



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة المستقبل
كلية القانون

السلطة التقديرية للمشرع ورقابة القضاء

بحث تقدم به الطالب (محمد فضل عبد الحمزه ضامن)

الى مجلس كلية القانون جامعة المستقبل وهو جزء من نيل
شهادة البكالوريوس في القانون

اشراف

م.م. فاضل السهلاني

2025م

1446هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

□ قَالَ إِنَّمَا أَلِّمْتُكَ عِنْدَ اللَّهِ وَأُبَلِّغُكُمْ مَا
أُرْسِلْتُ بِهِ وَلَكِنِّي أَرَأَيْتُمْ قَوْمًا
تَجْهَلُونَ ۚ □

صدق الله العلي العظيم

□ □ □ : الأَحْقَاف □

الاهداء

إلى صاحب السيرة العطرة، والفكر المُستنير؛

فأقد كان له الفضل الأوّل في بلوغي التعليم العالي

(والدي الحبيب)، أطال الله في عُمره.

إلى من وضعتني على طريق الحياة، وجعلتني رابط الجأش،

وراعتني حتى صرت كبيرًا

(أمي الغالية)، طيّب الله ثراها.

إلى إخوتي؛ من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات والصعاب.

إلى جميع أساتذتي الكرام؛ ممن لم يتوانوا في مد يد العون لي

أهدي إليكم بحثي وثمره تخرجي في القانون....

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين الذي وفقنا وأعاننا على إنهاء هذا البحث والخروج به بهذه الصورة المتكاملة، فبالأمس القريب بدأنا مسيرتنا التعليمية ونحن نتحسس الطريق برهبة وارتباك، فرأينا أهدافًا سامية وحبًا وغاية تستحق السير لأجلها، وإن بحثنا يحمل في طياته طموح شباب يحلمون معهم احلامًا كبيرًا، وانطلاقًا من مبدأ أنه من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق، فإننا نتوجه بالشكر

الجزيل للأستاذ المشرف على هذا البحث ونشكر جميع
الأصدقاء والأحباب وكل من قدم لنا الدعم المادي أو
المعنوي.

ملخص البحث

تعد السلطة التقديرية للمشرع احد المساحات التي منحها الدستور للسلطة التشريعية كي
تمارس مهامها الرقابية على السلطة التنفيذية بصورة صحيحة تسمح بقيام توازن بين
السلطات وهذا يعد قوام النظام البرلماني الناجح الذي تقوم فيه السلطة التشريعية بمراقبة
أعمال وممارسات السلطة التنفيذية للحيلولة دون تغول الأخيرة في دورها على السلطتين
الأخيرين (التشريعية والقضائية) وهذه الرقابة تعطي دور بارز في رسم الخطوط
العريضة لعمل السلطة التنفيذية وفي كل الاحول فان أعمال السلطة التشريعية ضمن
السلطات التقديرية التي منحها الدستور لها منوطة بمراقبة القضاء لها ولهذا نجد الكثير

من أعمال السلطة التشريعية قد اعترضت عليها السلطات القضائية ممثلة بالمحكمة
التميزية الاتحادية، وكلا السلطتين يعملان تحت طائلة الدستور الذي رسم لهما الواجبات
والادوار التي يقومان بها

رقم الصفحة

الموضوع

Research Summary

Legislative discretion is one of the areas granted by the Constitution to the legislative authority to exercise its oversight functions over the executive authority in a proper manner, allowing for a balance between powers. This is the foundation of a successful parliamentary system, in which the legislative authority monitors the actions and practices of the executive authority to prevent the latter from encroaching upon the latter two branches (legislative and judicial). This oversight plays a prominent role in outlining the broad outlines of the executive authority's work. In any case, the actions of the legislative authority, within the discretionary powers granted to it by the Constitution, are subject to judicial oversight. Therefore, we find that many of the legislative authority's actions have been challenged by the judicial authorities, represented by the Federal Court of Cassation. Both branches operate under the Constitution, which outlines their duties and roles.

أ-ب	المقدمة
7-1	المطلب الأول : تعريف السلطة التقديرية للمشرع وتميزها عن غيرها
4-1	الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية للمشرع
1	أولاً: التعريف اللغوي
2-1	ثانياً : التعريف الاصطلاحي
7-5	الفرع الثاني : تمييز السلطة التقديرية للمشرع عن غيرها من المصطلحات
5	أولاً : تمييزها عن السلطة المقيدة
7-6	ثانياً: تمييزها عن السلطة المطلقة
19-7	المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للمشرع وموقفه القضاء الدستوري منها
15-7	الفرع الأول: ضوابط السلطة التقديرية للمشرع
11-7	أولاً: التزام المشرع بعدم الانتقاص من الحقوق والحريات أو المساس بها
15-11	ثانياً: التزام المشرع بأحترام مبدأ المساواة
19-15	الفرع الثاني: موقف القضاء الدستوري العراقي من السلطة التقديرية للمشرع
21-20	الخاتمة
23-22	المصادر

الفهرست

المقدمة

يعتبر الدستور القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد و الأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة ويحدد السلطات العامة فيها ويرسم لها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشأ

طها ويقرر والحقوق الحريات العامة ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها.

لذلك فإن الدستور يتميز بطبيعة خاصة تضيف عليه صفة سمو بحسبانه كفيل الحريات والحقوق و عماد الدولة القانونية وأساس نظامها، فحق لقواعده أن تستوي على قمة البناء القانوني للدولة وكذلك يرجع الوضع المميز للقواعد الدستورية إلى أن السلطة التأسيسية التي وضعت قواعده هي أعلى السلطات في الدولة.

فالسمو الدستوري بدون ضمانات تقويه وتدرأ عنه كل انتهاك محتمل لأحكامه يغدو مجرد كلمة جوفاء.

أن الرقابة على الدستورية القوانين هي أبرز الضمانات لضمان سمو الدستور و سيادته فيجب على السلطة التشريعية أن تتقيد عند ممارستها لاختصاصاتها بما يفرضه الدستور وألا تخرج عن الإطار المرسوم لها دستورياً وكذلك يجب على السلطة التنفيذية أن تتقيد عند إصدارها اللوائح ليس فقط بأحكام التشريع الذي يعلوها ولكن أيضاً بإحكام الدستور، كما أن المستقر عليه في القانون المقارن هو أن (القانون لا يفصح عن الإدارة العامة إلا بمقدار التزامه بأحكام الدستور و احترامه لها).

أولاً: أهمية الموضوع

تكمن أهمية الموضوع في ان الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع هي بلا شك وسيلة لضمان احترام الدستور من قبل السلطات العامة في الدولة ومن ضمنها السلطة التشريعية التي تتمثل بشكل أصيل في البرلمان ، وهذه الرقابة لم تقتصر على نوع واحد بل تعددت أنواعها وأشكالها بحيث يصعب حصرها لكنها تتجسد أساسا بنوعين رئيسيين أولها الرقابة غير القضائية التي تمارس من قبل الشعب او هيئات سياسية التي لم يثبت بصورة عامة نجاحها عملا في حماية مبدأ الدستورية ليأتي النوع الثاني المتجسد في الرقابة القضائية بوساطة المحاكم العادية او محاكم دستورية خاصة التي كان لها دورا كبيرا في حماية ذلك المبدأ وعلى الرغم من كل ذلك فلم ولن تنجح الرقابة الدستورية سواء في بداية ظهورها او في مراحل لاحقة من النقد الذي لم تكن له القدرة في التقليل من اهميتها وشأنها بحيث استقرت أخيرا وبشبه إجماع بأنها وبشكل رئيسي الرقابة القضائية تعد عنصرا من عناصر تحقيق دولة القانون.

ثانياً : اسباب اختيار موضوع البحث

يعد تكوين الهيئة المختصة بالرقابة الدستورية و ضمانات اعضائها من المسائل المهمة مادامت الهيئة الرقابية لا يمكن ان تمارس مهامها في فرض احترام الدستور على اتم وجه مالم يغلب على تكوينها العنصر القانوني والقضائي فضلاً عن ضرورة ان تتوفر في اعضائها الضمانات اللازمة والكافية لتأمين ادائها لوظيفتها الرقابية باستقلال وحياد من دون اية ضغوط او تأثيرات سياسية او شخصية ، فضلاً عن ذلك ان الاختصاص الرقابي لهذه الهيئة ينبغي ان يمتد ليس الى مواجهة السلطة التشريعية الاصلية (أي البرلمان) فحسب بل الى مواجهة السلطات الاخرى وعلى وجه الدقة السلطة التنفيذية فدولة الدستور لا يمكن ان تتحقق مالم تُلزم السلطات العامة كافة باحترام الدستور بحيث ينبغي ان تخضع اعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية للرقابة على الدستورية.

به أن الدستور هو الركن الأساسي من أركان الدولة القانونية فهو يبقى القانون الأعلى في الدولة سواء أكان مكتوباً أم عرفياً فهو يتسم بالعلوية والسيادة سواء نص في الدستور أم لم ينص على هذا السمو.

هذا وأن بعض الفقهاء درج على استخدام تعبير سيادة الدستور إلا أننا نفضل تعبير سمو الدستور فالسمو يقصد به العلو بينما يقصد بالسيادة التعظيم والتمجيد وهي عادة ما تكون مرتبطة بالإرادة كما نقول سيادة الملوك فالسيادة نتيجة السمو، حيث لا يتصور قيام الدولة القانونية دون أن يكون لها دستور حيث أن للدستور مهمتين أساسيتين هما إنشاء الهيئات العامة ومنحها السلطات الواسعة وطبيعته في هذه المهمة ايجابية مانحة هذه الأولى أما الثانية فهي حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد وذلك بوضع القيود والحدود على الهيئات العامة التي أنشأها وطبيعته هنا سلبية مانعة.

ثالثاً: منهجية البحث

اعتمدنا في بحثنا هذا المنهج التحليلي وذلك من خلال دراسة موضوع ضوابط رقابة القضاء الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع بواسطة تحليل نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 فضلاً عن سلوك المنهج المقارن مع الاستعانة ببعض التطبيقات القضائية الواردة بهذا الشأن.

رابعاً: خطة البحث

سيتناول الباحث موضوع السلطة التقديرية للمشرع ورقابة القضاء في مطلبين حيث سنتناول في المطلب الاول تعريف السلطة التقديرية للمشرع وتميزها عن غيرها فيما سناقش في الثاني ضوابط السلطة التقديرية للمشرع وموقف القضاء الدستوري منها .

المطلب الاول

تعريف السلطة التقديرية للمشرع وتميزها عن غيرها

ان دراسة تعريف السلطة التقديرية للمشرع يقتضي منا تقسيم هذا المطلب الى فرعين نوضح في الفرع الاول تعريف السلطة التقديرية للمشرع ونبين في الفرع الثاني تمييز السلطة التقديرية للمشرع عن غيرها من المصطلحات.

الفرع الاول

تعريف السلطة التقديرية للمشرع

اولاً: التعريف اللغوي :

السلطة في اللغة هي من التسليط وتعني السيطرة واطلاق القدرة ، فمن يعطى السلطة في امر انما يُقدّر عليه ويُمكنّ منه ويُحكّم فيه (1) .

اما التقديرية فهي من التقدير مصدر الفعل قدر ويعني قاس الشيء بالشيء وجعله على مقداره (2) .

وبعبارة اخرى فان التقدير يعني تسوية امر ما وتهيئته او جعل الشيء على قدر شيء اخر والمساواة معه من دون زيادة او نقصان (3) .

ثانياً: التعريف الاصطلاحي :

السلطة التقديرية للمشرع هي حريه المشرع في الاختيار وتحديد ضرورة التشريع وبواعثه وتوقيتات سنه ضمن الاطار الذي رسمه الدستور له ، وعرف الفقه المصري السلطه التقديرية بانها حريه المشرع في المفاضله وفق اسس منطقية بين بدائل تتزاحم جميعا لتقديم حلول مختلفه لموضوع واحد ، تدور جميعها في اطار المصلحة العامة ليختار من بينها اقلها تقييداً للحقوق التي ينظمها واعمقها اتصالا بالاهداف او الاغراض التي تستهدفها، في حين عرفها الفقيه الفرنسي بوكيل بانها حريه الاختيار الممنوحه لسلطه ما في ممارسه اختصاصاتها ، و على الرغم من تبوء القواعد الدستورية مرتبة الصدارة بين القواعد القانونية في الدولة ، إلا أن التشريعات البرلمانية لها أهمية بالغة باعتبارها أداة فعالة في رسم السياسة العامة في الدولة وتنظيم سلوك الأفراد في المجتمع ، والتي

(1) احمد حسن الزيات ، المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، الجزء الاول ، مطبعة مصر ، 1960 ، ص 379 ، 445 .

(2) مجد الدين محمد بن يعقوب ، قاموس المحيط ، ج 1 ، ط 2 ، مطبعة مصطفى الحلبي واولاده بمصر ، 1952 ، ص 118 .

(3) احمد حسن الزيات واخرون ، المصدر السابق ، ص 325 .

يمتد نطاقها إلى كافة المجالات ، فلا يوجد حظر على المشرع فيما يتناوله بالتنظيم ، فيستطيع أن يسن من القوانين ما يشاء باستثناء الموضوعات التي ينظمها المؤسس الدستوري بشكل نهائي أو الموضوعات المحجوزة للائحة أو التنظيم⁽¹⁾ ، ولقد اتجهت معظم الدراسات الفقهية التي تناولت طبيعة سلطة المشرع وكيفية ممارسة اختصاصه التشريعي إلى التسليم بإطلاق السلطة التقديرية للمشرع وأن التقيد هو الاستثناء ، وفي هذا المجال يتجه الفقه الفرنسي إلى القول بأن السلطة التشريعية تتمتع بسلطة تقديرية واسعة حيث لا تكون مقيدة مسبقا مجالس التشريعية بصفة عامة قاعدة ملزمة ، الأمر الذي سار على نهجه الفقه نا بأي العربي ، فلقد ذهب الأستاذ سليمان محمد الطماوي إلى القول بأن الأصل هو حرية المشرع والتقيد هو الاستثناء ، وأن القيود إن وجدت تكون فضفاضة عادة . ويذهب جانب من الفقه الحديث إلى القول بأن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية وهو بصدد تنظيم الحقوق والحريات العامة ، وذلك لعدم وجود ضابط محدد وضعه المؤسس الدستوري على سلطة المشرع العادي عند تنظيمه لهذه الحريات⁽²⁾.

وأورد الفقه تعريفات عديدة للسلطة التقديرية هي لا تخرج في الغالب عن معنى واحد هو انها تلك الحرية الممنوحة للإدارة في التدخل لأجراء تصرف ما واختيار وقت التدخل وتحديد مضمون ذلك التصرف⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس فإنه متى ما كانت للسلطة المالية حرية في التدخل بفرض الضريبة او حرية في اختيار وقت التدخل او في تحديد مضمون تصرفها امكن القول بوجود سلطة تقديرية .

غير ان اتفاق الفقه هذا لم يحل دون الاختلاف في تحديد مصدر التقدير وفيما اذا كان يكمن في ارادة المشرع وعندئذ يأخذ تعريف السلطة التقديرية مدى واسعا ام يكمن في ارادة القاضي أيضا فيأخذ التعريف مدى ضيقاً وسنبحث كلا الأمرين باختصار في البندين الاتيين :

1- التعريف الواسع للسلطة التقديرية :

ويذهب انصار هذا الاتجاه⁽⁴⁾ الى عد السلطة تقديرية متى ما كان مصدر التقدير كامناً في ارادة المشرع الذي له القول الفصل في تحديد مدى وجود قدر من الحرية للإدارة في تصرفها من عدمه .

(1) د.محمد مصطفى حسن ، السلطة التقديرية في القرارات الادارية ، مطبعة عاطف بمصر ، 1974 ، ص 47.

(2) د. محمد مصطفى حسن ، مصدر سابق ، ص51.

(3) د. سليمان الطماوي، السلطة التقديرية والسلطة المقيدة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007، ص98-99.

(4) عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2000 ص61.

ولما كان التشريع هو مصدر التقدير فان السلطة التقديرية تشكل بذلك حقاً للسلطة المالية (الادارة) معترفاً به من قبل المشرع وعليه فان هذا الاتجاه يربط بين السلطة التقديرية ومبدأ المشروعية الذي يحكم النشاط الاداري ومنه فرض الضريبة مقررأ ان هذه السلطة لا توجد ولا تتمتع بها السلطة المالية الا عندما لا يوجد نص يحكم الحالة او عند عدم التحديد الدقيق لكثير من المسائل في اطار فرض ضريبة الدخل(1).

وعلى حد قول بعض انصار هذا الاتجاه ، فان السلطة التقديرية تتحقق عندما تكون للادارة امكانية الاختيار بين حلول مشروعة عدة او يكون لها حرية تحديد معنى من المعاني لفكرة لم يحددها القانون .

وبذلك فان السلطة التقديرية في هذا المضمار تتخذ صورتين اولهما بالترك او الاغفال وتتحقق عند عدم وجود تشريع خاص في مسألة معينة وثانيهما بالانابة وتتحقق عندما يكون هناك تشريع خاص في مسألة ما غير ان ذلك التشريع يتسم بعدم التحديد اذ يترك للسلطة المالية حرية في التدخل من عدمه او في اختيار وقت التدخل وفي كفيته او في مضمون تصرفها(2).

واهم ما يترتب على الاخذ بهذا الاتجاه هو عدم استطاعة القاضي الاداري ممارسة الرقابة على تصرف الادارة المتضمنة تقديراً لملاءمة نشاطها الا استثناءً وفي نطاق ضيق ، وذلك لان مهمة القاضي تتحدد في رقابة جانب المشروعية من نشاط السلطة المالية من دون التعرض لجانب الملائمة المحجوز للادارة .

2- التعريف الضيق للسلطة التقديرية:

ويذهب انصاره امثال دي لوبادير وايزنمان الى القول بان مصدر التقدير هو القضاء مقيماً بذلك وزناً له في تحديد مدى التقدير والتقييد في تصرفات الادارة . ومما لا شك فيه فان القضاء يعد المصدر الالهم للقانون الاداري لما للقاضي الاداري من دور مهم ، اذ لا يقف عند حد التاكيد من مطابقة تصرفات الادارة للتشريعات وانما يتعداها الى ضمان مطابقة تلك التصرفات للقواعد التي يضعها القضاء نفسه(3).

وعلى اساس ما تقدم ، فان السلطة التقديرية لا تتحقق الا فيما لا يخضع من تصرفاتها لرقابة القضاء وبذلك فان انصار هذا الاتجاه يربطون وجود السلطة التقديرية بعدم وجود الرقابة القضائية على اعتبار ان القاضي الاداري – في نظرهم – لا يراقب الا

(1) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مصدر سابق، ص 78 .

(2) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص 98.

(3) د. كمال الغالي ، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية ، مديرية الكتب الجامعية ، دمشق ، 1991 ، ص 153 .

الاختصاصات المقيدة للإدارة فتبدأ بذلك السلطة التقديرية حيث تنتهي الرقابة ومن ثم فإن أي اتساع في رقابة القضاء يقابله في الجانب الآخر تقييداً لنطاق السلطة التقديرية . وعلى حد قول الفقيه دي لوبادير فإن السلطة التقديرية تمثل قسطاً من الحرية يمتنع على القاضي فرض رقابته عليه(1) .

وفي هذا الصدد نرى من حيث المبدأ ان طبيعة الدور الانشائي للقضاء الإداري والدور البارز الذي لعبه هذا القضاء في تحقيق التطور المستمر في قواعد القانون الإداري يحتمل تقييد الإدارة بما يضعه القضاء من مبادئ واحكام على ان لا يقف هذا التقييد عند هذا الحد وانما يجب الا تتعدى الإدارة ايضاً التشريعات القائمة لما في ذلك من تجسيد لمبدأ المشروعية (2).

وعلى هذا الاساس يتحدد مفهوم السلطة التقديرية – وفق هذا الاتجاه – بتلك الحرية المتروكة للإدارة بعيداً عن القيود التي يفرضها المشرع والقاضي .

ولا يختلف مفهوم السلطة التقديرية للمشرع عن مفهوم السلطة التقديرية للإدارة، باعتبار أن السلطة التقديرية للمشرع هي الأخرى قد مرت كذلك بعدة مراحل أساسية، فبعد أن كانت سلطة البرلمان لا حدود لها ولا تقبل أي تقييد أو تخضع للرقابة القضائية، كما أن بروز قواعد الحقوق والحريات العامة وفعاليتها، قد نتج عنه تقييد كافة السلطات العامة في الدولة في هذا الشأن بما فيها السلطة التشريعية.

حيث تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية إذ لم يقيد القانون بقيود معينة، مما يسمح لها باتخاذ القرارات التي تراها مناسبة في موضوع ما، وعلى ذلك فالسلطة التقديرية في القانون الدستوري هي الحرية التي يتمتع المشرع في سن القوانين لتنظيم أي موضوع أو حرية معينة، إلا إذا كانت تلك الحرية تخالف أحكام الدستور أو تنتهك الحق أو الغرض الذي يسعى المؤسس الدستوري إلى تحقيقه بمعنى آخر، للمشرع في حدود الدستور سلطة التشريع فيما لم يقيد الدستور بقيود محددة، فسلطته في التشريع سلطة تقديرية وهي الأصل وتقيدها هو الاستثناء، كما تعرف السلطة التقديرية للمشرع أيضاً بأنها حرية الاختيار والمفاضلة بين عدة بدائل أو حلول ليختار المشرع من بينها أقلها تقييداً للحقوق والحريات العامة التي ينظمها.

(1) د. سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص 63.

(2) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مصدر سابق، ص 71.

الفرع الثاني

تمييز السلطة التقديرية للمشرع عن غيرها من المصطلحات

ان ايضاح تمييز السلطة التقديرية للمشرع عن غيرها من المصطلحات يتم ذلك من خلال فقرتين وعلى النحو الآتي :

اولاً: تمييزها عن السلطة المقيدة :

قد يفرض القانون على الادارة القيام بتصرف معين دون ان يترك لها ادنى حرية في التقدير فنكون عندئذ ازاء سلطة مقيدة . ففي اطار هذه السلطة ، يحدد القانون مسبقاً الطريقة التي تتخذها السلطة المالية وصولاً للهدف الذي يتوجب تحقيقه . على خلاف السلطة التقديرية التي يتاح فيها للادارة – كما راينا- قدر من الحرية في التصرف(1) .

ومن الجدير بالذكر ، انه لا توجد سلطة تقديرية مطلقة ولا مقيدة مطلقة ، اذ نجد ان في اغلب تصرفات الادارة سلطتي التقدير والتقييد دون ان ينفي احدهما الاخر. على ان لا يفهم من هذا القول ضرورة التوازن بين عناصر التقدير والتقييد اذ بمجرد اختلاط عناصر الطائفتين يتحقق ما يسمى بالمصاحبة التي تتحقق في صورتين هما(2) :

1- الصورة الاولى: وجود درجات في التقدير كأن يترك للسلطة المالية حرية تخمين الدخل الاجمالي الخاضع للضريبة بان تخمنه بمبلغ مليون او مليونين فتكون السلطة المالية عندئذ مقيدة بعدم الخروج عن هذين الخيارين وتملك في الوقت نفسه حرية اختيار أي منهما .

2- الصورة الثانية : وتتحقق اذا ما اشترط القانون شرطاً او اكثر لممارسة السلطة التقديرية فالسلطة المالية مثلاً حرة في عقد التسوية الصلحية مع المكلف ولكنها مقيدة بوجود تقديم المكلف طلباً بذلك وان يدفع الضريبة وما لا يقل عن مثلها.

ورغم هذا التداخل بين الفكرتين الا انه لكل منها دلالتها ومسوغاتها ، فقد قيل في تسوية تقييد سلطة الادارة انه يبسر مهمة الجهات الرقابية – وخصوصاً القضاء – في ممارسة رقابتها على تصرفات الادارة ، فيتحقق بذلك اهم ضمان لمبدأ المشروعية وهو امر قد يتحقق لكن بصعوبة فيما لو كانت سلطة الادارة تقديرية ، ومع ذلك فان للسلطة التقديرية مسوغاتها التي سنذكرها لاحقاً(3) .

(1)د. محمد فؤاد عبد الباسط ، القرار الاداري ، (التعريف والمقومات والنفاد والانقضاء) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2000 ، ص216 .

(2)مصطفى البارودي ، السلطة التقديرية و الحقوق الدستورية ، ج1 ، ط2 ، مطبعة الجامعة السورية ، 2009 ، ص268 .

(3)د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مصدر سابق ، ص109.

ثانياً: تمييزها عن السلطة المطلقة :

إذا كانت السلطة التقديرية هي التمتع بجانب من حرية التقدير والاختيار في إطار مبدأ المشروعية ، فالمشرع بوصفه المعبر عن الإرادة الوطنية له سلطة تقديرية في الاختيار بين عدة بدائل أو خيارات عند تنظيمه لمسألة معينة أو حرية معينة باستثناء القواعد الشكلية والقيود الموضوعية التي تحددها الدساتير عادة ، فإن وجود السلطة المطلقة أمر مستبعد ، لأن جميع السلطات العامة في الدولة يحكمها القانون وتخضع لأحكام الدستور وتتقيد بقواعده وأحكامه . غير أنه لا يتصور تقييد سلطات المشرع بذات القيود التي تخضع لها السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية ، كما أن مفهوم السلطة المطلقة يرتبط بالسيطرة والتحكم والقدرة على التصرف بحرية ، ذلك بأن أهم تطبيق للسلطة المطلقة يكون في نظم الحكم الشمولية التي تركز فيها الشرعية على ذات الحاكم ، فهو المسؤول عن رعاياه يأمر فيطاع و يحكم فينفذ حكمه ،ومن ثم ، فإذا كان هذا المفهوم يمكن قبوله في ظل أنظمة الحكم الشمولية فلا يمكن قبوله الآن خاصة بعد أن تطورت أنظمة الحكم و انتشار المذاهب الديمقراطية ، والتزام الدول بضرورة احترام حقوق الأفراد وحررياتهم العامة ، وكذا احترام مبدأ سيادة القانون⁽¹⁾ . و بتطبيق ذلك المفهوم على سلطة المشرع ، نجد أن سلطة البرلمان هي الأخرى قد مرت بتطور كبير من احتكار الحاكم أو الملك للوظيفة التشريعية ، ثم إقرار مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقضي بأن تختص كل سلطة عامة ممارسة الاختصاصات المنوطة بها ، وأخيراً الاتجاه نحو تضيق الاختصاص التشريعي للبرلمان وذلك عن طريق تحديد نطاق عمله ، أو من خلال القيود الشكلية والموضوعية المفروضة على إرادة المشرع، وكذا تبني نظام الرقابة على دستورية القوانين، بعد أن كانت هذه الأخيرة غير خاضعة لأي وجه من الرقابة⁽²⁾ .

تمثل الاعمال التقديرية مرحلة من مراحل تطور موقف القضاء من الرقابة على السلطة التقديرية . فبعد ان كانت القرارات الادارية البحتة محصنة ومعصومة من كل طعن⁽³⁾ أصبحت الاعمال التقديرية في هذه المرحلة قابلة للطعن فيها امام القضاء الاداري متى ما شابها عيب في الاختصاص او في الشكل والاجراءات حتى وان لم يؤد هذا العيب الى الاضرار بحقوق شخصية او مكتسبة او اذا شابها عيب الانحراف بالسلطة بشرط ان يكون هناك حق مضار لصاحب الشأن وعدم الاكتفاء بمجرد توافر المصلحة الشخصية او البسيطة . وبالتالي فان دعوى الطعن للانحراف بالسلطة لم تغير كثيراً من نظرية

(1) مصطفى البارودي ، مصدر سابق ، ص 281.

(2) محمود فكري السيد ، المحكمة الدستورية العليا والرقابة على دستورية القوانين في مصر ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع ، السنة الثانية والاربعون ، 1998 ، ص 23-24 .

(3) د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الاداري (دراسة مقارنة) ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، 1991 ، ص 498 - 500 .

الاعمال التقديرية اذ كان يترتب على اشتراط الحق المكتسب المضار لصاحب الشأن(1) ، عدم خضوع العناصر الداخلية لكافة الاعمال التقديرية التي لا تمس حقوقاً مكتسبة لاية رقابة قضائية . فما دامت تلك الاعمال قد صدرت من مختص وبعد اتباع الاجراءات والاوزاع التي نص عليها القانون فانها تعد صحيحة وسليمة ولا يفيد بعد ذلك الطعن لعيب الانحراف بالسلطة او لخطأ في الوقائع لان الاغراض والوقائع تندرج ضمن اطار السلطة المطلقة للادارة ومن هنا كان مجلس الدولة الفرنسي يقضي دائماً بعدم قبول الدعاوى المؤسسة على تلك العيوب(2) .

ومما تقدم يتضح لنا ان الفارق بين الاعمال التقديرية والسلطة التقديرية يتحدد في شرط الحق المكتسب المضار فهو شرط لازم لقبول الطعن في الاعمال التقديرية اما القرارات الصادرة عن سلطة تقديرية فانه يكفي لقبول الطعن فيها مجرد توافر مصلحة شخصية مباشرة للطاعن وهذا بالتأكيد يقلل من خطر التحكم والاستبداد الاداري من ناحية ويزيد من ضمانات صيانة او حماية حقوق الافراد وحررياتهم من ناحية اخرى .

المطلب الثاني

ضوابط السلطة التقديرية للمشرع وموقف القضاء الدستوري منها

ان دراسة ضوابط السلطة التقديرية للمشرع وموقف القضاء الدستوري منها يتطلب تقسيم هذا المطلب الى فرعين نخصص الفرع الاول لبيان ضوابط السلطة التقديرية للمشرع ونتناول في الفرع الثاني موقف القضاء الدستوري من السلطة التقديرية للمشرع وعلى النحو الاتي .

الفرع الاول

ضوابط السلطة التقديرية للمشرع

من اجل بيان ضوابط السلطة التقديرية للمشرع فان الامر يحتم علينا ان نقوم بتقسيم هذا الفرع الى فقرتين وعلى النحو الاتي:

اولاً: التزام المشرع بعدم الانتقاص من الحقوق والحريات او المساس بها :

يتمتع موضوع الحقوق والحريات الدستورية بصفة عامة، والحقوق والحريات الأساسية بصفة خاصة بأهمية كبيرة، إيماناً بأن الحق أو الحرية هما أسمى ما يعبر عن الذات الإنسانية للفرد، ونتيجة لهذه الأهمية بدأت الدول والنظم القانونية المختلفة تتجه نحو

(1) د. رمضان محمد بطيخ، مبادئ القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص20 وما بعدها.

(2) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مصدر سابق، ص498 .

تكريس حقوق الإنسان ليس فحسب من خلال موثيقها ووثائقها الدستورية التي تحتل المرتبة العليا بالنسبة للقواعد القانونية المختلفة، وإنما أيضا من خلال البحث عن مبادئ وقواعد قانونية دولية تتجاوز النطاق الاقليمي لدولة ما، لتكفل نوعاً من الحماية العادلة والواحدة بالنسبة لجميع الافراد بغض النظر عن توطنهم وانتماءاتهم، ارتباطاً بعولمة الظواهر الانسانية ومن بينها عالمية حقوق الانسان(1).

الدستور هو القانون الاساسي للدولة، انه القانون العام الذي يرسم خطوط كيان الدولة السياسي والاجتماعي والاقتصادي، بحيث يعين وظائف السلطات الحكومية المختلفة كالسلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية، ويبين حقوق الافراد وحررياتهم، وينظم علاقتهم بالسلطة، وتضمن حقوق هؤلاء الاساسية التي لا يمكن الاعتداء عليها بأي حال من الاحوال(2).

ولاصعوبة في البحث عندما يحدد المشرع الدستوري صراحة هذه الحقوق والحرريات من خلال ما يضعه من قواعد دستورية تحدد بذاتها المضمون القاعدي لهذه الحقوق والحرريات، ففي هذه الحالة تكون نصوص الدستور هي المصدر المباشر لشرعيتها الدستورية. وإنما يصعب البحث حول ما اذا كانت هناك حقوق وحرريات اخرى تشملها الشرعية الدستورية دون ان ترد صراحة في الدستور، وذلك اذا كانت نتيجة لازمة للنظام الديمقراطي وسيادة القانون الذي تأخذ بهما الدولة، أو استخلصت بشكل غير مباشر من الحقوق والحرريات التي نص عليها الدستور صراحة، وفي هذه الحالة تكون المبادئ الدستورية هي المصدر لهذا التحديد المستخلص من ثناياه، والذي يستخلصه القضاء الدستوري في مقام تفسيره للدستور(3).

لقد كشفت إعلانات حقوق الإنسان ودساتير الدول المعاصرة عن طبيعة تدخل السلطة التشريعية في مجال الحقوق والحرريات العامة مؤكدة بأن الأصل في الحقوق والحرريات هو الإباحة، وليس لأية سلطة التدخل في هذه الحقوق أو الحرريات أو التعرض لها في ضوء هذه الإباحة إلا بالتنظيم دون أن تمتد سلطتها إلى تقييدها أو الانتقاص منها، حيث يجب أن تكون إرادة المشرع عند تنظيمه الحقوق والحرريات العامة بموجب قانون متطابقة ومنفذة لإرادة المؤسس الدستوري، فإذا أقر الدستور حرية ما ثم أصدر المشرع قانوناً يقيّد من ممارسة تلك الحرية، نكون أمام قانون غير مطابق للنص الدستوري الذي يعلوه في المرتبة ضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية(4).

ان القواعد الدستورية قاعدة قانونية، وهي قواعد ملزمة، ومقترنة بالجزاء، وفي هذا الصدد يمكن الاستناد الى فكرة الامتداد الدستوري في القوانين التي ينادي بها أستاذنا

(1) عطا بكري، الدستور وحقوق الانسان، الجزء الاول، دار الايام، الاردن، 2005، ص26.

(2) عطا بكري، مصدر سابق، ص31.

(3) د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحرريات، ط2، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص44.

(4) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص49.

الدكتور سعدي البرزنجي. وملخصها ان القاعدة الدستورية هي قاعدة قانونية وهناك جزاء يلحق الاخلال بها، انما لكون الدستور مكرسا لبيان الاسس والمبادئ العامة كقانون اسمى لا يقوم بذاته عادة ببيان وتفصيل الجزاءات التي تترتب على الاخلال بقواعده بل ان هذه الجزاءات تفصل عادة في القوانين الاخرى الادنى مرتبة. فالقاعدة الدستورية التي تمنع الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية للانسان مثلا يتكفل قانون العقوبات ببيان العقوبات واركان وشروط تحقق المسؤولية الجنائية فيها، ويتكفل قانون اصول المحاكمات الجزائية ببيان اجراءات التقاضي في الجرائم لتحقيق العدالة المنصوص عليها في الدستور ولضمان حقوق المتهم في محاكمة عادلة... الخ. والقاعدة الدستورية التي تنص على حرمة حق الملكية ووجوب عدم الاعتداء عليه او مصادرته الا وفقا للقانون، يتكفل القانون المدني وقواعد الحقوق العينية بضمان احترام ذلك النص الدستوري وهذا يصدق حتى بالنسبة للحقوق الشخصية فالجزاء المدني المتمثل بالتعويض حسب قواعد المسؤولية المدنية هو الضامن لاحترام القاعدة الدستورية التي تنص على احترام الحقوق بنوعيتها الشخصية والعينية. وهذا يصدق بالنسبة لكافة القوانين الاخرى فالقواعد الواردة فيها تمثل امتدادا دستوريا يتكفل باحترام قواعد الدستور وضمان عدم خرقها(1).

وهكذا فان كافة فروع القانون وما ينبثق عنها من قواعد منظمة لحقوق الانسان وحرياته تعد امتدادا للنصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات(2)، ويخضع لها الجميع، الحكام والمحكومون، ولا يجوز اعفاء الحكام من اية مخالفة لهذه النصوص، لانهم موظفون في الدولة وان اختلفت عناوين وظائفهم، فهناك رئيس الدولة، رئيس الوزراء، الوزير... الخ، كلهم مسؤولون عن اعمالهم المخالفة للقانون سواء كانت هذه المسؤولية مقرررة بنص دستوري أم بنص تشريع عادي(3)، فلم يعد للشخص الذي يباشر السلطة العامة يملك السلطة كما كان الحال بالنسبة للملك في نظام المملكة، وانما اصبح من يباشر السلطة في الدولة الحديثة- سواء كان رئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو البرلمان أو القضاء... مجرد مباشر لبعض مظاهر السلطة العامة في حدود ما نصت عليه الدساتير، ولهذا فهو يعتبر مباشراً لاختصاصات محددة وليس صاحب الحق، بحيث يخضع لاحكام القانون شأنه شأن الافراد العاديين ويعاقب عن كل عمل يقوم به دون مسوغ قانوني، وانسجاما مع ما تقدم نرى ان معظم الدساتير البرلمانية تقرر المسؤولية الجنائية لرئيس الدولة وللوزراء ورئيسهم. فقد قرر الدستور المصري (1971) مسؤولية رئيس الجمهورية الجنائية في المادة (85) منه حيث جاء فيه مايلي: (يكون اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو بارتكاب جريمة جنائية بناء على اقتراح مقدم من ثلث اعضاء مجلس الشعب على الاقل، ولا يصدر قرار الاتهام الا بأغلبية ثلثي اعضاء المجلس).

(1) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص56.

(2) إبراهيم محمد حسنين، الرقابة على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية 2000.

(3) د. حميد حنون خالد- فكرة الدستور، دار الفكر العربي، مصر، 2006، ص50.

واستناداً لما سبق ذكره نجد ان ادراج حقوق الانسان وحرياته الاساسية بنصوص الدستور يجعلها ان تتمتع- هذه الحقوق والحریات- بالمميزات والاثار القانونية الاتية:-

اولاً- ان الحقوق والحریات الدستورية المنصوص عليها في الدستور، تتمتع بالثبات والاستقرار الذي تتمتع به عادة النصوص الدستورية، والمتمثل في عدم المساس بها الا طبقاً للاجراءات اللازمة دستورياً لتعديل الدستور. وهي اجراءات مطولة تشكل ضمانه بذاتها وتنتهي بحتمية الرجوع الى الشعب لاستفتاءه على التعديل، ويكفل ذلك ان المساس بأي من النصوص الدستورية المعنية بحقوق الانسان وحرياته الاساسية لا يتم الا بموجب استفتاء شعبي تتوافر له الاغلبية لاقارره وهو ما يجعل سلطة المساس بهذه النصوص بيد الشعب الذي له السيادة وحده والذي هو مصدر جميع السلطات في الدولة.

ثانياً- ان الحقوق والحریات الدستورية، بكونها نصوصا دستورية، فإن ذلك يضعها على قمة المدرج التشريعي وتسمو بذلك في مرتبتها على النصوص القانونية الاخرى التي تصدر عن السلطة التشريعية أو على اي سلطة مختصة اخرى، وبالتالي يتعين على كافة السلطات حينما تقوم بمهامها التشريعية المختصة بها أو مباشرة اختصاصاتها الاخرى ان تلتزم بتلك النصوص الدستورية وتعمل على مقتضاها بما يضمن عدم المساس بتلك النصوص أو مخالفتها أو تعديلها من خلال النصوص القانونية الادنى مرتبة منها(1).

ثالثاً- توفر الحقوق والحریات المنصوص عليها في الدستور الحماية القضائية الدستورية من خلال المحكمة الدستورية العليا التي ينشئها الدستور عادة، والتي تختص بالفصل في دستورية القوانين بقضاء ملزم لكافة السلطات وتختص بمقتضى ذلك بالقضاء بعدم دستورية القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية بالمخالفة لتلك النصوص باعتبارها مشوبة بعيب عدم الدستورية، ويستطيع كل ذي مصلحة اللجوء بالاوزاع المقررة الى المحكمة الدستورية للقضاء بعدم دستورية تلك القوانين بحكم ملزم لكافة السلطات بالدولة وتختص ايضا في بعض الدول بالفصل في الاتهامات الموجهة ضد رئيس الدولة ورئيس الوزراء والوزراء(2).

رابعاً- من خلال تصدي المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية القوانين المطعون فيها والمتعلقة بحقوق وحریات المواطنين ستتمكن في حدود اختصاصها من تفسير الحقوق والحریات المنصوص عليها في الدستور واستخلاص مجالها ومداهها وما يتصل بها من حقوق اخرى قد يكون غير منصوص عليها ولكن تحتويها تلك الحقوق والحریات في حدود مضامينها المستقرة دولياً، وذلك من خلال الرؤية الشاملة والمتكاملة

(1) ابراهيم محمد حسنين، مصدر سابق، ص102.

(2) ينظر: نص الفقرة سادساً من المادة (93) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

للنصوص الدستورية والتي يتعين فهم مقاصدها في ضوء مراعاة اتساقها مع ايقاع العصر وحقائق التطور(1).

خامساً- ان قواعد حقوق الانسان وحياته والتي يتضمنها الدستور تتمتع بالانفاذ الفوري والمباشر، منذ العمل باحكام الدستور وما يخالفها من اعمال اشخاص طبيعيين او السلطات العامة في الدولة تعد باطلا وموجبا للمسؤولية(2).

سادساً- ان مبادئ حقوق الانسان وحياته تتمتع فور اتمام الدستور بالانفاذ المباشر امام جميع سلطات الدولة وتلتزم تلك السلطات بجميع نصوصها المتعلقة بالحقوق والحريات ويوفر ذلك بشكل مباشر الحق لمن يتضرر من عدم تطبيقها أو مخالفتها سواء كان ذلك يرجع لفعل الاشخاص الطبيعيين أو الهيئات والجهات الحكومية وغيرها اللجوء الى القضاء وفقاً لطبيعة المخالفة بالاوزاع المقررة للحصول على الحقوق الناشئة عنها.

وترتبط فعالية الحقوق والحريات العامة في النظام القانوني بمدى تأثير هذه الحقوق والحريات العامة على العلاقات القانونية التي ينظمها القانون ، أي مدى تأثيره على آلية التنظيم القانوني ، وبالتالي مدى اعتبارها مبدأ يوجه إرادة المشرع عند وضعه للقواعد القانونية المنظمة للحقوق والحريات العامة ، ويشكل قيوداً على سلطة المشرع التقديرية في تنظيم تلك الحقوق والحريات العامة ووسائل حمايتها . كما يتجلى أيضا الدور التوجيهي للحقوق والحريات العامة وأثرها في توجيه إرادة المشرع عند سن التشريعات المنظمة للعلاقات بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة ، وذلك من خلال تحديد التنظيم التشريعي للحقوق والحريات العامة بتنظيمها وبيان أثرها من قبل المشرع الذي عهد له الدستور أمر تنظيمها ، وهو أمر العامة. يفرض على المشرع التزاما بعدم مخالفة النصوص الدستورية المنظمة لهذه الحقوق والحريات ذلك بأن فعالية الحقوق والحريات العامة تتحدد من خلال صورتين ، فيما يخص الصورة الأولى يرى جانب الفقه بأن الحقوق والحريات العامة لها فعالية أو أثر مباشر على سلطة المشرع التقديرية ، وذلك بالنظر إلى أن الحقوق والحريات العامة كمبادئ قانونية موضوعية تهيمن على كامل النظام القانوني، وتلتزم كل السلطات العامة في الدولة بما فيها السلطة التشريعية بضرورة احترامها والسهر على ضمان التمتع وممارستها في إطار ما يسمح به الدستور والقانون بينما يري جانب آخر من الفقه بأن فعالية الحقوق والحريات العامة ترتبط أساسا بالضمانات القانونية التي توفرها الدولة للأفراد بما يسمح بممارسة حقوقهم وحياتهم العامة(3).

ثانياً: التزام المشرع باحترام مبدأ المساواة :

(1) عطا بكري، مصدر سابق، ص70.

(2) د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص145.

(3) علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،

مصر، 1987، ص256.

ان غالبية الفقه تقسم الحقوق والحريات الدستورية، الى قسمين هما المساواة والحرية. ولقد كان شعار الثورة الفرنسية متضمناً هذين المبدأين (الحرية والمساواة) اضافة الى الاخاء. وتقوم النظم الديمقراطية على مبدأين اساسيين هما الحرية والمساواة. وينص اعلان حقوق الانسان والمواطن 1789 في مادته الاولى على انه يولد الناس ويظلون احراراً متساوين في الحقوق. كما ينص الاعلان العالمي لحقوق الانسان في مادته الاولى على انه (يولد جميع الناس احراراً متساوين في الكرامة والحقوق) وان الناس سواسية امام القانون، ومن حقهم جميعاً ان يحميهم القانون دون تمييز بينهم، وكل منهم ذو حق متساو في ان يحميه القانون من اي تمييز يراد به خرق هذا الاعلان، ومن أي تحريض على اثاره مثل هذا التمييز⁽¹⁾.

والمساواة امام القانون وعدم التمييز، معناها ان الناس متساوون في تطبيق القانون، وفي الحقوق والواجبات ولا فرق بين قوي وضعيف، ولا غني أو فقير. فالمساواة امام القانون وعدم التمييز إذن، تعبيران احدهما ايجابي والاخر سلبي، يتجلى فيهما مبدأ واحد اساسي من المبادئ المتعلقة بحماية الحقوق والحريات الدستورية والمتمثلة في كفالة هذه الحماية. لان المساواة امام القانون تشمل الحقوق والحريات التي يتمتع بها الافراد قبل الدولة، و تتضمن ايضاً التزامات على عاتق الدولة بضمان الحماية المتساوية.

ومصطلح التمييز المستخدم في الدساتير الوطنية المختلفة، ينبغي ان يُفهم على انه يشمل اية تفرقة أو استبعاد أو تقييد أو تفضيل يقوم على اساس الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب وغير ذلك، مما يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بجميع الحقوق والحريات المتعددة في الدستور لجميع الاشخاص أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة⁽²⁾.

حيث يرى البعض، ان التمييز في مجال الحقوق والحريات الاساسية، هو كل اجراء أو معاملة تنطوي على العناصر الثلاثة الاتية: (أ) التفرقة، أو الاستبعاد أو التقييد أو التفضيل. (ب) بناء على اعتبارات العنصر، أو اللون، او الدين أو اللغة أو الجنس أو الاصل الاجتماعي أو الوضع الاقتصادي أو غير ذلك من الاعتبارات. (ج) على ان

(2)د.إبراهيم محمد حسنين، مصدر سابق، ص123.

(2)علي الباز، مصدر سابق، ص132.

تستهدف تقويض أو عرقلة تطبيق مبدأ المساواة بين الافراد، امام القانون، سواء من حيث التمتع بالحقوق والحريات، ام من حيث كفالة وسائل حمايتهما(1).

اما المساواة امام القانون، فتعني ان يخاطب القانون جميع الافراد على قدم التساوي وهذا مضمون أن القاعدة القانونية تتصف بالعموم والتجريد فلا يكون في القانون تمييز لفرد أو امتياز لطبقة أو اضطهاد لطائفة أو تحقير لجنس أو اعفاء من واجبات مادامت الظروف واحدة والقدرات متناسبة. بدهة فإن المساواة هنا مساواة نسبية، لان القاعدة القانونية تعني بالافراد الذين ينطبق عليهم القانون ويساوي بينهم، تعني بهم الافراد ذوي المراكز القانونية المتماثلة. اذ انه من المستحيل عملاً تطبيق قاعدة قانونية على جميع افراد الجماعة بلا استثناء. فقد يحدث الا تتوافر جميع الشروط التي يتطلبها القانون لدى جميع افراد الجماعة(2).

ولمبدأ المساواة امام القانون مظاهر مختلفة هي:

المساواة امام القضاء بمعنى أن الناس جميعاً سواء امام القضاء، ولكل واحد منهم، على قدم المساواة التامة مع الاخرين، الحق في ان تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحيدة، نظراً منصفاً وعلنياً، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي اية تهمة جزائية توجه اليه.

المساواة في تقلد الوظائف العامة: ويعني ان يتساوى الافراد المتماثلون في توفر شروط الوظيفة ومؤهلاتهم التي يتطلبها القانون، في فرصة تولي الوظائف. فلا يتفاضلون بسبب غير الصلاحية للوظيفة. ولذلك قد تقتضي الصلاحية للوظيفة تفضيل احد على الاخر. ويقتضي مبدأ المساواة امام التوظيف تسير التعليم، فهو الطريق الى التوظيف فيجب ان يتوفر للجميع دون تمييز(3).

الا انه توجد استثناءات على مبدأ المساواة امام التوظيف يقتضيها الصالح العام تبعاً لظروف خاصة. كاشتراط المادة (2/6) من قانون الانتخابات العراقي رقم (16) لسنة (2005) الا يكون المرشح لمجلس النواب والمجالس الوطنية للاقاليم، ومجلس المحافظات، والمجالس المحلية مشمولاً بقوانين اجتثاث البعث.

(1) د. رمزي طه الشاعر، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، الطبعة الأولى، 2004، ص161.

(2) د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2004، ص123.

(3) د. سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001، ص92-93.

-المساواة في الانتفاع بالمرافق العامة: ويعني ان يكون لجميع الافراد طبقاً لما يحدده القانون من تنظيمات وشروط الحق في الانتفاع بخدمات المرافق العامة المختلفة دون تمييز بين الافراد لاي سبب من الاسباب.

المساواة في التكاليف الاجتماعية: فمادام الناس متساوين امام القانون، ومتساوين في الانتفاع بخدمات المرافق العامة، فهم متساوون في تحمل الاعباء والتكاليف الاجتماعية التي تؤدي الى استمرار اداء تلك المرافق لخدماتها، وتشمل تلك المساواة، المساواة امام الضرائب العامة، حيث يتساوى الافراد – ذوا المراكز والظروف الاقتصادية المتماثلة – امام الضرائب العامة، فلا تمييز بينهم، ولا يتنافى ذلك مع اعفاء حالات ذوي الدخل الضعيفة، أو اعفاء الحد الأدنى اللازم للمعيشة – وذلك كله طبقاً للقانون – كما لا يتنافى مع مبدأ المساواة تقرير قاعدة تصاعد الضريبة كلما ازدادت الثروة والدخل.

وتطبيقاً لمبدأ المساواة امام القانون وعدم التمييز، بدأ المشرع الدستوري العراقي في الباب الثاني المخصص للحقوق والحريات، بالنص في المادة الاولى من هذا الباب – وهي المادة 14 – على مبدأ المساواة، وان العراقيين متساوون امام القانون، دون تمييزٍ بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي(1).

ولقد اكتفى المشرع الدستوري العراقي بالنص على ذلك المظهر – المساواة امام القانون – باعتبار ان ذلك يشمل كل مظاهر مبدأ المساواة الاخرى. ولذلك فنحن نجد ان المشرع الدستوري العراقي لم يستعمل مصطلح المساواة سوى مرة واحدة في المادة 14.

الا انه يمكن القول إن المشرع الدستوري العراقي قد قرر في بعض النصوص أعمال معنى مبدأ المساواة دون ان يذكر المصطلح ذاته، وذلك مثل المادة (16) التي تنص على ان: (تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين، وتكفل الدولة اتخاذ الاجراءات اللازمة لتحقيق ذلك)، ومثل المادة (20) التي تنص على ان: (للمواطنين رجالاً ونساءً، حق المشاركة في الشؤون العامة، والتمتع بالحقوق السياسية، بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح)، والمادة (34) التي تنص على ان: (اولاً- ثانياً-التعليم المجاني حق لكل العراقيين في مختلف مراحلها) والمادة (22) التي تنص على ان: (العمل حق لكل العراقيين بما يضمن لهم حياةً كريمةً). فكل تلك الحقوق يتساوى فيها المواطنون اعمالاً لحكم المادة (14 من الدستور)(2).

هذا ولاشك ان ما نص عليه الدستور في بعض موادها – كالمادة (1/30)، (32)، (1/132) – لا يمكن اعتباره اخلاً بمبدأ المساواة. حيث نصت المادة (1/30) على ان: (تكفل الدولة للفرد وللأسرة – وبخاصة الطفل والمرأة – الضمان الاجتماعي والصحي،

(1) د. فاروق عبد البر، مصدر سابق، ص134.

(2) د. سعد عصفور، مصدر سابق، ص156.

والمقومات الاساسية للعيش في حياة كريمة، تؤمن لهم الدخل المناسب، والمسكن الملائم). ونصت المادة (32) على ان: (ترعى الدولة المعاقين وذوي الاحتياجات الخاصة، وتكفل تأهيلهم بغية دمجهم في المجتمع، وينظم ذلك بقانون). وكما نصت المادة (1/132) على ان: (تكفل الدولة، رعاية ذوي الشهداء، والسجناء السياسيين، والمتضررين من الممارسات التعسفية للنظام الدكتاتوري البائد). (اذ بالاضافة الى الدوافع النبيلة التي توجب مثل هذه النصوص، فإن اختلاف الظروف يؤدي الى اختلاف المراكز القانونية بحيث ينتفي في مثل هذه الحالة التماثل بين تلك المراكز، وهو الذي يؤدي الى المساواة بين تلك المراكز)⁽¹⁾.

وتجسيدا لمبدأ المساواة امام القانون وعدم التمييز، فقد نص القسم الرابع من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (7) (قانون العقوبات) على انه: (يتعين على جميع الاشخاص الذين يؤديون مهام حكومية أو يشغلون مناصب عامة، بمن فيهم جميع العاملين في الشرطة والمدعين العامين والقضاة، ان يطبقوا القانون دون تحيز، في اداء مهامهم الرسمية، ولن يمارس التمييز ضد أي شخص بسبب جنسه أو بسبب انتمائه العرقي أو لون بشرته أو لغته أو انتمائه الديني أو رأيه السياسي أو جنسيته أو أصله الانثي أو الاجتماعي أو موقع مسقط رأسه)⁽²⁾.

الفرع الثاني

موقف القضاء الدستوري العراقي من السلطة التقديرية للمشرع

الاصل ان الرقابة على دستورية القوانين رقابه فنية ذات طابع قانوني مجرد ، ويترتب على ذلك ان القضاء الدستوري لا يراقب ضرورة التشريع او عدم ضرورته ولا يراقب ملائمة التشريع وبواعثه كونها من اخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع ، وقد راعت المحكمة الاتحادية العليا في العراق في قضائها الدستوري هذا المبدأ عند ممارستها لدورها القضائي احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي نص عليه دستور جمهوريه العراق لسنة 2005 في المادة (47) منه حيناً ، وتجنباً للتماس مع المشرع حيناً اخر ، فالاصل ان مجلس النواب يعد صاحب الاختصاص الاصيل بالتشريع استناداً للمادة (61/ اولاً) من الدستور ، مالم ترد قيود على سلطه المشرع في الدستور، فالاصل هو يملك اختصاص التشريع والاستثناء هو تقييد الاختصاص ، ولذلك نجد ان المحكمة الاتحادية العليا تنأى بنفسها عن مراقبه ملائمة وبواعث التشريع التي دفعت المشرع لاصداره وانما تراقب الغاية النهائية منه وهو تحقيق المصلحة العامة او الهدف الذي حدده الدستور فاذا استهدف المشرع غايات واهداف منبته عن الصالح العام كان التشريع معيب بعيب الانحراف في استعمال الاختصاص التشريعي ، ولذلك فإن حدود العلاقة بين المشرع

(1)د. علي الباز، مصدر سابق، ص18.

(2)نشر الامر (7) في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 978 في 17/آب/2003.

وبين المحكمة الاتحادية العليا باعتبارها الهيئة التي تتولى الرقابة على دستوريه القوانين والانظمة النافذه حساسه جداً ، لان مهمة المحكمة الاتحادية العليا هي فرض رقابتها على دستورية القوانين والانظمة وفق ضوابط موضوعية وان تتجنب الولوج الى المنطقه التي تباشر فيها السلطه التشريعية اختصاصها التشريعي ، وان مرد هذه الرقابه هي القيود الدستورية والحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور باعتبارها محل الرقابه ومناطقها ، وسنحاول التعليق على بعض تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا في هذا المجال وكما يأتي:

اولاً: سبق الطعن بعدم دستوريه المادة (11) من قانون انتخاب مجلس النواب العراقي رقم (45) لسنة 2013 طالبين تعديل المادة المذكورة باضافة عبارة (الكورد الفيلين) الى هذه المادة ليكون لهذا المكون (كوتا) خاصه بهم اسوة بما فعل المشرع العراقي عندما خصص لهم (4) مقاعد في مجالس المحافظات معتبر – اي الطاعن – ان اغفال المشرع ذكر الكوتا في هذا القانون مخالف لمبدأي المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليهما في المواد (14،16) من دستور 2005 ، وقد طالب المدعي وقف تطبيق هذه المادة واصدار تشريع يتضمن (الكوتا) الخاصه بمكون (الكرد الفيلين) ، وقد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم (20/اتحادية/اعلام) في 2014/7/13 الى ان عدم ذكر (كوتا) الكرد الفيلين في المادة سابقه الذكر لايجعل من هذه المادة غير دستورية وان ذلك خيار تشريعي يرجع الى المشرع وان طلب تعديل هذه المادة باضافة عبارة (الكورد الفيلين) اليها لتكون (كوتا) خاصه بهم في مجلس النواب ليس من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا ، كما ان ليس من اختصاصها الحكم بالزام المدعي عليه (رئيس مجلس النواب) بتخصيص (كوتا) معينه للكورد الفيلين وردت الدعوى لعدم الاختصاص⁽¹⁾ ، هذا وكانت المادة (52/ اولاً/ أ) من قانون انتخاب مجالس المحافظات والاقضية والنواحي رقم (36) لسنة 2008 المعدل (الملغى) قد اخذ بمبدأ (الكوتا) للمكونات ، اذ نص على تخصيص اربعة مقاعد لكل من المسيحيين والصابئه المندائيين والكرد الفيلين والتركمان في بغداد ، ونصت الفقرة (د) من نفس المادة على تخصيص مقعد واحد للكرد الفيليين في واسط ، ثم عاد المشرع الاخذ بهذا المبدأ في المادة (11) من قانون انتخاب مجلس النواب العراقي رقم (45) لسنة 2013 عندما خصص (8) مقاعد كوتا للمكونات في المحافظات لم يكن مكون الكرد الفيليين من ضمن هذه المكونات ، هذا دفع احد اعضاء الجمعية الوطنية السابقين للطعن بعدم دستوريه هذه المادة الذي جوبه طعنه بالرد من جانب المحكمة الاتحادية العليا مسببه ذلك ان استبعاد المشرع ذكر هذا المكون هو خيار تشريعي له ، والحقيقية ان المحكمة الاتحادية العليا قد حاولت في هذا القرار تجنب التماس بالسلطه التشريعية معتبره خيار استبعاد احد المكونات من من الكوتا هو من صميم اختصاصها التقديرية ، في حين كان عليها تنبيه السلطه التشريعية الى الاغفال

(1) علي محمود محمد أبو عال، مدى سلطة القاضي في الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص134.

الذي وقع فيه المشرع عن عمد او اهمال لغرض تلافيه خلال مدة مناسبة والايعد هذا النص غير دستوري لانه خالف مبادئ الديمقراطية في الدستور ولان المشرع قد اعتمد اصلاً مبدأ الكوتا لضمان تمثيل جميع المكونات في المجالس النيابية ، وبالتالي يجب ان يكون تطبيق المبدأ على اساس مبدأ المساواة وليس بشكل انتقائي ، فمادام المشرع قد اعتمد مبدأ الكوتا في تمثيل المكونات في المجالس المحلية ومجلس النواب كخيار تشريعي ضمن نطاق سلطته التشريعية فيجب عليه ان يطبق المبدأ على كافة المكونات بصورة متساوية وبخلافه يعد ذلك خرقاً لمبدأ المساواة ، فالسلطة التقديرية للمشرع تتبدى في حريته في اختيار مبدأ (الكوتا) في تمثيل المكونات في المجالس المنتخبة ، الا اننا نرى استبعاد احد هذه المكونات من نطاق تطبيق المبدأ لا يعد خياراً تشريعياً وانما يعد اغفالاً لحق تمثيل هذا المكون المستبعد عمدا او اهمالا وبالتالي اخلال بالضمانات التي كفلها الدستور وبالتالي كان حري بالمحكمة الاتحادية العليا التدخل وعلان عدم دستورية هذا النص وليس اعلان عدم اختصاصها (1).

ثانياً: ردت المحكمة الاتحادية العليا الطعن الوارد بعدم دستورية الفقرة (4) من البند (ثامناً) من المادة (7) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (21) لسنة 2008 المعدل لان قانون تعديل هذا القانون قد عدل جهة الطعن بقرار اقالة المحافظ واناطته بمحكمة القضاء الاداري ، بدلا من المحكمة الاتحادية العليا كما كانت تنص المادة قبل التعديل ، حيث جاء في حيثيات قرارها في الدعوى (77/ اتحادية /اعلام/ 2015) في 2015/11/17 ما يأتي (...ومن ملاحظه الدعوى ومجرياتهما لم تجد المحكمة الاتحادية العليا في النص المطعون بعدم دستوريته اي مخالفه للدستور ، حيث جاء هذا النص خياراً تشريعياً من مجلس النواب) ، في هذا القرار راعت المحكمة الاتحادية العليا الاختصاص التشريعي لمجلس النواب وعدت التعديل من صميم صلاحياته التقديرية طالما انه لم يتضمن مخالفه للقواعد الشكلية والموضوعية في الدستور ، بل اننا نرى ان اناطه الطعن بقرار اقالة المحافظ بالقضاء الاداري وتحديداً (محكمة القضاء الاداري) هو اكثر توافقاً مع نص المادة (93) من الدستور التي حددت على سبيل الحصر اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا والتي ليس من من ضمنها الطعن بقرار اقالة المحافظ (2).

ثالثاً: ردت المحكمة الاتحادية العليا الطعن بعدم دستورية القانون رقم (35) لسنة 2013 قانون التعديل الاول لقانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم (4) لسنة 2006 ، حيث ورد باسباب الطعن مخالفة وتعارض قانون التعديل لبعض نصوص الدستور ، لكون هذا التعديل شمل محتجزي مخيم رفحاء بقانون مؤسسة السجناء السياسيين، حيث ترتب على

(1) د. محمد عبد الحميد أبو زيد ، سلطة الحاكم في تغيير التشريع شرعاً وقانوناً ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2017 ، ص189.

(2) علي محمود محمد أبو عال، مصدر سابق، ص174.

شمولهم بهذا القانون مزاحمه السجناء السياسيين وهدر المال العام بسبب استحداث تشكيلات ولجان ، حيث طلب الطاعن الغاء المواد القانونية التي تقرر شمول محتجزي مخيم رفحاء بهذا القانون وسن قانون خاص بهم ، اذ يلاحظ ان هذا الطعن قد انصب على ملائمت مجلس النواب في شمول محتجزي مخيم رفحاء بأمتيازات قانون مؤسسة السجناء السياسيين ، حيث جاء في قرارها المرقم (83/اتحادية /اعلام/2014) في 2014/11/18 ما يأتي (... وبعد تدقيق الدعوى من المحكمة الاتحادية العليا والاطلاع على اللوائح المتبادلة بين الطرفين فقد وجد ان اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا محددة بموجب المادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 والمادة (93) من الدستور ، وليس من بين هذه الاختصاصات صلاحية النظر بطلبات المدعي المتضمنه تعديل القانون بالاضافه او التغيير لان مناط ذلك السلطه التشريعية ، وعليه فتكون دعوى المدعي واجبه الرد من جهة الاختصاص (...) ، حيث نلاحظ في هذا الحكم نأي المحكمة الاتحادية العليا عن التماس بالسلطه التشريعية وردت الطعن لعدم الاختصاص ، في حين كان عليها بدلا من مناقشه طلبات المدعي ، تركيز النظر في مدى دستورية التعديل الوارد على قانون مؤسسة السجناء السياسيين وهل يتضمن مخالفه للقواعد الشكلية او الموضوعية الوارده فيه ومن ثم تقرر رد الدعوى او الحكم بالغاء التعديل لعدم دستوريته ، فالمحكمة الاتحادية العليا ردت الطعن شكلا لتتجنب اقتحام المجال التقديري للمشرع في حال تناول الجانب الموضوعي للطعن وهو عدم دستورية قانون التعديل⁽¹⁾ .

رابعاً: ردت المحمة الاتحادية العليا الطعن الوارد بعدم دستورية المادة (35/ خامساً) من قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014 ، كما تضمن الطعن المذكور الطلب من مجلس النواب باضافة فقرة في المادة المطعون فيها لشمول كافة حملة الشهادات العليا في كافة وزارات الدولة لاحتساب رواتبهم التقاعدية على اساس نسبة (80%) من الراتب الاسمي والمخصصات التي كانوا يتقاضونها قبل احالتهم على التقاعد على ان لا تزيد عن (200%) من الراتب التقاعدي ، حيث نعى الطاعن في طعنه بأن هذا التمايز في الرواتب التقاعدية لفئة واحدة وهي فئة حملة الشهادات العليا من العاملين في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ومن العاملين في وزارات ودوائر الدولة الاخرى سيؤدي الى افراغ هذه الوزارات والدوائر من حملة الشهادات العليا كون الامتيازات مقررة فقط لموظفي الخدمة الجامعية وهذا مخالف للمادة (14) من دستور 2005 التي نصت على المساواة وعدم التمييز على اساس الجنس او العرق او القومية او الاصل او اللون او الدين ، وهذا النص يتضمن تمييز واضح بين حملة الشهادات العليا ، حيث جاء في قرارها المرقم (57/ اتحادية / اعلام / 2014) في 2014/11/18 ما يأتي (... اما طلبها الثاني بشمول كاهه حملة الشهادات العليا في وزارات الدولة بالراتب والمخصصات التي يتقاضاها موظف الخدمة الجمعية وتعديل المادة (35/ خامساً) من قانون التقاعد

(1)د. محمد عبد الحميد أبو زيد ،مصدر سابق ،ص169.

الموحد رقم (9) لسنة 2014 فإن هذا الطلب يتطلب تدخل تشريعي وهو يخرج عن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا ويختص به مجلس النواب ، ولما تقدم تقرر الحكم برد الدعوى) ، وفي هذا القرار ايضاً تجنبت المحكمة الاتحادية العليا المساس بالاختصاص التقديري للمشرع معتبره ضمناً ان حرمان فئة حملة الشهادات العليا خارج وزارة التعليم العالي والبحث العلمي من حكم نص المادة (35/ خامساً) من قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014 من قبيل ملائمت المشرع ولا تخضع لاختصاص المحكمة الرقابي ، ويمكن ان نسجل على هذا القرار وجهة نظرنا التي لا تتفق مع ما ذهبت اليه المحكمة الاتحادية العليا ، فالمحكمة لم تكن موفقه في تسبب قرارها برد الطعن لانها نظرت الى جهة الاختصاص في التشريع ولم تباشر رقابتها على مدى مطابقه هذا النص للدستور ، لان المشرع قد اغفل فعلاً في صياغه نص المادة (35/ خامساً) من قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014 مبدأ دستوري وهو مبدأ المساواة بين الافراد الذين هم في مراكز قانونية متماثلة ، لان النص الطعين ميز بين حملة الشهادات العليا من العاملين في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي وبين حملة الشهادات العليا من العاملين في الوزارات والدوائر الاخرى دون ان يبين عله التمييز رغم كونهم في مراكز قانونية متماثلة كونهم من حملة الشهادات العليا وان اتجاه المشرع بالغاء كافة النصوص الواردة في القوانين الاخرى التي تمنح حقوقاً تقاعدية وحصر ذلك في قانون التقاعد الموحد يقتضي المساواة لمن هم في مراكز قانونية متماثلة ، اما طبيعه عمل موظف الخدمة الجامعية فهو يرتب امتيازات اثناء الخدمة وفق قانون الخدمة الجامعية الذي ينظم شؤونهم ولا يبرر ذلك ان ينسحب على مستحقاتهم التقاعدية وما يترتب على هذا الحكم زيادة الاستثناءات المقررة في قانون التقاعد الموحد ، لذا كان على المحكمة الاتحادية العليا ان تقضي بعدم دستورية المادة (35/ خامساً) من قانون التقاعد الموحد رقم (9) لسنة 2014 لانه تضمن اغفلاً تشريعياً مخالف للسمو الموضوعي لقواعد الدستور ولا يعد من قبيل ملائمت السلطة التشريعية (1).

(1) علي محمود محمد أبو عال، مصدر سابق، ص198.

الخاتمة

بعد دراسته موضوع السلطة التقديرية للمشرع ورقابة القضاء توصلنا الى النتائج والمقترحات الآتية:

اولاً: النتائج :

1. لا يمكن التقليل من اهمية أي نوع من انواع الرقابة على دستورية القوانين حتى لو كانت الرقابة غير قضائية لان لكل دولة فلسفتها وسياستها الخاصة في اعتماد وتطبيق نوع معين من انواع الرقابة.
2. ان اكتمال مقومات دولة الدستور تتطلب اخضاع جميع السلطات للقواعد الدستورية السامية مما يعني معه وجوب امتداد الرقابة الدستورية الى اعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية وليس على اعمال السلطة التشريعية فحسب.
3. ان عملية اختيار اعضاء الهيئات الرقابية سواء أكانت مجالس ام محاكم عليا او دستورية في الدول محل الدراسة لم تنفصل بصورة تامة عن الاعتبارات السياسية مادام الاختيار لا يمكن ان يتم دون تدخل السلطات السياسية المنتخبة ، كالسلطة التشريعية او السلطة التنفيذية او كلاهما.
4. ان الرقابة القضائية على دستورية القوانين لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات والمبدأ الديمقراطي ، فحتى اذا بدا مثل هذا التعارض ظاهراً فإنه يرجع في الحقيقة الى النظرية التقليدية لهذين المبدأين مما دفع الفقه الدستوري الحديث الى اعادة ترجمتهما بما يتفق مع الرقابة القضائية فاذا كان المفهوم التقليدي لمبدأ الفصل الجامد بين السلطات يقف عائفا امام تبرير هذه الرقابة كونه لا يسمح للسلطة القضائية بان توقف او تلغي او تبطل العمل التشريعي فان المفهوم الحديث للفصل المعزز بالفحص والموازنة قد برر هذه الرقابة من حيث تأكيده على انها لا تعد سوى اثرا من اثار هذا المبدأ وحماية له في الوقت ذاته .

ثانياً : المقترحات :

1. نقترح على المشرع العراقي الى وضع منهاج واضح عند فحص دستورية النصوص محل الطعن وان لا يتردد في الغاء المخالف منها للدستور لتجنب اقتحام المجال التقديري للمشرع طالما ان المشرع قد اغفل القواعد الشكلية او

الموضوعية للدستور وتجاوز في ممارسة اختصاصه التشريعي القيود الواردة فيه.

2. السلطه التقديرية للمشرع حريه المشرع في الاختيار وتحديد ضرورة التشريع وبواعثه وتوقيتات سنه ضمن الاطار الذي رسمه الدستور له.

3. ان ينص الدستور على الضمانات الاساسية الكافية لاستقلال المحكمة من الناحيتين المؤسساتية والفردية فضلا عن الضمانات التي اوردها نقترح ان ينص على ان يكون للمحكمة ميزانية مالية مستقلة فضلا عن عدم جواز انقاص مرتبات اعضاء المحكمة وعدم جواز حرمانهم من اية مزايا مالية اضافية تمنح لاعضاء السلطة القضائية الآخرين.

المصادر

*القران الكريم

اولاً: المعاجم اللغوية

1. احمد حسن الزيات ،- المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية - الجزء الاول - مطبعة مصر - 1960 - ص 379 ، 445 .
2. مجد الدين محمد بن يعقوب - قاموس المحيط - ج 1 - ط 2 - مطبعة مصطفى الحلبي واولاده بمصر -1952- ص118 .

ثانياً: الكتب

1. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، القاهرة، 2000، الناشر دار النهضة العربية، ص123.
2. إبراهيم محمد حسنين، الرقابة على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية 2000.
3. احمد فتحي سرور- الحماية الدستورية للحقوق والحريات- ط2- دار الشروق- القاهرة- 2000م- ص44.
4. رمزي طه الشاعر، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، الطبعة الأولى، 2004، ص161.
5. رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الادارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها - دار النهضة العربية - مصر - 1996 - ص36 .
6. سعد عصفور، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية. ص92-93.
7. د. سليمان الطماوي - السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص98-99.
8. عبد الحميد الشواربي ، الدعوى الدستورية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، 2002 ، ص 30 .
9. عبد الغني بسيوني عبد الله - القانون الاداري - دراسة مقارنة - منشأة المعارف بالاسكندرية - 1991.

10. عصام عبد الوهاب البرزنجي – السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2000 ص 61 .
11. عطا بكري- الدستور وحقوق الإنسان- الجزء الأول- مطبعة الرابطة- بغداد- 1954- ص 31.
12. علي محمود محمد أبو عال، مدى سلطة القاضي في الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 134.
13. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، 2004 ، ص 123.
14. كمال الغالي ، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية ، مديرية الكتب الجامعية ، دمشق ، 1991 ، ص 153 .
15. محمد عبد الحميد أبو زيد ، سلطة الحاكم في تغيير التشريع شرعاً وقانوناً ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2017 ، ص 189.
16. محمد فؤاد عبد الباسط – القرار الإداري – التعريف والمقومات والنفذ والانقضاء – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – 2000 – ص 216 .
17. محمد مصطفى حسن ، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية ، مطبعة عاطف بمصر ، 1974 ، ص 47 .
18. مصطفى البارودي ، السلطة التقديرية و الحقوق الدستورية ، ج 1 ، ط 2 ، مطبعة الجامعة السورية، 2009، ص 268 .

ثالثاً: البحوث والدراسات

1. محمود فكري السيد ، المحكمة الدستورية العليا والرقابة على دستورية القوانين في مصر ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع ، السنة الثانية والاربعون ، 1998 ، ص 23-24 .
2. محمود فكري السيد ، المحكمة الدستورية العليا والرقابة على دستورية القوانين في مصر ، مجلة هيئة قضايا الدولة ، العدد الرابع ، السنة الثانية والاربعون ، 1998 ، ص 23-24 .

رابعاً: الرسائل والاطاريح

- علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه تقدم بها إلى جامعة القاهرة، مصر، 1987، ص 256.

خامساً: القوانين والدساتير

1. الدستور العراقي لسنة 2005.

2. قانون الانتخابات العراقي رقم (16) لسنة (2005).