

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/352282366>

حدود سلطة المشرع في التجريم والعقاب

Article · January 2017

CITATIONS

0

READS

68

2 authors, including:



أ.م.د. محمد حميد عبد

الجامعة العراقية - كلية القانون والعلوم السياسية

6 PUBLICATIONS 0 CITATIONS

SEE PROFILE



دراسات قانونية

مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - بغداد
العدد (٤٢) لسنة ١٤٣٨هـ / ٢٠١٧م

سكرتير التحرير
د. ذكرى انعام غائب

الهيئة الاستشارية

أ.د. غازي فيصل
أ.د. مازن ليلو راضي
أ.د. حيدر ادهم عبد الهادي
أ.م.د. محمد علوم محمد علي
أ.م.د. صبا نعمان رشيد
أ.م.د. امل كاظم سعود

المراجعة اللغوية والطباعة
أ.م.د. اسراء حسين

أهداف وضوابط النشر

اهداف بيت الحكمة

بيت الحكمة مؤسسة فكرية علمية ذات شخصية معنوية واستقلال مالي واداري مقره في بغداد ومن اهدافه:-

- * العناية بدراسة تاريخ العراق والحضارة العربية والاسلامية .
- * ارساء منهج الحوار بين الثقافات والاديان بما يسهم في تأصيل ثقافة السلام وقيم التسامح والتعايش بين الافراد والجماعات .
- * متابعة التطورات العالمية والدراسات الاقتصادية وآثارها المستقبلية على العراق والوطن العربي
- * الاهتمام بالبحوث والدراسات التي تعزز من تمتع المواطن بحقوق الانسان وحياته الاساسية وترسيخ قيم الديمقراطية والمجتمع المدني .
- * تقديم الرؤى والدراسات التي تخدم عمليات رسم السياسات .

ضوابط النشر

- تنشر المجلة البحوث التي لم يسبق نشرها ويتم اعلام الباحث بقرار المجلة خلال ثلاثة اشهر من تاريخ تسلم البحث .
- ترسل نسخة واحدة من البحث باللغة العربية مع ملخص له باللغة الانكليزية لا تزيد كلماته عن ٢٠٠ كلمة شريطة ان تتوفر فيه المواصفات الاتية :
- أ- ان يكون البحث مطبوعاً على قرص مرن (CD) بمسافات مزدوجة بين الاسطر وبخط واضح .
- ب- ان لا تتجاوز عدد صفحات البحث (٢٠) صفحة بقياس (A4) عدا البيانات والخرائط والمرتسمات.
- ج- ان تُجمع كل المصادر والهوامش مرقمة بالتسلسل في نهاية البحث وبمسافات مزدوجة بين الاسطر .
- يحصل صاحب البحث المنشور في المجلة على نسخة مجانية من العدد الذي ينشر فيه البحث .
- تعتذر المجلة عن اعادة البحوث سواء نشرت أم لم تنشر .
- يحتفظ القسم بحقه في نشر البحث طباعياً وكترونياً على وفق خطة تحرير المجلة .

المحتويات

البحوث والدراسات

كلمة العدد

٧ رئيس التحرير

حدود سلطة المشرع في التجريم والعقاب (دراسة مقارنة)

أ.د. محمد علي سالم

١١ د. محمد حميد عبد

أحوال توزيع الاختصاص الضريبي بين السلطين التشريعية و التنفيذية في ظل الدستور

العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥

٤٥ أ.د. رائد ناجي احمد

القيود الواردة على اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية

٩٧ أ.م.د. هديل صالح الجنابي

الآثار القانونية لرقابة ديوان الرقابة المالية الإتحادي

أ.م.د. بان صلاح عبد القادر الصالحي

م.م. علي عبد العباس ١١٥

الحماية الجنائية من تخريب المنشآت النفطية

أ.م.د. حسون عبيد هجيج

أ.م. د. مازن خلف ناصر ١٤٧

عقد التوريد الإداري

أ.م.د. رشا عبد الرزاق

م. رشا جواد ١٦٥

أثر الغش في إتفاقات تعديل قواعد المسؤولية العقدية

د. آمال أحمد ناجي ١٨٩

كلمة العدد

المجلة بحلّة جديدة

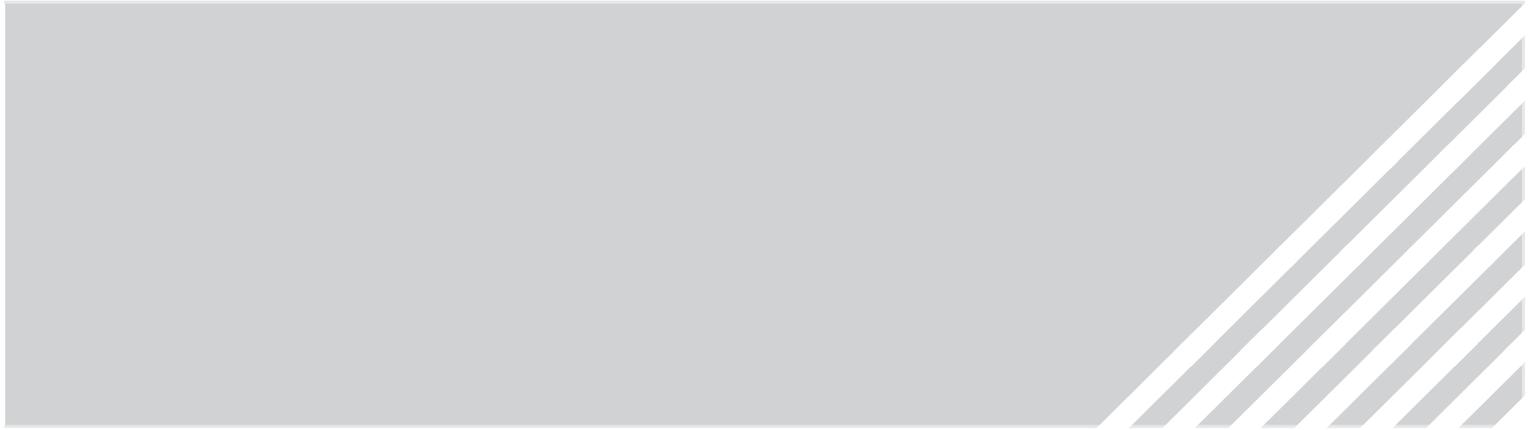
شهد العالم في العقود الأخيرة تحولات سياسية وثقافية وإجتماعية كبيرة، من بينها إبراز قيمة حقوق الإنسان التي تزايد الإهتمام بها عالمياً، وسارعت دول العالم المختلفة إلى تبني مبادئها، وتضمينها في دساتيرها، بحسبان أنّها أصبحت اليوم عنوان الدولة العصرية والمتحضرة، وللإنسان حق المطالبة بها لكونه يتمتع بالإنسانية المطلقة ويحق له العيش وممارسة إنسانيته بكل حرية من خلال التعايش مع الآخرين.

وتختلف حدود ومدى ممارسة هذه الحقوق من بلد إلى آخر طبقاً للظروف والأحداث التي تمر بها كل دولة، إلا أنّ المشكلة كانت ولا زالت في قبول حقوق الإنسان وحياته الأساسية كثقافة مجتمع، وكوسيلة لتحقيق العدالة، وكغاية يعمل الإنسان من أجل تحقيقها على أرض الواقع، لا كأدبيات يُرددها المثقفون.

لا سيما وأنّ لثقافة حقوق الإنسان شروط، إذ لا يُمكن أن نؤسس إجتماعياً لهذه المبادئ العظيمة بدون الإتفاق أولاً على مبدأ إحترام الحق في حرية التعبير، وهو القناة التي يجب أن يوازي تطورها الإعتراف بحقوق الإنسان وبأهمية ترسيخ ثقافته بين الناس.

ولا ريب في أنّ يكون للأبحاث العلمية دور مهم في التوعية بهذه الحقوق، فضلاً عن التثقيف والتوعية القانونية، وقد نذرت مجلة دراسات قانونية لثمارس دوراً مهماً في التوعية القانونية، للرأي العام عامة والمهتمين بالقانون خاصة، من خلال الدراسات والأبحاث التي تنتقيها من نخب الباحثين القانونيين، ونحن إذ نضع بين أيديكم عدد جديد من المجلة متزامناً مع بشرى تحرير الموصل، فأئنا ندعو الله عز وجل أن يحفظ بلدنا وشعبنا.

رئيس التحرير





البحوث والدراسات

حدود سلطة المشرع في التجريم والعقاب

(دراسة مقارنة)

أ.د. محمد علي سالم (*)

د. محمد حميد عبد (**)

للمشرع أن ينظم كل شيء إلا أنه ليس له أن يفعل كل شيء من أجل هذا التنظيم.

يعد التشريع من الاختصاصات الأصلية للبرلمان فضلا عما يتمتع به من صلاحيات أخرى أوكل إليه الدستور القيام بها ، اتساقا مع الدور الذي يتقلده كونه الممثل الشرعي للشعب.

فالسطة التشريعية تتولى سن القوانين اللازمة في مختلف المجالات التي تدعو الحاجة فيها إلى أن تنظم بقانون، حيث لا يقتصر ذلك على ميدان القانون الجنائي فحسب، بل إن الأخير يعد من المجالات التي يأخذ البرلمان على عاتقه تنظيمها بقوانين تدعو الحاجة إلى سنها ، إلا أن ما يميز دائرة القانون الجنائي في هذا الصدد، هو صلته الوثيقة بحقوق وحرية الأفراد ، حيث يمتزج الأمر بين دائرة القانون الدستوري وما يروم القانون الجنائي بلوغه من أهداف ، ذلك أن الدستور يكفل تلك الحقوق والحرية ويوليها منزلة كبيرة ويوكل إلى المشرع تارة تنظيم تلك الحقوق والحرية

المقدمة

من المقرر في أغلب الدساتير، أن يلجأ المشرع في تنظيمه للحقوق والحرية للتجريم والعقاب، إلا أن ذلك، في المقابل، مقيدا بان يكون تنظيم الحق لا يؤدي إلى كونه وجوده والعدم سواء، حيث إن التنظيم يهدف لحمايته وجعل ممارسته أكثر فاعلية، ومن هنا، فإن إقرار الحق في الدستور يوجب على المشرع حمايته وعدم تجريمه باعتبار أن ذلك هو اللازم الأول لتمكين الفرد من استخدامه، فلا يمكن أن يوصف الفعل بأنه حق وجريمة في الوقت ذاته .

ومتى استلزم تنظيمه تجريم بعض الأفعال التي تشكل خروجاً عن التنظيم القانوني حماية لحقوق الغير أو النظام العام أو الآداب أو الصحة العامة أو الأخلاق، فإن ذلك محدد بان لا يؤدي التنظيم إلى منع استخدام الحق والتمتع به، بمعنى لا يجب أن يؤدي تنظيم الحق إلى إهداره كلية، ذلك أنه وإن كان

(*) جامعة بابل / كلية القانون

(**) الجامعة العراقية / كلية القانون والسياسة

بقانون وفقاً لما يتمتع به من سلطة تقديرية ، وتارة أخرى يوكل الى المشرع صلاحية ذلك التنظيم دونما حرية في التقدير ، كون الدستور قد الزمه بضرورة الأعتداد بالقيود الدستورية المقررة بشأنها ، حيث يعكف الدستور على بيان حدودها بشكل تبذوا معه سلطة المشرع بصدد مقيده بما أورده الدستور من محددات ينبغي على المشرع التزامها ، من ذلك تبلور الحديث من مفهومين لسلطة المشرع في سن القواعد القانونية ، وما يعنينا في إطار بحثنا هذا، قواعد التجريم والعقاب .

يتمثل المفهوم الأول بالسلطة المقيده في التجريم والعقاب ، و يتحدد المفهوم الثاني بالسلطة التقديرية ، لذلك نبتغي في هذا البحث المتواضع تسليط الضوء على الكيفية التي يسلكها المشرع في إطار سنه للقوانين الجنائية من خلال ما يملك من سلطات اوكلها إياه الدستور وذلك في مبحثين ، نتناول في أولهما القيود الدستورية التي تحكم سلطة المشرع في التجريم والعقاب ، وفي الثاني التجريم والعقاب في إطار السلطة التقديرية .

المبحث الأول

القيود الدستورية التي تحكم سلطة المشرع في التجريم والعقاب

إن التقييد الكامل لسلطة المشرع في ميدان سن القوانين لم يعد يأتلف ورغبة الدول الديموقراطية وتطلعاتها نحو الوصول الى درجة وافية من الاستقرار في مجالات الحياة وثيقة الصلة بشؤون الافراد وبالمحافظة على الصالح العام، لذلك فإن الحديث عن التقييد الدستوري التام لسلطة المشرع لم يعد له مكانا

في الدساتير التي ترفع من حقوق الإنسان وكفالة حرياته شعاراً لها، وفي نفس الوقت قد تقتضي معطيات الألتزام بالشرعية الدستورية وضمان عدم الخروج عما قرره الدستور من ضمانات لحقوق وحرريات الأفراد، إلزام المشرع بعدد من القيود ، من هنا فإن تقييد سلطة المشرع يختلف في درجته من ركن لآخر من أركان العمل التشريعي، ويتباين من دستور لآخر، لذلك سنتناول في مطلب أول طبيعة القيود الدستورية التي ترد على سلطة التجريم والعقاب ، وفي مطلب ثانٍ نماذج النصوص الدستورية التي تقييد سلطة المشرع .

المطلب الأول

مستويات القيود الدستورية التي ترد على

سلطة التجريم والعقاب

ابتداءً تجدر الإشارة إلى انه والتزاماً بمفهوم الشرعية التي أضحت من سمات الدولة القانونية، فإن عمل كافة سلطات الدولة ومن بينها السلطة التشريعية لايجيء إلا اتساقاً مع القواعد القانونية التي تحدد جهة الاختصاص في ممارسة الوظائف، والإجراءات التي تمارس في ظلها تلك الوظائف ، بمعنى أن التشريع الذي تروم السلطة التشريعية سنه، يجب ان يكون قد استوفى كافة أركانه من اختصاص وشكل وسبب ومحل وغاية ، وإلا فإن ألقول بخلاف ذلك يعطي الضوء الأخضر للقضاء الدستوري للإدلاء بما لديه في هذا المجال وان يلحق صفة عدم الدستورية بأي تشريع يسن مشوباً بعيب في احد أركانه،

إن الحديث عن سلطة المشرع في التجريم والعقاب ، يجد مصدره فيما يضعه الدستور من

للتنظيم التشريعي ، حيث ان الطبيعة الإنسانية تشكل الأساس في اكتساب الأفراد لها، وهي من القوانين الوضعية ومن الأعراف اسبق، ومن أمثلتها حرية العقيدة وحرية الفكر وحرية ممارسة الطقوس الدينية الخاصة ، وغيرها العديد^(٤).

غير أنه لا يمكن التسليم بوجود حقوق وحرية مطلقة تنعدم معها سلطة المشرع في التدخل لتنظيمها او لترتيب آليات أعمالها ، فإذا كان لتلك الحقوق أهمية وقيمة دستورية استلزم معها القول بأنها حقوقاً طبيعية، فان ذلك لا يمنع من ان يتدخل المشرع لتنظيم بعض أوجه ممارسة تلك الحقوق والحريات ، بالتالي فان الحديث عن السلطة المقيدة لا ينسحب الى أركان العمل التشريعي كافة ، إذ إن التقييد المطلق لسلطة المشرع يجعل من الأخير آلة غير قابلة لان تعمل بروح ملؤها الابتكار والإبداع بل ان هنالك بعض العناصر في عمل المشرع يتقيد بها بما حدده له الدستور من ضمانات او ضوابط للموضوع محل التنظيم ، في وقت يكون له بعض من الحرية أو التقدير في الموضوع ذاته ولكن في عناصر أخرى منه ، فنكون في مواجهة السلطة المقيدة للمشرع في الحالات التي يوكل إليه فيها الدستور تحقيق غاية معينة ويضع له الإطار العام لكيفية بلوغ تلك الغاية، او يرسم له كيفية التدخل بشكل جازم لا يضع أمامه سبل أخرى يمكن له ان يركن إليها في تحقيق ذلك التدخل ، ولكن ومع أوجه التقييد تلك ، يبقى للمشرع قدراً معيناً من التقدير في أداءه لعمله ، يتمثل في اختيار الوقت المناسب للتدخل او ضرورة ذلك التدخل من جهة توافر الأسباب الداعية إليه ، فحيث يتقيد المشرع في ممارسة سلطاته في ركني الاختصاص والشكل والغاية نجد انحساراً واضحاً لذلك التقييد فيما يتعلق بركني السبب والمحل في العمل التشريعي^(٥).

اختصاصات متعددة للسلطة التشريعية ومنها سن القوانين اللازمة، فالدستور يعد المصدر الذي يتحرك البرلمان في كنفه والذي يعد تحركه مشروعا ضمن دائرة التحديد الدستوري لإختصاصات السلطة التشريعية، إلا أن التحديد الدستوري لسلطة البرلمان في التشريع قد تكون على درجة كبيرة من التنظيم والتفصيل الى حد يصح معه القول ان المشرع بات مقيدا فيما يملك من سلطة التشريع ، أي أن الدستور قد يقيد المشرع بضوابط دستورية يجب عليه التزامها إذا ما أراد أن يتدخل منظماً لموضوع أجاز الدستور تنظيمه بقانون معين^(١).

ولابد التنويه إلى أن السلطة المقيدة للبرلمان لا تعني بأي حال من الأحوال انعدام سلطة المشرع إزاء موضوع ما ، ذلك ان السلطة التشريعية تملك التدخل تشريعاً في كافة المجالات التي تدخل ضمن اختصاصها ، إلا أن ما يحدث هو الاختلاف الحاصل في درجة وحرية تدخل السلطة التشريعية ، التي قد تتردد سعةً وضيقاً وفقاً لما يراد التعرض له من موضوعات^(٢).

أو قد يشدد الدستور طوق الحماية الدستورية لبعض من الحالات ذات الصلة بحقوق وحرية الأفراد ، فيحرص على أحاطتها بعدد من الضمانات التي لا تملك السلطة التشريعية الا التقييد بكفالتها وعدم الحيدة عنها ، وهو ما يعد المظهر الأول للسلطة المقيدة في هذا المجال^(٣) ، وقد يقيد الدستور تدخل المشرع بتنظيم طائفة من حقوق وحرية الأفراد الى درجة تصل الى منعه من التدخل ، ويتجلى ذلك في مجموعة الحقوق والحريات التي يطلق عليها تسمية الحقوق المطلقة، وهي الحقوق الطبيعية التي ترتبط بشخص الإنسان وتكون غير قابلة

المطلب الثاني

نماذج النصوص الدستورية التي تفيد سلطة المشرع

من الأمثلة التي يمكن الاستشهاد بها للدلالة على التقييد الدستوري لسلطة المشرع، ما نصت عليه المادة السادسة والستون من دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة ١٩٥٨ والتي لم تجز القبض على احد او تفتيشه الا وفقا للقانون ، فضلا عما أورده المادة الثانية من الدستور التي أقرت مبدأ علمانية الدولة والمساواة أمام القانون بين الجميع دون تمييز لأي سبب، وما يجب ان تحضى به حرية العقيدة من احترام او ضمان، فالمشرع يتقيد فيما سلف من نصوص بضرورة عدم إهدار ما أورده الدستور من قيود إذا ما أراد أن يتدخل تشريعيا لتنظيم اي منها وإلا فإنه قد تجاوز حدود السلطات الموكلة اليه دستوريا وغدا ما أوجده من تشريع غير دستوري.

أما القيود التي أوردها دستور جمهورية مصر لسنة ١٩٧١، فتتمثل بما جاء في المادة السادسة والستون التي تنص على أن ((العقوبات شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ولا توقع عقوبة الا بحكم قضائي ولا عقاب الا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون)) فإذا ما أراد المشرع أن يتدخل لسن قانون يجرم أفعالا ويعاقب مرتكبيها ، فإنه في هذه الحالة لا يملك إهدار أيأ من تلك القيود والا عد ذلك التشريع مخالفا للدستور ، كذلك ما نصت عليه المادة السابعة والخمسون من الدستور من أن ((كل اعتداء على الحرية الشخصية او حرية الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات

العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء)) أيضاً ما نصت عليه المادة (٤٤) من أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها او تفتيشها الا بأمر قضائي مسبب وفقاً لإحكام القانون فالقيد الذي يلزم سلطة المشرع في هذه المادة يتحدد في عدم قدرة المشرع على سن اي قانون يجيز الدخول الى المساكن دون امر قضائي ، الأمر الذي حدا بالمحكمة الدستورية العليا إلى أن تقرر عدم دستورية المادة (٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥١ وذلك لأنها كانت تجيز لمأمور الضبط القضائي تفتيش مسكن المتهم بدون أمر من الجهات القضائية المختصة، في حال التلبس بجناية أو جنحة ، إذ أقرت المحكمة في ذلك بأنه (وحيث إن المشرع الدستوري - توفيقاً بين حق الفرد في الحرية الشخصية وفي حرمة مسكنه وحياته الخاصة وبين حق المجتمع في عقاب الجاني وجمع أدلة إثبات الجريمة ونسبتها إليه - قد أجاز تفتيش الشخص أو السكن كإجراء من إجراءات التحقيق بعد أن أخضعه لضمانات معينة لا يجوز إهدارها تاركاً للمشرع العادي أن يحدد الجرائم التي يجوز فيها التفتيش والإجراءات التي يتم بها) .

ولذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٤١ من الدستور على أنه ((الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس)) وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام

القانون ثم نصت المادة ٤٤ من الدستور على أن ((للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقا لأحكام القانون)) وهذا النص الأخير وإن كان قد ميز بين دخول المساكن وبين تفتيشها إلا أنه جمعهما في ضمانات واحدة متى كانا يمثلان انتهاكا لحرمة المساكن التي قدسها الدستور.

وحيث أنه يبين من المقابلة بين المادتين ٤١، ٤٤ من الدستور سالفتي الذكر أن المشرع الدستوري قد فرق في الحكم بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المساكن فيما يتعلق بضرورة أن يتم التفتيش في الحالتين بأمر قضائي ممن له سلطة التحقيق أو من القاضي المختص كضمانة أساسية لحصول التفتيش تحت إشراف مسبق من القضاء. فقد استثنت المادة ٤١ من الدستور من هذه الضمانة حالة التلبس بالجريمة بالنسبة للقبض على الشخص وتفتيشه فضلا عن عدم اشتراطها تسبب أمر القاضي المختص أو النيابة العامة بالتفتيش في حين أن المادة ٤٤ من الدستور لم تستثن حالة التلبس من ضرورة صدور أمر قضائي مسبب ممن له سلطة التحقيق أو من القاضي المختص بتفتيش المسكن سواء قام به الأمر بنفسه أم أذن لمأمور الضبط القضائي بإجرائه، فجاء نص المادة ٤٤ من الدستور المشار إليه عاما مطلقا لم يرد عليه ما يخصه أو يقيده مما مؤداه أن هذا النص الدستوري يستلزم في جميع أحوال تفتيش المساكن صدور الأمر القضائي المسبب وذلك صونا لحرمة المسكن التي تنبثق من الحرية الشخصية التي تتعلق بكيان الفرد وحياته الخاصة ومسكنه الذي يأوي إليه وهو موضع سره وسكنته، ولذلك حرص الدستور - في الظروف التي صدر فيها- على التأكيد

على عدم انتهاك حرمة المسكن سواء بدخوله أو بتفتيشه ما لم يصدر أمر قضائي مسبب من دون أن يستثنى من ذلك حال التلبس بالجريمة التي لا تجيز - وفقا للمادة ٤١ من الدستور - سوى القبض على الشخص وتفتيشه أينما وجد. يؤكد ذلك أن مشروع لجنة الحريات التي شكلت بمجلس الشعب عند إعداد الدستور كان يضمن نص المادة ٤٤ استثناء حالة التلبس من حكمها غير أن هذا الاستثناء قد أسقط في المشروع النهائي لهذه المادة و صدر الدستور متضمنا نص المادة ٤٤ الحالي حرصا منه على صيانة حرمة المساكن على ما سلف بيانه.

لما كان ما تقدم وكان نص المادة ٤٤ من الدستور واضح الدلالة - على ما سبق ذكره - على عدم استثناء حالة التلبس من الضمانتين اللتين أوردهما - أي صدور أمر قضائي وان يكون الأمر مسببا - فلا يحق القول باستثناء حالة التلبس من حكم هاتين الضمانتين قياسا على إخراجها من ضمانة صدور الأمر القضائي في حالة تفتيش الشخص أو القبض عليه، ذلك بأن الاستثناء لا يقاس عليه كما أنه لا محل للقياس عند وجود النص الدستوري الواضح الدلالة. ولا يغير من ذلك ما جرى بعجز المادة ٤٤ من الدستور بعد إيرادها هاتين الضمانتين سالفتي الذكر من أن ذلك ((وفقا لأحكام القانون)) لأن هذه العبارة لا تعني تفويض المشرع العادي في إخراج حالة التلبس بالجريمة من الخضوع للضمانتين اللتين اشتراطهما الدستور في المادة ٤٤ سالفة الذكر، والقول بغير ذلك إهدار لهاتين الضمانتين وتعليق أعمالهما على إرادة المشرع العادي وهو ما لا يفيد نص المادة ٤٤ من الدستور وإنما تشير عبارة ((وفقا لأحكام القانون)) إلى الإحالة إلى القانون العادي في

، اللتان نصتا على أن :-

أ - يحظر الحجز

ب - لا يجوز الحبس او التوقيف في غير الأماكن المخصصة لذلك وفقا لقوانين السجون المشمولة بالرعاية الصحية والاجتماعية والخاضعة لسلطان الدولة .

من ذلك يتضح أن هنالك عدداً من القيود الدستورية التي يجب على المشرع إلتزامها في المواضع التي يتصدى فيها لسن قانون ما، ويتصدر تلك القوانين أهمية تلك التي يجرم فيها ما يستدعي التجريم، ويحدد فيها من العقوبات والتدابير ما يكفل مواجهة مصادر التجريم تلك، ويملك القضاء الدستوري في ذلك حق الرقابة على يضعه المشرع من قوانين ، بغية التحقق من مدى مراعاته للقيود الدستورية الشكلية منها والموضوعية .

وقد تمثل الدور الذي تقلده القضاء الدستوري العراقي، ، بالمحكمة الاتحادية العليا، التي شكلت بموجب القانون، المرقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ (٧) ، الذي نص في مادته الثالثة على تشكيل المحكمة من رئيس وثمانية أعضاء، يصار تعيينهم استناداً إلى نص الفقرة (هـ) من المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية ، من قبل مجلس الرئاسة ، من بين الأسماء التي تتضمنها القائمة التي يعدها مجلس القضاء الأعلى بعد التشاور في ذلك مع المجالس القضائية للأقاليم ، ويترأوح عدد من تتضمنهم القائمة ، بين ثمانية عشر وسبع وعشرون مرشحاً .

تحديد الجرائم التي يجوز فيها صدور الأمر بالتفتيش وبيان كيفية صدوره وتسببها إلى غير ذلك من الإجراءات التي يتم بها هذا التفتيش. لما كان ذلك وكانت المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ - المطعون فيها - تنص على أن «المأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم ويضبط فيه الأشياء والأوراق التي تفيد في كشف الحقيقة إذا اتضح له من إمارات قوية أنها موجودة فيه» مما مفاده تخويل مأمور الضبط القضائي الحق في إجراء تفتيش مسكن المتهم في حالة التلبس بجناية أو جنحة دون أن يصدر له أمر قضائي مسبب ممن يملك سلطة التحقيق وهو ما يخالف حكم المادة ٤٤ من الدستور على ما سلف بيانه، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية (١) .

أما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد ألزم المشرع بضرورة احترام القيود الدستورية فيما يتعلق بسلطته في التجريم والعقاب ، حيث جاء في الفقرة ثانياً من المادة (١٩) ما نصه «لا جريمة ولا عقوبة الا بنص ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقتراه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة» وما جاء في البند خامساً من ذات المادة التي نصت على ان « المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة ، ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الإفراج عنه إلا إذا ظهرت أدلة جديدة» وما نص عليه البند عاشرأ الذي جاء فيه بأن« لا يسري القانون الجزائي بأثر رجعي إلا إذا كان أصلح للمتهم» وكذلك ما جاء في البند الثاني عشر في الفقرتين (أ) و (ب)

اما بصدد دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) فقد ورد ذكر المحكمة الاتحادية العليا، في الفرع الثاني من الفصل الثالث من الدستور ، الذي خُصص للسلطة القضائية ، حيث نصت المادة (٩٢) منه على تشكيل المحكمة من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون بموجب قانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب^(٨)، اما بشأن الرقابة الدستورية التي تختص بها المحكمة فقد ورد النص عليها في الفقرة الأولى من المادة (٩٣) من الدستور ، التي حددت اختصاص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة ، فضلا عن اختصاصات متعددة أخرى أوكل إلى المحكمة النهوض بها^(٩).

وقد مارست المحكمة دورها في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، حيث أصدرت العديد من القرارات التي أفادت فيها بعدم دستورية عدد من التشريعات التي سنها مجلس النواب، من دون ان يراعي في ذلك، الجوانب الشكلية أو الموضوعية التي يجب أن تسن على وفقها القوانين، لكي تستوفي مستلزماتها الدستورية وتتحصن من الطعن بعدم الدستورية، كما بدا ذلك واضحا في قرارها المرقم (٦٤ /إتحادية/إعلام/٢٠١٣) بتاريخ (٢٠١٣/٨/٢٦) الذي قضت فيه بعدم دستورية قانون تحديد ولايات الرئاسة الثلاث المرقم (٨) في (٢٠١٣/٨/٤) لعدم استيفائه المتطلبات الشكلية والموضوعية التي نص عليها ، والتي حددتها المحكمة في حيثيات قرارها الذي جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان

رئيس مجلس الوزراء/إضافة لوظيفته أقام هذه الدعوى وطعن فيها بعدم دستورية قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء وذلك لمخالفته للدستور وما استقر عليه القضاء الدستوري في العراق، وتبين للمحكمة من الاطلاع عليه بان المدعي عليه/إضافة لوظيفته قد قام بتسريع القانون محل الطعن وهو (قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء رقم (٨) لسنة ٢٠١٣ وقد تم نشره في جريدة الوقائع العراقية بعدد المرقم (٤٢٧٣) في ٢٠١٣/٤/٨ وأصبح نافذا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية بموجب المادة (٨) منه وقد حدد فيه مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء وقد تبين للمحكمة من اقوال وكيل المدعي عليه في لائحته المؤرخة في ٢٠١٣/٨/١٤ في لائحته الجوابية المؤرخة في ٢٠١٣/٧/١٥ المقدمة إلى هذه المحكمة من قبل وكيله القانوني بان أصل القانون محل الطعن هو مقترح قانون وليس مشروع قانون وقد قدم من أعضاء في مجلس النواب لتشريعه وأن مجلس النواب قام بتشريعه بعدد (٨) لسنة ٢٠١٣ ولم يتم إعداد هذا المشروع من قبل السلطة التنفيذية كما رسمته المادة (٦٠) /أولا) من الدستور والتي تقضي (مشروعات القوانين تقدم من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء) وإن مقترح القانون لم يتم إرساله إلى السلطة التنفيذية (رئاسة الجمهورية او مجلس الوزراء) من قبل مجلس النواب وحسب توجيه المحكمة الاتحادية العليا الوارد في الأحكام الصادرة عنها في عديد من الدعاوى منها الدعاوى المرقمة (٤٣/إتحادية/٢٠١٠) و(٤٤/

اتحادية/٢٠١٠) بوجوب إرسال مقترحات القوانين التي تقدم من أعضاء مجلس النواب أو من إحدى لجانها المختصة إلى السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء) مصدره الأحكام الواردة في المادتين (٦٠/أولاً و ٨٠/أولاً و ثانياً) من الدستور إذ إن تطبيق أحكام هاتين المادتين ليس هدفه الحيلولة بين مجلس النواب وحقه الأصيل في تشريع القوانين لأن ذلك من صلب اختصاصاته المنصوص عليها في المادة (٦١/أولاً) من الدستور وإنما لكي تأخذ (مقترحات القوانين) سياقاتها الدستورية في مجال التشريع بان تصاغ بصيغة (مشاريع القوانين) بالتنسيق مع السلطة التنفيذية التي أنطت بها المادة (٨٠/أولاً) من الدستور مهام (تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة والخطط العامة والإشراف على عمل الوزارات والجهات الغير مرتبطة بوزارة) إن تنفيذ هذه المهام يلزم أن ترسل (مقترحات القوانين إلى السلطة التنفيذية لدراستها وجعلها على شكل مشاريع قوانين وإذا كانت لا تتقاطع مع الاحكام الدستورية والقوانين ومنسجمة مع السياسة العامة للدولة ومع الخطط المعدة في المجالات كافة ومنها المجالات السياسية والاجتماعية والمالية وذلك وفق السياقات المحددة لإعداد مشاريع القوانين وإذا ما تلكأت السلطة التنفيذية او امتنعت عن تنفيذ مشروع قانون جاء بصيغة (مقترح قانون) من مجلس النواب من دون ان تستند السلطة التنفيذية في ذلك الى سند من الدستور او القانون ودونما سبب مخالفة للسياسة العامة للدولة فبإمكان مجلس النواب استعمال صلاحياته المنصوص عليها في المادة (٦١/ثامناً) من الدستور

ومنها سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء واعتبار الوزارة مستقيلة بعد إجراء الاستجواب المقتضى وفقاً للدستور والنظام الداخلي لمجلس النواب باعتبار أن مجلس الوزراء قد خالف أحكام الدستور وبذا نكون أمام التطبيق السليم لمبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة (٤٧) من الدستور والتطبيق السليم لمبدأ تقاسم المهام الذي نصت عليه المادتان (٦٠/أولاً و ٨٠/أولاً و ثانياً) من الدستور والحيلولة دون تداخل هذه المهام بين السلطات وتحقيقاً لوحدة السياسة العامة للدولة وعليه وحيث إن القانون رقم (٨) لسنة ٢٠١٣ (قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء) قد شرع دون إتباع السياقات المتقدمة والمشار إليها أعلاه فإنه جاء مخالفاً للدستور لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستوريتها^(١٠).

وفي إطار تحريها مدى إلتزام المشرع بما حدده الدستور من قيود ، خلصت المحكمة إلى عدم دستورية قانون التعديل الثاني لقانون الخدمة الجامعية، المرقم (٩٣) لسنة (٢٠١٣)، ذلك أن القانون المذكور قد أقر من قبل مجلس النواب، بعد أن عرض عليه بصيغة مقترح قانون من قبل لجنة التعليم البرلمانية، وكان حرياً بالمشرع بعد مناقشة ذلك المقترح أن يعمد إلى إحالته الى السلطة التنفيذية لغرض تدقيقه واستكمال الأصول الشكلية لأستيفاءه صيغة مشروع قانون وليس مقترح، وما في ذلك إلا تجاوزاً على إختصاصات السلطة التنفيذية التي خصها الدستور العراقي بصلاحيه تقديم مشروعات القوانين دون غيرها، وإنتهاكاً

لمبدأ الفصل بين السلطات حيث جاء في قرار المحكمة المرقم (٢/إتحادية/٢٠١٣) في (٢٠١٣/٥/٦) ما يتضمن أوجه عدم دستورية ذلك القانون، عندما قضى بأنه (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن وزير التعليم العالي والبحث العلمي/إضافة لوظيفته اقام هذه الدعوى للطعن بعدم دستورية قانون التعديل الثاني لقانون الخدمة الجامعية رقم (٩٣) لسنة ٢٠١٢ لمخالفته للشكلية والآلية التي نص عليها الدستور في تشريعه وقد تبين للمحكمة بان هذا القانون كان بالأصل مقترح قانون مقدم من لجنة التعليم البرلمانية الى مجلس النواب لتشريعه فصوت عليه المجلس دون إحالته الى السلطة التنفيذية المختصة لصياغته كمشروع قانون والذي تم تشريعه بعدد (٩٣) لسنة ٢٠١٢ ولم يتم أعداد هذا المشروع من قبل السلطة التنفيذية كما رسمت المادة (٦٠/أولا) من الدستور والتي تقضي (مشروعات القوانين تقدم من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء) إذ ان القانون (تعديل القانون) بالشكل أعلاه أضاف أعباء مالية إضافية على عاتق السلطة التنفيذية المختصة وإرباكاً لخطط الوزارة واستيراتيجيتها ولتسببه الى تضخم الراتب التقاعدي وبحيث اخذ يهدد الى هجرة الكفاءات العلمية نحو التقاعد..... كما أن وزارة المالية لم تعلن موافقتها على مقترح القانون والتي هي جزء من مجلس الوزراء وحيث ثبت للمحكمة من تحقيقاتها في موضوع الدعوى ومن الاطلاع على اللوائح المتبادلة بين الطرفين ومن الكتب الرسمية المتبادلة بشأن الموضوع بان التعديل الثاني لقانون الخدمة الجامعية، رقم

(٩٣) لسنة ٢٠١٢ لم يقدم كمشروع قانون من مجلس الوزراء كما لم تتم الموافقة على اقتراح القانون الذي أعده مجلس النواب وأرسله إلى مجلس الوزراء والمعد من إحدى لجان مجلس النواب وحسب توجيه المحكمة الاتحادية العليا الوارد في الأحكام الصادرة في الدعوى (٤٣/إتحادية/٢٠١٠) و(٤٤/إتحادية/٢٠١٠) بوجود إرسال (مقترحات القوانين) التي تقدم من أعضاء مجلس النواب او من إحدى لجانها المختصة الى السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية او مجلس الوزراء) مصادره الأحكام الواردة في المادتين (٦٠/أولا) و(٨٠/ثانياً) من الدستور إذ إن تطبيق أحكام هاتين المادتين ليس هدفه الحيلولة بين مجلس النواب وحقه الأصيل في تشريع القوانين لأن ذلك من صلب اختصاصاته المنصوص عليها في المادة (٦١/أولا) من الدستور وإنما لكي تأخذ (مقترحات القوانين) سياقاتها الدستورية في مجال التشريع بان تصاغ بصيغة مشاريع قوانين بالتنسيق مع السلطة التنفيذية والتي أناطت بها المادة (٨٠/أولا) من الدستور مهام (تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة والخطط العامة والإشراف على عمل الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة) وان تنفيذ هذه المهام يلزم بان ترسل (مقترحات القوانين الى السلطة التنفيذية لدراستها وجعلها على شكل مشاريع قوانين اذا كانت لا تتقاطع مع الأحكام الدستورية والقوانين ومنسجمة مع السياسة العامة للدولة ومع الخطط المعدة في المجالات كافة ومنها المجالات السياسية والاجتماعية والمالية وذلك وفق السياقات المحددة لأعداد مشاريع القوانين واذا ما تلكأت السلطة التنفيذية او امتنعت عن أعداد

المطلب الأول

مفهوم السلطة التقديرية

إن التقدير لغة مصطلح يعنى به ((أمكانية التقدير الحر)) أي العمل وفقاً للإرادة الذاتية لصاحب الاختصاص، أما اصطلاحاً فإنه يفيد تعدد القرارات المتوافرة تحت إمرة صاحب التصرف، وإمكانيته في أن يختار الأنسب بينها^(١١).

إن إحاطة الدستور عمل المشرع بقيود معينة يتعين عليه الإلتزام بها ، لم يكن إلا الوجهة الأولى التي يقصدها في توفير أكبر قدر من الضمانات لحقوق وحرية أريد أن تكون بمنأى عن حرية التقدير التي يسلكها المشرع في التعامل معها تنظيمياً وتحديداً، أما الوجهة الثانية التي تحكم عمل المشرع عند أداءه لما يوكل إليه من مهام ، فأنها تأتي على نقيض سابقتها، إذ يتخلى الدستور عن أسلوب التقييد فيها، ويسمح للمشرع في ضوءها حيزاً من الحرية يتحرك من خلاله لتنظيم ما يراه جدير بالتنظيم وفقاً للرؤية التي يحددها باعتبارها الممثل الشرعي عن الشعب.

من ذلك أمكن القول إن مفاد السلطة التقديرية للمشرع من الناحية الإصطلاحية، يراد به، حرية المفاضلة والاختيار بين خيارات موضوعية لما يراد تنظيمه بقانون ، دونما فرضاً دستورياً لطريق محدد يلزم بإتباعه ، وتوجيهها محدداً يتعين عليه التزامه^(١٢).

إلا أن القول بامتلاك المشرع سلطة تقديرية في تعاطيه مع موضوعات معينة لإيراد منه باي حال من الأحوال الإطلاق الكامل ليد المشرع ذلك الشأن إذ إن تلك السلطة التقديرية يجب أن تمارس في إطار لتنظيم دونما المساس بأصل

مشروع قانون جاء بصيغة (مقترح قانون) من مجلس النواب دون أن تستند السلطة التنفيذية في ذلك إلى سند من الدستور أو القانون دونما سبب مخالف للسياسة العامة للدولة فبإمكان مجلس النواب استعمال صلاحياته المنصوص عليها في المادة (٦١/ثامناً) من الدستور ومنها سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء واعتبار الوزارة مستقبلة بعد إجراء الاستجواب المقترض وفقاً للدستور والنظام الداخلي لمجلس النواب باعتبار أن مجلس الوزراء قد خالف أحكام الدستور وبذا نكون أمام التطبيق السليم لمبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة^(٤٧) من الدستور والتطبيق السليم لمبدأ تقاسم المهام الذي نصت عليه المادتين (٦٠/١) و(٨٠/١) و(٨٠/٢) من الدستور والحيلولة دون تداخل هذه المهام بين السلطات وتحقيقاً لوحدة السياسة العامة للدولة ، ولكل ما تقدم إذ إن التعديل الثاني لقانون الخدمة الجامعية رقم (٩٣) لسنة ٢٠١٢ قد شرع دون اتباع السياقات المتقدمة والمشار إليها أعلاه لذا فإنه جاء مخالفاً للدستور قرر الحكم بعدم دستوريته^(١١).

المبحث الثاني

التجريم والعقاب في إطار السلطة التقديرية

من مستلزمات البحث في مفهوم السلطة التقديرية للمشرع في ميدان سن القوانين وثيقة الصلة بحقوق وحرية الأفراد وتحقيق المصلحة العامة، التعرض لمفهومها أولاً، وتحديد مصادرها ثانياً، وهو ما سنتناوله في مطلبين.

أي أن القاعدة الدستورية تصاغ بالشكل الذي يتيح للمشرع ان يتدخل لتنظيم موضوع تلك القاعدة ، شريطة عدم أهدار ما يضعه الدستور من إطار عام يحكمها^(١٦).

من ذلك ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي في قضائه الصادر في ١٥ يناير ١٩٧٥ المتعلق بالحق في الإجهاض، إذ أكد فيه بان مبدأ الحق في الحياة الذي تم الاحتجاج به لا يعد محددًا ، كما انه لا يتعارض مع إقرار المشرع لإباحة الحق في الإجهاض، وحرية في اختيار الطريقة المناسبة لوضع المبدأ الدستوري موضع التنفيذ، دامه لم يصل في تقديره الى أهدار المبدأ الدستوري (مبدأ حق الحياة)^(١٧)، ومن النصوص الدستورية التي وردت في الدستور المصري لسنة ١٩٧١ والتي تعد إقراراً لسلطة المشرع في التقدير من خلال عدم إلزامه بالتصرف وفقاً لألية محددة سلفاً، ما جاء في المادة (٦٩) التي نصت على أن (يحمي القانون حرمة حياة المواطنين وحرمة وسائل الاتصال) وما سار عليه دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ إذ نصت المادة (١٧) منه على أن (أولاً: لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة).

إذ وضعت هذه النصوص مبدأ دستوريا عامه قوامه حماية بعض حقوق الأفراد، لكنها لم تضع الكيفية التي يجب ان يسلكها المشرع في تنظيمه لتلك الحماية او تحديد أسلوبها، مما يتيح للمشرع مكنة التقدير في ظل هذه النصوص الدستورية وغيرها التي لم يلزم المشرع فيها بالعمل وفق أسلوب معين .

الحق والحرية موضوع ذلك التنظيم التشريعي، والعمل بخلاف ذلك يجعل العمل الذي اتاه المشرع مخالفاً للدستور^(١٤) ، وهو ما أكد عليه دستور جمهورية العراق في المادة (٤٦) منه ، التي نصت على أن (لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور او تحديدها الا بقانون او بناءً عليه ، على ان لا يمس ذلك التحديد او التقييد جوهر الحق او الحرية).

المطلب الثاني

مصادر السلطة التقديرية للمشرع

إذا ما أردنا الحديث عن مصادر تلك السلطة التقديرية ، فيلاحظ هنا أن الدستور يعد المصدر الأساس في تقرير حرية التقدير للمشرع ، إيماناً من المشرع الدستوري بضرورة عدم غل يد السلطة التشريعية في جميع المجالات وان يترك لها قدراً وافياً من الحرية في التصرف ، لأن إحاطة الدستور بجميع الموضوعات تقييداً وتنظيماً أمراً يكاد ان يكون مستحيلاً ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى، ان مظاهر التنظيم اذا ما أريد لها أن تمارس بصورة تكشف عن توجهات المشرع نحو الابتكار والخلق والإبداع ، فلا مناص والحالة هذه ، من الإقرار بسلطة التقدير للمشرع^(١٥).

فالدستور أذن يعد المصدر الأول والأساس من مصادر السلطة التقديرية، ويمكن الاستدلال على التوجيه الدستوري للمشرع بممارسته سلطة التقدير في موضوعات معينة، من خلال ما قد يرد في الوثيقة الدستورية من نصوص لا يقيد فيها الدستور عمل المشرع بكيفية معينة ،

وقد تكون النصوص الدستورية التوجيهية أو الإرشادية ، من مصادر التقدير الذي يمارسه المشرع ، تلك النصوص التي تضع الأسس الأيدلوجية وتكشف عن الفلسفة التي يقوم عليها كيان الدولة في المجالات السياسية او الاقتصادية او الاجتماعية وترد تلك النصوص غالبا في مقدمات الدساتير ، ومثالها مقدمة دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة ١٩٥٨ الذي تضمن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ ومقدمة الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦ ، اذ جاء في المادة الأولى من إعلان حقوق الإنسان بان الأفراد متساوون في الحقوق وأوردت المادة الثانية بعضا من الحقوق الأساسية للأفراد كالأمن والملكية^(١٨).

وما ورد من نصوص دستورية في الباب الثاني من دستور جمهورية مصر لعام ١٩٧١ الخاص بالمقومات الأساسية للمجتمع ، إذ جاءت بشكل أهداف عامة يصدرها الدستور ويتولى المشرع تنظيمها^(١٩)، كالمادة العاشرة التي أكدت حماية الأمومة والطفولة ورعاية النشء والشباب وتمكينهم من الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم.

ولم يخلُ دستور جمهورية العراق من ذلك النوع من النصوص الدستورية التي توصف بأنها توجيهية ، تحدد الأهداف العامة والتي يتطلع إلى تحقيقها واضعوا الدستور ، ويتركون للمشرع السلطة التقديرية اللازمة لنقل تلك النصوص من حيز التقنين إلى حيز التطبيق ، كالمادة (٣٠/أولا) التي جاء فيها (تكفل الدولة للفرد والأسرة وبخاصة الطفل والمرأة، الضمان الاجتماعي والصحي والمقومات الأساسية للعيش في حياة حرة تؤمن

لهم الدخل المناسب والسكن الملائم) ثانيا: (تكفل الدولة الضمان الاجتماعي والصحي للعراقيين في حال الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل أو التشرد أو اليتيم أو البطالة وتعمل على وقايتهم من الجهل والخوف والفاقة، وتوفر لهم السكن والمناهج الخاصة لتأهيلهم والعناية بهم وينظم ذلك بقانون).

وأخيرا تجيء صور التقدير التي يتمتع بها المشرع من خلال ما يحيل إليه الدستور من موضوعات معينة تدعوا الحاجة إلى تنظيمها بقوانين معينة ، وذلك بأن يضع الدستور المبدأ العام ويحيل إلى المشرع تنظيم ما يتعلق به من حيثيات ، بان يذكر الدستور عبارة وينظم ذلك بقانون، أو بناء على قانون، أو في الأحوال التي يحددها القانون، او بالشروط التي ينص عليها القانون، او وفقا لأحكام القانون^(٢٠)، من ذلك ما أوردته الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ التي تنص على ان (يعتبر ناخبون جميع المواطنين الفرنسيين البالغين سن الرشد من الجنسين والمتمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية ، وذلك بالشروط التي ينص عليها القانون) .

وما جاء في المادة ١٣ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ التي لم تجز فرض أي عمل جبرا على المواطنين الا بمقتضى قانون ، إذ حدد المشرع الدستوري المبدأ العام الذي يقضي بمنع المشرع من فرض اي عمل دونما قانون وخوله في الوقت نفسه السلطة التقديرية اللازمة لفرض أنواع معينة من الأعمال وفقا للقانون ، والوقت الذي يجوز فيه فرضها ومدتها .

أما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فيمكن القول ان السلطة التقديرية التي خولها

وأخيراً تعد المبادئ القانونية العامة من مصادر السلطة التقديرية للمشرع ، ويراد بها ، مجموعة القواعد القانونية التي عكف القضاء على استخلاصها من مختلف القواعد القانونية المعمول بها في الدولة ، تشريعية كانت تلك النصوص ، ام مجرد قواعد عامة أوردتها إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق الدولية ومقدمات الدساتير ، او من خلال ما استقر في ضمير الجماعة من قيم عليا أصبحت واجبه الاحترام والالتزام وغدت من مصادر المشروعية، مثل قيم العدل والحرية والمساواة وغيرها^(٢٣).

وما يعيننا في إطار البحث المبادئ القانونية العامة ذات القيمة الدستورية التي استنبطها القضاء من خلال الموائمة بين نصوص الدستور والواقع الذي تنشأ فيه ، وما أوردته إعلانات حقوق الإنسان ومقدمات الدساتير التي اشتملت على قيم عليا لا سبيل للاقتداء وانتهاك جوهرها ، فهي تشكل مرجعا للاقتداء من قبل المشرع ، إذ لا يملك الأخير إهدارها والا عد عمله التشريعي غير دستوري وكأنه خالف نصاً ورد في متن الوثيقة الدستورية ، وتعد كذلك مرجعا للرقابة القضائية ، ذلك ان القضاء الدستوري وهو بصدد ممارسته دوره في الرقابة على دستورية القوانين يضع في إهتمامه مدى التزام المشرع بتلك المبادئ ، ويصدر القرار بعدم دستورية التشريع الذي ينتهك أيها^(٢٤)، وتطبيقاً لذلك ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر في إحدى قراراتها إلى انه (ولان نص الدستور في المادة ٤٠ منه على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بعينها ، هي تلك التي يقوم التمييز فيها على أساس الجنس او الأصل او اللغة او الدين او

الدستور للسلطة التشريعية ، من السعة، بحيث تتعدد الموارد التي أحال فيها الدستور للمشرع أن يتدخل فيها تنظيمياً وفقاً للقانون ، من ذلك ما نصت عليه المادة الثامنة والعشرون ، والتي جاء فيها (أولاً: لا تفرض الضرائب والرسوم ، ولا تعدل ولا تجبى ، ولا يعفى منها، الا بقانون ، ثانياً: يعفى أصحاب الدخول المنخفضة من الضرائب ، بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للمعيشة ، وينظم ذلك بقانون وما نصت عليه المادة ٣٩/ اولاً والتي جاء فيها (حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية او الانضمام اليها مكفولة ، وينظم ذلك بقانون) .

وكذلك قد تجد السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع مصدرها في القضاء الدستوري من خلال ممارسته لدوره في الرقابة على دستورية القوانين، او تفسيره لنصوص الدستور ، حيث يؤكد على أهمية أعمال المشرع لسلطته التقديرية وضرورة احترام ما يحدده المشرع من خيارات وهو بصدد ممارستها ، حيث كان المجلس الدستوري الفرنسي يحرص بشكل مستمر على المحافظة على جوهر السلطة التقديرية للمشرع ، ويؤكد أنه لا يجوز التعرض لمناقشة تقديرات المشرع بصدد ضرورة التشريع او عدم ضرورته او ملائمة التشريع^(٢١)، كذلك الشأن فيما يتعلق بموقف المحكمة الدستورية العليا في مصر ، حيث أكدت ذات التوجه الذي يركز على أقرار سلطة المشرع التقديرية، وذلك بان خلصت إلى أنه (كلما استقام الجزاء على قواعد يكون بها ملائمة ومبررا فإن إبدال المحكمة الدستورية العليا لخياراتها محل تقدير المشرع في شأن تقرير جزاء او تحديد مداه ، لا يكون جائزا دستوريا^(٢٢) .

العقيدة ، إلا إن إيراد الدستور لصورٍ بذاتها يكون التمييز محظورا فيها ، مرده انه الأكثر شيوعا في الحياة العملية ، ولا يدل البتة على انحصارها فيها ، اذ لو صح ذلك لكان التمييز بين المواطنين في ما عداها جائزا دستوريا ، وهو ما يناقض المساواة التي كفلها الدستور ويحول دون إرساء أسسها وبلوغ غاياتها ، وأية ذلك ان من صور التمييز التي أغفلتها المادة ٤٠ من الدستور ما لا يقل عن غيرها خطرا سواء من ناحية محتواها او من جهة الآثار التي ترتبها ، فالتمييز بين المواطنين في نطاق الحقوق التي يتمتعون بها او الحريات التي يمارسونها لإعتبارٍ مرده الى مولدهم او مركزهم الاجتماعي او انتمائهم الطبقي او ميولهم الحزبية او نزعاتهم القبلية او عصبيتهم العرقية او موقفهم من السلطة العامة او أعراسهم عن تنظيماتها او تبنيهم لأعمال بذاتها وغير ذلك من أشكال التمييز التي لا تظاهرها أسس موضوعية تنميتها...^(٢٥).

يتضح من العبارات الواضحة والصريحة التي أوردتها المحكمة ان مبدأ المساواة التي دأبت على حمايته لا يتحدد فقط فيما تضمنه الدستور ، وإنما يتسع ليشمل كافة أشكال التمييز بين المواطنين إعتداداً بان المساواة أمام القانون أساساً للعدل والحرية ، ولما في ذلك من تأكيد بين على ان هذا المبدأ يعد من مبادئ القانون العامة التي استخلصتها المحكمة من روح الدستور^(٢٦).

وتشكل تلك المبادئ العامة بما تحمله من قيم دستورية ، مصدرا من مصادر القانون الدستوري ، وتحتل مرتبة القواعد الدستورية ذاتها^(٢٧).

ومن أمثلة تلك المبادئ التي أكدها القضاء الدستوري سواء بمناسبة أدائه لدوره

في الرقابة على دستورية القوانين ، او تفسير نصوص الدستور ، والتي انزلها منزلة القواعد الدستورية، وألزم المشرع بضرورة الاقتداء بها وعدم إنتهاكها فيما يضعه من تشريعات ، ما نصت عليه المادتين الخامسة والثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩ ، حيث نصت المادة الخامسة على ان (ليس للقانون الحق في منع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع ، فكل ما لا يحرمه القانون ، لا يمكن منعه ، ولا يمكن إجبار احد على فعل مالا يأمر به القانون) .

وجاء في المادة الثامنة منه (يجب ان لا يقيم القانون إلا العقوبات الضرورية حصرا وبداهة ، ولا يمكن معاقبة اي إنسان الا وفقا لأحكام القانون القائم والصادر في وقت سابق لوقوع الجريمة والمطبق بصورة شرعية).

وما أورده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة ١٩٤٨ ، من النص على ذات المبادئ التي تمثل قيم عليا يجب على المشرع التزامها عند ممارسته سلطته في التجريم والعقاب ، إذ نصت المادة الخامسة منه على أن (لا يعرض اي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات او المعاملات القاسية او الوحشية او الحاطة بالكرامة).

أما الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥٠ ، فقد أكدت بشكل أكثر تفصيلا ووضوحا ضرورة التزام المشرع لاسيما في نطاق سعيه لسن القوانين التي تجرم أفعالا وتعاقب مرتكبيها ، بالمبادئ التي تشكل في جوهرها قيماً أساسية لحماية حقوق الإنسان ، ويشكل فيها الضرورة ولتناسب أساسا لاسيلا للمشرع سوى التزامه في هذا الشأن^(٢٨).

فضلاً عما تقدم، ذهبت المادة السابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، إلى أنه يشترط في العقوبة الجنائية التي توقعها الدولة بنشرها الا تكون مهينة في ذاتها، او ممعنة في القسوة.

تجدر الإشارة كذلك الى النصوص التي جاءت بها اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة او العقوبة القاسية او اللاإنسانية او المهينة، التي اعتمدت من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ كانون الأول ١٩٨٤^(٢٩)، إذ إن حماية حقوق وحرريات الأفراد شكلت فيها ضرورةً دعت إلى تجريم كل عمل يرقى إلى مستوى التعذيب^(٣٠)، وبذلك اصبحت تشريعات الدول التي صادقت على تلك الاتفاقية، مدعوةً إلى تجريم ذلك التعذيب، بعقوبات يبغي لها ان تتناسب وضرورة التجريم تلك^(٣١).

إن التحقق من مراعاة الضرورة والتناسب في النصوص الجنائية لم يكن أمراً مقصوراً في التأكيد على أهميته وعده من الضمانات الرئيسية لحقوق الأفراد وحررياتهم، على الإعلانات والمواثيق الدولية التي جرت الإشارة إلى نصوصها، فقد كان للمنظمات الدولية غير الحكومية، حضوراً بيناً في هذا الشأن، ومما يدل على ذلك، ما ذهبت إليه منظمة هيومن رايتس ووتش^(٣٢) (Human Rights Watch) من أن القانون الليبي المرقم ٣٧ الصادر في ٢ مايو/أيار ٢٠١٢ (قانون تجريم الإضرار بثورة ١٧ فبراير الليبية) كشف عن أنتفاء الضرورة والتناسب فيما أشتمل عليه من نصوص، وبت مقيداً لحقوق الأفراد وحررياتهم، بحجة الإضرار بثورة ١٧ فبراير، مما يتحتم الإسراع في الغاء لعدم دستوريته^(٣٣).

فالمبادئ القانونية العامة ذات القيمة الدستورية تعد من مصادر السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في سنه للقوانين اللازمة، وتختلف حرية التقدير التي يوفرها أيّاً منها للمشرع، من حيث السعة والتضييق، تبعاً للقيود التي ترافق تلك المبادئ، ذلك ان الحديث عن مبادئ ذات قيمة دستورية تمنح المشرع سلطات مطلقة، أمراً لا وجود له البتة، فهي في الوقت الذي تعطي فيه للمشرع سلطة تقديرية في تعاطيه مع الموضوعات الداخلة ضمن نطاق عمله، وأهمها سن القوانين، فأنها تحده بقيود يتعين عليه الالتزام بها، فكما لا يمكن إنكار السلطة التقديرية التي توفرها تلك المبادئ او الخروج عنها، لا يمكن أيضاً إنكار ما قد يلزم تلك المبادئ من قيود محددة، علماً ان القضاء الدستوري سواء في فرنسا أو في مصر، قد أولى تلك المبادئ أهمية بالغة، بعدها قيم أساسية، تلزم المشرع كما تلزمه النصوص الدستورية، سواء وردت تلك المبادئ في مقدمات الدساتير او في إعلانات الحقوق او المواثيق العالمية ذات الصلة بحقوق وحرريات الأفراد، وبعدها محطة لمباشرة رقابته الدستورية على مدى التزام المشرع بما تضعه من قيود، ويكشف في ذات الوقت وبمناسبتة ما يصدره من أحكام في مواضع مختلفة، عن ان تلك المبادئ تعد مصدراً من مصادر السلطة التقديرية للمشرع^(٣٤).

وقد ذهب المجلس الدستوري في فرنسا وإهداءً بما أورده المادة الخامسة من إعلانات حقوق الإنسان والمواطن إلى اشتراط الضرورة والتناسب والتجريم في العقاب باعتبارهما من المبادئ القانونية ذات القيمة الدستورية التي يجب على المشرع الالتزام بهما عند إعماله ما

يملك من سلطة تقديرية ، إذ قرر بأن ((عدم وجود تناسب ظاهر بين الجريمة والعقوبة المترتبة عليها، لايبح للمجلس الدستوري أن يحل تقديره الشخصي محل تقدير المشرع فيما يتعلق بضرورة العقوبات المترتبة على الجرائم)) (٣٥).

كما أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر ، ذات التوجه ، إظهار قيمة مبدأ عدالة العقوبة الذي يرتكز على ما ترسخ واستقر في كيان الجماعة وضميرها العام ، إذ إنتهت إلى عدم دستورية العقوبة الموغل في فحشها ، عندما قررت بأن ((خضوع الدولة لقانون محدد على ضوء مفهوم ديمقراطي مؤداه أن لا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية ، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته الإنسانية وشخصيته المتكاملة ، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق وثيقة الصلة بالحقوق التي كفلها الدستور ، من بينها أن لا تكون العقوبة مهينة في ذاتها ، أو مجاوزة في قسوتها للحدود التي توازنها بالأفعال التي أثمها المشرع ليكون إيقاعها شاذاً منافياً لحكم العقل)) (٣٦).

إن السلطة التشريعية باعتبارها الممثل الشرعي للشعب ، تمارس اختصاصات عدة ومن أهمها ، تشريع القوانين اللازمة ، لذلك فإن الدستور وانسجاماً مع متطلبات انتظام شؤون المجتمع وتحقيق الصالح العام ، فانه يعطي مساحة في التقدير للمشرع ليتمكن من خلالها تحقيق ما أوكل إليه من مهام فضلاً عن عدم إمكانية حصر جميع اختصاصات المشرع بشكل يسمح له من مواكبة تطورات الأحداث ومستجدات الأمور ، لذا والحالة هذه فان

السلطة التقديرية تعد من ((المسلمات في فقه القانون العام)) (٣٧).

ويلاحظ كذلك أن السلطة لتشريعية وبناءً على ما تحتله من مكانة وما تمثله من أهمية في الدولة القانونية ، ومايوكل لها من اختصاصات دستورية ، تعد هي المختصة ابتداءً بتشريع القوانين ، إذ يفرد البرلمان دونما إشراك لهيئة أخرى في ممارسة هذا الاختصاص ، وهذا هو المبدأ ، إلا أن لذلك الأخير إستثناءً يبرر بعبء المهام الموكل إلى السلطة التشريعية القيام بها ، ويتسق مع اختصاصات السلطة التنفيذية بوضع القوانين موضع التنفيذ ، إذ يتجسد ذلك الاستثناء في تفويض السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لها قوة القانون او بإصدار الأنظمة التي تسهل تنفيذ القوانين ، وما قد يصاحب ذلك من ان يكون من بين تلك القرارات او الأنظمة ، ما يصل إلى مرتبة التجريم والعقاب (٣٨).

إلا أن الملاحظ في هذا الشأن، إن دور السلطة التنفيذية في مجال التجريم والعقاب يبقى محدوداً ومقتصراً على ما أجازته الدستور وما يفوضه المشرع ، ذلك أن التجريم والعقاب وكما سبق بيانه في أكثر من موضع يعد وثيق الصلة بحقوق الأفراد وحررياتهم، لذا والحالة هذه فان دواعي الحرص على ضمانات تلك الحقوق والحرريات، ألزمت انفراد السلطة التشريعية بهذا الاختصاص وعدم تفويضه الى السلطة التنفيذية الا في الحدود التي سمح بها الدستور وفي إطار ما هو مقرر قانوناً.

إذ حددت المادة ٣٤ من دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة ١٩٥٨ المجالات المحجوزة للسلطة التشريعية فيما يتعلق بالتجريم والعقاب ، إذ نصت على أن (يحدد

القانون القواعد المتعلقة بما يأتي ... ثالثاً:- تحديد الجنايات والجرح وكذلك العقوبات المقررة بشأنهما والإجراءات الجزائية والعفو ... كما نصت المادة ٣٧ على أن (تعد المواضيع الأخرى التي لا تدخل ضمن مجال القانون، من اختصاص التنظيم)، ومن ذلك يتضح إن السلطة التشريعية تنفرد بوضع قواعد التجريم والعقاب فيم يتعلق بجرائم الجنايات والجرح ويترك للسلطة التنفيذية من خلال اللوائح التي تصدرها تحديد ما يتعلق بالمخالفات ، علماً انه وفي سبيل صون حقوق وحريات الأفراد في مواجهة ما تملكه السلطة التنفيذية من سلطة إصدار الأنظمة ذات الشأن بتحديد الجرائم والعقوبات في المخالفات، فإن قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٩٢ قد عمد الى إلغاء عقوبة الحبس في المخالفات^(٣٩).

أما دستور جمهورية مصر لسنة ١٩٧١ فإنه أجاز للسلطة التنفيذية وفي مواد محددة، وضع قواعد التجريم والعقاب ، من خلال القرارات التي تصدرها والتي يكون لها قوة القانون(٤٠) ، وبناء على التفويض الذي يمنحه إياها البرلمان او في الحالات الاستثنائية التي نص عليها الدستور(٤١)، إلا أن تلك الإجازة مقيدة بالالتزام بالحدود الدستورية والقانونية التي ترسم آليات ممارسة السلطة التنفيذية لذلك الاختصاص .

أما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد جاءت المادة ١٩ / ثانياً منه لتتنص على ان ((لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة...))، كما نصت المادة الأولى من قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩ (المعدل) على انه ((لا عقاب على فعل او امتناع الا بناء على

قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه...)) من ذلك يتضح ان السلطة التشريعية وان كانت صاحبة الاختصاص الأصيل في سن القوانين، استناد إلى نص المادة (٦١/أ) من دستور جمهورية العراق(٤٢)، فإن ذلك لا يمنع من أن يفوض مجلس النواب السلطة التنفيذية اصداً أنظمة تتعلق بالتجريم والعقاب، لأن النص المتقدم، لم يشير إلى ضرورة ان تكون الجريمة والعقوبة بقانون ، وإنما عبر عن ذلك بعبارة ((لا جريمة ولا عقوبة الا بنص)) وإن عبارة إلا بنص لم تقيد بمصدر بعينه ، كان يكون السلطة التشريعية، حيث جاء مطلقاً، لذا والحالة هذه واتساقاً مع نص المادة الأولى من قانون العقوبات، فإنه من الجائز دستورياً وقانوناً ان تحدد الجريمة والعقوبة ، من قبل السلطة التنفيذية ، بناءً على قانون يصدر من السلطة التشريعية، وذلك انسجاماً مع التوجه الذي يقضي بالتخفيف عن كاهل السلطة التشريعية ، وخصوصاً إذا ما علمنا بأن السلطات التي توكل إلى السلطة التنفيذية في هذا المجال ستقتصر على الموضوعات ذات العلاقة بواجباتها التي تتعلق بتيسر المرافق العامة وإدارة شؤون البلاد وتقديم كل ما يتصل بتحقيق النفع العام، دونما أن تتعرض بأي شكل من الأشكال إلى ما يوصف بأنه من المصالح الأساسية وتتناولها تجريماً وعقاباً، كذلك التي تتعلق بكيان الدولة ووجودها او بما يعد من ركائز وجود الدولة واستمرارها ، وما ذلك التحديد إلا تأكيد حماية حقوق وحريات الأفراد من تعسف السلطة التنفيذية ما لم تقيد بما يحد من سلطانها ، وقد بدا ذلك واضحاً في الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ (الملغى) والذي مارست فيه السلطة التنفيذية اختصاصات تشريعية واسعة، انتهت

والحريات موضوع التنظيم ، ذلك ان السلطات التي يختص بها المشرع أيا كان مصدرها، يجب ان تكون سلطات منضبطة بعيدة عن التعسف في الاستعمال أو التشقي والإستغلال، حيث يلتزم فيها المبادئ الدستورية التي تحدها^(٤٥).

الى ذلك ذهب المحكمة الدستورية العليا في مصر عندما تعرضت الى الضوابط الى تصاحب السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع حيث أكدت بان ((الدستور لا يدعوا بالنصوص التي يتضمنها لإمر يكون مندوبا ، بل يقر ما يكون لازما ، فلا يكون المشرع بالخيار بين تطبيقها او إرجائها بل يتقيد بها بالضرورة ، فلا يتخطاها او يميل انحرافا عنها ، وكذلك فان القيود التي يفرضها الدستور على المشرع، هي التي تحد نطاق السلطة التقديرية التي يمتلكها في موضوع تنظيم الحقوق ، فلا تكون ممارستها انفلاتا من كوابحها ، او أخلافاً بضوابط تنظيمها، فمن غير المتصور ان يكون التقيد بنصوص الدستور عائدا لمحض تقدير المشرع ، ومحددا على ضوء المصالح التي ينسبها ، ذلك ان التقدير في تطبيق أحكام الدستور تعبير عن إرادة أعلى، هي التي تستند إليها السلطان التشريعية والتنفيذية في تأسيسهما ، فإذا نشأتا وفق الدستور ، تباشر كل منهما وظيفتها في الحدود التي رسمها فلا تتحلل أحدهما منها ، والا كان ذلك تمردا من جانبها على ضوابط حركتها التي استقام بها بنيانها))^(٤٦).

من الضوابط الدستورية التي كشف عنها القضاء الدستوري في مناسبات مختلفة ، ما يتعلق بضرورة ان لا يؤدي التدخل التشريعي لتنظيم عمل ما في ميدان الحقوق والحريات،

بها إلى أن تكون هي صاحب الاختصاص الأصيل في ميدان التشريع ، وما صدر عن مجلس قيادة الثورة المنحل من قرارات عديدة لها قوة القانون، كان لها القول الفصل في تحديد الجرائم وعقوباتها، دونما رقابة دستورية او برلمانية في ذلك الشأن ودون أن تقتصر تلك القرارات على طائفة محددة من الأفعال ، كان تكون الأفعال التي لا تعد جسيمة في نتائجها او خطورتها، كما هو الحال في العديد من جرائم المخالفات ، وإنما جاءت بعقوبات وحشية لاتألف وأبسط مقومات الإنسانية^(٤٣).

إلا أن المشرع وهو بصدد ممارسته ما عهد إليه من مهام وما يمتلك من سلطة تقديرية يواجه به ما لا يمكن الإحاطة به إذا ما كانت سلطاته مفيدة ، يبقى محكوما بضرورة التزام أهداف المصلحة العامة ، وان يحقق التوازن المبتغى بين حقوق الأفراد وحررياتهم وتلك المصلحة، ذلك التوازن الذي يشكل فيه مفهوم الضرورة والتناسب أساساً لايمكن الإستغناء عنه، وفي ذات المعنى، يشير الأستاذ (مارتسش) إلى أن من المقتضيات الأدبية التي يجب ان يضعها المشرع نصب عيناه عند سنه للقوانين، ضرورة إلتزامه بالاستخدام المتمدين للقوانين، فلا يكون سائغاً أن يلجأ المشرع في سبيل تحقيق هدف معين، إيراد قاعدة تتضمن إجراءات جسيمة في وقتٍ يمكن فيه بلوغ ذلك الهدف بأسلوب أقل جسامة وتعقيداً من سابقه، وهو مايسمى بـ (قاعدة أقل مجهود)، وفي ذلك تأكيداً وترديداً لمبدأ أن يكون تقدير العقوبات في مجال ضيق وجه الضرورة فيه بين^(٤٤)، بمعنى إن (المشرع) يخضع لعدة ضوابط يحددها الدستور ، تكفل عدم صيرورة تلك السلطة التقديرية ، سلطة تحكم، تصادر الحقوق

إلى الانتقاص من تلك الحقوق او المساس بجوهرها او عدم تمكين الأفراد من الاستفادة من اي منها ، حيث يعد ذلك من أهم الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية التي يمتلكها المشرع، باعتبار ان تناول حقوق الأفراد وحررياتهم بالتنظيم يعد من أكثر المجالات التصاقا بالسلطة التقديرية للمشرع^(٤٧).

فإذا ما تعرض المشرع لأي من تلك الحقوق والحرريات ، بأن أهدر قيمة احدهما ، او أعاق الإستعمال المشروع لأي منهما ، فإنه والحالة هذه يتجاوز دائرة التنظيم التشريعي في إطار السلطة التقديرية ، ليندرج مأتاه من عملٍ تحت طائلة الأحكام المشوبة يعيب عدم الدستورية^(٤٨)، ويلاحظ أن أهم الميادين التي تكون عرضةً لأن يطالها المشرع بالمساس إنتقاصاً أو إهداراً، ما يلي^(٤٩).

١- حق الملكية.

٢- حجية الأحكام القضائية.

٣- عدم جواز تحصين أعمال معينة من الرقابة القضائية.

ومن الضوابط الدستورية التي أكدها القضاء الدستوري ، والتي تحكم هي الأخرى السلطة التقديرية ، لاسيما في ميدان القانون الجنائي ما يتعلق بمبدأي الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب، حيث كان لذلك القضاء كلمته في مناسبات مختلفة ، صرح فيها بوضوح عن ضرورة التزام المشرع بالضرورة والتناسب في التجريم والعقاب، باعتبارهما من المبادئ القانونية ذات القيمة الدستورية التي تضمن للقاعدة الجنائية، بأن تأتي بشكل يكفل التوازن بين المصلحة العامة وحقوق وحرريات الأفراد

وما لذلك من أهمية كبيرة ، باعتبار إن المصلحة العامة تعد قيمة عليا ، تعمل كافة مؤسسات الدولة على ضمانها ، وفي مقدمة تلك المؤسسات السلطة التشريعية ، الا ان الحفاظ على تلك القيمة يجب أن لا يرافقه إهداراً لحقوق الأفراد ، سواء في مواجهة متطلبات المصلحة العامة ، او في مواجهة الأفراد بعضهم قبالة لآخر في ممارسة اي من حقوقه او حرياته، لذلك فإنه ليس من سبيل سوى الحفاظ على تلك القيم واجبة الاعتبار ، والمواءمة فيما بينها، بدون أهدار اي منها، سوى إعتقاد مبدأي الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب في إطار السلطة التقديرية للمشرع^(٥٠).

فالمشرع يملك حرية التقدير في سن القوانين الجنائية ، وذلك تبعا لما يراه مؤديا إلى نتائج تلحق أضرارا بحقوق ومصالح الأفراد ، أو ما يكون أدنى من ذلك ، عندما لا يكون السلوك في ذاته محققا لنتيجة إجرامية ضارة، وإنما تتوفر فيه مقومات السلوك ذي الخطورة الإجرامية التي في طريقها إلى أن تتحول إلى وقائع إجرامية ضارة بحقوق الأفراد وحررياتهم ، فالسلطة التقديرية التي يملكها المشرع في ميدان التجريم والعقاب ، تتحدد في تقييمه للأفعال التي تستأهل أن يصل بها إلى درجة التجريم ، بان جاءت في صورة أفعال ذات نتائج إجرامية ضارة بالغير ، او بصورة الخطورة الإجرامية التي توجب على المشرع أن يتدخل لمواجهتها ودرء ما يمكن ان تسفر عنه، اذا ما لم يحتاط منها ويحترز مما فيها من تهديد على حقوق الأفراد وحررياتهم والمصلحة العامة او كليهما على حد سواء^(٥١).

إن الحديث عن سلطة تقديرية يختص بها المشرع بوصفه ممثلاً عن الشعب ومؤهلاً لتحقيق متطلبات الصالح العام وحماية حقوق وحرّيات الأفراد، يجب أن يكون مقروناً لاسيما في ميدان التجريم والعقاب ، بما يضبط تلك السلطة ويحول بينها وبين الإفتئات على حقوق الأفراد وحرّياتهم ، وذلك من خلال التزام مقتضيات الضرورة الاجتماعية ، التي تعدّ اللجنة الأولى في سن القوانين الجنائية، حيث توافر الأسس القانونية والواقعية التي تخلق فكرة التنظيم التشريعي في مجال معين ، وكذلك من خلال التناسب الذي يجب أن يحققه المشرع بين مقتضيات تلك الضرورة التي شكّلت أساساً في دفع المشرع إلى تجريم سلوك ما ، وبين الآثار التي يربتها المشرع على مقترف ذلك السلوك ، وذلك من خلال ما يفرضه من جزاءات ينبغي لها أن لا تتجاوز قدر تلك الضرورة ، وهي (الجزاءات) لا تكون كذلك إذا ما اتسمت بطابع الانتقام أو الوحشية أو جاءت بشكل تُمتهن فيه كرامة الإنسان.

إن القضاء الدستوري في فرنسا ممثلاً بالمجلس الدستوري ، أكد أهمية التزام المشرع بمفهوما الضرورة والتناسب باعتبارهما من المبادئ القانونية ذات القيمة الدستورية ، إذ يعدان خيراً ضابطاً لما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية في مجال التجريم والعقاب ، وذلك عندما ذهب إلى البت بعدم دستورية نص المادة ١/٤٢١ من قانون العقوبات ، التي اعتبرت من أعمال الإرهاب مجرد مساعدة أجنبي على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة بها على وجه غير مشروع ، ذلك أن المشرع قد أسس تجريمه لذلك السلوك بناءً على الوصف السابق بيانه، مع عدم إمكانية الجرم بوجود صلة مباشرة لعملية

مساعدة الأجنبي على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة فيها ، وأعمال الإرهاب التي قد يرتكبها ذلك الأجنبي ، دون أن يكون لذلك الاعتراض مساساً بإمكانية اعتبار عملية مساعدة الأجنبي اشتراكاً في العمل الإرهابي أو أخفأً للمتهم بالإرهاب أو اشتراكاً في منظمة إرهابية إذا ما تحققت الشروط التي يستلزمها القانون لذلك الجرم ، وقد أسس المجلس الدستوري الفرنسي قضاءه بعدم دستورية ذلك النص بناءً على عدم توافر الضرورة في التجريم والعقاب ، وأضاف المجلس، بأن المشرع قد استخدم تقديره في تجريم ذلك السلوك والمعاقبة عليه ، دونما تناسب ظاهر ، وإن على المشرع قبل أن يتحقق من ضرورة العقوبة ، حرى به أن يستشعر ضرورة الجريمة ، وهنا لا يكون فعل مساعدة الأجنبي على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة فيها عملاً إرهابياً، إلا إذا كان قد وقع بصورة عمدية لتسهيل أي من مشاريع الإرهاب فردية كانت أم جماعية لهدف الأضرار الجسيم بالنظام العام من خلال الترويع والتخويف ، الأمر الذي أدى بالمجلس الدستوري الفرنسي أن يستقر على قاعدة مفادها ((عدم دستورية الجزاء الذي يبدو ظاهراً عدم تناسبه مع الوقائع التي تؤدي إليه^(٥٢)).

كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر ، إلى تأكيد ذات المسالك عندما قضت بأن (القانون الجنائي وإن اتفق مع غيره من القوانين في تنظيم بعض العلائق التي يرتبط بها الأفراد فيما بين بعضهم البعض ومن خلال مجتمعهم بقصد ضبطها، إلا أن القانون الجنائي يفارقها في اتخاذ العقوبة أداة لتقويم ما يصدر عنهم من أفعال نهاهم عن ارتكابها،

وهو بذلك يتغيا أن يحدد - من منظور اجتماعي - مالا يجوز التسامح فيه في مظاهر سلوكهم، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون قبولها اجتماعياً ممكناً، بما مؤداه: أن الجزاء عن أفعالهم لا يكون مبرراً إلا إذا كان مفيداً من وجهة اجتماعية، فإذا كان مجاوزاً تلك الحدود التي لا يكون معها ضرورياً، غدا مخالفاً للدستور^(٥٣).

وفي سياق متصل بما هو عليه الحال في القضاء الدستوري المقارن، زاولت المحكمة الاتحادية العليا العراقية اختصاصها الرقابي فيما يتعلق بخيارات التقدير التي يملكها المشرع في ميدان سن القوانين، حيث تقلدت دوراً مهماً وفعالاً في ضبط آليات أعمال تلك السلطة التقديرية، ففي الحكم المرقم (٥٣/اتحادية/٢٠١٢) الذي أصدرته المحكمة بتاريخ (٢٠١٢/١٢/١٨) إنتهت إلى أن للمشرع حرية التقدير في ممارسته لبعض من جوانب اختصاصاته، وأكدت ضرورة إحترام الخيارات التشريعية التي تعد من حيثيات السياسة التي يتناها المشرع عند سنه للقوانين التي تأتي إنسجاماً ما يضطلع به من مهام دستورية^(٥٤).

إلا أنه ومع الاعتراف للمشرع بحرية التقدير في ممارسته لاختصاصاته فإن ذلك لايفيد إطلاق صلاحيات المشرع على وسعها دونما حد أو قيد، وما يدل على ذلك، ما جاءت به المادة^(٥٦) من الدستور التي نصت على أن ((لا يكون تقييد ممارسة أي حق من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، على ان لا يمس ذلك التقييد والتحديد جوهر الحق او الحرية)).

لذلك فإن المشرع قد يتعرض إلى جوهر الحق او الحرية انتقاصاً أو إلغاءً إذا ما قام

بأعمال سلطته التقديرية في مجال التجريم والعقاب، دون مراعاة للتوازن بين تلك الحقوق والحريات بعضها في مواجهة الآخر وبينها وبين متطلبات المصلحة العامة، ذلك التوازن الذي يجد أساسه في الاعتداد بمبدأي الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب، وهو ما تمثل فيما ذهبت إليه المحكمة في حكمها ذي العدد (٤٦/اتحادية/٢٠١١) بتاريخ ٢٢/٨/٢٠١١، الذي كشفت فيه عن أن الضرورة في تجريم الأفعال التي أوردتها المواد من (٨١ - ٨٤) من قانون العقوبات، تتمثل في أن ممارسة الأفراد لأياً من حقوقهم أو حرياتهم المكفولة دستورياً، يجب أن يجيء دونما الأضرار بالغير أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة، لذا فإن المواد المشار إليها تعد متوافقة وأحكام الدستور كون ضرورة تجريمها تكمن في إخلالها بالنظام العام والآداب العامة، ولاتعد إنتهاكاً لحقوق وحريات الأفراد (مثل حرية التعبير عن الرأي وحرية الإعلام والصحافة والأعلان والنشر)، إذ أن الأخيرة (حقوق الأفراد وحرياتهم) لم ترد مطلقة، بل مقيدة باحترام الحقوق والحريات الأخرى التي يقرها الدستور لجميع الأفراد، وبما يحفظ كافة متطلبات المصلحة العامة^(٥٥).

كما أفادت المحكمة الاتحادية العليا بأن الضرورة في العقاب غير متحققة فيما ورد في الفقرة (ثالثاً) من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٢٢١) المؤرخ في ١٤/١٠/٢٠٠١، التي اوردت عقاباً دونما سلوكاً إجرامياً كان قد ارتكب، وما في ذلك إلا إهداراً من المشرع لمبدأي الضرورة في العقاب ومخالفة واضحة لأحكام الدستور، إذ قضت بأنه ولدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد(ان المدعي يطلب في دعواه إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل

المرقم ٢٢١ المؤرخ في ٢٠٠١/١٠/١٤ بالنسبة إلى حرمانه من حقه الشرعي كوارث لو دنته المتوفية (ز.م.ت) وذلك لمخالفته للدستور ولدى الرجوع إلى القرار المذكور وجد بأن الفقرة (الثالثة) منه نصت بان ((يحرم (ن.ج.ش) ابن المنصوص عليها في البند (ثانياً) من هذا القرار من وراثتها بعد وفاتها ، عقاباً له على عقوقه لها، وتوزع حصته على بقية ورثتها كل حسب استحقاقه الشرعي)) إذ إن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٢٢١) المؤرخ في ٢٠٠١/١٠/١٤ وقد صدر في ظل الدستور المؤقت وأنه أي الدستور المؤقت كان قد تبنى في أحكامه الشريعة الإسلامية وعدم مخالفة أحكامها وحيث إن الشريعة الإسلامية حددت الحالات التي يحرم فيها الوارث من الإرث وليس من بينها عقوق الوالدين وبذلك تكون الفقرة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المشار إليه أعلاه جاء خلافاً لأحكام الدستور وحيث أنه من اختصاص هذه المحكمة استناداً للفقرة (الثانية) من المادة (الرابعة) (٥٦) من القانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ (قانون المحكمة الاتحادية العليا) الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أي جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام الدستور عليه واستناداً على ذلك قررت هذه المحكمة الحكم بإلغاء الفقرة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٢٢١) والمؤرخ ٢٠٠١/١٠/١٤ بحيث ينال المدعي من إرث والدته المتوفية (ز.م.ت) من الدار موضوع الدعوى وفقاً للاستحقاق الشرعي (٥٧).

الخاتمة

من خلال ما تم عرضه من حيثيات تتصل بحدود سلطة المشرع في ميدان التجريم والعقاب وما تم إيراد من أحكام قضائية دستورية في الشأن ذاته يمكن أيراد الأستنتاجات والتوصيات الآتية :-

الأستنتاجات

١- سلطة المشرع لا يمكن أن تكون مطلقة بحال من الاحوال، إذ يقيد الدستور في جانب من جوانب ممارستها، وهذا ما تجسد في السلطة المقيدة، وإن كانت تقديرية، فإن ذلك التقدير لا يرد دونما ضوابط تحده وتقف حائلاً بين المشرع والانحراف في استعمال سلطته.

٢- من أهم الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للمشرع ، ما يشكله مفهوم الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب، حسبما أشير إلى مكانتهما في التشريع الذي يراد سنه، إذ يعدان من المبادئ القانونية العامة ذات القيمة الدستورية التي تجد مصدرها في مقدمات الدساتير أو إعلانات الحقوق أو المواثيق العالمية ذات الصلة بحقوق الأفراد وحررياتهم .

٣- إن الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب يعدان من المحددات التي ترافق السلطة التقديرية للمشرع، ويجب عليه مراعاتهما إذا ما أراد أن يجرم فعلاً ويعاقب مرتكبه، فلا جدوى من تجريم فعل ما دون أن تكون هنالك ضرورة قد دعت إليه، ولا ضرورة تذكر إذا لم يكن ذلك الفعل قد الحق ضرراً أو شكل خطراً، فالضرورة الاجتماعية في التجريم

التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي بوجود الألتزام بسائر الضوابط ذات الصلة بسلطته في التجريم والعقاب لاسيما في ميدان السلطة التقديرية التي يتمتع بها إذ يشكل مفهوما الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب من الضوابط المهمة في هذا الشأن ويتعين على القضاء الدستوري ممثلا بالمحكمة الاتحادية العليا ممارسة دوره في الرقابة الدستورية على مدى التزام المشرع بتلك الضوابط.

٢- نوصي المشرع بضرورة استلهاهم ما يسود المجتمع من معتقدات وقيم وعادات وتقاليد معتبرة، المصالح واجبة الحماية بعدها ركائز تسهم في ضمان أمن المجتمع وكفالة الاستقرار فيه، وأن يبتعد عن توجهات التجريم الذي يبتغى من وراءه حماية تصورات ورؤى من يتقلد شؤون السلطة، وتدل بوضوح عن إنحراف بين في استعمال السلطة وهذا ما بدا واضحا في القرارات التي كانت تصدر عن السلطة التنفيذية ممثلة بمجلس قيادة الثورة المنحل.

٣- يجب على القضاء الدستوري في العراق ممثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا أن يولي أهمية لمبدأي الضرورة والتناسب بما يكفل معها الزام المشرع بمراعاتهما إذا ما اراد أن يسن من القوانين ما يجرم افعالاً ويفرض فيها جزاءات جنائية في مواجهة مرتكبيها، وأن يصار إلى البحث في دستورية القوانين الجنائية إنطلاقاً من تحقق أو إنتفاء الضرورة والتناسب فيها.

تشكل المدخل الأساس للقول بوجود التناسب فيه، فالتناسب في التجريم يكون مفقودا اذا لم يكن التدخل التجريمي للمشرع ضروريا من الوجهة الاجتماعية، اما الضرورة والتناسب في العقاب فانها تتحقق إذا كان سلاح العقوبة ضروريا لمواجهة الجريمة وهو لا يكون كذلك إذا لم يتحقق الغرض المرجو منه في الردع والتأهيل، فالضرورة في العقاب تنتفي إذا وجدت بدائل تغني عنه، الا ان المعادلة التي يجب ان يحققها المشرع في اطار سياسته الجنائية لا تلتأم إذا لم يكن العقاب متناسبا هو الآخر مع التجريم، فالأنسانية يجب أن لا تغيب عن بال المشرع حتى وإن كان يتعامل مع المجرمين، ذلك أن الوحشية في العقوبات او الشدة المفرطة فيها مؤشرات تكشف عن انعدام التناسب.

كان للقضاء الدستوري دوراً كبيراً في التأكيد على أن الأصل في السلطات التي يملكها المشرع في سن القوانين هو حرية التقدير، وان التقييد هو الاستثناء، وان السلطة التقديرية ليست مطلقة لا حدود لها، وإنما تحكمها ضوابط ألزم القضاء السلطة التشريعية بالسير على هديها، وإلا فإن الخروج عنها يجعل العمل مشوبا بعدم الدستورية، ويشكل مبدأي الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب من أهم القيود (الضوابط) التي تفرض على سلطة المشرع التقديرية، وذلك من خلال الموازنة التي يجب أن تضطلع بها القاعدة الجنائية، بين حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة، أو بين حقوق وحريات الأفراد بعضهم في مواجهة الآخر، دونما تمييز بين المراكز القانونية المتماثلة.

ألموامش

(^{١١}) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٢/

إتحادية/٢٠١٣) في (٦/٥/٢٠١٣)، منشور عبر الموقع الإلكتروني الرسمي للسلطة القضائية الاتحادية / قرارات المحكمة الاتحادية العليا، ضمن الرابط التالي <http://iraqfsc.iq/ar/node/211>

(^{١٢}) ينظر: د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ط٦، جامعة عين شمس، ١٩٩١، ص ٦١ .

(^{١٣}) ينظر: د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، مع مقدمه للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ ص ٣٩١ .

(^{١٤}) ينظر: د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، دار التيسير، ٢٠٠٤، ص ٦٩٦ .

(^{١٥}) ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ٤٨٥ .

(^{١٦}) ينظر: د. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٧٤ .

(^{١٧}) ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٤٤٥ .

(^{١٨}) أشار إلى ذلك د. عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ٤٤٩ .

(^{١٩}) ينظر: د. عبير حسين السيد حسين، مرجع سابق، ص ١٥٨ .

(^{٢٠}) - ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ٤٥٤ .

(^{٢١}) ينظر: قرار المجلس الدستوري الفرنسي (٥٤-٧٤) في ١٥ يناير ١٩٧٥، منشور عبر الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلس، ضمن الرابط التالي :-

<http://translate.google.iq/translate?hl=ar&sl=fr&u=http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/fran->

(^١) ينظر: د. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٢٩ .

(^٢) ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٤٨٦ .

(^٣) ينظر: د. عبير حسين السيد، مرجع سابق، ص ١٢٩ وما يليها .

(٤) ينظر: د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠١٢، ص ٤٣ .

(٥) ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ٤١٥-٤١٦ .

(٦) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٥) لسنة (٤) قضائية دستورية، في ٢ يونيو ١٩٨٤، منشور عبر الموقع الإلكتروني لجامعة منيسوتا مكتبة حقوق الإنسان، ضمن الربط التالي : <http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-5-Y4.html>

(٧) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٩٦) في (١٧/٣/٢٠٠٥) .

(٨) علماً إنه لم يتم سن ذلك القانون لغاية الآن، وهو ما لا ينسجم والدور الذي يتحتم على المحكمة النهوض به باعتبارها حامية الحقوق والحريات الفردية، لذا والحالة هذه نرى ضرورة الإسراع بسن هذا القانون بالشكل الذي يعزز إستقلالية المحكمة ويرسخ من دورها في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، فضلاً عن ممارستها ما أوكل الدستور إليها من اختصاصات أخرى.

(٩) تنظر المادة (٩٣) من الدستور العراقي.

(^{١٠}) ينظر: الموقع الإلكتروني الرسمي للسلطة القضائية الاتحادية / قرارات المحكمة الاتحادية العليا، ضمن الرابط التالي:- <http://iraqfsc.iq/ar/node-307>

cais/les-decisions/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html&prev=search%3Fq%3Ddedcision%2B64-54dc%2Bdu%2B15janvier%2B1975%26newwindow%3D1%26rlz%3D1C2RNVE_enIQ545IQ545

(٢٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٢ لسنة ١٨ ق دستورية بتاريخ ١٩٩٧/٧/٥، الجريدة الرسمية السنة ٢٩ في ١٩/٧/١٩٩٧، ص ١٦٨٥ ينظر في ذلك: د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٤٤ و د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، ط٤، مطابع السعدني، ٢٠٠٨، ص ٣١.

(٢٤) ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ٤٨٢.

(٢٥) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٤/١/١٩٩٥ القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ ق دستورية، الجريدة الرسمية في ١٩٩٥/٢/٦ العدد ٧.

(٢٦) ينظر: د. زكي النجار، مرجع سابق، ص ١٦٣.

(٢٧) ينظر: د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط١، دار الشروق، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٥٨ وما يليها.

(٢٨) لأهمية ما ذكر نعرض ما أورده تلك الاتفاقية من نصوص في المواد من ٨-١١.

المادة الثامنة:-

١- لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته.

٢- لا يجوز للسلطة العامة ان تتعرض لممارسته هذا الحق إلا وفقا للقانون وبما تمليه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي وسلامة الجمهور او الرخاء الاقتصادي للمجتمع او حفظ النظام ومنع الجريمة او حماية الصحة العامة والآداب او حماية حقوق الآخرين وحرياتهم .

المادة التاسعة:-

١- لكل إنسان الحق في حرية التفكير والضمير والعقيدة. هذا الحق يشمل حرية تغيير الدين أو العقيدة، وحرية إعلان الدين أو العقيدة بإقامة الشعائر والتعليم والممارسة والرعاية، سواء على انفراد أو بالاجتماع مع آخرين، بصفة علنية أو في نطاق خاص.

٢- تخضع حرية الإنسان في إعلان ديانته أو عقيدته فقط للقيود المحددة في القانون والتي تكون ضرورية في مجتمع ديمقراطي لصالح أمن الجمهور وحماية النظام العام والصحة والآداب أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم.

المادة العاشرة:-

١- لكل إنسان الحق في حرية التعبير. هذا الحق يشمل حرية اعتناق الآراء وتلقى وتقديم المعلومات والأفكار دون تدخل من السلطة العامة، وبصرف النظر عن الحدود الدولية. وذلك دون إخلال بحق الدولة في أن تطلب الترخيص بنشاط مؤسسات الإذاعة والتلفزيون والسينما.

٢- هذه الحريات تتضمن واجبات ومسؤوليات. لذا يجوز إخضاعها لشكليات إجرائية، وشروط، وقيود، وعقوبات محددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي، لصالح الأمن القومي، وسلامة الأراضي، وأمن الجماهير وحفظ النظام ومنع الجريمة، وحماية الصحة والآداب، واحترام حقوق الآخرين، ومنع إفشاء الأسرار، أو تدعيم السلطة وحياد القضاء.

المادة الحادية عشر:-

١- لكل إنسان الحق في حرية الاجتماعات السلمية، وحرية تكوين الجمعيات مع آخرين، بما في ذلك حق الاشتراك في الاتحادات التجارية لحماية مصالحه.

٢- لا تخضع ممارسة هذه الحقوق لقيود أخرى غير تلك المحددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي، وسلامة الجماهير، وحفظ النظام ومنع الجريمة

وحماية الصحة والأدب، أو حماية حقوق الآخرين وحراباتهم. ولا تمنع هذه المادة من فرض قيود قانونية على ممارسة رجال القوات المسلحة أو الشرطة أو الإدارة في الدولة لهذه الحقوق.

(٢٩) - دخلت هذه الإتفاقية حيز التنفيذ في ١٩٨٧/٦/٢٦ ، وصادق العراق عليها بموجب القانون رقم ٣٠ في ٢٠٠٩/٧/١٣ الذي نُشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤١٢٩) في ٢٠٠٩/٧/١٣.

(٣٠) - حددت الإتفاقية كافة اشكال الاعتداء التي تدخل ضمن مفهوم التعذيب حيث نصت المادة الأولى منها على أن (١- لأغراض هذه الإتفاقية ، يقصد بـ ((التعذيب)) أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد ، جسدياً كان أم عقلياً ، يلحق عمداً بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص ، أو من شخص ثالث ، على معلومات أو على اعتراف ، أو معاقبته على عمل ارتكبه او يشتبه في انه ارتكبه ، هو أو شخص ثالث أو تخويفه او إرغامه هو أو أي شخص ثالث – أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيا كان نوعه ، أو يحرص عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية . ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها.

(٣١) - حيث أفادت بذلك المادة الرابعة من الإتفاقية بفقرتها اولاً وثانياً، والتي جاء فيهما مانصه:-

١- تضمن كل دولة طرف أن تكون جميع أعمال التعذيب جرائم بموجب قانونها الجنائي ، وينطبق الأمر ذاته على قيام أي شخص بأية محاولة لممارسة التعذيب وعلى قيامه بأي عمل آخر يشكل تواطؤ ومشاركة في التعذيب.

٢- تجعل كل دولة طرف هذه الجرائم مستوجبة للعقاب بعقوبات مناسبة تأخذ في الاعتبار طبيعتها الخطيرة. فضلاً عن ذلك ألزمت المادة السادسة عشر من الإتفاقية الدول الأطراف فيها بأن تمنع اياً من اشكال العقوبات اللاإنسانية أو القاسية أو المهينة، وذلك بأ تتعهد تلك الدول بالآتي:-

١- تتعهد كل دولة طرف بان تمنع ، في أي إقليم يخضع لولايتها القضائية حدوث أي أعمال أخرى من أعمال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي لاتصل إلى حد التعذيب.....

لا تخل أحكام هذه الإتفاقية بأحكام أي صك دولي آخر أو قانون وطني يحظر المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة أو يتصل بتسليم المجرمين أو طردهم.

(٣٢) - هيومن رايتس ووتش (Human Rights Watch)، هي منظمة دولية غير حكومية معنية بالدفاع عن حقوق الإنسان والدعوة لها، مقرها مدينة نيويورك. تأسست في سنة ١٩٧٨ للتحقق من أن الاتحاد السوفياتي يحترم اتفاقات هلسنكي، ينظر: الموقع الإلكتروني، الموسوعة الحرة، ويكيبيديا، ضمن الرابط التالي: http://ar.wikipedia.org/wiki/D%80%D9%88%8A%D9%D9%87%8A%D8%D9%A7%D8%B1%D8%_86%9A%D8%88%D9%88%D9%_B3%AA%D8B4%A%D8

(٣٣) - حيث جاء في تقرير المنظمة حول هذا القانون ((أنه بموجب القانون ٣٧ الصادر في ٢ مايو/ أيار ٢٠١٢، فإن إذاعة أخبار أو دعايات كاذبة أو مغرضة تضر بالاستعدادات الحربية للدفاع عن البلاد أو إلقاء الرعب بين الناس لإضعاف الروح المعنوية للمواطنين جريمة يُعاقب عليها بالسجن لمدة غير محددة.

وتشتمل "الدعايات" تمجيد القذافي أو نظامه أو أبنائه، و إذا أدت الدعايات أو الأخبار المعنية إلى ضرر بالبلاد فمن الممكن الحكم على صاحبها بالسجن المؤبد.

وأضافت ويتسن أن أي شخص يفعل أي شيء يمس بثورة السابع عشر من فبراير يمكن أن يُتهم بارتكاب جريمة بموجب القانون، وأن يُسجن، موضحةً أنه يمكن نسب اتهامات لأي شخص أهان الدين الإسلامي، أو هيبة الدولة ومؤسساتها النظامية

translate?hl=ar&sl=fr&u=http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1981/80-127-dc/decision-n-80-127-dc-du-20-janvier-1981.7928.html&prev=/search%3Fq%3Ddecision%2Bdc%2Bdu%2B20%2Bjanvier%2B1981%26newwindow%3D1%26rlz%3D1C2RNVE_enIQ545IQ545

(٣٦) ينظر: د. عوض المر ، تقديم مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا التي أصدرتها في أول يوليو في سنة ١٩٩٣ حتى يونيو ١٩٩٠ ، الجزء السادس ص ٣٧ .

(٣٧) عبد المجيد إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص ٥١٧ .

(٣٨) ينظر: د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المجلد الأول ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١١٦ وما يليها .

(٣٩) ينظر: د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص ٣٦٨ .

(٤٠) تنص المادة ٦٦ على (العقوبة الشخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ولا عقاب الا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون .

(٤١) تنظر المواد (٧٤-١٠٨ - ١٤٧- ١٤٨) من دستور جمهورية مصر والتي أجازت للسلطة التنفيذية اصدر قرارات لها قوة القانون في حالة حدوث الأزمات او في الحالات الاستثنائية التي تستدعي الضرورة فيها إيكال زمام المواجهة بنصوص تشريعية الى السلطة التنفيذية .

(٤٢) نصت المادة ٦١ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على أن (يختص مجلس النواب بما يأتي : أولاً : - تشريع القوانين الاتحادية .

(٤٣) من أمثلة تلك القرارات ، القرار المرقم ١١٥ لسنة ١٩٩٤ ، الذي جاء فيه (استنادا الى احكام الفقرة أ من

والقضائية أو أهان علانية الشعب الليبي أو شعار الدولة أو علمها .

و نوهت ويتسن إلى أن حُكم تجريم الإضرار بثورة ١٧ فبراير/شباط يستند إلى المادة ١٩٥ من قانون العقوبات الليبي المطبق حالياً، والذي تمت صياغته وإنفاذه في ظل حُكم القذافي، وهذه المادة المذكورة تحظر الإضرار بثورة القذافي، مؤكدةً أنه في ظل الحكومة السابقة، كان انتقاد القذافي أو ثورة الفاتح يُعاقب عليهما بالإعدام، ودأب النظام على حبس الافراد بسبب انتقاد الحكومة، وحُكم على بعضهم بالحبس تحت طائلة المادة ١٩٥ من قانون العقوبات الليبي، مشيرةً إلى أن المجلس الانتقالي مارس عملية قص ولصق لقوانين القذافي .

و قالت مجموعة من محامي حقوق الإنسان لـ هيومن رايتس ووتش أنهم سوف يطعنون على القانون رقم ٣٧ أمام المحكمة الليبية العليا، منوهةً إلى أن الإعلان الدستوري المؤقت الصادر في ٣ أغسطس/آب ٢٠١١ يضم فصلاً عن حقوق الإنسان والحريات تكفل المادة ١٤ منه حرية الرأي والتعبير، وكذلك حرية التجمع .

يشار إلى أنه بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، فإنه يمكن للحكومات تقييد الحق في حرية التعبير من أجل حماية الآداب العامة على أن يتم التضييق بعد استيفاء عدد من اختبارات الضرورة والتناسب، على أن يكون هذا التضييق غير متضمن لأي تمييز على أساس الدين أو المعتقد والقانون الصادر مؤخراً فشل في هذا الاختبار المذكور)) ينظر في ذلك : الموقع الإلكتروني http://com.anbalibya.www.com/198=id_article?php.details_article

(٣٤) ينظر: د. عبد المجيد ابراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص ٤٨٨ وما يليها .

(٣٥) ينظر قرار المجلس الدستوري الفرنسي (١٢٧-٨٠) في ٢٠ يناير ١٩٨١، منشور عبر الموقع الإلكتروني للمجلس، ضمن الرابط التالي:-

<http://translate.google.iq/>

المادة الثانية والاربعين من الدستور المؤقت، قرر مجلس قيادة الثورة (المنحل) بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٩٩٤/٨/٢٥ ما يلي:

اولا: يعاقب بقطع صوان الاذن كل من ارتكب جريمة:

أ- التخلف عن اداء الخدمة العسكرية.

ب- الهروب من الخدمة العسكرية.

ج- ايواء المتخلف او الهارب من الخدمة العسكرية والتستر عليه.

ثانيا: يعاقب بقطع صوان الأذن الأخرى كل من عاد الى ارتكاب احدى الجرائم المنصوص عليها في البند اولا في هذا القرار.

ثالثا: توشم جبهة كل من قطع صوان اذنه بخط افقي مستقيم بطول لا يقل عن ثلاثة سنتمترات ولا يزيد عن خمسة وبعرض ملمتر واحد.

رابعا: ينفذ قطع الصوان والوشم وفق تعليمات يصدرها ديوان الرئاسة لهذا الغرض.

خامسا: يعاقب بالاعدام رميا بالرصاص من قبل الجهات المختصة كل من:

أ- هرب من الخدمة العسكرية ثلاث مرات.

ب- تخلف عن الخدمة العسكرية ثم هرب مرتين.

ج- اوى او تستر ثلاث مرات على متخلف او هارب من الخدمة العسكرية الخ

كذلك ورد في القرار المرقم ١١٧ لسنة ١٩٩٤ الذي نُشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٥٢٧) في (١٢/٩/١٩٩٤)، الآتي:-

اولا: أ- يمنع ازالة الوشم الذي تم نتيجة ارتكاب جريمة معاقب عليها بقطع اليد او الاذن.

ب- يعاقب كل من قام او ساعد على ازالة الوشم او اجرى عملية تجميل لليد او الاذن المقطوعة بعقوبة قطع اليد او الاذن حسب الاصول.

ثانيا: تدون عقوبة كل من عوقب بقطع اليد او الاذن

وعلامة الوشم في هوية الاحوال المدنية وشهادة الجنسية ودفتر الخدمة العسكرية والوثائق الرسمية الاخرى المتعلقة باثبات الشخصية ... الخ، وفي توجهه ليس ببعيد عما ورد في القرارين سابقين الذكر، ذهب مجلس قيادة الثورة (المنحل) في قراره المرقم (٩٦) في (٢٨/٧/١٩٩٤) الذي نشر في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) بعددها ذي الرقم ملحق (٣٥٢١) الصادر في (١/٨/١٩٩٤)، إلى اعتبار الجرائم المعاقب عليها بعقوبة قطع اليد أو الرجل من جرائم الجنايات، عندما نص على أن(اولا :- تعتبر الجرائم المعاقب عليها بعقوبة قطع اليد او الرجل من جرائم الجناياتالخ) جدير بالذكر ان ذلك القرار ألغي بموجب القانون ذي الرقم (١٦) لسنة (٢٠١١) الذي، سنه مجلس النواب، والذي نُشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٤٢٠٤) في(١٥/٨/٢٠١١) حيث جاء في اسبابه الموجبه (لما في القرار من إنتهاك لحقوق الإنسان المنصوص عليها في الدستور العراقي،شُرع هذا القانون).

(٤٤) ينظر: د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الإسكندرية، منشأة دار المعارف، ١٩٩٧، ص٢٦.

(٤٥) ينظر: د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ٢٠٠٠، ص٢٩ و١١٠.

(٤٦) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٨ ق.د في ٢/٨/١٩٩٧، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن، ص١٠٨.

(٤٧) ينظر: د. عيد احمد الغفلول، مرجع سابق، ص١٢٥.

(٤٨) ينظر: د. زكي النجار، فكرة الغلط البين، مرجع سابق، ص٢٢٨.

(٤٩) لتفصيل أكثر حول تطبيقات تلك الضوابط، د. عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص٥٢١ وما

يليهما ، د. عبير حسين السيد حسين ، مرجع سابق ، ص ٢٠٧ وما يليها.

(٥٠) ينظر: د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مرجع سابق، ص ٤٦٢ وما يليها، د. عصام عفيفي عبد البصير ، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها ، دراسة مقارنة، في القانون الوضعي والفقهاء الجنائي الإسلامي ، ط١ ، ٢٠٠٧، ص ١١١ وما يليها.

(٥١) ينظر: د. حسنين المحمدي ، الخطر الجنائي ومواجهته ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٩ - ١٤.

(٥٢) ينظر: قرار المجلس الدستوري الفرنسي المرقم (٩٦- ٣٧٧) في ١٦ يوليو ١٩٩٦، منشور عبر الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري ضمن الرابط التالي :-

http://translate.google.iq/translate?hl=ar&sl=fr&u=http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1996/96-377-dc/decision-n-96-377-dc-du-16-juillet-1996.10816.html&prev=/search%3Fq%3Dd%25C3%25A9cision%2B96-377%2Bdc%2Bdu%2B16%2Bjuillet%2B1996%26newwindow%3D1%26rlz%3D1C2RNEVE_enIQ545IQ545

(٥٣) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٣ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٧/٢/١ ، منشور على الموقع الإلكتروني: شبكة أبراهيم عمران القانونية / ضمن ألبط التالي:- (<http://ibrahimomran.com/vb/>) (٣٩٩٩٨=showthread.php?p

(٥٤) وقد كان ذلك عندما قضت بأنه (لدى التدقيق

والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان المدعي يدعي انه سجين سياسي وانه حكم عليه من قبل المجلس العرفي العسكري الاول في البصرة بموجب الحكم الصادر بحقه بالدعوى (٦٣/١٠٢٤) بتاريخ ١٩٦٤/٤/٥ بالحبس الشديد لمدة احد عشر شهراً مع وقف التنفيذ وفقاً للمادة (١٢/٣١) من قانون العقوبات البغدادي (الملغي) وبدلالة المادة (٤٣) من قانون الجمعيات (الملغي) لكونه احد أعضاء الحزب الشيوعي وانه مارس النشاط الحزبي بقصد الإخلال بالأمن والسلام، وعلى اثر صدور الحكم تم فصله من وظيفته ، وعند صدور قانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦ راجع المدعي المؤسسة لغرض شموله بالقانون المذكور وان المؤسسة أبلغته انه غير مشمول بأحكامه لان المادة (٥) من القانون المذكور تضمنت سرعان القانون على (السجين والمعتقل السياسي من العراقيين في ظل نظام البعث البائد) وهذا يشمل من تم اعتقاله او سجنه من السياسيين من العراقيين من ١٧/ تموز/ ١٩٦٨ ولغاية ٢٠٠٣/٤/٩ ولا تشمل من هم قبل الفترة المذكورة ، ولمخالفة هذا النص للدستور ولتعارضه وأحكام المادة (٢/أولاً/ج) والمادة (١٤) والمادة (١٦) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ طلب إلغاء المادة المذكورة لعدم دستوريتهما والحكم ان يحل محلها (يسري القانون على السجين والمعتقل السياسي من العراقيين في ظل أنظمة البعث البائدة) اي طلب تبديل كلمة (نظام) ب(أنظمة) حتى تشمل ما قبل نظام البعث الذي بدا الحكم في ١٧/ تموز/ ١٩٦٨ ولدى التدقيق تجد المحكمة الاتحادية العليا ان نص المادة المذكورة المطلوب إلغائها وهي المادة (٥) من قانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦ لا يخالف نص المادة (٢/أولاً/ج) من الدستور الذي نص على (لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة

في الدستور) بل العكس جاء منسجماً مع نص المادة المذكورة كما ان النص المذكور لا يتعارض مع المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص (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 أو الاجتماعي) حيث انه لم يفرق بين العراقيين للأسباب الواردة في المادة الدستورية المذكورة، وإنما هو خيار تشريعي للمشرع حصره في المادة المذكورة، كذلك لا يخالف نص المادة (١٦) من الدستور التي تنص على (تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين وتكفل الدولة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك) لان ما ورد في النص المطلوب الحكم بعدم دستوريته هو خيار تشريعي للمشرع..... ينظر: القاضي جعفر ناصر حسين وفتحي الجواري: أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا، لعام ٢٠١٢، المجلد الخامس، ٢٠١٣، ص ٦٩.

(٥٥) حيث جاء في قرار المحكمة ما نصه ((لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان دعوى المدعي تنحصر بطلب وكيل المدعي الحكم بإلغاء المواد (٨١-٨٤) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل، بحجة مخالفتها للفقرة ثانياً من المادة الثامنة والثلاثون من الدستور، والتي نصت على ان ((تكفل الدولة بما لا يخل بالنظام العام والأداب العامة - أولاً: حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل، ثانياً: حرية الصحافة والطباعة والإعلان والأعلام والنشر.... الخ، واستناداً الى ذلك فان الدولة تكفل حرية التعبير وممارسة حرية الصحافة والطباعة والإعلان والأعلام والنشر المنصوص عليها في المادة (٢٨) من الدستور اذا لم تأت مخلة

بالنظام العام والأداب ، أما إذا انت ممارسة تلك الحريات مخلة بالنظام العام والأداب فان الدولة لا تكفل تلك الحريات ، حماية للغير والمجتمع من الاعتداء عن طريق جرائم النشر المشار إليها انفاً، لذا فان ممارسته تلك الحريات المنصوص عليها في المواد (٣٨) من الدستور ، منوطة بشرط ، هو دون الإخلال بالنظام العام والأداب ، لذا فان المواد المطلوب إلغاؤها من ٨١-٨٤ من قانون العقوبات ذي الرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ ، غير متعارضة مع أحكام المادة ٣٨/أولاً وثانياً من الدستور ، لذا تكون دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني مما يستوجب ردها عليه.... الخ) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١١/اتحادية/٢٠٠٦) بتاريخ (٢٤/٨/٢٠٠٦) أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا، لعام ٢٠١١ ، المجلد الرابع، من إصدارات جمعية القضاء العراقي، ٢٠١٢، ص ٣٩ وما يليها.

(٥٦) تختص المحكمة الاتحادية العليا بموجب نص الفقرة ثانياً من المادة الرابعة بالآتي:- (الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والانظمة والتعليمات والاورام الصادرة من اية جهة تملك حق اصدارها والغاء التي تتعارض منها مع احكام قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، ويكون ذلك بناء على طلب من محكمة او جهة رسمية او من مدع ذي مصلحة)

(٥٧) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٢٠/اتحادية/تميز/٢٠١١) بتاريخ (٢١/٨/٢٠١١) أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام (٢٠٠٥ و ٢٠٠٦ و ٢٠٠٧) من إصدارات جمعية القضاء العراقي، ص ١٤.

المراجع

أولاً: الكتب القانونية

- ١٠- د. عبد المجيد إبراهيم سليم ، السلطة التقديرية للمشرع ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- ١١- د. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٩.
- ١٢- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ط ٦، جامعة عين شمس، ١٩٩١.
- ١٣- د. عصام عفيفي عبد البصير ، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها ، دراسة مقارنة، في القانون الوضعي والفقہ الجنائي الإسلامي ، ط ١، ٢٠٠٧.
- ١٤- د. عوض المر ، تقديم مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا التي أصدرتها في أول يوليو في سنة ١٩٩٣ حتى يونيو ١٩٩٠ ، الجزء السادس.
- ١٥- د. عيد احمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، دراسة مقارنة ، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٣.
- ١٦- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المجلد الأول ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، بلاسنة طبع.
- ١٧- د. محمد النجار ، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧.
- ١٨- د. زكي محمد النجار ، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧.
- ١٩- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، ط ٤ ، مطابع السعدني ، ٢٠٠٨.
- ١- د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، ط ١، دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٩٩.
- ٢- د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ٢٠٠٠.
- ٣- د. حسان عبد الغني الخطيب ، القانون العام ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت لبنان ، ٢٠١٢.
- ٤- د. حسنين المحمدي ، الخطر الجنائي ومواجهته ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣.
- ٥- د. رفعت عيد سيد ، الوجيز في الدعوى الدستورية ، مع مقدمه للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة ، ط ١، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤.
- ٦- د. رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر ، دار التيسير ، ٢٠٠٤.
- ٧- د. رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، الإسكندرية ، منشأة دار المعارف ، ١٩٩٧.
- ٨- د. زكي محمد النجار ، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧.
- ٩- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، ط ٤ ، مطابع السعدني ، ٢٠٠٨.

ثانياً : المواقع الالكترونية:-

- ١- الموقع الإلكتروني: شبكة إبراهيم عمران ألقانونية / ضمن ألبط ألتالي:- http://.showthread/vb/com.ibrahimomran.39998=p?php

search%3Fq%3Ddecision%2B64-54dc%2Bdu%2B15janvier%2B1975%26newwindow%3D1%26rlz%3D1C2RNVE_enIQ545IQ545

2 - http://translate.google.iq/translate?hl=ar&sl=fr&u=http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1981/80-127-dc/decision-n-80-127-dc-du-20-janvier-1981.7928.html&prev=/search%3Fq%3Ddecision%2Bdc%2Bdu%2B20%2Bjanvier%2B1981%26newwindow%3D1%26rlz%3D1C2RNVE_enIQ545IQ545 °

قرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية

١ - حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٤/١/١٩٩٥ القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ ق دستورية، الجريدة الرسمية في ٦/٢/١٩٩٥ العدد ٧.

٢ - حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٢ لسنة ١٨ ق دستورية بتاريخ ٥/٧/١٩٩٧، الجريدة الرسمية السنة ٢٩ في ١٩/٧/١٩٩٧ - حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٨ ق.د. في ٢/٨/١٩٩٧، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن.

٢ - الموقع الإلكتروني لشبكة أنباء ليبيا ضمن الرابط التالي :-

http://www.anbalibya.com/article_details.php?article_id=198

٣ - الموقع الإلكتروني، الموسوعة الحرة، ويكيبيديا، ضمن الرابط التالي:

http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%B%D8%_86%D9%80%D9%88%8A%D9%D9D%_B3%AA%D8%8A%D8%D9%A%D8%1B4%AA%D8%D8%88%D9%88%9

٤ - الموقع الإلكتروني لجامعة منيسوتا مكتبة حقوق الإنسان

<http://www.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/html.Y4-5-Egypt-SCC>

ثالثاً: أحكام قضائية :-

قرارات المجلس الدستوري الفرنسي المنشورة عبر الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلس ضمن الروابط التالية :-

1 - <http://translate.google.iq/translate?hl=ar&sl=fr&u=http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html&prev=/>

قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية

١- أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام (٢٠٠٥ و ٢٠٠٦ و ٢٠٠٧) من إصدارات جمعية القضاء العراقي.

٢- أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا، لعام ٢٠١١، المجلد الرابع، من إصدارات جمعية القضاء العراقي، ٢٠١٢.

٣- القاضي جعفر ناصر حسين و فتحي الجواري : أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا، لعام ٢٠١٢، المجلد الخامس، ٢٠١٣.

قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية المنشورة عبر الموقع الرسمي للسلطة القضائية (قرارات المحكمة الاتحادية العليا) ضمن الروابط الألكترونية التالية:-

<http://iraqfsc.iq/ar/node/307>

<http://iraqfsc.iq/ar/node/211>

رابعاً - الإعلانات والاتفاقيات الدولية

١- إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩.

٢- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة ١٩٤٨.

٣- الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥٠.

٤- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

٥- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره

من ضروب المعاملة او العقوبة القاسية او اللاإنسانية او المهينة، التي اعتمدت من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ كانون الأول ١٩٨٤.

خامساً : الدساتير والقوانين المقارنة وأخرى

١- دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة ١٩٥٨.

٢- دستور جمهورية مصر العربية لعام ١٩٧٠

٣- قانون العقوبات المصري ذي الرقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

٤- قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٩٩٢.

سادساً : الدساتير والقوانين وأخرى العراقية

١- دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٧٠.

٢- قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤.

٣- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (النافذ)

٤- قانون العقوبات العراقي النافذ ذي الرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٥- قانون المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥.

The limits of the legislature's authority to criminalize and punish

A comparative study

Prof. Dr. Mohammed Ali Salim *

Dr. Mohammed Hameed Abed **

Abstract

In most constitutions, it is decided that the legislator should resort to the organization of rights and freedoms to criminalize and punish, but, in contrast, this must be restricted to the principle that the organization of the right does not lead to the equality of both its existence and absence, as the organization aims to protect the right and make its practice more effective.

Accordingly, siting this right in a constitution requires from the legislator to protect it and not to criminalize it, since this is the first necessity to enable the individuals to use it. Because the act cannot be described as a right and a crime at the same time.

When it is necessary to regulate a right and criminalize certain acts, that constitute a breach of the legal organization, to protect the rights of others or public order and morals, or public health or morality, it is specified that the organization does not prevent the use of the right and enjoying it, in a sense the organization of the right should not lead to waste it altogether, for if the legislator can organize everything, it cannot do everything for this organization.

*Colleg of Low / Babylon University

**Colleg and poltics / AL-Iraqiah University

أحوال توزيع الاختصاص الضريبي بين السلطتين التشريعية و التنفيذية في ظل الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥

أ.د. رائد ناجي احمد *

الملخص

خاض في اختصاصات السلطة التنفيذية في الجوانب الضريبية و هي ، اختصاصها في اقتراح القوانين الضريبية واعداد مشاريعها كما يناط بها وحدها امر تنفيذها فضلا عن حقها في تفسير النصوص الضريبية الغامضة ، و محاولة استجلاء مراد المشرع و مقصده منها

المقدمة

اتقد صراع تاريخي طويل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية بشأن من يحوز امر تنظيم الشؤون الضريبية كان نتاج هذا الصراع حصول الكثير من الثورات الشعبية والاضطرابات السياسية في دول عديدة لاسيما الغربية منها مثل فرنسا و انكلترا رجحت في نهايته كفة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية في مسك جوانب الضريبة و اطرافها فرضا و جباية و تعديلا و اعفاء و وثق ذلك دستوريا بما عرف لاحقا بمبدأ قانونية الضريبة الذي يتضمن وضع عناصر الضريبة تلك بيد السلطة التشريعية حصرا .

يتنازع الشؤون الضريبية في جل دول العالم سلطتان هما : السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية مما يحتاج ذلك الى قواعد عليا تحدد اختصاص كل منهما و هو ما حاول ان يخطه المشرع الدستوري العراقي في الدستور النافذ الصادر سنة ٢٠٠٥ ، الذي اناط بالسلطة التشريعية فرض الضريبة و تعديلها و جبايتها و الاعفاء منها ، و ذلك في المادة (٢٨/اولا) و هو ما يعرف بعناصر قانونية الضريبة ، و من ثم لا يحق لهذه السلطة ان تفوض امرها الى السلطة التنفيذية . و من جانب اخر يحرم على الاخيرة اتيان اي عمل من شأنه التوغل في العناصر القانونية تلك ، و لكن بالمقابل لا يمنع هذا من ان تمارس مجالات اخرى ضمن الشؤون الضريبية و هو ما سلط عليه البحث الذي قسم على مبحثين تناول الاول اختصاص السلطة التشريعية في الشؤون الضريبية وتم تحديدها باربع هي فرض الضريبة و تعديلها و الاعفاء منها و جبايتها اما المبحث الثاني فقد

* جامعة الانبار /كلية القانون -الفلوجة