مضمُونُ السلطَةِ الاجتهَاديّة للقاضِي الدستُورِي

(دراسة مقارنة)

أ.م.د. ليلى حنتوش ناجي
كلية القانون / جامعة بابل

الباحث
شهلاء عيدان عبد

https://doi.org/10.61353/ma.0090667

تصدر التشريعات من حيث موادها مخالفة للدستور في بعض الأحيان, وتجيء غامضة أحياناً, وبين هذه المخالفة والغموض يتردد اختصاص القاضي الدستوري , وتتباين سبل اللجوء إليه من اختصاص بتقدير الدستورية ، وإنَّ القاضي الدستوري يفرض رقابته على تناسب التشريع في أحوال كثيرة بوصفها جانباً من جوانب الرقابة على السلطة التقديرية للمُشرّع ، وقد أرسى القاضي الدستوري كثيراً من القواعد القانونية غير المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية , أو أغفلها المشرّع ، وكان له الفضل في استنطاق كثير من المعاني , ومقاصد النصوص التشريعية ، فالقاضي الدستوري باجتهاده يعمل على الحفاظ على المبادئ الدستورية وحمايتها من أيّ انتهاك والحرص على إقامة نوع من التوازن بين الشرعية الدستورية من جانب وبين الضرورات التي قد تحيط بالمشرّع عند تنظيم الحقوق من جانب آخر .

Legislations, in terms of its articles, are issued in violation of the constitution at times and ambiguous at other times. Between this violation and ambiguity, lies the jurisdiction of the constitutional judge. The ways to reliance to it vary from jurisdiction in assessing constitutionality. The constitutional judge imposes his control over the proportionality of the legislation in many cases, as it is one of the aspects of supervision over the discretion of the legislator. The constitutional judge has established many legal rules that are not specified in the constitutional document, or that the legislator neglected. The constitutional judge was qualified with interrogating many of the meanings and purposes of the legislative texts; that the constitutional judge, with his jurisprudence, works to preserve the constitutional principles and protect them from any violation, and to ensure a balance between constitutional legitimacy on the one hand, and the necessities that may surround the legislator when regulating rights from another side.

المقدمة

أولاً : موضوع البحث

إنَّ للسلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري عندما يقوم بالرقابة على الدستورية الدور الفعال في حماية مبدأ المساواة ، فكرس المبدأ وطبقه من أجل ممارسة الحقوق والحريات بين المواطنين على قدم المساواة ومن دون تمييز بينهم بسبب الأصل أو الانتماء السياسي أو ماسواها ، أمّا معنى هذه السلطة والمكرسة للقاضي الدستوري , فيضع المختصون لهذه السلطة معنى " السلطة المنشئة للقضاء ", ومعنى ذلك أنَّه بمقدور القضاة وبمناسبة النظر بالدعوى الدستورية بإمكانه خلق قاعدة قانونية ؛ لأنَّ تفسير الدستور أو القانون ليست عملية اعتراف بالمعايير الموجودة مسبقاً ، ولكنّ هي سلطة لإنتاج معايير جديدة , ويشترط أن تكون نتيجة التفسير الذي يتوصل إليه القاضي متوافقاً مع المعايير الدستورية , وهكذا فإنَّ معنى النص ليس موجوداً مسبقاً للنشاط التفسيري ؛ وإنّما على العكس هو نتاجه أيّ نتاج نشاط القاضي الاجتهادي وإنَّ القاضي الدستوري يقوم في توظيف حواسه عند استنباط القاعدة القانونية ، فهو يقوم بعمل إرادي يكون معياره المعنى (المفسر) الذي يتوصل إليه[1] .

ويقوم القاضي الدستوري بالرقابة على جميع أركان التشريع وعناصره ، وقانوناً كان أم أنظمة وتعليمات ، سواء في ذلك العناصر التي يتمتع المشرّع بالنسبة لها بسلطة تقديرية أو التي تعتبر سلطة المشرّع بالنسبة لها مقيدة ، وعندما يجد القاضي الدستوري انتهاك لنصوص الدستور أو القانون ، يقرر عدم الدستورية ، ويصدر قرار يلغي فيه القانون أو اللائحة الادارية ،كما هو الحال في كل من العراق ومصر وفرنسا أو تقوم المحاكم بالامتناع عن تطبيق القانون أو اللائحة الإدارية ،كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية .

ثانياً : أهمية البحث

أهمية بحث السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري تظهر الدور الهام الذي يؤديه القاضي الدستوري , ولا يقتصر على مجرد تطبيق القانون ، فإذا لم يجد نصاً وجب عليه الاجتهاد , وإلّا عدّ منكراً للعدالة ؛ لأنَّه ملزم بالحكم في أيّ قضية تعرض أمامه , ويمارس دوراً اجتهادياً خلاقاً ورقيباً نافذاً في تطبيق الأحكام المستمدة من طريق الاستنباط والاستقصاء , واستخلاص الحكم , والكشف عن إرادة المشرّع بأصول علمية بناءة ؛ ليرسي بقراراته مبادئ دستورية ذات قيمة انشائية واجتهادية مميزة تمد النصوص بالحياة , وتكون المرشد لبيان الحكم الفاعل المتجدد مع تجدد الوقائع والظروف ملبية حاجات العصر.

ثالثاً : مشكلة البحث

في ضوء ما تقدم تتمثل مشكلة البحث في التساؤلات التالية :

ما المقصود بالسلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري , وما أهمية السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري , وما هي حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمُشرّع , سوف نجيب عن هذه التساؤلات ضمن هذا البحث .

رابعاً : منهجية البحث

تنهض دراسة هذا البحث على أساس مبدأ التحليل المقارن في تحليل أحكام القضاء الدستوري , ونتبنى المنهج المقارن بين أربع دول وهي الولايات المتحدة الأمريكية , وفرنسا, والعراق, ومصر .

خامساً : خطة البحث

قسمنا هذا البحث إلى مطلبين: يخصص الأول لمفهوم السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري , ونخصص الثاني لنطاق السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري .

المطلب الأول

مفهوم السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري

إنَّ مفهوم السلطة الاجتهادية مفهوم واسع التداول على صعيد الدراسات القانونية سواء أكان ذلك على صعيد القانون العام أم الخاص ، لذلك ولتحديد مدلول السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، وكما يأتي :

الفرع الأول : تعريف السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري .

الفرع الثاني : خصائص السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري .

الفرع الأول

تعريف السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري

يقتضي التعريف بالسلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري التعرض للدلالة اللغوية والاصطلاحية للسلطة الاجتهادية .

أولاً : تعريف السلطة الاجتهادية لغة :

١. المقصود بالسلطة لغة : من سَلَطَ تَسلط ، سلاطة ، وهي القهر والحدة [٢] .

والسلطة : من التسلط والسيطرة والتحكم [٣] ، فالتركيب يدل على القوة والقهر والغلبة ، فقد قال الله تعالى : {... وَلَوْ شَاء اللّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَقَاتَلُوكُمْ فَإِنِ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَاتِلُوكُمْ وَأَلْقَوْاْ إِلَيْكُمُ السَّلَمَ فَمَا جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلاً }[٤] .

والسلطة والسلطان : تطلقان على قدرة الملك والحكم والفصل ، ومنه يقال : جعلت له سلطاناً أو سلطة أخذ حقي من فلان [٥] .

والسلطة : السهم الدقيق الطويل [٦] .

وبعد عرض هذه المعاني يتبين أنَّ السلطة تشمل الملك , والغلبة , والقوة , والقدرة .

وبمناسبة المعنى اللغوي لموقع كلمة السلطة ضمن اللفظة المركبة (السلطة الاجتهادية) يتجلى في أنَّ القاضي يسيطر على مجريات القضية ، ويتحكم فيها على وفق تقديره ونشاطه الذهني التقديري[٧].

٢. المقصود بالاجتهادية لغةً :

للاجتهاد في اللغة تعريفات عـــدّة ، من أهمها : الجَهد , والجُهد الطاقة ... وقيل الجَهد المشقة ، والجُهد الطاقة [٨] .

والاجتهاد : بذل الوسع والمجهود [٩] .

إنَّ بذل الوسع لا يكون إلّا في أمر فيه مشقة كبيرة ، فلا يقال لمن يبذل جهد في أمر لا يحتاج إلى بذل جهد أنَّه مجتهد [١٠] ، وعرفه الرازي فقال : " إنَّ الاجتهاد في اللغة هو استفراغ الوسع في أيّ فعل كان ، يقال استفرغ وسع في حمل الثقيل ، ولا يقال استفرغ وسع في حمل النواة"[١١] .

ثانياً : التعريف الاصطلاحي للسلطة الاجتهادية :

ذكر لمصطلح السلطة الاجتهادية تعريفات عـــدّة فعرفها بعضهم بأنَّـــها[١٢] " صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقـــامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ، ابتداءً من قبول سماعها ، إلى تهيئتها لإثبات صـــحتها أو كذبها إلى الحكم عليها ، واختيار الطريقة المناسـبة لتنفيذ الحكم ، مع مراعاة أحوال المتقاضـين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي " .

وهذا ما يعرف بالمصطلح الشرعي للسلطة الاجتهادية للقاضي .

وعرف آخرون السلطة الاجتهادية للقاضي بـــأنَّها" النشاط الذهني الذي يقوم به هذا القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنَّـــها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه" [١٣] .

وهي في الاصطلاح القانوني نشاط ذهني يقوم به قاضي الموضوع بالاختيار بين قرارات عدّة لانزال أحدهما على واقع النزاع المطروح(١٤) .

إنَّ مسألة تقدير كلّ ما هو مطروح أمام القاضي هي مسألة تتعلّق بجوهر العدالة ومضمونها ، وهي في أساسها تقوم على حس إنساني راقي قائم على العقل والمنطق السليم ، وتعدّ السلطة الاجتهادية عملية ذهنية تقوم على أسس عقلية , ومنطقية ترتبط بالضمير العادل لإدراك الحقيقة عن طريق التقدير السليم(١٥).

وقد تعددت تسميات السلطة الاجتهادية للقاضي فهناك من يطلق عليها اسم مبدأ الاقتناع الشخصي أو الذاتي ، وهناك من يطلق عليها تسمية القناعة الوجدانية للقاضي ، ويسميها الآخرون النظام الحر للأدلة ، وأحياناً يسمونها بنظام الأدلة الأدبية ، ويقصد بكلّ ذلك أنَّ القاضي الدستوري غير مقيد إلّا بضميره من جهة , وبالابتعاد عن أحاسيسه وأهوائه الذاتية من جهة أخرى, وهكذا فهو حرّ في تقدير ما يطرح أمامه من وقائع وبينات وقانون(١٦) .

وإنَّ الرأي الراجح هو تسمية القناعة الوجدانية للقاضي ، والأصل تمتع القاضي بالسلطة الاجتهادية عند مباشرة وظيفية ، والقول بانعدام إرادة القاضي وسلطته يؤدي إلى انعدام السلطة القضائية نفسها(١٧) .

يتوجب منح القاضي الدستوري سلطة تفيد معنى من القوة والصلاحية ، ومنحه قدراً من الحرية في التقدير ، ومجالاً للتفكير والنظر في تكييف النصوص؛ لأنَّه من دون هذه السلطة يتحوّل القاضي الدستوري لآلة , وهذا ما لا يستقيم مع الحياة القانونية .

الفرع الثاني

سمات السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري

تتميّز السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري في أنَّها تهدف إلى تحقيق اعتبارات سياسية واجتماعية , واقتصادية من أجل المحافظة على المصالح العليا للجماعة ، وكما نعلم أنَّ هذه السلطة تنتقل بالدستور من كونه أداة جامدة غير قادرة على التكييف مع الظروف المحيطة بها , إلى أداة مرنة تتعامل وتساير الزمن , وأفكاره المتطورة المتحركة لا أن تصبح عبئاً على أفكار الجماعة السياسية وأهدافها ، وبهذه المناسبة يلاحظ أنَّ سلطة القاضي الدستوري لا تختلط بالسلطة التقديرية للمُشرّع , ولا يحل محلها , ويترتب على ذلك نتيجة هامة هي أنَّ القاضي الدستوري عند ممارسته للسلطة الاجتهادية لا يحق له الاصطدام بإرادة المشرّع ؛ وإنّما يتوجب عليه بأن يقوم بالتوفيق بين هذه السلطة الاجتهادية ,والهدف من وضعه والفراغ الذي يعتريه , وبين سلطة البرلمان في استقلاله بالعملية التشريعية ، إنَّ القاضي الدستوري بسلطته الاجتهادية يدخل في مضمون التركيبة القاعدية للنص القانوني , وهو بعمله هذا يقوم بإضافة ما يحتاجه النص القانوني من أجل سدّ الفراغ

القانوني الذي وجد عليه النص بعد إقـــراره من السلطة التشريعية، يترتب على هذا الواقع القضائي المترتب على عمل السلطة التشريعية إنَّ القاضي الدستوري يمكنه مراقبة النقص الذي يحصل في التشريع[١٨] .

وتشترك السلطة التقديرية للمُشرّع وسلطة القاضي الدستوري في أنَّهما سلطة مقيدة بأحكام الدستور , وغاياته وسلطة تسعى لتحقيق المصلحة العامة .

وإنَّ تقدير دستورية النصوص ليس حكراً على المحكمة المتخصصة بالرقابة على الدستورية ، وإنّما تختص جميع المحاكم بذلك وتستطيع القيام بالتقدير . فعندما يثار أمام المحاكم – وهي تنظر نزاع معين – دستورية نصّ يتعلق بالنزاع عن طريق دفع فرعي ، تقوم هذه المحكمة بتقدير هذا الموضوع فإذا أوجدت جدية الدفع واحتمال مخالفة النص لحكم الدستور ، فأنَّها تتوقف عن النظر في دعواها الأصلية وتحدد لصاحب الدفع ميعاد يلجأ به للمحكمة المختصة بالفصل بالدستورية [١٩] .

وإنَّ التقدير هو أداة يستعملها قاضي التناسب عند قيامه بمهمته فكلّ عمله هو عملية تقدير ، يقدر النصوص التي تصدر عن المشرّع ويقدر ما مدى توافقها مع أحكام الدستور , ويقدر مدى مساسها بالحقوق والحريات العامة , وختاماً يقدر مدى تناسب الوسائل المستخدمة مع الأهداف المطلوبة عن طريق الظروف الواقعية المحيطة ، ومن أهم النظريات والأفكار التي يستعين بها القاضي الدستوري عند قيامه بالتقدير هي فكرة الخطأ الواضح , أو الفاضح أو الظاهر , وفكرة الضرورة تقدر بقدرها والفكرة الثالثة هي فكرة المعقولية[٢٠] .

فالقاضي الدستوري يقيم عن طريق الاستعانة بفكرة الخطأ الظاهر تقدير المشرّع الذي أصدر النص محل الرقابة ، يبحث القاضي الدستوري إذا كان المشرّع ارتكب خطأ ظاهراً في التقدير أدى إلى صدامه بمبدأ ذي قيمة دستورية[٢١] .

وقد عرّف الفقه الدستوري الخطأ الظاهر بأنَّه "الخطأ الذي يمكن إدراكه دون حاجة إلى متخصص أو الإنكار الخطير للمنطق وحسن الإدراك بحيث يبصره غير المتخصص" [٢٢] .

أخذ بعض الفقه الدستوري بالمعيار الموضوعي في تقدير الخطأ الظاهر لا يعتمد على حسن نية الإدارة أو ســـوئها من ناحية ، ولا يكون متروكاً لمحض تقدير القاضـــي من ناحية أخرى , وإنّما يقوم الفقه للأخذ بدرجة جسامة الخطأ معياراً خاصاً بفكرة الخطأ الظاهر , وهو الخطأ الواضح الجسيم الذي يلاحظه حتى الإنسان الاعتيادي غير المتخصص لتعارضه مع المنطق السليم[٢٣] .

فمن الخطأ الظاهر يقوم القاضي الدستوري برقابة التناسب , وعن طريق هذه الرقابة يضع في الميزان المصـــلحة العامة من القانون في جانب والانتهاك لهذا المبدأ الدســـتوري (مبدأ المســـاواة), أو ذاك في الجانب الآخر[٢٤].

وفي النتيجة سيحكم القاضي الدستوري فيما إذا كان هناك انتهاكات أم لا بالنظر للتفسير الذي اتبعه المشرّع ، ووفقاً لذلك سيحكم بتوافق القانون مع الدستور أم لا ، فبهذه الوسيلة يملك القاضي الدستوري أداة قوية للرقابة ، فهي تسمح له تقدير ما إذا كانت صفة عدم التناسب ، أو المعقولية في الاختيارات التي يجريها المشرّع [٢٥], ويستعين القاضي الدستوري بفكرة الضرورة تقدر بقدرها ، في تقييمه وتقديره للتناسب في الموضوع الذي يخضع لرقابته ، إذ يضع الآثار الايجابية المترتبة على إجراء معين اتخذته الدولة أو السلطة المختصة , أو نصّ تشريعي أصدره المشرّع في كفه والآثار السلبية المترتبة على هذا النص , أو الإجراء في الكفة الأخرى، ويقوم بعملية الميزان بين الكفتين ليرى إذا كان هناك تناسب أم أن هناك اختلاف، وإذا وجد اختلافاً فهل درجته بسيطة أم جسيمة كبيرة بينهما , إذ يخل كثيراً بالتوازن بينهما[٢٦].

وباستعانته بمنطق الضرورة تقدر بقدرها ، يبحث مدى التزام المشرّع في النص الذي أصدره بحدود الضرورة وقدرها من عدمه[٢٧] .

ويستند القاضي الدستوري أيضاً إلى فكرة المعقولية في تقدير ما يتضمنه العمل من ضوابط وحدود وتنظيمات وبين الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه من وراء ذلك, وتتحقق المعقولية إذا كانت هذه الضوابط والحدود , التي تضمنها العمل التشريعي في الحدود المقبولة عقلاً ومنطقاً بالنظر إلى الهدف الذي يسعى المشرّع إلى تحقيقه [٢٨] .

المطلب الثاني

نطاق السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري

إنَّ القاضي الدستوري يمارس رقابة الحدود الدنيا على السلطة التقديرية للمُشرّع ، ويعدّ مبدأ المساواة أهم القيود التي ترد على السلطة التقديرية للمُشرّع ، ومعياراً يستند إليه للوصول إلى مدى التزام المشرّع لحدود سلطته التقديرية في التشريع , وكذلك يشكل الأساس الذي يعتمده القاضي الدستوري للحكم على عمل المشرّع بأنَّه دستوريّ أم لا [٢٩] .

وإذا كان المشرّع بممارسته السلطة التقديرية يتوجب عليه احترام إرادة المشرّع الدستوري الصريحة أو الضمنية , وعدم خلق قيود على الحقوق والحريات الفردية , التي كرسها المشرّع الدستوري فأنَّه دون شك يخضع لقيود في ممارسته لوظيفته التشريعية سواء كانت هذه الوظيفة مقيدة أم كانت خاضعة لنوع من التقدير، وهذه القيود تفرضها النصوص الدستورية , التي تتضمن مبادئ دستورية سواء كانت هذه المبادئ فوق الدستورية أم كان لها قيمة القواعد الدستورية [٣٠] .

وعليه فإنَّ السلطة التشريعية إذا ما انحرفت في استعمال سلطتها التقديرية أو شاب استعمالها أيّ عيب ومن ثمّ خروجها على المنظومة الدستورية ، فأنَّها والحال كذلك لابد من عقلنتها ولا يتم ذلك الا من

خلال الرقابة عليها من أجل إعادتها إلى جادة الصواب وللحدود التي رسمها المشرّع الدستوري, ولن يتأتى ذلك إلّا بالوقوف على مدى تقيدها بضوابط العمل التشريعي والمتمثلة بضرورة تحقيق الغاية , التي حددها المشرّع الدستوري أيّ رقابة غائية , وضرورة التطابق بين التشريعين الاعتيادي والدستوري , أيّ رقابة مطابقة وأخيراً لابد من التلاؤم بين التشريعين الاعتيادي والدستوري أيّ رقابة التناسب, وعليه سيتمّ تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمُشرّع .

الفرع الثاني : رقابة القاضي الدستوري على التناسب داخل النص التشريعي .

الفرع الأول

رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمُشرِّع

تعرف السلطة التقديرية للمُشرّع بأنَّها " حرية الاختيار والمفاضلة بين عدّة بدائل أو حلول ليختار المشرّع أقلها تقييداً للحقوق والحريات العامة التي ينظمها"[٣١].

إنَّ مظاهر الرقابة على السلطة التقديرية للمُشرّع تتمثل بالرقابة على غاية التشريع ، ورقابة على توافق التشريع مع النصوص الدستورية والمبادئ الدستورية ، إذ يتوجب أن تكون القواعد القانونية متطابقة مع إرادة المشرّع الدستوري الصريحة , أو الضمنية وبعبارة أخرى التطابق التام مع الدستور نصاً وروحاً، ورقابة على التناسب بين الوسائل التشريعية والغايات والاثار المترتبة عليها.

وإنَّ المشرّع بأيّ تشريع ينصّه يجب أن يكون هدفه تحقيق غاية معينة , وهذه الغاية هي التي جعلت المشرّع يتدخل بوسيلة مناسبة بالوقت المناسب , ويجب أن لا تخرج هذه الغاية عن الغايات , والقيم الدستورية التي رسمها المشروع الدستوري ، وإنَّ المشرّع يتمتع بسلطة تقديرية للوصول للتنظيم القانوني الأمثل لتحقيق تلك الغايات , ولكن في الوقت نفسه تخضع هذه السلطة التقديرية للرقابة وإن كانت في حدودها الدنيا , فالمشرّع عليه أساساً أن يهدف لتحقيق الغاية المرسومة له بما يراه مناسب من وسائل وكيفية [٣٢] .

وعليه عندما تنصّ الدساتير محل البحث وهي كل من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧ م ودستور فرنسا لعام ١٩٥٨ م ودستور العراق لعام ٢٠٠٥ م ودستور مصر لعام ٢٠١٤ م, عند التشريع على مبدأ المساواة فأنَّها تضع معايير يجب على المشرّع أن يتقيد بها عند التشريع بحيث لا يضع تشريع لا يساوي فيه بين الفئات المتماثلة في المراكز القانونية ، فالرقابة هنا تكون على الغاية التي هدفها المشرّع , ومدى التزام هذه الغاية بمبدأ المساواة أمام القانون ، فإنَّ التنظيم القانوني إذا فيه تمايز بين الفئات المتماثلة أو انتفت فيه الأسباب المبررة للمعاملة التمييزية فسيكون معيب بعيب الغاية لمخالفته لمبدأ المساواة ، فالتشريع هنا يكون غير دستوري[٣٣].

إنَّ نطاق الرقابة على الغاية من انتهاك مبدأ المساواة عن طريق وضع معاملة تمييزية ، يختلف إذا كان أساس تلك المعاملة الاعتبارات الشخصية , أو المالية مثلاً أو معياراً عاماً كالدين واللغة مثلاً ، فإنَّ نطاق الرقابة يكون في حال الاعتبارات الشخصية أو المالية يكون أكثر شمولاً من الحالة الأخيرة ؛ لأنَّه يمكن التخلص من الرقابة بحجة مبدأ التمييز الايجابي , التي يلجأ لها للتخلص من عدم الدستورية [٣٤] .

وإنَّ أيّ تشريع يضعه المشرّع لسلطته التقديرية يجب أن يكون ملتزماً بحدود النصوص والمبادئ الدستوريتين من حيث الغاية , وأيضاً لابد أن يكون التشريع متطابقاً مع إرادة المشرّع الدستوري صريحة كانت أم ضمنية ، بمعنى آخر التطابق التام نصاً وروحاً مع الدستور, وعند القيام برقابة التطابق على اعتبار مبدأ المساواة كمعيار للرقابة ، فإنَّ التشريع إما أن يكون متطابقاً أو غير متطابق مع مبدأ المساواة من حيث الغاية , أو الزمن المناسب لصدور التشريع, ولا يكون التشريع مخالفاً لمبدأ التناسب , ومن ثمّ ينتهك مبدأ المساواة[٣٥] .

إنَّ رقابة المطابقة التي يخضع لها المشرّع عندما يعمل بسلطته التقديرية لا صعوبة فيها إذا يتعلق الموضوع برقابة قواعد قانونية تنظم مراكز قانونية موضوعية ؛ لأنَّ إعمال مبدأ المساواة وتطبيقه سهل التوصل إلى مدى التطابق بين مبدأ المساواة , وتلك القواعد القانونية , ولكنّ الصعوبة تكون عندما يتعلق الموضوع برقابة قواعد قانونية تنظم مراكز قانونية شخصية , فهنا لا يمكن الاستناد إلى مبدأ المساواة أساساً لرقابة التطابق على وسيلة التقييد الواردة على القاعدة القانونية التي تنظم مركز قانوني شخصي أو فردي[٣٦] .

أمّا عن موقف المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية من الرقابة على السلطة التقديرية للمُشرّع، فإنَّ الرقابة الدستورية فيها هي رقابة الامتناع عن تطبيق النص غير الدستوري، بعضهم يذهب إلى القول بإنَّ المحكمة العليا الأمريكية عندما تقوم بذلك يتطلب منها تفسير النصوص الدستورية الغامضة وغير المحددة , وتستند لاعتبارات سياسية وليس قانونية ، أيّ أنَّ المحكمة عندما تفسرها تقدر الآراء السياسية لأعضاء المحكمة ، مما يعدّ تجاوزاً لحدود رقابة المشروعية لرقابة ملائمة [٣٧].

ويستند قضاة المحكمة العليا الأمريكية على أنَّها لا تراقب على مدى ضرورة أو عدم ضرورة التشريع , فهي لا تراقب تقدير المشرّع فتقدير القضاة مدى ملاءمة التشريع يعدّ تدخلاً في عمل المشرّع وتعدياً على مبدأ الفصل بين السلطات ، ولا تراقب مدى ملاءمة التشريع للظروف الاقتصادية والسياسية , والاجتماعية الرائجة في البلد , فمثل هذا التقدير تعدّه مظهراً من مظاهر السلطة التقديرية للمُشرّع [٣٨] .

أمّا عن موقف المجلس الدستوري الفرنسي من الرقابة على السلطة التقديرية للمُشرّع فإنَّ بعضهم ذهب إلى القول إنَّ المجلس الدستوري الفرنسي بتبنيه نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في بعض قراراته يدلّ على أنَّ رقابته امتدت من رقابة مشروعية دستورية لرقابة مدى ملاءمة التشريع, فقد قرر في ١٥ / يناير /

١٩٧٥ " بأنَّ المجلس الدستوري لا يملك سلطة عامة في التقدير والتقدير المستقل كتلك التي يملكها المشرّع"(٣٩) .

ويذهب آخرون إلى أنَّ قرارات المجلس الدستوري السابقة كشفت وبوضوح أخذه بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير , وأنَّ المشرّع بما يتبناه من حلول لا تعدّ نهائية وإنّما تخضع لتقدير القاضي الدستوري(٤٠) .

ومن الأمثلة التطبيقية لذلك قرار المجلس الدستوري الفرنسي الخاص بقانون التأميم , الذي قضى فيه أنَّ المشرّع لا يعدّ متجاهلاً لمبدأ المساواة عندما استبعد من نطاق قانون التأميم البنوك , التي كان معظم رأسمالها مملوكاً لغير المقيمين على الرغم من أنَّها كانت تخضع – قبل التأميم – لذات النظام الذي كانت تخضع له جميع البنوك الأخرى , وذلك بدافع المخاطر الصعبة , التي من الممكن أن يؤدي إليها التأميم بالنسبة لهذه البنوك على الصعيد الدولي , وكان يمكن أن يؤدي تأميمها في نظر المشرّع إلى التعرض لخطر المصلحة العامة المتصلة بالأهداف المنشودة من وراء التأميم ، وأنَّ التقدير الذي قام به المشرّع في هذه الحالة بالنسبة لضرورة التأميمات لا يمكن – مع غياب الخطأ الواضح – ردّه أو الطعن فيه (٤١) .

يفهم من قرارات المجلس الدستوري بأنَّه يؤكد إلى عدم اختصاصه بفحص مدى ملاءمة التشريع , أمّا موقف المحكمة الدستورية المصرية فقد أكدت عدم اختصاصها بفحص مدى ملاءمة التشريع بوصفها مظهراً من مظاهر السلطة التقديرية للمُشرّع ، ولكنّ تلك الحرية ليست مطلقة فتلك الملاءمات لا تعيق خضوع التشريعات للرقابة الدستورية إذا مست أمور نظّمها المؤسس الدستوري أو وضع له قيوداً محددة ، أيّ أنَّ القاضي الدستوري ينحصر في رقابته بالتحقق من عدم خروج المشرّع عن تلك الحدود(٤٢) .

وسارت المحكة الاتحادية العليا العراقية على النهج نفسه, فقد قضت بردّ دعوى المدعي الذي طعن ببعض مواد قانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات , وكذلك في النظام الداخلي لمجلس الوزراء فقد نعى عليها بأنَّ الغاية من إصدارها هو تكريس (المحاصصة العرقية والمذهبية والسياسية), وليس كما ورد فيها بالتوازن بين المكونات إلّا أنَّ المحكمة الاتحادية وجدت أنَّ ذلك غير وارد , وقضت برد الدعوى ؛ لأنَّ تلك النصوص صاغها المشرّع على وفق النصوص الدستورية والخلل قد يكون في التطبيق بحرف الإجراءات التنفيذية عن مسارها , ومساحتها الطبيعي , وهذا يخرج عن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا(٤٣) .

وإنَّ القضاء الدستوري لا يناقش ضرورة صدور التشريع من عدمه ؛ لإنَّ السلطة التشريعية لها كامل الحق في تقدير الضرورة بما لها من سلطة تقديرية .

الفرع الثاني

رقابة القاضي الدستوري على التناسب داخل النص التشريعي

يعني التناسب في مجال الدستورية التوافق بين أيّ نصّ سواء صدر في شكل تشريع , أو في شكل قرار لائحي أو فردي , كأداة قانونية الدولة تستعملها في تنظيم موضوع معين, وبين حقوق الأشخاص وحرياتهم المنصوص عليها في الدستور صراحةً, أو كانت ضمن المبادئ الأساسية والقواعد والأحكام , التي جاء بها الدستور.

إنَّ التناسب يتعلق بالصلة بين موضوع النص الصادر والمبادئ والأحكام الأساسية التي نصّ الدستور عليها ، وتتعلّق أيضاً بالوسائل المستعملة والغايات المستهدفة (٤٤) .

والرقابة على الدستورية في حقيقتها تنصب على تقدير المشرّع لهذه الصلة ، ومدى توافق النص مع الدستور بما يحمل من معانٍ ، وبقدر التباعد أو التقارب بين محل النص – أيّ الأثر القانوني له – وبين مقصد المشرّع الدستوري تكون الرقابة على الدستورية نتيجتها إما إقرار التوافق أيّ التناسب ومن ثمّ القضاء بدستورية النص محل الرقابة أو إقرار عدم التوافق أيّ عدم التناسب , ومن ثمّ القضاء بعدم دستورية النص محل الرقابة (٤٥) .

تبيّن لنا وجود تقدير لنفس النص من جهتين مختلفتين ، تقدير السلطة التنفيذية أو التشريعية المختصة بإصدار النصّ ، وتقدير السلطة المختصة بموضوع الرقابة على الدستورية ويؤخذ بالحسبان تقرير الأخيرة فهي من عينها الدستور للحفاظ على دستورية النصوص الصادرة من السلطة التنفيذية أو التشريعية .

والتناسب يختلف عن الملاءمة ، ففي مجال التشريعات تعني الملاءمة " توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يصدر فيها " ، فالملاءمة ترتبط بصلة العمل القانوني بظروف إصداره أمّا التناسب فهو صلة العمل القانوني بالمبادئ والقواعد التي تحكمه ، وأيضاً صلة بداخل العمل القانوني بين سببه ومحله بالتحديد (٤٦) .

إنَّ القاضي الدستوري عندما يقوم برقابة التناسب وعلى سبيل المثال إذا كان محل الرقابة نصّاً تشريعياً فأنَّه يحضر أمامه النصّ موضوع الرقابة ونصوص الدستور وأيّ نصوص أخرى تتعلّق بالموضوع , وأيّ قواعد لها صلة بالموضوع ، ثم يقوم بمراحل ذهنية , وهي تحليل النص ومدى اتصاله بالغرض المرجو تحقيقه من ورائه (٤٧) , وبحث مدى توافق الهدف والوسيلة مع أحكام الدستور خاصة إذا كانت تتعلّق بحقوق وحريات الأفراد, وإذا وجد في النص تقييد أو شرط على حق معين أو حرية معينة , فيبحث القاضي إذا كانت تملك السلطة وضع هذه القيود أو الشروط ، وهل هدفها وهو الصالح العام ، وهل وضع تلك القيود الشروط يعرض وجود الحق للخطر باختصار هل هناك مساس ؟ ثم يضع الهدف الذي تريده السلطة وهو الصالح

العام وسيلة تحقيقه في كفة والحق أو الحرية الذي يمسه هذا النص في كفة أخرى , فيصل إلى نتيجة أنَّ الكفتين متساويتان أو متقاربتان فيقضى بصحة النص , ووجود التناسب فيه , أو العكس فيقضي بعدم سلامة النص لعدم وجود التناسب فيه [٤٨] .

وعنيت المحكمة العليا الأمريكية بالربط بين المعاملة القانونية , والهدف الذي يتوخاه المشرّع [٤٩] ، وأكدت المحكمة العليا الأمريكية في أحكام لها عدّة الارتباط بين المعاملة القانونية والهدف من القاعدة القانونية التي قررتها , فقد اشترطت الارتباط الوثيق بين المعاملة المتميزة والهدف من التشريع , وإنَّ وسائل المشرّع في تقرير المعاملة يجب أن تقود بالضرورة إلى تحقيق أهداف التشريع, وليس إلى مجرد الارتباط المعقول , وذهبت بعد ذلك أحكام أخرى تكتفي بأن تكون المعاملة متعلقة بالأهداف بصفة جوهرية[٥٠] .

وفي فرنسا يطبق مبدأ التناسب ولكنّ بشكل ضمني غير صريح , فالمجلس الدستوري وهو المختص برقابة التناسب لا يستعمل بمناسبة هذه الرقابة مصطلح التناسب صراحةً[٥١] .

ففي قرار له يوضح أنَّ مبدأ المساواة لا يتعارض مع ما ينظمه المشرّع بشكل مختلف ومراكز مختلفة ، ولا مع أن يخرج عن المساواة لأسباب المصلحة العامة ، بشرط أن يكون الاختلاف في المعاملة ، وهذه الحالة وتلك ، ينتج عن المصلحة العامة متصل بموضوع القانون الذي يسنه[٥٢] .

نفهم من تفسير القضاء المجلس الدستوري الفرنسي أن هناك إمكانية المساس أو خروج المشرّع على مبدأ المساواة , ويقوم قاضي التناسب بتحديد الجزء الدقيق من مشروعية هذا المساس.

ويمكن للمحكمة الاتحادية العليا في العراق أن تمارس رقابة التناسب بين الوسائل والأهداف بالاستناد إلى المادة (٤٦) من الدستور التي تنصّ على أنَّه " لا يكون تقييد ممارسة أيّ من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها الا بقانون أو بناءً عليه على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية ", فتقييد الحقوق صحيح أنَّه جائز لاعتبارات المصلحة العامة أو النظام العام استثناءً ولكنّ التقييد قد يفرض أعباء كثيرة على هذه الحقوق لا تتناسب مع المصلحة المشرّع يهدف إلى تحقيقها أيّ يصل التقييد القانوني إلى الانتقاص من الحق وبشكل كبير أو إهداره بحجة تحقيق المصلحة العامة[٥٣] .

أمّا المحكمة الدستورية العليا المصرية فتبسط رقابتها على مدى تناسب النص من دون أن تفصح صراحةً بذلك ، ولكنها تستعمل مصطلحات وألفاظاً تعطي المعنى نفسه, وإنَّ الغاية من رقابة التناسب هو حماية مبدأ المساواة ومن ثمّ حماية الحقوق الأساسية والحريات الفردية .

إذ جاء في قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية " وكان النص المطعون فيه مهدداً المصالح الجوهرية التي سعى إلى تحقيقها من تقرير هذا القيد والأهداف التي توخاها من وراء ذلك منشأً تمييزاً غير مستند إلى أسس موضوعية بين التراخيص المنقولة وتلك المبتدأة, وينشئ أوضاعاً غير عادلة تتباين فيها حظوظ

الصيدليات العامة المرخصة ابتداءً والصيدليات المنقولة بسبب الهدم ، فأنَّـــه يكون قد أهدر مبدأي العدالة والمساواة التي حرص الدستور على توكيدهما في المادتين (٤ ، ٥٣) منه مما يتعين معه القضاء بعدم دستوريته في حدود نطاقه المتقدم فلهذه الأسباب حكمت بعدم دستوريته " [٥٤] .

الخاتمة

وفي ختام بحثنا الموسوم (مضمون السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري ، دراسة مقارنة) نورد ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات .

النتائج

١. بمقدور القاضي الدستوري بما له من سلطة اجتهادية عند النظر في الدعوى الدستورية خلق قاعدة قانونية , وهكذا فـــإنَّ معنى النص ليس موجوداً مسبقاً , وإنّما نتاج نشاط القاضي الاجتهادي .

٢. عندما يمارس المشرّع صلاحياته التشريعية التقديرية يخضع لثلاثة مستويات من الرقابة , على عكس عندما يكون صلاحياته التشريعية مقيدة فيخضع لرقابة المطابقة فحسب، والمستويات الثلاث للرقابة هي رقابة غائية منصـــبة على مدى تحقق الغاية من منح الصـــلاحية التقديرية ورقابة مطابقة مع مبدأ المساواة والنصوص الدستورية الأخرى , ورقابة تناسب بين الوسيلة التشريعية والغاية المحققة , والآثار المترتبة عليها وفيما إذا كانت هذه الوسيلة التشريعية والغاية المحققة والآثار المترتبة عليها , وفيما إذا كانت هذه الوســـيلة هي الأفضـــل لتحقيق الغاية المخصصة أم لا .

٣. تهدف الســلطة الاجتهادية للقاضـــي الدســـتوري إلى تحقيق اعتبارات ســـياســـية واجتماعية واقتصادية ؛ من أجل المحافظة على المصلحة العامة .

٤. يستعين القاضي الدستوري عند قيامه بالتقدير بفكرة الخطأ الظاهر للتحقق من أنَّ المشرّع أصدر النصوص التشريعية بالتوافق مع أسباب ظهورها .

٥. تبين من قرارات المحكمة العليا الامريكية والمجلس الدســـتوري الفرنســـي , والمحكمة الاتحادية العليا العراقية , والمحكمة الدستورية المصرية عدم اختصاصها بفحص ملاءمة التشريع ؛ لأنَّه مظهر من مظاهر السلطة التقديرية للمُشرّع .

التوصيات

١. نوصي القاضي الدستوري بأن يكتشف التعارض الخفي بين نصوص الدستور ونصوص القانون , وهذا ما يوفر للأفراد ضمانات أكبر لحماية حقوقهم وحرياتهم العامة .

٢. نوصي بتوسيع القاضي الدستوري لسلطته الاجتهادية في مجال تكييف النصوص القانونية ؛ فمن دونها لا يمكنه أن يؤدي دوره في الرقابة والحماية بشكل جيد .

٣. نوصي القاضي الدستوري بالالتزام بجميع المبادئ , التي تحكم القضاء الدستوري .

المصادر والهوامش

(1) Jouanjan (Olivier), le principe d'egalite devant La Loi en droit allemande , Economica, 1992, P. P. 163 – 164.

Cécile Barrols de SARIGNY, Les cahirs dv conseil constitutionnel, N°4 Avril 2020.

(٢) اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ، ط١ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص١١٣٣ .

(٣) ابراهيم مصطفى وآخرون "المعجم الوسيط، دار الدعوة، تركيا، ١٩٨٩، مادة (سلط): ص٤٤٣ .

(٤) سورة النساء : من الآية ٩٠ .

(٥) ابن منظور: لسان العرب، ج (٧)، دار صادر، بيروت، د. س، باب الطاء، فصل السين، ص٣٢٠.

(٦) أحمد ابو حاقة : معجم النفائس الوسيط، ط١، دار النفائس، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧ ، ص٥٨٥.

(٧) سليمان بن محمد بن سليمان الجويسر ، سلطة القاضي التقديرية في الشهادة والاقرار واليمين (دراسة مقارنة) ، بحث تكميلي لنيل الماجستير في السياسة الشرعية من المعهد العالي للقضاء ، جامعة الامام محمد بن مسعود الاسلامية ، المملكة العربية السعودية ، ١٤٢٢ هـ – ١٤٢٣ هـ ، ص١٥ .

(٨) ابن منظور ، لسان العرب ، دار احياء التراث العربي – مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، ج٢ ، ط٣ ، ١٩٩٩، ص٣٩٥ – ٣٩٧.

(٩) الصحاح ، تاج اللغة وصحاح العربية ، تحقيق : اميل بديع يعقوب ، محمد نبيل الطريفي ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، ج٢ ، ١٩٩٩ ، ص٣٦ – ٣٧ .

(١٠) خير الدين الزركلي ، الاعلام ، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء العرب والمستعربين والمستشرقين ، ط٦ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص٣١٣ .

(١١) الرازي ، المحصول في علم الأصول ، تحقيق عادل عبد الموجود ، علي محمد معوض المكتبة العصرية ، بيروت ، ج٤ ، ط٢ ، ١٩٩٩ ، ص٣٦٣ .

(١٢) محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط١، دار النفائس والتوزيع ، الأردن ، ٢٠٠٧ ، ص٨١ .

(١٣) نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية – دراسة تحليلية وتطبيقه ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص٨٤ .

(١٤) عبد المجيد محمد حمودي الجبوري، سلسلة القاضي التقديرية في الزواج وآثاره ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠١٠ ، ص٩ .

(١٥) فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٦ ، ص٩ .

(١٦) يحياوي صليحة زوجة بوقادوم، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ط١ ، ٢٠١٥ – ٢٠١٦ ، ص١٩ .

(١٧) عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط١ ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٣ ، ص١٩١ .

(١٨) محمد فوزي النويجي، وعبد الحفيظ علي الشيمي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الخامسة، ع٢، ج١، ٢٠١٧، ص١٧–١٨.

(١٩) د. جورجي شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في بعض الأنظمة ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد ٦٦ ، ٢٠١٨ ، ص٤٥ .

(٢٠) د. جورجي شفيق ساري ، المصدر نفسه ، ص٨٥–٨٦.

(21) GENEVOIS, la jus prudence do conseil: constituionnel principes directeurs S. T. H. Paris 1988, P. 296.

(٢٢) زكي محمد النجار ، فكرة الغلط البيني في القضاء الدستوري – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص٢٠١ .

(٢٣) بنشهرة العربي ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمُشرّع ، مجلة المعيار ، مجلد ٩ ، ع ٢ ، المركز الجامعي تيسمسيلن ، ٢٠١٨ ، ص٦٤ .

(٢٤) د. جوري شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ، المصدر السابق ، ص٨٧ .

(25) ROUSSEAU, Uroit de contenntieux constitutionnel , 2e ed, montchrestien, Paris 1992, P. 128. et 129.

(٢٦) د. جوري شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ، المصدر السابق ، ص٩١ .

(٢٧) د. عبير حسين السيد حسين ، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمُشرّع – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص٢٥٠ – ٢٥١ .

(٢٨) د. جورجي شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ، المصدر السابق ، ص٩٤ .

(٢٩) د. عيد أحمد الحسبان، فعالية مبدأ المساواة في تقييد سلطة المشرّع في النظم الدستورية المقارنة، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة المنارة، للبحوث والدراسات ، مج١٦، ع٦، جامعة آل البيت i، ٢٠١٠ ، ص١٧ .

(٣٠) د. عيد أحمد الحسبان ، المصدر نفسه ، ص ١٧ .

(٣١) أنظر: سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديد ، مصر، ٢٠١٠ ، ص٢٧٦ .

(٣٢) د. عيد أحمد الحسبان ، فعالية مبدأ المساواة في تقييد سلطة المشرّع في النظم الدستورية المقارنة ، مصدر سابق ، ص ١٨ .

(٣٣) عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، الكويت ، ١٩٩٥ ، ص٥٩ وما بعدها .

(٣٤) د. عيد أحمد الحسبان ، النظام الانتخابي وأثره في تفعيل حق المرأة في المشاركة في عضوية مجلس النواب في التشريع الأردني، مجلة أبحاث اليرموك، المجلد٢٢، العدد الرابع، ٢٠٠٦ ، ص١٠٤٥–١٠٤٧ .

(٣٥) د. عيد أحمد الحسبان ، فعالية مبدأ المساواة في تقييد سلطة المشرّع في النظم الدستورية المقارنة ، مصدر سابق ، ص٢٢ .

(٣٦) د. عيد أحمد الحسبان ، المصدر نفسه ، ص٢٢ .

(٣٧) خالد الباالجيلالي ، السلطة التقديرية للمُشرّع – دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، الجزائر ، ٢٠١٦ – ٢٠١٧ ، ص٢٢٨ – ٢٢٩ .

(٣٨) ابراهيم محمد حسنين ، الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة في الفقه والقضاء ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص٣٢٥ .

(39) Decision 74–54 D. C15 Janvier, DuGu IT. L, Traite de droit constituionnel, January , 1975, P. 546.

وقرر في قرار صادر عنه في ١٩٨١ على أن المادة ٦١ من دستور ١٩٥٨ تمنح للمجلس الدستوري اختصاصاً بالفصل في مدى مطابقة القوانين المعروضة عليه فحسب, من دون أن تكون له سلطة عامة في التقدير أو التقرير كتلك التي يملكها البرلمان، وتبعاً لذلك لا يستطيع القاضي الدستوري أن يحل تقديره محل تقدير المشرّع dicision – 80 – 127 D. C19 et 20 janvier 1981.

وقرر المجلس الدستوري في قرار آخر صادر في ١٤ / يناير / ١٩٨٣ بأنَّ مقدمي الطعن قد بينوا على نحو خاص بأن القيود الواردة على تعريف الأشخاص المقبولين لأداء الاختبار بناءً على امتحان يناقض مبدأ المساواة، وإنَّ المشرّع قد خضع باب الاختبار أمام عدد كبير , مما يجعل تنظيم ذلك مستحيلاً من الناحية العملية مما دفع المشرّع لتحديد العدد الشاغر من الأماكن ، بالنظر للخبرة والاختصاص , مما يجعل النصوص المنتقدة في هذا الموضوع لا تقوم على أساس الخطأ الظاهر في التقدير

Decision 82 – 153 D. C14 Janveir 1983.

(40) Dicision – 84 – 476 D. C2.5 Join 1984 (Loi soren communication audiovisuelle).

(41) Conseill constitutionnel, no 81 – 132 dC du 16 Janvier 1982.

(٤٢) خالد الباالجيلالي ، السلطة التقديرية للمُشرّع ، مصدر سابق ، ص٢٣٢ .

(٤٣) القرار رقم ٢ / اتحادية / ٢٠١٦ في ١٦ / ٨ / ٢٠١٦ .

(٤٤) د. جورجي شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ، المصدر السابق ، ص ٨ .

(٤٥) د. جورجي شفيق ساري ، المصدر نفسه ، ص ٨–٩ .

(٤٦) د. جورجي شفيق ساري ، المصدر نفسه ، ص ١٢ – ١٣ .

(47) Saisine du conseil constituionnel, en date du 22 December, 1992 , présentée á propos de La loi relative á la préventition dei a corruption et á la transparence de de la vie é conomique et des procédures publiqves, j. O 22 du tanvier 1993 , P. 1137.

(٤٨) د. جورجي شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، مصدر سابق ، ص٤٧–٤٨.

(49) Railway express Agency, Inc. V. new York, 336 U. S. 106 (1949).

(٥٠) انظر في شرح مختلف اتجاهات قضاء المحكمة العليا الأمريكية :

- Gerald Gunther, Indiviual rights in constitutional law, fifth edition, Westbury, New York, the foundation, press , Inc., 1992, P. 272–279.

(٥١) جورج شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .

(52) CONSEIL constituionnel . No 89 – 254 DC du 4 joillet 1989, Loi modifiant Ia Loi 86 – 912 do 6 Aout 1986, relative aux modalitiés d'application des privations, R. P. 41, D. 1990, P. 209, commentaire LUCHATRE.

(٥٣) د. عصام سعيد عبد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين– دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ط١ ، ٢٠١٣ ، ص٦٤٥ .

(٥٤) قرار المحكمة الدستورية العليا سنة ٢٠١٧ في القضية رقم ١٨٥ لسنة ٣٥ قضائية دستورية : فقد دفع المدعيان بعدم دستورية نصّ البند (٣) من م (١٤) من قانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٥٥ بشأن مزاولة مهنة الصيادلة المستبدل بالقانون رقم (٧) لسنة ١٩٥٦ ، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية ، العدد ٢٣ مكرر (ج) سنة ٢٠١٧ ، ص١٤–٢٢.