التدخل التشريعي للقضاء الدستوري من خلال الرقابة على التناسب التشريعي

دراسة مقارنة

Legislative Intervention of Constitutional Judicary through the Oversight of Legislative Proportionality

الباحث آراس رسول رحمان

Aras Rasule Rahman

أ.د شيرزاد أحمد أمين النجار

Prof. Dr. Shirzad Ahmed Amin Al-Najar

Faculity of law and political science and managment

University of Soran

https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v3i1.86

تاريخ استلام البحث : 2024-12-02 ؛ تاريخ القبول بالنشر: 2025-01-05

* بحث مستل من أطروحة الدكتوراه المعنونة (إمكانية تدخل القضاء الدستوري في الاختصاص التشريعي للبرلمان) مقدمة الى مجلس فاكلتي القانون والعلوم السياسية والادارة – جامعة سوران، اقليم كوردستان– العراق، سنة 2025، بإشراف الدكتور شيرزاد أحمد أمين النجار.

الملخص

تعتبر آلية الرقابة القضاء على التناسب في التشريع واحدة من أكثر آليات الرقابة تطورًا في مجال الرقابة على دستورية القوانين، إذ تُعتبر وسيلة يعزز من خلالها المحاكم الدستورية حماية الحقوق والحريات، وأنها رقابة حساسة تمس جانبًا أساسيًا من إختصاص البرلمان، وهو السلطة التقديرية. ففي إطار هذه الرقابة، يقوم القضاء الدستوري بمراجعة مدى صحة تقدير المشرع ودستوريته لدى مباشرته للسلطة التقديرية في تنظيم المسائل القانونية المختلفة عبر إقرار التشريعات المناسبة.

واذا كانت الرقابة الدستورية في الاصل هي رقابة المشروعية، فكيف يمكن ان يبرر امتداد الرقابة الى مجال مدى تقدير المشرع لممارسة سلطته، وفي هذا المجال نبحث عن اتجاه المحكمة الاتحادية العليا العراقي والقضاء المقارن حول رقابة القضاء الدستوري على التناسب التشريعي وطرح الحلول والمعالجات المناسبة لذلك.

الكلمات الافتتاحية: القضاء الدستوري، السلطة التقديرية للمشرع، التناسب التشريعي

پوختە

میکانیزمی چاودێری دادوەری لەسەر گونجاندن لە یاساکان، بە پێشکەوتووترین میکانیزم و جۆرەکانی چاودێری لەسەر دەستوری یاساکان دادەندرێت. چونکە لە رێگەیەوە دادگای دەستوری ماف و ئەرکەکان دەخاتە پێگەیەکی بالاوە.
جگە لەوەش چاودێریەکی هەستیارە، چونکە دەچێتە نێو تایبەتمەندییەکانی دەسەڵاتی یاسادانان، ئەویش دەسەڵاتی هەڵسەنگاندنە. دادوەری دەستوری پەنا بۆ چاودێری گونجاندن دەبات لە پێناو گەیشتن بە دروستی هەڵسەنگاندنی یاسادانەر لە کاتی ئەنجامدانی دەسەڵاتی هەڵسەنگاندنی لە رێکخستنی مەسەلە یاساییە جۆراوجۆرەکان لە رێگەی بڕیاردان لە دانانی یاسایی پێویست.

وشەی سەرەکی: دادگای دەستوری ، دەسەڵاتی هەڵسەنگاندنی یاسادانەر، گونجاندن لە یاساکان.

Abstract

Judicial review of proportionality of law is deemed one of the sophisticated method of the constitutionality of laws due the fact that this method intensify rights and freedoms of individual. Moreover , it is a sensitive from of review as it is extend to one of the most intimate aspects of legislative authority which is discretionary power. In this regard, the supreme courts justices proportionality review to assess the validity and constitutionality of the legislator's. judgment when exercising their discretionary power in regulating various legal matters by enacting necessary laws. While constitutionality review originally is routed to legality , how can the extension of review to the discretionary power of legislator is justified when assessing proportionality ? In this context, we explore the role of the Iraqi Federal Supreme Court compared with other supreme courts regarding to the review of legislative proportionality and conclude this research with some appropriate recommend.

Key word: ***Supermen Court, Discretionary Power of The Legislators, Legislative Proportionality***

المقدمة

تعتبر آلية الرقابة القضائية على التناسب في التشريع من أكثر الوسائل الناجحة في الرقابة على دستورية القوانين، لأنها الالية التي يحافظ عن طريقها على الحقوق والحريات، فضلا عن كونها رقابة حساسة لأنها تمتد الى أخص اختصاصات السلطة التشريعية وهو سلطتها التقديرية، حيث يستخدم القاضي الدستوري رقابة التناسب بغية معرفة صحة تقدير المشرع ودستوريته عند مباشرته لسلطته التقديرية بمناسبة تنظيم المسائل القانونية المختلفة من خلال إقرار التشريعات القانونية اللازمة لها.

حيث أن هذه التشريعات تبغي تحقيق أهداف أو مقاصد محددة، فلابد من ارتباط هذه القوانين بالغايات التي يهدف اليها المشرع، ومن ثم يستعمل القاضي الدستوري آلية التناسب بغية الوقوف على مدى الارتباط المنطقي والعقلي بين محل التشريع والغاية منه، فإذا كانت الوسيلة التي تؤدي الى تحقيق الغاية عقلا كان التشريع دستوريا إذا برأ من العيوب الأخرى، وإذا تخلفت تلك الرابطة المنطقية كان على القاضي الدستوري أن يقرر عدم دستورية النص التشريعي.

أولاً/ أهمية موضوع البحث

تدور أهمية موضوع التدخل التشريعي للمحكمة الدستورية، في أن دور المحكمة الدستورية لم يعد يقف عند حد تطبيق ظاهر النص أو صريحه، وإنما يتطلب منه الغوص في أعماق التفسيرات والتأويلات لكثير من المقاصد والمعاني والمدلولات والأعمال التحضيرية للتشريع، ثم تأتي ملاءمات وموازنات واقع التطبيق، ومن ثم أصبح هذا الدور يتخطى حدود الرقابة بمفهومها التقليدي، وأصبح يتضمن تحديد العديد من المضامين والأطر لكثير من الحقوق والحريات والإلتزامات المنصوصة عليها في الدستور؛ الأمر الذي نتج عنه دور أساسي للقضاء الدستوري، بإسهامه الفاعل في تحويل نصوص الدستور الى واقع حي ملموس، يستطيع من خلالها تحقيق التوازن بين النصوص الدستورية وظروف الواقع المطبق فيه.

ثانياً/ إشكالية البحث

إن ممارسة المحكمة الدستورية لاختصاصها المخول لها بالرقابة على دستورية القوانين، قد تواجه بعض الاشكاليات أغلبها ذات طبيعة سياسية، تكمن في تحليل أحكام القاضي الدستوري وتأثرها بالوقائع السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية، وأنها تتجاوز الشروح القانونية و النصوص الدستورية ، ولأن لها صلة بفلسفة الدولة، ويكون الولوج في تفصيلاتها تدخل في أبحاث الفلسفة السياسية. ولما كانت أوضاع الجماعة في تغيير مستمر وتطور دائم لا ينقطع، كان بديهيا أن تتجسد أفكارها ومبادؤها، وتتباين تقاليدها وقناعاتها عن سابقتها. وإذا كانت الرقابة الدستورية في الأصل هي رقابة المشروعية، فكيف يمكن أن نبرر امتداد تلك الرقابة الى تقدير المشرع للواقع ؟ وهل يعد ذلك خروجا عن وظيفة القاضي الدستوري أم لا؟ وإذا كان الجواب بالنفي، فهل أن ذلك يمكن في الطبيعة السياسية للرقابة الدستورية فضلا عن كونها قانونية؟ أم أن تبرير ذلك يكمن في كون القيود الدستورية على تقدير المشرع تجعل رقابة القاضي الدستوري على التناسب التشريعي (تقدير المشرع للوقائع)، داخلة ضمن اختصاصه الأصيل بعدّه قاضي مشروعية دستورية؟.

ثالثاً/ فرضية البحث

محاولة اثبات اختصاص القضاء الدستوري في القيام بالرقابة على السلطة التقديرية للسلطة التشريعية في تقديره للتناسب التشريعي، فضلا عن اثبات المعاير التي يستند عليها القاضي الدستوري لتفعيل تلك الرقابة .

رابعاً/ منهجية البحث

قد اتخذ الباحث المنهج التحليلي المقارن، طريقا لبيان هذا التطور، ومدى تدخل القضاء الدستوري في الاختصاص التشريعي للبرلمان من خلال الرقابة على التناسب التشريعي، في كل من الولايات المتحدة الأمركية والعراق، والوقوف على آراء الفقهاء وموقف القضاء الدستوري، من خلال ما يصدر من أحكام وقرارت بهذا الشأن.

خامساً/ هيكلية البحث

ينقسم البحث الى مطلبين، خصصنا المطلب الأول لماهية التناسب التشريعي في الفقه الدستوري، بينما تناولنا في المطلب الثاني تطبيقات القضاء الدستوري حول الرقابة على التناسب التشريعي، ثم أنهينا الدراسة بخاتمة تضمنت جملة من الاستنتاجات و المقترحات.

المطلب الأول

ماهية التناسب التشريعي في الفقه الدستوري

على الرغم من أهمية فكرة التناسب واحتلالها لمكانة هامة في كافة فروع القانون وسهولة فهم المراد منها بكونها علاقة توافق بين أمرين أو اكثر، وأن المخالفة تقع إذا اختل التوازن بينها، فلم يستقر الفقه الدستوري على تحديد مفهوم فكرة التناسب في اطار الرقابة الدستورية، وترجع الحكمة من ذلك الى عدم تعرض القاضي الدستوري لبيان مفهوم التناسب، وعدم تحديد صوره بشكل محدد.

لبيان ماهية التناسب، سنتناول مفهوم التناسب التشريعي في الفرع الأول، ثم آراء الفقه الدستوري من الرقابة على التناسب التشريعي في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف التناسب التشريعي

اختلف الفقهاء في تعريف مبدأ التناسب فمنهم من ذهب إلى أنه "التوافق بين التشريع الصادر من المجلس التشريعي ومدى المعالجة القانونية للواقع الذي صدر التشريع من أجله، والآثار التي تترتب على التطبيق؛ بحيث يتحقق للتشريع التناسب بين سبب التشريع ومحله"[1]. لكن ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف التناسب بأنه "العلاقة بين الوسائل التي يختارها المشرع

[1] د.هالة أحمد سيد أحمد المغازي، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الشخصية، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، الاسكندرية، 2004، ص390.

والغايات التي يتوخاها وراء تدخله[1]، أو هو العلاقة المتوازنة بين القيود المفروضة على الحقوق والهدف المشروع، أو العلاقة المتوازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الشخصية [2].

فقد ذهب جانب آخر الى ان التناسب في إطار الدستور يعني التوافق بين اي نص قانوني وبين حقوق وحريات الأفراد، فهو عملية مركبة بل وفي غاية التعقيد، وتتعلق بعدة عناصر وجوانب واعتبارات، فهي تتعلق أولاً بالصلة بين موضوع النص الصادر و المبادىءالمنصوصة عليها الدستور، وتتعلق ثانياً بالوسائل المستخدمة والغايات المستهدفة، ولذلك فإن هذه العملية هي عملية شاقة وحساسة ودقيقة ومعقدة وتحتاج الى كثير من التأمل والتأني والبحث والدراسة، وإجراء كثير من التوازنات والمواءمات[3]. وانقسم الفقه في تحديد جوهر التناسب التشريعي إلى اتجاهين: أولهما يرى ارتباط جوهر التناسب بركن السبب، باعتباره أحد عناصر هذا الركن[4]، وثانيهما يرى ارتباط جوهر التناسب بالتوافق بين الإجراء الذي اتخذه المشرع والغاية التي استهدفها من وراء ذلك[5].

ولا شك في ارتباط رقابة التناسب بالسلطة التقديرية للمشرع، حيث يتعلق التناسب في جوهره بالتقدير من قبل المشرع، فرقابة التناسب تنصب في الواقع على تقدير المشرع للصلة أو العلاقة بين النص القانوني الصادر منه والمقاصد والمعاني التي يقصدها المشرع الدستوري، ومن هنا تبدو حساسية فكرة التناسب في نطاق القضاء الدستوري، حيث تعد آلية رقابة التناسب من الآليات التي استطاع القاضي الدستوري بموجبها إحكام رقابته على السلطة المشرع في أدق عناصرها، ذلك أن التناسب – كما ذهب البعض– يتعلق بمجموعة العلائق التي تربط بين

---

(1) GRANT HUSCROFT, BRADLEY W. MILLER, GREGOIRE webber, proportionality and the rule of law, Cambridge university press, 2014, page. 4, the link: https://www.les.ac.uk/collections/law/WPS2014-13, Accessed at 22/3/2024.

(2) MARIUS ANDREESCU, proportionality a constitutional principle, page. 10. The link: http://uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_13_2010/01andreeescu.pdf. Accessed at 22/3/2034.

(3) د.جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص17 وما بعدها.

(4) د.رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص391، د. هالة احمد سيد احمد المغازي، مصدر سابق، ص390.

(5) د. جورج شفيق ساري، مصدر سابق، ص17 وما بعدها.

أركان التشريع الموضوعية، فهو يخص في جانب منه العلاقة بين السبب الذي حدا بالمشرع الى اصدار التشريع، والأثر القانوني المترتب عليه، وهو ما يعني أن على سلطة التشريع أن تتخذ الإجراء المناسب والأكثر ملاءمة مع الظروف المحيطة بموضوع هذا العمل، ومن جانب آخر يتعلق بالصلة بين النص القانوني المتضمن للقاعدة التشريعية وبين الغاية التي تستهدف من ورائه وهي المصلحة العامة[1].

يُعنى التناسب في القانون الدستوري بالعلاقة العادلة أو المعقولة بين المحل التشريع والهدف منه؛ فإذا تم تحقيق هذه العلاقة، يُعتبر النص متناسبًا، أما إذا لم تتحقق، يصبح النص غير متناسب وبالتالي يتعارض مع الدستور. ومن هنا، يمكن القول بوجود منطقة محظورة على القاضي الدستوري، حيث لا يجوز له مراقبة التناسب بين محل التشريع و السبب. لكن تحريمه من التداخل في هذه المنطقة يُمكن أن يجعل السلطة التقديرية للمشرع مطلقة وتحكمية، مما يؤثر على تطبيق مبدأ المشروعية بشكل عام و حماية الحقوق الدستورية بشكل خاص. ولذلك، يمكن للمحاكم الدستورية مراقبة هذه المنطقة من خلال آلية عدم التناسب أو الخطأ الظاهر في التقدير [2].

الفرع الثاني

حدود الرقابة على التناسب التشريعي

اصبح معيار التناسب آلية واسعة الاستخدام حول العالم، وانتقل من نظام قانوني لآخر، واستخدمته المحاكم الدستورية في العديد من البلدان حول العالم للتأكد مما إذا كانت القيود المفروضة على الحقوق والحريات دستورية، وهي تكون كذلك بمراعات مجموعة من الضوابط

---

[1] جورجي شفيق ساري، مصدر سابق، ص18، د.جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا –دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص442.

[2] د.خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص722.

التي تفرض على سلطة المشرع من بينها التناسب[1]. وتعتبر حماية حقوق الأفراد إحدى الملامح الرئيسية للنظام الديموقراطي الناجح، ويفضي إدراكها وحمايتها لوصف نظام ما بأنه يتصف بالشرعية، ولهذا نجد أن أغلب الدول قد نصت على هذه الحقوق والحريات في دساتيرها لحماية الأفراد من تعسف السلطات، بتعبير آخر نصت دساتير الدول على هذه الحقوق كوسيلة لحماية الأفراد من الظلم والتعسف الذي قد يحل بهم من قبل سلطات الدولة، وأما الغاية الثانية لحقوق الأفراد هي حماية الأفراد من تعسف الأغلبية، إذ كثيراً ما تستخدم الأغلبية مؤسسات الدولة الديموقراطية لانتهاك حقوق الأقليات التي تختلف عن اتجاهات أغلبية المجتمع، ولم تكتف الدول بالنص على حماية حقوق وحريات الانسان بدساتيرها، بل أنشأت محاكم دستورية تساهم في حماية هذه الحقوق ، والتي تتضمن امتثال السلطات لأحكام الدستور، أي تعتبر إحدى الوسائل التي تضفي فاعلية على النصوص الدستورية التي تتكفل بحماية حقوق الأفراد. وفي حقيقة الأمر أدى المحاكم الدستورية دوره في حماية حقوق الافراد بشكل فعال ومستمر وذلك من خلال الحكم بعدم دستورية القانون الذي يخالف أحكام الدستور، أو بتعبير آخر تحكم تلك المحاكم بعدم دستورية التشريعات التي تقيد الحقوق والحريات من دون مراعات الضوابط والأحكام المنصوص عليها في وثيقة الدستور والمصادر الأخرى للقواعد الدستورية، لكن ومع ذلك ظهرت مشاكل عديدة في المحاكم الدستورية تعيق حماية الحقوق وتضعف القيمة المعيارية التي تتمتع بها تلك الحقوق ولعل أبرز تلك المشاكل تعارض المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة أو تعارض الحقوق الفردية مع بعضها البعض، أي تحديد مقدار تقييد الحقوق والحريات الفردية وأسباب هذا التقييد، وهنا يبرز دور المحاكم الدستورية في حل التعارض بين الحقوق و الحريات الفردية وذلك من خلال وضع حلول من شأنها أن تسهم في إدراك حقوق جميع الأفراد بقدر الإمكان، وذلك من خلال الاستعانة بمعيار التناسب بجميع مراحله [2].

---

[1] محمد المصطفى رسول محمد، مناهج القضاء الدستوري في حل التعارض بين الحقوق والحريات الفردية، ط1، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، 2024، ص102، د.مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، مجلة الحقوق، كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الكويت، الكويت، العدد 1، 2017، ص177.

[2] محمد المصطفى رسول محمد، مصدر سابق، ص12.

يتحقق التناسب في مجال التشريع كلما جاء القانون الذي تم سنه متوافقاً ومتناسقاً ومعبراًعن مقاصد المشرع من إصداره، وبين ما أحدثه من آثار قانونية، و بالتالي فإن الخطأ الظاهر للمشرع في تقدير الواقع يقع عندما لاتتوافق القاعدة القانونية التي تم سنها، مع الفحوى الذي تهدف السلطة التشريعية الى تحقيقها[1]. لذلك يمكن للقاضي الدستوري أن يراقب التناسب بين السبب والمحل من خلال الخطأ الظاهر في التقدير أو آلية عدم التناسب [2]، لما كان ذلك، وكان خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص التشريعية يفترض مجاوزة هذه النصوص لضوابط تناسبها مع الأغراض المقصودة منها، فلا تربطها صلة منطقية بها، أو تكون صلتها بها واهية[3]، فإن ذلك هو ما يستنهض جهة الرقابة القضائية لتستوثق بنفسها من إقامة المشرع لذلك التناسب وتحقق تلك العلاقة بين النصوص القانونية وأهدافها، و التحقق من أن المصلحة التي حمل المشرع النصوص القانونية عليها حقيقية وليست منتحلة، قائمة وليست متوهمة، فإن تبين اختلال تناسب تلك النصوص بصورة واضحة مع حقيقة الأغراض التي استهدفها المشرع كان التشريع باطلاً[4]. وبذلك فالقاضي الدستوري كفل للمشرّع السلطة التقديرية؛ إذ وضع له مجموعة من الآليات الفنّية لتنظيم إخضاعها لرقابة القضاء الفعّالة، التي تكفل حماية الدستور باعتبارها الهدف الأسمى منها وضمان حقوق الأفراد وحرّياتهم[5].

يُفهم من ذلك أن القاضي الدستوري يخضع لعدد من الضوابط الموضوعية أثناء ممارسته للرقابة، بحيث لا يستبدل تقديره الشخصي بتقدير المشرع من جهة، ولا يضع المشرع تحت وصاية أو هيمنة من جهة أخرى، مما قد يؤدي إلى انتهاك مبدأ الفصل بين السلطات.

---

[1] د. جورجي شفيق ساري، مصدر سابق، ص18.

[2] د. يوسف عبدالمحسن عبدالفتاح، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2019، ص456 وما بعدها.

[3] د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينية جان دبوي للقانون والتنمية، بدون مكان النشر، 2003، ص461.

[4] د. يوسف عبدالمحسن عبدالفتاح، مصدر سابق، ص457.

[5] د. فوّاز محمد الخرينج، مدى شرعية السلطة التقديرية للرقابة الدستورية في حالة الإغفال التشريعي، المجلّة القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، المجلّد الثاني، 2020، ص499.

وبذلك، يمكن القول بأن الهدف الأساسي من تطور رقابة المحاكم الدستورية على اختصاصات البرلمان هو توسيع نطاق المشروعية وتقليص سلطة المشرع التقديرية، بهدف ضمان إقامة التوازن بين حماية الحقوق الدستورية من جهة، وتمكين البرلمان من تحقيق أهدافه التي تتزايد تعقيدًا في الدولة الحديثة من جهة أخرى[1]. ومن ثم يمكن القول بأن رقابة التناسب لم تعد محل جدل الفقه، ولا محل إنكار أو مواربة من قبل القضاء الدستوري، وذلك لكثرة إعمالها في أحكامها بصراحة متكررة وصلت بالمحكمة في بعضها الى الاستناد الصريح الى مبدأ التناسب لتقرير مخالفة النص المعروض عليها للدستور، جنباً الى جنب مع المبادىء الدستورية المتمتعة بقيمة دستورية صريحة، كمبادىء خضوع الدولة للقانون وحماية الملكية الخاصة وسيادة القانون ، بما يقرب مبدأ التناسب من أن يكون مبدأ دستورياً مستقلاً يمكن الاستناد اليه في تقرير المخالفة الدستورية، ورقابة القضاء الدستوري على التناسب تنصب في الواقع على ركن المحل من أركان التشريع، إذ أنها تبحث مدى تناسب الوسائل التشريعية التي اتخذها البرلمان لتحقيق الغايات التي دفعته الى التدخل بالعملية التشريعية ابتداءً، أو دفعته إلى تبني وجه تنظيمي دون غيره كحل للمسألة التشريعية، ومدى تناسب هذا الوجه الذي تبناه ومدى نجاعته، في تحقيق الأغراض التي توخاها من وراء إقراره، أو يمكن القول بعبارة أخرى أن الرقابة على التناسب تبحث مدى تناسب محل التشريع مع سببه من ناحية، ومع الأغراض التي توخى المشرع تحقيقها من وراء تدخله من ناحية أخرى، وذلك من خلال الوقوف على مدى الاتصال العقلي أو المنطقي بين هذا الهدف وتلك الوسائل، ومن ثم مدى تناسبها معا أو تنافرهما [2]. لذلك فان رقابة المحاكم الدستورية تنصب على رقابة تناسب الوسائل والإجراءات التشريعية التي تم إقرارها لمعالجة تلك الضرورات، للتأكد من مدى تناسبها معها، ومدى نجاعتها في معالجتها، دون أن تطال تلك الضرورات في ذاتها بصورة مباشرة، وسواء كان ذلك حال ممارسة سلطة التشريع العادية أو الاستثنائية. وهو ما يعني أن الرقابة على التناسب التشريعي هي تطبيق من

[1] د. الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحرّيات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، 360.

[2] د. يوسف عبدالمحسن عبدالفتاح، مصدر سابق ، ص457-458.

تطبيقات الرقابة على ركن المحل وليس ركن السبب[1]. إذ أنها لاتطال ركن السبب في ذاته أو بصورة مباشرة، ذلك أن الرقابة على التناسب تنصب على الإجراءات التي أقرها المشرع لضرورة تدخله، ومن ثم فهي رقابة على مضمون التشريع وليس على سببه، واختيار المشرع لمضمون التشريع، مرحلة لاحقة على توافر ركن السبب الذي استند اليه المشرع لتدخله ابتداءً، وهو ما يعني أن رقابة التناسب هنا تنصب على تلك الإجراءات بوصفها محل التشريع، وهو أمر لاحق تنظيمه بطبيعة الحال على قيام السبب المستدعي للتدخل ابتداءً. كما أنه لا علاقة للرقابة على التناسب التشريعي، بالرقابة على الغاية في ذاتها، ذلك أن الرقابة على التناسب تنصب على مدى تناسب تلك الوسائل لتحقيق الأغراض والغايات التشريعية، دون أن تكون لها علاقة بالرقابة على الغاية في ذاتها أو عن مدى مشروعيتها، ذلك أن الرقابة على الغاية في ذاتها هي رقابة على سلطة مقيدة للمشرع، مؤداها التحقق من أن المشرع استهدف غايات مشروعة أم غير مشروعة، ومخالفة المشرع للغايات المشروعة ينتج عنها عيب الانحراف التشريعي، ومن ثم فلا علاقة لها بالرقابة على التناسب الذي هو عنصر من عناصر الرقابة على الخطأ الظاهر في تقدير المشرع في اختيار البدائل التشريعية، ذلك أن خطأ المشرع الظاهر في التقدير عند اختلال التناسب في العمل التشريعي، الأصل فيه أنه خطأ غير مقصود، وأن المشرع وقع فيه عرضاً رغم اجتهاده في الوصول الى وسيلة او إلى إجراء مشروع، بيد أنه قدم تقديره، فشاب تقديره خطأ ظاهر، وذلك على عكس حالة الانحراف التشريعي، والتي تكون فيها إرادة المشرع متجهة عمداً وليس عرضاً لارتكاب مخالفة دستورية، وذلك من خلال استهداف غاية غير مشروعة بالأساس. إذاً فرقابة التناسب لا تبحث في مدى مشروعية الغاية التي استهدفها المشرع، من هذه الزاوية من زوايا الرقابة، وإن كانت تخضع للرقابة من زاوية أخرى بوصفها رقابة على سلطة مقيدة لا تقديرية، بوصف أن الغايات الدستورية يحددها الدستور، سواء كانت تلك الغايات تستهدف تحقيق المصلحة العامة في مفهومها العام، أو تحقيق غايات مخصصة حددها الدستور، فإن حاد المشرع عن تلك الغايات كان ذلك انحرافاً تشريعياً اتجهت اليه إرادة المشرع، ومن ثم وجب نقضه بوصفه انحرافاً

[1] د. يسرى العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مجلة الدستورية، المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 18، السنة 8، 2010، ص16.

تشريعياً، لا بوصفه خطأ ظاهراً في تقدير المشرع متعلقاً بإخلاله بتحقيق التناسب المفترض في تنظيمه للحقوق والحريات المختلفة [1].

هذا ويرى الدكتور محمد ماهر أبو العينين أن "كل تنظيم تشريعي يتعلق بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات العامة، فإن تقدير المشرع فيما يتناوله بالتنظيم يخضع لرقابة الملاءمة ورقاية التناسب أيضًا. وذلك أن سلطة المشرع العادي في تنظيم الحقوق مقيدة دوما بالضوابط والقيود والحدود الدستورية، وان هذا التقييد قد يتسع حتى يصل إلى درجة تُنعدم فيها حرية المشرع في تناول موضوعات معينة وتنظيمها، وقد تضيق في حدود تسمح لهذه السلطة بتولي التنظيم التشريعي، وإنما على ضوء الضوابط والقيود الدستورية"[2].

عليه، فإن تدخل المشرع في تنظيم مسألة ما، يجعله يفاضل بين البدائل المختلفة ليختار أحدها، وهذا هو تقدير المشرع، والذي يجب أن يخضع للرقابة القضاء الدستوري، بغية التحقق من إصابة المشرع للمصلحة العامة باختياره، ومدى التزامه بالقيود والضوابط الدستورية، والأثر المترتب على عدم تدخل المشرع بتنظيم حرية أولاه الدستور تنظيمه، وأن التوسع في رقابة القاضي على ما يصدر بموجب السلطة التقديرية للمشرع هو إفراط في ممارسة القاضي الدستوري لرقابة تقدير المشرع، والإفراط في رقابة التقدير قد يكون نتيجة مباشرة القاضي الدستوري الرقابة على التقدير بحدودها الطبيعية دون إسراف، أو نتيجة توسعه فيها.

المطلب الثاني

التطبيقات القضائية للرقابة على التناسب التشريعي

سوف نعرض في هذا المطلب موقف القضاء الدستوري من الرقابة على التناسب التشريعي لما له من دور مهم وإسهام كبير في إرساء المبادئ القضائية التي استند إليها القضاة الدستوريون في كل من الولايات المتحدة الأمريكية والعراق في فرعين، تناولنا في الفرع

---

[1] د. يوسف عبدالمحسن عبدالفتاح، مصدر سابق، ص459-460.

[2] د. محمد ماهر ابوالعينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته –دراسة تطبيقية، الجزء الثاني، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص121.

الأول موقف المحكمة العليا الأمريكية من التناسب التشريعي، وفي الفرع الثاني موقف المحكمة الاتحادية العليا العراقي من التناسب التشريعي.

الفرع الأول

موقف المحكمة العليا Supreme Court الأمريكي من التناسب التشريعي

تعاملت المحكمة العليا الأمريكية مبكرًا مع مسألة تقييم تناسب تقديرات المشرع في قضايا متعددة، ومن أبرزها القوانين المتعلقة بالفصل العنصري التي أصدرتها بعض الولايات، والتي تضمن فصلًا بين البيض والسود في مجالات عدة مثل المواصلات العامة والتعليم. وقد سمح التفسير الواسع للمحكمة العليا للتعديل الدستوري الرابع عشر بأن يكون قيدًا دستوريًا على سلطات الولايات، مما أتاح للمحكمة إلغاء التشريعات التي تخالف سياستها الاقتصادية والاجتماعية. وادعت المحكمة أنها لا تستطيع، في ظل هذا التعديل، السماح للولايات باستخدام سلطتها البوليسية إلا إذا كان هذا الاستخدام معقولًا ويرتبط بهدفه بعلاقة منطقية وواضحة تخلت المحكمة العليا عن تحفظها تجاه رقابة التناسب التي كانت ترفضها في السابق، وذلك لأول مرة في عام 1890 في قضية "ميلوكي" ضد "مينسوتا"، حيث مارست المحكمة العليا رقابتها على معقولية القوانين. وقررت المحكمة أن شرط الوسائل القانونية السليمة لا يقتصر فقط على الالتزام بالإجراءات القانونية، بل يشمل أيضًا قيدًا على البرلمان بهدف حماية الحقوق التي يجب أن يهدف القانون إلى صونها. ولذلك، يُعتبر هذا الشرط الأداة الرئيسية للرقابة التي تمارسها المحكمة العليا الأمريكية على السلطة التشريعية، وهو المفتاح الأساسي للرقابة الدستورية في الولايات المتحدة[1]. حيث عرضت مسألة التمييز العنصري بين السود والبيض على المحكمة العليا للولايات المتحدة عام 1869 في قضية بليسي ضد فيرجسون، بمناسبة قانون أصدرته ولاية لويزيانا يتضمن تخصيص عربات القطارات وغيرها من وسائل المواصلات العامة للبيض وأخرى للسود، ويحظر على السود استعمال السيارات المخصصة للبيض، وفرض القانون عقاباً على مخالفة ذلك، وقد تحدى "هومر أ. بليسي" القانون بأن ركب في عربة القطار المخصصة

[1] د. عبدالمنصف عبدالفتاح محمد ادريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستورية –دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص251.

للبيض فقط، ولذا قبض عليه وحوكم وأدين، وعند الاستئناف عرضت القضية على المحكمة العليا التي رأت أن قانون لويزيانا دستوري، ولم يعارض هذا الرأي إلا قاضي جون مارشال هارلان، ومن المفارقات أن تصبح مخالفة هارلان هذه رأياً للأكثرية بعد ثمانية وخمسين عاماً في قضية براون[1]. ومن أبرز المسائل التي عرضت على المحكمة ما يتعلق بالتفرقة العنصرية، خصوصا قوانين الولايات، فمن أهم القرارات مارست المحمكة العليا رقابتها على التناسب قضية "براون" ضد مجلس التعليم في توبيكا، عام 1952، والتي طعن فيها بعدم دستورية الفصل بين البيض والسود في المدارس والمعاهد التعليمية، إذ طلب المواطنون إبطال القانون، والعدول عن سابقه "بلسي ضد فرجسون" لعام 1896، وإبطال مبدأ "الفصل مع المساواة"، الذي يتضمن فصل البيض عن السود، وانتهت المحكمة العليا في قضية "براون" عام 1952 إلى " أن للفصل بين الاطفال البيض والسود في المدارس أثراً سلبيا على الأطفال الملونين، ويكون الأثر الأكبر عندما يحظي بتأييد من جانب القانون، لأن سياسة الفصل بين الأجناس، تفسر عادة، بأنها تدل على دونية " ملوني البشرة"، وذكرت في حيثيات حكمها أنها"... لاتستطيع إعادة عقارب الساعة إلى سنة 1868 عندما جرى تبني التعديل الدستوري (بشأن الوسائل القانونية السليمة) أو حتى إلى سنة 1896 عندما سجلت قضية بليسي ضد فيرجسون، ويجب أن نتناول التعليم العام في ضوء التطور الكامل ومكانه الحالي في الحياة الأمريكية في طول البلاد وعرضها"[2]، وهو ماحدا بالمحكمة العليا إلى مراجعة المشرع في تقديره لتناسب فصل البيض عن السود أو الملونين عموماً في المدارس والمعاهدات التربوية، مع الإقرار بتوفير جميع الإمكانيات بالتساوي، فإذا كان المشرع قد رأى ضرورة الفصل بين البيض والسود بوصفه تناسباً تشريعياً بما يملك من سلطة، فإن المحكمة تملك أيضا باعتبارها الحارس الأمين على أحكام الدستور أن تراجع تقديره وهو ما حدث. ولا يجوز الاحتجاج في هذا الصدد بالسلطة التقديرية التي يملكها المشرع، لأن السلطة التقديرية لا تجيز له إهدار القواعد والمبادىء الدستورية المقررة

---

[1] د. عماد محمد محمد ابو حليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع –دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص632.

[2] د.محمد رفعت عبدالوهاب، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين –المبادىء النظرية والتطبيقات الجوهرية ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص276.

كمبدأ الحماية المتساوية التي يتعين كفالتها لجميع المواطنين دون تفرقة لأي سبب كان[1]. ولم تقتصر تأثير قضية Brown على قضاء الإنصاف أو التعويض – الذي يعطي أولوية واضحة لأسلوب الأمر _ على موضوع الفصل العنصري في المدارس. وقد اتسع نطاق استخدام هذه الوسيلة، ليشمل قضايا الحقوق المدنية بصفة عامة، بل أيضا جاوز استخدام هذه الوسيلة، ليشمل المنازعات التي تشمل إعادة التعيينات الانتخابية والمستشفيات العقلية، والسجون، والممارسات التجارية والبيئية. وبعد تحقيق الدمج في المدارس في ولاية الاباما، كان من الطبيعي أن يحاول القاضي Judge Johnson إصلاح المستشفيات العقلية، وبعد ذلك سجون الولاية بإسم حقوق الانسان –الحق في العلاج من العقوبة القاسية وغير المعتادة ومحاولة تحقيق هذه الغاية من خلال الأمر injunction . والحقيقة أن القاضيJohnson لم يكن متفرداً، حيث كان ذات المنطق ظاهراً في أحكام القضاة الآخرين شمالاً وجنوباً"[2].

وفي رأي الفقيه المصري الأستاذ (أحمد كمال أبو المجد) أن حكم "قضية براون"، يعد نقطة مهمة في تاريخ الحرية الفردية في النظام الامريكي، فقد سدت به المحكمة ثغرة كبيرة، كانت تعتر النظام الدستوري كله، وتبعث على الشك في صدق إيمان المجتمع الامريكي بالقيم الأصلية للنظام الديمقراطي، القيم التي تؤمن بالانسان، باعتباره انسانا، وتسعى الى حفظ حقوقه وحمايتها من دون النظر إلى ما قد يكون بين الأفراد من اختلاف، أو تباين في اللون، أو الاصل أو غيرهما من الأوصاف العارضة التي لاتتصل مطلقا بقيمة الانسانية [3].

ومن التطبيقات لرقابة التناسب، والتي قضت بها المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في حكمٍ لها بقضية اسمها قضية (United States V.Eichman) الولايات المتحدة ضد (إيشمان) والذي أكدت فيه:" عدم دستورية قانون أصدره الكونغرس بشأن حظر كل وسيلة من شأنها الحط أو السخرية من تحيّة العلم الأمريكي، فضلاً عن معاقبة من يقوم بذلك،

---

[1] د.محمد رفعت عبدالوهاب، مصدر سابق، ص276، د. عماد محمد محمد ابو حليمة، مصدر سابق، ص631–632.

[2] نقلاً عن : د.وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع ايجابي –دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة المنصورة، العدد 62، 2017 ، ص728–729.

[3] د. أحمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص420.

وذهبت إلى أن حرق المتظاهرين للعلم الامريكي هو وسيلة يعبر المتظاهرون من خلالها عن وجهة نظر لهم، تجد أساسها في حرية التعبير التي يكفلها التعديل الدستوري الأول[1].

ظهر في قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية اتجاه يرى بعدم دستورية بعض القوانين، ليس بسبب مخالفتها الواضحة للدستور، بل لأن تقرير دستورية تلك القوانين قد يفتح المجال أمام البرلمان لإصدار قوانين توسع من نطاق اختصاصها. كما أن محاكم الولايات قد بدأت في استخدام أسلوب الرقابة على التناسب التشريعي منذ عام 1918، حيث يمكن للفرد اللجوء إلى المحكمة لطلب حكم يقرر ما إذا كان القانون الذي سيطبق عليه يتوافق مع الدستور أم لا؟ في هذه الحالة، يتعين على الموظف المكلف بتنفيذ القانون أن ينتظر حتى يصدر الحكم، فإن قررت المحكمة أن القانون يتناسب مع الدستور، يتم تنفيذه، أما إذا قررت عدم دستوريته، يمتنع عن تنفيذه[2].

وقد قضت المحكمة العليا الأمريكية في عام 1923 بعدم دستورية قانون اتحادي يحدد حداً أدنى لأجور النساء في العمل، معللة قرارها بأن المشرع سوف يتمادى ويتدخل بعمل التجار والبقالين، وعلاقاتهم بعملائهم. كما قضت المحكمة في عام 1927 بعدم دستورية قانون ولاية نيويورك الذي يحدد سعر إعادة بيع التذاكير المسرحية، معللة ذلك بأن المشرع يتدخل في تنظيم أتفه وسائل التسلية والترقية [3].

وهناك تطبيقات أخرى للمحكمة العليا حول الرقابة على التناسب التشريعي، فهناك قضية تسمى قضية (Kolender V. Lowson)؛ إذ جاء في حكمها حول هذه القضيّة أنّ:"

---

[1] United States V.Eichman. (1990), R.F.D.C, 1992, page. 171 and beyond. The link: https://firstamendment.mtsu.edu/article/united-states-v-eichman-1990 Accessed at. 5/12/ 2023.
ونصت المادة (202) من قانون العقوبات العراقية رقم (11) لسنة 1969 على: (يعاقب بالسجن مدة لاتزيد على عشر سنين أو الحبس كل من أهان بأحد طرق العلانية ألامة العربية أو الشعب العراقي أو فئة من سكان العراق أو العلم الوطني أو شعار الدولة).

[2] د. عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين –دراسة مقارنة، مجلّة جامعة دمشق، دمشق، العدد 2، المجلّد (17)، 2001، ص15.

[3] د.أحمد كمال أبو المجد، مصدر سابق، ص450– 451.

النصوص العقابية يجب أنْ تعرف الفعل تعريفاً يكفل للشخص العادي أنْ يفهم الفعل الذي يحظر الشارع ارتكابه وأنْ يجري النص على هذه الأفعال على نحو لا يؤدي إلى التحكّم أو التمييز..." [1].

وهناك حكم للمحكمة العليا الأمريكية في قضيّة (كاسيل ضد الشركة الموحدة لطرق الشحن) إذ قررت المحكمة في هذا الخصوص عدم دستورية قانون ولاية (أيوا) الذي كان يمنع بشكل عام استخدام الشاحنات ذات المقطورة المزدوجة، التي يبلغ طولها (65) قدماً، داخل الولاية، مع أنّ هذه الولاية عرضت أدلّة أمان جوهرية لتأييد القانون في المحكمة، فإنّ مصلحة سلامة الولاية وصفت من قبل المحكمة، بأنّها مصلحة وهمية؛ لأنّ قانون الولاية أضعف بصورة بارزة المصلحة الفدرالية في نقل كفء وآمن بين الولايات، فقد تمّ فحص الأدلّة العلمية بدقّة بحيث كان قانون ولاية (أيوا) بتطلّب استخدام عدد أكبر من شاحنات أصغر تجري قيادتها في ولاية (أيوا)، وتجبر الشاحنات الأكبر على أنْ تقطع مسافات أكبر لكي تلتف حول ولاية (أيوا)، وهذا يعني أنّ نصوصاً مختلفة في هذا القانون كانت تفيد سكان ولاية (أيوا) فقط، وتفرض أعباء إضافية ثقيلة على الولايات الأمريكية المجاورة لها [2].

وعرضت على المحكمة العليا الامريكية مشكلة تحية العلم؛ إذ كان ثمة تشريع في ولاية فرجينيا الغربية، يلزم الطلاب بأداء التحية للعلم في بدء كل يوم دراسي، الأمر الذي كان يستدعي رفضاً من جماعة شهداء الرب الدينية، وأعلنت المحكمة العليا دعم دستورية تشريع الولاية، والقرارات التي تصدر بموجب التشريع، ومن الحجج التي كتبها قائد الأغلبية في المحكمة العليا في هذا القرار " أن على الدولة الحديثة أن تعرف مقدما أن الفشل مكتوب على محاولة لتحقيق الإجماع في المسائل السياسية، أو الاعتقاد عن طريق الكبت والإكراه، وأن الاجماع الذي يولده الضغط ليس اجماعاً حقيقياً حياً، وإنما هو اجماع شبيه بوحدة العدم الذي

---

[1] وليد محمد عبد الصبور، التفسير الدستوري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2017، ص524.

[2]Kassel V. Consolidated Freight Ways Corp. Citation. (450) U.S. (662), 101 S. Ct. 1309, 67 L. Ed. 2d 580, 1981 U.S. 17. The link:
https://translate.google.com.eg/?hl=en&sl=ar&tl=en&text= . Accessed at 13/ 12/ 2023.

يخيم على القبور"[1]. ونحن نرى في هذا القرار أن المحكمة العليا قد راقبت نتائج القانون ومخرجاته، وما إذا كان القانون بصفته وسيلة سوف يحقق الغاية المرجوة منه، وما إذا كانت تلك الغاية ستحقق على أكمل وجه، وهذه هي إحدى صور الرقابة على تناسب التشريعات.

هذا وطبّقت المحكمة العليا الأمريكية الرقابة الصارمة على التناسب التشريعي وجعلته معياراً يتطلب في التشريع أنْ تكون له علاقة مباشرة أو ضرورية لتحقيق مصالح حكومية إجبارية أو ملحّة، وأنْ يوجد أقل الوسائل من حيث التقييد لفعل ذلك؛ إذ مارست هذه المحكمة الرقابة لحماية حق الخصوصية المتعلّق بالإجهاض، في قضيّة (Roe V. Wade) في عام 1973 والتي أقرت بها المحكمة بوجود الحق الدستوري بالإجهاض؛ إذ أبطلت قانوناً للولاية يمنع الإجهاض إلّا لإنقاذ حياة الأم، فمع تسليم المحكمة بالطابع الأساسي لحق الإجهاض فإنّ قيود الولاية لا يمكن تبريرها إلّا بمصلحة ملحّة للولاية، فقد انتهت المحكمة إلى توسيع نطاق الإجهاض، إلّا أنّها لم تسلم بكونه حقاً مطلقاً مقررة في ذلك أنّ للولاية مصلحة ملحة في صحة الأم تسمح بتنظيم معقول لعمليات الإجهاض بعد الأشهر الثلاثة الأولى فقط؛ لأنّه قبل تلك المدّة تكون الوفيات التي تترتب على الإجهاض أقل عدداً من الوفيّات التي تحدث أثناء الولادة الطبيعية، مما يعني أنّ للمرأة حقاً في الإجهاض خلال فترة الثلاثة أشهر الأولى من دون أي قيد؛ كما أنّ للولاية خلال الثلاثة أشهر الأخيرة من الحمل أنْ تمنع حدوث عملية الإجهاض"[2]. ومن بين القضايا التي حصل فيها تعارض بين حقوق المستوى الثاني وحقوق المستوى الأول هي قضية Dobbes v. Jackson أمام المحكمة العليا الامريكية في العام 2022[3] ، وهي التي تعارض فيها حق الإجهاض من جهة مع الحق بحياة الجنين الاحتمالية، غير أن المحكمة في هذا الحكم عدلت عن حكمها في قضية Roe والذي قدمت فيه الحق بالإجهاض على الحق بحياة الجنين الإحتمالية، وقد بررت المحكمة العليا هذا العدول بعدم اعتبار الاجهاض حقاً دستورياً منتقدة اتجاهها السابق في قضية Roe v. Wade التي لم

---

[1] **د. أحمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص**361.

[2] د. عصام سعيد العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 8، العدد 29، 2019، ص260.

[3] Dobbes V.Jackson U.S 19-1392, 2022, the link : https:www.supremecourt.gov. Accessed at: 30/7/2023

تقدم فيها أساساً دستورياً واضحاً في الاجهاض [1]. ويلاحظ أن تدخل المحكمة العليا الأمريكية في قضايا الإجهاض لحسم المسائل المتعلقة بالقانون والسياسة جاء متجاوزاً لحدود المسألة محل النزاع المطروح على المحكمة؛ ما إذا كان الدستور الامريكي يحمي قرار المرأة بإنهاء حملها، وإلى أي مدى توجد مصلحة للدولة في تدخل لتنظيم هذه المسألة، وكيفية التوفيق بين حرية المرأة في إنهاء حملها والمصلحة المهمة والمشروعة للدولة في التدخل لحماية الحياة المحتملة للجنين. وكيف يجب التدخل لحماية صحة المرأة في سياق تنظيم الإجهاض؟ ومتى وكيف يتم تعزيز "احترام الكرامة الانسانية"، أو أخلاقيات المهنة الطبية ؟ ويبدو واضحاً أن إثارة المحكمة العليا لكل هذه التساؤلات أو أخذها في الاعتبار لكل تلك العناصر يعني أنها لم تقصر ذلك على المسألة القانونية محل النزاع، وإنما أخذت في حسبانها أيضاً المسائل الأوسع المرتبطة بالسياسة العامة والمصلحة العامة[2].

فيما يتعلق بحق الانتخاب والترشح، فإن المحكمة العليا رأت في قضية Buckley v. Valeo [3]في عام 1976 بأنه من الممكن أن تطلب الجهات الرقابية من المرشح بالكشف عن الجهات التي تموله، ومن جانب آخر حكمت المحكمة العليا في قضية McCutcheon v. FEC في عام 2014 بعدم دستورية مواد القانون الذي سمح بالكشف عن الجهات الممولة للأشخاص الذين يقيمون مؤتمرات دعائية للمناقشات السياسية المتعلقة بالانتخابات، كما أكدت

---

[1] محمد المصطفى رسول محمد، مصدر سابق، ص62.

[2] د. وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع ايجابي، مصدر سابق، ص382. كان لقضاء المحكمة العليا الامريكية في قضايا الإجهاض آثار مباشرة وغير مباشرة على التشريع (ففي قضية Roe)، لم تقتصر المحكمة العليا الامريكية على منح "قرار المرأة بإجهاض أو عدم إجهاض نفسها" حماية دستورية، ولكنها أعلنت أن سياستها بشأن الإجهاض هي التي تشكل الإطار الدستوري الحاكم لهذا الموضوع، وعلى الرغم من تغيير هذا الإطار الدستوري لاحقا، فقد بقي القضاء الدستوري بشأن سياسة الاجهاض مستلهماً للقضاء السابق. فقد تأثر التشريع الأمريكي سواء على المستوى الاتحادي ام على مستوى الولايات، بالمتطلبات التي حددها المحكمة العليا من قبل كإطار حاكم بهذا الموضوع، ويلاحظ أن المحكمة العليا الامريكي لم يكتف بإلغاء التشريعات المطعون عليها في هذا السياق –سواء جزئيا او كليا– ولكنه عمل على إحلال سياسته محل هذه التشريعات. للمزيد ينظر: د. وليد محمد الشناوي، المصدر السابق، ص394.

[3] Buckley v. VALEO, 424 U.S.197. the link : https://www.supremecourt.gov. Accessed at 26/3/2023.

فيه على أن مواد القانون ذاته التي تسمح بالكشف عن الجهات التي تمول المرشحين بالدستورية [1].

وقد مارست تلك المحكمة الاتحادية هذا الدور خلال التاريخ الامريكي بمختلف مراحله، فساهمت بدرجة كبيرة في تكوين وتأصيل القيم السياسية والاقتصادية التي قام عليها المجتمع الامريكي، وقد أدى اضطلاع المحكمة بهذا الدور إلى أن تطلق عليها النظام الأمريكي حكومة القضاة، حيث أن تلك المحكمة لعبت دوراً هاماً وفاعلاً أساسياً في المسرح السياسي الأمريكي، فقد عبر عن ذلك حاكم مدينة نيويورك Haghes الذي أصبح فيما بعد قاضياً أعلى للمحكمة، إذ قال "يقودنا دستورنا، لكن قول هذا الدستور هو ما يقوله القضاء" وكذلك أعلن القاضي هولن" 1917 " إنني أقر دون تردد بأن القضاة مشرعون ويتوجب عليهم التشريع"[2] .

الفرع الثاني

موقف المحكمة الاتحادية العليا العراقية من التناسب التشريعي

من تطبيقات رقابة المحكمة الاتحادية العليا في العراق على رقابة التناسب في قضائها، قرارها الصادر عام 2013، إذ نص على ما يلي: " لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان وزير الخارجية إضافة لوظيفته، أقام هذه الدعوى للطعن بعدم دستورية بعض مواد القانون المرقم "27" لسنة 2011" قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء" ... بالنظر لوقوع تباين كبير في ما يخص رواتب موظفي وزارة الخارجية، ذلك أنهم من الدرجات العليا ولكنهم يتقاضون رواتب أقل ممن هم أدنى درجة وظيفية منهم، فضلاً عن أن رواتبهم هذه لا تتناسب مع مستوى المعيشة في البلدان التي يشغلون وظائف دبلوماسية فيها، أسوةً ببقية الدول الأخرى"، ... وحيث أن قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء" قد شرع دون اتباع السياقات المتقدمة والمشار اليها أعلاه لذا فإنه جاء مخالفا للدستور وقرر الحكم بعدم دستوريته وإلغائه..." [3]، ويلاحظ أن المحكمة الاتحادية

---

[1] McCutcheon v. FEC, 572 U. S. 185, 2014. The link: https://www.supremecourt.gov. Accessed at 27/3/2023.

[2] د. عبدالمنصف عبدالفتاح محمد ادريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص232-233.

[3] قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (24 / اتحادية / اعلام 2012) الصادر في (25 / 2 / 2013)، متاح على الموقع الالكتروني: https://www.iraqfsc.iq ، تاريخ الزيارة 2023/4/24

العراقية تمارس رقابة التناسب، من خلال الرقابة على مشروعية القوانين (أي الرقابة على دستورية القوانين)، وليست رقابة التناسب بذاتها.

وفي أحدث حكم لها حول رقابتها على التناسب التشريعي قضت بعدم جواز منح الرئاسات والدرجات الخاصّة راتباً تقاعدياً خلافاً لقانون التقاعد الموحد، حيث جاء فيه:" أنّ الوزير يعتبر من المكلفين بخدمة عامّة ويتقاضى راتباً من الدولة، لذا فإنّه من المشمولين بأحكام قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014 المعدّل"، وأضافت في نفس الحكم أنّه:" لا يوجد أي نص تشريعي يجيز منح رئيس الجمهورية ونوّابه وأعضاء مجلس الرئاسة، ورئيس مجلس الوزراء ونوّابه والوزراء، ومن بدرجتهم ومن يتقاضى رواتبهم ورئيس مجلس النوّاب ونوّابه وأعضاء مجلس النوّاب وأعضاء مجلس الحكم، وأعضاء المجلس الوطني المؤقت، ورئيس وأعضاء الجمعية الوطنية، ووكلاء الوزارات، ومن بدرجتهم، ومن يتقاضى راتب وكيل وزارة، والمستشرين، وأصحاب الدرجات الخاصّة، والمديرين العامّين، ومن بدرجتهم، ومن يتقاضى رواتبهم، ورئيس وأعضاء مجلس المفوّضين في المفوّضية العليا المستقلّة للانتخابات، ومفوضيّة حقوق الإنسان، ورئيس وأعضاء مجلس الرعاية في مؤسسة السجناء السياسيين، والمحافظ، ونائبه والقائمّقام، ومدير الناحية، ورؤساء مجالس الأقضية والنواحي، والمجالس البلدية، وأعضاءها (القواطع والأحياء) راتباً تقاعدياً خلافاً لأحكام قانون التقاعد الموحّد"[1].

كما أصدرت المحكمة الاتحادية العليا في العراق قراراً بإبطال نص يجعل تقدير التعويض عن الاستملاك بتاريخ وضع اليد، أو طلب الاستملاك أيهما أسبق؛ حيث طعن بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (800) لسنة (1989)، وقد رأت المحكمة أن التقدير بموجب هذا النص، يتعارض مع مفهوم التعويض العادل . كما رأت أن التناسب يستوجب وجود توافق بين "سبب القرار" والأثر المترتب عليه في مواجهة الواقع؛ إذ أنها ذهبت في قرارها السالف الذكر إلى أن النص المطعون فيه بتحديده أن التعويض يكون من تاريخ أقرب الأجلين، (وضع

[1] قرار المحكمة الإتحادية العليا العراقية رقم (36 اتحادية/ 2023) الصادر في 7/ 5/ 2023. هذا الحكم منشور على الموقع الإلكتروني: https://www.iraqfsc.iq، زيارتنا لهذا الموقع 12/14/ 2023.

اليد أو الاستملاك)، لا يتطابق مع الدستور الذي ينص على تعويض عادل [1]، لأن جوهر التناسب هو الموازنة بين مصلحة الفرد والمصلحة العامة.

هذا وطبقت المحكمة الاتحادية العليا الرقابة على التناسب في قضية أخرى حيث حصل تعارض بين حقين، حق الأب بإنقاص النفقة، وحق الإبن بالحصول على النفقة الكاملة، حيث ادعى المدعي بواسطة وكيله بأن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1000 لسنة 1983 الذي جاز زيادة النفقة من دون نقصانها يخالف دستور 2005 ويخالف أحكام قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة (1959)، وأن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل لم يراع التوازن بين المصالح المختلفة. حكمت المحكمة الاتحادية العليا بأن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل لم يخالف القانون لكن استخدمت قاعدة التفسير الدستوري المنشىء للنص لبيان أن نص القرار لم يمنع نقصان نفقة الأولاد حينما يحصل تغيير سلبي بموارد المكلف بها، مثلما يكون التغيير الايجابي سبباً لزيادة النفقة، أي أن المحكمة رجحت حق المدعي بتخفيض النفقة [2]، وتمثل هذه القضية تعارضاً فعلياً بين الحقوق وذلك لأن المحكمة لا تستطيع التوفيق بين كلا الحقين دون طرح العناصر المحيطية لأحد الحقوق.

كذلك، أن المحكمة الاتحادية العليا أقرت بدستورية النص التشريعي الذي يمنع إزالة شيوع العقار إذا كان شاغلاً من زوجة المورث أو أولادها القاصرين، وفي إقرارها بدستورية النص الذي يحرم المساهمين في الشيوع من التصرف في العقار الشاغل من قبل زوجة المورث أو أولادها القاصرين أنه جاء لحماية الأسرة ويكفل حياة آمنة للزوجة والقاصرين؛ أي أن المحكمة قد فاضلت بين القواعد الدستورية التي تؤكد على الحقوق والحريات، وبين القواعد الدستورية التي تؤكد على حفظ المرأة والطفولة، وأكدت المحكمة على أن الملكية وظيفة اجتماعية، واعتبرت أن النص لا يتعارض مع أحكام الدستور[3].

---

[1] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (21 / اتحادية / 2008) الصادر في (26 /5 / 2009) متاح على موقع المحكمة الالكتروني الرسمي: https://www.iraqfsc.iq ، تاريخ الزيارة 2023/3/20.

[2] قرارمحكمة التمييز الاتحادية العليا المرقم (33 / اتحادية / 2022) الصادر في 4/19/ 2022، المتاح على الموقع الالكتروني: https://www.alhewar.org ،تاريخ الزيارة 20 / 3/ 2023 .

[3] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (29/ اتحادية /2018) الصادر في (11/ 3/ 2018) متاح على موقع المحكمة الالكتروني الرسمي: https://www.iraqfsc.iq . تاريخ الزيارة 2023/4/28

ويمكن حل التعارض من خلال لجوء القضاء الدستوري لتطبيق معيار التناسب، وذلك عن طريق سعي القضاء للتوفيق بين الحقوق من خلال الضرورة وعقلانية الوسائل، ثم إجراء التوازن حينما لا يمكن التوفيق بين كلا الحقين أو الحريتين. تسعى بعض النظم القانونية إلى تعويض الفئات التي تعرضت للإجحاف تاريخياً عن معاناتها، فتلجأ الى معاملة فرد ينتمي الى هذه الفئات بشكل يتم تفضيله عن غيره لأسباب عديدة، ومنها أن هذا الشخص ضمن الفئات المستضعفة في داخل المجتمع أو لكونه من فئة تعرضت لاضطهاد عبر التاريخ، وهذا ما سماه الفقه اصطلاحاً بالتمييز الايجابي، والذي يعرف " بأنها الحالات التي يصبح فيها التمييز مشروعاً، ويعد كذلك في حال ما إذا كان له اهداف موضوعية، كمنح امتيازات للأقليات أو الفئات المضطهدة بالمجتمع التي تعرضت للتمييز فيما سبق على أساس اللون أو الدين أو الجنس، تحقيقاً للمساواة مع بقية فئات المجتمع" [1]. غير أن مفهوم التمييز الايجابي لا يدخل ضمن نطاق التعارض بين الحقوق والحريات وذلك لأنه يمثل سياسة الدولة في تحقيق المساواة بين الأفراد، وذلك من خلال تفضيل أفراد بعض الأقليات العرقية أو الاثنية أو الدينية أو الفئات التي تعرضت للاضطهاد أو الفئات المهمشة بداخل المجتمع، وبالتالي فإنه لو ظهر لنا في واقعة ما وجود تعارض بين أحد الحقوق والحق بعدم التمييز، ورجح حق الفرد الاول لكونه من الأقليات المضطهدة، فنكون هنا أمام حالة من حالات التمييز الايجابي، وبالتالي لا تعتبر تعارضا بين الحقوق والحريات الفردية [2].

وبالرجوع الى قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق فإننا نجد أنه قد عكس سياسة الدولة في تفضيل الفئات المضطهدة أو الأقليات، ومن هذه الفئات من خسروا ذويهم في العمليات الارهابية. ومثال على ذلك القضية رقم (101 / اتحادية/ 2022) لعام 2022، والتي نظرت فيها المحكمة بالطعن بقانون تعويض المتضررين من جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم 20 لسنة 2009، حيث طالبت جهة الطعن بضرورة اعتبار الراتب الذي يتقاضاه المتقاعد بموجب الفقرة (1) من المادة (12) من هذا القانون والذي يعادل ثلاثة اضعاف الراتب المنصوص عليه في قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014 أو أي

[1] محمد المصطفى رسول محمد، مصدر سابق، ص28.
[2] المصدر نفسه، ص29.

قانون يحل محله مخالفاً لنص المادة (14) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 والتي نصت على " أن العراقيين متساوون أمام القانون دون التمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي". وقد ذهبت المحكمة في هذا الحكم الى ان هذا القانون جاء تطبيقا لأحكام المادة (132) من الدستور لتعويض المشمولين وأسرهم مما عانوه من ظروف صعبة تتجسد بالحرمان الأسري والعاطفي والاقتصادي والاجتماعي ولا سيما الشهداء وذويهم والفئات الأخرى التي شملها النص، وأن تضحيتهم بالغالي والنفيس ما كانت إلا من أجل الحفاظ على استقلال الوطن وسيادته الأمر الذي يقتضي تمييزهم من حيث استحقاقهم للراتب التقاعدي وكذلك الجمع بين الراتب التقاعدي أو اي راتب آخر وفقاً لما هو منصوص عليه في هذا القانون [1]. ونرى في الواقع أن هذه القضية تمثل تمييزاً ايجابياً لسبب بسيط ان المشرع سعى لمعاملة فئة مظلومة ومتضررة بالمجتمع بشكل يختلف عن غيرهم من الفئات، وذلك بمنح امتيازات تختلف عن غيرهم من الأفراد في داخل المجتمع، وأن هذا التمييز لا يدخل ضمن نطاق التعارض بين الحقوق والحريات الفردية، بل أن التمييز الايجابي يمثل سياسة الدولة للتعامل مع الفئات المضطهدة أو الأقليات بطريقة تصنفهم وتساويهم مع غيرهم، من خلال وضع تشريعات وقوانين تساهم في إدراكها، ومن خلال وضع القضاء لمعايير تبين متى يكون التمييز مشروعا أو من خلال تشجيع القضاء الدستوري أو بقية سلطات الدولة على سياسة تشريعية تصب في هذا الاتجاه[2].

---

[1] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (101 / اتحادية / 2022) الصادر في 2022/5/12 للإطلاع أكثر يمكنكم مراجعة موقع المحكمة: https://www.iraqfsc.iq ،تاريخ الزيارة 4/2 2023.

[2] إن مفهموم التمييز الايجابي لا يدخل ضمن نطاق التعارض بين الحقوق والحريات الفردية، لأنه يمثل سياسة الدولة في تحقيق المساواة بين الأفراد، وكما نجد في سياق القضاء الدستوري، محاكم عديدة وضعت معاييراً تسمح للدول بتفضيل فئة على حساب فئة اخرى، ولعل من أبرزها المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان، والتي وضعت معاييراً في قضية اللغات في بلجيكا لتبين متى يكون التمييز فيها محظورا، ويعتبر كذلك متى ما انطوي على ما يلي:

أ- ان يكشف التصرف عن معاملة تمييزية.

ب- ألا يكون للتمييز هدفا، ولا يكون كذلك، لو كان هذفه غير موضوعي وغير معقول.

ت- ألا يكون هناك تناسب معقول بين الوسائل المستخدمة وبين الهدف الذي يسعى تحقيقه

وفي مجال القانون الانتخابي، مارست المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقابة التناسب، ففي قرارها رقم (11 / اتحادية / 2010) ادعى المدعي أن قانون تعديل قانون الانتخابات المرقم (26) لسنة 2009 المعدل لقانون الانتخابات رقم (16) لسنة (2005)، قد صدر من دون منح المكون الإيزيدي الحصة التي يستحقها قانونا، وحيث أن الأحكام الدستورية، أوجبت في المادة (49) منها، على أن يكون المقعد البرلماني مساوياً لكل مائة الف نسمة، ولما كانت (الكوتا) المخصصة للمكون الإيزيدي بموجب القانون المذكورن تقل كثيراً عن الواقع الفعلي لعددهم البالغ حوالي خمسمائة ألف نسمة، وهذا يعني أن المكون الإيزيدي يستحق خمسة مقاعد برلمانية، وليس مقعداً واحداً. وجاء من حيثيات القرار (...وحيث تبت لهذه المحكمة، من كتاب وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي – الجهاز المركزي للإحصاء وتكنولوجيا المعلومات – المرقم (3/1 / 1/ 8/ 3428) المؤرخ (16 /5 / 2010) من أن عدد المكون الإيزيدي في العراق الخاص بالتعداد العام للسكان لعام 1997، والذي لم يشمل محافظات إقليم كوردستان – العراق، وشمل فقط (15) محافظة هو (205 ر379) مائتان وخمسة آلاف وثلاثمائة وتسعة وسبعون نسمة، "وعند احتساب عدد سكان الإيزيدين بموجب معدل النمو السكاني في العراق لعام (2010) فانه سيكون (319 ر 273) مائتان وثلاثة وسبعون ألفا وثلاثمائة وتسعة عشر نسمة، وهو يمثل سكان (15) محافظة عدا محافظات إقليم كوردستان. وبذلك تجد المحكمة الاتحادية

وفي نفس السياق وضعت هيئة حقوق الانسان والمساواة البريطانية وجود شرطين، يكون من خلالها التمييز مشروعا، هما:
أولا : هل توجد ضرورة ملحة لهذا التمييز، وهل للتمييز هدف موضوعي.
ثانيا : هل الوسيلة التمييزية متناسبة مع الهدف، أو بتعبير أدق هل توجد وسائل أقل تمييزا يمكن اللجوء اليها، ففي حالة ما اذا كانت هذه الطريقة أقل الطرق تمييزا وكانت حاجة ملحة فيعد التمييز مشروعا. ومن جهة اخرى وضعت المحكمة الدستورية الألمانية معيارا للتمييز متى يعد التمييز مشروعا ومتى يكون انتهاكا للحقوق والحريات، وذلك في حكمها في القضية رقم (1 / 11 BvL 1) في العام 2013، فوضعت المحكمة معيارين، يفرض على المشرع في المعيار الأول ألا يكون التمييز الايجابي اعتباطيا، ويفرض على المشرع في المعيار الثاني ان يلتزم بمعيار التناسب بمدلوله الشديد بالإضافة للمعيار الاول. ويظهر مما تقدم ان المحكمة الدستورية الالمانية قد وضعت نظاماً اكثر من مستوى من أجل بيان الحالات التي يعد التمييز التشريعي فيها دستوريا. ويعد التشريع دستوريا حينما لا يكون اعتباطيا في المجالات التي لا تتعلق بالحقوق والحريات. وإما إذا تعلق التشريع بالحقوق والحريات فيجب أن يراعي المشرع معيار التناسب بمعناه الضيق ألا يكون اعتباطياً. محمد المصطفى رسول محمد، المصدر السابق، ص29 وما بعدها.

العليا من كتاب أعلاه، أن عدد نفوس المكون الإيزيدي يفوق ما خصص له من المقاعد في مجلس النواب، بالاستناد الى المادة (49) من الدستور، وحيث أن المادة (14) من الدستور تنص على أن (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس، أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي)، وأن تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين (م 16 من الدستور)، وحيث أن ما ورد في الفقرة (ب) من المادة (1 /ثالثا) من قانون تعديل قانون الانتخابات رقم 26 لسنة 2009، قانون تعديل قانون الانتخابات رقم 16 لسنة 2005، حكم غير دستوري، عليه قررت المحكمة الحكم بعدم دستوريتها، وبوجوب منح المكون الإيزيدي عدد المقاعد النيابية، يتناسب مع عددهم السكاني حسب الإحصاء في انتخابات مجلس النواب العراقي لدورته القادمة لعام 2014، وحسب التعداد السكاني الذي سوف يجري في العراق مستقبلاً، استناداً الى احكام المادة (49 / أولا) من الدستور"[1].

وفي مجال تقسيم الدوائر الانتخابية يلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا العراقية يمارس رقابة التناسب بصورة واضحة "...وهو أمر يقتضي من المشرع أن يكون قد اطلع على المفاهيم العامة التي قدمها الفقه والقضاء والمشرعون في الانظمة القانونية المقارنة حول الدوائر الانتخابية وطبيعة المبادىء المعتمدة في تنظيمها حتى يستخلص النظام الأفضل والأكثر ملاءمة لواقعه السياسي والاجتماعي"[2]، حيث أشارت إلى أن "المشرع الكوردستاني أغفل مبدأ التناسب السكاني في تحديد مقاعد برلمان كوردستان، الذي أكدته المادة (49/ اولا) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، التي نصت على (يتكون مجلس النواب من عدد من الأعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة الف نسمة من نفوس العراق يمثلون الشعب العراقي بأكمله، يتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري المباشر، ويراعي تمثيل سائر مكونات الشعب فيه)، وأن القانون عد إقليم كوردستان منطقة انتخابية واحدة، مما أفرز نتائج غير عادلة بالنسبة للانتخابات عام 2018، خلافاً لمبدأ تكافؤ الفرص لجميع العراقيين، بالإضافة الى عدم دقة سجل الناخبين، ولعدم اعتماد

---

[1] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (11 / اتحادية / 2010) الصادر في 2010/6/14. متاح على موقع المحكمة الالكتروني الرسمي: https://www.iraqfsc.iq ، تاريخ الزيارة 2023/5/2.

[2] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (83 وموحدتيها 131 و 185 / اتحادية / 2023) الصادر في (21 / 2 / 2024)، . متاح على موقع المحكمة الالكتروني الرسمي: https://www.iraqfsc.iq ، تاريخ الزيارة 2024/3/20.

المشرع على البيانات الرسمية الصادرة عن وزارتي التجارة والتخطيط في تنظيم سجل الناخبين مما يخالف المادة (20) من الدستور العراقي". وأكدت المحكمة على "أهمية وشرعية العملية الانتخابية، وتقسيم الدوائر الانتخابية على حسن اختيار الاسلوب المناسب لتقسيم الدوائر الانتخابية ليتسنى تمثيل سكانها في المجالس النيابية بعدد من المقاعد يتناسب مع عد السكان، وأن التلاعب في تقسيم الدوائر الانتخابية يؤثر بشكل كبير على نتائج الانتخابات، لذا قررت المحكمة بعدم دستورية المادة التاسعة من قانون انتخابات برلمان كوردستان العراق رقم (1) لسنة 1992 المعدل. هكذا يتضح أن المحكمة الاتحادية العليا قد مارست رقابة التناسب على تقسيم الدوائر الانتخابية، لكي تتحقق من وجود التوازن بين هذه الدوائر، والتقارب النسبي بينها، بحيث لا يكون هناك اختلاف شديد في أعداد الناخبين من دائرة إلى أخرى، مما يترتب عليه اختلاف في الوزن النسبي لصوت الناخب بدرجة كبيرة، ووضع ضابط لتقسيم الدوائر الانتخابة، هما التمثيل العادل للسكان، والتمثيل العادل للمحافظات، أي أن تقسيم الدوائر الانتخابية يجب أن ينضبط بحيث يتناسب وعدد السكان في كل دائرة من الدوائر التي تقسم اليها الاقليم بمراعات التجاور الجغرافي"[1].

وجدير بالذكر أنّ المحكمة الإتحادية العليا في العراق تطبق هذا المبدأ –مبدأ التناسب– منذ تأسيسها، ولكنّها نأت بنفسها عن النظر في كثير من المسائل، بحجّة أنّ السلطة التشريعية لها صلاحية البت في هذا الأمر أولاً، ومنها على سبيل المثال عدم النظر في القرارات ذات الطابع الإداري للسلطة التشريعية، كقبول الطعن في صحة العضوية في مجلس النوّاب، وإقالة أصحاب الدرجات العليا، وكذلك امتنعت عن النظر في الطعن بخصوص قانون تعديل انتخابات مجالس المحافظات؛ كونها خياراً تشريعياً لمجلس النوّاب أقرّه له الدستور[2].

هذا وقد استقرّ القضاء الدستوري سواءً في الولايات المتحدة الأمريكية أم في العراق على حماية السلطة التقديرية للمشرّع باعتبارها من ضوابط الرقابة الدستورية، إلّا أنّه على الرغم

[1] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (83 وموحدتيها 131 و 185 / اتحادية / 2023) الصادر في (21 / 2 / 2024)،. متاح على موقع المحكمة الالكتروني الرسمي: https://www.iraqfsc.iq ، تاريخ الزيارة 2024/3/20.

[2] د. عدي طلال محمود، الميول السياسية للقاضي الدستوري وأثرها في تسبيب الأحكام، مجلّة الدولية للقانون، كليّة القانون، جامعة قطر، المجلّد (11)، العدد الثاني، 2022، ص81.

مما استقرّ عليه القاضي الدستوري في هذا الشأن، فإنّ الواقع العملي للقضاء الدستوري في التشريعات المقارنة موضوع البحث، يكشف بجلاء عن خروج القاضي الدستوري عن التزامه بهذا القيد، وذلك بمراقبة السلطة التقديرية للمشرّع في حالات معينة، حتى أصبحت في الوقت الراهن حقيقة واقعية لا سبيل إلى إنكارها، أو عدم العمل بها. وفي الواقع فان رقابة المحكمة الدستورية على التناسب في مجال التشريع لا تحظى بذات الجدل أو الخلاف الفقهي الذي تعرضت له بعض صور الرقابة الأخرى على السلطة التقديرية للبرلمان، وفي مقدمتها رقابة الملاءمة، وربما يعود ذلك الى صراحة وكثرة أحكام القضاء الدستوري في إعمال رقابتها على مدى تحقق التناسب في تقدير المشرع [1].

يعتبر تدخل المحاكم الدستورية في الاختصاص التشريعي للبرلمان نتيجة مباشرة للمشكلات وفشل التنظيم من قبل سلطة البرلمان ، ويعتبر إجراءً علاجياً للمشاكل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، من الناحية العملية، يكشف الواقع العملي للمحاكم الدستورية بوضوح عن رقابته لإختصاصات البرلمان بهدف ضمان وحماية حقوق وحريات الأفراد. ومع ذلك، لم يعلن القاضي الدستوري صراحة عن امتداد رقابته لتقديرات واختيارات المشرع، إذ يتجنب ذلك خوفًا من إثارة خلاف مع السلطة التشريعية، رغم أن حيثيات أحكامه تشير إلى ذلك. في هذا السياق، يعد مبدأ التناسب أداة مبتكرة طورها القاضي الدستوري لتحقيق التوازن والتوفيق بين القيم والمبادئ والمصالح المختلفة التي يحميها القانون.

هذا وأن دور القضاء الدستوري لم يعد يقف عند حد تطبيق ظاهر أو صراحة النص، وإنما يتطلب منه الغوص في أعماق التفسيرات والتأويلات لكثير من المقاصد والمعاني والمدلولات والأعمال التحضيرية للتشريع، ثم تأتي ملاءمات وموازنات واقع التطبيق، ومن ثم أصبح هذا الدور يتخطى حدود الرقابة بمفهومها التقليدي، وأصبح يتضمن تحديداً للعديد من المضامين والأطر لكثير من الحقوق والحريات والواجبات العامة والإلتزامات الدستورية؛ الأمر

[1] للمزيد حول رقابة التناسب في مجال التشريع ينظر :د. جورجي شفيق ساري، مصدر سابق، ص17 وما بعدها. د.زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1997، ص208 وما بعدها. د. يسرى العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مجلة الدستورية، العدد 18 ، السنة الثامنة، 2010، ص16 وما بعدها.

الذي نتج عنه دور أساسي ومحوري للقضاء الدستوري، بإسهامه الفاعل في تحويل نصوص الدستور الى واقع حي ملموس، يستطيع من خلالها تحقيق نوع من التوازن بين النص الدستوري وظروف الواقع المطبق فيه والمخاطبين به، مما ينتج عنه انشاء قوانين و مبادىء جديدة، ومن ثم يمارس القضاء الدستوري في مختلف دول العالم دوراً محورياً، لا يمكن إنكاره، في مجال تطور النظم القانونية والمفاهيم الدستورية، فالقاضي الدستوري يمارس سلطة تقديرية واسعة، يكون له في ظله تأثير كبير على السياسات العامة للمجتمع، في مختلف المجالات، ومن ثم يتعين عليه أن يقيم توازناً بين الاعتبارات القانونية والسياسية.

الخاتمة

بعد إتمام البحث في موضوع (التدخل التشريعي للقضاء الدستوري من خلال الرقابة على التناسب التشريعي) توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات وتبلورت لدينا جملة من المقترحات يمكن بيانها على النحو الآتي:

أولا/ الاستنتاجات

1- يعد التناسب التشريعي من أهم المواضيع الراهنة، حيث أصبح حقيقة واقعية لا يمكن إنكارها في قضاء الدستورية، إنه يعكس ما يتمتع به المشرع من جوانب تقديرية، مما

يجعله مظهراً لاستقلاله، كما يمثل مبدأ التناسب أداة مبتكرة طورها القاضي الدستوري لتحقيق التوازن والتوفيق بين القيم والمبادئ والمصالح المختلفة التي يحميها القانون.

2- إن رقابة القضاء الدستوري على التناسب في مجال التشريع ليست محلاً لذات الجدل أو الخلاف الفقهي الذي تعرضت له بعض صور الرقابة الأخرى على السلطة التقديرية للمشرع، وفي مقدمتها رقابة الملاءمة، وربما يعود ذلك الى صراحة وكثرة أحكام القضاء الدستوري في إعمال رقابتها على مدى تحقق التناسب في تقدير المشرع.

3- رقابة القضاء الدستوري على التناسب تنصب في الواقع على ركن المحل كأحد أركان التشريع، إذ أنها تبحث مدى تناسب الوسائل التشريعية التي اتخذها المشرع لتحقيق الغايات التي دفعته الى التدخل بالعملية التشريعية ابتداءً، أو دفعته الى تبني وجه تنظيمي دون غيره كحل للمسألة التشريعية، ومدى تناسب هذا الوجه الذي تبناه ومدى نجاعته، في تحقيق الأغراض التي توخاها من وراء إقراره، أو يمكن القول بعبارة أخرى ان الرقابة على التناسب تبحث مدى تناسب محل التشريع مع سببه من ناحية، ومع الأغراض التي توخي المشرع تحقيقها من وراء تدخله من ناحية أخرى، وذلك من خلال الوقوف على مدى الاتصال العقلي أو المنطقي بين هذا الهدف وتلك الوسائل، ومن ثم مدى تناسبهما معا.

4- ان القاضي الدستوري في العراق والولايات المتحدة الأمريكية قد خطا خطوات هائلة بشأن رقابة التناسب التشريعي، حيث توسع في ممارسة هذه الرقابة في كافة مجالات التشريع، واتخذ منها سلاحا قويا لتعميق رقابتها وتفعيلها من أجل ضمان ممارسة الحقوق والحريات.

5- وجود قواعد دستورية غير مكتملة وفضفاضة، خصوصاً تلك المتعلقة بمبادئ وحقوق الإنسان، يتيح للقضاء الدستوري مجالاً أكبر للإبداع التشريعي والتدخل في صنع السياسات. فكلما كانت القواعد الدستورية غير مكتملة وغير محددة المعاني، زادت الفرصة أمام القضاء الدستوري للتأثير في المجال التشريعي وصياغة السياسات.

ثانيا/ التوصيات

1- يجدر بالقضاة، لا سيما عندما تكون للمسائل المطروحة عليهم ذات أبعاد سياسية، أن يستخدموا صيغاً فنية لتطبيق المبادىء أو المفاهم الفقهية الحاكمة لهذه المسائل لذا نوصي المحكمة الاتحادية العليا في العراق بضرورة اعتماد مبدأ التناسب في قراراتها لتقييم مختلف الأوضاع وحل النزاعات الدستورية بطريقة أكثر عدلاً، وذلك للحفاظ على المشروعية الاجتماعية وتعزيز قبول المجتمع لأحكام القضاء، ومنع اتهام القضاة بالتأثر بالسياسة.

2- إن القضاء الدستوري لا يحكم بعدم دستورية ما ارتأه المشرع من حلول إلا اذا كان خطأ المشرع ظاهراً بيناً، لا وجه لقبوله دستورياً، أو بمعنى آخر لا وجه لأن تحتمله النصوص الدستورية وأهدافها العليا عند البحث فيها أو تفسيرها وفقاً لمناهج التفسير المعتبر قانوناً.

3- يجب على السلطة التشريعية أخذ متطلبات التناسب في الاعتبار لدى مباشرة سلطتها، حال تدخله لعملية التشريع، نقطة توازن مناسبة ومعقولة ومبررة إجتماعياً (اي مقبولة دستوريا) بين الحقوق والحريات الخاضعة للتنظيم من ناحية، وبين الأهداف والمصالح العامة التي يسعى إلى تحقيقها من ناحية أخرى.

4- أن يكون تدخل القضاء الدستوري بالرقابة على سلطة المشرع التقديرية حذراً متوازناً، مع مراعاتها للضرورات العملية التي تحيط بالعملية التشريعية استجابة لواقع المجتمع وظروفه المتغيرة اجتماعيا وسياسيا واقتصاديا، مؤداه أن يكون القضاء أكثر حرصاً ورؤية في رقابتها على تلك السلطة، وذلك من خلال ضرورة حرصها على التزام ضوابط التقييد الذاتي في مثل هذه الرقابة، بما يقتضيه ذلك عدم جواز القضاء بعدم دستورية ما يقدره المشرع من بدائل وحلول، إلا بقرينة قاطعة.

المصادر

أولاً/ الكتب

1- د. أحمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

2- د.جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا –دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2012.

3- د.جورج شفيق سارى، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

4- د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

5- د.رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة، دار النهضة العربية، 2004.

6- د. عبدالمنصف عبدالفتاح محمد ادريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري –دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2011.

7- د. عبدالحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحرّيات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

8- د. عماد محمد محمد ابو حليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع –دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.

9- د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينية جان دبوي للقانون والتنمية، 2003.

10- د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1997.

11- د. محمد ماهر ابوالعينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته –دراسة تطبيقية، الجزء الثاني، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.

12- د. محمد رفعت عبدالوهاب، رقابة القضاء الدستوري على دستورية القوانين – المبادىء النظرية والتطبيقات الجوهرية ، دار الجامعة الجديدة، 2010.

13- محمد المصطفى رسول محمد، مناهج القضاء الدستوري في حل التعارض بين الحقوق والحريات الفردية، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ط1، 2024.

14- د. يوسف عبدالمحسن عبدالفتاح، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2019.

ثانياً/ أطاريح الدكتوراه:

1- د.هالة أحمد سيد أحمد المغازي، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الشخصية، أطروحة دكتوراه، غير منشور، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2004.

2- وليد محمد عبد الصبور، التفسير الدستوري، أطروحة دكتوراه، غير منشور، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2017.

ثالثاً/ الأبحاث المنشورة:

1- د. جورجي شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري –دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في بعض الأنظمة، مجلّة البحوث القانونية والاقتصادية،كلية الحقوق – جامعة المنصورة، العدد (66)، أغسطس/ 2018.

2- د. عدي طلال محمود، الميول السياسية للقاضي الدستوري وأثرها في تسبيب الأحكام، مجلّة الدولية للقانون، كليّة القانون، جامعة قطر، المجلّد (11)، العدد الثاني، 2022.

3- د. عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين- دراسة مقارنة، مجلّة جامعة دمشق، دمشق، المجلّد (17)، العدد الثاني، 2001.

4- د. عصام سعيد العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 8، العدد 29، 2019.

5- د. فوّاز محمد الخرينج، مدى شرعية السلطة التقديرية للرقابة الدستورية في حالة الإغفال التشريعي، المجلّة القانونية، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، فرع الخرطوم، المجلّد الثاني، العدد الأول، 2020.

6- د. مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، مجلة الحقوق، كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الكويت مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد 1، 2017.

7- د.وليد محمد الشناوي، دور المحاكم الدستورية كمشرع ايجابي –دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق – جامعة المنصورة، العدد 62، ابريل 2017 .

8- د. يسرى العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مجلة الدستورية، تصدر عن المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد 18، السنة 8، 2010.

رابعاً/ المصادر باللغة الأنكليزية:

1- Dobbes V.Jackson U.S 19-1392, 2022, the link : https:www.supremecourt.gov. Accessed at: 30/7/2023

2- Buckley v. VALEO, 424 U.S.197. the link : https://www.supremecourt.gov. Accessed at 26/3/2023.

3- McCutcheon v. FEC, 572 U. S. 185, 2014. The link: https://www.supremecourt.gov. Accessed at 27/3/2023.

4- Kassel V. Consolidated Freight Ways Corp. Citation. (450) U.S. (662), 101 S. Ct. 1309, 67 L. Ed. 2d 580, 1981 U.S. 17. The link: https://translate.google.com.eg/?hl=en&sl=ar&tl=en&text= . Accessed at 13/ 12/ 2023.

5- GRANT HUSCROFT, BRADLEY W. MILLER, GREGOIRE webber, proportionality and the rule of law, Cambridge university press, 2014, page. 4, the link: https://www.les.ac.uk/collections/law/WPS2014-13

6- MARIUS ANDREESCU, proportionality a constitutional principle, page. 10. The link: http://uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_13_2010/01andreeescu.pdf

7- United States V.Eichman. (1990), R.F.D.C, 1992, page. 171 and beyond. The link: https://firstamendment.mtsu.edu/article/united-states-v-eichman-1990 Accessed at. 5/12/ 2023.

خامساً/الدساتير والقوانين

1- دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1787.

2- قانون العقوبات العراقي رقم (11) لسنة 1969.

3- دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

سادساً/القرارات القضائية

1- قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (21 / اتحادية / 2008) الصادرة في 26 /5 / 2009، متاح على موقع المحكمة الالكتروني الرسمي: https://www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/3/20.

2- قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم(11 / اتحادية / 2010) الصادرة في 2010/6/14. متاح على موقع المحكمة الالكتروني الرسمي: https://www.iraqfsc.iq . تاريخ الزيارة 2023/5/2.

3- قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (46 / اتحادية / 2011) الصادرة في (22 / 8 / 2011)). متاح على موقع المحكمة الالكتروني الرسمي: https://www.iraqfsc.iq . تاريخ الزيارة 2023/4/25.

4- قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (24 / اتحادية / اعلام 2012) الصادرة في (25 / 2 / 2013)، . متاح على الموقع الالكتروني: https://www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/4/24

5- قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (121 / اتحادية / اعلام / 2013) الصادرة في (5 / 5 / 2014))،متاحة على موقع المحكمة الالكتروني: https://www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 23 /1 /2023 .

6- قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (54 / اتحادية / اعلام / 2016) الصادرة في (23 / 8 / 2016))،متاحة على موقع المحكمة الالكتروني: https://www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 23 /1 /2023 .

7- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (29 / اتحادية / 2018) الصادرة في(11 / 3 / 2018). متاح على موقع المحكمة الالكتروني الرسمي: https://www.iraqfsc.iq . تاريخ الزيارة 2023/4/28 .

8- قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (31 / اتحادية / اعلام / 2019) الصادرة في (22 / 8 / 2019)) . متاح على موقع المحكمة الالكتروني الرسمي: https://www.iraqfsc.iq نارخ الزيارة 2023/4/22.

9- قرارمحكمة التمييز الاتحادية العليا المرقم (33 / اتحادية / 2022) الصادرة في 4/19/ 2022، المتاح على الموقع الالكتروني: https://www.alhewar.org تاريخ الزيارة 20 / 2023/3 .

10- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (101 / اتحادية/2022) الصادرة في 2022/5/12، للإطلاع أكثر يمكنكم مراجعة موقع المحكمة: https://www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/3/5.

11- قرار المحكمة الإتحادية العليا العراقية رقم (36)/ اتحادية/ 2023، بتاريخ 7/ 5/ 2023. هذا الحكم منشور على الموقع الإلكتروني https://www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 12/14/ 2023.

12- قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (83 وموحدتيها 131 و 185 / اتحادية / 2023)، الصادر في (21 / 2 / 2024)، . متاح على موقع المحكمة الالكتروني الرسمي: https://www.iraqfsc.iq . تاريخ الزيارة 2024/3/20.