

مجلة كفة الميزان

دراسات قانونية و سياسية محكمة برؤية تحليلية

Journal TIP OF SCALE

Legal and political studies with an analytical perspective



مجلة كفة الميزان

نافذة معرفية في عالم القانون الأكاديمي

نافذة معرفية في عالم الفنون و السياسة تجمع بين التحليل الاكاديمي و الرؤية الواقعية

A knowledge window into the world of law and politics that combines academic analysis with a realistic vision

رئيس التحرير

أ.د: سعد العطية
أستاذ القانون العام

مدير التحرير

أ.د: محمد نعمان الداودي
أستاذ القانون الخاص

Editor

Pr.Dr.Saad Al-beeya
Professor of public law

Managing editor

Pr.Dr. Muhammad N. Aldaodi
Professor of private law

لحبيب قننول وبتكليف من عابلا مقب

2025 / 2865

ISSN : 978-9922-24-610-9
Available languages
Arabic - English

تصدر باللغتين
العربية و الانكليزية

الشهر: 17

العدد: 7

السنة: 2025



info@tip-scale.com

00964 773 822 3277

العدد السابع - السنة الاولى - المجلد الاول/ صفر ١٤٤٧ الموافق تموز ٢٠٢٥

دور القضاء الدستوري في تشكيل السياسة العامة



مجلة كفة الميزان

دراسات قانونية و سياسية محكمة برؤية تحليلية

نافذة معرفية في عالم الفنون و السياسة تجمع
بين التحليل الاكاديمي و الرؤية الواقعية

العدد السابع - السنة الاولى - المجلد الاول/ صفر ١٤٤٧ الموافق تموز ٢٠٢٥

توجه جميع المرسلات الى رئيس التحرير على العنوان التالي

مجلة كفة الميزان - اربيل - العراق
تلفون : 009647738223277
info@tip-scale.com

رقم الايداع
٢٠٢٥/٢٨٦٥

تتوفر نصوص و البحوث كاملة في الموقع التالي
www.tip-scale.com



ISBN : 978-9922-24-610-9

تصدر بالعتين
العربية و الانكليزية



كفة الميزان

رئيس التحرير

أ.د: سعد العطية

مدير التحرير

أ.د: محمد نعمان الداوودي

هيئة التحرير

أ.م.د. رباح سليمان خليفة

جامعة كركوك

كلية القانون والعلوم السياسية

د.عدنان عاجل عبيد

كلية القانون جامعة القادسية

أ.د. علي غني عباس

كلية القانون

جامعة المشرق

أ.د: احمد خلف حسين الدخيل

جامعة تكريت كلية القانون

أ.م.د: معتز علي صبار

جامعة الأنبار

كلية القانون والعلوم السياسية

أ.د:صعب ناجي عبود

معهد العلمين للدراسات العليا

النجف

سياسة النشر

عنى مجلة كف الميزان بمشاركة الأبحاث الرصينة والدراسات والتعليقات على الأحكام القضائية وملخصات رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه والتقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات وعرض الكتب الجديدة ومراجعتها باللغة العربية والإنكليزية، كما تدعوكم المجلة للتفاعل معها وإغناء الأعداد الصادرة عنها وفق سياسة النشر الخاصة بها والمتمثلة بالآتي:

- 1- مجلة كف الميزان هي مجلة دورية تصدر شهرياً عن دار هاتريك للنشر والتوزيع في أربيل- العراق.
- 2- المجلة مختصة بنشر أبحاث العلوم الإجتماعية (القانونية والسياسية والاقتصادية)، أو عرض رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه، أو التعليقات على الأحكام القضائية، أو التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات، أو عرض الكتب الجديدة ومراجعتها في العلوم القانونية والسياسية وباللغتين العربية والإنكليزية.
- 3- تحتفظ المجلة بحقوق النشر والطبع كافة، كما تعبر جميع آراء المؤلفين الواردة في البحث أو المادة العلمية عن وجهة نظرهم، ولا تُعدُّ المجلة مسؤولة عنها، استناداً لمبدأ استقلالية الرأي، وتلتزم المجلة بالحفاظ على حقوق الملكية الفكرية للمؤلفين..

دور القضاء الدستوري في تشكيل السياسة العامة

4- المجلة غير ملزمة برد أصول البحوث أو التعليقات على الأحكام القضائية أو ملخصات الكتب ورسائل الماجستير أو أطاريح الدكتوراه سواء نشرت أم لم تنشر، مع خصم جميع المصاريف في حال عدم النشر.

5- تكون الأولوية بالنشر حسب الأسبقية بالحصول على قبول نشر للبحوث، وفي حال رغبة الباحث بالنشر المستعجل يستوفى مبلغ إضافي على أجور النشر النهائية للبحث، طبقاً لما متاح على موقع المجلة الإلكتروني.

6- يشترط بالمادة العلمية المراد نشرها بالمجلة، أن لا تكون قد سبق نشرها في مجلة أو دورية أو مؤتمر علمي، بتعهد يقدمه الباحث، وبخلافه يتحمل الباحث المسؤولية القانونية والمالية كافة.

7- يلتزم الباحث بعدم إرسال بحثه أو مادته العلمية إلى أي جهة أخرى لغرض النشر، حتى يصله رد المجلة بصلاحيته بحثه أو مادته العلمية للنشر من عدمه خلال مدة شهرين من تاريخ استلام المجلة للبحث أو المادة العلمية، وبخلافه تحتفظ المجلة بحقوقها القانونية والمالية كافة.

8- يتعين على الباحث أن يلتزم بشروط وأسلوب النشر المعتمد من المجلة والمتاح على موقع المجلة الإلكتروني (<https://alkindijournal.com>)، وبخلافه لا تتحمل المجلة مسؤولية التأخر بقبول أو نشر البحث أو المادة العلمية.

9- يجب على الباحث مراعاة الأمانة العلمية في البحث العلمي والدراسة الأكاديمية وفي مقدماتها أخلاقيات البحث العلمي وبنود لجنة أخلاقيات النشر (Committee On Publication Ethics) مثال ذلك، توثيق المراجع

دور القضاء الدستوري في تشكيل السياسة العامة

والمصادر والنصوص القانونية والعلمية ومراعاة الموضوعية والمنهجية في الكتابة، وبخلافه يتحمل الباحث المسؤولية القانونية والإدارية والمالية الكاملة عن أي انتهاك أو تجاوز لهذه الأخلاقيات طبقاً للقوانين والتعليمات الوطنية أو الدولية.

10- تخضع جميع البحوث العلمية المراد نشرها بالمجلة لتدقيق نسبة الانتحال (turnitin) ضماناً لعدم نشر البحوث مسروقة النص جزئياً أو كلياً، وبخلافه يتحمل الباحث المسؤولية القانونية والمالية والإدارية الكاملة.

11- تخضع المادة العلمية التي تنشرها المجلة للتحكيم الشفاف والمراجعة العلمية المتخصصة (Peer-reviewed process) فضلاً عن التدقيق اللغوي (لغة العربية واللغة الإنكليزية)، ويكون للمجلة صلاحية الموافقة على النشر فيها من عدمه استناداً إلى الآراء الأولية لهيئة تحرير المجلة أو آراء المحكمين المتخصصين.

13- يمنح كل باحث نسخة ورقية من العدد المنشور فيه بحثه، فضلاً عن نسخة مستلة عن بحثه، ولا تتحمل المجلة أجور إرسال النسخة الورقية للباحث.

14- تعمل المجلة وفق آلية وسياسة النشر المفتوح (Open Access).

15- تلتزم المجلة بمنح الباحث قبول النشر حين استكمال جميع المتطلبات على أن يذكر فيه المجلد والعدد وسنة النشر.

Publication Policy

KAFEET_ALMEZAN Journal focuses on contributions of rigorous research, studies, comments on judicial rulings, summaries of master's theses and doctoral dissertations, scientific reports on conferences, and book reviews in both Arabic and English. The journal invites you to interact with it and enrich the published issues according to its publication policy, as follows

1. KAFEET_ALMEZAN Journal is a peer-reviewed monthly journal published by Hatrick Publishing and Distribution company in Erbil, Iraq.
2. The journal specializes in publishing research in the fields of social sciences (legal, political, and economic), presenting master's theses, doctoral dissertations, comments on judicial rules, scientific reports on conferences, and reviews of new books in both Arabic and English languages.
3. The journal reserves all rights of publication and printing. All opinions expressed in the research or scientific material are solely those of the authors,

and the journal is not responsible for them, based on the principle of independence of opinion, the journal is committed to preserving the intellectual property rights of authors.

4. The journal is not obliged to return the original research, comments on judicial rules, book summaries, master's theses, or doctoral dissertations, whether published or not, with all costs deducted in case of non-publication.

5. Priority for publication is based on the order of receiving research acceptance. In case the researcher wishes to expedite publication, an additional fee is applied on the final publication costs of the research, as available on the journal's website.

6. The scientific material intended for publication in the journal should not have been previously published in any magazine, periodical, or scientific conference, as per a commitment provided by the researcher.

Otherwise, the researcher bears full legal and .financial responsibility

7. The researcher should not submit their research or scientific material to any other entity for the purpose of publication until they receive a decision on whether the journal accepts their research or scientific material for publication within two months from the date of the journal's receipt of the research or scientific material. Otherwise, the journal reserves .all legal, financial, and administrative rights

8. The researcher must adhere to the conditions and style of publication approved by the journal and available on the journal's website. Otherwise, the journal is not responsible for any delay in accepting .or publishing the research or scientific material

9. The researcher must observe scientific integrity in scientific research and academic study, including research ethics and the codes of the Committee on Publication Ethics. This includes proper citation of references, sources, legal texts, and scientific texts,

as well as ensuring objectivity and methodology in writing. Otherwise, the researcher is fully responsible for any violations or deviations from these ethics, in accordance with national or international laws and .regulations

10. All scientific research intended for publication

in the journal is subject to plagiarism checking (Turnitin) to ensure that the research is not partially or entirely plagiarized. Otherwise, the researcher is fully responsible for any legal, financial, and .administrative liability

11. The scientific material published by the journal

is subjected to transparent peer review and specialized scientific review, in addition to linguistic review (in Arabic and English). The journal has the right to approve or reject publication based on the preliminary opinions of the journal's editorial board or .specialized reviewers

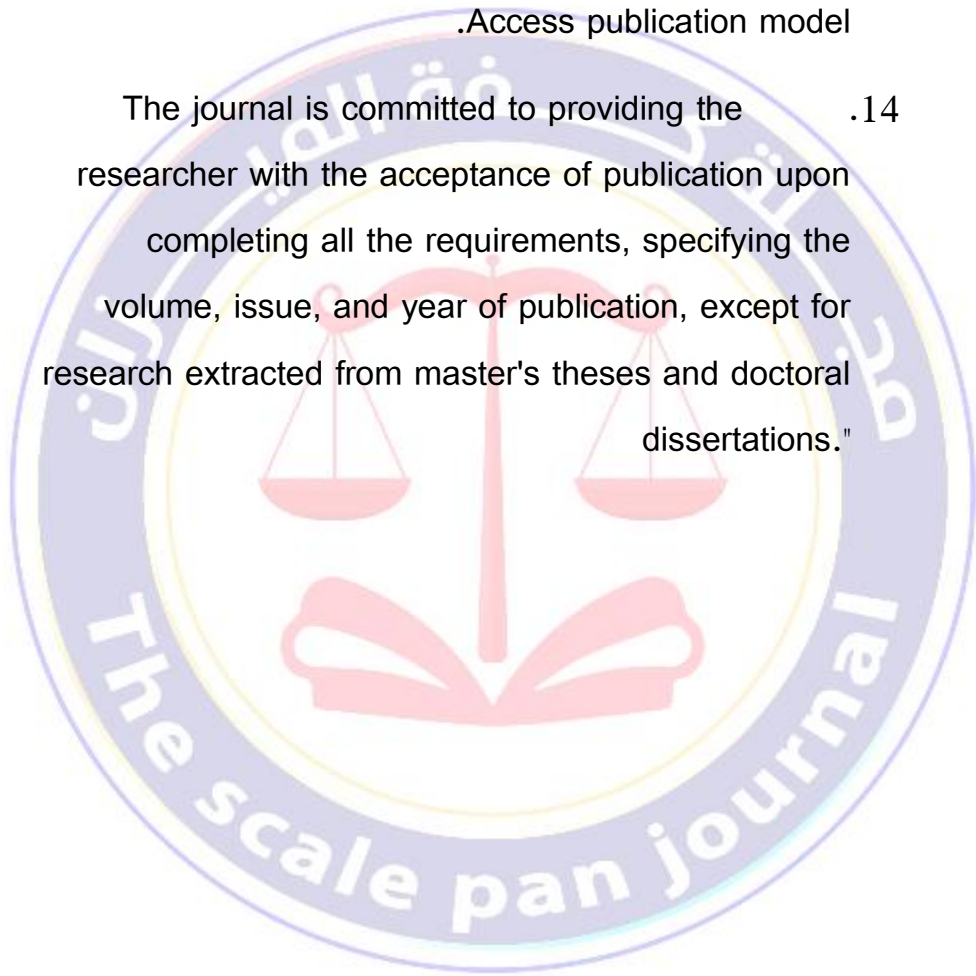
12. Each researcher is granted a hard copy of the

issue in which their research is published, as well as

a copy of their research. The journal does not cover
.the costs of sending the hard copy to the researcher

The journal operates according to the Open .13
.Access publication model

The journal is committed to providing the .14
researcher with the acceptance of publication upon
completing all the requirements, specifying the
volume, issue, and year of publication, except for
research extracted from master's theses and doctoral
dissertations."



دور القضاء الدستوري في تشكيل السياسة العامة

آلية نشر البحث

1. يتولى رئيس تحرير المجلة استلام البحوث المقدمة للنشر في مجلة كفة الميزان مع الاستمارة المخصصة لطلب النشر والتي تشتمل على (طلب النشر، التعهد، التحويل)، والمنشورة على موقع المجلة الرسمي بعد التأكد من أن موضوع البحث ضمن اختصاص المجلة كون المجلة متخصصة في العلوم الاجتماعية (قانون، سياسة، اقتصاد).
2. القيام بإجراءات فحص نسبة الاستلال للبحث باستخدام برنامج (Turnitin) المعتمد من قبل الوزارة للبحوث المقدمة قبل إرسالها إلى المقيمين العلميين، لمعرفة نسبة مطابقته للمعايير المطلوبة، ولا تعالج أي محتويات استلال، وإن كان البحث يحتوي على أكثر من (20%) من الاستلال للبحث كله، فسوف تعيد المجلة إرسال البحث إلى الباحث لمراجعتها ولن يقبل البحث حتى معالجة الاستلال.
3. إحالة البحوث المقدمة للنشر من قبل رئيس التحرير إلى أعضاء هيئة تحرير المجلة ممن يتطابق اختصاصه مع تخصص البحث المقدم للنشر.
4. تتولى هيئة تحرير المجلة تدقيق البحوث المقدمة للنشر ومن ثم ترشيح الخبراء المختصين لتقويم البحوث، على أن يتم مراعاة اللقب العلمي والتخصص الدقيق لكل من الخبير العلمي والباحث.
5. إحالة البحوث مع أسماء الخبراء المرشحين من قبل هيئة التحرير إلى مدير التحرير، ليتولى مدير التحرير إحالة البحوث إلى الخبراء المختصين في ضوء قرار هيئة التحرير، ومتابعة إجاباتهم في ضوء المدة القانونية المقررة للتقويم وخلال مدة أقصاها (14) أربعة عشر يوماً، وفق استمارة التقويم المعدة لهذا الغرض، مع ضمان السرية الكاملة لعملية التحكيم والمتعلقة بهوية الباحث أو الباحثين.
6. تحتفظ هيئة التحرير بحقها بإجراء التعديلات الشكلية واللغوية اللازمة.
7. لا ترد البحوث لأصحابها سواء قبلت النشر أم لم تقبل.
8. تنتقل حقوق الطبع للبحث ونشره إلى المجلة عند إخطار صاحب البحث بقبوله النشر، ولا يجوز النقل عنه إلا بالإشارة إلى مجلتنا، ولا يجوز لصاحب البحث أو إلى جهة أخرى إعادة نشره في كتاب أو صحيفة أو دورية إلا بعد استحصال موافقة خطية من رئيس التحرير.
9. تحتفظ هيئة التحرير بحقها في أولوية النشر في كل ما يردها من موضوعات وتأخذ بنظر الاعتبار توازن المجلة والأسبقية في تسليم البحث معدلاً بعد التقويم واعتبارات أخرى، ويخضع ترتيب البحوث في العدد الواحد للمعايير الفنية المعتمدة في خطة التحرير.
10. بعد إعادة السادة المقيمين لاستمارة التقويم، يتم الإطلاع عليها لمعرفة مدى مقبولية البحث للنشر، فضلاً عن إرسال الملاحظات المثبتة عليه للباحث.
11. يتولى الباحث القيام بإجراءات التعديلات اللازمة على بحثه وإعادة إرساله للمجلة لغرض التدقيق، لتتولى المجلة مراجعة البحث للتأكد من قيام الباحث بإجراءات التعديلات المطلوبة، على أن يتم القيام بجميع الإجراءات السابقة بمدة أقصاها ثلاثة أشهر.

دور القضاء الدستوري في تشكيل السياسة العامة

12. يتم إرسال القرار النهائي للباحث سواء أكان بقبول نشر البحث أم رفض النشر موثق من قبل رئيس تحرير المجلة.
13. إحالة البحث المُقيم علمياً إلى المقوم اللغوي لتدقيق سلامة اللغة، بعد حصوله على قبول للنشر.
14. يتم تزويد الباحث بنسخة ورقية ومستلة من العدد المنشور فيه بحثه.
15. المراسلات المتعلقة بالمجلة تتم عبر عنوان البريد الإلكتروني للمجلة: (<https://tip-scale.com/wp-admin>).
16. تلتزم المجلة بجميع الضوابط الصادرة من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/ دائرة البحث والتطوير الخاصة بالمجلات العلمية.
17. تؤكد هيئة التحرير على ضرورة الالتزام بالبحث الموضوعي الحر الهادئ البعيد عن كل أشكال التهجم أو المساس بالرموز والشخصيات. وتتنأى عن نشر الموضوعات التي تمس المقدسات أو تلك التي تدعو إلى العصبية الفئوية والطائفية وكل ما يوجب الفرقة ويهدد السلم المجتمعي.



دور القضاء الدستوري في تشكيل السياسة العامة التحديات والفرص

إعداد

إيمان عبد الوهاب محمود

الأستاذ الدكتور فوزت فرحات



المستخلص

يتناول البحث دور القضاء الدستوري في تشكيل السياسة العامة، موضحةً كيف يمكن أن يسهم في تعزيز العدالة وحماية الحقوق والحريات. يبرز البحث التحديات والفرص التي تواجه القضاء الدستوري، خاصة في ظل عدم استقرار التشريعات وعجز السلطات السياسية عن تلبية احتياجات المجتمع. كما يشير إلى المخاطر المحتملة لتداخل الأدوار بين السلطات، مما يتطلب الالتزام بالحدود الدستورية. يوصي البحث بضرورة استقلال القضاء الدستوري، تحديث التشريعات، وتعزيز آليات الرقابة القضائية لضمان فعالية هذا الدور.

Abstract

This research discusses the role of constitutional judiciary in shaping public policy, highlighting how it can contribute to enhancing justice and protecting rights and freedoms. The study emphasizes the challenges and opportunities facing the constitutional judiciary, particularly in light of legislative instability and the inability of political authorities to meet community needs. It also points out the potential risks of overlapping roles between authorities, necessitating adherence to constitutional boundaries. The research recommends the necessity of ensuring the independence of the constitutional judiciary, updating legislation, and strengthening judicial oversight mechanisms to ensure the effectiveness of this role.

مقدمة

تعتبر السياسة العامة أحد العناصر الأساسية التي تحدد مسار الدولة وتوجهاتها في مختلف المجالات. يلعب القضاء الدستوري دورًا حيويًا في رسم هذه السياسات من خلال مراقبته للدستورية، مما يساهم في تعزيز العدالة وحماية الحقوق والحريات. يتناول هذا البحث العلاقة بين القضاء الدستوري والسياسة العامة، مسلطاً الضوء على كيفية تأثير الأحكام القضائية على صنع السياسات.

أهمية البحث

تكمن أهمية هذا البحث في تسليط الضوء على الدور المتزايد للقضاء الدستوري في تشكيل السياسة العامة، حيث يعكس هذا الدور التفاعل بين القضاء والسلطات التشريعية والتنفيذية. كما يساهم في فهم كيفية تحقيق التوازن بين السلطات وضمان عدم تجاوز أي منها على الأخرى، مما يعزز من فعالية النظام الديمقراطي.

إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في مدى تأثير القضاء الدستوري على السياسة العامة، وما هي المخاطر المحتملة لتداخل أدوار القضاء والسلطات الأخرى. كيف يمكن للقضاء الدستوري أن يحقق توازنًا بين حماية الحقوق وتعزيز الديمقراطية دون أن يتحول إلى جهة تشريعية بحد ذاتها؟

منهجية البحث

سيتمتع البحث منهجًا تحليليًا يتضمن دراسة القوانين والدساتير ذات الصلة، بالإضافة إلى تحليل الأحكام القضائية السابقة. سيتم استخدام دراسات مقارنة مع أنظمة قضائية أخرى لتسليط الضوء على كيفية تعامل القضاء الدستوري مع السياسة العامة، مما يوفر إطارًا لفهم التحديات والفرص أمام هذا الدور.

هيكلية البحث

تم قسيم هذا البحث على مبحثين

المبحث الأول: دور القاضي الدستوري في مجال السياسة العامة

المبحث الثاني: تحول دور القاضي الدستوري في مجال السياسة العامة وموانعه

المبحث الأول

دور القاضي الدستوري في مجال السياسة العامة

بيننا سابقاً أثر التوسع في نشاط الدولة على رسم السياسة العامة في الدول، فظهر لنا ما يعرف بنشاط الدولة التدخلي، والتنظيمي⁽¹⁾، وكان من أثر هذا التوسع أن انعكس على مجمل السلطات في الدول ومن ضمنها القضاء الدستوري، وما يهمننا في هذا المال هو التوسع في نشاط القضاء الدستوري حيث بدأ هذا التوسع المجالات التقليدية الخاصة بالسلطات السياسة الأخرى، فطبقاً للديمقراطية النيابية تكون مهمة إقرار السياسة العامة من نصيب السلطة التشريعية تبعاً التمثيل النيابي الذي تحظى به لذا يتم إقرار هذه السياسات بشكل قواعد قانونية ملزمة بواسطة التشريعات التي تتولى وضعها السلطة التشريعية سواء أكانت بمبادرات منها، أو من السلطة التنفيذية⁽²⁾، وتبعاً لذلك يكون للقضاء الدستوري من خلال مراجعته الدستورية التدخل في مجال

¹ الدولة المنظمة هي التي تتبنى التدخل التنظيمي في مجال الحياة الاقتصادية، فنضع القواعد القانونية المنظمة للنشاط الاقتصادي، فلا تتدخل بشكل مباشر، وتمارس نشاط اقتصادي، بل تسعى من خلال نشاطها القانوني إلى تحقيق أهداف ضيقة نسبياً، تتمثل بتحسين كفاءة الاقتصاد، وحماية المستهلكين، واحترام قواعد المنافسة، باعتبارها ضمانات دستورية ملزمة لها. يراجع: محمد عبد الطيف، الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 38، جامعة المنصورة، مصر، 2015، ص221.

² أعلاه يمثل القاعدة العامة في التنظيم الدستوري للدول، إلا أن التوسع في نشاط الدولة، دفع الدول لإعادة هيكلة دساتيرها، إلغاء أو تعديلاً، لمنح السلطة التنفيذية قدر كبير من الاختصاصات التشريعية، التي تمكنها من مساندة المطالبات الواسعة، بضرورة تدخل الدولة التنظيمي في المجالات العامة، وخير نموذج على هذا الأمر دستور فرنسا لعام ١٩٥٨.

دور القضاء الدستوري في تشكيل السياسة العامة

السياسات العامة، وتتبع قرارات القضاء الدستوري المقارن وتصريحاته تبرز هذا التدخل وترى فيه انسجاماً مع المشروعية الدستورية التي جاءت بها الدساتير المقررة للرقابة على الدستورية

يشير الفقه الدستوري إلى أن السياسة العامة تكمن في تقدير السلطة التشريعية، وليس السلطة القضائية. لكن إذا وجدت الحاجة لصياغة سياسة عامة قضائياً فإن القضاء الدستوري لن يتوانى عن ممارسة هذا الدور، وغالباً ما يركز هذا القضاء عند ممارسته لرقابة الدستورية على مصالح الدولة في القضايا التي تمس سياستها العامة، ففي قضية (Cooke v. Turner) (1)، أعلنت المحكمة العليا الأمريكية أن شرطاً ما يمكن أن يكون باطلاً بالإستناد إلى السياسة العامة، ويتمثل هذا الشرط بمنع أحد الأطراف من القيام بعمل أو نشاط ما يفترض أن الدولة قامت به أو قد يكون لديه مصلحة من القيام به، مثل التجارة أو الزواج.

وتتحقق المساهمة الفاعلة القضاء الدستوري في مجال السياسة العامة للدولة بواسطة المراجعة الدستورية من خلال تدخل القضاء الدستوري في المسائل ذات الطبيعة السياسية التي تعد من اختصاص السلطات التشريعية في الدولة، فيكون النشاط القضائي هنا نشاط متدخل بالوظيفة التشريعية للمجالس النيابية(1).

ويبرز النشاط القضائي في مجال السياسة العامة للدولة نتيجة جملة من العوامل المساعدة له فنتيح له هذه العوامل التمكين اللازم للاضطلاع بهذا الدور، ويقع في مقدمة هذه العوامل الثقة العالية بالقضاء عموماً(2)، وبالقضاء

(1) ما يستفاد من تجارب كافة النظم القانونية التي تبنت فكرة الرقابة الدستورية في صورتها القضائية، بل وفي هينتها السياسية أن قضاة المحكمة الدستورية يسلكون مسلكاً تدريجياً في بسط مظلة اختصاص الرقابة على أعمال كما ونوعاً تماشياً مع أجواء التوجس والتوتر التي تخيم على السلطة السياسية التشريعية كانت أو تنفيذية، خشية عرقلتها سياساتها. حسين أحمد مقداد، المدلول الساسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التطابق بينهما، دار النهضة العربية، القاهرة، 2024، ص 292.

(2) عبد الرزاق السنهوري، رقابة الإنحراف باستعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة

الثالثة، مصر، 1952، ص 2.

الدستوري على وجه الخصوص⁽¹⁾، فهذه الثقة العالية بالقضاء التي أكتسبها نتيجة حمايته ومساندته للحقوق والحريات دفع المواطنين للوقوف بظهره ومساندته للنهوض بهذا الدور النشط فطبيعة تشكيل السلطات السياسية (التشريعية- التنفيذية)، يغلب عليه التنافس السياسي الضيق، والحزبي الفئوي لدرجة يفقدها الموضوعية بنشاطاتها التشريعية والتنفيذية وهو ما ينعكس على دور هذه السلطات، فيظهر عجزها عن تلبية حاجات المجتمعات، ووضع الحلول لمشاكلها، كما أن لطبيعة تشكيل هذه السلطات ونشاطها بعد آخر يتمثل غالباً بهدرها لحقوق الأقليات؛ وهذا هو ما يدفع هذه الاقليات إلى طلب الحماية والمساندة من القضاء الدستوري بقضاياها فيكون ميدانه الميدان المنصف لهم.

كما أن من العوامل المساهمة بزيادة هذا الدور هو عدم الاستقرار التشريعي⁽²⁾، وما يترتب عليه من فوضى تنعكس على ما يتم وضعه من سياسات عامة من قبل السلطات السياسية في الدول، فالصراع الحزبي والسياسي، الذي تخلقه العملية الانتخابية؛ ينتج برلمانات منقسمة غير قادرة على الاضطلاع بدورها التشريعي الأمر الذي يجعل من هذه برلمانات غير قادرة على تبني سياسات عامة مستقرة تعبر عن توجه واضح للدولة في القطاعات المختلفة.

ولا ننسى هنا ما لهذا الغموض، أو النقص في الدستور من أحداث فراغ دستوري يؤدي بمحصلته إلى زيادة النشاط القضائي، فيستحث هذا الفراغ

¹ عبد الصمد رحيم كريم زكنة، دور القاضي الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد ١٦، ٢٠١٦، ص ٣٥٩-٣٧٠.

² يمثل التوقع المشروع للتشريعات فكرة مشتقة من مبدأ الأمن القانوني الذي يعد مبدأ دستوري، فتعرف بأنها "التزام الدولة بعدم مفاجأة أو مناعة الأفراد، بما تصدره من قوانين، تخالف توقعاتهم المشروعة، والمبنية على أسس موضوعية مستمدة من الانظمة القائمة التي تتبناها سلطات الدولة. هديل محمد حسن المياحي، العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق- دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2015، ص ١٦٧.

القضاء لإكمال النقص وإيضاح المبهم من النصوص، بما يحقق له الاستجابة الكاملة لحسم القضايا المنظورة من قبله ومما لا شك فيه أن هذا السعي يشكل مجال واسع الزيادة النشاط القضائي، فيفسح للقضاء الدستوري المساحة الكافية للتدخل بفرض الحلول القانونية التي يراها ملائمة لسد هذا النقص أو معالجة هذا الغموض⁽¹⁾.

إلا أن أهم عامل من عوامل التوسع في النشاط القضائي هو العامل القائم على الأخذ بدولة الرفاه الاجتماعي وما تبعه من توسع في الكتلة الدستورية لدساتير الدول، فيلاحظ أن التوسع في الكتلة الدستورية في الدول كان مرده إلى اجتهاد القضاء الدستوري فقرر بموجب هذا الاجتهاد القيمة الدستورية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

فكان من مقتضيات الأخذ بدولة الرفاه الاجتماعي شمول الكتلة الدستورية لنصوص دستورية لا تحظى بالنفوذ الذاتي لأحكامها كما في الحقوق السياسية والمدنية فهذه الحقوق تتمتع بأحكام تفريرية تسمح لها بالنفوذ دون تدخل من جانب المشرع، إلا أن النصوص الدستورية الخاصة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية لا تحظى سوى بأحكام توجيهية تتضمن الدعوى للمشرع لنقلها من النص الدستوري إلى النص العادي بغية تطبيقها فتضع السلطة التنفيذية البرامج الكفيلة بذلك وبالتالي يتحقق تمكين المواطنين من التمتع بها، إلا أن عجز هذه السلطات عن ترجمتها إلى سياسات على أرض الواقع دفع القضاء الدستوري إلى التدخل في مجالها بناء على الطعون الدستورية التي تقدم إليه.

فالرقابة على الدستورية لم تعد مجرد مطابقة شكلية بين الدستور والتشريع، بل توسع دور القاضي بهذه الرقابة وتعمق كثيراً⁽²⁾، وأصبحت أحكام القضاء الدستوري تضمن سلسلة من القرارات التي تستند إلى أسس السياسة العامة،

¹ حسن علي عبد الحسين البديري، دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في سد الفراغ الدستوري،

أطروحة دكتوراه، معهد العلمين للدراسات العليا، النجف الأشرف، العراق، ٢٠٢٠، ص ١١٢-

.١٢٩

² وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع ايجابي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية،

العدد 62، القاهرة، 2017، ص ٣٤٢-٣٤٤.

فهو وإن كان لا يملك نفس سلطة المشرع في صياغة مبادئ قانونية بحتة ترسم السياسة العامة للدولة. لكنه يستطيع توجيه مسار السياسة التي تنتهجها أي دولة فيما يتعلق بمصالحها العامة وتعزيزها، خصوصاً مع التغيير والتطور الذي يطرأ مع تقدم الوقت على اقتصاد الدول وباقي نواحي الحياة فيها.

فالأحكام الصادرة من القضاء الدستوري المقارن كانت عاملاً حاسماً ومهماً في تحديد أولويات أهم وأكثر السياسات المؤثرة في مجتمعاتها، فالمراجعات الدستورية التي يضعونها هي عبارة عن رسائل أو تقارير بعدها القضاة ليشرحوا فيها وجهة نظرهم حول السياسة العامة للحكومة التي عرضت في المراجعة الدستورية فيضمنون هذه التقارير آراءهم والبنود الدستورية التي تساند هذه الآراء.

المطلب الثاني

حتمية دور القاضي الدستوري في مجال السياسة العامة

لقد بينا سابقاً العلاقة ما بين القانون وصناعة السياسة العامة وأوضحنا أن عملية رسم السياسة العامة تمت في ضوء الاختصاصات الدستورية للسلطات وبحدود هذه الاختصاصات شكلاً وموضوعاً، وبما لا تعارض فيه مع الفكرة القانونية للدستور وفلسفته وأيدولوجيته فالسياسات العامة تقر بواسطة التشريع، بوصفها الأداة الأهم في تنظيم المصالح الاجتماعية والاقتصادية المتعارضة وأحداث التغييرات الاجتماعية المستهدفة أحياناً، والاستجابة لهذه التغييرات في أحيان أخرى.

وبناء على ذلك هناك تلازماً حتمياً بين وضع السياسة العامة وصناعة القانون، وهذا التلازم الحتمي هو ما يوجد التلازم الحتمي الآخر ما بين وضع السياسة العامة والعمل القضائي، أي بعبارة أخرى أن العمل القضائي حين مباشرته بغية الفصل بالمنازعات المعروضة على القضاء سيتم بموجبه التعرض حتماً للسياسات عامة التي تحتويها هذه القوانين، وهذا هو ما عبر

عنه الفقه بالقول "أن الرقابة الدستورية قد حولت المحاكم الدستورية في سياق مباشرتها لوظيفتها في الرقابة على الدستورية إلى صناعة مهمة ومؤثرة للسياسات، مما يخلف، حتماً أثراً بالغة الأهمية على السلطة التشريعية وعلى العملية التشريعية برمتها".

وفي قبال هذا القول هناك من يقول بالرفض لفكرة التلازم ما بين الوظيفة القضائية وصناعة القانون تأسيساً على أن وظيفة القضاة هي النطق بالقانون فقط، "إن القضاة هم الأفواه التي تتلفظ بالقانون، وإنهم غير قادرين على التخفيف من وطأته أو الحد من صرامته"⁽¹⁾. ويرجع ذلك بتصورنا إلى أخذة بالتفسير الحرفي للنصوص، باعتبارها كافية لمعالجة الحالات التي تناولتها.

إن القاضي حين يتعرض للمنازعات المعروضة عليه، ويبحث عن القانون الواجب التطبيق على وقائعها، فإنه يعمد إلى التفسير ليتمكن من فهم النصوص القانونية وكيفية تطبيقها وفي هذا المورد قد يجد القاضي نفسه أمام عدة احتمالات منها وجود القانون الذي يمكنه من حسم المنازعة، أو عدم وجوده، أو وجوده لكن مع تعارضه مع الدستور وبالتالي ومع كل احتمال من هذه الاحتمالات يتبدل دور القاضي ويتسع بين أيجاد الحل وفقاً للقوانين الموجودة إلى ابتكاره في حالة عدم وجودها وهذا يمنحه دوراً إنشائياً في خلق القانون.

هذا التبدل في دور القاضي يجد مشروعيته، في ضرورة حسمه للنزاع المعروض عليه وهو مما لا يختلف عليه، سواء في الأنظمة اللاتينية، أو في أنظمة الانكلوسكسونية والاختلاف يتعلق بالدرجة فقط لا بوجود هذا الدور من عدمه. فالسلطة الإنشائية معترف بها حتى للسلطة القضائية قانوناً، فلم تعد هذه الأخيرة آلة لتطبيق القانون فقط وذلك لتجنب حدوث حالات إنكار العدالة. فضلاً عن ذلك يعد القاضي ملزماً بحسم هذه المنازعات تطبيقاً لقواعد العدالة والأنصاف التي يجب أن يتقيد بها عند ممارسة وظيفته القضائية، بل

¹ مقولة منسوبة إلى "مونتسيكو" واردة في كتاب روح القوانين، نقلاً عن: عصام سليمان، القضاء الدستوري ومبدأ الفصل بين السلطات، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري، المجلد الخامس،

وزيادة على ذلك هو ما قرره المشرع ذاته من دوراً تشريعياً للقاضي فحين إلزامه بحسم المنازعات إحقاقاً للحق وإلا عد منكرراً للعدالة⁽¹⁾، نص أيضاً على أن دوره يتسع في هذه الحالة إلى خلق القانون بغية الفصل بالقضايا المعروضة عليه، وبذلك يقول الفقه الفرنسي أن التشريع مهما كان دقيق لا بد أن يصيبه القصور فهو عاجز عن الإحاطة بكل الجزئيات والحالات التي قد تظهر في المجتمع⁽²⁾.

إن سرعة التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في الدول جعلت المشرع يقف عاجزاً عن الاستجابة إلى هذه التطورات⁽³⁾، وهو ما كان الدافع للقضاء لابتكار الحلول استجابة لها، ومن ثم يظهر لنا الدور الإبداعي والخلاق للقاضي في هذا الأمر فهو من يقوم بصياغة الحلول من خلال المبادئ القانونية الجديدة التي يضعها بمناسبة ممارسة اختصاصاته⁽⁴⁾، دون الاعتماد على النصوص التشريعية وبذلك يكون هو صاحب السلطة القانونية في إيجاد القاعدة المطبقة على هذه المنازعات لا المشرع⁽⁵⁾.

يتضح لنا مما سبق أن القاضي يتمتع بسلطة واسعة لخلق الحلول القانونية للمنازعات المعروضة عليه لا سيما عندما يعجزه النص فيلجأ إلى المصادر

(1) نصت المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على " لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد الحاكم ممتنعاً عن أحقاق الحق . ويُعد أيضاً التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن أحقاق الحق". ونص المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني لسنة ١٩٣٣ .

2 راقية عبد الجبار علي، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد 46، جامعة بغداد، 2016، ص ٧٧.

3 مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٩٩ المعدل، ط3، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص - ٤٨ .

4 يتعلق المبدأ في الأحكام دون الفرضيات، وهو ما يجعله يتميز عن القواعد التي تحتوي على عنصرين هما: " الفرضية، والحكم". محمد سليمان الأحمد، قاعدة نصل أوكام ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة، زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص ٤٧ .

5 سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص 58-

غير الرسمية لتكون له الملاذ في إيجاد الحل⁽¹⁾، هذه الحلول المبتكرة ليست عشوائية وغير منسقة، بل تكون على شكل مبادئ قانونية عامة⁽²⁾، تسعى الجهات القضائية في البلاد إلى تبنيها ووضعها بأطر سليمة توفر ضمانة إضافية للأفراد تتمثل بتحقيق الأمن القانوني⁽³⁾.

إن عجز المشرع عن الاستجابة إلى التطورات الكبيرة والسريعة للمجتمع، وببطء تشريع القوانين جمل الأحكام القضائية المتضمنة للمبادئ من المصادر الرسمية التي يتم اللجوء إليها في حالة عدم وجود النص التشريعي⁽⁴⁾، فتترك العقيدة القانونية إلى الواقعية القانونية⁽⁵⁾.

وعليه يتضح لنا مدى التلازم ما بين الوظيفة القضائية ووظيفة خلق القانون، هذا التلازم الذي يرجع بأساسه إلى عدة أسباب هي:

1- الترابط ما بين وظيفة القاضي وإيجاد الحلول القانونية للقضايا المعروضة عليه بغية حسم المنازعات، فيبحث القاضي عن القانون من خلال ملكة الاجتهاد التي يحظى بها فيعمل على تصير الوقائع ويقوم بتكييفها بغية إسباغ الوصف القانوني الدقيق عليها فمهما تكن حرية القاضي مقيدة، تبقى الحقيقة التي لا مفر منها تتمثل بعجز القوانين عن الإحاطة بجميع التفاصيل الواقعية ومن ثم يبرز هنا دور القاضي ليكون

¹ نص المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

² حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، ط1، المركز العربي، القاهرة، ٢٠١٨، ص 85.

³ عرف الأمن القانوني بأنه: " كل ضمانه وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى تأمين ودون مفاجآت حسن تنفيذ الإلتزامات وتلافي أو على الأقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون. عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الملحق القضائي، العدد ٤٢، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٦.

⁴ سيروان زهاوي، النظام البرلماني، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2015، ص ١١٦-١٢١.

⁵ سعد عبد الجبار العلوش، دراسات معمقة في العرف الدستوري، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧، ص 215.

الأساس بإيجاد الحلول القانونية، وذلك بواسطة اجتهاده.

2- عدم كفاية القواعد التشريعية اللازمة لحسم المنازعات القضائية الأمر الذي يشكل الدافع وراء اجتهاد القضاء لإيجاد الحلول للقصور التشريعي، سواء الفراغ الكلي أو الجزئي.

وتأسيساً على ذلك، فإن القضاء الدستوري عند أعمال رقابته لا يختلف عن باقي الأنواع الأخرى من المحاكم سواء الاداري أم العادي، بل أن اختصاصه التفسيري يكون أبعد مدى منهما بحكم تعامله مع نصوص عالية التجريد والعمومية، وبالتالي ومن خلال سلطاته الإنشائية والخلاقة سينخرط تلقائياً بخلق القانون، لا سيما حينما لا تسعفه النصوص على إيجاد الحلول اللازمة للقضايا المعروضة عليه، فالقضاء الدستوري يعد مصدر من مصادر القواعد الدستورية.

وبالتالي عدم راحة الاحتجاج القائل بأن فسح المجال أمام القضاء بخلق القانون يؤدي إلى هدم مبدأ الفصل بين السلطات، فالمبدأ وفقاً للفهم الحديث له، لا يجعل من السلطات ذات اختصاصات منفصلة بالملق، بل يسمى إلى إيجاد تعاون وتوازن بينها، وهذا ما بدء يستجيب له التنظيم الدستوري في الدول ف الظروف الواقعية ساهمت بقدر كبير بحلول هذا التعاون والتداخل بمباشرة الاختصاصات، فنلاحظ أن التنظيم الدستوري يجيز مثل هذا التداخل صراحة، أو ضمناً فالرقابة الدستورية المركزية (الإلغاء)، تسمح صراحة التدخل بالوظيفة التشريعية من خلال المراجعة التي تجريها، فنقرر الإلغاء للتشريعات المخالفة للدستور كلياً أو جزئياً، والتنظيم الدستوري الضمني هو من سمح بإيجاد الرقابة الدستورية غير المركزية (الإمتناع)، وذلك من خلال تقريره مبدأ مهماً، يتمثل بأن الدستور هو التشريع الوحيد الذي يحظى بالسمو في الدولة، أي أنه الوحيد الذي يعد معبراً حقيقياً للإرادة العامة، وبالتالي خضوع ما دونه للمراجعة الدستورية للتحقق من مدى مطابقته معه.

أي أنه لا تعارض ما بين المراجعة الدستورية، ومبدأ الفصل بين السلطات، بل على العكس تعد الرقابة الدستورية تطبيقاً سليماً لمبدأ الفصل بين السلطات والضمن له، فلا يوجد فصل مطلق بين السلطات بل هو فصل مرن يسمح بالتأثير والمشاركة بممارسة الاختصاصات، فالرقابة الدستورية هي وسيلة

من وسائل ضمان نفاذ القواعد الدستورية، فوظيفة القاضي المخلص لها دوما هي تطبيق القواعد القانونية المتوافقة مع الدستور عند حسم المنازعات، سواء وردت في القوانين، أم بادر هو لإيجادها من خلال اجتهاده، فهو مخلص للدستور فقط أعمالا لمبدأ الدستورية الذي يتقيد به، فالدستور هو القانون الوحيد الذي يمثل قمة القواعد القانونية.



المبحث الثاني

تحول دور القاضي الدستوري في مجال السياسة العامة وموانعه

إن مجرد الحديث عن دور القضاء في مجال السياسة العامة يثير الاستغراب

والرفض من بعض رجال القانون لاسيما في دول النظام اللاتيني (القانون المدني)، التي لا تأخذ بدرجة معينة بمبدأ السوابق القضائية، وإن كان هذا الرفض يتبدد حتى يصل إلى مرحلة التأييد لهذا الدور في صناعة القانون في نظام السوابق القضائية (الانكلوسكسوني)، بالنظر لاستقرار مفهوم القانون العام، أو ما يعرف بالقانون القضائي لديها المشيد على ضلوع القضاء بصناعة القانون؛ فأسلوب بناء القوانين السائد فيها يعد أكثر الأساليب القانونية تأثيراً في عملية وضع القوانين، فيمثل (Common law) الأساس قياساً على التشريع الذي يُعتبر استثناء ومن خلال هذا المبدأ استطاع القضاء الأمريكي أن يتبع أسلوباً دقيقاً ببناء القوانين بصعب وبدون إثارة حفيظة المشرع.

إن هذا الدور في صناعة أو خلق القانون يرجع بأساسه إلى ثلاث آراء، بررت هذا الدور فالأولى ترى أن القاضي وبحكم وظيفته لا بد له أن يحسم المنازعات المعروضة عليه وإلا يُعد منكر للعدالة، أو ممتنع عن أحقاق الحق، والثانية ترى أن قواعد العدالة هي من تحتم عليه مباشرة هذا الدور، والثالثة تنطلق من تطويع القانون وفقاً للظروف.

وبناء على ذلك فإن الاختصاص الرقابي للقضاء الدستوري يفتح له المجال واسعاً لخلق القانون؛ وعليه إذا كان الحكم الصادر من القضاء الدستوري لا يعد تشريعاً وفقاً للمعنى الاصطلاحي الدقيق للتشريع لأنه لم يصدر من الهيئة النيابية المفوضة دستورياً بالتشريع ولم تتبع فيه الإجراءات التشريعية اللازمة ولا يعد معبراً عن رؤيا السلطة التشريعية في معالجة مشاكل المجتمع والاستجابة إليها، بناءً على توجهاتهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية، إلا أنه وفي ذات الوقت يمكن القول عنه أنه يمثل تشريعاً وقضائياً في أن معاً، وبما أن عملية صياغة السياسة العامة هي عملية قانونية قائمة على فكرة التمثيل النيابي، لذا يتم وضع السياسات العامة بتشريعات لنقلها من الاقتراح إلى الاعتماد ومن التخطيط إلى التنفيذ وبالتالي يصبح للقاضي الدستوري المجال واسعاً للتأثير بالسياسة العامة عند أعمال رقابته على دستوريتها، وبغية بيان التلازم ما بين الرقابة الدستورية وعملية صناعة السياسة العامة.

المطلب الأول

تحول دور القاضي الدستوري في مجال السياسة العامة

تبين لنا مما سبق مقدار خلق القاضي للقانون، ومقدار الاتفاق والتسالم عليه، سواء في النظام اللاتيني؛ أو النظام الانكلوسكسوني عن طريق الحلول القضائية التي كانت تقدم من المحاكم الدستورية على وجه الخصوص في المسائل السياسية التي تعجز أو تمتنع السلطات السياسية الأخرى عن معالجة المشاكل الناتجة عنها، وهذا ما جعل للقضاء الدستوري موقع متميز استراتيجياً لخلق القانون، وقد أدى هذا الدور النقيط والتوسعي في مجال صناعة السياسات العامة إلى تقلص الدور التشريعي للسلطات السياسية في مجال السياسات العامة للدول، فلم يعد الأمر متروكاً كلياً للسلطة التشريعية في شأن التدخل أو عدم التدخل، أو متى تتدخل؟ أو كيف تتدخل؟ لوضع السياسات العامة، وذلك كله نتيجة الإلتزام القانوني المفروض على القضاة، والمتمثل بعدم إنكار العدالة، ولزوم إحقاق الحق، مما دفعهم للإنخراط الكبير في مجال خلق القانون ووضع السياسات، سواء بصورة مباشرة (مبتدأة)، أو من خلال إعادة صياغة السياسات المعتمدة من المشرع.

لقد كان من مظاهر هذا التحول في الدور التشريعي للقضاء الدستوري التدرج في مستوياته فنلاحظ أن الدور المتزايد للقضاء الدستوري يُؤثر بشكل مباشر وملحوظ في الأجندة التشريعية للسلطات السياسية، فالسياسة التشريعية للمشرع تستجيب للأحكام القضائية الصادرة في مجال الرقابة الدستورية، لاسيما عندما تفرز هذه الأحكام أسس وقواعد جديدة في موضوع معين الأمر الذي يدفع السلطة التشريعية إلى تبني هذه الحلول القضائية بتشريعاتها التي تضعها وخير مثال على ذلك هو ما جرى وضعه من تشريعات في الولايات المتحدة الأمريكية لمعالجة قضايا الإجهاض بالاعتماد على ما قرره المحكمة

العليا الأمريكية بهذا الشأن⁽¹⁾.

وكذلك ما يقرره القضاء الدستوري من أثر فوري مباشر، أو رجعي في الاحكام الصادرة منه بعدم دستورية التشريعات، ومما لا شك فيه أن لكل أثر من هذه الاحكام دورًا مختلفًا وهو ما يعبر عن تعدد مستويات التدخل في مجال الوظيفة التشريعية، فالنطاق الزمني للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، يتم على أساس تحديد التاريخ الذي تمتد إليه آثار الحكم، وتحديد ما إذا كانت هذه الاحكام تنفذ بالنسبة للمستقبل فقط، أم يكون لها أثرًا رجعيًا⁽²⁾.

لم يتم إتباع نظام موحد بالنسبة للأثر الزمني للحكم الصادر بعدم الدستورية، ففي الولايات المتحدة الأمريكية قضت المحكمة العليا سنة ١٨٨٦، في قضية (ShebyNorton)، "بأن القانون غير الدستوري ليس بقانون فهو لا يولد حقاً ولا يفرض واجباً ولا يمنح أية حماية، ولا ينشئ أية سلطة، فلا يعمل به، بل كأنه لم يصدر على الإطلاق، ثم عدلت عن ذلك، وقررت أن حكمها لا يلغي التشريع المقرر عدم دستوريته.

أما في العراق فقد قررت المحكمة الاتحادية العليا أن أحكامها كأصل عام تكون نافذة من تاريخ صدور حكمها بالإعلان عن عدم الدستورية مالم ينص في تلك الاحكام على سريان نفاذها من تاريخ محدد بالحكم أو القرار أو ينص على سريانها على واقعة محددة، وذلك ما تضمنه قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد (٢٨ / اتحادية / ٢٠١٨ في 2018/2/12)⁽³⁾.

كما أن مستوى التأثير يختلف في مجال صناعة السياسة العامة من قبل القضاء الدستوري تبعاً للدور الذي يباشره بوصفه مشرعاً سلبياً فالقاضي الدستوري طبقاً لهذا الدور السلبى لا يمارس وظيفة تشريعية على أساس

¹ أشرف ثامر محمد علي، الدور السياسي للقضاء الدستوري، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر، 2011، ص ٢٧٣-٢٧٤.

² فهمد أبو النصور، القضاء الدستوري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٦، ص ٢٥٧.

³ قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية بالعدد (٢٨ / اتحادية / ٢٠١٨ في 2018/2/12).

سلطة تقديرية سياسية تتمثل بإنشاء قواعد قانونية من خارج الدستور، فسلطته هنا تقتصر على إعلان للقواعد الدستورية من الدستور ذاته، أي أنه هنا يعلن عما يتضمنه الدستور من قواعد خالفها التشريعات التي وضعتها السلطة التشريعية فلا يعمل على تصويب هذه التشريعات بل يترك هذه المهمة للمشرع، فدوره يقتصر فقط على إلغاء القواعد المخالفة للدستور ومن ثم يأتي دور المشرع استجابة لحكم القضاء الدستوري ليضع قواعدً جديدة بدلاً عن القواعد المحكوم بعدم دستورتها.

وهذا الدور السلبي للقضاء الدستوري هو ما بينه الفقيه (كلسن) في مقالته عن العدالة الدستورية (الضمانة الدستورية للدستور)، الذي بيّن فيها أن هذا النوع من الدور الرقابي هو ما يتسق مع مبدأ الفصل بين السلطات فعلى الرغم من أن إلغاء التشريع بما يضمنه من قواعد قانونية عامة معناه إرساء قاعدة قانونية عامة جديدة على خلاف القاعدة الملغية لأن إلغاء التشريع له ذات الطابع العام لتبنيه، وهو ما يعكس الوظيفة التشريعية للقضاء الدستوري، إلا أن هذا لا يعني القبول بمباشرة الوظيفة التشريعية من قبل القضاء الدستوري حتى وإن كان نشاطه يعد تعبيراً عن نشاط تشريعي سلبي، وذلك لأن الوظيفة التشريعية تبقى متميزة من حيث المدى فهي تتسم بالخلق والإنشاء الحر للقواعد القانونية بما لا يخالف الدستور فقط دون أن يشترط فيها مطابقتها، وهو ما لا يوجد في وظيفة القاضي الدستوري الذي تتحدد وظيفته بالإعلان عن القواعد القانونية التي يضمنها الدستور وهي وظيفة قضائية لا تباشر إلا تنفيذاً للقواعد الدستورية.

كما يرى البعض إن الطابع السلبي لهذه الرقابة معناه أن دور رقابة الإلغاء يقتصر على الإلغاء السلبي للقواعد القانونية وهو ذات الدور الذي يباشره المشرع عند إلغاء التشريع بتشريع آخر، فيقول "قرار المحكمة الدستورية بإلغاء القانون ينطوي على نفس الخاصية التي عند القانون (الملغي) لقانون آخر، ويعد هذا عملاً سلبياً للتشريع باعتبار أن سلطة تعديل وإلغاء القوانين هي اختصاص أصيل للمشرع الذي له سلطة إلغاء القوانين وهو بالنتيجة جهاز ذو سلطة تشريعية".

وبذلك يتضح لنا أن الدور الرقابي للقضاء الدستوري ينطوي على وظيفة

تشريعية سلبية ذات وجهين الأول يقتصر بها على تحديد المضمون القاعدي للنص الدستوري دون أن تملك سلطة ابتداع أو خلق جديد للقاعدة القانونية من خارج الدستور، والثاني يتمثل بقصر هذه الوظيفة التشريعية على الإلغاء للقواعد القانونية دون أنشائها، وبما أن وظيفة إلغاء التشريعات هي وظيفة تشريعية فإن جهة الرقابة تملك سلطة تشريعية أيضاً لكن ببعد واحد وهو الإلغاء دون الإنشاء، وإن كانت تؤدي إلى خلق مضاد للقاعدة الملغية.

يبقى السؤال الأخير ههنا هو هل يتوقف النشاط القضائي عند هذا الحد؟ أم أنه يتحول من مشرعاً سلبياً إلى مشرعاً إيجابياً، نتيجة لتطور تقنياته في مجال الرقابة الدستورية.

لقد بينا سابقاً أن ممارسة السلطة في الدولة تتضمن توجيه الأوامر والنواهي إلى المحكومين وتوجيه هذه الأوامر والنواهي في الدولة الحديثة لا بد أن يتم وفقاً لأصول وقواعد محددة، أي يجب أن تتم وفقاً للدستور، وهذا هو ما يعبر عن مبدأ سيادة القانون الذي يخضع له الحاكم والمحكوم على حد سواء، وبما أن توجيه الأوامر والنواهي يتم في الدولة على شكل قواعد قانونية من السلطة المختصة بالتشريع بالتالي فإن ممارسة السلطة تظهر لنا من خلال هذه التشريعات، ومن ثم فإن تحديد خيارات المجتمع السياسي واعتمادها في كافة المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية يتم من خلال القواعد القانونية التي تصدر من السلطات بتشريعاتها، وبناء على ذلك يتضح لنا عمق الصلة بين التشريع ووضع السياسة العامة في الدول، فمن خلال التشريعات تعتمد السياسات في الدولة وهذا هو ما يوضح الدور للوظيفة التشريعية في الدول فمن يملك الوظيفة التشريعية فيها، يملك وضع سياساتها.

ولتوضيح أعلاه هو ما يمكننا من الدخول لبيان دور المحاكم الدستورية كمشرع إيجابي، في مجال صنع السياسة العامة في الدولة من خلال رقابتها على الدستورية، لقد أدراك رجال الثورة الفرنسية قبل غيرهم مقدار المكانة والسلطة التي تحظى بها جهة الرقابة على الدستورية في الدولة في حالة إيجادها، لذلك وتحت تأثير المبدأ التمثيلي (النيابي)، رفض إيجاد هكذا هيئة تمارس اختصاص الرقابة على دستورية التشريعات في بدايات هذه الثورة.

لكن توسع دور القضاء الدستوري في دول العالم عموماً في أعقاب الحرب العالمية الثانية، تبعا لعدة عوامل منها لزوم تدخل القضاء الحماية الحقوق والحريات العامة، وعجز السلطات السياسية التقليدية عن ضمان الديمقراطية، وتحديث الانظمة الدستورية وتطويرها نتيجة الاجتهاد الدستوري⁽¹⁾، فكان من نتائج هذا التوسع أن أثر للعدالة الدستورية دورها المساهم في الوظيفة التشريعية حتى في الدول ذات النظام اللاتيني فنلاحظ أن العدالة الدستورية فيها تساهم مباشرة في عملية صنع القوانين من خلال اختصاصها الرقابي الوجوبي أم الاختياري، فهذه الرقابة القبلية تعكس مدى مساهمة صاحب الرقابة بالعملية التشريعية فتكون جزءا من عملية وضع القانون، فمن مقتضيات هذه الرقابة أن يصبح ممارسها صانعا للقوانين وهذا ما يعبر عن مشاركة في الوظيفة التشريعية، لذا وصف الفقه القاضي الدستوري بهذه الانظمة بأنه مشرع ثان، أي أنه أقر بالدور الإيجابي الذي يباشره القاضي الدستوري من خلال رقابته السابقة على التشريع⁽²⁾.

وتأسيساً على ذلك يبدو لنا أن الرقابة الدستورية في النظام اللاتيني قد فسح المجال لها كغيرها للمشاركة بالوظيفة التشريعية فهي تتجاوز تقنيات القضاء الدستوري بالانظمة الأخرى القائمة على الاحكام المنشئة، أو المضيفة، أو الاستبدالية، أو الإيعازية، أو الحكم بعدم الدستورية الجزئي.

على أن ذلك لا يعني بحال من الأحوال حلول القاضي الدستوري محل السلطة التشريعية في مباشرتها لوظيفتها في تشريع القوانين بأن تضع تشريعات بصورة مستقلة ومنفردة، فالاختصاص الأصيل للسلطة التشريعية، وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات يبقئها السلطة المؤهلة من حيث التمثيل النيابي للقيام بالوظيفة التشريعية، فتباشر اختصاصها بناء على الإجازة الدستورية؛ وبقا لما يقرره الدستور من ضوابط محددة الإجراءات ومضامين التشريع،

¹ عصام سليمان، أين نحن من العدالة الدستورية "توسعي صلاحيات المجلس الدستوري في لبنان"، منشورات المجلس الدستوري، بيروت، ٢٠١٧، ص ١٣.

² هزيل جلول، القاضي الدستوري مشرع من الدرجة الثانية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الثامن، الجزء الثاني، القاهرة، ٢٠١٦، ص 512.

وتخضع بعملها ذلك للمساءلة السياسية من الناخبين.

إن التوسع الذي طال العدالة الدستورية باعتبارها عدالة غير معصوبة العينين ولا مغולה اليدين مكنها من ابتكار تقنيات متخلفة لإكمال الوظيفة التشريعية التي تمارسها الهيئات النيابية بما يحقق لها البقاء والانسجام مع الدستور، فيتدخل في أحيان لتصويب التشريعات الصادرة؛ وهذا ما يعبر عن دور إيجابي يتجاوز حدود نطاق إعلان المطابقة، أو عدم المطابقة مع الدستور، ويثني الفقه على هذا الدور ويرى فيه عدم انتهاك القواعد توزيع الاختصاص المقررة بموجب مبدأ الفصل بين السلطات، بل بالعكس يرى إن هذا العمل الإيجابي يعد عملاً مساعداً للمشرع كونه يبقى على التشريعات بعد أن يعدل ما أصابها من عيوب.

فكما هو معلوم أن طريقة تفسير القاضي الدستوري مختلفة عن غيره من القضاة، فهو يأخذ بحسابه جملة من الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في ظل المصلحة العامة للجماعة، لذا لم يكتف بمعايير وضوابط التفسير التقليدية بغية عدم جعل الدستور أداة جامدة وعاجزة عن الوثوب مع تقدم الجماعة فكان من نتيجة ذلك الاعتراف أخذه بالتفسير المضيف الذي سمح له بالإضافة للتشريعات بغية توافيقها مع الدستور فيتدخل بالمضمون القاعدي لنص ويضيف له ما يستلزمه فيعالج عيوبه⁽¹⁾.

على أن ما يجدر الإشارة إليه هنا أن هذا الدور التشريعي للقضاء الدستوري يتسع ويضيق اتباعاً لفلسفة ومعتقد القاضي الدستوري ذاته، فعمل القضاء الدستوري يتنازع اتجاهان، الأول يعتمد على النشاط القضائي الذي يرى أن من واجب القاضي الأخلاقي التدخل لإدارة شؤون المجتمع وتحفيز السلطات الأخرى على النهوض بواجباتها التي يعتقد بلزوم النهوض بها من قبل هذه السلطات أي يعكس في قراراته رؤيته لدور السلطات في المجتمع والثاني يتمثل بالإمتناع القضائي القائم على أن دور القضاء الدستوري هو

¹ محمد فوزي التويجي وآخرون، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون ... أداة للإصلاح والتطوير)، العدد 5، كلية القانون الكويتية، ٢٠١٧، ص ٢٠-١٨.

دور قضائي صرف وليس من اختصاصه أو واجبه التأثير في السياسات العامة إلا بمقدار ما يستلزمه العمل القضائي⁽¹⁾.

المطلب الثاني

موانع تحول دور القاضي الدستوري في مجال السياسة العامة

إن الأحكام الصادرة من القضاء الدستوري المتضمنة للسياسات العامة ذات بعد خطير نتيجة صفة البتات والإبرام التي تحظى بها أحكامه فلا تخضع لأي نوع من أنواع المراجعة القانونية⁽²⁾، ونرى أن هذا السبب بالإمكان الرد عليه بأن وسيلة القضاء بمواجهة هكذا بنات هو تقنية العدول التي استقرت بأحكام القضاء الدستوري المقارن⁽³⁾.

وتحت ذات المنطق الديمقراطي رفض هذا الدور النشاط للقضاء الدستوري لكن من زاوية مالية، فتقرير السياسة المالية للدولة هي من المسائل السياسية التي تستقل السلطة التشريعية بها وتتمتع في مجالها بسلطة تقديرية واسعة، فالسياسات العامة وإن كان إقرارها يتم من خلال النشاط التشريعي، إلا أنها تتضمن برامج ومشاريع ونفقات واسعة، أي أنها سياسات ذات جنية مالية فالخطر الذي يدهم السلطة التشريعية هنا لا يجعل القضاء الدستوري مشرعاً فوق المشرع فحسب، بل يتعداه إلى تحكم القضاء بمسائل سياسية صرفة لا مسائل قانونية فقط وهي مسائل لا تخضع لضوابط دستورية واضحة ودقيقة، تمكن القضاء الدستوري من التدخل في مجالها وهو ما يقود بالمحصلة إلى هدر الحكم الديمقراطي القائم على رأي الأغلبية، وجعل القرار

¹ ياسين العيثاوي وسلام المشهداني، صنع القرار السياسي في الولايات المتحدة الأمريكية، مركز

الكتاب الاكاديمي، برلين، ٢٠١٦، ص ١٢٥-١٢٦.

² نص المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

³ يعرف العدول (التحول) بأنه "كل حكم يفرض قاعدة جديدة ومختلفة، عن تلك المتبعة في القضية

السابقة، وهذا المبدأ الذي تم العدول عنه، أخذ به نتيجة السياسة قضائية ناتجة عن اتجاهات

حكومية أو فقهية. عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، دار

النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص 25.

الفصل بشأنها الأقلية لا تمثيل نيابي لها.

وقد برر هذا الرفض من زاوية تقنية فمسائل السياسة العامة هي من المسائل التقنية التي تحتاج إلى الخبرة والمعلومات الكثيرة، والبيانات المتعددة وهو مما لا يملكه القضاء الدستوري، والعكس صحيح بالنسبة للسلطات السياسية الأخرى، فالخبرة في مجال السياسات العامة ميدان طبيعي لهذه السلطات، فالسلطة التنفيذية بحكم الإمكانيات البشرية والمالية تقرر لها المبادرة التشريعية وهي مبادرة ذات بعد سياسي أكثر مما هو قانوني، والسلطة التشريعية بحكم اتصالها وتواصلها مع المواطنين؛ تكون أكثر تحسس لمشاكل المجتمع ومطالبه، وهذا ما يعد أسامنا كافيًا لفهم أو تبرير رفض المحاكم رقابتها على ملاءمة التشريع وحكمته، فهي مسائل ذات بعد تقني وسياسي يعجز القضاء الدستوري أن يخوض بغمارها، وبالعكس أن فسح المجال أمام القضاء الدستوري بهذا المجال معناه جعله سلطة مبادرة وبرامج وهذا مما لم يقرر للقضاء الدستوري في حدود الرقابة الدستورية، وخير مثال على ذلك ما يقرر على الدولة من التزامات دستورية في مجال العدالة الاجتماعية، فنلاحظ أن الجيل الثاني من الحقوق وهي الحقوق الاقتصادية والاجتماعية وعلى الرغم من الاعتراف الدستوري لها، إلا أنها تفرض على القاضي الدستوري التزام سلبي يمنع من التدخل في إنفاذها كونها مسائل تحتاج إلى أموال وخبرة وقياس لظروف الدولة وقدراتها، أي أنها مسائل ذات مراكز ووجوه متعددة لا يمكن للقضاء الدستوري مجاراتها والإحاطة بجوانبها، والحكم الذي يصدر في مجالها يترك أثراً على الدولة برمتها لا على مسألة دستورية متعلقة بأطراف محددة.

فالقوانين تحتاج قبل إقرارها إلى دراسات مستفيضة للمجالات المراد تنظيمها أو أحداث التغيير فيها، والتنبؤ بالتغيير وأسلوب تحقيقه، والآثار الناجمة عنها قائمة على أسس علمية بغية أن تحدث الأثر المطلوب منها، أي أن واضعوا السياسة لابد أن تتوفر لديهم القدرات الفنية والخبرات الكافية بغية وضع سياسات عامة منتجة وفاعلة مستجيبة لظروف المجتمع وحاجاته، فالقوانين مثلها مثل سائر الظواهر الاجتماعية الأخرى، تتأثر بالعوامل الاجتماعية المختلفة من تكوين المجتمع ونظامه السياسي، والظروف الاقتصادية والثقافية وبمراعاة ذلك يتحقق للقوانين تفاعلها مع بيئتها وظروف وضعها،

فهناك تفاعل مستمر وتأثير متبادل بين النص القانوني والعوامل الاجتماعية المرتبطة به في مختلف مراحلها سواء حين التحضير له، أو حين وضعه، أو حين تفسيره وتطبيقه.

وبتحليل الأسباب أعلاه يبقى السؤال ههنا، لماذا لا يمنح مثل هذا الدور للقضاء الدستوري في مباشرة الوظيفة التشريعية ومن ثم توسع دوره في مجال السياسات العامة؟، لقد برر رفض منح مثل هذا الدور للقضاء الدستوري بالاستناد إلى أن منحه هذا الدور معناه هدم فكرة التوازن بين السلطات؛ فالإقرار بهذا الدور يؤدي إلى عدم قدرة القضاء بمباشرة مهامه بشكل صحيح نتيجة الدمج بين وظيفة القضاء والحكم، وهو مالا يمكن القبول به، فالغاية من مبدأ الفصل بين السلطات لا تقف عند حد تفتيت السلطة لمنع المفسدة بها كون السلطة المطلقة مخدة مطلقة، بل توجد غاية أخرى لا تقل شأنًا عن ذلك تتمثل بتوزيع وظائف الدولة بين هيئات طبقًا للخبرة التي تحظى بها كل من هذه الهيئات، وزيادة على هذه الأسباب رفضت فكرة منح القضاء جزءًا من الوظيفة التشريعية، بالاستناد إلى أن الأخذ بهذه الفكرة والقبول بهذا الدور معناه منح القضاء سلطة مطلقة، نتيجة عدم خضوعه لآليات التحقق والموازنة الموجودة بين السلطات الأخرى، لاسيما أنه لا يخضع القواعد المساءلة النيابية التي يملكها الناخبين فتتعدم تقرير مسؤولية السياسية القائمة على رأي الناخبين.

على إن التحول بمفهوم مبدأ الفصل بين السلطات الذي سمح بموجبه للسلطة التنفيذية ممارسة قدرًا كبيرًا من الوظيفة التشريعية، لماذا لا يسمح وفقًا لهذا الفهم الجديد لمبدأ الفصل بين السلطات، للقضاء بممارسة جزءا يسير من الوظيفة التشريعية، يرفض البعض ذلك بالقول أن منح القضاء الدستوري مثل هذا الدور معناه هز المبدأ الديمقراطي المتمثل بالشرعية الانتخابية (التمثيلية)، التي حولت السلطة التشريعية مباشرة الوظيفة التشريعية.

ونرى أن هذا الرفض لا يمكن القبول به لسببين، الأول أن جميع السلطات تباشر وظائفها من خلال الدستور، فإذا كان الدستور ذا الأسس الديمقراطية هو من يجيز مثل هذا الدور فما مورد الرفض فالإرادة العامة الدستورية هي إرادة الشعب، والإرادة التمثيلية تأتي في مرتبة تالية لها، وبذلك وعلى أساسها

تقررت الرقابة الدستورية على الأعمال التشريعية الصادرة من البرلمان التي تخالفها، ثانياً إن طبيعة تشكيل جهة الرقابة الدستورية تتشابه مع طبيعة تشكيل السلطة التنفيذية فكلا السلطتين يتم اختيار أعضائها عن طريق الانتخاب غير المباشر في الأنظمة الدستورية الديمقراطية، وبالتالي لماذا نقبل بممارسة جزء من الوظيفة التشريعية من السلطة التنفيذية، ولا نقبل بذلك من السلطة القضائية؟ سوى الاحتجاج بأن استقرار الممارسة في الدول قائمة على ذلك، أما بخصوص المساواة فهي وإن كانت غير متحققة بذات القدر مع أعضاء جهة الرقابة الدستورية، إلا أنها موجودة من خلال التنظيم التأديبي الذي يخضعون له وهي وإن كانت بأقل مما يمارس مع أعضاء الحكومة فمردة إلى أمرين، الأول يتعلق بحجم المهام الموكلة للسلطة التنفيذية، بالقياس مع القضاء الدستوري، والثاني يتعلق بصلاحيات أعضاء القضاء الدستوري بالمقارنة مع أعضاء الحكومة.

ويرى الفقه الدستوري كما بينا سابقاً أن القضاء الدستوري أصبح عنصراً أساسياً في تحقيق التوازن بين السلطات، والحفاظ على حد من التوازن داخل البرلمان نفسه، ورفع مستوى أدائه، والدور الذي يضطلع به يصب عامة في صالح البرلمان وإن بدا أن هناك تنافس أو تناحر بين البرلمان من جهة والقضاء الدستوري من جهة أخرى. فالأزمة في العلاقة بينهما قد تنشأ أحياناً ويتم تجاوزها لأن مقتضيات الديمقراطية بمفهومها الحديث تتطلب تكاملاً بين الأدوار التي تقوم بها السلطة التشريعية والقضاء الدستوري. وتبقى المسألة مرهونة بالديمقراطية نظاماً ونهجاً في ممارسة السلطة.

إن طبيعة العلاقة بين السلطة التشريعية والقضاء الدستوري هي علاقة شديدة الحساسية وبالتالي على القضاء التزام الحذر والحيلة العالية حين مباشرة مهامه الرقابية، وذلك نتيجة التحول في المفاهيم الديمقراطية لاسيما المتعلقة بالقانون، حيث لم يعد ينظر للقانون بإعتباره المعبر عن الإرادة العامة إلا بقدر مطابقته للدستور وهذا ما يعني لزوم تقيد البرلمان حين ممارسة اختصاصاته بما يقرره الدستور من مبادئ وقواعد، وبالتالي لم يعد بالإمكان الاحتجاج بأن البرلمان ممثل لإرادة الشعب، فإرادة الشعب الحقيقية هي الإرادة المتمثلة بالدستور من حيث الأصل.

لكن هذا التحليل القانوني للرقابة على الدستورية يبقى تحليل نظري مجرد ينصدم مع التوسع الملحوظ في مجال الرقابة الدستورية، فالقضاء الدستوري ماض باجتهاداته التي تجعل منه الأستاذ الملحق لتلاميذه فيلقن البرلمان دروساً بالتشريع وقد يبلغ بهذا التلقين إلى حد حلوله محل البرلمان في ممارسة التشريع، وبالتالي يكمن هنا مكنن الخطر والاعتراض على هذا النشاط فننتقل من الرقابة على الدستورية إلى مصادرة الاختصاص التشريعي للبرلمان.

وهذا التحليل هو ما أوجب الدعوى إلى وجوب التزام القضاء الدستوري حدود اختصاصه الرقابي المفوض به دستوريا والذي لا يعني أن يتحول بهذا الاختصاص إلى حد الحل محل البرلمان فاخصاصه لا يمكنه من التقييم والتقريب كما في اختصاص السلطة التشريعية.

وعلى الرغم من ذلك يبقى القضاء الدستوري شريكاً فعلياً في التشريع، فكما هو معلوم الشريك يساهم بالمنع كما يساهم بالقرار، بل وأكثر من ذلك يبقى الدور التشريعي الذي يحظى به القضاء الدستوري متجاوزاً حدود الرقابة المباشرة إلى الرقابة المتوقعة منه، فما دام اختصاصه الرقابي قائماً يبقى شريكاً حتى وإن لم يمارسه لأن السلطة التشريعية حين وضعها التشريع تبقى الخشية لديها قائمة من إجراء هذه الرقابة في المستقبل^(١)، لذا تسمى بتشريعها احترام المبادئ والقواعد التي أقرها القضاء الدستوري باجتهاده وهذا ما يعني بالنتيجة أن الوظيفة التشريعية لم تعد حكراً على السلطة التشريعية، بل تشترك بها السلطات الثلاث تشاركاً تنافسياً، فكما يكون غالباً للحكومة المبادرة التشريعية، والسلطة التشريعية المناقشة والإقرار يكون للقضاء الدستوري الإبطال والإرشاد لما يجب أن يكون عليه التشريع، وما يثبت هذا الأمر هو التطور الذي يحدث في مجال الرقابة الدستورية، فانتقل دور القاضي الدستوري من المراقب، إلى دور القاضي الفعلي ذو القدرة التقييمية كما في قدرة التقييم التي يحظى بها المشرع.

ختاماً لكل ذلك نرى أن ما تم أثارته في شأن دور القاضي الدستوري

^١ حسين أحمد مقداد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٠١-٣٠٣.

في مجال السياسة العامة هي مخاوف حقيقة وفعلية تحتاج إلى الوقوف عندها، فالقضاء الدستوري بقدر ما يعد ضماناً للحقوق والحريات وبمقدار مساهمته في تطوير وتحديث الانظمة الدستورية يبقى عملة عملاً محفوفاً بالمخاطر، محتاج دوماً للتذكير بحدوده ونطاقه، فقد ينقلب هذا التوسع إلى خلاف المتوقع فيتحول القضاء من سلاح لحماية الحقوق والحريات إلى سلاح للانتقاص منها وتضييقها، لاسيما إذا كان هذا القضاء قضاء غير مستقل وخاضع للسيطرة السلطة التنفيذية فتسييس أحكامه كيفما تشاء، كما أن الخوف الأكبر بخصوص هذا الدور وحسب رأينا ننطلق به من زاوية أخرى غير التي أثارها الآخرون وهي أن عمل القاضي الدستوري وعلى الرغم من الضوابط الإجرائية والقيود الموضوعية له، يبقى ذا سلطة تقديرية واسعة لاسيما فيما يتعلق بالقيود الموضوعية العملة، فنظرية التقيد الذاتي التي تفرعت منها النظريات الأخرى كقربينة الدستورية، والأعمال السياسية، وملاءمة التشريع، هي وبحسب الأصل قيد ذاتي له أي أنها لا تقع خارج إرادته وسلطانة ومن ثم يبرز هنا التخوف من التحلل من هذا التقيد بما يضر بالصالح العام، وبالتالي فإن خير وسيلة لضمان عدم تحقق ذلك هو القاضي الدستوري ذاته، فلا بد أن تسند هذه المهمة الخطرة لمن يملك المؤهلات المطلوبة كالكفاءة المالية، والخبرة الحقيقية، والاستقلال الفعلي، ليكون الحامي للدستور ومصالح المجتمع.

خاتمة

في ختام هذا البحث، يتضح أن دور القضاء الدستوري في تشكيل السياسة العامة يمثل عنصرًا حيويًا في تعزيز العدالة وحماية الحقوق والحريات. إن التوسع في نشاط القضاء الدستوري يعكس التحديات والفرص المتاحة، حيث يمكن للقضاء أن يلعب دورًا فعالًا في توجيه السياسات العامة، خاصة في ظل عدم استقرار التشريعات وعجز السلطات السياسية عن تلبية احتياجات المجتمع. ومع ذلك، فإن هذا الدور يأتي مع مخاطر محتملة تتعلق بتداخل الأدوار بين السلطات، مما يتطلب الالتزام بالحدود الدستورية.

النتائج

- 1- أظهر البحث أن القضاء الدستوري أصبح له دور متزايد في تشكيل السياسة العامة، مما يعكس تفاعلًا معقدًا بين السلطات.
- 2- يمكن للقضاء الدستوري أن يكون ضمانًا فعالة لحماية الحقوق والحريات، خاصة في حالات عدم قدرة السلطات التشريعية أو التنفيذية على تحقيق ذلك.
- 3- تبرز المخاوف من أن يؤدي توسع دور القضاء الدستوري إلى تجاوز الحدود المرسومة له، مما قد يهدد مبدأ الفصل بين السلطات.
- 4- تأكيد أهمية استقلال القضاء الدستوري عن التأثيرات السياسية لضمان تحقيق العدالة.

التوصيات

- 1- يجب على الدول اتخاذ التدابير اللازمة لضمان استقلال القضاء الدستوري عن السلطة التنفيذية والتشريعية، مما يعزز من فعالية دوره في حماية الحقوق.
- 2- ينبغي تحديث التشريعات لتواكب التطورات الاجتماعية والاقتصادية، مما يتيح للقضاء الدستوري ممارسة دوره بشكل أكثر فعالية.
- 3- يجب تعزيز آليات الرقابة القضائية لضمان التزام السلطات بالتشريعات والدستور، مما يساهم في تحقيق العدالة والمساواة.

4- ينبغي توفير برامج تدريبية متقدمة للقضاة لتعزيز مهاراتهم في التعامل مع القضايا ذات الطبيعة السياسية والاجتماعية.

المصادر والمراجع

الكتب

- 1- حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، ط1، المركز العربي، القاهرة، ٢٠١٨.
- 2- حسين أحمد مقداد، المدلول الساسي والقانوني للدستور ودور القاضي الدستوري في تحقيق التوافق بينهما، دار النهضة العربية، القاهرة، 2024.
- 3- سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
- 4- سعد عبد الجبار العلوش، دراسات معمقة في العرف الدستوري، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧.
- 5- سيروان زهاوي، النظام البرلماني، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2015.
- 6- عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- 7- عبد الرزاق السنهوري، رقابة الإنحراف باستعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، مصر، 1952.
- 8- عصام سليمان، القضاء الدستوري ومبدأ الفصل بين السلطات، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري، المجلد الخامس، ٢٠١١.
- 9- عصام سليمان، أين نحن من العدالة الدستورية "توسعي صلاحيات المجلس الدستوري في لبنان"، منشورات المجلس الدستوري، بيروت، ٢٠١٧.

- 10- فهمد أبو النصور، القضاء الدستوري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٦.
- 11- محمد سليمان الأحمد، قاعدة نصل أوكام ودورها في تكوين ملكة قانونية سليمة، زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.
- 12- مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٩٩ المعدل، ط3، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩.
- 13- هديل محمد حسن المياحي، العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق - دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2015.
- 14- ياسين العيثاوي وسلام المشهداني، صنع القرار السياسي في الولايات المتحدة الأمريكية، مركز الكتاب الاكاديمي، برلين، ٢٠١٦.

الاطاريح

- 1- حسن علي عبد الحسين البديري، دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في سد الفراغ الدستوري، أطروحة دكتوراه، معهد العلمين للدراسات العليا، النجف الأشرف، العراق، ٢٠٢٠.
- 2- أشرف ثامر محمد علي، الدور السياسي للقضاء الدستوري، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط، مصر، 2011.

البحوث

- 1- راقية عبد الجبار علي، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد 46، جامعة بغداد، 2016.

- 2- عبد الصمد رحيم كريم زنكنة، دور القاضي الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العدد ١٦، ٢٠١٦.
- 3- عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الملحق القضائي، العدد ٤٢، القاهرة، ٢٠٠٩.
- 4- محمد عبد اللطيف، الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 38، جامعة المنصورة، مصر، 2015
- 5- محمد فوزي التويجي وآخرون، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون ... أداة للإصلاح والتطوير)، العدد 5، كلية القانون الكويتية، ٢٠١٧.
- 6- هزيل جلول، القاضي الدستوري مشرع من الدرجة الثانية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الثامن، الجزء الثاني، القاهرة، ٢٠١٦.
- 7- وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع ايجابي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 62، القاهرة، 2017

TIP OF SCALE

Editor

Pr.Dr:Saad Al-ateeya

Managing editor

Pr.Dr: Muhammad N. Aldaoudi

Editorial Board

Prof. Dr. Ahmed Kh. Hussein Al-Dakhil

University of Tikrit

College of Law

Asst. Prof. Dr. Rabah Suleiman Khalifa

University of Kirkuk

College of Law and Political Science

Asst. Prof. Dr. Moataz Ali Sabbar

University of Anbar

College of Law and Political Science

Prof. Dr. Adnan Ajeel Ubaid

College of Law

University of Al-Qadisiyah

Prof. Dr. Saeb Naji Aboud

Al-Alamein Institute for Graduate Studies

Najaf

Prof. Dr. Ali Ghani Abbas

College of Law

Al-Mashreq University

العدد السابع - السنة الاولى - المجلد الاول/ صفر ١٤٤٧ الموافق تموز ٢٠٢٥

دور القضاء الدستوري في تشكيل السياسة العامة



Journal TIP OF SCALE

Legal and political studies with an analytical perspective

A knowledge window into the world of law and politics
that combines academic analysis with a realistic vision

Volume 1 – Issue **7** – First Year / Safar 1447 AH – July 2025

All correspondence should be addressed to the
Editor-in-Chief at the following address

Kaf Al-Mizan Magazine – Erbil, Iraq

phone: 009647738223277

info@tip-scale.com

Full texts and research papers are available on the following website
www.tip-scale.com



ISBN : 978-9922-24-610-9

Available languages
Arabic - English

