موقف القضاء الدستوري المقارن من رقابة ضرورة التشريع وملائمته

م.د منير حمود دخيل الشامي
Lawp1e23@utq.edu.iq
العراق، كلية القانون، جامعة ذي قار

The position of the comparative constitutional judiciary regarding oversight of the necessity and appropriateness of legislation

Lecturer. Dr. Munir Hmood Dakheel
University of Thiqar-College of Law

المستخلص

الأصل أن يُحدد الدستور اختصاصات كل سلطة من السلطات الثلاثة كي تباشرها في حدود الدستور، ويمتنع على كل سلطة–طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات– أن تمارس اختصاصات سلطة أخرى، وحينما تسن السلطة التشريعية تشريعاً فإنه ينبغي أن لا يتعارض مع الدستور، طبقاً لتدرج القواعد القانونية التي يأتي الدستور في قمتها، إلا أنه مع التزام السلطة التشريعية بعدم التعارض مع الدستور، فإنها تملك الحرية في ممارسة سلطتها في سن التشريعات، وذلك في حدود الدستور، وهي تملك سلطتها هذه سواء كانت محددة أحياناً بنصوص دستورية مباشرة تُلزمها بشيء أو الامتناع عن شيء، أو كانت في أحيان أخرى سلطة تقديرية. وهنا تكون رقابة القضاء الدستوري على التشريعات هي رقابة مشروعية دون الحاجة إلى البحث في مدى ضرورتها أو ملاءمتها، إلا في بعض الحالات التي تتطلب من القضاء الدستوري التدخل من أجل حماية الحقوق والحريات، وبخاصة ما يتعلق بالقوانين الجنائية.

كلمات مفتاحية: القانون, الدستور, التشريع, الملائمة

Abstract

The constitution is the cornerstone and foundation upon which all legal activities conducted by the state with its various public authorities are based in modern legal systems, as it is the cornerstone and foundation upon which all legal activities conducted by the state with its various public authorities are based. Because it - the constitution - is superior to other legal rules, all actions taken by various authorities must adhere to its provisions, in accordance with the principle of the constitution's

supremacy. As a result, having a means to protect the constitution from tampering with its provisions and to keep it at the top of the legal organization in the state became critical, and not to violate it by the lower rules, and this means lies in monitoring the constitutionality of laws. There is no doubt that judicial oversight of the constitutionality of laws comes with caveats that require the party conducting them to follow the controls set in place, the most important of which is that the texts of the constitution serve as a reference in this oversight, which extends beyond the law and decides in light of its constitutionality.

Key Words: Law Constitution legislation Appropriate

المقدمة:

يحتل الدستور في النظم القانونية الحديثة منزلة رفيعة، باعتباره حجر الزاوية والاساس الذي ترتكز عليه كافة الأنشطة القانونية التي تمارسها الدولة بمختلف سلطاتها العامة. فهو– الدستور–يعلو عن غيره من القواعد القانونية، لذا يجب أن تكون كافة الأعمال الصادرة من مختلف السلطات مطابقة لأحكامه، إعمالاً لمبدأ سمو الدستور. ومن ثم أضحى من الأهمية بمكان وجود وسيلة تكفل حماية الدستور من العبث بأحكامه وتحفظ له البقاء على قمة التنظيم القانوني في الدولة، وعدم مخالفته من جانب القواعد الأدنى، وتكمن هذه الوسيلة في الرقابة على دستورية القوانين. ولا شبهة في أن للرقابة القضائية على دستورية القوانين محاذيرها التي تقتضي أن تتقيد الجهة التي تباشرها بالضوابط المرسومة لها، وأهمها أن تكون نصوص الدستور مرجعاً في هذه الرقابة، تُعليها على القانون، وتفصل على ضوئها في دستوريته.

والمشرع لا يتوخى بتنظيمه للحقوق على اختلافها أن يكون هذا التنظيم دائراً في فراغ، وإنما الأغراض المحددة التي يستهدفها ويعمل على تحقيقها، هي التي تحدد مقصده من هذا التنظيم ومضمون النصوص القانونية التي يحتويها، وحقيقة المسائل التي يتناولها، ومن ثم تدل هذه الأغراض على وجهة المشرع فيما أقره من النصوص القانونية. وكلما أضمر المشرع هدفاً غير مشروع فيما أقره من القواعد القانونية، تعين القول بمجاوزتها حدود استعمال السلطة، ولو كان المشرع يعمل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها، ذلك أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور. ولئن صح القول بأن الديمقراطية وعلى حد قول الرئيس الأمريكي **Lincoln Abraham** :"لا تعني تحررها من كل قيد عليها، ولا تسلط الأقلية". فإن من الصحيح أن إرادة أغلبية أعضاء السلطة التشريعية، لا يجوز أن تكون جوهر الديمقراطية، إلا بشرط معقولية تصرفاتها والتي تراقبها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لضمان اتصالها بمصالح

المواطنين. ومن ثم تكون المصلحة العامة قيداً غائياً على السلطة التقديرية للمشرع، وهو قيد مؤداه ألا ينحاز المشرع لغرض غير مشروع.

والسلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع تختلف من دولة لأخرى، ومن مجال لأخر، حسب الوثيقة الدستورية، وأسلوب صياغتها، والفلسفة السياسية المهيمنة عليها. وتظهر السلطة التقديرية للمشرع في **أمرين**، يتعلق أولهما بضرورة التشريع من عدمه، ويتعلق ثانيهما بمدى ملائمة التشريع لظروف المجتمع.

وتهدف الدراسة للإجابة بطريقة تحليلية ومن خلال احكام القضاء الدستوري المقارن، عن تساؤل محوري حول الدور الذي يلعبه القضاء الدستوري في رقابة الدستورية، وممارسته للرقابة على ضرورة التشريع وملائمته، وكيف تعامل القضاء الدستوري المقارن مع هذه الجزئية في تفسيره للقوانين؟، وما هي خيارته، والاساس الذي ينطلق منه؟، وما هي المراحل التي مر بها وهو يمارس ذلك النوع من رقابة الدستورية على التشريعات التي تسنها السلطة التشريعية؟

وتقوم خطة البحث على تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، الأول نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين، نتناول فيه دراسة الضوابط الذاتية للرقابة على الدستورية في القضاء الدستوري كمطلب أول، ورقابة القضاء الدستوري على مخالفة القيود الشكلية والموضوعية الواردة في الدستور كمطلب ثاني. بينما يليه المبحث الثاني يخصص لدراسة الضوابط العامة لرقابة الدستورية على القوانين، تناول فيه بالدراسة رقابة القضاء الدستوري على ضرورة التشريع كمطلب أول، في حين سيكون المطلب الثاني: رقابة القضاء الدستوري على ملائمة التشريع.

المبحث الأول: نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين

يبلور مبدأ الخضوع للقانون جوهر الرقابة على الشرعية الدستورية وأساسها، وهو كذلك ضمان لحمل السلطة أياً كان موقعها، على التقيد بالضوابط التي ألزمها الدستور بها ليمنعها من تعميق امتيازاتها، أو إساءة استخدامها، أو فرضها لقيم ترعى بها مصالح محدودة أهميتها، أو اهمالها إرادة مواطنيها أو امتهانها، أو تنظيمها لشؤونهم بما يروعهم، أو تدخلها في مظاهر حياتهم الخاصة، أو انقلابها على حقوقهم وحرياتهم لطمسها، أو قمعها لخصومها لضمان طاعتهم لها. فقضاء الدستورية قد استقر على أن رقابته على دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، غايتها أن تردها جميعاً إلى أحكام الدستور تغليباً لها على ما دونها، وتوكيداً

لسموها، لتظل لها الكلمة العليا على ما عداها، وسبيلها إلى ذلك أن تفصل في الطعون الموجهة إلى تلك النصوص، ما كان منها شكلياً أو موضوعياً. وبالتالي فأن البحث في النطاق أو الإطار الذي يتحرك فيه قضاء الدستورية من غير أفراط أو تفريط وفقاً لما رسمه لها الدستور أو القانون أو كلاهما معاً يُعد ركيزةً ووتداً أساسياً لهذا القضاء. ولبيان هذا النطاق وحدوده، يتوجب البحث أولاً في تحديد **الضوابط الذاتية للرقابة على الدستورية في القضاء الدستوري كمطلب أول، ورقابة القضاء الدستوري على مخالفة القيود الشكلية والموضوعية الواردة في الدستور كمطلب ثاني.**

المطلب الأول: الضوابط الذاتية للرقابة على الدستورية في القضاء الدستوري

لا يجوز للقضاء الدستوري ان يخوض في اختصاص ليس له، ولا ان يتخلى عن اختصاص انيط به أو مجاوزته لتخوم اختصاصه، لان ذلك محظور دستورياً، فرقابته تكون في حدودها المنطقية، فلا يكون التدخل بها مؤذناً بانفلاتها من كوابحها، بل متوازناً بما يصون موجباتها، ولا يخرجها عن حقيقة مقاصدها، كأداة تكفل في آن واحد سيادة الدستور من جهة، ومباشرة سلطات الدولة–التنفيذية والتشريعية–لاختصاصاتها التقديرية دون عائق من جهة أخرى. وعليه **سنتناول في هذا المطلب** أهم الضوابط التي يقرر القضاء الدستوري أنه ملتزم بها في ممارسة رقابته الدستورية وكما يلي: **الفرع الأول:** عدم تعرض القاضي الدستوري للمشكلة الدستورية إلا عند الضرورة. **الفرع الثاني:** وجود قرينة قانونية مؤداها أن الأصل في القوانين توافقها مع الدستور.

الفرع الأول: عدم تعرض القاضي الدستوري للمشكلة الدستورية إلا عند الضرورة: وضعَ القضاء الدستوري هذه القيود حيث أن الرقابة وإن كانت جزءاً داخلاً في وظيفته القضائية، فإن لها مع ذلك دقة وخطورة ليست لسائر أجزاء هذه الوظيفة القضائية، وذلك لما تنطوي عليه من التعرض للحكم على أعمال سلطة أخرى من سلطات الدولة، هذا فضلاً عن الآثار القانونية والسياسية الخطيرة التي قد تترتب على القضاء بعدم الدستورية، فما دامت المهمة الأصلية للقضاء الدستوري هي الوصول إلى حل ما يُعرض عليه من الخصومات ببيان حكم القانون فيها، فإنه لا يجوز أن يتصدى للبحث في الدستورية إلا إذا كان ذلك البحث مسألة أولية يتوقف الفصل في موضوع الخصومة على الفصل فيها[1]. وتُعبر المحكمة العليا في الولايات

[1] د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، مصر، ١٩٦٠م، ص٤٣٩.

المتحدة الأمريكية أحياناً عن هذه القاعدة بقولها:" إنه إذا أمكن الفصل في الخصومة عن غير طريق المسألة الدستورية فلا يجوز للمحكمة بالتالي الخوض في تلك المسألة"، أي لا تتصدى للمسألة الدستورية إلا عند الضرورة القصوى. وبرز هذا الضابط أو المعيار من خلال اجتهادات القضاء الدستوري، المتمثل **بالمحكمة العليا، إذ** عبرت عن هذا المعنى بوضوح في حكم لها سنة ١٩٤٧م، مقرره:" أن الرقابة وإن كانت جزءاً من الوظيفية القضائية، فإن لها طبيعة دقيقة حملت المحكمة على انتهاج سياسة متحفظة في تناولها، ومن مظاهر هذه السياسة امتناع المحكمة عن التعرض لها أصلاً إذا أمكن الفصل في الدعوى على أساس آخر"[١]، والمحكمة العليا قد أكدت في حكم شهير لها عن هذه الحقيقة أو الضابط بقولها:" إن هذه المحكمة قد قررت مراراً أنها لا تتعارض لبحث دستورية القوانين إلا إذا كان هذا التعرض أمراً لا يمكن تجنبه، فإذا أثُيرت في الدعوى مسألتان، أحدهما دستورية والأخرى غير دستورية، وكان تأسيس الحكم على هذه الأخيرة يغني–بعد ذلك–عن إثارة المسألة الدستورية فإن على المحكمة أن تسلك هذا السبيل، وهذه هي القاعدة التي يجب أن تسترشد بها المحاكم الدنيا كما تسترشد بها هذه المحكمة[٢]. ولقد سارت **المحكمة الدستورية العليا المصرية** على ذات النهج الذي خطته المحكمة العليا، فأقرت هذا الضابط أو المعيار المحدد لعمل القاضي الدستوري، حيث تقول:" لا يجوز على ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية نص تشريعي في غير خصومة، تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا أن تُقرر قاعدة دستورية لم يحن أوان ارسائها، أو قاعدة دستورية تُجاوز بأتساعها أو مداها الحدود التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروض عليها، وليس لها كذلك الفصل في المسائل الدستورية التي يُثيرها النص التشريعي المطعون عليه، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزاياه أو كانت الأضرار التي رتبها لا تتصل بالمصالح التي يدعيها اتصالاً شخصياً ومباشراً أو كان ممكناً حمل حكمها في النزاع المطروح عليها على أساس آخر، وعليه دوماً وكشرط أولي لممارستها رقابتها على الدستورية، أن تستوثق مما

---

[١] حكم المحكمة العليا في القضية Rescue Army v. Municipal Court of Los Angeles, 331 U.S. 549 (1947)
(Under the Court's long-standing policy that constitutional questions should not be decided unless absolutely necessary، the Court declined to exercise its jurisdiction)

[٢] حكم المحكمة العليا في القضية Alma Motor Co. v. Timken-Detroit Axle Co., 329 U.S. 129 (1946)

إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المطعون عليه على نحو يُجنبها الحكم بعدم الدستورية"[١].

ومما تقدم نلاحظ أن القضاء الدستوري المقارن قصد من وراء هذا الضابط عدم التعرض للمشكلة الدستورية إلا عند الضرورة، هو تضيق نطاق الرقابة وتقييد القاضي الدستوري بهذا الحد. وكذلك لجأ القضاء الدستوري في سبيل تضيق نطاق الرقابة ووضع الضوابط إلى التشدد في تفسير شرط المصلحة وشرط قيام الخصومة، والمصلحة الشخصية لا تكون متحققة بالضرورة بناءً على مجرد مخالفة النص التشريعي المطعون عليه للدستور، بل يتعين أن يكون هذا النص بتطبيقه على المدعي قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور على نحو ألحق به ضرراً مباشراً[٢]، وبذلك يكون شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية مرتبطاً بالخصم الذي أثار المسألة الدستورية، وليس بهذه المسألة في ذاتها منظوراً إليها بصفة مجردة، وبالتالي لا تقوم هذه المصلحة إلا بتوفر شرطين أوليين يحددان معاً مفهومها، ولا يتداخل أحدهما مع الأخر أو يندمج فيه، وإن كان استقلال كل منهما عن الاخر لا ينفي تكاملهما، وبدونهما مجتمعين لا يجوز لهذه المحكمة أن تباشر رقابتها على دستورية النصوص التشريعية، **أولهما** أن يُقيم المدعي وفي حدود الصفة التي أختصم بها النص التشريعي المطعون عليه الدليل على أن ضرراً واقعياً اقتصادياً أو غيره قد لحق به، ويتعين ان يكون هذا الضرر مباشراً مستقلاً بعناصره، ممكناً أدراكه ومواجهته بالترضية القضائية، ذلك أن إسناد الرقابة الدستورية إلى هذه المحكمة لا يتوخى الفصل في خصومة قضائية تكون فيها المصلحة نظرية صرفة كتلك التي تتوخى تقرير حكم الدستور مجرداً في موضوع معين لأغراض أكاديمية أو أيدلوجية أو دفاعاً عن قيم مثالية يرجى تثبيتها، أو كنوع من التعبير في الفراغ عن وجهة نظر شخصية، أو لتوكيد مبدأ سيادة القانون في مواجهة صور من الإخلال بمضمونه لا صلة للطاعن بها، أو لإرساء مفهوم معين في شأن مسألة لم يترتب عليها ضرر بالطاعن ولو كانت تثير اهتماماً عاماً، **ثانيهما:** أن يكون مرد الأمر في هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون عليه، بما مؤداه قيام علاقة سببية بينهما تحتم أن يكون الضرر المدعى به ناشئاً عن هذا النص ومترتباً عليه، فإذا لم يكن النص التشريعي قد طبق على

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية ٣٥ لسنة ٩ قضائية دستورية في ١٩٩٤/٨/١٤م، أنظر: مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ج٦، قاعدة رقم ٢٧، ص٣٢١.

[٢] للمزيد أنظر: مدين عبد الرزاق الكلش، دور المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في حماية الحقوق والحريات، منشورات زين الحقوقية، بيروت،٢٠١٥م، ص١٢٧ وما بعدها.

المدعي أصلاً، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزاياه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون منتفية، ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبل رفعها[١].

والمحكمة الاتحادية العليا في العراق نراها قد سايرت نظرياتها بهذا المسلك والاتجاه، حيث قررت في حكمها رقم ٨٠/اتحادية/٢٠١٦م، برد طلب وزارة الداخلية حول بيان الرأي في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٠) لسنة ١٩٩٦م، حيث أوضحت المحكمة بأن هذا الطلب هو بمثابة منازعة يستوجب الفصل فيها بدعوى أصولية. غير أن المحكمة الاتحادية العليا العراقية قد خالفت قانونها ونظامها الداخلي الذي أكد على ما تقدم ذكره من شرط المصلحة، وذلك بحكمها رقم ٨٧/اتحادية/٢٠١٣م، والقاضي بعدم دستورية قانون مجلس القضاء الأعلى رقم ١١٢ لسنة ٢٠١٣م، حيث وجدت المحكمة أن المدعي وهو عضو في مجلس النواب العراقي وأن القانون موضع الطعن هو ليس طلباً شخصياً حتى يتطلب الطعن به مصلحة خاصة للطاعن، وانما هو قانون عام يخص المصلحة العامة، فيكون الطعن بعدم دستوريته مسألة تخص العراقيين جميعاً ويمثلهم نواب الشعب ومنهم المدعي استناداً لأحكام المادة (٩٣/ثالثاً) من الدستور العراقي. وهنا نرى أن المحكمة اتجهت الى الاعتراف لنائب واحد هو رافع الدعوى بمصلحته في رفعها، وهو لم يُطبق القانون الطعين عليه، ولم تكن له أي فائدة عملية من الغائه، وهي –المحكمة–أذ اعترفت بهذه المصلحة لهذا النائب، فإنها تجعلنا أمام تساؤل عن السند القانوني لاتجاهها هذا، والمحكمة على ما يبدو قد فسرت "**غيرهم**" الواردة بالنص الدستوري أعلاه، بانها تشمل أعضاء مجلس النواب منفردين، وهذا التفسير نراه يفتقر إلى الدقة العلمية، ذلك أن المشرع قصد بأن من حق الأشخاص الطبيعيين رفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة وأطلق عليهم لفظ" **الأفراد**" وأطلق على الأشخاص

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية دستورية في ١٩٩٢/٤/١٨م. وكذلك حكمها في القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية لسنة ١٩٩٦م.

المعنوية التي لها الحق بالطعن أمام المحكمة أذا كانت لهم مصلحة برفع الدعوى لفظ "**وغيرهم**" والقول بخلاف ذلك سوف يؤدي بالتأكيد إلى نتائج غير مستساغة؟ [١].

وبالتالي نرى بان القضاء الدستوري قد أستقر على عدم جواز التعرض لبحث المسألة الدستورية إلا للضرورة القصوى، وإن القضاء لا يمارس رقابة أصلية على أعمال السلطة التشريعية والتنفيذية، وأن حقه في بحث دستورية القوانين ليس إلا ثمرة مترتبة على وظيفته الاصلية، والرقابة وإن كانت جزء من الوظيفة القضائية، فأن لها طبيعة دقيقة حملت القضاء الدستوري على انتهاج سياسة متحفظة في تناولها، ومن مظاهر هذه السياسة امتناع المحاكم الدستورية عن التعرض لها أصلاً كلما كان ممكناً حمل حكمها في النزاع المطروح على أساس أخر غير الفصل في المسألة الدستورية التي يُثيرها النص المطعون فيه[٢].

الفرع الثاني: وجود قرينة قانونية مؤداها أن الأصل في القوانين توافقها مع الدستور: مؤدى هذه القاعدة أن الأصل في كل ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين أنها صادره في الحدود التي رسمها الدستور لتلك السلطة، ومن ثم فالواجب على القضاء عند فحصه دستورية القوانين أن يُلاحظ هذا الأثر، فلا يخرج عن مقتضى تلك القرينة، إلا إذا كان التعارض بين القانون والدستور تعارضاً واضحاً وصريحاً، بحيث ينعدم معه السبيل إلى التوافق بينهما[٣] ، ذلك إن الدستور قانون، وإن كان قانوناً أساسياً Basic Law يوازن الحرية بالقيود المنطقية التي يفرضها عليها، أو التي يُحيل في شأن تحديدها إلى تشريع، وهي بعد قيود لا يجوز للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تبسطها إسرافاً أو تباهياً أو تراخياً، أو حتى من خلال خطئها في تقدير المفاهيم التي يقوم الدستور عليها، وإلا صار تنظيم الحرية نابعاً عن غفواء السلطة واحرافها عن مقاصدها. هذا ولقرينة الدستورية معنى خاص يجعل منها ضابطاً هاماً على سلطة القاضي الدستوري في الرقابة، فهي ليست مجرد القرينة البسيطة التي تعني أن الأصل في التشريعات توافقها مع الدستور وأن على المدعي العكس أن يُثبت ذلك، وإنما تعني فوق ذلك الاتي: –

---

[١] علي سعد عمران القيسي، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية وفقاً لقضاء المحكمة الاتحادية العليا العراقية، بحث منشور في المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية القانون، جامعة اهل البيت، منشور على الموقع الالكتروني https://abu.edu.iq/research/articles/12294، تأريخ الاقتباس ٢٠٢١/٩/١٢م.

[٢] للمزيد أنظر: د. عاطف سالم عبد الرحمن، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١١م، ص١٠٢ وما بعدها.

[٣] د. احمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية، مكتبة النهضة، مصر، ١٩٦٠م، ص ٤٤٧.

أولاً: إن المحكمة الدستورية لا تقضي بعدم الدستورية إلا إذا كان ذلك واضحاً وقاطعاً، بحيث لا يبقى مجال معقول للشك في احتمال دستورية القانون، أي أن عدم الدستورية يجب أن يكون فوق مستوى أي شك، وهو ما يُعبر عنه بمبدأ (الشك المعقول Reasonable Doubt Doctrine). **والمحكمة العليا** كانت قد أكدت هذا المبدأ في مرحلة مبكرة من تأريخها، حيث تقول:" **أنه** أصبح من المقررات التي تجري عليها المحكمة في تناولها المشكلة الدستورية أنها لا تقضي بعدم دستورية القانون في ظروف يُحيطها الشك"[١]، والمحكمة الدستورية العليا نراها قد تبنت هذا المبدأ فتقول في أحد أحكامها القضائية:" إن الرقابة التي تُباشرها المحكمة لا تستقيم موطئاً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في هاوية المخالفة الدستورية"[٢].

ثانياً: أنه إذا أمكن تفسير القانون على أكثر من وجه، وكان أحد هذه الوجوه يجعله متفقاً مع الدستور، فإن على المحكمة أن تلتزم هذا التفسير ما دامت عبارة القانون تحتمله دون أن تُكلف نفسها البحث في نية المشرع، وفي المدلول الذي أراد أن ينحله للتشريع[٣] .

ثالثاً: إذا كان القانون مصاغاً بصورة يُفهم منها تعارضه مع أحكام الدستور فيجب أن يفترض القاضي–كلما كان ذلك ممكناً–أن المشرع كان يقصد إتباع الحدود التي يكون القانون في إطارها مشروعاً ومتوافقاً مع الدستور ولو لم يظهر ذلك القصد صراحة في القانون.

لكن قرينة دستورية التشريع تتضاءل وتتلاشى وتتحول إلى قرينة عكسية إذا كان التشريع يسعى إلى تقييد الحريات، والمثال على ذلك في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥م، الذي يمنع سن أي قانون يتعارض مع المبادئ الواردة في المادة (٢) منه، وقد يكون هذا القيد زمني يتمثل في نص الفقرة (ثانياً) من المادة (١٢٦) من الدستور، التي نصت على:" لا يجوز تعديل المبادئ الأساسية الواردة بالباب الأول والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور إلا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين"، وهذا يسمى بالحظر التشريعي الزمني، أي عدم جواز إصدار أي تشريع يُعدل تلك المواد الدستورية المشار إليها خلال تلك المدة، كذلك هناك محظور موضوعي وهو القيد الذي وضعه الدستور على تعديل النصوص التي تتعلق

---

[١] د. عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، سعد سمك للمطبوعات القانونية، ط١، مصر، ٢٠١١م، ص ٢٤١ وما بعدها.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الحكم رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية دستورية لسنة ٢٠٠٠م.

[٣] حكم المحكمة العليا United States v. Reese, et al, 92 U.S. 214.

بصلاحيات الأقاليم، حيث لم يجعلها بذات الآلية المتبعة في التعديلات، وإنما اقرن ذلك التعديل بموافقة السلطة التشريعية في الإقليم وموافقة أغلبية سكانه وباستفتاء عام، وفقاً للفقرة (رابعاً) من المادة (١٢٦) من الدستور. وفي قرار المحكمة الاتحادية العليا العدد ٤٥/اتحادية/٢٠١٧م، الذي قضى بعدم دستورية الفقرة (٤) من المادة (٨٧) من قانون المحاماة رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٥م المعدل وذلك لتعارضه مع المبادئ الواردة في المادة (٢/أولاً/٤) من الدستور [١] .

وهنا لا بد من الإشارة إلى بعض الآراء الفقهية والقضائية المهمة، التي تنظر الى أن القيمة الدستورية لبعض الحقوق والحريات بشكل عام ليس ثابتة بالدستور فقط، ومن ثم فإن القضاء الدستوري يعمل ضمن إطار الدستور على توسيع مصادرها ومفهومها، سواء بالرجوع إلى النصوص الدستورية الصريحة، أم من خلال الاستناد على مجمل الكتلة الدستورية، فهو– القضاء الدستوري–ينظر إلى الدستور بأنه ليس عملاً منغلقاً وإنما هو عملاً منفتح التكوين، وهو عمل لا يتوقف نبضه فهو دائم الحركة يعيش الحاضر وتفاعل مع المستقبل [٢].

المطلب الثاني: رقابة القضاء الدستوري على مخالفة القيود الشكلية والموضوعية الواردة في الدستور

أن الأصل في السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها قيوداً تُبين تخومها، سواء في ذلك ما كان من هذه القيود متصلاً بالأشكال التي تفرغ فيها النصوص القانونية، أو بضوابطها الموضوعية التي تُحتم تلاقيها مع المضمون الموضوعي لقواعد الدستور. وعليه سوف نتناول هذا المطلب بفرعين، سيكون **الفرع الأول:** رقابة القضاء الدستوري على مخالفة القيود الشكلية الواردة بالدستور، في حين سيكون **الفرع الثاني** مخصصاً لبيان: رقابة القضاء الدستوري على مخالفة القيود الموضوعية الواردة بالدستور.

---

[١] سالم روضان الموسوي، نطاق الرقابة الدستورية في ضوء أحكام القضاء الدستوري العراقي، بحث منشور على الموقع الالكتروني https://www.ahewar.org/debat/show.art.، تأريخ الاقتباس ٢٠٢١/٩/١٥م.

[٢] للمزيد أنظر: د. عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، سعد سمك للمطبوعات القانونية، مصر، ٢٠١١م،ط١،ص١١٥ وما بعدها. وحكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٧ لسنة ١٦ دستورية قانونية في بجلسة ١٩٩٩/٢/١م.وكذلك أنظر: د. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري، مكتبة دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦م، ط٢، ص٣٢.

الفرع الأول: رقابة القضاء الدستوري على مخالفة القيود الشكلية الواردة بالدستور:لابد من القول إن القضاء الدستوري المقارن، قد أستقر في رقابته على دستورية النصوص القانونية المطعون عليها في أن غايته أن يردها–النصوص القانونية–جميعاً إلى أحكام الدستور، تغليباً لها على ما دونها، وتؤكداً لسموها، لتظل لها الكلمة العليا على ما عداها. فالشكلية الدستورية يقصد بها مجموعة الإجراءات والأوضاع التي تطلبها الدستور، وواجب سلطة التشريع اتباعها ومراعاتها وهي بصدد سن التشريع، سواء ما كان منها متصلاً باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية. فالضابط العام في الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، لا يُحيط بها في كل صورها، وإنما يتناولها في جوانبها الأكثر شيوعاً، وفي الأعم من تطبيقها[١] ، وتقول المحكمة الدستورية العليا أيضاَ: " وإنما تمتد هذه الرقابة بوصفها رقابة مركزية قصرها الدستور والمشرع كلاهما على هذه المحكمة، إلى المطاعن الشكلية التي تقوم في مبناها على مخالفة نص تشريعي للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور[٢] .

ومن المهم الاشارة هنا إلى أن الدساتير لا تُورد القيود الشكلية التي يتطلبها في النصوص الدستورية، في مكان واحد وإن كان تفرق مواضعها لا يُفيد التجهيل بها، ولا يزيل عنها صفتها كضوابط إجرائية في النصوص القانونية، ذلك أن قيود الدستور وكلما توفر عنصر الإجراء فيها تكون شكلية بطبيعتها. فالنصوص القانونية يجب أن تكون مستوفية لأوضاعها الشكلية، ذلك أن المطاعن الشكلية–وبالنظر لطبيعتها– لا يتصور أن يكون تحريها وقوفاً على حقيقتها، تالياً للنظر في المطاعن الموضوعية، ولكنها تتقدمها، ويتعين بالتالي على القضاء الدستوري أن يتقصاها بلوغاً لغاية الأمر فيها، ولو كان نطاق الطعن المعروض عليه منحصراً في المطاعن الموضوعية دون سواها. وينبغي أن يُلاحظ من خلال مجموعة من الأحكام الدستورية التي صاغها القضاء الدستوري المقارن في شأن الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية ما يأتي: –

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية لسنة ١٩٩٥م.
[٢] حكمالمحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية دستورية لسنة ١٩٩١م.

١. أن توافر الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص المطعون عليها، يقتضي أن تستوثق جهة الرقابة بنفسها من انتفاء كل مخالفة لهذه الأوضاع أياً كان وجهها أو موقعها من الدستور[١].
٢. أن الأشكال التي حتم الدستور إفراغ النصوص القانونية فيها، تعتبر من قوالبها التي لا يكتمل لهذه النصوص كيانها بدونها، فإذا لم يصبها المشرع في قوالبها هذه زال وجودها كقواعد قانونية يتقيد المخاطبون بها بالنزول عليها، فلا تصير غير أعجاز نخل خاوية [٢].
٣. تتحدد دستورية الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية، على ضوء ما قررته في شأنها أحكام الدستور الذي فرضها[٣]. ذلك ان النصوص المدعى مخالفتها للدستور من جوانبها الشكلية، لا يتصور إخضاعها لغير الأوضاع الإجرائية التي كان من الممكن تداركها عند إقرارها أو إصدارها.

ويُلاحظ أن عيب عدم الدستورية الناشئ عن المخالفة الشكلية للدستور–سواء من حيث الإجراءات أو الاختصاص [٤]– لا يمكن إلا أن يكون عيباً أصلياً. فالقانون أو التعليمات (اللائحة) يجب أن تصدر وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور الذي صدر في ظله. بحيث إذا صدر التشريع سليماً من حيث الشكل فإنه لا يصبح بعد ذلك حتى ولو

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية دستورية لسنة ١٩٩٣م.
[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية لسنة ١٩٩٥م.
[٣] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية دستورية لسنة ١٩٩١م، وكذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا العراقية بقرارها رقم ٣٨/اتحادية / ٢٠١٨م: (ان قانون التعديل الثاني لقانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣ قد استوفى الشكلية المطلوبة لتشريعه بتحقق النصاب القانوني في جلسة مجلس النواب المنعقدة للتصويت عليه)، وحكمها في القضية ٤٤/اتحادية/٢٠١٧ بذات المعنى، حيث تقول :(ان عدم تزامن ارفاق المستندات المطلوبة بصدد أسئلة الاستجواب لا يخل بالشكلية المطلوبة المنصوص عليها في الدستور والتي تشترط تقديمها قبل سبعة ايام من موعد الاستجواب). للمزيد أنظر: د. عوض المر، المصدر السابق، ص١٦٩.
[٤] تحتل فكرة الاختصاص في المجال الدستوري شأنها في ذلك شأن فكرة الاختصاص في المجال الإداري أهمية بالغة جعلت منها الأساس الذي يقوم عليه القانون العام وذلك كنتيجة مباشرة لاعتناق مبدأ الفصل بين السلطات. للمزيد أنظر: د. عصام عبد المنعم البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٠، ص٢١٩. لقد عبرت المحكمة الدستورية العليا المصرية عن هذا المعنى بقولها:" إن البحث في الاختصاص سابق بطبيعته على الخوض في شكل الدعوى أو في موضوعها، وتواجهه المحكمة الدستورية العليامن تلقاء نفسه":حكم المحكمة الدستورية العليا الدعوى رقم١٢سنة١٥قضائية دستورية١٩٩٤

اختلفت الشكليات التي يتطلبها الدستور الجديد بالنسبة له أو تغيرت الجهة المختصة بإصداره [١].

الفرع الثاني: رقابة القضاء الدستوري على مخالفة القيود الموضوعية الواردة بالدستور:تفترض تلك الرقابة أن يناقض مضمون القاعدة القانونية، حكماً موضوعياً في الدستور. وتؤكد المحاكم الدستورية في أحكامها هذا المعنى بقولها بأن قواعد الدستور في جوانبها الموضوعية هي التي تعكس القيم والمثل التي بلورتها الإرادة الشعبية، وكذلك الأسس التي تُنظم الجماعة وضوابط حركتها، فإذا جاوزتها النصوص القانونية المطعون فيها، صار إبطالها لازماً. فالقاعدة القانونية بشكل عام تتسم بالعمومية والتجريد وهي تمثل في كونها خطاباً إلى كافة أفراد المجتمع أو بعض طوائفه، وتلك القاعدة القانونية لا تطبق عملياً إلا على الذين تتوفر فيهم فعلاً شروط التطبيق، أي تُخاطبهم على أساس صفات وشروط معينة. ومن ثم تكون عامة من حيث احتمال تطبيقها ولو كانت تخاطب وتطبق على شخص واحد لأنها لا تخاطب الشخص بذاته ولكن بصفته. وصفة التجريد تنصرف أذن إلى الافتراض الذي تتضمنه القاعدة القانونية فان هذا الافتراض يُعين وفق شروط موضوعية، بحيث لا يمكن حصره في وضع أو واقعة أو شخص معين بذاته لان التجريد يقتضي اغفال القاعدة أو استبعادها عند تحديد هذا الافتراض، لذا يجب تجريد الافتراض من كل الظروف أو الاعتبارات الذاتية أو الشخصية التي تجعل النموذج الذي تناولته القاعدة يعني واقعة معينة أو شخصا محددا بالذات. ولكن لا يمنع من ان يكون التشريع متصفاً بالعمومية والتجريد ان يقتصر تطبيقه على فرد واحد طالماً انه يقبل التطبيق على فرد اخر يخالفه في المركز القانوني الذي ينظمه هذا التشريع، وكما لا يمنع من اكتساب التشريع صفتي العمومية والتجريد من ان يكون تشريعاً مؤقتاً بمدة محدده كالتشريعات الصادرة في الظروف الاستثنائية، وفي هذا تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية:" وبديهي أن المساواة المنصوص عليها في المادة (٤٠) من الدستور لا تعني أنها مساواة فعلية يتساوى بها المواطنون في الحريات والحقوق أياً كانت مراكزهم القانونية، بل هي مساواة قانونية رهينة بشروطها الموضوعية، التي ترتد في أساسها إلى طبيعة الحق الذي يكون محلاً لها، وما تفتضيه ممارسته من متطلبات، ذلك أن المشرع يملك سلطة تقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد

[١] للمزيد أنظر: د. رمزي الشاعر، النظم السياسية والقانون الدستوري- النظرية العامة للقانون الدستوري، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، ١٩٩٧م، ص٦١٨ وما بعدها.

بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون، بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجب أعمال المساواة بينهم لتماثل مراكزهم القانونية، وان اختلفت هذه المراكز بأن توافرت في البعض دون البعض الأخر"[1].

المبحث الثاني: الضوابط العامة لرقابة الدستورية على القوانين

لا تكفل الحماية الحقيقية للدستور، إلا الدول التي تنظر إليه كوثيقة هي الأعلى درجة في حرمتها، والأكثر قوة في قيمتها القانونية، والأحق بالحماية بالنظر إلى أهميتها واتصالها بقيم الجماعة وثوابتها. والضوابط العامة هي تلك التي تقترن بالفهم الصحيح لفكرة الرقابة، بل تُعد تلك المحددات تفسيراً لفكرة الرقابة السليمة، وقد يختلف مدى الالتزام بتلك المحددات من تجربة لأخرى، باختلاف مدى تفهم القضاء لمعنى الرقابة في كل تجربة. فالتشريعات القانونية التي يسنها المشرع يُفترض صحتها بالأصل وصدورها في الحدود التي رسمها الدستور للمشرع أو تلك السلطة. وهنا تبرز أهمية السلطة التقديرية التي يمتلكها المشرع التي أساسها الأطلاق، مالم يفرض الدستور عليها ضوابط تُقيد من مباشرتها، والتي–السلطة التقديرية للمشرع–تختلف في مقدارها من دولة لأخرى، ومن مجال لأخر، بحسب نوع الوثيقة الدستورية، وأسلوب صياغتها، والفلسفة السياسية المهيمنة عليها. فالسلطة التقديرية التي يملكها المشرع لا تُناقض حقيقة أن للقوانين التي يقرها أهدافاً تتوخاها، ووسائل يُعتمد عليها في تحقيقها. وهي–السلطة التقديرية للمشرع– بطبيعتها واحدة بالنسبة لجميع سلطات الدولة، لكن السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع تختلف عن تلك التي تمارسها الإدارة من حيث نطاقها أو درجتها. وتظهر السلطة التقديرية للمشرع في أمرين: أولهما ضرورة التشريع من عدمه، ويتعلق ثانيهما بمدى ملائمته لظروف المجتمع. لذلك سنتناول بيان هذا البحث بمطلبين، سيكون **الأول: رقابة القضاء الدستوري على ضرورة التشريع، في حين سيكون المطلب الثاني: المطلب الثاني: رقابة القضاء الدستوري على ملائمة التشريع.**

المطلب الأول: رقابة القضاء الدستوري على ضرورة التشريع

يُعتبر التشريع أحد هذه الخيارات والأداة الرئيسية في كثير من الأحيان للتغلب على المشكلات التي تواجهها المجتمعات، لذلك بات الاهتمام به كبيراً وواسعاً ليكون متناسقا

[1] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية دستورية لسنة ١٩٩٠م. وكذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا العراقية في القرار رقم ٨٧/اتحادية/٢٠١٣م، والمنشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا https://www.iraqfsc.iq/searchkrar.php.

للحاجة والبيئة المجتمعية التي سينفذ فيها، والتشريع يولد بعد سلسلة من الإجراءات والآليات التي نص عليها الدستور ويطلق عليها (العملية التشريعية). وكما بينا في سياق هذا البحث فإن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، مالم يُقيدها الدستور بضوابط معينة لا يجوز الخروج عليها. ولبيان رقابة القضاء الدستوري على ضرورة التشريع، سوف نتناول هذا المطلب بثلاث فروع سيكون الأول: **القضاء الدستوري لا يراقب ضرورة التشريع من عدمه، في حين سيكون الفرع الثاني: القضاء الدستوري لا يراقب الحكمة من التشريع، والفرع الثالث: القضاء الدستوري لا يراقب البواعث الحقيقية للتشريع.**

الفرع الأول: القضاء الدستوري لا يراقب ضرورة التشريع من عدمه: يقتضي مبدأ الفصل بين السلطات أن تستقل السلطة التشريعية بالتشريع، واختصاصها في هذا الشأن شبه مطلق كقاعدة عامة، فمدى الحاجة إلى التشريع أمر تختص به السلطة التشريعية وفقاً للملائمات السياسية التي تراها، فهي التي تقدر متى تتدخل لوضع تشريع معين، ومتى تتدخل لإلغاء هذا التشريع أو تعديله، فلا يُعقل أن يُحدد الدستور مدى الحاجة إلى التشريع مستقبلاً. فعندما يثبت للمشرع الاختصاص بتنظيم أمر معين، فإن سلطته التقديرية لا تعدو في جميع الأحوال أن تكون سوى مكنه وحرية لمواجهة ظروف العمل وتبدو–السلطة التقديرية– واضحة للعيان في أن يقرر مباشرة هذا الاختصاص من عدمه، وعندما يقرر مباشرة هذا الاختصاص فإنه يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في اختيار الوقت المناسب لذلك، ما لم يُلزمه الدستور بالتدخل في وقت معين، ونادراً ما يفعل الدستور ذلك [١]. وبالتالي فإذا ما تبين أن تشريعاً ما يدخل في اختصاص البرلمان، فإن تقدير الحاجة إلى التشريع ومدى ضرورته يدخل في اختصاص السلطة التشريعية وحدها، باعتباره عنصراً من عناصر السياسة التشريعية التي يمتنع على المحاكم التدخل فيها، كما أنه لا توجد صله بين الحاجة إلى التشريع ودستوريته [٢]. وعليه يرى الكثير من المختصين أن القضاء الدستوري لا يختص بمراقبة ضرورة التشريع، بمعنى إذا ما صدر للمشرع تفويض أو تكليف دستوري لتنظيم موضوع معين، فإنه يستقل بتقدير مدى ضرورة إصداره لهذا التشريع من عدمه، كما يستقل بتقدير الوقت المناسب لهذا الاصدار دون رقابة عليه في ذلك من القضاء، ولو تأخر في تنفيذ هذا التكليف تأخير غير عادي، كتأخر

---

[١] د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، الكويت، مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، ط١، ٢٠٠٠م، ص ٤٢٠ وما بعدها.

[٢] د. عبد العزيز سالمان، مصدر سابق، ص١٢٢.

المشرع العراقي(مجلس النواب) بإصدار قانون مجلس الاتحاد بحسب نص المادة (٦٥) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ لأكثر من ستة عشر سنة، حيث يُعتبر مسلكه – المشرع– هذا من قبيل الأخطاء السياسية التي يتم تصحيحها بالوسائل السياسية كالانتخابات أو عن طريق الجهات السياسية كأحزاب المعارضة ولكنها لا تخضع للرقابة الدستورية.

ونرى أنه يجب التفرقة بين التشريعات الأصلية والتشريعات الفرعية، حيث يختص القضاء الدستوري بفرض رقابته على امتناع السلطة التنفيذية عن إصدار التشريعات الفرعية التي يُلزمها الدستور أو القانون بإصدارها خلال مدة معينة أو فترة زمنية معقولة، كالتزامها بإصدار الأنظمة والتعليمات(اللوائح) التنفيذية للقانون التذي يتوقف سريانه على صدورها، أما بالنسبة للتشريعات الأصلية فيجب التفرقة بين فرضين، في **الفرض الأول** يوجد نص دستوري يُلزم المشرع بالتدخل لتنظيم موضوع معين وفي هذه الحالة يجب عليه التدخل احتراماً للنص الدستوري الملزم، ويخضع تأخره غير المبرر أو المعقول لرقابة القضاء الدستوري، أما **الفرض الثاني** فإن الدستور يصدر مجرد تفويض للمشرع لتنظيم موضوع معين، تاركاً له حرية تقدير أهمية تدخله من عدمه والوقت المناسب لهذا التدخل، وفي هذا الفرض يجب التمييز بين تدخله الذي يعتبر لازم لتطبيق نصوص دستورية لا يمكن تطبيقها دون تدخله أو امتناعه الذي يرتب عليه إهدار للحقوق والحريات، كامتناعه عن وضع تنظيم يكفل التمتع بالحقوق والحريات، وفي هذه الحالة يخضع مسلكه للرقابة الدستورية[١]، أما أذا كان امتناعه مجرد استخدام سلطته التقديرية كامتناعه من التصديق على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، فلا يخضع في هذه الحالة للرقابة الدستورية[٢]، وفي ذلك الشأن تقول المحكمة العليا الأمريكية في

---

[١] أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم ١٧٧ لسنة ٢٦ بجلسة ٢٠٠٧/١/١٤م، الذي جاء فيه: " أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها الحماية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية، وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم، والذي يعتبر إنفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها، وهذه الضمانة ذاتها هي التي يجب ان يستهدفها المشرع ويعمل على تحقيق وسائلها، من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات، وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظمها كافلاً تنفسها في مجالاتها الحيوية، وأن يُحيط بكل اجزاءها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية، فاذا نظمها المشرع تنظيماً قاصراً ، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك أخلالاً بضمانتها التي هيأها الدستور لها، وفي ذلك مخالفة للدستور...". وكذلك حكمها في الدعوى رقم ٩٣ لسنة ٤ قضائية دستورية بجلسة ١٩٨٤/٢/٨، وحكمها في الدعوى ٨ لسنة ٨ قضائية دستورية بجلسة ١٩٩٢/٣/٧، وحكمها في الدعوى رقم ٣٣ لسنة ٩ قضائية دستورية بجلسة ١٩٩١/٥/٤، وحكمها في الدعوى رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية بجلسة ١٩٩٥/١/٤، وحكمها في الدعوى رقم ٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية بجلسة ١٩٩٧/٣/٢٢.

[٢] د. عاطف سالم عبد الرحمن، مصدر سابق، ص١٦٦.

حكم لها:" أن تقدير الحاجة إلى التشريع ومدى ضرورته يدخل في اختصاص الهيئة التشريعية وحدها باعتباره عنصراً من عناصر السياسة التشريعية التي يمتنع على المحاكم التدخل فيها"[١].

الفرع الثاني: القضاء الدستوري لا يراقب الحكمة من التشريع: لكل تشريع إذا ما أُريد له الظهور لابد وان يتوفر على غاية يسعى لتحقيقها ومصلحة يبتغيها، وحكمة ينطوي عليها ذلك التشريع. وللسلطة التشريعية الاختصاص بتقدير ملائمة التشريع من حيث مدى صلاحيته للأحوال الاجتماعية والسياسية، والدستور بطبيعة الحال من الممكن أن يقر قيوداً معينة على سلطة المشرع بالنسبة لبعض الموضوعات، وفي هذا تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية:" أن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، مالم يُقيدها الدستور بضوابط معينة لا يجوز الخروج عنها، ويمثل جوهر السلطة التقديرية في المفاضلة التي يُجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يُقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملائمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم"[٢]، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا العراقية حيث تقول:"... ولا معقب على المشرع في ذلك إلا مراعاة المصلحة العامة في حدود اختصاصاته الدستورية[٣].

ونرى أن اغلب الدساتير في العالم ، إن لم يكن جميعها ، ومنها دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، تتفق على تقييد بعض الحقوق، ويأتي ذلك لأسباب عديدة، منها منع التنازع مع حقوق أخرى أو لمنع التجاوز على حقوق الآخرين أو لتحقيق مصالح عامة معينة، على أن يتم ذلك بقانون، أي أن يكون التقييد صادراً عن السلطة التشريعية وان لا يمس جوهر الحق وهذا ما اكده المشرع الدستوري العراقي في المادة (٤٦) منه التي نصت على انه :"لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات العامة الواردة في هذا الدستور او تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، على ان لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق او الحرية"[٤]. وبالتالي فتلك

---

[١] د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الاجنبية، دار الجامعات المصرية، الاسكندرية، ١٩٨٢، ص٦٠٩. وكذلك أنظر حكمة المحكمة العليا الأمريكية في القضية: Watson v. Buck U.S.387, 1932.And Case of: Brannan v. Stark,342 U.S,451, 1952

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى ٨ لسنة ٨ قضائية دستورية بجلسة ١٩٩٢/٣/٧م.

(٣) **نرى** أن المحكمة الاتحادية العليا في قرارها ١٥٩/اتحادية/٢٠٢١، والمتضمن رد الطعن بإلغاء نتائج الانتخابات، لم تكن موفقة في بعض حيثيات القرار، من خلال تدخلها في سلطة المشرع التقديرية، فإن تقدير الحاجة إلى التشريع وملائمته يدخل في اختصاص السلطة التشريعية وحدها، باعتباره عنصراً من عناصر السياسة التشريعية التي يمتنع على المحاكم التدخل فيها.

[٤] حكم المحكمة الاتحادية العليا العراقية في القضية ١/اتحادية/٢٠٢٠م.

القيود لا تعني فرض سلطة القضاء على حرية المشرع في تقديريه للتشريع وصلاحيته، فالقضاء مهمته ذات طابع قانوني بحت، ولا يصح أن يتجاوز هذا النطاق إلى مجال الحكمة من التشريع وأهدافه التي سعى إليها سواء كانت الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية، التي هي من أخص خصائص السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع، واشراك القضاء في تقديرها يعد خروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات، وفي هذا تقول المحكمة العليا الأمريكية:" نحن لا نهتم بالحاجة إلى معرفة الحكمة من التشريع أو ملائمته"[١].

الفرع الثالث: القضاء الدستوري لا يراقب البواعث الحقيقية للتشريع: إذا كان التشريع في ظاهره–وكما يتضح من نصوصه داخلاً في السلطات التي يسمح الدستور للسلطة التشريعية بممارستها–أي مهمة صنع التشريع–فإن المحاكم لا تفتش وراء تلك النصوص عن البواعث المشروعة أو غير المشروعة، والتي تكون قد دفعت السلطة التشريعية أو البعض من أعضائها إلى سن ذلك القانون [٢]. وإذا كان عدم الخوض في بواعث التشريع أمراً مسلماً به، ولا يُثير صعوبة، لأن الدوافع الذاتية التي تؤثر على بعض أعضاء الهيئة التشريعية من الصعوبة التدليل عليها، وقلما تستولى على السلطة التشريعية كلها أو جانب كبير منها، بحيث يمكن القول إن التشريع قد صدر عن باعث غير شريف أو باعث غير مشروع سيطر على السلطة التشريعية. والمحكمة العليا الأمريكية قد قررت منذ بواكير عهدها بالرقابة الدستورية ما تقدم ذكره، إذ قالت في سياق تدليلها:" أنه إذا كان التشريع مستوفياً لكافة الشروط والأشكال القانونية، فإن المحكمة لا تستطيع أن تؤيد أحد الخصوم في طعنه بعدم دستورية ذلك القانون، بحجة أنه صدر عن بواعث غير شريفة أثرت على بعض أعضاء الهيئة التشريعية التي سنت القانون"[٣]. والأمر لم يختلف لدى المحكمة الدستورية العليا المصرية، حيث قضت بأن ملائمة التشريع والبواعث على إصداره من إطلاقات السلطة التشريعية، مالم يُقيدها الدستور بحدودٍ وضوابط معينة[٤]، والمحكمة الدستورية العليا قد أكدت في حكم حديث نسبياً لها على هذا المنهج، حيث قضت المحكمة:" مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية على

---

(1)Case of: Olsen v. Nebraska, 313, U.S,235, 1941:" It said," We are not concerned with the Wisdom need or appropriateness of legislation".

[٢] د. أحمد كمال أبو المجد، مصدر سابق، ٤٦٤.

(3) Fletcher v. Peck - 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810), And Case of: United States v. Doremus, 249 U.S. 86 (1919).

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٣ لسنة ١ قضائية دستورية بجلسة ١٩٨٠/٢/١٦م.

دستورية النصوص التشريعية إنما تكون بوصفها ملاذاً نهائياً وليس باعتبارها إجراء احتياطياً، وعلى ضوء فهمها لأحكام الدستور، وبما يحول دون الانزلاق برقابتها إلى حد اقتحام لحدود تمارس السلطة التشريعية اختصاصاتها الدستورية في دائرتها، والتنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية لا يخول المحكمة العليا أن تزن، بنفسها وبمعاييرها، ما إذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازماً وما إذا كان إقراره في مناسبة بعينها ملائماً، وليس لها أن ترد النصوص التشريعية المطعون عليها إلى أحكام الدستور، لا أن تخوض في بواعثها أو تناقش دوافعها[١]، وهذا ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا العراقية في حكم لها بالرقم ١/اتحادية/٢٠٢٠، حيث قالت:" ...ولا معقب على المشرع في ذلك إلا مراعاة المصلحة العامة في حدود اختصاصاته الدستورية"[٢].

وترتيباً على ما تقدم ذكره، فإنه يتعين على القاضي الدستوري أن يلتزم حدود دوره في الرقابة الدستورية، دون أن يتجاوزه إلى بحث مسائل تقديرية تخرج عن حدود رقابته، ذلك لأن الرقابة القانونية على شرعية القانون لا تستلزم من القاضي الدستوري بحثاً إضافياً حول ما إذا كان التشريع ضرورياً أو لازماً، أو غير ضروري وغير لازم، كما لا تستلزم منه أيضاً أن يتعرض لتقدير الحكمة التي ابتغتها السلطة التشريعية من وضع التشريع أو تقدير أثاره الاجتماعية أو فحص الأساليب التي يستخدمها والسياسة التي يُعبر عنها، وبالقدر ذاته فإن رقابة الشرعية لا تلتزم من القاضي الدستوري التعرض لبواعث التشريع أو الأساليب الدافعة إليه، وكل هذه مسائل فنية تخرج عن حدود الرقابة الدستورية وتدخل في نطاق الملائمات التي تستقل سلطة التشريع بتقديرها والتي سوف نتطرق اليها في قادم البحث[٣].

ومما تقدم نرى، بأن القضاء الدستوري المقارن، قد وضع الضوابط التي يمتنع مع قيامها بحث ضرورة التشريع أو عدم ضرورته، فتقدير ذلك الأمر يقتصر الاختصاص بشأنه على سلطة التشريع باعتباره من عناصر السياسة التشريعية، التي يمتنع على القضاء الدستوري التدخل فيها، كما سار–القضاء الدستوري–عن الابتعاد عن مراقبة الحكمة من التشريع، وأن يتخذ من ظاهر النص التشريعي أساساً بفحص دستوريته، ولم يسمح بالبحث عن البواعث

---

[1] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم ١٤ لسنة ١٧قضائية دستورية بجلسة ١٩٩٥/٩/٢

[٢] أنظر كذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٦/اتحادية/٢٠٢٠.

[٣] د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، مصر،١٩٧٩م، ص١٥٢. أنظر: د. نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين-القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص١٢٣.

الحقيقية للنص بالتجاوز عن ظاهره، فإذا كان التشريع في ظاهره–وكما يتضح من نصوصه– داخلاً في السلطات التي يسمح الدستور للسلطة التشريعية–فإنه لا يجوز التنقيب وراء نصوصه للبحث عن البواعث المشروعة أو غير المشروعة التي عساها تكون قد دفعت السلطة التشريعية أو بعض أعضائها إلى سن التشريع.

المطلب الثاني: رقابة القضاء الدستوري على ملائمة التشريع.

لقد ربط الفقه بين ملائمة التشريع واستقلال المشرع في مواجهة السلطة القضائية، ونظر إلى الملائمة على أنها تعبير عما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية ومظهر لاستقلاله، يترخص في تقديرها بغير معقب عليه، لذلك فإن اختصاص القضاء الدستوري يتحدد في مواجهة المشرع بالرقابة على المشروعية، أما إذا تجاوز اختصاصه وباشر رقابته على الملائمة، فإنه يتعدى بذلك على استقلال المشرع، فالرقابة الدستورية لا تعني أن يحل القضاء محل المشرع العادي، وأن يحول الرقابة من رقابة على المشروعية إلى رقابة ملائمة، مغتصباً بذلك اختصاص السلطة التشريعية المقرر دستورياً. لذلك سنتناول بالدراسة في بيان هذا المطلب: التزام القضاء الدستوري بالرقابة داخل إطار الكتلة الدستورية كفرع أول، ومراحل تطور موقف القضاء الدستوري المقارن من رقابة الملائمة كفرع ثاني.

الفرع الأول: التزام القضاء الدستوري بالرقابة داخل إطار الكتلة الدستورية: حدد القضاء الدستوري المقارن مفهوماً للدستور يعتبره مرجعاً في الرقابة على دستورية القوانين، تحديداً يخرج عن المفهوم التقليدي للدستور الذي يقتصر–في الغالب–على النصوص المكتوبة الواردة في الوثيقة الدستورية، إذ أعطى له مفهوماً عصرياً ينسجم مع واقع الحقوق والحريات من خلال مفهوم الكتلة الدستورية، فاستخلص حقوقاً ما كان لها أن يستخلصها لولا الفهم العصري لنصوص الدستور، ولولا هذا الفهم الحقيقي العميق لمضمون الدستور. **ونعرض** لنهج القضاء الدستوري لهذا الفهم العصري والعميق من خلال أحكامه القضائية وفقاً للاتي:

أولاً: الدستور كمرجعية أولى للقاضي الدستوري: لا شك أن الدستور هو الذي يمد القضاء الدستوري بالمناط الذي تتخذه معياراً ومرجعاً لرقابته الدستورية، ومن الطبيعي أن رقابة الدستورية على احترام الشرعية الدستورية تتحدد بالنظر إلى قواعد الدستور، بحكم مرتبتها الأعلى بين القواعد القانونية على اختلافها[1]. هذا العلو أو السمو للقواعد الدستورية، إنما يُعبر

[1] د. أحمد سرور فتحي،الحماية الدستورية للحقوق والحريات،دار الشروق، مصر، ٢٠٠٠م، ص٢٥٠.

عن الإرادة الشعبية التي صدر عنها الدستور ويُجسد طموحاتها، ويرعى مصالح الجماعة ومقوماتها ويُرسخ قيمها ودعائم وحدتها. فحق الدستور على هذا النحو أن يكون المرجع الأول للقاضي الدستوري وهو يبحث مدى دستورية القوانين، وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية:" أن الدستور هو القانون الأساسي الذي يرسي القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ويُحدد السلطات ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها ويُقرر الحريات والحقوق العامة، ويُرتب الضمانات الأساسية لحمايتها"[١]. وبناءً على ما تقدم، فإن التحقق من كون النشاط التشريعي مطابقاً للدستور هو الأساس المنطقي لاختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية التشريعات وُيحدد المرجعية التي تعتمد عليها المحكمة الدستورية في مزاولة اختصاصها وهو الدستور، وفي هذا الشأن ذهب الفقيه (Hans Kelsen) إلى القول بأن القانون الدستوري هو المصدر الجازم الحاد الذي يلتزم به القضاء الدستوري بإصدار أحكامه بناءً عليه، وبأنه لا يجوز للمحكمة ان تعتد إلا بالقواعد الدستورية دون غيرها من الاعتبارات القانونية أياً كان مصدرها[٢]. وعليه أصبح للدستور أولوية بين الكتلة الدستورية وأعتبر المرجعية الأولى للقاضي الدستوري، والذي ومن خلال نصوص الدستور يقوم بحماية الحقوق والحريات الأساسية، على أن هذه الأولوية للدستور كمرجع رئيسي للقاضي الدستوري لم يمنع القاضي الدستوري في القانون المقارن من الاحتكام إلى نصوص أخرى مدونة في غير النص الدستوري لاستخلاص ما يُعرف بالمبادئ العامة ذات القيمة الدستورية [٣]. **ونعتقد** أن المشرع العراقي وفي نص المادة(٢/أولاً/ب) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥م، قد سار في ذات الاتجاه، إذ نصت هذه الفقرة من الدستور، أنه لا يجوز سن قانون يتعارض مع المبادئ الديمقراطية، وبالتالي لا يجوز إهدار المفاهيم أو المبادئ الديمقراطية السائدة والمنصوص عليها في الاتفاقات والمعاهدات والاعلانات الدولية، بل أن المشرع العراقي الدستوري قد ساير التطور المضطرد للحقوق والحريات، وجعل منها جزءً لا يتجزأ من تلك المبادئ الديمقراطية التي تبنتها الأمم المتحضرة كقاعدة للتعامل مع

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية دستورية سنة ١٩٩٠م.

[٢] أحمد فتحس سرور، مرجع سابق، ص٢٥١.

[٣] المبادئ ذات القيمة الدستورية وجدت لكي يحمي القاضي الدستوري من خلالها ما يعرف بالحقوق الأساسية، هذه الحقوق التي لا يوجد تعريف لها منبثق عن النص الدستوري بحد ذاته بحيث لا يُفترض بالقاضي الدستوري أن يختلق حقوقاً جديده بل عليه وفي إطار سلطته في تفسير القوانين أن يستخلص ما تفرضه تلك المبادئ ذات القيمة الدستورية. للمزيد أنظر: باسل عبد الله، دور القضاء الدستوري في تطوير مفهوم الحقوق والحريات الأساسية، جامعة آل البيت، الأردن، ٢٠٠٨م، ص٦٦ وما بعدها.

المواطنين, **ونرى** من خلال ما تقدم أن القضاء الدستوري المقارن، ينظر بعين من الريبة والشك والحذر إلى كل محاولة من الحكومة لتقيد أو تنظيم الحرية على نحو يتضمن انتقاصاً أو النيل منها، وهذا هو السبب في الاعتماد على المبادئ ذات القيمة الدستورية المستخلصة من قبل القضاء الدستوري، وهذه مبادئ لا ينافيها العقل، ولا تتأبى على طبيعة الوظيفة القضائية التي هي نتاجها.

ثانياً: إلزامية وتكامل نصوص الدستور: أن نصوص الدستور لا يجوز النظر إليها على أنها قيم مثالية، أو أنها بنيان نظري هائم في الفراغ، وإنما يتعين النظر دوماً اليها على أنها أوامر ملزمة يتعين على الجميع الخضوع لها والوقوف على ما تتضمنه من أحكام. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على هذه المهام، حيث قررت في كثير من أحكامها أن:" أن رقابة هذه المحكمة للنصوص التشريعية المطعون عليها، إنما تتغيا ردها إلى أحكام الدستور تغليباً لها على ما دونها، وتؤكيداً لسموها على ما عداها لتظل الكلمة العليا للدستور، باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم،... فلا يمكن أن تكون تلك النصوص الدستورية–تلك غايتها–مجرد نصوص تصدر لقيم مثالية ترنو الأجيال إليها، وإنما قواعد ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدها من آثارها أو إيهانها من خلال تحويل مقاصدها أو الأخلال بمقتضياتها أو الإعراض عن متطلباتها فيجب دوماً أن يعلو الدستور ولا يعلى عليه وأن يسمو ولا يسمى عليه. و**حيث** إن الأصل في النصوص الدستورية أنها تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً متماسكاً، بما مؤاداه أن يكون لكل نص منها مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يعزلها عن بعضها البعض، وإنما يُقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة اشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية [1].

ثالثاً: الدستور وثيقة تقدمية: إن القيمة للدستورية للحقوق والحريات بشكل عام ليست ثابته بالدستور فقط، ومن ثم فإن القضاء الدستوري يعمل ضمن إطار الدستور على توسيع مصادرها ومفهومها، سواء بالرجوع إلى النصوص الدستورية الصريحة، أم من خلال الاستناد على مجمل الكتلة الدستورية، فهو–القضاء الدستوري–ينظر إلى الدستور بأنه ليس عملاً منغلقاً وإنما عملاً منفتح دائم التكوين، وهو عمل لا يتوقف نبضه فهو دائم الحركة يعيش في

[1] حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢١ لسنة ١٣ قضائية دستورية سنة ٢٠٠٠م.

الحاضر ويتفاعل مع المستقبل، والمحكمة العليا الأمريكية تصف الدستور بقولها:" أنه يقول ما يجب أن نفعله ولا يمكنه أن يقول ما سنفعله، فالمحكمة عندما تتعامل مع ألفاظ الدستور التي هي في الأساس قانوناً تأسيسياً مثل دستور الولايات المتحدة الأمريكية، يجب أن ندرك أن تلك الألفاظ قد تجلب كائناً جديداً إلى الحياة غير الذي جلبه واضعوها الأوائل[١]، وفي ذات السياق أبانت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمٍ مهم لها:" أن الدستور وثيقة تقدمية لا تصد عن التطور آفاقه الرحبه، وينبغي أن يتطور مفهومه دائماً ليلائم تطورات العصر فلا يكون إلا نسيجاً متناغماً مع روح العصر، وأن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية، جاوز الزمن حقائقها، ولا يكون تبنيها والاصرار عليها، ثم فرضها بآلية عمياء إلا حرثاً في البحر، بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسيا واقتصادياً"[٢].

الفرع الثاني: مراحل تطور موقف القضاء الدستوري المقارن من رقابة الملائمة: استقر الفقه والقضاء الدستوري على وجوب فرض الرقابة لإلزام المشرع بالنصوص الدستورية المقيدة لسلطته التقديرية، ولكن الخلاف ثار حول مدى خضوع سلطته التقديرية في الاختيار بين البدائل المختلفة لرقابة الملائمة. ومن خلال البحث **نرى** أن القضاء الدستوري المقارن قد مر بتطوره في هذا الخصوص بمرحلتين:

أولاً: المرحلة الأولى– فمؤداها تجنب القضاء الدستوري المقارن إصدار حكم تقويمي على القانون Value Judgment من ناحية ملائمته Expediency، أو مدى صلاحيته الاجتماعية والسياسية، إذ لا شك أن هذه الملائمة هي أخص مظاهر السلطة التقديرية التي تتمتع بها السلطة التشريعية، بل هي على التحقيق الوظيفة الرئيسية لتلك السلطة، وأشراك القضاء في تقديرها يعد تدخلاً في عمل تلك الهيئة وخروجاً صريحاً على مبدأ الفصل بين السلطات [٣]. ومع كثرة الأحكام الدستورية التي رددت بها المحكمة العليا الامريكية صراحة هذا الالتزام بالقاعدة [٤]. **وهنا يمكننا القول** من خلال استقراء النصوص القضائية للمحكمة

---

(1) David A. Strauss, The living constitution, university of Chicago, Law School, Uchicago, Retrieved 2018.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية دستورية سنة ١٩٩٧م.

(٣) د. أحمد كمال أبو المجد، مصدر سابق، ص٤٦١.

(4) Case of Waston V. Buck,323 U.S.235,1941,Case of: United States V.Petrillio,332 U.S,1,1947.

العليا في تفسيراتها وخاصة ما يخص تفسيرها الواسع للتعديل الدستوري الرابع عشر، على ما رأينا قد جعل القيد الدستوري على سلطات الولايات وسيلة طيعه في يد المحكمة تُعطل بها كل ما يخالف سياساتها الاقتصادية والاجتماعية من تشريعات، قائله إنها لا تستطيع في ظل هذا النص الدستوري–التعديل الرابع عشر– أن تقر استعمال الولايات لسلطتها البوليسية إل إذا كان استعمالاً معقولاً تربطه بالغاية التي يهدف إلى تحقيقها رابطة منطقية واضحة. وبالتالي فإن ظاهر هذا المعيار هو المعقولية وهو على درجة من الغموض والمرونة مكنت المحكمة من التدخل في توجيه السياسة التشريعية، إلا أنها تحولت في العام ١٩٣٧م، عن ذلك المعيار ملتزمة بما أقرته من نصوص قضائية، أي يمكن القول بأن المحكمة عادت من جديد إلى قاعدة الامتناع عن تقدير ملائمة القوانين والحكمة من أصادرها، مكتفية بأن تشترط فيها ألا تكون تعسفية أو ظاهرة البعد عن غايتها. في حين حرصت المحكمة العليا المصرية على ألا تمتد رقابتها إلى ملائمة التشريع التي تستقل به السلطة التشريعية، وعبرت المحكمة عن ذلك:". بدورها حرصت المحكمة الدستورية العليا المصرية بدورها على إلا تمتد رقابتها إلى ملائمة التشريع الذي تستقل به السلطة التشريعية، وعبرت عن ذلك:" إن الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق انها سلطة تقديرية ما لم يُقيدها الدستور بضوابط معينة، وجوهر هذه السلطة التقديرية يتمثل بالمفاضلة التي يُجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنه انسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملائمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي تناوله التنظيم،... وأنها لا تزن بنفسها ومن خلال مناهجها الذاتية، ما أذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازم، وما إذا كان إقراره في مناسبة بعينها ملائماً"[١]. وتقول المحكمة أيضا:" أن الأصل في سلطة التشريع عن تنظيم الحقوق أنها تقديرية، وأن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور"[٢].

ثانياً: المرحلة الثانية– على الرغم من تأكيد القضاء الدستوري المقارن على السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع، وأنها الأصل فيما يصدره من تشريعات يتولى عن طريقها تنظيم الحقوق–والتأكيد أيضاً على أن هذه السلطة التقديرية والملائمات المختلفة–سياسية واقتصادية

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية للسنة ١٩٩٧م.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم ٦٧ لسنة ٤ قضائية دستورية لسنة ١٩٨٥م، وحكمها في الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٢٨ قضائية دستورية لسنة ٢٠٠٩م، وحكمها في الدعوى رقم ٢٢ لسنة ٢ قضائية دستورية لسنة ١٩٩٤م.

واجتماعية–التي يراها المشرع، تخرج بدورها عن نطاق الرقابة الدستورية، وتعتبر بالتالي قيداً عليها عن مباشرتها الرقابة الدستورية، إلا أنها بما يؤدي إلى الحفاظ على الحقوق الدستورية التي كفل المشرع الدستوري أصلها، وردت المشرع العادي على أن ينال من أصلها، سواء بالانتقاص منها أو بنقصها أو تهميشها. ومن الأحكام القضائية الدستورية التي أكدت المعنى السابق، وفرضت المحكمة رقابة الملائمة على السلطة التقديرية للمشرع، ففي قضية Hammer v. Dagenhart, K (1918)، نرى بإن المحكمة العليا الأمريكية، في تفسيرها بالمقصود بتنظيم التجارة بين الولايات، فإن له قيمة كبرى فيما نحن بصدده من تحديد حق القضاء الدستوري في البحث عن–الغرض الحقيقي المستتر– لما تصدره السلطة التشريعية من قوانين، ذلك أن المحكمة العليا في حكمها في هذه القضية، نراها قد وقفت لأول مره في وجه هذا التحايل الذي تسعى السلطة التشريعية إلى اجتياز حدودها التشريعية ومباشرة اختصاصات منحها دستور الولايات المتحدة الأمريكية للولايات وحدها[١].

والمحكمة الدستورية العليا المصرية نراها قد فرضت رقابة الملائمة على السلطة التقديرية للمشرع، وقد بدأت هذه المرحلة في حكمها في الدعوى رقم ٥ لسنة ٨ ق د، التي انتهت فيه لعدم دستورية المادة(١٨) مكرر ثالثاً، من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م المضافة بالقانون(١٠٠) لسنة ١٩٨٥م، الخاصة بالزام المطلق بتوفير منزل للمطلقة الحاضنة وأبنائها خلال فترة العدة، وإلا استقلت بهم في مسكن الزوجية دون الأب ولو كان لهم أو لحاضنتهم مسكن أخر، حيث انتهت المحكمة لعدم ملائمة هذا النص لظروف المجتمع، وقسوة احكامه على المطلق، ومجافيته للعدالة خصوصاً في ظل أزمة الأسكان الطاحنة بالمجتمع(على حد تعبير المحكمة)، وانتهت المحكمة الى عدم دستوريته على الرغم من عدم مخالفته للأحكام الشرعية قطعية الثبوت والدلالة أو للمبادئ الكلية للشريعة الإسلامية[٢]. وكذلك فأن المحكمة الدستورية العليا نراها قد فرضت رقابتها على معقولية وتناسب العقوبة الجنائية مع الجريمة، مؤكده على التزام المشرع بمراعة أن يكون الجزاء متناسباً مع الأفعال التي نها عنها المشرع ومتدرجاً تبعاً لجسامتها. ولا يجوز أن يكون غلواً أو أفراطاً، ذلك أن السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع في مجال وزن العقوبة الجنائية تجد حدها في ألا تكون النصوص العقابية

---

[١] ألغى القاضي ويليام ر. داي قانون (Keating – Owen Act) ، معتبراً أن بند التجارة لا يمنح الكونغرس سلطة تنظيم ظروف العمل.

[٢] د. عاطف سالم عبد الرحمن، مصدر سابق، ص١٦٩.

شباكاً أو شركاً يُلقيها المشرع متصيداً باتساعها أو بخفائها من يقمعون تحتها أو يخطئون مواقعها، كما لا يجوز للنصوص العقابية أيضاً أن تُحمل المخاطبين بأحكامها ما لا يطيقون ولا أن تنهاهم بما يجهلون ولا أن تمد إليهم بأسها وقد كانوا غير منذرين ولا أن تنهاهم عما التبس عليهم وإلا قام التجريم على أساس من الظن والابهام ليكون خداعاً أو ختالاً وهو ما تأباه النظم العقابية جميعها وينحدر بأدمية الإنسان إلى أدنى مستوياتها. والواقع أن المحكمة الدستورية العليا جعلت من ملائمة الجزاء أياً كان نوعه شرطاً من شروط دستوريته، واستطاعت بذلك أن تباشر رقابة حقيقية على ذات تقدير المشرع وهو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية بقولها:" إن فكرة الجزاء–جنائياً كان أم تأديبياً–تعني مجاوزة الحدود التي يجوز التسامح فيها، وكلما كان الجزاء مقرراً لضرورة ومتناسباً مع الأفعال التي أثمها المشرع أو منعها متصاعداً مع خطورتها كان موافقاً للدستور"[1]. وكذلك تقول المحكمة الدستورية العليا في حكماً أخر لها لتؤكد ما ذهبت إليه فتقول:" أن النصوص القانونية لا تؤخذ إلا على ضوء ما يتحقق فيه معناها، ويكفل ربط مقدماتها بنتائجها، وكان الأصل في صور الجزاء إلا تتزاحم جميعاً على محل واحد بما ينوء بها عن موازين الاعتدال، وألا يتعلق جزء منها بغير الأفعال التي تتحدد خواصها وصفاتها، وبما يلائمها، وكان ذلك مؤداه أن الجزاء لا يجوز أن يكون خطراً ولا فاسداً مغبناً، بل ينبغي أن يوازن المشرع قبل تقريره بين الأفعال التي يجوز أن يتصل بها، وان يُقدر لكل حاله لبوسها، فلا يتخذ من النصوص القانونية ما تظهر فيه مكامن مثالبها، بل يبتغيها اسلوباً لتقويم أوضاع خاطئة وتصحيحها، وإن غلة صور الجزاء التي عددتها المادة المطعون فيها يبدو واضحاً، وأن شخصية العقوبة وتناسبها مع الجريمة يقتضي أن تتوازن خصائصها مع وطأة عقوبتها، وكان ذلك مؤاده أن يفرد المشرع لكل جريمة العقوبة التي تناسبها، وألا يُقرر إلا ما يكون من الجزاء ملائماً لجريمة بذاتها، وينبغي أن يتحدد على ضوء خطورتها، ونوع المصالح التي ترتبط بها""[2]**, ومما تقدم نرى،** أنه مع التزام السلطة

---

[1] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية ٢٤ لسنة ١٢ قضائية دستورية لسنة ١٩٨٦م. نقلاً عن د. ثروت عبد العال أحمد، حدود رقابة المشروعية والملائمة في قضاء الدستورية، جامعة أسيوط، مصر، ١٩٩٩م، ص٤٢ وما بعدها.

[2] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية لسنة ١٩٩٧م. ونرى أنه لابد لنا أن نبين موقف الفقه المؤيد والمعارض لرقابة الملائمة: على النحو التالي: إذ يرى البعض منه (الرأي المؤيد) أنه ليس هناك ما يمنع القضاء الدستوري من ممارسة رقابة الملائمة على اختيارات المشرع، اقتضاء بفرض القضاء الإداري لرقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مستندين في ذلك إلى عدة حجج وأسانيد قانونية والتي من أهمها على سبيل المثال وليس الحصر: أن السلطة التقديرية للمشرع ليس سلطة تحكمية أو استبدادية، والهدف من رقابة الملائمة هو منع المشرع من المساس بالحقوق والحريات الأساسية، أن رقابة

التشريعية بعدم التعارض مع نصوص الدستور، فإنها تملك الحرية في ممارسة سلطتها في سن التشريعات، وذلك في حدود الدستور، وهي تملك سلطتها سواء كانت السلطة محددة أحياناً بنصوص دستورية مباشرة تلزمها بشيء أو الامتناع عن شيء، أو كانت في أحيان كثيرة سلطة تقديرية، فرقابة القضاء الدستوري إذاً هي رقابة مشروعية فحسب ويجب عليه أن لا يتعرض لبحث مدى ملائمة التشريع أو الخوض في ماهية البواعث التي أدت إلى سن التشريع، فهذه مسائل تدخل في إطار الاختصاص التشريعي وليس للمحكمة أن تبحثها، فالمحكمة حين تمارس الرقابة على القوانين فإنها لا تجعل من نفسها مجلساً نيابياً يراجع أعمال السلطة التشريعية[١].

الخاتمة:

لقد خلص البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات، بالإمكان أجمالها على النحو التالي:

أولاً: النتائج

١- يبلور مبدأ الخضوع للقانون جوهر الرقابة على الشرعية الدستورية وأساسها، وهو كذلك ضمان لحمل السلطة أياً كان موقعها،على التقيد بالضوابط التي ألزمها الدستور بها ليمنعها من تعميق امتيازاتها،أو إساءة استخدامها،أوفرضها لقيم ترعى بها مصالح محدودة أهميتها.

٢- أن الغموض والإيجاز الشديد لبعض الدساتير وبخاصة المقارنة منها، منح القضاء الدستوري سلطة تقديرية واسعة للتفسير ساعده في بعض الأحيان على مد نطاق رقابته لملائمة التشريع والحكم بعدم دستوريته.

٣- أن الفصل بين رقابة المشروعية والرقابة السياسية ورقابة الملائمة، في نطاق الرقابة الدستورية أمر لا يخلو من أبهام، لأن الاعتبارات السياسية هي الأصل والاعتبارات

الملائمة تستهدف التأكد من سلامة اختيار المشرع للحلول، أن رقابة الملائمة تكون عن طريق التوسع في تفسير النصوص الدستورية الذي يتيح للقضاء الدستوري بالتالي التوسع في نطاق الرقابة. في حين يرى البعض الأخر من الفقه معارضته ورفضه لرقابة الملائمة، مستندين في ذلك الى عدة حجج أهمها: أن القضاء برقابته للملائمة يحل إرادته وتقديراته محل إرادة وتقديرات المشرع، ان ممارسة القضاء الدستوري للرقابة على الملائمة يضعه في مواجهة وصراع مستمر مع السلطة التشريعية، أن السماح برقابة الملائمة سوف يخرج القضاء من نطاق الرقابة القضائية ليزج به في نطاق السياسة التشريعية للدولة: **للمزيد** أنظر:د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧م، ص٦٤ وما بعدها، د.محمد عبد اللطيف، التصحيح التشريعي،دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩١م، ص١٩٦ وما بعدها، د. سليمان الطماوي،النظرية العامة للقرارات الإدارية،دار الفكر العربي، مصر، ١٩٦١م، ص١٣٨.

[١] للمزيد أنظر: باسل عبد الله، مصدر سابق، ص٧٤.

القانونية تابعة لهذا الأصل، فامت صلة متينة جعلتهما مختلطين بدليل أن أغلب عيوب الدستورية ذات طبيعة سياسية في الأصل.

٤- استقر الفقه والقضاء الدستوري على وجوب فرض الرقابة لإلزام المشرع بالنصوص الدستورية المقيدة لسلطته التقديرية، ولكن الخلاف ثار حول مدى خضوع سلطته التقديرية في الاختيار بين البدائل المختلفة لرقابة الملائمة.

٥- أنه إذا أمكن تفسير القانون على أكثر من وجه، وكان أحد هذه الوجوه يجعله متفقاً مع الدستور، فإن على المحكمة أن تلتزم هذا التفسير ما دامت عبارة القانون تحتمله دون أن تُكلف نفسها البحث في نية المشرع، وفي المدلول الذي أراد أن ينحله للتشريع.

ثانياً: التوصيات

١- أن تقدير ملائمة القانون وآثاره السياسية والاجتماعية والاقتصادية أمر يجب تركه للمشرع، لتعلقه بالسياسة أكثر من القانون، ولا بد أن تتغير اختيارات المشرع من فترة لأخرى متأثرة برغبات الناخبين.

٢- على القضاء الدستوري وبخاصة المحكمة الاتحادية العليا الابتعاد عن رقابة الملائمة، لان تلك الرقابة تحل محل أرادة وتقديرات المشرع، وهو ما يؤدي لاغتصاب سلطة التشريع والاعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقوم عليه الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥م، وبالتالي تزج المحكمة نفسها في نطاق السياسة التشريعية للدولة.

٣- من الضروري للقضاء الدستوري في فرض رقابته على تناسب ومعقولية وعدالة العقوبة الجنائية، ذلك أن القوانين الجنائية تُقاس بمقاييس أكثر صرامة من غيرها. كما أن حماية الحقوق والحريات الفردية التي يمسها القانون الجنائي بصورة مباشرة تعلو حتى على مبدأ الفصل بين السلطات.

المصادر

أ: المصادر العربية/الكتب

١- أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، مصر، ١٩٦٠م

٢- رمزي الشاعر، النظم السياسية والقانون الدستوري- النظرية العامة للقانون الدستوري، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، ١٩٩٧م.

٣- زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧م.

٤- سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، مصر،

٥- سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، ١٩٦١م.

٦- عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، الكويت، مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، ط١، ٢٠٠٠م.
٧- عاطف سالم عبد الرحمن، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١١م.
٨- عبد العزيز محمد سالمان،ضوابط وقيودالرقابة الدستورية،سعدسمك للمطبوعات القانونية،ط١،مصر،٢٠١١
٩- عصام عبد المنعم البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٠.
١٠- علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الاجنبية، دار الجامعات المصرية، الاسكندرية، ١٩٨٢
١١- علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، مصر،١٩٧٩م.
١٢- عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري، مكتبة دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٦م.
١٣- محمد عبد اللطيف، التصحيح التشريعي، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩١م
١٤- مدين عبد الرزاق الكلش، دور المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في حماية الحقوق والحريات، منشورات زين الحقوقية، بيروت،٢٠١٥م.
١٥- نبيلة عبد الحليم كامل،الرقابة القضائية على دستورية القوانين-القضاء الدستوري،دار النهضة العربية، ١٩٩٣

ب- الرسائل:

١- باسل عبد الله، دور القضاء الدستوري في تطوير مفهوم الحقوق والحريات الأساسية، جامعة آل البيت، الأردن، ٢٠٠٨م.

ب: المصادر باللغة الانكليزية

1- Case of Waston V. Buck,323 U.S.235,1941, Case of:Unitd States V.Petrillio,332 U.S,1,1947.
2- David A. Strauss, the living constitution, university of Chicago, Law School, Uchicago, Retrieved 2018.
3- Fletcher v. Peck - 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810), And Case of: United States v. Doremus, 249 U.S. 86 (1919).

ج: شبكة المعلوماتية

١- علي سعد عمران القيسي، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية وفقاً لقضاء المحكمة الاتحادية العليا العراقية، بحث منشور في المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية القانون، جامعة اهل البيت، منشور على الموقع الالكتروني https://abu.edu.iq/research/articles/12294 .
٢- سالم روضان الموسوي، نطاق الرقابة الدستورية في ضوء أحكام القضاء الدستوري العراقي، بحث منشور على الموقع الالكتروني https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=667899
٣- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية دستورية لسنة ١٩٩٠م. وكذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا العراقية في القرار رقم ٨٧/اتحادية/٢٠١٣م، والمنشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا.https://www.iraqfsc.iq/searchkrar.php