

## القضاء الدستوري ورقابة الملازمة على النص التشريعي دراسة تحليلية مقارنة

م.د. جابر حسين علي التميمي  
كلية القانون/ جامعة واسط  
[jaltamimi@uowasit.edu.iq](mailto:jaltamimi@uowasit.edu.iq)

### الملخص :

الأصل أن المختص بإصدار التشريع يتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال، أي بمعنى الذي يقرر فعلاً إذا كان من الملازمة إصداره أو عدم إصداره على الإطلاق، فإذا رأى ضرورة إصدار التشريع، فهو بذلك يختار أولاً التوقيت الملائم لإصداره، وإذا استقر على التوقيت الملائم لإصداره فهو الذي يقرر أخيراً مدى ملازمة الظروف المحيطة بإصدار هذا التشريع، فالملازمة تتعلق بظروف إصدار العمل القانوني، بمعنى إنها العلاقة بين الأداة القانونية وظروف استخدامها، حيث نجد أنه يكاد ينعد الإجماع على أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين في جميع الأحوال رقابة على المشروعية، فمنذ ظهور هذه الرقابة وخلال مراحلها المختلفة، فإن الفقه القانوني لا يرى فيها سوى رقابة مشروعية تنصب على الجوانب القانونية في التشريع المطعون فيه، لذا فقد ربط فقهاء القانون بين ملازمة التشريع واستقلال المشرع في مواجهة السلطة القضائية، وعبر عن الملازمة على أنها: تعبير عما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية ومظهر لاستقلاله يترخص في تقديرها بغير معقّب عليه، ومن ثم فإن اختصاص القضاء الدستوري يعتمد في مواجهة المشرع بالرقابة على المشروعية .

**كلمات مفتاحية :** قضاء دستوري، ملازمة تشريعية، تشريع، تفسير تشريعي، رقابة دستورية، محكمة اتحادية .

## The constitutional judiciary and the observation on the appropriateness of legislative provision (comparative study)

### Summary :

(The basic principle is that the person responsible for issuing the legislation has discretionary authority in this field, i.e. in the sense of who actually decides, whether it is appropriate to issue it or not to issue it at all. It is the one who finally decides the appropriateness of the circumstances surrounding the issuance of this legislation. The relevance relates to the conditions for issuing legal work, meaning that it is the relationship between the legal instrument and the conditions of its use where we find that there is almost a consensus that judicial oversight of the constitutionality of laws in all cases Control of the project Yeh, since the emergence of such control and through its various stages The legal jurisprudence sees only legal control focused on the legal aspects of the contested legislation, so jurists have linked the relevance of the legislation with the independence of the legislator vis-à-vis the judiciary, and expressed relevance as: an expression of the discretionary power the legislator enjoys And a manifestation of its independence, which is authorized to be evaluated without commenting on it and therefore the jurisdiction of the constitutional judiciary depends in the face of the legislator by controlling the legality)

**Key words:** constitutional judiciary, legislative suitability, legislation, legislative interpretation, constitutional oversight, federal court.

### المقدمة:

لاشكّ في أن الإدراك السليم لوظيفة القاضي الدستوري تجعل من المقرر بأن تلك الوظيفة القضائية لا تقف عند حد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور والنص التشريعي المطعون فيه ولو كان الأمر على هذا النحو، لما كان هناك حاجة إلى إنشاء جهاز قضائي متخصص في الرقابة الدستورية، لذا فإن الرقابة على الدستورية لا تعني أن يحل القضاء محل المشرّع العادي، وأن يُحوّل الرقابة من رقابة مشروعية إلى رقابة ملائمة معتصباً في ذلك اختصاص السلطة التشريعية، إذ

حرص المشرّع بالأمر إلى حد انتهاك أحكام الدستور بحيث أن الحاجة إلى رقابة الدستورية فيما وراء هذه المخالفات الصريحة والمباشرة التي يسهل على أي قاضي اكتشافها ولو لم يكن متخصصاً، ونعني بتلك المخالفات التي يقتضي تحديدها وأن تأخذ في نظر الاعتبار اعتبارات الملازمة، إذ يمكن القول بأن الفصل لهذه المخالفات إنما هو نتاج اعتبارات المشروعية والملازمة جنباً إلى جنب (السناي، ١٩٨٦، ص ٢٣٣).

على الرغم مما يثيره فقهاء القانون وما يتمتع به المشرّع من سلطة تقديرية من اعتراض على أن الرقابة على الملازمة تمثل اعتداءً على استقلال سلطة التشريع المقرّر لها، بمقتضى الفصل بين السلطات تحت مبرّر أن القاضي في رقابته على سلطة المشرّع التقديرية يقوم بإحلال نفسه محل المشرّع ويُمارس بدلاً منه سلطته في التشريع، لذا لم نجد ما يحول دون قيام القاضي الدستوري ببسط رقابته على الملازمة إذ يمكن ملاحظة أن هذا الاعتراض في حقيقة الأمر مردود عليه بأن القاضي الدستوري عندما يباشر رقابته على هذا التقدير فإنه لا يحل نفسه محل المشرّع، فالقاضي الدستوري لا يقوم بهذا التقدير ابتداءً فالتقدير قائم وموجود فعلاً من قبل المشرّع، ثم يأتي القاضي ليباشر رقابته على هذا التقدير الموجود ومن ثم فإن سلطته في هذا الشأن تنحصر في أمرين أساسيين، إما الحكم بعدم دستورية التشريع المطعون فيه، وإما الحكم بدستوريته والإبقاء عليه (الباز، ١٩٧٨، ص ٢٠)، دون أن يكون له سلطة تصحيحه أو تعديله على النحو الذي يجعله موافقاً للأحكام الدستورية، ودور القاضي الدستوري في هذه الرقابة يدخل ضمن وظيفته الأصلية وهو حماية الدستور وصون أحكامه من كل انتهاك واعتداء، فإن القاضي الدستوري لا يحل نفسه محل المشرّع، من خلال ما يباشره من رقابة على التقدير، بحيث إذا انصبّ هذا الإحلال على التشريع المطعون فيه بقيام القاضي بإدخال شيء من التقدير في مضمونه، مع الإبقاء عليه، فإنه من خلال هذه الحالة يمكن القول بأن القاضي الدستوري يضع نفسه محل المشرّع، ويشرّع بدلاً عنه، وهنا يصدق القول بأنه قد تجاوز حدوده واختصاصه أو أنه تعدّى على ما تتمتع به السلطة التشريعية من استقلال وفقاً لأحكام الدستور (جمال الدين، ١٩٩٢، ص ٣١٢).

يشترط في القاعدة الدستورية حتى يتحقق إعمال مبدأ المشروعية على الوجه الأكمل، أن تكون القاعدة ذات مضمون محدّد حتى يتسنى للقاضي أن يقيس عليها مدى دستورية النصّ التشريعي المطعون فيه، أي أنه إذا انعدم هذا التحديد، بحيث يستحيل على القاضي التحقق من مطابقة النصّ التشريعي للقاعدة الدستورية أو عدم المطابقة لها، ومتى كانت القاعدة الدستورية موجودة ومحدّدة التزم المشرّع بمراعاتها والعمل على عدم مخالفتها، أي بصرف النظر عن ظروف المكان والزمان المحيطة

بها، إذ تظل ما تتمتع به من قيمة بالنسبة لهذه الظروف مستقلة تماماً عن تطبيقها؛ لأن القاعدة القانونية وضعت على أن تُطبّق كما هي بصرف النظر عن قيمتها بالنسبة للاعتبارات المختلفة.

وفي إطار تحديد مدى دستورية النص التشريعي، لا بد من وجود تنظيم دستوري مُلزم وسابق مثبتاً بنصوص الدستور ولا يختلف باختلاف الزمان أو المكان، لذا فإن الرقابة التي يُمارسها القاضي الدستوري على ملاءمة النص التشريعي هي الرقابة على المشروعية؛ لأن المشروعية في مجال الرقابة تقوم بذلك على وجود عنصرين مهمين: أولهما : قاعدة دستورية سابقة. ثانيهما : نصّ تشريعي مطعون عليه بعدم الدستورية.

لذا فإن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، في الأحوال التي تكون فيها القاعدة الدستورية واضحة ومُحدّدة، هي رقابة مشروعية، ولا يمكن أن تكون رقابة ملاءمة؛ ذلك لأن القاضي الدستوري لا يراقب الملاءمة؛ ولأن مسألة الملاءمة لا تنثور أصلاً بالنسبة للمشرّع الذي صَدَرَ القانون عنه، ولا بالنسبة للقاضي الذي يراقب مدى دستوريته، أذاً فالقاعدة الدستورية تلعب دوراً مزدوجاً، وذلك بالنسبة للمشرّع في الاستناد عليها، وهو بصدده إقراره لنصّ تشريعي، وبالنسبة للقاضي وهو يباشر رقابته على النص ذاته (البرزنجي، ١٩٧١، ص ١٥٦).

بيد أنه في حالة الغموض أو عدم التحديد الذي قد تبدو عليه القاعدة الدستورية، التي يتعدّر معها النظر إلى الرقابة التي يباشرها القاضي الدستوري على أنها رقابة مشروعية؛ لأن الفقه الدستوري يؤكد بأن المشرّع ، قد قصد من وراء ذلك تخويله سلطة تقديرية بصدده الموضوع محل التنظيم التشريعي، التي يضيق أو يتسع مداه بحسب درجة التحديد والوضوح التي يكون عليه النص التشريعي، أي أنه مما لا شك فيه أن السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرّع، ليست بالسلطة المطلقة، وأنها تختلف كثيراً عن السلطة التحكّمية، وبذلك فإنها لا تعدو أن تكون حرية يمارسها المشرّع في إطار الدستور وداخل حدوده.

لأريب أن دور القاضي الدستوري لا يقتصر على ترديد كلام المشرّع الدستوري، وإنما يتعداها إلى إعمال تقديره الشخصي في حالات أخرى، وإدراكه للمعنى الذي استهدفه المشرّع الدستوري، أي الحالات التي تكون القاعدة الدستورية مرنة وغير مُحدّدة، فالغرض هنا أن النص الدستوري موجود، غير أن صياغته تمت على نحو غامض أو مُبهم، وبذلك يثور التساؤل حول طبيعة الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري هل هي رقابة مشروعية أم أنها رقابة ملاءمة.

فإن الفقه الدستوري لم يكتفِ باستخلاص السلطة التقديرية لدى المشرّع، وإنما حالة عدم التحديد أو الغموض، هي حالة قائمة في القاعدة الدستورية، تُصايف كلاً من المشرّع والقاضي؛ لأن

كلاً منها يطبق القاعدة الدستورية، بذلك يمكننا القول أن حرية التقدير، التي تُحوّلها القاعدة الغامضة أو غير المحددة للقاضي، يستطيع بمقتضاها أن يباشر رقابته على التقدير، الذي ذهب إليه المشرع من قبل، بمقتضى نفس القاعدة.

وبمطالعة الأحكام الدستورية (حكم المحكمة الدستورية في 16 فبراير 1980، ص ١٥١)، نجدها تكشف بجلاء أن القاضي الدستوري يباشر رقابة صريحة ومباشرة على ملازمة التشريع، وهي وإن كانت رقابة مُحددة لم تتضح معالمها بعد، وبذلك فإنها لازلت تخطو خطواتها الأولى، ومع ذلك فإنها تسير بخطوات ثابتة نحو بلوغ غايتها في التحقق من سلامة التقديرات التي يُجريها المشرع لملازمة التشريع، وبهذا نرى بضرورة تقييد سلطة المشرع التقديرية، وأيضاً خضوعها لضوابط تحول دون تحولها إلى سلطة استبدادية أو تحكمية على الرغم من أن القضاء الدستوري يردد دائماً أنه لا يباشر رقابة على ملازمة التشريع ولا تخول له الرقابة الدستورية في هذا الشأن، أن يحل سلطته التقديرية محل المشرع.

#### منهج الدراسة:

قد اتخذ الباحث المنهج التحليلي المقارن، طريقاً لبيان هذا التطور، ومدى ملازمته للرقابة الدستورية، في كل من جمهورية العراق وجمهورية مصر، والوقوف على آراء الفقه وموقف القضاء الدستوري، من خلال ما يصدر من أحكام وقرارات بهذا الشأن.

#### أهمية الموضوع:

تجدر الإشارة إلى أن رقابة الملازمة في القضاء الدستوري، هي من الموضوعات الهامة، حيث ظل الفقه الدستوري السائد، يردد بأن هذه الرقابة منذ نشأتها هي رقابةً مشروعية وليست رقابة ملازمة، ولذلك قيل أن اصطلاح الرقابة القضائية على الملازمة اصطلاح يتناقض مع نفسه، إذ كيف تُوصف هذه الرقابة بأنها قضائية، في الوقت الذي تمتد فيه إلى اعتبارات أخرى غير اعتبارات القانون، وكيف يمكن للقاضي الدستوري أن يزج بنفسه في مسألة الملازمة ليحل بذلك محل المشرع، فيما حرص الدستور على أن يتركه لمطلق سلطته التقديرية.

وبالرغم من حداثة الفقه الدستوري في الدول محل المقارنة إلا أن التطورات المتلاحقة التي طرأت على قضاء الدستورية دعت الى اعادة النظر بما استقر عليه الفقه التقليدي، من بيان حدود الرقابة على دستورية القوانين بمشروعيتها دون ملازمتها، مما يدل على الاعتراف بأن الرقابة على الملازمة، قد أصبحت في الوقت الحاضر حقيقية واقعية في قضاء الدستورية لا سبيل لإنكارها،

والقول خلافاً لما ذهب إليه الفقه التقليدي، بأن تحديد الرقابة القضائية بالجوانب القانونية، دون جوانب الملازمة، يُعدُّ أكثر الأوهام رَوَاجاً في عالم القانون.  
خطة الدراسة:

المبحث الأول: اسس الملازمة التشريعية في ظل رقابة الدستورية  
المبحث الثاني: موقف القضاء الدستوري من الرقابة على ملازمة النص التشريعي

### المبحث الأول

#### اسس الملازمة التشريعية في ظل رقابة الدستورية

لبيان اسس او قواعد الملازمة التشريعية في ظل رقابة الدستورية يمكننا الحديث عن التفسير الواسع وكذلك تقدير المشرع للوقائع (الخطأ الظاهر في التقدير) باعتبارهما عماد هذه المهمة والتي يمكننا بيانهما بشيء من التفصيل، على النحو التالي:

#### المطلب الأول: التفسير الواسع ورقابة الملازمة التشريعية

قد يأتي غموض النص التشريعي حائلاً عن الالتزام به، وهو ما يقتضي الوقوف على تفسير النص التشريعي تفسيراً واضحاً نافياً للجهالة، إذ يُعدُّ التفسير التشريعي من الأهمية للعلم اليقيني بمضمون ذلك النص لذا فاننا نوالي بيان هذا المطلب في فرعين على النحو التالي:

#### الفرع الأول : ماهية التفسير الواسع

للحديث عن ماهية التفسير الواسع باعتباره احد اسس الرقابة الدستورية على الملازمة التشريعية فلا بد من التطرق الى مفهوم التفسير وكذلك اهمية هذا التفسير الواسع للنص التشريعي وعلى النحو الاتي..

#### أولاً - مفهوم التفسير:

قال الحق في محكم التنزيل ﴿وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا﴾ (سورة الفرقان، الآية ٣٣)، ولعل الشارع الحكيم حينما ذكر كلمة التفسير في سورة الفرقان، فإن مقصود الشارع أن التفسير هو الفارق بين الحق والباطل وفي اللغة هو التبيين والتوضيح وإزالة الإبهام، وهو ما يعنى أهمية التفسير لكل نص غامض، فالتفسير يكون بمعنى الإيضاح، ومنه فسر الشيء أي وضحه، وفسر آيات القرآن الكريم أي شرحها ووضح ما تنطوي عليها من معان (محمد، ١٩٩٩، ص ٢١١؛ الوجيز، ١٩٨٩، ٤٧١).

أما في الاصطلاح القانوني، عرّفه البعض (منصور، ١٩٧١، ص٢٢٦) بأنه: "تحديد نطاق معنى القاعدة القانونية لرسم حدود تطبيقها عملياً، واستخلاص الحلول التي تضمنتها للعلاقات القانونية المختلفة وذلك بإيضاح غامضها وتفصيل مجملها"، كما عرفه بعض الفقه (حجازي، ١٩٧٠، ص٥١٠)، على أنه "تحديد معنى الشرط والغرض منه مستند في ذلك لغاية النص"، وذهب اتجاه آخر (الاهواني، ١٩٩٨، ص٢٤٣) إلى تعريف التفسير من خلال بيان ماهيته ووظيفته، فالتفسير من وجهة نظرهم: "هو تلك العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها". أما التفسير في القانون (خيري، ١٩٧٢، ص٦٨٤): "هو توضيح ما أبهم في النص التشريعي من ألفاظ وتكميل ما اقتضب من نصّه وتخريج ما نقص من حكمه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة".

لذا ينقسم التفسير التشريعي إلى التفسير الواسع للنص و التفسير الضيق، فالتفسير بمعناه الضيق: يرد على المصدر الذي يأتي باللفظ والمعنى معاً فهو يتناول القواعد التشريعية؛ لأن هذه القواعد تأتي على شكل نصوص مكتوبة صادرة في صورة رسمية من السلطة المختصة، لذا يعرف بانه "إزالة الغموض الذي قد يعتري النصوص التشريعية"، فالتفسير هنا عملية عقلية علمية للكشف عن المصلحة التي تحميها الإرادة التشريعية للحكم في الحالات الواقعية (ابو السعود، ١٩٨٦، ص١١٨)، حيث يرد على المصدر الذي يأتي باللفظ والمعنى معاً، فهو يتناول القواعد التشريعية؛ لأن هذه القواعد تأتي على شكل نصوص مكتوبة صادرة في صورة رسمية من السلطة المختصة.

أما التفسير بمعناه الواسع: فالتفسير هنا هو مناطُ اجتهادٍ لسدِّ فراغٍ وإيجاد حكمٍ لإنزاله على التصرفات والوقائع (الحوالي، ٢٠١٧، ص١٠)، لذا يعرف بانه "هو كل تفسير يقتضي إزالة ما يكتنف النص من غموض وخلاف حول النصوص القانونية من مصادرها أي كان هذا المصدر، سواء كان التشريع أو العرف وإزالة ما يكتفه من غموض ولُبس وبالتالي حسم الخلاف حول تطبيقها".

لذا فإن التفسير الواسع يدور في نطاق المصطلحات ونقلها إلى حيِّز التطبيق، فالمهمة الحقيقية إنما تكمن في إزالة التعارض ورفع التناقض وإكمال النقص واستجلاء الغايات، وما قصده المشرّع في ظل الظروف التي رافقت التشريع وأعقبته لذا يمكن القول بان التفسير الضيق: يقتصر المُفسّر على استظهار معاني النصوص، دون الخوض في التعارض وأسبابه، أو القصور وخلفياته.

### ثانياً: أهمية التفسير الواسع للنص التشريعي:

ان صاحب الاختصاص الأصيل في إصدار القاعدة القانونية هو المشرع طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، حيث يلتزم صاحب الاختصاص بإصدار القاعدة القانونية في صورتها العامة والمجردة، والأصل أن تصدر القاعدة دون لبس أو إبهام، وفي تلك الحالة لا تنثر فكرة التفسير، فدور القاضي فقط هو إعمال النص التشريعي وإنزاله على الوقائع.

حيث يتعدّد تطبيق النص التشريعي قبل فهم القاضي وتفسيره له، كون أهمية التفسير ترجع إلى انه عملاً قضائياً سابقاً لتطبيق القاعدة القانونية خاصة إذا كان مدلول النص غامضاً، حيث إن عملية التفسير هي أول عمليات تطبيق النص التشريعي من قبل السلطة القضائية من خلال إصدار الحكم الموضوعي، يليه الالتزام بتنفيذ النص من قبل السلطة التنفيذية (الشاعر، ٢٠٠٤، ص ٧١٩).

ويقيناً أن ظروف التشريع قد لا تكون ذاتها ظروف النفاذ، فكل زمان ظروف ومُستلزمات، والتمسك بحرفية النص وإهماله وتجاهل ما حوله غالباً ما ينتهي إلى تطبيق مُنحرف يتعارض والأصل الذي من أجله شرع القانون، فالنص لا يُشرّع لزمانٍ مُحدّدٍ إلا استثناءً والأصل فيه سرّيان أحكامه لأجل غير مُحدّد، فاستجلاء مقاصد المشرّع واستبيان نيته وحقيقة مراميه، أمرٌ أضحى لازماً إما بفعل غموض النص أو اقتضابه، أو تقادم الزمان عليه.

### الفرع الثاني : دور التفسير الواسع في ملاءمة النص التشريعي:

ان تقدير مدى ملاءمة التشريع وحكمته أو مدى الحاجة لإصداره لتحقيق الأهداف المنصوص عليها في الدستور أو البواعث الحقيقية له يدخل في اختصاص البرلمان، بوصفه عنصراً من عناصر سياسته، التي يمتنع على القضاء التدخل فيها، ذلك أن وظيفة المشرّع الأصلية اهم مظاهر سلطته التقديرية، هو تقدير مدى ملاءمة التشريع ومدى صلاحيته للمجتمع (الشاعر، مرجع سابق، ص ٧٢٢)، إلا أن اقرار ذلك الاختصاص لم يقصد به أن تكون سلطة المشرّع في معالجة الموضوعات الدستورية سلطة مطلقة بالمعنى العام في نطاق توازن المناسبة التشريعية، فالسلطة التقديرية للمشرّع ليست مطلقة، فهي سلطة تقديرية في إطار الأغراض التي يتوخّاها الدستور، حتى لا يكون ذلك مخالفاً للقانون (سرور، ١٩٩٩، ص ٢٧٠).

وتابيد لما سبق يمكننا القول: ان كل قانون يحتوي على عنصرين أساسيين؛ أولهما: تحديد هدفه وموضوعه وثانيهما: تحديد الوسائل الكفيلة لتحقيق، ذلك فان القضاء الدستوري حين يراقب ذلك؛ فإنه



يتحقق من مدى ثبوت التعارض مع أحد المبادئ الدستورية، ويتطلب ذلك مراقبة الوسائل للتحقق من مدى توافقها مع المبادئ الدستورية ومدى ملائمتها مع تحقيق الهدف المنشود منها فالقضاء الدستوري عند قيامه بمراقبة الملاءمة التشريعية، فإنه يُجري عملية عقلية تتماثل في طبيعتها مع تلك التي أجراها المشرع من قبل حتى وإن كان قد خالفه في النتائج .

أما بخصوص موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق من التفسير، فإنه ليس من يُنكر على القضاء المختص مهمة إكمال النص القاصر، لكن مهمة القضاء هذه محفوفة بالمخاطر، إذا ما انحرف عن الغايات التي من أجلها خُوِّل له هذه الصلاحيات وإلا أضحى القضاء مبنًى دون معنى، وجَسَداً منزوع الروح ونصاً خالياً من الفحوى، كما جاء دستور ٢٠٠٥ خالياً من النص، على سلطة المحكمة بالتفسير التشريعي، إلا أنه استناداً لسلطة المحكمة بالتفسير الدستوري، استخلص الفقه حق القضاء الدستوري في تفسير النصوص التشريعية، مستأنساً في ذلك بمن يملك الأعلى يملك الأدنى(كاظم، ٢٠٠٥، ص١٧).

وفي ٢١ تموز ٢٠١٠، أصدرت المحكمة الاتحادية العليا قرارها المرقم، ٢٣، بشأن تفسير الأغلبية المطلقة الواردة في المادتين (٦١/ثامناً) و(٧٦/رابعاً) من الدستور، والذي نَسَفَ مفاهيم دستورية أساسية استقر الفقه عليها من عقود، وربما أكثر من قرن من الزمان، إذ طلب مجلس النواب بكتابه المرقم، ٢٢٦/٣/١، في ٢٣ تشرين أول ٢٠٠٧، تفسير المقصود بالأغلبية المطلقة في المادتين أعلاه، فيما لو كانت تعني أغلبية عدد أعضاء المجلس، أو أغلبية عدد الأعضاء الحاضرين عند تحقق النصاب المنصوص عليه، في المادة (٥/أولاً) من الدستور، وجاء في قرار المحكمة: "عَرَفَ الدستور العراقي الصادر عام ٢٠٠٥، تعابير متعددة للأغلبية المطلوبة من أصوات أعضاء مجلس النواب عند أداء مهامه، فقد تطلَّب في المادة (٦١/ثامناً/ب/٣) منه الحصول على أصوات الأغلبية المطلقة: "لعدد أعضاء المجلس عند سحب الثقة من رئيس الوزراء، أمّا في حالة سحب الثقة من أحد الوزراء فلم تطلَّب المادة (٦١/ثامناً/أ) منه إلى الحصول على "الأغلبية المطلقة"، وهي غير الأغلبية المطلقة لعدد أعضائه، الوارد ذكرها عند سحب الثقة من رئيس الوزراء؛ لأن النص قد ذكرها مُجرّدة من عدد الأعضاء، وهي تعني أغلبية عدد الحاضرين في الجلسة، بعد تحقق النصاب القانوني للانعقاد، المنصوص عليها في المادة (٥٩/أولاً) من الدستور، ولو أراد واضع الدستور الأغلبية المطلقة لعدد الأعضاء، لأوردتها صراحةً كما فعل في المادة (٥٥)، و(٥٩/أولاً) و (٦١/أولاً/أ) و(٦١/سادساً/ب) و(٦١/ثامناً/ب/٣) و(٦١/رابعاً) من الدستور(قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٣/اتحادية/٢٠٠٧).

مِمَّا تقدّم خلّصت المحكمة الاتحادية العليا إلى الرأي الآتي: "أن المقصود بـ" الأغلبية المطلقة" الواردة في المادتين (٦١/ ثامناً / أ) و (٧٦/ رابعاً) من الدستور، هي أغلبية عدد الأعضاء الحاضرين في الجلسة، بعد تحقق النصاب القانوني المنصوص عليه في المادة (٥٩/أولاً) منه". وكذلك على المستوى التشريعي، تصدرت المحكمة لتفسير بعض الحالات (سلمان، ٢٠١٥، ص ٢٨٤)، ومنها على سبيل المثال، تصدي المحكمة لتفسير نصّ تشريعي، وذلك في قرارها رقم (٦٧/ت/٢٠٠٦)، حيث عرّض عليها مجلس القضاء الأعلى، نصّ الفقرة سادساً من المادة (١) من قانون التقاعد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٧، وتصدرت المحكمة لهذا التفسير بناءً على هذا الطلب، حيث جاء في منطوق تفسيرها: "أن نصّ الفقرة ينصرف إلى حالات الإحالة للتقاعد، غير حالات إكمال السن القانونية، وعدم الصلاحية للخدمة"، لذا فاننا نرى بأن سلوك المحكمة الاتحادية، يكون قد تخطى حاجز اختصاصها بتفسير الدستور، إلى تفسير النص التشريعي.

اما في الحديث عن المحكمة الدستورية العليا في مصر، بدءاً من دستور ١٩٧١، بنصّ المادة (١٧٥) و نصّ المادة (١٧٠) من دستور ٢٠١٢، و تقابلها المادة (١٩٢) من دستور ٢٠١٤، والتي نصت على " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، و تفسير النصوص التشريعية، و الفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها، ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها " .

وتأسيساً على الاختصاص الدستوري للمحكمة الدستورية العليا في مصر، بتفسير النصوص التشريعية، فقد جاعت المادة (٢٦) من قانون المحكمة لتحديد أطر تفسير النصوص التشريعية:

١\_ إذا أثارت خلافاً في التطبيق.

٢\_ كان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها.

كذلك فقد وضّحت المادة (٣٣) إجراءات التفسير على النحو التالي:

١\_ تقديم طلب التفسير من وزير العدل ويُتشرط في ذلك الطلب، أن يكون مدعوماً بطلب من أحد الجهات الآتية:

أ\_ مجلس الوزراء.

ب\_ رئيس مجلس الشعب.

ج\_ المجلس الأعلى للهيئات القضائية.

٢\_ أن يوضّح في طلب التفسير:

أ\_ النص التشريعي المطلوب تفسيره.

ب\_ محل النزاع في النص التشريعي وما أثاره من خلاف في التطبيق.

ج\_ مدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه.

ومن أبرز الأمثلة في قضاء المحكمة الدستورية المصرية، في نظرها لنص الفقرة الأولى من المادة (٤٨) من قانون العقوبات، المتعلقة بالاتفاق الجنائي الذي عرّفته بأنه: "اتحاد شخصين أو أكثر، على ارتكاب جناية أو جُنحة، أو على الأعمال المجهّزة أو المُسهّلة لارتكابها"، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا النص (حكم المحكمة الدستورية العليا، 2 يونية سنة 2001، ص ١٣٤)، تأسيساً على أن هذا النص لم يشترط عدداً أكثر من اثنين لقيام الجريمة، كما لم يتطلب أن يستمر الاتفاق لمدة معينة، أو أن يكون على قدر من التنظيم، وقد يكون محل الاتفاق عدة جنايات، أو عدة جنح، أو مجموعة جرائم مختلطة من النوعين معاً، كما قد لا يرد الاتفاق إلا على جناية أو جنحة واحدة، ولم يستلزم النص أن تكون الجريمة أو الجرائم المتفق على ارتكابها على درجة من الجسامة، بل قد يكون محل الاتفاق، اقتراف أي جنحة مهما كانت قليلة الأهمية في دلالتها الإجرامية، كما أنه ليس بـلازم أن تتعيّن الجناية أو الجنحة محل الاتفاق، كما لو تمّ الاتفاق على استعمال العنف لتحقيق غاية الاتفاق، سواء كانت هذه الغاية في ذاتها مشروعة أو غير مشروعة، ومن ثمّ فإن نطاق التجريم جاء واسعاً فضفاضاً لا تقتضيه ضرورة اجتماعية مُبرّرة".

**المطلب الثاني: تقدير المشرع للوقائع (الخطأ الظاهر في التقدير) ورقابة الملاءمة التشريعية**  
تعتبر نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، نظرية فرنسية الصنع والتطبيق، إذ ظهرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مجال التأميم عام ١٩٨١ (النجار، ١٩٩٧، ص ٢١٤)، فقد يُوجَدُ الغلط الظاهر على الرغم من التزام الهيئة التشريعية بحسن النية، فضلاً عن توحُّيها الحذر من الوقوع في انحراف في استخدام سلطتها، وهو لأمرٌ جدير بالدراسة، في ظل رقابة الملاءمة على النص التشريعي من قِبَل القضاء الدستوري ولبيان ذلك لابد من التعرف على ماهية تقدير المشرع للوقائع في ظل قضاء الدستورية وكذلك أهمية هذه الرقابة في مجال تقدير المشرع للوقائع، وعلى النحو التالي :

#### الفرع الأول: ماهية تقدير المشرع للوقائع (الخطأ الظاهر في التقدير) أولاً: تعريف الخطأ الظاهر في التقدير:

ان معنى كلمة أخطأ في اللغة العربية أي: حَادَ عن الصَّواب، أو لم يعرف وجه الصَّواب فيه (الوجيز، مرجع سابق، ص ٥٠١). اما عن تعريف الخطأ الظاهر في اصطلاح القانون: بأنه: "الغلَطُ أو الخطأ الجسيم الظاهر والجَلْبِي، الذي لا يحتاج إلى مُتَخَصِّص لتأكيدهِ" (محمد، ٢٠١٥، ص ٣٨١) ، وعَرَفَه البعض بأنه: "الخطأ الواضح الجسيم بل والخطير، الذي يكون مرئياً حتى بالنسبة لغير المختصين من رجال القانون" (ابو العينين، ٢٠٠٦، ص ١١٦).

فلا شكَّ في أنَّ عيب الغلط الظاهر في التقدير، يكون في حالة غموض النص الدستوري او في حالة مخالفة المشرِّع للمبادئ العليا الدستورية، إذ يمثل الغلط الظاهر في التقدير الوقوف على مدى خُلُوّ تقديرات المشرِّع، أي الحل الذي اختاره من غَلَط بين في التقدير، فالغلَطُ الظاهر في التقدير وسيلة للوقوف بدقة على مدى توافق التشريع مع المبادئ الدستورية، فضلاً عن مدى ملاءمته للواقع حيث لا ينطوي على رقابة تقدير المشرِّع ذاته، ولكن يقوم على الغلط الذي يشوبُ هذا التقدير شرط أن يكون غلطٌ بَيِّنٌ وواضحٌ، وهذا ما يتعلق بمدى التشريع وصلاحيته للواقع (النجار، مرجع سابق، ص ١٩٩).

لذا فان تقدير المشرع للوقائع هو "رقابة ملاءمة بين اختيار الحلول من جانب المشرِّع، واللجوء إليها يؤدي إلى تدخل المشرِّع والمساس بمبدأ دستوري، إذ لا يجوز للقاضي الدستوري أن يحل محل المشرِّع، أو أن يراقب التكليف القانوني للوقائع، التي بنى عليها القانون، ومردُّ هذه المغايرة بين

الغلط الظاهر في القانون، وبين الغلط الظاهر في التصرفات، وهو اختلاف درجة السلطة التقديرية للمشروع عن تلك التي تتمتع بها الإدارة.

لذا يمكن أن نعرف الغلط الظاهر في التشريع بأنه: "هو كل حالة تعتري النص التشريعي، يمكن الإشارة إليها، بأنه عندما يصبح الخطأ مؤكداً لا نزاع فيه لدى العقيدة القضائية، بغض النظر عن مدى بيان الخطأ في التشريع لدى المشروع وقت اتخاذ الإجراءات اللازمة لإصدار النص التشريعي".

#### ثانياً - أهمية الرقابة الدستورية في مجال تقدير المشروع للوقائع :

يجب أن تمثل الدولة بسائر مفرداتها لمبدأ المشروعية، ذلك أن الدولة تعد شخصاً من أشخاص القانون العام، تلتزم به وتخضع له، فإنه يتعين ترتيباً على ذلك أن تسير جميع أعمال هيئات الدولة في فلك من المشروعية، حيث أن الدستور يترتب على قمة النظام القانوني في الدولة، وعلى هذا الأساس تُعتبر القواعد القانونية المنصوص عليها في صلب الدستور أول مصدر من مصادر الشرعية (جميل، ٢٠١١، ص ٢٠).

لذا فإن جميع التشريعات في الدولة، يجب أن تحترم أحكام الدستور وإلا عُدت غير دستورية، كما يجب أن تصدر التشريعات الفرعية أو اللوائح، وكذلك جميع ما يصدر من أعمال تشريعية، بعيداً عن مخالفة نصوص الدستور حتى لا تصبح غير مشروعة (خليل، ١٩٧٨، ص ١٨).

عليه فإن مهمة القضاء الدستوري، في ظل وجود المعايير والضوابط الدستورية، تبقى مهماً في تحديد أهمية الأخذ بفكرة الخطأ الظاهر في التقدير، للرقابة على الاختلافات والتفاوتات بين النصوص التشريعية والنصوص الدستورية، من خلال النظر في التقدير الذي تبناه المشروع، خاصة إذا كان هذا الخطأ في تقدير النص التشريعي واضحاً، لذا فمن الأهمية التأكيد على مهمة القضاء الدستوري للنظر في الحلول التي قدمها المشروع ومدى توافقها مع المبادئ والنصوص الدستورية في الكشف عن الخطأ الظاهر في التشريع (النجار، مرجع سابق، ص ٢٠١).

لذا فإن أهمية تقدير المشروع للوقائع ترجع إلى توسيع رقابة القضاء الدستوري في ظل رقابة الملاءمة على النص التشريعي، وهو الأمر الذي من شأنه تقليص دائرة السلطة التقديرية للمشروع، لذا من شأنه أن يُقلل الأخير من نطاق دائرة الاختلالات التشريعية، إلى مشروع قادر على إنشاء قاعدة قانونية تتسم بالموضوعية.

فالمشرع في حالة الخطأ الظاهر في التقدير يعتقد صواب ما يعتقد من نصوص تشريعية، فانه لم يُخفِ الأسباب الحقيقية مدعياً أسباباً وهمية، كما هو حالة في الانحراف التشريعي بل العكس من ذلك ولعلّ أبرز الأمثلة على ذلك، صدور القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٧، المعدّل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣، والذي جاء بتعديل المادة رقم (٥) من قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢، حيث نصّت على أنه: "يُشترط فيمن يُرشّح لعضوية مجلس الشعب أو مجلس الشورى، ألا تكون قد أُسقطت عضويته بقرار من مجلس الشعب أو مجلس الشورى، بسبب فقد الثقة أو الاعتبار، أو بسبب الإخلال بواجبات العضوية، ومع ذلك يجوز له الترشّح في أي من الحالتين الآتيتين:

- ١- انقضاء الفصل التشريعي الذي صدر خلاله قرار إسقاط العضوية.
- ٢- صدور قرار من مجلس الشعب أو مجلس الشورى، بإلغاء الأثر المانع من الترشيح، وذلك بعد انقضاء دور الانعقاد الذي صدر خلاله قرار إسقاط العضوية.

حيث يرى بعض الفقه القانوني، أن هذا النص يشوبه خطأ بيّن في التقدير، حيث يخالف نصّ المادة (٣) من دستور ١٩٧١، والتي تنصّ على أن: "السيادة للشعب وحده، وهو مصدر السلطات..." وقابلها نص المادة (٥) من دستور ٢٠١٢، وكذلك نص المادة (٤) من دستور ٢٠١٤، لأنه من المُسلّم به أن إسقاط العضوية من قِبَل مجلس الشعب أو مجلس الشورى، لا يعدو أن يكون عقاباً على الإخلال بواجبات العضوية، وهو الأمر الذي لا يفقد العضو الثقة والاعتبار، مثلاً قد يتحقق في حالة الحكم القضائي على العضو بجزاء عقابي.

اما عن حدود هذه الرقابة فانها تمتد إلى محلّ التشريع ونطاقه، فأما المحل، فتُعَدّ رقابة التكييف القانوني للوائح وتقديرها، هما محل هذه الرقابة والتي عن طريقها تتم مراقبة تقدير المشرّع، ومدى تناسب الحل الذي تبناه في التشريع، وأما نطاقها، فتمتد رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، إلى جميع الحقوق والحريّات الدستورية، الا ان المحكمة الدستورية العليا في مصر قد توسعت في هذا المجال في تطبيق آلية الخطأ البيّن في التقدير؛ فشملت جميع مجالات القانون، كالحقوق السياسية، وحق اللجوء إلى القضاء، وحق الملكية، وكذلك المجال الجنائي، كما استُخدمت تلك الآلية في تقرير عدم دستورية أي تمييز، لا يستند إلى اعتبارات موضوعية وتبرّره المصلحة العامة ومن الأمثلة على ذلك؛ ما جاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية من أنه: "وحيث إن البيّن من استقراء نصّ الفقرة الأولى من المادة (٤٨) المشار إليها، أنها عرّفت الاتفاق الجنائي بأنه: "اتحاد شخصين أو أكثر، على ارتكاب جناية أو جنحة، أو على الأعمال المُجهّزة أو المُسهّلة لارتكابها"، ولم يشترط النص عدداً أكثر من اثنين لقيام الجريمة، كما لم يتطلّب أن يستمر الاتفاق لمدة معينة، أو أن يكون

على قدر من التنظيم، وقد يكون محل الاتفاق عدّة جنایات، أو عدّة جُنح، أو مجموعة جرائم مختلطة من النوعين معاً، كما قد لا يَرِد الاتفاق إلّا على جنایة أو جُنحة واحدة، ولم يستلزم النص أن تكون الجريمة أو الجرائم المتفق على ارتكابها، على درجة من الجسامّة، بل قد يكون محل الاتفاق اقتراح أي جنحة، مهما كانت قليلة الأهمية في دلالتها الإجرامية، كما أنه ليس بلامٍ أن تتعيّن الجنایة أو الجنحة محل الاتفاق، كما لو تمّ الاتفاق على استعمال العنف - بأي درجة - لتحقيق غاية الاتفاق، سواءً كانت هذه الغاية في ذاتها مشروعة أو غير مشروعة، ومن ثمّ فإن نطاق التجريم جاء واسعاً فضفاضاً لا تقتضيه ضرورة اجتماعية مُبرّرة، حيث إن قضاء هذه المحكمة، قد جرى على أن شرعية الجزاء - جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً - مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أتمّها المشرّع، أو حَظَرها أو قيّد مباشرتها.

#### الفرع الثاني: تقدير المشرع للوقائع (الخطأ الظاهر في التقدير) في ظل قضاء الدستورية أولاً : الخطأ الظاهر في التقدير في قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق:

من خلال دراسة موقف المشرّع العراقي لفكرة الخطأ الظاهر في التقدير؛ فنلاحظ بأن المرجعية القضائية الدستورية فيه كانت ولا تزال مرجعية قضائية ضعيفة بصفة عامة، إذ أنها لم تصدر أي قرار في هذا الشأن في ظل العهد الملكي، كما أنها لم تتعد أصلاً في ظل العهد الجمهوري أيضاً، إلا بعد أن تحولت الدولة العراقية إلى دولة اتحادية ذات نظام ديمقراطي بصور دستور عام ٢٠٠٥ النافذ. إلا انه ومن خلال استقراء أحكام المحكمة الاتحادية العليا، تبين أنها بسطت رقابتها على الخطأ كعيب دستوري وإن لم تُشر إليه بصورة صريحة، إلا أنها أوضحت بهذا الحكم (قرار المحكمة الاتحادية العليا، ٢٠١٣): "لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية وجد أنّ المادة (٤٧) من الدستور العراقي نصّت 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"، ونصّت المادة (٣٧) من الفقرة (أولاً/ب): "لا يجوز توقيف أحد أو التحقيق معه إلا بموجب أمر قضائي"، ونصّت المادة (١٩/خامساً) من الدستور: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة...."، وأكدت في البند (سادساً) من المادة نفسها على أنه: "لكل 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 تولف من مدير عام، تتولى تثبيت حالة التجاوز، وتقدير المبلغ المطلوب استحصله 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 البتات أساساً لإحالة المتجاوزين على وفق الفقرة (١) من المادة (١٤) من القانون المذكور آنفاً دليلاً كافياً للإدانة، وأعطى في المادة (١٥) منه للمحافظين سلطة قاضي الجنج للنظر في الدعاوى الناشئة من جزاء تنفيذ القانون موضوع الطعن، وإن القانون المذكور آنفاً 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 آنفاً، هم من الموظفين المدنيين ولم يكونوا من القضاة التابعين للسلطة القضائية يمارسون أعمالاً واختصاصات قضائية بحتة.

لذا 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 تُجيز منح صلاحيات جزائية للموظفين الإداريين، كما هو الحال في المادة (١٥) من قانون الاستثمار المعدني اعلاه، 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 ووفقاً للقانون.

عليه يُعدّ نصّ المادتين (١٥، ١٣) من القانون آنفاً معطلاً استناداً للمادة (٨٧) من الدستور، وأيضاً يُعدّ نصّ المادة (١٦) من القانون 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.

وبما أنّ نصوص الدستور تتسم بالسموّ، فإن المواد (١٦، ١٥، ١٣) من قانون تنظيم الاستثمار المعدني تعد معطله لمخالفتها للدستور استناداً للمواد (١٩/خامساً وسادساً، و ٣٧، و ٤٧، و ٨٧) 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.

لذا فإن القضاء الدستوري قد تدخل ليتحقق من مدى صحة تقدير المشرّع 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 خلّوه 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 الملاءمة الظاهرة بين الغرض الذي حملت النصوص عليه ووسيلة تحقيقها "النصوص القانونية"، قضت جهة الرقابة بعدم الدستورية، فكأن جهة الرقابة من خلال فكرة الخطأ الظاهر في التقدير تبحث في مدى ملاءمة الحل الذي تبناه المشرع للوفاء بالأغراض التي توخاها، وسبيلها في ذلك تفسير النصوص القانونية والمبادئ ذات القيمة الدستورية، لتعرض النصوص القانونية عليه، لبيان الانفصال أو الاتصال بينهما.

عليه فإن الخطأ الظاهر في التقدير كعيب من عيوب عدم الدستورية، يتطلب الاهتمام المتزايد من قبل المشرع بُغية تحديد الثغرات ليس لأهمية هذا الموضوع فحسب بل لخطورته أيضاً؛ لتفعيل دور المحكمة الاتحادية العليا في هذا الشأن؛ لأن المحكمة هي التي تختص بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وهذا ما أكدته بنص المادة (٩٣) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

#### ثانياً: الخطأ الظاهر في التقدير في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر:

جاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا، حين نظرها لمدى دستورية المادة (١٨) مكرراً ثالثاً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨١ - المطعون عليها - والتي تنص على ما يلي: "على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم، المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال فترة العدة، استمروا في شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة، وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر، كان من حق الزوج المطلق، أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة، ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين، فإذا انتهت مدة الحضانة، فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده، إذا كان من حقه الاحتفاظ به قانوناً، وللنيابة أن تصدر قراراً فيما يثور من منازعات، بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه، حتى تفصل المحكمة فيها(حكم المحكمة الدستورية العليا، ١٩٦٦)".

رأت المحكمة وهي بصدد نظرها لتلك المادة، "وحيث إن الرقابة على الشرعية الدستورية - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا بين ما تشتمل عليه الحقوق التي كفلها الدستور، وأهدرها النص المطعون فيه ضمناً؛ سواء كان الإخلال بها مقصوداً ابتداءً، أم كان قد وقع عَرَضاً".

كذلك فقد أكدت المحكمة قولها: "بأن المشرّع لا يُنظّم موضوعاً مُعيّناً تنظيمياً، مُجرّداً أو نظرياً، بل يتعيّن بلوغ أغراض بعينها، تعكس مشروعيتها إطاراً لمصلحة عامة لها اعتبارها، يقوم عليها هذا التنظيم، مُتخذاً من القواعد القانونية التي أقرّها مدخلاً لها، فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها، تحكيمياً، ومُنهيّاً عنه بنص المادة (٤٠) من الدستور". وقد انتهت إلى: "متى كان ما تقدّم؛ وكان الآباء المطلّقون - في علاقاتهم بأبنائهم - تتمتّل مراكزهم القانونية فيما بين بعضهم البعض، وكان النصّ المطعون فيه، قد مآيز بينهم - في نطاق هذه العلائق - بأن حدّد من حقوقهم في إعداد مكان ملائم لسكنى صغارهم، إذا كان مسكن الزوجية مؤجّراً، مع بسطها إن كان غير مؤجّر؛ فإن هذا التمييز لا يكون منطقياً، قائماً بالتالي على غير أسس موضوعية، ومُنهيّاً عنه دستورياً"، عليه فإن رقابة القضاء الدستوري في مجال الخطأ الظاهر في التقدير، إنما هي تحقيق التوازن في علاقة السبب والمحل في التشريع مع الدستور فيما يتضمّنه من مبادئ ونصوص.

### المبحث الثاني

#### موقف القضاء الدستوري من الرقابة على ملاءمة النص التشريعي

تعد الرقابة على ملاءمة النص التشريعي في ظل القضاء الدستوري خطأ فاصلاً في مبدأ الفصل بين السلطات، حيث تعدّ الرقابة على دستورية القوانين، الوسيلة الأنجح لضمان سمو الدستور على بقية القواعد القانونية، لذا فإن هذه الرقابة تتولاها هيئة ذات طابع قضائي، عليه يمكننا تناول بيان هذا المبحث في مطلبين على النحو التالي:

#### المطلب الأول: اتجاه المحكمة الاتحادية العليا في العراق من رقابة الملاءمة على النص التشريعي.

بعد أن شهد العراق تجارب غير مكتملة في ظل الحقب الدستورية السابقة كانت أول تجربة في القضاء الدستوري العراقي، في ظل القانون الأساسي العراقي الصادر عام 1925، حيث شكّلت محكمة عليا من مجلس الأعيان ومحكمة التمييز من تسعة أعضاء، ومنحت سلطة محاكمة أعضاء مجلس الأمة، وحُكّام محكمة التمييز، والرقابة على دستورية القوانين، وتفسير النصوص الدستورية، ومحاكمة الوزراء، ولكن هذه المحكمة كانت تنعقد بإرادة ملكية، وتنتظر في القضايا المحالة إليها من مجلس الوزراء، وكانت التجربة الثانية في الدستور العراقي الصادر عام 1968، فقد أشارت صراحةً إلى تشكيل محكمة دستورية، وحُدّد اختصاصاتها في البت، في دستورية القوانين وتفسير القوانين

الإدارية والمالية، والنظر بمخالفة الأنظمة لها، ورغم تشكيل هذه المحكمة، إلا أنها لم تمارس أعمالها حتى صدور الدستور العراقي المؤقت لعام 1970 ، الذي لم يُشر إلى الرقابة الدستورية، ولم يكرر النص على وجود هذه المحكمة. (المفرجي، وآخرون، ١٩٩٠، ص ٤٠٢) ، عادت تجربة القضاء الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين إلى الحياة القانونية بصدور دستور 2005 حيث نصّ وبصريح العبارة على تشكيل قضاء دستوري متخصص، متمثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا، كإحدى تشكيلات السلطة القضائية الاتحادية في العراق، فنصّ على أن: "المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية، مستقلة (دستور العراق، ٢٠٠٥، مادة ٩٢ " ، إذ يُلاحظ أنه يكون قد راعى الاستقلال القضائي، في الرقابة على دستورية القوانين، ثم حدّد اختصاصاتها في المادة (93) من الدستور، التي تنصّ على أن: "تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي:

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة .

ثانياً: تفسير نصوص الدستور .

ثالثاً: الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية، والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم، حق الطعن المباشر لدى المحكمة .

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

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

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

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

ومن خلال الاطلاع على نص المادة (٩٣) من الدستور نرى بأن المحكمة الاتحادية العليا في العراق بأشرت الرقابة على دستورية القوانين، ولاشك في أن الرقابة على مشروعية النصوص التشريعية، أمر ليس به غموض، بقدر الرقابة على ملاءمة النص التشريعي، على الرغم من ان تاريخ القضاء الدستوري في العراق، حديثاً نسبياً مقارنةً بالنظام القضائي الدستوري المصري، الا انه من خلال تتبع قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق، نجد بأن بدايات هذه الرقابة كانت رقابة مشروعية على النص التشريعي، ومن الأحكام القضائية في هذا الصدد، حكمها الصادر سنة ٢٠٠٧

(حكم المحكمة الاتحادية العليا ٢٠٠٧) ، والتي ألغت بمُوجبهِ نصّ الفقرة (رابعاً) من المادة(11)، من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي، رقم (14) لسنة 1991 ، وذلك لعدم توافقه مع الدستور، حيث تنصّ الفقرة (رابعاً) من المادة(11) ، على أن: تكون العقوبات التي يفرضها الوزير أو رئيس الدائرة، أو الموظف المخوّل تكون بائنة، باستثناء العقوبات الآتية: التوبيخ، إنقاص الراتب، تنزيل الدرجة، الفصل، العزل، وحيث إن قرار فرض العقوبة الانضباطية، هو من القرارات الإدارية، وفقاً لما استقرّ عليه الفقه الإداري، وحيث أن المادة (100) من دستور جمهورية العراق، نصّت على أنه: "يُحظر النص في القوانين، على تحصين أي عمل أو قرار من الطعن"، لذا فإن استثناء الفقرة (رابعاً) من المادة(11) ، من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي، عقوبتي لفت النظر والإنذار المنصوص عليها، في المادة (8) من القانون المذكور من الطعن، يخالف أحكام المادة (100) من دستور جمهورية العراق.

كما نجد بأن المحكمة الاتحادية العليا، لم تقتصر في مجال الرقابة على دستورية التشريعات، على فحص المشروعية فحسب، بل مدّت نطاق تلك الرقابة إلى فحص ملاءمة التشريع، فقضت في أحد قراراتها (حكم المحكمة الاتحادية العليا ٢٠١٢)، بعدم دستورية النص التشريعي، الذي يخلو من التناسب التشريعي، فقضت بالآتي: "لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا، وجد أن وزير الخارجية/إضافة لوظيفته، أقام هذه الدعوى للطعن بعدم دستورية بعض مواد القانون المرقم (27) لسنة 2011 ،) قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء ... (وبالنظر لوقوع تباين كبير، فيما يخص رواتب موظفي وزارة الخارجية، حيث من هم في الدرجات العليا يتقاضون رواتب أقل، ممن هم أدنى درجة وظيفية منهم، إضافةً إلى أن رواتبهم هذه، لا تتناسب مع مستوى المعيشة في البلدان التي يشغلون وظائف دبلوماسية فيها، أسوةً ببقية الدول الأخرى، ... وحيث أن القانون رقم (27) لسنة (2011) قانون رواتب ومُخصّصات مجلس الوزراء (قد شرع دون اتباع السياقات المتقدّمة والمشار إليها أعلاه، لذا فإنه جاء مخالفاً للدستور، قرر الحكم بعدم دستوريته وإلغائه.

لذا نرى بأن هنالك مجال خصب تستطيع المحكمة الاتحادية من خلاله، أن تفحص مدى ملاءمة النص التشريعي، وتستقي تلك المهمة من خلال نصّ المادة (46) من الدستور الحالي لسنة 2005، التي أكدت على أنه: "لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات، الواردة في هذا الدستور أو تحديدها، إلّا بقانون أو بناءً عليه، على ألاّ يمسّ ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية" لذا فإن المشرّع يمتلك سلطة تقديرية في مجال تنظيم الحقوق والحريات، الا انه من الاولى الحديث عند احتمالية تجاوز المشرع حدود تلك السلطة والوصول إلى حدّ المساس بجوهر هذه الحقوق

والحريات، من خلال الانتقاص منها أو إلغائها، الأمر الذي يسمح للمحكمة الاتحادية العليا، بالتدخل لحماية تلك الحقوق والحريات، عن طريق فحص ملائمة خيارات المشرع للقيم الدستورية.

ويمكننا القول أن المشرع الدستوري قد عزز من موقف رقابة القضاء الدستوري، في إطار ملائمة النص التشريعي، إذ أنه في ضوء بعض النصوص الدستورية، ومن ذلك نص المادة (15) من الدستور (أن لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها، إلا وفقاً للقانون، وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة)، وما جاء في المادة (38) على أنه: تكفل الدولة وبما لا يُخلّ بالنظام العام والآداب: أولاً: حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل، ثانياً: حرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر، ثالثاً: حرية الاجتماع والتظاهر السلمي وتُنظّم بقانون، لذا فإن للمشرع أن يتعرض لتنظيم الحق في الحياة والأمن والحرية على أن يكون ذلك بقانون، يوكل أمر تطبيقه للقضاء، إلا أن له وفقاً لسلطته التقديرية، أن يضع عليها بعض القيود، لذا يمكن القول أن سلطة المشرع تتراوح بين التقدير والتقييد، في ذات النص الدستوري.

وترتباً على ذلك فإن سلطة المشرع التقديرية واضحة في تحديد مفهوم النظام العام والآداب، من حيث أنه مفهوم مرن وواسع، إلا أنه مع ذلك، يجد نفسه مقيداً بما يفرضه الدستور من مبادئ، وإذا تجاوز تنظيمه لهذا الحق، حدود التنظيم إلى الانتقاص من جوهر الحق ذاته أو إهداره، فإنه عندئذ يكون تشريعاً معيباً ويخضع لرقابة الدستورية ومحلّاً للطعن كونه انتقاصاً يخل بالأصل الذي قرره الدستور .

ومن الأمثلة على ذلك؛ المادة (28) التي نصّت (الدستور العراقي، ٢٠٠٥، مادة ٢٨) على أن (لا تُفرض الضرائب والرسوم، ولا تعدّل، ولا تُجَبى، ولا يُعفى منها، إلا بقانون) بينما نصّت المادة (18/أولاً) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لعام ٢٠١٨ على أنه (لوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، والمحافظات، كافة صلاحية فرض رسوم أو أجور خدمات جديدة، وتعديل الرسوم وأجور الخدمات الحالية، باستثناء الرسوم السيادية المقررة بموجب القوانين الاتحادية النافذة، وفق ضوابط يصدرها الوزير المختص، أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة، أو المحافظ مما يدل هذا النص على أن السلطة التنفيذية ممثلة بالوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظات هي المختصة وحدها دون غيرها، بإصدار ضوابط فرض رسوم أو أجور خدمات جديدة، وتعديل الرسوم وأجور الخدمات الحالية، باستثناء الرسوم السيادية، فإنه يضحى أكيداً أن نصّ المادة (١٨/أولاً) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لعام ٢٠١٨، قد صدر بالمخالفة لما تقضي به المادة (٢٨) من الدستور، التي جعلت صلاحية فرض الرسوم من اختصاص السلطة التشريعية.

وحيث جرى الفقه الدستوري (دبوس، ٢٠١٧، ص ٦١) على التمييز بين عبارة (فرض الرسوم بقانون و فرضها بناءً على قانون حيث هناك ثمة فرقاً شاسعاً ومهماً بينهما فالقول بأنها لا تفرض إلاً بقانون، يعني أن الرسوم لا تُقرَّر إلاً بقانون صادر من السلطة التشريعية ليقربها، وأن السلطة التشريعية ممثلةً بمجلس النواب يتعدَّر عليها من الناحية الدستورية، أن تفوِّض السلطة التنفيذية ممثلةً بوزاراتها، وجهاتها غير المرتبطة بوزارة والمحافظين، تفويضاً بفرض الرسوم وتنظيم أوضاعها، وتحديد نوعها وتقدير قيمتها أو نسبتها؛ وذلك لأنه يُعتبر بهذه المثابة، تنازلاً من سلطة عن صلاحياتها إلى سلطة أخرى، في حين أنَّ عبارة ( فرض الرسوم بناءً على قانون)، يقضي بأن الدستور قد جعل الاختصاص بفرض هذه الرسوم، مُشتركاً بين كلٍّ من السلطتين التشريعية والتنفيذية تمارسانه معاً، فالسلطة التشريعية هي التي تُنشئ الرسوم - بقانون تصدره - ثم تفوِّض السلطة التنفيذية في بيان تفصيلاته وتحديد جزئياته، وذلك كله تحقيقاً للمرونة اللازمة، في فرض الرسوم لمجابهة الظروف المتغيرة طالما أن فرضها أو تعديلها لا يكون بقانون في كل حالة على حدة، وإنما يتم ذلك بقرار من السلطة التنفيذية في حدود القانون، أي في ضوء الأسس والملاحح الرئيسة التي وضعتها السلطة التشريعية.

الا ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق بأحد قراراتها في سياق ملازمة النص التشريعي (حكم المحكمة الاتحادية العليا، ٢٠٠٨)، ذهبت الى حق مجالس المحافظات غير المنتظمة بإقليم في سن القوانين، والقرارات الخاصة بفرض وجباية وإنفاق الضرائب، والرسوم والغرامات بما يمكنها من إدارة شؤونها، وفق مبدأ اللامركزية الإدارية، والتشريعات المحلية هي التشريعات التي تُصدرها مجالس المحافظات، لتنظيم شؤون المحافظة الإدارية والمالية، ولا يتعدى نفاذها خارج حدود تلك المحافظة، ويجب ألاً تتعارض مع الدستور، أو مع القوانين الاتحادية، وكذلك ألاً تتعدى تنظيم شؤون المحافظة المالية والإدارية، وفقاً للمادة (٧/ثالثاً) من قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨.

لذا أن الهدف من رقابة الملازمة على النص التشريعي في العراق، تكمن في حذّاء النظام التشريعي القائم على الديمقراطية في العراق، فضلاً عن كون النص التشريعي هو انعكاس لحاجات المجتمع، لذا يجب التعزيز من مدى التلاؤم بين النص وتطلعات الأمة، ولعل الوثائق الدستورية هي الأكثر منطقية، في تعبيرها عن هذه التطلعات، الأمر الذي يجد صдаه، في رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين.

كما انه لا يمكن الوقوف على اتجاه مُحدّد للقضاء الإداري في العراق، بشأن الرقابة على الملاءمة، ومن ناحيةٍ أخرى يظهر من خلال مراجعة الأحكام والقرارات، التي مارس من خلالها القضاء الإداري، والرقابة على السلطة التقديرية للمشروع، إنها تربط بين قرار الإدارة الصادرة حسب السلطة التقديرية، وبين عَيْب التعسّف في استعمال السلطة، ولا تتطرق إلى انعدام الأسباب أو عدم صحة تكييفها، أو عدم تناسب محل القرار مع هذه الوقائع، وهذه قرينة على أن القضاء الإداري، يميل إلى عدم الاعتراف بعيب السبب عَيْباً مستقلاً وقائماً بذاته.

**المطلب الثاني: اتجاه المحكمة الدستورية العليا في مصر من رقابة الملاءمة على النص التشريعي**  
ان رقابة القضاء الدستوري قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا، كان موكول للمحكمة العليا في مصر، فقد ذهب مفوضو الدولة في تقرير أعده قائلاً: "إذا كان التشريع في ظاهره، وحسبما يتضح من نصوصه، داخلاً في السلطات التي يسمح بها الدستور للسلطة التشريعية، فإنه لا يجوز التقيب وراء نصوصه، للبحث عن البواعث المشروعة وغير المشروعة، التي دفعت السلطة التشريعية إلى سنّ التشريع، أمّا عندما تسعى الهيئة التشريعية تحت ستار من اختصاصاتها المشروعة، إلى ممارسة نشاطٍ محظورٍ، منظوراً إلى بواعثه الحقيقية، فإن اتجاه القضاء في هذه المسألة، يشوبه الاضطراب وعدم الوضوح، وإن كان قد اتجه في بعض أحكامه إلى أن: "تحقيق الأغراض غير المشروعة، لا يمكن السماح به، تحت ستار ممارسة الاختصاصات المقررة المشروعة، وذلك منعاً للتحايل وسداً للذرائع، التي قد تُرسّخ إلى الاعتداء على الحريات والحقوق، بأساليب ملتوية تحت ستار من الاختصاصات المشروعة (جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣١٤)".

حيث أتى هذا التقرير ليُقرّ ضمناً وعلى استحياءٍ بأهمية رقابة الملاءمة، بإطلاق السلطة التقديرية للمشروع البرلماني دون رقابة عليه، دون أن يمتد هذا الإطلاق إلى الأنشطة التي حظر الدستور التغوّل في السلطة التقديرية على حسابها.

إلا أنها قد غيرت موقفها هذا من الرقابة على ملاءمة النص التشريعي، حيث قالت في أحد أحكامها (مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، ١٩٧٦، ص ٤١٤): "وإن كانت الرقابة القضائية على دستورية التشريع، لا تمتدّ إلّا لملائمة إصداره؛ باعتبار أن ملاءمة التشريع هي أخصّ مظاهر السلطة التقديرية للشارع، إلّا أنّ ذلك لا يعنى إطلاق هذه السلطة في سن القوانين، دون تقيّد بالحدود والضوابط التي نصّ عليها الدستور، والتي يتعيّن الالتزام بها، وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور.

ولعل هنالك العديد من الامور التي دفعت النظام المصري، الى السعي في إصدار القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩، بإنشاء المحكمة العليا في البلاد لتختص بالرقابة على دستورية القوانين، ومع تطور نظام الحكم والتوجه نحو الانفتاح السياسي والاقتصادي، صدر دستور ١٩٧١، والذي نصّ في المادة (١٧٥) على أن: "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون، ويُعيّن القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تُتَّبَع أمامها"، ولعلّ هذا المضمون هو ما تبناه المشرّع الدستوري في الدستور الرابع في العهد الجمهوري الصادر في ٢٠١٤، حيث نصّت المادة (١٩٢) من دستور ٢٠١٤ على أن: "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين، صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهةٍ أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها. ويُعيّن القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تُتَّبَع أمامها".

لذا فانه ليس هناك ما يمنع قضاء المحكمة الدستورية العليا، من بسط نفوذه في مجال رقابة الملاءمة، فضلاً عن رقابة المشروعية، التي تواتر إسنادها لقضاء المحكمة الدستورية فقهاً وقضاءً (عوض، ١٩٩٥، ص ٢٩)، حيث أن الحاجة أصبحت مُلْحَةً وضرورية، أمام قصور أعضاء السلطة التشريعية في اداء مهامهم، وهو الأمر الذي قد يحتاج تدخلاً من جهة متخصصة، لتعيد النظر في مدى ملاءمة النص التشريعي، مع غاية النص الدستوري.

ففي النظر إلى أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر، نجد أنها وضعت الرقابة على ملاءمة النص التشريعي في حيّزٍ خاص، تسمو به على سائر أنواع الرقابة الدستورية، من خلال رقابتها على النص التشريعي فيما يهدف إليه من بواعث، ومدى توافقه مع النص الدستوري.

فمن التطبيقات القضائية في مجال رقابة الملاءمة على دستورية القوانين للمحكمة الدستورية العليا، فان السلطة التأسيسية منحت المواطن مجموعة من الحقوق والحريات العامة، التي لا يجوز لأي سلطة الانتقاص منها، أو التقييد من حرية ممارستها، وقد منح المشرّع البرلماني الحق في تنظيم تلك الحقوق ضرورة ألاّ يخل بالمبادئ الدستورية الضامنة للحقوق والحريات السياسية، وهنا تأتي رقابة



المحكمة الدستورية، في سبيل ما تراه من المقدرة التشريعية، بالاستخدام الصحيح للسلطة التقديرية بما لا يُخلّ بالمبادئ والحقوق الدستورية.

ومن أبرز هذه الأمثلة الحديثة في مجال الحقوق والحريات السياسية، ما حَدَث في أعقاب ربيع الثورات المصرية، ورغبةً من المشرّع في ضبط الإيقاع التنظيمي للشارع المصري، فأصدر القانون رقم ١٠٧ لسنة ٢٠١٣، بشأن تنظيم الحق في الاجتماعات العامة، والمواكب والتظاهرات السلمية، ونظراً لما أسفر عنه تطبيق هذا القانون، من اتساع نطاق التجريم والعقاب، وتقييد الحريات والحقوق السياسية، وهو ما جعل البعض يطعن بعدم دستورية بعض موادّه.

لذا نجد أن المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية، استطاعت أن تباشر رقابة حقيقية على ذات التقدير للمشرّع، وبهذا نلاحظ أنه يكاد يُجمَعُ الفقه (جمال الدين، مرجع سابق، ص ٢٠؛ جبالي، ١٩٧٨، ص ٤٦٣؛ البرزنجي، مرجع سابق، ص ١٠٢)، على أن السلطة التقديرية للمشرّع، تتحقق بتخلف تحديد المشرّع الدستوري لأركان أو شروط التشريع، وبالتالي تتسع هذه السلطة التقديرية أو تضيق، تبعاً لمقدار تخلف هذا التحديد المُلزم، الذي يُعتبر بذلك المصدر الأساس للسلطة التقديرية.

وبالرجوع إلى قضاء المحكمة الدستورية العليا، نجد أنه قد استقر على أن خضوع الدولة للقانون، مُحدّد على ضوء مفهوم ديمقراطي، مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق، التي يُعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية، مُقتضياً أولاً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق المواطن وكرامته وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها من الحقوق وثيقة الصلة بالحرية التي كفلها الدستور

فقد تتحقق السلطة التقديرية للمشرّع، بالرغم من تدخل المشرّع الدستوري بشكل أو بآخر، في الأحوال التي يستخدم فيها الأخير عبارات عامة وغامضة، وغير مُحددة تحديداً دقيقاً، أو يضع على سلطة المشرّع قيوداً فضفاضة، لذا فإن السلطة التقديرية للمشرّع تدور وجوداً وعدماً مع مقدار التنظيم الدستوري لأركان وشروط عمل المشرّع، فهي تتسع لبعض الأركان، وتضيق بالنسبة لبعضها الآخر، تبعاً لمقدار هذا التنظيم

وإذا كان المشرّع في القانون، قد أعطى للمجلس اختصاص ممارسة رقابة الملاءمة، من خلال تقدير التناسب بين الفعل الذي يُشكّل مخالفة إدارية، وبين العقوبة المفروضة، فإن هذا يُفسح المجال له، أن يُراقب الوقائع للوصول إلى النتيجة النهائية.

أما عن موقف محكمة القضاء الإداري التي أنشئت حسب التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة، المرقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، فلم يستقر على اتجاه معين في فحص الملاءمة.

#### الخاتمة :

بعد ان انهينا كتابة بحثنا الموسومة (القضاء الدستوري ورقابة الملائمة على النص التشريعي - دراسة تحليلية مقارنة) نجد من الضروري بيان ما قد توصلنا اليه من نتائج وتوصيات وعلى النحو الآتي :

#### أولاً - النتائج:

تعتبر رقابة الملائمة التشريعية حقيقة واقعية لا يمكن إنكارها في القضاء الدستوري، وما هي إلا توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والموضوع الذي يصدر فيها، أي أنها تعبير عما يتمتع به المشرّع من جوانب تقديرية، وبذلك تكون مظهرًا لاستقلاله فعندما يقوم القاضي الدستوري برقابة الملائمة فإنه لا يحكم بملائمة او عدم ملائمة التشريع بل يحكم بدستوريته او عدم دستوريته، مع ضرورة ملاحظة ان رقابة الملائمة تكون على مستويين الاول عندما يراقب القاضي الدستوري التناسب بين الوسيلة التشريعية والغرض، اما الثاني عندما يراقب القاضي الدستوري التناسب بين الوسيلة التشريعية والسبب الواقعي.

يعتبر نص المادة (٤٦) من الدستور الحالي لسنة ٢٠٠٥، الذي حظّر تقييد وتحديد أي من الحقوق والحريات الواردة في الدستور، إلا بقانون أو بناءً عليه، السند الدستوري لرقابة المحكمة الاتحادية العليا على ملائمة النص التشريعي او اللانحي، كما أن هذا النص يمكن أن يكون سنداً لمدّ رقابة المحكمة الاتحادية العليا، على مدى ملائمة التشريع للقيم الدستورية.

أن الانحراف في التشريع، يوجد عندما تكون سلطة المشرّع تقديرية في سن التشريع، أما إذا كانت سلطة المشرّع مُقيّدة، فلا مجال لإعمال فكرة الانحراف التشريعي؛ لأنه إذا كانت سلطة المشرّع مُقيّدة، وجاوز المشرّع هذه السلطة المقيدة، كان التشريع باطلاً لمخالفته للنص الدستوري، الذي رسم للمشرّع سلطة مُحدّدة، وليس لأنه مشوب بالانحراف التشريعي، بمعنى ان هذه الرقابة لا تقتصر على فحص مطابقة او عدم مطابقة النص التشريعي للنص الدستوري الصريح، بل تمتد هذه الرقابة الى فحص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع ايضا، ذلك ان منطقة السلطة التقديرية للمشرع لا تمثل فقط الملائمة التشريعية، بل تمثل مجال عيب الانحراف التشريعي ايضا الذي بموجبه ينحرف المشرع عن ركن الغرض في التشريع أي المصلحة العامة حيث يعد عيب الانحراف التشريعي بوصفه عيبا ذاتيا ومستترا .

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 هي دون غيرها، فنقدر السلطة التشريعية متى تتدخل لوضع تشريع معين، يؤكد حماية القيم الدستورية، بُعد ذلك عنصراً من عناصر السياسة التشريعية، التي يتمتع على القضاء التدخل فيها، كما لا توجد ثمة صلة بين ضرورة التشريع وبين دستوريته.

#### ثانياً - التوصيات:

امتداد رقابة المحكمة الاتحادية العليا في العراق إلى الملاءمة وعدم اقتصرها على المشروعية، وذلك من خلال مراقبة الحقوق والحريات العامة الأساسية بما يلائمها مع مقتضيات الصالح العام، ومدى قيام المشرع بالتوفيق بين هذه الاعتبارات المتعارضة، كما أن تكون رقابة الملاءمة إحدى معايير الرقابة الدستورية وذلك من أجل إيجاد آلية قضائية للموازنة بين اعتبارات الصالح العام وحماية الحقوق والحريات الأساسية.

ضرورة النص صراحة في قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق على الأوجه المختلفة لعدم الدستورية بما فيها عيب الانحراف في استعمال السلطة من أجل أن يسهل على أطراف الدعاوى الدستورية معرفة أوجه الطعن بعدم الدستورية التي تكشف النصوص المطعون فيها. كما نوصي بإدراج مادة القضاء الدستوري، ضمن المناهج التدريسية في كليات القانون والمعهد القضائي والدراسات العليا لكون القاضي يلتزم في قضائه بتطبيق الدستور وإبطال النصوص المخالفة له.

قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات والأفراد كافة، كما أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي لا يلغي النص وإنما يلغي قوة نفاذه، وذلك حتى لا نصطدم بمبدأ الفصل بين السلطات، كما أن الدستور العراقي الحالي جاء خالياً من تحديد الأثر القانوني للحكم بعدم الدستورية وتحديد النطاق الزمني لسريانه، على الرغم من أهمية هذا الموضوع والنتائج المترتبة عليه، وهذا بلا شك يعد قصوراً يجب أن يتولى تنظيمه قانون المحكمة الاتحادية، ونرى بأن تحدد مدة زمنية للجهات المختصة لإزالة المخالفات الدستورية أو تصحيحها إذا قررت المحكمة الاتحادية عند فصلها في الدعوى بأن تشريعاً اتحادياً أو إقليمياً ما جاء مخالفاً للدستور الاتحادي .

ضرورة أن تمتد رقابة الدستورية إلى السلطة التقديرية للمشرع-الملاءمة التشريعية- بحيث لا يقتصر في رقابته على السلطة المقيدة فحسب لأن الدستور عندما لا يقيد المشرع مسبقاً بنصوص صريحة

ومحددة فان ذلك يعني ان يمارس المشرع سلطته التقديرية بصورة لا تؤدي الى انتهاك ضمني او مستتر للحقوق والحريات الدستورية، لذا فان رقابة الملازمة تغدو رقابة حتمية ومهمة في مجال السلطة التقديرية للمشرع، خاصة اذا كان القاضي الدستوري قد يصعب عليه اثبات عيب الانحراف التشريعي بوصفه عيبا ذاتيا او شخصا مما قد يؤدي الى تضيق الرقابة على السلطة التقديرية وهذا ما يبرر ضرورة رقابة الملازمة، فهي لا تتعلق بالحكم بعدم دستورية التشريع لوجود عيب واحد او اكثر من العيوب التي تصيب اركان التشريع بل انها تتعلق بدقة فحص التوازن او التناسب بين ركنين او اكثر من اركان التشريع ثم تقرر دستوريته او عدم دستوريته اذا كان غير متناسب بصورة واضحة .

#### المصادر :

١. المفرجي، احسان وآخرون (1990)، القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، دار الحكمة، بغداد.
٢. سرور، احمد فتحي (١٩٩٩)، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشرق، القاهرة.
٣. الأهواني، حسام الدين كامل (1998)، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة.
٤. جبالي، حنفي على (1978)، المسؤولية عن القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس.
٥. الشاعر، رمزي طه (٢٠٠٤)، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة وتحليلية للقضاء الدستوري"، دار التيسير، القاهرة.
٦. السعود، رمضان أبو (1986)، المدخل إلى القانون "المصري واللبناني"، الدار الجامعية، الإسكندرية.
٧. النجار، زكي محمد (١٩٩٧)، فكرة الغلط اللبني في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة.
٨. محمد، زين الدين أبو عبد الله (1999)، مختار الصحاح تحقيق يوسف الشيخ المكتبة العصرية، ط5، الدار النموذجية، بيروت.
٩. جمال الدين، سامي (١٩٩٢)، قضاء الملازمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية.
١٠. الكاظم، صالح جواد (٢٠٠٥)، التفسير القضائي للدستور، مركز الفجر للدراسات العراقية، أيلول.
١١. حجازي، عبد الحي (1970)، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت.
١٢. البرزنجي، عصام عبد الوهاب (1971)، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
١٣. الباز، علي (١٩٧٨)، الرقابة على دستورية القوانين في مصر دراسة مقارنة، دار الجامعات المصرية.
١٤. منصور، علي (1971)، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، دون دار نشر.
١٥. أبو حليمة، عماد محمد (٢٠١٥)، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية.

١٦. عوض، محمد عوض، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، التي أصدرتها من أول يوليو ١٩٩٣ حتى آخر يونيه ١٩٩٥، الجزء السادس.
١٧. جميل، فادي نعيم (٢٠١١) مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح.
١٨. سليمان، فوزي حسين (٢٠١٥)، الاختصاص التفسيري للمحكمة الاتحادية في العراق وإشكالاته "دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية.
١٩. خليل، محسن (١٩٧٨)، القضاء الإداري اللبناني ورقابته لأعمال الإدارة "دراسة مقارنة"، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة.
٢٠. السناري، محمد عبد العال (١٩٨٦)، الشريعة الإسلامية وضوابط الرقابة على دستورية القوانين في مصر دراسة مقارنة.
٢١. الحولي، محمد كمال خميس (2017)، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظم القانونية وأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة.
٢٢. أبو العينين، محمد ماهر (٢٠٠٦)، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (تطورات الرقابة على السلطة التقديرية للمشروع والانحراف التشريعي للفترة من ١٩٨٨ - ٢٠٠٦ في مصر، ج٢، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة.
٢٣. دبوس، مصطفى السيد (٢٠١٧)، تبيين خدمات الدولة في إطار ما يقدمه المرفق العام من خدمات "دراسة تحليلية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية.
٢٤. الوجيز، المعجم (١٩٨٩)، مجمع اللغة العربية، دار التحرير، القاهرة.

### الاحكام والقرارات:

١. حكم المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ١٦ / اتحادية / ٢٠٠٨، جلسة ٢١/٤/٢٠٠٨.
٢. حكم المحكمة الاتحادية العليا، المرقم 10 / اتحادية / إعلام 2003 /، الصادر في 12/3/2013 .
٣. حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٤ / اتحادية / ٢٠٠٧ في ٢/٧/٢٠٠٧.
٤. حكم المحكمة الاتحادية العليا، في العدد ٤٨ / اتحادية / ٢٠١٢.
٥. حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 5، لسنة 8 قضائية بجلسته 6/1/1966.
٦. حكم المحكمة الدستورية العليا، 2 يونيو سنة 2001، القضية رقم 114، لسنة 21 قضائية دستورية.
٧. حكم المحكمة الدستورية في 16 فبراير 1980، في الدعوى الدستورية رقم 11 لسنة 10 قضائية.
٨. حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم 5 لسنة 5 قضائية، بجلسته 3/7/ 1976 .
٩. حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٣ / اتحادية / ٢٠٠٧.

الوثائق الدستورية والقوانين:

- القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥  
قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤  
دستور العراق لعام ٢٠٠٥



العدد الثاني والأربعون  
الجزء الأول / شباط / ٢٠٢١

جامعة واسط  
مجلة كلية التربية

دستور مصر لعام ١٩٧١  
دستور مصر لعام ٢٠١٤  
قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق.  
قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر.