

رقابة القاضي الدستوري على التناسب في القانون
الباحث: حسين شعلان حمد
أ.د. حسين جبار عبد

h.sh.h84@gmail.com

مستخلص البحث:

التناسب هو وسيلة فنية يلجأ إليها القاضي الدستوري للتحقق من مدى وجود علاقة منطقية، ومتوازنة، ومقبولة بين الحل التشريعي "محل القانون" وبين السبب الدافع له، أو الغاية منه، يحكم على أساس وجودها، أو عدمه، بدستورية القانون، أو عدم دستوريته، وهو ينصب على عنصر المحل، ولا يهم عندئذ إن كان ذلك مع السبب، أو الغاية، أو كليهما معا ما دام الوصف الدستوري للقانون لا يتحقق إلا بتناسب المحل مع الطرف الآخر، سواء أكان سببا أم غاية؛ كونهما يمثلان الحالة المثالية التي ينبغي أن يتناسب معها محل القانون، وقد مارس المجلس الدستوري الفرنسي رقابته على تناسب المحل في القانون بناء على ضرورة توافر ثلاثة متطلبات في الحل التشريعي، حتى يكون متناسبا هي: الكفاية، والضرورة، والتناسب بالمعنى الدقيق للكلمة، في حين لم تستخدم المحكمة الاتحادية العليا مصطلح التناسب، إلا أن قراراتها لم تخلو من التطبيقات العملية له.

الكلمات المفتاحية: المشرع العادي، القاضي الدستوري، التناسب، عنصر المحل في القانون، غاية القانون، الحكم بعدم الدستورية.

المقدمة

أولاً: التعريف بالموضوع

يتمتع المشرع العادي بسلطة تقديرية في عنصر المحل تسمح له بالمفاضلة بين عدة بدائل مشروعة، واختيار الأفضل من بينها، لتنظيم الموضوع المراد تنظيمه، ويتحقق ذلك بسبب ترك الدستور للمشرع العادي اختيار الحل المناسب. إلا أنه مع تلك السلطة التقديرية ينبغي أن يكون الحل الذي اختاره المشرع العادي في إطار المبادئ الدستورية، وهذه المبادئ قد تكون في صيغة انشائية، لذلك قد يكون من الصعوبة كشف مخالفة التقدير لتلك المبادئ. بخلاف ما هو موجود في السلطة المقيدة التي يضع فيها الدستور حلولا للمشرع العادي، وعلى الأخير الالتزام بها، بحيث يمكن معرفة المخالفة بمجرد المقارنة - في أغلب الأحيان - بين النص الدستوري والنص القانوني. في حين أن الأمر ليس بهذه السهولة فيما يتعلق بالسلطة التقديرية؛ لأن كشف المخالفة في هذا المجال يقتضي الدراسة المتعمقة والعناية اللازمة من القاضي الدستوري، وفي الوقت نفسه الموازنة بين ما يبتغيه المشرع العادي من أهداف، وما حدده لتحقيقها من وسائل. وقد حاول القاضي الدستوري مواجهة تلك الصعوبة بوسائل فنية، للتوصل عن طريقها إلى تحديد مخالفة تقدير المشرع العادي للدستور، عندما تكون سلطته تقديرية. ومن بين هذه الوسائل التناسب، الذي يعد وسيلة فنية يراقب القاضي الدستوري بواسطتها السلطة التقديرية للمشرع العادي في عنصر المحل، بالتحقق من وجود علاقة منطقية، متوازنة بينه وبين عنصر السبب أو الغاية، بحيث يترتب على اختلال تلك العلاقة عدم التناسب، ومن ثم عدم الدستورية.



ولذلك فإن القاضي الدستوري ليس بحاجة إلى التناسب عندما تكون سلطة المشرع مقيدة، إذا علمنا بأن المخالفة هنا تتحقق بمجرد اختيار إجراء مخالف لما حدده الدستور من حل لتنظيم الموضوع. في حين أن الدستور في مجال السلطة التقديرية لا يضع للمشرع العادي حلا محددا، وإنما يترك له سلطة اختيار الحل بناء على تقديره، إلا أنه يضع عليه مجموعة من الضوابط والمبادئ، ينبغي الالتزام بها عند اختيار أحد الحلول، ولغرض تحديد مدى التزام المشرع العادي بتلك الضوابط والقيود يلجأ القاضي الدستوري إلى وسيلة التناسب؛ تمهيدا للتحقق من مدى وجود المخالفة، أو عدم وجودها.

ثانيا: مشكلة البحث:

يمثل محل القانون الميدان الأوسع لتمتع المشرع العادي بالسلطة التقديرية، بما يسمح له باختيار الحلول التشريعية المناسبة وفق الحرية المتروكة له، إلا أن تلك الحلول تمثل - في أكثرها - قيودا جوهرية في أغلب الأحيان على الحقوق والحريات، قد تتعطل ممارستها مع تلك الحلول. وبذلك ينشأ التزاحم بين ما يتمتع به المشرع العادي من سلطة تقديرية، وبين النطاق اللازم لتطبيق الحقوق والحريات، وعدم تحميلها بقيود تقضي عليها، مما يستلزم وجود آلية معينة يضمن عن طريقها، تحقيق التوافق والانسجام بين المتطلبات المتقدمة، بحيث لا يمكن أن تكون الحقوق والحريات عائقا دون تنظيم المشرع العادي لشؤون المجتمع المختلفة من جانب، وألا يصل هذا التنظيم للحد الذي تنعدم معه الحقوق والحريات من جانب آخر. ويبرز التناسب بوصفه الوسيلة التي يستطيع القاضي الدستوري عن طريقها تحقيق التوازن بين ما يتمتع به المشرع العادي من سلطة تقديرية، تسمح له باختيار الحلول التشريعية المناسبة وفق المعطيات الموجودة، وبين حماية الحقوق والحريات، وعدم تجاوز تقييدها حدود التنظيم اللازمة لها، بما يكفل علو النصوص الدستورية.

ثالثا: منهجية البحث

انسجاما مع طبيعة موضوع البحث سيتم اعتماد المنهج التحليلي أساسا للدراسة، والمقارنة على أساس ذلك في كل من فرنسا والعراق، لما تتمتع به فرنسا من تجربة قضاء دستوري قيمة تجعلها محلا خصباً للدراسة، ولا يخفى سبب اختيار العراق ضمن دول المقارنة، لحدثة تجربته في القضاء الدستوري من حيث الكم والنوع، فضلا عن عدم وجود الدراسات الكافية التي تتناول رقابة القاضي الدستوري على التناسب في القانون.

رابعا: هيكلية البحث

لغرض دراسة الموضوع بشكل نظري وعملي، قسمنا البحث إلى مطلبين الأول: تناولنا فيه مفهوم التناسب في القانون وموقف الفقه الدستوري من أطرافه، في حين خصصنا المطلب الثاني لموقف القاضي الدستوري من رقابة التناسب في القانون، عن طريق تحديد موقف المجلس الدستوري الفرنسي، والمحكمة الاتحادية العليا العراقية من الفكرة المتقدمة. يعقبها خاتمة توصلنا فيها لأهم الاستنتاجات والمقترحات التي نرى ضرورة الأخذ بها في العراق.

المطلب الأول

مفهوم التناسب في القانون وموقف الفقه الدستوري من أطرافه

يرجع ظهور التناسب إلى القضاء الإداري الذي عمل على مراقبة القرارات الإدارية عن طريق التحقق من وجود علاقة منطقية متوازنة تحكم محل القرار بالسبب الدافع له ، وعلى الرغم من أن القضاء الدستوري قد أخذ فكرة التناسب من القضاء الإداري ، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود خصوصية لهذه الفكرة في مجال القانون، قد اختلف بشأنها الفقه الدستوري من حيث تعريفها، وتحديد الأطراف التي يحكمها التناسب. ولغرض إيضاح ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: الأول نخصه لبيان مفهوم التناسب في القانون، ونوضح في الثاني موقف الفقه الدستوري من أطراف التناسب في القانون.

الفرع الأول: مفهوم التناسب في القانون اختلف الفقه الدستوري بشأن مفهوم التناسب في القانون، ولذلك نجد هنالك مجموعة من التعريفات التي وضعت في هذا الشأن سنستعرض بعضها، والملاحظات التي نسجلها عليها، ونختتمها بتعريف خاص بنا. فقد عرفه بعض الفقه بأنه (التوافق بين أي نص - سواء صدر في شكل قرار فردي، أو لائحي، أو في شكل تشريع - كأداة قانونية تستخدمها الدولة في تنظيم موضوعات معينة، وبين حقوق وحريات الأفراد، سواء المنصوص عليها صراحة في الدستور، أو المتضمنة في المقومات، والمبادئ الأساسية، والقواعد، والأحكام التي أتى بها الدستور) .

ويلاحظ أن التعريف المتقدم يمثل تحديدا عاما لمفهوم دستورية القانون، أكثر منه لبيان التناسب في القانون، فالتوافق بين النص القانوني، والحقوق والحريات - كما حدده التعريف - يدل على أن ذلك معيارا لتحديد دستورية القانون بشكل عام، في حين أن التناسب يمثل جزءا - وإن كان مهما - من تلك الدستورية. ومن ثم لا يصح التطابق بينهما في المفهوم؛ لأن الدستورية تشمل جميع عناصر القانون: كالاختصاص، والشكل والإجراءات، والسبب، والمحل، زيادة على الغاية، في حين أن التناسب يرتبط بعنصر المحل فقط، كما سيتضح لاحقا. زيادة على ذلك فإن التعريف المذكور قد قصر التناسب على الحقوق والحريات فقط، وعلى الرغم من أن الحقوق والحريات تمثل النطاق الأوسع للتناسب، إلا أنها ليست الوحيدة له، فجميع نصوص الدستور يمكن أن تمثل معيارا لتحقيق التناسب، سواء أكانت متعلقة بالحقوق، والحريات، أم بغيرها من الموضوعات التي ينظمها الدستور.

كما عرفه البعض بأنه (التوافق بين نص تشريعي، أو نص لائحي، مع نصوص الدستور، أو المبادئ المستمدة من الدستور) . ولم يخلو التعريف المذكور من الملاحظات أيضا، حيث أنه لم يغير سابقه، بشأن العمومية التي جاء بها، من حيث شمول التعريف لجميع عناصر الدستورية التي ينبغي توافرها في القانون، وهو بذلك عاجز عن تحديد مفهوم التناسب بشكل دقيق. ومن جانب آخر فالتعريفين المتقدمين لم يحددوا الجهة المعنية ببيان التناسب، ويبرز في هذا الصدد: المشرع العادي، والقاضي الدستوري، ولا يمكن التعويل بشكل نهائي على ما يقوم به المشرع العادي، من عملية تناسبية؛ كونه المستهدف من تلك الرقابة، زيادة على ذلك فإن الغايات التي يريد تحقيقها، قد تدفعه إلى مخالفة الدستور عن طريق تبني حلول غير متناسبة. ويبقى بعد ذلك القاضي الدستوري بوصفه الجهة الأقدر على ممارسة رقابة التناسب، وبيان التوازن المطلوب بين المحل، وغيره من أطراف العلاقة، وصولا إلى الحكم بالدستورية، أو عدمها.



وبما أن التناسب لا يبحث إلا في إطار رقابة القاضي الدستوري، لذا فإن وجود الأخير يمثل عنصراً مهماً من عناصر تعريف التناسب، ولا يمكن استبعاده منه.

وبناءً على ما تقدم يمكن تعريف التناسب بأنه (وسيلة فنية يلجأ إليها القاضي الدستوري للتحقق من مدى وجود علاقة منطقية، ومتوازنة، ومقبولة بين الحل التشريعي "محل القانون" وبين السبب الدافع له، أو الغاية منه، يُحكم على أساس وجودها، أو عدمه، بدستورية القانون، أو عدم دستوريته).

الفرع الثاني: موقف الفقه الدستوري من أطراف التناسب

يتحقق التناسب - بشكل عام - بوجود علاقة منطقية ومقبولة بين أمرين أو أكثر، ولا خلاف حول ذلك المعنى بين الفقه بقدر ما موجود من اختلاف حول الأطراف التي يجب أن تحكمها العلاقة المنطقية.

إذ الملاحظ بأن الفقه قد اختلف إلى أكثر من اتجاه بشأن تحديد الأطراف التي يجب أن تكون متناسبة، ولا يخفى أهمية ذلك التحديد سواء أكان للمشرع العادي، أم القاضي الدستوري، إذا علمنا بأن التناسب مطلوب من الأول ابتداءً، والثاني رقابة. فقد ذهب الاتجاه الأول إلى إن التناسب يكون بين السبب والمحل عن طريق وجود توافق، أو تقارب بين الحالة القانونية والواقعية التي دفعت المشرع العادي إلى تشريع القانون، وبين محل أو موضوع القانون ذاته. وعلى ضوء تلك العلاقة يحدد أصحاب هذا الاتجاه صحة القانون، أو عدم صحته بسبب عدم التناسب، بحيث إذا انعدم التناسب بين السبب والمحل كان القانون مخالفاً للدستور. ويبدو إن هذا الاتجاه متأثراً بما هو ثابت من معنى للتناسب في مجال القانون الإداري، وبالتحديد أبرز ميدان لتطبيقه هو المسؤولية الانضباطية (التأديبية) وإن التناسب يتحقق هنا بالتقارب والتوازن بين السبب والمحل. وتعبير أدق بين الفعل الذي ارتكبه الموظف والذي استحق عليه مساءلته، وبين العقوبة الانضباطية المفروضة عليه، وتحت تأثير هذا الفهم اعتبر أصحاب الاتجاه الأول بأن التناسب في القانون يكون بين السبب والمحل أيضاً. أما الاتجاه الثاني فيرى بأن التناسب يكون بين المحل والغاية، أي بمعنى آخر بين الإجراء الذي اختاره المشرع، والغاية التي استهدفها من القانون، والتي يجمعها عنوان المصلحة العامة بمصاديقها المتعددة. وتبعاً لذلك فإن عدم التناسب في القانون يقع عندما لا يتوافق مضمونه مع الغاية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها بحيث تخل العلاقة فيما بينهما اختلالاً واضحاً وهناك اتجاه ثالث حاول المزج بين الاتجاهين المتقدمين عن طريق تعدد أطراف العلاقة إلى ثلاثة تمثل العناصر الداخلية للقانون (السبب، المحل، الغاية)، وليس بين السبب والمحل، أو المحل والغاية، وإنما يشمل التناسب العلاقة المتبادلة بين العناصر المتقدمة، بحيث ينعدم التناسب إذا ختل التوافق بين هذه العناصر الثلاث. وإذا كانت رقابة التناسب تعني فحص درجة الارتباط بين عنصرين، أو أكثر من المعايير الخاضعة لرقابة القاضي الدستوري. فإن أغلب التطبيقات القضائية تؤشر بأن القاضي الدستوري قد فرض رقابة التناسب على العلاقة بين المحل والغاية كما سيتضح لاحقاً. إلا أن ذلك لا يمنع من القول بأن حقيقة التناسب تقع بشكل أساسي على المحل، وبغض النظر عن الطرف الآخر الذي يرتبط به، فالتناسب في حقيقته يستلزم من المشرع العادي أن يجعل محل القانون متناسباً مع الطرف الآخر سواء أكان سبباً أم غاية، أي ضرورة ملازمة المحل للسبب والغاية كل على انفراد بحالة تناسبية. وبناءً على ذلك فإن المحور الأساسي في التناسب هو المحل، الذي يمثل حالة متغيرة أمام السبب - بعد وقوعه - والغاية - بعد تحديدها - كونهما يمثلان حالة ثابتة، ويدور المحل مدارهما حتى يكون متناسباً معهما.



فالحالة القانونية أو الواقعية التي تمثل السبب هي حالة ثابتة بعد وقوعها، وعلى المشرع العادي عنده وضعه للحلول التشريعية (المحل)، أن يراعي التناسب مع تلك الحالة وفق المرونة والحرية المتروكة له بموجب السلطة التقديرية. وبذلك فإن المحل يمثل حالة متغيرة على المشرع أن يضبطها حتى يصل بها إلى التناسب مع عنصر السبب. وكذلك الحال فيما يتعلق بالغاية، فبعد أن يحدد المشرع أهدافاً يتوخى تحقيقها، عليه أن يضع الحلول التشريعية (المحل) لتحقيقها؛ لأن تلك الحلول تمثل وسائل لتحقيق الأهداف، وفي إطار التناسب لا بد أن تكون تلك الوسائل (الحلول التشريعية) متناسبة مع الغاية المستهدفة. وفي الحالتين المتقدمتين يتضح بأن التناسب مفروض على المحل، وليس العكس، إذ ليس من المنطق أن يلزم المشرع العادي بأن تكون أسبابه متناسبة مع الحلول التشريعية التي يأتي بها؛ لتقدم السبب زمناً على المحل، وما يترتب ذلك التقدم الزمني من أثر في تناسبهما، ومن ثم لا يمكن قبول خلافه؛ لأنه لا يمكن القول بوجود حل تشريعي ثابت والسبب يدور حوله تناسيباً، كما لا يمكن قبول تحديد المشرع غايات تتناسب مع الحل التشريعي الذي جاء به. فالأسباب هي حالات قانونية وواقعية تحدث على أرض الواقع، والغاية تتمثل بمصاديق المصلحة العامة، أما الحلول التشريعية فهي مرهونة بيد المشرع بما يمتلكه من سلطة تقديرية، وعليه أن يأتي بحلول متناسبة مع العنصرين الثابتين (السبب والغاية)، وليس عليه أن يأتي بأسباب، وغايات متناسبة مع الحلول التشريعية. وعند التسليم بأن التناسب ينصب على عنصر المحل، فلا يهم عندئذ إن كان ذلك التناسب مع السبب، أو الغاية، أو كليهما ما دام الوصف الدستوري للقانون لا يتحقق إلا بتناسب المحل مع الطرف الآخر، سواء أكان سبباً أم غاية؛ كونهما يمثلان الحالة المثالية التي ينبغي أن يتناسب معها محل القانون. وإذا كان التناسب مفروض بشكل أساسي على المحل في القانون، فإننا لا ننحاز إلى أي اتجاه على حساب الاتجاهات الأخرى، بل نجد بأن الاتجاهات المتقدمة - جميعها - يمكن أن تحقق التناسب، بحيث لا يمنع الأخذ بأحدها من تطبيق الاتجاهات الأخرى لتحقيق الغرض المطلوب. وبناء عليه فإن التناسب ينبغي أن يتحقق بين السبب والمحل من جانب، كما لا بد من توافره بين المحل والغاية من جانب آخر. ونضيف إلى ذلك بأن التناسب يمكن أن ينصب على المحل وحده، أو بتعبير أدق فإن التناسب يمكن أن يكون لفحص درجة الارتباط بين مكونات المحل ذاته. فالمحل بما يمثله من حلول يضعها المشرع العادي لمواجهة موضوعات معينة فإن هذه الحلول تنقسم بذاتها إلى مكونات عدة تحكمها علاقة، ورابطة محددة ينبغي أن تكون متناسبة فيما بينها وإلا اختلت تلك العلاقة، وانعدم التناسب فيما بينهما مما يؤدي إلى عدم دستورية تلك الحلول. وأبرز مثال على ذلك القوانين الجنائية التي تحدد الأفعال المجرمة، والعقوبات اللازمة لها وبما إن تلك القوانين يحكمها مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وما يستلزمه ذلك المبدأ من قيام المشرع العادي نفسه بوضع العقوبة لكل جريمة بعد تحديدها بشكل واضح فإن النصوص الجنائية التي تمثل المحل في القانون تنطوي على عنصرين هما: الجريمة والعقوبة، وهذان العنصران تحكمهما علاقة ترابط، فكل جريمة عقوبة، ومن ثم ليس هنالك جريمة من دون عقوبة، كما لا توجد عقوبة من دون جريمة. وإذا سلمنا بوجود تلك الرابطة بين الجريمة والعقوبة، فلا بد أن تكون العلاقة متناسبة بينهما بحيث يمكن عن طريقها تفهم شدة العقوبة مع جسامتها، أو بالعكس، وإلا كان عمل المشرع مخالفاً للدستور؛ بسبب عدم التناسب الذي أصاب



العناصر الداخلية لمحل القانون، وبالتحديد عدم التناسب بين الجريمة من جهة، والعقوبة التي وضعها المشرع لها من جهة أخرى. وقد أكد المجلس الدستوري على ضرورة التناسب بين الجريمة والعقوبة، مبينا بأنه (إذا كانت الحاجة إلى العقوبات المصاحبة للجرائم تقع ضمن تقدير المشرع، فإنه يتعين على المجلس الدستوري التأكد من عدم وجود تفاوت واضح بين المخالفة والعقوبة المفروضة).

المطلب الثاني: موقف القاضي الدستوري من التناسب في القانون على الرغم من أن المشرع العادي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في عنصر المحل، إلا أن القاضي الدستوري استطاع أن يفرض رقابته على تلك السلطة، عن طريق التناسب، وصولاً إلى التحقق من مدى دستورية الحل الذي اختاره المشرع العادي، بحيث يصل إلى عدم دستوريته كلما اختل ذلك التناسب بين المحل من جهة، والسبب أو الغاية من جهة أخرى. ولغرض بيان موقف القاضي الدستوري من التناسب، سنستعرض موقف المجلس الدستوري (الفرع الأول)، والمحكمة الاتحادية العليا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف المجلس الدستوري من التناسب في القانون

اعتمد المجلس الدستوري التناسب لفحص التوازن بين القيود المفروضة على الحقوق والحريات الدستورية من جانب، والأهداف التي يبتغي المشرع العادي تحقيقها من الاجراء المتخذ. ويرى المجلس ضرورة تلك المراجعة لتحقيق التوازن بين المتطلبات المنطقية التي لا يمكن التضحية بها.

إن رقابة التناسب التي يمارسها المجلس الدستوري وخاصة منذ عام 1990 مستوحاة من السوابق القضائية للمحكمة الدستورية الألمانية، وتنطلق هذه السياسة القضائية للمجلس الدستوري من أبعاد ثلاث، يتحقق بتوافرها التناسب بمعناه العام، فكل اجراء يقيد حقا أساسيا يجب أن يفي بثلاثة متطلبات حتى يكون متناسبا هي: الكفاية، والضرورة، والتناسب بالمعنى الدقيق للكلمة. فأولا الكفاية، وتعني إن الاجراء الذي اتخذه المشرع العادي كافٍ لتحقيق الهدف الذي يسعى إليه. ولذلك يقضي المجلس الدستوري بعدم التناسب كلما وجد أن الاجراء المتخذ لا يحقق، أو لا يسمح بتحقيق الهدف المنشود. وثانيا ضرورة، إذ لا بد أن يكون الاجراء ضروريا. أي بمعنى يجب ألا يتجاوز بطبيعته وطرقه ما هو مطلوب لتحقيق الهدف المنشود. وفي هذا العنصر يقصر المجلس رقبته على مراجعة تكيف الاجراء المتخذ مع الهدف المنشود في نطاقه المادي والزمني. بحيث يستبعد المجلس الدستوري من هذا العنصر البحث عن اجراء بديل لتحقيق الهدف؛ لأنه - أي المجلس - يؤكد مرارا وتكرارا بعدم امتلاكه سلطة عامة للتقييم والتقرير، مماثلة لما يمتلكه البرلمان. ومن ثم ليس له أن يقرر ما إذا كان الهدف الذي حدده المشرع يمكن تحقيقه بوسائل أخرى، بسبب عدم اعتماد القانون لأساليب غير متناسبة مع الأهداف المحددة. ولذلك يقصر المجلس الدستوري بحثه هنا على عدم تجاوز الاجراء المتخذ ما هو ضروري لتحقيق الغاية المطلوبة.

وعلى هذا الأساس يصف بعض الفقه الفرنسي رقابة المجلس الدستوري لعنصر (الضرورة) ضمن مجال التناسب بأنها مقيدة؛ لأنها تتعلق بالإجراء المتخذ دون أن تصل إلى البحث عن اجراء بديل. إذ يبقى ذلك متروكاً لتقدير المشرع العادي نفسه. ففي قراره الصادر في 2001/5/9 لم يتحقق المجلس الدستوري ما إذا كان هناك اجراء آخر غير تأجيل الانتخابات لتحقيق الهدف الذي يسعى المشرع إليه. إلا أنه بالمقابل يتأكد ما إذا كان نطاق التمديد لولاية الجمعية الوطنية لا يتجاوز ما هو ضروري لذلك الهدف.



وتتلخص معطيات الإحالة في القرار أعلاه، بتمديد المشرع العادي ولاية الجمعية الوطنية أحد عشر أسبوعاً عن الموعد الذي تنتهي فيه بشكل أصولي؛ لغرض جعل إجراء انتخابات رئيس الجمهورية قبل الانتخابات النيابية، بسبب تأثير مركز رئيس الجمهورية في عمل مؤسسات الدستورية الأخرى. وبما إن هذا التمديد قد يتقاطع مع الحق في التصويت، فقد أحيل القانون إلى المجلس الدستوري للنظر في دستوريته. إلا أن الأخير أقره وفق الحيثيات الآتية: (بالنظر إلى أن المشرع الأساسي، المختص بموجب المادة (25) من الدستور لتحديد مدة صلاحيات كل مجلس، يمكنه تعديل هذه المدة بحرية وفقاً لقواعد ومبادئ ذات القيمة الدستورية؛ وأن من بين هذه القواعد المادة (3)، والتي بموجبها "يجب أن يكون الاقتراع دائماً عاماً ومتساوياً وسرياً"، مما يعني أن الناخبين مدعوون لممارسة حقهم في التصويت على فترات زمنية معقولة؛ وبما أن المجلس الدستوري لا يتمتع بسلطة عامة للتقييم والقرار من نفس طبيعة سلطة البرلمان؛ وبالتالي ليس من اختصاصه تحديد ما إذا كان يمكن تحقيق الهدف الذي حدده المشرع بوسائل أخرى، ...، وبما أن القانون المعروض لا يقصد منه التمديد الدائم لمدة ولاية النواب، والتي تبقى محددة بخمس سنوات، ...، وأن الهدف الذي حدده المشرع لا يتعارض مع أي مبدأ أو مع أي قاعدة ذات قيمة دستورية، ...، وإذ يأخذ المجلس الدستوري في الاعتبار أنه لتحقيق الهدف المحدد، قرر المشرع تمديد صلاحيات الجمعية الوطنية القائمة حالياً حتى الثلاثاء الثالث من شهر حزيران/يونيو 2002؛ وأن هذا التمديد، الذي يقتصر على أحد عشر أسبوعاً، يبدو ضرورياً للغاية؛ لتحقيق هدف القانون، وأنه ذو طبيعة استثنائية وانتقالية، ولذلك فإنه لا يعد غير متناسباً بشكل واضح مع الهدف المذكور). وأخيراً يجب أن يكون الإجراء المتخذ متناسباً بالمعنى الدقيق للكلمة. ويراد بذلك ألا تكون الأعباء والأضرار التي يتركها الإجراء غير متناسبة مع الغاية المنشودة.

ويرى بعض الفقه الفرنسي أن سياسة المجلس الدستوري بشأن رقابة التناسب، تتفاوت بحسب طبيعة الحقوق والحريات التي يتعلق تقدير المشرع بها. فبالرجوع إلى قرارات المجلس الدستوري يتضح أن هنالك مجموعة من الحقوق والحريات تحتل مكانة متقدمة في رقابة التناسب، تتمثل بشدة وصرامة هذه الرقابة. وتشمل هذه الفئة بشكل أساسي: الحرية الفردية بما تتضمنه من الحق في احترام الحياة الخاصة، والحق في عيش حياة أسرية طبيعية، وحرية التنقل، وحرية الزواج، وحرمة المسكن. وأيضاً تشمل حرية الاتصال، وسرية المراسلات. ولا يعني ذلك إقتصار هذه الفئة على الحقوق المتقدمة، وإنما يستند هذا التحديد إلى تطبيقات المجلس الدستوري، ومن ثم لا يمنع ذلك التحديد من إضافة حقوق أخرى، بحسب توجه المجلس، إذا انتهكتها قوانين معينة. وفي هذه الفئة من الحقوق والحريات يعزز المجلس الدستوري حمايته لها بشكل مزدوج. حيث لا يقتصر على ممارسة رقابة التناسب بشكل عام. وإنما يذهب إلى أبعد من ذلك، عن طريق اشتراط تبرير أية قيود يفرضها المشرع العادي بضرورة ارتباطها بأي مبدأ، أو هدف، أو حق آخر له قيمة دستورية. أي لا بد أن تكون الأهداف التي يراد تحقيقها ذات أساس دستوري. ومن ثم لا تكفي لذلك مجرد المصلحة العامة البسيطة. وتؤكد السوابق القضائية هذا التحليل ففي قراره الصادر في 2003/3/13 بشأن قانون الأمن الداخلي رقم (239-2003) نظر المجلس الدستوري في قيد فرض على حرية الاتصال يتعلق بجريمة جديدة تتمثل بإهانة الأفراد النشيد الوطني، أو العلم الوطني عن طريق الانترنت. معتبراً إياه بعد تحليل نطاق التجريم المعارض عليه إن المشرع قد أجرى التوفيق اللازم

بموجب اختصاصه بين المتطلبات الدستورية. أي ضمان الحريات المحمية دستوريا، واحترام النظام العام. والواضح أن المجلس الدستوري قد أقر بالتناسب الذي أجراه المشرع العادي في قراره أعلاه؛ لأن القيود الواردة على حرية الاتصال تبررها ضرورات النظام العام المتمثلة بحماية النشيد الوطني والعلم الوطني، وهو هدف دستوري بعد أن كفله الدستور بشكل صريح. ونجد ذلك أيضا في قراره الصادر في 2004/3/2 بشأن قانون تكيف العدالة للمتغيرات الجرمية الذي أجاز تمديد الحبس الاحتياطي مدتين إضافيتين لمدة (24) ساعة لكل منهما. زيادة على المدة الاعتيادية وهي (48) ساعة. ليكون الحد الأقصى للحبس الاحتياطي لدى الشرطة (96) ساعة. وقد استند مقدمو الإحالة إلى أن تلك المدة مبالغ فيها بشكل واضح، وغير متناسبة بالمعنى المقصود في المادة مع المادة (8) من اعلان حقوق الانسان والمواطن لعام 1789. ومن ثم تنتهك الحرية الفردية التي نص عليها الاعلان نفسه في المادة (2) منه.

إلا أن المجلس الدستوري رد ذلك الاعتراض؛ لأن نطاق التمديد المذكور يتعلق بالتحقيق في جرائم معينة (جرائم الارهاب وجرائم المخدرات) وهذه جرائم تتطلب بسبب خطورتها وتعقيدها تحقيقات محددة. كما أضاف المجلس بأن القانون قد جعل تمديد الحبس الاحتياطي لدى الشرطة خاضعا لقرار مكتوب، ومسبب من قاضي التحقيق، الذي يجب تقديم الشخص المعني إليه، مع فرض الاشراف الطبي على الشخص المحتجز. وبالنظر إلى كل ما تقدم قرر المجلس الدستوري إن تمديد الحبس الاحتياطي لا يتعدى بشكل مبالغ فيه على الحرية الفردية. ومن جانب آخر تخضع الحقوق والحريات الأخرى لرقابة تناسب أقل مما تقدم. إذ لا يشترط المجلس الدستوري في هذه الفئة من الحقوق تبرير القيود المفروضة عليها بأهداف لها أساس دستوري. وإنما يقتنع لتبرير ذلك التقييد بالمصلحة العامة البسيطة التي لا تجد لها أساسا دستوريا مباشرا. ولا يحكم المجلس بعدم التناسب إلا عند وجود قيود مبالغ فيها بشكل واضح، بالمقارنة مع الهدف المنشود، ويترتب على ذلك اتساع السلطة التقديرية للمشرع العادي في هذا المجال. ومن ضمن هذه الفئة حرية التعاقد، وحرية المشروع أو المؤسسة، ومبدأ الإدارة الحرة للسلطات المحلية، ومبدأ حرية. في مواردها. ففي قراره الصادر 2002/1/12 بين المجلس الدستوري أن المشرع العادي قد فرض قيودا مبالغا فيها بشكل واضح، مقارنة بالهدف المنشود المتمثل بالحفاظ على العمل. عندما حدد القانون حالات تسريح (فصل) العمال لأسباب اقتصادية، بالصعوبات الاقتصادية الخطيرة التي لا يمكن التغلب عليها بأية وسيلة أخرى، سواء أكانت تغييرات تكنولوجية تهدد استدامة الشركة، أو لحاجتها إلى إعادة تنظيم.

وقد رأى المجلس بأن التحديد المذكور مع استبعاد أية فرضية لحالات أخرى، مثل وقف نشاط الشركة يشكل قيود على إدارة المؤسسة لها تأثيرات تسمح ببقاء عمال فائضين عن الحاجة عندما يكون بقاء الشركة موضع شك. هو ما يجعل تدخل المشرع غير متناسب بشكل واضح، أو بشكل مبالغ فيه، قياسا بالهدف المطلوب تحقيقه وهو الحفاظ على العمل. ولذلك قرر المجلس الدستوري عدم دستورية هذا التحديد. وبذلك يؤكد المجلس الدستوري بأن المشرع العادي إذا كانت له سلطة فرض القيود على حرية المشروع، أو المؤسسة؛ لغرض وضع قواعد تضمن حق كل فرد في الحصول على عمل فإن ذلك مشروط بأن لا يؤدي إلى اعتداء غير متناسب بشكل واضح مع ذلك الهدف المنشود.

كما فرض المجلس الدستوري رقابته على التناسب فيما يخص التجريم والعقاب انطلاقا من أحكام المادتين (5) (8) من اعلان حقوق الانسان والمواطن 1789.



في هذا الصدد قرر المجلس الدستوري عدم دستورية المادة (1/421) من قانون العقوبات، التي اعتبرت المساعدة في الدخول غير المشروع للبلد، أو التنقل، أو الإقامة للأجنبي المحدد في المادة (21) من الأمر الصادر في 1945/11/2. وقد رأى المجلس الدستوري بأن المادة أعلاه لا تجرم الأفعال المذكورة؛ لأنها تضر بأمن الأفراد، والممتلكات بشكل مباشر. وإنما تجرم السلوك البسيط للمساعدة المباشرة، أو غير المباشر للأشخاص الموجودين بشكل غير مشروع. وإن هذا السلوك في حقيقته ليس له علاقة مباشرة بارتكاب عمل إرهابي. زيادة على ذلك فإن وجود مثل هذه العلاقة بين المساعدة والأعمال الإرهابية فإنه يمكن أن يدخل ضمن نطاق تجريم التواطؤ في أعمال الإرهاب، وإخفاء المجرمين، أو المشاركة في مجموعة إرهابية. وبذلك فإن إعطاء هذا السلوك وصفا إرهابيا ينتج عنه فقط تشديد العقوبة. وتبعاً لذلك قرر المجلس الدستوري عدم دستورية اعتبار مجرد مساعدة الأجنبي على الدخول غير القانوني، أو التنقل، أو الإقامة عملاً إرهابياً.

الفرع الثاني: موقف المحكمة الاتحادية العليا من التناسب في القانون

على الرغم من قصر تجربة المحكمة الاتحادية العليا بالمقارنة مع المجلس الدستوري الفرنسي، لما يمتلكه الأخير من تجربة قضائية حافلة بالأحكام القيمة في مجال الرقابة على دستورية القوانين بشكل عام، والتناسب بشكل خاص. إلا أنه مع ذلك فإن تجربة المحكمة الاتحادية العليا لا تخلو من التطبيقات المتعلقة بالتناسب. إذ يمكن القول إن المحكمة قد مارست رقابة التناسب على تقدير المشرع العادي. وإن كانت هذه الرقابة متفاوتة سلبيًا وإيجابيًا بشأن المعايير المطلوبة لتحقيق العلاقة المتوازنة بين المتطلبات الدستورية التي تحكم عنصر المحل في القانون. ولذلك سنستعرض في هذه الفقرة بعض التطبيقات القضائية للمحكمة الاتحادية العليا بشأن رقابتها على التناسب، والمعايير المعتمدة في هذا الشأن. مع التأكيد بأن المحكمة - وبحسب ما أطلعنا عليه - لم تستخدم التناسب بشكل صريح بالمعنى المحدد سابقاً، وإنما نجدها تمارس هذه الرقابة من قريب، أو بعيد، من دون استخدام مصطلح التناسب.

أصدرت المحكمة الاتحادية العليا مجموعة من الأحكام ترتبط بحبس الفرد لامتناعه عن تسليم ما قُضت به الأحكام القضائية، وقد اختلفت في هذه الأحكام معطيات وتقدير كل من المشرع العادي والقاضي الدستوري. ففي قرارها الصادر في 2021/6/15 والمرتبط بحبس المدين بموجب المادة (42) من قانون التنفيذ في حالات معينة هي: رفض المدين للتسوية، أو عدم إبدائه تسوية مناسبة، وأخيراً التوقف عن الوفاء بعد قبول التسوية. حددت المحكمة الاتحادية العليا المتطلبات الدستورية التي ينبغي تحقيق التوازن بينها تمهيداً للحكم. ووجدت أن هذه المتطلبات ترتبط بمبدأين دستوريين هما: الحرية الفردية، التي قررها الدستور وكفل حمايتها، وأعطى للمشرع العادي سلطة تنظيمها. وفي مقابل ذلك الملكية العامة والخاصة اللتين كفلهما الدستور أيضاً، وقرر لهما الحماية اللازمة. كما يدخل في هذا الاتجاه حماية أحكام القضاء، عن طريق إيجاد الوسائل التي تكفل تنفيذها. ففيما يتعلق بالحرية الفردية وبعد استعراض هذه المبادئ الدستورية فإن ما يهددها جواز الحبس لعدم أداء الدين بموجب الحالات المتقدمة. كما يهدد الملكية العامة والخاصة، وأحكام القضاء عدم حصول الدائن على ما له من أموال في ذمة المدين.

ومن هذا التعارض ينبغي على المشرع أن يوجد وسائل تضمن للدائن حصوله على أمواله سواء أكانت أموالاً عامة أم خاصة. وتوفير الحلول اللازمة لتنفيذ أحكام القضاء التي ألزمت بسداد الدين؛ لأن هذه



الأحكام تعكس جهوداً قضائية، من حيث الوقت والإجراءات والأموال، ومن ثم لا بد أن تتوج هذه الجهود بوسائل تكفل تنفيذها كما ينبغي ألا تشكل الإجراءات المتخذة لتحقيق الغرض المتقدم قيداً مبالغاً فيه على الحرية الفردية، وإلا أصبحت غير متناسبة. فعدم حبس المدين بشكل مطلق يهدد الملكية العامة والخاصة، ويفقد الأحكام القضائية قيمتها من جانب. كما إن جواز الحبس بشكل مطلق أيضاً، سواء أكان المدين معسراً أم غنياً يهدد الحرية الفردية بشكل مبالغ فيه، ولا يتناسب مع الغاية التي يستهدفها المشرع المتمثل بحماية الملكية وأحكام القضاء. وسعياً منه لتحقيق التوازن المطلوب بين هذه المتطلبات الدستورية قرر المشرع العادي جواز حبس المدين لمدة لا تزيد على أربعة أشهر، إذا كان قادراً على الوفاء بالدين، أو جزء منه، ولم يبدِ تسوية مناسبة، ولم تكن له أموالاً ظاهرة، أو رفض التسوية، أو إذا توقف عن الوفاء بالتسوية. وعند عرض تقدير المشرع العادي المتقدم على المحكمة الاتحادية العليا وجدت أن هنالك تناسباً بين المتطلبات الدستورية التي تحكم محل العرض. حيث تبين لها أن المشرع لم يترك حماية المال العام والملكية الخاصة، وأحكام القضاء. وفي الوقت نفسه قد راعى الحرية الفردية باستلزامه مجموعة من الشروط والضمانات لجواز حبس المدين، بما يتلاءم مع الغاية المتقدمة. وبناءً على الشروط والضمانات التي قررها المشرع وجدت المحكمة أن القيود المفروضة على الحرية الفردية المتمثلة بحبس المدين لمدة لا تزيد على أربعة أشهر، متناسبة مع الغاية المنشودة، وهي حماية المال العام والملكية الخاصة عن طريق إجبار المدين على تسديد ما بذمته للدائن. ومن ثم يعد إجراءً دستورياً؛ لأنه يحقق التناسب بين المتطلبات الدستورية. أما الحالة الثانية التي قرر المشرع فيها جواز الحبس، فهي رفض المدين تقديم كفيل ضامن لتسديد الدين في أثناء التسوية. إلا أن الملاحظ مغايرة المشرع في حكم الحبس من حيث المدة. إذ جعل المدة مفتوحة، حتى تقديم كفيل ضامن. في حين حددها في الحالة المتقدمة بأربعة أشهر. ومع الاختلاف الواضح بين الحالتين من حيث مدة الحبس على النحو المتقدم. إلا أن المحكمة الاتحادية العليا أقرت بدستورية الحبس في الحالة الثانية. مؤكدة بأن غاية المشرع من ذلك هو (إيجاد آلية جديدة ضمن وسائل التنفيذ الجبري، يتم من خلالها إجبار المدين المماطل على التنفيذ، مع مقدراته المالية، وعدم ترك المجال أمامه لإطالة مدة تسديد الدين، أو تهريب أمواله. ولذلك حقق المشرع غايتين عند تشريعه الفقرة (ثالثاً) الأولى إشعار المدين بأن مدة الحبس؛ لغرض تقديم كفيل، لم تقيد بأربعة أشهر. والثانية عدم إطالة مدة الحبس دون جدوى، إذ بتقديم المدين للكفيل يجب إخلاء سبيل المدين وسهولة حصول الدائن على دينه). ولهذا الغرض رأت المحكمة الاتحادية العليا بأن المشرع قد حقق الموازنة بين مصلحة الدائن والمدين، مما جعله تقديره متناسباً، وموافقاً للدستور. إلا أن التناسب - برأينا - غير متحقق بين تقييد الحرية الفردية (الحبس مدة غير محددة)، وحماية الملكية (الإجبار على الوفاء بالدين) قياساً مع الحالة الأولى التي حدد المشرع فيها الحبس بأربعة أشهر كحد أقصى. إذ إن جعل الحبس مفتوحاً من دون مدة محددة حتى تقديم كفيل ضامن يشكل قيداً مبالغاً فيه؛ لأنه قد يستحيل - أي الحبس - إلى مدة طويلة تتجاوز أربعة أشهر. كما إن المدين الذي فرض المشرع عليه الحبس إلى حين تقديم كفيل ضامن أفضل من نظيره في الحالة الأولى، من ناحية تسديد الدين؛ لأنه قدم تسوية مقبولة، إلا أن المنفذ العدل - وبطلب من الدائن - ألزمه بتقديم كفيل ضامن، ومن ذلك تتضح رغبة المدين في الوفاء.



في حين أن المدين في الحالة الأولى قد يكون أكثر مماطلة وتهربا؛ لأنه لم يقدم تسوية مناسبة، أو لم يقبل تسوية المنفذ العدل، أو توقف عن الوفاء بالتسوية التي وافق عليها. وعلى الرغم من ذلك فإن المشرع قد جعل حبس المدين الأكثر تهربا ومماطلة محددًا بأربعة أشهر، في حين قرر حبس المدين في الحالة الثانية مدة غير محددة، حتى يقدم كفيلا ضامنا. وهو ما سايرته المحكمة؛ لأنها أقرت بدستورية ذلك الإجراء في الحالتين، على الرغم من اختلافهما من حيث المدة والمعطيات. وبذلك لم تكن المحكمة موفقة عندما قررت دستورية الحبس الوارد في المادة (32) من قانون التنفيذ؛ لأنه يعد قيда مبالغ فيه على الحرية الفردية للمدين. فإطالة مدة الحبس (حتى تقديم كفيل ضامن) تجعل الحكم الذي جاء به المشرع غير متناسب بشكل واضح، بالقياس مع الحالة الواردة في المادة (42). وقد يكون التناسب متحققا فيما لو قرر المشرع حبس المدين لحين تقديم كفيل ضامن، على ألا يتجاوز الحد الأقصى المتمثل بأربعة أشهر.

كما لا يمكن تفهم موقف المحكمة المتقدم بالمقارنة مع قرارها الصادر في 2017/8/3 بخصوص قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (120) لسنة 1994. الذي نصّ على (عدم إطلاق سراح المحكوم عليه، عن جريمة الاختلاس، أو سرقة أموال الدولة، أو عن أي جريمة عمدية أخرى، تقع عليها، بعد قضائه مدة الحبس، ما لم تسترد منه هذه الأموال، أو تحولت إليه، أو بدلت به، أو قيمتها).

حيث قضت بعدم دستورية هذا الحبس غير محددة المدة؛ لأنه (يتعارض مع المبادئ التي أوردتها الدستور في الفصل الثاني من الباب الثاني المتعلق بالحريات، المواد (37 - 46)، ومنها ما نصت عليه مادة (37/أ) (حرية الإنسان وكرامتهم مصون). وما نصت عليه الفقرة (ج) من نفس المادة بتحريم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي. وكذا ما حرّمته المادة (46) منه، بعدم جواز تقييد الحقوق والحريات إلا بناءً على قانون، وألا يكون هذا القانون ماسّا، ومقيدا لجوهر، أو الحرية).

إذ إن معطيات هذه الحالة تختلف عن نظيرتها الواردة في المادة (32) من قانون التنفيذ من حيث مصدر الدين، ففي القرار (120) يتمثل مصدر الدين بجريمة عمدية: اختلاس، سرقة، أو أية جريمة عمدية أخرى تقع على أموال الدولة. أما في المادة المذكورة فإن مصدر الدين ليس بالضرورة أن يكون ناشئا عن جريمة، إذ قد يكون مجرد التزام مدني. مع الأخذ بالحسبان أن غاية مرتكب الجرائم المحددة في القرار أعلاه هي الحصول على المال العام بشكل غير مشروع. وقد لا تتوافر هذه الغاية السيئة عند المدين المشمول بأحكام المادة (32). ومع الاختلاف الواضح بين الأمرين فإن المشرع أجاز الحبس لحين تقديم كفيل ضامن في الحالة الأولى، واسترداد الأموال العامة التي وقعت عليها الجريمة العمدية في الحالة الثانية. في حين أن تقدير المحكمة قد اختلف بشأنهما، إذ أقرت بدستورية حبس المدين حتى يقدم كفيلا ضامنا (مدة غير محددة). وقضت بعدم دستورية إبقاء المحكوم عليه محبوسا، إلى أن يسدد ما بذمته من أموال عامة وقعت عليها الجريمة، وهي مدة غير محددة أيضا. ولا يخفى أن اختلاف المعطيات من شأنه أن يؤثر في تقدير المشرع العادي من جانب، والمحكمة الاتحادية العليا من جانب آخر. فإذا كان المشرع قد ساوى بين الحالتين المعروضتين من حيث الحبس بشكل غير محدد، فإن المحكمة قد غايرت بينهما، من حيث الإقرار بدستورية أحدهما وعدم دستورية الآخر، في حين أن عدم التناسب كان واضحا في الحالة التي أقرت المحكمة بدستوريتها، بينما يبدو الحبس في الحالة الأخرى متناسبا، إذا علمنا بأن المحبوس قد استفاد من جريمته ماديا، ولذلك من المناسب إبقاءه محبوسا حتى يعيد تلك الأموال.



وفي هذا الشأن أيضا نجد قرارا آخر للمحكمة الاتحادية العليا بشأن المادة (48) من قانون التنفيذ، التي نصت على (إذا امتنع المحكوم عليه عن تسليم الصغير فيجب حبسه، مهما بلغت المدة حتى يسلمه، على أنه لا يجوز الحبس عندما يكون عدم التسليم خارجا عن إرادة المحكوم عليه). والواضح من النص أنه جاء استثناء مما أوردته المادة (43) من قانون التنفيذ، التي حددت مدة الحبس لعدم الوفاء بالدين بأربعة أشهر كحد أقصى؛ لأنها جعلت الحبس مفتوحا، حتى تسليم المحضون. وعلى الرغم من أن الأمر يتعلق بالتسليم تنفيذا لحكم قضائي، إلا أن المشرع ميّز بين الحالتين كجزء لعدم التنفيذ، بحسب محل التسليم - إن صح التعبير - ففي أحدهما يكون التسليم منصبا على الأموال، وفي الحالة الأخرى انسان صغير. وعند عرض تقدير المشرع العادي الوارد في المادة (48) على المحكمة الاتحادية العليا، حددت الأخيرة المتطلبات الدستورية تمهيدا للحكم في مدى دستورية التقدير المتقدم. ووجدت أن هنالك شخص محكوم عليه بالحبس، وطفل لا بدّ أن يسلم إلى حاضنته. وإن هذين الأمرين يقررهما الدستور بجملة من النصوص، إذ نصّ على حق الفرد بالحرية، وعدم جواز تقييدها إلا بقانون، أو بناءً عليه، وتحريم التعذيب النفسي والجسدي. ومن جانب آخر وجدت أن الدستور قد خصّ الطفل بمجموعة من النصوص أيضا، تتمثل بالمادة (29). والمادة (30/أولا) والمادة (33/أولا). وبعد استعراض المحكمة للنصوص المتقدمة توصلت إلى (أن مصلحة المحضون أولى بالرعاية، لذا فإنها تقدم على مصلحة المدين المحكوم عليه). وبما إن المشرع قد استهدف من تشريع المادة (48) (إيجاد آلية تضمن وسائل التنفيذ الجبري يتم خلالها إجبار المدين (المحكوم عليه) المماثل بالتنفيذ، من تسليم الصغير إلى حاضنته، وعدم فسخ المجال أمامه للتسويق والتهرب، وعدم التسليم، متى كان قادرا على ذلك). وبما إن (المحافظة على مصلحة المحضون، التي تعد من المصالح واجبة الرعاية والحماية، وتقدم على مصلحة المدين المحكوم عليه، لحاجة المحضون الضرورية والفعالية إلى البقاء مع حاضنته، تنفيذا لقرار الحكم المنفذ، بغية تلقي الرعاية اللازمة والواجبة التي يحتاجها ممن له الحق في حضانتها). فقد توصلت إلى دستورية حبس المحكوم عليه حتى تسليم المحضون. والواضح من ذلك أن المحكمة قد وجدت بأن حبس المحكوم عليه حتى تسليم المحضون، مهما بلغت مدة الحبس، يتناسب مع الغاية المنشودة، والمتمثلة في المحافظة على الصغير ورعايته وعيشه مع من له الحق في حضانتها. مما يوفر له احتياجاته الضرورية اللازمة، والعيش في بيئة سليمة. ومن العرض المتقدم سواء أكان متعلقا بتقدير المشرع المتمثل بحبس المحكوم عليه؛ من أجل تسليم ما هو ملزم بتسليمه بموجب الأحكام القضائية. أم مرتبط بتقدير المحكمة على هذا الاجراء. يتبين أن المشرع العادي قد أجاز الحبس - كأصل عام - في الحالات المتقدمة للإجبار على تسليم ما قرّره أحكام القضاء، وفق شروط محددة. إلا أن المحكمة الاتحادية العليا قد اختلفت موقفها بشأن كل حالة من الحالات المذكورة. ففيما يتعلق بالحبس المحدد بأربعة أشهر قررت دستوريته وفق ما مبرر أعلاه. كما أنها أقرت بدستورية الحبس غير محددة المدة (حتى تقديم كفيل ضامن). وقد أوضحنا بأن المحكمة لم تكن موفقة في عدم الحكم على هذا الاجراء بعدم التناسب، ومن ثم بعدم الدستورية؛ لأنه يشكل قبدا مبالغا فيه قياسا مع الغاية المنشودة من جانب، ومقارنة مع الحالة المتقدمة من جانب آخر. أما الحالة الثالثة فتتعلق بإبقاء المحكوم عليه محبوسا حتى يسلم ما حصل عليه من أموال عامة نتيجة جريمة الاختلاس، أو السرقة، أو أية جريمة عمدية أخرى. وقد توصلت المحكمة بشأنه إلى عدم

الدستورية؛ لأنه يشكل قيداً مبالغاً فيه على الحرية الفردية بالمقارنة مع الغاية المستهدفة، المتمثلة بحماية المال العام. فالحبس المفتوح - بحسب رأي المحكمة - الذي له بداية وليس له نهاية لا يتناسب مع غاية استرداد المال العام. وعلى عكس ما تقدم فإن الحالة الأخيرة ترتبط بتسليم طفل صغير، فقد وجدت المحكمة بأن حبس المحكوم عليه حتى تسليم الطفل، من دون تحديد المدة، يعد إجراءً متناسباً مع الغاية التي يستهدفها المشرع، وهي الحفاظ على الصغير، وتوفير بيئة سليمة ومناسبة لعيشه، وفق ما حدده القضاء، بوجوب بقاءه مع حاضنته؛ لتوفير الاحتياجات اللازمة له. ومن ثم ليس من المستغرب أن تعده المحكمة إجراءً دستورياً لتحقيق التوازن المطلوب بين المتطلبات الدستورية محل العلاقة.

الخاتمة:

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع رقابة القاضي الدستوري على التناسب في القانون، توصلنا إلى مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات، التي تمثل ثمرة هذه الدراسة، سنستعرضها تباعاً.

أولاً: الاستنتاجات

1. يتمتع المشرع العادي بسلطة تقديرية واسعة في محل القانون، تتيح له الحرية في دراسة البدائل المتاحة أمامه، والمفاضلة بينها، واختيار الأنسب من بينها.
2. يعد التناسب الوسيلة المناسبة التي يستطيع القاضي الدستوري عن طريقها التوصل إلى دستورية القانون، أو عدم دستوريته.
3. التناسب هو (وسيلة فنية يلجأ إليها القاضي الدستوري للتحقق من مدى وجود علاقة منطقية، ومتوازنة، ومقبولة بين الحل التشريعي "محل القانون" وبين السبب الدافع له، أو الغاية منه، يُحكم على أساس وجودها، أو عدمه، بدستورية القانون، أو عدم دستوريته).
4. لم يتفق الفقه الدستوري على تحديد أطراف التناسب، ووجدنا هنالك ثلاثة اتجاهات، الأول، يرى ضرورة التناسب بين عنصر المحل في القانون من جانب، والسبب من جانب آخر. في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى التناسب يكون المحل والغاية، أما الاتجاه الثالث فقد رأى بأن التناسب بين العناصر الثلاث المتقدمة.
5. توصلنا إلى التناسب ينصب على عنصر المحل، ولا يهم عندئذ إن كان ذلك مع السبب، أو الغاية، أو كليهما. ما دام الوصف الدستوري للقانون لا يتحقق إلا بتناسب المحل مع الطرف الآخر، سواء أكان سبباً أم غاية؛ كونهما يمثلان الحالة المثالية التي ينبغي أن يتناسب معها محل القانون.
6. مارس المجلس الدستوري الفرنسي رقابته على تناسب المحل في القانون بناءً على ضرورة توافر ثلاثة متطلبات في الحل التشريعي، حتى يكون متناسباً هي: الكفاية، والضرورة، والتناسب بالمعنى الدقيق للكلمة.
7. لم تستخدم المحكمة الاتحادية العليا مصطلح التناسب، أننا استعرضنا بعض التطبيقات القضائية لها، التي وجدناها مثلاً مقبولة لرقابة المحكمة على التناسب في القانون، على الرغم من تفاوت سياستها القضائية في هذا الشأن بحسب معطيات كل قضية.

ثانياً: المقترحات

1. التزام المشرع العراقي بضرورة وجود علاقة منطقية ومقبولة بين الحلول التشريعية التي يتبناها، والأسباب التي تدفع إلى التشريع من جانب والغايات التي يستهدفها من جانب آخر، حتى يستطيع تجنب الحكم بعدم دستورية القوانين التي يقرها، بما يحقق الأهداف المرجوة منها.
2. ممارسة المحكمة الاتحادية العليا رقابة التناسب على الحلول التي يضعها المشرع العادي، بشكل واضح صريح، نستطيع عن طريق ذلك تحديد سياستها القضائية في هذا الشأن بما يحقق الأمن القانوني للمتقاضين أمامها.
3. تشديد المحكمة الاتحادية العليا لرقابة التناسب على بعض الحقوق والحريات الأساسية مثل الحق في الحياة، الحرية الفردية، حرمة المسكن، الحق في الخصوصية؛ لما تمثله هذه المجموعة من الحقوق من قيمة إنسانية لا يمكن التنازل عنها إلا في أضيق الحدود.
4. توحيد المحكمة الاتحادية العليا سياستها القضائية بشأن الموضوعات المتطابقة، كما في الأمثلة التي استعرضناها، بحيث تكون مبادئ واضحة في عمل المحكمة بشأن تلك الموضوعات، من دون تضارب فيها، بما يخل بالقيمة الدستورية والقضائية لقرارات المحكمة، والاحترام اللازم لها.

الهوامش

- ¹ للمزيد ينظر: مايا محمد نزار أبو دان: الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2011، ص 9 وما بعدها. د. وليد محمد الشناوي: التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق/ جامعة المنصورة، العدد (59)، 2016، ص 459 وما بعدها.
- ¹ ينظر: د. عصام سعيد عبد العبيدي: مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة كركوك، المجلد (8) العدد (29)، 2019، ص 230 وما بعدها.
- ¹ د. جورج شفيق ساري: رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة/ كلية الحقوق، العدد/ 66، 2018، ص 8.
- ¹ د. مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 41، العدد 1، 2017، ص 181.
- ¹ ينظر: حسين جبر حسين الشويلي: الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون/ الجامعة المستنصرية، 2008، ص 6.
- ¹ ومن مؤيدي هذا الاتجاه: د. جورج شفيق ساري: المصدر السابق، ص 7. حسين جبر حسين الشويلي: المصدر السابق، ص 21. د. سامر عبد الحميد محمد العوضي: أوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية العليا، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص 343 - 344.
- ¹ ينظر: حسين جبر حسين الشويلي: المصدر السابق، ص 9.
- ¹ ينظر: مايا محمد نزار أبو دان: المصدر السابق، ص 131 وما بعدها.

¹ ومن مؤيدي هذا الاتجاه: د. سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، ط 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 254 - 255. د. يسري محمد العصار: رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد الثامن عشر، 2010، ص 19. د. عماد محمد محمد أبو حليمة: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع العادي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 680. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 456.

¹ ينظر: د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: المصدر السابق، ص 456.

¹ ومن أصحاب هذا الاتجاه: د. مروان المدرس، المصدر السابق، ص 173.

¹ للمزيد ينظر: 56. د. عبير حسين السيد حسين: دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع العادي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 260 وما بعدها.

¹ قرارا المجلس الدستوري المرقمان:

CC: 2021-984 QPC du 25/3/2022. CC: 2021-942 QPC du 21/10/2021.

¹ ينظر: ايناس كمال كامل: حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع واسس الرقابة عليها، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، 2016، ص 125. بالجيلالي خالد: السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة تلمسان، 2017، ص 81.

¹ ينظر: د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط 1، دار الشروق، القاهرة، 1999، ص 469 وما بعدها. جورج شفيق ساري: المصدر السابق، ص 60 وما بعدها.

¹ ينظر:

VALÉRIE GOESEL-LE BIHAN: Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: figures récentes, Revue française de droit constitutionnel, 2007/2, n 70, P 278.

¹ ينظر:

Goesel-le bihan: le contrôle de proportionnalité exercé par le conseil constitutionnel, cahier du conseil constitutionnel n° 22 (dossier : le réalisme en droit constitutionnel) - juin 2007.

¹ ينظر:

VALÉRIE GOESEL-LE BIHAN: Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: figures récentes, source précédente, p 290.

¹ قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2001-444 DC du 9/5/2001.

¹ ينظر:

VALÉRIE GOESEL-LE BIHAN: Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: figures récentes, source précédente, p 271.

¹ ينظر:

VALÉRIE GOESEL-LE BIHAN: Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: figures récentes, source précédente, p 270.

¹ قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2003-467 DC du 13/3/2003.

¹ نصت المادة (2) من الدستور الفرنسي لعام 1958 على (العلم الوطني هو العلم المتكون من ثلاثة ألوان، الأزرق والأبيض والأحمر. النشيد الوطني هو "لا مرسياس").

¹ نصت المادة (8) من اعلان حقوق الانسان والمواطن لعام 1789 على (يجب أن ينص القانون فقط على العقوبات الضرورية بشكل صارم وواضح، ولا يجوز معاقبة أي شخص إلا بموجب قانون تم وضعه وإصداره قبل الجريمة وتطبيقه قانونا). منشور في موقع التشريعات الفرنسية باللغة الفرنسية وفق الرابط الآتي: <https://www-legifrance-gouv-fr>.

¹ نصت المادة (2) من اعلان حقوق الانسان والمواطن لعام 1789 على (هدف أي جمعية سياسية هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية وغير القابلة للتقادم. هذه الحقوق هي الحرية والملكية والأمان ومقاومة الظلم).

¹ ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2004-492 DC du 2/3/2004.

¹ ينظر:

VALÉRIE GOESEL-LE BIHAN: Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: figures récentes, source précédente, p 270.

¹ ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 2001-455 DC du 12/1/2002.

¹ نصت المادة (5) من اعلان حقوق الانسان والمواطن لعام 1789 على (للقانون أن يمنع إلا الأعمال الضارة بالمجتمع. لا يمكن إعاقة أي شيء لا يحظره القانون، ولا يمكن إجبار أحد على فعل ما لا يأمر به).

¹ ينظر: د. أحمد فتحي سرور: المصدر السابق، ص 468.

¹ وقد استئنفت المادة من ذلك أصول الشخص، وفروعه، والزوج ما لم يكن الزوجين منفصلين قانونا، أو مخولين بالإقامة بشكل منفصل.

¹ ينظر: قرار المجلس الدستوري المرقم:

CC: 96-337 DC du 16/7/1996.



¹ نصت المادة (42) من قانون التنفيذ على (أولاً/ إذا اقتنع المنفذ العدل أن المدين قادر على الوفاء بالدين، أو جزء منه ولم يبد تسوية مناسبة ولم تكن له اموال ظاهرة قابلة للحجز، ورفض التسوية التي عرضها عليه المنفذ العدل جاز حبسه. ثانياً/ إذا توقف المدين عن الوفاء بالتسوية التي وافق عليها جاز حبسه).
¹ نصت المادة (43) من قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 على (لا يجوز ان تزيد مدة الحبس على اربعة أشهر). المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (2762) في 1980/3/17.

¹ نصت المادة (40) من قانون التنفيذ على (أولاً/ لا يجوز حبس المدين في جميع الأحوال إلا بناء على طلب من الدائن، وقرار من المنفذ العدل إن كان قاضياً. ثانياً/ إذا لم يكن المنفذ العدل قاضياً عُرض الأمر على قاضي البداية الأول ليقرر الحبس من عدمه وفقاً لأحكام القانون. ثالثاً/ لا يجوز حبس المدين عن نفس الدين إلا مرة واحدة). ونصت المادة (41) على (لا يجوز حبس المدين في الحالات الآتية: أولاً/ إذا لم يكمل الثامنة عشرة من عمره، أو جاوز عمره ستين سنة. ثالثاً/ إذا كان من أصول الدائن، أو فروعه، أو اخوته، أو زوجاته، ما لم يكن الدين نفقة محكوماً بها. رابعاً/ إذا كان ذا راتب، أو أجر يتقاضاه من الدولة، أو القطاع الاشتراكي. خامساً/ إذا انقضى الدين أو سقط باي وجه من الوجوه).

¹ حيث أكدت المحكمة الاتحادية العليا بقرارها المرقم (41/اتحادية/2021 في 2021/6/15). بأن (تقييد حرية المدين الممتنع عن أداء الدين لدائنه مع قدرته على الوفاء، لفترة من الزمان، وسيلة مجدية تلجئ المدين المتمرد والمماطل على أداء دينه، وتحرضه لإظهار أمواله التي أخفاها. وهو ضمانه لاستقرار المعاملات التجارية والاقتصادية. وقد دلت التجارب إن حبس المدين يؤدي في الغالب إلى تسديد الدين. فمنهم من يسارع بتسديد دينه خشية الحبس، وقبل أن ينفذ حبسه. ومنهم بعد إفهامه بقرار الحبس، ومنهم من يسدد دينه بعد أن يقضي مدة قليلة في الحبس).

¹ ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا أعلاه.

¹ نصت المادة (32) من قانون التنفيذ على (ثانياً/ للمنفذ العدل في اثناء التسوية، وبطلب من الدائن، أن يلزم المدين بتقديم كفيل ضامن لتسديد الدين ضمن التسوية التي قررها المنفذ العدل. ثالثاً/ إذا رفض المدين تقديم كفيل ضامن لتسديد الدين، يفتح قاضي البداية لحبس المدين لحين تقديم كفيل ضامن).

¹ ولا نتفق مع ما ذهب إليه المحكمة بأن الحبس هو لإشعار المدين بتقديم كفيل ضامن؛ لأن ذلك الإشعار لا يتوقف على الحبس. فالمدين يعلم بأنه مطلب منه تقديم كفيل ضامن، ولا يحتاج علمه بذلك إلى ضرورة حبسه. أما فيما يتعلق بالأمر الثاني فإن قول المحكمة بعدم إطالة مدة حبس المدين دون جدوى، إذ بتقديم الكفيل يجب اخلاء سبيل للمدين، يوحي بأن مدة الأربعة أشهر هي مدة كاملة للحبس، في حين أنها تمثل حداً أقصى، ومن ثم يجوز أن يكون الحبس أقل مما محدد قانوناً.

¹ قرار المحكمة الاتحادية العليا أعلاه.

¹ قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (57/اتحادية/اعلام/2017 في 2017/8/3).

¹ نصت المادة (29) من الدستور العراقي لعام 2005 على (أولاً/ أ- الأسرة أساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والأخلاقية والوطنية. ب- تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة والشيخوخة، وترعى النشئ والشباب، وتوفر لهم الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم وقدراتهم. ثانياً/ للأولاد حق على والديهم في التربية والرعاية والتعليم، وللوالدين حق على أولادهم في الاحترام والرعاية، ولا سيما في حالات العوز والعجز والشيخوخة. ثالثاً/ يحظر الاستغلال الاقتصادي للأطفال بصورة كافية، وتتخذ

الدولة الإجراءات الكفيلة بحمايتهم. رابعا/ تمنع كل أشكال العنف والتعسف في الأسرة والمدرسة والمجتمع).

¹ نصت المادة (30/أولا) من الدستور العراقي لعام 2005 على (تكفل الدولة للفرد وللأسرة - وبخاصة الطفل والمرأة - الضمان الاجتماعي والصحي، والمقومات الأساسية للعيش في حياة حرة كريمة، تؤمن لهم الدخل المناسب، والسكن الملائم).

¹ نصت المادة (33/أولا) من الدستور العراقي لعام 2005 على (لكل فرد حق العيش في ظروف بيئية سليمة).

¹ قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (166/اتحادية/2021 في 2022/2/21).

المصادر

أولا: الكتب والرسائل

1. د. أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط 1، دار الشروق، القاهرة، 1999.
2. ايناس كمال كامل: حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع واسس الرقابة عليها، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، 2016.
3. بالجيلالي خالد: السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة تلمسان، 2017.
4. حسين جبر حسين الشويلي: الرقابة الدستورية على مبدأ التناسب، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون/ الجامعة المستنصرية، 2008.
5. د. سامر عبد الحميد محمد العوضي: أوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية العليا، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.
6. د. سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، ط 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
7. د. عبير حسين السيد حسين: دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع العادي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
8. د. عماد محمد محمد أبو حليمة: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع العادي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
9. د. يوسف عبد المحسن عبد الفتاح: رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019.
10. مايا محمد نزار أبو دان: الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2011.

ثانيا: البحوث والمقالات

1. د. جورج شفيق ساري: رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة/ كلية الحقوق، العدد/ 66، 2018.

2. د. عصام سعيد عبد العبيدي: مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة كركوك، المجلد (8) العدد (29)، 2019.
3. د. مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 41، العدد 1، 2017.
4. د. وليد محمد الشناوي: التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق/ جامعة المنصورة، العدد (59)، 2016.
5. د. يسري محمد العصار: رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مقال منشور في مجلة الدستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد الثامن عشر، 2010.

ثالثاً: الكتب الأجنبية

1. Goesel-le bihan: le contrôle de proportionnalité exercé par le conseil constitutionnel, cahier du conseil constitutionnel n° 22 (dossier : le réalisme en droit constitutionnel) - juin 2007.
2. Valérie goesel-le bihan: le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel: figures récentes, revue française de droit constitutionnel, 2007/2, n 70.

The constitutional review of the act's proportionality
Hussein Shaalan Hamad P. Dr. Hussein Jabbar Abd
h.sh.h84@gmail.com

Abstract:

Proportionality is a technical means used by the constitutional judge to ensure that there is a logical, balanced and acceptable link between the legislative solution and its purpose. The constitutional judge relies on this link to decide the constitutionality or unconstitutionality of the law, and focuses on the element of the subject matter of the law, and it does not matter whether it is with the reason, or the purpose, or both together. As long as the constitutional description of the law is not achieved unless the subject of the law is proportional to the reason or purpose; As they represent the ideal case that should be appropriate to the subject of the law. The French Constitutional Council practiced its review of the proportionality of the subject matter of the law based on three requirements: sufficiency, necessity, and proportionality. While the Federal Supreme Court has not used the term proportionality, But it applied proportionality in its Adjudications in practice.

Keywords: the legislator, constitutional courts, proportionality, Unconstitutionality