

## الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه

أ.م. د. شورش حسن عمر

جامعة السليمانية/ كلية القانون والسياسة- قسم القانون

أ.م. د. خاموش عمر عبدالله

المستشار القانوني والدستوري لرئاسة برلمان إقليم كردستان

### الملخص

شهد القرنان السابع عشر والثامن عشر حركة فكرية وفلسفية، حيث نادى عدد من المفكرين والفلاسفة بمبدأ المساواة، ومن بعدها ادراج الحق في المساواة في الاعلانات والمعاهدات الدولية والداستير الوطنية، ويعد الحق في المساواة اصل الحريات واساس الحقوق، وقد يستخدم كمقياس لتطبيق جميع الحقوق والحريات. وان الحق في المساواة يضم عدة مبادئ فرعية ومن أهم هذه المبادئ المساواة أمام الوظيفة العامة، المساواة أمام الأعباء العامة، والمساواة أمام القضاء، والمساواة أمام القانون الجنائي. وحرصت الدساتير على النص على مبدأ المساواة، أي أن هذا المبدأ يتمتع بقيمة دستورية، يرى البعض ان قيمتها الدستورية لا تساوي مع النصوص الدستورية الأخرى، لانها تطبق مباشرة من دون أن يحتاج الى تدخل المشرع. ان هذا المبدأ كغيره من المبادئ الدستورية يخضع للرقابة من جانب القاضي الدستوري، ويملك القاضي الدستوري السلطة التقديرية، لكي يقرر دستورية قانون بالرغم من مخالفته لبعض المبادئ الدستورية، وعلى هذا الأساس فإنه يأخذ في الاعتبار المصلحة العامة واختلاف المراكز القانونية والاعتبارات السياسية ولا يحكم بعدم دستورية القانون، لانه يراعي السلطة التقديرية للمشرع من جانب والاعتبارات العملية من جانب آخر. وإذا كان المشرع يملك السلطة التقديرية فإنه بمقدوره الاخلال الحق في المساواة وذلك عند توفر شروط وضوابط معينة تؤدي الى تحقيق أهداف مشروعة، كما هو الحال بالنسبة لحالة التصحيح التشريعي، والتمييز الايجابي، وتقسيم الدوائر الانتخابية، ففي كل هذه الحالات يتم الاعتداء على الحق في المساواة ومع ذلك فان القاضي الدستوري يقرب دستورتها ولا يرى فيها مساساً بتلك المبدأ لأنها تهدف الى تحقيق الصالح العام.

### Abstract

The public rights and freedoms are important constitutional issues; hence, all countries confirm them within the constitutional and legal texts. The principle of equality is considered one of the fundamental principles of the public rights and freedoms; therefore, all authorities must sponsor equality and maintain it, even though it is difficult to achieve equality in absolute terms among all individuals. The constitutional courts use various concepts that affect their rulings, based on their interpretation and determination of the concept of the principle of equality, because there are several understandings of the “principle of equality”.

A careful reading of the judicial decisions reveals different meanings to the concept of the equality principle implemented in the rulings of the constitutional tribunals. The increasing role played by the courts in control over the constitutionality of laws and the discretionary power given to the constitutional judge, sometimes lead to overlooking the principle of equality. This paper presents the determination of the concept of “equality principle” as it relates to comparative constitutional jurisdiction, and elaborates on how the constitutional judge addresses such principle; within the context of three topics.

The title of the first topic is “The Constitutional Value of the Equality Principle”, and focuses on studying the following three points: the concept of the “equality principle”, its sub principles, and its constitutional value. The title of the second topic is “The Equality Principle and the Discretionary Authority of the Constitutional Judge”, and this topic discusses the following three points: the equality principle and attainment of the public interest, interpretation of equality principle among distinctive legal centers, and the influence of political obstacles on equality principle. Lastly, the discussion focuses on the legitimate objectives of breaching the principle of equality, through the following points: breach as a result of legislative correction, breach that comes from positive discrimination, and the legitimate breach that results from the division of electoral districts.

## المقدمة

ان الحقوق والحريات العامة من القضايا الدستورية الهامة، لذلك نجد إن كل الدول تؤكد عليها ضمن النصوص الدستورية وقانونية، ويعد الحق في المساواة من المبادئ الأساسية لتلك الحقوق والحريات، ويجب على السلطات كافة كفالتها والمحافظة عليها، وقد يكون من الصعب تحقيق المساواة بصورة مطلقة بين جميع الأفراد.

وهناك عدة مفاهيم تستخدمها المحاكم الدستورية وتؤثر في أحكامها لدى فصلها في مفهوم مبدأ المساواة. إذ إن هنالك مفاهيم عديدة لمبدأ المساواة.

وتسمح القراءة المدققة للأحكام القضائية بتحديد المعاني المختلفة لحق في المساواة والمستخدم في أحكام المحاكم الدستورية.

إن تعاضم الدور الذي تلعبه المحاكم الدستورية في مجال الرقابة على دستورية القوانين والسلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي الدستوري يؤدي في بعض الأحيان على أن يتجاوز مبدأ المساواة.

سوف نقوم في هذا البحث بعرض تحديد مفهوم الحق في المساواة أمام القضاء الدستوري المقارن، ونبين كيفية تصدي القاضي الدستوري لهذا المبدأ في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول والذي يأتي تحت عنوان التعرف بمبدأ المساواة، فسيخصص المطلب الأول لدراسة مفهوم مبدأ المساواة، ونبين في المطلب الثاني مظاهر الحق في المساواة، وندرس القيمة الدستورية للحق في المساواة في المطلب الثالث.

وأما المبحث الثاني فيأتي تحت عنوان الحق في المساواة وسلطة القاضي الدستوري بالتقدير، فسيقسم إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول الحق في المساواة وتحقيق المصلحة العامة، وفي المطلب الثاني الحق في المساواة واختلاف المراكز القانونية وفي المطلب الثالث الحق في المساواة والعوائق السياسية.

وأخيراً نتناول في المبحث الثالث الأهداف المشروعة للإخلال بمبدأ المساواة، حيث ندرس في المطلب الأول الإخلال المشروع للتصحيح التشريعي بالحق في المساواة، وفي المطلب الثاني الإخلال المشروع للتمييز الإيجابي بالحق في المساواة وفي المطلب الثالث الإخلال المشروع لتقسيم الدوائر الانتخابية بالحق في المساواة.

## المبحث الاول التعريف بمبدأ المساواة

الحق في المساواة هي من الحقوق المعترف بها في الاعلانات والمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان، ويعد هذا الحق مدخلاً للتمتع بكافة الحقوق والحريات الاخرى، ويتفرع عن هذا الحق عدة مبادئ فرعية، ومن أهم هذه المبادئ المساواة أمام الوظيفة العامة، المساواة أمام الأعباء العامة، والمساواة أمام القضاء والمساواة أمام القانون الجنائي. وتنص معظم الدساتير على الحق في المساواة، ولايشكل هذا النص مجرد مبدأ توجيهي و توصية، بل انه يفرض على السلطة القضائية واجب اكتشاف ان السلطات التشريعية والتنفيذية قد راعت مساواة جميع الأفراد.

وترتيباً على ما سبق سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الاول: مفهوم مبدأ المساواة.

المطلب الثاني: مظاهر الحق في المساواة.

المطلب الثالث: القيمة الدستورية لمبدأ المساواة.

## المطلب الاول مفهوم مبدأ المساواة

ادرج الحق المساواة في الاعلانات والمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان كنتيجة لمراحل طويلة من التطور التاريخي والسياسي والاجتماعي للمساواة كمبدأ، إذ شهد القرنان السابع عشر والثامن عشر حركة فكرية وفلسفية، حيث نادى عدد من المفكرين والفلاسفة بمبدأ المساواة.

وبعد ذلك كان للثورتين الامريكية والفرنسية الأثر الأكبر في دعم هذا المبدأ ووضعه في صدارة المبادئ الدستورية والقانونية في العالم.

وكان للثورة الامريكية دور كبير في تدعيم هذا المبدأ، حيث نص عليه في إعلان الاستقلال الامريكي الصادر في ٤ يوليو سنة ١٧٧٦.

لقد اظهرت الفقه الفرنسي الميل في تأهل الحق في المساواة ليس فقط كمبدأ بل كحق في المساواة، تم تعريف الحق في المساواة تقليدياً في التعبير عن فلسفة الثورة والليبرالية، مساواة قانونية طبيعية (يولد الناس ويعيشون أحراراً متساوين في الحقوق). ونص إعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ على أن يجب أن يكون القانون مساوياً للجميع دون أي تمييز، وتعرف المساواة كحظر للتمييز أو التمييز القانوني، المساواة وعدم التمييز هي مفاهيم مماثلة ١.

لم يكن النظر في مبدأ المساواة، بشكل واسع، كمبدأ من مبادئ القانون، إنما تبني هذا المبدأ كان نتيجة لعملية نقاش فلسفي وقانوني طويل وقيمتها الحالية تعود إلى الجهود التي يبذلها المجتمع الدولي خاصة بعد أحداث الحرب العالمية الثانية التي ظهرت ان هناك تهديد خطير على كرامة الانسان<sup>٢</sup>.

يعد الحق في المساواة مدخلاً للتمتع بكافة الحقوق والحريات الاخرى تمتعاً لايقوم على التمايز بين الناس بسبب ألوانهم أو أعراقهم أو مكائهم الاجتماعية وغير ذلك من الأسباب والعوامل. كما ان الديمقراطية تجد أصلها في الحق في المساواة وبدونها لايمكن للحقوق والحريات العامة أن توجد.

ويعد الحق في المساواة أصل الحريات وأساس الحقوق، وأصبح من المبادئ العامة في القانون، وتضمنه الاتفاقيات والمعاهدات والاعلانات المتعلقة بحقوق الانسان وإن انبيار الحق في المساواة يعني فقدان الحقوق والحريات الاخرى، فهذا المبدأ هو الأساس الذي يقوم عليه البناء الديمقراطي، فالتفاوت بين الناس يقضي على أهم منجزات الديمقراطية، ويؤدي إلى تسلط فئة على اخرى وإلغاء كل الضمانات المقررة لحقوق الناس وحرياتهم<sup>٣</sup>.

من الصعب جداً الأحاطة بمفهوم الحق في المساواة لانه مبدأ عام وقابل للتأويل فحتى المجتمعات الديمقراطية والمتقدمة التي ادرجت هذا المبدأ في دساتيرها وقوانينها لم تستطع ان تمحو كل أوجه اللامساواة.

المساواة "محاولة لاعطاء الجميع فرصاً مماثلة بقدر الامكان لينتفع كل منهم بما قد تكون بين يديه من امكانيات. ومن ثم تعني ان كل فرد سيعمل حسابه فيما يتخذ من قرارات في كل موضوع يمسه، وان كل ممكنات يقررها القانون لمواطن آخر غيره في مثل ظروفه ستلصق به هو أيضاً. وانه متى قرر المجتمع معاملة البعض معاملة تتميز عن المعاملة التي يلقاها الآخرون فان تلك التفرقة يجب أن يكون لها سند من الصالح المشترك. فليس مما يخرج عن معنى المساواة قط تغليب الحاجات العاجلة على الحاجات غير العاجلة لدى الآخرين"<sup>٤</sup>.

وقد ظهرت عدة اصطلاحات للتعبير عن مبدأ المساواة، فذهب البعض إلى التمييز بين المساواة أمام القانون، والمساواة داخل القانون، والمساواة بواسطة القانون<sup>٥</sup>.

والواقع من الامر إن هذه المعاني الثلاثة متساوية متكاملة تعطي مضموناً متكاملًا للمساواة يتمثل في ثلاثة ركائز لهذه المعان على التوالي، وهي مساواة الجميع في المعاملة القانونية دون أن تكون مساواة حسابية مع إمكان التمييز في المعاملة وفقاً لاسباب موضوعية منطقية وهذه الركائز جميعاً تسهم في تحديد مضمون المساواة القانونية أي المساواة أمام القانون فهي مساواة لا تتحقق إلا بداخل القانون وبواسطته<sup>٦</sup>.

ولا يهدف الحق في المساواة إلى إزالة مظاهر التمييز بين افراد المؤسسة على الأصل أو الجنس أو اللغة أو العقيدة أو اللون، أو غير ذلك من الأسباب فقط، وإنما يهدف كذلك إلى تحقيق العدالة للجميع، وتمتعهم بالحقوق والحريات على قدم المساواة<sup>٧</sup>.

وللحق في المساواة طبيعة مزدوجة (Double nature) فهو يعتبر حق أساسي (Droit pondamental) من حقوق الانسان والمواطن، مثل بقية الحقوق والحريات الاخرى، ويعتبر في ذات الوقت ركيزة أساسية تركز عليها كل الحقوق، وتستخدم بالتالي كدليل أو كعلامة إرشادية أو كموجه لتفسير وتوضيح الحق ذاته<sup>٨</sup>.

إن الحق في المساواة بين الأفراد بمفهومه المطلق هو من أكثر المفاهيم الدستورية المتفق عليها، حيث لا تجد دستوراً في الوقت الحاضر يخلو من النص عليه، وقد برزت في الفكر السياسي والدستوري نظريتان أساسيتان لتحديد أساس الحق في المساواة وليدته الحرية، هاتان النظريتان هما: نظرية القانون الطبيعي، ونظرية العقد الاجتماعي<sup>٩</sup>.

فانصار مدرسة القانون الطبيعي، يذهبون إلى ان الأفراد كانوا يعيشون في حالة الفطرة و يتمتعون بالمساواة التامة فيما بينهم في ممارسة حقوقهم وحررياتهم الطبيعية، أما أنصار نظرية العقد الاجتماعي فيرون أن الأفراد قد تعاقدوا فيما بينهم للخروج من حالة الفطرة من أجل الحياة في مجتمع منظم يتمتعون فيه بالمساواة التامة في الحقوق<sup>١٠</sup>.

ويرى الدستوريون الديمقراطيون ان المساواة عائق أمام الابداع الحروشل للمنافسة و رعاية الدولة عائق وكبح لنشاط الأفراد لهذا فالحرية اولى أن تراعي المساواة، ويتخذ مفهوم المساواة في الدساتير الاجتماعية- الاشتراكية -منظور آخر، إذ يتعدى إلى حق الملكية وإلى مفهوم التوزيع في الاقتصاد وإلى الديمقراطية الادارية، بل وتعمل الدولة مسألة تحقيق هذه المساواة التي تعتبر أساس أيولوجيا الدستور<sup>١١</sup>.

إن مفهوم الديمقراطية الاشتراكية يركز على الحق في المساواة الفعلية بين المواطنين في علاقاتهم وعلى السلطة والاجماع في العمل الحكومي، وألوية الدولة والجماعة قبل الفرد، فالديمقراطية الحقيقية هي برأي الماركسيين، بمعناها الاجتماعي الواسع الذي ينطوي على تحقيق المساواة الاجتماعية والاقتصادية بين المواطنين وإقامة "مجتمع اجماعي"<sup>١٢</sup>.

أما الحرية التي تركز عليها الديمقراطية الليبرالية، باعتبارها العنصر الأساسي، هي مصدر المساواة بين الأفراد في الحقوق (المساواة القانونية)، لا المساواة في الظروف والفرص (المساواة الفعلية)<sup>١٣</sup>.

وهناك علاقة قوية بين الحق في المساواة والمفاهيم الأساسية للديمقراطية الليبرالية: فالمساواة والحرية من جهة والمساواة والديمقراطية من جهة ثانية، لا يمكن إدراك احدهما دون الاخرى<sup>١٤</sup>.

وقد استخدم الحق في المساواة كمقياس لتطبيق جميع الحقوق والحريات، ولهذا قيل بحق ان هذا المبدأ يعد حجر الزاوية للقضاء الدستوري بوصفه احدى الدعائم الرئيسية لدولة القانون نظراً لان سيادة القانون لاتعلو ما لم تطبق على قدم المساواة<sup>١٥</sup>.  
والمساواة المقررة للأفراد بمعناها هي المساواة القانونية، وليست المساواة الحسابية.  
أما المساواة في الواقع أو "المساواة الحقيقية"، فهي تطلب من الحكام التزاماً بالتصرف والتدخل من أجل تصحيح التفاوتات الاجتماعية والاقتصادية بين أوضاع الأفراد والمواطنين، والتي توجد بدون شك في أي مجتمع، وبالتالي تكفل للمجتمع مساواة فعلية للحقوق عن طريق استصدار الدولة لتشريعات اقتصادية واجتماعية تصحح الاوضاع الناجمة عن الأخذ بالمساواة القانونية الخالصة<sup>١٦</sup>.

## المطلب الثاني مظاهر الحق في المساواة

ان الحق في المساواة أمام القانون، يضم عدة مبادئ فرعية، ومن أهم هذه المبادئ المساواة أمام الوظيفة العامة، المساواة أمام الأعباء العامة، والمساواة أمام القضاء والمساواة أمام القانون الجنائي.

### أولاً: الحق في المساواة أمام الوظائف العامة:

ومقتضى ذلك أن يتساوى جميع المواطنين في تولي الوظائف العامة وأن يعاملوا نفس المعاملة من حيث المؤهلات والشروط المطلوبة قانوناً لكل وظيفة، ومن حيث المزايا والحقوق والواجبات والمرتبات والمكافآت المحددة لها<sup>١٧</sup>.

وتتفرع المساواة أمام الوظائف العامة إلى ثلاثة فروع: المساواة بين المرشحين لدخول الوظائف العامة من ناحية، والمساواة بين الموظفين في المزايا والتزامات الوظيفة العامة من ناحية ثانية، وأخيراً، المساواة بين الرجل والمرأة في تولي الوظائف العامة<sup>١٨</sup>.

ان الوظائف العامة لاتعني فقط "الوظائف الحكومية الادارية" ولكن كذلك الوظائف الحكومية السياسية كالمناصب الوزارية والادارية السياسية السامية كمناصب رؤساء المجالس والاجهزة والامناء العامون. وكذلك المناصب التأسيسية كالترشيح في مناصب المجالس التشريعية المحلية أو الوطنية والتي غالباً ما يطغى عليها العنصر الحزبي أو الجهوي أو المصلحي<sup>١٩</sup>.

يعد الحق في المساواة أمام الوظائف العامة احد تطبيقات الحق في المساواة في الحقوق والواجبات الذي تضمنته المادة (٢٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، وان الدولة تكفل تكافؤ الفرص لجميع المواطنين (م|١٦) من الدستور المذكور.

### ثانياً: المساواة في الانتفاع بالمرافق العامة:

وتقتضي المساواة أمام المرافق العامة التسوية الكاملة في معاملة الأفراد بغير تمييز أو تفرقة في الانتفاع بخدمات المرافق العامة وفي أداء مقابل هذا الانتفاع<sup>٢٠</sup>.  
وان أي قانون يخرق الحق في المساواة أمام المرافق العامة، يقرر تمييزاً بين الأفراد المنتفعين بخدمات المرافق العامة هو قانون غير دستوري.

### ثالثاً: الحق في المساواة أمام الأعباء العامة:

ان الحق في المساواة أمام الأعباء العامة هو نتيجة حتمية للحق في المساواة أمام القانون، وبالتالي فإنه يتمتع أيضاً بقيمة دستورية، والأعباء العامة تؤخذ هنا بذات المعنى أمام القاضي الإداري، فهي تشمل الضرائب والرسوم، وأية أعباء مالية أخرى مثل التعويضات، ومؤدى الحق في المساواة أمام الأعباء العامة، المساواة في التضحيات التي تقع على عاتق المواطنين أو على مجموعة منهم يجمعهم مركز متماثل<sup>٢١</sup>.

والمساواة أمام الأعباء العامة تشمل المساواة أمام الأعباء العسكرية من ناحية، وأمام التكاليف الضريبية من ناحية أخرى، ويقصد بالمساواة أمام الأعباء العسكرية، أن يخرط كل مواطن في الخدمة العسكرية بدون استثناء أو عدم اعفاء أحد بسبب مركزه الاجتماعي أو ثروته، أو لاي سبب آخر غير مشروع، وأن يكون أداء الخدمة العسكرية لمدة متساوية بالنسبة للجميع<sup>٢٢</sup>.

وشكلت المساواة في توزيع التكاليف الضريبية منذ قيام الدولة المشكلة الأساس في بقاء و دوام الدولة من عدمه، لذلك فإن اتيان الضريبة معلق عموماً على شرطين<sup>٢٣</sup>:  
شرط قانوني: وهو شرط المشروعية للملازم لاعمال الادارة والتي من دونه تفتقد هذه الأعمال كل قانونيتها.

شرط مادي: وهو شرط العمومية الملازم للحق في المساواة والواقع على كل الأموال (وليس الأعمال) الخاصة والعامة.

بينما هنالك استثناءات تمنح في هذا المجال، لذلك فإن ما يقرره القانون أحياناً من اعفاء الدخل المحدودة، لا يعارض مع جوهر المساواة أمام الضريبة، مادام الامر يخضع لقاعدة عامة تنطبق على الجميع.

وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا المبدأ في حكم ١٢ يوليو ١٩٧٩، وذلك بمناسبة بحث دستورية قانون يفرض رسوماً متفاوتة حسب المنتفعين، وقضى المجلس ان مثل هذه النصوص لا تتضمن مخالفة للدستور، وبالمقابل قرر المجلس عدم دستورية القانون الذي يقضي بعدم جواز رفع دعوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن أخطاء بعض الأفراد، وكذلك

أيضاً القانون الذي يميز في المعاملة بين ممولين يتماثلون في وضعهم بالنسبة لضريبة الدخل<sup>٢٤</sup>.

#### رابعاً: الحق في المساواة أمام القضاء:

المساواة أمام القضاء هي من الاهداف التي تسعى إليها الشعوب لتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع، وتقرن العدالة دائماً بالقضاء، وصلة المساواة بالعدالة صلة وثيقة، إذ انه في أحيان كثيرة يتوقف تحقيق العدالة على تطبيق المساواة بين المتقاضين أو يكون مضمون المساواة متضمناً لمعنى العدالة<sup>٢٥</sup>.

ويقتضي مضمون المساواة أمام القضاء أن يكون القضاء الذي يتقاضي أمامه الجميع واحداً، وبدون أية تفرقة، أي لا توجد محاكم خاصة أو استثنائية لأفراد معينين بذاتهم، - والاختلاف المحاكم باختلاف الاشخاص الذين يتقاضون أمامها- أي تحقيق المساواة بين المتقاضين بالنسبة للقوانين التي تطبق عليهم فيما ينشأ بينهم من منازعات، وتوقيع ذات العقوبات المقررة لنفس الجرائم على مرتكبها-، وكذلك أن تكون اجراءات التقاضي التي يسير عليها المتقاضون واحدة.

يغطي الحق في المساواة أمام القضاء عدة أفكار منها<sup>٢٦</sup>:

١- المساواة في اللجوء إلى القضاء، وبالتالي لا يكون القانون دستورياً حينما يمنع الأفراد من ممارسة هذا الحق، من ذلك، النص على ان ترتيب أقدمية أعضاء السلكين الدبلوماسي و القنصلي يعتبر نهائياً و غير قابل للطعن بأي وجه من الوجوه.

٢- الحق في اجراء محاكمة وفقاً لنفس الإجراءات، طالما يوجد تماثل في مركز المتقاضين، وعلى ذلك، لا يكون دستورياً، محاكمة بعض الأشخاص عن ذات المخالفة، بمعرفة محاكم يختلف تشكيلاً، إذ يجب أن يكون القاضي واحداً بالنسبة لمن ارتكب نفس المخالفة.

٣- المساواة في الضمانات المكفولة للمتقاضين، ويعد مخالفاً لهذا المبدأ، النص الذي يعلق الاستفادة من التقاضي على درجتين على موقف المدعي بالحق المدني.

#### خامساً: المساواة أمام القانون الجنائي:

إن المساواة أمام القانون الجنائي هي نتيجة للمساواة أمام القانون. ونصت المادة (٧) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ على ما يلي "العراقيون متساوون أمام القانون...." وهذا المبدأ العام يسري على كافة فروع القانون، بما فيها القانون الجنائي.

ويعني الحق في المساواة في تطبيقه على العقوبة إذ إن نصوص القانون التي تقرر العقوبات تسري على جميع الأفراد دون تفریق بينهم: فاذا قرر القانون عقوبة من أجل جريمة، فان هذه العقوبة توقع على كل من يرتكب هذه الجريمة<sup>٢٧</sup>.

وهذه المساواة هي المساواة أمام القانون فحسب، أي مساواة في الخضوع لنص القانون واستحقاق العقوبة التي يقررها، ولكنها لاتعني التزام القاضي بان يحكم بذات العقوبة على جميع من يرتكبون جريمة معينة، فله سلطة تقديرية، تتيح له أن يحدد لكل مجرم العقوبة التي يرى انها تناسب ظروفه، ومن ثم فان كل ما يعنيه الحق في المساواة تطبيق ذات النص على جميع من يخالفونه، ولايحول هذا المبدأ دون أن تتفاوت حظوظهم تفاوتاً لا يخرج على الحدود المرسومة في ذلك النص.

ويعد التناسب الواجب توافره في التجريم والعقاب خطوة أساسية ومهمة في سبيل تحقيق المساواة في قانون العقوبات وأمام هذا القانون. ويقوم القضاء الدستوري بدوره في مجال الرقابة على التناسب<sup>٢٨</sup>. فالمشرع الجنائي له أن يقرر معاملة جنائية مختلفة بقدر الافعال الجنائية ذات الطبائع المختلفة، فالمساواة أمام القانون تفترض المساواة في مضمون هذا القانون، وتتطلب أن تكون واقعية أي ليست مساواة شكلية، ومن هنا فان الحق في المساواة لايتعارض مع اختلاف المعاملة الجنائية وفقاً لاختلاف المراكز القانونية التي تتحدد في ضوء الغاية من القانون أو المصلحة العامة<sup>٢٩</sup>.

### المطلب الثالث

#### القيمة الدستورية للحق في المساواة

ان النظام القانوني يتكون من قواعد تتدرج من الأسفل الى الأعلى فيما بينها في شكل تسلسل هرمي، فالأعمال التي من طبيعة تشريعية دستورية تكون في القمة، تليها الأعمال التشريعية العادية، ثم الأعمال التنفيذية في القاعدة، وينبغي على كل قاعدة أدنى أن تحترم القاعدة التي تعلوها، وهذا التدرج يمثل ضماناً للحقوق والحريات العامة، فمن المعلوم أن نصوص الدساتير تقرر تلك الحقوق والحريات، ومن ثم فهي في القمة، مما يوجب على الأعمال التي تلي النصوص الخاصة بالحريات ان تحترمها، والا تخالفها باعتبارها صادرة من تشريع أعلى سلطة منها، بل هو على رأس القواعد القانونية في الدولة<sup>٣٠</sup>. وهكذا فعندما ينشئ دستور حديث قائمة بالحقوق الفردية الأساسية، كالمساواة أمام القانون أو حرية العقيدة، فإنه يمنع بذلك تشريع القوانين التي تقضي بعدم المساواة بين الخاضعين للقانون أو التي تعتدي على إحدى الحريات التي يضمنها الدستور<sup>٣١</sup>.

وحرصت الدساتير على النص على مبدأ المساواة، فقد حرصت الدساتير العراقية المتعاقبة على التأكيد على مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون منذ القانون الأساسي العراقي الصادر عام ١٩٢٥ ولحين صدور دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥<sup>٣٢</sup>.

تقوم كل الدساتير على مبدأ المساواة، لكي تجعل منها منطلق تقييم الحقوق الدستورية، وللمساواة في الفلسفة الدستورية مظهران<sup>٣٣</sup>:

يهدف الاول: إلى إزالة كل تمييز بين الافراد متعلق بالجنس أو العرق أو اللغة أو الانتماء أو العقيدة أو الطبقية أو أي فرق آخر.

ويهدف الثاني إلى تثبيت "قيمة العدل" لدى كل الأفراد سواء فيما بينهم أو في مواجهة الادارة و مؤسسات الدولة وأجهزتها.

يمنح بعض النصوص الدستورية المتعلقة بشأن الحقوق والحريات العامة المشرع سلطة تقديرية في تنظيم الحرية والحق، وذلك دون أن يقيد سلطته في تنظيمها بقيود دستورية محددة.

وهناك من الحريات والحقوق ماهي حريات وحقوق عامة مطلقة لا تقبل التقييد أو التنظيم، فاذا صدرت تشريع يقيدها، كان باطلاً لمخالفته نصوص الدستور<sup>٣٤</sup>، إلا ان الدكتور نعيم عطية يرى بأنه لا يمكن أن تستعصي أية حرية من الحريات - حتى تلك التي يفهم من ظاهر نصوص الدستور انها وردت مطلقة - على تدخل المشرع العادي، إذ يستطيع التشريع العادي أن يقيد على الدوام من هذه الحرية، وذلك لأن كلاً من السلطة والحرية ليس مطلقاً بل نسبياً، ومن ثم لا يخدم الحرية مجرد اعلان عقائد غير مرنة، وانما يخدمها التوفيق المتبصر والموازنة الآمينة بين مطالب الحرية من جهة وبين المقتضيات الاجتماعية من جهة أخرى.

وإذا كان الدستور قد اطلق يد البرلمان في مسائل التشريع، كما نص على مسائل بعينها لا بد من تنظيمها بقانون صادر من البرلمان وطبقاً للاجراءات التشريعية العادية، وبالتالي فان على البرلمان ضرورة التدخل على نحو الزامي لتنظيم بعض الموضوعات التي أولاها الدستور رعاية خاصة مثل تنظيم الأحزاب السياسية والجنسية.

وان معظم الحقوق والحريات العامة التي أوردها الدستور، اكتفى بوضع مبادئها، ومن هنا يتدخل القانون لتنظيم كل حق و حرية، ومن المقرر ان سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات العامة، سلطة تقديرية ما لم يقيدها الدستور بضوابط معينة.

وفي حالات اخرى تخضع سلطة المشرع للقيود التي ترد في الدستور، فقد تنعدم سلطة المشرع ازاء تحديد أو تنظيم موضوع معين في حالة قيام المشرع الدستوري بهذا العمل، ومنعه المشرع العادي من التصدي لتحديده أو تنظيمه على النحو الذي تنعدم معه سلطته ازاءه<sup>٣٥</sup>.

إذا لا يوجد تساوي بين النصوص الدستورية إذ يوجد تمييز بينها فمن هذه القواعد ما تقتضي طبيعته أن تطبق مباشرة دون حاجة إلى تدخل المشرع، ونوع أخرى تحتاج إلى وساطة المشرع لكي ينقلها إلى دائرة التطبيق يسميها بعضهم بنصوص البرامج<sup>٣٦</sup>.

فالنوع الاول من هذه الحقوق المتعلقة بالحريات ترد في الدساتير غير معلقة على شرط و غير محال فيها إلى القانون كما ورد في المادة (١٤) بشأن حق المساواة و ماورد في المادة (٤٣)

من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ بشأن حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية، ومثل هذه الحقوق لايجوز تقييدها فهي حصينة لايجوز المساس بها من جانب المشرع، والطريقة الوحيدة لتقييدها هي من خلال تعديل الدستور نفسه.

إن هذه الحقوق والحريات التي لم يرد بشأنها اصطلاح في حدود القانون أو وفقاً للقانون فهذه الطائفة نظمها الدستور على نحو نهائي، وبالتالي لايجوز تدخل المشرع بأي وجه والا اعتبر التشريع مخالفاً مخالفة موضوعية صريحة لنصوص الدستور التي لم تفوض المشرع في تنظيم هذا المجال من الحقوق والحريات، من هذه الحقوق والحريات، ان هذه الحقوق والحريات تنأى عن دائرة التنظيم التشريعي إلى تقدير المشرع الدستوري باعتبار هذه الحقوق والحريات بمثابة الركيزة والدعامة الأساسية للنظام القانوني للحريات<sup>٣٧</sup>.

لايوجد في كثير من المنظومات الدستورية ما يجبر الدولة بشكل مباشر و صريح على احترام الحقوق والحريات والتدخل بشكل إيجابي لاعمال نفاذها، إلا في المانيا إذ جاء في الفقرة (٣) من المادة (١) من القانون الأساسي لجمهورية المانيا الاتحادية لسنة ١٩٤٩ "تلتزم السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية بالحقوق الأساسية الآتية باعتبارها تشريعاً مباشراً ونافذاً"<sup>٣٨</sup>.

أما النوع الثاني والمتعلق بالحريات التي تصاغ النصوص الدستورية الخاصة به على نحو يحال فيه إلى القوانين العادية، أي ان للمشرع سلطة تقديرية حيالها ما ورد في المادة (١٧) أولاً) بشأن الحق في حرمة الحياة الخاصة، وما ورد في المادة (٣٨) أولاً) بشأن حرية الرأي والتعبير، وماورد في المادة (٣٨) ثالثاً) بشأن حرية الاجتماع والتظاهر السلمي، وهو مايعني ان الدستور يرخص في فرض القيود عليها بمقتضى هذه القوانين.

وهذا يعني ان الحقوق والحريات الواردة في النوع الأول يسمو على الحقوق والحريات الواردة في النوع الثاني وهذا التدرج راجع إلى طبيعة النص، ويتدرج في ذلك أيضاً الاتجاه الفقهي الذي يرى تقسيم النصوص الدستورية إلى نصوص قانونية "تقريرية" تتميز بانها محدودة، وهي قابلة للتطبيق فوراً دون أن يطالب الأفراد المشرع أن يتدخل لتنظيم كيفية تطبيقها وبين النصوص التوجيهية غير المحددة التي تمثل أهدافاً يعمل النظام السياسي على تحقيقها والتي يطلق عليها نصوص البرامج ومن أمثلتها في الدستور ما ورد النص عليه من مبدأ تكافؤ الفرص وكفالة الدولة للخدمات الثقافية والاجتماعية<sup>٣٩</sup>.

لايشكل النص الدستوري الذي يتعلق بالمساواة مجرد مبدأ توجيهي وتوصية، بل انه نص أساسي ودقيق يفرض على الأجهزة القضائية واجب اكتشاف ان السلطات التشريعية والتنفيذية والادارية قد راعت مساواة جميع الأفراد، وفي حالة انتهاك هذا المبدأ تأمر هذه الجهات بالأ تطبيق القوانين والقرارات الوزارية والأحكام التنظيمية الادارية المعنية<sup>٤٠</sup>.

فالمساواة كقيمة دستورية تعني المفهوم المؤسسي للحق في المساواة كما يعلن عنها الدستور وكما يجب أن تتجلى في مختلف قواعد القانون الدولية، وهذه المساواة هي التي تأخذ بعين الاعتبار الفوارق الفردية التي تضع كل شخص في مركزه القانوني وتوليه حقوقه التي تعود اليه وفق ما يملك من خصائص<sup>٤١</sup>.

وتنص بعض الدساتير صراحة على عدم امكانية تعديل النصوص الدستورية المنظمة لبعض الحقوق والحريات، وبعضها الآخر يعبر عن هذا المعنى باستخدام تعبير "الحقوق والحريات غير القابلة للمساس"<sup>٤٢</sup>.

فالمادة (١٥٦) من دستور مصر لسنة ١٩٢٣ كانت تنص على حظر اقتراح تنقيح النصوص الدستورية الخاصة بالحرية والمساواة.

كما تحظر المادة (٧٩) الفقرة (٣) من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية لسنة ١٩٤٩ كل تعديل يمس العناصر الأساسية للنظام الدستوري<sup>٤٣</sup>. ويمكن للمحكمة الدستورية الاتحادية عند ثبوت هذا المساس أن يحكم ببطالان قانون التعديل الدستوري.

وبالرجوع إلى المادة (٧٩) الفقرة (٣) والمادتان (١،٢٠) التي أشار إليهما تلك المادة لم نجد مسألة مبدأ المساواة، إلا ان المحكمة الدستورية الاتحادية أضافت اليه مبدأ المساواة، أو على الأقل، تحريم الفرق في المعاملة غير القابل للتبرير، فقد أكدت في قرارها الصادر في ٢٣ نيسان ١٩٩١، بمناسبة دراسة مسألة دستورية المادة (١٤٣)، الفقرة (٣) الجديدة، التي أدرجت في القانون الأساسي من خلال معاهدة الاتحاد، والتي طرحت مبدأ عدم إعادة الأموال المصادرة بين عامي ١٩٤٥ و ١٩٤٩، بان الحق في المساواة يجب أن يحترم في الجانب الأساسي منه، أي على الأقل في شكل تحريم تعسف الدولة من دون اعطاء الدوافع لذلك حقاً<sup>٤٤</sup>.

ونص الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في الفقرة الثانية من المادة (١٢٦) على عدم جواز تعديل المبادئ الأساسية في الباب الاول والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور، إلا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين، أي بعد مرور ثمان سنوات على تنفيذ هذا الدستور<sup>٤٥</sup>.

## المبحث الثاني

### الحق في المساواة والسلطة التقديرية للقاضي الدستوري

عندما يتعرض القاضي الدستوري لأي نزاع يعرض عليه فإنه عليه أن يحكم بمقتضى نصوص الدستور والقوانين، واثناء مباشرته لوظيفته فإن يتمتع بهامش من السلطة التقديرية للحكم على دستورية التشريعات.

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، وهنا تأتي رقابة القاضي الدستوري للسلطة التقديرية للمشرع.

إن الحق في المساواة يقضي بوجوب اخضاع جميع الأفراد الذي يتمتعون بمراكز قانونية متماثلة لنظام قانوني موحد، ويستطيع المشرع وضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية، إلا ان المشرع لا يمكنه أن يقيد القاضي الدستوري بصورة مطلقة بل يترك له سلطة تقديرية في اختيار الأثر القانوني الذي يترتب على الواقعة المعروضة عليه.

تنص أغلبية الدساتير الحديثة على الاقتراع العام والحق في الترشيح إلا ان التمييز بين الأفراد في الترشيح وغالباً ما يكون وراءها هدف سياسي معين تؤدي إلى حرمان هؤلاء الأفراد من الاقتراع السياسي، ويكون دور القاضي الدستوري في هذا الموضوع حاسماً من خلال سلطته التقديرية للحكم في موضوع الدعوى.

ومن منطلق السابق سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: الحق في المساواة وتحقيق المصلحة العامة.

المطلب الثاني: الحق في المساواة واختلاف المراكز القانونية.

المطلب الثالث: الحق في المساواة والعوائق السياسية.

### المطلب الأول

#### الحق في المساواة وتحقيق المصلحة العامة

إن المعيار الذي اعتنقه القضاء الدستوري المقارن للحكم على دستورية التشريعات التمييزية، هو شرط المصلحة العامة، فيجب للحكم بدستورية التشريع أن يستهدف المشرع تحقيق المصلحة العامة<sup>٤٦</sup>.

تحقيق المصلحة العامة هو هدف كل سلطة، وتلجأ إلى تحقيق المصلحة العامة بأية وسيلة كانت حتى ولو أثرت على حقوق وحرية الأفراد، ومن هنا تأتي دور القاضي الدستوري لكي يدقق في جوهر هذه المصلحة العامة.

ويجب أن يستهدف التشريع تحقيق مصلحة عامة، وإلا كان غير دستوري، غير أن هذه المصلحة كان ينظر إليه تقليدياً على أنه نتيجة منطقية بالنسبة للتشريع، أليس القانون هو التعبير عن الإرادة العامة، والتعبير عن سيادة الشعب غير أن هذا التصور ليس إلا مجرد افتراض قد لا يصادف الواقع.<sup>٤٧</sup>

لأنه عندما يتدخل المشرع لتسوية مسألة معينة مستخدماً السلطة التقديرية، فإنه يهدف لتحقيق غاية محددة تندرج في إطار المصلحة العامة، باعتبار أن التشريعات ليست مجرد نصوص مقصودة لذاتها، بل هي وسائل تتحقق من خلالها أغراض بعينها عهد المشرع الدستوري للمشرع العادي تحقيقها، وفي هذه الحالة على المشرع إيجاد قدر من التناسب والمعقولية بين سبب التشريع ومحلّه.

وليس هناك قرينة قاطعة على أن القانون يبتغي حتماً المصلحة العامة، ومن هنا ليس ما يمنع أن يكون التشريع مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية، أي يتوخى مصلحة أخرى غير المصلحة العامة.<sup>٤٨</sup>

وعلى ذلك فإن المشرع قد يستعمل سلطاته لتحقيق مصلحة بعيدة عن المصلحة العامة، ويظهر ذلك في عدة صور تتمثل في تحقيق مصلحة شخصية إنتقاماً من شخص ما، أو هيئة معينة، أو لتحقيق مصلحة لشخص ثالث، أو إندفاعاً وراء أسباب سياسية.<sup>٤٩</sup>

والمصلحة العامة التي يتوخاها القانون قد لا يحددها الدستور، ويملك المشرع حينئذٍ تقديرها، وعلى العكس قد يكون المشرع مقيداً بغاية معينة فلا يملك أن يحل محلها غاية أخرى، فالأصل أن يترك الدستور للمشرع تحديد المصلحة العامة، ولكن من الممكن أن يحدد الدستور للمشرع هدف مخصص معين لا يجوز أن يتجاوزه، ومن تطبيقات ذلك النص على أن يقوم النظام الضريبي على العدالة الاجتماعية.<sup>٥٠</sup>

الأصل أن المشرع لا يملك أن يتدخل لتحقيق مصلحة معينة (حتى وإن كانت مشروعة) في مقابل الاعتداء على حقوق الأفراد وحرّياتهم، أو أن يتدخل لإقرار تشريعات تصطدم مع القيم الاجتماعية للمجتمع، حتى وإن لم تمثل مخالفة صريحة للدستور ولذلك يربط الفقه بين تدخل المشرع وبين حماية الحقوق والحرّيات العامة، وذلك من خلال العمل على الموازنة بين تحقيق المصلحة العامة التي تمثل أساس وغاية التدخل التشريعي، وبين حماية الحقوق والحرّيات، فلا يضحى بمصلحة على حساب الأخرى.<sup>٥١</sup>

وعلى الرغم من أن الحق في المساواة يعد من أكثر المجالات اتصالاً بالسلطة التقديرية للمشرع، إلا أنه وبالتوازي يعد من أهم ضوابط السلطة التقديرية للمشرع بحسبانه من أكثر المسائل التي تتبدى فيها حالات عدم الدستورية، إذ يتعين على المشرع الالتزام بهذا المبدأ وهو بصدد ممارسة اختصاصه التشريعي، فلا يتخذ السلطة التقديرية وسيلة أو ذريعة لتجاوز

القيود الدستورية التي تلزمه بتحقيق المساواة بين المواطنين كما بينت مفهومها المواثيق الدولية والدساتير المحلية، أو ان يتنصل من هذا المبدأ حتى وان كان يمارس اختصاصه انطلاقاً من سلطته التقديرية، إذ يجب ان يعامل المراكز المتماثلة بطريقة مماثلة وأن يعمل المراكز المختلفة بصورة مختلفة، وفقاً لطبيعة كل حالة على حدة، بشرط أن يكون اختلاف التنظيم الذي احده القانون مرتبط بمضمون القاعدة التي انشأها<sup>٥٢</sup>.

إذاً ان المساواة المنصوص عليها في الدساتير لاتعني إنها مساواة فعلية يتساوى بها المواطنون في الحريات والحقوق، أياً كانت مراكزهم القانونية، بل هي مساواة قانونية رهينة بشروطها الموضوعية، التي ترد في أساسها إلى طبيعة الحق الذي يكون محلاً لها، وما تقتضيه ممارسته من متطلبات، ذلك إن المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية، التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون، بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد، وجب اعمال المساواة بينهم لتمثل مراكزهم القانونية، وان اختلفت هذه المراكز بان توافرت في البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم<sup>٥٣</sup>.

وإذا كانت سلطة المشرع في تحديد المصلحة العامة ليست "مطلقة" وإنما "تقديرية" فان مؤدى ذلك انها تخضع للرقابة من جانب القاضي الدستوري، غير ان هذه الرقابة تتم في حدود ضيقة للغاية، فهي "تنحسر" عن تقدير ملائمة التشريع و"تقتصر" على بحث الجانب الموضوعي لفكرة المصلحة العامة.

والمصلحة العامة مصدر للدستورية الاحتياطية أي "أن يرجع القاضي الدستوري إلى فكرة المصلحة العامة لا لكي يراقب الغاية من التشريع في ذاتها، وانما لكي يقرر دستورية قانون بالرغم من مخالفته لبعض المبادئ الدستورية"<sup>٥٤</sup>.

فالسلطة التقديرية التي يملكها المشرع، لاتناقض حقيقة إن للقوانين التي يقرها اهدافاً تتوخاها، يعتمد عليها في تحقيقها، ويباشر القضاء الدستوري رقابته على هذين الامرين معاً، فالاغراض التي يستهدفها القانون قد تناقض حكماً في الدستور، والوسائل التي يلجأ إليها لتحقيق هذه الاغراض هي النصوص القانونية التي يقرها، فاذا اختلف تناسبها بصورة ظاهرة مع حقيقة الاغراض التي تتوخاها، كان القانون مخالفاً للدستور وهنا تأتي رقابة القاضي الدستوري للسلطة التقديرية للمشرع<sup>٥٥</sup>.

وتؤدي فكرة المصلحة العامة دوراً هاماً في القضاء الدستوري، إذ يأخذ المجلس الدستوري في الاعتبار المصلحة العامة للتأكيد على دستورية النصوص التشريعية بالرغم من انها تتضمن اعتداءً على الحق في المساواة أمام الأعباء العامة، وتطبيقاً لذلك يقرر المجلس ان النص التشريعي لايتضمن مخالفة للدستور، لان المشرع حين يقصد تعديل التشريع الضريبي

بأثر رجعي لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، فإنه يريد أن تتجنب الدولة والوحدات الإقليمية النتائج الضارة التي تحدث في حالة إلغاء قرارات فرض الضريبة<sup>٥٦</sup>.

إذاً لا يعارض مع الحق في المساواة أن يقرر المشرع قواعد خاصة لاعتبارات ترجع إلى المصلحة العامة، وتطبيقاً لذلك قضى المجلس الدستوري بأنه لا يخالف مبدأ المساواة<sup>٥٧</sup>:

- ان يقرر المشرع إمكانية ان يعهد إلى متعاقد واحد تصميم وتشيد وتطوير amenagement و صيانة اقسام البوليس commeissariats وبوليس الضبط الاداري gendarmerie. وقد رأي اصحاب الاحالة ان هذا النص يتضمن اعتداء على المساواة بين المشروعات أمام الطلب العام commande publique، وذلك نظراً لأن تقنين العقود يفرض وجود فصل بين هذه الاعمال. غير ان المجلس لا يرى في احكام تقنين العقود انها من قيمة دستورية، ويقرر ان الخروج على احكام الفصل بين هذه الاعمال ليس مخالفاً للحق في المساواة أمام الطلب العام، لان موضوعه هو التسهيل والاسراع في بناء اقسام البوليس مما يحقق المصلحة العامة.

- أن يفرض المشرع رسماً خاصاً على بعض أنواع البيرة التي تحتوي على نسبة عالية من الكحول، لان هذا الرسم يهدف الي تقييد استهلاك هذه الانواع بسبب المخاطر التي ترتبط باستهلاكها على الصحة و خصوصاً صحة الشباب.

- أن يضع المشرع نظاماً خاصاً لحساب الاتاوة redevance يكون أكثر مراعاة plus favorable لاصحاب التراخيص المحتملين لقطاع شبكات المحمول من الجيل الثالث، لان المشرع يهدف إلى فتح هذا القطاع أكثر أمام المنافسة.

كما يمكن للمحكمة الاتحادية العليا في العراق أن تمارس رقابة التناسب بين الوسائل والأهداف بالاستناد إلى المادة (٤٦) من الدستور التي تنص على انه (لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناءً عليه على ان لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية)، فصحيح ان تقييد الحقوق جائز استثناءً في هذه الحالة لاعتبارات المصلحة العامة أو النظام العام إلا ان هذا التقييد قد يفرض اعباءً كبيرة على هذه الحقوق لاتناسب مع ضائلة المصلحة التي يهدف المشرع إلى تحقيقها أي عندما يصل التقييد القانوني إلى اهدار الحق أو الانتقاص منه انتقاصاً كبيراً بحجة تحقيق المصلحة العامة<sup>٥٨</sup>.

إلا إن القرارات المتعلقة بخرق الحق في المساواة تأسيساً على غايات تحقيق المصلحة العامة، تبقى نسبة متدنية إذا ما استعرضنا اجتهادات القاضي الدستوري -على سبيل المثال- المتعلقة بخرق الحق في المساواة لأسباب أخرى لاتتعلق بالمصلحة العامة<sup>٥٩</sup>.

## المطلب الثاني الحق في المساواة واختلاف المراكز القانونية

مما لا شك فيه ان البشر لم يخلقوا متساويين في المواهب والقدرات الشخصية، وهذا يعني وجود تفاوت حقيقي وفعلي بينهم، أي انعدام المساواة نتيجة لاختلاف الظروف الاجتماعية، فالفوارق الطبيعية بين الافراد جعلتهم متساوون مطلقاً من حيث المكانة الاجتماعية التي يستطيع أن يحتلها كل منهم.

وقد لعبت التشريعات الاجتماعية والاقتصادية في كثير من الدول دوراً هاماً في تحقيق نوع من المساواة الفعلية، دون أن يكون خرقاً لمضمون مبدأ المساواة.

ان الحق في المساواة يقضي بوجوب اخضاع جميع الأفراد الذين يتمتعون بمراكز قانونية متماثلة لنظام قانوني موحد دون تمييز بسبب الأصل أو الجنس أو الدين أو اللغة أو المركز الاجتماعي في اكتساب الحقوق و ممارستها وتحمل الالتزامات و أدائها.

وذلك لان المشرع و بمقتضى سلطته التقديرية و لمقتضيات الصالح العام، يستطيع وضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوي الافراد فيها أمام القانون<sup>٦١</sup>.

إلا ان المشرع لا يمكنه أن يقيد القاضي الدستوري بصورة مطلقة بل يترك له سلطة تقديرية في اختيار الاثر القانوني الذي يترتب على الواقعة المعروضة عليه.

والقاضي الدستوري يراعي الاعتبارات العملية في احكامه حينما يقوم بتفسير نصوص القانون وفقاً لمقتضيات التطور الفكري والسياسي والاقتصادي و بما تتلائم مع الأوضاع الراهنة، وعدم الاقتصار على التفسير الحرفي لها، ومن ناحية اخرى فان القاضي يراعي الاعتبارات العملية المتعلقة بالنزاع المعروض عليه حينما يجتهد من أجل إيجاد حل لهذا النزاع في الحالة التي لا يجد فيها نصاً في القانون أو عرفاً يحكم هذا النزاع<sup>٦١</sup>.

وإذا كان الأصل ان المساواة يجب ان تتميز بالعمومية المطلقة بحيث ينطبق القانون على الجميع دون اختلاف، إلا ان الواقع العملي لا يسمح بتحقيق هذه المساواة المطلقة، ولهذا فان المسلم به ان المساواة لا يمكن ان تكون إلا نسبية، أي ان المساواة لا تتحقق إلا بالنسبة للمراكز المتماثلة<sup>٦٢</sup>.

ورجحت المحكمة الدستورية المصرية، في بعض الاحكام الصادرة عنها، الأسس النظرية للحق في المساواة على حساب الاعتبارات العملية لهذا المبدأ والظروف الواقعية التي تؤثر فيه، وقد ظهر هذا في قضاء المحكمة بعدم دستورية التمييز في المعاملة بين القطاعين العام والخاص، أو بين القطاعين التعاوني والخاص، أو بين القطاعين الاستثماري والخاص، أو بين المنظمات النقابية والمشروعات الخاصة، أو بين هيئات النفع العام والمشروعات الخاصة، أو

بين المحامين وغيرهم في وسائل اقتضاء الحقوق وبالتحديد فيما يتعلق بحصول المحامين على اتعابهم من موكلهم<sup>٦٣</sup>.

كما قضى المجلس الدستوري الفرنسي بعدم دستورية صورة من صور التمييز الايجابي ولم يأخذ في اعتباره الاختلاف الواقعي بين المراكز القانونية، والذي يتدخل المشرع لمعالجته عن طريق اجراء تمييز ايجابي لصالح فئة معينة<sup>٦٤</sup>.

إن الحق في المساواة له طبيعة مزدوجة موضوعية وذاتية، فمن ثانيا هذه الازدواجية في طبيعة مبدأ المساواة، تنبثق مسلمات الاختلاف في المراكز القانونية، وكلما دنت نقاط الالتقاء ما بين هذه المراكز المختلفة، كبرت الصعوبات بوجه القاضي الدستوري، لازالة المعوقات التي تحول دون تطبيق مبدأ المساواة، بحيث يعمل هذا القاضي على التأكيد من احترام مبدأ التناسب ما بين طبيعتين الموضوعية والذاتية لمبدأ المساواة<sup>٦٥</sup>.

وانه من الممكن ان يكون الشخص معنوياً أو طبيعياً ويمارس النشاط بنفسه، كما انه ليس مستغرباً أن يكون هنالك إختلاف في الشروط التي تحدد طبيعة نشاط هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي، إلى ما هنالك من شروط ترتبط بنوعية تلك الانشطة، بحيث يصبح لكل حالة ظروفها القانونية أو الوظيفية التي تتحكم بخلفيات اجتهاد القاضي الدستوري<sup>٦٦</sup>.

لهذا لم ير المجلس الدستوري الفرنسي أي خرق للحق في المساواة (من خلال قراره الصادر في ١٩٨١/١١/٣٠ عندما رأى انه من حق المشرع ان يخفض مدة ولاية رؤساء الجامعات المنتخبين على أساس قانون معين والابقاء على ولاية زملائهم المنتخبين على أساس قانون سابق)<sup>٦٧</sup>.

المساواة كما قلنا لاتعني المساواة المطلقة فهي مساواة نسبية تحترم الاختلافات والمراكز القانونية.

فالقانون لايمكن أن يكون واحداً بالنسبة لجميع الأفراد في الدولة، وانما يكون كذلك بالنسبة لمن تتوافر فيهم الشروط المطلوبة، أي ان القانون يتوحد بصدد الافراد والذين يحتلون مراكز قانونية متماثلة.

وسيكون هناك خرق للحق في المساواة إذا ما تمت معاملة الأشخاص الذين يقفون في مراكز قانونية مختلفة معاملة متساوية، أو لم يتم التعامل مع من يحتلون مراكز قانونية متساوية بطريقة مماثلة<sup>٦٨</sup>.

إن اطلاق الحق في المساواة المنصوص عليه في غالبية الدساتير الحديثة، تقابله نصوص اخرى ضمن البعض من هذه الدساتير، تحد من عمومية مبدأ المساواة، وفي هذه الحالة لايمكن للقاضي الدستوري أن يتجاوزها، هذه المسألة قد واجهها القاضي الدستوري الفرنسي عندما أبطل مادة قانونية تمنع حق اللجوء للأجانب سناً لنص مقدمة دستور

١٩٤٦ التي نصت على اعتبار حق اللجوء من حقوق الانسان الأساسية، لكن القاضي الدستوري الفرنسي، عاد لينحني أمام إرادة المشرع الدستوري الذي عدل الدستور، جاعلاً من حق اللجوء ملكاً للدولة وليس للانسان، مما يعني إن هذا النص جاء ليقر تمايزاً في نظرتة إلى الانسان، أي خرقاً للحق في المساواة ما بين الانسان واخيه الانسان، لان ضرورات المصلحة العليا الفرنسية تقتضي ذلك<sup>٦٩</sup>.

وليس بمقدور القاضي الدستوري أن يتصدى للتمايز في المعاملة كونها منبثقة عن النص الدستوري، وهي عقبة نجد مثلها الكثير في دساتير الدول، كما هو منصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة (١٥) من الدستور الكندي الذي جاء فيه "لايمنع الفرع (١) أي قانون أو برنامج أو نشاط يهدف إلى تحسين أوضاع الأفراد المتضررين أو المجاميع المتضررة، بما فيها اولئك المتضررين بسبب العرق أو الأصل الاثني أو العرقي أو اللون أو الجنس أو العمر أو العجز العقلي أو الجسدي".<sup>٧٠</sup>

وكذلك هنالك عوائق مستمدة من القيم الاجتماعية، وللقيم الاجتماعية تأثير مباشر على اقرار النصوص، لان القوانين ليست سوى المرأة العاكسة لتلك القيم، وخير مثال نذكر، على ذلك، هو انه بالرغم من ان الدستور الياباني قد أقر في مادته (١٤، ٢٤) على الحق في المساواة لاسيما بين الرجل والمرأة، لازلنا نلاحظ وجود تمايز بين الرجل والمرأة مما يعني ان الحق في المساواة بينهما والمنصوص عنه في الدستور غير محقق، ولم تستطع المحكمة العليا اليابانية لغاية اليوم قلب هذه المعادلة، بل عملت على التخفيف من وطأتها<sup>٧١</sup>.

وخلال أغلب سنوات القرن العشرين، كان التمييز العنصري في الولايات المتحدة الامريكية، حتى المسموح به رسمياً في مسائل ذات صفة "اجتماعية لتمييزها عن المساواة السياسية"، لايعتبر انتهاكاً لفقرة الحماية المتساوية، قضية بليسي ضد فيرجوسن Plessy v. Ferguson (١٨٩٦) (وقد تأيد القانون الذي يتطلب أن تكون الأماكن في السكك الحديدية "متساوية ولكن منفصلة" للبيض والسود)، ولكن في قضية براون ضد مجلس التعليم (Brown I) Brown V. board of educ (١٩٥٤)، اعتبرت المحكمة "ان الأماكن التعليمية المنفصلة غير متساوية بصورة متأصلة وان القوانين التي تتطلب أو تسمح بالتمييز العنصري في مدارس تنتهك الحماية المتساوية"<sup>٧٢</sup>.

يعد الحق في المساواة "مبدأ الامان" في المجتمع، ومبدأ "نبذ الحقد والضغائن بين أفرادة" ومبدأ "السلام والعدل الاجتماعي" في المجتمع، وركيزة "الحقوق والحريات جميعها" ولكن يجب أن نذكر بان المساواة يقصد بها في جميع الأنظمة القانونية بصفة عامة معاملة المثل "كافة الاشخاص الذين يتواجدون في ظروف وأوضاع متماثلة" وذلك بمعنى أن لا يؤدي لضمان

معاملة جميع المواطنين نفس المعاملة، لكن يؤدي لمعاملة الاشخاص المتواجدين في الاوضاع والمراكز المتماثلة نفس المعاملة<sup>٧٣</sup>.

أي ان المساواة تتحقق بين الأفراد عندما تتم المساواة بين من تتماثل مراكزهم القانونية، فلا يصدر القانون لمصلحة أو ضد فرد دون غيره أو لمجموعة دون غيرها من هؤلاء الأفراد. إذ ان من المؤكد إن المساواة نسبية وليست مطلقة، فليس بلازم أن تطبق القاعدة التي تقرر المساواة على كل أفراد المجتمع، بل يكفي أن تطبق على من تتوافر فيهم الشروط التي حددها القانون، أي يكفي أن تكون قاعدة عامة مجردة أيماً ما كان عدد الأفراد الذين يخضعون لها<sup>٧٤</sup>.

وبناء عليه فانها مساواة في الاختلاف و مساواة في الاتفاق، بمعنى ان الحق في المساواة يقصد به ضرورة المعاملة المتماثلة للأشياء المتماثلة والمعاملة المختلفة للأشياء المختلفة<sup>٧٥</sup>. ومن ثم فانه يقصد بالحق في المساواة النسبية التي لاتنكر الاختلافات القائمة بين الأفراد في المواهب والقدرات<sup>٧٦</sup>.

وقد أكد على ذلك المحكمة الدستورية العليا في مصرفي حكمها المتضمن على ان "...مبدأ المساواة أمام القانون لايعني أن يعامل المواطنون المختلفة مراكزهم القانونية معاملة متكافئة، كذلك لايقوم هذا المبدأ على معارضة صور التمييز جميعها..."<sup>٧٧</sup>.

كما ان موقف المجلس الدستوري الفرنسي لا يختلف عن هذا المسار، إذ قرر في الكثير من أحكامه ان الحق في المساواة لايتعارض مع أن ينظم المشرع مراكز مختلفة بصورة مختلفة، في قراررقم (DC) في ١٢|٧|١٩٧٩ prudhomes، صرح المجلس الدستوري بانه اذا كان الحق في المساواة لا يطبق إلا في الحالات المماثلة لتطبيق الحلول المتساوية، ولكن هذا ليس هو الحال عندما نواجه حالات مختلفة حيث الحل سيكون مختلفاً<sup>٧٨</sup>.

كما أكدت المحكمة الاتحادية العليا العراقية في الكثير من قراراتها على هذا المنهج، ففي قرار لها أكدت على ان "...وتجد المحكمة الاتحادية العليا إن المساواة المقصودة في المادة (١٩) من الدستور هي المساواة الواجب توافرها بين أبناء الشريحة الواحدة وليست المساواة بين الشرائح المختلفة، إذ لكل من القطاعين العام والخاص اجراءاته وشروطه الخاصة به والمسؤولية الناشئة عن الانخراط في كل منهما، إذ ان الاجراءات الدوام وانضباطها مختلفة. في كلا المرفقين المذكورين، عليه فلايوجد هناك خرق للمادة (١٩) من الدستور...وبناء عليه تقرر رد الدعوى..."<sup>٧٩</sup>.

### المطلب الثالث

#### الحق في المساواة والعوائق السياسية

تشمل الحقوق السياسية الحق في التصويت في الانتخابات والاستفتاءات العامة في الدولة، وحق الترشيح لعضوية المجالس النيابية والمحلية وحق الاشتراك في تكوين الأحزاب والجمعيات السياسية أو الدخول إلى عضويتها، ويقرر الحق في المساواة حق جميع المواطنين في ممارسة هذه الحقوق على قدم المساواة، طبقاً للشروط التي يحددها القانون، كتحديد سن معينة لمباشرة هذه الحقوق، وذلك دون تمييز أو تفريق بينهم.

مما لا شك فيه ان القاضي الدستوري يواجه صعوبة في تطبيق الحق في المساواة في الامور المعروضة عليه، وهذه الصعوبات ترتبط ببعض المفاهيم السياسية والقيم التي لا يستطيع ان يتجاوزها.

تنص أغلبية الدساتير الحديثة على الاقتراع العام والحق في الترشح إلا ان التمييز بين الأفراد في الترشح وغالباً ما يكون وراءها هدف سياسي معين، ويكون ذلك بسبب المواقف السياسية أو الانتماءات الطبقية لعدد من المواطنين، وتؤدي إلى حرمان هؤلاء الأفراد من الاقتراع السياسي.

ومثله ما نصت عليه قوانين بعض "الديمقراطيات الشعبية" (بلغاريا و يوغسلافيا) بعد الحرب العالمية الثانية، التي حرمت من التصويت كل من كانت له "تطلعات فاشية" أو كل شخص يمكن اعتباره من "أعداء الديمقراطية"، ومثله ما نصت عليه الدساتير السوفيتية الاولى (دستور ١٩١٨ و دستور ١٩٢٤) من حرمان الملاك العقاريين، الاشخاص الذين يعيشون من عمل الآخرين، القسيسة، الرهبان، رجال شرطة العهد القيصري و موظفيه، من ممارسة الاقتراع السياسي<sup>٨٠</sup>.

كذلك قانون "العزل السياسي" رقم ٣٤ الصادر بتاريخ ١٦ يناير (كانون الثاني) ١٩٦٢ في الجمهورية العربية المتحدة، فقد أوقف هذا القانون مباشرة الحقوق السياسية وكافة الحقوق الانتخابية مدة عشر سنوات، وهذا الحرمان من ممارسة الحقوق الانتخابية يصيب "الرجعيين والاقطاعيين"<sup>٨١</sup>.

وصدر قانون حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٨ في مصر، وحرّم في المادة الرابعة، كل من تسبب بافساد الحياة السياسية قبل الثورة ١٩٥٢، وذلك بالاشتراك في المناصب الوزارية أو الانتماء إلى الأحزاب السياسية التي تولت الحكم قبل الثورة أو بالاشتراك في قيادة الاحزاب وإدارتها عدا الحزب الوطني والحزب الاشتراكي و حزب مصر الفتاة.

وكذلك البند (٤) من المادة (٣) المضافة إلى قانون مباشرة الحقوق السياسية بالقانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٢ والتي استبعدت كل من عمل خلال عشر سنوات السابقة على تأريخ

٢٠١١/٢/١١ بمنصب الرئيس أو نائبه أو رئيس وزراء أو رئيس الحزب الوطني أو أمين عام أو عضو مكتب سياسي أو أمانة عامة للحزب الوطني لمدة عشر سنوات من التاريخ المشار اليه. وأصدرت المحكمة الدستورية المصرية حكماً بعدم دستورية هذا البند وعدد من نصوص القانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠١١ والمرسوم بقانون الرقم (١٠٨) لسنة ٢٠١١ والمرسوم بقانون رقم ١٢٣ لسنة ٢٠١١، والتي تضمنت تعديلات على القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب، وجاء في حيثيات الحكم ان البند يخالف الحق في المساواة أمام القانون بالتمييز بين من يقلد وظائف بعينها دون الآخرين<sup>٨٢</sup>.

أما في العراق فان الحرمان من الترشيح لانتخابات مجلس النواب أو المشاركة في الحياة السياسية تشمل الأفراد والأحزاب السياسية.

وصدر عن سلطة الائتلاف المؤقتة الأمر رقم (١) لسنة ٢٠٠٣ (تطهير المجتمع من حزب البعث)، وتم بموجبه اقضاء كبار أعضاء حزب البعث، من المراكز الوظيفية التي كانوا يشغلونها، وتم تشكيل المجلس العراقي لتطهير المجتمع العراقي من حزب البعث بموجب أمر سلطة الائتلاف رقم (٥) لسنة ٢٠٠٣<sup>٨٣</sup>، ولكون قانون الانتخابات قد اشترطت في المرشح أن لا يكون مشمولاً بقوانين الاجتثاث، و حددت المادة (الحادية والثلاثون/ب) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ شروط الترشيح لعضوية الجمعية الوطنية، ومنها أن لا يكون عضواً في حزب البعث المنحل بدرجة عضو فرقة فما فوق إلا في حال استثنائه قانوناً من الاجراءات.

أما بعد صدور الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ فان (الفقرة أولاً وثانياً) من المادة (١٣٥) نصت على مواصلة الهيئة الوطنية العليا لاجتثاث البعث لاعمالها بالتنسيق مع السلطة القضائية والاجهزة التنفيذية وفي اطار القوانين المنظمة لها، مع ربطها بمجلس النواب الذي يملك وبالاعلوية المطلقة، سلطة حلها بعد انتهاء المهام الموكولة اليها.

وأصدر مجلس النواب قانون الهيئة الوطنية العليا للمساءلة والعدالة رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨<sup>٨٤</sup>، ليحل محل الاوامر السابقة.

وقد جاء في المادة (٦) من القانون تحديداً للمشمولين باجراءات الاجتثاث والذين يترتب على شمولهم بالاجراءات منعهم من الترشيح لعضوية مجلس النواب وهؤلاء هم:-

١-المنتمون إلى الحزب البعث المنحل بدرجة عضو فرقة فما فوق من ناحية التسلسل الهرمي في قيادة الحزب.

٢-المنتمون إلى الحزب المنحل بدرجة عضو وأثروا على حساب المال العام.

٣-المنتمون إلى الأجهزة الامنية القمعية.

وقررت الفقرة (أولاً) من المادة (٧) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ على ان يحظر كل كيان أو نهج يتبنى العنصرية أو الارهاب أو التكفير أو التطهير الطائفي أو يحرض أو يمهد أو يمجّد أو يروج أو يبهر له وبالأخص البعث الصدامي ورموزه تحت أي مسمى كان، وان لا يكون ذلك ضمن التعددية السياسية في العراق مع النص على وجوب صدور قانون ينظم ذلك.

لكن القانون اللازم لوضع هذه المادة موضع التطبيق لم يصدر لحد الآن، كما ان المحكمة الاتحادية لم تفسر هذه المادة تفسيراً دقيقاً عندما أصدرت قرارها التفسيري رقم (٨١/اتحادية/٢٠٠٩) في ٢٢/١٢/٢٠٠٩ والمتضمن الرد على استيضاح مفوضية الانتخابات المرقم (خ/٩/١٧٣٢) في ١٦/١٢/٢٠٠٩ حول تفسير المادة (٧/أولاً) من الدستور.

وفي الولايات المتحدة الامريكية تعتبر ولاية (Wyoming) أول ولاية أمريكية تمنح حق الانتخاب للنساء سنة ١٨٦٩، ولكن باقي الولايات ظلت مترددة لفترة طويلة في منح هذا الحق، إستناداً لحكم المحكمة العليا سنة ١٨٧٥ الذي أجاز للولايات الاستمرار في منع النساء من حق الانتخاب دون أن يعتبر ذلك مخالفة لاحكام التعديل الرابع عشر للدستور<sup>٨٥</sup>، وحتى نهاية القرن التاسع عشر كانت عدد الولايات التي منحت للنساء حق الانتخاب لا يتجاوز أربع ولايات فقط، وفي سنة ١٨٧٠ نص التعديل الخامس عشر للدستور الاتحادي على انه "لا يجوز للولايات المتحدة أو لاي ولاية اخرى أن تنكر أو تنتقص من حق الانتخاب لمواطني الولايات المتحدة بسبب العرق، أو اللون، أو وضعهم السابق كرقيق"، وفي سنة ١٩٢٠ نص التعديل التاسع عشر للدستور الاتحادي على انه "لا يجوز للولايات المتحدة أو لأية ولاية اخرى أن تنكر أو تنتقص من حق الانتخاب لمواطني الولايات المتحدة بسبب الجنس"، ولكن بعض الولايات سعت للتهرب من تطبيق نصوص الدستور الاتحادي، فتصدت لها المحكمة العليا بكل حزم، ومن ذلك على سبيل المثال حكمها سنة ١٩١٥ بعدم دستورية عقد امتحانات في القراءة والكتابة والمعلومات السياسية للسود قبل تسجيلهم بالكشوف الانتخابية لولاياتهم، حيث اتضح للمحكمة ان الهدف الحقيقي من هذه الامتحانات هو حرمان السود من حقي الانتخاب والترشح<sup>٨٦</sup>.

وأصدرت المحكمة العليا الامريكية عام ١٩١٥ باجماع آراء قضاتها التسعة بعدم دستورية شرط الجنس (كان شرط الجنس حرمان السود من المشاركة السياسية) المنصوص عليه في دستور ولاية أو كلاهوما، لانه يحرم السود صراحة من حقهم الدستوري في الانتخاب خلافاً لنص التعديل الخامس عشر<sup>٨٧</sup>.

شهدت الولايات المتحدة في أعقاب الازمة الاقتصادية التي عانتها عام ١٩٣١ ثم خلال الحرب العالمية الثانية وفي اعقابها ازدياداً واضحاً في نشاط المنظمات التي تروج للمذهب

الشيوعي، وكان طبيعياً أن يعالج النظام الدستوري الأمريكي هذا النوع من النشاط ويعامله معاملة خاصة تختلف عن معاملة سائر المنظمات الأخرى التي يسمح بها النظام الديمقراطي<sup>٨٨</sup>.

ومن ثم اتخذ الكونجرس الأمريكي موقفاً صارماً تجاه هذه المنظمات ومحاربتها لكي يتوصل بصورة تدريجية إلى حظر الشيوعية.

وأصدر قانون تسجيل الأجانب في يونيو ١٩٤٠ والذي عرف فيما بعد باسم "قانون سميث"، حيث تم بموجب هذا القانون عقاب كل من يدعو إلى الشيوعية باعتبارها من الجماعات التي تدعو إلى العنف، ثم أصدر "قانون هارتلي" وقد عمد المشرع الأمريكي من خلال هذا القانون إلى الحد من نشر الشيوعية بين العمال، ثم أصدر قانون الأمن الداخلي في العام ١٩٥٠ وقد وصف هذا القانون من قبل فئة بأنه غير دستوري وذلك استناداً إلى أن هذا القانون لم يساو في إجراء التسجيل بين الحزب الشيوعي وغيره من الأحزاب السياسية، ثم أصدر قانون في العام ١٩٥٤ المعروف بـ "قانون مكافحة الشيوعية" وتم اعتبار الحزب الشيوعي بصورة ضمنية خارجاً عن نطاق الشرعية وتم حرمانه من الحقوق والامتيازات السياسية التي تتمتع بها الأحزاب الأخرى وفقاً لأحكام القانون<sup>٨٩</sup>.

ويلاحظ أن موقف القضاء الأمريكي من التشريعات المناهضة للشيوعية قد مر بمرحلتين هما، المرحلة الأولى التي فيها اتخذت المحكمة العليا موقفاً انكرت الاتجاهات التشريعية المناهضة للشيوعية واعتبارها انتهاكاً خطيراً لمبادئ العدالة وللمبادئ الديمقراطية المستقر عليها في المجتمع الأمريكي، وقد تجلّى اتجاه القضاء الأمريكي هذا حكم المحكمة العليا الصادر في دعوى سيندرمان Schneiderman والذي أكدت فيه "أن العضوية في الحزب الشيوعي لا تتناقض مع الولاء للولايات المتحدة والتعلق بمادتها الدستورية"، وقد تأسس هذا الحكم بناء على خلو الأدبيات الماركسية واللينينية من ثمة ما يدعو إلى استخدام العنف كوسيلة لتغيير الحكومة، أما المرحلة الثانية وقد بدأت في الوقت الذي بدأ فيه ازدياد حدة التوتر في العلاقات السوفيتية الأمريكية أبان الحرب الباردة حيث عدلت المحكمة العليا عن موقفها السالف الذكر واتخذت موقفاً معاكساً له تماماً أقرت بموجبه أن الحزب الشيوعي وأعضائه عملاء أو طابور خامس يعمل لمصلحة حكومة معادية<sup>٩٠</sup>.

## المبحث الثالث

### الأهداف المشروعة للاخلال بمبدأ المساواة

إن الحق في المساواة لا يحول دون أن يضبط المشرع أحكاماً تختلف باختلاف الوضعيات، ولا يمنع كذلك من وضع استثناءات لهذا الحق ترمي إلى تحقيق هدف اقره الدستور. لذلك نجد ان هناك أهدافاً مشروعة للاخلال بالحق في المساواة، وهذا ما وجدناه في التصحيح التشريعي الذي يقوم به السلطة التشريعية، على الرغم من انه يؤدي إلى الاخلال بالحق في المساواة إلا انه لا يعد غير دستوري، ولا يترتب عليه عدم دستورية التصحيح التشريعي.

وكذلك الحال بالنسبة للتمييز الايجابي الذي يدفع المشرع لكي يتدخل ويقوم بنوع من التفرقة في المعاملة بين أشخاص ينتمون إلى مركز قانوني واحد، عن طريق منح ميزة قانونية لطائفة محددة من الاشخاص، دون ان يترتب عليه عدم دستورية النص. كما ان تقسيم الدولة إلى عدد من الدوائر يجب أن لا يفرغ الحق في المساواة من مضمونه، وإذا كان هناك تفاوت بسيط في عملية تقسيم وفي نطاق محدود فانه لا يؤدي إلى الحكم بعدم دستورية التقسيم.

وتفصيلاً لما سبق اجماله سوف نتناول هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالي:  
المطلب الاول: الاخلال المشروع للتصحيح التشريعي بالحق في المساواة.  
المطلب الثاني: الاخلال المشروع للتمييز الايجابي بالحق في المساواة.  
المطلب الثالث: الاخلال المشروع لتقسيم الدوائر الانتخابية بالحق في المساواة.

### المطلب الاول

#### الاخلال المشروع للتصحيح التشريعي لمبدأ المساواة

يرى الاستاذ (LESAGE) ان التصحيح التشريعي هو "عملية يقصد المشرع بها منع القاضي من الغاء قرار بسبب عيب معين أو لأي سبب آخر، أو أنه عملية يجعل المشرع بموجها من جديد قراراً سارياً، وذلك باعادة ادخاله في النظام القانوني، بعد الغاء القرار أو تجريده من فاعليته"<sup>٩١</sup>.

ويرى الاستاذ (AUBY) " ان التصحيح التشريعي يفترض تدخل عمل تشريعي يصدر بعد قرار أو عدة قرارات ادارية ويقرر سريان هذه القرارات أو بعض من آثارها، ويكون موضوعه من نتيجته منع الرقابة القضائية والادارية على سلامة هذه القرارات، أو ازالة نتائج هذه الرقابة إذا كانت قد تمت"<sup>٩٢</sup>.

إذاً يقصد بالتصحيح التشريعي "التدخلات التشريعية بواسطة القانون ذات الأثر الرجعي أو الوقائي، بهدف تصحيح قرار اداري محلاً لمنازعة قضائية أمام قاضي الغاء، سواء تم ذلك بطريقة صريحة أو ضمنية، مباشرة أو غير مباشرة، أو هو ذلك التدخل التشريعي لاقرار نص يعدل الواقع القانوني بصورة رجعية، والذي به يجري إبعاد قرار أو قرارات إدارية من رقابة الغاء"<sup>٩٣</sup>.

ومن المسلم ان التصحيح يتضمن أثراً رجعياً حتى ولو لم يرد نص صريح بذلك، لأن رجعية التصحيح احدى خصائصه الاساسية التي لا يستقيم بدونها، فتقيد الرقابة القضائية - وهو موضوع التصحيح- ليس فقط للمستقبل ولكن أيضاً للماضي أي تطبق على الآثار التي احدثها القرار من سريانه.

كقاعدة عامة تملك السلطة التشريعية وحدها سلطة اجراء التصحيح التشريعي فلايجوز للسلطة التنفيذية أن تقوم بنفسها باجرائه باستعمال سلطتها اللائحية فالتصحيح يظل من "احتكار" السلطة التشريعية أي البرلمان<sup>٩٤</sup>.

ويرى المجلس الدستوري الفرنسي ان قانون التصحيح يهدف إلى مجرد تعديل للقواعد القانونية التي يطبقها القاضي، مما يفترض معه أن يظل القاضي متصلاً بالنزاع، لانه يقع عليه عبء تطبيق القواعد الجديدة، كما ان أثر قانون التصحيح هو ان يجعل من غير المنتج الاستناد إلى العيب المستمد من القرارات محل التصحيح باعتبارها فاقدة لسندها القانوني<sup>٩٥</sup>.  
ويعد الحق في المساواة أمام الوظائف العامة أحد تطبيقات مبدأ المساواة، وتعد المسابقات من أكثر المجالات التي يتدخل فيها المشرع بالتصحيح ، لكن تدخله من شأنه أن يؤدي إلى اخلال بالمساواة في الالتحاق بالوظيفة العامة.

ويبدو هذا الاخلال واضحاً في حالة تصحيح مسابقة سبق أن الغيت أو يمكن الغاؤها بسبب عدم احترام المساواة بين المرشحين، ومع ذلك فان تصحيح المسابقات، وبصرف النظر عن أسباب عدم مشروعيتها، لا يخلو من اعتداء على الحق في المساواة أمام تولى الوظائف العامة، لان تصحيح المسابقة يفيد من اجتازها وتم تعيينه في الوظيفة، بينما يضر بمن اخفقت فيها، ولن يمكن للاخير ان يجني فائدة من الغائها، فقد لا يتمكن من التقدم لمسابقة اخرى بسبب احتمال تجاوز السن المقرر، أو لعدم تنظيم مسابقة اخرى، أو لانه قد استنفذ مرات التقدم للمسابقة<sup>٩٦</sup>.

ومن تطبيقات ذلك في مصر القانون (١٩٤٨/٧٥) بشأن تصحيح بعض قرارات التعيين في الوظائف العامة، والقانون (١٩٥٩/١١٨) بشأن تصحيح قرارات نقل موظفي ديوان الاوقاف الملكية إلى وزارة الاوقاف، والقانون رقم (١٩٥١/٨٦) بتصحيح القرارات الصادرة من مجلس الوزراء التي تضمنت احتساب مدة الخدمة لبعض العاملين في المعاش بالمخالفة لاحكام

القوانين السابقة<sup>٩٧</sup>. كما ان التصحيح التشريعي يخل بالحق في المساواة أمام الأعباء العامة، والاعباء العامة تؤخذ هنا بذات المعنى أمام القاضي الاداري، فهي تشمل الضرائب والرسوم، وأية أعباء مالية أخرى مثل التعويضات، ومؤدي الحق في المساواة أمام الأعباء العامة، المساواة في التضحيات التي تقع على عاتق المواطنين أو على مجموعة منهم يجمعهم مركز متماثل<sup>٩٨</sup>.

وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا المبدأ في حكم ١٢ يوليو ١٩٧٥، وذلك بمناسبة بحث دستورية قانون يفرض رسوماً متفاوتة حسب المنتفعين، وقضى المجلس ان مثل هذه النصوص لا تتضمن مخالفة للدستور، وبالمقابل قرر المجلس عدم دستورية القانون الذي يقضي بعدم جواز رفع دعوى التعويض عن الاضرار الناشئة عن اخطاء بعض الافراد، وكذلك ايضاً القانون الذي يميز في المعاملة بين ممولين يتماثلون في وضعهم بالنسبة للضريبة على الدخل<sup>٩٩</sup>، كما اصدر المجلس الدستوري الفرنسي قراراً بتاريخ ١٩/١١/١٩٩٧ جاء فيها ان القرار محل التصحيح لا يجوز أن يتعارض مع أي مبدأ أو قاعدة يقرها الدستور، وإذا كان هذا أمراً عادياً وطبيعياً، إلا ان الامر غير العادي وغير الطبيعي أن يقرر المجلس ان هناك استثناء واحد على هذه القاعدة وهو انه يجوز للمشرع ان يصحح القرار الاداري المعيب اذا كان هدفه تحقيق المصلحة العامة التي لها قيمة دستورية<sup>١٠٠</sup>.

ولكن السؤال متى تعتبر المصلحة العامة ذات قيمة دستورية، ومتى لا تعتبر كذلك، فهل يمكن للمشرع ان يصحح قراراً ادارياً يخالف الحق في المساواة بحجة ان التصحيح التشريعي يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ذات قيمة دستورية، وهذا يعني بكل بساطة أنه يمكن ازالة كل حالات عدم الدستورية استناداً الى هذه الحجة<sup>١٠١</sup>.

لقد أدانت المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان بسبب لجوئها المتزايد وغير المبرر إلى التصحيح التشريعي، وقد أخذ قضاء المجلس الدستوري في الحسبان قضاء المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان، فقد اصبحت القيود الدستورية على التصحيح التشريعي أكثر وضوحاً وفي صياغة أكثر تحديداً من قبل، ففي حكم ٢٩ ديسمبر ١٩٩٩ أكد على أمرين فهو لم يعد يجيز التصحيح الشامل للقرار الاداري في جميع العيوب التي تشوبه هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى أكد على التشديد في تحديد فكرة المصلحة العامة التي تسوغ للمشرع تصحيح القرارات الادارية غير المشروعة<sup>١٠٢</sup>.

كما ان التصحيح التشريعي يؤدي الى الاخلال بالحق في المساواة أمام القضاء، فاذا قرر المشرع تصحيح قرارات بالتعيين صادرة استناداً الى قرار لائحي سبق الغائه، فان ذلك يؤدي الى تمييز في المعاملة، فقبل التصحيح يجوز الغاء قرار بين هذه القرارات، اما بعد التصحيح فان ذلك لا يكون ممكناً حتى ولو كان قد سبق رفع الدعوى قبل قانون التصحيح، فالاختلاف بين

المدعين ليس راجعاً الى اختلاف المركز القانوني فهذا المركز في حقيقة الامر واحد وليس مختلف، والذي ميز بينهم فقط هو عنصر الزمن<sup>١٠٣</sup>.

ويقيم القاضي الدستوري موازنة بين منافع وأضرار التصحيح التشريعي، وينتهي إلى قبول أو رفض القضاء بدستورية التصحيح بناء على رجحان أو عدم رجحان عناصر هذه الموازنة، فإذا رجحت المنافع على المثالب، كان ذلك مؤثراً على كفاية المصلحة العامة التي قادت المشرع اللجوء إلى التصحيح التشريعي<sup>١٠٤</sup>.

إذاً نجد ان الاعتداء على الحق في المساواة لا يعد بالضرورة غير دستوري، كما لا يقيد سلطة المشرع في اللجوء الى التصحيح التشريعي، لأن القضاء في مصر وفرنسا لا ينظر الى الحق في المساواة بصورة مجردة، مما لا يترتب عليه عدم دستورية التصحيح التشريعي.

## المطلب الثاني

### الاخلال المشروع للتمييز الايجابي لمبدأ المساواة

يقصد بالتمييز الايجابي<sup>١٠٥</sup> "Dircrimination positive" "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 عدم معالجة عدم المساواة الفعلية بين الأفراد وتحقيق العدالة فيما بينهم"<sup>١٠٦</sup>.

إذاً يقصد بالتمييز الايجابي تدخل المشرع باجراء نوع من التفرقة في المعاملة بين اشخاص طبيعية أو معنوية تنتمي إلى مركز قانوني واحد، عن طريق منح ميزة قانونية لطائفة محددة من بينها، وذلك بهدف تعويض هذه الطائفة عن الحرمان الذي تعرضت له قبل تدخل المشرع وتمكينها من الممارسة الفعلية للحقوق التي يكفلها لها الدستور أو القانون، والتي لم تستطع هذه الطائفة ممارستها فعلياً بسبب ظروف خاصة بها.

ومن أمثلة ذلك تخصيص نسبة من مقاعد المجالس النيابية للطوائف الاجتماعية التي تواجه صعوبات في خوضها الانتخابات والحصول على نصيب عادل من المقاعد، مثل النساء. ولكن السؤال الذي يبرز هنا هو هل يلتزم المشرع وهو يضع القواعد القانونية التي ينظم بها المراكز القانونية بان يراعي الظروف الواقعية التي يوجد فيها الاشخاص الذين ينتمون لهذه المراكز؟ أم انه فقط يجوز له ان يأخذ هذه الظروف في حسبانها، دون أن يشكل ذلك إلزاماً قانونياً ينبغي عليه التقييد به<sup>١٠٧</sup>؟

ظهر اتجاهان في الفقه والقضاء بصدد هذا الموضوع. ذهب الاتجاه الاول إلى انه يجوز للمشرع أن يأخذ في حسبانها الظروف الواقعية لاصحاب المراكز القانونية التي ينظمها بقواعد قانونية مجردة، وأن يراعي ذلك في القواعد القانونية التي يصدرها. وبمعنى آخر، فان المشرع

يملك رخصة، أو سلطة تقديرية، في مراعاة الظروف الواقعية لأصحاب المراكز القانونية التي ينظمها، دون أن يكون ذلك إلزاماً قانونياً عليه<sup>١٠٨</sup>.

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى أن المشرع ينبغي عليه من الناحية الدستورية، مراعاة الظروف الواقعية لأصحاب المراكز القانونية التي ينظمها، وهو يلتزم قانوناً بتخصيص القواعد القانونية لكل مركز قانوني تناسب العناصر الواقعية التي يقوم عليها والظروف التي تحيط به<sup>١٠٩</sup>.

ونجد تطبيقات عديدة لفكرة التمييز الايجابي في مجال الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

وينطلق مفهوم التمييز الايجابي من تحول مفهوم المساواة من المساواة في الفرص إلى المساواة في النتيجة، وبما أن التمييز الايجابي أتى لمعالجة الغبن الذي طال عدة فئات، فقد اعتمد كأسلوب للقضاء على كل أوجه التمييز، إنطلاقاً من أن التمييز ضد التمييز هو عودة للأصل أي عدم التمييز وبالتالي تحقيق المساواة<sup>١١٠</sup>.

ولتحقيق المساواة في الفرص أو النتيجة، تبنت الامم المتحدة التمييز الايجابي بشرط أن تكون تدابيراً مؤقتاً، وأكدت عليها اتفاقية (CERD) واتفاقية منع كافة أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW).

استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على إن مبدئي المساواة وتكافؤ الفرص لا يحظران بشكل مطلق، جميع صور التمييز بين الافراد وانهما لايتطلبان تحقيق مساواة حسابية كاملة فيما بينهم، وانما يحظران فقط صور التمييز القائمة على التحكم التي لاتقوم على أسس منطقية، وتؤدي إلى تطبيق قواعد قانونية مختلفة على الأشخاص الذين ينتمون إلى مركز قانوني واحد<sup>١١١</sup>.

ويستند التمييز الايجابي إلى الدستور ذاته، فالدساتير الحديثة ومن بينها الدستور العراقي، تضع على عاتق الدولة التزاماً إيجابياً بكفالة تمتع الافراد بالحقوق والحريات التي اعترف لهم المشرع بها.

وأقرت المحكمة الدستورية العليا المصرية بدستورية نظام التمييز الايجابي وذلك بمقتضى حكمها الصادر بتاريخ ٣١ اغسطس ١٩٩٥ في القضية رقم ٨ لسنة القضائية السادسة عشر، الذي قضت فيه برفض الدعوى بعدم دستورية المواد (١٠، ١٥ و ١٦) من قانون تأهيل المعاقين رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ المعدل عام ١٩٨٢ والتي قرر المشرع بمقتضاها حجز نسبة (٥%) من الوظائف للمعاقين الحاصلين على شهادات التأهيل والمسجلين بمكاتب قوى العاملة.

كما يطبقه القاضي الدستوري الفرنسي عندما قرر "إن 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"<sup>١١٢</sup>.

لهذا يوافق الفقه والاجتهاد الدستوريان على إن الحق في المساواة ليس مطلقاً، لأنه لا يمكن لاية قوانين وضعية ان تطبق الحق المساواة الشكلية بين كل المواطنين، لكن عدم اطلاقية لم يترك لتقدير المشرع أو السلطة التنفيذية، بل وضع تحت رقابة القضاء الدستوري بحيث استخلص الفقه الدستوري وجوب توافر شروط للسماح للمشرع بالمساس بالحق في المساواة بهدف تحقيق المصلحة العامة<sup>١١٣</sup>.

بمعنى انه عندما يريد المشرع خرق مبدأ المساواة، وجب توافر هذه الشروط لكي يسمح القاضي الدستوري بهذا الخرق لأهم مبدأ دستوري، من خلال نص قانوني خاص، لأن ما يحسم الاقرار بخرق هذا المبدأ في النهاية هو التوجهات التي ينتهجها المشرع في سبيل تحقيق العدالة وتكون مبنية على تمايز ظاهري جدي يؤخذ بعين الاعتبار من قبل المشرع<sup>١١٤</sup>.

وقد نص الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٤) منه على ان العراقيين متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس.. كما نصت المادة (١٦) على مبدأ تكافؤ الفرص وانه حق مكفول لجميع العراقيين، وتكفل الدولة اتخاذ الاجراءات اللازمة لتحقيق ذلك، ونصت المادة (٢٠) على ان للمواطنين رجالاً ونساءً حق المشاركة في الشؤون العامة والتمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشح.

في حين جاء نص المادة (٤٩/ارباعاً) مناقضاً لهذا المبدأ، عندما نصت على ان قانون الانتخابات يستهدف تحقيق نسبة تمثيل للنساء لاتقل عن الربع من عدد أعضاء مجلس النواب، فهل ذلك يعد اخلاً بالحق في المساواة بين الرجال والنساء، من خلال اعطاء افضلية للنساء على الرجال في اشغال عضوية مجلس النواب، الامر الذي انعكس على تمثيلها أيضاً في مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم؟

بالرجوع إلى قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية نجد إن هذه المحكمة أكدت في أكثر من قرار لها على دستورية القوانين والأنظمة المنتظمة لحصة كوتا النساء واعتبرتها هدفاً مشروعاً لتحقيق نسبة تمثيل النساء في مجلس النواب العراقي ومجالس المحافظات.

وفي قرار لها أشارت المحكمة الاتحادية العليا "....وجد ان المدعيان.... يطالبان من المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستورية (القسم الثالث) ضمن (الخطوة الثالثة) من نظام توزيع مقاعد مجلس النواب رقم (١٤) لسنة (٢٠١٤).... بحجة مخالفته لاحكام المادة (١٤) و (١٦) و (٢٠) و (٣٨/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.... ولدى التدقيق وجد.... ان 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 بان الخطوة الثالثة من (القسم الثالث) من (النظام المذكور اعلاه) قد جاءت متوافقة مع المادة (٤٩/رابعاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥... كما جاءت متوافقة مع احكام المادة (١٤) من قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣ وليس فيها ما يخالف الدستور... ولجل تحقيق هدف مشروع في تحقيق نسبة تمثيل النساء بما لا يقل عن ربع عدد أعضاء مجلس النواب المنصوص عليه في المادة (٤٩/رابعاً) من الدستور لذا وللاسباب المتقدمة تكون دعوى المدعيان لاسند لها من الدستور والقانون مما اقتضي ردها لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم برد دعوى المدعيان...<sup>١١٥</sup>.

وأكدت المحكمة في قرار آخر لها على "...وتجد المحكمة الاتحادية العليا ان توزيع (كوتا النساء) بموجب الخطوة الثالثة من النظام رقم (١٢) لسنة ٢٠١٣ لم يحقق المبادئ التي كرسها الدستور وان النظام المطعون فيه أدى إلى ان صوت الناخب يذهب لمن لم ينتخبه ورغم ذلك فان وجوب أن يكون للنساء مقاعد في مجلس المحافظات والأقضية والنواحي،... يقتضي... تحقيق حرية الناخب في اختيار من انتخبه وأن يشمل أخذ كوتا النساء من القوائم التي حصلت على أكثر من مقعد بما فيها القوائم التي حصلت على مقعدين وعند عدم تحقيق النسبة المطلوبة للنساء وبعد أخذ المقاعد من القوائم التي حصلت على أكثر من مقعد الصيرورة إلى القوائم التي حصلت على مقعد واحد. وبناءً عليه يكون النظام المطعون في المواضع التي تقدم ذكرها قد خالف أحكام المواد (١٤) و (١٦) و (٢٠) و (٣٨/أ، لاً) من الدستور... قرر الحكم بعدم دستورية الخطوة الثالثة (حساب كوتا النساء) من نظام توزيع مقاعد مجلس المحافظات...<sup>١١٦</sup>.

وفي قراره الأخير هذا أكد على مبدأ ألا وهو أخذ كوتا النساء من القوائم التي حصلت على أكثر من مقعد وفي حالة عدم تحقيق النسبة المذكورة في الدستور للنساء تأتي على القوائم التي حصلت على مقعد واحد ونعطيه للمرأة، أي انه في كل الأحوال لا بد أن نتقيد بالحصة المذكورة في الدستور للنساء.

وفي النهاية يمكننا القول إن ضمان الحد الأدنى للتمثيل النيابي للنساء وتخصيص نسبة معينة من مقاعد المجالس النيابية لهم لا يستهدف بالضرورة مساس بمبدأ المساواة، بل هو يدعم هذا المبدأ لأنه يسعى إلى تحقيق المساواة النسبية بين الرجل والمرأة في مجال التمثيل النيابي.

### المطلب الثالث

#### الاخلال المشروع في تقسيم الدوائر الانتخابية لمبدأ المساواة

تقسيم الدولة إلى الدوائر الانتخابية له أهمية كبيرة في عملية انتخاب أعضاء المجالس النيابية وهو أمر استقرت عليه غالبية الدساتير الحديثة. تقسيم الدولة إلى دوائر عملية يكون المقصود فيها "تعيين حدود كل منطقة جغرافية أو إدارية داخل إقليم الدولة بصورة واضحة، حتى يتسنى ان تمثل كافة قطاعات السكان في الدولة في المجالس النيابية بعدد من النواب يتناسب مع القوة التصويتية لكل منطقة"<sup>١١٧</sup>.

إن عملية تقسيم الدوائر الانتخابية لا تشكل في حد ذاتها ضمناً لنزاهة وجدية الاجراءات الانتخابية، وإنما يتعين على سلطات الدولة المختصة أن تتوخى وهي بصدد قيامها بالتقسيم مراعاة ما يوجبه مبدأ الاقتراع العام المتساوي، والذي يحتم أن لا يكون الغرض من هذا التقسيم الانتقاص من أصوات أي مجموعة سكانية أو مناطق معينة أو إسقاط أصواتها كلية<sup>١١٨</sup>.

وتذهب بعض الدول إلى تعيين لجنة أو جهاز خاص يقع على عاتقه مسؤولية ترسيم الدوائر الانتخابية وبصورة منفصلة عن الجهة القائمة على الانتخابات، كما هو الحال في كندا أو الهند، بينما تعهد دول أخرى بهذه المسألة إلى الجهة نفسها القائمة على الانتخابات كاليمين، إلا ان غالبية الدول تسند هذه المهمة إلى السلطة التشريعية، ومنها الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا ومصر ولبنان والعراق، وذلك لضمان عدم تلاعب السلطة التنفيذية في ترسيم الدوائر الانتخابية<sup>١١٩</sup>.

من المتصور ان تعتمد سلطات الدولة إلى تقسيم إقليم الدولة إلى عدد من الدوائر بصورة تؤدي إلى إهدار الحق في المساواة في التصويت الذي يتطلب أن يكون عدد الناخبين الذين يمثلهم نائب واحد في البرلمان متساو في كافة الدوائر<sup>١٢٠</sup>.

ويمكن عن طريق تمزيق الدوائر أن يفرغ الحق في المساواة في الاقتراع من مضمونه على نحو غير رسمي، ولتوضيح ذلك فلنفرض أن هناك دائرتين انتخابيتين يقدر عدد سكان الاولى ب(٥٠٠٠) نسمة، أما الثانية فسكانها (١٠٠٠) نسمة، وكان من المطلوب أن يقوم ناخبو كل دائرة باختيار ناخب واحد لكي يمثلهم في البرلمان وإن كان هذا الامر يتوافق من الناحية الشكلية مع مبدأ المساواة، غير ان الحقيقة غير ذلك، حيث يتضح من تدقيق النظر ان صوت ناخب الدائرة الاولى يزن صوتين من ناخبي الدائرة الثانية، وهنا تكمن اللامساواة في الاقتراع.

أكد الفقه والقضاء على ضرورة أن يلتزم المشرع وهو بصدد قيامه بعملية تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية التقييد ببعض المبادئ والاعتبارات التي تستهدف في مجملها إلى تحقيق مبدأ العدالة والحيولة دون تمزيق الدوائر لمصلحة فئة معينة.

يكفل الحق المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليهما في الدستور الحق في أن يكون عدد السكان الذين يمثلهم النائب الواحد متساوياً في جميع الدوائر الانتخابية. والمساواة المطلوبة دستورياً هي المساواة وفقاً لعدد السكان وليس وفقاً لعدد الناخبين كما أشار إليه قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية<sup>١٢١</sup>.

والسؤال الذي يبرز هنا حول تحديد درجة المساواة السكانية المطلوبة لتفادي مخالفة نظام تقسيم الدوائر لضمانة المساواة العددية، هل يجب أن تكون مساواة حسابية دقيقة؟ كما نص عليها الدستور<sup>١٢٢</sup>، بان يكون لكل (١٠٠٠٠٠) مواطن نائب واحد في جميع الدوائر وبدون استثناء؟ أم انه من الممكن السماح بقدر من التفاوت بين عدد السكان إلى مقعد واحد في بعض الدوائر وفي ظروف معينة؟

أشار حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية الذي صدر في ١٩ مايو عام ١٩٩٠ إلى "ان التحديد العددي للمقاعد المخصصة لكل دائرة (يجب أن يقوم) كقاعدة عامة على أساس عدد المواطنين بها" و"ان التحديد التحكيمي للمقاعد النيابية في كل دائرة انتخابية أياً كان عدد المواطنين بها يخالف وعلى غير اساس موضوعية - القاعدة العامة في تحديد عدد المقاعد النيابية في كل دائرة بما يتناسب مع عدد سكانها".

وهذا يعني ان المحكمة الدستورية العليا المصرية تتطلب كقاعدة عامة في تحديد عدد المقاعد النيابية وبالتالي عدد النواب في كل دائرة مبدأ المساواة الحسابية بين عدد السكان الذين يمثلهم كل نائب في جميع الدوائر الانتخابية، وانها في الوقت نفسه تقبل قدراً من الانحراف المحدود عن هذا المبدأ بحيث يمكن الاكتفاء بوجود تناسب بين عدد المقاعد النيابية وعدد السكان في بعض الدوائر الانتخابية، إذا توافرت الاسس الموضوعية لذلك<sup>١٢٣</sup>.

أما المحكمة العليا الأمريكية مازالت تصر على التمييز بين رسم الدوائر لاختيار مرشحي الولاية في مجلسها التشريعي، ورسمها لاختيار ممثلي الولاية في الكونجرس الاتحادي، وسمحت بقدر من الانحراف عن الحق في المساواة الحسابية في الحالة الاولى إذا اثبتت الولايات ان هناك مصالح وأهدافاً مشروعة تقتضي الانحراف، بينما تمسكت وبشدة بمبدأ المساواة الحسابية الدقيقة بين عدد سكان الدوائر وعدد نواب الولاية وفقاً له في مجلس النواب الاتحادي<sup>١٢٤</sup>.

ففي الحالة الاولى ومنذ قضية Reynolds (1964) v. smis وضعت المحكمة مبدأ عاماً مؤداه ان الحق في المساواة يقتضي أن يقوم المشرع بمجهود مخلص وبحسن نية لتقسيم الدوائر وتوزيع المقاعد عليها على أساس تحقيق المساواة السكانية بين الدوائر المختلفة كلما كان ذلك ممكناً عملاً بمبدأ As nearly of equal population as is practicable وتركت

للمحكمة تطبيق هذا المبدأ وفقاً لظروف كل حالة على حدة كما يكشف عن ذلك تطور احكامها في هذا الصدد<sup>١٢٥</sup>.

أما في حالة رسم الدوائر لاختيار أعضاء الكونجرس الاتحادي فان المحكمة العليا الامريكية مازالت متمسكة وبشدة بمبدأ المساواة الحسابية الدقيقة في تخصيص النواب وقررت في قضية (1983) Karcher V. Dagget انه لايمكن السماح دستورياً بالانحراف عن مبدأ المساواة السكانية مادام هذا الانحراف يمكن تجنبه من جانب واضعي خطة التقسيم، وقضت المحكمة بعد دستورية نظام تقسيم الدوائر في القضية المذكورة على الرغم من ان الدوائر المرسومة لم تنحرف عن العدد النموذجي للنواب بأكثر من نسبة ٠.٧٠%<sup>١٢٦</sup>.

أما في فرنسا فان المجلس الدستوري أقر مبدأ التناسب في تحديد الدوائر الانتخابية عندما قرر عدم دستورية نص المادة (٢/٤) من القانون الخاص بتحديد الدوائر في الاقليم (كاليدونيا الجديدة) الصادر بتاريخ ١٩٨٥/١/٢٦ لخاله بالوزن النسبي لاصوات الناخبين حيث ان الفارق في عدد المواطنين الذين يختارون نائباً واحداً بين منطقتي (بوميا وجزر ليوتي) وصل إلى نسبة (١:٢٣%) أي اكثر من الضعف، فاستند المجلس إلى ان المشرع قد ارتكب خطأ ظاهراً في التقدير مما شاب القانون بشائبة البطلان<sup>١٢٧</sup>.

إلا ان المجلس قد حصر مدى رقابته بالحد الأدنى، حيث قرر دستورية التعديل رغم ان التناسب بين أصوات الناخبين بلغ نسبة (١:٨٣%) حيث قرر عدم وجود خطأ ظاهري في التقدير يقضي الحكم بعدم دستورية التعديل فاعتبارات المصلحة العامة تجيز حصول تفاوت بسيط في عملية تقسيم وفي نطاق محدود<sup>١٢٨</sup>.

إن المادة (٤٩/ أولاً وثانياً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ قد أحال تنظيم كل المسائل المتعلقة بالعملية الانتخابية إلى قانون يصدر عن مجلس النواب، تراعى فيه المبادئ الواردة في الدستور وبالاخص تناسب عدد أعضاء المجلس مع عدد السكان من خلال تمثيلهم بنائب واحد عن كل مائة الف نسمة من نفوس العراق. واعتمد مجلس النواب على احصائيات وزارة التجارة لعام ٢٠٠٥ مضافاً إليها نسبة نمو سكاني ثابتة للمحافظات وهي (٢٨%) لكل منها سنوياً، من دون مراعاة التغيرات السكانية لكل منها على حدة، والتي يفترض المنطق عدم تساويها مطلقاً، مع عدم النص على اعتماد هذه الآلية على سبيل الاستثناء لعدم وجود احصاء سكاني دقيق يمكن الرجوع إليه في الظروف الاعتيادية يجعل نص القانون مخصصاً ليطبق على انتخابات (٢٠١٠/٣/٧) فقط، وهذا ما يجعله فاقداً لعمومية القاعدة القانونية و تجردها، فتطبيقه على أي انتخابات لاحقة يؤدي إلى الاخلال بالحق في المساواة أمام القانون المكفول لجميع المواطنين دستورياً<sup>١٢٩</sup>.

وقد بينت المحكمة الاتحادية العليا العراقية في قرارها<sup>١٣٠</sup> إن المادة (٤٩/أولاً) من الدستور قد حددت عدد أعضاء مجلس النواب بنسبة مقعد واحد لكل مائة الف نسمة من نفوس العراق، على أن تكون المساواة في التمثيل النيابي على مستوى الأفراد لا الجماعات. وفي قرار آخر أشارت المحكمة الاتحادية العليا العراقية إلى أن "...وقد منح المكون الايزيدي مقعداً ضمن (الكوتا) الممنوحة للأقليات تحتسب من المقاعد المخصصة لمحافظةهم....، إن عدد نفوس المكون الايزيدي في العراق الخاص بالتعداد السكاني العام للسكان لعام ١٩٩٧...هو (٢٠٥٣٧٩).... وعن احتساب عدد سكان الايزيديين بموجب معدل النمو السكاني في العراق لعام ٢٠١٠ فإنه سيكون (٢٧٣٣١٩) ...وبذلك تجد المحكمة،... أن عدد نفوس المكون الايزيدي يفوق ما خصص له من المقاعد في مجلس النواب بالاستناد إلى المادة (٤٩) من الدستور، وحيث إن المادة (١٤) من الدستور تنص على أن "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي)، وأن تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين (م ١٦ من الدستور)، وحيث إن ما ورد في الفقرة (ب) من المادة (١/ثالثاً) من قانون تعديل قانون الانتخابات رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٩، يخالف مضامين المواد المتقدم ذكرها من الدستور... ولما تقدم فإن حكم الفقرة (ب) من المادة (١/ثالثاً) ... حكم غير دستوري، عليه قررت المحكمة الحكم بعدم دستوريته و بوجوب منح المكون الايزيدي عدد من المقاعد النيابية يتناسب مع عدد نفوسه في انتخابات مجلس النواب العراقي لدورته القادمة لعام ٢٠١٤..."<sup>١٣١</sup>.

## الخاتمة

- أولاً: الاستنتاجات: في ختام هذا البحث توصلنا الى جملة استنتاجات ندرج اهمها:
- ١- يعد الحق في المساواة أصل الحريات وأساس الحقوق، وأصبحت من المبادئ العامة في القانون، وهو من أكثر المفاهيم الدستورية المتفق عليها، حيث لا تجد دستوراً في الوقت الحاضر يخلو من النص عليه، ويختلف مفهوم الحق في المساواة وفقاً للايدلوجية التي يتبناها الدستور، وان الحق في المساواة أمام القانون يضم مبادئ فرعية، ومن أهم هذه المبادئ، المساواة أمام الوظيفة العامة، المساواة أمام الاعباء العامة، والمساواة أمام القضاء والمساواة أمام القانون الجنائي.
  - ٢- أن معظم الحقوق والحريات العامة التي أوردها الدستور، اكتفى بوضع مبادئها، ومن هنا يتدخل القانون لتنظيم كل حق أو حرية، أما الحقوق والحريات العامة، التي نظمها الدستور على نحو نهائي، وغير محالة الى القانون كما هو الحال بالنسبة الحق في المساواة . فهي بمنأى عن دائرة التنظيم التشريعي ولا يجوز تقييدها والمساس بها، لأنها الركيزة والدعامة الأساسية للنظام القانوني للحريات.
  - ٣- تهدف كل سلطة الى تحقيق المصلحة العامة بأية وسيلة حتى ولو أثرت على حقوق وحريات الأفراد، والمصلحة التي يتوخاها القانون قد لا يحددها الدستور، ويملك المشرع حينئذ تقديرها، إذ أن الحق المساواة يعد من أكثر المجالات اتصالاً بالسلطة التقديرية للمشرع، وكذلك فأن القاضي الدستوري يرجع الى فكرة المصلحة العامة لكي يقرر دستورية قانون بالرغم من مخالفته لبعض المبادئ الدستورية، إذ تلعب فكرة المصلحة العامة دوراً هاماً في القضاء الدستوري، لأن القاضي الدستوري يأخذ في الاعتبار المصلحة العامة للتأكيد على دستورية النصوص القانونية بالرغم من أنها تتضمن اعتداءً على مبدأ المساواة.
  - ٤- المساواة لا تعني المساواة المطلقة فهي مساواة نسبية تحترم الاختلافات والمراكز القانونية، وتحقق المساواة بين الأفراد عندما تتماثل مراكزهم القانونية، ويمتلك القاضي الدستوري سلطة تقديرية في اختيار الأثر القانوني الذي يترتب على النزاع المعروض عليه، وفي بعض الأحيان تقييد الحق في المساواة بنصوص دستورية أخرى، تحد من عمومية مبدأ المساواة، وفي هذه الحالة لا يمكن للقاضي الدستوري أن يتجاوزها.
  - ٥- تنص أغلبية الدساتير الحديثة على الحقوق السياسية، ويقرر الحق في المساواة حق جميع المواطنين في ممارسة هذه الحقوق على قدم المساواة، طبقاً للشروط التي يحددها القانون، إلا ان القاضي الدستوري قد يواجه صعوبات في تطبيق الحق في المساواة في الأمور المعروضة عليه، وهذه الصعوبات ترتبط ببعض المفاهيم السياسية التي لا يستطيع

أن يتجاوزها، وخاصة فيما يتعلق بحق الترشح للانتخابات النيابية أو المشاركة في الحياة السياسية.

٦- ان التصحيح التشريعي والذي يقصد منها التدخلات التشريعية التي تتم بواسطة قانون ذي أثر رجعي، وذلك بهدف منع القاضي من الغاء قرار بسبب عيب معين أو لأي سبب آخر من شأنه ان يؤدي الى الاخلال بالمساواة، ومع ذلك فان هذا الاخلال يعد مشروعاً، شرط أن يقيم القاضي الدستوري موازنة بين منافع واضرار التصحيح التشريعي ويقضي بناءً على رجحان أو عدم رجحان عناصر هذه الموازنة.

٧- ان التمييز الايجابي والذي يقصد منه تدخل المشرع باجراء نوع من التفرقة بين الافراد، عن طريق منح ميزة قانونية لطائفة محددة من بينها، وذلك بهدف معالجة عدم المساواة الفعلية بين الافراد وتحقيق العدالة بينهم - من الناحية النظرية يؤدي الى الاخلال بالحق في المساواة وخرقها، إلا أن القضاء الدستوري أقرب دستورية نظام التمييز الايجابي شريطة توافر شروط معينة لكي يسمح للمشرع المساس بالحق في المساواة وذلك من خلال نص قانوني خاص وبالنتيجة يمكن للقاضي الدستوري أن يسمح بهذا الخرق لأهم مبدأ دستوري ألا وهو مبدأ المساواة.

٨- عادة تقسم الدولة الى دوائر انتخابية، وعلى سلطات الدولة ان تتوخى وهي بصدد قيامها بالتقسيم مراعاة ما يوجبه مبدأ الاقتراع العام المتساوي، لذلك فان القاضي الدستوري يؤكد على مبدأ المساواة الحسابية بين عدد السكان الذين يمثلهم كل نائب في جميع الدوائر الانتخابية، وتقبل بتفاوت بسيط ومحدود في عملية تقسيم، إلا أنه يحكم بعدم الدستورية عندما يكون الانحراف ظاهراً ويؤثر على القوة التصويتية للناخب.

ثانياً: المقترحات: كما خرجنا بالمقترحات الآتية:

١. رغم ان القاضي الدستوري يمتلك سلطة تقديرية في النزاع المعروض أمامه، عليه ان يلتزم بالحق في المساواة وعدم تجاوزها عند تقيد هذا الحق بنصوص دستورية أخرى، تحد من عمومية مبدأ المساواة، مادام المساواة مسألة نسبية تحترم الاختلافات والمراكز القانونية.

٢. على القاضي الدستوري الالتزام باحترام بعض الحقوق السياسية مثل حق الترشح للانتخابات النيابية أو المشاركة في الحياة السياسية، رغم انه قد يواجه بعض الصعوبات عند تطبيق مبدأ المساواة في هذه الأمور .

٣. إلزام القضاء الدستوري بالتمييز الايجابي عند توافر شروط معينة وذلك بهدف معالجة عدم المساواة الفعلية بين الافراد وتحقيق العدالة بينهم ، وفي سبيل ذلك أن يسمح بهذا الخرق لأهم مبدأ دستوري ألا وهو مبدأ المساواة.

## الهوامش:

<sup>1</sup> Le POURHIET A-M, Egalite et discrimination, dans l'edition les discrimination, sous la direction de Felicien Lemaire and Bernard, paris, Edition CUJAS, 2012, P28.

<sup>2</sup> Muberanziza A, L Egal acces du citoyen aux affaires publiques de son pays, Namur, Presses universitaires de Namur, 2005, P93.

<sup>3</sup> د.محمد علي السالم عياد الحلبي، مبدأ المساواة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٢، ص ١٢.

<sup>4</sup> د.نعيم عطيه، النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٥، ص ٣٨ هامش رقم (١).

<sup>5</sup> "إن المساواة امام القانون هي المعنى الذي استهدفته الثورة الفرنسية، واريده به وضع حد لنظم عدم المساواة العميقة بين المواطنين. وقد قصد به ان القانون يجب تطبيقه بالطريقة نفسها على الجميع مهما كانت مستوياتهم باعتبار ان القانون بقواعده العامة المجردة ينطبق على الجميع بغير استثناء. أما المساواة داخل القانون: فيقصد بها ان القانون يجب ان يكون عادلاً" أي يقرر معاملة واحدة للمراكز القانونية الواحدة، بينما يقرر معاملة مختلفة للمراكز المختلفة، وقد عبر بعضهم عن ذلك بان فكرة المساواة تتحقق باختلاف، مما مقتضاه تحقق المساواة حين وضع المشرع قواعد متميزة لكل مجموعة من المواطنين يندرجون تحت مراكز قانونية مختلفة. ويقصد بالمساواة بواسطة القانون: إمكان تقرير معاملة واحدة لمراكز واحدة أو العكس بالعكس إذا اقتضى ذلك سبب منطقي. ينظر د.عبدالعزيم محمد سلمان، الحق في المساواة، مجلة الدستورية، تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد الرابع عشر، متاح على الموقع الالكتروني:

[www.hccourt.gov.eg](http://www.hccourt.gov.eg) (٢٠١٤/٤/١).

<sup>6</sup> د.احمد فحي سرور، مبدأ المساواة في القضاء الدستوري، مجلة الدستورية، العدد الثاني، ٢٠٠٣، ص ٣٠.

<sup>7</sup> د.عبدالغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية (دراسة لنظرية الدولة والحكومة والحقوق والحريات العامة في الفكر الاسلامي والفكر الاوروبي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ط ٤، ٢٠٠٢، ص ٣٧٠.

<sup>8</sup> جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري- دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٣٣.

<sup>9</sup> د.جعفر عبدالسادة بهير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية- دراسة مقارنة، دار الحامد- الأردن، ط ١، ٢٠٠٩، ص ١٩٣.

<sup>10</sup> د.عبدالغني بسيوني عبدالله، المصدر السابق، ص ٣٤٥-٣٤٧.

<sup>11</sup> د.يوسف الحاشي، في النظرية الدستورية، ابن النديم للنشر والتوزيع، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٤١٥.

<sup>12</sup> د.احمد سليم سعيقان، الحريات العامة وحقوق الانسان -دراسة تاريخية وفلسفية وقانونية مقارنة، الجز الاول، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، ط ١، ٢٠١٠، ص ٧٤.

<sup>13</sup> نفس المصدر، ص ٧١.

<sup>14</sup> نفس المصدر، ص ٩.

<sup>15</sup> د.عبدالعزيم محمد سلمان، المصدر الالكتروني السابق.

<sup>16</sup> د.احمد سليم سعيقان، المصدر السابق، ص ٩.

- <sup>١٧</sup> د. ثروت بدوي، النظم السياسية- الكتاب الاول تطور الفكر السياسي والنظرية العامة للنظم السياسية، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٦١، ص ٥٣١.
- <sup>١٨</sup> د. عبدالغني بسيوني عبدالله، المصدر السابق، ص ٣٨٣.
- <sup>١٩</sup> د. يوسف الحاشي، المصدر السابق، ص ٤١٨.
- <sup>٢٠</sup> د. عبدالغني بسيوني عبدالله، المصدر السابق، ص ٣٨٦.
- <sup>٢١</sup> د. محمد عبداللطيف، التصحيح التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ١٥٢.
- <sup>٢٢</sup> د. عبدالغني بسيوني عبدالله، المصدر السابق، ص ٣٩٢.
- <sup>٢٣</sup> د. يوسف الحاشي، المصدر السابق، ص ٤١٩.
- <sup>٢٤</sup> ينظر د. محمد عبداللطيف، المصدر السابق، ص ١٥٢-١٥٣.
- <sup>٢٥</sup> د. عبدالغني بسيوني عبدالله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي-دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ط ٢، ٢٠٠٤، ص ٩-١٠.
- <sup>٢٦</sup> د. محمد عبداللطيف، المصدر السابق، ص ١٥٤.
- <sup>٢٧</sup> د. محمد نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢٢.
- <sup>٢٨</sup> على الرغم ان المحكمة العليا الامريكية لم تتعرض لمدى دستورية عقوبة الاعدام المقررة منذ سنة ١٩٧٦، إلا انها وضعت على تقريرها قيوداً مهمة، فقضت إن الحكم بالاعدام على المتأخرين عقلياً يبدو مبالغاً فيه وغير متناسب مع درجة مسؤوليتهم، ويمثل عقوبة قاسية وغير معتادة بالمعنى المنصوص عليه في التعديل الثامن للدستور الامريكي. وقد اطلق المجلس الدستوري الفرنسي عدة اعتبارات مختلفة في مجال رقابته على عدم التناسب، منها القول "بعدم التناسب المبالغ فيه"، "التفاوت الواضح"، أو "الخطا الواضع بالتقدير"، أو "عدم التناسب الذي لا يوجد ما يبرره بطريقة واضحة"، فعلى سبيل المثال قضى المجلس الدستوري الفرنسي بعدم دستورية النص الذي يوقع عقوبة "اوتوماتيكية" عند وقوع المخالفة، حائلاً دون مراعاة ظروف المخالفة، أو ربط توقيع العقاب على أساس جسامه الفعل. لمزيد من التفصيل ينظر د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري- الشرعية الدستورية في القانون العقوبات- الشرعية الدستورية في قانون الاجراءات الجنائية، دار الشروق، مصر، ٢٠٠٦، ص ١٧١-١٨٦.
- <sup>٢٩</sup> نفس المصدر، ص ١٨٤.
- <sup>٣٠</sup> د. عاصم رمضان مرسي يونس، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٣.
- <sup>٣١</sup> هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة د. أكرم الوتري، منشورات البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٦، ص ١١٧.
- <sup>٣٢</sup> نص المادة (٦) من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ على ان "لا فرق بين العراقيين في الحقوق أمام القانون وان اختلفوا في القومية والدين واللغة"، ثم أكد على هذا المبدأ في المادة (١٨) منه بقوله "العراقيون متساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيما عليهم من واجبات والتكاليف العامة. لتمييز بينهم في ذلك بسبب الأصل أو اللغة أو الدين...". كما أكد دستور عام ١٩٥٨ على مبدأ المساواة، فقد نصت المادة (٩) على ان "المواطنون سواسية أمام القانون في الحقوق والواجبات العامة ولا يجوز التمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة"، ونصت على هذا المبدأ المادة (١٩) من دستور عام ١٩٦٤ "العراقيون متساوون في الحقوق والواجبات العامة بلا تمييز بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو أي سبب آخر...". وكذلك المادة (٢١) من دستور عام ١٩٦٨، والمادة (١٩) من دستور عام ١٩٧٠. كما ونصت المادة (١٤) من دستور عام ٢٠٠٥ على ان "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرف...".، والمادة (١٦) "تكافؤ الفرص حق مكفول"

جميع العراقيين..."، والمادة (٢٠) "للمواطنين رجالاً ونساءً، حق المشاركة في الشؤون العامة، والتمتع بالحقوق السياسية،....".

<sup>٣٣</sup> د.يوسف الحاشي، المصدر السابق، ص٤١٦.

<sup>٣٤</sup> د.عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص٣٢٢.

<sup>٣٥</sup> د.عبير حسين السيد حسين، المصدر السابق، ص١٢٢.

<sup>٣٦</sup> ينظر د.محمد فوزي نويجي، فكرة التدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية نقدية)، دار النهضة العربية- القاهرة، ط١، ٢٠٠٧، ص١٢٠-١٢٩.

<sup>٣٧</sup> د.عبدالحفيظ الشبيبي، القضاء الدستوري و حماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، الهامش رقم (١)، ص٣٢٨.

<sup>٣٨</sup> وهذا ما جعل الهيئة الاممية تلاحظ بان الحقوق التي تنص عليها الأحكام الدستورية تسمى في بلدان كثيرة بالحقوق الأساسية، إلا انه من السهل تحديد الطبيعة المميزة لهذه الأحكام المتعلقة بالحقوق الأساسية، إذ يتوقف ذلك من ناحية على كيفية أداء الدستور وعلى الأخص احكامه المتعلقة بالحقوق الأساسية لمهمته في إقامة العدالة في دولة بعينها، وعلى ماهية الدور الذي يلعبه وبصفة خاصة على كيفية اظهار أولويته في سلم النظام القانوني. ينظر د.يوسف الحاشي، المصدر السابق، ص٤٢٨.

<sup>٣٩</sup> د.محمد فوزي النويجي، المصدر السابق، ص١٦٦-١٦٧.

<sup>٤٠</sup> د.يوسف الحاشي، المصدر السابق، ص٤٢٨.

<sup>٤١</sup> نفس المصدر، ص٤١٧.

<sup>٤٢</sup> د.عبد احمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية- القاهرة، ط٢، ٢٠٠٦، ص٨٩-٩٠.

<sup>٤٣</sup> نص المادة (٧٩) الفقرة (٣) من القانون الأساسي على مايلي "يحظر كل تعديل للقانون الأساسي الحالي يمس تنظيم الاتحاد في المقاطعات، ومبدأ مشاركة المقاطعات في التشريع، والمبادئ المعلنة في المادتين ١ و ٢٠".

المبادئ التي اعلنتها المادة الأولى من القانون الأساسي والتي ترجع اليها المادة (٧٩) الفقرة (٣) من القانون الأساسي، هي التالية: "١-كرامة الشخص الانساني لاتمس. وعلى كل السلطات العامة واجب احترامها، وحمايتها. ٢-وبالنتيجة فان الشعب الالماني يعترف للكائن الانساني بحقوق غير قابلة للانتهاك وللتصرف، وذلك كأساس لكل جماعة بشرية، وللسلام والعدل في العالم. ٣-إن الحقوق الأساسية المذكورة فيما بعد تقييد السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية بصفتها حقوقاً قابلة مباشرة للتطبيق"

وفيما يتعلق بالمادة (٢٠) فان الأحكام المتعلقة بدولة القانون والحقوق الأساسية هي التالية: ٣-السلطة التشريعية مقيدة بالنظام الدستوري، والسلطتان التنفيذية والقضائية مقيدتان بالقانون والحق".

<sup>٤٤</sup> ميشال فردمون، تعديل الدستور والقواعد الدستورية غير القابلة للمس في القانون الالماني، مجلة القانون العام وعلم السياسة، ترجمة د.محمد عرب صاصيلا، مراجعة د.وسيم منصور، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، العدد (١)، ٢٠٠٧، ص١٠٧.

<sup>٤٥</sup> وبالرجوع إلى الباب الثاني نجد انه يتضمن المادة (١٤) التي تنص على ان "العراقيون متساوون أمام القانون...."، والمادة (١٦) التي تنص على ان "تكافل الفرص حق مكفول لجميع العراقيين، وتكفل الدولة اتخاذ الاجراءات اللازمة لتحقيق ذلك".

<sup>٤٦</sup> د.عاطف سالم عبدالرحمن، دور القضاء الدستوري في الاصلاح السياسي- الاجتماعي- الاقتصادي- دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة، ط١، ٢٠١٠-٢٠١١، ص٣٧٦.

- <sup>٤٧</sup> د.محمد عبداللطيف، المصدر السابق، ص١٨٦-١٨٧.
- <sup>٤٨</sup> نفس المصدر، ص١٨٧.
- <sup>٤٩</sup> د.راغب جبريل خميس راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، المكتب الجامعي الحديث- مصر، ٢٠٠٩، ص٤١٥.
- <sup>٥٠</sup> ينظر د.محمد عبداللطيف، المصدر السابق، ص١٨٧-١٨٨.
- <sup>٥١</sup> د.عبدالمجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠١٠، ص٥٣٧.
- <sup>٥٢</sup> نفس المصدر، ص٥٤٨.
- <sup>٥٣</sup> د.عبيد حسين السيد حسين، المصدر السابق، ص٢٣٦-٢٣٧.
- <sup>٥٤</sup> د.محمد عبداللطيف، المصدر السابق، ص١٩١.
- <sup>٥٥</sup> د.عبيد حسين السيد حسين، المصدر السابق، ص٥١٤.
- <sup>٥٦</sup> نفس المصدر، ص١٩٢-١٩٣.
- <sup>٥٧</sup> قرار (c.c.22 aout 2002, n.460 dc, c.c, 12 decembre 2002,n.463 dc, c.c, 27 decembre 2001, 456, dc) ينظر د.محمد محمد عبداللطيف، القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات (١٩٩٩-٢٠٠٤)، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠٥، ص٨٠.
- <sup>٥٨</sup> د.عصام سعيد عبد احمد، الرقابة على دستورية القوانين- دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب- لبنان، ط١، ٢٠١٣، ص٦٤٥.
- <sup>٥٩</sup> مسألة المصلحة العامة هذه، تصدى لها أيضاً القضاء الدستوري البلجيكي، حين تطرق في احد قراراته رقم (n ٧٥/٩٧) إلى المقارنة ما بين دور الدولة والافراد. بحيث قرر في إحدى حيثيات هذا القرار بانه (من واجب الدولة السهر على المصلحة العامة. كذلك من حق الأفراد أن يحافظوا على مصالحهم الشخصية...)، كما ان حماية المصلحة العامة هذه، لم تغب أيضاً عن القضاء الدستوري الالماني الذي وافق (على ان محدودية المصادر المالية للدولة يمكن أن تكون احدى المسائل المؤثرة على خيارات المشرع إلا انه لم يقبل الاخلال بمبدأ المساواة تحت ستار المصلحة العامة التي يمكن لهذا المشرع السهر على تحقيقها). د.أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون- دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، ٢٠٠٢، ص٤١٦.
- <sup>٦٠</sup> د.محمد أنس قاسم جعفر، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص٢٥٨-٢٥٥.
- <sup>٦١</sup> د.يسري محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص١٥.
- <sup>٦٢</sup> د.عبدالغني بسيوني عبدالله، المصدر السابق، ص٣٧٢-٣٧٣.
- <sup>٦٣</sup> وأصدرت المحكمة حكماً بتاريخ ٢ من سبتمبر ١٩٩٥ بدستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ بتعديل قوانين الهيئات القضائية وقانون السلطة القضائية ورفع سن المعاش من سن الستين إلى الرابعة والستين مع استبعاد من احيلوا إلى التقاعد قبل صدوره، واستندت المحكمة في القضاء بدستورية هذا النص إلى عدم انطوائه على مخالفة لمبدأ المساواة، حيث انه قد طبق حكماً واحداً على كل من ينتمي إلى مركز قانوني واحد، وجاء في أسباب هذا الحكم "التباين في المراكز القانونية يفترض تغيرها -ولو في بعض جوانبها-،....وكانت القواعد التي تضمنتها المادتان الاولى والثانية ....لاتقييم في مجال تطبيقها، تمييزاً فيما بين المخاطبين بها". د.يسري محمد العصار، المبادئ التي ارستها المحكمة الدستورية العليا في مجال الوظيفة العامة، دار النهضة العربية -القاهرة، ٢٠١١، ص٢٩٣.

- <sup>٦٤</sup> د. يسري محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص ١٥.
- <sup>٦٥</sup> د. أمين عاطف صليبيا، المصدر السابق، ص ٤٠٧.
- <sup>٦٦</sup> نفس المصدر، ص ٤١٠.
- <sup>٦٧</sup> إن هذا الموقف لم تقتصر على القاضي الدستوري الفرنسي بل طبقه أيضاً القاضي الدستوري في معظم دول أوروبا، حيث نجد ان القاضي الدستوري الألماني قد رأى في احدى قراراته (ان عمومية مبدأ المساواة تفرض على المشتري عدة ضوابط إلا ان بإمكانه مواجهة هذه العمومية من خلال أهداف القانون المراد تطبيقه من جهة، ومن جهة ثانية المعايير المنبثقة عن اختلاف المراكز، هذا الاجتهاد سار على خطاه القاضي الدستوري البلجيكي، إذ طبقه في مجالات متعددة للقانون، في مجال القانون المدني أو الجزائي أو الضرائبي، وقد شدد على ضرورة دراسة معايير التمييز بين المراكز القانونية الداخلة في تطبيقات تلك القوانين الآنف الذكر. ينظر د. أمين عاطف صليبيا، المصدر السابق، ص ٤١٣.
- <sup>٦٨</sup> د. عبدالغني بسيوني عبدالله، المصدر السابق، ص ٣٧٣.
- <sup>٦٩</sup> نفس المصدر، ص ٤٢٠-٤٢١.
- <sup>٧٠</sup> نص الفرع الاول على ان "كل الافراد سواسية أمام القانون وتحت ظله، ولهم الحق في الحماية المتساوية وتمتع متساو وبالقانون دون تمييز، وبشكل خاص، بدون تمييز على أساس العرق أو الأصل القومي أو الأثنية، أو اللون، أو الدين، أو الجنس، أو العمر، أو العجز العقلي، أو الجسدي".
- <sup>٧١</sup> د. أمين عاطف صليبيا، المصدر السابق، ص ٤٢٣.
- <sup>٧٢</sup> جيروم أبارون، س. توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري- المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، ترجمة محمد مصطفى غنيم، مراجعة هند البقلي، الناشر الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ط ١، ١٩٩٨، ص ٢٠٣.
- <sup>٧٣</sup> د. عبدالمنصف عبدالفتاح محمد ادريس، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية- القاهرة، ط ١، ٢٠١١، ص ٢٨١.
- <sup>٧٤</sup> د. عيبر حسين السيد حسين، المصدر السابق، ص ٢٣٧.
- <sup>٧٥</sup> د. عبدالمنصف عبدالفتاح محمد ادريس، المصدر السابق، ص ٤٨١.
- <sup>٧٦</sup> نفس المصدر، ص ٤٨١.
- <sup>٧٧</sup> القضية رقم (٦٣) لسنة (١٣) ق. دستورية) في ٢/٣/١٩٩٣.
- <sup>78</sup> LAMBRT T. et les autres, Egalite et Equite- Antagonisme ou complementarite?, paris, Economica, 1999, P26.
- <sup>٧٩</sup> العدد ٣٧ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٥ بتاريخ ٢٩/٦/٢٠١٥.
- <sup>٨٠</sup> د. منذر الشاوي، الاقتراع السياسي، منشورات العدالة، بغداد، ص ١٤٢.
- <sup>٨١</sup> نفس المصدر، ص ١٤٢-١٤٣.
- <sup>٨٢</sup> اسست المحكمة حكمها على ان النصوص المطعون اخلت بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، وقامت تمييزاً بين مرشحي الاحزاب السياسية الذين خصص لهم ثلثي المقاعد، والمرشحين المستقلين غير المنتمين إلى أحزاب سياسية الذين خصص لهم ثلث المقاعد، من دون أساس موضوعي يبرر ذلك، إذ اتاحت هذه النصوص لكل من مرشحي الأحزاب السياسية إحدى فرصتين للفوز بعضوية مجلس الشعب، احدهما بوسيلة الترشيح بالقوائم الحزبية المغلقة، والثانية عن طريق الترشيح للنظام الفردي، بينما اقتصرت الفرصة الوحيدة المتاحة أمام المرشحين المستقلين غير المنتمين إلى تلك الأحزاب على نسبة الثلث المخصصة للانتخاب بالنظام الفردي، في حين يتنافس معهم ويزاحمهم فيها المرشحون المنتمون إلى الاحزاب السياسية، والذين يتمتعون بدعم مادي ومعنوي من تلك

- الأحزاب، بتسخير جميع الامكانيات المتاحة لديها لدعمهم، وهو ما لا يتوافر للمرشح المستقل غير المنتمي إلى أي حزب، الأمر الذي يقع بالمخالفة لنص المادة (٣٨) من الاعلان الدستوري الصادر بتاريخ ٣٠ آذار ٢٠١١، كما يتضمن مساساً بالحق في الترشيح في محتواه وعناصره ومضمونه، وتمييزاً بين فئتين من المواطنين يخالف مبدأ المساواة و تكافؤ الفرص، لما ينطوي عليه من تمييز بين فئتين في المعاملة وفي الفرص المتاحة للفوز بعضوية البرلمان، من دون أن يكون هذا التمييز في جميع الوجوه المتقدمة مبرراً بقاعدة موضوعية ترد في أساسها إلى طبيعة حق الترشيح وما تقتضيه ممارسته من متطلبات، والتي تحقق بها المساواة والتكافؤ في الفرص، فضلاً عما يمثله ذلك النهج من المشرع من إهدار لقواعد العدالة...." ينظر. د. يسري محمد العصار، مكانة المحكمة الدستورية في النظامين الدستوري والقانوني في مصر، منشور في كتاب، جدل الدستور والمرحلة الانتقالية في مصر بين ٢٥ يناير و ٣٠ يونيو، المركز العربي للبحوث ودراسة السياسات، ط١، بيروت، ٢٠١٤، ص ١٨٣.
- <sup>٨٣</sup> المنشورة في جريدة الوقائع العراقية، العدد (٣٩٧٧)، حزيران ٢٠٠٣.
- <sup>٨٤</sup> المنشور في الوقائع العراقية، العدد (٤٠٦١)، في ١٤/شباط/٢٠٠٨.
- <sup>٨٥</sup> نصت الفقرة الأولى من التعديل الرابع عشر للدستور "....لا يجوز لاية ولاية أن تحرم أي شخص في نطاق سلطاتها من المساواة في الحماية أمام القانون".
- <sup>٨٦</sup> د. عاطف سالم عبدالرحمن، المصدر السابق، ص ٤٨٣.
- <sup>٨٧</sup> مدين عبدالرزاق الكلش، دور المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في حماية الحقوق والحريات، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، ط١، ٢٠١٥، ص ١٦٢.
- <sup>٨٨</sup> د. احمد كمال أبوالمجد، رقابة دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٦٠، ص ٣٨٣.
- <sup>٨٩</sup> ينظر د. عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضمانتها الدستورية والقانونية في القانون المصري والمقارن، بدون مكان الطبع، ٢٠٠٠، ص ٢١٩-٢٢١؛ ينظر د. احمد كمال أبوالمجد، المصدر السابق، ص ٣٨٤-٣٩٥.
- <sup>٩٠</sup> د. عفيفي كامل عفيفي، المصدر السابق، ص ٢١٩-٢٢٢.
- <sup>٩١</sup> د. محمد عبد اللطيف، التصحيح التشريعي، المصدر السابق، ص ٥١، د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية- دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص ٢٣٦.
- <sup>٩٢</sup> د. محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص ٥٢، د. عادل الطبطبائي، المصدر السابق، ص ٢٣٦.
- <sup>٩٣</sup> د. رجب محمود طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضاء الدستوري والاداري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠١١، ص ١٧٩.
- <sup>٩٤</sup> نفس المصدر، ص ٦٠.
- <sup>٩٥</sup> د. عادل الطبطبائي، المصدر السابق، ص ٢٤٢.
- <sup>٩٦</sup> ولتجنب هذه النتائج السلبية فان المشرع الفرنسي يسمح أحياناً بتنظيم مسابقة أخرى للمرشحين الذين اخفقوا في المسابقة التي تم تصحيحها، ولكن حتى في هذا الفرض، فان الاخلال بمبدأ المساواة لا يختفي تماماً، لان اقرانهم الذين سبق ان التحقوا في الوظيفة اصبحوا في وضع متميز عنهم. د. ماهر محمد أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته- دراسة تطبيقية في مصر- الجزء الاول، دار ابوالمجد- مصر، ٢٠٠٦، ص ١٥١.
- <sup>٩٧</sup> د. ماهر محمد أبو العينين، المصدر السابق، ص ٩٦.
- <sup>٩٨</sup> د. محمد عبد اللطيف، التصحيح التشريعي، المصدر السابق، ص ١٥٢.
- <sup>٩٩</sup> نفس المصدر، ص ١٥٢-١٥٣.
- <sup>١٠٠</sup> د. عادل الطبطبائي، المصدر السابق، ص ٢٤٨.

<sup>١٠١</sup> ويبرر البعض هذا الاتجاه بالقول، ان القرار الجديد للمجلس الدستوري صدر بشأن قانون يصحح قرارات ادارية ضريبية، وان المجلس الدستوري لا يزال يرى في القضاء الاداري لا يتفق معه حول فكرته بشأن مبدأ المساواة في المجال المالي، ولذلك عمد المجلس الى الاحتفاظ بحقه بقبول التصحيح التشريعي للقرارات الادارية الخاصة بفرض الضرائب عندما يقرر القضاء الاداري بطلان المداوات التي أدت الى اصدارها. د. عادل الطبطبائي، المصدر السابق، ص ٢٤٨-٢٤٩

<sup>١٠٢</sup> د. محمد محمد عبداللطيف، القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات، المصدر السابق، ص ٤٢-٤٣.

<sup>١٠٣</sup> د. محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص ٤٤.

<sup>١٠٤</sup> د. محمود رجب طاجن، المصدر السابق، ص ٢٠٩-٢١٠.

<sup>١٠٥</sup> ويختلف البعض على التسمية دون اخلال بالمبدأ، ففي أمريكا يسمونها "Affirmative Action" العمل الايجابي، وبعض دول أوروبا تسميها "التمييز الايجابي" "Discrimination positive" و دول اخرى تسميها "المعاملات التفضيلية" و دول اخرى تسميها "أليات الانعاش للملائم للاقلييات" أو "إجراءات الفعل التوكيدي" أو "المساواة الرافعة"، لرفع مستوى الضعفاء إلى مستوى الاقوياء، أو "أليات الدمج لكل مكونات الامة" أو "تفعيل المواطنة" عن طريق اجراءات خاصة لتعزيز المشاركة والمساواة، أو "أليات التمثيل والتواجد العادل للاقلييات" أو حتى تعزيز "قانون التنوع"، ولكن في الحقيقة كل هذه العبارات ماهي إلا وصف لجزء من محتوى الفكرة ولا تشمل كافة جوانبها، فالتعبير المعروف في اللغة الانكليزية بـ "Affirmative Action" ومقابلة في النص الفرنسي تعبير "Discrimination positive" كان يعني في الولايات المتحدة الامريكية اتخاذ التدابير الايجابية لصالح السود انصافاً لهم من آثار التمييز العنصري التي لحق بهم. وفي السنوات الأخيرة صار التعبير يشمل المرأة أيضاً وعدة فئات خاصة مثل ذوي الاحتياجات الخاصة، وسكان المناطق الاقل تنمية، والمدارس الاقل مستوى. لمزيد من التفصيل ينظر هاجر الهشيري، مشروعية التمييز الايجابي، متاح على الموقع الالكتروني:

[www.maitremahmaudyacoub.blogspot.com](http://www.maitremahmaudyacoub.blogspot.com) (٢٠١٤/٤/٣)

<sup>١٠٦</sup> د.يسري محمد العصار، التمييز الايجابي ومدى اتفاهه مع الدستور، مجلة الدستورية، تصدرها المحكمة الدستورية المصرية، العدد الخامس، ٢٠٠٤، ص ٢٧.

<sup>١٠٧</sup> د.يسري محمد العصار، التمييز الايجابي ومدى اتفاهه مع الدستور، المصدر السابق، ص ٣١-٣٢.

<sup>١٠٨</sup> وقد صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي أحكام يبدو فيها انه يؤيد هذا الاتجاه، منها حكمه الصادر بتاريخ ٢٦ يونيو ١٩٨٩ في قضية اتحاد النقابات العامة للتعليم الوطني، الذي قضى فيه بان نص الدستور الذي يكفل للمرأة والرجل حقوقاً متساوية في المجالات المختلفة يجيز للمشرع، وكذلك لجهة الادارة، اجراء تمييز قانوني لصالح النساء لضمان منحهن فرصاً متكافئة مع الرجال، وحكمه الصادر بتاريخ ٢٨ مارس ١٩٩٧ في قضية Baxter الذي قضى فيه بأن مبدأ المساواة لا يحتم تطبيق قواعد مختلفة على المشروعات التي توجد في مراكز قانونية مختلفة عن بعضها البعض، وانما يملك المشرع مجرد رخصة Faculte في هذا المجال، ولا يشكل ذلك التزاماً قانونياً عليه. د.يسري محمد العصار، التمييز الايجابي ومدى اتفاهه مع الدستور، المصدر السابق، ص ٣١.

<sup>١٠٩</sup> نفس المصدر، ص ٣٢.

<sup>١١٠</sup> هاجر الهشيري، المصدر الالكتروني السابق.

<sup>١١١</sup> د.يسري محمد العصار، التمييز الايجابي ومدى اتفاهه مع الدستور، المصدر السابق، ص ٢٧.

<sup>١١٢</sup> هاجر الهشيري، المصدر الالكتروني السابق.

<sup>١١٣</sup> محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الانسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٤، ص ١٢١.

- <sup>١١٤</sup> نفس المصدر، ص ١٢١.
- <sup>١١٥</sup> قرار رقم (العدد ١١٦/اتحادية/إعلام/٢٠١٤) وموحدتها (١٤/اتحادية/اعلام/٢٠١٥) بتاريخ (٢٠١٥/٦/٨).
- <sup>١١٦</sup> العدد (٣٦/اتحادية/اعلام/٢٠١٣) بتاريخ (٢٠١٣/٨/٢٦).
- <sup>١١٧</sup> د.عفيفي كامل عفيفي، المصدر السابق، ص ٧٧٠.
- <sup>١١٨</sup> حقوق الانسان والانتخابات، اعداد مركز حقوق الانسان في الامم المتحدة، الطبعة الاولى، ٢٠٠٤، دار اشؤون الثقافية العامة، بغداد، ص ٣٩.
- <sup>١١٩</sup> لمزيد من التفصيل ينظر وائل منذر البياتي، الاطار القانوني للاجراءات السابقة على الانتخابات المجالس النيابية- دراسة مقارنة، ط ٢٠١٥، المركز القومي للاصدارات القانونية، ص ١٦٤-١٦٥.
- <sup>١٢٠</sup> د.سعاد الشرفاوي، د.عبدالله ناصف، نظم الانتخابات في العالم وفي مصر، دار النهضة العربية- مصر، ط ٢، ١٩٩٤، ص ٣٥٦.
- <sup>١٢١</sup> حيث جاء في قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية المرقم (١٥/ت/٢٠٠٦) في (٢٦/٤/٢٠٠٧) ".....وحيث ان المادة (٤٩/أولاً) من الدستور اعتمدت معيار عدد نفوس العراق في الانتخابات،....بخلاف المادة (١٥/ثانياً) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥، حيث اعتمد معيار عدد الناخبين المسجلين في سجلات كل محافظة، ووفقاً لما ذكر آنفاً، فان نص المادة (١٥/ثانياً) اصبح متعارضاً مع نص المادة (٤٩/أولاً) من الدستور...لذا قررت المحكمة بعدم دستوريتهما.....".
- <sup>١٢٢</sup> المادة (٤٩/أولاً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.
- <sup>١٢٣</sup> ولكن المشكلة ماتزال قائمة. ماهي إذاً درجة التناسب أو بعبارة أدق درجة الانحراف المقبولة دستورياً لتلافي مخالفة مبدأ المساواة، هل التفاوت بين عدد السكان إلى المقعد الواحد الذي تصل نسبته إلى (٥%) في واحدة أو أكثر من الدوائر يخالف المساواة المطلوبة؟ وماذا عن نسبة المغايرة التي قد تبلغ (١٠%) أو (٢٠%)؟
- <sup>١٢٤</sup> نفس المصدر، ص ١٢٥.
- <sup>١٢٥</sup> نفس المصدر، ص ١٢٥.
- <sup>١٢٦</sup> لمزيد من التفصيل ينظر د.سليمان الغويل، الانتخابات والديمقراطية (دراسة قانونية مقارنة)، منشورات اكااديمية الدراسات العليا- طرابلس، الجماهيرية العظمى، الطبعة الاولى، ٢٠٠٣، ص ٢٠٤.
- <sup>١٢٧</sup> وائل منذر البياتي، المصدر السابق، ص ١٩٣.
- <sup>١٢٨</sup> وفي هذا يقرب موقف المجلس الدستوري من موقف القضاء الاجنبي، فالمحكمة العليا في اليابان التي فصلت في حالة عرضت عليها، وتشكل خروجاً كبيراً على التناسب في تحديد الدوائر بالنسبة للانتخابات التشريعية، وقضت فيها بان الفارق في تقسيم الدوائر الذي يصل إلى نسبة (١:٥) غير دستوري، ومثلها أيضاً المحكمة الدستورية الألمانية التي مارست مثل هذه الرقابة منذ حكم ٢٢ مايو ١٩٦٣ وأرست قاعدة مؤداها: إن المشرع يجب عليه بخصوص تحديد الدوائر الانتخابية أن يتفادى الفوارق الكبيرة بالقياس إلى المتوسط القومي للسكان وإن القاعدة الدستورية المتعلقة بالمساواة في الاقتراع يجب أن تراعى الحكومة بدقة في تنفيذ تقسيم الدوائر. لمزيد من التفصيل ينظر د.داود الباز، ص ٥٢٣-٥٢٤، عبدو سعد وآخرون، ص ٧١.
- <sup>١٢٩</sup> وائل منذر البياتي، المصدر السابق، ص ١٧٥.
- <sup>١٣٠</sup> ينظر قرار رقم (٤٥/ اتحادية/ ٢٠٠٩) بتاريخ (٢٠٠٩/٧/٢٠).
- <sup>١٣١</sup> قرار رقم (١١/اتحادية/٢٠١٠) بتاريخ (٢٠١٠/٦/١٤).

## المصادر

### أولاً: باللغة العربية

١. د. احمد سليم سعيقان، الحريات العامة وحقوق الانسان - دراسة تأريخية وفلسفية وقانونية مقارنة، الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، ط ١، ٢٠١٠.
٢. د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري- الشرعية الدستورية في القانون العقوبات- الشرعية الدستورية في قانون الاجراءات الجنائية، دار الشروق، مصر، ٢٠٠٦.
٣. د. احمد كمال ابوالمجد، رقابة دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٦٠.
٤. د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون- دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، ٢٠٠٢.
٥. د. ثروت بدوي، النظم السياسية- الكتاب الاول تطور الفكر السياسي والنظرية العامة للنظم السياسية، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٦١.
٦. د. جعفر عبد السادة بهير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية- دراسة مقارنة، دار الحامد- الاردن، ط ١، ٢٠٠٩.
٧. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري- دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠٠.
٨. جيروم أبارون، س. توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري- المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، ترجمة محمد مصطفى غنيم، مراجعة هند البقلي، الناشر الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ط ١، ١٩٩٨.
٩. حقوق الانسان والانتخابات، اعداد مركز حقوق الانسان في الامم المتحدة، الطبعة الاولى، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ٢٠٠٤.
١٠. د. راغب جبيريل خميس راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد و سلطة الدولة، المكتب الجامعي الحديث- مصر، ٢٠٠٩.
١١. د. رجب محمود طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضائين الدستوري والاداري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠١١.
١٢. د. سعاد الشرقاوي، د. عبد الله ناصف، نظم الانتخابات في العالم وفي مصر، دار النهضة العربية- مصر، ط ٢، ١٩٩٤.
١٣. د. سليمان الغويل، الانتخابات والديمقراطية (دراسة قانونية مقارنة)، منشورات اكااديمية الدراسات العليا- طرابلس، الجماهيرية العظمى، الطبعة الاولى، ٢٠٠٣.

١٤. د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية- دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي- جامعة الكويت، ٢٠٠٠.
١٥. د. عادل عبدالرحمن خليل، مدى دستورية أنظمة تقسيم الدوائر الانتخابية في الولايات المتحدة الأمريكية و مصر دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
١٦. د. عاصم رمضان مرسي يونس، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠١٠.
١٧. د. عاطف سالم عبدالرحمن، دور القضاء الدستوري في الاصلاح السياسي- الاجتماعي- الاقتصادي- دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة، ط١، ٢٠١٠-٢٠١١.
١٨. د. عبدالحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري و حماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
١٩. د. عبدالغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية (دراسة لنظرية الدولة والحكومة والحقوق والحريات العامة في الفكر الاسلامي والفكر الاوروبي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ط٤، ٢٠٠٢.
٢٠. د. عبدالغني بسيوني عبدالله، مبدأ المساواة أمام القضاء و كفالة حق التقاضي- دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ط٢، ٢٠٠٤.
٢١. د. عبدالمجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠١٠.
٢٢. د. عبدالمنصف عبدالفتاح محمد ادريس، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية- القاهرة، ط١، ٢٠١١.
٢٣. د. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
٢٤. د. عصام سعيد عبد احمد، الرقابة على دستورية القوانين- دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب- لبنان، ط١، ٢٠١٣.
٢٥. د. عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية في القانون المصري والمقارن، بدون مكان الطبع، ٢٠٠٠.
٢٦. د. عيد احمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية- القاهرة، ط٢، ٢٠٠٦.

٢٧. د. ماهر محمد أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته- دراسة تطبيقية في مصر- الجزء الاول، دار ابو المجد- مصر، ٢٠٠٦.
٢٨. د. محمد أنس قاسم جعفر، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
٢٩. د. محمد عبداللطيف، التصحيح التشريعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
٣٠. د. محمد علي السالم عياد الحلبي، مبدأ المساواة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٢.
٣١. د. محمد فوزي نويجي، فكرة التدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية نقدية). دار النهضة العربية- القاهرة، ط ١، ٢٠٠٧.
٣٢. د. محمد محمد عبداللطيف، القضاء الدستوري في فرنسا في خمس سنوات (١٩٩٩- ٢٠٠٤)، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠٥.
٣٣. د. محمد نجيب حسني، الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٩٢.
٣٤. محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الانسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٤.
٣٥. مدين عبدالرزاق الكلش، دور المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في حماية الحقوق والحريات، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، ط ١، ٢٠١٠.
٣٦. د. منذر الشاوي، الاقتراع السياسي، منشورات العدالة، بغداد.
٣٧. د. نعيم عطيه، النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦٥.
٣٨. هانس كلسن، النظرية المحضة في القانون، ترجمة د. أكرم الوتري، منشورات البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٦.
٣٩. وائل منذر البياتي، الاطار القانوني للاجراءات السابقة على الانتخابات المجالس النيابية- دراسة مقارنة، ط ٢٠١٥، المركز القومي للاصدارات القانونية.
٤٠. د. يسري محمد العصار، المبادئ التي ارستها المحكمة الدستورية العليا في مجال الوظيفة العامة، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠١١.
٤١. د. يسري محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

٤٢. د.يسري محمد العصار، مكانة المحكمة الدستورية في النظامين الدستوري والقانوني في مصر، منشور في كتاب، جدل الدستور والمرحلة الانتقالية في مصر بين ٢٥ يناير و ٣٠ يونية، المركز العربي للابحاث ودراسة السياسات، ط١، بيروت، ٢٠١٤.

٤٣. د.يوسف الحاشي، في النظرية الدستورية، ابن النديم للنشر والتوزيع، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠٠٩.

### ثانياً: باللغة الفرنسية

1-Le POURHIET A-M, Egalite et discrimination, dans iedition les discrimination, sous la direction de Felicien Lemaire and Bernard, paris, Edition CUJAS, 2012.

2-Muberanziza A, L Egal acces du citoyen aux affaires publiques de son pays, 30Namur, Presses universitaires de Namur, 2005.

LAMBRT T. et les autres, Egalite et Equite- Antagonisme ou complementarite?, paris, Economica, 1999.

### ثالثاً: الدوريات

١. د.احمد فتحي سرور، مبدأ المساواة في القضاء الدستوري، مجلة الدستورية، العدد الثاني، ٢٠٠٣.

٢. ميشال فردمون، تعديل الدستور والقواعد الدستورية غير القابلة للمس في القانون الالمانى، مجلة القانون العام وعلم السياسة، ترجمة د.محمد عرب صاصيلا، مراجعة د.وسيم منصورى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، العدد (١)، ٢٠٠٧.

٣. د.يسري محمد العصار، التمييز الايجابي ومدى اتفاهه مع الدستور، مجلة الدستورية، تصدرها المحكمة الدستورية المصرية، العدد الخامس، ٢٠٠٤.

### رابعاً: المواقع الالكترونية

١-د.عبدالعزيز محمد سالمان، الحق في المساواة، مجلة الدستورية، تصدرها المحكمة الدستورية العليا المصرية، العدد الرابع عشر، متاح على الموقع الالكتروني: [www.hccourt.gov.eg](http://www.hccourt.gov.eg) (٢٠١٤/٤/١)

٢-هاجر الهشيري، مشروعية التمييز الايجابي، متاح على الموقع الالكتروني: [www.martremahmaudyaacoub.blogspot.com](http://www.martremahmaudyaacoub.blogspot.com) (٢٠١٤/٤/٣)

### خامساً: القرارات والاحكام القضائية

- ١- القضية رقم (٦٣) لسنة (١٣) ق.دستورية) في (١٩٩٣/٣/٢).
- ٢- قراررقم ٣٧ / اتحادية/ اعلام/ ٢٠١٥ ، بتأريخ (٢٠١٥/٦/٢٩).
- ٣- قراررقم (العدد ١١٦/اتحادية/إعلام/٢٠١٤) و موحدتها (١٤/اتحادية/اعلام/٢٠١٥) بتأريخ (٢٠١٥/٦/٨).
- ٤- العدد (٣٦/اتحادية/اعلام/٢٠١٣)، بتأريخ (٢٠١٣/٨/٢٦).
- ٥- قراررقم (١٥/ت/٢٠٠٦) بتأريخ (٢٠٠٧/٤/٢٦).
- ٦- قراررقم (٤٥/ اتحادية/ ٢٠٠٩) بتأريخ (٢٠٠٩/٧/٢٠).
- ٧- قراررقم (١١/اتحادية/٢٠١٠)، بتأريخ (٢٠١٠/٦/١٤).