

موقف القضاء الدستوري من الرقابة على التناسب التشريعي (دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والمصري)  
*The constitutional courts position on oversight of legislative proportionality*  
*A comparative study between Iraqi and Egyptian legislation*

بحث مقدم من قبل

م.د. فراس عيسى مرزة // جامعة كربلاء /كلية طب الأسنان

#### الخلاصة

يعد موضوع الرقابة على التناسب التشريعي من الموضوعات المهمة في مجال القانون الدستوري باعتباره الوسيلة اللازمة لرد تجاوز السلطة التشريعية وإرجاعها إلى الحدود الدستورية، ومن ثم بعد الوسيلة الأساسية لضمان نفاذ القاعدة الدستورية، فالهدف الأساسي للرقابة على التناسب التشريعي على اختلاف النظم القانونية التي تقرها يتمثل في تحقيق مفهوم الدولة القانونية، بإخضاع السلطات العامة في الدولة خاصة السلطة التشريعية للرقابة على تصرفاتها للتحقق من التزامها بحدود الدستور، وعدم انتهاكها للحقوق والحريات التي يكفلها للأفراد، وإلا أضحت تشريعاتها عرضة للحكم بعدم دستورتها إذا تنكبت جادة الصواب.

الكلمات المفتاحية (الرقابة الدستورية، التناسب التشريعي، الملائمة التشريعية، السلطة التقديرية للمشرع)

#### Abstract:

The issue of oversight over legislative proportionality is considered an important topic in the field of constitutional law, as it is the necessary means to curb legislative authority overreach and return it to constitutional limits, thus serving as the primary means to ensure the enforcement of constitutional rules. The primary goal of controlling legislative proportionality, despite differences in legal systems, is to achieve the concept of the rule of law, by subjecting the public authorities in the state, especially the legislative authority, to oversight of their actions to ensure their compliance with the limits of the constitution and their non-violation of the rights and freedoms guaranteed to individuals; otherwise, their legislation becomes susceptible to being declared unconstitutional if it deviates from the path of correctness.

#### Keywords:

*The legislator's Legislative compliance, , Legislative proportionality Constitutional oversight, discretionary authority*

## المقدمة

## أولاً: موضوع البحث

يعد موضوع الرقابة على التناسب التشريعي من الموضوعات المهمة في مجال القانون الدستوري باعتباره الوسيلة اللازمة لرد تجاوز السلطة التشريعية وإرجاعها إلى الحدود الدستورية، ومن ثم يعد الوسيلة الأساسية لضمان نفاذ القاعدة الدستورية، وبغيره ربما تغدو تلك القاعدة خالية من جزاء موضوعي على مخالفتها، فالسلطة التشريعية حينما تشعر بأن هناك رقابة متخصصة على ما تسنه من قوانين، وأنه يمكن من خلال هذه الرقابة إبطال أي قانون يخالف الدستور، فإنها سوف تعمل جاهدة على احترام أحكام الدستور، فلا شك أن تقرير مثل هذه الرقابة من حيث المبدأ وما قد تقضي إليه من بطلان القوانين المخالفة للدستور من شأنه أن يدفع السلطة التشريعية إلى الحرص على توشي أحكام الدستور والعمل على احترامه باعتبار أن الرقابة على التناسب تمثل إحدى الأدوات التي تساعد على تحسين الأداء التشريعي، وأن وجودها في حد ذاته يجعل القائمين على عملية التشريع يتجهون إلى الدراسة العميقة لموضوعات التشريع التي يقومون بإعدادها، كما تجعلهم حريصين على الدقة في صياغتها بما لا يؤدي إلى حدوث أي ثغرات تقود إلى الدفع بعدم دستوريتها.

وتأسيساً على ذلك، فإن الهدف الأساسي للرقابة على التناسب التشريعي على اختلاف النظم القانونية التي تقرها يتمثل في تحقيق مفهوم الدولة القانونية، بإخضاع السلطات العامة في الدولة خاصة السلطة التشريعية للرقابة على تصرفاتها للتحقق من التزامها بحدود الدستور، وعدم انتهاكها للحقوق والحريات التي يكفلها للأفراد، وإلا أضحت تشريعاتها عرضة للحكم بعدم دستوريتها إذا تنكبت جادة الصواب.

## ثانياً: أهمية موضوع البحث

تأتي أهمية هذا الموضوع محل البحث من الناحية النظرية كونه يعد من أهم وأدق موضوعات القانون الدستوري وأكثرها إثارة للنقاش والجدل بين الفقهاء، فهي دراسة لموضوع شائك، تصعب صياغة قواعد واضحة ومحددة له ضمن النظرية العامة للرقابة الدستورية، فرقابة القاضي الدستوري على التناسب التشريعي تلازمها خلافاً وجدلاً فقهياً محتدماً، إذ تباينت الآراء الفقهية بداية من تعريف رقابة التناسب التشريعي إلى مدى أحقية جهة الرقابة في الرقابة على التناسب التشريعي، بالإضافة إلى عدم استقرار الفقه حول آليات وصور هذه الرقابة. وتتمثل الأهمية العملية لموضوع البحث بأن التطبيق العملي للقضاء الدستوري يكشف بجلاء عن رقابته على التناسب التشريعي بهدف كفالة وضمان حقوق وحريات الأفراد، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك لم يعلن القاضي الدستوري صراحة امتداد رقابته لخيارات وتقديرات المشرع، حيث يتجنب ذلك خشية إثارة السلطة التشريعية، على الرغم من أن حيثيات أحكامه توحى بذلك.

## ثالثاً: مشكلة البحث

تعد الرقابة على التناسب التشريعي من أبرز آليات الرقابة الدستورية المعاصرة، حيث تهدف هذه الرقابة إلى تحقيق التوازن بين متطلبات المصلحة العامة من ناحية، وصور الحقوق والحريات الدستورية من ناحية أخرى. إلا أن الإشكال الجوهرية الذي يثور في هذا الشأن يتمثل في حدود تدخل القضاء الدستوري في تقدير مدى تناسب النصوص التشريعية، ومدى مشروعية رقابته على ما يعرف بـ "الخيار التشريعي للمشرع"؟ فإلى أي مدى يجوز للقضاء الدستوري أن يخضع النصوص القانونية لاختبار التناسب دون أن يعد ذلك تجاوزاً لسلطة المشرع أو تدخل في السياسة التشريعية؟ وهل تختلف معايير هذه الرقابة وحدودها بين الأنظمة الدستورية، كالنظامين المصري والعراقي، في ضوء النصوص الدستورية واتجاهات المحاكم الدستورية فيهما؟ ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية الأسئلة الفرعية الآتية:

- 1- ماذا نقصد برقابة التناسب التشريعي؟ وبماذا تختلف عن غيرها من المصطلحات؟
- 2- ما هو موقف الفقه الدستوري تجاه رقابة التناسب التشريعي؟
- 3- ما هي تطبيقات القضاء الدستوري في كل من مصر والعراق تجاه رقابة التناسب التشريعي؟

## رابعاً: منهجية البحث

سنعتمد في دراستنا لموضوع (موقف القضاء الدستوري من الرقابة على التناسب التشريعي) دراسة مقارنة بين التشريعين العراقي والمصري (" على المنهج التحليلي، والذي من خلاله سنقوم بتحليل النصوص القانونية الواردة بهذا الشأن، فضلاً عن سلوك المنهج المقارن من خلال تحليل أهم الأحكام القضائية الصادرة من القضاء الدستوري في كل من العراق ومصر.

## خامساً: خطة البحث

من أجل الإحاطة التامة بموضوع البحث فقد تم تقسيمه على مبحثين، خصصنا المبحث الأول لبيان ماهية رقابة التناسب التشريعي وهو مقسم على مطلبين، تناولنا في المطلب الأول ذاتية التناسب التشريعي، وخصص المطلب الثاني لبيان موقف الفقه الدستوري من الرقابة على التناسب التشريعي. أما المبحث الثاني فقد تم تخصيصه لبيان التطبيقات القضائية لرقابة التناسب التشريعي في أحكام القضاء الدستوري وهو مقسم أيضاً على مطلبين، خصص المطلب الأول لبيان تطبيقات القضاء الدستوري المصري تجاه رقابة التناسب التشريعي، وتناولنا في المطلب الثاني تطبيقات القضاء الدستوري العراقي تجاه رقابة التناسب التشريعي.

وفي الخاتمة سوف يتم التطرق إلى أهم النتائج والمقترحات التي تم التوصل إليها من خلال هذا البحث.

**المبحث الأول/ ماهية رقابة التناسب التشريعي**

تعد الرقابة القضائية على التناسب التشريعي من أكثر آليات الرقابة على الدستورية تطوراً لأنماط ووسائل الرقابة القضائية على دستورية القوانين، لأنها الوسيلة التي يعلى من خلالها القضاء الدستوري الحقوق والحريات، فضلاً عن كونها رقابة حساسة لأنها تمتد إلى أخص خصوصيات السلطة التشريعية وهي سلطتها التقديرية، حيث يستخدم القاضي الدستوري رقابة التناسب بغية الوقوف على صحة تقدير المشرع ودستوريته لدى مباشرته لسلطته التقديرية في تنظيم المسائل القانونية المختلفة من خلال إقرار التشريعات القانونية الملازمة لها. ومما تجدر الملاحظة إليه بهذا الشأن، إن السلطة التي يتمتع بها المشرع هي ليست سلطة مطلقة، وإنما تمارس وفق الحدود والضوابط والمبادئ الدستورية تحت رقابة القضاء الدستوري الذي يهدف من وراء ذلك التأكيد على حماية الدستور وحماية الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد، وذلك من خلال التحقق من مدى ارتباط واتصال النصوص القانونية بالغاية والغرض التي تهدف إليها، فهذه النصوص التي يصدرها المشرع لا تسبح في الفراغ، ولا تنبع من العدم، بل تعد وليدة أسباب وعوامل مختلفة يقتضيها تحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فلا بد من توافق هذه النصوص القانونية مع الغاية منها وإلا كان على القضاء الدستوري أن يقضي بعدم دستورتها. ونتيجة لذلك نجد، إن الفقه الدستوري اختلف بصدد رقابة القضاء الدستوري تجاه التناسب التشريعي بين مؤيد لرقابة التناسب التشريعي وبين معارض لهذه الرقابة وقد استندوا في ذلك على عدة معايير تبرر هذا الاختلاف وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال تقسيم هذا المبحث على مطلبين، نخصص المطلب الأول لبيان ذاتية رقابة التناسب التشريعي، ونتناول في المطلب الثاني موقف الفقه الدستوري من الرقابة على التناسب التشريعي وعلى النحو الآتي: -

**المطلب الأول/ ذاتية رقابة التناسب التشريعي**

على الرغم من أهمية فكرة التناسب التشريعي واحتلالها مكانة هامة في كافة فروع القانون وسهولة فهم المراد منها بكونها علاقة توافق بين أمرين أو أكثر، وأن المخالفة تقع إذا اختل التعادل بينها، فلم يستقر الفقه الدستوري على تحديد مفهوم فكرة التناسب التشريعي في إطار الرقابة الدستورية، ويرجع السبب في ذلك إلى عدم تعرض القاضي الدستوري لبيان مفهوم التناسب، وعدم تحديد صورته بشكل محدد. كما يرجع السبب في ذلك أيضاً إلى اختلاف الفقه في تحديد جوهر التناسب في التشريع إلى أحد اتجاهين، أولهما يرى ارتباط جوهر التناسب بركن السبب، بوصفه أحد عناصر هذا الركن، وثانيهما يرى ارتباط جوهر التناسب بالتوافق بين الاجراء الذي اتخذه المشرع والغاية التي استهدفها من وراء ذلك.

ومن أجل بيان ذاتية رقابة التناسب التشريعي سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف رقابة التناسب التشريعي، ونخصص الفرع الثاني لبيان التمييز بين التناسب التشريعي وغيره من المصطلحات وعلى النحو الآتي:

**الفرع الأول/ تعريف رقابة التناسب التشريعي**

أن فقهاء القانون الدستوري اختلفوا فيما بينهم بصدد تعريف رقابة التناسب التشريعي، فقد ذهب جانب من الفقه ومنهم (الدكتور سامي جمال الدين) إلى وضع نظرة شاملة عن التناسب من ناحية تعريفه ومضمونه ودور المختص برقابته، فأشار إلى أن التناسب في نطاق الدستور يعني " التوافق بين أي نص قانوني وبين حقوق وحريات الافراد، فهو عملية مركبة بل وفي غاية التعقيد، وتتعلق بعدة عناصر وجوانب واعتبارات، فهي تتعلق أولاً بالصلة بين موضوع النص الصادر والمبادئ والأحكام الأساسية التي نص عليها الدستور، وتتعلق ثانياً بالوسائل المستخدمة والغايات المستهدفة، ولذلك فإن هذه العملية هي عملية شاقة وحساسة ودقيقة ومعقدة وتحتاج إلى كثير من التأمل والتأني والبحث والدراسة، وإجراء كثير من التوازنات والمواءمات"<sup>(1)</sup>. في حين خلص البعض الآخر من الفقه ومنهم (الدكتورة يسرى العصار) إلى أن الرقابة على التناسب " تعد تطبيقاً لرقابة القاضي الدستوري على ركن السبب في التشريع، باعتبار أن التوافق بين الاجراء الذي اتخذه المشرع والغاية منه أحد عناصر ركن السبب في التشريع"<sup>(2)</sup>. وعرف جانب آخر من الفقه ومنهم (الدكتور رفعت عيد سيد) رقابة التناسب بأنها " العلاقة بين سبب التشريع ومحلّه، أي مدى التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التي جعلت من السلطة المختصة تفكر في إصدار تشريع معين لتنظيم وحكم هذه الحالة، وبين محل أو موضوع التشريع ذاته، أي الأثر القانوني المراد تحقيقه من وراء إصدار مثل هذا التشريع"<sup>(3)</sup>. ويرى البعض من الفقه ومنهم (الدكتور وائل محمد يوسف) أن المقصود برقابة التناسب هي " التوافق بين أي نص سواء صدر في شكل قرار فردي أو لائحي، أو في شكل تشريع كأداة قانونية تستخدمها الدولة في تنظيم موضوعات معينة، وبين حقوق وحريات الأفراد سواء المنصوص عليها صراحة في الدستور أو المتضمنة في المقومات والمبادئ الأساسية والقواعد والأحكام التي أتى بها الدستور"<sup>(4)</sup>.

كما ذهب البعض الآخر ومنهم (الدكتورة عبير حسين السيد) إلى القول بأن " رقابة القاضي الدستوري على التناسب تكون من خلال الصلة بين النص التشريعي والأحكام الأساسية التي نص عليها الدستور من ناحية ويراقب من ناحية أخرى الصلة بين الوسائل المستخدمة والغاية المستهدفة من التشريع"<sup>(5)</sup>. ويرى آخرون أن الرقابة على التناسب التشريعي ترتبط بالسلطة التقديرية للمشرع، على اعتبار أن التناسب يتعلق في جوهره بالتقدير من قبل المشرع من جهة، ومن جهة أخرى تنصب رقابة التناسب في حقيقتها على تقدير المشرع للصلة أو العلاقة بين النص القانوني الصادر منه والمقاصد والمعاني التي يقصدها المشرع الدستوري<sup>(6)</sup>، ومن هنا تبدو حساسية فكرة التناسب في نطاق القضاء الدستوري، إذ تعد آلية رقابة التناسب من الآليات التي استطاع القاضي الدستوري بموجبها إحكام رقابته على السلطة التقديرية للمشرع في أدق عناصرها، ذلك أن الرقابة على التناسب التشريعي كما ذهب إليه البعض من الفقه الدستوري يتعلق بمجموعة من العناصر التي تربط بين أركان التشريع الموضوعية، فهو يخص في جانب منه العلاقة بين السبب الذي حدا بالمشرع إلى إصدار التشريع، والأثر

القانوني المترتب عليه، وهو ما يعني أن على سلطة التشريع أن تتخذ الإجراء المناسب والأكثر ملائمة مع الظروف المحيطة بموضوع هذا العمل، ومن جانب آخر يتعلق بالصلة بين النص القانوني المتضمن للقاعدة التشريعية وبين الغاية المستهدفة من ورائه وهي المصلحة العامة<sup>(7)</sup>. وفي نطاق القانون الدستوري يعرف (الدكتور خالد سيد محمد حماد) رقابة التناسب التشريعي بأنها "العلاقة العادلة أو المعقولة بين المحل التشريع والهدف منه، فإذا تم تحقيق هذه العلاقة، يعتبر النص متناسباً، أما إذا لم يتحقق، يصبح النص غير متناسب ومن ثم يتعارض مع الدستور"<sup>(8)</sup>. ومن خلال تحليل التعريف أعلاه يمكن القول، أنه توجد منطقة محظورة على القاضي الدستوري، حيث لا يجوز له مراقبة التناسب بين محل التشريع والسبب. لكن تحريمه من التداخل في هذه المنطقة يمكن أن يجعل السلطة التقديرية للمشرع مطلقة وتحكومية، الأمر الذي يؤدي بدوره إلى التأثير على تطبيق مبدأ المشروعية بشكل عام وحماية الحقوق والحريات الدستورية بشكل خاص. ولذلك يمكن للقضاء الدستوري مراقبة هذه المنطقة من خلال آلية عدم التناسب أو الخطأ الظاهر في التقدير. وفي ضوء ما تقدم يرى الباحث، بأن إعمال رقابة التناسب التشريعي يتضمن بيان مدى توافق واتصال تقدير المشرع مع الأغراض التي استهدفها.

### الفرع الثاني/ التمييز بين التناسب التشريعي وغيره من المصطلحات

من أجل بيان مفهوم التناسب التشريعي بشكل واف لا بد لنا من تمييزه عن غيره من المصطلحات التي قد تختلط به وعلى النحو الآتي:

#### أولاً: - التمييز بين التناسب التشريعي والملائمة التشريعية

يختلف مفهوم التناسب عن الملائمة على الرغم من دخول كل منهما في إطار السلطة التقديرية للمشرع، فالملائمة في مجال التشريعات يقصد بها "توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يصدر فيها"<sup>(9)</sup>. فالملائمة استناداً إلى هذا التعريف تتعلق بصلة العمل القانوني بظروف إصداره أي عبارة عن علاقة بين الأداة القانونية وظروف استخدامها أو استعمالها. أما التناسب فيقصد به "مدى التوافق بين محل التشريع وسببه، أي مدى التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التي جعلت السلطة التشريعية تفكر في إصدار تشريع معين لتنظيم وحكم هذه الحالة، وبين محل أو موضوع التشريع ذاته، أي الأثر القانوني المراد تحقيقه من وراء إصدار التشريع"<sup>(10)</sup>. وإذا كانت الملائمة والتناسب في نطاق القانون الدستوري تدخلان وبحسب الأصل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع، فالمشرع يتمتع في هذه الحالة بسلطة تقديرية واسعة، على اعتبار هو الذي يقرر إذا كان من الملائم إصدار تشريع ما أو عدم إصداره، وإذا رأى ضرورة إصداره، فهو الذي يختار التوقيت الملائم لإصداره، وإذا استقر على التوقيت الملائم، فهو الذي يقرر مدى ملائمة الظروف المحيطة لإصدار مثل هذا التشريع، إلا أن الملائمة بعكس التناسب تخرج كقاعدة من نطاق رقابة القضاء الدستوري<sup>(11)</sup>. فالمشرع وأن كان يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إصدار التشريع إلا أنه يخضع عند استخدامه لهذه السلطة لرقابة القضاء الدستوري للتأكد من احترام الضوابط الدستورية ولضمان توافق أداة استعمال هذه السلطة مع أحكام الدستور والمقومات التي وضعها، وأهمها وأظهرها الحقوق والحريات الأساسية للأفراد داخل المجتمع حتى لا تعدي على حق صانعه الدستور وحماه ولا تمس حرية كرسها الدستور وقتنها، وحتى تحترم الضوابط التي وضعها الدستور<sup>(12)</sup>. وهذا ما تم تأكيده في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر في العديد من أحكامها، حيث قضت بأن "الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيدوا الدستور بضوابط معينة، تعتبر حاداً لها يحول دون إطلاقها..... وأن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملائمة إصدارها"<sup>(13)</sup>. كما قررت المحكمة في قرار آخر لها أنه " ... يخرج عن حدود رقابتها الدستورية تقرير مدى ملائمة بعض الأحكام التي حوّاها القانون، باعتبار أن ذلك يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع..."<sup>(14)</sup>. وقد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في العراق على غرار ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية العليا في مصر من خلال ترك ملائمة التشريع لتقدير المشرع، الذي يمارسه وفق ما يراه من سياسة تشريعية ملائمة. فقد بينت المحكمة في إحدى قراراتها المتعلقة بمسائل الاستيلاء ونزع الملكية لأغراض المنفعة العامة والذي قضت فيه " بدستورية ما نص عليه قانون الاستيلاء، من حق جهة الاستيلاء، باستملاك ما لا يزيد على ربع مساحة العقار، بدون بدل إذا توصلت لجنة التقدير إلى زيادة في قيمة العقار المتبقي لدى المستملاك منه، وكانت تلك الزيادة بسبب قرار الاستيلاء"<sup>(15)</sup>. كما قررت المحكمة في قرار آخر " يخص مبدأ المساواة التي يراها المشرع متحققة وفق خياراته التشريعية بدستورية قصر وصف السجناء السياسيين، على الأشخاص الذين تعرضوا للاعتقالات للفترة من 17/تموز/1968 حتى 2003/4/9 دون من تعرضوا له قبل ذلك التاريخ"<sup>(16)</sup>. كما أوضحت المحكمة في قرارها التفسيري رقم (15/اتحادية/2018) وقرارها المرقم (32/اتحادية/2018) بأن "... للمشرع أن يمارس خياره التشريعي باختيار البدائل والحلول ولا رقابة عليه في هذا الجانب طالما لم يتقاطع مع أي قيد دستوري ويعد هذا الأمر جوهر العمل بمبدأ الفصل بين السلطات"<sup>(17)</sup>. ومن خلال تحليل ما سبق يمكن القول، أنه على الرغم من تمتع المشرع في كل من مصر والعراق بسلطة تقديرية واسعة في ملائمة إصدار التشريع من عدمه، إلا أن هذه السلطة تكون مقيدة بضوابط محددة في الدستور تحتم على المشرع بعدم تجاوزها من خلال مراعاة الحقوق والحريات وفي حالة تجاوزها فأنها سوف تخضع لرقابة الدستورية من خلال الحكم بعدم دستوريته. وتأسيساً على ما سبق فإن الباحث يتفق مع جانب من الفقه الدستوري على أن التناسب التشريعي يعد أحد صور الملائمة التشريعية، على اعتبار أن التناسب ليس الجانب الوحيد أو كل جوانب الملائمة في القانون، وإن اعتبر من أهم جوانبها، فالتناسب التشريعي يعد أحد ملائمة القانون في مجال السلطة التقديرية للمشرع، استناداً على أن حاصل عملية التناسب هو ملائمة القانون.

**ثانياً: التمييز بين التناسب التشريعي والانحراف التشريعي**

أن الانحراف التشريعي يختلف عن التناسب التشريعي من حيث أن الانحراف التشريعي يقصد به "خروج المشرع عن الغاية المتعين عليه استهدافها، وهي المصلحة العامة"، وبذلك يعد الانحراف التشريعي أخطر العيوب التي تصيب التشريع؛ لأن هذا العيب لا يظهر بمجرد مقارنة نصوص التشريع بالدستور، وبناءً عليه؛ فإن المشرع كأصل عام حتى وإن أخطأ التقدير في مسألة معينة إلا أن هذا الخطأ لم يكن مقصوداً من قبله هذا من جانب، ومن جانب آخر فإنه على الرغم من خطئه في تقدير اختيار الحل الأمثل للمسائل محل التنظيم، إلا أنه كان يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة مشروعة من خلال وسائل مشروعة تحقق أهدافاً وغايات دستورية معتبرة كان ينشدها<sup>(18)</sup>. وانطلاقاً من هذا المفهوم نجد، أن عيب الانحراف التشريعي يختلف عن التناسب من حيث أنه ينصب على ركن الغاية التي يستهدف المشرع من خلالها إصدار النصوص القانونية تحقيقاً للمصلحة العامة بمفهومها العام أو أحد صورها المخصصة التي تحددها نصوص الدستور، وإلا فإن هذا القانون يكون مشوباً بعيب الانحراف التشريعي، على اعتبار أن الطبيعة الخاصة للانحراف التشريعي تجعل منه عيباً احتياطياً، لا يلجأ القضاء الدستوري إلى بحث مدى وجوده إلا إذا لم يجد عيباً آخر في التشريع الخاضع لرقابته. على خلاف التناسب التشريعي إذ لا تعد رقابة التناسب عيباً احتياطياً، فالقاضي الدستوري كثيراً ما يستند إلى فكرة التناسب وصورها للتوصل إلى عدم دستورية النص محل الرقابة<sup>(19)</sup>. وتأسيساً على ما سبق ذكره، واستناداً لرقابة الانحراف التشريعي، فإن سلطة المشرع التقديرية تكون مقيدة باستهداف غاية معينة وهي تحقيق المصلحة العامة أو صورها المحددة بنصوص الدستور، بينما وفقاً لرقابة التناسب التشريعي، فإن المشرع يجب عليه عندما يوازن ويفاضل بين البدائل إعمالاً لسلطته في التقدير، أن يختار بين البدائل أنسبها لتحقيق أغراضه وأقلها تقييداً للحرية وأكفلها لأكثر المصالح ثقلأ في مجال ضمانها، ويتحقق ذلك بافتراض مشروعية البدائل جميعاً واتصالها بالحقوق محل التنظيم، إذ لا يجوز تنظيم الحقوق لغير مصلحة واضحة لها اعتبارها.

**المطلب الثاني/ موقف الفقه الدستوري من الرقابة على التناسب التشريعي**

أن رقابة التناسب التشريعي تعتبر جانب من جوانب رقابة ملائمة التشريع وهما يدخلان وبحسب الأصل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع، وقد اختلف الفقه الدستوري حول مضمون حق القضاء الدستوري في الرقابة عليها وانقسموا بصدد ذلك إلى اتجاهين، الاتجاه الأول رفض هذه الرقابة بحجة أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية على ملائمة التشريعات تعد تدخلاً غير مشروع، وانتهاكاً صريحاً لمبدأ الفصل بين السلطات على اعتبار أن هذه الرقابة يجب أن تقف عند حد المشروعية، ولا يتخطاها إلى التدخل في مراقبة ملائمة التشريعات. أما الاتجاه الثاني فقد أيد الرقابة على الملائمة تأسيساً على أن الرقابة على ملائمة التشريعات تعتبر من عناصر رقابة المشروعية، ومن ثم، فإن من حق جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية أن تراقب السلطة التقديرية للمشرع، وأن تقيدها بالنطاق المحدد لها دستورياً وأن هذا يعد من واجبه القانوني، ولا تكون بذلك مخالفة لأحكام الدستور أو متجاوزة لمبدأ الفصل بين السلطات. ومن أجل بيان موقف الفقه الدستوري من الرقابة على التناسب التشريعي سوف نقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول لبيان الاتجاه الفقهي الرافض للرقابة على التناسب التشريعي، ونبين في الفرع الثاني الاتجاه الفقهي المؤيد للرقابة على التناسب التشريعي وعلى النحو الآتي:-

**الفرع الأول/ الاتجاه الفقهي الرافض للرقابة على التناسب التشريعي**

رفض أنصار هذا الاتجاه حق القضاء الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع؛ لأن ذلك يعد تدخلاً في خصوصيات المشرع، ويمس نطاق اختصاصه التشريعي الذي عهد إليه المشرع الدستوري<sup>(20)</sup>. ويجمع أنصار هذا الاتجاه على أن الرقابة على دستورية التشريعات، هي رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد تقتصر على المسائل الدستورية، وتتمارس في إطار احترام ما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية، بحيث تنحصر رقابة القاضي الدستوري، عن التعرض لمناقشة ضرورة التشريع أو عدمه، أو البحث عن ملائمته وحكمته، أو البحث عن نوايا المشرع والبيواعث التي تحقق إصدار التشريع، فنلاحظ تقدير هذه الأمور يرجع إلى إرادة المشرع<sup>(21)</sup>. وتأسيساً على ما تقدم؛ نجد أن القضاء الدستوري وفقاً لهذا الاتجاه ملزم بمراعاة مجموعة من الضوابط والقواعد، التي أساسها السلطة التقديرية للمشرع عند رقبته لدستورية القوانين. فمن جانب نجد، أن بعض الفقهاء يرون أن القاضي الدستوري لا يراقب ضرورة التشريع؛ لأن مبدأ الفصل بين السلطات، يقتضي أن تستقل السلطة التشريعية بتشريع القوانين ومدى الحاجة إلى التشريع أمر تختص به دون غيرها، وفقاً للملائمات السياسية التي تراها، فتفقد السلطة التشريعية متى تتدخل لوضع تشريع معين، يؤكد حماية القيم الدستورية. وأيضاً كيفية إلغاء هذا التشريع أو تعديله، ويعد ذلك عنصراً من عناصر السياسة التشريعية التي يتمتع على المحاكم الدستورية التدخل فيها، كما لا توجد صلة بين ضرورة التشريع وبين دستوريته<sup>(22)</sup>. ويرى البعض الآخر، أن القاضي الدستوري لا يراقب ملائمة التشريعات التي يجريها المشرع، على اعتبار أنه ليس له أن يتناول بالمراجعة التقدير الذي تجريه السلطة التشريعية بخصوص مدى ملائمة التشريع من عدمه، وإلا كان ذلك تجاوزاً منه لحدود اختصاصاته الدستورية واعتداء على اختصاصات السلطة التشريعية<sup>(23)</sup>، إذ تعد الملائمة من أخص مظاهر السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع، ويكون له بشأنها القول الفصل فيها، وله الحرية في تقدير ملائمة ومناسبة إصدار التشريع من عدمه وفقاً للظروف والتطورات المحيطة بإصداره، ومن ثم فإنه يكون من حق المشرع أن يستقل بوضع القواعد القانونية التي يراها محققة للمصلحة العامة، متى كان ملتزماً بأحكام الدستور وقواعده<sup>(24)</sup>. ويرى آخرون، أن وظيفة القاضي الدستوري الطبيعية هي الفصل في المنازعات ذات الطبيعة القانونية، فإذا ما عرض أمامه نزاع يتطلب تطبيق نص قانوني معين ووجد القاضي

أن هذا النص يتعارض مع نص دستوري، فإن الواجب الطبيعي للقاضي أن يطبق القانون الأعلى عند تعارضه مع قانون أدنى، ومن أجل هذا يجب على القاضي الدستوري عند إعمال رقابته على دستورية القوانين ألا يتجاوز المجال القانوني في بحثه لدستورية القوانين، فإذا تجاوز هذا المجال إلى المجال السياسي يكون قد خرج عن المفهوم السليم للرقابة<sup>(25)</sup>. ويذهب البعض الآخر إلى أن القاضي الدستوري لا يراقب بواعث التشريع، فيجب عليه أن يتجنب التفتيش عن البواعث المشروعة وغير المشروعة التي دفعت المشرع إلى سن القانون، على اعتبار أن السلطة التشريعية المعبرة عن إرادة الشعب مكونة من عدد كبير من الأعضاء، ومن ثم يصعب أن تسيطر عليهم أهداف غير مشروعة، وأن البحث في البواعث ينصرف إلى النوايا، وهو أمر يخرج عن إمكانية التقدير الموضوعي من قبل القضاء الدستوري<sup>(26)</sup>. وتأسيساً لما تقدم فإن الباحث، لا يتفق مع الاتجاه الأول الذي ذهب إلى أن السلطة التشريعية تتمتع بموجب الدستور بسلطة تقديرية واسعة في ممارسة اختصاصاتها، وعدم خضوع هذه السلطة لرقابة القضاء الدستوري على إطلاقه، على اعتبار أن المشرع العادي قد لا تكون تقديرته موافقة للدستور في كل الأحوال، بل كثيراً ما يقع المشرع في غلط بين في التقدير، وفي حال تجريد القضاء الدستوري من الرقابة على هذا الغلط البين حسب رأي هذا الاتجاه، فإن الحقوق والحريات تكون في دائرة التهديد بالانتهاك، ولا سيما في الوقت الذي يكون فيه القانون معبراً عن الآراء السياسية أكثر من كونه ضامناً للحقوق والحريات.

### الفرع الثاني/ الاتجاه الفقهي المؤيد للرقابة على التناسب التشريعي

ذهب جانب من الفقه الدستوري إلى القول بأن رقابة القضاء الدستوري للمشرع في تقديره للتناسب التشريعي بوصفه أحد عناصر الملائمة هي رقابة دستورية وليست محض تدخل في سلطته التقديرية، على اعتبار أن رقابة الملائمة التشريعية تعد أمراً لازماً ولا مفر منه سواء بالنظر لطبيعة القواعد الدستورية التي يستند إليها القضاء الدستوري لممارسة رقابته، أو بالنظر لطبيعة الرقابة التي اختار ممارستها، لأنها تحتوي في مجملها عدة قواعد عامة يستلزم للتحقق من مراعاتها وضمن نفاذها لابد من سلوك رقابة الملائمة<sup>(27)</sup>. ويذهب البعض الآخر إلى القول أن ملائمة التشريع صحيح أنها تعد من الخيارات المتروكة للمشرع، إلا أن ذلك لا يعني أن تبقى بعيداً عن رقابة القضاء الدستوري، بل يجب أن تمتد سلطة الأخير، إلى فحص مدى ملائمة الحل أو الخيار الذي اختاره المشرع، ومدى توافقه مع الهدف الذي يسعى المؤسس الدستوري إلى تحقيقه، وأن مراقبة مدى ملائمة الحل الذي اختاره المشرع، يعد من أوجه المشروعية التي راقبها القضاء<sup>(28)</sup>، ويترتب على ذلك أن القضاء الدستوري، وهو يمارس اختصاصه بفحص دستورية القوانين، لا يمكنه أن يتجاهل مدى ملائمة العناصر الواقعية الداخلة في تكوين القاعدة القانونية مع أحكام الدستور<sup>(29)</sup>. وبناءً على ذلك يمكن التأكيد على أهمية رقابة القضاء الدستوري من خلال الدور التوفيقي المنوط برقابته، فهو يؤكد ضرورة وأهمية الرقابة الفعالة لحماية الحقوق والحريات الأساسية من جانب، وعلى تكريسه لمقتضيات وبواعث الصالح العام المقيدة لتلك الحقوق والحريات من جانب آخر، وهو ما سيقود ليس فقط إلى إمكانية، بل إلى وجوب اللجوء لرقابة الملائمة بهدف التحقق من إجراء المشرع للتوفيق اللازم بين تلك الاعتبارات المتعارضة. على اعتبار أن القضاء الدستوري عندما يباشر هذه الرقابة فإنه لا يقوم بتعديل مضمون القانون الخاضع للرقابة، كما أنه لا يقوم بإحلال تقديره الشخصي محل تقدير المشرع، لأن القاضي الدستوري لا يقوم بهذا التقدير ابتداءً، فالتقدير التشريعي قائم وموجوداً أصلاً، ثم يأتي القاضي ليباشر رقابته الموضوعية على هذا التقدير الموجود وفي الحدود الذي جرى فيه من جانب المشرع، وأن سلطته تنحصر في أحد الأمرين، إما الحكم بعدم دستورية التشريع أو الحكم بدستوريته والإبقاء عليه دون أن يقوم بتعديله أو تصحيحه، فهو أن فعل ذلك كان بهذا الفعل متجاوزاً لحدود اختصاصه<sup>(30)</sup>.

كما ذهب جانب من الفقه الدستوري المؤيد لمدى رقابة القضاء الدستوري إلى ملائمة التشريعات إلى القول، أن المشرع وإن كان يحق له بمقتضى سلطته التقديرية وزن ملائمة الصالح العام، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة من كل قيد، بل هي مشروطة بعدم إهدارها للحقوق والحريات الأساسية المكفولة بالدستور، فبالرغم من غياب الإقرار القضائي الصريح لرقابة الملائمة، إلا أنها حاضرة بوضوح في المنازعة الدستورية، فتلك الرقابة تقتضيها النصوص الدستورية ذاتها، كما يقتضيها التوفيق بين متطلبات الصالح العام والحقوق والحريات الأساسية<sup>(31)</sup>. ويرى البعض الآخر من الفقه الدستوري المؤيد لهذا الاتجاه، أن السلطة التقديرية للمشرع كأية سلطة أخرى ليست سلطة مطلقة، بل هي سلطة قانونية تهدف إلى التوصل إلى البديل الملائم والأكثر تحقيقاً للمصلحة العامة، فإن لم تسفر ممارسة تلك السلطة عن تحقيق الملائمة، فإنه يمكن القول بأن مباشرة المشرع لسلطته التقديرية لم تتم على النحو المقرر دستورياً، ولذلك يعمل القضاء الدستوري على الحد منها من خلال الاستعانة بمبادئ أو معايير موضوعية كمبدأ التناسب ومعيير المعقولية وما شابه ذلك من معايير، بحيث تنقل هذه الأمور من دائرة الملائمة السياسية إلى نطاق المشروعية الدستورية بوصفها من الجوانب القانونية المحيطة بالسلطة التقديرية للمشرع<sup>(32)</sup>. وتأسيساً على ما سبق ذكره، فإن الباحث يميل إلى منطلق الاتجاه الثاني المؤيد لرقابة القضاء الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع على اعتبار أن هذا الاتجاه هو المعول به من قبل القضاء الدستوري.

### المبحث الثاني/التطبيقات القضائية لرقابة التناسب التشريعي في أحكام القضاء الدستوري

إن سلطة القاضي الدستوري في مجال رقابة الدستورية تراها تنحصر في أحد الأمرين: إما الحكم بدستورية التشريع المطعون فيه إذا ما تبين له الموافقة لأحكام الدستور، أو الحكم بعدم دستوريته إذا كان مخالفاً لها، دون أن تكون له سلطة في تصحيحه أو تعديله على النحو الذي يجعله موافقاً لأحكام الدستور، فالقاضي الدستوري لا يحل نفسه محل المشرع، من خلال مباشرة الرقابة على التقدير الذي يُجرىه هذا الأخير، وإنما يكون هناك إحلال حقيقي من القاضي لنفسه محل المشرع. ومع ذلك؛ فإن أدنى تأمل لواقع الرقابة، التي يمارسها القضاء الدستوري تكشف لنا، بجلاء أن القضاء الدستوري

كثيراً ما يخرج عن حدود الالتزام بهذه الضوابط ويمارس عمل رقابة حقيقية على ملائمة التشريع، على النحو الذي يمكن معه القول بأن الرقابة الدستورية، لم تعد تقف عند حد المقابلة الحرفية، بين أحكام الدستور والنصوص التشريعية المطعون فيها، وإنما تجاوزتها إلى بسط رقابة مباشرة، على ذات التقدير الذي يجريه المشرع، كما أن تحديد مدى موافقة التشريع المطعون فيه لأحكام الدستور، لم يعد وفقاً على اعتبارات قانونية وحدها، بل هو نتاج لاعتبارات المشروعية والملائمة معاً. فعلى الرغم من القيود التي تفرضها الدساتير على السلطة التشريعية، إزاء تنظيم بعض الموضوعات، إلا أنها تترك لها قدراً كبيراً من حرية التقدير، بصدد ممارسة مهامها التشريعية، حيث تكاد تستعرق السلطة التقديرية النشاط التشريعي، باعتبارها الأصل في التشريع وتقيدها هو الاستثناء، على اعتبار أن رقابة الملائمة ليست بالرقابة التحكيمية المزاجية، التي يستند فيها القضاء الدستوري عند ممارسته لها إلى معتقداته وتوجيهاته الخاصة، التي كانت قد تتعارض مع معتقدات المشرع وتوجيهاته، وإنما مرجعته في ممارستها إلى أحكام الدستور، وما يكفله من حقوق وحرريات، واستناداً إلى هذه الأحكام يزن القاضي الدستوري، الوسائل التي يختارها المشرع لبلوغ هدفه فالواقع أن رقابة القضاء الدستوري في مصر والعراق، تشهد حقاً وصدقاً رقابة صريحة ومباشرة على الملائمة، وذلك في العديد من مجالات التشريع، بالرغم مما تردده المحكمة دائماً، حيث أن الأصل في سلطة التشريع في مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، من المفترض أن تخرج إعمالاً لهذا الأصل من نطاق الرقابة القضائية وبناء على ما تقدم؛ ومن أجل بيان التطبيقات القضائية لرقابة التناسب التشريعي في أحكام القضاء الدستوري لابد لنا من تقسيم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول تطبيقات القضاء الدستوري المصري تجاه رقابة التناسب التشريعي وعلى النحو الآتي: -

#### المطلب الأول/تطبيقات القضاء الدستوري المصري تجاه رقابة التناسب التشريعي

من خلال تتبع قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر نجد أن القضاء الدستوري قد استخدم عدة أدوات للاستعانة بها بمهمته في رقيبته على مبدأ التناسب في التشريع. ومن بين تلك الأدوات أو الوسائل هناك نظرية الخطأ الظاهر ورقابة التناسب في النصوص الجزائية والضريبية وهو ما سنوضحه من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول لبيان مدى تبنى المحكمة الدستورية العليا لرقابة الغلط البين في التقدير، ونتناول في الفرع الثاني رقابة التناسب التشريعي في مجال النصوص الجزائية والضريبية وعلى النحو الآتي: -

#### الفرع الأول/ مدى تبنى المحكمة الدستورية العليا لرقابة الغلط البين في التقدير

أن الرقابة على سلطة التقدير التي يملكها المشرع في إطار فكرة الغلط البين في التقدير تتم من خلال تحقق القاضي الدستوري من أن المصلحة أو الأغراض التي حمل المشرع النصوص القانونية عليها ترتبط عقلاً بوسائل تحقيقها، فإذا ما اختل التوازن بصورة صارخة بين القواعد القانونية التي حملتها النصوص وبين الأغراض التي تتوخاها، قضت جهة الرقابة ببطالان القانون<sup>(33)</sup>. وتأسيساً على ذلك فالتساؤل الذي يمكن إثارته بهذا الصدد هل تمارس المحكمة الدستورية العليا رقابة على السلطة التقديرية للمشرع عندما يؤدي خطؤه الظاهر في التقدير إلى عدم الملائمة الظاهرة بين القواعد القانونية التي تحملها النصوص بين الظروف التي صدرت فيها؟ وقد أجابت المحكمة الدستورية العليا عن هذا التساؤل بوضوح عندما أشارت إلى ضرورة ألا تنفصل النصوص القانونية التي نظم المشرع بها موضوعاً محدداً عن أهدافها ليكون اتصال الأغراض التي تتوخاها بالوسائل إليها منطقياً وليس واهناً أو واهياً<sup>(34)</sup>، وقيدت نطاق السلطة التقديرية بضرورة تناسب الأغراض التي استهدفها مع وسائل تحقيقها عندما ذكرت " إن الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بضوابط محددة تعتبر تخوماً لها لا يجوز اقتحامها أو تحطيمها، ويتمثل جوهر هذه السلطة على ما جرى به قضاء هذه المحكمة في المفاضلة بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها وفق تقديره لتنظيم موضوع محدد فلا يختار من بينها إلا ما يكون مناسباً أكثر من غيره لتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وكلما كان التنظيم التشريعي مرتبطاً منطقياً بهذه الأغراض بافتراض مشروعيتها كان هذا التنظيم موافقاً للدستور"<sup>(35)</sup>. ومن خلال تحليل حكم المحكمة الدستورية العليا أعلاه يتضح لنا، أنها اتجهت وباطراد إلى إعمال رقابة التناسب بين تقدير المشرع وبين الأغراض التي استهدفها، وهو الأصل الذي ترد إليه فكرة الغلط البين في التقدير. وبوساطة استعراض بعض النماذج من قضاء المحكمة الدستورية العليا سوف نلاحظ أنها أعملت رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، وإن لم تستخدم تعبير الخطأ الظاهر صراحة، إذ مدت رقابتها على ملائمة خيارات المشرع للتحقق من تناسب الأغراض التي استهدفها مع وسائل تحقيقها. ومن بين هذه الأحكام حكمها الصادر في 16 أيار/مايو 1992 والذي قررت فيه " عدم دستورية البند (أ) من المادة العاشرة من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة الصادرة بالقانون رقم (69) لسنة 1974 فيما نص عليه من (التي لا تجاوز قيمتها ثلاثين ألف جنيه)، وأسست المحكمة قضاءها على انطواء تصرف المشرع، بشأن تحديد أقصى لقيمة التعويض عن الأموال المفروضة عليها الحراسة على مصادرة خاصة بالمخالفة للمواد (34،36) من الدستور، وكذلك الخروج على أحكام المادة (37) التي لا تجيز تحديد أقصى إلاملكية الأراضي الزراعية"<sup>(36)</sup>. كما ذهبت في حكمها الصادر في 5 آب/أغسطس 1995 والذي قررت فيه " بعدم دستورية المادة (50) من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم (95) لسنة 1980، وذلك فيما تضمنته من حظر الطعن بغير طريق إعادة النظر في الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة العليا للقيم في شأن المنازعات المحالة إلى قضاء القيم وفقاً لنص المادة (6) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم (141) لسنة 1981 بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة"، واستندت المحكمة في حيثيات حكمها على أن " الناس جميعاً

لا يتميزون فيما بينهم في مجال حقهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعي، ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عينها، ولا في فعالية ضمانات الدفاع التي يكفلها الدستور والمشرع للحقوق التي يدعونها، ولا في اقتضاؤها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها، ولا في طرق الطعن التي تنظمها، بل يجب أن يكون للحقوق عينها قواعد موحدة سواء في مجال التداعي بشأنها، أو الدفاع عنها أو الطعن في الأحكام التي تتعلق بها، ولا يجوز بالتالي أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين تمييزاً غير مبرر في شأن أعمال هذه القواعد، بما يعطلها لفريق من بينهم أو يقيددها، وحيث أنه متى كان ما تقدم، وكان النص المطعون فيه قد اختص الفئة التي تعلق بها مجال تطبيقه، بمعاملة استثنائية جائزة تفتقد إلى الأسس الموضوعية التي تسوغها، بأن حرمتها من فرص الطعن في الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة العليا للقيم. وكان انغلاق طريق الطعن فيها بالنسبة إلى هذه الفئة، مؤداه تجريد أموالها من صورة بذاتها من صور الحماية التي كان ينبغي بسطها عليها ليكون المتماثلون في المراكز القانونية متمتعين بالحقوق فيها.....<sup>(37)</sup>. ويتضح لنا بواسطة الحكم أعلاه، أن حكم المحكمة الدستورية العليا قد أقر بحق المحكمة في رقابة الغلط البين في التقدير في مجال مراقبة القيود الإجرائية والموضوعية التي يفرضها المشرع على الحقوق والحريات العامة للأفراد، على اعتبار أن المشرع في إطار تنظيمه لحق التقاضي قد قصر طرق الطعن على الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم في شأن المنازعات الخاصة بالقانون رقم (141) لسنة 1981 بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة على طريق واحد وهو الطعن بطريق إعادة النظر في الأحكام، غير أن المحكمة قد أنكرت عليه هذا التقدير، إذ إن الحقوق التي يتمتع بها الأفراد يتعين أن تحكمها القواعد ذاتها في مجال حمايتها أو اقتضاؤها أو النفاذ إليها، ولما كان الأفراد الذين لم يخضعوا لتدابير الحراسة على أموالهم يحق لهم الطعن والدفاع عن أموالهم بجميع طرق الطعن العادية وغير العادية ابتغاء تحقيق أقصى درجات الحماية المقررة لها، ولما كانت هذه الأموال تماثل تلك التي نالتها تدابير الحراسة، فإن وسائل الحماية المقررة لها يتعين أن تتماثل أيضاً، فإذا ما غير المشرع بين القواعد التي تحكم الدفاع عن هذه الحقوق دون مقتض توجيه المصلحة العامة، فإن تقديره هذا يكون قد شباه غلط بين مخالفته للقواعد الدستورية التي تساوي بين المواطنين. إضافة إلى ذلك نجد، أن المحكمة الدستورية العليا قد طبقت نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وإن كانت لا تستخدم تعبير الخطأ الظاهر بشكل صريح، ومن ذلك حكمها الصادر في 15 أيار/ مايو 1993 والذي قررت فيه " إن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق مقيدة بالتخوم التي فرضها الدستور حداً لها، ومن بينها ألا يكون التنظيم التشريعي للحق مؤدياً إلى مصادره ومنطوقاً على اغتيال وجوده". كما تقول المحكمة في الحكم نفسه " من المقرر أن حق الملكية نافذ في مواجهة الكافة وان حصانته تدرأ عنه كل عدوان أياً كانت الجهة التي صدر عنها وانه صوناً لحرمتها كفل الدستور حمايتها على الأخص من جهتين: أولاًها أنها لا تزول بعدم استعمالها، ولا يجوز أن يجردها المشرع من لوازمها ولا أن يفصل عنها أجزائها المكونة لها، ولا أن ينتقص من أصلها أو يعدل من طبيعتها ولا يقيد من مباشرة الحقوق المتفرعة عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية ...."<sup>(38)</sup>. ففي هذا الحكم، رأى القاضي الدستوري أن المشرع قد ارتكب خطأ كبيراً أو واضحاً في التقدير، حتى ولو لم يفصح الحكم عن ذلك صراحةً، ولم يستخدم لفظ الخطأ الواضح بشكل صريح ومباشر، ولكن هذا يفهم بالضرورة من الحكم، فكل فقراته والعبارات المستخدمة فيه تؤكد وقوع المشرع في خطأ كبير في التقدير. وفي تطبيق آخر لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير، قضت المحكمة الدستورية العليا في 8 تموز/ يوليو 2000 " بعدم دستورية المادة الثانية من القانون رقم (38) لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب فيما قرره من تشييت صفة العامل والفلاح عند 15 مايو 1971 دون الاعتداد بأي تغيير من صفة فئات إلى عمال وفلاحين بعد هذا التاريخ، وأسست حكمها على معقولة التنظيم التشريعي وهي إحدى تطبيقات رقابة الخطأ الظاهر وقالت من غير المعقول أن يضع القانون استحالة مطلقة أمام تغيير هذه الصفة، وتظل ذات الصفة التي كانت له في تاريخ معين لصيقة به حتى لو كانت لا تتفق مع الحقيقة والواقع"<sup>(39)</sup>. وانطلاقاً من الأحكام القضائية التي ذكرتها المحكمة الدستورية العليا بصدد تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير يمكن القول، أن المحكمة قد أعلت رقابتها على السلطة التقديرية للمشرع ولم تكف برقابة أوجه المخالفة المباشرة للدستور بل أعلت رقابتها على سلطة تقدير المشرع كلما شاب تقديره خطأ ظاهراً وأن لم تستعمل الاصطلاح بصورة صريحة إلا أنها أعلت مضمون الفكرة واستندت في الرقابة لمبدأ التناسب التشريعي وهو الأصل الذي ترتد إليه فكرة الخطأ الظاهر في التقدير.

#### الفرع الثاني/ رقابة التناسب التشريعي في مجال النصوص الجزائية والضريبية

من أجل بيان رقابة التناسب التشريعي في مجال النصوص الجزائية والضريبية لابد من تقسيم الفرع إلى فترتين مستقلتين وعلى النحو الآتي: -

#### أولاً: - رقابة التناسب التشريعي في مجال النصوص الجزائية

تعد رقابة التناسب التشريعي في مجال النصوص الجزائية أو العقابية من الآليات التي استعان بها القضاء الدستوري المصري لإعمال رقابته على التناسب في التشريع، حيث يتحقق القاضي الدستوري من ضرورة الجزاء الذي فرضه المشرع بالإضافة إلى مناسبة الجزاء للمخالفة المتعلقة به. وبناءً على ذلك فقد أسترقت قضاء المحكمة الدستورية العليا على هذه الآلية، حيث ذهبت المحكمة في حكمها الصادر في 8 تموز/ يوليو 2000 على " أن الجزاء الجنائي لا يكون مخالفاً للدستور إلا إذا اختل التعادل بصورة ظاهرة بين مداه وطبيعة الجريمة التي تعلق بها، ودون ذلك يعني إحلال هذه المحكمة لإرادتها محل تقدير متوازن من السلطة التشريعية للعقوبة التي فرضتها"<sup>40</sup>. كما أكدت المحكمة في حكمها الصادر في 8 شباط/ فبراير 2004 وفي 8 أيار/ مايو 2005 على أنه " كلما كان الجزاء مقررراً لضرورة، ومتناسباً مع الأفعال التي أتمها

المشرع أو منعها متصاعداً مع خطورتها كان موافقاً للدستور<sup>(41)</sup>. وفي حكمها الصادر في 3 تموز/ يوليو 2000 قررت المحكمة " أن قضاءها قد جرى على أن شرعية الجزاء جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع، أو حظرها أو قيد مباشرتها، وأن الأصل في العقوبة هو معقوليتها بتناسبها مع خطورة الفعل المجرم، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها نائياً بها عن أن تكون إيلاً غير مبرر يؤكد قسوتها في غير ضرورة<sup>(42)</sup>، وهذا ما تم تأكيده في حكمها الصادر حديثاً في 4 تشرين الثاني/ نوفمبر 2017 وحكمها الصادر في 6 أيار/ مايو 2017 حيث قررت المحكمة " أن الأصل في الجزاء جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً أن يتعلق بأفعال بذواتها يعينها المشرع، فلا يكون الجزاء ملائماً إلا إذا كان متناسباً معها ومدرجاً بقدر خطورتها ووطأتها على الصالح العام، وإلا صار الجزاء غلوياً غير مقبول<sup>(43)</sup>. وتأسيساً على ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في هذا المبدأ، فقد قضت المحكمة في العديد من أحكامها بعدم دستورية العديد من النصوص التشريعية لعدم تناسب العقوبة مع الجريمة، ومن بين هذه الأحكام حكمها الصادر في 2 حزيران/ يونيو 2001 والذي قضت فيه " بعدم دستورية نص المادة (48) من قانون العقوبات بفقراتها، وكانت الفقرة الثانية منها تنص على أنه (وكل من اشترك في اتفاق جنائي سواء كان الغرض منه ارتكاب الجنايات أو اتخاذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه يعاقب لمجرد اشتراكه بالسجن)، حيث قضت المحكمة بأنه يتعين على المشرع إجراء موازنة دقيقة بين مصلحة المجتمع والحرص على أمنه واستقراره من جهة وحريات وحقوق الأفراد من جهة أخرى، وأن المادة المشار إليها قد تضمنت عقوبات مفرطة في قسوتها تكشف عن مبالغة المشرع في العقاب بما لا يتناسب والفعل المؤثم، والنص على توقيع العقاب على الاتفاق الجنائي على ارتكاب جنائية أو جنحة حتى لو لم يتم ارتكابها فعلاً لا يحقق ردعاً عاماً ولا خاصاً، بل إن ذلك قد يشجع المتفقيين على ارتكاب الجريمة محل الاتفاق طالما أن مجرد الاتفاق على اقترافها سيؤدي إلى معاقبتها بذات العقوبة. وأسست المحكمة حكمها إلى أن شرعية الجزاء جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع أو حظرها أو قيد مباشرتها، فالأصل في العقوبة هي معقوليتها، فكما كان الجزاء الجنائي بغياً أو عاتياً، أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي أتمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً.....<sup>(44)</sup>. ومن خلال تحليل الحكم أعلاه يتضح لنا، أن المحكمة الدستورية العليا عمدت في هذا الحكم إلى إخضاع هذه النصوص العقابية لرقابة أشد، فهي لا تقتصر على فحص مدى موافقتها لأحكام الدستور فحسب، وإنما تشمل فضلاً عن ذلك مدى ملاءمتها، رغبة من المحكمة في تحقيق ضمانات أوفى لحقوق المواطنين وحرياتهم.

إضافة إلى ذلك نجد، أن المحكمة الدستورية العليا لم تكف في أحكامها في الحكم بعدم دستورية النصوص التشريعية لعدم تناسب العقوبة مع الجريمة، بل ذهبت في أحكام أخرى إلى رفض الدعوى الدستورية لثبوت تناسب العقوبة مع الجريمة، ومن بين هذه الأحكام حكمها الصادر في 14 كانون الثاني/ يناير 2017 والذي قضت فيه " بدستورية المادة (336) من قانون العقوبات المتعلقة بتحديد صور جريمة النصب والعقوبة المقررة لها تأسيساً على وجود تناسب بين الإثم الجنائي لمرتكب الجريمة والعقوبة المقررة لها، وانتفاء وجود غلو في العقوبة في هذا النص حيث ذهبت المحكمة إلى أن العقوبة التي رصدها النص المطعون فيه، جاءت في إطار العقوبات المقررة للجرائم المعتدلة جنحاً، والمعاقب عليها بالحبس الذي تتراوح مدته بين يوم واحد وثلاث سنوات، وتلك العقوبة فضلاً عن أنها تتناسب مع الإثم الجنائي لمرتكب تلك الجريمة، دون أن يصيبها غلو أو يداخلها تفريط تدخل في إطار سلطة المشرع التقديرية في اختيار العقاب<sup>(45)</sup>. ومن خلال تحليل حكم المحكمة أعلاه يتضح لنا، أن المحكمة أعملت رقابتها على التناسب التشريعي من خلال التحقق من تناسب العقوبة مع الجريمة المقترفة وتحققت من أن الفعل المرتكب والعقوبة المقررة له متناسبة مع فعله الإثم، ومن ثم، فإن المشرع لم يخرج عن نطاق سلطته التقديرية في اختيار ما يراه مناسباً في توقيع العقاب بالاستناد إلى النص التشريعي المحدد له وفقاً للقانون، وبالتالي فهو يدخل في صميم عمله.

#### ثانياً: - رقابة التناسب التشريعي في مجال النصوص الضريبية

مارست المحكمة الدستورية العليا دوراً هاماً في مجال رقابتها على التناسب التشريعي على النصوص الضريبية، وذلك من خلال التحقق والتأكد من ارتباط النصوص القانونية بتحقيق المصلحة العامة، فضلاً عن مراعاة عدالة ومناسبة قيمة الضريبة لقدرات وإمكانات الممولين، ويظهر ذلك من خلال العديد من الأحكام التي أصدرتها المحكمة بهذا الشأن نذكر من بينها:-

حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في 10 كانون الأول/ ديسمبر 2006 والذي قضت فيه " بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (32) من قانون الضرائب على الدخل الصادر بالقانون رقم (157) لسنة 1981 معدلاً بالقانون رقم (187) لسنة 1993 فيما نصت عليه من (وعلى الممول أن يخطر مأمورية الضرائب المختصة خلال ثلاثين يوماً من التاريخ الذي توقف فيه العمل وإلا حسب الأرباح عن سنة ضريبية كاملة)، حيث قررت المحكمة أن النص الطعن لم يحقق التوازن المطلوب بين أمرين: هما حق الدولة في استئداء الضريبة المستحقة قانوناً لما تمثله من أهمية بالغة نحو وفاء الدولة بالتزاماتها العامة تجاه الأفراد، وبين الضمانات الدستورية والقانونية المقررة في مجال فرض الضرائب على أفراد المجتمع لاسيما من حيث تحديد وعاء الضريبة تحديداً حقيقياً كشرط لعدالتها" وأضافت المحكمة " إن ما قرره النص العطين من محاسبة الممول عن سنة ضريبية كاملة، يجعله أقرب إلى الجزاء إلى أنه جاء مبالغاً فيه إذ قد يترتب عليه مصادرة وعاء الضريبة بالكامل بل قد يتجاوز به إلى باقي أموال الممول بما يناهض مبدأ العدالة التي يقوم عليها النظام الضريبي، ويتضمن

في الوقت ذاته اعتداء على حق الملكية لما يشكله من انتقاص للعناصر الإيجابية للذمة المالية للممول<sup>(46)</sup>. كما قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر سنة 1998 " بعدم دستورية نص المادة (14) من القانون رقم (221) لسنة 1995 بشأن فرض ضريبة على المسارح وغيرها من محال الفرجة والملاهي، تأسيساً على أن المشرع عدد صور الجزاء التي قرر توقيعها بكاملها على المخالفين لحكمها، دون النظر لطبيعة المخالفة، من ناحية تطوراتها أو الآثار التي ترتبها بما يشكل صورة من صور الغلو بين المخالفة والجزاء المترتب عليها، فقالت المحكمة لا يظهر نص المادة (14) المطعون عليها من خلال تعدد صور الجزاء التي فرضها وتعلقها بأفعال تتنافر خصائصها وعواقبها إلا مجاوزاً بمداه حقائق هذه الأفعال ومكوناتها نابذاً تحديد جزاء لكل منها بما يناسبها فلا يزنها بالقسط، بل يقيس أفعالها خطراً على أسونها مقصداً، ويعاملها جميعاً بافتراض وحدة مضمونها وأثارها وليس ذلك إلا غلوأً منافياً لضوابط العدالة الاجتماعية التي أرسنها المادة (38) من الدستور لتقييم عليها النظم الضريبية جميعها وما يلحق بها من الأعباء المالية التي حددتها المادة (119) من الدستور". وبعد أن حددت المحكمة مفهوم الضريبة وضرورة أن تقوم على العدالة الاجتماعية دون غلو أو إهدار للملكية قالت " إن الضريبة التي يكون أداؤها وفقاً لنص المادة (61) من الدستور واجباً قانوناً هي تلك التي تتوافر لها قوابلها الشكلية وأسسها الموضوعية، وعدالتها الاجتماعية جوهرها ومسراها، وكان مبدأ الخضوع للقانون محدداً على أسس ديمقراطية مؤداه أن تكون للملكية حرمتها وفقاً للمعايير التي تبنتها الدول الديمقراطية في تشريعاتها، والتزمها قاعدة ترد إليها مختلف مظاهر سلوكها وألا يكون جزاء الأفعال منفصلاً عن تدرجها فيما بينها، ولا متمخضاً غلوأً منافياً لطبيعتها، ولا متعدداً متعامداً على أموال المدين في مجموعها وكان الأصل في السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها ضوابط تقييم لها أسواراً لا يجوز تخطيها وكانت المادة (14) المطعون عليها تناقض أحكام المواد (34،38،56،61) من الدستور فإن المشرع يكون قد جاوز بحكمها نطاق سلطته التقديرية<sup>(47)</sup>. وتأسيساً على ما سبق ذكره يمكن القول، أن قضاء المحكمة الدستورية العليا يعكس استقرارها على ضرورة مراعاة مبدأ التناسب التشريعي وعدم الغلو في الجزاء الضريبي باعتمادها على مبدأ الموازنة بين حماية المصلحة الضريبية للدولة والعدالة الاجتماعية.

#### المطلب الثاني/ تطبيقات القضاء الدستوري العراقي تجاه رقابة التناسب التشريعي

إن الرقابة على مبدأ التناسب التشريعي تشكل سلاحاً قوياً بيد القضاء الدستوري للحد من سلطة المشرع التقديرية، غير أنها يجب أن تمارس في حدود الضوابط والقيود التي تقيها في إطار رقابة المشروعية ذات الطابع الفني – القانوني، فقد مارس القضاء الدستوري العراقي مهمة الرقابة على التناسب التشريعي من خلال العديد من النصوص الدستورية التي طعن بها للتأكد من عدم وجود تعارض مع أحكام الدستور. ومن خلال تتبع أحكام المحكمة الاتحادية العليا بهذا الشأن نجد أنها لعبت دوراً مهماً في هذا المجال إذ عملت رقابتها في بيان الخطأ الظاهر في تقدير المشرع للنصوص على الرغم من عدم الإشارة إليه صراحة من جهة (الفرع الأول)، وقضت بعدم دستورية بعض النصوص في مجال التجريم والعقاب لعدم تناسب العقوبة مع الجزاء من جهة أخرى (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول/ رقابة الغلط البين في التقدير في قضاء المحكمة الاتحادية العليا

بادئ ذي بدء يمكن القول إن فكرة الغلط البين في التقدير تعد أداة لتفعيل الرقابة على التناسب التشريعي، حيث تسمح للمحكمة الاتحادية العليا بالتدخل عندما يكون التقدير التشريعي غير متوازن بين الغاية والوسيلة، على اعتبار أن المحكمة لا تراجع الحكمة من التشريع لكنها تتدخل متى تبين أن التشريع فقد الترابط المنطقي والمعقول بين المصلحة العامة المراد تحقيقها والوسيلة التي اتخذها لتحقيقها<sup>(48)</sup>. وإذا كان الأصل أن المحكمة الاتحادية العليا لا تمارس رقابة الملائمة على القوانين، أي أنها لا تحل نفسها محل المشرع، لكنها تمارس في الوقت نفسه رقابة مشروعية تتسع في بعض المجالات لتشمل التحقق مما إذا كان التشريع الصادر من السلطة التشريعية مشوباً بخطأ بين في التقدير، إذا افتقد التشريع الأساس المنطقي أو الواقعي الذي يبرره، أو فيه تجاوز للحدود الدستورية لسلطة المشرع التقديرية، أو انتهاك للحقوق والحريات الأساسية دون وجود أي مبرر معقول أو متناسب<sup>(49)</sup>. ومن استقرار أحكام المحكمة الاتحادية العليا، تبين أنها بسطت رقابتها على الخطأ البين في التقدير كعيب دستوري وإن لم تشر إليه بصورة صريحة، إلا أنها أوضحت في حكمها الصادر بتاريخ 2013/3/12 والذي قضت فيه المحكمة بقولها " لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية وجد أن المادة (٤٧) من الدستور العراقي نصت على السلطات الاتحادية وهي السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية تمارس اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات"، وقضت المادة (٨٧) منه على أن السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون"، ونص المادة (٣٧) من الفقرة (أولاً ب) : لا يجوز توقيف أحد أو التحقيق معه إلا بموجب أمر قضائي"، ونص المادة (١٩) خامساً من الدستور: المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة ..... وأكدت في البند (سادساً) من المادة نفسها على أنه الكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية"، وبهذا فإن قانون تنظيم الاستثمار المعدني المرقم (٩١) لسنة ١٩٨٨ المعدل بالقانون المرقم (١٣) لسنة ١٩٩٤، وفي المادة (١٣) منه قد أعطى الحق إلى لجنة أو أكثر تؤلف من مدير عام تتولى تثبيت حالة التجاوز، وتقدير المبلغ المطلوب استحصاله من المتجاوزين وإجازة الطعن بالقرار الذي يصدر من اللجنة أمام اللجنة المركزية المؤلفة بقرار من الوزير برئاسة وكيل الوزير المختص، ويكون قراره باتاً واعتبر القرار الصادر من اللجنة المكتسبة درجة البينات أساساً لإحالة المتجاوزين على وفق الفقرة (1) من المادة (١٤) من القانون المذكور أنفاً دليلاً كافياً

للإدانة، وأعطى في المادة (١٥) منه للمحافظين سلطة قاضي الجرح للنظر في الدعاوى الناشئة من جراء تنفيذ القانون موضوع، الطعن وإن القانون المذكور أنفاً استثنى في المادة (١٦) منه الإجراءات المتخذة لتطبيق أحكام المواد (١٣، ١٤، ١٥) من القانون، والإجراءات المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية المرقم (٢٣) لسنة ١٩٧١، المعدل حيث أن هؤلاء الذين أعطى لهم الحق في اتخاذ القرارات والأحكام المشار إليها أنفاً، هم من الموظفين المدنيين ولم يكونوا من القضاة التابعين للسلطة القضائية يمارسون أعمالاً واختصاصات قضائية بحتة. وبهذا فإن صلاحيات التحقيق مع الأشخاص أو توقيفهم أو إجراء محاكمتهم، منوط حصراً بالمحاكم، ولا يجوز أن يمارس هذه الصلاحيات غير القضاة، بخلاف ما كان الأمر قبل صدور ونفاذ دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، حيث كانت القوانين تجيز منح صلاحيات جزائية للموظفين الإداريين، كما هو الحال في المادة (١٥) من قانون الاستثمار المعدني المرقم (٩١) لسنة ١٩٨٨ المعدل بالقانون رقم (١٣) لسنة 1994، لافتقاد محاكم قضائية في التشكيلات الإدارية على الوجه الأكمل، وأما في الوقت الحاضر فقد غطت المحاكم التشكيلات الإدارية كافة (ناحية، وقضاء، ومركز المحافظات فيمكن رفع المخالفات إليها لحسمها بالسرعة وفقاً للقانون. لذا يُعد نص المادتين (١٥، ١٣) من القانون أنفاً معطلاً استناداً للمادة (٨٧) من الدستور، وأيضاً يُعد نص المادة (١٦) من القانون المرقم (٩١) لسنة ١٩٨٨ المعدل بالقانون المرقم (١٣) لسنة ١٩٩٤ معطلاً لتعارضه مع المادة (١٩ / سادساً) من الدستور التي تنص لكل فرد الحق في أن يُعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية"، في حين أن المادتين من القانون موضوع، الطعن تحرم الفرد من التمتع بإجراءات قضائية عادلة نصت على استثناءها عن تطبيق المواد (١٣، ١٤، ١٥) من القانون من الإجراءات المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية المرقم (٢٣) لسنة ١٩٧١. وبما أن نصوص الدستور تتسم بالسمو، فإن المواد (١٣، ١٥، ١٦) من القانون المرقم (٩١) لسنة ١٩٨٨ قانون تنظيم الاستثمار المعدني المعدل بالقانون المرقم (١٣) لسنة ١٩٩٤ معطلاً لمخالفتها للدستور استناداً للمواد (١٩ / خامساً / سادساً، و٣٧، و٤٧، و٨٧) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، ولا يجوز لغير القضاة ممارسة المهام القضائية؛ لأن هذه المهام أصبحت من اختصاص القضاة المنتمين للسلطة حصرياً استناداً للمادة (٨٧) من الدستور....<sup>(50)</sup> كما قضت المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 2022/11/23 بعدم دستورية العمل بالقانون الملغي (قانون التقاعد الموحد رقم 27 لسنة 2006) في إقليم كردستان وإلزام المدعى عليهما (رئيس مجلس وزراء إقليم كردستان ووزير المالية والاقتصاد في إقليم كردستان إضافة لوظيفتهما) بتطبيق (قانون التقاعد الموحد رقم 9 لسنة 2014 المعدل) وذلك لوجود الخطأ الظاهر في تطبيق القانون<sup>(51)</sup>. حيث استندت المحكمة إلى أنه "...إن القانون وضع من حيث الأصل لتنظيم حياة الأفراد وحماية مصالحهم وحقوقهم بشتى أنواعها فكل فرع من فروع القانون تصب أحكامه في تنظيم وحماية كافة الحقوق العامة منها والخاصة وتتغير تلك القوانين وتتطور ويتم إدخال التعديلات عليها لتناسب مع التطور الذي يطرأ على المجتمع واحتياجاته وطبيعة تلك الاحتياجات التي تتغير بمرور الزمان والتي قد تصل إلى إلغاء القانون بالكامل أو نص قانوني فيه وذلك بإصدار قانون أو نص قانوني أحدث منه يلغيه ويحل محله. حيث أنه ومن المنطق أن تكون الوقائع الخاضعة للقانون هي الوقائع التي تمت في ظلها فلا يمكن تطبيق قانون ما، ينزع عن فعل أو تصرف ما، صفة المشروعية على تلك التصرفات التي تمت في ظل القانون الذي أقر لها بالمشروعية، فالقانون لا يخضع له إلا المخاطبون به فقط....، وبالتالي فإن القانون الذي يتم إصداره من السلطة المختصة بالتشريع تسري أحكامه بشكل مباشر وحال وفوري بمجرد نفاذه وذلك عن طريق النشر في الجريدة الرسمية ما لم ينص على خلاف ذلك استناداً إلى أحكام المادة (129) من الدستور..."<sup>(52)</sup>. "ومن أهم الآثار التي تترتب على التطبيق الفوري للقانون، ليس تطبيق القانون الجديد فقط، بل يوجد أثر آخر لا يقل أهمية عن ذلك وهو وقف العمل بالقانون السابق الذي تم إلغائه بموجب القانون الجديد وهما نتيجتان مرتبطتان ارتباطاً وثيقاً لا يقبل التجزئة إذ لا يمكن بإحداها دون الأخرى، وأن عدم تحقيق ذلك يؤدي إلى الأخلال بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون استناداً إلى أحكام المادة (14) من الدستور لأن تلك المساواة تقتضي أن يخضع الجميع لذات القانون وذلك لأن لكل قانون أسباب موجهة لتشريعه تتناسب مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي شرع فيها. لذا وحيث إن العراقيين 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 استناداً إلى أحكام المادة (14) من الدستور فإن هذا المبدأ في جوهره وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها دستورياً بل يمتد مجال إعمالها إلى تلك الحقوق التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية على ضوء ما يرتئيه محققاً المصلحة العامة، لذا وحيث إن التشريعات التي تلغى ويجب عدم العمل بها استناداً إلى أحكام المادة (130) من الدستور التي نصت على (تبقى التشريعات النافذة معطلاً بما لم تلغ أو تعدل وفقاً لأحكام هذا الدستور)، عليه فإن العمل بموجب أحكام قانون التقاعد الموحد رقم (27) لسنة 2006 من قبل حكومة إقليم كردستان والذي تم إلغاؤه بموجب المادة (40/أولاً) من قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014 المعدل يجعل ذلك التطبيق فاقداً لسنده الدستوري والقانوني..."<sup>(53)</sup>. ومن خلال تحليل الحكم أعلاه يتضح لنا، أن المحكمة الاتحادية العليا على الرغم من أنها لم تشر صراحة إلى الخطأ الظاهر في التقدير، إلا أنها أوضحت في هذا الحكم من خلال بيان التعارض الحاصل في تطبيق قوانين إقليم كردستان مع القوانين الاتحادية وهذا يستوجب تدخل القضاء الدستوري لوضع حد لمثل هذا التعارض عن طريق إزالة كافة التجاوزات الحاصلة من قبل السلطة التشريعية في الإقليم لعدم التزامها بأحكام الدستور لكون ذلك يمس بالحقوق والحريات المكفولة بموجب دستور جمهورية العراق لسنة 2005. ومن باب التذكير - لا من باب التكرار - فإن صناعة

القانون ما هي إلا عملية منطقية وعقلانية، فبادئ ذي بدء يقدر المشرع من خلالها واقعة معينة أو حالة قانونية كسبب التشريع، ومن ثم، يوازن بينها وبين وسيلة تحقيقها من ناحية، وبين الأغراض التي حملت النصوص عليها ووسائل تحقيقها من ناحية أخرى<sup>(54)</sup>. من هنا يتدخل القاضي الدستوري ليتحقق من مدى صحة تقدير المشرع للأسباب القانونية أو الواقعية، فإذا كان تقديره مناسباً لظروف الزمان والمكان، أو كان في حدود المعقول، ووجدت صلة منطقية بين كل من سبب التشريع والأغراض المستهدفة، ووسائل تحقيقها، وقضت بالرقابة عند ذلك الحد، وقضت بدستورية التشريع، ذلك في حال خلوه من باقي المطاعن الأخرى الشكلية أو الموضوعية، ولكن في حالة ما إذا كان تقديره غير مناسب بأن شابه خطأ ظاهر في تقدير الواقعة المعينة، أو أدى إلى عدم الملائمة الظاهرة بين الغرض الذي حملت النصوص عليه وسيلة تحقيقها (النصوص القانونية)، قضت جهة الرقابة بعدم الدستورية، فكان جهة الرقابة من خلال تقنية الخطأ الظاهر تبحث في مدى ملائمة الحل الذي تبناه المشرع للوفاء بالأغراض التي توخاها، وسببها في ذلك تفسير النصوص القانونية والمبادئ ذات القيمة الدستورية، لتعرض النصوص القانونية عليه لبيان الانفصال أو الاتصال بينهما<sup>(55)</sup>. وتأسيساً لما سبق ذكره يرى الباحث، أن الخطأ الظاهر كعيب من عيوب عدم الدستورية يتطلب الاهتمام المتزايد بالبحث والدراسة بغية تحديد الثغرات، ومن ثم إطلاع الرأي العام ليس على أهمية الموضوع فقط، بل على خطورته أيضاً؛ لتفعيل دور المحكمة الاتحادية العليا في هذا الصدد؛ لأن المحكمة هي الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وهذا ما أكدته نص المادة (93) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

### الفرع الثاني/ رقابة التناسب التشريعي في مجال التجريم والعقاب

يشكل النص التشريعي الركيزة الأساسية الذي يدور حوله مبدأ التجريم والعقاب في التشريع العراقي، وهو ما أقره صراحة دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في المادة (19/ثانياً) منه، التي نصت على أنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون جريمة وقت ارتكابه". كما أكد قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل على هذا المبدأ في نص المادة الأولى منه التي نصت على أنه " لا عقاب إلا على فعل أو امتناع إلا بناءً على قانون ينص على تجريمه وقت اقتراه، ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليها القانون". وتأسيساً على ذلك نجد، أن النصوص أعلاه تكرر قاعدة مفادها أن مبدأ التجريم والعقاب يستند إلى ركنين أساسيين: أولهما حصر التجريم والعقاب لسلطة الدولة في دائرة النصوص التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية وفق الأصول الدستورية. وثانيهما وجوب أن يكون النص محدداً وواضحاً بما يكفي لإعلام المخاطبين به بحدود المحظور والمباح، وتقادي التوسع أو القياس في العقوبات<sup>(56)</sup>. وفي الواقع العملي استقرت المحكمة الاتحادية العليا على هذا السياق، فعلى الرغم من حداثة الرقابة على دستورية القوانين ومنها الجنائية، إلا أنها استطاعت أن تفعل هذه الرقابة، كضامن أساس للحقوق والحريات في مواجهة سلطة التجريم. فمن جانب نجد، أن المحكمة الاتحادية العليا قد شددت في بعض قراراتها في مجال التجريم والعقاب دون الحكم بعدم دستورية بعض المواد الخاصة به على اعتبار " أن التجريم لا يجوز أن يكون إلا بنص تشريعي نافذ، وأن مهمة تحديد الأفعال المجرمة والعقوبات تدخل في صلب اختصاص السلطة التشريعية وحدها ضمن حدود الدستور، والملاحظ من خلال مراجعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا بشأن دستورية المادة (226) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل، أن المحكمة رغم مواجهتها لدعاوى طعن بمواد عقابية بدعوى فضاوضيتها أو تعارضها مع الحريات، إلا أنها لم تقض بإبطال نص جنائي لمجرد ادعاء غموضه أو عموميته، بل شددت على أن سلطة المشرع في التجريم والعقاب هي الأصل ما لم يحدث تعارض صريح مع نصوص الدستور أو انتهاك واضح لحق أساسي لذلك قامت برد الدعوى"<sup>(57)</sup>. حيث جاء في حيثيات قرارها المذكور أعلاه "..... أن الدستور كفل حرية الدفاع وحرية التعبير ضمن الضوابط القانونية، وأن النصوص العقابية التي تحمي المصلحة الاجتماعية أو تنظم ممارسة الحريات لا تتعارض مع الدستور طالما أن تجريم الفعل له مسوغ تشريعي مشروع، ولا يمس جوهر الحقوق المكفولة دستورياً..."<sup>(58)</sup>. وفي حكمها الصادر بتاريخ 2023/6/11 قضت المحكمة الاتحادية العليا برد الطعن بعدم دستورية المادة (1/382) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل حيث جاء في حيثياتها ".... أن النص محل الطعن لا ينتهك مبدأ الشرعية أو المبادئ الدستورية المتعلقة بالأسرة، بل يهدف إلى حماية المصلحة الفضلى للمحضون، ويمنع تقويض الأحكام القضائية الخاصة بالحضانة، وشددت المحكمة على أن وجود صفة الأبوة لا يبرر تجاوز القانون أو خرق قرارات الحضانة الصادرة عن الجهات القضائية المختصة...."<sup>(59)</sup>. والملاحظ على قرارات المحكمة الاتحادية العليا أعلاه، أنها أكدت على مبدأ التجريم والعقاب من خلال التزام المشرع بالنص التشريعي المقرر له دون وجود أي مخالفة دستورية تستوجب الحكم بعدم دستورية المواد (226 و1/382) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل، ومن ثم نجد أن المحكمة اعلمت رقابتها على التناسب التشريعي في مجال النصوص الجزائية من خلال التحقق من التزام المشرع بالضوابط المحددة له بموجب الدستور دون وجود أي مساس بها احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة (47) من الدستور، على اعتبار أن المحكمة لا تتدخل إلا إذا تجاوز المشرع حدود سلطته التقديرية المحددة له، أو قام بسن نصاً يوقع عقوبة على فعل لم يكن مجرمًا عند وقوعه، أو نصاً يجرم بأثر رجعي. ومن جانب آخر قضت بعدم دستورية بعض المواد الخاصة بمجال التجريم والعقاب لتعارضه مع المبدأ الدستوري الوارد في نص المادة (19/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005. حيث قضت المحكمة في حكمها الصادر في 2017/6/20 " بعدم دستورية البند (رابعاً) من المادة (12) من تعليمات كشف الذمة المالية رقم (2) لسنة 2017، وذلك لإلزام هيئة النزاهة بتحريك دعوى جزائية، عن جريمة

لا وجود لها في القانون، واللجوء إلى القياس في إنشائها، وهو ما يخالف مبدأ التجريم والعقاب، فقد جاء في حكم المحكمة أن المدعي (رئيس ديوان رئاسة الجمهورية/إضافة إلى وظيفته)، طعن بعدم دستورية البند (رابعاً) من المادة (12) من تعليمات كشف الذمة المالية رقم (2) لسنة 2017 التي أصدرها المدعي عليه (رئيس مجلس الوزراء/إضافة إلى وظيفته)، استناداً لأصلاحياته المنصوص عليها في المادة (80/ثالثاً) من الدستور، وقد ألزمت المادة (12/رابعاً) هيئة النزاهة بتحريك الدعوى الجزائية، ضد المكلف بكشف ذمته المالية عند تحقيق حالة (تضارب للمصالح المالية) له، ولمن ذكروا من أفراد عائلته في المادة المشار إليها. وتجد المحكمة الاتحادية العليا أن إيراد هذا النص في التعليمات يشكل خرقاً لأحكام المادة (47) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 التي نصت على مبدأ الفصل بين السلطات.... وتجد المحكمة الاتحادية العليا أيضاً أن إيراد النصين موضوع الطعن في تعليمات صدرت لتسهيل تنفيذ قانون هيئة النزاهة رقم (30) لسنة 2011 قد تخطى مرامي صدور التعليمات ذلك لأن قانون هيئة النزاهة لم يرد فيه أو في القوانين الجزائية نص يجرم حالة وجود (تضارب للمصالح المالية) لدى المكلف بتقديم الكشف عن ذمته المالية حتى يعطي لهيئة النزاهة حق تحريك الدعوى الجزائية عند تحققها، إذ لا يمكن قياس هذا الفعل على أفعال أخرى جرّمها قانون العقوبات، ربما تكون مشابهة لحالة تضارب المصالح لأن القياس في المجال الجزائي يتعارض مع المبدأ الدستوري (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص...) الذي أوردته المادة (19/ثانياً) من الدستور....<sup>(60)</sup> وبوساطة تحليل حكم المحكمة الاتحادية العليا أعلاه، يتضح لنا أن المحكمة أعملت رقابتها على التناسب التشريعي في مجال مبدأ التجريم والعقاب من خلال التحقق من تعارض النصوص الجزائية مع أحكام الدستور فحكمت بعدم الدستورية بالاستناد إلى تحقق التعارض الوارد في المادة (12/رابعاً) لكونه يشكل خرقاً لأحكام المادة (47) من دستور جمهورية العراق ولتعارضها مع المبدأ الدستوري الوارد في المادة (19/ثانياً) من الدستور. وخلص ما تقدم يرى الباحث، أن ترك تحديد الجرائم والعقوبات لاختصاص السلطة التشريعية لا يعني أن هذه السلطة لها حرية مطلقة في هذا المجال، وإنما هي مقيدة بالحدود التي رسمتها المبادئ الواردة في دستور جمهورية العراق لسنة 2005، ففي حالة تجاوزها لهذه المبادئ فإن القضاء الدستوري سوف يتدخل لوضع حد لها اتجاه أي تجاوز يمس هذه المبادئ أعمالاً لمبدأ التناسب التشريعي.

**الخاتمة** لقد توصلنا من خلال بحثنا هذا إلى النتائج والمقترحات الآتية :-

#### أولاً: النتائج

1- اتضح لنا من خلال البحث أن فكرة التناسب التشريعي في مجال القضاء الدستوري تأخذ بعدين، البعد الأول: حول التناسب داخل النص التشريعي وتحديدًا بين ركني السبب والمحل، ويعني التناسب ضمن هذا البعد التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية التي جعلنا المشرع يفكر في إصدار التشريع وبين محل أو موضوع التشريع ذاته. أما البعد الآخر: فيتسع في نطاقه ليشمل التوافق بين ما تستخدمه الدولة من أدوات في قيادة المجتمع لتحقيق المصلحة العامة وبين حقوق وحرّيات الأفراد سواء كانت هذه الحقوق وتلك الحريات منصوص عليها صراحةً في الدستور أو متضمنة في المقدمات والمبادئ الأساسية التي يعتنقها المجتمع.

2- توصلنا من خلال البحث أن الملائمة التشريعية والتناسب التشريعي في نطاق القانون الدستوري تدخلان وبحسب الأصل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع، فالمشرع يتمتع في هذه الحالة بسلطة تقديرية واسعة، على اعتبار هو الذي يقرر إذا كان من الملائم إصدار تشريع ما أو عدم إصداره، وإذا رأى ضرورة إصداره، فهو الذي يختار التوقيت الملائم لإصداره، وإذا استقر على التوقيت الملائم، فهو الذي يقرر مدى ملائمة الظروف المحيطة لإصدار مثل هذا التشريع، إلا أن الملائمة بعكس التناسب تخرج كقاعدة من نطاق رقابة القضاء الدستوري.

3- أن الانحراف التشريعي يختلف عن التناسب التشريعي من حيث أن الانحراف التشريعي يقصد به خروج المشرع عن الغاية المتعين عليه استهدافها، وهي المصلحة العامة، وبذلك يعد الانحراف التشريعي أخطر العيوب التي تصيب التشريع، على خلاف التناسب التشريعي إذ لا تعد رقابة التناسب عيباً احتياطياً، فالقاضي الدستوري كثيراً ما يستند إلى فكرة التناسب وصورها للتوصل إلى عدم دستورية النص محل الرقابة.

4- أن القضاء الدستوري في كل من مصر والعراق قد لعب دوراً هاماً في أعمال رقابته على التناسب التشريعي، فقد أثبت البحث أن القاضي الدستوري في كلا النظامين قد خطا خطوات هائلة بشأن هذه الرقابة، إذ توسع في ممارسة هذه الرقابة في كافة مجالات التشريع، واتخذ منها سلاحاً قوياً لتعميق رقابته وتفعيلها من أجل ضمان ممارسة الحقوق والحريات، على اعتبار أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع لا تناقض حقيقة أن للقوانين التي يقرها أهدافاً تتوخاها، ووسائل يعتمد عليها في تحقيقها، ويباشر القضاء الدستوري رقابته على هذين الأمرين معاً، فالأغراض التي يستهدفها القانون قد تناقض حكماً في الدستور، والوسائل التي يلجأ إليها لتحقيق هذه الأغراض هي النصوص القانونية التي يقرها، فإذا احتل تناسبا بصورة ظاهرة مع حقيقة الأغراض التي تتوخاها، كان القانون مخالفاً للدستور، وهنا يأتي دور القضاء الدستوري لكي يمارس رقابته على هذا التناسب.

#### ثانياً: المقترحات

1- يوصي الباحث بضرورة مد رقابة المحكمة الاتحادية العليا إلى الملائمة وعدم اقتصرها على المشروعية وأن تسيير على النهج الذي سارت عليه المحكمة الدستورية العليا المصرية، وذلك من خلال مراقبة الحقوق والحريات العامة الأساسية بما يلائمها مع مقتضيات الصالح العام، ومدى قيام المشرع بالتوفيق بين هذه الاعتبارات المتعارضة.

2- يقترح الباحث بضرورة تبني المحكمة الاتحادية العليا رقابة التناسب التشريعي بشكل صريح في قراراتها، باعتباره إحدى معايير الرقابة الدستورية، وذلك من أجل إيجاد آلية قضائية، للموازنة بين اعتبارات الصالح العام، وحماية الحقوق والحريات الأساسية.

3- ندعو مجلس النواب العراقي عند إعداد التشريعات إلى ضرورة مراعاة مبدأ التناسب التشريعي وبالأخص التشريعات التي تمس الحقوق والحريات الأساسية أو تفرض قيوداً جزائية، بحيث تكون الوسائل متناسبة مع الأهداف الدستورية المرجوة.

## الهوامش.

- 1 - د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص279.
- 2 - د. يسرى محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مجلة الدستورية، القاهرة، العدد الثامن عشر، السنة الثامنة، أكتوبر 2010، ص19.
- 3 - د. رفعت عبد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص390.
- 4 - د. وائل محمد يوسف، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص161.
- 5 - د. عيبر حسين السيد، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص255.
- 6 - د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص19.
- 7 - جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012، ص441.
- 8 - د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية (دراسة مقارنة)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص212.
- 9 - عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2011، ص19.
- 10 - د. جورج شفيق ساري، مصدر سابق، ص24.
- 11 - د. شادي محمد صلاح عبد البديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص392.
- 12 - عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2009، ص358.
- 13 - حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (131) لسنة (6 قضائية دستورية)، بتاريخ 1987/5/16، ج4، ص31.
- 14 - حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (1) لسنة 27 رقابة سابقة (قضائية دستورية)، بتاريخ 2005/6/26، ص38.
- 15 - قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (25/اتحادية/2007) بتاريخ 2008/1/8، ص1، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا:
- 16 - قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (53/اتحادية/2012) بتاريخ 2012/12/18، ص3، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا: [www.iraqfsc.iq](http://www.iraqfsc.iq)
- 17 - قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (15/اتحادية/2018) بتاريخ 2018/1/29، ص11، وقرارها المرقم (32/اتحادية / اعلام/2018) بتاريخ 2018/3/5، ص5، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا: [www.iraqfsc.iq](http://www.iraqfsc.iq)
- 18 - د. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، ج1، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2006، ص960.
- 19 - د. شادي محمد صلاح عبد البديع، مصدر سابق، ص393.
- 20 - Délvolvé (P.), Existe-t-il un contrôle de l'opportunité? in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, colloque des 21 et 22 Janvier 1988 au sénat. Librairie generale de droit et de jurisprudence. Montchrestien, Paris, 1988 p.277.
- 21 - د. رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص158.
- 22 - د. عبد العزيز محمد سلمان، قيود الرقابة الدستورية (دراسة في القيود التي تلتزم بها المحكمة الدستورية العليا عند رقابتها دستورية التشريعات واللوائح)، مكتبة نهضة القانون، القاهرة، 1998، ص139.
- 23 - Favoreu (L.), Le principe de constitutionnalité, Essai de la Définition d'après la jurisprudence du conseil constitutionnel, in Recueil d'études en Hommage à Charles EISENMANN, Cujas, 1977, p. 48.
- 24 - د. نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص33.
- 25 - د. محمد عبد العال، القانون الدستوري- نظرية الدولة (الحكومة)- "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص427.
- 26 - Bonnard (B.), Le pouvoir dtscretionnaire des autorités administratives, et recours pou excés de pouvoir, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. 1923, p.366.
- 27- Alessandro Pizzorusso, Le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d'appréciation discretionnaire, Annuaire International de justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1986, p.35-54.
- 28 - بالجيلالي خالد، السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2017، ص220.
- 29 - د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية (دراسة مقارنة)، ط1، جامعة الكويت، الكويت، 2000، ص480.
- 30 - د. شادي محمد صلاح عبد البديع، مصدر سابق، ص401.
- 31 - XYNOPPOULDS (G.), Le controle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité Allemagne et Angleterre, Thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995, p.367.
- 32 - د. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص169.
- 33 - عبد المجيد إبراهيم سليم، مصدر سابق، ص359.
- 34 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (8) لسنة (16) قضائية دستورية بتاريخ 1995/8/5، الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة، قاعدة رقم (8)، ص167.
- 35 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (24) قضائية دستورية بتاريخ 1997/7/5، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 29، ص160.
- 36 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (65) لسنة (54) قضائية دستورية، بتاريخ 1992/5/16، الجزء الخامس، ص307.

- 37 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (9) لسنة (16) قضائية دستورية، بتاريخ 1995/8/5، الجزء السابع، ص106.
- 38 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (18) لسنة (13) قضائية دستورية، بتاريخ 1993/5/15، الجزء الخامس، ص304.
- 39 - نقلا عن عبد المجيد إبراهيم سليم، مصدر سابق، ص365.
- 40 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (52) لسنة (20) قضائية دستورية، بتاريخ 2000/7/8، الجزء التاسع، ص644.
- 41 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (146) لسنة (20) قضائية دستورية، بتاريخ 2004/2/8، الجزء الحادي عشر، ص222.
- 42 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (21) لسنة (20) قضائية دستورية، بتاريخ 2000/6/3، الجزء التاسع، ص607.
- 43 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (53) لسنة (31) قضائية دستورية، بتاريخ 2017/11/4، الجريدة الرسمية، العدد 45 مكرر (هـ) في 2017/5/15، ص26، وحكمها في القضية رقم (116) لسنة (22) قضائية دستورية، بتاريخ 2017/5/6، الجريدة الرسمية، العدد 19 مكرر (أ) في 2017/5/15، ص3.
- 44 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (114) لسنة (21) قضائية دستورية، بتاريخ 2000/6/2، الجزء التاسع، ص986.
- 45 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (114) لسنة (29) قضائية دستورية، بتاريخ 2017/1/14، الجريدة الرسمية، العدد 3 مكرر (هـ) في 2017/1/24، ص4.
- 46 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (55) لسنة (27) قضائية دستورية، بتاريخ 2006/12/10، الجزء الثاني عشر، ص176.
- 47 - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (152) لسنة (18) قضائية دستورية، بتاريخ 1998/5/8، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الثامن، ص1356.
- 48 - د. وائل محمد يوسف، مصدر سابق، ص180.
- 49 - عبد المجيد إبراهيم سليم، مصدر سابق، ص365.
- 50 - قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (10/اتحادية/2013)، بتاريخ 2013/3/12، ص2-ص4، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا الآتي: [www.iraqfsc.iq](http://www.iraqfsc.iq)
- 51 - قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (212/ اتحادية/2022) بتاريخ 2022/11/23 منشور في جريدة الوقائع العراقية، وزارة العدل، العدد 4709، السنة الرابعة واستون، 2023، ص12.
- 52 - قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (212/ اتحادية/2022) بتاريخ 2022/11/23، المصدر السابق، ص17.
- 53 - قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (212/ اتحادية/2022) بتاريخ 2022/11/23، المصدر السابق، ص18-ص19.
- 54 - عبد المجيد إبراهيم سليم، مصدر سابق، ص367.
- 55 - كرار هادي سهر، مدى رقابة الملائمة التشريعية في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020، ص177.
- 56 - د. محمد صالح صابر، تاصيل مبدأ الشرعية الجزائية في قرارات المحكمة الاتحادية العليا، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة العاشرة، المجلد العاشر، العدد الأول، الجزء الثاني، 2025، ص38.
- 57 - قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (116/اتحادية/2021)، بتاريخ 2021/12/1، ص5، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا الآتي: [www.iraqfsc.iq](http://www.iraqfsc.iq)
- 58 - قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (116/اتحادية/2021)، بتاريخ 2021/12/1، ص6.
- 59 - قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (97/اتحادية/2023)، بتاريخ 2023/6/11، ص3، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا الآتي: [www.iraqfsc.iq](http://www.iraqfsc.iq)
- 60 - قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (55/ اتحادية/اعلام/2017)، بتاريخ 2017/6/20، ص2-ص3، منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا الآتي: [www.iraqfsc.iq](http://www.iraqfsc.iq)
- المصادر**
- أولاً: الكتب**
- 1- جورجي شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 2- خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية (دراسة مقارنة)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- 3- راند صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 4- رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 5- سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 6- سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- 7- شادي محمد صلاح عبد البديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.
- 8- عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية (دراسة مقارنة)، ط1، جامعة الكويت، الكويت، 2000.
- 9- عبد العزيز محمد سلمان، قيود الرقابة الدستورية (دراسة في القيود التي تلتزم بها المحكمة الدستورية العليا عند رقابتها دستورية التشريعات واللوائح)، مكتبة نهضة القانون، القاهرة، 1998.
- 10- عبير حسين السيد، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 11- كرار هادي سهر، مدى رقابة الملائمة التشريعية في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020.
- 12- محمد عبد العال، القانون الدستوري- نظرية الدولة (الحكومة)-"دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
- 13- محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، ج1، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2006.<sup>60</sup>
- 14- نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

15-وائل محمد يوسف، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.

#### ثانياً: البحوث والدوريات

- 1- محمد صالح صابر، تأصيل مبدأ الشرعية الجزائية في قرارات المحكمة الاتحادية العليا، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة العاشرة، المجلد العاشر، العدد الأول، الجزء الثاني، 2025.
- 2- يسرى محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مجلة الدستورية، القاهرة، العدد الثامن عشر، السنة الثامنة، أكتوبر 2010.

#### ثالثاً: الرسائل والاطاريح

- 1- بالجيلالي خالد، السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2017.
- 2- جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012.
- 3- عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2009، ص358.
- 4- عبد المنصف عبد الفتاح محمد، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2011.

#### رابعاً: الدساتير والقوانين

- 1- قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل
- 2- دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

#### خامساً: القرارات القضائية

##### • أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية

- 1- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (131) لسنة (6 قضائية دستورية)، بتاريخ 1987/5/16، ج4.
- 2- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (1) لسنة 27 رقابة سابقة (قضائية دستورية)، بتاريخ 2005/6/26.
- 3- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (8) لسنة (16) قضائية دستورية بتاريخ 1995/8/5، الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة، قاعدة رقم (8).
- 4- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (24) قضائية دستورية بتاريخ 1997/7/5، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 29.
- 5- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (65) لسنة (54) قضائية دستورية، بتاريخ 1992/5/16، الجزء الخامس.
- 6- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (9) لسنة (16) قضائية دستورية، بتاريخ 1995/8/5، الجزء السابع.
- 7- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (18) لسنة (13) قضائية دستورية، بتاريخ 1993/5/15، الجزء الخامس.
- 8- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (52) لسنة (20) قضائية دستورية، بتاريخ 2000/7/8، الجزء التاسع.
- 9- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (146) لسنة (20) قضائية دستورية، بتاريخ 2004/2/8، الجزء الحادي عشر.
- 10- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (21) لسنة (20) قضائية دستورية، بتاريخ 2000/6/3، الجزء التاسع.
- 11- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (53) لسنة (31) قضائية دستورية، بتاريخ 2017/11/4، الجريدة الرسمية، العدد 45 مكرر (هـ) في 2017/5/15.
- 12- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (116) لسنة (22) قضائية دستورية، بتاريخ 2017/5/6، الجريدة الرسمية، العدد 19 مكرر (أ) في 2017/5/15.
- 13- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (114) لسنة (21) قضائية دستورية، بتاريخ 2000/6/2، الجزء التاسع.
- 14- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (114) لسنة (29) قضائية دستورية، بتاريخ 2017/1/14، الجريدة الرسمية، العدد 3 مكرر (هـ) في 2017/1/24.
- 15- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (55) لسنة (27) قضائية دستورية، بتاريخ 2006/12/10، الجزء الثاني عشر.
- 16- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (152) لسنة (18) قضائية دستورية، بتاريخ 1998/5/8، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الثامن.

##### • قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية

- 1- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (25/اتحادية/2007) بتاريخ 2008/1/8.
- 2- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (53/اتحادية/2012) بتاريخ 2012/12/18.
- 3- قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (10/اتحادية/2013)، بتاريخ 2013/3/12.
- 4- قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (55/اتحادية/اعلام/2017)، بتاريخ 2017/6/20.
- 5- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (15/اتحادية/2018) بتاريخ 2018/1/29.
- 6- قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (32/اتحادية / اعلام/2018) بتاريخ 2018/3/5.
- 7- قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (116/اتحادية/2021)، بتاريخ 2021/12/1.
- 8- قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (212/اتحادية/2022) بتاريخ 2022/11/23.
- 9- قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (97/اتحادية/2023)، بتاريخ 2023/6/11.

#### سادساً: المصادر الأجنبية

- 1- Alessandro Pizzorusso, Le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, Annuaire International de justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1986.
- 2- Bonnard (B.), Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives, et recours pour excès de pouvoir, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. 1923.
- 3- Délvolvé (P.), Existe-t-il un contrôle de l'opportunité? in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, colloque des 21 et 22 Janvier 1988 au sénat. Librairie generale de droit et de jurisprudence. Montchrestien, Paris, 1988.
- 4- Favoreu (L.), Le principe de constitutionnalité, Essai de la Définition d'après la jurisprudence du conseil constitutionnel, in Recueil d'études en Hommage à Charles EISENMANN, Cujas, 1977.

5- XYNOPPOULDS (G.), Le controle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité Allemagne et Angleterre, Thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.