الدراسة الخامسة:

سلطات القاضي الدستوري في التشريع الفلسطيني

الدكتور حسن سليم[1]
الدكتور عبد الملك الريماوي[2]

ارتبط تقوم سلطات القاضي الدستوري كغير من القضاة، بناءً على نصوص صريحة في القانون، وهو ما لا يثير جدلاً، غير أن المُختلف بشأنه هو حدود السلطة التقديرية القائمة على إجتهاده الشخصي، والتي قد تمتد الى ما هو من غير إختصاصه، أو خارجه.

ان السلطة التقديرية للقاضي الدستوري تتمثل في قيام القاضي بالبحث في مدى انسجام القانون المطعون به مع احكام الدستور شكلا ومضمونا، فاما من حيث الشكل يبحث القاضي فيما اذ كان القانون قد صدر وفق الاجراءات التي رسمها القانون ام لا، اما من حيث المضمون يبحث القاضي في مدى التزام معالجة القانون للاحكام التشريعية لمسالة ما وفق الحدود التي رسمها الدستور.

أوكل المشرع الفلسطيني مهمة الرقابة الدستورية كاختصاص أصيل للمحكمة الدستورية العليا، بالإضافة الى اختصاص الفصل في المنازعات بين السلطات، وكذلك للتحقق من عدم المس بالحقوق والحريات العامة، لتكون قراراتها نهائية وغير قابلة للطعن، وملزمة للسلطات كافة وللأفراد.

وحرصاً من المشرع الفلسطيني على إقامة القضاء الدستوري، جاء النص على تشكيل المحكمة الدستورية العليا في المادة (103) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة

[1] مؤسسة الرئاسة الفلسطينية.
[2] كلية الحقوق / جامعة القدس، فلسطين.

2003، كمحكمة مختصة، تتولى النظر في دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها، وأن يكون من إختصاصها الفصل بين تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وكذلك في تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.

♦ **أهمية الدراسة:**

تتمثل أهمية دراسة **سلطات القاضي الدستوري في التشريع الفلسطيني** من الناحيتين النظرية والعملية:

الاهمية النظرية: تتجلى الأهمية النظرية للبحث في مدى توسع سلطات القاضي الدستوري وآثارها، في ظل الانقسام السياسي والقانوني القائم، وإختلاف المرجعيات التشريعية بين المحافظات الشمالية والجنوبية، وللمهام المناطة به، من رقابة على ما يصدر من تشريعات وقرارات، والبت في مدى دستوريتها.

الاهمية العملية: تتمثل في الدور المناط بالمحكمة الدستورية العليا، وما ينتظرها فلسطينياً من قضايا شائكة وعالقة، لتنظر بها وتصدر أحكامها، وما ترتب عليها من حجية وآثار على السلطات والافراد.

♦ **اهداف الدراسة:**

تهدف الدراسة إلى بيان سلطات القاضي الدستوري الاصلية والتبعية والتقديرية، المستندة الى الاختصاصات التي جاء النص عليها في القانون الأساسي الفلسطيني، وفي قانون المحكمة الدستورية العليا، وكذلك وفقا لما تم الاعتراف به للقاضي الدستوري من سلطة تقديرية في الفقه والقضاء وفقه القضاء.

♦ **الإشكالية:**

تتمحورُ إشكالية الدراسةِ حولَ سلطات القاضي الدستوري في ظل الانقسام السياسي والقانوني القائم في مدى توسع سلطات القاضي الدستوري، وفقا للتشريعات الناظمة لها، وللاجابة على الإشكالية، تم تقسيم الدراسة الى مبحثين أساسيين، **طبيعة سلطات القاضي**

الدستوري (المبحث الأول)، نظام سلطات القاضي الدستوري (المبحث الثاني) تسبقهما المقدمة، فضلاً عن الخاتمة والنتائج والتوصيات في النهاية.

○ المبحث الاول: طبيعة سلطات القاضي الدستوري

تعود الخصوصية لسلطات القاضي الدستوري من حيث الطبيعة والنظام الخاص بها للدور الذي يقوم به القاضي الدستوري، وللمهمة المناطة به بحماية أحكام الدستور، وحقوق ومصالح الأفراد، وتنظيم العلاقة بين مختلف مكونات المجتمع بما فيها سلطات الدولة، وحماية مبدأ الفصل بين السلطات على أساس مبدأ إحترام أحكام الدستور، وعدم تجاوز التشريعات لأحكامه امتثالاً للشرعية الدستورية.

ولأهمية وظيفة القضاء الدستوري، وما لمست المجتمعات من فوائد عادت على حقوق أفرادها واستقرار أنظمتها، جاء القضاء الدستوري لضمان التطبيق السليم للقانون، ولإمتثال التشريعات لأحكام الدستور، من خلال احترام مبدأ التسلسل الهرمي للقواعد القانونية، ضماناً للشرعية الدستورية[1]، ومن خلال هذا البحث يتعرض الباحثان بالدراسة والتحليل لسلطات القاضي الدستوري، ممثلة بالسلطة الأصلية للقاضي الدستوري (المطلب الاول)، والسلطة التبعية للقاضي الدستوري(المطلب الثاني)

• المطلب الأول: السلطة الأصلية للقاضي الدستوري

جاء النص من قبل المشرع الفلسطيني على سلطات القاضي الدستوري في متن القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003، وذلك حرصاً منه على حماية اختصاصاته، ووظيفته الرئيسية في حماية أحكام الدستور من أي تجاوز، أو مخالفة من قبل التشريعات أو الأعمال، محيلاً للقانون ليبين اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجب إتباعها، والآثار المترتبة على أحكامها.

---

[1] نسرين طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه– جامعة دمشق، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والاجتماعية، مجلد رقم 27، العدد 1، لسنة 2001،ص.492.

وقد جاء إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا لعام 2006، ليؤكداً على ما ورد من سلطات مستمدة من الاختصاصات المحددة بالقانون الأساسي الفلسطيني مبيناً في الباب الثاني تحت عنوان الاختصاصات[1]. وبالنظر للاختصاصات المبينة للمحكمة الدستورية العليا وما أنتجت من سلطات للقاضي الدستوري، يتضح أنه يغلب عليها سمة التوسع، حيث شملت اختصاص الرقابة الدستورية على التشريعات، وغيرها من الاختصاصات كالتفسير، وهذا ما سيتضح من خلال دراسة هذه السلطات المنصوص عليها في القانون الأساسي وقانون المحكمة الدستورية العليا.

- **الفرع الأول: السلطة المستمدة من اختصاص الرقابة الدستورية**

منح المشرع الفلسطيني القاضي الدستوري وفقاً لما نص عليه القانون الأساسي سلطة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها[2]، وجاء بالنص في باب الاختصاصات والإجراءات من قانون المحكمة الدستورية العليا: أن المحكمة تختص دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة[3]، والتي بموجبها يؤكد أخذ المشرع بنظام الرقابة القضائية المركزية، عندما قصر إختصاص الرقابة الدستورية على المحكمة الدستورية العليا، سواء كان الأمر متعلقاً بالمخالفات الشكلية للإجراءات المقررة في القانون الأساسي أو بالمخالفات الموضوعية لأحكامه.

ومن خلال ما جاء التنصيص عليه يتضح أن المشرع قد أبقى قائمة ما يمكن أن يرد تحت سلطة الرقابة الدستورية مفتوحة، بإيراده كلمة "وغيرها"، عندما جاء بالنص " تشكل محكمة دستوريه عليا بقانون وتتولى النظر في دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها"[4]، دون أن يغلق باب الاختصاصات أو يحصرها.

---

[1] قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة، 2006، المادة (24)، تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يلي 1. الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة. 2. تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها وإختصاصاتها.3. الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، 4. الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر احدهما من جهة قضائية، أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها

[2] القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المادة (103)

[3] قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (24)

[4] القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المادة (1/103/أ)

وفي ذلك نرى أن جعل باب ولاية المحكمة الدستورية العليا مشرعاً، فيما يمكن إيراده من إختصاصات، توسعاً غير مبرر، لكونه يفسح المجال أمام إمكانية تغول السلطة التنفيذية، لمنح المحكمة الدستورية العليا سلطات واسعة، ولا سيما إذا ما كان صدور القانون بتعديل نصوصها في غير أدوار إنعقاد المجلس التشريعي، وكذلك الأمر بالنسبة للسلطة التشريعية، لتعديل اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، إذا كانت فيها الأغلبية من لون سياسي واحد، مع السلطة التنفيذية، وأرادت تغيير مسار عمل المحكمة الدستورية العليا بما يخدم مصالحها، إستناداً الى رخصة التوسع الممنوحة في نص القانون الأساسي.

يتضح أيضاً من خلال ما يخضع لسلطة الرقابة الدستورية، وفقاً لما نص عليه القانون الأساسي، القوانين واللوائح، والتي ساوى المشرع فيما بينها، دون أن يأخذ بعين الاعتبار التراتبية والتدرج المنطقي للقواعد القانونية، كما هو في أغلب تشريعات الدول بأن تكون: الدستور، المعاهدات الدولية، القوانين التنظيمية، القوانين العادية، المراسيم بقوانين، ثم اللوائح والقرارات، ومن الملاحظ أيضاً، أنه عندما جاء على تفصيل ما يرد من أعمال تخضع للرقابة الدستورية في قانون المحكمة الدستورية، لم يأت على ذكر المعاهدات الدولية، الأمر الذي يشكل ثغرة في قانون المحكمة الدستورية العليا تستوجب المعالجة[1].

ولكل ما سلف بيانه، فإن خصوصية وظيفة المحكمة الدستورية العليا وحساسية عملها وآثار أحكامها على إستقرار أركان الدولة والمجتمع والعلاقة بين السلطات، تجعل الأهمية كبيرة لعدم ترك تحديد اختصاصات المحكمة الدستورية العليا للقانون، ليضيف اليها ما يشاء، وكان من الأفضل تحديدها حصراً في نصوص القانون الأساسي شأنها شأن باقي السلطات، بدلاً من منح الرخصة للقانون الناظم لعمل المحكمة الدستورية العليا ليكون التوسع في اختصاصاتها، مع الإشارة الى أنها جاءت ابتداءً موسعة في القانون الأساسي.

- **الفرع الثاني: السلطة المستمدة من اختصاص تفسير النصوص الدستورية والتشريعات**

وفقاً للاختصاص الثاني للمحكمة الدستورية العليا المبين في القانون الأساسي تقوم سلطة القاضي الدستوري بتفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات، في حال حدوث جدل بشأن

---

[1] محمد الحاج قاسم، محمد الحاج قاسم، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء– مساواة، عدد(8)، ص.244–245

ما هو المراد منها، وما هي مقاصدها[1]. بالطبع لا يثور الخلاف بشأن منح المشرع في متن القانون الأساسي الاختصاص بالتفسير للتشريعات، لكون القاضي الدستوري سيلجأ حتماً لما ورد من نصوص في القانون الأساسي للتفسير، والولوج في بواطنها لاستنطاق المصلحة المراد منها، لكن ما يثير الخلاف هو المتعلق باختصاص تفسير نصوص القانون الأساسي، للاعتقاد أن الأمر ليس من السهولة القيام به، وذلك لحاجة التفسير الى تقمص شخصية واضعي الدستور، والتحقق من ماذا كانت مقاصده من النصوص.

ونشير هنا الى رأي يفيد بأن منح اختصاص تفسير نصوص القانون الأساسي للمحكمة الدستورية العليا فيه إثقال على كاهلها، وبأنه اختصاص لم يرد في أغلب قوانين المحاكم الدستورية في مختلف الأنظمة السياسية، ويقتصر اختصاص التفسير على نصوص القوانين، الصادرة عن السلطة التشريعية والقرارات بقانون الصادرة عن رئيس الدولة، في حال ثار خلاف بشأن تطبيقها وتستوجب التفسير، ويرى أن تحميل إختصاص تفسير نصوص القانون الأساسي فيما يختص باختصاصات السلطات الثلاث، إنما فيه إثقال على المحكمة الدستورية، وأن المقبول فقط هو الإبقاء على التفسير فيما يخص الحقوق والواجبات للسلطات الثلاث[2].

منح المشرع للقاضي الدستوري سلطة تفسير نصوص القانون الأساسي والنصوص التشريعية، بناءً على الاختصاص الذي أورده في القانون الأساسي[3]، وفي قانون المحكمة الدستورية العليا[4]، قد حدد أصحاب الحق بالتقدم بطلب التفسير برئيس السلطة الوطنية، أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس المجلس التشريعي، أو رئيس مجلس القضاء الأعلى، أو ممن أُنتهكت حقوقهم الدستورية، وكذلك الإجراءات الواجب إتباعها لتقديم طلب التفسير، وما يشترط بطلب التفسير، بان يكون النص التشريعي مثار خلاف خلاف في التطبيق يستدعي تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه[5].

---

[1] القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المادة (1/103/ب)

[2] محمد الحاج قاسم، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين مرجع سابق، ص، 251-253

[3] القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المادة (103)

[4] قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006، المادة (2/24)

[5] قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (30)

اختلف الفقه بشأن سلطة القاضي الدستوري بالتفسير، بين رأي يفيد أنه لا يجب أن يخرج القاضي الدستوري وهو يمارسه عن مقاصد المشرع الحقيقية، وليس ما يتوهمه أو يفترضه، كما لا يجوز للقاضي الدستوري حمل النصوص على غير مقاصدها، وإلا كان تفسيره تشويهاً للنص، أو تحايلاً عليه[1]، فسلطة القاضي الدستوري لم تكن مُشْرعة بل جاءت مُقيدة بعدم الخروج عن نطاق ولايتها التفسيرية، بأن لا تتعدى البت في أمور غير معروضة في طلب التفسير، أو إزالة الغموض عن النص التشريعي مثار الخلاف في التطبيق، دون أن يتم التدخل في تفاصيل المسالة المعروضة أمامها، أو البحث في أسانيد لترجيح موقف على حساب آخر، إلتزاماً منها بأن دورها بالتفسير لقاعدة قانونية مجردة، لا يجب أن تتغير صفتها.

بالتطبيق العملي ومن خلال القضية التي نظرتها المحكمة الدستورية العليا، بشأن الطلب المقدم من وزير العدل[2]، لتفسير المادتين (20،18) من قانون السلطة القضائية الفلسطينية، نجد أن المحكمة الدستورية العليا قد قبلت طلب التفسير للمواد المشار اليها، دون وجود غموض يستدعي التفسير، لوضوح النصوص وضوح الشمس، وبشكل لا يقبل التأويل، كما تضمن نص الحكم دفاعاً عن قرار إداري لما تكن المحكمة الدستورية العليا مضطرة له وهي تقدم التفسير، حيث أن ذلك ليس من واجبها ولا من إختصاصها.

تطرقت المحكمة الدستورية العليا في ذات القضية الى أمر غير معروض عليها، وهو المتعلق بالحكم الصادر من المحكمة العليا رقم (2015/130)، بشأن إلغاء تعيين رئيس مجلس القضاء الأعلى، بل طالبت بإعدامه، وهذا ما كان مستغرباً، حيث ما كان عليها أن تدخل في هذا المسار، سواء كان ذلك بالبحث عن حجج للدفاع عن قرار إداري، أو أن تستدعي أموراً غير معروضة عليها.

وبشأن ترك نطاق ولاية المحكمة الدستورية العليا مشرعاً، كانت المحكمة الدستورية العليا المصرية قد قضت بأنه "تتحدد مضامين النصوص القانونية على ضوء ولايتها في مجال تفسيرها تفسيراً تشريعياً، فذلك حملاً على المعنى المقصود منها ابتداءً، ضماناً لوحدة تطبيقها، ودون

---

[1] شاكر راضي شاكر، اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير، القاهرة، دارة النهضة العربية،القاهرة، ط1، 2005، ص. 158-159

[2] القضية رقم (1) لسنة (1) قضائية تفسير دستوري الصادر بتاريخ 2016/9/18، الجريدة الرسمية (الوقائع)، العدد ممتاز (12)، الصادر بتاريخ 2016/9/26، ص 2-6.

إقحام "لعناصر جديدة" على القاعدة القانونية التي تفسرها بما يغير من محتواها الحق، أو يلبسها غير الصورة التي أفرغها المشرع فيها، أو يردها إلى غير الدائرة التي قصد أن تعمل في نطاقها، بل يكون قرارها بتفسير تلك النصوص كاشفاً عن حقيقتها، معتصماً بجوهرها مندمجاً فيها"[1].

- **الفرع الثالث: السلطة المستمدة من اختصاص الفصل في تنازع الاختصاص**

تقوم للقاضي الدستوري السلطة المستمدة من الإختصاص بالفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي[2]، وهو ذات الإختصاص الذي تم التأكيد عليه في قانون المحكمة الدستورية العليا[3].

إن التنازع في الاختصاص الذي تقوم له سلطة الفصل للقاضي الدستوري، لا يكون إلا إذا كان بين جهات قضائية وبين جهات إدارية ذات إختصاص قضائي، تدعي كل منها أن النزاع المثار هو من إختصاصها، ولا تتخلى أي منها عن نظرها، وهو ما يُعرف بالتنازع الايجابي، أو أن تمتنع كلا الجهتين عن النظر في الموضوع بحجة عدم الاختصاص، وهو ما يُعرف بالتنازع السلبي[4].

يُفهم من خلال النص المتعلق بتنازع الإختصاص، أن الدعوى حتى يتم قبولها موضوعاً يجب توفر الشروط الشكلية فيها، حتى تكون من ضمن تصنيفات الدعاوى التي تنظرها المحكمة الدستورية العليا، وهي:

1. أن تكون الدعوى مرفوعة أمام جهتين من جهات القضاء، أو أمام الجهة القضائية والجهة الإدارية ذات الاختصاص القضائي، بمعنى أنه حتى يكون هناك تنازع إختصاص، يجب أن يكون النزاع إيجابياً أو سلبياً أمام جهتين من جهات القضاء، أو الهيئات ذات الإختصاص القضائي، وليس أمام جهة واحدة، لأننا نكون حينها أمام دعوى واحدة.

---

[1] الحكم رقم (1) لسنة 17 قضائية تفسير، جلسة رقم(1995/7/3)، الجزء السابع، ص 819، ورد في تعليق المستشار د.عبد العزيز سالمان، تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (1) لسنة 1 قضائية، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، عدد خاص، (50)، 2016.

[2] القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المادة (103/1/ج)

[3] قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006، المادة (3/24)

[4] محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، عالم الكتب، القاهرة، 1989.، ص. 376-378

2. أن تقضي كلا الجهتين المرفوعة أمامهما الدعوى بإختصاصهما في الدعوى.
3. أن يُرفع الموضوع الواحد أمام جهتين من جهات القضاء، أو الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.
4. أن يكون إتحاد في الموضوع والخصوم في الدعويين محل التنازع، حيث أن إختلاف الدعويان في الموضوع، أو في الخصوم يجعل الدعوى غير مقبولة.
5. أن لا يكون قد صدر في موضوع التنازع حكماً عن المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن الأحكام الصادرة عنها قطعية ولا تقبل الطعن عليها.
6. أن تقضي المحكمتان المختلفتان وظيفياً، بإختصاصهما نظر الدعوى، أو بعدم الإختصاص بنظرها.

ولم يشترط القانون لقبول دعوى التنازع حول الاختصاص الوظيفي، أن يكون الحكمان الصادران بالإختصاص أو بعدمه نهائيين.

إن ما يتطلب الرعاية من قبل المشرع في نصه على هذا الاختصاص في المادة (24) في قانون المحكمة الدستورية العليا، بأن يزيل عنه الغموض ولا يدعه ناقصاً، بأن يحدد الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، في حال رُفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها، ولم تتخل إحداها عن نظرها، أو تخلت كلتاهما عنها[1].

إن ما كان ملفتاً هو ما ورد في نص المادة (24)، بأن المشرع قد ساوى بين الجهات القضائية وبين الجهات ذات الاختصاص القضائي، ومن ثم تصور النزاع فيما بينها، مما يثير السؤال: كيف تتنازع جهة قضائية مع جهة ليست بذات الوزن؟ حيث أن قراراتها وإن كانت تحمل الجهة المصدرة لها صفة القضائية، إلا أنها تبقى جهات إدارية، وغير مُتصور ولا يستقيم تنازع الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وهي الأصل، مع جهة إدارية ذات اختصاص قضائي، فكيف يستقيم تنازع الأصل مع التابع في الاختصاص؟

[1] محمد الحاج قاسم، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين مرجع سابق، ص. 258-259

▪ **الفرع الرابع: السلطة المستمدة من اختصاص الفصل في النزاع بين الأحكام المتناقضة**

جاء النص على سلطة القاضي الدستوري بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ الأحكام المتناقضة، بأنه تختص المحكمة دون غيرها بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر احدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها[1]، دون أن يرد هذا الاختصاص في القانون الأساسي، والتي تمتد بموجبه سلطة القاضي الدستوري ليس فقط في حال النزاع فيما بين السلطات الثلاث في حال الاختلاف، أو التناقض، وإنما أيضاً بين الأحكام الصادرة عن السلطة الواحدة.

يُستفاد من النص الوارد في قانون المحكمة الدستورية العليا، أنه حتى تقوم سلطة القاضي الدستوري هذا الاختصاص بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين، فإنه يجب توفر أربعة شروط، وهي:[2]

1. أن يقوم التنازع أمام جهتين من الجهات القضائية أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي.
2. أن يكون التناقض مع غير حكم من الأحكام الصادرة عن جهة قضائية أو عن جهة ذات اختصاص قضائي.
3. أن يكون الحكمان قد حسما النزاع في موضوعه بشكل نهائي.
4. أن يكون الحكمان متناقضين تناقضاً من شأنه أن يجعل تنفيذهما معاً متعذراً.

ووفق هذا الاختصاص، فإن دور القاضي الدستوري يقتصر على تبيان الحكم الواجب الأخذ به، إعتماداً على أنه صادر عن المحكمة المختصة، ولها الولاية بالحكم في الدعوى، بعد أن يكون قد تم إتباع الإجراءات الواجبة أصولاً، بدءاً بتقديم الطلب موضوع النزاع وجهات القضاء التي نظرته، وما إتخذته كل منها في شأنه، ويترتب على تقديم الطلب وقف الدعوى المتعلقة به حتى الفصل فيه، مع وجوب إرفاق صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع في شأنهما التنازع، وإلا كان الطلب غير مقبول[3].

---

[1] قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006، المادة (24)

[2] محمد الحاج قاسم، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين مرجع سابق، ص. 260

[3] قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (29)

إن الفصل في هذا التنازع يكون عن طريق بيان أي الحكمين صدر عن محكمة مختصة، دون التعرض لما قضى به الحكم من حيث الموضوع، أو من حيث صحته الشكلية، ودون المفاصلة بين الحكمين، ويترتب على صدور الحكم بذلك زوال أمر وقف التنفيذ الصادر من رئيس المحكمة، وسقوط الحكم الصادر من الجهة التي حُكم بعدم ولايتها[1].

▪ الفرع الخامس: السلطة المستمدة من اختصاص البت في الطعن بفقدان الرئيس للأهلية القانونية

نص قانون المحكمة الدستورية العليا في المادة (5/24) على أن المحكمة الدستورية دون غيرها، تختص بالبت في الطعن بفقدان الرئيس للأهلية القانونية، وذلك وفقاً لأحكام البند (1/ج) من المادة (37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد أعضائه.[2] الأمر الذي يعتبر بدون شك تعبيراً عن الثقة برأي القضاء الدستوري، لتبت في أهلية رأس النظام السياسي، وهو أمر نادر الحدوث في التشريع المقارن.

غير أن ما ورد النص عليه بالاختصاص بالبت في الطعن في أهليه الرئيس القانونية جاء غير واضح، فيما يخص الطعن المذكور، بل يتناقض مع طبيعة الأحكام الدستورية التي تمتاز بالقطعية النهائية غير القابلة للطعن، كما يثير النص العديد من الأسئلة التي لم تجد إجابات لها في نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا، ولا في القانون الأساسي، ولم يُحِلْ القانون الاختصاص للإجابة عليها لقانون آخر، ومن تلك الأسئلة:[3]

1. من الذي يملك الحق بالتقدم بالطعن أمام المحكمة الدستورية العليا، ليدعي بأن رئيس الدولة يُعد فاقدا للأهلية القانونية؟
2. ما هو المقصود بالأهلية القانونية التي يمكن الطعن بفقدان رئيس الدولة لها؟

---

[1] فؤاد عبدالمنعم أحمد، اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، مقال منشور على شبكة الألوكة بتاريخ 10/6/2013، تاريخ الزيارة: 2020/11/6، الساعة:6:15 pm
http://www.alukah.net/culture/0/55842/#ixzz4PErlx2Hn

[2] قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (5/24)

[3] محمد الحاج قاسم، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين مرجع سابق، ص.261

3. وهل هي ذاتها الأهلية الواردة في القانون المدني لسنة 1976، بأن يكون قد إعتراه عارض من عوارض الأهلية كالجنون والسفه؟ أم المقصود قانونية الولاية ودستوريتها؟
4. معلوم أن الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا هي أحكام نهائية، وغير قابلة للطعن، فكيف يتم الإشتراط لنفاذ الأحكام التي هي بالأصل ملزمة لسلطات الدولة كافة وللأفراد، الحصول على موافقة المجلس التشريعي بأغلبية الثلثين؟ وهو الأمر الذي يُعد تناقضاً مع ما نص عليه القانون الأساسي، وقانون المحكمة الدستورية العليا بالزامية الأحكام الصادرة عنها، ومنع الطعن عليها، باعتبارها نهائية.

ما دامت هذه الثقة قد تولدت لدى المشرع الفلسطيني بالمحكمة الدستورية العليا، ودورها في حماية أحكام الدستور والمصلحة العامة، فإننا نرى أنه كان يجدر بالمشرع أن يمنح رئيس المحكمة الدستورية العليا الحق بإدارة البلاد بشكل مؤقت، في حال شغور منصب الرئيس لوجود مانع قانوني أو مادي لتولي رئيس المجلس التشريعي منصب الرئيس (بشكل مؤقت)، الى حين إجراء الانتخابات الرئاسية، ولا سيما أن رئيس المحكمة الدستورية العليا لن يكون أحد المرشحين ولا يحمل منصبه صبغة سياسية ويرأس هيئة مؤتمنة على حماية أحكام القانون الأساسي، غير أن القانون الأساسي الفلسطيني قد خلا من هكذا النص.

إن شغور منصب الرئيس، وفي حال عدم إمكانية تولي رئيس المجلس التشريعي المنصب بشكل مؤقت، وفقاً لما نص عليه القانون الأساسي[1] يجد الحل بشأنه في الدستور المصري الذي نص على أنه "عند خلو منصب رئيس الجمهورية للاستقالة، أو الوفاة، أو العجز الدائم عن العمل، يعلن مجلس النواب خلو المنصب، ويكون إعلان خلو المنصب بأغلبية ثلثي الأعضاء على الأقل، إذا كان ذلك لأي سبب آخر، ويُخطر مجلس النواب الهيئة الوطنية للانتخابات، ويباشر رئيس مجلس النواب مؤقتاً سلطات رئيس الجمهورية، وإذا كان مجلس النواب غير قائم، تحل الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا ورئيسها، محل المجلس ورئيسه، فيما تقدم".[2]

---

[1] القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003: مادة (2/37) إذا شغر مركز رئيس السلطة الوطنية في أي من الحالات السابقة يتولى رئيس المجلس التشريعي الفلسطيني مهام رئاسة السلطة الوطنية مؤقتاً لمدة لا تزيد عن ستين يوماً تجرى خلالها انتخابات حرة ومباشرة لانتخاب رئيس جديد وفقاً لقانون الانتخابات الفلسطيني.

[2] الدستور المصري لسنة 2014، المادة (160)

وكان المستشار عدلي منصور رئيس المحكمة الدستورية المصرية، قد تولى رئاسة الدولة المصرية بشكل مؤقت لفترة انتقالية،[1] وكانت تجربة عملية أثبتت نجاحاً كبيراً، وجنبت الجمهورية المصرية فراغاً دستورياً، ومنعت فوضى كان يمكن أن تعم، بعد حل مجلس الشعب.

• المطلب الثاني: السلطة التبعية للقاضي الدستوري

تكون للقاضي الدستوري بناءً على السلطات الأصلية المستمدة من الاختصاصات التي تحددت له بنص القانون الأساسي، وبنص قانون المحكمة الدستورية العليا، سلطات تبعية سواء تلك التي تقوم قبل النظر في الدعوى الدستورية أو أثناء الدعوى.

حيث يقوم القاضي الدستوري بالتحقق من جملة من الشروط أوجب القانون توفرها قبل النظر بالدعوى، سواء تلك المتعلقة بقبول الدعوى أو تلك المتعلقة بالاختصاص لنظر الدعوى، وبدونها لا يتم قبولها.

▪ الفرع الأول: السلطة التبعية للتحقق من شرط المصلحة

إن الدعوى الدستورية هي دعوى قضائية، وبالتالي فإن شروط قبولها هي شروط أي دعوى قضائية، مع الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لها، حيث تقول القاعدة العامة في شأن كافة الدعاوى: أنه لا دعوى بلا مصلحة، مع الإختلاف في الدعوى الدستورية وفقا لطريقة تحريكها وبصاحب الحق برفعها، فإذا إنتفت المصلحة إنتفى الحق فى تحريك الدعوى وتبين الحكم بعدم قبولها[2].

ويُقصد بشرط المصلحة[3] أن يكون لرافع الدعوى منفعة يود الحصول عليها أو تحقيقها، وتعتبر المصلحة شرطاً أساسياً لقبول أية دعوى أمام المحاكم المختلفة وفقاً للقاعدة القانونية "

---

[1] تولى المستشار عدلي منصور، رئاسة الجمهورية المصرية للفترة: 4 تموز 2013 – 8 حزيران 2014، الصفحة الرسمية للمستشار عدلي منصور، http://adlymansour.bibalex.org/About.aspx تاريخ الزيارة، 2020/11/14

[2] عباس محمد محمد زيد، الرقابة على دستورية على القوانين في اليمن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص.466

[3] تعرف المصلحة بأنه المكنة القانونية لطلب الحماية للمركز القانوني من التاثير أو الضرر المباشر والشخصي.أنظر، علي هادي عطية الهلالي، المباحث الموضحة لذاتية شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدستورية، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص171. والمصلحة التي يجب ان تكون قانونية يحميها

لا دعوى بغير مصلحة " أو "المصلحة هي مناط الدعوى" سواء رُفعت الدعوى من شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص، والمصلحة بالنسبة للشخص الطبيعي قد تتعلق بمنفعة مادية أو معنوية، أما بالنسبة للشخص المعنوي فيستنبطها القاضي من خلال الأهداف التي يسعى لتحقيقها[1].

وبالنظر الى ما ورد في النظام القانوني الفلسطيني، نجد أن الأساس القانوني للاستناد الى شرط المصلحة لقبول الدعوى الدستورية، يتمثل فيما جاء النص عليه في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته، وفقاً للمادة (26) منه، عندما أحال المشرع بخصوص الإجراءات الواجب إتباعها بشأن قبول الدعوى الدستورية، بالنص على أنه:" فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل، تسري على قرارات الإحالة والدعاوي والطلبات (التي تُقدم للمحكمة) الأحكام المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها".

وقد جاء نص المشرع الفلسطيني على شرط المصلحة، كشرط واجب لقبول الدعوى الدستورية في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة2001، الذي أخذ بعين الاعتبار عدم التعارض وطبيعة اختصاص المحكمة الدستورية والأوضاع المقررة أمامها، فإنه:[2]

غير أن المشرع الفلسطيني قد منح القاضي الدستوري سلطة تقدير مدى توفر شرط المصلحة لصاحب الدعوى، إن كان محقا أم لا في إثارة الخصومة مع النص التشريعي المدعى بعدم دستوريته.

القانون، بالغالب ما تكون مصلحة مادية، دون ان يكن هناك ما يمنع ان تكون مصلحة ادبية. أنظر، فتحي الوحيدي، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لأحكام القانون الأساسي المعدل ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص168.

[1] عدنان عمرو، إبطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد والموظفين، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، 2001، ص (18-19).

[2] قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم(2) لسنة2001 المادة (3)، تنص على"1. لا تُقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون.2. تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.3. إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى.

من خلال النصوص التشريعية الناظمة لعمل المحاكم الدستورية، نجد أن المشرع باشتراطه المصلحة المباشرة وفسحه المجال للمصلحة المحتملة، كان محقاً للتحقق من جدية مهاجمه النصوص بعدم الدستورية، أو بطلب تفسيرها، تجنباً لإهدار وقت القضاء، وتجنبا أن تكون الدعاوى كيدية، وبالتالي فإن عدم توفر شرط المصلحة يقتضي رفضها قبل الدخول في الدعوى لإنتفاء شرط المصلحة، وهنا يكون الحكم ذات حجية نسبية على صاحب الدعوى، دون أن يحول عدم قبول الدعوى لإنتفاء شرط المصلحة رفعها من قبل آخرين، أو منه شخصياً في حال توفر شرط المصلحة.

- **الفرع الثاني: السلطة التبعية للتحقق من شرط الصفة**

سلطة التحقق من شرط الصفة لقبول الدعوى الدستورية هي واحدة من السلطات التبعية للقاضي الدستوري، حيث ألزم القانون توافر شرط الصفة فيما يتعلق بأشخاص أطراف أي دعوى، بمعنى أنه يجب أن تكون للمدعي صفة في المطالبة بما يدعيه من حق محمي بالقانون، وأن تكون له صفة في توجيه الدعوى، وهو شرط يجب أن يتوفر أيضاً بالنسبة للمحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي، كما يجب توفره أيضا للمحكمة الدستورية نفسها في حالة التصدي، أو في حالة أن يكون النص المعروض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصها[1].

إن شرط توفر الصفة وفقاً لما نص عليه المشرع في قانون المحكمة الدستورية العليا فيما يخص الأفراد، لمهاجمة النص التشريعي بعدم الدستورية، بأن يكونوا ممن:[2]

1. تضرروا بإنتهاك حقوقهم الدستورية من خلال نص تشريعي، يدعون أنه غير دستوري، فيجوز لهم إقامة الدعوى الأصلية.
2. سيطبق عليهم نص تشريعي يدعون أنه غير دستوري أثناء نظر الدعوى، حيث يجوز لهم الدفع بعدم دستوريته، وفي حال رأت محكمة الموضوع أن دفعهم جدي، تؤجل النظر في الدعوى، وتحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ستين يوماً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا.

---

[1] اشرف عبد القادر قنديل، الرقابة على دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2012-2013، ص.57

[2] قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (27).

وهذا يعني انه حتى تقوم الصفة لصاحب الدعوى، فانه يُشترط أنه يكون طرفاً في دعوى منظورة أمام القضاء، وأن تثبت جدية الدفع له ليتم وقف النظر في الدعوى، ومن ثم يتم تحديد موعد للدفع لا يتجاوز الستين يوما.

- **الفرع الثالث: السلطة التبعية للتحقق من شرط الأهلية**

يتحقق القاضي الدستوري لقبول الدعوى من توفر شرط الأهلية، وهو ما ثار بشأنه خلاف في الفقه بين من إعتبر الأهلية شرط من شروط قبول الدعوى، وبالتالي فإن عدم توفرها يؤدي الى البطلان، ومن ثم عدم قبول الدعوى، وبين من إعتبرها شرطاً لمباشرة إجراءاتها أمام القضاء.[1]

وتُعرف الأهلية بأنها وصف يقوم بالإنسان فيجعله أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومتمتعاً بصلاحية التصرفات القانونية القانونية الصحيحة، والتي ترد على صورتين، الأولى، وتُعرف بأهلية الوجوب التي تمنحه الصلاحية لإكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بشكل ملازم له منذ لحظة ولادته الى حين وفاته، وقد تثبت له قبل ولادته، في حين تكون أهليه الأداء بصلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه[2].

وقد اختلف الفقه بشأن الأهلية بين إتجاه اعتبرها شرطاً من شروط قبول الدعوى، وبالتالي فإن عدم توفرها يؤدي الى عدم قبول الدعوى، في حين ذهب الإتجاه الغالب في الفقه وهو ما نتفق معه، الى اعتبار الأهلية من شروط صحة الخصومة، ومباشرة الإجراءات أمام القضاء[3]، ذلك أن فقدان أحد الخصوم الأهلية أثناء مراحل نظر الدعوى لا يؤدي الى وقف إجراءاتها، بل تستمر إجراءات الدعوى من خلال الولي أو الوصي نيابة عن فاقد الأهلية[4].

---

[1] عبد الوهاب بوضرسه، الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيق، دار هومه للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2006، ص. 253

[2] نادي محمد تيسير سمور أبو خلف، الأهلية، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين، 2008، ص(5-8).

[3] المادة (128)، قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، رقم (2) لسنة 2001: "1-ينقطع السير في الدعوى بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو فقدان أهليته أو بزوال صفة من كان يمثله إلا إذا كانت الدعوى مهيأة للحكم في موضوعها(...)"

[4] يسري محمد العصار، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص75.

ولاقامة الدعوى أمام المحاكم يَشترط القانون[1] الأهلية في رافع الدعوى بأن يكون من المؤهلين قانوناً، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، حيث يُشترط في حال كان شخصاً طبيعياً أن يكون قد أتم الثامنة عشرة، وأن لا يكون ناقصاً أو عديماً للأهلية، في حين يُشترط للشخص المعنوي أن يكون قد إستكمل البناء القانوني من حيث الترخيص والشروط اللازمة لتسجيله، وحصوله على التراخيص اللازمة لمزاولة نشاطه[2].

- **الفرع الرابع: السلطة التبعية بالتصدي**

منح المشرع الفلسطيني القاضي الدستوري سلطة التصدي والبت في دستورية أي نص يقع تحت سلطته أثناء فصله في النزاع، وهي سلطة تبعية تقوم للقاضي بناءً على الاختصاص الذي اقره القانون الأساسي، وقانون المحكمة الدستورية العليا، وجاء النص عليه في المادة (4/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا، بأنه: "إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول"[3]، لكن حتى يتم إعمال هذه السلطة للقاضي الدستوري بالفصل في النزاع من تلقاء نفسه، فإنه يُشترط:

1. أن تجد المحكمة نصاً غير دستوري لقيام إختصاصها بالتصدي.
2. أن يتصل النص غير الدستوري بشكل فعلي بالنزاع المطروح أمام المحكمة.
3. أن يكون تصديها للنص غير الدستوري أثناء السير في النزاع، وليس بعد الفصل فيه.

○ المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري

تقوم السلطة التقديرية للقاضي الدستوري كغير من القضاة، بناءً على نصوص صريحة في القانون، وهو ما لا يثير جدلاً، غير أن المُختلف بشأنه هو حدود السلطة التقديرية القائمة

---

[1] المادة (79)، قانون قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، رقم (2) لسنة 2001.

[2] عدنان عمرو، مرجع سابق عدنان عمرو، القضاء الإداري في فلسطين (دراسة مقارنة)، (بدون طبعة)، القدس/ فلسطين، 2008، ص (237-238).

[3] قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (4/27)

على اجتهاده الشخصي، والتي قد تمتد الى ما هو من غير إختصاصه، أو خارجه. ورغم أن الأصل في العمل القضائي أن يكون مقيداً، إلا أن السلطة التقديرية أصبحت تُعد عملاً من صميم عمل القاضي، من أجل تحقيق الغاية الموضوعية من القانون، بل أصبحت تُعتبر من المسلمات المفترضة في مجال العمل القضائي، وذلك باعتراف المشرع والقضاء والفقه[1].

وإن كان الإقرار بحقيقة أن المشرع لا يستطيع الإحاطة بكافة الوقائع الممكنة الحدوث في ظل التطور المتسارع، وبأن النقص في تشريع وضعي يُعد منطقياً، إلا أن ذلك لا يعني عدم توفر الآليات والمرجعيات للقاضي للبت فيما يُعرض عليه من أقضية، سواء بتفسير صيغة النص، أو باستجلاء مقاصد المشرع، وذلك منعاً لوقوع القاضي في دائرة الإنكار للعدالة، وهو الأمر الذي يجرمه القانون[2].

وأياً كان نوع القضاء الذي يشغله القاضي، فان السلطة التقديرية للقاضي كانت ولا زالت من الموضوعات التي تشغل بال المشرعين، وذلك تخوفاً من التوسع في استخدامها، بأن تكون لصالح خصم على حساب آخر، الأمر الذي يجعل إختيار القضاة أمراً ليس بالهين، لضمان النزاهة والعدالة والمساواة بين المتقاضين والخصوم.

لكن المؤكد أن سلطة القاضي وإختصاصاته التي نص عليها المشرع الفلسطيني، سواء في القانون الأساسي أو في قانون المحكمة الدستورية العليا، لا تجعل من دوره مجرد آلة تنطق بالحكم، وذلك أن النطق بالحكم يسبقه العديد من الأعمال التي يقوم بها القاضي، أولها التفسير للقاعدة القانونية، يليه التكييف القانوني على الواقعة المنظورة، ثم إنزال حكم القانون عليها، والنطق به.

ورغم التفهم لمنطقية منح القاضي سلطة تقديرية، تتسع وتضيق حسب نوع القضاء، ووفقاً للضوابط التي تحدد وتقيد هذه السلطة، إلا أن الخطورة تكمن في إتساعها، بل في خروجها أحيانا عن الضوابط والمحددات، وكذلك إحتمالية تأثرها بعقيدته أو بخلفيته السياسية أو الثقافية أو الاجتماعية[3]. إن عقيدة القاضي التي هي بالأصل أمر نفسي، يصعب تعريفها، لكنها كما

---

(1) احمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1988، ص.20-24.

(2) محمد ماهر ابو العينين، الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ص.371-375

(3) امين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون،المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان،2002، ص(28).

يعرفها كمال عبد الواحد الجوهري، بأنها التي تتولد لدى القاضي نتاج عملية ذهنية ومنطقية تختلج في ضميره، تحت تأثير ما يُعرض عليه من وقائع، ليصل في النهاية الى ما يرتاح له ضميره من حكم،[1] وبالتالي من الصعوبة فصلها عن حكمه مهما كانت القيود.

ويمكن اختصار إطار السلطة التقديرية للقاضي الدستوري، بأنها ضمن حدين:[2]

الحد الاول: أن للقاضي الدستوري سلطة تقديرية مطلقة في إستبعاد كل تشريع يخرق مبدأ المساواة المنصوص عليه صراحة في النص الدستوري، كالتمييز على أساس العرق، أو الجنس، أو الدين.

الحد الثاني: بان للقاضي الدستوري سلطة تقديرية نسبية، يدخل في تكوينها عدة عوامل أهمها مدى التناقض بين قاعدتين قانونيتين بالدرجة الأولى وتحقيق المصلحة العامة بالدرجة الثانية، على المصلحة الخاصة مع التأكيد أن سلطة التقدير للقاضي نسبية، وتختلف من قاض إلى آخر.

• المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في التشريع

وجدت السلطة التقديرية للقاضي والتي يُقصد بها مساحة الحرية المتروكة للقاضي بمقتضى القانون صراحةً، أو ضمناً، مجالاً لإعمالها من أجل اختيار الحل الأنسب والأقرب إلى الصواب من بين حلول أخرى"، وفقاً لنص يرد في القانون، كأن يرد في النص القانوني، كلمات مثل:" يمكن "، "يحق"، أو عبارة " يتعين للقاضي أن.... "[3].

وتتمثل السلطة التقديرية فيما يُعين للقاضي، سواء بصفة نظرية أو عملية، رئيسية أو تابعة، خلال أي من مراحل الدعوى، وهي جوهر العمل القضائي.[4] وقد وجدت لها ما يسندها من نصوص في التشريعات، وتعتبر السلطة التقديرية تكليفاً ومسؤوليةً يلتزم القاضي من خلال استعمالها بتحقيق إرادة المشرع من خلال تطبيق النص القانوني على الوقائع المعروضة عليه، لكون القاضي في

---

[1] كمال عبد الواحد الجوهري، ضوابط حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه والمحاكمة الجنائية العادلة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2015، ص (27)

[2] أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، مرجع سابق، ص (401).

[3] لبياض محمد عبد الفتاح، مدونة عبد الفتاح لبياض، http://labyadd.blogspot.com/2011/03/blog-post_549.html، تاريخ الزيارة 2020/10/20.

[4] محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2007، ص.97-98

نهاية المطاف مطالب بتطبيق واحترام القانون، وعليه أن يضمن في الحكم فهمه، وتأويله للنص القانوني، واقتناعه بأن ما توصل إليه، يمثل إرادة المشرع فعلاً وليس توهماً[1].

إن السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي لم تكن أبداً على إطلاقها، بل كانت دوماً في كافة الأنظمة القانونية مشروطة بتحقيق العدالة، والوصول إلى عين الحقيقة، وفي حالة القاضي الدستوري، فإن عينه دوماً مصوبة نحو ضمان الشرعية الدستورية للنصوص القانونية، من أي إنحراف عن مسار الدستور، وبالنظر الى المواقع التي وجدت السلطة التقديرية سنداً لها في التشريع، نجدها ترد في تقدير جدية الدفع، وخلال مرحلة إدارة الدعوى، باختيار منهج التفسير، بتقدير الغموض للنص التشريعي المطعون عليه، وأثناء الفصل فيها.

- **الفرع الاول: السلطة التقديرية بجدية الدفع**

إن المحاكم وعلى إختلاف درجاتها وليست المحكمة الدستورية العليا فقط، تملك سلطة تقدير جدية الدفع المقدم لها بعدم الدستورية، حيث أن أمر تقدير الجدية بالدفع هو سلطة تقديرية للقاضي وليس نهائي، وهو إستثناء على الأحكام النهائية التي يجوز فيها لأطراف النزاع بشأن دستورية التشريع المطعون عليه، ويكون التوجه للجنة الطعون في المحكمة الدستورية خلال شهر من تاريخه صدور الحكم بعدم الجدية[2].

ويعتبر أمر جدية الدفع بدون شك أمر بالغ الأهمية، بل هو أمر من النظام العام، لكن المستغرب هو عدم الاكتفاء بتقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع، ليخضع مرة أخرى لسلطة القاضي الدستوري، بذريعة حماية المحكمة الدستورية من الإغراق بسيل من الطعون، الأمر الذي سيحد من الاتصال بالمحكمة الدستورية[3].

كانت المحكمة الدستورية العليا المصرية قد قالت في اعتماد جدية الدفع، كشرط لقبول الدعوى، "أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن ولايتها في الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى إتصالاً صحيحاً مطابقاً للأوضاع المقررة،...، وقدرت محكمة

---

(1) لبياض محمد عبد الفتاح، مدونة عبد الفتاح لبياض، http://labyadd.blogspot.com/2011/03/blog-post_549.html

(2) حميد ابراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الامارات المتحدة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1،2011، ص. 266

(3) عباس محمد محمد زيد، الرقابة على دستورية على القوانين في اليمن، مرجع سابق، ص.458

الموضــوع جدية الدفع، فرخصــت له في رفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدســتورية العليا، وهذه الأوضاع الإجرائية تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية"[1]، **وتنصرف جدية الدفع إلى مسألتين أساسيتين:**[2]

المسألة الأولى: بأن يكون الفصل في المسالة الدستورية منتجاً، وهي مسألة يتم تقديرها أثناء النظر في الدعوى محل النزاع، إن كان النص التشريعي المطعون عليه ذا علاقة بموضوع النزاع.

المسألة الثانية: تتعلق جدية الدفع بالشك بمدى تطابق النص المطعون عليه مع أحكام القانون الأساسي، ليكون النص يحتمل أكثر من وجهة نظر، فيطلب قاضي الدعوى الأصلية، من الخصوم رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا.

- **الفرع الثاني: السلطة التقديرية بإدارة الدعوى:**

نصت المادة (36) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه: تحكم المحكمة في الدعاوى والطلبات المعروضة عليها تدقيقاً بغير مرافعة، فإذا رأت ضرورة المرافعة الشفوية، فلها سماع الخصوم، وفي هذه الحالة لا يُؤذن للخصوم أن يحضروا أمام المحكمة من غير محام معهم، وللمحكمة طلب ما يلزم من بيانات أو أوراق ولها دعوة ذوي الشأن لاستيضاحهم عما ترى من وقائع وتكليفهم بتقديم مستندات ومذكرات تكميلية وغير ذلك من إجراءات في الأجل الذي تحدده[3].

للقاضي الدستوري سلطة تقديرية أثناء مراحل الدعوى وفقا لنص المادة (36) من قانون المحكمة الدستورية العليا، غير أننا نرى أن غياب المعايير والضوابط التي تحدد إدارة الدعوى، فيما يخص السلطة التقديرية للمحكمة في منح الخصوم المرافعة الشفوية، أو بالطلب لتقديم المزيد من البينات والمذكرات التكميلية التي قد تستجد، قد يشكل إجحافا بحق البعض الذين لا يتم منحهم هذه الفرصة أسوة بغيرهم، الأمر الذي يستوجب تحديد معايير واضحة، عنوانها المساواة بين للجميع، وهو حق دستوري مكفول بنص القانون الأساسي[4].

---

[1] مجدي متولي، مبادئ القضاء المصري، الهيئة العامة للكتاب، 1996، ص. 83

[2] اشرف عبد القادر قنديل، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص. 103-104

[3] قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته، المادة (36)،.

[4] القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المادة (9): "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة".

■ **الفرع الثالث: السلطة التقديرية في تحديد منهج التفسير**

لم يحدد المشرع الفلسطيني بشكل واضح وصريح الطريق الواجب إتباعه لتفسير النصوص، وإن كان المشرع قد حدد الإجراءات الواجب إتباعها لتقديم طلب التفسير، والنصوص القانونية التي يقوم إختصاص التفسير لها، وهي نصوص القانون الأساسي والقوانين في حل ثار تنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها وإختصاصاتها، كإختصاص أصيل وحصري للمحكمة الدستورية العليا[1]، إن السلطة التقديرية التي يمارسها القاضي الدستوري فيما يخص إختصاص التفسير، تتسع وتضيق وفقاً لمنهج التفسير الذي يتخذه بقبول طلب التفسير أولاً، وإعتبار النص غامضاً مما يستدعي تفسيره، ومن ثم إصدار حكمه من خلال تحديد ما تضمنته القاعدة القانونية من أحكام، وتحديد المعنى الذي تضمنته تلك القاعدة وتحديد نطاقها، ليتم تطبيقها على الظروف الواقعية المثار بصددها تطبيق القاعدة[2].

تعددت مدارس ونظريات التفسير إلى ثلاثة، المدرسة الواقعية، المدرسة العلمية، مدرسة الشرح على المتون، التي يتبناها النظام القانوني الفلسطيني، والعديد من الأنظمة القانونية، كما هو المصري والأردني، التي ترى أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، وأن مهمة القاضي يجب أن لا تخرج عن إطار التفسير لنصوص التشريع، الأمر الذي يوضح أن تلك المدرسة قائمة على التزام حدود النصوص القانونية، إعلاءً لإرادة المشرع، وتأكيداً على احتكار المشرع للتشريع[3].

ووفقاً لمدرسة الشرح على المتون التي يأخذ بها المشرع الفلسطيني، فإن القاضي قد لا يواجه إشكالية كبيرة في التفسير، حتى وإن كان النص غامضاً، لكن في حال عدم وجود نص، فان القاضي سيسلك مساراً ليبحث عن إرادة المشرع المفترضة عندما وضع النص، ويستعين بوسائل القياس والاستنتاج من مفهوم المخالفة، وإذا لم يتمكن فله أن يتصور الحل وقت سن التشريع، كما يستطيع أن يستخرج بعض المبادئ والنظريات من نصوص التشريع ونسبها إلى إرادة المشرع، ثم يقوم باستخدامها في إستخراج الحلول للمسائل الفرعية[4].

---

[1] قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006، المادة (2/24)

[2] شاكر راضي شاكر، اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير، مرجع سابق، ص 18-21

[3] شاكر راضي شاكر، اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير، مرجع سابق، ص 33-35.

[4] شاكر راضي شاكر، اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير مرجع سابق، ص.42

إن أخذ القضاء الدستوري الفلسطيني بمدرسة الشرح على المتون، إنما يمنح القاضي الدستوري سلطة تقدير في التفسير، والتي يتقمص فيها القاضي إرادة المشرع، ويصبغ رأيه وكأنها حقيقة ما أراده المشرع، بعد أن يلبس النصوص التشريعية ثوب تفسيره قصراً تحت مسمى ما أراده المشرع، وقد تكون في الحقيقة على غير ذلك.

من خلال المراجعة لقرارات المحكمة العليا الفلسطينية التي كانت تنعقد بصفتها الدستورية، كان مُلاحظاً أنها ضيقت بشكل كبير من حدود إختصاصاتها فيما يخص الرقابة القضائية، من خلال رد أغلب الطعون الدستورية المعروضة عليها، ولا سيما رقابتها على القرارات بقانون التي يصدرها رئيس السلطة الوطنية، إستنادا للمادة (43)[1] من القانون الأساسي في حالة الضرورة، في غير أدوار إنعقاد المجلس التشريعي، التي تُمكن رئيس السلطة الوطنية من إصدارات تشريعات لها قوة القانون.

▪ الفرع الرابع: السلطة التقديرية في تقدير الغموض في النص التشريعي الذي يستوجب التفسير

رغم أن المشرع منح اختصاص التفسير للمحكمة الدستورية العليا كسلطة أصلية، ضماناً لوحدة التطبيق القضائي، وحدد شروطاً لقبول التفسير، إلا أن أمر تقدير الغموض في النص التشريعي الواجب التفسير، يبقى سلطة تقديرية للقاضي، في تطبيق عملي لهذا الرأي، يتضح أن السلطة التقديرية للقاضي الدستوري قد توسعت عندما نظرت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قضية رقم (1) لسنة (1) قضائية تفسير، طلب التفسير الدستوري المقدم من وزير العدل لتفسير نص المادتين (18،20) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2001[2]،

---

[1] القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003، المادة (43):" 1. لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون".

[2] قانون السلطة القضائية الفلسطينية رقم (1) لسنة 2001، المادة (18): 1. يكون شغل الوظائف القضائية بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناء على تنسيب من مجلس القضاء الأعلى وفقا لما يلي: أ. بطريق التعيين ابتداء. ب. الترقية على أساس الأقدمية مع مراعاة الكفاءة. ج.التعيين من النيابة العامة. د- الاستعارة من الدول الشقيقة. 2- يشترط في القاضي المستعار كافة الشروط المنصوص عليها في المادة (16) من هذا القانون فيما عدا شرط الجنسية الفلسطينية

على أثر خلاف في التفسير بشأن تسمية "النائب الأول لرئيس مجلس القضاء ولرئيس المحكمة العليا"، وكان الخلاف إن كانت التسمية المذكورة تُعتبر استحداثاً لمنصبٍ جديد، أم هي ذاتها المنصب المُسمى بالقانون " أقدم النواب"، ولهذا قام الطعن بأنه لا يوجد في قانون السلطة القضائية ما يشير إلى وجود هذا المنصب، وأن القانون قد نص على أن أقدم قضاة المحكمة العليا يكون نائبا لرئيس المحكمة العليا، وعليه صدور قرار رئيس دولة فلسطين، بتعيين نائب أول لرئيس المحكمة ليس في محله، إلا أن رأي المحكمة الدستورية العليا جاء ليؤكد على صحة قرار رئيس السلطة الوطنية بأن مصطلح نائب أول لرئيس المحكمة جاري استخدامه، وبأن قرار الرئيس هو قرار كاشف وليس منشئ[1].

يتضح من نص الحكم التفسيري أن سلطة القاضي الدستوري قد توسعت عندما ذهبت إلى أبعد من مجرد تفسير النص مثار الطلب، عندما خاضت بالتفاصيل في الحكم، متعرضة للظروف وتناول الأسماء وأحكام لا صلة لها بالنصوص المطلوب تفسيرها، وذلك عندما جاءت على ذكر حيثيات الحكم الخاص بقرار المحكمة العليا (2015/130) الخاص بقرار تعيين رئيس مجلس القضاء الأعلى السابق، لتطلب إعدام القرار وعدم الاستشهاد به، وبذلك تكون قد نظرت بما هو غير معروض عليها، ولا مطلوب منها.

وكانت سلطة القاضي الدستوري قد إمتدت إلى ما هو أبعد من حدود السلطة التقديرية، لتتجاوز حدودها واختصاصها، وذلك عندما قررت الحد من نطاق اختصاصه بنظر الطعون الدستورية، وتقليص خيارات المواطنين في اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا، وفقا لما ورد في منطوق الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم 2016/5 الصادر بتاريخ 2016/9/18، حيث أورد القاضي الدستوري ما هو متعارض مع قانون المحكمة ذاتها

شريطة أن يكون عربيا. 3. يعتبر التعيين أو الترقية من تاريخ القرار الصادر بخصوص ذلك. مادة (20)1. يشترط فيمن يعين قاضيا بالمحكمة العليا: أ. أن يكون قد شغل لمدة ثلاث سنوات على الأقل وظيفة قاض بمحاكم الاستئناف أو ما يعادلها بالنيابة العامة أو عمل محاميا مدة لا تقل عن عشرة سنوات. 2. يشترط فيمن يعين رئيسا للمحكمة العليا أو نائبا له أن يكون قد جلس للقضاء بدوائر المحكمة العليا مدة لا تقل عن ثلاث سنوات أو عمل محاميا لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة.

[1] القضية رقم (1) لسنة 1 قضائية تفسير، طلب تفسير دستوري رقم (1) لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية)، العدد (12)، ديوان الفتوى والتشريع، 2016، ص. 2– 6.

فيما يخص طرق الاتصال بالمحكمة الدستورية العليا، عندما حصرها بالنسبة للأفراد بطريق الدفع الفرعي وقال "باعتبارها الوسيلة الوحيدة التي يملك بموجبها الأفراد تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدفع الفرعي"[1]، في حين أن حق الأفراد بتحريك الدعوى الأصلية المباشرة حق مكفول، ورد النص عليه في قانون المحكمة الدستورية العليا[2].

- **الفرع الخامس: السلطة التقديرية بالتصدي**

منح المشرع السلطة التقديرية للقاضي الدستوري سلطة تقديرية بالتصدي من تلقاء نفسها بالفصل في عدم دستورية نص غير دستوري متصل للنزاع، عندما نص في المادة (4/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه: "إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول"[3]، يتضح من خلال ما ورد النص عليه، أن سلطة تقديرية تقوم للقاضي الدستوري بالفصل في النزاع، في حال كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً، دون أن يكون ذلك بناءً على طلب من قبل أي من الخصوم، بل يتعلق الأمر بتقدير القاضي.

إن حق التصدي للنص غير التشريعي، الذي منحه المشرع للقاضي الدستوري كسلطة تقديرية، لا يتفق برأينا والوظيفه الرقابية على دستورية القوانين، وحماية أحكام الدستور من نفاذ أي نص تشريعي غير دستوري، كلما وقع تحت سلطتها، دون أن ينتظر قيام نزاع بشأنه، حيث أنه من غير المتصور أن يمر القاضي الدستوري عن نص غير دستوري مرور الكرام، دون أن يفصل فيه ويبطله، ولهذا فان أمر الفصل في النص غير التشريعي حال وقع تحت سلطة القاضي الدستوري وإبطاله، لا بد أن يكون أمراً وجوبياً، وليس جوازياً.

---

[1] داوود درعاوي، تعقيبا على قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم 2016/5. وكالة وطن للانباء، 2017/2/2

[2] قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006، المادة(27) " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي:1. بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون".

[3] قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (4/27)

• المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في الاجتهاد وفقاً لفقه القضاء والفقه

لم تكن السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في البداية محل إتفاق بين الفقهاء، إلا أن النظم الحديثة سلمت بمنح القاضي سلطة الاجتهاد والتقدير، ومن تلك الأنظمة النظام الأنجلو ساكسوني، بل تجاوز الأمر مجرد الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي الدستوري الى إعتبار ما يصدر عنه من نشاط تقديري بأنها سوابق قضائية، فيما إكتفى النظام اللاتيني بالاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي الدستوري دون أن يعترف بان ما يصدر عنه قاعدة قانونية[1].

من بين الاتجاهات الذي كان رافضاً لمنح القاضي سلطة الاجتهاد، كان الفقيه (روبسير)[2]، الذي قال بأن كلمة إجتهاد يجب ان تُمحى من لغتنا، وكذلك المفكر الفرنسي مونتسكيو (صاحب نظرية الفصل بين السلطات) الذي كان موقفه بأن القاضي أبعد ما يكون عن مهمة التشريع، وبأن أقصى ما يجب أن يقوم به هو إزالة الغموض عن القوانين الموجودة وكشفها للعيان، و"أن قضاة الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق كلمات التشريع"[3].

وفقاً للإتجاه الرافض لمنح القاضي سلطة تقديرية، فإن التبرير لرفضهم يقوم على أن دور القاضي ينحصر في التطبيق القضائي للقانون، وأن المفترض في القانون أن يتسم بالكمال دون نقص يعتريه، في ظل اكتمال النصوص التشريعية، وما وصل إليه الفكر الوضعي من تطور وصل الى درجة الكمال، وبالتالي أصبح دور القاضي محصوراً في البحث عما تضمنه القانون ذاته، دون أن يلجأ إلى الخلفيات الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية للقاعدة القانونية، ملتزماً في ذلك الحيدة، متجرداً من التأثر بالمصالح أو العواطف الشخصية[4].

---

[1] أسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية– قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، 2011، ص.29

[2] ولد روبسبير عام 1758 فى مقاطعة آراس، وتعلم فى باريس في كلية الحقوق، ودرس النظريات السياسيه و بقي متعصب لافكار الفيلسوف جان جاك روسو، وهو محامي فرنساوي وزعيم سياسى، كان واحداً من اكبر الشخصيات المؤثرة وزعيماً من زعماء الثوره الفرنسيه وحزب الجاكوبيين الثوري المتطرف، وتوفي عام 1794.

[3] موقع الموسوعة القانونية –الاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر القانون، https://elawpedia.com/print/200، تاريخ الزيارة، 2021/11/28

[4] احمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص.25

إتجه غالبية الفقه الحديث إلى الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي، باعتبارها ملازمة للسلطة القضائية، مستندين بإعترافهم إلى أن التشريع يضع مبادئ عامة، ولا يستطيع أن يحيط بكل ما يمكن أن يستجد، الأمر الذي يتطلب من القاضي الاجتهاد في بعض الوقائع، حتى يستقي القاعدة القانونية الصالحة للتطبيق دون أن يخلقها، بل يكون دوره منصباً على تبيان إرادة المشرع، دون المساس بمبدأ الفصل بين السلطات، وحتى لا يكون يوماً أمام موقف إنكار العدالة[1].

تأتي الدعوة للاعتراف للقاضي الدستوري بالسلطة التقديرية من باب أن المشرع لا يستطيع مسبقاً، وضع كل القواعد القانونية الصالحة للفصل في كل منازعة قد تحدث مستقبلاً، وفي ذات الوقت لا يستطيع القاضي أن يمتنع عن الفصل في الدعوى المنظورة أمامه، بل واجب عليه أن يتدرج في بحثه عن مصادر القانون في حال عدم وجود نص في التشريع بما يؤدي الى الفصل في الدعوى[2].

إن القاضي وهو يوازن بين نصوص القانون ونصوص القانون الأساسي غير مستبعد أن يتأثر بالاعتبارات السياسية، فيتعدى دوره وظيفة المقارنة بين النصوص إلى البحث في نوايا واضعي الدستور والتشريع، والموازنة بينهما، مستخلصاً آثار القانون، متخيلاً صداه، متقمصاً ذلك الدور، وهنا يكون قد تعدى وظيفة المقارنة بين النصوص، بل تعدى وظيفة القاضي ليتحول إلى رجل سياسة أيضاً، لكون الدستور يتضمن قواعد عامة في الكثير من نصوصه[3].

وفقاً للفقيه (D.Rousseau)، فان سلطة تقدير القاضي الدستوري "تندرج ضمن نطاق آلية معقدة من العلاقات مع السلطات الدستورية الأخرى أو مع أهل الفقه أو مع أهل السياسة، بحيث تتولد التشابكات في تقليص هامش المناورة التي يسعى إليها القاضي الدستوري، بهدف تبرير تقدير الانتهاكات التي مست مبدأ المساواة"، مما يلزم القاضي الدستوري بأن يأخذ بعين الاعتبار تأثير الأجواء الاجتماعية والسياسية، والرأي العام السائد في الزمن، الذي صدر فيه القانون[4].

---

[1] أسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص.30

[2] محمد ماهر ابو العينين، الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، مرجع سابق، ص. 374-376

[3] محمد ماهر ابو العينين، الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، مرجع سابق، ص.533

[4] امين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، مرجع سابق، ص402.

يقول الفقيه (ديجي) أنه يجب عدم تعارض التشريعات مع ما يمس ضمير الأمة والجماعة، بغض النظر عن مدى تطابقها مع نصوص الدستور المكتوب، وهذا يعطي القاضي مساحة اكبر وسلطة تقديرية أوسع من تلك التي قيدها القانون، ويرى (ديجي) أن القضاء يملك الحق بالامتناع عن تطبيق التشريعات التي قد لا تخالف نصاً دستورياً مكتوباً، لكنها تتعارض مع مبدأ من مبادئ القانون الأعلى غير المكتوبة، وهو مبدأ يمس ضمير الجماعة، ويعطي إحساساً قوياً بأنه ملزم للدولة[1].

إن السياسة التي يتبعها القاضي الدستوري، والأسلوب الذي ينتهجه في رقابته على دستورية القوانين ينبع من إعتبارات عملية سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية وهذا ما يدلل عليه الواقع العملي لعمل وأحكام القضاء الدستوري، الذي يلجأ إلى تجنيب المجتمع المخاطر والأزمات، ليتضح أنه لا يقوم بعمل قضائي فقط بل يقوم بدور سياسي، وهذا يعود إلى أن التشريعات واللوائح الخاضعة لرقابته هي من نتاج سياسة عامة للحكومة بمعناها الواسع، الذي يشمل السلطتين التشريعية والتنفيذية [2]، وحتى لا يكون الباب مشرعاً أمام القاضي الممنوح سلطة التقدير أو الاجتهاد وفقاً لبعض الأنظمة، فان ذلك يكون محصوراً في حالتين:[3]

الحالة الأولى: في حال غموض النص، بمعنى عدم وضوحه بشكل محدد ويحتمل التأويل، مما يستلزم من القاضي الاجتهاد في فهم النص، وتحديد معناه، وهنا سيظهر الاختلاف في الاجتهاد تبعاً لفهم القاضي.

الحالة الثانية: في حال النقص في النص أو السكوت عن بعض المسائل، الأمر الذي يتطلب من القاضي أن يستخلص من التشريع النافذ الحلول المناسبة، وهنا قد يتغير المعنى للنصوص، وأحكامها نتيجة لذلك الاستخلاص

---

[1] محمد ماهر أبو العينين، الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، مرجع سابق، ص.422.

[2] يوسف عيسى الهاشمي، رقابة دستورية القوانين واللوائح وتطبيقاتها في مملكة البحرين والدول العربية والأجنبية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2015، ط2، ص115-116.

[3] عن موقع بيان اليوم، الموسوعة العربية، تاريخ الزيارة:2020/11/29
http://www.bayanealyaoume.press.ma/index.php?option=com_content&view=article&id=21494:2011-09-27-13-06-32&catid=69:2010-03-30-15-19-19&Itemid=144#disqus_thread

غير أن الصفة التقديرية في سلطة القاضي يجب أن تنجم من حالة قانونية معينة يكون مصدرها قانوني، بما يعني أن السلطة التقديرية يجب أن لا تظهر إلا في ظل نظام دولة القانون التي تتحدد ضوابطها فيه[1].

وإعتماداً على ما ورد من محاذير لاستخدام السلطة التقديرية بتوسع، فإننا نؤيد الرأي الذي يتشدد في تقييد سلطة القاضي الدستوري على وجه الخصوص، نظراً لإمكانية أن يتأثر حكمه بعقيدته وخلفيته السياسية، ولكن حتى لا يكون يوماً في موقف المنكر للعدالة، فان الأوجب أن يتم ملائمة التشريع بما يمكنه من الإحاطة بطبيعة عمل القاضي الدستوري، والإختصاصات الموكلة له بالرقابة الدستورية والتفسير والبت في حال حدوث نزاع الاختصاص، أو تناقض في الأحكام، وذلك لضمان أن تكون أحكامه منضبطة، مضيقة بذلك مجال الاجتهاد.

○ الخاتمة:

وفي خاتمة الدراسة ومن خلال البحث والتحليل الموضوعي للنصوص القانونية والدستورية لسلطات القاضي الدستوري توصل الباحثان إلى النتائج والتوصيات الآتية:

• النتائج:

1. لم يعالج المشرع الفلسطيني في قانون المحكمة الدستورية مسألة الفصل في حال مخالفة نظام لأحكام قانون، أو حدث تعارض بين تشريعات متساوية في المرتبة، ومنها النزاع بين القرارات بقانون التي تصدر عن رئيس الدولة، والقوانين التي تصدر عن البرلمان.
2. عمومية النصوص التشريعية، ونصوصها الفضفاضة في مواطن أخرى، بسبب عدم تحديدها.
3. أخذ المشرع الفلسطيني بالأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية على إطلاقها، وفي ذلك مخاطرة كبيرة، لما فيه من تهديد لمراكز قانونية تكون قد ترتبت لأصحابها اعتقاداً منهم أنها تمت وفقا للقانون. وكان بإمكان المشرع الأخذ بالأثر المباشر، وللمحكمة أن تحدد

[1] احمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص.35

النطاق الزماني الذي يمتد إليه اثر الحكم، دون أن يتسبب الحكم بزعزعة النظام العام، أو يمس الاستقرار القانوني.

4. ان النظام القانوني لسلطات القاضي الدستوري، فيما يتعلق بالشروط الواجب توفرها فيمن يشغلون وظيفة القضاء، وعلى وجه الخصوص القضاء الدستوري، بأنه لم يأخذ بعين الاعتبار خصوصية التجربة الفلسطينية.

- **التوصيات:**

1. إن قانون المحكمة الدستورية العليا يحتاج للتعديل بما يدخل في إختصاص المحكمة الدستورية ضمن نطاق رقابتها بشكل محدد، حتى لا يكون الأمر متروكاً لسلطة تقديرية للقاضي الدستوري.

2. تعديل المادة (4) بشان شروط قضاة المحكمة الدستورية، بأن لا يكون ملزماً بقانون السلطة القضائية، بما يسمح بإدخال العنصر السياسي لهيئة المحكمة الدستورية العليا، بما لا يزيد عن ثلث أعضاء الهيئة.

3. تعديل المادة (/252) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، بما يضمن التراتبية للقواعد القانونية، وإدراج المعاهدات الدولية، من بين القوانين التي يحق المحكمة الدستورية العليا أن تبت في مدى دستوريتها.

4. تعديل المادة (3/25) بشأن الرجعية في تنفيذ الأحكام، حيث أن مصالح ومراكز قانونية قد تكون قد تشكلت لا يمكن هدمها، أو التعويض عنها، بالتالي فان المقترح بأن يكون الأثر مباشراً، والاستثناء هو الرجعية في حال قابلية الرجعية.

5. تعديل المادة (24) بشان اختصاصات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، بإضافة الاختصاص لها بالبت في حال التنازع بين القوانين من المرتبة الواحدة.