المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص: 298-329
المجلد (8) – العدد (2)، كانون الأول 2024
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

مفهوم مبدأ التناسب التشريعي وأسسه القانونية

محمد ستار عبدالله

محكمة بداءة جمجمال، رئاسة محكمة إستئناف منطقة السليمانية، السليمانية، السليمانية، العراق

Email: muhamad.noori@univsul.edu.iq

الملخص:

إن الدستور هو قانون المحكومين والحاكمين ويجب تطبيقه في جميع الأوقات، وإن نصوص الدستور يجب عدم إيقافه حتى في أشد الحالات حيث أن القول بإيقاف نصوصه معناه الفوضى والإستبداد، و حيث أن كل تشريع يصدر يجب أن يهدف الى تحقيق جانب من جوانب المصلحة العامة وأن تكون هنالك أثر يترتب عليه بحدوث حالة واقعية أوقانونية دفعت الى إصداره، ويجب أن يكون هنالك علاقة على قدر كبير من التوفيق أو التقارب أو التناسب بين العناصر الثلاث بحيث لا يرتب التشريع أثرا أقل أو أكثر الى حد كبير من السبب الذي دفع الى إصداره وأن لا يهدف إلا لتحقيق المصلحة العامة.

وإذا كان العدل هو مسعى القضاء ومسعى الفرد في الإنضمام الى الجماعة و تكوين الدولة، وإذا كان العدل قيدا على السلطة التشريعية في عملها، وإذا كانت العدالة تقتضي معاملة الأفراد الذين تتماثل مراكزهم القانونية معاملة متساوية من دون تمييز بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أوالعقيدة أو الوضع الإجتماعي أو السياسي أو الإقتصادي أو أي وضع آخر، فإن لمبدأ التناسب التشريعي أهميته من خلال حماية وإحترام القيم والمصالح العليا للمجتمع من جهة، وإحترام وحماية حقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في الدستور من جهة أخرى، وذلك عن طريق التوفيق بينهما.

وعليه فإن مضمون وجوهر التناسب في التشريع هو التوفيق والتلاؤم بين المصالح العليا للمجتمع وحقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في الدستور، وفي ذلك كله حماية للمجتمع.

إن المسيرة القانونية والفلسفية لمبدأ التناسب التشريعي لم تكن وليد الساعة ولم تأتي إعتباطا وإنما كانت هنالك أسس وأفكار وأصول سابقة تستند عليها، فضلا عن وجود أسس قانونية تعتمد عليها القضاء الدستوري في إعمال الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، عليه تعد رقابة التناسب التشريعي من أهم الآليات التي تعتمدها القضاء الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع.

إن تبني الدساتير المختلفة لمبدأ التناسب التشريعي جعل لهذا المبدأ أساس قانوني، إذ أن تبني الدساتير المقارنة لمبدأ التناسب بشكل صريح أو غير صريح من خلال إيراد الدستور نصوصا تحمي حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية من تدخل السلطات المختلفة في الدولة أو خلال نص الدستور على إعلانات حقوق الإنسان وإعتبارها جزءا من الدستور النافذ جعل من هذا المبدأ يحظى بقيمة دستورية، وهذ ما أكده القضاء الدستوري في العراق من خلال بسط الرقابة على التناسب في العديد من التشريعات الصادرة وإصدار قرارات قضائية بعدم دستورية النصوص التي لا تتوافر فيها شرط التناسب.

الكلمات المفتاحية: الأساس القانوني، مبدأ التناسب التشريعي، القانون الدستوري، الشرعية الدولية، القضاء الدستوري.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية
المجلد (8) – العدد(2)، كانون الأول 2024
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)
ص: 298-329

پوختە:

دەستور بە یاسای حوکم کراوو فەرمان رەواش دادەنرێ، وە پێویستە جێ بەجێ بکرێ لە هەموو کاتەکان، دەقەکانی دەستور نابێت بوەستێندرێن تەنانەت لە هەستیارترین کاتەکانیش، وەستاندنی دەقەکانی دەستور مانای ئاژاوەو خۆسەپاندنە، وە هەموو یاسایەك کە دەردەچێت پێویستە ئامانجەکەی بەدیهێنانی لایەنێك لەلایەنەکانی بەرژەوەندی گشتی بێت، وە پێویستە دەرئەنجامێکی لێبکەوێتەوە بە رووداوی حاڵەتێکی واقعی یان یاسایی کە پاڵنەری دەرچوونی بووە، وە پێویستە پەیوەندیەك بەرێژەیەکی گەورەی لە رادەی گونجاندن، لێك نزیك بوونەوەو یەك دەنگی لە نێوان هەر سێ چەمکەکەی یاسا هەبێت بەوەی یاساکە دەرئەنجامێکی کەمتر یان زیاتر لەو هۆکارەی لێنەکەوێتەوە کە پاڵنەری دەرکردنی بووەو وە پێویستە تەنها ئامانجی بەدیهێنانی بەرژەوەندی گشتی بێت.

ئەگەر بەدیهێنانی دادپەروەری ئامانجی دادگاکان و ئامانجی تاکەکانیش بێت لە چوونە ناو کۆمەڵ و دروستکردنی دەوڵەت، وەئەگەر دادپەروەری کۆتێك بێت لەسەر دەسەڵاتی یاسادانان لەکارەکانی، وە ئەگەر دادپەروەری ئەوە بخوازێت کە مامەڵەیەکی هاوشێوە لەگەڵ هەموو ئەو تاکانە بکرێت کە پێگە یاساییەکانیان وەکو یەکە بێ جیاکاری لە رەگەزو بنەچەو زمان و ئاین و بیروباوەرو پێگەی کۆمەڵایەتی و سیاسی و ئابووری و هەر بارودۆخێکی تر، ئەوا گونجاندنی تەشریعی گرنگی خۆی هەیە لە پاراستن و رێزگرتنی بەهاباڵاکانی کۆمەڵگا لەلایەك و رێزگرتن و پاراستنی ماف و ئازادی تاکەکان کە لە دەستوردا دەقی لەسەر دراوە لەلایەکی تر ئەمەش لە رێگەی گونجاندن لەنێوانیان.

بۆیە ناوەرۆك و جەوهەری بنەمای گونجاندنی تەشریعی بریتیە لە گونجاندن و هاوئاهەنگی نێوان بەرژەوەندییە باڵاکانی کۆمەڵگاو وماف و ئازادی تاکەکان کە لە دەستوردا هاتووە کە لە هەموو ئەمانەشدا پاراستنی کۆمەڵگا هەیە.

رێرەوی یاسای و فەلسەفی پرنسیپی گونجاندنی یاسایی لەدایك بووی کاتێکی لەناکاو نەبووەو لە خۆشیەوە نەهاتووە، بەڵکو چەندین بنەماو بیرو بنەچەی پێشووتر هەبوون کە پشتی پێیان بەستووە، سەرباری بوونی بنەمای یاسایی کە دادگای دەستوری پشتی پێدەبەستێت لە ئەنجامدانی چاودێریکردنی قەزائی لەسەر دەسەڵاتی هەڵسەنگانی یاسادانەر.

لە خۆگرتنی دەستورە بەراوردکارییەکان بۆ پرنسیپی گونجاندنی تەشریعی وای لەم پرنسیپە کردووە بنەمایەکی یاسایی هەبێت، لە خۆگرتنی دەستورە بەراوردکارییەکان بۆ پرنسیپی گونجاندنی تەشریعی بەشێوەیەکی روون وەیان بەشێوەیەکی ناراستەوخۆ لەرێگەی بوونی چەندین دەقەوە لەناو دەستوردا کە پارێزگاری لەماف و ئازادیە بنچینەیەکانی تاکەکان دەکات لە دژی دەست تێوەردانی دەسەڵاتە جیاوازەکانی دەوڵەت، وە یان لە رێگەی دەق دانی دەستور لەسەر جارنامەکانی مافەکانی مرۆڤ و دانانی بە بەشێك لە دەستور وای لەم پرنسیپە کردووە بەهایەکی دەستوری هەبێت، وە قەزای دەستوری عیراقی ئەمەی پشت راستکردۆتەوە لەرێگەی چاودێریکردنی گونجاندن لە زۆرێك لە یاسا دەرکراوەکان و دەرکردنی چەندین بریار بە نادەستوری بوونی ئەو یاسایانەی پرنسیپی گونجاندنیان تێدا نیە.

کلیلەوشە: بنەمای یاسایی، پرنسیپی گونجاندنی یاسایی، یاسای دەستوری، شەرعیەتی نێو دەوڵەتی، قەزای دەستوری.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

Abstract:

The Constitution is the law of the governed and the rulers and must be applied at all times, and the texts of the Constitution must not be stopped even in the most severe cases, as saying to stop its texts means chaos and tyranny, and since every legislation issued must aim to achieve an aspect of the public interest and that there be An effect resulting from the occurrence of a factual or legal situation that prompted its issuance, and there must be a relationship with a great degree of reconciliation, closeness or proportionality between the three elements so that the legislation does not have an effect that is less or significantly greater than the reason that prompted its issuance and that it only aims to achieve Public interest.

If justice is the endeavor of the judiciary and the endeavor of the individual to join the group and form the state, and if justice is a restriction on the legislative authority in its work, and if justice requires that individuals whose legal positions are equal be treated equally without discrimination based on gender, origin, language, religion or belief, Or the social, political, economic, or any other situation, the principle of legislative proportionality is important by protecting and respecting the values and supreme interests of society on the one hand, and respecting and protecting the rights and freedoms of individuals stipulated in the Constitution on the other hand, by reconciling them.

Accordingly, the content and essence of proportionality in legislation is reconciliation and harmony between the highest interests of society and the rights and freedoms of individuals stipulated in the Constitution, and all of this is to protect society.

The legal and philosophical path of the principle of legislative proportionality was not born of the hour and did not come randomly. Rather, there were previous foundations, ideas and principles upon which it was based, in addition to the existence of legal foundations upon which the constitutional judiciary relied in implementing judicial oversight over the discretionary power of the legislator. Therefore, legislative proportionality oversight is considered one of the most important mechanisms. Which is adopted by the constitutional judiciary in monitoring the discretionary power of the legislator.

The adoption by different constitutions of the principle of legislative proportionality gave this principle a legal basis, as comparative constitutions adopted the principle of proportionality, explicitly or indirectly, through the constitution's inclusion of texts that protect the rights and basic freedoms of individuals from the interference of various authorities in the state, or through the constitution's text on human rights declarations and their consideration. Part of the effective constitution made this principle have a constitutional value, and this was confirmed by the constitutional judiciary in Iraq by extending control over proportionality in many of the legislation issued and issuing judicial decisions unconstitutional of texts that do not meet the requirement of proportionality.

Key words: legal basis. principle of legislative proportionality. The Constitutional law. International legitimacy. Constitutional judiciary.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

أولا: التعريف بموضوع البحث وأهميته

يعتبرالإنسان الهدف والمقصد الأولي والنهائي من إنشاء الدولة، فالمقصد الأساسي من تفكير الإنسان في إنشاء الدولة هو التحرر من الخضوع لإنسان آخر مثله و تحقيق الإستقرار المؤسس على الشرعية المبنية على أساس القانون. بمفهوم آخر فإن الغاية من وجود الدولة والقانون هي حماية الحريات الأساسية للإنسان وحقوقه.

وإذا كان العدل هو مسعى القضاء ومسعى الفرد في الإنضمام الى الجماعة و تكوين الدولة، وإذا كان العدل قيدا على السلطة التشريعية في عملها، بحيث يجب على تلك السلطة أن تسعى الى تحقيق العدالة في عملية تشريع القوانين بأن يكون هذا القانون منسجما مع الدستور المعبر فيه عن القيم والمبادئ العليا للمجتمع.

وإذا كانت العدالة تقتضي معاملة الأفراد الذين تتماثل مراكزهم القانونية معاملة متساوية من دون تمييز بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أوالعقيدة أو الوضع الإجتماعي أو السياسي أو الإقتصادي أو أي وضع آخر، فإن لمبدأ التناسب التشريعي أهميته من خلال حماية وإحترام القيم والمصالح العليا للمجتمع من جهة، وإحترام وحماية حقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في الدستور من جهة أخرى، وذلك عن طريق التوفيق بينهما.

إن مضمون وجوهر مبدأ التناسب التشريعي هو إيجاد نوع من التوفيق والتلاؤم والتقارب بين المصالح العليا للمجتمع وحقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في صلب الوثيقة الدستورية، وفي ذلك كله حماية للمجتمع.

وحيث أن المسيرة القانونية والفلسفية لمبدأ التناسب التشريعي لم تكن وليد ولم تأتي إعتباطا وإنما كانت هنالك أسس وأفكار وأصول سابقة تستند عليها، فضلا عن وجود أسس قانونية تعتمد عليها القضاء الدستوري في إعمال الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، عليه تعد رقابة التناسب التشريعي من أهم الآليات التي تعتمدها القضاء الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع.

وعليه يكون لدراسة وبحث مبدأ التناسب التشريعي أهميته، إذ يعد مبدأ التناسب معيارا لحماية حقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في صلب الوثيقة الدستورية من جهة ومعيارا للشرعية الدستورية من جهة أخرى.

لكل ما تقدم فإن التعرف على الأساس القانوني لمبدأ التناسب التشريعي يكون من خلال بيان تعريفه اللغوي والإصطلاحي والتشريعي والفقهي والقضائي أولا، وبيان مدى إحتواء الدساتير على مبدأ التناسب التشريعي ثانيا. مدى إعتبار النصوص الدولية أساسا لمبدأ التناسب التشريعي ثالثا. وهذا ما نحاول بيانه في هذا البحث. والله الموفق والمستعان.

ثانيا إشكالية البحث

تكمن إشكالية البحث في وجود الخلاف في الرأي حول تعريف مبدأ التناسب التشريعي، وتكمن المشكلة في بيان القيمة القانونية لمبدأ التناسب التشريعي، هل هو من المبادئ العامة للقانون، أم من المبادئ التي تحظى بقيمة دستورية، ومدى إمكان إعتبار النصوص الدولية كالإتفاقيات الدولية والعهود الدولية أساسا قانونيا لمبدأ التناسب. ومن هذا المنطق يفترض الباحث حلولا دستورية و تشريعية تتعلق ببعض النصوص الواردة في الدستور العراقي والقوانين ذات العلاقة بموضوع التناسب التشريعي، وإيلاء الاهتمام بموضوع التناسب التشريعي سواء على مستوى الفقه أو على مستوى القضاء الدستوري بالشكل الذي يؤدي الى تفعيل الدور الرقابي للمحكمة الإتحادية العليا في هذا الصدد متبعا في ذلك قواعد التفسير المتطور لأحكام الدستور والقانون.

ثالثا: أهدف البحث

تهدف الدراسة الى ما يأتي:

1- التعرف على مفهوم مبدأ التناسب التشريعي.
2- مدى إحتواء الدساتير على مبدأ التناسب التشريعي.
3- مدى إمكان إعتبار النصوص الدولية كالإتفاقيات الدولية والعهود الدولية أساسا قانونيا لمبدأ التناسب.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

رابعا: نطاق البحث

يحدد النطاق الموضوعي للبحث في دراسة مفهوم مبدأ التناسب التشريعي وأسسه القانونية، وبهذا يخرج من نطاق بحثنا التطرق الى الأسس الفكرية والفلسفية لمبدأ التناسب، وتمييزه عن غيره من المفاهيم القانونية الأخرى والرقابة القضائية على هذا المبدأ وذلك تجنبا للإطالة وكونها مكتوبة في مؤلفات أخرى.

خامسا: منهجية البحث

إعتمدنا في بحثنا على المنهج القانوني التحليلي الوصفي من خلال ذكر النصوص الدستورية والقانونية الخاصة بالموضوع وذكر قرارات وأحكام القضاء حول الموضوع وتحليل الفقرات المتعلقة بالموضوع وإيراد الملاحظات عليها إن وجدت. وإعتمدنا أخيرا على المنهج المقارن بالمقارنة بين القانون العراقي والمصري والفرنسي وموقف المحاكم في تلك الدول.

سادسا: خطة البحث

ستكون الدراسة في ثلاثة مطالب. المطلب الأول بعنوان ماهية مبدأ التناسب التشريعي، والثاني بعنوان التكريس الدستوري لمبدأ التناسب التشريعي، والثالث بعنوان الشرعية الدولية ومدى إعتبارها أساسا لمبدأ التناسب التشريعي.

المطلب الأول: ما هية مبدأ التناسب التشريعي

سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الأول منه التعريف بمبدأ التناسب التشريعي، وفي الفرع الثاني نتحدث عن تمييز التناسب عما يشتبه به من المفاهيم القانونية في نطاق القانون الدستوري.

الفرع الأول: التعريف بمبدأ التناسب التشريعي

أولا: التعريف اللغوي لمبدأ التناسب التشريعي:

إن التناسب في اللغة: فهو" مشتق من أصل كلمة (نسب)، والنسب يعني القرابة، وإنتسب وإستنسب، أي ذكر نسبه، وناسبه، أي شاركه في نسبه "[1] ، ويقال " ناسب مناسبة، أي ماثله وشاكله ولاءمه، وتناسبا، أي تماثلا وتشاكلا، وإستنسب الشيء بمعنى وجده مناسبا ملائما، والنسبة، القرابة وإيقاع التعلق والإرتباط بين شيئين، والتماثل بين علاقات الأشياء والكميات "[2] .

والتناسب يدل في إحد معانيه على التوافق، والتوافق " مصدره كلمة وفق، وافق بين شيئين بمعنى لاءم بينهما، ووفق بين القوم بمعنى أصلح وبين الأشياء ضمها بالمناسبة، وإتفق مع فلان وافقه، والإثنان بمعنى تقاربا وإتحدا " [3].

وفي اللغة الفرنسية فإن كلمة " التناسب La proportionnalite تعني العلاقة أو الصلة بين شيء وآخر، أو بين أجزاء بعضها البعض، أو بينها وبين الكل، وتعني أيضا جعله متناسبا أو متكافئا "[4] . عليه ومع أن التناسب في اللغة الفرنسية يستخدم لأكثر من معنى، ولكن يجمع بينها أنها تدل على الرابطة والعلاقة بين أمرين بحيث هنالك تماثل أو توافق أو تكافؤ أو تلاؤم بينهما[5] .

(1) محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، دار المعارف للنشر، القاهرة، دون سنة نشر، ص 405.

(2) المنجد في اللغة والإعلام، ط 25، دار المشرق، بيروت، 1981، ص 803.

(3) عبد السلام هارون، المعجم الوسيط، ج2، مطبعة مصر، القاهرة، 1961، ص 1059.

(4) د. سهيل إدريس و د. جبور عبد النور، قاموس المنهل (فرنسي/ عربي)، ط 10، دار العلم للملايين، بيروت، 1989، ص 835؛ عبدالشافي اصف العفيش، حدود الرقابة القضائية على سلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2020، ص 160؛ محمد ناصر راشد محمد الطنيجي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة وتطبيقية في فرنسا ومصر ودولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 15.

(5) د. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري (دراسة تأصيلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، مجلة تصدرها كلية الحقوق بجامعة المنصورة العدد (59)، أبريل 2016، ص 350.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:298-329
المجلد (8) – العدد(2)، كانون الأول 2024
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

وفي اللغة الإنجليزية فإن " كلمة Proper تعني مناسب أو لازم أو لائق أو صحيح أو حسب الأصول"[6]. والتناسب في اللغة الإنجليزية " فإن النسبة تعني جزءا أو قسما من كل، أما المتناسب فيعني كون الشيء في علاقة صحيحة بالشيء أو الأشياء الأخرى، أما المناسب فهو المتوافق في الحجم أو الكمية أو الدرجة لشيء ما بالنسبة الصحيحة "[7].

يظهر لنا مما تقدم أن كلمة التناسب في اللغة تستخدم لأكثر من معنى وتستعمل لأكثر من دلالة، ولكن يجمع بينها أنها جميعا تدل وتعبر عن وجود علاقة وصلة بين شيئين يتصفان بالتكافؤ والتماثل[8].

وعليه فإن مبدأ التناسب التشريعي في اللغة يعني القاعدة والأصل الذي يتكلم عن تكافؤ أوتلاؤم التشريع الصادر مع أمر آخر صدر التشريع من أجله سواء أكان هذا الأمر الأخير يتمثل بسبب إصدار التشريع أو غايته أو كليهما، ولنا عودة لهذا الموضوع في الفرع الثاني من هذا المطلب والمتعلق بالتعريف الإصطلاحي لمبدأ التناسب التشريعي.

ثانياً: تعريف مبدأ التناسب التشريعي في الإصطلاح القانوني:

لغرض تحديد المعنى الإصطلاحي لمبدأ التناسب التشريعي نتكلم عن تعريف مبدأ التناسب في الإصطلاح التشريعي والفقهي والقضائي:

1- التعريف التشريعي لمبدأ التناسب التشريعي:

لدى الرجوع الى نصوص التشريعات المختلفة نجد أن المشرع لم يضع تعريفا لمبدأ التناسب، وهذا الأمر طبيعي، حيث أنه ليس من وظيفة المشرع إيراد التعاريف، وإنما يتحدد إختصاصه بسن النصوص القانونية تاركا موضوع تعريف المصطلحات القانونية لآراء الفقهاء وأحكام القضاء [9]. ولكن ذلك لا يعني أن فكرة التناسب غائب في الفروع القانونية المختلفة، فعلى رأس التشريعات نجد أن الدساتير تنص صراحة أو بشكل غير مباشر على مبدأ التناسب نبحثه في حينه عند الكلام عن أسس مبدأ التناسب التشريعي، وعلى صعيد التشريعات المختلفة نجد أن المشرع لم يتجاهل مبدأ التناسب وخصوصا في مجالات تجريم بعض الأفعال والعقاب عليها وذلك لتعلقها بحقوق وحريات الأفراد.

في البداية وقبل كل شيء نجد أن القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) نص على مبدأ التناسب في نظرية التعسف في إستعمال الحق بإعتباره عملا غير مشروع حيث أعتبر المشرع إستعمال الحق غير جائز إذا إنعدم التناسب بين المصالح التي يرمي صاحب الحق في إستعماله لحقه تحقيقها وبين مايصيب الغير من ضرر[10].

وفي إطار التشريعات الجزائية إستعمل كل من المشرع الجزائي العراقي والفرنسي مصطلح التناسب في المادة (63) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969) / المعدل في حالة الضرورة[11]، و الفقرة (5) من المادة (122) من قانون العقوبات

(6) حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني (إنجليزي – عربي)، ط5، مكتبة لبنان، بيروت، 2008، ص 561.

(7) د. محمد ماهر أبو العينين، الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته دراسة تطبيقية في مصر، ج2 (تطورات الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع والإنحراف التشريعي)، ط1، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2006، ص 48.

(8) د. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، 2009، ص95.

(9) د. نكتل إبراهيم عبدالرحمن، التناسب في القرار الإداري، دارالكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2016، ص 19.

(10) تنص المادة (7) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) على أنه:

"1- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان.

2- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية:.....

ب – اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ".

(11) تنص المادة (63) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969) على أنه " لا يسال جزائيا من إرتكب جريمة ألجاته إليها ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمدا ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة اخرى وبشرط أن يكون الفعل المكون للجريمة متناسبا والخطر المراد اتقاؤه ولا يعتبر في حال ضرورة من أوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر".

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الفرنسي الجديد لعام (1994) في حالة الدفاع الشرعي بصورة صريحة[12]، وإستعمله المشرع المصري بصورة ضمنية عندما إستعمل مصطلح (يستلزم) للدلالة على التناسب في المادة (251) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة (1937) في إطار الدفاع الشرعي [13].

2- التعريف الفقهي لمبدأ التناسب التشريعي:

إختلف الفقه حول تحديد مفهوم التناسب ولم يتفقوا على تعريف جامع لهذا المبدأ، ولعل السبب في ذلك أن مبدأ التناسب من إبتداع القضاء الإداري ومن هذا القضاء إنتقل الى نطاق القانون الدستوري والقضاء الدستوري. حيث ظهرت رقابة التناسب في بادِئ الأمر في القضاء الإداري، وذلك عندما بسط مجلس الدولة الفرنسي رقابته على القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة، حيث يمارس القاضي الإداري رقابته بشكل كبيرعلى كل من ركن (الشكل والإختصاص والغاية) كون سلطة الإدارة في هذه الأركان مقيدة بدرجة كبيرة، وبالنسبة لركني (السبب والمحل) مع أنهما من العناصر التقديرية للإدارة ألا أن القضاء يمارس رقابته على ركن السبب بالتحقق من صحة السبب وسلامته والتكيف القانوني، وعلى ركن المحل للتحقق من مشروعيته. وعليه فإن لمبدأ التناسب مفهومين مختلفين في إطار كل من القانون الإداري والقانون الدستوري[14].

ففي إطار القانون الإداري: يعتبر التناسب من المبادئ الرئيسية في القانون الإداري والذي يمكن تحليله الى ثلاثة عناصر رئيسية، وهي القرار الصادر والحالة الواقعية والغاية المستهدفة منإتخاذ القرار[15]. وفي إطار هذا القانون نجد أن الفقهاء وبشكل عام يربطون بين سبب القرار ومحله لتعريف التناسب، فقد عرفه البعض بأنه " توافق الإجراء المتخذ مع سبب القرار "[16] .

وعرفه البعض الآخر بأنه " عندما يبسط القضاء الإداري رقابته على السبب في القرار الإداري فيما يتعلق بالمرحلة الثالثة فهو يتحقق مما إذا كان هنالك تناسب بين السبب والإجراء المتخذ، بمعنى التحقق في ما إذا كانت هذه الوقائع كافية لتبرير القرار المتخذ "[17].

وعرف أيضا بأنه " تحقيق التوافق بين سبب القرار ومحله أو هو إشتراط تطابق بين الوقائع الثابتة والإجراء المتخذ بشأنها"[18].

وفي إطار القانون الدستوري: ظهرت صورتان للتناسب وهما، التناسب في التشريع والتناسب الدستوري، نبينهما تباعا:

الصورة الأولى التناسب في التشريع: إختلف الفقه في تعريف مبدأ التناسب، فقد ربط البعض بين عنصري السبب والمحل في تعريفهم للتناسب، حيث عرفه البعض بأنه " مدى ملاءمة سبب التشريع مع محله، أي التوازن والتوافق بين الحالة القانونية أو الواقعية وحكمهما بالشكل الذي يحقق فيه غاية التشريع " [19].

(12) تنص الفقرة (5) من المادة (122) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد لعام (1994) على أنه " إذا كان هذا الفعل لازما تماما لهذا الغرض وكانت الوسائل المستخدمة في الدفاع متناسبة مع جسامة الجريمة ".

(13) تنص المادة (251) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة (1937) على أنه " لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعي أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصدا إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع. ومع ذلك يجوز للقاضي إذا كان الفعل جناية أن يعده معذورا إذا رأى لذلك محلا وأن يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة في القانون ".

(14) مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، بحث منشور في مجلة الحقوق في الكويت، العدد 1، السنة 41، 2017، ص 176؛ د. محمد ماهر أبو العينين، مصدر سابق، ص 48و53.

(15) د. كارين الدغيدي، القضاء الإداري ورقابة التناسب في القرارات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2019، ص 40.

(16) ماريا محمد نزار، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس،2001، ص 65.

(17) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 1999، ص 764.

(18) د. جورجي شفيق ساري، المبادئ العامة للقانون الإداري، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 1214.

(19) د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص 338.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

وعرفه البعض الآخر بأنه " مدى التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التي جعلت السلطة المختصة تفكر في إصدار تشريع معين لتنظيم وحكم هذه الحالة وبين محل أو موضوع التشريع ذاته، أي الأثر القانوني المراد تحقيقه من وراء إصدار مثل هذا التشريع"[20] .

وربط البعض الآخر بين وسيلة التشريع وغايته، فقد عرف التناسب بأنه " العلاقة بين الوسائل التي يختارها المشرع والغايات التي يتوخاها وراء تدخله "[21].

وعرفه آخرون بأنه " العلاقة بين الوسائل التي يختارها المشرع والغايات التي يتوخاها من وراء تدخله، أو العلاقة العادلة بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة أو العلاقة العادلة بين الوسائل المقيدة للحقوق والغرض المشروع "[22] .

عليه ومن خلال إستعراض التعريفات السابقة يتبين لنا أن الفقهاء إختلفوا في تحديد عناصر مبدأ التناسب التشريعي، فالبعض يعتمدون على عنصري السبب والمحل ومدى التقارب والتوافق بينهما لتعريف مبدأ التناسب، والبعض الآخر يعتمدون على عنصري الغاية والوسيلة، أي الإرتباط بين غاية التشريع ومعقولية ومنطقية الوسائل المستخدمة من قبل المشرع لغرض إصدار التشريع لتعريف مبدأ التناسب [23].

ويبدو لنا أن خير تعريف لمبدأ التناسب يكون من خلال الربط بين العناصر الثلاثة (السبب، المحل، الغاية)، ونتفق مع من ذهب الى أن التناسب لا يقتصر على التناسق والتوفيق ما بين كل من سبب التشريع ومحله وإنما بين سبب التشريع وغايته أيضا[24]، حيث أن كل واحد من تلك العناصر مختلف عن الآخر، فالسبب هو الحالة الواقعية أو القانونية التي وقعت ودفعت المشرع الى إصدار التشريع ينبغي أن يكون متناسبا متقاربا مع محله وهو الأثر القانوني المترتب عليه بإنشاء المراكز القانونية أوتعديلها أو إلغائها والذي بدوره ينبغي أن يهدف الى تحقيق المصلحة العامة وهي غاية التشريع، حيث أن كل تشريع يصدر يجب أن يهدف الى تحقيق جانب من جوانب المصلحة العامة وأن يكون هنالك أثر يترتب عليه بعد حدوث حالة واقعية أوقانونية دفعت الى إصداره، ويجب أن يكون هنالك علاقة على قدر كبير من التوفيق أو التقارب أو التناسب بين العناصر الثلاثة بحيث لا يرتب التشريع أثرا أقل أو أكثر الى حد كبير من السبب الذي دفع الى إصداره وأن لا يهدف إلا لتحقيق المصلحة العامة وذلك لأن الشعب مصدر السلطات ولايجوز سن قانون يتعارض مع حقوقه وحرياته الأساسية المنصوص عليها في الدستور[25] .

ولنا أمثلة كثيرة على عدم التوفيق بين سبب التشريع مع محله وغايته، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر القرار المرقم (1529) لسنة (1986) الصادر عن مجلس قيادة الثورة المنحل وهوكما معلوم يعتبر بمثابة قانون، حيث أعطى الحق للزوجة طلب التفريق إذا تخلف الزوج أوهرب من أداء الخدمة العسكرية وإعتبر التفريق في المرة الأولى طلاقا رجعيا، وإذا حكم بالتفريق مرة ثانية بسبب تكرار الزوج الهرب يعتبر الطلاق بائنا بينونة صغرى[26] .

---

(20) د. جورجس شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 16-17.
(21) د. وسام سليمان دله، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، ط1، جامعة الشارقة، 2014، ص 100-101.
(22) د. عصام العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية في جامعة الشارقة، المجلد 8، العدد 39، 2019، ص 243.
(23) د. أفين خالد عبدالرحمن و د. سيبان جميل، أسس مبدأ التناسب التشريعي وتطبيقاته في القضاء الدستوري المقارن، بحث منشور في (المجلة الأكادمية لجامعة نوروز)، ث 10، ذ. 3، 2020/ 2021، ص 190 و 191.
(24) مصطفى طه جواد الجبوري، التناسب بين المصلحة العامة والخاصة في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة الى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا/ قسم القانون في جمهورية العراق، 2020، ص 13؛ د. محمد حميد عبد، الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، 2014، ص 26.
(25) راجع المادتين (2) و (5) من الدستور العراقي لعام (2005).
(26) ينص القرار المرقم (1529) لسنة (1986) الصادر عن مجلس قيادة الثورة المنحل والمنشور بالوقائع العراقية (3081) في (20/ 1/ 1986) على أنه " استنادا الى احكام الفقرة (أ) من المادة الثانية والاربعين من الدستور. قرر مجلس قيادة الثورة بجلسته المنعقدة بتاريخ 1985/12/31 ما يأتي:
اولا – للزوجة طلب التفريق من زوجها اذا تخلف او هرب من اداء الخدمة العسكرية مدة تزيد على ستة أشهر أو هرب الى جانب العدو، وعلى المحكمة أن تحكم بالتفريق مع الاحتفاظ للزوجة بكامل حقوقها الزوجية.
ثانيا – يعتبر التفريق بموجب هذا القرار طلاقا رجعيا يجيز للزوج مراجعة زوجته اذا التحق بالخدمة العسكرية أو عاد من الهروب خلال مدة العدة.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

حيث يظهر من هذا القرار أن غايته ليست تحقيق المصلحة العامة ولا حتى مصلحة الزوجة وإنما تحقيق مصلحة النظام البائد، وأن أثره مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك بالتلاعب بأحكام الطلاق الذي قرره الدين الحنيف، وأن سبب إصدار هذا القرار لا يتناسب مطلقا مع محله أوغايته وذلك لجعل الحالة الواقعية وهي الهروب من الخدمة العسكرية سببا لترتيب أثر غير قانوني أو شرعي وهوإيقاع الطلاق وجعله رجعيا أو بائنا لا حسب الشرع وإنما حسب مشيئة المشرع هادفا الى تحقيق غرض غير مشروع وهو خدمة النظام البائد.

وعليه بناء على ما تقدم يمكن أن نعرف مبدأ التناسب التشريعي بأنه (مدى التوفيق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التي جعلت السلطة المختصة تصدر تشريعا معينا والوسائل التي يختارها المشرع لإصدار هذا التشريع، وبين محل أو موضوع التشريع ذاته وغايته).

الصورة الثانية: التناسب الدستوري: حيث عرف بأنه " التوافق بين أي نص سواء صدر في شكل قرار فردي أو لائحي أو في شكل تشريع كأداة قانونية تستخدمها الدولة في تنظيم موضوعات معينة، وبين حقوق وحريات الأفراد سواء المنصوص عليها في الدستور أو المتضمنة في المقومات والمبادئ الأساسية والقواعد والأحكام التي أتى بها الدستور "[27].

ومما تقدم يمكن القول أن مبدأ التناسب في المجال الدستوري يكون أوسع نطاقا في مجال التشريع، حيث أن التناسب في مجال التشريع يتمثل بالعلاقة والإرتباط بين السبب والمحل و(كذلك الغاية)، ولكن في المجال الدستوري يتمثل بتحقيق قدر معقول من الموازنة بين المصلحة العامة وحقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في صلب الوثيقة الدستورية [28].

3- تعريف مبدأ التناسب التشريعي لدى القضاء:

على الرغم من أن القضاء لم يعرف مصطلح التناسب، ألا أن هذا المصطلح ليس غريبا ودخيلا في أحكام القضاء[29].
فقد إستعمل القضاء العادي العراقي [30] والقضاء العادي المصري[31] مصطلح التناسب في العديد من القرارات بشكل صريح واضح وخصوصا في حالات تشديد العقوبة أو تخفيفها أوحالات الدفاع الشرعي، مما يدل على أن القضائين العراقي والمصري وعلى الرغم من عدم تعريفهما لمبدأ التناسب إلا أنهما قد طبقا هذا المبدأ في أحكامهما.

وقضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه " أن فكرة الجزاء جنائيا كان أم تأديبيا، تعني مجاوزة الحدود التي يجوز التسامح فيها. وكلما كان الجزاء مقررا لضرورة، ومتناسبا مع الأفعال التي أثمها المشرع أو منعها متصاعدا مع خطورتها كان موافقا للدستور"[32].

ثالثا – إذا كرر الزوج الهروب وحكم بالتفريق ثانية وفق أحكام هذا القرار، يعتبر التفريق في هذه الحالة طلاقا بائنا بينونة صغرى.
رابعا: يعمل بهذا القرار من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية".

(27) د. جورجي شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، مصدر سابق، ص 18.

(28)حسين جبر حسين الشويلي، الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون- الجامعة المستنصرية وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام، 2008، ص 28.

(29) د. دلشاد عبدالرحمن البريفكاني، مبدأ التناسب في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية/ دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2016، ص 48.

(30) يراجع قرار محكمة تمييز إقليم كردستان، العدد: 83/هيئة جزائية/1999، التأريخ: 1999/5/15، مشار إليه لدى: عثمان ياسين علي، المبادئ القانونية في قرارات محكمة تمييز إقليم كردستان-العراق، القسم الجنائي، ط1، منشورات إتحاد قضاة إقليم كردستان، أربيل، 2008، ص 102 وجاء في حيثيات القرار ما يأتي " وجد أن وقائع القضية تشير الى قيام المتهم..... بإطلاق طلقات نارية عديدة.... بإتجاه دار المشتكي أثر شجار آني مهددا إياه بإرتكاب جناية ضد نفسه وأفراد عائلته لذا تقرر تبديل الوصف القانوني للجريمة وجعله وفق المادة 431 عقوبات..... وحيث أن العقوبة لا تتناسب مع الوصف الجديد... لذا تقرر تخفيف العقوبة...".

(31) يراجع قرار محكمة النقض المصري، العدد: طعن جنائي رق 727، السنة 26 ق، التأريخ: 1 / 11/ 1956، مشار إليه لدى: د. دلشاد عبدالرحمن البريفكاني، مصدر سابق، ص 52 وجاء في حيثيات القرار ما يأتي "... عدم التناسب بين فعل الإعتداء وفعل الدفاع لا ينظر إليه إلا لمناسبة تقدير ما إذا كانت القوة التي أستعملت لدفع التعدي زادت عن الحد الضروي...."

(32) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، الصادر في (8/ 2/ 2004) في القضية رقم 146 لسنة 20 ق.د، المجموعة، الجزء الحادي عشر، ص 222، مشار إليه لدى: د. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 262.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

وفيما يتعلق بموقف القضاء الدستوري الفرنسي فقد إستعمل المجلس الدستوري الفرنسي عبارات عديدة عند ممارسته الرقابة على عدم التناسب، من هذه العبارات التفاوت الواضح، أوعدم التناسب الذي لا يوجد ما يبرره، أو الخطأ الواضح، أو عدم التناسب المبالغ فيه، وقضى المجلس الدستوري الفرنسي بعدم دستورية الغرامة الضريبية بسبب إخفاء دخل الممول عندما تنطوي على عدم تناسب ظاهر. ومارست المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان رقابة التناسب عند توقيع الجزاءات التي تمس الحريات الفردية والمنصوص عليها في الإتفاقية الأوروبية لحقوق الأنسان، كما أصدر المجلس الأوروبي التوصية المرقمة (192 لسنة 1992) والتي جاءت فيها ضرورة مراعاة التناسب بين الجريمة المرتكبة والعقوبة المفروضة في حالات توقيع العقوبات الجزائية [33].

الفرع الثاني: تمييزمبدأ التناسب التشريعي عن أبرز المفاهيم القانونية القريبة منه في نطاق القانون الدستوري

سنقوم في هذا الفرع بتمييز التناسب عن المصطلحات القريبة منه في نطاق القانون الدستوري، وذلك على النحو التالي:

أولا: تمييز التناسب عن التوازن

التوازن في اللغة: " من وزن (وزن) وهو وزن الثقل والخفة، يقال: أوزن من هذا، وأوزن بين الشيئين موازنة وزانا ساوى وعادل "[34]. ويقال " وازن الشيء بالشيء بمعنى ساواه في الوزن وتوازنا " [35].

وفي الإصطلاح يعرف التوازن بأنه " إستحداث حالة ثالثة بين حالتين موجودتين والتي تبدو كنتيجة توفيقية أوتنسيقية بينهما، كونهما متعارضتين ومتناقضتين لبعضهما البعض من دون إلغاء أي من الحالتين الموجودتين سلفا، بل يخفف من حدة التعارض أو التناقض القائم بينهما "[36].

والتوازن مبدأ دستوري حيث أشار إليه الدستور العراقي في العديد من مواده بمفهوم المخالفة أو بشكل غير مباشر وذلك في تكوين الدولة الإتحادية وعلاقة السلطات الإتحادية ببعضها البعض والعلاقة بين السلطات الإتحادية وسلطات الأقاليم، ومن هذه المواد، المادة (1) من الدستور بخصوص طبيعة نظام الحكم و شكل الدولة والتعددية، والمادة (47) الخاصة بممارسة السلطات العامة الاتحادية تشريعية وتنفيذية وقضائية اختصاصاتها ومهامها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات، والمادة (65) الخاصة بتشكيل مجلس الإتحاد، والمادة (93) المتعلقة بإختصاصات المحكمة الإتحادية وخصوصا في الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقالم، والمادة (126) الخاصة بتعديل الدستور. (مع ملاحظة مهمة أن هذا التوازن تم إنتهاكه في الواقع العملي، ومن الجانب القانوني لم يصل الى مستوى التوازن المطلوب لدولة إتحادية). والمشرع الدستوري الفرنسي بعد الثورة الفرنسية ولهدف إنتهاء الإستبداد كان يفضل نموذج الفصل الجامد بين السلطات، لكن الفرنسيون أدركوا بعد ذلك خطأ هذا المنهج وتخلوا عنه في الوثائق الدستورية اللاحقة وأسسوا نموذج التعاون والتوازن النسبي في دستوري 1946 و 1958[37].

وعليه فإن الفرق بين التناسب والتوازن جوهري، حيث أن التوازن يتطلب المساواة التام الكلي بين شيئين ولا يتطلب التقارب بينهما، بينما التناسب يتطلب التقارب والتوفيق بينهما، فالعلاقة بين التناسب والتوازن كالعلاقة بين العدل والعدالة، من حيث أن العدالة فكرة نسبية، بينما يكون العدل فكرة مطلقة. وعليه فقد أحسن المشرع وخصوصا المشرع الجزائي عندما إستخدم مصطلح التناسب بدلا من مصطلح التوازن في إطار التجريم والعقاب وكذلك الإباحة، لأنه لا يمكن تحقيق التوازن الكلي التام ما بين حماية الحقوق والحريات الشخصية للأفراد وما بين حماية المصالح والقيم الإجتماعية والجوهرية للمجتمع من جهة وما بين المنافع التي تعود للفرد في إستعمال حقه والأضرار التي يصيب الغير، أو بين مصلحة المعتدي والمعتدى عليه من جهة أخرى[38].

---

(33) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط6، دار الشروق، القاهرة، 2006، ص 182-183.

(34) إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد النجار، مصدر سابق، ص 1029.

(35) أبو القاسم بن محمد بن عمر الخوارزمي، أساس البلاغة، ج1، دار الفكر العربي، بيروت، 1979، ص 674.

(36) د. يوسف مصطفى رسول، التوازن في الإجراءات الجزائية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، القاهرة، 2017، ص 25.

(37) د. علاء إبراهيم محمود الحسيني، توازن السلطات العامة في دستور 2005، منشور على الموقع التالي:
https://annabaa.org/arabic/rights/26764، تأريخ الزيارة: 20 / 12 / 2021. ويراجع المواد (1 و 47 و65 و 93 و 126 من الدستور العراقي لعام 2005).

(38) د. دلشاد عبدالرحمن البريفكاني، مصدر سابق، ص 120- 121، وقد أشار في تأيديه لهذا الرأي الى المواد (39، 40، 41، 42 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ثانيا: تمييز التناسب عن المساواة:

المساواة في اللغة: " مأخوذ من فعل سوى، وتجمع على أسواء، وسواسية، وسواس، وكلها أسماء جمع، وسواء الشيء مثله، ويأتي بمعنى العدل[39].

وفي الإصطلاح القانوني يعرف المساواة بمفهومه الحديث بأنه " معاملة الأفراد الذين تتماثل مراكزهم القانونية معاملة متساوية من دون تمييز بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أوالعقيدة أو الوضع الإجتماعي أو السياسي أو الإقتصادي أو أي سبب آخر أو وضع آخر سواء أكان ذلك في مجال إكتساب الحقوق وممارستها، أو تحمل الإلتزامات وأدائها "[40].

المساواة مبدأ دستوري أشارت إليه الدساتير المقارنة بصيغ مختلفة، حيث أشارت إليه الدستور العراقي لعام (2005) في المادة (14) تحت تعبير (متساوون)، والدستور المصري لعام (2014) تحت تعبير (سواء) وكذلك (متساوون) في المادة (53)، والمادة (2) من الدستور الفرنسي لعام (1958) تحت تعبير (المساواة). مع ملاحظة مهمة أن المساواة الموجودة في هذه النصوص ليست مساواة فعلية يتساوى فيها المواطنون مهما كانت مراكزهم القانونية، وإنما مساواة قانونية، وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه " أن المساواة المنصوص عليها في المادة (40) من الدستور (الأسبق)، لا تعني أنها مساواة فعلية يتساوى بها المواطنون أيا كانت مراكزهم القانونية، بل مساواة قانونية رهينة بشروطها الموضوعية التي ترتد في أساسها الى طبيعة الحق الذي يكون محلا لها وما تقتضيه ممارسته من متطلبات، ذلك أن المشرع يملك بسلطته التقديرية لمتطلبات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون، بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتماثل مراكزهم القانونية..."[41].

ويلا حظ أيضا أن المساواة المنصوص عليها في هذه المواد وغيرها من المواد الأخرى سواء في التشريعات الدولية أو الوطنية لا تعني المساواة الحسابية المطلقة لأن هذه المساواة وبسبب إختلاف طبائع وغايات وميول البشر أمر يكون تحقيقه مستحيلا[42]. وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن " مبدأ المساواة وعلى جرى به قضاء هذه المحكمة ليس مبدأ تلقينيا جامدا، ولا هو بقاعدة صماء تنبذ صور التمييز جميعا، ولا كافلا لتلك الدقة الحسابية التي تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء....."[43].

وفيما يخص الفرق بين التناسب والمساواة يمكن القول أن الأول جزء من الثاني، وأن تحقيق التناسب بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في التشريع يعد أمر جوهريا وأساسيا لتحقيق المساواة في التشريع، فمثلا تحقيق التناسب في سياسة التجريم والعقاب يعد أمرا أساسيا لتحقيق المساواة في القانون الجنائي. مع الملاحظة أن التناسب الذي يحققه المشرع لا يعني بأي حال من الأحوال تحقيق المساواة المطلقة وذلك لإختلاف المراكز القانونية من جهة وإختلاف الوسائل التي يتبعها المشرع لتحقيق غايات التشريع والمتمثل بالمصلحة العامة من جهة أخرى. وبعبارة أوضح فإن المساواة تتطلب تناسبا مطلقا ولا تتطلب مساواة حسابية مطلقة، بمعنى أن التناسب يقتضي إعطاء معاملة واحدة لسائر المراكز القانونية المتماثلة وذلك تمشيا مع الغرض من القانون والمصلحة العامة، فإذا تحقق ذلك (أي تحقق إعطاء هذه المعاملة الواحدة) تحقق المساواة بمعناها الضيق، وبذلك فإن للتناسب دور مهم في تحقيق التوازن أو التوفيق بين حقوق وحريات الأفراد من جهة، والمصلحة العامة من جهة أخرى[44].

(39) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983، باب حرف السين، ص 323؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، ط4، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، 1968، ص 134.
(40) د. هاني يونس أحمد الجوادي، مبدأ المساواة في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2022، ص 70.
(41) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصربتأريخ (19 / 5 / 1990) في القضية رقم 37 لسنة 9 ق.د، المجموعة، الجزء الرابع، ص 256، مشار إليه لدى: د. عبير حسين السيد حسين، مصدر سابق، ص 300- 301.
(42) محمد مقبل سالم العندلي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري في مجالي الحريات العامة والتأديب الوظيفي (مقارنة بالتشريعات الفرنسية والمصريي)، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، ص 89.
(43) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصربتأريخ (13 / 2 / 2005) في القضية رقم 5 لسنة 22 ق.د، المجموعة، الجزء الحادي عشر، ص 3164، مشار إليه لدى: د. عبير حسين السيد حسين، مصدر سابق، ص 302.
(44) عباس عبدالرزاق مجلي السعيدي، ضوابط إستحداث النص الجزائي الخاص (دراسة تحليلية – مقارنة)، رسالة مقدمة الى مجلس فاكلتي القانون- جامعة سوران – وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام، 2016، ص 78؛ مصطفى طه جواد الجبوري، مصدر

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ثالثا: تمييز التناسب عن السلطة التقديرية للمشرع والملاءمة في مجال التشريعات:

إن رقابة التناسب هي إحدى الوسائل القانونية أو الأدوات التي من خلالها بسط القضاء الدستوري رقابته على السلطة التقديرية للمشرع وذلك على أساس أن القضاء الدستوري يستعين بوسيلة التناسب للتأكد من الإرتباط المنطقي بين محل التشريع وغايته بإعتبار أن التشريعات التي تسنها المشرع ترمي الى تحقيق غايات معينة[45] .

ونتفق مع من ذهب الى تعريف السلطة التقديرية للمشرع بأنها " حرية المشرع في المفاضلة بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها وفق تقديره لتنظيم موضوع محدد أو مسألة معينة "[46] .

وذهب البعض الى أن السلطة التقديرية للمشرع تقوم على العناصر التالية [47]:

1- حرية الإختيار بين البدائل المتاحة: حيث أن السلطة التقديرية للمشرع تجد سندها في سكوت نصوص الدستور عن إلزام المشرع بإتخاذ طريق أو مسلك معين بذاته، وإقراره له بالإختيار بين طرق أو بدائل أو وسائل متنوعة كلها موافقة للدستور ولا تخالفه، والغرض من ذلك كله تمكين المشرع من القيام بأعبائه بما يحقق الصالح العام على أحسن وجه.

2- إتفاق أغراض التشريع مع أهداف الدستور: يجب أن يكون التشريع متلائما ومتوافقا مع روح الدستور وما إستهدفه الدستور من مقاصد وما أراد تحقيقها من غايات، وعليه فإن المصلحة العامة تعتبر قيدا غائيا على سلطة المشرع العادي، فإذا أخفى المشرع غرضا غير مشروع فيما سنه من قواعد قانونية، يجب الحكم بمخالفته للدستور حتى وإن كان المشرع في سنه لذلك القانون أو تنظيمه لتلك المسألة يعمل في نطاق سلطته التقديرية.

3- التناسب بين الإجراء والغرض: لا يكفي أن يكون الإجراء المتخذ من قبل المشرع متوافقا متناسقا مع محله فقط، وإنما يجب أن يكون الإجراء متوافقا مع الغرض منه، بمعنى يجب أن يكون الغاية من الإجراء ضمان وتكريس وتعزيزحقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية والمنصوص عليها في صلب الوثيقة الدستورية.

وعليه يتبين أن التناسب أحد العناصر المكونة للسلطة التقديرية، وأنه (أي التناسب) يعد عنصرا مهما من عناصر هذه السلطة وذلك كله من خلال إيجاد نوع من التوافق عند إتخاذ الإجراء بين حماية المصلحة العامة المتمثلة بالمصالح الإجتماعية والقيم العليا للمجتمع والمصلحة الخاصة والمتمثلة بضمان وإحترام حقوق وحريات الأفراد والمنصوص عليها في الدستور[48].

ويقصد بالملاءمة في مجال التشريعات " توافق التشريع مع توقيت صدوره، والظروف الإجتماعية والسياسية التي يصدر فيها. وتكون الملاءمة إذن عبارة عن علاقة بين الأداة القانونية وظروف أستخدامها وإستعمالها "[49] .

والملاءمة هو أكثر المفاهيم القانونية التي تثير تداخلا وخلطا مع مفهوم التناسب، حيث أن المصطلحين قد يستخدمان في الكثير من الأحيان كمترادفين[50] . وقد خلط الكثير من الفقهاء القانون الإداري بين مفهومي التناسب والملاءمة، وبين رقابة التناسب ورقابة الملاءمة، فقد ذهب البعض الى أن تناسب الجزاء الإداري مع المخالفة الإدارية يعني الملاءمة، ولايزال هذا الخلط وعدم التمييز موجودا في العديد من دراسات الفقه الإداري القديمة منها وحتى الحديثة، فالبعض ذهب الى تعريف الملاءمة بأنها (التناسب بين

سابق، ص 49- 50؛ د. هاني يونس أحمد الجوادي، مصدر سابق، ص 106؛ د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط1، دار الشروق، القاهرة، 1999، ص 486- 487.

(45) د. عماد محمد محمد أبوحليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 665.

(46) بالجيلاني خالد، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2016- 2017، ص 39.

(47) بن شهرة العربي، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، بحث منشور في مجلة المعيار في الآداب والعلوم الإنسانية والإجتماعية والثقافية، مجلة دورية محكمة تصدرها المركز الجامعي تيسمسيلت، العدد الثاني، 2018، ص 51 و 52.

(48) مصطفى طه جواد الجبوري، مصدر سابق، ص 45.

(49) د. محمد ماهر أبو العينين، مصدر سابق، ص 53.

(50) د. خليفة سالم الجهمي، مصدر سابق، ص 98.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الإجراء وأسبابه)[51] . ومما يزيد هذا الخلط أن مفهوم التناسب في معناه اللغوي يقترب من مفهوم الملاءمة، حيث أن الملاءمة في اللغة " لاءم، وملاءمة الشيء بمعنى أصلحه وجمعه، ولاءم الشيء أي وافقه ولاءم بين الخصوم بمعنى أصلح بينهم " [52]. وقد تبين لنا ومن خلال التعريف اللغوي لمفهوم التناسب أنه وفي أحد معانه يأتي بمعنى الملاءمة مما يزيد الخلط بين المفهومين، حتى أن القضاء قد خلط بينهما في العديد من القرارات نذكر منها على سبيل المثال قرار لهيئة إنضباط موظفي الإقليم حيث جاء فيه " لدى التدقيق والمداولة..... وجد أن المدعي..... يطلب إلغاء الأمر الإداري..... المتضمن توجه عقوبة الإنذار إليه.... وبما أن للمدعى عليه.....إضافة لوظيفته صلاحية إصدار القرارات بحق منتسبي الجامعة عند إخلالهم بأداء أعمالهم إلا أن سلطته في هذا المجال تقديرية وليست مطلقة وتخضع لرقابة القضاء وحيث لهيئة الإنضباط في الإقليم مراقبة ملائمة العقوبة المفروضة مع الفعل المرتكب والتي ينبغي أن تتناسب مع جسامة المخالفة.... وبما أن عقوبة الإنذار لاينسجم مع عدم إلتزام المدعي بمراقبة الإمتحانات....قررت الهيئة تخفيفها الى عقوبة لفت النظر.....[53] .

ويلاحظ من القرار المذكور أعلاه أن هيئة الإنضباط لم تميز بين مفهوم الملاءمة والتناسب وإنما إستعملهما كمرادفين، حيث ربط في رقابته لملاءمة قرار فرض العقوبة بين سبب القرار(المخالفة وبين محل القرار (العقوبة)، وإستخدم بعد ذلك تعبير التناسب مما يدل على عدم التمييز بينهما[54] .

وفيما يتعلق بتمييز التناسب عن الملاءمة، وكما ذكرناه سابقا أن معظم فقهاء القانون الإداري يذهبون الى أن التناسب هو العلاقة بين سبب القرار ومحله، بمعنى أنه ينبغي أن يكون السبب متناسبا مع المحل، أي أن الملاءمة وفي التناسب يكون محصورا بين ركني السبب والمحل[55] . ولكن الملاءمة تنصرف الى " توافق العمل القانوني مع ظروف المكان والزمان والإعتبارات المحيطة بإصداره من كافة جوانبه " [56]. وعليه فالملاءمة تستغرق التناسب، فهي أوسع منه، وأن التناسب جزء من أجزاء الملاءمة[57] ، حيث أن التناسب يكون مقتصرا على جانب معين من الجوانب العدة والتي تقوم عليها الملاءمة، فهو إحدى جوانب الملاءمة والمتمثلة بالتوفيق بين السبب والمحل ليس كلها، أي أن التناسب جزء من جوانب الملاءمة في القرار الإداري[58] .

وفي المجال الدستوري فإن الإتجاه السائد في الفقه يذهب الى أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين لا تتعدى حدود رقابة المشروعية الى رقابة الملاءمة، بمعنى أن القضاء إذا باشر رقابة الملاءمة فإنه بذلك يتعدى على إستقلال المشرع[59] .

وبناءا على ذلك ينازع الفقه الدستوري إتجاهين فيما يتعلق برقابة الملاءمة على السلطة التقديرية للمشرع:

لإتجاه الفقي المعارض لرقابة الملاءمة على السلطة التقديرية للمشرع:

ذهب جانب من الفقه الى عدم إمتداد الرقابة القضائية في تقدير ملاءمة التشريع، حيث أن التشريع هو الوظيفة الأصلية للمشرع، وأن من أخص مظاهر سلطته التقديرية هي تقدير ملاءمة التشريع ومدى صلاحيته للمجتمع، والقول بعكس ذلك يعد عدوانا وتدخلا في أعمال المشرع وإهدارا لمبدأ الفصل بين السلطات. علاوة على ذلك أن القول والسماح بهذه الرقابة يؤدي الى تخلف التشريع عن

(51) د.علي يونس إسماعيل، القاضي الإداري بين المشروعية والملاءمة، ط1، دار القارىء للطباعة والنشر، لبنان، 2018، ص 216؛ فتيتي صفاء، الرقابة القضائية على التناسب في الجزاءات التأديبية، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة خضير بسكرة، 2013/ 2014، ص 30؛ د. محمد سيد أحمد محمد، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية مع التطبيق على ضباط الشرطة والموظف العام (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، الأسكندرية، 2008، ص 367.

(52) المنجد في اللغة والإعلام، مصدر سابق، ص 709.

(53) قرار هيئة إنضباط موظفي الإقليم، رقم القرار (99 /الهيئة الإنضباطية/ 2014)، التأريخ (2014/11/2)، مشار إليه لدى: القاضي. د. عثمان ياسين، الدعوى الإدارية في العراق وإقليم كوردستان، ط1، مطبعة شهاب، أربيل، 2018، ص147- 148.

(54) هنالك العديد من القرارات الأخرى في القضاء الفرنسي والمصري بهذا الخصوص حيث خلطت المحكمة بين الملاءمة والتناسب لم نذكرها لعدم الإطالة. وللمزيد من هذه القرارات يراجع: د. عبدالغني بسيوني، القضاء الإداري، ط3، منشأة المعارف، الأسكندرية، ص646 وما بعدها.

(55) د. علي يونس إسماعيل، مصدر سابق، ص 219؛ د. نكتل إبراهيم عبدالرحمن، مصدر سابق، ص 29.

(56) د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 164.

(57) د. خليفة سالم الجهمي، مصدر سابق، ص 101.

(58) فتيتي صفاء، مصدر سابق، ص 33.

(59) د. عبد المنصف عبد الفتاح إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 25.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

مسيارة المستجدات والتطورات الحاصلة في المجتمع بمختلف جوانبه السياسية والإقتصادية والإجتماعية، ويؤدي بالنتيجة الى جمود التشريع[60].

الإتجاه الفقي المؤيد لرقابة الملاءمة على السلطة التقديرية للمشرع:

ذهب جانب من الفقه الى القول بموجوب رقابة الملاءمة على السلطة التقديرية للمشرع، حيث أن المشرع وإن كان يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فإن هذه السلطة يجب أن تمارس في إطار الضوابط المحددة لها دستوريا، وهذا ما يستوجب إخضاعها للرقابة القضائية، والقول بعكس ذلك يعني إستبداد وتحكم المشرع وخروجه عن المشروعية القانونية والدستورية على حد سواء[61].

وعلى الرغم من أن القضاء الدستوري أقر بالسلطة التقديرية للمشرع في قرارات عدة، من ذلك قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر، حيث قضت هذه المحكمة بأنه " كلما إستقام الجزاء على قواعد يكون بها ملائما ومبررا فإن إبدال المحكمة الدستورية العليا لخياراتها محل تقدير المشرع في شأن تقرير جزاء أو تحديد مداه لا يكون جائزا دستوريا " [62]. وفي فرنسا حرص المجلس الدستوري الفرنسي على التذكير بإحترامه لخيارات المشرع العادي، سواء أكان ذلك في عدم تصدي هذا المجلس لمدى ملاءمة التشريع أو مناقشة بواعثه وضرورة سنه [63]. ومن أمثلة ذلك ما ذهب إليه المجلس في قضائه الصادر بتأريخ (15 يناير 1975) بخصوص حق الإجهاض، حيث جاء في الحكم أن الحق في الحياة لا يعد محددا، ولا يوجد ثم تعارض بينه وبين إقرار المشرع لإباحة الحق في الإجهاض، وحرية المشرع العادي لإختيار الطريقة الملائمة لوضع المبدأ الدستوري (الحق في الحياة) موضوع التنفيذ، طالما لم يصل في تقديره الى إهدار هذا المبدأ الدستوري[64]. وأقر القضاء الدستوري العراقي والمتمثل بالمحكمة الإتحادية العليا لخيارات المشرع التشريعية، ففي قضية تتلخص وقائعها بالطعن بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (74) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959/ المعدل بخصوص الوصية الواجبة، قضت هذه المحكمة بأنه ".... لم تجد المحكمة في النص المتقدم ما يشير الى عدم جواز منح التقدم للوصية الواجبة على غيرها من الوصايا..... وإن تقديم الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا خيار تشريعي ثبت المشرع فيه حق الحفيد في الحصول على نصيبه من تركة جده أو جدته (عند وفاة أبيه أو أمه) قبل وفاة الجد أو الجدة على أن لا تتجاوز حصته ما يزيد ثلث التركة بموجب الفقرة الأولى من المادة (74) من قانون الأحوال الشخصية النافذ ومنحتها الفقرة الثانية من نص المادة (74) المشار إليها (والتي طعن بها المدعي) حق التقدم على بقية الوصايا في الإستفاء تحقيقا للعدالة التي جاءت بها العدالة السمحاء ولما تقدم تكون دعوى المدعي فاقدة لسنديها الشرعي والقانوني الأمر الذي يستوجب ردها....."[65]. حيث يستخلص من هذا القرار أن القضاء قد أقر بالسلطة التقديرية للمشرع وذلك عندما إعترف بالخيار التشريعي المذكور في القرار للمشرع العادي، مقرا في ذلك له (للمشرع العادي) بسلطته التقديرية بتنظيم الوصية الواجبة و تقديمها على غيرها من الوصايا تحقيقا للعدالة السماوية وذلك بعدم حرمان الحفيد من الميراث عند وفاة أبيه أو أمه قبل وفاة الجد أو الجدة، مقرا و معترفا بالسلطة التقديرية للمشرع في تنظيم هذه المسألة (الوصية الواجبة) وإعطاء الحفيد نصيبا معينا من تركة الجد أو الجدة على أن لا تتجاوز ثلث التركة ولا تتجاوز بأي حال من الأحوال نصيبة في التركة[66].

---

(60) يراجع في ذلك: د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، مصدر سابق، ص 338 – 340؛ د. عادل الطبطباني، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، جامعة كويت، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، ص 418 وما بعدها؛ د. عبدالحميد المتولي، الوسيط في القانون الدستوري، ج1، دار الطالب للنشر والثقافة الجامعية، الأسكندرية، 1956، ص667- 670.

(61) د. عماد محمد محمد أبو حليمة، مصدر سابق، ص 600.

(62) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، رقم القضية: 42 لسنة 18 ق دستورية، التأريخ: 5/ 7/ 1997، مشار إليه لدى: د. علي حمزة عسل الخفاجي، مصدر سابق، ص 214.

(63) د. عماد محمد محمد أبو حليمة، مصدر سابق، ص 216.

(64) د. علي حمزة عسل الخفاجي، مصدر سابق، ص 210.

(65) حكم للمحكمة الإتحادية العليا في العراق، رقم القرار: 121/ إتحادية، إعلام/ 2013، تأريخ القرار: 5/ 5/ 2013، منشور في الموقع الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا في العراق، رابط الموقع: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php، تأريخ الزيارة: 23/ 4/ 2023.

(66) تنص المادة 74 من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل على أنه "

1- اذا مات الولد، ذكرا كان ام انثى، قبل وفاة ابيه اوامه، فانه يعتبر بحكم الحي عند وفاة اي منهما، وينتقل استحقاقه من الارث الى اولاده ذكورا كانوا ام اناثا، حسب الاحكام الشرعية، باعتباره وصية واجبة، على ان لا تتجاوز ثلث التركة.

2- تقدم الوصية الواجبة بموجب الفقرة 1 من هذه المادة على غيرها من الوصايا الاخرى في الاستيفاء من ثلث التركة". علما بأن المادة (74) وبموجب المادة (24) من قانون رقم (15) لسنة 2008 (قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل) الصادر من برلمان كوردستان – العراق تم وقف العمل بها وحل محلها ما يلي:

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

يبدو لنا وفيما يتعلق برقابة التناسب على السلطة التقديرية للمشرع أن هذه الرقابة أمر لابد منه، ويجد هذه الرقابة سندها قبل كل شيء في مبدأ المشروعية، تلك المبدأ التي تعد مبررا للأخذ بمبدأ التناسب التشريعي، حيث أن الدراسة وفي المطلب الأول منه قد إنتهى بنيجة مهمة ألا وهي أن خير تعريف لمبدأ التناسب التشريعي يكون من خلال الربط والتنسيق بين العناصر الثلاثة (السبب والمحل والغاية).

بعبارة أدق عندما تراعي السلطة المختصة بإصدار التشريعات (السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية في أحوال الضرورة وغيرها) التناسب بين عناصر التشريع والوسائل المتبعة في إصداره فإنها تكون بذلك مارست سلطاتها في إطار المشروعية الدستورية والقانونية، حيث أن التناسب بين سبب التشريع والأثر المترتب عليه وبين الغاية من ذلك التشريع ألا وهي تحقيق الصالح العام، يؤدي بالنتيجة الى الإلتزام بمبدأ المشروعية ويعد ذلك ضمانا للشرعية الدستورية، وفي ذلك ترسيخ لدولة القانون، وحسن قيام المؤسسات الدستورية. وبعكسه إن إهدار هذا التناسب يعد إعتداءا على مبدأ المشروعية وخروجا عن الشرعية الدستورية فلا بد من وجود جهاز مختص ترجع بالسلطة التشريعة الى حدودها الدستورية.

أما فيما يتعلق برقابة الملاءمة على السلطة التقديرية للمشرع يبدو لنا أن الإعتراضات الموجه الى هذه الرقابة هي نفس الإعتراضات الموجه الى رقابة التناسب، حتى أن معظم الشراح حينما يبحثون رقابة التناسب والإعتراضات الموجه الى هذه الرقابة يتكلمون عن رقابة الملاءمة، ولعل السبب في ذلك هو وجود الخلط وعدم التمييز بين مفهوم التناسب ومفهوم الملاءمة، وإستعمال المفهومين كمترادفين في أغلب الأحيان. ولعل أبرز إعتراض على هذه الرقابة (رقابة الملاءمة) هو إحلال القاضي الدستوري إرادته محل المشرع العادي، وفي الحقيقة أن هذا الإعتراض مردود عليه، حيث أن القاضي الدستوري يراقب فقط تقدير المشرع ولا يحل تقديره محل تقدير المشرع العادي، حتى في حالة الحكم بعدم الدستورية فإن القضاء الدستوري لا يقوم بإصدار قانون جديد أو تعديل النص، وكل ما يقوم به الحكم بعدم الدستورية وإلغاء النص غير الدستوري ويعد ذلك من وظائفه الرئيسية، والقول بسلبه هذه السلطة لا يعني إلا تقيد يده ومنعه من ممارسة وظيفته الأساسية المنوطه به من قبل الدستور.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى يبدو لنا أن القضاء الدستوري وحينما يقوم بإجراء رقابة التناسب فإنه يدخل بشكل من الأشكال في مجال الملاءمة، حيث عرفنا و فيما يتعلق بتمييز التناسب عن الملاءمة، أن معظم الفقهاء يذهبون الى أن التناسب هو العلاقة بين سبب القرار ومحله، بمعنى أنه ينبغي أن يكون السبب متناسبا مع المحل، أي أن الملاءمة وفي التناسب يكون محصورا بين ركني السبب والمحل ولكن الملاءمة تنصرف الى " توافق العمل القانوني مع ظروف المكان والزمان والإعتبارات المحيطة بإصداره من كافة جوانبه، أي أن الملاءمة تستغرق التناسب، فهي أوسع منه، وأن التناسب جزء من أجزاء الملاءمة حيث أن التناسب يكون مقتصرا على جانب معين من الجوانب العدة والتي تقوم عليها الملاءمة، بمعنى أن التناسب يشير الى الصفة الداخلية بين بعض مكونات القرار الإداري أوعناصره وأركانه، فإنه واحد من الأمور العديدة إذا تم مراعاته وصف القرار بأنه قرار ملائم، حيث أن التناسب يعني توافق القرار مع السبب الداعي له (ومع غايته)، بينما الملائمة تعني توافق القرار مع جميع الظروف والعوامل المحيطة بإصداره من جوانبه. ومن هذا المنطلق فإن القاضي الدستوري عندما يقوم برقابة التناسب في نص معين أو تشريع محدد فإنه يدخل بشكل من الأشكال في رقابة ملاءمة التشريع ولكن في نطاق ضيق.

المادة (24): يوقف العمل بالمادة الرابعة والسبعين من القانون ويحل محلها ما يلي:- " 1- اذا اجتمع اولاد الاولاد مع الاولاد او اولاد اولاد الاولاد وان نزلوا يحلون محل والدهم المتوفي او والدتهم المتوفاة وينتقل اليهم ما يستحقه من الميراث لو كان على قيد الحياة على ان لا يزيد عن ثلث التركة اذا لم يرثوا ولم يعطهم الجد او الجدة ما يساوي استحقاقهم واذا اعطاهم الاقل يكمل من الوصية الواجبة. 2- تسري احكام الوصية الواجبة على اولاد الاخوة والاخوات ذكوراً كانوا او اناثاً وان نزلوا وعلى الزوجين اذا كانت الزوجة من اهل الكتاب. 3- للمورث حال حياته توزيع ماله على الورثة ذكوراً كانوا او اناثاً بالمساواة او ان يوصي بذلك على ان لا يزيد على ثلث التركة وباجازة البقية فيما زاد على الثلث.4- للمورث ان يوصي لوارثه بما لا يزيد على ثلث تركته. 5- إذا تزاحمت الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية تقدم الاولى على الثانية".

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المطلب الثاني: التكريس الدستوري لمبدأ التناسب التشريعي

إن رقابة التناسب ترد على السلطة التقديرية للمشرع، ويمكن القول في هذا الصدد أن المبادئ الدستورية تؤدي دورا فعالا في هذا الخصوص، وذلك بإلزام المشرع بمراعاة مبدأ التناسب، حيث أن الدستور لا يكفل حماية الحقوق والحريات بشكل مباشر فقط، وإنما يكفل ذلك بشكل غير مباشر أيضا، أي بطريقة غير صريحة، حيث أن الدستور قد تحتوي مبادئ عامة ترسم الإطار للمشرع في تنظيمه للحقوق والحريات بحيث يتقيد المشرع بتلك المبادئ عند تنظيمه لها[67].

عليه فإن التكريس الدستوري لمبدأ التناسب التشريعي يكون من خلال بيان مدى إحتواء الدساتير على مبدأ التناسب التشريعي و بناءً على ذلك نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول منه مبدأ التناسب التشريعي في الدستور الفرنسي لسنة (1958)، وفي الفرع الثاني مبدأ التناسب التشريعي في الدستور المصري لسنة (2014)، وفي الفرع الثالث مبدأ التناسب التشريعي في دستور جمهورية العراق لسنة (2005).

الفرع الأول: مبدأ التناسب التشريعي في الدستور الفرنسي لسنة (1958)

على الرغم من أن الدستور الفرنسي لعام (1958) لم ينص صراحة على هذا المبدأ، ألا أن هذا الدستور يعد مصدرا لمبدأ التناسب، حيث أنه ينبع من روح الدستور[68].

والمجلس الدستوري الفرنسي يعتبر رائدا في مجال إعمال الرقابة القضائية على التناسب في القوانين بالرغم من عدم وجود نص دستوري صريح يعطيه الحق في ذلك[69]. وهنالك العديد من قرارات المجلس الدستوري في هذا الخصوص من ذلك:

- قرارها بعدم دستورية نص يتضمن حرمان الأشخاص الذين ولدوا على إقليم فرنسا من حق إكتساب الجنسية الفرنسية في حالة إرتكابهم لبعض المخالفات، وقرر بأن جزاء الحرمان من الجنسية ينطوي على غلو لا يتناسب مع هذه المخالفات[70].

- و قرارها المرقم (132)لسنة (1981) و الصادر في (16/ يناير/ 1982) وبشأن قانون التأميم بعدم وجود خطأ واضح في التقدير من جانب المشرع في تقديره الضرورة الإقتصادية والتي دفعت الدولة الى تأميم عدد كبير من المشروعات التجارية والصناعية الكبرى، ولكنه وفي نفس الوقت قضى بعدم دستورية التعويض المعطى لأصحاب بعض هذه المشروعات و ذلك تأسيسا على عدم عدالته لكونه لم يكن مساويا للقيمة الحقيقية الكاملة لتلك المشروعات[71].

- و قرارها المرقم (378 لسنة 1996) والصادر بتأريخ (23/ يوليو 1996) بعدم دستورية نص قانوني يجمع بين جزاء جنائي و جزاء إداري عام من طبيعة مالية لعدم تناسب هذين الجزاءين مع المخالفة[72].

هذا ويلاحظ أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام (1789) والذي عده الدستور الفرنسي لعام (1958) جزء منه قد نص على العديد من الحقوق والحريات والتي يمكن أن تعد أساسا دستوريا لمبدأ التناسب في الدستور الفرنسي، حيث تنص المادة (5) منه على أنه " ليس للقانون حق في أن يحرم شيئا إلا متى كان فيه ضرر للهيئة الإجتماعية. وكل ما لايحرمه القانون يكون مباحا فلا يجوز أن يرغم الإنسان به[73].

(67) المصدر نفسه، ص 182-183.
(68) د. دلشاد عبد الرحمن البريفكاني، مصدر سابق، ص 38.
(69) د. خاموش عمر عبدالله، دور السلطات الثلاث في حماية الحقوق والحريات،ط1، منشورات زين الحقوقية، 2019، ص 263.
(70) قرار المجلس الدستوري الفرنسي، رقم القرار: 321، التأريخ: 20/ جولية / 1993، مشار إليه لدى: د. عماد محمد محمد أبو حليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 725 و 726.
(71) د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، مصدر سابق، ص 348.
(72) المصدر نفسه، ص 349.
(73) د. علي حمزة عسل الخفاجي، مصدر سابق، ص 163.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الفرع الثاني :مبدأ التناسب التشريعي في الدستور المصري لسنة (2014)

نصت المادة (92) من الدستور المصري لعام (2014) على أنه " الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلا ولا إنتقاصا. ولا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيدها بما يمس أصلها وجوهرها ".

يلاحظ على أن المشرع الدستوري المصري كان قريبا الى حد ما من المشرع الدستوري العراقي (والذي سنبحث موقفه في الفرع الثالث من هذا المطلب)، حيث أن الدستور المصري منع الإنتقاص من حقوق وحريات المواطنين وتعطيلها، كما ومنع تقيدها إلا إستثناءا وبشرط عدم المساس بأصلها وجوهرها[74].

يمكن القول أن لمبدأ التناسب أساس دستوري في الدستور المصري ويجد هذا الأساس سنده في حماية حقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في الدستور وبالتفصيل المذكور أعلاه، مما يمكن القول أن مبدأ التناسب في تلك الدولة يتجاوز قيمة المبادئ العامة للقانون ويحظى بقيمة دستورية، وهذ ما أكده القضاء الدستوري المصري من خلال بسط الرقابة على التناسب في العديد من التشريعات الصادرة وإصدار قرارات قضائية بعدم دستورية النصوص التي لا يتوافر فيها شرط التناسب، نذكر البعض منها على سبيل المثال:

- ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن " التنظيم التشريعي لحق من الحقوق يجب أن ترتبط نصوصه بأهدافها فيكون الإتصال بين الأغراض التي توخى المشرع تحقيقها والوسائل التي لجأ اليها إتصالا منطقيا وليس واهيا أو واهنا أو محتملا"[75].

- و قضت نفس المحكمة بعدم دستورية المادة (48/ 2) من قانون العقوبات المصري والتي تعاقب على جريمة الإتفاق الجنائي، حيث جاء في قرار المحكمة" إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن شرعية الجزاء جنائيا كان أم مدنيا أم تأديبيا مناطها بأن يكون متناسبا مع الأفعال التي أثمها المشرع أو حظرها أو قيد مباشرتها، فالأصل في العقوبة هو معقوليتها فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضا أو عاتيا، أو كان متصلا بأفعال لا يسوغ تجريمها أو مجافيا بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسبا مع خطورة الأفعال التي أثمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحرية الشخصية إعتسافا.....ولا وجه للمحاجة في هذا المقام بأن الفقرة الرابعة من المادة 48 المشار إليها تقضي بأنه إذا كان محل الإتفاق جناية أو جنحة معينة عقوبتها أخف مما نصت عليه الفقرة السابقة فلا توقع عقوبة أشد مما نص عليه القانون لتلك الجناية أو الجنحة، ذلك أن محل الإتفاق قد يكون إرتكاب جناية أو جنحة غير معينة بذاتها، وعندئذ توقع العقوبات الواردة في الفقرة الثانية من المادة وحدها، وهي تصل الى السجن خمس عشرة سنة أو الحبس ثلاث سنوات حسب الأحوال- ولا شك أنها عقوبات مفرطة في قسوتها تكشف عن مبالغة المشرع في العقاب بما لايتناسب والفعل المؤثم " [76].

الفرع الثالث: مبدأ التناسب التشريعي في دستور جمهورية العراق لسنة (2005)

نصت المادة (15) من دستور جمهورية العراق لعام (2005) على أنه " لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقا للقانون وبناءا على قرار صادر من جهة قضائية مختصة ".

وكذلك نصت المادة (46) من نفس الدستور حيث جاء فيها " لا يكون تقيد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أوتحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية "

يتبين من نص المادتين المشار إليهما أعلاه أن الدستور منع تقييد وتحديد ممارسة الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور إلا بقانون أو بناء عليه وكذلك بقرار صادر من جهة قضائية مختصة، وهذا من أهم الضمانات الموجودة في الدستور العراقي لحماية حقوق وحريات الأفراد.

(74) د. أفين خالدعبد الرحمن و د. سيبان جميل، مصدر سابق، ص 194.
(75) حكم المحكمة الستورية العليا في مصر، في القضية المرقمة (1 لسنة 18)، التأريخ (9/ 9/ 2000)، مشار إليه لدى: د. علي حمزة عسل الخفاجي، مصدر سابق، ص 271.

(76) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، في القضية المرقمة (114 لسنة 12 ق. د)، التأريخ (2/ 6/ 2001)، مشار إليه لدى: د. عبير حسين السيد حسين، مصدر سابق، ص 263.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

إلا أنه يلاحظ على المادة (46) والتي إعتبرها الشراح العراقيون أساسا دستوريا لمبدأ التناسب[77]، تعارضها الواضح مع المادة (15) والتي أوردناها أعلاه.

ويبدو لنا أن التعارض بين النصين يظهر من أن المادة (15) حظرت الحرمان من الحقوق الواردة فيها أو تقييدها إلا وفقا للقانون وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة، في حين أن المادة (46) حظرت تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أوتحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية.

والتعارض واضح بين النصين، حيث في الأول تقييد الحقوق لا يكون إلا بقانون وبقرار صادر من جهة قضائية، بينما في الثانية يجوز تقيد هذه الحقوق بقانون أو بناء عليه، وكلمة (بناء عليه) يعني جواز تقييد وتحديد الحقوق والحريات بقرارات إدارية صادرة من الجهة التنفيذية أو بأنظمة وتعليمات صادرة منها بشرط عدم مساسها بجوهر الحق والحرية، وكان الأجدر أن يكتفي النص بعبارة (بقانون) ولا يضيف العبارة الثانية إليها (بناء عليه) وذلك لعدم إتاحة الفرصة للسلطة التنفيذية المساس بالحقوق والحريات الدستورية تحت ذرائع مختلفة ودون وجود قرارات قضائية في ذلك فتنتهك بذلك الدستور، وتنتهك حقوق وحريات الأفراد الأساسية الواردة فيه أيضا. وعليه فإن نص المادة (46) من الدستور وفي هذا الخصوص بحاجة الى تعديل.

وأيا كان الأمر في التعارض الموجود بين المادتين، فإن وجود مثل هذه المواد وكما سبق ذكره يشكل ضمانة مهمة لحماية حقوق وحريات الأفراد، بحيث يجب أن تراعي السلطتان التشريعية والتنفيذية التناسب في فرض القيود عليها أو تحديدها، بيحث لا يكون ذلك إلا إستثناء وتحقيقا للمصلحة العامة، وبشرط عدم المساس بجوهرها. ويستطيع القضاء الفدرالي والمتمثل بالمحكمة الإتحادية العليا في العراق بوصفه الجهة المختصة بموجب الدستور بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة أن تقضي بعدم دستورية أي قانون أو نظام ماس بحقوق وحريات الأفراد لم يراع فيها مبدأ التناسب[78].

وتستطيع المحاكم الإدارية في الإقليم[79]، ومحكمة القضاء الإداري في العراق[80] أن تلغي أي قرار إداري ماس بحقوق وحريات الأفراد لا يتوافر فيها شرط التناسب بسبب عدم مشروعية ذلك القرار ومخالفته للقانون.

وفيما يخص النص صراحة على مبدأ التناسب في الدستور العراقي، يوجد رأيان، رأي يذهب الى أن الدستور قد نص صراحة على مبدأ التناسب[81].

ورأي آخر يذهب الى أن الدستور لم ينص على هذا المبدأ بشكل صريح، ولكن يستشف المبدأ من نص المادة (46) السابق ذكرها[82].

والباحث يميل الى الرأي الثاني دون الأول، والسبب في ذلك أن التناسب وفي إطار القانون الدستوري له صورتان وهما، التناسب في التشريع والتناسب الدستوري.

وقد عرفنا بأن التناسب الدستوري هو التوفيق والتلاؤم بين أي نص صادر من السلطات المختلفة في الدولة، سواء أكان هذا النص قد صدر في شكل قرار إداري أو في شكل تشريع ينظم موضوعات معينة في الدولة، وبين حقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في الدستور أو الموجودة في مقومات الدستور والمبادئ الأساسية والقواعد والأحكام التي أتى بها، وعليه يكون

(77) راجع في ذلك د. علي حمزة عسل الخفاجي، معايير الرقابة على دستورية القاعدة الجنائية في ضوء مبدأ الضرورة والتناسب، ط1، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2021، ص 165.

(78) راجع إختصاصات المحكمة الإتحادية العليا الواردة في المادة (93) من دستور جمهورية العراق لعام (2005).

(79) تنص المادة (13) من قانون مجلس الشورى لإقليم كوردستان العراق رقم (14) لسنة (2008) على أنه " تختص المحكمة الادارية بما يلي: أولاً: النظر في صحة الأوامر والقرارات الادارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الاقليم بعد نفاذ هذا القانون والتي لم يعين مرجع للطعن فيها بناء على طعن من ذي مصلحة محتملة وتكفي ان كان هناك ما يدعو الى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن".

(80) تنص المادة (5 / رابعا) من القانون المرقم (17) لسنة (2013)/ قانون التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة (1979) على أنه " رابعا ـ تختص محكمة القضاء الاداري بالفصل في صحة الاوامر والقرارات الادارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناءً على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعو الى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن".

(81) د. أفين خالدعبد الرحمن و د. سيبان جميل، مصدر سابق، ص 194.

(82) عباس عبدالرزاق مجلي السعيدي، مصدر سابق، ص 75.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الدستور قد نص بشكل ضمني على مبدأ التناسب، إذ أن الدستور حظر المساس بالحقوق الحريات الواردة فيه إلا بشكل إستثنائي و بناء على مقتضيات المصلحة العامة وبشرط عدم المساس بأصلها وجوهرها، فإذا ما إختل التناسب بين التشريع الصادر وبين حقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في الدستور أمكن وصف القانون الصادر بأنه غير دستوري.

وبناء على ما تقدم يكون للتناسب أساس دستوري في العراق ولكن بشكل غير صريح، ويا حبذا لو أخذ الدستور بمبدأ التناسب بشكل صريح وذلك بإيراد نص فيه يشترط التناسب في كل تشريع أو قرار إداري صادر.

ويمكن القول أن المشرع الدستوري المصري أنه كان أكثر دقة من المشرع الدستوري العراقي، حيث أن الدستور المصري وفي المادة (92) المذكورة سابقا قد إكتفى بذكر كلمة قانون، حيث جاء فيها لا يجوز لأي قانون.... ولم يرد في النص كلمة بناء على قانون، أو كلمة قرار أو ما شابه ذلك، وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على دقة المشرع المصري في هذا الخصوص حيث أن تقييد الحقوق والحريات وبموجب الدستور المصري يكون بقانون ولا يجوز التقييد بناء على قرارات صادرة من السلطة التنفيذية في هذا الشأن.

ومهما يكون من موقف المشرع الدستوري العراقي، فإن القضاء الدستوري العراقي والمتمثل بالمحكمة الإتحادية العليا قد بسط رقابة التناسب على التشريعات الصادرة، وأصدرت هذه المحكمة قرارات قضائية بعدم دستورية النصوص التي لا يتوافر فيها شرط التناسب، ومن ضمن تلك القرارات:

- قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق بعدم دستورية الفقرة (ب) من المادة (1/ ثالثا) من قانون رقم (26) لسنة (2009) قانون تعديل قانون الإنتخابات رقم (16) لسنة (2005) بعدم منح المكون الإيزيدي الحصة التي يستحقها قانونا، وجاء في قرار المحكمة "..... لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الإتحادية العليا، لوحظ أن عدد أعضاء مجلس النواب العراقي لعام 2005، حدد بنسبة مقعد واحد لكل مائة الف نسمة، وفقا لإحصائيات وزارة التجارة للمحافظات لعام 2005، مع إضافة نسبة النمو السكاني بمعدل (8,2 %) لكل محافظة سنويا، وقد منح المكون الايزيدي مقعدا واحدا ضمن (الكوتا) الممنوحة للأقليات تحتسب من المقاعد المخصصة لمحافظاتهم،.....وحيث أن المادة (14) من الدستور تنص على أن ((العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الإقتصادي أو الإجتماعي))، وأن تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين (م 16 من الدستور)، وحيث أن ما ورد في الفقرة (ب) من المادة (1/ ثالثا) من قانون تعديل قانون الإنتخابات رقم (26) لسنة (2009) يخالف مضامين المواد المتقدم ذكرها من الدستور، وحيث أن المادة (13/ ثانيا) من الدستور تنص على أنه لا يجوز سن قانون يتعارض مع أحكامه، ولما تقدم فإن حكم الفقرة (ب) من المادة (1/ ثالثا) من القانون رقم (26) لسنة (2009)، قانون تعديل قانون الإنتخابات رقم 16 لسنة 2005 حكم غير دستوري، عليه قررت المحكمة الحكم بعدم دستوريتها وبوجوب منح المكون الإيزيدي عددا من المقاعد النيابية يتناسب مع عدد نفوسه في انتخابات مجلس النواب العراقي لدورته القادمة لعام 2014....." [83].

يلاحظ على هذا القرار أن قانون تعديل قانون الإنتخابات رقم (26) لسنة (2009) لم يمنح المكون الإيزيدي المقاعد النيابية التي تتناسب مع عدد نفوسه، وذهبت المحكمة الإتحادية العليا أن عدم منح هذا المكون المقاعد النيابية التي تتناسب مع عدد نفوسه فيه خرق لنص المادة (14) من الدستور والتي تنص على أن (العراقيون متساوون أمام القانون)، وأن نص الفقرة (ب) من المادة (1/ ثالثا) من قانون رقم (26) لسنة (2009) قانون تعديل قانون الإنتخابات رقم (16) لسنة (2005) بعدم منح المكون الإيزيدي الحصة التي يستحقها قانونا يشكل مخالفة لمبدأ دستوري مهم ألا وهو مبدأ (تكافؤ الفرص)، مما دفعت بالمحكمة إصدار الحكم بعدم دستوريتها.

- وفي قرار آخر قضت هذه المحكمة بأنه "... 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 و مخصصات مجلس الوزراء،.... وبالنظر لوقوع تباين كبير في ما يخص رواتب موظفي وزارة الخارجية ذلك أنهم من الدرجات العليا ولكنهم يتقاضون رواتب أقل ممن هم أدنى درجة وظيفية منهم، فضلا عن أن رواتبهم هذه لا تتناسب مع مستوى المعيشية في البلدان التي يشغلون وظائف دبلوماسية فيها أسوة ببقية الدول الأخرى.....، وحيث أن القانون (27 لسنة 2011) قانون رواتب و

(83) قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق، رقم القرار (11/ إتحادية / 2010)، التأريخ (14/ 6/ 2010)، منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا في العراق، رابط الموقع: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php، تأريخ الزيارة: 24/ 4/ 2023.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

مخصصات مجلس الوزراء قد شرع دون إتباع السياقات المتقدمة والمشار إليها أعلاه لذا فأنه جاء مخالفا للدستور، قرر الحكم بعدم دستوريته وإلغائه..... " [84].

يلاحظ على هذا القرار، أن هنالك عددا من المعايير والتي يعتمد عليها في تحديد رواتب الموظف العام، ومن أهم تلك المعايير، المهام الوظيفية وطبيعة المجال الوظيفي ونوعية العاملين فيه والتدرج الوظيفي والمؤهلات العلمية والأعباء المعيشية، وأن وجود التناسب والتلاؤم بين المستوى المعيشي للموظف العام وراتبه يشكل معيارا مهما في تحديد راتب الموظف، وحيث أن القانون المرقم (27 لسنة 2011) قانون رواتب و مخصصات مجلس الوزراء قد شرع دون الأخذ بنظر الإعتبار المستوى المعيشية لموظفي وزارة الخارجية في البلدان التي يشغلون وظائف دبلوماسية فيها، قررت المحكمة الإتحادية العليا الحكم بعدم دستوريته وإلغائه.

المطلب الثالث: الشرعية الدولية ومدى إعتبارها أساسا للتناسب التشريعي

هنالك عدد من المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان تتضمن أهم الحقوق والحريات التي يجب أن يتمتع بها الفرد بوصفه إنسانا له كرامة وإحترام، ومن أبرز هذه المواثيق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهدان الدوليان (العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الإجتماعية والثقافية).

وحيث أن كرامة الإنسان تعتبر أساسا لحقوقه، فلا يجوز المساس بهذه الكرامة، وإنما يجب صيانتها وإحترامها، وينبغي لجميع الدول العمل من أجل ضمان حقوق الإنسان بغية تحقيق سلام وأمان المجتمع الإنساني[85] .

ويطلق فقهاء القانون الدولي العام على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين تسمية (الشرعية الدولية لحقوق الإنسان) لكونها تشكل شريعة عامة لحقوق الإنسان[86] .

ويثور التساؤل حول مدى إعتبار الشرعية الدولية لحقوق الإنسان أساسا قانونيا لمبدأ التناسب التشريعي بحيث يجب أن تتقيد به الدول عند سن تشريعاتها الداخلية، بمعنى آخر هل يمكن إعتبار المواثيق العالمية الخاصة بحقوق الإنسان أساسا لمبدأ التناسب التشريعي، بحيث تعلو هذه المواثيق على التشريعات الداخلية للدولة ويجب مراعاتها والإلتزام بها عند سن القوانين الوطنية؟.

على الرغم من أن هذا الموضوع له علاقة بموضوع علوية القانون الدولي على القانون الداخلي، وهذا الأخير ليس موضوع البحث والدراسة، وما يهمنا في هذا الصدد بحث ودراسة إعتبار هذه المواثيق أساسا لإلتزام المشرع الوطني بتنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم.

عليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الأول منه الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، وفي الثاني، مدى إعتبار الشرعية الدولية أساسا لمبدأ التناسب التشريعي.

(84) قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق، رقم القرار (24/ إتحادية / إعلام/ 2012)، التأريخ (25/ 2/ 2013)، منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا في العراق، رابط الموقع: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php، تأريخ الزيارة: 24/ 4/ 2023.

(85) د. سعدى محمد الخطيب، حقوق الإنسان وضماناتها الدستورية في اثنتين وعشرين دولة عربية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2011، ص 15 – 16.

(86) د. عماد محمد محمد أبوحليمة، مصدر سابق، ص 387؛ أ.م. د. علاء عبد الحسن العنزي و سؤدد طه العبيدي، مفهوم الحماية الدولية لحقوق الإنسان والمعوقات التي تواجهها، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (6)، العدد (2)/ السنة السادسة، (30 يونيو/ حزيران/ 2014)، مجلة علمية فصلية محكمة تصدرها جامعة بابل في العراق، ص 214.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الفرع الأول: الشرعية الدولية لحقوق الإنسان

تعرف الشرعية الدولية لحقوق الإنسان بأنها " الحقوق التي يتضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكولين الإختياريين، أو بمعنى آخر أنها دستور أو النظام الأساسي للقانون الدولي لحقوق الإنسان "[87].

إن الإهتمام بتنظيم وحماية حقوق وحريات الإنسان قد إنتقل من الجانب الوطني الى المجال الدولي، وكان الإيمان بحقوق الإنسان وحرياته تأثير واضح مما دفع بالجمعية العامة للأمم المتحدة الى إصدار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في (10/ ديسمبر/ 1948)[88].

هذا و يتألف الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من ديباجة و (30) مادة تحتوي على الحقوق والحريات الأساسية التي يجب أن يتمتع بها الإنسان (رجالا ونساء) دون تمييز، حيث نصت المادة الأولى من الإعلان على أنه " يولد جميع الناس أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق، وقد وهبوا عقلا وضميرا وعليهم أن يعامل بعضهم بعضا بروح الإخاء ".

وتنص المادة الثانية منه على أنه " لكلِّ إنسان حقُّ التمتُّع بجميع الحقوق والحرّيات المذكورة في هذا الإعلان، دونما تمييز من أيِّ نوع، ولا سيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدِّين، أو الرأي سياسيًّا وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أيِّ وضع آخر. وفضلاً عن ذلك لا يجوز التمييزُ على أساس الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي للبلد أو الإقليم الذي ينتمي إليه الشخص، سواء أكان مستقلاً أو موضوعًا تحت الوصاية أو غير متمتِّع بالحكم الذاتي أم خاضعًا لأيِّ قيد آخر على سيادته ".

والإعلان العالمي لحقوق الإنسان يطبق بشكل مستمر على المستوى العالمي وكذلك الإقليمي، كما أنه يعتبر بمثابة نموذج لتطبيق مجموعة من معايير حقوق الإنسان الأساسية في الدساتير والتشريعات الوطنية، وسببا رئيسيا وراء إعتماد أكثر من 70 معاهدة لحقوق الإنسان، وأنه حقّق رقما قياسيا على المستوى العالمي بكونه أكثر الوثائق التي تمت ترجمتها حول العالم[89].

وعليه فإن الإعلان أقر أصلا أو قاعدة عامة بكون الناس متساوين في الحقوق جميعا، حيث أنهم يولدون ويعيشون أحرارا، وقام بتعداد حقوق الإنسان كالحق في (الحياة والحرية، والمساواة أمام القانون، وحظر التعذيب، وحرمة الحياة الخاصة، وحق الزواج وتكوين الأسرة، والتعبير عن الرأي، والتملك، والخ....)[90].

ولأهمية الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والحقوق الواردة فيه فقد إعتمد عليه بعض الدساتير بكونه الإطار العام لتنظيم المشرع الدستوري للحقوق والحريات، من ذلك ما جاء في ديباجة الدستور المصري لعام (2014) " نكتب دستورا يفتح أمامنا طريق المستقبل، ويتسق مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي شاركنا في صياغته ووافقنا عليه ".

ومن جانب آخر فإن الكثير من الحقوق والحريات الواردة في الإعلان تم إعتماده من قبل المشرع الدستوري وذلك في الباب الخاص بالحقوق والحريات، مثال ذلك الدستور العراقي لعام (2005) حيث خصص الباب الثاني منه للحقوق والحريات، وكذلك الدستور المصري لعام (2014) حيث خصص الباب الثالث للحقوق والحريات والواجبات العامة[91].

وفيما يتعلق بالعهدين الدوليين، ونقصد بهما (العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية)، وكذلك (العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية)، حيث تم إعتمادهما من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم (2200) في (16 / 12 / 1966)، وقد دخل العهد الأول حيز النفاذ في (3 / يناير/ 1976)، ودخل العهد الثاني حيز النفاذ في (23 / مارس/ 1976). ويمكن القول أن الفلسفة التي إعتنقتها الدول الأعضاء فيما يتعلق بالعهدين الدوليين هي الكرامة الأصيلة والحقوق

(87) محمد عبدالله خليل وعصام عبد العزيز، الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، ط1، مؤسسة النقيب للتدريب ودعم الديمقراطية، القاهرة، 2007، ص 5.
(88) د. عماد محمد محمد أبوحليمة، مصدر سابق، ص 385.
(89) إيمان الحياري، تعريف الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، منشور على الموقع الآتي:
https://mawdoo3.com/، تأريخ الزيارة: 15 / 1 / 2022.
(90) د. عماد محمد محمد أبوحليمة، مصدر سابق، ص 386.
(91) راجع المواد 14 الى 46 من الدستور العراقي لعام (2005)، وكذلك المواد 51 الى 93 من الدستور المصري لعام (2014).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المتساوية والثابتة لجميع أعضاء الأسرة البشرية، ويتضمن هذان العهدان الكثير من الحقوق والحريات كالحق في (تقرير المصير، والحياة، والحق في الإضراب عن العمل، والإقامة والتنقل، والمساواة أمام القانون، والتعليم المجاني، والخ.....)[92] .

وبإطلاع سريع على القوانين العراقية نجد كثرة المواد التي إنتهكت النصوص الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين وكذلك الدستور العراقي، ومن هذه المواد المادة (409) من قانون العقوبات العراقي السالف ذكرها والتي أخلت بمبدأ المساواة.

وكذلك المواد (220 الى 222) الخاصة بالتجمهر، حيث يلاحظ في هذه المواد الغموض في تحديد الفعل الإجرامي، فمثلا جاء في المادة (220) عبارة " من شأن ذلك تكدير الأمن العام " دون تحديد الأمور التي تعتبر تكديرا للأمن العام[93] ، ويلاحظ عليه أيضا مخالفته لنص المادة (21) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية[94] .
وكذلك المادة (364) الخاصة بإضراب الموظف أو ترك عمله [95]،حيث لا يتفق مع المادة (8 / 1/ د) من (العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية)[96] .

وكذلك المادة (الثانية) من (قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كوردستان – العراق، رقم (8) لسنة (2011) والتي حددت الجرائم على سبيل المثال لا الحصر حيث جاء فيها ".... وتعتبر الأفعال التالية على سبيل المثال عنفا أسريا...."[97] ، حيث أن هذه المادة قد خرقت مبدأ الشرعية المنصوص عليها في الفقرة (ثانيا) من المادة (19) من الدستور العراقي لعام (2005)[98] .

إن وجود مثل هذه المواد والتي أخلت بمبدأ المساواة أو لم تحدد فيها الأفعال الجرمية على نحو واضح أو وردت فيها هذه الأفعال على سبيل المثال فيه إخلال واضح بالمبادئ والأحكام الدستورية وكذلك أحكام مواد الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، وعليه فإن هذه المواد بحاجة الى التعديل والتصحيح من قبل المشرع.

ويلاحظ عدم وجود أحكام للمحكمة الإتحادية العليا حول هذه المواد وإعتبارها غير دستورية، ومن جانب آخر أن المحكمة هي نفسها قد أخطأت (إذا ما صح التعبير) في عدم تطبيق نص الفقرة (1) من المادة (1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمادة (1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية حول حق الشعوب في تقرير مصيرها،

(92) د. عماد محمد محمد أبوحليمة، مصدر سابق، ص 386 الى 388.
(93) راجع نصوص المواد (220 الى 222) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969)، وكذلك نص المادة (21) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

(94) تنص المادة (21) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام (1966) على أنه " يكون الحق في التجمع السلمي معترفا به. ولا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسة هذا الحق إلا تلك التي تفرض طبقا للقانون و تشكل تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أوحماية الصحة العامة أو الآداب العامة أوحماية حقوق الآخرين وحرياتهم".

(95) تنص المادة (364) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969) على أنه " 1- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار او باحدى هاتين العقوبتين كل موظف او مكلف بخدمة عامة ترك عمله ولو بصورة الاستقالة او امتنع عمدا عن واجب من واجبات وظيفته او عمله متى كان من شأن الترك او الامتناع ان يجعل حياة الناس او صحتهم او امنهم في خطر او كان من شأن ذلك ان يحدث اضطرابا او فتنة بين الناس او اذا عطل مرفقا عاما.
2- ويعتبر ظرفا مشددا اذا وقع الفعل من ثلاثة اشخاص او اكثر وكانوا متفقين على ذلك او مبتغين منه تحقيق غرض مشترك".
(96) تنص المادة (8 / 1/ د) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية لعام (1966) على أنه " 1. تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بكفالة مايأتي:..... د. حق الإضراب، شريطة ممارسته وفقا لقوانين البلد المعني.
(97) راجع نصوص المادة (الثانية) من (قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كوردستان – العراق، رقم (8) لسنة (2011).
(98) الفقرة (ثانيا) من المادة (19) من الدستور العراقي لعام (2005) على أنه " لا جريمة ولاعقوبة إلا بنص. ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت إقترافه جريمة. ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت لإرتكاب الجريمة".

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

وذلك في قرارها المرقم (89و 91و92و93/ إتحادية / 2017)، بتأريخ (20 / 11/ 2017) حيث جاء فيه ".....وبناء عليه فإن الإستفتاء الذي أجري في يوم 25/ 9 /2017 في إقليم كوردستان..... لا سند له من الدستور ومخالف لأحكامه.....". (99).

والسؤال البسيط الذي يطرح نفسه حول هذا الحكم هل أن إرادة الشعب فوق الدستور؟ أم الدستور فوق إرادة الشعب؟، وهل يجوز لأي محكمة مهما كانت طبيعة عملها ومكانتها أن تلغي إرادة الشعب؟ أليس الشعب هو مصدر جميع السلطات (المادة 5 من الدستور العراقي لعام 2005)، فإذا كانت الكلمة الأخيرة في تعديل الدستور تعود للشعب وذلك عن طريق الإستفتاء على التعديلات الدستورية (المادة 126 من الدستور العراقي لعام 2005) أليس هنالك حق لجزء ومكون رئيسي في ذلك الشعب من تقرير مصيره؟

لعل السبب في إصدار مثل هذا القرار هو تغلب الجانب السياسي على الجانب القانوني في ذلك الوقت، ولعل السبب كان عدم وجود دعم قانوني دولي لإستفتاء إقليم كوردستان، أم عدم تهيئة مناخ قانوني ودولي سليم لإجراء الإستفتاء، ولعل السبب يكمن في عدم علوية المعاهدات الدولية على الدستور في العراق، وعدم إعتبارها أساسا لإلتزام المشرع الدستوري والعادي في تنظيم الحقوق والحريات، وهذا الموضوع يقودنا الى دراسة وبحث مدى إعتبار الشرعية الدولية أساسا لمبدأ التناسب التشريعي، وهذا ما نبحثه في الفرع الثاني والأخير من هذا المطلب.

الفرع الثاني :مدى إعتبار الشرعية الدولية أساسا لمبدأ التناسب التشريعي

ذكرنا في الفرع الأول من هذا المطلب أن الشرعية الدولية لحقوق الإنسان تعني الحقوق والحريات التي يتضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدان الدوليان.

والتساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الخصوص هو مدى إعتبار الشرعية الدولية أساسا لمبدأ التناسب، بحيث يجب أن يتقيد المشرع الوطني بالنصوص الموجودة في الشرعية الدولية عند سنه للقوانين الوطنية، بحيث لا يمس المشرع الوطني وعند تشريعه للقوانين الوطنية بالحقوق والحريات الموجودة في الشرعية الدولية، فيظهر تناسب شبيه بالتناسب الدستوري والذي يمكن أن نطلق عليه تسمية " تناسب الشرعية الدولية " ويمكن أن نعرفه بأنه التوفيق والإنسجام بين النص الصادر في شكل تشريع أو قرار فردي أو لائحي كوسائل قانونية تستخدمها الدولة في تنظيم موضوعات معينة، وبين حقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في الشرعية الدولية لحقوق الإنسان.

وحيث أن فاعلية مصادر الشرعية الدولية تختلف من مصدر الى آخر، إذ أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وعلى الرغم من أنه يعد الخطوة الأولى لترسيخ هذه الحقوق، ألا أنه لم يتضمن أية آلية قانونية مقارنة بالعهدين الدوليين(100)، وحيث أن العهدين الدوليين يعتبران من قبل المعاهدات الدولية، فإن هذا الموضوع يجرَنا الى موضوع العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي.

وفي هذا الخصوص وبعيدا عن التفصيلات المملة، وفيما يتعلق بعلاقة المعاهدات الدولية بالتشريعات الوطنية، فإن هنالك فكرتين أونظريتين، وهما نظرية ثنائية القانونين، بحيث يرى أن القانونين الدولي والداخلي مختلفان ولا مجال لتطبيق أي منهما في مجال الآخر، وهما متوازيين لا مجال للتداخل أو التعارض بينهما، ونظرية وحدة القانونين، حيث يرى أن القانون الدولي والداخلي هما نظام قانوني واحد، ويمكن أن يوجد تعارض أو إختلاف بينهما، ولحل هذا التعارض يرى بعض أنصار هذه النظرية بسمو القانون الداخلي على القانون الدولي، ويرى البعض الآخر بسمو القانون الدولي على القانون الداخلي(101).

وعليه وبموجب نظرية وحدة القانونين مع سمو القانون الداخلي لا مجال لتطبيق التناسب بين الشرعية الدولية مع القوانين الداخلية، حيث أن الشرعية الدولية يجب أن تتناسب مع القوانين الداخلية، وفي حالة التعارض تكون الأولوية للقانون الداخلي وهذه النتيجة لا شك وفي جزء كبير منه مخالف للعقل والمنطق، إذ أنه في حالة التعارض بين الشرعية الدولية (قواعد القانون الدولي) وبين قواعد القانون الداخلي فإن الأفضلية والإعمال يكون للأخير دون الأول، حيث يعمل بقواعد القانون الداخلي ويهمل المعاهدة

(99) قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق، رقم القرار: 89 و91و 92 و 93/ إتحادية / 2017، تأريخ القرار: 20 / 11/ 2017، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا في العراق، رابط الموقع: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php، تأريخ الزيارة: 16 / 7/ 2022.

(100) أ.م. د. علاء عبد الحسن العنزي و سؤدد طه العبيدي،، ص 214.

(101) عمر صالح علي العكور و ممدوح حسن مانع العدوان و ميساء بيضون، مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، بحث منشور في مجلة دراما، علوم الشريعة والقانون، المجلد (40)، العدد (1)، 2013، ص 77 الى 79.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الدولية، وهذا مما يخالف العقل والمنطق حيث يؤدي بالنتيجة الى أن المعاهدة الدولية تستمد قوتها من القانون الداخلي، بمعنى آخر إذا كانت المعاهدة متطابقة مع القانون الداخلي تم تطبيقها، وبعكسه يهمل المعاهدة.

أما في نظرية وحدة القانونين مع سمو القانون الدولي، فيجب تحقيق التناسب بين التشريعات الداخلية والشرعية الدولية، بحيث تكون الأولوية لنصوص الشرعية الدولية، وفي حالة التعارض بين النصوص الوطنية مع النصوص الموجودة في الشرعية الدولية، يمكن أن نعتبر النصوص الداخلية نصوصا غير متناسبة وغير شرعية.

وفيما يتعلق بموقف الدساتير المختلفة في هذا الخصوص فهنالك خمسة إتجاهات مختلفة[102]، نستعرضها فيما يأتي:

الإتجاه الأول: وهو إتجاه نادر، يذهب الى أن القانون الدولي أسمى وأعلى من القوانين الداخلية بما في ذلك الدستور، وقد أخذ بهذا الإتجاه الدستور الهولندي لعام (1922) والمعدل في عام (1963) في المادة (63) منه.

الإتجاه الثاني: يذهب الى التساوي بين القانون الدولي والقانون الداخلي، وقد أخذ بهذا الإتجاه الدستور الأمريكي، حيث أن القانون الدولي العرفي يعتبر جزءا من قانون البلاد، وبموجب المادة (السادسة) فإن الإتفاقيات الدولية التي تبرمها الولايات المتحدة الأمريكية تعتبر القانون الأعلى للبلاد، بمعنى أنها بمثابة الدستور الأمريكي.

الإتجاه الثالث: يذهب الى أن القانون الدولي أدنى مرتبة من القانون الداخلي، على الرغم من وجود مساواة شكلية بينهما، يمثل هذا الإتجاه النظام القانوني البريطاني، حيث أنه لا قيمة للمعاهدات الدولية إلا إذا شرعت عن طريق البرلمان، كما أن للبرلمان البريطاني تشريع القوانين المخالفة للقانون الدولي السابق.

الإتجاه الرابع: يمثل هذا الإتجاه أغلب الدساتير، وبموجب هذا الإتجاه تحتل المعاهدة مرتبة متوسطة بين القانون الداخلي والدستور، فهي أسمى من القانون الداخلي، وأدنى درجة من الدستور، ومثال هذا الإتجاه الدستور الفرنسي لعام (1958) في المادتين (54) و (55).

الإتجاه الخامس: حيث لم يبين مكانة ومرتبة القانون الدولي بالنسبة للدستور والقوانين العادية، وقد أخذ بهذا الإتجاه الدستور الأردني لعام (1952) في المادة (33) منه[103].

وعليه وبموجب الإتجاه الأول والثاني والرابع، ينبغي أن يكون التشريع الوطني متناسبا مع الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، ولا يجوز أن تخالف نصوص التشريع الوطني نصوص الشرعية الدولية بإعتبارها معاهدة دولية، غير أن الأمر ليس بهذه البساطة، حيث أن المعاهدة لا تكون نافذه وملزمة للأفراد والسلطات داخل الدولة بمجرد إبرامها، فقد تحتاج الى إجراء تشريعي داخلي لنفاذها وصيرورتها ملزمة.

والقوانين الداخلية للدول منقسمة الى إتجاهات عدة في هذا الخصوص، فبعض الدساتير تنص على أن المعاهدة تكون في حكم القانون بتمام إبرامها، كدستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام (1789) في المادة (21/ القسم الثاني) منه، وهنالك دساتير تنص على أن المعاهدة تصبح ملزمة داخل الدولة بتمام إصدارها وفقا للإجراءات التشريعية المتبعة بالنسبة للقوانين العادية، مثال الدستور الهندي، وأخذ به أيضا بعض الدول الأخرى كالولايات المتحدة الأمريكية، وهنالك دول تشترط لكلي تصبح المعاهدة ملزمة تصديقها ونشرها في الجريدة الرسمية، مثال الدستور العراقي في المادة (61، الفقرة الرابعة منه) إشترط تنظيم عملية المصادقة على المعاهدات والإتفاقيات بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب، وأن قانون عقد المعاهدات الدولية رقم (35) لسنة (2015) في المادة (17) منه نصت على أنه يخضع إلتزام جمهورية العراق بالمعاهدات المعقودة وفقا لأحكامه الى موافقة مجلس النواب على قانون التصديق على المعاهدة أو قانون الإنضمام إليها بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس، ما عدا بعض المعاهدات التي

(102) طارق جمعة سعيد، آليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني " دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والتشريع العراقي "، رسالة مقدمة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2020، ص 32 الى 35.

(103) راجع المادة (63) من الدستور الهولندي لعام (1922) والمعدل في عام (1963). والمادة (6) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام (1789). و المادتين (54) و (55) من الدستور الفرنسي لعام (1958)، والمادة (33) من الدستور الأردني لعام (1952).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ينبغي حصول الموافقة عليها بأغلبية الثلثين، وأن المادة (27/ سابعا) منه نصت على نشر المعاهدة وقانون التصديق عليها أو الإنضمام إليها من قبل وزرارة العدل في الجريدة الرسمية[104].

وعليه فإن المعاهدة الدولية وفي العراق يكون لها قوة القانون العادي، وهي أدنى مرتبة من الدستور ولا مجال لتطبيق التناسب بين التشريع الوطني ونصوص الشرعية الدولية إلا إذا كانت المعاهدة لاحقة لنصوص التشريعات الوطنية.

وبناءا على ذلك قضت المحكمة الإتحادية العليا في العراق بأنه " إن طلب تسليم المحكوم العراقي من قبل محكمة جنح الشارقة وفق المادة (40) من إتفاقية الرياض لسنة (1983) المصادق عليها بالقانون رقم 110 لسنة 1983 يخالف دستور جمهورية العراق لعام 2005، وبذلك تعتبر المادة المذكرة معطلة وتعتبر غير دستورية "[105].

ولا شك أن الإتجاه الدستوري والقضائي العراقي إتجاه محل نظر، فالدستور العراقي ينص على أن العراق يحترم الإلتزامات الدولية[106]، وإن إحترام هذه الإلتزامات يقتضي التقيد بنصوص الشرعية الدولية ليس فقط بالنسبة للقوانين العادية، وإنما بالنسبة للدستور أيضا، حيث أن الشرعية الدولية وإحترام حقوق الإنسان وحرياته المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أصبحت جزءا من الضمير العالمي، فنادرا ما نجد عدم الإشارة الى هذه النصوص عند التكلم عن حقوق الإنسان، سواء كان التكلم عن هذه الحقوق في الإطار الدولي، أم الداخلي.

وعلى الرغم من أن بعض الدساتير لم تنص على مكانة ومرتبة المعاهدات بالنسبة للقونين الداخلية، إلا أن القضاء وبجرأة قضى بسمو المعاهدات على التشريعات الداخلية، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية ب " أن الإتفاقيات التي تبرمها الدولة هي أعلى مرتبة من القوانين النافذه، وأنها واجبة التطبيق، ولو تعارضت نصوصها مع أحكام هذه القوانين....."[107] .

وإتجه القضاء الدولي بشكل عام الى سمو المعاهدات الدولية على القوانين الداخلية، منها الرأي الإستشاري لمحكمة العدل الدولية عام (1998) بشأن تطبيق شروط اللجوء الى التحكيم وفقا للإتفاقية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية ومنظمة الأمم المتحدة عام (1947) حيث قضت المحكمة بسمو القانون الدولي على القانون الأمريكي[108].

وعليه فإن إحترام مبادىء حقوق الإنسان وحرياته المنصوص عليها في الشرعية الدولية، وقواعد المسؤولية الدولية، وإنشاء أجهزة دولية شبيهه بالأجهزة الداخلية، مثل الجمعية العامة ومجلس الأمن، ووجود المحاكم الدولية، وصيرورة حقوق الإنسان جزءا من العرف الدولي، وتمتعه بقوة أخلاقية فضلا عن قيمته القانونية يقتضي إحترام هذه الحقوق من قبل المشرع الوطني وعدم تجاوزه، وغالبا ما يكمل القضاء نصوص القوانين العادية بالنصوص الدولية، أو يستند على النصوص الدولية في تسبيب قراراته.

وهذا ما قضت به المحكمة الإتحادية العليا في العراق، في قرار مميز لها كوتا النساء في مجالس المحافظات، حيث جاء فيه "....أن المادة (49) من الدستور تستهدف تحقيق نسبة تمثيل للنساء لا تقل عن الربع من أعضاء مجلس النواب، والمحكمة الإتحادية تجد أن ذلك يجب العمل به في مجلس المحافظة المنتخب، نظرا لوحدة الهدف، ووحدة الإختصاصات في المجال التشريعي، وإن هذا لا يتقاطع مع مبدأ المساواة في المادة (14) من الدستور..... وفيه إقتباس صريح لأحكام المادة (3) من إتفاقية سيداو والتي جاء فيها الآتي (ضمان حقوق المرأة السياسية والإجتماعية والثقافية ضمان لها على أساس المساواة مع الرجل)، وكذلك ما جاء في المادة (7) من إتفاقية سيداو والتي جاء فيها الآتي (القضاء على التمييز ضد المراءة.....) "[109].

---

(104) د. خاموش عمر عبدالله، مصدر سابق، ص 277 الى 282. راجع دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام (1789) المادة (21/ القسم الثاني) منه، الدستور العراقي لعام (2005)، المادة (61، الفقرة الرابعة منه)، وقانون عقد المعاهدات الدولية رقم (35) لسنة (2015)، المادة (17) والمادة (27 / سابعا) منه.

(105) قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق، رقم القرار: 16/ إتحادية / 2015، تأريخ القرار: 21/ 4/ 2015، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا في العراق، رابط الموقع: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php، تأريخ الزيارة: 6/ 8/ 2022.

(106) راجع المادة (8) من الدستور العراقي لعام (2005).

(107) تمييز حقوق أردني، رقم (1993/936)، التأريخ (13 / 11/ 1993)، مشار إليه لدى: عمر صالح علي العكور و ممدوح حسن مانع العدوان و ميساء بيضون، مصدر سابق، ص 84.

(108) طارق جمعة سعيد، مصدر سابق، ص 25، وقد أشار الى العديد من القرارات الأخرى في هذا الخصوص.

(109) قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق، رقم القرار: 13/ إتحادية / 2007، تأريخ القرار: 31/ 7/ 2007، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا في العراق، رابط الموقع: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php، تأريخ الزيارة: 5/ 8/ 2022.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الخاتمة:

بعد الإنتهاء من دراسة موضوع (مفهوم مبدأ التناسب التشريعي وأسسه القانونية)، أصبح لزاما علينا بيان أبرز النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، وبيان التوصيات التي نأمل في الأخذ بها من قبل الجهات ذات العلاقة.

أولا: النتائج

إن أهم الإستنتاجات التي توصلنا إليها من خلال الدراسة هي:

1- إن كلمة التناسب في اللغة تستخدم لأكثر من معنى ويستعمل لأكثر من دلالة، ولكن يجمع بينها أنها جميعا تدل وتعبر عن وجود علاقة وصلة بين بين شيئين يتصفان بالتكافؤ والتماثل.
2- إن مبدأ التناسب التشريعي في اللغة يعني القاعدة والأصل الذي يتكلم عن تكافؤ أوتلاؤم التشريع الصادر مع أمر آخر صدر التشريع من أجله سواء أكان هذا الأمر الأخير يتمثل بسبب إصدار التشريع أو غايته أو كليهما.
3- إن عدم وضع تعريف لمبدأ التناسب من قبل المشرع لا يعني أن فكرة التناسب غائبة في الفروع القانونية المختلفة، فعلى رأس التشريعات نجد أن الدساتير تنص صراحة أو بشكل غير مباشر على مبدأ التناسب، وعلى صعيد التشريعات المختلفة نجد أن المشرع لم يتجاهل مبدأ التناسب وخصوصا في مجالات تجريم بعض الأفعال والعقاب عليها وذلك لتعلقها بحقوق وحريات الأفراد.
4- إختلف الفقه حول تحديد مفهوم التناسب ولم يتفق على تعريف جامع لهذا المبدأ، ولعل السبب في ذلك أن مبدأ التناسب من إبتداع القضاء الإداري ومن هذا القضاء إنتقل الى نطاق القانون الدستوري والقضاء الدستوري.
5- لمبدأ التناسب مفهومين مختلفين في إطار كلا من القانون الإداري والقانون الدستوري، ففي إطار القانون الإداري إن الفقهاء وبشكل عام يربطون بين سبب القرار ومحله لتعريف التناسب، وفي إطار القانون الدستوري، ظهر صورتين للتناسب وهما التناسب في التشريع والتناسب الدستوري. وإختلف الفقه في تعريف التناسب في التشريع، حيث أن البعض ربط بين عنصري السبب والمحل في تعريفهم للتناسب، وربط البعض الآخر بين وسيلة التشريع وغايته.
6- إن خير تعريف لمبدأ التناسب التشريعي يكون من خلال الربط بين العناصر الثلاثة (السبب والمحل والغاية).
7- يمكن أن نعرف مبدأ التناسب التشريعي بأنه (مدى التوفيق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التي جعلت السلطة المختصة تصدر تشريعا معينا والوسائل التي يتخذها المشرع لإصدار هذا التشريع، وبين محل أو موضوع التشريع ذاته وغايته).
8- الملاءمة هو أكثر المفاهيم القانونية التي تثير تداخلا وخلطا مع مفهوم التناسب، حيث أن المصطلحين قد يستخدمان في الكثير من الأحيان كمترادفين ومما يزيد هذا الخلط أن مفهوم التناسب في معناه اللغوي يقترب من مفهوم الملاءمة.
9- إن الملاءمة تنصرف الى توافق العمل القانوني مع ظروف المكان والزمان والإعتبارات المحيطة بإصداره من كافة جوانبه، فهي تستغرق التناسب، وهي أوسع منه، وأن التناسب جزء من أجزاء الملاءمة' حيث أن التناسب يكون مقتصرا على جانب معين من الجوانب العدة والتي تقوم عليها الملاءمة، فهو إحدى جوانب الملاءمة والمتمثلة بالتوفيق بين السبب والمحل والغاية ليس كلها.
10- يعد التناسب أحد العناصر المكونة للسلطة التقديرية، وأنه (أي التناسب) يعد عنصرا مهما من عناصر هذه السلطة وذلك كله من خلال إيجاد نوع من التوافق عند إتخاذ الإجراء بين حماية المصلحة العامة المتمثلة بالمصالح الإجتماعية والقيم العليا للمجتمع والمصلحة الخاصة والمتمثلة بضمان وإحترام حقوق وحريات الأفراد والمنصوص عليها في الدستور.
11- إن القاضي الدستوري عندما يقوم برقابة التناسب في نص معين أو تشريع محدد فإنه يدخل بشكل من الأشكال في رقابة ملاءمة التشريع ولكن في نطاق ضيق.
12- إن مبدأ التناسب في المجال الدستوري يكون أوسع نطاقا في مجال التشريع، حيث أن التناسب في مجال التشريع يتمثل بالعلاقة والإرتباط بين السبب والمحل و(كذلك الغاية)، ولكن في المجال الدستوري يتمثل بتحقيق قدر معقول من الموازنة بين المصلحة العامة وحقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في صلب الوثيقة الدستورية.
13- إن تبني الدساتير المقارنة لمبدأ التناسب قديكون بشكل صريح في دساتير بعض الدول، وقد يكون بشكل غير صريح من خلال إيراد الدستور نصوصا تحمي حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية من تدخل السلطات المختلفة في الدولة، وقد يكون من خلال نص الدستور على إعلانات حقوق الإنسان وإعتبارها جزءا من الدستور النافذ.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

14- إن مبدأ التناسب في كل من العراق ومصر يتجاوز قيمة المبادئ العامة للقانون ويحظى بقيمة دستورية، وهذ ما أكده القضاء الدستوري في كلا الدولتين من خلال بسط الرقابة على التناسب في العديد من التشريعات الصادرة وإصدار قرارات قضائية بعدم دستورية النصوص التي لا تتوافر فيها شرط التناسب.

15- إن عبارة كلمة (بناءً عليه) الواردة في نص المادة (46) من الدستور العراقي لعام (2005) تعني جواز تقيد وتحديد الحقوق والحريات بقرارات إدارية صادرة من الجهة التنفيذية أو بأنظمة وتعليمات صادرة منها بشرط عدم مساسها بجوهر الحق والحرية، وكان الأجدر بالمشرع الدستوري العراقي أن يكتفي في المادة (46) بعبارة (بقانون) ولا يضيف العبارة الثانية إليها (بناءا عليه) وذلك لعدم إتاحة الفرصة للسلطة التنفيذية المساس بالحقوق والحريات الدستورية تحت ذرائع مختلفة.

16- إن المشرع الدستوري المصري كان قريبا الى حد ما من المشرع الدستوري العراقي، حيث أن الدستور المصري منع الإنتقاص من حقوق وحريات المواطنين وتعطيلها، كما منع تقييدها إلا إستثناءً وبشرط عدم المساس بأصلها وجوهرها. ولكن المشرع الدستوري المصري كان أكثر دقة من المشرع الدستوري العراقي، حيث أن الدستور المصري وفي المادة (92) قد إكتفى بذكر كلمة قانون، ولم يرد في النص كلمة بناءً على قانون في تقييد الحقوق والحريات الواردة في الدستور.

17- إن الدستور العراقي قد نص على مبدأ التناسب بشكل غير صريح، حيث أن الدستور حظر المساس بالحقوق الحريات الواردة فيه إلا بشكل إستثنائي و بناءا على مقتضيات المصلحة العامة وبشرط عدم المساس بأصلها وجوهرها، فإذا ما إختل التناسب بين التشريع الصادر بناءا على مقتضيات المصلحة العامة وبين حقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في الدستور أمكن وصف القانون الصادر بأنه غير دستوري.

18- إن الدستور الفرنسي لعام (1958)، لم ينص صراحة على مبدأ التناسب التشريعي، إلا أن هذا الدستور يعتبر مصدرا لمبدأ التناسب، حيث أنه ينبع من روح الدستور، وإن إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام (1789) والذي أعده الدستور الفرنسي لعام (1958) جزءً منه قد نص على العديد من الحقوق والحريات والتي يمكن أن تعد أساسا دستوريا لمبدأ التناسب في الدستور الفرنسي.

19- يوجد الكثير من المواد في التشريعات العراقية والتي أخذت بالمبادئ والأحكام الدستورية وكذلك أحكام مواد الشرعية الدولية لحقوق الإنسان كمبدأ المساواة أو الشرعية أو مبدأ تحديد الأفعال الجرمية على نحو واضح، كنص المواد المواد (220 الى 222) من قانون العقوبات العراقي الخاصة بالتجمهر، وكذلك المادة (364) منه الخاصة بإضراب الموظف أو ترك عمله، وكذلك نص المادة (الثانية) من (قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كوردستان – العراق، رقم (8) لسنة (2011) الخاص بتحديد الأفعال الجرمية في هذا القانون.

20- إن المحكمة الإتحادية العليا قد أخطأت (إذا ما صح التعبير) في عدم تطبيق نص الفقرة (1) من المادة (1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمادة (1) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية حول حق الشعوب في تقرير مصيرها، وذلك في قراراتها بالأرقام (89و 91و92و93/ إتحادية / 2017)، بتأريخ (20 / 11/ 2017) حول إستفتاء إقليم كوردستان.

21- يثور التساؤل حول مدى إعتبار الشرعية الدولية لحقوق الإنسان أساسا قانونيا لمبدأ التناسب التشريعي بحيث يجب أن تتقيد به الدول عند سن تشريعاتها الداخلية.

22- يمكن تعريف تناسب الشرعية الدولية بأنه " التوفيق والإنسجام بين النص الصادر في شكل في شكل تشريع أو قرار فردي أو لائحي كوسائل قانونية تستخدمها الدولة في تنظيم موضوعات معينة، وبين حقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في الشرعية الدولية لحقوق الإنسان".

23- بموجب نظرية وحدة القانونين مع سمو القانون الداخلي لا مجال لتطبيق التناسب بين الشرعية الدولية مع القوانين الداخلية، أما في نظرية وحدة القانونين مع سمو القانون الدولي، فيجب تحقيق التناسب بين التشريعات الداخلية والشرعية الدولية.

24- في العراق تكون للمعاهدة الدولية قوة القانون العادي، وهي أدنى مرتبة من الدستور ولا مجال لتطبيق التناسب بين التشريع الوطني ونصوص الشرعية الدولية إلا إذا كانت المعاهدة لاحقة لنصوص التشريعات الوطنية، وقد أكد القضاء الدستوري العراقي ذلك، وإن هذا الإتجاه الدستوري والقضائي العراقي إتجاه مؤسف.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ثانيا: التوصيات

من أجل تحقيق هدف الدراسة نقدم المقترحات الآتية آملين الأخذ بها من قبل المشرع الدستوري والعادي العراقي والجهات ذات العلاقة:

1- نقترح تعديل نص المادة (46) من الدستور وجعلها كالآتي " الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلا ولا إنتقاصا، ولا يكون تقييد أو تحديد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور إلا بقانون، على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية وبشرط وجود التناسب بين القانون الصادر وبين حقوق وحريات الأفراد الأساسية الواردة في هذا الدستور والمواثيق الدولية الصادرة في هذا الشأن ".
2- نقترح تعديل الدستور العراقي بإضافة نص أو مادة فيه يقضي بإحترام الشرعية الدولية لحقوق الإنسان في جميع القوانين والقرارات والأوامر الصادرة من سلطات الدولة، و نقترح أن تكون صياغة المادة كالآتي " تكون الإتفاقيات الدولية التي تبرمها جمهورية العراق القانون الأعلى والأسمى للبلاد، ويجب توافر التناسب والتوفيق والإنسجام بين النص الصادر في شكل تشريع أو قرار فردي أو لائحي كوسائل قانونية تستخدمها الدولة في تنظيم موضوعات معينة، وبين حقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في الشرعية الدولية لحقوق الإنسان".
3- ندعو الى تخصص القضاء الدستوري، لأن التخصص يوفر قابلية أكبر في إثراء الفكر والإتجاه القانوني والقضائي. كما أن وجود قضاء دستوري متخصص يؤدي الى حماية وإحترام القيم والمصالح العليا للمجتمع من جهة، وإحترام وحماية حقوق وحريات الأفراد المنصوص عليها في الدستور من جهة أخرى، وذلك عن طريق التوفيق بينهما، وهذا هو مضمون مبدأ التناسب التشريعي.
4- ضرورة الإهتمام بالبحوث المماثلة في الجانب التطبيقي سواء على مستوى الجامعات أو على مستوى المحاكم ونقابات المحامين والحقوقيين، وعدم الإكتفاء بها كدراسات نظرية ومحاولة نقلها من الجانب النظري الى الجانب التطبيقي.

أسأل الله تعالى أن أكون قد وفقت في التطرق لجميع أبعاد الموضوع وإلقاء الضوء على أهم جوانبه. سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين.

تم بحمد الله وعونه.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المراجع

المصادر بعد القرآن الكريم

أولا: المراجع والقواميس اللغوية

1. أبو القاسم بن محمد بن عمر الخوارزمي، أساس البلاغة، ج1، دار الفكر العربي، بيروت، 1979.
2. إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد النجار، المعجم الوسيط، ج1، دار الدعوة، (ب.ت)، تركيا.
3. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، ط4، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، 1968
4. حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني (إنجليزي – عربي)، ط5، مكتبة لبنان، بيروت، 2008.
5. حمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، دار المعارف للنشر، القاهرة، دون سنة نشر.
6. عبد السلام هارون، المعجم الوسيط، ج2، مطبعة مصر، القاهرة، 1961.
7. المنجد في اللغة والإعلام، ط 25، دار المشرق، بيروت، 1981.
8. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983، باب حرف السين.

ثانيا: الكتب القانونية

1- د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.
2- د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط6، دار الشروق، القاهرة، 2006.
3- د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط1، دار الشروق، القاهرة، 1999، د. عماد محمد محمد أبوحليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
4- د. جورجي شفيق ساري، المبادئ العامة للقانون الإداري، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
5- د. جورجي شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
6- د. خاموش عمر عبدالله، دور السلطات الثلاث في حماية الحقوق والحريات،ط1، منشورات زين الحقوقية، 2019.
7- د. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، 2009.
8- د. دلشاد عبدالرحمن البريفكاني، مبدأ التناسب في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية/ دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2016.
9- د. سعدى محمد الخطيب، حقوق الإنسان وضماناتها الدستورية في اثنتين وعشرين دولة عربية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2011.
10- د. عبدالحميد المتولي، الوسيط في القانون الدستوري، ج1، دار الطالب للنشر والثقافة الجامعية، الأسكندرية، 1956،
11- عبدالشافى اصف العفيش، حدود الرقابة القضائية على سلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2020.
12- د. عبدالغني بسيوني، القضاء الإداري، ط3، منشأة المعارف، الأسكندرية.
13- د. عبد المنصف عبد الفتاح إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
14- د. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
15- د. عثمان ياسين، الدعوى الإدارية في العراق وإقليم كوردستان، ط1، مطبعة شهاب، أربيل، 2018.
16- د. علي حمزة عسل الخفاجي، معايير الرقابة على دستورية القاعدة الجنائية في ضوء مبدأ الضرورة والتناسب، ط1، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2021.
17- د.علي يونس إسماعيل، القاضي الإداري بين المشروعية والملاءمة، ط1، دار القارىء للطباعة والنشر، لبنان، 2018.
18- د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
19- د. عماد محمد أحمد أبو حليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
20- د. كارين الدغيدي، القضاء الإداري ورقابة التناسب في القرارات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2019.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

21- ماريا محمد نزار، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس،2001.
22- محمد عبدالله خليل وعصام عبد العزيز، الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، ط1، مؤسسة النقيب للتدريب ودعم الديمقراطية، القاهرة، 2007.
23- د. محمد ماهر أبو العينين، الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته دراسة تطبيقية في مصر، ج2 (تطورات ارقابة على السلطة التقديرية للمشرع والإنحراف التشريعي)، ط1، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2006.
24- د. محمد سيد أحمد محمد، التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية مع التطبيق على ضباط الشرطة والموظف العام (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، الأسكندرية، 2008.
25- محمد مقبل سالم العندلي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري في مجالي الحريات العامة والتأديب الوظيفي (مقارنة بالتشريعات الفرنسية والمصريي)، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع.
26- محمد ناصر راشد محمد الطنيجي، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة وتطبيقية في فرنسا ومصر ودولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
27- د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 1999.
28- د. إبراهيم عبدالرحمن، التناسب في القرار الإداري، دارالكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2016.
29- د. هاني يونس أحمد الجوادي، مبدأ المساواة في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2022.
30- د. وسام سليمان دله، مبادىء القانون الدستوري والنظم السياسية، ط1، جامعة الشارقة، 2014.
31- د. يوسف مصطفى رسول، التوازن في الإجراءات الجزائية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، القاهرة، 2017.

ثالثا: رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه

1- بالجيلاني خالد، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، 2016- 2017.
2- حسين جبر حسين الشويلي، الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون- الجامعة المستنصرية وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام، 2008.
3- عباس عبدالرزاق مجلي السعيدي، ضوابط إستحداث النص الجزائي الخاص (دراسة تحليلية – مقارنة)، رسالة مقدمة الى مجلس فاكلتي القانون- جامعة سوران – وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام، 2016.
4- فتيتي صفاء، الرقابة القضائية على التناسب في الجزاءات التأديبة، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة خضير بسكرة، 2013/ 2014.
5- طارق جمعة سعيد، آليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني " دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والتشريع العراقي "، رسالة مقدمة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2020.
6- محمد حميد عبد، الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، 2014.

رابعا: البحوث

1- د. أفين خالد عبدالرحمن و د. سيبان جميل، أسس مبدأ التناسب التشريعي وتطبيقاته في القضاء الدستوري المقارن، بحث منشور في (المجلة الأكادمية لجامعة نوروز)، ث 10، ذ. 3، 2020/ 2021.
2- بن شهرة العربي، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، بحث منشور في مجلة المعيار في الآداب والعلوم الإنسانية والإجتماعية والثقافية، مجلة دورية محكمة تصدرها المركز الجامعي تيسمسيلت، العدد الثاني، 2018.
3- عادل الطبطباني، الحدود الدستورية بين السطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة، جامعة كويت، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت.
4- د. عصام العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقيد الحقوق الدستورية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية في جامعة الشارقة، المجلد 8، العدد 39، 2019.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

5- أ.م.د. علاء عبد الحسن العنزي و سؤدد طه العبيدي، مفهوم الحماية الدولية لحقوق الإنسان والمعوقات التي تواجهها، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (6)، العدد (2)/ السنة السادسة، (30 يونيو/ حزيران/ 2014)، مجلة علمية فصلية محكمة تصدرها جامعة بابل في العراق.
6- عمر صالح علي العكور و ممدوح حسن مانع العدوان و ميساء بيضون، مرتبة المعاهدة الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، بحث منشور في مجلة دراما، علوم الشريعة والقانون، المجلد (40)، العدد (1)، 2013.
7- د. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري (دراسة تأصيلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، مجلة تصدرها كلية الحقوق بجامعة المنصورة العدد (59)، أبريل 2016.

خامسا: الموسوعات والمجموعات القضائية

1. عثمان ياسين علي، المبادئ القانونية في قرارات محكمة تمييز إقليم كردستان-العراق، القسم الجنائي، ط1، منشورات إتحاد قضاة إقليم كردستان، أربيل، 2008.

سادسا: القرارات القضائية

1- قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق، رقم القرار (11/ إتحادية / 2010)، التأريخ (14/ 6/ 2010)، منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا في العراق، رابط الموقع: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php، تأريخ الزيارة: 24/ 4/ 2023.
2- قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق، رقم القرار (24/ إتحادية / إعلام/ 2012)، التأريخ (25/ 2/ 2013)، منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا في العراق، رابط الموقع: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php، تأريخ الزيارة: 24/ 4/ 2023.
3- قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق، رقم القرار: 89 و91و 92 و 93/ إتحادية / 2017، تأريخ القرار: 20 / 11/ 2017، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا في العراق، رابط الموقع: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php، تأريخ الزيارة: 16 / 7/ 2022.
4- قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق، رقم القرار: 16/ إتحادية / 2015، تأريخ القرار: 21/ 4/ 2015، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا في العراق، رابط الموقع: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php، تأريخ الزيارة: 6/ 8/ 2022.
5- قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق، رقم القرار: 13/ إتحادية / 2007، تأريخ القرار: 31/ 7/ 2007، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا في العراق، رابط الموقع: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php، تأريخ الزيارة: 5/ 8/ 2022.
6- قرار المحكمة الإتحادية العليا في العراق، رقم القرار: 121/ إتحادية، إعلام/ 2013، تأريخ القرار: 5/ 5/ 2013، منشور في الموقع الرسمي للمحكمة الإتحادية العليا في العراق، رابط الموقع: https://www.iraqfsc.iq/ethadai.php، تأريخ الزيارة: 23/ 4/ 2023.

سابعا: الدساتير

1.الدستور العراقي لعام (2005).
2. الدستور الفرنسي لعام (1958).
3.الدستور المصري لعام (2014).
4.دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام (1789).

ثامنا:المواثيق الدولية

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في (10/ ديسمبر/ 1948).
2- إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام (1789).
3- العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية عام (1966).
4- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام (1966).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

تاسعا: القوانين

1. قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969).
2. قانون العقوبات الفرنسي الجديد لعام (1994).
3. قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة (1937).
4. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951).
5. القرار المرقم (1529) لسنة (1986) الصادر من مجلس قيادة الثورة المنحل والمنشور بالوقائع العراقية (3081) في (20/ 1/ 1986).

تاسعا: المصادر الألكترونية

1- إيمان الحياري، تعريف الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، منشور على الموقع الآتي: https://mawdoo3.com/، تأريخ الزيارة: 15 / 1 / 2022.
2- د. علاء إبراهيم محمود الحسيني، توازن السلطات العامة في دستور 2005، منشور على الموقع الآتي: https://annabaa.org/arabic/rights/26764، تأريخ الزيارة: 20 / 12 / 2021.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.2.16
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)