جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل / كلية القانون
فرع القانون العام / الدراسات العليا

حماية القضاء الدستوري لمبدأ المساواة

« دراسة مقارنة »

رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون / القانون العام

من قبل الطالبة

شهلاء عيدان عبد الزبيدي

بإشراف
الأستاذ المساعد الدكتور
ليلى حنتوش ناجي الخالدي

١٤٤٣ هـ ٢٠٢٢ م

بسم الله الرحمن الرحيم
ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَن يَشَاءُ وَاللَّهُ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ
صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ
[سورة الجمعة : الآية ٤]

الإهداء

إلى روح أبي وأخي رحمهما الله .

إلى والدتي الغالية يحفظها الله .

إلى من دعمني وساندني قولاً وفعلاً زوجي .

إلى أخوتي وأخواتي مصدر فخري وأبنائهم وبناتهم .

إلى مهجة قلبي وقرة عيني وسعادة عمري وحصاد سنيني ، من نظرت السعادة والفخر في عيونهم كانت منبع طاقتي واجتهادي . . . أبنائي

الباحثة

شكر وامتنان

إنَّ الحمد لله نحمده سبحانه وتعالى حمداً يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه ، فقد سدد الخطى وشرح الصدر ويسَّر الأمر فله الحمد كله وإليه الفضل كله ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله الطيبين الطاهرين .

أتقدم بالشكر والامتنان إلى السيد العميد الدكتور ميري كاظم عبيد الخيكاني والسادة رؤساء الأقسام في كلية القانون جامعة بابل .

وأتقدم بالشكر الجزيل للدكتورة (ليلى حنتوش) لتفضلها بالإشراف على هذه الرسالة وعلى ما قدمته لي من علم وتوجيهات طيلة مدة انجاز هذا المجهود .

كما أتقدم بالشكر والتقدير للسادة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه الرسالة .

وأتقدم بالشكر والعرفان إلى أستاذتي الأفاضل الدكتور حسين جبار النائلي والدكتور قحطان عدنان عزيز والدكتور أركان عباس حمزة الخفاجي والدكتورة طيبة المختار والدكتورة رفاه كريم كربل والدكتور حيدر عبد محسن الجبوري والدكتور محمد المعموري والدكتور صادق محمد علي والدكتور جعفر ياسين والدكتور محمد جعفر .

والشكر للدكتور خالد خضير دحام التدريسي في معهد العلمين للدراسات العليا في النجف الأشرف لما قدمه لي من مصادر .

والشكر الجزيل لجميع القضاة الذين قدموا لي ما تحت أيديهم من كتب عن أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا .

كما أتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساعدني على اتمام هذه الرسالة المتواضعة ولو بكلمة طيبة .

الباحثة

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
الآية القرآنية	ب
الإهداء	ج
شكر وامتنان	د
قائمة المحتويات	هـ
ملخص باللغة العربية	١
المقدمة	٢
الفصل الأول : ماهية مبدأ المساواة	
الفصل الاول : ماهية مبدأ المساواة	٥
المبحث الأول : مضمون مبدأ المساواة	٥
المطلب الأول : مفهوم مبدأ المساواة	٦
الفرع الأول : معنى مبدأ المساواة	٧
الفرع الثاني : ذاتية مبدأ المساواة	٩
المطلب الثاني : أنواع المساواة	١٧
الفرع الأول : المساواة المطلقة والمساواة النسبية	١٨
الفرع الثاني : المساواة القانونية والمساواة الفعلية	٢١
المبحث الثاني : دور التفسير القضائي في حماية مبدأ المساواة	٢٤
المطلب الأول : دور الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري في تطبيق مبدأ المساواة	٢٥
الفرع الأول : اختصاص القاضي الدستوري في تفسير مبدأ المساواة	٢٥
الفرع الثاني : حدود تفسير القاضي الدستوري لمبدأ المساواة	٣٠
المطلب الثاني : القيود الواردة على اختصاص القاضي الدستوري بتفسير مبدأ المساواة	٣٤
الفرع الأول : تفاوت المراكز القانونية	٣٤
الفرع الثاني : المصلحة العامة في التفسير	٣٨

الفصل الثاني : نطاق وضمان حماية القضاء الدستوري لمبدأ المساواة	
المبحث الأول : نطاق مبدأ المساواة	٤٢
المطلب الأول : المساواة أمام القانون والقضاء	٤٣
الفرع الأول : المساواة أمام القانون	٤٣
الفرع الثاني : المساواة أمام القضاء	٤٧
المطلب الثاني: المساواة في الحقوق والحريات وفي تولي الوظائف العامة	٥٠
الفرع الأول : المساواة في الحقوق والحريات	٥٠
الفرع الثاني : المساواة في تولي الوظائف العامة	٥٥
المبحث الثاني : الضمانات الدستورية لمبدأ المساواة	٥٨
المطلب الأول : النص الصريح على مبدأ المساواة في الدستور	٥٨
الفرع الأول : النصوص الدستورية المؤكدة على مبدأ المساواة	٥٩
الفرع الثاني : النصوص الدستورية الخاصة بتعديل الدستور	٦٦
المطلب الثاني : النصوص الدستورية المنظمة للرقابة القضائية	٦٨
الفرع الأول: النصوص الدستورية المنظمة للرقابة القضائية على دستورية القوانين	٦٩
الفرع الثاني: النصوص الدستورية المنظمة للرقابة القضائية على أعمال الإدارة	٧٨
المطلب الثالث : مبدأ المشروعية	٨٢
الفرع الأول : مفهوم مبدأ المشروعية	٨٢
الفرع الثاني : التزام الإدارة بالخضوع للقانون	٨٦
الفصل الثالث : دور القاضي الدستوري في حماية مبدأ المساواة	
المبحث الأول : مضمون السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري	٩١
المطلب الاول : مفهوم السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري	٩١
الفرع الأول : تعريف السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري	٩١
الفرع الثاني : خصائص السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري	٩٤
المطلب الثاني : نطاق السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري	٩٧
الفرع الأول : رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع	٩٩

الفرع الثاني : رقابة القاضي الدستوري على التناسب داخل النص التشريعي	١٠٣
المبحث الثاني : تطبيقات حماية القاضي الدستوري لمبدأ المساواة	١٠٦
المطلب الأول : تطبيقات القضاء الدستوري الأمريكي والفرنسي في حماية مبدأ المساواة	١٠٧
الفرع الأول: حماية المحكمة الفيدرالية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية لمبدأ المساواة	١٠٧
الفرع الثاني : حماية المجلس الدستوري الفرنسي لمبدأ المساواة	١١١
المطلب الثاني : تطبيقات القضاء الدستوري العراقي والمصري في حماية مبدأ المساواة	١١٥
الفرع الأول : دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق في حماية مبدأ المساواة	١١٦
الفرع الثاني : دور المحكمة الدستورية العليا في مصر في حماية مبدأ المساواة	١١٩
الخاتمة	١٢٦
المصادر	١٣١
الملخص باللغة الانكليزية	B

المستخلص

إن هذا الموضوع له أهمية كبيرة كون مبدأ المساواة أقرته الوثائق الدستورية والشرائع السماوية وبالأخص الشريعة الإسلامية وكذلك المواثيق الدولية لهذا فهو جدير بالحماية لذا نجد للقضاء الدستوري دور فعّال في حماية مبدأ المساواة عبر رقابته على التشريعات القانونية ومدى دستوريتها وموافقتها للدستور لتحقيق المساواة بين الأفراد والمساواة بين الأشخاص المعنوية أمام القانون وأمام القضاء وفي الحقوق والحريات ، مساواة نسبية بين جميع من هم في مراكز متماثلة من خلال القضاء على أشكال التمييز واقرار التشريعات التي تنطوي على التمييز الايجابي بهدف معالجة عدم المساواة الفعلية وتحقيق العدالة بينهم ، فالقاضي الدستوري يراقب السلطة التقديرية للمشرع ويستعين بفكرة الخطأ الظاهر وبمنطق الضرورة تقدر بقدرها وبفكرة المعقولية والمشرع يخضع لثلاثة مستويات من الرقابة رقابة غائية منصبة على مدى تحقق الغاية من منح الصلاحية التقديرية ورقابته مطابقة مع مبدأ المساواة والنصوص الدستورية الأخرى ، ورقابة تناسب بين الوسيلة التشريعية والغاية المحققة لها والآثار المترتبة عليها وفيما إذا كانت هذه الوسيلة هي الأفضل لتحقيق الغاية المخصصة أم لا .

المقدمة

أولاً : موضوع الدراسة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الخلق وخير المرسلين، المبعوث رحمة للعالمين، وأول مشفع لنا يوم الدين ، سيدنا محمد الأمين ، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين .

يعد مبدأ المساواة من أهم المبادئ التي تسعى الوثائق الدستورية لتحقيقها والقضاء على التمييز بكل أشكاله ، فهو ركيزة مهمة من الركائز الأساسية في الدول الديمقراطية التي تسعى إلى تحقيق المساواة بين أبناء المجتمع في ظل نظام ديمقراطي يعكس تطلعات الشعب .

إذ يعد هذا المبدأ من المبادئ الدستورية والقانونية التي نصت عليه أغلب الدساتير والتشريعات لأجل ضمان تطبيق هذا المبدأ بين أفراد المجتمع وتحقيق مبدأ سيادة القانون من خلال الخضوع لقانون واحد لحماية الحقوق والحريات بما يحقق عدم التمييز بين أطياف الشعب الواحد .

وقد نشأ هذا المبدأ منذ زمن بعيد وتطور إذ لم يقف عند حد المساواة النظرية بل اتجه ليشمل المساواة العملية في كل الحقوق والواجبات لأن حماية مبدأ المساواة لا يمكن أن يتحقق بصورة ناجعة ، إلاّ إذا آمن الأفراد بهذا المبدأ وتبنوه ، وهم لا يمكن لهم أن يتبنوه إلاّ إذا تعرفوا عليه ولا يمكن لهم التعرف عليه إلاّ إذا عرض عليهم بشكل واضح وثابت وهذا العرض الثابت والواضح يقوم به الدستور المكتوب ، فمن أهم أسباب شيوع فكرة الدساتير المكتوبة يرجع إلى عدّها وسيلة من الوسائل الناجعة لضمان الحقوق والحريات العامة بشكل عام ومنها مبدأ المساواة بشكل خاص ، كما أن للقضاء الدستوري الدور الفعّال في حماية مبدأ المساواة ، فالرقابة الدستورية التي يقوم بها القضاء الدستوري هي من أهم الضمانات التي يستند عليها في حماية الحقوق والحريات وفي مقدمتها مبدأ المساواة .

ثانياً : أهمية الدراسة

يحظى موضوع الدراسة بأهمية كبيرة كونه يتعلق بأهم وسيلة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم ، إذ حرصت أغلب الدساتير المختلفة للدول على النص على الحماية القضائية لمبدأ المساواة بما يكفل توفير الحصانة لهذا المبدأ في عدم الاعتداء على هذا المبدأ من المشرع العادي كونه يمثل مبدأ دستوري ذا قيمة قانونية عليا .

ويعد الحق في المساواة من أهم الحقوق التي يسعى القضاء الدستوري في حمايته ، وهذا يبين دور المحاكم الدستورية في تحقيق الحماية لمبدأ المساواة وضمان عدم التجاوز عليه لأن

ذلك يؤدي إلى نتائج سلبية على الدولة والمواطنين على حد سواء ، مما يحتم على القاضي الدستوري توفير الحماية اللازمة له من أجل تحقيق المصلحة العامة .

إن مبدأ المساواة أصبح من المبادئ العالمية إذ نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ مما يدل وبشكل قاطع على الأهمية الدولية التي يحظى بها تطبيق هذا المبدأ إضافة إلى أهميته الدستورية داخل نطاق الدول وبغية ضمان تطبيق أفضل لهذا المبدأ لابد من توفير ضمانات لذلك ولعل أهمها هو حماية القضاء الدستوري لمبدأ المساواة بهدف ضمان عدم التمييز بين المواطنين عملاً في تحقيق دولة قانونية تضمن لشعبها الحقوق والحريات المتساوية .

ثالثاً : اشكالية الدراسة

تتمحور مشكلة الدراسة حول محاولة الإجابة عن التساؤلات الآتية :

١. ما مدى قدرة القضاء الدستوري في حماية وضمان عدم الاعتداء على مبدأ المساواة وتحقيق المساواة بين المواطنين بما يحقق المصلحة العامة للدولة ؟
٢. ما الوسائل التي سيعتمدها القاضي الدستوري في حماية مبدأ المساواة ؟

إن هذه الأسئلة والإشكاليات سنحاول الاجابة عنها وحلها ضمن ثنيات موضوع الرسالة .

رابعاً : منهجية الدراسة

سيعتمد الباحث المنهج التحليلي والمنهج المقارن لكونهما الأكثر ملائمة للدراسة ، إذ اتبعنا أولاً المنهج التحليلي الذي يعنى بتحليل نصوص الدساتير محل الدراسة وهي كل من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧ ودستور فرنسا لعام ١٩٥٨ ودستور مصر لعام ٢٠١٤ ودستور العراق لعام ٢٠٠٥ ، وكذلك الوقوف عند آراء الفقه وأحكام القضاء الدستوري من حماية مبدأ المساواة .

وسيعتمد الباحث المنهج المقارن في بيان حماية القضاء الدستوري لمبدأ المساواة ، إذ اتخذ الباحث من الولايات المتحدة الأمريكية ١٧٨٧ وفرنسا ١٩٥٨ والعراق ٢٠٠٥ ومصر ٢٠١٤ أنموذجاً لذلك ، معززة الرسالة بالتطبيقات القضائية لكل من المحكمة العليا الأمريكية والمجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الاتحادية العليا في العراق والمحكمة الدستورية المصرية .

خامساً : خطة الدراسة

تبعاً لطبيعة موضوع البحث فقد قسم الباحث الرسالة على ثلاثة فصول ومقدمة وخاتمة الفصل الأول يتعلق بماهية مبدأ المساواة ويتضمن مبحثين ، خصصنا الأول منهما لمضمون مبدأ المساواة ، أما الثاني فكان لدور التفسير القضائي في حماية مبدأ المساواة .

أما الفصل الثاني فكان لتحديد نطاق وضمانات حماية القضاء الدستوري لمبدأ المساواة إذ تناولنا نطاق مبدأ المساواة في المبحث الأول ، أما الثاني فكان محلاً لبيان الضمانات الدستورية لمبدأ المساواة .

بينما جعلنا الفصل الثالث مكرساً لبيان دور القاضي الدستوري في حماية مبدأ المساواة وقسمناه على مبحثين ، الأول : مضمون السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري ، أما المبحث الثاني فخصص لتطبيقات حماية القاضي الدستوري لمبدأ المساواة .

الفصل الأول

ماهية مبدأ المساواة

الفصل الأول

ماهية مبدأ المساواة

إن مبدأ المساواة من المبادئ الدستورية القليلة التي توافقت على الأخذ بها جميع الدول مهما اختلفت طبيعة النظام السياسي والفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة .

ويتعامل القضاء الدستوري مع مبدأ المساواة باعتباره حقاً من الحقوق الأساسية وفي نفس الوقت يعد شرطاً أساسياً لممارسة باقي الحقوق والحريات .

مبدأ المساواة يرتكز على أساس من الفلسفة السياسية للديمقراطية باعتبار أن الحرية لا توجد ما لم تكن متاحة للجميع ، فلا ديمقراطية بدون حرية ، ولهذا يستخدم مبدأ المساواة لتطبيق جميع القواعد المتعلقة بالحقوق والحريات ، ولهذا يعتبر مبدأ المساواة أحد دعائم الدولة القانونية ، على أساس إن سيادة القانون لا تعلو ما لم يطبق على قدم المساواة ، ولقد حرصت التشريعات الداخلية لمعظم الدول على تضمين دساتيرها وقوانينها هذا المبدأ لما له من أهمية في حماية حقوق الأفراد والأشخاص المعنوية وعليه ولأجل الإحاطة بماهية مبدأ المساواة سنقسم الفصل على مبحثين ، يختص المبحث الأول ببيان مضمون مبدأ المساواة ، في حين سيكون المبحث الثاني مخصصا لدراسة دور التفسير القضائي في حماية مبدأ المساواة .

المبحث الأول

مضمون مبدأ المساواة

المساواة في الحقوق والواجبات بين الأفراد تعتبر القاسم المشترك في كافة الأنظمة التي تنادي بالمساواة ، ولا يعني ذلك المساواة بين طائفة وأخرى من الأفراد كطائفة المواطنين وبين طائفة أخرى كطائفة الطلاب مثلاً ، إذ إن المساواة تكون بين الأفراد الذين تتساوى ظروفهم وأوضاعهم [1] ، فالمساواة في النظم الديمقراطية الغربية تعني المساواة أمام القانون فلكل شخص أن يتمتع بالحقوق والتكليفات التي يفرضها

[1] يحيى الجمل ، النظام الدستوري في الكويت ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧١ ، ص١٥٩ . ص١٥٩ .

القانون ، وفي النظام الاشتراكي تعني المساواة وجوب القضاء على الطبقات وإزالة الفوارق المادية بين الأفراد من أجل تحقيق المساواة الفعلية [١] .

لقد نصت الوثائق الدستورية على مبدأ المساواة ، فقد نص عليه التعديل الرابع عشر لعام ١٨٦٨ لدستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧ ، كما نص على مبدأ المساواة في ديباجة دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ والمادة (٤) والمادة (٥٣) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ والمادة (١٤) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ .

وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، وكما يأتي :

المطلب الأول : مفهوم مبدأ المساواة

المطلب الثاني : أنواع المساواة .

المطلب الأول

مفهوم مبدأ المساواة

في هذا المطلب سنتناول مفهوم مبدأ المساواة لدى الفقه الدستوري المعاصر وأحكام القضاء ، ومبدأ المساواة من المبادئ المطلقة التي لا يجيز الدستور تقييدها أو تنظيمها بقانون ولا يجوز للمشرع أن يتدخل بالتشريع في تحديدها وإلا كان التشريع باطلاً لمخالفته الدستور فالحق بالمساواة الذي ينص عليه الدستور هو عام لجميع الأفراد وبالتالي إذا صدر أي تشريع يحد من هذا الحق بأن يجعل لطائفة معينة من أفراد المجتمع حقوقاً متميزة عن بقية أفراد المجتمع أو أعفى بعض الأفراد من واجبات وتكاليف معينة كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لمبدأ المساواة .

وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين ، وكما يأتي :

الفرع الأول : معنى مبدأ المساواة .

الفرع الثاني : ذاتية مبدأ المساواة .

---

[١] د. محمد علي السالم عياد الحلبي ، مبدأ المساواة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، المكتبة القانونية، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط١ ، ٢٠٠٢ ، ص١٥٩ .

الفرع الأول
معنى مبدأ المساواة

إن الخوض في معرفة معنى مبدأ المساواة يحتم علينا التعريف به لغةً واصطلاحاً .

أولاً المعنى اللغوي للمساواة .

المساواة لغةً : تعني المماثلة والمعادلة من حيث القدر والقيمة ، وهي مأخوذة من السواء [١] ، والسواء (سوا) لغة هو العدل، قال تعالى: "فَانبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاء"[٢] ، والسواء هو المساواة مع الغير كالقول وهما في هذا الأمر (سواء) أو (سواءان) فهم (أسواء) و(سواسية) ، وخلافه القول (لا يساويه) أي لا يعادله [٣] . وفي معاجم اللغة الانكليزية فإنها تبدا تعريفها لكلمة Equal بمعنى « مساوٍ » بكلمة the same أي نفس أو ذات أو بكلمة identical أي متماثل لكن أحداً من هذه المعاجم لا يتوقف عند هذا الحد ، بل تذهب هذه المعاجم في تعريفها للكلمة إلى ما هو أبعد من ذلك بقولها إن لهذه الكلمة علاقة بكلمات أخرى مثل كلمة fair أي عادل ، وكلمة law أي القانون مع الإشارة إلى أن طبيعة هذه العلاقة بين المساواة وهذه الكلمات الأخيرة غير واضحة " [٤] .

ثانياً : المعنى الاصطلاحي للمساواة

المساواة اصطلاحاً : هي تماثل كامل أمام القانون ، وتكافؤ كامل أزاء الفرص وتوازن بين الذين تفاوتت حظوظهم من الفرص المتاحة للجميع [٥] .

---

[١] أحمد بن محمد علي الفيومي، المصباح المنير، المطبعة الأميرية ، القاهرة ، ط١ ، ج١ ، ١٩٢٦ ، ص٤٠٤ – ٤٠٥ .

[٢] سورة الأنفال / الآية (٥٨)

[٣] محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص٣٢٣ – ٣٢٤ .

[4] Henry Campbell block: black's Law dictionary, M. A. sixth edition, west publishing co 1990, p36.

[٥] محمد عمارة ، الاسلام والامن الاجتماعي ، دار الشروق ، القاهرة ، ط١٩٩٨ ، ص٩٥ .

وقد عبر الفقيه (روسو) عن مبدأ المساواة بقوله أنها تعني " عدم وجود شيء يمكن أن يعطى للجميع ولا يعطى لشخص محدد " ، وفي رأي الفيلسوف نفسه أن المساواة هي التي تدفع الأشخاص إلى احترام القوانين لأنها صادرة في النهاية عن ارادتهم .

وقد قال الفقيه (جان جاك روسو) في كتابه عن العقد الاجتماعي أن الحرية لا يمكن أن تبقى بغير المساواة وتتطلب المساواة أمام القانون مراعاة هذه المساواة عند وضع نصوص القانون وعند تطبيقه ، وهذا فإن المساواة أمام القانون والقضاء وجهان لعملة واحدة [١] .

أما بالنسبة لفولتير فالمساواة هي " ضمان التمتع بالحقوق الطبيعية لجميع البشر على السواء وتوفير الحماية القانونية المتماثلة لذلك " [٢] .

وذهب بعض الفقهاء إلى أن المساواة هي أساس الحرية [٣] .

فالمراد بالمساواة هو " عدم التمييز والتفرقة بين الأفراد الذين تتوافر فيهم شروط واحدة ويوجدون في ظروف وأحوال واحدة فإذا اتحدت الشروط والظروف في

---

[١] نقلاً عن د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ ، ص٣١٤ .

[٢] وهذا يعني أن لكل إنسان الحق في التصرف بشخصه وأملاكه على الوجه الذي يراه مناسباً ، وهكذا يكون البشر متساوون في الجوهر ، ولكن القدرات والمواهب غير متساوية ، فمن الطبيعي إذن أن ينقسم الناس إلى فئات غير متساوية من ناحية الملكية ، وهو يوضح ذلك بقوله أنه " من المستحيل في عالمنا التعيس ألا ينقسم البشر الذين يعيشون في مجتمع إلى طبقتين ، طبقة أغنياء يأمرون وطبقة فقراء يخضعون " ، " فلو كانت هذه الأرض كما ينبغي أن تكون لو كان الإنسان يجد في كل مكان فيها قوتاً مؤقتاً وسهل المنال لاستحال طبعاً على أي انسان أن يستعبد " . راجع فولتير ، فلسفة الانوار ، ترجمة هنريت عبودي ، دار الطليعة ، بيروت ، ١٩٨١ ، ص٣٢ .

[٣] فالمساواة تعد الأساس الذي لا غنى عنه بالنسبة للحريات عامة لدرجة أمكن معها على حد تعبير الدكتور (عبد الحميد متولي) بأنه إذا لم تكن ثمة مساواة بين الأفراد في التمتع بالحرية فإنه لا يصح للسبب ذاته الادعاء بأن هناك حرية لأن مساواة هي أساس الحرية . د. عبد الحميد متولي ، الحريات العامة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٥ ، ص٦٤- ٦٩ . فالمساواة هي الركيزة الأساس التي لا وجود للحريات بدونها. د. سعاد الشرقاوي ، نسبية الحريات العامة ، دار النهضة العربية ، قاهرة ، ١٩٧٩ ، ص٨٨ .

عدد من الافراد وجب عندئذ أن تتحقق المساواة بينهم وأن يتمتعوا جميعاً بحماية قانونية متساوية " [١] .

نرى أن المساواة هي التماثل بين الجميع في الحقوق والواجبات دون تمييز بسبب اللون أو العرق أو الدين.

الفرع الثاني
ذاتية مبدأ المساواة

المساواة تعني أن من حق كل شخص توافرت فيه الشروط التي تطلبها القواعد القانونية المقررة أن يستفيد من الحقوق والخدمات التي ترتبها هذه القواعد في حالة توفر هذه الشروط [٢] .

وحتى يتسنى لنا بيان ذاتية مبدأ المساواة يفترض التمييز بين مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص ، والتمييز بين مبدأ المساواة والعدالة .

أولاً : التمييز بين مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص .

للتمييز بين مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص لابد من معرفة المقصود بتكافؤ الفرص وموقف الفقه وموقف القضاء الدستوري المصري والعراقي والفرنسي والأمريكي من تكافؤ الفرص .

١. المقصود بتكافؤ الفرص

يعد مبدأ تكافؤ الفرص من المبادئ المقبولة من جميع الأفراد أياً كانت توجهاتهم السياسية والفكرية الذين يعتقدون ويؤمنون بعالم يقوم على منافسة حرة يثاب فيه الأفراد على قدر عطائهم ، يرون في ذلك المبدأ نموذجاً مثالياً ، بشكل عام كل الذين يؤمنون بالعدالة لابد أن يتبنوا مبدأ تكافؤ الفرص ، ويتفق الجميع على أن تكافؤ الفرص يعني أن تتاح للجميع نقطة انطلاق مشتركة في سباق أو تنافس ما ،

---

[١] د. سعيد السيد علي ، المبادئ الأساسية للنظم السياسية وأنظمة الحكم المعاصرة ، دار أبو المجد للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٤٣٨ .

[٢] ومثال تلك الشروط في حالة منح الجنسية لأحد الأفراد يشترط أن الأبوين يحملان جنسية الدولة أو أحدهما أو توفرت فيه شرط التجنس . د. كريم يوسف كشاكش، الحريات في الأنظمة السياسية المعاصرة، المصدر السابق ، ص٣٠٤ .

وأن يحكم الجميع مجموعة من القواعد التي تطبق على كل المنافسين بشكل حيادي[١] .

وقد تراوحت الآراء بشأن المقصود بتكافؤ الفرص على ثلاثة آراء (أولهما) وأبسطهما يقوم على غياب التمييز ضد الافراد فمجرد غياب التمييز يعد محققاً لمبدأ تكافؤ الفرص ، أما (الثاني) فيذهب إلى ما هو أبعد من ذلك فيرى في تكافؤ الفرص ليس فقط الوضع القائم بالنسبة للأفراد حال غياب التمييز ضدهم ، ولكن أيضاً عند غياب أي شكل من أشكال الانتقاص أو الاعاقة الذي تسأل عنه الحكومة أو المجتمع ، أما (الثالث) ، فإنه يتجاوز هذا وذاك ، إلى الاعتراف بحقيقة أن بعض الأفراد يعانون من معوقات لا هم مسؤولون عنها ولا أي شخص آخر ، فقط أنهم لم يكن لهم " حظ " فيما يطلقون عليه " اليانصيب الطبيعي " فهؤلاء الأفراد الذين ولدوا بمواهب أقل من الآخرين أو مهارات متواضعة ، أو ولدو لأسر فقيرة اقتصاديا وثقافياً ، فأنى لهم أن يتمتعوا بتكافؤ الفرص ؟ وهنا يطرح أنصار التعريف الثالث الاجابة بأن على الدولة " الحكومة والمجتمع أن يتدخلوا لمساعدة هؤلاء الذين لم يكن لهم يد فيما هم عليه " [٢] .

٢. الموقف الفقهي وموقف القضاء الدستوري من تكافؤ الفرص .

أ. موقف الفقه من تكافؤ الفرص

يؤكد الرأي السائد في الفقه على أن مبدأ تكافؤ الفرص أضيق نطاقاً من مبدأ المساواة ، وفي هذا الصدد يشير البعض إلى وجود اتجاهين متقابلين في المسألة : درج أولهما على ربط المساواة بتكافؤ الفرص ، باعتبار أن تكافؤ الفرص ليس الا أثراً للمساواة ، بينما ذهب الاتجاه المغاير إلى القول بأن ثمة مغايرة واختلاف بين مبدأي المساواة وتكافؤ الفرص تنزيهاً للمشرع الدستوري عن اللغو مما يقتضي التسليم بأن

---

[١] د. حسام فرحات ابو يوسف، الحماية الدستورية للحق في المساواة–دراسة مقارنة بين النظام الدستوري المصري والنظام الدستوري الأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤ ، ص١٣٤ – ١٣٥ .

[٢] جون رولز صاحب نظرية العدالة :

John ralus : A theory of justice, Oxford paperback, 1973.

لمزيد من التفاصيل حول هذه التعريفات الثلاث لتكافؤ الفرص أنظر :

Vemon van dyke: Equality and poplic policy, university of low, Nelson Hall puplushers, Chicago, P35

لكل من المبدئين مجالاً مستقلاً عن الآخر ، إذ يتحدد مجالا تكافؤ الفرص بالحقوق والحريات الاجتماعية والاقتصادية التي يتزاحم على استعمالها ومباشرتها المواطنون ولا تستطيع الدولة كفالتهما جميعاً (مثل الخدمات الصحية والتعليمية والتأمين الاجتماعي ... الخ) . أما مجال المساواة فإنه يمتد ليغطي كافة الحقوق والحريات الأخرى التي لا تقصر امكانيات الدولة عن كفالتها للمواطنين [١] .

ويشارك البعض الآخر هذا الرأي بقوله : " ... وبهذه الصفة فإن كل هذه المنافع الاجتماعية ان هي الا فرص أمام الافراد أن شاءوا تمسكوا بها وإلا فلا ... وكل ما على السلطة العامة بشأنها أن تطرح هذه الفرص للأفراد بطريقة « متكافئة » لا تمييز فيها ، ومن نفس هذا المنطلق يجيء تبني الدستور لمبدأ تكافؤ الفرص الذي لا يخرج عن أن يكون مبدأ " المساواة في الفرص " كما يسميه الفرنسيون Egalite – Des – chanes وتنتهي من ذلك إلى نتيجة محدودة ألا وهي : أن مبدأ تكافؤ الفرص ليس الا وجها من أوجه المساواة القانونية ... أو أن هذا المبدأ هو الوجه الايجابي للمساواة أمام القانون " [٢] .

وهناك من لم ير في مبدأي المساواة وتكافؤ الفرص الا وجهين لعملة واحدة [٣] .

ب.موقف القضاء الدستوري من تكافؤ الفرص

لا يوجد نص على مبدأ تكافؤ الفرص في دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧ م وكان للمحكمة الاتحادية العليا الأمريكية قرارات كثيرة قضت فيها بعدم الدستورية لعدم تكافؤ الفرص ومنها حكمها التأريخي في قضية (براون) ضد مجلس

---

[١] د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ، ص٢٦٠ – ٢٦١ .

[٢] د. حسام فرحات أبو يوسف ، مصدر سابق ، ص١٣٧ – ١٣٨ .

ويميل بعض الفقه لتبني ذات الرؤية . د. جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص٣٢٩ . وقد تبنى هذا الرأي د. أحمد كمال أبو المجد : مذكرته في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق . دستورية .

[٣] د. عبد الرحمن نصير :

- The suppeme constitution court of Egypt and the protection of human rights Chicago, I llinois, November 1992, p31 .

التعليم حيث أعلنت وبصورة مشددة أن المرافق التعليمية التي تفصل بين الأطفال البيض والسود " تشكو من اللاتكافؤ المتأصل " وحتى حين تكون المباني وغيرها من العوامل الموضوعية متساوية فإن أي نظام تعليمي يقوم على الفصل يحرم فئة الأقلية من تكافؤ الفرص في التعليم [١] .

وأغفل المشرع الدستوري الفرنسي النص في دستور ١٩٥٨ م على مبدأ تكافؤ الفرص ونص في ديباجة دستور ١٩٤٦ " تضمن الأمة فرص متساوية للأطفال والكبار في التعليم والتدريب المهني والثقافة " وأخذ المجلس الدستوري الفرنسي بتكافؤ الفرص في قرارته ومنها قراره في ١١ / ١٠ / ٢٠١٩ " لا يستبعد بالنسبة للتعليم العالي ، فرض رسوم منخفضة مع مراعاة القدرة المالية للطلاب عند الحاجة ... امتثالاً لمتطلبات التعليم العالي العام المجاني (ولتكافؤ فرص) الحصول على التعليم " [٢] .

نص دستور مصر لعام (٢٠١٤) على مبدأ تكافؤ الفرص في م (٩) منه والمحكمة الدستورية العليا المصرية أقامت لنص المادة (٩) من الدستور بناء متكاملاً ونطاقاً تعمل فيه يتميز عن المادة (٥٣) من الدستور الخاصة بمبدأ المساواة إذ يتبين من خلال أحكامها ضرورة توفر شروط أربعة لأعمال الحماية الدستورية التي تكفلها هذه المادة وهذه الشروط الأربعة هي [٣] :

الشرط الأول: أن تكون الفرص موضوع التقاضي مما تتعهد الدولة بتقديمها .

الشرط الثاني : وجود تزاحم على هذه الفرص .

الشرط الثالث : تماثل المراكز القانونية .

الشرط الرابع : الحاجة إلى تقرير أولوية في مجال الانتفاع بهذه الفرص .

ومن أحكامها بهذا الخصوص حكمها بالقضية رقم ١١ لسنة ٢٣ قضائية دستورية في ٥ / مايو / ٢٠١٨ إذ حكمت بعدم دستورية صدر الفقرة الأولى من م

---

(1) Brown V. Board of education , 347 U. S 483, 74 S. C. t. 686, 98 L. E. D. 873 (1954), as cited in Education Law, Education series , chapter4 , students Rights, Law Journal press, New York, 2002.

[٢] ينظر على شبكة الانترنت https://www.infomigrants.net تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/٢٢ .

[٣] د. حسام فرحات أبو يوسف ، المصدر السابق ، ص ١٩٤ .

١٨ من قانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ وجاء في حكمها " كما حرص الدستور في م (٩) على كفالة تكافؤ الفرص بما يستوجبه ذلك من ترتيب المتزاحمين على الفرص التي كفلها الدستور للمواطنين على ضوء قواعد يمليها التبصر والاعتدال ... فإذا ما قرر المشرع حقاً معيناً وجب عليه أن يضع القواعد التي تكفل المعاملة المتكافئة لأصحاب المراكز القانونية التي تتكافئ في العناصر المكونة لها ... فلا يسوغ للمشرع أن يعطي حق لفئة دون أخرى من ذوي المراكز المتحدة في أركانها وعناصرها ... الا أن المشرع قد خالف ذلك ... وهذا التمييز التحكمي بين هاتين الطائفتين والتي لا ترتبط ارتباطاً منطقياً وعقلياً بالأهداف التي رصدها لهذا التنظيم فإنه يكون مصادماً لمبدأي المساواة وتكافؤ الفرص ومن ثم مخالف لنصوص المواد (٤ ، ٩ ، ٥٣) من الدستور " [١] .

وذكر المشرع الدستوري مبدأ تكافؤ الفرص في م (١٦) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ ، وقد وضحت المحكمة الاتحادية العليا العراقية معنى تكافؤ الفرص الوارد في المادة (١٦) من الدستور في قرارها رقم ١٥ / اتحادية / ٢٠١٨ في ٢٩ / ١ / ٢٠١٨ ، إذ جاء في القرار " تعني عدم التمييز والتفضيل بين من يتساوون وتتوفر فيهم ذات الشروط التي ينص القانون عليها وأن تعطي الفرص للجميع الذين تتوفر فيهم هذه الشروط " . وهناك العديد من القرارات للمحكمة الاتحادية العليا العراقية التي طبقت فيها مبدأ تكافؤ الفرص ومن هذه القرارات قرارها من أجل المساواة وتكافؤ الفرص بين العراقيين في تأسيس الأحزاب السياسية بالعدد ٣ / اتحادية / ٢٠١٦ بتاريخ ٩ / ٨ / ٢٠١٦ عندما طعن بالفقرة (سادساً من المادة (٩) من القانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥ التي شرطت أن يكون من يؤسس الحزب حاصلاً على شهادة جامعية أولية أو ما يعادلها وهذا خرق للمواد (١٤ و ١٦ و ٣٨ / أولاً و٤٦) إذ إنَّ الدستور لم يشترط فيمن يتولى منصب رئيس الجمهورية أن يكون حاصلاً على شهادة جامعية أولية أو ما يعادلها كون المنصب المذكور سياسياً فإن مهام رئاسة الحزب عمل سياسي بحت يجب أن لا يقترن بذلك

[١] د. خالد محمد القاضي ، القضاء الدستوري في خمسين عاماً لحماية حقوق الإنسان وضمانات التقاضي ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ط١ ، ٢٠١٩ ، ص٣١٦ – ٣٣٠ .

إذ يؤدي إلى حرمان عدد كبير من المواطنين ممن مارسوا وتمرسوا في الشؤون السياسية وأصبح لهم جمهور من ممارسة هذا الحق ، لذا قررت المحكمة بعدم دستوريتها) [١] .

يتبين للباحث أن هناك اختلافاً جوهرياً بين مبدأ المساواة ومبدأ تكافؤ الفرص فمبدأ المساواة ذو مضمون سلبي ، بمعنى لا يفرض على الدولة التزام بعمل ما وإنما يفرض عليها التزاماً بالامتناع عن الاتيان بأي عمل ينطوي على تمييز ينتهك الحق في المساواة ، وأما تكافؤ الفرص فإنه يفرض على الدولة التزاماً إيجابياً مضمونه كفالة فرص ما يفرض عليها الدستور أو القانون كفالتها .

ثانياً : التمييز بين مبدأ المساواة والعدالة .

للتمييز بين مبدأ المساواة والعدالة لابد من بيان معنى العدالة لغةً واصطلاحاً ، ومن ثم التعرض إلى العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية .

١. العدالة لغةً : هي مصدر لفعل عدل يعدل والعدل في معاجم اللغة نقيض الجور ، كما في قوله تعالى : "... فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ" [٢]، وقيل العدل ما قام في النفوس فهو مستقيم [٣] .

وقيل العدل مصدر العدالة المساواة بين الأشياء غير متساوية[٤]. والاعتدال والاستقامة وهو الميل إلى الحق[٥].

٢. العدالة اصطلاحاً : في البداية أن العدالة هي من المصطلحات التي لا يوجد عليها اتفاق كغيرها من المصطلحات ولا يمكن إدراك معناها الا من خلال

---

[١] محمد حازم علي، أثر مبدأ المساواة على شرعية العملية الانتخابية ورقابة القضاء الدستوري – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٢٠ ، ص١٩٣ .

[٢] القرآن الكريم . [من سورة الحجرات : ٩] .

[٣] سميرة دخيل الله محمود الاورزدي ، العدل في النحو العربي ، رسالة ماجستير ، كلية علوم اللغة ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، ٢٠٠٦ ، ص١٤ .

[٤] مراد وهبة ، المعجم الفلسفي ، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ط٥ ، ٢٠٠٧ ، ص٤٠٥ .

[٥] علي بن محمد الجرجاني ، التعريفات ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ١٩٣٨ ، ص١٢٨ .

الاطار العام للمجتمع الانساني ، لأن كل مجتمع له أوضاعه السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية الخاصة به .

يعرف سقراط العدالة : " هي الفضيلة الاجتماعية وأن وسيلة تحقيقها هي اطاعة قوانين الدولة التي تحمي من العبودية " [١] .

كذلك العدالة هي : " التعبير الصادق عن الشعور بالمساواة الحقيقية والسعي إلى تأكيدها في واقع الحياة . أو هي امتلاء النفس بالشعور بالمساواة الواقعية التي تعني بالظروف الخاصة والجزئيات الدقيقة وتقتضي التماثل في المعاملة للحالات المتماثلة في ظروفها وتفصيلاتها " [٢] .

تناول (أرسطو) فكرة العدالة بالتحليل وهو يرى أن مضمون القوانين هو العدالة ، وإن أساس العدالة هو المساواة ، وميز أرسطو بين صورتين أساسيتين للعدالة ، الأولى هي (العدالة التوزيعية) ، وهو العدل الذي يسود علاقة الجماعة بالأفراد بوصفهم أعضاء في جماعة سياسية هي الدولة وتطبق على الأموال والحقوق والواجبات العامة ، وتهدف ان يحصل كل عضو من أعضاء الجماعة على قدر مناسب لاستحقاقه بسبب كفاءته أو قابليته أو ما قدمه من تضحيات [٣] .

فما دامت العدالة هي المساواة والظلم هو عدم المساواة ، فإن العدالة التوزيعية تقتضي أن تعالج الحالات المتساوية معالجة متساوية ، ويترتب على ذلك أنه إذا وجد شخصان غير متساويين ، وجب أن لا يحصلا على ما هو متساو ، وقد عبر الرومان عن هذه الصورة من العدالة كما وردت في مدونة (جستنيان) بالقول (إنَّ مساواة غير المتساويين ظلم) [٤] .

أما الصورة الثانية للعدالة بسبب تصوير أرسطو فهي العدالة التبادلية أو التعويضية ، فهو العدل الذي يسود علاقات الأفراد فيما بينهم ، ولا يعتد هنا

---

[١] ناظم عبد الواحد الجاسور ، موسوعة علم السياسة ، دار مجد لاوي ، عمان ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص٢٤٧ .

[٢] عبد الباقي البكري ، مبادئ العدالة ، مفهوماً منزلتها ووسائل إدراكها ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، عدد خاص مايس ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ ، ص٦٨ .

[٣] سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، منشأ المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص١٤١.

[٤] علي حسن ذنون ، فلسفة القانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، ط١ ، ١٩٧٥ ، ص٣٣ ، وص١٣٤ – ١٣٥ – وص١٦٤ .

بالاعتبارات الخاصة بكل فرد كما هو الحال في العدل التوزيعي ، ففي العدالة التوزيعية هناك ضرورة لتحقيق الانسجام بين الفرد والمجتمع بحيث يتناسب ما يعود عليه مع ما يقدمه إلى المجتمع وفي " العدالة التبادلية " فإن التساوي في تبادل القيم والخدمات بين الأفراد معناه ، تحقيق التوافق والانسجام بين الإنسان والإنسان في طرفي العلاقة [١] .

رأى أغلب الفقه وجود علاقة وثيقة بين المساواة والعدالة ، إذ يطرحون معنيين للمساواة الأول هو المفهوم التبادلي لها وهو الذي يعني المساواة الكاملة بين الأفراد من حيث الأداءات التي يقدمونها والمقابل الذي يحصلون ، وهو ما يقابل بدوره مفهوم العدالة التبادلية .

أما المفهوم الآخر للمساواة فهو تناسبي ويتماهى مع مفهوم العدالة التوزيعية إذ يعترف هذا المفهوم التناسبي للمساواة باختلاف في المعاملة بين الأفراد في نطاق توزيع الثروة والأعباء ، بمعنى كل فرد وفقاً للمفهوم التناسبي للمساواة يثاب أو تشدد الأعباء الملقاة على عاتقه بحسب جدارته في المجتمع [٢] .

يبدو من خلال الدراسة التشابه بين مبدأ المساواة والعدالة التبادلية واختلاف مبدأ المساواة عن العدالة التوزيعية، إذ إنَّ العدالة التوزيعية لا تعني المساواة الكاملة، أي أنها لا تعني التساوي الحسابي في نصيب أفراد المجتمع . فمن الوارد أن تكون هناك فروق في هذه الأنصبة ، إذ تتواكب هذه الفروق مع الفروق الفردية بين الناس في أمور كثيرة كالفروق في الجهد المبذول في الأعمال المختلفة وفيما تتطلبه من مهارة أو تأهيل علمي أو خبرة وكذلك الفروق المرتبطة بالعمر أو الصحة .

وأدرجت العدالة في ديباجة دستور الولايات المتحدة الأمريكية إذ جاء فيها " نحن شعب الولايات المتحدة رغبة منا في إنشاء اتحاد أكثر كمالاً ، وفي إقامة العدالة .. نضع هذا الدستور للولايات المتحدة الأمريكية " [٣] .

---

[١] د. منذر الشاوي، مدخل في فلسفة القانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ط١، ٢٠١١، ص١٩٩.

[2] Frier N. B. Le principe d' egalité, A. d. D. A, 1998 , P153.

[٣] ديباجة دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧ .

وأخذ بالعدالة دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ إذ نص " ... تكفل القوانين حق التعبير عن الآراء المختلفة والمشاركة العادلة للأحزاب والجماعات السياسية في الحياة الديمقراطية للأمة " [١] .

نجد العدالة التوزيعية في دستور مصر لعام ٢٠١٤ " تلتزم الدولة ضمان حقوق الأشخاص ذوي الاعاقة والاقزام ، صحياً واقتصادياً واجتماعياً وثقافياً وترفيهياً ورياضياً وتعليمياً ، وتوفير فرص العمل لهم ، مع تخصيص نسبة منها لهم ، وتهيئة المرافق العامة والبيئية المحيطة بهم ، وممارستهم جميع الحقوق السياسية ، ودمجهم مع غيرهم من المواطنين ، اعمالاً لمبادئ المساواة ، والعدالة وتكافؤ الفرص " [٢] .

كذلك نجد العدالة التوزيعية في دستور العراق لعام ٢٠٠٥ " تخصص للأقاليم والمحافظات حصة عادلة من الايرادات المحصلة اتحادياً ، تكفي للقيام بأعبائها ومسؤولياتها، مع الأخذ بعين الاعتبار مواردها وحاجاتها ، ونسبة السكان فيها"[٣].

المطلب الثاني

أنواع المساواة

يتناول الباحث في هذا المطلب أنواع المساواة التي تناولها الفقه والقضاء بادئين بالمساواة المطلقة والمساواة النسبية ، ثم المساواة القانونية والفعلية . وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين سيكون الفرع الأول مكرساً لبيان المساواة المطلقة والمساواة النسبية في حين سنجعل الفرع الثاني مخصصاً لتوضيح المساواة القانونية والمساواة الفعلية ، وكما يأتي :

---

[١] المادة (٤) من دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ ، كما نص اعلان حقوق الانسان والمواطن لعام ١٧٨٩ في المادة (١٣) منه " ... فإنه لا مناص من فرض ضريبة عامة ، وتلك الضريبة يجب أن تقسم بين جميع المواطنين بنسبة قدراتهم " .

[٢] المادة (٨١) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ النافذ .

[٣] م ١٢١ ف ثالثاً من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ .

الفرع الأول

المساواة المطلقة والمساواة النسبية

إذا انطلقنا من مقدمة أساسية قوامها إنه ما من تشريع الا وينطوي بشكل أو بآخر على تصنيف ما ، أو تقسيم لمراكز قانونية متفاوتة ، فإن ذلك يقودنا بالضرورة إلى أن هذا التصنيف الذي لا ينطبق الا على من توافرت به شروطه لا يحقق سوى مساواة نسبية بين من تماثلت مراكزهم القانونية ، وإن المساواة المطلقة لا يمكن أن تعني أكثر من تمتع هؤلاء المتماثلين بالحق في الدفع والتمسك بالمساواة فيما بينه دون أن يرد على حقهم هذا في التمسك والدفع أي قيد ، الا أن تكون مراكزهم القانونية غير متماثلة [١] .

فالمساواة المطلقة هي المساواة بين أصحاب المراكز المختلفة ، مساواة عامة عمومية مطلقة تتحقق بتطبيق القاعدة على كل أصحاب المراكز المختلفة ، لا تراعي ظروف المواطنين المختلفة وأحوالهم المتباينة [٢] .

والعمومية لا يقصد بها مخاطبة كل الافراد بل تتوافر العمومية إذا كان الافراد فئة معنية حددت بأوصافها ، والاطلاق أي تنطبق القاعدة على جميع من يوجه إليهم خطابها ، ولكن اذا كان الأصل ان المساواة يجب أن تتميز بالعمومية المطلقة فإن الواقع العملي لا يسمح بتحقيق هذه المساواة المطلقة ولهذا فإن المسلم به أن المساواة لا يمكن أن تكون الا نسبية ، فالمساواة النسبية هي المساواة بين أصحاب المراكز المتشابهة أو المتماثلة ، مساواة عامة عمومية نسبية فقط [٣] .

تتحقق بتطبيق القاعدة على كل أصحاب المراكز المتشابهة أو المتماثلة ، تراعي ظروف المواطنين المختلفة وأحوالهم المتباينة .

---

[١] د. حسام فرحات ، ابو يوسف ، الحماية الدستورية للحق في المساواة – دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص٨٩ .

[٢] شهاب أحمد عبد الله ، دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ المساواة ، دراسة مقارنة ، مجلة جامعة تكريت للحقوق ، السنة ٣ ، عدد ٢ ، ج٢ ، مجلد ٣ ، ٢٠١٩ ، ص٨٥ .

[٣] د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية " أسس التنظيم الدستوري " ، دراسة مقارنة لنظرية الدولة والحكومة والحقوق والحريات في الفكر الاسلامي والفكر المعاصر، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٩١ ، ص٣٣٨ .

وعلى هذا الأساس فإن المساواة النسبية بعكس المساواة المطلقة ، لا تحترم الاختلافات في القدرات والمراكز الشخصية فقط ، بل تعمل على حمايتها كذلك .

والتسليم بأن المساواة لا يمكن أن تكون الا نسبية يعود أساساً إلى طبيعة القاعدة القانونية التي لا يمكن تصورها الا ذات عمومية نسبية سواء كانت هذه النسبية من حيث الزمان أم المكان أم الاشخاص ، فالقانون بطبيعته نتاج الحاجة الاجتماعية ، ورد فعل سلوك الأفراد في المجتمع ، فلا يوجد قانون صالح لكل زمان ومكان ، ومن ثم فإن التصنيفات التي يصفها نص تشريعي تكون بطبيعتها وذاتها نسبية [١] .

وبناء على ذلك فالمساواة واجبة بين جميع من هم في مراكز متماثلة دون تفريق بينهم لسبب يتعلق بأشخاصهم أو ذواتهم وهذه هي المساواة النسبية .

فالمساواة في الحقوق السياسية تلك الحقوق التي يشترك الافراد بمقتضاها في شؤون الحكم والادارة كحق الانتخاب وحق الاشتراك في استفتاء شعبي وحق الترشيح لعضوية الهيئات البرلمانية أو لرئاسة الدولة ، تتحقق المساواة فيها بوحدة المعاملة لجميع المواطنين الذين تتوافر فيهم الشروط المطلوبة لممارسة كل هذه الحقوق [٢] .

فعندما يحدد القانون سناً معينة – تختلف من نظام سياسي إلى آخر – لمباشرة حق الانتخاب ، فلا يستطيع ممارسة هذا الحق قبل بلوغ هذا السن . من المؤكد بأن المساواة ليست حسابية [٣] ، وبناء على ذلك فالمساواة واجبة بين جميع من هم في مراكز متماثلة دون تفريق بينهم لسبب يتعلق بأشخاصهم أو ذواتهم ، وهذه هي المساواة النسبية التي تكتفي بالعمومية النسبية ، وتتحقق العمومية النسبية

---

[١] د. ثروت بدوي ، النظم السياسية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ، ص٤٣٤ .

[٢] د. عبد الحميد متولي ، مبادئ نظام الحكم في الاسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة ، طبعة ١٩٦٦ ، ص٨٥٤ .

[٣] وفي هذا المعنى عبر الاستاذ ليون دوجي بالقول " إن المساواة المطلقة (بطريقة رياضية) بين الناس تؤدي في حقيقة الأمر إلى عدم المساواة " وعبر من قبل الفيلسوف أرسطو بالقول " إن المساواة هي عدم المساواة بين غير المتساوين بينما عدم المساواة هي المساواة بين غير المتساويين".

Xavier philipsile control de La proportionality dans Les Juoispudences constitutional et administrative Francaise, colletion de science et droit Adminstratif Economie, 1990 P12 ets .

بمجرد تجريد القانون عن ذكر الأشخاص المستفيدين اللذين تنطبق عليهم شروطه[١].

أما بالنسبة لموقف الدول محل الدراسة من المساواة المطلقة والنسبية فإن مبدأ المساواة قد جاء في ميثاق اعلانات حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ م وأخذ مضمونه شكل المساواة المطلقة وبعد منتصف القرن التاسع عشر بدأ مضمونه يأخذ شكلا آخر هو المساواة النسبية ، كما أخذ المجلس الدستوري الفرنسي بالمساواة النسبية في قراراته بحيث قرر " أن مبدأ المساواة يتطلب فقط تشابه المراكز القانونية وعند تحقق تمايز ما بين تلك المراكز يمكن القبول بتفرقة التعامل " [٢] .

وتبنى القضاء الدستوري في أمريكا ومصر المساواة النسبية ورفضه الأخذ بالمساواة المطلقة وهو ما أكدته المحكمة العليا الأمريكية منذ بواكير أحكامها ومنها قضاءها في قضية (ليندسلي) ضد شركة الغاز الكربوني الطبيعي عام ١٩١١ م وذهبت المحكمة في هذه القضية إلى أن " أي تصنيف له أساس معقول لا يتعارض مع الحماية المتساوية لمجرد أنه لم يتم إجراءه (بدقة حسابية) أو لأنه يؤدي في التطبيق العملي إلى قدر من عدم المساواة " [٣] .

وتأكد في حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في ٤ / فبراير/ ٢٠١٧ إذ قضت " ... ومن ثم لا يجوز للقانون أن يقوم تمييزاً غير مبرر تتنافر به المراكز القانونية التي تتماثل في عناصرها " [٤] .

---

[١] د. ثروت بدوي ، النظم السياسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص٤٢٥ .

[٢] أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون ، المصدر السابق ، ص٤٠٩ .
decision (C.C.79112 DC9/1/80

[٣] قضية : lindesly V. natural carbonic Gas co. 1998
أنظر تعليق الأستاذ جيروم م. بارون ، س. توماس دينيس : الوجيز في القانون الدستوري المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي ، ترجمة محمد مصطفى غنيم ، مراجعة هند البقلي ، ص١٩٤ .

[٤] راجع الحكم المنشور في الجريدة الرسمية ، العدد ٦ مكرر (ب)٢٠١٧ . وكذلك في حكمها " أن المساواة ليست مساواة حسابية " في القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية " دستورية " بجلسة ٤ مايو سنة ١٩٩١ ، جزء ٤ ، ص٣٥٦ .

وأحكام المحكمة الاتحادية العليا للمراقبة بعدم الدستورية لعدم تحقق المساواة بين المراكز المتماثلة يؤكد اخذها بالمساواة النسبية وليست المطلقة [١] .

الفرع الثاني

المساواة القانونية والمساواة الفعلية

تنقسم المساواة في أصل فكرتها على مساواة قانونية ومساواة فعلية ، ويرتد هذان القسمان الكبيران إلى اختلاف جوهري بين المذهبين الرأسمالي والاشتراكي[٢]. فالمساواة القانونية لها مفهومان أحدهما مادي والآخر معنوي .

المفهوم المادي : وهو الذي يتعادل فيه الافراد في ثرواتهم وجميع ظروفهم الواقعية ومعاملتهم معاملة واحدة ، والمفهوم المعنوي : وهو تعادل الأفراد في الحقوق والواجبات السياسية فيكونون سواء أمام القانون دون تفريق بينهم في النسب أم الطبقة أم الثروة وغيرها ولا يختلفون الا وفق الكفاءة والاستحقاق [٣] .

والمساواة القانونية هي التي نادى بها جان جاك روسو ورجال الثورة الفرنسية، وكانت تهدف إلى الغاء امتيازات الطبقات – الاشراف وكبار رجال الكنيسة [٤] .

إن المساواة القانونية مساواة في الحقوق والواجبات وهي قائمة على أساس من المساواة في الحقوق الطبيعية ، فالإنسان لكونه إنساناً يشترك مع الآخرين ، على

---

[١] رقم القرار / ٨٣ / اتحادية / ٢٠١٨ في ١٠ / ٧ / ٢٠١٨ منشور في الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية https://www.iraqfsc.iq . تاريخ الزيارة ٢٧ / ٥ / ٢٠٢١ .

وقد جاء في قرار المحكمة الاتحادية العليا بصدد الطعن الوارد على المادة (٥٧ / ثانياً) من قانون الموازنة العامة الاتحادية رقم (٩) لسنة ٢٠١٨ (إن النص يسبب تمايزاً بين رواتب أصحاب الدرجات الخاصة من العاملين في مجلس النواب وبين العاملين من أصحاب الدرجات الخاصة في رئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء لذا تجده المحكمة الاتحادية العليا يخالف نص المادة ١٤ من الدستور.. مما يقتضي الحكم بعدم دستوريته).

[٢] د. حسام فرحات ابو يوسف ، الحماية الدستورية للحق في المساواة – دراسة مقارنة ، المصدر السابق ، ص٨٧ .

[٣] صالح أحمد الفرجاني ، مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي ، مجلة العلوم القانونية والشريعة ، العدد السادس ، ٢٠١٥ ، ص٢٣٣ .

[٤] د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، ص٢٤٥ .

الرغم مما قد يكون هناك من عدم مساواة في العمل والانتاج وفي الانتفاع بالأموال أو التصرف فيها [١] .

يتبين للباحث المساواة القانونية تتحقق عندما تمتنع الدولة عن وضع أي تفرقة قانونية بين المواطنين لكي يصبحوا متساوين ، تتحقق عندما يتمتع الجميع على قدم المساواة بحماية القانون ، تتحقق عندما يتاح للجميع فرص قانونية متساوية .

أما المساواة الفعلية فهي تلك التي تساوي بين الأفراد الموجودين في مراكز قانونية متساوية ولا تساوي بين الأفراد الموجودين في مراكز قانونية مختلفة ، أي يجب أن تجعل المساواة هنا اعتباراً لواقع حياة أفراد المجتمع مختلفة ، بمعنى مساواة الأفراد في حالتهم وظروفهم وميزاتهم الاجتماعية [٢] .

المساواة الفعلية تعمل على تحقيق المساواة عن طريق تخفيف الفوارق بين الأفراد اقتصادياً واجتماعياً ومنها نبت مبدأ الحريات والحقوق الاجتماعية كحق العمل ، وحق التعليم المجاني وحق الرعاية الصحية . ظهر المذهب الاشتراكي ونادى بتحقيق المساواة الفعلية بين الأفراد والطبقات وعدم الاكتفاء بالمساواة القانونية النظرية [٣] .

ولتحقيق هذه المساواة الفعلية تلجأ بعض الدول المعاصرة إلى إنشاء الملكية العامة للسيطرة على وسائل الإنتاج ، نظراً لأن حرية الملكية الخاصة ، وامتلاك وسائل الإنتاج بواسطة الأفراد أو بصفة مطلقة هي التي تعرقل روح المساواة في الفرص أي تكافؤ الفرص أمام الجميع ، وكذلك المساواة في وسائل الاستفادة من هذه الفرص [٤] .

---

(1) Maurice Duveryer, Institutions politiqwe et Droit constitutionnel, Paris, 1971, P79 .

[٢] شهاب أحمد عبد الله ، دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ المساواة – دراسة مقارنة ، مجلة جامعة تكريت ، سنة ٣ ، مجلد ٣ ، عدد ٢ ، ج٢ ، ٢٠١٩ ، ص٨٥ .

[٣] هارولد لاسكي ، نظرات في ثروات عصرنا الحاضر ، ترجمة لجنة اخترنا لك ، ج٢ ، عدد ٧٩ ، ص٢٤٢ .

[٤] عبد الغني بسيوني ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، مطابع المعدني ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٣٣٨ .

وقد لعبت التشريعات الاجتماعية دوراً كبيراً بارزاً في تحقيق نوع من المساواة المادية أو الفعلية ، عن طريق ضمان حد أدنى من الرعاية الصحية والاجتماعية والاقتصادية ، وترتيب حقوق وامتيازات للطبقة الكادحة مع ذلك ، قوبلت هذه الجهود التي تهدف إلى تحقيق المساواة الفعلية بانتقادات من جانب عدد من الفقهاء والمفكرين ، إذ عدَّ السعي لتحقيق المساواة المادية يعد هدماً لمبدأ المساواة نفسه ، وحجتهم في ذلك أن المساواة القانونية تتنافى مع تقرير امتيازات لبعض الطبقات دون الأخرى ، وأن التشريعات الاجتماعية التي انتشرت في الدول المعاصرة تعد في الواقع تمييزاً للطبقات الضعيفة اقتصادياً على أصحاب القوة الاقتصادية وذلك مخالفة صريحة لجوهر المساواة [١] .

وقد أكد القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية أن المساواة المقصودة في الدستور هي المساواة القانونية وليست المساواة الفعلية إذ أكدت المحكمة العليا الأمريكية أن إعطاء فرصة متكافئة في المجتمع لا يتطلب إزالة صور اللامساواة الفعلية أو المادية بين الأفراد والجماعات ، ولذلك ركزت المحكمة الأخيرة على تحقيق المساواة الاقتصادية والاجتماعية [٢] .

كذلك أخذ القضاء الدستوري الفرنسي بالمساواة القانونية وليست المساواة الفعلية (الواقعية) إذ قضى المجلس الدستوري الفرنسي في أحد قراراته " يمكن للمشرع أن يأخذ في الاعتبار عدم المساواة الواقعية... " القرار في ٢٠٠٣/٨/١٤[٣].

---

[١] عبد الغني بسيوني ، الوسيط في النظم السياسية والقانوني الدستوري ، مصدر سابق ، ص٣٣٧ .

[2] Cynthia A. Vroom : Equal protection versus the principle equality, American and French views, on Equality in the Law. Capital university law review, 21 : 199 p2.4.

[٣] محمد عبد اللطيف، القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات (1999 –2004)، دار النهضة العربية، القاهرة ، طبعة ٢٠٠٥ ، ص٨٤ .

كثير من الشراح وفي مقدمتهم الفقيه (إزمن) يرون أن المساواة القانونية في الأهلية والاعباء العامة أي أن الحماية القانونية للحقوق الفردية هو المعنى المقصود من النص المادة الأولى من اعلان حقوق الإنسان الصادر في ١٧٨٩ " يولد الافراد ويعيشون أحراراً ومتساويين أمام القانون ولا يقوم التفاوت الاجتماعي الا للمصلحة العامة " . أزمن ، القانون الدستوري الفرنسي والمقارن ، ج١ ، بدون سنة طبع ، ص٥٤٥ .

وأكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر في العديد من أحكامها [١] ، أن المساواة قانونية ليست فعلية رهينة بشروطها الموضوعية التي ترتد في أساسها إلى طبيعة الحق الذي يكون محلا لها وما تقتضيه ممارسته من متطلبات .

كما تبين للباحث من خلال استقراء العديد من قرارات المحكمة الاتحادية والتي ورد ذكرها في متن الرسالة إن المحكمة الاتحادية العليا أخذت بالمساواة القانونية وليست المساواة الفعلية .

ومن قرارات المحكمة الاتحادية العليا قرارها في الدعوى المرقمة ٦/ اتحادية) / ٢٠١٠ في ٣ / ٣ / ٢٠١٠ الذي قضت فيه بعدم دستورية فقرة (ج) من البند (ثالثاً) من م (١) من قانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٩ قانون تعديل قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ ، إذ إنَّ القانون قد خالف (مبدأ المساواة بين العراقيين) فقد عد المقاعد المخصصة من الكوتا للمسيحيين ضمن دائرة انتخابية واحدة وذلك في البند خامساً من المادة الأولى منه ولم يمنح القانون هذا الحق إلى طائفة الصابئة المندائية حينما قصر حق الترشيح والتصويت على بغداد فقط [٢].

المبحث الثاني

دور التفسير القضائي في حماية مبدأ المساواة

يتمتع القاضي الدستوري باختصاصات عديدة لعل أبرزها اختصاصه بتفسير نصوص الدستور والذي من خلاله يتمكن من حماية مبدأ المساواة من الانتهاك من خلال التقريب بين نصوص الدستور والقانون ومنع التعارض بينهم وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين، وكما يأتي :

---

[١] القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية في ١٩ / مايو / ١٩٩٠ ، الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية المصرية http://www.sccourt.gov.eg تاريخ الزيارة ٢٧ / ٥ / ٢٠٢١ . حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة الخامسة مكرراً من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ حيث أن المادة تكون بذاتها قد تضمنت في صريح نصها اخلالاً بحق المواطنين غير المنتمين لأحزاب سياسية في الترشيح على قدم المساواة وعلى اساس تكافؤ الفرص مع باقي المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية اخلالاً أدى إلى التمييز بين الفئتين من المرشحين في المعاملة القانونية .

[٢] المنشور في أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٠ المجلد الثالث ، تموز ٢٠١١ ، ص٤٢ .

المطلب الأول: دور الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري في تطبيق مبدأ المساواة
المطلب الثاني : القيود الواردة على اختصاص القاضي الدستوري بتفسير مبدأ المساواة .

المطلب الأول
دور الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري في تطبيق مبدأ المساواة

الاختصاص التفسيري للقاضي الدستوري الذي يهدف إلى التطبيق السليم للنصوص يمكنه أن يوفر حماية لمبدأ المساواة لما لقرارته من أهمية والزام للكافة.

إنَّ مسألة تطبيق مبدأ المساواة قد تجلت وتبلورت من خلال ما ركز عليه القاضي الدستوري الذي أيقن أن العقبة الأساسية في مسألة تحقيق المساواة ، تتجلى إشكاليتها من خلال تضارب الواقع النظري والواقع العملي للقانون ، أي بمعنى أن القانون من ناحيته الشكلية يحقق المساواة عندما يخاطب الجميع دون استثناء ، إلا أنه يخرق مبدأ المساواة من الناحية التطبيقية عندما يعامل بصورة واحدة مراكز قانونية مختلفة .

وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين ، وكما يأتي :

الفرع الأول : اختصاص القاضي الدستوري في تفسير مبدأ المساواة .

الفرع الثاني : حدود تفسير القاضي الدستوري لمبدأ المساواة .

الفرع الأول
اختصاص القاضي الدستوري في تفسير مبدأ المساواة .

القاضي الدستوري يمارس اختصاصه في التفسير بصورة مباشرة من خلال تطبيق النص الدستوري الذي يؤسس لهذا الاختصاص أو بصورة غير مباشرة بمناسبة ممارسة اختصاصاته الأخرى والتي يأتي في مقدمتها ، الرقابة على دستورية القوانين .

أولاً : موقف دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧ .

المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية هي واحد من ضمن عدة جهات لها اختصاص تحديد معنى الدستور ، وذلك استناداً إلى سكوت النص الدستوري عن تحديد الجهة المختصة بالتفسير ، هذا يعطي كل محكمة من محاكم الدولة

اختصاص تفسير الدستور بمناسبة ممارسة اختصاصها فهي ملزمة في البحث عن المعنى الصحيح للنص الدستوري ، للعمل بموجبه ثم انعقد للمحكمة الاتحادية العليا الأمريكية الاختصاص بالتفسير بفعل عوامل واقعية ومنها المكانة التي تتمتع بها المحكمة في المجتمع الأمريكي ، وكثيراً ما أدت صعوبة اقرار التعديلات الدستورية إلى الالتجاء للمحكمة العليا الأمريكية في أوقات معينة إلى تفسيرات معينة للدستور عدت بمثابة تعديل غير رسمي للدستور [١].

وعملية التفسير التي تقوم بها عملية متطورة ، إذ تتغلب فكرة الدستور الحي على مبدأ السوابق القضائية [٢] ، ومن تفسيراتها تفسيرها للتعديل الرابع عشر الخاص بمبدأ المساواة ، وقد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية في بادئ الأمر أن شرط المساواة في الحماية يطبق لحماية الزنوج وحدهم منذ عام ١٨٧٣ م لكنها عدلت في عام ١٨٨٦ م عن هذا التفسير وذهبت إلى أن الحماية المذكورة في التعديل الرابع عشر شرط المساواة في الحماية القانونية حماية عامة تطبق وتسري على كل الاشخاص الخاضعين لقوانين الولاية بغض النظر عن اختلاف في اللون أو الأصل أو الجنس [٣] .

ثانياً : موقف دستور فرنسا لعام ١٩٥٨

لم يتضمن الدستور الفرنسي الصادر سنة ١٩٥٨ م ، أيَّ إشارة على إمكان مراجعة المجلس في شأن تفسير نصوص دستورية أو لها قيمة دستورية أو حتى نصوص قانونية يراد وضعها موضع التنفيذ ، وعلى ذلك فهو يمارس عملية التفسير كمقدمة ضرورية لمباشرة اختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين [٤] .

---

[١] د. أحمد فتحي سرور، منهج الاصلاح الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص١٦١ .

[٢] د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٥٦٢.

[٣] هنري جالاند ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة (بالفرنسية) سنة ، ١٩٣٢ ، ص٦٦ ، فقرة ٢٧ .

[٤] د. محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٦١ .

القاضي الدستوري الفرنسي تجنب أي تفسير ضيق لمعنى المادة (١) من دستور ١٩٥٨ م التي تحدثت فقط عن حظر التمييز المبني على الأصل أو العرق أو الدين ، إذ نلاحظ إنه من خلال قرارات عديدة له تطرق إلى (دستورية مبدأ المساواة) دون أن يلجأ إلى أي نص دستوري ، فالقاضي الدستوري الفرنسي تخطى المفهوم التقليدي لمبدأ المساواة الذي يتمحور شكلياً حول عدم التمييز المبني على العرف أو الدين أو الاصل ، بحيث سعى من خلال استراتيجية جديدة في اجتهاده أن يتحكم بآلية التشريع بغية الوصول من الناحية العملية إلى تطبيق مبدأ المساواة خارج إطار العرق أو الدين أو الأصل [١] .

كما وسع القاضي الدستوري الفرنسي نطاق اجتهاده حول مبدأ المساواة لتشمل الأجانب المقيمين بصورة شرعية على أرض الدولة ، مما يعني أنه رفع مبدأ المساواة من مرتبته التقليدية المقتصرة على المواطنين دون سواهم إلى مرتبة الانسانية بحيث تشمل الأجانب . وذهب أبعد من ذلك في اتجاهاته التطبيقية لمبدأ المساواة ، إذ تخطى تطبيقه على الشخص الطبيعي ليشمل الأشخاص المعنوية [٢] .

ثالثاً : موقف دستور مصر لعام ٢٠١٤

أما بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا المصرية ، فإن عدم إيراد الدستور المصري لنص يتعلق باختصاصها بتفسير نصوص الدستور ، كاختصاص أصيل أثار جدلاً حول إمكانية قيام المحكمة بتفسير نصوص الدستور كاختصاص مستقل فإن الآراء متفقة على أن المحكمة الدستورية العليا المصرية تقوم بهذه المهمة وهي تراقب دستورية القوانين لأن القاضي هو بصدد رقابته لمسألة الدستورية وله أن يفسر النصوص الدستورية على اعتبار أن تلك الرقابة تتطلب من القاضي الدستوري أولاً : تفسير النصوص القانونية موضوع الرقابة والنصوص الدستورية التي تحكمها ،

[١] د. أمين عاطف صلبيا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المصدر السابق، ص٣٩٢.

[٢] د. أمين عاطف صلبيا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المصدر السابق، ص٣٩٤.

وثانياً: تقدير مدى توافق هذه النصوص مع أحكام الدستور ، فعملية التقدير تأتي في أغلب الحالات بعد عملية التفسير [١] .

فسرت المحكمة الدستورية العليا المصرية مبدأ المساواة تفسيراً متبايناً في العديد من أحكامها فقد ضيقت من تفسير مبدأ المساواة في حكمها بخصوص شرط التمييز للأحزاب في برامجها السياسية ، وذلك مما جاء في الطعن الذي قدمه الحزب الناصري الذي رفض تأسيسه بداعي انتفاء هذا الشرط ، إذ رفضت الطعن بعدم دستورية البند الثاني من المادة الرابعة من قانون الأحزاب السياسية قبل تعديله سنة ٢٠٠٥ ، ورأت أن نص هذه المادة قد جاء عاماً مجرداً لينطبق حكمه على جميع الأحزاب دون أن يميز بين حزب وآخر [٢] . ويرى الباحث أن المحكمة هنا فسرت مبدأ المساواة تفسيراً شكلياً ولم تبحث في مدى دستورية القيود التي يفرضها هذا الشرط ومدى تعطيله لمبدأ المساواة والحق في المشاركة السياسية .

ورغم هذا التضييق في تفسير المبدأ وتطبيقاته في هذا الحكم إلا أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قد اجتهدت في حكم آخر لها اجتهاداً بيناً أكد على حظر التمييز وعدم المساواة في الحق بالمشاركة السياسية ، وذلك حين أشارت إلى أن صور التمييز المجافية للدستور وأن كان يصعب حصرها الا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور أو القانون ، وذلك سواء بإنكار أصل وجودها أم تعطيل أم انتقاص آثارها مما يحول دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة بين المؤهلين للانتفاع بها بوجه خاص على صعيد الحياة السياسية ، ورأت أن استبعاد شاغلي وظائف الإدارة العليا

---

[١] " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، واللوائح ، وتفسير النصوص التشريعية ، .... الخ " . المادة (١٩٢) من دستور ٢٠١٤ م النافذ . عصمت عبد الله الشيخ ، الدستور بين مقتضيات الثبات وموجبات التغيير في ضوء الفكرة القانونية السائدة لدى أفراد المجتمع السياسي، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٩٢

[٢] أحمد حسني علي الاشقر ، دور القضائيين الدستوري والاداري في حماية الحقوق والحريات العامة ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والادارة العامة ، جامعة بيرزيت ، ٢٠١٣ ، ص٩٠ .

بالوحدات الاقتصادية من فرص الترشيح التي كفلتها لغيرهم من العاملين بها رغم تماثلهم جميعاً في مراكزهم القانونية هو تمييز تحكمي ومنهي عنه [١] .

هذان الحكمان يظهران كيف يمكن للاجتهاد القضائي أن يتباين في تفسير مبدأ المساواة تبعاً للوقائع المتعلقة بكل قضية .

رابعاً : موقف دستور العراق لعام ٢٠٠٥

القضاء الدستوري العراقي ممثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا له اختصاص أصيل ومباشر بتفسير الدستور بموجب م (٩٣) من دستور ٢٠٠٥ ، ويمثل اختصاص تفسير الدستور ، ثاني اختصاص للمحكمة ، وحينما تمارس تفسيرها القضائي عند النظر في دستورية القوانين المطعون في عدم دستوريتها فإنها ستتعرض إلى تلك النصوص وتفسيرها من أجل الوصول إلى الحكم بدستوريتها أو عدم دستوريتها وكانت المحكمة في أكثر من مناسبة تفسر النص الدستوري حينما يطلب منها أو للنص الدستوري والنص القانوني محل الطعن عندما يعرض عليها في دعوى دستورية يقيمها أحد الأطراف ممن له المصلحة في ذلك .

فطلب مجلس النواب تفسير المادة (١٤) من الدستور الخاص بمبدأ المساواة وسأل ما إذا يمكن فرض نسبة تمثيل للنساء في قانون المحافظات وفقاً للمادة (١٤) من الدستور وغيرها من المواد التي نصت على تكافؤ الفرص .

أصدرت المحكمة الاتحادية العليا العراقية قرارها المتضمن " تجد المحكمة الاتحادية العليا أن القواعد التي تتبع في تفسير أي مادة في تشريع ما ، وجوب دراسة كل مواد ذلك التشريع للتوصل إلى فلسفة وهدف ذلك التشريع الذي أراده المشرع ومن ذلك الدستور وبالرجوع إلى المادة (٤٩ / رابعاً) من دستور جمهورية العراق وجد أنها تنشد وتستهدف تحقيق نسبة تمثيل النساء لا تقل عن الربع من عدد أعضاء مجلس النواب والمحكمة الاتحادية العليا تجد أن ذلك ما يجب العمل عليه في مجلس المحافظة المنتخب نظراً لوحدة الهدف ووحدة الاختصاصات في المجال

---

[١] شحاته ابو زيد شحاته، مبدأ المساواة في الدساتير العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٦٢٧–٦٢٨ .

التشريعي وأن هذا لا يتقاطع مع المبدأ المنصوص عليه في م (١٤) من الدستور بل يأتي منسجماً معه في المرحلة الحاضرة " [١] .

الفرع الثاني
حدود تفسير القاضي الدستوري لمبدأ المساواة

الحدود الداخلية في التفسير : أي التفسير الضيق لمبدأ المساواة من القاضي الدستوري ، تفسير مادي لتحقيق مساواة شكلية من ظاهر النصوص وحرفيتها .

أما الحدود الخارجية في التفسير : اي التفسير الواسع لمبدأ المساواة تفسير موضوعي ، عندما يتعمق في النصوص ، فللقاضي الدستوري من سعة في التفسير يستطيع بها أن يخرج من مدلولها [٢] .

إن " دور المحكمة الدستورية العليا لم يقتصر على مجرد المقابلة الحرفية بين النصوص الدستورية والنصوص التشريعية لأن المشرع العادي من المهارة بحيث لا ينتهك علانية الدستور ، لذا فإن دورها تعدى المقارنة بين النصوص إلى البحث في نوايا واضع الدستور ونوايا المشرع ووازن بينهما ، ووضعت نفسها مكان واضع الدستور ، ووضعت تفكيرها الخاص محل تفكيره ثم قدرت مدى دستورية النص المعروض عليها على هذا الأساس " [٣].

نص التعديل الدستوري الرابع عشر الصادر عام (١٨٦٨ م) لدستور الولايات المتحدة الأمريكية في نهاية الفقرة الأولى على أن " يمتنع على الولايات أن تحرم أي شخص في دائرة اختصاصها من حقه في الحماية القانونية المتساوية " . وتنص الفقرة الخامسة من التعديل نفسه من أن " الكونغرس يملك عن طريق التشريعات المناسبة سلطة اعمال هذه المساواة " . وقررت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية بأن " النص الدستوري للولاية حرمان الأشخاص الذين أدينوا بجريمة الفساد

---

[١] رقم القرار / ١٣ / اتحادية / ٢٠٠٧ (تفسير نصوص الدستور) في ٣١ / ٧ / ٢٠٠٧ ، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام (٢٠٠٥ ، ٢٠٠٦ ، ٢٠٠٧) ، ص٥٣ .

[٢] احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة ، ط٢ ، ٢٠٠٠ ، ص١٢٣ .

[٣] د. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات ، دار النسر الذهبي ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٣٧٣ .

الخلقي من حقوقهم الانتخابية اعتبر انتهاكاً للحماية المتساوية لأنه بينما يبدو محايداً عنصرياً في الظاهر ، فإن التشريع الأصلي كان الواضح فيه هو الرغبة في التفرقة ضد الزنوج " [١] .

القاضي الدستوري الفرنسي عندما تعرض لمسألة المساواة بين المرأة والرجل في المجال السياسي ألغى قاعدة قانونية تعطي الأفضلية للمرأة على الرجل في انتخابات المجالس البلدية وفسر ذلك بأن القاعدة القانونية تشرع للتمييز بين الجنسين [٢] .

وقضى المجلس الدستوري الفرنسي عدم المصادقة على مادتين من قانون تقسيم الدوائر الانتخابية لتعارضها مع أحكام الدستور التي جاء بها التعديل الدستوري لعام ٢٠٠٨ المتعلقة باستحداث مقاعد نيابية لتمثيل الفرنسيين المقيمين خارج فرنسا اضافة لمخالفتها لمبدأ المساواة الذي نصت عليه المادة (٢) من دستور ١٩٥٨ ، وفسر المجلس الدستوري الفرنسي هذا الحكم بأن التفاوت الكبير بين الدوائر الانتخابية يشكل حظراً على تمثيل إرادة الناخبين واخلالاً جسيماً بمبدأ المساواة والعدالة بين السكان [٣] .

وفي قرار آخر للمجلس الدستوري الفرنسي في ٧ يناير ١٩٨٨ [٤] ، قرر فيه " إنَّ النص على أن بعض المساهمين في إحدى الشركات سيكونون أقلية في جميع الحالات يحمل مساساً بمبدأ المساواة يتجاوز ظاهر ما كان ضرورياً لتحقيق العدالة للمركز المتميز والخاص لبعض فئات المساهمين " .

---

[١] قضية : هانتر ضد انرووود ١٩٨٥ ، الوجيز بالقانون الدستوري ، المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، جيروم، أ. بارون وتوماس دينيس ، ترجمة محمد مصطفى غنيم ، مراجعة : هند البقلي ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، القاهرة ، ط٢ ، ١٩٩٨ ، ص٢٠٠ .

[٢] د. محمد منير الحساني ، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة ، في النظام الجزائري بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون ، العدد الخامس عشر ، ٢٠١٦ ، ص١٩٢ .

[٣] ينظر قرار المجلس الدستوري رقم 2008/573 الصادر بتاريخ 8 يناير 2009 منشور على الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري. www.conseil-constitutionel.fr تاريخ الزيارة ٤/٦/ ٢٠٢١ .

[4] consiel constitutional no 87 – 232 DC do7 .
Janveir, Loi á La mua Lisation de La caisse national du Creit Agricde r. P17 , pouvoirs , no 46 , p179 , Chr. AVRIL et Gicouel .

والمساواة التي قصدها الدستور هي ضد التحكم ، فالمشرع عندما يعمل بسلطته التقديرية عليه أن يتقيد بمبدأ المساواة لأنه أحد الحقوق التي حماها الدستور. (التحكم) " شيء لا يمكن قبوله بالمنطق أو العقل"[١] . ومن أمثلة الأمور التحكمية ما أقر به المجلس الدستوري الفرنسي، إنَّ احترام مبدأ المساواة يتطلب في القانون الذي ينص على اختيار قضاة المحكمة بالانتخاب ألاّ يقيم وزناً للأهمية الاقتصادية للمشتركين في الانتخاب، وإلا كان غير دستوري لمخالفته مبدأ المساواة أمام القانون، وذلك باعتبار أن هذا القانون يهدف من حيث الغاية إلى تشكيل المحكمة وليس إلى تشكيل جمعية من ممثلي أصحاب المصالح الاقتصادية مما لا يجوز معه اعطاء وزن لأصحاب مصلحة اقتصادية معينة في مجال انتخاب القضاة[٢].

وعدَّت المحكمة الدستورية العليا في مصر كل تمييز يتناقض مع مبدأ المساواة تحكمي وتفسر المحكمة ذلك بقولها أنه " لا يعتبر التنظيم التشريعي لموضوع ما، مقصوداً بذاته ، بل لتحقيق أغراض بعينها يعتبر هذا التمييز ملبيا لها، وتعكس مشروعية هذه الأغراض اطاراً للمصلحة العامة التي يسعى المشرع لبلوغها متخذا من القواعد القانونية التي يقوم عليها هذا التنظيم سبيلاً إليها فإذا كان النص التشريعي – بما انطوى عليه من التمييز مصادماً لهذه الأغراض مجافياً لها ، بما يحول دون ربطه منطقياً بها أو باعتباره مدخلاً اليها ، فإن ذلك النص يكون مستنداً إلى أسس غير موضوعية ، ومتبينا تمييزاً تحكمياً " [٣].

المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية أكدت على ذلك في أحكامها ، ومن ذلك حكمها في قضية قرية ويلوبروك ضد أوليش عام ٢٠٠٠ [٤] ، إذ قضت بأن الهدف من شرط المساواة في الحماية المنصوص عليها في التعديل الرابع عشر هو تأمين

---

(1) Gvedel, "Legalite", declaration des (C) droit I'hommeet du citoyen de 1789 ses origins sa perennite, La documentation Fran caise, Paris, 1990, P171.

[٢] وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا المعنى في قضية :

Conseils de pro d'hommes' DC . No . 78 – 101 du 17 du 17 danuary 1979 , Recueil Jur. Const. p. 67 .

[٣] د. جورجي شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في بعض الانظمة) ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد ٦٦ ، ٢٠١٨ ، ص٨٤ .

[٤] قضية : Village of willowbrook V. olech2000 ينظر الموقع الالكتروني :

http://www.law.cornall.edu. تاريخ الزيارة ٣ / ٤ / ٢٠٢٢

وحماية كل فرد داخل نطاق اختصاص الولاية ضد التمييز العمدي والتحكمي سواء جاء هذا التمييز صريحاً في عبارات القانون أم من خلال التنفيذ أم التطبيق غير الملائم بواسطة المسؤولين .

كما أن المحكمة الاتحادية العليا فسرت مبدا المساواة في قرارها المرقم ١٥٤/ اتحادية / ٢٠١٨ في ٩ / ١٢ / ٢٠١٨ حيث جاء في القرار (وتجد المحكمة الاتحادية العليا من دراسة الطعن والمادتين الدستوريتين التي اعتمدتها المدعية ، أن المساواة المقصودة في المادة (١٤) من الدستور تكون بين الفئة الواحدة وفق الضوابط التي أوردتها هذه المادة ، وإذا ما تخلف أحد هذه الضوابط في فئة من الفئات قياساً للفئات الاخرى أو كانت فئة من هذه الفئات تتميز بما لا تتميز به الفئات الأخرى . فإن مبدا المساواة المقصودة في المادة (١٤) من الدستور لا يظهر ولا يمكن تطبيقه عند التنافس كما هو الحال بين ذوي الشهداء من الطلبة وغيرهم من الطلبة من غير ذوي الشهداء ... وحيث أن مجلس النواب عند تشريعه المادة (١٧) / سابعاً) من قانون مؤسسة الشهداء خص ذوي الشهداء بامتياز معين وبنسبة محددة عند التنافس مع غيرهم في القبول بالدراسة وفق خياراته التشريعية المنصوص عليها في المادة (٦١ / اولاً) من الدستور ... عليه قرر الحكم برد دعوى المدعية ...) [١] .

من هذه القرارات نفهم من تفسير القضاء الدستوري إمكانية المساس أو الخروج على مبدا المساواة ، عندما رخص للمشرع المساس بالمساواة الشكلية لملامسة المساواة الموضوعية (الحقيقية) .

[١] الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا. . https: //www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة ٤ / ٤ / ٢٠٢٢

المطلب الثاني
القيود الواردة على اختصاص القاضي الدستوري بتفسير مبدأ المساواة

إن مبدأ المساواة يقتضي بوجوب اخضاع جميع الأفراد الذين يتمتعون بمراكز قانونية متماثلة بنظام قانوني موحد ، ويستطيع المشرع وضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية إلاّ أن القاضي الدستوري لا يمكنه أن يقيد المشرع بصورة مطلقة بل يترك له سلطة تقديرية في اختيار الأثر القانوني الذي يترتب على الواقعة المعروضة عليه . وإذا كان تحقيق المصلحة العامة هو هدف كل سلطة ، فإن دور القاضي الدستوري هو التدقيق في جوهر هذه المصلحة ، لذلك فإن فكرة المصلحة العامة تؤدي دوراً هاماً في القضاء الدستوري وللتعريف بالموضوع ينبغي تقسيم هذا المطلب على فرعين ، وكما يأتي :

الفرع الأول : تفاوت المراكز القانونية

الفرع الثاني : المصلحة العامة في التفسير

الفرع الأول
تفاوت المراكز القانونية

إن القاضي الدستوري عندما يقوم بتفسير نصوص الدستور يراعي الاعتبارات العملية في قراراته طبقاً للتطور السياسي والفكري والاقتصادي وبما يتوافق مع الأوضاع الراهنة ، ولا يقتصر على التفسير الحرفي لها ، ومن جهة أخرى ، فإن القاضي يراعي الاعتبارات العملية الخاصة بالنزاع في حالة عدم وجود نص في القانون أو عرف يحكم هذا النزاع [١] .

واذا كان الأصل إن المساواة تتميز بالعمومية المطلقة أي ينطبق القانون على الكل دون اختلاف ، إلاّ أن من الناحية العملية لا يسمح بتحقيق المساواة المطلقة ، فالمساواة لا يمكن أن تكون إلاّ نسبية ، أي أنها تتحقق بالنسبة للمراكز المتماثلة [٢].

---

[١] د. يسري محمد العطار ، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ، ص١٥ .

[٢] د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية "دراسة لنظرية الدولة والحكومة والحقوق والحريات العامة في الفكر الاسلامي والاوربي ، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط٤، ٢٠٠٢، ص٣٧٢– ٣٧٣.

وبما أن المساواة كما أشرنا سابقاً لا تعني المساواة المطلقة فهي مساواة نسبية تحترم الاختلافات والمراكز القانونية ، فالقانون لا يمكن أن يكون بالنسبة لجميع الأشخاص في الدولة واحداً ، وإنما هو كذلك لمن تتوافر فيهم الشروط المطلوبة . أي بالنسبة للذين يحتلون مراكز قانونية متماثلة .

عليه فإنها مساواة في الاتفاق ومساواة في الاختلاف . أي المعاملة المتشابهة للأشياء المتشابهة والمعاملة المختلفة للأشياء المختلفة [١] .

وقضت المحكمة العليا الأمريكية بالتمييز الايجابي في قرارات [٢] لها إذ أكدت إمكانية هذا التمييز لمساعدة الأقليات ولظهور ثقافات متعددة ومتنوعه في المجتمع ومن قرارات المحكمة قرارها في قضية أوضحت المحكمة فيها " بأن الجنس يمكن أن يستعمل معيارا لقبول الطلبة لتحقيق غايات للوصول بها إلى المفهوم الإنساني الاكثر شمولا وتنويعا ... " وتتلخص هذه القضية بأن أحد الطلاب البيض الكفء قام بالالتحاق إلى جامعة الطب كاليفورنيا ويقع مقرها في مدينة ديفنس وكانت الكلية ضمن سياستها في القبول (١٦) مقعدا محجوزة للطلاب الجدد الملونين (آسيويين ، أصول أفريقية هيسبان) أقل كفاءة من الطالب الأبيض حسب الدرجات التنافسية ، وقد اعترض الطالب على سياسية الكلية لأنها تمثل خرقاً لمبدأ المساواة للتعديل الرابع عشر ، أكدت المحكمة العليا أن سياسة الكلية صحيحة وهي استعمال الجنس معيار للقبول .

---

[١] د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد أدريس ، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط١ ، ٢٠١١ ، ص٤٨١ .

[2] Regent of the university of colifornia v. Bakke 438 U. S . 265 (1978)

انظر على شبكة الانترنيت

http//en.wikibediaorg./wiki/regentsoftheuniversityofcalaforiav.bakke.

تاريخ الزيارة ١ / ٦ / ٢٠٢١ .

وقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي بدستورية التمييز الايجابي [١] آخذا بالحسبان الاختلاف الواقعي بين المراكز القانونية والذي المشرع يتدخل لمعالجته بإجرائه تمييز إيجابي لصالح فئة معينة فقد قرر " أن لا يمنع المشرع من أن يعامل بتشريعات مختلفة مواقع مختلفة ضمن الفئة الواحدة ، شرط أن يكون التمييز في المعاملة متناسباً مع الهدف الذي رسمه القانون " [٢] .

إذا يقصد بالتمييز الايجابي إجراء المشرع نوعاً من التفرقة في المعاملة بين أشخاص سواء كانوا طبيعيين أم معنويين ينتمون إلى مركز قانوني واحد ، من خلال منح ميزة قانونية لفئة محددة من بينها ، لغرض تعويض هذه الفئة عن الحرمان الذي لحق بها قبل تدخل المشرع بهدف الغاء التمييز السلبي الذي مورس ضدها في السابق ولتتمكن من الممارسة الفعلية التي كفلها لها الدستور أو القانون ، والتي لم تستطع هذه الفئة ممارستها فعلياً بسبب ظروف خاصة بها [٣] .

يتبين للباحث إن التمييز الايجابي يتناقض مع التمييز السلبي إذ ان التمييز السلبي تمييز ممنوع أو محظور تنطلق دوافعه من مجرد الاختلاف في الجنس أو

---

[١] يقصد بالتمييز الايجابي " منح المشرع بمقتضاه ميزة قانونية لفئة من الاشخاص تواجه مصاعب تحد من قدرتها على ممارسة الحقوق والحريات التي اعترف لها بها الدستور على قدم المساواة مع باقي الفئات . ويهدف المشرع من وراء هذا التمييز في المعاملة القانونية إلى معالجة عدم المساواة الفعلية بين الأفراد وتحقيق العدالة فيما بينهم " ، د. يسري محمد العصار ، التمييز الايجابي ومدى اتفاقه مع الدستور ، المجلة الدستورية ، تصدرها المحكمة الدستورية المصرية ، العدد الخامس ، ٢٠٠٤ ، ص٢٧ ، ويختلف البعض على التسمية دون اخلال بالمبدأ ففي أمريكا يسمونها " العمل الايجابي " وبعض دول أوربا تسميها " التميز الايجابي " ودول أخرى تسميها " المعاملات التفضيلية " . ودول أخرى تسميها " آليات الانعاش الملائم للأقليات " أو اجراءات الفعل التوكيدي " أو " المساواة الرافعة " لرفع مستوى الضعفاء إلى مستوى الاقوياء ، أو آليات الدمج لكل مكونات الأمة أو تفعيل المواطنة عن طريق اجراءات خاصة لتعزيز المشاركة والمساواة، أو آليات التمثيل والتواجد العادل للأقليات " أو حتى تعزيز " قانون التنوع " ، ولكن في الحقيقة كل هذه العبارات ما هي الا وصف لجزء من محتوى الفكرة ولا تشمل كافة جوانبها، لمزيد من التفصيل ينظر هاجر الهيشري ، مشروعية التمييز الايجابي، متاح على الموقع الالكتروني :
www.maitremahmoudyacoub.blogspot.com 3 / 4 / 2014
تاريخ الزيارة ٢ / ٦ / ٢٠٢١ .

[٢] د. يسري محمد العطار ، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري ، مصدر سابق ، ص١٥ .

[٣] شورش حسن عمر، الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه ، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، مجلد ٣٢ ، العدد ٢ ، ٢٠١٧ ، ص١٢٥ .

العرق أو الدين وهو تمييز ينتهك حق الافراد بالمساواة ويكون تمييزاً تعسفياً غير مبرر .

ويستند التمييز الايجابي للدستور نفسه ، فالدساتير الحديثة ومن ضمنها الدستور العراقي ، تلزم الدولة إيجابياً بتمتع الأشخاص بالحريات والحقوق التي اعترف المشرع لهم بها .

وقضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بدستورية التمييز الايجابي بحكمها الصادر في ٣١ اغسطس ١٩٩٥ في القضية رقم ٨ في السنة القضائية ١٦ ، الذي قررت فيه برفض الدعوى لعدم دستورية المواد (١٠ / ١٥ / ١٦) من قانون تأهيل المعاقين رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ المعدل في عام ١٩٨٢ والتي قرر المشرع بمقتضاها حجز نسبة (٥٪) من الوظائف للمعاقين المسجلين في مكاتب القوى العاملة والحاصلين على شهادات التأهيل .

وبالرجوع لقرارات المحكمة الاتحادية العليا لملاحظ أنها أكدت على دستورية القوانين والأنظمة المنظمة لحصة كوتا النساء في أكثر من قرار لها وعدتها هدفاً مشروعاً لتتحقق نسبة تمثيل النساء في مجلس النواب ومجالس المحافظات .

ففي قرار لها " ... وجد أن المدعيان ... يطالبان من المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستورية (القسم الثالث) ضمن (الخطوة الثالثة) من النظام توزيع مقاعد مجلس النواب رقم (١٤) لسنة (٢٠١٤ م) ... بحجة مخالفته لأحكام المادة (١٤) و(١٦) و(٢٠) و(٣٨ / أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ م ... ولدى التدقيق وجد .. أن المفوضية العليا المستقلة للانتخابات طبقت النظام المطعون بعدم دستوريته فيما يتعلق بتحقيق نصاب كوتا النساء في مجلس النواب وقد وجدت المحكمة الاتحادية العليا من تدقيقها بأن الخطوة الثالثة من (القسم الثالث) من (النظام المذكور أعلاه) قد جاءت متوافقة مع (٤٩/ رابعاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ ... كما جاءت متوافقة مع م(١٤) من قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣ وليس فيها ما يخالف الدستور... ولأجل تحقيق هدف مشروع في تحقيق نسبة تمثيل النساء بما لا يقل عن ربع عدد أعضاء مجلس النواب المنصوص عليه في م (٤٩/ رابعاً)

من الدستور لذا وللأسباب المتقدمة تكون دعوى المدعيان لا سند لها من الدستور والقانون مما اقتضى ردها لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم برد دعوى المدعيان ... " [١] .

الفرع الثاني
المصلحة العامة في التفسير

إن المعيار الذي أخذ به القضاء الدستوري المقارن للحكم على دستورية التمييز المبرر ، هو شرط المصلحة العامة ، فحتى يحكم بدستورية التشريع يجب أن يكون هدف المشرع تحقيق المصلحة العامة [٢] .

تحقيق المصلحة العامة تسعى لتحقيقه كل سلطه وباي وسيله كانت حتى إذا أثرت على حريات وحقوق الأشخاص ، وهنا يأتي دور القاضي الدستوري بتدقيق جوهر هذه المصلحة العامة . والا كان التشريع غير دستوري [٣] .

ومع أن الحق في المساواة أكثر اتصالاً بالسلطة التقديرية للمشرع ، الا انه لا يجوز للمشرع اتخاذ السلطة التقديرية وسيلة لتخطي القيود الدستورية التي تلزمه بالمساواة بين الأشخاص [٤] .

عندما يتدخل المشرع مستعملاً السلطة التقديرية لتسوية مسألة معينة فإنه يهدف لغاية محددة ضمان المصلحة العامة ، باعتبار ان القوانين ليست مقصودة لذاتها ، انما هي رسائل لتحقيق اغراض عهد المشرع الدستوري تحقيقها للمشرع العادي . وفكرة المصلحة العامة تؤدي دورا في القضاء الدستوري ، فالمجلس الدستوري الفرنسي اخذ بالحسبان المصلحة العامة للتأكيد على دستورية النصوص التشريعية مع أنها تتضمن اعتداء على المساواة أمام الأعباء العامة ، فيقرر أن النص التشريعي لا يخالف الدستور ، لان المشرع عندما يعدل تشريع ضريبي وبأثر

---

[١] قرار رقم (العدد ١١٦ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٤) .

[٢] د. عاطف سالم عبد الرحمن ، دور القاضي الدستوري في الإصلاح السياسي – والاجتماعي – الاقتصادي – دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة ، ط١ ، ٢٠١٠ – ٢٠١١ ، ص٣٧٦ .

[٣] محمد عبد اللطيف ، التصحيح التشريعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص١٥٤ .

[٤] عبد المجيد ابراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع– دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٥٣٧ .

رجعي للمصلحة العامة ، فإنه يريد أن لا تتضرر الدولة والوحدات الإقليمية في حالة إلغاء قرارات فرض الضريبة [١] .

وفي قضية أصدرت المحكمة الاتحادية العليا في أمريكا قراراً بعدم دستورية قانون صادر بأثر رجعي من ولاية كونتكيت مخالف للدستور ، كان هذا القانون منظم لقضايا الميدان وبأثر رجعي على ما حصل قبل نفاذه من وقائع وقد سبب أضرارا للوارث " Calder " لأنه سوف يحرمه من الميراث من تركة مورثه " Novman Mornision"

مما أدى به إلى الاعتراض على هذا القانون ، وجاء القرار عادّاً التشريع قد خالف الدستور في (م ١ ف ١٠) إذا نص القرار على " المحكمة لا تستطيع أن تقرر أن القوة الكلية لهيأة تشريعية لدول أنها مطلقة وليس لها ضابط وان صلاحيتها يجب أن تحد صراحة بالدستور ، أو القوانين الأساسية للدولة وان مواطنو الولايات المتحدة أقاموا دستورهم ليوطدوا العدالة ، فهناك إجراءات لا يمكن للحكومة الفيدرالية أو الولاية أو الهيأة التشريعية أن تقوم بها فانه لشيء مخالف تماما للصواب وللعدالة ان تعهد إلى هيئة تشريعية بمثل هذه السلطات الاستبدادية " [٢] .

ومثال التفريق في المعاملة لتحقيق مصلحة عامة اقتصادية قرار المجلس الدستوري الفرنسي " جواز تقرير اختلاف في المعاملة بين البنوك التي يملك معظم رأسمالها أشخاص طبيعيون غير مقيمين في فرنسا أو أشخاص معنويه لا يقع مركزها الرئيسي في فرنسا ، رغم وحدة المركز القانوني لهذه البنوك ، وذلك على أساس المشكلات التي سوف تتعرض لها هذه البنوك في حالة تأميمها مما يعرض المصلحة العامة للخطر " [٣] .

---

[١] د. عبير حسين السيد حسين ، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩ ، ص١٩٢ –١٩٣ .

[٢] Calder v. Bull. 3u. S.386. (1798) انظر على شبكة الإنترنت

http//supctlaw.cornell.end/2005 تاريخ الزيارة : ١ / ٦ / ٢٠٢١

[3] Decision No. 81- 132 Dc du 16 janvier 1982, Recueil.

ومثال المصلحة الاجتماعية قرار المجلس الدستوري الفرنسي من أن " الاختلاف في المعاملة التي قررها المشرع من أجل تشجيع تعيين الشباب الذي يتراوح عمره ما بين ١٨ و٢٥ سنة يحقق المصلحة العامة التي يتوخاها المشروع"[١].

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر ان الذي يبرر الاختلاف في المعاملة هو حماية مصلحة مشروعه ، والا نكون أمام انتهاك لمبدأ المساواة [٢] .

وقد أخذت المحكمة الدستورية العليا بالمصلحة العامة عند إجراء مفاضله بين المصالح المحمية ، فقررت بان " النص التشريعي المطعون عليه (المادة ٢١٠ من قانون الإجراءات الجنائية) بحضرة الطعن في قرار النيابة بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية في تهمة موجهة إلى احد الموظفين أو المستخدمين العامين لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها قد التزم اتجاه رد الاعتداء الواقع على هؤلاء في مواجهة صور من اساءة استعمال الحق في التعويض عن الأضرار الناشئة عن الجريمة كوسيلة لملاحقة جنائية تقوم على أدلة متخاذلة أو يكون باعثها التجريح ، فإن المشرع يكون قد رجح حماية الوظيفة العامة من مخاطر اتهام لا يقوم على أساس من ناحية الواقع أو القانون ، ويكون محققا لمصلحة عامة ترتكز على أسس موضوعية لا يقيم في مجال تطبيقها تمييزاً بين المخاطبين بأحكامه المتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة اليه " [٣] .

وفي حكم للمحكمة الاتحادية العليا قررت في (ان الغاية المنشودة من تشريع قانون هيأة دعاوى الملكية ... هو ضمان حقوق المواطنين الذين انتزعت عنهم

---

[1] Decision No . 86 _ 207Dc du 25 et 26 juin 1986, Recueil, op. cit., p.254..

[٢] دستورية عليا في ديسمبر سنة ١٩٩٤ ، في قضية رقم ٣٠ لسنة ١٥ قضائية (دستورية) ، مجموعة الأحكام الدستورية ، ج٦ ، ص٣٨٦ .

[٣] دستورية عليا في ١٨ ابريل سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية " دستورية" الجريدة الرسمية العدد ١٩ في ٧ مايو ١٩٩٢ . وينظر أيضا دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية " دستورية " الجريدة الرسمية في ١٦ يناير سنة ١٩٩٧ العدد٣ .

عقاراتهم خلافاً للقانون وتعويضهم تعويضاً عادلاً ولابد أن يكون التعويض مراعياً لكافة المواطنين بصورة متساوية دون التمييز بين مواطن وآخر ..) [١] .

يتبين للباحث أن المادة (٢٥) من قانون هيأة دعاوى الملكية لم تكن تحقق المساواة بين المواطنين وهم في مراكز قانونية متساوية ، إذ إن مواطن يستحق التعويض وآخر في نفس الوضع لا يستحق التعويض نتيجة تطبيق القانون بأثر رجعي ، وبالتالي ، فإن النص كان يهدد مبدا المساواة القانونية بين أفراد المجتمع وكان يحقق منافع لبعض الأفراد دون غيرهم مع انهم في مراكز قانونية متماثلة وهذا يدل على أن المشرع لم يكن يهدف إلى تحقيق (المصلحة العامة) لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستوريته .

[١] قانون هيأة دعاوى الملكية رقم ١٣ لسنة ٢٠١٠ وقرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١١٤ / اتحادية / ٢٠١٣ . الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا https://www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة ٥ / ٤ / ٢٠٢٢

الفصل الثاني

نطاق وضمانات حماية القضاء الدستوري لمبدأ المساواة

الفصل الثاني
نطاق وضمانات حماية القضاء الدستوري لمبدأ المساواة

إن نطاق مبدأ المساواة يكون في حق من الحقوق لكون المساواة نسبية وليست مطلقة كالمساواة في حق الترشيح والمساواة في حق الانتخاب وحق تشكيل الأحزاب السياسية والمساواة في حق تمويل الأحزاب السياسية والمساواة في الدعاية الانتخابية وتمويلها والمساواة في الحقوق الاجتماعية والمساواة في الحقوق الاقتصادية والمساواة في الحقوق المدنية .

كما أن مبدأ المساواة بحاجة دائمة وضرورية للحماية بأن توضع الضمانات الكفيلة بالدفاع عنه وحمايته من أي انتهاك قد يقع عليه من السلطة سواء كانت سلطة تشريعية أم سلطة تنفيذية وأن تأخذ تلك الضمانات طابع العقاب لتأمين احترام المبدأ ، فمبدأ المساواة لا قيمة له من الناحية النظرية ولا يكفي تسجيله في صلب الدساتير ما لم يحاط بضمانات تدرأ كل اعتداء أو انتهاك يمكن أن يتعرض له سواء بمنع وقوعه أم بإزالته بعد وقوعه . وعليه سنقسم هذا الفصل على مبحثين ، وكما يأتي :

المبحث الأول : نطاق مبدأ المساواة .

المبحث الثاني : الضمانات الدستورية لمبدأ المساواة .

المبحث الأول
نطاق مبدأ المساواة

ينطبق مبدأ المساواة على جميع مجالات القانون العام (إذ إن جميع الأشخاص وجميع المراكز القانونية يجب أن تعامل بطريقة مماثلة طبقاً لنفس القواعد ولنفس النظام القانوني) ولأجل تحديد نطاق مبدأ المساواة يتحتم علينا التطرق إلى المساواة أمام القانون والقضاء وكذلك المساواة في الحقوق والحريات ولغرض تحديد نطاق مبدأ المساواة سنقسم هذا المبحث على مطلبين وكما يأتي :

المطلب الاول : المساواة أمام القانون والقضاء .

المطلب الثاني : المساواة في الحقوق والحريات وفي تولي الوظائف العامة .

المطلب الاول
المساواة أمام القانون والقضاء

إنَّ جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين سواسية أمام القانون ولهم الحق في الحصول على حماية القانون والاستفادة منه والمساواة أمام القضاء من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام القضائي بها تتحقق ثقة الناس في القضاء ويصبح موضع طمأنينتهم وحتى تتحقق هذه المساواة يلزم أن يكون للكل حق الالتجاء إلى القضاء وعدم التمييز بين المتقاضين وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين ، وكما يأتي :

الفرع الأول : المساواة أمام القانون .

الفرع الثاني : المساواة أمام القضاء .

الفرع الأول
المساواة أمام القانون

المقصود بها ، أن يخاطب القانون الجميع على قدم المساواة ، وهذا يعني أن القاعدة القانونية تتصف بالعمومية والتجريد ، ولا يخالف هذا المبدأ أن تتضمن شروط موضوعية عند مخاطبته الافراد ، ما زال أنه لا يقصدهم بأشخاصهم وذواتهم وطبقاتهم [١] .

من ناحية يمكن صدور اخلال بقاعدة المساواة أمام القانون الوضعي عن السلطة التشريعية نفسها ، ومن ناحية ثانية قد يمكن أن يصدر الاخلال عن السلطة القضائية ، ومن ناحية ثالثة يكون الاخلال صادراً عن السلطة التنفيذية [٢] .

---

[١] حمود حمبلي، حقوق الإنسان بين النظم الوضعية والشريعة الاسلامية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٩٥ ، ص٦٧ .

[٢] عبد السلام المزوغي ، الموسوعة العالمية للمعرفة ، الجزء الثالث ، صكوك ومواثيق حقوق الناس والشعوب ، ١٩٩٨ ، ص٢١٣.

هذا ويترتب على مبدا المساواة أمام القانون عدة نتائج منها الايجابية ومنها السلبية [1] :

أولاً : النتائج الايجابية :

١. التمتع بالحماية الدستورية القانونية للحقوق والحريات .
٢. التمتع بالحق في الاعتراف للإنسان بالشخصية القانونية المستقلة .
٣. التمتع بالحق المتساوي في اللجوء للقضاء ورفع الدعاوى .

ثانياً : النتائج السلبية :

١. واجب احترام حقوق الغير .
٢. واجب الالتزام بالأعباء والتكاليف .

ومن الجدير التعرض إلى موقف القضاء الدستوري فنجد إن المحكمة العليا الأمريكية كان لها موقف من المساواة أمام القانون لاسيما في القضية (Rickwo v. Hopkins' 118 U. S. 356 1886) والمتضمنة النظر بدستورية قرار إداري صدر من ولاية سان فرانسيسكو ومحتواه إنشاء لجنة تفحص الطلبات المقدمة من الأفراد لافتتاح محلات غسيل وأن القرار أعطى للجنة صلاحية قبول الطلبات أو رفضها وأعطاها حق التمييز بين الطلبات على أساس الاعتبار العنصري، وعندما عرض هذا الموضوع على المحكمة العليا الأمريكية قررت عدم دستوريته لأنه يتعارض مع شرط المساواة في الحماية القانونية وقال قاضي المحكمة العليا معبراً عن رأيه : " أن تأمين الحماية المتساوية أمام القوانين هو تعهد بالحماية التي توفرها قوانين مساوية ، ولكن ومنذ البداية كان مربكاً في بعض الأحيان ، لأن واضعي التعديل الرابع عشر لم يتركوا لنا شرحاً لما كانوا يقصدونه بالضبط من جهة أخرى ، ويمكن فهم الحماية على أنها تعني وجوب التطبيق الصارم لأي قانون على كل الناس مما كانت توحي به الفطنة فمن الممكن أن يصبح هذا المبدأ المتطرف شخصياً ، إذ يمكن أن يقال أن القوانين لا يمكن لها أن تميز بأي شكل أو طريقة

[1] مصطفى محمود عفيفي ، الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق ، دراسة مقارنة في النظم الوضعية والشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي الطبعة الأولى بدون تاريخ النشر ، ص١٨ .

كانت بين جميع الأفراد أو الجماعات، واختبار النظر مثلاً ، كشرط للحصول على رخصة قيادة يميز بوضوح ضد العميان أو اللذين يعانون من عوائق بصرية ، لكن يبقى هذا يمثل شكلاً من أشكال التمييز " [١] .

أما القضاء الدستوري الفرنسي فنجد أن موقفه من المساواة أمام القانون أكدته في العديد من قراراتها ومنها قرارها رقم (Dec C. C. 89 – 1129 llmai 1989) إذ قضت فيه بإبطال نيابة مرشح تجاوز سقف مصاريف الدعاية الانتخابية التي حددت بنصف مليون فرنك فرنسي عندما أيقن بأن هذا التجاوز قد أثر على حرية اختيار الناخبين وعلى مصداقية العملية الانتخابية [٢] ، فقد عدّ هذا التجاوز خرقاً لمبدأ المساواة ما بين المرشحين وكذلك ما بين الناخبين الذي تأثروا بهذه الحملة الدعائية، وكان الهدف هو تحقيق المساواة أمام القانون .

وأيضاً قرار المجلس الدستوري الفرنسي المرقم

C. C. 73 – 51 D. C. 27 dec . 1973 RJCI, op cit., P.P 28 – 29 .

والذي قضى فيه " وحيث أن النص الأخير من الفقرة المضافة للمادة (١٨٠) من التقنين العام للضرائب بالمادة (٦٢) من القانون المالي لعام ١٩٧٤ يتجه نحو إيجاد نوع من التفرقة بين المواطنين... فإن مثل هذا النص يمثل انتهاكاً لمبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه في إعلان الحقوق والمواطن لعام ١٧٨٩ والذي نصت عليه بشكل رسمي مقدمة الدستور الحالي ، وتبعاً لذلك فإن هناك ما يستوجب الحكم بعدم دستورية النص الأخير من الفقرة المضافة للمادة (١٨٠) من التقنين العام للضرائب عن طريق المادة (٦٢) من قانون الموازنة لعام ١٩٧٤ وقد حكم المجلس الدستوري بعدم دستورية المادة ٦٢ من القانون المالي لعام ١٩٧٤ في مجملها لتعارضها مع مبدأ المساواة أمام القانون " [٣] .

---

[١] شهاب أحمد النعيمي : دور المحكمة العليا الأمريكية في الرقابة على دستورية القوانين في مجال حقوق الإنسان ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠٠٦ ، ص١٤٧ .

[٢] أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون – دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٠٢ ، ص٤٣٣.

[٣] شعبان أحمد رمضان ، ضوابط آثار الرقابة على دستورية القوانين – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٢٤٨ – ٢٤٩ .

ونتطرق لموقف المحكمة الدستورية العليا المصرية من المساواة أمام القانون من خلال الحكم الذي أصدرته في القضية رقم (٥٧) لسنة ٣٤ قضائية دستورية بتاريخ ١٤ يونيو ٢٠١٢ المحالة من لجنة الانتخابات الرئاسية حيث أحالت نص بند (٤) من م (٣) من قانون مباشرة الحقوق السياسية الصادر بالقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ والمضاف بالقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ للمحكمة الدستورية العليا المصرية الفصل في دستوريته ، ويشمل البند (٤) وقف مباشرة الحقوق السياسية كل من عمل خلال ١٠ سنوات السابقة ١١ / ٢ / ٢٠٢١ رئيس الجمهورية أو نائباً لرئيس الجمهورية أو رئيساً للوزراء أو ... . جاء في قرار المحكمة " ... وقف مباشرة الحقوق السياسية خلال المدة التي حددها لكل من عمل بأحد المناصب التي عددها يمثل حرمانهم من مباشرة هذه الحقوق ... دون مقتضى أو مبرر ... مما ينطوي على اهدار لأصل هذه الحقوق ويمثل اعتداء عليها ومصادرة لها وقيداً على ممارستها يجاوز حدود دائرة تنظيم الحقوق التي يملكها المشرع ... وحيث أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مبدأ المساواة أمام القانون الذي رددته الدساتير المصرية جميعها ... أساساً للعدل والسلام الاجتماعي غايته صون الحقوق والحريات في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيم ممارستها بوصفه وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة التي لا تميز فيما بين المراكز القانونية المتماثلة ... ولأن جاز أن تغاير السلطة التشريعية وفقاً لمقاييس منطقية ... فشرط ذلك ما يصون مبدأ المساواة ولا ينقض محتواه هو ذلك التنظيم الذي يقيم تقسيماً تشريعياً ترتبط فيه النصوص القانونية التي يتضمنها للأغراض المشروعة التي يتوخاها ... وإذ إنَّ مضمون مبدأ تكافؤ الفرص والذي يتفرع عن مبدأ المساواة ويعد أحد عناصره إنما يتصل بالفرص الذي تتعهد الدولة بتقديمها وإن أعماله يقع عند التزاحم عليها وغايته الحماية الدستورية لتلك النصوص تتمثل في تقرير أولوية تتحدد وفقاً لأسس موضوعية يقتضيها الصالح العام ليغدو التمييز الذي أورده ... مصطنعاً لفوارق غير حقيقية بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة بما يوقعه في مخالفة مبدأي المساواة وتكافؤ الفرص ، لذا حكمت المحكمة بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم

مباشرة الحقوق السياسية " [١] . يرى الباحث أن المحكمة في هذا القرار قد كرست القيمة الدستورية لمبدأ المساواة أمام القانون .

أما موقف المحكمة الاتحادية العليا العراقية من المساواة أمام القانون فقد أكدت في العديد من قراراتها ومنها قرارها في الدعوى المرقمة ٦٧ /اتحادية / ٢٠١٢ بتاريخ ٢٢ / ١٠ / ٢٠١٢ إذ طلب المدعون الحكم بعدم دستورية الفقرة خامساً من المادة (١٣) من قانون انتخابات مجالس المحافظات والأقضية والنواحي رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٨ المعدل وجدت المحكمة " أنه يشكل خرقاً لأحكام المادة (١٤) من الدستور التي كفلت المساواة بين الطرفين أمام القانون فحرمان المواطن من اعطاء صوته لمن يريد واعطاء مواطن آخر حق اعطاء صوته لمن أراد يخل بمبدأ المساواة المنصوص عليها في المادة (١٤) من دستور ٢٠٠٥ ومخالفة للمادة (٢٠) من الدستور التي منحت المواطنين رجالاً ونساءً حق التصويت والانتخاب لمن يريدون من المرشحين معبراً عن ارادتهم في تسيير شؤون مناطقهم من خلال صناديق الانتخابات وإن عملية تحويل صوت الناخب من المرشح الذي انتخبه إلى مرشح آخر من قائمة أخرى لم تتجه ارادته لانتخاب مرشحها تشكل خرقاً ومخالفة لأحكام المادة (٢٠) من الدستور والمادة (٣٨ / أولاً) منه التي كفلت هي الأخرى ضمان حرية التعبير عن الرأي لذا قرر الحكم عدم دستوريتها ... " [٢] .

الفرع الثاني
المساواة أمام القضاء

يقصد بالمساواة أمام القضاء أن لا يكون هناك تمييز بين الأفراد في اجراءات التقاضي أو المثول أمام المحاكم عند النظر في الخصومات التي تتعلق بهم وأن يتساوى الجميع أمام القضاء ويخضعون لقانون واحد وقضاء واحد. فالمساواة أمام

---

[١] خالد محمد القاضي، القضاء الدستوري في خمسين عام لحماية حقوق الانسان وضمانات التقاضي ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، مصر ، ٢٠١٩ ، ص٢٤٢ .

[٢] جعفر ناصر حسين وفتحي الجواري ، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢ ، مجلة التشريع والقضاء ، المجلد الخامس ، آذار ٢٠١٣ ، ص٧٣ – ٧٤ .

القضاء تعني أن المحاكم لا تختلف أو تتفاوت باختلاف الأشخاص اللذين يتقاضون أمامها [١] .

ويقصد بتطبيق مبدأ المساواة أمام القضاء إقامة العدالة بين الأشخاص وفقاً لمبدأ المحاكمة العلنية العادلة عن طريق جهة قضائية موحدة محايدة ومستقلة يتمتع المتقاضون أمامها بكافة حقوق الدفاع أصالة بالوكالة دون تفرقة بينهم بهدف دفع المظالم عن أصحاب الحقوق والحريات ، فالمساواة أمام القضاء تحقق عدالة الاجراءات القضائية وتمنع التمييز بين المتخاصمين ، ولا يتناقض مع مبدأ المساواة اختلاف العقوبة التي قد يحكم بها نفس القاضي عن جريمة معينة في أوقات مختلفة، لأن تقرير العقوبتان يخضع لتقدير القاضي تبعاً لما يحيط كل جريمة على حدة من ظروف وملابسات ، ولا يتنافى مع مبدأ المساواة اختلاف أنواع المحاكم كالمحاكم الشرعية والجزائية والمدنية ، ولا يتنافى مع المساواة أن توجد محكمة لكل نوع من الجرائم أو لكل طائفة من الناس على أن لا يكون التفريق على اساس المال أو الجنس [٢] .

فإنه " لا يتنافى مبدأ المساواة أمام القضاء اختلاف العقوبة التي يحكم بها القاضي تبعاً لاختلاف ظروف المجرمين ، ولو كانت الجريمة واحدة ، وكذلك لا يجافي هذه المساواة أن توجد محاكم خاصة بشرط ألا تتضمن تمييز فئة من الشعب على غيرها ، فيجوز مثلاً أن توجد محاكم خاصة بالمجرمين الأحداث وأن تتبع اجراءات خاصة بهم تختلف عن المحاكم والاجراءات المقررة بالنسبة لغيرهم " [٣] .

ذهب رأي آخر من الفقه إلى أن " ليس من المنطق أن يختص القضاء بصورة معينة في المنازعات إذا تعلقت بفئة معينة من الأفراد ولا يختص بهذه الصورة من المنازعات إذا تعلقت بطائفة أخرى ، فسواء تعلقت العلاوة بموظف في الدرجة

---

[١] د. السيد صبري، مبادئ الدستور،١٩٤٩، ص٢٤٢، وقد قضت الثورة الفرنسية على المحاكم الممتازة الخاصة بالنبلاء وأيضاً المحاكم الاستثنائية الخاصة بالفصل في بعض الجرائم وعلى التفرقة بين وسائل التقاضي ووسائل تنفيذ العقوبة، د. محمود حلمي، المبادئ الدستورية العامة،١٩٦٤، ص٣٦١.

[٢] د. محمود حلمي ، المصدر السابق ، ص ٣٦٢ .

[٣] د. عثمان خليل : القانون الدستوري ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص١٤٠ .

العاشرة أم بموظف في الدرجة الأولى ، فإن القرار الذي يمنح أو يمنع العلاوة يعتبر من طبيعة واحدة في كلتا الحالتين " [١] .

ويكون للسلطة القضائية الاختصاص بالمنازعات الحاصلة داخل إقليم الدولة فهي مختصة بالنظر في الدعاوى التي ترفع ضد الأجنبي أو ترفع منه على قدم المساواة مع المواطن [٢] .

فعلى كل شخص يتمتع بحماية الدولة أن يذعن لقضائها لأن ولاية القضاء من أهم مظاهر سيادة الدولة على اقليمها [٣] . فيجب معاملة الأجنبي الذي يقيم على أرض الوطن أمام القضاء كالمواطن سواء بسواء .

كما أن الحماية الحقيقية لحقوق الإنسان تفترض الاعتراف بحق التقاضي لكل الأشخاص أمام المحاكم العادية والادارية . وهو حق قد عوض القصاص الفردي الذي كان يخول للفرد أن يستفي حقه من الآخر دون أي رادع .

تحقيق مبدأ المساواة أمام القضاء يقتضي :

- أن يكون لكل فرد الحق في اللجوء للقضاء فهو من الحقوق الدستورية فلا يجوز حرمان أي شخص من استعماله .
- أن يكون لكل فرد الحق في اللجوء لقاضيه الطبيعي فلا يجوز تمييز فرد أو مجموعة بقضاء خاص أو بمحاكم خاصة .
- أن تطبق على جميع المتقاضين الاجراءات نفسها ويحاطون بالضمانات نفسها ، فيقتضي تحقيق المساواة بين المتقاضين بالنسبة للقوانين التي تطبق عليهم عندما يحصل بينهم منازعات وتوقيع العقوبات نفسها المقررة للجرائم ذاتها على جميع من يرتكبها ، وتتطلب المساواة في العقوبة المساواة بين المحكوم عليهم في وسائل تنفيذها [٤] .

---

[١] د. فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص١٥٢ .

[٢] د. أحمد محمد مليجي ، تحديد نطاق الولاية القضائية ، القاهرة ، ص٢١٤ .

[٣] د. علي صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، ط١ ، الإسكندرية ، ١٩٧٢ ، ص٣٣٥ .

[٤] د. عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٣ ، ص٢٢ .

ولكي تتحقق المساواة أمام القضاء بين جميع المتقاضين فإن اللجوء إلى القضاء يفضل أن يكون مجانياً ، لكن من الناحية العملية إذا كانت العدالة نفسها مجانية ، فإن وسائل اللجوء للقضاء المجانية فيها ما زالت مسألة نظرية لتحكم الجانب الاقتصادي لكل شخص في قدرته على اللجوء للقضاء وحصوله على حقوقه المتنازع عليها لأن ذلك يتطلب رسوم وأتعاب محاماة ونفقات في كثير من الأحيان تكون فوق طاقته المادية [1] .

المطلب الثاني

المساواة في الحقوق والحريات وفي تولي الوظائف العامة

إن ممارسة أياً من الحقوق والحريات العامة لا يكون إلاّ إذا سادت مبادئ المساواة وعدم التمييز بين الأفراد من خلال تطبيق النصوص الدستورية والقانونية ، ويفترض التسليم لجميع المواطنين بالحق في تولي الوظائف العامة من غير أن يؤاخذ أياً منهم بسبب آرائهم أو أفكارهم أو معتقداتهم أو انتمائهم السياسي ما دامت الشروط قد توافرت فيهم ، كما أن التمايز بين الموظفين الخاضعين إلى نظام وظيفي واحد بسبب الاختلاف بالآراء والانتماءات السياسية والحزبية وغيرها يؤدي إلى اهدار لمبدأ تكافؤ الفرص وتغييب الكفاءات وانتشار لمظاهر الفساد وانحدار للجهاز الاداري ، عموماً والاضرار بالمصلحة العامة ، كما أن للجميع حق التمتع بكافة الحقوق والحريات دون تمييز بسبب اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الثروة أو غير ذلك وعليه ، سنقسم هذا المطلب على فرعين ، وكما يأتي :

الفرع الأول : المساواة في الحقوق والحريات .

الفرع الثاني : المساواة في تولي الوظائف العامة .

الفرع الأول
المساواة في الحقوق والحريات

يجب أن يتساوى الجميع في التمتع بالحقوق والحريات ، من حيث القانون المنظم لهذا الحق أو ذاك ومن حيث تنفيذه من قبل الادارة ، ويقوم القضاء الدستوري بحماية الحقوق والحريات من خلال التأكد من أن القواعد الأدنى من الدستور جميعها

[1] د. عبد الغني بسيوني ، المصدر السابق ، ص ٢٣ .

لا تمس بالحقوق والحريات أو تنتقص من مضمونها ، فإذا وجد القضاء الدستوري خلاف ذلك حكم بعدم دستورية أي قانون أو نص مس هذه الحقوق والحريات [١] .

بالنسبة لدستور الولايات المتحدة الأمريكية ١٧٨٧ فإن الفقرة الثالثة من القسم التاسع من المادة الأولى تحظر على الكونجرس والولايات معاً اصدار قوانين تؤدي إلى التجريد من الحقوق المدنية ، أو أي إصدار لعقوبة دون محاكمة قضائية ، وإلى جانب ما تقدم صدرت التعديلات العشرة للدستور في عام ١٧٩١ التي يمكن أن تعد بمثابة وثيقة الحقوق في الولايات المتحدة الأمريكية ، إذ نصت على حقوق وحريات المواطنين الأمريكيين ثم صدرت بعد ذلك العديد من التعديلات أخذت بالاتجاه نفسه.

أما بالنسبة لفرنسا فإن الحقوق والحريات ورد النص عليها في ديباجة [٢] دستور ١٩٥٨ وهي الحقوق المقررة في اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر في عام ١٧٨٩ أو الحقوق المقررة في مقدمة دستور ١٩٤٦ والحقوق التي أقرها ميثاق البيئة في عام ٢٠٠٤ .

وبعد تعديل الدستور الفرنسي بموجب التعديل الدستوري رقم ٧٢٤ في ٢٣ / تموز / ٢٠٠٨ منح المجلس الدستوري الفرنسي صلاحية الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين ، وأصبح من حق الأفراد الطعن في دستورية القانون الذي ينتهك حقوقهم وحرياتهم ، وقد قرر بموجب هذا التعديل تعديل المادة (٦١)[٣] من دستور ١٩٥٨ وبناء على تعديل هذه المادة تم توسيع اخطار المجلس الدستوري الفرنسي رسمياً ليمتد للأفراد وهذا بمناسبة دعاوي تتعلق بهم معروضة أمام جهات القضاء العادي أو الاداري [٤] .

---

[١] د. مروان المدرس ، اختصاص المحكمة الدستورية البحرينية في حماية الحقوق والحريات ، بحث مقبول للنشر في مجلة العلوم الشرعية والقانونية التي تصدرها جامعة الشارقة .

[٢] أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، الشروق ، ١٩٩٩ ، ص٤٥ – ٤٧ .

[٣] تنص الفقرة الأولى من المادة (٦١) من دستور ١٩٥٨ والمضافة بالتعديل الدستوري الذي أجري عام ٢٠٠٨ على أنه : " بمناسبة نظر دعوى أمام إحدى المحاكم إذا ثبت أن حكماً تشريعياً معيناً ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور يمكن للمجلس الدستوري الفصل في هذه المسألة خلال أجل محدد وذلك بناءً على احالتها إليه من مجلس الدولة أو محكمة النقض ويحدد بقانون شروط تطبيق هذه المادة " .

[٤] د. عبد القادر بوراس والخضر تاج ، الدفع بعدم الدستورية في الدستور الجزائري ، بين المكاسب والآفاق– دراسة مقارنة بالتجربة الفرنسية ، مجلة أبحاث قانونية وسياسية ، جامعة تيارت، العدد ٦، ١٩١٨ ، ص٤٦ .

ومنذ الأول من آذار ٢٠١٠ تاريخ دخول هذا التعديل حيز النفاذ أصبح المجلس الدستوري الفرنسي ينظر نوعين من الرقابة السابقة واللاحقة .

أما في العراق فإن الدستور العراقي قد نص على أن " لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية ، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها أو وفقاً للقانون، وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصة " [١] .

ونص أيضاً " على أن لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية ، بما لا يتنافى وحقوق الآخرين ، والآداب العامة " [٢] . ونص الدستور كذلك " على أن للمواطنين رجالاً ونساءً ، حق المشاركة في الشؤون العامة ، والتمتع بالحقوق السياسية ، بما فيها التصويت والانتخاب والترشيح " [٣] . وأيضاً نص " العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي " [٤] .

بالإضافة إلى العديد من النصوص الأخرى التي ذكرت في متن دستور العراق لعام ٢٠٠٥ والتي تؤكد فيها على المساواة بالحقوق والحريات .

وقد أكد الدستور المصري لعام ٢٠١٤ م على المساواة في الحقوق والحريات في العديد من نصوصه ومنها " الكرامة حق لكل إنسان ، ولا يجوز المساس بها ، وتلتزم الدولة باحترامها وحمايتها " [٥] ، ونص أيضاً " للمواطنين حق تكوين الأحزاب السياسية ... " [٦] . وكذلك نص " الحياة الآمنة حق لكل إنسان ، وتلتزم الدولة بتوفير الأمن والطمأنينة لمواطنيها ، ولكل مقيم على أراضيها " [٧] . ونص أيضاً : " المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا

---

[١] المادة (١٥) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ .

[٢] المادة (١٧ / أولاً) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ .

[٣] المادة (٢٠) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ .

[٤] المادة (١٤) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ .

[٥] المادة (٥١) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ .

[٦] المادة (٧٤) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ .

[٧] المادة (٥٩) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ .

تمييز بينهم بسبب الدين أو العقيدة أو الجنس أو الأصل أو العرق أو اللون أو اللغة أو المستوى الاجتماعي أو الانتماء السياسي أو الجغرافي أو لأي سبب آخر" [١] .

أما موقف المحكمة العليا الأمريكية من الحقوق والحريات يتضح من خلال أحكامها في العديد من القضايا ومنها قضية (Reynolds V.U.S.98 U.S.145 (1879)) [٢] هذه القضية التي أوضحت لنا من خلالها المحكمة أن الكونجرس لا يستطيع أن يسن قانون يحضر ممارسة الدين فالتعديل الأول يمنع ذلك إذ إنَّ هذه القضية كانت مخاطبة للكونجرس بضرورة احترام التعديل الأول حيث قرر القاضي في حيثيات الحكم الصادر أن " الحرية الدينية مصونة في كل مكان عبر الولايات بالنسبة لما يتعلق من تدخل الكونجرس".

كما يمكن أن نستدل بقرار للمجلس الدستوري الفرنسي متعلق بالحقوق في قراره بتاريخ ١٦ يوليو عام ١٩٧١ م والذي يبين أنه حامي للحريات ، وملخص القرار أن وزير الداخلية ضمن اطار مكافحة الاخطار التخريبية قيد حريات المواطنين الواحدة تلو الأخرى حتى جاء دور حرية تشكيل الجمعيات ، وبناءً على أمر وزير الداخلية رفض محافظ البوليس ترخيص " لجمعية أصدقاء مصلحة الشعب " . وبعد مراجعة المحكمة الإدارية المختصة تقرر إلغاء قرار رفض محافظ البوليس ، فطلب الوزير تعديل القانون ، وفي ٣٠ يونيو لعام ١٩٧١ ، أقرت الجمعية الوطنية مشروع قانون يسمح للمحافظ بإيقاف منح التراخيص حتى تبت السلطة القضائية المدنية في مشروعية الجمعية خلافاً لرأي مجلس الشيوخ ، لذلك راجع رئيس مجلس الشيوخ المجلس الدستوري فأصدر قراره الذي أعلن فيه أن هذا القانون مخالف لمبدأ حرية تشكيل الجمعيات [٣] .

---

[١] المادة (٥٣) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ .

[٢] شهاب احمد عبد الله النعيمي : دور المحكمة العليا الامريكية في الرقابة على دستورية القوانين في مجال حقوق الانسان ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠٠٦ ، ص١٢٨.

[٣] نعمان الخطيب، النصوص الدستورية أهم ضمانات حقوق الإنسان العربي ، حقوق الإنسان ، المجلد الثالث ، دراسات تطبيقية عن العلم العربي، دار العلم للملايين، ط١ ، ١٩٨٩ ، ص١٨٩–١٩٠ .

وتبين للباحث أن المحكمة الاتحادية العليا في قرارها هذا تجسيد لتحقيق المساواة في الحقوق عندما أشارت وبشكل صريح إلى تكافؤ الفرص بين جميع العراقيين في تولي المناصب .

كذلك قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر في ٤ / ابريل / ١٩٩٨ بأنه لا يجوز للمشرع بأن يميز في المعاملة بين أموال النقابات العمالية وأموال غيرها من أشخاص القانون الخاص وقضت بعدم دستورية الفقرة الأولى من م ٥٤ من قانون النقابات العمالية رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ والفقرة الثانية من القانون وذلك فيما نصت عليه من عدم جواز الحجز على مقار النقابات أو الاثاث أو المعدات و الأموال اللازمة لمباشرة المنظمة النقابية العمالية لنشاطها [١] . وذلك لمخالفة هذين النصين لمبدأ المساواة للمادة ٤٠ من دستور عام ١٩٧١ .

وقد قررت المحكمة الاتحادية العليا العراقية أن نص الفقرة (٦) من القرار التشريعي رقم (٤٤ لسنة ٢٠٠٨) الذي شرعه مجلس النواب المتعلق بتنفيذ مطاليب القوائم والكتل السياسية وفق استحقاقها الخاصة وعلى مجلس النواب الاسراع في المصادقة على الدرجات الخاصة مخالفاً لأحكام المواد (٢/ أولاً/ ج) و(١٤) و(١٦) و(٦١ / خامساً) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ لأن النص موضوع الطعن قد شرعته القوائم والكتل السياسية لنفسها لتنفرد وحدها بالاستحواذ على المناصب وتحرم بموجبه الغير من نيلها رغم أن تلك العناوين هي وظيفة حدد الدستور فيها الجهات التي تتولى الترشيح وليس من بينها (القوائم والكتل السياسية) مما خلق ذلك ما يدعى بـ(المحاصصة السياسية) في توزيع المناصب في غير الصالح العام واخلال بمبدأ تكافؤ الفرص التي كفلت لجميع العراقيين أن ينالوا فرصهم في تولي المناصب [٢] .

---

[١] د. يسرى محمد العطار ، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص٣٦٧ .

[٢] قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٨٩ / اتحادية / ٢٠١٩ . منشور في الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية . https://www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة ١٥ / ٧ / ٢٠٢١

الفرع الثاني
المساواة في تولي الوظائف العامة

عرف مبدأ المساواة في تولي الوظيفة العامة بأنها " الاعتراف للجميع بحق التقدم لإشغال الوظيفة الادارية وإتاحة الامكانية أمام جميع الموظفين في الدولة لتولي الوظيفية العامة وطرق بابها فيمن تتوفر فيه شروط الوظيفة الشاغرة " [١] .

وقد أصبح مبدأ المساواة وسيلة الحماية المتماثلة والمشرع يستطيع بما له من سلطة تقديرية أن يضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأشخاص أمام القانون ، لذلك اقرار هذا المبدأ ضمانة أساسية من ضمانات الحريات الفردية [٢] .

والمساواة في التوظيف يراد بها المساواة الحقيقية (الفعلية) وليس المساواة المطلقة وبذلك لا يعد انتهاك لمبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة إذا شغل فيه شخص معين وظيفة معينة ومحددة دون غيره تقدم لشغلها إذا توافرت فيه الشروط القانونية المطلوبة لشغل هذه الوظيفة ولم تتوفر في غيره تقدم لشغلها [٣] . إذ إن أغلب الدول تشترط شروطاً ومؤهلات خاصة منها ما يتعلق بالجنسية ومنها ما يتعلق بالحالة الصحية ومنها ما يتعلق بالشهادة العلمية [٤] .

وقد أشار دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧ م وتعديلاته في مواضيع كثيرة إلى مبدأ المساواة فجاء فيه " إن لمواطني كل ولاية بأن يتمتعوا بجميع المزايا والحصانات التي يتمتع بها المواطنون في الولايات الأخرى " [٥] . ومنع الدستور أية ولاية من أن تحرم شخصاً من الحياة أو الحرية أو ممتلكاته بدون تطبيق القانون تطبيقاً كاملاً ، ويتضح من نصوص الدستور أنها تؤكد على مساواة جميع

---

[١] د. أشرف محمد أنس ، التنظيم الدستوري للوظيفة العامة ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١١ ، ص١٣ .

[٢] أشرف محمد أنس جعفر ، المصدر السابق ، ص ٤٥ .

[٣] د. ثروت بدوي ، النظم السياسية ، التنظيم السياسي ، القاهرة ، دار النهضة ، بدون سنة طبع ، ص٤٤٤ – ٤٤٦ .

[٤] عبد الزهرة ناصر الدليمي ، مجلس الخدمة وأهميته في الوظيفة العامة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٣ ، ص١٥٦ .

[٥] م ٤ فقرة (٢) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧ .

المواطنين في تولي الوظائف العامة بوصفه مبدأ دستوري يجب احترامه وتطبيقه سواء في سن التشريع من المجالس النيابية ، أم من الإدارة المختصة بالتعيين .

الدستور الأمريكي يتضمن فقط النص على منع التمييز في التعيين في الوظائف العامة لسبب ديني ، لهذا المرأة دخلت جميع المجالات حتى في الوظائف التي بقيت مدة طويلة حصراً للرجال مثل البوليس الوطني فالكثير من النساء يعملن ضابطات شرطة [١] .

ومبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة يرجع أصله التاريخي إلى الثورة الفرنسية ، إذ أشارت المادة السادسة من اعلان حقوق المواطنين لعام ١٧٨٩ م على " أن جميع المواطنين متساوون في الالتحاق بالوظائف العامة ، ولا فضل لأحدهم إلا بقدر ما يتمتع به من قدرات ومواهب " [٢] .

كما أكدت مقدمة دستور ١٩٥٨ م على مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة إذ نصت " لكل مواطن الحق في الحصول على عمل ، وتقلد الوظائف العامة ولا يجوز أن يتضرر أحد في عمله أو وظيفته بسبب أصوله أو آرائه أو معتقداته " [٣] .

وإن حق المرأة في تولي الوظائف العامة في فرنسا هو حق مقرر لها بمقتضى الدستور والقانون ، وإن كان هذا الحق مقيد بحق الإدارة من منعها في تولي وظائف معينة وبمقتضى قوانين أو قرارات تنظيمية وعلى أساس طبيعة الوظيفة ذاتها أو الشروط اللازمة لممارستها .

أما بالنسبة للدستور المصري لعام ٢٠١٤ فقد نص في (٩) على " أن تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين دون تمييز " وفي م (١٤) منه أكد بصورة صريحة على مبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة ، إذ نصت

---

[١] د. فؤاد العطار ، النظم السياسية القانون الدستوري ، ط٣ ، دار المكتبة المصرية ، الإسكندرية ، ١٩٨٨ ، ص٢٢٦ .

[٢] اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي الصادر في عام ١٧٨٩ منشور على الموقع الالكتروني
www.constituteproject.com تاريخ الزيارة ١٥ / ٧ / ٢٠٢١

[٣] الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ وتعديلاته منشور على الموقع الالكتروني :
www.constituteproject.org تاريخ الزيارة ١٥ / ٧ / ٢٠٢١

على " الوظائف العامة حق للمواطنين على أساس الكفاءة ودون محاباة أو وساطة ... " [١] .

وقد تبين للباحث لم تتضمن التشريعات الوظيفية الصادرة في مصر نصاً صريحاً يقرر في مجال الوظيفية العامة المساواة بين المرأة والرجل وفي الوقت نفسه لم تفرق بينهما بل تضمنت أحكاماً قررها المشرع مراعاة لطبيعة المرأة .

وقد أثبتت المرأة صلاحيتها للقيام بواجبات ومسؤوليات هذه الوظائف منذ دخولها مجال الوظائف العامة ونجدها كل يوم تدخل في مجالات جديدة من هذه الوظائف وتثبت جدارتها وقدرتها [٢] .

ولم تشر مواد دستور العراق لعام ٢٠٠٥ بشكل مباشر لمبدأ المساواة في تولي الوظائف العامة وإنما بشكل ضمني ضمن المواد الخاصة بحق المساواة بصورة عامة والمواد التي كفلت حق العمل للعراقيين [٣] .

وقد جاء في المادة ١٤ من دستور ٢٠٠٥ م " العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بين الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل ... " لذا منحت هذه المادة حق للمرأة في المساواة أمام تولي الوظيفة العامة وشغل مناصب سيادية ولا يجوز أن تحرم من هذه الحقوق أو تقيدها الا وفقاً للقانون ويعد دستور (٢٠٠٥) أفضل الدساتير العراقية لما فيه من إشارة واضحة وصريحة لحقوق المرأة وحرياتها .

وعليه فالمساواة في تولي الوظائف العامة تقتضي تحقيق ما يأتي :

- المساواة بين المترشحين في تولي الوظائف العامة .
- المساواة بين الموظفين العموميين في الواجبات والحقوق .
- المساواة بين المرأة والرجل في تولي الوظيفة العامة [٤].

---

[١] الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤ منشور على الموقع الالكتروني www.constituteproject.org تاريخ الزيارة ١٥ / ٧ / ٢٠٢١

[٢] د. يسري محمد العطار ، المبادئ التي أرستها المحكمة الدستورية العليا في مجال الوظيفة العامة ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٣٦٧ .

[٣] أنظر المواد ١٦ و(٢٢ / أولاً) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ .

[٤] عبد الغني بسيوني ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، مصدر سابق ، ص٣٤٥ .

يتبين للباحث إن حق المساواة في تولي الوظائف العامة يعني أن جميع المواطنين الذي يرتبطون بالدولة برابطة الجنسية لهم الحق في تولي الوظيفة العامة في البلد تبعاً لشروط عامة مجردة يحددها القانون دون تفريق بينهم على أساس المركز الاجتماعي أو الثروة أو الجنس أو لأي سبب آخر يحول دون تحقيق المساواة بينهم في تولي الوظائف العامة وتكافؤ الفرص للحصول على الوظيفة .

فالهدف من اقرار هذا المبدأ هو الكف عن ممارسات سابقة كانت تجعل الوظائف العامة في البلد جميعها أو بعضها حكراً على بعض الفئات دون غيرها .

المبحث الثاني

الضمانات الدستورية لحماية مبدأ المساواة

تعد نصوص الدستور من أهم الوسائل التي يتم من خلالها حماية مبدأ المساواة وإيراد أنواعه وتطبيقاته العديدة ، كما حرصت الدساتير على التأكيد على الرقابة القضائية بكافة تطبيقاتها ، فقد عالجت الدساتير موضوع مبدأ المساواة من خلال النصوص الدستورية التي أكدت على المبدأ ، وكذلك النصوص الدستورية التي عالجت موضوع تعديل الدستور وكيف ساهمت هذه النصوص في حماية مبدأ المساواة ، وكذلك ما جاءت به نصوص الدستور في التأكيد على أنواع الرقابة القضائية بكافة أنواعها الدستورية والرقابة القضائية على مشروعية أعمال الإدارة.

وعليه سنقسم المبحث على مطلبين وكما يأتي :

المطلب الاول : النص الصريح على مبدأ المساواة في الدستور .

المطلب الثاني : النصوص الدستورية المنظمة للرقابة القضائية .

المطلب الثالث : مبدأ المشروعية .

المطلب الاول

النص الصريح على مبدأ المساواة في الدستور

إن النص الصريح على مبدا المساواة في الدساتير المكتوبة وسيلة دستورية فعالة لضمان مبدأ المساواة بما يتضمنه من تعريف للأفراد لمبدأ المساواة وتطبيقاته العديدة – وسيلة لمعرفة الأفراد بحقوقهم وحرياتهم القائمة على أساس المساواة – وعملية النص هذه بحد ذاتها تعد ضمانة مباشرة للمبدأ ، كما أن المشرع الدستوري

في الدول محل المقارنة يحظر تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور (الحظر الموضوعي) سواء كان هذا الحظر دائماً أم موقتاً (الحظر الزمني) ويهدف المشرع الدستوري من هذا الحظر إلى عدم المساس بهذه المواد رغبة منه في حمايتها من التعديل .

إن الدول التي تتبنى دستوراً جامداً بحيث اجراءات تعديله تختلف عن اجراءات تعديل القانون العادي كدستور الولايات المتحدة الأمريكية ١٩٨٧ ودستور فرنسا ١٩٥٨ ودستور العراق ٢٠٠٥ ودستور مصر ٢٠١٤ يتم حماية مبدأ المساواة قضائياً إذ تظهر الرقابة على سلطة البرلمان بصورة جلية وأكثر وضوحاً من تلك الدول التي تتبنى دساتير مرنة والتي اجراءات تعديلها شأنها شأن اجراءات تعديل القانون العادي ، إذ تقتصر الحماية القضائية لهذه الأخيرة بضمان سموها الموضوعي بينما الأولى تتجلى الحماية القضائية ببعديها لضمان السمو الموضوعي والشكلي للدساتير ، بالتالي فإن الدساتير الجامدة تضفي قدراً من الحماية على المواد الدستورية المنظمة للحقوق والحريات ومنها مبدأ المساواة ، عليه سنقسم هذا المطلب على فرعين وكما يأتي :

الفرع الاول : النصوص الدستورية المؤكدة على مبدأ المساواة .

الفرع الثاني : النصوص الدستورية الخاصة بتعديل الدستور .

الفرع الاول
النصوص الدستورية المؤكدة على مبدأ المساواة

إنَّ النصوص الدستورية الخاصة بمبدأ المساواة لها قيمة خاصة بما أن المساواة هي من أعلى القيم المتعلقة بشخص الإنسان فقد أصبح من المؤكد أن تكون في متنها الدساتير وهذه المكانة السامية لمبدأ المساواة حفزت عدداً من الدول الديمقراطية إلى وضعها بصورة اعلانات دستورية كإعلان فيلادلفيا ١٧٧٦ والاعلان الفرنسي ١٧٨٩ ويذهب الفقه إلى أن النصوص الخاصة بالحقوق والحريات والمبنية

على أساس المساواة في صلب الدساتير يضفي لهذا المبدأ قيمة قانونية تصل لمرتبة النصوص الدستورية الملزمة وتعد قيداً على سلطة المشرع العادي [١] .

وبناء على ما تقدم فإن الغاية من تضمين مبدأ المساواة في الدستور هو بقصد اثبات ان مبدأ المساواة موجود أصلاً من حيث تحديده وكذلك إعطاء المواطن الحق في المطالبة به وفق ما يرسمه له الدستور .

إنَّ النص في القوانين العادية على المساواة دون أن ينص عليها في الدستور نفسه يجعل الحقوق غير ثابتة بسبب التغييرات التي يمكن أن تحدث للقوانين العادية من خلال المشرع العادي وبذات إجراءات سن القوانين العادية بينما الدساتير تتطلب شروط خاصة لتعديلها [٢] .

كما أن إيراد النص الدستوري المتضمن مبدأ المساواة يجعل من هذا النص مبدأ قانونيا لا حاجة لتدخل المشرع العادي به، الفقه الدستوري يؤكد على أن " هناك من الحريات والحقوق ما هو مطلق بطبيعته وبالتالي لا يقبل التقييد والتنظيم فلو صدر تشريع يقيدها كان هذا التشريع باطلا لمخالفته نصوص الدستور " [٣] .

فالدساتير في صلبها تعلن على حريات عامة لا تتوقف ممارستها على تدخل المشرع الوضعي لمنعها وطبيعة هذه الحريات العامة تمثل الحقوق والحريات الأساسية مثل (حرية الاعتقاد والمساواة) لا تستجيب لتدخل تشريعي لتنظيمها فهي حريات من طبيعتها الاطلاق وعدم التقييد [٤] .

إن مبدأ المساواة بوصفه أساس جميع الحقوق والحريات العامة هو مبدأ النص عليه في صلب الدستور يساهم في ضمانه والتأكيد عليه بالتالي لا يحتاج

---

[١] د. نعمان الخطيب ، النصوص الدستورية أهم ضمانات حقوق الانسان ، موسوعة حقوق الانسان ، إعداد محمود شريف بسيوني ، المجلد الثالث ، دار العلم للملايين ، الطبعة الاولى ، بيروت ، ١٩٨٩، ح٩ ، ص ١٨٨ .

[٢] جعفر صادق علي : ضمانات حقوق الانسان، رسالة ماجستير ، كليه القانون، جامعه بغداد، ١٩٩٠، ص ٣٢.

[٣] د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠ ، ص٢٧٨.

[٤] منير محمد ربيع ، ضمانات الحرية في مواجهة سلطة الضبط الاداري ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٨١ ، ص ٢٣٤ .

لتشريع عادي يؤكده وينظمه ، وكل تشريع يعد غير دستوري اذا خالف في هذا المبدأ متضمنا تمييزاً على أساس الجنس أو اللون أو العقيدة أو اللغة ، لهذا حرصت الدساتير أن يكون في متنها النصوص التي تؤكد على المساواة ، لأن النص عليه ضمانة أكيدة له [١] .

أولاً / دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧ م

أكد دستور الولايات المتحدة الأمريكية ١٧٨٧ على مبدأ المساواة في نصوصه فقد جاء في التعديل الرابع عشر للدستور في الفقرة الأولى منه على ان " .... لا يحل لأية ولاية أن تحرم شخصا الحياة أو الحرية أو الممتلكات بدون تطبيق القانون تطبيقا كاملا ولا يحق لها أن تحرم أحدا خاضعا لسلطانها من المساواة في الحماية أمام القانون " وجاء في التعديل الخامس عشر للدستور في الفقرة الاولى منه التأكيد على ان" لا تنكر الولايات المتحدة ولا ولاية من الولايات على مواطن للولايات المتحدة حق الاقتراع ولا تنتقص منه بسبب الجنس أو اللون أو حالة الاستبعاد السابقة " .

ثانياً / دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ م

إنَّ مقدمة دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ م تضمنت الاشارة إلى إعلان الحقوق والمواطن الفرنسي ١٧٨٩ م ومقدمة دستور ١٩٤٦ م واتفاقية حماية البيئة لسنة ٢٠٠٤ م مما يشكل ما يعرف بالكتلة الدستورية . وبناء على ذلك استقر المجلس الدستوري الفرنسي على عدم دستورية القانون الذي يخالف مقدمة هذا الدستور [٢] .

ثالثاً / دستور مصر لعام ٢٠١٤ م

ونصت ديباجة دستور مصر لعام ٢٠١٤ على أن " .. نكتب دستوراً يحقق المساواة بيننا في الحقوق والواجبات دون أي تمييز ... " وأيضاً المادة (٩) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ نصت على أن " تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين ، دون تمييز " . وكذلك المادة (٥٣) من دستور مصر لعام

---

[١] أحمد فاضل حسين العبيدي ، نصوص دستور العراق ، ٢٠٠٥ ودورها في حماية مبدأ المساواة ، مجلة ديالى ، العدد ٤١ ، ٢٠٠٩ ، ص٧ .

[2] Esmein; Elements de droit constitutional , 8ed t , I. pp59I et S. R.

٢٠١٤ نصت على أن " المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم بسبب الدين ، أو العقيدة ، أو الجنس ، أو الأصل ، أو العرف ، أو اللون ، أو اللغة ، أو الاعاقة أو المستوى الاجتماعي ، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي ، أو لأي سبب التمييز والحض على الكراهية جريمة ، يعاقب عليها القانون . تلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز ، وينظم القانون إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض " .

يتبين لنا تعدد النصوص الدستورية التي تؤكد وتحمي مبدا المساواة في الدستور المصري لعام ٢٠١٤ وتتجلى المساواة أمام القانون من خلال التزام الجهة المختصة بسن قاعدة القانون ، بحيث لا ترتكب تمييزاً أو محاباة بين المخاطبين بها وبوجوب أن تعامل كل المراكز المتماثلة بطريقة متطابقة ومن خلال الالتزام الواقع على الجهات التي تطبق القاعدة القانونية بأن لا ترتكب تمييزاً بين الخاضعين للقاعدة القانونية [١] .

إن مبدأ المساواة ورد النص عليه في الباب الخاص بالحقوق والحريات وهو ما عبر عنه بأن : " تخضع الحقوق والحريات العامة جميعاً لمبدأ أساسي وهو مبدأ المساواة فالأفراد متساوون في الحقوق والحريات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللون أو اللغة أو الدين أو العقيدة ويعد مبدأ المساواة حجر الزاوية في كل تنظيم ديمقراطي للحقوق والحريات العامة فهو من الديمقراطية بمثابة الروح من الجسد ، وبغيره ينتفي معنى الديمقراطية ، وينهار كل مدلول للحرية " [٢] .

رابعاً / دستور العراق لعام ٢٠٠٥ م

أما بالنسبة لدستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) فقد أكد على مبدأ المساواة بجميع تطبيقاته وأنواعه ، فقد نصت المادة (١٤) منه على أن " العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي

---

[١] حسن يوسف فهمي، نشأة القضاء في المجتمعات القديمة وتطوره ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، القاهرة ، ٢٠١٤ ، ص٢٩٢ .

[٢] ثروت بدوي ، النظم السياسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص٤١٩ .

والاجتماعي " في هذا النص تنعدم سلطة المشرع العادي فقد تكفل الدستور ببيان الأحكام المتعلقة به والمنظمة له مما تنعدم سلطة المشرع العادي فليس له أدنى سلطة إزاء تنظيم تلك الأمور فالقيد الوارد فيها على سلطة المشرع يتمثل في أن الدستور أخرج من اختصاصه تنظيم تلك الأمور ، فإذا قام المشرع بتنظيم احدى الموضوعات المحظور عليه تنظيمها فذلك يعني تحقق المخالفة الموضوعية للدستور وعلى القضاء الدستوري أن يقضي بعدم دستوريته إذا ما طعن فيه [١] .

أما المادة (١٦) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ فنصت على أن " تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين ، تكفل الدولة اتخاذ الاجراءات اللازمة لتحقيق ذلك " .

أما المادة (٢٠) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد نصت على أن " للمواطنين رجالاً ونساءً حق المشاركة في الشؤون العامة ، والتمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح " ، وحق الترشيح يعد أحد وسائل المشاركة في الحياة السياسية للمواطن يقتضي من السلطة التشريعية منح الفرصة كاملة لسائر المواطنين على قدم المساواة للترشيح للانتخابات التشريعية إذا رغبوا في ذلك وتعد العلاقة بين الحق في الترشيح ومبدأ المساواة وثيقة جداً فإن أي تقييد جزئي لهذا الحق بشكل لا يتفق مع مقتضى هذا المبدأ ، يرتب نتائج سلبية ويجعل العملية الانتخابية مجرد شكلية مقننة لوصول أشخاص معينين للحكم [٢] .

بيد أن ترك حرية الترشيح من دون تنظيم هو أمر له الكثير من المخاطر والأضرار ولهذا تتطلب بعض الاعتبارات القانونية والسياسية والاجتماعية تحديد بعض الشروط الموضوعية والشكلية التي تتنافى مع مبادئ المساواة والديمقراطية [٣].

---

[١] علي حسين فليح الحسيني ، مخالفة القواعد الموضوعية للدستور – دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠١٥ ، ص٣٥ .

[٢] محمد سالم كريم، الضوابط الدستورية لتحقيق مبدأ المساواة في ممارسة حق الترشيح ، مجلة جامعة الكوفة ، العدد ٢٨ ، ٢٠١٢ ، ص٢٧٤ .

[٣] د. داوود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٢، ص٣٥٨.

ونص الدستور على حق الانتخاب من دون قيدي النصاب المالي والكفاية العلمية ويطلق عليه (الاقتراع العام) [١] ويتميز الاقتراع العام بإقراره للمساواة الفعلية بين أفراد المجتمع دون تمييز بينهم على أساس الطبقة أو الثروة أو التعليم[٢].

فالاقتراع المقيد يميز بين مواطني الدولة الواحدة في ممارسة حق الاقتراع بتوافر شروط معينة بلا مبرر [٣] .

والانتخاب لا يلزم حسن مباشرته إلاّ بقدر من الوعي السياسي الذي يمكن لأي فرد أن يصل إليه وتمكينه ولو كان فقيراً أو أمياً [٤] .

وحتى تتحقق الحماية الدستورية لمبدأ المساواة أكدت م (٤٦) على أن " لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلاّ بقانون أو بناءً عليه على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية".

فهذا النص وبهذا الشكل يمنع المساس بالنصوص الدستورية المؤكدة على مبدأ المساواة بالتحديد أو التقييد ، وأن هذا المبدأ هو بطبيعته لا يمكن تقييده أو تحديده في نصوص قانونية مما جعل المشرع الدستوري العراقي يؤكد على هذا المبدأ في نصوص كثيرة وإن هذه النصوص قابلة للتنفيذ دون أن تحتاج إلى تشريعات على شكل قوانين أو قرارات إدارية ودون حاجة إلى تدخل المشرع العادي [٥] .

إنَّ النص في الدستور على حقوق وحريات معينة وحظر الاعتداء عليها ابتداءً أو محاولة النيل منها يعطي الحق أو الحرية حماية دستورية وقائية ضد أي اعتداء محتمل ، ويعبر أحد الفقهاء عن هذا الجانب بقوله : " ومن هنا فإن الإقرار

---

[١] شحاته ابو زيد شحاته ، مبدأ المساواة في الدساتير العربية في دائرة الحقوق والحريات العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط١ ، ٢٠٠١ ، ص١٣٩ .

[٢] د. عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية، دار الجامعين ، القاهرة ، ط١ ، ٢٠٠٢ ، ص٤٨٣ ..

[٣] حمدي أبو النور السيد عويس، الأنظمة السياسية المعاصرة والنظام الاسلامي ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، ط١ ، ٢٠١٤ ، ص١٩٤ .

[٤] د. سعد عصفور ، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بلا سنة نشر ، ص١٩٧ .

[٥] حسن علي ، حقوق الانسان ، وكالة المطبوعات ، الكويت ، دون سنة طبع ، ص٢٦ .

الدستوري للحقوق والحريات بالنص عليها في صلبه أو مقدمته يجعل هذه الحقوق والحريات تتمتع بالحماية الدستورية ... " [١] .

إن ضمان فعالية الحماية الدستورية لمبدا المساواة يقتضي التحقق من توافق قاعدة القانون مع المبادئ الدستورية التي ينص عليها الدستور والتي يعد مبدأ المساواة في مقدمتها [٢] .

إن هناك مبادئ عليا تسود الدستور وتهيمن على جميع نصوصه وهي تمثل مضمون الدستور وروحه وتستخلص موضوعيا من نصوصه المدونة ، ومتى استخلصت هذه المبادئ العليا للدستور أصبح واجباً على المشرع أن يلتزمها في تشريعاته ، وأن يتجنب الانحراف عنها فيما له من سلطة تقديرية ، فإذا صدر تشريع يتعارض مع هذه المبادئ العليا ، كان التشريع باطلاً لما ينطوي عليه من انحراف في استعمال السلطة التشريعية [٣] .

إذا يتضح لنا من خلال هذا الاستعراض لنصوص دستور الولايات المتحدة الأمريكية ١٧٨٧ ودستور فرنسا ١٩٥٨ ودستور العراق ٢٠٠٥ ، ودستور مصر لسنة ٢٠١٤ . إن هذه الدساتير قد راعت أهمية النص الدستوري بحد ذاته لحماية مبدأ المساواة بجميع تطبيقاته والتي لا يجوز من خلالها لأية سلطة التجاوز على حق الأشخاص في التمتع بجميع الحقوق والحريات بالتساوي .

---

[١] حسام فرحات ابو يوسف، الحماية الدستورية للحق في المساواة– دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤ ، ص٤.

[٢] د. سعاد الشرقاوي ، نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني ، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ، ج٧٦ ، قسم ٣ ، ص٨٧ .

[٣] د. رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص٢٨٠ .

الفرع الثاني
النصوص الدستورية الخاصة بتعديل الدستور

إنَّ تعديل نصوص الدستور يكون عندما لا تنسجم مع التغييرات في الأوضاع السياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدولة ، ومن دوافع تعديل النصوص الدستورية معالجة بعض القضايا التي لم تعالج أو معالجتها لم تكن سليمة في الدستور القائم ، معالجتها دستورياً من جديد وفقاً لتطور الحياة [١] .

ويقصد بالقيود الموضوعية هو " عدم المساس بموضوعات معينة ، وذلك لارتباطها في الحقيقة بجوهر الأنظمة السياسية التي تتبناها " ، أما القيود الزمنية فيقصد بها " حظر ادخال أي تعديل على نصوص الدستور خلال مدد معينة كحظر تعديله خلال مدة محددة تاليه لبدء سريانه أو حظر تعديله خلال مدة الظروف الاستثنائية "، أما القيود الشكلية فهي تلك التي تخص اجراءات تعديل الدستور [٢] .

هناك نوعان من الدساتير من حيث إجراءات تعديلها " فإذا ما نص الدستور على إجراءات مبسطة تشابه أو تقترب إلى حد ما الاجراءات اللازمة لتعديل التشريع العادي فتكون أمام دستور مرن " ، " أما إذا وجدنا في نصوص الدستور أحكاماً تتعلق بلزوم اتخاذ اجراءات خاصة ومعقدة فنكون أمام دستور جامد " [٣] .

و" تعديل نصوص الدستور الذي يتم وفق الاجراءات الذي ينص عليه الدستور نفسه " يطلق عليه التعديل الرسمي ، " إلاّ أن تعديل الدستور يمكن أن يتم خارج القواعد أو الاجراءات التي ينص عليها الدستور " ، وهذا ما يطلق عليه التعديل العرفي للدستور [٤] .

أما كيف تساهم النصوص الدستورية الخاصة بتعديل الدستور في حماية مبدأ المساواة ، فإن الدستور يتضمن (حظراً موضوعياً) على تعديل النصوص

---

[١] د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص١٠٢٥ .

[٢] د. رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص٤٩-٥٠.

[٣] د. احسان المفرجي ود. رعد الجدة ود. كطران زغير نعمة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، جامعة بغداد ، ١٩٩٠ ، ص٢٥٤ .

[٤] د. منذر الشاوي ، القانون الدستوري (نظرية الدستور) ، منشورات مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨١ ، ص٢٦٣ .

الدستورية المتعلقة بمبدأ المساواة ، وبالمقابل يجوز تعديلها بما يساهم في اعطائها ضمانة أكثر لمبدأ المساواة .

وهذا ما يبدو واضحاً في التعديلات التي طرأت على دستور الولايات المتحدة الأمريكية فأغلب التعديلات كانت منصبة في زيادة مبدأ المساواة وتأكيده بجميع تطبيقاته سواء على أساس الجنس (المساواة بين الرجل والمرأة) أم على أساس اللون (المساواة بين البيض والزنوج) فالتعديل الثالث عشر عام ١٨٦٥ م لدستور الولايات المتحدة الأمريكية كان نهاية لكافة أنواع الرق والعمل بالإكراه والعبودية ، والتعديل التاسع عشر عام ١٩٢٠ م ساوى فيه بين الانثى والذكر في مباشرة حق الاقتراع في الولايات المتحدة وجميع الولايات الأمريكية ، والتعديل الرابع والعشرين عام ١٩٦٤ م الذي أعطى الحق لكافة المواطنين المشاركة في الانتخابات الوطنية العامة [١] .

كما تضمن دستور مصر ٢٠١٤ حظرا في م (٢٢٦) والتي أشارت إلى أن " .. وفي جميع الأحوال لا يجوز تعديل النصوص المتعلقة بإعادة انتخاب رئيس الجمهورية أو مبادئ الحرية أو المساواة ما لم يكن التعديل متعلقاً بمزيد من الضمانات " .

أما دستور العراق ٢٠٠٥ م ففي المادة (١٢٦) [٢] أكد على الأحكام المتعلقة بتعديل الدستور فقد أكد الدستور في الفقرة ثانياً من هذه المادة على أنه : " لا يجوز تعديل المبادئ الأساسية الواردة في الباب الأول إلاّ بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين وبناءً على موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب عليه ، وموافقة الشعب بالاستفتاء العام ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة أيام " .

نلاحظ إنّ الدستور وضع إجراءات خاصة لتعديل المواد الدستورية الخاصة بالحقوق وفي مقدمتها مبدأ المساواة إذ نجد حظراً زمنياً لمدة دورتين انتخابيتين

---

[١] أحمد فاضل حسين العبيدي ، نصوص دستور العراق ، ٢٠٠٥ ودورها في حماية مبدأ المساواة ، مجلة ديالى ، العدد ٤١ ، ٢٠٠٩ ، ص١١ .

[٢] من خلال الاطلاع على نص المادة (١٢٦) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ يتبين لنا أنه يعتبر دستور جامد .

متتاليتين إذا لا يجوز تعديل النصوص الدستورية المتعلقة بمبدأ المساواة خلال هذه المدة بسبب هذا الحظر الزمني أيضاً نجد أن الدستور اشترط للموافقة على التعديل أغلبية خاصة هي موافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب وموافقة الشعب بالاستفتاء العام ومصادقة رئيس الجمهورية [1] .

إن وضع اجراءات خاصة لتعديل النصوص الدستورية الخاصة بمبدأ المساواة من أجل حماية هذه النصوص من التعرض لها كباقي نصوص الدستور التي هي مع تطور الحياة الاقتصادية والثقافية والسياسية للمجتمعات بحاجة إلى تعديل فيما عدا النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات وفي مقدمتها مبدأ المساواة فإن هذه النصوص تحتاج إلى الثبات فلا يمكن أن نتخيل وجود مجتمع انساني لا تحترم فيه مبادئ المساواة .

المطلب الثاني

النصوص الدستورية المنظمة للرقابة القضائية

إنَّ الرقابة القضائية هي من أهم الضمانات التي يستند لها في حماية الحقوق والحريات العامة وفي مقدمتها مبدأ المساواة .

يعد القضاء حامي الحقوق والحريات العامة والحصن المنيع الذي لا يمكن تجاوزه للمحافظة عليها وتوكيدها ، إذاً الرقابة القضائية لها دور أساسي في المحافظة على مبدأ المساواة عن طريق الرقابة على التشريعات الصادرة من البرلمان وعن طريق الرقابة على أعمال الإدارة وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين ، وكما يأتي :

الفرع الأول: النصوص الدستورية المنظمة للرقابة القضائية على دستورية القوانين.

الفرع الثاني: النصوص الدستورية المنظمة للرقابة القضائية على أعمال الإدارة .

---

[1] حميد حنون ، القانون الدستوري وتطور النظام الدستوري في العراق ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ ، ص٣٣٨ .

الفرع الأول
النصوص الدستورية المنظمة للرقابة القضائية على دستورية القوانين

كي نضمن فعالية الحماية الدستورية للحقوق والحريات وبشكل خاص مبدأ المساواة ينبغي التحقق من صدور القاعدة القانونية وفق حدودها الدستورية ومتوافقة مع المبادئ الدستورية التي ينص عليها الدستور وفي مقدمتها مبدأ المساواة ، يوجد مبادئ عليا في الدستور تهيمن على كافة نصوص الدستور وهي تمثل مضمون وروح الدستور تستخلص موضوعياً من نصوصه المكتوبة ومتى المبادئ العليا للدستور استخلصت يلتزمها المشرع في تشريعاته ولا ينحرف عنها فيما له من سلطة تقديرية فإذا صدر من المشرع تشريع يخالف هذه المبادئ العليا كان تشريعه باطلاً لأنه انحرف في استعمال السلطة التشريعية[١] .

وهنا يتأكد السمو الموضوعي لقواعد الدستور المأخوذ من خطورة وأهمية المبادئ العليا والموضوعات التي يتضمنها [٢] .

إنَّ النظم السياسية بحاجة إلى توفر نوع من الرقابة يضمن الحماية لمبدأ سمو الدستور الذي يحتوي على المبادئ الدستورية العليا وفي مقدمتها مبدأ المساواة ليخرج به من الوصف النظري للتطبيق العملي وتكاد تحظى الرقابة القضائية بتأييد الفقه المطلق للقيام بهذه المهمة [٣] .

لذلك تبدوا الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي الرقابة الملائمة وجهاز القضاء الدستوري هو الجهاز المتخصص والحيادي الذي يراقب القانون ويفسر نصوص الدستور [٤] .

لا يوجد في نصوص دستور الولايات المتحدة الأمريكية ما يفهم منه صراحة أو ضمناً منع القضاء من القيام بهذه الرقابة بل أن في الدستور ما يشجع على الأخذ

---

[١] د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠، ص٢٧٨ .

[٢] محمد رفعت عبد الوهاب ، القانون الدستوري ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٠ ، ص١١٩ .

[٣] د. عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، ط١٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص١٩٤ ، كذلك د. براهيم عبد العزيز شيما ، النظام الدستوري اللبناني ، الدار الجامعية للطباعة ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص٢٢٧ .

[٤] د. حسن علي ، حقوق الانسان ، وكالة المطبوعات ، الكويت ، بلا ، ص٢٦ .

بها ومن ذلك (م٦ / ف٢) من الدستور الأمريكي التي تنص : " هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة ستكون هي القانون الأساسي للبلاد والقضاة في كل البلاد سيتقيدون بذلك بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولاية " [١] .

وأيضاً (م ٣ / ف٢) من الدستور الأمريكي تتحدث عن الاختصاص القضائي والتي تنص " أن الوظيفة القضائية تمتد إلى كل القضايا المتعلقة بالقانون أو العدالة التي تثور في ظل الدستور " [٢] .

لقد عرفت المحاكم الأمريكية في أثناء مباشرتها للرقابة القضائية على الدستورية ثلاث طرائق للرقابة ، وهي : الرقابة بطريق الدفع بعدم الدستورية ، والرقابة بطريق الأمر القضائي ، والرقابة بطريق الحكم التقريري .

أولاً : الرقابة القضائية بطريق الدفع بعدم الدستورية :

وهي الطريقة الأقدم والأكثر شيوعاً في الولايات المتحدة الأمريكية ، إذ يفترض وجود منازعة قضائية (جزائية ، أو مدنية ، أو تجارية ، أو شخصية أو إدارية) ، فيدفع المدعى عليه (المتهم) بأن القانون المراد تطبيقه غير دستوري فتقوم المحكمة بفحص دستورية ذلك القانون ، فإن وجدته غير دستوري أهملته وامتنعت عن تطبيقه وفصلت بالدعوى المنظورة أمام المحكمة ، والقانون يبقى حتى تعدله أو تلغيه السلطة التشريعية المختصة ، هذا وأن أحكام المحاكم العليا تلزم المحاكم

---

[١] محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٢١٥ . إن الدستور الأمريكي لم ينص على مبدأ الرقابة ، بل لم يلمح إليه ، ولكن الفضل يعود في تبنيه إلى الدور البارز الذي قامت به المحكمة الاتحادية العليا والى الجهود الكبيرة التي بذلتها بموضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين (رقابة الامتناع) وقد لعب رئيس المحكمة القاضي مارشال دوراً مهماً في هذا الخصوص ، وذلك في القرار الشهير الصادر في عام ١٨٠٣ في قضية مار بوري ضد مادسن . وتعليل القاضي مارشال حق القضاء في رقابة دستورية القوانين بقوله : " إن الحق ناشئ من تمازج فكرتين ، سلطان القضاء ومبدا سمو الدستور . وإن مهمة القاضي هي تطبيق القانون في القضايا المعروضة عليه ، فإذا وجد في قضية معروضة عليه تنازع نص دستوري ونص قانوني وجب على القاضي أن يطبق أحد النصين وبما أن النص الدستوري هو الأعلى فيجب عليه أن يطبقه " . د. احسان حميد المفرجي ، ود. كطران صغير نعمة ، ود. رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص١٨٤ .

[٢] شهاب أحمد عبد الله النعيمي ، دور المحكمة العليا الأمريكية في الرقابة على دستورية القوانين في مجال حقوق الإنسان ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠٠٦ ، ص٨٣ .

الأدنى منها درجة في الموضوعات المتشابهة ، لكن لا تلزم المحكمة العليا نفسها ، وتستمر هذه الطريقة رقابة الامتناع وعلى هذا الأساس يمكن تعريف رقابة الامتناع بأنها : طرق دفاعية يلجأ إليها صاحب الشأن لتوقي الضرر من تطبيق قانون معين أثناء نظر دعوى أمام القضاء طالباً استبعاد تطبيق هذا القانون لمخالفته للدستور ويطلق على هذه الطريقة بطريقة الدفع الفرعي ولا يحق لأي شخص الطعن بعدم دستورية القوانين بصورة أصلية ويستطيع الخصم الذي له مصلحة في الدفع بعدم الدستورية ويستطيع خلال المراحل التي تمر بها الدعوى الدفع بشرط أن لا يكون قد صدر بها حكم واكتسب درجة البتات [١] .

ومن التطبيقات القضائية الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية في قضية (هارفر) ضد مجلس انتخابات بولاية (فرجينيا) في عام ١٩٦٦م فقد عدت المحكمة أن ضرائب الولاية على الاقتراع تتعارض مع التعديل الرابع عشر، إذ قضت " إذ إنه يكفي القول أنه بمجرد منح حق الانتخابات للناخبين فلا يجوز أن توضع خطوط لا تتفق مع فقرة الحماية المتساوية ... وحيث أن الثروة أو دفع الرسم ليس لهما أي علاقة بقدرة المرء على أن يشارك بذكاء في العملية الانتخابية ، فإن ضريبة التصويت تنتهك فقرة الحماية المتساوية " [٢] .

ثانياً : الرقابة القضائية بطريق الأمر القضائي .

تتلخص طريقة المنع القضائي في أن الفرد يستطيع الالتجاء إلى القضاء المختص للحصول منه على أمر إيقاف تنفيذ القانون المطعون فيه بعدم دستوريته إذا كان تنفيذ هذا القانون يؤدي إلى الحاق الضرر به ، فإذا ثبت للمحكمة أن القانون غير دستوري أصدرت أمراً قضائياً إلى الموظف المختص بالامتناع عن تنفيذ ذلك القانون وعلى الموظف تنفيذ أمر المحكمة ، وإلا عدَّ مرتكباً لجريمة احتقار المحكمة ويتعرض للمسؤولية الجزائية بالإضافة إلى التزامه بالتعويض [٣] .

---

[١] د. احسان المفرجي ، ود. كطران صغير نعمة ، ود. رعد ناجي الجدة ، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص١٨٢ .

[٢] أشار إلى هذه القضية ، مها بهجت يونس الصالحي ، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ، ودوره في تعزيز دولة القانون ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص١٥٣ .

[٣] د. احسان المفرجي ، المصدر السابق ، ص ١٨٧ .

ونظراً لما أفضى إليه استعمال أسلوب الأمر القضائي من تعطيل القوانين ولكي لا يساء الاستعمال فقد أصدر الكونغرس قانون عام ١٩١٠ م الذي يقضي بأن يكون إصدار الأمر القضائي من اختصاص محكمة اتحادية خاصة مؤلفة من ثلاثة أعضاء وأن يكون حكمها قابلاً للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا مباشرة ، وهذا يعني حرمان القاضي الفرد من اصدار أوامر المنع في مجال الرقابة الدستورية [١] .

ومن تطبيقات هذه الطريقة قضية (Pollock) عام ١٨٩٥ م وهي قضية رفعها أحد المساهمين في شركة ضد الشركة نفسها أمام إحدى المحاكم الاتحادية مطالباً بإصدار أمر منع ضد الشركة للتخلص من دفع الضريبة الاتحادية ، وإن القضية ما هي الا محاولة لفحص دستورية ضريبة الدخل الاتحادية [٢] .

ثالثاً : الرقابة القضائية بطريق الاعلان القضائي أو الحكم التقريري :

لقد استعملت محاكم الولايات المتحدة الأمريكية أسلوب الحكم التقريري في مجال الرقابة الدستورية منذ عام ١٩١٨ م والذي بمقتضاه يلجأ الفرد إلى المحكمة يطلب منها اصدار حكم يقرر ما إذا كان القانون المراد تطبيقه عليه يعد دستورياً أم لا وهنا على الموظف المختص بتنفيذ القانون أن يتريث حتى صدور حكم المحكمة فيقوم بتنفيذ القانون إذا وجدت المحكمة أنه دستوري أو يمتنع عن تنفيذه إذا قضت المحكمة بعدم دستوريته . وفي عام ١٩٣٤ م سن الكونغرس قانون الأحكام التقريرية الذي منح المحاكم الاتحادية سلطة اصدار أحكام تقريرية في المسائل المتعلقة بدستورية القوانين [٣] . وقد جاء في حكم المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية عام ١٩٤١ م " إن توافر النزاع أو الخصومة يشترط لإصدار الأحكام التقريرية بالدقة نفسها التي يشترط بها لإصدار سائر الأحكام القضائية " إن اصرار المحكمة على

---

[١] د. محمد كامل ليلة ، القانون الدستوري ، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٦٧ ، ص١٤١ .

[٢] انظر على شبكة الانترنت http//osinfo.sate.cov-2005 تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٧/١٨

[٣] د. سعد عصفور ، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة المعارف ، بالإسكندرية ، ١٩٨٠ ، ص٦٧.

ضرورة وجود الخصومة والتشديد في تفسيرها قلل قيمة هذه الأحكام التقريرية كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين [١] .

أما بالنسبة إلى فرنسا فقد أخذت بالرقابة القضائية اللاحقة بموجب التعديل الدستوري في ٢٣ / تموز / ٢٠٠٨ لدستور فرنسا ١٩٥٨ أما قبل هذا التعديل فكانت رقابة المجلس الدستوري الفرنسي رقابة سياسية رقابة سابقة ، وأجاز التعديل الدستوري بموجب الفقرة الأولى من المادة (٦١) للأفراد بإثارة مسألة دستورية القوانين التي تنتهك حقوقهم وحرياتهم بشكل غير مباشر أمام المجلس الدستوري الفرنسي من خلال الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء العادي أو الاداري وجعله اليه للتصفية قبل إحالة الدفوع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري بتصفيتها من محكمة النقض أو مجلس الدولة [٢] .

وفي جمهورية مصر لعام ٢٠١٤ م نصت المادة ١٩٢ على أن " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ... " [٣] .

إنَّ هذه النصوص تؤكد على الأخذ بالرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين (رقابة إلغاء) من محكمة عليا متخصصة في الرقابة على دستورية القوانين.

---

[١] شهاب أحمد عبد الله النعيمي، دور المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية في الرقابة على دستورية القوانين في مجال حقوق الانسان، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص١١٩.

[٢] حمريط كمال ، نشأة القضاء الدستوري في الجزائر وفرنسا وتأثيره على مبدأ سمو الدستور – دراسة مقارنة ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، مجلد ٥ ، العدد ١ ، سنة ٢٠٢٠ ، ص١٠٨٩ . يمارس المجلس الدستوري الفرنسي رقابته القضائية عن طريق دفع فرعي بعدم دستورية نص قانوني وارد في قانون أو نظام بمناسبة دعوى مرفوعة أمام إحدى الهيئات القضائية ، فإذا قدر القاضي جدية الدفع يحيلها إلى مجلس الدولة إذا الدعوى مرفوعة أمام المحاكم الادارية ومحكمة النقض إذا الدعوى مرفوعة أمام القضاء العادي وعندما يقرر مجلس الدولة أو محكمة النقض قبول الطعن يحيلها إلى المجلس الدستوري للفصل في دستوريتها وإن المجلس الدستوري الفرنسي قبل (٢٣ / تموز / ٢٠٠٨) كان يمارس رقابة سياسية رقابة سابقة (وقائية) عن طريق إحالة القوانين على المجلس الدستوري الفرنسي للنظر في دستوريتهما قبل صدور القانون (بعد التصويت على القانون في البرلمان وقبل اصداره من رئيس الجمهورية) ، وهذا ما يسمى بالإحالة السابقة .

[٣] أما بالنسبة لدستور مصر لعام ١٩٧١ الملغي فقد نصت (م / ١٧٥) على أن تتولى المحكمة الدستورية دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كل على الوجه المبين في الدستور .

إن أساليب رفع الدعوى الدستورية وتحريك اختصاص المحكمة الدستورية العليا المصرية في الرقابة القضائية على دستورية القوانين يكون من خلال ثلاث صور حددها كل من الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ وهي الاحالة والدفع والتصدي ، والاحالة تكون من قاضي النزاع ولقد بين قانون المحكمة الدستورية العليا بوجوب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة [١] .

والدفع بعدم الدستورية يكون من خلال حق الخصوم في الدفع بعدم الدستورية لنص في قانون أو لائحة يراد تطبيقه على النزاع في أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم ، أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي [٢] .

والتصدي يكون من جانب المحكمة الدستورية العليا لا يرتبط بدعوى منظورة أمام المحاكم تثار بمناسبتها مشكلة دستورية فهو طريق يعطي للمحكمة الدستورية العليا سلطة جوازية للتصدي من تلقاء نفسها لبحث دستورية قانون أو لائحة تعرض أمامها في أثناء ممارستها لإحدى اختصاصاتها [٣] .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على مبدأ المساواة ومبدا تكافؤ الفرص وحق الانتخاب في حكمها الصادر في ٧ / ٣ / ٢٠١٥ في القضية رقم ٢٤ لسنة ٣٧ قضائية دستورية ، الذي نص " وكان قد طعن المدعي أمام محكمة الموضوع على قرار رئيس اللجنة العليا للانتخابات رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٥ بفتح باب الترشيح بعضوية مجلس النواب لسنة ٢٠١٥ طالباً وقف تنفيذه ثم الغائه مستهدفاً وقف اجراءات انتخابات مجلس النواب ثم أقام دعواه الدستورية الراهنة طالباً الحكم بعدم دستورية المواد (٤ و ٥) والبند (١) من المادة (٨) من قانون مجلس النواب لمخالفتها للمواد (١ ، ٩ ، ٥٣ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٢٤٤) من الدستور .

---

[١] د. رفعت عبد سعيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٩ ، ص٣٤٦ – ٣٤٧ .

[٢] أحمد عبد السلام عبد الدائم ، المصدر السابق ، ص ٤٨ .

[٣] محمد رفعت عبد الوهاب ، القانون الدستوري ، المبادئ الدستورية العامة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص١٦٠ .

ولما كانت المواد المطعون فيها تمس المركز القانوني للمدعي بصفته ناخباً وتؤثر فيه ومنها ما يقف حجر عثرة في سبيله كطالب للترشيح وإذ إنَّ المشرع الدستوري قد غاير في شرط حمل الجنسية المصرية بالنسبة للمرشح لمنصب رئيس الجمهورية ومن يعين رئيساً لمجلس الوزراء باشتراطه أن لا يكون أيهما يحمل جنسية دولة أخرى وإسقاط هذا الشرط بالنسبة للمرشح لعضوية مجلس النواب فمن ثم كان على المشرع العادي الالتزام بحدود وضوابط ممارسته التشريعية ... فإذا ما خرج عنه وأحل نفسه محل المشرع الدستوري وأضاف للنص المطعون فيه قيداً أو شرطاً جديداً بالانفراد بالجنسية المصرية... ومما يستوجب القضاء بعدم دستوريته..."[١].

المحكمة الدستورية العليا المصرية مارست رقابتها القضائية في هذا القرار عن طريق الدفع بعدم الدستورية في أثناء نظر الدعوى أمام محكمة الموضوع ، ومن ثم أقيمت الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا المصرية .

ولقد أكد دستور العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ على الأخذ بالرقابة على دستورية القوانين من خلال المحكمة الاتحادية العليا ، إذ أكد الدستور في المادة (٩٢) على أن المحكمة الاتحادية هي هيأة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً " وجاءت المادة (٩٣) لتنص على أن " تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي : الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة " . وبما أنه ذكرت القوانين بشكل مطلق مما يعني إنَّ الرقابة تمتد لتكون على القوانين الاتحادية وقوانين الأقاليم التي تصدرها السلطتين التشريعية والتنفيذية في الأقاليم مما يترتب عليه ضرورة مطابقتها مع أحكام الدستور العراقي الاتحادي ٢٠٠٥ م .

وجاء في المادة (١٣ / ثانياً) " لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه " [٢] .

---

[١] محمد حازم علي، أثر مبدأ المساواة على شرعية العملية الانتخابية ورقابة القضاء الدستوري – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٢٠ ، ص١٩٠ .

[٢] من خلال هذا النص يتبين أن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، تبنى الرقابة القضائية اللاحقة على صدور القوانين .

إنّ الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العراق تمارس عن طريق الدعوى المباشرة (الدعوى الأصلية) ويتمثل أسلوب الدعوى الأصلية بأن يقوم صاحب الشأن بالطعن مباشرة بعدم دستورية القانون أمام المحكمة الاتحادية العليا حيث ترفع هذه الدعوى مباشرة امام هذه المحكمة دون أن تكون مسبوقة بدفع أمام احدى المحاكم [١] .

ويكون الطعن المباشر بعدم الدستورية من الجهات الرسمية ، إذ نصت المادة الخامسة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا (١) لسنة ٢٠٠٥ على أنه " إذا طلبت احدى الجهات الرسمية بمناسبة منازعة قائمة بينهما وبين جهة أخرى الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر فترسل الطلب بدعوى إلى المحكمة الاتحادية العليا معللاً مع أسانيده وذلك بكتاب بتوقيع الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة " [٢] .

كما يكون الطعن المباشر بعدم الدستورية من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين فقد نصت المادة السادسة من النظام الداخلي للحكمة الاتحادية " إذا طلب مدعي الفصل في شرعية نص في قانون أو قرار تشريعي أو نظام أو تعليمات أو أمر... ". والطريقة الأخرى من طرائق الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة هي الدفع بعدم الدستورية وتكون بالإحالة من محكمة الموضوع والاحالة بناء على دفع مقدم من الأشخاص .

فقد منح النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في المادة م (٣) منه الحق لمحكمة الموضوع أن تلجأ للقضاء الدستوري تلقائياً إذا رأت أن نصاً في قانون أو نظام أو تعليمات يتعلق بموضوع الدعوى المطروحة أمامها مشكوك في دستوريته حتى وإن لم ينتبه الخصوم لهذا الأمر ، والاجراء الذي تتخذه المحكمة حسب النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا هو ايقاف الدعوى المعروضة وإحالة الأوراق إلى

---

[١] د. عزيز الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبعة الفيصل، الكويت، ١٩٩٥ ، ص١٦٦ .

[٢] غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية ، موسوعة الثقافة القانونية، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص٨.

المحكمة الاتحادية للفصل في المسألة الدستورية ويجب على محكمة الموضوع ذكر النص التشريعي المطعون فيه [١] .

وتنظر المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية نص بناءً على طعن أحد الخصوم في الدعوى المعروضة أمامها ، حيث تكلف المحكمة الطاعن بتقديم هذا الدفع بدعوى جديدة لمحكمة الموضوع ، ولهذه الأخيرة أن تقبل الدعوى أو ترفضها بعد استحصال الرسم القانوني ، فإذا قبلتها ترسل الدعوى مع المستندات إلى المحكمة الاتحادية العليا ، أما إذا رفضت محكمة الموضوع الدعوى ، فيكون للخصم حق الطعن بقرارها أمام المحكمة الاتحادية العليا [٢] .

ومن تطبيقات المحكمة الاتحادية العليا العراقية فقد جاء في أحد قراراتها [٣] " ادعت وكيلة المدعيتان أمام المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى المرقمة ٢٠ / اتحادية / ٢٠١٤ المقامة في ١٣ / ٧ / ٢٠١٤ بأن المادة (١١) من قانون انتخابات مجلس النواب (٤٥) لسنة ٢٠١٣ غير دستورية لحرمان الكرد الفيليين من حقهم في التمثيل النيابي بتخصيص (الكوتا) لهم أسوة ببقية المكونات ، حيث أن الدستور العراقي قد أكد مبدأ المساواة بين العراقيين وتكافؤ الفرص على أن تكفل الدولة اتخاذ الاجراءات الكفيلة بذلك استناداً للمادتين (١٤ و ١٦) من دستور ٢٠٠٥ ... " .

في هذا القرار المحكمة الاتحادية العليا مارست رقابتها القضائية بطريقة (الدعوى الأصلية) بطعن مباشر بعدم الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا .

---

[١] أحمد عبد السلام عبد الدائم ، حدود اختصاص القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية ، الجامعة العراقية ، ٢٠١٨ ، ص٥١ .

[٢] أنظر : م المادة (٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ ، نشر بالوقائع العراقية بالعدد(٣٩٩٧) في ٢ / ٥ / ٢٠٠٥ .

[٣] أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعامي (٢٠١٤ –٢٠١٥)، من اصدارات جمعية القضاء العراقي ، المجلد السابع ، ٢٠١٧ ، ص٢٣ .

كما أن الرقابة الدستورية التي تمارسها المحكمة الاتحادية تكون منصبة على القوانين والأنظمة سارية المفعول وليس المنتهي حكمها أو ملغية ، وهذا ما جاء في قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٨/اتحادية/اعلام/ ٢٠١٣) بتاريخ ٤/ ٥/ ٢٠١٣[١].

الفرع الثاني
النصوص الدستورية المنظمة للرقابة القضائية على أعمال الإدارة

إن السلطة التنفيذية بما تصدره من قرارات تنظيمية أو قرارات فردية خلال عملها في تلبية الحاجات قد تخرق مبدأ المساواة خلال عملها لذلك فان من اهم الضمانات لحمايه مبدأ المساواة من انتهاك السلطة التنفيذية هو الرقابة القضائية على اعمال الإدارة .

إنَّ المقصود من الرقابة القضائية على أعمال الادارة " ان تباشر السلطة القضائية ممثله بمحاكمها وعلى اختلاف انواعها ودرجاتها مراقبه اعمال الإدارة"[٢].

إذ تقوم وبناء على طعن الأفراد ذوي الشأن ببحث مشروعية العمل الاداري ، إذا تبين مخالفة العمل الاداري للقانون تقوم المحكمة بإلغائه وتعديله وايضا تعويض الضرر الناتج عنه [٣] .

وتختلف الرقابة القضائية في ممارستها باختلاف النظام القضائي ، ففي النظام القضائي الموحد تكون الرقابة القضائية على أعمال الإدارة من القضاء العادي ، إذ يوجد قضاء واحد هو القضاء العادي تكون ولايته على كافه المنازعات ، ومن ضمنها المنازعات الإدارية ، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية ، فالقضاء العادي في الولايات المتحدة الامريكية مارس ولا يزال يمارس الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية ، أما في النظام القضائي المزدوج والذي أخذت به كل

---

[١] مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعامي (٢٠١٤ و ٢٠١٥) ، من اصدارات جمعية القضاء العراقي ، المجلد ٧ ، ٢٠١٧ ، ص٦٤ .

[٢] فؤاد العطار، رقابة القضاء لأعمال الإدارة ، ط٢ ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص٨٣.

[٣] د. محمد رفعت عبد الوهاب: القضاء الاداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٩٠.

من فرنسا ومصر والعراق نجد قضاء متخصصاً بالنظر في المنازعات الإدارية يسمى بالقضاء الإداري يقف إلى جنب القضاء العادي [١] .

ويكون دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المساواة عن طريق (دعوى الالغاء) وتكون هذه الدعوى موجهة ضد القرار الإداري المعيب في أركانه فالقرار الإداري فيه خمسة أركان هي (الاختصاص ، المحل ، الشكل ، السبب ، الغاية) . يجب أن تكون أركانه الخمسة موجودة وصحيحة كي يكون القرار الإداري صحيح وما يهمنا هنا هو ركن المحل والذي يقصد به التغيير الذي أرادت الإدارة احداثه في الأوضاع والمراكز القانونية ومن أهم شروطه هو أن يكون غير مخالف للقواعد القانونية أياً كان مصدرها [٢] .

وعليه فإن القرار الإداري يكون فيه عيب مخالفة القانون وبالتالي يلغى هذا القرار الذي أصابه عيب في ركن المحل من القضاء إذا كان القرار الإداري مخالفاً لنص دستوري أو تشريعي أو لمبدأ من المبادئ العامة للقانون تؤكد على مبدأ المساواة أو تطبيقاته .

بالنسبة إلى فرنسا فهي أول من أخذ بنظام القضاء الإداري المستقل ومنها انتشر للدول الأخرى ونشأ مجلس الدولة الفرنسي عن طريق دستور السنة الثامنة للجمهورية الأولى ويعد مجلس الدولة الفرنسي قمة هرم القضاء الإداري في فرنسا فهو قاضي المنازعات الادارية ومستشار الإدارة العامة ويقوم بمهام المحكمة العليا اتجاه جميع المحاكم الإدارية الأخرى [٣] . ويقوم مجلس الدولة الفرنسي بعمله للآن وهناك الكثير من القرارات الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي أكدت على حماية مبدأ المساواة بكافة تطبيقاته [٤] .

---

[١] د. فاروق أحمد خماس ، المصدر السابق ، ص ٨٣ .

[٢] د. ماهر صالح علاوي : القرار الإداري ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩١ ، ص١٣٢ – ١٣٦ .

[٣] أ. د. غازي فيصل مهدي و أ. م. د. عدنان عاجل ، القضاء الإداري ، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع ، العراق ، النجف الأشرف ، حي عدن ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٢ ، ص١٢١ .

[٤] أنظر تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي لمبدأ المساواة في :

Predmand mélin – sovcramenien, Op. cit, pp. 33 – 40 .

ومن أشهر القرارات حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (باريل) سنة ١٩٥٤ م إذ قرر فيه مجلس الدولة الفرنسي الغاء القرار الاداري الذي قضى بحرمان السيد (باريل) وآخرين من دخول المسابقة التي تعقدها المدرسة الوطنية للإدارة إذ عدّ المجلس أن السبب الحقيقي لاستبعادهم كان سبباً سياسياً مما يجعل القرار مشوباً بالخطأ في القانون باستناده إلى أسباب سياسية مما يعد انتهاكاً من جانب الإدارة لمبدا أساسي هو مبدأ المساواة بين المواطنين الفرنسيين [١] .

وقرار المجلس في حكمه سنة ١٩٤٢ والذي قضى فيه بإلغاء قرار المحافظ المتضمن قصر حق البيع على طائفه من التجار لمخالفة ذلك لمبدأ المساواة [٢] . كما استقر اجتهاد المجلس على عدم شرعية التمييز بين المرشحين لاعتبارات الجنس في تولي الوظائف العامة كما في أحكامه الصادرة سنة ١٩٦٧ وسنة ١٩٨٩ [٣] .

إنَّ رقابة مجلس الدولة الفرنسي على القرارات الإدارية والغاء ما يخالف منها الحقوق والحريات العامة وخاصة مبدأ المساواة جعل مجلس الدولة الفرنسي مثالاً للقضاء الإداري المتخصص المساهم بشكل فاعل في حماية الحقوق والحريات العامة والتي أساسها مبدأ المساواة .

أما بالنسبة لدستور العراق ٢٠٠٥ فقد نص في م (١٠١) " يجوز بقانون انشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والافتاء والصياغة وتمتثل الدولة وسائر الهيئات العامة أمام جهات القضاء إلاّ ما استثنى منها بقانون "

ونصت م (١٠٠) منه على : " يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن " .

---

[١] د. عبد الغني بسيوني ، ولاية القضاء الاداري على أعمال الإدارة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٣ ، ص٧٨ .

[٢] د. عبد الغني بسيوني ، المصدر نفسه ، ص ٢٣١ .

[٣] مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الاداري لمجلس الدولة الفرنسي ، ط٣ ، جامعة الاسكندرية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص٤٧٣ .

النص الدستوري أعطى لجهاز قضائي متخصص وهو مجلس الدولة سند دستوري لكي تتولى الرقابة على أعمال الإدارة فيما يضمن حماية مبدأ المساواة من تعسف الإدارة .

ولقد صدرت عدة قرارات من الهيئات المختلفة للقضاء الاداري العراقي من سنة ١٩٨٩ ولحد الآن وتم من خلال هذه الأحكام الغاء العديد من القرارات الادارية المشوبة بعيب في أحد أركانها وفيها مخالفة للقواعد القانونية وفيما يخص مبدأ المساواة فمن خلال الاطلاع على قرارات القضاء الاداري في العراق بمختلف هيآته وجدنا بعض القرارات التي تؤكد على هذا المبدأ صادرة بصورة خاصة من الهيأة العامة لمجلس الدولة [١] .

وأشار دستور مصر لعام ٢٠١٤ م لمجلس الدولة في المادة (١٩٠) منه إذ نصت " مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية ، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه ، كما يختص بالفصل في الدعاوي والطعون التأديبية ... " . ونصت المادة ٩٧ منه " ... ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء ... " .

ومارست محكمة القضاء الاداري في مصر دوراً فاعلاً في حماية مبدأ المساواة من خلال قراراتها العديدة في هذا الشأن فهناك الكثير من القرارات الصادرة عن المحكمة تحمي فيها هذا المبدأ بكل صوره وتطبيقاته ومن هذه القرارات قرار المحكمة الادارية العليا في مصر ١٩٥٩ م إذ جاء فيه " إن المساواة في فرض الضريبة شيء والاعفاء أو عدمه في حالات فردية أناطها القانون بتقدير الإدارة

---

[١] قرار الهيئة العامة لمجلس الدولة بصفتها التمييزية رقم (٨٢ / انضباط / تمييز / ٢٠٠٤) " يقضي أن يكون المدعي (المميز عليه) تدرجه الوظيفي في المرحلة التي وصل إليها خريجو دورته ومساوياً لهم في الحقوق والامتيازات والواجبات". قرار الهيأة العامة لمجلس الدولة (قرار غير منشور) صادر في ٢٠٠٤/٦/٧. قرار الهيئة العامة لمجلس الدولة ٧١ / انضباط / تمييز / ٢٠٠٤ والذي جاء فيه (ولما كانت الشروط القانونية متوفرة في المدعية (المميزة) عندما عينت وأن شرط اثبات السلامة الفكرية ليس من شروط التعيين المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية وإنما هو شرط إضافي يتعارض مع (مبدأ المساواة) في التوظيف فيكون قرار ايقاف صرف رواتبها غير صحيح) . قرار الهيأة العامة لمجلس الدولة (قرار غير منشور) صادر في ٣١ / ٥ / ٢٠٠٤ .

شيء آخر ، وإذا كانت المساواة بين المخولين عند تطبيق ضريبة معينة واجبة قانوناً ، إلاّ أن ذلك لا يستلزم حتماً المساواة بينهم ايضاً في الاعفاء " [١] .

وقرار المحكمة الادارية العليا في مصر في القضية ١٦ و ١٩ لسنة ٢ بتاريخ ١٦ / ٤ / ١٩٦٠ : " بعدم شرعية القرار الفردي الصادر بحظر تشغيل مطحنة ليلاً لعدم تطبيقه على باقي المطاحن المتشابهة مخالفاً بذلك مبدأ المساواة أمام القانون واللوائح " [٢] .

إن نص الدساتير على إيجاد جهة تتولى الرقابة على أعمال الإدارة ضمانة فعّالة لحماية مبدأ المساواة .

المطلب الثالث

مبدأ المشروعية

يعد مبدأ المشروعية ضمانة حقيقية لمبدأ المساواة ، من خلال ضرورة مطابقة القاعدة الأدنى بالقاعدة الأعلى ومن خلاله تتم الحيلولة دون تغيير النصوص القانونية الأعلى عن طريق الأعمال القانونية الأدنى ، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين ، وكما يأتي :

الفرع الأول : مفهوم مبدأ المشروعية

الفرع الثاني : التزام الإدارة بالخضوع للقانون .

الفرع الأول
مفهوم مبدأ المشروعية

لمبدأ المشروعية مفهوم قانوني ومفهوم سياسي فيما يخص المفهوم القانوني لمبدأ المشروعية فقد اورد الفقهاء عدة تعاريف قانونية فيعرف مبدأ المشروعية (بأنه خضوع الدولة في جميع تصرفاتها لأحكام القانون) [٣] . فمبدأ المشروعية يعني سيادة القانون .

---

[١] مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا ، السنة الرابعة ، ١٩٦٠ ، ص٢٢٠ .

[٢] مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا ، مجموعة ابو شادي ، الجزء ٢ ، ص٧٨٠ .

[٣] د. أحمد شرف الدين ، القضاء الإداري ، منشورات جامعة صنعاء ، ١٩٨٦ ، ص٣٥ .

ويعرف مبدأ المشروعية بأنه " خضوع الدولة كلياً ، حكاماً ومحكومين لقواعد القانون القائم فيها ، بحيث تتوافق التصرفات التي تصدر من سلطات الدولة ومواطنيها مع قواعد قانونية موضوعة أو قائمة من قبل " [١] .

وعرف مبدأ المشروعية بأنه : " خضوع جميع المصادر القانونية لهذا المبدأ الذي يقوم على أساسه فكرة سيادة القانون على كافة المصادر الأخرى وخضوع الأفراد والهيئات الاجتماعية كافة لجميع القواعد القانونية في الاطار الشرعي " [٢] .

وعرف مبدأ المشروعية بأنه " مجموعة القواعد الدستورية والقوانين العادية والمعاهدات الدولية والأعراف والمبادئ القانونية العامة"[٣].

أن المشروعية تتحدد في " عدم استطاعة أي سلطة في دولة قانونية اتخاذ قرار فردي الا ضمن الحدود التي يرسمها نص ذو بعد عام . أي قانون بالمعنى المادي " [٤] .

ويعني مبدأ المشروعية " سيادة القانون ، أي احترام أحكامه وسريانها على كل من الحاكم والمحكوم ، فالقانون يجب أن يحكم سلوك الأفراد ليس فقط في علاقاتهم ببعضهم البعض ، وإنما كذلك في علاقاتهم بهيئات الحكم في الدولة " [٥] .

ويعرف مبدأ المشروعية بأنه " سيادة حكم القانون ، بمعنى أن تكون جميع تصرفات الإدارة في حدود القانون " [٦] .

وعرف بأنه " الخضوع للقانون بمفهومه العام ، خضوع الحكام والمحكومين ، فتخضع سلطات الدولة جميعاً للقانون في كل صور نشاطها ومختلف التصرفات

---

[١] د. محمد بدران ، رقابة القضاء على أعمال الإدارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص١١ .

[2] Hauriou, Precis de droit administratire et de droit puplic – LGD – e'd 1933; P.511.

[3] De Lau badere ; traite eleman taire de droit administrative ; 3e , ed – 1936, P199.

[٤] العميد ليون دوكي ، دروس في القانون العام ، ترجمة : د. رشدي خالد ، منشورات وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨١ ، ص١٦٤ .

[5] Rivero J. Droit administrative , precis , Dalloz, 1970, P14.

[٦] د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، ط٤، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص١٤–١٥.

والأعمال التي تصدر عنها ، باعتبار أن القانون ينشأ حائلاً دون كل صورة من صور الاعتداء على حقوق الانسان وحرياته " [١] .

كما أطلق على المفهوم ذاته تسمية " مبدأ سيطرة أحكام القانون " . ويوضح مضمون هذا المبدأ بأنه " أي سلطة أو هيأة سواء كانت برلمان أم جمعية شعب أم رئيس دولة أم وزارة ... الخ ليس لها أن تصدر قرار فردياً أي خاصاً بحالة فردية معنية بعبارة أخرى ، إن السيطرة والاحترام ، إنما يكون للقواعد العامة التي يتضمنها القانون لا للأهواء أو الارادة المتغيرة للحكام ، وإنما ينطوي عليه القانون من أحكام يجب أن يكون موضع احترام سواء من المحكومين أم الحكام " [٢] .

أن المشروعية تعني " إن أعمال الهيئات العامة وقراراتها لا تكون صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية ، كما لا تكون ملزمة للأفراد المخاطبين بها ، الا بمقدار مطابقتها لقواعد القانون العليا التي تحكمها ، بحيث متى صدرت بالمخالفة لهذه القواعد فإنها تكون غير مشروعة ، ويكون من حق الافراد ذوي المصلحة طلب الغائها والتعويض عنها أمام المحكمة المختصة " [٣] .

أما المفهوم السياسي لمبدأ المشروعية فقد ذهب بعض من الفقهاء إلى أن مبدا المشروعية يعني اعتقاد أو ايمان غالبية أعضاء المجتمع ايماناً حقيقياً بأن السلطة يجب أن تمارس بطريقة معينة دون غيرها ، وإلا فقدت مبرر طاعتها [٤] .

من خلال مبدأ المشروعية يمكن تمييز الحكومة المستبدة ذات النظام البوليسي عن الحكومة غير المستبدة أو الحكومة القانونية ، فالقانون نظراً لصيغته العامة المجردة وغير الشخصية لا يعد أداة اعتداء على الحريات العامة . وإن أهم

---

[١] د. سعيد الحكيم ، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الاسلامية والنظم الوضعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط٢ ، ١٩٨٧ ، ص١٠١٩ .

[٢] د. عبد الحميد متولي ، الوجيز في النظريات والأنظمة ومبادئها الدستورية ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٥٨ – ١٩٥٩ ، ص٣٠ – ٣١ .

[٣] د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مكتبة القاهرة الحديثة ، ١٩٧٣، ص٥.

[٤] د. منذر الشاوي ، دولة القانون ، ط١ ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ص٢١٥ .

ما يستخلص من مدلولات هذا المبدأ هو أن القيود التي تفرضها الدولة على حريات الأفراد ونشاطهم لا يمكن تقريرها الا بواسطة قانون يوافق عليه ممثلو الأمة [١] .

نجد دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٩٨٧ ينص على علو وسمو مبدأ القانون في مادته السادسة بقولها : " هذا الدستور ، وقوانين الولايات المتحدة التي تصدر تبعاً له ، وجميع المعاهدات المعقودة أو التي تعقد تحت سلطة الولايات المتحدة تكون القانون الأعلى للبلاد . ويكون القضاة في جميع الولايات ملزمين به ولا يعتد بأي نص في الدستور أو قوانين أية ولاية يكون مخالفاً لذلك " [٢] .

إن الدستور باستعماله مصطلح القانون الأعلى للبلاد يعبر عن اقراره لمبدا المشروعية .

ونجد تكريس مبدا المشروعية في نصوص دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ ومنها نص المادة (١) تكفل المساواة بين جميع المواطنين أمام القانون ، والمادة (٣) السيادة الوطنية ملك لشعب يمارسها عن طريق ممثليه ، والمادة (٥) يسهر رئيس الجمهورية على احترام الدستور .

وقد افرد الدستور المصري في المواد من (٩٤ – ١٠٠) مقتضيات مبدأ المشروعية ، حيث بدأ في المادة (٩٤) على أن سيادة القانون أساس الحكم في الدولة ، وتخضع الدولة للقانون [٣] .

كما قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن " مبدأ المشروعية وسيادة القانون هو المبدأ الذي يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده في جميع أعمالها وتصرفاتها " [٤] .

---

[١] د. عبد الحميد متولي ، الحريات العامة ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ١٩٨١ ، ص٩٠ .

[٢] حسن مصطفى البحيري، القانون الدستوري، ط٢ ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية ، سوريا ، ٢٠١٣ ، ص٢٥٣ .

[٣] سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ، الرقابة على أعمال الإدارة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، ٢٠١٤ ، ص١٤ .

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم ١١ لسنة ٥ ، قضائية عليا دستورية بجلسة ٣ / ٤ / ١٩٧٦ أشار غليه سامي جمال الدين ، المصدر نفسه ، ص ١٤ .

وأيضاً جاء في حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بتاريخ ٤/يناير/١٩٩٢ في القضية رقم ٢٢ سنة ٨ قضائية دستورية " إن الدولة القانونية هي الدولة التي تتقيد في جميع مظاهر نشاطها وأياً كانت سلطتها بقواعد قانونية تعلو عليها وتكون بذاتها ضابطاً لأعمالها ، وتصرفاتها في أشكالها المختلفة " ذلك أن ممارسة السلطة لا تعد امتيازاً شخصياً لأحد ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها [١] .

أرسى الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ م مبدأ سيادة القانون في المادة الخامسة حين ورد النص على أن السيادة للقانون والشعب مصدر السلطات وشرعيتها ، كما جاء في م ٢ ف ج لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور .

الفرع الثاني
التزام الإدارة بالخضوع للقانون .

ان التزام الإدارة بالخضوع للقانون يؤدي إلى خضوعها لمبدأ المشروعية ، وإن المقصود بالقانون هنا هو القانون بمعناه الواسع ، أي القاعدة القانونية بصيغة عامة وبغض النظر عن مصدرها سواء كانت نصوص الدستور ، أم نصوص القوانين ، أم نصوص اللوائح ، أم العرف ، أم المبادئ القانونية العامة ، فهو يعني ضرورة الالتزام بكل قواعد الهرم القانوني في الدولة على تنوع مصادره .

اختلف الفقهاء حول مدى التزام الإدارة بالخضوع لمبدأ المشروعية أو حول مدى التزامها بالخضوع للقانون . فظهرت ثلاثة آراء في هذا الخصوص :

الرأي الأول : ومؤداه أنه لا يجوز للإدارة أن تأتي عملاً قانونياً أو مادياً مخالفاً للقانون ، وهذا يعني أن تصرفات الإدارة تكون مشروعة طالما إنها لم تخالف القانون .

وكما هو واضح فإن هذا الرأي يوسع من سلطة الإدارة على حساب مبدأ المشروعية فالإدارة تتمتع بأوسع سلطة في ممارستها لأعمالها وقيامها باستعمال صلاحياتها ، فهو يمنحها حرية كبيرة وسلطاناً واسعاً فيما تأتيه من أعمال في حين

[١] أحمد فتحي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط١، دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص٢١ .

تكون المشروعية ومبدأها في أضيق مساحاتها فيكفي لاسباغ صفة المشروعية على أعمال الإدارة ، عدم مخالفتها للقانون من دون أن يشترط استنادها في الأعمال الصادرة عنها إلى القانون أو وجوب صدورها عنها تنفيذاً له [١] .

وفي هذه الحالة يمكن القول إن الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية في حدها الأقصى ، أي للإدارة الحق في أن تتصرف أو أن تمتنع عن التصرف ، وإذا أرادت التصرف فإنها تكون حرة في اختيار الوقت المناسب لإصدار القرار ، فإذا أصدرته فهي تستطيع اختيار الأسباب التي تبنى عليها القرار وذلك لأن القانون لا يحدد لها أسباباً معينة بالذات في حالة اصدارها للقرار [٢] .

الرأي الثاني : ومؤداه أن المراد بخضوع الإدارة للقانون هو ضرورة استنادها في كل تصرفاتها وأعمالها القانونية والمادية إلى أساس من القانون ، فلا يكفي أن يكون عمل الإدارة أو تصرفها غير مخالف للقانون ، وإنما يجب أن يكون مستنداً ومبنياً على قاعدة قانونية قائمة تجيزه حتى يكون مشروعاً [٣] .

قد يقوم المشرع برسم الحدود العامة للإدارة من حيث الصلاحيات التي يمكن أن تتمتع بها ، فيصدر قواعد قانونية يحدد فيها اختصاصات الإدارة على سبيل الحصر ، ويوجب عليها الالتزام بها في مقام العمل ، ومتى ما خرجت عن هذه الاختصاصات المحددة لها تكون قد تجاوزت القواعد القانونية التي عينت لها اختصاصاتها ، أي تكون قد وقعت في مخالفة القانون فيوصف عملها بغير المشروع ويكون عرضة للإلغاء [٤] .

ويقوم هذا المعنى على الربط بين مشروعية أعمال الإدارة وإذن المشرع لها بممارسة تلك الأعمال ، وهذا المعنى وإن كان يضيق من صلاحيات الإدارة لأنه يحدد اختصاصاتها على سبيل الحصر الا أنه يمنحها قسطاً من حرية التصرف فبعد

---

[١] د. سعيد عبد المنعم الحكيم، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الشريعة الاسلامية والنظم المعاصرة ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص١٥ .

[٢] د. محمد علي جواد ونجيب خلف أحمد ، القضاء الاداري ، مكتب الغفران ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص٢٩ .

[٣] سعيد عبد المنعم الحكيم ، المصدر السابق ، ص ١٦ .

[٤] د. محمود حافظ ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص٢٤ .

أن تتأكد الإدارة من وجود القاعدة القانونية التي تأذن لها بالتصرف تستطيع أن تتحكم بنوع العمل الذي تجده ملائماً لصدوره عنها مضافاً لما لها من الحرية في اختيار الوقت الذي تراه مناسباً لصدوره ، ومن أجل هذا يصح القول أن الإدارة وفقاً لهذا المعنى للمشروعية تتمتع بنحو من السلطة التقديرية ولكنها ليست مطلقة اليد في سلطتها التقديرية هذه ، أي أنها سلطة تقديرية محدودة ، لأن العمل الصادر عن الإدارة لو لم يستند إلى قاعدة قانونية ما لكان مخالفاً للقانون وفقد كل قيمة ملزمة له.

وهكذا يعمل أنصار هذا الرأي على توسيع دائرة مبدأ المشروعية مما يعني في المقابل تضييق نطاق حرية الإدارة في التصرف ، ومن ثم تقييد قدرتها وسلطاتها في مباشرة وظائفها [١] .

الرأي الثالث : ومؤداه أن أعمال الإدارة وتصرفاتها القانونية والمادية لا تكون مشروعة الا إذا كانت مجرد تنفيذ أو تطبيق لقاعدة تشريعية عامة قائمة قبل مباشرة التصرف ، وبهذه التوسعة للمشروعية لا يكون للإدارة سوى دور محدود لا تستطيع الخروج عنه وإلا وصف عملها بغير المشروع .

ويلاحظ على هذا الراي أنه يحرم الإدارة من أي سلطة تقديرية يمكن أن تتمتع بها وتقتل لديها روح المبادرة والابداع ويحولها إلى أداة صماء لا تقوم الا بتنفيذ القانون من دون أن يكون لها رؤاها الخاصة في كيفية تحقيق أهدافها المرسومة لها أو تحقيق المصلحة العامة ، ويحرم الإدارة من جملة من القرارات الادارية التي تعارف القانون الوضعي في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج وعلى رأسها فرنسا [٢] .

منحها للإدارة من أجل تسيير المرافق العامة بانتظام واستمرار وعلى رأس هذه القرارات الادارية المسلوب تمتعها بها هي ما يعبر عنها باللوائح التنظيمية ، وهي التي تصدر عن الإدارة لتنظيم المرافق العامة من دون أن تستند الإدارة في اصدارها

---

[١] د. محمد علي جواد ، القضاء الاداري ، ط٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص٣٥ .

[٢] د. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، تقوية دور السلطة التنفيذية في ميدان التشريع في دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٥ ، ص٨ .

إلى قانون سابق صادر عن السلطة التشريعية في الدول ، ومن هنا جاءت تسميتها باللوائح القائمة بذاتها أو اللوائح المستقلة أيضاً ، لاستقلالها عن القانون[1] .

بل قد يقال بانضمام لوائح الضبط وكذلك لوائح الضرورة إلى اللوائح التنظيمية ولا يبقى إلى الإدارة من صلاحيات فيما يتعلق بالقرار سوى اللوائح التي تقوم بتسهيل عملية تنفيذ القانون الصادر عن البرلمان وهي التي تسمى باللوائح التنفيذية .

ونجد بأن الرأي الأول يضع التزاماً سلبياً على عاتق الإدارة وذلك لعدم مخالفة القانون عند مباشرة اعمالها بينما وفقاً للرأي الثاني يضع التزاماً ايجابياً على عاتقها وذلك بأن تكون تلك الأعمال مستندة إلى أساس من القانون لمدلوله الواسع .

ويقدم مبدأ المشروعية اطار الحماية اللازمة لمبدأ المساواة بما يرسمه في مصادره العليا من حماية إذ إن الاعتداء على مبدأ المساواة ينطوي حتماً على خروج الأعمال الدنيا على ما يسموها من قواعد وتجريد هذه الأعمال من قيمتها ووصفها بالبطلان ، والإدارة بما تصدره من قرارات ادارية يجب أن تحترم في قراراتها هذه مبدا المساواة .

[1] د. محمد علي جواد ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .

الفصل الثالث

دور القاضي الدستوري في حماية مبدأ المساواة

الفصل الثالث

دور القاضي الدستوري في حماية مبدأ المساواة

إن للسلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري عندما يقوم بالرقابة على الدستورية الدور الفعال في حماية مبدأ المساواة ، فكرس مبدأ المساواة وطبق من أجل ممارسة الحقوق والحريات بين المواطنين على قدم المساواة ودون تمييز بينهم بسبب الأصل أو الانتماء السياسي أو اللغة أو الدين ، أما معنى هذه السلطة والمكرسة للقاضي الدستوري فيضع المختصون لهذه السلطة معنى " السلطة المنشئة للقضاء " ومعنى ذلك أنه بمقدور القضاة وبمناسبة النظر بالدعوى الدستورية خلق قاعدة قانونية ، لأن تفسير الدستور أو القانون ليست عملية اعتراف بالمعايير الموجودة مسبقاً ، ولكن هي سلطة لإنتاج معايير جديدة ويشترط أن تكون نتيجة التفسير الذي يتوصل إليه القاضي متوافقاً مع المعايير الدستورية وبالتالي فإن معنى النص ليس موجوداً مسبقاً للنشاط التفسيري ؛ على العكس هو نتاجه أي نتاج نشاط القاضي الاجتهادي وأن القاضي الدستوري يقوم بتوظيف حواسه عند استنباط القاعدة القانونية ، فهو يقوم بعمل إرادي يكون معياره المعنى (المفسر) الذي يتوصل إليه ، إذ يحتوي النص على عدد لا حصر له من التفسيرات المحتملة ، ولكن هناك العديد من التفسيرات التي يلزم الاختيار بينها [١] .

ويقوم القاضي الدستوري بالرقابة على جميع أركان التشريع وعناصره ، سواء في ذلك العناصر التي يتمتع المشرع بالنسبة لها بسلطة تقديرية أم التي تعد سلطة المشرع بالنسبة لها مقيدة ، وعندما يجد القاضي الدستوري انتهاك لنصوص الدستور، يقرر عدم الدستورية ، ويصدر قراراً يلغي فيه القانون ، كما هو الحال في كل من العراق ومصر وفرنسا ، أو تقوم المحاكم بطريقة الامتناع عن تطبيق القانون ، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية ، وعليه سنقسم هذا الفصل على مبحثين ، وكما يأتي : المبحث الأول : مضمون السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري .

المبحث الثاني : تطبيقات حماية القاضي الدستوري لمبدأ المساواة .

---

(1) Jouanjan (Olivier), le principe d'egalite devant La Loi en droit allemande , Economica, 1992, P. P. 163 – 164.

Cécile Barrols de SARIGNY, Les cahirs dv conseil constitutionnel, N°4 Avril 2020.

المبحث الأول
مضمون السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري

يتمتع القاضي الدستوري في سبيل ممارسة عمله سلطات واسعة تحتاج منه لجهد وبحث جاد مع ما يتوجب أن يترافق مع ذلك الجهد من تأنٍ وتفكير منطقي وسليم ، وصحة قياس واستنباط لتكوين عقيدة سليمة صحيحة مؤدية إلى حكم قضائي هو أقرب للحقيقة .

لذلك اصطلاح السلطة الاجتهادية أصبح اصطلاحاً متداولاً وبشكل كبير ، بوصفه ضرورة من ضرورات العمل القضائي وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، وكما يأتي :

المطلب الاول : مفهوم السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري .

المطلب الثاني : نطاق السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري .

المطلب الاول
مفهوم السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري

إنَّ مفهوم السلطة الاجتهادية مفهوم واسع التداول على صعيد الدراسات القانونية سواء أكان ذلك على صعيد القانون العام أم الخاص ، لذلك ولتحديد مدلول السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري سنقسم هذا المطلب على فرعين ، وكما يأتي :

الفرع الأول : تعريف السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري .

الفرع الثاني : خصائص السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري .

الفرع الأول
تعريف السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري

يقتضي التعريف بالسلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري التعرض للدلالة اللغوية والاصطلاحية للسلطة الاجتهادية .

أولاً : **تعريف السلطة الاجتهادية لغة** :

١. المقصود بالسلطة لغة : من سَلَطَ تَسلط ، سلاطة ، وهي القهر والحدة [١] .

[١] اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار ، ط١ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص١١٣٣ .

والسلطة : من التسلط والسيطرة والتحكم [١] ، فالتركيب يدل على القوة والقهر والغلبة ، فقد قال الله تعالى : ﴿ . . . وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَقَاتَلُوكُمْ فَإِنِ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَاتِلُوكُمْ وَأَلْقَوْا إِلَيْكُمُ السَّلَمَ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلاً ﴾ [٢] .

ومن خلال عرض هذه المعاني يتبين أن السلطة تشمل الملك والغلبة والقوة والقدرة .

وبمناسبة المعنى اللغوي لموقع كلمة السلطة ضمن اللفظة المركبة (السلطة الاجتهادية) يتجلى في أن القاضي يسيطر على مجريات القضية ، ويتحكم فيها وفق تقديره ونشاطه الذهني التقديري [٣] .

٢. المقصود بالاجتهادية لغة :

للاجتهاد في اللغة تعريفات عدة ، من أبرزها : الجَهد والجُهد الطاقة ... وقيل الجَهد المشقة ، والجُهد الطاقة [٤] .

والاجتهاد : بذل الوسع والمجهود [٥] .

" إنَّ الاجتهاد في اللغة هو استفراغ الوسع في أي فعل كان ، يقال استفرغ وسع في حمل الثقيل ، ولا يقال استفرغ وسع في حمل النواة " [٦] .

---

[١] ابراهيم مصطفى وآخرون "المعجم الوسيط، دار الدعوة، تركيا، ١٩٨٩، مادة (سلط): ص٤٤٣ .

[٢] سورة النساء : من الآية ٩٠ .

[٣] سليمان بن محمد بن سليمان الجويسر ، سلطة القاضي التقديرية في الشهادة والاقرار واليمين (دراسة مقارنة) ، بحث تكميلي لنيل الماجستير في السياسة الشرعية من المعهد العالي للقضاء ، جامعة الامام محمد بن مسعود الاسلامية ، المملكة العربية السعودية ، ١٤٢٢ هـ – ١٤٢٣ هـ ، ص١٥ .

[٤] ابن منظور ، لسان العرب ، دار احياء التراث العربي – مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، ج٢ ، ط٣ ، ١٩٩٩، ص٣٩٥ – ٣٩٧.

[٥] الصحاح ، تاج اللغة وصحاح العربية ، تحقيق : اميل بديع يعقوب ، محمد نبيل الطريفي ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، ج٢ ، ١٩٩٩ ، ص٣٦ – ٣٧ .

[٦] الرازي ، المحصول في علم الأصول ، تحقيق عادل عبد الموجود ، علي محمد معوض المكتبة العصرية ، بيروت ، ج٤ ، ط٢ ، ١٩٩٩ ، ص٣٦٣ .

ثانياً : التعريف الاصطلاحي للسلطة الاجتهادية :

ذكر لمصطلح السلطة الاجتهادية تعريفات عدة حيث عرفها البعض بأنها: " صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ، ابتداءً من قبول سماعها ، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها إلى الحكم عليها ، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم ، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي " ، وهذا ما يعرف بالمصطلح الشرعي للسلطة الاجتهادية للقاضي [١] .

كما وعرفها البعض الآخر [٢] ، بأن السلطة الاجتهادية للقاضي هي " النشاط الذهني الذي يقوم به هذا القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه " .

وهي في الاصطلاح القانوني نشاط ذهني يقوم به قاضي الموضوع بالاختيار بين قرارات عدة لانزال أحدهما على واقع النزاع المطروح [٣] .

إن مسألة تقدير كل ما مطروح أمام القاضي هي مسألة تتعلق بجوهر ومضمون العدالة ، وهي في أساسها تقوم على حس إنساني راقي قائم على العقل والمنطق السليم ، وتعد السلطة الاجتهادية عملية ذهنية تقوم على أسس عقلية ومنطقية ترتبط بالضمير العادل لإدراك الحقيقة عن طريق التقدير السليم [٤] .

ولقد تعددت تسميات السلطة الاجتهادية للقاضي فهناك من يطلق عليها اسم مبدأ الاقتناع الشخصي أو الذاتي ، وهناك من يطلق عليها تسمية القناعة الوجدانية

---

[١] محمود محمد ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي ، ط١ ، دار النفائس والتوزيع ، الأردن ، ٢٠٠٧ ، ص٨١ .

[٢] نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية – دراسة تحليلية وتطبيقه ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص٨٤ .

[٣] عبد المجيد محمد حمودي الجبوري ، سلسلة القاضي التقديرية في الزواج وآثاره ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠١٠ ، ص٩ .

[٤] فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٦ ، ص٩ .

للقاضي ، والبعض الاخر يسميها النظام الحر للأدلة ، وأحياناً يسمونها بنظام الأدلة الأدبية ، ويقصد بكل ذلك أن القاضي الدستوري غير مقيد الا بضميره من جهة وبالابتعاد عن أحاسيسه وأهوائه الذاتية من جهة أخرى ، وبالتالي فهو حر في تقدير ما يطرح أمامه من وقائع وبينات وقانون [١] .

كما أن الأصل تمتع القاضي بالسلطة الاجتهادية عند مباشرة وظيفته ، والقول بانعدام ارادة القاضي وسلطته يؤدي إلى انعدام السلطة القضائية نفسها [٢] .

ويرى الباحث وجوب أن يمنح القاضي الدستوري سلطة تفيد معنى من القوة والصلاحية ، وإعطائه قدراً من الحرية في التقدير ، وإعطائه مجالاً للتفكير والنظر في تكييف النصوص لأنه بدون هذه السلطة يتحول القاضي الدستوري لآلة وهذا ما لا يستقيم مع الحياة القانونية .

الفرع الثاني

خصائص السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري

تتميز السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري في أنها تهدف إلى تحقيق اعتبارات سياسية واجتماعية واقتصادية من أجل المحافظة على المصالح العليا للجماعة ، أن هذه السلطة تنتقل بالدستور من كونه أداة جامدة غير قادرة على التكييف مع الظروف المحيطة بها إلى أداة مرنة تتعامل وتساير الزمن وأفكاره المتطورة المتحركة لا أن تصبح عبئاً على أفكار الجماعة السياسية وأهدافها ، وبهذه المناسبة يلاحظ أن سلطة القاضي الدستوري لا تختلط بالسلطة التقديرية للمشرع ولا يحل محلها .

ويترتب على ذلك نتيجة مهمة أن القاضي الدستوري عند ممارسته للسلطة الاجتهادية لا يحق له الاصطدام بإرادة المشرع ؛ بل يتوجب عليه بأن يقوم بالتوفيق بين هذه السلطة الاجتهادية والهدف من وضعه والفراغ الذي يعتريه وبين سلطة

---

[١] يحياوي صليحة زوجة بوقادوم، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ٢٠١٥ – ٢٠١٦ ، ص١٩ .

[٢] عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، ط١ ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٣ ، ص١٩١ .

البرلمان في استقلاله بالعملية التشريعية ، إن القاضي الدستوري بسلطته الاجتهادية يدخل في مضمون التركيبة القاعدية للنص القانوني وهو بعمله هذا إنما يقوم بإضافة ما يحتاجه النص القانوني من أجل سد الفراغ القانوني الذي وجد عليه النص بعد اقراره من السلطة التشريعية ، يترتب على هذا الواقع القضائي المترتب على عمل السلطة التشريعية إن القاضي الدستوري يمكنه مراقبة النقص الذي يحصل في التشريع [١] .

فقد أناط الدستور صلاحية مراقبة دستورية القوانين والفصل في الطعون بالقضاء الدستوري فمصدر صلاحية السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري هو الدستور.

كما أن تقدير دستورية النصوص ليس حكراً على المحكمة المتخصصة بالرقابة على الدستورية ، وإنما جميع المحاكم تختص بذلك وتستطيع القيام بالتقدير . فعندما يثار أمام المحاكم – وهي تنظر نزاع معين – دستورية نص قانوني ينظم الحقوق والحريات يتعلق بالنزاع عن طريق دفع فرعي ، تقوم هذه المحكمة بتقدير هذا الموضوع فإذا أوجدت جدية الدفع واحتمال مخالفة النص لحكم الدستور ، فإنها تتوقف عن النظر في دعواها الأصلية وتحدد لصاحب الدفع ميعاداً يلجأ به للمحكمة المختصة بالفصل بالدستورية [٢] .

كما أن التقدير هو أداة يستعملها قاضي التناسب عند قيامه بمهمته فكل عمله هو عملية تقدير ، يقدر النصوص التي تصدر من المشرع ويقدر ما مدى توافقها مع أحكام الدستور ويقدر مدى مساسها بالحقوق والحريات العامة وختاماً يقدر مدى تناسب الوسائل المستعملة مع الأهداف المطلوبة عن طريق الظروف الواقعية المحيطة ، ومن أهم النظريات والأفكار التي يستعين بها القاضي الدستوري عند

---

[١] محمد فوزي النويجي، وعبد الحفيظ علي الشيمي، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الخامسة، ع٢، ج١، ٢٠١٧، ص١٧–١٨.

[٢] د. جورجي شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في بعض الأنظمة ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد ٦٦ ، ٢٠١٨ ، ص٤٥ .

قيامه بالتقدير هي فكرة الخطأ الواضح أو الفاضح أو الظاهر وفكرة الضرورة تقدر بقدرها والفكرة الثالثة هي فكرة المعقولية [١] .

فالقاضي الدستوري يقيم عن طريق الاستعانة بفكرة الخطأ الظاهر تقدير المشرع الذي أصدر النص محل الرقابة ، يبحث القاضي الدستوري إذا كان المشرع ارتكب خطأ ظاهر في التقدير أدى إلى اصدامه بمبدأ ذي قيمة دستورية [٢] .

وقد الخطأ الظاهر بأنه: "الخطأ الذي يمكن إدراكه دون حاجة إلى متخصص أو الانكار الخطير للمنطق وحسن الادراك بحيث يبصره غير المتخصص " [٣] .

وقد أخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير الخطأ الظاهر لا يعتمد على حسن نية الادارة أو سوئها من ناحية ، ولا يكون متروكاً لمحض تقدير القاضي من ناحية أخرى بل يقوم على عناصر موضوعية يستخلصها القاضي الدستوري من أوراق الملف ، كما اتجه بعض الفقه للأخذ بدرجة جسامة الخطأ كمعيار خاص بفكرة الخطأ الظاهر وهو الخطأ الواضح الجسيم الذي يلاحظه حتى الانسان العادي غير المتخصص لتعارضه مع المنطق السليم [٤] .

فمن خلال الخطأ الظاهر يقوم القاضي الدستوري برقابة التناسب فعن طريق هذه الرقابة يضع في الميزان المصلحة العامة من القانون في جانب والانتهاك لهذا المبدأ الدستوري (مبدأ المساواة) أو ذاك في الجانب الآخر [٥].

وفي النتيجة سيحكم القاضي الدستوري فيما إذا كان هناك انتهاكات أم لا بالنظر للتفسير الذي اتبعه المشرع ، ووفقاً لذلك سيحكم بتوافق القانون مع الدستور أم لا ، فبهذه الوسيلة يملك القاضي الدستوري أداة قوية للرقابة ، فهي تسمح له تقدير ما إذا كانت صفة عدم التناسب ، أو الملائمة أو المعقولية في الاختيارات التي

---

[١] د. جورجي شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، المصدر نفسه، ص٨٥-٨٦.

[2] GENEVOIS, la jus prudence do conseil: constituionnel principes directeurs S. T. H. Paris 1988, P. 296.

[٣] زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧ ، ص٢٠١ .

[٤] بنشهرة العربي ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع ، مجلة المعيار ، مجلد ٩ ، ع ٢ ، المركز الجامعي تيسمسيلن ، ٢٠١٨ ، ص٦٤ .

[٥] د. جوري شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ، المصدر السابق ، ص٨٧ .

يجريها المشرع [١] ، كما يستعين القاضي الدستوري بفكرة الضرورة تقدر بقدرها ، في تقييمه وتقديره للتناسب في الموضوع الذي يخضع لرقابته ، إذ يضع الاثار الايجابية المترتبة على إجراء معين اتخذته الدولة أو السلطة المختصة أو نص تشريعي أصدره المشرع في كفه والاثار السلبية المترتبة على هذا النص أو الاجراء في الكفة الأخرى، ويقوم بعملية الميزان بين الكفتين ليرى إذا وجد تناسب أم أن هناك اختلاف، وإذا وجد اختلاف فهل درجته بسيطة أو جسيمة كبيرة بينهما بحيث يخل وبشكل واضح بالتوازن بينهما [٢] .

وباستعانته بمنطق الضرورة تقدر بقدرها ، يبحث مدى التزام المشرع في النص الذي أصدره بحدود الضرورة وقدرها من عدمه [٣] .

ويستند القاضي الدستوري أيضاً إلى فكرة المعقولية في تقدير ما يتضمنه العمل من ضوابط وحدود وتنظيمات وبين الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه من وراء ذلك . وتتحقق المعقولية إذا كانت هذه الضوابط والحدود التي تضمنها العمل التشريعي في الحدود المقبولة عقلاً ومنطقاً بالنظر إلى الهدف الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه [٤] .

المطلب الثاني

نطاق السلطة الاجتهادية للقاضي الدستوري

إنَّ القاضي الدستوري يمارس رقابة الحدود الدنيا على السلطة التقديرية للمشرع ، مبدأ المساواة يعد أحد القيود التي ترد على السلطة التقديرية للمشرع ، ومعياراً يستند إليه للوصول إلى مدى التزام المشرع لحدود سلطته التقديرية في

---

(1) ROUSSEAU, Droit de contenntieux constitutionnel , 2e ed, montchrestien, Paris 1992, P. 128. et 129.

[٢] د. جوري شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ، المصدر السابق ، ص٩١ .

[٣] د. عبير حسين السيد حسين ، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص٢٥٠ – ٢٥١ .

[٤] د. جورجي شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ، المصدر السابق ، ص٩٤ .

التشريع وكذلك يشكل الأساس الذي يعتمد عليه القاضي الدستوري للحكم على عمل المشرع بأنه دستوري أم لا [١] .

وإذا كان المشرع بممارسته السلطة التقديرية يتوجب عليه احترام إرادة المشرع الدستوري الصريحة أو الضمنية وعدم خلق قيود على الحقوق والحريات الفردية التي كرسها المشرع الدستوري فإنه دون شك يخضع لقيود في ممارسته لوظيفته التشريعية سواء كانت هذه الوظيفة مقيدة أم كانت خاضعة لنوع من التقدير، وهذه القيود تفرضها النصوص الدستورية التي تتضمن مبادئ دستورية سواء كانت هذه المبادئ فوق الدستورية أم كان لها قيمة القواعد الدستورية [٢] .

وعليه فإن السلطة التشريعية إذا ما انحرفت في استعمال سلطتها التقديرية أو شاب استعمالها أي عيب وبالتالي خروجها على المنظومة الدستورية ، فإنها والحال كذلك لابد من عقلنتها ولا يتم ذلك الا من خلال الرقابة عليها من أجل إعادتها إلى جادة الصواب وللحدود التي رسمها المشرع الدستوري . ولن يتأتى ذلك الا من خلال الوقوف على مدى تقيدها بضوابط العمل التشريعي والمتمثلة بضرورة تحقيق الغاية التي حددها المشرع الدستوري أي رقابة غائية وضرورة التطابق بين التشريعين العادي والدستوري أي رقابة مطابقة وأخيراً لابد من التلاؤم بين التشريعين العادي والدستوري أي رقابة التناسب . وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين ، وكما يأتي:

الفرع الأول: رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع .

الفرع الثاني : رقابة القاضي الدستوري على التناسب داخل النص التشريعي .

---

[١] د. عيد أحمد الحسبان، فعالية مبدأ المساواة في تقييد سلطة المشرع في النظم الدستورية المقارنة، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة المنارة، للبحوث والدراسات ، مج١٦، ع٦، جامعة آل البيت ﷺ، ٢٠١٠ ، ص١٧ .

[٢] د. عيد أحمد الحسبان ، المصدر نفسه ، ص ١٧ .

الفرع الأول

رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع

تعرف السلطة التقديرية للمشرع بأنها : " حرية الاختيار والمفاضلة بين عدة بدائل أو حلول ليختار المشرع أقلها تقييداً للحقوق والحريات العامة التي ينظمها"[١].

أن المشرع بأي تشريع يوضعه يجب ان يكون هدفه تحقيق غاية معينة وهذه الغاية هي التي جعلت المشرع يتدخل بوسيلة مناسبة بالوقت المناسب ويجب أن لا تخرج هذه الغاية عن الغايات والقيم الدستورية التي رسمها المشروع الدستوري ، إن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية للوصول للتنظيم القانوني الأمثل لتحقيق تلك الغايات . لكن في الوقت نفسه هذه السلطة التقديرية تخضع للرقابة وإن كانت في حدودها الدنيا فالمشرع عليه أساساً أن يهدف لتحقيق الغاية المرسومة له بما يراه مناسب من وسائل وكيفية [٢] .

وعليه عندما تنص الدساتير عند التشريع على مبدأ المساواة فإنها تضع معايير يجب على المشرع أن يتقيد بها عند التشريع بحيث لا يضع تشريع لا يساوي فيه بين الفئات المتماثلة في المراكز القانونية ، فالرقابة هنا تكون على الغاية التي هدفها المشرع ومدى التزام هذه الغاية بمبدأ المساواة أمام القانون ، فإن التنظيم القانوني إذا فيه تمايز بين الفئات المتماثلة أو انتفت فيه الأسباب المبررة للمعاملة التمييزية فسيكون معيب بعيب الغاية لمخالفته لمبدأ المساواة ، فالتشريع هنا يكون غير دستوري [٣] .

إن نطاق الرقابة على الغاية من انتهاك مبدأ المساواة عن طريق وضع معاملة تفضيلية ، يختلف إذا كانت تلك المعاملة أساسها الاعتبارات الشخصية أو المالية مثلاً أو معياراً عاماً كالدين واللغة مثلاً ، فإن نطاق الرقابة يكون في حالة

---

[١] ينظر: سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديد ، مصر، ٢٠١٠ ، ص٢٧٦ .

[٢] د. عيد أحمد الحسبان ، فعالية مبدأ المساواة في تقييد سلطة المشرع في النظم الدستورية المقارنة ، مصدر سابق ، ص ١٨ .

[٣] عزيزة الشريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، الكويت ، ١٩٩٥ ، ص٥٩ وما بعدها .

الاعتبارات الشخصية أو المالية يكون أكثر شمولاً من الحالة الأخيرة لأنه ممكن التخلص من الرقابة بحجة مبدأ التمييز الايجابي والتي يلجأ لها للتخلص من عدم الدستورية [١] .

وإن أي تشريع يضعه المشرع لسلطته التقديرية يجب أن يكون ملتزم بحدود النصوص والمبادئ الدستوريتين من حيث الغاية وأيضاً لابد أن يكون التشريع متطابق مع إرادة المشرع الدستوري صريحة كانت أم ضمنية ، وبمعنى آخر التطابق التام نصاً وروحاً مع الدستور . وعند القيام برقابة التطابق على اعتبار مبدأ المساواة كمعيار للرقابة ، فإن التشريع أما أن يكون متطابق أو غير متطابق مع مبدأ المساواة من حيث الغاية أو الزمن المناسب لصدور التشريع ولا يكون التشريع مخالف لمبدأ التناسب وبالتالي ينتهك مبدأ المساواة [٢] .

إن رقابة المطابقة التي يخضع لها المشرع عندما يعمل بسلطته التقديرية لا صعوبة فيها إذا يتعلق الموضوع برقابة قواعد قانونية تنظم مراكز قانونية موضوعية لأنه أعمال مبدأ المساواة وتطبيقه سهل هنا التوصل إلى مدى التطابق بين مبدأ المساواة وتلك القواعد القانونية لكن الصعوبة تكون عندما الموضوع يتعلق برقابة قواعد قانونية تنظم مراكز قانونية شخصية فهنا لا يمكن الاستناد إلى مبدأ المساواة كأساس لرقابة التطابق على وسيلة التقييد الواردة على القاعدة القانونية التي تنظم مركز قانوني شخصي أو فردي [٣] .

أولاً / موقف المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع .

أما عن موقف المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع ، فإن الرقابة الدستورية فيها هي رقابة الامتناع عن تطبيق

---

[١] د. عيد أحمد الحسبان ، النظام الانتخابي وأثره في تفعيل حق المرأة في المشاركة في عضوية مجلس النواب في التشريع الأردني، مجلة أبحاث اليرموك، المجلد٢٢، العدد الرابع، ٢٠٠٦ ، ص١٠٤٥-١٠٤٧ .

[٢] د. عيد أحمد الحسبان ، فعالية مبدأ المساواة في تقييد سلطة المشرع في النظم الدستورية المقارنة ، مصدر سابق ، ص٢٢ .

[٣] د. عيد أحمد الحسبان ، فعالية مبدأ المساواة في تقييد سلطة المشرع في النظم الدستورية المقارنة ، مصدر سابق ، ص٢٢ .

النص الغير دستوري ، البعض يذهب إلى القول بأن المحكمة العليا الأمريكية عندما تقوم بذلك يتطلب منها تفسير النصوص الدستورية الغامضة وغير المحددة وتستند لاعتبارات سياسية وليس قانونية ، أي أن المحكمة عندما تفسرها تقدر الآراء السياسية لأعضاء المحكمة ، مما يعد تجاوزاً لحدود رقابة المشروعية لرقابة ملائمة [١].

ويستند قضاة المحكمة العليا الأمريكية على أنها لا تراقب على مدى ضرورة أو عدم ضرورة التشريع فهي لا تراقب تقدير المشرع فتقدير القضاة مدى ملائمة التشريع يعد تدخلاً في عمل المشرع وتعدٍ على مبدأ الفصل بين السلطات ، ولا تراقب مدى ملائمة التشريع للظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية الرائجة في البلد فمثل هذا التقدير تعده مظهراً من مظاهر السلطة التقديرية للمشرع [٢] .

موقف المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية انقسم على مرحلتين ، مرحلة الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع ومرحلة ثانية عدم الخوض في ذلك والالتزام برقابة المشروعية الدستورية فقط ، فعلى الرغم من امتداد رقابتها إلى مدى ملاءمة التشريع ، فإن هناك اتجاهات معارضة تنادي بضرورة التزام القاضي الدستوري بمبدأ الفصل بين السلطات واحترام السلطة التقديرية للمشرع في المفاضلة بين البدائل أو الحلول المفروضة على مدى ملائمة التشريع الصادر عنه [٣] .

ثانياً / موقف المجلس الفرنسي من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع .

أما عن موقف المجلس الدستوري الفرنسي من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع ، فإن البعض ذهب إلى القول أن المجلس الدستوري الفرنسي بتبنيه نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في بعض قراراته يدل على أن رقابته امتدت من رقابة مشروعية دستورية لرقابة مدى ملائمة التشريع حيث قرر في ١٥ / يناير / ١٩٧٥

---

[١] خالد البالجيلالي ، السلطة التقديرية للمشرع – دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، الجزائر ، ٢٠١٦ – ٢٠١٧ ، ص٢٢٨ – ٢٢٩ .

[٢] ابراهيم محمد حسنين ، الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة في الفقه والقضاء ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص٣٢٥ .

[٣] خالد البالجيلالي ، السلطة التقديرية للمشرع ، مصدر سابق ، ص٢٣٠ .

" بأن المجلس الدستوري لا يملك سلطة عامة في التقدير والتقرير كتلك التي يملكها المشرع " [١] .

والبعض الآخر يذهب إلى القول بأن المجلس الدستوري قرارته السابقة كشفت وبوضوح أخذه بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير وأن المشرع بما يتبناه من حلول لا تعد نهائية بل تخضع لتقدير القاضي الدستوري [٢] .

يتبين للباحث من قرارات المجلس الدستوري بأنه يؤكد إلى عدم اختصاصه بفحص مدى ملائمة التشريع .

ثالثاً / موقف المحكمة الدستورية في مصر من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع .

أما موقف المحكمة الدستورية المصرية فقد أكدت عدم اختصاصها بفحص مدى ملائمة التشريع بوصفه مظهر من مظاهر السلطة التقديرية للمشرع ، لكن تلك الحرية ليست مطلقة فتلك الملائمات لا تعيق خضوع التشريعات للرقابة الدستورية إذا مست أمور نظمها المؤسس الدستوري أو وضع له قيوداً محددة ، أي أن القاضي الدستوري ينحصر في رقابته بالتحقق من عدم خروج المشرع عن تلك الحدود [٣] .

---

(1) Decision 74–54 D. C15 Janvier, DuGu IT.L, Traite de droit constituionnel, January, 1975, P. 546.

كما قرر في قرار صادر عنه في ١٩٨١ على أن المادة ٦١ من دستور ١٩٥٨ تمنح للمجلس الدستوري فقط اختصاصاً بالفصل في مدى مطابقة القوانين المعروضة عليه دون أن تكون له سلطة عامة في التقدير أو التقرير كتلك التي يملكها البرلمان، وتبعاً لذلك لا يستطيع القاضي الدستوري أن يحل تقديره محل تقدير المشرع .dicision – 80 – 127 D. C19 et 20 janvier 1981

وقرر المجلس الدستوري في قرار آخر صادر في ١٤ / يناير / ١٩٨٣ بأن مقدمي الطعن قد بينوا على نحو خاص بأن القيود الواردة على تعريف الأشخاص المقبولين لأداء الاختبار بناء على امتحان يناقض مبدأ المساواة، وإن المشرع قد خضع باب الاختبار أمام عدد كبير مما يجعل تنظيم ذلك مستحيلاً من الناحية العملية مما دفع المشرع لتحديد العدد الشاغر من الأماكن ، بالنظر للخبرة والاختصاص مما يجعل النصوص المنتقدة في هذا الموضوع لا تقوم على أساس الخطأ الظاهر في التقدير

Decision 82 – 153 D. C14 Janveir 1983.

(2) Dicision – 84 – 476 D. C2.5 Join 1984 (Loi soren communication audiovisuelle).

(٣) خالد البالجيلالي ، السلطة التقديرية للمشرع ، مصدر سابق ، ص٢٣٢ .

رابعاً / موقف المحكمة الاتحادية العليا من الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع .

والمحكة الاتحادية العليا سارت على نفس النهج فقد قضت برد دعوى المدعي الذي طعن ببعض مواد قانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات وكذلك في النظام الداخلي لمجلس الوزراء والذي يبين في دعواه بأن الغاية من إصدارها هو تكريس (المحاصصة العرقية والمذهبية والسياسية) وليس كما ورد فيها بالتوازن بين المكونات الا أن المحكمة الاتحادية وجدت أن ذلك غير وارد وقضت برد الدعوى لأن تلك النصوص صاغها المشرع على وفق النصوص الدستورية والخلل قد يكون في التطبيق بحرف الاجراءات التنفيذية عن مسارها ومساحتها الطبيعي وهذا يخرج عن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا [١] .

يتبين للباحث إنَّ القضاء الدستوري لا يناقش ضرورة صدور التشريع من عدمه لأن السلطة التشريعية لها كامل الحق في تقدير الضرورة بما لها من سلطة تقديرية .

الفرع الثاني

رقابة القاضي الدستوري على التناسب داخل النص التشريعي

يعني التناسب في مجال الدستورية التوافق بين أي نص سواء صدر في شكل تشريع أم في شكل قرار لائحي أو فردي كأداة قانونية تستعملها الدولة في تنظيم موضوع معين وبين حقوق وحريات الأشخاص المنصوص عليها في الدستور صراحة أو كانت ضمن المبادئ الأساسية والقواعد والأحكام التي جاء بها الدستور ، والتناسب جوهره يتعلق بالتقدير ، تقدير واضع القرار أو النص للصلة أو العلاقة بين سبب النص أو القرار ومحله أو موضوعه ، أي الأثر القانوني المراد احداثه من وراء إصدار النص أو القرار [٢] .

والرقابة على الدستورية في حقيقتها تنصب على تقدير المشرع لهذه الصلة ، ومدى توافق النص مع الدستور بما يحمل من معاني ، وبقدر التباعد أو التقارب بين

---

[١] القرار رقم ٢ / اتحادية / ٢٠١٦ في ١٦ / ٨ / ٢٠١٦ .

[٢] د. جورجي شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ، المصدر السابق ، ص ٨ .

محل النص – أي الأثر القانوني له – وبين مقصد المشرع الدستوري تكون الرقابة على الدستورية نتيجتها أما اقرار التوافق أي التناسب وبالتالي القضاء بدستورية النص محل الرقابة أو اقرار عدم التوافق أي عدم التناسب وبالتالي القضاء بعدم دستورية النص محل الرقابة [١] .

ومن ذلك يتبين للباحث وجود تقدير للنص نفسه من جهتين مختلفتين ، تقدير السلطة التنفيذية أو التشريعية المختصة بإصدار النص ، وتقدير السلطة المختصة بموضوع الرقابة على الدستورية ويؤخذ بالحسبان تقرير الأخيرة فهي من عينها الدستور للحفاظ على دستورية النصوص الصادرة من السلطة التنفيذية أو التشريعية.

والتناسب يختلف عن الملائمة ، ففي مجال التشريعات تعني الملائمة " توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يصدر فيها " ، فالملائمة ترتبط بصلة العمل القانوني بظروف إصداره أما التناسب فهو صلة العمل القانوني بالمبادئ والقواعد التي تحكمه ، وأيضاً صلة بداخل العمل القانوني بين سببه ومحله بالتحديد [٢] .

إنَّ القاضي الدستوري عندما يقوم برقابة التناسب وعلى سبيل المثال إذا كان محل الرقابة نص تشريعي فإنه يحضر أمامه النص موضوع الرقابة ونصوص الدستور وأي نصوص أخرى تتعلق بالموضوع وأي القواعد لها صلة بالموضوع ، ثم يقوم بمراحل ذهنية وهي تحليل النص ومدى اتصاله بالغرض المرجو تحقيقه من ورائه [٣] ، وبحث مدى توافق الهدف والوسيلة مع أحكام الدستور خاصة إذا كانت تتعلق بحقوق وحريات الأفراد . وإذا وجد في النص تقييد أو شرط على حق معين أو حرية معينة فيبحث القاضي إذا كانت تملك السلطة وضع هذه القيود أو الشروط ، وهل هدفها وهو غالباً الصالح العام يبرر ذلك ، وهل وضع تلك القيود الشروط يعرض وجود الحق للخطر باختصار هل هناك مساس ؟ ثم يضع الهدف الذي تريده

---

[١] المصدر نفسه ، ص ٨–٩ .

[٢] د. جورجي شفيق ساري ، المصدر السابق ، ص ١٢ – ١٣ .

[3] Saisine du conseil constituionnel, en date du 22 December, 1992 , présentée á propos de La loi relative á la préventition dei a corruption et á la transparence de de la vie é conomique et des procédures publiqves, j. O 22 du tanvier 1993 , P. 1137.

السلطة وهو الصالح العام وسيلة تحقيقه في كفة والحق أو الحرية الذي يمسه هذا النص في كفة أخرى فيصل إلى نتيجة أن الكفتين متساويتين أو متقاربتين فيقضى بصحة النص ووجود التناسب فيه أو العكس فيقضي بعدم سلامة النص لعدم وجود التناسب فيه [١] .

أولاً / رقابة المحكمة العليا الأمريكية على التناسب .

كما عنيت المحكمة العليا الأمريكية بالربط بين المعاملة القانونية والهدف الذي يتوخاه المشرع [٢] ، وأكدت المحكمة العليا الأمريكية في عدة أحكام لها الارتباط بين المعاملة القانونية والهدف من القاعدة القانونية التي قررتها . حيث اشترطت الارتباط الوثيق بين المعاملة المتميزة والهدف من التشريع وإن وسائل المشرع في تقرير المعاملة يجب أن تقود بالضرورة إلى تحقيق أهداف التشريع وليس إلى مجرد الارتباط المعقول وذهبت بعد ذلك أحكام أخرى تكتفي بأن تكون المعاملة متعلقة بالأهداف بصفة جوهرية [٣] .

ثانياً / رقابة المجلس الفرنسي على التناسب .

وفي فرنسا يطبق مبدأ التناسب ولكن بشكل ضمني غير صريح فالمجلس الدستوري وهو المختص برقابة التناسب لا يستعمل بمناسبة هذه الرقابة مصطلح التناسب صراحة [٤] .

ففي قرار له يوضح أن مبدأ المساواة لا يتعارض مع ما ينظمه المشرع بشكل مختلف مراكز مختلفة ، ولا مع ان يخرج عن المساواة لأسباب المصلحة العامة ، بشرط ان يكون الاختلاف في المعاملة ، وهذه الحالة وتلك ، الذي ينتج عن المصلحة العامة ، متصل بموضوع القانون الذي يسنه [٥] .

---

[١] د. جورجي شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، مصدر سابق ، ص٤٧–٤٨.

[2] Railway express Agency, Inc. V. new York, 336 U. S. 106 (1949).

[٣] انظر في شرح مختلف اتجاهات قضاء المحكمة العليا الأمريكية :

- Gerald Gunther, Indiviual rights in constitutional law, fifth edition, Westbury, New York, the foundation, press , Inc., 1992, P. 272–279.

[٤] جورج شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .

[5] CONSEIL constituionnel . No 89 – 254 DC du 4 joillet 1989, Loi modifiant Ia Loi 86 – 912 do 6 Aout 1986, relative aux modalitiés d'application des privations, R. P. 41, D. 1990, P. 209, commentaire LUCHATRE.

ثالثاً / رقابة المحكمة الدستورية في مصر على التناسب .

أما المحكمة الدستورية العليا المصرية فتبسط رقابتها على مدى تناسب النص دون أن تفصح صراحة بذلك ، ولكنها تستعمل مصطلحات وألفاظ تعطي المعنى نفسه ، ومن أمثلة ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا والذي تقول فيه " إنّ القواعد التي يتولى المشرع وضعها تنظيماً للحقوق العامة ومنها الحقوق السياسية يتعين ألا تؤدي إلى مصادرتها أو الانتقاص منها ... " [١] ، إن الغاية من رقابة التناسب هو حماية مبدأ المساواة وبالتالي حماية الحقوق الأساسية والحريات الفردية .

رابعاً / رقابة المحكمة الاتحادية العليا في العراق على التناسب .

كما يمكن للمحكمة الاتحادية العليا في العراق أن تمارس رقابة التناسب بين الوسائل والأهداف بالاستناد إلى المادة (٤٦) من الدستور التي تنص على أنه " لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها الا بقانون أو بناءً عليه على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية " فتقييد الحقوق صحيح أنه جائز لاعتبارات المصلحة العامة أو النظام العام استثناءً لكن التقييد قد يفرض أعباء كثيرة على هذه الحقوق لا تتناسب مع المصلحة التي المشرع يهدف إلى تحقيقها أي يصل التقييد القانوني إلى الانتقاص من الحق وبشكل كبير أو اهداره بحجة تحقيق المصلحة العامة [٢] .

المبحث الثاني

تطبيقات حماية القاضي الدستوري لمبدأ المساواة

للقضاء الدستوري الدور الفعال في حماية مبدأ المساواة وذلك من خلال فرض رقابته الدستورية على ما يصدر من خرق لمبدأ المساواة من السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية ، حيث أن القضاء الدستوري هو الحامي الأساسي والذي يعمل بكل صلاحياته على ضمان استمرار تمتع الأفراد بكل الحقوق والحريات المكفولة لهم وعدم انتهاكها من قبل الدولة وسلطاتها وأجهزتها المختلفة ومن خلال هذا المبحث

---

[١] جورجي شفيق ساري ، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ، مصدر سابق ، ص٤١ .

[٢] د. عصام سعيد عبد أحمد ، الرقابة على دستورية القوانين – دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، ط١ ، ٢٠١٣ ، ص٦٤٥ .

سنتطرق لحماية القاضي الدستوري لمبدأ المساواة في أربعة نماذج من الدول وهي الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا والعراق ومصر ، وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، وكما يأتي :

المطلب الاول : تطبيقات القضاء الدستوري الأمريكي والفرنسي في حماية مبدأ المساواة .

المطلب الثاني : تطبيقات القضاء الدستوري المصري والعراقي في حماية مبدأ المساواة .

المطلب الاول
تطبيقات القضاء الدستوري الأمريكي والفرنسي في حماية مبدأ المساواة

إنَّ القضاء الدستوري الأمريكي يتمثل بالمحكمة العليا فهي المحكمة الأعلى درجة في الولايات المتحدة الأمريكية ، وهي الوحيدة التي أنشأها الدستور بالتحديد[١]، ولا يمكن مراجعة أي قرار صادر عن المحكمة العليا أمام أية محكمة أخرى .

أما القضاء الدستوري الفرنسي فيتمثل بالمجلس الدستوري الفرنسي الذي يملك الرقابة على دستورية القوانين السابقة واللاحقة [٢] .

ولأجل بحث تطبيقات القضائيين الأمريكي والفرنسي ودورها في حماية مبدأ المساواة سيقسم الباحث هذا المطلب إلى فرعين ، وكما يأتي :

الفرع الأول : **حماية المحكمة الفدرالية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية لمبدأ المساواة** .
الفرع الثاني : **حماية المجلس الدستوري الفرنسي لمبدأ المساواة** .

الفرع الأول
حماية المحكمة الفدرالية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية لمبدأ المساواة

إنّ للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية دوراً مهماً في تعزيز وحماية مبدأ المساواة من خلال العديد من القرارات التي اتخذتها في اطار المساواة أمام القانون وأمام القضاء وفي مجال الحقوق والحريات لذا سنستعرض تلك القرارات.

---

[١] م ١ ف ٣ من دستور الولايات المتحدة الأمريكية .

[٢] م٦١ – أولاً و ٦٢ والتعديل الدستوري في ٢٠٠٨ لدستور فرنسا ١٩٥٨ .

أولاً : القرارات التي تتعلق بالمساواة أمام القانون .

قضية شابير ضد تومبسون في سنة ١٩٦٩ فصلت فيها المحكمة العليا بعدم دستورية قانون الولايات الذي ينص على " عدم أحقية المواطن في الحصول على الاعانة إذا كانت مدة اقامته أقل من سنة " [١] . فعدته المحكمة العليا يضع تمييزاً بين سكان الولاية نفسها ، مما يؤدي إلى مواطنة طبقية ينقسم فيها مواطنو الولاية على قسمين ، وصرحت المحكمة العليا " أن التمييز في المعاملة على أساس (الإقامة) سوف يقيد حرية التنقل بين الولايات ويؤدي بالنتيجة إلى مخالفة التعديل الرابع عشر نصاً وروحاً على اعتبار أن الهدف الأسمى للاتحاد الفدرالي هو توحيد المعاملة بين مواطنيه في أي ولاية ينتقلون إليها " [٢] .

وفي القضية المرقمة Loving V. Virginia 338 U. S. A (1967) كان رأي المحكمة العليا الأمريكية أن قانون ولاية فرجينيا غير دستوري بسبب انتهاكه التعديل الرابع عشر بشكل صريح وواضح وملخص هذه القضية زواج (رتشارد) وهو أبيض البشرة من امرأة سوداء في مقاطعة كولومبيا وعندما رجع إلى ولاية فرجينيا اتهم بانتهاك القانون الذي منع تمازج الأجناس وحكم عليه بالسجن لمدة عام وإذا غادر ولاية فرجينيا لمدة (٢٥) عاماً يمكن أن يسقط عنه الحكم ، وعبر رئيس المحكمة العليا عن رأي المحكمة " ... يظهر بوضوح أن هذه التطبيقات العرقية يجب أن تستند إلى تسويغاتها الخاصة كوسائل صممت للمحافظة على تفوق العرق الأبيض لقد أنكرنا باستمرار دستورية الاجراءات التي تقيد حقوق المواطنين بسبب العرق ، وما من شك بأن تقييد حرية الزواج فقط بسبب التصنيفات العرقية ينتهك المعنى الجوهري لقوة الحماية المتساوية " [٣] .

---

[١] زهير شكر ، النظرية العامة للقضاء الدستوري ، الجزء الثاني ، ط١ ، دار بلال للطباعة والنشر ، لبنان ، ٢٠١٤ ، ص٧٤٢ .

[٢] زهير شكر ، المصدر نفسه ، ص ٧٤٣ .

[٣] القضية المرقمة (1967) Loving V. Virginia 338 U. S. A

متاح على شبكة الإنترنت http//www.law.coynell.[du,2005 تاريخ الزيارة : ٢٠٢١/٥/١٥

كما قررت المحكمة أنه " ليس من حق الولاية اصدار قانون يعاقب أي مواطن في الولاية عندما يقوم بجلب شخص عاطل أو فقير إلى الولاية " [١] ، وملخص هذه القضية قيام (ادوارد) بالذهاب من ولاية كاليفورنيا إلى ولاية تكساس وعاد مع قريب له عاطل عن العمل وقد حكم عليه مدة (٦) أشهر مع وقف التنفيذ وقد استأنف الحكم في المحكمة العليا في مقاطعة (Yuba) أقرت المحكمة بعدم دستورية هذا القانون كونه ينتهك بند المنازعات والامتيازات في التعديل الرابع عشر .

ثانياً : القرارات التي تتعلق بالمساواة أمام القضاء .

قضت المحكمة العليا الأمريكية بأن محاكمة السود أمام هيأة محلفين كبرى يختلف تشكيلها عن ذات الهيأة عندما تنظر في محاكمة البيض يعد إخلالاً بمبدأ المساواة لأهمية هذه الهيأة كضمان في المحاكمة الجنائية [٢] .

" كما تمت محاكمة رجل أمريكي من أصل أفريقي أمام هيأة محلفين مكونة من البيض بنسبة (٩٠ %) أي (١١) من أصل (١٢) محلفاً وقد اعترض (Batson) على هذا التركيب للهيأة الا أن القاضي لم يستجب له وقد تمت ادانته من هيأة المحلفين بعد ادانته بالسرقات والمتاجرة بالسلع المسروقة وقد استأنف الحكم أمام محكمة كنتاكي التي أكدت الاتهام واستندت المحكمة العليا في كنتاكي على سابقة (Swain V. Alabma , 1965) التي لم يعترض على تشكيل هيأة المحلفين فيها ، (Batson) ناشد المحكمة العليا التي منحت الـ(Certiorari) وقررت في قرارها أن عدم السماح للمتهم الاعتراض على هيأة المحلفين يعد انتهاك لبند الحماية المتساوية في التعديل الرابع عشر وأن نكران اشتراك السود في الهيأة أيضاً انتهاك لشريحة من المجتمع " [٣] .

من خلال استقراء مضمون القرار تبين للباحث :

---

[١] القضية المرقمة (1, 41) Edwards V. Californis 314 U. S. 160

شهاب النعيمي ، مصدر سابق ، ص١٩٤ .

[2] Campbell V. Lousiana , 66 usL w, 428 (April 21 , 1998)

مشار إليه في : Annaire linter. De justice, 1998 , P 750.

[٣] القضية (1986) Batson V. Kentucky 476 U. S 79 تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/١٥

متاح على شبكة الانترنت : http//enwikipedia.org/wikibatsonv.kentuky,2005.

١. إنَّ المحكمة العليا الأمريكية مارست رقابتها في نطاق الدستور ، إذ أشارت في حيثيات حكمها بند الحماية المتساوية في التعديل الرابع عشر .
٢. إنَّ المحكمة العليا الأمريكية مارست رقابتها على عدم الدستورية عن طريق طعن الفرد أمامها في حكم صدر من محكمة الولاية ، ومسَّ حقوقه التي كفلها له التعديل الرابع عشر .
٣. إنَّ المحكمة العليا الأمريكية لم تصدر حكمها بعدم الدستورية الا بعد أن تيقنت من وجود انتهاك إلى بند الحماية الدستورية في التعديل الرابع عشر ، بوصفه قائماً على فكرة التصنيفات العنصرية تحقيقاً لمبدأ المساواة بين المواطنين وحماية لحقوق الملونين .

ثالثاً : القرارات التي تتعلق بمبدأ المساواة في مجال الحقوق والحريات

ابطلت المحكمة العليا الأمريكية في عام ١٩٨٢ " قانون ولاية الاسكا الذي كان يقر بتوزيع نسبة من حصيلة ايرادات الولاية من صادراتها من النفط والمعادن على سكان الولاية البالغين بشرط أن يكونوا مقيمين في الولاية منذ عام ١٩٥٠ وبنسب معينة ، فعدت المحكمة العليا ذلك القانون غير دستوري لأنه يحرم جميع مواطني الاتحاد من المعاملة المتساوية التي ضمنها لهم التعديل الرابع عشر من الدستور " [١] .

ومدت المحكمة أيضاً حق المساواة إلى المعوقين عندما عدّت الموانع المادية للوصول إلى بناية المحكمة تنتهك حقوقهم وصرحت المحكمة في قرارها " على المحاكم أن تكون بلا حواجز وعليها أن تكون مفتوحة أمام الجميع لان انعدام توافر القدرة المتساوية على الوصول إلى المحاكم يلحق الضرر ليس فقط بالأفراد الذين يتم استثنائهم فحسب وإنما بالنظام نفسه أيضاً " [٢] .

---

[١] زهير شكر ، المصدر سابق ، ص ٧٤٣ .

[٢] شهاب النعيمي ، مصدر سابق ، ص١٥١ ، وقائع هذه القضية أن رجل مصاب بالشلل النصفي في جسمه اضطر للزحف على السلالم لحضور جلسة استماع في محكمة في ولاية تنسي أقام دعوى بموجب القانون الأمريكي للمعوقين الصادر عام ١٩٩٠ والذي يعطي حق المساواة للمعوقين في الوصول للأماكن العامة أو نشاطات أو برامج بدون تمييز .

وفي قضية Reynolds V. Sims, 377 V. S. 533 (1946) دعوى رفعها (جاكسون) ضد ولاية كاليفورنيا وادعى فيها أن إدارة السجن تمارس سياسة عرقية وهي عزل السجناء على انفراد لمدة تصل إلى (٦٠ يوماً) للسيطرة على العنف الذي قد يحصل داخل السجن وأكد (جاكسون) أنه قد سجن أكثر من مرة وهذا يعد انتهاكاً لحقوقه في التعديل الرابع عشر وادعى أن السياسة المتبعة ضده كونه أفريقي الأصل أكدت المحكمة أن السياسية غير دستورية لأنها عرقية " [١] .

كما أبطلت المحكمة قانون ولاية (أكلاهوما) الذي منع السود من حق الانتخاب الا إذا كانوا قادرين على الكتابة والقراءة أكدت المحكمة في قرارها إن هذا القانون ما هو الا محاولة من الولاية لوضع عراقيل أمام حق الانتخاب ولفئة معينة وهم السود ، وبالتالي قررت عدم دستوريته لأنه فيه تفضيل للناخبين البيض على حساب الأمريكيين السود [٢] .

وكذلك قررت المحكمة في قضية أخرى " أن كل رجل هو صوت واحد في الدخول إلى الانتخابات بكل مراحلها سواء الأولية أم النهائية " وقد عبر رئيس المحكمة العليا عندما قال " بقدر ما ينتقص من حق المواطن في التصويت بقدر ما تقل قيمته كمواطن لا يمكن جعل وزن صوت أي مواطن يعتمد على المكان الذي يعيش فيه ولا تزيد أو تنقص قيمة أي رأي مقترع مؤهل لكونه يقطن مدينة أو مزرعة وهذا الأمر واضح وقوي لفقرة الحماية المتساوية في دستورنا"[٣].

الفرع الثاني

حماية المجلس الدستوري الفرنسي لمبدأ المساواة

إنَّ للمجلس الدستوري الفرنسي دوراً فاعلاً في حماية مبدأ المساواة من خلال العديد من القرارات التي أصدرها والذي أكد فيها حمايته الدستورية لمبدا المساواة .

---

[١] قضية (Vohnso. V. California, 2005) شهاب النعيمي ، المصدر نفسه ، ص ١٥٢ .

[2] Guinn v. united states 238 U. S. 347 (1915) القضية تاريخ الزيارة ٢٧ / ١٠ / ٢٠٢١ متاح على شبكة الانترنت http//en.wikipedia.org/wiki/Guinn v, united states, 2005

[٣] القضية Reynolds V. Sims, 377 V. S. 533 (1946). شهاب النعيمي ، مصدر سابق ، ص١٨٣ .

أولاً : القرارات التي تتعلق بالمساواة أمام القانون

لقد قام المجلس الدستوري الفرنسي " بإبطال المادة (١٩) من قانون موازنة ١٩٩٨ التي ميز بها المشرع السقف الضريبي ما بين المكلف العازب أو الأرمل أو المطلق من جهة والمكلف المتأهل من جهة ثانية " [١] .

كما أبطل مادة تشريعية يمكن من خلالها اعطاء افضلية لانتخاب المرأة في المجالس البلدية [٢] ، لأن هذا التفضيل ينتهك مبدأ المساواة ما بين الرجل والمرأة .

وابطال المجلس الدستوري الفرنسي مادة تجيز الاحتفاظ بنسبة ٢٥% من المقاعد للنساء في لوائح الانتخابات البلدية لأنها تمايز على أساس الجنس من خلال قراره رقم 1982 / 11 /C.C. 82 – 146 DC 18 [٣] .

وقراره رقم 1980 / 1 / 9 – 112 6 Dc – 79 حيث رأى من خلاله " أن اعفاء مؤسسة كهرباء فرنسا من بعض الضرائب يشكل انتهاك لمبدأ المساواة المفروض تطبيقه على جميع المؤسسات العامة " [٤] .

والقرار الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٩٥[٥]، بخصوص المالية لعام ١٩٩٦ ، الذي نص في م (٩) منه " على أن منح تخفيض بنسبة % 50 من الضريبة على قيمة الأموال التي تنتقل بين الأحياء مجاناً أي عن طريق الهبة لواحد أو أكثر من الواهبين ، لشرط وحيد هو أن يحتفظ هؤلاء الواهبين بهذه الأموال ، خلال مدة خمس سنوات " ، وقد قرر المجلس : " عدم تطابق هذه المادة في مجموعها مع الدستور فبمقتضى المادة ١٣ من اعلان حقوق

---

[١] لمزيد من المعلومات عن الأسباب التي دفعت بالقاضي الدستوري الفرنسي إلى ابطال هذه المادة لمخالفتها مبدأ المساواة يرجى مراجعة الحيثيات رقم ١٨ حتى رقم ٢٤ ، كما وردت في القرار رقم ١٩٩٧ / ١٢ / ٣٠ C. C. 97 – 395 D. C. المذكور في

Recueil de juris prudence constitutionnelle 1994–1997 litee Paris 1998 P. P. 691 ets. 734 – 735 .

[2] Dominique Rousseau. Droit du contentieux … op. cit p 352.

[٣] د. أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون – دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٠٢ ، ص٤٠٨ .

[4] Dominique Rousseau. Droit du contentieux … op. cit, 353

[5] Revue francaise de Droit constitution – nnel no 25, 1996, jurisprudence du conseil constitutionnel, 1 er October - 31 , December 1995 , chronique, Eric olive , LÖC PHILLIP, Jéróme TREMEAU, pillg et ss.

الانسان والمواطنون فان الاسهام المشترك في الاعباء العامة للأمة يتعين أن توزع بشكل متساو بين كل المواطنين بسبب قدراتهم وأن مبدأ المساواة لا يمثل عقبة لأن يقرر المشرع – عن طريق منح مزايا ضريبية – تمييز نقل بعض الأموال شريطة أن يؤسس تقريره على معايير موضوعية وعقلانية بالنسبة للأهداف التي ينويها " .

ثانياً : القرارات التي تتعلق بالمساواة أمام القضاء .

قضى المجلس الدستوري الفرنسي بعدم دستورية النص التشريعي الذي يحظر على بعض الممولين – دون غيرهم – الطعن في قرار الادارة الضريبية بربط الضريبة بالنسبة إليهم [١] .

وقضى المجلس الدستوري الفرنسي أيضاً بعدم دستورية نص تشريعي يخول رئيس المحكمة الابتدائية في أن يقرر في حدود سلطته الاجتهادية أن تفصل في بعض قضايا الجنح أمام محكمة تتكون من ثلاثة قضاة ، على أساس أن هذا النص جاء مخالفاً لمبدأ المساواة أمام القضاء [٢] .

وحسناً فعل المجلس الدستوري الفرنسي لأن مبدأ المساواة يتطلب أن لا يتمايز المواطنون فيما بينهم في مجال حقهم في اللجوء إلى القضاء ولا في نطاق القواعد الاجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة عينها .

وحكم بأنه يعد انتهاكاً لمبدأ المساواة تأييد غرفة المشورة للأمر بحبس المتهم بعد سماع أقوال المدعي المدني دون سماع أقوال المتهم [٣] .

تبين للباحث أن غرفة المشورة لم تراعِ ضابط المساواة في المحاكمة المنصفة في تمتع أصحاب المراكز القانونية – أي اطراف الدعوى الجنائية – بالحقوق والحريات نفسها مما جعل المجلس الدستوري يعده انتهاك لمبدأ المساواة .

وقد ذهب المجلس الدستوري الفرنسي بقرار له والذي أنصف فيه المحتجزون بقراره المتضمن بعدم دستورية نص " يمنع المحتجزون في بعض الجرائم المرتبطة بجرائم معينة هي جرائم المخدرات والارهاب من الحق في الاستعانة بمحامي في مدة

---

(1) Decision No. 73 – 51 Du 27 decembre 1973, Receil jor const., P28.
(2) Decision No. 75 – 56 Du 23 decembre 1975, Receil jor const., P32.
(3) Crim , 18 Decembre 1996 , Bull. No – 476

حجزهم " [١] . فالاختلاف في المعاملة بين المحتجزين يجب أن يتم وفق معيار موضوعي مقبول يتفق مع الغاية من القانون .

كما قرر هذا المجلس " عدم دستورية تجاوز المدة الاجمالية للعقوبات التي تضمنها نص القانون المحال للمجلس للحد الأقصى لإحدى هذه العقوبات " [٢] . بتاريخ 28 يوليو 1989 (قرار رقم ٢٦٠ لسم ١٩٨٩) .

وقد أخذ المجلس الدستوري الفرنسي بالحسبان في هذا القرار أن التناسب الواجب توافره بين التجريم والعقاب خطوة مهمة لتحقيق المساواة .

وأكد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم (224 . 86 Dc) بتاريخ 23 / 7 / 1987 بأن حق اللجوء إلى القضاء يطبق على المواطنين والأجانب على حد سواء وعلى الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين أيضاً [٣] .

ثالثاً : القرارات التي تتعلق بالمساواة في الحقوق والحريات

قرار المجلس الدستوري الفرنسي أن حرمان الشخص المعنوي الذي يعمل بقصد الربح من حق الرد في الصحف في الحالات التي تنشر فيها عنه معلومات تمس سمعته أو شرفه ، إذا كان هذا النشر في نطاق أعمال اتصالات السمعية والبصرية ، ويعد إخلالاً بمبدأ المساواة باعتبار ان هذا الحرمان لا يتفق مع المعاملة المقررة للأشخاص المعنوية المتماثلة " [٤] .

ورفع المجلس الدستوري الفرنسي مبدأ المساواة من مرتبته التقليدية المقتصرة على المواطنين دون غيرهم إلى المرتبة الانسانية لتشمل الأجانب أيضاً وهذا ما قرره من خلال قراره (C.C. 89 – 26 , Dc 22 / 1 / 1990) ، إذ استخلص وبصورة تلقائية دون أن يتطرق الطاعنون لتلك المادة في القانون المطعون فيه [٥] "إنَّ

---

(1) Dcision No 93 – 326 , do llaout, 1993, Rcc. Jor . CONST., P552.

(٢) د. يسري محمد العطار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب، المصدر سابق، ص٣٠.

(3) Les grand decision du conseil constitotionnel Paris– 17 edition– 2013– P66.

(4) Decision. 82 – 141, Dc du 27 Juillet 1982, Recjor const., P126.

(٥) هذا القرار رأى فيه العلامة (D. Rousseau) دليلاً واضحاً على نجاح تجسيد مبدا المساواة في اجتهاد القاضي الدستوري الفرنسي وصنف من ضمن القرارات الكبرى يرجى مراجعة :

Dominque Rousseau. Droit du contieux… op. cit p353.

استبعاد الأجانب المقيمين في فرنسا بصورة شرعية من حقهم بالتقديمات الاجتماعية الاضافية هو أمر يخالف دستورية مبدأ المساواة " [١] .

وقرر المجلس الدستوري الفرنسي في اجتهاد له صدر في ١٤ / ١ / ١٩٨٣ " بأن المشرع قد خرق مبدأ المساواة في المراكز القانونية المتشابهة عندما أتاح لبعض الموظفين الحق بضم خدماتهم السابقة لاحتسابها كقدم في ترفيعهم ، بينما منع هذا الحق عن موظفين آخرين يعملون في ذات المؤسسات ومتخرجين من ذات المعهد (المعهد الوطني للإدارة) لأن التبريرات لمثل التمايز إنما الهدف منها منح امتياز لفئة دون الأخرى في ذات الموقع القانوني " [٢] .

وترى الباحثة أن المجلس الدستوري الفرنسي كان موفقاً في قراره فالمشرع فرق بينهم في المعاملة القانونية عندما حسب الخدمات السابقة لبعض الموظفين دون البعض الآخر على الرغم من تشابه ظروفهم ومراكزهم القانونية ، مما يدل على أن تقدير المشرع لم يكن قائماً على أساس موضوعي مما أدى إلى إهدار مبدأ المساواة.

وقراره الصادر بخصوص حرية الصحافة فقد نظم المشرع بعض الجرائم الصحفية بشكل غير محدد وبالتالي إلى عدم تحديد مرتكبي هذه الجرائم مما يؤدي لانتهاك مبدأ المساواة [٣] .

المطلب الثاني
تطبيقات القضاء الدستوري العراقي والمصري في حماية مبدا المساواة

إن القضاء الدستوري العراقي في الوقت الحاضر يتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا ، لها الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة [٤] .

أما القضاء الدستوري المصري فيتمثل بالمحكمة الدستورية العليا ، وقد نصت المادة (١٩١) من دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤ النافذ على انشائها وهي لا

One allocation supplement aire de solidarity nest due aux exetrangers qu'en application des reqlements communautaires ou de conventions internationals de reciprocite".

(1) Dominque Rousseau. Droit du contieux… op. cit p354.

(2) Francois Lu chaire. La protection …. Op. cit. P225.

[٣] د. عبد الحفيظ الشيمي ، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستوري العليا ، دار النهضة العربية ، ص١٣٨ .

[٤] المادة٩٣ من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ .

تختلف عن المحكمة الدستورية العليا التي أنشأت بنص المادة (١٧٤) من دستور جمهورية مصر لعام ١٩٧١ الملغى فهي من تتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح [١] .

وسنتعرف على دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق والمحكمة الدستورية العليا في مصر في حماية مبدأ المساواة من خلال هذا المطلب ، وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين ، وكما يأتي :

الفرع الأول :. دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق في حماية مبدأ المساواة

الفرع الثاني : دور المحكمة الدستورية العليا في مصر في حماية مبدأ المساواة.

الفرع الأول

دور المحكمة الاتحادية العليا في العراق في حماية مبدأ المساواة

إنَّ للمحكمة الاتحادية العليا دوراً بارز في حماية مبدأ المساواة تبين من خلال القرارات العديدة التي أصدرتها ومن تلك القرارات :

أولاً : **القرارات التي تتعلق بالمساواة أمام القانون** .

قرار للمحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية الفقرة (ثانياً) من المادة (٤٤) من قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥ وقد أوضحت المحكمة بقرارها أنها تجد " بأن توزيع الاعانات المالية بنسبة (٨٠ %) على الأحزاب الممثلة في مجلس النواب وفقاً لعدد المقاعد التي حاز عليها مرشحوها في الانتخابات النيابية و٢٠% بالتساوي على الأحزاب السياسية المسجلة وفق أحكام هذا القانون هي نسبة غير عادلة لأن ذلك سيؤدي إلى تركيز السلطة بيد الأحزاب التي حصلت على تأييد جماهيري في مدة زمنية من المدد تضمن استمرارها بأغلبية مميزة بأموال الدولة وهي أموال الشعب ولا تسمح لغيرها من الأحزاب النامية أن تأخذ دورها في الحياة السياسية المستقبلية وبالتالي فإن ذلك التوزيع يشكل مخالفة صريحة لأحكام المادة (١٤) من الدستور (العراقيون متساوون أمام القانون) والمادة (١٦) منه

[١] المادة ١٩٢ من دستور مصر لعام ٢٠١٤ النافذ .

(تكافؤ الفرص مكفول لجميع العراقيين وتكفل الدولة اتخاذ الاجراءات اللازمة لتحقيق ذلك) " [١] .

وفي المجال نفسه قضت المحكمة الاتحادية العليا في الحكم الصادر منها بالدعوى المرقمة (١١ / اتحادية / ٢٠١٠) بعدم دستورية المادة (١ / ب / ثالثاً) من قانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٩ قانون تعديل قانون انتخابات مجلس النواب (١٦) لسنة ٢٠٠٥ والتي كانت تمنح الايزيدين وهم من الطوائف الدينية المعترف بها رسمياً مقعداً واحداً في مجلس النواب مما أخل بمبدأ المساواة بين المواطنين المنصوص عليها في م (١٤) من الدستور ، وقضت المحكمة الاتحادية العليا في حكمها أعلاه أن يكون لهم من المقاعد النيابية ما يتناسب بها نفوسهم وحسب الاحصاء السكاني وهو حق كفله الدستور في المادة (١٦) من الدستور [٢] .

وبخصوص الطعن في المادة (٥٧ / خامساً) من قانون الموازنة العام لعام ٢٠١٨ التي تنص : " على وزارة المالية اعتماد الملاك الوظيفي لمجلس النواب والمصادق عليه من قبل مجلس النواب .. " وهو نص جديد شرعه مجلس النواب يلزم به الحكومة باعتماد الملاك الوظيفي لمجلس النواب ... دون عرضه على مجلس الوزراء دون الحصول على موافقة مجلس الوزراء أو موافقة وزارة المالية على هذا الملاك فتجد المحكمة الاتحادية العليا " أن تشريع مجلس النواب هذا النص دون استحصال موافقة الحكومة ودون التنسيق مع السلطة التنفيذية انسجاماً مع وحدة الملاكات في السلطات الثلاث قبل المصادقة عليه وأن ذلك يعد مخالفة للمادة (١٤) من الدستور والمادة (٦١ / أولاً وثانياً) منه لأنه يشكل تمايزاً بين الملاكات في السلطات الثلاث دون سند من الدستور مما يقتضي الحكم بعدم دستورية نص المادة (٥٧ / خامساً) " .

---

[١] أركان عباس حمزة الخفاجي ، التنظيم القانوني لحقوق الحزب السياسي وواجباته – دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٩ ، ص١٦٤ .

[٢] الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية ، https://www.iraqfsc.iq
تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/١٥

ثانياً : القرارات التي تتعلق بالمساواة أمام القضاء .

من هذه القرارات قرار للمحكمة الاتحادية بعدم دستورية المادة (٢٥) من قانون هيأة دعاوي الملكية وتعطيلها لأنها خالفت المواد (١٤) و(١٩ سادساً) من الدستور ، ففي هذه القضية المرقمة ١١٤ / اتحادية / ٢٠١٣ طلب فيها قاضي محكمة بداءة الكرخ من المحكمة الاتحادية العليا بالحكم بعدم دستورية المادة (٢٥) من قانون هيأة دعاوي الملكية المرقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ والتي تنص : " يحق للذين وقع عليهم غبن نتيجة تطبيق القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦ بما يخص التعويض وقت اقامة الدعوى ولهم الحق بإقامة دعوى بموجب القانون بأثر رجعي لرفع الحيف عنهم " كونها تتعارض مع المادتين (١٤ و ١٩ / سادساً) وقد نصت المادة الأخيرة " لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الاجراءات القضائية والادارية " ، وقد ايدت المحكمة هذا الدفع وذهبت في حيثيات قرارها " ... إن الغاية المنشودة من تشريع قانون هيأة دعاوى الملكية ... هو ضمان حقوق المواطنين الذين انتزعت عنهم عقاراتهم خلافاً للقانون وتعويضهم تعويضاً عادلاً ولابد أن يكون التعويض مراعياً لكافة المواطنين بصورة متساوية دون تمييز بين مواطن وآخر والجميع يخضع لإجراءات قضائية وإدارية " [1] . لذا قضت المحكمة بعدم دستوريتها.

ثالثاً : القرارات التي تتعلق بمبدأ المساواة في مجال الحقوق

قرار للمحكمة الاتحادية العليا في الدعوى رقم ٩٩/ ١٠٤ و١٠٦/ اتحادية / اعلام ٢٠١٨ بخصوص التعديل الذي أقره مجلس النواب والمتضمن إعادة العد والفرز لجميع نتائج انتخابات البرلمان لعام ٢٠١٨ للشكوك بوجود تزوير شابها وذهبت المحكمة في حيثيات قرارها " عدّت المحكمة أن الغاء هذه النتائج بشكل (مطلق) دون التمييز بين أصوات الناخبين التي أدليت في تلك المناطق بشكل سليم وبين الأصوات التي شابها المخالفات كالتزوير سواء داخل العراق أم خارجه يشكل هدراً لهذه الأصوات ومصادرة لإرادة الناخبين وهذا يتعارض مع أحكام المواد (١٤) و(٢٠) والفقرة (أولاً) من المادة (٣٨) " التي كفلت للمواطن حقه بالمساواة وحقه

[1] الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا ، https://www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة١٦/٥/٢٠٢١

بالتصويت والترشيح وإبداء الرأي في الأمور العامة وفي مقدمتها حرية الرأي في انتخاب من يمثله في مجلس النواب " [١] .

وكذلك قرار لها سنة ٢٠١٣ عندما طالب المدعي الغاء المادة (٢٣) من قانون المحافظات والأقضية والنواحي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٨ على الغاء الفقرتين أولاً وثانياً ، حيث قررت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية الفقرتين من المادة أعلاه من قانون انتخاب مجلس المحافظات والأقضية والنواحي رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٨ بسبب مخالفتهما للمواد (١٤ و ١٦) من دستور ٢٠٠٥ إذ ترى المحكمة " أن النص المذكور أعلاه قد الزم أن يكون تقاسم السلطة الادارية والأمنية والوظائف العامة في محافظة كركوك بالتساوي بين المكونات الرئيسة وبذلك فإن هذا النص قد فوت الفرص وحرم من لم يكن من بين المكونات الرئيسة في اشغال الوظائف العامة مما يخالف أحكام المادة (١٦) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ والتي تضمنت على أن (تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين) وعليه يكون النص المذكور حصر تسنم هذه الوظائف بما فيها الوظائف العامة بالمكونات الرئيسة مخالفة لنص المادة (١٦) من الدستور، كما نصت الفقرة (ثانياً) من المادة (٢٣) من القانون المذكور إذ نصت في مقدمتها على تشكيل لجنة تتكون من ممثلين اثنين من كل مكون من مكونات محافظة كركوك الرئيسة الثلاث ... " إذ حصرت المادة المهام بالمكونات الرئيسية الثلاث وهذا لا يحقق تكافؤ الفرص الذي كفلته المادة (١٦) من الدستور لجميع العراقيين، لذا قررت المحكمة بعدم دستورية الفقرتين.."[٢].

الفرع الثاني

دور المحكمة الدستورية العليا في مصر في حماية مبدأ المساواة

وفرت المحكمة الدستورية العليا حماية قضائية دستورية لمبدأ المساواة من خلال العديد من القرارات التي أصدرتها ومن هذه القرارات :

---

[١] الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا ، المصدر سابق . تاريخ الزيارة ٤ / ٤ / ٢٠٢٢ .

[٢] حيدر طالب محمود البحاث ، دور المحكمة الاتحادية العليا في حماية الحقوق السياسية ، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والانسانية ، جامعة بابل ، العدد ٤٣ ، ٢٠١٩ ، ص١٩٩٦ .

أولاً : القرارات التي تتعلق بالمساواة أمام القانون .

تسنى للمحكمة الدستورية العليا من خلال الاطلاع على أحكامها تطبيق مبدأ المساواة وذلك في قرارها والذي جاء فيه (وحيث أن الدستور قد حرص في العديد من مواده على التأكيد على مبدأ مساواة المرأة بالرجل ، فاعتمد بمقتضى نص المادة (٤) مبدأ المساواة إلى جانب مبدأي العدل وتكافؤ الفرص أساساً لبناء المجتمع وصيانة وحدته الوطنية ، كما ساوى بينهما طبقاً لنص المادة (٦) في مجال منح الجنسية المصرية الأصلية للأبناء ، فعد الجنسية حقاً لمن يولد لأب مصري أو لأم مصرية ، وجعل بمقتضى نص المادة (١١) كفالة تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، التزاماً دستورياً على عاتق الدولة ، وحظر بموجب نص المادة (٥٣) التمييز بينهما في مجال حقوقهم وحرياتهم على أساس الجنس ، وكان الدستور وإن أوكل للمشرع بمقتضى نص الفقرة الثانية من المادة (٦) تحديد شروط اكتساب الجنسية المصرية الا أن ممارسة المشرع لسلطته التقديرية في هذا المجال يحدها القيد العام الذي ضمنه الدستور نص المادة (٩٢) والذي بمقتضاه لا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيدها بما يمس أصلها وجوهرها ، بما لازمه وجوب التزام التنظيم الذي يقره المشرع بالمبادئ الضابطة لسلطته في هذا الشأن ، والتي يعد تحقيقها غاية كل تنظيم يسنه ، وفي المقدمة منها العدل والمساواة وتكافؤ الفرص ، خاصة بين المرأة والرجل في كافة الحقوق والحريات ، والقضاء على كافة أشكال التمييز بينهما ، فضلاً عن تماسك الأسرة المصرية واستقرارها بوصفها أساس المجتمع ، والذي جعله الدستور بمقتضى نص المادة (١٠) التزاماً على الدولة ، والتي يتصادم معها جميعاً حرمان الأولاد القصر للأم الأجنبية من اكتساب الجنسية المصرية بقوة القانون تبعاً لاكتسابها هذه الجنسية أسوة بالأب الأجنبي الذي قرر المشرع بالنص المحال حق أولاده القصر في ذلك وينص على النص المطعون فيه وقد قصر هذا الحق على الأولاد القصر للأب الأجنبي دون الأم الأجنبية متضمناً تمييزاً تحكمياً لا يستند إلى أسس موضوعية.. يتناقض مع الأهداف التي رسمها الدستور ليقع النص المطعون فيه مخالفاً لنصوص المواد (٤، ٩، ١٠، ١١، ٥٣)

من الدستور فوق كونه يعد مجاوزة من المشرع لنطاق سلطته التقديرية المقررة له بمقتضى نص المادة (٩٢) من الدستور ، في مجال تنظيم الحقوق والحريات .. لهذه الأسباب حكمت بعدم دستورية النص) [١] .

وقرار آخر للمحكمة الدستورية العليا جاء فيه :

" أن المدعيين نعيا على النص المطعون فيه اخلاله بمبادئ تكافؤ الفرص والتضامن الاجتماعي والمساواة ، والمساس بالحماية المقررة للملكية الخاصة وذلك بإيثاره صاحب الصيدلية التي صدر قرار بهدم العقار الكائن به من التقيد بشرط المسافة عند نقل الترخيص لعقار آخر ، على حساب ومصلحة أصحاب الصيدليات العامة الأخرى ، وأفرده بمعاملة متميزة عنهم دون مبرر موضوعي ، وعلى نحو يؤثر سلباً على ما تفعله صيدلياتهم من أرباح .

وحيث أنه عما نعاه المدعيان على النص المطعون فيه اخلاله بمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادتين (٤ ، ٥٣) من دستور ٢٠١٤ ، إذ استثنى من قيد المسافة المطبق على سائر التراخيص الصادرة للصيدليات العامة ، الصيدليات التي تنقل جهة الادارة ترخيصها لاماكن أخرى في حالة هدم العقار ، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مبدأ المساواة أمام القانون وبقدر تعلقه بالحدود التي تباشر فيها هذه المحكمة ولايتها – مؤداه – أنه لا يجوز أن تخل السلطتان التشريعية أو التنفيذية في مباشرتهما لاختصاصهما التي نص عليها الدستور أو التي حددها القانون .

وكان النص المطعون فيه ، مهدراً المصالح الجوهرية التي سعى إلى تحقيقها من تقرير هذا القيد والأهداف التي توخاها من وراء ذلك ، منشئاً تمييزاً غير مستند إلى أسس موضوعية بين التراخيص المنقولة وتلك المبتدأه ، وينشئ أوضاعاً غير عادلة تتباين فيها حظوظ الصيدليات العامة المرخصة ابتداءً والصيدليات المنقولة بسبب الهدم ، فإنه يكون قد أهدر مبدأي العدالة والمساواة التي حرص الدستور على

---

[١] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ١٣١ لسنة ٣٩ ق (دستورية) جلسة ٦/ ٤/ ٢٠١٩، إذ دفع بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (٦) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية. متاح على شبكة الانترنت: http://manshurat.org تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٠/٢٧

توكيدهما في المادتين (٤ ، ٥٣) منه مما يتعين معه القضاء بعدم دستوريته في حدود نطاقه المتقدم فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم دستوريته " [١] .

ثانياً : القرارات التي تتعلق بالمساواة أمام القضاء .

قرار المحكمة الدستورية العليا بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت السادس من مايو سنة ٢٠١٧ في القضية رقم ١١٦ لسنة ٢٢ قضائية دستورية حيث طلب المدعون الحكم بعدم دستورية نص المادة (٤٣) من قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر " وحيث أن المدعين ينعون على النص المطعون فيه مخالفته لمبدأ المساواة بين المؤجر والمستأجر بشأن عقود الايجار المفروش مستلزماً قيدها لدى الوحدة المحلية ، مرتباً جزاء عدم سماع دعوى المؤجر وعدم قبول أي طلبات مقدمة منه قبل إجراء القيد ، إذ أتاح ذلك لمستأجر العين ، بما يجعل من عقد الايجار ملزماً من جانب واحد ، وبما يترتب عليه تمكين المستأجر من اغتصاب ملك المؤجر مهدراً الحماية المقررة لحق الملكية ، ومخلاً بالحق في التقاضي ، بما يخالف أحكام المواد (٣٢ ، ٣٤ ، ٤٠ ، ٦٥ ، ٦٨) من دستور ١٩٧١.

ومن ثم فإن هذه المحكمة تباشر رقابتها على النص المطعون عليه – الذي ما زال قائماً ومعمولاً بأحكامه – من خلال أحكام الدستور الحالي الصادر سنة ٢٠١٤ بوصفه الوثيقة الدستورية السارية .

وحيث أن ما نصت عليه المواد (٤ ، ٥٣ ، ٩٧ ، ٩٨) من الدستور الصادر سنة ٢٠١٤ من أن المواطنين لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والحريات العامة ، وأن حق التقاضي من الحقوق العامة المكفولة للكافة ، وأن حق الدفاع مكفول ، مؤداه أن الناس كافة لا يتمايزون فيما بينهم في مجال حقهم في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي ، ولا في نطاق القواعد الاجرائية والموضوعية التي

---

[١] قرار المحكمة الدستورية العليا بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت الثالث من يونيو سنة ٢٠١٧ في القضية رقم ١٨٥ لسنة ٣٥ قضائية دستورية حيث دفع المدعيان بعدم دستورية نص البند (٣) من المادة (١٤) من القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٥٥ بشأن مزاولة مهنة الصيادلة المستبدل بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٥٦ " . الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد ٢٣ مكرر (ج) في ١٣ يونيه سنة ٢٠١٧، ص١٤–٢٢.

تحكم الخصومة عينها ، ولا في طرائق الطعن التي تنظمها ، وحيث أنه متى كان ما تقدم ، فإن النص المطعون فيه يغدو مخالفاً لنصوص المواد (٤، ٣٥، ٣٨، ٩٢ ، ٩٤ ، ٩٧) من الدستور ، مما يتعين معه القضاء بعدم دستوريته فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم دستورية نص المادة (٤٣) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر " [١] .

ثالثاً : القرارات التي تتعلق بمبدأ المساواة في مجال الحقوق والحريات

أكدت المحكمة بأن ممارسة حرية العقيدة مكفولة وفق مبدأ المساواة إذ نص عليه الدستور في القضية رقم (١٥٣) لسنة ٣٢ قضائية تاريخ الجلسة ٢٠١٧/٢/٤ تتمثل هذه القضية بطلب الحكم بعدم دستورية البند رقم (١) من المادة (٧١) من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ ، فيما أغفله من النص على (أحقية العامل أو العاملة المسيحية في الحصول على إجازة خاصة بأجر كامل لمدة شهر لمرة واحدة طوال حياته الوظيفية لزيارة بيت المقدس ، مع عدم احتسابها من الاجازات الأخرى المقررة للعامل بأجر كامل) ودفعت المدعية من الديانة المسيحية بعدم دستورية صدور الفقرة (الأولى) من المادة (٧١) من قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ ، والبند رقم (١) من هذه الفقرة ، فيما تضمناه من قصر نطاق تطبيق أحكامها على أداء فريضة الحج ، دون زيارة بيت المقدس بالنسبة للعامل المسيحي الديانة ، وذهبت المحكمة في ميثاق حكمها (... وحيث أن من المقرر أن مبدأ المساواة أمام القانون الذي رددته الدساتير المصرية المتعاقبة بدأ بدستور سنة ١٩٢٣ ، وانتهاء بالدستور القائم سنة ٢٠١٤) الذي تناوله في المادتين (٤ ، ٥٣) منه ، يستهدف حماية حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها ، وهو بذلك يعد وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر

---

[١] قرار المحكمة الدستورية العليا بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت السادس من مايو سنة ٢٠١٧ في القضية رقم ١١٦ لسنة ٢٢ قضائية دستورية منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية ، العدد ١٩ ، مكرر (أ) في ١٥ مايو سنة ٢٠١٧ ، ص٣ – ١٣ .

تطبيقها على الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في الدستور ، بل يمتد مجال اعمالها إلى الحقوق التي يقرها القانون ويكون مصدراً لها ، ومن ثم لا يجوز للقانون أن يقيم تمييزاً غير مبرر تتنافر به المراكز القانونية التي تتماثل في عناصرها.

وحيث أنه متى كان ذلك وكانت زيارة الأماكن المسيحية بيت المقدس تعد من الواجبات الدينية لدى المسيحيين ، وقد أقر المشرع ذلك بالنص عليها صراحة في المادة (٥٣) من قانون العمل الصادر بالقانون رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ ، بما لازمه صيرورة هذه الشعيرة من الشعائر الدينية التي أوجبت الدستور على المشرع العادي كفالة الحق في ممارستها بحرية ... ومتى كان التنظيم الذي أتى به النص المطعون فيه لم يتضمن تقرير الحق في إجازة وجوبية للعاملين المسيحيين ولمرة واحدة طوال حياتهم الوظيفية ، لزيارة بيت المقدس ، مع عدم احتسابها ضمن الاجازات الاعتيادية المقررة بذلك القانون ، وقصر منحها على أداء فريضة الحج ، فإن هذا التنظيم يغدوا تنظيماً قاصراً غير متكامل ، لا يحيط بالحقوق والحريات التي كفلها الدستور من مختلف أقطارها وجوانبها، ويكون بذلك قد أخل اخلالاً جسيماً بها، بما يفقدها تكاملها وترابط أجزائها ، ويقع من ثم مخالفاً لنصوص المواد (١ ، ٤ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤ ، ٥٣ ، ٦٤ ، ٩٢) من الدستور ، متعيناً لذلك القضاء بعدم دستوريته " [١] .

وقرار آخر للمحكمة الدستورية العليا سنة ٢٠١٧ م في القضية رقم ١٦٥ لسنة ٢٣ قضائية دستورية حيث حكمت فيه " بعدم دستورية نص البند (٢) من الفقرة الثالثة والفقرة الخامسة من المادة (٧٦) من لائحة نظام العاملين ببنك ناصر الاجتماعي الصادر بقرار مجلس ادارة البنك الصادر بتاريخ ٢١ / ٤ / ٢٠٠٨ فيما تضمنتاه من حرمان العاملة من كل أو جزء من العلاوة الدورية التي تمنح للعاملين بالبنك خلال مدة الاجازة الخاصة بدون مرتب التي تحصل عليها لرعاية طفلها "[٢].

كان قرارها هذا بعد أن أثار لديها شبهة عدم دستورية نص م (٧٦) من اللائحة ، لإخلاله بالحق في العمل ، فضلاً عن تضمين تمييزاً لا يستند إلى مبرر

---

[١] منشور في الجريدة الرسمية العدد ٦ مكرر ب في ١٥ / ٢ / ٢٠١٧ ، ص١٨ .

[٢] منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر أ في ١٥ / مايو / ٢٠١٧ ، ص٣٧ .

موضوعي بين العاملين بذلك البنك وغيرهم من العاملين المدنيين بالدولة بصفة عامة ، والعاملين بالبنوك الأخرى بصفة خاصة وهو ما ينصرف حكمه لمخالفة المواد (٧ ، ١٣ ، ٤٠ ، ٤١) من دستور سنة ١٩٧١ ، والتي تطابقها في مجملها الأحكام الواردة في المواد (٨ ، ١٢ ، ١٣ ، ٥٣ ، ٥٤) من الدستور الحالي الصادر في ١٨ / ١ / ٢٠١٤ ، وحيث من المقرر أن الحماية تنصرف للدستور القائم الا أن هذا الدستور ليس ذو أثر رجعي ، فإنه يتعين اعمال أحكام الدستور السابق الذي صدر التشريع المشتمل على النص المطعون عليه في ظل أحكامه .

الخاتمة

بعد بحث موضوع حماية القضاء الدستوري لمبدأ المساواة في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا ومصر والعراق توصل الباحث إلى الآتي :

أولاً : النتائج

١. يهدف مبدأ المساواة إلى إزالة مظاهر التمييز القائمة على اللغة أو الجنس أو اللون أو الأصل أو العقيدة والتمتع بالحقوق والحريات بصورة متساوية .

٢. إن المساواة المقررة للأفراد هي مساواة قانونية (نسبية) وليست مساواة مطلقة بمعنى أن من حق كل مواطن أن يحصل على ذات المعاملة إذا استوفى الشروط المقررة وبالتالي فإن المساواة في المعاملة مشروطة بالمساواة في توافر الشروط ومن ثم فإن حق المشرع في أن يقيد التمتع بحق معين بتوافر حد أدنى من الشروط المعينة ، فلا يستطيع أحد أن يملي على المشرع وهو بصدد التشريع أن يساوي بين الناس جميعاً مهما اختلفت العناصر القانونية والواقعية المحيطة بهم ، فمبدأ المساواة يعني أن يتعامل بالطريقة نفسها الأشخاص الذين يوجدون في المركز ذاته .

٣. أن هناك اختلافاً جوهريا بين مبدأ المساواة ومبدأ تكافؤ الفرص فمبدأ المساواة ذو مضمون سلبي ، بمعنى لا يفرض على الدولة التزاماً بعمل ما وإنما يفرض عليها التزاماً بالامتناع عن الاتيان بأي عمل ينطوي على تمييز ينتهك الحق في المساواة ، وأما تكافؤ الفرص فإنه يفرض على الدولة التزاماً إيجابياً مضمونه كفالة فرص ما يفرض عليها الدستور أو القانون كفالتها .

٤. تتمثل ضمانات مبدأ المساواة ، النص الصريح على مبدأ المساواة في الدستور ، وحظر تعديل النصوص الدستورية المتعلقة بمبدأ المساواة إلاّ إذا كان تعديلها يساهم في اعطاء النصوص الدستورية ضمانة أكثر لمبدأ المساواة ، والرقابة على الدستورية ، ومبدأ المشروعية الذي يعد ضمانة حقيقية لمبدأ المساواة .

٥. لتتحقق المساواة أمام القضاء لابد من تمكين الأفراد من حقهم في اللجوء للقضاء ، وأن يكون اللجوء للقضاء مجانياً ، وأن تطبق على جميع المتقاضين الاجراءات نفسها ويحاطون بالضمانات نفسها .

٦. إن وجود قانون يهدر مبدأ المساواة ، يستوجب وجود جهة تكفل رد اعتداء المشرع عند مصادرة حق الأفراد بالمساواة ، وتتمثل هذه الجهة بالمحكمة الفيدرالية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية والمجلس الدستوري في فرنسا والمحكمة الاتحادية العليا في العراق والمحكمة الدستورية العليا في مصر .

٧. يسعى القضاء الدستوري إلى تحقيق المساواة عبر القضاء على أشكال التمييز واقرار التشريعات التي تنطوي على التمييز الايجابي أو التعويض وله في اقرار مثل هذه التشريعات مبررات في مقدمتها كونها وسيلة للاعتذار أو التفكير عن أخطاء الماضي اتجاه أقلية أو طائفة معينة من الأفراد كذلك كونه وسيلة للتأهيل والدمج لهذه الأقليات مجدداً بالمجتمع هذا كله في سبيل أن يحقق القضاء الدستوري المساواة الفعلية المنشودة .

٨. القاضي الدستوري يأخذ بالحسبان المصلحة العامة واختلاف المراكز القانونية للتأكيد على دستورية النصوص القانونية .

٩. تبين من خلال قرارات المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الاتحادية العليا والمحكمة الدستورية المصرية عدم اختصاصها بفحص ملائمة التشريع بوصفه مظهر من مظاهر السلطة التقديرية للمشرع ، أما موقف المحكمة العليا الأمريكية فعلى الرغم من امتداد رقابتها إلى ملائمة التشريع فإن هناك اتجاهات معارضة تنادي بضرورة التزام القاضي الدستوري بمبدأ الفصل بين السلطات واحترام السلطة التقديرية للمشرع .

١٠. كان للقضاء الدستوري دور بارز في حماية مبدأ المساواة والذي تجلى بوضوح في القرارات التي أصدرها .

١١. إن المحكمة الاتحادية العليا على الرغم من أن تجربتها بالقضاء الدستوري حديثة إلاّ أنها بلغت ما بلغته المحكمة الفيدرالية العليا الأمريكية والمجلس الدستوري الفرنسي .

ثانياً : التوصيات

١. تعديل م (١٩/ ثالثاً) من قانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات رقم (٣١) لسنة ٢٠١٩ التي نصت على (تعد قرارات الهيأة القضائية للانتخابات باتة) ونقترح أن تكون قرارات الهيأة القضائية للانتخابات خاضعة للطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا العراقية كي لا تضيع حقوق (المرشحين للانتخابات) التي ضمنها لهم دستور العراق لعام ٢٠٠٥ م في المادة (١٤) والمتعلقة بمبدأ المساواة وكذلك تكافؤ الفرص في المادة (١٦) والمادة (١٩/ سادساً) التي نصت (على أن لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية) كي تكون القرارات الصادرة أكثر رصانة كونها ستمر بأكثر من مرحلة طعن لاسيما أن المحكمة الإتحادية العليا هي الجهة المسؤولة بالمصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة .

٢. التزام المحكمة الاتحادية العليا العراقية بالتمييز الايجابي كما في المحكمة العليا الأمريكية إذ نجد إنَّ المحكمة الاتحادية العليا العراقية في قرارها المرقم ١٧٥ / اتحادية / ٢٠٢١ بتاريخ ٢٧ / ١٢ / ٢٠٢١ ردت الدعوى المقامة ضد الكوتا ، مع أن قانون انتخابات مجلس النواب رقم ٩ لسنة ٢٠٢٠ في مادته (١٥ / ٣) ينص على أن المرشحين الأعلى أصواتا في الدائرة الانتخابية هم فائزون بطبيعة الحال رجالاً كانوا أم نساء ومن بعدها تحتسب مقاعد الكوتا النسائية ، لكن احتسبت المقاعد الأعلى صوتاً للنساء ضمن مقاعد الكوتا الخاصة بهم وبموجب المادة (٤٩ / رابعاً) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ فإن كوتا النساء تكون بما لا يقل عن ٢٥ بالمئة أي أنها ممكن أن تكون أكثر من ٢٥ بالمئة وعندما تم الطعن بالكوتا أما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فإنها ردت الطعن أي أنها لم تأخذ بالتمييز الإيجابي .

٣. تعديل المادة السادسة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ بإعطاء الحق للأفراد بتقديم الطعن بالنصوص القانونية وخاصة النصوص القانونية التي ترد فيها مخالفة لمبدأ المساواة ،

مباشرة أمام المحكمة الاتحادية العليا وعدم اقتصاره على الطلب الذي يقدم من وكيل (محامي ذي صلاحية مطلقة) .

٤. تشكيل هيأة قانونية تتكون من عضو من محكمة التمييز الاتحادية وعضو من اللجنة القانونية في مجلس النواب وعضو من مجلس الدولة تقوم بمراجعة التشريعات التي تنظم الحقوق والحريات التي يرد فيها نصوص تتعارض مع مبدأ المساواة وتقديم المقترحات بشأنها إلى مجلس النواب لغرض تعديلها بغية الحد من كثرة الطعون أمام المحكمة الاتحادية العليا العراقية .

٥. التزام القاضي الدستوري العراقي (المحكمة الاتحادية العليا العراقية) بالحد الأدنى في ممارسة الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع بحيث لا تمتد إلى بواعث التشريع والملائمات السياسية فتصبح رقابة تحكمية تجعل من سلطة القضاء تفرض توجهاتها وآراءها على المشرع .

٦. تشريع قانون يعطي الحق للمحكمة الاتحادية العليا العراقية (بالتدخل التلقائي) كما في قانون المحكمة الدستورية المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ من أجل توسعة نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إذ تفتقد المحكمة الاتحادية العليا العراقية النص الصريح على اتباع هذا النوع من الرقابة الدستورية، ان اتباع التدخل التلقائي سيوسع من نطاق ولاية المحكمة الاتحادية وسيضمن علوية الدستور بشكل أكبر، كون تلك العلوية لا تتوقف على دعوى من مدعى أو دفع منه أو الاحالة من محكمة بل ان المحكمة الاتحادية ستباشر ولايتها على الرقابة الدستورية بحكم وصايتها على حماية الدستور .

٧. بأن تخضع السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية للمسؤولية المدنية في حال التجاوز على مبدأ المساواة وعلى هذا نقترح بإضافة نص إلى دستور العراق عام ٢٠٠٥ يلزم السلطة التشريعية والتنفيذية تعويض الأضرار المادية أو المعنوية لأي فرد والتي تنتج عن القوانين والأنظمة المخالفة للمساواة بين الأفراد .

٨. توسيع القاضي الدستوري لسلطته الاجتهادية في مجال تكييف النصوص القانونية لأنه بدونها لا يمكن أن يؤدي دوره في الرقابة والحماية بشكل جيد .

المصادر

❖ **القرآن الكريم** .

أولاً : **الكتب**

- **الكتب العامة**

١. ابراهيم مصطفى ، المعجم الوسيط – مادة (سلط) ، دار الدعوة ، تركيا ، ١٩٨٩ .

٢. ابن منظور ، لسان العرب ، ط٣ ، دار احياء التراث العربي ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، ١٩٩٩ .

٣. احمد بن محمد علي الفيومي ، المصباح المنير ، ط١ ، ج١ ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ، ١٩٢٦ .

٤. اسماعيل علي بن حماد الجوهري ، الصحاح تاج اللغة العربية وصحاح العربية ، تحقيق احمد عبد الغفور عطار ، ط١ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨٤ .

٥. الرازي ، المحصول في علم الاصول ، تحقيق عادي عبد الموجود ، علي محمد معوض ، ط٢ ، ج٤ ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ١٩٩٩ .

٦. عبد السلام المزوغي ، الموسوعة العالمية للمعرفة ، ج٣، صكوك ومواثيق وحقوق الانسان ، والشعوب ، ١٩٩٨ .

٧. مراد وهبة ، المعجم الفلسفي ، ط٥ ، دار القضاء للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٧

٨. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٣ .

٩. محمد عمارة ، الاسلام والأمن الاجتماعي، دار الشروق، القاهرة ، ١٩٩٨ .

١٠. ناظم عبد الواحد الجاسور ، موسوعة علم السياسة ، ط١ ، دار المجد لاوي ، عمان ، ٢٠٠٤ .

- **الكتب القانونية**

١. ابراهيم عبد العزيز شيحا ، تقوية دور السلطة التنفيذية في ميدان التشريع في دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، ١٩٩٥ .

ـــــــــــــــــــــ ، النظام الدستوري اللبناني، الدار الجامعية للطباعة ، بيروت، ١٩٨٣ .

٢. ابراهيم محمد حسنين ، الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة في الفقه والقضاء ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ .

٣. احسان المفرجي وكطران صغير نعمة ورعد ناجي ، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٩ .

٤. أحمد شريف الدين ، القضاء الاداري، منشورات جامعة صنعاء، ١٩٨٦ .

٥. احمد فتحي سرور ، منهج الاصلاح الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

ـــــــــــــــــــــ الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

ـــــــــــــــــــــ الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات القانونية ، دار العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ .

٦. احمد محمد مليجي ، تحديد نطاق الولاية القضائية دار النهضة العربية ، القاهرة .

٧. اشرف محمد أنس ، التنظيم الدستوري للوظيفة العامة ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١ .

٨. السيد صبري ، مبادئ الدستور ، الطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٤٩ .

٩. أمين عاطف صليبيا ، دور القضاء الدستوري في أرساء دولة القانون – دراسة مقارنة – ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٠٢ .

١٠. ثروت بدوي ، النظم السياسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

١١. حسام فرحات ابو يوسف ، الحماية الدستورية للحق في المساواة – دراسة مقارنة بين النظام الدستوري والمصري والنظام الدستوري الأمريكي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
١٢. حسن علي ، حقوق الانسان ، وكالة المطبوعات ، الكويت ، دون سنة طبع .
١٣. حسن مصطفى البحيري ، القانون الدستوري ، ط٢ ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية ، سوريا ، ٢٠١٣ .
١٤. حمدي ابو النور السيد عويس ، الأنظمة السياسية المعاصرة والنظام الاسلامي ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ .
١٥. حمود حمبلي ، حقوق الانسان بين النظم الوضعية والشريعة الاسلامية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٩٥ .
١٦. حميد حنون ، حقوق الانسان ، ط١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٣ .
ـــــــــــــــــ ، القانون الدستوري ، وتطور النظام الدستوري في العراق ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٥ .
١٧. خالد محمد القاضي، القضاء الدستوري في خمسين عاما لحماية حقوق الانسان وضمانات التقاضي ،اضرار الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة ،٢٠١٩.
١٨. داوود الباز ، حق المشاركة في الحياة السياسية ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢.
١٩. رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.
٢٠. رفعت عبد سعيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٩.
٢١. رمزي طه الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٥.
٢٢. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري–دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٩٧.

٢٣. زهير شكر ، النظرية العامة للقضاء الدستوري ، ط١، ج٢، دار بلال للطباعة والنشر ، لبنان ، ٢٠١٤ .
٢٤. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ، الرقابة على اعمال الادارة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر،٢٠١٤
ـــــــــــــــــ قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة ، دار الجامعة الجديد ، مصر ،٢٠١٠.
٢٥. سعاد الشرقاوي ،نسبية الحريات العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩.
٢٦. سعد عصفور، المبادئ الاساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ١٩٨٠.
٢٧. سعيد الحكيم، الرقابة القضائية على اعمال الادارة في الشريعة الاسلامية والنظم الوصفية ، ط٢، دار الفكر العربي القاهرة ، ١٩٨٧.
٢٨. سعيد السيد علي، المبادئ الاساسية للنظم السياسية وأنظمة الحكم المعاصرة، دار ابو المجد للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
٢٩. سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، ط٤ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦.
٣٠. سميحه العقابي الشريف ، المساواة في تقلد الوظيفة العامة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٤ .
٣١. سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤ .
٣٢. شعبان احمد رمضان ، ضوابط اثار الرقابة على دستورية القوانين –دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.
٣٣. شحاته ابو زيد شحاته، مبدأ المساواة في الدساتير العربية في دائرة الحقوق والحريات العامة ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠١.
٣٤. طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٣.

٣٥. عاطف سالم عبد الرحمن ، دور القاضي الدستوري في الاصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي – دراسة تحليلية تطبيقية بين مصر والولايات المتحدة الامريكية ، ٢٠١٠ .

٣٦. عبد المجيد ابراهيم سليم ، السلطة التقديرية للمشروع – دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، ٢٠١٠.

٣٧. عبد الحفيظ الشيمي ، رقابة الاغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر.

٣٨. عبد الحميد متولي ، القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية للشريعة الاسلامية، ط١٦ ، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٩ .

ـــــــــــــــــ الوجيز في النظريات والتضحية ومبادئها الدستورية ، دائرة المعارف القاهرة ، ١٩٥٨ – ١٩٥٩ .

ـــــــــــــــــ الحريات العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨١ .

ـــــــــــــــــ مبادئ نظام الحكم في الاسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة ، ط٦٦ .

٣٩. عبد الغني بسيوني ، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٣ .

ـــــــــــــــــ ، النظم السياسية ، دراسة لنظرية الدولة والحكومة والحقوق والحريات العامة ، ط٤ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢.

ـــــــــــــــــ ، ولاية القضاء الاداري على أعمال الادارة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٣ .

ـــــــــــــــــ ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، مطابع المعدني ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ .

٤٠. عبد المنصف عبد الفتاح ، محمد ادريس ، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١١ .

٤١. عبير حسين السيد حسين ، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
٤٢. عثمان خليل ، القانون الدستوري ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
٤٣. عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الأحكام وأحكام القضاء في المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٣ .
٤٤. عزيز شريف ، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، مطبعة الفيصل ، الكويت ، ١٩٩٥ .
٤٥. عصام سعيد عبد أحمد ، الرقابة على دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠١٣ .
٤٦. عصمت عبد الله الشيخ ، الدستوريين ، مقتضيات اثبات وموجبات التغيير ، النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .
٤٧. عفيفي كامل عفيفي ، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية ، دار الجامعين ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .
٤٨. علي بن محمد الجوجاني تعريفات مطبعة مصطفى الباني الحلبي ، القاهرة ، ١٩٣٨ .
٤٩. علي حسن ذنون ، فلسفة القانون ، ط١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٥ .
٥٠. علي صادق ابو هيف ، القانون الدولي العام ، ط الاسكندرية ، ١٩٧٢ .
٥١. غازي فيصل ود. عدنان عاجل ، القضاء الاداري ، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع ، العراق ٢٠١٢ .
ـــــــــــــــ المحكمة الاتحادية والعليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية ، موسوعة الثقافة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٨ .
٥٢. فاروق عبد البر ، دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات ، دار النسر الذهبي ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
٥٣. فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجاني في تقدير الأدلة ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٦ .
٥٤. فؤاد العطار ، القضاء الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٣ .

ـــــــــــــــــــ ، رقابة القضاء لأعمال الادارة، ط٢ ، دار الكتاب العربي، القاهرة ، ١٩٦٠ .

ـــــــــــــــــــ ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط٣ ، دار الكتب المصرية ، الاسكندرية ، ١٩٨٨ .

٥٥. فؤاد عبد المنعم ، مبدأ المساواة في النظام الاسلامي ، بحث من الناحية الدستورية مع المقارنة الديمقراطية الغربية ، مؤسسة الثقافة الجامعية لكلية الحقوق الاسكندرية ، ١٩٧٢ .

٥٦. كريم كشاكش ، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ١٩٨٧ .

٥٧. ماهر صالح علاوي ، القرار الاداري ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩١ .

٥٨. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الاداري ، لمجلس الدولة الفرنسي ، جامعة الاسكندرية ، القاهرة ، ١٩٦٦ .

٥٩. مصطفى كامل ، شرح القانون الدستوري ، ط٢ ، ١٩٥٢ .

٦٠. مصطفى محمود عفيفي ، الحقوق المعنوية للإنسان بين النظرية والتطبيق ، دراسة مقارنة في النظم الوضعية والشرعية الاسلامية ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دون سنة نشر .

٦١. محمد بدران ، رقابة القضاء على اعمال الادارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٨ .

٦٢. محمد رفعت عبد الوهاب ، القانون الدستوري ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ١٩٩٠ .

ـــــــــــــــــــ القضاء الاداري ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ .

٦٣. محمد عبد العال السناري ، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .

٦٤. محمد عبد اللطيف ، القضاء الدستوري ، في فرنسا في خمس سنوات (١٩٩٩ – ٢٠٠٤) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .

ـــــــــــــــــــ التصحيح التشريعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١ .

٦٥. محمد علي السالم عياد الحلبي ، مبدأ المساواة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، الدار العلمية للنشر والتوزيع ، ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ٢٠٠٢ .

٦٦. محمد علي جواد ونجيب خلف أحمد ، القضاء الاداري ، مكتبة الغفران ، بغداد ، ٢٠١٠ .

٦٧. محمد فوزي نويجي ، التفسير المنشئ للقضاء الدستوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

٦٨. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري ، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة ، ١٩٦٧ .

٦٩. محمود حافظ ، القضاء الاداري في القانون المصري والمقارن ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ .

٧٠. محمود حلمي ، المبادئ الدستورية العامة ، دار الفكر العربية ، مصر ، ١٩٦٤ .

٧١. محمود محمد ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي ، دار النفائس والتوزيع ، الاردن ، ٢٠٠٧ .

٧٢. منذر الشاوي ، دولة القانون ، ط١ ، الذاكرة للنشر والتوزيع بغداد ، ٢٠١٣ .

ـــــــــــــــــــ ، القانون الدستوري ، نظرية الدستور ، منشورات مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨١ .

ـــــــــــــــــــ ، مدخل في فلسفة القانون ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١١ .

٧٣. نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية – دراسة تحليلية وتطبيقية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١١ .

٧٤. هشام محمد فوزي ، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .

٧٥. يحيى الجمل ، النظام الدستوري في الكويت ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧١ .

٧٦. يسري محمد العطار ، دور الاعتبارات العلمية في القضاء الدستوري – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ .

ـــــــــــــــــــ ، المبادئ التي أرستها المحكمة الدستورية العليا في مجال الوظيفة العامة ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

- الكتب المترجمة

١. العميد ليون دوكي ، دروس في القانون العام ، ترجمة د. رشدي خالد ، منشورات وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨١ .

٢. جيروم أ. بارودي ، س. توماس دينيس : الوجيز : الوجيز في القانون الدستوري ، المبادئ الاساسية للدستور الأمريكي ، ترجمة هند البقلي ، ومحمد مصطفى غنيم ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العامة ، القاهرة ، ١٩٩٨ .

٣. خير الدين الزركلي، الاعلام ، قاموس تراجم الاشهر الرجال والنساء العرب والمستعربين والمستشرقين ، ط٦ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨٤.

٤. فولفين ، فلسفة الأنوار ، ترجمة هنريت عبودي ، دائرة الطليعة ، بيروت ، ١٩٨١ .

٥. هارولد لاسكي / نظرات في ثروات عصرنا الحاضر، ترجمة لجنة اخترنا لك، ج٢ ، عدد ٧٩ ، ص٢٤٢ .

٦. هنري جالاند ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة (بالفرنسية) ، ١٩٣٢ .

ثانياً: الرسائل والأطاريح

- **الرسائل الجامعية** :

١. أحمد حسني علي الأشقر ، دور القضائيين الدستوري والإداري في حماية الحقوق والحريات العامة – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة ، جامعة بيرزيت ، ٢٠١٣.

٢. أحمد عبد السلام عبد الدائم ، حدود اختصاص القضاء الدستوري – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، ٢٠١٨.

٣. جعفر صادق مهدي ، ضمانات حقوق الإنسان ، رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠.

٤. سميرة دخيل الله محمود الأورزدي، العدل في النحو العربي، رسالة ماجستير، كلية علوم اللغة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ٢٠٠٦.

٥. شهاب أحمد النعيمي، دور المحكمة العليا الأمريكية في الرقابة على دستورية القوانين في مجال حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٦.

٦. عبد الزهرة ناصر الدليمي، مجلس الخدمة وأهميته في الوظيفة العامة ، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٣.

٧. عبد المجيد محمد حمودي الجبوري، سلطة القاضي التقديرية في الزواج وآثاره– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٠.

٨. علي حسين فليح الحسيني، مخالفة القواعد الموضوعية للدستور– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٥.

٩. محمد حازم علي، اثر مبدأ المساواة على شرعية العملية الإنتخابية ورقابة القضاء الدستوري – دراسة مقارنة رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٢٠.

- **الأطاريح** :

١. أركان عباس حمزة الخفاجي، التنظيم القانوني لحقوق الحزب السياسي وواجباته – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٩.
٢. حسن يوسف فهمي ، نشأة القضاء في المجتمعات القديمة وتطوره، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، القاهرة، ٢٠١٤.
٣. خالد البالجيلالي، السلطة التقديرية للمشرع – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧.
٤. منير محمد ربيع، ضمانات الحرية في مواجهة سلطة الضبط الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨١.
٥. مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون- دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦.
٦. يحياوي صليحة زوجة بوقادوم، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٥-٢٠١٦.

ثالثاً: **المجلات والدوريات** :

١. بنشهرة العربي، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، مجلة المعيار، مجلد ٩ ع٢، المركز الجامعة تيسمسيلن، ٢٠١٨.
٢. جعفر ناصر حسين وفتحي جرير، أحكام وقرارات المحكمة الإتحادية العليا لعام ٢٠١٢، مجلة التشريع والقضاء، المجلد الخامس، ٢٠١٣.
٣. د. جورجي شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري ودراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في بعض الأنظمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٦٦ ، ٢٠١٨.

٤. حمريط كمال ، نشأة القضاء الدستوري في الجزائر وفرنسا وتأثيره على مبدأ سمو الدستور – دراسة مقارنة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد ٥ العدد ١، ٢٠٢٠.

٥. حيدر طالب محمود البحاث، دور المحكمة الإتحادية العليا في حماية الحقوق السياسية ، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل ، العدد ٤٣، ٢٠١٩.

٦. شهاب احمد عبد الله، دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ المساواة – دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت، السنة٣، مجلد٣ وعدد٢، ج٢ ، ٢٠١٩.

٧. عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة، مفهومها منزلتها ووسائل إدراكها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد خاص مارس، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٤.

٨. عبد القادر بوراس والخضر تاج، الدفع بعدم الدستورية في الدستور الجزائري بين المكاسب والآفاق – دراسة مقارنة بالتجربة الفرنسية، العدد ٦ ، جامعة تبارك، ١٩١٨.

٩. عيد أحمد الحسبان، النظام الإنتخابي وأثره في تفعيل حق المرأة في المشاركة في عضوية مجلس النواب في التشريع الأردني، مجلة أبحاث اليرموك، المجلد ٢٢ ، العدد الرابع، ٢٠٠٦.

----------، فعالية مبدأ المساواة في تقييد سلطة المشرع في النظم الدستورية المقارنة – دراسة تحليلية مقارنة، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، المجلد ١٦، ع٦، جامعة آل البيت، ٢٠١٠.

١٠. مروان المدرس، اختصاص المحكمة الدستورية البحرينية في حماية الحقوق والحريات، مجلة العلوم الشرعية والقانونية التي تصدرها جامعة الشارقة.

١١. مصطفى محمود إسماعيل، المسائل الأولية الدستورية في التشريع الفرنسي، دراسة مقارنة بالقانون المصري ، المجلة الدولية للفقه والقضاء، المجلد ٢ ، العدد ١ ، ٢٠٢١.

١٢. محمد سالم كريم، الضوابط الدستورية لتحقيق مبدأ المساواة في ممارسة حق التشريع، مجلة الكوفة، العدد ٢٨ ، ٢٠١٢.
١٣. محمد فوزي نويجي وعبد الحفيظ علي الشيمي ، تفسير القاضي الدستوري المضيف ودوره في تطوير القانون، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الخامسة، ع ٢ ، ج١، ٢٠١٧.
١٤. محمد منير الحساني، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الخامس عشر، ٢٠١٦.
١٥. د. يسري محمد العطار ، التمييز الإيجابي ومدى اتفاقه مع الدستور، مجلة الدستورية، تصدرها المحكمة الدستورية المصرية، العدد الخامس، ٢٠٠٤.
١٦. أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٠، من إصدارات جمعية القضاء العراقي، ٢٠١١.
١٧. أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٨، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠١٩.
١٨. الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد ٢٣ مكرر ج ، ٢٠١٧.
١٩. الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد ١٩ ، مكرر أ ، ٢٠١٧.
٢٠. الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد ٦ مكرر ب ، ٢٠١٧.

رابعاً: الدساتير :

١. دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٧ النافذ .
٢. دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ النافذ .
٣. دستور العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ .
٤. دستور مصر لعام ٢٠١٤ النافذ .

خامساً: المصادر الأجنبية:

1. Brown v. Bourd of Education, 347 u.s.483, 74 s.ct. 686, 98 LiEd.873 1954, as cited in Education Law, Education series, chapter 4, students rights, law journal press, new York, 2002.
2. Campbell V. lousiana, 66 uslw, 428 (April 21,1998).
3. Ce'cile Barrois de sariGNY, Les cahiers du conseil constitutionnel, N.4 avril 2020.
4. Convseil constitutionnel. No 89-254 DC du 4 Joillet 1989, Loi mandifiant La Loi 86-912 do 6 Aout 1986 relative aux modalities d' application des privations, R.P.41, D.1990 commentaire Luchatre.
5. Cyvthia A. vroom Equal protection versus the principle equality American and French views, on equality in the law, capital university law review, 21:199.
6. De Lau badere; traite eleman taire de droit administrative; 3e, ed-1936.
7. E Smein; Elements de droit constitutional, 8 edt, I. pp591 et S.R.
8. Frier N.B.Le principle d'egalite', A.d.D.A, 1998.
9. GENEVOIS, la jus prudence de conseil : constitutionnel principes directeurs s.t.h Paris 1988.
10. Gerald Gunthey, Individual rights in constitutional, fifth edition, westbury, New York, the foundation, press, Inc. , 1992.
11. Gvedel, "Leqalite", declaration desdroit l'hommeet du citogen de 1789 ses origins sa perennite, la documentation fran aise, Paris, 1990.
12. Hau Yiou, précis de droit administrative et de droit puplic – LGD-e'd 1933.
13. John Ralos; A theory of Justice, Oxford paperback 1973.
14. Jouanjan (oliv, er), Le principe de'galit'e devant La Loien droit allemande, Economica, 1992.
15. Les grand decision du conseil constitutionnel paris – 17 edition- 2013.
16. Lambrtt.et 1es autres, egalite et equite-antagonism ou complement arite, Paris, Economica, 1999.
17. Maurice Duveryer, Institutions Politique et Droit Constitutionnel, paris, 1971.
18. Rivero J. Droit administrative, précis, Dalloze, 1970.

19. Recueil de juris prudence constitutionnelle 1994-1997 Litee paris 1998 p.p. 691 ets.
20. Revue francaise de Droit constitutionnel no 25, 1996, jurisprudence du conseil constitutionnel, 1 er October – 31, December 1995, chronique, Eric Olive, Löc Philip, Jerome TREMEAU, pillg et ss.
21. ROUSSEAU, Driot de contentieux constitutionnel, 2e ed, montchrestien, Paris, 1992.
22. Railway express Agency, Inc. v. New York, 336 u. s. 1.6 1949.
23. The suppeme constitutional court of Egypt and the protection of human rights chicage, Illinios, 1992.
24. Vemon van Dyke, Equality and public policy, university of law, nelson hall puplushers, chicage.
25. Xavier Philips controle de la proportionnalite dans les jurispudences condtitutionel et administrative francaise, collection de science et droit administrative economie, 1990.

سادساً: المواقع الإلكترونية:

1. https://www.iraqfsc.iq
2. www.constituteproject.com
3. http://osinfo.state.com-2005
4. http://www.law.coynell.du,2005
5. http://enwikipedia.org/wikibatsonv.kentucky,2005
6. http://en.wikipedia.org/wiki/Guinnv,unitedstates,2005
7. http://manshurat.org
8. http://arab-ency.com.sy
9. www.maitremahmoudyacoub.blogspot.com

The Republic Of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Babylon

College of Law

Protection of The Constitutional Judiciary for the Principle of Equality

"Comparative Study"

A Thesis Submitted By The Student

SHAHLAA EDAN ABD AL-ZUBAIDI

To The Council Of The Faculty Of Law - University Of Babylon

As a Part of The Requirements for Obtaining a Master's Degree in Law

Supervised by

Assistant. Prof. Dr. LAYLA HANTOOSH NAJI AL-KHALIDI

1443 AH **2021AD**

ABSTRACT

This topic is of great importance, since the principle of equality was approved by constitutional documents and divine laws, especially Islamic one, as well as international agreements, so it is worthy of protection. Therefore, we find an effective role for the constitutional judiciary in protecting the principle of equality through its oversight of legal legislation, the extent of its constitutionality and its conformity with the constitution, to achieve equality between individuals and equality between moral persons in the law, in the judiciary, and in rights and freedoms, relative equality between all who are in similar positions through the judiciary on forms of discrimination, and issuing legislation that includes positive discrimination to address actual inequality and achieve justice among them. The constitutional judge monitors the discretionary power of the legislator, and uses the idea of apparent error, with the logic that necessity is quantified, and with the idea of reasonableness. The legislator is subject to three levels of oversight; absent oversight focused on the extent to which the purpose of granting discretionary power has been achieved, and control in conformity with the principle of equality and other constitutional texts, control in proportion to the legislative means and the objective achieved and the consequences thereof, and whether this means is the best way to achieve the intended goal or not.