

القضاء الدستوري ورقابة الملاعنة على النص التشريعي
دراسة تحليلية مقارنة

م.د. جابر حسين علي التميمي

كلية القانون / جامعة واسط

jaltamimi@uwasit.edu.iq

الملخص :

الأصل أن المختص بإصدار التشريع يتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال، أي بمعنى الذي يقرر فعلاً إذا كان من الملاعنة إصداره أو عدم إصداره على الإطلاق، فإذا رأى ضرورة إصدار التشريع، فهو بذلك يختار أولاً التوفيق الملائم لإصداره، وإذا استقر على التوفيق الملائم لإصداره فهو الذي يقرر أخيراً مدى ملاعنة الظروف المحيطة لإصدار هذا التشريع، فالملاعنة تتصل بظروف إصدار العمل القانوني، بمعنى إنها العلاقة بين الأداة القانونية وظروف استخدامها، حيث نجد أنه يكاد ينعقد الإجماع على أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين في جميع الأحوال رقابة على المشروعية، فمنذ ظهور هذه الرقابة خلال 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 ملاعنة التشريع واستقلال المشرع في مواجهة السلطة القضائية، وعبر عن الملاعنة على أنها: تعبير بما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية ومظهر لاستقلاليه يتربع في تقديرها بغير مُعَّب عليه، ومن ثم فإن اختصاص القضاء الدستوري يعتمد في مواجهة المشرع بالرقابة على المشروعية .

كلمات مفتاحية : قضاء دستوري، ملاعنة تشريعية، تشريع، تقسيم 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:

لاشك في أن الإدراك السليم لوظيفة القاضي الدستوري يجعل من المقرر بأن تلك الوظيفة القضائية لا تقف عند حد المقابلة الحرافية 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 المشرع العادي، وأن يُحول الرقابة من رقابة مشروعية إلى رقابة ملائمة معتنِّصاً في ذلك اختصاص السلطة التشريعية، إذ

حرص المشرع بـالـأـلـيـاـيـصـلـلـأـمـرـإـلـىـحدـأـنـتـهـاـكـأـحـكـامـالـدـسـتـورـبـحـيـثـأـنـالـحـاجـةـإـلـىـرـقـابـةـالـدـسـتـورـيـةـفـيـماـوـرـاءـهـذـهـمـخـالـفـاتـصـرـيـحـةـوـالـمـبـاـشـرـةـالـتـيـيـسـهـلـعـلـىـأـيـقـاضـيـاـكـشـافـهـاـوـلـوـلـمـيـكـنـمـتـخـصـصـاـ،ـوـنـعـنـيـبـتـكـالـمـخـالـفـاتـالـتـيـيـقـضـيـتـحـدـيـدـهـاـوـأـنـتـأـخـذـفـيـنـظـرـالـاعـتـبـارـاعـتـبـارـاتـالـمـلـاـعـمـةـ،ـإـذـيـمـكـنـقـوـلـبـأـنـفـصـلـلـهـذـهـمـخـالـفـاتـإـنـمـاـهـوـنـتـاجـاعـتـبـارـاتـالـمـشـرـوـعـيـةـوـالـمـلـاـعـمـةـجـنـبـاـإـلـىـجـنـبـ(ـالـسـنـارـيـ،ـ1ـ9ـ8ـ6ـ،ـصـ2ـ3ـ3ـ).ـ

على الرغم مما يثيره فقهاء القانون وما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية من اعتراف على أن الرقابة على الملاعنة تمثل اعتداءً على استقلال سلطة التشريع المقرّر لها، بمقتضى الفصل بين السلطات تحت مبرر أن القاضي في رقابته على سلطة المشرع التقديرية يقوم بإخلال نفسه محل المشرع ويمارس بدلاً منه سلطته في التشريع، لذا لم يحول دون قيام القاضي الدستوري ببسط رقابته على الملاعنة إذ يمكن ملاحظة أن هذا الاعتراف في حقيقة الأمر مردود عليه بأن القاضي الدستوري عندما يباشر رقابته على هذا التقدير فإنه لا يحل نفسه محل المشرع، فالقاضي الدستوري لا يقوم بهذا التقدير ابتداءً فالتقدير قائم وموجود فعلاً من قِبَل المشرع، ثم يأتي القاضي ليباشر رقابته على هذا التقدير الموجود ومن ثم فإن سلطته في هذا الشأن تتحصر في أمرتين أساسين، 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 انتهاكٍ واعتداءٍ، فإن القاضي الدستوري لا يحل نفسه محل المشرع، من خلال ما يباشره من رقابة على التقدير، بحيث إذا انصبَّ هذا الإخلال على التشريع المطعون فيه بقيام القاضي بإخلال شيء من التقدير في مضمونه، مع الإبقاء عليه، فإنه من خلال هذه الحالة يمكن القول بأن القاضي الدستوري يضع نفسه محل المشرع، ويشرع بدلاً عنه، وهنا يصدق القول بأنه قد تجاوز حدوده واختصاصه أو أنه تعدى 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 مُحدّد حتى يتسرى للقاضي أن يقيس عليها مدى دستورية النص التشريعي المطعون فيه، أي أنه إذا انعدم هذا التحديد، بحيث يستحيل على القاضي التتحقق من مطابقة النص التشريعي للقاعدة الدستورية أو عدم المطابقة لها، ومتى كانت القاعدة الدستورية موجودة ومُحدّدة التزم المشرع بمقتضياتها 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 تطبق كما هي بصرف النظر عن قيمتها بالنسبة لاعتبارات المختلفة.

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

لذا فإن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، في الأحوال التي تكون فيها القاعدة الدستورية واضحة ومحددة، هي رقابة مشروعية، ولا يمكن أن تكون رقابة ملائمة؛ ذلك لأن القاضي الدستوري لا يراقب الملائمة؛ لأن مسألة الملائمة لا تثور أصلاً بالنسبة للمشرع الذي صدر القانون عنه، ولا بالنسبة للقاضي الذي يراقب مدى دستوريته، أذًا فالقاعدة الدستورية تلعب دوراً مزدوجاً، وذلك بالنسبة للمشرع في الاستناد عليها، وهو بصدق إقراره لنصٍ 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 يؤكّد بأن المشرع ، قد قصد من وراء ذلك تحويله سلطة تقديرية بصدق الموضوع محل التطبيق 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 المشرع، ليست بالسلطة المطلقة، وأنها تختلف كثيراً عن السلطة التحكّمية، وبذلك فإنها لا تندو أن تكون حرية يمارسها المشرع في إطار الدستور وداخل حدوده.

لاريب ان دور القاضي الدستوري لا يقتصر على تردّيد كلام المشرع الدستوري، وإنما يتعدّاها إلى إعمال تقديره الشخصي في حالات أخرى، وإدراكه للمعنى الذي استهدفه المشرع الدستوري، أي الحالات التي تكون القاعدة الدستورية مِرْنة وغير مُحددةٍ، فالغرض هنا أن النص الدستوري موجود، غير أن صياغته نمت على نحوٍ غامض أو مُبِّهِم، وبذلك يثير التساؤل حول طبيعة الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري هل هي رقابة مشروعية أم أنها رقابة ملائمة.

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

كلاً منها يطبق القاعدة الدستورية، بذلك يمكننا القول أن حرية التقدير، التي تحولها 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 بجلاءً أن القاضي الدستوري يباشر رقابة صريحة و مباشرة على ملاعنة التشريع، وهي وإن كانت رقابة محددة لم تتضح معالمها بعد، وبذلك فإنها لازلت تخطو خطواتها الأولى، ومع ذلك فإنها تسير بخطوات ثابتة نحو بلوغ غايتها في التتحقق من سلامة التقديرات التي يجريها المشرع لملاءمة التشريع، وبهذا نرى بضرورة تقييد سلطة المشرع التقديرية، وأيضاً خصوصها لضوابط تحول دون تحولها إلى سلطة استبدادية أو تحكمية على الرغم من أن القضاء الدستوري يردد دائماً أنه لا يباشر رقابة على ملاعنة التشريع ولا تحول 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 ملاعنته للرقابة الدستورية، في كلٍ 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 الملاعنة في القضاء الدستوري، هي من الموضوعات الهامة، حيث ظل الفقه الدستوري السائد، يردد بأن هذه الرقابة منذ نشأتها هي رقابةً مشروعة وليس رقابة ملاعنة، ولذلك قيل أن اصطلاح الرقابة القضائية على الملاعنة 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 الملاعنة ليحل بذلك محل المشرع، فيما حرص الدستور على أن يتركه لمطلق سلطته التقديرية.

وبالرغم من حداثة الفقه الدستوري في الدول محل المقارنة إلا ان 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 ملاعنته، مما يدل على الاعتراف بأن الرقابة على الملاعنة، قد أصبحت في الوقت الحاضر حقيقة واقعية في قضاء الدستورية لا سبيل لإنكارها،

والقول خلافاً لما ذهب إليه الفقه التقليدي، بأن تحديد الرقابة القضائية بالجوانب القانونية، دون جوانب الملاعمة، يُعد أكثر الأوهام رواجاً في عالم القانون.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: اسس الملاعمة التشريعية في ظل رقابة الدستورية

المبحث الثاني: موقف القضاء الدستوري من الرقابة على ملاعمة النص التشريعي

المبحث الأول

اسس الملاعمة التشريعية في ظل رقابة الدستورية

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

المطلب الأول: التفسير الواسع ورقابة الملاعمة التشريعية

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

الفرع الأول : ماهية التفسير الواسع

لل الحديث عن ماهية التفسير الواسع باعتباره احد اسس الرقابة الدستورية على الملاعمة التشريعية فلابد من التطرق الى مفهوم التفسير وكذلك اهمية هذا التفسير الواسع للنص التشريعي وعلى النحو الآتي:

أولاً - مفهوم التفسير:

قال الحق في محكم التنزيل «لَا يأْتُونَكَ بِمَثْلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَقْسِيرًا» (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 يعني أهمية التفسير لكل نصٍّ غامض، فالتفسير يكون بمعنى الإيضاح، ومنه فسر الشيء أي وضنه، وفسر آيات القرآن الكريم أي شرحها ووضّح ما تتطوّي عليها من معان (محمد، ١٩٩٩، ص ٢١١؛ الوجيز، ١٩٨٩، ٤٧١).

أما في الاصطلاح القانوني، عزفه البعض (منصور، ١٩٧١، ص ٢٢٦) بأنه: "تحديد نطاق معنى القاعدة القانونية لرسم حدود تطبيقها عملياً، واستخلاص الحول التي تضمنتها للعلاقات القانونية المختلفة وذلك بإيضاح غامضها وتفصيل مجلها"، كما عزفه بعض الفقه (حجازي، ١٩٧٠، ص ٥١٠)، على أنه "تحديد معنى الشرط والغرض منه مستند في ذلك لغاية النص"، وذهب اتجاه آخر (الاهواني، ١٩٩٨، ص ٢٤٣) إلى تعريف التفسير من خلال بيان ماهيته ووظيفته، فالتفسir من وجهة نظرهم: "هو تلك العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها". أما التفسير في القانون (خيري، ١٩٧٢، ص ٦٨٤): "هو توضيح ما أبهم في النص التشريعي من ألفاظ وتمكيل ما اقتضب من نصه وتخريج ما نقص من حكمه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة".

لذا ينقسم التفسير التشريعي إلى التفسير الواسع للنص و التفسير الضيق، فالتفسir 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 بأنه "إزالة الغموض الذي قد يعترى النصوص التشريعية"، فالتفسir هنا عملية عقلية للكشف عن المصلحة التي تحميها الإرادة التشريعية للحكم في الحالات الواقعية (ابو السعود، ١٩٨٦، ص ١١٨)، 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.

اما التفسير بمعناه الواسع: فالتفسir هنا هو مَنَاطِ اجتِهادِ لسَدِ فَرَاغٍ وِإِجَادُ حَكْمٍ لِإِنْزَالِهِ عَلَى التَّصْرِيفَاتِ وَالْوَقَائِعِ (الحولي، ٢٠١٧، ص ١٠)، لذا يعرف بأنه "هو كل تفسير يقتضي إزالة ما يكتفى النص من غموض وخلاف حول النصوص القانونية من مصادرها أياً كان هذا المصدر، سواءً كان التشريع أو العرف وإزالة ما يكتفي من غموض ولبس وبالتالي حسم الخلاف حول تطبيقها".

لذا فان التفسير الواسع يدور في نطاق المصطلحات ونقلها إلى حيز التطبيق، فالمهمة الحقيقة إنما تكمن في إزالة التعارض ورفع التناقض وإكمال النقص واستجلاء الغايات، وما قدّمه المشرع في ظل الظروف التي رافق التسريع وأعقبته لذا يمكن القول بان التفسير الضيق: يقتصر المؤسّر 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 تثور فكرة التفسير، فدور القاضي فقط هو إعمال النص التشريعي وإزالته على الوقائع. حيث يتعدّر 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 عامضاً، 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، فلكل زمان ظروف ومستلزمات، والتمسك بحرفية النص وإهماله وتجاهله ما حوله غالباً ما ينتهي إلى تطبيق مُحرِّف يتعارض والأصل الذي من أجله شُرع القانون، فالنص لا يُشرع لزمانٍ مُحدَّد إلا استثناءً والأصل فيه سَرَيَانُ أحكامه لأجل غير مُحدَّد، فاستجلاء مقاصد المشرع واستبيان نيته وحقيقة مراميه، أمرٌ أضحت لازماً إما بفعل غموض النص أو اقتضابه، أو تقادم الزمان عليه.

الفرع الثاني : دور التفسير الواسع في ملاعمة النص التشريعي:

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

وتاييد لما سبق يمكننا القول: ان كل قانون يحتوي على عنصرين أساسين؛ 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، ويطلب ذلك مراقبة الوسائل للتحقق من مدى توافقها مع المبادئ الدستورية ومدى ملائمتها مع تحقيق الهدف المنشود منها فالقضاء الدستوري عند قيامه برقابة الملاعنة 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 يُذكر على القضاء المختص مهمة إكمال النص القاصر، لكن مهمة القضاء هذه محفوفة بالمخاطر، إذا ما انحرف عن الغايات التي من أجلها خُول له هذه الصالحيات وإلا أصبح القضاء مبنيًّا دون معنى، وجسداً منزوع الروح ونصباً خالياً من الفحوى، كما جاء دستور ٢٠٠٥ خالياً من النص، على سلطة المحكمة بالتفسيير التشريعي، إلا أنه استناداً لسلطة المحكمة بالتفسيير 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 تَسَفَّ مفاهيم دستورية أساسية استقر الفقه عليها من عقود، وربما أكثر من قرن من الزمان، إذ طلب مجلس النواب بكتابه المرقم، ١/٣/٢٢٦، 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 تطلب في المادة (٦١/ ثامناً/ب٣) منه الحصول على أصوات الأغلبية المطلقة: "العدد أعضاء المجلس عند سحب الثقة من رئيس الوزراء"، أما في حالة سحب الثقة من أحد الوزراء فلم تطلب 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 مجردة 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، لأُوردها صراحةً كما فعل في المادة (٥٥)، و(٥٩/أولاً) و (٦١/أولاً) و (٦١/ سادساً/ب) و (٦١/ ثامناً/ب٣) و (٦١/رابعاً) من الدستور(قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٣/اتحادية ٢٠٠٧).



مِمَّا نَقَدَّمَ خَلَصَتِ الْمَحْكَمَةُ الْإِتَّهَادِيَّةُ إِلَيْنَا إِلَى الرَّأْيِ الْآتَى: أَنَّ الْمَفْصُودَ بِهِ الْأَغْلِبِيَّةُ الْمَطَافَةُ الْوَارِدَةُ فِي الْمَادِتَيْنِ (٦١/ ثَامِنًا / أَ) و (٧٦/ رَابِعًا) مِنَ الدُّسْتُورِ، هِيَ أَغْلِبِيَّةُ عَدْدِ الْأَعْصَاءِ الْحَاضِرِينَ فِي الْجَلْسَةِ، بَعْدِ تَحْقِيقِ النَّصَابِ الْقَانُونِيِّ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ فِي الْمَادِةِ (٥٩/ أَوْلَا) مِنْهُ.

وَكَذَلِكَ عَلَى الْمَسْتَوِيِّ الْتَّشْرِيعِيِّ، تَصَدَّتِ الْمَحْكَمَةُ لِتَقْسِيرِ بَعْضِ الْحَالَاتِ (سَلْمَانُ، ٢٠١٥، ص٢٨٤)، وَمِنْهَا عَلَى سَبِيلِ الْمَثَلِ، تَصَدَّى الْمَحْكَمَةُ لِتَقْسِيرِ نَصِّ تَشْرِيعِيِّ، وَذَلِكَ فِي قَرَارِهَا رَقْمِ (٦٧/ ت٢٠٠٦)، حِيثُ عَرَضَ عَلَيْهَا مَجْلِسُ الْقَضَاءِ الْأَعْلَى، نَصَّ الْفِقْرَةِ سَادِسًا مِنَ الْمَادِةِ (١) مِنْ قَانُونِ التَّقَاعِدِ رَقْمِ ٢٧ لِسَنَةِ ٢٠٠٧، وَتَصَدَّتِ الْمَحْكَمَةُ لِهَذَا التَّقْسِيرِ بِنَاءً عَلَى هَذَا الْطَّلَبِ، حِيثُ جَاءَ فِي مَنْطَوْقِ تَقْسِيرِهَا: "أَنَّ نَصَّ الْفِقْرَةِ يَنْصُرُ إِلَى حَالَاتِ الْإِحْالَةِ لِلتَّقَاعِدِ، غَيْرِ حَالَاتِ إِكْمَالِ السَّنِّ الْقَانُونِيِّ، وَعَدْمِ الصَّالِحِيَّةِ لِلْخَدْمَةِ"، لَذَا فَإِنَّا نَرَى بِأَنَّ سُلُوكَ الْمَحْكَمَةِ الْإِتَّهَادِيَّةِ، يَكُونُ قَدْ تَخَطَّى حَاجَزَ اِخْتِصَاصِهَا بِتَقْسِيرِ الْدُّسْتُورِ، إِلَى تَقْسِيرِ النَّصِّ التَّشْرِيعِيِّ.

إِمَّا فِي الْحَدِيثِ عَنِ الْمَحْكَمَةِ الدَّسْتُورِيَّةِ إِلَيْنَا فِي مَصْرٍ، بَدِئًا مِنْ دُسْتُورِ ١٩٧١، بِنَصِّ الْمَادِةِ (١٧٥) وَ نَصِّ الْمَادِةِ (١٧٠) مِنْ دُسْتُورِ ٢٠١٢، وَ تَقَابِلَهَا الْمَادِةِ (١٩٢) مِنْ دُسْتُورِ ٢٠١٤، وَالَّتِي نَصَتْ عَلَى "تَنْتَوِيَّ الْمَحْكَمَةِ الدَّسْتُورِيَّةِ إِلَيْنَا دُونَ غَيْرِهَا الرِّقَابَةِ الْقَضَائِيَّةِ عَلَى دَسْتُورِيَّةِ الْقَوْانِينِ، وَاللَّوَائِحِ، وَ تَقْسِيرِ النَّصُوصِ التَّشْرِيعِيَّةِ، وَ الْفَصْلِ فِي الْمَنَازِعَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِشَؤُونِ أَعْصَائِهَا، وَفِي تَنَازِعِ الْاِخْتِصَاصِ بَيْنِ جَهَاتِ الْقَضَاءِ، وَالْهَيَّنَاتِ ذَاتِ الْاِخْتِصَاصِ الْقَضَائِيِّ، وَالْفَصْلِ فِي النَّزَاعِ الَّذِي يَقُومُ بِشَأنِ تَنْفِيذِ حَكْمَيْنِ نَهَائِيْنِ مُتَاقْضِيْنِ صَادِرَ أَحَدَهُمَا مِنْ أَيْةِ جَهَةٍ مِنْ جَهَاتِ الْقَضَاءِ، أَوْ هَيَّةٍ ذَاتِ اِخْتِصَاصِ قَضَائِيِّ، وَالْأُخْرَى مِنْ جَهَةٍ أُخْرَى مِنْهَا، وَالْمَنَازِعَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِتَنْفِيذِ أَحْكَامِهَا، وَالْقَرَارَاتِ الصَّادِرَةِ مِنْهَا، وَيَعِينُ الْقَانُونُ الْاِخْتِصَاصَاتِ الْأُخْرَى لِلْمَحْكَمَةِ، وَيَنْظِمُ الْإِجْرَاءَاتِ الَّتِي تَتَّبِعُ أَمَامَهَا".

وَتَأْسِيْسًا عَلَى الْاِخْتِصَاصِ الدَّسْتُورِيِّ لِلْمَحْكَمَةِ الدَّسْتُورِيَّةِ إِلَيْنَا فِي مَصْرٍ، بِتَقْسِيرِ النَّصُوصِ التَّشْرِيعِيَّةِ، فَقَدْ جَاءَتِ الْمَادِةِ (٢٦) مِنْ قَانُونِ الْمَحْكَمَةِ لِتُحَدِّدَ أَطْرَافُ تَقْسِيرِ النَّصُوصِ التَّشْرِيعِيَّةِ:

- ١ _ إِذَا أَثَارَتْ خَلَافًا فِي التَّطْبِيقِ.
- ٢ _ كَانَ لَهَا مِنَ الْأَهْمَيْةِ مَا يَقْضِي تَوْحِيدَ تَقْسِيرِهَا.

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

١- تقديم طلب التفسير من وزير العدل ويُشترط 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 يوضح 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 عرفته بأنه: "اتحاد شخصين أو أكثر، على ارتكاب جناية أو جنحة، أو على الأعمال المجهزة أو المسَهَّلة لارتكابها"، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا النص (حكم المحكمة الدستورية العليا، ٢ يونيو سنة ٢٠٠١، 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 جنaiات، 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 المتطرق على ارتكابها على درجة من الجسامـة، بل قد يكون محل الاتفاق، اقتراف أي جنحة مهما كانت قليلة الأهمية في دلالتها الإجرامية، كما أنه ليس بلازم أن تتعين الجنائية أو الجنحة محل الاتفاق، كما لو تم الاتفاق على استعمال العنف لتحقيق غاية الاتفاق، سواءً كانت هذه الغاية في ذاتها مشروعة أو غير مشروعة، ومن ثم فإن نطاق التجريم جاء واسعاً فضفاضاً لا تقتضيه ضرورة اجتماعية مُبَرَّرة".

المطلب الثاني: تقدير المشرع للوقائع (الخطأ الظاهر في التقدير) ورقابة الملاعنة التشريعية
تعتبر نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، نظرية فرنسيّة الصنف والتطبيق، إذ ظهرت في قضايا مجلس الدولة الفرنسي في مجال التأمين عام ١٩٨١ (النجار، ١٩٩٧، ص ٢١٤)، فقد يُوجَدُ الغلط الظاهر على الرغم من التزام الهيئة التشريعية بحسن النية، فضلاً عن توجُّيها الحذر من الواقعة في انحراف في استخدام سلطتها، وهو لأَمْرٍ جدير بالدراسة، في ظل رقابة الملاعنة 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: حادٌ عن الصواب، أو لم يعرف وجه الصواب فيه(الوجيز، مرجع سابق، ص ٥٠١). اما عن تعريف الخطأ الظاهر في اصطلاح القانون: بأنه: "الغَلَطُ أو الخطأ الجسيم الظاهر والجلي، الذي لا يحتاج إلى مُتَخَصِّص لتأكيده" (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 شك في أنّ عيب الغلط الظاهر في التقدير، يكون في حالة غموض النص الدستوري او في حالة مخالفة المشرع للمبادئ العليا الدستورية، إذ يمثل الغلط الظاهر في التقدير الوقوف على مدى خلو تقديرات المشرع، أي الحل الذي اختاره من غلط بين في التقدير، فالغلط الظاهر في التقدير وسيلةً للوقوف بدقة على مدى توافق التشريع مع المبادئ الدستورية، فضلاً عن مدى ملاعنته للواقع حيث لا ينطوي على رقابة تقدير المشرع ذاته، ولكن يقوم على الغلط الذي يشوب هذا التقدير شرط أن يكون غلطٌ بينٌ واضحٌ، وهذا ما يتعلّق بمدى التشريع وصلاحيته للواقع(النجار، مرجع سابق، ص ١٩٩٩).

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

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

لذا يمكن أن نعرف الغلط الظاهر في التشريع بأنه: "هو كل حالة تعتبرى النص التشريعي، يمكن الإشارة إليها، بأنه عندما يصبح الخطأ مؤكداً لا نزاع فيه لدى العقيدة القضائية، بغضّ النظر عن مدى بيان الخطأ في التشريع لدى المشرع وقت اتخاذه الإجراءات الازمة لإصدار النص التشريعي".

ثانياً- أهمية الرقابة الدستورية في مجال تقدير المشرع للواقع :

يجب أن تتمثل الدولة بسائر مفرداتها لمبدأ المشروعية، ذلك أن الدولة تعد شخص من أشخاص القانون العام، تلتزم به وتخضع له، فإنه يتبعن ترتيباً على ذلك أن تسير جميع أعمال هيئات الدولة في ذلك من المشروعية، حيث أن الدستور يتربع 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 تتحترم أحكام الدستور وإلاً عدّت 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 فان مهمة القضاء الدستوري، في ظل وجود المعايير والضوابط الدستورية، يبقى مهمّاً 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 المشرع، خاصةً إذا كان هذا الخطأ في تقدير النص التشريعي واضحًا، لذا فمن الأهمية التأكيد على مهمة القضاء الدستوري للنظر في الحلول التي قدّمتها المشرع ومدى توافقها مع المبادئ والنصوص الدستورية في الكشف عن الخطأ الظاهر في التشريع(النجار، مرجع سابق، ص ٢٠١).

لذا فان أهمية تقدير المشرع للواقع ترجع إلى توسيع رقابة القضاء الدستوري في ظل رقابة الملاعنة على النص التشريعي، وهو الأمر الذي من شأنه تقليص دائرة السلطة التقديرية للشرع، لذا من شأنه أن يُنقل الاخير من نطاق دائرة الاختلالات التشريعية، إلى مشروع قادر على إنشاء قاعدة قانونية تتسم بالموضوعية.



فالمشروع في حالة الخطأ الظاهر في التقدير يعتقد صواب ما يعتقد من نصوص تشريعية، فإنه لم يُخفِ الأسباب الحقيقة مدعياً أسباباً وهمية، كما هو حالة في الانحراف التشريعي بل العكس من ذلك ولعل أبرز الأمثلة على ذلك، صدور القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٧، المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣، والذي جاء بتعديل المادة رقم (٥) من قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢، حيث نصت على أنه: *يُشترط فيمن يرشح لعضوية مجلس الشعب أو مجلس الشورى، لا 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 الترشح 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 الترشح، وذلك بعد انقضاء دور الانعقاد الذي صدر خلاله قرار إسقاط العضوية.

حيث يرى بعض الفقه القانوني، أن هذا النص يشوه خطأ بين في التقدير، حيث يخالف نص المادة (٣) من دستور ١٩٧١، والتي تنص على أن: "السيادة للشعب وحده، وهو مصدر السلطات..." وقابلها نص المادة (٥) من دستور ٢٠١٢، وكذلك نص المادة (٤) من دستور ٢٠١٤، لأنه من المسلم به أن إسقاط العضوية من قبل 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 محل التشريع ونطاقه، فاما محل، فتعد رقابة التكيف القانوني للواقع وتقديرها، بما محل هذه الرقابة والتي عن طريقها تتم مراقبة تقيير المشروع، ومدى ت المناسب الحل الذي تبنته في التشريع، وأما نطاقها، فتمتد رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، إلى جميع الحقوق والحرّيات الدستورية، الا ان المحكمة الدستورية العليا في مصر قد توسيع في هذا المجال في تطبيق آلية الخطأ بين في التقدير؛ فشملت جميع مجالات القانون، كالحقوق السياسية، وحق اللجوء إلى القضاء، وحق الملكية، وكذلك المجال الجنائي، كما استخدمت تلك الآلية في تقرير عدم دستورية أي تمييز، لا يستند إلى اعتبارات موضوعية وتبصره المصلحة العامة ومن الأمثلة على ذلك؛ ما جاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية من أنه: "وحيث إن بين من استقراء نص الفقرة الأولى من المادة (٤٨) المشار إليها، أنها عرفت الاتفاق الجنائي بأنه: "اتحاد شخصين أو أكثر، على ارتكاب جناية أو جنحة، أو على الأفعال المجهزة أو المساعدة لارتكابها" ، ولم يشترط النص 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 عَدَة جنایات، أو عَدَة جُنْح، أو مجموعة جرائم مختلطة من النوعين معاً، كما قد لا يَرِد الاتفاق إِلَّا على جنایة أو جُنْحٍ واحدة، ولم يستلزم النص أن تكون الجريمة أو الجرائم المتفق على ارتكابها، على درجة من الجَسَامة، بل قد يكون محل الاتفاق اقتراف أي جنحة، مهما كانت قليلة الأهمية في دلالتها الإجرامية، كما أنه ليس بلازِم أن تتعين الجنایة أو الجنحة محل الاتفاق، كما لو تم الاتفاق على استعمال العنف - بأي درجة - لتحقيق غاية الاتفاق، سواءً كانت هذه الغاية في ذاتها مشروعة أو غير مشروعة، ومن ثم فإن نطاق التجريم جاء واسعاً فضفاضاً لا تقتضيه ضرورة اجتماعية مُبَرَّرة، حيث إن قضاء هذه المحكمة، قد جرى على أن شرعية الجزاء - جنائيًا كان أم مدنيًا أم تأديبيًا - مناطها أن يكون متناسبًا مع الأفعال التي أثَمَها المُشَرِّع، أو حَظَرَها أو قَيَّدَ مباشرتها.

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

من خلال دراسة موقف المشرع 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 تتعقد أصلًا في ظل العهد الجمهوري أيضًا، إلا بعد أن تحولت الدولة العراقية إلى دولة اتحادية ذات نظام ديمقراطي بصدور دستور عام ٢٠٠٥ النافذ.

الا انه ومن خلال استقراء أحكام المحكمة الاتحادية العليا، تبين أنها بسطت رقابتها على الخطأ كعيب دستوري وإن لم تُشرِّفْ إلَيْه بصورة صريحة، إلا أنها أوضحته بهذا الحكم(قرار المحكمة الاتحادية العليا، ٢٠١٣): "الدَّى التَّنْقِيقُ وَالْمَدَوْلَةُ مِنَ الْمَحْكَمَةِ الْإِتَّحَادِيَّةِ وَجَدَ أَنَّ المَادَّةَ (٤٧) مِنَ الدَّسْتُورِ الْعَرَبِيِّ نَصَّتْ عَلَى: "السُّلْطَاتُ الْإِتَّحَادِيَّةُ وَهِيَ السُّلْطَةُ التَّشْرِيعِيَّةُ وَالْتَّفْيِيْدِيَّةُ وَالْقَضَائِيَّةُ، تَمَارِسُ اخْتِصَاصَاتَهَا وَمَهَامَهَا عَلَى أَسَاسِ مَبْدَأِ الْفَصْلِ بَيْنِ السُّلْطَاتِ"، وَقَضَتِ المَادَّةَ (٨٧) مِنْهُ عَلَى أَنَّ "السُّلْطَةَ الْقَضَائِيَّةَ مُسْتَقْلَةٌ، وَتَتَولَّهَا الْمَحَاكِمُ عَلَى اخْتِلَافِ أَنْوَاعِهَا وَدَرَجَاتِهَا وَتَصُرُّ أَحْكَامَهَا وَفَقَاءً لِلْقَانُونِ"، وَنَصَّ المَادَّةَ (٣٧) مِنَ الْفَقْرَةِ (أُولَأَيْهَا): "لَا يَجُوزُ تَوْقِيفُ أَحَدٍ أَوْ التَّحْقِيقُ مَعَهُ إِلَّا بِمَوْجَبِ أَمْرٍ قَضَائِيٍّ"، وَنَصَّ المَادَّةَ (١٩/خَامِسًا) مِنَ الدَّسْتُورِ: "الْمَتَّهُمُ بِرَيْءٍ حَتَّى تُثَبَّتَ إِدَانَتُهُ فِي مَحَاكِمَ قَانُونِيَّةٍ عَالِيَّةٍ ، وَأَكَدَتْ فِي الْبَنْدِ (سَادِسًا) مِنَ المَادَّةِ نَفْسَهَا عَلَى أَنَّهُ: "لَكُلِّ فَرْدٍ الْحَقُّ فِي أَنْ يُعَالَمَ مَعْالِمَةً عَالِلَةً فِي الْإِجْرَاءَتِ الْقَضَائِيَّةِ وَالْإِدَارِيَّةِ" ، وَبِهَذَا فَإِنَّ قَانُونَ تَنْظِيمِ الْإِسْتِثْمَارِ الْمَعْدِنِيِّ الْمَرْقَمِ (٩١) لِسَنَةِ ١٩٨٨ الْمُعَدَّلِ بِالْقَانُونِ الْمَرْقَمِ (١٣) لِسَنَةِ ١٩٩٤ ، وَفِي المَادَّةِ (١٣) مِنْهُ قَدْ أُعْطِيَ

الحق إلى لجنة أو أكثر تألف 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 البتات أساساً لإحالة المتجاوزين على وفق الفقرة (١) من المادة (١٤) من القانون المذكور آنفأ دليلاً كافياً للإدانة، وأعطي في المادة (١٥) منه للمحافظين سلطة قاضي الجنح للنظر في الدعاوى الناشئة من جرائم تنفيذ القانون موضوع الطعن، وإن القانون المذكور آنفأ استثنى في المادة (١٦) منه الإجراءات المتخذة لتطبيق أحكام المواد (١٣، ١٤، ١٥) من القانون، والإجراءات المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية المرقم (٢٢) لسنة ١٩٧١ المعدل، حيث أن هؤلاء الذين أعطى لهم الحق في اتخاذ القرارات والأحكام المشار إليها آنفأ، هم من الموظفين المدنيين ولم يكونوا من القضاة التابعين السلطة القضائية يمارسون أعمالاً وختصات قضائية بحثة.

لذا فإن صلاحيات التحقيق مع الأشخاص أو توقيفهم أو إجراء محاكمتهم، منوط حسراً 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 جزئية للموظفين الإداريين، كما هو الحال في المادة (١٥) من قانون الاستثمار المعدني اعلاه، لافتقد محاكم قضائية في التشكيلات الإدارية على الوجه الأكمل، وأما في الوقت الحاضر فقد غطت المحاكم التشكيلات الإدارية كافة (ناحية، قضاء، ومركز المحافظات) فيمكن رفع المخالفات إليها لحسمها بالسرعة ووفقاً للقانون.

عليه يُعد نص المادتين (١٥، ١٣) من القانون آنفأ معطلأً استناداً للمادة (٨٧) من الدستور، وأيضاً يُعد نص المادة (١٦) من القانون معطلأً 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 بالسمة، فإن المواد (١٦، ١٥، ١٣) من قانون تنظيم الاستثمار المعدني تعد معطلة 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 المنتسبين للسلطة حصرياً استناداً للمادة (٨٧) من الدستور.

لذا فإن القضاء الدستوري قد تدخل ليتحقق من مدى صحة تقدير المشرع للأسباب القانونية أو الواقعية، فإذا كان تقديريه 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 تدبيره غير مناسب بأن شابه خطأ ظاهر في تقدير الواقعية المعينة، أو أدى إلى عدم الملائمة 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 ملائمة الحل الذي تبناه المشرع للوفاء بالأغراض التي توحدها، وسبيلها في ذلك تفسير النصوص القانونية والمبادئ ذات القيمة الدستورية، لعراض 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 بغية تحديد التغرات 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 يُهبي لصغاره من مطلقه ولحاضنته، 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 فإذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة، ويُخِير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين، فإذا انتهت مدة الحضانة، فللطلق 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)."

رأىت المحكمة وهي بصدر نظرها لثالث 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؛ سواءً كان الإخلال بها مقصوداً ابتداءً، أم كان قد وقع عَرَضاً".

كذلك فقد أكدت المحكمة قولها: "أن المشرع لا ينظم موضوعاً معيناً تنظيماً، مجرداً أو نظرياً، بل يتعين بلوغ أغراض بعينها، تعكس مشروعيتها إطاراً لمصلحة عامة لها اعتبارها، يقوم عليها هذا التنظيم، متخذًا من القواعد القانونية التي أقرّها مدخلاً لها، فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها، تحكمياً، ومنهياً عنه بنص المادة (٤٠) من الدستور". وقد انتهت إلى: "متى كان ما نقدم؛ وكان الآباء المطلّقون - في علاقاتهم بأبنائهم - تتمايز مراكزهم القانونية فيما بين بعضهم البعض، وكان النص المطعون فيه، قد مأيز بينهم - في نطاق هذه العلاقة - بأن حدّ من حقوقهم في إعداد مكان ملائم لسكنى صغارهم، إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً، مع بسطها إن كان غير مؤجر؛ فإن هذا التمييز لا يكون منطقياً، قائماً وبالتالي على غير أنسس موضوعية، ومنهياً عنه دستورياً"، عليه فان رقابة القضاء الدستوري في مجال الخطأ الظاهر في التقدير، إنما هي تحقيق التوازن في علاقة السبب والمحل في التشريع مع الدستور فيما يتضمنه من مبادئ ونصوص.

المبحث الثاني

موقف القضاء الدستوري من الرقابة على ملاءمة النص التشريعي

تعد الرقابة على ملاءمة النص التشريعي في ظل القضاء الدستوري خطأً فاصلاً في مبدأ الفصل بين السلطات، حيث تعد الرقابة على دستورية القوانين، الوسيلة الأنجح لضمان سمو الدستور على بقية القواعد القانونية، لذا فان 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 شُكّلت محكمة عليا من مجلس الأعيان ومحكمة التمييز من تسعه أعضاء، و منحت سلطة محكمة أعضاء مجلس الأمة، و حكام محكمة التمييز، والرقابة على دستورية القوانين، و تفسير النصوص الدستورية، ومحاكمه الوزراء، ولكن هذه المحكمة كانت تتعدد بإرادة ملكية، و تنظر في القضايا المحالة إليها من مجلس الوزراء، وكانت التجربة الثانية في الدستور العراقي الصادر عام 1968 ، فقد أشارت صراحةً إلى تشكيل محكمة دستورية، وحدّد اختصاصاتها في البت، في دستورية القوانين و تفسير القوانين

الإدارية والمالية، والنظر بمخالفة الأنظمة لها، ورغم تشكيل هذه المحكمة، إلا أنها لم تمارس أعمالها حتى صدور الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ ، الذي لم يُشر إلى الرقابة الدستورية، ولم يكرر النص على وجود هذه المحكمة. (المفرجي، وأخرون، ١٩٩٠، ص ٤٠٢) ، عانت تجربة القضاء الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين إلى الحياة القانونية بصدور دستور ٢٠٠٥ حيث نصّ وبصريح العبارة على تشكيل قضاء دستوري متخصص، متمثلًا بالمحكمة الاتحادية العليا، كإحدى تشكيلات السلطة القضائية الاتحادية في العراق، فنصّ على أنَّ: المحكمة الاتحادية العليا هيئَة قضائية، مستقلة (دستور العراق، ٢٠٠٥، مادة ٩٢) ، إذ يلاحظ أنه يكن قد راعى الاستقلال القضائي، في الرقابة على دستورية القوانين، ثم حَدَّد اختصاصاتها في المادة (٩٣) من الدستور، التي تنصّ على أنَّ: تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي:

أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة .

ثانياً: تقسيم 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، وينظم 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 باشرت الرقابة على دستورية القوانين، ولاشكَّ 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 مقارنة 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 بموجبه نص الفقرة (رابعاً) من المادة (11)، من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي، رقم (14) لسنة ١٩٩١، وذلك لعدم توافقه مع الدستور، حيث تنص الفقرة (رابعاً) من المادة (11)، على أن " تكون العقوبات التي يفرضها الوزير أو رئيس الدائرة، أو الموظف المخول تكون بائته، باستثناء العقوبات الآتية: التوبيخ، إنقاص الراتب، تنزيل الدرجة، الفصل، العزل، وحيث إن قرار فرض العقوبة الانضباطية، هو من القرارات الإدارية، وفقاً لما استقر عليه الفقه الإداري، وحيث أن المادة (100) من دستور جمهورية العراق، نصت 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 والإذار 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 مدت نطاق تلك الرقابة إلى فحص ملاءمة التشريع، فقضت في أحد قراراتها (حكم المحكمة الاتحادية العليا، ٢٠١٢)، بعدم دستورية النص التشريعي، الذي يخلو من التنااسب 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 ٢٠١١ ، قانون رواتب وخصصات مجلس الوزراء ... (وبالنظر لوقوع تباين كبير، فيما يخص رواتب موظفي وزارة الخارجية، حيث من هم في الدرجات العليا يتقاضون رواتب أقل، ومن هم أدنى درجة وظيفية منهم، إضافة إلى أن رواتبهم هذه، لا تتناسب مع مستوى المعيشة في البلدان التي يشغلون وظائف دبلوماسية فيها، أسوة ببقية الدول الأخرى، ... وحيث أن القانون رقم (27) لسنة ٢٠١١) قانون رواتب وخصصات مجلس الوزراء (قد شرع دون اتباع السيارات المتقدمة والمشار إليها أعلاه، لذا فإنه جاء مخالفًا للدستور، قرر الحكم بعدم دستوريته وإلغائه.

لذا نرى بان هنالك مجال خصب تستطيع المحكمة الاتحادية من خلاله، أن تفحص مدى ملاءمة النص التشريعي، وستنقى تلك المهمة من خلال نص المادة (46) من الدستور الحالي لسنة ٢٠٠٥، التي أكبت على أنه " لا يكون تقدير ممارسة أي من الحقوق والحريات، الواردة في هذا الدستور أو تحديدها، إلا بقانون أو بناءً عليه، على ألا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية" لذا فإن المشرع يمتلك سلطة تقييرية في مجال تنظيم الحقوق والحريات، الا انه من الاولى الحديث عند احتمالية تجاوز المشرع حدود تلك السلطة والوصول إلى حد المساس بجوهر هذه الحقوق

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

ويمكننا القول أن المشرع الدستوري قد عَزَزَ من موقف رقابة القضاء الدستوري، في إطار ملائمة النص التشريعي، إذ أنه في ضوء بعض النصوص الدستورية، ومن ذلك نص المادة (١٥) من الدستور (ان لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز حرمان من هذه الحقوق أو تقييدها، إلا وفقاً للقانون، وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة)، وما جاء في المادة (٣٨) على أنه : تكفل الدولة وبما لا يُخلّ بالنظام العام والآداب :أولاً : حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل، ثانياً : حرية الصحافة والطباعة والإعلان والنشر، ثالثاً : حرية الاجتماع والتظاهر السلمي وتنظم بقانون، لذا فإن للمشرع أن يتعرض لتنظيم الحق في الحياة والأمن والحرية على أن يكون ذلك بقانون، يُوكِلُ أمر تطبيقه للقضاء، إلا أن له وفقاً لسلطته التقديرية، أن يضع عليها بعض القيود، لذا يمكن القول ان سلطة المشرع تتراوح بين التقدير والتقييد، في ذات النص الدستوري.

وتتتباً على ذلك فإن سلطة المشرع التقديرية واضحة في تحديد مفهوم النظام العام والآداب، من حيث أنه مفهوم مِنْ واسع، إلا أنه مع ذلك، يجد نفسه مُقيداً بما فرضه الدستور من مبادئ، وإذا تجاوز تنظيمه لهذا الحق، حدود التنظيم إلى الانتهاك من جوهر الحق ذاته أو إهاره، فإنه عندئذ يكون تشريعاً مَعِيناً وبخضوع لرقابة الدستورية ومحلاً للطعن كونه انتهاكاً يخل بالأصل الذي قرره الدستور .

ومن الأمثلة على ذلك؛ المادة (٢٨) التي نصت (الدستور العراقي، ٢٠٠٥، مادة ٢٨) على أن (لا تفرض الضرائب والرسوم، ولا تعَدَل، ولا تُجْبِي، ولا يُعْفَى منها، إلا بقانون) بينما نصت المادة (١٨/أولاً) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لعام ٢٠١٨ على أنه (الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، والمحافظات، كافة صلاحية فرض رسوم أو أجور خدمات جديدة، وتعديل الرسوم وأجور الخدمات المالية، 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 المالية، باستثناء الرسوم السيادية، فإنه يضحى أكيداً أن نص المادة (١٨/أولاً) من قانون الموازنة العامة الاتحادية لعام ٢٠١٨، قد صَدَرَ بالمخالفة لما تقتضي 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 وفرضها بناءً على قانون) حيث هناك ثمة فرقاً شاسعاً ومهماً بينهما فالقول بأنها لا تفرض إلا بقانون، يعني أن الرسوم لا تُفرض إلا بقانون صادر من السلطة التشريعية ليقررها، وأن السلطة التشريعية ممثلةً بمجلس النواب يتعدّر عليها من الناحية الدستورية، أن تقوّض السلطة التنفيذية ممثلةً بوزاراتها، وجهاتها غير المرتبطة بوزارة والمحافظين، تقويضاً بفرض الرسوم وتنظيم أوضاعها، وتحديد نوعها وتقدير قيمتها أو نسبتها؛ وذلك لأنّه يُعتبر بهذه المثابة، تنازلاً من سلطة عن صلاحياتها إلى سلطة أخرى، في حين أنّ عبارة (فرض الرسوم بناءً على قانون)، يقضي بأن الدستور قد جعل الاختصاص بفرض هذه الرسوم، مشتركاً بين كلّ من السلطات التشريعية والتنفيذية تمارسانه معاً، فالسلطة التشريعية هي التي تُنشئ الرسوم - بقانون تصدره - ثم تقوّض السلطة التنفيذية في بيان تفصيلاته وتحديد جزئياته، وذلك كله تحقيقاً للمرونة الازمة، في فرض الرسوم لمجابهة الظروف المتغيرة طالما أن فرضها أو تعديها لا يكون بقانون في كل حالة على حدة، وإنما يتم ذلك بقرار من السلطة التنفيذية في حدود القانون، أي في ضوء الأسس واللامح الرئيسة التي وضعتها السلطة التشريعية.

لا ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق بأحد قراراتها في سياق ملامة النص التشريعي (حكم المحكمة الاتحادية العليا، ٢٠٠٨) ، ذهبت إلى حق مجالس المحافظات غير المنظمة بإيقاف في سن القوانين، والقرارات الخاصة بفرض وجباية وإنفاق الضرائب، والرسوم والغرامات بما يمكنها من إدارة شؤونها، وفق مبدأ الامركزية الإدارية، والتشريعات المحلية هي التشريعات التي تصدرها مجالس المحافظات، لتنظيم شؤون المحافظة الإدارية والمالية، ولا يتعذر نفاذها خارج حدود تلك المحافظة، ويجب ألا تتعارض مع الدستور، أو مع القوانين الاتحادية، وكذلك ألا تتعارض مع تطبيق شؤون المحافظة المالية والإدارية، وفقاً للمادة (٧/ثالثاً) من قانون المحافظات غير المنظمة بإقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨.

لذا أن الهدف من رقابة الملامحة على النص التشريعي في العراق، تكمن في حداة النظم التشريعي القائم على الديمقراطية في العراق، فضلاً عن كون النص التشريعي هو انعكاس لحاجات المجتمع، لذا يجب التعزيز من مدى التلاحم بين النص ونطليعات الأمة، ولعل الوثائق الدستورية هي الأكثر منطقية، في تعبيرها عن هذه النطليعات، الأمر الذي يجد صداقاً، في رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين.



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

المطلب الثاني: اتجاه المحكمة الدستورية العليا في مصر من رقابة الملاعنة على النص التشريعي
ان رقابة القضاء الدستوري قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا، كان موكول للمحكمة العليا في مصر، فقد ذهب مفهوم الدولة في تقرير أعده قائلًا: "إذا كان التشريع في ظاهره، وحسبما يتضح من نصوصه، داخلًا في السلطات التي يسمح بها الدستور للسلطة التشريعية، فإنه لا يجوز التقييّب وراء نصوصه، للبحث عن بواعث المشرع وغير المشرع، التي دفعت السلطة التشريعية إلى سن التشريع، أمّا عندما تسعى الهيئة التشريعية تحت ستار من اختصاصاتها المشرعة، إلى ممارسة نشاطٍ محظوظٍ، منظوراً إلى بواعثه الحقيقة، فإن اتجاه القضاء في هذه المسألة، يشوّه الاضطراب وعدم الوضوح، وإن كان قد اتجه في بعض أحكامه إلى أن: "تحقيق الأغراض غير المشرعة، لا يمكن السماح به، تحت ستار ممارسة الاختصاصات المقررة المشرعة، وذلك منعاً للتحايل وسدّاً للذرائع، التي قد تُرْسَخ إلى الاعتداء على الحريات والحقوق، بأساليب ملتوية تحت ستار من الاختصاصات المشرعة" (جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٤)."

حيث أتى هذا التقرير ليُقرّر ضمنياً وعلى استحياءً بأهمية رقابة الملاعنة، بإطلاق السلطة التقديرية للمشرع البرلماني دون رقابة عليه، دون أن يمتد هذا الإطلاق إلى الأنشطة التي حظر الدستور التغول في السلطة التقديرية على حسابها.

إلا أنها قد غيرت موقفها هذا من الرقابة على ملاعنة النص التشريعي، حيث قالت في أحد أحكامها(مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا ، ١٩٧٦، ص ٤١٤): "إِنْ كَانَتْ الرِّقَابَةُ الْقَضَائِيَّةُ عَلَى دُسْتُورِيَّةِ التَّشْرِيعِ، لَا تَمْتَدُ إِلَّا لِمَلائِمَةِ إِصْدَارِهِ؛ بِاعتِبَارِ أَنَّ مَلاعِنَةَ التَّشْرِيعِ هِيَ أَخْصَّ مَظَاهِرِ السُّلْطَةِ التَّقْدِيرِيَّةِ لِلشَّارِعِ، إِلَّا أَنَّ ذَلِكَ لَا يَعْنِي إِطْلَاقَ هَذِهِ السُّلْطَةِ فِي سِنِّ الْقَوَانِينِ، دُونَ تَقْيِيدٍ بِالْحَدُودِ وَالضَّوَابِطِ الَّتِي نَصَّ عَلَيْهَا الدُّسْتُورُ، وَالَّتِي يَتَعَيَّنُ الالتزامُ بِهَا، إِلَّا كَانَ التَّشْرِيعُ مُخَالِفًا لِلْدُسْتُورِ".

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، ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تُتبع أمامها"، ولعلّ هذا المضمون هو ما تبنّاه المشرع 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 نهائين 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. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تُتبع أمامها".

لذا فإنه ليس هناك ما يمنع قضاة المحكمة الدستورية العليا، من بسط نفوذه في مجال رقابة الملاعنة، فضلاً عن رقابة المشرعية، التي تواتر إسنادها لقضاة المحكمة الدستورية فقهًا وقضاءً (عوض، ١٩٩٥، ص ٢٩)، حيث أن الحاجة أصبحت ملحةً وضروريةً، أمام قصور أعضاء السلطة التشريعية في اداء مهامهم، وهو الأمر الذي قد يحتاج تدخلاً من جهة متخصصة، لتعيد النظر في مدى ملاعنة النص التشريعي، مع غاية النص الدستوري.

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

فمن التطبيقات القضائية في مجال رقابة الملاعنة على دستورية القوانين للمحكمة الدستورية العليا، فإن السلطة التأسيسية منحت المواطن مجموعة من الحقوق والحريات العامة، التي لا يجوز لأي سلطة الانتهاص منها، أو التقييد من حرية ممارستها، وقد منح المشرع البرلماني الحق في تنظيم تلك الحقوق ضرورةً لا 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 يخل بالمبادئ والحقوق الدستورية.

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

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

وبالرجوع إلى قضاء المحكمة الدستورية العليا، نجد أنه قد استقر على أن خضوع الدولة لقانون، محدد على ضوء مفهوم ديمقراطي، مؤداته لا تخل تشعرياتها بالحقوق، التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية، مفترضاً أولياً 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 للمشرع، بالرغم من تدخل المشرع الدستوري بشكل أو بآخر، في الأحوال التي يستخدم فيها الأخير عبارات عامة وغامضة، وغير محددة تحديداً دقيقاً، أو يضع على سلطة المشرع قيوداً فضفاضةً، لذا فإن السلطة التقديرية للمشرع تدور وجوداً وعديماً مع مقدار التنظيم الدستوري لأركان وشروط عمل المشرع، فهي تتسع لبعض الأركان، وتضيق بالنسبة لبعضها الآخر، تبعاً لمقدار هذا التنظيم

وإذا كان المشرع في القانون، قد أعطى للمجلس اختصاص ممارسة رقابة الملاعنة، من خلال تقدير التاسب بين الفعل الذي يشكّل مخالفةً إدارية، وبين العقوبة المفروضة، فإن هذا يفسح المجال له، أن يُراقب الواقع 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 اتجاهٍ معين في فحص الملاعنة.

الخاتمة :

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

أولاً - النتائج:

تعتبر رقابة الملاعنة 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 تعبر عنما يتمتع به المشرع من جوانب تقديرية، وبذلك تكون مظهراً لاستقلاله فعندما يقوم القاضي الدستوري برقابة الملاعنة فإنه لا يحكم بملاءمة او عدم ملاعنة التشريع بل يحكم بدستوريته او عدم دستوريته، مع ضرورة ملاحظة ان رقابة الملاعنة تكون على مستويين الاول عندما يراقب القاضي الدستوري التنااسب بين الوسيلة التشريعية والغرض، اما الثاني عندما يراقب القاضي الدستوري التنااسب بين الوسيلة التشريعية والسبب الواقعي.

يعتبر نص المادة (٤٦) من الدستور الحالي لسنة ٢٠٠٥، الذي حظر تقيد وتحديد أي من الحقوق والحريات الواردة في الدستور، إلا بقانون أو بناءً عليه، السند الدستوري لرقابة المحكمة الاتحادية العليا على ملاعنة النص التشريعي أو اللاتحي، كما أن هذا النص يمكن أن يكون سندًا لمد رقابة المحكمة الاتحادية العليا، على مدى ملاعنة التشريع للقيم الدستورية.

أن الانحراف في التشريع، يوجد عندما تكون سلطة المشرع تقديرية في سن التشريع، أما إذا كانت سلطة المشرع مُقيّدة، فلا مجال لإعمال فكرة الانحراف التشريعي؛ لأنه إذا كانت سلطة المشرع مُقيّدة، وجاوز المشرع هذه السلطة المقيدة، كان التشريع باطلًا لمخالفته للنصّ الدستوري، الذي رسم للمشرع سلطة مُحدّدة، وليس لأنّه مشوب بالانحراف التشريعي، بمعنى أن هذه الرقابة لا تقتصر على فحص مطابقة أو عدم مطابقة النص التشريعي للنص الدستوري الصريح، بل تمتد هذه الرقابة إلى فحص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع أيضًا، ذلك أن منطقة السلطة التقديرية للمشرع لا تمثل فقط الملاعنة التشريعية، بل تمثل مجال عيب الانحراف التشريعي أيضًا الذي بموجبه ينحرف المشرع عن ركن الغرض في التشريع أي المصلحة العامة حيث يعد عيب الانحراف التشريعي بوصفه عيباً ذاتياً ومستمراً .

أن القاضي الدستوري لا يرافق 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، يُعد ذلك عنصراً من عناصر السياسة التشريعية، التي يمتنع على القضاء التدخل فيها، كما لا توجد ثمة صلة بين ضرورة التشريع وبين دستوريته.

ثانياً- التوصيات:

امتداد رقابة المحكمة الاتحادية العليا في العراق إلى الملاعنة وعدم اقتصارها على المشروعية، وذلك من خلال مراقبة الحقوق والحراء العامة الأساسية بما يلائمها مع مقتضيات الصالح العام، ومدى قيام المشرع بالتوافق بين هذه الاعتبارات المتعارضة، كما أن تكون رقابة الملاعنة إحدى معايير الرقابة الدستورية وذلك من أجل إيجاد آلية قضائية للموازنة بين اعتبارات الصالح العام وحماية الحقوق والحراء 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 الدعوى الدستورية معرفة أوجه الطعن بعدم الدستورية التي تكشف النصوص المطعون فيها. كما نوصي بإدراج مادة القضاء الدستوري، ضمن المناهج التربوية في كليات القانون والمعهد القضائي والدراسات العليا لكون القاضي يلتزم في قضائه بتطبيق الدستور وإبطال النصوص المخالفة له.

قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتنة وملزمة للسلطات والأفراد كافة، كما أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي لا يلغى النص وإنما يلغى قوته 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 بان تشريعاً اتحادياً أو إقليمياً ما جاء مخالفًا للدستور الاتحادي.

ضرورة أن تمت رقابة الدستورية إلى السلطة التقديرية للمشرع-الملاعنة التشريعية- بحيث لا يقتصر في رقابته على السلطة المقيدة فحسب لأن الدستور عندما لا يقد 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 الملاعنة 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 شخصيا مما قد يؤدي الى تضييق الرقابة على السلطة التقديرية وهذا ما يبرر ضرورة رقابة الملاعنة، فهي لا تتعلق بالحكم بعدم دستورية التشريع لوجود عيب واحد او اكثر من العيوب التي تصيب اركان التشريع بل انها تتعلق بدقة بفحص التوازن او التنااسب بين ركين او اكثر من اركان التشريع ثم تقرر دستوريته او عدم دستوريته اذا كان غير متناسب بصورة واضحة .

المصادر :

- المفرجي، احسان وآخرون (1990)، القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، دار الحكمة، بغداد.
- سورو، احمد فتحي (1999)، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشرق، القاهرة.
- الأهاني، حسام الدين كامل (1998)، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- جيالي، حنفي على (1978)، المسئولية عن القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس.
- الشاعر، رمزي طه (٢٠٠٤)، الرقابة على دستورية القوانين "دراسة مقارنة وتحليلية للقضاء الدستوري"، دار التيسير، القاهرة.
- السعود، رمضان أبو (1986)، المدخل إلى القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية، الإسكندرية.
- التجار، زكي محمد (1997)، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة.
- محمد، زين الدين أبو عبد الله (1999) ، مختار الصحاح تحقيق يوسف الشيخ المكتبة المصرية، ط5، الدار التموزجية، بيروت.
- جمال الدين، سامي (1992)، قضاء الملاعنة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية.
- الкатاطم، صالح جواد (٢٠٠٥)، التفسير القضائي للدستور، مركز الفجر للدراسات العراقية، أيلول.
- حجازي، عبد الحي (1970)، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً لقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت.
- البرزنجي، عصام عبد الوهاب (1971)، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- الباز، على (1978)، الرقابة على دستورية القوانين في مصر دراسة مقارن، دار الجامعات المصرية.
- منصور، علي (1971)، المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي، دون دار نشر.
- 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 يونيو ١٩٩٥، الجزء السادس.
١٧. جليل، فادي نعيم (٢٠١١) مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح.
١٨. سليمان، فوزي حسين (٢٠١٥)، الاختصاص التقسيري للمحكمة الاتحادية في العراق وإشكالياته "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 حميس (٢٠١٧)، 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 التقريرية للمشرع والانحراف التشريعي للفترة من ١٩٨٨ - ٢٠٠٦ في مصر، ج ٢، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة.
٢٣. دبوس، مصطفى السيد (٢٠١٧)، تثمين 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 / ٢٠٠٨.
٢. حكم المحكمة الاتحادية العليا، المرقم ١٠ اتحادية / إعلام ٢٠٠٣ / الصادر في ١٢/٣/٢٠١٣.
٣. حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم ٤ / اتحادية ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٢.
٤. حكم المحكمة الاتحادية العليا، في العدد ٤٨ / اتحادية / ٢٠١٢.
٥. حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٥، لسنة ٨ قضائية بجلسة ١٩٦٦/٦/١.
٦. حكم المحكمة الدستورية العليا، ٢ يونيو سنة ٢٠٠١ ، القضية رقم ١١٤ ، لسنة ٢١ قضائية دستورية.
٧. حكم المحكمة الدستورية في ١٦ فبراير ١٩٨٠ ، في الدعوى الدستورية رقم ١١ لسنة ١٠ قضائية.
٨. حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم ٥ لسنة ٥ قضائية، بجلسة ١٩٧٦/٧/٣.
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



دستور مصر لعام ١٩٧١

دستور مصر لعام ٢٠١٤

قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق.

قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر.