



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ميسان / كلية القانون

الدراسات العليا / الماجستير

الرقابة الدستورية على مائة التشريع (دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب

حيدر علي جليل

إلى مجلس كلية القانون- جامعة ميسان

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

إشراف

أ.م. د. هند علي محمد

أستاذة القانون الدستوري في كلية القانون-جامعة ميسان

١٤٤٧ هـ

٢٠٢٥ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
﴿وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ﴾

صدق الله العلي العظيم

[الرحمن : آية (٩)]

الاهداء

إلى والدي العزيز الذي علمني معنى الصبر والاجتهاد..

إلى والدتي التي ستبقى صورتها منارة في دربي..

إلى من هم سندي في الحياة أشقاء الدم اخوتي واخواتي..

إلى مصدر قوتي والسند في جميع محطات الحياة شريكة الروح زوجتي..

إلى من أرى في عيونهم المستقبل المشرق فلذات كبدي أولادي..

إلى كل من مديد العون والإرشاد

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر و عرفان

قال الله تعالى في كتابه الكريم (وَمَنْ شَكَرَ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ) و بعد، فإنِّي أحمد الله تعالى عز وجل حمداً كثيراً وأشكره قبل أي شيء على ما أكرمني به من إتمام هذه الرسالة، والصلاة والسلام على خير الخلق والمرسلين محمد وآل بيته أجمعين.

لست أدري من أين أبدأ وهل تطاوعني الكلمات، فأن الكلمات تتصاغر والعبارات تتضاءل ولكني سأحاول قدر استطاعتي وعسى أن أوفق، فقد قال الله تعالى (وقل اعملوا فسيري الله عملكم ورسوله والمؤمنون). يسرني أن أتقدم بأسمى كلمات الشكر والتقدير إلى الأستاذ المساعد الدكتور (هند علي محمد) الأستاذة الفاضلة لقبولها الإشراف على رسالتي، والتي كان لها الأثر الكبير في إتمام هذه الرسالة والتي لم تدخر جهداً ولا قنناً طيلة كتابة الرسالة فكانت خير سندٍ وخير عونٍ، كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى عمادة كلية القانون والمتمثلة بالسيد العميد (أ.د. حسنين ضياء نوري) ، و الشكر إلى أساتذتي في السنة التحضيرية كل من (أ. د. علاء نافع كطافة، أ. د. رحيم حسين موسى، أ. م. د. إميل جبار عاشور، أ. م. د. يسار عطية اتويه، أ. م. حيدر عرس عفن، أ. م. أسامة كريم بدن، أم، نضال ماهود محمد) ، لما أبدوه من مساندة ودعم لطلبة الدراسات العليا خلال مراحل الدراسة . وشكري الى السيد رئيس قسم القانون العام (أ.م.د. عبد المحسن نتيش حسن) ، والشكر موصول إلى السادة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة الرسالة والتقييم الخاص بالرسالة ، ولن أنسى أن أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى القاضي المتقاعد (سالم رضوان الموسوي) ، والدكتور (رائد حمدان المالكي) لما قدموه من مساعدة كبيرة في الحصول على المعلومات في مجال القضاء الدستوري. ولا يفوتني أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى منتسبي مكاتب كليات القانون في كل من جامعة ميسان، وجامعة بابل، وجامعة الكوفة، لما أبدوه من تعاون ومساعدة، وأخيراً لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر إلى كل من قدم المساعدة في إتمام هذه الرسالة.

الباحث

المستخلص

لا أحد يستطيع أن ينكر ان الكتابة عن (الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع) رائعة وشيقة للغاية ، اذ إنه يستحق دراسة في جوانب متعددة ولكني سأبذل قصارى جهدي من أجل مناقشة بعض الجوانب المهمة في هذا الموضوع. إنَّ الرقابة الدستورية تعد ضماناً أساسية لحماية الحقوق والحريات والتي تتحقق من خلال عدم استبداد المشرع بسلطته التقديرية، حيث إنَّ الإدراك السليم لوظيفة القاضي الدستوري يجب أن لا تقف عند حد المقابلة الحرفية بين النص التشريعي ونصوص الدستور، وإلا لما كانت الحاجة إلى إنشاء جهاز قضائي للرقابة على النصوص التشريعية المطعون فيها، كما أنَّ الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع لا تعني أن يحل القاضي الدستوري محل المشرع العادي معتدياً بذلك على اختصاص المشرع في سلطته التقديرية ، استناداً الى مبدأ الفصل بين السلطات؛ لذا فان الرقابة على دستورية القوانين في الحالات التي فيها القاعدة الدستورية واضحة ومحددة هي رقابة مشروعية، وليس رقابة ملاءمة، اما في حالة الغموض أو عدم التحديد للقاعدة التشريعية هنا يتعذر النظر الى الرقابة التي يباشرها القضاء الدستوري على انها رقابة مشروعية، وبذلك يستطيع القاضي الدستوري أن يباشر الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع إلى جنب رقابة المشروعية للفصل في مثل هذه المخالفات، كما أنه وبمطالعة الأحكام الدستورية نجد ان القضاء الدستوري في العراق بعد عام ٢٠٠٥، قد باشر الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع، وان كانت تلك الرقابة محدودة ولم يعترف بها القضاء الدستوري بعد، الا أن الجانب العملي للقضاء الدستوري صدرت عنه قرارات تبنت هذا النوع من الرقابة.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
5-1	المقدمة
62-6	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
40-7	المبحث الأول: ماهية الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
17-8	المطلب الأول: مفهوم الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
12-8	الفرع الأول: تعريف ملائمة التشريع
17-12	الفرع الثاني: نشأة الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
40-17	المطلب الثاني: الاختصاص التقديري للمشرع
29-17	الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للإدارة والمشرع
40-29	الفرع الثاني: الانحراف بالسلطة التشريعية
62-41	المبحث الثاني: تطور الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
51-42	المطلب الأول: الرقابة الدستورية على الخطأ البين في التقدير
48-42	الفرع الأول: تعريف الخطأ البين في التقدير
51-48	الفرع الثاني: الخطأ البين في التقدير في القضاء الدستوري
62-51	المطلب الثاني: الرقابة الدستورية على التناسب التشريعي
57-52	الفرع الأول: تعريف التناسب التشريعي وتمييزه عما يشته به من مصطلحات قانونية
62-58	الفرع الثاني: التناسب التشريعي في القضاء الدستوري
120-63	الفصل الثاني: آليات القضاء الدستوري في الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
84-64	المبحث الأول: موقف الفقه من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
74-65	المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية في مصر من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
69-65	الفرع الأول: إتجاه الفقه الدستوري المعارض في مصر من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
74-70	الفرع الثاني: اتجاه الفقه الدستوري المؤيد في مصر من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
84-75	المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية في العراق من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

79-75	الفرع الأول: إتجاه الفقه الدستوري المعارض في العراق من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
84-79	الفرع الثاني: إتجاه الفقه الدستوري المؤيد في العراق من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
120-85	المبحث الثاني: القواعد الحاكمة للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
120-86	المطلب الأول: القواعد الحاكمة للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في مصر
91-86	الفرع الأول: اتجاه المحكمة الدستورية العليا في مصر نحو رقابة الملائمة
102-92	الفرع الثاني: مجالات ممارسة المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على ملائمة التشريع
120-102	المطلب الثاني: القواعد الحاكمة للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في العراق
109-103	الفرع الأول: اتجاه المحكمة الاتحادية العليا في العراق نحو رقابة الملائمة
120-109	الفرع الثاني: مجالات ممارسة المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع
124-121	الخاتمة
138-125	المصادر والمراجع



المقدمة

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة

إن وظيفة القضاء الدستوري يجب أن لا تقف عند حد المقابلة الحرفية بين النصوص الدستورية والنصوص التشريعية المطعون فيها ، ولو كان الأمر على هذا النحو لما كان هناك حاجة إلى وجود سلطة قضائية مختصة في الرقابة الدستورية ، لذا فإن الرقابة الدستورية لا تعني أن يحل القاضي الدستوري محل المشرع العادي، وأن يحول الرقابة من رقابة المشروعية إلى رقابة الملائمة معتدياً بذلك على إختصاص السلطة التشريعية، إذ حرص المشرع الدستوري بالأمر إلى حد انتهاك أحكام الدستور بحيث أن الحاجة إلى الرقابة الدستورية هي التي تقف وراء المخالفات الصريحة والمباشرة وتعني تلك المخالفات التي يقتضي تحديدها، وأن تأخذ في نظر الاعتبار اعتبارات الملائمة، وبذلك يمكن القول بأن الفصل لهذه المخالفات إنما هو نابع من اعتبارات المشروعية والملائمة معا إلى جنب بعضهما وعلى الرغم مما يثيره البعض من فقهاء القانون الدستوري وما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية من اعتراض على أن الرقابة الدستورية على الملائمة تمثل إعتداء على السلطة التقديرية المقررة للمشرع و ذلك بموجب الفصل بين السلطات، وذلك تحت مبرر أن القاضي في رقابته على السلطة التقديرية للمشرع إنما يقوم بإحلال نفسه محل المشرع ويمارس بدلاً منه سلطته في التشريع، لذا لا يوجد ما يحول دون قيام القاضي الدستوري ببسط رقابته على الملائمة . ويمكن ملاحظة أن هذا الاعتراض في حقيقة الأمر مردود عليه بأن القاضي الدستوري عندما يباشر رقابته على هذا التقدير فإنه بذلك لا يحل نفسه محل المشرع، فالقاضي الدستوري لا يقوم بهذا التقدير ابتداء وذلك لان هذا التقدير قائم وموجود فعلاً من قبل المشرع، ومن بعد ذلك يأتي القاضي الدستوري ليباشر رقابته على هذا التقدير الموجود ومن ثم فإن سلطته في ذلك تنحصر في أمرين أساسين : إما الحكم بعدم دستورية التشريع المطعون فيه وإما الحكم بدستوريته والإبقاء عليه دون أن يكون له سلطة في تصحيحه أو تعديله على النحو الذي يجعله موافقاً للأحكام الدستورية . وإن دور القاضي الدستوري في هذه الرقابة يدخل ضمن الوظيفة الأصلية للقضاء الدستوري وهو حماية الدستور وصون أحكامه من كل انتهاك واعتداء، وبذلك فإن القاضي الدستوري لا يحل نفسه محل المشرع، من خلال ما يباشره من رقابة على ملائمة التشريعات ، فإذا انصب هذا الإحلال على التشريع المطعون فيه وذلك بقيام القاضي الدستوري بإدخال شيء من التقدير في مضمونه مع الإبقاء عليه، فإنه من خلال هذه الحالة يمكن القول بأن القاضي الدستوري يضع نفسه

محل المشرع ويشرع بدلاً عنه، وهنا يمكن القول بأنه قد تجاوز حدوده واختصاصه ، أو أنه تعدى على السلطة التقديرية للمشرع أستناداً لمبدأ الفصل بين السلطات، بحيث يشترط في القاعدة الدستورية حتى يتحقق إعمال مبدأ رقابة المشروعية على الوجه المطلوب أن تكون القاعدة ذات معنى محدد وواضح حتى يتسنى للقاضي الدستوري أن يقيس عليها مدى دستورية النص التشريعي المطعون فيه ، اما في حالة الغموض او عدم التحديد للقاعدة الدستورية هنا يتعذر النظر الى الرقابة التي يباشرها القاضي الدستوري على انها رقابة مشروعية.

ثانياً: أهمية الدراسة

تظهر أهمية هذه الدراسة من الناحية النظرية في كونها إضافة علمية جديدة تصب في موضوع الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع الذي يعد من أهم الموضوعات الدستورية، وتكون مرجعاً علمياً وإضافةً إلى البحوث الخاصة بموضوع الرقابة الدستورية.

أمّا من الناحية العملية تكمن أهمية هذه الدراسة من حيث أن رقابة القضاء الدستوري على ملائمة التشريع هي حاجة ماسة وذلك لحماية التوازنات الدستورية، وخاصة فيما يتعلق بالتشريعات المرتبطة بالحقوق والحريات عبر عدم إهدارها، أو جعل ممارستها أمراً شاقاً، وبالتالي لا تتسجم والواقع الاجتماعي من حيث الزمان والمكان، حيث أن السلطة التشريعية قد تتخذ من سلطتها التقديرية ذريعة لعدم إلغاء تشريعاتها.

ثالثاً: اشكالية الدراسة

إن القضاء الدستوري العراقي يردد دائماً بعدم امتداد الرقابة الدستورية على ملائمة النصوص التشريعية، كون ذلك يؤدي الى التدخل بعمل المشرع استناداً لمبدأ الفصل بين السلطات ، إلا أنه من خلال تتبع قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق المشكلة بموجب الامر ٣٠ لعام ٢٠٠٥ المعدل ، نجد أنّ المحكمة الاتحادية العليا قد مدت الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع، ومن جهة أخرى يجب علينا في هذه الدراسة توضيح هل أنّ رقابة الملائمة تفهم على انها تدخل في السلطة التقديرية للمشرع؟ وإحلال سلطة القاضي الدستوري محل سلطة المشرع؟ كذلك تكمن الاشكالية في تحديد فكرة الملائمة، والإطار التشريعي لهذه الفكرة، وآلية تطبيقها في ظل غياب إطار عام لها أو مجموعة من الأفكار الأساسية التي يمكن تطبيقها على جميع الوقائع المتشابهة وتحكمها وفقاً لمعيار موحد، إذ

تختلف فكرة الملائمة باختلاف كل تصرف. في حين أن منح السلطة القضائية الرقابة على مدى ملائمة السلطة التقديرية للمشرع دون ضوابط معينة يُعدّ مخالفة لإرادة المشرع بسبب وضع قانوني، وبإخضاع تقييم السلطة التقديرية للمشرع للسلطة القضائية، فقد كان من الضروري وضع إطار قانوني يحكم هذه الممارسات الرقابية من قبل السلطة القضائية، بالإضافة إلى مجموعة من المعايير العامة التي يمكن الرجوع إليها بهدف قياس ملائمة تصرفات المشرع.

ومما تقدم تبرز مجموعة من التساؤلات وكما يأتي:

١. هل نظم المشرع العراقي الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع دستوريا وقانونيا؟

٢. ما هي الأطر التي تحكم وتنظم الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في حالة كون الدولة لا توجد فيها الأطر الدستورية التي تنظم عمل الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع؟

٣. هل ان الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع هي تدخل بعمل المشرع ومساس بسلطته التقديرية.

رابعاً: منهج الدراسة

إن طبيعة دراسة موضوع رقابة القضاء الدستوري على ملائمة التشريع وأهميته الكبيرة أفضت إلى إتباع منهجية تتضمن المنهج التحليلي والمنهج المقارن، وذلك عبر دراسة الجوانب والأبعاد المتعددة للموضوع وتحليلها تحليلاً منطقياً مترابطاً ، ومقارنتها بما ينتظرها في التشريعات المقارنة. وعليه فقد اخترنا المنهج التحليلي ، وذلك لدراسة وتحليل النصوص التشريعية من اجل الوقوف على مدى فاعلية رقابة القضاء الدستوري على ملائمة التشريع، كما واخترنا المنهج المقارن كونه الأكثر انسجاماً مع طبيعة الموضوع ودقته العلمية وذلك لمقارنة المنهج الذي اتبعه القضاء الدستوري المصري مع ما جاء به القضاء الدستوري العراقي لسنة ٢٠٠٥.

خامساً: نطاق الدراسة

سيكون نطاق الدراسة في موضوع الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع، حول تحليل أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، المشكلة بموجب القانون رقم ٣٠ لعام ٢٠٠٥ ، والمعدل بموجب القانون ٢٥ لعام ٢٠٢١ من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، ومقارنتها مع نظيرتها المحكمة الدستورية العليا في مصر المشكلة بموجب القانون رقم ٤٨ لعام ١٩٧٩، والمعدل بموجب القانون رقم ١٣٧ لعام ٢٠٢١، من دستور جمهوريه مصر لعام ٢٠١٤ المعدل، وإنّ من أسباب إختيار دولة المقارنة

في دراستنا هذه هو لوجود التشابه من حيث القضاء الدستوري ، والقوانين ذات العلاقة، مما يهيأ البيئة القانونية الملائمة للمقارنة وامكانية الاستفادة منها.

سادساً: أهداف الدراسة

سيتم توضيح الأسئلة المشار إليها في عناصر إشكالية الدراسة:

- ١ . بيان موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق من الرقابة الدستورية على مائة التشريع.
- ٢ . بيان مبررات القضاء الدستوري في مد الرقابة الدستورية على مائة التشريع للنصوص القانونية.
- ٣ . توضيح امتيازات السلطة التقديرية للمشرع في مباشرته للسلطة التقديرية.

سابعاً: الدراسات السابقة

هناك بعض الدراسات تناولت بالبحث رقابة القضاء الدستوري على مائة التشريع لذا سوف نبين اهم هذه الدراسات فيما يأتي:

١-حسين جبر حسين الشويلي، الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٨.

توصل الباحث إلى أن سلطة القضاء الدستوري في استعماله لمبدأ التناسب مقيدة بالقيود الذاتية للرقابة على دستورية القوانين بحيث لا تمتد رقابته باستعمال مبدأ التناسب إلى بواعث التشريع والملائمات السياسية فتصبح رقابة حكمية تجعل من سلطة القضاء سلطة تفرض توجهاتها وآراءها على المشرع ، الا اننا في دراستنا هذه سوف نتطرق الى رقابة الملائمة التي تمتد الى مائة النص التشريعي.

٢- نور نوزاد محمد فرج باخي، الانحراف التشريعي ومدى مساسه بمبدأ المشروعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٢٢.

قد تناول الباحث في دراسته الانحراف التشريعي ، حيث يكون هنا الانحراف التشريعي، خاضع لرقابة القضاء الدستوري في مجال رقابة المشروعية، إلا اننا في بحثنا هذا سوف نتناول رقابة القضاء الدستوري على مائة التشريع الى جانب الرقابة على المشروعية، في الحالات التي يكون فيها التشريع غامض ومبهم ولا يناسب الواقعة التي صدر من أجلها.

٣ - احمد عبد السلام عبد الدائم، حدود اختصاص القضاء الدستوري، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، ٢٠١٨.

توصل الباحث في دراسته إلى أن الرقابة على دستورية القوانين تثار عندما تكون هناك مشكلة، وهذه المشكلة هي مشكلة قانونية وليست سياسية، ومن هنا يبرز جوهر موضوع البحث فهو يتعلق بمدى مطابقة او عدم مطابقة التشريع لنصوص الدستور كونه القانون الأعلى، فهذه مشكلة قانونية يختص بها القاضي الدستوري في تفسير القانون وتطبيقه، ولا يبحث القضاء الدستوري المشكلة السياسية، أي مدى ملائمة التشريع للظروف السياسية والاجتماعية. وبالرغم من التشابه بين هذه الدراسة ودراستنا الا ان دراستنا لا تقتصر الرقابة الدستورية فيها على المشكلات القانونية فقط، وانما يجب ان يكون التشريع ملائم للظروف السياسية والاجتماعية التي يصدر فيها.

ثامناً: هيكلية الدراسة

لإحاطة بموضوع الدراسة (الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع) سوف يتم توزيع مواضيع الدراسة الى فصلين، نتناول في الفصل الأول الاطار المفاهيمي للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع وذلك في مبحثين، خصص الاول لمبحث ماهية الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع، وافرد الثاني لمبحث تطور الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع.

اما الفصل الثاني فقد خصص لمبحث موقف الفقه والقواعد الحاكمة للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع، والذي قسم بدوره الى مبحثين، المبحث الاول لمبحث موقف الفقه من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع، اما المبحث الثاني لمبحث القواعد الحاكمة للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للرقابة الدستورية
على ملائمة التشريع

الفصل الاول

الإطار المفاهيمي للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

يعد موضوع الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع من المواضيع بالغة الأهمية والتي من شأنها أن تضع حداً للانحراف بالسلطة التقديرية للمشرع، وذلك عبر تحقيق غايات حزبية او سياسية خلافاً للحدود التي رسمها الدستور؛ كما من شأنها إخضاع اعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية في مجال رقابة التشريع للحدود التي رسمها الدستور، وذلك لكون الرقابة الدستورية تسعى الى تحقيق سيادة القانون وكذلك استقرار النظام القانوني في الدولة. لذلك تعد الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع من أهم الوسائل التي تقلل من احتمالية ان ينتهك الدستور من قبل السلطة التشريعية، وذلك من خلال التزامها بالسير في حدود الدستور بوصفها الضمان الفعال للحقوق والحريات، منعاً من تعسف السلطتين التشريعية والتنفيذية في استعمال سلطاتهم الممنوحة لهم بموجب الدستور. لذلك تعتبر الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع عملية مهمة لضمان توافق القوانين والتشريعات مع الدستور ومبادئه العامة، لذلك تهدف هذه الرقابة الى ضمان وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم من جهة، ومن جهة أخرى بهدف منع التضارب بين التشريعات في الدول.. كما أن التطورات التي تصيب القضاء الدستوري *judiciary Constitutional*، سواء في مصر *Egypt* أو في العراق *Iraq*، قد تؤدي إلى اعادة النظر فيما استقر عليه الفقه من تحديد الرقابة على دستورية القوانين بمشروعيتها دون ملائماتها، وكما تؤدي إلى الاعتراف بأن الرقابة الدستورية *Constitutional oversight* على ملائمة التشريع *Legislative*، *suitability* قد أصبحت في الوقت الحاضر حقيقة واقعة في القضاء الدستوري ولا سبيل إلى إنكارها، حيث أن الإدراك السليم لوظيفة القاضي الإداري *Administrative judge*، وما يقوم به من اعتبارات يتعين إعمال مقتضياته بل من باب أولى بالنسبة للقاضي الدستوري *constitutional judge*، وذلك لأن وظيفة القاضي لا تقف عند حد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور والنص التشريعي المطعون فيه فقط.

لذلك سوف نبحث في هذا الفصل في ماهية الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في المبحث الاول اما المبحث الثاني سوف يوضح فيه تطور الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع.

المبحث الاول

ماهية الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

يكاد يجمع الفقه على أنّ الرقابة القضائية على دستورية القوانين Judicial oversight of the constitutionality of laws، وفي جميع الأحوال هي رقابة على المشروعية، فمنذ ظهور هذه الرقابة أو نشأتها وعبر مراحلها المختلفة، والفقه الدستوري لا يرى فيها سوى رقابة على المشروعية والتي تنصب على الجوانب القانونية في التشريع المطعون فيه دون التطرق إلى جوانب الملائمة. وقد ربط الفقه الدستوري بين ملائمة التشريع واستقلال المشرع في مواجهة السلطة القضائية، ونظر إلى الملائمة على أنها تعبير لما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية⁽¹⁾.

ومن ذلك فإن اختصاص القضاء الدستوري Constitutional Judiciary، يعتمد في مواجهة المشرع بالرقابة على المشروعية أما إذا تجاوز اختصاصه وياشر الرقابة على ملائمة التشريع، يعدّ بذلك تعدياً على السلطة التقديرية للمشرع⁽²⁾، بالتالي فالرقابة الدستورية على ملائمة التشريع لا تعنى أن يحل القاضي الدستوري محل المشرع العادي Ordinary legislator، وأن يبديل من رقابة المشروعية برقابة الملائمة معتدياً بذلك اختصاص السلطة التشريعية Legislative authority، إذ ان هذا النظام يعدّ جزءاً أساسياً في تعزيز سيادة القانون وكذلك منع الانحراف التشريعي Legislative deviation، والذي قد يؤثر على حقوق الافراد واستقرار الدولة.

من عبر ذلك فإن وظيفة القاضي الدستوري يجب أن لا تقف عند حد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور والنص التشريعي محل الطعن، وهذا ما دفع إلى وجود جهاز قضائي متخصص في الرقابة الدستورية، وذلك للحد من انتهاك احكام الدستور. ومما تقدم سوف نتناول مفهوم رقابة الملائمة في المطلب الأول اما في المطلب الثاني سوف نتطرق فيه إلى الاختصاص التقديري للمشرع.

(1) د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ٤٦١.

(2) المصدر نفسه، ص ٤٦١.

المطلب الاول

مفهوم الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

تعد الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع من أهم الموضوعات الدستورية حيث إن فكرة الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع تعد فكر عظيمة الشأن، وذلك لجعل التشريع أكثر ملائمة للواقعة التي صدر لأجلها والتزام المشرع بالحدود الدستورية، لضمان نفاذ القاعدة الدستورية، وقد نشأت هذا الفكرة في الفضاء الإداري قبل أن تتحول إلى فكرة القضاء الدستوري. ونتيجة لما تقدم سوف نتناول تعريف رقابة الملائمة وذلك في الفرع الأول أما في الفرع الثاني سوف نتناول فيه الكلام عن نشأة رقابة الملائمة.

الفرع الاول

تعريف ملائمة التشريع

أولاً: التعريف اللغوي للملائمة:

الملائمة Suitability، في المعاجم العربية هي: الملائم على وزن مفعول ومفعال، الذي يقوم بعذر النيام، والملائم الاتفاق. قد تلائم القوم والتأمو واجتمعوا وانتفخوا، وتلائم الشبيبان اذا اجتمعا واتصلا، ويقال التأم الفريقان والرجلان اذا تصالحا واجتمعا. وهذا طعام يلائمني اي يوافقني، ولا تقل يلاومني ، كذلك تعرف بانها: لائم يلائم ملائمة فهو مُلائم، والمفعول ملاءم (للمتعدي) (1).

لاءم بين شيئين، لاءم بين فريقين وافق بينهما، أصلح بينهما: - لاءم بين الأصدقاء، لاءم الشيء: لأمه؛ أصلحه وجمعه، كما تعني: لائمه العمل: وافقه ناسبه - اختار مسكنا يلائم صحته، لائمه المناخ (2).

وهي من أصل كلمة لأم ولأم الشيء - لأما أي أصلحه، ويقال لأم بين الشيئين أي جمع بينهما ووفق. لاءمه الأمر أي وافقه، ولاءم فلاناً أي وافقه، ويقال التأم الرجلان أي اتفقا، وتلائم الشيئين أي اجتمعا واتصلا، وتلائم الكلام أي أتسق وانتظم (3).

(1) جمال الدين محمد بن منظور، دار لسان العرب بيروت، لبنان، ج ٨، ص ٣٢٨ .

(2) مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، ١٩٩٩، ص ٥٤٨.

(3) مجمع اللغة العربية، مصدر سابق، ص ٥٤٨.

ثانياً: تعريف الملائمة اصطلاحاً:

الملائمة في الاصطلاح القانوني تعني: صلة العمل القانوني بظروف إصداره أي هي عبارة عن العلاقة بين الأداة القانونية وظروف استعمالها كما يرى الفقه ذلك⁽¹⁾. كذلك تعرف الملائمة بأنها: هي توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف السياسية والاجتماعية التي يصدر فيها⁽²⁾. وفي نطاق القرارات الإدارية Administrative decisions , فالملائمة تتعلق بصلة العمل القانوني وظروف اصداره اي هي عبارة عن العلاقة بين الاداة القانونية وظروف استعمالها. اي ملائمة الجزاء التأديبي مع المخالفة التأديبية وتحقيق التناسب بين الجزاء التأديبي والمخالفة التأديبية، بحيث لا يجازى الموظف الا بجزاء او عقوبة تناسب ما صدر منه من مخالفة تأديبية، ضمانة لحسن وسير المرفق العام بانتظام واطراد لعدم التعسف باستعمال السلطة⁽³⁾. والأصل أن المختص بإصدار القرار أو التشريع يتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال بمعنى هو الذي يقرر فعلاً إذا كان من الملائمة إصداره أو عدم إصداره على الإطلاق فإذا رأى ضرورة إصداره فهو الذي يختار أولاً التوقيت الملائم لإصداره؛ وإذا أستقر على التوقيت الملائم لإصداره فهو الذي يقرر مدى ملائمة الظروف المحيطة لإصدار هذا القرار أو التشريع⁽⁴⁾.

ومما سبق يمكننا ان نعرف رقابة الملائمة بأنها: هي تناسب التشريع او القرار مع الواقعة او الغرض الذي صدر لأجله من حيث الزمان والمكان والظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

وبعد تعريفنا لرقابة الملائمة يتحتم علينا بيان مفهوم مبدأ المشروعية ومتى توصف الرقابة الدستورية على انها رقابة ملائمة ام انها رقابة مشروعية وذلك من خلال توضيح ما يأتي:

يعد مبدأ المشروعية principle of legitimacy ، من مبادئ القانون الدستوري الأساسية والذي اخذت بها اغلب الدول التي تنادي بالديمقراطية وسعت الى تثبيته في دساتيرها وقوانينها و ذلك لحماية الحقوق

- (1) د. جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة لبعض الانظمة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢٣.
- (2) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ١٦٤.
- (3) د. مجدي مدحت ابراهيم، قواعد واجراءات تأديب الموظف العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٠٨.
- (4) د. جورجى شفيق ساري، مصدر سابق، ص ٢٣٢.

والحريات العامة ولتكريس معنى دولة القانون الذي لا يمكن تصوره بدون احترام لمبدأ المشروعية⁽¹⁾. وكما يعد هذا المبدأ بانه الحامي لسيادة القانون، ولتحقيق هذا المبدأ لابد ان يكون هناك توافق على الوثيقة الدستورية من قبل المواطنين Citizens، اي ان تكون صياغة الدستور نابعة عن ارادة المواطنين فعند غياب هذه الآلية لا تتحقق المشروعية؛ وكما ان الدول التي اخذت بمبدأ المشروعية وسيادة حكم القانون وسريانه على الكافة في الدولة سواء اكانوا حكاماً او محكومين فقد تهدف بالأساس إلى تحقيق التوازن بين حق السلطات في فرض النظام وحقوق وحريات الأفراد⁽²⁾.

هذا ولمبدأ المشروعية عدة تعريفات قد تناولها العديد من الفقهاء من وجهات نظر مختلفة ومتباينة وسوف نوضح أهم هذه التعريفات وما نحتاجه في دراستنا وهو مبدأ المشروعية الدستورية principle of constitutional legitimacy ، والتي تتمثل بمبدأ سمو الدستور والتدرج في القاعدة القانونية، ووصف مبدأ المشروعية بشكل عام بانه سيادة احكام القانون في الدولة مما يؤدي الى علو احكامه وقواعده والخضوع للقانون سواء اكانوا حكاماً او محكومين⁽³⁾. هذا ويعد مبدأ المشروعية من صنع القانون الدستوري Constitutional law ، لأنه من المبادئ التي تضع حداً للسلطات المطلقة للحكام وقد أصبح بموجب هذا المبدأ وجود لدولة القانون التي تتبع القاعدة القانونية في كل تصرفاتها، فالقانون Law، ينفصل بمجرد صدوره عن الهيئة صاحبة الاختصاص ويصبح بذلك قاعدة عامة مجردة تسري على الجميع من أفراد وهيئات عامة في الدولة، ونتيجة لذلك يكون هناك التزام يقع على عاتق الدولة وذلك بأن تكون جميع تصرفاتها وفقاً للقوانين النافذة فيها وان اي تصرف مخالف للقواعد القانونية عندها يصبح عملها غير مشروع⁽⁴⁾. فعندما نجد احترام للسلطات العامة في الدولة مبدأ سيادة وسمو الدستور constitutional supremacy، هنا نكون أمام تأكيد مهم لمبدأ المشروعية Legitimacy ، وذلك لاتصال مبدأ المشروعية بخضوع المواطنين وكذلك السلطات العامة دون أي استثناء لأحكام وقواعد القوانين النافذة في الدولة؛ وذلك عبر التزام التشريع الأدنى بما جاء من أحكام بالتشريع الأعلى منه مرتبة

- (1) د. احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، دور قاضي الالغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٨، ص ١٤.
- (2) شريف حسن البوشي، المشروعية الدستورية والتحول الديمقراطي، المعهد المصري للدراسات، ٢٠١٩، ص ٢.
- (3) د. رفعت عبد الوهاب، القضاء الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١.
- (4) نور نواز محمد فرج باخي، الانحراف التشريعي ومدى مساسه بمبدأ المشروعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠٢٢، ص ٣٨.

لنكون جميع التشريعات في حالة توافق وتدرج في إطار البناء القانوني للدولة مما يحقق الانسجام بين التشريعات والقواعد الدستورية، بوصف القواعد الدستورية الأعلى والأسمى في الدولة⁽¹⁾. وقد أكد بعض الفقه أن مبدأ المشروعية هو تعبير عن حركة القانون في المجال التطبيقي حيث أن أي عمل قانوني يجب أن يتطابق مع القاعدة القانونية التي ترتبط به وتنظمه⁽²⁾. ومن ذلك فإن كل التصرفات والنشاطات والأعمال الصادرة عن الدولة يجب أن تخضع للقانون وهذا يشمل جميع سلطاتها الأساسية وهيئاتها العامة التابعة لها حيث تباشر هذه السلطات اختصاصاتها المخولة لها عن طريق الالتزام بأحكام القانون بحسب قاعدة التدرج القانوني؛ كما لا يحق للإدارة أن تقوم باتخاذ أي عمل أو تصرف قانوني إلا بموجب القانون⁽³⁾.

هذا ويذهب أغلب فقهاء القانون بأن المقصود بالقانون هنا هو المفهوم العام الواسع حيث يشمل كل القواعد القانونية الوضعية والقائمة في الدولة أي كل قاعدة قانونية عامة مجردة على اختلاف مصادرها، وحسب تدرجها تدخل ضمن معنى القانون بمعناه الواسع و تكون النظام القانوني للدولة⁽⁴⁾. أما بالنسبة لتعريف مبدأ المشروعية فهناك عدة تعريفات منها بأن تخضع الدولة بمؤسساتها وأفرادها جميعاً لأحكام القانون وأن لا تتجاوز حدوده في تصرفاتها، وإلا أصبحت أعمالها غير مشروعة وباطلة⁽⁵⁾. كذلك تعرف بأنها خضوع كل من الحكام والمحكومين للقانون بمعناه العام و احترام القواعد القانونية الذي على أساسه تتفق كل تصرفات الهيئات والسلطات العامة في الدولة مع قواعد القانون في الدولة⁽⁶⁾. كما يرى جانب من الفقه أن المقصود بمبدأ المشروعية هي أن قرارات وأعمال الهيئات العامة تكون صحيحة ومنتجة لجميع أثارها القانونية وتكون ملزمة لجميع الأفراد المخاطبين والمعنيين بها متى ما التزمت هذه القرارات والأعمال بحدود قواعد القانون في الدولة⁽⁷⁾. وبالاستناد إلى ما سبق يحق للأفراد الذين قد يمسمهم

(1) د. عيد احمد الغفول، فكرة النظام العام الدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٦٧.

(2) د. عبد العزيز محمد سالم، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١، ص ١٤٣.

(3) رشدي سبائطي، مبدأ المشروعية محاولة لتحديد ابعاد المفهوم، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، العدد ١٢٢، مجلد ١٢٣، ٢٠١٥، ص ١١٣.

(4) د. عبد العزيز محمد سالم، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(5) د. السيد خليل هيكل، القانون الإداري السعودي، دار الزهراء للنشر، ٢٠١٢، ص ١.

(6) د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ص ٣١.

(7) د. نواف كنعان القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ٤.

ضرر بسبب قرار ما أو بسبب أعمال السلطات في الدولة، ان يطلبوا وقف تنفيذ القرار وكذلك التعويض في حالة الضرر ويقع عبئ الإثبات على الفرد حيث أطلق على أعمال الإدارة بانها قرارات نهائية واجبة النفاذ حتى يصدر امر بإلغائها أو سحبها، وهذا ما يعد من أهم مواطن القوة التي يتمتع بها مبدأ المشروعية وذلك من خلال حفظه للحقوق من الضياع.

ومما تقدم يرى الباحث أن رقابة القضاء الدستوري Constitutional judicial oversight تكون رقابة مشروعية عندما تكون القاعدة الدستورية واضحة ومحددة اي ان القاضي الدستوري يراقب هل ان هذا التشريع دستوري ام غير دستوري ولا يتدخل في البواعث والغايات التي ادت الى اصداره. وعلى العكس من رقابة القضاء الدستوري على ملائمة التشريع تكون في الاحوال التي تكون فيها القاعدة الدستورية غير واضحة وغير محددة ويشوبها الغموض فهنا يتعذر النظر الى الرقابة على انها رقابة مشروعية، مما يبرر حرية التقدير التي تخولها القاعدة غير المحددة يستطيع بموجبها القاضي الدستوري ان يباشر رقابة الملائمة من خلال رقبته على التقدير.

الفرع الثاني

نشأة الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

عند الكلام عن رقابة الملائمة Suitability control , ونشأتها لابد لنا أن نعلم أن فكرة رقابة الملائمة قد جاءت من قواعد القانون الاداري ونظرياته، وتمثل الرقابة على الأسباب أقصى مراحل التطور الذي وصلت إليه الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، حيث تبلغ السلطات التي يملكها القاضي الإداري في مواجهتها حداً من الاتساع لم تبلغه في أي وجه آخر من أوجه الطعن بالإلغاء ولا شك أن أسباب القرار الإداري يمكن فيها مدى تبريره، أي مدى تناسبه مع الظروف التي صدر فيها، وقد برزت فكرة الملائمة كمعيار اساسي يمكن الاستناد إليه في جميع الأحوال، للتحقق من ملائمة الاجراءات التي إتخذتها الإدارة والتي قد تؤثر على بعض الجهات القانونية، سواء اكانت جهات محددة كأحد الموظفين، أم جهات غير محددة كالإجراءات المتخذة التي تمس المصلحة العامة، وبهذا يمكن القول بأن الرقابة القضائية على الملائمة، إنما تجد مكانها الطبيعي في إطار الرقابة على أسباب القرار الإداري ومدى ملائمته للمشروعية، كما أنها تمثل المجال الرئيسي الذي تبدو فيه حرية الإدارة في أعمال تقديراتها

بالنسبة للقرار الإداري⁽¹⁾. والأصل أن المختص بإصدار القرار أو التشريع يتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال، بمعنى آخر هو الذي يقرر فعلاً إذا كان من الملائمة إصداره أو عدم إصداره على الإطلاق، فإذا رأى ضرورة إصداره فهو الذي يختار أولاً التوقيت الملائم لإصداره، وإذا استقر على التوقيت الملائم لإصداره فهو الذي يقرر أخيراً مدى ملائمة الظروف المحيطة بإصدار هذا القرار أو التشريع. فالملائمة تتعلق بصلة العمل القانوني بظروف إصداره أي هي عبارة عن علاقة بين الأداة القانونية وظروف استعمالها⁽²⁾. وقد اتجه القضاء الإداري *Administrative judiciary*، في مصر إلى تحقيق رقابة الملائمة على قرارات الإدارة، إلا أنه سلك في ذلك مسلكاً يشوبه الكثير من الحذر إذ يقلص خطواته بصفة تدريجية، حيث يعلن في الظاهر أن ملائمة العمل الإداري تخرج عن حدود رقابته التي ينبغي أن تتوقف عند حدود المشروعية، بينما هو في حقيقة الأمر يمارس رقابته على العديد من جوانبها. ولهذا ظلت الرقابة الدستورية على الملائمة في مصر غير معروفة ككيان مستقل، حتى عام ١٩٦١، فبالنسبة للقضاء المصري، حيث قد أعلن رقابته الصريحة على الملائمة، إذ تجدر الإشارة إلى أن المحكمة الإدارية العليا في ١١/نوفمبر/ ١٩٦١ قد أصدرت حكماً فقضت بأنه لئن كان للسلطة التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقديرية خطيرة الذنب الإداري وما يناسبه من وجود جزاء بغير معقب عليها في ذلك إلا أن مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أية سلطة تقديرية غيرها ألا يشوب استعمالها من وجود غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره⁽³⁾، حيث أحدث دويماً هائلاً في أوساط رجال الفقه والقضاء في ذلك الوقت. وقد وصفه البعض بأن المحكمة الإدارية العليا قد وضعت بهذا الحكم شعلة مضيئة في طريق الحق والعدل وزينت بهذا الحكم صدر قضائها الإداري⁽⁴⁾. وقد باشرت المحكمة الإدارية العليا في هذا الحكم رقابتها الصريحة على ملائمة القرارات التأديبية، وفي هذا تقول لئن كانت للسلطات التأديبية، ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطيرة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطات شأنها في ذلك شأن أية سلطة تقديرية أخرى، ألا يشوب استعمالها غلو، ومن

(1) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي وآخرون، مصدر سابق، ص ٤١٨.

(2) عصام عبد الوهاب البرزنجي، مصدر سابق، ص ٤٣٦.

(3) ينظر حكم المحكمة الادارية العليا، القضية رقم ٥٦٣، في ١١/١١/١٩٦١.

(4) علي حميد عبد الله الكتبي، القضاء الدستوري بين المشروعية والملائمة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة عجمان، الامارات، ٢٠١٨، ص ٩.

صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي توخاه القانون من التأديب والهدف الذي توخاه القانون من التأديب وهو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة، ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية، خشية التعرض لهذه القسوة الممعنة في الشدة، كما أن الإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى الاستهانة بأداء واجباتهم جميعاً في هذه الشفقة، فكل على طرفي النقيض لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي يرمى إليه القانون من التأديب، وعلى هذه الأساس يعد استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع الرقابة هذه المحكمة، وإن رقابة الحد الأدنى للمشروعية الداخلية للقرار الإداري تقوم على عناصر ثلاثة أولاً: التأكد من أن القرار جاء خلواً من إساءة استعمال السلطة، ثانياً: أن السلطة الإدارية لم ترتكب خطأ قانونياً، ثالثاً: أن القرار يستند إلى وقائع مادية ثابتة الوجود. ولأن الإدارة في ظل تلك الرقابة قد تصدر قرارات جائرة، فقد ابتدع القضاء الإداري فكرة الخطأ البين في التقدير، خاصة في المجالات التي تملك فيها الإدارة اختصاصاً تقديرياً واسعاً، حيث تنصب رقابة القاضي حينئذ على عنصر الملائمة وليس على عنصر المشروعية⁽¹⁾. ومع التطورات المتلاحقة للقضاء الدستوري فقد انتقل الى مرحلة جديدة، بأن أدخل في قضائه فكرة الخطأ البين في التقدير متأثراً في ذلك بالقضاء الإداري، ومن عبر نظرية الخطأ الظاهر في التقدير قد تلقف هذه الفكرة وانطلق من خلالها الى مباشرة رقابة مشابهة للرقابة التي يباشرها القضاء الإداري على ملائمة القرارات الإدارية⁽²⁾. ومن الأحكام الدستورية التي نجد فيها ان القضاء الدستوري انطلق من عبرها لمباشرة رقابة الملائمة هي:

أولاً: تطبيقات رقابة الملائمة في القضاء الدستوري المصري:

ولعل حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في ١٩٨٦/٣/١ ينطبق بشكل واقعي ويترجم بوضوح رقابة الغلط البين في عبارات لا تحتل التأويل، ف قضى هذا الحكم بعدم دستورية المادة (٢) من القرار بقانون رقم ١١٣ لعام ١٩٦٤ بشأن تحضير الأدوية والمستحضرات الصيدلانيات تحت أسماء تجارية أو بقصد الاتجار فيها. وقد لوحظ في هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا قد راقبت مدى ملائمة الحل

(1) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مصدر سابق، ص ٤٣٥.

(2) د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة،

٢٠١٦، ص ٣٠.

الذي اختاره المشرع لتنظيم نشاط تصنيع وإنتاج الأدوية من قبل الصيدليات. وهذا الحكم قد صرح بوضوح لأول مرة بأن ثمة حل أو حلولاً بديلة للمحل الذي اختاره المشرع والذي كان من شأن اللجوء إليه لتفادي الحكم ببطلان الحل الذي اختاره المشرع لانطوائه على مصادمة عنيفة لمبادئ الدستور⁽¹⁾.

يرى الباحث من خلال ما تقدم أن تحديد نطاق الغلط البين يعني تحديدا لنطاق السلطة التقديرية للمشرع والإدارة على السواء بما يؤدي إلى خضوع هذه السلطة لرقابة الغلط البين في التقدير في المجالين الدستوري والإداري، حيث أن القضاء الإداري المصري بشكل عام يسلط رقابة صريحة مباشرة على ملائمة القرارات الإدارية عبر نظرية الغلو في قضاء مجلس الدولة المصري، ولذا نرى أن القضاء الدستوري في مصر قد تلقف... هذه الفكرة وعمد من خلالها إلى مباشرة رقابة مشابهة للرقابة التي يمارسها القضاء الإداري على ملائمة القرارات الإدارية.

ثانيا: تطبيقات رقابة الملائمة في القضاء الدستوري العراقي:

لقد شهد العراق عبر الدساتير السابقة العديد من التجارب الدستورية وأول تجربة في القضاء الدستوري العراقي كانت في القانون الأساسي العراقي لعام 1925 حيث شكّلت محكمة عليا من مجلس الأعيان ومحكمة التمييز من تسعة أعضاء ومنحت سلطة محاكمة أعضاء مجلس الأمة وأحكام محكمة التمييز والرقابة على دستورية القوانين وتفسير النصوص الدستورية ومحاكمة الوزراء إلا أن هذه المحكمة كانت تتعقد بإرادة ملكية وتتظر في القضايا المحالة إليها من مجلس الوزراء⁽²⁾ أما التجربة الدستورية الثانية كانت في الدستور العراقي لعام 1968 والذي أشار فيه إلى تشكيل محكمة دستورية وُحد اختصاصاتها في البت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الإدارية والمالية والنظر بمخالفة الأنظمة لها إلا أن هذه المحكمة لم تمارس أعمالها حتى صدور الدستور العراقي المؤقت لعام 1970، الذي لم يُشر إلى الرقابة الدستورية، ولم يكرر النص على وجود هذه المحكمة⁽³⁾. إلا أنه بصدور دستور جمهورية

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، القضية رقم ٨ لسنة ٥ ق دستورية، المجموعة ٣، بتاريخ ١٩٨٦/٣/١، ص ٣١٥.

(٢) ن الجدير بالذكر أن المحكمة العليا لم تمارس اختصاصها في الرقابة على الدستورية الا مرة واحدة عام 1939 في مدى توافق قانون منع الدعايات المضرة رقم (20) في 1938/3/7) مع احكام القانون الاساسي حيث حكمت بعدم دستوريته . وهذا ما دفع بعض الكتاب العراقيين آنذاك الى القول إن (المحكمة العليا) لم تقدم أي ضمان حقيقي وجدي يحول دون انتهاك السلطة التشريعية لنصوص الدستور). ينظر: د. عبد الله اسماعيل البستاني ، مساهمة في اعداد الدستور الدائم وقانون الانتخاب ، بغداد ، 1961 ، ص68

(3) د. احسان حميد المفرجي، القانون الدستوري في العراق، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٠، ص ٤٠٢.

العراق لعام 2005 ، الذي نص على تشكيل قضاء دستوري متخصص متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا، كأحدى تشكيلات السلطة القضائية الاتحادية في العراق، فنص على أن المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة من خلال نص المادة (٩٢) ، من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، حيث راعى الإستقلال القضائي في الرقابة على دستورية القوانين، ثم حدد اختصاصاتها في المادة (93) دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥⁽¹⁾. وبالنظر إلى نص المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، نجد بأن المحكمة الاتحادية العليا في العراق باشرت الرقابة على دستورية القوانين وذلك عن طريق الرقابة على مشروعية النصوص التشريعية أمر ليس به غموض، بقدر الرقابة على ملاءمة التشريع ، وبالرغم من ان تاريخ القضاء الدستوري في العراق حديثاً؛ ومُقارنَةً بالنظام القضائي الدستوري المصري و من تتبع قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق نجد بأن بدايات هذه الرقابة كانت رقابة مشروعية على النص التشريعي.

الا ان المحكمة الاتحادية العليا على الرغم من انها لم تصرح بانها تمارس رقابة ملاءمة على النص التشريعي في مجال الرقابة على دستورية التشريعات، الا انها مدت نطاق الرقابة إلى فحص ملاءمة التشريع، فقضت في أحد قراراتها حكم المحكمة الاتحادية العليا (٢٠١٢) بعدم دستورية النص التشريعي الذي يخلو من التناسب التشريعي فقضت "لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن وزير الخارجية/ إضافة لوظيفته أقام دعوى للطعن بعدم دستورية بعض مواد القانون المرقم (27) لعام 2011، قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء"⁽²⁾. وبالنظر لوقوع تباين كبير فيما يخص رواتب موظفي وزارة الخارجية حيث من هم في الدرجات العليا يتقاضون رواتب أقل ممن هم أدنى درجة وظيفية منهم إضافةً إلى أن رواتبهم هذه لا تتناسب مع مستوى المعيشة في البلدان التي يشغلون وظائف دبلوماسية فيها أسوة ببقية الدول الأخرى وحيث أن القانون رقم (27) لعام (2011) قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء قد شرع دون اتباع السياقات المتقدمة لذا فإنه جاء مخالفاً للدستور وقررت الحكم بعدم دستوريته والغائه⁽³⁾.

(1) ينظر المواد (٩٢، ٩٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

(2) ينظر قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء، رقم ٢٧ لعام ، ٢٠١١.

(3) ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا، العدد ٤٨/اتحادية/٢٠١٢.

مما تقدم يرى الباحث ان المشرع وان كان يمتلك سلطة تقديرية في مجال تنظيم الحقوق والحريات الا انه من الأولى الحديث عند احتمالية تجاوز المشرع حدود تلك السلطة والمساس بالحقوق والحريات والانتقاص منها او الغائها مما يسمح للمحكمة بالتدخل لحمايتها عن طريق فحص مدى ملائمتها.

المطلب الثاني

الاختصاص التقديري للمشرع

الدستور Constitution هو من يحدد لكل سلطة من السلطات في الدولة حدود اختصاصها وبذلك يترك لإحدى هذه السلطات حرية العمل ضمن نطاق محدد دستوريا، فعند تحديد اختصاص السلطة التشريعية فإن الدستور قد يفرض عليها قيود عند مباشرتها لهذه الاختصاصات وتتباين هذه القيود من حيث السعة والضيق حسب طبيعة الموضوع محل التنظيم. فالدستور قد ينص على حرمان المشرع من أي سلطة تقديرية عندما يحدد بصورة واضحة نطاق الموضوع كما قد يضع ضوابط تجعل سلطة المشرع مقيدة، أو قد يترك لها الحرية في التقدير، عندها تكون للمشرع سلطة تقديرية. وليبيان ذلك بشكل أكثر تفصيلا سوف نتناول تعريف السلطة التقديرية وعلاقتها بملائمة التشريع وذلك في الفرع الاول اما في الفرع الثاني نتطرق فيه الى الانحراف بالسلطة التشريعية.

الفرع الاول

تعريف السلطة التقديرية للإدارة والمشرع

لكي يتسنى لنا تحديد مفهوم أو تعريف واضح للسلطة التقديرية للمشرع discretion of legislator, يتوجب علينا التطرق (أولا) لتعريف السلطة التقديرية للإدارة وذلك لكون الرقابة على الملائمة كانت نشأتها في القضاء الإداري قبل تطبيقها في القضاء الدستوري ، ثم نتبع بعد ذلك تعريف السلطة التقديرية للمشرع (ثانيا).

أولاً: تعريف السلطة التقديرية للإدارة

إنَّ الوقوف على مفهوم السلطة التقديرية للإدارة يعد ذات أهمية كبيرة وذلك لخطورة هذا المجال وهو الاختصاص التقديري للإدارة، لان ذلك قد يؤدي في كثير من الحالات الى التعسف في استعمال السلطة التي منحها له القانون، الا انه على الرغم من وجود هذه الخطورة فان وجود هذه السلطة لا

مناص منه، وعليه فإن القانون الفرنسي يعد السباق إلى تبني فكرة السلطة التقديرية للإدارة من الوجهة التاريخية، وتعرف السلطة التقديرية للإدارة في الفقه الفرنسي بأنها حرية الإدارة في اختيار تصرفها⁽¹⁾، أو هي سلطة تقدير مدى ملائمة الإجراءات الإدارية للواقعة التي صدرت لأجلها⁽²⁾. وكما تعرف السلطة التقديرية للإدارة بأنها تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية من حيث تقديرها لاتخاذ التصرف أو الامتناع عنه⁽³⁾. وايضا تحديد مضمون تصرفها أو اتخاذه بشكل أو وقت مناسب أو للسبب الملائم له أو تحديد محله⁽⁴⁾، اي أن يترك القانون للإدارة حرية في التصرف بصدد موقف معين بحيث يكون للإدارة حرية إختيار عمل ما أو تمتع عن القيام به، او يترك لها القانون اختيار نوع الإجراء الذي تتخذه بشأن هذا الموقف الذي تتخذه⁽⁵⁾.

أما في الحالات التي يحدد القانون للإدارة الإجراء الذي يجب أن تتخذه إزاء موقف معين فإن إختصاص الإدارة في هذه الحالة يكون إختصاصا مقيداً وليس تقديرياً. ومن خلال التعاريف السابقة فإن هناك أسباب تحد من تقييد نشاط الإدارة بشكل مطلق مثلا من المستحيل أن يحدد المشرع للإدارة مسارات معينة يجبرها على إتباعها وهي بصدد مزاوله أنشطتها اليومية أو أن يرسم لها المواقف التي يجب عليها ان تتخذها والقرار الواجب إصداره لمواجهة كل موقف، إذ أنه لا يستطيع أن يتنبأ بالظروف المحيطة بكل تصرف وملابساته الأمر الذي يقتضي ضرورة ترك سلطة تقدير للإدارة في التصرف وإصدار القرارات المناسبة على ضوء متطلبات الواقع⁽⁶⁾. والظروف الخاصة بكل حالة وأن يقتصر عمل المشرع على وضع قواعد عامة مجردة دون التدخل في التفاصيل والجزئيات إلا في حالات السلطة المقيدة، كما ان حجب الاختصاص التقديري أو سلطة التقدير عن الإدارة يجعل منها أداة صماء تنحصر مهمتها في التنفيذ الحرفي للقوانين بدون مراعاة الظروف المحيطة بالتنفيذ، الأمر الذي من شأنه أن يصيب مرافق الإدارة وأنشطتها بالجمود ويقضى على قدرة الإبداع والتجديد لديها

(1) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مصدر سابق، ص ١٦٤.

(2) د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار السنهوري، بغداد ، ٢٠١٥، ص ٣٩.

(3) Adam Scott, Discretionary powers of the public administration in law application processes and its judicial control. Publisher: Peter lang, August 2017 , p 90.

(4) علي حميد عبد الله الكتبي، مصدر سابق، ص 32.

(5) عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية المشرع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٩، ص ٢٠٠.

(6) د. وسام صبار العاني، مصدر سابق، ص ٤٠ - ٤١.

مما يؤدي الى المساس بالمصلحة العامة، وبالتالي إن منح الإدارة سلطة تقديرية لا ينبغي أن يفسر على أنه ميزة تستطيع الإدارة أن تتعسف في استعمالها، وإنما هي تنقرر مقابل اضطلاع الإدارة بمسؤولياتها الكبيرة و مهامها الجسام في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽¹⁾.

هذا وإن علاقة السلطة التقديرية للإدارة بالرقابة على الملائمة حيث أن السلطة التقديرية وإن كانت تمثل قيوداً على ولاية القضاء العامة مما يستلزم أن تتمتع الإدارة بمجال واسع من حرية التصرف، فإن هذه الحرية ليس بمنجى من رقابة القضاء Judicial oversight ، لأن المشرع تركها لها بإرادته لكي تستطيع القيام بواجباتها والاضطلاع بمهامها على أحسن وجه، إلا أن رقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة محدودة بحدود مشروعية أعمال الإدارة، فمهمته فيها لا تتعدى فحص مشروعية التصرف أي مدى مطابقته للقانون، فالأصل أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية فلا يجب أن تمتد رقابته إلى ملائمة التصرف للإدارة، ومن مبررات هذا المبدأ من الناحية العملية استحالة ممارسة الرقابة على الملائمة، نظراً لبعده القاضي من حيث المكان ومن حيث الزمان عن الظروف والملابسات التي أحاطت بالإدارة وهي تمارس سلطتها التقديرية، كما أن إخضاع تصرفات الإدارة لرقابة الملائمة يصطدم بمبدأ الفصل بين السلطات Separation of power ، لان القاضي إذا تصدى لفحص ملائمة العمل الإداري يبدو وكأنه نصب من نفسه سلطة رئاسية لجهة الإدارة، أو حل محلها في ممارسة الوظيفة الإدارية⁽²⁾. إلا ان تحديد سلطة قاضي الإلغاء برقابة المشروعية دون الملائمة هو في جميع الأحوال أمر محل نظر، لأنه قد تخرج مسألة تقدير ملائمة التصرف من سلطة الإدارة التقديرية وتصبح عنصراً من عناصر المشروعية الأمر الذي يوسع من سلطة القاضي الإداري فيصبح قاضياً للملائمة دون أن يخرج من كونه قاضياً للمشروعية، باعتبار أن الملائمة تشكل عنصراً من عناصر المشروعية كما في حالة تدخل سلطات الضبط الإداري في تقييد الحريات العامة، كما أن هذا ليس تعارضاً مع مبدأ الفصل بين السلطات بل تأكيداً له وتفعيله، فإعطاء الإدارة قدراً من الحرية والاختيار في تقدير الوقائع والأسباب التي تؤسس عليها قراراتها في مجال سلطتها التقديرية أمر تقتضيه طبيعة الوظيفة الإدارية والاعتبارات العملية التي تستدعيها ضرورات السير في المرافق العامة بانتظام وإطراد؛ إلا أن تقدير هذه الوقائع والأسباب وأهميتها ينبغي أن يخضع لرقابة القضاء، لأنه من شأن ذلك أن يحمل الإدارة الى توخي الدقة في تسبب قراراتها

(1) د. وسام صبار العاني، مصدر سابق، ص ٤٠ - ٤١.

(2) د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٢٠.

وملائمة تصرفاتها تبعاً للمصلحة العامة هذا من جانب، ويمنع تعسفها وانحرافها في استعمالها لسلطتها التقديرية بما يضمن حقوق الأفراد وحياتهم وعدم الالتفات عليها من جانب آخر؛ فالسلطة التقديرية ليست سلطة تحكمية مطلقة بل ينبغي أن يتثبت القضاء من أن الإدارة لم تتحرف في استعمالها لسلطتها التقديرية⁽¹⁾. في مصر ان القضاء الإداري يراقب ملائمة القرار الإداري للوقائع التي أدت إلى إصداره وبالأخص في مجال الحريات Freedoms، وأعمال الضبط الإداري Administrative control، لأنها تمس بالحقوق والحريات⁽²⁾.

كما أن القضاء الإداري المصري Egyptian Administrative judiciary، بأشر هذه الرقابة حتى في ظل إعلان الأحكام العرفية Martial Law، فقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن قرار الحاكم العسكري العام في ظل الأحكام العرفية كأى قرار إداري آخر ينبغي أن يكون له من الأسباب ما تقوم عليه الحالة الواقعية أو القانونية مما تدعو الإدارة إلى التدخل؛ وأن هذا السبب يخضع لرقابة المحكمة وبعد أن أشارت المحكمة إلى خضوع ملائمة قرارات الحاكم العسكري لرقابتها والأساس القانوني لهذه الرقابة قررت المحكمة، إذا كانت الإدارة في الأصل تملك حرية في وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها والتي من أجلها تتدخل لإصدار قرارها، إلا أنه حينما تختلط مناسبة العمل الإداري Administrative work، بشرعيته، ومتى كانت هذه الشرعية تتوقف على حسن تقدير الأمور وبالأخص فيما يتصل بالحقوق والحريات العامة public and freedoms، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تسوغ العمل الإداري، فالعمل الإداري لا يكون مشروعاً إلا إذا كان لازماً؛ وهو في هذه الحالة يخضع لرقابة المحكمة، فإذا ثبتت جدية الأسباب التي أدت إلى هذا التدخل كان القرار بمنجى من أي طعن أما إذا أتضح أن هذه الأسباب لم تكن جدية وليس لها أهمية حقيقية تؤدي إلى التدخل لتقييد الحقوق والحريات العامة كان القرار باطلاً Decisions is invalid، وقد اخضع القضاء الإداري المصري قرارات الإدارة في مجالس التأديب لرقابته على ملائمة قرارات

(1) على سبيل المثال في فرنسا لقد سمح القضاء الإداري الفرنسي لنفسه ان يقدر الوقائع وينظر في مدى ملائمتها مع القرار الذي صدر على أساسها عندما تكون الملائمة شرطاً من شروط المشروعية مما يتعين بحثه للتحقق من وجودها؛ ويتحقق ذلك عندما لا يكون القرار مشروعاً إلا إذا كان ضرورياً أو لازماً للحالة التي بصدد مواجهتها. ينظر د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٤٣٨.

(2) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا ٣٠ / ٥ / ١٩٦٤، ق ٤١٦، س ٧، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة ٩، ص ١٠٧١.

الإدارة⁽¹⁾. إن القضاء الإداري في مصر ومن عبر قيامه بفرض رقابته على الملائمة في مجال قرارات الضبط الإداري وذلك للمحافظة على النظام العام عبر مدى تناسبها للأجراء المتخذ، إذ أن القضاء المصري حاول إقامة نوعاً من التوازن ما بين حماية حقوق الأفراد وحياتهم وبين حماية النظام العام، وعلى هذا الأساس تم إرساء الضمانات القانونية والقضائية لتحقيق التوازن بين الحريات العامة والنظام العام⁽²⁾.

أما في العراق فإننا يمكن أن نلتمس تردد القضاء العراقي Iraq judiciary، في فرض رقابته على أعمال الإدارة عموماً، لاسيما في المرحلة التي سبقت نشأة القضاء الإداري قبل صدور التعديل الثاني لمجلس الدولة State council، الذي تم بموجبه استحداث محكمة القضاء الإداري Administrative Court، والتي تختص بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات الإدارية⁽³⁾. وقد ذهبت محكمة التمييز Court of Cassation، في الكثير من أحكامها إلى أنه ليس للمحاكم ولاية القضاء على القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات ذات الشأن ما لم يكن هناك ضرر نتج عن قرار إداري صادر خلافاً للقانون؛ وعلى ذلك ذهبت محكمة التمييز في قضاؤها في هذه الأحكام Rulings، على أن قاعدة الفصل بين السلطات Separation of powers، لا تجيز للسلطة القضائية النظر في أعمال السلطة التنفيذية الممنوحة لها وفقاً لأحكام القانون⁽⁴⁾.

كما أن المفهوم الذي يستند إليه قضاء محكمة التمييز للفصل بين السلطات يتعارض مع المفهوم الواقعي والعملي، إذ لم يعد المفهوم المطلق للفصل بين السلطات مقبولاً بل إن الهيئات العامة في الدولة تباشر اختصاصاتها ووظائفها على أساس من التعاون والمساواة والتوازن فيما بينها؛ ورقابة القضاء على أعمال الإدارة لا تعني انتقاصاً من تلك المساواة أو الإخلال بذلك التوازن، وإنما على العكس تماماً فهذه

(1) ينظر حكم محكمة القضاء الإداري ٢٩ / ٤ / ١٩٥٣ القضية ١٠٢٦ سنة ٦ قضائية مجموعة المبادئ القانونية، محكمة القضاء الإداري، السنة السابعة ص ١٠٧٢.

(2) حبيب إبراهيم حمادة، الرقابة على أهمية وخطورة السبب في قرارات الضبط الإداري، منشور على الموقع الإلكتروني، <https://Alberta.com/more.php?idm=75984#:~:text=تاريخ+الزيارة+٢/٨/٢٠٢٥>.

(3) د. عثمان سلمان غيلان العبودي، الأحكام القانونية في إقامة الدعاوى الإدارية، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ٢٠٢٠، ص ١٣.

(4) ينظر القرار التمييزي في الدعوى رقم (٦٤٠) ب/ ١٩٥١ في ١ / ٥ / ١٩٥١.

الرقابة هي رقابة على الحدود النهائية لكل سلطة من السلطات قبل كل شيء بما يمنع التجاوز على غيرها دون أن يعني ذلك بحال خضوع السلطة التنفيذية عضواً لسلطة القضاء⁽¹⁾.

ومن الأحكام التي اعترفت فيها محكمة التمييز بولاية إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة حكمها التي قضت فيه، أما القول بأن المحاكم لا تملك إلغاء القرار الفردي غير وارد إذ أن القضاء له الولاية العامة وهو الحارس على حقوق الناس إلا في المجالات الممنوع فيها قانوناً ولذلك إذا ثبت للقضاء أن القرار الإداري لا سند له في القانون ولا يوجد قانون خاص يمنعه من ممارسة اختصاصه فيه فله أن يصدر من الأحكام ما يعيده لنصابه⁽²⁾.

ومن تطبيقات القضاء الإداري العراقي بصدد الملائمة على قرارات الضبط الإداري، ما قضت به محكمة القضاء الإداري فيما يتعلق بحرية التجارة من إن (...تحويل اصحاب محلات بيع (البقوليات) بالجملة في منطقة الميدان في الموصل بسبب الازدحام الذي تسببه هذه المحلات الذي يؤدي الى حدوث زخم مروري في وسط المدينة كان بتوجيه من المجلس المحلي في قضاء الموصل الى المنطقة الصناعية القديمة بعد انشاء علوة متخصصة لأصحاب هذه المحلات... وحيث ان استعمال الابنية يكون بموافقة البلدية وذلك استناداً لأحكام المادة (32) من نظام الطرق والابنية رقم 44 لعام 1945⁽³⁾، لذا لا يعد مدير بلدية الموصل متعسفاً في منع المدعي من العمل في محلة الواقع في منطقة الميدان وسط الموصل والمعد لبيع اليايسات بالجملة ومن حقه ان يقوم بتخصيص علوة خاصة لهذا الغرض في منطقة لا تسبب ازدحاماً يؤدي الزخم المروري وبذلك فانه ليس من حق المدعي عدم الاستجابة لأمر الترحيل خاصة وان المجلس المحلي قد اوصى بذلك... وعليه قرر الحكم برد دعوى المدعي⁽⁴⁾.

يرى الباحث ومن خلال ما تقدم ومن استطلاع الاحكام القضائية أيضاً ان القضاء الإداري في مصر قد اخذ بالرقابة على ملائمة القرارات الإدارية بشكل صريح وواضح لاسيما في مجال الحقوق والحريات ومسائل الضبط الإداري التي تمس بتلك الحقوق والحريات؛ اما في العراق اذ نجد ان الرقابة على اعمال السلطة التقديرية عبر اعتراف القضاء لنفسه بالرقابة على قرارات الادارة.

(1) د. عثمان سلمان غيلان العبودي، مصدر سابق، ص 42.

(2) ينظر حكم محكمة التمييز العراقية رقم 1964/1957 في 26/7/1957.

(3) ينظر قانون نظام الطرق والابنية، رقم 44، لعام 1945 المعدل.

(4) ينظر قرار محكمة القضاء الإداري رقم 81/قضاء اداري/2005 في 18/1/2006.

ثانيا: تعريف السلطة التقديرية للمشرع

السلطة التقديرية للمشرع Discretionary powers of legislator , تعني هي قدرة المشرع على المفاضلة بين البدائل أو الخيارات الموضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يهدف إليه دون أن يفرض الدستور عليه طريقا بذاته يجب عليه اتباعه أو توجيهه توجيهها محددًا يلتزم به⁽¹⁾. كذلك تعرف السلطة التقديرية بأنها الحرية في الاختيار الممنوحة لسلطة ما في ممارسة اختصاصاتها، أي أن السلطة التقديرية تعني تمتع السلطة أو الهيئة التي تمارس نشاطا معينًا بقسط من حرية التقدير وهي بصدد ممارسة معظم اختصاصاتها القانونية⁽²⁾. كما تعرف بأنها مكنة تتيح من خلالها للسلطة التشريعية الاختيار الحر للأجراء الذي تراه مناسبًا للوقائع التي تسوغ اتخاذ هذا الاجراء وذلك في غير الحالات التي تلتزم بما يقرره كل من المشرع والقاضي الدستوري⁽³⁾. وبما ان تعريف السلطة التقديرية للمشرع تعني: "ان السلطة التقديرية للمشرع تعني الحرية التي يتمتع بها المشرع في ممارسة اختصاصه أو المفاضلة بين البدائل" فان ذلك لا ينسجم مع مفهوم الاختصاص، على الرغم من أن مفهوم الاختصاص يتضمن معنى الأهلية أي الصلاحية، الا أن هناك عنصراً آخر للاختصاص ألا وهو عنصر (الواجب)، وعليه فان القول بأن سلطة معينة لها صلاحية ممارسة اختصاص ما يعني في الوقت نفسه وبالمقدار نفسه من الأهمية فان ذلك يرتب عليها واجباً يتمثل في وجوب قيامها بممارسة ذلك الاختصاص، فهذا الجانب المهم لا يجوز إهماله في مفهوم الاختصاص، ونتيجة لذلك فان السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع تفرض عليه واجب ممارسة نشاطه على احسن وجه نتيجة لذلك الاختصاص⁽⁴⁾.

من خلال ما تقدم يمكننا ان نعرف السلطة التقديرية للمشرع بأنها: (الحرية التي يتمتع بها المشرع في المفاضلة بين البدائل وذلك باتباع نهج وسياسة معينة لممارسة اختصاصه بموجب الدستور) . ومن مطالعة التعريفات السابقة لم نجد هناك اختلاف بين السلطة التقديرية للإدارة والسلطة التقديرية للمشرع

(1) د. مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، مجلة الحقوق، العدد ١، ٢٠١٧، ص ١٨٤.

(2) ابراهيم محمد صالح الشرفاني، الاسس الفلسفية للرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة (٦)، العدد ٢٣، ٢٠١٤، ص ٢١٧.

(3) د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة منها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٤٥.

(4) د. جلال ثروت، اصول المحاكمات الجزائية، مكتبة مكاوي، بيروت، ١٩٧٩، ص ٣٧٨.

الا من حيث النطاق، حيث تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية إذ لم يقيد القانون بقيود معينة، مما يسمح لها باتخاذ القرارات التي تراها مناسبة في موضوع ما، ونتيجة لذلك فإن السلطة التقديرية في المجال الدستوري هي الحرية التي يتمتع بها المشرع في سن القوانين لتنظيم أي موضوع أو حرية معينة، إلا إذا كانت تلك الحرية تخالف أحكام الدستور أو تنتهك الحق أو الغرض الذي يسعى المؤسس الدستوري إلى تحقيقه، بمعنى ان للمشرع في حدود الدستور سلطة التشريع فيما لم يقيد الدستور بقيود محددة، فسلطته في التشريع سلطة تقديرية في الأصل وتقيدها يعد هو الاستثناء.

وعليه فان مضمون السلطة التقديرية واحد لكل السلطات العامة في الدولة الا ان الاختلاف يكون في نطاق السلطة الممنوحة لكل هيئة سلطة المشرع مقيدة بأحكام الدستور وغاياته؛ أي يجب ان يكون في كل عمل تشريعي صادر من البرلمان parliament، متقفا مع قواعد الدستور نصا وروحا، ويتلائم مع مقتضيات المصلحة العامة⁽¹⁾. وبالتالي فان السلطة التقديرية للإدارة توجد عندما يمنح القانون للإدارة جانب من الحرية في التقدير لمباشرة اختصاصاتها القانونية⁽²⁾. كذلك السلطة التقديرية للمشرع توجد عندما يستطيع المشرع تنظيم مسألة دون أن يفرض عليه المؤسس الدستوري طريقة تدخله أو أن يفرض عليه شروطا معينة تؤدي إلى تقييد اختصاصه التشريعي⁽³⁾.

ومن الامثلة التي نلتمس فيها ممارسة المشرع لسلطته التقديرية ما يأتي:

ان الدستور في الغالب يحيل إلى القانون أمر تنظيم بعض الموضوعات سواء بقانون أو بناء على قانون أو وفقا لأحكام القانون أو في الأحوال التي يحددها القانون بما يمنح المشرع قدرا من حرية التقدير والاختيار لوضع تلك القواعد موضع التطبيق؛ حيث تجد سلطة المشرع التقديرية مصدرها في الحالة التي يكتفي فيها المؤسس الدستوري بوضع المبدأ الدستوري ثم يحيل ذلك الى المشرع أمر تنظيمه وفقا لسلطته التقديرية دون أن يفرض عليه إطارا معيناً بشرط عدم المساس بهذا المبدأ الدستوري أو الانتقاص من مضمونه أو المساس بالحق محل التنظيم التشريعي، وذلك ما نص عليه الدستور المصري لعام

(1) منير عبد المجيد، اصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ٢١٥.

(2) Dr. Bakht Munir and others, Principles of Administrative Discretion: A Case Study of Pakistan, O-ISSN 2664-0430, Pakistan Social Sciences Review, September 2020, Vol. 4, No. III [1023-1035],p1042.

(3) إبراهيم محمد صالح الشرفاني، مصدر سابق، ص ٢١٧.

٢٠١٤ المعدل في النصوص الدستورية التي تحيل على القانون لتنظيم بعض المواضيع بصورة تفصيلية أو وضع مبادئ عامة لها ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٦) من الدستور المصري لعام 2014 المعدل ، الجنسية المصرية يحددها القانون من خلال هذا النص الدستوري مما يتضح ان المؤسس الدستوري اكتفى بالإحالة إلى المشرع لتنظيم موضوع الجنسية سواء بوضع شروط اكتسابها وحالات فقدانها وفقا لسلطته التقديرية ، ولم يلزم المؤسس الدستوري المشرع بقيود محددة أو إطار عمل لتنظيمها، كذلك ما قضت به المادة (١٣) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ المعدل على عدم جواز فرض أي عمل جبرا على المواطنين إلا بمقتضى قانون ويترتب على ذلك أن سلطة المشرع في التدخل لتنظيم تلك المسألة وفقا لسلطته التقديرية متى كان تدخله يستهدف تحقيق المصلحة دون التعدي على الحقوق والحريات الأخرى، أو التمييز بين الأفراد في مراكزهم القانونية⁽¹⁾.

أما في العراق فقد ساءرت المحكمة الاتحادية العليا القضاء المقارن Comparative judiciary، في ترك ملائمة اصدار التشريع لتقدير المشرع ومن ذلك قرارها بخصوص مبدأ المساواة الوارد في المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق Iraq Constitution، لعام ٢٠٠٥، والذي نص على ان العراقيين Iraqis، متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي⁽²⁾. فقد ترى المحكمة أن المساواة الواردة في المادة (١٤) من الدستور متحققة وان ما ورد في قانون التقاعد الموحد Unified Retirement law، رقم (٩) لعام ٢٠١٤ هو خيار تشريعي آرتاه المشرع لاعتبارات خاصة بكل من الوظيفة العامة والقطاع الخاص، ومن ذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٧/ اتحادية/ اعلام/ ٢٠١٥) الذي طعن فيه رئيس الاتحاد العام لنقابات العمال Trade unions، في العراق بعدم دستورية المادة (١٩ ثالثا) من قانون التقاعد الموحد رقم 9 لعام ٢٠١٤ والتي تمنح الموظف employee، حق المطالبة بإضافة الخدمات التقاعدية لدى القطاع الخاص؛ حيث لم يتسلم أي حقوق تقاعدية من دائرة التقاعد والضمان الاجتماعي Retirement and Social Security Department، للعمال وذلك لخدمته التقاعدية المترتبة عن خدمة وظيفية بما لا يزيد على نصف الخدمة الوظيفية الفعلية في الدولة، وحسب ادعاء المدعى فأن المادة المطعون بها (١٩/ ثالثا) من قانون التقاعد الموحد تميز بين الخدمة

(1) ينظر المواد (٦، ١٣) من دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤ المعدل.

(2) ينظر المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

وفقاً لقانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لعام ١٩٧١ وبين الخدمة وفق قانون التقاعد المضاف للشرائح الأخرى، ونتيجة لذلك طلب وكيل المدعي تعديل أو إلغاء الفقرة ثالثاً من المادة (١٩) من قانون التقاعد الموحد رقم (٩) لعام ٢٠١٤، حيث أوضحت المحكمة أن المساواة المقصودة في المادة (١٤) من الدستور هي مساواة بين أبناء الشريحة الواحدة وليس المساواة بين الشرائح المختلفة إذ لكل من القطاع العام والخاص شروطه، حيث أن الإجراءات والانضباط المتعلقة بالدوام تختلف من مرفق إلى آخر، كما أن ما ورد في المادة (١٩/ثالثاً) من قانون التقاعد الموحد رقم (٩) لعام ٢٠١٤ هو خيار تشريعي للمشرع يؤكد السلطة التقديرية للمشرع وعليه ردت الدعوى^(١).

مما تقدم نستنتج ان القاضي الدستوري Constitutional judge، يستطيع أن يفرض تفسيره أو تقديره على الحق المدعى انتهاكه، من عبر تفسيره لأحكام الدستور Interpretation of the Constitution provisions، والمبادئ والقيم التي تحكم المجتمع ويلزم المشرع بذلك كما له ان يقوم بفحص مدى توافق الحل الذي اختاره المشرع مع القاعدة الدستورية محترماً بذلك خيارات المشرع، على أن يكون تفسيره للنصوص الدستورية Interpretation of constitutional، متوافقاً مع الحل الذي اختاره المشرع بالصورة التي تؤدي في النهاية إلى اتساع نطاق السلطة التقديرية للمشرع، من خلال ذلك يعد القضاء judiciary، مصدراً للسلطة التقديرية للمشرع legislator، على ان لا تؤدي إلى اساءة استعمال هذه السلطة من قبل المشرع.

بعد تعريفنا للسلطة التقديرية للمشرع يقتضي ان نميز بين السلطة التقديرية للمشرع وما يشتهه معها وذلك من خلال ما يأتي:

١- السلطة التقديرية والسلطة المقيدة:

ان سلطة المشرع قد تكون سلطة تقديرية أو سلطة مقيدة restricted authority، أي إنه في مقابل ما تطرقنا له عن مفهوم السلطة التقديرية للمشرع قد يوجد ذات المشرع في مواقف أخرى تضيق بل قد تنعدم فيه سلطته التقديرية، لذا يتعين عليه أن يمارس اختصاصه بصورة محددة تحديداً دقيقاً وبطريقة معينة^(٢). وتظهر تلك السلطة في مواجهة الحقوق الأساسية، ومثال ذلك نص المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 التي تنص "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس او العرق أو

(1) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٧/ اتحادية/ أعلام/ ٢٠١٥).

(2) عبد المجيد ابراهيم سليم، مصدر سابق، ص ٢٩٠.

القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي"، فحق العراقيين في المساواة حق عام ومطلق لا يجوز تحديده، بحيث تخضع جميع المراكز القانونية المتماثلة لمعاملة قانونية مماثلة على النحو الذي يتناسب والطريقة المنطقية وفقاً للهدف الذي توخاه القانون (1). لذا فان سلطة المشرع بالنسبة لمثل هذه الحقوق والحريات rights and freedoms , تكون مقيدة تماماً، مما يجب أن يكون تدخل المشرع ليس إلا لإعطاء المزيد من الفعالية للحقوق أو الحريات فاذا صدر تشريع Legislation , يحدد الحقوق والحريات بأن تقرر معاملة قانونية مختلفة للمراكز القانونية المتماثلة مما يخل بحق المساواة يكون هذا التشريع باطلاً، ونتيجة لذلك فان للفرقة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة أهمية كبيرة من عدة نواحي، ذلك أن السلطة التقديرية للمشرع تعد مصدراً لحقوق الإنسان وحرياته كما أن سلطته المقيدة ليست إلا مصدراً لفعالية الحق أو الحرية محل التنظيم هذا من ناحية ومن ناحية أخرى تعد السلطة المقيدة للمشرع أكبر ضماناً لحقوق وحرريات الأفراد وحمايتهم من التعسف في التشريع الذي يمكن حدوثه عند ممارسة السلطة التقديرية؛ من خلال ذلك فإن الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع تحظى بأهمية أكبر من الرقابة على سلطته المقيدة (2). ومن اهم النتائج التي تترتب على التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة هي الرقابة على دستورية القوانين Oversight the constitutionality of law، وذلك لان الرقابة على دستورية القوانين تساهم في حماية الشعب من التشريعات المعيبة بعيب عدم الدستورية، وبما ان نطاق السلطة التقديرية في حدود الدستور من حيث وظيفته التشريعية تكون اوسع من نطاق السلطة المقيدة؛ لذا فإن البيئة الرئيسة للتشريعات المعيبة بعيب عدم الدستورية هي أساساً البيئة التي تكون فيها للمشرع سلطة تقديرية، وفضلاً عن ذلك فإن صور مخرجات السلطة التقديرية المعيبة بعيب عدم الدستورية تكون أكثر بكثير من صورة المخالفة الدستورية التي تعد من مخرجات السلطة المقيدة المعيبة بعيب عدم الدستورية؛ لذا تنتوع صور الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، فضلاً عن أن خطورة السلطة التشريعية تكمن في تلك التي تصدرها وفقاً لسلطتها التقديرية، إذ إن عيوب عدم الدستورية التي تختفي وراء ظاهر النصوص التشريعية، والتي تقتضي من القاضي الدستوري التجاوز عن ظاهر النصوص حتى يتسنى له الوقوف

(1) ينظر المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

(2) ابراهيم محمد صالح الشرفاني، مصدر السابق، ص ٢٢١.

على حقيقة مضمونها والكشف عن مدى موافقة أو مخالفة النص التشريعي المطعون فيه لأحكام الدستور، يكون مصدرها في الغالب السلطة التقديرية للمشرع⁽¹⁾.

مما تقدم نستنتج إن الرقابة على دستورية القوانين Oversight of the constitutionality law تكون لها أهمية في مجال الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع Discretionary power of legislator أكثر من أهميته على الرقابة للسلطة المقيدة للمشرع.

٢ - السلطة التقديرية للمشرع والسلطة المطلقة:

إن مفهوم السلطة التقديرية عند الكثير من الفقهاء يرتبط بالحرية والإطلاق فالمشرع بوصفه المعبر عن الإرادة الوطنية والأقدر على استجلاء جوانب المصلحة لا تعرف لسلطاته حدود ولا يتصور تقييده بذات القيود التي تخضع لها السلطة التنفيذية؛ ولأن موقعه من السلطة التأسيسية يمكنه من ممارسة اختصاصه التشريعي بحرية و يملك تحديد طريقة التعبير عن النص الدستوري دون معقب، باستثناء القواعد الشكلية والقيود الموضوعية التي تقرها الدساتير⁽²⁾.

كما أنه لا يتصور تقييد سلطات المشرع بالقيود ذاتها التي تخضع لها السلطة التنفيذية Executive authority، أو السلطة القضائية judiciary، كما أن مفهوم السلطة المطلقة يرتبط بالسيطرة والتحكم والقدرة على التصرف بحرية، ومن أهم تطبيقات السلطة المطلقة يكون في نظم الحكم الشمولية التي ترتكز فيها الشرعية على ذات الحاكم، فهو المسؤول عن رعاياه يأمر فيطاع حكمه⁽³⁾. فإذا كان هذا المفهوم يمكن التسليم به في ظل الانظمة الشمولية⁽⁴⁾. فلا يمكن التسليم به الآن خاصة بعد أن تطور أنظمة الحكم في ظل المذاهب الديمقراطية، والالتزام بضرورة احترام حقوق وحرية الأفراد، وحرية العامة وكذلك احترام مبدأ سيادة القانون⁽⁵⁾، وقد أكد ذلك القضاء الدستوري في الكثير من الاحكام

(1) د. عبد المنعم عبد الحميد ابراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٢٨.

(2) عبد المجيد ابراهيم سليم، مصدر سابق، ص ٢٩٩.

(3) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص ٣٠.

(4) الانظمة الشمولية أو الحكم الشمولي هو نظام سياسي يرتكز على وجود نظام او حكم الحزب الواحد ولا يقبل بوجود معارضة سياسية في البلاد، وتكون فيه للدولة سلطة كاملة على المجتمع وتسعى للسيطرة على جميع جوانب الحياة العامة، والخاصة أيضا إذا دعت الضرورة الى ذلك.

(5) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص ٣٠.

القضائية، ومن ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر (الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها الصدارة بين قواعد النظام العام؛ ويحدد السلطات العامة ويقرر الحريات والحقوق العامة وضماداتها، سيادة الدستور وسموه بحسبانه كفيل الحريات وموئله وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها⁽¹⁾).

نجد مما تقدم أنه لا يتصور أن تمارس أي سلطه من السلطات في الدولة عملها بعيدا عن الرقابة الدستورية والا تحول الأمر إلى الاستبداد والتسلط، وإذا كانت السلطة التقديرية كما بينا تتمثل في حرية الاختيار الممنوحة للمشرع للمفاضلة بين البدائل المشروعة والمعروضة عليه لاختيار أنسبها لتحقيق المصلحة العامة فان ذلك يكون في إطار الدستور، اي لا يكون المشرع مطلق التقدير.

الفرع الثاني

الانحراف بالسلطة التشريعية

تعد مخالفة المشرع لعنصر الغاية عيب يطلق عليه الإنحراف في استعمال السلطة التشريعية أو التعسف في استعمال السلطة Abuse of power، أو إساءة استعمال السلطة؛ ويعرف الانحراف بالسلطة التشريعية بصفة عامة بأنه استعمال إحدى السلطات العامة لصلاحياتها، بشكل متعمد لتحقيق هدف آخر غير الهدف الذي منحت من أجله تلك الصلاحيات⁽²⁾. كما يعرف هذا العيب في مجال القضاء الدستوري على أنه استهداف النص لغاية غير تلك التي ينشدها الدستور او يسعى الى تحقيقها وهي المصلحة العامة أو أحد جوانبها على وجه التخصيص⁽³⁾. والأصل أن المشرع يملك سلطة تقديرية ما لم يقيد بها الدستور Constitution، على نحو معين، كما ان عيب الانحراف التشريعي يبرز كحد يلتزمه المشرع في نطاق هذه السلطة التقديرية، فهو على الأقل يكون ملتزماً بعدم الانحراف عن المصلحة العامة أو الغاية المعنية التي تحددها له بعض نصوص الدستور عند ممارسته لسلطته التقديرية⁽⁴⁾. والحقيقة أن عيب الانحراف بالسلطة التشريعية Deviation of legislative authority، يعد كذلك

- (1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، القضية رقم (٣٧) السنة (٩)، بتاريخ ١٩ / ٥ / ١٩٩٠.
- (2) عبد الحميد عبد اليمه جعفر، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين في العراق، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٩، ص ٢٨٩.
- (3) ماجد راغب الطلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨، ص ٣٩١.
- (4) عبد المنعم عبد الحميد شرف، مصدر سابق، ص ٥٨.

من صنع مجلس الدولة الفرنسي كسبب لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة لينتقل بذلك إلى نطاق القانون الدستوري؛ ويعد الفقيه المصري الدكتور عبد الرزاق السنهوري أول من تناول بالدراسة عيب الانحراف بالسلطة التشريعية في مجال القانون الدستوري Constitutional Law في بحثه بعنوان مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية⁽¹⁾. يتحقق عيب الانحراف بالسلطة التشريعية عندما يصدر المشرع وفقا لسلطته التقديرية تشريعا ينطوي على الانحراف أو إساءة استعمال السلطة التشريعية، الأمر الذي يجعل هذا العيب متعلقا بالغاية أو الهدف من التشريع⁽²⁾. كما ان فرض الرقابة على عيب الانحراف بالسلطة التشريعية لإلغاء التشريعات غير الدستورية يعد ضمانا فعالة لاحترام أحكام الدستور وحماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد⁽³⁾. من جهة ثانية؛ بحيث أن رقابة القاضي الدستوري لا يجب أن تتوقف عند مجرد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور ونصوص التشريع، لأن التشريع في هذه الحالة يكون صحيحا في ظاهره اما في باطنه يكون باطلا⁽⁴⁾.

قد يؤدي اكتفاء القاضي الدستوري في مجال الرقابة على عنصر الغاية في التشريع على مجرد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور ونصوص التشريع أن يترك للسلطة التشريعية مجالا واسعا لسن التشريعات المختلفة التي قد تنطوي على الانحراف بالسلطة التشريعية؛ وهذا الأمر الذي يفرض على الهيئة التي تمارس الرقابة الدستورية هيئة سياسية أو جهة قضائية الى الكشف عن الطبيعة الحقيقية للتشريع والغاية من وراء إصداره بهذه الصورة⁽⁵⁾. وإن كان جانب من الفقه الدستوري يرى بأن السلطة التشريعية غير مقيدة وذلك لتحقيق أهداف يلزمها بها الدستور؛ فإن الغاية أو الهدف من أي نص تشريعي Legislative text، بنفس الوقت هو لتحقيق المصلحة العامة والعمل على تحقيق الغايات أو الأهداف التي يسعى المؤسس الدستوري إلى تحقيقها، حتى وإن كان للمشرع حرية في التقدير والمفاضلة بين عدة

(1) منير عبد المجيد، مصدر سابق، ص ١٧٢ - ١٧٣.

(2) بالجيلالي خالد ، السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، ٢٠١٧. ص ٣٨٦.

(3) Karem Sayed Aboelazm, Supreme Constitutional Court review of the legislative omission in Egypt in light of international experiences 2024 Aug 30;10(17):e37269. doi: 10.1016/j.heliyon.2024.e37269 <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC11408072/>

(4) محمد فاروق محمود محمد، الضوابط الدستورية على سلطة المشرع، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد (٣٨)، ٢٠٢٢، ص ٣٠١.

(5) د. عبد العزيز محمد سالم، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، مصدر سابق، ص ١٢٤.

بدائل أو خيارات؛ كما أن القاضي الدستوري وهو بصدد الرقابة على عنصر الغاية في التشريع فهو يبحث عن الهدف الحقيقي للمشرع أو الغاية من التشريع التي قصدتها المشرع عبر القوانين التي يضعها للكشف عن الطبيعة الحقيقية للتشريع والغاية من وراء إصداره بهذه الشكل⁽¹⁾. ولكي يتسنى لنا الإجابة حول ماهية عيب الانحراف بالسلطة التقديرية للمشرع سوف نتطرق الى معايير عيب الانحراف بالسلطة التشريعية ثم بيان خصائص عيب الانحراف بالسلطة التشريعية ، وكذلك موقف الفقه والقضاء الدستوري من عيب الانحراف بالسلطة التشريعية. وكما يأتي:

أولاً: معايير عيب الانحراف بالسلطة التشريعية

١- **المعيار الموضوعي:** ويعني فحص القانون الموسوم بالانحراف التشريعي، وذلك بمقارنة نصوصه بالقواعد والمبادئ الدستورية، وهذا المعيار واضح جلي مقارنة بالمعيار الذاتي الذي سوف نتطرق إليه فيما يأتي : حيث أظهر ما يكون هذا المعيار حين تتجه نية المجلس التشريعي الى تحقيق المصالح الخاصة، فيغفل المجلس التشريعي وعن عمد إلى النظر للمصلحة العامة، وإذا ما أثرت المشروعية تراه وقد أعرض ونأى بجانبه جراء تحقيق مكاسب فئوية وحزبية خاصة، كذلك يظهر هذا المعيار عندما يخرج المجلس التشريعي عن مقتضى الوظيفة الأساسية للتشريع والتي منحها إليه الدستور ومنها الوظائف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية⁽²⁾.

٢ - **المعيار الذاتي:** وهو المعيار الذي يطلق عليه المعيار المستتر لكونه يبحث في النوايا للمشرع كأن تتجه نية المشرع إلى الإضرار بفئة أو جماعة معينة أو تحقيق منافع مادية لبعض أفراد الشعب أو لحزب سياسي على حساب الآخرين؛ كالحزب الحاكم ومع وجود الصعوبة في الرقابة على القضايا الذاتية والنفسية إلا أنه يمكن الوقوف على هذا العيب عبر تلمس بواعث واضع التشريع وذلك عبر المداولات والمناقشات الواردة في مضابط جلسات المجلس النيابي؛ وأيضاً محاضر اللجان المختصة للمجلس، فضلاً عن رأي وإفادات الخبراء والمتخصصين الذين يستضيفهم المجلس، وبما أن الانحراف يتعلق بالمقاصد والغايات القانونية فهو عيب صعب الإثبات، لذلك يلجأ القضاء إلى القرائن والأدلة ومحاضر الجلسات والأعمال التحضيرية، وكذلك مناقشات النواب أو أي دليل آخر يمكن الحصول

(1) بالجيلاني خالد، مصدر سابق ص ٢٨٦ - ٢٨٧ .

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير، ١٩٥٢، ص ٧١.

عليه يؤدي بالمحكمة الدستورية من تكوين عقيدتها في حالة وجود عيب الانحراف بالسلطة التشريعية وفقاً للمعايير المعتمدة سواء كانت شكلية أو موضوعية أو ذاتية أو مختلطة؛ وأكثر ما يؤدي في هذا العيب من تجاوز القانون أو للغرض المخصص لأجله كتنقيح الحريات بغرض حماية الأمن القومي National security ، وكذلك تخويل السلطة العرفية القبض على المتهمين تحت زعم فرض الأمن العام وهي على خلاف ذلك، وايضا تقييد حرية الصحافة وحق الاجتماعات العامة والتعبير عن الرأي expressing opinion، وكذلك فرض رقابة على الصحف ووسائل الإعلام أو مصادرتها أو وقفها أو إغلاقها⁽¹⁾.

يرى الباحث مما سبق أن مظاهر الانحراف بالسلطة التشريعية في مجانبة المصلحة العامة، ومجانبة الغاية المخصصة. كذلك نجد أن المعيار الموضوعي هو معيار واضح وجلي يظهر عندما يخرج المشرع عن الوظيفة الأساسية له. أما المعيار الذاتي فهو كما يطلق عليه المعيار المستتر كونه يبحث في النوايا للمشرع عندما تتجه نيته إلى تحقيق مصالح خاصة.

ثانياً: خصائص عيب الانحراف بالسلطة التشريعية

إن عيب الانحراف بالسلطة التشريعية يتميز بجملة من الخصائص الذي تجعل منه مستقلاً عن أوجه عدم الدستورية الأخرى التي تلحق التشريع، لأنه يعد عيباً ذاتياً يرتبط بالسلطة التقديرية للمشرع، وكذلك عيب قصدي من المشرع لتحقيق أغراض خاصة غير التي من أجلها منحت السلطة التقديرية⁽²⁾. أن مباشرة المشرع لسلطته التقديرية عند تنظيمه للحقوق أو الحريات قد يؤدي إلى سوء استعمال السلطة وذلك إذا قصد من هذا التنظيم تحقيق غرض غير مشروع ومخالف للغرض الذي منحت لأجله تلك السلطة؛ وهذا الغرض يتعين أن يكون قد تعمدته المشرع، وأن يدل على سوء نية المشرع. ومن مميزات عيب الانحراف بالسلطة التشريعية، يعد عيب إحتياطي وخفي لا يظهر بمجرد المقابلة الحرفية بين نصوص القانون والقواعد الدستورية، وعليه فإن الخصائص المميزة لعيب الانحراف بالسلطة التشريعية تتمثل في أنه:

(1) محمد فاروق محمود محمد، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

(2) صبيح ووح حسين العطواني، الانحراف التشريعي كعيب من عيوب المشروعية الدستورية، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (٣٠)، العدد (٦)، ٢٠٢٠، ص ١٣٤.

١ - عيب ذاتي يرتبط بالسلطة التقديرية للمشرع: إن المشرع بحسب القواعد العامة له سلطة في التصرف الحر التي تتمتع بها المؤسسة التشريعية وذلك استناداً لقاعدة الفصل بين السلطات Separation of powers , وأن تقييدها ما هو الا إستثناء من الأصل، أن المجال التقديري للمشرع هو الذي يقع فيه الانحراف التشريعي وذلك لأن الرقابة على عيب الانحراف بالسلطة التشريعية هي رقابة شخصية أو ذاتية على تصرف المشرع وذلك للتحقق او معرفة الهدف الحقيقي له⁽¹⁾. ومن جهة أخرى يتميز عيب الانحراف بالسلطة التشريعية بأن الرقابة عليه تمثل حكماً على نوايا وبواعث المشرع، من حيث لا توجد وسيلة للقاضي الدستوري للبحث في هذا العيب إلا بالكشف عن النوايا والبواعث التي توخاها البرلمان وابتغى من وراء إصداره للقانون، والسبب في ذلك يرجع إلى أن المشرع Legislator نادراً ما يعلن عن نواياه الحقيقية التي ادرجها بالنصوص القانونية الظاهر صحتها، وتبعاً لذلك يجب على القاضي الدستوري لكي يتمكن من بلوغ النية الحقيقية للمشرع ويكون واجبه في ذلك عن طريق كافة الدلائل والأوضاع السابقة والمعاصرة لإصدار النصوص القانونية حيث يؤدي ذلك بأن يقوم القاضي بالرجوع إلى الخلفية التاريخية للنصوص القانونية أو الأغراض السياسية political purpose , التي تبنتها الأغلبية في البرلمان وقت إقرارها لها، والعجلة المريبة التي صاحبت تمريرها والرغبة على سرعة إصدارها، وأقوال المسؤولين في تبريرها، وغير ذلك من الظروف التي تدل على كشف النوايا التي أضمهرها المشرع من وراء ذلك⁽²⁾.

٢ - عيباً قصدياً: كما يعد عيب الانحراف في استعمال السلطة التقديرية خلافاً لسائر العيوب التي قد تنسب لنصوص القانون Texts of law , إذ يعد عيباً قصدياً وفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء الدستوري Jurisprudence and Constitutional Judiciary، وذلك يعني أن السلطة التشريعية قصدت إساءة استعمال السلطة الممنوحة لها موجب الدستور والانحراف بها حيث اتجهت بإرادة حرة مختارة إلى إصدار تشريع وذلك لتحقيق نوايا مستترة ومخالفة للدستور⁽³⁾. ويرى جانب من الفقه أنه عندما يغفل المشرع اجراءً شكلياً يتطلبه الدستور كالموافقة على مشروع قانون دون الحصول على الأغلبية المطلوبة لإقراره او الاغفال عن مرحلة من مراحل إنشائه كالاقتراح أو التصويت أو الاصدار؛ أو يخالف قاعدة موضوعية من القواعد الدستورية، فإن هذه المخالفة لا تتم بالضرورة عن إتجاه إرادة المشرع

(1) بالجيلالي خالد، مصدر سابق، ص ٣٩٣.

(2) عماد محمد ابو حليمه، الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٥، ص ٧٠٤.

(3) محمد فاروق محمود، مصدر سابق، ص ٣٠١ - ٣٠٢.

لارتكاب هذه المخالفة، فقد يقع المشرع في المخالفة عمداً أو قد تحدث المخالفة رغماً عنه كالخطأ في فهم القواعد الدستورية أو لعدم وضوح تلك القواعد، وتنتظر جهة الرقابة لتلك المخالفات سواء وقع فيها المشرع عمداً أو عرضاً⁽¹⁾. كما أن عيب الانحراف بالسلطة التشريعية أو إساءة استعمالها لا يكون إلا عن قصد، وذلك عندما يتجاوز المشرع حدود السلطة التقديرية الممنوحة له بموجب الدستور، ويقصد بذلك تحقيق غايات تتناقض نصوص الدستور في مقاصدها الكلية، مما يكشف أن ذلك لا يتحقق بغير إرادة جازمة ومقصودة تتجه عمداً إلى تحقيق هدف آخر غير المصلحة العامة التي منحت من أجلها تلك السلطة؛ ونتيجة لذلك يتحقق عيب الانحراف بالسلطة التشريعية عندما يكون التشريع سليماً في ظاهره لكنه باطل في باطنه، أي أن المشرع عندما يسعى إلى إصدار تشريع ينطوي على انحراف بسلطته التقديرية، فإنه يقوم بتبرير ذلك ما يدل على أنه يسعى إلى تحقيق المنفعة العامة من وراء إصداره للتشريع⁽²⁾.

ومما لا شك في أن عيب الانحراف بالسلطة التشريعية من بين أهم العيوب الدستورية وخطرها التي تلحق بالتشريع مع العلم أن المشرع عادة ما يحرص على عدم مخالفة أحكام الدستور بصورة صريحة ومباشرة، لكنه في الوقت نفسه يخالف روح الدستور؛ ونتيجة لما سبق توضيحه يتوجب علينا أن نوضح وبإيجاز الفرق بين المبادئ العليا للدستور التي ينفرد القاضي الدستوري باستخلاصها من ضمير الجماعة أو من المبادئ العامة للحق أو العدل، فالزام القاضي بذلك يخرج من مهمته في الرقابة القضائية ويجعل منه مشرعاً، بل مشرعاً دستورياً.

٣- عيب الانحراف بالسلطة التشريعية عيباً احتياطياً: أن هذه الخاصية هي التي تميز عيب الانحراف عن غيره من العيوب الأخرى وهذه الصفة الاحتياطية لا يتعرض لها القاضي إلا في حالة انعدام العيوب الدستورية الأخرى؛ فهذا العيب يعد آخر العيوب التي يجب أن يجري بحثها فيما يتعلق بالتحقق من دستورية القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية من عبر النظر إلى طبيعته المستترة التي تستوجب تقديم

(1) محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، ١٩٧٨، ص ١٧٥.

(2) د. عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينية، جان دبونى للقانون والتنمية، ٢٠٠٣، ص ١٤١٣.

غيره من العيوب الدستورية عليه؛ فاذا تبين للمحكمة ان المخالفة الصريحة للدستور المدعى بها قائمة على أساس فانه لا يجوز لها ان تخوض في البحث عن الانحراف بالسلطة التشريعية⁽¹⁾.

ومثال على ذلك رفض المجلس الدستوري الفرنسي صراحة البحث في مسألة الانحراف التشريعي ليقضي بعدم دستورية القوانين لعدم المطابقة وأحكام الدستور على الرغم من أن هناك ما يثبت من وجود انحراف في السلطة التشريعية، كما ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا في مصر أن تبحث عن وجود عيب الانحراف الا إذا تأكد بان اوجه عدم الدستورية الأخرى غير موجودة، أي انه لا يجوز للمحكمة البحث عن عيب الانحراف التشريعي الا في حالة عدم وجود الدفع بعدم الدستورية في الحالات الأخرى⁽²⁾. ومن الحجج التي استند عليها أصحاب هذا الاتجاه في دعم موقفهم هو ان المخالفة الصريحة للقواعد الدستورية كافية للحكم بعدم دستورية التشريعات المطعون فيها وفقاً للقواعد القانونية⁽³⁾.

ثالثاً: موقف الفقه والقضاء من الرقابة على الانحراف بالسلطة التشريعية

١ - موقف الفقه من الرقابة على الانحراف التشريعي:

هناك اتجاهان في الفقه Jurisprudence , أحدهما معارض والثاني مؤيد للرقابة على ركن الغاية purpose, ويعد الاتجاه المعارض هم الغالبية وذلك من خلال الآراء الآتية:

أ - بما ان البرلمان هو الذي يعبر عن ارادة الأمة، فان ذلك يضع التزاماً أدبياً على أعضائه يؤدي إلى منعهم من الانحراف بالسلطة التشريعية. Legislative authority

ب - إن البرلمان يخضع لرقابة الشعب People's control , وذلك عن طريق الانتخابات Elections , كما توجد هناك وسائل وجهات الرقابة السياسية العديدة؛ وهذا كفيل بمنعه من الانحراف أو التعسف في استعمال السلطة التشريعية.

ت - إن رقابة الانحراف بالسلطة التشريعية تعتبر تدخلا في عمل البرلمان استناداً لمبدأ الفصل بين السلطات.

(1) نور نواز محمد فرج باخي ، مصدر سابق، ص ٢٤.

(2) بالجيلالي خالد، مصدر سابق، ص ٣٩٥.

(3) عوض المر، مصدر سابق، ص ٣٨٧.

ث - إن عدد أعضاء البرلمان Members of Parliament الكبير يؤدي إلى صعوبة إستيلاء البواعث على أعضاءه.

ج - كما أن هناك من الصعوبات العديدة التي تواجه إثبات عيب الانحراف بالسلطة التشريعية⁽¹⁾

أما الاتجاه المؤيد لرقابة الانحراف بالسلطة التشريعية يستند إلى الآراء الآتية:

أ - إن الانحراف بالسلطة التشريعية في واقعنا لا يمكن إنكاره، وتبعاً لذلك ليس من الحكمة تجاهله وهذا ما عبّرت عنه بعض المحاكم في سياق عرض أسباب أحكامها.

ب - بما أن أعضاء البرلمان هم في النهاية بشر لهم دوافع ومصالح شخصية يسعون إلى تحقيقها صراحة أو ضمناً أو عن طريق الاتفاق، لذلك قامت محكمة القضاء الإداري بفرض رقابتها على ركن الغاية في قرارات صادرة من الهيئات الإدارية أو شبه قضائية مشكلة من الأعضاء ذات درجة عالية جداً من الخبرة ومجالس تأديب أعضاء هيئة التدريس في الجامعات Universities ، ونتيجة لذلك من الأولى إخضاع القرارات والقوانين الصادرة عن البرلمان لرقابة الانحراف بالسلطة التشريعية⁽²⁾.

ت - إن دور القاضي الدستوري يجب أن يتعدى مجرد المقارنة بين النصوص، كما يجب عليه البحث عن النوايا ليوافق بين نوايا واضعي الدستور والنوايا التي قصدها المشرع، لأن المشرع لديه من المهارة ما يستطيع تجنب أي انتهاك مباشر أو صريح للنصوص والمبادئ الدستورية.

ث - أن عيب الانحراف بالسلطة التشريعية ذات طبيعة احتياطية يلجأ إليه القاضي بعد التأكد من أن القانون خال من العيوب والمخالفات الشكلية أو الموضوعية وذلك لأن أي مخالفة صريحة للدستور تكفي للحكم بعدم دستورية التشريع؛ كذلك يعد ثبوت عيب الانحراف بالسلطة التشريعية بأنها خرجت عن المصلحة العامة ويظهرها بأنها غير أمينة على تحمل المسؤولية التشريعية التي منحت بموجب الدستور؛ ونتيجة لذلك فإن كل دفع من أصحاب الشأن فإن القاضي الدستوري يلتزم بالرد عليه، سواء تعلق ذلك بالبحث عن عيب الانحراف أم لا.

(1) د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس، مصدر سابق، ص ٢١٤ - ٢١٥ .

(2) المصدر نفسه ، ص ٢١٥ .

ج - إن دور القاضي الدستوري هو رقابة كل حالة على حدة والهدف من ذلك تحقيق المصلحة العامة في حال البحث في القانون المطعون فيه، وعليه لا يفرض على المشرع قيمته الذاتية، ونتيجة لذلك له أن يراقب بواعث إصدار المشرع للقانون للتحقق من وجود المصلحة العامة.

ح - إن الواقع العملي يثبت أن القادة في الأحزاب السياسية Political parties , ورؤساء اللجان البرلمانية وجماعات الضغط والمصالح وهم العدد القليل من الأفراد الذين يسيطرون على البرلمان؛ وبالتالي ما يصدر عنهم من قوانين إلى جانب تعقد وتشعب الموضوعات الفنية التي يتناولها البرلمان والتي تسهل تمرير العديد من التشريعات المشوبة؛ خاصة مع وجود التدني الملحوظ للمستوى العلمي والثقافي لبعض أعضاء البرلمان، مما يلزم هذا على مدى مراعاة التشريع للمصلحة العامة.

خ- إن ما يزيد من ضرورة وجود رقابة على الغاية من إصدار التشريع هو التزايد الملحوظ لدور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية من اقتراح مشروعات القوانين وإصدار قرارات بقوانين؛ أو القوانين التفويضية⁽¹⁾.

مما تقدم يرى الباحث أن رأي الاتجاه المؤيد للرقابة على الانحراف بالسلطة التشريعية هو الرأي الذي بجانب الصواب وذلك لأن رقابة القاضي الدستوري يجب أن لا تقف عند التطبيق الحرفي للنصوص والمقارنة بين النصوص التشريعية وإنما يجب أن تتعداها إلى ملائمة التشريع للمصلحة العامة خاصة فيما يتعلق بالحقوق والحريات العامة.

٢ - موقف القضاء الدستوري من الرقابة على الانحراف بالسلطة التشريعية

بعد استعراضنا لموقف الفقه الدستوري من الرقابة على الانحراف بالسلطة التشريعية سوف نتطرق لبيان موقف القضاء الدستوري في كل من مصر المتمثل بالمحكمة الدستورية العليا وكذلك في العراق والمتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا:

أ - موقف القضاء الدستوري المصري من الرقابة على الانحراف بالسلطة التشريعية:

القضاء الدستوري المصري بعد ثورة 25 يناير لعام 2011 فقط استقر بالرقابة على غاية التشريع كما وسع سلطاته فشملت رقابته على السلطة التقديرية للمشرع ، واخذت بمبدأ التحري عن أهداف التشريع

(1) محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٧، ص ٣٥٧.

الأساسية وذلك لصيانة المصلحة العامة التي أصبحت من الأولويات الرئيسية لتلك الرقابة من أهم أسباب الحكم ببطالان القانون وعدم دستوريته؛ وقد أخذت بنظرية الانحراف بالسلطة التشريعية واعتبرته واحداً من أهم الأسباب لممارسة رقابتها على دستورية القوانين وبشكل واضح وصريح بحيث أنها لم تأخذ بالتوصيفات التي يسردها المشرع على ما يسنها من قوانين بحيث أصبحت تتعمق في الوصول للغاية الحقيقية التي ينوي المشرع تحقيقها وصولاً في النهاية إلى تحديد غاية التشريع ومن ثم نقض التشريع وإبطاله لكونه مخالفاً للدستور مخالفة خفية⁽¹⁾.

ومن الأمثلة الدالة على ذلك والتي أفرت بوجود انحراف بالسلطة التشريعية وذلك في تعديل القانون رقم (17) لعام 2012⁽²⁾، والمتعلق بالتمتع بالحقوق السياسية حيث أصدر مجلس الشعب المصري القانون رقم ١٧/ لعام 2012 المعدل لقانون رقم ٧٣/ لعام 1956 قانون مباشرة الحقوق السياسية؛ حيث كان الغرض الرئيسي لإصدار القانون استبعاد بعض المرشحين ومنعهم من الخوض في الانتخابات الرئاسية في ذلك الوقت إلا أن المحكمة الدستورية العليا المصرية لم تتردد في أن تحكم وبالصرحة بعدم دستورية المادة الأولى من التشريع المطعون فيه وذلك لوجود عيب الانحراف بالسلطة التشريعية⁽³⁾.

مما تقدم نستنتج ان المحكمة الدستورية العليا Supreme Constitutional Court , في مصر قد استعملت ولأول مرة في أحكامها وبشكل واضح وصريح مصطلح الانحراف التشريعي Legislative deviation , لتؤكد بذلك أن التشريع لم تكن الغاية منه تحقيق المصلحة العامة كما تم الإعلان عنه؛ بل كانت الغاية الحقيقية هي المساس بالحقوق التي كفلها الدستور لأشخاص معينين بغرض الكيد بهم وعزلهم عن الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية.

ب - موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق من الرقابة على الانحراف بالسلطة التشريعية:

فقد اناطت الرقابة على التشريعات والتحقق من دستوريتهما إلى المحكمة الاتحادية العليا Federal Supreme Court , وفقاً للدستور العراقي لعام 2005 والزمّت المحكمة بالتمسك باختصاصاتها استناداً إلى النصوص الدستورية، كما أن الرقابة الدستورية على التشريعات المناطة للمحكمة الاتحادية العليا هي رقابة حالية ولاحقة أي أنها تمارس هذه الرقابة القضائية Judicial oversight على جميع

(1) نور نواز محمد فرج باخي، مصدر سابق، ص ١٠٨.

(2) ينظر قانون الحقوق السياسية المصري، رقم ١٧ لعام ٢٠١٢.

(3) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، القضية رقم ٥٧ لسنة ٣٤، ق/ دستورية في ١٤ يونيو ٢٠١٢.

التشريعات المنشورة في الجريدة الرسمية وذلك استناداً للمادة (93/أولاً) من الدستور⁽¹⁾. فقد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا إلى رد دعوى احد المدعين للطعن بالقوانين والانظمة غير النافذة والتي يجب ان تنشر في الجريدة الرسمية كما في قرار اخر لها اتخذت المحكمة Court قراراً يؤكد على انه لا يجوز الطعن بدستورية أي قانون لم يتم نشره في الجريدة الرسمية لان هذا التشريع لم يكن معمولاً به بتاريخ اقامة الدعوى لان المحكمة الاتحادية العليا اختصاصاتها الرقابة على دستورية القوانين وتكون رقابتها لاحقة على صدور القوانين؛ حيث أن المحكمة الاتحادية العليا لم تتناول عيب الانحراف بالسلطة التشريعية في قراراتها وتحددت اختصاصاتها بالنظر في مشروعية القوانين ومطابقتها لنصوص الدستور من عدمه، كذلك تجنبها البحث في الغاية التي تهدف اليها التشريعات فيما إذا كانت تحقق المصلحة العامة أم لا⁽²⁾. ومن الأمثلة على ذلك قانون إمتيازات رئيس وأعضاء مجلس النواب والذي كان الطعن بشأنه على أساس الانحراف التشريعي وان الغاية من القانون ليس لتحقيق المصلحة العامة؛ إلا أن المحكمة الاتحادية العليا لم تأخذ بفكرة عيب الانحراف التشريعي الذي اثاره مقدم الطعن واستندت في حكمها إلى المادتين (3) و (4) من القانون رقم (50) لعام 2007⁽³⁾، كونها ترتب امتيازات تقاعدية لرئيس مجلس النواب وأعضاءه⁽⁴⁾.

وعند التمعن في قرار المحكمة الاتحادية العليا يلاحظ على هذا القرار ان القانون معيب بعبب الانحراف بالسلطة التشريعية لان القانون المشار إليه قد رتب حقوق وامتيازات لفئة معينة دون غيرها وان ذلك يعد مخالف لمبدأ المساواة والعدالة حيث ميز أعضاء السلطة التشريعية عن بقية اقرانهم المكلفين بخدمة عامة وللموظفين العموميين⁽⁵⁾.

مما تقدم يرى الباحث أن الرأي المؤيد لأعمال الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع وتطبيق رقابة الانحراف التشريعي على اعتباره من أهم الضمانات الدستورية وذلك للحد من حالات استغلال السلطة التشريعية لأن الجهات التي يصدر عنها التشريع ورغم كونها ممثلة للإرادة العامة

(1) ينظر المادة (93/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(2) نور نواز محمد فرج باخي، مصدر السابق، ص 149.

(3) ينظر المواد (3، 4) من قانون امتيازات رئيس وأعضاء مجلس النواب، رقم 50، لعام 2007.

(4) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 79/اتحادية/ 2013 في 23/10/2013.

(5) مقابلة اجراها الباحث مع الدكتور (ح، ع، ا) اختصاص القانون الدستوري، مكان المقابلة، جامعة بابل، بتاريخ، 2025/6/8، في الساعة 10 صباحاً.

للشعب لا يمكن الجزم بشكل قطعي بحياديتها بسبب كثرة التدخلات السياسية والضغوطات بشكل عام؛ فمن عبر التشريعات التي تناولناها نجد ان التشريع قد لا يخدم المصلحة العامة، وعليه فإن بحث القضاء الدستوري عن توفر حالات الانحراف التشريعي يجب أن لا يفهم على أنه خروجاً عن اختصاصه كما لا يعد تدخلاً في سلطة المشرع التقديرية كما يفهم من ذلك، لذا فان اخضاع غاية التشريع للرقابة القضائية هو الضمان الحقيقي لعدم خرق أحكام الدستور بشكل مستتر عن طريق التشريعات.

المبحث الثاني

تطور الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

أن التطورات التي تصيب القضاء الدستوري Constitutional Judiciary , سواء في مصر أو في العراق تؤدي إلى إعادة النظر فيما استقر عليه الفقه من تحديد الرقابة على دستورية القوانين بمشروعيتها دون ملائمتها، كما تؤدي إلى الاعتراف بأن الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع قد أصبحت في الوقت الحاضر حقيقة واقعة في القضاء الدستوري ولا سبيل إلى إنكارها ؛ هذا حتى وإن كان يشير إلى أن الهدف الحقيقي من وراء الأخذ بنظام القضاء الإداري، لا يقتضى مجرد إنشاء جهاز قضائي تنحصر مهمته في وزن تصرفات الإدارة بميزان المشروعية وحدها وتطبيق قواعد القانون عليها تطبيقاً حرفياً بحيث يكون الفصل في المنازعات التي تثور بشأنها وفقاً لمدى مطابقتها أو مخالفتها لهذه القواعد، وإنما يكمن هذا الهدف في وجود قاض يستطيع الوقوف على طبيعة هذه المنازعات والتغلب على الاعتبارات الفنية والعملية التي يمكن أن يصادفها القاضي العادي في رقابته اذا أسندت إليه مهمة الرقابة على أعمال الإدارة، وأيضا وجود قاض لا تتوقف مهمته عند حد الفصل في هذه المنازعات، وإنما تتعداها إلى التوفيق بين اعتبارات المصلحة العامة من ناحية وكذلك حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من ناحية أخرى وهذه مهمة لن يتسنى للقاضي الإداري القيام بها إلا إذا راعى عند الفصل في هذه المنازعات إلى جانب اعتبارات المشروعية اعتبارات أخرى غير قانونية، وذلك يعني اعتبارات الملائمة، كما أن هذا الإدراك السليم لوظيفة القاضي الإداري وما يقوم به من اعتبارات يتعين إعمال مقتضياته بل من باب أولى بالنسبة للقاضي الدستوري وذلك لأن وظيفة القاضي لا تقف عند حد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور والنص التشريعي المطعون فيه فقط، كما أن رأي الباحث هنا لا يرى سواء في النظام القانوني في العراق وكذلك في مصر ما يحول دون قيام القاضي الدستوري ببسط رقابته على ملائمة التشريع عبر الاحكام القضائية في مجال الخطأ البين في التقدير وكذلك التناسب التشريعي وأن لم يكن القضاء الدستوري يعلن عنها بصراحة.

ومن خلال ما تقدم سوف نتناول الرقابة الدستورية على الخطأ البين في التقدير وذلك في المطلب الأول أما في المطلب الثاني نتطرق إلى الرقابة على التناسب التشريعي.

المطلب الأول

الرقابة الدستورية على الخطأ البين في التقدير

أن القضاء الدستوري أخذ بفكرة الخطأ البين من خلال نقلها من نطاق القضاء الإداري إلى نطاق القضاء الدستوري وذلك كسبب موضوعي لإلغاء القوانين المخالفة للدستور وليتسنى بذلك للقاضي الدستوري أن يفرض رقابته على تقدير المشرع والرقابة على مدى ملائمة الحل الذي اختاره المشرع للمسألة محل التدخل التشريعي، حتى يقضي بعدم دستورية التشريع إذا شاب تقدير المشرع خطأ بين أو ظاهر يؤدي إلى عدم الملائمة بين الأغراض التي استهدفها المشرع ووسيلة تحقيقها، كذلك قد يؤدي تدخل المشرع إلى المساس بأحد المبادئ الدستورية⁽¹⁾. ولمعرفة دور القاضي الدستوري في الرقابة على الخطأ البين في التقدير التشريعي سوف نتناول التعريف بالخطأ البين في التقدير في الفرع الأول ثم نتطرق إلى الخطأ البين في التقدير في القضاء الدستوري في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف الخطأ البين في التقدير

تعد نظرية الخطأ البين في التقدير من صنع مجلس الدولة الفرنسي وذلك في إطار سعيه الحثيث لتكريس مبدأ الشرعية، حماية لحقوق وحريات الافراد، وأيضا وسيلة للحد من نطاق السلطة التقديرية للإدارة التي باتت تتحكم في سائر أوجه النشاطات اليومية إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي بهذه الفكرة للرقابة على خيارات المشرع وذلك للحلول التي يلجأ إليها للوفاء بمتطلبات المسألة محل التدخل التشريعي⁽²⁾. هذا ويقرر جانب من الفقه بأن القضاء الدستوري قد تأثر بنظيره الإداري بشأن الرقابة على الخطأ البين في التقدير إلا أنه يعطي لتلك الفكرة مضموناً خاصاً يتلائم مع طبيعة المنازعة الدستورية

(1) د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٣٢.

(2) إياس الساموك، نطاق الرقابة الدستورية لقضاء المحكمة الاتحادية العليا، الطبعة الأولى، مكتبة صباح القانونية،

بغداد، ٢٠٢٤، ص ٢١٧.

لأن التقدير الذي يتمتع به المشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي يأخذ مساحة أكبر مما تمتلكه جهة الإدارة؛ وعلى ذلك فإن رقابة الخطأ البين في التقدير يجب أن تفهم في مجال الرقابة الدستورية بأنها ليست رقابة على الخطأ في التكييف القانوني للأسباب، وإنما رقابة على الملائمة بين اختيار الحلول من جانب المشرع عندما يؤدي تدخله إلى المساس بمبدأ دستوري⁽¹⁾. أما تعريف الخطأ البين في التقدير فقد عرف في الاصطلاح القانوني بأنه: الغلط أو الخطأ الجسيم الظاهر والجلي الذي لا يحتاج إلى متخصص لتأكيده⁽²⁾. كما ذهب البعض إلى تعريفه بأنه: الخطأ الواضح والجسيم والخطر الذي يكون مرئياً حتى بالنسبة لغير المختصين من رجال القانون⁽³⁾. وبما أن فكرة الخطأ البين في التقدير قد ترسخت في أول الأمر في القضاء الإداري فقد عرف القضاء الإداري الخطأ البين في التقدير بأنه: عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الجريمة التأديبية التي يرتكبها العامل وبين مقدار الجزاء الذي توقعه الإدارة عليه، وهذا صوره صارخة من صور عدم التناسب بين سبب القرار ومحلله يباشر القضاء الإداري من خلاله رقابته الصريحة على ملائمة القرار التأديبي⁽⁴⁾. من ذلك نجد أن الخطأ البين في التقدير أو قضاء الغلو يمثل العلامة البارزة في القضاء الإداري لما له أهمية في الرقابة على قرارات السلطة التقديرية للإدارة وكذلك مد هذه الرقابة إلى نطاق القضاء الدستوري.

بعد تعريفنا للخطأ البين في التقدير في نطاق القضاء الإداري ونشأته سوف نعرض إلي مفهوم الخطأ البين في التقدير في نطاق القضاء الدستوري وكما يأتي:

يعرف الخطأ البين في التقدير في نطاق القضاء الدستوري بأنه: الخطأ الجلي والواضح الذي لا يحتاج إلى متخصص لتأكيده وذلك ينم عن تجاوز حدود المعقولة في التقدير، كما يمتد نطاق الخطأ البين في التقدير إلى جميع الحقوق والحريات التي لها مساس بالدستور، هذا وتعد رقابة التكييف القانوني للوقائع وتقديرها هما محل الرقابة على الخطأ البين في التقدير والتي عن طريقها تتم مراقبة التقدير الذي

(1) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠، ص ٤٥٩.

(2) د. جابر حسين علي التميمي، القضاء الدستوري ورقابة الملائمة على النص التشريعي، مجلة كلية التربية، جامعة واسط، العدد ٤٢، الجزء الأول، ٢٠٢١، ص ٦٢٨.

(3) د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١١٦.

(4) د. ثروت عبد العال أحمد، حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٣٨.

اختاره المشرع ومدى ملائمته مع الحل الذي تبناه في التشريع⁽¹⁾. كما عرف الفقه الخطأ البين في التقدير بأنه، الخطأ الذي يمكن إدراكه دون الحاجة إلى متخصص أو اي اجتهاد قضائي، أو هو الإنكار الخطير للمنطق وحسن الإدراك بحيث يتمكن من ابصاره المتخصص وغير المتخصص⁽²⁾. ومن ذلك يذهب الفقه الدستوري إلى أن المشرع أياً كانت السلطة التي يمارسها في إطار اختصاصه التشريعي يتعين عليه أن يختار الحل الأكثر تلائماً في تنظيم المسألة التي تدخل لتسويتها ويخضع في ذلك للرقابة متى شاب تقديره خطأً بينا يؤدي إلى المساس بمبدأ دستوري أو عدم التلائم الواضح بين الأغراض التي استهدفها ووسائل تحقيقها؛ ولم يعد المشرع بذلك يملك الحق في سن أي قانون في أي وقت يشاء بالصورة والطريقة التي يراها مناسبة بعد أن اتسعت عناصر الرقابة لتشمل إلى جانب العناصر التقليدية، رقابة الخطأ البين في التقدير وباعتبارها من عناصر الرقابة الدستورية⁽³⁾.

كما أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها ضوابط تقيدها، وليس لجهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تحل محل إرادة المشرع في التقدير بإرادتها، ولا أن تذهب إلى تبديل تقديره بتقديرها وذلك لأن تقدير المصلحة العامة التي يستهدفها هي من اختصاص المشرع، بيد أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع لا تناقض حقيقة أن للقوانين التي أقرها أهدافاً تتوخاها ووسائل يعتمد عليها تحقيقها، هذا ويباشر قضاة الشرعية الدستورية رقابتهم على هذين الأمرين معاً، فالأغراض التي يستهدفها التشريع قد تناقض حكماً في الدستور والوسائل التي يلجأ إليها لتحقيق هذه الأغراض هي النصوص القانونية التي يقرها فإذا اختلفت ملائمتها بصورة ظاهرة مع حقيقة الأغراض التي تتوخاها، كان ذلك التشريع مخالفاً للدستور، وتلك هي نظرية الخطأ البين في التقدير التي تتناول جوهر السلطة التقديرية التي يباشرها المشرع وتتعمق دخالها عبر عملية عقلية تجريها جهة الرقابة القضائية على دستورية القوانين غايتها التأكد بنفسها مما إذا كانت المصلحة التي قصدها المشرع في النصوص القانونية حقيقية أو منتحلة قائمة أو متوهمة، وكذلك الوسائل إلى تحقيقها هل هي منطقية أو غير ملائمة ضرورية أو مجاوزة حدود الاعتدال⁽⁴⁾.

(1) إياس الساموك، نطاق الرقابة الدستورية لقضاء المحكمة الاتحادية العليا، مصدر سابق، ص ٢١٦- ٢١٧.

(2) عبد المجيد إبراهيم سليم، مصدر سابق، ص ٣٦٥.

(3) إياس الساموك، مصدر سابق، ص ٢١٨.

(4) د. عوض المر، مصدر سابق، ص ٤٦٠.

أن القضاء الدستوري يوازن بدقة بين الاغراض التي استهدفها المشرع والوسائل المستعملة بغية تحقيق تلك الأهداف ومدى تحقيق التلائم بينها، وكذلك مدى مساس ذلك بالحقوق والحريات الفردية التي ينص عليها الدستور وتوفير الحماية لها وما إذا كان ذلك في الحدود المقبولة أم تجاوز تلك الحدود، ونتيجة لذلك يحدد القاضي الدستوري قراره ويصدر حكمه، فإذا اختلف تناسبها بصورة ظاهرة مع حقيقة الاغراض التي تتوخاها كان التشريع في ذلك باطلاً، لذلك تكون دستورية القانون مرهونة بالألا يكون هذا القانون مشوباً بعدم الملائمة الظاهرة بين اغراض التشريع ووسائل تحقيقها⁽¹⁾. ومن ذلك فأن نظرية الخطأ الظاهر لا شأن لها بغموض أو وضوح النصوص القانونية التي تراجعها الجهة القضائية المختصة لتقرير صحتها أو بطلانها، وإنما تتناول جميع النصوص التي يقرها المشرع في حدود سلطته التقديرية وفي كافة الموضوعات⁽²⁾.

وبما أن مهمة القضاء الدستوري Constitutional Judiciary، في ظل وجود المعايير والضوابط الدستورية، فإن ذلك له أهمية في تحديد الأخذ بفكرة الخطأ البين في التقدير، وذلك للرقابة على الاختلافات والمساس بالنصوص التشريعية والنصوص الدستورية Constitutional texts، وذلك عبر النظر في التقدير الذي تبناه المشرع، وبالأخص إذا كان هذا الخطأ في تقدير النص التشريعي واضحاً لذلك يجب التأكيد على مهمة القضاء الدستوري للنظر في الحلول التي قدمها المشرع ومدى ملائمتها والنصوص الدستورية في الكشف عن الخطأ البين في التشريع، إلا أن تلك المهمة تتولاها الجهة القضائية المختصة بقدر كبير من الحذر، وذلك لإنها تعيد النظر في تقييم المشرع لكل واقعة قام عليها القانون المطعون فيه، وكذلك تفصل في ملائمة النصوص التي احتواها لتحقيق الأغراض المقصود منها، وهذا ما لا يتصور أن يكون محل اتفاق بين الناس جميعاً، وأن ذلك قد يكون ملائماً لدى البعض إلا أنه قد لا يكون كذلك في نظر البعض الآخر، وأن ما تتصوره جهة الرقابة القضائية من خطأ في تقدير النصوص القانونية الملائمة لتحقيق الاغراض التي تستهدفها قد لا يكون كذلك في تقدير الآخرين⁽³⁾.

(1) عبد المجيد إبراهيم سليم، مصدر سابق، ص ٣٥٥ - ٣٥٦.

(2) د. عوض المر، مصدر سابق، ص ٤٦٣.

(3) إياس الساموك، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

وبعد أن بينا مفهوم الخطأ البين في التقدير سوف نتطرق بعد ذلك لتحديد معيار الخطأ البين في التقدير وكيفية اثباته وذلك عن طريق بيان:

أولاً: معيار الخطأ البين في التقدير

إن وضع معيار لتحديد الخطأ البين في التقدير كان من أبرز التحديات التي واجهت هذه النظرية، وذلك بالنظر إلى التقارب بين المنازعة الإدارية والمنازعة الدستورية فهذا قد سهل على الفقه الدستوري عن طريق اللجوء إلى موقف القضاء الإداري، باعتبار أن فكرة الخطأ البين في التقدير وكما بينا فيما سبق بأنها من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي، فقد وجد الفقه وبالرجوع إلى احكام مجلس الدولة الفرنسي يظهر بأنه اعتنق المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ البين في التقدير لا يعتمد على حسن أو سوء نية الإدارة هذا من ناحية ، ولا يكون متروكاً لمحض تقدير القاضي من ناحية أخرى، وإنما على عناصر موضوعية يستخلصها القاضي من القضية المعروضة امامه⁽¹⁾.

كما ذهب بعض الفقه إلى الأخذ بدرجة جسامة الخطأ وذلك كمعيار خاص بفكرة الخطأ البين أو الخطأ الواضح والجسيم الذي يلاحظه الإنسان غير المتخصص وذلك لتعارضه مع المنطق السليم، ويتطلب تحديد الخطأ الواضح فهم ما يشكل خطأً واضحاً لا يقبل الجدل في الاجراءات القانونية، ويعني مصطلح واضح ان الخطأ ظاهر لا يخضع لأي نقاش معقول، وتقيم المحاكم ما اذا كان الخطأ واضحاً من السجل او القرار دون تحليل معمق، ومن الامثلة على ذلك سوء تقدير الاضرار الواضحة في البيانات الرقمية، او سوء تطبيق مبدأ قانوني يتعارض مع سابقة قانونية راسخة⁽²⁾.

كذلك أخذ اتجاه آخر من الفقه بعدم المعقولية وذهب إلى أن الإدارة تقع في خطأ بين إذا اتجهت وهي بصدد سلطتها التقديرية إلى أبعد من الحدود المعقولة في الحكم الذي تحمله عناصر الملائمة، وقد أستعان الفقه الدستوري في تحديد معيار الخطأ البين في التقدير في المجال الدستوري وقد أخذ بالمعيار

(1) د. يحيى الجمل، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٤٠٣، ١٩٧١، ص ٤٤٣.

(2) What Is a Manifest Error and How Does It Affect Legal Decisions?, Published Jan 22, 2025, <https://legalclarity.org/what-is-a-manifest-error-and-how-does-it-affect-legal-decisions/> تاريخ الزيارة 2025/8/14 الساعة 10 مساءً.

الموضوعي بما سوف يساعده⁽¹⁾، على ضبط الفكرة وعدم ترك المجال مفتوحاً لجهة الرقابة في بسط تكهناتها فالقاضي الدستوري يعتمد على العناصر الموضوعية الموجودة في القانون ذاته وذلك عبر الرجوع إلى أسباب التشريع للتحقق من الاغراض التي استهدفها المشرع ومدى ارتباطها بالنصوص المحمولة عليها وكذلك الاستعانة بالديباجة والاعمال التحضيرية وتقارير اللجان والمناقشات البرلمانية، فإذا انتهى إلى وجود خطأ بين في تقدير المشرع أدى إلى عدم الملائمة الظاهرة بين المصلحة التي استهدفها وكذلك وسائل تحقيقها قضى بعدم دستورية القانون⁽²⁾.

ثانياً: إثبات الخطأ البين في التقدير

يتم إثبات الخطأ البين في التقدير Manifest Error Rule ، من خلال الاعتماد على عناصر موضوعيه تكشف عن مدى وجود صلة منطقية بين الأغراض التي استهدفها المشرع وبين وسائل تحقيقها⁽³⁾. وما إذا كان التنظيم التشريعي قد أدى إلى التصادم مع أي من المبادئ ذات القيمة الدستورية⁽⁴⁾. فإذا ما انتفت تلك الصلة وتحققت جهة الرقابة من أن اتصال العلاقة بين الأغراض المستهدفة ووسائل تحقيقها ان كان واهنا أو بطل القانون، والسبيل الى ذلك هو في الدليل الداخلي الذي يرتبط بالنصوص القانونية، وذلك من خلال البحث في أسباب التشريع و التي تحدها المذكرة الإيضاحية

(1) John Anderson CORRECTING THE MANIFEST ERROR THAT IS THE APPROACH TO MANIFEST ERROR IN SENTENCING APPEALS December 2022 University of New South Wales Law Journal Forthcoming, p 3.

(2) أبين شهره العربي، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، مجلة المركز الجامعي احمد بن يحيى الوشريسي، الجزائر، المجلد ٩، العدد ٢، ٢٠١٨، ص ٦٥.

(3) George W. Hardy Jr. Forum Juridicum: The Manifest Error Rule, LOUISIANA LAW REVIEW, Vol, june 1961, p. 742.

(4) اهمية الرقابة على هذا العيب في رقابة دستورية القوانين؛ لما يحققه من حماية الحقوق والحريات ومنع المشرع من التعسف في استعمال حقه في التشريع، ويُعد عيب الخطأ البين في التقدير من عيوب عدم الدستورية التي تستقل عن العيوب الأخرى، مثل الانحراف التشريعي الذي ينصرف إلى ركن الغاية، في حين ينصرف الخطأ البين في التقدير إلى رقابة تقدير المشرع بالنسبة للحل التشريعي الذي تبناه في القانون محل الطعن. ينظر د. يحيى محمد مرسي النمر، التطبيقات القضائية الحديثة لنظرية الخطأ البين في التقدير في القضاء الدستوري ودورها في حماية الحقوق والحريات: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، العدد 4، 2024.

أو ترد في نصوص القانون ذاته، أو في ديباجته أو في الأعمال التحضيرية التي تسبق إقراره أو في المناقشات البرلمانية، وهذا ما يتفق مع المعيار الموضوعي لإثبات الخطأ البين في التقدير⁽¹⁾.

وعليه يمكن القول أن إثبات الخطأ البين في التقدير يتم من خلال معيار موضوعي قائم على الدليل الداخلي الذي يظهر من عبر نصوص القانون ذاته أو ديباجته أو مذكرته الإيضاحية، والجزء الذي يترتب على إثبات الخطأ البين في التقدير هو بطلان القانون شأنه شأن سائر العيوب الدستورية في القانون. ونتيجة لذلك يلاحظ ان فكرة الغلط البين في التقدير تبرز كوسيلة فعالة وذلك عبر الكشف عن الخلل والتفاوت بين تقدير المشرع وكذلك تقدير الإدارة عندما يكون جسيماً ومجاوزاً الحدود المعقولة.

الفرع الثاني

الخطأ البين في التقدير في القضاء الدستوري

على الرغم من استقرار فكرة الخطأ البين في التقدير في القضاء الدستوري وتطبيقها بصورة مستقرة في أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر وكذلك المحكمة الاتحادية العليا في العراق إلا أن الفكرة لم تلق قبولا من جانب بعض الفقهاء فقد تباينت الرؤى حول أعمال الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع في حال الخطأ البين في التقدير ومدى صلاحية الفكرة للتطبيق في قضاء المحكمة الدستورية العليا وكذلك المحكمة الاتحادية العليا. وعليه سوف نبين ذلك تباعاً:

أولاً: الخطأ البين في التقدير في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر

إن المحكمة الدستورية العليا في مصر لم تأخذ بموقف صريح من الخطأ البين في التقدير، إلا ان الفقه الدستوري يرى أن المحكمة الدستورية العليا Supreme Constitutional Court ، قد اتجهت وبإطراد إلى أعمال رقابة الملائمة بين تقدير المشرع وبين الأغراض التي قصدها، وهو الأصل الذي ترد إليه فكرة الخطأ البين في التقدير، ويستدل في ذلك بما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا عندما قضت في العديد من أحكامها ومن ذلك ما جاء في حكمها حول مدى دستورية المادة (١٨) مكرراً ثالثاً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨١ المطعون عليها والتي تنص على ما يلي: (على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب،

(1) د. زكي محمد النجار، مصدر سابق، ص ٥١.

فإذا لم يفعل خلال فترة العدة استمروا في شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر، كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد إنقضاء مدة العدة، ويُخَيَّر القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحزونين، فإذا انتهت مدة الحضانة فالمطلق له أن يعود للمسكن مع أولاده، إذا كان له الحق في الاحتفاظ به قانوناً، كما يتوجب على النيابة أن تُصدر قراراً فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية، حتى تفصل المحكمة فيها)، ونتيجة لذلك فقد رأت المحكمة وهي بصدد نظرها لتلك المادة، وحيث إن الرقابة على الشرعية الدستورية وعلى ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا بين ما تشتمل عليه الحقوق التي كفلها الدستور وأهدرها النص المطعون فيه ضمناً، سواءً كان الإخلال بها مقصوداً ابتداءً أم غير مقصود وكان قد وقع عرضاً.

كما أكدت المحكمة الدستورية العليا قولها بأن المشرع لا ينظم موضوعاً معيناً تنظيمياً، مجرداً أو نظرياً بل يتعين بلوغ أغراض بعينها تعكس مشروعيتها إطاراً لمصلحة عامة لها اعتبارها يستند عليها هذا التنظيم؛ متخذاً من القواعد القانونية التي أقرها مدخلاً لها، فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها تحكيمياً ومنهياً عنه بنص المادة (٤٠) من الدستور. وقد انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى: متى كان ما تقدم، وكان الآباء المطلقون في علاقاتهم بأبنائهم تتماثل مراكزهم القانونية فيما بين بعضهم، وان النص المطعون فيه، قد ميز بينهم بأن حد من حقوقهم في توفير مكان ملائم لسكنى صغارهم، إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً و بسطها إن كان غير مؤجر فهذا التمييز لا يكون منطقياً قائماً على أسس غير موضوعية، ومنهيا عنه دستورياً⁽¹⁾. وعليه فان رقابة القضاء الدستوري في مجال الخطأ البين في التقدير هي تحقيق التوازن في علاقة السبب والمحل في التشريع مع الدستور فيما يتضمنه من مبادئ ونصوص قانونية.

ومن تطبيقات المحكمة الدستورية العليا في مصر للخطأ البين في التقدير حكمها بأن النصوص القانونية أو اللائحية التي تنظم موضوعاً محدداً، لا يجوز في ذلك أن تتفصل عن أهدافها، ذلك أن كل تنظيم تشريعي أو لائحي فهو قطعاً لا يصدر عن فراغ كما لا يعد مقصوداً لذاته، وتعكس مشروعيتها في ذلك إطاراً للمصلحة العامة التي أقيم عليها هذا التنظيم، كما ذكرت أيضاً أن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق والحريات أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٥، لسنة ٨ قضائية، جلسة ٦ / ١ / ١٩٦٦.

من إطلاقها وفي ذلك لا يجوز تخطيها. هذا وقد كان الدستور إذ يعهد إلى السلطة التشريعية بتنظيم احد الموضوعات فإن ما تقره من القواعد القانونية في هذا المجال لا يجوز أن ينال من الحقوق التي كفلها، سواء بنقضها أو انتقاصها من أطرافها⁽¹⁾.

ومما تقدم وباستعراض البعض من نماذج قضاء المحكمة الدستورية العليا يرى الباحث ان المحكمة الدستورية العليا في مصر قد عملت برقابة الخطأ البين في التقدير، وأن كانت لم تستعمل تعبير الخطأ البين في التقدير صراحة، حيث مدت المحكمة رقابتها على ملائمة خيارات المشرع مع تناسب الاغراض التي قصدها مع وسائل تحقيقها ولا يغير هذا من الواقع الذي طالما رددته المحكمة الدستورية العليا دائماً من ان الأصل في السلطة التقديرية للمشرع هو إطلاقها.

ثانياً: الخطأ البين في التقدير في قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق

إن الخطأ البين في التقدير في القضاء الدستوري العراقي كان مرجعيته ضعيفة بصورة عامة إذا لم يصدر أي حكم في هذا الشأن في ظل العهد الملكي وكذلك العهد الجمهوري، إلا بعد تحول الدولة العراقية إلى دولة اتحادية نظامها ديمقراطي وذلك بصدور الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥⁽²⁾.

ومن خلال ذلك نجد أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق فقد أشارت بنحو واضح إلى عيب الخطأ البين في التقدير، كما اكدت أن الجزاء الذي يترتب على وجود الخطأ البين في التقدير هو الحكم بعدم الدستورية، حيث جاء في قرار للمحكمة الاتحادية العليا مضمونه أن جوهر سلطة المشرع التقديرية وعلتها هو المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة التي تفصل في الموضوع محل التنظيم التشريعي موازناً بذلك بينها لترجيح ما يراه مناسباً لمصلحة المجتمع لتحقيق الاغراض التي يتوخاها وأكفلها للوفاء بأثقل المصالح وزناً في مجال إنفاذها فإن أختل تنظيم المشرع بالموضوع محل التنظيم التشريعي وإن تنظيمه لها جاء مرهقاً غير ملائم مع متطلباتها أو غير متلائم مع ظروف المجتمع أو أن تنفيذ ما ورد فيه مخرلاً بجوانب أخرى عند ذلك يكون التشريع دالاً على خطأ بين في التقدير وجب نقضه؛ وعلى ذلك تكون دستورية القوانين مرهونة بالألا يكون مشوياً بعدم الملائمة الظاهرة بين أغراض التشريع ووسائل تحقيقها وإن عدم تناسب التشريع يقع عندما لا تتوافق القاعدة القانونية التي تم تشريعها

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا، رقم ١٠٤ لسنة ٢٠٢٢، منشور على الموقع الالكتروني

<https://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx>، تاريخ الزيارة ١٠ / ٥ / ٢٠٢٥.

(2) د. جابر حسين علي التميمي، مصدر سابق، ص ٦٣١.

مع وجب الفحوى التي يسعى المشرع الى تحقيقها، وعلى ذلك فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية المادة (١٢/ ثانياً/ ب) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لعام ٢٠٢١، والتي نصت على مجلس الوزراء Cabinet , فك ارتباط وإعادة هيكلة الدوائر والأقسام في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة التي تمارس بموجب قوانينها مهام مماثلة للمهام المنصوص عليها في قانون الخدمة العامة الاتحادي رقم (٤) لعام ٢٠٠٩ المعدل لتفعيل دور المجلس في ملف الخدمة العامة، وقد جاء في قرار المحكمة حيث ورد في نص المادة المطعون فيها أن الغرض منها تفعيل دور المجلس في ملف الخدمة العامة وإن ذلك يجب الا يكون على حساب الإخلال بالمصلحة العامة التي تسعى دوائر الدولة لتحقيقها إذ أن تطبيق المادة آنفة الذكر وإعادة هيكلة الدوائر والأقسام في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة يخل بالأهداف التي تسعى تلك الدوائر لتحقيقها وبالإمكان معالجة موضوع مجلس الخدمة الاتحادي بطريقة آخر بحيث لا يؤثر على باقي الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة⁽¹⁾.

ونتيجة لما تقدم فإن الخطأ البين في التقدير يتطلب الاهتمام بصورة أكثر جدية من قبل المشرع Legislator وذلك لتحديد الثغرات بغية معالجتها، وكذلك تفعيل دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق لأن المحكمة الاتحادية العليا هي المختصة بالرقابة على دستورية القوانين وهذا ما جاء بنص المادة (٩٣) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، كذلك يرى الباحث من خلال ما تقدم سواء في مصر أو العراق أن العلاقة بين الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع والغلط البين في التقدير تبرز من خلال أن رقابة القاضي الدستوري في نطاق الملائمة تدخل من زاوية الغلط البين في التقدير لا بطريقة علنية مجاوزة حد تعلن احترامه، وإنما بدفع هذا الحد قدراً أبعد، وبالإقرار لنفسها باسم فلسفة معينة ووضع قواعد قانونية كانت حتى عهد قريب متروكة للتوازن التقديري.

المطلب الثاني

الرقابة الدستورية على التناسب التشريعي

إن الرقابة على التناسب قد نشأت في بداية الامر في القضاء الإداري عبر الرقابة على عنصري السبب والمحل في القرارات الإدارية، حيث تنصب رقابة القاضي الإداري على عنصر السبب وذلك للتحقق من صحة الوقائع أو التكييف القانوني لها، وكذلك فحص وتقدير الإجراء المتخذ ونوعه تطبيقاً

(1) ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٣٥، لسنة ٢٠٢١.

للرقابة على محل القرار الإداري فان المقصود بالتناسب في القانون الإداري يعني (ضرورة وجود توافق بين سبب القرار الإداري و الأثر المترتب عليه أي محله)⁽¹⁾. ولتحديد مفهوم التناسب التشريعي سوف نتناول تعريفه وتمييزه عما يشته به من مصطلحات قانونية وذلك في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني نتطرق الى دور القضاء الدستوري في الرقابة على التناسب التشريعي.

الفرع الاول

تعريف التناسب التشريعي وتمييزه عما يشته به

ولبيان ذلك بشكل تفصيلي أكثر سوف نعمد إلى تعريف التناسب التشريعي أولاً ثم تمييزه عما يشته به من مصطلحات قانونية ثانياً وكما يأتي:

أولاً: تعريف التناسب التشريعي

إن المقصود بالتناسب التشريعي هو الصلة بين سبب التشريع ومحله، أي بمعنى آخر مدى التناسق بين الحالة القانونية والواقعية التي أدت بالسلطة التشريعية إلى إصدار تشريع ما بهدف معالجة مسألة معينة أو تنظيم حالة واقعية معينة، وبين موضوع التشريع ذاته أو محله⁽²⁾. كما ذهب البعض الآخر إلى تعريف التناسب التشريعي بأنه التوافق بين محل التشريع وغايته وبرروا ذلك إلى أن طبيعة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة تختلف عن طبيعة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع؛ فإذا كان التناسب في القانون الإداري يكون بين سبب القرار الإداري ومحله لأن القاضي الإداري يسلط رقابته على عنصر السبب في القرار الإداري، فإنه لا يجوز القول بأن التناسب في التشريع يعني التوافق بين سبب التشريع ومحله، وذلك لأن القاضي الدستوري لا رقابة له على سبب التشريع وذلك لأن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة، كما أن القاضي الدستوري عندما يقوم بالبحث عن الأسباب التي دفعت المشرع إلى إصدار ذلك التشريع يكون قد أخل بمبدأ الفصل بين السلطات و احل إرادته محل إرادة المشرع⁽³⁾. كما يتجه البعض في إطار تعريفهم للتناسب التشريعي بأن رقابة التناسب تنصب أساساً على جوهر السلطة التقديرية للمشرع، فالقاضي

(1) محمد رفعت عبد الوهاب ، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٢، ص ١٣٨.

(2) د. مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، مصدر سابق، ص ١٧٧.

(3) د. عماد محمد ، مصدر سابق، ص ٦٦٧.

الدستوري يراقب العلاقة بين النص التشريعي وقواعد الدستور وذلك للوقوف على مدى التناسب بين الوسائل المستخدمة والغاية المستهدفة من إصدار ذلك التشريع⁽¹⁾. ويفهم أيضا التناسب التشريعي على انه عملية موازنة يقوم بها المشرع عند سن العقوبة، وتراعي هذه الموازنة الشدة المتوقعة للمخالفة وتأثير العقوبة المقررة، في حدود هدف هذه العقوبة والحقوق والحريات التي حددها الدستور دوان إفراط أو تفريط⁽²⁾. هذا ويقوم القضاء الدستوري Constitutional judiciary، دوره في مراقبة مدى التناسب بين سبب التشريع ومحلّه وعندما يقوم القضاء الدستوري بهذه المهمة فهو يراقب الوجود المادي للوقائع وكذلك صحة التكييف القانوني لها، ومن ثم يراقب تناسق وتوافق التشريع مع الوقائع، أي مدى وجود التناسب بين السبب والمحل فاذا وجد القضاء الدستوري أن هناك تفاوتًا كبيرًا بين السبب والمحل يجوز للقضاء الدستوري الحكم بعدم دستورية ذلك التشريع لعدم وجود التناسب وذلك استنادًا إلى نظرية الخطأ البين في التقدير⁽³⁾. كما ذهب البعض إلى أن التناسب مرادف لمصطلح الملائمة إلا أن سبب الخلط يكون مرجعه بسبب وجود التقارب في المعنى العام لكل من التناسب والملائمة، فكلمة ملائم تماثل كلمة تناسب ومن الأسباب أيضا فإن الملائمة عند البعض فكرة مادية وعملية أما التناسب وحسب تصور البعض فهو بسط ومقام والحاصل نتيجة لذلك هو الملائمة⁽⁴⁾.

ومما تقدم فإننا نتفق مع القول بأن التناسب في التشريع هو التوافق والتناسق والعلاقة بين سبب التشريع ومحلّه مع ارتباط هذا التناسب بغاية التشريع التي تستهدف دائما تحقيق المصلحة العامة، وذلك نظرا إلى تطور الرقابة على دستورية القوانين، بحيث أصبح القاضي الدستوري بإمكانه مراقبة عنصر السبب في التشريع استنادا لفكرة الخطأ البين في التقدير وذلك للتحقق من صحة الوقائع التي استند عليها المشرع من أجل إصدار التشريع والتكييف القانوني لها ومدى ملائمتها.

(1) عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٩، ص ٢٣.

(2) Khaldoon Fadhil Ali , Legislative Proportionality in Disciplinary Penalties, INTERNATIONAL CENTER FOR RESEARCH AND RESOURCES DEVELOPMENT a, ISSN Number: 2773-5958, SSM Number: (1347468-T) Volume-4, Issue-3, 11 July 2023.p.146 ,

(3) حسين جبر حسين الشويلي، الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨، ص ٢٤.

(4) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مصدر سابق، ص ١٦٣.

ثانياً: التمييز بين التناسب التشريعي وما يشتهبه معه

بعد تحديد معنى التناسب التشريعي يتوجب علينا التمييز بينه وبين ما يرتبط أو يختلط معه من مفاهيم وكما يأتي:

١ - التمييز بين التناسب التشريعي والملائمة

الملائمة كما سبق تعريفها تعني الجمع والاتصال بين شيئين أو طرفين فأكثر وجعلهما متلائمين كذلك تعني الاتفاق والانسجام، والملائمة بصفة عامة هي صفة في القرار الإداري تتحقق إذا كان ذلك القرار مناسباً أو موافقاً من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة، أما التناسب فهو التوافق في أحد أهم عناصر الملائمة فقط من حيث تناسب السبب مع المحل، ونتيجة لذلك فإن الملائمة أوسع نطاقاً من التناسب باعتبار التناسب عنصراً من عناصرها⁽¹⁾. أي أن الملائمة أشمل من التناسب، وليس من الضروري أن يتضمن النص القانوني الذي يتضمن العقوبة عناصر تناسبية. قد يكون متناسباً من حيث السبب والمكان، ولكنه غير مناسب لأن المشرع لم يختار الوقت المناسب للتدخل، كل عقوبة مناسبة تفترض التناسب، ولكن ليس كل عقوبة نسبية تستلزم الملائمة. بمعنى آخر، تتضمن الملائمة التناسب لكي تكون العقوبة مناسبة، يجب أن تكون متناسبة أيضاً. يُعد التناسب أحد أهم عناصر الملائمة، إلى جانب تقييم ضرورة التدخل واختيار توقيته⁽²⁾. وعليه يمكن أن يتحقق التناسب في القرار الإداري حتى وإن لم تتحقق الملائمة، وذلك لعدم تحقق بقية عناصر الملائمة، مثل عدم ملائمة وقت التدخل على سبيل المثال، كما يقرر الفقه أن رقابة التناسب تعد انتصاراً وإضافة لكافة الضمانات كما تعد من أهم الضمانات التأديبية لأنها تمس جوهر العمل الإداري المتمثل بالسلطة التقديرية⁽³⁾. إن القاضي إذا قام بالرقابة على القرار التأديبي وقرر أنه غير مناسب للمخالفة التي ارتكبها الموظف فإن ذلك لا يعد تدخلاً من القضاء في عمل السلطة الإدارية، لأن الرقابة في ذلك تهدف إلى حسن توظيف تلك السلطة بما يحقق مصلحة المرفق العام من ناحية وكذلك مصلحة الموظف من ناحية أخرى، ولا بد من الإشارة إلى أن تنظيم مسألة التناسب من أهم وأقوى الضمانات المقررة لحماية حقوق الموظف العام، كما أن أغلب الفقهاء قد حدد موقفه من رقابة القاضي على الملائمة وذلك من منطلق تحديدها لمفهوم السلطة التقديرية

(1) د. جرجي شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٢١.

(2) Khaldoon Fadhil Ali , Ibid,p5.

(3) توانا جمال عبد الواحد، مفهوم الغلو في العقوبات التأديبية والرقابة القضائية عليه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

٢٠١٤، ص ٢٠.

للإدارة، باعتبار أنها نوع من العلاقة بين الإدارة والمؤسس، كما أن السلطة التقديرية تمنح للإدارة حرية تقدير ملائمة نشاطها فيما تركه التشريع لها من هذه الحرية دون معقب عليها⁽¹⁾.

٢ - التمييز بين التناسب التشريعي والخطأ البين في التقدير

هناك جانب كبير من الفقه لا يفرق بين نظرية الخطأ البين في التقدير أو الغلو، التي نشأت وبدأت بالظهور في مجال القضاء الإداري وبين التناسب، إذ تُعدّ نظرية "الخطأ البين في التقدير" أحد أنواع الرقابة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي، والتي تتجسد في الرقابة على التكييف القانوني للوجود المادي للوقائع التي تتخذها الإدارة سبباً لإصدار قرارها الإداري ووفقاً للقضاء الإداري في العراق، فإن معظم أحكامه تتعلق بمضمون التناسب والملائمة. لم يُعالج مصطلح "الخطأ البين" بعبارات صريحة وواضحة، أي أن أحكام القضاء الإداري في العراق تشترك في العديد من القواسم المشتركة، والتي تتسق مع مضمون نظرية الخطأ البين، ولكن ضمناً أيضاً⁽²⁾. إذ يرى جانب من الفقه المصري بأن المحكمة الدستورية العليا سرعان ما تأثرت بنظرية الخطأ البين في التقدير أو الغلو التي وضع أساسها القضاء الإداري، والتي تعني عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري الذي يرتكبه الموظف وبين نوع ومقدار الجزاء الذي وقعته الإدارة عليه، وهو الصورة الصارخة من صور عدم التناسب بين سبب القرار ومحلّه⁽³⁾. كما أن هناك من الفقه من يرى بأن فكرة الخطأ البين في التقدير تعني تحقق القاضي الدستوري من أن المصلحة أو الغرض الذي حمل المشرع النصوص القانونية عليها ترتبط بوسائل تحققها فإذا ما اختل التوازن بصورة صارخة بين القواعد القانونية التي حملتها النصوص وبين الأغراض التي تتوخاها، قضت جهة الرقابة ببطلان القانون في حين ذهب جانب من الفقه المصري بأن المحكمة الدستورية العليا قد أعملت رقابتها على النصوص التشريعية استناداً لفكرة الخطأ البين في التقدير التي نشأت واستقرت في قضاء المحكمة

(1) د. لييب غنيم، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، التنظيم القضائي، معيار الاختصاص، دار التعاون للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٢٨.

(2) Mohammed Salim Lhaimus , Theories and methods of judicial control of administrative Decisions, Published/ publié in Res Militaris (resmilitaris.net), vol.12, n°2, Summer–Autumn 2022,p 65.

(3) عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، مصدر سابق، ص ٢٥٧.

الإدارية العليا في مصر فباشرت رقابتها على ملائمة التشريع في مجال تقدير العقوبة الجنائية، وكذلك في تحديد معالم النظامين الاجتماعي والاقتصادي⁽¹⁾.

كما يذهب جانب آخر من الفقه على أن تقنية الخطأ البين في التقدير سواء في المنازعات الإدارية أو المنازعات الدستورية فإنها تندرج ضمن رقابة الملائمة لدى القاضي الإداري وكذلك القاضي الدستوري، والتي تنصب على تقدير الوقائع بشرط ان تتوافر خاصتي الوضوح والظهور للخطأ البين في التقدير والتفاوت الصارخ، وذلك كلما انتفى التوافق أو التوازن بين عناصر التقدير في العمل القانوني⁽²⁾. وكذلك يذهب البعض من الفقه إلى أن رقابة الخطأ البين في التقدير أمام القضاء الدستوري لا تعني التكيف القانوني للأسباب، إنما هي رقابة ملائمة بين اختيار الحلول من جانب المشرع عندما يؤدي تدخل المشرع للمساس بمبدأ دستوري ومثال ذلك تقدير خطورة العقوبات المقررة بالنسبة للوقائع المجرمة؛ كما أن رقابة التناسب التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا في مصر تعني الرقابة على ضرورة التناسب بين الأغراض التي استهدفها المشرع مع وسائل تحقيقها، كما أن هناك من يطلق مصطلح التناسب على عدم التوازن أو الموافقة بين سبب التشريع ومحلّه، أما بشأن العلاقة بين محل التشريع وأغراضه فيطلق عليه مصطلح وجوب الترابط العقلي والمنطقي بين أغراض التشريع ووسائله⁽³⁾. كما أن هناك من يرى بأن العلاقة بين الغلط البين في التقدير والتناسب هي بمثابة العلاقة بين الخاص و العام أي أن الأول يتمثل في الجزء بينما يتمثل الثاني بالكل⁽⁴⁾. ومما تقدم يمكن القول أن الرأي الأخير هو الأسلم، إذ أن الخطأ البين أو الغلو ما هو إلا صورة من صور عدم التناسب وبذلك يعني أن التشريع يفتقر إلى التوافق بين عنصرَي المحل والسبب، وهذا ما هو إلا صورة من صور عدم التناسب.

٣ - التمييز بين التناسب والاعغال التشريعي الجزئي

- (1) عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، مصدر سابق، ص ٦٤١.
- (2) عبد الحميد عبد أليمة جعفر، مصدر سابق، ص ٣١٦.
- (3) عبير حسين السيد حسين، مصدر سابق، ص ٢٥٤ وما بعدها.
- (4) د. سامر عبد الحميد محمد، أوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية العليا، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٤٤.

إن مصطلح الاغفال التشريعي قد ظهر لأول مرة لدى الفقه الدستوري الألماني وبعد ذلك اخذت به بعض الدول⁽¹⁾. يعرف الإغفال التشريعي الجزئي بأنه قيام المشرع بتنظيم موضوع من الموضوعات الواردة بالدستور على نحو منقوص وقاصر بحيث لا يحيط بالموضوع من كافة جوانبه التي لا يكتمل التنظيم إلا بها مما يؤدي إلى عدم الإحاطة بالموضوع محل التنظيم ومخالفة أحد أو بعض نصوص الدستور⁽²⁾. كما يعرف بأنه عدم كفاية النص الموجود لتغطية الموضوع الذي يعالجه بشكل جيد سواء من حيث مستوى وحجم التغطية او نوعية الصياغة الفنية القانونية⁽³⁾ ومما تقدم فإن الإغفال التشريعي الجزئي هو النقص في محل التشريع بالشكل الذي يجعل من التشريع قاصراً عن بلوغ أهداف الدستور كما يجعل التشريع لا يتوافق مع الأسباب التي ادت إلى سنه ونتيجة لذلك فهو يقترب كثيراً من عدم التناسب؛ إلا أن الفرق بينهما أن عدم التناسب لا يكون ناتجاً عن النقص في محل التشريع دائماً، بل يمكن أن يكون محل التشريع كاملاً وتاماً من حيث الكم إلا أنه غير كافي من حيث النوع أو الكيف، ومن ذلك فإن الفرق بين عدم التناسب والإغفال التشريعي الجزئي أن الاغفال التشريعي الجزئي يمثل حالة عدم التوافق بين محل التشريع وسببه أو غايته أو كليهما عندما يكون عدم التوافق ناتجاً عن النقص، أما عدم التناسب يعني عدم التوافق بين محل التشريع وسببه أو

(1) ظهر مصطلح "الإغفال التشريعي" لأول مرة عند التعامل مع الفقه الدستوري الألماني بمناسبة حكم المحكمة الدستورية الاتحادية المتعلق بالمادة 1712 من القانون المدني الألماني، حيث اعتبرت أن عدم إدراج شروط متساوية للأطفال الشرعيين وغير الشرعيين يُعد إغفالاً من السلطة التشريعية. وفي هذا الحكم، حثتها على معالجة هذا الإغفال قبل نهاية الفصل التشريعي بدأت نظرية الإغفال التشريعي - في الظهور في سبعينيات القرن الماضي في أوروبا، واستخدمت = المحكمة الدستورية الإيطالية هذه النظرية كأساس للعديد من قراراتها التي تتناول بعض الأحكام غير المدرجة في التشريع من خلال إصدار قرارات تصيف إلى التشريع. وبعد ذلك، شكلت فكرة الرقابة القضائية الدستورية على الإغفال التشريعي جزءاً كبيراً من الفقه الدستوري البرتغالي في ضوء الأحكام المتعلقة بالرقابة على دستورية القوانين في سياق الدستور البرتغالي الصادر عام 1976. وعلى الرغم من هذه البداية في نظرية المراجعة الدستورية القضائية للإهمال التشريعي، إلا أن هذه الفكرة لم تحظ باهتمام كافٍ على المستوى العالمي حتى انعقاد المؤتمر الرابع عشر للمحاكم الدستورية الأوروبية عام 2008، تحت عنوان "مشاكل الإهمال التشريعي في الفقه الدستوري"، حيث تناولت التقارير المحاكم الدستورية الوطنية في أوروبا ثم شرحت المقصود بالإهمال التشريعي والمشاكل التي تثيرها المراجعة الدستورية القضائية لهذا الإهمال. ينظر Abdel-Badi ShM.S. 2019. The Limits of the Constitutional Judge's Review of the Legislator's Discretionary Power (Comparative Study), Cairo, Dar Al-Nahda Al-Arabiya.

(2) نوار غضبان فارس الكوام، رقابة الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٢٢، ص ٣٠.

(3) جواهر عادل عبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٦، ص ٣٠.

غايته أو كليهما عندما يكون عدم التوافق ناتجاً عن عدم كفاءة المحل أو نقصه، أي أن الأول أوسع من الثاني.

الفرع الثاني

التناسب التشريعي في القضاء الدستوري

إن الرقابة الدستورية Constitutional oversight على مبدأ التناسب تعد أحد المرتكزات الأساسية للحد من السلطة التقديرية للمشرع التي يجب أن تمارس في الحدود الدستورية التي تبقىها ضمن نطاق المشروعية، وعليه سوف نتطرق إلى بعض تطبيقات القضاء الدستوري على الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب التشريعي وذلك في مصر أولاً ثم في العراق ثانياً وكما يأتي:

أولاً: الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب التشريعي في القضاء الدستوري المصري

إن القضاء الدستوري في مصر المتمثل بالمحكمة الدستورية العليا فقد راقب مبدأ التناسب في التشريع على القوانين، إذ إن قيامه بهذا النوع من الرقابة هو يقترب فيه من مجلس الدولة الفرنسي، إلا أن المحكمة الدستورية العليا في مصر لا تذكر صراحة رقابة التناسب وإنما تقوم ببسط رقابتها على مدى تناسب النص دون أن تفصح صراحة عن ذلك ولكنها تقوم باستعمال مصطلحات تعبر عن ذات المعنى. ومن الامثلة على حكم المحكمة العليا في مصر حكمها الصادر في 15 ابريل لعام 1989 والذي نص فيه على أن القواعد التي يقوم المشرع بوضعها وينظم فيها الحقوق العامة والحقوق السياسية يجب عدم مصادرتها أو الانتقاص منها ويجب أن تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين بالتساوي ووفقاً لما جاءت به المادة 8 من مبدأ تكافؤ الفرص بين الأفراد وكذلك ووفقاً للمادة 40 على أن المواطنين متساوون أمام القانون في مجال الحقوق والواجبات ولا تتميز بين الأفراد في هذه الحقوق بسبب الدين أو الجنس أو اللغة⁽¹⁾. وكذلك منها القوانين الجنائية، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه لا يجوز أن يكون الجزاء الجنائي بغضاً أو عاتياً و كذلك إذا كان بربرياً أو تعذيباً أو قمعياً أو متصلاً بأفعال لا يجوز تجريمها وكذلك إذا كان مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع، بما يصدد الوعي أو التقدير الخلقى لأوساط الناس في شأن ما ينبغي

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ 15 ابريل ، قاعدة رقم 27، القضية رقم 23، قضائية، دستورية الاحكام التي اصدرتها المحكمة من يناير عام 1987 لغاية يونيو عام 1991 ، الجزء السابع، ص 205.

أن يكون حقا وعدلا على ضوء مختلف الظروف ذات الصلة به، لئتمخض الجزاء عندئذ عن إهدار للمعايير التي التزمها الأمم المتحدة في معاملتها للإنسان واحترام حقوقه⁽¹⁾. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أهمية التناسب بين قواعد التجريم والعقاب كما يجب أن يراعي في ذلك الضرورة الاجتماعية، وقد جاء في أحد أحكامها أن السلطة التي يملكها المشرع في مجال التجريم والعقاب يكون حدها القواعد الدستورية فلا يجوز أن يؤتم المشرع أفعالا في غير ضرورة اجتماعية ولا يجوز أن يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة⁽²⁾. كما قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكم آخر لها بعدم دستورية نص الفقرة 4 من المادة 5 من قانون نقابة المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية وكذلك المادة 5 مكرر من القانون نفسه و استنادا لكون المادة 5 مكرر قد عاقبت الأشخاص الذين يمارسون أعمالا تمثيلية أو سينمائية دون أي تصريح وهم ليسوا أعضاء في نقابة المهن التمثيلية والسينمائية بعقوبة الحبس والغرامة أو إحداهما دون قيد يتعلق بالحد الأقصى لأيهما؛ فقد اعتبرت المحكمة الدستورية العليا أن هذه العقوبة قد تجاوزت الضرورة الاجتماعية، وكذلك اعتبرت هذه العقوبة عبئا باهظا على أعمال الإبداع لتجاوز قسوتها التي بالأصل يجب تشجيعها وإنمائها والحث عليها بجميع الوسائل⁽³⁾.

مما تقدم يرى الباحث من هذه الأحكام بأن المحكمة الدستورية العليا قد اشترطت على المشرع ضرورة مراعاة الضرورة الاجتماعية عند القيام بعملية التجريم والعقاب، كما اكدت المحكمة على ضرورة التناسب بين الفعل المجرم والعقوبة المقررة لهذا الفعل، لكي تتحقق الغاية المطلوبة من فرض هذه العقوبات فالمشرع يجب أن يجرم الأفعال التي تستوجب الضرورة الاجتماعية تجريمها، وأن يقرر العقوبات المتناسبة مع هذه الأفعال بحيث تؤدي العقوبة إلى تحقيق الأهداف المقصودة منها والمتمثلة بالردع العام والردع الخاص، وبخلاف ذلك لا يحق للمشرع أن يضع قيودا أو يهدر حقوق الأفراد التي نص عليها الدستور. كما نجد أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد تبنت الرقابة على مبدأ التناسب الدستوري لكنها لا تذكر صراحة رقابة التناسب وإنما تقوم ببسط رقابتها على مدى تناسب النص دون ان تفصح صراحة عن ذلك ولكنها تقوم باستعمال مصطلحات تعبر عن ذات المبدأ؛ وقد ظهر ذلك في العديد من أحكامها ومن ذلك على سبيل المثال حكم المحكمة الدستورية العليا بخصوص حرية التعبير بأنه لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق من ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها أو من ناحية

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦/ قضائية، جلسة ٣ فبراير لسنة ١٩٩٦.

(2) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨/ قضائية، جلسة ٥/ ٧/ ١٩٩٧.

(3) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٢ لسنة ١٥/ قضائية، جلسة ٤/ ١/ ١٩٩٧.

العقوبة اللاحقة التي تتوخى قمعها، وإنما يتعين أن ينقل المواطنون من خلالها وعلانية تلك الأفكار التي تجول في عقولهم، فلا يتهايمون بها نجياً بل يطرحونها حتى لو عارضتها السلطة العامة إحداثاً من جانبهم وبالوسائل السلمية وذلك لتغيير قد يكون مطلوباً فالحقائق لا يجوز إخفاؤها، ومن غير المتصور أن يكون النفاذ إليها ممكناً في غياب حرية التعبير⁽¹⁾.

كذلك يرى الباحث مما سبق أن المحكمة الدستورية العليا قد أكدت على ضرورة عدم فرض أي قيود على الحقوق والحريات بحيث يؤدي إلى الانتقاص من مضمونها أو تنال من محتواها إلا بالقدر الذي يحدده الدستور، كما إن المحكمة الدستورية العليا اعتبرت فرض قيد على حرية التعبير يعد منافياً لمصلحة المجتمع الذي قد يحتاج إلى التغيير بطرق سلمية بعيداً عن العنف وكذلك تعبير الأفراد عن أفكارهم بطريقة علنية لا تضر بالمجتمع. وعليه فإن المحكمة الدستورية العليا في مصر تربط بين التناسب وبين تحقيق العدالة فالقانون الذي يفتر إلى التناسب بين الجزاء والأفعال فإن ذلك القانون ليس عادلاً وبالتالي مخالفًا للدستور.

ثانياً: التناسب في القضاء الدستوري العراقي

إن الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب في العراق نجدها بصورة أكثر فعالية في مجال الحقوق والحريات وذلك لمساهمتها بإرساء المفاهيم الدستورية وحماية المبادئ المستقرة في ضمير المجتمع ومن بين هذه المبادئ مبدأ التناسب، لذلك فإن هناك حداً من التناسب في نطاق الحقوق والحريات الشخصية يجب أن يراعيه المشرع وهو بصدد تنظيم هذه الحقوق والحريات، ومن ذلك فإن المشرع يجب أن يراعي عند النص على العقوبات الضرورية، ويجب أن يكون مقدار تلك العقوبات بما لا يتعدى القدر اللازم الذي يحقق الردع الخاص وكذلك الردع العام، وفي هذا السياق فإن الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ قد نص على أن (حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها مكفولة ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها أو الكشف عنها إلا لضرورة قانونية وأمنية وبقرار قضائي)⁽²⁾. ومن ذلك فإن القدر اللازم من الضرورة القانونية والأمنية يخضع للرقابة الدستورية على مبدأ التناسب، فهذه الضرورة تتعلق بالنظام العام الأمني للمجتمع. أما في مجال الحقوق والحريات الاقتصادية فإن سلطة المشرع التقديرية في تنظيمها قد تخضع هي الأخرى للرقابة الدستورية على مبدأ التناسب ومن أهم هذه

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ٦ لسنة ١٥/ قضائية، جلسة ١٥ أبريل ١٩٩٥.

(2) ينظر نص المادة (٤٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

الحقوق حق الملكية المنصوص عليه في المادة (٢٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وحرية التجارة المنصوص عليه في المادة (٤٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، ومن ذلك فإن حق الملكية وحرية التجارة ليسا حقين مطلقين وإنما يجب أن يمارسا بما يحقق وظيفتهما الاجتماعية المنصوص عليها في الدستور، ولذلك فهما يخضعان للتقييد من قبل المشرع، إلا أن هذا التقييد يكون خاضعاً في مدها لسلطة القاضي الدستوري، وعليه فإن حق التقاضي من الضمانات الدستورية المهمة التي نص عليها دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ صراحة في العديد من المناسبات و منها في المادة (١٩) منه ببندها التسعة عشر، وكذلك المادة (١٠٠) منه التي تنص على حظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن. ومن تطبيقات الرقابة الدستورية التي مارستها المحكمة الاتحادية العليا في العراق في ما يتعلق بهذه الضمانة الدستورية قرارها في الدعوى (٤ اتحادية) الصادر في ٢ / ٧ / ٢٠٠٧^(١). والذي قضى بإلغاء نص الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام^(٢). وذلك لمخالفتها أحكام المادة (١٠٠) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، ومن ذلك فقد بنيت المحكمة الاتحادية العليا قرارها على أن النص الملغي كان قد استثنى عقوبتي لفت النظر والإنذار من الطعن مع كون قرار فرض هاتين العقوبتين هو قرار إداري يندرج تحت أحكام المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥^(٣).

وعليه فإن جهة الرقابة الدستورية وهي بصدد دفاعها عن حق التقاضي لها كذلك أن تبحث في ما وراء التشريع عن كل ما يخل بضمانة حيده واستقلال الجهات القائمة على الاتهام والمحاكمة^(٤) ، وضمانة الفصل بين جهات الاتهام والتحقيق والمحاكمة كما تستطيع أن تبحث عن الإخلال بضمان الدستور لحق الدفاع^(٥). ومن بين الحقوق والحريات التي تعد مجالاً هاماً لممارسة القضاء الدستوري رقابته على مبدأ التناسب هي الحقوق والحريات السياسية ومن أهم هذه الحقوق والحريات هي حق الانتخاب وحق الترشيح، وكذلك حق تكوين الأحزاب السياسية والانضمام إليها، والحق في ممارسة العمل

(١) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، الدعوى (٤/ اتحادية)، جلسة ٢ / ٧ / ٢٠٠٧.

(٢) ينظر الفقرة (٤) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.

(٣) للتذكير أن هذا التعديل الذي استجاب فيه مجلس النواب لقرار المحكمة الاتحادية العليا وبذلك اعتمد تسمية (قانون

انضباط موظفي الدولة والقطاع العام) بدلا من (قانون موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي).

(٤) ينظر البند (اولا) من المادة ١٩ من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

(٥) ينظر البند (رابعاً) من المادة ١٩ من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

السياسي، فالمشرع العادي يقوم بوضع تنظيم لهذه الحقوق والحريات وضع ضوابط وقيود معينة على ممارستها ومباشرتها، ونتيجة لذلك يأتي دور جهة الرقابة الدستورية لتبين مدى التناسب في مثل هذا التنظيم فيما بين الضوابط والقيود الموضوعة من قبل المشرع على ممارسة هذه الحقوق والحريات وبين الأهداف المبتغاة من وضع تلك الضوابط والقيود، كذلك تبين أيضا مدى تلاقي أو تباعد ذلك التنظيم مع أحكام الدستور وما تقرره من حماية لهذه الحقوق والحريات⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد فإن قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١٥ / اتحادية / ٢٠٠٦) والذي قررت فيه تعارض نص المادة (١٥ / ثانيا) في ٢٦ / ٤ / ٢٠٠٧، من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ مع نص المادة (٤٩ / ثانيا) من الدستور، وهذا التعارض حاصل من اعتماد قانون الانتخابات لتوزيع عدد المقاعد الانتخابية بما يتناسب مع عدد الناخبين المسجلين في كل محافظة الى اعتماد نظام البطاقة التموينية، إلا أن الدستور قد اعتمد معيار عدد النفوس الكلي في الانتخابات⁽²⁾.

يرى الباحث أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد لجأت إلى اتباع تقنية التناسب، فالملائمة تبقى حقا خالصا للمشرع غير أنها لا تتسع لكل السلطة التقديرية الممنوحة له وإنما هناك دائما مجال ضمن هذه السلطة يخضع لرقابة التناسب في مجال التشريع تعني الملائمة (توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يصدر فيها). وبهذا المعنى فإن الملائمة تتعلق بصلة العمل القانوني بظروف إصداره، أي هي عبارة عن علاقة بين الاداة القانونية وظروف استعمالها. أما التناسب فهو (الصلة بين العمل القانوني والقواعد التي تحكمه، كما أنه صلة داخلية في العمل القانوني بين بعض مكوناته أو أركانه وبالتحديد بين سببه ومحلّه) وبهذا المفهوم للملائمة فأنها تدخل ضمن عناصر السياسة التشريعية التي تمتنع على جهات الرقابة التدخل فيها.

(1) حسين جبر حسين الشويلي. مصدر سابق، ص ١٩٠.

(2) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٥ / اتحادية / ٢٠٠٦) في ٢٦ / ٤ / ٢٠٠٧.

الفصل الثاني

آليات القضاء الدستوري في الرقابة الدستورية
على ملائمة التشريع

الفصل الثاني

آليات القضاء الدستوري في الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

إن الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في القضاء الدستوري هي من الموضوعات التي شغلت فكر الفقه الدستوري ، حيث ظلَّ الفقه الدستوري السائد، يردد دائماً بأن هذه الرقابة منذ نشأتها هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملائمة، ونتيجة لذلك ذهب البعض الى القول أن إصطلاح الرقابة الدستورية على الملائمة إصطلاح يتناقض مع نفسه، ومن ذلك كيف توصف هذه الرقابة بأنها قضائية في الوقت الذي تمتد فيه إلى إعتبرات أخرى غير إعتبرات القانون، وكيف يمكن للقاضي الدستوري أن يحل محل المشرع، في الوقت الذي حرص الدستور على أن يتركه لمطلق سلطته التقديرية، وبالرغم من الحدائة في الفقه الدستوري في مصر وكذلك في العراق إلا أن التطورات المتلاحقة التي طرأت على القضاء الدستوري ادت الى اعادة النظر لما استقر عليه الفقه الدستوري التقليدي، من بيان حدود الرقابة على دستورية القوانين بمشروعيتها دون ملائمتها، مما يدل ذلك على الإعتراف بأن الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع أصبحت في وقتنا هذا حقيقة واقعية في قضاء الدستورية لا سبيل لإنكارها او تجاهلها. ونظرا للتطورات المستمرة التي حدثت في القضاء الدستوري سواء في مصر المتمثل بالمحكمة الدستورية العليا أو في العراق والمتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا فقد أدت هذه التطورات إلى إعادة النظر فيما استقر عليه الفقه من تحديد الرقابة على دستورية القوانين بمشروعيتها دون ملائمتها؛ ونتيجة لذلك فإن المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات تدعو إلى الإعتراف بأن الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع قد أصبحت في الوقت الحاضر حقيقة واقعية في القضاء الدستوري لا سبيل إلى إنكارها. هذا و أن كان الهدف الحقيقي من وراء الأخذ بنظام القضاء الدستوري لا يقتضى مجرد إنشاء جهاز قضائي تنحصر مهمته في الرقابة على المشروعية وحدها وتطبيق قواعد القانون عليها تطبيقاً حرفياً، بحيث يكون الفصل فيها وفقاً لمدى مطابقتها أو مخالفتها لهذه القواعد، وإنما يكون الهدف في وجود قضاء يستطيع الوقوف على طبيعة هذه المنازعات والتغلب على الاعتبارات الفنية والعملية التي يمكن أن يصادفها القاضي العادي في رقابته، فيما لو أسندت إليه مهمة الرقابة الدستورية وكذلك وجود قضاء لا تتوقف مهمته عند حد الفصل في هذه المنازعات وإنما تتعداها إلى التوفيق بين إعتبرات المصلحة العامة و كذلك إعتبرات حماية حقوق وحريات الأفراد من ناحية أخرى، ونتيجة لذلك لا يستطيع القاضي الدستوري القيام بتلك المهمة إلا إذا راعى عند الفصل في هذه المنازعات إلى جانب إعتبرات المشروعية إعتبرات أخرى

ونعنى بتلك الاعتبارات هي اعتبارات الملائمة. ومما سبق سيتم تقسيم هذا الفصل الى مبحثين، كما يأتي:

المبحث الأول: موقف الفقه من الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع

المبحث الثاني: القواعد الحاكمة للرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع

المبحث الاول

موقف الفقه من الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع

تعد الرقابة الدستورية Constitutional oversight على ملاءمة التشريع ضماناً حقيقية لحماية القواعد الدستورية ونفاذها وقد استقرت اغلبية الدساتير بالعمل على اعتماد الرقابة الدستورية على اختلاف آية تنظيم هذه الرقابة وتنوع طبيعة الجهة المخولة بهذه الرقابة وحدودها على اختلاف الانظمة السياسية⁽¹⁾ Political systems، ومن مزايا الرقابة الدستورية هو تصديها للمشكلة المطروحة عند التنازع كونها مشكلة قانونية، فهي في جوهرها تعتمد إلى حل هذا التنازع بين قاعدتين أو أكثر من القواعد في سلم تدرج القواعد القانونية، وانها ذات طابع قانوني فهي تتعلق بشكل مباشر بعمل القضاة وذلك لخبرتهم القانونية من حيث تطبيق وتفسير القوانين فهم الاقدر على ملاحظة مدى تطابق القانون من عدمه مع مبادئ النصوص الدستورية⁽²⁾. ولما كانت القوانين غايتها الأساسية هي تحقيق المصلحة العامة، فان ذلك يحتم البحث في امكانية الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع من تحقق هذه الغاية، فهل تستطيع رقابة القاضي الدستوري على ملاءمة التشريع من تحقيق غاية المصلحة العامة. نتيجة لذلك نجد أن الفقه الدستوري ينقسم في هذا الشأن بين مؤيد ومعارض للرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع وعليه سوف نتناول الاتجاهات الفقهية في مصر من الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع وذلك في المطلب الأول ثم نتطرق إلى الاتجاهات الفقهية في العراقي من الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع وذلك في المطلب الثاني.

(1) Tamir Moustafa, The Struggle for Constitutional Power law, politics, and economic development in Egypt Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo Cambridge University Press, p 10. 2007

(2) عبد العال محمد حسنين، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٤٢.

المطلب الاول

الاتجاهات الفقهية في مصر من الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع

انقسم الفقه الدستوري في مصر حول مسألة حق القضاء في الرقابة على الدستورية على ملاءمة التشريع، فمنهم من يعارض تلك الرقابة الدستورية، والبعض الآخر يؤيدها. ولما كان الرأي الغالب في الفقه قد اتجه إلى أن ممارسة المشرع لاختصاصه التشريعي وفقا لسلطته التقديرية تكون خارج نطاق الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات، بالمقابل هناك اتجاها آخر يرى بأن الرقابة على ملاءمة التشريع يجب ألا تبقى بعيدة عن رقابة القضاء الدستوري، وذلك للتأكد من مدى احترام المشرع لأحكام وقواعد الدستور، ومدى ملاءمة الحل الذي اختاره المشرع. وعليه سوف نتناول اتجاه الفقه الدستوري المعارض في مصر من الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع وذلك في الفرع الاول أما في الفرع الثاني نتطرق إلى اتجاه الفقه الدستوري المؤيد في مصر من الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع.

الفرع الأول

اتجاه الفقه الدستوري المعارض في مصر من الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع

إن الفقه الدستوري التقليدي في مصر المتمثل بالفقه المعارض للرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع حيث يقرر هذا الجانب من الفقه أن خطورة هذه الفكرة تكمن من حيث خطورتها على المبادئ العليا؛ وعلى الرغم من كثرة المحاولات الفقهية التي بذلت لتحديدها وبيان الأساس القانوني لقوتها الإلزامية فإنها تقتصر إلى الكثير من الحدود الموضوعية المنضبطة التي تجعل من قيام القضاء بتطبيقها أمراً مقبولاً، كما أن منح القاضي سلطة استخلاص القاعدة من ضمير الجماعة أو من المبادئ العامة للحق والعدل أو عبر القانون الطبيعي يخرج به من مهمته تماماً، ويعهد له عملاً تشريعياً لا شك في طبيعته، وتعد هذه المبادئ ليست سوى تعبير شخصي عن بعض المفاهيم المثالية للكثير من القضاة، كما أن التسليم بممارسة القاضي الدستوري للرقابة استناد إليها قد يؤدي إلى اضطراب في المعاملات القانونية وإلى فقدان الحياة القانونية لأهم عناصرها وهو الثبات والاستقرار النسبي؛ كما انه مع التسليم التام بغائية القانون وبضرورة ارتباطه بالقيم المثالية للجماعة التي ينظمها، إلا أن ذلك منوط بالسلطة التشريعية التي تعبر بقدر الإمكان عن مجموعة القيم السياسية والاجتماعية السائدة في الضمير العام للجماعة والتي تكون القوانين انعكاساً لها، أما ما يخص القضاء الدستوري فلا بد أن يحترم اختيار المشرع وتقديره للوقائع

والأحداث، وليس له أن يهدر ذلك إلا حين يجد فيه تعارضاً واضحاً مع المضمون الذي عبرت عنه الجماعة تعبيراً مباشراً وصریحاً في دستورهما المكتوب⁽¹⁾. كما يذهب الدكتور محمد عبد العال السناري على ضرورة التزام القضاء الدستوري عند ممارسة رقابته بحدود النصوص الدستورية دون أن يتعدى ذلك إلى ما يعلو عليها من مبادئ عليا غير مكتوبة، وإلا فإن ذلك يكون متجاوزاً لمفهوم الرقابة الدستورية نفسها لأنه في تلك الحالة لا يراقب دستورية قانون وضعته السلطة التشريعية فقط، وإنما يقوم بمشاركة السلطة التشريعية في مهمتها التشريعية والحلول محلها في بعض الأحيان، بل والحلول محل المشرع الدستوري نفسه، والقاضي في هذه الحالة يتعدى دوره وسلطاته كما ويتعدى حدوده الدستورية وذلك عبر مخالفته لمبدأ الفصل بين السلطات، فبدلاً من أن تكون الرقابة القضائية وسيلة لتصحيح مسار مبدأ الفصل بين السلطات، فأنها تصبح أداة لانتهاك هذا المبدأ بحلول القاضي الدستوري محل المشرع العادي وكذلك المشرع الدستوري وذلك عندما يقوم باستخلاص تلك المبادئ العليا وممارسة الرقابة بالاستناد إلى تلك المبادئ⁽²⁾.

ومما تقدم يجب التنويه إلى أن المبادئ العليا بهذا المعنى تفتقر عما يسمى بروح الدستور، المبادئ المستخلصة من النصوص الدستورية عند تطبيقها ومن مقابلة تلك النصوص ببعضها في حال تفسير القاضي الدستوري لها، كاستخلاص مبدأ الفصل بين السلطات في توزيع السلطات الثلاث في الدولة بين عدة جهات مختلفة، وهو أمر ليس فيه منقصة لأن الاستناد في النهاية يكون لنصوص الدستور نفسها والروح المهيمنة على الدستور، لا لمبادئ خارجه عنه⁽³⁾. وكما حرص القضاء الدستوري المصري على ممارسة رقابته في ظل الدستور فقط، ومن ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية رقم (١٣) لسنة (٤) قضائية بجلسة في (٥) من ابريل لعام ١٩٧٥، حيث جاء فيه إن مثل الميثاق فيما أساه من المبادئ الفلسفية العليا وما تضمنه من الأهداف مثل إعلانات الحقوق التي عرفتها بعض الأمم المتقدمة والتي اقترنت عادة بالثورات الناجحة مما يتمخض عنها بمبادئ الحقوق والحريات والعدالة والمساواة، فضلاً عن ذلك أهداف المجتمع على جميع الأصعدة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مما ينتج عن صدورهما تمهيداً لإعلان دستور مكتوب يستمد قوته وأحكامه من تلك المبادئ

(1) د. أحمد كمال أبو المجد، مصدر سابق، ص ٦٠١.

(2) محمد عبد العال السناري، الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين في مصر، ١٩٨٦، ص ٢٣٣.

(3) شعبان أحمد رمضان أحمد، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠٠٠، ص ٥٤٦.

والأهداف، ويكون لهذه الأحكام التي يتبناها المشرع وصياغتها في نصوص دستورية القوة الملزمة، أما ما عداها من مبادئ وأهداف لم يصغها المشرع في نصوص دستورية فتظل مثلاً عليا ونظريات فلسفية حتى يقتضى الصالح العام للدولة في تطبيقها وتنفيذها فينقلها المشرع من مجال المبادئ العامة إلى مجال التنفيذ، وذلك بإفراغها في صورة نصوص محددة في صلب الوثيقة الدستورية فتكون لها القوة الملزمة على أن تظل تلك المبادئ جميعها مصدرا لتفسير النصوص الدستورية وغيرها من التشريعات يتم اللجوء إليها لتحديد مدلولها والحكمة التي على أساسها يقوم المشرع في تنفيذها، فإن الميثاق لا يعدو أن يكون توجيه للمشرع الدستوري والمشرع العادي على حدا سواء، ولكنه ليس دستورا ولا قانونا ولن يكون كذلك إلا إذا تم اللجوء إلى صياغة مبادئه في نصوص تشريعية محددة و منضبطة تنقل هذه المبادئ من المجال النظري والفكري إلى مجال العمل والتنفيذ⁽¹⁾. كما أكد جانب من الفقه المصري على أن هذه الضوابط والحدود التي تتبعها وتنقيد بها المحكمة الدستورية العليا في مصر في العديد من أحكامها تطوي على قدر من المرونة وعدم الانضباط بحيث يجعل من قيمتها الحقيقية في تحديد نطاق الرقابة مرهونة بتقدير القضاء لها، ولما كان القضاء الدستوري المصري بحاجة لتجنب الاصطدام والتخفيف من حدة الخلاف في ممارسته للرقابة الدستورية على القوانين ومن أجل الوقوف في وجه السلطات العامة دون الخوف من عدوان هذه السلطات أو تهديدها لاستقلاله، لذلك التزمت المحكمة الدستورية العليا في مصر الحذر عند ممارستها للرقابة الدستورية وعدم الاسراف فيها ، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها على عدم المبالغة في الحدود والضوابط على النحو الذي يعطل الرقابة القضائية على السلطات القائمة، تاركة الأفراد تحت رحمة تلك السلطات دون ملاذ أو عاصم⁽²⁾. ومن أهم الانتقادات التي وجهها البعض من الفقه الدستوري المصري للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع ما يأتي:

أولاً: إن الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع المتمثلة بالغلط البين في التقدير لا تخرج عن كونها مخالفة مباشرة وصريحة لنصوص الدستور وأحكامه الشكلية والموضوعية، كما أن هذه الرقابة تؤدي إلى الاحتكام إلى مبادئ عليا تفتقر عادة إلى التحديد والانضباط، وبذلك تؤدي إلى إحلال القضاة لتصوراتهم وتقديراتهم محل تصور المشرع وتقديره التي تعد من الملائمات السياسية التي يجب تركها للمشرع⁽³⁾.

(1) ينظر مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا في مصر، الجزء الأول، ص ٢٩٢.

(2) أحمد عبد السلام عبد الدائم، حدود اختصاص القضاء الدستوري، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، ٢٠١٨، ص ٣٢.

(3) شعبان أحمد رمضان، مصدر سابق، ص ٤٧٩.

ثانياً: إن هذه الرقابة تفرض وصاية القضاء الدستوري على المسائل التي تدخل في مجال المشرع، إذ أن سعي السلطة التشريعية إلى تحقيق المصلحة العامة من أساسيات عملها، وبذلك لا يجوز للقضاء الدستوري مباشرة ذلك، أو أن يقيم نفسه محل هذه السلطة فيما تراه مناسب لتحقيق هذه المصلحة، ولا أن تكون سلطته في تقييم النصوص القانونية المطعون فيها موازية للسلطة التشريعية في اختيارها لها التي تقدر على ضوئها الوسائل التي تراها مناسبة لحقوق مواطنيها وحررياتهم⁽¹⁾.

ثالثاً: كما ذهب الدكتور أحمد كمال أبو المجد إلى أن الرقابة على دستورية القوانين هي بمثابة سلاح ذو حدين إذا أحسن تطبيقها أصبحت من مظاهر سيادة القانون ومن الوسائل الفعالة في حماية الحقوق والحرريات العامة، أما إذا أسئئ تطبيقها وذلك عبر استغلال الغموض في النصوص الدستورية محاولة فرض وصاية على السلطة التشريعية فإن ذلك يؤدي إلى وجود إشكاليات دستورية وسياسية قد تهدر استقلال السلطة التشريعية أو تعدي السلطات العامة على مبدأ المشروعية⁽²⁾. كذلك أن هناك من الأمور التي تثير مشاكل حقيقية في تحديد نطاق الرقابة على دستورية القوانين والبحث في الغاية الحقيقية من التشريع؛ وذلك لأن المشرع عند ممارسته لاختصاصه التشريعي المنصوص عليه في الدستور قد يصدر تشريعاً يعدل أحكام تشريع سابق بحجة تفسيره، وذلك ما يسمى بالتشريع المستتر⁽³⁾، ونتيجة لذلك فقد طرح الدكتور أحمد كمال أبو المجد تساؤلاً هاماً حول ما إذا جاز للقضاء أن يبحث عن الغاية الحقيقية من وراء إصدار هذه التشريعات، كما ويجب على ذلك بأن المشكلة لا ترتبط في اعتقاده بالبواعث والغايات التشريعية؛ وإنما ترتبط بالكشف عن المضمون أو الطبيعة لحقيقة التشريع، وبذلك فإن دور القاضي في مناقشة هذه المشكلة إنما يتحتم عليه البحث في الطبيعة الحقيقية للتشريع والتحقق من مضمونه المستتر من جهة، وكذلك البحث فيما إذا كان هذا المضمون الحقيقي هل يتفق أو يتعارض مع الأحكام أو النصوص الدستورية من جهة ثانية، وهذا الأمر كذلك يطرح تساؤلاً هو الآخر حول إمكانية القاضي في تجاوز ظاهر التشريع والبحث عن الطبيعة الحقيقية لذلك التشريع. وحقيقة الأمر توجد هناك فرضيتين يجب توضيحها:

(1) د. عبير حسين السيد حسين، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

(2) د. أحمد كمال أبو المجد، مصدر سابق، ص ٥٩١.

(3) يقصد بالتشريع المستتر هو التشريع الذي يحمل غموضاً في صياغته ويترك مجالاً للتأويل والتفسير، مما يجعله "مستتراً" بمعنى أنه غير واضح المعالم بشكل كامل.

الفرضية الأولى: يجب منع التحايل من قبل المشرع استناداً لمبدأ المشروعية وكذلك احترام القواعد الدستورية، أي أن تحقيق الأغراض الغير المشروعة لا يمكن أن يكون تحت ستار ممارسة الاختصاصات المقررة لمبدأ المشروعية. أما الفرضية الثانية: أن القاضي لا يقضي بعدم دستورية التشريع إلا إذا كان ذلك التشريع واضحاً وحقيقياً، أي أن تفسير القانون يكون على نحو لا يتعارض مع القواعد الدستورية⁽¹⁾.

رابعاً: ومن بين الآراء الفقهية في هذا المجال ما ذهب إليه الدكتور محمد سليمان الطماوي عند التطرق إلى السلطة التقديرية وكذلك السلطة المقيدة للمشرع فإذا كانت السلطة التأسيسية الأصلية تضع القواعد الدستورية وتحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها وتضمن الحقوق والحريات العامة للأفراد وكذلك إنشاء السلطات العامة في الدولة وتحديد كل اختصاصاتها وعلاقتها ببعضها بدون أي قيود عليها وإطلاق حريتها؛ فإن السلطة التشريعية هي الأخرى يجب أن تتمتع بحرية واسعة في مباشرة اختصاصاتها التشريعية التي خولها الدستور، إلا أنها يجب أن لا تتمتع بذات الحرية التي تتمتع بها السلطة التأسيسية، وذلك لأن المشرع مقيد بالأحكام والقواعد الدستورية في السعي إلى تحقيق غاياته⁽²⁾.

خامساً: ومن الحجج التي استند عليها أصحاب هذا الاتجاه أن القضاة في مصر ما زالوا خاضعين للسلطة التنفيذية في تعيينهم ونقلهم وتأديبهم وبذلك لم يصلوا إلى درجة من الاستقلال الكافي لأن يمارسوا الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع.

سادساً: إن الاستناد إلى مبدأ الفصل بين السلطات من أهم الحجج التي استند إليها الاتجاه المعارض للرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع، فوظيفة القضاء هي تطبيق القانون لا الحكم عليه⁽³⁾.

مما تقدم يرى الباحث أن رقابة القضاء الدستوري التقليدي في مصر تنحصر في الرقابة على المشروعية دون أن تمتد إلى الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع والتحقق من مدى ملاءمة ذلك.

(1) د. أحمد كمال أبو المجد، مصدر سابق، ص ٥٩١.

(2) د. محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٨٤، ص ٣٤.

(3) د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، مصدر سابق، ص ٧٤.

الفرع الثاني

اتجاه الفقه الدستوري المؤيد في مصر من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

إن التطبيق العملي لوظيفة القاضي الدستوري لا تقف عند حد المقابلة الحرفية بين النصوص الدستورية والنصوص التشريعية المطعون فيها فإن مثل هذا العمل قد لا يكون مجدياً وذلك لأن المؤسس لن يقوم بانتهاك الدستور بصورة صريحة وواضحة؛ واستناداً إلى ذلك فقد نكون بحاجة إلى الرقابة على الحالات التي يخرج فيها المؤسس على الدستور بطريقة غير صريحة أو ضمنية بحيث يأخذ في الإعتبار فضلاً عن الاعتبارات القانونية التي تحدد نطاق المشروعية واعتبارات الملائمة، وهذا يعني أن يكون الحكم نتيجة لمراعاة المشروعية وكذلك الملائمة⁽¹⁾. وقد ذهب جانب من الفقه الدستوري على أنه لا يوجد هناك ما يمنع القاضي الدستوري من رقابة الملائمة وبسط هذه الرقابة على سلطة المؤسس التقديرية، كما لا يريد هذا الاتجاه ما يقول به البعض من أن هذه الرقابة تعني قيام القاضي بالحلول محل المشرع، لأن قيام القاضي الدستوري بهذه المهمة لا يعني حلول القاضي الدستوري محل المشرع، ويرى الفقه في هذا المجال أن التقدير قائم وموجود فعلاً من قبل المؤسس ثم يأتي دور القاضي ليراقب هذا التقدير الذي يعد من ضمن عناصر وظيفته الأصلية وهي حماية الدستور وقواعده الحاكمة من أي انتهاك واعتداء عليه، كما لا يملك القاضي إدخال أي تعديل على النص الذي طعن فيه فهنا يمارس قرابته الدستورية إما أن يقرر اتفاق النص مع الدستور أو أنه يخالف الدستور constitution It violates the⁽²⁾. إلا أن هناك من الحالات يكون دور القاضي الدستوري فيها لا يقتصر فيه على مجرد ترديد كلام المؤسس الدستوري، وإنما يذهب إلى ابعده من ذلك إلى إعمال تقديره الشخصي وإدراكه للمعنى الذي استقاه المؤسس الدستوري وهذا في الأحوال التي يكون فيها النص الدستوري يتسم بالمرونة من حيث الصياغة للموضوع محل التنظيم التشريعي، والتي يضيق أو يتسع مداه وذلك بحسب درجة التحديد والوضوح الذي يكون عليه شكل النص التشريعي⁽³⁾. ونتيجة لذلك تكون هناك حرية في التقدير نتيجة لوجود القاعدة الغامضة أو غير المحددة للقاضي يستطيع من خلالها أن يباشر رقابته على التقدير الذي

(1) ثروت عبد العال احمد، الرقابة على سلامة القرارات الادارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، مصر، ١٩٩١، ص ٨١٣.

(2) د. السيد علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٨، ص ٢٠٣ - ٢٠٤.

(3) د. راند صالح قنديل، الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٦٠.

ذهب إليه المؤسس الدستوري من قبل بمقتضى القاعدة نفسها؛ حيث أن السلطة التقديرية التي يتمتع بها المؤسس ليس سلطة مطلقة كما أنها تفرق عن السلطة التحكيمية فهي لا تعدو أن تكون حرية يمارسها المؤسس في نطاق الدستور ضمن حدوده وقواعده الحاكمة⁽¹⁾. وان هذا يسمح بفهم ما يردده القضاء الدستوري من أنه لا يباشر رقابة دستورية على ملائمة التشريع، لأنه عبر تتبع الأحكام الدستورية، تكشف بكل وضوح أن القاضي الدستوري يباشر رقابة دستورية صريحة ومباشرة على ملائمة التشريع⁽²⁾. كما اتجهت المحكمة الدستورية العليا إلى الأخذ بقضاء الغلو وتطبيقه في مجال التناسب التشريعي بين ما يؤثمه المؤسس جنائياً من أفعال وما يقدره لهذه الأفعال من عقوبات جنائية وذلك كقيد يرد على ما يتمتع به المؤسس الدستوري من سلطة تقديرية، فيما يتعلق بالعقوبات المناسبة للجرائم الجنائية⁽³⁾. وقد اخذ قضاء المحكمة الدستورية العليا Supreme Constitutional , بالاستقرار بأن خضوع الدولة للقانون محدد بالمفهوم الديمقراطي ومؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق والحريات التي يعد التسليم بها في الدول ذات المفهوم الديمقراطي مفترضاً أساسياً لقيام الدولة القانونية كما تعد ضماناً أساسية لحماية حقوق وحريات المواطن وكذلك كرامته وشخصيته، ويندرج ضمنها من الحقوق والحريات وثيقة الصلة بالحريات التي كفلتها القواعد الدستورية، ومن بين هذه الحقوق ألا تكون العقوبة مهينة في ذاتها أو مجاوزة في قسوتها للحدود التي رسمها المشرع وان لا يكون إيقاعها منافياً لحكم العقل والمنطق⁽⁴⁾.

ومن خلال مراجعة الفقه الدستوري المؤيد للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع لأحكام القضاء الدستوري المصري فإن ذلك يؤكد ان المحكمة الدستورية العليا أخذت وبشكل صريح بما يسمى بالخطأ البين في التقدير، واخذت المحكمة الدستورية العليا بتطبيقه في مجال التناسب بين ما يؤثمه المؤسس الدستوري جنائياً من أفعال وبين ما يقدره لهذه الأفعال من العقوبات الجنائية كقيد يرد على ما يتمتع

(1) مقابلة اجراها الباحث مع الدكتور (م، ح، ل) أستاذ في القانون الدستوري، مكان المقابلة جامعة القادسية، بتاريخ ١٩ / ٦ / ٢٠٢٥، الساعة ١٢ ظهراً.

(2) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا الدعوى الدستورية رقم ١١ لسنة ١٠ قضائية في ١٦ فبراير ١٩٨٠، توصلت فيه المحكمة إلى أن ملائمة التشريع والبواعث على إصداره من ملائمة السلطة التشريعية التي لم يقيد بها الدستور بحدود وضوابط محددة.

(3) علي حميد عبد الله الكتبي، مصدر سابق، ص ٨٠.

(4) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ دستورية، جلسة ٥ / ٧ / ١٩٩٧.

به المؤسس الدستوري من سلطة تقديرية، فيما يتعلق بوضع العقوبات المناسبة لكل جريمة جنائية⁽¹⁾. كما يذهب البعض من الفقه الدستوري في مصر إلى التضييق من فكرة الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع وذلك عبر الربط بينها وبين الرقابة القضائية وذلك بقصرها على الرقابة على المشروعية دون الرقابة على الملائمة؛ وبذلك تعرف السلطة التقديرية بأنها منح قسط من الحرية للمشرع يتمتع من خلاله على القاضي أن يفرض رقابته عليه، كما يذهب جانب من الفقه إلى أن الفكر التقليدي الذي يقصر الرقابة الدستورية على المشروعية ينكر أي محاولة للرقابة الدستورية الملائمة، إلا أن هذا الخوف لم يعد له أي مبرر، وذلك لأن منح السلطة التقديرية للمشرع ليس معناه أن تصبح هذه السلطة بمعزل من رقابة القضاء الدستوري وإلا تحولت إلى سلطة مطلقة أو تحكيمية، كما يذهب جانب من الفقه الدستوري⁽²⁾.

ونتيجة لما تقدم يرى الفقه المؤيد للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع أنه ليس هناك ما يمنع القضاء الدستوري من فرض رقابة الملائمة على اختيارات المؤسس الدستوري، وذلك اقتداء بالقضاء الإداري الذي يفرض رقابة صريحة ومباشرة على السلطة التقديرية للإدارة، وقد استند الفقه لعدد من الحجج والأسانيد في فرض الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع من أهمها ما يأتي:

أولاً: أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يمنع الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع إذا فهم بمعناه الواسع والحقيقي وهو الفصل المتوج بروح التعاون بين السلطات وقدرة كل من تلك السلطات على إيقاف الأخرى عند حدودها الدستورية، كما يجب فهم أن دور القاضي الدستوري هو تطبيق القانون والذي يشمل أيضاً الدستور القانون الأعلى في البلاد، وأن امتناع القاضي عن تطبيق القانون المخالف للدستور لا يعد تدخلاً في إختصاص السلطة التشريعية دائماً وإنما يعد ممارسة طبيعية لإختصاص القاضي الدستوري، إذ إن القضاء في هذه الأحوال لا يلغى القانون وإنما يستبعده من التطبيق مع استمرار وجوده قائماً⁽³⁾.

ثانياً: إن الهدف من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع هو منع المشرع من المساس بالحقوق والحريات.

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ دستورية، جلسة ٣ / ٢ / ١٩٩٦.

(2) د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٢٠.

(3) د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، مصدر سابق، ص ٧٥.

ثالثاً: رقابة الدستورية على ملائمة التشريع تقوم على فكرة الخطأ البين في التقدير وان هذا الاتجاه راجح من القضاء الدستوري نقلاً عن القضاء الإداري، نظراً لما بينهما من تقارب شديد في جميع النواحي⁽¹⁾.

رابعاً: إن الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع هي مهمة ، من حيث أن الانحراف التشريعي هو دراسة من المتوقع حصوله وذلك في ظل التأثير المباشر للسلطة التنفيذية على وظيفة السلطة التشريعية وهو الأمر الذي يدفع إلى فتح آفاق واسعة لحصول الانحراف التشريعي والميل بهدف التشريع نحو غايات خاصة لتلك السلطة، وذلك لكون أعضاء السلطة التشريعية هم أفراد مما يجعلهم معرضين للخطأ ويتأثرون بحسب مجتمعاتهم وبيئاتهم سواء كان سلباً أو إيجاباً وبالضرورة فإن ليس كل أعمالهم تهدف إلى المصلحة العامة⁽²⁾. واستناداً لما تقدم ذكره فإن القانون ليس بالضرورة ان يكون تعبيراً دقيقاً عن الإرادة العامة للامة ومحققاً لمصلحتها ومن ذلك استثنائها من الرقابة القضائية على القوانين؛ وذلك بسبب النفوذ الواسع لعدد قليل من القيادات الأحزاب وكذلك المجموعات السياسية وبعض رؤساء اللجان كما أن عدم وجود المعايير الدقيقة لاختيار أعضاء البرلمان الذين يجب ان يتسموا بأعلى درجات الكفاءة والثقافة العالية في فهم الواقع الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، ونتيجة لذلك يؤدي إلى ضعف رقابتهم وفهمهم لمحتوى القوانين التي تخدم المصلحة العامة التي يشرعونها بحيث من الممكن الالتفاف عليهم وايهامهم بتحقيق المصالح العامة مما يؤدي إلى سن تشريعات تتسم بالانحراف التشريعي لتحقيق غايات واهداف خاصة بحجة تحقيق الصالح العام⁽³⁾.

خامساً: كما أن الخلاف الفقهي القائم بين مؤيدي ومعارضى الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع ان معارضى هذه الرقابة وكما اوضحنا سابقاً يرون إلى أن القاضي الدستوري عندما يمارس الرقابة على دستورية القوانين فإنه بذلك يقوم بإحلال ارادته وتقديره الشخصي محل إرادة وتقدير المشرع وهذا مما يصطدم واختصاصه القضائي خاصة هو أما ان يقر بدستورية القانون المطعون فيه أو يحكم بعدم دستوريته دون ان تكون له سلطه تقديرية في تصحيحه أو تعديله لينسجم وأحكام الدستور⁽⁴⁾. ومن ذلك

(1) د. محمد عبد اللطيف، التصحيح التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٩٦.

(2) د. ثروت عبد العال أحمد، حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٨٥.

(3) د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٣٥٧.

(4) المصدر نفسه، ص ٢٣٩.

فإن الرقابة على دستورية القوانين لا يمكن أن تقف عند حدود الرقابة القضائية على مجرد المطابقة الشكلية بين نصوص الدستور والقوانين المشرعة وإنما يجب على القاضي الدستوري أن يتجاوز المطابقة الحرفية إلى الخوض في هدف المشرع ونواياه للوصول إلى الهدف الحقيقي للتشريع⁽¹⁾.

سادساً: إن السلطة التشريعية بأمس الحاجة إلى رقابة دقيقة ليس من الناحية الظاهرية فقط وإنما من الناحية الجوهرية لحماية التشريع من تجاوز وتعدي المشرع لذا يجب على القضاء الدستوري أن يباشر رقابته للتحقق من غاية التشريع وعدم الركون إلى الهدف والغاية التي يعلنها المشرع، لذلك فإن المقياس الدقيق والحقيقي بعدم دستورية القانون وانحرافه عن تحقيق المصلحة العامة هو المقياس الحقيقي للحكم في ذلك، وإن عدم التقيد بهذا المقياس يؤدي بالحقوق الدستورية للتعرض والتجاوز من قبل المشرع على تلك التشريعات⁽²⁾.

يرى الباحث ومما تقدم أن أصحاب الاتجاه المعارض لرقابة القضاء الدستوري على ملائمة التشريع هو أن حجتهم في ذلك، أن الاعتراف بحق القضاء في الرقابة على ملائمة التشريع يعد تدخلا في خصوصيات المشرع وهذا يؤدي إلى المساس بنطاق عمله التشريعي، كذلك حجتهم في أن دور القاضي الدستوري ينحصر فقط في تطبيق القانون دون أن يكون له الحق في مد رقابته وإحلال إرادته محل إرادة المشرع. إلا أنه من جانب آخر نرى بأنه لا يمكن إنكار بأن السلطة التشريعية وكغيرها من السلطات العامة في الدولة يجب أن تخضع تصرفاتها أو أعمالها التشريعية للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع وذلك من أجل احترام أحكام الدستور ومبادئه وضمأن مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون وحماية الحقوق والحريات، وإن القول بخلاف ذلك يجعل من السلطة التشريعية سلطة استبدادية تحكمية.

المطلب الثاني

الاتجاهات الفقهية في العراق من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

إن الرقابة على دستورية القوانين من أهم الموضوعات الدستورية التي تحظى باهتمام كبير لدى رجال الفقه الدستوري Constitutional jurisprudence وذلك لما تتسم به من أهمية بالغة في جميع مفاصل الدولة القانونية، ومما زاد من تلك الأهمية في الرقابة على دستورية القوانين في الوقت الحاضر

(1) رائد صالح قنديل، مصدر سابق، ص ١٦٠.

(2) د. عصام سعيد عبد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٠، ص ٥٩٢.

أن الدساتير المعاصرة تتميز بنزعتها الإيديولوجية فهي لا تتوقف عند تحديد اختصاصات السلطات العامة وكيفية ممارسة عملها وإنما تحدد أيضاً الأهداف التي تبتغيها نتيجة لوجود هذه السلطات، فالسلطات العامة في الدولة لم تعد حقاً أو امتيازاً شخصياً لمن يمتلك حق مباشرتها، وإنما أصبحت خدمة عامة يجب أن تؤدي وفقاً للقانون وبما يحقق المصلحة العامة. كما وتؤدي الرقابة على دستورية القوانين إلى توسيع نطاق المشروعية بحيث لا يقتصر على القواعد القانونية فقط التي تصدر عن السلطة التشريعية فحسب وإنما تمتد لتشمل القواعد الدستورية بما يؤدي إلى إخضاع الحكام والاعمال التي يقومون بها لأحكام القانون، وبذلك يخضع لسيادة القانون جميع الأشخاص سواء كانوا حكاماً أم محكومين، ونجد أن العراق أول دولة عربية أخذت بالرقابة على دستورية القوانين وذلك في القانون الأساسي العراقي لعام 1925 حتى وقتنا الحاضر⁽¹⁾.

لذا فقد ربط فقهاء القانون الدستوري العراقي بين ملائمة التشريع واستقلال المشرع في مواجهة السلطة القضائية. وعليه سوف نتناول اتجاه الفقه الدستوري المعارض في العراق من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع وذلك في الفرع الأول أما الفرع الثاني سوف نتطرق فيه الى اتجاه الفقه الدستوري المؤيد في العراق من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع.

الفرع الأول

اتجاه الفقه الدستوري المعارض في العراق من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

ذهب البعض من الفقه الدستوري في العراق إلى رفض ممارسة القضاء الدستوري لرقابة ملائمة التشريع وذلك للوقوف على مدى استهداف التشريع للمصلحة العامة بقولهم وحجتهم ان القاضي الدستوري لا يمارس الا رقابة فنية ذات طابع قانوني بحت وضمن إطار نصوص الدستور ولا يتعدى إلى أي جانب آخر خارج نصوص الدستور؛ كما أن مهمة القاضي الدستوري تقف عند حد التحقق من مطابقة النصوص التشريعية مع أحكام الدستور أو عدم مطابقتها⁽²⁾. ونتيجة للتطورات السياسية المهمة التي شهدتها العراق فقد ساد تخلف الواقع السياسي عن النص الدستوري، وكذلك تخلف النص الدستوري في بعض المراحل عن الواقع السياسي⁽³⁾، لذلك نجد ان الرقابة الدستورية في العراق لم تكن بمأمن من التأثير

(1) عبد الرحمن البزاز، نظرات في القانون الاساسي العراقي، مجلة القضاء العراقي، العدد الاول، ١٩٩٥، ص ١٢٥.

(2) د. مصدق عادل، القضاء الدستوري في العراق، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص ١٦.

(3) د. احسان حميد المفرجي، نظرية الدستور، دار العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣٨٤.

بالتيارات السياسية، كما أنها كانت ضعيفة أمام التيارات المختلفة التي كانت تباشرها السلطة التنفيذية، وقد كان العراق من الدول التي عرفت نظاماً مختلفاً للرقابة القضائية على دستورية القوانين والذي وضع أساسها المشرع التأسيسي في مختلف الدساتير المتعاقبة، سواء كان ذلك في النظام الملكي أو في النظام الجمهوري وقد طبقت بعض من هذه النظم الرقابة على دستورية القوانين في حدود ضيقة والبعض الآخر أخفق في تطبيق الرقابة الدستورية⁽¹⁾. فقد اتسمت الأوضاع الدستورية في العراق قبل عام ١٩٢٥ بالفوضى كما عرفت بهيمنة سلطات الإحتلال العثماني والخضوع لأحكام القانون الاساسي الذي وضعه العثمانيون، الصادر في عام ١٨٧٦ وبعد ذلك خضع للإحتلال البريطاني في عام ١٩١٧ ونتيجة لذلك تألفت الحكومة المؤقتة والتي كلفت بإعداد مسودة الدستور بعد ان اصبح العراق نظام ملكي⁽²⁾.

ومن ذلك نجد ان القيود الذاتية في القضاء الدستوري العراقي لم تحظ بالاهتمام الذي حظي به قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر والسبب في ذلك ان القضاء العراقي قد تعامل مع الرقابة على دستورية القوانين بالأفكار والاحكام السائدة في القضاء الاداري، ومن ذلك سلطة المشرع التقديرية المعمول بها في مجال الرقابة الدستورية كما أن أغلب الحدود والضوابط لم تكن قد نشأت بتقييد القاضي تقييداً ذاتياً كما هو الحال بالنسبة للقاضي المصري بل أن مصدر هذه القيود والضوابط في نطاق الرقابة القضائية هو استجابة للنصوص الدستورية سواء كانت مكتوبة أم غير مكتوبة⁽³⁾. ونجد ان العراق اخذ بالرقابة القضائية متبعاً النهج الذي سار عليه القضاء المصري والمتمثل بالشرعية اللاتينية لذلك فان القيود والضوابط لسلطة القاضي قد ثبتت في نصوص القوانين التي انشأت المحاكم المختصة بالرقابة على دستورية القوانين والبعض الآخر من هذه الضوابط نشأت عبر الاستعانة بالنظريات التي طورها القضاء الاداري ومنها اعمال السيادة وكذلك السلطة التقديرية للمشرع⁽⁴⁾. في العراق تتجه السياسة التشريعية بشكل عام نحو تحقيق أهداف أو غايات محددة بعد الدراسة للواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي وبالتحديد ما يراد تغييره أو تنظيمه في ذلك الواقع بواسطة القانون؛ فالقانون هو الاداة التي

(1) احمد عبد السلام عبد الدائم، مصدر سابق، ص ٣٢ - ٣٣.

(2) العراق قبل عام 1925 لم يكن بلا قضاء لكنه لم تكن له سلطة قضائية دستورية مستقلة انما كان القضاء يجمع بين التراث العثماني والنظم الجديدة خلال فترة الانتداب البريطاني. ينظر: فرمان درويش حمد، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا العراقية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص ٢٢.

(3) احمد عبد السلام عبد الدائم، مصدر سابق، ص ٣٣.

(4) د. حسين جبر حسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص ٤٣.

يستعملها المشرع لتحقيق الأهداف المنشودة، فالتشريع هو الأداة الفاعلة التي يتحقق عن طريقها أهداف السياسة التشريعية، فإذا ما تجاوز المشرع الصالح العام أو قاعدة تخصيص الأهداف التي نص عليها الدستور يعد مخالفة موضوعية وذلك باعتبار أن الهدف المخصص شرطاً من شروط صحة القانون كما أن ذلك يعد خروجاً على النص الدستوري المخصص لتلك الأهداف وليس انحرافاً في التشريع⁽¹⁾.

وقد اتجه جانب من الفقه إلى انتقاد الرأي المتقدم من حيث أنه ينطوي على مغالطة واضحة لأن مخالفة تخصيص الأهداف تعني أن المشرع قد جانب الغاية والهدف الذي خصه المشرع الدستوري ويكاد أن يجمع الفقه على أن ذلك يشكل انحرافاً بالسلطة التشريعية؛ كذلك اتجه البعض إلى انتقاد الرأي المتقدم بقوله إذا ما حدد الدستور مصلحة عامة محددة، ومن ذلك الأمن القومي أو الديمقراطية أو غيرها، فإن المشرع بذلك لا يفقد في سلطته التقديرية حتماً وإنما ينظر في ذلك على نوع العلاقة بين التشريع والنص الدستوري الخاص بتلك المصلحة محل الموضوع فإذا كانت العلاقة بينهما تصل إلى حد التطابق عندها تكون سلطة المشرع مقيدة بالهدف الموضوعي الذي حدده الدستور، فإذا ما تجاوز المشرع هذا القيد تعد مخالفته مخالفة موضوعية، ولكن في الحالة التي تكون فيها العلاقة بين التشريع و الدستور علاقة عدم التطابق فتكون السلطة التقديرية للمشرع من حيث اختيار الهدف الذي يسعى إليه تلك المصلحة العامة، وهذا يعني أن سلطة المشرع حتى مع وجود قاعدة تخصيص الأهداف قد تكون تقديرية أو مقيدة، حسب طبيعة العلاقة الدستورية ومن ثم أن تحديد طبيعة العيب من حيث كونه انحرافاً تشريعياً أم مخالفة التشريع يعتمد في ذلك على طبيعة سلطة المشرع التابع للعلاقة الدستورية، ومن ثم فإن الإنحراف التشريعي يتحقق في حالتين في حالة الابتعاد عن المصلحة العامة، و في حالة مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف الدستورية⁽²⁾.

كما أن الحدود والضوابط المفروضة على المحكمة الاتحادية العليا في العراق توجب على الرئيس وكذلك الأعضاء أن لا يغيب عنهم أن المحكمة الاتحادية العليا تستمد وجودها من الدستور والقانون، لذلك يجب عليهم عدم أحلال أراذتهم الشخصية محل أرادة المشرع، وان يتقيد القاضي الدستوري بمراقبة دستورية الانظمة التعليمية وليس ملائمة اصدارها من قبل المشرع، من كل ذلك فأن المحكمة الإتحادية

(1) د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٦، ص ٣٧٣.

(2) صبيح ووح حسين العطوانى، مصدر سابق، ص ١٣٨.

العليا في العراق لا تمارس رقابة التناسب أو الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع، وكذلك لا تختص بمراقبة السلطة التقديرية لمجلس النواب في اصدار القانون أو الأسباب التي أدت الى اختيار تشريع قانون معين، لذلك يخرج من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا لعدم وجود نص صريح وواضح يقرر ذلك، وذات الحكم ينطبق على السلطة التنفيذية المتمثلة بمجلس الوزراء فيما يتعلق بإصدار الانظمة⁽¹⁾.

وبذلك لا يجوز للمحكمة الاتحادية العليا في العراق أن تتال من السلطة التقديرية للمشرع، وكذلك لا تقدر دوافع اقرار النصوص التشريعية و ملائمة أصدراها، فالقضاء الدستوري يوصف بأنه قضاء مشروعية دستورية وليس قضاء ملائمة، حيث أن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد الى ملائمة التشريع وبواعث اصداره⁽²⁾. وبالنظر لدستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، يلاحظ ان المادة (١٠٠) من هذا الدستور قد نصت على أنه "يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار أدارى من الطعن"⁽³⁾. وبهذا النص فقد تم هدم نظرية أعمال السيادة في مجال القضاء الإداري وكذلك الدستوري في العراق، حيث أن هذا النص الدستوري أكد بان لا تكون لنظرية أعمال السيادة، وكذلك لنظرية الأعمال السياسية تطبيقاً في القضاء الدستوري العراقي لعام ٢٠٠٥، ففي استبعادها ضمان لحقوق الأفراد وحررياتهم الدستورية وتعزيزاً لدعائم الدولة وحماية النظام العام⁽⁴⁾. ويتوضح من القيم التي تمليه الرقابة على دستورية القوانين يتمثل في ان هذه الرقابة هي بمثابة سلاح ذو حدين، فاذا احسن القضاء الدستوري استعمالها واعتدل في ممارستها كانت مظهراً اساسياً من مظاهر سيادة القانون وكذلك وسيلة فعالة لحماية حقوق وحرريات الافعال؛ اما اذا لم يحسن القضاء في استعمالها واستغل غموض النصوص الدستورية التي تحاكم اعمال السلطات في الدولة او فرض وصاية قضائية على السلطة التشريعية فإنها بذلك تتجه الى اتجاه خطير مؤديا الى هدم الحياة الديمقراطية والمساس بالحقوق والحرريات⁽⁵⁾.

ومما تقدم يرى الباحث تردد الفقه الدستوري التقليدي في العراق من الاعتراف بالرقابة الدستورية على ملائمة التشريع، فان الرقابة القضائية هي رقابة مشروعية فقط وليس رقابة على ملائمة التشريع، وذلك استنادا لمبدأ الفصل بين السلطات وان من اهم مبادئ هذا المذهب أن لا تتدخل اي سلطة في

(1) د. سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص ٣١٢.

(2) د. مصدق عادل، مصدر سابق، ص ١٦.

(3) ينظر المادة (١٠٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

(4) وسام صبار العاني، مصدر سابق، ص ٦٩.

(5) د. احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص ٥٩١.

اعمال السلطات الاخرى، مما يؤدي ذلك الى تولي القضاء اعمال المشرع بالتقدير والفحص الذي قد يكون استغلالاً لغموض النصوص الدستورية وهذا ما يتعارض مع المبدأ المشار اليه. ومثال على ذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا برد دعوى المدعي وفق ما جاء في قرارها ذي العدد (١٧/ اتحادية ٢٠١٩) في ١٠ / ٤ / ٢٠١٩، حيث طلب المدعي من المحكمة الاتحادية العليا ان تتدخل في تعديل نسبة الايرادات التي وردت في المادة (٢/ اولاً/ أ) من قانون الموازنة الاتحادية رقم ١ لعام ٢٠١٩^(١)، حيث قامت المحكمة الاتحادية العليا برد الدعوى بحجة ان ذلك يعد تدخلاً في عمل السلطة التشريعية وهو ما يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات^(٢).

الفرع الثاني

اتجاه الفقه الدستوري المؤيد في العراق من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

بعد أن وضعنا رأياً الفقه الدستوري العراقي المعارض للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع سوف نتطرق الان الى موقف الفقه الدستوري الحديث المتمثل بالفقه المؤيد للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع. فقد يعهد إلى القضاء الدستوري الرقابة على دستورية القوانين، وبموجب ذلك يتولى القضاء فحص القوانين وتقديرها ليتحقق من مدى مطابقتها أحكامها للدستور حيث يذهب هذا الاتجاه من الفقه الدستوري الى تأييد فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين وقد تولى هذا الجانب التأكيد على حق القضاء في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين واستندوا بذلك الى جملة من الآراء، ومنها أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين لا تتعارض مع عمل السلطة التشريعية لان القاضي لا يتدخل بعمل الاخيرة ولا يشاركها في العملية التشريعية، ذلك لان القاضي حين يمتنع عن تطبيق القانون غير الدستوري لا يخرج عن طبيعته وظيفته القضائية^(٣). ومن ذلك نجد أن الاتجاه المؤيد للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع يؤكد ان فحص دستورية القوانين لا يؤدي إلى أن يحل القاضي الدستوري محل المشرع ولا يخرج عن حدود وظيفته كذلك أن ممارسة تلك الرقابة لا يتعارض وعمل القاضي وانما ذلك من صميم اختصاصه مادام يعمل ضمن القواعد الدستورية. كما يرى البعض أن الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في العراق تجد أساسها الدستوري في المادة (٤٦) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥،

(1) ينظر المادة (٢/ اولاً/ أ) من قانون الموازنة الاتحادية، رقم ١، لعام ٢٠١٩.

(2) ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٧/ اتحادية/ ٢٠١٨) في ١٠ / ٤ / ٢٠١٩.

(3) د. احسان حميد المفرجي، نظرية الدستور، مصدر سابق، ص ١٨٩.

التي تنص على "لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية" كما يضيف أن هذا النص يكفل احترام جوهر الحقوق والحريات الأساسية والدفاع عنها؛ فيجيز للسلطتين التشريعية والتنفيذية، أن يفرضا بعض القيود على الحقوق والحريات العامة استثناء من ذلك، ولاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة وكذلك النظام العام في الدولة، إلا أن هذا التقييد القانوني لا يجوز أن يصل إلى حد إهدار الحقوق والحريات أو الانتقاص منها بحجة تحقيق الصالح العام⁽¹⁾.

وعبر مراجعة قرارات وأحكام المحكمة الاتحادية العليا يلاحظ أن هناك من الأحكام والقرارات التي تعد تطبيقات للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع إلا أن المحكمة الاتحادية العليا لم تشر إلى ذلك بالصورة الصريحة؛ ومن الأحكام التي ذهبت إليها بهذا الشأن حكمها الذي قضت فيه إن اشتراط الفقرة (٦) من المادة (٩) من القانون فيمن يؤسس حزباً أن يكون حاصلاً على شهادة جامعية أولية أو ما يعادلها فهذا يعد خرقاً لأحكام وقواعد الدستور، وذلك في المواد (١٤) و(١٦) و(٣٨/أولاً) و(٤٦) منه حيث أن الدستور لم يشترط فيمن يتولى منصب رئيس الجمهورية أن يكون حاصلاً على الشهادة الجامعية أو ما يعادلها ذلك كون المنصب المذكور هو منصباً سياسياً ونتيجة لذلك فإن مهام رئاسة الحزب عمل سياسي بحت يجب ألا يقترن بالحصول على تلك الشهادة لأن ذلك يؤدي إلى حرمان عدد كبير من المواطنين ممن عملوا في الشؤون السياسية وأصبح لهم جمهورهم من ممارسة هذا الحق، كما أن تاريخ العراق زاخر بعدد كبير من السياسيين الغير حاصلين على الشهادات الجامعية وقد تبوأوا رئاسة الأحزاب السياسية الكبيرة وساهموا في تشكيلها كذلك نجد هذا ما معمول به في أغلب دول العالم⁽²⁾.

وعبر الحكم السابق بينت المحكمة الاتحادية العليا أن شرط الشهادة الجامعية لمؤسس الحزب يتعارض مع عدد من المواد الدستورية، حيث أن المواد التي أشارت إليها المحكمة الاتحادية العليا تتعلق جميعها بالحقوق والحريات العامة فالمادة (١٤) تتعلق بالمساواة أما المادة (١٦) تتعلق بتكافؤ الفرص، والمادة (٣٨/أولاً) تتعلق بحرية التعبير عن الرأي كذلك المادة (٤٦) تتعلق بتنظيم الحقوق والحريات العامة؛ حيث أن هذه المادة تمثل الأساس الدستوري للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في العراق، وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية التشريع بعد إن قامت بمقارنة بين الخيار الذي اخذ به

(1) ابراهيم محمد صالح المشرفاني، مصدر سابق، ص ٣٦٦.

(2) ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٣/اتحادية/٢٠١٦ في ٩/٨/٢٠١٦.

المشروع بخصوص التحصيل العلمي المطلوب توفره في رئيس الحزب السياسي وبين منصب رئيس الحزب فتوصلت الى عدم وجود ملائمة بين الأمرين وذلك للأسباب التي بينها المحكمة الاتحادية العليا في حكمها؛ حيث أن هذا الشرط يتجاوز الغاية من تنظيم ممارسة الحرية السياسية فقد بالغ المشروع في تقديره للشهادة المطلوبة لتولي منصب رئيس الحزب السياسي وبالرغم من أن تحديد الشهادة المطلوبة للمنصب المذكور يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشروع، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا قد مدت رقابتها إلى هذا النطاق، مستعينة بتقنية الرقابة على ملائمة التشريع بالرغم من إنها لم تشر الى تلك الرقابة بشكل صريح وواضح⁽¹⁾.

وما يؤكد أن تحديد التحصيل الدراسي المطلوب لتولى بعض المناصب والذي لم يحدد بنص صريح في الدستور فإن ذلك يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشروع ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا عند نظرها طعناً موجهاً ضد القانون رقم (١٣) لعام ٢٠١٨ قانون انتخابات مجلس النواب⁽²⁾، رقم (٤٥) لعام ٢٠١٣، حيث ان القانون المذكور قد اشترط في النائب أن يكون حاصلاً على شهادة جامعية أو ما يعادلها وبعد أن وجدت المحكمة الاتحادية أن هذه الشهادة تتناسب مع العضوية في مجلس النواب لذا قضت المحكمة بدستورية النص المطعون فيه، وقد جاء في حكمها ان هذه الشروط مطلوب فيمن يتولى منصب عام في احدى السلطات العامة المنصوص عليها في المادة (٤٧) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ ومنها أن يكون حاصل على شهادة تتناسب مع هذه المسؤولية، وبالرجوع إلى الاختصاصات والمهام التي يمارسها عضو مجلس النواب التي نص عليها الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٦١) يظهر عبر ذلك انها تدور ما بين تشريع القوانين الاتحادية والرقابة على أداء السلطة التنفيذية وكذلك انتخاب رئيس الجمهورية والموافقة على ترشيحات المناصب القيادية العليا في الدولة وهي من المهام الخطيرة التي تتطلب فيمن يتولاها مستوى علمي وحاصل على شهادة مناسبة؛ وان النص المطعون فيه الذي اشترط أن يكون المرشح لعضوية مجلس النواب حاصلاً على شهادة البكالوريوس أو ما يعادلها، وينطلق من هذه المسألة مع الاخذ بنظر الاعتبار اتساع التعليم الجامعي في العراق وكذلك كثرة الخريجين الذين يعملون في المجال السياسي، من جهة أخرى فإن مركز عضو مجلس النواب اضافة للمهام المذكورة فانه يتساوى في مركزه مع مركز الوزير كما المادة (٤) من قانون مجلس النواب رقم (٥٠)

(1) عبد الحميد عبد اليمية جعفر، مصدر سابق، ص ٣٣٥.

(2) ينظر قانون انتخابات مجلس النواب، رقم ١٣ لعام ٢٠١٨ المعدل.

لسنة ٢٠٠٧ والتي تنص يتمتع عضو مجلس النواب بكافة الحقوق والامتيازات الممنوحة للوزير في كافة المجالات المادية وحتى المعنوية، كما تنص الفقرة (ثانياً) من المادة (٧٧) من الدستور يشترط في الوزير ما يشترط في عضو مجلس النواب ومن الشروط المطلوبة فيه ان يكون حاصلاً على الشهادة الجامعية أو ما يعادلها، وعليه لا يجوز ان يكون تحصيل عضو مجلس النواب الدراسي دون تحصيل الوزير وذلك كونهما في مركز واحد فلا يفرد المرشح في عضوية مجلس النواب عن الوزير في الحكم^(١).

وعبر هذا الحكم وجدت المحكمة أن الشهادة الجامعية متناسبة والمهام التي يمارسها عضو مجلس النواب لذلك قضت بدستورية النص المطعون فيه، حيث انها لو وجدت أن هناك عدم ملائمة بين الشهادة المطلوبة والمهام الموكلة لقضت بعدم الدستورية، كما فعلت ذلك في حكمها في قانون الأحزاب السياسية، كما انها أوضحت ذلك صراحة في حكمها، إذ بينت أن استشهاد المدعين بكون الدستور لم يشترط في المرشح لرئاسة الجمهورية ان يكون حاصلاً على شهادة دراسية وذلك ضمن الشروط التي وردت في المادة (٦٨) من الدستور فواقع الحال على خلاف ذلك اذ لم يتولى هذا المنصب من هو دون شهادة البكالوريوس كما ان رئيس الجمهورية هو رمز سيادي وان شروط اختياره غاية في الاهمية؛ كما ان الحكم الذي ذهبت اليه المحكمة الاتحادية العليا في الحكم الذي اصدرته بالعدد (٣/ اتحادية/ ٢٠١٦) في ٩ / ٨ / ٢٠١٦، وذلك بعدم اشتراط الشهادة العلمية في رؤساء الاحزاب فإن ذلك مرده لاختلاف مهام عضو مجلس النواب عن مهام رئيس الحزب ومن جانب آخر فان رئيس الحزب ليس من منتسبي السلطات الاتحادية الثلاث لذا يكون الطعن بعدم دستورية البند (رابعاً) من المادة (٢) من قانون تعديل قانون الانتخابات لمجلس النواب لا سند له في الدستور، ومن خلال ذلك يتجه الفقه المؤيد لرقابة الملائمة أن المحكمة الاتحادية قد اعتمدت على الملائمة في تقرير دستورية أو عدم دستورية النصوص التشريعية إذ لا توجد مخالفة صريحة للدستور في شرط الشهادة الجامعية بالنسبة لرئيس الحزب السياسي إلا أن المحكمة اعتبرت أن هذا الشرط لا يتناسب و مهام رئيس الحزب؛ لذلك حكمت بعدم دستورية النص، أي أنها اعتمدت على التناسب في الحكم بعدم الدستورية، كذلك لا يوجد نص في الدستور يشترط في المرشح لعضوية مجلس النواب أن يكون حاصلاً على الشهادة الجامعية، إلا أن المحكمة قد ذهبت أن

(١) ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم (١٥/ اتحادية/ ٢٠١٨) وموحدتها (١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠/ اتحادية) في ٢٩ / ١ / ٢٠١٨.

هذا الشرط يتناسب ومهام وظيفة عضو مجلس النواب، وبهذا فهي لجأت إلى التناسب للحكم بدستورية النص المطعون فيه⁽¹⁾.

كما يرى البعض من الفقه المؤيد للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع أن حكم المحكمة الاتحادية العليا الصادر بالعدد (٣٢ / اتحادية/ ٢٠٢٠) في ٢٥ / ٤ / ٢٠٢١، والذي قضى بـ (رد الطعن المتعلق بطلب عدم دستورية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٣٩ لسنة ١٩٩٤)، قد تضمن مبدأ الملائمة الدستورية ، اذ جاء في أسباب هذا القرار، بان الأحكام الواردة فيه ما زالت الحاجة قائمة اليها في الوقت الحاضر، بمعنى ان النص الوارد في القرار أعلاه ملائم للظروف التي يمر بها العراق، وأن سبب بقاءه ونفاذه يتوقف على الظروف الحالية فان تغيرت إلى الأفضل فانه من الممكن ان لا يكون ملائم لها⁽²⁾. وقد ذهب هذا الاتجاه من الفقه المؤيد لرقابة الملائمة الى ان رقابة القضاء على دستورية القوانين في العراق ومن خلال القرارات والاحكام اعلاه باتت تمتد لملائمة التشريع، ويستندون في ذلك إلى أن الهدف من رقابة الملائمة على النص التشريعي في العراق تكمن في حداثة النظام التشريعي القائم على الديمقراطية في العراق؛ كما ان النص التشريعي هو انعكاس لحاجات المجتمع، لذا يجب التعزيز من مدى التلائم بين النص وتطلعات الشعب⁽³⁾.

مما تقدم يرى الباحث أن الإتجاه الفقهي الدستوري المؤيد للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في العراق يذهب من خلال مطالعة النصوص والاحكام الدستورية إلى أن القضاء الدستوري يمارس رقابة صريحة ومباشرة على ملائمة التشريع وإن كانت لم تتضح معالمها بعد فأنها تخطوا اولى خطواتها نحو ملائمة التشريع حتى تبلغ غايتها وهي التحقق من ملائمة التشريع للغرض الذي صدر لأجله وكذلك الحد من سلطة المشرع الاستبدادية عندما تكون لديه سلطة تقديرية. كما يؤيد الباحث هذا الاتجاه حيث أن رقابة الملائمة على النص التشريعي في العراق تكمن في حداثة النظام التشريعي القائم على الديمقراطية في العراق.

(1) عبد الحميد عبد اليمه جعفر، مصدر سابق، ص ٣٣٧.

(2) سالم روضان عاصي الموسوي ، مفهوم الملائمة الدستورية والعدول عن المبادئ السابقة، تعليق على حكم المحكمة الاتحادية العليا، منشور على الموقع الالكتروني: <https://jcl-mena.org/talk-entry.php?bid=1> ، تاريخ الزيارة ٢٠/٣/٢٠٢٥.

(3) صبيح ووح حسين العطواني ، مصدر سابق، ص ١٣٨.

المبحث الثاني

القواعد الحاكمة للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

نظرا للتطورات المستمرة التي حدثت في القضاء الدستوري سواء في مصر المتمثل بالمحكمة الدستورية العليا أو في العراق المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا فقد أدت إلى إعادة النظر فيما استقر عليه الفقه من تحديد الرقابة على دستورية القوانين بمشروعيتها دون ملائمتها؛ ونتيجة لذلك فإن المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات تدعو إلى الاعتراف بأن الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع قد أصبحت في الوقت الحاضر حقيقة واقعية في القضاء الدستوري لا سبيل إلى إنكارها. هذا وإن كان الهدف الحقيقي من وراء الأخذ بنظام القضاء الدستوري لا يقتضى مجرد إنشاء جهاز قضائي تنحصر مهمته في الرقابة على المشروعية وحدها وتطبيق قواعد القانون عليها تطبيقاً حرفياً، بحيث يكون الفصل فيها وفقاً لمدى مطابقتها أو مخالفتها لهذه القواعد، وإنما يكون الهدف في وجود قضاء يستطيع الوقوف على طبيعة هذه المنازعات والتغلب على الاعتبارات الفنية والعملية التي يمكن أن يصادفها القاضي العادي في رقابته، فيما لو أسندت إليه مهمة الرقابة الدستورية وكذلك وجود قضاء لا تتوقف مهمته عند حد الفصل في هذه المنازعات وإنما تتعداها إلى التوفيق بين اعتبارات المصلحة العامة وكذلك اعتبارات حماية حقوق وحريات الأفراد من ناحية أخرى، ونتيجة لذلك لا يستطيع القاضي الدستوري القيام بتلك المهمة إلا إذا راعى عند الفصل في هذه المنازعات إلى جانب اعتبارات المشروعية اعتبارات أخرى ونعنى بتلك الاعتبارات هي اعتبارات الملائمة، كما أن وظيفة القاضي الدستوري للقيام بتلك المهام يجب أن لا تقف عند حد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور والنصوص التشريعية المطعون فيها.

ومما سبق سوف نتناول القواعد الحاكمة للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في مصر وذلك في المطلب الأول أما في المطلب الثاني نتطرق فيه إلى القواعد الحاكمة للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في العراق.

المطلب الأول

القواعد الحاكمة للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في مصر

إن القضاء الدستوري المصري Egyptian Constitutional Judiciary قد عمل على إرساء مبدأ هام مؤداه أنه وإن كان الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد بها الدستور بقيود محددة وأن الرقابة الدستورية على ملائمة التشريعات Legislation لا تمتد إلى ملائمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعنى إطلاق السلطة التقديرية في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور حتى يأتي التشريع أكثر ملائمة للظروف التي صدر فيها وعليه فإن هذا الهدف لا يمكن تحقيقه إذا ما تركنا للمشرع هذه السلطة وما تتطوي عليه من حرية يعمل بموجبها؛ بعيداً عن الدستور ليستخدمها حيث يشاء وما يرغب في تحقيقه من أهداف دون وجود رقابة حقيقية يقوم بها القضاء الدستوري، على النحو الذي يكفل التزام المشرع بالقيود التي يفرضها عليه الدستور، وفي الحقيقة فإن العدالة الدستورية يجب أن تمكن القاضي الدستوري من ممارسة وظيفته في الرقابة الدستورية بما يحقق المصلحة العامة ولا تقتصر على مجرد المقابلة بين النص التشريعي المطعون فيه وأحكام الدستور. كما تعتمد المحكمة الدستورية العليا في مصر على عدد من العناصر لتكون مبرراً للتوسع في الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع.

وعليه سوف نتناول اتجاه المحكمة الدستورية العليا في مصر نحو رقابة الملائمة في الفرع الأول اما في الفرع الثاني نتناول مجالات ممارسة المحكمة الدستورية العليا الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع.

الفرع الأول

اتجاه المحكمة الدستورية العليا في مصر نحو رقابة الملائمة

إن القضاء الدستوري ليس بالسلطة التقويمية على المشرع وعلى هذا الأساس فإن الرقابة القضائية لا تنصب على إصدار التشريع من ناحية الملائمة أو مدة صلاحيته الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، فالملائمة هي من اخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع التي يتمتع بموجبها المشرع كما تعد الوظيفة الرئيسية له، بحيث يعود القول الفصل فيها إلى تقدير المشرع المطلق فالدستور جعل للمشرع سلطة التشريع، وأطلق سلطته في تقدير الملائمة، ومن ذلك ألا تنصب الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

فهي رقابة قانونية تقف عند حد التحقق من مطابقة التشريع للدستور أو عدم مطابقتها حرفياً، وإن هذا لا يعني أن يحل القضاء الدستوري محل المشرع فيما هو متروك لتقديره إذ ليس للقضاء الدستوري النظر بالموازنة والترجيح فيما قام لدى المشرع من إعتبارات سياسية قدر على مقتضاها ملائمة التشريع، وبخلافه سنكون أمام حالة مصادرة للمشرع في تقديره وغلٍ ليد في مباشرة وظيفته في الحدود التي رسمها الدستور، وهذا بطبيعة الحال يتنافى مع واجب المشرع في التجاوب مع مقتضيات التطور⁽¹⁾.

وعلى الرغم من رفض بعض الفقه الدستوري للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في مجال القضاء الدستوري وذلك يعده تجاوزاً على إختصاص المجلس التشريعي الذي يفترض إنه يملك سلطة تقديرية في تحديد ما هو ملائم لتنظيم وتقييد الحقوق والحريات الأساسية، وذلك نظراً لصفته التمثيلية إلا أن هذا الاتجاه لم يمنع من انتشار رقابة الملائمة في القضاء الدستوري⁽²⁾.

كما ان القضاء الدستوري المصري قد تبنى في البداية أن ملائمة التشريعات هي اختصاص مطلق للسلطة التشريعية إلا أنه في وقت لاحق قد اعتبر الملائمة من مظاهر السلطة التقديرية بشرط التقيد بأحكام الدستور، فقد جاء في عدد من قرارات المحكمة العليا في مصر قبل تشكيل المحكمة الدستورية العليا التي كانت تمارس اختصاص الرقابة الدستورية، ما نصه ان ولاية المحكمة لا تمتد إلى مناقشة ملائمة التشريع أو البواعث التي أدت بالسلطة التشريعية على إقراره لأن ذلك مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق⁽³⁾.

وبعد ذلك اتجهت المحكمة العليا المصرية إلى ما نصه إن كانت الرقابة القضائية على دستورية التشريع لا تمتد إلى ملائمة إصداره باعتبار أن ملائمة التشريع هي من مظاهر السلطة التقديرية للمشرع، إلا أن ذلك لا يعنى إطلاق السلطة التقديرية في سن القوانين دون تقييد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور والتي يتعين الالتزام والتقيد بها وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور ويكون بذلك مجال لتدخل القضاء الدستوري لوزن الملائمة⁽⁴⁾.

(1) إياس الساموك، مصدر سابق، ص ٩٦.

(2) د. زكي محمد النجار، مصدر سابق، ص ٢٢٧.

(3) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا رقم (٢) لسنة ١٩٧٥، لمنشور في الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا.

(4) د. عادل عمر شريف، القضاء الدستوري في مصر، مطبعة دار الشعب، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٥١.

وقد استقرت المحكمة الدستورية العليا في مصر التي حلت محل المحكمة العليا في ممارسة اختصاص الرقابة الدستورية، بأنه إذا كانت مجالات التشريع الذي تمارسه سلطة التشريع إنما تمتد إلى جميع الموضوعات، كما أن ملائمة التشريع هي من مظاهر السلطة التقديرية للمشرع العادي ما لم يقيد الدستور بحدود وضوابط يتعين على المشرع الالتزام والتقيد بها وإلا عد ذلك مخالفاً للدستور، ومن ثم يكون من حق المشرع العادي أن يستقل بوضع القواعد القانونية التي يراها محققة للمصلحة العامة بشرط أن يكون ملتزماً بأحكام الدستور⁽¹⁾. لذلك فإن ملائمة التشريع والباعث على إصداره هي من مظاهر السلطة التشريعية ما لم يقيدها الدستور بحدود وضوابط محددة، ونتيجة لذلك فإن الملائمة لا تمنع من ممارسة الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في حال المساس بأمر نظمها الدستور لذا فإن الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع تعد ضرورية ومطلوبة وخاصتها في مجال الحقوق والحريات عندما يؤدي تدخل المشرع للمساس بمبدأ دستوري.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا ذلك في العديد من أحكامها وفي مناسبات كثيرة وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال ما يأتي:

إن حكم المحكمة الدستورية العليا في ١/٣/ ١٩٨٦ يؤكد و بوضوح رقابة الغلط البين في التقدير في عبارات لا تحتل التأويل فقد قضى هذا الحكم بعدم دستورية المادة (٢) من القرار بقانون رقم ١١٣ لعام ١٩٦٤، وذلك بشأن تحضير الأدوية والمستحضرات الصيدلانية تحت أسماء تجارية أو بقصد الاتجار فيها⁽²⁾، فيما قضت به وتؤول ملكية الأدوية والمستحضرات المشار إليها في المادة السابقة، والتي سبق تسجيلها في وزارة الصحة إلى المؤسسة المصرية للأدوية والكيمائيات والمستلزمات الطبية بدون مقابل لكون ذلك يشكل مصادرة لتلك الأموال بالمخالفة لحكم المادة ٣٦ من الدستور⁽³⁾. من خلال هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا قد راقبت مدى ملائمة الحل الذي اختاره المشرع لتنظيم نشاط تصنيع وإنتاج الأدوية من قبل الصيدليات وارتأت ملكية الأدوية والمستحضرات التي سبق تسجيلها في وزارة الصحة إلى المؤسسة المصرية العامة للأدوية، رغم صلاحية تلك المستحضرات وقابليتها للإنتاج، غلط بين في التقدير من جانب المشرع الذي كان عليه إن أراد تنظيم ذلك النشاط أن يعمل على اختيار

(1) د. عبد العزيز محمد سالم، المصدر السابق، ص ١٤٤.

(2) ينظر نص المادة ٢ من قانون تحضير الادوية والمستحضرات الطبية، رقم (١١٣) لعام ١٩٦٤ المعدل.

(3) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٨ لسنة ٥/ قضائية دستورية، المجموعة ٣، ص

الحل الذي لا يصطدم مع الدستور في صون حق الملكية، كما تذهب المحكمة الدستورية العليا إلى أن لجوء المشرع إلى إجراء شطب تسجيل هذه الأدوية والمستحضرات، كان بلا شك هو الحل الملائم لتنظيم هذا النشاط من دون اللجوء إلى إجراء المصادرة لهذه الأدوية بالمخالفة للمادة (٣٦) من الدستور المصري لعام ١٩٧١، والتي تحظر المصادرة للأموال العامة ولا تجيز المصادرة الخاصة إلا بحكم صادر من القضاء^(١)، بهذا الحكم فقد صرح القضاء وبوضوح لأول مرة بأن ثمة حل أو حلولاً بديلة للمحل الذي اختاره المشرع والذي كان من شأن اللجوء إليه تقادى الحكم ببطلان الحل الذي اختاره المشرع، وذلك لانطوائه على مصادمة عنيفة لمبادئ الدستور وهذا يعنى و بوضوح أن تحديد نطاق الغلط البين في التقدير يعنى تحديدا من ثم لنطاق السلطة التقديرية للمشرع بما يؤدي إلى خضوع هذه السلطة لرقابة الغلط البين في التقدير في المجال الدستوري؛ وهذا نفسه ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في حكم تاريخي لها في القضية الدستورية رقم (١٦/ قضائية) بجلسة ٥ من أغسطس ١٩٩٥ الذي قضت فيه بعدم دستورية المادة ٥٠ من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم (٩٥) لسنة ١٩٨٠^(٢)، فقد تضمنت حظر الطعن بغير طريق إعادة النظر في الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة الدستورية العليا للقيم في شأن المنازعات المحالة إلى قضاء القيم وفقا لنص المادة (٦) من قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم (١٤١) لسنة ١٩٨١، بتغطية الأوضاع الناشئة عن الحراسة^(٣).

ومما تقدم يرى الباحث أن المحكمة الدستورية العليا قد أخذت بالرقابة الدستورية على ملائمة التشريع عبر فكرة الغلط البين في التقدير في مراقبة القيود الاجرائية والموضوعية التي تفرضها السلطة التشريعية بصدد موضوع حق الملكية؛ كما تمثل هذه الأحكام اتجاها جديدا للمحكمة الدستورية العليا في العدول عن اتجاهاتها السابقة وذلك لحماية الحقوق والحريات واستطاعة الشخص اللجوء إلى القاضي وفق مبدأ الديمقراطية، كما لا يغير الامر من شيء أن لم تستعمل المحكمة الدستورية العليا عبارة الغلط البين في التقدير وذلك لأن العبرة بالأثر المترتب على الأخذ بهذه النظرية.

وتأكيد على ما سبق ذكره من ترسيخ الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع فقد قضت المحكمة الدستورية العليا في قضائها بتاريخ ١٦ / ٥ / ١٩٨١^(٤)، إذ قررت المحكمة الدستورية العليا أن تقدير تعويض

(١) ينظر نص المادة (٣٦)، من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ الملغى.

(٢) ينظر نص المادة (٥٠) من قانون حماية القيم من العيب، رقم ٩٥ لعام ١٩٨٠ المعدل.

(٣) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٩ لسنة ١٦/ قضائية، جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥.

(٤) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥ لسنة ١ قضائية، في ١٦ / ٥ / ١٩٨١.

الخاضعين للحراسة عن أموالهم وممتلكاتهم يعد تعويضاً جزافياً، وإن عد من الملائمات السياسية التي يستقل بها المشرع إلا أن ذلك لا يحول دون إخضاعه للرقابة الدستورية لأن ذلك التقدير يتعرض للملكية الخاصة التي يصونها الدستور، لذا فقد أفصحت المحكمة الدستورية العليا وبكل وضوح عدم اعتدادها بالملائمات السياسية التي يستقل بها المشرع إذا تعرضت للأمور التي نظمها الدستور، فلا يتصور خضوع الملائمات السياسية للرقابة الدستورية إلا بالرجوع إلى فكرة الغلط البين في التقدير؛ وبناء على ذلك فقد أخضعت المحكمة الدستورية العليا القرار بقانون رقم (١٥٠) لسنة ١٩٦٤ وكذلك القانون رقم (٦٩) لعام ١٩٧٤ للرقابة الدستورية وقضت بعدم دستورية المادة (٢) من القرار بقانون رقم (١٥٠) لعام ١٩٦٤، فيما نص عليه أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعية الذين فرضت عليهم الحراسة استناداً لقانون الطوارئ إلى ملكية الدولة، وعدم دستورية المادة (٤) من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة بالقانون رقم (٦٩) لسنة ١٩٧٤، فيما نصت عليه من تعيين حد أقصى لما يرد للأشخاص الذين شملتهم الحراسة وأسرهم. كذلك في قضائها الصادر في ٢ / ٢ / ١٩٨٥، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (٤) من القرار بقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٦٣، بتأميم بعض الشركات والمنشآت فيما تضمنته من النص على أن تكون أموال زوجات وأولاد أصحاب الشركات والمنشآت المبينة بها ضامنة للوفاء بالالتزامات الزائدة على أصول هذه الشركات والمنشآت وقد جاء في حكمها المشار إليه فيما يلي: ولما كان ذلك وكان خلق هذا الضمان الاستثنائي الذي حمل به المشرع أموال الزوجات والأولاد للوفاء بديون لا شأن لهم بها وذلك لتجريده هؤلاء المشار إليهم من ملكيتهم لهذه الأموال وانتزاعها جبراً عنهم عند التنفيذ عليها اقتضاء لتلك الديون، بما قد يصل إلى حد حرمانهم منها جميعاً عند استغراق الدين لقيمة الأموال كلها وإذا كان ذلك لا يعد من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة ولا يعد من صور تأميم المشروعات فإن النص التشريعي المطعون فيه يشكل اعتداء على الملكية الخاصة وذلك بالمخالفة لحكم المادة (٣٤) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١، التي تقضى بأن الملكية الخاصة مصونة ومحمية بموجب الدستور^(١).

ومن ذلك فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا في مصر لملائمة التشريع رقابة مهمة وضرورية وأن القول بغير ذلك يعنى إطلاق سلطة المشرع التقديرية في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط الدستورية، وهذا ما لا يمكن التسليم به فإذا كان للمشرع سلطة تقديرية فلا يعني ذلك حرته في اختيار

(١) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٦٧ لسنة ٤/ قضائية) في ٢ / ٢ / ١٩٨٥.

الحلول للمسألة موضوع التنظيم فهذه السلطة ليست مطلقة، كما تقوم المحكمة الدستورية العليا برقابة الملائمة بين اختيار الحلول من جانب المشرع للوقوف على مدى التزام المشرع بالحدود والضوابط الدستورية، وتقضى بالبطلان عندما يشوب تقدير المشرع غلط بين في التقدير.

ومن أبرز الأمثلة في مجال الحقوق والحريات السياسة ما حدث في أعقاب الثورات المصرية ورغبةً من المشرع في ضبط الإيقاع التنظيمي للشارع المصري، ونتيجة لذلك أصدر القانون رقم (١٠٧) لسنة ٢٠١٣ وذلك لتنظيم الحق في الاجتماعات العامة والمواكب والتظاهرات السلمية ونظراً لما أسفر عنه تطبيق هذا القانون، من اتساع نطاق التجريم والعقاب وكذلك تقييد الحريات والحقوق السياسية، وهو ما دفع البعض أن يطعن بعدم دستورية بعض مواد. نتيجة لذلك فإن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية في مصر استطاعت أن تمارس رقابة حقيقية على ملائمة التشريع حيث أن السلطة التقديرية للمشرع تتحقق بتخلف تحديد المشرع لأركان أو شروط التشريع، وبذلك تتسع هذه السلطة التقديرية أو تضيق تبعاً لمقدار تخلف هذا التحديد الملزم الذي يعد بذلك المصدر الأساس للسلطة التقديرية للمشرع^(١). و مما تقدم من عرض للأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا في مصر فإن ذلك يكشف لنا بجلاء أن القضاء الدستوري المصري كثيراً ما يعلن عن التزامه بممارسة رقابته في إطار احترام السلطة التقديرية للمشرع واحترام اختياراته، وأن الرقابة الدستورية التي يمارسها في هذا الشأن لا تمت بوصفها رقابة قضائية إلى ملائمة التشريع، كما أنها لا تتناول البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقرارها، كما أنها لا تتناول الحكم على ضرورة التشريع أو عدم ضرورته وما إذا كان لازماً أو غير لازم باعتبار أن ذلك يعد من عناصر الملائمة التي تستقل سلطة التشريع بتقديرها، وبالرغم من ذلك فإن الواقع للرقابة التي يباشرها القضاء الدستوري في مصر يكشف لنا بجلاء أن القضاء الدستوري في كثير من الأحيان يخرج عن حدود الالتزام بهذه الضوابط، ويباشر رقابة حقيقية على ملائمة التشريع وذلك لأن الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع لم تعد تقف على حد المقابلة الحرفية بين أحكام الدستور والنصوص التشريعية المطعون فيها وإنما تعدت ذلك إلى بسط رقابة مباشرة على التقدير الذي يجريه المشرع، كما أن تحديد مدى موافقة التشريع المطعون فيه لأحكام الدستور لم يعد وفقاً على الاعتبارات القانونية وحدها، بل هو نتاج الاعتبارات المشروعية والملائمة معاً.

(١) حنفي علي جبالي، المسؤولية عن القوانين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ١٩٧٨، ص ٤٦٣.

الفرع الثاني

مجالات ممارسة المحكمة الدستورية العليا الرقابة على ملاءمة التشريع

إن واقع الرقابة التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا في مصر يشهد رقابة صريحة ومباشرة على الملائمة وذلك في العديد من مجالات التشريع، بالرغم ان المحكمة الدستورية العليا دائماً تردد أن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق والحريات بأنها سلطة تقديرية من ثم كان المفترض أن تخرج أعمالاً لهذا الأصل من نطاق الرقابة القضائية؛ ومن ذلك سوف نتناول أهم المجالات التي تبرر من مباشرة المحكمة الدستورية العليا في الرقابة الدستورية العليا على ملاءمة التشريع. ومن هذه المجالات التي تشهد هذا النوع من الرقابة الدستورية ما يأتي:

أولاً: في مجال التجريم والعقاب

نجد أن المحكمة الدستورية العليا قد باشرت الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع في مجال التجريم والعقاب وذلك من عبر نظرية الخطأ البين في التقدير والخطأ البين في التقدير كما هو معلوم هو عدم الملائمة الظاهر بين درجة خطورة الجريمة التأديبية التي ارتكبها العامل؛ وبين نوع ومقدار الجزاء الذي أوقعته الإدارة عليه أي أنه صورة صارخة من صور عدم التناسب بين سبب القرار ومحله، وتباشر المحكمة عبر رقابتها الصريحة على مدى ملاءمة الجزاء التأديبي⁽¹⁾. ومن ذلك فإن المحكمة الدستورية العليا تأخذ وبشكل واضح بفكرة الخطأ البين في التقدير وقد قامت بتطبيقه في المجال الجنائي وذلك لضبط التناسب بين ما يؤثمه المؤسس من أفعال وما يقدره لهذه الأفعال من عقوبات جنائية أو تأديبية أو مالية؛ وذلك كقيد يرد على ما يتمتع به المؤسس من سلطة تقديرية⁽²⁾. و لضرورة تناسب الفعل المجرم والعقوبة وعدم تجاوزهما لمتطلبات الضرورة الاجتماعية التي استدعت تقريرهما⁽³⁾. هذا وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى التأكيد بعبارات حاسمة على أن "الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة في شأن النصوص العقابية تضبطها مقاييس صارمة، ومعايير حادة تتوافق وطبيعة هذه النصوص في

(1) ينظر حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في ٨ يونيو ١٩٧٤ ق ٣٩٦ س ١٦ مجموعة السنة التاسعة عشرة، ص ٤١١.

(2) د. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، الغلو في الجزاء في مجال التشريع، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، ١٩٩٩، ص ٢٤.

(3) د. مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، ٢٠٠٣، ص ٢٠٣.

اتصالها المباشر بالحرية الشخصية التي نص عليها الدستور مما يفرض على المشرع الجنائي أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية وذلك لضمان ألا تكون العقوبة تمس جوهر الحرية؛ وأن تكون العقوبة التي يفرضها في شأن الجريمة تبلور مفهوم العدالة، بالتحديد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها فلا يندرج تحتها مجرد رغبة الجماعة للثأر والانتقام، أو سعيها للبطش بالمتهم كما لا يسوغ للمشرع أن يجعل من نصوصه العقابية شباكا أو شراكا يلقيها ليتقيد باتساعها وبخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها، والجزاء الجنائي لا يعد مبررا إلا إذا كان واجبا لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها و كذلك متناسبا مع الفعل المؤثم، فإن جاوز ذلك كان مفرطاً في القسوة وبالتالي مجافياً للعدالة، ومنفصلاً عن أهدافه المشروعة التي يبتغيها⁽¹⁾. كما ويعد الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في 3 فبراير 1996 أن الأصل في الجزاء جنائيا كان أو مدنياً أو تأديبيا أو ماليا هو أن يأتي متناسبا مع الأفعال التي نهى عنها المشرع ومندرجا تبعا لجسامتها فلا يجوز أن يكون غلوا أو إفراطا، ويعد هذا الحكم تحولاً كبيراً في اتجاهات القضاء الدستوري المصري الذي كان مستقرا من قبل على أن تقدير العقوبة، وتقرير أحوال مما يدخل في إطار تنظيم الحقوق والحريات التي يتمتع فيها المشرع بسلطة تقديرية واسعة، ولا يخضع في مباشرتها للرقابة القضائية، وقد انتهت فيه المحكمة إلى دستورية القرار بقانون رقم (١٢٠) لسنة ١٩٦٢ بشأن تسوية العقوبة على الراشي والمرتشي، بالنظر إلى أن الظروف التي صدر فيها هذا القانون، فقد اقتضت الإسراع بإصداره حفاظا على أمن الدولة من الناحية الاقتصادية لذلك فإن رئيس الجمهورية إذا أصدر التشريع المشار إليه في تلك الظروف فإنه بذلك يكون غير مجموع حدود سلطته في هذا الأمر⁽²⁾.

واستنادا لما سبق فقد قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية بعض النصوص التشريعية ومنها ما يأتي:

١ - عدم دستورية نص المادة 5 مكررا من القانون رقم (35) لسنة 1978 في شأن إنشاء نقابات واتحادات نقابة المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية، فيما تضمنته من تقرير عقوبة الحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين لكل من زوال عملاً من الأعمال المهنية التي نصت عليها في المادة 2 من هذا القانون ولم يكن من المقيدين بجدول النقابة أو كان ممنوعا من مزاوله المهنة؛ ما لم يكن حاصلًا على تصريح مؤقت للعمل استنادا للمادة 5 من هذا القانون، وأشارت في هذا

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا رقم (١١٤/ سنة ٢١ قضائية دستورية)، جلسة ٢ يونية ٢٠٠١.

(2) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (١١/ سنة ٧ قضائية)، جلسة الأول من أبريل ١٩٧٨.

الشأن أن القانون الجنائي وإن اتفق مع غيره من القوانين في تنظيم بعض العلائق التي يرتبط بها الأفراد فيما بين بعضهم البعض أو من خلال مجتمعهم قد ضبطها، إلا أن القانون الجنائي يفارقه في اتخاذه العقوبة أداة لتقويم ما يصدر عنهم من أفعال نهاهم عن ارتكابها وهو بذلك يبتغي أن يحدد من منظور اجتماعي ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوكهم وأن يسيطر عليها بوسائل يكون قبولها اجتماعيا ممكنا، ما معناه أن الجزاء على أفعالهم لا يكون مبررا إلا إذا كان مقيدا من وجهة اجتماعية فإذا كان مجاوزا تلك الحدود التي لا يكون معها ضروريا عد ذلك مخالفاً للدستور، وكلما كان الجزاء الجنائي بغیضا أو عاتيا أو كان متصلاً بأفعال لا يجوز تجريمها أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسبا مع الأفعال التي أتمها المشرع فإن هذا الجزاء لا يكون كذلك مبررا، ذلك أن السلطة التي يملكها المشرع في مجال التجريم يكون حدها القواعد الدستورية، فلا يجوز أن يؤتم المؤسسة أفعالاً في غير ضرورية اجتماعيا ولا أن يقرر عقوبتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة⁽¹⁾.

٢ - عدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من القانون رقم (147) لسنة 1984 بفرض رسم تنمية الموارد المالية للدولة والمعدل بالقانون رقم (5) لسنة 1986، فيما تضمنه من جزاءات في حالة التخلف عن توريد المبالغ المقررة في المواعيد المحددة وقد استندت المحكمة فيما استندت إليه إلى أنه لا يجوز أن تعمد الدولة استيفاء لمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة إلى تقرير جزاء على الإخلال بها يكون مجاوزا بمداه أو تعدده الحدود المنطقية التي يقتضيها صون مصلحتها الضريبية؛ وإلا كان هذا الجزاء فيه غلوا وإفراطا، وبذلك يعد منافياً بصورة ظاهرة لضوابط الاعتدال واقعا عملاً وبالضرورة وراء نطاق العدالة الاجتماعية يؤدي إلى أن يختل مضمونها، ما ينافي القيود التي فرضها الدستور في مجال التنظيم الضريبي⁽²⁾.

٣ - عدم دستورية المادة (48) من قانون العقوبات في شأن تجريم الاتفاق الجنائي وأشارت المحكمة الدستورية العليا من ضمن ما استندت إليه أنه وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن شرعية الجزاء جنائيا كان أم مدنيا أو تأديبا يجب أن يكون ذلك متناسبا مع الأفعال التي أتمها المؤسس أو قيد مباشرتها؛ فالأصل في العقوبة هو معقوليتها فكما كان الجزاء الجنائي بغیضا أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافيا بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسبا مع خطورة الأفعال التي

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا رقم (٢/ سنة ١٥ قضائية دستورية)، جلسة ٤ يناير ١٩٩٧.

(2) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٣٣/ لسنة ١٦ قضائية دستورية)، جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦.

آثمها المؤسس، فانه بذلك يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافا، هذا وقد أضافت المحكمة الدستورية العليا في هذا القضاء أنه ومتى كان ذلك وكانت الفقرة الثانية من المادة (48) تقرر عقوبة السجن على الاتفاق الجنائي على ارتكاب جنائية، وكانت عقوبة السجن هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة المدة التي حكم عليه، ولا يجوز أن تكون أقل من ثلاث سنوات ولا أن تزيد على خمس عشرة سنة إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا⁽¹⁾، بينما هناك جنايات كثيرة حدد المشرع العقوبة فيها بالسجن مدة تقل عن خمس عشرة سنة، كما تنص ذات الفقرة على أن عقوبة الإتفاق الجنائي على ارتكاب الجرح هي الحبس، أي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية المدة المحكوم بها عليه وحدها الأدنى أربع وعشرون ساعة ولا تزيد على ثلاث سنوات إلا في الأحوال الخصوصية المنصوص عليها قانونا بينما هناك جنح متعددة حدد المشرع العقوبة فيها بالحبس مدة تقل عن ثلاث سنوات، وهو ما يكشف عن عدم تناسب العقوبات الواردة في الفقرة الثانية من النص المطعون فيه مع الفعل المؤثم، ولا وجه للحاجة في هذا المقام بأن الفقرة الرابعة من المادة (48) المشار إليها تقضي بأنه إذا كان محل الاتفاق جنائية أو جنحة معينة عقوبتها أخف مما نصت عليه الفقرة السابقة فلا توقع عقوبة أشد مما نص عليه القانون لتلك الجنائية أو الجنحة. وقد يكون ارتكاب جنائية أو جنحة غير معينة بذاتها وعندئذ توقع العقوبات الواردة في الفقرة الثانية من المادة وحدها، وهي تصل إلى السجن خمس عشرة سنة أو الحبس ثلاث سنوات - حسب الأحوال - ولا شك أنها عقوبات مفرطة في قسوتها تكشف عن مبالغة المشرع في العقاب بما لا يتناسب والفعل المؤثم⁽²⁾. كما يذهب جانب من الفقه الذي يرى أن المؤسس إذا أقدم على إحداث عدم تناسب ظاهر لا يتفق مع الأهداف والمقاصد التي استهدفها الدستور من وراء حماية الحقوق والحريات وسائر القيم والقواعد التي ينص عليها تعرض القضاء لعدم دستورية القاعدة التي أخلت بضوابط الضرورة والتناسب المطلوب؛ فالسلطة التقديرية للمشرع في تحديد الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب ليس سلطة مطلقة وإنما تحدها الغايات التي استهدف الدستور تحقيقها، لأن السلطة التشريعية لا تمارس اختصاصها إلا في الحدود الدستورية⁽³⁾.

(1) ينظر نص المادة (48) من قانون العقوبات في مصر، رقم (58) لعام 1937 المعدل.

(2) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (114/ لسنة 21 قضائية دستورية)، جلسة 2 يونيو 2001.

(3) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص 555.

هذا وقد فرضت المحكمة الدستورية العليا رقابتها على معقولية تناسب العقوبة الجنائية مع الجريمة وعبرت عن ذلك بقولها إن النصوص القانونية لا تؤخذ إلا على ضوء ما يتحقق فيه معناها ويكفل ربط مقدماتها بنتائجها، وإن الأصل في صور الجزاء ألا تتزاحم جميعها على محل واحد، بما ينوء بها عن موازين الاعتدال، وألا يتلقى جزء منها بغير الأفعال التي تتخذ وخواصها وصفاتها وبما يلائمها، وكان ذلك يؤدي إلى أن الجزاء لا يجوز أن يكون خطيرا ولا فاسدا، بل ينبغي أن يوازن المؤسس قبل تقريره بين الأفعال التي يتصل بها، وأن يقدر لكل حالة ما يلتبس بها، فلا يتخذ من النصوص القانونية ما تظهر فيه مكامن مثالبها، بل يتخذ أسلوبا لتقويم الأوضاع الخاطئة وتصحيحها⁽¹⁾. كما أن شخصية العقوبة وتناسبها مع الجريمة يقتضي أن تتوازن خصائصها مع عقوبتها، وكذلك مؤدها أن يقرر المؤسس لكل جريمة عقوبة مناسبة وألا يقرر إلا ما يكون من الجزاء ملائما للجريمة بذاتها، وكذلك أن يتحدد على ضوء درجة خطورتها ونوع المصالح التي ترتبط بها وبمراعاة أن الجزاء الجنائي لا يكون مخالفاً للدستور، إلا إذا اختل التعادل بصورة ظاهرة بين مدها وطبيعة الجريمة التي تعلق بها⁽²⁾.

ثانياً: في مجال الحقوق والحريات العامة

تعد الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في الدساتير قيوداً على المشرع فيما يضعه من قواعد وأحكام فإذا خرج المشرع على هذا الضمان الدستوري بأن قيد حرية أو حقاً ورد في الدستور مطلقاً أو أهدر أو انتقص من أيهما تحت ستار التنظيم الجائز دستورياً وقع عمله التشريعي مشوياً بعيب مخالفة الدستور كما تقرر المحكمة الدستورية العليا في كثير من أحكامها؛ وقد استخرجت المحكمة الدستورية العليا من النصوص الدستورية العديد من الضوابط التي تضع القيود على كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية عند تنظيم الحقوق والحريات العامة. ومن هذه القيود نذكر ما يأتي:

١. يجب ألا تنفصل النصوص الدستورية عن أهدافها، لأن النصوص الدستورية هي مدخل لهذه الحقوق والهدف هو إشباع مصلحة عامة لها⁽³⁾.

(1) د. عبد الفتاح عبد الحليم، مصدر سابق، ص ٢٤.

(2) ينظر حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (٤٩/ لسنة ١٩)، جلسة ١٥ / ٩ / ١٩٩٧.

(3) ينظر حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم (٣١٣/ لسنة ١٩ قضائية دستورية)، جلسة ٦ مايو سنة ٢٠٠٠ وفي القضية رقم ١٧ لسنة ١٨ قضائية دستورية، جلسة ٣ مايو سنة ١٩٩٧.

وإذا قام الدليل على انفصال هذه النصوص عن الأهداف التي تبتغيها أو كان اتصال الوسائل بالمقاصد واهيا كان التمييز عسفاً، فلا يكون ذلك مشروعاً دستورياً⁽¹⁾.

كما إن اتفاق التنظيم التشريعي مع أحكام الدستور يفترض ألا تتفصل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع موضوعاً محدداً عن أهدافها ليكون اتصال الأغراض التي توخاها المشرع بالوسائل إليها منطقيًا؛ وليس واهياً أو واهناً بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها ذلك القانون.

ومن ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة (٥) من القانون رقم (51) لسنة 1981 لتنظيم المنشآت الطبية لما انطوت عليه من استثناء تنازل الطبيب أو ورثته من بعده عن حق إجازة العين المخصصة للعيادة الخاصة للطبيب المرخص له بمزاولة المهنة من الخضوع لحكم المادة (٢٠) من القانون رقم 136 لسنة 1981 بشأن الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر إذ قررت أن النص المطعون فيه يبدو منفصلاً عن الأصول التي تقتضيها مزاولة مهنة الطب والقيام على رسالتها؛ فالحقوق التي يربتها للأطباء فيما بين بعضهم لقاء التنازل عن الأعيان المتخذة مقاراً لعبادتهم الخاصة إذ لازمها إلغاء حقوق ملاكها إلغاءً كاملاً ونهائياً، إذ يقوم للأطباء دون غيرهم من المتنازليين عن حق الإجازة استثنائية ينفردون بها وحدهم وتعصمهم من أن يؤديوا لمن يملكون الأعيان شيئاً منها ولو ضئيلاً، كما لا يدخل ذلك في نطاق التنظيم التشريعي لحق الملكية بل هو عدوان عليها، ذلك أن النص المطعون فيه يقوم للمنفعة التي تجلب عن المضرة المدفوعة، ولا يختار أحد الخيارين لدفع أعظمها بل يلحق بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش منافياً بذلك المقاصد الشرعية التي ينظم ولي الأمر الحقوق في نطاقها ومجاوزاً بذلك الحدود المنطقية لعلاقة كان ينبغي أن تتوازن فيها المصالح لا أن تتصادم فيما بينها؛ ومغلباً مصالح فئة بذاتها من المواطنين على ما سواهم وذلك بإيثار أفرادها بمزايا مالية يختصون بها دون سواهم⁽²⁾.

أما في المجال الضريبي فقد قررت المحكمة الدستورية العليا عدم دستورية المادة الأولى من قانون الضريبة الصادر بالقانون رقم (228) لسنة 1989 بسقوط باقي مواده، قبل الغائه بالقانون رقم (227) لسنة 1996، وقد قررت في هذا الشأن أن معايير دستورية فرض الضرائب أن يكون ممكناً عقلاً ربط

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٨٧/ لسنة ٢٠ قضائية دستورية)، جلسة ٦ مايو سنة ٢٠٠٠.

وفي القضية رقم ١٨٠ لسنة ٢ قضائية دستورية، جلسة الأول من يناير سنة ٢٠٠٠.

(2) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (١١/ لسنة ١٦ قضائية دستورية)، جلسة ٣ يوليو سنة ١٩٩٥.

عَبَّئُهَا بِالْأَغْرَاضِ الْاجْتِمَاعِيَّةِ وَالْاِقْتِصَادِيَّةِ وَالسِّيَاسِيَّةِ الْمَقْصُودَةِ مِنْهَا وَأَنْ تَطْبِيقَ هَذَا الْقَانُونَ أَدَى إِلَى عَكْسِ هَذِهِ الْأَغْرَاضِ وَانْقِلَابِهِ عَلَى صَالِحِ الدَّوْلَةِ، وَمَنْ ثَمَّ انْفِصَامِ الْاِرْتِبَاطِ الْعَقْلِيِّ بَيْنَ الْاَهْدَافِ وَالْوَسَائِلِ إِذْ أَنْ وَطْأَةً ضَرْبِيَّةِ الْاَيْلُولَةِ عَلَى الْمَخَاطِبِينَ بِهَا لَا يُقَابِلُهَا مَصْلَحَةٌ مَبْرُورَةٌ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا تَطْهَرُ جَوَانِبُهَا السَّلْبِيَّةُ فِيمَا قَامَ الدَّلِيلُ عَلَيْهِ مِنْ أَنَّهَا لَا تُوفِّرُ لِلتَّمْنِيَةِ سَبَابِهَا وَلَا لِلاسْتِثْمَارِ أَوْ لِلادِّخَارِ رَوَافِدَهَا مِنْ حَيْثُ الثِّقَةُ وَالْاِطْمِئْنَانُ، وَلَا لِقِيَمَةِ الْعَمَلِ الْمُنَاسِقِ، كَمَا أَنَّ فَرْضَهَا يُؤَدِّي إِلَى نَتِيجَةِ خَطِيرَةٍ، وَمَنْ بَيْنَ ذَلِكَ الْأَمْوَالِ مَحَلُّهَا يَتِمُّ تَسْرِيْبُهَا تَوْقِيًا لَهَا، فَإِذَا تَعَذَّرَ تَجْنِبُهَا فَإِنَّ مَا يَبْتَقِي بَعْدَ الضَّرْبِيَّةِ مِنْ هَذِهِ الْأَمْوَالِ يَظَلُّ ثَرْوَةً خَامِدَةً وَذَلِكَ خَوْفًا مِنْ تَعَقُّبِهَا ظَلْمًا وَبِهْتَانًا بَعْدَ أَنْ تَنْتَقِلَ عَنْ طَرِيقِ الْمِيرَاثِ إِلَى آخَرِينَ، بَلْ مَا كَانَتْ الدَّوْلَةُ تَتَوَقَّعُهُ مِنْ تِلْكَ الضَّرْبِيَّةِ سِوَا عَتَبَارِهَا مَصْدَرًا لِتَمْوِيلِ اِحْتِيَاجَاتِهَا أَوْ بِوَصْفِهَا أَدَاةً تَيْسِرُ تَوْزِيْعَهَا لِلثَّرْوَةِ إِذْ غَدَا ذَلِكَ وَهَمَا وَسْرَابًا بِالنَّظَرِ إِلَى ضَالَّةِ حَصِيلَتِهَا، وَلِأَنَّ وَاقَعَتِهَا الْمُنْشِئَةُ وَهِيَ الْوَفَاةُ لَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهَا تَرْكِيزُ الثَّرْوَةِ وَإِنَّمَا تَقْتِنِبَتِهَا⁽¹⁾.

وقد يمثل هذا القضاء الأخير يمثل الحد الأقصى للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع وذلك عبر رقابة المحكمة الدستورية العليا على مدى اتفاق التشريع مع الأغراض والضرورات التي يقصدها، أن المحكمة لم تكتم بالبحث في نصوص التشريع وأغراضه على ضرورة مقارنة النصوص التشريعية بالنصوص الدستورية بعضها مع البعض الآخر لتبين المقصود منها وأغراضها، كذلك مدى اتفاق النصوص مع تلك الأغراض والأهداف، وقد تعدت ذلك لتراقب مدى اتفاق النصوص مع الآثار الناتجة من تطبيقها وعدم تحقيقها لهذه الأغراض.

٢- تنظيم الحقوق والحريات في مجال مبدأ المساواة

لقد عبرت المحكمة الدستورية العليا عن أهمية مبدأ المساواة في حماية الحقوق والحريات الفردية للمواطنين وذلك بقولها إنه إذا اتاح للدولة أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائماً من التدابير لتنظيم مواضيع معينة وتوقيا لشر تقدر ضرورة رده؛ وكان دفعها للضرر الأكبر بالقدر الأقل لازماً إلا أن تطبيقها مبدأ المساواة لا يمكن أن يكون كاشفاً عن غاياتها وكذلك لا ينبئ عن اعتناقها لأوضاع جائرة تشير ضغائن أو أحقاداً قد تتفعلت بها ضوابط سلوكها، ولا عدواناً معبراً عن بأس سلطاتها، فلا تمايز بين المواطنين تمييزاً تعسفياً، ولكن من الجائز أن تغاير السلطة التشريعية وفقاً لمقاييس منطقية بين مراكز لا تتحد

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٢٨/ لسنة ١٥ قضائية دستورية)، جلسة ٥ ديسمبر سنة

معطياتها أو تباين فيما بينها في الأسس التي تقوم عليها، بشرط أن تكون الفوارق بينها حقيقية وليس تخيل⁽¹⁾. وقد توسعت المحكمة الدستورية العليا في بيان مضمون المادة (40) من الدستور الخاصة بحظر التمييز بين المواطنين حيث قررت أن الحالات المشار إليها بالمادة (الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة) فإن مرد ذلك على أنها أكثر شيوعاً في الحياة العملية ولا يدل ذلك على انحصاره فيها إذ لو صح ذلك لكان التمييز بين المواطنين فيما عداها جائزاً دستورياً وهو ما يناقض المساواة التي كفلها الدستور ويحول دون إرساء أسسها وبلوغ غاياتها؛ ومدلول ذلك أن من صور التمييز التي أغفلتها المادة 40 من الدستور ما لا تقل عن غيرها خطراً سواء من ناحية محتواها، أو الآثار التي ترتبها كالتمييز بين المواطنين في نطاق الحقوق التي يتمتعون بها، والحريات التي يمارسونها لاعتبار مرد ذلك إلى مولدهم ومركزهم الاجتماعي أو انتمائهم الطبقي وكذلك ميولهم الحزبية أو نزعاتهم العرقية، واستناداً لما تقدم خلصت المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية البند سادساً من المادة (73) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 على أساس أن هذا النص الذي يحظر على أعضاء مجلس الدولة دون غيرهم من أعضاء الهيئات القضائية الزواج من أجنبية⁽²⁾.

وإن ما يلفت النظر في هذا الصدد هو أن المحكمة الدستورية العليا وإن استندت في حكمها بعدم دستورية النص المطعون وذلك لإخلاله بمبدأ المساواة في أحد مظاهره إلا أنها سلطت رقابتها على ما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية وأحلت تقديرها الخاص محل تقدير المشرع، وهو ما أفصحت عنه المحكمة الدستورية العليا بقولها "لا يجوز التدخل تشريعياً في علائق الزواج للحد من فرص الاختيار التي تنشأ وتقيمها على أساس من الوفاق والمودة، وذلك ما لم تكن القيود التي فرضها المشرع على هذا الاختيار عائدة في بواعثها على مصلحة جوهرية لها مظاهرها التي تسوغ بموجبها تنظيم الحرية الشخصية بما لا يهدم من خصائصها"⁽³⁾. ومن ذلك فأن تقييد الحرية الشخصية لغير مصلحة جوهرية فإن ذلك لا يغتفر، وبوجه خاص إذا أصابها في أحد أهم ركائزها بأن تعرض دون مقتض لحق من يريد الزواج وذلك في اختيار من يطمئن إليه ويقبل طواعية عليه ليكونا معا شريكين في حياة ممتدة تكون سكناً لهما، ويتخذان خلالها أدق قراراتهما وأكثرها ارتباطاً بمصيرهم وبما يصور لحياتهم الشخصية مكاناً أسرارها، ولئن جاز أن يؤتم المشرع أفعالاً بذواتها فيما وراء الحدود الشرعية للعلائق الزوجية كالزنا، وأن

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٤٧/ لسنة ١٧١ قضائية دستورية)، جلسة ٤ يناير سنة ١٩٩٧.

(2) ينظر نص المادة (٧٣) من قانون مجلس الدولة المصري، رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ المعدل.

(3) د. ثروت عبد العال أحمد، مصدر سابق، ص ٧٦.

يتخذ من التدابير التي تكون كافية لردعها فإن ما يقيم هذه العلاقات على أساس من الحق والعدل، وأن يصون حرمتها، لا يقل ضرورة في مجال حمايتها وتشجيعها، وعليه لا يجوز أن يركن المشرع لغير مصلحة جوهرية إلى سلطته التقديرية ليحدد على ضوءها من يتزوج وبمن وكذلك لا يتدخل في أغوار هذه العلاقات بعد اكتمال بنياتها بالزواج، ذلك أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع وإن كان قوامها أن يفاضل بين البدائل التي يقدر مناسبتها لتنظيم موضوع معين وبقال لما يراه محققاً للصالح العام إلا أن حدها النهائي يتمثل في القيود التي فرضها الدستور عليها بما يحول وكأصل عام دون أن يكون المشرع محددًا لمن يكون طرفًا في العلاقة الزوجية أو رقيبًا على أشكال ممارستها بعد نشوئها، وبوجه خاص فيما يستقلان به من شؤونها؛ فمن غير المتصور أن تقع الشؤون العائلية في نطاق الحق في الحياة الخاصة لتتحسر الحماية التي يكلفها هذا الحق عن قرار اختيار الزوج، وهو أداة تأسيس الأسرة والطريق إليها.

ثالثًا : التفسير الدستوري الواسع

هو التفسير الذي تتولاه المحاكم بحكم وظيفتها القضائية بمناسبة الفصل في الدعاوى المطروحة عليها وتعد المبادئ القضائية مصدرًا تفسيريًا للقواعد الدستورية⁽¹⁾. وهي مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من أحكام المحاكم في المنازعات التي تدخل في ولايتها وتتعلق بالشؤون الدستورية⁽²⁾.

ويعد هذا النوع من أهم أنواع التفسير وأكثرها تداولًا في الحياة العملية، إذ إن القضاة يتولون تفسير نصوص القوانين بمناسبة تطبيق هذه النصوص على المنازعات المطروحة عليهم يوميًا للفصل وأن القاضي بحكم وظيفته القضائية ملزم بالفصل في النزاع المعروض عليه ولا يستطيع الدفع بعدم وضوح النصوص القانونية وإلا اعتبر مرتكبًا لجريمة إنكار العدالة⁽³⁾.

وعليه فإن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد قضت في غير قليل من أحكامها خاصة في مجال الحقوق والحريات العامة بإلغاء التشريع، استنادًا على فكرة الخطأ البين في التقدير، وهذا من قبيل

(1) عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سنن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، مصر، بدون سنة نشر، ص ٣٢١.

(2) د. عوض الليمون، الوجيز في النظم السياسية ومبادئ القانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، ٢٠١٦، ص ٣٣٩.

(3) فتحي الوحيددي، ضمانات نفاذ القواعد الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٢، ص ٥٩.

التفسير الواسع لنصوص الدستور والنموذج التطبيقي لهذا الأمر يتمثل في رقابة المحكمة الدستورية العليا لضوابط تنظيم حقوق الملكية. ففي قضائها في ١٦ / ٥ / ١٩٨١ في القضية رقم (٥/ لسنة 1 قضائية دستورية) قررت المحكمة أن الملائمات السياسية لا تمنع من إخضاع القوانين للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع إذا تعرضت لأمر نظمها الدستور ووضع لها ضوابط وقواعد محددة، وقد قررت المحكمة الدستورية العليا أن القول بأن تقدير التعويض للخاضعين للحراسة عن أموالهم يعد من الملائمات السياسية فإن ذلك لا يحول دون خضوع التشريع محل الطعن للرقابة الدستورية، وذلك لأن كلا منهما قد تعرض للملكية الخاصة التي صانها الدستور ووضع لحمايتها ضوابط محددة⁽¹⁾.

ويتم اللجوء إلى هذا النوع من التفسير من عبر الرقابة على الغلط البين في التقدير، ومن ذلك فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا لملائمة التشريع تعد رقابة مهمة وضرورية والقول بغير ذلك يعني إطلاق سلطة المشرع التقديرية في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط الدستورية، وهو ما لا يمكن التسليم به؛ فإذا كان للمشرع يتمتع بسلطة تقديرية، فليس معنى ذلك حرته في اختيار الحلول للمسألة أو الحق موضوع التنظيم فهذه السلطة ليست مطلقة، ونتيجة لذلك يكون للقضاء الدستوري فرض رقابته للوقوف على مدى التزام المشرع بالحدود والضوابط الدستورية، وتقضي دائماً بعدم الدستورية في كل مرة يشوب تقدير المؤسس غلط بين في التقدير وهذا نموذج واضح لهذه الرقابة على التفسير الواسع في مجال الحقوق والحريات العامة وهي تمثل معظم الدعاوى الدستورية، في هذه الحالة تكون أما رقابة واسعة للمحكمة الدستورية العليا.

رابعاً : رقابة الملائمة تستند إلى فكرة الخطأ البين في التقدير

ويظهر ذلك بشكل واضح وصريح في مجال الحقوق والحريات العامة وفي عدد من الصور أولها أن يصدر المشرع قانوناً يقيد ممارسة حرية أو حق ورد في الدستور مطلقاً كأن يصدر المشرع قانوناً يقيد من حرية العقيدة مثلاً؛ وهذه الصور تظهر في خروج المشرع عن الحدود والضوابط الدستورية إذا قام بالنص على تقييد الحقوق والحريات وتعد هذه الصورة الغالبة في هذا الشأن من حيث تمثل هذه الصورة أغلب الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور، ومن ذلك أن جوهر السلطة التقديرية للمشرع يكون من خلال المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار الأنسب لمصلحة الجماعة

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٥/ لسنة ١ قضائية دستورية)، جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٨١.

وأكثرها ملائمة وذلك للوفاء بمطالبها في خصوص الموضوع الذي تناوله بالتنظيم⁽¹⁾. أن هذه الصور تتعارض مع المادة (٤٠) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ ، فيما قررته من أن المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة" ويعد الحق في المساواة الركيزة الأساسية التي لا وجود للحقوق والحريات بدونها فإن لم تكن ثمة مساواة بين الأفراد في التمتع بالحرية، فلا يصح الادعاء بأن ثمة حرية، لأن المساواة هي الأساس للحقوق والحريات⁽²⁾. كما أن المحكمة الدستورية العليا إلى جانب الدستور قد تستند إلى المواثيق الدولية وهذا الأمر يكون واضحا في قضائها ومن ذلك قولها إن الحق في المحاكمة المنصفة الذي يكفله الدستور في المادة (٦٧) مبررا ذلك لقاعدة استقر عليها العمل في الدول الديمقراطية ويستند هذا الحق الى نص المادة (١٠) من الإعلان العالمي لحقوق المتهم ومنها أصل البراءة يجب احترامها على ما قرره نص المادة (٦٧) من الدستور مرددا بذلك نص المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.

ومما تقدم يرى الباحث أن القاضي الدستوري يستطيع التدخل في عمل المشرع وذلك استنادا إلى فكرة الملائمة وذلك استجابة للمصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات ونجد أن هناك من المبررات التي سبق ذكرها تمكن المحكمة الدستورية العليا من الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع بأعمال فكرة الخطأ البين في التقدير .

المطلب الثاني

القواعد الحاكمة للرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في العراق

نتيجة للتطورات المتلاحقة التي طرأت على القضاء الدستوري في العراق دعت إلى إعادة النظر بما استقر عليه القضاء الدستوري من بيان حدود الرقابة على دستورية القوانين، فالرقابة الدستورية على ملائمة التشريع قد أصبحت في الوقت الحاضر حقيقة واقعية في القضاء الدستوري لا سبيل لإنكارها وذلك لحدائثة النظام التشريعي القائم على الديمقراطية في العراق، كما أن النص التشريعي هو إنعكاس لحاجات المجتمع، لذلك يجب التعزيز بين مدى ملائمة النص التشريعي والواقع القائم وتطوره. وعليه سوف نتناول اتجاه المحكمة

(1) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٦٣/ لسنة ١٣ قضائية دستورية)، جلسة ٢٠ / ٢ / ١٩٩٣.

(2) د. سعاد الشراوي، نسبية الحريات العامة وانعكاسها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٨٧.

الاتحادية العليا في العراق نحو رقابة الملائمة في الفرع الاول، اما في الفرع الثاني سوف نتطرق الى مجالات ممارسة المحكمة الاتحادية العليا الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع في العراق.

الفرع الأول

اتجاه المحكمة الاتحادية العليا في العراق نحو رقابة الملائمة

لقد شهد العراق تجارب غير مكتملة في الدساتير السابقة و كانت أول تجربة في القضاء الدستوري العراقي في ظل (الدستور العراقي) القانون الأساسي العراقي الصادر لسنة ١٩٢٥ ، حيث شكلت محكمة عليا من مجلس الأعيان واخرى محكمة التمييز من تسعة أعضاء؛ ومنحت بذلك سلطة محاكمة أعضاء مجلس الأمة آنذاك، وحكام محكمة التمييز والرقابة الدستورية على القوانين وتفسير النصوص الدستورية ومحاكمة الوزراء، الا ان هذه المحكمة كانت تتعقد بإرادة ملكية وتتنظر في القضايا المحالة إليها من مجلس الوزراء، اما التجربة الثانية كانت في الدستور العراقي الصادر لعام ١٩٦٨ ، فقد أشارت وبشكل صريح إلى تشكيل محكمة دستورية، وحدد اختصاصاتها في البت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الإدارية والمالية وكذلك النظر في مخالفة الأنظمة لها ورغم تشكيل هذه المحكمة إلا أنها لم تمارس أعمالها حتى صدور الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ ، وبدوره هذا الدستور لم يشير إلى الرقابة الدستورية ولم يكرر النص على وجود هذه المحكمة، وقد عادت تجربة القضاء الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين إلى الحياة القانونية عبر قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ ، حيث نظم هذا القانون مسألة الرقابة على دستورية القوانين وتوسع بهذه الرقابة حتى صدور دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥⁽¹⁾. حيث نص هذا الدستور وبصريح العبارة على تشكيل قضاء دستوري متخصص، متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا كإحدى تشكيلات السلطة القضائية الاتحادية في العراق، فنص على ان: المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة⁽²⁾، من ذلك يلاحظ أن الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، قد راعى الاستقلال القضائي في الرقابة على دستورية القوانين، ثم حدد اختصاصاتها في المادة (93) من الدستور⁽³⁾، التي تنص على اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا ومنها ما يأتي:

(1) حنان القيسي، الوجيز في نظرية الدستور، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٠، ص ٢١٢.

(2) ينظر نص المادة (٩٢) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

(3) ياسر فلاح كريم الجنابي، الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة في العراق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٢٠، ص ٩٤.

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.

ثانياً: تفسير النصوص.

ثالثاً: الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية.

رابعاً: الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية، وحكومات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم والبلديات، والإدارات المحلية.

خامساً: الفصل في المنازعات التي تحصل فيما بين حكومات الأقاليم أو المحافظات.

سادساً: الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء، والوزراء وينظم ذلك بقانون.

سابعاً: المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب.

ومن خلال الاطلاع على نص المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، يتضح بأن المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد باشرت الرقابة على دستورية القوانين ولاشك في أن الرقابة على مشروعية النصوص التشريعية، أمر ليس به من غموض، كما في الرقابة على ملائمة النص التشريعي وبالرغم من ان تاريخ القضاء الدستوري في العراق، ما يزال حديثاً نسبياً مقارنة بالنظام القضائي الدستوري في مصر، الا انه عبر تتبع قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق الأحكام الصادرة عنها، نجد بأن بدايات هذه الرقابة كانت رقابة مشروعية على النص التشريعي، ومن الأحكام القضائية في هذا المجال حكمها الصادر سنة ٢٠٠٧ والتي ألغت بموجبه نص الفقرة (رابعاً) من المادة (١١) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١، وذلك لعدم توافقه مع الدستور حيث تنص الفقرة (رابعاً) من المادة (١١)، على أن: تكون العقوبات التي يفرضها الوزير أو رئيس الدائرة، أو الموظف المخول تكون باثة باستثناء العقوبات الآتية: التوبيخ و إنقاص الراتب و تنزيل الدرجة والفصل العزل، وحيث إن قرار فرض العقوبة الانضباطية هو من القرارات الإدارية، وفقاً لما استقر عليه الفقه الإداري، إذ أن المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، نصت على أنه: يحظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار من الطعن، لذا فإن استثناء الفقرة رابعاً من المادة (١١)، من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي عقوبتي لفت النظر والإنذار المنصوص عليها في

المادة (8) من القانون المذكور من الطعن يخالف أحكام المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق⁽¹⁾. وعليه فإن المحكمة الاتحادية العليا في العراق لم تقتصر في مجال الرقابة على دستورية التشريعات على فحص المشروعية فحسب، وإنما مدت نطاق تلك الرقابة إلى فحص ملائمة التشريع، فقضت في أحد قراراتها⁽²⁾. بعدم دستورية النص التشريعي الذي يخلو من التناسب التشريعي، فقضت بالآتي لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا، وجد أن وزير الخارجية/ إضافة لوظيفته، أقام هذه الدعوى للطعن بعدم دستورية بعض مواد القانون المرقم (٢٧) لسنة ٢٠١١، قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء، وبالنظر لوقوع تباين كبير، فيما يخص رواتب موظفي وزارة الخارجية، حيث من هم في الدرجات العليا يتقاضون رواتب أقل، ممن هم أدنى درجة وظيفية منهم، إضافةً إلى أن رواتبهم لا تتناسب ومستوى المعيشة في البلدان التي يشغلون وظائف دبلوماسية فيها، أسوة ببقية الدول الأخرى؛ وحيث أن القانون رقم (27) لسنة (٢٠١١) قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء قد شرع دون اتباع السياقات المتقدمة والمشار إليها أعلاه لذا فإنه جاء مخالفاً للدستور، قرر الحكم بعدم دستوريته وكذلك الغائه.

ومن القرارات الحديثة التي مارست فيها المحكمة الاتحادية العليا اختصاص الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع اذ جاء في قرار لها في رد الطعن بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل أن مواد القرار (٣٩) لسنة ١٩٩٤ المعدل المرقمة (١ و ٢ و ٣ و ٤) لم يرد فيها ما يؤدي إلى مخالفة لنص دستوري وانها لا تتعارض مع نص المواد (٢/ج و/١٩/ خامسا و/٣٧/ أولا/ أ) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، وان الحاجة الى النصوص القانونية الواردة في المواد المشار إليها أعلاه من القرار لا زالت قائمة لمواجهة الجرائم التي ينطبق عليها الوصف الوارد في المواد (١ و ٢) من القرار كما أن تكيف فعل المتهمين مرتكبو تلك الجرائم وفق المواد المذكورة من القرار لا يشكل تعارض مع حرية وكرامة الإنسان؛ ولا يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الوارد ذكرها في الدستور⁽³⁾.

حيث نجد ان حكم المحكمة تضمن ما يأتي: أن الحاجة للنصوص القانونية الواردة في المواد أعلاه من القرار لا زالت قائمة لمواجهة الجرائم التي ينطبق عليها الوصف الوارد في المواد (١ و ٢) من القرار، ولم يكن سبب دستورية تلك النصوص لأنها من خيارات المشرع وذلك لما يملك من سلطة تقديرية

(1) ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم (٤/ اتحادية ٢٠٠٧)، في ٢/٧/ ٢٠٠٧.

(2) ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم (٤٨/ اتحادية ٢٠١٢) في ٢٥ / فبراير / ٢٠١٣ .

(3) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم (٣٢ / اتحادية /٢٠١٩) في ٢٥ / ٤ / ٢٠٢١ .

في تشريع القوانين، والدليل أن المحكمة لو وجدت ان الظروف تغيرت عما كانت عليه وقت تشريع القرار (٣٩) لسنة ١٩٩٤ فأنها لربما ستقضي بعدم دستوريته والدليل في ذلك انها ربطت دستوريته بالظروف وليس لان المشرع مارس مهامه التشريعية.

وفي قرار آخر كانت المحكمة الاتحادية العليا أكثر وضوحاً في تبنيها لمفهوم رقابة الملائمة وذلك على وفق ما جاء في قرار الحكم العدد 45/اتحادية/2019 في 2019/7/31⁽¹⁾. لذي قضت فيه بدستورية المادة (٥٧ /آ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل ، التي جاء فيها الآتي (للمتهم وللمشتكي والمدعي بالحق المدني والمسؤول مدنيا عن فعل المتهم ووكلائهم أن يحضروا إجراءات التحقيق، وللقاضي أو المحقق أن يمنع أيًا منهم من الحضور إذا اقتضى الأمر وذلك لأسباب يدونها في المحضر على أن يبيح لهم الاطلاع على التحقيق بمجرد زوال هذه الضرورة ولا يجوز لهم الكلام إلا إذا إذن لهم، وإذا لم يأذن وجب تدوين ذلك في المحضر) وكان عدد من المحامين قد طعنوا بعدم دستورية هذا النص لعدة أسباب منها مخالفته لمبدأ حق الدفاع عن المتهم مقدس والوارد في المادة (١٩ /رابعاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا وجدت إن هذا القيد كان خياراً ملائماً اتخذه المشرع العراقي عند تشريع القانون، وعللت هذه الملائمة بقولها بان هذا القيد مؤقت ولحالات محددة من اجل حفظ امن المجتمع وسلامته وحفاظاً على الصالح العام، وهذا الحكم القضائي قد اعتبر إن المشرع اختار ما يلاءم الحالة المراد تنظيمها باستعماله إحدى الخيارات والبدائل المتاحة له والتي تكون أكثر ملائمة من غيرها⁽²⁾. ونتيجة لذلك فإن سلطة المشرع التقديرية واضحة إلا أنه مع ذلك، يجد المشرع نفسه مقيدا بما يفرضه الدستور عليه من مبادئ فاذا تجاوز تنظيمه لهذه المبادئ، فإنه عند ذلك يكون تشريعاً معيباً ويخضع للرقابة الدستورية ويكون محلاً للطعن كونه انتقاصاً يخل بالأصل الذي قرره الدستور ومن ذلك نجد القاضي الدستوري يستطيع أعمال الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع⁽³⁾. ومن امثلة ذلك المادة (٢٨)⁽⁴⁾، من دستور جمهورية العراق لسنة

(1) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم (٤٥ /اتحادية/٢٠١٩) في ٣١ /٧ /٢٠١٩.

(2) مقابلة اجراها الباحث مع القاضي المتقاعد، سالم روضان الموسوي، نائب رئيس محكمة استئناف بغداد وباحث في القضاء الدستوري، مكان المقابلة محافظة بغداد، الامانة العامة لمجلس الوزراء، بتاريخ ١٨ /٨ /٢٠٢٥ الساعة العاشرة صباحاً.

(3) مقابلة اجراها الباحث مع القاضي (ح، ج، ع) المكان محكمة استئناف ميسان، بتاريخ ١٤ /٧ /٢٠٢٥، الساعة ١١ صباحاً.

(4) ينظر نص المادة (٢٨) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

٢٠٠٥ التي نصت على أن "لا تفرض الضرائب والرسوم ولا تعدل ولا تجبى ولا يعفى منها، إلا بقانون" بينما نصت المادة (١٨ / أولاً) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لعام ٢٠١٨ على أنه "للوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظات كافة صلاحية فرض رسوم أو أجور خدمات جديدة، وتعديل الرسوم وأجور الخدمات الحالية، باستثناء الرسوم السيادية المقررة بموجب القوانين الاتحادية النافذة وفق ضوابط يصدرها الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو المحافظ" وهذا النص يدل على ان السلطة التنفيذية ممثلة بالوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظات هي المختصة وحدها دون غيرها، بإصدار ضوابط فرض رسوم أو أجور خدمات جديدة وتعديل الرسوم وأجور الخدمات الحالية، باستثناء الرسوم السيادية، وبذلك فإنه يكون أكيداً أن نص المادة (١٨ / أولاً) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لعام ٢٠١٨، قد صدر مخالفاً لما تقضي به المادة (٢٨) من الدستور والتي جعلت صلاحية فرض الرسوم من اختصاص السلطة التشريعية.

هذا وقد جرى الفقه الدستوري Constitutional Jurisprudence على التمييز بين عبارة فرض الرسوم بقانون و فرضها بناءً على قانون اذ أن هناك ثمة فرقاً شاسعاً ومهما بينهما فالقول بأنها لا تفرض إلا بقانون ذلك يعني أن الرسوم لا تقرر إلا بقانون صادر من السلطة التشريعية وأن السلطة التشريعية ممثلة بمجلس النواب يتعذر عليها من الناحية الدستورية، أن تفوض السلطة التنفيذية ممثلة بوزاراتها وجهاتها غير المرتبطة بوزارة والمحافظين تفويضاً بفرض الرسوم وتنظيم أوضاعها، وتحديد نوعها وتقدير قيمتها أو نسبتها، وذلك لأنه يعد بهذه المثابة ما هو الا تنازلاً من صلاحية من صلاحياتها إلى سلطة أخرى، في حين أن عبارة (فرض الرسوم بناءً على قانون)، يقضي بأن الدستور قد جعل الاختصاص بفرض هذه الرسوم مشتركاً بين كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية تمارسانه معاً، فالسلطة التشريعية هي التي تنشئ الرسوم بقانون تصدره ثم تفوض السلطة التنفيذية في بيان تفصيلاته وتحديد جزئياته، وكل ذلك تحقيقاً للمرونة اللازمة في فرض الرسوم المجابهة للظروف المتغيرة طالما أن فرضها أو تعديلها او الاعفاء منها لا يكون بقانون في كل حالة على حدة، وإنما يتم ذلك بقرار من السلطة التنفيذية في حدود القانون أي في ضوء الأسس والملاحم الرئيسية التي تضعها السلطة التشريعية⁽¹⁾.

(1) مصطفى السيد دبوس، تبيين خدمات الدولة في اطار ما يقدمه المرفق العام من خدمات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠١٧، ص ٦١.

الا أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد ذهبت بأحد قراراتها في مجال ملائمة النص التشريعي⁽¹⁾، الى حق مجالس المحافظات غير المنتظمة بإقليم في سن القوانين والقرارات الخاصة بفرض وجباية وإنفاق الضرائب والرسوم والغرامات بما يمكنها من إدارة شؤونها؛ وذلك وفق مبدأ اللامركزية الإدارية، والتشريعات المحلية هي التشريعات التي تصدرها مجالس المحافظات، لتنظيم شؤون المحافظة الإدارية والمالية ولا يتعدى نفاذها خارج حدود تلك المحافظة كما يجب ألا تتعارض مع الدستور أو مع القوانين الاتحادية، كما يجب الا تتعدى تنظيم شؤون المحافظة المالية والإدارية وذلك وفقاً للمادة (٧/ ثالثاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل.

ومما تقدم من عرضنا للأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا نجد أن الرقابة التي تمارسها تكشف لنا بجلاء أن القضاء الدستوري في العراق كثيراً ما يخرج عن حدود الالتزام بأطلاق السلطة التقديرية للمشرع، ويمارس القضاء الدستوري في ذلك رقابة حقيقية على ملائمة التشريع على النحو الذي يمكنه من القول أن الرقابة الدستورية لم تعد تقف عند حد المقابلة الحرفية بين أحكام الدستور والنصوص التشريعية التي يطعن فيها؛ وإنما تجاوزها ذلك إلى بسط رقابة مباشرة على تقدير المشرع بالرغم من عدم الإفصاح عن ذلك، كما أن تحديد مدى موافقة القانون لأحكام الدستور لم يعد يقتصر على الاعتبارات القانونية وحدها بل أصبح نتاج لاعتبارات المشروعية وكذلك الملائمة معاً. وكما نجد أيضاً أن القضاء الدستوري في العراق متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا قد ساير القضاء الدستوري المقارن في مصر المتمثل بالمحكمة الدستورية العليا في الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع، إلا أن القضاء الدستوري المصري كان أكثر وضوحاً في ممارسته للرقابة الدستورية على الملائمة وذلك عبر الرقابة على الخطأ البين في التقدير، ومن ذلك نرى أنه لا يوجد في نظامنا الدستوري في العراق ما يحول دون قيام القضاء الدستوري ببسط الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع وأن ما يثيره البعض من اعتراض بأن رقابة الملائمة تقيد السلطة التقديرية للمشرع، وأنها تمثل اعتداء على سلطته في التشريع، وذلك وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، ذلك لأن القاضي الدستوري عندما يباشر رقابة الملائمة فإنه بذلك لا يحل نفسه محل المشرع، وذلك لأن القاضي الدستوري لا يقوم بذلك ابتداءً إذ أن هذا التقدير موجود أصلاً من قبل المشرع، فيأتي القاضي الدستوري ليباشر رقابة الملائمة في اطار حماية الدستور وصون الحقوق والحريات والتي ينص عليها، لذا فإن الهدف من رقابة الملائمة على النص التشريعي في العراق، تكمن

(1) ينظر حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم (١٦/ اتحادية/ ٢٠٠٨)، جلسة ٢١ / ٤ / ٢٠٠٨.

في حداثة النظام التشريعي القائم على الديمقراطية في العراق، فضلاً عن كون النص التشريعي هو انعكاس لحاجات المجتمع، لذلك يجب التعزيز من مدى التلائم بين النص وتطلعات الأمة، ولعل الوثائق الدستورية هي الأكثر منطقية في تعبيرها عن هذه التطلعات الأمر الذي يجد صداه، في رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين.

الفرع الثاني

مجالات ممارسة المحكمة الاتحادية العليا الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع

إن الرقابة التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا في العراق يشهد رقابة صريحة ومباشرة على الملائمة وذلك في العديد من مجالات التشريع، على الرغم من ان المحكمة الاتحادية العليا دائماً تردد أن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق والحريات بأنها سلطة تقديرية من ثم كان المفترض أن تخرج أعمالاً لهذا الأصل من نطاق الرقابة القضائية؛ ومن ذلك سوف نتناول أهم المجالات التي تبرر من مباشرة المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع. ومن هذه المجالات التي تشهد هذا النوع من الرقابة الدستورية ما يأتي:

أولاً: عدول المحكمة الاتحادية العليا عن قراراتها السابقة

يعرف العدول بأنه إحلال إرادي لحكم جديد محل حكم آخر في موضوع الدعوى نفسها وحيثياتها السابقة وذلك بسبب تعديل نص دستوري سبق وان أصدرت المحكمة قرارها او حكمها فيه قبل تعديل النص او بسبب ما طرأ على المجتمع من تغيرات سياسية او إقتصادية او إجتماعية مع بقاء النص من غير تعديل، وبذلك يجب أن يكون العدول إرادي أي بإرادة المحكمة وبشكل واضح وصريح وليس بشكل عرضي أو في حيثيات الحكم وإنما في فقرته الحكمية وان يتعلق بذات الموضوع الذي كان محلاً لنظر دعوى فيما سبق وليس لموضوع ويسمى بالعدول الإرادي لأنه جاء بإرادة المحكمة⁽¹⁾.

واجهت المحكمة الاتحادية العليا الكثير من التحديات العملية السياسية بعد عام ٢٠٠٣، وعلى الرغم من حملة التشويه التي تعرضت لها حتى وصل الامر الى التشكيك في شرعية وجودها، فالمحكمة الاتحادية العليا ورغم حداثة تشكيلها نسبياً الا انها اخذت بما انتهى اليه القضاء الدستوري في النظم

(1) القاضي سالم روضان الموسوي، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

تاريخ الزيارة ١٠ / ٧ / ٢٠٠٥ ، <https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=717209>

الديمقراطية، وقد اختلف الفقهاء والكتاب في امكانية عدول المحكمة الاتحادية العليا عن قراراتها السابقة فبعضهم ذهب الى استحالة ذلك استنادا الى نص المادة (٩٤) من الدستور لعام ٢٠٠٥، والتي جاء فيها "قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة" مما يعني وجوب التزام السلطات كافة بما فيهم المحكمة بهذه الاحكام ولا سبيل الى التشكيك في بتاتها وحجيتها، كما ان نص المادة (١٠٦) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، والتي جاء فيها "لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الاحكام الباتة"، يتضح من ذلك ان اصحاب هذا الاتجاه ذهبوا الى عدم امكانية المحكمة الاتحادية العليا العدول عن احكامها السابقة^(١).

ما الاتجاه الآخر فقد ذهب الى امكانية ذلك، حيث ان العراق وبعد عام ٢٠٠٣، قد سعى لتعديل الدستور والقوانين المحلية لتلائم مع مقتضيات العالم الجديد باعتبار ان هذه المنظومة القانونية قادرة على ان تدمج في طياتها قيم عالمية قابلة للتطبيق على جميع الفاعلين مما يجعل لها مرجعيات متعددة الأولى مرجعية ايديولوجية لانتسابها الى الانسانية ومرجعية اجرائية أي الانتساب الى العالم باعتباره الفضاء الأوسع؛ ليتسنى بذلك تطبيق القواعد القانونية اي سريان القواعد على الجميع^(٢). اضافة الى ان مبدأ العدول قد استمدت شرعيتها من القاعدة الفقهية التي تقول لا ينكر تغير الاحكام بتغير الزمان، حيث أن تغير الزمن يترك اثره في كثير من الاحكام الاجتهادية وان ما كان مبنيا على اعراف وعادات كذلك يمكن تغييره بتغير تلك الاعراف والعادات، وبمناسبة ذلك فقد اشارت المادة (٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١، الى هذه القاعدة وبذلك اعطى رخصة العدول في الاحكام وتغيير الاجتهادات السابقة، كذلك نصت المادة (١) من نفس القانون على "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص لفظها أو فحواها"، وقد جاءت المادة (٤٥) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لعام ٢٠٢٢، والتي جاء فيها (للمحكمة عند الضرورة، وكلما اقتضت المصلحة الدستورية والعامّة أن تعدل عن مبدأ سابق أقرته في احد قراراتها على أن لا يمس ذلك استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة)، إذ أن هذا يعد من محاسن النظام الداخلي اذ انه اشار الى رقابة التصدي والعدول عن الاحكام القضائية، دون ذكر ضمانات العدول وبما يحقق التوقع المشروع لأطراف الدعوى الدستورية والتي هي قيد النظر من قبل المحكمة الاتحادية العليا و بما يسمح بتعديل الطعون

(١) ميغاد طعمة مهدي، العدول عن قرارات المحكمة الاتحادية العليا، مجلة الجامعة العراقية، المجلد (٧٣) العدد (٤)، ٢٠٢٥، ص ٢٧٧.

(٢) المصدر نفسه، ص ٢٧٨.

بالشكل الذي ينسجم والاتجاه الجديد للمحكمة. ونتيجة لما سبق ذكره بات بالإمكان للمحكمة الاتحادية العليا العدول عن احكامها السابقة كلما اقتضت المصلحة لذلك لتلائم الواقع السياسي والاجتماعي والاقتصادي تلبية للظروف القائمة، على ان لا يمس ذلك استقرار المراكز القانونية والحقوق التي اكتسبت⁽¹⁾. والباحث يتفق مع إمكانية العدول عن قرار التفسير او الحكم في دعوى سابقة متى ما وجدت المحكمة مسوغات ضرورية لهذا العدول ويكون هدفها سد الفراغ الدستوري كأنه هناك تغيرات في الظروف او الحكم السابق قد سبب إشكاليات لم تكم متوقعة لحظة صدوره.

ثانياً: التفسير الواسع

إن القضاء الدستوري يلجأ الى تفسير القواعد التشريعية كأداة من أدوات الرقابة على دستورية القوانين، إذ إن تفسير القضاء الدستوري يمكنه من استيعاب مضمون النص التشريعي المطعون فيه، إذ أن هذه النصوص التشريعية تتضمن قواعد عامة مجردة يصعب فهم معناها بالقراءة الحرفية، وعليه يعد التفسير مفيداً وفعالاً في هذا المجال⁽²⁾. وإن التفسيرات التي يصدرها القضاء الدستوري متنوعة فالتفسير أما ان يكون تفسيراً مقيداً وأما ان يكون التفسير تفسيراً واسعاً، وأما أن يكون التفسير تفسيراً توجيهياً أو موجه، وأن ما يهمننا في ذلك هو التفسير الواسع وعلاقته برقابة الملائمة⁽³⁾.

هذا ويعرف التفسير بأنه: تحديد نطاق معنى القاعدة القانونية لرسم حدود تطبيقها عملياً واستخلاص الحلول التي تضمنتها للعلاقات المختلفة، وذلك لإيضاح ما غمض منها وتفصيلها⁽⁴⁾. كما عرفه البعض بأنه تحديد معنى الشرط والغرض من ذلك مستند في ذلك لغاية النص⁽⁵⁾. وبصفة عامة يقصد بالتفسير هو بيان معاني الألفاظ والكلمات المستخدمة فيها وتحديد مضمونها واظهار فحواها وشرح الحكمة من ورائها والغاية والهدف المقصود منها وكذلك إيضاح الغامض من منها، بالإضافة الى ازالة اللبس الذي

(1) مقابلة اجراها الباحث مع الدكتور رائد حمدان المالكي، عضو مجلس النواب العراقي، مكان المقابلة محافظة ميسان، مكتب مجلس النواب العراقي، بتاريخ ٩ / ٨ / ٢٠٢٥ الساعة الخامسة مساءً.

(2) د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٦٤.
(3) رفاء طارق قاسم حرب، اختصاص القضاء الدستوري بالتفسير، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠٠٨، ص ١٥٩.

(4) علي منصور، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، دون دار نشر، ١٩٧١، ص ٢٢٦.

(5) عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٠، ص ٥١٠.

قد تتطوي عليه⁽¹⁾. فالتفسير يقوم بتوضيح ما غمض من ألفاظ النص والتوفيق بين النصوص المتعارضة والعمل على اكمال ما نقص من أحكامه⁽²⁾. هذا وأن اختصاص القضاء الدستوري بتفسير أحكام الدستور ينحصر في جلاء ما يصيب النص المطلوب استيضاحه من غموض أو لبس من أجل رفع هذا اللبس وإيضاح الغموض وصولاً الى تحديد المراد من الدستور وذلك ضماناً لوحدة التطبيق الدستوري واستقراره⁽³⁾. وبما أن البرلمان يختص بسن القوانين في الدولة استناداً للدستور وتطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات وخروج هذه القوانين في شكل قواعد عامة لها صفة الالتزام وبذلك يقتصر دور القاضي حيالها على التطبيق، ولما كان الاصل أن يكون النص القانوني واضح الدلالة في الفكرة التي قصدها المشرع من وراء وضع النص القانوني الا أن الواقع العملي قد يكون خلاف ذلك، اذ توجد بعض النصوص خلاف هذا الاصل⁽⁴⁾.

وعليه فان التفسير عملية ضرورية مرتبطة بتطبيق النصوص القانونية إذ من المنطقي أن يسبق التفسير تطبيق النصوص على الوقائع المعروضة على القاضي فليس من المعقول أن يقوم القاضي بتطبيق النصوص دون اللجوء إلى تفسيرها، اذ لا بد من تحديد معنى النص أولاً ثم بعد ذلك تحديد مدى انطباقه أم لا على الوقائع التي يفصل فيها، فإذا كان النص قاعدة عامة مجردة وعلى القاضي أن ينقلها الى الحالة الواقعية أمامه، فعليه عند ذلك أن يبحث عن معنى القاعدة قبل سحبها الى الواقعة المطلوبة⁽⁵⁾.

أما التفسير بمعناه الواسع يعرف بأنه: هو كل تفسير يقتضي إزالة ما يكتنف النص القانوني من غموض وخلاف حول النصوص القانونية من مصادرها أي كان هذا المصدر سواء كان التشريع أو العرف وإزالة ما يكتنف النص من غموض ولبس، وذلك لحسم الخلاف حول تطبيقها⁽⁶⁾. هذا وإن التفسير الواسع الذي تبناه القضاء الدستوري فإنه يهدف إلى إثراء المضمون القاعدي للنص وذلك بتوسيع نطاقه اذ أن هذا النوع من التفسير الواسع يسمح بإدخال عنصر جديد على النص التشريعي لكي يسمح بإنقاذ

(1) أحمد عبد السلام عبد الدائم، مصدر السابق، ص ١٣٤.

(2) عواد حسين ياسين، الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ٤٣.

(3) عليوة مصطفى فتح الباب، مصدر السابق، ص ٣٢١.

(4) رفاعي سيد سعد، تفسير النصوص الجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، ١٩٩٠، ٢٣.

(5) د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٢٨٠.

(6) محمد كمال خميس الحولي، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٧، ص ١٠.

هذا النص القانوني يجعل منه مطابقاً للدستور والأحكام التي تبنى على التفسير الواسع، وهذه الأحكام أما ان تكون أحكاماً مضيضة والتي يتم من خلالها الاضافة الى النص القانوني المطعون فيه في سبيل سد النقص، وهذه الصورة الأولى من صور التفسير الواسع، أما الصورة الثانية فهي صورة التفسير الاستبدالي والتي يتم من خلالها توسيع المدى الخاص للنص القانوني وذلك بإحلال قاعدة أو أكثر محل قاعدة موجودة بذلك النص، أي استخلاص قاعدة قانونية من النص غير التي يعبر عنها ظاهره النص القانوني⁽¹⁾.

ومن صور التفسير الواسع ما يأتي:

الصورة الأولى: التفسير المضيف أو كما يسميه البعض بالتفسير البناء وهذا النوع من التفسير يعتمد في حقيقة الامر على تكامل نصوص القانون ورفع التناقض بين تلك النصوص، بالإضافة إلى توكي المقاصد الحقيقية التي استهدفها المشرع وذلك من جراء إقرار التشريع وجميعها ضوابط مشتركة يعتمد عليها هذا التفسير⁽²⁾.

كما ان القضاء الدستوري يهدف الى تحقيق غاية من وراء الاحكام المضيضة وذلك لمعالجة الاغفال التشريعي أو عدم الاختصاص السلبي للمشرع في الجانب التي لا يصرح بها أو يتضمنها مما يؤدي الى خلق أو استحداث القضاء الدستوري للحكم المعياري الذي تراه لازماً للحكم بدستورية النص القانوني فيؤدي ذلك عملياً توسيع مجال تطبيق النصوص الدستورية، وكذلك تجديداً لنطاق التكامل المعياري الذاتي للدستور ليواكب التطور في المجتمع⁽³⁾. هذا وتعود فكرة لجوء القضاء الدستوري إلى التفسير المضيف لهدف أساسي ومباشر ويتمثل ذلك في أبداء احترام ارادة المشرع اذ أن القانون بعد اعادة تفسيره من جانب المحكمة يمكن إعلان مطابقته للدستور، مادام ان القرارات التفسيرية الصادرة من القضاء الدستوري توازن بين احترام ارادة المشرع من جهة وكفالة الحقوق والحريات من جهة أخرى فهذه القرارات التفسيرية المكملة بالإضافة تقرر عدم دستورية ما غفل عنه المشرع مما كان من الواجب النص عليه

(1) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط ١، مصدر السابق، ص ٢٥١.

(2) د. رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص ٣١٤.

(3) د. ميثم حنظل شريف، دور القاضي الدستوري في التفسير المنشئ، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، المجلد

٢٥، العدد الثاني، ٢٠١٧، ص ٥٢٦.

في القانون؛ بعبارة أخرى أن القانون يخضع للرقابة ليس لما نص عليه القانون صراحة، وإنما لما ينص عليه القانون لقصور المشرع مما يمكن وصفه بعدم الدستورية⁽¹⁾.

أما الصورة الثانية: من صور التفسير الواسع فتتمثل في التفسير الاستبدالي الذي يتم فيه الوصول الى أقصى نقطة في مجال التفسير اذ من خلاله يستخدم القاضي الدستوري هذا النوع من التفسير وذلك لغرض الوقوف على المضمون القاعدي لنص القانون دون أحداث ثمة تغيير في شكل النص القانوني؛ وبالاستناد لهذا التفسير يحدث تحولاً تاماً في معنى القانون عن طريق استبدال بعض ما يحتويه النص القانوني من قواعد واستبدالها بتفسير قضائي بألفاظ جديدة أكثر اتفاقاً واتساقاً، فالتفسير الاستبدالي يميل الى الوفاء بمتطلبات المبادئ الدستورية، الا انه يحقق هدف مزدوج من خلال موضوعه، حيث يهدف الى سحب أو استخراج القاعدة المخالفة للدستور أو بجزء منها من النص القانوني المطعون به من جهة، وكذلك إدخال قاعدة أخرى تجعله مطابقاً للدستور من جهة أخرى، الاحكام التفسيرية الاستبدالية⁽²⁾.

إن التفسير الاستبدالي يتضمن استبدال المعنى الذي يحمله النص بمعنى اخر يأتي به القاضي الدستوري حتى وان قام باستبداله بعبارات والفاظ من عنده تكون أكثر تعبيراً عن المعنى المراد من النص الا أن ذلك يفترض أن تكون هناك قاعدة قانونية مكتوبة ثم استبدالها؛ ومن ذلك فأن التفسير المضيف يهدف الى مجازاة القصور التشريعي أو بعبارة اخرى القاعدة السلبية، بينما يقوم القاضي الدستوري في إطار التفسير الاستبدالي بالاستنباط من النص قاعدة ايجابية مخالفة لما نص عليه الدستور، وعليه يمكن القول بأن التفسير المضيف يفترض عدم دستورية القانون في الجانب الذي لم يتناوله القصور التشريعي، بينما التفسير الاستبدالي يفترض عدم دستورية القانون ولكن عن الذي نص عليه صراحة⁽³⁾.

أما فيما يخص الاختصاص التفسيري في العراق فقد نص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (٩٣/ ثانياً) على الاختصاص التفسيري والذي يتعلق بتفسير النصوص الدستورية فقط دون النصوص القانونية والأنظمة على عكس ما سار عليه القضاء الدستوري في مصر متمثلاً بالمحكمة الدستورية العليا؛ وقد جاء الاختصاص التفسيري في المرتبة الثانية من اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في العراق وذلك لأهميته، إلا أن المشرع الدستوري لم يبين الجهة التي تطلب تفسير الدستور

(1) محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٠٥.

(2) احمد عبد السلام عبد الدائم، مصدر السابق، ص ١٤٥.

(3) د. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢١٦.

وكذلك فعل الامر رقم 30 لسنة 2005 ونظامها رقم 1 لسنة 2005 كذلك لم يتطرق بخصوص من له الحق في طلب التفسير وترك التفاصيل لقانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا⁽¹⁾، على الرغم من أن نص المادة (٩٤) نص على أن قرارات المحكمة الاتحادية العليا تكون باتة وملزمة للسلطات كافة، وقد تركت المسائل الاخرى لقانون يصدره البرلمان وذلك لتنظيم عمل المحكمة الاتحادية العليا، ويعد بعض الباحثين هذا التوجه غير سليم حيث كان ينبغي النص في الدستور على المسائل الاساسية لعمل المحكمة وخصوصاً ما يتعلق بالاختصاص التفسيري⁽²⁾. وبالاستناد للمادة (٩٣) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، يمكن القول بأن الاختصاص التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا يتضمن ما مفاده أن المحكمة الاتحادية العليا هي السلطة المختصة حصراً في تفسير النصوص الدستورية ولا يجوز أن تشاركها أي سلطة أخرى في هذا الاختصاص المنصوص عليه في الدستور⁽³⁾. كما أن الاختصاص التفسيري الذي تمارسه المحكمة الاتحادية العليا في العراق إذ لا يشترط ان يكون هناك نزاع قائم بين سلطتين أو أكثر، فإذا أرتبط طلب التفسير بنزاع قائم بين سلطتين أو أكثر، فأن المحكمة الاتحادية العليا ترفض اجابة هذا الطلب وترشد الخصوم في ذلك إلى رفع دعوى بخصوص النزاع؛ حتى يتم التفسير وحسم النزاع في آن واحد⁽⁴⁾. هذا ويذهب البعض من الفقه بأن ممارسة المحكمة الاتحادية العليا للاختصاص التفسيري يتضمن غاية مهمة، تتمثل بضمان استمرارية ومواكبة النصوص الدستورية للمستجدات والتطورات المختلفة كما يجب على المحكمة أن تسلك الطرق التي تؤدي الى تحقيق هذه الغاية، دون التمسك بأهداف الالفاظ المستخدمة بنصوص الدستور وذلك لأن نصوص الدستور مهما بلغت صياغتها من القدرة على استيعاب التطورات في مجالات الحياة كافة فإنها

(٢) على الرغم من غياب التحديد الدستوري والقانوني للأشخاص الذين يحق لهم تقديم طلب التفسير الدستوري فان المحكمة الاتحادية العليا مارست اختصاصها التفسيري مرات عديدة وفي موضوعات متعددة اذ اتجهت نحو قبول طلب التفسير اذا ورد من جهة رسمية في الدولة وفسرت طلبات عديدة منها قرار المحكمة الاتحادية العليا في 21/اتحادية/في 2007/2/9 احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام 2005, 2006, 20907, 2006, جمعية القضاء العراقي ص 56-57.

(2) اذ ان المحكمة الاتحادية العليا استطاعت قبول طلبات التفسير للنصوص الدستورية من سلطات الدولة وحدها ووفق قرارات المحكمة رقم 18/اتحادية/ 2009 في 8/4 م 2009 , القرار رقم 29/اتحادية/ 2009 في 13/5/2009 قرار رقم 88/اتحادية/ 2010 في 1/8/ 2011 , اذ ان المحكمة الاتحادية هنا قد سدت النقص الذي لحق بنص الدستور عندما سكت عن تحديد الجهات التي لها الحق في تقديم طلبات التفسير ينظر: د. حسن علي عبد الحسين, دور المحكمة الاتحادية العليا في سد الفراغ التشريعي, ظ1, 2021, ص 117.

(3) د. مصدق عادل، مصدر السابق، ص ١٠٣.

(4) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٢٩/اتحادية/ ٢٠١٣، جلسة ٦/ ١/ ٢٠١٣.

تصبح بعد مدة طالت ، أم قصرت غير قادرة عن تلبية التطورات والمستجدات في المجتمع، ومن ثم تجد المحكمة الاتحادية العليا نفسها لمواجهة عدة احتمالات أما التعديل الدستوري أو التعطيل الدستوري أو التفسير الدستوري وذلك لمواكبة النصوص الدستورية للمستجدات ومتطلبات المجتمع⁽¹⁾. أن القاضي ملزم قانونياً في ممارسة الاختصاص التفسيري المتطور ومراعاة الحكمة من التشريع عند النظر في النزاع المعروف أمامه في حالة وجود غموض في النص أو نقص فيه والا عد القاضي ممتعاً عن أحقاق الحق، فمنح القاضي الدستوري الحق في تكملة النص أو الغموض عبر ممارسة الاختصاص التفسيري هو احتمال وجود النقص في التشريع، حتى وإن أدى ذلك إلى قيام القاضي الدستوري بخلق قاعدة قانونية جديدة نتيجة لذلك⁽²⁾.

أما بالنسبة لدور التفسير الواسع في الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع، فإن تقدير مدى ملائمة التشريع وحكمته أو مدى الحاجة لإصداره لتحقيق الأهداف التي نص الدستور، أو البواعث الحقيقية له يدخل ذلك في اختصاص البرلمان وذلك لوصفه عنصراً من عناصر سياسته التي يمتنع على القضاء التدخل فيها، إذ أن وظيفة المشرع الأصلية أهم مظاهر سلطته التقديرية، هو تقدير مدى ملائمة النص التشريعي ومدى صلاحيته للمجتمع وظروفه⁽³⁾. وبالرغم من اقرار ذلك الاختصاص للمشرع إلا أنه لم يقصد بذلك أن تكون سلطة المشرع في معالجة الموضوعات الدستورية سلطة مطلقة بمعناها العام في نطاق توازن المناسبة التشريعية فالسلطة التقديرية للمشرع ليست مطلقة، فهي سلطة تقديرية في إطار الأغراض التي يتوخاها الدستور، حتى لا تكون هناك مخالفة للقانون⁽⁴⁾.

ومما سبق يرى الباحث ان كل قانون يحتوي على عنصرين أولهما تحديد هدفه وموضوعه وثانيهما تحديد الوسائل الكفيلة لتحقيق ذلك فان القضاء الدستوري حين يراقب ذلك، فإنه ذلك يتحقق من مدى ثبوت التعارض مع أحد المبادئ الدستورية، وذلك يتطلب مراقبة الوسائل للتحقق من مدى انسجامها مع المبادئ الدستورية ومدى ملائمتها مع تحقيق الهدف المنشود منها فالقضاء الدستوري عند قيامه برقابة الملائمة التشريعية؛ فإنه يجري عملية عقلية تتماثل في طبيعتها مع تلك التي أجراها المشرع من قبل حتى وإن كان قد خالفه فيما آلت إليه النتائج.

- (1) ميثم حنظل وآخرون، حجية قرارات المحكمة الاتحادية العليا على المحكمة نفسها في ضوء أحكام الدستور والقضاء والفقه، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السابع، ٢٠١٣، ص ٤ - ٦.
- (2) ينظر المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.
- (3) د. رمزي طه الشاعر، الرقابة على دستورية القوانين، دار التيسير، ٢٠٠٤، ص ٧٢٢.
- (4) د. أحمد فتحي سرور، مصدر السابق، ص ٢٧٠.

أما بخصوص موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق بشأن التفسير، فإنه ليس من ينكر على القضاء الدستوري المختص مهمة إكمال النص القاصر إلا أن مهمة القضاء الدستوري في هذا الشأن محفوفة بالمخاطر، وذلك عندما يحرف عن الغايات التي من أجلها خولت له تلك الصلاحيات وإلا أضحى القضاء مبنى دون معنى ونصاً خالياً من الفحوى، كما جاء دستور العراق لعام ٢٠٠٥، خالياً من النص على سلطة المحكمة بالتفسير التشريعي للنصوص القانونية، إلا أنه استناداً لسلطة المحكمة بالتفسير الدستوري بموجب الدستور، فإن الفقه قد استخلص من ذلك حق القضاء الدستوري في تفسير النصوص القانونية، مستأنساً في ذلك بالاستناد بأن من يملك الأعلى يملك الأدنى^(١). ومن ذلك فقد أصدرت المحكمة الاتحادية العليا قرارها رقم (٢٣) في ٢١ / ٧ / ٢٠١٠، وذلك بشأن تفسير الأغلبية المطلقة الواردة في المادتين (٦١ / ثامناً) و (٧٦ / رابعاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، والذي نسف مفاهيم دستورية أساسية استقر الفقه عليها لمدة طويلة، إذ طلب مجلس النواب بكتابه رقم ٢٢٦، في ٢٣ تشرين أول ٢٠٠٧، تفسير المقصود بالأغلبية المطلقة في المادتين المشار اليهما أعلاه، فيما لو كانت تعني أغلبية عدد أعضاء مجلس النواب، أو هي أغلبية عدد الأعضاء الحاضرين عند تحقق النصاب المنصوص عليه في المادة (٥٩ / أولاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، حيث جاء في قرار المحكمة الاتحادية العليا اذ عرف دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، تعابير متعددة للأغلبية المطلوبة من أصوات أعضاء مجلس النواب عند أداء مهامه، فقد تطلب في المادة (٦١ / ثامناً / ب) منه الحصول على أصوات الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس النواب عند سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء، أما في حالة سحب الثقة من أحد الوزراء فلم تطلب المادة (٦١ / ثامناً / أ)، الحصول على الأغلبية المطلقة، وهي غير الأغلبية المطلقة لعدد أعضائه عند سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء، لان النص قد ذكرها مجردة من عدد الأعضاء، وبهذا تعني أغلبية عدد الحاضرين في الجلسة، بعد تحقق النصاب القانوني لانعقاد الجلسة المنصوص عليها في المادة (٥٩ / أولاً) من الدستور لعام ٢٠٠٥، ولو أراد واضح الدستور الأغلبية المطلقة لعدد الأعضاء، لأوردها صراحة كما في المادة (٥٥) و (٥٩ / أولاً) و (٦١ / ثامناً / أ) و (٦١ / سادساً / ب) و (٦١ / ثامناً / ب) و (٦١ / رابعاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥^(٢). مما تقدم خلصت المحكمة الاتحادية العليا إلى ان المقصود بالأغلبية المطلقة الواردة في المادتين (٦١ / ثامناً / أ) و (٧٦ / رابعاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، هي أغلبية عدد الأعضاء الحاضرين في

(١) د. صالح جواد كاظم، التفسير القضائي للدستور، مركز الفجر للدراسات العراقية، ٢٠٠٥، ص ١٧.

(٢) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم (٢٣ / اتحادية / ٢٠٠٧)، جلسة ٢١ / ٧ / ٢٠١٠.

الجلسة وذلك بعد تحقق النصاب القانوني المنصوص عليه في المادة (٥٩/ أولاً) من الدستور، وكذلك على المستوى التشريعي، فقد تصدت المحكمة الاتحادية العليا لتفسير بعض الحالات، ومنها فقد تصدت المحكمة لتفسير نص تشريعي، وذلك في قرارها رقم (٦٧/ اتحادية/ ٢٠٠٦)، اذ عرض عليها مجلس القضاء الأعلى نص الفقرة سادساً من المادة (1) من قانون التقاعد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٧، وتصدت المحكمة لهذا التفسير بناءً على هذا الطلب، اذ جاء في منطوق تفسيرها ما يأتي: أن نص الفقرة ينصرف إلى حالات الإحالة للتقاعد، غير حالات إكمال السن القانونية، وعدم الصلاحية للخدمة⁽¹⁾.

مما تقدم يرى الباحث أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق منذ نشأتها عام ٢٠٠٥، قد مارست دورها الفعال كقضاء دستوري، وذلك لتوطيد دولة القانون، وذلك عبر دورها الكبير في معالجة النقص والثغرات في التشريعات بإكمالها بأحكام قضائية أصدرتها، بالإضافة إلى ذلك قامت بحماية الدستور من عبث التأويل وجعلها صمام أمان لحماية الحقوق والحريات، وذلك عبر تصديها للرقابة الدستورية على القوانين وإبداء تفسيرات مواكبة لنظريات التفسير الحديثة للنصوص الدستورية، حيث يتمثل كل ذلك في اتجاه المحكمة التوسعي في التفسير.

لذا فأننا نرى بأن سلوك المحكمة الاتحادية العليا يكون قد تخطى حاجز اختصاصها بتفسير الدستور فقط والانتقال إلى تفسير النص القانوني، فمن يملك الأعلى يملك الأدنى، وهذه تعتبر صورة واضحة وجلية لتدفع بالمحكمة الاتحادية العليا في العراق لمد الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع عبر التوسع في التفسير وعدم اقتصره على النصوص الدستورية وبشرط ان تستند المحكمة في تفسير الدستور مستندة الى دلالة الالفاظ دون تحريفها او إخراجها عن معناها المقصود ومتفقة مع مقاصد الدستور وروحه.

ثالثاً: الخطأ البين في التقدير

يعرف الخطأ البين في التقدير في نطاق القضاء الدستوري بأنه: هو الخطأ الجلي والواضح الذي لا يحتاج إلى متخصص لتأكيده وذلك ينم عن تجاوز حدود المعقولية في التقدير، كما يمتد نطاق الخطأ البين في التقدير إلى جميع الحقوق والحريات التي لها مساس بالدستور، هذا وتعد رقابة التكييف القانوني للوقائع وتقديرها هما محل الرقابة على الخطأ البين في التقدير والتي عن طريقها تتم مراقبة التقدير الذي

(1) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم (٦٧/ اتحادية/ ٢٠٠٦).

اختاره المشرع ومدى ملائمته مع الحل الذي تبناه في التشريع⁽¹⁾. ومن خلال مطالعة الأحكام الدستورية للمحكمة الاتحادية العليا فيما سبق تناولها في الفصل الأول من دراستنا هذه نجد أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد أشارت بنحو واضح إلى عيب الخطأ البين في التقدير، كما أكدت أن الجزاء الذي يترتب على وجود الخطأ البين في التقدير هو الحكم بعدم الدستورية، حيث جاء في قرارات المحكمة الاتحادية العليا ما مضمونه أن جوهر سلطة المشرع التقديرية وعلتها هو المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة التي تفصل في الموضوع محل التنظيم التشريعي موازناً بذلك بينها لترجيح ما يراه مناسباً لمصلحة المجتمع لتحقيق الأغراض التي يتوخاها وأكفلها للوفاء بأثقل المصالح وزناً في مجال إنفاذها فإن أختل تنظيم المشرع بالموضوع محل التنظيم التشريعي وإن تنظيماً لها جاء مرهقاً، غير ملائم مع متطلباتها أو غير متلائم مع ظروف المجتمع أو أن تنفيذ ما ورد فيه مخرلاً بجوانب أخرى عند ذلك يكون التشريع دالاً على خطأ بين في التقدير وجب نقضه؛ وعلى ذلك تكون دستورية القوانين مرهونة بالأحكام المشوبة بعدم الملائمة الظاهرة بين أغراض التشريع ووسائل تحقيقها وإن عدم تناسب التشريع يقع عندما لا تتوافق القاعدة القانونية التي تم تشريعها مع وجب الفحوى التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، إن بعض الكتاب يرى تقدير المشرع والمفاضلة بين الحلول التي يختارها فإنه تخضع لرقابة القضاء الدستوري للوقوف على مدى توافق الحل الذي اختاره مع المصلحة العامة لذلك يكون قد ارتكب الغلط البين إذا ما اختار حلول تحقق غايات أدنى من الغايات التي أقرها الدستور وتكون في الأولويات الأدنى من الغايات الاسمي، وبذلك فإن الغلط البين في التقدير في مجال القضاء الدستوري، لا يستهدف أكثر من تأكيد رقابة الملائمة بين اختيار الحلول، ويرى البعض أن رقابة الغلط البين أو الواضح في التقدير تعتبر ممارسة للوظيفة القضائية للقضاء الدستوري في نطاقها المحدد من دون تجاوز، و إن هذا المعيار دقيق جداً ولا يمكن تمييزه في بعض الأحيان من أجل التفريق بين ما هو غلط بين وبين ما هو ملائم، وهذا يبقى خاضع لما يتمتع به القضاء من مهنية وحرفية وقضاة اكفاء وذو تفكير قضائي دستوري⁽²⁾.

ومن ذلك يرى الباحث أن العلاقة بين الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع والغلط البين في التقدير تبرز من خلال أن رقابة القاضي الدستوري في نطاق الملائمة تدخل من زاوية الغلط البين في

(1) إياس الساموك، مصدر السابق، ص ٢١٦ - ٢١٧.

(2) مقابلة أجراها الباحث مع القاضي المتقاعد، سالم روضان الموسوي، نائب رئيس محكمة استئناف بغداد وباحث في القضاء الدستوري، مكان المقابلة كان في محافظة بغداد، الامانة العامة لمجلس الوزراء، بتاريخ ١٨ / ٨ / ٢٠٢٥ الساعة العاشرة صباحاً.

التقدير لا بطريقة علنية مجاوزة حد تعلن احترامه، وإنما بدفع هذا الحد قدراً أبعد، و بالإقرار لنفسها باسم فلسفة معينة وضع قواعد قانونية كانت حتى عهد قريب متروكة التوازن التقديري.

رابعاً: المادة (٤٦) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥

نصت المادة ٤٦ من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على ان: "لا يكون تقييد أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه على الا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية". ومن خلال الاطلاع على النص الدستوري، اذ يتضح بان المحكمة الاتحادية العليا في العراق تستطيع أن تباشر الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع، وذلك بالاستناد إلى نص المادة (٤٦) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، ولأنّ للمشرع سلطة تقديرية في مجال تنظيم الحقوق والحريات والتي تم الإشارة إليها في هذه المادة الدستورية، الا انه عند احتمالية تجاوز المشرع لهذه السلطة والمساس بجوهر هذه الحقوق والحريات، عبر الانتقاص منها أو إلغائها على سبيل المثال، وهذا الأمر الذي يسمح للمحكمة الاتحادية العليا هنا بالتدخل لحماية تلك الحقوق والحريات عن طريق فحص ملائمة خيارات المشرع للقيم الدستورية، ومن ذلك يمكن القول أن الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، قد عزز من موقف رقابة القضاء الدستوري، في مجال ملائمة النص التشريعي، إذ أنه في ضوء بعض النصوص الدستورية، ومنها نص المادة (15) من الدستور (ان لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها، إلا وفقاً للقانون، وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة)، وكذلك ما جاء في المادة (38) من الدستور العراقي لعام 2005 على أنه: تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام والآداب وكما يأتي:

أولاً: حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل.

ثانياً: حرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر.

ثالثاً: حرية الاجتماع والتظاهر السلمي وتنظم بقانون.

لذا فإن للمشرع أن يتعرض لتنظيم الحق في الحياة والأمن والحرية على أن يكون ذلك بقانون، ويسند أمر تطبيقه للقضاء، إلا أن له وفقاً لسلطته التقديرية، أن يضع عليها بعض القيود، لذا يمكن القول بأن سلطة المشرع تتراوح بين السلطة التقديرية والتقييد في ذات النص الدستوري.

الخاتمة

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث في موضوع (الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع - دراسة مقارنة) توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات ومن أهمها ما يأتي:

اولا: الاستنتاجات

توصل الباحث الى عدد من الاستنتاجات وهي كما يأتي :

١. الملائمة تعني تناسب التشريع او القرار مع الواقعة او الغرض الذي صدر لأجله، من حيث الزمان والمكان والظروف السياسية والاجتماعية.

٢. إن رقابة القضاء الدستوري تكون رقابة مشروعية عندما تكون القاعدة الدستورية واضحة ومحددة، أي أن القاضي الدستوري يراقب هل ان التشريع دستوري ام غير دستوري ولا يمد الرقابة الى البواعث والغايات.

٣. أن رقابة القضاء الدستوري على الملائمة تكون في الأحوال التي تكون فيها القاعدة الدستورية غير واضحة وغير محددة ويشوبها الغموض، مما يتعذر النظر للرقابة على أنها رقابة مشروعية، انما هي رقابة ملائمة.

٤. ان القضاء الدستوري في مصر قد تلقف فكرة الرقابة الدستورية على ملاءمة التشريع من نظرية الغلو في القانون الاداري وعمد من خلالها إلى مباشرة رقابة مشابهة للرقابة التي يمارسها القضاء الإداري على ملاءمة القرارات الإدارية.

٥. إن المحكمة الاتحادية العليا في العراق تستطيع مد رقابتها لفحص مدى ملاءمة النص التشريعي استنادا لنص المادة (46) من الدستور العراقي لعام 2005 والتي أكدت على أنه: (لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها الا بقانون أو بناءً عليه، على ألا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية).

٦. تعد الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع وتطبيق رقابة الانحراف التشريعي من اهم الضمانات للحد من حالات استغلال السلطة التشريعية وذلك لان الجهات التي يصدر عنها

التشريع ورغم كونها ممثلة للإرادة العامة للشعب لا يمكن الجزم بشكل قطعي بحياديتها بسبب كثرة التدخلات والضغوطات بشكل عام.

٧. ان النص التشريعي هو انعكاس لحاجات المجتمع، الذي يعزز من مدى التلائم بين النص وتطلعات الشعب والامة.

٨. إن القيود الذاتية في القضاء الدستوري العراقي لم تحظ بالاهتمام الذي حضي بها القضاء الدستوري المصري، وسبب ذلك ان القضاء الدستوري العراقي قد تعامل مع الرقابة بالأفكار والاحكام السائدة في القضاء الاداري.

٩. إن القضاء الدستوري في العراق يستطيع ان يمد الرقابة الدستورية على مائة التشريع، من خلال فكرة الخطأ البين في التقدير.

١٠. إن الرقابة الدستورية على مائة التشريع اصبحت حقيقة واقعية لا يمكن انكارها وذلك لدورها في حماية الحقوق والحريات.

١١. إن الرقابة التي تباشرها المحكمة الاتحادية العليا في العراق تكشف لنا بجلاء ان المحكمة كثيرا ما تخرج عن حدود الالتزام بأطلاق السلطة التقديرية المشرع، وتباشر بذلك رقابة حقيقية على مائة التشريع.

ثانيا: التوصيات

توصل الباحث إلى عدد من التوصيات وهي كما يأتي :

١. نوصي المحكمة الاتحادية العليا في العراق ان تعلن بشكل صريح ومباشر بانها مدت الرقابة الدستورية الى مائة النصوص التشريعية الى جانب رقابتها على المشروعية، اذ أن هذه الرقابة تعمل على حماية الحقوق والحريات العامة وحماية الصالح العام من خلال مائة التشريع للظروف القائمة.

٢. نهيب بالمحكمة الاتحادية العليا أن تكون بعيدة عن الصراعات السياسية سواء التشريعية أو التنفيذية وذلك لممارسة دورها بكل حيادية واستقلال.

٣. نأمل من الجهات المختصة ان تمد الرقابة الدستورية على مائة التشريع الى السلطة التقديرية للمشرع وعدم اقتصارها على السلطة المقيدة، وبذلك لا يستطيع المشرع ان يمارس سلطته التقديرية لانتهاك الحقوق والحريات بشكل ضمني او مستتر.

٤. نهيب بجهة الرقابة الدستورية عند مد الرقابة الدستورية الى ملائمة التشريع ان تمارس دورها دون افراط، حتى لا يحدث خلل في التوازن المطلوب بين السلطات العامة في الدولة، بحيث لا يقحم القضاء الدستوري المجال الذي تباشره السلطة التشريعية.

٥. ضرورة التزام القاضي الدستوري بحدود الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع وذلك عن طريق الكشف عن ارادة المشرع ولا يجوز له ان يقوم بالتعديل او تغيير النصوص، فاذا قام بذلك فقد تجاوز حدود الرقابة الى التشريع.

٦. نوصي بالقيام بتوعية الجهات المعنية من خلال نشر الثقافة الدستورية وكل ما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى الدستورية، واعلام الافراد بان لهم الحق بالطعن بعدم دستورية اي قانون يمس حقوقهم وحررياتهم.

٧. نأمل أن يكون الادراك السليم لوظيفة القاضي الدستوري بانها لا تقف عند حد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور والنص التشريعي المطعون فيه. وانما يجب ان تتعداها الى ملائمة التشريع للمصلحة العامة.


٨. نلتمس من القضاة العمل على خلق قضاء دستوري على درجة عالية من الكفاءة العلمية، وعلى القاضي الدستوري الا يفكر في اطار القضاء الاعتيادي، وانما عليه ان يتعامل مع النصوص برؤية دستورية، ويبحث في تأصيل النصوص وعلى وفق المنهج الاكاديمي، لأنه ليس قاضي مطبق للنص القانوني، وانما قاضي يفسر النص القانوني ويفسر النص الدستوري ويبحث في غايات النص ودوافعه وباعثه من اجل الوصول على مدى المطابقة من حيث عدم وجود المخالفة الدستورية او الانحراف الدستوري.

٩. نقترح على المشرع العراقي العمل على تعزيز النصوص التشريعية لتناسب مع تطور وحدثة المجتمع لتلبي طلباته، بإضافة مادة إلى قانون المحكمة الاتحادية العليا تستطيع من خلالها مد الرقابة الدستورية إلى ملائمة التشريع.

١٠. نأمل ان لا تفهم الرقابة الدستورية على ملائمة التشريع بانها تدخل بعمل المشرع والمساس بالسلطة التقديرية الممنوحة له، وانما يجب ان تفهم بانها تصحيح للمسار التشريعي بما يلائم تطور وحدثة المجتمع.

١١. نوصي بان يباشر القضاء الدستوري في العراق بالرقابة الدستورية على ملائمة التشريع من خلال الخطأ البين، كونه لا يحتاج الى متخصص لتأكيده.

١٢. نأمل بان يأخذ القضاء الدستوري في العراق بتجربة القضاء الدستوري المصري والذي بدأ يتجه نحو رقابة الملائمة مستفيدا من تجربة القضاء الاداري المصري في الرقابة على ملائمة القرارات الادارية.



المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

*القران الكريم

اولا: معاجم اللغة العربية

١. مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، ١٩٩٩.

٢. جمال الدين محمد بن منظور، دار لسان العرب بيروت، لبنان، ج ٨، اعداد نصيف يوسف خياط.

ثانيا: الكتب العربية

1. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٦.
2. احسان حميد المفرجي، القانون الدستوري في العراق، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٠.
3. احسان حميد المفرجي، نظرية الدستور، دار العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٠.
4. احمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنتريسي، دور قاضي الالغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الامن القانوني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٨.
5. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، ١٩٩٩.
6. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠.
7. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، ١٩٦٠.
8. إياس الساموك، نطاق الرقابة الدستورية لقضاء المحكمة الاتحادية العليا، الطبعة الأولى، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠٢٤.
9. توانا جمال عبد الواحد، مفهوم الغلو في العقوبات التأديبية والرقابة القضائية عليه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤.

10. ثروت عبد العال أحمد، حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
11. جلال ثروت، اصول المحاكمات الجزائية، مكتبة مكاوي، بيروت، ١٩٧٩.
12. جواهر عادل عبد الرحمن، الرقابة الدستورية على الاغفال التشريعي، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٦.
13. جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة لبعض الانظمة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
14. حسين جبر حسين الشويلي، قرينة دستورية التشريع، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٨.
15. حنان القيسي، الوجيز في نظرية الدستور، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٠.
16. حسن عبد الحسين، دور المحكمة الاتحادية العليا في سد الفراغ التشريعي، ط١، ٢٠٢١.
17. رائد صالح قنديل، الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
18. رفعت عبد الوهاب، القضاء الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
19. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
20. رمزي طه الشاعر، الرقابة على دستورية القوانين، دار التيسير، ٢٠٠٤.
21. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة منها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
22. رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢.
23. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
24. سامر عبد الحميد محمد، اوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية العليا، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠.
25. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
26. سعاد الشراوي، نسبية الحريات العامة وانعكاسها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.
27. السيد خليل هيكل، القانون الاداري السعودي، دار الزهراء للنشر، ٢٠١٢.
28. السيد علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، مصر، ١٩٧٨.

29. شريف حسن البوشي، المشروعية الدستورية والتحول الديمقراطي، المعهد المصري للدراسات، ٢٠١٩.
30. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠.
31. عادل عمر شريف، القضاء الدستوري في مصر، مطبعة دار الشعب، القاهرة، ١٩٨٨.
32. عبد العال محمد حسنين، القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
33. عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١.
34. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧.
35. عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
36. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٩.
37. عثمان سلمان غيلان العبودي، الاحكام القانونية في اقامة الدعاوى الادارية، الطبعة الاولى، بدون دار نشر، ٢٠٢٠.
38. عصام سعيد عبد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٠.
39. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.
40. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الاول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠.
41. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الطبعة الثانية، مكتبة الرشيد، ٢٠١٥.
42. علي منصور، المدخل للعلوم القانونية والفقہ الإسلامي، دون دار نشر، ١٩٧١.
43. عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، مصر، بدون سنة نشر.
44. عماد محمد ابو حليمه، الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٥.

45. عواد حسين ياسين، الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
46. عوض الليمون، الوجيز في النظم السياسية ومبادئ القانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، ٢٠١٦.
47. عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينية، جان دبوني للقانون والتنمية، ٢٠٠٣.
48. عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
49. عيد احمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠١
50. فرمان درويش حمد، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا العراقية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.
51. لبيب غنيم، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، التنظيم القضائي، معيار الاختصاص، دار التعاون للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٠.
52. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨.
53. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٥.
54. مجدي مدحت ابراهيم، قواعد واجراءات تأديب الموظف العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
55. مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، ٢٠٠٣.
56. محمد انس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، القضاء الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.
57. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٢.
58. محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة لقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٨٤.
59. محمد عبد العال السناري، الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين في مصر، ١٩٨٦.
60. محمد عبد اللطيف، التصحيح التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
61. محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

62. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣.
63. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٦.
64. مصدق عادل، القضاء الدستوري في العراق، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٧.
65. منير عبد المجيد، اصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠١.
66. نواف كنعان، القضاء الاداري، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.
67. وسام صبار العاني، القضاء الاداري، الطبعة الأولى، دار السنهوري، بغداد، شارع المتنبى، ٢٠١٥.

ثالثا: الاطاريح والرسائل الجامعية

1. احمد عبد السلام عبد الدائم، حدود اختصاص القضاء الدستوري، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، ٢٠١٨.
2. بالجيلالي خالد، السلطة التقديرية المشرع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، ٢٠١٧.
3. ثروت عبد العال احمد، الرقابة على سلامة القرارات الادارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، مصر، ١٩٩١.
4. حسين جبر حسين الشويلي، الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨.
5. حنفي علي جبالي، المسؤولية عن القوانين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ١٩٧٨.
6. رفاء طارق قاسم حرب، اختصاص القضاء الدستوري بالتفسير، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهريين، ٢٠٠٨.
7. رفاعي سيد سعد، تفسير النصوص الجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، ١٩٩٠.
8. شعبان أحمد رمضان أحمد، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠٠٠.

9. عبد الحميد عبد اليمه جعفر، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين في العراق، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٩.
10. عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية المشرع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٩.
11. عبد المنعم عبد الحميد شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١.
12. علي حميد عبد الله الكتبي، القضاء الدستوري بين المشروعية والملائمة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة عجمان، الامارات، ٢٠١٨.
13. فتحي الوحيد، ضمانات نفاذ القواعد الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٢.
14. محمد كمال خميس الحولي، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٧.
15. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٧.
16. محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، ١٩٧٨.
17. مصطفى السيد دبوس، تامين خدمات الدولة في إطار ما يقدمه المرفق العام من خدمات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠١٧.
18. نوار غضبان فارس الكوام، رقابة الإغفال التشريعي في القضاء الدستوري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٢٢.
19. نور نواز محمد فرج باخي، الانحراف التشريعي ومدى مساهمته بمبدأ المشروعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٢٢.
20. ياسر فلاح كريم الجنابي، الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة في العراق، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٢٠.
21. رابعا: البحوث والمجلات العلمية
1. ابراهيم محمد صالح الشرفاني، الاسس الفلسفية للرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة (٦)، العدد ٢٣، ٢٠١٤.

2. أبن شهره العربي، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، مجلة المركز الجامعي احمد بن يحيى الوشريسي، الجزائر، المجلد ٩، العدد ٢، ٢٠١٨.
3. جابر حسين علي التميمي، القضاء الدستوري ورقابة الملائمة على النص التشريعي، مجلة كلية التربية، جامعة واسط، العدد ٤٢، الجزء الأول، ٢٠٢١.
4. رشدي سبايطي، مبدأ المشروعية محاولة لتحديد ابعاد المفهوم، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، العدد ١٢٢، مجلد ١٢٣، ٢٠١٥.
5. صبيح ووح حسين العطواني، الانحراف التشريعي كعيب من عيوب المشروعية الدستورية، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (٣٠)، العدد (٦)، ٢٠٢٠.
6. عبد الرحمن البزاز، نظرات في القانون الاساسي العراقي، مجلة القضاء العراقي، العدد الاول، ١٩٩٥.
7. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير، ١٩٥٢.
8. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، الغلو في الجزاء في مجال التشريع، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، ١٩٩٩.
9. محمد فاروق محمود محمد، الضوابط الدستورية على سلطة المشرع، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، العدد (٣٨)، ٢٠٢٢.
10. مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، مجلة الحقوق، العدد ١، ٢٠١٧.
11. ميثم حنظل شريف، دور القاضي الدستوري في التفسير المنشئ، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، المجلد ٢٥، العدد الثاني، ٢٠١٧.
12. ميثم حنظل وآخرون، حجية قرارات المحكمة الاتحادية العليا على المحكمة نفسها في ضوء أحكام الدستور والقضاء والفقه، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السابع، ٢٠١٣.
13. ميعاد طعمة مهدي، العدول عن قرارات المحكمة الاتحادية العليا، مجلة الجامعة العراقية، المجلد (٧٣) العدد (٤)، ٢٠٢٥.
14. يحيى الجمل، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٤٠٣، ١٩٧١.

15. يحيى محمد مرسي النمر، التطبيقات القضائية الحديثة لنظرية الخطأ البين في التقدير في القضاء الدستوري ودورها في حماية الحقوق والحريات: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة العاشرة، العدد 4، 2024.

خامسا: القرارات والاحكام القضائية

1. حكم محكمة القضاء الاداري ٢٩ / ٤ / ١٩٥٣ القضية ١٠٢٦ سنة ٦ قضائية مجموعة المبادئ القانونية، محكمة القضاء الاداري، السنة السابعة.
2. حكم المحكمة الدستورية العليا رقم (٢) لسنة ١٩٧٥، المنشور في الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا.
3. حكم المحكمة الادارية العليا، القضية رقم ٥٦٣، في ١١/١١/١٩٦١.
4. حكم المحكمة الادارية العليا ٣٠ / ٥ / ١٩٦٤، ق ٤١٦، س ٧، مجموعة احكام المحكمة الادارية العليا، السنة ٩.
5. حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٥، لسنة ٨ قضائية، جلسة ٦ / ١ / ١٩٦٦.
6. حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في ٨ يونية ١٩٧٤ ق ٣٩٦ س ١٦ مجموعة السنة التاسعة عشرة.
7. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم ١١ سنة ٧ قضائية، جلسة الأول من أبريل ١٩٧٨.
8. حكم المحكمة الدستورية العليا الدعوى الدستورية رقم ١١ لسنة ١٠ قضائية في ١٦ فبراير ١٩٨٠.
9. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥ لسنة ١ قضائية دستورية، جلسة ١٦ / ٥ / ١٩٨١.
10. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦٧ لسنة ٤ / قضائية في ٢ / ٢ / ١٩٨٥.
11. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، القضية رقم ٨ لسنة ٥ ق دستورية، المجموعة ٣، بتاريخ ١ / ٣ / ١٩٨٦.
12. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ 15 ابريل , قاعدة رقم 27, القضية رقم 23, قضائية, دستورية الاحكام التي اصدرتها المحكمة من يناير عام 1987 لغاية يونيو عام 1991 , الجزء السابع.
13. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، القضية رقم (٣٧) السنة (٩)، بتاريخ ١٩ / ٥ / ١٩٩٠.

14. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦٣ لسنة ١٣ قضائية دستورية، جلسة ٢٠ / ٢ / ١٩٩٣.
15. حكم المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ٦ لسنة ١٥ / قضائية، جلسة ١٥ أبريل ١٩٩٥.
16. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٩ لسنة ١٦ / قضائية، جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥.
17. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية دستورية، جلسة ٣ يوليو سنة ١٩٩٥.
18. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ / قضائية، جلسة ٣ فبراير لسنة ١٩٩٦.
19. حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ دستورية، جلسة ٣ / ٢ / ١٩٩٦.
20. حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٢ لسنة ١٥ / قضائية، جلسة ٤ / ١ / ١٩٩٧.
21. حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ دستورية، جلسة ٥ / ٧ / ١٩٩٧.
22. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، القضية رقم ٥٨ لسنة / ١٨ قضائية، جلسة ٥ / ٧ / ١٩٩٧.
23. حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٢ سنة ١٥ قضائية دستورية، جلسة ٤ يناير ١٩٩٧.
24. حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم ٤٩ لسنة ١٩، جلسة ١٥ / ٩ / ١٩٩٧.
25. حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم ٣١٣ لسنة ١٩ قضائية دستورية، جلسة ٦ مايو سنة ٢٠٠٠ وفي القضية رقم ١٧ لسنة ١٨ قضائية دستورية، جلسة ٣ مايو سنة ١٩٩٧.
26. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية دستورية، جلسة ٤ يناير سنة ١٩٩٧.
27. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٨ لسنة ١٥ قضائية دستورية، جلسة ٥ ديسمبر سنة ١٩٩٨.
28. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٧ لسنة ٢٠ قضائية دستورية، جلسة ٦ مايو سنة ٢٠٠٠. وفي القضية رقم ١٨٠ لسنة ٢ قضائية دستورية، جلسة الأول من يناير سنة ٢٠٠٠.
29. حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية دستورية، جلسة ٢ يونية ٢٠٠١.
30. قرار محكمة القضاء الاداري رقم ٨١ / قضاء اداري / ٢٠٠٥ / في ١٨ / ١ / ٢٠٠٦.
31. قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٦٧ / اتحادية / ٢٠٠٦.

32. حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٤ / اتحادية ٢٠٠٧، في ٢/٧/٢٠٠٧.
33. قرار المحكمة الاتحادية العليا، الدعوى (٤ / اتحادية)، جلسة ٢ / ٧ / ٢٠٠٧.
34. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (١٥ / اتحادية / ٢٠٠٦) في ٢٦ / ٤ / ٢٠٠٧.
35. حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم ١٦ / اتحادية / ٢٠٠٨، جلسة ٢١ / ٤ / ٢٠٠٨.
36. قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٢٣ / اتحادية / ٢٠٠٧، جلسة ٢١ / ٧ / ٢٠١٠.
37. حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٤٨ / اتحادية ٢٠١٢.
38. حكم المحكمة الاتحادية العليا، العدد ٤٨ / اتحادية / ٢٠١٢.
39. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، القضية رقم ٥٧ لسنة ٣٤، ق / دستورية في ١٤ يونيو ٢٠١٢.
40. قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٢٩ / اتحادية / ٢٠١٣، جلسة ٦ / ١ / ٢٠١٣.
41. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 79 / اتحادية / 2013 في ٢٣ / ١٠ / ٢٠١٣.
42. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٧ / اتحادية / أعلام / ٢٠١٥).
43. حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٣ / اتحادية / ٢٠١٦ في ٩ / ٨ / 2016.
44. حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم (١٥ / اتحادية) ٢٠١٨ وموحدتها (١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠ / اتحادية) في ٢٩ / ١ / ٢٠١٨.
45. قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٣٢ / اتحادية / ٢٠١٩ في ٢٥ / ٤ / ٢٠٢١.
46. قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٤٥ / اتحادية / في ٣١ / ٧ / ٢٠١٩.
47. حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٣٥، لسنة ٢٠٢١.
48. مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا في مصر، الجزء الأول.
49. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٨ لسنة ٥ / قضائية دستورية، المجموعة . ٣ ،

خامسا: التشريعات

أ . الدساتير

1. الدستور العراقي (القانون الأساسي العراقي) لعام ١٩٢٥ (الملغى) .
2. الدستور العراقي لعام ١٩٦٨ (الملغى) .

3. الدستور العراقي لعام ١٩٧٠ (الملغى) .
4. الدستور المصري لعام ١٩٧١ (الملغى).
5. الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥
6. الدستور المصري لعام ٢٠١٤.

ب . القوانين

1. قانون نظام الطرق والابنية العراقي رقم (٤٤) لعام 1935 وتعديلاته.
2. قانون العقوبات المصري، رقم (٥٨) لعام ١٩٣٧ المعدل بالقانون 141 لسنة 2021.
3. قانون تحضير الادوية والمستحضرات الطبية في مصر رقم 13 لعام ١٩٦٤.
4. قانون مجلس الدولة المصري، رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢. ووفقاً لآخر تعديل صادر في ٢٦ يونية عام ٢٠١٩ .
5. قانون حماية القيم من العيب في مصر، رقم (٩٥) لعام ١٩٨٠.
6. قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام في العراق رقم (١٤) لسنة ١٩٩١.
7. قانون امتيازات رئيس واعضاء مجلس النواب العراقي رقم (٥٠) لعام ٢٠٠٧.
8. قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء العراقي، رقم (٢٧) لعام ٢٠١١.
9. قانون الحقوق السياسية المصري، رقم (١٧) لعام ٢٠١٢ .
١٠. قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (١٣) لعام ٢٠١٨.

سادسا: المقابلات

١. مقابلة اجراها الباحث مع القاضي (ح، ج، ع) المكان محكمة استئناف ميسان، بتاريخ، ٣ / ٥ / ٢٠٢٥ الساعة ١١ صباحا، (عدم ذكر الاسم للسرية بناءً على طلب الشخص الذي أجريت معه المقابلة).
- ٢ . مقابلة اجراها الباحث الدكتور (ح، ع، ا) اختصاص القانون الدستوري، مكان المقابلة، جامعة بابل، تاريخ، ٨ / ٦ / ٢٠٢٥، في الساعة ١٠ صباحا. (عدم ذكر الاسم للسرية بناءً على طلب الشخص الذي أجريت المقابلة معه).

٣. مقابلة اجراها الباحث مع الدكتور (م، ح، ل) اختصاص القانون الدستوري، مكان المقابلة جامعة القادسية، بتاريخ ١٩ / ٦ / ٢٠٢٥، الساعة ١٢ ظهرا، (عدم ذكر الاسم للسرية بناء على طلب الشخص الذي أجريت معه المقابلة).

٤. مقابلة اجراها الباحث مع الدكتور رائد حمدان المالكي، عضو مجلس النواب العراقي، مكان المقابلة محافظة ميسان، مكتب مجلس النواب العراقي، بتاريخ ٩ / ٨ / ٢٠٢٥ الساعة الخامسة مساءً.

٥. مقابلة اجراها الباحث مع القاضي المتقاعد، سالم روضان الموسوي، نائب رئيس محكمة استئناف بغداد وباحث في القضاء الدستوري، مكان المقابلة محافظة بغداد، الامانة العامة لمجلس الوزراء، بتاريخ ١٨ / ٨ / ٢٠٢٥ الساعة العاشرة صباحا.

سابعا: المواقع الإلكترونية

١ . حبيب ابراهيم حمادة، الرقابة على اهمية وخطورة السبب في قرارات الضبط الاداري، منشور على الموقع الالكتروني، [https://Alberta.com/more.php?idm=75984#:~:text.](https://Alberta.com/more.php?idm=75984#:~:text=)

٢ . What Is a Manifest Error and How Does It Affect Legal Decisions?, .
Published Jan 22, 2025, <https://legalclarity.org>

٣ . حكم المحكمة الدستورية العليا، رقم ١٠٤ لسنة ٢٠٢٢، منشور على الموقع الالكتروني <https://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx>

٤ . القاضي سالم روضان عاصي الموسوي ، مفهوم الملائمة الدستورية والعدول عن المبادئ السابقة، تعليق على حكم المحكمة الاتحادية العليا، منشور على الموقع الالكتروني: <https://jcl-mena.org/talk-entry.php?bid=1>

ثامنا: المصادر الأجنبية

1. Abdel-Badi ShM.S. 2019. The Limits of the Constitutional Judge's Review of the Legislator's Discretionary Power (Comparative Study), Cairo, Dar Al-Nahda Al-Arabiya.

2. Adam Scott, Discretionary powers of the public administration in law application processes and its judicial control. Publisher: Peter lang, August 2017.
3. Dr. Bakht Munir and others, Principles of Administrative Discretion: A Case Study of Pakistan, O-ISSN 2664-0430, Pakistan Social Sciences Review, September 2020, Vol. 4, No.
4. George W. Hardy Jr. Forum Juridicum: The Manifest Error Rule, LOUISIANA LAW REVIEW, Vol, june 1961.
5. John Anderson CORRECTING THE MANIFEST ERROR THAT IS THE APPROACH TO MANIFEST ERROR IN SENTENCING APPEALS December 2022 University of New South Wales Law Journal Forthcoming,.
6. Karem Sayed Aboelazm, Supreme Constitutional Court review of the legislative omission in Egypt In light of iinternationa experience 2024 Aug 30;10(17):e37269. doi: 10.1016/j.heliyon.2024.e372 <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC11408072/> . ε What Is a Manifest Error and How Does It Affect Legal Decisions?, Published Jan 22, 2025, <https://legalclarity.org/what-is-a-manifest-error-and-how-does-it-affect-legal-decisions/> تاريخ المشاهدة 2025/8/14 الساعة 10 مساءا.
7. Khaldoon Fadhil Ali , Legislative Proportionality in Disciplinary Penalties, INTERNATIONAL CENTER FOR RESEARCH AND RESOURCES DEVELOPMENT a, ISSN Number: 2773-5958, SSM Number: (1347468-T) Volume-4, Issue-3, 11 July 2023.
8. Mohammed Salim Lhaimus , Theories and methods of judicial control of administrative Decisions, Published/ publié in Res Militaris (resmilitaris.net), vol.12, n°2, Summer-Autumn 2022.

Abstract

Constitutional oversight of the suitability of legislation is a fundamental guarantee for the protection of rights and freedoms, achieved by preventing the legislator from using his discretionary power. A sound understanding of the role of the constitutional judge should not be limited to a literal comparison between the legislative text and the provisions of the constitution. Otherwise, there would be no need to establish a judicial body to oversee contested legislative texts. Furthermore, constitutional oversight of the suitability of legislation does not mean that the constitutional judge replaces the ordinary legislator, thereby infringing on the legislator's discretionary power based on the principle of separation of powers. Therefore, the oversight of the constitutionality of laws in cases where the constitutional basis is clear and specific is a review of legitimacy, not a review of appropriateness. However, in the case of ambiguity or lack of specificity of the legislative basis, it is impossible to consider the oversight exercised by the constitutional judiciary as a review of legitimacy. Thus, the constitutional judge can exercise constitutional oversight of the suitability of legislation alongside the oversight of legitimacy to adjudicate such violations. Furthermore, by examining the constitutional provisions, we find that the constitutional judiciary in Iraq after 2005 exercised constitutional oversight of the suitability of legislation, even though that oversight was specific and not yet recognized by the constitutional judiciary.

**The Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
University of Maysan / College of Law
Department of Public Law**



Constitutional control of the Suitability of Legislation (A Comparative Study)

A thesis submitted by the student:

Haider Ali Jaleel

To:

The Council of College of Law – University of Miss an

As part of the requirements for obtaining a master's degree in public law

Supervised by:

Dr. Hind Ali Mohammed