الدور الارادي للقاضي الدستوري ...

أ.م. مهند ضياء عبدالقادر
كلية القانون - الجامعة المستنصرية

الملخص:
يتحدث بحثنا الموسوم (الدور الارادي للقاضي الدستوري) عن موضوع غاية الاهمية كما نعتقد .. وهو ما يمكن ان تؤثر فيه ارادة القاضي الدستوري في الفصل في القضايا المعروضة عليه. ان وجه الاهمية يظهر من خلال اهمية القضاء الدستوري عموما ودوره الكبير في تحقيق الانصياع التام لكل اعمال السلطات العامة للنصوص والقواعد الدستورية النافذة في الدولة ... وما يزيد من اهمية الموضوع اننا نعتقد ان الفصل في أي قضية دستورية من الناحية القضائية لا تبتعد كثيرا عن القناعات والافكار الشخصية التي تختلج ذهن القاضي خصوصا في الحالات التي تستوجب ايجاد تفسير او تأويل للنصوص والقواعد الدستورية.

Summary
Our research entitled (The voluntary role of the constitutional judge) talks about a very important topic, as we believe, which is what the will of the constitutional judge can affect in deciding the cases presented to him. The aspect of importance appears through the importance of the constitutional judiciary in general and its major role in achieving complete compliance of all actions of public authorities with the constitutional texts and rules in force in the state... What increases the importance of the issue is that we believe that adjudicating any constitutional case from a judicial perspective does not stray far from convictions. The personal thoughts that come to the judge's mind, especially in cases that require an explanation or interpretation of constitutional texts and rules.

المقدمة introduction

في الحقيقة ان التطور الاهم الذي وقع على فكرة القانون و السلطات العامة في الدولة هو حلول الإرادة العامة الشعبية محل إرادة الحاكم، باعتبارها الأصل الذي ترتد إليه جميع التصرفات الواقعة من قبل السلطة العامة واهمها تشريع القوانين. فالتاريخ الاجتماعي والقانوني يشير بوضوح إلى الكفاح الذي قامت به الشعوب المختلفة للوصول إلى انتزاع حقها من الحاكم ودورها الأساسي في أن يكون القانون الذي ينظم تصرفات هذه الشعوب نابعاً منها ومعبرا عنها قدر الإمكان.

ولعل فكرة (العقد الاجتماعي) رغم عدم الاقتناع بها من قبل البعض.. هي المثال الأبرز الذي يضرب في انتقال هذه السلطة من الحكام إلى الشعوب وإن كانت هذه النظرية وغيرها لم تتطرق في الأصل إلى دور الشعب في وضع القوانين أو التأثير في السياسة العامة قدر اهتمامها بمشاركة الحاكم في تثبيت أركان السلطة والحكم في الدولة وهذا ما يتم التأكيد عليه دائما من أن الكفاح الأول للشعوب لم ينصب على إنكار وجود الحاكم أو حقه في السلطة بقدر الاهتمام بالاشتراك مع هذا الحاكم في تحقيق أساس السلطة و غايتها.

وبعد الكثير من التطورات والأحداث التاريخية الجسام انتهى العالم إلى حقيقة أن الحاكم هو جزء من الشعب لا يمتاز عليهم بشيء بل هو يفترض أن يكون ممثلا عنهم في السلطة باعتبار أن آليات السلطة لا تسمح باشتراك الجميع في إدارة شؤونها (السلطة)، لذلك أصبحت ما تسمى اليوم بالسلطة التنفيذية هي المقصودة من القول أن الحاكم الفرد ممثلا عن شعب الدولة، حيث بقت السلطة تشريعية معبرا عنها بأنها سلطة جميع الأفراد والذي أطلق عليه اصطلاحاً **"عصر الديمقراطية المباشرة"** الذي يشترك فيها جميع او اغلب افراد الشعب في عملية وضع القوانين على أمل تنفيذها من قبل الحاكم أو مجموعة الحكام المنتدبين من قبل الشعب، ولأن السلطة والقانون هي نتاج الحراك والعوامل الاجتماعية المختلفة دوما فإن هذه الديمقراطية انتقلت من مفهومها المباشر إلى مفهوم أكثر تطبيق من الناحية العملية وهو مفهوم **"الديمقراطية التمثيلية"** التي يتم بموجبها قيام الشعب باختيار من ينوب عنه في إدارة شؤون السلطة حتى في المجال التشريعي، **و السؤال الذي يتبادر إلى الذهن** هل أن السلطة المنتخبة او المنتدبة من قبل الشعب تظهر بصورة واحدة أو مظهر واحد أم بمظاهر وصور متعددة؟.

للإجابة على ذلك نقول انه في الوقت الحاضر و نتيجة التطورات المختلفة و شيوع مبدأ الفصل بين السلطات بما له هو عليه من نتائج اصبح واقعاً ممارسة السلطة من عدة جهات والتي وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات اليوم أصبحت سلطات تشريعية وتنفيذية وقضائية. وفي الحقيقة ليس من الصعب أن نتصور دور الإرادة العامة في تشكيل وتأسيس السلطات (السلطتين التشريعية والتنفيذية) ففي الغالب من الأحيان نجد أن السلطة التشريعية في اغلب أعضائها إن لم نقل جميعهم منتخبين من قبل الشعب ويظهر الأمر هذا أيضا في السلطة التنفيذية ولو بصورة اقل ففي هذه الأخيرة (السلطة التنفيذية)، اما أن يكون رئيسها منتخب من قبل الشعب بشكل مباشر كحال السلطة التشريعية (النظام الرئاسي) أو أن يكون نتاج الإرادة العامة بصورة غير مباشرة كما هو الحال في (النظام البرلماني)، لكن الأمر الذي يتعلق بالسلطة القضائية يختلف الباحثون فيه عن مدى تمثيل القاضي للإرادة العامة أو التعبير عنها. وهل ان هذا التمثيل ينهي الدور الارادي الذي يمكن ان يتميز به العمل القضائي احيانا وخصوصا القضاء الدستوري.

المبحث الاول : الطبيعة الخاصة للقضاء الدستوري ومدى تعبيره عن الارادة العامة.

The first topic: The special nature of the constitutional judiciary and the extent to which it expresses the public will.

بينا مقدماً إن الفكرة واضحة وجليه في تعبير السلطة التشريعية والتنفيذية عن الارادة العامة ولكن الأمر يختلف مع السلطة القضائية، فهذه السلطة لها كثير من المظاهر التي تعبر فيها عن الإرادة العامة بمعنى آخر أن هذه السلطة قد لا تكون منتخبة من قبل الإرادة العامة كما هو الحال في السلطة التشريعية والتنفيذية ولكنها أيضا تستخدم الإرادة العامة كوسيلة أساسية لممارسة اختصاصها، وعموماً يمكن ابراز عدد من المظاهر التي تظهر فيها الارادة العامة في عمل السلطة القضائية مع بيان الطبيعة الخاصة التي يتميز بها القضاء الدستوري .

المطلب الاول : مظاهر التعبير عن الارادة العامة:

The first requirement: manifestations of the expression of the general will:

ويمكن اجمالها بالاتي:

١- **الحكم باسم الشعب،** حيث نجد أن اغلب الأحكام القضائية وفي جميع الاختصاصات يصدر القاضي فيها حكمه باسم الشعب وإن كان هذا الحكم صادرا عن قناعة وإرادة شخص القاضي ولكنها ترتبط باسم الشعب باعتبار القانون الذي يستند إليه القاضي قد صدر عن طريق افراد الشعب مباشرة، أو عن من ينوب عنهم في المجالس النيابية ولا يغير من هذا الأمر وجود بعض أعضاء السلطة التشريعية بإرادة الحكام دون الشعب لأن هذا التعيين سيستند أيضا إلى دستور الدولة الذي يفترض أن يكون معبرا عن الإرادة العامة، **والسؤال الذي يثور في هذا المقام** هل أن الأحكام الصادرة بصفة التقديرية ستكون معبرة حقيقة عن إرادة الشعب أم إرادة القاضي؟

هنا يجب أن نميز بين حالتين: فإذا كان القرار صادر استنادا إلى النص القانوني وبشكل دقيق وحرفي فإننا يمكن القول أن القاضي هنا استنادا إلى الإرادة العامة استنادا مباشر. أما إذا كان الحكم صادر عن السلطة التقديرية الموكولة للقاضي بموجب القانون فإن القاضي هنا يكون قد استند به بشكل غير مباشر إلى الإرادة العامة.

وفي هذا المقام أيضا يجب أن نقول عن الغاية من التعقيب عن الحكم القضائي من قبل درجات قضائي أعلى ما دام الحكم قد صدر باسم الشعب، وفي هذا المقام نقول إن دور المعتقدات و الاعتبارات الشخصية كبير في عمل ممارسة القاضي أو غيره من موظفي الدولة على الأقل في ما يتعلق بفهم النص القانوني في موضوع التطبيق، لذلك فإن التعقيب على حكم القاضي وتصحيحه احياناً كأنما يكون بمثابة إعادة التوفيق بين النص القانوني الصادر عن الإرادة الشعبية وبين حكم القاضي الذي صدر باسم الشعب. وإذا كان هذا الأمر يشمل صور التقاضي عامة فإنه من باب أولى أن يكون حاضرا في القضاء الدستوري فموضوع الدعوى الدستورية

أيضا هو القانون ومدى توافقه مع دستور الدولة المعبر عن الإرادة العامة. لذلك فإن الحكم الصادر باسم الشعب هنا كأنما هو وسيلة يؤكد فيها القاضي استمرار الشعب لحقه بضرورة توافق القوانين مع الدستور الذي كان له دور اي (الشعب) في وضعه.

ولكن هل يجوز للقاضي الدستوري أن يصدر الحكم باسم الشعب إذا كان في عمله يستند إلى دستور وضع بطريقة المنحه من قبل الحاكم؟

للإجابة على ذلك نقول أن من طرق وضع الدساتير ما يسمى بأسلوب (المنحة) والذي يكون فيه دستور الدولة مستندا في وضعه إلى إرادة الحاكم المستقلة عن إرادة الشعب كما هو الحال في دستور (الإمارات العربية المتحدة لعام ١٩٧١ النافذ)، حيث صدر هذا الدستور بأسماء حكام الإمارات والحكم القضائي هنا يصدر عاده باسم الحاكم حاله حال أي عمل تقوم به السلطة العامة، وقد يقول قائل: أن المفروض أن يكون هذا الحكم مستندا إلى ارادة الشعب وبالتالي يصدر باسم الشعب، فالسلطة القضائية هدفها تطبيق القوانين و الفصل في المنازعات الخاصة بين افراد المجتمع وهدفها الأهم هو تحقيق (الصالح العام) الذي يعود بأثره إلى مصلحة الشعب، لكن الأمر هنا لا ينصرف إلى المصلحة أو الغاية من الحكم القضائي أو أي عمل من أعمال السلطات العامة الأخرى بل أن الأمر يستند إلى الجهة التي منحت الاختصاص بإصدار الحكم القضائي و نقصد بذلك الجهة التي خصت السلطة القضائية باختصاصات دستورية معينة هدفها الفصل في النزاعات المختلفة، بمعنى آخر، أن الحالة هنا تتعلق بفكرة الاختصاص اكثر من غيرها . وعليه فلا يمكن القول ان الحكم القضائي هنا يعبر عن الارادة الشعبية العامة. وبالتالي تصدر الاحكام في اكثر الاحيان ان لم نقل جميعها ، تصدر باسم الحاكم الذي وضع الدستور والذي منح القضاء سلطة الفصل في المنازعات .

ثانياً: طريقة اختيار القضاة:

وكما هو معلوم فإن النظم القانونية المختلفة تحدد طرق متعددة لاختيار القضاة، فالبعض منها يعيد الأمر إلى السلطة التشريعية، في حين يذهب اتجاه آخر إلى تكليف السلطة التنفيذية بهذه المهمة، ويذهب اتجاه ثالث إلى إمكانية اختيار القضاة عن طريق الاختيار الشعبي.

أن تعيين القاضي من قبل سلطة تشريعية أو بطريقة الانتخاب أو الاختيار الشعبي تجعل من العمل القضائي عملا معبرا عن الإرادة العامة التي ترجع في أصلها إلى مفهوم **(السيادة الشعبية)** ويمكن أن يظهر هذا الأمر بوضوح أكثر عند اختيار القاضي من قبل أفراد الشعب بصورة مباشرة . وعموماً أن التعبير عن الإرادة العامة في هذه الحالة لا يتعلق بطبيعة الحكم الذي أصدره القضاء، وإنما يرجع في أصوله إلى دور الإرادة العامة في اختيار هذا الشخص لممارسة العمل القضائي وبالتالي سيكون هذا الشخص هو نتاج الإرادة العامة.

ويثور هنا **تساؤل مهم** هل ان اختيار القاضي من قبل الشعب بصورة أو بأخرى استناداً إلى دستور وضع بطريق المنحة بمعنى (هل يتغير الوصف هنا)؟ **للإجابة**

على ذلك نقول أن الوصف هنا لا يتغير ويبقى القاضي المختار بهذه الطريقة معبراً عن الإرادة العامة، فإصدار الحكم بأمر الحاكم لا ينكر وجود القاضي استناداً إلى إرادة افراد الشعب بصورة ضمنية إذا كان الاختيار من قبل السلطة تشريعية وبصوره صريحة إذا كان القاضي قد تم اختياره من قبل أفراد الشعب بشكل مباشر، وكأننا هنا نقول أن القاضي سيكون معبراً عن الإرادة العامة في الدساتير ذات الأصل الشعبي ويكون معبراً عنها بشكل غير مباشر في الدساتير التي تجد أصلها في ارادة الحاكم.

ثالثاً: الحفاظ على الهرم القانوني وتسلسل القواعد القانونية فيه:-

يذهب الكثير من الفقهاء إلى أن تطبيق القاضي للقواعد القانونية المختلفة لا يكون وفق التطبيق الجامد، الذي لا يجيز للقاضي التدخل في تطبيق القواعد القانونية أو اختيار الأنسب منها، وإنما يرى في العمل القضائي هو عمل يقوم بالأساس على حفظ النظام القانوني داخل الدولة. ويتم ذلك من خلال المحافظة على تسلسل القواعد القانونية ضمن هذا الهرم، وهذا الاتجاه كان السبب الأساسي و المباشر إلى إعطاء القضاء مكنة (إمكانية) مراقبة دستورية القوانين، فالأصل في العمل القضائي انه لا يتطرق إلى هذا الأمر خاصة مع عدم وجود النص الذي يجيز له ذلك، لكن مهمة القاضي في الحفاظ على القاعدة الأقوى والأسمى مهمة توجب عليه أن يتطرق أحياناً إلى ما يسمى بـ **(الرقابة على دستورية القوانين)** وإن كان هذا الأمر يختلف من **حيث الأثر** في حالة وجود نص يجيز له بذلك أو عدم وجود نص، ففي الحالة التي يوجد فيها النص ستصل سلطة القاضي إلى إلغاء القانون، في حين أن عدم وجود النص لا يستطيع القاضي فيها إلا الامتناع عن تطبيق القانون الذي يشكك في عدم دستوريته.

أن المحافظة على الهرم القانوني داخل الدولة يمكن اعتباره مظهراً من مظاهر تحقيق الإرادة العامة في عمل القاضي، فالقاضي هنا يحافظ على عمل أو نظام هو نتاج الإرادة العامة وبالتالي سيكون أداة للدفاع عن الإرادة العامة ضد عمل لأحدى السلطات التي حاولت تجاوز هذه الإرادة والمساس بالنظام الذي أسست له الإرادة العامة.

وكما قلنا مقدماً أن هذا المظهر كان البداية لشيوع فكرة **(الرقابة على القوانين)**، وفي هذا الخصوص يقول **الدكتور أحمد كمال أبو المجد** في معرض حديثه عن الرقابة في **الولايات المتحدة الأمريكية** "أن الدرس القيم الذي تمليه علينا التجربة الأمريكية الطويلة في الرقابة على دستورية القوانين، أنها رقابة تمثل سلاح ذو حدين فهي ان أحسن القضاء استعمالها واعتدل في ممارستها كانت مظهراً أساسيا من مظاهر سيادة القانون و وسيلة فعاله من وسائل حماية حقوق الأفراد و الأقليات أما إذا اشتط في استعمالها واستغل غموض النصوص الدستورية الذي تحاكم السلطات العامة للوقوف في وجه الأغلبية المنتخبة في المسائل الاقتصادية والاجتماعية وفرض وصايا حقيقية على الهيمنة التشريعية فإنها تنقلب إلى معول خطير من معاول هدم الحياة الديمقراطية السليمة)).

المطلب الثاني :الطبيعة السياسية للقضاء الدستوري:

The second requirement: The political nature of the constitutional judiciary:

لقد تكرر في أكثر من مرة، وفي مختلف الأوقات قول ثابت تقريبا في نطاق القضاء الدستوري، وهو أن هذا القضاء ذو طبيعة سياسية، ولكن لم يميز الكثير من الفقهاء او يوضح على وجه الدقة: ماذا يقصد بالقول أن القضاء الدستوري قضاء ذو طبيعة سياسية أو على الاقل كان البعض يربط بين هذا الوصف وبين طبيعة الدعوى التي تقام أمام هذا القضاء والتي في جزء كبير منها تختص في رفع وفض التنازع الذي يحصل بين سلطات الدولة المختلفة.

لكن الأمر لا يرتبط بطبيعة الدعوى أو نوع أو نزاع معين بالذات، ولكنه يرتبط فيما يحدثه قرار القاضي الدستوري من آثار يمكن أن نسميها (على الأقل في بعضها) سياسية.

وقبل الخوض في تفصيل هذا الموضوع علينا أن نميز في التأثير الذي يمكن أن يكون سياسياً والناتج عن قرارات القضاء الدستوري وخاصةً في حالة الغائها لبعض القوانين، وبين ما نسميه من تأثير سياسي عند خضوع القضاء أو المحاكم الدستورية للتأثيرات السياسية في عملها، وسواء كانت هذه التأثيرات نتاج تدخل أطراف السلطة السياسية في العمل القضائي أو نتاج خضوع القاضي للظروف التي تحيط في الدعوى المقامة أمامه وبالشكل الذي يجعل من القرار لا نقول سياسيا بشكل بحت ولكنه أيضا لن يكون قانونيا بحتاً.

بتعبير آخر، فإن الذي يهمنا في هذه الظروف التي تجعل من قرار القاضي الدستوري ذو صبغة سياسية فنحن لا نتحدث من اثار قد تكون سياسية ناتجة عن عمل قضائي قانوني بحت بل نتحدث عن قضاء يقترن عمله القانوني بالظروف والمتغيرات السياسية المختلفة ولا يعد ذلك انتقاص من قيمة القضاء الدستوري ففي جميع الأحوال هو قضاء ذو طبيعة خاصة بما تحمله قراراته وأحكامه المختلفة من آثار عامة ومصرية في الكثير من الأحيان.

ولعل أبرز مثال فيما نقول هو ما أشيع عن القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية وهي مهد القضاء الدستوري، من أن المحكمة العليا ذاتها هي ليست محصنة من القيود السياسية و المؤسساتية، بل أن هناك من يرى في المحكمة العليا بأنها صانعة للسياسة، ولتأكيد هذه الفكرة أو المبدأ فإن الفقه هناك إستقر عليها، ولكنه اختلف في بعض التفاصيل، حيث ذهب البعض أن المحكمة العليا هي كيان سياسي يمنح الشرعية في التفسيرات الدستورية وهي غير مستقلة تماما عن التأثيرات الجانبية في هذا الخصوص، ويذهب البعض الآخر إلى التأكيد على الاتجاه الأول ولكن بشكل اكثر صراحة عن الطبيعة السياسية لهذه المحكمة عندما بين أنها مؤسسة سياسية لا قانونية وأن القضاة فيها مثل الساسة يفكرون في المسائل السياسية الكبيرة التي تواجه الأمة ويبنون القضاة أحكامهم على أساس الوقائع المماثلة أمامهم و رؤيتهم لفكرة الخير العام.

ومن أمثلة هذه القرارات قرار المحكمة العليا الصادر عام ١٩١٨ عندما حسمت هذه المحكمة الموقف لصالح الكونجرس الاتحادي بشأن تنظيم استخدام القوات المسلحة في الولايات المتحدة، حيث كان أصل الدعوى اعتراض عدد من الولايات الداخلة ضمن الاتحاد الأمريكي على قانون الخدمة الإلزامية الذي أقره الكونجرس الاتحادي عام ١٩١٧ إبان الحرب العالمية الأولى ضد ألمانيا، حيث بينت المحكمة ان سلطة الكونجرس الاتحادية هي الفاعلة في هذا الخصوص باعتباره الجهة التي تختص بشؤون القوات المسلحة دستورياً وإن هذه الظروف السائدة آنذاك لا تسمح لقوانين داخلية أن تنتقص باي شكل من الاشكال من هذه السلطة.

وكذلك الحال مع قرار المحكمة العليا بدستورية الأوامر التنفيذية التي أصدرها الرئيس الأمريكي ترامب عام ٢٠١٦ بشأن منع دخول رعايا بعض الدول إلى الولايات المتحدة الأمريكية، فعلى الرغم من وجود قرارات من محاكم فيدرالية بعدم دستورية هذه الأوامر التنفيذية بحجة الإضرار بالجانب التجاري والاقتصادي لبعض الولايات إلا أن المحكمة الدستورية أقرت بدستورية هذه الأوامر والاكتفاء بتعديل السلطة التنفيذية لبعض هذه الأوامر، وإيقاف تنفيذ القرارات الصادرة عن المحاكم الفدرالية.

وفي الحقيقة لم يكن القضاء الدستوري الأمريكي هو الوحيد الذي نهج هذا المسلك السياسي. ففي ألمانيا مثلاً فإن المحكمة الدستورية هناك مارست بشكل او بآخر هذا الدور السياسي بل يمكن القول أن المحكمة الدستورية في ألمانيا ممارسة هذا الدور بصفة قانونية وليس بصفة سياسية فحسب، و نقصد بذلك أنها استنادا إلى نصوص وقواعد قانونية ودستورية سائدة فيما توجهت به.

وخير مثال على ذلك ما جاء في المادة (٢١) من الفقرة الثانية من القانون الأساسي الألماني لعام ١٩٤٩ حيث منحة هذه المادة المحكمة الدستورية اختصاص التصريح بعدم دستورية حزب سياسي ما إذا كان وجوده مخالفا للاسس الديمقراطية التي جاء بها الدستور، وهذا يعني أن المحكمة لم تكن رقيب على أداء المؤسسات والسلطات العامة فقط، وإنما امتد ذلك ليشمل كل فاعل في الحياة السياسية، وإذا أردنا أن نبين على وجه الدقة فكرة التصريح فانها يمكن ان تكون بدون وجود دعوى دستورية مقامة أمام المحكمة أو على الأقل بيان وجهة نظر أعلى سلطة قضائية بشأن حزب ما.

وكذلك ما ذهبت إليه المادة (٩٣) في فقرتها الثانية في قانونها الأساسي أيضاً والتي أجازة للمحكمة تقدير الحاجة لتشريع قانون اتحادي في الحالات المنصوص عليها في المادة (٤/٧٢) من القانون الأساسي وهو ما يعني أن سلطة المحكمة التقديرية هي التي ستكون حكماً على الجهة المختصة بإصدار القوانين وفق المادة السابقة، وبيان ما إذا كان هناك ضرورة تقتضي إصدار هكذا قوانين.

وأيضا لم يكن القضاء الدستوري في ألمانيا مستندا على النصوص فقط، حيث كانت للأحكام القضائية دور أيضاً في بيان الطبيعة السياسية أحياناً ففي الحكم التي أصدرت المحكمة الدستورية في ١٩٩٥/٥/١٦ قضت المحكمة بعدم دستورية قرار صادر عن السلطات الإقليمية في ولاية بفاريا، وما ذهبت إليه المادة ١٣٥ من دستور

هذه الولاية والتي نصت على أن يكون التربية والتعليم في مدارس الولاية الابتدائية والثانوية حسب مبادئ المسيحية، حيث استندت المحكمة الدستورية إلى أن تنظيم الحق في التعليم يجب أن لا ينقض حقاً أخر وخاصة ما يتعلق الأمر بحرية الانتماء الديني حيث نصت المادة (٤١) من القانون الأساسي على عدم جواز انتهاك حرية العقيدة وحرية الضمير ولا حرية اعتناق أي عقيدة دينية أو فلسفية، وذهبت أيضا إلى أن ذلك يجب أن لا يتنافى أيضا مع حق الوالدين في حماية الأطفال من التدين، علما أن نظام المدارس في ألمانيا يخضع ابتداءً إلى قانون الولاية، فالولاية لها أن تصوغ وتنظم مسؤولية الدولة عن التعليم بما في ذلك تحديد التوجه الديني والأيديولوجية لنظامها المدرسي.

أما بالنسبة للنظم القضائية الدستورية العربية مثلاً، فالمحكمة الدستورية في المغرب كان لها دور سياسي واضح وبنص دستوري حيث يمكن مراجعة الفصل (٩٦) من الدستور المغربي لسنة ٢٠١١ والتي بينت أن الملك لا يمكنه حل مجلسي البرلمان أو أحدهما الا بعد استشارة رئيس المحكمة الدستورية، وكذلك الحال لرئيس الحكومة الذي لا يمكنه حل البرلمان بدون استشارة الملك ورئيس المحكمة الدستورية[١].

ولكل ما تقدم فأن العمل القضائي الدستوري ولأنه يقوم على الطابع السياسي، يجب أن يقوم على أساس ميدانين هامين هما ضبط النفس القضائي والابتعاد عن التذبذب.

ويقصد بضبط النفس القضائي: أن لا تكون المحاكم الدستورية مندفعة ومتهورة في اقحام قراراتها في عالم السياسة قدر الإمكان، وأن كانت طبيعة الدعوى تستدعي ذلك فإنها يجب أن تمارس بأقل قدر ممكن من إهمال النصوص الدستورية والقانونية.

اما المبدأ الثاني (الابتعاد عن التذبذب): فيقصد به عدم اختلاف القرارات التي تصدرها المحاكم الدستورية في الدعوى المختلفة ذات الطبيعة المتشابهة، حيث من الممكن جدا أن تستند المحاكم الدستورية إلى فكرة العدول القضائي ولكن ذلك لا يعني أن تكون هذه الوسيلة أداة المحاكم الدستورية لتغيير قراراتها تلبيةً للضغوطات التي يمكن أن تقع عليها.

ومن الأمثلة على ما يسمى بضبط النفس القضائي، ما ذهب إليه القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية في تنظيمه لحالات التنازع بين المحاكم الاتحادية ومحاكم الولايات حيث استند كثيرا إلى ما يسمى بمفهوم ضبط النفس والمجاملة حيث قلل كثيرا من التدخل الفيدرالي (الاتحادي) في الشؤون الخاصة في الولايات مما يعني أن القواعد الإجرائية الخاصة بتنازع الاختصاص لم ينظر إليها من جانب النصوص فقط وإنما ينظر إليها بالشكل الذي يحفظ للولايات سيادتها الداخلية، بل أن

---

[١] - قد يقول البعض أن هذه الاستشارة ذات طبيعة قانونية بحتة من باب التأكد من سلامة الإجراءات القانونية والدستورية، ولكن ذلك لا يمكن أن يتحقق بشكل مطلق، فالملك لديه مجموعة كبيرة من المستشارين الذين يمكن أن يبينوا له طبيعة استخدامه لحق الحل وأن الأمر يتعلق بمحاولة فهم الملك مجمل الظروف المحيطة لحق الحل وما هي الآثار التي يمكن أن تنتج عنه.

رئيس المحكمة العليا (ناني) أقر بشكل صريح بشأن قضية (دريد سكوت) على أن الأصل هو تمتع الولايات بالولاية القضائية، ما لم يظهر العكس.

اما القضاء الدستوري العراقي، فلا شك أن المحكمة الاتحادية مارست دور مهم ذو طبيعة سياسية، كأي قضاء دستوري آخر، ولعل ادوارها المختلفة في توجيه العمل بين السلطات العامة أو التوفيق بينها او تفسير النصوص الدستورية المختلفة، كلها امثلة يمكن ملاحظاتها بوضوح في قرارات المحكمة، بل أنها أدت هذا الدور أيضا في جانب تحديد العلاقة بين السلطة و الناخبين، خاصة في ما يتعلق بشأن انتخابات مجلس النواب الاتحادي أو مجالس المحافظات، ولكن بالحقيقه ما يجب أن يذكر هنا هو أن بعض القرارات أثارت بعض الملاحظات من أواسط الفقه المختلفة، والتي نأمل أن يتم إستدراكها مستقبلاً حتى يمكن القول أن قضاء هذه المحكمة يستند إلى المبدئين السابقين الذكر، فمثلا في قرار المحكمة الاتحادية في الدعوى المرقمة ٦/ اتحادية/ ٢٠٠٩ بشأن الرد على طلب محافظة بابل حول المادة (١١٥) من الدستور و تفسيرها فيما يتعلق بإمكانية تفصيل القوانين التي تضعها السلطات التشريعية في الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم، حيث بينت المحكمة في حيثيات القرار أن الأولوية في قانون المحافظة ما لم يخالف الدستور الاتحادي أو يعدل أو يلغي قانون اتحادي، وما يلاحظ على هذه الصياغة أنها غير دقيقة فالتعارض لا يتحقق أصلاً ما لم يكن هناك مخالفة تعدل او تلغي قانون اتحادي، لأنه لو افترضنا تطابق القانون الإقليمي مع القانون الاتحادي فلماذا نثير مشكلة التعارض.

كذلك في قرار آخر في الدعوى ٧٤/اتحادية ٢٠١٢، عندما طلب وزير النفط تفسير المادة (١١٢) من الدستور والتي كانت بمناسبة تجاوز الإقليم والمحافظات على دور السلطة المركزية في إدارة القطاع النفطي لعدم وجود قانون موحد للنفط في تلك السنة مما يجعل من الفقرة الأولى من المادة (١١٢) من الدستور موقوف العمل بها لحين تشريع قانون، حيث كانت إجابة المحكمة أن الموضوع بشكل منازعة توجب رفع دعوى بين وزارة النفط و الجهات المذكورة في الطلب وهذا التوجه في الاجابة على طلب تفسير لا يستند على مبدأ عدم التذبذب في القرارات القضائية، حيث أن إجابة المحكمة السابقة لم تقوم بتفسير المادة وأن عدم تشريع قانون لا يلغي حق السلطة المركزية في إدارة هذا المرفق، كما انها جملت توجيهاً لاحد الاطراف وهو ما لا يتحقق عادة في طلبات التفسير.

أخيرا كان هناك القرار الصادر أيضاً في الدعوى ٦٨ اتحادية لسنة ٢٠١٦ والتي صدر قرارها في ٢٠١٦/١٠/١٠، بشأن سحب الثقة من وزير الدفاع آنذاك حيث كان مجلس النواب قد سحب الثقة عن هذا الوزير بقرار المجلس المذكور رقم ١٤ لسنة ٢٠١٦ بتاريخ ٢٥/٨/٢٠١٦، وتم الطعن به أمام المحكمة الاتحادية إلا أن المحكمة ردت هذا الطعن لعدم الاختصاص باعتبار القرار قرار أداري، وعندما قدم الوزير المعني الطعن أمام القضاء الإداري رد الطعن ايضاً لفوات المدة، وتم تحصين القرار امام (المحكمة الاتحادية العليا) والتي ردت الدعوى اصلاً من حيث عدم الاختصاص وليس

لفوات المدة على اعتبار ان القرار الصادر عن مجلس النواب بسحب الثقة عن وزير لا يدخل ضمن معنى القرار الاداري المنصوص عليه في المادة (٤/٧/رابعاً) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.

وبطبيعة الحال فإنه لا يوجد شك بأن قرارات السلطة التشريعية وخاصة في مجال رقابة السلطة التنفيذية هي قرارات تستوجب تدخل محاكم دستورية وليست إدارية

وفي النهاية وبتأكيد الطبيعة السياسية للقضاء الدستوري فيمكن أن نستند إلى ما قاله رئيس القضاة (هيوز) عندما قال "نحن القضاة نخضع الى الدستور ولكن الدستور هو ما يقرره القضاء".

المطلب الثالث : الدور الارادي للقاضي في ممارسة اختصاصاته الدستورية

The third requirement: The voluntary role of the judge in exercising his constitutional powers

تطرقنا كثيرا إلى عمل القاضي الدستوري و طبيعة هذا العمل وبينا من خلال هذا الموضوع ما يمكن أن يميز هذا القاضي عن غيره من القضاة، ولأننا قدمنا بأن إرادة القاضي الدستوري محل إعتبار في عمله القضائي فإن ذلك قد يكون باب لطرح تساؤل مهم والذي يمكن أن يصاغ ب لماذا يقترن عمل القاضي الدستوري بإرادته الشخصية دون الآخرين من القضاة في الاصناف الأخرى؟

ان دور الإرادة الشخصية عند القاضي الدستوري تعتبر مصدر أساسي في عمله القضائي، ولا يقتصر في هذا الأمر على النتيجة أو القرار الذي يصدره هذا القاضي بل يعتمد أيضاً كمصدر أساسي (الارادة) عند قبول الدعوى الدستورية فهذه الدعوى، بلا شك بأنها تخضع لإجراءات وشكليات محددة يقرها دستور وقانون الدولة، ولكن هذه الشكليات لا تلغي دور القاضي في قبول او عدم قبول الدعوى عند المباشرة في نظرها فما يمكن أن يقترن أحياناً بفكرة المصلحة الخاصة ومدى تحقيقها في الدعوى يحيل على القاضي دور مهم وكبير في تحديد هذه المصلحة حسب فهمه وقناعاتته الشخصية، ويظهر هذا الامر على وجه الخصوص في ما يمكن تسميته في المصلحة المحتملة حيث أن المصلحة الحقيقية الآنية قد لا يتدخل القاضي الدستوري في إقرارها من عدمه لكن إرادته الشخصية المبنية على قناعاته وإدراكه العقلي لهذه المصلحة هو الذي يجعله يقبل الدعوى لوجود مصلحة محتملة او يرفضها عندما لا يقتنع بوجودها (المصلحة المحتملة)، لأن الرجوع إلى الأحكام والقواعد المنظمة للقضاء الدستوري في مختلف النظم القضائية لا تبين لنا معايير أو اتجاهات محددة في تحديد طبيعة المصلحة الدستورية.

ونعيد القول خصوصا إذا كانت المصلحة المحتملة، فالقاضي مثلاً قد يقتنع أن المصلحة المحتملة التي يمكن أن تتحقق بعد سنوات معدودة تكون كافية لإقامة الدعوى عندما يربط الأمر مع ثبات واستقرار النظام السياسي والقاعدة القانونية المطعون بها.

وبينما يكون توجه القاضي الدستوري على النقيض تماماً إذا ما كان لديه التصور التام بأن هذه القاعدة ستتعرض إلى التغيير أو الالغاء عاجلاً أم اجلاً لظروف

مختلفة، وهو ما يدعوه الى عدم قبول الدعوى احياناً لعدم الحاجة اليه كما يعتقد هو لان القاعدة المطعون بهما ستنتهي في وقت لاحق، وهو ما يسمى أحيانا بفكرة الأمن القانوني عندما يعتقد افراد المجتمع بأن هذه القاعدة والسلطة التي وضعتها غير مستقرة وثابتة.

وفي جميع الأحوال فإن هذا الأمر غير متواجد أو متحقق في نظم القضاء العادي، حيث أن هناك إعتبارات ثابتة في قبول او عدم قبول الدعوى المعروضة أمام القضاء، ويجب أن نذكر أن قبول الدعوى من عدمه في جميع النظم القضائية لا يقصد به الموافقة او عدم الموافقة على تسجيل الدعوى أمام المحكمة لأن هذا من الحقوق الاساسية للأفراد، لكننا نتحدث عن سلطة القاضي في الجلسة الأولى في قبول اوعدم قبول الدعاوى.

كذلك فإن دور الإرادة يكون حاضراً عند مناقشة الدعوى أو الطعن المقدم أمام القاضي الدستوري وهذا القضاء يعتمد أصلاً في فصله في النزاعات المعروضة عليه على فكرة **(التفسير)** ناهيك عن اختصاصه الأصلي وفي اغلب النظم القضائية الدستورية في تفسير نصوص الدستور والقانون في الدولة. إلا أن البعض قد يقول أن القاضي الدستوري لا يفسر النص وفق إرادته الخاصة بصورة بحتة بل هو يعتمد على ما أريد للنص أن يقره، ولا نريد أن ندخل في مناقشة هذا الأمر الذي قد نتفق معه ونختلف في بعض التفصيلات لكن دور الإرادة سيكون واضحاً جداً عندما يلجأ القاضي إلى تفسير النصوص استناداً إلى تقييمات شخصية للأوضاع السائدة وطبيعة النص في الوقت الحاضر وينسى المعنى الأصلي الذي ارادت السلطة التأسيسية أن تبينه في النص الدستوري، فالنص الذي وضع قبل عشر سنوات يميل القاضي عادة إلى تفسيره وفق المعنى السائد وقت الطعن بحجة ضرورة مواكبة التطورات الحاصلة على المواضيع التي ينظمها النص ولكنه في نفس الوقت قد يخالف إرادة السلطة التأسيسية من هذا النص فهذه السلطة عندما تضع نص معين فإنها تسعى إلى صياغته بالشكل الذي يغطي ما يمكن توقعه من تطورات دون أن يتجاوز ذلك حدود ومعاني النص الأصلي.

فلا يمكن مثلاً أن يكون هناك نص يقيد من اختصاصات السلطات المحلية في الدولة الاتحادية أن يفسر تحت أي تطور حاصل نحو توسيع اختصاصات هذه السلطات بالقدر الذي يضعف السلطة المركزية، بتعبير آخر ان التطورات الحاصلة قد تجيز توسع هذه الاختصاصات لكنه يجب أن لا تتجاوز جوهر النص في عدم اضعاف اختصاص السلطة المركزية فعندما يأتي القاضي الدستوري و يتجاهل في القرار الذي يصدره جوهر هذه المادة مثلاً فإن هذا يعني إحلال لإرادة القاضي على حساب إرادة السلطة التأسيسية في تفسيرها للنص الدستوري الذي وضعه أو على حساب السلطة التشريعية المعبرة عن الإرادة العامة في الطعن العادية الذي وضعته وهو ما سيؤدي إلى وجود إرادتين يعتقد انهما تمثلان (الإرادة العامة) وهما **ارادة السلطة تشريعية (وقت وضع النص)** و **إرادة القاضي باعتباره مطبق للقوانين (وقت الحكم في مشروعية النص او تفسيره)**، فإذا قلنا أن القاضي يجب أن يتمسك بتطبيق النص كما هو وقت تشريعة فإن

أرادة السلطة التأسيسية او التشريعية ستكون هي الغالبة ولا يمكن الحديث عن دور إرادي للقاضي الدستوري، ولكن إذا قلنا أن القاضي وتحت مسمى حماية التسلسل القانوني للقواعد وتحقيق مبدأ السمو الدستوري يقوم بتفسير النصوص بشكل مخالف لإرادة السلطة التي وضعت النص، فان هذا يعني ومن دون أدنى شك أن ارادة القاضي هي التي كانت محل إعتبار في حسم الدعاوى الدستورية.

وهذا الامر **(الدور الارادي)** سيتحقق أيضاً عند إصدار القرار النهائي في الدعوى المعروضة على القضاء الدستوري ويتحقق ذلك في أن هذا القرار محصن من أي طعن أو تعقيب من قبل الآخرين، وبالتالي فما ظهر من إرادة شخصية في قبول الدعوى و امتداد هذا الدور الإرادي عند مناقشة حيثيات الدعوى سيكون ثابت أيضاً في إصدار القرار الخاص بالدعوى ليس بسبب صدور القرار من ذات القاضي وإنما بسبب تمتع هذا القرار بقدسية دستورية خاصة تمنع الجميع من الطعن به.

ولتوضيح ذلك نقول أن كل النظم القضائية العادية يصدر القاضي فيها الحكم بناءاً على بعض الاعتبارات الشخصية (رغم اختلافها عن طبيعة القضاء الدستوري كما وضحنا سابقاً) لكننا لا يمكن أن نقول ان عمل القاضي العادي عمل إرادي بحت ما دام ما يقوم به خاضع إلى اشراف وتعقيب ورقابة جهات أخرى قادرة على صد إرادة القاضي الشخصية إذا ما كانت مخالفة لاحكام الدستور والقانون وهو ما لا يمكن أن نجده في العمل القضائي الدستوري.

ختاماً نقول إنما تمر به النظم القضائية الدستورية المختلفة يدعو إلى إعادة النظر في ترتيب الأحكام الخاصة بها من خلال إيجاد آليات خاصة تتضمن أن يكون قرار القاضي مبنياً على إعتبارات دستورية قانونية بحتة والابتعاد قدر الإمكان عن التفسير الشخصي للوقائع المعروضة أمام القضاء، لأن هذا التفسير لا يتعلق بحسن أو سوء نية القاضي بقدر تعلقه في طبيعة الأشياء والمنطق الذي يفرض أن يفسر الشخص الامور كما يدركها و يفهمها عقله الشخصي، كما يجب أن تكون هناك الآليات حقيقية للحفاظ على مبدأ الفصل بين السلطات فليس من السهل أن تضع السلطة المنتخبة شعبياً قانونا ما ومن ثم يلغى هذا القانون بإرادة شخص واحد، ففكره التعاون والمؤازرة بين السلطات العامة لا تعني استئثار سلطة في اختصاصات سلطة أخرى، و يكفي أن نطرح تساؤل بسيط :**هل يمكن أن تتدخل السلطة التشريعية في حسم نزاع معروض أمام القضاء؟**

لذلك نقول أن تفسير النص أو الغائة او الإقرار بمشروعية يجب أن يمارس من قبل سلطة قضائية أو غيرها على حد سواء، ولكن بالشكل الذي يجعل من الالغاء مثلاً واجب لوجود مخالفات حقيقية للنصوص العادية لاحكام الدستور وأن يؤخذ بالتفسير الدستوري والقضائي أو غيره إذا كان هذا التفسير مبنياً على جوهر الأهداف والغايات التي أرادت السلطة التأسيسية تحقيقها من وضعها لدستور الدولة.

المبحث الثاني : نطاق وخصائص القضاء الدستوري:

The second topic: The scope and characteristics of the constitutional judiciary:

في الحقيقة ان ما تميز به القضاء الدستوري من كونه ذو طبيعة خاصة وما يمكن ان تمارسه الارادة الذاتية للقاضي في هذا القضاء يجعل من الواجب ان نبين ان القضاء الدستوري يتميز بنطاق وخصائص تميزه عن غيره من اصناف القضاء .

المطلب الاول : نطاق القضاء الدستوري:

كما هو معلوم فإن مصطلح النطاق يشير عادة إلى المواضيع أو الدعاوى التي يختص بها قضاء ما، فنقول أن القاضي الجنائي نطاق عمله هو القواعد الجزائية والدعاوى التي تنظمها هذه القواعد، والقاضي المدني يختص عادة في الدعاوى التي تثير النزاعات المدنية والتجارية والتي لا تتضمن عنصراً جزائياً في الاصل، وهكذا الحال مع جميع صور واصناف القضاء المختلفة.

اما في القضاء الدستوري فإن نطاق عمل القاضي كما هو معلوم يتحدد بالمواضيع التي لها علاقة في دستور الدولة وخاصة التأكد من مشروعية الأعمال المختلفة التي تمارسها السلطات العامة سواء كانت أعمال تشريعية أو تنفيذية أو قضائية (صادره عن الجهاز الإداري للقضاء).

إلا أنه بجانب هذا النطاق فإن للقضاء الدستوري نطاق آخر يتحدد في مدى سلطة القاضي الدستوري في معالجة الطعون المعروضة عليه وهل يكتفي هذا القاضي بالفصل في الطعن إيجابا أو سلباً فقط، واستنادا إلى حرفية النصوص الدستورية أم تعمد هذه السلطة إلى مناقشة النص المطعون فيه و الظروف المرافقة لهذا النص على اختلاف صورها.

في الحقيقة فإن الغالب من الفقهاء يذهب إلى أنه سلطة القاضي الدستوري يفترض أن لا تتوقف على حدود النص وحرفيته على اعتبار أن الدستور هو انعكاس لرؤى اجتماعية واقتصادية وسياسية مختلفة يشملها (مجتمع الدولة) إلا اننا أذ دققنا في هذا الأمر نجد أن من الواجب أن نميز بين ما يسمى بمفهوم أو **(فكرة العدل الدستوري)** و **(فكرة العدالة الدستورية)**، والفرق كبير بينهما، فالعدل والعدالة بصورتهما المجردة يختلفان عن بعضهما كثيرا في التعريفات الإصطلاحية، وببساطة فإن **العدل** يعني (تحقيق وتطبيق أعمى للنصوص والقواعد القانونية بشكل عام من دون اعتبار لأي ظروف أو مؤثرات خارجية)، في حين وكما هو معلوم تعني **العدالة** (مفهوم أوسع لتطبيق النص القانوني و محاولة لتحقيق مساواة حقيقية بين افراد المجتمع عند خضوعهم للقواعد القانونية المختلفة).

فالنص الضريبي مثلا وفق مفهوم العدل يجب أن ينفذ بصورة تامة وكاملة دون الأخذ بالاعتبار اي ظروف جانبية تخص المكلفين بالضريبة وهذا ما نجد عكسه وفقا لمفهوم العدالة.

أما في الجانب الدستوري فيجب أن نوضح أولاً أن البعض من الفقهاء يقيم فكرة العدالة الدستورية على أساس عضوي بحت، فيعتقد أن المقصود بالعدالة الدستورية هي وجود هيئة تكون مهمتها مراقبة أعمال السلطة العامة أياً كانت (طبيعتها) ومدى توافقها مع دستور الدولة، **بمعنى آخر** أن العدالة عندهم هي وجود رقابة دستورية و سواء كانت رقابة قضائية أو سياسية الا أن المفهوم الحقيقي للعدل والعدالة الدستورية يجب أن ينظر إليه من جانب آخر وهو جانب النص القانوني ذاته ومدى توافقه مع دستور الدولة. عموماً فأن القاضي الدستوري وعند تصديه للعمل القضائي الدستوري فإنه يختلف في معالجته للنص باختلاف الظروف التي ترافق هذا النص. أن القاضي الدستوري ابتداء يجب أن يضمن و بكل الصور تطبيق النص الدستوري كما هو، وعند قيامه بذلك فإنه يحقق العدل الدستوري وطبق اختصاصه بشكل دقيق و حرفي في أنه لا يسعى إلى التعمق في إرادة المشرع لأن تكون متوافقة مع مخالفة النص الدستوري وهو بذلك يعترف بأنه يعبر عن الإرادة العامة كما معبر عنها في النص المعروض أمامه، ولكن الظروف أحيانا تدعو القاضي ذاته إلى إجراء الملائمة والموازنة بين النص وما يحيط به من ظروف ويكون بذلك قد تجاوز حدود العدل الدستوري إلى فكرة العدالة الدستورية.

ولكن السؤال المهم هنا هل هذا الأمر ثابت ويشكل قاعدة عامة لجميع النصوص والطعون التي تعرض على القاضي الدستوري؟

للإجابة على ذلك نقول أن دستور الدولة يقوم دائما على أساس فكرتي **(السلطة)** و**(الحرية)**، بمعنى تنظيم السلطة بالشكل الذي يضمن الحقوق الأساسية للأفراد، فالدساتير في نشأتها الأولى لم تتطرق إلى صور وتفصيل حقوق الأفراد بل ذهبت ضمناً إلى أنه مجرد تقييد سلطة الحاكم وعدم اعتبارها سلطة مطلقة هي ضمانة لحقوق الافراد، وكما نقول دائما فإن كفاح الشعوب في اصله لم يكن للاستئثار بالسلطة قدر السعي نحو الإبقاء على ذات الحاكم في سلطات مقيدة، لذلك عندما نقول ان أساس كل دستور هو فكرتي (السلطة والحرية) فيجب أن يكون عمل القاضي محددا في هاتين الفكرتين وعدم الخروج عليهما، وعليه أن يكون متشدداً في الأولى ومتسامحاً ومرناً في الثانية بمعنى آخر أن الحفاظ على المكتسبات الشخصية التي تحققت في تقييد السلطة يجب أن يتعامل معها القاضي تعامل حذر ودقيق و أن لا يتجاوز حدود هذا التقيد بشكل اكبر او اقل، بمعنى آخر أن على القاضي أن يسعى لتحقيق العدل الدستوري في كل ما يتعلق بتقييد السلطات العامة والحفاظ على اختصاصاتها الدستورية الحصرية في تجاوز هذه الحدود ومنح السلطة قدرا أكبر من الاختصاص سيخل في النهاية في الحقوق والحريات المحدودة لأفراد المجتمع.

فالدستور بما يتضمن من نصوص خاصة بالسلطة أو بالحقوق عبارة عن **(كأس مغلق)** أي زيادة بجانب ما ستطغي على الجانب الآخر، كما أن فكرة الفصل بين السلطات والتداول السلمي للسلطة والتعبير عن إرادة الناخبين كلها ستكون معرضة للانتهاك إذا ما تجاوز النص الدستوري الخاص بالسلطة الحدود المقررة له.

أما إذا كانت المعالجة القضائية لنصوص خاصة بالحقوق والحريات العامة، فالقاضي هنا لا إشكال في تجاوز حدود النص والعمل على ملائمته مع الظروف و الاعتبارات السائدة في المجتمع، فالقانون الذي ينظم حق ما للأفراد لا بأس في توسع القضاء في تفسير المعنى والمراد من هذا القانون لأنه سينعكس على أفراد الشعب الذين يكونون الإرادة العامة الحقيقية، **ولكن قد يسأل سائل** الا يعني التوسع في النصوص الخاصة بالحقوق والحريات العامة طغيان على حساب السلطة؟

للإجابة على ذلك نقول لا يمكن أن يتحقق الطغيان من جانب الافراد على جانب السلطة العامة، ذلك لان أدوات القمع والزجر تكون بيد السلطة دائما وليس بيد الشعب.

هذا من جانب ومن جانب آخر حتى لو تتحقق ما يمكن تسميته بطغيان الأفراد، فهذا يعني سعة وحجم الرأي العام الكبير بالشكل الذي أثر على السلطة وهو ما سينقلنا من مفهوم مشروعية السلطة إلى شرعية السلطة ولكن المهم هو أن الأفراد لا يملكون أدوات الطغيان تجاه السلطة.

وأيضا يجب أن نقول أن التوسع في نصوص تنظيم السلطة مثل ما يؤدي إلى طغيانها على الأفراد فهو أيضا سيؤدي إلى طغيان سلطة على حساب السلطات الأخرى، فالانتقاص من العمل التشريعي أو التوسع فيه سيجعل من السلطة التشريعية بمركز القوي والضعيف تجاه السلطات الأخرى والتي يمكن أن تمر بذات الموقف.

لكن اذا اقتنعنا بمثل هذه التفرقة بين فكرتي الدستور والنصوص المنظمة لهما الا ينبغي ان يتم ذلك وفق اليات واجراءات دقيقة .

في الحقيقة نعتقد أنه من الواجب (ونحن نتحدث عن محكمة دستورية) أن تكون هناك ضمانات خاصة للعمل القضائي في هذا المجال، فلا بأس مثلا من إن تكون الهيئة القضائية التي تنظر في الطعون الخاصة في نصوص السلطة مشكلة من قضاة حصراً، **في حين** تكون الهيئات الأخرى التي تحاكي الحقوق والحريات العامة أيضا مكونة من القضاة واصناف أخرى من غير القضاة لأننا سنعمل بهذا على تطبيق قضائي بحت للنصوص الخاصة بالسلطة ودون أن يترك المجال للقاضي بتجاوز حدود النص سعة أو انتقاصً من حدود السلطات العامة، وسنجعل الهيئات الأخرى مكونة من اصناف اجتماعية مختلفة قادرة على استيعاب الظروف والمتغيرات الاجتماعية المختلفة.

المطلب الثاني : خصائص القضاء الدستوري

The second requirement: Characteristics of the constitutional judiciary

لا شك أن هذا الموضوع قد تناوله الفقه بشكل واسع ومفصل إلا أن هذا التناول قد ركز في أغلبه إذ لم نقل جميعه على الدعوة الدستورية وطبيعتها و طبيعة الحكم الصادر فيها، حيث كان التركيز قائما على أن الدعوى الدستورية دعوى موضوعية لا تستلزم المصلحة الشخصية في أكثر الأحيان وتستهدف القانون أو العمل المخالف للدستور الدولة بالإلغاء او الإبقاء **(دون التعديل في أغلب الأحيان)**. **اما** عن طبيعة الحكم

الصادر فيها فكان يقال دائما إن حكم الدستور له طبيعة قانونية وسياسية دائما على اعتبار أن الدعوى الدستورية تختلف عن الدعوى العادية فإنها تأخذ بنظر الاعتبار كل الظروف والمتغيرات التي تتوافر وقت إقامة الدعوى .

الا أننا سنتطرق إلى خصائص القضاء الدستوري استناداً إلى شخص القاضي ذاته وخصوصاً ان هذا الأخير يعد ركناً أساسياً في القضاء الدستوري وهو يختلف عن القضاء العادي الذي يلتزم فيه القضاء عادة بالنصوص القانونية حصرا دون النظر الى ما يحيط بالقضية المعروضة امامه من ظروف مختلفة.

وعموماً يمكن ابراز أهم خصائص القاضي الدستوري بالاتي:-

اولاً: الحياد المقيد: ونقصد بذلك أن القاضي الدستوري كغيره من القضاة (العاديين) يجب أن يكون محايداً في نظر الدعوة المعروضة أمامه، والحياد كما نعلم هو عدم اخذ جانب من المتخاصمين على حساب جانب آخر، فالأصل في أي قاضي أن يكون نزيهاً بالشكل الذي يطمئن معه المتخاصمين على حقوقهم عند عرضها على هذا القاضي.

ويجب أن نميز بين **الحياد** و**الاستقلالية**، فالحياد هو عدم خضوع القاضي لمؤثرات خارجية بإرادة ذاتية بحتة أي لا تتجه نية القاضي إلى اخذ جانب على حساب الجانب الآخر في الدعوى، في حين أن الاستقلالية هي عدم الخضوع للمؤثرات خارجية بإرادة غير ارادة القاضي، ونقصد بذلك نصوص قانونية تمنع بشكل او بآخر التدخل بعمل القضاء والأحكام التي يصدرها.

وعموما ان الحديث عن فكرة الحياد لدى القاضي الدستوري نقول انه يختلف عن حياد القاضي العادي، ويتم ذلك من خلال أن القاضي الدستوري يلتزم ابتداءً بجانب على حساب الجانب الآخر، فهو يلتزم **أولاً** بما يسمى فقهاً **بالقرينة الدستورية** والتي تعني أن القاضي يتعامل مع النصوص المطعون فيها أمامه بأنها نصوص دستورية صحيحة بل ويعمل على الإحاطة بكل الظروف والأحكام التي تجعل من هذا النص دستوري ورد طعن على من قام بالطعن بعدم دستورية هذا النص.

ويعد هذا المبدأ من المبادئ الثابتة في اغلب النظم القضائية الدستورية لأن القاضي هنا يفترض أن يكون حريصا على عدم التعرض لإرادة المشرع احتراما لمبدأ الفصل بين السلطات أو احتراماً لرأي السلطة التشريعية التي يعتبرها ممثلاً عن الإرادة العامة في الدولة.

لذلك فحياد القاضي هنا لا يتحقق منذ اللحظة الاولى التي تقام فيها الدعوى وإنما يتحقق عندما يشعر بوجود مخالفات دستورية حقيقية في النص المطعون فيه وبالشكل الذي يلزمه بأن يكون موضوعياً وحيادياً عند إصدار الحكم وأن يتنازل عن فكرة القرينة الدستورية.

ثانيا: العلم والتدخل الشخصي: تذهب القاعدة العامة في النظم القضائية العادية إلى منع القاضي من التدخل في الدعوى المعروضة أمامه بإرادته الشخصية، وأن لا يكون الحكم في هذه الدعوى مبني على علمه الشخصي. ونقصد بالتدخل الشخصي أن

يعمل القاضي على تذكير أحد الخصوم بدفع معين أو يبادر إلى تفعيل أجراء ما دون طلب من أحد الخصوم وأن لا يعتمد على ذاكرته وما يعرفه من وقائع في بناء الحكم الصادر في الدعوى إلا أن هذا الأمر قد لا يتحقق بهذه الكيفية لدى القاضي الدستوري فهذا الاخير يتعامل مع دعوى يكون أحد اطرافها **الإرادة العامة**[١] المعبر عنها في القانون وبالتالي ولأنه جزء من هذه الإرادة باعتباره فردا من الشعب ويملك جزء من السيادة يستطيع أن يتدخل بإرادته الخاصة في اللجوء او الإستناد إلى أي حكم أو قاعدة او دفع. رغم عدم مطالبة أحد الخصوم بهذا الأمر، فالقاضي الدستوري وكما بينا عند التزامه بفكرة القرينة الدستورية يستطيع أن يستند لاي نص يؤيد فكرة القرينة الدستورية وإن كان من يمثل القانون أمامه لم يستند إليه.

وكذلك الحال عند إستناد القاضي لأي نص او قاعدة او حكم تساعد في توفير القناعة اللازمة لعدم دستورية النص المطعون فيه، فقد يكون الطاعن قد استند في دعواه على فكرة عدم المساواة لكن القاضي في حكمه يضيف إليها مثلا تجاوز مبدأ الفصل بين السلطات دون ان يشير الطاعن في دعواه الى هذا المبدأ.

اما عن فكرة العلم الشخصي فكما هو معلوم في النظم القضائية العادية بأنه لا يجوز للقاضي أن يستند في حيثيات الحكم الذي أصدره إلى علمه الشخصي بوقائع معينة لأن ذلك يستدعي أن يتنحى القاضي عن الدعوى المعروضة أمامه ويمكن أن يكون شاهدا فيها **في حين** أن القاضي الدستوري لا يؤثر في صحة الحكم الذي أصدره أن يكون عالما ببعض الحقائق التي تؤثر في طبيعة الدعوى المعروضة أمامه فالقاضي الدستوري عندما يذكر أحداث وحقائق معينة حدثت في المجتمع فإنه يشير إليها باعتباره جزءاً من هذا المجتمع شهد حالاته العامة التي لا يختلف عليها اثنان، فمثلاً عندما يشير القاضي الدستوري إلى وجود حالات من الاضطرابات أو المظاهرات او الشغب الذي التي تحدث والذي يعرف بها الجميع لا يمكن أن يسمى ذلك علماً شخصيا وإنما يمثل حالة عامة يفترض الواقع أن يعلمها الجميع وليس القاضي فقط.

ثالثا / القضاء التام

كما هو معلوم فان كل فرع من فروع القضاء يتخصص في جانب معين من الجوانب القانونية والذي من خلاله يمنح القاضي سلطة إصدار القرارات في جانب معين دون الجوانب الأخرى المحيطة بالمركز القانوني أو الحالة القانونية المعروضة أمام القضاء، ففي الدعاوى المدنية مثلاً نجد أن بعض دعاوى الأحوال الشخصية تقرر بعض الحقوق ذات الأثر المادي للمتخاصمين، لكن ذلك يستلزم إقامة الدعوة المدنية أمام المحاكم المتخصصة بالقضايا والتعويضات المدنية. وفي المحاكم الجزائية مثلاً ورغم ثبوت تقصير المتهم في قضية ما الا أن هذا الأمر لا تستطيع من خلاله المحكمة تقرير التعويضات المادية لصالح المجنى عليه دون الرجوع إلى المحاكم المختصة بذلك. وفي

---

[١] - قلنا الارادة العامة ولم نقل المصلحة العامة... لان الجانب الاخر في الدعوى هو من يمثل المصلحة العامة.. على اعتبار ان القانون المطعون فيه يكون تعبير عن الارادة العامة .

القضاء الإداري ورغم سعة أحكام هذا القضاء وأهمية القرارات التي يصدرها باعتبارها ضمانة من ضمانات سير المرافق العامة إلا أن القاضي فيها لا يستطيع التدخل في الأجزاء التي لها علاقة باحكام جزائية بحته في الدعاوى المعروضة أمامه، فعقوبة الموظف عن الرشوة مثلاً لا تنفي منه الصفة الجزائية التي تنظرها المحاكم المختصة بذلك.

اما عن القاضي الدستوري وفيما يتعلق بطبيعة الدعوى التي تعرض أمامه فإنه يملك سلطة تامة في الحكم في الدعوة المعروضة أمامه ويمكن أن يتجلى ذلك في جانبين هما:-

١- ***الحكم بالإلغاء والتفسير***:

كما هو معلوم فإن اغلب إن لم نقل جميع الدعاوي الدستورية لا تخرج في أصلها عن فكرة الالغاء أو تفسير النصوص الدستورية و القاضي الدستوري في هذه الدعوى يملك السلطة الكاملة، فهو يمكن أن يتصدى لموضوع الالغاء في دعوى ما، وقد يتصدى للتفسير في دعوى أخرى، ولكن المهم هنا هو انه يمكن أن يتصدى لكلا الإختصاصيين في ان واحد وفي دعوى واحدة، فطبيعة العمل القضائي هنا تستلزم أصلا أن يبادر القاضي الدستوري إلى تفسير النص المطعون فيه بعدم الدستورية، وتظهر هذه الحالة خاصة في الحالات التي يكون فيها النص متوافق شكلياً مع النصوص الدستورية ولكن المشكلة تظهر في الغايات المراد تحقيقها من هذا النص، وهل تتوافق مع الغايات التي تريدها، أو كانت تريدها السلطة التأسيسية الاصلية، بعبارة أخرى أن القاضي هنا يستخدم سلطته الذهنية في البحث عن الغايات الحقيقية للنص من خلال تفسيره وتفسير المراد منه.

وقد يسأل سائل إلا يشابه هذا الأمر ما يعرف بالتكييف الذي يمارسه القضاء العادي، وبالتالي لا يعد هذا الأثر خصيصة يستقل بها القضاء الدستوري؟

للإجابة على ذلك نقول: أن التكييف في القضاء العادي يختلف عن ما نقوله لدى القضاء الدستوري، فالتكييف لدى القاضي هو السلطة في اختيار النص القانوني الذي يتلائم مع الدعوى العادية المقامة أمامه. **وبتعبير آخر** فإن القاضي العادي لا يبحث عن نوايا التشريع أو الغاية من أو التحقق من صحته بقدر البحث عن النص الأمثل للتطبيق في الدعوى المقامة أمامه، فأي دعوى مدنية أياً كانت طبيعتها تقبل تطبيق العديد من النصوص. **أما القاضي الدستوري** فإنه لا يختار بين نصوص متفرقة وأن حدث هذا الأمر فهو يبحث في الغايات والنوايا التي تثيرها هذه النصوص وما يتفق مع النص المطعون فيه، **والقاضي الدستوري** هنا في اختياره لتوجه ما فإنه يبحث عن صحة النص و موافقة غاياته لغايات السلطة التأسيسية ونواياها وهو ما يميزه عن فكرة التكييف في القضاء العادي

من جانب آخر فالقاضي الدستوري هو قاضي يبحث عن مشروعية النص المطعون فيه وعن شرعية في نفس الوقت فكما هو معلوم فالقاضي العادي لا يشغل ذاته بالبحث عن فكرة الشرعية في الدعوة المقامة أمامه باعتبار إن هذه الدعوى تمثل في

جوهرها وباعتبار انه ملزم بموافقته للنص كما هو فهو ليس بديل عن السلطات تشريعية والسلطة التأسيسية الاصلية.

بينما نجد أن القاضي الدستوري يبحث أولا في مشروعية النص ومدى موافقته للنصوص الدستورية النافذة في الدولة ويتم من خلال ذلك التأكد من الإجراءات والجوانب التي تستلزم بعض الأحكام الشكلية وبعد أن يتأكد من هذا فإنه يبحث أيضا عن مدى شرعية هذه النصوص، والشرعية كما هو معلوم تعني مدى موافقة نوايا هذا النص مع النوايا والمصالح العامة التي أوجبها الدستور وفي هذا الجانب بالذات فالقاضي الدستوري يضيق كثيرا من النواحي الخاصة بتشريعات السلطة (التشريعات التي تنظم السلطة) اي انه يقف على النوايا الصريحة والواضحة التي أرادها المشرع التأسيسي، في حين انه قد يتوسع من النوايا المتعلقة بالنصوص الخاصة بحقوق الأفراد وحرياتهم على اعتبار أن المبدأ العام يميل إلى تقييد السلطة وعدم التوسع في مضامينها، وعلى العكس التوسع في جانب حقوق الأفراد باعتبارهم اصحاب السيادة الحقيقية في الدولة، وبتعبير آخر فإن عمل القاضي الدستوري هنا يشابه عمل القاضي الإداري بما يعرف في قضايا الملائمة فهو يقيم التوازن بين النصوص والظروف المحيطة فيها لكن الفرق يكمن **(وفي أغلب الأحيان)** في أنه قاضي الملائمة الاداري يميل عادة إلى تغليب جانب الادارة على حساب جانب الأفراد والسبب في ذلك في أن الدعاوى المعروضة عليه تكون في اغلبها ان لم نقل جميعها قائمة على أساس حقوق ومصالح شخصية وبالتالي عندما توضع هذه الحقوق في موازنة مع الحقوق والمصالح العامة التي يفترض أن تكون في جانب عمل الادارة فإنه يميل حتماً إلى جانب الادارة التي تمثل الحقوق العامة وأهمها فكرة سير المرافق العامة بانتظام، **في حين أن القاضي الدستوري** يتعامل مع فكرة السلطة والحرية التي يقوم عليها كل دستور وهو يميل عادة إلى تقييد جانب السلطة بما منحة إليها من أختصاصات دون أي زيادة وبالمقابل فإنه يوسع من جانب الحرية باعتبار أن المستفيد منها هم الأفراد الذين يكونون الأساس الشرعي للسلطات العامة كما أن الدعوى الدستورية يفترض أن لا تحمل في طياتها حقوق شخصية كما هو الحال في الدعاوى الإدارية.

رابعاً: استقلال القضاء

كما هو معلوم فإن القضاء حتى يحقق الغاية المرجوة منه فإنه يدور وجوداً وعدماً من حيث الفاعلية مع فكرة الاستقلال، فلا يمكن الحديث عن سلطة قضائية فاعله وناجعة مالم يكن هناك استقلال يلحق بهذه السلطة.

وقد بينا سابقا أن استقلال القضاء بمعناه العام هو استقلال إجرائي بالشكل الذي لا يجيز لبقية السلطات العامة التدخل في عمل السلطة القضائية بمناسبة فصلها في المنازعات المختلفة وبالشكل الذي لا يؤثر في طبيعة الحكم الصادر في هذه المنازعات، وكذلك ميزنا بين فكرة الاستقلال وبين فكرة الحياد القضائي فاعتبرنا الفكرة الاولى ناجمة عن خضوع القاضي لمؤثرات خارجة عن إرادته، في حين وجدنا في الحياد ارتباط لإرادة القاضي في اتخاذ جانب من أطراف الدعوة على حساب الآخرين.

اما **إذا عدنا إلى القضاء الدستوري** وتحديدا إلى شخص القاضي الدستوري، ففي الحقيقة يمكن اعتبار فكرة الاستقلال مقترنة دوماً بفكرة الحياد. على اعتبار (وكما بينا سابقا) أن لإرادة القاضي الدستوري الدور الكبير في إصدار الأحكام الخاصة في المنازعات المعروضة عليه باعتباره قضاء تاماً ويجيز التدخل التلقائي حماية لمبدأ المشروعية القانونية.

أن لاستقلال القاضي الدستوري الأثر المهم في جوانب عديدة تختلف عن فكرة الاستقلال لدى القاضي العادي فاستقلال هذا الأخير (القاضي العادي) يقوم على أساس فكرة تطبيق القانون كما هو دون الخوض في تفاصيل وظروف أخرى بعيدا عن النص القانوني، **إلا أن القاضي الدستوري** يذهب بعيداً في تحديد و تقييم النزاع المعروض أمامه وما يتصل به من نصوص وقواعد قانونية.

وتظهر **أهمية استقلال القضاء الدستوري** باعتباره مرتبط بإرادة القاضي وبالتالي فإننا لا نبحث عن استقلال وظيفي فحسب بل نبحث عن كيفية تجريد إرادة القاضي عن أي مؤثرات سياسية أو اجتماعية أو غيرها.

لقد بينا أن القاضي الدستوري وفي أكثر من موضع هو الذي يحدد طبيعة النزاع المعروض عليه، وخطورة الأمر هنا هو كيفية ضمان أن يكون تحديد هذه الطبيعة عائدا إلى إرادة حرة مستقلة عن أي تأثير، ففي النهاية القاضي الدستوري هو إنسان قد يخضع كالأخرين للكثير من المؤثرات ناهيك عن الضغوط السياسية وغيرها التي تواجه عمل القضاء عموما.

أن الحديث عن إرادة القاضي الدستوري واستقلاله يرتبط بالحديث عن عامل مهم جدا وهو أن هذه الاستقلالية تقترن بنتيجة مهمة جداً تؤدي إلى استقرار النظام السياسي القائم من عدمه فكل ما كانت أحكام القضاء الدستوري موضوعية، دستورية، ملائمة للظروف السائدة الحقيقية كلما ادى ذلك إلى استقرار النظام السياسي . وكل ما كانت هذه الأحكام بعيدا عن هذه الظروف ادى ذلك إلى هزات عنيفة في الواقع السياسي، وعلى أرض الواقع هنالك الكثير من الأحكام التي تصدرها المحاكم الدستورية المختلفة التي تؤثر سلبا (احيانا) في الواقع السياسي للدولة ولعل المثال التاريخي الاشهر في هذا الخصوص ما حدث في الثورة الفرنسية من تقليل شأن السلطة القضائية نتيجة لما كانت تقوم به من مهادنه لصالح السلطة الملكية في فرنسا على حساب الواقع الحقيقي..... آنذاك و ادى ذلك من بين ما ادى إلى تجريد السلطة القضائية من إمكانية الرقابة الدستورية وظهرت انذاك ما تعرف اليوم بالرقابة السياسية على الدستور .

على أن استقرار النظام السياسي لم يكن هو الوحيد الذي يمكن أن يتأثر باستقلال القاضي الدستوري، بل أيضاً ثقة المواطنين والرأي العام هي الأخرى يمكن أن تتأثر بهذا الاستقلال **ولتوضيح ذلك يمكن أن نقول** أن القاضي العادي عندما يصدر حكما ما في أغلب الأحيان يقتصر في أثره على أطراف النزاع المعروض عليه، بينما الأحكام القضائية الدستورية يصيب أثرها الجميع سواء من تقدم بالطعن أو الآخرين وكلما كانت الأحكام موضوعية كلما زادت ثقة المواطن في القضاء الموجود في دولته.

ومن جانب آخر وهو مهم جدا أن استقلال القضاء عادةً يراد منه حماية السلطة القضائية ذاتها من تأثير وهيمنة السلطات العامة الأخرى . فدائماً نقول أن استقلال القضاء يعني عدم تدخل الآخرين بشؤونه اي تدخل السلطات الأقوى عملياً بشؤون السلطة القضائية في القضاء الدستوري.

لكن الأمر في القضاء الدستوري، أننا نتحدث عن استقلال سلطة هي أعلى وأقوى بكثير من الأحيان من بقية السلطات فالقاضي الدستوري قادر على إلغاء النص القانوني الصادر عن السلطة التشريعية وكذلك قادر على إلغاء الأعمال التنفيذية، فالمشكلة الحقيقة التي يجب معالجتها هي كيفية ضمان أن لا يتحول استقلال القاضي الدستوري إلى استبداد هذه السلطة لاختصاصات وشؤون السلطات العامة الأخرى.

وهذا ما نشير إليه دائما في أن ارادة القاضي الدستوري، محل إعتبار في العمل القضائي الدستوري، وقد يسأل سائل بأن القضاء العادي يقوم بشكل او بآخر على إرادة القاضي أيضا بل يمكن القول أن إرادة القاضي العادي قد تكون متحققة بشكل أكبر على اعتبار أن المحاكم العادية تدار في الكثير من الأحيان من قبل قاضي واحد، عكس المحاكم الدستورية التي في أغلب الأحيان إن لم نقل جميعها مكونة من أشخاص يختلف عددهم من نظام إلى آخر؟

للإجابة على ذلك نقول أننا سبق أن بيننا إن القاضي العادي ومهما توافرت لديه من سلطة وقوة لكنة يبقى محددا بالنصوص القانونية وبغض النظر عن قناعته بها، بينما القاضي الدستوري لا توجد حدود واضحة لما يقوم به من عمل لان الباعث لديه هو حماية المشروعية الدستورية في الدولة وسواء تحققت هذه الحيادية باحترام نص القانون ذاته أو عدم الركون إليه إذا كان في هذا الامر عد تحقيق للفكرة القانونية السائدة التي يعمل الدستور على تحقيقها وحمايتها.

ولأننا بينا اعلاه بان استقلال القاضي الدستوري قد يؤثر سلباً او ايجاباً بالثقة العامة للمواطنين فان هذا يعني ان من اوجه تحقق هذا الاستقلال ان يكون امر اللجوء الى هذا القضاء مباحاً للجميع (مواطنين ومؤسسات)، لان حرمان فئة ما داخل الدولة من اللجوء الى القاضي الدستوري يعني حكماً خضوع وتأثر هذا القاضي بالفئة الاخرى التي يمكن لها مواجهته لأنه سيكون عند ذاك مطلعاً على وجهة النظر التي تقدمها السلطة العامة دون وجهة النظر الشعبية التي قد يستنبطها القاضي من طبيعة الدعاوى المعروضة عليه من قبل الأفراد.

وفي الحقيقة أن امر اباحة اللجوء إلى القضاء الدستوري لجميع الأفراد والمؤسسات لا يرتبط فقط بفكرة استقلال القاضي الدستوري فحسب بل انه يرتبط أيضا بفكرة عامة مهمة مؤداها (السماح للجميع باللجوء إلى ما يعرف بالقضاء الطبيعي)، ويقصد بالقاضي الطبيعي هو القاضي الذي يختص بنزاع او خصومة ما موجودة في المجتمع ويستطيع الأفراد الرجوع إليك لحسم هذا الخلاف او الخصومة دون أن يكلف بمراجعة جهة اخرى او قاضي اخر.

في الختام نقول أن استقلال القاضي الدستوري هو استقلال الجهة المكلفة بحماية الدستور من كل انتهاك أو انتقاص منه، ومتى ما تحقق هذا الاستقلال تحققت الحماية الدستورية ولكن أي تأثير في هذا الاستقلال معناه تأثير في طبيعة الدستور وبالشكل الذي يلائم التوجهات والرغبات الخاصة بأصحاب النفوذ المؤثرين في عمل القاضي الدستوري.

خامسا: القاضي الدستوري هو قاضي إنشاء وتقرير:

كما هو معلوم فإن النصوص الدستورية المختلفة والتي تنظم شؤون السلطة غالبا ما تأتي بنصوص صريحة وواضحة في ما يتعلق بممارسة السلطة وحتى في مجال إقرار الحقوق والحريات المختلفة لأفراد المجتمع. ورغم سعي السلطة التأسيسية في صياغة النص الدستوري بالشكل الذي يحقق متطلباته إلا أن القاعدة الثابتة أنه لا يوجد نص او قانون أو دستور شاملاً كاملاً لجميع الحالات التي يمكن أن يغطيها، وهذا كما نقول دوما سنة البشر فيما يعملون فلا يوجد عمل كامل، وإذا افترضنا أن الحالة التي يطبق بشأنها النص الدستوري واضحة وقاطعة بالشكل الذي يؤدي إلى تطبيق النص بثبات واستقرار إلا أن هذا الامر في مجال النصوص والقواعد الدستورية يتطلب جهدا آخر من القاضي وهو: وجوب التوفيق بين القواعد الدستورية المختلفة، ومعنى ذلك أن وضوح الواقعة ووضوح النص الدستوري الذي يطبق بشأنها لا يكفي لإتمام عمل القاضي الدستوري، بل من الواجب عليه أن يمارس دورا ذهنيا كبير في ضمان تطبيق هذا النص بالشكل الذي يؤدي كما يمكن أن نسميه (احتواء جميع القواعد الدستورية النافذة في الدولة).

فمهمة القاضي الدستوري لا تتوقف على معالجة النصوص او القاعدة التي كانت اساساً لتقديم الطعن بل عليه مراجعة كل النصوص الذي يمسها هذا الطعن ابتداء أو من حيث الآثار المترتبة على حكم القاضي الدستوري[١].

ومهمة القاضي الدستوري هنا تختلف عن مهام اصناف القضاء الأخرى، فالقاضي العادي غير ملزم في البحث عن مدى مخالفة قواعد و نصوص أخرى بقدر بحثه عن النص الذي يضمن حل النزاع المعروض عليه، ولا نقصد بذلك انه ينكر وجود نصوص أخرى تمس الحالة المعروضة عليه ولكنه غير ملزم في أن يكون حكمه مبنيا على التوفيق بين هذه النصوص، وكذلك الحال مع القضايا الإدارية فالقاضي لا يبحث عن مدى انتهاك الادارة أحيانا لبعض الحقوق والحريات بقدر استناده إلى نص صريح وقطعي في تنظيم العمل الإداري المطعون فيه أمامه.

وان لإرادة القاضي وجهوده العقلية دور كبير في القيام بهذا الواجب فلا توجد قواعد او نصوص توضح كيفية الربط بين الأحكام الدستورية المختلفة ما لم تكن للمحكمة ذاتها هذه الكيفية القادرة على ان تضع امامها جميع النصوص والأحكام الدستورية المختلفة وبالشكل الذي يوهلها لإصدار حكم يتماشى مع الفكرة القانونية السائدة التي حددها دستور الدولة وهذا يعتمد على قدرة القاضي في الاستنتاج والتوفيق

[١] - الاثار التي تترتب على دراسة النص الاصلي الذي قد يكون متعلق بقواعد او نوصوص دستورية اخرى.

فيما يصل إليه من قناعات، ولا ادل على ذلك من مثال إلا إنشاء **(الرقابة الدستورية ذاتها)**، والتي تجد أصلها في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث ان استنتاج القاضي انذاك هو الذي ادى إلى تصدي المحكمة لما يعرف بدستورية القوانين حيث لم يكن هنالك نص يجيز للقضاء انذاك أن يقوم بهذه المهمة.

ان دور القاضي هنا يتوزع ما بين الإنشاء و التقرير **ويقصد بذلك**: أن القاضي الدستوري قد ينشأ أحيانا قواعد جديدة وقد يكتفي في أحيان أخرى بإقرار قواعد كانت غير ظاهرة بشكل صريح وهذا يعتمد على ما للقاضي من خبرة ودراية كافية في فهم الدستور **أولاً** والظروف المختلفة الواقعية التي تحيط فيه **ثانياً**.

فمثلاً قد يعمل الدستور بشكل عام على تنظيم حالة من حالات ممارسة السلطة لسبب أو لآخر، فمثلا يمكن أن يسكت القاضي الدستوري عن معالجة هذه الحالة بحجة عدم وجود النص بل يكون ملزماً بايجاد الحل الصحيح استنادا إلى ما يبنى عليه الدستور من أفكار أساسية، واستنادا إلى ما يحيط به من ظروف، ففي دساتير الدول البرلمانية يعمل القاضي عادة على تمكين البرلمان من كل القواعد والأحكام التي لم يرد بشأنها نص قاطع وثابت لأن الدستور هناك قائم على فكرة مؤداها إن البرلمان في الدولة هو حجر الزاوية، وهو الأساس الذي تنطلق منه جميع السلطات، وهذه الميزة يتمتع بها استنادا إلى الدستور الذي اتخذ من النظام البرلماني شكلاً لنظامه السياسي، ولكن القاضي أحيانا (وهنا يأتي دور الإرادة و الذهن)، قد لا يكتفي أحيانا بالاعتماد على الأفكار التي أقامها الدستور بل ينظر إلى الواقع وما يحيط به من ظروف سياسية، اقتصادية، الخ..... ويعمل على أن يواكب بينها وبين النصوص والأفكار التي أنتجها الدستور، ففي الكثير من الأحيان نجد أن القضاء الدستوري يتجه في النظم البرلمانية إلى تقيد البرلمان وتمكين سلطات أخرى على حسابه، فإذا وجد مثلاً أن هذه البرلمانات غير قادرة على أداء أدوارها بشكل صحيح، فإن القاضي هنا لا يذكر ذلك صراحة في حكمه من ضعف المؤسسة البرلمانية أو ضعف أحد السلطات، ولكنه يجعل ذلك اساساً لحكمة.

وعلينا أن نميز بين دور القاضي في إنشاء القواعد ودوره في إقرارها، فكما بينا إن الإنشاء كما هو معلوم ينصرف إلى إيجاد قواعد وأحكام جديدة لم يشير إليها الدستور بشكل صريح أو ضمني، بمعنى آخر إنشاء أحكام كانت غائبة على بال وفكر أشخاص السلطة التأسيسية الذين وضعوا الدستور، **مثلاً** اتجاه المحكمة الاتحادية العليا في العراق إلى إنشاء قاعدة (الثلث المعطل) أو كما يسميها البعض (الثلث الضامن)، إذ تعتبر القاعدة المذكورة قاعدة جديدة أوجدها القضاء الدستوري، و إن لم تكن موجودة في أصل السلطة التأسيسية، **وقد يقول قائل:** أن القاضي الدستوري هنا استنتج ذلك من طبيعة العمل البرلماني، ومن طبيعة النص الذي يوجب التصويت باغلبية الثلثين؟ *لكن هذا القول* مردود، لكون هذا الحكم يتضمن جانب اجرائي بحت يتعلق بتحقق بنصاب انعقاد جلسة البرلمان التي نظمتها مواد صريحة حيث كان الإنشاء من باب التمييز في نصاب جلسات الإنعقاد ما إذا كان العمل المراد التصويت عليه يحتاج إلى اغلبية بسيطة او اغلبية موصوفة، **ومن جانب آخر** فإن هذا الحكم كان بمثابة إنشاء قاعدة جديدة أجازة للسلطة

القضائية التدخل في تنظيم أعمال سلطة عامة أخرى هي السلطة التشريعية، رغم أن المبدأ الصريح في دستور الدولة هو مبدأ الفصل بين السلطات.

وقد يقول قائل أيضا: أن هذا الامر لا يعد اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات، لإننا وبشكل مؤكد لا نقصد الفصل المطلق بين السلطات، بل نقصد الفصل المرن، والحديث خصوصا في الدستور العراقي هو الذي اختار النظام البرلماني كنظام سياسي له، لكننا نقول هنا إلى الفصل المرن يعني إمكانية التعاون بين السلطات أو تعقيب بعضها على بعض فيما يخص القواعد التي تنظم اختصاصات كل سلطة على حد، ولا يعني التدخل في كيفية ممارسة السلطة لاختصاصاتها المختلفة، فلا يمكن أن نتصور مثلاً أن تتدخل الحكومة في كيفية تنظيم عملية الاستجواب او السؤال، ولا يمكن أيضا أن تتدخل السلطة التشريعية (البرلمان) في رسم السياسة العامة للدولة التي تقع أصلا على الحكومة، ولا يمكن أن تدخل السلطة التشريعية او التنفيذية في كيفية انعقاد أي صنف من أصناف المحاكم، وكل هذه الأمثلة تنظمها نصوص صريحة **فالذي نريد أن نبينه هنا**: أن القاضي الدستوري نتيجة إرادته الشخصية وجمعه بين النصوص و الظروف السائدة قد يتجه أحياناً ألى إنشاء قواعد دستورية لم يكن لها حضور صريح أو ضمني في دستور الدولة.

اما عن دور القاضي في التقرير فهذا واضح جداً من خلال وجود قواعد ضمنية يشير إليها دستور الدولة بشكل ضمني وليس صريح ويأتي دور القاضي هنا في كشف هذه القواعد و الفصح عنها، ولعل أبرز الأمثلة في هذا المجال هو إستناد الكثير من النظم القضائية الدستورية إلى مقدمات الدساتير (الديباجة) في إقرار الكثير من الأحكام الدستورية وخاصةً في مجال الحقوق والحريات العامة، والقاضي هنا قد لا يلتفت كثيرا إلى الخلاف الفقهي حول قيمة الديباجة أو المقدمة بقدر اهتمامه على أن تكون هذه الديباجة بما تحتويه من عبارات وصياغة لفظية كفيله بإيجاد الحل للمنازعات المعروض عليه، فالقاضي كما هو معلوم وبشكل عام لا ينظر إلى القانون و إلى الدستور نظرة مجزئة بل يتعامل معه باعتباره وحدة متكاملة لا تقبل التجزئة والتفريق، ويحدث ذلك عادة عندما تكون الظروف غير مناسبة لتطبيق نص او حكم دستوري بالشكل الذي يبيح للقاضي البحث عن ضالته في الحكم في ديباجة الدستور .

ولكن هل هنالك فرق بين ما يذهب إليه القاضي الدستوري من إنشاء للقواعد الدستورية وبينما يقره منها؟

ج// على أرض الواقع لا يوجد هنالك فرق بين الحالتين حيث يبقى قرار القاضي نافذا أياً كان سببه، بحق السلطات العامة والافراد، ولكن من حيث التاصيل الفقهي قد يكون هناك فرق، من حيث أن الإنشاء يمكن أن يعد بشكل او بآخر اعتداء على الإرادة العامة التي مثلتها السلطة التأسيسية حيث ان إنشاء القاعدة قد يحمل معه مخالفة صريحة او ضمنية لقواعد دستورية أخرى. في حين أن وسيلة إقرار الأحكام القضائية للقواعد الدستورية لا تحمل في أصلها اعتداء على احد وإنما هي من صميم سلطة القاضي في البحث عن القاعدة الأقوى و التعبير عنها احتراما للهرم القانوني الموجود في كل دولة.

الخاتمة Conclusion

في نهاية البحث نعتقد من المناسب استعراض عدد من النتائج والمقترحات التي توصلنا اليها.

النتائج:

١- ان القضاء الدستوري قضاء خاص جدا ... ووجه الخصوصية لا ترتبط باعتبارها يتعامل مع نصوص اقوى الوثائق النافذة في الدولة وهو الدستور ... بل ان تظهر الخصوصية فيما يتمتع به القاضي الدستوري من خصائص تميزه عن بقية اصناف القضاء.

٢- ان ارادة القاضي محل اعتبار في القضاء الدستوري ... ففي الحقيقة لا نستطيع ان نقول ان هناك ضوابط واسس ثابتة لممارسة القاضي الدستوري لاختصاصاته ... نحن نتحدث عن عمل يستهدف الفصل فيما يعد انتهاك للإرادة العامة المعبر عنها دستوريا من عدمه... وهذا يستدعي تحليل وتفسير النصوص والوقائع بشكل معمق جدا للوصول للقرار الصائب. وهذا التفسير والتحليل لا ينفك عن ارتباطه بالعقلية والذهنية الخاصة بالقاضي.

٣- ان القضاء الدستوري وفي احيان كثيرة هو قضاء الظروف السائدة ... صحيح ان الاصل هو مطابقة القانون او التصرفات للنصوص الدستورية مع ما تحمله من معاني ظاهرة .. الا ان حقيقة العمل القضائي على ارض الواقع هو الربط بين النص ومعناه الظاهر مع ما يحيط به من ظروف اجتماعية سياسية اقتصادية داخل المجتمع.

٤- في الحقيقة ان ما يقوم به القاضي الدستوري يجعل منه السلطة الاكثر خطورة ... فجميع السلطات العامة هناك من يعقب على اعمالها بشكل او باخر ... اما القضاء الدستوري تكاد تتفق جميع النظم الدستورية على عدم وجود معقب على احكامه وهو ما دعانا لوصفه بالأكثر خطورة خصوصا اما مورست اختصاصات هذا القضاء لنوايا واغراض سياسية وحزبية وفئوية .

المقترحات :

١- العمل على اعادة تصميم طبيعة عمل القضاء الدستوري بالشكل الذي يتقسم العمل داخل هذه المؤسسة بالشكل الذي يراعي اختلاف النصوص الدستورية وطبيعتها ومدى تطبيقها المباشر داخل المجتمع . بمعنى اخر ايجاد هيئات مختلفة من حيث التشكيل والاختصاص فيما اذا كان الطعن المتقدم متعلق بنصوص السلطة او النصوص المنظمة للحقوق والحريات العامة.

٢- يلاحظ على كثير من النظم القضائية الدستورية اعتمادها بشكل او باخر على ما يعرف بفكرة العدول ... وهذا دليل على استدراك هذه النظم لما تقع به من اخطاء ... لذلك نقترح ان يكون هناك تعقيب بشكل باخر على قرارات المحاكم الدستورية فالقاضي الدستوري في جميع الاحوال انسان طبيعي قد يصيب وقد يخطئ وقد يتجرد من كل اعتبارات وقد يتأثر بها.

٣- لان القضاء الدستوري يحاكي بشكل او باخر الظروف الواقعية التي يعيشها المجتمع ... فان ذلك يوجب ان تكون الهيئة التي تمارس هذا الاختصاص متكونة مؤكدا من قضاة ولكن ايضا يكون بجانبهم اعضاء من فئات اجتماعية مختلفة فالحكم القضائي هنا هو ليس قانونيا بحت .
٤- لخطورة ما تمارسه الهيئة القضائية الدستورية فإننا نعتقد ان الافضل ان تكون عضوية هذه الهيئة مؤقتة بمدة محددة غير طويلة نسبيا لضمان عدم خضوع اشخاص هذه الهيئة لأي ضغوطات جانبية .