مجلة رسالة الحقوق ISSN-2032-2075
الإصدار 16 ديسمبر 2024
العدد العاشر

# المبادئ المعتمدة في اصدار الحكم القضائي الدستوري

# *Principles adopted in issuing constitutional judicial ruling*

بحث مقدم من قبل
الاستاذ المساعد بتول مجيد جاسم
كلية القانون / جامعة البصرة

**الخلاصة**

تمارس المحاكم الدستورية العديد من الاليات والأساليب التي تمنحها القوانين المنظمة لعمل القضاء الدستوري بما يمكن القاضي الدستوري من اصدار الحكم القضائي والذي يعد من اهم مخرجات المحاكم الدستورية والتي يتم من خلالها الحكم اما بدستورية القوانين او عدم مطابقتها للدستور ، ويسعى القضاء الدستوري من خلال تلك المبادئ والأسس الى بيان كيفية تطبيق وتنفيذ القوانين وتفسيرها على النحو الذي يجنب النصوص السقوط من دائرة عدم الدستورية والتي تتمتع في الاساس بالقرينة الدستورية من جهة ،واستخدام مكنة التصدي لمدى دستورية النصوص التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنصوص المطعون بعدم دستوريتها من اجل تحقيق الحماية القانونية اللازمة للحقوق والحريات العامة من جهة اخرى ، وبما يمتلكه القاضي الدستوري من سلطة تقديرية للوصول الى تحقيق التوازن والتوافق بين ضمان تلك الحقوق والحريات وبين تحقيق الشرعية الدستورية وفقا للأسس والمبادئ المعتمدة في اصدار الحكم القضاء الدستوري.

**الكلمات المفتاحية :- القضاء الدستوري ، مبدأ المعقولية ، مبدأ الحماية القانونية ، القرينة الدستورية ، تجزئة النصوص القانونية .**

***Abstract.***

Constitutional courts practice many mechanisms and methods grand by the laws regulating the work of the constitutional judiciary, enabling the constitutional judge to issue a judicial ruling ,which is considered one of the most important judiciary ,which enables the constitutional judge to issue a judicial ruling ,which is considered one of the most important the orders of the constitutional courts ,through which a ruling is made either on the constitutionality of law or their non-compliance with the constitution . The constitutional judiciary seeks, through these Principles and foundations ,to explain how to apply and implement laws and interpret them in a way that avoids texts falling from the circle of unconstitutionality, which essentially enjoys the constitutional presumption on the one hand, And using the mechanism of confronting some texts ,that are closely related to the texts whose un constitutionality is being challenged in order to achieve the necessary legal protection for public rights and freedom ,with the discretionary authority possessed by the constitutional judge to achieve balance and compatibility between guaranteeing those rights and freedoms and achieving constitutional legitimacy in accordance with the approved foundations and principles adopted by the judiciary constitutional .

***Key words :- constitutional jurisprudence, reasonableness, legal protection , constitutional presumption , division of legal texts.***

**المقدمـــة**

يعد الحكم القضائي الدستوري من المواضيع التي لها خصوصية معينة من خلال اساليب اصدار الحكم ،نظرا لما تتمتع الدعوى الدستورية بخصوصية من حيث اختلاف طبيعتها وإجراءاتها عن الدعاوى القضائية الاخرى ، وبالتالي فان مراحل اصدار الحكم القضائي الدستوري يمر بمراحل عدة وهناك اسس معينة يعتمدها القاضي الدستوري تستند بشكل اساسي الى مبادئ تتعلق بالموضوعية ومنها ما يستند الى اساليب ومبادئ اجرائية تماثل نوعا ما المبادئ المعتمدة في بقية الاحكام القضائية الصادرة من المحاكم الاخرى على اختلاف انواعها ، إلا انها تختلف عنها في كيفية اعتماد القاضي الدستوري على تلك المبادئ والأسس من خلال السلطات الممنوحة للقاضي الدستوري ووفقا لما يمتع به من صلاحيات ومكنات تمكنه من الوصول الى اساسيات الحكم الدستوري ومن ثم اصداره على الوجه الذي يحقق الشرعية الدستورية .

**اهمية البحث**

تتجسد اهمية البحث بما يأتي :-

1-تسليط الضوء على اهم المبادئ والأسس التي يمكن ان تعتمدها المحاكم الدستورية في اصدار الحكم القضائي الدستوري ابتداء من مرحلة النظر في الطعون المقدمة والى حين اصدار الحكم القضائي بشكله النهائي سواء اكانت ما تتعلق بالناحية الموضوعية والإجرائية على حدٍ سواء .

2- بيان اهم السلطات التقديرية الممنوحة للقاضي الدستوري وفقا لاختصاصه الرقابي على النصوص وكيفية تفسيرها .

3- بيان اليات القضاء الدستوري لاعتماد اتجاهات قضائية متجددة من خلال تطوير تفسيراته وإصدار الاحكام القضائية بالكيفية التي توفر الحماية القانونية للحقوق والحريات العامة.

**مشكلة البحث**

يثير البحث في هذا الموضوع مشكلة اساسية ألا وهي مدى اعتماد القضاء الدستوري على اسس ومبادئ معينة لإصدار الحكم القضائي الدستوري ومدى نطاق السلطة الممنوحة للقاضي الدستوري في تحديد تلك الاسس وفقا للنصوص الدستورية والقانونية المنظمة لاختصاص القضاء الدستوري ،ومن خلال ذلك تظهر تساؤلات عدة تتمثل بالاتي :-

1-هل ان المحاكم الدستورية ملزمة بإتباع اسس ومبادئ معينة لإصدار الحكم القضائي الدستوري ؟ وعلى ماذا تستند تلك المبادئ الى التشريعات ام الى السوابق القضائية ام الى المبادئ العامة للقانون وبما يحقق العدالة القانونية فيما يتعلق بممارسة اختصاصاتها في مجال الرقابة القضائية وتفسير الدستور ؟

2- هل ان للمحاكم سلطة تقديرية ام سلطة مقيدة في الاستناد الى تلك المبادئ والأسس ؟

4-ما هو نطاق اعتماد تلك المبادئ هل يكون مرتكزا على اصدار الاحكام القضائية في مجال الحقوق والحريات العامة ام يتعدى نطاق ذلك الى بقية الاحكام القضائية في مجالات اخرى؟

**منهجية البحث**

سيتم اعتماد المنهج القانوني التحليلي من خلال بيان النصوص الدستورية والقانونية المنظمة لعمل القضاء الدستوري وكذلك التطبيقات القضائية الصادرة من القضاء الدستوري ،فضلا عن الاستعانة ببعض الأنظمة القانونية الخاصة بالمحاكم الدستورية في مصر والولايات المتحدة الامريكية وايطاليا وألمانيا وفرنسا ، وبيان اهم المبادئ وألاسس لإصدار احكامها القضائية بموجب اختصاصاتها الدستورية .

**خطة البحث**

**تنقسم هيكلية البحث الى مبحثين كالآتي :-**

**المبحث الأول :-المبادئ الموضوعية لإصدار الحكم القضائي الدستوري.**

**المطلب الاول :مبدأ المعقولية.**

**المطلب الثاني :مبدأ التجزئة .**

**المبحث الثاني :-المبادئ الاجرائية لإصدار الحكم القضائي الدستوري.**

**المطلب الاول : مبدأ الوسائل القانونية السليمة.**

**المطلب الثاني : مبدأ الحصانة الاجرائية .**

**المبحث الاول/ المبادئ الموضوعية لإصدار الحكم القضائي الدستوري**

تعد المبادئ الموضوعية من اهم المبادئ التي يرتكز عليها القاضي الدستوري لإصدار الحكم القضائي وتتمثل بمبدأ المعقولية وأهمية هذا المبدأ في تحقيق التوازن والتناسب في تفسير النصوص القانونية وتطبيقها من خلال بيان مدى دستورية النصوص من عدمها لتحقيق المصلحة العامة،وكذلك اعتماد مبدأ التجزئة في النصوص القانونية ومدى اهمية هذا المبدأ في تحقيق التوازن بين النصوص المترابطة مع بعضها البعض ومدى ثبات قريتنها الدستورية وعدم سقوط النصوص القانونية المرتبطة بها في دائرة عدم الدستورية ، فضلاً عن سلطة القاضي الدستوري في ضمان المساواة في تحقيق الحماية القانونية للحقوق والحريات وضماناتها الدستورية اثناء تطبيق تلك المبادئ.

**المطلب الاول/ مبدأ المعقولـــــية**

تعد المعقولية من اهم المبادئ التي يرتكز عليها القضاء الدستوري في ممارسة اختصاصه الرقابي على دستورية القوانين ، وقد بين الفقه الدستوري ان للمعقولية مفاهيم عدة تتمثل بكونها نوع من انواع الرقابة على دستورية القوانين ، او بعدها معياراً اساسيا للرقابة الدستورية ([1]).وذلك من خلال بيان الوضع القانوني المعقول في تطبيق النصوص القانونية من جهة والرقابة على تلك النصوص وبيان مدى دستوريتها من جهة اخرى ، ويذهب الفقه بكونها مفهوم (معياري لا وصفي ) يرتكز عليه القاضي الدستوري في تحديد معقولية العمل القانوني من خلال وطبيعة وأهداف القانون من الناحية الموضوعية([2]). وتبعا لذلك فالمعقولية من الاليات التي يعتمدها القاضي الدستوري عند البدء بتحليل وتفسير النصوص الدستورية للوصول الى الغاية الاساسية من التشريع، حتى وان كان هناك سلطة تقديرية للمشرع إلا ان هذه السلطة تكون مقيدة بضوابط وأهداف معقولة لتحقيق التوازن بين المصالح العامة والخاصة وكل ذلك يكون في نطاق الشرعية الدستورية .وهذا ما اكده اتجاه القضاء الدستوري في مصر في احدى قراراته "السلطة التقديرية التي يملكها المشرع وان كان قوامها ان يفاضل بين البدائل والتي يقدر المشرع الحد المعقول ومناسبتها لتنظيم مشروع معين وفق ما يراه محققا للصالح العام ألا ان حدها النهائي يتمثل في القيود التي فرضها الدستور عليها "([3]).وبذلك نجد ان الزامية القضاء الدستوري بمبدأ المعقولية ونطاق سلطته تتحدد وفق الضوابط الدستورية لكونها من الافكار المرنة الى اقصى الحدود ونتيجتها عند فحص دستورية القوانين هو ان تختص المحاكم الدستورية بوزن السياسة التشريعية التي ينطوي عليها القانون ،فتقر ما تراه ملائماً وتمنع ما تراه غير ملائم والهدف الاساسي من ذلك هو التوازن والتوفيق بين المصالح المكتسبة للحد المعقول ،وبالتالي فان المحاكم الدستورية عند اعتماد مبدأ المعقولية تنظر في مدى كون التدخل او التنظيم القانوني المطعون فيه دستورياً ام غير دستوري . والسؤال الذي يثار في هذا المجال هل ما الذي نعده استعمالاً معقولاً للسلطات الحكومية او استعمالا تعسفياً لتلك السلطات في مجال ممارستها لاختصاصاتها الممنوحة وفق القانون ؟

فنجدان اغلب الاحكام الصادرة من المحاكم الدستورية عموما تتحدد بمفهوم معين يستند اليه مبدأ المعقولية من خلال كون اصدار الاحكام الدستورية في بيان مدى دستورية القوانين من عدمها والاستعمال المعقول من قبل السلطات يكمن في تحديد مشروعية القوانين ومدى تطابقها مع الدستور ، وكذلك بتحديد الغايات والأحداث والمقاصد المستوجبة والمحققة لمقتضيات الصالح العام ومدى ادراك تلك المقاصد من خلال الغايات الاساسية من التشريعات . وهو ما اتجهت اليه المحكمة العليا الامريكية والتي استندت فيه الى مدى معقولية وملائمة النظريات المتعلقة بالمؤسسات ذات النفع العام لتطبيقها على قوانين تحديد الاسعار من خلال استبعاد هذه النظريات كقيد دستوري على تلك التشريعات فأصبح هذا النوع من التنظيم وصوره خاضعاً لقيد دستوري واحد هو ان لا يكون هناك تعسفاً واضحا ولا ينطوي على تمييز جائر من قبل المشرع ([4]).

وهذا ايضا ما اكد عليه القضاء الدستوري المصري في احدى احكامه القضائية "ان النصوص القانونية واياً كان مضمونها تعتبر مجرد وسائل تدخل بها المشرع لتنظيم موضوع معين ،من خلال ربطها بأغراضها وبافتراض مشروعيتها واتصالها عقلا بها وبذلك تتحدد دستوريتها "([5])،

وأشارت كذلك المحكمة الاتحادية في العراق الى هذا المفهوم في قرارها " ان الطعن بعدم دستورية قانون مجلس النواب والطلب من المحكمة الاتحادية العليا الحكم بتخفيض الرواتب الى الحد المعقول يخرج عن اختصاص المحكمة الاتحادية بموجب المادة (93) من الدستور والمادة 4 من قانونها رقم 30 لسنة 2005 "([6]). ومن خلال ما سبق نجد ان اتجاهات القضاء الدستوري تقدر الاتجاهات والتقديرات التشريعية والسياسات التشريعية المتبعة من قبل السلطة التشريعية من خلال البحث الدقيق عن الهدف التشريعي وكيفية التصدي للبواعث التشريعية بشكل معقول اعتماداً على اساس كون ان التشريعات يكمن هدفها الاساس في تحقيق المصلحة العامة .وهذا ما اكدته المحكمة الاتحادية العليا في العراق بقرارها " ان الدستور قد يخصص مصالح بعينها يوليها نوع من الحماية الخاصة بان ينص على وجوب العمل على العناية بها على سبيل التخصيص مما يستوجب على المشرع حال تدخله ان يحيد عنها الى غيرها ، لذا فأن ما جاء في المواد (16،14،20) من الدستور التي وردت في الباب الثاني منه (الحقوق والحريات) يجب على المشرع مراعاتها عند اقرار اي تشريع ..." ([7])،وأيضا ماجاء في احكام المحكمة العليا الامريكية ايضا في احدى قراراتها في قضية (لوكنر) الشهيرة "ان الفحص القضائي الادنى لنتاج العمل التشريعي لا يترك شكاً بان المحكمة كانت تمارس قدرا من الاحترام للهيأة التشريعية ،وليس للمحاكم ان تحكم على مدى حكمة السياسة او الكفاية او الامكانية العملية للقانون وعندما تكون الوسيلة غير ذات صلة بشكل واضح بالسياسة المقبولة للولاية ففي هذه الحالة سيكون القانون منتهكا للإجراء القانوني الاصولي " ([8]).

وفي احيان اخرى وعلى الرغم من تقدير الاتجاهات القضائية الدستورية للسياسة التشريعية واتجاهاتها في تنظيم الحقوق والحريات في صلب التشريعات ،إلا ان القضاء الدستوري بالمقابل يضع حدودا معينة من خلال امتداد الرقابة الدستورية والتي يمكن من خلالها تحديد او بيان الممارسة المعقولة للسلطة التشريعية والحكومة على حدٍ سواء في كيفية تنظيم تلك الحقوق من قبل السلطة التشريعية وكيفية تطبيق تلك التشريعات من قبل السلطة التنفيذية وبشكل يضمن لتلك الحقوق والحريات فاعليتها المنشودة من التنظيم والتطبيق.

وهذا ما اكده القضاء الدستوري الامريكي بإحدى قراراته "ان وضع القانون الخاص بالممارسات التي تعد استيلاءً على الممتلكات الخاصة للاستخدام العام والحرمان من الممتلكات نتيجة لإجراء حكومي يعد معقد الى حد ما ، إلا ان الممارسة تستدعي البحث في امكانية تطبيق فقرة المعقولية وتستوجب كذلك تحليل لبديل عمليات الاستيلاء التي قد تؤدي الى خفض قيمة الممتلكات لا تنشئ في حد ذاتها استيلاء يستحق التعويض ويمكن ان تنظم الممتلكات الى حد معين ومعقول دون الاسراف في التنظيم والذي يعد بحد ذاته استيلاء "([9]).ونجد ان مبدأ المعقولية يتحدد نطاقها وفق للسلطة التقديرية للقاضي الدستوري والتي يهدف فيها الى تحقيق التوازن والمساواة في الحماية القانونية التي يوفرها القانون للحقوق والحريات العامة واعتمادا بالدرجة الاساس على المعقولية من خلال ضرورة التمييز بين حقوق الافراد وحرياتهم وكون الحق في الحرية العامة لابد ان لا يؤدي الى تهديد في النظام العام وبالأخص الحق في التظاهر والتعبير عن الرأي ،فاغلب الدساتير اشارت الى الضمانات القانونية لتلك الحريات ،إلا ان هذا لا يعد مطلقا بل ان هناك قيود وضوابط مفروضة على ممارسة تلك الحقوق والحريات بشكل معقول دون المساس بالنظام العام والمصلحة العامة . وهذا ماكده دستور جمهورية العراق من خلال النص على "تكفل الدولة بما لا يخل بالنظام العام :- اولا حرية التعبير عن الرأي بكافة الوسائل ،ثانيا حرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام ، ثالثا حرية الاجتماع والتظاهر السلمي وتنظم بقانون "([10])،وكذلك بيان الضوابط المعتمدة من خلال نصه على " لا يكون تقييد ممارسة اي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور او تحديدها إلا بقانون او بناء عليه على ان لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق او الحرية "([11])

وكذلك النص بصورة صريحة على عدم جواز تشريع قوانين تتعارض بشكل اساسي مع الحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور " لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الاساسية الواردة في هذا الدستور "([12]).

ومن الدساتير المقارنة التي بينت القيود و الضوابط المفروضة على ممارسة الحقوق والحريات العامة ، منها موقف الدستور المانيا الاتحادية من خلال النص على "كل من يسيء استعمال حرية التعبير ، وخاصة حرية الصحافة والتعليم والتجمع والجمعيات وسرية الرسائل او الاتصالات ...في محاربة النظام الاساسي الديمقراطي الحر يفقد التمتع بهذه الحقوق الاساسية ، وتتولى المحكمة الدستورية الاتحادية اصدار الحكم بهذا الفقدان ومداه " ([13]).كذلك النص على خضوع تلك التقييدات لأحكام الشرعية من خلال النص على " تخضع تقييدات هذه الحقوق لأحكام القوانين العامة ..."([14]) ،وبالمقابل " عدم المساس بتلك الحقوق وضمانها دستوريا وقانونيا ، لا يجوز بأي حال من الاحوال المساس بجوهر ومضمون الحق الاساسي " ([15]).

اما دستور الولايات المتحدة الامريكية فقد نص في التعديل التاسع منه لسنة 1791 على "ان النص على حقوق معينة في الدستور لا يجوز ان يفسر على نحوٍ ينكر او ينتقص من الحقوق الاخرى التي يحتفظ بها الشعب " .

وبذلك يتبين ان اغلب اتجاهات القضاء الدستوري جاءت مؤكدة لما ورد في الدساتير من خلال ان يكون التعبير عن الحريات متناسباً مع التجارب والأحداث السياسية التي تمر بها الدولة لأجل حماية النظام الديمقراطي فيها وان يكون ممارسة الحريات وفقا للقيود والضوابط الدستورية .

ومنها اتجاه المحكمة الاتحادية العليا في العراق في احدى قراراتها " تجد المحكمة الاتحادية العليا ان الضوابط التي يتم وضعها لممارسة واستخدام الحقوق والحريات زمنها حرية التعبير والتظاهر السلمي ، يجب ان تكون في حدود الدستور وأحكامه وعن طريق المشرع حصرا ،بما يضمن كفالة استعمالها واستخدامها بسلمية ..."([16]).

وكذلك قرار المحكمة العليا الامريكية الخاص بدستورية امر منع التجول في قضية ( هيرا باياشي ) وقضت المحكمة بإجماع قضاتها "ان الامر جائز وغير مخالف للدستور وعللت ذلك بكون ان البلاد تجتاز ظروف استثنائية شاذة تجعل اتخاذ هذا الاجراء امر مناسباً ومعقولاً لمنع وسائل التجسس والتخريب التي قد تلجأ اليها بعض الطوائف حالة وقوع الغزو على الاراضي الامريكية ..." ([17]).

وفي ذات المجال ابتدع القضاء الدستوري وسائل وأساليب لمد رقابته على تقدير الغرض الاساسي من التشريع ومدى ملائمة التشريعات مع مبدأ الشرعية الدستورية ،وهنا يعني ان المحاكم الدستورية اعتمادا على مبدأ المعقولية في اغلب الاحيان تقوم بتحديد كيفية ملائمة التشريعات ومعقوليتها في تحقيق الشرعية الدستورية وضمان الحقوق والحريات العامة والهدف الاساس من التشريع من خلال ايجاد نوع من التوازن بين ما يفرضه القانون من واجبات وبين ما يمنحه من حقوقٍ في المقابل .

وهذا ما اكدته المحكمة الاتحادية في العراق في احدى قراراتها " انَ هذه المحكمة ترى ان لكل تشريع له سبب وان سبب التشريعات تقدر لمعالجة مشكلة اجتماعية او اقتصادية او تنظيم امر معين فيفترض انها لا لمجرد الرغبة في اصدار التشريع مجردة من الاسباب الجدية الواقعية او على الاقل الاسباب الجدية التي اعتقد بها المشرع في ذهنه ،ولا يقدح بدستورية التشريع صدوره عن اسباب ملحة من قبيل الاحتجاجات الشعبية مادام ان السلطة التشريعية في ذلك ملتزمة ومراعية لحدود النصوص الدستورية ..." ([18]).

وان هذا التوازن بين الملائمة والمعقولية يتحدد وفقاً لمجالات الحياة المختلفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، واغلب الاتجاهات القضائية الدستورية قد اعتمدت مبدأ الملائمة في رقابتها في مجالات الحقوق الاقتصادية وخاصة فيما يتعلق بكيفية انشاء وإدارة المرافق العامة ذات النشاط الاقتصادي ، بينما مبدأ المعقولية يستند بالدرجة الاساس على عدم تجاوز القانون فيما يفرضه من تنظيم لحقوق الافراد وحرياتهم ويطبق ذلك في تشريعات الضبط الاداري وتشريعات الامن والصحة العامة ([19]).

ومن خلال ما سبق يتبين ان مبدأ المعقولية من المبادئ الاساسية التي وضعتها المحاكم الدستورية من خلال اتجاهاتها القضائية في اعتماد (مبدأ التقييد الذاتي ) لتقييد اختصاصها بالرقابة الدستورية والتي تقضي بان القضاء بعدم دستورية بعض القوانين لابد ان يكون مبنياً على الشك الواضح والقاطع والمعتمد على قاعدة (الشك المعقول).وهذا يعني وان المحاكم الدستورية لا تقضي بعد الدستورية إلا اذا كان ذلك

واضحا وقطعيا بحيث لا يبقى مجال معقول لاحتمال دستورية القانون ويسمى بالشك المعقول اي ان عدم الدستورية يجب ان يكون فوق مستوى كل شك معقول ([20]) .وان للمحاكم الدستورية عند ممارسة حقها في الرقابة وفي مجال سلطتها التقديرية لابد ان تكون تفسيراتها للقوانين واضحة ومحددة وصريحة ولا يمكن ان تتحمل الفاظها إلا مدلولا واحداً ، فليس للمحكمة في سبيل التوفيق بين القوانين والدستور ان تفسره تفسيرا يتعارض مع صريح هذه الالفاظ ،ويشترط في كل الاحوال ان يكون تفسير المحكمة للتشريع تفسيراً مقبولا ومعقولاً ([21] ).

**المطلب الثاني/ مبدأ التجزئة**

يعد هذا المبدأ من المبادئ المعتمدة في القضاء الدستوري من خلال قيام المحاكم الدستورية وأثناء البحث في دستورية قانون ما وجود بعض اجزاء القانون التي تتعارض مع الدستور وفي ذات الوقت توجد اجزاء اخرى من ذات القانون خالية تماما من كل شائبة دستورية ،وهنا اختلفت اتجاهات القضاء الدستوري من حيث تحديد الكيفية التي تتم من خلالها تجزئة المواد القانونية وفصلها عن بعضها البعض وبيان وتحديد النصوص غير القابلة للانفصال ومن ثم البحث في مدى دستوريتها بغض النظر عن الاجزاء القانونية الاخرى .

وكان هذا واضحا وجليا في احكام المحكمة العليا الامريكية التي اجرت رقابتها على تقرير قاعدة اساسية مفادها ان القضاء الدستوري لا يملك إلا صلاحية البت بعدم دستورية الاجزاء المتعارضة مع الدستور دون ان يمس الحكم سائر اجزاء القانون الاخرى الموافقة للدستور ويرجع ذلك الى ان المحاكم الدستورية عموما لا تمتلك وسيلة قانونية لإهدار الاجزاء القانونية المتوافقة مع الدستور ([22]). وان الوسيلة القانونية التي تستطيع من خلالها المحاكم الدستورية تجزئة النصوص القانونية هو بيان مدى ارتباط الاجزاء المتفقة مع الدستور بالأجزاء المخالفة للدستور،ويتم تحديد ذلك من خلال امكانية الفصل بين اجزاء التشريع ويعتمد ذلك الفصل على معيار مزدوج احدهما (موضوعي) يتصل بنصوص القانون نفسها ،بينما المعيار الآخر يكون( ذاتي )يتعلق بالدرجة الاساس بنية واضعي القانون ،وهذا يعني اولا البحث عن قيام ارتباط جوهري بين الاجزاء الموافقة والمخالفة للدستور من خلال تحليل نصوص التشريع نفسها وثانيا تحاول الكشف عن نية المشرع .

وعبرت المحكمة العليا الامريكية عن اعتماد المعيار المزدوج في تحديد الاجزاء الموافقة والمخالفة للدستور في حكم لها "ان الجزء السليم من القانون لا يعتبر ممكن الانفصال عن الاجزاء المخالفة للدستور إلا اذا تحقق فيه شرطان اولهما ان يتضح ان الجزء يستطيع وحد ه انتاج اثر قانوني اما الثاني ان المشرع لو علم بسقوط الاجزاء المخالفة لاختار مع هذا بقاء ذلك الجزء " ([23]).ويعد مبدأ التجزئة تبعا لذلك من المبادئ المرنة الخاضع للسلطة التقديرية للقاضي الدستوري فتستطيع المحكمة وفقاً لذلك اتباع المبدأ في احكامها وإهداره في احكام اخرى ، فنجد المحكمة العليا الامريكية في كثير من المناسبات تغفل احياناً نية المشرع الحقيقية مستغلة بذلك السلطة التقديرية الممنوحة لها وترى بإبطال الاجزاء القانونية التي لا تتوافق مع اتجاهاتها السياسية والاقتصادية ومع ذلك تستطيع المحكمة وفقا لسلطتها التقديرية ان تقدر مدى الارتباط بين اجزاء التشريع وتكون بعض تلك لأجزاء قابلة للانفصال عن النصوص المشكوك بعدم دستوريتها ([24]).

وقد انتهت المحكمة العليا الامريكية الى دستورية قرار الابعاد مؤسسة قضائها على سابقة قضائية "تتضمن صلاحية الهيئة التشريعية والتنفيذية وما تملكه من سلطات استثنائية خلال فترة الحرب وان المحكمة في هذا القرار تجنبت مناقشة ما تضمنه البرنامج الخاص بقرار الابعاد من تجميع المبعدين من معسكرات الاعتقال الخاصة ذاهبة الى انفصال كل من الاجرائين الخاصين بقرار الابعاد والبرنامج المتعلق به ، وان تقرير دستورية قرار الابعاد لا يقتضي بالضرورة تقرير دستورية اجراءات العزل والاعتقال "([25]).

ونجد بالمقابل ان السلطة التشريعية في بعض الاحيان تلجأ لمواجهة سقوط النصوص الدستورية بدائرة عدم الدستورية من خلال الرقابة الدستورية عن طريق وضع نصوص في التشريعات تكون اجزاءها

منفصل عن بعضها وبشكل لا يؤثر تأثيرا كبيرا بسقوط النصوص المشكوك بدستوريتها ويعرف هذا النص "بنص التجزئة او الفصل " او كما يسمى "بنص الانقاذ "[26]. ومنها الحكم الذي قررت فيه المحكمة العليا الامريكية عدم دستورية قانون الفحم المعروف (بقانون جوفي ) الذي تضمن هذا القانون طائفتين من النصوص ،الاولى تخص تحديد حد ادنى وحد اقصى لأسعار الفحم ، اما الثانية فتتعرض فيها لمشكلة العلاقات العمالية المتصلة بصناعة الفحم وحماية العمال وتحديد ساعات العمل وغير ذلك [27].

كذلك لجأت المحاكم الدستورية في كل من مصر وإيطاليا الى تلك الاتجاهات ، اذا تعتمد تلك المحاكم عند الخوض في الرقابة على نص تشريعي الى تفسير النص بصورة تضمن تطابقه مع الدستور في بعض اجرائه بعض النظر عن بقية اجزاء القانون الاخرى ، فالمحكمة تقوم بالقضاء بعدم دستورية نص القانون في الجزء الذي يتناول او ينص على قاعدة معينة لا تتفق مع الدستور فهدف القاضي هنا هو الوصول الى جوهر النص دون ان يؤدى ذلك الى المساس بألفاظ النص ذاتها، فاستندت المحكمة الدستورية العليا في مصر على مبدأ التجزئة في العديد من قراراتها معتمدة على الى ان هناك تقدير من قبل المحكمة وفقاً لسلطتها التقديرية بوجود ارتباط بين بعض الفقرات في قانون معين وان امكانية تجزئة النصوص وانفصالها ممكن حتى لا تدخل بعض الفقرات القانونية تحت طائلة عدم الدستورية لكونها تتمتع في الاصل بالقرينة الدستورية ،اذ اصدرت حكمها الذي نص على "عدم جواز الحجز على اموال المنظمات النقابية العمالية اللازمة لمباشرة النقابات لنشاطها واستندت في ذلك لمخالفة هذا الحظر لمبدأ المساواة بين الاشخاص القانونية الخاصة ومدى ارتباط هذا النص مع الفقرة القانونية الخاصة باعتبار اموال المنظمة النقابية اموالاً عامة في غير مجال تطبيق قانون العقوبات "[28].ومن التطبيقات القضائية ايضا في هذا المجال هوما قضت به المحكمة الدستورية الايطالية بقرارها " ان المحكمة الدستورية هي المختصة بضمان وتفعيل مبدأ المشروعية وإنها وحدها المناط بها دون غيرها ترخيص مباشرة الدعاوى الجنائية بشأن جنحة اهانة المحكمة الدستورية وبالتالي تقرير عدم دستورية المادة محل الطعن بالدستورية في الجزء الذي يرخص مباشرة الدعوى الجنائية في هذا الصدد للوزير بدلاً من تقريرها للمحكمة ذاتها "[29].

ومن خلال ما تقدم نجد ان اتجاهات المحكمة في اعتماد المبادئ الموضوعية من حيث اعتماد المعقولية والتجزئة في اصدار الحكم الدستوري وما تصل اليه في البت في مدى دستورية القوانين والفصل فيها يعد في حقيقة الامر مكنة قضائية يترتب عليها الغاء قاعدة تشريعية غير دستورية ووضع اتجاه دستوري جديد ينصب في تحقيق الشرعية الدستورية ،فهي بهذا تباشر الحكم على اتجاهات المشرع في وضع القوانين .

وفي ذات الوقت تسعى المحاكم من خلال تلك المبادئ والأسس الى مراعاة الاعتبارات القانونية والفنية والعملية والتي تروم من خلالها تحقيق الصالح العام والتي تحل في صدارة الاهداف والاعتبارات محل الاعتبارات السياسية للمشرع [30] .

**المبحث الثاني/المبادئ الاجرائية لإصدار الحكم القضائي الدستوري**

ان المحاكم الدستورية عموما عند ممارسة اختصاصها الرقابي في بيان مدى دستورية القوانين تستند الى مجموعة من القواعد والأشكال الاجرائية الجوهرية التي لا تجوز مخالفتها كي ينتظم التداعي في المسائل الدستورية ، وتتمثل تلك المبادئ بإصدار التوجيهات القضائية الى الكيفية القانونية السليمة لتطبيق القانون واتخاذ وإتباع الاجراء القانوني الاصولي في تطبيق القوانين وكيفية التطبيق الامثل لها ، من خلال بيان مدى دستورية تلك القوانين بإصدار احكام قضائية موجهة من قبل القضاء الدستوري وتأكيد المبادئ القضائية المتبعة بإصدار الاحكام القضائية ومضامين تلك الاحكام لبيان مدى دستورية الاجراءات التي اتخذتها المؤسسات والسلطات المختصة بتطبيق القانون ، فضلا عن ما يتعلق بالحصانة الاجرائية للنصوص القانونية ذاتها التي تحيط بداخل النص القانوني وما يتمتع به من قرينة دستورية تحميه من السقوط في دائرة عدم الدستورية ،فضلا عن الحصانة الخارجية التي تتعلق بحجية الحكم القضائي الدستوري الصادر بصدد مدى دستورية النصوص القانونية المطعون في دستوريتها وفقا للإجراءات القضائية المنصوص عليها قانوناً.

**المطلب الاول / مبدأ الوسائل القانونية السليمة**

وهي من المبادئ التي تتضمنها الاحكام الدستورية الصادرة من المحاكم الدستورية من خلال تأكيدها في مضامين قراراتها الدستورية على استخدام الوسائل القانونية السليمة واتخاذ الاجراء القانوني الواجب في تطبيق القانون لتحقيق الشرعية القانونية ، ويتم ذلك من خلال احكام دستورية توجيهية الى السلطات والجهات المختصة بتنفيذ وتطبيق القوانين .وإذا ما تم اعطاء القاضي الدستور صلاحية للبت في المسائل الدستورية الخاصة بنص قانوني معين فهو بهذا يضع مبدأ يدعم اصدار التطبيق الملائم للقانون ووضع المسار المتبع ويستوفي المتطلبات الدستورية من خلال تحديد قواعد ومعايير لتحديد المبادئ المستقاة من الدستور والتي يمكن من خلالها تحديد الوسائل القانونية السليمة لتطبيق القانون من قبل السلطات العامة([31]). وقد تم تضمين هذا المبدأ في العديد من الدساتير لتحقيق الحماية القانونية من خلال استخدام الوسائل الاجرائية السليمة في تطبيق القانون والتأكيد عليها في النصوص الدستورية ،فقد اشار الدستور العراقي مؤكدا على مبدأ الحماية القانونية بنصه على " لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها إلا وفقا للقانون ،وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة "([32])،وكذلك نص على " لكل فرد الحق في ان يعامل معاملة عادلة في الاجراءات القضائية والإدارية "([33]).

وما اشار اليه المشرع الامريكي كذلك من خلال الدستور وتعديلاته على فترات زمنية متعددة مؤكداً على هذا المبدأ ،منها التعديل الخامس للدستور الامريكي لسنة 1791 بنصه على "...لا يحرم شخص من حقه في الحياة او الحرية او الممتلكات دون اتباع الاجراءات القانونية الاصولية ..."وكذلك التعديل الرابع عشر للدستور الامريكي لسنة 1868 الفقرة الاولى " لا يحق لأية ولاية ان تضع او تنفذ اي قانون من شأنه الانتقاص من المزايا والحصانات التي تتمتع بها مواطنو الولايات المتحدة كما لا يجوز لأي ولاية ان تحرم شخصاً من حقه في الحياة او الحرية او الممتلكات دون تطبيق القانون على الوجه الاكمل ولا يجوز لها ان تحرم اي شخص في نطاق سلطانها القضائي من المساواة في الحماية امام القانون ". فضلا عن التعديل الرابع عشر للدستور الامريكي لسنة 1868الذي نص في الفقرة الاولى منه على " لا يحق لأية ولاية ان تضع او تنفذ اي قانون من شأنه الانتقاص من المزايا والحصانات التي تتمتع بها مواطنو الولايات المتحدة كما لا يجوز لأي ولاية ان تحرم شخصاً من حقه في الحياة او الحرية او الممتلكات دون تطبيق القانون على الوجه الاكمل ولا يجوز لها ان تحرم اي شخص في نطاق سلطانها من المساواة في الحماية امام القانون ".

كما اكد الدستور الايطالي في الباب الاول /الجزء الاول منه في المادة (13)منه على هذا المبدأ "للحرية الشخصية حرمة لا يجوز ان تنتهك بأي شكلٍ من الاشكال " ، وكذلك نص على " لا يجوز للقانون في اي حال تجاوز الحدود المفروضة لاحترام الشخص البريء "( [34]) .اما الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل 2008 في المادة (66) " لا يجوز حبس اي كان بصفة تعسفية وتكفل السلطة القضائية بعدها حامية الحرية الفردية احترام هذا المبدأ وفق الشروط المنصوص عليها في القانون " ([35]).كذلك المادة (71) من قانون التعديل الدستوري الفرنسي رقم 2008/724 والتي نصت على ضرورة " احترام الحقوق والحريات من قبل ادارات الدولة والجماعات الاقليمية والمؤسسات العمومية ومن قبل كل هيأة تضطلع بمهمة المرفق العام او يخولها القانون هذا الاختصاص " ،اما الدستور الالماني فقد اشار الى تحقيق الحماية القانونية المتساوية في تطبيق القانون من خلال نصه على " اذا اجيز وفقا لهذا القانون الاساسي تقييد احد الحقوق الاساسية بقانون او بناء على قانون فيجب ان يطبق هذا القانون بشكل عام ،ولا يقتصر على حالة منفردة ..."([36]).

وهذا ما سارت عليه اغلب الاتجاهات القضائية في مجال القضاء الدستوري تطبيقاً للمبادئ الدستورية التي اقرت هذا المبدأ ، ونذكر في هذا المجال ما قضت به المحكمة الدستورية الايطالية في احدى قراراتها " ان ارتكاز الاحكام القضائية على المقتضيات الدستورية والتي تلزم الادارة المختصة بتطبيق القانون واتخاذ التدابير الملائمة للمعاملة العلاجية مع المحكوم عليهم والمصابين بعاهات عقلية "([37]).

وكذلك سار المجلس الدستوري الفرنسي على ذات المنهج في اصدار توجيه للسلطات المختصة بتنفيذ القانون وبوجوب اتباع الوسائل القانونية السليمة التي تحقق الحماية القانونية للأفراد من خلال حكمه القضائي "يعطى للحكومة صلاحية لتحديد الموارد وعدد الاشخاص المكلفين وإمكانية الجمع بين المعاش الشهري ودخل النشاط المهني وان هذه النصوص لا تعفي الحكومة خلال ممارستها للسلطات المخولة اليها بموجب المادة (38) من الدستور من احترام المبادئ الدستورية وخاصة فيما يتعلق بالحرية والمساواة والحق في الملكية "([38]).

وأشارت كذلك المحكمة العليا الامريكية في العديد من احكامها الى مبدأ الوسائل والإجراءات القانونية السليمة والأصولية من خلال التأكيد على ان للفرد مصلحة في تطبيق الاجراءات القانونية الاصولية في رفض العلاج الطبي غير المرغوب فيه غير ان مصلحة الولاية التنظيمية قد ترجح مصلحة الحرية المشمولة بالحماية والأجراء الاصولي بقرارها " ان فقرة الاجراءات والوسائل القانونية الاصولية تسمح للولاية بمعالجة نزيل السجن الذي لديه مرض عقلي خطير بالعقاقير ضد رغبته اذا كان النزيل خطيراً على نفسه او على الاخرين ، وكان العلاج الاجباري في مصلحة النزيل طبياً"[39].

ونجد ان تأكيد الاتجاهات القضائية الدستورية على مبدأ الوسائل القانونية والإجراء الاصولي في تطبيق القانون لا يكون اتجاه السلطات والمؤسسات التنفيذية المختصة بتنفيذ القانون فحسب ، بل تكون ايضا موجهة الى السلطة التشريعية والقضائية ،ويعني ذلك توجيه المشرع ولفت نظره الى قصور جانب معين من الدستور او القوانين والتي ينبغي التدخل لمعالجته تشريعياً من خلال بيان الوسائل والإجراءات الاصولية في كيفية تنفيذ القانون ،ويتمثل التوجيه القضائي من خلال مضامين الاحكام القضائية التي تعزز مبدأ اجرائيا وليس قاعدة وهذا المبدأ هو الذي يعزز ويؤكد احترام المبادئ الدستورية وتحديد مسار السلوك والإجراء الواجب الاتباع ووضع الاطار الخاص بتطبيق القانون[40] كذلك كان اتجاه المجلس الدستوري الفرنسي في العديد من احكامه الى تحديد مبدأ الوسيلة او الاجراء القانوني السليم من خلال تجنب كل انحراف عن طريق وضع مسارات التطبيق من خلال ارسال التوجيهات بشكل مباشر الى السلطة اللائحية التي ينص القانون على تدخلها دون ان يعنى بتعيين الحدود الصريحة لعملها وفي سبيل تجنب الحكم ببطلان نص القانون محل الرقابة يمكن للمجلس الدستوري ان ينظم السلطة اللائحية من خلال ارسال عدد من التوجهات اثناء البت في مدى دستورية بعض الفقرات القانونية الخاصة في هذا المجال لغرض بيان المسار الذي يجب ان تسلكه السلطة حتى يكون القانون موافقا للدستور مما غفل المشرع عن بيان الاجراء السليم بصورة صريحة [41].

ومن الجدير بالذكر قد تلجأ المحاكم الدستورية الى التوسع في تفسير شرط او مبدأ الوسائل القانونية الصحيحة كقيد موضوعي على التشريعات الصادرة من السلطة التشريعية وخاصة فيما يتعلق بالتشريعات في المجال الاجتماعي والاقتصادي ،وكذلك أخذت تلك الاتجاهات القضائية الدستورية في تدعيم الفكرة في التشريعات الخاصة بالحقوق والحريات الفردية [42].

وهذا ما اتجهت اليه المحكمة العليا الامريكية من خلال التوسع في تفسير شرط الوسائل القانونية السليمة في الرقابة على دستورية العديد من القوانين والتي ادت الى عدم دستورية الجانب الاكبر من البرنامج الاصلاحي للرئيس روزفلت بسياسيته المعروفة باسم (The new deal).ولكن هذا التفسير الواسع لمبدأ الوسائل القانونية السليمة لم يكن ثابتا ضمن الاتجاهات الدستورية لمحاكم القضاء الدستوري بل تعمد بعضها الى اتخاذ اتجاه تفسيري محدد ومقيد او من خلال التضييق من التفسير لهذا المبدأ نتيجة لوقوع العديد من التشريعات في دائرة عدم الدستورية وإهدار المصلحة الاساسية من التشريعات في تنظيم النشاطات الاجتماعية والاقتصادية .

فنجد من حيث الواقع ان المحكمة العليا الامريكية قد تراجعت واتبعت منحنى جديد طرأ على مدلول وتفسيرات الوسائل القانونية السليمة من خلال مظهرين مختلفين :-([43]).

الاول / زوال المبدأ تدريجيا بعده قيداً موضوعياً على التشريعات الاجتماعية والاقتصادية .

الثاني / التوسع في تطبيقه كضمان موضوعي للحقوق والحريات الفردية .

وقد حددت نطاق ذلك من خلال مبدأ( الخطر القائم )المعتمد في اصدار الحكم الدستوري مفرقة بين حالتين :- اولا ان ينص القانون على منع اعمال معينة بعدها خطرا على النظام العام .
ثانيا ان ينص القانون على جزاء معين على صورة معينة من صور التعبير عن الرأي باعتبارها في ذاتها خطرا على النظام العام. ولا يكون امام المحكمة في هذه الحالة إلا ان تتحقق من كون الاقوال والعبارات ضمن نطاق الصور والأفعال التي جرمها القانون([44]) .
وقد طبقت المحكمة العليا الامريكية ذلك من خلال قرارها " ان الخطر الذي ينتج عن الكلام او التعبير لا يكون قائما وواضحا إلا اذا كان الضرر الذي يمكن ان ينجم عنه يبلغ من الوشوك والاقتراب درجة تهدد بوقوعه قبل ان تتاح الفرصة لدفعه عن طريق الاقناع او المناقشة ..."([45]).
وبذلك نجد ان الحرية الممنوحة للإفراد هي ان يعبروا عن اعتراضهم او آرائهم من خلال حرية التجمع والتظاهر بالوسائل الكلامية السليمة من خلال كفالة الدساتير لحرية التعبير عن الرأي ، إلا ان هذه الحماية الدستورية المقررة لتلك الحريات لاتصل الى حد التسامح في حالة الاخلال بالأمن والنظام العام او ارتكاب المخالفات او الجرائم ،لكون ان الحرية الممنوحة للأفراد هي اعطاء الفرص الكافية للتعبير عن الرأي والأفكار وان التفسيرات المتعلقة بإتباع مبدأ الوسائل القانونية السليمة لا يمنع الادارة من تنظيم تلك الحرية وفرض القيود او الضوابط عليها وفق القانون ،وذلك من خلال كيفية التوفيق وتحقيق التوازن بين دواعي الحرية في صورها المختلفة وبين ضرورات التعبير عن تلك الحرية وحماية النظام العام من خلال تحيد النطاق او المدى الذي تنتهي عنده حرية الفرد في التعبير وتبدأ بعد ذلك سلطة الدولة في التنظيم من خلال فرض القيود الضرورية التي تمليها طبيعة الحياة الاجتماعية المنظمة .
وهذا ما اكدته المحكمة العليا الامريكية في احدى قراراتها المتضمن تحديد الحكم القضائي الدستوري لنطاق حرية الرأي والتعبير "ان ذلك النطاق ليس ثابتا وإنما يتغير بتغيير الظروف والملابسات باستعماله ، فما يجوز في حالة السلم العادية قد لا يسمح به في ظروف الحرب الاستثنائية والمعيار في كل حالة هو ما اذا كانت العبارات المستعملة قد وقعت في ظروف تجعلها سببا لخلق خطر واضح قائم يهدد بوقوع الاضرار التي للكونغرس حق منعها وتجنبها وهي مسألة نسبية متدرجة على كل حال "([46]).
ونجد ان هناك علاقة وثيقة مابين تطبيق مبدأ الوسائل القانونية او بما يسمى بالإجراء القانوني الاصولي وبين تحقيق الحماية القانونية المتساوية ،وان هذه العلاقة الوثيقة تتحدد من خلال التوفيق والتوازن بين الحريات والمصالح العامة .وان تحقيق هذا التوافق بين هذين الاعتبارين يمنح القضاء الدستوري سلطة المشاركة في تحديد القيم الدستورية والسياسية من خلال تحديد العوامل المختلفة التي تؤيد الحريات العامة التي تعبر عنها اعلانات الحقوق وبين المصالح العامة التي تعد اساسا لعمل السلطات الادارية الضبطية والتي تمتلكها استنادا الى امتيازات السلطة العامة ، وان المعيار المعتمد في تحديد كفاية قيام المؤسسات باتخاذ الوسائل القانونية والإجراء القانوني الاصولي في تطبيق القانون هو تحقيق الحماية القانونية المتساوية والتي تتضمن تطبيق القانون وفقا لإجراءات اصولية تتعلق بآليات السلطات المطبقة للقانون والكيفية التي تعتمدها في تطبيق تلك القوانين على اسس موضوعية وإجرائية متكاملة في جوهرها والتي تعكس صون الحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور .
وهذا ما اكدته المحكمة الدستورية المصرية في احدى قراراتها " ان النص المطعون فيه ينال كذلك من ضمانة الدفاع التي لا تقتصر قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة بل تمتد وما يتصل بها الى المرحلة السابقة عليها وهي ضمانة كفلها الدستور من خلال الزام الدولة بان تعمل على تقرير الوسائل الملائمة التي تعين المعوزين على صون حقوقهم وحرياتهم ...ودون ان يكون التمييز لها ما يظاهرها وهو ما يعجز المحامين عن ادارة الدفاع عن موكليهم وفق اصول المهنة ومقتضياتها ،التي يفترض ان يكون التزامها والنزول عنها حائلا دون تقييد الحرية الشخصية من خلال اتباع الوسائل القانونية السليمة سواءٍ في جوانبها الاجرائية او الموضوعية " ([47]).
والسؤال الذي يثار في هذا المجال ما هو طبيعة الحق الذي يعد محوراً اساسيا لمعيار الحماية المتساوية ؟

للإجابة على التساؤل اعلاه نجد ان التطبيق السليم لفقرات قانونية معينة لا يمكن ان تكون تحريماً لتطبيق فقرات أخرى ،وان المعاملة المختلفة للأشخاص يجب ان تكون متكاملة وضرورية في وضع القانون لتحقيق المساواة بين الفئات لمساواة الرجال والنساء والأطفال والأجانب والمواطنين دائما معاملة على حد سواء بمقتضى القانون لكن في ذات الوقت ان هذا الفئات لا يمكن ان تعامل معاملة مختلفة على اساس تعسفي من خلال تحديد تصنيف او معيار مقبول يشمل كل الاشخاص الذي يكونوا في مواقف متماثلة ([48]). وتطبيقاً لذلك قررت المحكمة العليا الامريكية " ان ادانة مواطن اسود بجريمة قتل بواسطة هيأة محلفين استبعد منها المواطنون السود بواسطة قانون الولاية تعتبر انتهاكا للحماية المتساوية " ([49]).وان كان القانون او موضوع تنفيذه هو موضوع التقاضي فان الطاعن في هذه الحالة يجب ان يثبت ان التصنيف معتمد على اساس قانوني قبل ان يتم استخدام معيار او مقياس في النظر في دستورية الاجراءات من قبل القاضي الدستوري ،اذ ان اثر التفرقة في المعاملة بين فئات المجتمع او تأثير تطبيق قانون معين او اتخاذ اي اجراء حكومي قد يكون دليلاً على نية التفرقة اذا ان التفرقة بين الفئات قد لا تعد مقياس او اساسا وحيدا لكيفية تطبيق القانون .

وهذا ما اكدته كذلك المحكمة الامريكية في قراراها في قضية واشنطن ضد ديفيز عام 1976"ان الاختبار الخاص بكيفية اختيار البوليس اسفر عن نتائج ذات تفرقة عنصرية وهي بحد ذاتها اعتبرت غير كافية لإثبات انتهاك الحماية المتساوية "([50]).

**المطلب الثاني/ مبدأ الحصانة الاجرائية**

تنطلق فكرة هذا المبدأ ان للنص التشريعي حصانة اجرائية تنبثق من محورين :-

المحور الاول الحصانة الداخلية التي يتمتع بها النص القانوني والتي تتمثل بالقرينة الدستورية التي تشكل بحد ذاتها ضمانة اجرائية ضد التعسف في تفسير النصوص وإخراج مضامينها خارج نطاق الاهداف المحددة للقانون وفق السياسة التشريعية التي تفترض ان لكل نص قانوني قرينة دستورية يتمتع ويتحصن بها لتلافي إخراجها من دائرة الدستورية إلا ان يتم اثبات العكس من خلال اثارة المسالة الدستورية .بينما المحور الثاني يتمثل بالحصانة الخارجة عن النص القانوني وهي الحجية التي يكتسبها الحكم القضائي بصدد النص القانوني والتي تمنع من اثارة المسألة الدستورية مجددا اتجاه النص ذاته سواء اكان بيان مدى اتفاقه مع الدستور او من عدمه وسيتم بيان ذلك كالآتي :-

**اولا / القرينة الدستورية**

تعد القرينة الدستورية حصانة داخلية تحيط بالنص القانوني من خلال عدم المساس بالنص ومدى دستوريته إلا ان يكون هناك اجراءات متبعة وفقا للقانون من خلال الطعن بدستورية النص عن طريق الدعوى الدستورية وفقاً للشروط والضوابط المنظمة للعمل القضائي وكيفية اتصاله بالدعوى المرفوعة امام القضاء.وتتجه اغلب الاتجاهات القضائية الى هذا المبدأ الاجرائي لسبب اساسي وهو عدم سقوط النصوص القانونية بدائرة عدم الدستورية وإهدار العمل التشريعي والذي يكون من حيث الاصل متمتعا بالشرعية الدستورية من خلال وضع تشريعات تهدف بالدرجة الاساس الى تحقيق المصلحة العامة من خلال وجود اسباب موجبة لإقرار التشريعات وتحقيق الاهداف التي تتوخاها السياسة التشريعية في الدولة وبهذا المعنى تعد القرينة قيداً هاما على سلطة المحكمة في الرقابة فهي تعني ان الاصل في التشريعات توافقها مع الدستور وان على المدعي اثبات العكس من ذلك من خلال امرين :-

الاول / ان القضاء الدستوري لا يقضي بعدم الدستورية إلا اذا كان هناك شكاً واضحاً وقطعياً بحيث لا يبقى مجال معقول لاحتمالية دستورية القانون ،اي ان عدم الدستورية يجب ان يكون فوق مستوى كل شك معقول .

وهذا ما اكده القضاء الدستوري الامريكي المتمثل بالمحكمة العليا في احدى احكامها " لن يمارس القضاء الدستوري سلطة الرقابة إلا في المناسبات الواضحة وضوحا تاما كذلك ان هذه المحكمة قد قررت مراراً انها لا تتعرض لبحث دستورية القوانين إلا اذا كان هذا التصرف امراً لا يمكن تجنبه " ([51]).

كذلك اكدت المحكمة الدستورية المصرية في احدى قراراتها هذا المبدأ " ان الرقابة الدستورية لا تستقيم موطئاً لإبطال نصوص تشريعية يمكن تأويلها بمختلف طرق الدلالة المعتبرة –على وجه يعصمها من المخالفة الدستورية المدعى بها ،بل يجب وبوصفها رقابة متوازنة لا يجوز التدخل بها إلا لضرورة ملحة تقتضيها وان تكون مبررة بدواعيها ،كي لا يكون اللجوء اليها اندفاعاً،او الاعراض عنها تراخياً" ([52]) .

اما الثاني / ان القرينة الدستورية تعني امكانية تفسير القانون المطعون بعدم دستوريته غلى اكثر من تفسير وكانت احدى التفسيرات تجعله متفقا مع الدستور فيجب على المحكمة في هذه الحالة ان تلتزم بالتفسير الذي يحمل صفة الدستورية لذلك النص .

وتطبيقا لذلك قررت المحكمة العليا الامريكية في قضية الولايات المتحدة ضد كونغرس التنظيمات الصناعية عام 1948 " ان من واجب المحكمة ان تعطي للقانون تفسيرا تتجنب به اثارة المشكلة الدستورية "([53]) .وكذلك جاء قانون المحكمة الدستورية المصرية مؤكدا لذلك من خلال النص "يجوز للمحكمة في جميع الحالات ان تقضي بعدم دستورية اي قانون او لائحة ..."([54]) .

اما في العراق فنجد المحكمة الاتحادية العليا قد اخذت بالقرينة الدستورية كضابط في رقابتها على دستورية القوانين اذانها لم تلجأ الى الغاء نص تشريعي او الحكم بعدم دستوريته إلا بعد التحقق من وجود تعارض واضح لنصوص الدستور وخرق لمبادئه ،وذلك في احدى قراراتها " لدى دراسة المحكمة الاتحادية العليا لنص الفقرة (خامسا )من المادة (13) من قانون انتخابات مجالس المحافظات والاقضية والنواحي رقم 26لسنة 2008 وتحليل نتائج الانتخابات وتطبيقها على ارض الواقع وجد انها تخالف حكم المادة (20) من الدستور والمادة (38/اولا) من الدستور وتشكل خرقا لأحكام المادة (14) من الدستور التي كفلت المساواة بين الطرفين امام القانون ،فحرمان المواطن من اعطاء صوته لمن يريد ولا يحول صوته لمن لم تتجه ارادته لانتخابه...لذا قررت المحكمة الحكم بعدم دستوريتها ..."([55]).

ويعني ذلك ان المحكمة وتدخلها جوازاً سلطة تقديرية ومناط هذه السلطة يحدد من خلال استشعار المحكمة بشبهة عدم الدستورية اي ان يكون هناك تصور مبدئي لتحقق المخالفة الدستورية لنص قانوني مطعون فيه وفقاً للنزاع المطروح يخص مدى دستورية نص قانوني ،وان تصدي المحكمة لا يعني اهدار القرينة الدستورية التي تتمتع بها النصوص إلا وفقا لضوابط محددة اما ضوابط موضوعية تتمثل بوجود وجود مخالفة دستورية وشك وواضح ومعقول او ضوابط اجرائية من حيث وجود خصومة اصلية وفقا للدعوى دستورية المرفوعة امامها .

وهذا ما اكدته المحكمة الدستورية المصرية " ان اعمال المحكمة الدستورية العليا لرخصة التصدي المقررة لها طبقا لنص المادة 27 من قانونها منوط بان يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلا بنزاع مطروح عليها ، فإذا انتفى ذلك قيام هذا النزاع فانه لا يكون لرخصة التصدي سند يسوغ اعمالها " ([56]).وإمكانية او رخصة التصدي موجودة في النظام القضائي الالماني ايضا ،اذ تمتلك المحكمة الدستورية الالمانية هذه الرخصة لإبطال نص قانوني متصل بالنص المطعون فيه بعدم دستوريته اذا ما رأت هذا النص مشوباً بذاته نتيجة مخالفته للنصوص الدستورية ([57]).

اما في العراق فقد اشار المشرع العراقي الى رخصة التصدي بالنص على "للمحكمة عند النظر بعدم دستورية نص تشريعي ان تتصدى لعدم دستورية اي نص تشريعي اخر يتعلق في النص المطعون فيه "[58].وسارت المحكمة الاتحادية العليا في هذا الاتجاه ،اذ قامت بالتصدي لأحكام المادة ( 24 / ثالثا) من قانون بيع وإيجار اموال الدولة رقم 21 لسنة 2013 المعدل بدلاً من نص المادة (15/اولا) المطعون بمدى دستوريتها[59].

وفي اتجاه قضائي اخر للمحكمة الاتحادية العليا في العراق ومن منظور التوجيه الوقائي والذي يعد تطورا في اتجاهات المحكمة ،فنجدها قد لجأت الى مكنة التصدي وبسط رقابتها على مشروع قانون لم تتم المصادقة عليه وذلك عندما قامت السلطة التشريعية في اقليم كردستان بتبني مشروع قانون لإنشاء محكمة خاصة ، وتعيين قضاة ومدعيين عاميين غير عراقيين وتكون لها سلطة فرض عقوبة الاعدام ، فضلاً عن بسط ولايتها على المواطنين العراقيين والأجانب ،وهنا بادرت المحكمة الاتحادية العليا ضمناً

الى اصدار توجيه للسلطة التشريعية في اقليم كردستان بضرورة مراعاة الضوابط والتوجيهات الحاكمة للتشريع عند تعرض المشرع لتنظيم مسألة معينة وفقا للموجبات الدستورية ،اذ فصلت بالمسألة الدستورية المعروضة امامها بتوجيهات وقائية من خلال ما قررته في احدى قراراتها "لما عاناه الشعب العراقي من سياسات الانظمة الدكتاتورية السابقة وإنشاء تلك الانظمة للمحاكم الخاصة لتكون اداة لقمع الشعب العراقي وفرض الاحكام خلافا للقانون ولمنطق العدالة وكان ضحيتها اعدام الكثير من ابناء الشعب العراقي "[60].

والسؤال الذي يثار في هذا المجال هل هناك ضوابط يتقيد بها القاضي الدستوري بصدد عدم اثارة المسالة الدستورية والتصدي لها؟

بينت بعض الآراء الفقهية في هذا المجال ان قدم التشريع واستمرارية تطبيقه تقيد القاضي بإثارة المسألة الدستورية ، فأن قيمة القرينة الدستورية تزداد على اعتبار ان هناك حقوق مكتسبة ومراكز قانونية مكتسبة ونجد ان هذا الرأي اعلاه لا يتفق مع امكانيات القضاء الدستوري ومهمته الاساسية في حماية الشرعية الدستورية ، كما ان قدم التشريع في حد ذاته ليس دليلا على دستورية القوانين وإنما يمكن ان يحمل المحاكم الدستورية على التردد في التصدي لمدى الدستورية او اثارتها إلا اذا كان هناك شك معقول وواضحا لكونها حامية الدستور ومن واجبها تحقيق الشرعية الدستورية، و كذلك لا يمكن ان نعتبر القدم حصانة للتشريع ضد اثارة المسالة الدستورية خاصة كون التشريعات قديمة او ان هناك صعوبة في اجراء التعديلات عليها إلا ان ذلك يمكن تلافيه ومعالجته من خلال امتلاك القضاء الدستوري لصلاحية التفسير بالطريقة التي تمكنه من جعل النص القانوني ملائماً للدستور باستخدام الآليات التفسيرية الحديثة التي لجأت اليه اغلب الحاكم الدستورية لمواكبة التشريعات للتطورات الحديثة وضمان حقوق وحريات الافراد المكتسبة .

وها ما اكدته المحاكم الدستورية في العديد من احكامها القضائية والتي تتضمن توجيهات للسلطات لضمان الشرعية الدستورية والحكم بعدم دستورية بعض التشريعات على الرغم من قدمها واستمرارية تطبيقها لفترات زمنية طويلة ، ومنها احكام المحكمة العليا الامريكية الخاصة بإنهاء الفصل العنصري في المدارس العامة وان يكون الفصل في هذه المسألة بأقصى سرعة من خلال التأكيد في العديد من احكامها على تطبيق مبدأ الغاء الفصل العنصري "ان الاستمرار في ادارة مدارس ذات التمييز العنصري تحت راية السماح لم يعد جائزا دستوريا ،وذلك بمقتضى احكام واضحة لهذه المحكمة ،فأن التزام كل منطقة مدرسية يتمثل بإنهاء النظم المزدوجة فورا وان تدار جميع المدارس بطرق موحدة "[61].

ومن الضوابط الاخرى التي قد تمثل قيداً للقضاء الدستوري في اثارة المسالة الدستورية هو التفاوت في التمتع بالقرينة الدستورية لبعض التشريعات وتمييزها عن غيرها من التشريعات الاخرى وخاصة فيما يتعلق بالتشريعات المنظمة للحقوق والحريات او التشريعات الاجتماعية والاقتصادية ([62]).

ومن خلال ما سبق يتبين ان منح بعض التشريعات الخاصة بالحريات مركزاً دستورياً اعلى من بقية التشريعات على حساب الاخرى والذي يعد بحد ذاته تجاوزاً على النصوص الدستورية التي وضعت بالأساس لتحقيق الشرعية في كافة مجالات الحياة سواء الاجتماعية او الاقتصادية ام السياسية وما ينبثق عن تلك التشريعات تتعلق بتحقيق المساواة والعدالة الاجتماعية هذا من جهة ، ومن جهة اخرى نجد ان اغلب الدساتير لم تنص بشكل صريح او تشير بشكل ضمني على التفرقة بين حقوق معينة او وجود مراتب دستورية لحقوق وحريات بمستوى اعلى او ادنى من غيرها.

**ثانيا / الحجية القضائية**

الحجية القضائية هي وسيلة فنية إجرائية وضعها المشرع للحد من المنازعات ولمنع رفع دعاوى جديدة لذات الموضوع المتخاصم فيه وبشان ذات الحقوق والمراكز القانونية ويلزم ذلك ضرورة احترام القضاة لما تم سبق الفصل فيه وذلك لتحقيق الغاية الاساسية وهي منع تناقض الاحكام القضائية ([63]).وهي بهذا المعنى تعد سلطة اجرائية مستقلة بذاتها عن الخصومة القضائية فهي بذلك نتيجة لانقضاء سلطة الدعوى ،اي ان الحجية القضائية تحمي النص القانوني من اثاره موضوع مدى دستوريته مرة اخرى خاصة وانه قد اكتسب الحجية المطلقة اتجاه الكافة على اعتبار ان الاحكام القضائية الدستورية الصادرة من المحاكم

العليا قراراتها باتة وملزمة ولا يجوز الطعن بها بأي طريق من طرق الطعن ،وان الحجية بهذا المعنى هي الصفة القابلة للمنازعة والثابتة عن طريق القانون لمضمون الحكم القضائي فان النص الذي صدر بشأنه الحكم لا يكون قابلا للمنازعة بعد ذلك ([64]).

وهذا ما اكده الدستور العراقي وقانون المحكمة الاتحادية العليا ، اذ نص الدستور على "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة "([65]).اما قانون المحكمة الاتحادية العليا جاء مؤكداً لما نص عليه الدستور حول حجية القرارات المطلقة من خلال النص "الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باتة "([66])،وكذلك نص النظام الداخلي للمحكمة على ان "قرارات المحكمة باتة وملزمة للسلطات والأشخاص كافة ولا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن ..."([67])، وهذا ما اكدته المحكمة الاتحادية العليا في اتجاهاتها القضائية ،اذ اشارت الى ان "قرار المحكمة يعتبر وحدة متكاملة بحيثياته وأسانيده والفقرة الحكمية لا يمكن تجزئتها ، فضلاً عن ذلك ان قراراتها باتة وملزمة للسلطات كافة طبقا لنص المادة (94) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 ..."([68]).

اما الدساتير والقوانين المقارنة فقد اشارت كذلك الى تمتع الحكم القضائي الدستوري الصادر من المحاكم الدستورية بالحصانة الاجرائية وذلك من خلال عدم اثارة المسألة الدستورية لذات النص المحكوم بعدم دستوريته لتمتعه بالحجية القضائية المطلقة التي تمنع اثارته او الطعن فيه مرة اخرى .

فقد نص الدستور المصري على " تنشر في الجريدة الرسمية الاحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا ،وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم ..."([69]).وكذلك قانون المحكمة الدستورية في مصر رقم (48) لسنة 1979 نص في المادة (49) منه على "احكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة ...."وهذا ما اكدته المحكمة الدستورية في احدى قراراتها "حجية الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي لا يقتصر على اطراف النزاع في الدعوى ، وإنما ينصرف اثر هذا الحكم الى الكافة ..."([70]).

اما في فرنسا فنجد ان الدستور الفرنسي قد اكد على حجية الاحكام الدستورية المطلقة من خلال نصه على " ان قرارات المجلس الدستوري لا تقبل الطعن ضدها بأي طريقة من طرق الطعن ، كما انها ملزمة للسلطات العامة ولكافة السلطات الادارية والقضائية "([71]).

وبما ان القاعدة العامة تقضي بان الاحكام القضائية الدستورية تتمتع بحجية مطلقة فالسؤال الذي يثار في هذا المجال ،هل هناك استثناء وارد على مبدأ الحجية المطلقة ؟ او بعبارة اخرى هل ان للقاضي الدستوري مكنة او آلية معينة نتيجة لتطورات تحدث في المجال التشريعي او تغييرات ومستجدات حديثة تفرض عليه اصدار احكام قضائية جديدة ممكن ان تتعارض مع مبدأ الحجية القضائية للحكم الدستوري الصادر من قبل ؟

نجد ان العدول عن الاحكام القضائية الصادرة في فترة زمنية معينة والتي تعد من الآليات التي يستطيع القاضي الدستوري من خلالها ان يتعرض للحكم القضائي الذي سبق وان تم اصداره من المحكمة الدستورية في قضية ما ،ويقصد بالعدول هو تغير اتجاهات القضاء الدستوري من خلال تحول القاضي الدستوري عن مبدأ قانوني قديم سبق وان تم اصداره سواء اكان بمنسبة اصدار تفسير دستوري او حكم صادر بمدى دستورية نص تشريعي معين ، وللعدول اسباب ودوافع عدة تدفع القضاء الدستوري الى استخدام هذه الالية منها ما يتعلق بالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية والتغييرات التشريعية التي تتعلق بتعديل الدساتير والقوانين او الغاءها ([72]).

ونجد ان العديد من المحاكم الدستورية قد منحت استخدام هذه المكنة من خلال النص في قوانينها المنظمة لعمل المحاكم ،ففي العراق نص النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا على ان "للمحكمة عند الضرورة وكلما اقتضت المصلحة الدستورية والعامة ،ان تعدل عن مبدأ سابق اقرته في احدى قراراتها ،على ان لا يمس ذلك استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة "([73])

ومن التطبيقات القضائية للمحكمة الاتحادية العليا انها قد عدلت عن اتجاهها القضائي في تفسير معنى الحصانة البرلمانية لأعضاء مجلس النواب اذ نص قراراها على "عدم جواز تنفيذ مذكرة القبض الصادرة

عن جريمة جناية غير مشهودة متهم بها عضو مجلس النواب خلال مدة الفصل التشريعي او خارجه، إلا بعد استحصال الاذن بذلك من مجلس النواب بالأغلبية المطلقة خلال مدة الفصل التشريعي او من رئيس مجلس النواب اذا كان ذلك خارج مدة الفصل التشريعي ،وفيما عدا ذلك تتخذ الاجراءات القانونية بدون موافقة مجلس النواب او رئيسه في حالة اتهامه بارتكاب جريمة من جرائم الجنح التي لا علاقة لها بعمله داخل مجلس النواب او احدى لجانه والموصوفة بالحصانة الموضوعية "([74]).

وان المحكمة الاتحادية العليا في قرارها اعلاه عقد اشارت الى مفهوم الاغلبية المطلقة لرفع الحصانة عن عضو مجلس النواب الصادرة بحقه مذكرة القبض ، فإنها وبحسب المادة (63/ب) من الدستور والتي يقصد بها اكثر من نصف العدد الكلي لعدد اعضاء مجلس النواب ،وهذا بحد ذاته يعد عدولا عن قرارها السابق المرقم 23/احادية /2007 في 2007/10/21 بخصوص تفسير (الاغلبية المطلقة )،اذ ان المشرع الدستوري قد قصد الى ان الاغلبية المطلقة اكثر من نصف العدد الكلي لأعضاء مجلس النواب ،اما الاغلبية البسيطة فأنها تعني اكثر من نصف العدد الفعلي والحاضرين لأعضاء مجلس النواب بعد تحققه لضمان انعقاد جلسات المجلس بحضور الاغلبية المطلقة .

وأكدت المحاكم الدستورية على اتباع هذه الالية كوسيلة فنية لتغيير الاتجاهات القضائية الدستورية السابقة الصادرة منها لتحقيق المصلحة الدستورية وتحقيق الحماية القانونية للمصالح العامة والخاصة ،ومنها موقف المحكمة العليا الامريكية اذ حكمت في قضية (لوتشر ضد نيوريوك )1905 الذي قضت بعدم دستورية قانون صدر ولاية نيويورك لكونه خرق حرية التعاقد كون الحقوق الاقتصادية من الحقوق الاساسية التي لا يجوز اختراقها ، في حين عدلت عن هذا الاتجاه في حكم اخر في قضية (شركة الساحل الغربي للفنادق ) والتي ذهبت فيه الى ان الحقوق الاقتصادية ومنها حق او حرية التعاقد هي حقوق مشروطة وليست مطلقة [75].

وكذلك اشارت المحكمة الدستورية الايطالية في توجهاتها بأنه يمكن لها ان تغير اتجاهها في المسألة الدستورية في ضوء التطورات اللاحقة في المبادئ الاساسية للنظام القانوني لما يمكن ان تؤدي اليه هذه التطورات من حلول مختلفة [76].

ومن خلال ما سبق نجد ان الحصانة الاجرائية بعدها مبدأ مهماً يستند اليه القضاء الدستوري في عدم اثارة المسألة الدستورية من خلال تمتع النص القانوني بالقرينة الدستورية وافتراض مطابقته للدستور وتمتع الحكم القضائي تبعا لذلك بالحجية القضائية وقوة الامر المقضي به ، فتعد الحصانة الاجرائية بهذا المفهوم نقطة التوازن في النظام الديمقراطي مابين تحقيق الشرعية الدستورية وضمان الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة ، إلا ان هذا لا يكون يشكل قاعدة اساسية وإنما هناك استثناءات واردة على تلك الحصانة تفرضها تغيرات يتعلق بعضها بالواقع التشريعي والبعض الاخر يتعلق بالتطورات الحديثة التي تفرض على القاضي الدستوري اتخاذ منهج واتجاهات جديدة تتماشى مع تلك التغيرات وبما يحقق الحماية القانونية وتطبيق الضمانات المتعلقة بالحقوق والحريات العامة .

## الخاتـــمة

بعد ان تم البحث في موضوع المبادئ المعتمدة في اصدار الحكم القضائي الدستوري تم التوصل الى مجموعة من النتائج والمقترحات وهي كالآتي:-

### اولا/ النتائج

1- للمحاكم الدستورية مبادئ وأسس تتعلق بموضوعات القانون والإجراءات المحيطة به والتي تعتمدها للوصول الى اصدار الحكم الدستوري في مجال الرقابة الدستورية وفقا لسلطتها التقديرية .

2- امكانية قيام القاضي الدستوري بالتصدي للمخالفات الدستورية من تلقاء نفسه استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بعدم تصدي القاضي للعمل القضائي الا من خلال دعوى مرفوعة امام القضاء.

3- يتبن ان للمحاكم الدستورية ومن خلال تطبيقاتها واتجاهاتها القضائية مرونة في العمل القضائي من خلال استخدام سلطتها التقديرية في مجال الرقابة الدستورية و فحص النص المطعون به من الناحية

الموضوعية والتوصل الى الحكم القضائي بناء على معيار معقول في الشك بوجود شبهة او مخالفة دستورية .

4- من الصلاحيات المهمة والأساسية للقاضي الدستوري اللجوء الى التفسير الملائم للنصوص القانونية من خلال آلياته ومكناته والتي يتمكن من خلالها الى وضع حدود معينة في كيفية تفسير تلك النصوص والوصول الى بيان مدى دستوريتها وتطابقها مع الدستور وبالشكل مما يجعلها ملائمة للنصوص الدستورية وبما يحقق الشرعية الدستورية .

5-يمتلك القضاء الدستوري مكنات عدة يستطيع من خلالها تجزئة النصوص المطعون بها وربطها مع بعضها البعض لكون النصوص الدستورية سلسلة متكاملة لصون الحقوق والحريات فضلا عن تنظيم نشاط الافراد والمؤسسات ،ففي ذات الوقت لبيان كل فرد او مؤسسة او حتى على مستوى السلطات الحدود التي ينبغي لها ان تتبعها في وضع التشريعات وتطبيقها وتنفيذها على الشكل الامثل.

6- للقضاء الدستوري حصانة اجرائية تحد من اثارة المسالة الدستورية من خلال ضوابط قانونية تحيط النصوص القانونية بمن خلال حماية مبدأ الشرعية من التعسف في التفسير او لجوء القضاء الدستوري الى اتخاذ وسائل عدة لإسقاط النص القانوني في دائرة عدم الدستورية وإصدار الاحكام بمنع تطبيق تلك النصوص او الغاءه حسب الانظمة الدستورية والقانونية المنظمة لإصدار المحاكم الدستورية للأحكام القضائية والآثار المترتبة على ذلك .

7-تعد اتجاهات القضاء الدستوري في كيفية اعتماد المبادئ الاجرائية والموضوعية متماثلة الى حد ما في اغلب المحاكم الدستورية على الرغم من اختلاف الأنظمة السياسية والاتجاهات القومية لكل دولة و تتفق في اغلب احكامها على اتباع تلك المبادئ مؤكدة بذلك لما جاء في دساتير الدول المنظمة للحقوق والحريات وكيفية ضمان شرعيتها وفقا للشرعية الدستورية .

8-هناك تفاوت من حيث اتساع سلطة القضاء الدستوري وتضيقها فيما يتعلق بمسالة القرينة الدستورية وهذا يعود بحد ذاته الى التطورات الحديثة والمستجدة في واقع التشريعات ومدى الملائمة التشريعية للمصالح المستجدة ،فضلا عن تباين الوقائع المعروضة على المحاكم الدستورية .

**ثانيا / المقترحات**

1- ضرورة عدم المغالاة والتوسع في تفسير النصوص القانونية خاصة تلك المتعلقة بالحقوق والحريات العامة من قبل القاضي الدستوري ، بل لابد من ايجاد نوع من التوازن بين ضمان تلك الحقوق وبين انقاذ النصوص التشريعية من دائرة عدم الدستورية .

2-ايجاد نوع من التقييد الذاتي للمحاكم الدستورية في بيان وتفسير النصوص القانونية وكيفية تطبيقها وبيان مسارات واتجاهات القضاء الدستوري من خلال وضع توجيهات الى السلطة التشريعية بضرورة اتباع الشرعية الدستورية عند اصدار وصياغة التشريعات وهذا على الاغلب في المحاكم الدستورية الاجنبية ،إلا ان هذا لابد ان يجري تطبيقه في المحاكم العربية ومنها العراق باتخاذ وسائل وأساليب متعددة او اتباع والاستفادة من تجارب المحاكم الدستورية الاجنبية في كيفية اصدار وتفسير وإصدار الاحكام القضائية وإتباع آليات مختلفة للوصول الى الغاية المبتغاة من الطعن بمدى الدستورية .

3- ضرورة ان تكون رقابة المحاكم الدستورية (رقابة قضائية متوازنة ) في كيفية تطبيق المبادئ الموضوعية والإجرائية تجنباً للخروج عن مسار الشرعية الدستورية ،بحيث لا يكون هناك تعسف او تراخي في تطبيق تلك المبادئ مما ينعكس اثره بشكل مباشر على اصدار الاحكام القضائية المطابقة للمبادئ للدستورية .

4-لابد من وضع معايير محددة وواضحة لعدول المحاكم الدستورية عن المبادئ التي اعتمدتها في قرارات سابقة لتمتع قراراتها بالبتات والإلزام والحجية المطلقة ،خاصة وان القوانين المنظمة قد وضعت قيوداً على العدول عن القرارات بشرط ان لا تمس الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة دون وضع معايير معتمدة من قبل المشرع والحالات التي تستدعي العدول تحقيقاً للمصلحة الدستورية والعامة.

## الهوامش

(1)Aharon Barak, proportion ality Constitutional Rights their limitation, Cambridge University Press, First Published ,United Kingdom,2010.

(2) د. حسين جبر حسين الشويلي ، معيار المعقولية في القضاء الدستوري ،بحث منشور ،مجلة الجامعة العراقية ، العدد 56،الجزء الاول 1 ، 2022، ص 428.

(3) قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 23 لسنة 16 ق .دستورية ،1995،المجموعة ج6 قاعدة 38 ص 589، نقلا عن د. محمد فؤاد عبد الباسط ،ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية ،منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002، ص270 .

(4) د. احمد كمال ابو المجد ،الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والإقليم المصري ،مكتبة النهضة ، القاهرة ،1960، ص335 .

(5) قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية قضية رقم 43لسنة 17 دستورية 1999/1/2،نقلا عن د. محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ،ص142.

(6) قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق ،اتحادية /2008/ نقلاً عن د.حسين جبر حسين الشويلي ، مصدر سابق ، ص 8.

(7) قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 44/اتحادية في 2021 /9/21 ، منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا www iraqfsc.iq.

(8) للمزيد من تفاصيل هذا الحكم ينظر جيروم أ.بارون س.توماس دينيس ، الوجيز في القانون الدستوري ( المبادئ الاساسية للدستور الامريكي )،ترجمة محمد مصطفى غنيم، ط2،الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ، 1998، ص154 ومابعدها.

(9) .قرار المحكمة العليا الامريكية في قضية شركة بنسلفانيا للفحم ضد ماهون 1922، نقلا عن جيروم أ.بارون س.توماس دينيس ، الوجيز في القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص159

(10) المادة (38) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .

(11) المادة (46) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .

(12) المادة (2/فقرة ج) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(13) المادة (18) من دستور المانيا الاتحادية لسنة 1949 المعدل 2012 .

(14) المادة (5/ فقرة 2 ) من دستور المانيا الاتحادية لسنة 1949 المعدل 2012

(15) المادة (19/فقرة 2) من الدستور المانيا الاتحادية لسنة 1949 المعدل 2012.

(16) قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 23/ اتحادية في 2021/11/30 ، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا www iraqfsc.iq.

(17) قرار المحكمة العليا الامريكية ( هيرا باياشي) لسنة 1943، نقلا عن د.احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص401 .

(18) قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 17 /اتحادية /2020 في 2021/6/1. منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا www iraqfsc.iq.

(19) د.محمد ابراهيم درويش ود. ابراهيم محمد درويش ،القانون الدستوري (النظرية العامة ،الرقابة الدستورية ،اسس النظام الدستوري المصري )،ط2 ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،2009،ص238 ومابعدها.

(20)د. احمد كمال ابو المجد ، المصدر السابق ، ص448.

(21).المصدر نفسه اعلاه ، ص445.

(22)د. احمد كمال ابوالمجد ،مصدر سابق ، ص225.

(23) قرار المحكمة العليا في قضية ( دورشي ضد ولاية كنساس) عام 1924 ،نقلا عن د.محمد ابراهيم درويش ود.ابراهيم محمد درويش، ،مصدر سابق ، ص236.

(24) احمد كمال ابو المجد ،مصدر سابق ،ص227.

(25) قرار المحكمة العليا الامريكية في قضية كوريماتسو ضد الولايات المتحدة 1944 نقلا عن احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص401.

(26) د.احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص227.

(27) قرار المحكمة العليا الامريكية للمزيد من تفاصيل الحكم القضائي ينظر احمد كمال ابو المجد ، المصدر نفسه اعلاه ، ص228 .

(28) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر لسنة 1998 والصادر بصدد عدم دستورية الفقرة الثانية من المادة 54 من القانون رقم 35لسنة 1976 الخاص بالنقابات العمالية ، وللمزيد من تفاصيل الحكم ينظر د. يسري محمد العصار ،التصدي في القضاء الدستوري (دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى )،دار النهضة العربية ، 1999،ص101 ومابعدها .
(29) للمزيد من تفاصيل قرار المحكمة الدستورية الايطالية رقم 15 الصادر 1969 ينظر د.محمد فوزي نويجي ، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2009 ، ص142.
(30) د.عبد الله ناصف ، حجية وآثار احكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998، ص49.
(31) د. محمد فوزي نويجي ، مصدر سابق ، ص163.
(32) المادة (15) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
(33) المادة (19/فقرة سادسا) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .
(34) المادة (32) من دستور ايطاليا لسنة 1947 المعدل لسنة 2012.
(35) المادة(66) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل لسنة 2008.
(36) نص المادة (19/فقرة 1) من دستور المانيا الاتحادية لسنة 1949 المعدل 2012 .
(37) قرار المحكمة الدستورية الايطالية في الامر 111 الصادر في 2 مارس 1990 ، نقلاً عن د.محمد فوزي نويجي ، مصدر سابق ، ص 164.
(38)C.C.81-134DC,5 Janvier 1982,Ioi dorientation sociale,Rec.p15
نقلا عن د.محمد فوزي نويجي ، مصدر سابق ، ص165
(39) قرار المحكمة العليا الامريكية في قضية واشنطن ضد هاربر 1990،نقلا عن جيروم أ.بارون س.توماس دينيس ، الوجيز في القانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص 179.
(40) د.محمد فوزي نويجي ، مصدر سابق ، ص154.
(41). المصدر نفسه اعلاه ، ص159.
(42) .د. احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، 345.
(43) للمزيد من التفاصيل ، المصدر نفسه اعلاه ، ص339 وما بعدها .
(44) د.مها بهجت يونس ،الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون ،بيت الحكمة ، بغداد ،2009، ص225.
(45) قرار المحكمة العليا الامريكية في قضية هويتني ضد كاليفورنيا 1927 ، نقلاً عن د.احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص371.
(46)قرار المحكمة العليا الامريكية حول قانون التجسس 1917 ،نقلا عن د. احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص369.
(47) حكم المحكمة الدستورية المصرية في القضية رقم 42 لسنة 16 قضائية /دستورية لسنة 1995 ، نقلا عن د.محمد ابراهيم درويش ،د.ابرهيم محمد درويش ، مصدر سابق ،ص 475.
(48) تاسمان وتتبروك ، الحماية المتساوية للقوانين ، بحث منشور في مجلة القانون كاليفورنيا 341 1944، نقلا عن جيروم أ.بارون س.توماس دينيس ، مصدر سابق ، ص191.
(49)قرار المحكمة العليا الامريكية في قضية سترودر ضد فرجينيا لسنة 1880 ، نقلا عن جيروم أ.بارون س.توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري ، مصدر سابق ،ص199.
(50) للمزيد من التفاصيل والقرارات حول معيار تحقيق الحماية المتساوية ، ينظر جيروم أ.بارون س.توماس دينيس ، مصدر سابق ، ص200 وما بعدها .
(51) قرار المحكمة العليا الامريكية في قضية( Hyiton v.unted state 3Daii171(1796 ، نقلا عن د. احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص 447.
(52) قرار المحكمة الدستورية المصرية قضية 35لسنة 9ق- دستورية 1994، نقلًا عن د.محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص 205
(53) د. احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص 453.
(54) المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48لسنة 1979 المعدل .
(55) للمزيد من تفاصيل وحيثيات قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 67/ اتحادية /2012 في 10/22 /2012، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا www iraqfsc.iq.

(56) قرار المحكمة الدستورية في مصر قضية 1 لسنة 18 ، الجريدة الرسمية ص1130 لسنة 1999، نقلا عن د. محمد فؤاد عبد الباسط ، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ص557.
(57) د. محمد فؤاد عبد الباسط ، مصدر سابق ، ص549.
(58) المادة (46) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2022 والمنشور في الوقائع العراقية ، العدد 4679.
(59) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 213/اتحادية /2021 في 2021/2/9 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا www iraqfsc.iq.
(60)قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 71/اتحادية /2021 في 2021/4/3 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا www iraqfsc.iq.
(61) قرار المحكمة العليا الامريكية في قضية 1969 Alexander v. Hdmes Country Broad of E ducation، نقلاً عن د.مها بهجت يونس ، مصدر سابق ، ص332.
(62) د.احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص45 .
(63) د.محمود احمد زكي ،مصدر سابق ، ص41.
(64) د.فتحي والي ،نظرية البطلان في قانون المرافعات المدنية ، دار المعارف ، الاسكندرية ، 2003 ، ص73.
(65) المادة (94) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .
(66) المادة (5) من قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 1 لسنة 2005.
(67) المادة (36) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2022 والمنشور في الوقائع العراقية ،العدد 4679
(68) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 113 بتاريخ 10/30/ 2013 منشور على الموقع الالكتروني www iraqfsc.iq.
(69) المادة (195) من دستور جمهورية مصر لسنة 2014.
(70) قرار المحكمة الدستورية العليا رقم 154 لسنة 24 بتاريخ 2004/7/4، نقلا عن د.محمود احمد زكي ، مصدر سابق ، ص
(71) المادة (62/ الفقرة الثانية ) من دستور فرنسا لسنة 1958 المعدل لسنة 2008.
(72) علي عبد الهادي حميد ، شرعية مبدأ العدول في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ، المجلة العراقية للبحوث الانسانية والاجتماعية والعلمية ، العدد 11، السنة 2023 ،ص89.
(73) المادة (45) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 1 لسنة 2022.
(74)قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 90/اتحادية /2019 في 2021/4/28 منشور على الموقع الرسمي للمحكمة www iraqfsc.iq.
(75) د.احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص240.
(76) د.مها بهجت يونس ، مصدر سابق ، ص 158.

**المصـــــادر**

**اولا/ الكتب**

1- د. احمد كمال ابو المجد ،الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والإقليم المصري ،مكتبة النهضة ، القاهرة ،1960.

2- د.عبد الله ناصف ، حجية وآثار احكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998.

3- د.فتحي والي ،نظرية البطلان في قانون المرافعات المدنية ، دار المعارف ، الاسكندرية ، 2003 .

4- د.محمد ابراهيم درويش ود. ابراهيم محمد درويش ،القانون الدستوري (النظرية العامة ،الرقابة الدستورية ،اسس النظام الدستوري المصري )،ط2 ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،2009.

5- د.محمد فوزي نويجي ، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2009 .

6- د.محمد فؤاد عبد الباسط ، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،2002.

7- د.مها بهجت يونس ،الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون ،بيت الحكمة ، بغداد ، 2009 .

8- د. يسري محمد العصار ،التصدي في القضاء الدستوري (دراسة تحليلية مقارنة لسلطة المحكمة الدستورية في تجاوز نطاق الدعوى )،دار النهضة العربية ، 1999.

**ثانيا /الكتب المترجمة**

1-جيروم أ.بارون س.توماس دينيس ، الوجيز في القانون الدستوري ( المبادئ الاساسية للدستور الامريكي )،ترجمة محمد مصطفى غنيم، ط2،الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ، 1998.

**ثالثا /المصادر الاجنبية**

1-Aharon Barak, proportion ality Constitutional Rights their limitation, Cambridge University Press, First Published ,United Kingdom,2010.

**رابعا /البحوث والدراسات**

1-د. حسين جبر حسين الشويلي ، معيار المعقولية في القضاء الدستوري ،بحث منشور ،مجلة الجامعة العراقية ، العدد 56،الجزء الاول، 2022.

2- علي عبد الهادي حميد ، شرعية مبدأ العدول في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ، المجلة العراقية للبحوث الانسانية والاجتماعية والعلمية ، العدد 11، السنة 2023 ،ص89.

**خامسا /الدساتير والقوانين والأنظمة**

**أ- الدساتير**

1-دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة 1789وتعديلاته .

2-دستور ايطاليا لسنة 1947 المعدل لسنة 2012.

3- دستور المانيا الاتحادية لسنة 1949 المعدل 2012 .

4- دستور فرنسا لسنة 1958 المعدل لسنة 2008.

5- دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

6- دستور جمهورية مصر لسنة 2014.

**ب-القوانين**

1-قانون المحكمة الدستورية المصرية رقم 48 لسنة 1979المعدل .

2-قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 1 لسنة 2005.

**ج- الانظمة**

1-النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2022.