

أسس مبدأ التناسب التشريعي وتطبيقاته في القضاء الدستوري المقارن

أ.م.د. ئەفین خالد عبد الرحمن، قسم القانون، كلية القانون والسياسة، جامعة نهوروز، إقليم كردستان العراق

م. د. سيبان جميل، قسم القانون، كلية القانون والسياسة، جامعة نهوروز، إقليم كردستان العراق

مخلص

يعد البحث في موضوع رقابة التناسب التشريعي من المواضيع المهمة في القضاء الدستوري المقارن تلك الرقابة التي فرضت نفسها امام معايير فلسفية عدة من أهمها (مبدأ المعقولية، الضرورة تقدر بقدرها، مبدأ العدالة، فكرة الخطأ الظاهر)، هذه الرقابة التي عرفها الفقه بأنها العلاقة ما بين الوسائل التي يختارها المشرع والغايات التي يتوخاها من وراء تدخله، او العلاقة العادلة بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة اي هي مدى التناسب بين الحالة القانونية والواقعية التي دفعت المشرع الى اصدار تشريع ما بهدف معالجة مسألة معينة وبين موضوع التشريع ذاته او محله، هذه الرقابة وجدت سندها بنصوص صريحة في دساتير بعض الدول منها العراق ومصر ودول أخرى لم تنص دساتيرها صراحة على هذه الرقابة وانما طبقها قضائياً الدستوري باعتباره بات مبدأ ضرورياً تقتضيه فكرة الصالح العام، وبات ايضا ضمانة مهمة لحماية الحقوق والحريات الدستورية وهذا ما أكده القضاء الدستوري المقارن خاصة في المانيا.

1. المقدمة

الفلسفي والقانوني ثم التطرق الى موقف القضاء الدستوري المقارن من هذه الرقابة مع أيراد بعض تطبيقاته العملية.

3.1 مشكلة البحث

توجد بعض الاشكاليات التي يحاول هذا البحث مناقشتها ومن ثم معالجتها تتمثل بالاتي :- عدم وجود تعريف محدد لمصطلح التناسب مما أثر ذلك على بيان طبيعته، عدم وضوح الاساس الفلسفي للرقابة على السلطة التقديرية للمشرع مما أثر ذلك على بيان الغاية من الرقابة على التناسب التشريعي، فضلا عن تردد القضاء الدستوري المقارن في ما بين الاخذ بهذه الرقابة وعدم الاخذ بها، وهذا كله أثر سلبا على بعض المبادئ الدستورية المهمة خاصة تلك المتعلقة بحماية الحقوق والحريات الدستورية. وحاولنا أثارت هذه الاشكاليات ومناقشتها من خلال بعض التساؤلات المطروحة:

- ما المقصود بمبدأ التناسب التشريعي ؟
- ما هو الاساس الفلسفي والقانوني للرقابة على التناسب التشريعي وما علاقته بفكرة العدالة وبمبدأ المساواة ؟
- ما هو دور القضاء الدستوري المقارن من الرقابة على التناسب التشريعي؟
- ما هو موقف المحكمة الاتحادية العليا من الرقابة على التناسب التشريعي ؟

مبدأ التناسب من المبادئ المهمة التي باتت تحظى بأهتمام القضاء الدستوري في الاونة الاخيرة، على الرغم من أن بواره تعود للقضاء الاداري من خلال نظرية الغلو أو الخطأ الظاهر، وهذا المبدأ قائم على اساس التوافق ما بين الحالة الواقعية التي جعلت السلطة التشريعية تقوم بسن قانون معين لتنظيم حالة ما، وبين محل التشريع ذاته أي الامر القانوني المراد تحقيقه من وراء اصدار هذا التشريع، بحيث يتحقق التناسب ما بين سبب التشريع ومحله.

1.1 أهمية البحث

يتجلى أهمية البحث في كون القضاء الدستوري في العراق وان كان قضاء قديما بدأت بواره من خلال المحكمة العليا في ظل القانون الاساسي للعراق لسنة 1925 الا أن هذا القضاء لم يمنح نفسه الجرأة الكافية للرقابة على السلطة التقديرية للمشرع كون موضوع الرقابة على هذه السلطة كان مرفوضا لدى أغلبية الفقه والقضاء العراقي والمقارن، وتغير موقف القضاء الدستوري المقارن تدريجيا من مسألة الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع وأثر هذا التغير على موقف القضاء الدستوري في العراق من خلال المحكمة الاتحادية العليا، وهذا ما سوف نتناوله في هذا البحث العلمي المتواضع محاولين الاستفادة من تجارب القضاء الدستوري المقارن لبعض الدول التي أخذت برقابة التناسب التشريعي .

2.1 نطاق البحث

يتمثل النطاق الموضوعي للبحث في تناول مفهوم التناسب التشريعي وبيان اساسه

4.1 فرضية البحث

تقوم فرضية البحث على اساس أن كل سلطة من سلطات الدولة بما فيها السلطة التشريعية، تمارس عملها وفق معايير وضوابط، احيانا تكون هذه المعايير والضوابط محددة بحيث لا تترك مجالاً للاجتهاد و احيانا اخرى تكون مرنة تترك مجالاً لمن يمارس السلطة للاجتهاد فيها، والسلطة التشريعية تتمتع بامتياز يمثل بالانفراد بوضع التشريع فضلاً عن السلطة التقديرية التي تتمتع بها والتي تعطى صلاحية وضع القوانين التي تراها مناسبة في الوقت الذي تراه مناسب، ويفترض في هذه القوانين أن تراعى مبدأً مهم هو التناسب بين المحل والغرض فاذا تحقق التناسب كان التشريع مناسباً وان لم يتحقق جاز للقاضي الدستوري ان يحكم بعدم دستورية التشريع لانعدام التناسب باعتبار أن القضاء الدستوري هو حامي للدستور.

منهجية البحث:- أرتأينا تناول الاسلوب الاستقرائي التحليلي المقارن لمعالجة مشكلة البحث من خلال سرد اهم التعاريف التي جاءت لبيان مفهوم مبدأ التناسب التشريعي وتحليلها، ثم بيان الاساس الفلسفي والقانوني لهذه الرقابة وايراد البعض من التطبيقات العملية للقضاء الدستوري في العراق والمقارن ووقفاً على بيان موقف القضاء الدستوري المقارن من هذه الرقابة والية معالجته لها.

5.1 هيكلية البحث

تناولنا معالجة مشكلة البحث من خلال تمهيد ومبشرين، التمهيد يبحث في التعريف بمبدأ التناسب التشريعي، والمبحث الاول يبحث في أسس مبدأ التناسب التشريعي من خلال مطلبين الاول يتناول الاساس الفلسفي لمبدأ التناسب التشريعي والثاني يتناول الاساس القانوني لمبدأ التناسب التشريعي، اما المبحث الثاني فيبحث في التطبيقات القضائية المقارنة لمبدأ التناسب التشريعي من خلال مطلبين الاول يتناول تطبيقات القضاء الدستوري الفرنسي والاماني والثاني يتناول تطبيقات القضاء الدستوري المصري والعراقي.

2. مطلب تمهيدي: التعريف بمبدأ التناسب التشريعي

وجد فكرة التناسب في معظم العلوم الاجتماعية كعلم الفلسفة والادارة والاقتصاد وعلم السياسة وغيرها من العلوم الاخرى، كما إنها تحتل مكانة بارزة في مجال القانون بصفة عامة، ولهذا كان من الضروري ان نبحث عن مدلول مصطلح التناسب في مجال العلوم القانونية، وذلك من خلال مفهومه الذي ينصرف الى أكثر من معنى في اللغة والاصطلاح⁽¹⁾.

1.2 الفرع الاول: ماهية التناسب لغة واصطلاحاً

ليبان المقصود بمبدأ التناسب لابد ان نعرض لمعناه اللغوي ومن ثم معناه الاصطلاحى، لذلك سوف نحاول من خلال هذا التقسيم أن نوضح في بيان أصل مصطلح (التناسب) من حيث بيان معناه اللغوي أولاً، ومن ثم معناه الاصطلاحى ثانياً، وذلك من أجل الانتهاء بأدق معنى لمصطلح التناسب، متناولين الموضوع وفق التقسيم الاتي:-

- أولاً: التناسب لغة:- ان لفظ التناسب مشتق من اصل كلمة نسب والنسب يعني القرابة، وانتسب واستنسب أي ذكر نسبه، وناسبه أي شاركه في نسبه وناسب مناسبة أي ماثله وشاكله ولائمة، اما في اللغة الانكليزية فقد وردت (proper) بمعنى الملائمة في حين تشير قواميس اللغة الفرنسية الى كلمة تناسب (Lapro portionnalite) تعني العلاقة او الصلة بين شيء واخر او بين اجزاء بعضها البعض او بينها وبين الكل كما تعني ايضاً في احدى استعمالها اللغوية جعله متناسب او متكافئاً⁽²⁾.

- ثانياً: التناسب اصطلاحاً:-التناسب من ناحية الاصطلاح له عدة معان، من ضمنهم من عرفه بأنه تعبير عن صلة تتسم بالتوافق او التوازن بين شيء واخر في اطار العلاقات المعتادة التي يفترض ان تكون عليها تلك الصلة⁽³⁾، ووفقاً لتعريف اخر فهو يعني وجود ملائمة ظاهرة بين الفعل ونوع الجزاء الموقع على مرتكبه ويعرف ايضاً بأنه توافق الاجراء المتخذ مع سبب القرار، كما يعرف التناسب بمفهومه العام بأنه: العلاقة بين شيئين معبر عنها بصورة رمزية.

وفي الاصطلاح القانوني عرف بأنه تعبير عن الصلة التوافقية بين حالة معينة واخرى مناظرة لها بحيث هو نتيجة توازن مقبول بينهما⁽⁴⁾.

اذن فالتعريف العام للتناسب يدور حول طرفي قياس احدهما ثابت والاخر متغير يتمثل في مدى او درجة العلاقة بين هذين الطرفين ومن ثم يمكن الكشف عن عدة صور للتناسب يكون فحواها مختلفاً ولكن تبقى هناك خاصية مشتركة تجمع بينهما تتمثل في وجود علاقة تلازم منطقية تقود الى تصور ايجابي للتناسب كالمعقولة والتوازن والتناغم والانسجام او تصور سلبي كالمفرط والمغالي فيه والمتجاوز للحد وبين هذين التصورين تتجسد اسقف التناسب بمعناه النسبي وليس الدقيق والمطلق⁽⁵⁾.

2.2 الفرع الثاني: التعريف التشريعي للتناسب

لم يضع المشرع تعريفاً محدداً لمفهوم التناسب، حيث نادراً ما تتحدث القوانين عن تعريف التناسب وتركت الموضوع لاجتهادات الفقه والقضاء على اعتبار ان مهمة المشرع ليس ايراد تعريف وانما اختصاصه يتحدد في ايراد النصوص القانونية⁽⁶⁾. حيث استقرت في علم القانون مجموعة من المبادئ القانونية العامة التي تستند عليها جل معطياته دونما حاجة الى نص تشريعي ينص عليها لأنها تستند الى معطيات العقل والمنطق والمعقولة وضرورات الحياة الاجتماعية في بعض الاحيان واذا كانت التشريعات تشير اليها فانها تشير اليها بشكل مجرد دون تفسير او تعريف او دون الاشارة الى مضمونها واثارها لان التعريف والتفسير وتحديد الاثار المترتبة هو من عمل الفقه والقضاء⁽⁷⁾، على اعتبار ان مبدأ التناسب من المبادئ القانونية العامة التي يتوجب الالتزام بها دون حاجة الى وجود نص صريح يطبق في الحالات التي تقتضي التناسب بين الفعل والاجراء المتخذ بصدده وهذا المبدأ يتأكد كل يوم في مجالات جديدة يطبقها القضاء ويكشف عنها⁽⁸⁾.

3.2 الفرع الثالث: مفهوم مبدأ التناسب عند الفقه والقضاء

اختلف الفقه اختلافاً بينا حول مفهوم مبدأ التناسب ولم يستقر كما هو العادة على تعريف جامع مانع للتناسب، فهو على الرغم من بساطته ووضوح مفهومه إلا ان تحديد مفهومه يثير صعوبات ومشاكل عديدة وذلك بسبب انه مبدأ ابتدعه القضاء الاداري وانتقل الى نطاق القانون الدستوري، ولنا اصبح لهذا المبدأ مفهومين مختلفين، مفهوم في اطار القانون الاداري، ومفهوم اخر في اطار القانون الدستوري، وقد ظهر في نطاق القانون الدستوري على صورتين الصورة الاولى هي التناسب في التشريع أو التناسب بين اركان التشريع الداخلية (السبب والمحل والغاية) والصورة الثانية هي التناسب الدستوري أي التناسب بين نص تشريعي او لائحي ادنى مرتبه مع نص دستوري⁽⁹⁾، وسنبين ذلك تباعاً.

● الصورة الاولى- التناسب في التشريع: لقد اختلف الفقهاء في تعريف مبدأ التناسب ولذلك فقد عرّف البعض مبدأ التناسب بأنه مدى ملائمة سبب التشريع مع محله، أي التوازن والتوافق بين الحالة الواقعية او القانونية وحكمها بالصورة التي يتحقق بها غاية التشريع⁽¹⁰⁾.

وعرفه البعض الاخر بأنه "مدى التوافق والتقارب والتناسب بين الحالة الواقعية والقانونية التي جعلت السلطة المختصة تفكر في اصدار تشريع معين

لتنظيم وحكم هذه الحالة، وبين محل او موضوع التشريع ذاته، أي الاثر القانوني المراد تحقيقه من وراء اصدار مثل هذا التشريع"⁽¹¹⁾. وذهب البعض الاخر الى ان التناسب يعني التوافق بين التشريع الصادر من المجلس التشريعي ومدى المعالجة القانونية للواقع الذي صدر التشريع من اجله والاثار التي تترتب على التطبيق بحيث يتحقق للتشريع التناسب بين سبب التشريع ومحله⁽¹²⁾.

ويتهج اخرون في تعريفهم للتناسب بأن رقابة التناسب التشريعي هي عملية مركبة ومعقدة تتعلق بعدة عناصر فهي تتعلق بالعلاقة بين مضمون النص الصادر ونصوص الدستور او المبادئ ذات القيمة الدستورية، كما تتعلق ايضاً بالوسائل المستخدمة والغايات المستهدفة للوقوف على مدى توافق معاني النص التشريعي مع المعاني التي يقصدها المؤسس التشريعي⁽¹³⁾.

واتجاه اخر يعرّف مبدأ التناسب بأنه العلاقة بين الوسائل التي يختارها المشرع والغايات التي يتوخاها من وراء تدخله، او العلاقة العادلة بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة او العلاقة العادلة بين الوسائل المقيدة للحقوق والغرض المشروع⁽¹⁴⁾.

أي مدى التناسب بين الحالة القانونية والواقعية التي دفعت المشرع الى اصدار تشريع ما بهدف معالجة مسألة معينة وبين موضوع التشريع ذاته او محله⁽¹⁵⁾، إن التشريع يتكون من خمسة اركان شأنه في ذلك شأن القرار الاداري وهذه الاركان هي (الاختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية) وإن الاركان الداخلية للتشريع شأنها شأن الاركان الداخلية للقرار الاداري وهي (السبب، المحل، الغاية) تتصل فيما بينها اتصالاً وثيقاً، فالبرلمان عندما يشرع قانوناً تكون هناك اسباب واقعية او قانونية تدفعه للتدخل من خلال سنة لتشريع ما، ويجب ان يستهدف تحقيق الغاية الاساسية وهي المصلحة العامة، ويقوم القضاء الدستوري بدوره في مراقبة مدى التناسب بين سبب التشريع ومحله أي مدى تناسق او توافق التشريع مع الوقائع⁽¹⁶⁾.

أي ينظر القضاء في مدى تناسب السبب والمحل فاذا وجد ان هناك تفاوتاً كبيراً بين السبب والمحل جاز للقاضي الدستوري ان يحكم بعدم دستورية التشريع لانعدام التناسب.

ويتبين لنا من خلال التعريفات السابق ذكرها، اختلاف الفقهاء في تحديدهم للعناصر التي يقوم عليها مبدأ التناسب، فالبعض من الفقه أكد في أن صورة

- ملاءمة الاجراءات وحمايتها، ويعني بها التحقق من صدوره ضمن الاجراءات الشكلية التي نص عليها القانون.
 - ضرورة الاجراء المتخذ من قبل الادارة.
 - ان لا يتضمن هذا الاجراء عدم التناسب او اللاتناسب.
- وفي هذا المجال يذهب احد الفقهاء الالمان في تفسيره لنهج المحكمة الدستورية الفدرالية من التناسب انه توجد عناصر ثلاث للمفهوم الواسع للتناسب وهذه العناصر هي²⁰:-

- أ. الصلاحية: تطبيق الاجراءات المناسبة التي تؤدي الى النتائج المرغوبة أي صلاحية الاجراء لتحقيق الهدف المنشود.
- ب. الضروريات: وتفترض تطبيق الاجراءات التي ينج عنها اقل ضرر ممكن للحقوق على خلاف استعمال اجراءات اخرى بديلة.
- ج. التناسب بالمعنى الضيق: وتفيد ان أي تقييد للحقوق الفردية يجب ان يتضمن تكافؤ امثل مع القيم العامة المحمية.

3. المبحث الاول: أسس مبدأ التناسب التشريعي

هناك مفاهيم وافكار قانونية وفلسفية عدة يمكن ان تكون اساساً لمبدأ التناسب التشريعي والتي يستعين بها القاضي الدستوري وهو يقوم بعمله لتقدير مدى توافق النصوص التشريعية مع احكام الدستور بعض هذه الاسس ذات مصدر فلسفي وأخرى ذات مصدر تشريعي، وهذا ما سوف نبحث فيه من خلال التقسيم الآتي:-

1.3 المطلب الاول: الاساس الفلسفي لمبدأ التناسب التشريعي

يعد الاساس الفلسفي لمبدأ التناسب من أهم الاسس التي استعان به القضاء الدستوري لفرض رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، كون أن مبدأ التناسب يعد من المبادئ المتعلقة بالبحث عن الغاية من التشريع على اعتبار أن أي تشريع يصدر يفترض أن يراعي المصلحة العامة وأن يحمي الحقوق والحريات الدستورية، ووفقاً لذلك سوف نبحث في أهم الافكار المبينة للاساس الفلسفي لهذا المبدأ والمتمثلة ب (فكرة المعقولة والخطأ الظاهر وفكرة الغرم والنعم والضرورة تقدر بقدرها) وسنعرض هذه الافكار تباعاً من خلال التقسيم الآتي :-

1.1.3 الفرع الاول: فكرة المعقولة

المعقولة هو مصطلح قانوني موجود في الكلمة اللاتينية *rationabilias*، ويمثل مقياس المعقولة عنصراً جوهرياً في الانظمة القضائية الحديثة كما انه يعتبر هاماً

التناسب داخل النص التشريعي تعتمد على عنصري السبب والمحل أي ان هذا الاتجاه يركز على التوافق والتقارب والتناسب بين الحالة الواقعية التي جعلت المشرع يفكر في اصدار تشريع وبين محل التشريع او موضوعه، اما الاتجاه الاخر من الفقه يؤكد على عنصري الغاية والوسيلة أي مدى الارتباط بين غاية التشريع ومدى معقولة ومنطقية الوسائل التي يستخدمها لتحقيق المصلحة العامة وبذلك يتبين لنا ان مفهوم التناسب في نطاق القانون الدستوري يعتمد على المحل والغاية اما السبب والمحل فتكون في نطاق القانون الاداري، أي ان التناسب في القانون الدستوري هي العلاقة المعقولة بين المحل والغرض فاذا تحققت هذه العلاقة كان التشريع مناسباً واذا لم تحقق كان التشريع غير مناسباً.

- الصورة الثانية- التناسب الدستوري: عرف جانب من الفقه التناسب الدستوري بأنه: ((يقصد به التوافق بين أي نص سواء صدر في شكل قرار فردي او لأجني او في شكل تشريع كأداة قانونية تستخدمها الدولة في تنظيم موضوعات معينة، وبين حقوق وحريات الافراد سوءاً المنصوص عليها في الدستور او المتضمنة في المقومات والمبادئ الاساسية والقواعد والاحكام التي أتى بها الدستور⁽¹⁷⁾، ويتضح من هذا التعريف أنه قيد التناسب في موضوع معين على اعتبار ان اغلب التطبيقات في القضاء الدستوري كانت في مجال الحقوق والحريات وبأن الهدف الاساسي من تبني فكرة التناسب هو حماية الحقوق والحريات الخاصة بالافراد.

ويذهب جانب من الفقه الى أن مبدأ التناسب يجب ان يطبق بين أي قاعدة قانونية سواء كان مصدرها نص تشريعي او لأجني مع نصوص الدستور⁽¹⁸⁾.

والفقه الالماني هو السباق في تأكيد الاسس القانونية للتناسب والذي اخذت منه أغلب الدول الاوربية وامريكا والقضاء الاوربي المتمثل بالمحكمة الاوربية لحقوق الانسان ومحكمة العدل الاوربية التي اعتمدت المعايير التي تبناها الفقه الالماني، حيث ان هذا الاخير عرّف التناسب:- بأنه (حسن التقدير التي تقوم به الادارة وان السلطة التقديرية ونطاقها يتوقف على معيار التناسب وان عدم التناسب يدل على الاستخدام الخاطئ للسلطة التقديرية من قبل الادارة)، ويلاحظ ان المحاكم الاوربية قد اعتمدت ثلاثة معايير اساسية جاء به الفقه الالماني لتحقيق التناسب وهي¹⁹:-

هل هو بسيط، صغير ام جسم بينهما، بحيث يخل بشكل ملحوظ وواضح بالتوازن بينهما، وتطبيقاً لذلك في حالة صدور قانون عن البرلمان يتعلق بمسألة نزع الملكية للمنفعة العامة فعلى القاضي ان يتحقق من الموازنة بين المزايا التي تتحقق في نزع الملكية وبين الاضرار التي تلحق بالملكية الخاصة، وهذا المبدأ ظهر اساساً في فرنسا ومجاله قرارات نزع الملكية بالاستعانة بمنطق الضرورة تقدر بقدرها بحيث قاضي التناسب عن مدى التزام المشرع في النص الذي اصدره بمحدود الضرورة وقدرها من عدمه⁽²⁵⁾.

3.1.3 الفرع الثالث: فكرة العدالة

إن المسيرة الفلسفية والقانونية لمبدأ التناسب لم تبدء في غفلة من التاريخ وإنما هناك اصول واسس سابقة تستند عليها، ومن هذه الاسس فكرة العدالة التوزيعية التي ترجع بأصولها الى المفكر اليوناني ارسطو الذي يعد المساواة هي المبدأ الاساسي للعدالة⁽²⁶⁾.

ومن وجهه نظره تقسم العدالة الى عدالة توزيعية وعدالة تبادلية، فالعدالة التوزيعية هي تلك العدالة التي تسود علاقات الافراد بالمجتمع بخصوص توزيع الاعباء والحقوق وبمقتضاها يجب ان يتم توزيع الحقوق والاعباء ليس على اساس المساواة المطلقة بل على اساس المساواة التناسبية وذلك بان تراعي الجماعة وهي بصدد توزيع الاعباء والحقوق على الافراد الاختلافات التي توجد بينهم من حيث الحاجات والقدرات وترتبط العدالة التوزيعية بالمساواة ولكن هي مساواة تناسبية فلا يجوز في هذا النوع من العدالة ان يعامل الافراد على اساس المساواة الحسابية وهم يختلفون عن بعضهم في الملكية والدخل والقدرة والحاجة⁽²⁷⁾.

ولذلك نجد ان هناك ارتباط وثيق بين مبدأ التناسب وفكرة العدالة وبين مبدأ المساواة العامة امام الاعباء العامة الذي يتطلب تناسلاً بين التكليف والمقدرة او الكفاءة عند توزيع الاعباء العامة بين المواطنين، حيث تكون مقامة عليهم بما يتناسب ومقدرة كل منهم، فالتناسب يرتبط ارتباطاً وثيقاً بفكرة المساواة القانونية بما تعنيه من عدم الاختلال في المعاملة بين من تتماثل مراكزهم وظروفهم.

ويذهب الدكتور جورجي شفيق الى ان قاعدة العدالة هي من اهم الاسس على الاطلاق لمبدأ التناسب حيث تعد اساساً جوهرياً بالنسبة للقانون وللقاضي بصفة خاصة وقاضي التناسب بالذات وعلى وجه التحديد الذي لا قيام لعمله بدون⁽²⁸⁾، ولذلك فان القاضي بحكم عمله يحاول بجهد كبير ان يحقق التوازن بين حقوق وحريات الافراد وبين المصلحة العامة من جهة اخرى، وهو عندما يفعل ذلك فانه

على وجه الخصوص في مجال النزاعات والخلافات الدولية الخاصة بمشكلات القوانين، ويقوم هذا المفهوم على اساس فكرة انه يجب على كل الاطراف ان يتحملوا قدراً معقولاً من سلوكياتهم وقد تم ادراج ذلك في عدد من المواثيق الدولية، ويعود اقرب استخدام مدون لمصطلح المعقولة الى العصور الرومانية فقد اشتهر الرومان بالساليهم في تقييم سلوك الافراد وفقاً لمقاييس معينة، وقد اصبح قياس المعقولة على مقياس من (1-5) امراً شائعاً حيث يعني (5) ان الطرف قد تصرف بعقلانية وانه سوف يحظى بتعاطف المحكمة كاملاً⁽²¹⁾.

يستند مبدأ التناسب على فكرة المعقولة وهي علاقة بين ما يتضمنه العمل القانوني من ضوابط وحدود وتنظييات وبين الهدف الذي يسعى المشرع الى تحقيقه من وراء ذلك، وتتحقق المعقولة اذا كانت هذه الضوابط والحدود التي تضمنها العمل التشريعي في الحدود المقبولة عقلاً ومنطقاً، فاذا خرجت هذه العلاقة عن هذا الاطار المقبول (عقلاً ومنطقاً) سينتفي التناسب بين سبب التشريع ومحل⁽²²⁾.

أي ان فكرة المعقولة تتحكم فيها عدة ضوابط اهمها ضرورة ارتباط الاهداف التي يسعى المشرع من وراء تنظيمه للحق او الحرية وبين وسائل تحقيقها، فاذا كانت هذه الوسائل لا تؤدي الى تحقيق الغايات التي أوكل اليه المشرع الدستوري امر تحقيقها كان هذا التنظيم للحق او الحرية مخالفاً لتعارضه مع فكرة المعقولة التي تستند على العقل والمنطق⁽²³⁾.

أي يتبين لنا أنه من اهم الضوابط التي يتعين على المشرع الالتزام بها وهو بصدد ممارسة سلطته التشريعية وجوب الترابط العقلي والمنطقي بين اغراض التشريع ووسائله ليتحقق التناسب والتناسق بينهما، أي يمكن للقاضي ان يستعين بالمعقولة لغرض الوصول الى الحكم المناسب.

2.1.3 الفرع الثاني: فكرة العُرم والغُرم والضرورة تقدر بقدرها

ان فكرة العُرم والغُرم من المبادئ القانونية العامة، والتي يستعين بها قاضي التناسب وهو بصدد تقييم وتقدير العمل القانوني، فهي مرتبطة بمنطق المزايا والعيوب او الفوائد والتكاليف، او الخسائر والمكاسب او الايجابيات والسلبيات المترتبة على نص معين او اجراء معين، كما يستعين بفكرة الضرورة تقدر بقدرها، في تقييمه وتقديره للتناسب في الموضوع الذي يخضع للرقابة حيث يقوم القاضي بوضع الاثار الايجابية المترتبة على نص تشريعي صادر عن البرلمان في كفة، ويقوم بوضع الاثار السلبية عليه في الكفة الاخرى، ويقوم بعملية⁽²⁴⁾الميزان بين الكفتين ليرى ما اذا كان هناك توافق بين الكفتين، او اختلاف، واذا كان هناك اختلاف

صحيحا نصا وروحا، فضلا عن دورها الرائد في حماية حقوق وحرريات المواطن، حيث بات التناسب مبدأً أساسياً جوهرياً، على الرغم من عدم حسم الجدل حول الأخذ به، إلا أنه فرض وجوده وهذا ما دفع الفقه القانوني والقضاء الإداري والدستوري في إعادة النظر حول هذا المبدأ والتعامل معه بمرونة أكثر. وأصبح الآن من المبادئ التي حسم الجدل في شأنها في دساتير بعض الدول من خلال النص عليها، مما جعلها قاعدة دستورية يوجب على القضاء الدستوري حمايتها من خلال ممارسة الرقابة في حالة تجاوز السلطات لها خاصة في مجال حماية الحقوق والحرريات وبالأخص في باب التقييد، وسوف نبين من خلال التقسيم الآتي موقف بعض الدساتير من هذا المبدأ.

1.2.3 الفرع الأول: الدساتير التي تنص صراحة على مبدأ التناسب

يجد مبدأ التناسب مكانه في الدساتير الحديثة لبعض الدول منها العراق ومصر وهذا ما سوف نعرضه تباعاً:

دستور جمهورية العراق لسنة 2005 أخذ بهذا النموذج حيث نص على " لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحرريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناءً عليه، على أن لا يمس ذلك التقييد جوهر الحق أو الحرية"³³

يلاحظ من النص السابق أن المشرع الدستوري أجاز للسلطين التشريعية والتنفيذية فرض قيود على الحقوق والحرريات استثناءً مراعاة للمصلحة العامة ولكنه قيد السلطين بقيود لا يجوز تجاوزها وإذا ما تجاوزتها خضع عملها لرقابة المحكمة المحكمة الاتحادية العليا من خلال رقابة التناسب.

الدستور المصري لسنة 2014 نص على "الحقوق والحرريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً ولا انتقاصاً ولا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحرريات أن يقيد بها بما أصلها وجوهرها"³⁴

يلاحظ أن توجه المشرع الدستوري المصري كان قريباً من المشرع الدستوري العراقي في مسألة جعل فرض القيود على الحقوق والحرريات استثناءً لا يجوز التوسع فيه والزم أن لا يمس التقييد جوهر الحق أو الحرية، وعلى عكس ذلك تعرض عمل المشرع للرقابة الدستورية التي تكيف برقابة التناسب.

ومن الدساتير الأخرى الدستور الإيطالي الذي منح القضاء الدستوري صلاحية ممارسة رقابة التناسب، ومن الاتفاقيات الدولية المهمة التي أشارت إلى رقابة التناسب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من خلال نص المادة (18) التي تنص

يكون مدفوعاً باعتبار العدالة التي توصي بإقامة توازن مقبول بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة عن طريق تناسب بين الإجراءات المتخذة والأسباب التي يقوم عليها⁽²⁹⁾، ولذلك فإن البعض عرف التناسب بأنه إرضاء حاسة العدالة، والبعض الآخر استخدم مفهوم التناسبية كعيار للأصناف والعدالة.

4.1.3 الفرع الرابع: فكرة الخطأ الظاهر

يستند مبدأ التناسب على فكرة الخطأ الظاهر أو الواضح لتقييم تقدير المشرع مصدر النص محل الرقابة، فالقاضي الدستوري يبحث ما إذا كان البرلمان بتبنيه هذا النص أو ذلك لم يرتكب خطأ ظاهراً في التقدير أدى إلى الاصطدام بمبدأ ذي قيمة دستورية وما إذا كان مثل هذا الخطأ قد فات على المشرع، فمن هذه الفكرة يدخل القاضي الدستوري في رقابة التناسب لأن هذا الطريق يسمح له أن يضع في الميزان المصلحة العامة المتباعدة في القانون في جانب ويضع في الجانب الآخر الانتهاكات بهذا المبدأ الدستوري أو ذاك ودفعاً للنتيجة سيكون حكم القاضي بما إذا كانت مثل هذه الانتهاكات غير متناسبة، أم لا مبالغاً فيها بالنظر إلى التفسير الذي اتبعه المشرع وبناءً عليه سيحكم بتوافق القانون مع الدستور أم لا. فهذه الوسيلة يملك القاضي الدستوري أداة قوية للرقابة لأنها تسمح له بتقدير ما إذا كانت صفة عدم التناسب أو عدم المبالغة أو المعقولية في الاختيارات التي يجريها المشرع⁽³⁰⁾.

وإن خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص القانونية الملائمة يقوم على ذات الأساس الذي تبطل به النصوص القانونية التي تفقد تناسبها مع الأغراض التي تتوخاها، وذلك أن خطأ المشرع يفترض تجاوز النصوص القانونية لضوابط تناسبها مع الأغراض المقصودة فيها، فلا تربطها صلة منطقية أو تكون الصلة ضعيفة فإذا تحققت ذلك بطل القانون لكونه غير مطابق لأحكام الدستور.

2.3 المطلب الثاني: الأساس القانوني لمبدأ التناسب التشريعي

رقابة التناسب رقابة ترد على السلطة التقديرية للمشرع تلك السلطة التي تعرف بجزية المشرع في المفاضلة ما بين البدائل التي تتزاحم فيما بينها لتنظيم موضوع معين لاختيار أقلها تقييداً للحقوق وإقرارها اتصالاً بالأغراض التي يراد تحقيقها³¹

وهذه الرقابة تتم بتقدير أهمية الوقائع (السبب) من جانب وتقدير خطورة الإجراء المتخذ (المحل) من جانب آخر لبيان التوافق بينها أي أن التناسب هو توافق بين السبب والمحل³²، وهذه الرقابة تجد سندها القانوني في دساتير بعض الدول التي تنبئت لأهمية هذه الرقابة ولدورها الفعال في تطبيق الدستور تطبيقاً

حيث لا يوجد نص صريح في الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل ينص على مبدأ التناسب وايضا لا يوجد نص يمنع الاخذ بهذا المبدأ وهذا ما دفع الفقه والقضاء الفرنسي من قبوله والاخذ به وسوف يتضح لنا ذلك من خلال بعض التطبيقات التي سنوردها لاحقا من قضاء المجلس الدستوري التي تؤكد اهمية هذا المبدأ وضرورته لاعتبارات تتعلق بحماية المبادئ الدستورية خاصة تلك المتعلقة بالحقوق والحريات .

ومن النماذج الاخرى دستور الولايات المتحدة الامريكية لسنة 1787 المعدل الذي لم ينص صراحة على رقابة التناسب مع ذلك يلاحظ أن القضاء الدستوري الامريكي بسط رقابته على مدى تناسب النصوص دون النص على ذلك صراحة وانما باستعمال الفاظ ومصطلحات تؤدي الى ذات المعنى ،ومن أمثلة ذلك حكم المحكمة العليا بعدم دستورية قانون اصلاح نظام تمويل الحملات الانتخابية الذي فرض على المرشحين عدم تجاوز حجم انفاقهم على حملاتهم الانتخابية مبلغا معيناً وهو القانون المعروف بتعديل المليونير ،حيث رفضت المحكمة الحجة القائلة بأن وضع سقف اتفاق موحد لجميع المرشحين وهم من مستويات ثراء مختلفة يحقق المساواة بينهم ويهدف الى تحقيق مصلحة ضرورية للحكومة ،حيث لم يكن هناك توافق وتراط بين سبب القانون ومحلّه ،كما أن الهدف منه يتعارض مع اهداف التعديل الاول للدستور الذي أكد على أن لا يصدر الكونكوس أي قانون خاص بأقامة دين من الاديان او يمنع حرية ممارسته او يجد من الكلام او الصحافة ومن حق الناس في الاجتماع سلمياً ،وفي مطالبة الحكومة بأنصافهم من الاجحاف³⁹

4. المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ التناسب التشريعي في القضاء الدستوري

المقارن

رقابة التناسب تعد أداة من الادوات التي استطاع القاضي الدستوري من خلالها الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع ، على اساس أن التشريعات التي يسنها المشرع تهدف الى تحقيق غايات محددة بأعتبرها (التشريعات) وسيلة لتحقيق هذه الغايات ،والقاضي الدستوري يستعمل وسيلة التناسب للوقوف على مدى

الارتباط المنطقي بين المحل (التشريع) والغاية من هذا التشريع⁴⁰

ورقابة التناسب عملية مركبة ومعقدة حيث انها تتعلق بجوانب واعتبارات مختلفة فهي من جانب تتعلق بالصلة بين موضوع النص الصادر والمبادئ والاحكام الاساسية التي نص عليها الدستور، ومن جانب اخر تتعلق بالوسائل المستخدمة والغايات المستهدفة ،والرقابة الدستورية تنصب على تقدير السلطة المصدرة

"--القيود التي يمكن وضعها وفقاً لهذه الاتفاقية على الحقوق والحريات المذكورة لا يمكن تطبيقها الا في اطار الهدف الذي من أجله تم النص عليها"³⁵ .

يتبين من خلال نص المادة بأنه نص عام وشبه صريح على وجود التناسب من خلال تواجد علاقة تبادلية ما بين أهداف القيود التي ترد على الحقوق والحريات وبين الوسائل المستخدمة لذلك .

يلاحظ مما سبق أن دساتير بعض الدول منها العراق تنبأت لاهمية رقابة التناسب لذلك جاءت بنصوص منحت من خلالها القضاء الدستوري صلاحية مراقبة السلطة التشريعية عند ممارستها لسلطانها التقديرية بأعتبر أن السلطات جميعاً بما فيها السلطة التشريعية مقيدة بتطبيق الدستور ليس نصاً فقط وانما روحاً ايضاً .

وفي المانيا يوجد رأيين فقهيين يذهب رأي الى أن مبدأ التناسب تم قبوله بأعتبره أحد المبادئ الدستورية غير المكتوبة ،اي يجد سنده في قاعدة دستورية غير مكتوبة بأعتبر ان الدستور الالمانى لم ينص صراحة على رقابة التناسب ولكن تم قبوله بأعتبره قاعدة دستورية غير مكتوبة ملزمة للسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وأعتبرت بحكم القاعدة الدستورية³⁶ .

ويذهب الرأي الاخر الى أن النظام القانوني في المانيا نص صراحة على مبدأ التناسب فهذا المبدأ معلن عنه في الدستور وتختص المحكمة الدستورية الفدرالية في المانيا بالرقابة عليه³⁷، حيث أن المشرع الالمانى نص صراحة في القانون الاساسي الصادر سنة 1949 في الفقرة (3) من المادة (16) منه على " لا يجوز في أي حال من الاحوال النص على قيود أو حدود على أي حرية كذلك التي تؤدي الى أن تفقد هذه الحرية جوهرها او ما هيبتها أو غواها " .

ويذهب الباحث الى أن الرأي الثاني أقرب للصواب بالمقارنة مع النماذج السابق ذكرها التي نصت دساتيرها على الاخذ برقابة التناسب من خلال نصها على عدم جواز تقييد الحقوق والحريات بما يمس جوهر الحق او الحرية وأعتبر أي تقييد من قبيل ذلك معرضاً للتشريع لرقابة المحكمة الدستورية من خلال رقابة التناسب .

2.2.3 الفرع الثاني: الدساتير التي لا تنص صراحة على رقابة التناسب

هناك دول أخرى لم تأتي دساتيرها بنصوص صريحة تنص على رقابة التناسب وفي نفس الوقت لم تمنع الرقابة على التناسب ،وهذا يدفعنا الى الاخذ بمفهوم المخالفة واستنتاج بأن هذه الدول ايضاً لها أن تطبق رقابة التناسب ،وفعلاً هذا ما أخذ به القضاء الدستوري للعديد من الدول منها فرنسا³⁸.

(شرعية الوسيلة والهدف - الملاءمة - الضرورة) وايضا تستخدم المفهوم الضيق له كبدء فرعي رابع، اذ يمكن القول باحترام مبدأ التناسب اذا ما كانت التدابير السيادية شرعية وملائمة وضرورية ومناسبة فيما يتعلق بالغرض المنشود، ووفقا لادبيات الاحكام القضائية فأن الوسيلة تكون ضرورية طالما لم تتوفر وسيلة اخرى أخف ضررا لتحقيق الغاية المنشودة.⁴⁵

ومن نماذج تطبيقات المحكمة الدستورية الفدرالية :-

- عام 1961 قدم متهم للمحاكمة امام احدى المحاكم عن جرائم ارتكبها اثناء الحكم النازي، خلال المحاكمة تعرض المتهم لازمتين قليبتين وهذا ما دفع المتهم الى الدفع بأن اجراءات المحاكمة تعرض حياته للخطر وقد سمى الدستور الحق في الحياة وسلامة الجسد الا أن المحكمة رفضت الطعن، أقام المتهم طعنا على هذا الحكم أمام المحكمة الدستورية الفدرالية، في سنة 1979 أصدرت المحكمة الدستورية الفدرالية حكما جاء فيه " أن من الواجب لضمان السير الفعال للقضاء الجنائي أن يستجيب لمصلحة عامة من مستوى دستوري، ولكن هذا الواجب لا يؤدي الى استمرار اجراءات الدعوى دون اعتبار للمبادئ الدستورية الاخرى، والتي من المحتمل ان تكون قابلة او متعارضة كالمبدأ المتعلق بالحق الاساسي للمتهم في الايجاد حياته او صحته معرضة للخطر، في مثل هكذا حالات يوجد مبدأين دستوريين متعارضين وهذا موقف متوتر فلا يكون لاي من المصلحتين المتعارضتين الاولوية بشكل مطلق، في مثل هكذا حالة لا بد من تطبيق رقابة التناسب فالتعارض بين مبدأين دستوريين مشمولين بالحماية يوجب التناسب من خلال توازن المصالح القانونية المتعارضة وذلك من خلال الاخذ في الحسبان الظروف الخاصة بالقضية" --⁴⁶

- عام 1965 اصدرت المحكمة الدستورية الفدرالية حكما أخر ذهب فيه أن مبدأ التناسب يعد نتيجة ضرورية لمبدأ الدولة الدستورية، فضلا عن أن التكريس الصريح للحقوق الاساسية في القانون الاساسي يعد تعبيراً عن حق الفرد في التمتع بالحرية في مواجهة سلطة الدولة، ومن ثم لا يجوز تقييد هذه الحرية الا فقط بالقدر الضروري الذي لا غنى عنه لحماية المصلحة العامة.⁴⁷

للتشريع لمثل هذه الصلة، ومدى تحقق التوافق بين النص الصادر والمعاني التي يقصدها الدستور ويقدر التقارب والتباعد بين محل النص (الامر القانوني) وبين مقاصد المشرع تكون نتيجة رقابة الدستورية⁴¹، وهذا ما سوف يتضح لنا من خلال التطبيقات القضائية المقارنة والتي سوف نتناولها من خلال التقسيم الاتي:-

1.4.1 المطلب الاول: موقف القضاء الدستوري الفرنسي والالماني من رقابة التناسب التشريعي

سوف نحاول من خلال هذا الفرع ايراد بعض التطبيقات القضائية للقضاء الدستوري متمثلا بالمجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية في المانيا في مجال ممارسة رقابة التناسب من خلال التقسيم الاتي :-

1.1.4.1 الفرع الاول: تطبيقات القضاء الدستوري الفرنسي

مارس المجلس الدستوري في فرنسا الرقابة على التناسب في بداية الثمانينات من القرن الماضي، واعتبرها صور من صور الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع وحكم بعدم دستورية القوانين التي تتضمن اجراء اشد تقييدا للحق او الحرية، اذا ما كان هناك اجراء أخف يحقق نفس الغاية ولم يقم المشرع بأختياره.⁴² من نماذج تطبيقات المجلس الدستوري :-

- قرار المجلس الدستوري المرقم 132 لسنة 1981 بشأن قانون التأميم، حيث قضى بعدم دستورية التعويض الذي منح لاصحاب بعض المشروعات على اساس عدم عدالتها لكونه لم يكن مساويا للقيمة الحقيقية لهذه المشروعات.⁴³
- قرار المجلس الدستوري الصادر في 27 تموز لسنة 2000 بشأن فرض الجزاء، حيث قضى بعدم دستورية قرار فقدان الجنسية الفرنسية بسبب الابعاد واعتبره جزاء غير مناسب مع الاسباب التي تركز عليها مثل هكذا اجراءات وتجاهل المادة (8) من اعلان حقوق الانسان والمواطن لعام 1789 باعتبار انه لا يجوز فرض الجزاء بطريقة اعتباطية دون مراعاة ظروف المحكوم عليهم.⁴⁴

2.1.4.2 الفرع الثاني: تطبيقات القضاء الدستوري الالماني

طبقت المحكمة الدستورية الفدرالية في المانيا رقابة التناسب بشكل اساسي على الحقوق الاساسية، في أحكامها المتعلقة بتقييد او الحد من الحقوق الاساسية التي تهدف الى حماية الافراد من انتهاكات السلطة العامة، حيث تستخدم المحكمة مفهوم التناسب بمعناه الواسع كمصطلح عام تبتغي به المبادئ الفرعية الثلاثة الاتية

2.4.4 المطلب الثاني: موقف القضاء الدستوري المصري والعراقي من رقابة التناسب التشريعي

سوف نحاول من خلال هذا التقسيم ايراد بعض التطبيقات القضائية للقضاء الدستوري، ممتثلا بالمحكمة الدستورية العليا في مصر والمحكمة الاتحادية العليا في العراق في مجال ممارسة رقابة التناسب وفق الاتي :-

1.2.4.4 الفرع الاول: تطبيقات القضاء الدستوري المصري

أُتسم القضاء الدستوري المصري من خلال قرارات المحكمة الدستورية العليا بالتذبذب حول الاخذ بالرقابة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع من عددها، حيث تميز موقفها بتطور واضح في ثلاث مراحل قضائية دستورية مرت بها، اتسمت المرحلة الاولى بالجمود والتأكيد في قراراتها على أن "ولايتها لا تمتد الى مناقشة ملائمة التشريع أو بواعثه، لان ذلك كله يدخل في صميم السلطة التشريعية وتقديرها المطلق"⁴⁸

وفي المرحلة الثانية أُتسم موقف القضاء الدستوري ببعض المرونة حيث حاولت المحكمة ان تقترح على المشرع بعض الحلول لتجنب الحكم بعدم الدستورية، و بدأت بواكرهذه المرحلة في قرارها الصادر عام 1986 حول عدم دستورية المادة (2) من القرار بقانون المرقم 13 الصادر سنة 1964 التي قررت "ايولة ملكية الادوية والمستحضرات الطبية السابق تسجيلها بالصيدليات الى المؤسسة العامة للادوية، اذ قررت المحكمة في اسباب حكمها أن عدم تقرير المشرع شطب تسجيل هذه الادوية يؤكد صلاحيتها للتداول ومن ثم يكون نقل ملكيتها للمؤسسة العامة للادوية مصادرة عامة بدون حكم قضائي خالف بها المشرع احكام الدستور"⁴⁹

وفي المرحلة الثالثة اتسم موقف القضاء الدستوري المصري بالجرأة أكثر وفرض هذا القضاء رقابته على السلطة التقديرية للمشرع من خلال ممارسة رقابة التناسب على جميع اركان التشريع بوصفه عمل قانوني صادر من السلطة المنشأة التي أنشأها الدستور واخضعها لاحكامه، باعتبار أن مبدأ خضوع الدولة للقانون يقضي تقييد جميع السلطات العامة داخل الدولة بقواعد قانونية تعلق عليها وتكون ضابطة لعمالها

50

يذهب الدكتور عبد الفتاح عبد الحميد البر الى أن المحكمة الدستورية العليا باشرت رقابتها على التناسب من خلال نظرية الغلو واتجهت الى تطبيقه في مجال التناسب بين ما يجرمه المشرع من افعال وما يضعه من عقوبات جنائية أو مالية

أو تأديبية ويرد ذلك كقيود على السلطة التشريعية بما تتمتع به من سلطة تقديرية في وزن العقوبات المناسبة لهذه الجرائم⁵¹ ويرى الدكتور عبد الغني بسيوني بأن قضاء المحكمة الدستورية العليا وان كان مع التسليم بالسلطة التقديرية للمشرع وعدم مراقبة ضرورة التشريع من عدمه، لكن في نفس الوقت يرفض بأن تكون هذه السلطة مطلقة وتحكيمية، مما يعني أنها ترضى بالرقابة على السلطة التقديرية للمشرع اذا أدت هذه السلطة الى الانتقاص من الحق أو أهداره الى حد يجعل ممارستها أمراً مرهقاً⁵².

من نماذج تطبيقات المحكمة الدستورية العليا :-

- قرار المحكمة الدستورية العليا الصادر في 3 فبراير لسنة 1969 القاضي " أن الاصل في الجزاء جنائيا كان أم مدنيا أم ماليا أم تأديبيا هو أن يكون متناسبا مع الافعال التي نهى عنها الشارع ومتدرجا تبعا لجسامتها فلا يجوز أن يكون غلوا أو أفرطا "⁵³

- قرار المحكمة الدستورية العليا الصادر في 4 مايو لسنة 1985 حول مدى دستورية القرار بقانون المرقم 44 لسنة 1979 الصادر من رئيس الجمهورية الذي أدخل بعض التعديلات على قانون الاحوال الشخصية المتعلقة بمسئلة حماية القيم من العيب حيث جاء في القرار بقانون يقضي بأن يعهد الى محكمة القيم اختصاص الفصل في التظلمات المقدمة من قبل اصحاب الشأن ضد الاجراءات الاستثنائية المتخذة من قبل رئيس الجمهورية وفق المادة (74) من الدستور(السابق) في أوقات الاضطرابات، المحكمة الدستورية العليا فرضت رقابتها على السلطة التقديرية الممنوحة لرئيس الجمهورية في حالة الضرورة عند غياب مجلس الشعب والمتمثلة بأصدار قرارات بقانون وذهبت المحكمة الى أن الظروف لم تتوفر فيها الشروط اللازمة لفرض حالة الضرورة لذلك عدت قرارها بقانون السابق ذكره غير دستوري⁵⁴

يلاحظ من خلال القرارات السابقة وضح اتجاه المحكمة الدستورية العليا في تبني رقابة التناسب على السلطة التقديرية للمشرع ايمانا منها أن أي سلطة من السلطات داخل الدولة هي سلطة مقيدة باحترام قواعد الدستور ومبادئه العليا خاصة تلك المتعلقة بحقوق وحرىات المواطن .

2.2.4 الفرع الثاني: تطبيقات القضاء الدستوري العراقي

مارست المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقابة التناسب في ظل دستور سنة 2005، وسوف نورد بعض من تطبيقاتها وفق الاتي :-

- قرارها ذي الرقم 11 لسنة 2010 :- الدعوى المتعلقة بقانون تعديل قانون الانتخابات ذي الرقم 26 لسنة 2009 المعدل لقانون الانتخابات لسنة 2005 الذي صدر دون منح المكون الايزيدي الحصة التي يستحقها، وذهبت المحكمة في قرارها الى أن الدستور أوجب في المادة (49) منه على ان يكون المقعد البرلماني مساو لكل مئة الف نسمة، ولما كانت الكوتا المخصصة للمكون الايزيدي لا تتناسب مع الواقع الفعلي لعدد الحقيقي فإن هذا يخالف كل من نص المادة (49) السابقة الذكر ونص المادتين (14) و (16) من الدستور⁵⁵، التي تؤكدان على المساواة وتكافؤ الفرص ما بين جميع العراقيين وحيث أن ما ورد في الفقرة (ب) من المادة (1-ثالثا) من قانون تعديل قانون الانتخابات رقم 26 لسنة 2009 يخالف مضامين المواد الدستورية السابقة الذكر لذلك قررت المحكمة الحكم بعد دستوريتهما وبوجوب منح المكون الايزيدي عدد من المقاعد البرلمانية التي تتناسب مع عدد نفوسهم في انتخابات مجلس النواب لسنة 2014⁵⁶

- قرارها ذي الرقم 24 لسنة 2012 :- الدعوى التي اقامها وزير الخارجية اضافة لوظيفته للطعن بعدم دستورية بعض مواد قانون رواتب ومخصصات مجلس الوزراء رقم 27 لسنة 2011، وذهبت المحكمة في قرارها الى أنه بالنظر لوقوع تباين كبير في ما يخص رواتب موظفي وزارة الخارجية باعتبارهم من الدرجات العليا، فضلا عن ان رواتبهم لا تتناسب مع المستوى المعيشي في البلدان التي يعملون فيها، ونظرا لان القانون السالف الذكر لم يراعي هذه الاعتبارات فإنه جاء مخالفا للدستور لذلك حكمت المحكمة الاتحادية بعدم دستوريته والغائه⁵⁷

يلاحظ من خلال القرارات السابقة أن القضاء الدستوري العراقي شأنه شأن القضاء الدستوري المصري منح نفسه المرونة والجرأة لممارسة الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع ليس من باب التدخل في عمل المشرع ولكن من باب حماية الدستور و تطبيق احكامه تطبيقا صحيحا نضا وروحا، على اعتبار أن ممارسة أي سلطة لصلاحياتها هي ليست مطلقة وانما هناك ضوابط وقيود لا بد من مراعاتها من أجل تطبيق الدستور تطبيقا صحيحا وتحقيق فكرة العدالة التي تعد ليس مبدأ

دستوريا فحسب وانما من المبادئ الفوق دستورية ذلك المبدأ الذي يفرض وجوده أمام العديد من نصوص الدستور خاصة تلك المتعلقة بمبدأ المساواة أمام القانون، فضلا عن ذلك فإن الدستور العراقي لسنة 2005 والدستور المصري لسنة 2014 قد منحا القضاء الدستوري صلاحية الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع في حالة مخالفة القيود التي جاء بها الدستور خاصة تلك المتعلقة بالحقوق والحريات وهذا هو السند القانوني المباشر لها عند ممارستها لرقابة التناسب.

3.2.4 الفرع الثالث: تقييم الفقه لموقف القضاء الدستوري المقارن من رقابة

التناسب التشريعي

يذهب الدكتور سامي جمال الدين الى أن السلطة التقديرية للمشرع ليست مطلقة بل هي سلطة قانونية هدفها الوصول الى انسب البدائل تحقيقا للمصلحة العامة، فأن لم يستطع المشرع تحقيق ذلك، معنى ذلك أن المشرع في مباشرته لسلطته هذه لم يوفق دستوريا، لذلك يسعى القضاء الى الحد من ذلك من خلال الاستعانة بمبادئ موضوعية كبدأ التناسب بحيث تنتقل الامور من دائرة الملائمة السياسية الى نطاق المشروعية الدستورية كونها من الجوانب القانونية المحيطة بسلطة المشرع التقديرية⁵⁸

ويذهب الدكتور عماد محمد ابو حلجة الى أنه من خلال تحليل بعض التطبيقات القضائية للقضاء الدستوري في بعض الدول يتضح أن باستخدام القاضي الدستوري لالية التناسب تتحقق المعادلة التي توجب ضرورة تحقيق الاحترام الكافي لاحكام الدستور وتوفير حماية فعالة لحريات الافراد من ناحية، وضرورة السماح للدولة بالقيام بدور فعال والاضطلاع بمسؤوليتها وتحقيق المصلحة العامة من ناحية ثانية⁵⁹

ويذهب الفقه الدستوري الى أن يتبع الاحكام القضائية الدستورية وتحليلها يلاحظ أن القاضي الدستوري في أغلب تطبيقاته أعتمد على وسيلتين اساسيتين للتحقق من التناسب من عدمه وهما على التوالي⁶⁰:-

- الضرورة تقدر بقدرها :- يقوم القاضي الدستوري بوضع الآثار الايجابية المترتبة عن النص الدستوري في جانب ويضع الآثار السلبية الناجمة عن نفس النص الدستوري في الجانب الاخر ويقوم بعملية الميزان ما بين الجانبين ليرى اذا كان هناك تناسب أم اختلاف فأذا وجد اختلاف يقوم بالنظر الى مدى جسامته وهل يؤثر بشكل ملحوظ على التوازن، أي ان القاضي يستعمل قاعدة الضرورة تقدر بقدرها ليقف على اذا ما كانت

الموازنة) اضافة الى (عنصر العدالة) فهو بعد من اهم المبادئ التي ترمي الى تحقيق العدالة ولذلك اعتبره البعض إرضاء حاسة العدالة.

- ان مفهوم مبدأ التناسب التشريعي في مجال القضاء الدستوري يرتكز على عنصرى المحل والغاية اما في نطاق القضاء الاداري فأن مبدأ التناسب يرتكز على عنصرى السبب والمحل، أي ان التناسب في القانون الدستوري هي العلاقة المعقولة بين المحل والغرض فاذا تحققت هذه العلاقة كان التشريع مناسباً واذا لم تحقق كان التشريع غير مناسباً.
- اما بالنسبة الى موقف الدساتير المقارنة فأننا نشير الى ان فكرة التناسب لم تكن غائبة وتفاوتت مواقف الدول من النص عليها ولذلك نجد ان بعض الدول قد نصت صراحة على هذا المبدأ في دساتيرها والبعض الاخر اشارت اليها ضمناً.

- تبين لنا من تجارب الدول المقارنة كيف أن القضاء الدستوري المقارن قد تبني رقابة التناسب وأخذ بها وان كان متذبذباً في مواقفه بين الاشارة اليها تارة بشكل خجول في بعض قراراتها وتارة أخرى بين الاشارة الواضحة اليها في قراراتها خاصة تلك المتعلقة في مجال حماية الحقوق والحريات الدستورية .

- مبدأ التناسب من المبادئ القانونية العامة التي يتوجب الالتزام بها دون حاجة الى وجود نص صريح يطبق في الحالات التي تقتضي التناسب بين الفعل والاجراء المتخذ بصدده وهذا المبدأ يتأكد كل يوم في مجالات جديدة يطبقها القضاء ويكشف عنها.

2.5 التوصيات

- نوصي الجهات المعنية بالعمل على ايجاد قضاء دستوري متخصص يضم كفاءات وخبرات قضائية وأكاديمية راقية خادمه للقضاء الدستوري في العراق خاصة ونحن أمام وجود قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا الذي نأمل أن يأتي متماشياً مع طموحات المواطنين بعيداً عن الطائفية مبني على المنطق والعدل حامياً للحقوق والحريات الدستورية.
- نقتح على المحكمة الاتحادية العليا أن تكون أكثر جرأة في الاخذ برقابة التناسب تلك الرقابة التي تجد اساسها الفلسفي في فكرة العدل والصالح العام خاصة وان المشرع الدستوري قد منحها صلاحية الاخذ بهذه الرقابة في مجال حماية الحقوق والحريات الدستورية.

الضرورة تستوجب هذه الاجراءات التشريعية لبلوغ الغايات المحددة أم أن الضرورة لا تستوجب هذه الاجراءات على نحو ينبئ عن عدم تناسبها والغرض المراد تحقيقه .

- المعقولة :- المعقولة هي علاقة بين ما يتضمنه العمل التشريعي من ضوابط وقيود مع الهدف الذي يسعى العمل التشريعي الى تحقيقه (اي علاقة بين المنفعة و الضرر) ،يقوم القاضي الدستوري بالاخذ بفكرة المعقولة لبيان مدى توافر التناسب في القضية التي أمامه من عدمه ، فالمعقولة تتحقق اذا كانت هذه العلاقة في الحدود المقبولة عقلاً ومنطقاً وعلى العكس من ذلك اذا كانت هذه العلاقة خارج الاطار المقبول عقلاً ومنطقاً انتفت المعقولة وخضعت لرقابة التناسب.

5. الخاتمة

نحمد الله سبحانه وتعالى على توفيقنا في اتمام هذا البحث العلمي المتواضع، الذي توصلنا من خلاله الى بعض من الاستنتاجات والتوصيات التي ندرجها تباعاً :-

1.5 الاستنتاجات

- يحتل مبدأ التناسب مكانة بارزة في شتى الميادين، كونه فكرة عامة شاملة تمتد الى فروع القانون جميعها، وبات يعد من المبادئ القانونية التي من السهل فهمها غير انه من الصعب وضع تعريف جامع مانع لها ومن التعاريف المناسبة هو تعريفه بمدى ملائمة سبب التشريع مع محله، أي التوازن والتوافق بين الحالة الواقعية او القانونية وحكمها بالصورة التي يتحقق بها غاية التشريع.

- يساعد هذا المبدأ في ضبط حدود السلطة التقديرية للمشرع في تنظيم وتقييد الحقوق والحريات وهو يشكل في الوقت ذاته تبريراً قوياً لاستخدام القاضي المختص رقابته على السلطة التقديرية للمشرع.

- يتكون هذا المبدأ من عدة عناصر يعتمد عليها القاضي الدستوري فيبيته بطرح السؤال حول ما اذا كانت الوسائل التي تستخدمها السلطات العامة متناسبة مع الاغراض التي تسعى اليها أي وجود علاقة معقولة بين الهدف المتوخى والوسيلة المستعملة (عنصر المعقولة)، وان تكون الوسيلة ضرورية طالما لم تتوافر وسيلة اخرى اخف ضرراً لتحقيق الهدف المنشود (عنصر الضرورة) ويجب ان يتم التوازن بين المنافع والاضرار (عنصر

6. قائمة المصادر

1.6 الكتب

1. د. ابراهيم محمد صالح الشرفاني ، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2016.
2. د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، ط1، دار الشروق ، القاهرة ، 2001.
3. د. ثروت عبد العال احمد ، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004.
4. د. جورج شفيق ساري ، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.
5. خاموش عمر عبدالله ، دور السلطات الثلاث في حماية الحقوق والحريات ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2019.
6. خليفة سالم الجهي ، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2009.
7. د. زكي محمد النجار ، القانون الدستوري والانظمة الدستورية ، ط1، دار النشر العربي ، بدون مكان ، 1993.
8. د. سامي جمال الدين ، الرقابة على اعمال الادارة مبدأ المشروعية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003.
9. د. عبد الحميد فوده ، جوهر القانون بين المثالية والواقعية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2005.
10. عبير حسين السيد حسين ، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009.
11. د. علي يوسف اسماعيل ، القاضي الاداري بين المشروعية والملاءمة ، دار المسلة للطباعة والنشر والتوزيع ، بغداد ، 2018.
12. دعوض المر ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية ، مركز رينو- جان دوي ، للقانون والتنمية ، بلا مكان ، بلا تاريخ .
13. دعجاد محمد محمد أبو حليلة ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2015.
14. د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس ، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري ، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2016.
15. د. عبد الغني بسيوني ، القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة المعارف ، اسكندرية ، 1997.
16. د. نكتل ابراهيم عبدالرحمن ، التناسب في القرار الاداري ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2016.

2.6 الرسائل والاطاريح

1. بالجيلاني خالد ، السلطة التقديرية للمشرع ، رسالة اطروحة دكتوراه في القانون العام ، جامعة ابي بكر، الجزائر ، 2016- 2017 ، متاح على الرابط : www.elmizaine.com
2. رفيق يومدين ، الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الاداري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بو ضياف ، الجزائر ، 2014.

3.6 المجلات العلمية

1. د. بالجيلاني خالد ، مبدأ الوسائل القانونية السلمية في القضاء الدستوري المقارن ، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، العدد 6.
2. د. عصام العبيدي ، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقبيد الحقوق الدستورية مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشارقة ، المجلد 8 / العدد 39 ، 2019.
3. عمار فاضل ، زينب عبد الكاظم حسن ، التناسب التشريعي بين التجريم والعقاب في قانون ضريبة الدخل العراقي ، مجلة كلية القانون ، جامعة النهرين ، المجلد 19 ، الاصدار 2 ، 2017.
4. د. عبد الفتاح عبد الحميد البر ، العلو في مجال التشريع ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الاول ، السنة الثالثة والاربعون ، يناير ، 1999.
5. مروان المدرس ، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب مجلة الحقوق ، الكويت ، العدد الاول ، السنة 41 ، 2017.

4.6 الدساتير

1. دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
2. دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014 .

5.6 قرارات المحكمة الاتحادية العليا

1. قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد 24-اتحادية-2012 الصادر بتاريخ 25-2-2013.

6.6 مواقع الانترنت

1. فارس حامد عبدالكريم ، دور المبادئ العامة في تطوير النظام القانوني والقضائي ، تاريخ الاطلاع : 1-3-2021 ، مصدر متاح على الانترنت : <https://akhbar.org>
2. د. خليل عماد : اشكالية الحد من قوة اخلال الدولة بالحقوق الاساسية لافراد مبدأ التناسب الالمانى ، المركز الديمقراطي العربي ، تاريخ الزيارة 10-12-2020 ، <http://democratic.de/p=662345>
3. د. حسام فرحات ابو يوسف ، قضاء المحكمة العليا الامريكية في العام القضائي 2007-2008 بحث منشور على موقع مجلة الدستورية - العدد 14 ، تاريخ الاطلاع : 4-5-2021 ، متاح على الرابط : <http://www.hcourt.gov.eg/elmgla-court/hosam.htm>

