشاغرة على القوائم الفائزة التي حصلت على عدد من المقاعد بحسب نسبة ما حصلت

---

[١] ينظر: المادة (٤٩/ثالثا) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٢] ينظر: المادة (٢٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

[٣] ينظر: المادة (١٧) من قانون التعديل الأول رقم (١٤) لسنة ٢٠١٩ لقانون انتخابات مجالس المحافظات غير المنتظمة في إقليم والاقضية التابعة لها رقم (١٢) لسنة ٢٠١٨.

[٤] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٠٣/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/١١/١٢).

[٥] ينظر: المادة (١٣) من قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (٩) لسنة ٢٠٢٠. والمادة (١٣/خامسا) من قانون انتخابات مجالس المحافظات والاقضية والنواحي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٨.

[٦] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٤٣/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢٢/٢/٢٢).

عليه من الأصوات بعد أن قررت المحكمة الاتحادية العليا عدم دستوريته؛ لأن مقتضى ذلك الحل هو ترحيل صوت الناخب من المرشح الذي انتخبه إلى مرشح آخر من قائمة أخرى لم تتجه إرادته لانتخاب مرشحها[١].

وفي إطار مدة الدورة الانتخابية، المرتبطة بممارسة حق التصويت، فقد توصلت المحكمة الاتحادية العليا – عن طريق تفسير، وتحليل رائع للنصوص الدستورية المرتبطة بالموضوع – إلى عدم دستورية الحل المؤقت الذي تبناه المشرع العادي بتمديد عمل مجالس المحافظات، بعد انتهاء المدة المحددة قانونا لعملها[٢].

على الرغم من أن تلك المدة غير مذكورة بشكل صريح في الدستور. إلا أن المحكمة استطاعت أن تتوصل إلى عدم دستورية إطالتها وبشكل غير محدد، عن طريق إعمال فكرة تفريع الحقوق الدستورية.

إذ قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه: (يتولد عن حق الاقتراع مبدأ دستوري آخر، هو مبدأ الدورية في ممارسة الناخبين لحقهم في الاقتراع، والذي ينطوي على وجوب دعوة الناخبين لممارسة حقهم في الانتخاب بصورة دورية)؛ لأن (إرادة الناخب كانت مستندة على مبدأ الدورية في الانتخابات، وإن رأي الناخب بالنائب المنتخب، أو بعضو المجلس، أو أعضاء المجالس المنتخبة يتغير سلبا، أو إيجابا؛ تبعا لما يقدمه الفائز في الانتخابات، ومع ما يهدف إليه الناخب)[٣].

ولا تقف السلطة التقديرية للمشرع العادي عند التنظيم السابق للعملية الانتخابية، بل تمتد للتنظيم اللاحق لها، إذا ما حصلت فيها أمور تُخرجها عن مسارها الصحيح، كالتزوير، أو التلاعب في الأصوات، وغير ذلك، مع ضرورة ألّا يصل الحل الذي يختاره المشرع في هذا الصدد إلى اهدار حق الانتخاب، وما مارسه الناخبون من تصويت من جانب، أو القضاء على فرص بعض المرشحين من الاستفادة من الأصوات التي حصلوا عليها بشكل صحيح من جانب آخر.

وبناءً على ذلك يعد خيارا مستبعدا من أمام المشرع العادي في المستقبل، إلغاء نتائج الانتخابات في بعض الدوائر الانتخابية بشكل كلي ومطلق، من دون تمييز بين الأصوات الصحيحة، وغير الصحيحة[٤]؛ لأن هذا (الإلغاء، ... يشكل هدرا لهذه الأصوات، ومصادرة لإرادة الناخبين في تلك المناطق)[٥].

---

[١] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٢/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٦/١٤)، وقرارها المرقم (٦٧/اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٠/٢٢).

[٢] ينظر: المادة (١٤/أولا) من قانون التعديل الثالث رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨ لقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨.

[٣] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١١٧/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠٢١/٥/٢).

[٤] ينظر: المادة (٣) من قانون التعديل الثالث رقم (١٥) لسنة ٢٠١٨ لقانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣.

[٥] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٩٩/١٠٤/١٠٦/اتحادية/اعلام/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٦/٢١).

الفرع الثاني: التقييد الإيجابي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي

يقيد القاضي الدستوري بشكل إيجابي نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي، عن طريق التحديد المسبق لمحتوى القواعد التشريعية المستقبلية. فالقاضي الدستوري قد يعارض تقدير المشرع العادي لسبب ما، زيادة على ذلك قد يدعو إلى التشريع بشكل مختلف في المستقبل[١].

ولذلك لا يؤثر التعارض التقديري في تقدير المشرع العادي المعروض على القاضي الدستوري فقط، وإنما يؤثر أيضا في التقدير المستقبلي للمشرع العادي، عن طريق ما يحدده القاضي الدستوري مسبقا من مضمون ذلك التقدير، أو من خلال تحديد الإطار الذي يكون الحل التشريعي ضمنه؛ من أجل الامتثال للأحكام الدستورية[٢].

وبناءً عليه سوف نوضح مضمون التقييد الإيجابي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي (أولا)، وبيان موقف القاضي الدستوري منه (ثانيا).

أولا: مضمون التقييد الإيجابي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي

يمارس القاضي الدستوري رقابته على القوانين ابتداءً وانتهاءً لحماية الدستور. وقد تتعدى هذه المهمة – أحيانا – حدود التعارض التقديري، ونتيجة لذلك يتسع الدور الرقابي للقاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع العادي، بحيث لا تنحصر رقابته على القوانين القائمة، وإنما تمتد لتشمل القوانين المستقبلية ومن ثم ممارسة دور ايجابي في هذا الصدد، بتحديد مساحة التحرك للمشرع العادي مستقبلا، عن طريق وضع مبادئ، أو ضوابط ينبغي مراعاتها عند التدخل التشريعي لتنظيم موضوع معين[٣].

ويحدد الدور المتقدم نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي من الناحيتين: الموضوعية، والزمنية. فموضوعيا يلتزم المشرع العادي بتصحيح حالة عدم الدستورية في تقديره السابق، بناءً على معطيات حكم القاضي الدستوري. إذ يحتوي هذا الحكم – أحيانا – بعض المضامين للقانون الذي يشرع مستقبلا.

فالحكم بعدم الدستورية يقترن به – عادة – تصحيح التقدير المخالف للدستور، ومن الثابت تمتع المشرع العادي في الاختيار بين مختلف الحلول الممكنة لتصحيح عدم الدستورية المحكوم بها. وفي المقابل فإن القاضي الدستوري لا يتمتع بالسلطة التقديرية نفسها الممنوحة للمشرع العادي، ومن ثم ليس له أن يقيم تقديره محل تقدير الأخير. كما أنه ليس من اختصاصه تحديد كيفية تصحيح عدم الدستورية، ولكنه مع ذلك فإن أسباب التعارض التقديري،

---

[١] ينظر:

Mathieu Disant: Ibid, p 77.

[٢] ينظر:

Christian Behrendt– magister juris: Quelques réflexions sur l'activité du juge constitutionnel comme législateur–cadre, cahiers du conseil constitutionnel n° 20 (prix de thèse 2005) – juin 2006.

[٣] ينظر: عيد أحمد الغفلول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مصدر سابق، ص ٣٦٣.

والتفسيرات الرسمية الملازمة لها تعطي بشكل مباشر، أو غير مباشر صورة واضحة، أو أقل من ذلك، لما يمكن أن يكون عليه القانون المستقبلي حتى يتفق مع الدستور[١].

وبذلك فإن تسبيب التعارض التقديري قد يحمل في طياته مبادئ توجيهية وإرشادية، يقدمها القاضي الدستوري للمشرع العادي تمثل فكرا منطقيا، يقود اتباعه إلى اختيار حلول دستورية، من دون التقيد بالضرورة بحل محدد؛ ومن ثم فإنها – في الغالب – تحفظ للمشرع العادي حريته في اختيار الحل المناسب وفق سلطته التقديرية في هذا الشأن.

كما يبرز التقييد الإيجابي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي أيضا من الناحية الزمنية، عند تعليق آثار حكم عدم الدستورية، في إطار السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي الدستوري بشأن النطاق الزمني لقراراته، كما تقدم.

وهذا التعليق في حقيقته يتضمن إحالة الأمر للمشرع العادي في تصحيح عدم الدستورية، أثناء المدة المعلق فيها نفاذ الحكم. وإذا رجعنا للأصل العام يتبين أن المشرع العادي يتمتع بسلطة تقديرية في تحديد الوقت المناسب للتشريع.

إلا أن المشرع العادي سيجد نفسه مقيدا، بما وضع له القاضي الدستوري من مدة ينبغي عليه المبادرة إلى تشريع القانون خلالها.

وبناءً عليه أصبح تعليق القاضي الدستوري لنفاذ حكمه بعدم الدستورية، قيدا واضحا على سلطة المشرع العادي في اختيار الوقت الملائم للتشريع؛ بسبب التزامه بتصحيح تقديره غير الدستوري، عن طريق تشريع قانون آخر، أثناء مدة تعليق نفاذ الحكم بعدم الدستورية بعد أن كان يتمتع بسلطة تقديرية في اختيار الوقت المناسب للتشريع، وفق الملاءمات السياسية.

ومما تقدم يتضح أن التعارض التقديري يؤدي بشكل غير مباشر إلى التقييد الإيجابي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي زمنيا وموضوعيا، عن طريق التحديد الزمني للمبادرة التشريعية، عندما يمارس القاضي الدستوري سلطته التقديرية في تعليق نفاذ حكمه بعدم الدستورية مدة معينة.

كما يتضح ذلك التقييد عن طريق مساهمة القاضي الدستوري في العملية التشريعية، وذلك بتحديد الملامح الرئيسة والجوهرية للحلول التشريعية التي تتفق مع الدستور، مع ترك اختيار مصاديقها للمشرع العادي نفسه.

ولذلك لا يظهر هذا الأثر في الحالتين الأخريين من قرارات القاضي الدستوري: وهما عدم تعارضه مع المشرع العادي، أي عند إقرار تقديره، والحكم بدستوريته، ومن ثم لا نلحظ – بشكل عام – مساهمة القاضي الدستوري في تحديد الحل الدستوري، بعد أن أتضح له تحقق الصفة الدستورية في تقدير المشرع العادي.

---

[١] ينظر:

Mathieu Disant: Ibid, p 78.

أما الحالة الثانية التي لا نكون فيها أمام مساهمة حقيقية من القاضي الدستوري، فهي ترتبط بالتعارض في مسألة مقيدة. ويتحقق ذلك في اختيار المشرع العادي لحل آخر غير ما حدده الدستور له. أي أن سلطته مقيدة في ذلك، بحيث لا تكون له حرية في اختيار الحل، وإنما هو ملزم باعتماد الحل المحدد دستوريا.

وإذا تأكد القاضي الدستوري من وجود تلك المخالفة، فإن حكمه في هذا الشأن يقف عند عدم الدستورية، ولا يتجاوزه إلى تحديد ملامح الحل الدستوري، وحتى لو حصل ذلك التحديد فإنه يرجع بشكل مباشر للدستور؛ نظرا لتحديده الدقيق للحل، أو الحلول التي يجب أن يعتمدها المشرع العادي في تنظيم موضوع معين.

وعندئذ يكون تحديد القاضي الدستوري للحل في مجال السلطة المقيدة للمشرع العادي مجرد تحصيل حاصل، وليس له في هذا الشأن أية مساهمة حقيقية في العملية التشريعية باستثناء التذكير بما وضعه الدستور من حل في موضوع معين.

ولا بدَّ من التذكير أن على القاضي الدستوري عند ممارسته لهذا الدور أن يقيم توازنا دقيقا بين عدم تقييد المشرع العادي بمؤشرات وتوجيهات مفرطة تسلب سلطته التقديرية الممنوحة له دستوريا في هذا الشأن من ناحية. وقدر الإمكان توضيح ملامح عمل المشرع بشكل كاف، حتى يستطيع أن يقدم حلا متفقا مع الدستور من ناحية أخرى[١].

وبناءً على ما تقدم فإن التقييد الإيجابي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي يتميز بثلاث خصائص:

١- إنه يأتي لاحقا للتعارض التقديري فبعد أن يعرض تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري. ويتوصل إلى مخالفته للدستور فإنه يقضي بعدم دستوريته، ولا يقف القاضي الدستوري عند هذا الحد، بل يستمر في أداء دور إرشادي وتوجيهي يؤدي عن طريقه توضيح المتطلبات الدستورية التي تمكن من وضع حلول صحيحة، ومتفقة مع الدستور. يتلافى المشرع العادي بها حالة عدم الدستورية التي تحققت في تقديره السابق.

٢- يمكن القول إن الدور الذي يؤديه القاضي الدستوري لا يقضي على السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع العادي؛ كونه يقتصر على رسم ملامح التقدير، وضوابطه العامة، أما ما عدا ذلك من مضمون الحل، وأبعاده وآثاره، فيبقى متروكا للمشرع العادي، ليمارسه بسلطة تقديرية واضحة.

كما إن هذه المبادئ الإرشادية والتوجيهية زيادة على أنها تمثل إطار تدخل المشرع القادم، فإنها – كذلك – تشكل الأساس الدستوري الذي تقرر على ضوئه عدم دستورية تقدير المشرع.

لذلك فهي – أي المبادئ الإرشادية والتوجيهية – تؤدي دورين في الوقت نفسه، فهي من جانب تحدد أساس عدم الدستورية لتقدير المشرع القائم. كما إنها تمثل إطار دستورية التدخل القادم من جانب آخر.

وفي كلا الحالتين تستند المبادئ الإرشادية والتوجيهية إلى الدستور، فيما تقرره من ضوابط لصحة تقدير المشرع، وإن كانت من استنتاجات القاضي الدستوري، وتفسيره للنصوص الدستورية.

---

[١] ينظر:

Mathieu Disant: Ibid, p 78.

٣- لا يمكن للمشرع العادي التعامل مع هذه المبادئ الإرشادية والتوجيهية على أنها مجرد نصائح خالية من كل أثر قانوني، بل لا بدَّ عليه أن يتعاطى معها في ضوء استنادها للدستور، ومحددة عن طريق الجهة المختصة بحمايته.

ولذلك ينبغي أن يلتزم المشرع العادي بها، بوصفها مبادئ ملزمة، ويجب اتباعها، والأخذ بها عند وضع الحلول التشريعية المطلوبة، وبخلافه يقع تدخله في دائرة مخالفة الدستور عاجلا أم آجلا.

فأي انحراف عن تلك المبادئ الإرشادية والتوجيهية يؤدي بالمشرع العادي نحو مخالفة الدستور، ما دامت تلك المبادئ الإرشادية تمثل بوصلة - باعتراف القاضي الدستوري - تشير بوضوح نحو الالتزام بالدستور[١].

وعليه فإن الالتزام بتلك المبادئ الإرشادية يكون محتما على المشرع العادي، إلا أن الوقت يؤدي دوره في هذا الشأن، فقد يلتزم المشرع بها عند أول تدخل تشريعي بعد تحقق التعارض التقديري، وبذلك يتلافى تكرار معارضة القاضي الدستوري له، أو قد يتحقق ذلك الالتزام في التدخل بعد حصول التعارض الثاني. ومن ثم فإن مصير تلك المبادئ الإرشادية هي التزام المشرع العادي بها اليوم، أو بعده.

وإزاء هذا الالتزام - حتى وإن تراخى تنفيذه - فإن القاضي الدستوري أصبح يؤدي دورا ايجابيا بشأن القوانين، بعد أن كان يمارس تجاهها دورا سلبيا فقط، يتمثل بإلغاء النصوص القانونية، أو تجريدها من قوة النفاذ.

إذ أخذ يقدم المساعدة للمشرع العادي في أداء عمله التشريعي على نحو يتفق مع الدستور، أو بتعبير أدق أصبح ممهدا للمشرع في أن يختار حلولا تشريعية تنسجم مع الدستور، استنادا لما يقدمه له من عناصر تساعد في اختيار الحل المناسب.

ثانيا: موقف القاضي الدستوري من التقييد الإيجابي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي

يمكن القول إن للقاضي الدستوري موقفا لا يخفى من تحديد أطر الحلول التشريعية، يتجاوز في ذلك الحدود التقليدية للتعارض التقديري، إلا أنه في الوقت نفسه يعد أحد نتائجه، ولو بشكل غير مباشر.

فمخالفة تقدير المشرع العادي للدستور لا يقتصر أثرها على الحكم بعدم الدستورية، وإنما يمتد إلى منع القاضي الدستوري من تكرار هذه المخالفة مستقبلا، عن طريق وضع مبادئ إرشادية يضمن الالتزام بها تلافي عدم الدستورية، وقد يكون الأمر أكثر تحديدا، عن طريق اقتراح صريح، أو ضمني للحل التشريعي كما سيتضح لاحقا.

وبذلك أصبح للقاضي الدستوري عند أداء مهمته في الرقابة على دستورية القوانين دورين مهمين: أحدهما علاجي يتلخص بالحكم بعدم دستورية تقدير المشرع العادي، والآخر وقائي يتمثل بتلافي الحكم بعدم الدستورية مرة أخرى، ويتحقق بوضع الإطار التشريعي الذي ينبغي أن يكون عليه تقدير المشرع العادي مستقبلا من أجل الامتثال للدستور.

ولتوضيح ذلك سنبيّن موقف القاضي الدستوري من التقييد الإيجابي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي في كل من: فرنسا، ومصر، والعراق.

---

[١] ينظر: د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٢٥٨.

١- موقف المجلس الدستوري من التقييد الإيجابي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي

لجأ المجلس الدستوري في قضائه – أحيانا – إلى إمداد المشرع العادي ببعض العناصر التي قد يستفيد منها مستقبلا عند وضع التنظيم التشريعي لموضوع معين؛ من أجل تعزيز حماية القواعد الدستورية، زيادة على ما يقرره من عدم دستورية تقدير المشرع القائم[١].

ويأتي هذا الدور للمجلس الدستوري على الرغم من تأكيده المستمر أن النصوص الدستورية الخاصة باختصاصه الرقابي لا تمنحه سلطة عامة في التقييم والتقرير، مماثلة لسلطة البرلمان، ولكنها تمنحه اختصاص الحكم على مدى توافق القوانين المحالة مع الدستور فقط.

ففي قراره الصادر في ٢٠١٠/٧/٣٠ قرر المجلس الدستوري – بعد أن توصل إلى عدم دستورية عدد من مواد قانون الإجراءات الجنائية – أنه: (لا يتمتع بسلطة تقديرية عامة من طبيعة سلطة البرلمان نفسها من ناحية، كما إنه ليس من اختصاصه الإشارة إلى التعديلات التي يجب اختيارها لتعديل قواعد الإجراءات الجنائية؛ من أجل تصحيح عدم الدستورية الموجودة فيها من ناحية أخرى)[٢].

ومما تقدم يتضح تأكيد المجلس الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع العادي في اختيار البديل المناسب، من دون أن يكون له – أي المجلس الدستوري – سلطة تحديد مؤشرات وضوابط لاختيار هذا البديل. إلا أن هذا التأكيد قد يكون نظريا أكثر منه عمليا. فواقع قرارات المجلس الدستوري لا تخلو من المؤشرات التي تتضمن توجيها للمشرع العادي في اختيار بدائل معينة[٣].

وبذلك لا يمكن إنكار الدور الذي يؤديه المجلس الدستوري في تحديد المبادئ الإرشادية والتوجيهية التي يحيط المشرع العادي علما بها؛ لتصحيح عدم الدستورية عند تدخله في المستقبل لهذا الغرض.

ومن ذلك قراره الصادر في ١٩٨٣/١٢/٢٩ بشأن المادة (٨٩) من قانون الميزانية لسنة ١٩٨٤ التي سمحت لبعض وكلاء إدارة الضرائب المفوضين لهذا الغرض، بإجراء تحقيقات بمساعدة ضابط من الشرطة القضائية، قد تنطوي على عمليات تفتيش للبحث عن مخالفات في مسائل الضرائب المباشرة، وضرائب المبيعات، ومصادرة لمحل تلك المخالفات.

وقد توصل المجلس الدستوري إلى أن المادة (٨٩) وبغض النظر عن الضمانات التي توفرها فإن أحكامها لا تحدد بشكل مقبول مصطلح (جريمة) الذي يمكن فهمه بمعانٍ عدة. ومن ثم فإنها لا تحد بوضوح من المجال المتروك للتحقيقات المعنية؛ لأنها لا تعمد صراحة للقاضي – الذي يمتلك سلطة تفويض التحقيق لوكلاء الإدارة

---

[١] ينظر: د. عيد أحمد الغفلول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، مصدر سابق، ص ٣٧٩.

[٢] قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2010-14/22 QPC du 30/7/2010.

[٣] ينظر:

Mathieu Disant: Ibid, p 78.

– مهمة التحقق بطريقة واضحة من تفاصيل الطلب المقدم إليه، وبذلك فإنها تتجاوز ضرورة تدخل السلطة القضائية وسيطرتها في سياق العمليات المصرح بها، وهذا ما يخالف المادة (٦٦) من الدستور التي عهدت للسلطة القضائية بضمان الحرية الفردية في جميع جوانبها، ولا سيما حرمة المنازل، ولذلك قرر المجلس الدستوري عدم دستورية المادة (٨٩)[١].

واستمرارا لدوره اللاحق لما تقدم فإن المجلس الدستوري قد صرّح بأنه: (كان ينبغي أن تكون المادة (٨٩) مصحوبة بأحكام، وتفاصيل تحظر أي تفسير، أو ممارسة مسيئة. كما يجب أن تضمن تدخل السلطة القضائية بما لها من رقابة مستحقة. كل ذلك من أجل إعطاء الحق الكامل والصريح لمتطلبات الحرية الفردية، وحرمة المنزل ومتطلبات مكافحة التهرب الضريبي)[٢].

ويتضح من ذلك توجه المجلس الدستوري في تحديد المبادئ التي يمكن الاعتماد عليها لتلافي الحكم بعدم الدستورية، عند معالجة الحالة المعروضة، عن طريق الالتزام بأمرين هما: تفصيل بعض الأمور بما يزيل الغموض عن مضمون المادة، وتعزيز السيطرة الفعالة للسلطة القضائية على عمليات التفتيش بما يضمن متطلبات الحرية الفردية.

وبناءً على ذلك أعاد المشرع مضمون المادة (٨٩) التي قُضي بعدم دستوريتها، بالمادة (٩٤) من قانون الميزانية لعام ١٩٨٥، وتم عرضها بصيغتها الجديدة على المجلس الدستوري للنظر في مدى دستوريتها مرة أخرى، على أساس السبب نفسه الذي قدمه أصحاب الإحالة في السابق وهو: غموضها في تنظيم عمليات التفتيش والمصادرة بما يتعارض مع مبدأ الحرية الفردية التي عهدت المادة (٦٦) من الدستور للقضاء بالحفاظ عليها.

إلا أن المجلس الدستوري قرر أن: (المادة ٩٤ من قانون الميزانية لسنة ١٩٨٥ لا تتجاهل أياً من المتطلبات الدستورية التي تضمن التوفيق بين مبدأ الحرية الفردية، واحتياجات مكافحة التهرب الضريبي، كما أوضحه قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٩٨٣/١٢/٢٩؛ لأنها قد حددت بشكل مقبول المنطقة المفتوحة للتحقيقات عن طريق تعريف دقيق للجرائم، كما إنها ضمنت السيطرة الفعالة للقاضي على التأكد من مدى ضرورة إجراء كل زيارة تفتيشية، ومنحته الاختصاصات اللازمة لمتابعة المسار بفعالية تامة، وتسوية أي حادث، وإنهاء الزيارة في أي وقت إذا لزم الأمر، ومن ثم فإن النص المنتقد لا يتجاهل بأي حال المادة ٦٦ من الدستور)[٣].

ومن ذلك يتبين أمران هما: اتضاح رؤية المجلس الدستوري بشأن تصحيح عدم الدستورية، ومساهمته في ذلك بتحديد الإطار التشريعي لتدخل المشرع العادي، وبيان ملامح مضمونه لتلافي عدم الدستورية، عن طريق ما

---

[١] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 83-164 DC du 29/12/1983.

[٢] قرار المجلس الدستوري المشار له في أعلاه.

[٣] قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 84-184 DC du 29/12/1984.

وضعه له من مبادئ إرشادية وتوجيهية للمحتوى الذي يجب أن يكون عليه ذلك التدخل بما يجعله متفقا مع الدستور[١].

في حين يبدو الأمر الآخر بالتزام المشرع العادي بالمبادئ الإرشادية والتوجيه. التي يقدمها المجلس الدستوري له من أجل تلافي الحكم بعدم الدستورية، ونزوله عند تلك المبادئ، بما وضعه من تشريع لاحق لقرار المجلس الدستوري، آخذا بالحسبان الكيفية المرسومة له في هذا الشأن، مع احتفاظه بسلطته التقديرية التي تسمح له بحرية الاختيار[٢].

ويمكن القول إن هذا الالتزام يعكس بوضوح ملامح التعاون بين المجلس الدستوري والمشرع العادي في انجاح مهمة كل واحد منهما؛ تعزيزا لحماية الدستور. فالمجلس الدستوري يعلم جيدا بحدود اختصاصه، وأبعاد غاية عمله، لذلك يقتصر عمله – هنا – على وضع المبادئ الإرشادية والتوجيهية، مع التأكيد على السلطة التقديرية للمشرع العادي. في حين يسعى الأخير إلى حفظ تشريعاته من التعقيب المنتج للمجلس الدستوري، بما يضمن لها تحقيق أهدافها على أرض الواقع.

ومن أمثلة التقييد الإيجابي أيضا قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٩٨٢/١/١٦، بشأن قانون التأميم، وبالتحديد المواد (٦ – ١٨ – ٣٢) منه، المبينة للقواعد التي يتم بموجبها تحديد القيمة التبادلية لأسهم الشركات المختلفة، بوصفها تعويضا مقابل تأميم بعض المصارف.

إذ عمد المشرع العادي إلى تحديد قيمة الأسهم الممنوحة للمساهمين في الشركات المشمولة بقانون التأميم بسعر موحد لمتوسط أسعار سوق الأوراق المالية من ١٩٧٨/١/١ ولغاية ١٩٨٠/١/١، من دون أن يكون ذلك إلى تاريخ ١٩٨٢/١/١، مما يؤدي إلى اختلافات كبيرة بالقيمة الحقيقية للأسهم في وقت نزع ملكية الشركات المؤممة؛ بسبب تفاوت الأسعار، واختلافها، وفي بعض الحالات عكس اتجاه أسعار الشركات المؤممة، ومن ثم قد تنتج اختلافات كبيرة في القيمة الحقيقية بسعر الأسهم في وقت نزع الملكية.

وبعد أن قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية المادة (١٨) للتبريرات المتقدمة، فإنه قد صرّح أن: (للمشرع من دون شك الحرية في الإشارة لمتوسط أسعار سوق الأوراق المالية خلال فترة معينة؛ من أجل تحديد قيمة الأسهم، ولكنه ينبغي أن يكون ذلك عن طريق مطابقة متوسط السعر الثابت مع التعديلات المناسبة لمعالجة عدم المساواة، وأوجه القصور الجوهرية التي يمكن أن تنجم عن ذلك)[٣].

---

[١] ينظر:

Georges Bergougnous: le Conseil Constitutionnel et le Législateur, nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel n° 38 (dossier: le Conseil Constitutionnel et le Parlement) – janvier 2013, p 16.

[٢] ينظر:

Christian Behrendt – Magister Juris: Ibid.

[٣] قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 81-132 DC du 16/1/1982.

ومن ذلك يتضح أن المجلس الدستوري قد اقترح على المشرع العادي الحل المناسب لتلافي عدم الدستورية، عن طريق وضع تعديلات مناسبة على السعر الثابت، لتقييم الأسهم؛ من أجل معالجة عدم المساواة، وأوجه القصور الجوهرية التي تحف بطريقة السعر الثابت.

٢- موقف المحكمة الدستورية العليا من التقييد الإيجابي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي

تبين لنا سابقا اهتمام المحكمة الدستورية العليا بتسبيب أحكامها بشكل عام، والصادرة بعدم الدستورية بشكل خاص، بحيث تحرص المحكمة على ألّا تصدر أحكامها إلا وتحمل معها أسسا دستورية، وأدلة قانونية ومنطقية تبررها، وتؤكد مضمونها.

وفي أدائها لهذه المهمة تعمد المحكمة الدستورية العليا في الكثير من أحكامها لوضع تسبيب يمثل أساس عدم دستورية تقدير المشرع العادي، ويشكل هذا التسبيب في الوقت نفسه إطارا لتدخل المشرع المستقبلي بشأن الموضوع نفسه.

وما يعنينا هنا الوظيفة الثانية للتسبيب، إذ استطاعت المحكمة عن طريق تسبيب أحكام عدم الدستورية المساهمة – بشكل مقصود، أو غير مقصود – في ممارسة الوظيفة التشريعية، وأصبحت شريكا مع المشرع في أداء مهمته التشريعية، بما تقوم به من تحديد مسبق لمحتوى القواعد القانونية المستقبلية، مع التأكيد على بقاء السلطة التقديرية للمشرع العادي، وحريته في اختيار الحل، أو الحلول المناسبة، ولكن في إطار المبادئ الإرشادية، والتوجيهية التي وضعتها له المحكمة.

ويمكن القول إن المحكمة الدستورية العليا قد أدت هذه الوظيفة في مجموعة من قراراتها، ومن ذلك قرارها الصادر في ١٩٩٤/٢/١٢ الخاص بالمادة (٨٢) من قانون المحاماة رقم (١٧) لسنة ١٩٨٣ التي حددت معايير تقدير أتعاب المحامي[١].

ومن بين ما حددته المادة المذكورة من معايير هو: ملاءة الموكل، ويجب ألّا تقل الأتعاب عن (٥%) من قيمة ما حققه المحامي من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير.

وبصدد رقابتها على المادة المتقدمة توصلت المحكمة إلى أنها (قد أوردت ضمن العناصر التي تدخل في تقدير أتعاب المحامي أهمية الدعوى، والجهد الذي بذله في سبيلها، والنتيجة التي حققها، وأقدمية قيده – وجميعها عوامل موضوعية تُعين على تقدير هذه الأتعاب تقديرا منصفا – إلا أن نص هذه الفقرة ذاتها، إذ اعتد بملاءة

---

[١] نصت المادة (٨٢) من قانون المحاماة رقم (١٧) لسنة ١٩٨٣ على: (للمحامي الحق في تقاضي أتعاب لما يقوم به من أعمال المحاماة، والحق في استرداد ما أنفقه من مصروفات في سبيل مباشرة الأعمال التي وكل فيها. ويتقاضى المحامي أتعابه وفقا للعقد المحرر بينه وبين موكله. وإذا تفرع عن الدعوى موضوع الاتفاق أعمال أخرى، حق للمحامي أن يطالب بأتعابه عنها. ويدخل في تقدير الأتعاب أهمية الدعوى، والجهد الذي بذله المحامي، والنتيجة التي حققها، وملاءة الموكل، وأقدمية درجة قيد المحامي، ويجب ألا تزيد الأتعاب على عشرين في المائة، وألا تقل عن خمسة في المائة من قيمة ما حققه المحامي من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يكون أساس تعامل المحامي مع موكله أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها).

الموكل كأحد عناصر هذا التقدير، فإنه يكون قد جاوز في هذا النطاق الأسس المعقولة التي يتعين أن تتحدد الأتعاب على ضوئها، ذلك أن ثروة الموكل منقطعة الصلة بالأعمال التي باشرها الوكيل، ولا يجوز أن يكون لها من أثر على تقييمها. وليس منطقيا، أو معقولا أن تزيد قيمة هذه الأعمال وأن تتصاعد أهميتها تبعا ليسار الموكل وليس بالنظر إلى طبيعتها وفحواها. يؤيد ذلك أنه وإن صح القول بأن الأتعاب المتنازع عليها لا يجوز أن تنحدر على نحو يكون مثبطا لهمم الأكفاء من المحامين، فإن من الصحيح كذلك أنها لا يجوز أن تكون مستعلية في غير مقتض بافتقارها إلى العوامل الموضوعية اللازمة لحملها)[١].

كما بينت المحكمة أن ما حددت المادة في أعلاه من حد أدنى لقيمة أتعاب المحامي (مؤداه: أنه أياً كان مقدار الجهد الذي بذله المحامي في أداء هذا العمل، فإن الحدود الدنيا لأتعابه لا يجوز أن تقل عن ٥% من الفائدة التي حققها، وهو ما يخرج بتقييم الأعمال التي باشرها عن الأسس الموضوعية التي يجب أن تكون قواما لها)[٢].

وبعد أن بينت العيوب التي انتابت معياري ملاءة الموكل، والحد الأدنى في تقدير أتعاب المحامي، توصلت المحكمة إلى أن (تعيين أتعاب المحامين على ضوء عنصرين غير موضوعيين – أحدهما ملاءة الموكل، وثانيهما حد أدنى تقرر بقاعدة عامة مجردة يلزم تطبيقها في كل حال لضمان عدم النزول بمبلغها عن قدر معين – مؤداه: اعتبار ما يقابلهما من مبالغ التزاما مترتبا في ذمة الموكل منذ نشوئه، وكان كل التزام يعتبر قيمة مالية سلبية حال أن هذين العنصرين منفصمان عن حقيقة الأعمال التي قام بها الوكيل، ولا يغلان بالتالي أية قيمة مالية يتصور معها أن يقعا عبئا في مال المدين بما يجرد ذمته المالية – وهي لا تتناول إلا مجموع الحقوق والديون التي تكون لها قيمة مالية – من بعض عناصرها الإيجابية، إذ كان ذلك، فإن النص التشريعي المطعون فيه يكون مخالفا من هذه الناحية للمادة (٣٤) من الدستور).

والمتتبع لهذا الحكم يجد أن المحكمة الدستورية العليا لم تكتفي بالحكم بعدم دستورية المعيارين بشأن تحديد أتعاب المحامي. وإنما ذهبت – عن طريق تسبيبها – إلى أبعد من ذلك بتحديدها الخطوط العامة، والتفصيلية التي ينبغي أن يسير عليها المشرع العادي من أجل تقدير أتعاب المحامي مقررة أن: (حقيقة الأعمال التي قام بها المحامي هي ذاتها مناطا لتحديد أجره، ويتعين بوجه عام أن يكون مرد الاعتداد بها عائدا إلى العناصر الواقعية المختلفة التي يتحدد بها نطاقها ووزنها، وبما لا إخلال فيه بالظروف الموضوعية المتصلة بها. ودون ذلك، فإن تقدير أجر المحامي يكون منطويا على عدوان على الحقوق المالية للموكل، وهي حقوق حرص الدستور على صونها، ومن ثم كان ضروريا أن يقدر أجر المحامي بمراعاة كل العوامل التي تعين على تحديده تحديدا منصفا).

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" في ١٩٩٤/٢/١٢). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٩ تابع) في ١٩٩٤/٣/٣.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا المشار له في أعلاه.

وعلى الرغم من إقرار المحكمة الدستورية العليا بعدم استغراق قائمة محددة للعوامل التي ينبغي أن يعتد بها المشرع عند تقدير أتعاب المحامي بشكل خاص، والأجر بشكل عام، إلا أنها عمدت إلى بيان مجموعة كبيرة منها بشكل دقيق، ومن بينها: (أولا: حقيقة الجهد والزمن الذي بذله المحامي وكان لازما لإنجاز الأعمال التي وكّل فيها. ثانيا: جِدة المسائل التي قام ببحثها، ودرجة تشابكها، أو تعقدها. ثالثا: ما اقتضاه تنفيذها بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية. رابعا: ما إذا كان تنفيذ الأعمال التي عهد إليه الموكل بها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى. خامسا: الأجر المقرر عرفا مقابلا معقولا لها. سادسا: القيود الزمنية التي يكون الموكل قد فرضها على المحامي لإنجاز الوكالة، وكذلك تلك التي أملتها ظروفها. سابعا: النتائج التي يكون محاميه قد بلغها في شأن المبالغ التي يتردد النزاع حولها. ثامنا: مكانة المحامي ومقدرته وشهرته العامة. تاسعا: طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه وعمق امتدادها في الزمان. عاشرا: الأتعاب التي تقررت لغيره من المحامين في الدعاوى المماثلة. حادي عشر: ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التي وكل فيها بالنظر إلى ملابساتها)[١].

ومن ذلك يتبين بوضوح تأثير المحكمة الدستورية العليا في عمل المشرع العادي المستقبلي، واسهامها الواضح في ذلك العمل، عن طريق المبادئ الإرشادية والتوجيهية – التي وصلت في الحكم المتقدم إلى حد التفاصيل – في بيان معايير تحديد أتعاب المحامي.

ويمكن الإشارة أيضا إلى قرار المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٩٦/٤/٦ بشأن المادة (٢١) من قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ التي حددت المكافأة المستحقة لأعضاء مجلس إدارة الشركة التابعة لشركة قابضة، مميزة في هذا الشأن بين فئتين من الأعضاء، فبينما يحصل الأعضاء المعينون فيه على مكافأة سنوية يحددها النظام الأساسي للشركة دون حد أقصى، في حين أن المكافأة السنوية التي يستحقها أعضاء مجلس الإدارة المنتخبون عن العمال، لا يجوز أن يزيد حدها الأقصى على الأجر السنوي الأساسي لكل منهم.

وقد توصلت المحكمة إلى عدم دستورية التمييز المتقدم؛ لأن (الأعضاء المنتخبون والمعينون وفقا لنص المادة (٢١) من قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ يجمعهم مجلس إدارة واحد، يباشر مهاما محددة يتولونها جميعا، ويتحملون معا – وبقدر متساوٍ فيما بينهم – المسؤولية الكاملة عنها، وبافتراض أن تحقيق شركتهم لأهدافها، نتاج لجهدهم وتكاتفهم، وثمرة تعاونهم على دعم نشاطها؛ وكان التمييز فيما بينهم في مجال المكافأة السنوية التي يستحقونها، يناقض التمكين للقيم الأصيلة الخلقية والوطنية التي يلتزم مجتمعهم بالتحلي بها والعمل على إرسائها، على ما تنص عليه المادة (١٢) من الدستور؛ ويخل كذلك بما قرره الدستور في المواد (٧، ٢٣، ٦٢)، من أن الأجر وفرص العمل وربطهما معا بالإنتاجية، ضمانة جوهرية لزيادة الدخل

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا المشار له في أعلاه.

القومي؛ وأن التمييز في مجال الأجر دون مقتض، إنما يقوض بنيان الجماعة وينال من التضامن بين أفرادها؛ ولا يكفل إسهاما جادا ونافعا في الحياة العامة)[١].

ومن ذلك يتضح أن المحكمة الدستورية العليا قد عارضت المشرع العادي فيما وضعه من تمييز في المكافأة المستحقة بين الأعضاء المنتخبين والمعينين في مجلس إدارة الشركة، إلا أن الملاحظ عدم وقوف المحكمة عند هذا التعارض، بل يمكن القول إنها قد حددت ملامح عدالة الأجر، وشروطه التي ينبغي أن يلتزم المشرع العادي بها. مقررة أن: (عدالة الأجر لا تنفصل عن الأعمال التي يؤديها العامل، سواء في نوعها أو كمها، فلا عمل بلا أجر، ولا يكون الأجر مقابلا للعمل إلا بشرطين: أولهما: أن يكون متناسبا مع الأعمال التي أداها العامل، مقدرا بمراعاة أهميتها وصعوبتها وتعقدها وزمن إنجازها، وغير ذلك من العناصر الواقعية التي يتحدد على ضوئها نطاقها ووزنها. ثانيهما: أن يكون ضابط التقدير موحدا، فلا تتعدد معايير هذا التقدير بما يباعد بينها وبين الأسس الموضوعية لتحديد الأجر. وهو ما يعنى بالضرورة ألا يكون مقدار الأجر محددا التواءً أو انحرافا، فلا يمتاز بعض العمال عن بعض إلا بالنظر إلى طبيعة الأعمال التي يؤدونها وأهميتها. فإذا كان عملهم واحدا، فإن الأجر المقرر لجميعهم ينبغي أن يكون متماثلا، بما مؤداه: أن قاعدة التماثل في الأجر للأعمال ذاتها، تفرضها وتقتضيها موضوعية الشروط التي يتحدد الأجر في نطاقها)[٢].

وما ذكرته المحكمة في أعلاه يعد – في حقيقته – مبادئ إرشادية وتوجيهية واضحة، موجهة للمشرع العادي ليس بشأن ما حدده من أجر في المادة المطعون بها فحسب، بل تشمل أيضا ما يضعه من تشريعات مستقبلية في هذا المجال.

وانسجاما مع تلك المبادئ التي وضعتها المحكمة الدستورية العليا فقد عدّل المشرع العادي المادة (٢١) من القانون المذكور، نافيا تمييزه السابق، ليكون نصها بالآتي (تحدد الجمعية العامة سنويا ما يتقاضاه كل من رئيس وأعضاء المجلس المشار إليهم من بدلات الحضور والانتقال للجلسات والمكافأة السنوية التي يستحقها مجلس الإدارة بمراعاة نص المادة (٣٤) من هذا القانون، كما تحدد الجمعية العامة المزايا الأخرى للأعضاء المنتمين بما في ذلك التأمين الطبي ووسائل الانتقال)[٣].

ومن الأمثلة أيضا حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٢٠١٩/٣/٢، بشأن المادة (٢) من قانون تنظيم هدم المباني والمنشآت غير الآيلة للسقوط والحفاظ على التراث المعماري رقم (١٤٤) لسنة ٢٠٠٦ التي حظرت

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٣٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/٤/٦). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٦) في ١٩٩٦/٤/١٨.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا المشار له في أعلاه.

[٣] نص المادة (٢١) من قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١، وفق التعديل بالقانون رقم (١٨٥) لسنة ٢٠٢٠.

الترخيص بالهدم، أو الإضافة لبعض المباني والمنشآت ذات الطراز المعماري المتميز، وذلك مع عدم الاخلال بما يستحق قانونا من التعويض.

وقد توصلت المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية المادة أعلاه؛ لأن (حظر الهدم أو الإضافة للمباني والمنشآت ذات الطراز المعماري المتميز، وبالنظر للآثار المترتبة عليه بحرمان المالك من بعض سلطاته الفعلية على ملكه، ومن الفوائد التي يمكن أن تعود عليه منه، يعدل – في الآثار التي يرتبها – نزع ملكيته من أصحابه، وعلى ذلك فإن صحة تقرير التعويض المستحق قانونا للمالكين، عن المباني والمنشآت المشار إليها، الذي تضمنه النص المحال – من الناحية الدستورية – يكون رهينا بكفالة حق المالكين في التعويض العادل عن القيود التي يتضمنها هذا التنظيم)[١].

وفي سياق توجيهها للمشرع العادي فقد أبانت المحكمة أن التعويض العادل: (لا يتأتى إلا بتضمين المشرع النص المقرر للتعويض – في الحالة المعروضة – أسس وقواعد وضوابط تقديره، شاملة معايير تقدير التعويض، وتوقيت تقديره وصرفه لمستحقيه، التي تكفل أن يكون معادلا للقيمة الحقيقية لما تحملــه المالك في ملكه نتيجة القيود التي فرضها المشرع عليه، وما يضمن أن يقوم التعويض مقام الحق ذاته الذي حرم منه، ويعتبر بديلا عنه، بما يحقق العدل الذي اعتمده الدستور في المادة (٤) منه، كأساس لبناء المجتمع، وصيانة وحدته الوطنية، ويكفل تحقيق التوازن بين مصلحة المالكين الخاصة، ومتطلبات تحقيق المصلحة العامة، ذلك التوازن الذي رصده الدستور في المادة (٢٧) منه كأحد أهداف النظام الاقتصادي، وقيدا على المشرع فيما يسنه من تشريعات تمس مصالح الأطراف في العلاقات القانونية المختلفة، ولتكون تلك القواعد والضوابط الحاكمة للتعويض التي يقررها المشرع، قيدا على اللجنة التي أسند إليها، ... الاختصاص بتقدير التعويض، ولتمكين القضاء المختص من رقابة أعمالها، وتقييم تقديراتها طبقا لها)[٢].

والتزاما بتلك المبادئ التوجيهية التي وضعتها المحكمة بشأن عدالة التعويض فقد عدّل المشرع القانون المذكور مضيفا له المادة (٢ مكررا) من أجل تحقيق المتطلبات الدستورية التي حددتها المحكمة وهي: أن يكون التعويض عادلا، وأن يقدر عند نزع ملكية المبنى أو المنشأة، وأن يدفع مقدما.

والملاحظ أن المشرع لم يلتزم بجميع المتطلبات التي وضعتها المحكمة الدستورية العليا؛ لأنه لم يضع بنفسه الأسس التي يقوم عليه التعويض، والجهة المعنية بأدائه، وإنما أحال ذلك إلى رئيس مجلس الوزراء، بناءً على عرض مشترك من الوزير المختص بشؤون الإسكان ووزير المالية.

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٣٩ لسنة ٣٩ قضائية "دستورية" في ٢٠١٩/٣/٢). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٠ مكرر "ب") في ٢٠١٩/٣/١١.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا المشار له في أعلاه.

ولم يعرض التعديل الأخير على المحكمة الدستورية العليا؛ حتى يتسنى لنا معرفة رأيها بتفويض المشرع لرئيس مجلس الوزراء بشأن تحديد الأسس التي يقوم عليها التعويض، وتحديد الجهة المعنية بأدائه، وفيما إذا كان ذلك يفي بما وضعتها المحكمة من متطلبات دستورية من أجل عدالة التعويض.

وإذا كانت المحكمة الدستورية فيما سبق لها من أحكام قد وضعت مبادئ إرشادية يسير عليها المشرع العادي بشأن ما يقرره من قوانين في المستقبل. فإنها بدت أكثر تحديدا في هذا المجال، حين ذهبت في أحد أحكامها – النادرة في هذا الشأن – إلى تحديد الحل الذي كان ينبغي على المشرع اختياره؛ من أجل تفادي اللجوء للحكم بعدم دستورية الحل الذي اختاره فعلا. ويتضح ذلك في حكمها الصادر في ١٩٨٦/٣/١ الذي قضت فيه بعدم دستورية المادة (٢) من القرار بقانون تحضير الأدوية والمستحضرات بالصيدليات تحت أسماء تجارية أو بقصد الاتجار بها رقم (١١٣) لسنة ١٩٦٤ فيما قضت فيه من أيلولة ملكية الأدوية والمستحضرات – التي يتم تصنيعها بالصيدليات تحت أسماء تجارية أو بقصد الاتجار فيها والسابق تسجيلها بوزارة الصحة – إلى المؤسسة المصرية العامة للأدوية والكيماويات والمستلزمات الطبية بدون مقابل؛ لمخالفتها للمادة (٣٦) من الدستور التي حظرت المصادرة العامة للأموال، ولم تجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي.

في موضع الاستشهاد بهذا الحكم فقد جاء به (أن ما قررته المادة الثانية المطعون عليها من أيلولة ملكية الأدوية والمستحضرات السابق تسجيلها إلى المؤسسة العامة للأدوية **– وليس شطب هذا التسجيل –** ينم عن صلاحية تلك المستحضرات وقابليتها للإنتاج)[١].

ومما يلاحظ على الجملة الاعتراضية في الفقرة أعلاه (وليس شطب هذا التسجيل) أنها تمثل وجهة نظر المحكمة بشأن الحل الذي كان ينبغي على المشرع تبنيه. وهو ما ينصرف إلى الوضع الحالي، والمستقبلي أيضا.

ومضمون ذلك أن المشرع عند معالجته لهذا الموضوع، كان حريا به – من وجهة نظر محكمة – ألّا يقرر أيلولة تلك المستحضرات دون مقابل، وإنما يعمد إلى شطب تسجيل هذه المستحضرات في وزارة الصحة؛ حتى لا يكون حله مخالفا الدستور.

وبتعبير آخر فإن ما قصدته المحكمة هو أن (لجوء المشرع لإجراء شطب تسجيل هذه الأدوية والمستحضرات كان بلا شك هو الحل الملائم لتنظيم هذا النشاط)[٢]. سواء أكان حالا، أم مستقبلا.

وبذلك تكون المحكمة قد عارضت المشرع العادي فيما جاء به من حل بشأن الأدوية والمستحضرات التي يتم تصنيعها بالصيدليات تحت أسماء تجارية، أو بقصد الاتجار فيها؛ كونه يخالف الدستور، وعرضت له – في الوقت نفسه – حلا آخر يتفق مع طبيعة الموضوع، ولا يتضمن أية مخالفة للدستور.

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٨ لسنة ٥ قضائية "دستورية" في ١٩٨٦/٣/١). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١١) في ١٩٨٦/٣/١٣.

[٢] د. زكي محمد النجار: المصدر السابق، ص ٢٤٢.

٣- موقف المحكمة الاتحادية العليا من التقييد الإيجابي لنطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي

يمكن القول إن المحكمة الاتحادية العليا قد ساهمت بدور ايجابي في العملية التشريعية، عن طريق المبادئ الإرشادية والتوجيهية المستخلصة من تسبيبها لعدم دستورية تقدير المشرع العادي المعروض أمامها، من أجل الالتزام باتباعها؛ لتلافي الحكم بعدم الدستورية.

وقد أضحى هذا الدور ملموسا بجانب دورها التقليدي في إطار الرقابة الدستورية المتمثل بتجريد النصوص القانونية غير دستورية من قوة نفاذها.

وعلى الرغم من أن هذا الدور الإيجابي للمحكمة الاتحادية العليا في العملية التشريعية يعد أثرا غير مباشر، فإن أهميته تنبع من حمايته للدستور، عن طريق إرشاد المشرع، وعدم وقوع اختياره على حلول غير دستورية. ومن ثم تلافي المزيد من القوانين المخالفة للدستور، وبالنتيجة تقليل أحكام عدم الدستورية.

والملاحظ لقرارات المحكمة الاتحادية العليا يجدها أنها قد لا تسعى بشكل مباشر للقيام بهذا الدور، وإنما تمارسه بشكل تبعي، عند توصلها إلى حقيقة تقدير المشرع، ومخالفته للدستور، وهذا ما يعكس أهمية تسبيب التعارض التقديري للمحكمة.

إذ كلما كان ذلك التسبيب شاملا للأسانيد، والأدلة التي اعتمدت عليها المحكمة في تعارضها التقديري، كلما اتضحت المبادئ الإرشادية والتوجيهية، وأدت دورها في استلهام المشرع العادي للحلول المتفقة مع الدستور.

إلا أن الأمر قد يبدو أكثر وضوحا – في بعض الأحيان – عن طريق اتجاه رغبتها بشكل مباشر نحو وضع مبادئ إرشادية، وضوابط توجيهية لعمل المشرع العادي في وضع القوانين مستقبلا.

ومن ثم أصبحت المحكمة لا تمارس رقابتها الدستورية على ما هو كائن من القوانين فحسب، بل امتدت لتشمل ما سيكون من قوانين أيضا، عن طريق تلك المبادئ الإرشادية والتوجيهية.

وفي سياق هذه المبادئ الإرشادية يمكن استخلاص هذا الأثر في قرار المحكمة الصادرة في ٢٠١٩/٧/٣١ بشأن المادة (٤٦) من قانون الموازنة العامة الاتحادية رقم (١) لسنة ٢٠١٩ التي حددت بدلات إيجار عقارات الدولة في المنطقة الخضراء، ومجمع الزوراء معتمدة في ذلك على مساحة العقار وحدها. وقد وجدت المحكمة أن هذا المعيار – وحده – قاصرا عن تحديد بدلات الإيجار بشكل صحيح، ومن ثم حكمت بعدم دستورية المادة المذكورة للغلط البين كما أوضحناه سابقا[١].

ويمكن القول إن أثر هذا القرار لا يقتصر على التعارض التقديري، والحكم بعدم دستورية المادة (٤٦)، وإنما يتعداه – ولو بشكل غير مباشر – إلى توجيه مبادئ إرشادية من المحكمة الاتحادية العليا للمشرع العادي، مقتضاها: أن قيام المشرع بتحديد بدل إيجار عقارات الدولة لا يكون صحيحا، ومتفقا مع الدستور، إلا باعتماد مجموعة من العوامل الواجب مراعاتها في تقدير تلك البدلات، ومنها – كما أوضحته المحكمة – موقع العقار،

---

[١] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٤٨/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٧/٣١).

ودرجة عمرانه، ووقت التشييد، ونوعية المواد المستعملة في إنشاء العقار، زيادة على ذلك مساحته، ومن دون ذلك فإن هذا التحديد يصطدم بالدستور؛ نتيجة لما يتركه من تمييز يخالف مبدأ المساواة.

فالتبرير المتقدم وإن كان يشكل تسبيبا لتعارض المحكمة الاتحادية العليا مع تقدير المشرع العادي بشأن تحديد بدل إيجار عقارات الدولة. إلا أنه يشكل في الوقت نفسه مبادئ توجيهية ينبغي على المشرع الالتزام بها عند تصديه لهذا الموضوع مستقبلا.

وبذلك يكون التبرير الذي وضعتها المحكمة الاتحادية العليا قد أدى دورا مزدوجا، فهو يعد تسبيبا للتعارض التقديري من جانبن ويشكل مبادئ إرشادية تحدد إطار تقدير المشرع لبدلات الإيجار، والعوامل الواجب مراعاتها في هذا الشأن.

وقد يبدو الأمر – أحيانا – أبعد من مسألة مبادئ إرشادية، ليصل إلى وضع حلول محددة من المحكمة الاتحادية العليا. ومع إن هذا الدور قد لا يكون متفقا مع الوظيفة الرقابية للمحكمة، إلا أنه لا يمكن تجاهله من المشرع العادي من ناحية، ولا يمكن الإغفال عنها من المتتبعين لقرارات المحكمة وعلاقتها بالمشرع العادي من ناحية أخرى.

ويمكن أن يتضح ذلك الدور في قرار المحكمة الاتحادية العليا الصادر في ٢٠١٨/٦/٢١ الذي توصلت فيه إلى عدم دستورية المادة (٣) من قانون التعديل الثالث رقم (١٥) لسنة ٢٠١٨ لقانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣ فيما قررته من إلغاء نتائج الانتخابات في بعض المناطق بشكل مطلق وكلي؛ كون ذلك يشكل مخالفة للمواد (١٤ –٢٠ – ٣٨/أولا) من الدستور.

والواضح من القرار المذكور أن المحكمة قد وضعت للمشرع حلا محددا يمكن من شأن اعتماده معالجة المشكلة التي أمامه، ويتمثل بالتمييز بين الأصوات الصحيحة، التي جاءت بشكل سليم وموافق للقانون، والأصوات التي شابتها المخالفات، ورفعت بشأنها الشكاوى، أو تلك المخالفات التي وردت في التقارير الرسمية المستندة على أدلة قانونية معتبرة، فالفئة الأولى تبقى صحيحة دون أن يعتدي عليها المشرع بالإلغاء ما دامت كذلك. أما الفئة الثانية من الأصوات فيمكن تأخير اعلان نتائجها، لحين البت فيها سلبا أو إيجابا، وذلك بهدف السير ببقية مراحل العملية الانتخابية بشكل قانوني وشفاف وإعلان النتائج النهائية وإرسالها إلى المحكمة الاتحادية العليا للمصادقة عليها[١].

وفي الحقيقة إن الحل الذي اقترحته المحكمة، وإن كان يبدو للحالة المعروضة على المشرع في وقتها، والمتمثلة بالخروقات التي شابت الانتخابات البرلمانية لعام ٢٠١٨، إلا أنه يشكل حلا مناسبا لحالات مماثلة، قد تقع مستقبلا، وهو أمر متوقع. وبذلك يكون أثر هذا القرار مزدوجا: يتمثل الأول بالتعارض التقديري، وتحقيق نتائجه، والآخر توجيه المشرع العادي لتبني الحل الذي وضعته المحكمة للحالات المماثلة التي تقع في المستقبل.

---

[١] ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٩٩ و١٠٤ و١٠٦/اتحادية/اعلام/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٦/٢١).

المطلب الثاني
تقييد القاضي الدستوري أو الحد من فاعلية قراراته

يؤدي التعارض التقديري – كما اتضح سابقا – إلى تقييد نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي سلبا أو ايجابا كما إنه من جانب آخر يؤدي للتأثير في القاضي الدستوري، بواسطة المشرع العادي نفسه.

فالتعارض التقديري قد ينشئ – بمرور الوقت – خلافا خفيا بين المشرع العادي والقاضي الدستوري. وقد يكون من جانب واحد، وبالتحديد من طرف المشرع العادي؛ من أجل العمل على تطبيق سياسته التشريعية وتحييد القاضي الدستوري في بعض الموضوعات.

ويبدو أن ارتداد آثار الرقابة الدستورية – بشكل عام – على القاضي الدستوري ذات أصول تاريخية، إذ يمكن القول إن هذه الظاهرة قد نشأت مع نشوء الرقابة نفسها، وكلما ما كانت فعالة، وترد مخالفات المشرع العادي إلى السياق الدستوري، كلما شكل ذلك ضغطا على القاضي الدستوري، عن طريق ما يمارسه المشرع العادي من وسائل تحد من فاعلية عمل القاضي الدستوري وتنقض حُجية قراراته.

ولعل مهد الرقابة الدستورية شاهد صادق على ذلك، إذ تعرضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية لحملات ممنهجة استهدفت جميعها الحد من سلطتها، بل وحتى إلغاء اختصاصها بالرقابة الدستورية، ولا سيما بعد الأزمة التي حصلت بينها، وبين الرئيس الأمريكي روزفلت عام ١٩٣٧؛ بسبب موقفها من الاصلاحات التي تقدم بها الرئيس، والتي انتهت بتراجع موقف المحكمة، بما يؤشر إلى نجاح الضغوط عليها، وتقييدها ببعض القيود[١].

إذن ففكرة الرقابة الدستورية – بذاتها – تحمل في طياتها بذور الاختلاف بين المشرع العادي، والقاضي الدستوري، فقد لا يتقبل البرلمان وجود جهة – لا تجد لها أساسا شعبيا – تراقب التشريعات التي يقرها، نيابة عن الشعب صاحب السيادة، وتزداد حدة الاختلاف عندما يحدّ القاضي الدستوري كثيرا من السلطة التقديرية للمشرع العادي، والحكم بعدم دستورية الحلول المختارة على أساس السلطة المتقدمة.

كما إن التعارض التقديري – في حقيقته – يمثل معارضة لإرادة البرلمان، وبالتحديد الأغلبية البرلمانية، ومن ورائها السلطة التنفيذية، وبغض النظر عن أساس هذا التعارض فإنه يكرس عدم فاعلية البرلمان، مما يجعله يقيد تحرك الأغلبية البرلمانية لصالح المعارضة[٢].

ومن ثم قد ينشئ التعارض التقديري صراعا ليس مع المعارضة البرلمانية فحسب، بل مع القاضي الدستوري أيضا. أو بتعبير آخر ستجد الأغلبية البرلمانية أن المعارضة والقاضي الدستوري أصبحا في جبهة واحدة، الأمر الذي قد يدفع تلك الأغلبية لممارسة أدواتها في الخروج بنتائج ايجابية من هذا التنافس.

---

[١] للمزيد ينظر: د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مصدر سابق، ص ٤٩٦ وما بعدها.

[٢] ينظر: د. زكي محمد النجار: مصدر سابق، ص ١٠٦.

وقد تزداد حدة هذا المؤشر في الرقابة السابقة أكثر من الرقابة اللاحقة؛ بسبب وقت عرض تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري.

ففي الرقابة السابقة ليس هنالك فاصل زمني كبير بين المناقشات البرلمانية، وما تحمله من اختلافات بين الأغلبية والمعارضة البرلمانية، لذلك قد يبدو التعارض التقديري أشبه بدعم من القاضي الدستوري للمعارضة في مواجهة نظيرتها الأغلبية، في حين قد لا تتضح ملامح هذا الدعم عندما يتسع الفارق الزمني بين المناقشات البرلمانية، وعرض التقدير على القاضي الدستوري؛ بسبب تغيّر المعطيات السياسية، وتبادل الأدوار بين الأحزاب، زيادة عن دخول أكثر من طرف في المسألة الدستورية، مما قد يبعدها من طابعها الثنائي، واعتبارها مسألة ترجيح، أو تأييد طرف على حساب طرف آخر[١].

ومما تقدم تتضح ملامح الخلاف الذي قد يتحول أحيانا إلى صراع مكشوف يبادر المشرع العادي بسببه إلى الدفاع عن اختصاصاته، وحريته في ممارسة تلك الاختصاصات، وتحقيق أهدافه، بما يمتلكه من وسائل مشروعة وحتى غير مشروعة في بعض الأحيان، قد تبدأ بتعديل الدستور، وقد لا تنتهي عند حد تعديل القوانين المنظمة لعمل القاضي الدستوري، بما يحد من فاعلية رقابته وتحجيم آثار قراراته.

وبناءً عليه سوف نتناول هذا المطلب في فرعين: أولهما استعمال المشرع العادي اختصاصاته للحد من فاعلية رقابة القاضي الدستوري، والثاني عدم التزام المشرع العادي بقرارات القاضي الدستوري.

الفرع الأول: استعمال المشرع العادي اختصاصاته للحد من فاعلية رقابة القاضي الدستوري

لا بدَّ من التأكيد على أن العلاقة بين المشرع العادي والقاضي الدستوري تستمد طبيعتها من النظام المطبق في الدولة، ومدى الالتزام الحقيقي بالمبادئ الديموقراطية، واحترام الشرعية الدستورية، فكلما كان هنالك اعتقاد حقيقي بضرورة الالتزام بالدستور، ومبادئه، وأحكامه، كلما تحولت العلاقة المتقدمة إلى نوع من التكامل بين المشرع العادي والقاضي الدستوري في أداء اختصاصهما، وامتثال الجميع للدستور بشكل واقعي.

وقد لا تكون الأمور بالشكل السابق عندما لا تجد الشرعية الدستورية نصيبها الكامل – أحيانا – من الاحترام والالتزام من جانب، وعندما لا يتجسد النظام الديمقراطي بشكل حقيقي على أرض الواقع من جانب آخر، فعندئذ نجد اختلالا واضحا في العلاقة بين المشرع العادي والقاضي الدستوري، وقد ينعكس هذا الاختلال في أكثر الأحيان بجانب المشرع العادي؛ نتيجة ما يمتلكه من ثقل شعبي وسياسي، وما لديه من اختصاصات دستورية تمكنه من التأثير في القاضي الدستوري، الذي لا يملك تلك الشعبية، ولا ذلك النصيب من الاختصاصات.

---

[١] ينظر:

Alain Delcamp: Cours constitutionnelles et parlements – ou comment se conjuguent aujourd'hui principe de souveraineté et État de droit, Nouveaux Cahiers Du Conseil Constitutionnel N° 38 – Janvier 2013, P 200.

وكل ذلك مرهون بمدى فاعلية القاضي الدستوري، وأدائه لعمله الرقابي بشكل حقيقي، وبصدد التعارض التقديري، فإنه يمثل أعلى مستوى لذلك الأداء؛ بما يشكله من حكم على حلول قد يبدو اختيارها – من الناحية النظرية – أمرا متروكا للمشرع العادي، إلا أن القاضي الدستوري بسلطته التقديرية يتوصل إلى خلاف ذلك؛ والحكم بعدم دستورية تلك الحلول؛ بسبب مخالفتها للضوابط والقيود الدستورية، وبطريقة قد تكون أقرب إلى الاستنتاج، والتأويل، أو التفسير الجامد للنصوص الدستورية.

وقد يدفع ذلك المشرع العادي إلى استعمال سلطاته الدستورية، لمواجهة التعارض التقديري آنيا، أو مستقبليا. ويأتي في طليعة هذا الاستعمال هو الذهاب نحو تعديل الدستور، من أجل أن يحقق المشرع العادي أهدافه، والسماح لحلوله التشريعية المختارة أن تأخذوا طريقها إلى الواقع العملي، عن طريق تحييد موقف القاضي الدستوري.

فبدلا من قبول قرارات القاضي الدستوري، يبادر المشرع العادي – إذا كان مسموح له – إلى تعديل دستوري يسمح بنقض – إن صح التعبير – التعارض التقديري، مما قد يشير بوضوح إلى الصراع الموجود بين المشرع العادي، والقاضي الدستوري، وعندئذ ستكون الغلبة لمن يغير المفاهيم الدستورية حتى تنسجم مع آرائه، وهو بلا شك المشرع العادي[١].

ويتحقق ذلك عن طريق سعي المشرع العادي – بما يمتلكه من اختصاص جزئي في ذلك – نحو تعديل دستوري، يسمح له بتجاوز أحكام القاضي الدستوري الصادرة في الموضوع نفسه، والنص صراحة على خلاف ما جاء في تلك الأحكام.

فالمشرع العادي يحاول قدر الإمكان أن يجد أساسا يستند إليه في دسترة – إن صح التعبير – الحلول التي سبق للقاضي الدستوري الحكم بعدم دستوريتها، بما يجيز له تشريع بعض القوانين مرة أخرى تحت هذا الأساس الدستوري.

وهذا ما حصل فعلا في فرنسا، على الرغم من الايمان الحقيقي بالشرعية الدستورية، والسمة الغالبة للالتزام بقرارات المجلس الدستوري[٢]، إذ عمد المشرع العادي بما له من سلطة تأسيسية[٣] إلى تعديل الدستور في عام ١٩٩٣؛ لتلافي آثار قرار المجلس الدستوري الصادر في ١٩٩٣/٨/١٣ الذي قرر فيه عدم دستورية المادة (٣١ مكرر) من قانون مراقبة الهجرة وشروط دخول واستقبال وإقامة الاجانب في فرنسا، التي أجازت للسلطات المختصة

---

[١] ينظر:

Alain Delcamp: Ibid, P 201.

[٢] ينظر: د. محمود أحمد زكي: مصدر سابق، ص ١٦٦.

[٣] نصت المادة (٨٩) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على: (لكل من رئيس الجمهورية وأعضاء البرلمان الحق في المبادرة بتعديل الدستور بناء على اقتراح من الوزير الأول. يجب أن يُدرس مشروع، أو اقتراح التعديل وفق الشروط الزمنية المحددة في الفقرة الثالثة من المادة (٤٢)، ويصوت عليه المجلسان في صيغة موحدة، ويكون التعديل نهائيا بعد الموافقة عليه عن طريق الاستفتاء. غير أن مشروع التعديل لا يعرض على الاستفتاء متى قرر رئيس الجمهورية عرضه على البرلمان المنعقد في مؤتمر، وفي هذه الحالة لا يوافق على مشروع التعديل إلا إذا حاز أغلبية ثلاثة أخماس الأصوات المعبر عنها).

رفض النظر في طلب اللجوء، إذا كان هنالك طلب آخر مقدم لدولة أخرى طبقا لأحكام اتفاقيتي شنغن، ودبلن لعام ١٩٩٠، وغيرهما من الاتفاقات المستقبلية ذات المحتوى نفسه. ويترتب على ذلك عدم شمول من ينطبق عليه هذا الحكم بالبقاء مؤقتا في الأراضي الفرنسية.

وقد استند المجلس الدستوري في ذلك – لأول مرة – إلى ديباجة دستور عام ١٩٤٦، مبينا (أن ديباجة دستور ٢٧ أكتوبر ١٩٤٦ ، التي تشير إليها ديباجة دستور عام ١٩٥٨، تنص في فقرتها الرابعة على أن: "أي شخص يتعرض للاضطهاد بسبب عمله من أجل الحرية له حق اللجوء في أراضي الجمهورية "؛ أنه إذا تم النص على بعض الضمانات المرتبطة بهذا الحق في الاتفاقيات الدولية التي أدخلت في القانون الوطني، فإنه يتعين على المشرع أن يضمن في جميع الظروف الضمانات القانونية كافة التي ينطوي عليها هذا المطلب الدستوري؛ نظرا لأن هذا حق أساسي، يحدد الاعتراف به ممارسة الأشخاص المعنيين للحريات، والحقوق المعترف بها عموما للأجانب المقيمين في الإقليم بموجب الدستور ، ويمكن للقانون تنظيم الشروط فقط)[١].

وبناءً على ما جاء في الديباجة فقد توصل المجلس الدستوري إلى أنه يقع على الدولة الفرنسية التزاما مزدوجا: الأول النظر في طلب أي شخص مشمول بالأحكام الواردة في الديباجة، والثاني قبول إقامة هذا الشخص مؤقتا في الأراضي الفرنسية حتى تتخذ السلطات المختصة قرارا بشأن طلبه الخاص باللجوء.

وبما (أن المادة (٣١ مكرر) تسرد أربع حالات يمكن فيها رفض قبول طالب اللجوء للإقامة؛ وأن الحالة الأولى المشار إليها في (١) من هذه المادة، تتعلق بفحص طلب لجوء "يقع ضمن اختصاص دولة أخرى، وفقا لأحكام اتفاقية دبلن في ١٩٩٠/٦/١٥، أو الاتفاقية الموقعة في شنغن في ١٩٩٠/٦/١٩، أو في الاتفاقيات المماثلة، وأن هذه المادة تنص أيضا على أنه عندما يتم رفض قبول الإقامة في هذه الحالة لا يمكن لطالب اللجوء التقدم بطلب إلى المكتب الفرنسي لحماية اللاجئين وعديمي الجنسية للاعتراف بوضع اللاجئ؛ أنه من خلال حرمان الأجانب المعنيين من المطالبة بحقهم، تجاهل المشرع مبادئ القيمة الدستورية لحق اللجوء)[٢].

وقد أثار قرار المجلس الدستوري تساؤلات عدة لدى السلطتين التشريعية، والتنفيذية حول وضع فرنسا، وإلزامها بنظر جميع طلبات اللجوء، وبغض النظر عمّا إذا كان هنالك طلب لجوء آخر مقدم لإحدى الدول المتعاقدة في الاتفاقيات المذكورة، في ظل تزايد عدد طلبات اللجوء في حينه، وقد وصلت ردود الفعل على القرار المتقدم إلى الدعوة إلى تعديل الدستور؛ من أجل تحييد آثار الموقف الذي اتخذه المجلس الدستوري.

---

[١] قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 93-325 DC du 13/8/1993.

[٢] قرار المجلس الدستوري أعلاه.

إذ ذهب أحد أعضاء الجمعية الوطنية أثناء مناقشة مشروع تعديل الدستور إلى أنه (لا يخبرنا أحد أن الأمر يتعلق بمبدأ دستوري راسخ، فالدستور الذي يبتغي مشروع القانون الدستوري تعديله ليس دستور ١٩٥٨، وإنما هو الدستور الذي أعاد تفسيره المجلس الدستوري في ١٩٩٣/٨/١٣)[١].

وبالفعل اجتمعت الجمعية الوطنية، ومجلس الشيوخ في هيئة مؤتمر طبقا لأحكام المادة (٨٩) من الدستور، وحصلت الموافقة على صدور القانون الدستوري رقم (٩٣-١٢٥٦) الذي أضاف مادة جديدة بالتسلسل (٥٣-١)[٢] تتكون من فقرتين: تسمح أولاهما لفرنسا بإبرام اتفاقيات تعمل على توزيع الاختصاص بين الدول الموقعة للنظر في طلبات اللجوء. في حين كرّست ثانيهما حق فرنسا في منح اللجوء لأي أجنبي يطلبه حتى لو لم تكن مسؤولة عن النظر في طلبه[٣].

ومن ذلك يتضح أن التعديل الدستوري لعام ١٩٩٣ جعل من الممكن إبرام اتفاق ينحي جانبا اختصاص فرنسا في نظر طلبات لجوء معينة، وبذلك فإنه قد انتقص من الالتزام الذي استنتجه المجلس الدستوري من ديباجة دستور ١٩٤٦ للنظر في جميع طلبات اللجوء.

وعلى الرغم من التعديل الدستوري المتقدم الذي استهدف صراحة عرقلة الحُجية المطلقة لقرار المجلس الدستوري إلا أن هذا المثال قد يبدو استثناءً في نظام ديمقراطي قائم على أساس الشرعية الدستورية، والتزام السلطات كافة بقرارات المجلس الدستوري[٤].

وفي مصر فإن التأثير في المحكمة الدستورية العليا ليس بخاف على المتتبع، وبأكثر من طريقة[٥]، فعلى مستوى تعديل الدستور، تم تبني الرقابة السابقة التي عدّها أغلب الفقه المصري تقييدا لعمل المحكمة[٦].

---

[١] ينظر:

Debats parlementaires, Assemblée Nationale, législature10°, première session ordinaire De 1993-1994, séance (39), 1 séance 27 Octobre 1993, p 4954.

[٢] نصت المادة (٥٣-١) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على: (يجوز للجمهورية أن تبرم مع الدول الأوروبية الملتزمة بالتزامات مماثلة لالتزاماتها في مسائل اللجوء وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، اتفاقيات تحدد اختصاصات كل دولة منها للنظر في طلبات اللجوء المقدمة إليها. ومع ذلك، حتى وإن كان الطلب لا يقع ضمن اختصاصها بموجب هذه الاتفاقيات، فإن سلطات الجمهورية لا يزال لها الحق في منح اللجوء لأي أجنبي يتعرض للاضطهاد بسبب عمله لصالح الحرية، أو الذي يطلب الحماية من فرنسا لسبب آخر).

[٣] وهذا الحق موجود بالفعل سابقا بموجب الاتفاقيات شنغن ودبلن، إلا أنه ليس له قيمة دستورية، لذلك تم التأكيد عليه في التعديل الدستوري المذكور.

[٤] ينظر: د. محمود أحمد زكي: مصدر سابق، ص ١٦٦ - ١٦٧.

[٥] للمزيد ينظر: صابر الحسيني محمود الجندي: سلطة المحكمة الدستورية العليا بين التقييد والإطلاق، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٦٨ وما بعدها.

[٦] للمزيد ينظر: د. عاطف البنا: الرقابة القضائية السابقة على دستورية القوانين هل تتفق مع نظامنا الدستوري والقانوني والقضائي؟ مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد الثامن، (أكتوبر)، ٢٠٠٥.

وقد أفضت الرقابة السابقة، إلى تقييد الرقابة اللاحقة للمحكمة الدستورية العليا، فعلى الرغم من الانتقادات الواسعة التي وجهتها أغلبية الفقه المصري للرقابة السابقة التي تبناها دستور ١٩٧١ – الملغى – بعد تعديله عام ٢٠٠٥[١]، فقد أعادها إلى الواجهة مرة أخرى دستور ٢٠١٢ الملغى[٢]، وعلى نحو يزيد في عدد القوانين الخاضعة لها[٣]، وتقنين بعض القيود على الرقابة اللاحقة.

وبالرجوع إلى تعديل ٢٠٠٥ فإنه لم ينص بشكل صريح على ما إذا كانت الرقابة السابقة تمنع المحكمة من ممارسة رقابتها اللاحقة بموجب المادة (١٧٥) من دستور ١٩٧١ الملغى، إلا أن المحكمة الدستورية العليا عالجت هذا النقص الدستوري بتقرير اختصاصها في الجمع بين الرقابة السابقة، واللاحقة على القانون نفسه[٤]، مقررة (أن مباشرة المحاكم – على اختلاف أنواعها – لاختصاص عُقد لها لا يستقيم مانعا دونها ومباشرة سائر اختصاصاتها، إذ يتعين النظر إلى كافة الاختصاصات باعتبارها متكاملة لا تنافر أو تعارض بينها. لما كان ذلك وكان نص المادة ٧٦ من الدستور بعد تعديلها قد عهد باختصاص الرقابة السابقة على مشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية للمحكمة الدستورية العليا بالإضافة لاختصاصها المنفرد والأصيل بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح المنصوص عليه في المادة ١٧٥ من الدستور، ومن ثم فإن مباشرتها الرقابة الدستورية السابقة على مشروع القانون سالف البيان وإبداء الرأي بشأنه لا يمنعها من مباشرة اختصاصها بالرقابة اللاحقة على نصوص ذلك القانون)[٥].

د. فتحي فكري: الرقابة السابقة سياسة متصلة – تساؤلات مثارة – إشكالية محتملة، مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد الثامن، (أكتوبر)، ٢٠٠٥. د. يسري محمد العصار: موازنة بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية، مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد الثامن، (أكتوبر)، ٢٠٠٥.

[١] نصت المادة (٧٦) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ – الملغى – بعد تعديلها عام ٢٠٠٥ على: (يعرض رئيس الجمهورية مشروع القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا، بعد إقراره من مجلس الشعب، وقبل إصداره لتقرير مدى مطابقته للدستور. وتُصدر المحكمة قرارها في هذا الشأن خلال خمسة عشر يوما 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. وفي جميع الأحوال يكون قرار المحكمة ملزما للكافة، ولجميع سلطات الدولة، وينشر في الجريدة الرسمية خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره).

[٢] يجدر بالذكر أن دستور مصر لعام ٢٠١٤ لم يأخذ بالرقابة السابقة.

[٣] إذ اقتصرت الرقابة السابقة في الدستور المصري لعام ١٩٧١ – الملغى – بعد تعديله، على مشروع قانون الانتخابات الرئاسية (المادة ٧٦)، في حين شملت طبقا لدستور ٢٠١٢ – الملغى – مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية، وللانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية (المادة ١٧٧).

[٤] السيد علي محمد الغماري: الدور الانشائي للقاضي الدستوري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة المنوفية، ٢٠١٩، ص ٧٦٧.

[٥] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (١٨٨ لسنة ٢٧ قضائية "دستورية" في ٢٠٠٦/١/١٥). مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الحادي عشر، ص ٢٢٤٠.

ومفاد ما تقدم إقرار المحكمة بممارسة رقابتها اللاحقة على قانون خضع للرقابة السابقة؛ لأن كل منهما اختصاص معقود لها، ومن ثم لا يمكن أن يكون استعمال أحدهما مانعا دون ممارسة الاختصاص الآخر، ومن دون شك ما لم يكن هنالك نص صريح يقضي بخلاف ذلك.

وبناءً على هذا الموقف الواضح للمحكمة الدستورية العليا، عمد المشرع الدستوري إلى تقييد رقابتها اللاحقة عن طريق النص بشكل صريح على: (لا تخضع القوانين المشار إليها في الفقرة الأولى للرقابة اللاحقة المنصوص عليها في المادة (١٧٥) من الدستور)[١].

وبذلك يكون المشرع الدستوري قد حقق هدفين في آن واحد، كلاهما على حساب اختصاص المحكمة، الأول يتمثل بإيقاف حجيته حكم المحكمة بشأن جواز الجمع بين الرقابة السابقة، واللاحقة[٢].

أما الهدف الآخر فيتحقق بتقليص رقابة المحكمة اللاحقة، عن طريق عدم شمولها للقوانين الخاضعة للرقابة السابقة.

وفي ظل الاختلاف الواضح بين محتوى الرقابتين، وأثر كل منهما، فإن الرقابة السابقة لا يمكن أن تصل إلى ما يمكن أن تحققه نظيرتها اللاحقة.

فالرقابة السابقة تنصب على مشروع القانون، أي أنها رقابة نظرية، ومجردة، تتم قبل تطبيق القانون على الواقع، أي خارج نطاق الخصومة الدستورية، ومن ثم فإنها لا تكون إلا رقابة قاصرة عن تحقيق أهدافها بشكل كامل؛ لأن القانون قد لا تتضح مخالفاته إلا بعد تطبيقه، وملامسته للواقع، وهذا ما تعالجه الرقابة اللاحقة؛ كونها تنصب على منازعات حقيقية ناشئة عن تطبيق القانون المشكوك بدستوريته، واتضاح مبادئه في ضوء تطبيقاته، لتحديد مدى مساسها بالحقوق، والحريات[٣].

ولا يقتصر الأمر على ذلك، إذ إن أثر الرقابة السابقة في ظل التنظيم الدستوري المتقدم قد لا يتحقق بشكل كامل بعد أن سكت الدستور عن وجوب عرض القانون مرة أخرى على المحكمة بعد تدقيقه من البرلمان.

ونتيجة لما تقدم تبرز لنا الرقابة الذاتية من البرلمان، وقلة فاعليتها، في حين أن الرقابة اللاحقة تحقق أهدافها على أكمل وجه عن طريق الامتناع عن تطبيق القانون المحكوم بعدم دستوريته، وتجريده من قوة النفاذ، بما يحقق الشرعية الدستورية بشكل واقعي.

وفي ظل هذه الانتقادات للرقابة السابقة يتضح مدى السعي نحو تقييد عمل المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على دستورية القوانين عن طريق تحييد موقفها الثابت بشأن إمكانية خضوع القوانين المراقبة سابقا للرقابة

---

[١] المادة (١٧٧) من الدستور المصري لعام ٢٠١٢ الملغى.

[٢] وعلى الرغم من أن موقف المحكمة المتقدم، قد صدر في ظل نفاذ دستور ١٩٧١ – الملغى – فإن ما يؤكد تلك الغاية هو أن عدم وجود هذا النص سيؤدي – من دون شك – إلى بقاء موقف المحكمة نفسه، حتى في ظل دستور ٢٠١٢ الملغى.

[٣] ينظر: د. أحمد فتحي سرور: الرقابة القضائية على دستورية القوانين لاحقة أم سابقة؟ مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد الثامن، (أكتوبر)، ٢٠٠٥.

اللاحقة، ولم يكن للموقف الدستوري في أعلاه أن يتحقق لولا اجتهاد المحكمة الدستورية العليا، وابداعها عن طريق مد رقابتها اللاحقة لجميع القوانين حتى وإن خضعت لرقابتها السابقة.

وعلى مستوى القوانين يمكن وضع تعديل قانون المحكمة الدستورية بالقرار بقانون رقم (١٦٨) لسنة ١٩٩٨ في هذا الجانب أيضا، فبعد أن استقر موقف المحكمة على الأثر الرجعي لأحكامها بعدم الدستورية، أي من تاريخ نفاذ النص المحكوم بعدم دستوريته، جاء التعديل المتقدم لتعلن مذكرته الإيضاحية صراحة، بأنه صدر لمواجهة أحكام المحكمة الدستورية العليا عن طريق الحد من إطلاق الأثر الرجعي لأحكام عدم الدستورية، بعد أن ادى هذا الأثر إلى مضاعفة خسائر الخزانة العامة، والتي زاد على (١،٢) مليار جنيه في العام السابق على التعديل.[١]

إذ صرّحت المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون بسبب التعديل مبينة أنه: (أدى الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي لأحكام المحكمة – في غير المسائل الجنائية – إلى صعوبات متعددة في مجال التطبيق يندرج تحتها الإخلال بمراكز قانونية امتد زمن استقرارها، وتحميل الدولة بأعباء مالية تنوء بها خزانتها بما يضعفها في مجال تحقيق مهامها التنموية والنهوض بالخدمات والمرافق العامة التي تمس مصالح المواطنين في مجموعهم. وعلاجا لمشكلات الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في مثل هذه الحالات التي تكشف عنها التجربة، وتحقيقا للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية، واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع، والحفاظ على أمنه اجتماعيا، واقتصاديا، وهي أمور يرتبط كل منها بالآخر برابطة وثقى، فقد رؤي تعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا).

وبغض النظر عن الخلاف الفقهي بشأن مدى دستورية هذا التعديل[٢]، فإن استهدافه للتأثير في المحكمة يمكن إثباته بما يأتي:

أولا: يعد تبني الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية النصوص الضريبية إفراغا لرقابة المحكمة من أثرها الحقيقي، والمتمثل برجعية أحكام عدم الدستورية؛ إذ لا تتحقق فاعلية الرقابة الدستورية بشكل كامل – كما اتضح سابقا – إلا إذا كان للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي، أما الأثر المباشر الذي قرره التعديل فإنه يحصّن جميع تطبيقات القانون الضريبي السابقة على الحكم، بالرغم من تأكيد المحكمة بعدم دستورية ذلك القانون.

ومن ثم فإن التعديل الأخير قد حجّم رقابة المحكمة الدستورية العليا عن طريق عدم شمولها القانون طيلة المدة السابقة على صدور حكمها بعدم دستوريته.

---

[١] ينظر: محمود أحمد زكي: مصدر سابق، ص ٥٢٢ –٥٢٣.

[٢] للمزيد ينظر: د. عبد الله ناصف: مصدر سابق، ص ٨٩ وما بعدها. د. عبد العزيز سالمان: الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العملية التي تثيرها، مصدر سابق، ص ٣٨٠ وما بعدها. د. رمزي الشاعر: مصدر سابق، ص ٥٦١ وما بعدها. د. فتحي فكري: القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٣٣٦ وما بعدها. د. محمود أحمد زكي: المصدر السابق، ص ٥٤٠ وما بعدها.

ثانيا: رخّص التعديل المتقدم – بشكل غير مشروع – للمشرع العادي تحقيق أهدافه بقوانين يعلم أنها غير دستورية، ففي ظل الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية النص الضريبي أصبح بإمكان المشرع العادي – تحت ضغط السلطة التنفيذية – إصدار قوانين غير دستورية، وتطبيقها مدة معينة، حتى الحكم بعدم دستوريتها من المحكمة؛ أملا في تحقيق بعض الموارد المالية التي جعل التعديل من المتعذر إعادتها لأصحابها ما دام الحكم بعدم الدستورية يسري بأثر مباشر.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل يمكن أن يصل إلى حد إدخال تعديلات لفظية لا تغير من المعنى الحقيقي للقانون المحكوم بعدم دستوريته؛ من أجل استكمال الأهداف المنشودة لمدة لاحقة، وحتى تدخل المحكمة مرة أخرى.

وبذلك يكون الأثر المباشر مشجعا على فرض ضرائب من دون الاهتمام ببحث اتفاقها مع الأحكام الدستورية[١]، ولا شك أن في ذلك أثر كبير في رقابة المحكمة، ما دامت الأخيرة لا تمنع المشرع العادي بشكل حقيقي من مخالفة الدستور، أو رد تلك المخالفة من تاريخ صدور القانون.

ثالثا: زيادة على ذلك فإن التعديل في أعلاه قد أخل باستقلال المحكمة، مخالفا بذلك الدستور الذي نصّ على عدم السماح بالتدخل في القضايا المعروضة على القضاء[٢].

فالمشرع العادي وإن كان له تنظيم القضاء، وبيان اختصاصاته بقواعد قانونية عامة ومجردة، إلا أنه ممنوع دستوريا من التدخل في القضايا المعروضة على القضاء؛ للتأثير في الأحكام الصادرة بشأنها، والالتفاف حولها. وهذا التدخل هو ما حققه التعديل الأخير بالفعل، واعترفت به مذكرته الإيضاحية صراحة، وذلك بتبريرها التعديل بأنه: (ونظرا لأن كثيرا من الدعاوى المعروضة الآن على المحكمة الدستورية العليا تتعلق بنصوص ضريبية مطعون بمخالفتها للدستور، وكانت بعض الدعاوى الأخرى المطروحة عليها تثير خطورة قد تقدر المحكمة معها الحد من إطلاق الأثر الرجعي بشأنها، وكانت المحكمة تعقد جلساتها خلال أشهر الصيف جميعها، فإن الضرورة تقتضي – وبالنظر إلى أن مجلس الشعب لن ينعقد في دورة انعقاده العادي إلا خلال شهر نوفمبر – الإسراع بإصدار هذا التعديل).

وبذلك يكون واضع المذكرة الإيضاحية واضحا، وصريحا، وجريئا في الاعتراف بالتدخل في القضايا المعروضة على المحكمة الدستورية العليا، ومحاولة الالتفاف حول الأحكام في قضايا محددة، وهو ما يشكل انحرافا تشريعيا ومخالفة صريحة للدستور[٣].

---

[١] ينظر: د. فتحي فكري: القانون الدستوري، المصدر السابق، ص ٣٥٤.

[٢] نصت المادة (١٦٦) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغى – الذي صدر التعديل في ظل نفاذه – على: (القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضايا، أو في شؤون العدالة).

[٣] ينظر: د. عاطف البنا: المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم، مقال منشور في صحيفة الوفد ١٩٩٨/٧/١٦. ملحق في مؤلف د. عبد الله ناصف: المصدر السابق، ص ١٥١ – ١٥٢.

وأما بشأن العراق، فإن عدم اللجوء إلى تعديل دستور ٢٠٠٥ لحد الآن قد لا يكفينا مؤونة البحث عن مواجهة المشرع العادي لقرارات المحكمة الاتحادية العليا، إذ سيتضح لاحقا أن هنالك الكثير من الممارسات التي قام بها مجلس النواب، تؤشر بوضوح إلى عدم الالتزام الكامل بأحكام المحكمة وقراراتها، وعدم وضعها موضع التنفيذ.

الفرع الثاني: عدم التزام المشرع العادي بقرارات القاضي الدستوري

تبين سابقا أن التأثير في القاضي الدستوري يصل أحيانا إلى حد تعديل الدستور، أو القوانين المنظمة لعمله، ويتسع هذا التأثير بشكل أكثر إلى الحد من فاعلية قرارات القاضي الدستوري، وبأكثر من طريقة بما يهدر حُجيتها المطلقة، تجاه السلطات العامة، وبالأخص المشرع العادي.

وعن طريق استقراء ممارسات المشرع العادي في دول المقارنة، فإن من بين محاولات التأثير في القاضي الدستوري هي إصرار المشرع العادي – لأسباب مختلفة – على اعتماد نصوص قانونية مشابهة، أو مماثلة لنصوص سبق للقاضي الدستوري الحكم بعدم دستوريتها، أو تبني حلول تمثل مخالفة دستورية أكثر مما في سابقاتها، كما قد يكون أيضا عن طريق عدم التدخل التشريعي خلال المدد الزمنية التي يحددها القاضي الدستوري عندما يأخذ بالأثر المستقبلي لقراراته.

ففي فرنسا يلاحظ أحيانا إصرار المشرع العادي لأسباب سياسية على تبني حل مماثل لحلول سبق للمجلس الدستوري أن قضى بعدم دستوريتها، مما يجعله في مواجهة مع المجلس الدستوري. كما هو الحال في أزمة (السترات الصفراء) والمظاهرات العنيفة التي رافقتها، إذ أبقت الأغلبية البرلمانية على حل تشريعي يسمح للسلطة الإدارية إعلان حظر التظاهر في الطرق العامة سواء أكان بشكل فردي أم جماعي، وقد يصل حظر التظاهر على الشخص لمدة شهر؛ من أجل الحفاظ على النظام العام أثناء المظاهرات[١]، والذي تم الغاءه من جانب المجلس الدستوري؛ بسبب عدم احترام الحق في التعبير الجماعي عن الأفكار والآراء[٢].

كما قد يكون هذا الإصرار من المشرع الفرنسي لأسباب قانونية، عندما يبقي على حل تشريعي في موضوع معين، يعلم أنه يحمل عيوبا دستورية؛ من أجل دفع المجلس الدستوري لتغيير موقفه من ذلك الموضوع، ومن ذلك دراسة مشروع قانون يضع حدا للبحث، واستغلال المحروقات، وأحكاما أخرى تتعلق بالطاقة والبيئة، إذ أثار هذا المشروع تساؤلات حول دستورية الكثير من الأحكام التي تم الإبقاء عليها؛ لغرض إجبار المجلس الدستوري على ايجاد توازن جديد بين الحق في الملكية، وميثاق البيئة لعام ٢٠٠٥[٣].

---

[١] ينظر:

Sophie de Cacqueray, et al: procédure législative et QPC: recherche pluridisciplinaire sur de nouvelles interactions institutionnelles, titre vii, Conseil Constitutionnel, hors-série, octobre 2020, procédure législative et QPC: recherche pluridis, p 169.

[٢] ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2019-780 DC du 4/4/2019.

[٣] ينظر:

وعلى أية حال فإن ما يمكن أن يطلق عليه بالجرأة من جانب المشرع العادي، يؤدي بالضرورة إلى نقل المسؤولية عن عدم نفاذ القانون على عاتق للقاضي الدستوري، عندما يعلن الأخير أنه مخالف للدستور[١].

وفي مصر فإن مواجهة المشرع العادي لأحكام المحكمة الدستورية العليا بالتعارض التقديري، متعددة ومتنوعة، يجمع بين صور هذه المواجهة عنوان واحد: هو عدم الالتزام بتلك الأحكام وعدم وضعها موضع التنفيذ.

وفي صدد المثال فإن من بين تلك المواجهة إعادة تشريع النص القانوني على نحو يحمل معه المخالفات الدستورية التي لحقت النص السابق، أو بعضها بما يجعل تدخل المشرع العادي اللاحق مفتقدا لقرينة الدستورية، ومعطل لحُجية أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وعلى سبيل المثال فقد تبنى المشرع المصري الجمع بين نظام الانتخاب بالقوائم الحزبية، والانتخاب الفردي على مستوى الانتخابات البرلمانية، بموجب القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٨٨ المُعدِّل لقانون مجلس الشعب رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢.

بحيث يكون لكل دائرة انتخابية عضو واحد، ينتخب عن طريق الانتخاب الفردي، ويكون انتخاب باقي الأعضاء في الدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية[٢].

إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد سجلت على النظام الانتخابي الجديد بعض المخالفات الدستورية من بينها: مخالفة مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص وقررت أن: (القانون عندما جعل المقعد الوحيد المخصص لنظام الانتخاب الفردي في دائرة انتخابية مجالا للمنافسة بين المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية والمرشحين غير المنتمين لهذه الأحزاب، فإنه يكون بذلك قد أتاح لكل من مرشحي الأحزاب السياسية إحدى فرصتين للفوز بالعضوية: إحداهما بوسيلة الترشيح بالقوائم الحزبية، والثانية عن طريق الترشيح للمقعد الفردي، بينما جاءت الفرصة الوحيدة المتاحة للمرشحين المستقلين قاصرة يتنافس معهم فيها المرشحون من أعضاء الأحزاب السياسية، مما ينطوي على التمييز بين الفئتين في الفرص المتاحة للفوز بالعضوية، ويتعارض بالتالي مع مبدأ تكافؤ الفرص المنصوص عليه في الدستور، وذلك كله دون أن يكون التمييز في معاملة الفئتين من المرشحين وفي الفرص المتاحة للفوز بالعضوية في جميع الوجوه المتقدمة مبرراً بقاعدة موضوعية ترتد في أساسها إلى طبيعة حق الترشيح وما تقتضيه ممارسته من متطلبات والتي يتحقق ومن خلالها التكافؤ في الفرص والمساواة أمام القانون)[٣].

Sophie de cacqueray, et al: Ibid, p 169.

[١] ينظر:

Sophie de Cacqueray, et al: Ibid, p 169.

[٢] ينظر: المادة (٥ مكررا) من القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٨٨ المُعدِّل لقانون مجلس الشعب رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢.

[٣] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" في ١٩/٥/١٩٩٠).

وهو ما أكدته المحكمة أيضا في قرارها الصادر في ١٩٩٦/٢/٣ الخاص بالنظام الانتخابي نفسه على مستوى الانتخابات المحلية[١].

وعلى الرغم من الحكمين المتقدمين الذين قررا عدم دستورية حرمان المرشحين المستقلين من تكافئ الفرص مع مرشحي الأحزاب السياسية، فإن المشرع المصري قد كرر المخالفة المتقدمة عندما قرر إلغاء المادة (٥) من المرسوم بقانون رقم (١٢٠) لسنة ٢٠١١ المُعدِّل لقانوني مجلس الشعب، ومجلس الشورى التي اشترطت أن يكون المرشح على النظام بالانتخاب الفردي غير منتمٍ لأي حزب سياسي، بما مؤداه السماح للمرشحين المنتمين للأحزاب السياسية بمنافسة نظرائهم المستقلين في مقاعد الثلث المخصصة لهم.

وبذلك يكون المشرع المصري قد جدد خرقه لمبدأي المساواة، وتكافؤ الفرص في النظام الانتخابي الذي اعتمده[٢]، مع أن المحكمة الدستورية قد تصدت لهذه المخالفة مرة أخرى مقررة الحكم بعدم دستوريتها[٣]، إلا أن ذلك يؤكد عدم التزام المشرع العادي بما تقرره أحكام المحكمة الدستورية العليا، وتعطيل الحُجية المطلقة لها.

ومن الأمثلة أيضا على تبني المشرع المصري نصوصا قانونية سبق للمحكمة الدستورية العليا الحكم بعدم دستوريتها أخذه بقاعدة حظر الجمع بين المعاش (الراتب التقاعدي) والأجر عن العمل، على الرغم من أن المحكمة الدستورية العليا قد سبق لها الحكم بعدم دستورية هذا الحظر المتقدم في أربعة أحكام تشترك جميعها في تبرير يكاد يكون متطابقا مفاده أن هذا (الحظر ينطوي على إهدار حقهم – أي أصحاب الشأن – في المعاش المقرر لهم قبل عملهم بتلك الجمعية، وكان قيام الحق في معاشاتهم تلك منفصلا عن الحق في رواتبهم التي استحقوها بعد التعيين فيها، مرده إن هذين الحقين يختلفان مصدرا وسببا، ذلك أنه بينما يعتبر نص القانون مصدرا مباشرا للحق في معاشاتهم، فإن رابطة العمل التعاقدية هي المصدر المباشر للحق في مرتباتهم، ومن جهة أخرى يعتبر المعاش مستحقاً عن مدد خدمتهم السابقة،... وفقا للقواعد التي قررها المشرع في هذا الصدد، وذلك خلافا للحق في رواتبهم إذ يقوم مقابلا لعمل قاموا بأدائه للجمعية المشار إليها بعد إحالتهم إلى التقاعد، والعدوان التشريعي على أحد هذين الحقين لا يعدو أن يكون إنكارا لوجوده وحرمانا لهم من الحق في اقتضائه جبرا عند المنازعة فيه بعد أن أصبح دينا في ذمة الجهة الملتزمة بأدائه)[٤].

---

[١] ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/٢/٣). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٧ مكرر) في ١٩٩٦/٢/١٧.

[٢] ينظر: د. فتحي فكري: ممارسات برلمانية حدت من فعالية رقابة الدستورية (دراسة حالة للوضع في مصر في الفترة من ١٩٦٩–٢٠١٩)، مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، عدد خاص اليوبيل الذهبي للقضاء الدستوري (ديسمبر) ٢٠١٩.

[٣] ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٠ لسنة ٣٤ قضائية "دستورية" في ٢٠١٢/٦/١٤). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٤ تابع "أ") في ٢٠١٢/٦/١٤.

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المرقمة (٢٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" في ١٩٩٢/١/٤). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٤) في ١٩٩٢/١/٢٣، وينظر: أيضا حكمها في القضية المرقمة (١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" في ١٩٩٥/١/٤).

وعلى الرغم من التأكيد المتكرر من جانب المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية حظر الجمع بين المعاش والأجر عن العمل، فإن المشرع المصري قد تبناه مرة أخرى، في المادة (١٠٣) من قانون التأمينات الاجتماعية والمعاشات رقم (١٤٨) لسنة ٢٠١٩.

بل نجده قد خالف الدستور بشكل أكبر عندما شمل الحظر ممارسة مهنة تجارية، أو غير تجارية؛ بسبب (عدم ربط النص تلك الممارسة بالحصول على دخل معين، ومن ثم سيحرم صاحب الشأن من المعاش ولو كان دخله من مباشرة الأنشطة المشار إليها أقل من قيمة المعاش، بل وحتى لو طوقته الخسائر من كل جانب في بعض الفترات)[١].

ومن استعراض الأمثلة السابقة تبين عدم التزام المشرع المصري بأحكام المحكمة الدستورية العليا، ونقض الحُجية المطلقة المقررة لها، عن طريق تشريعه نصوصا قانونية سبق للمحكمة الحكم بعدم دستوريتها، إلا أن قائمة عدم الالتزام بأحكام المحكمة لا تقف عند الصور المتقدمة، وإنما يضاف لها أيضا عدم التزام المشرع العادي بضرورة إعادة تشريع النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته خلال المدة التي حددتها له المحكمة.

فقد اتضح فيما سبق أن للمحكمة الدستورية العليا أن تحدده أثرا مستقبليا لحكمها بعدم الدستورية؛ مراعاة لاعتبارات الأمن القانوني، واستنادا إلى ذلك استخدمت المحكمة هذه الرخصة في حكمها الصادر في ٢٠١٨/٥/٥؛ بسبب آثاره وتداعياته على العلاقات الاجتماعية، والاقتصاد الوطني.

إذ أرجأت المحكمة تاريخ نفاذ الحكم لليوم التالي لانتهاء دور الانعقاد العادي لمجلس النواب اللاحق لنشر الحكم، وقد نشر الحكم في الجريدة الرسمية في ٢٠١٨/٥/١٣.

وبما أن الحكم قد صدر في دور الانعقاد العادي الثالث فإن اليوم التالي لانتهاء دور الانعقاد العادي الرابع سيكون تاريخ نفاذ الحكم، وبناءً على قرار رئيس الجمهورية المرقم (٣٣٩) لسنة ٢٠١٩ فقد أنفض دور الانعقاد الرابع اعتبارا من يوم ٢٠١٩/٧/١٥.

ومن حاصل التواريخ المتقدمة يتضح أن المدة المتاحة أمام المشرع المصري لوضع التعديل المناسب للمادة (١٨) من القانون رقم (١٣٦) لسنة ١٩٨١ هي أكثر من سنة.

وعلى الرغم من أنها مدة كافية لبحث الموضوع، وتسويته بحل تشريعي يأخذ في الحسبان ما جاء في حكم المحكمة الدستورية العليا من حيثيات، إلا أن المشرع العادي لم يصدر التنظيم القانوني المطلوب طيلة المدة

المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٦) في ١٩٩٥/٢/٩. في القضية المرقمة (٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" في ١٩٩٦/٢/٤). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٩) في ١٩٩٥/٣/٦. في القضية المرقمة (٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" في ١٩٩٧/٦/٧). المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٢٦) في ١٩٩٧/٦/١٩.

[١] د. فتحي فكري: ممارسات برلمانية حدت من فعالية رقابة الدستورية (دراسة حالة للوضع في مصر في الفترة من ١٩٦٩-٢٠١٩)، المقال السابق.

المحددة، بما يفوت الفرصة التي منحتها له المحكمة، ويتعارض مع غاية إقرار الأثر المستقبلي للحكم بعدم الدستورية[١].

أما في العراق فلم يتخلف المشرع العادي عن ظاهرة عدم الالتزام بأحكام القاضي الدستوري، إذ تؤشر بعض الممارسات البرلمانية لمجلس النواب عدم الالتزام الكامل بقرارات المحكمة الاتحادية العليا، وفي أكثر من صورة أيضا.

ومنها على سبيل المثال تشريع نص قانوني مماثل لنص محكوم بعدم دستوريته سابقا، على الرغم من أن هذا الخيار أصبح مستبعدا من ضمن نطاق السلطة التقديرية للمشرع، وهذا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا أن: (صفتي البتات والإلزامية للمبادئ التي تضمنتها القرارات والأحكام الصادرة من هذه المحكمة، عند الحكم بعدم دستورية نص في قانون، أو قانون ما، تحول بين مجلس النواب، وتشريع قانون، أو مواد قانونية جديدة مطابقة للمواد التي تم الحكم بعدم دستوريتها)[٢].

ومن ذلك المادة (١٠) من قانون جوازات السفر رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٥ التي قررت عدم منح المواطن جواز سفر جديد إلا بعد مضي ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ صدور الحكم عليه بالغرامة، إذا فقد، أو أتلف جواز سفره النافذ المفعول لأكثر من مرة[٣].

ويتماثل هذا النص مع المادة (١٠/خامسا – ج) من قانون جوازات السفر (الملغى) رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٩، من ناحية الحرمان في الحصول على جواز سفر في حالتي فقدان جواز السفر السابق، أو تلفه الذي قررت المحكمة الاتحادية العليا – قبل سنة تقريبا من تاريخ إقرار القانون الجديد – عدم دستوريته؛ كون (الحرمان يعني منع المواطن العراقي من السفر، ... وحيث إن هذا المنع يتعارض مع حرية السفر التي كفلها الدستور في مادته (٤٤/أولا) ولمدة قد يكون خلالها بحاجة إلى سفر لأغراض العلاج أو الدراسة أو غيرها رغم أن فعله لا ينطوي على نية إجرامية أو قصد)[٤].

ومن صور نقض حُجية قرارات المحكمة الاتحادية العليا أيضا عدم قيام المشرع العادي بإعمال مقتضى قرار عدم الدستورية، الخاص بزيادة عدد مقاعد المكون الأيزيدي في مجلس النواب، إذ قررت المحكمة عدم دستورية منح مقعد واحد للمكون الأيزيدي؛ لأنه لا يتلاءم مع عدد نفوس هذا المكون، على وفق الإحصاء السكاني في عام ١٩٩٧، مع الأخذ بالحسبان معدل النمو السكاني في العام الذي صدر فيه قرار المحكمة (٢٠١٠).

---

[١] ينظر: د. فتحي فكري: عدم دستورية المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١: تراخي البرلمان نموذجا، مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد السادس والعشرون (ابريل)، ٢٠٢٠.

[٢] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٥٤/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/٣٠).

[٣] ويجدر بالذكر أن المحكمة الاتحادية العليا قد قضت بعدم دستورية المادة (١٠) من قانون جوازات السفر رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٥ بقرارها المرقم (٣/اتحادية/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/٢/٢١).

[٤] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦٥/اتحادية/اعلام/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٦/٢٢).

وبناءً على ذلك قضت المحكمة بوجوب: (منح المكون الأيزيدي عدد من المقاعد النيابية يتناسب مع عدد نفوسه **في انتخابات مجلس النواب لدورته القادمة لعام ٢٠١٤**، وحسب الاحصاء السكاني الذي سوف يجرى في العراق مستقبلا)[١].

ومع وضوح مقتضى قرار المحكمة، وضرورة زيادة مقاعد المكون الأيزيدي، بما يتلاءم مع عدد نفوسه، إلا أن المشرع لم يلتزم به في كل تدخلاته التشريعية الخاصة بقانون الانتخابات، إذ صدر قانونان لتنظيم انتخابات مجلس النواب، ووردت على أحدهما ثلاثة تعديلات، وأجريت ثلاثة انتخابات نيابية، وكل ذلك لم يدفع المشرع إلى زيادة عدد المقاعد المكون الأيزيدي.

ويبدو أن عدم وجود وسيلة قانونية تُلزم المشرع العادي بمعالجة الموضوع المتقدم، هو ما شجعه على ذلك، إذ أقيمت دعويان أمام المحكمة الاتحادية العليا في الموضوع نفسه، إلا أنها ردت الأولى؛ بسبب عدم إجراء التعداد السكاني، والثانية بتأكيد ما جاء في قرارها السابق، وما يتمتع به من الزامية تجاه السلطات كافة[٢].

وهو ما يؤشر عجز المحكمة الاتحادية العليا عن إلزام مجلس النواب بقرارها المتقدم، إذ إن عدم وجود التعداد السكاني لا يعد سببا مانعا دون إعطاء المكون الأيزيدي استحقاقه من مقاعد مجلس النواب، على وفق ما حددته المحكمة نفسها، من عدد تقريبي لنفوس هذا المكون من جانب، كما إن الاعتداد بهذا السبب قد يكون حائلا دون توزيع مقاعد البرلمان بأكملها، وليس مقاعد المكون الأيزيدي فقط من جانب آخر.

---

[١] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١١/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٦/١٤).

[٢] يجدر بالذكر أن رئيس القائمة الأيزيدية المستقلة قد أقام دعوى أمام المحكمة الاتحادية العليا للطعن بقانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣؛ بسبب عدم التزام المشرع العادي بقرار المحكمة المرقم (١١/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٦/١٤)، وما جاء به من ضرورة منح المكون الأيزيدي عددا من المقاعد النيابية يتناسب مع عدد نفوسه في انتخابات مجلس النواب لدورته القادمة لعام ٢٠١٤. إذ بقي تمثيل المكون المذكور في مجلس النواب بمقعد واحد، من دون أن يكون مناسبا مع عدد نفوسه، كما قررت ذلك المحكمة في قرارها المذكور. إلا أن المحكمة قد ردت الدعوى لعدم إجراء التعداد السكاني. ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٨/اتحادية/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٧/١٣).

كما تقدم رئيس الكتلة الأيزيدية في مجلس النواب للدورة الانتخابية الرابعة بطلب إلى المحكمة الاتحادية العليا مقتضاه إمكانية الاستناد إلى قرار المحكمة المرقم (١١/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٦/١٤) وتطبيقه في الانتخابات النيابية لعام ٢٠٢٢؛ نظرا لعدم تفعيل ما جاء في القرار المذكور من ضرورة منح المكون الأيزيدي عددا من المقاعد النيابية يتناسب مع عدد نفوسه في انتخابات مجلس النواب لدورته القادمة لعام ٢٠١٤، وفي معرض ردها على الطلب، اقتصر جواب المحكمة على ما جاء في قرارها السابق، وتأكيد إلزامية قراراتها للسلطات كافة، على الرغم من تحقق هذا الإلزام بعد مرور أكثر من ثمان سنوات على صدور قرارها المتقدم. ينظر: قرارها المرقم (٧٨/اتحادية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٧/٢٨).

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع التعارض بين السلطة التقديرية للمشرع العادي والقاضي الدستوري، توصلنا إلى مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات، التي تمثل ثمرة هذه الدراسة، وإتماما للفائدة العلمية والعملية سنقتصر على بيان أهم هذه الاستنتاجات والمقترحات.

أولا: الاستنتاجات

١- تعد السلطة التقديرية للمشرع العادي، من أهم أدوات العمل التشريعي، وأخطرها على الحقوق والحريات؛ لما تمثله – في أغلب الأحيان – من قيد عليها، إلا أن القاضي الدستوري استطاع أن يوازن ما بين السلطة التقديرية للمشرع العادي في الاختصاص التشريعي، والالتزام بالضوابط الدستورية، عن طريق ما يمارسه من رقابة – وبسلطة تقديرية أيضا – على تقديرات المشرع العادي، ومعارضته في كل تقدير يخالف الدستور.

وعلى الرغم من أن السلطة التقديرية للمشرع العادي، تمثل النطاق الأوسع لرقابة القاضي الدستوري، إلا أن الأخير لم يضع تعريفا محددا لتلك السلطة، بل نجده يذهب أحيانا إلى تحديد مضمونها فقط، من دون أن يشكل ذلك تعريفا محددا.

كما إن أغلب التعريفات الفقهية للسلطة التقديرية للمشرع العادي لم تضع تعريفا جامعا مانعا لها، مما جعلها محلا للانتقاد، ودافعا نحو وضع تعريف خاص بنا، حاولنا فيه الجمع بين عناصر السلطة التقديرية، ومضمونها وهدفا؛ أملا في أن يكون جامعا مانعا.

كذلك الحال فيما يتعلق بالسلطة التقديرية للقاضي الدستوري، فلم نجد في كتب الفقه تعريفا خاصا بها، مما اضطرنا إلى الاعتماد على التعريفات الموضوع لها بشأن القاضي المدني، والقاضي الإداري؛ من أجل تعريف السلطة التقديرية للقاضي الدستوري بشكل محدد.

٢- تتشابه السلطة التقديرية لكل من المشرع العادي، والقاضي الدستوري من حيث مضمونها، وكونها حرية ممنوحة لكل منهما في ممارسة اختصاصه، تسمح باختيار حلول ملائمة، ومناسبة للموضوع المعروض على أي منهما.

وكذلك تتشابهان من حيث المصدر، المتمثل بالنصوص الدستورية، وما تتسم به من عموم، ومرونة، تفتح المجال نحو اختيار الحل الملائم.

إلا أنهما مع ذلك يختلفان اختلافا جوهريا، إذ تتمتع السلطة التقديرية للمشرع العادي بميزة العمومية والأصالة، إذ تخاطب أغلب النصوص الدستورية المشرع العادي، فيما يتعلق باختصاصه، وبناءً على ذلك فإن السلطة التقديرية – بالمعنى المتقدم – من تلك النصوص، تكون للمشرع العادي بشكل أصيل، وتظهر بشكل عرضي للقاضي الدستوري، بحيث تسمح له بالتحقق من مدى دستورية تقدير المشرع العادي.

كما إنهما يختلفان بشكل جوهري من جانب إمكانية الرقابة، فبينما تخضع السلطة التقديرية للمشرع العادي لرقابة القاضي الدستوري؛ للتأكد من مدى دستورية مخرجاتها. فإن السلطة التقديرية للقاضي الدستوري – بطبيعة الحال – لا تراقب من أية جهة أخرى، وإلّا تناقض ذلك مع أسس الرقابة الدستورية.

٣- إن رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع العادي قد تصل إلى عدم الدستورية، وهو ما اصطلاحنا عليه (التعارض التقديري) الذي يراد به **(اختلاف القاضي الدستوري مع المشرع العادي في تقدير مسألة معينة، اختلافا مردّه إلى أحكام الدستور، ومبنيا على أسس موضوعية، ومسببا، يؤول إلى رجحان تقدير القاضي الدستوري، ونفي تقدير المشرع العادي، حماية للنصوص الدستورية وعلو أحكامها).**

٤- ويتميز التعارض التقديري بالنسبية؛ لأن يمثل حالات اختلاف القاضي الدستوري مع المشرع العادي بشأن تقدير معين، وفي ظل مرونة النصوص الدستورية وعموميتها قد تزيد صورة الاتفاق بينهما، على حالات. كما يتمتع أيضا بالنهائية؛ بسبب الحجية المطلقة التي تتمتع بها قرارات القاضي الدستوري، بشكل عام وفي التعارض التقديري بشكل خاص.

على الرغم من أن التعارض التقديري يؤدي إلى تقييد نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي فإن القاضي الدستوري لا يصل فيه إلى درجة الحلول محل المشرع العادي؛ مما جعله يختلف عن الإحلال بالتقدير التعديلي أو الاستبدالي؛ لأن القاضي الدستوري في الحالتين الأخيرتين لا يقف عند الحكم بعدم دستورية تقدير المشرع العادي، بل يستمر إلى تعديل ذلك التقدير، عن طريق إضافة ما يلزم له؛ حتى يكون متفقا مع الدستور، أو استبداله بتقدير آخر منه؛ لتلافي الفراغ التشريعي الحاصل من الحكم المتقدم، بما يحقق المتطلبات الدستورية.

٥- لا يقع التعارض التقديري إلا نتيجة رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع العادي، زيادة على ذلك فإنه لا يتحقق إلا بتوافر شرطين: **أولهما:** ضرورة عرض تقدير المشرع العادي على القاضي الدستوري بالطرق المحددة قانونا، وقد بينا هذه الطرق في كل من فرنسا ومصر والعراق. **وثانيهما:** عدم إمكانية توافق ذلك التقدير مع الدستور، ولا يصل القاضي الدستوري إلى ذلك إلا بعده التحقق من وضوح المخالفة الدستورية لتقدير المشرع العادي من جانب، وعدم وجود تفسير له، يحمله على الاتفاق مع الدستور من جانب آخر.

٦- مع وجود هذين الشرطين للتعارض التقديري فإن استقلال القاضي الدستوري، وتسبيب أحكامه، يبرزان بوصفهما ضمانات للتعارض التقديري؛ من أجل موضوعية وقوعه وحيادية اللجوء إليه، بعيدا كل الضغوط والميول، ومن أية جهة كانت.

إذ يشكل تسبيب أحكام القاضي الدستوري ضمانة حقيقية للتعارض التقديري؛ لأنه يوضح أساسه، ويحدد المخالفة الدستورية، ويكشف عن مدى استقلال القاضي الدستوري، زيادة على ذلك فإنه يمثل دعامة قوية لتقبل حُجية أحكامه، ويساهم في تلافي عدم الدستورية عن طريق ما يحدده من ضوابط دستورية للعمل التشريعي المستقبلي.

ومع أهمية التسبيب فإن موقف القاضي الدستوري في دول المقارنة منه، قد اختلف من ناحية الايجاز، والاطالة كما هو الحال، إذ تبين لنا اعتماد المجلس الدستوري، والمحكمة الاتحادية العليا على التسبيب الموجز، في حين استمت أحكام المحكمة الدستورية العليا بالتسبيب المطول.

٧- يتكون القانون من خمسة عناصر، ولا يظهر التعارض التقديري إلا في ثلاثة منها هي: السبب، والمحل، والغاية. أما الاختصاص، والشكل الإجراءات، فإن أغلب الفقه يتفق على خروجهما من نطاق السلطة التقديرية،

إذ لا يترخص للمشرع العادي ممارسة أي اختصاص غير مسند له دستوريا، كما أنه ملزما باتباع ما حدده الدستور من شكليات، وإجراءات للعمل التشريعي. وبناءً على ذلك فقد انصب البحث على بيان السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر السبب، والمحل، والغاية، بوصفها أوجه التعارض التقديري.

٨- اختلف الفقه الدستوري بشأن تعريف السبب، ومدى استقلاله عن الغاية، وبعد استعراض بعض التعريفات الفقهية، والانتقادات الموجهة لها، اختتمنا ذلك بتعريفنا للسبب، بأنه: **(الحالة القانونية أو الواقعية المحددة دستوريا، أو المتروكة لتقدير المشرع العادي، التي تدفعه لتشريع القانون، والتأثير في مضمونه، بما يحقق الغاية المنشودة منه، والمتمثلة بالمصلحة العامة)**.

وأما من ناحية مدى استقلال السبب عن الغاية فقد ذهب بعض الفقه إلى دمج السبب بالغاية، وقد توصلنا إلى أن العلاقة الواضحة بينهما لا تنفي تمييزهما فالسبب هو الحالة القانونية والواقعية التي تدفع المشرع إلى تشريع القانون، في حين تعد الغاية الهدف النهائي الذي يبتغي القانون تحقيقه.

ويتمتع المشرع العادي في عنصر السبب بسلطة تقديرية واسعة، إذ أن الأصل العام عدم تحديد الدساتير للأسباب الدافعة لتشريع القانون، والتحديد يمثل استثناء من ذلك، وبناءً عليه تتضح حدود السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر السبب. ومع ذلك فقد فرض القاضي الدستوري رقابته على تلك السلطة التقديرية، عن طريق الغلط البيّن، الذي يسمح له بالتحقق من صحة تقدير المشرع العادي للوقائع المبررة للقانون.

وللتأكيد على ذلك، فقد استعرضنا بعض التطبيقات القضائية للحكم بعدم الدستورية بسبب الغلط البيّن في قضاء المحكمة الدستورية العليا، والمحكمة الاتحادية العليا، على الرغم من عدم تصريحهما بذلك، على خلاف المجلس الدستوري الذي أشار له صراحة في بعض قراراته، واستناده على الغلط البين للحكم بعدم الدستورية.

٩- يعد المحل من أكثر عناصر القانون حصولا للتعارض التقديري؛ بسبب السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها المشرع العادي في ذلك العنصر.

ولأجل بيان مفهوم المحل فقد استعرضنا بعض التعريفات الفقهية، التي اتفقت على أنه الأثر الذي يترتب على القانون، والمتمثل بتنظيم المراكز القانونية انشاءً، أو تعديلا، أو الغاءً، إلا أن هذه التعريفات قد أغفلت شرط المشروعية، وتلافيا ذلك فقد عرفناه بأنه: **(الحلول التشريعية العامة المجردة، والمتفقة مع الدستور، التي يضعها المشرع العادي بناء على أسباب محددة؛ لتنظيم موضوع معين في المجتمع، إما بإنشاء مركز قانوني معين، أو تعديله، أو إلغاؤه؛ تحقيقا للمصلحة العامة)**.

قسّم أغلب الفقه الدستوري سلطة المشرع العادي في عنصر المحل إلى ثلاثة مستويات هي: السلطة المنعدمة، والمقيدة، والتقديرية. إلا أننا استبعدنا السلطة المنعدمة واقتصرنا على المستويين الأخيرين؛ لأن الامثلة التي ذكرها أصحاب هذا التقسيم كقانونية الجرائم والعقوبات، وشخصية العقوبة، لا تعدو أن تكون ضوابط، وقيودا على سلطة المشرع العادي عند تنظيمه للموضوعات المتصلة بها.

وبناءً على ذلك فقد اقتصرنا على السلطة المقيدة التي تعني وجود حلول محددة دستوريا يلتزم المشرع العادي بها عند تنظيمه موضوعا معينا. في حين أن السلطة التقديرية في عنصر المحل تمثل حرية المشرع العادي في

اخيار الحلول التشريعية، وبهذا المعنى فهي تتكون من وجهين: **أولهما:** وقت التدخل، ويحكمه أصل عام يتمثل بعدم تحديد الدستور أوقاتا، أو مددا زمنية لتدخل المشرع العادي، ومن ثم تكون سلطته في هذا الوجه تقديرية واسعة باستثناء بعض الحالات. **وثانيهما:** مضمون التدخل، وهو أيضا يحكمه الأصل المتقدم، إلا أن تدخل الدستور لوضع بعض الحلول التشريعية أوسع مما يتعلق بوقت التدخل، ومع ذلك فإن هذه الحلول تمثل استثناء، إذ يبقى للمشرع العادي سلطة تقديرية واسعة في دراسة الحلول المتاحة واختيار أفضلها لمعالجة الموضوع المراد تنظيمه مع ضرورة الالتزام بالضوابط الدستورية.

١٠- اعتمد القاضي الدستوري على التناسب؛ للتحقق من التزام الحلول التي وضعها المشرع العادي بالضوابط والقيود الدستورية، بوصفه وسيلة يستطيع عن طريقها التأكد من وجود علاقة منطقية، ومقبولة بين الحل التشريعي من جانب، والسبب أو الغاية من جانب آخر. وقد استعرضنا بعض التطبيقات القضائية في هذا الشأن التي توصل فيها القاضي الدستوري في كل من فرنسا ومصر والعراق الى عدم دستورية بعض الحلول التشريعية؛ بسبب عدم التناسب، حتى وإن لم يكن هنالك تصريح من القاضي الدستوري.

وقد اتفق الفقه الدستوري الغاية على أن المصلحة العامة هي غرض القانون وهدفه النهائي، إلا أنه اختلف بشأن سلطة المشرع العادي في عنصر الغاية إلى اتجاهين: **أولهما** يرى بانها مقيدة؛ لأن الدستور يحدد غايات القانون سواء كانت سياسية، أم اجتماعية، أم اقتصادية. **وثانيهما** يذهب إلى خلاف ذلك، ويرى أن سلطة المشرع العادي في الغاية تقديرية؛ لأن المصلحة العامة فكرة مرنة، وغير ثابتة، ويُترك للمشرع تحديدها، بحسب معطيات الزمان والمكان.

١١- لا يتحقق التعارض التقديري في الغاية إلا عن طريق الانحراف التشريعي، الذي يراد به استعمال المشرع العادي سلطته التقديرية في تشريع القوانين؛ من أجل تحقيق أغراض غير المصلحة العامة. وقد ثبت أن أغلب الفقه الدستوري متفق على أن الانحراف التشريعي عيب احتياطي؛ يستلزم من القاضي الدستوري تجنب بحثه إلا إذا انعدمت العيوب الأخرى. وقد اختلفنا مع الرأي المتقدم؛ لأنه يؤدي إلى إمكانية قيام الانحراف التشريعي وحده بالقانون، في حين أن الأخير لا يكون مشوبا بالانحراف التشريعي، ما لم يكن هنالك عيب آخر، وهو المحل في أغلب الأحيان. فتحقيق الغايات غير المشروعة لا يكون إلا بمخالفة إحدى المبادئ الدستورية: كمبدأ المساواة، أو العدالة الاجتماعية، أو تكافؤ الفرص، أو عدم رجعية القوانين الجنائية، وهذه المخالفة تكفي لتحقق عيب المحل، إلا أنه مع ذلك قد ينهض عيب الانحراف التشريعي، إذا ثبتت عدم مشروعية الغاية الحقيقة من القانون. وبذلك فإن المخالفة الموضوعية لم تكن إلا لتحقيق غرض غير مشروع.

زيادة على ذلك فإن حالات الخروج على المصلحة العامة تدور بين المحاباة لفئة معينة، أو الانتقام من فئة أخرى، وهذه المحاباة والانتقام لا يقومان إلا بوجود مخالفة موضوعية، أي باختيار حل يتقاطع مع النصوص الدستورية مثل: تقرير امتياز خلافا لمبدأ المساواة، أو وضع عقوبة بأثر رجعي. مما يؤكد على أن الانحراف التشريعي يستلزم وجود مخالفة موضوعية زيادة على الغاية غير المشروعة.

وقد عززنا رأينا المتقدم بالقرار النادر للمحكمة الدستورية العليا في ٢٠١٢/٦/١٤، الذي أقرت فيه صراحة بوجود عيب الانحراف التشريعي، على الرغم من تأكيدها بوجود خمس مخالفات دستورية قد لحقت القانون، إلا أن ذلك لم يمنعها من ذكر الانحراف التشريعي.

وأما في فرنسا والعراق فلم نجد تطبيقا قضائيا لعيب الانحراف التشريعي، على الرغم من اثارة هذا العيب من المدعين، وتوصل القاضي الدستوري لعدم دستورية القانون، ولكن استنادا إلى عيب آخر غير الانحراف التشريعي.

١٢- من أهم آثار التعارض التقديري هو عدم دستورية تقدير المشرع العادي، الذي يترتب عليه إلغاء هذا التقدير، كما صرّح الدستور الفرنسي بذلك بعد تعديله عام ٢٠٠٨، في حين يترتب على عدم الدستورية في مصر تجريد النصوص القانونية من قوة نفاذها، أما في العراق فقد تأرجح موقف المحكمة الاتحادية العليا – بعد سكوت الدستور وقانونها – بين أكثر من مصطلح، إذ نجدها تستخدم تارة الإلغاء، وأخرى التعطيل، وليس أخير اشعار السلطة التشريعية بتشريع نص جديد.

وبغض النظر عن إلغاء النصوص القانونية، أو تجريدها من قوة النفاذ، فإن أحكام القاضي الدستوري تتمتع بحُجية مطلقة، إذ أجمعت دساتير دول المقارنة على إلزامية قرارات القاضي الدستوري وأحكامه للسلطات كافة، وهو تعبير يدل بشكل قاطع على الحُجية المطلقة، مع ذلك فإن الدستور المصري قد نصّ بشكل صريح على الحُجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا

١٣- يقتصر أثر عدم الدستورية على النص القانوني المخالف للدستور، واستثناءً يتسع لنصوص قانونية أخرى تعد صحيحة من الناحية الدستورية؛ لأنها ترتبط ارتباطا لا يقبل التجزئة مع النص المحكوم بعدم دستوريته.

وقد لجأ المجلس الدستوري، والمحكمة الدستورية العليا إلى فكرة سقوط النصوص القانونية المرتبطة بشكل صريح، أما المحكمة الاتحادية العليا فلم نجد في قراراتها تطبيقا صريحا لهذه الفكرة، بل نجدها قد تعاملت مع هذه النصوص عن طريق الحكم بعدم دستوريتها، في حين أنها غير مخالفة للدستور، وإنما ترتبط بنص غير دستوري فقط.

١٤- يؤثر اعتباران في تحديد النطاق الزمني لعدم الدستورية هما: الشرعية الدستورية، والأمن القانوني، إذ يستلزم الاعتبار الأول أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثرا رجعيا، يرتد إلى تاريخ نفاذ النص المحكوم بعدم دستوريته؛ لأن حماية الدستور لا تتحقق بشكل كامل، إلا إذا رجع الجزاء المحدد لوقت قيام المخالفة.

في حين يؤدي اعتبار الأمن القانوني إلى تبني الأثر المباشر؛ من أجل ضمان قدر معين من الاستقرار للمراكز القانونية، والحقوق المكتسبة بموجب القانون غير الدستوري.

وبشأن إعمال أي من الاعتبارين فإن الأمر يستلزم التوفيق بينهما قدر الإمكان، عن طريق اعتماد الأثر الرجعي لجزاء عدم الدستورية أصلا عاما، وجعل الأثر المباشر استثناءً عليه. وقد فضلنا أن يكون ذلك مقتصرا على المراكز القانونية المكتملة، والحقوق المكتسبة بموجب أحكام قضائية باتة، أو استنادا للتقادم.

كما أيدنا أن يكون لجزاء عدم الدستورية أثرا مستقبليا؛ إعمالا لاعتبارات الأمن القانوني، إذ قد يترتب على الإلغاء المباشر للنصوص القانونية أحيانا، آثارا كبيرة على المجتمع، والاقتصاد الوطني، مما يستلزم إعطاء مدة زمنية للمشرع العادي؛ للتدخل، ومعالجة عدم الدستورية.

وبما أن الأثر المستقبلي استثناءً من الأصل العام، فقد اشترطنا تنظيمه بشكل دقيق، وتحديد حالاته، والمدة الزمنية الممنوحة للقاضي الدستوري بتأجيل نفاذ أحكامه بعدم الدستورية.

١٥- يعد الأثر المباشر الأصل العام في قرارات المجلس الدستوري بعدم الدستورية، كما يجوز للمجلس أن يعتمد أثرا مستقبليا لبعض قراراته، يسمح ببقاء القانون غير الدستوري نافذا خلال المدة المحددة؛ لفسح المجال أمام المشرع العادي لمعالجة ما في القانون من مخالفة دستورية، زيادة على إمكانية استعماله الأثر الرجعي المشروط؛ من أجل تعديل بعض المراكز القانونية المكتملة وإزالة آثارها.

وفي مصر فقد وضع المشرع العادي – بتفويض من الدستور – قاعدتين عامتين بشأن أحكام المحكمة الدستورية العليا، استنادا إلى طبيعة النص المحكوم بعدم دستوريته: الأولى الأثر الرجعي للنصوص غير الضريبية، ما لم تحدد المحكمة نفسها تاريخا آخر، وهذا الاستثناء وجدناه يتسع لثلاثة احتمالات هي: الأثر الرجعي المحدود، ويقع ما بين تاريخ نفاذ القانون وتاريخ صدور الحكم، ولم نجد تطبيقا لهذا الاحتمال. والثاني الأثر المباشر، ويكون من اليوم التالي لنشر الحكم، وقد استعرضنا بعض التطبيقات القضائية لهذا الاحتمال. واما الأخير فهو الأثر المستقبلي، ويكون عن طريق اعتماد المحكمة تاريخا مستقبليا لنفاذ حكمها، وقد تبين لنا استعمال المحكمة هذا الاحتمال في قرار واحد لها.

وقد قيد القانون من هذا الاستثناء (تحديد المحكمة تاريخ آخر لحكمها)، عن طريق تبنيه الأثر الرجعي المطلق، فيما يتعلق بالنصوص الجنائية، مرتبا على ذلك عدم الاعتداد بالأحكام الصادرة بالإدانة استنادا الى ذلك النص.

والقاعدة الثانية هي الأثر المباشر، وترتبط بالنصوص الضريبية، مع استثناء رافع الدعوى من ذلك، إذ يستفيد دائما مما تقضي به المحكمة من عدم دستورية نص ضريبي.

وفي العراق فلم ينظم النطاق الزمني لعدم الدستورية، إلا بعد صدور النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢، وقبل هذا التنظيم، اختلف الفقه بين تأييد الأثر المباشر، وترجيح الأثر الرجعي، وقد أيدنا الرأي الأخير؛ لأن الاصل العام في الأحكام القضائية سريانها من تاريخ الوقائع التي صدرت بشأنها، وهذا ما ينطبق على القضاء الدستوري؛ لأن الحكم الصادر في الدعوى الدستورية يكشف عمّا لحق القانون من مخالفته، ولا ينشئها.

وعلى الرغم من ذلك فقد استقر قضاء المحكمة الاتحادية العليا على سريان قراراتها بأثر مباشر، ما لم يتم تحديد تاريخ آخر لها.

وبعد صدور النظام الداخلي للمحكمة رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ فقد تحدد النطاق الزمني لعدم الدستورية بأصلين عامين، يحددان على أساس طبيعة النص المحكوم بعدم دستوريته، إذ تبنى النظام الداخلي الأثر المباشر في النصوص غير الجزائية، واجاز في الوقت نفسه للمحكمة أن تحدد تاريخا آخر، وقد ذهبنا إلى تفسير التاريخ

الآخر – على الرغم من عدم وجود تطبيقات قضائية – بأنه إما أن يكون أثرا رجعيا، أو أثرا مستقبليا؛ من أجل اعطاء مهلة معقولة للمشرع العادي لمعالجة عدم الدستورية في القانون.

أما القاعدة الأخرى فهي الأثر الرجعي المطلق، ترجيحا لاعتبارات الشرعية الدستورية، إذ لم يجز النظام الداخلي، أن تحدد المحكمة الاتحادية العليا تاريخا آخر لعدم دستورية النص الجنائي، مما يعني تبنيه الأثر الرجعي المطلق.

١٦– لا تقتصر آثار التعارض التقديري على عدم دستورية تقدير المشرع العادي، وإنما تتسع لتشمل آثارا غير مباشرة، على كل من المشرع العادي، والقاضي الدستوري. إذ يترك التعارض التقديري أثرا يتمثل بتقييد نطاق السلطة التقديري للمشرع العادي من الناحيتين السلبية والايجابية.

فمن الناحية السلبية يتحقق التقييد السلبي بتقليص عدد البدائل المتاحة أمام المشرع العادي، وفق سلطته التقدير في تنظيم موضوع معينة، عن طريق استبعاد كل بديل حكم القاضي الدستوري بعدم دستوريته، إذ لا يمكن للمشرع العادي اختيار ذلك البديل مرة أخرى، التزاما بالحُجية المطلقة لأحكام القاضي الدستوري.

وأما من الناحية الايجابية فيقيد التعارض التقديري نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي، بما يضعه القاضي الدستوري – بشكل مباشر أو غير مباشر – من مبادئ توجيهية، وارشادية بشأن كيفية اختيار الحل المناسب لتنظيم موضوع معين في المستقبل، أو تحديد البديل نفسه أحيانا. إذ لا يقف القاضي الدستوري في بعض الأحيان عند حد الحكم بعدم الدستورية، بل يدعو المشرع العادي إلى التشريع وفق الإطار العام الذي يضعه له، بشأن محتوى القواعد القانونية المستقبلية.

وقد استعرضنا بعض التطبيقات القضائية لتقييد نطاق السلطة التقديرية للمشرع العادي من الناحيتين السلبية والايجابية في دول المقارنة.

كما امتدت الآثار غير مباشرة للتعارض التقديري لتشمل القاضي الدستوري نفسه؛ نتيجة ما يجده المشرع العادي من رقابة على القوانين التي يسنها، وتقييد سلطته التقديرية في هذا الشأن. ومن ثم قد تنشأ ملامح خلاف، أو صراع خفي بين المشرع العادي والقاضي الدستوري، يفضي إلى استعمال الأول ما له من اختصاصات – ولو كانت جزئية – لتعديل الدستور، بما يسمح له بتجاوز أحكام القاضي الدستوري الصادرة في الموضوع نفسه، والنص صراحة في الدستور على خلاف ما جاء في تلك الأحكام.

وهذا ما حصل في فرنسا إذ عمد المشرع الدستوري إلى تعديل الدستور، لتلافي قرار المجلس الدستوري بشأن حق اللجوء. كما حصل الأمر في مصر عندما عمد المشرع الدستوري إلى النص صراحة على استبعاد القوانين التي خضعت للرقابة السابقة، من نطاق الرقابة اللاحقة، على خلاف ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا.

كما رصدنا بعض الممارسات الصادرة من المشرع العادي للتأثير في القاضي الدستوري، تمثلت بعدم الالتزام بأحكام عدم الدستورية، وبأكثر من صورة مثل: اعتماد نصوص قانونية مشابهة لنصوص سبق للقاضي الدستوري للحكم بعدم دستوريتها، أو عدم الالتزام بالمدد الزمنية التي يضعها القاضي الدستوري للمشرع العادي؛ من أجل معالجة عدم الدستورية عند استعمال الأثر المستقبلي لنفاذ أحكامه.

ثانيا: المقترحات

ولغرض اتمام الفائدة المرجوة من هذه الدراسة، نختتم عملنا بمجموعة من المقترحات، التي نرى ضرورة الأخذ بها، مقتصرة على التنظيم العراقي فقط، دون نظيره الفرنسي والمصري؛ حتى نضفي عليها طابعا عمليا، كما إنها تتسع لتشمل عمل المشرع العادي، والمحكمة الاتحادية العليا على حد سواء؛ ومن أجل ذلك نقدم المقترحات الآتية:

١- من أهم المقترحات التي ينبغي تقديمها هي ضرورة التزام المشرع العادي بواجبه الدستوري، المتمثل باستكمال البناء القانوني للمحكمة الاتحادية العليا. طبقا لما جاء به دستور ٢٠٠٥، عن طريق تشريع القانون الخاص بالمحكمة، وبالمحددات الدستورية له، وعدم ترك تلك الموضوعات للنظام الداخلي للمحكمة؛ بسبب عدم دستورية هذا الإغفال التشريعي.

٢- شمول محكمة التمييز الاتحادية، ومحاكم القضاء الإداري بطريقة الطلب التلقائي من محكمة النزاع، بشكل صريح، زيادة على بعض الهيئات القضائية التي لا تتبع محكمة استئنافية في نظامها القضائي، كما هو الحال بالهيئة التمييزية للمساءلة والعدالة، والهيئة القضائية الانتخابية، ونقترح النص الآتي لطريقة الطلب التلقائي من محكمة النزاع: **(أولا:** لأية محكمة أو هيئة قضائية أثناء نظرها دعوى، أن تطلب من تلقاء نفسها، من المحكمة الاتحادية العليا النظر في دستورية نص في قانون، أو نظام، لازم للفصل في الدعوى، على أن تتخذ قرارا باستئخار الدعوى الأصلية، وإرسال الطلب خلال عشرة أيام من تاريخ قرار الاستئخار، بكتاب موقع من رئيس محكمة الاستئناف الاتحادية التي تتبعها، أو من رئيس المحكمة الإدارية العليا، فيما يتعلق بمحاكم القضاء الإداري، أو من دائرة المستشار القانوني في وزارتي الدفاع، أو الداخلية، فيما يتعلق بالمحاكم العسكرية، ومحاكم قوى الأمن الداخلي. **ثانيا:** يجوز لمحكمة التمييز الاتحادية، والمحكمة الإدارية العليا أن تطلب ذلك من المحكمة الاتحادية العليا وفق ما تقدم، على أن يرسل الطلب بكتاب موقع من رئيس المحكمة المعنية**)**.

٣- وضع مدتين متغايرتين أحدهما لمحكمة النزاع تكلف خلالها الخصم بتقديم دعواه، ومن المستحسن أن تكون قصيرة نسبيا، والأخرى للخصم يقيم فيها دعواه فعلا، ولا بدَّ أن تكون هذه المدة أطول من سابقتها؛ لأن إقامة الدعوى تستلزم بعض الأمور القانونية، سواء شكلية أم موضوعية، مما يقتضي اتاحة مدة كافية لذلك، وبناءً على ما تقدم نقترح النص الآتي لطريقة الدفع بعدم الدستورية المقترن بالدعوى: **(أولا:** لأي من الخصوم الدفع بعدم دستورية نص في قانون، أو نظام، يتعلق بدعوى منظورة أمام أي من المحاكم، والهيئات القضائية المذكورة في المادة أعلاه. **ثانيا:** تكلف محكمة النزاع الخصم بإقامة دفعه بدعوى خلال يومين من تاريخ تقديم الدفع، على أن يقيم دعواه خلال عشرة أيام من تاريخ تكليفه بذلك. **ثالثا:** على محكمة النزاع البت بقبول الدعوى، أو رفضها من ناحية الشروط الشكلية، وجدية الدفع بعدم الدستورية، خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديمها. **رابعا:** عند قبول الدعوى تتخذ محكمة النزاع قرارا باستئخار الدعوى الأصلية، وإرسال دعوى الدفع بعدم الدستورية، مع نسخة مصدقة من إضبارة الدعوى الأصلية إلى المحكمة الاتحادية العليا خلال ثلاثة أيام من تاريخ قبولها. **خامسا:** يخضع قرار محكمة النزاع برفض الدعوى، أو عدم البت بها، أو عدم تكليفها الخصم بإقامة دفعه بعدم الدستورية

بدعوى، أو عدم إرسالها، خلال المدد المحددة لذلك، للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا خلال سبعة أيام من تاريخ المدد المحددة في الفقرات "ثانيا، وثالثا، ورابعا").

٤- تحديد الجهات الرسمية التي يحق لها الطلب من المحكمة الاتحادية العليا النظر بدستورية نص في قانون، أو نظام، بشكل واضح لا لبس فيه، وبدلا من استعمال عبارة (السلطات الاتحادية الثلاثة) نقترح أن يكون التحديد بالآتي: رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء، رئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس القضاء الأعلى، زيادة على ذلك نقترح اتاحة الطعن لأعضاء مجلس النواب بشكل منفرد، أو على أقل تقدير لعشرة أعضاء منهم.

واتماما للفائدة أيضا نقترح اعفاء هذه الجهات من شرط ارتباط النص المطعون فيه باختصاصاتها، وإثارته للخلاف في التطبيق؛ لأن هذه الجهات تمثل مصالح الدولة بشكل عام، زيادة عن تمثيل الشعب، مما يقتضي فتح المجال أمامهم للدفاع عن الشرعية الدستورية بعيدا عن شرط المصلحة.

ونقترح النص الآتي لطريقة الدعوى المباشرة من الجهات الرسمية: (**أولا:** لرئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء، ورئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس القضاء الأعلى، ورئيس جهاز الادعاء العام، وعشرة أعضاء من مجلس النواب، الطلب من المحكمة الاتحادية العليا النظر في دستورية نص في قانون، أو نظام، بكتاب موقع من الجهات المذكورة، على أن يكون طلب أعضاء مجلس النواب موقع من العدد المطلوب. **ثانيا:** للوزير، ورؤساء الهيئات المستقلة، ورئيس الإقليم، ورئيس مجلس وزراء الإقليم، ورؤساء الجهات غير المرتبطة بوزارة، والمحافظين، الطعن بعدم دستورية نص في قانون، أو نظام، يرتبط باختصاص الجهات المذكورة، أو حقوقها، أو التزاماتها).

٥- اتاحة الطعن أمام الأشخاص المعنوية العامة وفق الطريقة الممنوحة للأشخاص الطبيعية، أو المعنوية الخاصة. زيادة على فسح المجال للطعن بهذه الطريقة، وفق المصلحة المحتملة، إذا كان هنالك تخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن، وعدم اقتصار ذلك على حالة تطبيق القانون فعلا، كما هو منصوص عليه حاليا.

ونؤيد عدم تشدد المحكمة الاتحادية العليا عند تفسيرها لشرط عدم الاستفادة من النص المطعون فيه، بحيث لا تكون هذه الفائدة سببا لتحمل ضرر كبير لا يمكن إزالته؛ بسبب عدم قبول الدعوى نتيجة هذا الشرط من جانب، وضرورة توافر ارتباط حقيقي بين الفائدة، وما يدعيه المدعي من عدم الدستورية في النص نفسه. ونقترح النص الآتي لطريقة الدعوى المباشرة من الأشخاص الطبيعية والمعنوية: (**أولا:** لأي من الأشخاص الطبيعية، أو الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة الطعن بعدم دستورية نص في قانون، أو نظام. **ثانيا:** يشترط في الطعن المتقدم ما يأتي: ١-تقديمه بدعوى مستوفية الشروط المنصوص عليها في قانون المرافعات، وتتضمن البريد الالكتروني للمدعي، وتحديد النص المطعون فيه، والنص الدستوري المدعى بمخالفته، ووجه المخالفة بينهما. ٢- أن يكون للمدعي مصلحة قانونية حالّة، ومباشرة، ومع ذلك تقبل المصلحة المحتملة إذا كان هنالك تخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن).

٦- شمول تصدي المحكمة الاتحادية العليا لجميع اختصاصاتها، وليس في رقابتها الدستورية فقط؛ لتماثل العلة في الحالتين، ونقترح النص الآتي لطريقة التصدي: (للمحكمة الاتحادية العليا أن تنظر بدستورية نص في قانون، أو نظام يَعرض أمامها عند ممارسة أي من اختصاصاتها الدستورية، أو القانونية).

٧- عدم لجوء المحكمة الاتحادية العليا إلى التعارض التقديري إلا بعد التوصل إلى وجود اختلاف واضح بين القانون، والدستور بحيث لا يمكن معه تفسير النص القانوني على نحو يجنبه ذلك الاختلاف، ومن ثم استبعاد حالة عدم المطابقة للحكم بعدم الدستورية.

٨- معالجة الدستور – عند تعديله – أهم القواعد الخاصة بتشكيل المحكمة الاتحادية العليا، وعدد أعضائها، ومدة عضويتهم. وفيما يتعلق باختيار أعضاء المحكمة نقترح أن يكون ترشيح القضاة من مجلس القضاء الأعلى، ومجلس القضاء الأعلى في إقليم كردستان، بواقع ثلاثة مرشحين لكل عضو، في حين يكون ترشيح فقهاء القانون بقرار من هيئة الرأي في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بناءً على الترشيحات الأولية التي يقدمها وزير التعليم العالي والبحث العلمي، ويختص ديوان الوقف الشيعي، ونظيره السني بترشيح خبراء الفقه الإسلام.

أما اختيار المرشحين فنقترح أن يكون عن طريق لجنة خاصة مكونة من: رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء، ورئيس مجلس النواب، على أن تتخذ قرارها بأغلبية صوتين، ويصدر تعيين أعضاء المحكمة الاتحادية بمرسوم جمهوري، وفيما يتعلق باختيار رئيس المحكمة الاتحادية العليا فنقترح أن يكون عائدا للأعضاء جميعهم بالتصويت السري فيما بينهم، وأن يكون من القضاة حصرا.

٩- جعل عدد أعضاء المحكمة الاتحادية العليا (١١) عضوا، مقسمين إلى (٧) أعضاء من القضاة، (٢) من فقهاء القانون، ومثلهم من خبراء الفقه الإسلامي.

على أن تصدر المحكمة قراراتها بموافقة سبعة أعضاء مع ضرورة توافر عضوين احتياط من القضاة، وواحد لكل فئة من الفئتين الأخريين.

وأما بشأن مدة العضوية في المحكمة فنقترح أن تكون (٦) سنوات غير قابلة للتجديد، مع ضرورة تجديد نصف فئتي فقهاء القانون، وخبراء الفقه الاسلامي كل ثلاث سنوات. في حين يتم تجديد عضوية القضاة بواقع (٤) أعضاء مرة، و (٣) في اللاحقة.

على أن يستكمل الأعضاء المعينون للحلول محل من انتهت عضويتهم، قبل المدة المحددة لهم، ما تبقى منها، والسماح لهؤلاء الأعضاء بتولي العضوية مرة أخرى، إذا كانت مدة عضويتهم التكميلية لا تزيد على سنتين.

ونقترح إضافة نص دستوري يتضمن عدم عزل أعضاء المحكمة الاتحادية العليا؛ من أجل كفالة الاستقلال اللازم لها، وشمول جميع أعضائها بهذه الضمانة، إذ لا يشمل النص الخاص بعزل القضاة جميع فئات المحكمة الأخرى.

وحصر اختصاص مساءلة الأعضاء بالمحكمة الاتحادية العليا نفسها، وتنظيم التفاصيل اللازمة لذلك في قانونها من ناحية تحديد الجهة المختصة بالتحقيق، والمحاكم، والإجراءات المنظمة لذلك، وتحديد العقوبة التي يمكن فرضها على العضو المخالف التي نقترح أن تقتصر على الإحالة للتقاعد فقط.

١٠- ضرورة اهتمام المحكمة الاتحادية العليا بتسبيب أحكامها، عن طريق التحديد الدقيق، والواضح للأسس التي استندت إليها، فيما توصلت له سلبا، أو ايجابا بشأن القانون المعروض عليها، وأن يكون التسبيب كافيا ومنطقيا.

١١- ممارسة المحكمة الاتحادية العليا لرقابتها على السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر السبب، عن طريق الغلط البيّن، الذي يصيب تقدير المشرع العادي للوقائع المتخذة سببا للقانون، على نحو التوهم فيها، أو المبالغة في تقديرها، بشكل جسيم، وبيّن، يؤدي إلى اختيار حل تشريعي يخالف الدستور.

١٢- مراقبة المحكمة الاتحادية العليا للحلول التشريعية التي يضعها المشرع العادي، بواسطة التناسب، بين تلك الحلول، والأسباب الدافعة لها من جانب، أو الغاية المستهدفة من جانب آخر، وذلك بالتحقق من مدى وجود علاقة منطقية ومقبولة بين الأطراف المتقدمة بحيث تحكم بعدم دستورية الحل التشريعي، عند اختلال تلك العلاقة.

١٣- اخضاع المحكمة الاتحادية العليا غايات المشرع العادي بشأن القوانين التي يقرها، للرقابة الدستورية؛ للتحقق من مشروعيها، ومدى استهدافها للمصلحة العامة، واعتماد الانحراف التشريعي سببا من أسباب عدم الدستورية، بعد التثبت من وجوده، حتى وإن كانت هنالك عيوب أخرى في القانون. والتخلص من الصفة الاحتياطية لهذا العيب لإثراء قراراتها بالتطبيقات القضائية له؛ حتى ترد كل غاية لا تستهدف المصلحة العامة، وبغض النظر عن الأسباب الأخرى لعدم الدستورية.

١٤- النص في الدستور – عند تعديله – على سريان قرارات المحكمة الاتحادية العليا بعدم الدستورية بأثر رجعي، أي من تاريخ نفاذ النص المحكوم بعدم دستوريته، مع إعطاء سلطة تقديرية للمحكمة الاتحادية العليا لاعتماد الأثر المباشر، أو الأثر المستقبلي لبعض قراراتها، بشكل استثنائي، بناءً على معطيات كل قضية.

ضرورة تحديد حالات الأثر المستقبلي، والمدة اللازمة لتأجيل المحكمة نفاذ قرارها، على ألّا يشمل ذلك الاستثناء النصوص الجزائية، بحيث تسري القرارات الصادرة بعدم دستوريتها، بأثر رجعي دائما، والنص صراحة على عدم الاعتداد بأحكام الإدانة الصادرة بناءً على تلك النصوص، واعتبارها كأن لم تكن، ووضع النصوص القانونية اللازمة لإنفاذ ذلك.

كذلك نقترح وضع نص دستوري يحدد أثر عدم الدستورية بإلغاء النص القانوني المخالف للدستور، والابتعاد عن أية صيغة أخرى، لا تنسجم مع ما محدد دستوريا، كالتعطيل، أو التعديل، أو غير ذلك مما أشرنا له في متن الدراسة من صيغ معتمدة في قرارات عدم الدستورية.

١٥- تبني المحكمة الاتحادية العليا لفكرة سقوط النصوص القانونية المرتبطة، بعد توافر الشروط المحددة لها، على أن يكون أثر ذلك مقتصرا على سقوط النصوص القانونية المشمولة بالارتباط، من دون الحكم بعدم دستوريتها، ما دامت لا تخالف الدستور

١٦- التزام المشرع العادي التام بقرارات المحكمة الاتحادية العليا، وما تتضمنه من فقرات حكمية، وأسباب ترتبط بها ارتباطا وثيقا، وعدم تبني حلول تشريعية سبق الحكم بعدم دستوريتها، زيادة على الالتزام بالتدخل التشريعي المناسب؛ لمعالجة عدم الدستورية خلال المدة المحددة، في حال اعتماد المحكمة الاتحادية العليا للأثر المستقبلي.

المصادر

أولا: الكتب

١. د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني: رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٦.
٢. د. إبراهيم محمد علي: المصلحة في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة نشر.
٣. ابن منظور: لسان العرب، المجلد الخامس، دار المعارف، القاهرة، من دون سنة نشر.
٤. د. إحسان حميد المفرجي د. كطران زغير نعمة د. رعد ناجي الجدة: النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٩.
٥. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط٤، منشاة المعارف، الإسكندرية، من دون سنة نشر.
٦. د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط٦، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠.
٧. د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي: الأثر الرجعي في القضاءين الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
٨. د. أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي: دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٨.
٩. د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط ١، دار الشروق، القاهرة، ١٩٩٩.
١٠. د. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٦٠.
١١. د. أحمد محمود سعد: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
١٢. د. أحمد مليجي: الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج ١، من دون ناشر، من دون سنة نشر.
١٣. د. آدم وهيب النداوي: المرافعات المدنية، منشورات دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٨.
١٤. الخليل ابن احمد الفراهيدي: كتاب العين، ج٣، ط١، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.
١٥. د. ثروت عبد العال أحمد: السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
١٦. د. ثروت عبد العال احمد: حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
١٧. جواهر عادل العبد الرحمن: الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
١٨. د. حامد مصطفى: مبادئ القانون الإداري العراقي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٨.
١٩. د. حمدان حسن فهمي: اختصاصات القضاء الدستوري في مصر وحُجية أحكامه وتنفيذها وآثارها، من دون ناشر ومكان نشر، ٢٠٠٩.
٢٠. د. حمدي علي عمر: النظام الدستوري المصري وفق دستور ٢٠١٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٦.
٢١. د. رأفت فودة: مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
٢٢. د. رجب محمود طاجن: المطابقة الدستورية المشروطة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.
٢٣. د. رفعت عيد سيد: الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٢٤. د. رمزي الشاعر: رقابة دستورية القوانين، دار التيسير، القاهرة، ٢٠٠٤.
٢٥. د. زكي محمد النجار: فكرة الغلط البيّن في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

٢٦. د. سامر عبد الحميد محمد العوضي: أوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية العليا، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠.
٢٧. د. سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، ط ٢، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٢٨. د. سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، مطبعة أطلس، القاهرة، ١٩٩٢.
٢٩. د. سعاد الشرقاوي: القانون الدستوري وتطور النظام السياسي المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
٣٠. د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط ٤، دار الفكر العربي، من دون مكان نشر، ١٩٧٦.
٣١. د. سليمان محمد سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ١٩٥٠.
٣٢. د. سمير تناغو: الالتزام القضائي، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤.
٣٣. د. شادي محمد صلاح عبد البديع: حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٩.
٣٤. د. شعبان أحمد رمضان: أثر انقضاء المصلحة في السير في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية في النظام القانوني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
٣٥. د. شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٣٦. د. صلاح الدين فوزي محمد: المجلس الدستوري الفرنسي، ط٢، دار النهضة العربية، القاهر، ٢٠١٣.
٣٧. د. طعيمة الجرف: القانون الإداري، من دون ناشر، القاهرة، ١٩٧٣.
٣٨. د. طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
٣٩. د. طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧٣.
٤٠. د. عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مجلس النشر العلمي/ جامعة الكويت، الكويت، ٢٠٠٠.
٤١. د. عاطف سالم عبد الرحمن: دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي – الاجتماعي – الاقتصادي، ط١، من دون ناشر ومكان نشر، ٢٠١١.
٤٢. د. عاطف نصر مسلمي علي: نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري، من دون ناشر وسنة نشر.
٤٣. د. عبد الحفيظ الشيمي: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٤٤. د. عبد الحفيظ علي الشيمي: التحول في أحكام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٤٥. د. عبد الحميد الشواربي: تسبيب الأحكام المدنية والجنائية والطعن عليها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، من دون سنة نشر.
٤٦. عبد الرحمن العلّام: شرح قانون المرافعات المدنية، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠.
٤٧. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري د. أحمد حشمت أبو ستيت: أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٤١.
٤٨. د. عبد العزيز محمد سالمان: الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا والمشكلات العملية التي تثيرها، ط١، دار سعد سمك، القاهرة، ١٩٩٩.
٤٩. د. عبد العزيز محمد سالمان: رقابة دستورية القوانين، ط ١، دار الفكر العربي، من دون مكان للنشر، ١٩٩٥.
٥٠. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين: تسبيب الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، ط٣، دار ابن فرحون، الرياض، ١٤٣٤.

٥١. د. عبد الله ناصف: حُجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
٥٢. د. عبد المجيد إبراهيم سليم: السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
٥٣. د. عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة: منهج التوفيق والترجيح بين مختلف الحديث، ط ١، دار النفائس للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٨.
٥٤. د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس: رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
٥٥. عبد المنعم أحمد الشرقاوي: نظرية المصلحة في الدعوى، ط١، من دون ناشر، ١٩٤٧.
٥٦. د. عبد المنعم الحفني: المعجم الشامل لمصطلحات الفلسفة، ط ٣، مكتبة مدبولي، القاهرة، ٢٠٠٠.
٥٧. د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة: آثار حكم الإلغاء، ط١ دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١.
٥٨. د. عبد المنعم فرج الصدة: أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، من دون سنة نشر.
٥٩. د. عبير حسين السيد حسين: دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع العادي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩
٦٠. د. عزمي عبد الفتاح: تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط ٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨،
٦١. د. عصام أنور سليم: موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
٦٢. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.
٦٣. د. عصمت عبد الله الشيخ: مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة.
٦٤. د. علي السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٧٨.
٦٥. د. علي هادي عطية الهلالي: المباحث الموضحة لذاتية شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدستورية، ط ١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.
٦٦. د. علي هادي عطية الهلالي: النظرية العامة في تفسير الدستور، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
٦٧. د. عماد محمد محمد أبو حليمة: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع العادي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
٦٨. د. عمر شريف قضاء الدستورية القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، ١٩٨٨.
٦٩. د. عمرو أحمد حسبو: القوانين الأساسية المكملة للدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٧٠. د. عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه – جان دبوي للقانون والتنمية، من دون مكان للنشر، من دون سنة للنشر.
٧١. د. عيد أحمد الغفلول: الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
٧٢. د. عيد أحمد الغفلول: فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٧٣. د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، موسوعة الثقافة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨.

٧٤. د. فاروق عبد البر: دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحقوق والحريات، منشورات النسر الذهبي، القاهرة، ٢٠٠٤.
٧٥. د. فاطمة فاضل حليحل: نظرية الحقوق الدستورية المتفرعة، ط ١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٢.
٧٦. د. فتحي فكري: القانون الدستوري الكتاب الأول، من دون ناشر، القاهرة، ٢٠٠٩.
٧٧. فرمان درويش حمد: اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣
٧٨. د. فهيمة أحمد علي القماري: المحكمة الدستورية العليا كنموذج للتخصص القضائي، دار الكتب والدراسات العربية، من دون مكان نشر، ٢٠١٨.
٧٩. د. ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦
٨٠. د. ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٨١. مايا محمد نزار أبو دان: الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١١.
٨٢. د. محمد باهي أبو يونس: أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧
٨٣. د. محمد حسنين عبد العال: فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.
٨٤. د. محمد رفعت عبد الوهاب: رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
٨٥. د. محمد عبد اللطيف: إجراءات القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩،
٨٦. د. محمد عبد علي الغزالي: الحق في الملكية الخاصة دراسة دستورية مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٢٢.
٨٧. د. محمد عصفور: استقلال السلطة القضائية، من دون ناشر، من دون سنة نشر.
٨٨. د. محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٧.
٨٩. د. محمد فوزي نويجي: التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٩٠. د. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.
٩١. د. محمد محمد عبد اللطيف: القانون الحي والرقابة الدستورية، ط١، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١٩.
٩٢. د. محمود أحمد زكي: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٩٣. د. محمود رضا أبو قمر: القضاء والواقع السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
٩٤. د. محمود سلامة جبر: نظرية الغلط البيّن في قضاء الإلغاء، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٩٥. د. محمود عاطف البنا: الرقابة القضائية على اللوائح الإدارية، من دون ناشر، ١٩٩٧.
٩٦. محمود نفادي: برلمان العصابة، ط١، دار دلتا للنشر، القاهرة، ٢٠١٦.
٩٧. د. مصدق عادل طالب: النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢، ط١، مكتبة القانون المقارن، ٢٠٢٢.
٩٨. د. مصطفى محمود عفيفي: رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، مكتبة سعيد رأفت، من دون مكان نشر، ١٩٩٠.
٩٩. د. منذر الشاوي: القانون الدستوري، ج٢، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١.
١٠٠. د. مها بهجت يونس الصالحي: الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٩.

١٠١. د. نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
١٠٢. د. هشام محمد فوزي: رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة.
١٠٣. هنري روسيون: المجلس الدستوري، ترجمة: د. محمد وطفه، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١.
١٠٤. د. وجدي ثابت غبريال: حماية الحرية في مواجهة التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
١٠٥. د. وليد بن محمد بن صالح الصمعاني: السلطة التقديرية للقاضي الإداري، ط١، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠١٥.
١٠٦. د. يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
١٠٧. د. يسري محمد العصار: الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩
١٠٨. د. يسري محمد العصار: التصدي في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
١٠٩. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩.

ثانيا: الرسائل والأطاريح

١. السيد علي محمد الغماري: الدور الانشائي للقاضي الدستوري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة المنوفية، ٢٠١٩.
٢. ايناس كمال كامل: حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، ٢٠١٦.
٣. بالجيلالي خالد: السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة تلمسان، ٢٠١٧.
٤. حاتم صبحي عبد الفهيم عبد الله الوكيل: سلطة القاضي الدستوري في التصدي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة بني سويف، ٢٠١٥.
٥. حسين جبر حسين الشويلي: الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون/ الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨.
٦. حسين محمد كريم حمزة: رقابة القضاء الدستوري على الانحراف التشريعي المالي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون/ جامعة بابل، ٢٠٢١.
٧. حنفي علي جبالي: المسؤولية عن القوانين، أطروحة دكتوراه مدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، ١٩٨٧.
٨. زين أشرف اسماعيل عزب: حدود رقابة الدستورية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، ٢٠١١.
٩. صابر الحسيني محمود الجندي: سلطة المحكمة الدستورية العليا بين التقييد والإطلاق، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، ٢٠٠٥.
١٠. صلاح خلف عبد: المحكمة الاتحادية العليا في العراق تشكيلها واختصاصاتها، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة النهرين، ٢٠١١.
١١. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، ٢٠٠١.

١٢. عدنان ابراهيم سرحان: الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة/ جامعة بغداد، ١٩٨٦.
١٣. محمد مصطفى حسن: السلطة التقديرية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، ١٩٧٤.
١٤. مصطفى محمود إسماعيل علي: وسائل تحريك الدعوى الدستورية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة الإسكندرية، ٢٠٢٠.
١٥. هديل محمد حسن المياحي: العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة النهرين، ٢٠١٥.
١٦. وائل محمد الشوادفي محمد: الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين بفرنسا، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة المنوفية، ٢٠١٩.

ثالثا: البحوث

١. د. أحمد أبو الوفا: تسبيب الأحكام، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، السنة/ ٧، العدد/٢، ١٩٥٧.
٢. د. أحمد عبد العال أبو قرين: الحماية الدستورية للملكية الفردية أسسها ومقتضياتها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، العدد الثاني السنة (٤٢)، ٢٠٠٠.
٣. د. أسامة أبو الحسن مجاهد: حماية حق ملكية العين المؤجرة في ظل عدم دستورية استمرار عقد الايجار لأقارب المصاهرة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق/ جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة (٣٨)، ١٩٩٦.
٤. د. جورجي شفيق ساري: رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة/ كلية الحقوق، العدد/ ٦٦، ٢٠١٨.
٥. د. حسن أحمد بغدادي: النقص الفطري في أحكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد (٤و٥) بغداد، ١٩٤٥.
٦. د. حسين جبار عبد النائلي، حيدر طالب محمود البحاث: دور المحكمة الاتحادية العليا في حماية الحقوق السياسية، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية/ جامعة بابل، العدد (٤٣)، ٢٠١٩.
٧. د. رفيق محمد سلام: الآثار القانونية لأحكام المحكمة الدستورية العليا، بحث منشور في المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق/ جامعة حلوان، ١٩٩٨.
٨. د. سعاد مالح: الطريقة التقليدية في تسبيب قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، بحث منشور في مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الرابع، العدد الأول، ٢٠١٨.
٩. د. عامر زغير محيسن: الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد (١٨) المجلد (١)، ٢٠١٨.
١٠. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، المنشور في مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، ١٩٥٢.
١١. د. عزيزة حامد الشريف: أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة، بحث منشور في المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق/ جامعة حلوان، ١٩٩٨.
١٢. د. علي سعد عمران: مركز مجلس الدولة في التصورات الدستورية والقضائية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون/جامعة كربلاء، السنة الثانية عشرة، العدد الأول، ٢٠٢٠.

١٣. د. محمد حميد عبد د. حسين جبر حسين الشويلي: إجراءات تعيين أعضاء المحاكم الدستورية، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، المجلد/١، العدد/٨، ٢٠٢٠.
١٤. د. محمد محمد عبد اللطيف: المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في ٢٣ من يوليو ٢٠٠٨، بحث منشور في مجلة الحقوق/جامعة الكويت، المجلد (٣٤)، العدد (٣)،٢٠١٠.
١٥. د. مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد ٤١، العدد ١، ٢٠١٧.
١٦. د. وليد محمد الشناوي: دور المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد/٦٢، ٢٠١٧.

رابعا: المقالات

١. د. أحمد فتحي سرور: الرقابة القضائية على دستورية القوانين لاحقة أم سابقة؟ مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد الثامن، (أكتوبر)، ٢٠٠٥.
٢. د. أحمد كمال أبو المجد: دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر (الجزء الأول)، مجلة الدستورية، الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد الأول، (يناير)، ٢٠٠٣.
٣. د. أحمد كمال أبو المجد: مستقبل القضاء الدستوري في مصر (١)، مقال منشور في صحيفة الأهرام، العدد (٤٠٧٩٧) السنة (١٢٣) في ١٩٩٨/٨/١٨.
٤. د. حسام الدين كامل الأهواني: فكرة السقوط بين القضاء الدستوري والقضاء المدني، مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد التاسع والعشرون، (أكتوبر)، ٢٠٢١.
٥. سالم روضان الموسوي: مفهوم الخيار التشريعي في ضوء قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، مقال منشور على موقع مركز الدراسات والابحاث العلمانية في العالم العربي: https://www.ssrcaw.org.
٦. د. سمير تناغو: برلمان حقيقي أم جهة إدارية، مقال منشور في صحيفة الأهرام، العدد (٤٠٥٧٣) السنة (١٢٢) في ١٩٩٨/١/٦.
٧. د. عاطف البنا: الرقابة القضائية السابقة على دستورية القوانين هل تتفق مع نظامنا الدستوري والقانوني والقضائي؟ مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد الثامن، (أكتوبر)، ٢٠٠٥.
٨. د. عاطف البنا: المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم، مقال منشور في صحيفة الوفد ١٩٩٨/٧/١٦.
٩. د. عاطف البنا: المشروعية الدستورية... رد شبهات ومغالطات، مقال منشور في صحيفة الوفد، ١٩٩٨/٧/٢٤.
١٠. عمار علي حسن: المحامون والسياسة في مصر، مقال منشور في صحيفة البيان متاح وفق الرابط: https://www.albayan.ae/opinions/2007-12-21-1.818581
١١. د. فائق زيدان: المحكمة الاتحادية العليا ... ولادة عسيرة، مقال منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا، وفق الرابط الآتي: https://www.iraqfsc.iq/news.4663/.
١٢. د. فتحي فكري: الرقابة السابقة سياسة متصلة – تساؤلات مثارة – إشكالية محتملة، مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد الثامن، (أكتوبر)، ٢٠٠٥.
١٣. د. فتحي فكري: تنظيم رقابة الدستورية في العراق بين عثرات الماضي وثغرات الحاضر، مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد الثلاثون، (ابريل)، ٢٠٢٢.

١٤. د. فتحي فكري: عدم دستورية المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١: تراخي البرلمان نموذجا، مجلة الدستورية الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد السادس والعشرون (ابريل)، ٢٠٢٠.
١٥. د. فتحي فكري: ممارسات برلمانية حدت من فعالية رقابة الدستورية (دراسة حالة للوضع في مصر في الفترة من ١٩٦٩-٢٠١٩)، مجلة الدستورية الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، عدد خاص اليوبيل الذهبي للقضاء الدستوري (ديسمبر) ٢٠١٩.
١٦. د. نبيل لوقا بباوي: الأثر الرجعي للأحكام الدستورية باطل، مقال منشور في صحيفة الأهرام، السنة (١٢٣)، العدد (٤٠٧٨٤)، في ١٩٩٨/٨/٥.
١٧. د. يسري محمد العصار: رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، بحث منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد الثامن عشر، (أكتوبر)، ٢٠١٠.
١٨. د. يسري محمد العصار: موازنة بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية، مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، العدد الثامن، (أكتوبر)، ٢٠٠٥.

خامسا: التشريعات

١- الدساتير:

أ- إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩.
ب-الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦.
ت-الدستور الإيطالي لعام ١٩٤٩.
ث-الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.
ج- الدستور المصري لعام ١٩٧١.
ح- قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤.
خ- الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.
د- الإعلان الدستوري المصري لعام ٢٠١١.
ذ- الدستور المصري لعام ٢٠١٢.
ر- الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

٢- القوانين:

أ- القوانين الفرنسية

١- القانون المدني لسنة ١٨٠٤.
٢- قانون الإجراءات الجنائية رقم (٥٧ -١٤٢٦) لسنة ١٩٥٨.
٣- قانون المجلس الدستوري رقم (٥٨-١٠٦٧) لسنة ١٩٥٨.
٤- قانون المرافعات المدنية رقم (٧٥-١١٢٣) لسنة ١٩٧٦.
٥- قانون التقاعد في الخدمة المدنية والقطاع العام رقم (٨٤-٨٣٤) لسنة ١٩٨٤.
٦- قانون الحد من الاحتكار وضمان الشفافية المالية والتعددية في المؤسسات الصحفية رقم (٨٤-٩٣٧) لسنة ١٩٨٤.

ب- القوانين المصرية:

١- قانون العقوبات رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧.
٢- قانون الإثبات رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.
٣- قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.

٤- قانون السلطة القضائية رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢.
٥- قانون مجلس الشعب رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢.
٦- قانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧.
٧- قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩.
٨- قانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر رقم (١٣٦) لسنة ١٩٨١.
٩- قانون تنظيم المنشآت الطبية رقم (٥١) لسنة ١٩٨١.
١٠- قانون المحاماة رقم (١٧) لسنة ١٩٨٣.
١١- قانون تنظيم هدم المباني والمنشآت غير الآيلة للسقوط والحفاظ على التراث المعماري رقم (١٤٤) لسنة ٢٠٠٦.

ت- القوانين العراقية:

١- قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.
٢- قانون التنظيم القضائي رقم (١٠٦) لسنة ١٩٧٩.
٣- قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.
٤- قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠.
٥- قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١.
٦- قانون الكمارك المرقم (٢٣) لسنة ١٩٨٤.
٧- قانون جوازات السفر رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٩ الملغى.
٨- قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ وتعديلاته الملغى.
٩- قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥.
١٠- قانون انتخابات مجالس المحافظات والاقضية النواحي التابعة لها رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٨ وتعديلاته الملغى.
١١- قانون انتخابات مجلس النواب رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣ وتعديلاته الملغى.
١٢- قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥.
١٣- قانون جوازات السفر رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٥.
١٤- قانون هيئة الإشراف القضائي رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٦.
١٥- قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٧.
١٦- قانون انتخابات مجالس المحافظات والاقضية رقم (١٢) لسنة ٢٠١٨.
١٧- قانون مجلس النواب وتشكيلاته رقم (١٣) لسنة ٢٠١٨.
١٨- قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (٩) لسنة ٢٠٢٠.
١٩- قانون التعديل الأول لقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١.

٣- الأنظمة والأنظمة الداخلية

أ- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ الملغى.
ب- النظام الداخلي لمجلس النواب لسنة ٢٠٠٥.
ت- نظام المراسم رقم (٤) لسنة ٢٠١٦.
ث- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢.

سادسا: المواقع الالكترونية

١- موقع التشريعات الفرنسية وفق الرابط الآتي: https://www-legifrance-gouv-fr

٢- موقع المجلس الدستوري الفرنسي وفق الرابط الآتي: https://www.conseil-constitutionnel.fr/
٣- موقع المحكمة الدستورية العليا المصرية وفق الرابط الآتي: https://www.sccourt.gov.eg/
٤- موقع المحكمة الاتحادية العليا العراقية وفق الرابط الآتي: https://www.iraqfsc.iq/
٥- موقع مجلس النواب العراقي وفق الرابط الآتي: https://iq.parliament.iq/

سابعا: المصادر الأجنبية

1. Alain Delcamp: cours constitutionnelles et parlements – ou comment se conjuguent aujourd'hui principe de souveraineté et état de droit, nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n° 38 – janvier 2013.
2. Christian Behrendt – magister juris: Quelques réflexions sur l'activité du juge constitutionnel comme législateur-cadre, cahiers du conseil constitutionnel n° 20 (prix de thèse 2005) – juin 2006.
3. Debats parlementaires, Assemblée Nationale, législature10°, première session ordinaire De 1993-1994, séance (39), 1 séance 27 Octobre 1993
4. Dominique Rousseau: le conseil constitutionnel, maître des horloges, nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n° 54 (dossier: la constitution et le temps) – janvier 2017.
5. Georges Bergougnous: le conseil constitutionnel et le législateur, nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n° 38 (dossier: le conseil constitutionnel et le parlement) – janvier 2013.
6. Goesel-le Bihan: le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel, cahier du Conseil Constitutionnel n° 22 (dossier: le réalisme en droit constitutionnel) – juin 2007.
7. Guillaume Drago: la qualité de l'argumentation constitutionnelle, dans revue française de droit constitutionnel 2015/2 (n° 102).
8. Guy Canivet: positions et composition dans la genèse d'une liberté fondamentale – les contours évolutifs de la liberté individuelle dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, conseil constitutionnel, titre vii, n° 7, la liberté individuelle, octobre 2021.
9. Manon Chateau-Grine: La motivation des décisions du juge administrative, these de doctorat de, l'universite de Nantes, Comue Universite Bretagne Loire, 2018.
10. Mathieu Disant: les effets dans le temps des décisions QPC, nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n° 40 (dossier: le conseil constitutionnel: trois ans de QPC) – juin 2013.
11. Nicolas Bonnal: Propos Introductif – La QPC, 10 ans de jurisprudence, Conseil Constitutionnel | «Titre Vii» 2020/Octobre hors série.
12. Nicole Belloubet: La motivation des decisions du Conseil constitutionnel: justifieret-réformer, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2017/2 N° 55-56.

13. Olga Mamoudy: Insécurité juridique et modulation dans le temps des effets des décisions de justice, titre vii [en ligne], n° 5, la sécurité juridique, octobre 2020.
14. Paul Cassia: le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une "question" revue française de droit administratif (rfda), numéro (5), 2008.
15. Sophie de Cacqueray, et al: procédure législative et QPC: recherche pluridisciplinaire sur de nouvelles interactions institutionnelles, titre vii, conseil constitutionnel, hors-série, octobre 2020, procédure législative et QPC: recherche pluridis.
16. Valérie Goesel-Le Bihan: le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel: figures récentes, revue française de droit constitutionnel, 2007/2, n 70.

Abstract

The legislator has discretion in the exercise of his legislative competence; Because of the generality and flexibility of the constitution, and the possibility of choosing from among the available alternatives to organize a specific subject. However, this power is not absolute, it is bound by constitutional restrictions, the constitutional judge verifies the legislator's commitment to it.

Constitutional courts cannot perform constitutional review, unless there is a discretionary authority, based on the constitution itself, that enables it to review the conformity between the constitution and the laws chosen by the legislator.

The conformity of the constitutional courts with the choice of the legislator does not raise any problem, as much as the difference between them raises, as a result of the scrutiny of the discretionary power of the legislator, and the conflict between them within the scope of the discretionary power, and the effect resulting from that conflict. This requires an explanation of what we called (discretionary incompatibility) study and analysis.

The discretionary incompatibility is the difference between the discretion of the constitutional courts and the legislator, due to the constitution itself, and based on objective grounds. Giving preference to the discretion of the constitutional courts, and neglecting the assessment of the legislator, in order to protection of supremacy of the constitution.

The discretionary incompatibility is relative; Because it represents the difference in the discretion of the constitutional courts and the legislator regarding a particular issue, the Compatibility between them exceed the differences. Because of the flexibility and generality of the constitution, the discretionary incompatibility is also decisive. Because of the absolute authoritativeness of the Adjudications of the constitutional courts.

The discretionary incompatibility appears in three of the elements of the acts: cause, effect, and purpose. As for jurisdiction and procedures, most jurisprudence believes that they are outside the scope of the discretionary authority. The legislator is not authorized to exercise any jurisdiction that is not conferred constitutionally, and he is obliged to follow the formalities and procedures of the legislative process. Accordingly, the study focused on clarifying the discretionary power of the legislator in the element of cause, effect, and purpose, as aspects of discretionary incompatibility.

The discretionary incompatibility has a fundamental effect, which is unconstitutionality, and the requirements of this effect differ according to the constitutional and legal organization of each country, and regardless of this difference, it falls between the repeal of the unconstitutional act, or suspension of its enforcement. In both cases, the effect must be determined, which depends on two basics: constitutional legitimacy and legal security. The first requires that the unconstitutionality have a retroactive effect, while legal security allows the direct effect to be adopted.

The other effect of the discretionary incompatibility represents an indirect case, consisting of two aspects: the first is to restrict the scope of the discretionary power of the legislator, whether from the negative side, by excluding unconstitutional solutions from among the available alternatives, or from the positive side, by defining a set of guiding principles that guide the content of future legal rules.

The second aspect is related to the constitutional courts themselves, which is more like a reaction from the legislator to the review exercised by the constitutional courts on his discretionary power, and limits the effectiveness of unconstitutional adjudications, or non-compliance with them.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
University of Babylon
College of Law

The Incompatibility of Discretionary Power Between the Legislature and Constitutional Courts

(Comparative Study)

A PhD Thesis Submitted

By

Hussein Shaalan Hamad

To the council of College of Law University of Babylon

As a Requirement for Ph.D. Degree of Public Law

Supervised by

P. Dr. Hussein Jabbar Abd

2023 A.D. *1444 A.H.*