AMERICAN JOURNALS
Open Access, Peer Reviewed Journals

American Journal of Research in Humanities and Social Sciences
ISSN (E): 2832-8019 Volume 24, | May - 2024

THE CONSTITUTIONAL JUDGE AND HIS DISCRETION

Sula Thaher Habeab
College of Physical Education and Sport Science,
University of Thi-Qar, Thi-Qar, 64001, Iraq.
sula.thaher@utq.edu.iq,

A B S T R A C T

The issue of the authority of the legislator and the constitutional judge is one of the topics that sparked widespread debate in constitutional circles. The principle is that the legislative authority does not interfere in judicial affairs. Here we mean negative interference, that is, interference that violates the basic principles stipulated in the Constitution, including the principle of judicial independence and separation of powers. The legislative authority exercises the most dangerous authority in the state. Because it sets laws that represent its will and that are binding on everyone, including the judicial and executive authorities, it carries out its duties as an institution whose mission is to legislate laws. The legislator is authorized by the constitution to enact legislation that ensures the proper performance of each authority's function. However, this authorization must not violate the recognized constitutional rules.

K E Y W O R D S

Discretion, Separation of powers. Constitutional judge, Constitution. Federal Court.

Introduction

المقدمة

يعد موضوع سلطة المشرع والقاضي الدستوري احد الموضوعات التي اثارت نقاشا واسعا في الاوساط الدستورية فالأصل و عدم تدخل السلطة التشريعية بالشأن القضائي وهنا نقصد التدخل السلبي أي التدخل المخالف للمبادئ الأساسية المقررة في الدستور ومنها مبدأ استقلال القضاء والفصل بين السلطات ، السلطة التشريعية تباشر اخطر سلطة في الدولة كونها تضع القوانين التي تمثل ارادتها والتي تكون ملزمة للجميع بما فيهم السلطة القضائية والتنفيذية فهي تقوم بمهامها باعتبارها مؤسسة مهمتها تشريع القوانين فالمشرع يفوض من قبل الدستور فيسن التشريعات التي تكفل حسن أداء كل سلطة لوظيفتها الا ان هذه التخويل يجب ان لا يخل بالقواعد الدستورية المتعارف عليها.

أهمية البحث: تكمن أهمية الموضوع بإبراز الوثائق الدستورية التي تتضمن نصوصا صريحة لتنظيم العلاقة بين كل من سلطة المشرع والقاضي الدستوري بالبحث عن موقف المشرع الدستوري من تلك العلاقة.

مشكلة البحث: تكمن في هل يوجد نسق موحد اتبعه المشرع نستطيع من خلاله الوقوف على معرفة السلطة تقديرية للمشرع واعطائها الشرعية القانونية والدستورية لكون هذه السلطة تتعلق بصورة مباشرة جدا بالسلطة التقديرية للقاضي الدستوري فالقاضي لا يدخل لميدان التأثير في القواعد القانونية والدستورية الا من خلال القواعد القانونية عندما يمارس رقابته الدستورية على القوانين والانظمة حسب اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا.

منهج البحث: من الولوج الى موضوع سلطة المشرع والقاضي الدستوري من ميع جوانبه اعتمدنا المنهج التحليلي بالرجوع الى القواعد العامة المتعلقة بالموضوع.

خطة البحث: تحقيقا لذلك تم تقسيم هذا البحث الى مطلبين:

المطلب الأول: مصادر السلطة التقديرية للقاضي الدستوري.

الفرع الأول: الدستور مصدرا رئيسا للسلة التقديرية.

الفرع الثاني: المبادئ العامة للقانون بوصفه مصدرا للسلطة التقديرية.

الفرع الثالث: القضاء الدستوري كمصدر لسلة المشرع.

المطلب الثاني: أساس السلة التقديرية للمشرع.

الفرع الأول: الأساس الفقهي للسلة التقديرية للمشرع.

الفرع الثاني: الأساس الاجتماعي والسياسي لسلطة المشرع التقديرية.

المبحث الاول

مصادر وأساس السلطة التقديرية

ان الوسيلة الأساسية لخلق القاعدة القانونية تسمى المصدر وهو الوعاء الذي يشكل القاعدة القانونية والذي يستمد منه السلطات العامة واختصاصاتها أي انه السبب الأساسي لقيام القاعدة القانونية[1].

وبالاستناد على ان سلطة المشرع والقاضي الدستوري هي احدى السلطات التي تخضع للدستور بحيث يكون عمل المشرع تحت اطار دستوري سواء أكان في حالة كانت سلطته مقيدة او سلطة تقديرية، وللبحث عن مصادر) ومن خلال علاقة الدستورية او المشروعة أي EISENMANالسلطة التقديرية للمشرع سوف يتحدد وكما قال (

[1]) د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، منشورات الحلبي الحقوقية،2016، ص113.

علاقة القاعدة التي يصدرها المشرع مع القاعدة الأعلى التي تحدد اختصاصه ويستمد منها مشروعيته، أي علاقة المطابقة وعلاقة الخضوع.[2]

المطلب الأول

مصادر السلطة التقديرية للقاضي الدستوري

ان القاعدة الدستورية هي القاعدة الأعلى والأسمى في البلاد وهي بذلك تفرض الالتزام بها بالنسبة للحكام والمحكومين على حد سواء وتتميز عن غيرها من القواعد القانونية من حيث جهة إصدارها وطبيعتها وخصائصها.

واختلف الفقهاء في بيان طبيعة القواعد الدستورية، فبعظهم أسبغ عليها الطبيعة القانونية واخرون ينفونها عنها وتختلف كذلك مصادر القواعد الدستورية بحسب النظام المتبع الى مصادر اصلية مباشرة او أخرى تفسيرية او غير مباشرة.

والقاعدة الدستورية توضع لكي تواكب الازمة المختلفة التي تعاصرها لكنها تحتاج في بعض الأحيان الى ان تتغير معانيها او تتطور لمواكبة التطورات التي تحدث في المجتمع اما من خلال سلطة التعديل الدستوري – السلطة التأسيسية المشتقة او من خلال التفسيرات المتطورة التي يقوم بها القضاء الدستوري لتلك القواعد وهو ما يطلق عليه بتطوير القواعد الدستورية من قبل القضاء الدستوري[3].

وللتطوير الذي يقوم به القضاء الدستوري جملة من الخصائص والمميزات التي يتميز بها عن غيره من الوسائل التي يستخدمها القضاء الدستوري، وكذلك فانه يلزم على القاضي الد ستوري ان يتقيد بعدة قيود عند تطويره للقواعد الدستورية لكيلا يخرج عن اختصاصاته الموكله له.

وعليه سنبحث في هذا المطلب ثلاثة فروع الفرع الأول نبحث فيه الدستور باعتباره مصدرا للسلطة التقديرية للقاضي الدستوري وفي الفرع الثاني نبحث المبادئ العامة للقانون بعدها مصدرا لتلك السلطة التقديرية اما الفرع الثالث نتناول دور القضاء نفسه في التأسيس لتلك السلطة التقديرية.

[2]) بالجيلاني خالد، السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقيد، الجزائر،2017، ص41.

[3]) فرح جهاد عبد السلام، دور القضاء الدستوري في تطوير القواعد الدستورية – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة النهرين-كلية القانون، 2022، ص6.

الفرع الأول

الدستور مصدرا رئيسا للسلطة التقديرية

لم يتبع المشرع الدستوري العراقي منذ تأسيس الدولة العراقية أسلوب تقرير الحقوق والحريات العامة في إعلانات الحقوق او في مقدمة دساتيره، كما لم يتبع ما نصت عليه بعض الدول من تقرير هذه الحقوق في قوانينها العادية كما هو الحال في إنكلترا لتجنب تدخل المشرع العادي في إنقاص هذه الحقوق والحريات العامة في نصوص وقواعد وردت في صلب الوثيقة الدستورية[4]، والتي وردت في الباب الثاني من الدستور العراقي النافذ تحت عنوان الحقوق والحريات.

فالدستور عندما يعهد للمشرع بوضع القواعد التي يراها محققه للمصالح العامة فان ذلك يستوجب مساحة من حرية التقدير تمكنه من مواجهة ما يعرض عليه من أمور وقضايا تحتاج لتدخله، وهو بنفس الاتجاه يجعل من القاضي الدستوري المدافع امام المشرع في عدم اختراق الأسس العامة لتلك القواعد الدستورية التي تهدف للحفاظ عليها من الاختراق وبالتالي فان السلطة التقديرية للقاضي تأتي هنا على أساس منع المشرع من تجاوز الأسس العامة وفي المقابل التغاضي عن تلك السلطة عندما يرى ان المشرع استخدم سلطته التقديرية تلك، لتحقيق المصلحة القانونية العامة للبلاد.

كما ان طبيعة حركة الحياة التي تتطور بصفة دائمة تفرض مستجدات لا نهائية تستلزم تدخل المشرع بوصفه صاحب الاختصاص الأصيل، وعليه كان لابد من منح المشرع جانب من الحرية في التقدير وهو ما يعرف بالسلطة التقديرية.

نستخلص من ذلك ان الضابط والمرشد العام للسلطات المؤسسة هو الدستور، وبما ان السياسة العامة تعد من مخرجات النظام السياسي أي سلسلة من القرارات تتعلق بالقيم على مستوى المجتمع ككل[5].

وبما ان عملية التشريع تقتضي اتخاذ العديد من القوانين فبالتالي من المحتمل ان تأتي هذه القوانين غير متناسقة فيما بينها نظرا لاختلاف قيم صانعها، ولضمان الحد الأدنى من التنسيق فان الدول تواضعت على وضع نظام قانوني هو في مقتضاه تكون القاعدة الأدنى تابعة للقاعدة الأسمى ويتربع الدستور على قمة هذا الهرم[6].

---

[4]) د. مازن ليلو راضي، ضمانات احترام القواعد الدستورية في العراق، بحث منشور، كلية القانون، جامعة القادسية، ص3.

[5]) عبر عن ذلك العالم السياسي الأمريكي (دافيد اسيتون) وهو أحد علماء السياسة مجموعة التفاعلات والادوار التي تتعلق بالتخصص السلطوي للقيم. ينظر الى د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، مصدر سابق ص115.

[6]) د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، مصدر سابق، ص115.

ومن هنا يعد الدستور المرشد العام للحكام والمحكومين وان قواعد القانون الدستوري تعد أسمى القوانين العامة في الدولة اذ تصدر جميع القواعد القانونية على ضوئها فلا تستطيع تلك القواعد الخروج عليها والا ستدمغ بالبطلان لعدم دستوريتها.

ان المراقب عن مسار القوانين والتشريعات في عدم الانحراف عن خط القواعد الدستورية هو الدستور الذي نص في صلب الوثيقة الدستورية (وهي القانون الأسمى والاعلى) على اختصاص القضاء الدستوري في الرقابة على القوانين حيث نصت المادة 93 (تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي):

أولا: -الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.

ثانيا: -تفسير نصوص الدستور.

ثالثا: -الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة.

ان ما نستنتجه ان هناك علاقة تبعيه بين القواعد القانونية وضمن السلم التدريجي للقانون أي ان القاعدة الأدنى تكون علاقتها تبعيه بالقاعدة الأعلى وعلى هذا الأساس تندرج القواعد في السلم الهرمي، فتكون العلاقة بين القواعد القانونية والقواعد الدستورية على نوعين، علاقة المطابقة والتي تفترض ان القاعدة التشريعية (الأدنى) ما هي الا صورة للقاعدة الدستورية (العليا) أي ان دور المشرع يقتصر على وضع القاعدة الدستورية موضع التطبيق عن طريق القاعدة التشريعية من دون زيادة او نقصان وهذا النوع يستبعد تماما فكرة الرقابة التقديرية للمشرع.

الى جانب علاقة المطابقة هناك علاقة عدم التعارض التي تترك للمشرع مجالا واسعا في التقدير وحرية الاختيار مالم يؤدي ذلك الى التعارض مع النصوص الدستورية او يمس بإحدى المبادئ الدستورية ومن ذلك فان أساس السلطة التقديرية يكمن في اعتبارين مطابقين على كل سلطة قانونية:

الأول يتمثل بكون القاعدة العليا تترك قدرا من الحرية لتقوم السلطة المعنية التي تلتزم بها في ممارسة اختصاصها والأخر يتجسد في ان القاضي الدستوري يحترم السياسة التشريعية التي اتبعها المشرع في اختيار القاعدة القانونية الأدنى ووضعها التي لا تتعارض مع القاعدة العليا[7].

[7]) باجلان خالد، السلطة التقديرية للمشرع، مصدر سابق، ص42.

* الكتلة الدستورية مصطلح حديث نسبيا يرجع الى البروفسورة الفرنسية اليزبث زولير ولكن البروفسوران (كلاودا يميري و سورين) هما من استخدما هذا المصطلح لأول مرة وتعرف الكتلة الدستورية بانها مجموعة الصكوك متمثلة في المواثيق والاتفاقيات والعهود والعلامات الدولية والوطنية التي تضمن قواعدها عناصر متعلقة بالحقوق ذات القيمة الدستورية فضلا عن المبادئ التي تستخلصها

ونستنتج من ذلك ان نص التشريع يتبع الكتلة الدستورية* بعلاقة تبعية وتتوقف مشروعية الأول على مدى احترامه الثاني وعلى ذلك يمكن القول ان السلطة التشريعية للمشرع تكمن في علاقة عدم التعارض بين النص التشريعي ونصوص ومبادئ الكتلة الدستورية، فالمنطق الصحيح ان تكون تلك المبادئ التي نعنيها على ثلاثة أنواع:

النصوص غير القابلة لتنظيم التشريعي بصفة ثابتة ونصوص الدستورية القابلة لتنظيم التشريعي لقيود دستورية وأخيرا النصوص الدستورية القابلة لتنظيم التشريعي من دون قيود دستورية محددة، وبذلك يجمع السلطة المقيدة والتقديرية حسب ما يقتضينه الواقع السياسي والاجتماعي والاقتصادي وغيرها.

الفرع الثاني

المبادئ العامة للقانون بوصفه مصدرا للسلطة التقديرية

ان السلطة القضائية تتولى الفصل في المنازعات التي تثار بين الافراد او بين الافراد والدولة والهيئات العامة وتطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات وهنا يقتصر دور القاضي في تطبيق القانون ووضعه موضع التطبيق لإيجاد انسب الحلول لحل المنازعات ولفصل فيما هو مطلوب منه.

وبما ان دور القاضي هو تطبيق القانون فذلك يستلزم وجود قاعدة قانونية ففي حال عدم وجود تلك القاعدة يكون القاضي امام امرين:

الأول: ان يترك المسالة المعروضة عليه من دون حل.

الثاني: ان يجتهد القاضي ليجد القاعدة التي تصلح لتكون موضع تطبق على النزاع المعروض.

وكثيرا ما يعتمد القاضي على الحل الثاني لان قصور النصوص او عدم وجودها لا يعني ان يترك من معالجة والا عد منكرا للعدالة[8].

ولتفادي مثل هذه المواقف يجتهد القاضي على إيجاد قاعدة صالحة للتطبيق وذلك يكون من خلال الرجوع الى القواعد القانونية المعمول بها في الدولة، والقيم العليا في المجتمع سواء اكانت كامنة في ضمير الجماعة او يمكن

المحكمة الدستورية سواء اكانت من النص الدستوري ام من نصوص هذه الصكوك بوصفه الحدود الدنيا للحقوق والحريات الأساسية المعترف بها في الدول الديمقراطية والتي يتعين على السلطات في الدولة احترامها: ينظر الدكتور محمد صالح الشرفاني، مصدر سابق، ص21.

[8] باجلالي خالد، مصدر سابق، ص53.

استخلاصها من دساتير او غيرها من القواعد الوضعية ليستنبط منها القاعدة التي تكون صالحة للتطبيق على النزاعات المعروضة عليه.

ونظرا لكون المصادر العامة للقانون*[9] ليست واحدة اذ تتنوع ما بين القواعد المكتوبة والقواعد غير المكتوبة، وبهذا التنوع اثير خلاف حول القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون ومدى عدها مصدرا من مصادر السلطة التقديرية للمشرع وللقاضي، فهل تعد المبادئ ذات القيمة الدستورية مصدرا للسلطة التقديرية فقط بالنسبة للمشرع وللقاضي الدستوري ام تشمل جميع المبادئ العامة للقانون؟

ان القواعد التوجيهية او كما نقول القواعد العامة التي تخلو من عنصر الالتزام وهي عبارة عن قواعد تصور روح وضمير الجماعة وتعمل على توضيح معالم واهداف النظام الواجب سيادته في الدولة فهي مبادئ غير محددة ومن ثم لا يمكن ان تعتبر قواعد ملزمة يمكن الاحتجاج بها، وعليه فأنها تتجرد من صفة الالزام الفوري ومن ثم يلتزم المشرع تجاهلها بالتزامين احدهما سياسي يكمن في وجوب تدخله للإصدار التشريعات اللازمة لوضع هذه المبادئ موضع التنفيذ والالتزام الاخر التزام قانوني ويكمن في ان المشرع لا يستطيع مخالفة هذه المبادئ والقواعد فيما يصدره من تشريعات والا فان عمله يعتبر عملا غير دستوري[10]، وهنا يأتي دور القاضي الدستوري الذي يكون الحارس على تلك المبادئ ، وهي أيضا تكون مصدرا له كما هو الحال باعتبارها مصدرا للمشرع فتكون مصدرا لتوجيهه بالاتجاه الذي يحافظ على الحقوق والحريات، فتكون المصدر والاساس الذي ينطلق منه في تطوير المبادئ الدستورية بما يتلائم مع تطورات المجتمع من جميع النواحي السياسية والاجتماعية والقانونية بما لا يتعارض مع الأسس الرئيسية التي وضعتها تلك المبادئ العليا.

نخلص الى ان القواعد الدستورية لا تكون بصورة مكتوبة فقط وانما يمكن استخلاصها من روح الدستور ومن مصادره الاصلية الدستورية بحسب النظام المتبع، والذي ينهل من خلالها القاضي الدستوري عند تفسيره لمضمون النصوص الدستورية ما يمكن له من خلال تطوير مضامينه ويوازن بين ما تتطلبه الأوضاع الحاضرة من قواعد وما هو موجود فيلبسها ثوب الحداثة بإعطائها معان جدية أكثر توسعا بحيث تتلاءم مع الحقبة الزمنية المعاصرة.

ان القواعد الدستورية وان كانت تتسم بالثبات الا ان ذلك الثبات هو ثبات نسبي وليس مطلق وهو ثبات يهدف الى تحقيق الاستقرار لها في نفوس الافراد، فلا حقيقة لثبات القواعد إذا كان الواقع الاجتماعي يرفض مضامينها

*يطلق مصطلح المبادئ العامة للقانون على مجموعة القواعد القانونية التي يستخلصها القاضي او القضاة من بين القواعد القانونية المعمول بها سواء اكانت نصوص تشريعية او قواعد عامة موجودة في مقدمة الدساتير واعلانات الحقوق او من خلال القيم العليا المستمدة في ضمير الجماعة بوصفها قيمة للعدل والحرية والمساواة ليطبقها على النزاعات وتقع عليها صفة الالتزام وتعد بذلك مصدرا من مصادر المشروعة.

[10]) احسان حميد المفرجي واخرون، النظرية العامة في القانون الدستوري وتطور النظام الدستوري في العراق، الموصل،1990 ص241.

وفي هذه الحالة تنهض الحاجة الى تعديلها او تغييرها او تطويرها بغية تحقيق ملائمة مع المتطلبات المجتمعية كونها (القواعد الدستورية) لابد ان تعكس واقعها المعاصر[11].

ويؤكد الفقه على الطبيعة المنفردة للمبادئ العامة مما يكتسبها أهمية خاصة بوصفه مصدرا من مصادر المشروعة، فهي تتوسط القواعد المكتوبة والقواعد العرفية، وعلى الرغم من حداثتها فأنها تحمل عنصر الالزام خلافا للعرف، فهي ملزمة للأفراد والهيئات على حدا سواء وينظر اليها مجلس الدولة بوصفه مصدرا للإلزام فهو يتقيد بها كما يتقيد بالتشريع تلك المبادئ، ومن امثلة المبادئ التي اقرها مجلس الدولة الفرنسي واعترفت فيها الدساتير فيما بعد مبدا المساواة واحترام القانون ، ومبدا المساوة امام التكاليف العامة، وقد انتهج مجلس الدولة المصري ذلك المعنى فاعترف بالمبادئ العامة للقانون بوصفه مصدرا من مصادر المشروعية واقر العديد من المبادئ منها حق المرأة في المساواة مع الرجل في تولي الوظائف العامة ومبدا عدم رجعية القرارات الإدارية وغيرها من المبادئ[12]

الفرع الثالث

القضاء الدستوري كمصدر لسلطة للمشرع

تتميز الدعوى الدستورية بذاتية خاصة فهي دعوى عينية موضوعها الأساس رقابة دستورية التشريعات المدعي مخالفها للدستور لتأكيد على مدى دستوريتها او كشف ما بها من اختلاف، فالقاضي الدستوري ينظر الى مدى مطابقة التشريع محل الرقابة مع الاحكام الموضوعية والاجرائية المنصوص عليها في الدستور.

ان الحياة في المجتمع في طبيعتها متغيرة ومتطورة وتسودها احداث كثيرة لا يستطيع أي تشريع ان يغطي جوانبها بصورة متكاملة، بالتالي لابد للقواعد الدستوري ان تواكب تلك المستجدات والمتغيرات لكي تحافظ على ديمومتها على اعتبار انها تستمد حياتها من المجتمع ذاته، فلابد من وجود وسيلة لمواكبة تلك التطورات واستيعاب حاجاتها ومن ثم إيجاد جهة تتولى بصفة عامة تطوير روح النصوص الدستورية اذا لم يتم تعديل نصوصه لمواكبة تلك المتغيرات المجتمعية وصولا الى الغاية الأساسية لوجود الدساتير الا وهي تنظيم الحياة في مجتمع ما وحماية الحقوق والحريات[13].

[11]) فرح جهاد عبد السلام، دور القضاء الدستوري في تطوير القواعد الدستورية – دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة النهرين،2022، ص52.

[12]) ينظر المادة (14 و15 و16 و20 التي تبين مبدا المساواة بالحقوق السياسية والتصويت والترشيح والانتخاب من الدستور العراقي لسنة 2005).

[13]) فرح جهاد عبد السلام، مصدر سابق، ص53.

ان السلطة التقديرية للقاضي الدستوري وحتى المشرع تجد مصدرها من الضوابط التي يضيفها القاضي الدستوري وهو بصدد رقابية على دستورية القوانين في الحالة التي لا ينظم فيها المؤسس الدستوري تلك الضوابط فضلا عن المبادئ العامة للقانون.

ان موضوع تطوير القضاء الدستوري للقواعد الدستورية أكد عليه بعض الفقهاء بالقول ان اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص الدستورية يتضمن غاية مهمة الا وهي ضمان استمرارية ومواكبة النصوص الدستورية للتطورات المستجدة، فالمحكمة الاتحادية العليا عليها ان تسلك السبل التي تستطيع من خلالها تحقيق تلك الغاية فلا يكون غايتها التشبث بالألفاظ المستخدمة بالنصوص الدستورية أيا كانت نتيجة ذلك وتنسى دورها في تطوير الدستور من خلال تطوير تفسيره[14].

يترتب النظر الى مضمون النصوص الدستورية نتيجة مهمة أساسها ان الاحكام التي يصدرها القاضي الدستوري تحوز الحجية المطلقة في مواجهة الجهات كافة في الدولة وليس امام الخصوم فقط[15].

ان الطبيعة الخاصة بالدعوى الدستورية تقضي بان يكون القاضي الدستوري ملزما بالرجوع الى قواعد الدستور حتى يستخدم سلطته في التفسير لكي يبين معناها ويحدد مضمونها، لان مخالفة الدستور ليست واضحة بحيث تخالف نص دستوري محدد وهو امر يحتاج الى تنظيم محكم من القاضي لتبيان مدى توافق التشريع العادي مع القاعدة الدستورية التي وردت من صلب الدستور[16].

ان النصوص القانونية ليست من الوضوح والتحديد في معظم الأحيان بحيث تسمح للمشرع ممارسة اختصاصه وهو بمأمن من عدم مخالفة النصوص التي يتضمنها الدستور وبذلك يتلافى المشرع عدم دستورية تشريعاته من خلال استعمال انسب الحلول حتى تتوافق تلك التشريعات مع الدستور من خلال سلطته التقديرية، ولكن خياراته هذه تكون مرهونة دائما بالسياسات القضائية المتبعة من القاضي الدستوري، فاذا انتهج القاضي الدستوري سياسة التقييد الذاتي فهو بذلك تجنب الصدام مع المشرع واحترام اختياره، فان السلطة التقديرية ستظهر هنا ويكون القاضي الدستوري هو مصدرها.

وبهذا يكون القاضي الدستوري مصدرا للسلطة التقديرية، وعندما يتولى تفسير النص او المبدأ الدستوري بالطريقة التي توافق مع تفسير المشرع لها ويحترم خيارات الاخر الا ان القضاء الدستوري لا يتوقف عند تلك الصورة اذ

[14]) د. علي هادي عطية الهلالي، المستنير من تفسير احكام الدساتير-دراسة دستورية فقهية قضائية مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية،2016، ص226.
[15]) د. إبراهيم صالح الشرفاني، مصدر سابق، ص120.
[16]) بالجيلالي خالد، مصدر سابق، ص49.

يمثل القضاء الدستوري مصدرا للسلطة التقديرية للمشرع من خلال المبادئ العامة للقانون التي يعلنها في احكامه ويستعملها بوصفها مرجعتيه للرقابة الدستورية.

المطلب الثاني

أساس السلطة التقديرية للمشرع

ان أساس[17] السلطة التقديرية للمشرع من المسائل التي لم يوليها الفقه الاهتمام اللائق، خلافا على مو هو عليه في تحديد أساس السلطة التقديرية الإدارة وذلك لان المشرع مطلق الحرية وعدم تشبهها بالإدارة على الرغم من أهمية السلطة التقديرية في النظام الدستوري الا ان دراسة القانون الدستوري لا تحدد ان تكون دراسة السلطة التقديرية للمشرع وقيود ممارسته لتلك السلطة.

ولأجل معرفة أساس السلطة التقديرية للمشرع سوف نتطرق في هذا المطلب الى:

أولا: الأساس الفقهي للسلطة التقديرية للمشرع.

ثانيا: الأساس الاجتماعي والسياسي لسلطة المشرع التقديرية.

الفرع الأول

الأساس الفقهي للسلطة التقديرية للمشرع

سوف نعرض الأساس السلطة التقديرية من جانبين الأول الجانب الإداري والثاني ننظر لع باعتبار النظام القانوني للدولة وحدة واحدة ومتكاملة وحسب ما سنبينه في النقاط التالية:

أولا: الأساس الإداري.

ان مباشرة الإدارة للسلطة التقديرية هي امر يتصل بتطبيق القواعد القانونية سواء كانت دستورية او تشريعية او لائحة او عرفية او مستمدة من المبادئ القانونية العامة، والواقع ان القضاء الإداري في مصر وفرنسا قد استخلصا في السنوات الأخيرة رقابة على حرية الإدارة في التقدير حيث استقرت على مطابقة محل القرار الإداري ببعض

[17]) يقصد بالأساس هو مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي يستند عليها نظام ما سواء امتثلت في قواعد دستورية او تشريعية او لائحة بل يشمل أيضا المبادئ التي استند عليها القضاء، ينظر: د. براهيم محمد صالح الشرفاني: مصدر سابق، ض121.

المبادئ القانونية العامة اذ برزت هذه المبادئ باعتبارها الحد الرئيسي للسلطة التقديرية للإدارة حت لا تغدو سلطة تحكمية او تعسفية او مطلقة[18]، أي ان السلطة التقديرية لها صلة وثيقة بالعمل الإداري.

ان طبيعة السلطة التقديرية واحدة لجميع الهيئات الإدارية وهي بصدد ممارستها للنشاط الإداري سواء اكان في التنظيم الداخلي لتلك الإدارة او في إدارة نشاطها لتحقيق المصلحة العامة.

ويترتب على ذلك بان الإدارة تتمتع بالحرية التقديرية فيما يتعلق بتنظيم النشاط الإداري داخل الإدارة لاسيما علاقة الموظفين بالإدارة ومن جانب اخر تتمتع الإدارة وفقا لسلطة الضبط بالسلطة التقديرية لتحقيق الهدف الذي تنشده من وراء سلطتها وهو حماية النظام العام بعناصره الثلاثة (الامن والسكينة والصحة العام) وضمان سير المرفق العام وفي ظل ذلك تصدر اوامرها سواء اكان بنهج سلوك معين او الامتناع عن ممارسة سلوك اخر[19].

ثانيا: اعتبار النظام القانوني للدولة وحدة واحدة.

ان النظام القانوني للدولة وحدة واحدة ولا يوجد فصل بين السلطتين التقديرية والمقيدة اذ توجد السلطتان كلاهما في كل عمل قانوني أي يكون هناك تدرج في القواعد القانونية على شكل هرم من الأعلى الى الأسفل، أي ان التصرف الذي يصدر من الهيئات العليا يكون بمثابة قانون واجب الاتباع في مواجهة الهيئة الأدنى، وفي نفس الوقت كل تصرف يعتمد في وجوده على القواعد الموجودة في القاعدة الأعلى وكما هو معلوم فان الدستور يأتي في قمة الهرم التشريعي.

خلاصة القول ان السلطة التقديرية للمشرع يمكن تبريرها بالنسبة للقاضي باعتبار ان القاعدة العليا تعتبر بمثابة الإطار العام الذي لا يجوز تجاوزه او مخالفته، ولكن تحت ذلك الإطار بالإمكان التحرك والتنوع في عملية اصدار القوانين المستندة للقاعدة الدستورية وكذلك اصدار الأنظمة المستندة للقاعدة القانونية وإصدار القرارات المستندة للدستور والقوانين والأنظمة بالتالي فان القاضي سيجد تنوع في القواعد القانونية والأنظمة والتعليمات.

ان القاعدة الدستورية أعطت للمحكمة الاتحادية صلاحية مراقبة القوانين والأنظمة والتعليمات، ومما تقدم يمكن ان نستنتج ان السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في مجال مراقبته على القوانين والأنظمة والتعليمات المتعلقة بالحقوق والحريات.

---

[18]) ويبرهن على ذلك بالمبادئ الدستورية التي تنظم عمل الإدارة ومنها (ف1) المادة (47 من الدستور الفرنسي) التي تقضي بان (رئيس الوزراء يضمن تنفيذ القوانين) وهو النص المستوحى من نص مادة 35 من القانون الدستوري الصادر في 25 فبراير 1875 والتي تنص على ان (رئيس الجمهورية يراقب ويضمن تنفيذ القوانين)، وكذلك ما نصت عليه المادة 80 من الدستور العراقي (يمارس مجلس الوزراء الصلاحيات الاتية.... ثالثا-اصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين.

[19]) د. عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، الإسكندرية، دار الجامعة للطباعة، 2010، ص494.

الفرع الثاني

الأساس الاجتماعي والسياسي لسلطة المشرع التقديرية

أولا: الأساس الاجتماعي لسلطة المشرع التقديرية.

ان الدساتير المكتوبة عموما والجامدة منها على وجه خاص تستند وقت اقامتها الى بعض المسلمات السياسية والاجتماعية والاقتصادية والقانون السائد، ومن الطبيعي ان تطور هذه المسلمات وتتغير بتغير الظروف وان الصعوبات تظهر جليا في الصياغات الفنية التي صيغت بها نصوص الوثيقة الدستورية، ومنها مثلا الغلو في الايجاز والذي يعد من أبرز الصعوبات او الاسهاب المفرط[20]، وهذا ينسحب على الحقوق والحريات في عملية تنظيمها فيأتي هنا دور المشرع.

يقوم المشرع بين القوانين التي تضمن القواعد المنظمة للعلاقات الاجتماعية خاصة الحقوق والحريات العامة والأنشطة الخاصة وسلطته في ذلك سلطة تقديرية تجد أساسها في الأساس الاجتماعي الذي كان له الفضل في تطوير الحريات العامة، فقد أصبحت الملكية الخاصة مثلا وظيفة اجتماعية بدل اطلاقها وقدسيتها والتي يمكن ان تنفذ بحق الاخرين وحقوق الجوار كنزع الملكية من اجل المنفعة العامة وفق ما تنص عليه المادة 22 من التعديل الدستوري المؤرخ في 6 مارس 2016 ويقابلها نص المادة (35) من الدستور المصري الصادر في 18 يناير 2014.

والملاحظ ان هذه النصوص قد احالت على القانون التنظيم هذه المسالة ويتمتع المشرع سلطة تقديرية واسعة مقابلها في تحديد الشروط التي يجوز فيها نزع الملكية الخاصة ومن ناحية أخرى هو مقيد بضرورة التعويض العادل ومنصف.

يتبين لنا هنا وبشكل واضح هذه السلطة التقديرية الممنوحة للمشرع وعند عكس النظر على القاضي الدستوري سيكون الحال كذلك باعتباره حامي الدستور والجهة المختصة بالرقابة على حسن التقدير والسير الصحيح للعمل التشريعي.

ثانيا: الأساس السياسي للسلطة التقديرية للمشرع.

تستمد السلطة التقديرية أساسها أيضا من البعد السياسي وذلك كون ان البرلمان ممثل الشعب بالتالي فان التشريع الصادر من البرلمان هو عمل قانوني يعبر عن الإرادة العامة للشعب صاحب السيادة الحقيقية ومصدر كل السلطات

[20]) فرح جهاد عبد السلام جهاد، مصدر سابق، ص65.

العامة في الدولة، وبما ان المشرع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في سن القوانين في الإطار الذي يحدد له الدستور لاسيما في مجال الحقوق والحريات العامة فالمشرع يكون حريصا بان يضمن للأفراد ممارسة حرياتهم من دون التضييق عليهم او الحد من حرياتهم[21].

ان تدخل المشرع في هذا المجال يعد بحد ذاته حفاظا او ضمانا لتلك الحريات والحقوق وذلك من منطلق فكرة ان المشرع وفقا لمركزه السياسي أقدر على التوازن او إقامة التوازن بين المصالح المتضاربة حرية الفرد من جهة وحرية الافراد من جهة أخرى.

ان اختصاص المشرع في تنظيم الحقوق والحريات تعد أساسه في ان روح القانون تتماشى مع الحرية بينما التنظيم الصادر عن السلطة الإدارية يتماشى مع المصلحة السلطة الإدارية وذلك ان التدخل التشريعي المسبق في هذه الحالة ضروري حتى يسمح للسلطة الإدارية باستعمال تدابير وإجراءات الترخيص الإداري، وهذا ما لوحظ على المادة 34 من الدستور الفرنسي لعام 1958 بان يحيل على القانون بوضع القواعد التفصيلية او المبادئ الأساسية لكل من الحقوق الوطنية والضمانات الأساسية الممنوحة للمواطن لممارسة الحريات المفروضة عليهم.

وبذلك فان ما جاء بالنصوص يدل على انفراد المشرع وولايته العامة في سن التشريعات المنظمة للعلاقات القانونية المختلفة في المجتمع[22].

الخاتمة:

بعد ان تم البحث في جوانب الموضوع انتهينا الى ملة من النتائج والتوصيات كما يلي:

1- توجد تداخلات واضحة من قبل السلطة التشريعية عل الرغم من النصوص الدستورية المؤكدة لعدم خضوع السلطة القضائية لغير القانون، فالسلطة التشريعية وان كان وضيفتها

تشريع القوانين فمن المفترض ان لا تكون مطلقة فيضمن بذلك عدم انحرافها عن مسارها الطبيعي

---

[21]) ينص الفصل 41 من الدستور الفرنسي لسنة 2014 على ما يلي (حق الملكية مضمون ولا يمكن النيل منه الا في حالات وضمانات يضبطها القانون)، اما الدستور الفرنسي فلا نجد حق الملكية مذكور صراحة وانما تضمنها إعلانات حقوق الانسان في 1789 في المادة 17 والتي نصت على ان حق الملكية باعتباره حق مصون ومقدس لا يمكن ان ينتزع من أحد الا ما تقتضيه المصلحة العامة المحدودة قانونا بشرط التعويض العادل والمنصف.

[22]) بالجيلالي خالد، مصدر سابق،ص96.

2- القاضي الدستوري مصدرا للسلطة التقديرية عندما يتولى تفسير النص الدستوري بالطريقة التي تتوافق مع تفسير المشرع لها ويحترم خيارات الاخر، فيعتبر مصدرا للسلطة التقديرية من خلال المبادئ العامة للقانون التي تتضمنها احكامه بوصفها مرجعية للرقابة الدستورية

3- ان النظام القانوني للدولة وحدة واحدة ولا يوجد انفصال بين السلة التقديرية والمقيدة إذا تكونان تحت تدرج قانوني من الأعلى الى الأسفل من المعلوم ان الستور يأتي في مقدمة الهرم

النتائج:

1- المادة 96 وقد جاءت المادة مطلقة والمتعارف المطلق يجري على اطلاقه نوصي بتعديل هذه المادة بان يكون المشرع أكثر حرصا على عدم التدخل بالوظيفة القضائية

2- تضمين الدساتير احكاما تفصيلية تخص مبدأ استقلال السلطة القضائية وعدم إحالة اغلب تنظيمات عملها الى القانون وعل تنفيذه مرهونا بشرط الاستشارة من هات قضائية مختصة في تشريع القانون