الدور الإصلاحي للقاضي الدستوري في معالجة القصور التشريعي

The reformist role of the constitutional judge in addressing legislative deficiencies

أ.م.د.مصطفى رسول حسين و أ.د.شورش حسن عمر
جامعة السليمانية ـ كلية القانون

Abstract

The role of the constitutional judge in legislative reform aims to reduce the scope of unconstitutional provisions by either addressing the legislative shortcomings of the legal texts by following the interpretation in addition to the legislative texts, but according to the controls that we mentioned in our research.

And also through the control of proportionality from the scope of the constitutional judiciary, as it plays the role of a guide to establish a balance between a legislative text that defends a public interest and a constitutional text that states a fundamental right, and based on the above, we will divide our research into three topics. The interpretation of the constitutional judge and his role in addressing the legislative shortcomings. As for the third and final topic, we have devoted the control of suitability by the constitutional judge and its impact in addressing the legislative shortcomings.

Key words: Legislative reform, legislative shortcomings, proportionality control, appropriateness control

الملخص

ان دور القاضي الدستوري بالإصلاح التشريعي انما يهدف الى تقليل نطاق احكام عدم الدستورية و ذلك من خلال اما معالجة القصور التشريعي للنصوص القانونية و ذلك بإتباع التفسير بالإضافة الى النصوص التشريعية و لكن وفقاً للضوابط التي ذكرنا في بحثنا.

وكذلك من خلال رقابة التناسب من نطاق القضاء الدستوري فهي تلعب دور المرشد لإقامة التوازن بين نص تشريعي يدافع عن مصلحة عامة و نص دستوري ينص على حق اساسي ،وبناء على ما سبق سنقسم بحثنا الى ثلاث مباحث المبحث الاول خصصنا لمفهوم القصور التشريعي وتناولنا في المبحث الثاني الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري و دوره في معالجة القصور التشريعي اما المبحث الثالث و الاخير فقد خصصنا لرقابة الملاءمة من قبل القاضي الدستوري و اثره في معالجة القصور التشريعي.

الكلمات الدالة :الاصلاح التشريعي ، القصور التشريعي، رقابة التناسب، رقابة الملائمة

المقدمة

التعريف بموضوع البحث واهميته:

ان التشريع وسيلة لتحقيق غاية اساسية او اجتماعية او اقتصادية و هذا يتطلب ان يكون لدى المشرع تصور مسبق و كامل عن الغاية المراد تحقيقها، و سياسة تحقيق الغايات المختلفة التي يسعى اليها القانون عبرة وسائل المتعددة، ويعد التشريع تعبيراً صادقاً عما تقضي به حاجة المجتمع.

وبما التشريع عبارة عن عمل بشري يقوم به المشرع و لايمكن للمشرع ان يصل الى درجة الكمال، لأن قدرات الانسان محددة لذا ان احتمال حدوث القصور في التشريعات امر وارد في كل الزمان و المكان، فالمشرع مهما كان ثاقب البصر، واسع الخيال، محيط بالحوادث ، يبقى قاصراً على استيعاب المستجدات في اعقاب التشريع، هذا اضافة ان التشريع في معالجته متناهي تحيطه الحدود ، وليس المتناهي ان يحيط اللا متناهي او يحكمه.

والمقصود بالقصور التشريعي هو حالة يواجهها القاضي من خلال قيامه بمهمته في تفسير وتطبيق قواعد التشريع على الحالة المعروضة امامه سواء اكان هذا التشريع موضوعياً ام اجرائياً .

وقد تكون الحالة التي يواجهها القاضي (حالة النقص او القصور التشريعي) سواء اكان النقص في الصياغة ام في المفهوم و قد يكون القصور في (السكوت) عن الحالة المعروضة امامه.

ان القصور التشريعي و هو من الموضوعات الحديثة نسبياً لم يتسنى للفقه الدستوري بعد التعرض له بالقدر المطلوب لجهة تحديد مفهومه او مضمونه رغم مواجهة القاضي الدستوري له.

ويتحقق قصور التنظيم التشريعي الخاضع لرقابة القضاء الدستوري عندما يتعامل المشرع مع احد الموضوعات التي يهتم بتنظيمها ، ولكن تأتي هذا التشريع سواء عن قصد او اهمال ، ناقصة او عجزت عن تغطية كافة جوانبها، الجوانب التي تؤدي الى انتهاك الضمانة الدستورية للحق محل التنظيم، واذا نظم المشرع تنظيماً ناقصا او غير مكتمل للحقوق و الحريات العامة،او اهماله لجزء من النصوص القانونية بأن هذا النظام لا يكتمل بدونها ، فهذا يعد انتهاكاً لضماناته التي حددها الدستور له.

اشكالية البحث:

- ان كيفية اصلاح القصور التشريعي تطرح بصورة مباشرة طبيعة العلاقة بين جهة الرقابة والسلطة التشريعية وحدود الرقابة القضائية، وهل يمكن للقاضي الدستوري ان يتدخل عمل السلطة المؤسسة الاصلية.
- ماهو الاساس الذي يستند اليه القاضي الدستوري في ممارسته رقابة قصور التشريعي؟

خطة البحث:

المبحث الاول : مفهوم القصور التشريعي.

المبحث الثاني: الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري و دوره في معالجة القصور التشريعي.

المبحث الثالث: رقابة الملاءمة من قبل القاضي الدستوري و اثره في معالجة القصور التشريعي.

المبحث الاول : مفهوم القصور التشريعي

يقصد بالقصور التشريعي عجز المنظومة القانونية عن معالجة القضايا والمسائل المعروضة نتاج الاهمال و السكوت أو بسبب عيوب جسيمة في الصياغة و في تحديد المفاهيم،سنقسم هذا المبحث الى المطالب الآتية:

المطلب الأول : تعريف القصور التشريعي

يقصد بالقصور التشريعي عدم كفاية النص التشريعي الموجود فعلا للوفاء بتغطية ومعالجة المسألة والموضوع الذي تولى تنظيمه بشكل جيد، سواء من حيث حجم التغطية او نوعها او مستواها، بمعنى ان المشرع قد قام بسلوك إيجابي من خلال وضعه القانون محل البحث والتعليق، وتناول كل موضوع ولكن بصورة سطحية، ولا تنازل عن اختصاصه لغيره. [99] وهو كل حالة يضطر فيها القاضي وهو يرمي لتحقيق العدالة او تثبيت الحق الركون بعيداً عن المعنى الحرفي لنص القانون مستخدما القياس أو مستعينا بالمبادئ العامة للقانون وغيرها للوصول للحكم المناسب واكمال نصوص القانون[100].

وعرف الفقه الدستوري مصطلح القصور التشريعي بأنه الحالة التي يكون فيها تنظيم القانون لا كما ينبغي أن يكون وفقا للقواعد والمعايير العامة للقانون والذي يتمثل

في ثغرات تخل في تكامل النظام القانوني وآلياته[101]، أو بالمعنى الواسع عدم وجود قاعدة محددة لنضية بعينها تحتاج إلى تنظيم، نتيجة لغياب متطلبات تنفيذ العمل الإيجابي المفروض من قبل سلطة صنع الدستور على المشرع[102]، وعرف ايضاً

---

[99] . د. عبد الرحمن عزاوى, الرقابة على السلوك السلبى للمشرع الاغفال التشريعي نموذجا, مجلة العلوم القانونية الادارية و السياسية, المجلد 2010, العدد 10, جامعة ابو بكر بلقايد,كلية الحقوق, الجزائر, ص 87.

[100] . ينظر بهذا المعنى: أز س كاناريز. سد الفراغ في القانون و موقف النظام القانوني الألماني منه, ترجمة د. الرسول الجصاني, منشور في مجلة القضاة, ع1, س28, ص75 وما بعدها.

[101] PROBLEMES DE L OMISSION LEGISLATIVE DANS LA JURISP[UDENCE CONSTITUTIONNELLE/ Questionnaire/ [our le xive congress de la conference des cours constitutionnelles europeennes/ pl>

[102] Juan Luis REQUEJO: The problems of legislative omission in, constitutional jurisprudence, paper from the constitutional court of spain, XIV conference of constitutional courts of Europe, Vilnius- May2008 p4- 6. نقلا عن محمد نجم محسن الشحماني، دور القاضي الدستوري في اصلاح القصور التشريعي دراسة تحليلية مقارنة،رسالة مقدمة الى كلية الحقوق ،جامعة عين شمس ،2022،ص 49 وما بعدها

بوجود فجوة في القانون تمنع الممارسة السليمة للحق المكفول دستوريا[103]"، وأن الفجوة التشريعية الناجمة عن عدم امتثال المشرع لالتزام دستوري صريح يلزمه بالتدخل لجعل القواعد الدستورية فعال[104]، وينبغي ضرورة قيام المشرع باستنفاذ اختصاصه التشريعي على اعتبار أنه أكثر الهيئات العامة في الدولة قدرة على استجلاء جوانب المصلحة العامة، واستنفاذ المشرع لاختصاصه التشريعي ضرورة التدخل تشريعيا كلما استدعت المصلحة العامة ذلك، بحيث لا ينطوي النظام القانوني على فراغ تشريعي من أي نوع كما يعني عدم تخلي المشرع عن جزء من اختصاصه للسلطة التنفيذية تحت ستار التفويض التشريعي إلا في الحالات وبالشروط المنصوص عليها في دستور الدولة[105]

المطلب الثاني : تمييز القصور التشريعي عن بعض المصطلحات المتشابهة

يختلف مفهوم القصور التشريعي عن بعض المصطلحات المتشابهة معه، كالإغفال التشريعي والتسلب من الاختصاص ، الإغفال التشريعي يعني عدم كفاية التنظيم الذي اجراه المشرع بشأن تنظيم موضوع معين سواء تعلق القصور بالموضوعية او بالصياغة الفنية.

ان الاغفال التشريعي يعد اخلالاً بإلتزام سياسي قانوني على عاتق المشرع سواء كان تنظيم هذه المسألة يدخل ضمن انفراده المطلق او النسبي او في دورة عادية او استثنائية، او من اقتراح النواب او من الحكومة ، ويرجع ذلك لوجوب ان يكون التنظيم التشريعي للحق او الحرية المقررة دستورية فعالاً و يبطل كل تنظيم قانوني يحد من هذه الفعالية ، وفي المقابل يكون القانون باطلاً و مخالفاً للدستور فيما النقص به من ضمانات هذا الحق او الحرية.

ويباشر المجلس الدستوري رقابة الاغفال في فرنسا ويتوسع فيها اذ انه لم يقتصر على حالة ما اذا كان النص القانوني مخالفاً لنص دستوري ،بل تمتد للحالات التي يخالف فيها نص تشريعي سابق، متأثراً بموقف الفقه الفرنسي القائل بأن امتناع المشرع هو عدم الاختصاص السلبي ينطوي في ذاته على تجاوز البرلمان لسلطته، وان عدم الاختصاص السلبي يشبه عدم الاختصاص الايجابي للمشرع المتمثل في اصدار قواعد قانونية خارج مجال اختصاصه.

---

[103] **Denise TEIXEIRA DE OLIVEIRA; LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DES OMISSIONS LEGISLATIVES INCONSTITUTIONNELLES AU BRESIL, Congres Francais de droit Constitutionnel- AFDC- Lyon 2014, p1.**

[104] **GILMAR MENDES; Constitutional jurisdiction in Brazil; the problem of, unconstitutitutional Legislative Omission; p4- 6. نقلا عن محمد نجم محسن الشحماني، دور القاضي الدستوري في اصلاح القصور التشريعي دراسة تحليلية مقارنة،رسالة مقدمة الى كلية الحقوق ،جامعة عين شمس ،2022،ص 49 وما بعدها**

[105] **د. محمد ماهر أبو العينين, الانحراف التشريعى و الرقابة على دستورية, دراسة تطبيقية في مصر, ج2, دار أبو المجد, القاهرة, 2006, ص 76: د. عيد احمد الغفلول, فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع, دار النهضة العربية, القاهرة, 2003, ص 36.**

اما التسلب من الاختصاص يعني ان الدستور قد اناط بالمشرع امر تنظيم حق من الحقوق او حرية من الحريات او موضوع ما ، الا انه يفرط في اختصاصاته لصالح السلطة التنفيذية .

اما القصور التشريعي فيقصد به عدم كفاية التنظيم الذي اجراه المشرع بتنظيم موضوع معين سواء تعلق القصور بالموضوعية او بالصياغة الفنية و عدم قدرة النصوص التشريعية على تلبية الانتظارات المجتمعية و عدم تضمن النص التشريعي لما تقوم الحاجة اليه من احكام التفصيلية او جزئية ، في ظل محدودية المشرع للتحولات الجارية على مختلف الاصعدة السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، وما يترتب عن ذلك من اتساع الفجوة بين النص و الواقع ، وفقدان التشريع لحيويته اللازمة لإستيعاب المستجدات وادماجها.

والقصور التشريعي إنما يتم عن إغفال او قصور جانب من جوانب الموضوع محل التنظيم بما يؤدي إلى الحد من فاعليته, دون أن يكون مصحوبا بإحالة التنظيم إلى سلطة أخرى، عكس حالة عدم الاختصاص السلبي للمشرع فإنه يشمل تخلي المشرع عن اختصاصه لصالح السلطة التنفيذية دون سند من الدستور,[106] و أن تناول المشرع موضوع معين بصورة مبتسرة أو على نحو منقوص, فيمكن الطعن بعدم دستورية النص القانوني, محل الطعن فيما تضمنه من حكم قاصر, أو فيما لم يتضمنه من حكم كان يتعين أن يتضمنه, لكونه أيضا يتضمن قاعدة سلبية مخالفة للدستور, هذا ويستوي في القصور الجزئي لا يرتب اثره بعدم الدستورية, أن يكون جاء من عمد من المشرع ام عن خطأ لأنه ليس جزاء للمشرع على غفلته, و إنما هو جزاء على النقص التشريعي في التنظيم وعدم الاحاطة بكافة جوانب المسالة محل التنظيم, وفق النموذج الدستوري لها.[107] لذا نتفق وما ذهب إليه بعض الفقه الدستوري أن قصور التشريع يتمثل في قصور المشرع في تنظيم بعض الجوانب للموضوعات التي كفلها الدستور, و أن المشرع قد يتخلى عن قصدا أو سهو, وان كان البعض يميز بين سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، وهو ما يعتبر عيباً قصديا في التشريع يتصل بالأغراض التي يتوخاها المشرع من وراء تبنيه لها، ويين خطئها في تقدير واقعة أو سوء فهمها لأوضاع قام القانون عليها، أو قصد إلى تنظيمها. وذلك أن خطأها في التقدير، وسواء كان بينا أو محدوداً، هو خطأ بتقييم مداخل العملية لتشريعية ذاتها، وهو بالتالي غير مقصود، أما إساءة استعمال السلطة إذ هو الخروج قصدا عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية، وتحريفا لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تخالطها وهي أغراض يتعين تجنبها بالنظر إلى حماية الدستور وتقرير الحماية الكاملة لأحكامه لا يتحقق بغير التقييد بالأغراض التي تربط قواعده ببعضها، وتضمها لبعض في إطار وحدة عضوية تجمعها,[108]

---

[106] د. عبد الحفيظ الشيمي, رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا, دار النهضة العربية, القاهرة, 2003, ص 22.

[107] د. محمد باهي أبو يونس, أصوال القضاء الدستوري, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, 2013, ص30.

[108] د. عوض المر, القابة القضائية على دستورية القوانين فى ملامحها الرئيسية, مركز رينيه- جان ديوي للقانون و التنمية, دون ذكر مكان و سنة الطبع, ص 1381.

فيترتب بذلك فراغ تشريعي لا يتماشى مع التزام المشرع بضرورة ممارسة اختصاصه التشريعي على الوجه المبين في الدستور, من خلال الإعلان بوجود مخالفة دستورية يتوجب على المشرع التدخل لرفعها من خلال التشريع, انطلاقا من التزام دستورية يتوجب على المشرع التدخل لرفعها من خلال التشريع, انطلاقا من التزام المشرع بضرورة أن يفرغ محتوى النصوص الدستورية في قانون يحقق أهدافها و تقييد بمضمونها و يلتزم الأغراض الكلية التي لا يعارضها.

والسؤال التي تثار هنا ما هو معيار تحديد القصور وما هي الوسيلة لإكمال هذا القصور، وكيفية تحديد القصور في التنظيم التشريعي؟ للإجابة على هذا الاستفسار الجوهري نتطرق الى ما ذهب اليه بعض الفقه الدستوري بالقول: يتحقق القصور في التنظيم التشريعي الذي يكون محلا للرقابة من القضاء الدستوري، بأن تناول المشرع أحد الموضوعات التي يختص بها بالتنظيم، لكن يأتي هذا التنظيم- سواء عن عمد أو إهمال- غير مكتمل أو قاصرا عن أن يحيط بكافة جوانبه بما يؤدى إلى الإخلال بالضمانة الدستورية للحق محل التنظيم، وإذا نظم المشرع حق من الحقوق أو حرية من الحريات تنظيما قاصرا أو منقوضا بأن أغفل أو أهمل جانبا من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها. كان ذلك إخلالا بضماناتها التي هيأها الدستور لها، وبذلك مخالفة ،للدستور يتعين قمعها عن طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين هذا القصور في لتنظيم التشريعي اصطلح على تسميته فقهأ ب الإغفال التشريعي وهو مصطلح غير دقيق لأنه يطلق على عدم التنظيم الجزئي والكلي، وعدم التدخل التشريعي في تنظيم الموضوع، فهو لفظ مطلق والمصطلح الأدق هو قصور التنظيم التشريعي وتحديد ما إذا كان التنظيم التشريعي لحق أو حرية مكتملا أو قاصراً مرجعه إلى القضاء الدستوري.[109]

هذا بالإضافة الى أن تدخل المشرع نفاذاً لحكم الدستور بالتنظيم لحق معين فإن تدخله يجب أن يكون متكامل الجوانب مفعلاً لكافة الضمانات الدستورية لهذا الحق بحيث إذا أغفل او قصر جانبا فإن ذلك من شأنه أن يقلل من الحماية الدستورية لهذا الحق بما يخالف الدستور، فضلا عن أن كل مخالفة للدستور، سواء تعمد المشرع أم انزلق إليها بغير قصد يتعين قمعها وأنه إذا كان القاضي الدستوري يراقب النشاط لإيجابي للمشرع ويهدر التشريع المخالف للدستور فمن باب أولى يستطيع أن يراقب القصور التشريعي إذا كان من شأنه أن يتضمن مخالفة دستورية، وأن فكرة الدولة القانونية تكفل خضوع جميع سلطات الدولة للقانون سواء في تصرفاتها الإيجابية أو السلبية التي تشكل مخالفة دستورية، وعلى افتراض صحة القول بأن القانون تعبير عن الإرادة العامة، فإن البرلمان هو أداة صياغة هذا التعبير، والقصور التشريعي ما هو إلا تعبير عن الإرادة العامة لم تتم صياغته بمعرفة المشرحع، ومن ثم تشكل عدم

---

[109] د. عبد العزيز محمد سالمان, الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي, دراسة فقهية قضائية مدعمة بجميع ما اصدرته المحكمة الدستورية العليا من احكام, الطبعة الاول, المركز القومي للإصدارات القانونية, القاهرة, 2021, ص 80 بعدها.

الصياغة مخالفة دستورية[110]، وانطلاقا من ذلك يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن رقابة القصور التشريعي ليست رقابة على قواعد غير موجودة، لأن من الواجب تفسير قصور المشرع على تسوية مسألة معينة على أنه قاعدة سلبية وليس قاعدة غير موجودة، والقاعدة السلبية هي التي يفهم منها اتجاه نية مصدرها إلى وضع بعض القيود على استعمال حق معين من جانب الإفراد أو ترك مسألة معينة أو مجموعة من المسائل دون تنظيم رغم التزامه بالتدخل لتنظيمها من حيث المبدأ، وفي الحالتين يجب على القاضي الدستوري التتخل لمراقبة هذه القاعدة السلبية الرجوع إلى أحكام الدستور التي توجب ضرورة التدخل لتنظيم هذه المسألة.[111]

أما القول بأن جهة الرقابة غير مخولة بأن تزن نفسها ومعاييرها ما إذا كان القانون لازماً، وما إذا كان إقراره ملائماً، لأن ذلك يدخل في السلطة التقديرية للمشرع، التي يتمثل جوهرها في المفاضلة بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم الحلول المختلفة.[112] وإلا كان ذلك عدواناً على هذه الموضوعات التي ينظمها القانون، مجانباً حدود تنظيمها، ومنتهيا إلى مصادرتها أو تقيدها[113]. وهكذا فإذا كان المشرع يظل مقيدا بأحكام الدستور في المجال الخصب إعمال سلطته التقديرية، فلا شك أن درجة تقيده بأحكام ومبادئ الدستور في غير هذا الموضع تكون أشد، خصوصا بالنسبة للأحكام التي تلقي على عاتق السلطة التشريعية التزامات صريحة لا لبس فيها، لدرجة القول بانعدام سلطته التقديرية فيها، ومن ذلك التزامه بضرورة ممارسة اختصاصه بالتشريع بنفسه وعلى الوجه المبين في الدستور وإلا كان في تصرفه مساس بالموضوع الذي كفله الدستور، مما يبرر الطعن بعدم دستوريه.[114]

المبحث الثاني : دور القاضي الدستوري في معالجة القصور التشريعي

اختلفت النظم الدستورية المختلفة في كيفية معالجتها لمشكلة القصور التشريعي، وأن القاضي بإرادته يحدد المعنى الحقيقي للنص التشريعي الذي يدعي أن المشرع قد خالفه، أي أنه يتستر وراء النصوص ليقول بوجود مخالفة من قبل القانون وهو ما يجعل وقع حكمها مقبولا لدى السلطة التشريعية[115]، وأن القضاة لا يصبحون رقباء فقط على مضمون ممارسة السلطة، بل هم يسهمون أيضا في ممارستها، من حيث أن مكنة القاضي في أداء دوره كحامي للدستور هي من تبرر تدخله في إلزام المشرع بتشريع قوانين لا يكتمل التنظيم القانوني للحقوق إلا بها، وبناء عليه فإن طبيعة وظيفة القضاء قد تغيرت، من هيأة المفروض بها أن تراقب القانون لهيئة

---

110 د. عبد العزيز محمد سالمان, رقابة الإغفال في القضاء الدستوري, دون ذكر أرقام صفحات بحث منشور على الموقع الإلكتروني: http://www. Startimes.com.

111 د. محمد ماهر ابو العينين, الانحراف التشريعي و الرقابة على دستوريته, مرجع سابق, ص 86.

112 حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 9 لسنة 16 قضائية- دستورية جلسة 5 اب 1995, قاعدةرقم 10/7 ص 114, من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

113 حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 30 لسنة 16, قضائية- دستورية جلسة 6 نيسان 1996, قاعدة رقم 33, ص 551, من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

114 د. عادل الطباطبائي, الحدود الدستورية بين السلطتين و القضائية, دراسة مقارنة. مجلس النشر العلمي, جامعة الكويت, 2000, ص 432.

115 د. محمد ماهر أبو العينين, الانحراف التشريعي و الرقابة على دستوريته, مرجع سابق, ص 364.

تراقب العمل التشريعي، وهذا يعني أنها أصبحت هيأة تحكم، لان من أنجح وسائل الحكم هو وضع قواعد قانونية المجتمع، و تظهر الدور الايجابي للقاضي الدستوري في معالجة القصور التشريعي من جانبين، تفسير الدستور و رقابة التناسب لذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين:

المطلب الاول : الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري و اثره في معالجة القصور التشريعي

المطلب الثاني: رقابة التناسب من قبل القاضي الدستوري و اثره في معالجة القصور التشريعي.

المطلب الاول:الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري و اثره في معالجة القصور التشريعي

سنقسم هذا المطلب الى فرعين:

الفرع الأول : مفهوم التفسير القضائي

اوجد الفقه الدستوري عدة تعريفات على المدلول اصطلاحياً للتفسير حيث عرف التفسير بأنه توضيح ما اقتضب من نصوصه و تخريج ما نقص من احكامه و التوفيق بين اجزائه المتناقضة.

اما التفسير القضائي هو التفسير الذي يصدره القضاء بمناسبة تطبيقه للنصوص القانونية على الدعاوى المعروضةعليه، ويتميز هذا التفسير بالطابع العملي لأنه متأثراً بالظروف المحيطة به فضلا عن احاطة القاضي بالنتائج التي التي يمكن ان تترتب على الحكم الصادر منه[116].

ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى القول بأن القاضي الدستوري حينما يباشر رقابة الدستورية السابقة يفصل في معنى و قوة القاعدة الدستورية دون ان يفصل فيه[117] .

ان التفسير من الناحية الواقعية و تحليل احكام القضاء الدستوري انه يأخذ صوراً ثلاثة ، الحالة الأولى غموض النص عندما يكون الغرض توضيحها و الكشف عن بياناتها، والحالة الثانية تعارض النصوص او التناقض فيكون الغرض منه ازالة هذا التناقض فيما بينهما، والحالة الثالثة ،مدى و نطاق تطبيق النص، اي بمعنى ان التفسير القضائي تقتصر ولايته على تحديد مضمون النص القانوني محل التفسير و توضيح ما ابهم من الفاظه و التوفيق بين اجزاء المتناقضة على ضوء ارادة المشرع تحرياً مقاصده من هذا النص ، و وقوفا عند الغاية التي استهدفها من تقريره[118].

ان التفسير هو بيان او ايضاح الحكم الذي تضمنته الفاظ وعبارات النص من قبل القضاء، و ذلك اخذا من المعنى اللفظي لكلمة فسر، و ينبع التفسير من المحاكم

---

[116] د.جورجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدستور، ط3 ، دار النهضة العربية ،القاهرة،2005،ص15.

[117] د.هشام عبدالمنعم عكاشة، المحكمة الدستورية العليا، قاضي التفسير،دار النهضة العربية، القاهرة ،2005،ص12.

[118] د.محمد فوزي ،التفسير المنشئ للقاضي الدستوري،ط1، دار النهضة العربية ،القاهرة ،بلا سنة طبع،ص6

بصدد تطبيقها للنصوص على المنازعات المثارة امامها، ومن الطبيعي ازاء ذلك يكون هذا النوع من التفسير اكثر شيوعاً من ناحية، و ان يتسم بالطابع العملي من ناحية اخرى.

ان القضاء الدستوري الحديث يميل في اطار رقابة الدستورية الى نموذج جديد منها ، اجمع الفقه الدستوري على انها نموذج ثالث بين التصريح بعدم دستورية القانون الخاضع للرقابة او التصريح بدستوريته في حال العكس، فهي رقابة تصحيحية يعمل من خلالها القاضي الدستوري على تصحيح القانون دون الغاءه، من خلال التغلب على حدود الثنائية التقليدية الجامدة للرقابة[119].

من ذلك يتضح انه ، وفي منطقة وسط بين الدستورية و عدم الدستورية ، تقع تقنية تحفظات التفسير ، هي عبارة عن سياسة قضائية جديدة للقاضي الدستوري، يتجاوز بها من ناحية بعض الاشكاليات التي قد تثيرها النصوص الخاضعة للرقابة، و ما قد تفرزه من مشكلات ذات طبيعة سياسية ، كالغموض و عدم التحديد ، او يتعامل من خلالها من ناحية اخرى مع الخيارات التي يتبناها المشرع، و التي و ان كانت لاتخالف في عمومها منظومة الاحكام الدستورية، الا انها لا تتفق في متطلباتها الضرورية.

ويجدر بالإشارة ان انشاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق بعد عام 2003 مر عبر مرحلتين اولهما كانت من خلال قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 اما الثانية فكانت بصدور دستور جمهورية العراق لسنة 2005 و ذلك لتكون المحكمة الاعلى في النظام القضائي العراقي، ولكن الفارق الذي اتضح لنا من خلال تشكيل فيكل من قانون ادارة الدولة و الدستور هو الاختلاف في التشكيل و الصلاحيات فنجد ان المحكمة لم تكن من بين صلاحياتها تفسير نصوص الدستور استناداً الى قانون ادارة الدولة الملغي بينما قد منحت هذه الصلاحية في ضوء دستور جمهورية العراق لعام 2005.

اذ جعل الدستور هذا الاختصاص من مهام المحكمة الاتحادية العليا حصراً فهي مهمة جسيمة بأعتبار انها ستكون المرجع لأي خلاف يثور حول تفسير اي نص دستوري.

الفرع الثاني : اثر الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري في معالجة القصور التشريعي

وهناك من يرى انه ، ومن خلال تقنية التحفظات التفسير ، يظهر الشكل او الوجه الايجابي للجهة القائمة بالرقابة في مسألة دستورية قانون ما، و مدى مطابقته لأحكام الدستور بتعديله و ادخال بعض التصحيحات عليه حتى يتماشى مع احكام الدستور، تفادياً لإلغائه وفقدان النص لفعاليته بقوة الدستور.

ويختلف هذا الموقف الايجابي من جانب القاضي الدستوري عن موقف آخر سلبي يتخذه من النص الخاضع لرقابته، من خلال ما يصدره من احكام ذات طابع توجيهي ، تهدف اما لفت انتباه الجهات القائمة على تنفيذ النص بضرورة تنفيذه وفقاً

---

[119] د.شعبان احمد رمضان ،ضوابط و اثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،2000،ص456.

لضوابط معينة ، بحيث تظل دستوريته معلقا على احترام هذه الضوابط التنفيذية ، واما الى توجيه نداء الى المشرع بضرورة التدخل لمعالجة المسألة[120].

وقد ظهرت هذه الرقابة في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في بادئ الامر، بصدد رقابته على اللوائح البرلمانية بموجب القرار رقم 2-39 في 17 و 18 و 1959/6/24 بشأن الرقابة الدستورية على لائحة الجمعية الوطنية ، وكذلك قرار رقم 69-37 الصادر في 1969/11/20 بشأن الرقابة على لائحة الجمعية المعية الوطنية ، بشأن الرقابة على بعض التعديلات المدخلة على لائحة الجمعية الوطنية ، حيث قرر المجلس الدستوري عدم دستورية بعض نصوصها ، ودستورية باقي النصوص بشرط مراعاة التفسيرات التي وضعها المجلس الدستوري، ومنها عدم المساس بحق التصويت الشخصي لأعضاء البرلمان.

ثم انتقلت تلك التقنية من الرقابة الى مجال رقابة دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان منذ قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 35-68 الصادر في 1968/1/20 ثم توالت و كثرت قرارات المجلس بهذا الخصوص[121].

و يرى جانب من الفقه الدستوري الفرنسي ان تقنية تحفظات التفسير هي بمثابة وسيلة للحوار بين المجلس الدستوري و السلطة التشريعية تعد اكثر براعة، واقل قسوة من الحكم بعدم الدستورية لأنها تسمح للمجلس الدستوري بإلزام المشرع بأحترام الدستور ،من خلال اتباعه التفسير الذي يراه

المطلب الأول : تعريف الملاءمة

تعد الملاءمة من أكثر المصطلحات القانونية التي كانت ولا تزال تثير من النقاش والجدال في مجال الرقابة على دستورية القوانين، الملاءمة أصلها في اللغة العربية من، لائم، وملاءمة الشيء، بمعنى أصلحه وجمعه، ولائم الشيء، أي وافقه، ولائم بين الخصوم، أصلح بينهم[122].ويقال لائم بين الشيئين، أي جمع بينهما ووفق، ولائمه الأمر، ولائم فلانا، بمعنى وافقه، التأم الشيء أي أنضم والتصق، وتلائم الشيئان، أي اجتمعا واتصلا، وتلاءم الكلام أي أتسق وانتظم[123]. ولاءم بين القوم ملاءمة، أي أصلح وجمع. وإذا اتفق الشيئان فقد التأما، ومنه قولهم هذا طعام لا يلائمني، وفي الحديث: " ليتزوج الرجل لمته" أي مثله وشكله[124]

المطلب الثاني

رقابة الملاءمة من قبل القاضي الدستوري و اثره في معالجة القصور التشريعي للوقوف على معنى الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري على الملائمات عمل المشرع حسب سلطتها التقديرية، لابد من تعريف الملاءمة نفسها، في الفرع الأول والفرع الثاني لآلية رقابة الملاءمة.

---

[120] د.جورجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدستور، ط3 ، دار النهضة العربية ، القاهرة،2005،ص18.

[121] د.عبدالحفيظ الشيمي ،مصدر سابق،ص 220.

[122] قاموس المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة 25، 1981، ص803.

[123] قاموس المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، الطبعة وزارة التعليم ب مصر1999، ص612.

[124] قاموس مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة ب، ت، ص 588.

الملاءمة اصطلاحا:

وفي اللغة الفرنسية، فإن لفظ الملاءمة وه (Lopportunite) من الأصل اللاتيني (Opportunites) وتعني صفة ما هو مناسب أو ملاءم، ونقيضها (Inpportunnite)) وتعني غير ملاءم أو في غير محله[125].

وتنصرف الملاءمة في الاصطلاح القانوني بوجه عام، توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والاعتبارات المحيطة بإصداره من كافة جوانبه[126].

فالملاءمة إذن تتعلق بصفة عامة بالصلة بين العمل القانوني، وبين ظروف إصداره والاعتبارات المحيطة بذلك. ويضيف الدكتور سامي جمال الدين أن الملاءمة تصرف ما يعني أن هذا التصرف كان مناسبا أو موافقا أو صالحا، من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة[127] .

الملاءمة هي الخطوة الأولى من خطوات تقييم أو تحليل التناسب، وتتطلب هذه الخطوة أن يكون الإجراء المختار ملائما لتحقيق الغاية المستقبلية. وبعبارة أخرى، تتطلب الملاءمة توافر علاقة سببية بين الغاية المستهدفة والإجراء المختار[128].

اما الملاءمة في مجال القرار الإداري تعني، توافق القرار مع الظروف الخاصة التي دعت إلى إصداره والأوضاع السائدة وقت اتخاذه والملابسات المصاحبة لذلك، حتى يخرج القرار ملائما لظروف الزمان والمكان والاعتبارات الأخرى المختلفة كإصدار في الوقت المناسب وبالكيفية المطلوبة، وأن يكون ملائما لمواجهة الحالة التي أتخذ من اجلها وغير ذلك من الأمو[129].

فالملامة بهذه المثابة صفة للقرار الإداري، يكتسبها نتيجة اتخاذه بطريقة يراعي فيها جوانب إصداره المختلفة، وعدد من الأمور والأوضاع تتعلق غالبا بعناصر ثلاثة هي: تقدير وجوب التدخل أو الامتناع، واختيار وقت التدخل، وأخيرا تقدير الاجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب .[(130)]

والملاءمة بصفة عامة هي، إمكانية التقدير في اصدار التصرف الملائم لمواجهة موقف او حالة معينة وبتعبير الأخر هي سلطة يمنحها القانون للسلطة الإدارية بصدد علاقتها مع الأفراد، تملك بموجبها صلاحيات في التدخل او عدم التدخل، ووقت هذا التدخل وطريقته، ومضمون القرار الصادر في هذا الشأن، فهي مرونة إدارية ممنوحة للإدارة من قبل المشرع لكي تحدد ما الذي يجب أن تفعله وما

---

[125] د. خليفة، سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر،2009، ص99.

[126] د.عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص164.

[127] د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص219.

[128] د. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري، دار الفكر والقانون،2017، ص42

[129] د. خليفة، سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب، المصدر السابق، ص100.

[130] د. محمد حسين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974 ص 72.

الذي يجب أن تتخلى عنه وتحديد المبررات التي تلتزم بممارسة اختصاصاتها على أساسها، على أن تكون هذه المبررات صحيحة وملاءمة.[131]

وتجدر الملاحظة إلى ان المشرع عندما لا يفرض قيودا على الإدارة في ممارسة سلطتها تقديرية، فإن ذلك لا يفهم منه ان سلطة الإدارة أصبحت سلطة مطلقة من كل قيد، تصل إلى درجة اتخاذ قرارات غير ملائمة- بل على العكس فإن المشرع يقدر أن الوضع يقتضي منح الإدارة قسطا من حرية تقدير الظروف والملابسات وذلك حتى تستطيع ان تصدر أفضل القرارات ملاءمة للظروف أو على الأقل لاختيار قرار ملائم للظروف التي تطلب تدخل الإدارة، وبالتالي فإن الإدارة ملزمة بأن تبذل اقصى جهدها في تقديرها للظروف، وفي اختيار الحلول موضوعيا، بما يضمن تحقيق المصلحة العامة والقول بغير ذلك يعنى أن المشرع يمنح الإدارة الحق في عدم الملاءمة، وهذا يجعل من السلطة التقديرية سلطة تحكمية[132]. فرقابة الملاءمة هي رقابة القاضي لأهمية الوقائع المكونة لركن السبب، ومدى تناسبها مع مضمون القرار الصادر، أو بمعنى آخر القاضي الإداري يراقب درجة خطورة القرار وهل الوقائع المكونة للسبب متناسبة في درجة أهميتها مع درجة خطورة القرار.[133]

وهكذا يتضح فكرة الملاءمة في مجال القانون الإداري، بأنها نتيجة عمل ما في القرار الإداري، فالقرار الإداري يوصف بأنه ملاءم لاتخاذه في الوقت هو كذلك، أو لاتخاذه بالكيفية التي صدر بها أو اتفاق القرار مع الظروف والأوضاع السائدة، ويوصف كذلك بالملاءمة لتناسب الإجراء المتخذ مع السبب القرار. فالملاءمة هي اختيار الإجراء الملائم الذي يتفق ويتناسب مع أهمية الواقع.

فالقاضي الإداري يقوم بمراقبة أعمال الإدارة التي صدرت في ظل سلطتها التقديرية، وذلك من خلال فحص العمل تلك السلطة ليتأكد من توافر كافة شروط مشروعيته، فيتحرى عما إذا كانت الإدارة عند اتخاذها لهذا العمل قد وضعت نفسها في أفضل الظروف والأحوال لتقدير مناسبة العمل وملاءمته بعيدا عن البواعث الشخصية وبروح موضوعية أم لا.[134]

إن التعريفات اللغوية والاصطلاحية المذكورة تعيننا في تعريف الملاءمة في مجال القرارات الإدارية، إذ أنها وعلى وفق ما تقدم؛ لا تخرج عن كونها توافق القرار الإداري مع الظروف المحيطة به؛ تلك الظروف التي دفعت الى إصداره، وطبقا للأوضاع السائدة وقت اتخاذه والملابسات المصاحبة لذلك، لغرض خروج القرار بشكل ملائم لظروف الزمان والمكان والأسس الأخرى المختلفة، في إصداره في

---

131 د. مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، دار عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، 1978، ص54 وما بعدها.

132 عبد الله محمد عبد الرحيم سعد، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية في مجال التأديب "دراسة مقارنة" رسالة دكتورا، كلية حقوق، جامعة الإسكندرية،2012، ص85.

133 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2003، ص208.

134 عبد القادر باينة، الرقابة على النشاط الإداري، دار القلم، المغرب، 2010، ص35.

الوقت المناسب، وبالكيفية المطلوبة، وان يكون ملائما لمواجهة الحالة أو الحالات التي اتخذ القرار من اجلها.

الفرع الثاني : آلية رقابة الملاءمة من قبل القاضي الدستوري و دوره في معالجة القصور التشريعي

التقدير هو الاداة الرئيسة الهامة الثابتة ، التي يستخدمها قاضي الملاءمة في عمله ، فكل عمله هو هبارة عن عملية تقدير فهو يقوم بتقدير النصوص التي تصدرها السلطة ، ويقوم بمدى توافق ذلك مع احكام الدستور، ويقوم بتقدير مدى مساسها بالحقوق و الحريات العامة، ويقوم في النهاية بتقدير مدى ملاءمة الوسيلة المستخدمة مع الهدف المطلوب، من خلال الظروف و الملابسات الواقعية المحيطة، ومن خلال جميع العوامل الاخرى المتعلقة بشكل مباشر او غير مباشر بالموضوع البحث، و عملية التقدير هي مرحلة تأتي في اغلب الحالات بعد عملية التفسير و التكييف القانوني ومن اهم الافكار و النظريات التي يستعين بها في قيامه بالتقدير ، فكرة الخطأ الظاهر و افكرة الغرم والغنم والضرورة تقدر بقدرها وفكرة المعقولية:

1. الخطأ الظاهر

يستخدم القاضي الدستوري في رقابته على التناسب نظرية الخطأ الظاهر ،لتقييم تقدير المشرع مصدر النص محل الرقابة.

فالقاضي الدستوري يبحث ما اذا كان البرلمان بتبنيه هذا النص او ذاك لم يرتكب خطأ ظاهراً في التقدير، ادى الى اصطدام بمبدأ ذي قيمة دستورية و ما اذا كان مثل هذا الخطأ الظاهر قد فات على المشرع.

ولكن يلاحظ ان حدود سلطة المشرع في التقدير تتمثل في ضرورة التطابق مع المبادئ ذات القيمة الدستورية و مع ما تتضمنه.

ولكن جرأة القاضي الدستوري الريسية قد تبدو في بعض الحالات ليس في رقابة الخطأ الظاهر و انما في التعريف الذي يعطيه اعلى من المقتضيات الدستورية المفروضة على المشرع.

يقصد بمعيار الخطأ البين ذلك الميزان أو الضابط الذي يستعين به القاضي لكي يتمكن من تقدير قيام الخطأ البين في تصرف معين، والذي يخضع لرقابته ولمنع أو زجر كل تعسف وتجاوز ينتج عن مباشرة المشرع لسلطاتها التقديرية.[135]

وقد ذهب فقهاء القانون العام إلى وجود معيارين أحداهما معيار اللغوي والآخر معيار موضوعي وذلك على النحو التالي:

أ.المعيار اللغوي كلمة البين(manifest) التي يوصف بها الخطأ البين في التقدير والذي يراقبه القاضي الدستوري، توحي بأن هذا الخطا وصل إلى درجة من الوضوح تكفي لإقتاع القاضي بوجود مثل هذا الخطأ أو تكفي لإزالة أي شك لدية حول هذا الخطأ.[136]

---

135. د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، المصدر السابق، ص724.

136 . مايا محمد نزار أبودان، الرقابة لقضائية على التناسب في القرار الإداري، المصدر السابق، ص79.

وتتجسد درجة الوضوح في هذا كون الخطأ بديهياً، أو جسيماً أو فاحشاً أو خطيراً فإذا تحقق في الخطأ ما وجد من تلك الأوصاف أصبح بيناً، [137]. ويلاحظ من ان هذا المعيار يأخذ بالمعنى اللغوي فقط لصفة " البين" التي يوصف بها الخطأ الذي ارتكبه الإدارة في تقدير الوقائع التي تستند إليها في قراراتها أو تقيمها، وهو معنى يفيد بأختصار شديد، أن القاضي الدستوري ليس في حاجة من أجل التعرف إلى هذا الخطأ لأن يجري بحثاً متعمقاً أو تحقيقاً حول تلك الوقائع، اذ يمكنه الوقوف عليه، أو تلمسه من مجرد النظر إلى وقائع الدعوى، أو مجرد عرضها عليه .[138]

ب. المعيار الموضوعي للخطأ الظاهر في التقدير

ويرى أصحاب هذا المعيار أن معيار الخطأ البين لا يكمن في مدى خطورة أو وضوح هذا الخطأ، ولا في كونه حدثاً بارزاً، وإنما يكمن في إطار درجة عدم الانضباط أو الكفاية بالنسبة إلى عناصر التقييم التي كانت تحت بصر المشرععند إجرائها هذا التقييم، مما يعني أن معيار الخطأ البين يجب أن يكون معياراً موضوعياً لا معيارا لغوياً أو اصطلاحياً.

فمن خلال هذا المعيار يلجأ القاضي الدستوري إلى إجراء دراسة وفحص لكافة عناصر الموضوع المطروح أمامه، بل قد يلجأ إلى إجراء تحقيق وذلك من خلال سماح أطراف النزاع الحاضرة أمامه.[139]

فعن طريق الخطأ الظاهر يدخل القاضي الدستوري رقابة الملاءمة ، لأنه هذا الطريق يسمح له ان يضع في الميزان المصلحة العامة المبتغاة في القانون من جانب و يضع في الجانب الآخر، الانتهاكات بهذا المبدأ الدستوري او ذاك، ووفقاً للنتيجة ، سيكون حكم القاضي بما اذا كانت مثل هذه الانتهاكات غير ملاءمة ام لا؟ مبالغاً فيها ام لا بالنظر الى التفسير الذي اتبعه المشرع، وبناء عليه سيحكم بتوافق القانون ام لا مع الدستور.

فبهذه الوسيلة يملك القاضي الدستوري اداة قوية للرقابة ، لأنها تسمح له تقدير ما اذا كانت صفة عدم التناسب او عدم المبالغة او الملاءمة او المعقولة للإختيارات التي يجريها المشرع.

ويستخدم المجلس الدستوري في فرنسا هذه الفكرة غالباً في قضائه لحمل رقابة الملاءمة ، وقد استخدمها في قراره الخاص بالتأميم ، والذي قضى فيه ان التقدير الذي قام المشرع في هذه الحالة، بالنسبة لضرورة التأميم لا يمكن مع غياب الخطأ الواضح رده او الطعن فيه.

---

137. محمد ناصر راشد محمد الطنيجي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة وتطبيقية في فرنسا ومصرودولة الامارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، دون مكان طبع، 2016، ص110.

138. د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرسي، المصدر السابق، ص225.

139. د. محمد عوض فرج، دور القضاء المشروعية في الحد من سلطة الإدارة التقديرية(دراسة مقارنة)، المصدر السابق، ص370-371.

2. فكرة الضرورة تقدر بقدرها

يستعين قاضي التناسب وهو بصدد تقييم وتقدير العمل القانوني محل الرقابة بفكرة الغرم والغنم او بمنطق المزايا والعيوب او الايجابات و السلبيات المترتبة على نص معين او اجراء معين.

كما يستعين بفكرة الضرورة تقدر بقدرها ، في تقييمه و تقديره الملاءمة في الموضوع الذي يخضع لرقابته.

وبالأستعانة بهذه الفكرة يقوم قاضي الملاءمة بوضع الاثار الايجابية المترتبة على نص تشريعي اصدره المشرع او اجراء معين اتخذته الدولة او السلطة المختصة ، يضع ذلك في كفة، ويقوم بوضع الآثار السلبية المترتبة على هذا النص او الاجراء في الكفة الاخرى ، ويقوم بعملية الميزان بين الكفتين ليرى ما اذا كان هناك تناسب بين الكفتين ، ام ان هناك اختلافاً ، واذا كان هناك اختلافاً ،فماهي درجته هل هو بسيط صغير، ام انه جسيم كبير بينهما بحيث يخل بشكل ملحوظ و واضح بالتوازن بينهما.

وبالاستعانة بمنطوق يقوم قاضي الملاءمة عن مدى التزام المشرع في النص الذي اصدره بحدود الضرورة و قدرها من عدمه[140].

3.المعقولية

يلجأ قاضي الملاءمة الى فكرة المعقولية لبيان مدى توافر التناسب في القضية المعروضة من عدمه.

والمعقولية هي علاقة بين ما يتضمنه العمل من ضوابط و حدود و قيود و تنظيمات و بين الهدف الذي يسعى الى تحقيقه من وراء ذلك ، وتتحق المعقولية اذا كانت هذه العلاقة في الحدود المقبولة عقلاً و منطقاً ، دون تجاوز مبالغاً فيه من حيث التشدد ، اي تكون العلاقة داخل الاطار الطبيعي لها لم تخرج عنه، و لم تتخطاه.

وتنتفي المعقولية اذا خرجت هذه العلاقة عن هذا الاطار المقبول عقلا و منطقا، وفي هذه الحالة تنتفي علاقة التناسب[141].

الخاتمة

اولا: النتائج

1. يقصد بالقصور التشريعي ، ان النصوص التشريعية غير ملاءمة للحياة السائدة في المجتمع وقت تطبيقها، وعدم تضمن النص التشريعي لما تقوم الحاجة اليه من احكام متكاملة في ظل تغيرات المستمرة ، ويعبر عن تطور المجتمع تطورا جوهريا و عدم قدرة النصوص التشريعية التي وضعت في زمن سابق على مواكبة هذا التطور.
2. ان التفسير من قبل القاضي الدستوري ،ينسجم عكسياً مع قصور التشريع ،فكلما كان التشريع اكثر قصوراً كلما نشطت حركة التفسير و اتسع نطاق عمل القاضي الدستوري، وكلما كان التشريع اكثر دقة و واوسع مجالا كلما تراجع نشاط

---

[140] **محمد ناصر راشد محمد الطنيجي، مصدر سابق ، ص127.**

[141] **د.جورجي شفيق سا**ري،مصدر سابق،مصدر سابق،ص47 ومابعدها.

القاضي الدستوري و كلما كان النصوص القانونية اكثر دقة و اوسع معالجة كلما تراجع نشاط القاضي الدستوري في مجال التفسير.

3. تظهر فكرة الملاءمة بأعتبارها الاداة المثالية للتوفيق و المصالحة بين هذه المصالح المتقابلة او المتعارضة ، وكان لابد من وجود رقيب لضمان قيام وتحقق الملاءمة و التناسب بين هذه المصالح المتصادمة ،خاصة فيما يتعلق بأستعمال الدولة لسلطتها في فرض قيود على حقوق الافراد وحرياتهم العامة.
4. أن ما يساعد القاضي الدستوري على المضي قدما في إعمال فكرة الرقابة على حالة القتصور التشريعي ، هو أن قواعد توزيع الاختصاصات بين السلطات بصورة عامة، تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فأن الدفع بإدانة قصور المشرع عن ممارسة اختصاصاته التشريعية أو أخلاله بجزء منها، يغد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي ينبغي على القاضي الدستوري إثارها من تلقاء نفسه, حتى و إن لم يطلب إليه المدعين ذلك.
5. وأن اختصاص القاضي الدستوري في الرقابة على حالة القصور التشريعي، يجد أساسه في فكرة التصدي، والتي مفادها أن يقوم القاضي الدستوري من تلقاء نفسه بإثارة مسألة من المسائل أو دفع من الدفوع المتصلة بموضوع معين، ثم يحكم القاضي بشأن هذه المسألة أو هذا الدفع ويطبق الدستور عليها، ليزن بينها وبين محتوى نصوصه وروحها ليقرر فيما إذا كان وجودها يشكل عدوانا على الموضوعات التي ينظمها فيحكم بإنزال حكم الدستور عليها.

التوصية:

ضرورة انشاء مركز وطني متخصص في تقديم الاستشارات واعداد الدراسات القانونية وتقييم اداء النصوص القانونية ، ويكون على درجتين،الاولى تختص بدراسة مدى الاخذ بعين الاعتبار معايير الجودة في التشريع اما الثاني فمرتبطة بضرورة مواكبة النصوص القانونية لتطور الحياة والانسجام بين مختلف القواعد القانونية.

المصادر

المعاجم

1.قاموس المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، الطبعة وزارة التعليم ب مصر1999، ص612.

2.قاموس المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة 25، 1981، ص803.

3.قاموس مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة ب، ت، .

الكتب

1. أز س كاناريز. سد الفراغ في القانون و موقف النظام القانوني الألماني منه, ترجمة د. الرسول الجصاني, منشور في مجلة القضاة, ع1, س28.
2. جورجي شفيق ساري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدستور، ط3 ، دار النهضة العربية ،القاهرة،2005.

3. سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر،2009،
4. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
5. شعبان احمد رمضان ،ضوابط و اثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،2000.
6. عادل الطباطبائي, الحدود الدستورية بين السلطتين و القضائية, دراسة مقارنة. مجلس النشر العلمي, جامعة الكويت, 2000.
7. عبد الحفيظ الشيمي, رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا, دار النهضة العربية, القاهرة, 2003.
8. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، .
9. عوض المر, القابة القضائية على دستورية القوانين فى ملامحها الرئيسية, مركز رينيه- جان ديوي للقانون و التنمية, دون ذكر مكان و سنة الطبع.
10. عيد احمد الغفلول, فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع, دار النهضة العربية, القاهرة, 2003.
11. محمد باهي أبو يونس, أصوال القضاء الدستوري, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, 2013.
12. محمد حسين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974 .
13. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2003.
14. محمد فوزي ،التفسير المنشئ للقاضي الدستوري،ط1، دار النهضة العربية ،القاهرة ،بلا سنة طبع.
15. محمد ماهر أبو العينين, الانحراف التشريعى و الرقابة على دستورية, دراسة تطبيقية في مصر, ج2, دار أبو المجد, القاهرة, 2006.
16. محمد ناصر راشد محمد الطنيجي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة وتطبيقية في فرنسا ومصرودولة الامارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، دون مكان طبع، 2016.
17. مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، دار عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، 1978،
18. هشام عبدالمنعم عكاشة، المحكمة الدستورية العليا، قاضي التفسير،دار النهضة العربية، القاهرة ،2005.
19. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري، دار الفكر والقانون،2017، ص42

البحوث

1. عبد الرحمن عزاوى, الرقابة على السلوك السلبى للمشرع الاغفال التشريعي نموذجا, مجلة العلوم القانونية الادارية و السياسية, المجلد 2010, العدد 10, جامعة ابو بكر بلقايد,كلية الحقوق, الجزائر.
2. عبد العزيز محمد سالمان, الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي, دراسة فقهية قضلئية مدعمة بجميع ما اصدرته المحكمة الدستورية العليا من احكام, الطبعة الاول, المركز القومي للإصدارات القانونية, القاهرة, 2021.

الرسائل والاطاريح

1- محمد ناصر راشد محمد الطنيجي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة وتطبيقية في فرنسا ومصرودولة الامارات العربية المتحدة،2016.
2- محمد نجم محسن الشحماني، دور القاضي الدستوري في اصلاح القصور التشريعي دراسة تحليلية مقارنة،رسالة مقدمة الى كلية الحقوق ،جامعة عين شمس ،2022،ص 49 وما بعدها

الاحكام القضائية

1- حكم المحكمة الدستورية العليا المصري في القضية رقم 30 لسنة 16, قضائية- دستورية جلسة 6 نيسان 1996, قاعدة رقم 33, ص 551, من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.
2- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 9 لسنة 16 قضائية- دستورية جلسة 5 اب 1995, قاعدةرقم 10/7 ص 114, من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

المصادر الالكترونية

- عبد العزيز محمد سالمان, رقابة الإغفال في القضاء الدستوري, دون ذكر أرقام صفحات بحث منشور على الموقع الإلكتروني: http://www. Startimes.com