

جامعة البحرين

قسم القانون العام



كلية الحقوق

مبدأ التناسب في التشريع والرقابة على دستوريته "دراسة مقارنة"

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة الماجستير
في القانون العام (القانون الدستوري)

إعداد

علي عبدالله جاسم حسين العرادي

بكالوريوس قانون، جامعة البحرين، مملكة البحرين، ٢٠٠٦م

إشراف

الدكتور مروان محمد المدرس

أستاذ القانون العام المساعد

جامعة البحرين

مملكة البحرين

مارس ٢٠١٤م



جامعة البحرين
كلية الحقوق
قسم القانون العام / الخاص
برنامج الماجستير

نموذج رقم (2)

صفحة الاعتماد من قبل لجنة التحكيم

ناقش الطالب علي عبد الله حاسم الصرادي رقم الجامعي 20015626 الأطروحة
التي استكمل بها متطلبات الحصول على درجة الماجستير في (القانون العام) والمعنونة
(صدأ المناسب في التشريع والرقابة على دستورية دراسة
عقارية)

وذلك يوم الأربعاء الموافق ٢٦ / ٣ / ٢٠١٤ .

وتوصي اللجنة بمنحة درجة الماجستير ، بتقدير A - .

(لجنة المناقشة)

التوقيع
علي عبد الله حاسم الصرادي
علي عبد الله حاسم الصرادي
علي عبد الله حاسم الصرادي

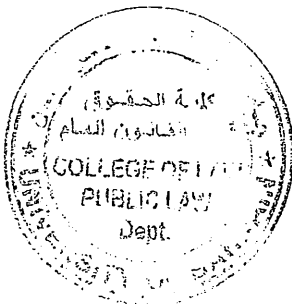
الختم

الاسم

د. مروان الميرس مشرفاً

د. علي علي المطيع ممتحناً خارجياً

د. صديت عتيق ممتحناً داخلياً



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَإِذَا حَكُمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا
يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾

صدق الله العلي العظيم

النساء - آية ﴿٥٨﴾

إلى...

من الجنة تحت قدميها...

من اقترن اسمي باسمه وعُرفت به...

من تُرافقني دربي وتُبسم آلامي وآمالي...

من اشتقا مني وينتهي إليهما ذكرى...

...::: إليكم أحبتي أهدي جهدي المتواضع ::::...

علي

شكر وتقدير

لا يُفتتح الحمد والثناء إلا لصاحب الجود والعطاء، فحمداً لله حمداً كثيراً، لا ينقطع أبداً، ولا يُحصي له الخلائق عدداً، على عظيم منك إلهي وكريم فضلك وحسن توفيقك.

ولما كان الشكر والتقدير لأهل الفضل والعرفان علينا واجب، فمن لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق، أتوجه لمن تعلمنا منهم مفاتيح القانون، ونهلنا من معينهم فيض العلوم، لكم أساتذتي جزيل الشكر والتقدير، على رعايتكم ودوام توجيهكم ومساندتكم، ودمتم لنا في محراب العلم والعمل مجاهدين، وذخرتي يا كلية الحقوق بجامعة البحرين، للعلم رافدة، وللباحثين راعية.

ولك أستاذي الدكتور مروان المدرس، خالص العرفان، وصادق الوفاء، على ما بذلته من جهد جاد، ومتابعة حثيثة، وإشراف مخلص، في إعداد هذه الرسالة، فشكراً لك أستاذي على عونك وتوجيهك.

وأذكر بالتقدير والامتنان هنا، من سهل علينا عناء البحث، بتزويدنا بالمراجع والأبحاث، فشكراً لأمناء المكتبات القانونية وموظفيها، لاسيما مكتبة المحكمة الدستورية، والمكتبة البرلمانية لمجلسي الشورى والنواب، والمكتبة القانونية بكلية الحقوق بجامعة البحرين. وأتقدم للأستاذ محمد رضي بالشكر والعرفان، على تفضله بالتدقيق اللغوي على هذه الرسالة.

ولكل من تابع شأن دراستي ودفعتني لاستكمالها، من عائلتي الكريمة، ومستشارين قانونيين، ومحامين، وزملاء عمل، وأصدقاء، لكم جميعاً شكري وتقديري، على مؤازرتكم وتشجيعكم.

علي عبدالله العرادي

مُلخَص الأطروحة

تناولتُ في هذه الدراسة موضوع مبدأ التناسب في التشريع والرقابة على دستوريته "دراسة مقارنة"، فقسمتها إلى ثلاثة فصول، تسبقها مقدمة وفصل تمهيدي، وتعقبها خاتمة تتضمن النتائج والتوصيات. استعرضت في الفصل التمهيدي، مفهوم السلطة التقديرية للمشرع باعتبارها الأصل العام في ممارسة المشرع لاختصاصه التشريعي، ويثار بداخلها مدى الرقابة على التناسب في التشريع. وقسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، استعرضت في الأول منها مفهوم السلطة التقديرية للمشرع، وميّزتُ في الثاني بين السلطة التقديرية للمشرع والمفاهيم القريبة منها، وتناولت في المبحث الثالث مجال التقدير والتقييد في أركان التشريع.

وانتهيت في الفصل التمهيدي إلى أن المقصود من سلطة المشرع التقديرية هي حرّيته في التدخل أو عدم التدخل في تنظيم موضوع معين، واختيار وقت التدخل، وحرّيته في المفاضلة وفق أسس منطقية بين بدائل تتزاحم على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وتدور جميعها في إطار المصلحة العامة ليختار من بينها أقلها تقييداً للحقوق التي ينظمها وأعمقها اتصالاً بغايات التشريع.

أما الفصل الأول من الرسالة فتناولتُ فيه، ماهية التناسب في التشريع وتمييزه عن غيره من المفاهيم، وقسمته إلى ثلاثة مباحث، استعرضت في الأول منها المفهوم العام للتناسب وتطبيقاته، وفي الثاني مفهوم التناسب في نطاق القانون الدستوري، وميّزتُ في المبحث الثالث بين التناسب في التشريع والمفاهيم القريبة منه. وخُصتُ إلى أن التناسب بشكلٍ عام هو الصلة أو العلاقة بين شيء وآخر، ويتطلب أن تكون هذه العلاقة منطقية ومعقولة، محققة للتوازن بين الاعتبارات المتقابلة. أما مفهوم التناسب في مجال القانون الدستوري فينطبق على بُعدين اثنين هما التناسب داخل التشريع، من حيث الصلة بين مكونات التشريع وما يقوم عليه من أركان موضوعية، يجب أن تربطها علاقة متناسبة ومنطقية بين الوسائل المتمثلة في مضمون التشريع والغاية المطلوبة منها. والبعد الثاني هو التناسب الدستوري، من حيث العلاقة بين التشريع والنصوص والمبادئ الدستورية التي

تحكمه، وضرورة إجراء الموازنة بين تحقيق المصلحة العامة التي تمثل غاية التشريع من جهة، وبين حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة أخرى.

وانتهيتُ كذلك في الفصل الأول إلى أن تقدير مدى تناسب التشريع، يُعتبر جزءاً من السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع، وهي جزء من كل، فلا يستغرق التناسب كل مجال سلطة المشرع التقديرية، حيث تتضمن هذه السلطة عناصر أخرى يستقل المشرع بتقديرها دونما رقابة، كما هو حال تقدير التدخل التشريعي أو عدم التدخل، واختيار وقت التدخل، ومدى ملاءمة التشريع للظروف المحيطة.

أما الفصل الثاني من الدراسة، فقد استعرضتُ فيه موقف الفقه من الرقابة الدستورية على التناسب في التشريع، وقد قسمته إلى ثلاثة مباحث، تناولت في الأول منها الاختلاف الفقهي بشأن الرقابة الدستورية على التناسب في التشريع، أما المبحثين الثاني والثالث فقد تناولت فيهما أساس الرقابة على التناسب، وتكييف الطبيعة القانونية للعيب الذي يُصيب عدم التناسب في التشريع، فاستعرضت في المبحث الثاني، نظرية الانحراف التشريعي، وفي المبحث الثالث، نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

وخلصتُ في هذا الفصل إلى وجود تباين فقهي بشأن مدى الرقابة على التناسب في التشريع، باعتبارها من قبيل الرقابة على سلطة المشرع التقديرية، فذهب اتجاه إلى عدم الاعتراف بالرقابة على التناسب، باعتباره يدخل ضمن عناصر الملاءمة السياسية التي يستقل بها المشرع، وذهب اتجاه فقهي آخر، إلى ضرورة الاعتراف برقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع، باعتباره يُشكل مبدأً عاماً من المبادئ الدستورية، بالإضافة إلى كون رقابة التناسب تُشكل أداة لتحقيق التوازن بين حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة وتحقيق متطلبات المصلحة العامة من جهة أخرى.

وانتهيتُ كذلك إلى أن رقابة الانحراف التشريعي، تُثار بمناسبة تمتع المشرع بسلطة تقديرية، ويمس عيبيها ركن الغاية، فيستهدف المشرع غايات تُجافي مقاصد الدستور، وتتعارض مع الأهداف التي من أجلها منحه الدستور هذه السلطة. أما رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، فهي تُثار أيضاً بمناسبة تمتع المشرع بسلطة تقديرية، وهي تُعتبر كأساس

للمراقبة على مدى تناسب الوسيلة المستخدمة مع الأغراض المستهدفة، عندما يؤدي تدخل المشرع إلى المساس بمبدأ دستوري، أو يتجاوز إطار التنظيم إلى المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم. فإذا ما اختل التناسب بصورة ظاهرة، كان التشريع باطلاً، أما إذا كان عدم التناسب في الحدود المقبولة التي تفرضها حرية المشرع في التقدير، سلم التشريع من مغبة الحكم بعدم الدستورية.

أما الفصل الثالث من الدراسة، فقد استعرضت فيه موقف القضاء الدستوري وضوابطه في شأن الرقابة على التناسب، فقسمته إلى أربعة مباحث، تناولت في الأول منها، موقف القضاء الدستوري المقارن وأدواته الفنية في رقابة التناسب، وبيّنت في المباحث التالية الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بمبدأ التناسب، كما استخلصها القضاء الدستوري، بحسب المجالات الحيوية التي يُثار فيها. فاستعرضت في المبحث الثاني الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب عند تنظيم الحقوق والحريات، وفي المبحث الثالث، الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب بشأن نصوص التجريم والعقاب، وفي المبحث الرابع، الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب بشأن تطبيق مبدأ المساواة.

وخلُصت في هذا الفصل إلى إقرار القضاء الدستوري المقارن بحقه في الرقابة على التناسب، من خلال ما يملكه من أدوات فنية يستخدمها بمناسبة نظره الدعاوى الدستورية، كال تفسير والتقدير، وما قد يستتبع ذلك من استخلاص المبادئ الدستورية التي تحكم موضوع النزاع. وتبين في إطار الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بمبدأ التناسب، بأنه على المشرع عند تنظيم الحقوق والحريات، الالتزام بأحكام الدستور وبالسرعة الدولية لحقوق الإنسان، والالتزام بتنظيم الحق أو الحرية وعدم مصادرتها أو الانتقاص منها أو الحد من فاعليتها تحت ستار التنظيم. أما بالنسبة لسلطة المشرع عند وضع نصوص التجريم والعقاب، فإنه يجب أن يُراعي ضابطي الضرورة والتناسب، حيث يجب أن يكون للتجريم ضرورة اجتماعية، وأن يكون عقابه متناسباً ومعقولاً مع الفعل المرتكب. وعلى المشرع كذلك الالتزام بالتناسب بشأن تطبيق مبدأ المساواة، حيث لا يُعتبر إخلالاً بالمبدأ، تقرير معاملة قانونية مختلفة للمراكز القانونية المختلفة، أو بسبب يستند إلى تحقيق المصلحة العامة، إذا كان ذلك كله متفقاً مع الغاية التي توخاها القانون.

المحتويات

ج	إقرار
د	آية
هـ	إهداء
و	شكر وتقدير
ز	ملخص الأطروحة
١	المقدمة
١	أولاً: موضوع الدراسة
٢	ثانياً: أهمية الدراسة
٣	ثالثاً: مشكلة الدراسة
٤	رابعاً: أغراض الدراسة
٥	خامساً: نطاق الدراسة
٥	سادساً: منهجية الدراسة
٦	سابعاً: تقسيم الدراسة
٧	الفصل التمهيدي: ماهية السلطة التقديرية للمشرع
	تمهيد وتقسيم
٩	المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للمشرع
٩	المطلب الأول: المعنى اللغوي للسلطة التقديرية
١٠	المطلب الثاني: المعنى الاصطلاحي للسلطة التقديرية للمشرع
١٧	المطلب الثالث: المفهوم القضائي للسلطة التقديرية للمشرع
٢٠	المبحث الثاني: التمييز بين السلطة التقديرية للمشرع والمفاهيم القريبة منها
٢١	المطلب الأول: التمييز بين السلطة والاختصاص
٢٢	المطلب الثاني: التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة

٣١	المطلب الثالث: التمييز بين حرية السلطة التأسيسية والسلطة التقديرية للمشرع
٣٧	المبحث الثالث: مجال التقدير والتقييد في أركان التشريع
٣٨	المطلب الأول: مجال التقدير والتقييد في الأركان الخارجية للتشريع
٣٨	الفرع الأول: ركن الاختصاص والسلطة التقديرية
٤٢	الفرع الثاني: ركن الشكل والسلطة التقديرية
٤٦	المطلب الثاني: مجال التقدير والتقييد في الأركان الداخلية للتشريع
٤٧	الفرع الأول: ركن السبب والسلطة التقديرية
٥٤	الفرع الثاني: ركن المحل والسلطة التقديرية
٥٨	الفرع الثالث: ركن الغاية والسلطة التقديرية

٦١ الفصل الأول: ماهية التناسب في التشريع وتمييزه عن غيره من المفاهيم

تمهيد وتقسيم

٦٣	المبحث الأول: المفهوم العام للتناسب وتطبيقاته
٦٣	المطلب الأول: المعنى اللغوي لكلمة التناسب
٦٤	المطلب الثاني: التطبيقات العامة لفكرة التناسب
٦٨	المطلب الثالث: مفهوم التناسب وتطبيقاته في نطاق القانون الإداري
٦٨	الفرع الأول: تعريف التناسب في نطاق القانون الإداري
٦٩	الفرع الثاني: موقف الفقه من الرقابة على التناسب في نطاق القانون الإداري
٧١	الفرع الثالث: موقف القضاء من الرقابة على التناسب في نطاق القانون الإداري
٧٨	المبحث الثاني: مفهوم التناسب في نطاق القانون الدستوري
٨٠	المطلب الأول: مفهوم التناسب داخل التشريع
٨٦	المطلب الثاني: مفهوم التناسب الدستوري
٩١	المبحث الثالث: التمييز بين التناسب في التشريع والمفاهيم القريبة منه
٩٢	المطلب الأول: التمييز بين التناسب والملاءمة
٩٥	المطلب الثاني: التمييز بين الرقابة على التناسب والرقابة على ركن السبب في التشريع

٩٨	الفصل الثاني: موقف الفقه من الرقابة الدستورية على التناسب في التشريع
	تمهيد وتقسيم
٩٩	المبحث الأول: الاختلاف الفقهي بشأن الرقابة الدستورية على التناسب في التشريع
١٠٠	المطلب الأول: الاتجاه الفقهي المعارض للرقابة على التناسب في التشريع
١٠٧	المطلب الثاني: الاتجاه الفقهي المؤيد للرقابة على التناسب في التشريع
١١٥	المبحث الثاني: نظرية الانحراف التشريعي أساس للرقابة على التناسب في التشريع
١١٧	المطلب الأول: مفهوم الانحراف التشريعي
١٢١	المطلب الثاني: خصائص الانحراف التشريعي
١٢١	الفرع الأول: الانحراف التشريعي عيب قصدي
١٢٢	الفرع الثاني: الانحراف التشريعي عيب خفي
١٢٣	الفرع الثالث: الانحراف التشريعي عيب احتياطي
١٢٤	المطلب الثالث: معيار الكشف عن الانحراف التشريعي
١٣٥	المبحث الثالث: نظرية الخطأ الظاهر في التقدير أساس للرقابة على التناسب في التشريع
١٣٧	المطلب الأول: مفهوم الخطأ الظاهر في التقدير
١٤٠	المطلب الثاني: معيار الخطأ الظاهر في التقدير
١٤٣	المطلب الثالث: التمييز بين رقابة الانحراف التشريعي ورقابة الخطأ الظاهر في التقدير

١٤٨ **الفصل الثالث: موقف القضاء الدستوري وضوابطه في شأن الرقابة على التناسب في التشريع**

تمهيد وتقسيم

١٥٠	المبحث الأول: موقف القضاء الدستوري المقارن وأدواته في الرقابة على التناسب
١٥١	المطلب الأول: موقف القضاء الدستوري المقارن من الرقابة على التناسب
١٥١	الفرع الأول: موقف المحكمة العليا الأمريكية
١٥٥	الفرع الثاني: موقف المجلس الدستوري الفرنسي

١٥٧	الفرع الثالث: موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر
١٦٠	الفرع الرابع: موقف المحكمة الدستورية في البحرين
١٦٥	المطلب الثاني: أدوات القاضي الدستوري في الرقابة على التناسب
١٦٦	الفرع الأول: التفسير واستخلاص المبادئ الدستورية أداة لرقابة التناسب في التشريع
١٧٤	الفرع الثاني: التقدير أداة لرقابة التناسب في التشريع
١٨٠	المبحث الثاني: الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب عند تنظيم الحقوق والحريات
١٨١	المطلب الأول: التزام المشرع بأحكام الدستور وبالسرعة الدولية لحقوق الإنسان
١٨٩	المطلب الثاني: التزام المشرع بتنظيم الحقوق والحريات وعدم مصادرتها أو الانتقاص منها
١٩٧	المطلب الثالث: تطبيقات مبدأ التناسب بشأن تنظيم بعض الحقوق والحريات
٢٠٤	المبحث الثالث: الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب بشأن نصوص التجريم والعقاب
٢٠٥	المطلب الأول: التزام المشرع بمبدأ الضرورة في نصوص التجريم والعقاب
٢١٤	المطلب الثاني: التزام المشرع بمبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة
٢٢١	المبحث الرابع: الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب بشأن تطبيق مبدأ المساواة
٢٢٢	المطلب الأول: مفهوم مبدأ المساواة
٢٢٧	المطلب الثاني: الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بمبدأ المساواة
٢٢٧	الفرع الأول: التزام المشرع بمبدأ المساواة وعدم تقرير معاملة مختلفة إلا في حالي اختلاف المراكز القانونية أو من أجل تحقيق مصلحة عامة
٢٣٢	الفرع الثاني: التزام المشرع بمبدأ التناسب عند تقرير المعاملة القانونية المختلفة
٢٣٥	الفرع الثالث: الإقرار بدستورية التمييز الإيجابي
٢٤٢	الخاتمة (النتائج والتوصيات)
٢٤٢	أولاً: النتائج

٢٤٥	ثانياً: التوصيات
٢٤٧	قائمة المراجع
a	غلاف الأطروحة باللغة الإنجليزية
b	ملخص الأطروحة باللغة الإنجليزية

مبدأ التناسب في التشريع والرقابة على دستوريته "دراسة مقارنة"

❖ المقدمة:

أولاً: موضوع الدراسة:

أفرز مبدأ الفصل بين السلطات وتعاونها، تقسيم وظائف الدولة على ثلاث سلطات، تتولى كل واحدة منها وظيفة محددة بمقتضى أحكام الدستور. حيث تمارس السلطة التشريعية وظيفتي التشريع والرقابة، باعتبارها المعبر عن الإرادة الشعبية، فتسن القوانين المنظمة لمختلف مجالات الحياة، بما يضمن احترام حقوق الأفراد وحرياتهم. وتتولى السلطة التنفيذية وضع القوانين موضع التنفيذ، بشكل مباشر أو عبر واسطة تشريعية أخرى، كاللوائح التنفيذية والقرارات، كما وتعمل السلطة التنفيذية -ضمن اختصاصاتها- على تسيير المصالح العامة. أما السلطة القضائية فتتولى الفصل في المنازعات التي تقع بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة، سواء أكان باختصاص جهة الإدارة أو اختصاص التشريع محل التطبيق، كما هو الحال في الدعاوى الدستورية.

ويأتي الدستور على رأس القواعد القانونية في الدولة، بما يمثله من مصدر المشروع التي تخضع لها جميع السلطات والأفراد، فيحكم الدستور وظائف الدولة ويمنع تعدي سلطاتها وتعسفها، كما ويضمن حقوق الأفراد وحرياتهم، انسجاماً مع مفهوم الدولة القانونية، ومتطلبات الحرية والديمقراطية.

تتمحور دراستنا في هذا الشأن حول مبدأ التناسب في التشريع والرقابة على دستوريته، حيث تعتبر السلطة التشريعية إحدى السلطات التي تلتزم بمبدأ المشروع في مظاهر نشاطها، مقابل ما تتمتع به من قدر كبير من سلطة التقدير التي تستعين بها في ممارسة وظيفتها التشريعية. بمعنى تمتع المشرع بحرية التصرف والمفاضلة بين البدائل المختلفة لمعالجة موضوع معين، مع التزامه بالتقيد بأحكام الدستور ومبادئه، ومن ذلك

مراعاته لمبدأ التناسب في التشريع، وعدم الخروج عنه تحت مسوغ ممارسة المشرع لسلطته التقديرية.

الأمر الذي يفتح باب البحث حول ماهية التناسب في التشريع، والموقف من الرقابة على التناسب في التشريع، والدور الذي يمارسه القاضي الدستوري عند رقابته للتشريع، وفحصه لمدى تناسب الحلول التي اختارها المشرع.

ولكل ما تقدم يأتي اختيار موضوع هذه الدراسة وهو (مبدأ التناسب في التشريع والرقابة على دستوريته - دراسة مقارنة) بما يثيره من إشكاليات جمة، لم تتم معالجتها بالتأصيل والتحليل الوافي، حيث تندر المراجع المتخصصة بهذا الشأن في المكتبة العربية، مما تعد معه هذه الدراسة من الدراسات الحديثة نسبياً التي لم يتم طرحها بالشكل الكافي. آملاً أن يكون تناول هذا الموضوع على النحو الذي تستحقه أهميته في المجال الدستوري والبرلماني.

ثانياً: أهمية الدراسة:

يعتبر موضوع التناسب في التشريع من الموضوعات المهمة التي تتوقف عليها دستورية القوانين، حيث إنه بمقتضى هذا الموضوع تتبين القيود التي يلتزم بها المشرع عند ممارسته سلطته التقديرية، فيعمل وفقاً لحدود الدستور ومبادئه، مراعيًا تناسب ما يسنه من تشريع وتوافقه من حيث مكوناته الداخلية، ومع القواعد الدستورية التي تحكمه، دونما تجاوز أو انحراف. وهو ما ينهض معه ضرورة بحث موضوع التناسب في التشريع، ووضع الإطار الحاكم له في نطاق القانون الدستوري. وبما يضمن تمتع المشرع بممارسة سلطته التقديرية من جانب، وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم من جانب ثانٍ، وبما يتوافق مع الالتزام بالمشروعية الدستورية.

وعلى صعيد آخر يتسم موضوع الدراسة بالأهمية في جانبه العملي، نظراً لحدثة التجربة البرلمانية في مملكة البحرين، وكذلك هو الحال من حداثة المحكمة الدستورية فيها، مما تستقضي فيه هذه الدراسة تجربة المشرع واتجاه القضاء بشأن الرقابة على التناسب.

ومما لاشك فيه أن هذه الدراسة تسهم في أن يكون لموضوع التناسب في التشريع، الأرضية التأصيلية والتحليلية التي تقوى على حمل عناصره وتبين معالمه، مما تساعد معه كل من المشرع والقاضي الدستوري، وكذا الباحث والمهتم في الشأن الدستوري والبرلماني، وتكون إضافة متواضعة في المكتبة القانونية.

ثالثاً: مشكلة الدراسة:

يثير موضوع الدراسة جملة من الإشكاليات التي تستوجب معالجتها للوصول إلى وضع إطار قانوني يحكم موضوع التناسب في التشريع. ومن هذه الإشكاليات بحث موضوع السلطة التقديرية للمشرع وحدودها، باعتبار أن هذه السلطة واسعة، مما تخول معه المشرع حرية التقدير، وفقاً لما تمليه أسباب التشريع وغاياته. وكذلك باعتبار أن السلطة التقديرية تعتبر الأصل العام في ممارسة الاختصاص التشريعي، والتي تنطلق منها مشكلة البحث حول مدى رقابة تناسب التشريع، ومن ثم ما إذا كان تقدير التناسب يعتبر من الموضوعات التي يستقل بها المشرع، أم أنه عنصر خاضع للرقابة الدستورية. الأمر الذي يتطلب بحث مفهوم السلطة التقديرية للمشرع، وتمييز هذه السلطة عن غيرها من المفاهيم، وبيان مجال التقدير والتقييد في أركان التشريع. كذلك بحث ماهية التناسب في التشريع، من حيث بيان مفهومه العام وتطبيقاته، ومن ثم بيان مفهوم التناسب في نطاق القانون الدستوري، وتمييزه عن غيره من المفاهيم القريبة منه.

ولا تقف إشكاليات الموضوع على ذلك، إنما تمتد إلى بحث ما إذا كان موضوع التناسب، يدخل في نطاق سلطة المشرع المقيدة أم التقديرية، وفقاً للاتجاهات الفقهية، ومن ثم بيان الأساس الذي قال به الفقه لتطبيق رقابة التناسب في القضاء الدستوري. وحيث إن موضوع الدراسة يعتمد بشكل كبير على ما خلُصت إليه تطبيقات القضاء الدستوري، فإن ذلك يقودنا إلى تقصي موقف القضاء الدستوري من الرقابة على التناسب، والأدوات الفنية المستخدمة في ذلك، بالإضافة إلى ما وضعه من ضوابط دستورية لالتزام المشرع بمبدأ التناسب.

ويظهر من كل هذه الاشكاليات، أن موضوعها بحاجة إلى وضع إطار عام يحكمه، لاسيما في ظل تطوره، وتبدل نظر القضاء الدستوري حوله، وخوضه في غمار السلطة التقديرية للمشرع لفحص ما يعتبر من قبيل هذه السلطة وما يتجاوز عنها، ويحدد بمقتضى هذا الفحص حدود تدخله، فيحكم بالدستورية أو عدمها.

وكما سبق بيانه، فإن هذا الموضوع يُعد من الموضوعات التي لم تطرق بالشكل الكافي وعلى النحو المتخصص، مما يكون عُرضة للغموض والإبهام، فيستلزم تحليله بالشكل المناسب، للوقوف على أهميته النظرية والتطبيقية.

لذلك سنحاول في هذه الدراسة معالجة هذه الإشكاليات من خلال النصوص والمبادئ الدستورية، ورأي الفقه، وما تمخضت عنه أحكام المحكمة الدستورية الوليدة في مملكة البحرين من مبادئ، بالإضافة إلى أحكام القضاء الدستوري المقارن.

رابعاً: أغراض الدراسة:

تسعى هذه الدراسة لتحقيق جملة من الأغراض منها:

- دراسة موضوع مبدأ التناسب في التشريع والرقابة على دستوريته، باعتباره من الموضوعات المهمة التي تتوقف عليها مدى دستورية التشريعات.
- تأصيل وتحليل موضوع التناسب في التشريع، وبيان ماهيته وعلاقته بالسلطة التقديرية للمشرع، وبحث الآراء الفقهية من الرقابة عليه، واستعراض موقف القضاء الدستوري المقارن، وأدواته وتطبيقاته وضوابطه بشأن الالتزام بمبدأ التناسب في التشريع.
- وضع إطار عام يحكم مبدأ التناسب في التشريع، يستعين المشرع به عند سن القوانين، ويتعامل القاضي الدستوري بمقتضاه عند نظره الطعون على دستورية القوانين واللوائح.
- تقييم المشرع في مدى مراعاته لمبدأ التناسب فيما يسنه من تشريعات، وتقييم موقف الفقه في معالجته لموضوع التناسب، وكذلك اتجاهات القضاء الدستوري البحريني والمقارن في شأن رقابته على التناسب.

خامساً: نطاق الدراسة:

يحكم موضوع هذه الدراسة نصوص دستور مملكة البحرين، باعتبارها مصدر المشروعية، والحكم الذي يتحدد بمقتضاه مدى دستورية نشاط المشرع التشريعي. كذلك وتُمثل أحكام وتقارير المحكمة الدستورية البحرينية معيناً خصباً وأساسياً في بحث رقابة التناسب في التشريع، باعتبارها التجربة العملية في معالجة موضوع دراستنا. كذلك ولا بد من الاستعانة الرئيسية، بالفقه والقضاء الدستوري المقارن، لاسيما قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، وقضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية، صاحبة التجربة والتنوع في القضايا والقضاء.

سادساً: منهجية الدراسة:

لما كان موضوع الدراسة من الموضوعات الحديثة نسبياً، ولم تتل نصيباً وافياً من البحث، فإن دراستنا لهذا الموضوع سوف تعتمد على عدة مناهج، وهي المنهج التأصيلي، والمنهج التحليلي، والمنهج المقارن. حيث سنحاول عن طريق المنهج التأصيلي استخلاص القواعد العامة التي تحكم موضوع التناسب في التشريع، وذلك عن طريق استقراء النصوص والمبادئ الدستورية، وأحكام القضاء الدستوري، فننتقل بهذه النصوص والأحكام إلى بيان القاعدة العامة التي تحكم الموضوع.

أما المنهج التحليلي، فسنقوم بواسطته بالانتقال من القواعد العامة إلى تطبيقه على الحالات الخاصة، فنستكشف به مدى خضوع معالجة المشرع لموضوع معين لسلطته التقديرية من عدمه، ومدى تناسب اختيار المشرع للحلول. وهو ما يكمل به المنهج التحليلي للمنهج التأصيلي، حيث إن المنهج التأصيلي يساعد على تكوين القواعد العامة، ويساعد المنهج التحليلي في تطبيق هذه القواعد على الحالات الخاصة، لاختبار مدى صلاحيتها، وبالتالي الحكم على مدى سلامة التشريع وتناسبه.

أما بشأن المنهج المقارن، فلن نقف عند حد الدستور البحريني وتطبيقات قضائه الدستوري، حيث يهمننا في هذا المجال المقارنة مع التجربة المصرية، باستقراء أحكام قضاء

محكمتها الدستورية العليا، بالإضافة إلى المقارنة مع ما استعرضه الفقه من تجربة المجلس الدستوري الفرنسي.

سابعاً: تقسيم الدراسة:

سنقسم موضوع هذه الدراسة على ثلاثة فصول، نسبقها بفصل تمهيدي ونعقبها بخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات، وذلك حسب خطة البحث الآتية:

الفصل التمهيدي: ماهية السلطة التقديرية للمشرع.

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للمشرع.

المبحث الثاني: التمييز بين السلطة التقديرية للمشرع والمفاهيم القريبة منها.

المبحث الثالث: مجال التقدير والتقييد في أركان التشريع.

الفصل الأول: ماهية التناسب في التشريع وتمييزه عن غيره من المفاهيم.

المبحث الأول: المفهوم العام للتناسب وتطبيقاته.

المبحث الثاني: مفهوم التناسب في نطاق القانون الدستوري.

المبحث الثالث: التمييز بين التناسب في التشريع والمفاهيم القريبة منه.

الفصل الثاني: موقف الفقه من الرقابة الدستورية على التناسب في التشريع.

المبحث الأول: الاختلاف الفقهي بشأن الرقابة الدستورية على التناسب في التشريع.

المبحث الثاني: نظرية الانحراف التشريعي أساس للرقابة على التناسب في التشريع.

المبحث الثالث: نظرية الخطأ الظاهر في التقدير أساس للرقابة على التناسب في التشريع.

الفصل الثالث: موقف القضاء الدستوري وضوابطه في شأن الرقابة على التناسب.

المبحث الأول: موقف القضاء الدستوري المقارن وأدواته في الرقابة على التناسب.

المبحث الثاني: الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب عند تنظيم الحقوق والحريات.

المبحث الثالث: الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب بشأن نصوص التجريم والعقاب.

المبحث الرابع: الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب بشأن تطبيق مبدأ المساواة.

الفصل التمهيدي:

ماهية السلطة التقديرية للمشرع

تمهيد وتقسيم:

تتمتع جميع سلطات الدولة في ممارستها لاختصاصاتها القانونية، بقدر من السلطة التقديرية، تتفاوت من حيث السعة والضيق من سلطة إلى أخرى، بحسب طبيعة عملها ونطاقه، وبحسب ما يمليه مبدأ تدرج القواعد القانونية، والتزام القاعدة الأدنى ومصدرها بالقاعدة الأعلى في الهرم القانوني.

حيث إن حرية التقدير الذي تمارسه سلطات الدولة لا سيما السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، أهمية كبيرة في الحياة العملية، يمكن إجمالها في ثلاث أفكار رئيسية، تتمثل الأولى منها في استحالة أن يضع المشرع الدستوري قواعد عامة ومجردة تعالج كافة تفاصيل الحياة، لذلك كان من المحتم أن يقتصر الدستور بالنص على قواعد تنظيم السلطات العامة في الدولة وحقوق الأفراد وحررياتهم، ويضع المبادئ التي يستعين بها المشرع في تنظيم مختلف الموضوعات التي يختص بها. وكذلك هو الحال بالنسبة للتشريع العادي حيث يصعب أن يتناول بالتنظيم كافة جوانب العملية الإدارية، مما تظهر معه أهمية ترك معالجة الحالات التفصيلية والفردية لجهة الإدارة بما تملكه من أدوات قانونية^١.

أما الفكرة الثانية التي يستند إليها الفقه في تبرير أهمية السلطة التقديرية، فهي فكرة الصلاحية والخبرة التي يملكها المشرع أو الإدارة في تقدير ملائمة التصرف وفقاً للظروف والملايسات المحيطة ووفقاً لما تحتاجه مواكبة تطورات الحياة اليومية^٢.

^١ - انظر د. محمد إسماعيل علم الدين - التزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقه والقضاء الفرنسي - بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية - الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية - السنة الثالثة عشرة - العدد الثالث - ديسمبر ١٩٧١ - ص ٨ وما بعدها، د. محمد مصطفى حسن - السلطة التقديرية في القرارات الإدارية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٧٤ - ص ٩٨ وما بعدها.

^٢ - انظر د. سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - الطبعة الخامسة - دار الفكر العربي - ١٩٨٤ - ص ٣٣ وما بعدها.

وتتجلى الأهمية الثالثة للسلطة التقديرية في تفادي عيوب السلطة المقيدة، فإذا كانت هذه الأخيرة تبدو ضماناً لحقوق الأفراد وحررياتهم ضد تعسف السلطات، فإنها ليست كذلك في جميع الحالات، فقد تشكل صعوبة عملية تعيق متطلبات مواجهة الظروف المستجدة، مما تكون معه السلطة التقديرية ضرورة حتمية لفاعلية العمل القانوني^١. لذلك فإن تحقيق التوازن بين السلطتين التقديرية والمقيدة لكل من المشرع والإدارة يعتبر ضماناً لحماية سلطة الدولة من جانب وحقوق الأفراد وحررياتهم من جانب آخر.

ولما كانت السلطة التشريعية تتمتع في مباشرة اختصاصها التشريعي بسلطة تقديرية واسعة، في وضع التشريعات التي تنظم مختلف نواحي الحياة بما يتفق مع المصلحة العامة، فإن سلطتها هذه تحكمها الضوابط الدستورية، حيث إنه لا توجد في الدولة القانونية أية سلطة مطلقة، حتى لا تتحول إلى سلطة تحكمية منفصلة من كل قيد، مما يوجب أن تكون ممارسة المشرع لسلطته التقديرية، وفق ما تمليه قواعد المشروعية في الدولة وعلى رأسها أحكام الدستور ومبادئه^٢.

لذلك فإنه يتعين علينا في خضم دراسة مبدأ التناسب في التشريع والرقابة على دستوريته، أن نقدم له ببيان بعض ملامح السلطة التقديرية للمشرع، باعتبارها الإطار الذي يثار بداخله المبدأ محل الدراسة. وذلك من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للمشرع.

المبحث الثاني: التمييز بين السلطة التقديرية للمشرع والمفاهيم القريبة منها.

المبحث الثالث: مجال التقدير والتقيد في أركان التشريع.

^١ - للمزيد حول أهمية السلطة التقديرية انظر د. محمد إسماعيل علم الدين - التزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقه والقضاء الفرنسي - بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية - الشعبية المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية - السنة الثالثة عشرة - العدد الثالث - ديسمبر ١٩٧١ - ص ٨ وما بعدها، د. محمد مصطفى حسن - السلطة التقديرية في القرارات الإدارية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٧٤ - ص ٩٨ وما بعدها، د. سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - الطبعة الخامسة - دار الفكر العربي - ١٩٨٤ - ص ٣٣ وما بعدها، د. رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦ - ص ٥٢، د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠٠١ - ص ١٣ وما بعدها.

^٢ - نقصد بمفهوم المشروعية بشأن ممارسة المشرع لسلطته التقديرية، هو المفهوم الواسع للمصطلح، حيث وجوب أن تكون جميع تصرفات السلطات العامة في الدولة متفقة مع أحكام القانون بمفهومه العام، ويأتي الدستور بما له من سمو على رأس القواعد القانونية وفق ما يفرزه مبدأ تدرج القواعد القانونية. انظر في ذلك د. إدريس العلوي العبدلاوي - موازنة بين الدستورية والمشروعية - بحث منشور في مجلة اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية - حلقات نقاشية ١٨/١٧ ديسمبر ٢٠٠٥ - معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية - طباعة ٢٠٠٨/٢٠٠٩ - ص ٩٣ وما بعدها.

المبحث الأول:

مفهوم السلطة التقديرية للمشرع

سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب تتضمن المعنى اللغوي للسلطة التقديرية للمشرع في مطلب أول، ونستعرض في المطلب الثاني المعنى الاصطلاحي لهذه السلطة بالنسبة لجهة الإدارة والمشرع والرأي الفقهي بشأن الاختلاف بينهما، وعلاقة السلطة التقديرية بمبدأ المشروعية، أما المطلب الثالث فسنتناول فيه المفهوم القضائي للسلطة التقديرية للمشرع.

المطلب الأول:

المعنى اللغوي للسلطة التقديرية

ترجع كلمة السلطة في اللغة إلى كلمة (سلط) أي القهر^١. والسلطة هي التسلط والسيطرة والتحكم^٢، وهي الملك والقدرة^٣. والسلطان أي الحجة والبرهان^٤.

أما كلمة التقديرية، فيرجع أصلها إلى كلمة (قدر)، ويقال قدر الأمر أي دبره وفكر في تسويته، وقدر الشيء قَدْرًا أي بين مقداره، وقدر الشيء بالشيء أي قاسه به وجعله على مقداره، وتَقَدَّرَ عليه الأمر: جُعِلَ له وَحْكُمٌ به عليه، وتَقَدَّرَ له الأمر: تَهَيَّأ. والقَدْرُ: المقدار، ويقال جاء الشيء على قَدَرِ الشيء: وافقه وساواه، ومساوي الشيء بغير زيادة ولا نقصان. والمِقْدَارُ: مقدارُ الشيء: مثله في العدد أو الكيل أو الوزن أو المساحة. ويقال: قَدَرَ فلاناً: عظمه، وفي التنزيل العزيز ﴿وَمَا قَدَرُوا اللَّهَ حَقَّ قَدْرِهِ﴾، ويقال فلان يُقَادِرُنِي: يطلب

^١ - لسان العرب لابن منظور - الجزء السادس - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٩٩٧ - ص ٣٢٦.

^٢ - المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية - الجزء الأول - الطبعة الثانية - بدون ناشر - بدون تاريخ - ص ٤٤٣.

^٣ - المنجد في اللغة والأعلام - الطبعة الأربعون - دار المشرق - بيروت - ٢٠٠٣ - ص ٣٤٤.

^٤ - لسان العرب - الجزء السادس - مرجع سابق - ص ٣٢٧.

مساواتي في القدرة.^١، والتقدير التروية والتفكير في تسوية أمر وتهينته، والقدر القضاء والحكم.^٢، والتقدير تدبير الأمر وقياس الشيء بالشيء.^٣ وكذلك الاحتمال والافتراض مثل (في تقديري أنه صادق وتقديره للوضع كان خاطئاً)^٤، وهي أيضاً التخمين والتقويم.^٥

المطلب الثاني:

المعنى الاصطلاحي للسلطة التقديرية للمشرع

أخذ موضوع السلطة التقديرية للإدارة اهتماماً واسعاً من قبل الفقه، فتناوله بالدراسة والتحليل مستعرضاً تاريخه ومراحل تطوره واتجاهات القضاء حياله، بخلاف الحال بالنسبة للسلطة التقديرية للمشرع، والتي نالت نصيباً أقل من الدراسة والتحليل، فكان لابد لنا ونحن في معرض دراسة مفهوم السلطة التقديرية للمشرع أن نخرج على ذات المفهوم بالنسبة لجهة الإدارة، باعتباره المنطلق في دراسة مفهوم السلطة التقديرية للمشرع.

عرّف الفقه السلطة التقديرية للإدارة بأنها تعني "تمتعها بقسط من حرية التصرف وهي تمارس معظم اختصاصاتها القانونية"^٦. أو هي "مكنة نتيج للإدارة الاختيار الحر للإجراء الذي تراه مناسباً للوقائع التي تبرر اتخاذها وذلك في غير الحالات التي تلتزم بما يقرره كل من المشرع والقاضي من قيود في خصوصها"^٧.

^١ - المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية - الجزء الثاني - الطبعة الثانية - بدون ناشر - بدون تاريخ - ص ٧١٨، المنجد في اللغة والأعلام - مرجع سابق - ص ٦١٣.

^٢ - لسان العرب لابن منظور - الجزء الحادي عشر - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٩٩٧ - ص ٥٥ و ٥٧.

^٣ - القاموس المحيط للفيروز آبادي - الطبعة الثالثة - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٩٩٣ - ص ٥٩١.

^٤ - معجم اللغة العربية المعاصر - موقع المعاني الإلكتروني - www.almaany.com.

^٥ - المعجم الغني - موقع المعاني الإلكتروني - مرجع سابق.

^٦ - د. عصام عبدالوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة - ١٩٧٠ - بدون ناشر - ص ٦١، د. محمود سامي جمال الدين - القرار الإداري والسلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة بين دولة الإمارات ومصر وفرنسا - بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون بجامعة الإمارات - العدد الثالث - يوليو ١٩٨٩ - ص ٣٢٩.

^٧ - د. رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦ - ص ٤٥.

ويذهب الفقيه الفرنسي (أندريه دي لوباير) بأن السلطة التقديرية للإدارة هي "حرية الإدارة في اتخاذ قرار معين في مواجهة وقائع معينة"^١. أما العميد (بونار) فيرى بأنه تكون سلطة الإدارة تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الاختصاصات، بصدد علاقاتها من الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو تمتنع، ووقت هذا التدخل وكيفيته، وفحوى القرار الذي تتخذه^٢.

ويتبين من هذه التعريفات بأن السلطة التقديرية للإدارة تنهض عندما لا يفرض القانون على جهة الإدارة مسلكاً محدداً في تصرفاتها.

وحول ذلك يرى الدكتور طعيمة الجرف بأن "السلطة التقديرية ليست سوى سلطة التصرف الحر الذي تتمتع به الهيئات العامة في شأن ما تصدره من قرارات، بحيث يكون لها قدرة الاختيار بين أن تتدخل وأن تمتنع عن التدخل. وإذا قدرت ملائمة التدخل فإنه يكون لها كذلك قدرة الاختيار الحر في شأن تحديد وقت التدخل، بل وفي طريقته مما يرخص لها في أن تختار بين عدة قرارات كل منها مشروع ما دام لا يقوم على عيب الانحراف في السلطة"^٣.

فالسلطة التقديرية يقصد منها حرية السلطة في الاختيار عند ممارستها لاختصاصاتها، فتملك اتخاذ التصرف الذي تراه مناسباً أو الامتناع عن اتخاذه، وتحديد وقت تدخلها هذا، ما دام أن الدستور أو القانون لم يفرضاً سلوكاً معيناً يجب الالتزام به. فعندما ينص الدستور على ضوابط خاصة في تنظيم مسألة معينة، فإنه يتعين على المشرع الالتزام بهذه الضوابط وإلا عُد ما يسنه من قانون مشوباً بعبث عدم الدستورية، وكذلك هو الحال بالنسبة لجهة الإدارة إذ يجب أن تراعي في قراراتها أحكام الدستور والقانون وإلا وسمت بعدم المشروعية، ومتعرضة لحكم الإلغاء.

ويمكن مما سبق من تعريف للسلطة التقديرية للإدارة استخلاص هذا المعنى بالنسبة للمشرع، فقد جمع بعض الفقه في تعريفه للسلطة التقديرية بين جميع السلطات العامة في

^١ - مشار إليه عند د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٠ - ص ٣٦٨.

^٢ - مشار إليه عند د. سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٢.

^٣ - د. طعيمة الجرف - مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون - مكتبة القاهرة الحديثة - ١٩٦٣ - ص ١٢٨.

الدولة، حيث يصدق هذا المعنى لجهة الإدارة وكذلك المشرع^١. بينما كيف البعض مفهوم السلطة التقديرية وفقاً للجهة القائمة على عملية التقدير، ودون أن يخرج عن المفهوم العام للسلطة التقديرية.

فقد عرّف بعض الفقه السلطة التقديرية للمشرع بأنها "حريته في المفاضلة وفق أسس منطقية بين بدائل تتزاحم جميعاً على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وتدور جميعها في إطار المصلحة العامة ليختار من بينها أقلها تقييداً للحقوق التي ينظمها وأعمقها اتصالاً بالأغراض التي تستهدفها"^٢.

ويظهر من هذا التعريف اقتضاره في تحديد مفهوم السلطة التقديرية، على ما يملكه المشرع من حرية المفاضلة في تقدير الحلول إزاء تنظيم مسألة معينة، وهو ما يكون في حال توجه المشرع إلى التدخل بتنظيم هذه المسألة، فيختار حينها أقل تقييداً للحقوق وأقربها لتحقيق غايات التشريع. ولا يشمل هذا التعريف حرية المشرع أولاً في تقدير مدى تدخله في تنظيم المسألة أو عدم تدخله، وكذا تقديره لوقت تدخله، ومدى ملائمة تنظيمه للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

لذلك فإنني أرى بأن تعريف سلطة المشرع التقديرية هي حريته في التدخل أو عدم التدخل في تنظيم موضوع معين، واختيار وقت التدخل، وحريته في المفاضلة وفق أسس منطقية بين بدائل تتزاحم على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وتدور جميعها في إطار المصلحة العامة ليختار المشرع من بينها أقلها تقييداً للحقوق التي ينظمها وأعمقها اتصالاً بغايات التشريع، دون أن يفرض عليه طريقاً بذاته يجب عليه اتباعه.

حيث جمعت في هذا التعريف، معالم السلطة التقديرية للمشرع، والتي تتلخص في ثلاثة أمور رئيسية، وهي أولاً: حرية المشرع في التدخل أو عدم التدخل في سن القانون وتقدير مدى ضرورته، وذلك إذا لم يكن على المشرع التزام دستوري بسن القانون وهو الأصل العام، وثانياً: حرية المشرع في اختيار وقت تدخله بالتنظيم التشريعي، وثالثاً: حرية

^١ - انظر مفهوم السلطة التقديرية عند الدكتور طعيمة الجرف السابق الإشارة إليه - مرجع سابق - ص ١٢٨.

^٢ - د. عوض المر - الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مركز رينيه - ٢٠٠٣ - ص ١٣٥٢.

المشرع في تحديد مضمون التشريع وتقدير الحلول المناسبة لمعالجة موضوعه، بما يتفق مع غايات التشريع ويراعي حقوق الأفراد وحررياتهم.

وبشأن مظاهر الاختلاف في طبيعة السلطة التقديرية لكل من الإدارة والمشرع، فقد اتجه الفقه في ذلك إلى اتجاهين، فذهب الأول إلى أن جوهر السلطة التقديرية واحد بالنسبة لسلطات الدولة^١، ويتمثل هذا الجوهر في تشابه مفهوم السلطة التقديرية لكل من الإدارة والمشرع، حيث تعني السلطة التقديرية حرية الاختيار الممنوحة للسلطة عند ممارسة اختصاصاتها دون فرض سلوك طريق معين.

وبالإضافة إلى تشابه مفهوم السلطة التقديرية لكل من الإدارة والمشرع، فإنه يجب أن تخضع سلطات الدولة لقواعد المشروعية أو الدستورية والتي تحدد جوانب التقدير أو التقييد عند قيامها باختصاصاتها، وإن حرية التقدير والتصرف لا تعني بأي حال تحكم السلطة، حيث لا توجد في الدولة القانونية أية سلطة مطلقة أو تحكمية، وإنما تتسع هذه السلطة أو تضيق وفقاً لطبيعة عمل كل سلطة ومجال اختصاصاتها.

لذلك فإن اتساع سلطة التقدير لدى المشرع مرده إلى أنه مقيد بأحكام الدستور ومبادئه، وعادةً ما تنص هذه الأحكام على المبادئ العامة والتي تحتوي على قدرٍ من المرونة تعطي المشرع اختيار الحلول التي يراها مناسبة والصالح العام، في حين أن جهة الإدارة تخضع بالإضافة إلى أحكام الدستور ومبادئه إلى ما يسنه المشرع من قوانين مما يضيق عليها من سلطة التقدير مقارنة بما يملكه المشرع. فيمكن القول بأن مبدأ تدرج القواعد القانونية قد فرض على جهة الإدارة قيوداً أكثر عند ممارستها سلطاتها التقديرية، فهي ملزمة بالتقييد بالدستور والمبادئ العامة للقانون والتشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية، وكذلك اللوائح والعرف^٢، أما المشرع العادي فإن سلطاته التقديرية أوسع مما تملكه الإدارة، حيث إن مصادر إلزامه تتمثل كأصل عام في نصوص الدستور ومبادئه.

^١ - انظر د. عادل الطيبباني - الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية - مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت - ٢٠٠٠ - ص ٤٢٠، د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٩ - ص ٥٥، د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص ٣٧٣.
^٢ - انظر د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - الطبعة الأولى - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ٦٠١ وما بعدها.

أما الاتجاه الآخر من الفقه فيذهب إلى أن السلطة التقديرية للمشرع تختلف عن السلطة التقديرية للإدارة في الجوهر والطبيعة. ويبنى هذا الاتجاه رأيه على أن الأصل هو حرية السلطة التشريعية والاستثناء هو القيود التي يضعها الدستور، وهي قيود فضفاضة عادة، أما بالنسبة للإدارة فإن الأصل أن تقتصر وظيفتها على تنفيذ ما جاء في القوانين، ومن ثم كان التقييد هو الأصل لدى الإدارة والحرية هي الاستثناء^١.

ومن ناحية أخرى يرى هذا الاتجاه بأن السلطة التشريعية في نطاق حريتها، تختار بمطلق إرادتها ودون معقب عليها التنظيم الذي تراه يتفق والصالح العام، فتستقل بتقدير أهداف التشريع، لأن ذلك يتعلق -وفق هذا الرأي- بنطاق السياسة أكثر منه بالقانون، ولأن التشريع لا بد وأن يصطبغ بصبغة الحزب الغالب في البرلمان. وعلى العكس من ذلك ليس للإدارة أي تقدير فيما يتعلق بالغاية من تصرفاتها، بل تخضع لقيود تشريعية ورقابة قضائية^٢.

وفي رأيي أن ما ذهب إليه الاتجاهان السابقان واحد في مدلوله، وهو تشابه السلطة التقديرية لكل من المشرع والإدارة في الطبيعة والجوهر، وإن ما قرره الاتجاه الثاني من وجود التباين، لا يعدو أن يكون في حقيقته اختلافاً في حجم ومساحة السلطة التقديرية لكل من المشرع والإدارة وهو الأمر الذي اعترف به الاتجاه الأول.

أما بشأن ما ذهب إليه الاتجاه الثاني من اختيار السلطة التشريعية بمطلق إرادتها ودون معقب عليها ما تراه متناسباً والصالح العام وتقدير أهداف التشريع بناءً على سياسة الحزب الغالب في البرلمان، فإن هذا الرأي لا يستقيم مع نفي وجود أية سلطة مطلقة في الدولة القانونية، فتقدير أهداف التشريع الذي يقوم به المشرع، يجب أن يكون مبنياً على مراعاة المصلحة العامة أولاً، وأن تكون وسائل التشريع كفيلاً بتحقيق هذه المصلحة.

^١ - انظر د. عبدالعزيز محمد سالم - رقابة دستورية القوانين - رسالة دكتوراه - دار الفكر العربي - الطبعة الأولى - ١٩٩٥ ص ١٠٤.

^٢ - مما حدا هذا الاتجاه إلى القول بأنه من التجاوز الحديث عن السلطة التقديرية للسلطة التشريعية، ذلك أن حرية السلطة التشريعية تختلف اختلافاً بيناً عن السلطة التقديرية. انظر د. سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٦ وما بعدها.

ونخلص من ذلك إلى أن جوهر السلطة التقديرية واحد بالنسبة لكل من المشرع والإدارة، فلا تختلف السلطة التقديرية باختلاف المجالات التي يمكن أن تظهر فيها، أو باختلاف الأشخاص القانونية التي تمارسها، فهي ذات طبيعة واحدة بصرف النظر عن طبيعة الشخص الذي يمارسها، فيستوي أن يكون مُشرعاً أو إدارياً أو قاضياً^١، وما التباين في السلطة التقديرية إلا من حيث المساحة ووفقاً لما يقرره مبدأ تدرج القواعد القانونية، بما يمثله من ضمانات أساسية للحقوق والحريات^٢.

وفي إطار تحديد مفهوم السلطة التقديرية، وما تمت مناقشته من أوجه التشابه والاختلاف بين السلطة التقديرية لكل من المشرع والإدارة، تثار مسألة في غاية الأهمية، وهي العلاقة ما بين السلطة التقديرية ومبدأ المشروعية. وفي ذلك ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار السلطة التقديرية استثناء يرد على مبدأ المشروعية وذلك للتخفيف من آثار هذا المبدأ، حيث يُخول المشرع الإدارة في بعض الأحيان القيام بالتصرفات بحرية دون تقييد. وقد ماثل بعض معتققي هذا الرأي بين السلطة التقديرية وأعمال السيادة^٣، وهو ما يفهم منه خروج الاثنين عن مظلة الرقابة القضائية.

أما الجانب الآخر من الفقه فيرى بأن السلطة التقديرية ما هي إلا وسيلة لتطبيق القانون ومن ثم الالتزام بمبدأ المشروعية مثلها في ذلك مثل السلطة المقيدة تماماً^٤، ذلك أن مرجع التمتع بسلطة التقدير هذه هو القانون بمعناه الواسع، أي مجموع القواعد القانونية التي تحكم النشاط في الدولة ومن تلك المبادئ القانونية العامة التي يستنبطها القضاء^٥.

ويزيد هذا الرأي بأن الأساس الشرعي للسلطة التقديرية يتمثل في مبدأ المشروعية وسيادة القانون، فالشخص الذي يباشر سلطته التقديرية لا يستمد هذه السلطة من ذاته، ولكنه

^١ - د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - مرجع سابق - ص ٥٥.

^٢ - د. عبد الحفيظ الشبمي - القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي - دار النهضة العربية - ٢٠٠١ - ص ٣٢٤، د. أشرف اللمساي - الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية - الطبعة الأولى - ٢٠٠٧ - المركز القومي للإصدارات القانونية - ص ١٥ وما بعدها.

^٣ - انظر د. محمد عصفور - مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع - الجزء الأول - المطبعة العالمية - القاهرة - ١٩٥٧ - ص ١٠٩.

^٤ - د. محمود سامي جمال الدين - القرار الإداري والسلطة التقديرية للإدارة - مرجع سابق - ص ٢٣٠.

^٥ - لنده يشوي - السلطة التقديرية ومفهوم الملاءمة كامتياز من امتيازات الإدارة - بحث منشور في مجلة الحقوق بجامعة الكويت - السنة الرابعة والثلاثون - العدد الثاني - يونيو ٢٠١٠ - ص ٢٩٣.

يستمدّها من القاعدة القانونية المرنة التي يقوم بتطبيقها، فالسلطة التقديرية تظهر بمناسبة تطبيق قاعدة قانونية، وتباشر في حدود هذه القاعدة، وبالتالي فإن مباشرة هذه السلطة تخضع دائماً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون^١.

وفي رأيي أن ممارسة المشرع لسلطته التقديرية يجب أن تكون في حدود الدستور وضوابطه، فلا وجود للسلطة المطلقة في ظل الدولة القانونية، وكل ما هنالك أن القيود المفروضة على المشرع تتفاوت بحسب أركان القانون، فتتسع حرية التقدير بالنسبة لركن من أركان القانون وتتقيد هذه الحرية بالنسبة لركن آخر، ولا يستظهر القاضي الدستوري حدود هذه السلطة وما إذا كانت تقديرية أو مقيدة إلا بعد البحث في أركان القانون وإسقاط حكم الدستور عليها.

وبالتالي فإنه لا وجود لتعارض بين السلطة التقديرية ومبدأ المشروعية، فلا تُشكل الأولى استثناءً على الثانية كما ذهب الاتجاه الأول، إنما ممارسة السلطة التقديرية تأتي تطبيقاً للقانون والتزاماً بمبدأ المشروعية، ولأن غاية السلطة التقديرية للمشرع هي تنفيذ أهداف الدستور من خلال حسن تنظيم الموضوع محل التدخل التشريعي، وبظل ما يصدره من تشريعات خاضعاً لحكم القانون سواء باشر سلطاته بصورة مقيدة أو بصورة تقديرية^٢.

^١ - د. سامي جمال الدين - القرار الإداري والسلطة التقديرية للإدارة - مرجع سابق - ص ٣٣٢.

^٢ - د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - مرجع سابق - ص ٣٧٤.

المطلب الثالث:

المفهوم القضائي للسلطة التقديرية للمشرع

تطرقت العديد من الأحكام الدستورية إلى مفهوم السلطة التقديرية للمشرع، لدرجة أنه يندر أن تجد حكماً لا يستعرض مفهوم هذه السلطة عند مناقشته لموضوع التشريع محل الرقابة، ويعود ذلك إلى أن تكييف المحكمة الدستورية للحلول التي اختارها المشرع وما إذا كانت تُعد واقعة في حدود سلطته التقديرية، أو متجاوزة إياها، يعتبر هذا التكييف هو الذي يتحدد بموجبه اختصاص القاضي الدستوري، فينهض هذا الاختصاص بالرقابة إذا ما كان المشرع قد تجاوز بسلطته التقديرية الحدود والضوابط الدستورية، ويستقل المشرع في تقديراته دونما رقابة إذا ما كانت سلطته تقديرية متوافقة والضوابط الدستورية.

حيث إن الأصل العام هو ترخص المشرع في سلطته التقديرية وحرية في إجراء المفاضلة والاختيار بين الحلول المختلفة، وهو ما لا يدخل في نطاق رقابة القضاء الدستوري كأصل عام، بخلاف سلطة المشرع المقيدة التي يجب أن تكون متطابقة وأحكام الدستور.

ولا يعني عدم خضوع سلطة المشرع التقديرية -كأصل عام- للرقابة الدستورية، أن تكون هذه السلطة كما أسلفنا مطلقة، بل يجب أن يراعي المشرع في جميع الأحوال حدود الدستور وضوابطه، وأن يراعي اختيار الحل المناسب والأكثر تحقيقاً للمصلحة العامة، حتى لا تضحي السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع خارجة عن النحو الذي قرره الدستور ومبادئه، وحتى لا تتحول هذه السلطة إلى سلطة تحكمية.

وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر في بيانها لجوهر السلطة التقديرية للمشرع، بأن هذا الجوهر يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل

المختلفة لاختيار ما يُقدَّر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم^١.

كذلك وقد قررت أن "مجالات التشريع الذي تمارسه سلطة التشريع إنما تمتد إلى جميع الموضوعات كما أن ملاءمات التشريع هي من أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع العادي ما لم يقيد الدستور بحدود وضوابط يتعين على التشريع التزامها وإلا عد مخالفاً للدستور ومن ثم يكون من حق المشرع العادي أن يستقل بوضع القواعد القانونية التي يراها محققة للمصلحة العامة متى كان في ذلك ملتزماً بأحكام الدستور وقواعده"^٢.

وفي معرض تناولها لمبدأ الحق في التقاضي، ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى بيان الضوابط الدستورية التي يتعين على المشرع الالتزام بها عند ممارسته لسلطته التقديرية، فقررت "الأصل أن سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، طالما بقيت حركتها محدودة بنطاق الضوابط الدستورية وجوهرها هو التفرقة بين تنظيم الحق وبين المساس به على نحو يهدره كلياً أو جزئياً، وكان الحق في التقاضي من الحقوق الدستورية التي يجوز للمشرع أن يتدخل، وفي دائرة سلطته التقديرية، بتنظيمها على نحو يكفل بلوغ الغاية منه، وهو تحقيق العدالة ورد الحقوق إلى أصحابها دون أن يتجاوز هذا التنظيم حدود غايته فينقلب إلى قيد يعيب الحق الدستوري في أصل مضمونه أو جوهر وجوده. إذ كان ذلك وكان تحديد ميعاد الطعن لا يتجاوز خمسة عشر يوماً هو من قبيل استعمال المشرع لسلطته التقديرية في تنظيم الحق في التقاضي. وهو ميعاد ليس بالقصير بحيث يعوق استعمال الحق أو يجعله مستحيلاً أو شبه مستحيل، ومن ثم فإن النعي في هذا الشق يكون غير صحيح"^٣.

أما بشأن المحكمة الدستورية البحرينية فقد توافقت مع المحكمة الدستورية العليا المصرية في مفهوم السلطة التقديرية للمشرع، وأضافت إلى أنه في إطار ممارسة المشرع

^١ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم ٢٣ لسنة ٩ قضائية - جلسة ٤ مايو ١٩٩١ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم ٩٣ لسنة ٤ قضائية - جلسة ١٨ فبراير ١٩٨٤ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٣ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم ١٩٣ لسنة ٢٣ قضائية - جلسة ١٥ ديسمبر ٢٠٠٢ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

لسلطته التقديرية، فإن من الضرورة أن يقوم بإجراء موازنة دقيقة بين مصالح المجتمع وأمنه واستقراره من ناحية، وحقوق الأفراد من ناحية أخرى.

حيث قررت "أن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بضوابط معينة، ويتمثل جوهر هذه السلطة التقديرية في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة، لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم، مما مؤداه أن مشروعية النصوص القانونية التي يتخذها المشرع كوسيلة لتحقيق الأهداف المشار إليها، مناطها توافقها مع أحكام الدستور ومبادئه، ومن ثم يتعين على المشرع دائماً إجراء موازنة دقيقة بين مصالح المجتمع والحرص على أمنه واستقراره من ناحية، وحريات وحقوق الأفراد التي كفلها لهم الدستور من ناحية أخرى".^١

وقد ذهبت المحكمة الدستورية البحرينية في معرض تناولها لمبدأ الحق في التقاضي إلى أن جوهر السلطة التقديرية للمشرع هو المفاضلة بين البدائل التي تتصل بالموضوع محل التنظيم، موازناً بينها، مرجحاً ما يراه أنسبها لمصالح الجماعة، وأدناها إلى كفاية أثقل هذه المصالح وزناً، وليس ثمة تناقض بين الحق في التقاضي كحق دستوري أصيل وبين تنظيمه تشريعياً بشرط ألا يتخذ المشرع هذا التنظيم وسيلة إلى حظر هذا الحق أو إهداره، ونتيجة لذلك فإن المشرع في مجال ضمانه حق اللجوء إلى القضاء - لا يتقيد بأشكال محددة تمثل أنماطاً جامدة لا تقبل التغيير أو التبديل، بل يجوز أن يختار من الصور والإجراءات ما يكون في تقديره الموضوعي أكثر اتفاقاً مع طبيعة المنازعة التي يعهد بالفصل فيها إلى محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي دونما إخلال بضماناتها الرئيسية التي تكفل إيصال الحقوق لأصحابها وفق قواعد محددة تكون منصفة في ذاتها وغير متحيزة بالتالي.^٢

^١ - حكم المحكمة الدستورية البحرينية - القضيتان رقم (٠٤/٣/د) و(٠٤/٤/د) لسنة ٢ قضائية - جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ - مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية - الكتاب الأول - ٢٠٠٣ إلى ٢٠٠٦ - البحرين - ٢٠٠٧ - ص ٢٢٥.
^٢ - حكم المحكمة الدستورية البحرينية القضية رقم (٣/١/د) لسنة (١) قضائية - جلسة ٢٦ أبريل ٢٠٠٤ - مرجع سابق - ص ١٥٠.

ونلاحظ أن الحكم السابق قد وضع بعض الضوابط التي تحكم سلطة المشرع التقديرية ومنها ضرورة الموازنة بين البدائل التي تتصل بالموضوع محل التنظيم ووزن مصالح المجتمع، بحيث يجب على المشرع أن يختار أنسب البدائل لصالح الجماعة وبما يحقق أكثر المصالح أهمية، وهو ما يتحقق من خلال إجراء عملية الموازنة بين الحل التشريعي لمعالجة موضوع معين من جانب ومتطلبات تحقيق المصلحة العامة من جانب آخر.

كذلك ومن الضوابط التي تحكم سلطة المشرع التقديرية ألا يتخذ المشرع تنظيمه لمسألة معينة وسيلة إلى حظر هذا الحق أو إهداره، وأضافت المحكمة في حكمها السابق -بمناسبة بحث حق التقاضي- إلى ضرورة مراعاة الضمانات التي تكفل تحقيق مبدأ الحق في التقاضي، ومن تلك أن تكون قواعد وإجراءات التقاضي تتصف بالعدالة والإنصاف.

ونخلص إلى أن المفهوم القضائي للسلطة التقديرية يتمثل في أنها حرية المشرع في المفاضلة بين البدائل المختلفة لاختيار ما يُقدَّر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم.

المبحث الثاني:

التمييز بين السلطة التقديرية للمشرع والمفاهيم القريبة منها

لما كانت السلطة التقديرية وفقاً لما سبق بيانه تمثل حرية ممارسة التصرف القانوني دون فرض سلوك معين، وكانت هذه السلطة لا تعني تحرر ممارستها من كل قيد، فلا توجد في الدولة القانونية سلطة مطلقة كما أسلفنا حتى لا تتحول إلى سلطة تحكمية استبدادية تُعيد أنظمة الحكم الشمولي إلى التطبيق، بل يجب أن تمارس جميع سلطات الدولة اختصاصاتها وفقاً لما تملّيه أحكام الدستور مع مراعاة مبادئ العدالة والمساواة وفي إطار استهداف المصلحة العامة.

ولما كانت سلطة المشرع في ممارسة اختصاصه بالتشريع تتفاوت بين التقدير والتقييد، فإن ذلك يستوجب التعرض إلى التمييز بين السلطة التقديرية وبعض المفاهيم القريبة منها لمعرفة حدود كل مفهوم، مثل التمييز بين السلطة والاختصاص، والتمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، والتمييز بين حرية السلطة التأسيسية والسلطة التقديرية للمشرع، وهو ما سنتناوله في المطالب الآتية.

المطلب الأول:

التمييز بين السلطة والاختصاص

يمكن من خلال تحليل تعريف السلطة التقديرية استخلاص الفرق بين السلطة والاختصاص، حيث سبق وأن قلنا بأن السلطة التقديرية في صورتها المبسطة هي حرية ممارسة الاختصاص القانوني، وهي ما تشمل حرية تقدير التدخل بالتنظيم أو عدم التدخل، وحرية اختيار الحلول المناسبة للتنظيم. فيظهر من هذا المفهوم بأن السلطة هي ممارسة الاختصاص.

وينبغي هنا الإشارة إلى أن مدلول مصطلح السلطة في الدراسات القانونية يختلف بحسب الاستخدام، فيعني مصطلح السلطة الإشارة إلى الهيئات العامة التي تظهر بمظهر السيادة، وهي السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وقد يقصد بمصطلح السلطة مجموعة المهام أو الأعمال المخولة لهيئة ما^١، ونقصد في معرض تناولنا للتمييز بين السلطة والاختصاص المعنى الثاني للسلطة وهو مجموعة المهام أو الأعمال المخولة لهيئة ما.

^١ - انظر د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - مرجع سابق - هامش ص ٤٠٧.

وحيث إن الاختصاص هو مجموع ما خولت الهيئة القيام به من أعمال^١، وهو قدرة الشخص أو الهيئة على إيراد تصرف معين^٢، وإن السلطة هي مباشرة الاختصاص، فإن الاختصاص يعتبر سابقاً على وجود السلطة، أما سلطة الشخص أو الهيئة في ممارسة الاختصاص فتأتي في مرحلة لاحقة على وجود الاختصاص، وقد تكون هذه السلطة تقديرية أو مقيدة بحسب ما يفرزه مبدأ المشروعية وقواعد الاختصاص.

ومن ذلك يتبين بأن الاختصاص يمثل الحد الخارجي للسلطة، ولا تقوم هذه الأخيرة إذا لم ينعقد الاختصاص لشخص أو هيئة معينة^٣. ويترتب على هذا التحديد التمييز في استخدام مصطلحي السلطة والاختصاص، فلا يجوز الحديث عن الاختصاص التقديرية وإنما السلطة التقديرية في ممارسة الاختصاص، حيث إن الاختصاص يتحدد وفق قواعد المشروعية، ويتعين وفقاً لذلك ممارسة الشخص أو الهيئة لاختصاصها بنفسها، حيث إن الأصل على مستوى السلطات الفصل بينها، وعدم جواز تنازل أي من السلطات لغيرها عن كل أو بعض اختصاصاتها المنصوص عليها في الدستور، وإنما يجوز التفويض التشريعي وفقاً لأحكام الدستور، وهو ما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (٣٢) من دستور مملكة البحرين. لذلك فإن الاختصاص يتحدد أولاً من خلال أحكام الدستور والقانون، ومن ثم تتحدد سلطة المختص وما إذا كانت هذه السلطة تقديرية أو مقيدة.

^١ - د. محمد مصطفى حسن - السلطة التقديرية في القرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٤٧.

^٢ - د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص ٤٠٧.

^٣ - انظر د. عصام عبدالوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - مرجع سابق - ص ٥٣، د. محمد مصطفى حسن - السلطة التقديرية في القرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٤٧.

المطلب الثاني:

التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة

تتباين أحكام الدساتير في شأن القيود والضوابط التي تضعها على سلطة المشرع عند تنظيمه لموضوع معين. فقد تتميز الأحكام بالسعة مما تخول المشرع التحرك بحرية عند ممارسة اختصاصه التشريعي فتكون سلطته تقديرية، وقد تسلب القيود الدستورية عن المشرع أية سلطة تقديرية ويتكفل الدستور حينها بتنظيم موضوع معين دون أن يترك للمشرع معالجته، وما بين السلطة التقديرية وانعدام التقدير قد تكون سلطة المشرع مقيدة بالضوابط التي وضعها الدستور.

لذلك فإن سلطة المشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي ليست على مستوى واحد، بل تتسع هذه السلطة أو تضيق وفقاً لما يقرره الدستور. فقد يضع الدستور القواعد المحددة في تنظيم موضوع معين، فلا يجوز الخروج عنها، إنما تكون قابلة للتطبيق بشكل مباشر، وقد يكتفي الدستور بالنص على القواعد والأحكام العامة، ويحيل إلى المشرع العادي في تنظيم الموضوع لا سيما وأن أحكام الدستور تتميز بالاختصار والمرونة، الأمر الذي تترك معه للمشرع سلطة تقديرية في وضع التشريعات، كما تفسح المجال للقضاء الدستوري للاجتهاد في تفسير النصوص الدستورية^١.

وفي هذا الشأن، ميّزت المحكمة الدستورية البحرينية، في معرض نظرها للمرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة، بين سلطة المشرع المقيدة وسلطته التقديرية، فقضت في الطعن رقم (٥٠/٢/د) للسنة الثالثة قضائية بأن "المقرر في فقه القانون الدستوري أنه حين تمارس السلطة التشريعية ولايتها المنصوص عليها في المادة ٣٢ (فقرة ب) من الدستور -وهي تلك المتعلقة باختصاصها الأصيل في سن القوانين- فإن سلطتها هذه إما أن تكون سلطة مقيدة، وإما أن تكون سلطة تقديرية. فكلماً فرض الدستور قيوداً على السلطة التشريعية في ممارستها لاختصاصاتها التشريعية، فإن

^١ - انظر د. عصام سليمان - إشكاليات الرقابة على دستورية القوانين - بحث منشور في الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني - المجلد ٦ - ٢٠١٢ - ص ٥٠.

سلطتها تكون مقيدةً بمراعاة القيد الذي فرضه الدستور عليها فلا تستطيع أن تسن تشريعاً تتحلل فيه من القيود التي فرضها، أو أن تنظم موضوعاً على خلافها، ذلك أن تلك القيود التي فرضها الدستور لا تعتبر مقصودةً بذاتها، وإنما يفرضها الدستور لتحقيق مصلحة يراها جديرة بالحماية.

وحيث أنه إذا كان ما تقدم، وكانت السلطة التشريعية لم تمتثل لأحكام المادة التاسعة من الدستور فيما أوجبه من تحديد أحوال المنفعة العامة في المرسوم بقانون المطعون فيه، وتحللت من القيد الذي فرضته تلك المادة، وتنازلت عن اختصاص أصيل لها -وهو تحديد أحوال المنفعة العامة- وناطت بالسلطة التنفيذية تحديد تلك الحالات بقرارات إدارية، فإن المرسوم بقانون المطعون فيه يكون فضلاً عن مخالفته أحكام المادة التاسعة من الدستور قد خالف أيضاً مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة ٣٢ (فقرة أ). وإذا كان ذلك وكانت نصوص المرسوم بقانون المطعون فيه -على نحو ما أوردتها المحكمة سلفاً- قد جاءت مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة، فإن عدم بيانها حالات المنفعة العامة يستتبع بحكم هذا الارتباط إبطال جميع نصوص القانون المطعون فيه مما يستوجب الحكم بعدم دستوريته برمته^١.

ويظهر من هذا الحكم الدستوري تبني المحكمة الدستورية البحرينية بشكلٍ جلي لفكرة التمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية، وبمقتضى هذا التمييز الذي أوضحته المحكمة، حكمت بعدم دستورية المرسوم بقانون بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة؛ لعدم تقيد المشرع بنص المادة التاسعة من الدستور بشأن تحديد أحوال المنفعة العامة، وإنابة تحديد هذه الأحوال بالسلطة التنفيذية.

هذا وأن التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للمشرع، يرتكز على التمييز بين ما هو ملزم وما هو غير ملزم من أحكام الدستور، وقد ذهب بعض الفقه إلى أن السلطة المقيدة تنهض عندما يكون التصرف قد تحدد سلفاً وبطريقة آمرة وملزمة في القاعدة العليا من حيث موضوعه وغايته وأسبابه وأشكاله، أما حين يتخلف هذا التحديد الأمر الملزم

^١ - حكم المحكمة الدستورية البحرينية في القضية رقم (٥/٢/د) - السنة الثالثة قضائية - جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧ - منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٢ أبريل ٢٠٠٧ - العدد رقم ٢٧٨٦.

للتصرف القانوني، فلا يكون ثمة شك في توافر السلطة التقديرية، وبالقدر الذي يكون هذا التحديد الملزم قد تخلف فيه دون أن يتعداه. ويذهب هذا الرأي إلى أن المصدر الأساسي للسلطة التقديرية هو تخلف التنظيم القانوني الملزم في شأن تصرف معين أو في شأن عنصر أو أكثر من العناصر المكونة لهذا التصرف أو لشروط انعقاده وصحته^١.

ويمكن مما سبق القول بأن السلطة المقيدة للمشرع تكون عندما يرسم الدستور للمشرع طريقة تدخله ويضع القيود والضوابط التي يلتزم بها، فلا تكون لديه حرية واسعة في اختيار الحلول أو تقدير أركان التصرف.

وباستقراء نصوص دستور مملكة البحرين المعدل الصادر في ٢٠٠٢م، يتبين لنا انتهاجه ثلاثة مناهج في نصه على الحقوق والحريات، فالمنهج الأول هو نصه على بعض الحقوق والحريات بصورة مطلقة دون أي قيد ولم يفوض فيها المشرع لتنظيمها، مما لا يجوز معه أي مساس بها إلا بتعديل الدستور نفسه، وهي الحالات التي لا يملك المشرع فيها أية سلطة تقديرية. أما المنهج الثاني فهو نصه على بعض الحقوق والحريات مع تقييدها ببعض القيود والضوابط مع الإحالة إلى القانون لتنظيمها، وهي حالات السلطة المقيدة للمشرع.

وجاء الدستور في المنهج الثالث له بالنص على بعض الحقوق والحريات دون أن يضع لها أية حدود، وأحال بشأن تنظيمها للقانون، فيملك المشرع في هذه الحالات سلطة تقديرية في التنظيم، مع مراعاة الحدود التي ترسمها مجموع مواد الدستور ومنها القيد العام الوارد في المادة (٣١) من الدستور البحريني، بعدم المساس بجوهر هذه الحقوق أو الحريات^٢.

وبهنا في مجال التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، أن نستعرض بعض الأمثلة للنصوص الدستورية التي تبين حدود سلطة المشرع في تنظيمه لموضوعات هذه النصوص، وفقاً للمناهج السابقة.

^١ - انظر د. طعيمة الجرف - مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون - مرجع سابق - ص ١٣٠.

^٢ - تنص المادة (٣١) من دستور مملكة البحرين المعدل في ٢٠٠٢ على أنه "لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون، أو بناءً عليه. ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية".

فبالنسبة للمنهج الأول، فقد تضمنَ دستور مملكة البحرين المعدل لعام ٢٠٠٢م، العديد من الأحكام التي تتعدم فيها حرية المشرع في التقدير^١، حيث تكفل الدستور بنفسه بتنظيم بعض الحقوق والحريات نظراً لأهميتها، وهي التي تسمى بالحقوق المطلقة، فلا يجوز للمشرع أن يتدخل بتنظيمها، وإنما يقتصر دوره على ترديد هذه النصوص الدستورية، ومن أمثلة هذه الأحكام التي تتعدم فيها سلطة المشرع التقديرية، النص الدستوري بشأن حظر المصادرة العامة للأموال، حيث نصت الفقرة (د) من المادة (٩) من الدستور البحريني على أن "المصادرة العامة للأموال محظورة، ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي في الأحوال المبينة بالقانون". فإذا ما جاء المشرع بقانون يسمح بالمصادرة العامة للأموال، أو حتى ينظم بعض الحالات التي تسمح بالمصادرة العامة، أو يحدد حالات المصادرة الخاصة بطريق إداري دون صدور حكم قضائي، فإن هذا القانون يكون مخالفاً للدستور مخالفة صريحة.

بالإضافة إلى ذلك فإن سلطة المشرع تتعدم بشأن إبعاد المواطنين، حيث يُحظر إبعاد المواطن عن البحرين أو منعه من العودة إليها، بموجب الفقرة (ب) من المادة (١٧) من الدستور. فلا يجوز وفقاً لهذا النص أن يصدر قانونٌ يقرر فيه عقوبة النفي عن البلاد ولو كان هذا الإجراء احترازياً لمواجهة خطورة إجرامية^٢. ويلاحظ من النص الدستوري أن حظر الإبعاد أو منع العودة يختص بالمواطن البحريني، وهو ما لا يشمل حالة إسقاط الجنسية، إذ لا يعتبر من اسقطت عنه الجنسية بحرانياً، وإنما أجنبياً مما يمكن للسلطة إبعاده عن البحرين أو منعه من العودة إليها^٣.

ومن الأمثلة الأخرى لحالات انعدام سلطة المشرع التقديرية، النص الدستوري بشأن حظر التعذيب، حيث تنص الفقرة (د) من المادة (١٩) من الدستور البحريني على أنه "لا يعرض أي إنسان للتعذيب المادي أو المعنوي، أو للإغراء، أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك. كما يبطل كل قول أو اعتراف يثبت صدوره تحت وطأة التعذيب أو بالإغراء أو لتلك المعاملة أو التهديد بأي منها"، كذلك وتنص الفقرة (د) من

^١ - انظر د. رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين - ٢٠٠٣ - بدون ناشر - ص ٧٦؛ وما بعدها.

^٢ - د. منير عبدالمجيد - أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠١ - ص ١٩٠.

^٣ - د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٤٢٩.

المادة (٢٠) على أنه "يحظر إيذاء المتهم جسدياً أو معنوياً"، فلا يجوز للمشرع وفقاً لهذا الحق المطلق أن يصدر قانوناً ينال فيه من حظر التعذيب، كأن يبيح المساس بجسم المتهم أو إيذاؤه معنوياً، أو يسمح بما يهين الكرامة الإنسانية من أجل الحصول على معلومات معينة أو اعترافات جنائية^١.

ففي جميع هذه الحالات، حيث تكفل الدستور ببيان الأحكام المتعلقة بها والمنظمة لها، فإنه لا يستطيع المشرع أن يُمارس أية سلطة تقديرية في تنظيم هذه الموضوعات، حيث يرى المشرع الدستوري بأن تنظيمه بنفسه لمثل هذه الحقوق والحريات أضمن في كفالتها من تركها للمشرع العادي. فإذا ما انتهك المشرع العادي هذه الدائرة التي خصها المشرع الدستوري لنفسه، فإن تشريعه يكون تحت مغبة الحكم بعدم الدستورية.

أما بالنسبة إلى المنهج الثاني، والمتعلق بسلطة المشرع المقيدة، حيث ينص الدستور على بعض الحقوق والحريات، مع تقييدها لها ببعض القيود والضوابط، ويحيل إلى القانون لتنظيمها، فإن سلطة المشرع التقديرية هنا أقل في درجة حدتها من الحالات السابقة التي تتعدم فيها سلطة التقدير، حيث إن المشرع يملك بجانب السلطة المقيدة التي يفرضها الدستور عليه من قيود وضوابط، يملك سلطة تقديرية، يتحرك من خلالها في تنظيم ما رخص له المشرع الدستوري مع التقيد بما تكفل الدستور بتنظيمه بنفسه، ومراعاة أن يكون تنظيم المشرع العادي لا ينال من أصل الحق أو ينتقص منه.

وعادة ما يكشف الدستور عن سلطة المشرع المقيدة بإيراد بعض العبارات منها "وفقاً للقانون" أو "يحددها القانون" أو "بناء على القانون" أو "ينظمها القانون"^٢، ومن هذا القبيل ما نصت عليه الفقرة (هـ) من المادة (١) من الدستور البحريني من أن "للمواطنين، رجالاً ونساءً، حق المشاركة في الشؤون العامة والتمتع بالحقوق السياسية، بما فيها حق

^١ - بالإضافة إلى ذلك، فقد نص الدستور البحريني على عدم جواز رجعية القوانين الجنائية، حيث تنص القرة (أ) من المادة (٢٠) على أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة للعمل بالقانون الذي ينص عليها"، وبذلك لا يجوز معاقبة أحد على الأفعال التي وقعت منه قبل العمل بالقانون الذي ينص على تجريمها، وإذا ما صدر قانون يسمح بتطبيق العقوبات بأثر رجعي فإنه يكون مخالفاً للنص الدستوري. كذلك عدم جواز المساس بشخصية العقوبة، حيث تنص الفقرة (ب) من المادة (٢٠) من الدستور البحريني على أن "العقوبة شخصية" فلا يجوز أن تمتد العقوبة لتصل إلى أشخاص آخرين من غير مرتكبي الجرم أو المساهمين فيه. ونص الدستور أيضاً على حظر تسليم اللاجئين السياسيين، بموجب المادة (٢١) من الدستور البحريني، فلا يجوز وفقاً لهذا النص أن تصدر الدولة قانوناً ينظم أحوال تسليم الأجنبي الذي منحه حق اللجوء السياسي إلى دولته.

^٢ - د. منير عبدالمجيد - أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - مرجع سابق - ص ٢١٠.

الانتخاب والترشيح، وذلك وفقاً لهذا الدستور وللشروط والأوضاع التي يبينها القانون. ولا يجوز أن يحرم أحد المواطنين من حق الانتخاب أو الترشيح إلا وفقاً للقانون".

فنلاحظ وفقاً لهذه النص بأن الدستور قد تكفل بالنص على مبدأ المساواة بين الجنسين في التمتع بالحقوق السياسية، فلا يجوز للمشرع وفقاً لذلك أن يصدر قانوناً يحرم النساء مثلاً من ممارسة الحقوق الواردة في النص، ومقابل هذا القيد -بعدم جواز الإخلال بحق كل من الرجال والنساء في التمتع بالحقوق السياسية- نلاحظ بأن الدستور قد خول المشرع بأن يضع وفق سلطته التقديرية شروط وأوضاع ممارسة الحقوق السياسية^١.

ومن الصور الأخرى لتقييد سلطة المشرع، ما نصت عليه المادة (٢٥) من الدستور، على أن "للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها أو تفتيشها بغير إذن أهلها إلا استثناء في حالات الضرورة القصوى التي يعينها القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه". فوفقاً لهذا النص تعتبر سلطة المشرع في تنظيم إجراءات دخول مساكن الأفراد وتفتيشها مقيدة، حيث إن الأصل حرمة المساكن وعدم جواز دخولها أو تفتيشها، ويرد على هذا الأصل استثناءان هما أن يكون الدخول أو التفتيش بإذن أصحاب المسكن، أو في الحالات التي ينص عليها القانون، والتي يجب أن تبررها الضرورة القصوى، ككشف الحقيقة وجمع الأدلة، ويأتي هذا التصريح للمشرع بتحديد الحالات التي يجوز فيها الخروج على الأصل بحرمة المساكن، توفيقاً بين حق الفرد في حرمة الشخصية وفي حرمة مسكنه وحياته الخاصة، وبين حق المجتمع في عقاب الجاني وجمع أدلة إثبات الجريمة ونسبتها إليه، لذلك فإن تحديد المشرع للحالات التي يجوز فيها دخول المساكن أو تفتيشها، مقيدٌ بوجود ضرورة قصوى

^١ - استناداً إلى ذلك أصدر المشرع قانون مباشرة الحقوق السياسية، بالمرسوم بقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢، وعُدله بالمرسوم بقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٢، وقد نص في مادته الثانية على شروط مباشرة الحقوق السياسية، ومنها ما يتعلق بتحديد سن المواطن بعشرين سنة لمباشرة الحقوق السياسية، وأن يكون كامل الأهلية، ومقيماً إقامة عادية في الدائرة الانتخابية. وقد نصت المادة الثالثة من القانون على حالات الحرمان من مباشرة حق الانتخاب، وهي حرمان المحكوم عليه بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة حتى يرد إليه اعتباره، والمحكوم عليه بالحبس في إحدى الجرائم الانتخابية، ما لم يكن الحكم موقفاً تنفيذه أو كان المحكوم عليه قد رُد إليه اعتباره. ونصت المادة نفسها على حالات المنع من الترشيح لمجلس النواب، وهي المحكوم عليه بعقوبة جنائية، حتى وإن صدر بشأنه عفو خاص عن العقوبة أو رُد إليه اعتباره، والمحكوم عليه بعقوبة الحبس في الجرائم العمدية لمدة تزيد على ستة أشهر حتى وإن صدر بشأنه عفو خاص عن العقوبة، وذلك لمدة عشر سنوات تبدأ من اليوم التالي لتاريخ تنفيذ العقوبة أو سقوطها أو من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائياً إذا كان مشمولاً بوقف التنفيذ.

تستدعيه، كما عبر عنه الدستور، وبالحفاظ على حرمة المسكن وحماية الحياة الخاصة وعدم انتهاكها^١.

أما بالنسبة إلى المنهج الثالث الذي اتبعه الدستور، والذي لم يضع فيه أية حدود عند نصه على بعض الحقوق والحريات، بل أحال بشأن تنظيمها إلى القانون، ومن أمثلته ما جاءت به الفقرة (ب) من المادة (٢٨) من الدستور البحريني، والتي تنص على أن "الاجتماعات العامة والمواكب والتجمعات مباحة وفقا للشروط والأوضاع التي يبينها القانون، على أن تكون أغراض الاجتماع ووسائله سلمية ولا تنافي الآداب العامة". كذلك ما نصت عليه المادة (٢٤) من أن حرية الصحافة والطباعة والنشر مكفولة وفقا للشروط والأوضاع التي يبينها القانون.

فإن المشرع يملك في مثل هذه الحالات سلطة تقديرية في تنظيمه للحقوق والحريات، فيضع ما يراه مناسباً من أحكام تنظم كيفية التمتع بالحق والقيود التي ترد عليه، مع وجوب مراعاة المشرع للحدود التي ترسمها مجموع مواد الدستور ومنها القيد العام بعدم المساس بجوهر هذه الحقوق أو الحريات.

وننتهي مما سبق إلى نتيجة مؤداها أنه إذا لم يكن ثمة انعدام أو تقييد لحرية المشرع في الموضوع محل التنظيم التشريعي، كانت سلطته تقديرية، باعتبارها الأصل في التشريع وتقييدها هو الاستثناء^٢، والسلطة التقديرية كما أسلفنا ليست مطلقة من كل قيد، بل يجب أن يمارسها المشرع في حدود الدستور ومبادئه ولا تتعدى تنظيم الحق إلى المساس به بالنقض أو الانتقاص، ويجب كذلك أن يستند التنظيم الذي يباشره المشرع على أسس موضوعية،

^١ - ومن الأمثلة الأخرى لسلطة المشرع المقيدة، ما جاءت به الفقرة (ج) من المادة (٢٠) من الدستور على أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة وفقا للقانون"، فسلطة المشرع في تنظيم إجراءات التقاضي مقيدة بما أورده النص من ضوابط وهي افتراض براءة المتهم في إجراءات التقاضي، وأن تكفل هذه الإجراءات ممارسة حق الدفاع في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة. وكذلك ما نصت عليه المادة (٢٦) من أن "حرية المراسلة البريدية والبرقية والهاتفية والإلكترونية مصونة، وسريتها مكفولة، فلا يجوز مراقبة المراسلات أو إفشاء سريتها إلا في الضرورات التي يبينها القانون، وفقا للإجراءات والضمانات المنصوص عليها فيه". وأيضا ما نصت عليه المادة (٢٧) من أن "حرية تكوين الجمعيات والنقابات، على أسس وطنية ولأهداف مشروعة وبوسائل سلمية، مكفولة وفقا للشروط والأوضاع التي يبينها القانون، بشرط عدم المساس بأسس الدين والنظام العام. ولا يجوز إجبار أحد على الانضمام إلى أي جمعية أو نقابة أو الاستمرار فيها". انظر د. رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين - مرجع سابق - ص ٤٧٧ وما بعدها.

^٢ - انظر د. رمزي الشاعر - رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر - مرجع سابق - ص ٦٩٦، د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٤٣١.

فينتقي من خياراته أصلها لتحقيق المنفعة العامة وبما يراعي مبادئ العدل والمساواة، وبما لا ينفصل عن تحقيق أهداف التشريع^١.

ومن جانب آخر، وفي إطار التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للمشرع، وحيث إن القانون كأى عمل قانوني آخر، له أركان يقوم عليها، وهي أركان خارجية وداخلية تسمى بقواعد المشروعية الخارجية والداخلية، والمتمثلة في الاختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية، فإن التعامل مع هذه الأركان لا يكون على قدم المساواة من حيث حرية تقدير المشرع بشأنها.

حيث يرى الفقه بأن سلطة المشرع تكون مقيدة دائماً فيما يتعلق بقواعد المشروعية الخارجية، أما بالنسبة لقواعد المشروعية الداخلية للقانون، فتتحدد سلطة المشرع فيها، بحسب ما وضعه الدستور من قيود وضوابط^٢، كما وتخضع جميع أركان القانون سواء ما يشكل منها قواعد المشروعية الخارجية أو الداخلية لرقابة القضاء الدستوري.

ومن ذلك نستخلص بأن سلطة المشرع تتحدد بحسب ما تمليه أحكام الدستور، فتضييق سلطته أو تنعدم كلما كانت القيود صارمة، وتتسع سلطة التقدير إذا كانت أحكام الدستور عامة وتترك تنظيم الموضوع لسلطة المشرع. كذلك ونستخلص بأنه لا توجد سلطة تقديرية بحتة ولا سلطة مقيدة بحتة في تنظيم المشرع لموضوع معين، حيث إن هذه السلطة ترد على أركان القانون، مما تختلط في التنظيم الواحد سلطة المشرع وتتراوح فيها هذه السلطة بين التقدير والتقييد. وسنأتي في المبحث القادم ببيان كل ركن من أركان القانون وسلطة المشرع حياله.

^١ - انظر د. عادل الطبطبائي - مرجع سابق - ص ٤٣١ وما بعدها، د. منير عبدالمجيد - مرجع سابق - ص ٢١٥ وما بعدها، د. شعبان أحمد رمضان - ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين - رسالة دكتوراه - جامعة أسيوط - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ - ص ٤٠٤ وما بعدها.

^٢ - انظر د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - مرجع سابق - ص ٤١٦.

المطلب الثالث:

التمييز بين حرية السلطة التأسيسية والسلطة التقديرية للمشرع

لما كانت السلطة التأسيسية التي تتولى وضع دستور الدولة، تتمتع بحرية كبيرة في وضع القواعد الدستورية التي تحكم سلطات الدولة وتبين حقوق الأفراد وحررياتهم، وكذلك حال السلطة التشريعية التي تتمتع من حيث الأصل بسلطة تقديرية في تنظيم مختلف مجالات الحياة، فإن ذلك يثير موضوع حجم الحرية التي تتمتع بها كل سلطة، وما إذا كان يصدق إطلاق مفهوم السلطة التقديرية لكل منهما. لذلك كانت أهمية التمييز بين حرية السلطة التأسيسية والسلطة التقديرية للمشرع.

فبالنسبة إلى السلطة التأسيسية، فهي التي تضع دستور الدولة، والذي تتمتع قواعده بالسمو على باقي القواعد القانونية، فيحدد الدستور شكل الدولة ونظام الحكم فيها، ويبين حقوق الأفراد وحررياتهم وينظم سلطات الدولة ويحدد اختصاصاتها وعلاقتها ببعضها البعض. وتضع السلطة التأسيسية هذا التنظيم بمطلق حريتها ودون أي قيد قانوني عليها، يفرضه مبدأ تدرج القواعد القانونية، إنما تضع السلطة التأسيسية القواعد الدستورية وفقاً لما تمليه ظروف الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، مع ضرورة أن تراعي تطلعات الشعب عند وضع الدستور، حتى ينال دستورها الثقة ويحظى بالاحترام والشعور بالإلزام من قبل أفراد الشعب فلا يعمل على إسقاطه.

وحيث إن السلطة التأسيسية تتمتع بحرية كبيرة لا يحدها قيد قانوني، فإن الحديث حول ضرورة احترام السلطة التأسيسية لمبادئ القانون الدولي العام بما يتضمنه من مراعاة مصالح الدول الأخرى وكفالة حقوق الأفراد وحررياتهم وفقاً لما تمليه الاتفاقيات والمواثيق الدولية، لا يعدو أن يكون حديثاً غير ملزم، باعتباره لا يرتب أية جزاءات على مخالفة السلطة التأسيسية لهذه المبادئ الدولية، وفي حال وجود تعارض بين نصوص الدستور ومبادئ القانون الدولي، فإنه لا ريب بأن سلطات الدولة والأفراد سيخضعون لقواعد الدستور، كأصل عام، باعتبار أن قواعده تتمتع بالسمو على ما سواها من قواعد.

لذلك فقد ذهب الفقه إلى أن السلطة التأسيسية تتميز بكونها سلطة غير تابعة وغير مقيدة أو مشروطة، فهي لا تعرف الحدود ولا تخضع لأية رقابة، مما تكون معه أبعد عن مفهوم السلطة التقديرية المعروف، فلا محل للحديث عن السلطة التقديرية للسلطة التأسيسية^١.

وذهب البعض إلى أن اختلاف مفهوم السلطة التقديرية عما تمارسه السلطة التأسيسية من حرية معفاة من كل قيد، لا يعني أن السلطة التأسيسية تملك حرية بلا حدود، فالنظم القانونية الحديثة لا تُقر الاستبداد أو التحكم، فهناك قيود تصدر من طبيعة المدنية والحضارة والحفاظ على الإنسان، وهناك مبادئ أساسية تعتقها بعض الشعوب حماية لقوميتها أو نظمها الاجتماعية، وقد توجد أيضاً نصوص ملزمة تعلق في مرتبتها على عمل السلطة التأسيسية^٢.

ويأتي هذا الرأي بذكر بعض الأمثلة، فالمبادئ التي قررتها الاتفاقية الأوروبية والتي أبرمت بين الدول الأعضاء في مجلس أوروبا في نوفمبر ١٩٥٠ لتحديد مضمون حقوق الإنسان لا يجوز التكرار لها من الدول الأعضاء في النظم الأساسية الداخلية، وأن دساتير الدول المتحدة يجب أن تلتزم بدستور الاتحاد.

ويميز بعض الفقه^٣ بين حرية السلطة التأسيسية الأصلية وحرية السلطة التأسيسية المنشأة، فقرر بأن الأولى تتمتع بحرية مطلقة في التشريع الدستوري، فهي حرة في أن تضع النظام الدستوري الملائم لظروف الدولة، وتسنع القواعد والمبادئ التي تراها تتفق وطموح الشعب وحاجات المجتمع.

أما السلطة التأسيسية المنشأة وهي ما تكون عادةً للبرلمان، فإن سلطاتها أضيق وحريتها في التعديل أقل، فهي بحكم الدستور ملزمة بالشكل الذي حدده الدستور وطبقاً

^١ - انظر د. سامي جمال الدين - القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - منشأة المعارف - الطبعة الثانية - الإسكندرية - ٢٠٠٥ - ص ٨٨، د. سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٥، د. عبدالعزيز محمد سلمان - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الخامس عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - د. محمد مصطفى حسن - السلطة التقديرية في القرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٩٤.

^٣ - د. مصطفى أبو زيد فهمي - النظم السياسية والقانون الدستوري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ٢٠٠٦ - ص ١٤ وما بعدها، د. سامي جمال الدين - القانون الدستوري والشرعية الدستورية - مرجع سابق - ص ٨٨.

للإجراءات التي جاء بها، وهي من حيث الموضوع ملزمة باحترام النصوص الدستورية التي حددت مدى سلطتها واختصاصها، فلا تستطيع وفقاً لذلك أن تلغي الدستور وتضع بدلاً منه دستوراً جديداً، بل تملك فقط إجراء التعديلات الجزئية للدستور، حتى إذا ما سكت الدستور عن حدود اختصاص السلطة التأسيسية المنشأة في تعديل الدستور، وذلك لأن التعديل الشامل فيه اعتداء على السلطة التأسيسية الأصلية، فضلاً عن أنه إذا تم إلغاء الدستور ووضع آخر بدلاً عنه، سوف يكون من نتيجته تدمير الأساس القانوني الذي قامت السلطة المنشأة عليه. لذلك فقد نصت الفقرة (و) من المادة (١) من دستور مملكة البحرين المعدل في ٢٠٠٢، على أنه "لا يعدل هذا الدستور إلا جزئياً وبالطريقة المنصوص عليها فيه".

وفي رأبي أن السلطة التأسيسية تتمتع -كأصل عام- بحرية واسعة لا يحدّها قيد قانوني في وضع دستور الدولة، إذا ما كانت سلطة تأسيسية أصلية، ولا تخضع في ذلك لأية قيود سابقة باعتبار أن ما تضعه من دستور يمثل أسمى القواعد القانونية في الدولة والذي تلتزم بمقتضاه القواعد القانونية الأدنى، فهو يلزم ولا يلزم، ولا مجال وفقاً لذلك للحديث عن السلطة التقديرية للسلطة التأسيسية، على اعتبار أن ما تملكه السلطة التأسيسية من اختصاص يعلو على مفهوم السلطة التقديرية.

أما بالنسبة للسلطة التأسيسية المنشأة أو ما تسمى بسلطة تعديل الدستور، فلا ريب بأن سلطاتها محدودة بما وضعته لها السلطة التأسيسية الأصلية، ومن مظاهر هذا التحديد التزام قواعد الشكل والإجراءات عند إجراء التعديلات الدستورية، وبالنسبة للموضوع، فينبغي لسلطة تعديل الدستور المحافظة على خصائص الدستور وأهدافه الرئيسية، بحيث يقتصر دورها على إجراء التعديل الذي يحقق الغرض المطلوب دون زيادة، فلا ينبغي تضمين الدستور بعض الأحكام التي تتعارض معه^١، أو تؤدي إلى المساس بالضمانات التي تكفل تمتع الأفراد بالحقوق والحريات في مستوى معين، أو تخل بالمبادئ والقيم التي يقوم عليها المجتمع.

^١ - انظر د. عيد أحمد الففلول - فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤ ص ٦٨ وما بعدها، د. عبدالعزيز محمد سالمان - نحو صياغة دستور جديد: قضيتان للمناقشة، المبادئ فوق الدستورية ورقابة التعديلات الدستورية - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد العشرون - موقع المحكمة الدستورية العليا.

وإذا ما كان الأصل تمتع السلطة التأسيسية بحرية واسعة لا يحدها قيد قانوني في وضع دستور الدولة، فإنه قد تكون السلطة التأسيسية ملزمة بقواعد أعلى غير تلك التي تستشعرها من ضمير الجماعة، وهي المبادئ الواردة في المواثيق الوطنية إذا ما نالت قيمة قانونية تعلو الدستور وفقاً لظروف إقرارها والاعتراف بها من سلطات الدولة والأفراد، كذلك التزام دساتير الدول المتحدة بدستور الدولة الاتحادية.

وبالرغم من إلزام هذه القواعد للسلطة التأسيسية إلا أن عدم وجود جهة رقابية على السلطة التأسيسية سواء أكانت أصلية أو منشأة، يجعل وكأن حريتها مطلقة، فإما أن تلتزم سلطات الدولة والأفراد بنصوص الدستور الذي وضعت السلطة التأسيسية، أو أن لا يحوز هذا الدستور على موافقة الشعب في حالة عرضه على الاستفتاء الدستوري، أو يتعرض للإسقاط بطريق سلمي أو ثوري.

لما كان ما سبق وكانت حرية السلطة التأسيسية واسعة، ولا تخضع للرقابة القضائية، فلا يمكن وسم قواعدها بعدم المشروعية، لمخالفتها قواعد قانونية تعلوها ومحددة سلفاً. أما بالنسبة للسلطة التشريعية فهي تتمتع كذلك في ممارسة اختصاصها التشريعي بحرية كبيرة، ولكنها ليست مطلقة أو كما هي الحرية التي تتمتع بها السلطة التأسيسية، حيث إن الأولى مقيدة بنصوص الدستور ومبادئه وبأكثر من ذلك فهي مقيدة بحسب بعض الفقه^١ بالمبادئ الطبيعية العامة التي تستمد وجودها من وجود الإنسان وأدميته، والتي اعترف القضاء في مصر وفرنسا بوجودها وبإلزامها للمشرع حتى ولو لم يرد بشأنها نص خاص في دستور الدولة.

ومن ذلك نستطيع القول بأن درجة الحرية التي تتمتع بها السلطة التأسيسية أكبر من تلك التي يتمتع بها المشرع، بالرغم من أن سلطة المشرع تتميز هي الأخرى بالسعة، ولكنها سلطة غير مطلقة، فتستغرق السلطة التقديرية منها الحيز الأكبر، وتشكل القيود استثناءً عليها، حيث إن صياغة أحكام الدستور ومدى تفصيل أو إيجاز أحكامه تلعب دوراً في حجم

^١ - انظر د. محمد مصطفى حسن - مرجع سابق - ص ٩٥، د. سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٦، د. عبدالعزيز محمد سالمان - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الخامس عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.

ما يتمتع به المشرع من تقدير، فكلما كان الدستور مطولاً قلت -في المقابل- سلطة المشرع التقديرية، وعكسه صحيح عندما تكون أحكام الدستور موجزة، فيتمتع المشرع حينها بسلطة تقديرية واسعة إزاء ما ينظمه من موضوعات، وبالإضافة إلى أسلوب صياغة الدستور، يتحدد حجم سلطة التقدير لدى المشرع، بما إذا كان المشرع الدستوري في نصه على حقوق الأفراد وحررياتهم قد سلك منهج سلب حرية المشرع فيها أم تقييدها أم أحال في تنظيمها إلى السلطة التشريعية، ووفق كل منهج تتبين حدود سلطة المشرع في التنظيم^١.

وإذا كان الأصل ترخص المشرع في ممارسة سلطته التقديرية وعدم خضوعها للرقابة، فإنني أرى بأن ما يعتبر من قبيل السلطة التقديرية وما لا يعتبر منها، وكذلك مدى التزام المشرع عند ممارسته لسلطته التقديرية للضوابط الدستورية العامة؛ يتطلب هذا التكيف أن يبسط القضاء الدستوري رقابته ليتأكد من مدى التزام المشرع بالحدود الدستورية، ومن ثم يقرر ما إذا كان المشرع في تنظيمه التشريعي قد مارس سلطته التقديرية ولم يخرج عليها، فتضحى بالتالي الحلول التي اختارها المشرع بعيدة عن الرقابة الدستورية ما دامت ملتزمة قيود الدستور، أو أن يقرر القضاء الدستوري تجاوز المشرع لحدود سلطته التقديرية، مما لا يحسن معه الحلول التي اختارها من رقابة القضاء.

حيث إن سلطة التقدير التي يمارسها المشرع ليست سلطة مطلقة، بل هي أعمال حكم العقل في شأن حلول مختلفة، فيختار المشرع منها أنسبها للصالح العام وأقربها تحقيقاً لغايات التشريع. مما حدا ببعض الفقه إلى القول بأن السلطة التقديرية للمشرع، هي سلطة قانونية تهدف إلى التوصل إلى البديل المناسب والأكثر تحقيقاً للمصلحة العامة، فإن لم تسفر مباشرة تلك السلطة عن تحقيق التناسب، فإنه يمكن القول بأن مباشرة المشرع لسلطته التقديرية لم تتم على النحو المقرر دستورياً، ولذلك يعمل القضاء على الحد منها من خلال

^١ - انظر بشأن العوامل المؤثرة في سلطة المشرع التقديرية د. جابر جاد نصار - الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - العدد التاسع والستون - ١٩٩٩ - ص ٤٠٩ وما بعدها، د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٤٢٦ وما بعدها.

مبادئ دستورية موضوعية مثل مبدأ التناسب، والمعقولية، وشرط الوسائل القانونية السليمة، بحيث تنتقل هذه الأمور من دائرة الملازمة السياسية إلى نطاق المشروعية الدستورية^١.

لذلك فإن القضاء الدستوري يبسط رقابته على التشريع ليتأكد من التزام المشرع بالحدود الدستورية المرسومة وعدم تجاوزه حدود سلطته التقديرية، وليس ذلك بقصد إحلال تقديراته محل تقديرات المشرع، بل من أجل تحقيق أمرين، أولهما تحديد الأغراض النهائية التي توخاها المشرع من التنظيم التشريعي، وثانيهما النظر في الوسائل التي اختطها المشرع لتحقيق هذه الأغراض.

وعلى ضوء هاذين الأمرين، لا يعتبر عمل المشرع متوافقاً مع الدستور ما لم تتوافر علاقة مفهومة تربط النصوص القانونية بأهدافها، وشرط ذلك ألا يكون الدستور قد قيد المشرع بفرائض حددها، يجب عليه التزامها، ذلك أن فرائض الدستور لازمها أن يعمل المشرع في إطار سلطة مقيدة لا تقديرية^٢.

وننتهي في شأن حدود السلطة التقديرية للمشرع إلى أن هذه السلطة تخول المشرع تقدير البدائل المختلفة في معالجة الموضوع محل التنظيم، إلا أن هذه السلطة مقيدة بضرورة اختيار البديل الأكثر تناسباً، من حيث العلاقة والارتباط الوثيق الذي يجمع أركان التشريع الموضوعية، والعلاقة التي تربط التشريع بالدستور من حيث التوافق وعدم التعارض.

^١ - انظر د. سامي جمال الدين - القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - منشأة المعارف - الطبعة الثانية - الاسكندرية - ٢٠٠٥ - ص ٨٨.

^٢ - انظر د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (دراسة تطبيقية في مصر) - الجزء الثاني - دار أبو المجد - ٢٠٠٦ - ص ٨ وما بعدها، ود. عبدالعزيز سالم - رقابة الإغفال في القضاء الدستوري - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الخامس عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.

المبحث الثالث:

مجال التقدير والتقييد في أركان التشريع

ذكرنا في المبحث السابق في إطار التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة بأن للتشريع أركاناً خمسة، تُسمى بقواعد المشروعية الخارجية وتشمل الاختصاص والشكل، وقواعد المشروعية الداخلية وتشمل السبب والمحل والغاية، وأن التعامل مع هذه الأركان لا يكون على قدم المساواة من حيث حرية التقدير التي يمارسها المشرع بشأنها.

حيث يرى الفقه^١ بأن سلطة المشرع تكون مقيدة دائماً فيما يتعلق بقواعد المشروعية الخارجية، إذ يجب عليه الالتزام بقواعد الاختصاص والعمل طبقاً لقواعد الشكل والإجراءات التي يحددها الدستور، أما بالنسبة لقواعد المشروعية الداخلية للقانون لا سيما تلك المتعلقة بالسبب والمحل، فتتحدد سلطة المشرع فيها بحسب ما وضعه الدستور من قيود وضوابط. هذا وتخضع جميع أركان القانون سواء ما يشكل منها قواعد المشروعية الخارجية أو الداخلية لرقابة القضاء الدستوري.

مما نستخلص معه بأنه لا توجد سلطة تقديرية بحتة ولا سلطة مقيدة بحتة في تنظيم المشرع لموضوع معين، حيث إن هذه السلطة ترد على أركان القانون، مما تختلط في التنظيم الواحد سلطة المشرع وتتراوح فيها هذه السلطة بين التقدير والتقييد.

ونسنتعرض في هذا المبحث مجال التقدير والتقييد في أركان التشريع أو ما يسمى بنطاق السلطة التقديرية للمشرع، وذلك بتقسيم أركان القانون الخمسة على مطلبين، يتضمن الأول الأركان الخارجية، ويتناول المطلب الثاني الأركان الداخلية للتشريع.

^١ - انظر د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - مرجع سابق - ص ٤١٦.

المطلب الأول:

مجال التقدير والتقييد في الأركان الخارجية للتشريع

يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أن الأركان الخارجية أو ما تسمى بالأركان الشكلية -لأي عمل قانوني سواء أكان قانوناً أو قراراً إدارياً- والمتمثلة في ركني الاختصاص والشكل تتعدم فيهما السلطة التقديرية، حيث لا خيار لدى المشرع أو رجل الإدارة سوى الالتزام بقواعد الاختصاص والشكل وعدم الخروج عليها، وإلا عُُد عمله القانوني مشوباً بعدم المشروعية. وسنتناول في هذا المطلب ركني الاختصاص والشكل في التشريع وعلاقتهما بالسلطة التقديرية للمشرع.

الفرع الأول: ركن الاختصاص والسلطة التقديرية:

يقصد بالاختصاص بشكل عام القدرة على القيام بإجراء أو اتخاذ تصرف معين، أما عدم الاختصاص فيقصد به عدم القدرة من الناحية القانونية على اتخاذ تصرف ما، نتيجة لمخالفة القواعد المحددة لاختصاص السلطة صاحبة التصرف^١. وفي القانون الإداري يُعرف الاختصاص بأنه "الصلاحيّة القانونية التي تتمتع بها هيئة إدارية معينة أو رجل إدارة معين لاتخاذ قرار معين"^٢.

ويقوم القانون العام على فكرة الاختصاص، حيث لعب مبدأ الفصل بين السلطات دوراً كبيراً في توزيع وظائف الدولة على سلطاتها الثلاث، تختص كل واحدة منها بوظيفة محددة في الدستور، بما يكفل عدم التداخل بين سلطات الدولة، أو تعدي بعضها على بعض. فلا يجوز للسلطة التشريعية تجاوز نطاق اختصاصها بالتشريع والتصدي لأعمال إدارية أو قضائية لم يُنيطها الدستور لها، ولا يجوز للسلطة التنفيذية التعدي على مجال التشريع الذي

^١ - د. رمزي الشاعر - رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر - مرجع سابق - ص ٦٣١.

^٢ - د. عصام عبدالوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - مرجع سابق - ص ٢٢١.

تختص به السلطة التشريعية بخلاف الحالات الاستثنائية التي صرح لها الدستور ووفق ما يقرره من ضوابط، كذلك هو الحال بالنسبة للسلطة القضائية فلا يجوز لها تجاوز حد اختصاصها بالفصل في المنازعات، ووضع قواعد قانونية عامة ومجردة لإلزام المحاكم والسلطات بها، احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات وتطبيقاً لقواعد الاختصاص^١.

لذلك تُعد قواعد توزيع الاختصاص بين سلطات الدولة، من النظام العام والتي لا يجوز مخالفتها أو التنازل عنها أو تعديلها بما يخالف الدستور. حيث إن العضو أو الهيئة التي يعهد إليها الدستور أو القانون بمباشرة اختصاص معين، لا تعد مالكة لاختصاصها، فهي لا تُباشر حقاً مطلقاً تتصرف فيه كيفما تشاء^٢، بل يجب أن يكون استخدام الاختصاص وفق ما ينص عليه الدستور، فلا تملك أية سلطة التنازل عن اختصاصها أو تفويض غيرها فيه إلا بنص دستوري يجيز لها ذلك.

وبالنسبة إلى التشريع العادي، فإن صاحب الاختصاص فيه هو البرلمان ورئيس الدولة، حيث تنص المادة (٧٠) من الدستور البحريني، على أن "لا يصدر القانون إلا إذا أقره كل من مجلسي الشورى والنواب أو المجلس الوطني بحسب الأحوال، وصدق عليه الملك". فالسلطة التشريعية هي المختصة بسن التشريعات التي تنظم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد وتنظم كيفية استخدام الحقوق والحريات، ويملك البرلمان وفق اختصاصه الأصيل بالتشريع تنظيم مختلف الموضوعات، وهو الاتجاه الذي سلكه الدستور البحريني المعدل لعام ٢٠٠٢، والدستور المصري لعام ١٩٧١، والدستور الكويتي لعام ١٩٦٢. ومقابل هذا الاتجاه الذي لا يحصر اختصاص البرلمان بطائفة معينة من الموضوعات، اتجه الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ بتحديد موضوعات معينة يختص البرلمان بالتشريع فيها دون أن يتجاوزها، وترك ما عداها من موضوعات لاختصاص السلطة التنفيذية بتنظيمها بلوائح^٣، وسارت على هذا النهج دساتير بعض الدول العربية كتونس والمغرب والجزائر^٤.

^١ - انظر في شأن مبدأ الفصل بين السلطات د. مروان المدرس - الضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة في دستور مملكة البحرين - بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة البحرين - المجلد الخامس - العدد الثاني - يوليو ٢٠٠٨ - ص ٣٩٧ وما بعدها.

^٢ - د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - مرجع سابق - ص ٣٨٥.

^٣ - نصت المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي الصادر في ١٩٥٨، على المواضيع التي تنظم بقانون وتدخل في اختصاص البرلمان، ومن هذه المواضيع: الحقوق الوطنية والضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة والواجبات المفروضة على المواطنين في أشخاصهم، الجنسية وحالة الأشخاص وأهليتهم والنظم المالية للزواج والتركات والهبات، تحديد الجنايات=

الأمر الذي يترتب على تقسيم الاختصاصات بين سلطات الدولة، عدم جواز تعدي أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية على النطاق المحجوز للأخرى، مما تؤسم به القوانين أو اللوائح الصادرة بناءً على تجاوز هذا الاختصاص، بعدم الدستورية، بسبب اغتصاب السلطة.

وإلى جانب اختصاص البرلمان الأصل بالتشريع، قد يسند الدستور إلى المشرع بعض الأعمال ذات الطبيعة الإدارية أو القضائية ولكنها تصدر على صيغة قانون، ومن الأعمال الأولى، ما نصت عليه المادة (١١٧) من الدستور البحريني من أن:

"أ) كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود، وتكفل الإجراءات التمهيدية تيسير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلانية والمنافسة.

ب) لا يمنح أي احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدود."

كذلك ما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (١٠٨) والتي تنص على أن "تُعقد القروض العامة بقانون"، وما جاءت به الفقرة (د) من المادة (١٠٩) من الدستور بأن "تصدر الميزانية العامة للدولة بقانون"، وما نصت عليه المادة (١١٣) والتي تنص على أن "الحساب الختامي للشئون المالية للدولة عن العام المنقضي يقدم أولاً إلى مجلس النواب خلال الأشهر الخمسة التالية لانتهاؤ السنة المالية، ويكون اعتماده بقرار يصدر عن كل من مجلس الشورى ومجلس النواب مشفوعاً بملاحظاتهما، وينشر في الجريدة الرسمية".

حيث يذهب بعض الفقه إلى أن هذه الأعمال في حقيقتها أعمالاً إدارية، وليست أحكاماً عامة مجردة، وهي واردة في الدستور على سبيل الحصر، فهي قرارات إدارية من الناحية الموضوعية وقوانين من الناحية الشكلية، قرر الدستور ص دورها من السلطة

=والجنح والعقوبات المقررة لها والإجراءات الجنائية والعفو وإنشاء قواعد جديدة للتقاضي ونظام القضاء، وعاء الضرائب المختلفة الأنواع ومقدارها وطرق تحصيلها ونظام إصدار النقد، نظام الانتخاب للمجالس البرلمانية والمجالس المحلية، تأميم المشروعات ونقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص. هذا ويحدد القانون المبادئ الأساسية بالنسبة لبعض الموضوعات مثل، التنظيم العام للدفاع الوطني، الاستقلال الإداري للهيئات المحلية واختصاصاتها ومواردها، التعليم، نظام الملكية والحقوق العينية والالتزامات المدنية والتجارية، حق العمل والحق النقابي والضمان الاجتماعي. أما الفقرة الأولى من المادة (٣٧) من الدستور الفرنسي فتتص على أنه "المواد التي لا تدخل في نطاق القانون تكون لها صفة لائحة". انظر دستور الجمهورية الخامسة الصادر في ٣ أكتوبر ١٩٥٨، الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري للجمهورية الفرنسية - www.conseil-constitutionnel.fr.

^١ - انظر في تنظيم العلاقة بين القانون واللائحة د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ١٦٣ وما بعدها.

التشريعية وفي شكل قانون^١، أو في شكل قرار كما هو حال اعتماد الحساب الختامي للشؤون المالية للدولة.

أما بالنسبة للأعمال ذات الطبيعة القضائية التي يباشرها المشرع، ومثالها ما نصت عليه المادة (٤١) من الدستور البحريني بأن "الملك أن يعفو، بمرسوم، عن العقوبة أو يخفّضها، أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون، وذلك عن الجرائم المقترفة قبل اقتراح العفو".

فإن الدستور قد منح المشرع وفق هذه المادة اختصاصاً استثنائياً عن عمله التشريعي، وهذا الاختصاص الاستثنائي ذو طبيعة قضائية، يتمثل في منح العفو الشامل، وهو مالا يكون إلا بقانون، أما العفو الخاص فهو من اختصاص الملك، فإذا ما أصدر الملك عفواً شاملاً أو أصدر البرلمان عفواً خاصاً، فإن ذلك يعتبر اغتصاباً للاختصاص معيباً بعدم الدستورية^٢.

وتعدد كتب الفقه صور العيوب التي تنال من ركن الاختصاص، فقد يكون عدم الاختصاص عضوياً أو شخصياً بما يخالف اختصاص البرلمان الأصيل بالتشريع واختصاص السلطة التنفيذية استثناءً به. وقد يكون عدم الاختصاص موضوعياً، وهو ما يتصل بموضوع التشريع ومادته، ومفاده أن السلطة المختصة بالتشريع يجب أن تمارس اختصاصها التشريعي في الموضوع الذي أسنده إليها الدستور، وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور لتخلف العنصر الموضوعي في الاختصاص. وقد يكون عدم الاختصاص زمنياً، كأن يصدر التشريع في وقت لم يكن للسلطة فيه حق ممارسة هذا الاختصاص، مثل وقت حل البرلمان أو انتهاء فصله أو فض دور انعقاده التشريعي. وقد يكون عدم الاختصاص مكانياً، كما في حالة تحديد مكان معين للسلطة لممارسة اختصاصها، مثل تحديد مكان

^١ - انظر د. عبدالرزاق السنهوري - مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - بحث منشور في مجلة القضاة - السنة التاسعة عشرة - العدد الأول - يناير/يونيو ١٩٨٦ - ص ٣٠٩، وكان النشر الأول للبحث بمجلة مجلس الدولة - السنة الثالثة - يناير ١٩٥٢، د. عادل الطبطباني - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٤٤٠، د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - مرجع سابق - ص ٣٨٦.

^٢ - انظر الإشارة السابقة.

لانعقاد البرلمان، فإذا ما انعقد البرلمان خارج نطاقه المكاني فإن التشريع الذي يصدره في هذه الحالة يكون غير دستوري لمخالفته قواعد الاختصاص المكاني^١.

ونخلص مما سبق أن قواعد الاختصاص تعتبر من النظام العام التي لا يجوز الخروج عليها، فلا يملك المشرع أن يتنازل عن اختصاصه في التشريع أو أن يفوض غيره في القيام به دون مراعاة الضوابط الدستورية - المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (٣٢) من الدستور البحريني - ولا أن يعدل في اختصاصه بالزيادة أو النقصان، فلا سلطان للمشرع فيما يتعلق باحترام قواعد الاختصاص.

فإما أن يكون المشرع مختصاً بالقيام بعمل معين بغض النظر عن سلطته في ممارسة هذا العمل وما إذا كانت تقديرية أو مقيدة أو تختلط فيها بين التقدير والتقييد، وإما ألا يكون مختصاً، فعدم الاختصاص يعني عدم التمتع بممارسة أية سلطة. وهو ما ذهب ببعض الفقه إلى أنه لا علاقة بين فكرة الاختصاص من ناحية وفكرة السلطة التقديرية أو السلطة المقيدة من ناحية أخرى^٢. فالاختصاص وفقاً لذلك لا يملك المشرع فيه أية سلطة تقديرية، إنما هو ملزمٌ باحترام قواعد الاختصاص وعدم الخروج عليها، وإلا اعتبر مغتصباً للسلطة.

الفرع الثاني: ركن الشكل والسلطة التقديرية:

تأتي قواعد الشكل في العمل القانوني بعد قواعد الاختصاص، ولا تعدو أن تكون المظهر الخارجي للعمل القانوني دون موضوع العمل نفسه، وسواء أكان هذا العمل القانوني سلطة المشرع في إتيانه وتحديد مضمونه تقديرية أو مقيدة أو تجمع بين السلطتين.

ويقوم ركن الشكل في المجال الدستوري على التزام المشرع بالتقيد بالأوضاع والإجراءات الشكلية التي يتطلبها الدستور بشأن اقتراح القانون وإقراره وإصداره، فتبسط

^١ - انظر في تفصيل عيوب الاختصاص د. عبدالرزاق المنهوي - مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مرجع سابق - ص ٣٠٨ وما بعدها، د. رمزي الشاعر - رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر - مرجع سابق - ص ٦٣٠ وما بعدها، د. عبدالعزيز سلمان - رقابة دستورية القوانين - مرجع سابق - ص ٣٣١ وما بعدها، د. شعبان أحمد رمضان - ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين - مرجع سابق - ص ٣٥٣ وما بعدها.

^٢ - د. عصام عبدالوهاب البرزنجي - مرجع سابق - ص ٢٢٥.

ومن مجموع ما تقدم من موقف القضاء الدستوري المقارن بشأن الرقابة على التناسب، نخلص إلى أن التناسب في التشريع يُعتبر أحد عناصر السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع، ولكنه عنصر يخضع للرقابة القضائية، ليتبين القاضي الدستوري من مدى التزام المشرع في تقديراته للقيود والضوابط الدستورية، واختياره الحلول الأكثر مناسبة لتحقيق أهداف التشريع، دونما النيل من جوهر الحق أو الانتقاص منه. فبعدما كان يردد القضاء الدستوري المقارن من استقلال المشرع في ما يجريه من تقدير، وعدم خضوع تقدير المشرع لرقابة القاضي الدستوري، رأينا بأن هذه القاعدة قد نالها بعض التطور من خلال عدم الالتزام بها على نحو مطلق، فيمكن تقسيم سلطة المشرع التقديرية إلى عناصر، كالملاءمة والتناسب، فيستقل المشرع بالأولى، وتخضع تقديراته بالنسبة للثانية لرقابة القاضي الدستوري.

وتأتي هذه الرقابة الدستورية على التناسب بفضل الاتجاهات المتطورة للقضاء الدستوري للحد من السلطة التقديرية للمشرع، مما يشكل استثناءً على الأصل في خروج السلطة التقديرية من الخضوع للرقابة، حيث إن القاعدة العامة في الرقابة الدستورية هي استقلال المشرع بتقدير مدى تناسب ما يسنه من تشريع، من حيث أهمية وخطورة الأسباب الدافعة إلى تدخله، ومدى تناسبها مع الحلول التشريعية ومع الغاية المستهدفة من التشريع، وهي القاعدة التي توجب امتناع القاضي الدستوري من مراجعة هذا التقدير، لكي لا يكون رئيساً أعلى على سلطة المشرع^١، ولكنه حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم وحفظاً للمشروعية الدستورية، أوجد القضاء مبدأ التناسب كضابط جديد للرقابة الدستورية تخضع له سلطة المشرع التقديرية، مما يُدخل جزءاً من عناصر هذه السلطة التقديرية تحت مظلة الرقابة الدستورية.

وقد عبرت المحكمة الدستورية البحرينية عن المعنى السابق، فقررت بأن "الأصل الدستوري لسلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق والواجبات أنه سلطة تقديرية ما لم يكن الدستور قد فرض عليه في شأن ممارستها ضوابط محددة تحد من إطلاقها باعتبار أن جوهر هذه السلطة يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة التي تتصل

^١ - د. محمد عبد الحميد مسعود - إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري - مرجع سابق - ص ٥٦٤.

بالموضوع محل التنظيم، موازنًا بينها ومرجحًا لما يراه أنسبها لمضمونها وأجدرها بتحديد مصالح الجماعة، واختيار أصلحها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم، إلا أن ممارسة هذه السلطة مقيدة بضوابط الدستور وحدوده، التي تُعد سياجًا لا يجوز اقتحامه أو تخطيه، فإذا ما عهد الدستور إلى أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بتنظيم موضوع معين، كان لزامًا على القواعد القانونية التي تصدر عن أي منهما في هذا النطاق ألا تتال من جوهر الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور، سواء بنقضها من أساسها بإهدارها، أو بانتقاصها من أطرافها بتهميشها، وإلا كان ذلك بمثابة عدوان على مجالاتها الحيوية^١.

وسنأتي لاحقًا ببيان الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بمبدأ التناسب، مع استعراض أهم التطبيقات الدستورية المقارنة بشأنها.

المطلب الثاني:

أدوات القاضي الدستوري في الرقابة على التناسب

يستخدم القاضي الدستوري في رقابته على التناسب في التشريع، الأدوات الفنية العادية اللازمة في مجال الرقابة على دستورية القوانين بشكل عام، فهو يستخدم في رقابته، -وفي إطار رقابة التناسب بشكل خاص- أداتين مهمتين، هما التفسير الذي يقوم به بمناسبة نظره في الدعاوى الدستورية، مع ما قد يستتبعه من استخلاص المبادئ الدستورية، وكذلك يستخدم التقدير، الذي يُجرىه عند فحصه للحلول التي اختارها المشرع. وهو ما سنتناوله في الفرعين الآتيين.

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضية رقم (١١٧/د) لسنة ٩ قضائية - جلسة ٣٠ مايو ٢٠١٢.

الفرع الأول: التفسير واستخلاص المبادئ الدستورية أداة لرقابة التناسب في التشريع:

تعتبر عملية التفسير التي يقوم بها القاضي الدستوري، أهم أداة يستخدمها في رقابته على التناسب. ويقصد بالتفسير الدستوري، تحديد مضمون ومعنى القاعدة الدستورية، وذلك بالكشف عن المضمون الحقيقي للقاعدة، وعدم الوقوف عند النص الدستوري، وإنما التوصل إلى روح النص ومقصد المشرع الدستوري^١.

ولا شك بأن عملية التفسير التي يقوم بها القاضي الدستوري، تعتبر من لوازم إصدار حكمه في الدعاوى الدستورية -إذا لم يكن اختصاص المحكمة بالتفسير أصلياً- حيث يقوم القاضي بالتفسير تمهيداً لإصدار الحكم الدستوري. وتتبدى أهمية التفسير عند القاضي الدستوري، عندما يواجه حالة لم يضع لها المشرع الدستوري نصاً خاصاً يحكمها، فيسعى القاضي إلى تطويع نص آخر وضعه المشرع الدستوري لمواجهة حالة أخرى، باعتباره الحل المناسب للوضع الجديد. وذلك تأسيساً على أن النص الدستوري هو مجرد تطبيق لمبدأ قانوني أو دستوري عام، يمكن التوسع في نطاق تطبيقه، ليستوعب الحالات المستجدة، التي لم يُنظمها الدستور، فيسُد بذلك أوجه النقص فيه. وقد يستلزم الأمر من القضاء الكشف عن مبادئ عامة أخرى لا سند لها في الدستور -إذا لم تسعفه نصوصه- باعتبارها مبادئ قانونية عامة قائمة تصلح لحل مثل هذه المنازعات الدستورية، وهو ما دعا بعض الفقه إلى اعتبار القضاء من المصادر الرسمية للقانون الدستوري، بالإضافة إلى اعتباره من المصادر التفسيرية، وذلك من خلال الكشف -وليس إنشاء- هذه المبادئ العامة^٢.

ولما كانت المحكمة الدستورية البحرينية لا تختص أصلياً بتفسير نصوص الدستور ولا التشريعات، فإنها تقوم بعملية تفسير النصوص الدستورية بطريق غير مباشر بمناسبة اختصاصها الأصيل بالرقابة الدستورية، وذلك على أساس أن الرقابة تفترض منها أن تقف

^١ - د. إبراهيم درويش - القانون الدستوري (النظرية العامة والرقابة الدستورية) - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الرابعة - ٢٠٠٤ - ص ١٥٦.

^٢ - انظر د. سامي جمال الدين - القانون الدستوري والشرعية الدستورية - مرجع سابق - ص ٦٤ وما بعدها.

ابتداءً على حقيقة النصوص الدستورية المدعى مخالفتها، وحقيقة النصوص التشريعية المطعون بعدم دستورتيتها، لتحدد مضامينها ومعانيها ومراميها قبل قيامها بمطابقتها لأحكام الدستور، ومن ثم يكون تفسير المحكمة للنصوص الدستورية أو التشريعية، عملاً مبدئياً وسابقاً بالضرورة على الخوض في أوجه المخالفة للدستور^١.

وقد أكدت المحكمة الدستورية البحرينية على ولايتها بالتفسير غير المباشر، بتقريرها أن "المحكمة وهي تباشر الرقابة الدستورية يقتضيها ابتداءً، وبحكم اللزوم، أن تقف على حقيقة النصوص المطعون عليها بعدم الدستورية، لتحدد مضامينها ومعانيها ومراميها، قبل أن تقوم بمقابلتها بأحكام الدستور، تحرياً لمطابقتها معها أو خروجها عليها، ولا تنقيد في ذلك بالتفسير الذي يحدده أطراف الدعوى للنص، ولا بالوصف الذي يسبغه المشرع ذاته على الموضوع الذي ينظمه، ومن ثم يكون تحديد المحكمة للنصوص القانونية، سواء في معناها أو مغزاها، عملاً مبدئياً وسابقاً بالضرورة على الخوض في مناعها الدستورية"^٢.

فتلجأ المحكمة الدستورية في رقابتها على التناسب إلى تفسير النصوص التشريعية، وذلك لاستيعاب مضمون النص التشريعي المطعون عليه بعدم الدستورية، ومن ثم تفسير النصوص الدستورية التي تحكم موضوع التشريع، ومن خلال هذين التفسيرين تقوم المحكمة بعملية البحث في مدى توافر التوازن والتوافق بين النصوص التشريعية المطعون عليها، من جهة، ونصوص الدستور ومبادئه، من جهة أخرى.

ويقوم القاضي الدستوري من خلال عملية التفسير التي يُجريها للنصوص الدستورية والتشريعية على حدٍ سواء، بالبحث عن المقاصد الحقيقية للمشرع الدستوري والمشرع العادي، ومن ثم معرفة مدى تناسب كل منهما مع الآخر. وعن طريق هذه العملية، يتعرف القاضي على مدى سلامة وتناسب الحل الذي اختاره المشرع، ولا يكون ذلك إلا من خلال التوسع في تفسير النصوص الدستورية، والذي يتأثر بالظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة.

^١ - المستشار عباس الشيخ منصور الستري - تفسير الدستور في قضاء المحكمة الدستورية بملكة البحرين - بحث منشور في مجلة دراسات دستورية الصادرة عن المحكمة الدستورية البحرينية - المجلد الأول - العدد الأول - يوليو ٢٠١٣ - ص ٣٩٧.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضية رقم (٠٩/١/د) لسنة (٧) قضائية - جلسة ٢٥ أبريل ٢٠١٢.

أما بشأن الوسائل الفنية للتفسير التي يستخدمها القاضي الدستوري، فيمكن إجمالها في الوسائل الداخلية والوسائل الخارجية، وتتمثل الوسائل الداخلية للتفسير في دلالة ألفاظ النصوص وتراكيبها من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى معنى ألفاظ النص في اللغة، أما إذا وجد للنص معنى اصطلاحياً فيجب فهمه بهذا المعنى، إذ المفروض أن المشرع عندما يستعمل ألفاظاً معينة إنما يستعملها في معناها الاصطلاحي وليس في معناها اللغوي، إلا إذا قام الدليل على غير ذلك، وإذا تعددت المعاني الاصطلاحية، وجب البحث عن قرينة تدل على النص الذي قصده المشرع^١.

ويجب على القاضي الدستوري، النظر إلى النصوص كوحدة واحدة، من خلال عملية التقريب بين النصوص القانونية أو الدستورية، باعتبارها تكمل بعضها بعضاً، فلا يجوز تفسير نص معين بمعزل عن النصوص الأخرى، بل يجب أن يكون التفسير متسانداً، وأن تكون المعاني المتولدة من عملية التفسير، مترابطة ومتماسكة، على ضوء المقاصد الحقيقية التي ابتغاها الدستور، وبما يكشف عن النصوص أي غموض وإبهام.

فإذا ما كانت العبارات المستعملة غامضة أو غير محددة، أو كانت النتائج المستخلصة من العبارات متعارضة، فعندئذ يجب اللجوء إلى التفسير المنطقي، الذي يقوم على استخلاص المعنى من روح النص وفحواه، ويتم ذلك عن طريق الاستنتاج بطريق القياس، والاستنتاج من باب أولى، والاستنتاج عن طريق مفهوم المخالفة^٢.

أما بالنسبة لوسائل التفسير الخارجية، فيلجأ القاضي لها إذا لم يتمكن عن طريق وسائل التفسير الداخلية من معرفة المقصود من النص المراد تفسيره، ومن ذلك أن يتبين حكمة التشريع، وأن يسترشد بالأعمال التحضيرية، والمصادر التاريخية، والظروف الاجتماعية التي أحاطت بوضع النص. وبشكل عام يتأثر تفسير القواعد الدستورية، بالفلسفة

^١ - د. رمزي الشاعر - ضوابط ووسائل تفسير النصوص ذات الطبيعة الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا - بحث منشور في مجلة الدستورية - عدد خاص (آراء فقهية في الرقابة الدستورية) - مارس ٢٠٠٩ - ص ٣٠ وما بعدها.

^٢ - د. رمزي الشاعر - ضوابط ووسائل تفسير النصوص ذات الطبيعة الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا - مرجع سابق - ص ٣٠ وما بعدها.

السياسية التي صدرت على أساسها هذه القواعد، والأسلوب الذي نشأت بواسطته الوثيقة الدستورية^١.

وتطبيقاً لقاعدة التفسير اللفظي للنص الدستوري، ذهب المحكمة الدستورية البحرينية في حكمها بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة، إلى أنه "وحيث إن القواعد المبدئية لتفسير الدستور، أن كل كلمة فيه لا يجوز عزلها عن سياقها، ولا النظر إليها باعتبارها كلمة زائدة لا قيمة لها، ولا إعطاؤها معنى يناقض دلالتها الواضحة، بل تؤخذ الكلمة أو العبارة التي لا يشوبها غموض - والتي لا تعارض أجزاء أخرى من الدستور - على ضوء معناها الطبيعي، و لكل كلمة مقاصدها ولا يجوز بالتالي تجريدها من كل أثر لها.

ولا يجوز أن يكون تفسير النصوص التشريعية موطناً إلى تعديل هذه النصوص ذاتها بما يخرجها عن معناها أو يجاوز الأغراض المقصودة منها، ذلك أن المجال الطبيعي للتفسير لا يعدو أن يكون وقوفاً على المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص القانونية. وهي مقاصد لا يجوز توهمها أو افتراضها كي لا تحمل هذه النصوص على غير المعنى المقصود منها ابتداء، بل مناطها ما تغياه المشرع حقاً من صياغتها. وتلك هي الإرادة الحقيقية التي لا يجوز الالتواء عنها، ويفترض في النصوص القانونية أن تكون مبلورة لها. وهي إرادة لا يجوز انتحالها بما يناقض عبارة النص ذاتها، أو يعد مسخاً أو تشويهاً لها، أو نكولاً عن حقيقة مراميها، أو انتزاعاً لبعض ألفاظها من سياقها.

وحيث إن نص المادة التاسعة (فقرة ج) من الدستور يجرى على أن (الملكية الخاصة مصونة فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً). وإذ كان النص قد استلزم بيان حالات المنفعة العامة في القانون بعبارة واضحة جلية، لا يشوبها غموض أو تعارض بينها وبين أي نص آخر من

^١ - انظر في ذلك د. رمزي الشاعر - ضوابط ووسائل تفسير النصوص ذات الطبيعة الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا - بحث منشور في مجلة الدستورية - عدد خاص (آراء فقهية في الرقابة الدستورية) - مارس ٢٠٠٩ - ص ٣٠ وما بعدها، د. محمد السناري - ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تاريخ - ص ١٦١ وما بعدها.

نصوص الدستور، وجاءت مقصودة في سياق النص بألفاظ دالة على المعنى المأخوذ منها، والذي يتبادر فهمه باعتباره مقصوداً من سياقها -وهو بيان أحوال المنفعة العامة في القانون- فمؤدى ذلك أن النص المذكور أستوجب أن يبين القانون الأحوال التي يجوز فيها للسلطة التنفيذية نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة والكيفية التي يتم بها ذلك، وبشرط تعويض المالك عنها تعويضاً عادلاً. وإذ كان المرسوم بقانون المطعون فيه بكامل نصوصه، قد خلا من تحديد حالات المنفعة العامة فإنه يكون مشوباً بعيب مخالفة الدستور لعدم تحديد هذه الحالات^١.

وبهذا الحكم يتضح أن المحكمة الدستورية قد استخدمت وسيلة التفسير اللفظي لفهم وتحديد مضمون النص الدستوري، وانتهجت التفسير الضيق للنص محل التفسير، وذلك لتأكيد الحماية الدستورية لأحوال نزع الملكية للمنفعة العامة، صوناً للملكية الخاصة، وعدم الاعتداء عليها عبر استخدام عبارات تشريعية واسعة تحت مسوغ تحقيق المنفعة العامة.

كذلك وتقوم المحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في ضوء الغاية منها، والبحث عن مقاصد المشرع الدستوري، للتحقق من مدى مراعاة المشرع لمبدأ التناسب في التشريع، وتوافق غايات المشرع مع مقاصد الدستور. فقد توصلت المحكمة في شأن الملكية الخاصة إلى أن "الحماية القانونية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة تفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها المشرع عليها -في إطار وظيفتها الاجتماعية- جوهر بنيانها، وألا يكون من شأنها تعطيل الانتفاع بها بما يفقدها علة وجودها وينحدر بالحماية المقررة لها إلى ما يفرغها من مضمونها، ذلك أن صون الملكية الخاصة وإعاققتها لا يجتمعان، وكلما تدخل المشرع مقوضاً بنيانها من خلال قيود ترهقها إلى حد ابتلاعها، كان عمله إفتئاتاً عليها منافياً للحق فيها"^٢.

وفي مثال آخر، فسرت المحكمة الدستورية البحرينية بعض النصوص المتعلقة بالحقوق في ضوء الغاية منها، وربطت بين الحقوق والحريات وبين وسائل حمايتها، ومثال

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضية رقم د/٥٠٢ - السنة الثالثة القضائية - جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧ - منشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٧٨٦.

^٢ - حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضية رقم د/٥٠٢ - السنة الثالثة القضائية - جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧.

ذلك أنه لكل حق دعوى تحميه، وإلا أصبح النص على الحق غلوًا، وبالتالي فإنه على المشرع أن يوفر للحقوق كافة، الوسائل التي تكفل حمايتها وفي مقدمتها حق التقاضي^١.

وفي ذلك ذهب المحكمة الدستورية البحرينية إلى أنه "وحيث إن الحقوق التي تستمد وجودها من النصوص القانونية يلزمها بالضرورة. ومن أجل اقتضاؤها. تمتعها بالحماية التي يكفلها الدستور أو المشرع لها، وتلقى على عاتق الدولة التزاماً قانونياً بتوفير الوسائل الإجرائية والقواعد الموضوعية التي تمكن أصحاب الحقوق، ووطنيين كانوا أو أجانب، من خلالها من رد العدوان الداهم على حقوقهم الثابتة وفقاً لنظمها القائمة. ويتمثل المدخل الطبيعي لتلك الحماية في مبدأ حق التقاضي المقرر في المادة (٢٠/و) من الدستور التي تنص على أن (حق التقاضي مكفول...) إذ وردت عباراتها بصيغة العموم والإطلاق، بما يشمل حكمه المواطنين والأجانب على السواء، وبما يشمل الحقوق جميعها سواء وردت في الدستور أو في القوانين"^٢.

وفي تطبيق آخر، استعملت المحكمة الدستورية البحرينية القياس كوسيلة لتفسير النص المتعلق بمبدأ المساواة، حيث قضت "وحيث إنه بالنسبة لطعن المدعين بعدم دستورية النص المطعون فيه في شقه الخاص باستثناء زوج المتسبب في الحادث وأولاده القصر من الحق في التعويض فهذا النعي شديد، ذلك أن النص المطعون فيه -في هذا الشق- قد مايز بين فئتين من المضرورين في حوادث المركبات إحداها زوج المتسبب في الحادث وأولاده القصر، وأخرهما فئة باقي المضرورين بأن اختص الفئة الأخيرة بمعاملة تأمينية متميزة تمثل في شمول مظلة التأمين لهؤلاء في حين حجب عن الفئة الأولى، هذه الميزة، حال أن جميع المضرورين في مركز قانوني متماثل، فهم جميعاً ينطبق عليهم وصف المضرورين. كما أنهم جميعاً ليسوا طرفاً في عقد التأمين -حيث أقامت المدعية الأولى دعاوها الموضوعية بصفتها زوجة المتسبب في الحادث، كما أقامت الدعوى الدستورية بهذه الصفة-، وهم جميعاً يتحدون في عدم مسئوليتهم عن وقوع الحادث، كما يتحدون في أن أضراراً قد لحقت بهم من جرائه، وكان يلزم ضماناً للتكافؤ في الحقوق بين هاتين الفئتين أن

^١ - المستشار عباس الشيخ منصور الستري - مرجع سابق - ص ٤١٠.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضية رقم ٦/١ - السنة الرابعة قضائية - جلسة ١٩ يونيو ٢٠٠٨.

تنتظمها قاعدة موحدة لا تقيم في مجال تطبيقها تمييزاً بين المخاطبين بها. وإذ أقام النص المطعون فيه هذا التمييز التحكيمي بين هاتين الفئتين فإنه يكون مناقضاً لمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادتين الرابعة والثامنة عشرة من الدستور^١.

ولا ريب بأن الأخذ بمنهج التفسير الواسع عند تفسير عموم النصوص الدستورية، يؤدي إلى توسيع نطاق الرقابة الدستورية، لا سيما في المجال المتعلق بحماية الحقوق والحريات. وهو المنهج الذي اعتمدته المحكمة الدستورية في البحرين، والمحكمة الدستورية العليا في مصر، حيث يتمتع القاضي الدستوري بسلطة واسعة في تفسير النصوص الدستورية، واستخلاص المبادئ العليا للدستور، وذلك نظراً إلى أن الوثيقة الدستورية تتميز بالإيجاز، وعمومية ومرونة عباراتها، حتى تكون قادرة على مواكبة تغيرات الظروف والزمان^٢. الأمر الذي يكون معه للقاضي الدستوري مجال أوسع في تفسير النصوص الدستورية بما يتوافق والمتغيرات، وتحقيق التوازن بين المتعارضات من المصالح.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن "أبعاد العلاقة بين النصوص الدستورية وربطها ببعض، كثيراً ما ترشح لحقوق لا نص عليها، ولكن تشي بثبوتها ما يتصل بها من الحقوق التي كفلها الدستور، والتي تعد مدخلاً إليها بوصفها من توابعها أو مفترضاتها أو لوازمها. وكثيراً ما تفضي فروع بعض المسائل التي نظمها الوثيقة الدستورية، إلى الأصل العام الذي يجمعها، ويعتبر إطاراً محدداً لها"^٣.

لذلك فإن الوقوف على أبعاد العلاقة بين النصوص الدستورية وربطها ببعضها، لا يكون إلا من خلال فهم أعمق لمراميها وإستصفاء ما ورائها من القيم والمثل التي احتضنها الدستور، وذلك لا يتأتى إلا بالنظر إلى الوثيقة الدستورية، على أنها وثيقة تقدمية، لا يجوز فهمها على ضوء حقبة جاوزها الزمن، بل يتعين أن يكون نسيجها قابلاً للتطور. كما أن إغفال الوثيقة الدستورية لبعض الحقوق، لا يجوز أن يُفسر بمعنى استبعادها أو تقليصها أو

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضية رقم ٥/٧٠ - السنة الخامسة قضائية - جلسة ٢٥ مايو ٢٠٠٩ - منشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٨٩٨.

^٢ - انظر في شأن خصوصية صياغة النصوص الدستورية د. عصام سليمان - تفسير الدستور وأثره على المنظومة الدستورية - بحث منشور في مجلة دراسات دستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية بمملكة البحرين - مرجع سابق - ص ٢١٧.

^٣ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم (٢٣) لسنة (١٦) قضائية - جلسة ١٨ مارس ١٩٩٥ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

ينال من ثبوتها أو تجاهلها، أو إطلاق يد المشرع في تنظيمها بغير قيود أو ضوابط دستورية، وهو ما لا يمكن تحقيقه بغير الأخذ بمنهج التفسير الواسع للنصوص الدستورية^١.

وكما قدمنا بأن الأخذ بمنهج التفسير الواسع للنصوص الدستورية، يؤدي إلى التوسع من نطاق الرقابة على دستورية القوانين، من خلال استظهار الضوابط والقيود الدستورية، مما يُشكل ضماناً لحماية أكثر للحقوق والحريات، فلا تقف الرقابة الدستورية عند حد المقابلة الحرفية بين النصوص التشريعية والنصوص الدستورية، وإنما تمتد الرقابة لتشمل رقابة التناسب بين اختيار الحلول من جانب المشرع، للتأكد من عدم الاصطدام مع مبدأ دستوري مُستخلص من مجموع النصوص الدستورية. فلا تتوقف القيود والضوابط الدستورية على ما جاءت به الوثيقة الدستورية من نصوص فحسب، إنما هناك مبادئ وحقوق أصبحت ذات قيمة دستورية حتى ولو لم يتم النص عليها صراحة في الدستور، وذلك نظراً لتطور مفهوم الدستور، وبروز ما يسمى بمفهوم الكتلة الدستورية التي لا تقتصر على الوثيقة الدستورية، إنما تمتد لتشمل أحكام الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى المعاهدات الدولية المعنية بحقوق الإنسان.

ولا شك بأن التفسير الواسع للدستور يُساعد القاضي الدستوري، في استخلاص المبادئ القانونية العامة أو المبادئ الدستورية، التي تتمتع بالقوة الملزمة، استناداً إلى سلطة القضاء الدستوري في استخلاص الإرادة الضمنية أو المفترضة للمشرع الدستوري.

فيُسلم الفقه بدور المبادئ القانونية العامة في المجال الدستوري، حيث يؤكد الواقع العملي، بأن القاضي الدستوري يستعين بهذه المبادئ ليؤول نصوص الدستور إذا احتملت التأويل، أو أنه يعتمد في تطبيقه لهذه المبادئ على صمت الدستور أو عدم وجود نص صريح يعارضها، فيُطبق هذه المبادئ باعتبارها أصلاً عاماً أو قاعدة واجبة الاتباع. ومن

^١ - د. زكي محمد النجار - مرجع سابق - ص ١٨٦ وما بعدها، وقد ذهب د. أحمد فتحي سرور إلى وضع معايير للتفسير الدستوري، مستخلصة من أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر، تتلخص هذه المعايير التي يستعين بها القاضي الدستوري عند تفسيره في: (١) الغاية من نصوص الدستور كما استهدفتها السلطة المنشئة دون التقيّد بحرفيتها (٢) أن الديمقراطية هي الأساس الذي يقوم عليه نظام الحكم (٣) أن الدستور وثيقة حية، بل تستمر حياتها ما بقيت هذه الوثيقة، الأمر الذي يتطلب أن تكون الوثيقة تقدمية، تشبع الحاجات المتطورة للمجتمع (٤) تحقيق الاستقرار الدستوري والقانوني القائم بما يعزز سيادة الدستور والقانون (٥) الوحدة العضوية للدستور، انظر في ذلك بحث الدكتور سرور - نظرات حول التفسير الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا - مجلة الدستورية - عدد خاص (آراء فقهية في الرقابة الدستورية) - مارس ٢٠٠٩ - ص ٤ وما بعدها.

الأمثلة القضائية للمبادئ الدستورية العامة في قضاء المحاكم الدستورية، مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد، باعتباره من المبادئ المستقرة بين الدول، وقد كفلته النظم القانونية جميعاً، وصاغته المواثيق الدولية، ومبدأ شخصية العقوبة، وتناسبها مع الجريمة ومعقوليتها، باعتباره من المبادئ المستخلصة من مبدأ الحرية الشخصية^١.

ومن ذلك فإن عملية التفسير التي يقوم بها القاضي الدستوري، وما تتطلبه أحياناً هذه العملية من استخلاص المبادئ الدستورية -روح الدستور- من النصوص المكتوبة لمواجهة الحالات الخاصة التي لم ينظم الدستور حكمها، تُعتبر هذه العملية أداة في يد القاضي الدستوري لممارسة رقابته على التناسب في التشريع.

الفرع الثاني: التقدير أداة لرقابة التناسب في التشريع:

تأتي عملية التقدير التي يمارسها القاضي الدستوري في رقابته على تناسب التشريع، في مرحلة لاحقة على عملية التفسير. حيث يقوم القاضي الدستوري بتقدير النصوص التشريعية التي يصدرها المشرع، ومدى توافق هذه النصوص مع أحكام الدستور ومبادئه، وكذلك تقدير مدى مساس النصوص التشريعية بالحقوق والحريات العامة، ومن ثم يخلص في النهاية إلى تقدير مدى تناسب الحلول المستخدمة مع الهدف المطلوب تحقيقه^٢.

فدور القاضي الدستوري، بعد تفسيره لكل من نصوص التشريع المطعون بعدم دستوريته، وتفسيره لأحكام الدستور التي تحكم نصوص التشريع، يتمثل في قيامه بعملية التقدير، من خلال تقييمه لمدى توافر التوافق والانسجام أو التباعد والاصطدام بين مكونات التشريع الموضوعية، كمحل التشريع والأهداف المطلوب تحقيقها، أو بين النصوص التشريعية وأحكام الدستور ومبادئه.

^١ - انظر د. سامي جمال الدين - القانون الدستوري والشرعية الدستورية - مرجع سابق - ص ٧٤ وما بعدها، د. أشرف المساوي

- مرجع سابق - ص ٣٨ وما بعدها.

^٢ - د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - مرجع سابق - ص ١٠٩.

هذا وأن السلطة التقديرية المقررة وفقاً لصريح الدستور، أو وفقاً لعدم التحديد والغموض الذي قد يطرأ على النصوص الدستورية، تكون حالة قائمة في القاعدة الدستورية، وتعني كلاً من المشرع والقاضي، لأن كلاً منهما يطبق القاعدة الدستورية، ومعنى ذلك أن هناك أيضاً حرية تقدير تخولها القاعدة غير المحددة للقاضي الدستوري، يستطيع بمقتضاها أن يباشر رقابته على التقدير الذي ذهب إليه المشرع بمقتضى القاعدة نفسها. ذلك لأن الدستور حينما لا يفرض قيوداً معينة على المشرع عند ممارسته سلطة التشريع، فإنه لم يقصد منحه سلطة مطلقة في إصدار أي قاعدة قانونية ومن أجل تحقيق أي هدف، فالمشرع الدستوري يُقدّر في مثل هذه الحالات منح المشرع العادي حرية التقدير والمفاضلة بين بدائل أو خيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي. ولا يمكن ترك المشرع في ممارسة سلطته التقديرية هذه بعيداً عن الدستور، ليستخدماً كيف يشاء، ومن أجل ما يرغب في تحقيقه من أهداف دون رقابة فعالة يقوم بها القاضي الدستوري، على نحو يكفل احترام نصوص الدستور ومبادئه^١.

ويذهب بعض الفقه إلى أن القاضي الدستوري يستعين في أداء مهمته في التقدير بمجموعة من الأفكار، والتي تُشكل معايير لقياس مدى التزام المشرع بمبدأ التناسب، فيستخدم القاضي فكرة الغرم والغنم، وفكرة الضرورة تقدر بقدرها، وكذلك فكرة المعقولة. ومن خلال هذه المعايير يستطيع القاضي الدستوري وزن النصوص التشريعية المطعون بعدم دستوريته، ومن ثم تقدير ما إذا كانت تتوافر فيها صفة التناسب من عدمه.

فيستعين القاضي الدستوري وهو بصدد تقييم وتقدير العمل القانوني محل الرقابة، بفكرة الغرم والغنم أو بمنطق المزايا والعيوب، من خلال وضع الآثار الإيجابية المترتبة على النص التشريعي، في كفة، ووضع الآثار السلبية المترتبة على هذا النص في الكفة الأخرى، ويقوم بعملية الميزان بين الكفتين، ليرى ما إذا كان هناك تناسب بين الكفتين، أم أن هناك اختلافاً، وإذا ما كان هناك اختلاف، فما هو درجته، بسيط أم جسيم يُخل بشكل واضح بالتوازن المطلوب^٢. وبناءً على نتيجة عملية التوازن هذه يتحدد ما إذا كان التشريع

^١ - د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - مرجع سابق - ص ٣٤.

^٢ - د. جورج شفيق ساري - مرجع سابق - ص ١١٥.

مراعياً لمبدأ التناسب، وهو ما يكون عند وجود توازن في الكفتين أو وجود اختلاف بسيط في الحدود المعقولة لممارسة سلطة التقدير، أو لا تتوافر فيه صفة التناسب، وهو ما يتحقق عند حدوث عدم توازن واختلال واضح بين كفتي الميزان، والتي تحمل المصالح المتعارضة.

وبالاستعانة بفكرة الضرورة تقدر بقدرها، يبحث القاضي الدستوري عن مدى التزام المشرع في النص التشريعي الذي أصدره بحدود الضرورة، أو ما يسمى بضرورة الإجراء. فقد قضت المحكمة الدستورية المصرية بشأن الضرائب العامة، بأنه لا يجوز أن تفرضها السلطة التشريعية إلا لضرورة تقتضيها. وفيما يتعلق بحق الملكية وأثر العلاقة الإجبارية عليها، أكدت المحكمة على أن الدستور قد أعلى من شأن الملكية الخاصة، فلم يعد جائزاً بالتالي أن ينال المشرع من عناصرها، أو يقيد من مباشرة الحقوق التي تنفرع عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وعليه فإن مناط سلامة التنظيم التشريعي للعلاقة الإجبارية هو اتفاقها مع أحكام الدستور، ويجب بالتالي أن تقدر الضرورة الموجبة لهذا التنظيم الخاص بقدرها، كما أن الأصل في النصوص القانونية التي اقتضتها الضرورة، أن يكون إعمالها بقدر توافر موجباتها وبقدرها، ومن ثم تكون هذه الضرورة مناطاً لسريان هذه القيود باعتبارها علة تقريرها فلا تدور إلا معها، ويظل تطبيقها مرتبطاً بالضرورة التي أملت بها بوصفها باعثها وإطارها، فيتعين إنهاؤها إذا جاوزت قدر الضرورة الاجتماعية التي تطلبها^١.

وبالإضافة إلى الأفكار السابقة التي يستعين بها القاضي الدستوري في عملية التقدير التي يجريها، يستخدم أيضاً فكرة المعقولة أو المنطقية، لبيان مدى توافر التناسب في النصوص التشريعية المطعون بعدم دستوريته. والمعقولة هي علاقة بين ما يتضمنه العمل من ضوابط وحدود وقيود وتنظيمات وبين الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه من وراء ذلك. وتتحقق المعقولة إذا كانت هذه العلاقة في الحدود المقبولة عقلاً ومنطقاً، دون تجاوز مبالغاً فيه من حيث التشدد، أي أن تكون العلاقة داخل الإطار الطبيعي لها، لم تخرج عنه ولم

^١ - انظر في ذلك د. أحمد كمال أبو المجد - دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الثاني - السنة الأولى - أبريل ٢٠٠٣ - ص ١١ وما بعدها. د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٦٦٤ وما بعدها.

تخطاه. وتتفني المعقولية إذا خرجت هذه العلاقة عن هذا الإطار المقبول عقلاً ومنطقاً، وفي هذه الحالة تنتفي علاقة التناسب^١. ولا ريب بأن تقييم ما إذا كانت العلاقة تدخل في إطار المعقول والمقبول، وما إذا كانت غير ذلك، يعتبر عملية تقدير يقوم بها القاضي الدستوري، للكشف عن مدى وجود صفة التناسب في التشريع من عدمه.

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية، في حكمها حول تقدير أتعاب المحامي، بأنه "وحيث إن الفقرة الثالثة من المادة (٨٢) من قانون المحاماة قد أوردت ضمن العناصر التي تدخل في تقدير أتعاب المحامي أهمية الدعوى والجهد الذي بذله في سبيلها والنتيجة التي حققها وأقدمية قيده - وجميعها عوامل موضوعية تُعين على تقدير هذه الأتعاب تقديراً منصفاً، إلا أن نص هذه الفقرة ذاتها - إذ اعتد بملاءة الموكل كأحد عناصر هذا التقدير، فإنه يكون قد جاوز في هذا النطاق الأسس المعقولة التي يتعين أن تتحدد الأتعاب على ضوءها، ذلك أن ثروة الموكل منقطعة الصلة بالأعمال التي باشرها الوكيل، ولا يجوز أن يكون لها من أثر على تقييمها. وليس منطقياً أو معقولاً أن تزيد قيمة هذه الأعمال وأن تتصاعد أهميتها تبعاً ليسار الموكل وليس بالنظر إلى طبيعتها وفحواها. يؤيد ذلك أنه وإن صح القول بأن الأتعاب المتنازع عليها لا يجوز أن تتحدد على نحو يكون مثبطاً لهمم الأكفاء من المحامين، فإن من الصحيح كذلك أنها لا يجوز أن تكون مستعالية في غير مقتضى بافتقارها إلى العوامل الموضوعية اللازمة لحملها"^٢.

وقد بين أحد الفقهاء دور القاضي الدستوري بشأن الرقابة على التناسب، ووضع الخطوات التي يقوم بها لتحليل محتويات موضوع الرقابة، وتحويلها إلى عناصر، وبحث العلاقة بين هذه العناصر بعضها ببعض الآخر، حيث تكون هذه الخطوات على الشكل الآتي^٣:

^١ - د. جورج شفيق ساري - مرجع سابق - ص ١١٩.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم (٢٣) لسنة (١٤) قضائية - جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٣ - تحليل د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - مرجع سابق - ص ٦٧.

أ- "يستحضر القاضي الدستوري أمامه كل مكونات الموضوع، والتي تتمثل في النص موضوع الرقابة ونصوص الدستور، وأي نصوص أخرى متعلقة بالموضوع، وأي قواعد تمس ذات الموضوع.

ب- يقوم القاضي الدستوري بالمراحل الذهنية الآتية:

- ١- تحليل النص ذاته ومدى ارتباطه بالغرض المقصود تحقيقه من ورائه.
- ٢- بحث مدى توافق النص مع الغرض منه، ومدى قدرة النص على تحقيق الهدف الذي صدر من أجل تحقيقه.
- ٣- بحث علاقة الهدف والوسيلة إلى تحقيقه بالنصوص الدستورية، ومدى توافقهما مع الأحكام التي تضمنها الدستور، والضمانات التي اشتمل عليها، خاصة إذا كانت تتعلق بحقوق وحريات الأفراد.
- ٤- إذا كان النص يشتمل على تقييد أو تحديد أو يتضمن وضع شروط أو ضوابط على حق معين أو حرية معينة، فيقوم القاضي ببحث مدى جواز ذلك، وما إذا كانت السلطة التي وضعت مثل هذه القيود والشروط تملك ذلك أم لا. وما إذا كان الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه من وراء ذلك - وهو غالباً الصالح العام - يمكن أن يبرر ذلك. وما إذا كانت هذه القيود أو الشروط تؤدي إلى التأثير على وجود الحق ذاته، بحيث تعرض الوجود للخطر، وما إذا كان ذلك يتخطى حدود تنظيم ممارسة الحرية ووضع ضوابط لاستعمالها إلى حد مصادرتها.
- ٥- يضع القاضي الدستوري كل ذلك في الميزان، فيضع الهدف الذي تريد السلطة التي أصدرت النص تحقيقه، مع وسيلة تحقيقه أو الوصول إليه، يضع ذلك في كفة، ثم يضع الحرية أو الحق الذي يمس هذا النص مع نصوص وأحكام الدستور، والضمانات التي تتضمنها في كفة أخرى.
- ٦- يقوم القاضي بعملية الميزان، ويبحث مدى تقارب الكفتين من تباعدهما، ويضع في حسابه وهو يقوم بهذه العملية كل الاعتبارات الأخرى حتى الواقعية، فعملية الرقابة ليست عملية مجردة بشكل مطلق.

٧- يصل قاضي الرقابة إلى النتيجة، وهي أحد أمرين لا ثالث لهما:

- إما أن تكون الكفتان متساويتين أو متقاربتين، وفي هذه الحالة فإنه يقضي بصحة النص، وتوافر التناسب فيه.

- وإما على النقيض بأن تكون الكفتان متباعدتين بدرجة كبيرة، فإنه يقضي بعدم سلامة النص من الناحية الدستورية لانتفاء التناسب فيه^١.

ومن هذا التحليل تتبين الخطوات والمراحل الذهنية التي يقوم بها القاضي الدستوري، في رقابته على التناسب في التشريع، حيث تعتمد هذه المجهودات على عملية التقدير التي يمارسها القاضي الدستوري، والتي يُجريها لتقييم النصوص التشريعية، والتأكد من مدى مراعاتها للمعايير التي يتطلبها الالتزام بمبدأ التناسب في التشريع. الأمر الذي تعتبر معه عملية التقدير، الميزان الذي يستخدمه القاضي الدستوري لوزن الحلول التشريعية، ومن ثم الانتهاء إلى مدى توافر صفة التناسب في النص التشريعي محل الرقابة.

^١ - تحليل د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - مرجع سابق - ص ٦٧.

المبحث الثاني:

الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب عند تنظيم الحقوق والحريات

قسم الفقه الحقوق والحريات تقسيمات عديدة، بحسب الزاوية التي ينظر منها كل فقيه، واعتماداً على مضمون هذه الحقوق والحريات، ولكن التقسيم الشائع هو تقسيمها إلى أربعة أنواع^١:

- ١- الحقوق والحريات الفردية التقليدية، وتتضمن الحريات الشخصية، ومنها حرية التنقل وحق الأمن وحرمة المسكن وسرية المراسلات، والحريات الفكرية، ومنها حرية العقيدة والديانة وحق التعليم وحرية الصحافة وحرية الرأي، وحريات التجمع، ومنها حرية الاجتماعات وحرية تكوين الجمعيات والنقابات والانضمام إليها.
- ٢- الحقوق السياسية، وتتضمن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاء، وحق مخاطبة السلطات العامة، وحق تكوين الأحزاب أو الجمعيات السياسية والانضمام إليها.
- ٣- الحقوق والحريات الاقتصادية، وتتضمن حق التملك أو حق الملكية، وحرية التجارة والصناعة.
- ٤- الحقوق الاجتماعية، وتتضمن حق العمل، وحق الرعاية الاجتماعية، وحق الرعاية الصحية، وحق التنمية التعليمية والذهنية.

وحيث إن للمشرع في إطار تنظيمه هذه الحقوق والحريات -من حيث الأصل العام- سلطة تقديرية، فإنه كما بينا هي ليست سلطة مطلقة من كل قيد، بل يجب أن تنقيد

^١ - عرّف رأي في الفقه الحرية بأنها "حق الفرد أن يفعل كل مالا يضر بالآخرين، وأن الحدود المفروضة على هذه الحرية لا يجوز فرضها إلا بقانون"، وعرف رأي الحق بأنه "قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون شخصاً معيناً، ويرسم حدودها"، انظر تعريف الحرية عند د. إحسان المفرجي - النظرية العامة والقانون الدستوري - الطبعة الثانية - منشورات دار الحكمة - ٢٠٠٧ - ص ١٠٢، مشار إليه عند د. قيس جمال الدين - الحقوق في الدستور العراقي الدائم ٢٠٠٥ - بحث منشور في مجلة الدراسات الدولية - جامعة بغداد - المجلد ١٠ - العدد ٣٨ - ٢٠٠٨ - ص ٦٧، وانظر تعريف الحق عند د. فتحي الدريتي - مشار إليه عند د. عمر محمد زائد - سلطة الدولة في تنظيم الحقوق - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٨ - ص ٨٣. انظر في تقسيم الفقه للحقوق والحريات، د. راغب جبريل سكران - الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة - رسالة دكتوراه - المكتب الجامعي الحديث - ٢٠٠٩ - ص ١١٨ وما بعدها.

بحدود الدستور وضوابطه، وأن يباشر المشرع سلطته بما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وإقامة التوازن بينها وبين الحفاظ على حقوق الأفراد وحياتهم.

وعلى هذا الأساس فإن تحقيق التوافق والتوازن بين أركان التشريع وبينه وبين أحكام الدستور ومبادئه، أو ما نقصده من تطبيق مبدأ التناسب، يتطلب أن يلتزم المشرع بضوابط معينة عند تنظيمه لحقوق الأفراد وحياتهم العامة، ومنها التزام المشرع بقواعد المشروعية الدستورية ومراعاة قواعد السرعة الدولية لحقوق الإنسان، والتزام المشرع بتنظيم الحق أو الحرية وعدم مصادرتها أو الانتقاص منها أو الحد من فعاليتها تحت ستار التنظيم أو ستار ممارسة المشرع لسلطته في التقدير. وهو ما سنتناوله في المطالب الآتية.

المطلب الأول:

التزام المشرع بأحكام الدستور وبالسرعة الدولية لحقوق الإنسان

تنص المادة (٣١) من دستور مملكة البحرين المعدل على أنه "لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون، أو بناءً عليه..."، وقد ذهب الفقه إلى أن القانون هو الأداة التشريعية التي تنظم الحقوق والحريات العامة في حدود الإطار الدستوري دون أن تتجاوزه، حيث إنه أكثر ضماناً للحقوق والحريات، بفضل طبيعته القانونية التي تتسم بالعمومية والتجريد^١، وهو الأقدر على تحقيق التوازن بين الحقوق والحريات من جانب والمصلحة العامة من جانب آخر.

لذلك فإن الأصل هو اختصاص القانون بتنظيم الحقوق والحريات العامة، وعدم جواز تنظيمها بأداة قانونية أدنى مرتبة، إلا أن يكون هذا التنظيم بناءً على قانون يفوض السلطة التنفيذية وضع بعض الأحكام الخاصة بكيفية التمتع بالحق أو الحرية، بعدما وضع

^١ - انظر د. حمدي عطية مصطفى عامر - حماية حقوق الإنسان وحياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠١٠ - ص ١٧٩.

القانون أحكامها العامة، فتلتزم السلطة التنفيذية حينها بعدم تجاوز النصوص القانونية، كما وتلتزم بتفسير القيود التي يوردها المشرع العادي على ممارسة الحق أو الحرية تفسيراً ضيقاً، وعليها مراعاة الغرض الذي يهدف إليه القانون من تنظيمه للحق أو الحرية واحترام ضمانات حماية الحقوق والحريات^١.

ولما كان التزام المشرع بمبدأ التناسب في التشريع، عند تنظيمه لحقوق الأفراد وحرياتهم، يتطلب أولاً التزامه بأحكام الدستور والحدود التي رسمها ضماناً للحقوق والحريات، فإن السرعة الدولية لحقوق الإنسان تشكل التزاماً ثانياً على عاتق المشرع، كفالةً لقدر أكبر من الحماية لحقوق الأفراد وحرياتهم.

فبالنسبة لالتزام المشرع بأحكام الدستور، فإن الدستور البحريني كما بينا سالفاً قد انتهج ثلاثة مناهج في نصه على حقوق الأفراد وحرياتهم، وهي أولاً: نصه على بعض الحقوق والحريات بصورة مطلقة دون أي قيد، ولم يفوض فيها المشرع لتنظيمها، مما لا يجوز معه أي مساس بها إلا بتعديل الدستور نفسه، وهي الحالات التي لا يملك المشرع فيها أية سلطة تقديرية. والمنهج الثاني: هو نصه على بعض الحقوق والحريات مع تقييدها ببعض القيود والضوابط مع الإحالة إلى القانون لتنظيمها وهي حالات السلطة المقيدة للمشرع. وجاء الدستور في المنهج الثالث: بالنص على بعض الحقوق والحريات دون أن يضع لها أي حدود، وأحال تنظيمها إلى القانون، فيملك المشرع في هذه الحالات سلطة تقديرية في التنظيم، مع مراعاة الحدود التي ترسمها مجموع مواد الدستور ومنها القيد العام بعدم المساس بجوهر هذه الحقوق أو الانتقاص منها.

لذلك فإن على المشرع الالتزام -عند تنظيمه لحقوق الأفراد وحرياتهم- بالمساحة التي تركها له الدستور، فلا يملك مصادرة الحقوق أو الخروج على القيود الواردة في الدستور كضمان للحد الأدنى من الحماية للحقوق والحريات.

^١ - انظر في ضوابط تدخل السلطة التنفيذية في تنظيم الحقوق والحريات، د. راغب جبريل سكران - الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة - مرجع سابق - ص ٤٦٦ وما بعدها.

فإذا ما تولى الدستور بذاته تنظيم الحق أو الحرية، كما هو حال النصوص المتعلقة بحظر المصادرة العامة للأموال، وحظر التعذيب، وعدم جواز إبعاد المواطن عن البحرين أو منعه من العودة إليها، وعدم جواز رجعية القوانين الجزائية، وشخصية العقوبة، وهي ما تسمى بالحقوق والحريات المطلقة، فإنه يتمتع على المشرع التدخل في تنظيم هذه الحقوق والحريات، مما تتعدم معه سلطته التقديرية.

وبخلاف هذه النصوص، تحتاج أغلب الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور إلى تدخل المشرع لتنظيمها، فيملك حينها سلطة تقديرية في التنظيم، بشرط مراعاة القيود العامة الواردة في الدستور، وعدم النيل من جوهر الحق أو الحرية^١.

ولا شك بأن التزام المشرع بالحدود الدستورية يُمثل ضماناً للحقوق والحريات، ومن ثم فإنه ليس صاحب سلطة مطلقة يسن بها ما يشاء من قواعد قانونية، تحقيقاً لأي هدف، فالقانون ليس عملاً تقديرياً مطلقاً، بل خاضعاً لقواعد المشروعية الدستورية، والمحمية من خلال رقابة القاضي الدستوري^٢، فبذلك يخضع المشرع في تنظيمه للحقوق والحريات العامة للنصوص والمبادئ الدستورية، من حيث مضمونها وأهدافها.

ومن ذلك فإن تنظيم الحقوق والحريات من اختصاص القانون، ويجوز له فرض قيود على ممارسة هذه الحقوق والحريات، شريطة ألا تكون بقصد الانتقاص من أصل الحق أو الحرية أو إرهاب الأفراد عند التمتع بها، وإنما لتحقيق حقوق وغايات أخرى أولى بالحماية، تتمثل في ضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته، ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة.

أما بالنسبة للالتزام المشرع بالشرعة الدولية لحقوق الإنسان^٣، فإن قواعد حقوق الإنسان وحرياته العامة، تختلط من حيث مصدرها بين الوطني والدولي، لذلك فإن جانباً من

^١ - انظر في ذلك د. محمد عبدالله الركن - التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة - بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات - العدد الثامن - نوفمبر ١٩٩٤ - ص ٣٩٦ وما بعدها.

^٢ - د. عبدالحفيظ الشبمي - القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي - مرجع سابق - ص ٣٢٤.

^٣ - الشرعة الدولية لحقوق الإنسان مصطلح يطلق على بعض الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، حيث أطلقت لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة في دورتها الأولى المنعقدة في ديسمبر ١٩٤٧ على الوثائق الدولية الجاري إعدادها حينها، أطلقت مسمى الشرعة الدولية لحقوق الإنسان، وهذه الوثائق هي: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والبروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد=

الفقه يرى أن تنظيم الحقوق والحريات لم يعد من المسائل التي تدخل في الاختصاص الداخلي للدول بصورة مطلقة، بل أضحت المشرع مُقيداً بالالتزام باحترام المستويات الدولية للحقوق والحريات^١.

وفي هذا الشأن تقوم المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان وحياته الأساسية، والتي تُشكل ما يسمى بالشرعة الدولية لحقوق الإنسان، تقوم بدورٍ فاعل في كفالة احترام الدول لحقوق الأفراد وحياتهم على مستوى الممارسات وما يصدر من تشريعات وطنية. وزادت بعض المواثيق على مجرد وضع المبادئ العامة التي تنظم بعض الحقوق الحريات، إلى درجة أن العديد منها -والصادرة من الأمم المتحدة- اعتبرت انتهاكات بعض حقوق الإنسان من قبيل الجرائم الدولية التي يتعين على المجتمع الدولي التصدي لها^٢.

لذلك فإن حماية حقوق الإنسان تُعتبر قضية عالمية، ولم يعد للدول التذرع بالسيادة الوطنية للتصل من التزاماتها الإنسانية تجاه مواطنيها أو لمنع التدخل من أجل قضية إنسانية لرفع الحيف ورد الاعتبار للكرامة الإنسانية. فإن حماية حقوق الإنسان أضحت هماً عالمياً يقع على كافة أفراد المجتمع الدولي، وذلك لأن هذه الحقوق التي قررتها الشرائع السماوية، ونصت عليها الدساتير الوطنية، وأكدها المعاهدات والمواثيق الدولية، إذا لم تُحَظ بما يجب من حماية كافية تحصنها ضد تسلط الدول، فإنها سوف تفقد جدواها ومصادقيتها كواحدة من أسباب المحافظة على الكرامة الإنسانية^٣.

=الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بشأن تقديم شكاوي من قبل الأفراد، والبروتوكول الاختياري الثاني الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بهدف العمل علي إلغاء عقوبة الإعدام.

^١ - انظر المستشار محمد فهم درويش - الشرعية الدولية لحقوق الإنسان بين سيادة السلطة وحكم القانون - الطبعة الأولى - بدون ناشر - ٢٠٠٧ - ص ١٠٢، د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص ١٠١.

وقد صدرت العديد من الإعلانات والمواثيق الدولية المعنية بحماية الحقوق والحريات، منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في العاشر من ديسمبر سنة ١٩٤٨، وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المنضمة له مملكة البحرين وفقاً للقانون رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٦، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المنضمة له وفقاً للقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٧. وعلى المستوى الإقليمي فقد صدرت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، والميثاق العربي لحقوق الإنسان والذي صادق عليه البحرين وفقاً للقانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٦.

^٢ - أكدت على هذا المعنى المادة الأولى من اتفاقية منع جريمة إبادة الجنس البشري والمعاقبة عليها لعام ١٩٤٨م والتي نصت على أن "إبادة الجنس، سواء ارتكبت في زمن السلم أو في وقت الحرب، تعد جريمة وفقاً للقانون الدولي"، كذلك فقد قررت الاتفاقية الدولية لقمع جريمة التمييز العنصري والمعاقبة عليها بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٣٠٦٨)، بأن الفصل العنصري يعتبر جريمة ضد الإنسانية. انظر د. زحل محمد الأمين - مبدأ الشرعية في النظامين الدستوري والدولي - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١١ - ص ١٨٥.

^٣ - د. زحل محمد الأمين - مبدأ الشرعية في النظامين الدستوري والدولي - مرجع سابق - ص ٨٢ وما بعدها.

وقد أكدت الإعلانات والمواثيق الدولية المعنية بحماية الحقوق والحريات، على احترام حقوق الإنسان وحرياته، وضرورة وضع الضمانات الكفيلة بحمايتها، تاركةً ذلك إلى القانون الوطني، مع وضعها لبعض الضوابط والقيود التي يجب على المشرع الوطني مراعاتها^١.

وأبعد من ذلك فقد اتجه بعض الفقه إلى إعطاء المعاهدات الدولية قيمة قانونية أعلى من القوانين العادية، واعتبر أن هذه المعاهدات تمثل قيداً على حرية المشرع، فلم يعد بوسعه وضع قواعد قانونية تتعارض مع ما جاءت به المعاهدات الدولية من أحكام^٢.

ويعطي المشرع الدستوري البحريني المعاهدات الدولية قيمة القانون، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٣٧) من الدستور على أنه "يبرم الملك المعاهدات بمرسوم، ويبلغها إلى مجلسي الشورى والنواب فوراً مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية".

وبشأن مدى التزام المشرع بالأحكام والمبادئ التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية، ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى أنه بات على المشرع في إطار تنظيمه للحقوق والحريات أن يلتزم بالمستوى الدولي الذي تقره الدول الديمقراطية المتقدمة في تنظيم حقوق وحريات مواطنيها، فقررت "أنه في مجال حقوق المواطن وحرياته الأساسية، فإن مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدولة القانونية عليها، وتنفيد هي بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي التزمها الدول الديموقراطية باطراد في مجتمعاتها، واستقر العمل بالتالي على انتهاجها في مظاهر سلوكها المختلفة. وفي هذا الإطار، والتزاماً بأبعاده،

^١ - د. محمد عبدالله الركن - مرجع سابق - ص ٣٧٨ وما بعدها.

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٩) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه "يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التي يقرها القانون فقط لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها ولتحقيق المقصودات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي".

وقد نصت المادة (٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أنه "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بأنه ليس للدولة أن تخضع التمتع بالحقوق التي تضمنها طبقاً لهذا العهد إلا للحدود المقررة في القانون، وإلا بمقدار توافق ذلك مع طبيعة هذه الحقوق، وشريطة أن يكون هدفها الوحيد تعزيز الرفاه العام في مجتمع ديمقراطي".

وتنص الفقرة (٢) من المادة (٣٥) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان بأنه "لا يجوز فرض أي من القيود على ممارسة هذه الحقوق والحريات إلا تلك التي ينص عليها التشريع النافذ وتشكل تدابير ضرورية لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم".

^٢ - انظر في شأن القيمة القانونية للمعاهدات الدولية د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص ٣٢٨ وما بعدها.

لا يجوز للدولة القانونية في تنظيماتها المختلفة أن تنزل بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرّياتهم عن الحدود الدنيا لمتطلباتها المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية، ولا أن تفرض على تمتعهم بها أو مباشرتهم لها قيوداً تكون في جوهرها أو مداها مجافية لتلك التي درج العمل في النظم الديمقراطية على تطبيقها. بل أن خضوع الدولة للقانون محدداً على ضوء مفهوم ديموقراطي مؤداه: ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة^١.

وفي حكم آخر لها، قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية أن سلطة المشرع في تنظيم دخول الأجانب لأراضي الدولة، مقيدة بما يتوافق مع قواعد القانون الدولي، فإن "استقلال الدول عن بعضها، وتكافئها في السيادة فيما بينها، وإن خول كلا منها، أن تنظم شروط دخول غير مواطنيها إليها، وأن تقرر كذلك قواعد ممارستهم لنشاطهم فيها على ضوء مصالحها القومية التي تملئها توجهاتها الاقتصادية وسياساتها الخارجية، إلا أن سلطتها هذه لا يجوز القول بإطلاقها؛ وإنما تقيدها تلك القواعد الآمرة التي ارتضتها أسرة الدول سلوكاً لأعضائها يبلور أعرافها التي استقر العمل عليها فيما بينها؛ بما مؤداه أن القواعد التي تنظم بها الدول شئون غير مواطنيها الذين يعبرونها أو يستقرون فيها، وإن لم تكن هي ذاتها التي تشبههم بمواطنيها، إلا أنها تمثل بمستوياتها تلك الحدود الدنيا التي لا يجوز النزول بمعاملتهم عنها، والتي لا تستقيم حياتهم بدونها The international minimum standard، فلا تقاس تصرفاتها قبلهم إلا على ضوءها، فكلما كان العمل الصادر عنها متضمناً اغتياً للحقوق التي كفلتها هذه المعايير، أو تحديداً لآثارها، أو كان دالاً على سوء نيتها، أو إخلالها قصداً بواجباتها، أو منحدرًا -بوجه عام- بمعاملتهم إلى ما دون مستوياتها الدولية التي لا يجوز التخلي عنها، كان إبطال هذا العمل -من خلال الرقابة التي تفرضها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية- لازماً"^٢.

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية - جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

ونلاحظ من هذه الأحكام بأن المحكمة الدستورية العليا المصرية قد استندت إلى قواعد القانون الدولي العام، وإلى المستويات الدولية في تنظيم الحقوق والحريات عند الدول الديمقراطية، وجعلت هذه القواعد مرجعاً للرقابة الدستورية، وقيداً على حرية المشرع في تنظيم الحقوق والحريات، فلا يجوز تجاوز هذه القواعد حتى ولو لم يكن لها نظير بين دفتي الدستور^١.

وفي تجربة للمحكمة الدستورية البحرينية بهذا الشأن، وفي حكمها المتعلق بعدم دستورية نص الفقرة (٣-٣) من المادة (٣) من قانون حظر ومكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠١، المعدل بالقانون رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٦ فيما تضمنه هذا النص من عبارة (أو لزوج أو لأبنائه القصر)، أوردت المحكمة في حيثيات حكمها أن "الدستور المعدل كفل في الفقرة (ج) من المادة (٢٠) الحق في المحاكمة المنصفة بما نص عليه من أن: (المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة وفقاً للقانون) وهو حق نصت عليه المواثيق الدولية، وأخصها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادتيه العاشرة والحادية عشرة التي تقرر أولاًهما: (أن لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره في محاكمة علنية، ومنصفة، تقوم عليها محكمة مستقلة ومحايدة تتولى الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية، أو في التهمة الجنائية الموجهة إليه وتؤكد ثانيتهما: في فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت إليه تهمة جنائية في أن تفترض براءته إلى أن تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه، وهذه الفقرة هي التي تستمد منها الفقرة (ج) من المادة (٢٠) من دستور مملكة البحرين المعدل أصلها، وهي تحدد قاعدة استقر العمل على تطبيقها في الدول المتحضرة، وتقع في إطارها مجموعة الضمانات الأساسية تكفل بتكاملها مفهوماً للعدالة، كما أنها تعتبر في نطاق الاتهام الجنائي، وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي أكد دستور مملكة البحرين المعدل في الفقرة (أ) من المادة (١٩) بأنها من الحقوق الأساسية التي لا يجوز الإخلال بها، أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه"^٢.

^١ - د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص ٣٥٣.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضية رقم (٥٧/٤/د) لسنة (٥) قضائية - جلسة ٢١ ديسمبر ٢٠٠٩ - منشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٩٢٨.

ويتبين من هذا الحكم بأن المحكمة الدستورية البحرينية لم تكتفي بإيراد نص الفقرة (ج) من المادة (٢٠) من الدستور البحريني المعدل، بل قد رجعت إلى الأصل الذي أخذ منه الدستور هذا الحكم، وهو الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة منه، وأضافت المحكمة بأن هذه القاعدة المتعلقة بافتراض براءة المتهم وحقه في المحاكمة العادلة، هي قاعدة استقر العمل على تطبيقها في الدول المتحضرة، وتقع في إطارها مجموعة الضمانات الأساسية التي تكفل تحقيق مفهوم العدالة.

ومما سبق من أحكام يتبين بأن هناك تطوراً كبيراً في اتجاه تدويل قضايا حقوق الإنسان، فلم يعد المشرع ملتزماً في إطار حمايته للحقوق والحريات بالضمانات الواردة في دستوره الوطني فحسب، إنما أيضاً لم يعد له وضع القيود المجافية لممارسات النظم الديمقراطية، فعلى المشرع أن يلتزم بما وصلت إليه الدول الديمقراطية والمتحضرة من حماية لحقوق مواطنيها وحرياتهم، باعتبارها الحدود الدنيا المقبولة دولياً، الأمر الذي يترتب عليه أن يُراعى القاضي الدستوري بمناسبة نظره دستورية القوانين، قواعد الشريعة الدولية لحقوق الإنسان، بما فيها المواثيق والاتفاقيات الدولية، وتطبيقات الدول الديمقراطية، ليس باعتبار أن لها قيمة قانونية تسمو على الدستور، فمخالفة هذه الاتفاقيات والمعاهدات الدولية لا يعتبر مخالفة للدستور، فهي تحتل قيمة موازية للتشريع العادي، بل باعتبارها تتضمن مبادئ قانونية عامة يستعين القاضي الدستوري بها لتفسير النص الدستوري أو تأكيده، لذلك فإن الدول تتجه لتفسير النصوص الدستورية وفقاً لما تتضمنه المعاهدات الدولية من مبادئ، فعادةً ما تجد هذه المبادئ لها أصولاً في الدساتير الوطنية، يستخلصها القاضي الدستوري بالاستعانة بما تكشفه قواعد الشريعة الدولية لحقوق الإنسان.

المطلب الثاني:

التزام المشرع بتنظيم الحقوق والحريات وعدم مصادرتها أو الانتقاص منها

يذهب الفقه إلى أن الأصل في الحقوق والحريات هو الإباحة، وأنه لا يجوز التدخل أو التعرض لهذه الحقوق والحريات إلا بالتنظيم، دون أن يمتد إلى المصادرة أو الانتقاص منها، وهو ما تؤكد عليه المواثيق والاتفاقيات الدولية وداستير الدول المعاصرة^١. وهو ما نصت عليه المادة (٣١) من الدستور البحريني من أنه "لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون، أو بناءً عليه. ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية".

ويتبين من هذا النص الدستوري، أن دور التشريع يقتصر على تنظيم التمتع بالحقوق أو الحريات دون المساس بجوهرها، عبر مصادرتها أو تقييدها بما يفقدها قيمتها أو يرهق الأفراد من التمتع بها، بوضع الشروط والقيود المتشددة في كيفية استعمالها. ويأتي هذا النص الوارد في نهاية الباب الثالث الخاص بالحقوق والواجبات العامة، في الدستور البحريني، كضمان لجميع الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، حيث يُشكل قيداً عاماً على سلطة المشرع التقديرية، عند تنظيمه للحقوق والحريات، بالإضافة إلى تلك القيود الخاصة التي ترد في النصوص الدستورية المنظمة لكل حق أو حرية.

ولما كانت طبيعة تدخل المشرع بالنسبة للحقوق والحريات تتمثل في تنظيمها دون تقييدها، فإن ذلك يثير إشكالية التفريق بين التنظيم المباح والتقييد المحظور، في ظل منح المشرع سلطة تقديرية في تنظيمه لهذه الحقوق والحريات، فقد يستخدم المشرع سلطته تحت ستار التنظيم فيقوم بهدر الحق أو الحرية أو تقييدها بما يتنافى مع أهداف الدستور، الأمر الذي ذهب معه الفقه إلى البحث عن معيار للتمييز بين التنظيم المباح والتقييد المحظور للحقوق والحريات.

^١ - د. محمد رفعت عبدالوهاب - رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية) - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٨ ص ٣٠٨ وما بعدها، د. راغب جبريل سكران - مرجع سابق - ص ٣٧٧ وما بعدها.

ونشير في هذا الشأن إلى ما ذهب إليه جانب من الفقه من أن المشرع طالما يملك تنظيم الحق أو الحرية فإنه يملك التقييد، حيث لا فرق عند هذا الجانب بين التنظيم والتقييد، فإذا ما ترك الدستور للمشرع تنظيم الحق أو الحرية فإن للأخير الانتقاص منها، وذلك لأن التنظيم يستلزم وضع بعض القيود، والتي تنطوي بداهة على الانتقاص من الحق أو الحرية^١.

ويستطرد هذا الرأي، بأنه يرد على حق المشرع في تنظيم الحقوق والحريات قيد قانوني واحد هو عدم إلغاء أو هدم أو سلب الحق أو الحرية، أما عداها من القيود فإنها قيود سياسية ترجع إلى البرلمان وحده تحت رقابة الرأي العام وحده، فلا حق للقضاء من الرقابة على هذا التنظيم، وإلا عدّ خروجاً عن مهمته في رقابة المشروعية إلى رقابة السلطة التقديرية.

ومقابل هذا الرأي -الذي يُجيز تقييد الحقوق أو الحريات إلى أي مدى بشرط عدم إلغائها- ذهب الفقه إلى أن تنظيم الحقوق ينصرف هو الآخر إلى تقييدها، ولكن التقييد هنا يجب أن لا يصل إلى الحد الذي تكون معه الحقوق أو الحريات غير محققة للغاية التي قصدها الدستور. وجاء الاختلاف داخل هذا الرأي حول حدود سلطة التقييد، الأمر الذي حاول معه البعض وضع معيار للتمييز بين التنظيم المباح والتقييد المحظور.

فقد ذهب الدكتور عبدالرزاق السنهوري إلى أن معيار تمييز التنظيم المباح للحق أو الحرية عن التقييد المحظور هو ألا ينحرف المشرع في تنظيمه التشريعي عن الغرض الذي قصد إليه الدستور، وهو كفالة هذه الحقوق والحريات، فإذا نقضها المشرع أو انتقص منها وهو في صدد تنظيمها، كان تشريعه مشوباً بالانحراف، وهو ما يكون إذا تبين على وجه موضوعي أن الحق قد أصبح بعد التنظيم التشريعي منتقاصاً من أطرافه بحيث لا يحقق الغاية التي قصدها الدستور، وذلك بأن يرد الانتقاص على ذات الحق أو الحرية في حين أن

^١ - انظر في هذا الرأي د. عبد الحميد متولي - الوسيط في القانون الدستوري - الطبعة الأولى - دار المعارف - ١٩٥٦ - ص ٦٦٧ وما بعدها، مشار إليه عند د. حمدي عطية مصطفى - حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي - مرجع سابق - ص ١٨٦ وما بعدها.

التنظيم المسموح به للمشرع يرد على كيفية استعمال الحق أو الحرية^١. ويرى البعض في هذا الشأن، بأن محاولة قصر التنظيم على طريقة استعمال الحق أو الحرية دون المساس بذات الحرية، محاولة غير صحيحة لعدم وضوح الخط الفاصل بين وجوه استعمال الحق أو الحرية وجوهرها^٢.

وذهب رأي مُشابه إلى الرأي السابق إلى أنه لا يجوز أن يُعتبر التقييد سلطة مطلقة أو حتى تقديرية للمشرع، حيث إن للتقييد حدوداً، أهمها أن لا يُنقض الحق أو الحرية أو ينتقص منها، بحيث تغدو غير محققة للغاية التي قصد إليها لدستور^٣.

وذهب رأي آخر إلى أنه لا إشكال في أن يكون التنظيم المباح للحقوق والحريات يتضمن بعض القيود التي تختلف شدةً وضيقاً، وذلك من أجل التمتع بالحق أو الحرية، شريطة أن تستهدف هذه القيود تمكين الجميع من التمتع بالحق أو الحرية، دون تعارض استعمالها من قبل الأفراد، وذلك حتى يسوغ اعتبار تدخل المشرع تنظيمياً لا تقييداً، والذي يعني هذا الأخير أن تدخل المشرع جعل من التمتع بالحق أو الحرية أمراً شاقاً أو مرهقاً على الناس، أو أن يكون المشرع قد صادر الحق أو الحرية تماماً^٤.

وذهب جانب آخر إلى الاعتماد على نص المادة الخامسة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام ١٧٨٩، للتمييز بين التنظيم المباح والتقييد المحظور، حيث تنص هذه المادة على أنه "لا يجوز للقانون أن يمنع إلا التصرفات الضارة بالمجتمع وكل ما ليس محظوراً طبقاً للقانون لا يجوز منعه، وما لا يأمر به القانون لا يجوز جبر أحد على إتيانه"، واستخلص هذا الرأي من النص الفرنسي أنه لا يجوز للمشرع في إطار تنظيمه للحقوق والحريات أن يمنع أو يقيد إلا التصرفات الضارة بالمجتمع، فالمشرع يُعد في دائرة التنظيم طالما يتناول ممارسة الحق أو الحرية بإجراءات تكفل حسن ممارستها، بحيث لا تتحول هذه الممارسة إلى نشاط ضار بالمجتمع.

^١ - انظر د. عبدالرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٣٦٩ وما بعدها، شهاب سليمان عبدالله - مبدأ سيادة القانون ضماناً أساسية لحقوق الإنسان - بحث منشور في مجلة جامعة شندي - السودان - مجلد ١ - العدد ٣ - ٢٠٠٦ - ص ٤١.
^٢ - انظر د. فاروق عبدالبر - دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات - بدون ناشر - ٢٠٠٤ - ص ٢٦٣.
^٣ - رأي د. محمد عصفور - مشار إليه عند د. فاروق عبدالبر - مرجع سابق - ص ٢٥٨.
^٤ - د. مصطفى أبو زيد فهمي - الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين - مرجع سابق - ص ٥٠٤.

والإضرار بالمجتمع وفق هذا الرأي يتحقق في كل نشاط يشكل زوالاً أو انتقاصاً في قيمة من القيم الأساسية التي يرتكز عليها المجتمع في كيانه وبقائه، كما يتمثل في إهدار أو انتقاص للدعائم التي تقوم عليها أسس المجتمع لتمتع كافة أفراد به حياة كريمة معقولة، ومثاله حرية التنقل، فإذا ما ترتب على هذه الحرية هروب مجرم من العدالة، فإنه يجب على المشرع أن يتدخل لمنع الضرر الاجتماعي الذي يمكن أن تلحقه ممارسة الحرية، فلا يعتبر المشرع حينها قد قيد استخدام الحرية، بل نظم استخدامها بالصورة التي تكفل ممارستها أولاً، وثانياً عدم الإضرار بالمجتمع^١.

ويذهب رأي إلى أن التنظيم ما هو إلا نوع من أنواع التقييد ولكنه أخف الأنواع وطأة، فالتقييد يشمل التنظيم والانتقاص والمنع أو الإهدار، إلا أن التنظيم هو تحديد أفضل طريقة ممارسة لعدة وحدات أو نظائر متشابهة تعمل من أجل تحقيق هدف واحد، أما الانتقاص أو المنع والإهدار فيرد على ذات الشيء الواحد فينتقص منه أو يهدره أو يمنع من القيام بوظيفته^٢.

ويطبق هذا الرأي فكرته على الحقوق والحريات، فيرى أن تنظيم الحرية لا يكون إلا بين الأفراد الممارسين لهذه الحرية، بحيث تسمح ممارسة الفرد لحرية بممارسة باقي أفراد الجماعة لها بنفس القدر، أو بين ممارسة حرية معينة وممارسة حرية أخرى مغايرة لها، بحيث تسمح ممارسة الأولى بممارسة الثانية بنفس القدر. ويستطرد هذا الرأي بأنه يكون معيار القاضي في التفريق بين تنظيم الحرية وتقييدها هو معيار الضرر الذي تلحقه ممارسة حرية ما على وجه معين، بممارسة حرية مغايرة لها، أو الضرر الذي تلحقه ممارسة فرد لحرية بطريقة معينة، بممارسة باقي أفراد الجماعة لحرية، فإذا ما ترتب هذا الضرر فإن منع المشرع ممارسة الحرية على هذا الوجه أو هذه الطريقة يُعد تنظيماً للحرية لا تقييداً لها، أما إذا لم تكن الممارسة تلحق ضرراً، ومع ذلك تدخل المشرع ومنع

^١ - انظر رأي د. وجدي ثابت غبريال - حماية الحرية في مواجهة القانون - مجلة مصر المعاصرة - السنة الثمانون - العددان ٤١٧ و٤١٨ - يوليو وأكتوبر ١٩٨٩ - ص ٢٢٩، مشار إليه عند د. عبدالحفيظ الشبمي - مرجع سابق - ص ٣٣٥ وما بعدها، ود. راغب جبريل سكران - الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة - مرجع سابق - ص ٣٩٣ وما بعدها.

^٢ - د. راغب جبريل سكران - مرجع سابق - ص ٣٩٥ وما بعدها.

ممارسة الحرية على وجه معين، فإنه يكون قد قيد الحرية أو انتقص منها، بل قد يصل إلى إهدارها إذا كان لا يمكن ممارستها إلا على هذا الوجه.

وبالرغم من محاولة البعض بحسب الآراء السابقة، وضع معيار فاصل للتمييز بين التنظيم المباح والتقييد المحظور للحقوق والحريات، إلا أن هذه الآراء قد لاقى نقداً لقصورها في تحقيق الغرض منها وهو وضع معيار موضوعي واضح للتمييز بين التنظيم والتقييد.

حيث إنه من جانب يصعب التمييز بين ما يعتبر انتقاصاً جسيماً أو خطيراً وما لا يعتبر كذلك، وبالتالي ما يعتبر تقييداً وما يعتبر تنظيمياً للحقوق والحريات، ومن جانب آخر يتجنب القضاء الدستوري الدخول في فكرة الانحراف التشريعي، للربط بينها وبين مدى تنظيم الحق أو الحرية أو الانتقاص منها، فيكتفي عند الحكم بعدم الدستورية، بمخالفة النص لأحكام الدستور، بالإضافة إلى أن القضاء الدستوري قد اعترف للمشرع بحقه في تقييد بعض الحقوق والحريات، بل حتى منع ممارسة حق محدد على فئة معينة من الأفراد، باعتباره من صور التنظيم. أما بالنسبة لمعيار الإضرار بالمجتمع أو الضرر العام، فهو بحد ذاته بحاجة إلى وضع معيار لتوضيحه، في ظل ادعاء المشرع بأنه صاحب الحق في تحديد النشاط الضار بالمجتمع، وبالتالي إطلاق سلطته في تنظيم الحقوق والحريات، بالإضافة إلى أن فكرة الإضرار بالمجتمع غير ثابتة ومتغيرة بحسب الزمان والمكان^١.

وأرى بأن وضع معيار موضوعي وواضح للتمييز بين ما هو تنظيم مباح وما هو تقييد محظور للحقوق والحريات، مسألة في غاية الصعوبة، ولا يمكن الركون إلى معيار واحد لحسم الحد الفاصل بين التنظيم والتقييد، حيث إنه تختلط مجموعة من الاعتبارات يجب مراعاتها في تنظيم الحقوق والحريات. فقد يتطلب التنظيم وضع قيود تجعل من التمتع بالحق أو الحرية ممنوعاً بالنسبة لبعض الفئات، إلا بتوافر شروط أو ظروف معينة، وفي المقابل يجب أن يكون تنظيم الحقوق والحريات بالنسبة لفئات أخرى أكثر فعالية، لا يرد عليها قيد إلا اعتبارات الضرر أو الضرورة التي تقتضيها تحقيق مصلحة حيوية معينة أو تحقيق

^١ - انظر د. عبدالحفيظ الشبمي - القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي - مرجع سابق - ص ٣٣٤ وما بعدها.

التوازن بعدم التعارض بين استعمال فرد لحريته مع استعمال فرد آخر، وهو الأمر الذي يخضع في بدايته لتقدير المشرع، ولكنه تقدير غير مطلق يخضع بدوره لرقابة القاضي الدستوري، عند بحثه لمبدأ تناسب التشريع، الأمر الذي يمكن معه اعتبار مبدأ التناسب معياراً مساهماً في صياغة الخط الفاصل بين ما يُعتبر تنظيم مباح للحقوق والحريات أو تقييد محظور لها.

وكما سبق أن بينا، فإن مبدأ التناسب يستلزم تحقيق التوافق والانسجام بين أركان التشريع الداخلية، وبين التشريع وأحكام الدستور ومبادئه، فإذا ما كانت تقديرات المشرع في حدودها المعقولة، أدت إلى توافر مبدأ التناسب في التشريع، فإن المشرع يكون قد التزم التنظيم المباح للحق أو الحرية، وبخلافه يكون قد حمل الحق أو الحرية قيوداً تؤدي إلى إهدارها أو الانتقاص منها أو إرهابها بشروط تجعل من الصعوبة تمتع الأفراد بها.

وحتى يكون تنظيم الحقوق والحريات واقعاً في الإطار الدستوري، يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الضوابط، وهي أن يقوم التشريع على أسس دعم الحقوق والحريات وكفالتها، وعدم الحد منها أو منعها، بل عوناً وضماناً لممارستها بما يتفق والغاية التي قصدها الدستور، كما يجب أن لا يفرض التنظيم التشريعي أية حصانة على تصرف من تصرفات الإدارة يكون فيها انتهاكاً للحقوق والحريات، حيث يجب أن يكون التنظيم مقررّاً للضمانات الكافلة لحماية الحقوق والحريات من الاعتداء عليها، فيكفل حق التقاضي، ويقرر الجزاءات اللازمة عند مخالفة الضمانات الواردة فيه^١.

وذهب بعض الفقه^٢ إلى أن مهمة المشرع بتنظيم الحقوق والحريات، تحددها ثلاثة قيود، أولها عدم مصادرة الحق أو الحرية، فإذا ما أجاز الدستور للمشرع تنظيم حقوق معينة، فإن الدستور يكون قد أقرها من حيث المبدأ، ومن واجب المشرع عند التدخل لتنظيمها أن يؤكد هذا الإقرار الدستوري للحق، ومن ثم لا يستطيع نفيه أو مصادرته. أما

^١ - انظر د. حمدي عطية مصطفى - مرجع سابق - ص ١٩٢ وما بعدها، د. راغب جبريل سكران - مرجع سابق - ص ٣٩٠، د. شاكر راضي شاكر - اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير الملزم - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون سنة - ص ٦٠٩ وما بعدها.

^٢ - انظر د. وجدي ثابت غبريال - التظلم في أوامر الاعتقال أمام محكمة أمن الدولة العليا - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩١ - ص ٦٧ وما بعدها.

القيد الثاني على سلطة المشرع هو عدم جواز الانتقاص من الحق أو الحرية، وهو ما يستند على المفهوم الديمقراطي للحرية، فطالما سمح الدستور بحرية معينة فلا يجوز التمتع بها منقوصة، وهو ما يتطلب تحقيق مبدأ المساواة في التمتع بالحق أو الحرية إذا ما تساوت المراكز القانونية للأفراد، كما ويتطلب عدم انتقاص التنظيم التشريعي لمضمون الحق أو الحرية، كأن ينص على حظر التعبير عن الرأي في وسائل معينة. أما القيد الثالث فهو عدم جواز فرض قيود تجعل من استعمال الحق أو الحرية شاقاً أو مرهقاً على الأفراد، حيث إن تنظيم الحقوق والحريات يجب أن يكون متوافقاً مع الغاية التي قصدها الدستور.

وقدم أحد الفقهاء استخلاصاً من قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، ضوابط تنظيم الحقوق والحريات، مقسماً إياها إلى شقين، الشق الأول فيما يتعلق بتدخل المشرع ابتداءً بتنظيم الحق أو الحرية الدستورية، ففي هذه الحالة فإن القانون لا يمكنه أن يتصدى لتنظيم الحق أو الحرية إلا بهدف إعطائها مزيداً من الفعالية عبر التيسير على الأفراد بممارسة هذا الحق أو الحرية، أو التوفيق بين هذه الحرية وبين القواعد والمبادئ الدستورية.

أما الشق الثاني فيتعلق بتدخل المشرع لتعديل القوانين السارية والمتعلقة بتنظيم الحقوق والحريات، وعندها يجب أن يكون التدخل بهدف تحقيق ضمانات أكثر للحرية ولأفراد مما كانت عليه قبل التعديل، أو على أقل تقدير مساوية لها، ولا يجوز للمشرع أن يختصم حق أو حرية، إلا بصورة استثنائية، وذلك في حالتين فقط، الحالة الأولى تتعلق بالقضاء على مراكز قانونية اكتسبت بطريقة غير مشروعة، أما الحالة الثانية فتكون حين يضطر المشرع لتقييد الحرية بهدف تحقيق أهداف دستورية أخرى مثل حماية الأمن العام أو الصحة العامة^١، مرجحاً إياها في إطار موازنته بين المصلحة العامة وبين حماية الحقوق والحريات.

ولما كان تنظيم الحقوق والحريات من اختصاص المشرع، مُقيداً في ذلك بعدم نيل التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية، كما نصت عليه المادة (٣١) من الدستور

^١ - انظر في ذلك د. عبدالحفيظ الشبمي - مرجع سابق - ص ٣٣٨ وما بعدها.

البحريني، فإن من صور المساس بجوهر الحق أو الحرية، نقض الحقوق أو الحريات بإهدارها أو انتقاصها من أطرافها بتهميشها.

حيث عبرت المحكمة الدستورية البحرينية عن ذلك بقولها "وحيث إنه من المقرر وفقاً لقضاء هذه المحكمة- أن الأصل الدستوري لسلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق والواجبات أنها سلطة تقديرية ما لم يكن الدستور قد فرض عليه في شأن ممارستها ضوابط محددة تحد من إطلاقها، باعتبار أن جوهر هذه السلطة يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم، موازناً بينها ومرجحاً ما يراه أنسبها لمضمونها وأجدرها بتحقيق مصالح الجماعة، واختيار أصلحها ملائمةً للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم. إلا أن ممارسة هذه السلطة مقيدة بضوابط الدستور وحدوده، والتي تعد سياجاً لا يجوز اقتحامه أو تخطيه. فإذا ما عهد الدستور إلى أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بتنظيم موضوع معين، كان لزاماً على القواعد القانونية التي تصدر عن أي منهما في هذا النطاق ألا تتال من جوهر الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور، سواء بنقضها من أساسها بإهدارها، أو بانتقاصها من أطرافها بتهميشها، وإلا كان ذلك بمثابة عدوان على مجالاتها الحيوية".^١

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - دعوى رقم د/٣/٠٦ لسنة (٤) قضائية - جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٩ - منشور في الجريدة الرسمية عدد ٢٨٨٩ - تاريخ ٢ أبريل ٢٠٠٩، وانظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - دعوى رقم (٢٣) لسنة ١٦ قضائية - جلسة ١٨ مارس ١٩٩٥.

المطلب الثالث:

تطبيقات مبدأ التناسب بشأن تنظيم بعض الحقوق والحريات

لما كانت من الأهمية استعراض تطبيقات مبدأ التناسب بشأن تنظيم بعض الحقوق والحريات الحيوية، وكيفية الالتزام بالموازنة بين حقوق الأفراد وحرياتهم من جهة وتحقيق مقتضيات المصلحة العامة من جهة أخرى، فإننا سنستعرض في هذا المطلب بعض التطبيقات بالنسبة لتنظيم الحقوق والحريات.

طبق القضاء الدستوري المقارن مبدأ التناسب على تنظيم الحقوق والحريات السياسية -والتي تتمثل في حق الانتخاب وحق الترشيح وحق المشاركة في الاستفتاءات وحق تكوين الجمعيات السياسية والانضمام إليها- حيث إن المشرع يضع القوانين المنظمة لكيفية ممارسة هذه الحقوق، بما فيها من ضوابط وقيود، ويأتي بعدها دور القاضي الدستوري لبيان مدى تناسب مثل هذا التنظيم بما فيه من ضوابط وقيود مع الأهداف منها، ومدى توافق أو تباعد هذا التنظيم مع أحكام الدستور، ومع ما يقرره لمثل هذه الحقوق والحريات من حماية^١، فإذا ما تجاوز المشرع حدود سلطته التقديرية في تنظيمها فأهدرها أو قيدها تقييداً كبيراً بأن يفرض على من يمارسها شروطاً تجعل ممارستها لها صعبة أو عسيرة، بما يجاوز الغاية التي استهدف المشرع تحقيقها من وراء إصدار هذا القانون فإن المحكمة تقضى بعدم دستوريته^٢.

وفي هذا الشأن طبق المجلس الدستوري الفرنسي، مبدأ التناسب بمناسبة نظره لقانون تقسيم الدوائر الانتخابية، من خلال اعتماده مبدأ التوازن الديموغرافي، أي الأخذ في الاعتبار الإحصاء السكاني للأقاليم المختلفة في تقسيم الدوائر الانتخابية، فلا يكون الخروج عن تحقيق التوازن الديموغرافي في تقسيم الدوائر الانتخابية مشروعاً إلا بمقياس محدود، حيث عرضت إحدى الحالات على المجلس الدستوري، وكانت تتعلق بالانتخابات في أحد

^١ - د. جورج شفيق ساري - مرجع سابق - ص ١٥٣.

^٢ - د. يسري محمد العصار - رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع - مجلة الدستورية - العدد الثامن عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.

أقاليم أعالي البحار التابعة للجمهورية الفرنسية، وقد قرر المجلس أن الحدود التي كان من المفروض مراعاتها في هذه الحالة، تم تجاوزها بشكل ظاهر، أي لم تتم مراعاتها، مما دعى إلى تقرير عدم الدستورية الجزئية للقانون محل الفحص، وذلك لعدم مراعاة مبدأ التناسب بين عدد الدوائر مقارنة بعدد الناخبين في كل دائرة. وقضى المجلس في حكم آخر بأن وجود اختلاف في حدود ٢٠% بين عدد الناخبين من دائرة إلى أخرى لا يجعل القانون مخالفاً للدستور^١.

وذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر بمناسبة نظرها للقانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم (١١٤) لسنة ١٩٨٣، فيما يتعلق بحق الترشيح، واقتصاره على القوائم الحزبية، ذهبت إلى أن الحقوق السياسية ومن بينها حق الترشيح، "اعتبرها الدستور من الحقوق العامة التي حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها، لضمان إسهامهم في اختيار قادتهم وممثلهم في إدارة دفة الحكم ورعاية مصالح الجماعة. ولم يقف الدستور عند مجرد ضمان حق كل مواطن في ممارسة تلك الحقوق وإنما جاوز ذلك إلى اعتبار مساهمته في الحياة العامة عن طريق ممارسته لها واجباً وطنياً يتعين القيام به في أكثر مجالات الحياة أهمية لاتصالها بالسيادة الشعبية"^٢.

وذهبت المحكمة بشأن ضوابط تنظيم هذه الحقوق، إلى أن "القواعد التي يتولى المشرع وضعها تنظيمياً لهذه الحقوق يتعين ألا تؤدي إلى مصادرتها أو الانتقاص منها، وأن لا تخل القيود التي يفرضها المشرع في مجال هذا التنظيم بمبدأي تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون". وذلك لأن النصوص المطعون عليها، وهي المواد الخامسة مكرراً والسادسة (فقرة ١) والسابعة عشر (فقرة ١) من القانون المذكور قد نصت على أن يكون انتخاب أعضاء مجلس الشعب عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية، وهو ما يستتبع "اعتبار صورة قائمة الحزب الذي ينتمي إليه المرشح المثبت بها إدراجها شرطاً حتمياً لقبول طلب ترشيحه يكون قد قصر حق الترشيح لعضوية مجلس الشعب على المنتمين إلى الأحزاب

^١ - انظر د. جورج شفيق ساري - مرجع سابق - ص ١٦٩ وما بعدها، د. يسري محمد العصار - رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع - مجلة الدستورية - العدد الثامن عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر - قضية رقم (١٣١) لسنة ٦ قضائية - جلسة ١٦ مايو ١٩٨٧ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

السياسية المدرجة أسماؤهم بقوائم هذه الأحزاب وحرّم بالتالي غير هؤلاء من ذلك الحق دون مقتض من طبيعته ومتطلبات مباشرته".

وقد ردت المحكمة على دفع الحكومة بشأن استعمال المشرع سلطته التقديرية في وضع قواعد تنظيم مباشرة الحقوق السياسية، وما ذهبت إليه إرادة المشرع من جعل الانتماء إلى الأحزاب السياسية شرطاً لممارسة حق الترشيح، في ظل عدم وضع الدستور قيوداً محددة لهذا التنظيم، فقررت المحكمة بأنه "وإن كان الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بقيود محددة وأن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور ومن ثم فإن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الترشيح ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو ينال منه على نحو ما سلكته النصوص المطعون فيها إذ حرمت غير المنتمين إلى الأحزاب من حق الترشيح. ومن ثم تكون هذه النصوص قد تعرضت لحقوق عامة كفلها الدستور وحرمت منها طائفة من المواطنين، فجاوز المشرع بذلك دائرة تنظيم تلك الحقوق الأمر الذي يحتم إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية".

وقررت المحكمة بأن "حرمان طائفة معينة من هذا الحق على ما سلف ينطوي على إهدار لأصله وإخلال بمبدأي تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون ويشكل بالتالي مخالفة للمواد (٨، ٤٠، ٦٢) من الدستور".

وانتهت المحكمة إلى الحكم بعدم دستورية المواد الخامسة مكرراً والسادسة (فقرة ١) والسابعة عشر (فقرة ١) من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣^١.

ويعتبر حق الملكية أيضاً من الحقوق التي يظهر فيها جلياً تطبيق مبدأ التناسب، بما فيه من الالتزام بضابط تنظيم الحق وعدم تقييده أو مصادرته، وقد نصت المادة (٩) من

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر - قضية رقم (١٣١) لسنة ٦ قضائية - جلسة ١٦ مايو ١٩٨٧ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

دستور مملكة البحرين المعدل على جملة من الضوابط التي تحكم هذا الحق، منها أن حق الملكية ورأس المال هي من الحقوق الفردية ذات الوظيفة الاجتماعية التي ينظمها القانون، وتتمتع بحرمة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً، وأن المصادرة العامة للأموال محظورة، ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي في الأحوال المبينة بالقانون.

ويظهر من هذه النصوص أن حق الملكية ورأس المال ليست من الحقوق المطلقة، فقد ترد عليه بعض القيود، تستهدف تنظيم استخدامه وبما يخدم الوظيفة الاجتماعية، ولكن هذه القيود يجب ألا تمس جوهر الحق أو ترقه، فوظيفة المشرع صون الحق وعدم تجاوز دائرة التنظيم إلى ما يعد عدواناً عليه بالمصادرة أو الانتقاص.

فقد قضت المحكمة الدستورية البحرينية في معرض نظرها للطعن على الفقرة (٣-٣) من المادة (٣) من قانون حظر ومكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠١، المعدل بالقانون رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٦، والتي تنص على أنه "مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية يحكم على كل من ارتكب جريمة من جرائم غسل الأموال بالإضافة للعقوبة المقررة، بمصادرة الأموال موضوع الجريمة أو أية أموال مملوكة له أو لزوج أو لأبنائه القصر مساوية في القيمة للأموال موضوع الجريمة. كما يقضى بمصادرة هذه الأموال والأموال في حالة انقضاء الدعوى الجنائية لوفاة المتهم ولم يثبت ورثته مشروعية مصدرها"، قضت المحكمة بعدم دستوريتهما فيما تضمنته من عبارة "أو لزوج أو لأبنائه القصر".

ومن ضمن ما أسست عليه المحكمة قضاءها أنه "لا يجوز للمشرع أن يجرد الأموال المملوكة ملكية خاصة للأفراد من لوازمها، ولا أن يفصل عنها بعض الأجزاء التي تكونها، ولا أن ينال من أصلها، أو يعدل من طبيعتها، ولا أن يتذرع بتنظيمها إلى حد هدم الشيء محلها، ذلك أن إسقاط الملكية عن أصحابها، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، يعد عدواناً عليها يناهض الوظيفة الاجتماعية لها".

وذهبت أيضاً إلى أن "مد نطاق المصادرة المنصوص عليها في الفقرة المشار إليها إلى أية أموال مملوكة لزوج مرتكب جريمة غسل الأموال أو لأبنائه القصر، ولو لم تكن هذه الأموال متحصلة من جريمة، يقوض مبدأ شرعية العقوبة، وينتهك الحرية الشخصية، وينال من مبدأ افتراض البراءة، ويخالف مبدأ شخصية العقوبة، ويخل بضوابط المحاكمة المنصفة، ويزعزع مبدأ الفصل بين السلطات (التشريعية والقضائية)، ويعتدي على أهم خصائص حق الملكية"^١.

وقضت ذات المحكمة في حكم آخر لها بمناسبة نظرها المرسوم بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٠ بشأن استملاك الأراضي للمنفعة العامة بأن "الحماية القانونية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة تفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها المشرع عليها -في إطار وظيفتها الاجتماعية- جوهر بنيانها، وألا يكون من شأنها تعطيل الانتفاع بها بما يفقدها علة وجودها وينحدر بالحماية المقررة لها إلى ما يفرغها من مضمونها، ذلك أن صون الملكية الخاصة وإعاققتها لا يجتمعان، وكلما تدخل المشرع مقوضاً بنيانها من خلال قيود ترهقها إلى حد ابتلاعها، كان عمله إفتئاتاً عليها منافياً للحق فيها".

منتبهةً المحكمة في قضاءها إلى أن "نص المادة التاسعة (فقرة ج) من الدستور يجرى على أن (الملكية الخاصة مصونة فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً). وإذا كان النص قد استلزم بيان حالات المنفعة العامة في القانون بعبارة واضحة جلية، لا يشوبها غموض أو تعارض بينها وبين أي نص آخر من نصوص الدستور، وجاءت مقصودة في سياق النص بألفاظ دالة على المعنى المأخوذ منها، والذي يتبادر فهمه باعتباره مقصوداً من سياقها -وهو بيان أحوال المنفعة العامة في القانون- فمؤدى ذلك أن النص المذكور استوجب أن يبين القانون الأحوال التي يجوز فيها للسلطة التنفيذية نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة والكيفية التي يتم بها ذلك، وبشرط تعويض المالك عنها تعويضاً عادلاً. وإذا كان المرسوم بقانون

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية - قضية رقم (٥٧/٤) لسنة (٥) قضائية - جلسة ٢١ ديسمبر ٢٠٠٩ - منشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٩٢٨ - تاريخ ١٣ ديسمبر ٢٠٠٩.

المطعون فيه بكامل نصوصه، قد خلا من تحديد حالات المنفعة العامة فإنه يكون مشوباً بعيب مخالفة الدستور لعدم تحديد هذه الحالات"^١.

وفي معرض نظر المحكمة الدستورية البحرينية، للإحالة الملكية بشأن مشروع قانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية، وحيث إن الفقرة (ب) من المادة (٢٤) من المشروع بقانون المعروض تنص على أنه يجب على رافع الطعن أو التظلم أن يودع عند تقديم صحيفته على سبيل الكفالة مبلغاً يعادل اثنين في المائة من المبلغ المحكوم به أو عشرة آلاف دينار أيهما أكبر، ولا تقبل صحيفة الطعن أو التظلم إذا لم تكن مصحوبة بما يثبت إيداع الكفالة.

ذهبت المحكمة في هذا الشأن إلى أنه "من المقرر أن إنكار الحق في الترضية القضائية سواء بمنعها ابتداءً، أو بإقامة العراقيل في سبيل اقتضاءها، بقواعد إجرائية معيبة في ذاتها بصفة جوهرية، لا يعدو إلا أن يكون إهداراً للحماية التي يفرضها الدستور والقانون للحقوق التي يُدعى الإخلال بها، وهدماً للعدالة في جوهر خصائصها وأدق توجهاتها، بوجه خاص كما كان طريق الطعن القضائي لرد الأمور إلى نصابها ممتنعاً أو مكلفاً أو غير منتج.

ولا يكفل حق التقاضي الأغراض التي يتوخاها، ما لم توفر جهة القضاء للخصومة في نهاية مطافها حلاً منصفاً يمثل التسوية التي يعتمد من يطلبها إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التي يسعى إليها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها.

متى كان ذلك وكان على رافع الطعن أو التظلم -أمام محكمة التمييز- أن يودع عند تقديم صحيفته على سبيل الكفالة مبلغاً يعادل اثنين في المائة من المبلغ المحكوم به أو عشرة آلاف دينار أيهما أكبر، وكان تطلب المشروع إيداع هذا المبلغ عند الطعن بالبطان على حكم هيئة تسوية النزاع وعند التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ طبقاً للمادة (٢٣) من المشروع المعروض، ومغايرته لمقدار الكفالة الذي يتطلب قانون محكمة التمييز الصادر بالمرسوم

^١ - حكم المحكمة الدستورية - قضية رقم (٥٥/٢/د) لسنة (٣) قضائية - جلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٧ - منشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٧٨٦ - تاريخ ١٢ أبريل ٢٠٠٧.

بقانون رقم (٨) لسنة ١٩٨٩ في المادة ١٣ منه إيداعها عند تقديم صحف الطعن في الأحكام النهائية -المنهية للخصومة كلها- الصادرة من المحاكم. يعتبر إنكاراً للحق في الترضية القضائية التي توفرها جهة القضاء لمن يطلبها في مواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها، وذلك بزيادة أعبائها ورفع كلفتها -عن مثيلتها- ومن ثم عرقلة اقتضاءها خلافاً لأحكام الفقرة (و) من المادة (٢٠) من الدستور المعدل التي تنص على أن حق التقاضي مكفول وفقاً للقانون^١.

ونلاحظ أن الأحكام الدستورية السابقة قد جعلت من مضمون نص المادة (٣١) من الدستور البحريني، ضابطاً بشأن سلطة المشرع التقديرية في تنظيم الحقوق والحريات، حيث يجب على المشرع عدم مصادرة الحقوق أو الحريات، أو الانتقاص منها أو وضع العراقيل التي تجعل من التمتع بها مرهقاً، فإن وظيفة المشرع تتمثل في مجرد تنظيم كيفية التمتع بالحقوق والحريات، وبالتالي صون الحقوق وعدم مجاوزة دائرة التنظيم إلى ما يُعد عدواناً عليه بالمصادرة أو الانتقاص أو تعطيل الانتفاع، فصون الحقوق وإعاقبتها بوضع القيود المرهقة على ممارستها، لا يجتمعان.

^١ - انظر تقرير المحكمة الدستورية البحرينية - الإحالة الملكية رقم (ل.ح.م/١/٠٩) لسنة (٧) قضائية - جلسة ٢٥ يونيو ٢٠٠٩ - منشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٩٠١.

المبحث الثالث:

الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب بشأن نصوص التجريم والعقاب

تتضمن معظم دساتير الدول مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، بنصها على قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون"، كما هي واردة في المادة (٢٠) من دستور مملكة البحرين المعدل، كما تنص هذه الدساتير على كفالة حرية الإنسان الشخصية، والواردة في الفقرة (أ) من المادة (١٩) من الدستور البحريني، ولا شك بأن هنالك ارتباطاً وثيقاً بين كفالة الحرية الشخصية، واحترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وهو الأمر الذي يترتب عدة نتائج منها، وجوب صدور نصوص التجريم والعقاب من السلطة المختصة، وضرورة أن تكون الأفعال المجرمة محددة بصورة واضحة، وأن يكون لكل جريمة ركن مادي، وأن المسؤولية الجنائية شخصية، وتفريد العقوبة، وعدم رجعية قانون العقوبات إلا إذا كان أصلاً للمتهم، وأن تكون هناك ضرورة وتناسب في الجرائم والعقوبات^١، وهذه النتيجة الأخيرة هي التي تعنينا في دراسة مبدأ التناسب في التشريع.

وحيث إن مبدأ التناسب بما يعنيه من توفر التوافق والترابط العقلي والمنطقي بين أغراض التشريع ووسائله، أو بين مجمل أركان التشريع الموضوعية، الأمر الذي يتطلب التزام المشرع بالنص على الفعل المجرم بصورة واضحة، وأن يكون لهذا التجريم ضرورة اجتماعية، وأن يكون عقابه متناسباً ومعقولاً. لذلك فإن مبدأ التناسب تتجلى تطبيقاته في نصوص التجريم والعقاب، وهو ما أرسى فيه القضاء الدستوري مبدأ الضرورة والتناسب، كقيد على سلطة المشرع التقديرية في وضع نصوص التجريم والعقاب، بخلاف الأصل في ترخص المشرع بممارسة هذه السلطة، فتنهض حينها رقابة القاضي الدستوري، بكشف وجه هذه المخالفة، الأمر الذي يفترض معه أن تكون هذه المخالفة واضحة جلية تكشف انتفاء الضرورة أو عدم التناسب في نصوص التجريم والعقاب.

^١ - انظر في هذه النتائج د. فاروق عبدالبر - دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات - مرجع سابق - ص ٤٢٣ وما بعدها.

ونشير بدايةً إلى أنه يتداخل مبدأ التناسب مع مبدأ الضرورة، باعتبارهما يشكلان ضابطاً متكاملًا لنصوص التجريم والعقاب. ولتوضيح الصورة بين الضرورة والتناسب، فإن القاعدة القانونية لا تكون ضرورية إلا إذا سُنّت لمعالجة وضع معين -فكرة الضرورة- فتعالجه على نحو كافٍ بغير مبالغة -فكرة التناسب- وهو ما يتضح معه، أن الضرورة التي تُلجئ المشرع إلى تجريم سلوك معين، تفترض أن التجريم والعقاب يتناسبان مع الهدف من التجريم^١.

وسنتناول في هذا المبحث ضابطي الضرورة والتناسب في نصوص التجريم والعقاب، مخصصين لكل ضابط منهما مطلباً مستقلاً -رغم ما لهما من ترابط- وذلك لتوضيح مفهوم كل واحد منهما بالشكل اللازم.

المطلب الأول:

التزام المشرع بمبدأ الضرورة في نصوص التجريم والعقاب

يهدف القانون الجنائي بشكلٍ عام إلى حماية المصالح الاجتماعية في الدولة، سواء كانت هذه المصالح عامة، تمس كيان الدولة أو المجتمع، أو مصالح خاصة تتعلق بحماية حقوق الأفراد وحياتهم. لذلك فإن المشرع يسعى من خلال قواعد التجريم والعقاب بما لها من فعالية وأثر يُصيب حرية الأفراد، يسعى إلى تحقيق هذه المصالح الاجتماعية المتنوعة، والتي قد تتعارض فيما بينها، وهو ما يستدعي وزنه المصالح المتعارضة، وتقرير المصلحة القانونية الجديرة بالحماية.

لذلك فإن حماية عناصر النظام العام، أو حماية حقوق الغير وحياتهم، قد تقتضي فرض قيود على حقوق الأفراد وحياتهم، من خلال نصوص التجريم والعقاب، حيث تُشكل

^١ - د. أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - مرجع سابق - ص ١٥٢.

هذه الحماية -كمصلحة عامة- الضرورة الاجتماعية التي استدعت تقييد بعض الحقوق والحريات.

ولما كانت كل من المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات عبارة عن قيم دستورية جديرة بالحماية، فإن ذلك يستلزم على المشرع أن يقوم بعملية موازنة بينهما لترجيح ما يراه أولى بالحماية، لذلك فإن مبدأي الضرورة والتناسب يشكلان ضابطين متكاملين لنصوص التجريم والعقاب^١.

ولما كان الأصل في الأعمال الإباحة، والاستثناء هو المنع والتجريم، بما يعنيه هذا التجريم من عدم جواز الإتيان بالأفعال المجرمة، وإلا الوقوع تحت طائلة المسؤولية الجنائية، فإن ذلك يعني انتقاص التجريم لحرية الفرد ولما يتمتع به من حقوق، لذلك فإنه يجب على المشرع ألا يقيد حقوق الأفراد وحررياتهم إلا من أجل تحقيق مصلحة أكبر وأولى بالرعاية من صون هذه الحقوق، ومن هنا كان لزماً على المشرع ألا يُجرم تصرفاً إلا إذا كانت هناك ضرورة تقتضي هذا التجريم.

فمبدأ الضرورة في التجريم وفقاً لذلك يُعتبر أحد الضوابط الواجب توافرها في نصوص التجريم والعقاب، ومقتضاه ألا تمتد يد المشرع إلى تجريم تصرف ما، إلا إذا كان هذا التصرف يُمثل اعتداءً على مصالح جديرة بالحماية، تتوازن من حيث أهميتها الاجتماعية مع خطورة سلب حرية الأفراد أو الانتقاص منها^٢.

وقد نصت المادة الخامسة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩، على أنه لا يجوز للتشريع أن يمنع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع، وهو ما يعكس مفهوم الضرورة الاجتماعية في نصوص التجريم والعقاب.

وفي ذلك عبرت المحكمة الدستورية العليا المصرية عن هذا المعنى، مبينةً مبررات اعتبار مبدأ الضرورة من الضوابط اللازمة للتجريم، حيث ذهبت إلى أن "الجزاء الجنائي كان عبر أطوار قاتمة في التاريخ، أداة طيعة للقهر والطغيان، محققاً للسلطة المستبدة

^١ - د. أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - دار الشروق - الطبعة الثانية - ٢٠٠٢ - ص ١٥١.

^٢ - د. خيرى أحمد الكباش - الحماية الجنائية لحقوق الإنسان - دار الكتاب الحديث - ٢٠٠٢ - ص ٣٩٢.

المحكمة الدستورية رقابتها على التشريع لتحقيق من مدى استيفائه الشكل المقرر في الدستور.

وقد قررت المحكمة الدستورية في البحرين في شأن رقابتها على المخالفات الشكلية التي تشوب التشريع بأن "المخالفة الدستورية إما أن تكون مخالفة شكلية أو مخالفة موضوعية. وإذا كانت المخالفة الموضوعية تتمثل في مخالفة التشريع، من حيث مضمونه أو فحواه، لأحكام الدستور، فإن المخالفة الشكلية تتضمن العيوب التي تشوب إجراءات سن وإصدار التشريع بالمخالفة لما نص عليه الدستور، وتتعدد أوجه المخالفة الدستورية التي تشوب شكل التشريع -سواء في ذلك القانون أو اللائحة- وتدرج في مجملها حول تلك العيوب التي تعترى الأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور".^١

وقد قررت المحكمة الدستورية في ذات حكمها بأن تحققها من استيفاء نصوص التشريع لأوضاعها الشكلية يُعد أمراً سابقاً بالضرورة على الخوض في عيوبه الموضوعية.

هذا وتنص مختلف الدساتير على الإجراءات والشكليات التي يجب أن يمر بها التشريع، سواء صدر عن السلطة التشريعية أو عن السلطة التنفيذية عند استخدامها لحقها الاستثنائي في التشريع. فينص الدستور البحريني على سبيل المثال في مادته (٧٠) على أن "لا يصدر القانون إلا إذا أقره كل من مجلسي الشورى والنواب أو المجلس الوطني بحسب الأحوال، وصدق عليه الملك" فلا يصدر القانون بإقرار أحد المجلسين له دون الآخر، كما أن القانون لا يصدر دون تصديق الملك عليه وأمره بإصداره، وفق ما تنص عليه المادة (٣٥) من الدستور.^٢

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية في القضية رقم (٠٣/٣/د) - سنة واحد قضائية - جلسة ١٣ يونيو ٢٠٠٥ - مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية - مرجع سابق - ص ١٨٨.

^٢ - تنص المادة (٣٥) من الدستور البحريني على أن:

"أ) للملك حق اقتراح تعديل الدستور واقتراح القوانين، ويختص بالتصديق على القوانين وإصدارها.
ب) يعتبر القانون مصدقاً عليه ويصدره الملك إذا مضت ستة أشهر من تاريخ رفعه إليه من مجلسي الشورى والنواب دون أن يردّه إلى المجلسين لإعادة النظر فيه.

ج) مع مراعاة الأحكام الخاصة بتعديل الدستور، إذا رد الملك في خلال الفترة المنصوص عليها في البند السابق مشروع القانون إلى مجلسي الشورى والنواب بمرسوم مسبب، لإعادة النظر فيه، حدد ما إذا كانت هذه الإعادة تتم في ذات دور الانعقاد أو في الدور التالي له.

د) إذا أعاد كل من مجلس الشورى ومجلس النواب أو المجلس الوطني إقرار المشروع بأغلبية ثلثي أعضائه، صدق عليه الملك، وأصدره في خلال شهر من إقراره للمرة الثانية".

كذلك ومن الإجراءات والشكليات اللازم توافرها لدستورية التشريع أن يكون اجتماع كلاً من مجلسي الشورى والنواب بحضور أكثر من نصف أعضائه، وأن تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة^١.

ومن الإجراءات الواجب اتباعها لكي يكون القانون نافذاً، نشره في الجريدة الرسمية، وهو ما نصت عليه المادة (١٢٢) من الدستور والتي تنص على أن "تتشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويعمل بها بعد شهر من تاريخ نشرها، ويجوز، بنص خاص في القانون، تقصير هذا الأجل أو إطالته".

أما بالنسبة لما يختص به الملك من حق إصدار التشريعات بصفة استثنائية، كما هو حال المراسيم بقوانين، والوارد حكمها في المادة (٣٨) من الدستور، والتي تنص فقرتها الأولى على أنه "إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد كل من مجلس الشورى ومجلس النواب أو في فترة حل مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، جاز للملك أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون، على ألا تكون مخالفة للدستور"، فإن هذه الفقرة قد وضعت شروط استخدام هذه الأداة الاستثنائية في التشريع، وهي غيبة مجلسي الشورى والنواب، ووجود حالة عاجلة لا تحتمل التأخير، وعدم مخالفة المراسيم بقوانين للدستور.

وجاءت الفقرة الثانية من المادة بإجراءات لازمة من حيث الشكل لصحة استخدام هذه المراسيم بقوانين، وهي وجوب عرضها على كل من مجلس الشورى ومجلس النواب خلال شهر من تاريخ صدورها إذا كان المجلسان قائمين أو خلال شهر من أول اجتماع لكل من المجلسين الجديدين في حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي، فإذا لم تعرض زال ما

^١ - نص الدستور البحريني على بعض الحالات التي تتطلب أغلبية خاصة لإقرار القانون، ومن تلك ما نصت عليه الفقرة (د) من المادة (٣٥) من الدستور والتي تشترط حصول القانون على أغلبية ثلثي أعضاء كل من مجلسي الشورى والنواب في حالة رد الملك مشروع القانون إلى المجلسين لإعادة النظر فيه. كذلك ما نصت عليه المادة (١٢٤) من أن "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ. ويجوز، في غير المواد الجزائية، النص في القانون على سريان أحكامه بأثر رجعي، وذلك بموافقة أغلبية أعضاء كل من مجلس الشورى ومجلس النواب أو المجلس الوطني بحسب الأحوال".

كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك^١. وهو ما يعني بأن عدم الالتزام بقواعد الشكل في شأن المراسيم بقوانين، يسلبها قوتها القانونية، دون الحاجة إلى اللجوء إلى إجراءات أخرى.

هذا وترد قواعد الشكل والإجراءات المتطلبة لصدور التشريع في الدستور ذاته، كما أنها ترد في اللوائح الداخلية للمجالس التشريعية، كما هو حال اللائحة الداخلية لمجلس النواب الصادرة بالمرسوم بقانون رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٢، واللائحة الداخلية لمجلس الشورى الصادرة بالمرسوم بقانون رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢. ولكن مناط تحقق عيب الشكل الذي ينال التشريع، يتحقق بمخالفة الإجراءات الشكلية الواردة في الدستور، دون سواء من قواعد واردة في أدوات قانونية أدنى مرتبة كالقانون أو اللوائح الداخلية، فلا توصف التشريعات بعدم الدستورية عند مخالفتها للقواعد الشكلية الواردة في اللوائح الداخلية للمجالس التشريعية، إذ إن الطعن بعدم الدستورية يعني مخالفة تشريع أدنى لتشريع دستوري أعلى منه، وليس مخالفة تشريع لآخر مساوٍ له^٢.

ويذهب بعض الفقه إلى التمييز بين الإجراءات والشكليات الجوهرية والإجراءات والشكليات غير الجوهرية، فيقرر بأن مخالفة الأولى تؤدي إلى بطلان التشريع، بينما مخالفة الثانية لا تؤدي إلى البطلان، مستعيراً في ذلك ما استقر عليه القضاء الإداري من التمييز بين الإجراءات الجوهرية والإجراءات غير الجوهرية في القرار الإداري، فيكون القرار الإداري باطلاً إذا خالف إجراءً جوهرياً، أما إذا كانت المخالفة لا تتعلق بإجراء جوهري، فلا يصل الأمر إلى البطلان، وإنما بإمكان الإدارة تصحيح المخالفة الشكلية^٣.

^١ - انظر في شأن المراسيم بقوانين د. إبراهيم عبدالعزيز شبحا - تشريعات الضرورة في دستور مملكة البحرين ودستور المملكة الأردنية الهاشمية (المراسيم بقوانين - القوانين المؤقتة) - إصدارات معهد البحرين للتنمية السياسية - ٢٠٠٨ - ص ٢٢ وما بعدها.
^٢ - د. رمزي الشاعر - رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر - مرجع سابق - ص ٦٧٤، د. عبدالعزيز سالم - رقابة دستورية القوانين - مرجع سابق - ص ٣٣٦.

^٣ - د. عبدالرزاق السنهوري - مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مرجع سابق - ص ٣٣٠، وقد ساق سيادته عدداً من الأمثلة لحالات الإجراء الجوهري وحالات الإجراء غير الجوهري، ومن أمثلة الأولى: نظر أحد المجلسين مشروع قانون في غير دور انعقاد، وإذا اجتمع أحد المجلسين في غير المكان المعين له، وإذا اجتمع المجلس دون أن تحضر الجلسة أغلبية أعضائه، وإذا أقر أحد المجلسين مشروع قانون دون أن تسبق إحالته على اللجنة المختصة، فيرى الدكتور السنهوري في هذه الحالات بطلان التشريع من ناحية الشكل باعتبارها من الإجراءات الجوهرية التي يجب اتباعها. أما بالنسبة للإجراءات غير الجوهرية، مثل: تأخير اللجنة التي أحيل إليها مشروع القانون في تقديم تقريرها، وعدم عرض الاقتراح بقانون على لجنة الاقتراحات قبل إحالته على لجنة الموضوع، وإذا أخذ الرأي النهائي في مشروع قانون، على المبدأ والمواد في وقت واحد، ففي هذه الحالات يرى الدكتور عدم بطلان التشريع لعدم جوهرية الإجراء التي تمت مخالفتها، وبين الإجراءات الجوهرية والإجراءات =

وفي مقابل هذا الرأي، ذهب الرأي الغالب في الفقه والذي نؤيده، إلى أن الإجراءات الشكلية المقررة بموجب الدستور واجبة الاتباع جميعها، ولا محل للتمايز بينها، فالنصوص الدستورية هي أسمى القواعد الآمرة في البنيان القانوني في الدولة، ولها جميعاً مكان الصدارة، واجبة الاحترام، ولا فرق في ذلك بين نص دستوري وآخر من حيث المرتبة، لورودها جميعاً في الوثيقة الدستورية ولما قدره المشرع الدستوري من أهمية لها، فبطلان التشريع يترتب على مخالفة أي إجراء شكلي وارد في الدستور^١.

وخلاصة ما تقدم أن قواعد الشكل الواردة في الدستور، لا يملك المشرع حيالها أية حرية في تقدير الالتزام بها أو عدم الالتزام، فهي واجبة في جميع الحالات ويترتب على مخالفتها، وصم التشريع بعدم الدستورية، وهو ما تراقبه المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها ودون حاجة إلى الطعن بمخالفة التشريع لقواعد الشكل، باعتبارها وكما ذهببت المحكمة الدستورية أمراً سابقاً بالضرورة على الخوض في العيوب الموضوعية.

المطلب الثاني:

مجال التقدير والتقييد في الأركان الداخلية للتشريع

تعتبر الأركان الداخلية للتشريع أو ما تسمى بالأركان الموضوعية، المجال الخصب الذي يمارس فيه المشرع سلطته التقديرية، بخلاف الأركان الخارجية، والتي لا يملك المشرع فيها أية حرية، فركن السبب والمحل والغاية هم الأركان التي تستوعب ممارسة المشرع لسلطته التقديرية في اختيار الحلول المناسبة، فيما عدا القيود والضوابط الدستورية التي لا يملك المشرع إلا الإذعان لها. لذلك فإننا سنستعرض في هذا المطلب حدود سلطة المشرع في الأركان الداخلية للتشريع، وذلك على النحو الآتي.

= غير الجوهرية عرض سيادته بعض الحالات يكون الإجراء فيها محلاً للنظر. للمزيد انظر بحث الدكتور السنهاوري - مرجع سابق - ص ٣٣١ وما بعدها.

^١ - انظر د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٤٤٤، د. رمزي الشاعر - مرجع سابق - ص ٦٧٣، د. عبدالعزيز سالم - رقابة دستورية القوانين - مرجع سابق - ص ٣٤١، د. ثروت عبدالعال أحمد - مرجع سابق - ص ٦٧.

الفرع الأول: ركن السبب والسلطة التقديرية:

يُعرف السبب في القرار الإداري بأنه مجموعة العناصر القانونية والواقعية التي تقود الإدارة إلى التصرف^١، أو التي تكون أساس القرار الإداري^٢. وكما هو بين من التعريف، أن أسباب القرار الإداري تنقسم إلى فئتين، الأسباب القانونية والأسباب الواقعية، ويُقصد بالأولى مجموعة القواعد القانونية التي تشكل الأساس القانوني للقرار، فيتعين عند بحث مدى مشروعية القرار الإداري البحث أولاً في القاعدة القانونية التي تحكم موضوع هذا القرار، فيتولى القضاء رقابة الأسباب القانونية من حيث الوجود والمشروعية ومدى إصابة الإدارة في تفسير هذه الأسباب^٣.

ويذهب الفقه إلى أن العيوب التي تصيب الأسباب القانونية للقرار الإداري، هي أن يُتخذ القرار خارج مجال تطبيق القانون، كما في حالة اختلاف الموضوع بين القرار والقانون المنظم له، أو أن يتخلف الأساس القانوني للقرار، أو أن يكون هناك خطأ في تفسير القانون^٤. ويقرر الفقه بأنه لا تكون للإدارة إزاء هذه الأسباب أية سلطة تقديرية، فلا تُفسر الإدارة القانون كيفية تشاء، إنما يمارس القضاء رقابة كاملة على وجود الأسباب القانونية وشرعيتها وصحة تفسير الإدارة لها^٥.

أما بالنسبة للفئة الثانية من الأسباب التي يقوم عليها القرار الإداري، فهي الأسباب الواقعية، وهي تلك الحالات الواقعية التي تدفع إلى إصدار القرار الإداري، وهي حالة موضوعية تحدث قبل إصدار القرار فتوحي لرجل الإدارة بالتصرف، ومثالها إتيان الموظف فعلاً معيناً يستوجب توقيع العقوبة التأديبية، ويمنح القانون للإدارة اختصاصاً لمواجهتها، ويمدها بحرية تقدير أهمية السبب وقيمه ومدى كفايته ودرجة تناسبه مع الإجراء المتخذ^٦.

^١ - د. عصام عبدالوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - مرجع سابق - ص ٢٢٩.

^٢ - د. محمد مصطفى حسن - السلطة التقديرية في القرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ١٥٨.

^٣ - لندة يشوي - السلطة التقديرية ومفهوم الملاءمة كامتياز من امتيازات الإدارة - مرجع سابق - ص ٣٠٢.

^٤ - د. عصام عبدالوهاب البرزنجي - مرجع سابق - ص ٢٤٢.

^٥ - حمد عمر حمد - السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها - أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض -

٢٠٠٣ - ص ١٢٤.

^٦ - لندة يشوي - السلطة التقديرية ومفهوم الملاءمة كامتياز من امتيازات الإدارة - مرجع سابق - ص ٣٠٢.

وتتفاوت رقابة القضاء فيما يتعلق بالأسباب الواقعية للقرار الإداري، حيث يبسط رقابته على الوجود المادي للوقائع دائماً، فيتحقق من صحة وجود الواقعة المادية التي تكون سبب القرار الإداري، وبالنسبة للتكييف القانوني للوقائع فإن القضاء يمارس رقابته عادةً عليه، أما فيما يتعلق بالرقابة على مدى التناسب بين الوقائع ومضمون القرار، فإن الأصل هو ترخص الإدارة في تقدير أهمية الأسباب وتناسبها مع الإجراء المتخذ^١.

وقد قرر الفقيه (ايزنمان) بأن رجل الإدارة ليس حراً في إصدار قراره بمحض رغبته الشخصية، أو الامتناع عن إصداره عندما لا يريد، ولكنه ملزم بإصدار هذا القرار في حالة توافر وقائع معينة، بغية إحداث أثر قانوني محدد، باعتبار أن معظم القرارات الإدارية وخاصة الفردية منها، تستند لوقائع محددة، هذه الوقائع هي سبب القرار أو التصرف^٢.

ومما سبق يتضح بأن ركن السبب في القرار الإداري تتفاوت فيه سلطة الإدارة التقديرية بين التقدير والتقييد، فلا تملك أية سلطة تقديرية فيما يتعلق بالأسباب القانونية، وتملك هذه السلطة في بعض عناصر الأسباب الواقعية للقرار الإداري، وتكمن حرية التقدير لدى الإدارة في إجراء التناسب بين سبب القرار ومحلّه.

وفيما يتعلق بالمجال الدستوري، وركن السبب في التشريع فإنه يمكن تعريفه بأنه الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع إلى صدوره^٣. ويختلف الدور الذي يقوم به ركن السبب في القانون عن دوره في القرار الإداري، حيث إن فكرة الأسباب الواقعية التي تدفع إلى إصدار القرار الإداري ليس لها وجود في نطاق القانون إلا في حالات معينة نص الدستور عليها، فالأصل أن القانون ليس مرتبطاً بقيام وقائع موجودة فعلاً تدفع لإصداره. حيث إن الطبيعة العامة للقانون تجعله أداة لتنظيم سياسة مستقبلية، وإذا ما كانت هناك بعض القوانين تصدر استناداً إلى وقائع معينة، فيرى الفقه بأن الواقع ليس هو العنصر الأساسي الدافع

^١ - للمزيد انظر د. عصام عبدالوهاب البرزنجي - مرجع سابق - ص ٢٤٣ وما بعدها، د. محمد مصطفى حسن - مرجع سابق - ص ١٥٨ وما بعدها، د. بدر محمد عادل محمد - الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٠ - ص ٨١٣ وما بعدها، حمد عمر حمد - مرجع سابق - ص ١٢٤ وما بعدها.

^٢ - مشار إليه عند د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص ٣٩٦.

^٣ - د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٤٥٠، د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - مرجع سابق - ص ٧٩.

لإصدار القانون، بل إن إرادة المشرع هي التي تكسبه هذه الصفة، ذلك لأن المشرع يملك أن يأخذ بهذا الواقع أو أن يهمله^١.

فالعالم الأعم هو عدم تحديد المشرع الدستوري لأسباب معينة لإصدار القانون، فيتمتع المشرع حينها بسلطة تقديرية دون معقب عليه من قبل القضاء الدستوري، والذي يمتنع عن رقابة الأسباب أو الوقائع التي دفعت المشرع لإصدار القانون، باعتبارها من الملاءمات التشريعية، والتي يترخص فيها المشرع في تقدير البواعث من وراء إصدار التشريع.

فإذا ما كان الأصل هو حرية المشرع في تقدير أسباب التشريع، وعدم وجوب توافر هذه الأسباب لإصدار التشريع باعتبار طبيعته العامة المجردة ولكونه أداة لرسم السياسة المستقبلية للدولة، فإن المشرع الدستوري قد ينص على سبيل الاستثناء على ضرورة توافر أسباب معينة لتبرير صدور التشريع.

ومن هذه الحالات ما نصت عليه المادة (٣٨) من دستور مملكة البحرين المعدل، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه "إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد كل من مجلس الشورى ومجلس النواب أو في فترة حل مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، جاز للملك أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون، على ألا تكون مخالفة للدستور".

حيث حددت المادة السبب الدافع لاستعمال هذه الأداة الاستثنائية، وحددت شروط استخدام المراسيم بقوانين، حيث يتمثل السبب في وجود الوقائع التي تُشكل ظرفاً عاجلاً، توجب اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، فإذا ما توافرت هذه الحالة، باعتبارها سبباً واقعياً -سواء فيما بين أدوار الانعقاد أو في فترة حل مجلس النواب- فإنه يجوز استخدام المراسيم

^١ - د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (دراسة تطبيقية في مصر) - الجزء الأول - دار أبو المجد - ٢٠٠٦ - ص ٢٠١، د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٤٥١، د. ثروت عبدالعال أحمد - مرجع سابق - ص ٧٩.

بقوانين كأداة لمواجهة هذه الحالة، وذلك بشرط غيبة مجلسي الشورى والنواب، وعدم مخالفة المراسيم بقوانين للدستور^١.

لذلك فإن سلطة الملك مقيدة في استخدام المراسيم بقوانين بتوافر كل من الأسباب والوقائع الداعية لها، وشروط استخدامها، مما يتمتع معه القضاء بسلطة مراقبة مدى توافر هذه الأسباب والشروط باعتبارها من قبيل القيود الدستورية الواجب توافرها في استخدام هذه الأداة الاستثنائية في التشريع، ولا يعفي إقرار البرلمان للمرسوم بقانون من بسط القضاء الدستوري رقابته عليه والحكم بعدم دستوريته إذا ما خالف الضوابط الدستورية.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها في القضية رقم (٢٨) لسنة (٢) قضائية بجلسة ٤ مايو ١٩٨٥، بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، ولما لهذا الحكم من أهمية بالغة في مجال صلاحية استخدام القرارات بقوانين - المراسيم بقوانين - نورد ما قام عليه من تأسيس للحكم بعدم دستورية القرار بقانون المذكور، حيث قررت المحكمة بأن:

"سن القوانين عمل تشريعي تختص به الهيئة التشريعية التي تتمثل في مجلس الشعب طبقاً للمادة (٨٦) من الدستور. والأصل أن تتولى هذه الهيئة بنفسها سلطة التشريع على مقتضى القواعد المقررة من الدستور، إلا أنه نظراً لما قد يطرأ في غيبة مجلس الشعب من ظروف توجب سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير، فقد أجاز الدستور لرئيس الجمهورية في تلك الحالات أن يصدر في شأنها قرارات لها قوة القانون. وقد حرص المشرع الدستوري على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية في التشريع من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحولها - إلى ممارسة تشريعية مطلقة، موفقاً بذلك بين مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات وضمان مباشرة كل منها للمهام المنوطة بها، وبين الاعتبارات العملية الملحة التي تتطلب تخويل رئيس الجمهورية رخصة التشريع - على سبيل الاستثناء - لمواجهة تلك الظروف الطارئة حال غياب المجلس التشريعي المختص أصلاً بذلك. من أجل ذلك نص

^١ - يذهب د. إبراهيم شيجا إلى أنه لا يتطلب الأمر لتبرير إصدار مراسيم بقوانين من جانب السلطة التنفيذية في غيبة البرلمان وجود الظروف الطارئ الخطير أو الظروف الاستثنائية، بل يكفي تقدير السلطة التنفيذية أن التأخير والإبطاء والتأجيل في إصدار تشريع معين لحين عودة البرلمان أو اجتماعه سيؤدي إلى فوات مصالح جوهرية تمس صالح الجماعة وأمنها في أي من المجالات السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية. انظر د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا - مرجع سابق - ص ٢٢.

الدستور في الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) على أنه (إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون) وفي الفقرة الثانية على أنه ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم يعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر.

وحيث إن المستفاد من هذا النص أن الدستور وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصاً في إصدار قرارات تكون لها قوة القانون في غيبة مجلس الشعب، إلا أنه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدوداً ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية، منها ما يتعلق بشروط ممارسته ومنها ما يتصل بمآل ما قد يصدر من قرارات استناداً إليه. فأوجب لإعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائباً وأن تنهياً خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار أن تلك الظروف هي مناط هذه الرخصة وعلة تقريرها. وإذا كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص التشريعي الاستثنائي، فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد إليهما للتحقق من قيامهما، باعتبارهما من الضوابط المقررة في الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات، شأنهما في ذلك شأن الشروط الأخرى التي حددتها المادة (١٤٧) ومن بينها ضرورة عرض القرارات الصادرة استناداً إليها على مجلس الشعب للنظر في إقرارها أو علاج آثارها....

لما كان ذلك، وكانت الأسباب سالفة البيان. وحاصلها مجرد الرغبة في تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم ما أستجد من تغييرات في نواحي المجتمع وإن جاز أن تدرج في مجال البواعث والأهداف التي تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقاً لإصلاح مرتجى إلا أنه لا تتحقق بها الضوابط المقررة في الفقرة الأولى من المادة (١٤٧)

من الدستور، ذلك أن تلك الأسباب تفيد أنه لم يطرأ -خلال غيبة مجلس الشعب- ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التي تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة (١٤٧) المشار إليها ومن ثم فإن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩- إذ صدر استناداً إلى هذه المادة، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها، يكون مشوباً بمخالفة الدستور.

وحيث إنه لا ينال مما تقدم ما أثارته الحكومة من أن تقدير الضرورة الداعية لإصدار القرارات بقوانين عملاً بالمادة (١٤٧) من الدستور متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابة مجلس الشعب باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية التي لا تمتد إليها الرقابة الدستورية، ذلك أنه كان لرئيس الجمهورية سلطة التشريع الاستثنائية طبقاً للمادة المشار إليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تستوجب سرعة المواجهة وذلك تحت رقابة مجلس الشعب، إلا أن ذلك لا يعنى إطلاق هذه السلطة في إصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور والتي سبق أن استظهرتها المحكمة ومن بينها اشتراط ان يطرأ-في غيبة مجلس الشعب- ظروف من شأنه توفر الحالة الداعية لاستعمال رخصة التشريع الاستثنائية وهو ما لم يكن له قائمة بالنسبة للقرار بقانون المطعون عليه الأمر الذي يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية.

وحيث إنه -من ناحية أخرى- فإن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون المطعون عليه لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صدوره. كما أنه ليس من شأن هذا القرار في ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعي جديد يدخل في زمرة القوانين التي يتعين أن يتبع في كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التي حددها الدستور في هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون.

وحيث إنه لما كان ما تقدم، وكان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية المطعون عليه قد استهدف بتنظيمه التشريعي المترابط موضوعاً واحداً قصد به معالجة بعض مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالأسرة على ما

سلف بيانه، وكان العيب الدستوري الذي شابه قد عمه بتمامه لتخلف سند إصداره، فإنه يتعين الحكم بعدم دستوريته برمته^١.

فالدستور وفقاً للحكم السابق قد حدد سبب إصدار القرارات التي لها قوة القانون -المراسيم بقوانين- وهو وجود وقائع تشكل ظرفاً عاجلاً في ظل غياب البرلمان، مما تعتبر معه هذه الوقائع السبب في استخدام الأداة التشريعية الاستثنائية، ولهذا يجب أن يباشر القضاء الدستوري دوره في التثبت من توافر هذه الظروف العاجلة وتكييفها، لأن الدستور بتحديد السبب في إصدار القرارات التي لها قوة القانون أو المراسيم بقوانين قد جعل من سلطة المشرع مستخدم الأداة -رئيس الدولة- سلطة مقيدة وليست تقديرية.

وقد ذهب رأي في الفقه إلى أنه يستوي أن تكون الحالة القانونية أو الواقعية والتي تدعو مواجهتها استخدام القرار بقانون -المرسوم بقانون- حالة طارئة أو قائمة من قبل وامتدت آثارها في فترة غياب المجلس^٢. وهو الأمر الذي يوسع من الحالات التي تجيز استخدام المراسيم بقوانين لتشمل بالإضافة إلى ما يطرأ من حالات عاجلة أثناء غيبة البرلمان، وجود وقائع سابقة على غيبة البرلمان وامتدت آثارها إلى فترة الغياب.

ولا نتفق مع هذا الرأي الذي يوسع من استخدام المرسوم بقانون كتشريع استثنائي، حيث إن مناط استخدام هذه الأداة هو ما يستجد من حالات طارئة أثناء غيبة البرلمان وهو ما نصت عليه المادة (٣٨) من دستور البحرين والتي تتشابه مع نص المادة (١٤٧) من الدستور المصري، وهو ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها السابق، بالإضافة إلى أنه كان بإمكان رئيس الدولة التقدم بمشروع قانون أثناء انعقاد البرلمان، وعدم استغلال فترة غياب البرلمان بإصدار القرار بقانون -المرسوم بقانون- فضلاً عن أن وجود الحالة أثناء قيام البرلمان واستمرارها فترة غيابه، وعدم قيام المشرع بدوره بتنظيم موضوع هذه الحالة، يجعل منها حالة غير عاجلة بحسب تقدير البرلمان صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع.

^١ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية- قضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية- جلسة ٤ مايو ١٩٨٥- موقع المحكمة الدستورية العليا.
^٢ - رأي د. فتحي عبدالصبور- مقال بعنوان الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية هل في الدستور ما يقيد- الأهرام ١٠ يونيو ١٩٧٥- مشار إليه عند د. محمد ماهر أبو العينين الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - الجزء الأول - مرجع سابق - ص ٢٠٦.

ونخلص في شأن حدود سلطة المشرع بالنسبة لركن السبب في التشريع، إلى أن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بالأسباب المبررة لتدخله، بل ولا يشترط في تدخله توافر أسباب معينة نظراً لطبيعة دور المشرع وطبيعة ما يصدره من تشريع، ويرد على هذه السلطة التقديرية في تقدير ركن السبب في التشريع استثناء يوجب الدستور فيه توافر وقائع معينة لصحة إصدار التشريع، كما هو حال المراسيم بقوانين، فيخضع التحقق من الوجود المادي للوقائع العاجلة وتكييفها لرقابة القضاء الدستوري.

الفرع الثاني: ركن المحل والسلطة التقديرية:

لا يختلف مفهوم ركن المحل في القانون عنه في القرار الإداري، فيمكن تعريف المحل في القانون بأنه "الأثر القانوني المترتب عليه، فهو جوهر القانون ومادته، وهو الركن الذي يترجم إرادة مصدر القانون إلى وقائع".^١

وحيث إن طبيعة القانون تفرض عليه أن يكون عاماً ومجرداً، أي لا يميز بين حالة فردية وأخرى مماثلة، بل يطبق على جميع الحالات المتمثلة على السواء، والتي صدر منظمها لها، كذلك وأنه لا يوضع لحالة فردية بالذات، بل يصدر مجرداً ليطبق على طائفة من الحالات الفردية، ولا يستند غرضه بمجرد تطبيقه على حالة منها^٢، فإنه بذلك يختلف عن القرارات الإدارية الفردية والتي تصيب آثارها فرداً أو أفراداً معينين.

ولا يمنع من عمومية التشريع وتجريده ألا يطبق التشريع بالفعل إلا لمرة واحدة، أو ألا يطبق بالفعل إلا على فرد واحد، كما لا يمنع من ذلك أن يكون التشريع مقصوراً تطبيقه على مكان معين، أو مؤقتاً بمدة محددة^٣.

وبالإضافة إلى اختلاف طبيعة القانون عن طبيعة القرارات الإدارية الفردية، فإن السلطة التقديرية التي يباشرها المشرع أوسع منها عند جهة الإدارة، فتلتزم الأخيرة في

^١ - د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الأول - مرجع سابق - ص ١٩٥.

^٢ - د. مصطفى أبو زيد فهمي - الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٥ - ص ٥٠٢، د. عبدالرزاق السنهوري - مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مرجع سابق - ص ٣٣٨.

^٣ - د. عبدالعزيز سالم - رقابة دستورية القوانين - مرجع سابق - ص ٣٤٢، د. عبدالرزاق السنهوري - مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مرجع سابق - ص ٣٣٩ وما بعدها.

قراراتها الفردية واللائحية وفقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية بأحكام الدستور والقانون، أما المشرع فيلتزم بأحكام الدستور ومبادئه فقط، والتي عادة ما تتضمن المرونة الكافية^١ لممارسة المشرع سلطته التقديرية، والتي تخوله حرية التدخل لتنظيم مسألة معينة أو الامتناع عن التدخل، واختيار وقت التدخل، واختيار مضمون القانون، دون التقيد بحلول معينة، شريطة ألا يكون تنظيمه مخالفاً للدستور.

لذلك فإنه يتعين على المشرع الالتزام بالقواعد الموضوعية التي يفرضها الدستور، حيث تتفاوت سلطة المشرع بالنسبة لمحل القانون بين التقدير والتقييد، وقد يصل الأمر إلى عدم إعطاء المشرع أية سلطة في شأن مسألة من المسائل، وهو الأمر الذي يبناه في معرض تناولنا للتمييز بين السلطة التقديرية للمشرع والسلطة المقيدة. فكلما ترك المشرع الدستوري أمر تنظيم مسألة من المسائل للقانون، أو كانت القيود الدستورية فضفاضة تسمح للمشرع بالاختيار بين عدة حلول؛ كانت سلطة المشرع تقديرية، أما إذا كانت القيود الدستورية محكمة بحيث تلزم المشرع بتحقيق نتيجة محددة، أو تفرض عليه تنظيم المسألة بصورة معينة عند توافر شروط محددة؛ كانت سلطته مقيدة^٢.

هذا وتفرز السلطة التقديرية أو السلطة المقيدة في محل العمل القانوني نوعين من العلاقة بين القواعد الأدنى والقواعد الأعلى، فيجب أن تكون علاقة القاعدة الأدنى بالقاعدة الأعلى علاقة تطابق في حالة السلطة المقيدة، فيكون عمل الجهة التي أصدرت القاعدة الأدنى تنفيذ مضمون القاعدة الأعلى أو ترديدها، أما بالنسبة للسلطة التقديرية فعلاقة القاعدة الأدنى بالقاعدة الأعلى حينها علاقة الموافقة أو عدم المخالفة، فتتمتع الجهة حينها بقدر من الحرية^٣.

^١ - تتميز صياغة النصوص الدستورية بالخصوصية، حيث إن قواعد الدستور تتمتع بالإيجاز والمرونة، القادرة على التكيف مع التطور والتحول في الواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي في الدولة، لذلك فإن المشرع الدستوري يعمل على أن تكون عباراته في إطار العموميات التي تبتعد نوعاً ما عن الدقة في التحديد، مما يكون للمشرع والقضاء الدستوري مجالاً في تفسير النصوص الدستورية وتكييفها بحسب ما تمليه متطلبات المجتمع. انظر في خصوصية صياغة النصوص الدستورية د. عصام سليمان - تفسير الدستور وأثره على المنظومة الدستورية - بحث منشور في مجلة دراسات دستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية بملكة البحرين - المجلد الأول - العدد الأول - يوليو ٢٠١٣ - ص ٢١٧.

^٢ - د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - مرجع سابق - ص ٣٩٢.

^٣ - د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - مرجع سابق - ص ٧١.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن علاقة المطابقة بين القانون والدستور لا وجود لها في مجال الرقابة على الدستورية، ذلك أن حالة النصوص وما تبدو عليه من عمومية وعدم تحديد لا تسمح للقاضي الدستوري أن يبلغ المدى ذاته الذي قد يبلغه القاضي الإداري في تقييد سلطة الإدارة، ولذلك فإن القاضي الدستوري عادة ما يهبط برقبته إلى حدودها الدنيا ويكتفي بالتحقق من عدم مخالفة التشريع للدستور حتى لا تؤدي رقابته إلى إهدار ما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية^١.

وفي رأيي أن علاقة المطابقة بين القانون والدستور يجب أن تقوم في حالة انعدام سلطة المشرع في التقدير، كما هو حال حظر المصادرة العامة للأموال -المادة (٩/د) من الدستور البحريني- وحظر إبعاد المواطن عن البحرين أو منعه من العودة إليها -المادة (١٧/ب)- وحظر التعذيب بكافة أشكاله -المادة (١٩/د)- أما في حالة السلطة المقيدة فإن النص الدستوري هو الذي يحكم حدود سلطة المشرع، وما إذا كان يجب أن تكون علاقة القانون بالدستور علاقة مطابقة أم عدم مخالفة. فإن بعض النصوص الدستورية تخول المشرع سلطة تقديرية وتضع بعض القيود في استخدام هذه السلطة مما تكون معه سلطته دائرة بين التقدير والتقييد.

ومثال ذلك ما نصت عليه الفقرة (ج) من المادة (٩) من دستور البحرين والتي تنص على أن "الملكية الخاصة مصنونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضا عادلا". فتعطي هذه المادة المشرع سلطة في تقدير أحوال المنفعة العامة والتي يجوز فيها نزع الملكية الخاصة، وفي مقابل هذه السلطة التقديرية، قيد النص بأن يكون نزع الملكية لصالح المنفعة العامة المبينة في القانون دون سواها، وأن يكون النزع مقابل تعويض عادل.

ولما كان المجال الخصب لسلطة المشرع التقديرية تنصب في تنظيمه لحقوق الأفراد وحررياتهم العامة، فإنه لا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية، وهو

^١ - انظر د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - مرجع سابق - ص ٧٢.

ما نصت عليه المادة (٣١) من دستور مملكة البحرين، ولا أن يجعل التنظيم التمتع بالحق أو الحرية أمراً شاقاً أو مرهقاً. حيث ذهبت المحكمة الدستورية البحرينية إلى "إن المادة (١٩) من الدستور بتأكيداها على كفالة الحرية الشخصية قد جعلتها أصلاً من الأصول والمقومات الدستورية الأساسية، بما مؤداه أن سلطة المشرع في تنظيمه لها مقيد بالحفاظ على وجودها، وألا ينال التنظيم أو التحديد من جوهرها، وألا يضع عليها من القيود ما يعصف بها، وهو ما قرره المادة (١٩) من الدستور".^٢

ومما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات، ألا يكون التنظيم التشريعي للحق مؤدياً إلى مصادره أو منطوياً على اغتيال وجوده والنيل منه والعصف به بنقضه وإهداره، أو بالانقاص منه، أو عن طريق تقليص فعاليته بما يحد منه.^٣

وننتهي مما سبق إلى أن سلطة المشرع التقديرية تكاد تستغرق النشاط التشريعي، وأن العلاقة بين المحل والسلطة التقديرية للمشرع، تحددها طبيعة القيود التي يفرضها الدستور، فقد يتمتع المشرع بالنسبة لمحل التشريع بسلطة تقديرية واسعة إذا ما خوله المشرع الدستوري ذلك، أو كانت القيود الموضوعية من المرونة بما تجعله يتحرك بحرية، وقد يفرض المشرع الدستوري قيوداً صارمة لا يملك المشرع إلا ترديد أحكامها، أو يلتزم بمراعاتها عند تنظيم محلها، فتكون سلطته مقيدة، وعادة ما يُعطي المشرع الدستوري المشرع العادي سلطة تقديرية في تنظيم موضوع معين، مع تقييد هذا التنظيم بقيود وضوابط خاصة بشأن الموضوع محل التنظيم، بالإضافة إلى الضابط العام بعدم النيل من جوهر الحق أو الحرية، فتختلط بذلك سلطة المشرع عند تنظيمه للموضوع بين التقدير والتقييد، فيلتزم بالقيود التي وضعها المشرع الدستوري بالنسبة لبعض الجوانب المتعلقة بالموضوع، وينطلق بسلطة التقدير إلى الحدود التي يسمح بها الدستور.

^١ - د. مصطفى أبو زيد فهمي - الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين - مرجع سابق - ص ٥٠٥.

^٢ - حكم المحكمة الدستورية - القضيتان رقم (٥٤/٣/د) و(٥٤/٤/د) لسنة (٢) قضائية - جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ - مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية - مرجع سابق - ص ٢٤١.

^٣ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم ١٨ لسنة ١٣ قضائية - جلسة ١٥/٥/١٩٩٣ - مشار إليه عند د. سامي جمال الدين - القانون الدستوري والشرعية الدستورية - مرجع سابق - ص ٢٥٣.

الفرع الثالث: ركن الغاية والسلطة التقديرية:

يقول الفقيه (فالين): إن كل سلطة اجتماعية إنما تجد وجودها الشرعي فيما تسعى إليه من تحقيق المصلحة العامة^١. فالمصلحة العامة تمثل غاية التشريع كما هي غاية كل عمل قانوني. فتدخل رجل الإدارة والمشرع يجب أن يكون مبنياً على أساس تحقيق غاية محددة، وأن تكون هذه الغاية مشروعة أولاً وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة في النهاية.

وبالرغم من أن المصلحة العامة تمثل غاية كل عمل قانوني وأساساً لمشروعيتها، إلا أنها فكرة مرنة وغير ثابتة، كما ويصعب وضع معيار منضبط يحدد إطارها، فما يراه البعض يحقق المصلحة العامة قد يراه البعض الآخر غير ذلك. فالمصلحة العامة فكرة مرنة، تختلف باختلاف نظرة الناس وتبدل الزمان والمكان. فلكل مجتمع صالحه العام الذي يرجو تحقيقه، بل أن المجتمع الواحد تتغير نظرتة إلى هذا الصالح العام في كل حقبة من حقب تقدمه، فتارة يرى في النظام الرأسمالي محققاً للمصلحة العامة وتارة يجعل من النظام الاشتراكي سبيلاً إلى هذه المصلحة^٢.

ولا تعني المصلحة العامة باعتبارها غاية التشريع، أن يكون هذا التشريع يخدم جموع الشعب أو جزأه الأكبر، حيث لا ينفي عن القانون طبيعته العامة والمجردة أن ينظم أمور طائفة معينة أو حتى فرداً واحداً، طالما لا يقصد منه تحقيق نفع خاص لشخص بذاته، كما وسبق بيانه.

ولما كانت المصلحة العامة فكرة مرنة، فإن للمشرع وفق ما يملكه من سلطة تقديرية، تحديد أوجه الصالح العام في ما يسنه من تشريع، فيمارس سلطته في تحديد مفهوم المصلحة العامة أولاً، ومن ثم إقامة التوازن بين المصالح المختلفة، وتقدير أيهما أولى بالحماية.

ويضرب أحد الفقهاء^٣ مثلاً بشأن إجراء الموازنة بين المصالح المتضاربة، واختيار المشرع أولها بالحماية، ويتعلق المثال بزيادة موارد الدولة، فلا شك أن التشريع الذي

^١ - مشار إليه عند د. عصام عبدالوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - مرجع سابق - ص ٤٨١.

^٢ - د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الأول - مرجع سابق - ص ٣١٠.

^٣ - د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - مرجع سابق - ص ٤٠٣.

يهدف إلى زيادة موارد الدولة يحقق المصلحة العامة، مما يستتبع زيادة الانفاق العام وتحسين مستوى الخدمات للمواطنين، ولكن الأمر يختلف إذا ما كانت هذه الزيادة مرتبطة بإرهاق المواطنين بالضرائب، وهنا تظهر السلطة التقديرية للمشرع في إقامة التوازن بين المصلحة العامة الأجدى بالحماية، وما إذا كانت هذه المصلحة تتمثل في زيادة موارد الدولة، أم عدم إرهاق المواطنين بالتزامات مالية جديدة.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية في هذا الشأن، على خطورة الضريبة العامة بالنظر إلى اتصالها بمصالح القطاع الأعرض من المواطنين، وتأثيرها في الأوضاع الاقتصادية بوجه عام، مما يحتم موازنتها بالقيود المنطقية التي ينبغي أن تكون إطاراً لها، فلا تفرضها السلطة التشريعية إلا لضرورة تقتضيها، وعلى ضوء معايير تكفل عدالتها اجتماعياً^١.

لذلك فإنه يتعين عند ممارسة حرية التقدير، أن يستهدف المشرع أغراضاً يقتضيها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم التشريعي، وأن تكون الوسائل المستخدمة مرتبطة عقلاً في الوصول إلى هذه الغاية، وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا في مصر من أنه "يتعين دوماً لضمان اتفاق هذا التنظيم مع الدستور، أن تتوافر علاقة منطقية بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع في موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقاً لبلوغها، فلا تتفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع، عن أهدافها، بل يجب أن تعد مدخلاً إليها"^٢.

وقد قررت المحكمة الدستورية في البحرين "أن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد بها الدستور بضوابط معينة، ويتمثل جوهر هذه السلطة التقديرية في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة، لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم، مما مؤداه أن مشروعية النصوص القانونية التي يتخذها المشرع كوسيلة لتحقيق الأهداف المشار إليها، مناطها توافقها مع أحكام الدستور ومبادئه، ومن ثم يتعين على

^١ - حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

المشرع دائماً إجراء موازنة دقيقة بين مصالح المجتمع والحرص على أمنه واستقراره من ناحية، وحريات وحقوق الأفراد التي كفلها لهم الدستور من ناحية أخرى^١.

هذا ويذهب الفقه إلى أن رقابة الانحراف في استعمال السلطة تنصب على الغاية التي توخاها المشرع من وراء التشريع، فإذا ما توخى المشرع مصلحة فردية أو طائفية أو حزبية، أو كان يستهدف الإضرار بفرد أو مجموعة من الأفراد بذواتهم، كان التشريع موصوفاً بعيب الانحراف بالسلطة التشريعية، حيث إنه تغيا أمراً غير ما تقتضيه المصلحة العامة، مما يكون معه للمحكمة الدستورية حق الرقابة على الانحراف التشريعي^٢.

وبالرغم مما ذهب إليه الفقه من خضوع ركن الغاية للرقابة، إلا أنه يعترف بأن رقابة الانحراف التشريعي تتصف بالصعوبة، مما ينبغي أن تكون بحذر شديد، وذلك لارتباطها بمقاصد السلطة التشريعية والتي يفترض فيها السعي وراء تحقيق المصلحة العامة وتجنب الغايات الشخصية أو الحزبية، لذلك يذهب الفقه إلى اعتبار عيب الانحراف عيباً احتياطياً، وسنأتي في الفصل الثاني من هذه الرسالة بتفصيل هذا الموضوع.

ونخلص مما سبق إلى أن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بركن الغاية، فيملك تحديد أوجه المصلحة العامة التي يتغياها، وإجراء الموازنة بين المصالح المختلفة، ليحدد أقربها إلى الصالح العام وأولها بالحماية.

^١ - حكم المحكمة الدستورية البحرينية - القضيتان رقم (٠٤/٣/د) و(٠٤/٤/د) لسنة ٢ قضائية - جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ - مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية - الكتاب الأول - ٢٠٠٣ إلى ٢٠٠٦ - البحرين - ٢٠٠٧ - ص ٢٢٥.

^٢ - د. يحيى الجمل - القضاء الدستوري في مصر - دار النهضة العربية - ٢٠٠٦ - ص ٢٠٧، د. عبدالرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٣٥٥، د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - مرجع سابق - ص ٨٤، د. منير عبدالمجيد - أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - مرجع سابق - ص ١٠٣.

الفصل الأول:

ماهية التناسب في التشريع وتمييزه عن غيره من المفاهيم

تمهيد وتقسيم:

تناولنا في الفصل التمهيدي مفهوم السلطة التقديرية للمشرع، وانتهينا إلى أن المشرع يمارس سلطته التقديرية وفق الحدود والضوابط الدستورية، وأن هذه السلطة تتعدد معالمها في ثلاثة مظاهر رئيسية، وهي أولاً: حرية المشرع في التدخل أو عدم التدخل في سن التشريع وتقدير مدى ضرورته، وذلك إذا لم يكن على المشرع التزام دستوري بسن التشريع وهو الأصل العام. ثانياً: حرية المشرع في اختيار وقت تدخله بالتنظيم التشريعي. وثالثاً: حرية المشرع في تحديد مضمون التشريع وتقدير الحلول المناسبة لمعالجة موضوعه، بما يتفق مع غايات التشريع وبما يراعي حقوق الأفراد وحررياتهم.

وحيث إن الأصل العام في سلطة المشرع التقديرية، خروجها عن رقابة القضاء الدستوري، فإن هذا الأصل لا يجري على إطلاقه، حيث يرد عليه استثناء تخضع بمقتضاه سلطة المشرع التقديرية للرقابة الدستورية، وهو ما يكرره القضاء دائماً بأن ممارسة المشرع لسلطته التقديرية يجب أن تكون وفق الضوابط الدستورية^١، مما تخضع معه هذه السلطة للرقابة ليتحقق القاضي الدستوري من مدى التزام المشرع بما وضعه الدستور من

^١ - تذهب المحكمة الدستورية في البحرين إلى أن "الأصل الدستوري لسلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق والواجبات أنها سلطة تقديرية ما لم يكن الدستور قد فرض عليه في شأن ممارستها ضوابط محددة تحد من إطلاقها، باعتبار أن جوهر هذه السلطة يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم، موازناً بينها ومرجعاً ما يراه أنسبها لمضمونها وأجدرها بتحقيق مصالح الجماعة، واختيار أصلحها ملائمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم. إلا أن ممارسة هذه السلطة مقيدة بضوابط الدستور وحدوده، والتي تعد سياجاً لا يجوز اقتحامه أو تخطيه. فإذا ما عهد الدستور إلى أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بتنظيم موضوع معين، كان لزاماً على القواعد القانونية التي تصدر عن أي منهما في هذا النطاق ألا تتنازل من جوهر الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور، سواء بنقضها من أساسها بإصدارها، أو بانتقاصها من أطرافها بتهميشها، وإلا كان ذلك بمثابة عنوان على مجالاتها الحيوية". انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضية رقم ٥٦/٣/د لسنة (٤) قضائية - جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٩ - منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢ أبريل ٢٠٠٩ - العدد رقم ٢٨٨٩. أما المحكمة الدستورية العليا المصرية فتقرر بأن "الرقابة القضائية على دستورية التشريع لا تمتد إلى ملاءمة إصداره باعتبار أن ملاءمة التشريع هي أخص مظاهر السلطة التقديرية للشارع، إلا أن ذلك لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون تقييد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور والتي يتعين التزامها وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور". انظر حكم المحكمة في القضية رقم (٥) لسنة ٥ قضائية (دستورية) - جلسة ٣ يوليو ١٩٧٦ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

ضوابط. ويقوم هذا الاستثناء في الرقابة على سلطة المشرع التقديرية على المظهر الثالث من مظاهر هذه السلطة، وهو حرية المشرع في تحديد مضمون التشريع وتقدير الحلول المناسبة لمعالجة موضوعه، بما يتفق مع غايات التشريع وبما يراعي حقوق الأفراد وحيرياتهم.

ومن هذا المنطلق تقوم فكرة التناسب في التشريع، حيث يمارس المشرع سلطته التقديرية، فيضع القواعد القانونية التي يراها مناسبة لمعالجة موضوع التنظيم وبما يحقق أهداف التشريع، وفي المقابل يمارس القاضي الدستوري رقابته على الحلول التي اختارها المشرع ليرى مدى تناسبها من حيث تحقق التوافق والانسجام بين أركان التشريع الموضوعية، ومن حيث توافق التشريع وانسجامه مع أحكام الدستور ومبادئه.

لذلك فإننا سنتناول في هذا الفصل ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: المفهوم العام للتناسب وتطبيقاته.

المبحث الثاني: مفهوم التناسب في نطاق القانون الدستوري.

المبحث الثالث: التمييز بين التناسب في التشريع والمفاهيم القريبة منه.

المبحث الأول:

المفهوم العام للتناسب وتطبيقاته

تعتبر فكرة التناسب من الأفكار العامة، التي تم تطبيقها في مختلف مجالات العلوم، حيث إن التناسب يُشكل معيار عام في التعامل مع الأشياء والأجزاء والكميات والأرقام وغيرها. الأمر الذي يستدعي أن نستعرض في مجال دراسة التناسب في نطاق القانون الدستوري، المعنى اللغوي لكلمة التناسب، والتطبيقات العامة لفكرة التناسب، ومفهوم مبدأ التناسب وتطبيقاته في نطاق القانون الإداري، وهو ما سنستعرضه في المطالب الآتية.

المطلب الأول:

المعنى اللغوي لكلمة التناسب

ترجع كلمة التناسب في اللغة العربية إلى مفردة (نسب)، وتعني القرابة، وناسبه شركة في نسبه، ويقال ليس بينهما مناسبة أي مشكلة^١. وتَنَسَّبَ إلى كذا، ادعى نسبته إليه. والتناسب هو التشابه، وتناسب الشيئان أي تشاكلاً^٢، وتناسبت ألوان اللوحة أي تشاكلت وتناغمت وتوافقت وحصل بينها انسجام^٣.

وناسبه أي مائله وشاكله ولاعمه، وناسب مناسبةً، شاركه في النسب وكان قريبه، وتناسب القوم إلى أحسابهم، أي انتسبوا، وتنساباً، تماثلاً وتشاكلاً، والنسبة إيقاع التعلق والارتباط بين الشيئين والتمائل بين علاقات الأشياء أو الكميات^٤.

^١ - لسان العرب لابن منظور - الجزء الرابع عشر - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٩٩٧ - ص ١١٨.

^٢ - المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية - الجزء الثاني - الطبعة الثانية - بدون ناشر - بدون تاريخ - ٩١٦.

^٣ - المعجم الغني - موقع المعاني الإلكترونية - www.almaany.com.

^٤ - المنجد في اللغة والأعلام - الطبعة الأربعون - دار المشرق - بيروت - ٢٠٠٣ - ص ٨٠٣.

وكلمة التناسب في اللغة الانجليزية "proportion"، هي جزء أو قسم من كل، وهي العلاقة بين الحجم أو الكمية لشيئين، ومثالها:

"I was not impressed by the proportion of teachers to students = there were not enough teachers for the number of students"¹.

أي لم يكن هناك ما يكفي من المعلمين لعدد من الطلاب.

وتعني كلمة التناسب في اللغة الفرنسية "La proportionnalité"، "علاقة أو صلة تامة بين شيء وآخر، أو علاقة بين الأجزاء بعضها البعض، وبينها وبين الكل، ومفهوم هذه العلاقة هي أنها علاقة متناسبة"².

المطلب الثاني:

التطبيقات العامة لفكرة التناسب

لما كان التناسب في اللغة، الصلة أو العلاقة بين شيء وآخر، ويتطلب استخلاصه إيجاد العلاقة المنطقية والمعقولة والمتجانسة والمتوازنة بين أمرين أو أكثر، فإن هذا المعنى يتواجد في تطبيقات كثيرة من العلوم، كما هو في الرياضيات والاقتصاد والمنطق والسياسة.

كذلك وقد عرفت الشريعة الإسلامية فكرة التناسب، من خلال ما جاءت به العديد من الآيات القرآنية، منها قوله سبحانه وتعالى ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾³، وقوله تعالى ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾⁴، وغيرها من الآيات القرآنية. حيث يتجلى تطبيق

¹ - قاموس أكسفورد الحديث - مطبعة جامعة أكسفورد - ١٩٩٩ - ص ٥٩٢.

² - د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ١٥، د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٤٨.

³ - الآية (١٢٦) من سورة النحل.

⁴ - الآية (٤٠) من سورة الشورى.

فكرة التناسب في الشريعة الإسلامية، في ميدان التعزيرات، والتي تعني التأديب والردع، فكل معصية ليس فيها حد أو كفارة، يجب أن يكون جزاؤها متناسباً مع كل حالة على حدة، بمراعاة من وقعت منه المعصية، ومن وقعت عليه، والآثار التي نجمت عنها، وغيرها من الظروف والملايسات. وحيث إن الهدف الأساسي من التعزير في الإسلام هو الزجر، فإن العقوبة يجب أن تكون محققة لهذا الغرض، دونما تفريط وتساهل، ولا إفراط وغلو، بل يتعين أن تكون العقوبة على قدر الحاجة بما يتحقق معه الغرض من فرضها، تحقيقاً لمفهوم العدالة^١.

كذلك ويتجلى تطبيق مفهوم التناسب في الشريعة الإسلامية، في حالة دفع الصائل، أو ما يسمى في القانون بالدفاع الشرعي، ودفع الصائل هو استعمال المصال عليه القوة اللازمة والمناسبة لصد خطر حال يهدد النفس أو المال، سواء هدد هذا الخطر حق المصال عليه أو حق شخص آخر، فإذا ما توافرت هذه الحالة، فإن الشارع قد أباح فعل دفع الصائل، بالقدر الضروري لدرء الخطر، وما زاد عن ذلك فلا ضرورة له، ولا مبرر لإباحته، فالضرورة تقدر بقدرها، ومؤدى ذلك أنه إذا كان في وسع المصال عليه أن يدرأ الخطر بفعل ذي جسامة معينة، فلا يجوز له أن يدرأه بفعل أشد جسامة^٢.

ومن جانب آخر فإن للقانون فروعاً وتطبيقات كثيرة تتناول بالتنظيم علاقات خاصة وعامة، وتراعي تحقيق التوازن بين مختلف هذه العلاقات، فإن فكرة التناسب بمعناها السالف تأخذ حيزاً مهماً في تطبيقاته، حتى أضحت التناسب مبدأ عاماً في القانون^٣.

ففي القانون المدني تأتي نظرية التعسف في استخدام الحق مصداقاً لتطبيق مبدأ التناسب في العلاقة بين صاحب الحق والغير، فجاءت الفقرة (ج) من المادة (٢٨) من القانون المدني البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١، على أنه يكون استعمال الحق غير مشروع إذا كانت المصالح أو المصلحة التي يرمى إلى تحقيقها قليلة

^١ - انظر د. خليفة سالم الجهمي - الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - ٢٠٠٩ - ص ١٠٣ وما بعدها.

^٢ - انظر د. محمود نجيب حسني - الفقه الجنائي الإسلامي - كتاب إلكتروني - موقع المؤلف - ص ٢٤٥ و ٢٦١.

^٣ - Eric Engle - The history of the general principle of proportionality: An overview - Research Paper - p.7 - <http://scholarship.law.georgetown.edu>.

الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. فيعتبر وفقاً لهذا النص صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه إذا كانت المنفعة التي يجنيها من هذا الاستعمال لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير من جراء هذا الاستعمال، فهنا تجري الموازنة بين المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير، ويتم الترجيح بين المصلحتين، بتفضيل مصلحة الغير على مصلحة صاحب الحق، فإذا كان الضرر الذي يصيب الغير جسيماً قياساً بالمصلحة التي يجنيها صاحب الحق في استعمال حقه، كان استعماله لحقه غير مشروع^١.

وكذلك تأخذ نظرية الغبن الفاحش في القانون المدني بفكرة التناسب، حيث يجب لإعمال النظرية أن يكون الغبن على درجة من الجسامة توصف بأنه فاحش، وهو ما يكون في حالة عدم التعادل بين التزامات طرفي العقد، بمعنى أن يكون ثمة اختلال واضح بين مقدار ما يقدمه أحدهما للآخر ومقدار ما يأخذه منه^٢. وقد حدد القانون المدني البحريني مقدار هذا الغبن، بأنه متى كان عدم التوازن الاقتصادي في التزامات طرفي العقد يتجاوز الخمس، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي تعديل شروط العقد بما يرفع الفحش في الغبن، بتطبيق فكرة التناسب بين ما يعطيه كلا المتعاقدين من التزامات وما يأخذانه من حقوق^٣.

ويأخذ قانون العقوبات هو الآخر بفكرة التناسب في تطبيقاته، فنجد أن العقوبة يجب أن تكون متناسبة مع الجريمة، من حيث ما تخلفه الجريمة من خطر أو ضرر، وما تسعى العقوبة إلى تحقيقه من هدف، فلا إفراط ولا تفريط. وتقوم كذلك حالة الدفاع الشرعي على مبدأ التناسب بين الاعتداء والدفاع، حيث تنص الماد (١٨) من قانون العقوبات البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦، على أنه "يجوز لمن وجد في حالة دفاع شرعي أن يدفع الخطر بما يلزم لردّه وبالوسيلة المناسبة"، وتقوم حالة الدفاع الشرعي، إذا

^١ - انظر د. خالد جمال أحمد حسن - مصادر الالتزام وأحكامه في القانون المدني البحريني - مطبوعات جامعة العلوم التطبيقية - الطبعة الأولى - ٢٠١١ - ص ٢٦٩ وما بعدها، د. غالب علي النواودي - المدخل إلى علم القانون - الطبعة السابعة - دار وائل للنشر - عمان - ٢٠٠٤ - ص ٣٠٧.

^٢ - د. خالد جمال أحمد حسن - مرجع سابق - ص ٩٢.

^٣ - تنص المادة (٩٩) من القانون المدني البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١، على أنه : (أ) إذا نتج عن العقد غبن فاحش للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر، أو التزامه هو، بما يرفع عنه الفحش في الغبن. (ب) ويسري الحكم المتقدم إذا نتج عن العقد غبن فاحش لحديمي الأهلية أو ناقصها أو لجهة وقف. (ج) ويعتبر الغبن فاحشاً إذا زاد، عند إبرام العقد، على الخمس. (د) ولا يحول دون الطعن بالغبن أن يكون العقد قد أجري عن المغبون ممن ينوب عنه وفقاً للقانون، أو أُننت به المحكمة، أو مجلس الولاية على أموال القاصرين.

واجه المدافع خطراً حالاً من جريمة على النفس أو على المال أو اعتقد قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأن يتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب، ويستوي في قيام هذه الحالة أن يكون التهديد بالخطر موجهاً إلى نفس المدافع أو ماله أو موجهاً إلى نفس الغير أو ماله.

فمشروعية حالة الدفاع الشرعي، تتطلب أن يكون فعل الدفاع لازماً لرد الاعتداء، وأن يكون الدفاع متناسباً مع درجة الاعتداء. وبطبيعة الحال فإن مفهوم التناسب لا يلزم وجود تكافؤ تام، ومساواة متطابقة، بين فعل الدفاع وفعل الاعتداء، وإنما يكفي أن لا يكون هناك تفاوت واختلاف صارخ وكبير بينهما^١.

وبالإضافة إلى ذلك، عرف القانون الدولي العام والقانون الدولي الإنساني، مبدأ التناسب في النزاعات المسلحة، حيث يجب عدم الإفراط في استعمال القوة العسكرية ووسائل القتال بحجم لا يتناسب مع خطورة الوضع العسكري، ومن هذا المنطلق يتعين على أطراف النزاع بذل رعاية متواصلة في إدارة العمليات العدائية من أجل تفادي الإضرار بالمدنيين وممتلكاتهم، والكف عن القيام بهجمات عسكرية تسبب أضراراً لا مبرر لها، فيرتكز مبدأ التناسب في النزاعات المسلحة وفقاً لذلك على أساسين هما الإنسانية والضرورة العسكرية^٢.

وبذلك فإن فكرة التناسب تحتل مجاًلاً واسعاً من التطبيق في العديد من العلوم، ومختلف فروع القانون، لتُعبّر هذه الفكرة عن علاقة بين أمرين أو أكثر، تنسم بالتوازن والمنطقية والتوافق والانسجام، ونقيضها يكون الإفراط أو التفريط أو الغلو أو التجاوز.

^١ - انظر د. محمد شنه - قانون العقوبات البحريني (القسم العام) - مطبوعات جامعة البحرين - الطبعة الثانية - ٢٠٠٦ - ص ١٥٢.

^٢ - انظر أمزيان جعفر - مبدأ التناسب والأضرار الجوارية في النزاعات المسلحة - رسالة ماجستير - جامعة مولود معمري بالجزائر - ٢٠١١ - ص ١٣.

المطلب الثالث:

مفهوم التناسب وتطبيقاته في نطاق القانون الإداري

الفرع الأول: تعريف التناسب في نطاق القانون الإداري:

عرّف بعض الفقه التناسب في نطاق القانون الإداري، بأنه "تقدير أهمية السبب ومدى توافق هذا السبب مع محل القرار"^١. وهو "الصلة بين سبب الشيء ومحلّه"^٢. ومثاله صدور قرار إداري بتوقيع جزاء تأديبي على موظف لارتكابه مخالفة تأديبية، فتكون الصلة بين المخالفة التي ارتكبها الموظف - وهي سبب القرار الإداري فيما يعنيه من حالة قانونية أو واقعية جعلت الإدارة تقوم بإصدار القرار - والجزاء الموقع - وهو محل القرار - أي الأثر القانوني المترتب عليه، تكون هذه الصلة ومدى توافق المحل مع السبب وتقارب كل منهما للآخر، هي مدى التناسب.

وبناء على هذا التعريف، فإن المقصود من التناسب في نطاق القانون الإداري، وجود توافق بين سبب القرار والأثر المترتب عليه في مواجهة الواقع، ويقوم القضاء في رقابته على التناسب بتقدير أهمية الوقائع وفحصها، وبيان أهميتها ومدى تأثيرها وخطورتها، ثم يقدر بالتالي الإجراء المتخذ ونوعه وحجمه ومدى جسامته، ومن تلك المقدمات يستطيع القاضي أن يتبين مدى التوافق بين سبب ومحل القرار الإداري^٣.

وذهب جانب من الفقه إلى أن مفهوم التناسب أبعد من إيجاد الصلة بين عنصري السبب والمحل في القرار الإداري، فرأى بأن التناسب فكرة يمكن تحليلها إلى عناصر ثلاثة، وهي القرار الصادر، والحالة الواقعية، والغاية المستهدفة. والتناسب يمكن أن ينشأ من

^١ - د. محمد سيد أحمد محمد - التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية مع التطبيق على ضباط الشرطة والموظف العام - المكتب الجامعي الحديث - ٢٠٠٨ - ص ٣٦٤.

^٢ - د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ١٦.

^٣ - د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٥٠.

علاقة التطابق بين الوسيلة والهدف في نص معين^١، إذ يجب أن يكون الإجراء المتخذ بالقدر المناسب لتحقيق الهدف منه.

ويؤيد هذا الرأي الدكتور سامي جمال الدين، والذي يُعرّف التناسب بأنه "صفة لعلاقة منطقية متسقة تربط بين عنصرين أو أكثر من عناصر القرار الإداري أو العمل القانوني العام، بحيث يتعين على مُصدر القرار عدم إغفاله أو الخروج عليه نزولاً على دواعي المشروعية"^٢.

ومن جانبي أتفق مع الرأي السابق، بأنه لا تقوم فكرة التناسب على عنصرين فقط من عناصر القرار الإداري، وإنما تشترك الغاية كعنصر ثالث تقوم عليها فكرة التناسب، لا سيما وأن هذه العناصر الثلاثة هي مجال ممارسة السلطة التقديرية كما سبق أن بيناه، الأمر الذي نؤيد معه التعريف الأخير للتناسب وهو صفة لعلاقة منطقية متسقة تربط بين عنصرين أو أكثر من عناصر العمل القانوني. وتتمثل هذه العناصر في الواقعة التي يتخذ الإجراء بسببها، والإجراء المتخذ، والهدف من وراء اتخاذ هذا الإجراء، وبمقتضى ربط هذه العناصر يتحدد مدى مراعاة مبدأ التناسب.

الفرع الثاني: موقف الفقه من الرقابة على التناسب في نطاق القانون الإداري:

تباين موقف الفقه من الرقابة على التناسب في القرارات الإدارية، فذهب بعضه إلى أن موقف مجلس الدولة الفرنسي الراض -في بادئ الأمر- لفكرة مد رقابته على التناسب بين الجزاء التأديبي والخطأ الوظيفي يمكن أن يفسر على أن مبدأ التناسب لم يتحول بعد إلى مبدأ قانوني ملزم للإدارة عند ممارستها لسلطتها التقديرية، الأمر الذي يترتب عليه أن رقابة القضاء لمدى تناسب العقوبة مع الخطأ، إنما هو في الواقع مد نطاق الرقابة على ملائمة

^١ - محمود سلامة جبر - التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء (دراسة مقارنة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري) - بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الثالث - السنة الخامسة والثلاثون - يوليو/سبتمبر ١٩٩١ - ص ٧٢، د. عادل الطبطباني - الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية - بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت - السنة السادسة - العدد الثالث - سبتمبر ١٩٨٢ - ص ٨٤.

^٢ - د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - الطبعة الأولى - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ٦٣٠.

القرارات الإدارية، وهو ما لا يملكه القضاء عدا التحقق من صحة الوجود المادي للوقائع والتحقق مما إذا كانت هذه الوقائع تشكل خطأ في المعنى القانوني، دون التحقق من درجة جسامه الخطأ ومدى تناسب الجزاء التأديبي معه.

وذهب رأي مخالف إلى أن رقابة القضاء على التناسب هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة، فمبدأ التناسب يعتبر مبدأً عاماً شأنه شأن بقية المبادئ القانونية العامة التي تلتزم بها الإدارة في تصرفاتها دون الحاجة إلى وجود نصوص صريحة تحكمها، ويترتب عليه أن قيام القاضي بفحص درجة الخطأ ومدى تناسب الجزاء الموقع معه، لا يعني اعتدائه على مجال السلطة التقديرية للإدارة، وإنما هي وظيفة القاضي بسهره على احترام مبدأ المشروعية في جميع عناصر القرار الإداري.

ولا يمانع بعض الفقه من أن تكون رقابة القضاء الإداري على التناسب من قبيل الرقابة على الملاءمة، وذلك تحقيقاً لاعتبارات العدالة والاعتبارات العملية التي تستدعي فرض رقابة الملاءمة في بعض الحالات والامتناع عنها في حالات أخرى، وينتهي هذا الرأي إلى أن أساس الرقابة على الملاءمة في موضوع التأديب، يتمثل في القاعدة القانونية التي وضعها القضاء لاحقاً واشترط بمقتضاها تحقيق مبدأ التناسب بين الجزاء التأديبي والمخالفة، بحيث لا يكون هناك ثمة غلو في تقدير أهمية الوقائع من ناحية وفي اختيار الجزاء من ناحية أخرى^١.

وفي رأيي أن التناسب يعتبر مبدأً قانونياً عاماً، يجب على جهة الإدارة أن تلتزم به في تصرفاتها، دون الحاجة إلى وجود نص صريح به، وذلك باعتباره من المبادئ القانونية التي أرساها القضاء الإداري والذي يعتبر من المصادر المهمة للقانون الإداري، فالقاضي الإداري يستنبط المبادئ القانونية العامة -ومنها مبدأ التناسب- من المقومات الأساسية للمجتمع وقواعد التنظيم القانوني في الدولة، ومنها أحكام الدستور والقانون، بحيث تتدرج هذه المبادئ ضمن عناصر المشروعية، التي يتحتم على سلطات الدولة مراعاتها، وعدم الخروج عنها، وإلا عُد العمل القانوني المنافي لها خارجاً عن قواعد المشروعية.

^١ - انظر بشأن هذه الآراء د. عادل الطبطباني - الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية - مرجع سابق - ص ٨٠، د. عصام عبدالوهاب البرزنجي - مرجع سابق - ص ٤١٨ وما بعدها.

الفرع الثالث: موقف القضاء من الرقابة على التناسب في نطاق القانون الإداري:

مر القضاء الإداري المقارن بتطورات فيما يتعلق بمدى رقابته على التناسب في نطاق القانون الإداري، فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في قضاءه التقليدي رقابة تقدير خطورة الجزاء التأديبي بالنسبة إلى الخطأ المرتكب، وفي المقابل يُمارس المجلس الرقابة على الأفعال التي نسبتها الإدارة إلى الموظف، وما إذا كانت تشكل خطأً تأديبياً، وأن هذه الأفعال تبرر توقيع عقوبة تأديبية عليه. متوقفاً مجلس الدولة الفرنسي عند هذا الحد دون أن يراقب مدى جسامته الجزاء وتناسبه مع الخطأ المرتكب، حيث يعتبر مجلس الدولة أن اختيار الجزاء التأديبي يدخل في نطاق إطلاق السلطة التأديبية التي لا معقب عليها من مجلس الدولة^١.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٦ يوليو ١٩٤٧ في قضية رقم (٢٠) بأن مجلس الدولة لا يراقب أهمية الجزاء الموقع بمعرفة السلطة الإدارية في علاقته بالوقائع المعاقب عليها، كما قرر في حكمه الصادر في ١٢ مارس ١٩٥٨ في قضية رقم (٢١) بأن درجة تناسب الجزاء الموقع لا تقبل المناقشة بطريق الطعن القضائي^٢.

لم يستمر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على رفضه لرقابة التناسب في القرارات التأديبية، فقد تحول في حكمه في قضية (Lebon) إلى مرحلة جديدة، يبسط فيها رقابته على مدى تناسب الجزاء التأديبي مع المخالفة التأديبية، مستعيناً في ذلك بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن (Sieur lebon) رفع دعواه أمام محكمة (Toulouse) الإدارية، طالباً بإلغاء القرار الصادر في ١٠ يوليو ١٩٧٤، من رئيس أكاديمية (تولوز) بإحالاته إلى المعاش بدون طلب، وإلغاء هذا القرار، منازعاً ليس في ماديات الوقائع بل في جسامته الجزاء. وقد استندت الأكاديمية في إصدار القرار المطعون فيه إلى ارتكاب المدعي -وهو مُعلم- لأفعال مخلة بالحياة مع تلميذاته في الفصل والتي

^١ - د. عادل الطيبباني - الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية - مرجع سابق - ص ٨٦.

^٢ - مشار إليه عند محمود سلامة جبر - التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء - مرجع سابق - ص ٨٠.

ثبتت من وقائع التحقيق معه. ورفضت المحكمة الإدارية طلب إلغاء القرار، وذلك لكفاية السبب الذي قام عليه، فطعن المدعي في هذا الحكم أمام مجلس الدولة الذي رفض الطعن، مقررًا بأن الوقائع التي ارتكبتها المدعي وقام عليها قرار الفصل كافية لتبريره، وأن تقدير الإدارة بشأنها لم يكن مشوباً بغلط بين، وقد كانت هذه الوقائع أيضاً سبباً كافياً لرفض محكمة تولوز إلغاء قرار الفصل^١.

وبهذا الحكم يكون مجلس الدولة الفرنسي قد كرس نظرية الخطأ الظاهر في التقدير لرقابة مدى تناسب الجزاء الموقع مع الخطأ المرتكب، ليكون منطلقاً لبسط رقابته على التناسب في المجال التأديبي بوجه خاص وفي نطاق القانون الإداري بوجه عام.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي الحكم السابق تطبيقاً إيجابياً في قضية (Vinoly) في حكمه الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٧٨، حيث ألغي لأول مرة الجزاء التأديبي بالعزل من الخدمة الموقع على مدير للخدمات بغرفة الزراعة وذلك لعدم تناسبه والمخالفة المرتكبة والمتمثلة في القسوة والشدة في معاملته لمؤسسه^٢.

أما عن موقف القضاء الإداري المصري، فقد سار على نهج مجلس الدولة الفرنسي، فقرر بدايةً أن اختيار الجزاء المناسب للخطأ الوظيفي هو من اطلاقات الإدارة التي لا تخضع فيها لرقابة القضاء، إلا أن القضاء الإداري قد تطور في مرحلة أخرى، فخرج عن القاعدة السابقة بالنسبة لقرارات تأديب العمد والمشايخ والطلبة، حيث وجد أن الجهات الإدارية تمنع في القسوة وتسرف في تقدير الجزاء بالنسبة لهذه الطوائف لدواعي حزبية، لذلك بسطت محكمة القضاء الإداري رقابتها على القرارات التأديبية الصادرة بحقهم، واستندت في قضاءها إلى أن عدم الملازمة الظاهرة بين الجريمة والعقاب في القرار التأديبي يجعله مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة^٣.

^١ - للمزيد انظر محمود سلامة جبر - مرجع سابق - ص ٨٣ وما بعدها، د. عادل الطيباني - الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية - مرجع سابق - ص ٩٣ وما بعدها.

^٢ - عادل الطيباني - الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية - مرجع سابق - ص ٩٤.

^٣ - أمجد جهاد عياش - ضمانات المساءلة التأديبية للموظف العام - رسالة ماجستير - جامعة النجاح الوطنية بفلسطين - ٢٠٠٧ - ص ٦٣.

وفي مرحلة لاحقة، تطور القضاء الإداري المصري في هذا الاتجاه، فأخضع لرقابته كافة القرارات التأديبية التي يجد في تقديرها غلواً في الشدة أو إفراطاً في اللين، وقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن هذا المعنى في حكمها بتاريخ ١١ نوفمبر ١٩٦١، فقررت "لئن كانت للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية، سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة -شأنها كشأن أي سلطة تقديرية أخرى- ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره. ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي تغياه القانون من التأديب. والهدف الذي توخاه القانون من التأديب هو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة. ولا يأتي هذا التأمين إذ انطوى الجزاء على مفارقة صارخة. فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى احجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة الممعنة في الشدة. والافراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعاً في هذه الشفقة المفرطة في اللين. فكل من طرفي النقيض لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة، وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي يرمي إليه القانون من التأديب. وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة، ومعيار عدم المشروعية في هذه الصورة ليس معياراً شخصياً، وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره، وغني عن البيان أن تعيين الحد الفاصل بين نطاق المشروعية ونطاق عدم المشروعية في الصورة المذكورة مما يخضع أيضاً لرقابة هذه المحكمة".^١

ويتضح من هذا الحكم بأن عدم الملاءمة الظاهرة كما عبرت عنه المحكمة، أو عدم التناسب بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، سواء أكان هذا

^١ - قرار المحكمة الإدارية العليا - قضية رقم ٧/٥٣٦ - جلسة ١١ نوفمبر ١٩٦١، مشار إليه عند أجد جهاد عياش - ضمانات المساءلة التأديبية للموظف العام - رسالة ماجستير - جامعة النجاح الوطنية بفلسطين - ٢٠٠٧ - ص ٦٤. انظر في موقف القضاء الإداري وتطبيقاته لمبدأ التناسب، سليم سلامة حتاملة - رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الإدارية - بحث منشور في مجلة جامعة جرش للبحوث والدراسات - المجلد العاشر - العدد الثاني - ٢٠٠٦ - ص ٢٣٨.

الجزاء مفرطاً في القسوة أو عكسه مفرطاً في اللين، يعتبراً حينها غلواً، كما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا، أو خطأ ظاهراً في التقدير كما يعبر عنه مجلس الدولة الفرنسي.

ويظهر من الحكم تبنيه في تقدير مدى قيام التناسب، الربط بين الأركان الموضوعية للقرار، فيربط بين سبب القرار الإداري وهو الفعل المرتكب ومحل القرار المتمثل في الجزاء التأديبي وهدف القرار المتمثل في تأمين انتظام المرافق العامة، وهي العناصر الثلاثة التي نرى وجوب قيام صلة بينها لتقدير مدى تحقق التناسب في العمل القانوني^١.

أما بشأن القضاء البحريني، فقد قضت المحكمة الكبرى الأولى -الدائرة الإدارية- بأنه يتعين في الجزاء الموقع من جهة الإدارة أن يكون متناسباً مع الجرم الذي يقع من الموظف كشرط لمشروعية قرار الجزاء، إذ إن السلطة التأديبية تتمتع بحرية تقدير الذنب وما يتناسب من الجزاء بشرط ألا يشوب هذا التقدير غلواً ممثلاً في عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري ونوع ومقدار الجزاء، لأن التناسب في العقاب يحقق هدف العقوبة التأديبية دون أن يؤثر في أداء الإدارة لدورها^٢.

وقضت محكمة الاستئناف العليا المدنية، بإلغاء قرار فصل موظف، تأسيساً على أن "القرار الطعين وقد صدر بفصل المستأنف من الخدمة يكون غير متناسب مع ما ارتكبه المستأنف من ذنب لا سيما وقد جاءت الأوراق خلواً من سبق ارتكاب المستأنف ثمة مخالفة خلال حياته الوظيفية أو توقيع جزاء عليه ينم عن عدم صلاحيته للبقاء في وظيفته والاستمرار فيها." وقد جاءت المحكمة في حيثيات حكمها بأن "الجزاء التأديبي يجب أن

^١ - وقد انتهجت محكمة الاستئناف العليا الكويتية ذات النهج، وقد قررت بحقها في الرقابة على مبدأ التناسب في حكمها في القضية رقم ١٩٧٢/٢٤٩، بجلسة ٢٤ يونيو ١٩٧٤، حيث ذهبت إلى أن "مبدأ تناسب الجزاء مع المخالفة هو أحد مبادئ أربعة يقوم عليها الجزاء التأديبي هو شرعية الجزاء أي يجب أن يكون من بين الجزاءات المنصوص عليها على سبيل الحصر في القانون وعدم تعدد الجزاء عن المخالفة الواحدة وعدم رجعية الجزاء أي لا يترتب أثره إلا من تاريخ توقيعه ... ثم مبدأ تناسب الجزاء مع المخالفة ومواده أن الجزاء يجب أن يكون متناسباً مع المخالفة المرتكبة ... على أنه إذا كان للسلطة التأديبية سلطة تقدير خطورة الخطأ الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك فإن مناط مشروعية هذه السلطة ألا يشوب استعمالها غلو. ومن صور الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة المخالفة وبين نوع الجزاء ومقداره ففي هذه الحالة يخرج التقدير عن نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية فيخضع بهذه المناسبة لرقابة المحكمة لما فيه من خطأ في تطبيق القانون ... "مشار إليه عند د. عادل الطبطبائي - الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية - مرجع سابق - ص ١٠٠.

^٢ - حكم المحكمة الكبرى المدنية الأولى - الدائرة الإدارية - دعوى رقم (٣٢١١) لسنة ٢٠٠٤ - جلسة ٢٧ ديسمبر ٢٠٠٤ - مشار إليه عند د. بدر محمد عادل - الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين - مرجع سابق - ص ٧٥٢.

يكون عادلاً خالياً من الإسراف في الشدة أو الإمعان في استعمال الرأفة"، وانتهت إلى إلغاء قرار الفصل واستبداله بمجازاة الموظف بالتوقيف عن العمل والراتب لمدة ثلاثة أيام^١.

وبدورها أكدت محكمة التمييز البحرينية على أن سلطة التقدير التي تتمتع بها جهة الإدارة في شأن تقدير خطورة المخالفة وما يناسبها من جزاء منوطة بالألا يشوب استعمالها غلوًا، وذلك بأن تبدو عدم الملاءمة ظاهرة بين درجة خطورة المخالفة وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الحالة يخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى عدم المشروعية وهو ما يخضع لرقابة القضاء، فإذا شاب توقيع الجزاء غلو في التقدير، للمحكمة أن تنزل بالجزاء إلى القدر المناسب...^٢.

ويظهر من الحكمين السابقين بأن للقضاء البحريني -بالإضافة إلى رقابة مدى تناسب الجزاء التأديبي مع الفعل المرتكب واعتباره من قبيل رقابة المشروعية- أن يُعدل في الجزاء الموقع من جهة الإدارة إذا ما شابه غلوًا في التقدير، إلى القدر الذي يتناسب مع درجة خطورة الفعل المرتكب، فلا تكتفي المحكمة بتقرير عدم وجود تناسب في القرار التأديبي، وترك مهمة تعديل القرار إلى جهة الإدارة مُصدرته، بل تتولى هي بنفسها هذه المهمة، وكأنها تحل محل الإدارة في ممارسة سلطتها التقديرية، وبلا شك يعتبر هذا تطوراً في الرقابة القضائية على سلطة الإدارة، تحقيقاً لمزيد من ضمانات التأديب التي تصب في صالح حماية حقوق الموظفين من تعسف الإدارة.

ولم يقتصر تطبيق مبدأ التناسب على مجال التأديب، فقد كان للمبدأ نصيباً من التطبيق على قرارات الضبط الإداري، أسبق من تطبيقه في مجال التأديب، فقد فرض مجلس الدولة الفرنسي رقابته على القرارات الإدارية المتصلة بالحريات العامة ليحدد مدى التناسب بين شدة القرار الإداري وبين الوقائع المادية التي حدثت ودفعت بالإدارة لاتخاذ هذا القرار للحد من ممارسة حرية من الحريات العامة.

^١ - حكم محكمة الاستئناف العليا المدنية الأولى - بدون رقم - بدون تاريخ - الموقع الإلكتروني لوزارة العدل والشؤون الإسلامية.

^٢ - حكم محكمة التمييز البحرينية - طعن رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٥ - جلسة - ٢٧ يونيو ٢٠٠٥، مشار إليه عند د. بدر محمد عادل - الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين - مرجع سابق - ص ٧٥٢.

ومن أول الأحكام القضائية التي أرسى فيها مجلس الدولة الفرنسي رقابته على التناسب في مجال الضبط الإداري، كان بشأن قضية (Benjamine) في تاريخ ١٩ مايو ١٩٣٣، الصادر بخصوص حرية المواطنين في عقد الاجتماعات، حيث ألغى المجلس في هذا الحكم القرار الصادر من عمدة مدينة (Neves) بمنع عقد أحد الاجتماعات بسبب تخوفه من وقوع اضطرابات تخل بالنظام، وقد قام مجلس الدولة بفحص الظروف المحلية التي أحاطت بالدعوة لعقد الاجتماع، وتبين له بأن السلطات كانت تستطيع باستخدام قوات البوليس المتوفرة لديها المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع، لذلك فقد حكم المجلس بإلغاء قرار العمدة، لأنه قد اتضح من التحقيقات أن الاضطرابات المحتملة التي تذرع بها العمدة لإلغاء الاجتماع لا تبلغ في خطورتها الدرجة التي يعجز معها بما لديه من سلطات البوليس عن المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع^١.

ويظهر من هذا الحكم بأن التزام السلطة بالمحافظة على النظام العام يجب أن يكون على مستوى متوازن مع حق المواطنين في عقد الاجتماعات العامة، فلا يتم التعرض لحق المواطنين في التمتع بهذا الحق إلا في حالة احتمال وقوع اضطرابات خطيرة تهدد النظام العام، وتعجز السلطة بما تملك من إجراءات عن تقاديبها، فالمصلحة العامة في هذه الحالة لا تُرجح على حساب حقوق الأفراد وحررياتهم، إلا في الحالة المذكورة، وبخلافها، فإن كفالة الحقوق والحرريات، أولى بالرعاية، إذا ما كان التمتع بها لا يترتب آثاراً تتسم بالخطورة التي يعجز تداركها أو مواجهتها. وفي جميع الأحوال تخضع القرارات الإدارية المتخذة لرقابة القضاء لفحص مدى مراعاتها لمبدأ التناسب بين السبب والمحل والغاية المستهدفة منها.

وقد سار القضاء الإداري المصري على نهج نظيره الفرنسي، حيث أخضع تناسب القرارات الإدارية المتعلقة بالضبط الإداري لرقابته، حيث قرر "إنه وإن كانت الإدارة في الأصل تملك حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها والتي من أجلها تتدخل إصدار قراراتها، إلا أنه حيثما تختلط مناسبة العمل

^١ - مشار إليه عند د. مصلح الصرايرة - مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة - بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانون - المجلد ٢٥ - العدد الأول - ٢٠٠٩ ص ١٨٦، عبدالعالي حاحة وآمال تمام - الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء - بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني - العدد الخامس - ص ١٤٤.

الإداري بشريعته، ومتى كانت هذا الشرعية تتوقف على حسن تقدير الأمور خصوصاً فيما يتصل بالحريات العامة، ويجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره، فلا يكون العمل الإداري عندئذ مشروعاً إلا إذا كان لازماً، وهو في ذلك يخضع لرقابة المحكمة، فإذا ثبت جدية الأسباب التي بررت هذا التدخل كان القرار منجاة من أي طعن، أما إذا اتضح أن هذه الأسباب لم تكن جدية ولم تكن لها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات العامة كان القرار باطلاً^١.

ونخلص مما سبق بأن القضاء الإداري المقارن أسس لرقابة التناسب في القرارات الإدارية، مقررأ بأن تطبيق المبدأ في مجال القرارات التأديبية يستلزم أن يكون الجزاء التأديبي مرتبطاً ومتناسباً مع درجة جسامة الخطأ، لا يشوبه الإفراط ولا التفريط، ولتحقيق هذه النتيجة فإن السلطة التأديبية تقوم بعمليتين، أولها: تشخيص الخطأ وكشفه في سلوك الموظف العام، وثانيها: اختيار الجزاء المناسب من بين الجزاءات المقررة في القانون.

أما تطبيق مبدأ التناسب في مجال الضبط الإداري، فإن مهمة السلطة التنفيذية هي صيانة النظام العام ومنع الاضطرابات ومحاولة تداركها، وقد يقتضي الأمر فرض قيود على حرية الأفراد وتحديد بعض الحريات، وهو ما لا يجوز إلا لمجابهة أخطار جسيمة يتعذر مواجهتها بالصلاحيات المخولة للسلطة، لذلك فإنه من الواجب أن تكون إجراءات سلطة الضبط الإداري متناسبة، وهي ما تكون من خلال تحقيق الانسجام بين ثلاثة عناصر هي قيمة الحرية المعتدى عليها وخطورة الاعتداء وقوة التهديد للنظام العام^٢، وهي العناصر التي تخضع لرقابة القضاء الإداري.

^١ - مشار إليه عند عبدالعالي حاحة وأمال تمام - مرجع سابق - ص ١٤٥.

^٢ - انظر محمود سلامة جبر - مرجع سابق - ص ٧٧ وما بعدها، وللمزيد من تطبيقات القضاء الإداري للرقابة على مبدأ التناسب، انظر د. محمد عبدالحميد مسعود - إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري - الطبعة الأولى - بدون ناشر - ٢٠٠٧ - ٥٦٥ وما بعدها.

المبحث الثاني:

مفهوم التناسب في نطاق القانون الدستوري

ينطبق مفهوم التناسب في مجال القانون الدستوري على الصلة بين مكونات التشريع وما يقوم عليه من أركان من ناحية، وعلى صلة التشريع بأحكام الدستور ومبادئه من ناحية ثانية. الأمر الذي يعني تعلق مفهوم تناسب التشريع ببعدين اثنين، هما التناسب داخل التشريع، والتناسب الدستوري من حيث العلاقة بين التشريع والنصوص أو المبادئ الدستورية.

ونشير في هذا الشأن إلى دخول كل من القوانين واللوائح في نطاق مفهوم التشريع الذي يخضع لرقابة القضاء الدستوري، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (١٠٦) من دستور مملكة البحرين المعدل لعام ٢٠٠٢، على اختصاص المحكمة الدستورية بمراقبة دستورية القوانين واللوائح على حد سواء.

وبالمعنى السابق فإن فكرة تناسب التشريع تستلزم إيجاد الصلة بين الحالة القانونية أو الواقعية والوسائل المستخدمة والغايات المستهدفة، بالإضافة إلى إيجاد الصلة بين محل النص التشريعي والنصوص والمبادئ الدستورية التي تحكمه. الأمر الذي يعني تعلق التناسب بالتقدير الذي يمارسه المشرع في تحقيق التوافق المطلوب بين مكونات النص التشريعي من جانب، وبين النص والدستور من جانب ثان.

مما دعا رأي في الفقه إلى تعريف التناسب في التشريع بأنه "صلة بين العمل القانوني والمبادئ والقواعد التي تحكمه، كما أنه صلة داخلية في العمل القانوني بين بعض مكوناته أو أركانه، وبالتحديد بين سببه ومحله، ويدخل في هذه العلاقة الغاية أو الهدف من ورائه"^١.

^١ - د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٥٢.

وذهب غيره إلى أن مبدأ التناسب يقتضي وجود علاقة منطقية ومتماسكة بين مختلف القواعد القانونية وبين مختلف العناصر التي تتكون منها القاعدة المنطقية الواحدة، وبمقتضاه فإن التعبير عن علاقة التناسب يتم إما في مضمون القاعدة القانونية ذاتها التي قررت وسائل حماية الحقوق والحريات، وإما في قاعدة أخرى تحدد شروط تطبيقها^١.

ويقدم هذا الرأي أمثلة على مفهوم التناسب في بعده، فمثال علاقة التناسب في مضمون القاعدة القانونية ذاتها، هو في قواعد قانون العقوبات التي تلتزم بتوفير التناسب بين العقوبة وجسامة الجريمة، باعتبار أن العقوبة تمثل المعاملة التي يحددها القانون عند المساس بالحق والحرية المعتدى عليها، وهي ما يجب أن ترتبط عقلاً ومنطقاً بالهدف من تقريرها. أما بالنسبة إلى تحقيق مبدأ التناسب من خلال مراعاة العلاقة بين القاعدة القانونية والقواعد الأخرى التي تحدد شروط تطبيقها، فمثاله القاعدة التي تنص على الحق في التعبير، فإن استخدام هذا الحق مشروط بعدم الإساءة إلى النظام العام وحقوق الآخرين، كذلك القاعدة التي تنص على حق الإضراب والقاعدة التي تنص على مبدأ استمرار المرفق العام، الأمر الذي يتطلب تحقيق التوازن بين الحقوق والحريات من ناحية وبين المصلحة العامة من ناحية أخرى في إطار مبدأ التناسب.

وبعد الاستعراض العام لتعريف التناسب في التشريع، والذي يجمع البعدين السابقين، سنتناول في المطلبين الآتيين، مفهوم التناسب داخل التشريع، ومفهوم التناسب الدستوري.

^١ - د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - الطبعة الثانية - دار الشروق - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ٩١.

المطلب الأول:

مفهوم التناسب داخل التشريع

ذهب بعض الفقه، في تعريفه الاصطلاحي للتناسب، إلى أنه العلاقة بين سبب التشريع ومحلّه، أي مدى التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية أو القانونية التي جعلت المشرع يفكر في إصدار تشريع معين لتنظيم هذه الحالة، وبين محل أو موضوع التشريع ذاته، وهو الأثر القانوني المراد تحقيقه، فإذا ما تحقق هذا التوافق والتقارب بين السبب والمحل عُد التشريع متناسباً^١.

واتجه الفقه بشأن تحديد الركن الذي تؤدي الرقابة عليه إلى إثارة فكرة التناسب، إلى أربعة اتجاهات، حيث يرى الاتجاه الأول بأن التناسب من الموضوعات التي تتصل بعيب الغاية، أي الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمالها. ويرى هذا الجانب بأن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هي المنطقة التي يكون فيها للمشرع سلطة تقديرية، وهو ما يتصل معه هذا العيب بركن الغاية في التشريع^٢. فالانحراف التشريعي كعيب دستوري، وفق هذا الرأي، يتصل بركن الغاية في التشريع، ولا يرد إلا في المنطقة التي يمارس فيها المشرع سلطته التقديرية.

ويرى هذا الاتجاه بأن المحاكم تستعمل كلمة الغلو كبديل لاستعمال كلمة التعسف أو الانحراف، ولا يمكن اعتبار هذا الغلو نوعاً من مخالفة الدستور، إذ لا يكون ذلك إلا إذا كنا بصدد ممارسة سلطة مقيدة، في حين أن السلطة التشريعية تمارس سلطة تقديرية في شأن قواعد التجريم والعقاب على سبيل المثال، وحيث إن العيب الملازم لاستعمال السلطة التقديرية، هو إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، فلا رقابة على ممارسة السلطة التقديرية كأصل عام، إلا إذا ثبت هذا العيب. وعلى ذلك فإن عدم التناسب أو الغلو يندرج

^١ - د. جورج شفيق ساري - مرجع سابق - ص ١٧، د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٥٠.

^٢ - د. عبدالرزاق السنهوري - مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مرجع سابق - ص ٣٥٥ و ٣٦١.

في معنى التعسف والانحراف ولا يدخل تحت مخالفة الدستور^١. وسنأتي لاحقاً إلى بيان نظرية الانحراف التشريعي عند بعض الفقه، كأساس للرقابة على التناسب.

وذهب الاتجاه الثاني من الفقه إلى أن الرقابة على التناسب أو الغلو في تقدير العقوبات في مجال التجريم، أو في حالة استخدام المراسيم بقوانين مثلاً، لا يتصل بعيب الانحراف أو ركن الغاية، بل هو رقابة على السبب في صورتها القصوى، التي تتضمن التحقق من أهمية وخطورة الحالة الواقعية ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ، والمتمثل في محل التشريع^٢.

ويرى هذا الاتجاه أن الرقابة على التناسب في التشريع، تطبيقاً للرقابة على ركن السبب، والذي يشتمل على ثلاثة عناصر، هي الواقعة التي تبرر تدخل المشرع بإصدار التشريع، والتكييف القانوني لهذه الواقعة، والتناسب بين الإجراء الذي اختاره المشرع، والذي يمثل ركن المحل في التشريع، والغاية التي استهدفها من إصدار هذا التشريع، وهي دائماً المصلحة العامة بوجه عام، أو صورة مخصصة منها على حسب الأحوال.

ويُضيف هذا الاتجاه بأن سلطة المشرع والإدارة تُعتبر مقيدة فيما يتعلق بعنصر واحد من عناصر السبب، هو وجود واقعة تبرر صدور القانون أو القرار، أما بالنسبة للتكييف القانوني للواقعة والتناسب بين محل القانون أو القرار الإداري والغاية المستهدفة منهما فإن سلطة المشرع والإدارة تعتبر سلطة تقديرية، ولكنها لا تصل أبداً إلى الإطلاق. وتخضع السلطة التشريعية بالنسبة للقوانين التي تصدرها، وكذلك تخضع جهة الإدارة في القرارات الصادرة عنها لرقابة القضاء فيما يتعلق بجميع العناصر التي يقوم عليها ركن السبب في هذه الأعمال القانونية، سواء في ذلك العناصر المقيدة والعناصر التقديرية^٣.

^١ - انظر في تفصيل ذلك د. عبدالرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٣٥٥ وما بعدها، د. محمد عصفور - ضوابط التأديب في نطاق الوظيفة العامة - بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية - السنة الخامسة - العدد الأول - ١٩٦٣ - ص ٨٤، مشار إليه عند د. سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٠ - ص ٢٦٤.

^٢ - رأي د. محمد حسنين عبدالعال، مشار إليه عند د. سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة - مرجع سابق - ص ٢٦٦، وعند د. بدر محمد عادل - مرجع سابق - ص ٧٥٤، وانظر في هذا الرأي د. مجدي دسوقي محمود - المبادئ القضائية مصدر ذاتي للمشروعية - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠٠١ - ص ١٢٤ وما بعدها.

^٣ - د. يسري محمد العصار - رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الثامن عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.

ورداً على ما جاء به الاتجاه الأول من رأي، يرى الاتجاه الثاني بأن الفهم الصحيح لطبيعة الانحراف الذي قال به الاتجاه الأول، لا يستقيم معه إلحاق عدم التناسب أو الغلو بهذا العيب، وذلك لأن المغالاة في تقدير العقوبات مثلاً، لا تستهدف بالضرورة هدفاً آخر غير المحافظة على المصلحة العامة، وتحقيق الردع العام والخاص. ومن ناحية أخرى يرى هذا الاتجاه تعذر نسبة الانحراف إلى الهيئة التشريعية، باعتبارها ممثلة عن الإرادة الشعبية، ولا يمكن أن تجتمع آراء أعضائها إلى تحقيق غايات غير مشروعة.

أما الاتجاه الثالث من الفقه، فيرى بأن الرقابة على التناسب تتصل بركن المحل، أي مخالفة الدستور، ويضيف بأن تحديد وجه الحكم بعدم الدستورية في حالة عدم التناسب، لا يخرج عن أحد أمرين، فإما أن يكون ذلك على أساس مخالفة التشريع للدستور، أو على أساس الانحراف التشريعي، وحيث يتعذر نسبة إساءة استعمال السلطة أو الانحراف التشريعي إلى الهيئة التشريعية، فإنه يرجح القول بأن الحكم بعدم الدستورية، يكون على أساس مخالفة التشريع للدستور في روحه ومعناه^١.

ويذهب الاتجاه الرابع إلى أن الرقابة على التناسب لا تتصل بأي من ركني السبب أو المحل، بقدر ما تتصل بركن الغاية، ولكنها لا تعني أن عدم التناسب أو الغلو هو بذاته الانحراف بالسلطة، وإنما هو فقط وسيلة لإثبات عيب الغاية أو قرينة على ذلك. ويرى هذا الاتجاه أنه على القضاء تجنب الطريق الصعب في إثبات عيب الغاية، فالأيسر له هو الالتجاء إلى عيب مخالفة الدستور بالاعتراف بمبدأ التناسب، باعتباره من المبادئ القانونية العامة الملزمة، فلا يفترض مبدأ التناسب أن هناك عقوبة واحدة لا بديل عنها، هي التي تنتاسب مع الفعل المجرم، حيث من المحتمل أن تتوافر صفة التناسب لعقوبتين أو أكثر، فإذا ما اختار المشرع إحدى هذه العقوبات، توافر التناسب، بالنظر إلى مدى توافق المحل والمتمثل في العقوبة، مع السبب، والمتمثل في الفعل المجرم. وينتهي هذا الرأي إلى أن عدم التناسب لا يتعلق بأي من السبب أو المحل أو الغاية كل على حدة، وإنما بالعلاقة المتبادلة

^١ - رأي الدكتور عبدالفتاح حسن - مشار إليه عند د. سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة - مرجع سابق ص ٢٦٧، وعند د. بدر محمد عادل - الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين - مرجع سابق - ص ٧٥٥.

بينهم، بما مؤداه أن العيب الذي يعتور التشريع هو عيب مخالفة الدستور، في صورة أحد المبادئ القانونية العامة، وهو مبدأ التناسب^١.

ومن جانبي أرى بأن تحليل العناصر التي يتكون منها ركن السبب في التشريع، وتكييف الرقابة على التناسب بعيب السبب؛ يُدلّل على ارتباط وتداخل جميع الأركان الموضوعية في التشريع بعضها ببعض، حيث إن العنصر الثالث في ركن السبب يتضمن ضرورة تناسب المحل مع الغاية، الأمر الذي نرى معه عدم توقف مفهوم التناسب على إيجاد العلاقة بين ركني السبب والمحل، بل يمتد ذلك إلى ركن الغاية من التشريع، فلا يمكن معه اختزال مبدأ التناسب باعتباره من عناصر ركن السبب، لا سيما وأن هذا العنصر يربط بين الإجراء الذي اختاره المشرع والذي يمثل ركن المحل في التشريع، والغاية التي استهدفها من إصدار هذا التشريع، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن مبدأ التناسب يشتمل -بالإضافة إلى العلاقة بين الأركان الموضوعية للتشريع- على مدى توافق التشريع مع النصوص والمبادئ الدستورية التي تحكمه، أي تحقق التناسب الدستوري.

لذلك أرى بأن تحقق التناسب في التشريع، في بعده الأول، يستلزم وجود علاقة منطقية ومتوافقة بين الأركان الثلاثة التي يتمتع فيها المشرع بسلطة تقديرية وهي السبب والمحل والغاية، وهو ما خلصنا إليه عند بحثنا لمجال التقدير والتقيد في أركان القانون، حيث إن المشرع بالإضافة إلى ركني السبب والمحل يتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بركن الغاية، فيملك تحديد أوجه المصلحة العامة التي يتغياها، وإجراء الموازنة بين المصالح المختلفة، ليحدد أقربها إلى الصالح العام وأولاها بالحماية، الأمر الذي يعني ضرورة وجود علاقة وثيقة تربط الأركان الداخلية للتشريع قوامها التوافق والانسجام والمعقولية، وهي الصفات التي تحمل مفهوم التناسب.

^١ - د. سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة - مرجع سابق - ص ٢٦٨ وما بعدها..

الأمر الذي دعا البعض للقول بأن التناسب يتطلب أن يقوم العمل التشريعي على خيار معقول من الوسائل، وعلى أساس تقييم عادل يراعي تحقيق توازن المصالح، كذلك ويتطلب أن يكون العمل أو الإجراء مناسباً لتحقيق الأهداف المنشودة^١.

هذا وقد أكد القضاء الدستوري على أن مفهوم التناسب في التشريع يتطلب إيجاد العلاقة المتناسبة والمنطقية بين الوسائل المتمثلة في مضمون التشريع والغاية المطلوبة منها، وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا في مصر من أنه "يتعين دوماً لضمان اتفاق هذا التنظيم مع الدستور، أن تتوافر علاقة منطقية بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع في موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقاً لبلوغها، فلا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع، عن أهدافها، بل يجب أن تعد مدخلاً إليها"^٢.

كذلك وقد قررت المحكمة الدستورية البحرينية بأن "كل تنظيم تشريعي لا يعتبر مقصوداً لذاته، بل لتحقيق أغراض بعينها يعتبر هذا التنظيم ملبياً لها. وتعكس مشروعية هذه الأغراض إطاراً للمصلحة العامة التي يسعى المشرع لبلوغها، متخذاً من القواعد القانونية التي يقوم عليها هذا التنظيم سبيلاً إليها"^٣.

فبذلك يضحى ربط أركان التشريع الموضوعية، معياراً لمدى توافر التناسب في التشريع من عدمه. وبطبيعة الحال فإن هذه العلاقة التي تربط أركان التشريع تخضع للرقابة الدستورية، حيث يبسط القضاء رقابته على جميع أركان القانون ليقرر مدى تناسب العلاقة فيما بينها، كما ويقرر مدى التزام التشريع بأحكام الدستور ومبادئه.

هذا ويعتبر التجريم والعقاب مجالاً خصباً لتطبيق مبدأ التناسب في التشريع في بعده الأول، حيث ضرورة توافر علاقة متناسبة بين الأركان الموضوعية للتشريع، وتطبيق ذلك

^١ - Gerards JH. Proportionality review in European law- www.ivr-enc.info.

^٢ - حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - موقع المحكمة الدستورية العليا، وانظر في هذا الشأن د. محمد فؤاد عبدالباسط - ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٢ - ص ٢٧١ وما بعدها.

^٣ - حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضية رقم د/٣/٠٦ لسنة (٤) قضائية - جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٩ - منشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٨٨٩ - ٢ أبريل ٢٠٠٩.

وجوب تناسب العقوبة الجنائية مع خطورة الفعل المجرم والغاية المستهدفة من كل من التجريم والعقاب، وهو ما يعبر عنه بمبدأي الضرورة والتناسب في العقوبة.

فقد قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه "لا يجوز أن تعتمد الدولة كذلك -استيفاء لمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة- إلى تقرير جزاء على الإخلال بها يكون مجاوزاً -بمده أو تعدده- الحدود المنطقية اللازمة لصون مصلحتها الضريبية وإلا كان هذا الجزاء غلوً وإفراطاً؛ وفي المقابل فكلما كان الجزاء مقررًا لضرورة، أو متناسبًا مع الأفعال التي أثمها المشرع أو منعها، متصاعداً مع خطورتها كان موافقاً للدستور".^١

وقد بينت المحكمة الدستورية البحرينية بدورها، بأن ضوابط شرعية الجرائم والعقوبات تقوم على مراعاة مبدأي الضرورة الاجتماعية والتناسب في العقوبة، حيث قررت بأن الدستور "وقد ألزم المشرع بتفريد العقوبة، لم يحدد له حداً معيناً عند ممارسته لسلطته في التفريد، ولم يضع عليه قيداً في تحديد مده ومجالاته وحالاته وأسبابه، وبالتالي ليس ثمة قيد دستوري خاص على مباشرة المشرع لسلطته تلك إلا الضوابط التي يفرضها الدستور في إطار تنظيم شرعية الجرائم والعقوبات القائم على مبدأي الضرورة الاجتماعية والتناسب في العقوبة. وكلما استقام الجزاء الجنائي على قواعد يكون بها ملائماً، ومبرراً من منظور اجتماعي".^٢

ويتضح من هذه الأحكام بأن القضاء الدستوري قد وضع قيداً على شرعية الجرائم والعقوبات، يتمثل في مراعاة المشرع لمبدأ الضرورة الاجتماعية والتناسب في العقوبة، وبذلك يشترط في التجريم أن تكون الأعمال المجرمة ضارة بالمجتمع، وتتحدد الضرورة في التجريم في ضوء الهدف منه، وهو حماية المصلحة العامة أو حماية الحقوق والحريات التي تتعرض للضرر أو الخطر^٣، كما ويشترط في العقوبة أن تكون متناسبة مع جسامة الفعل المؤثم متدرجة بقدر خطورته. وسنأتي لاحقاً ببيان أكثر حول هذا الموضوع.

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا - طعن رقم (٩٠) لسنة ٢١ - جلسة ٣١ يوليو ٢٠٠٥ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضية رقم د/٠٦/٣ لسنة (٤) قضائية - جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٩ - منشور في الجريدة الرسمية عدد (٢٨٨٩) - بتاريخ ٢ أبريل ٢٠٠٩.

^٣ - انظر د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - الطبعة الثانية - دار الشروق - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ٥٠٠.

المطلب الثاني:

مفهوم التناسب الدستوري

يقصد بالبعد الثاني من مفهوم تناسب التشريع -وهو ما يسمى بالتناسب الدستوري- التوافق بين النص التشريعي وبين نصوص الدستور والمبادئ الأصولية التي تأسس عليها، وما إذا كان النص قد تجاوز الحدود الدستورية من عدمه، وكذلك تحقيق التوافق بين مقاصد المشرع من النصوص القانونية العادية ومقاصد المشرع الدستوري^١.

حيث إن المشرع لا يملك أن يتدخل لتحقيق مصلحة معينة حتى ولو كانت مشروعة في مقابل الاعتداء على حقوق الأفراد وحررياتهم، أو أن يتدخل لإقرار تشريعات تصطدم مع القيم الاجتماعية، حتى ولو لم تمثل مخالفة صريحة لنصوص الدستور. الأمر الذي يتطلب عمل موازنة بين تحقيق المصلحة العامة التي تمثل غاية التشريع، وبين حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، فلا يضحى بمصلحة على حساب أخرى. كما يجب تحديد نطاق المصلحة العامة المراد تحقيقها من وراء التدخل التشريعي وهو ما يعرف بقاعدة تخصيص الأهداف، فلا يجوز استعمال سلطات الضبط الإداري المخصصة لصون وحماية النظام العام بعناصره، من أجل زيادة موارد الدولة، كما لا يجوز إقرار تشريع يقيد الاجتماعات الخاصة بدعوى وقاية النظام الاجتماعي بغير ضرورة^٢.

ولا شك بأن التحقق من عملية التوازن التي يقوم به القضاء الدستوري بالغة الصعوبة، حيث تتطلب هذه العملية، التحقق من مدى مراعاة مبدأ التناسب بين التشريع والدستور، كما تتطلب تحقيق التوازن بين المتقابلات والمتعارضات من المصالح، مثل الدولة والفرد والمصلحة العامة والمصلحة الخاصة والحرية والقيد، حيث يجب مراعاة هذه المتقابلات من قبل المشرع أولاً، وخضوع تقديرات المشرع بشأنها للرقابة الدستورية ثانياً^٣.

^١ - د. جورج شفيق ساري - مرجع سابق - ص ١٨، د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٥١.

^٢ - د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - مرجع سابق - ص ٥٣٧.

^٣ - انظر د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - مرجع سابق - ص ٣٠ وما بعدها.

لذلك فإن القاضي الدستوري في رقابته على التناسب، يُمسك ميزاناً دقيقاً، يضع في كفتيه مجموعة من المصالح المتقابلة والمتعارضة، ومطلوبٌ منه أن يُحقق نوعاً من التوازن بين هذه المصالح، حتى لا ترجح كفة على حساب الإخلال بمتطلبات الكفة الأخرى، فيشكل انتهاكاً لبعض الحقوق أو الحريات، أو انتهاكاً لمتطلبات حماية الصالح العام. الأمر الذي يرى معه بعض الفقه أن مفهوم مبدأ التناسب، يعني تحقيق التوازن، وهو يعتبر من مسميات التناسب¹.

ومن الصعوبات أيضاً التي تواجهها رقابة التناسب، أنها يجب أن تكون في الحدود المطلوبة لحماية المشروعية الدستورية، فلا يتم استخدامها بشكل مفرط، بحيث يؤدي ذلك إلى المساس باستقلال المشرع، وسلب تقديراته، وفي المقابل عدم التفريط بهذه الرقابة، بالسماح بأن تكون تقديرات المشرع منفصلة من كل قيد. الأمر الذي يتطلب من المشرع أولاً: مراعاة مبدأ التناسب فيما يسنه من تشريعات، وأن تكون تقديراته هي الأنسب من حيث وفائها بتحقيق الغايات المتوخاة، ومراعيةً لأحكام الدستور ومبادئه. وثانياً: أن تكون رقابة القاضي الدستوري رقابة معقولة وعادلة وفي الحدود المطلوبة لحماية المشروعية الدستورية².

هذا ويحكم تحقق القاضي الدستوري من مدى توافر التوازن بين الحقوق والحريات الدستورية من جهة ومقتضيات المصلحة العامة من جهة أخرى، أو ما يسمى بالتناسب الدستوري؛ مجموعة من الاعتبارات، تتجلى في أن الحقوق والحريات في غالبيتها، ليست حقوقاً مطلقة لا حدود لها، فلا تكون ممارستها من خلال التضحية بغيرها من الحقوق والحريات، ومثالها أن الحق في حرية التعبير لا يجوز ممارسته اعتداءً على الحق في حماية الحياة الخاصة أو الحق في الشرف والاعتبار، بما مؤداه أن ممارسة الحقوق والحريات لا يحدها غير ضمان الحقوق والحريات الأخرى وغيرها من القيم الدستورية، الأمر الذي يتطلب تحقيق التناسب بين حدود ممارسة الحقوق والحريات الواردة في التشريع

¹ - Imer B. Flores - Proportionality in Constitutional and Human Rights Interpretation - Research Paper No. 13-005 – 2013 – p. 4 - <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1168>.

² - Imer B. Flores – ibid – p. 37.

وبين الأحكام والمبادئ الدستورية التي تضمنها. وحيث إنه لا يتصور وجود تنازع بين الحقوق والحريات الواردة في الدستور، فإن أي تنازع ظاهري في هذا الشأن يجد حله من خلال عملية التوازن بين هذه الحقوق والتي يقوم بها القاضي الدستوري^١.

ويشكل مبدأ التناسب وفقاً لذلك، الأداة الفعالة لحماية الحقوق والحريات، حيث يحدد القاضي الدستوري القيود والحدود الجائز وضعها على الحقوق الشخصية، بغرض الوفاء بمتطلبات المصلحة العامة، وبما يحقق التوازن بينهما، فلا إهدار للحقوق الأصلية التي كفلها الدستور، ولا إخلال بمقتضيات تحقيق صالح الجماعة. وهو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا المصرية، من أنه يتعين على المشرع إجراء موازنة دقيقة بين مصلحة المجتمع والحرص على أمنه واستقراره من جهة وحريات وحقوق الأفراد من جهة أخرى^٢.

ونُقدم مثلاً على وجوب مراعاة مبدأ التناسب الدستوري، وإجراء عملية الموازنة بين حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من جهة ورعاية مقتضيات المصلحة العامة من جهة أخرى، فقد حرم المشرع الفرنسي في تشريع له إجراء الدعاية التجارية لمشروعات التبغ والمشروبات الكحولية، تأسيساً على أن ذلك التقييد مرده تحقيق المصلحة العامة، وأن الحفاظ على الصحة العامة واجب أساسي يقع عبؤه على الدولة، بينما رأى الطاعنون على التشريع، أن ذلك يمثل مساساً بحرية الملكية، وحرية إقامة المشروعات وممارسة الأنشطة. وانتهى المجلس الدستوري الفرنسي إلى دستورية النص على أساس تناسبه، فإذا كان المشروع الاقتصادي حقاً من حقوق الأفراد، فإن المشرع قد أورد عليه بعض الضوابط التي تحقق نوعاً من التناسب بين حقوق الأفراد المتمثلة في إقامة المشروعات والتجارة وحق الملكية، وبين المصلحة العامة المتمثلة في ضرورة الحفاظ على الصحة العامة^٣.

وفي مثال آخر، قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية، في شأن حرية التعبير، وتفاعل الآراء التي تتولد عنها، بأنه "لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها، أو من ناحية العقوبة اللاحقة التي تتوخى قمعها. بل

^١ - انظر د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - الطبعة الثانية - دار الشروق - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ٩٤.

^٢ - حكم المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم (١١٤) لسنة ٢١ قضائية - جلسة ٢ يونيو ٢٠٠١ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٣ - مشار إليه عند د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٥٩.

يتعين أن ينقل المواطنون من خلالها -وعلانية- تلك الأفكار التي تجول في عقولهم، فلا يتهمسون بها نجياً، بل يطرحونها عزمًا ولو عارضتها السلطة العامة إحدائاً من جانبهم -وبالوسائل السلمية- لتغيير قد يكون مطلوباً. فالحقائق لا يجوز إخفاؤها، ومن غير المتصور أن يكون النفاذ إليها ممكناً في غيبة حرية التعبير^١. مقررّة المحكمة في قضاءها أنه إذا كفل الدستور حقاً من الحقوق، فإن القيود عليه لا يجوز أن تنال من محتواه إلا بالقدر وفي الحدود التي ينص عليها الدستور.

وفي هذا المعنى قضى المجلس الدستوري الفرنسي، بأن المشرع لا يملك أن يفرض على الأشخاص العاديين -خارج ممارسة عمل من أعمال الخدمة العامة- الالتزام باستخدام كلمات أو عبارات معينة وإلا تعرضوا لتوقيع جزاءات معينة. وإذا كان جوهر هذه الحرية لا يجوز المساس به، إلا أن ممارستها يمكن أن تتقيد مراعاة لحقوق أخرى فرضها الدستور. لذلك فإن هذه الحرية يمكن تقييدها لصالح احترام الكرامة الإنسانية، أو احتراماً لحرية الغير، أو حماية النظام العام، أو مراعاة لاحتياجات الدفاع الوطني، أو مراعاة لمقتضيات الخدمة العامة^٢.

ونخلص في هذا الشأن إلى أن الالتزام بمبدأ التناسب في التشريع ببعديه السابقين، يتطلب إحلال المحكمة الدستورية رقابتها على التشريع، لتقدر المحكمة من جانبها إما تحقق التوافق بين النص التشريعي والدستور أو التباعد بينهما، ومن ثم تقرير مدى مراعاة المشرع لمبدأ التناسب في التشريع أو الإخلال به. هذا وأن التمييز بين بُعدي التناسب داخل التشريع والتناسب الدستوري، لا يعدو أن يكون تمييزاً نظرياً، وذلك لما لهما من علاقة وثيقة وتداخل في التطبيق، فلا يفرق القضاء بينهما، وهو ما يظهر من استقراء الأحكام الدستورية.

هذا ويجب أن يكون البحث عن مدى تناسب التشريع، في إطار طبيعة مبدأ التناسب، حيث إن العبرة بتحقيق التناسب في التشريع عند ممارسة المشرع لسلطته التقديرية،

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم (٦) لسنة ١٥ قضائية - جلسة ١٥ أبريل ١٩٩٥ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - مشار إليه عند د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - مرجع سابق - ص ١٠١.

هو باختيار أحد البدائل التي تتوافر فيها صفة التناسب، وليس باختيار إجراء أو حل معين، هو الأكثر تناسباً. فلا يفترض تطبيق التناسب أن هناك حلاً أو إجراءً تشريعياً واحداً لا بديل عنه، هو الذي يتناسب فقط مع المشروعية الدستورية. فالحقيقة غير ذلك، حيث إنه من المحتمل أن تتوافر صفة التناسب لأكثر من حل أو تنظيم تشريعي معين، فللمشرع حينها اختيار أحد هذه الحلول التي تتوافر فيها صفة التناسب.

ولا يتدخل القاضي الدستوري برقابته على التناسب، إلا إذا توافر تفاوت ظاهر في درجة تناسب التشريع، أما التفاوت البسيط فإنه يدخل في إطار سلطة المشرع التقديرية، حيث إنه لو كان مناط التناسب، التزام المشرع بحل أو إجراء تشريعي معين هو الإجراء الأكثر تناسباً، لما كان هناك سلطة تقديرية، ولما كانت هناك ضرورة لإعمال مبدأ التناسب^١.

ولا بد من الإشارة إلى أن القاضي الدستوري يستخدم عبارات ومصطلحات متنوعة عند رقابته على التناسب، فبالإضافة إلى مصطلح التناسب، يستخدم العديد من المصطلحات كمعايير يجب مراعاتها في التشريع حتى يكون مراعيًا لمبدأ التناسب، فإذا ما توافرت هذه المعايير المتصلة بمفهوم مبدأ التناسب، يكون التشريع دستورياً، وإلا تحكم المحكمة بعدم الدستورية. وتتمثل هذه المعايير التي ترد في أحكام المحاكم الدستورية، للدلالة على تبنيها لفكرة التناسب، في المعقولة والمنطقية والضرورة والتوازن والقبول^٢.

ومثال ذلك أن الأصل في العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها. وأن القانون الجنائي يتغيا أن يحدد من منظور اجتماعي ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوكهم، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون قبولها اجتماعياً ممكناً. وأنه لا يجوز أن يؤثم المشرع أفعالاً في غير ضرورة اجتماعية، ولا أن يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة. وأن تنظيم العملية الانتخابية لا يكون ممكناً -تشريعياً- إلا إذا كان معقولاً.

^١ - انظر د. راغب جبريل سكران - الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة - رسالة دكتوراه - المكتب الجامعي الحديث - ٢٠٠٩ ص ٤٤٧ وما بعدها.

^٢ - انظر د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٦٥٨ وما بعدها، د. بدر محمد عادل - مرجع سابق - ص ٧٥٦ وما بعدها.

ولا يجوز أن يقتصر العمل بمزايا لا يرتبط عقلاً بها. وأن نطاق الضريبة أن يكون ممكناً عقلاً ربط عبئها بالأغراض الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المقصودة منها.

فكل هذه المعايير تدل فيما تعنيه على وجوب مراعاة المشرع لمبدأ التناسب، فهي من مقتضياته ومن الأوصاف الدالة على مفهوم واحد هو التناسب، وما اختلاف الاستخدام القضائي لهذه المعايير إلا مراعاة لكل حالة على حدة معروضة عليه.

المبحث الثالث:

التمييز بين التناسب في التشريع والمفاهيم القريبة منه

يخلط البعض بين مفهوم التناسب وغيره من المفاهيم القريبة منه كمفهوم السلطة التقديرية، ومفهوم الملاءمة، والخلط بين الرقابة على التناسب والرقابة على ركن السبب في التشريع. فيذهب رأي في الفقه إلى أن السلطة التقديرية هي الحرية التي تترك عادة لتقدير مناسبة الإجراء للسبب، ويرى أصحاب هذا الرأي بأن ميزة هذا التعريف أنه يشير إلى مكن هذه السلطة بين عناصر العمل القانوني^١. فيربط هذا الرأي بين مفهوم السلطة التقديرية ومفهوم التناسب، باعتبار أن الأخير هو تعريف للأول.

ولما كان مفهوم السلطة التقديرية للمشرع، أشمل مما ذهب إليه هذا الرأي، باعتباره يتضمن مجموعة من العناصر، وهي حرية المشرع في التدخل بتنظيم أو عدم تنظيم موضوع ما، وحرية في اختيار وقت تدخله، وحرية في المفاضلة بين البدائل والخيارات المطروحة بالنسبة للتنظيم التشريعي، دون أن يفرض عليه طريقاً بذاته يجب اتباعه، على أن تكون الحلول التي اختارها المشرع أكثرها تحقيقاً لأهداف التشريع، وأقلها تقييداً للحقوق والحرريات.

^١ - د. محمد مصطفى حسن - السلطة التقديرية في القرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٥١.

ولما كان مفهوم التناسب عبارة عن التوافق في التشريع بين أركانه الموضوعية وهي السبب والمحل والغاية، كما أنه التوافق بين التشريع والمبادئ الدستورية التي تحكمه. فإنه يظهر من مفهوم كل من السلطة التقديرية والتناسب، أن السلطة التقديرية تعتبر المجال الذي يتصرف فيه المشرع بحرية، ومن ذلك اختيار الحلول المناسبة، مما يعني أن تقدير مدى تناسب التشريع يعتبر جزءاً من السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع، فهي جزء من كل^١، فلا يستغرق التناسب كل مجال سلطة المشرع التقديرية، حيث تتضمن هذه السلطة عناصر أخرى يستقل المشرع بتقديرها دونما رقابة، كما هو حال تقدير التدخل التشريعي أو عدم التدخل، واختيار وقت التدخل وكيفية، ومدى ملاءمة التشريع للظروف المحيطة.

وإلى جانب ذلك نستعرض التمييز بين التناسب والملاءمة، والتمييز بين الرقابة على التناسب والرقابة على ركن السبب في التشريع، في المطالب الآتية.

المطلب الأول:

التمييز بين التناسب والملاءمة

من أكثر المصطلحات التي تختلط بمفهوم التناسب، هو مصطلح الملاءمة، فقد خلط بعض الفقه بين الاثنين واستخدما استخداماً واحداً، فذهب إلى أن الملاءمة هي التناسب بين الإجراء وأسبابه، فيرى هذا الرأي بأن عناصر الملاءمة في القرار الإداري هما السبب والمحل وهما ذات عناصر التناسب^٢.

وفي القانون الدستوري، ذهب البعض إلى أن الملاءمة هي مدى ما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية إزاء كل عنصر من عناصر التشريع المختلفة، وقد خلط هذا

^١ - د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٥٥ وما بعدها، د. محمد سيد أحمد - مرجع سابق - ص ٣٦٧.

^٢ - انظر في ذلك د. محمد سيد أحمد - مرجع سابق - ص ٣٦٧ وما بعدها.

الرأي بين التناسب والملاءمة، واعتبر أن رقابة القضاء الدستوري على مدى التناسب بين العقوبة الجنائية والفعل المجرم، ورقابة الخطأ الظاهر في التقدير من قبيل رقابة الملاءمة^١.

وذهب رأي إلى أن التناسب واحدٌ من أمور عديدة إذا ما روعي، وصف العمل بأنه ملائم، وأن تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب، يعتبر من عناصر الملاءمة، بما مفاده أن التناسب يقتصر على جانب معين من مجموع الجوانب العديدة التي تقوم عليها الملاءمة، والتي يشكل التناسب جزءاً منها^٢. فالتناسب وفقاً لهذا الرأي هو جزء من الملاءمة.

والحقيقة أن هنالك اختلافاً بين مفهوم كل من التناسب والملاءمة، واختلافاً في الآثار المترتبة عليهما. فقد خلصنا إلى أن التعريف اللغوي للتناسب هو القرابة والتشابه، وأن مفهوم مبدأ التناسب في التشريع الاصطلاحي هو عبارة عن التوافق في التشريع بين أركانه الموضوعية، السبب والمحل والغاية، كما أنه التوافق بين التشريع والمبادئ الدستورية التي تحكمه.

أما مصطلح الملاءمة، فأصله في اللغة العربية كلمة (لاءم)، ولأعمه ملاءمة: وافقه^٣. ولأعني الأمر: وافقني، ولأعم بين الشينين إذا جمع بينهما ووافق^٤. أو ترجع كلمة الملاءمة إلى كلمة (لأم)، واللأم: الاتفاق: وقد تلاعم القوم والتأموا: اجتمعوا واتفقوا. وتلاعم الشينان إذا اجتمعا واتصلا. وإذا اتفق الشينان فقد التأما، واللثم: فعلٌ من الملاءمة ومعناه الصلح^٥.

أما التعريف الاصطلاحي للملاءمة، فهو توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والظروف المحيطة التي يصدر فيها. ففي نطاق القانون الإداري، تعني ملاءمة تصرف ما، أن هذا التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان والمكان

^١ - د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - مرجع سابق - ص ٥٤.

^٢ - د. خليفة سالم الجهمي - الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب - مرجع سابق - ص ١٠١.

^٣ - القاموس المحيط للفيروز آبادي - مرجع سابق - ص ١٤٩٣.

^٤ - لسان العرب لابن منظور - الجزء الثاني عشر - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٩٩٧ - ص ٢١٢.

^٥ - لسان العرب لابن منظور - الجزء الثاني عشر - مرجع سابق - ص ٢١٢ وما بعدها.

والظروف والاعتبارات المحيطة^١. وفي مجال التشريع تعني الملاءمة توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يصدر فيها^٢.

فالملاءمة وفقاً لهذا المفهوم تتعلق بصلة العمل القانوني سواء أكان تشريعاً أو قراراً إدارياً بظروف إصداره. ويتمتع المشرع بسلطة تقديرية، فيما تعنيه أولاً: من تقدير ما إذا كان من الملائم إصدار التشريع أو عدم إصداره، أي تقدير وجوب التدخل أو الامتناع، وثانياً: اختيار الوقت الملائم لإصدار التشريع إذا ما قرر ذلك، وثالثاً: تقدير ما إذا كان التشريع الذي يعمل على إصداره يلائم الظروف المحيطة به، كالظروف السياسية والاقتصادية للدولة.

ولا يخضع تقدير المشرع لمدى ملاءمة التشريع لرقابة القضاء الدستوري، باعتبار أن الملاءمة من أخص مظاهر السلطة التقديرية التي يستقل بها المشرع، فهي من عناصر السياسة التشريعية، فلا تمتد ولاية المحكمة الدستورية إلى مناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره لأن ذلك كله مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها^٣.

الأمر الذي يظهر منه تباين مفهوم كل من التناسب والملاءمة، فالأول يتعلق بتوافق التشريع من حيث أركانه الداخلية، وتوافقه مع المبادئ الدستورية التي تحكمه، بينما الملاءمة تتعلق بتوافق التشريع مع ظروف الزمان والمكان والظروف المحيطة بإصداره، مما يرتب إمكانية أن يكون العمل القانوني متناسباً من حيث الصلة بين أركانه الداخلية وبينه وبين المبادئ الدستورية التي تحكمه، وفي الوقت نفسه يكون غير ملائم لوقت صدوره أو عدم توافقه مع الظروف المحيطة، والعكس صحيح.

أما على مستوى الآثار المترتبة على التمييز بين مفهوم التناسب ومفهوم الملاءمة، فإن ذلك يتمثل في مدى بسط القضاء الدستوري رقابته عليهما، فبالرغم من أن التناسب

^١ - د. عصام عبدالوهاب البرزنجي - مرجع سابق - ص ١٦٤.

^٢ - د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - مرجع سابق - ص ٢٢.

^٣ - انظر د. مروان المدرس - مرجع سابق - ص ٤٥٩، وانظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضية رقم (١١/٧/د) لسنة ٩ قضائية - جلسة ٣٠ مايو ٢٠١٢، حكم المحكمة العليا "دستورية" في مصر - قضية رقم (٢) لسنة ٣ قضائية - جلسة ٧ يونيو ١٩٧٥ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

والملاءمة يدخلان في نطاق السلطة التقديرية للمشرع، إلا أنه باستقراء أحكام المحاكم الدستورية يتبين أنها تؤكد دائماً بأن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، بل يترخص المشرع في تقديرها، وهي ما تشمل ملاءمة التشريع للزمان والمكان والظروف المحيطة. أما بالنسبة للرقابة الدستورية على التناسب في التشريع فإن ذلك ما سنستعرضه في الفصل الثالث من هذه الرسالة. وننتهي إلى أن التناسب والملاءمة يتفقان في اعتبارهما من عناصر السلطة التقديرية للمشرع، ولكنهما يختلفان من حيث المفهوم ومن حيث مدى خضوعهما للرقابة الدستورية.

المطلب الثاني:

التمييز بين الرقابة على التناسب والرقابة على ركن السبب في التشريع

عرفنا سابقاً ركن السبب في التشريع بأنه الحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع المشرع إلى إصدار التشريع، وانتهينا في معرض بحثنا لمجال سلطة المشرع التقديرية في أركان التشريع، بأن الأصل هو ترخيص المشرع في تقدير الأسباب الداعية إلى سن التشريع، بل وعدم وجوب توافر أسباب معينة للتشريع باعتباره أداة لرسم السياسة المستقبلية للدولة. ويرد على هذا الأصل استثناء يتطلب فيه المشرع الدستوري قيام أسباب معينة لإصدار التشريع، كما هو الحال في استخدام المراسيم بقوانين.

وبشكل عام، يُحلل بعض الفقه ركن السبب في التشريع، إلى ثلاثة عناصر هي الواقعة التي تبرر تدخل المشرع بإصدار التشريع، والتكييف القانوني لهذه الواقعة، والتناسب بين الإجراء الذي اختاره المشرع والذي يمثل ركن المحل في التشريع، وبين الغاية التي استهدفها من إصدار التشريع، وهي دائماً المصلحة العامة أو صورة مخصصة منها^١.

^١ - انظر د. عصام عبدالوهاب البرزنجي - مرجع سابق - ص ١٧٠، د. يسري محمد العصار - رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الثامن عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.

ووفقاً لهذا التحليل ذهب رأي في الفقه^١ إلى أن رقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع، تأتي تطبيقاً لرقابته على ركن السبب، وهو العنصر الثالث من عناصر هذا الركن، والمتمثل في التناسب بين الإجراء الذي اختاره المشرع والذي يمثل ركن المحل في التشريع، وبين الغاية التي استهدفها من إصدار التشريع.

ويذهب هذا الرأي إلى أن سلطة المشرع مقيدة فيما يتعلق بعنصر واحد من عناصر السبب، هو وجود واقعة تبرر صدور التشريع، أما بالنسبة للتكييف القانوني للواقعة والتناسب بين محل التشريع والغاية المستهدفة منه، فإن سلطة المشرع تعتبر سلطة تقديرية، ولكنها لا تصل إلى الإطلاق، فيخضع التشريع بجميع العناصر السالفة التي يقوم عليها ركن السبب -سواء العناصر المقيدة أو العناصر التقديرية- لرقابة القضاء، ومن ذلك اختصاص القضاء الدستوري بالحكم بعدم دستورية الجزاء الجنائي الذي ينطوي على غلو، بحيث لا يتناسب مع الفعل المجرم.

وفي رأي أن تناسب التشريع أوسع من اعتباره عنصراً من عناصر ركن السبب، كما ذهب إليه الرأي السابق. فلا يمكن اعتبار أن ركن السبب في التشريع يختزل جميع أركان التشريع الموضوعية، وبالتالي تعلق الرقابة على فكرة التناسب، بالرقابة على ركن السبب. وذلك لأن مفهوم التناسب ينصب على الربط بين أركان التشريع الموضوعية، بالإضافة إلى ربطه بين التشريع والمبادئ الدستورية التي تحكمه، فلا يمكن اختزاله باعتباره عنصراً من عناصر ركن واحد في التشريع، بل هو بالإضافة إلى ذلك مبدأ يُوفق بين أركان التشريع الموضوعية، وبين تشريع أدنى مع تشريع أعلى.

وبالتالي فإن فكرة التناسب لا يمكن اختزالها في العنصر الثالث من عناصر ركن السبب والمتعلق بتناسب المحل مع الغاية، بل هي فكرة تشمل متطلبات أكبر، منها تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد وحررياتهم من جانب ومتطلبات المصلحة العامة من جانب آخر، كذلك تحقيق التوافق بين مقاصد المشرع العادي ومقاصد المشرع الدستوري، وهو البعد الثاني لمفهوم التناسب والمتعلق بالتناسب الدستوري.

^١ - د. يسري محمد العصار - رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الثامن عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.

ولما كان التشريع كأصل عام لا يجب استناده إلى أسباب معينة لإصداره، فإن ما ذهب إليه الرأي السابق من أن سلطة المشرع مقيدة إزاء وجود واقعة تبرر صدور التشريع، يكون صالحاً للتطبيق بالنسبة للتشريعات التي يشترط فيها المشرع الدستوري توافر أسباب معينة لصدورها كالمراسيم بقوانين، أما غيرها فلا مجال لاعتبار أن سلطة المشرع مقيدة بضرورة توافر وقائع تبرر صدور التشريع، إذ لا يجب قيام أسباب معينة لدفع المشرع إلى إصدار التشريع، ويكفي تنظيمه لموضوعات يرسم بها سياسته المستقبلية.

الأمر الذي نخلص منه إلى أن الرقابة على ركن السبب تمثل جزءاً من الرقابة على التناسب في التشريع، باعتبار أن الرقابة الأخيرة أعم في مفهومها ومتطلباتها من الرقابة على ركن السبب، فلا يمكن بالتالي قصر رقابة التناسب على رقابة عنصر من عناصر ركن السبب كما ذهب إليه بعض الفقه.

الفصل الثاني:

موقف الفقه من الرقابة الدستورية على التناسب في التشريع

تمهيد وتقسيم:

تباين الرأي الفقهي بشأن مدى الرقابة على التناسب في التشريع، فذهب اتجاه إلى عدم الاعتراف بالرقابة على التناسب، باعتبار أن تقدير توافر صفة التناسب في التشريع، يدخل ضمن عناصر الملاءمة السياسية التي يستقل بها المشرع، دونما رقابة، وهي من أخص مظاهر سلطة المشرع التقديرية.

وذهب اتجاه آخر، إلى ضرورة الاعتراف برقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع، باعتباره يُشكل مبدأً عاماً من المبادئ الدستورية، بالإضافة إلى كون رقابة التناسب تُشكل أداة لتحقيق التوازن بين حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة وتحقيق متطلبات المصلحة العامة من جهة أخرى.

لما كان ذلك، فإننا سنتناول في هذا الفصل موقف الفقه من الرقابة على التناسب في التشريع، وسنستعرض أهم النظريات التي وضعها الاتجاه المؤيد للرقابة، كأساس لرقابة القضاء الدستوري على التناسب، والمتمثلة في نظريتي الانحراف التشريعي، ونظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: الاختلاف الفقهي بشأن الرقابة الدستورية على التناسب في التشريع.

المبحث الثاني: نظرية الانحراف التشريعي أساس للرقابة على التناسب في التشريع.

المبحث الثالث: نظرية الخطأ الظاهر في التقدير أساس للرقابة على التناسب في التشريع.

المبحث الأول:

الاختلاف الفقهي بشأن الرقابة الدستورية على التناسب في التشريع

لما كانت الرقابة على التناسب في التشريع، تعتبر من قبيل الرقابة على بعض عناصر سلطة المشرع التقديرية، فإنه من اللازم بيان موقف الفقه بشأن مدى الرقابة على هذه السلطة.

انقسم الفقه بشأن هذه الرقابة إلى اتجاهين، يرى الأول منهما ترك السلطة التقديرية، للمشرع وحده، دون أن يتدخل القضاء الدستوري في رقابة مدى تناسب الحل الذي اختاره المشرع، وبالتالي رفض رقابة التناسب لتناقضها مع مضمون سلطة المشرع التقديرية، ويذهب الاتجاه الثاني إلى إخضاع التناسب إلى رقابة القضاء، وبالتالي فإن الحلول التي يختارها المشرع وفق ما يتمتع به من سلطة تقديرية، لا تكون عسيرة عن الرقابة الدستورية. وسنتناول في المطلبين الآتيين، كلا من هذين الاتجاهين.

المطلب الأول:

الاتجاه الفقهي المعارض للرقابة على التناسب في التشريع

يذهب هذا الاتجاه إلى رفض منح القضاء الدستوري حق الرقابة على التناسب في التشريع لتناقضه مع مضمون السلطة التقديرية للمشرع. فلا يجوز للقاضي الدستوري تجاوز حدود رقابة المشروعية الدستورية، إلى ما يعرف برقابة الملاءمة^١، والتي تعتبر من إطلاقات المشرع. فليس للقاضي الدستوري تعدي إطار النصوص الدستورية، إلى ما يعلوها من مبادئ غير مكتوبة، حتى لا يحل محل المشرع في تقديراته، فيكون حينها متجاوزاً المجال القانوني إلى المجال السياسي، ومتجاوزاً أيضاً لمفهوم الرقابة ذاتها؛ لأنه يقوم بمشاركة المشرع في سلطاته والحلول محله أحياناً، بل والحلول محل المشرع الدستوري، ومن ثم يكون متعدياً لدوره الدستوري ومخالفاً لمبدأ الفصل بين السلطات^٢.

وفي هذا الاتجاه يرى الدكتور سليمان الطماوي أن السلطة التشريعية تتمتع في ممارستها اختصاصاتها بحرية واسعة، ولكنها ليست مطلقة كما هو الشأن بالنسبة للسلطة التأسيسية، فالمشرع يتقيد بما ورد في الدستور من قواعد، وبالإضافة إلى ذلك، يتقيد المشرع على الراجح بالمبادئ الطبيعية العامة التي تستمد وجودها من وجود الإنسان وأدميته، والتي اعترف القضاء في مصر وفرنسا بوجودها وبإلزامها للمشرع، حتى ولو لم يرد بشأنها نص خاص في الدستور^٣.

وبالرغم من ذلك يرى الدكتور الطماوي بأن السلطة التشريعية تختار بمطلق إرادتها، ودون معقب عليها، التنظيم الذي يتفق والصالح العام، فتستقل بتقدير أهداف التشريع، لأن ذلك يتعلق بنطاق السياسة أكثر منه بالقانون، ولأن التشريع لا بد وأن يصطبغ بصبغة الحزب الغالب في البرلمان، وما دامت التشريعات الصادرة من البرلمان لا تخالف

^١ - يخلط هذا الاتجاه بين كل من التناسب الملاءمة، حيث يعتبر أن لهما مفهوماً واحداً، يدخلهما نطاق سلطة المشرع التقديرية، دون التمييز بينهما، وبالتالي فإنهما يخرجان عن رقابة القاضي الدستوري. انظر التمييز بين التناسب والملاءمة السابق بحثه.

^٢ - رأي د. محمد السناري - الشريعة الإسلامية وضابط رقابة دستورية القوانين في مصر - القاهرة - ١٩٨٦ - ص ٢٣٢، مشار إليه عند د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٤٦١.

^٣ - د. سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٦.

نصاً صريحاً في الدستور، سواء كانت المخالفة مباشرة أو غير مباشرة؛ فإن تقدير الآثار الاجتماعية للقانون يجب أن يترك للمشرع، دون معقب عليه إلا من الرأي العام بالطريق الذي ينظمه القانون.

ويستطرد الرأي السابق بأن السلطة التشريعية وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، تملك التشريع أصلاً، ومهمتها في هذا الصدد حرة، وأن القيد لا يرد إلا بصفة استثنائية، ومن ثم فإن حرية البرلمان في التشريع أبعد من أن تقاس على حرية الإدارة في التنفيذ، فالقيد على الإدارة هو الأصل، ومجال تقديرها محدود بالوقوف عند إرادة المشرع، وأهدافها محدودة، أما أهداف التشريع، فلا يمكن أن تُحدد بطريقة معينة، ويستحسن ترك أمر تقدير ذلك للجماعة ممثلة في برلمانها، وهو ما لا يعني -بحسب الدكتور الطماوي- إطلاق الحرية للمشرع دون قيد، فلا يمكن التسليم بذلك، وإلا أهدرنا كل قيمة للدستور المكتوب، ومن ثم فإن المشرع يتقيد بالنصوص الواردة في الدستور، لا بأحكامها الصريحة فحسب، بل بأحكامها الضمنية أيضاً. فإذا لم يفرض الدستور قيداً صريحاً أو ضمناً، فمن المصلحة أن يُترك تقدير أهداف التشريع لممثلي الشعب، تحت رقابة الشعب، لأن ذلك يمكن أن يُطور من التشريع، لذلك فإن رقابة القضاء تقتصر على منع المخالفات التشريعية الصارخة، والتي تبلغ في جسامتها حد تعديل المبادئ المقررة في الدستور دون اتباع الطريق المنصوص عليه فيه^١.

وفي ذات الاتجاه يقرر الدكتور محمد عصفور بأن السلطة التقديرية في نطاق التشريع هي جوهر التشريع وحقيقته، إذ ليس من المفهوم أن يرسم الدستور طُرقاً معينة يتوجب على المشرع سلوكها، وأن الغاية من التشريع هي أن يواجه المشرع ما يثيره تطور الجماعة من مشكلات والتي أُوكل إليه أمر تصريف شؤونها. وبذلك فإنه لا صحة للقول بوجود منطقتين للتشريع، تكون سلطة المشرع في أحدهما مقيدة، وتكون في الأخرى تقديرية، فإن المشرع بالرغم من كونه مقيداً بنصوص الدستور، فإن ذلك لا يعني أن سلطته مقيدة كما هو الشأن في سلطة الإدارة المقيدة، إذ هو لا يزال يُعمل في نطاق القيود الدستورية- سلطته في الابتداع، فالضمانات الدستورية هي من أهم القيود التي ترد على

^١ - د. سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٤٣.

سلطة المشرع، ولكن ذلك لا يعني أن سلطة المشرع في معالجته للحريات لها نفس المفهوم في نطاق القرارات الإدارية، وذلك لأن المشرع رغم ما يرد على سلطاته من قيود لا يزال حراً في اختيار الأسلوب الذي يعالج به الحريات، فسلطته في الابتداع لم يمنعها القيد الدستوري ولم يُنقصها، وإنما كل ما يعنيه هذا القيد هو تحديد مجالها، كما هو الشأن في تحديد سائر الاختصاصات العامة^١.

ويستطرد الرأي السابق، بأن القول بوجود تخصيص للهدف الذي يجب أن يتجه المشرع إلى تحقيقه، هو أمر يتناقض مع واجب المشرع في التجاوب مع مقتضيات التطور، ومع جوهر السلطة التشريعية المتمثل في حرية المقاصد والأهداف. لذلك فإنه من غير المقبول -وفق هذا الرأي- فرض رقابة من القضاء على سلطة المشرع التقديرية، لإثبات عدم انحرافه في استعمالها. لأن على القضاء واجب عدم المساس باستقلال السلطة التشريعية، وعدم تدخله في تقديراتها، حيث إن فرض مثل هذه الرقابة القضائية تُقربها من رقابة حكومة القضاء.

وينتهي الرأي لدى الدكتور محمد عصفور، بأنه مهما كان وضع القضاء في نظام ديمقراطي، فإنه لا يمكن السماح له بإهدار تقديرات المشرع، بحجة الرقابة على دستورية القوانين، لأن إلزام المشرع بالعمل داخل حدود الدستور، لا يعني مراقبة القضاء لنوايا المشرع وتقديراته، وإلا أدى ذلك إلى تعطيل معنى السيادة الشعبية، واعتبار هذه الرقابة نوعاً من التشريع الذي يقوم به القضاء بطريق غير مباشر، ما دام يحل تقديره محل تقديرات المشرع^٢.

ويذهب الدكتور عبدالحميد متولي، إلى تأييد الاتجاه المعارض للرقابة على سلطة المشرع التقديرية، والتي منها الرقابة على التناسب في التشريع، فيرى بأن المشرع متى خُوِّل من قبل الدستور بتنظيم حرية من الحريات، فإن له أن يَنْقُص منها، بوضع القيود على ممارستها، وليس على المشرع من الناحية القانونية سوى قيد واحد هو عدم إلغاء هذه الحرية، أما ما عداها من قيود، فلا تعتبر إلا قيوداً سياسية يرجع فيها إلى البرلمان تحت

^١ - د. محمد عصفور - مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع - مرجع سابق - ص ١٣٨ وما بعدها.

^٢ - د. محمد عصفور - مرجع سابق - ص ١٤٢ وما بعدها.

رقابة الرأي العام وحده. فإذا ما تقرر للقضاء اختصاص النظر في مدى انتقاص التشريع من هذه الحرية، فإن القضاء يخرج في هذه الحالة من نطاق اختصاصه في رقابة المشروعية إلى رقابة الملاءمة^١.

وينتهي هذا الرأي إلى أنه حينما يعمد رجال القضاء إلى استخلاص روح الدستور، أو المبادئ الدستورية العليا، إنما يفتحون أمامهم باب التقديرات الشخصية والنزعات السياسية، مما ينتهي إلى الاعتداء من جانب السلطة القضائية على السلطة التشريعية، أي إلى انتهاك مبدأ سيادة الأمة، ومبدأ الفصل بين السلطات.

ويرى الدكتور علي الباز في ذات السياق، بأنه لا يجوز أن تنصب رقابة القضاء على سلطة المشرع التقديرية، بجميع العناصر التي تتكون منها، كالتناسب والملاءمة، فلا يراقب القاضي الدستوري على التقديرات والاعتبارات السياسية التي يتوخاها المشرع من وضع التشريعات، لأن رقابة القضاء هي رقابة قانونية وليست رقابة سياسية، فلا يجوز للقضاء التعرض لبحث مدى ضرورة التشريع لتحقيق الأهداف المنصوص عليها صراحة في الدستور. فليس من اختصاص القضاء أن يُقدر الحكمة التي ابتغتها السلطة التشريعية من وضع التشريع، أو أن يُقدر آثاره الاجتماعية، أو فحص الأساليب المستخدمة في معالجة موضوع التشريع، كما أنه لا يتصل برقابة المشروعية أن تُقدر المحكمة مدى دستورية التشريع على ضوء كل من الباعث أو السبب أو الهدف، الذي يقصده المشرع من وضع ذلك التشريع^٢.

ويخلص الرأي السابق إلى القول بأن امتداد الرقابة على دستورية القوانين إلى مجال السلطة التقديرية الممنوحة للمشرع، سوف يؤدي إلى تحول الرقابة من رقابة مشروعية إلى رقابة ملاءمة، حيث سيُقدّر القضاء بواسطة رقابته مدى تناسب الحلول التي تبناها المشرع،

^١ - رأي د. عبد الحميد متولي - مشار إليه عند د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٤٧١ وما بعدها.

^٢ - ويظهر من هذا الرأي خلطه بين مفهوم كل من التناسب والملاءمة، حيث اعتبر فحص الأساليب المستخدمة في معالجة موضوع التشريع، أو ما تسمى بالحلول التشريعية، وكذلك الرقابة على الباعث والسبب والهدف، اعتبرها من قبيل الملاءمات السياسية التي تدخل في نطاق سلطة المشرع التقديرية، والتي لا تخضع للرقابة الدستورية. رأي د. علي الباز - مشار إليه عند د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٤٧٥.

الأمر الذي يؤدي في الأخير إلى أن تُقيّم السلطة التشريعية مدى صحة ما ذهب إليه القضاء من الحكم على تشريعاتها، وقد تنتهي إلى أن تضع من القوانين ما تستطيع به إهدار آثار أحكام القضاء الخاصة بعدم دستورية قوانينها، وقد تسعى إلى تعديل الدستور ذاته لكي تصل إلى تحقيق ذلك الهدف، مما يعصف بمبدأ الرقابة ذاته أو يحد من نطاقه بما يفقده كثير من فاعليته، نتيجة للنزاع بين السلطتين التشريعية والقضائية.

ويؤيد الدكتور عادل الطبطبائي ذات الاتجاه، فيرى أن امتداد الرقابة الدستورية إلى نطاق سلطة المشرع التقديرية، وتقضي ما إذا كان الحل الذي اختاره المشرع يتناسب مع احتياجات المجتمع أم لا، يعني أن القاضي الدستوري أحل إرادته محل إرادة السلطة التشريعية في اختيار الحل الذي يراه مناسباً، وبذلك فإنه يقوم بمهمة التشريع من خلال منصة القضاء^١.

ويرى الرأي السابق، بأن القول بضرورة التوسع في الرقابة الدستورية، واعتبار ذلك ضماناً من ضمانات الحقوق والحريات، يحمل مخاطر كبيرة، إذ قد يؤدي هذا التوسع إلى أن تتصب المحكمة -التي تراقب الدستورية- من نفسها حاكماً أعلى من كل سلطات، ويتحول النظام الدستوري إلى نظام حكومة القضاء، فيؤدي إلى عدم الاستقرار الدستوري، واضطراب في العلاقة بين السلطتين التشريعية والقضائية.

ويستطرد الدكتور الطبطبائي، بأن فكرة التناسب، تحمل مخاطر شتى على النظام القانوني في الدولة، وذلك يعود إلى أن القاضي الدستوري بممارسته الرقابة على الدستورية استناداً إلى هذه الفكرة، إنما يقوم بعملية سياسية لا تخلو من فرض أفكاره الخاصة، وتقديراته الشخصية، ومحاولة دمجها في النظام القانوني. ويضيف بأن طبيعة عمل القاضي تتضمن بالضرورة حداً أدنى من حرية التصرف، أو سلطة التقدير، لكي يقوم بمهمته في تطبيق القوانين، ولكن حدود هذه السلطة التقديرية تعود إلى شخصية القاضي نفسه، فهو الذي يقرر حدود اتساعها ومداها، أو يقرر الامتناع عن مباشرتها. ويضيف هذا الرأي بأنه إذا كان القاضي الدستوري يحرص أن تكون رقابته في حدودها الدنيا عند البحث عن مدى

^١ - انظر د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٥٠٠ وما بعدها، د. شعبان أحمد رمضان - ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين - مرجع سابق - ص ٤٧٩ وما بعدها.

التناسب بين القاعدة القانونية التي يقرها المشرع والأهداف التي يسعى إلى تحقيقها، إلا أنه لا شيء يضمن أن لا يمد القاضي الدستوري نطاق رقابته إلى حدودها القصوى، ويحل بإرادته وأفكاره وتقديراته محل المشرع العادي واختياراته^١.

نخلص من الآراء الفقهية السابقة، والمعارضة لرقابة التناسب، إلى أن حُجج هذا الاتجاه لرفضه هذا النوع من الرقابة تتمثل في أن الرقابة على سلطة المشرع التقديرية تُعتبر تجاوزاً لحدود رقابة المشروعية الدستورية إلى رقابة الملاءمة، والتي تعتبر من إطلاقات المشرع. وأن تقصي القاضي الدستوري ما إذا كان الحل الذي اختاره المشرع متناسباً يعني أن القاضي الدستوري قد أحل إرادته محل إرادة السلطة التشريعية في اختيار الحل الذي يراه مناسباً، وبذلك فإنه يقوم بمهمة التشريع من خلال منصة القضاء، بل ويحل محل المشرع الدستوري، مما يمس استقلال السلطة التشريعية، ويخالف مبدأ الفصل بين السلطات.

ويرى أنصار هذا الاتجاه، أنه ليس للقاضي الدستوري تعدي إطار النصوص الدستورية، إلى ما يعلوها من مبادئ غير مكتوبة، حتى لا يحل محل المشرع في تقديراته، فيكون حينها متجاوزاً المجال القانوني إلى المجال السياسي.

كذلك وإن من مبررات رفض الرقابة على مدى تناسب التشريع، لدى هذا الاتجاه، أن حرية البرلمان في التشريع أبعد من أن تقاس على حرية الإدارة في التنفيذ، فالقيد على الإدارة هو الأصل، ومجال تقديرها محدود بالوقوف عند إرادة المشرع، وأهدافها محدودة، أما أهداف التشريع، فلا يمكن أن تحدد بطريقة معينة، ويستحسن أمر تقدير ذلك للجماعة ممثلة في برلمانها، فإن جوهر السلطة التشريعية يتمثل في حرية المقاصد والأهداف.

ومع احترامي لهذه الآراء المنكرة للرقابة على التناسب في التشريع، إلا أن الواضح منها تبني أصحابها للخلط بين مفهوم كل من التناسب والملاءمة، باعتبارهما من قبيل السلطة التقديرية للمشرع، وبالتالي عدم خضوعهما للرقابة الدستورية، رغم أنه من اللازم التمييز بين المفهومين، وعدم رفض أي نوع من الرقابة عليهما، بمجرد دخولهما في نطاق

^١ - انظر د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٥٠٤.

سلطة المشرع التقديرية، فالرقابة على التناسب في التشريع -في شقيها التناسب داخل التشريع والتناسب الدستوري والذي لم يتطرق الاتجاه الرافض للرقابة على التناسب إلى التمييز بينهما- تأتي هذه الرقابة كمرحلة جديدة للتخفيف من حدة مبدأ استقلال المشرع وحريته الكبيرة في وضع الحلول التي يراها مناسبة مع الصالح العام.

لذلك فإنه ليس من الصحيح القول بأن تخويل الدستور للمشرع بتنظيم حق من الحقوق أو حرية من الحريات، تُعطيه سلطة الانتقاص من هذا الحق أو الحرية، بوضع القيود على ممارستها، بشرط عدم إلغاء هذا الحق أو الحرية. حيث إن هذا القول يؤدي إلى إهدار ضمانات حماية الحقوق والحريات، وتعرضها لمزيد من التعطيل والانتقاص من جانب المشرع نفسه، فضلاً عما قد تتعرض له من انتهاك من جانب جهة الإدارة التي تتولى تنفيذ التشريع. فمراعاة مبدأ التناسب في التشريع، من قبل المشرع أولاً، ومن ثم خضوعه لرقابة القاضي الدستوري، يؤدي إلى ضمان حماية الحقوق والحريات وعدم الانتقاص منها أو الحد من فاعليتها، تحت ستار سلطة التنظيم التي يملكها المشرع. فهذه السلطة ليست مطلقة من كل قيد إنما خولت للمشرع من أجل تمكينه من مواكبة الأحداث وتطورها، بوضع ما يناسب من حلول تشريعية تصلح لتنظيمها، مع مراعاته لتحقيق التوازن بين المقتضيات المتقابلة والمتعارضة، وترجيح المصلحة الأولى بالحماية، وفقاً لاعتبارات منطقية، يتناسب فيها الحل التشريعي مع الهدف المنشود.

ومما سبق نرى بأنه ليس من المقبول معارضة أي رقابة على التناسب في التشريع، بذريعة أن ذلك يُدخل القاضي الدستوري دائرة الملاءمة السياسية التي يستقل بها المشرع، وأن هذه الرقابة تعتبر توسعاً في اختصاص القاضي الدستوري، مما قد يجعله حاكماً أعلى من كل السلطات، بإحلاله تقديراته محل تقديرات المشرع العادي. حيث إن هذا القول يُرجعنا إلى بدايات ظهور الرقابة على دستورية القوانين، وبروز الانتقادات لمبدأ الرقابة الدستورية، لذات الحجج التي ترى بأن الرقابة تؤدي إلى تدخل القاضي في عمل السلطة التشريعية، فيعيقها عن ممارسة اختصاصها التشريعي. فالرقابة على دستورية القوانين أصبحت من المسلمات ومن مقومات الدولة القانونية، وكذلك فإن الرقابة على التناسب في

التشريع، تعتبر من ضروريات الرقابة الدستورية، باعتبارها ضامناً لتحقيق أكبر قدر من الحماية للحقوق والحريات، وقيداً على انفلات سلطة المشرع التقديرية.

المطلب الثاني:

الاتجاه الفقهي المؤيد للرقابة على التناسب في التشريع

بخلاف الاتجاه السابق الرافض للرقابة على سلطة المشرع التقديرية، ظهر اتجاه جديد يدعو إلى توسيع نطاق الرقابة على دستورية القوانين، وامتداد الرقابة لتشمل جزء من سلطة المشرع التقديرية، وهو الجزء المتعلق بمدى تناسب التشريع.

فيرى هذا الاتجاه، أن كل اختصاصات المشرع في مجال التشريع، هي اختصاصات مقيدة بأهداف الدستور، ويخضع المشرع بالتالي في مباشرة سلطاته لمبدأ الدستورية. بيد أن هذا القول لا يعني -بحسب هذا الاتجاه- إنكار كل سلطة تقديرية للمشرع في مجال مباشرة اختصاصاته التشريعية، لأن المشرع يجب أن يكون له شيء من حرية التقدير، وهو ما يطلق عليه السلطة التقديرية للمشرع. والاعتراف بالسلطة التقديرية للمشرع، لا يعني الاعتراف له بسلطة تحكمية، لا تخضع لأية رقابة، فهذه السلطة لا وجود لها، ولا يمكن الاعتراف بها لأية جهة^١.

ويذهب هذا الاتجاه إلى أن خضوع المشرع لرقابة الدستورية -وهو بصدد ممارسة سلطاته التقديرية- لا ينال من هذه السلطة، بل على العكس يُبرز بوضوح مدى التوافق الكامل بين اكتساب جهة ما سلطة تقديرية في مباشرة نشاطها، وبين ضرورة أن يتم هذا النشاط في حدود المشروعية وسيادة القانون.

لذلك فإن الرقابة على بعض سلطة المشرع التقديرية، وبالتحديد رقابة التناسب في التشريع، لا تتعارض مع مبدأ المشروعية، والتي تعني ضرورة احترام القواعد القانونية من

^١ - د. زكي محمد النجار - فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧ - ص ٣٤٠ وما بعدها.

قبل كافة السلطات العامة والأفراد. فإن التصرف الذي تأتية السلطة العامة أو الأفراد بعيداً عن نطاق المشروعية، لا يُعد صحيحاً ومنتجاً لآثاره، ولو كانت تتمتع السلطة العامة بحرية التقدير في بعض عناصره، ويقتضي الخضوع للمشروعية، خضوع هذه التصرفات للرقابة القضائية^١. فإذا ما كانت السلطة التقديرية ليست سلطة مطلقة، فهي لا تعدو أن تكون سلطة أو حرية يمارسها المشرع في إطار الدستور وداخل حدوده، باعتباره يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، بالبحث عن الحل الأكثر تناسباً، وهو الوضع القانوني الذي يدخل في إطار المشروعية الدستورية ولا يجافئها.

وبحسب هذا الاتجاه، لا تتعارض الرقابة على تقديرات المشرع مع مبدأ الفصل بين السلطات، ذلك لأن الفصل بين رقابة المشروعية وبين الرقابة السياسية أو رقابة الملاءمة لا يخلو من إبهام، لأن الاعتبارات السياسية أصل والاعتبارات القانونية تابع لهذا الأصل، فقامت بينهما صلة متينة الأواصر، تجعلهما مختلطين أو متقاربين تماماً. فإذا ما كانت الرقابة على تقديرات المشرع، لا تستهدف أكثر من التأكد من مدى تناسب الحلول التي اختارها المشرع، دون التعرض لرقابة التكييف القانوني للأسباب التي قام عليها التشريع -بحسب هذا الرأي- فإنها بذلك لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، بل تغدو هذه الرقابة ممارسة للوظيفة القضائية في نطاقها المحدد دون تجاوز في ذلك، وأكثر من ذلك فإن هذه الرقابة تعتبر تكريساً لمبدأي الفصل بين السلطات والمشروعية، إذ إن هذه الرقابة تعتبر وسيلة صالحة لتطبيق القواعد غير المحددة^٢، من خلال عملية التفسير الواسع للدستور وتطبيق المبادئ الدستورية العليا.

وهو المسلك الذي طبقت المحكمة الدستورية العليا في مصر، في أعمالها لسلطاتها في رقابة الدستورية، الذي اضطرر على رقابة تناسب التشريع، ورقابة غاية المشرع فيما يسنه من تشريعات، والتي تكشف عن مدى خروج المشرع عن مقاصد الدستور وأهدافه في حماية الحقوق والحريات العامة، فضلاً عن خروجه عن حدود سلطته التقديرية^٣.

^١ - د. زكي محمد النجار - مرجع سابق - ص ٦٥.

^٢ - د. محمد عبداللطيف - التصحيح التشريعي - دار النهضة العربية - ١٩٩١ - ص ١٩٨.

^٣ - د. زكي محمد النجار - مرجع سابق - ص ٣٦٩، د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٢٤٤ وما بعدها.

وبشأن حدود الرقابة على سلطة المشرع التقديرية، يُفرق الاتجاه المؤيد لرقابة التناسب بين بعض الصور، كتفريقه بين الرقابة على تناسب التشريع، وبين بحث ضرورة التشريع، فإذا ما كانت مسألة ضرورة التشريع أو عدم ضرورته مسألة يترخص فيها المشرع دون أدنى قدر من الرقابة، باعتبارها لا تعدو ترخصاً للمشرع في التدخل أو عدم التدخل لتنظيم موضوع ما، فإذا ما قدر المشرع أن الضرورة تقتضي منه التدخل لتنظيم موضوع ما، تدخل، كما أن له أن يستعمل الفرصة، فلا يسبق الحوادث ولا يتعجل، حتى تقوم الضرورة لممارسة تقديره، فيعتمد عندئذ إلى إصدار التشريع الذي ينظم المسألة. فتعني ضرورة التشريع بمعنى آخر، تقدير المشرع لمدى الحاجة إلى إصدار التشريع، وتقديره في أن يصدر في الوقت المناسب التشريع الذي يراه لازماً لتنظيم مسألة ما، أو التعديل عليه أو إلغائه.

فإذا ما تدخل المشرع وسن تشريعه الذي ينظم مسألة ما، فإن تقديره في المفاضلة بين البدائل المختلفة واختياره إحداها، يخضع للرقابة الدستورية، للوقوف على مدى تحقيق الحل الذي اختاره المشرع للمصلحة العامة، حيث إن القاعدة أنه إذا ما خول الدستور المشرع، بتنظيم حق من الحقوق، فلا يجوز للمشرع أن يضع قيوداً على هذا الحق، بحيث ينتقص منه انتقاصاً خطيراً.

لذلك فإنه على القاضي الدستوري أن يُحدد أولاً المقصود بالمصلحة العامة، ويقوم ثانياً ببحث ما إذا كانت الإجراءات التي يتخذها المشرع، تحقق هذه الغاية أم لا. ويلجأ القاضي الدستوري في سبيل هذه الخطوة إلى استخدام رقابة الحد الأدنى^١. وتلك هي منطقة الرقابة على التناسب في التشريع. فالرقابة على التناسب لا علاقة لها بمدى ضرورة أو عدم ضرورة التشريع، ولكنها تأتي لاحقة على تدخل المشرع بالتنظيم لمسألة ما، إذا رأى ثمة ضرورة للتدخل لتنظيمها، دون أن يخضع تقدير وجود هذه الضرورة للتدخل أو عدم وجودها للرقابة الدستورية^٢.

^١ - د. محمد عبداللطيف - التصحيح التشريعي - مرجع سابق - ص ١٩٨.

^٢ - يُثار تساؤل هام حول الأثر المترتب على عدم تدخل المشرع بتنظيم حرية ما، فهل عدم تدخل المشرع بتنظيم هذه الحرية، بعدما فوض الدستور أمر تنظيمها للمشرع، يعني تعطيل التمتع بهذه الحرية؟ وفي ذلك يرى الفقه أن الحريات العامة إذا أجاز الدستور تقييدها، فإنها لا تُقيد إلا بتشريع، وهو المبدأ الذي انعقد عليه إجماع رجال الفقه الدستوري والقضاء. وعليه إذا لم يتدخل المشرع =

فالرقابة على التناسب، تنهض إذا ما وُجد اختلال وتفاوت بين النصوص أو المبادئ الدستورية، وبين التقدير التشريعي، وهو الحل الذي اختاره المشرع، وخاصة عندما يكون هذا التفاوت أو عدم التوافق ظاهراً وجسيمياً، ومجاوزاً لحدود المعقول، بمعنى أن يكون الحل الذي اختاره المشرع، يؤدي إلى تصادم مع المبادئ الدستورية^١.

ويذهب رأي في هذا الاتجاه، تبريراً للرقابة الدستورية على تناسب التشريع، إلى أن وظيفة القاضي الدستوري لا تتوقف فقط على الفصل في المنازعات، وإنما تتعداها إلى التوفيق بين اعتبارات المصلحة العامة من ناحية، واعتبارات حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من ناحية أخرى، وهذه المهمة لن يتسنى للقاضي القيام بها إلا إذا راعى عند الفصل في هذه المنازعات -إلى جانب اعتبارات المشروعية- اعتبارات الملاءمة، وذلك لأن وظيفة القاضي الدستوري لا تقف عند حد المقابلة الحرفية بين نصوص الدستور والنص التشريعي المطعون فيه، إذ لو كان الأمر على هذا النحو من السهولة، لما كان هناك أدنى حاجة إلى إنشاء جهاز قضائي متخصص في الرقابة على الدستورية، إزاء حرص المشرع على ألا يصل إلى حد الانتهاك الصريح والمباشر لأحكام الدستور^٢.

ويذهب كذلك هذا الاتجاه المؤيد للرقابة على تناسب التشريع، إلى أنه لا يوجد في النظام القانوني ما يحول دون قيام القاضي الدستوري ببسط رقابته على سلطة المشرع التقديرية، وأنه لا يوجد ثمة وجه لما يثيره الفقه من اعتراض مؤداه أن الرقابة على السلطة التقديرية، تمثل افتتاناً على استقلال سلطة التشريع، بمقتضى مبدأ الفصل بين السلطات، بمقولة أن القاضي في رقابته على سلطة المشرع التقديرية، إنما يقوم بإحلال تقديره الشخصي محل تقدير المشرع، أو أنه في رقابته على هذا التقدير يقوم بإحلال نفسه محل المشرع ويُمارس بدلاً منه سلطة التشريع. حيث إن هذا الاعتراض مردود عليه، بأن

تلتنظيم حق أو حرية نص عليها دستورياً، ولكن خول مكنة تنظيمها بتشريع عادي، فإن الحرية تكون ذات وجود قانوني صحيح، إطلاقاً أو تقييداً بحس ما أريد وعبرت عنه نصوص الدستور، ولكن إزاء سكوت المشرع عن تنظيمها، كان المرجع إلى الأصل وهو الإباحة في حدود ضوابط القانون العام، وهو هنا قانون العقوبات. وتطبيقاً لذلك فقد قضى بإلغاء القرار الصادر عن مجلس الوزراء في مصر بتاريخ ٢٨ يناير ١٩٥١، بإلغاء جريدة مصر الفتاة، تأسيساً على أن المادة (١٥) من دستور ١٩٢٣ لا تجيز للإدارة مصادرة الصحف قبل صدور تشريع ينظم هذه المصادرة الإدارية، إذ لا يجوز للحكومة قبل صدور التشريع الذي ينظم حرية الصحافة أن تعطل الصحف تعطيلاً إدارياً. انظر د. زكي محمد النجار - فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري - مرجع سابق - ص ٣٤١ وما بعدها.

^١ - د. زكي محمد النجار - مرجع سابق - ص ٢٠٠.

^٢ - د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - مرجع سابق - ص ٢٧ وما بعدها.

القاضي الدستوري عندما يُباشِر رقابته على تقديرات المشرع، فإنه لا يحل نفسه محل المشرع، فالقاضي الدستوري لا يقوم بهذا التقدير ابتداءً، فالتقدير قائم وموجود أصلاً من قبل المشرع، ثم يأتي القاضي ليباشِر رقابته على هذا التقدير. ودور القاضي هنا يدخل ضمن وظيفته الأصلية في حماية الدستور وصون أحكامه من أي انتهاك، من خلال التحقق من مدى تحقيق التشريع للمصلحة العامة المرجوة. ومن ثم فإن سلطته في هذا الشأن تنحصر في أحد أمرين، إما الحكم بدستورية التشريع، أو بعدم دستوريته، دون أن يكون له سلطة تصحيحه أو تعديله على النحو الذي يجعله موافقاً للدستور، احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات^١.

وفي هذا الشأن قدم أحد الفقهاء^٢ تحليلاً لدور القاضي الدستوري، فذهب إلى أن هذا الدور لا يظهر في جميع الأحوال على مستوى واحد أو درجة واحدة، وإنما تتعدد درجاته ومستوياته تبعاً لطبيعة المخالفة الدستورية من ناحية، والقاعدة الدستورية التي يقوم بتطبيقها من ناحية أخرى. فهناك حالات يقتصر فيها دور القاضي على مجرد ترديد نصوص المشرع الدستوري، دون أدنى زيادة أو نقص، بحيث لا يكون فيها لشخص القاضي أو تقديره أو إرادته أي تأثير، كما هو الحال في النص التشريعي الذي يحظر مخاطبة السلطات العامة بطريق الكتابة، أو يخل بمبدأ شخصية العقوبة المقرر دستورياً، ففي هذه الفروض لن يكون للقاضي الدستوري أي دور شخصي سوى تقرير عدم دستورية هذه النصوص. أو أن يُقرر الدستورية، كما في حال النص التشريعي الذي يحظر على عضو البرلمان أثناء مدة عضويته أن يشتري أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة، أو النص الذي لا يجيز للمحكمة أن تستمع لدفاع متهم في جناية بدون الاستعانة بمحام يدافع عنه.

ومن الواضح بأن الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري في هذه الفروض السابقة، لا يمكن أن تكون سوى رقابة على المشروعية، بل وفي صورتها المثلى، وذلك لأن المشروعية في أبسط معانيها تقوم في مجال رقابة الدستورية على وجود عنصرين أساسيين، هما قاعدة دستورية سابقة ومحددة، ونص تشريعي مطعون عليه بعدم الدستورية، وأن

^١ - د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٢٣٩ وما بعدها، د. ثروت عبدالعال أحمد - مرجع سابق - ص ٢٩، د. راجب جبريل خميس - مرجع سابق - ص ٤٤٦.

^٢ - د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - مرجع سابق - ص ٣٤ وما بعدها.

حاصل مطابقة العنصر الثاني على العنصر الأول، هو دستورية النص التشريعي أو عدم دستوريته^١.

لكنه قد تكون هناك حالات أخرى، لا يقتصر فيها دور القاضي الدستوري على مجرد ترديد النصوص الدستورية، وإنما يتعداه إلى إعمال تقديره الشخصي وإدراكه للمعنى الذي استهدفه المشرع الدستوري، وهي الحالات التي تكون فيها القاعدة الدستورية مرنة وغير محددة، فالنص الدستوري موجود، غير أن صياغته تمت على نحو غامض أو مبهم، عندئذ يثار التساؤل حول طبيعة الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري في مثل هذه الحالات، وما إذا كانت تُعد رقابة مشروعية أم رقابة ملاءمة^٢.

ففي هذه الحالة -يذهب هذا الرأي- إلى أن حالة الغموض أو عدم التحديد التي قد تبدو عليه القاعدة الدستورية، يتعذر معها النظر إلى الرقابة التي يباشرها القاضي الدستوري استناداً إليها، على أنها رقابة مشروعية، ذلك لأن الفقه يستخلص من حالة عدم التحديد هذه أن المشرع الدستوري قد قصد من وراء ذلك، تخويل المشرع سلطة تقديرية والتي يضيق أو يتسع مداها بحسب درجة تحديد ووضوح النص الدستوري.

غير أن الفقه يكتفي في هذه الحالة باستخلاص السلطة التقديرية بالنسبة للمشرع فقط، في حين أن عدم التحديد أو الغموض، حالة قائمة في القاعدة الدستورية، وتُصادف كلاً من المشرع والقاضي، لأن كلاً منهما يطبق القاعدة الدستورية، ومعنى ذلك أن هناك أيضاً حرية تقدير تخولها القاعدة غير المحددة للقاضي الدستوري، يستطيع بمقتضاها أن يباشر رقابته على التقدير الذي ذهب إليه المشرع بمقتضى القاعدة نفسها. ذلك لأن الدستور حينما لا يفرض قيوداً معينة على المشرع عند ممارسته سلطة التشريع، فإنه لم يقصد منحه سلطة مطلقة في إصدار أي قاعدة قانونية ومن أجل تحقيق أي هدف، وإنما على العكس، فالمشرع الدستوري يُقدّر في مثل هذه الحالات منح المشرع العادي حرية التقدير والمفاضلة بين بدائل أو خيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يبتغيه. ولا يمكن ترك المشرع في ممارسة سلطته التقديرية هذه بعيداً عن الدستور، ليستخدمها كيف يشاء، ومن أجل ما يرغب

^١ - د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - مرجع سابق - ص ٣٤.

^٢ - الإشارة السابقة - ص ٣٤ وما بعدها.

في تحقيقه من أهداف دون رقابة فعالة يقوم بها القاضي الدستوري، على نحو يكفل احترام نصوص الدستور ومبادئه^١.

ويخلص هذا الاتجاه، إلى ضرورة تقييد سلطة المشرع التقديرية، وخضوعها لضوابط تحول دون تحولها إلى سلطة مطلقة أو تحكمية، فهذه السلطة يمارسها المشرع في إطار القواعد والضوابط التي رسمها الدستور، وبالتوافق مع المقومات والمبادئ الأساسية والأحكام التي تضمنها. ومن الضوابط الدستورية هذه، مبدأ التناسب في التشريع، والذي يُمارس القاضي الدستوري من خلاله، الرقابة على تقديرات المشرع، باعتباره جهة محايدة تتولى تحقيق نوع من التوازن بين ما تقتضيه حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، وما تتطلبه مقتضيات المصلحة العامة^٢.

وبالرغم من أن أحكام المحاكم الدستورية كثيراً ما تُردد أنها لا تباشر أي رقابة على سلطة المشرع التقديرية، وأن رقابة الدستورية لا تخول للقاضي الدستوري أن يحل تقديره الخاص محل تقدير المشرع؛ إلا أن أحكام المحاكم الدستورية تكشف بجلاء أن القاضي الدستوري يبشر رقابته على مدى سلامة تقديرات المشرع، فيما يتعلق بالجزء الخاص بالتناسب.

ومن جانبي، اتفق مع ما ذهب إليه الاتجاه الثاني من تأييد الرقابة على سلطة المشرع التقديرية، في الجزء المتعلق منها بالرقابة على التناسب في التشريع، وذلك للأسباب التي ساقها هذا الاتجاه، حيث تُعد الرقابة على التناسب تطوراً في عناصر الرقابة الدستورية، وتمثل هذه الرقابة ضماناً حقيقية لتكريس قواعد المشروعية الدستورية، من خلال الرقابة على جميع العناصر التي يتكون منها التشريع، فرقابة التناسب تجمع العناصر الموضوعية في التشريع، وتربطها برباط منطقي، قوامه تحقيق التوافق بين الأغراض التي استهدفها المشرع، ووسائل تحقيق هذه الأغراض.

^١ - انظر في هذا الرأي د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - مرجع سابق - ص ٣٤ وما بعدها.

^٢ - د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - مرجع سابق - ص ٢٥.

فالتناسب بالإضافة إلى كونه مبدأً قانونياً عاماً، استخلصه القضاء الإداري والدستوري، يُعتبر أداة لتحقيق التوازن بين حقوق الأفراد وحرياتهم من جهة ومقتضيات صون المصلحة العامة من جهة أخرى، فالتقدير الذي يُجريه المشرع لعنصر التناسب، يخضع للتقييم من قبل جهة أخرى تتمتع بالحياد والتخصص، وهي جهة القضاء الدستوري،^١ حيث إن ما يتمتع به المشرع من سلطة التقدير، لا تخوله في إصدار أي قاعدة قانونية لتحقيق أي هدف، وإنما وُجدت هذه السلطة من أجل أن تكون للمشرع حرية المفاضلة بين البدائل المختلفة بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يبتغيه، وذلك حتى يأتي التشريع أكثر ملاءمة وتناسب، ويكون له التقدير شبه المطلق بالنسبة لعناصر معينة، وتقدير خاضع للرقابة بالنسبة لعناصر أخرى، كما هو حال مدى تناسب التشريع.

وبالتالي فإن الرقابة على التناسب تعتبر الأداة المثالية للتوفيق بين كل من المصالح الخاصة والمصلحة العامة، ومن خلالها يُقيم القاضي الدستوري بدقة متناهية الحدود والقيود الموضوعية على الحقوق الشخصية بغرض الوفاء بالأهداف المبررة بأولويات المصلحة العامة، فيقوم القاضي بالحكم على مدى جدوى وصلاحيّة هذه القيود في إدراك وتحقيق الهدف المطلوب، ومدى أهميتها النسبية بالنظر إلى المصلحة الشخصية المثارة، كل ذلك بهدف الحكم على مدى جواز ومشروعية هذه القيود. فالتناسب مرصود ليقوم بالدور الحيوي لفك القيود التي يمكن أن تُوضع على الحقوق الشخصية المعترف بها بواسطة الدستور.^٢

^١ -Christoph Engel - The Constitutional Court (applying the proportionality principle) as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes – 2001 – p.3 -
<http://papers.ssrn.com/abstract=296367>.

^٢ - د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - مرجع سابق - ص ٣٢.

المبحث الثاني:

نظرية الانحراف التشريعي أساس للرقابة على التناسب في التشريع

لما كانت السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع، تعني حريته في المفاضلة وفق أسس منطقية بين بدائل تتزاحم على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وتدور جميعها في إطار المصلحة العامة؛ لاختار المشرع من بينها أقلها تقييداً للحقوق التي ينظمها وأعماها اتصالاً بغايات التشريع، دون أن يفرض عليه طريقاً بذاته يجب عليه اتباعه.

وحيث إن المشرع يملك تحديد بواعث التشريع والأهداف المرجوة من تدخله، وأن يختار التنظيم الذي يراه أنسب من غيره لتحقيق أهدافه؛ فإن هذه السلطة قد يستخدمها المشرع خارج ضوابطها الدستورية، فيسعى من خلالها إلى تحقيق غايات تُجافي مقاصد الدستور، أو تتعارض مع الأهداف التي من أجلها منحه الدستور هذه السلطة، وقد لا يكون خروج المشرع عن حدود سلطته التقديرية هذه بتعمد، رغم ما قد يشوب تشريعه من عوار ناتج عن عدم تناسب الحلول التي اختارها المشرع، الأمر الذي يثير ما إذا كانت الرقابة على التناسب في التشريع، تتحصل عن طريق نظرية الانحراف التشريعي التي قال بها بعض الفقه، والتي ترد على سلطة المشرع التقديرية -حيث إن هذا الانحراف لا يتصور إلا حيث تكون للمشرع سلطة تقديرية أما إذا كانت سلطته مقيدة فلا يتصور انحراف في استعمالها ولكن تتصور مجاوزة حدودها فتكون هناك مخالفة للدستور^١ - أم أن الرقابة على التناسب تتحصل عن طريق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

وبعبارة أخرى ما هو أساس الرقابة على التناسب في التشريع، وما هي الطبيعة القانونية للعيب الذي ينال عدم التناسب في التشريع، فهل هو انحراف تشريعي، أم خطأ في تقدير المشرع؟ حيث إنهما لا يثوران إلا عندما يتمتع المشرع بالسلطة التقديرية، وأن التناسب يعتبر العنصر الخاضع للرقابة من عناصر السلطة التقديرية، الأمر الذي يقودنا إلى

^١ - د. عبدالرزاق السنهوري - مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مرجع سابق - ص ٣٦١.

ضرورة تكيف الرقابة على التناسب، وهو ما سنعرض له في هذا المبحث والمبحث
اللاحق.

يُعتبر الفقيه الكبير الدكتور عبدالرزاق السنهوري أول من كتب في نظرية الانحراف
التشريعي، في الفقه العربي، من خلال بحثه القيم مخالفة التشريع للدستور والانحراف في
استعمال السلطة التشريعية^١، حيث يرى بأن السببين الرئيسيين لبطلان التشريع هما مخالفة
الدستور، والانحراف في استعمال السلطة التشريعية. وهذا الانحراف يأتي بمثابة مرحلة
تطور ثالثة تتوج مرحلتين سابقتين، تتمثلان في نظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية
الانحراف في استعمال السلطة الإدارية. فيتساءل الدكتور السنهوري متى ما تصورنا تعسف
الشخص في استعمال حقه، ثم تصورنا انحراف الإدارة في استعمال سلطتها الإدارية، فما
الذي يمنع بعد ذلك من أن نتصور انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية؟

ويبني الدكتور السنهوري نظريته في الانحراف التشريعي، على نظرية الانحراف
في استعمال السلطة الإدارية، فيقول بأن هذا الانحراف لا يُتصور إلا حيث تكون للإدارة
سلطة تقديرية، أما إذا كانت سلطة الإدارة محددة، فلا يتصور انحراف في استعمالها، ولكن
تتصور مجاوزة حدودها، فتكون هناك مخالفة للقانون، وذات الأمر ينطبق على المشرع، فله
في حدود الدستور سلطة التشريع، وما لم يقيد الدستور بقيود محددة، فإن سلطته في
التشريع هي سلطة تقديرية، ونطاق هذه السلطة يكاد يستغرق النشاط التشريعي، ومن ثم فإن
منطقة الانحراف في التشريع -بحسب هذا الرأي- أوسع بكثير من منطقة مخالفة التشريع
للدستور^٢.

لما كان ذلك وكان عيب الانحراف التشريعي يُفترض عندما تكون للمشرع سلطة
تقديرية، الأمر الذي يثير أن تكون الرقابة على التناسب، هي رقابة على ركن الغاية في
التشريع، وأن يكون العيب الذي يُصيب التشريع هو عيب الانحراف التشريعي، وهو ما
يستلزم أن نعرض لنظرية الانحراف التشريعي على النحو الآتي.

^١ - بحث منشور في مجلة مجلس الدولة - السنة الثالثة - عدد يناير سنة ١٩٥٢ - أعيد نشره في مجلة القضاة - السنة التاسعة
عشرة - العدد الأول - يناير/ يونيو ١٩٨٦.

^٢ - انظر د. عبدالرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٣٦١ وما بعدها.

المطلب الأول:

مفهوم الانحراف التشريعي

يعمل المشرع من خلال اختصاصه التشريعي، على تحقيق أهداف معينة يبتغيها من وراء التنظيم التشريعي الذي يسنه، فلا يُتصور وجود تشريع دون أن يكون له هدف معين يسعى المشرع إلى تحقيقه. ويعتبر الهدف أو الغاية ركن من أركان التشريع، ويجب أن تكون هذه الغاية مشروعة، وأن يرتبط التنظيم التشريعي بهذه الغاية ارتباطاً وثيقاً. فإذا ما تجاوز المشرع الغايات المشروعة -التي خول الدستور أمر تحقيقها له- فأخذ يعمل خلافاً لمقتضيات المصلحة العامة -باعتبارها المظلة الواسعة للأهداف الخاصة في كل تشريع- فإن المشرع يكون متجاوزاً لحدود استعمال سلطته التشريعية، منحرفاً بها عن مقاصدها.

ولما كان على المشرع التزام تحقيق الغايات المشروعة، وعدم الخروج عن مقتضيات المصلحة العامة، فإن هذه الغاية، قد لا يلتزم بها المشرع على النحو الذي يتطلبه الدستور، مما قد يكون معه التشريع مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية. فإذا ما أضمر المشرع هدفاً غير مشروع فيما أقره من قواعد قانونية، كان متجاوزاً لحدود سلطته. ومن ثم فإن المصلحة العامة تعتبر قيداً غائياً على السلطة التقديرية للمشرع، وهو قيد مؤداه ألا ينحاز المشرع لغرض غير مشروع^١.

فالانحراف التشريعي أو إساءة استعمال السلطة التشريعية، وفقاً لذلك يتحقق عندما تتجه إرادة المشرع عمداً وبشكل صريح أو ضمني، إلى تحقيق غايات تُجافي مقاصد الدستور، وتتعارض مع الأهداف التي من أجلها منحه الدستور هذه السلطة. ومثال ذلك أن يُصدر المشرع قانوناً لا صلة له بتحقيق المصلحة العامة بمفهومها الواسع، كأن يكون من أجل تحقيق مصالح سياسية أو حزبية، أو بقصد الانتقام السياسي من الخصوم، أو بقصد تحقيق نفع لشخص أو طائفة معينة.

^١ - د. عوض المر - مشار إليه عند د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٤٤٢، د. محمد عبداللطيف - التصحيح التشريعي - مرجع سابق - ص ١٨٧.

وحيث إن الغاية من أي تنظيم تشريعي هي المصلحة العامة بمفهومها الواسع، والعمل على تحقيق مقاصد الدستور في مجموعها، باعتبارها تترابط فيما بينها، وتُشكل وحدة واحدة يتقيد بها المشرع، فإنه لا يستقيم التذرع بالسلطة التقديرية التي يملكها المشرع للتحلل من وجوب مراعاة أهداف الدستور ومقاصده، حيث إن السلطة التقديرية لا تعني إطلاق العنان للمشرع لتقدير أهدافه خارج إطار الدستور، فهو يملك تحديد بواعث التشريع والأهداف المرجوة من تدخله، وأن يختار التنظيم الذي يراه متناسباً أكثر من غيره لتحقيق أهدافه، إلا أن ذلك مرهون بأن تكون النصوص التشريعية التي يضعها، مرتبطة عقلاً بالأغراض التي تتوخاها، ومتوافقة مع أهداف الدستور ومقاصده. وعلى ذلك فإن الانحراف التشريعي ينصب على ركن الغاية من أركان التشريع، والتي يجب أن تكون تحقيق المصلحة العامة، كشرط لدستورية التشريع، والذي يستتبع خضوعه لرقابة القاضي الدستوري.

وبشأن مفهوم الانحراف أو إساءة استعمال السلطة بصفة عامة، ذهب الفقيه الفرنسي العميد (بونار) إلى أن عيب الانحراف هو نوع من عدم المشروعية، ينحصر في أن عملاً قانونياً، يكون سليماً في جميع عناصره، عدا عنصر الغرض المحدد له^١. ويعرفه في الفقه العربي الدكتور سليمان الطماوي بأنه استعمال السلطة التقديرية، لتحقيق غرض غير معترف به^٢.

وبتطبيق ذلك على الانحراف التشريعي أو إساءة استعمال السلطة التشريعية، عرّف بعض الفقه الانحراف التشريعي بأنه تعمد السلطة التشريعية -وهي بصدد استعمال سلطتها التقديرية- إلى تحقيق هدف آخر غير ذلك الذي من أجله منحها الدستور هذه السلطة تحقيقاً للصالح العام^٣. وذهب آخر إلى أن المشرع يُعد منحرفاً بالتشريع إذا ما تعمد الخروج على

^١ - مشار إليه عند د. سليمان محمد الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) - الطبعة الثالثة - ١٩٧٨ - ص ٦٩.

^٢ - د. سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - مرجع سابق - ص ٦٩.

^٣ - د. شعبان أحمد رمضان - ضوابط وأثار الرقابة على دستورية القوانين - مرجع سابق - ص ٤١٢، د. راغب جبريل سكران - مرجع سابق - ص ٤٠٩، د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - مرجع سابق - ص ٥٩.

مقاصد الدستور ومبادئه، واستتر وراء اختصاصه التشريعي لتحقيق أهداف تتصادم مع روح الدستور، ولا تُحقق الهدف الذي من أجله منحه الدستور هذه السلطة^١.

ويُحلل بعض الفقه عناصر الانحراف التشريعي إلى عنصرين، عنصر سلبي يتمثل في أن التشريع المشوب بعيب الانحراف هو عمل قانوني، سلمت جميع أركانه الأخرى، وعنصر إيجابي يتمثل في أن ركن الغاية وحده في ذلك التشريع هو المعيب.

فالعنصر السلبي في الانحراف التشريعي، هو أن التشريع يكون مراعيًا لقواعد الاختصاص والشكل والمحل، بحيث يبدو التشريع في ظاهره سليماً، لا يكشف عن وجود انحراف، وذلك لأن المشرع في هذه الحالة قد أخفى انحرافه في استعمال سلطته التقديرية، تحت ستار من المشروعية الظاهرة. فالتشريع سليم في جميع أركانه، عدا ركن الغاية، التي تكون غير مشروعة.

أما العنصر الإيجابي في الانحراف التشريعي، فهو أن ركن الغاية وحده هو المعيب، حيث إن كل عمل قانوني يهدف إلى تحقيق هدف معين، وهو النتيجة النهائية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، وأن القانون ليس غاية بحد ذاته، بل هو وسيلة لتحقيق هدف معين، وهو المصلحة المخصصة في الدستور أو المصلحة العامة^٢.

وبشكل عام، فإن على المشرع الالتزام بالغايات التي حددها الدستور عند تنظيم موضوع معين، أما في حال عدم تحديد الدستور للغايات المقصودة من تنظيم موضوع ما، فيمكن للمشرع أن يتوخى أية غاية يراها محققة للمصلحة العامة، بشرط أن تكون هذه الغاية مشروعة. وحيث إن الغايات المشروعة متنوعة ومتفاوتة من حيث الأهمية، فإن على المشرع أن يسعى لتحقيق الغاية والمصلحة الأولى والأجدر بالرعاية بحسب طبيعة الموضوع محل التنظيم.

^١ - د. عبدالمجيد سليم - السلطة التقديرية للمشرع - مرجع سابق - ص ٦٩٣.

^٢ - انظر د. سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة - مرجع سابق - ص ٧٠ وما بعدها، د. راغب جبريل سكران - مرجع سابق - ص ٤١٠ وما بعدها، د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - مرجع سابق - ص ٣٠٦ وما بعدها.

ومقتضى ذلك، يلتزم المشرع عند استعمال سلطته بالنسبة لركن الغاية، بقاعدتين، قاعدة تخصيص الأهداف، وهي الحالة التي يُقيد فيها الدستور المشرع، فيُخصص صراحةً للتشريع غرضاً معيناً، أي أن يلتزم المشرع بتحقيق هدف مخصص عند تنظيم تشريع معين. فإنه في هذه الحالة، يجب على المشرع السعي إلى تحقيق هذا الهدف دون غيره من أوجه المصلحة العامة. أما إذا لم ينص الدستور على هدف مخصص للتشريع، فإنه على المشرع الالتزام بالقاعدة الثانية وهي أن يستهدف في تشريعه تحقيق المصلحة العامة بمفهومها العام^١.

ولما كان الأصل في المشرع أن يحرص على صون حقوق الأفراد وحياتهم، وأن لا ينال منها، فإنه بالتالي لا يجوز للمشرع أن يتخذ من اختصاصه في تنظيم هذه الحقوق ستاراً لإخفاء نواياه في الخروج بهذا التنظيم عن الأغراض التي يجب أن يتوخاها، فإن اضطهاد المشرع لبعض الأعراق، ومنحه مزايا لبعض الأنصار، وإرهاقه لبعض الممولين، وتحديد شروط القبول في المعاهد التعليمية بقصد الإضرار بأقلية بذاتها، وتقديم الرجل على المرأة بقصد إقصائها عن العمل العام، كل ذلك لا يجوز أن يكون هدفاً للمشرع، وذلك لأن مثل هذه الغايات لا تحميها الدساتير عموماً، باعتبارها تناقض القيم التي تضمنتها، وتُخل بالغايات التي تتوخاها الدساتير في مجال تنظيم الحقوق، بالإضافة إلى أنها في حقيقتها عدوان مقصود على حقوق المواطنين وحياتهم، تستتر بحق المشرع في تنظيم هذه الحقوق والحيات^٢.

وحيث إن المشرع لا يملك سلطة مطلقة، بشأن تحديد المصلحة العامة، وإنما سلطته فيها تقديرية، فإنها تخضع بالتالي لرقابة القاضي الدستوري، ولكن تبقى هذه الرقابة في حدود ضيقة، وذلك بسبب الصعوبات التي تكتنفها رقابة الانحراف التشريعي، والتي فرضتها الخصائص التي يتمتع بها هذا العيب الدستوري.

^١ - د. محمد عبداللطيف - مرجع سابق - ص ١٨٧، د. راغب جبريل سكران - مرجع سابق - ص ١٤ وما بعدها.

^٢ - د. عوض المر - مشار إليه عند د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - مرجع سابق - ص ٤٥٦.

المطلب الثاني:

خصائص الانحراف التشريعي

لما كان الانحراف التشريعي يصيب ركن الغاية من أركان التشريع، وهي ما تتجه إرادة المشرع إلى تحقيقه من مصالح، فإنه يتميز بعدة خصائص تميزه عن غيره من عيوب الدستورية التي تتعلق بباقي أركان التشريع. فعيب الانحراف التشريعي يعتبر عيباً قصدياً، لا يتحقق إلا باتجاه إرادة المشرع إلى تحقيق أغراض لا تتوافق مع مقاصد الدستور، كما أنه يعتبر عيباً خفياً، لا يظهر بمجرد مقابلة نصوص التشريع مع النصوص الدستورية. كذلك فإن الانحراف التشريعي يعتبر عيباً احتياطياً، لا يبدأ القاضي الدستوري بالبحث فيه إلا بعد استنفاد العيوب الشكلية والموضوعية التي تنال التشريع. وهو ما سنتناوله في الفروع الآتية.

الفرع الأول: الانحراف التشريعي عيب قصدي:

يعتبر عيب الانحراف التشريعي عيب قصدي، بخلاف باقي العيوب الدستورية التي عادة ما تكون نتيجة إغفال المشرع أو وقوعه في الخطأ في تفسير نصوص الدستور، دون أن تتجه إرادة المشرع إلى الوقوع فيها. فطبيعة الانحراف التشريعي والذي يرتبط بركن الغاية من التشريع، تفترض أن تتجه إرادة المشرع إلى تحقيق أغراض غير تلك التي قصدها الدستور، أو التي من أجلها منحه السلطة، لذلك يعتبر أيضاً عيب الانحراف التشريعي، عيباً غائياً، إذا ما انحرف المشرع عن المصلحة العامة، وسعى إلى تحقيق غاية أخرى.

فإذا ما تجاوز المشرع حدود سلطته التقديرية، وهدف إلى تحقيق غايات لا تتفق ومقاصد الدستور، وإبتغاء المصلحة العامة، فإن ذلك لا يكون بغير إرادة جازمة ومقصودة، تتجه عمداً إلى تحقيق غاية أخرى غير تلك التي من أجلها منحه الدستور هذه السلطة.

ونظراً لهذه الطبيعة القصدية لعب الانحراف التشريعي، فإنه لا بد وأن يقوم عليه الدليل، ولا يجوز افتراضه، نظراً لما تتمتع به التشريعات من قرينة الدستورية^١.

ولا ريب بأن القاضي الدستوري يبسط رقابته على المخالفات التي تقع من قبل المشرع، سواء أكانت هذه المخالفات قصدية، كما هو الحال في الانحراف التشريعي، أو غير قصدية، وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا المصرية من أن "الرقابة على الشرعية الدستورية -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- تتناول -بين ما تشتمل عليه- الحقوق التي كفلها الدستور، وأهدرها النص المطعون فيه ضمناً؛ سواء كان الإخلال بها مقصوداً ابتداءً، أم كان قد وقع عرضاً"^٢.

الفرع الثاني: الانحراف التشريعي عيب خفي:

لما كان عيب الانحراف التشريعي، لا يظهر بمجرد المقابلة بين نصوص الدستور ونصوص التشريع، لارتباطه بما أضمره المشرع من أغراض، ونظراً لما يُلَبَسه المشرع على التشريع من لباس السلامة الدستورية واستهدافه المصلحة العامة، فإن هذا العيب يتصف بكونه عيباً خفياً، فظاهر التشريع سليم من حيث أركانه الشكلية والموضوعية، ولكنه معيب من حيث الغاية التي سعى المشرع إلى تحقيقها.

لذلك فإن على القاضي الدستوري البحث عن النية الحقيقية للمشرع وكشف الغاية المراد تحقيقها من التشريع، من خلال اعتماد معيار معين يكشف هذه النية الحقيقية. فإذا كانت النية الحقيقية تتفق مع الهدف المعلن من التشريع، وتوافق مقاصد الدستور، كان التشريع سليماً منزهاً من عيب الانحراف، أما إذا كانت النية الحقيقية للمشرع تختلف عما هو معلن، وتتجه إلى تحقيق أغراض تخالف مقاصد الدستور، كتحقيق النفع الخاص لفرد أو

^١ - د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٤٦٧، د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - مرجع سابق - ص ٧٠٥.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم (٥) لسنة (٨) قضائية - جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

فئة معينة إخلالاً بمبدأ المساواة، أو الانتقام من الخصوم السياسيين، أو الاعتداء على الحقوق والحريات، فإن المشرع يكون منحرفاً في استعمال سلطته التشريعية^١.

الفرع الثالث: الانحراف التشريعي عيب احتياطي:

يعتبر عيب الانحراف التشريعي آخر العيوب التي يلجأ إليها القاضي الدستوري، في فحص مدى دستورية التشريع، وذلك بالنظر إلى طبيعة العيب الخفية، الأمر الذي يستلزم تقديم غيره من العيوب الدستورية عليه في مجال قبول الطعون بعدم الدستورية. لذلك فإن على المحكمة ألا تخوض في هذا العيب الدستوري إلا إذا ثبت لديها سلامة باقي المطاعن على نصوص التشريع المطعون في دستوريته، أما إذا تبين للمحكمة الدستورية حصول مخالفة مباشرة للدستور بموجب أوجه الطعن الشكلية أو الموضوعية، فإنه لا يجوز لها البحث عن مدى وجود انحراف تشريعي، فيكفي حينها الحكم بعدم الدستورية للأسباب الأخرى غير تلك المتعلقة بالانحراف. وهو ما يؤكد الطابع الاحتياطي لعيب الانحراف التشريعي، نتيجة اعتباره من أخطر العيوب الدستورية، والتي من المفترض أن يتورع عنها المشرع.

لذلك يرى جانب من الفقه أن الانحراف التشريعي والكشف عنه، يُعد الباب الأخير الذي يطرقه القاضي الدستوري، للثبوت من عدم مخالفة التشريع للدستور، فهو أمر حيوي سواء اعترف بأنه يبحث في هذا الأمر، أم أنه لا يبحث فيه، فهو ملزم بالرد على جميع الدفوع التي يبديها أطراف الدعوى، وينعون فيها انحرافه عن تحقيق المصلحة العامة^٢.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية هذه الصفة الاحتياطية لعيب الانحراف التشريعي، مقررّة أن "سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض في عملها، بل يعتبر مثلباً احتياطياً، وعيباً قصدياً يتعين أن يكون الدليل عليه وأشياء بتكبتها

^١ - د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٤٦٧، د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص ٧٠٦.

^٢ - د. عماد الدين عبدالله الوقاد - الانحراف بالسلطة القضائية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ٢٠٠٧ - ص ٥٥، د. عبدالرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٣٥٨، د. شعبان أحمد رمضان - مرجع سابق - ص ٤٣٦، د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص ٧٠٨ وما بعدها، د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - مرجع سابق - ص ٤٤.

الأغراض المقصودة من تأسيسها؛ واستتارها بالتالي وراء سلطتها في مجال تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا انحرافاً عنها^١.

المطلب الثالث:

معيّار الكشف عن الانحراف التشريعي

تباين الرأي الفقهي بشأن معيار الكشف عن الانحراف التشريعي، فمنهم من ذهب إلى أنه معيار ذاتي، ومنهم من ذهب إلى أنه معيار موضوعي. فأنصار المعيار الذاتي، يرون بأن إثبات الانحراف لا يتم إلا من خلال البحث في النوايا والغايات التي أضمرها المشرع، وقصد إلى تحقيقها بإصداره تشريعاً معيناً، وذلك باعتبار أن الوقوف عند الغايات التي يعلنها المشرع لا يكفي لإثبات مدى وجود الانحراف، لأن المشرع لا يعلن إلا الغايات المشروعة، وقد يخفي الغاية الحقيقية من وراء هذا التدخل.

لذلك فإن البحث عن نية المشرع الحقيقية هو أمر ضروري، للكشف عن الغاية الحقيقية من التشريع، وقد يبرر هذا البحث غموض التشريع الذي يخفي المخالفة المستترة. فالقانون قد يستهدف الانتقام من الخصوم السياسيين للأغلبية البرلمانية، أو يهدف لمنح منافع شخصية لبعض الأنصار. فبالرغم من أن البرلمان ممثلاً للشعب، إلا أنه ليس منزهاً عن الهوى أو الانحراف بالسلطة. وحيث إن الغاية مسألة نفسية تتصل بنية واضعي التشريع، إلا أن الظروف والأدلة الخارجية يمكن أن تكشف عنها^٢.

لذلك يرى أنصار هذا المعيار، ضرورة البحث عن الأغراض والنوايا المستترة التي اقترنت بالتشريع وقت صدوره، لبيان مدى توافقها مع أغراض الدستور ومقاصده، وإن

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم (١٢١) لسنة (١٨) قضائية - جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - انظر في أنصار المعيار الذاتي د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٣١٠، د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ٦٩٨ وما بعدها.

السبيل إلى الكشف عن هذه النوايا هو الاستعانة بالقرائن الخارجية، سواء ما كان منها معاصراً لإقرار القانون أو سابقاً على وجوده^١.

ومقابل المعيار الذاتي هذا، ذهب اتجاه آخر في الفقه إلى أن معيار الكشف عن الانحراف التشريعي، هو معيار موضوعي، ويتزعم هذا الاتجاه صاحب نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، الدكتور السنهوري، فبعدما تناول في نظريته منطقة الانحراف التشريعي، والمتمثلة في سلطة المشرع التقديرية، استعرض معيار هذا الانحراف، ذاهباً إلى أنه إذا ما تم قياس الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، على الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، فإن المشرع يجب أن يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق المصلحة العامة، فلا يتوخى غاية غيرها، ولا ينحرف عنها إلى غاية أخرى، وإلا كان التشريع باطلاً. وهو ما يترتب أن يكون المعيار ذي شقين، شق ذاتي وشق موضوعي، فالشق الذاتي يتعلق بتعرّف الأغراض والنوايا والغايات التي أضمرتها السلطة التشريعية وقصّدت إلى تحقيقها بإصدارها تشريعاً معيناً، والشق الموضوعي هو المصلحة العامة التي يجب أن يتوخاها المشرع دائماً في تشريعاته، وكذلك الغاية المخصصة التي رسمت لتشريع معين^٢.

ولكن الدكتور السنهوري يذهب إلى صعوبة التسليم بالمعيار الذاتي والموضوعي معاً في الانحراف بالسلطة التشريعية، قياساً على الانحراف بالسلطة الإدارية، حيث إن المعيار الذاتي الذي بمقتضاه يجب الكشف عن النوايا والأغراض النفسية، ممكناً ومستساغاً بالنسبة إلى جهة الإدارة، فيقال أن رجل الإدارة قد قصد إلى غايات شخصية، كالانتقام أو تحصيل نفع شخصي أو تحقيق أغراض سياسية أو حزبية أو دينية، ولكن ذلك غير ممكن وغير مستساغ بالنسبة للمشرع، فلا مجال إلى نسب استهداف الغايات الشخصية إلى الهيئة التشريعية، فالمفروض دائماً بحسب الدكتور السنهوري - أن هذه الهيئة إنما تستعمل

^١ - تعتبر المراسيم بقوانين مجالاً خصباً تثار فيه نظرية الانحراف التشريعي، باعتبار أن هذه المراسيم بقوانين، هي قواعد قانونية عامة ومجردة، تصدر في ظل غيبة البرلمان. حيث إن استغلال السلطة التنفيذية غيبة البرلمان كما في حالة تمتعه بالإجازة بين أدوار الانعقاد أو بين الفصول التشريعية أو حالة حل البرلمان - وإصدارها مراسيم بقوانين، من أجل تحقيق أهداف سياسية معينة، قد لا تستطیع تحقيقها من خلال البرلمان، يُثير مدى تعرض هذه المراسيم بقوانين للانحراف التشريعي. ومثال ذلك أن تُعدل السلطة التنفيذية قانون الانتخابات، أو الدوائر الانتخابية، عن طريق إصدار المراسيم بقوانين، بحيث يؤدي هذا التعديل إلى ضمان وصول نواب أكثر، موالون للسلطة التنفيذية، وتقليص فرص وصول نواب المعارضة، فيتشكل البرلمان بأغلبية موالية للسلطة التنفيذية. لذلك فإنه في حالة صدور مراسيم بقوانين تُعدل من نظام الانتخاب، أو الدوائر الانتخابية، باتجاه تحقيق أهداف سياسية معينة، ضد المعارضة والخصوم السياسيين، فإنه تثار شبهة الانحراف التشريعي.

^٢ - د. عبدالرزاق السنهوري - مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مرجع سابق - ص ٣٦٢.

سلطتها لتحقيق المصلحة العامة ولا غاية لها غير ذلك. وحتى لو أصدر البرلمان تشريعاً قصد به أن يضر أو أن يفيد بعض الأفراد أو بعض الهيئات، فإنه يحرص دائماً على إلباس هذا التشريع ثوباً من المصلحة العامة.

ويذكر هذا الرأي بعض الأمثلة للتشريعات التي ألبست لباس المصلحة العامة، مثل التشريع الذي صدر بإنقاص سن الإحالة إلى المعاش للمستشار بمحكمة النقض من الخامسة والستين إلى الستين، وكان سبباً في إحالة بعض مستشاري هذه المحكمة إلى المعاش، والتشريع الذي صدر بخفض درجات النجاح في الامتحانات الجامعية، وكان سبباً في إنجاح بعض الطلبة الراسبين، والتشريع الذي صدر ببسط إشراف وزير العدل على مجلس الدولة ومستشاريه وموظفيه الفنيين، كل هذه التشريعات قيل في شأنها أنها تمت للمصلحة العامة.

وبناءً على ذلك يقرر الدكتور السنهوري صعوبة اتخاذ معيار للكشف عن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ينطوي ولو في شق منه على عنصر ذاتي، فلا يمكن الانحياز إلا إلى المعيار الموضوعي المحض، الذي لا يدخله عنصر ذاتي، وتبرير ذلك أمران، أولهما: أن الواجب هو أن نفرض في الهيئة التشريعية - وهي تعلو في النزاهة والتجرد عن الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة وعن رجل الإدارة وهو يمارس سلطته الإدارية - أنها لا تصدر تشريعاتها إلا تحقيقاً للمصلحة العامة، لا سيما أنها هيئة مشكلة من عدد كبير من الأعضاء يصعب تواطؤهم على الباطل، وهي تتوب عن الأمة، فيفرض فيها التنكب عن الأغراض الذاتية. والأمر الثاني: أن الأجدر في نظرية الانحراف التشريعي، اتخاذ معيار موضوعي ثابت مستقر، لا نُخطئ في فهم معناه، ولا نخلف في تفسيره، فيضفي هذا المعيار على التشريع ثباتاً واستقراراً لا شك في حاجة التشريع إليهما^١.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن المعيار الموضوعي، يُستمد من الدلائل المادية التي تكشف عن الانحراف التشريعي، وتتمثل هذه الدلائل بصفة أساسية في الوثائق التي واكبت إعداد التشريع المطعون فيه بعدم الدستورية للانحراف التشريعي، أو صاحبت إصداره كتقارير اللجان البرلمانية التي تبين الأسس التي يقوم عليها مشروع القانون المعروض،

^١ - د. عبدالرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٣٦٢ وما بعدها.

ومبرراته الواقعية والقانونية، والأغراض التي يستهدفها، ووسائل تحقيقها، كالمذكرة الإيضاحية التي ترافق القانون بعد إصداره من السلطة التشريعية^١.

وقد وضع الدكتور السنهوري خمسة فروض للمعيار الموضوعي، تكشف عن الانحراف التشريعي، تتمثل في الآتي^٢:

الفرض الأول: الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها:

لما كان التشريع بطبيعته قاعدة عامة مجردة، وهو ما يميزه عن القرار الإداري، فإنه إذا ما أصدر البرلمان تشريعاً عاماً مجرداً، وهو يعلم أنه لن يطبق في الواقع إلا على حالة فردية واحدة، كأن يصدر البرلمان تشريعاً بإلغاء هيئة قضائية للتخلص من أعضائها، ثم يُعاد تشكيل الهيئة بتشريع آخر بعد مدة وجيزة من صدور التشريع الأول. فهنا قصد البرلمان أن يصدر قراراً إدارياً في صورة تشريع، بعزل أعضاء هذه الهيئة، فإن التشريع في هذه الحالة يكون باطلاً للانحراف في استعمال السلطة التشريعية -دون الحاجة إلى الكشف عن النوايا المستترة التي اقترنت بهذا التشريع- وذلك للتعارض مع طبيعة التشريع.

الفرض الثاني: مجاوزة التشريع للغرض المخصص الذي رسم له:

الأصل في التشريع هو إطلاق سلطة المشرع، في تنظيم الروابط الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وغيرها، ولا ينقيد المشرع في هذا التنظيم بهدف غير المصلحة العامة. ولكنه يصح في حالات قليلة أن يتحدد هدف مخصص لتشريع معين، مثل صون الأمن والنظام العام في تشريعات الأحكام العرفية، ووقاية النظام الاجتماعي في تشريعات الصحافة والاجتماعات العامة. لذلك فإن هذه الأغايات المخصصة يجب مراعاتها عند تنظيم

^١ - انظر في أنصار هذا الرأي د. محمد مصطفى حسن - تطور الرقابة على دستورية القوانين (تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ١٩٩٤/٦/٢٠ في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية دستورية - بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الثاني - السنة الثالثة والأربعون - أبريل / يونيو ١٩٩٩ - العدد رقم ١٧٠ - ص ٥٢ وما بعدها، د. زكي محمد النجار - مرجع سابق - ص ١٩٧ وما بعدها، د. شعبان أحمد رمضان - مرجع سابق - ص ٤٢٧ وما بعدها، د. محمد عبداللطيف - التصحيح التشريعي - مرجع سابق - ص ١٩٠،

^٢ - انظر د. عبدالرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٣٦٤ وما بعدها.

هذه النوعية من التشريعات، فلا يجوز تجاوزها إلى غيرها من الغايات ولو كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

ففي تشريعات الصحافة، حظر الدستور على المشرع أن يجعل للإدارة حق إنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بالطريق الإداري، إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي، لذلك فإن وقاية النظام الاجتماعي هي الغاية المخصصة لأي تشريع يوضع لمصادرة الصحف بالطريق الإداري. ويتمتع المشرع بسلطة تقديرية في تحديد دائرة وقاية النظام الاجتماعي، ولكن لا يجوز له أن يجاوز هذه الدائرة، وأن يخرج عن هذه الغاية المخصصة إلى غاية أخرى ولو كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، كحفظ الأمن والنظام العام، فإذا ما تم ذلك كان التشريع باطلاً بسبب انحراف السلطة التشريعية عن الغاية المخصصة التي رسمت للتشريع.

الفرض الثالث: كفالة الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية:

ينص الدستور على حقوق وحريات عامة مطلقة، كالحق في المساواة، وحظر إبعاد المواطن عن بلاده، وحرية الاعتقاد، وهذه الحقوق والحريات لا يجوز تقييدها، وإذا ما صدر تشريع يقيدها، كان التشريع باطلاً لمخالفته نصوص الدستور. أما الحقوق والحريات العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون، فقد خول في شأنها المشرع سلطة تقديرية ليقوم بهذا التنظيم، على ألا ينحرف عن الغرض الذي قصده الدستور، وهو كفالة هذه الحقوق والحريات في حدودها الموضوعية، فإذا ما نقضها المشرع أو انتقص منها، وهو في صدد تنظيمها، كان تشريعه مشوباً بالانحراف. فالمعيار في هذه الحالة موضوعي، يكفي فيه تبين أن الحق العام الذي ينظمه التشريع قد أصبح بعد هذا التنظيم منتقصاً من أطرافه، بحيث لا يحقق الغاية التي قصدها الدستور.

ومثال ذلك أن يصدر تشريعاً يفتح باب الوظائف العامة للأجانب دون قيد، أو بقيود ليس من شأنها أن تجعل من تولي الأجانب للوظائف أمراً استثنائياً، فإن التشريع في هذه

الحالة يكون باطلاً، لانطوائه على انحراف تشريعي، لخروجه عن الغاية المخصصة التي رسمها الدستور، وهي أن يكون توظيف الأجانب بقدر الحاجة إليهم وعلى سبيل الاستثناء.

الفرض الرابع: احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض:

يحرص الدستور على احترام الحقوق المكتسبة، ولا يسمح أن تُمس في غير ضرورة، فإذا كان الأصل في التشريع أن يسري بأثر فوري ولا يسري على الماضي حماية للحقوق المكتسبة، فإنه يجوز استثناء تقرير الأثر الرجعي للقانون، ولكن بالقدر الذي تدعو إليه الضرورة. لذلك فإن الإسراف في تقرير الأثر الرجعي في القانون يعتبر انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية. ومثال ذلك أن يصدر تشريع يستر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعي، أو يصدر تشريع لاحق يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره، أو يصدر تشريع يعفي السلطات العامة من المسؤولية عن أعمال صدرت قبل صدور ذلك القانون، كقوانين التضمينات. فمثل هذه التشريعات تتطوي على انحراف في استعمال السلطة التشريعية.

الفرض الخامس: مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي تهيمن على نصوصه:

يذهب الفقيه (ديجي) إلى أن القانون المكتوب ليس هو كل القانون، وأن هناك مبادئ عليا مكتوبة تسمو في مرتبتها على كل قانون مكتوب، فإذا خالف التشريع هذه المبادئ كان تشريعاً باطلاً.

ولكن الفقيه السنهوري لا يذهب في نظريته مع الرأي السابق إلى هذا المدى، ويرى بأنه لا بد من الإقتصار في استخلاص المبادئ القانونية العليا على القانون المكتوب، أي على نصوص الدستور. ويقرر بأن هناك مبادئ عليا تسود الدستور المصري وتهيمن على جميع أحكامه، وهذه المبادئ العليا التي هي روح الدستور، تُستخلص استخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة. فمتى ما تم استخلاص هذه المبادئ العليا للدستور، كان على المشرع

أن يلتزم بها في تشريعاته، وأن يتجنب الانحراف عنها فيما له من سلطة تقديرية، وإذا ما صدر تشريع يتعارض مع هذه المبادئ العليا، كان التشريع باطلاً، لما ينطوي عليه من انحراف في استعمال السلطة التشريعية.

ومن بين المبادئ التي استخلصها الدكتور السنهاوري، مبدأ استقلال القضاء، فإذا ما صدر تشريع يبسط إشرافاً على القضاء يكون من شأنه أن ينتقص من استقلاله، كان هذا التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، ومنها كذلك مبدأ الحصانة البرلمانية، ومبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ووجوب تقييد السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية وأن يكون هذا التقييد مقررأ في تشريع سابق.

وبعد استعراض رأي الفقه في شأن معيار الانحراف التشريعي، أرى بأن الكشف عن هذا الانحراف يستلزم الجمع بين كل من المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي، فكل منهما مكمل للآخر. فبالنسبة إلى المعيار الذاتي ليس هناك ما يمنع من حيث التطبيق أن يضمّر المشرع نوايا وغايات بعيدة عن استهداف المصلحة العامة، مع إلجاسه للتشريع لباس هذه المصلحة، فتواطؤ أعضاء الهيئة التشريعية أمرٌ وارد ولا استحالة في حدوثه، لا سيما إذا لم تكن تُعبر تعبيراً حقيقياً عن الإرادة الشعبية، الأمر الذي يستلزم ضرورة البحث عن الأغراض والنوايا الحقيقية للمشرع، عبر البحث في القرائن الخارجية، التي تكشف حقيقة هذه النوايا، لبيان مدى توافقها مع أغراض الدستور ومقاصده.

ومن جانب آخر يعتبر المعيار الموضوعي وما جاء به أنصاره من فروض، تُشكل دلائل مادية على مدى وجود الانحراف التشريعي، حيث يمكن الكشف عن نية المشرع الحقيقية التي يستلزمها الأخذ بالمعيار الذاتي، عن طريق التحقق من مدى التزام التشريع بالفروض التي جاء بها الدكتور السنهاوري في معياره الموضوعي. لذلك فإن المشرع يجب أن يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق المصلحة العامة، فلا يتوخى غاية غيرها، ولا ينحرف عنها إلى غاية أخرى، وإلا كان ما يسنه من تشريع باطلاً.

وفي هذا الشأن، أصدرت المحكمة الدستورية العليا المصرية حكماً حديثاً لها، حكمت فيه بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض

أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، وذلك لوصمه بعيب الانحراف التشريعي. حيث يُضيف هذا القانون بنداً جديداً برقم (٤) للمادة (٣) من قانون مباشرة الحقوق السياسية، ليشمل وقف مباشرة الحقوق السياسية لـ "كل من عمل خلال العشر سنوات السابقة على ١١ فبراير سنة ٢٠١١ رئيساً للجمهورية أو نائباً لرئيس الجمهورية أو رئيساً للوزراء أو رئيساً للحزب الوطني الديمقراطي المنحل أو أميناً عاماً له أو كان عضواً بمكتبه السياسي أو أمانته العامة، وذلك لمدة عشر سنوات ابتداء من التاريخ المشار إليه".^١

ونظراً لأهمية هذا الحكم الدستوري، نستعرض من حيثياته أهم العيوب التي تأسس الحكم بعدم الدستورية عليها، وننتهي إلى كيفية ربط المحكمة بين هذه العيوب الدستورية وعيب الانحراف التشريعي.

حيث أوردت المحكمة في حيثيات حكمها أن النص المطعون عليه، قد تجاوز اختصاص السلطة التشريعية في التشريع، إلى ما يمثل اعتداءً على اختصاص السلطة القضائية، فقررت المحكمة بأن "النص المحال، قد رتب الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية، لمدة عشر سنوات نالية لتاريخ ٢٠١١/٢/١١، لكل من عمل بأي من المناصب التي أوردها حصراً، فإنه بذلك يكون قد رتب جزاء، يوقع عليهم تلقائياً، ودون حكم قضائي، بما يمثل افتئاتاً من السلطة التشريعية على اختصاصات السلطة القضائية، وانتحالاً من المشرع لهذا الاختصاص، وذلك بالمخالفة لنص المادتين (١٩، ٤٦) من الإعلان الدستوري المشار إليه".

ومن العيوب التي أصابت هذا القانون أيضاً، إهداره لأصل الحق في مباشرة الحقوق السياسية، والاعتداء عليه، ومصادرته، وتقْييد ممارسته، بما يجاوز حدود التنظيم التي يملكها المشرع، فقد ذهبت المحكمة إلى أن "ما قضى به النص المحال، من وقف مباشرة الحقوق السياسية، خلال المدة التي حددها، لكل من عمل بأحد المناصب التي عددها، إنما يمثل -في واقع الأمر- حرمانهم من مباشرة هذه الحقوق، ومن المشاركة في الحياة العامة طيلة المدة

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم (٥٧) لسنة (٣٤) قضائية - جلسة ١٤ يونيو ٢٠١٢ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

التي حددها، دون مقتض أو مبرر يتفق وأحكام الإعلان الدستوري، بما ينطوي على إهدار لأصل هذه الحقوق، ويمثل اعتداء عليها، ومصادرة لها، وقيّدًا على ممارستها، يجاوز حدود دائرة تنظيم الحقوق التي يملكها المشرع، الأمر الذي يضحى معه ذلك النص، وما تضمنه من أحكام، مصادمًا لنصوص المواد (١، ٢٦، ٢٧، ٣١، ٣٢، ٣٥، ٣٨، ٣٩) من الإعلان الدستوري المشار إليه".

كذلك وقد اعتبرت المحكمة أن النص المطعون عليه، مخالف لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، حيث تضمن النص "حرمانًا لفئة من المواطنين من مباشرة حقوقهم السياسية، استنادًا إلى سبق تقلدهم المناصب الواردة فيه قبل تاريخ ٢٠١١/٢/١١ بعشر سنوات، إبان حكم النظام السابق. وقد حصر تلك المناصب في كل من عمل رئيسًا للجمهورية أو نائبًا لرئيس الجمهورية أو رئيسًا للوزراء أو رئيسًا للحزب الوطني الديمقراطي المنحل أو أمينًا عامًا له أو كان عضوًا بمكتبه السياسي أو أمانته العامة، وذلك دون غيرهم ممن شغلوا المناصب ذاتها، خلال مدة سابقة للسنوات العشر المشار إليها، وكذلك من تولى مناصب تماثل، من حيث طبيعتها ومسؤولياتها، المناصب الواردة بالنص، وخلال المدة المحددة فيه، ومن ذلك منصب نائب رئيس مجلس الوزراء، والوزراء، والأمراء العامين المساعدين بالحزب الوطني المنحل. وبذلك يكون النص المحال قد تضمن تمييزًا تحكيميًا لا يستند إلى أسس موضوعية تبرره، فضلاً عن تبنيه تقسيمًا تشريعيًا بين المواطنين لا يرتكن إلى أسس أو مقاييس منطقية، وما استتبعه ذلك من انفصال أحكامه عن أهدافها، ليصير اتصالها بها واهيًا، وليغدو التمييز الذي أورده مستندًا إلى وقائع يتعذر حمله عليها، ومصطنعًا لفوارق غير حقيقية بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، بما يوقعه في حومة مخالفة مبدأي المساواة وتكافؤ الفرص، المقررين بالمادة (٧) من الإعلان الدستوري".

وقد أسست المحكمة قضاءها أيضاً، على أن النص المطعون عليه قد خالف مفهوم الدولة القانونية، ومفهوم العدالة، بالإضافة إلى توقيعه لعقوبة بأثر رجعي، حيث إن "النص المحال قد رصد جزاء الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية لمدة عشر سنوات، لمجرد تقلد أي من المناصب الواردة حصراً فيه، دون أن يتطلب لذلك أن يثبت في حق من تولى أي من هذه المناصب إثبات فعل أو انتهاج سلوك يستأهل هذا الجزاء، فإنه يكون قد ابتنى على

افتراض لا يستقيم مع طبائع الأشياء وتأباه العدالة، ويخالف من ثم مفهوم الدولة القانونية. ومن جانب آخر، فإن رصد هذا الجزاء لكل من عمل بأي من تلك المناصب خلال السنوات العشر السابقة لتاريخ ٢٠١١/٢/١١، يعد توقيعاً لعقوبة بأثر رجعي، وذلك بالمخالفة لنص المادتين (٨، ١٩) من الإعلان الدستوري".

وقد ربطت المحكمة الدستورية العليا -بكل جرأة وشجاعة- هذه العيوب الدستورية، بعيب الانحراف التشريعي، فقررت أن النص المطعون عليه -بالإضافة إلى ما اعتوره من مخالفات دستورية- قد صابه عيب الانحراف التشريعي، وذلك لاتجاه إرادة غالبية أعضاء المجلس التشريعي لتجاهل هذه المخالفات الدستورية، وعدم خفاءها لديه، بما كشفت مضابط مجلس الشعب.

فقررت المحكمة "وحيث إنه، ولئن كانت كل مخالفة دستورية اعتبرت ذلك النص على نحو ما تقدم، تكفي بذاتها لإبطاله، إلا أن اجتماع تلك المثالب الدستورية، مع عدم خفاء أمرها على أعضاء المجلس التشريعي على ما كشفت عنه مضابط مجلس الشعب ذات الصلة واتجاه المجلس في غالبية، لتجاهلها، وإقراره لمشروع القانون، ما يجافى عن قصد الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها التشريع، وهو الأمر الذي يفقده عموميته وتجريده، ويوصمه بالتالي بعيب الانحراف التشريعي"^١.

ومن مجموع ما تقدم، يظهر بأن هذا الحكم الدستوري، قد بنى حكمه بعدم الدستورية، على جملة من المخالفات الدستورية، تمثلت في تجاوز المشرع لاختصاصه في التشريع، إلى ما يمثل اعتداءً على اختصاص السلطة القضائية، وإهدار المشرع لأصل الحق في مباشرة الحقوق السياسية، والاعتداء عليه، ومصادرته، وتقْييد ممارسته، بما يجاوز حدود التنظيم التي يملكها المشرع، ومخالفة المشرع لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، ومخالفته مفهوم الدولة القانونية، ومفهوم العدالة، بالإضافة إلى توقيعه لعقوبة بأثر رجعي.

^١ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم (٥٧) لسنة (٣٤) قضائية - جلسة ١٤ يونيو ٢٠١٢ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

وقد ساهم اجتماع هذه العيوب الدستورية، وعدم خفاءها وفقاً لما أثبتته مضابط الجلسات، أن مجلس الشعب المصري قد اتجه بغالبيته إلى تجاهل هذه العيوب، وسعى إلى تحقيق غايات غير تلك التي يجب أن يتوخاها، فأصدر هذا القانون الذي يفتقد لقاعدة العمومية والتجريد، من أجل الإضرار بالخصوم، والانتقام السياسي، واستبعاد عناصر النظام الحاكم السابق من ممارسة حقوقهم السياسية، الأمر الذي يوصم معه المشرع بالانحراف التشريعي.

وقد ثبت الانحراف التشريعي، من خلال توافر المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي، حيث إنه بالنسبة إلى الأول، فقد بحثت المحكمة الدستورية العليا في نوايا وغايات المشرع، وانتهت إلى أن إرادتهم قد اتجهت إلى تجاهل المخالفات الدستورية، تحقيقاً لأهدافهم السياسية، وهو ما قد ثبت من خلال مضابط الجلسات. أما بالنسبة إلى المعيار الموضوعي، فإن المحكمة قد أثبتت أن المخالفات الدستورية المرتكبة، تُفقد التشريع عموميته وتجريده، بالإضافة إلى أن إهدار المشرع لأصل الحق في مباشرة الحقوق السياسية، والاعتداء عليه، وتقييد ممارسته، بما يجاوز حدود التنظيم التي يملكها المشرع، ومخالفة المشرع لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص، ومخالفته مفهوم الدولة القانونية، ومفهوم العدالة، بالإضافة إلى توقيعه لعقوبة بأثر رجعي، وهي بعض الحالات التي جاءت في فروض أنصار المعيار الموضوعي، جميع هذه الحالات تُثبت توافر عيب الانحراف التشريعي.

المبحث الثالث:

نظرية الخطأ الظاهر في التقدير أساس للرقابة على التناسب في التشريع

تعتبر نظرية الخطأ الظاهر في التقدير^١، من إبداعات مجلس الدولة الفرنسي، وتُمثل حداً جديداً للرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، وتساهم في توسيع نطاق رقابة المشروعية، بهدف إقامة التوازن بين متطلبات تحقيق المصلحة العامة، وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم. وقد ظهرت هذه الفكرة في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي، لأول مرة في عام ١٩٨١، بمناسبة تقدير مبدأ الضرورة الذي يعتمد عليه المشرع بصدد تنظيمه لبعض الموضوعات مثل التأميم، وضرورة العقوبات، وكذلك ظهرت فكرة الخطأ الظاهر بمناسبة كفالة مبدأ المساواة.

ومنذ عام ١٩٨١ وحتى عام ١٩٨٥، لم يُعلن المجلس الدستوري، عدم دستورية نص قانوني، لوجود خطأ ظاهر في التقدير، على الرغم من أنه كان يردد هذه الفكرة من الرقابة، وذلك بأن مسلك المشرع لا يتسم بوجود خطأ ظاهر في التقدير.

ولكن منذ عام ١٩٨٥، لم يتردد المجلس الدستوري من أن يُعلن عدم دستورية القانون لوجود خطأ ظاهر في التقدير، وكانت القضية تتعلق بتحديد أعضاء المجالس المحلية لبعض المناطق بالنسبة لإقليم معين، حيث إن الأعضاء سيصبحون ممثلين بالجمعية الوطنية للإقليم، وقد حدد المشرع عدد (١٨) مقعداً بالنسبة لشمال الإقليم، بينما حدد (٧) مقاعد بالمجلس بمنطقة الجنوب لنفس الإقليم، ومن ثم فإن الاختلاف العددي له أثر بالنسبة لتحقيق الدعاية الانتخابية، حيث سيجد العضو بجنوب الإقليم صعوبة تفوق مرتين بالنسبة لعضو الشمال، فيما يتعلق بالدعاية الانتخابية، وذلك لأن عضو الجنوب سيكون ممثلاً لـ (٤٧٢٧) فرداً، بينما أن عضو الشمال سيكون ممثلاً لـ (٢٣٩٠) فرداً، وعلى الرغم من أن المجلس الدستوري قد ذهب إلى أن المادة الثالثة من الدستور تسمح بإنشاء الدوائر الانتخابية، وفقاً

^١ - تبين الفقه بين مُستخدم لتعبير الغلط البين، وتعبير الخطأ الظاهر، ومن جانبي أفضل استخدام تعبير الخطأ الظاهر، تمييزاً لهذه النظرية في نطاق القانون العام عن نظرية الغلط في القانون المدني.

للنطاق الجغرافي بغض النظر عن عدد السكان، إلا أن البرلمان قد تجاوز من خلال القانون هذا المعيار بصورة ظاهرة مخرلاً بذلك بمبدأ المساواة^١.

ومنذ ذلك التاريخ استقرت فكرة الخطأ الظاهر في التقدير، كأساس للرقابة على مدى تناسب الوسيلة المستخدمة مع الأغراض المستهدفة، عندما يؤدي تدخل المشرع إلى المساس بمبدأ دستوري، أو يتجاوز إطار التنظيم إلى المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم، فيقرر القاضي الدستوري بمقتضى عملية التوازن التي يقيمها بين الأغراض المستهدفة والتي تُشكل ركن الغاية في التشريع، والوسائل المستخدمة والتي تُشكل ركن المحل في التشريع، مدى تحقق التناسب في التشريع، فإذا ما احتل هذا التناسب بصورة ظاهرة، كان التشريع باطلاً، أما إذا ما كان عدم التناسب في الحدود المقبولة التي تفرضها حرية المشرع في التقدير، كان التشريع سليماً من الناحية الدستورية.

لما كان ذلك، وكانت نظرية الخطأ الظاهر في التقدير لا تُثار إلا في معرض ممارسة المشرع لسلطته التقديرية، وأن الرقابة على التناسب في التشريع، تمس الرقابة على هذه السلطة، فإننا سنتناول في هذا المبحث نظرية الخطأ الظاهر في التقدير كأساس للرقابة على التناسب في التشريع، من خلال المطالب الآتية.

^١ - مشار إليه عند د. عبدالحفيظ الشبمي - القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي - دار النهضة العربية - ٢٠٠١ - ص ٣٧٨، د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص ٦٥٩.

المطلب الأول:

مفهوم الخطأ الظاهر في التقدير

لما كانت السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع، لا تعني ترخصه في إصدار أي تشريع، لتحقيق أي هدف، وبأي الوسائل؛ إنما يجب أن يكون للتشريع أهداف يسعى إلى تحقيقها، تتفق ومقاصد الدستور، وأن تكون الوسائل المستخدمة متوافقة مع هذه الأهداف، وقادرة على تحقيقها.

فالأغراض التي يستهدفها التشريع، قد تناقض حُكماً في الدستور، والوسائل التي يلجأ إليها المشرع لتحقيق هذه الأغراض هي النصوص القانونية التي يقرها، فإذا ما اختلفت تناسبها بصورة ظاهرة مع حقيقة الأغراض التي تتوخاها، كان التشريع مخالفاً للدستور. وهذه هي نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، والتي تتناول جوهر السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع، ويجري القاضي الدستوري بشأنها رقابته، بهدف التأكد من أن المصلحة التي استهدفها المشرع من القانون، حقيقة أو منتحلة، قائمة أو متوهمة، وكذلك ما إذا كانت الوسائل إلى تحقيقها منطقية أو غير متناسبة، ضرورية أو مجاوزة حدود الاعتدال^١.

وبشأن تعريف الخطأ الظاهر، يُقصد بالخطأ في اللغة، أنه ضد الصواب، أو الحيدة عنه، أو من أراد الصواب فذهب إلى غيره، وقد يراد به من سلك سبيل الخطأ عمداً أو سهواً، والخاطئ من تعمد ما لا ينبغي^٢.

أما تعريف الخطأ الظاهر في الاصطلاح، فإن غالبية الفقه يكتفي بشرح الدور الذي تقوم به الفكرة وتطبيقاتها، دون أن يشرح مدلول الفكرة ذاتها، أو تقديم تعريف محدد لها، وهو ما يعني أن هذه الفكرة واضحة بحيث لا تحتاج إلى تحديد مفهومها^٣.

^١ - د. عوض المر - مشار إليه عند د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٢٥.

^٢ - المنجد في اللغة والأعلام - مرجع سابق - ص ١٨٦.

^٣ - د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٧٧٦.

وبالرغم من ذلك فقد حاول بعض الفقه تقديم تعريف لفكرة الخطأ الظاهر في التقدير، لا سيما في الفقه الفرنسي، فقد عرّف البعض الخطأ الظاهر في التقدير، بأنه خطأ ليس في حاجة إلى عقلٍ نير لاكتشافه. وبأنه خطأ يَبَيّن لا يحتاج إلى شخص ذي خبرة لاكتشافه. وبأنه الخطأ الواضح الذي يتسم بالجسامة والخطورة على النحو الذي يكون واضحاً لغير المتخصص^١.

ولما كانت فكرة الخطأ الظاهر في التقدير تمثل أساساً للرقابة على التناسب في التشريع، تُمكن القاضي الدستوري من مراجعة تقدير المشرع والحلول التي اختارها لمعالجة الموضوع محل التنظيم، بناءً على أن سلطة المشرع ليست مطلقة، وإنما يجب أن تكون حريته بالمفاضلة بين البدائل الموضوعية المعروضة عليه، قائمة على أساس اختياره أنسب هذه الحلول للوفاء بمتطلبات التشريع، وتحقيق أغراضه التي يتوخاها، وأن يكون هذا التنظيم التشريعي مرتبطاً منطقياً بهذه الأغراض؛ وعلى ذلك فإن المشرع يشترط في تقديراته، حتى تكون متوافقة مع مبدأ التناسب، ألا يشوبها خطأ ظاهر في التقدير.

فالنصوص القانونية التي يضعها المشرع لتنظيم موضوع معين، تعتبر مجرد وسائل لتحقيق أغراض القانون، فقد تكون هذه الوسائل مناسبة لتحقيق الغايات المستهدفة، وحماية لحقوق الأفراد وحررياتهم، وقد تكون مُخلّة بها. فالمشرع يقوم بعملية الموازنة بين الأغراض التي استهدفها ووسائل تحقيق هذه الأغراض، فإذا ما أدى الحل أو التنظيم الذي اختاره المشرع إلى عدم التناسب الظاهر بين الوسيلة والهدف، أو اصطدم مع مبدأ دستوري، فإن القاضي الدستوري ينهض لتقييم تقديرات المشرع، فإذا كان التقدير في حدود المعقول، وكانت هناك علاقة منطقية بين الأغراض المستهدفة ووسائل تحقيقها، وقف القاضي الدستوري عند هذا الحد وقضى بدستورية التشريع، عند خلوّه من باقي المطاعن الدستورية. أما إذا كان تقدير المشرع لا تتوافر فيه صفة التناسب، بأن يكون شابهه خطأ ظاهر في التقدير، نتج عنه علاقة غير منطقية أو غير متوافقة بين الأركان الموضوعية للتشريع، أو بين التشريع والمبادئ الدستورية الحاكمة له، فإن القاضي الدستوري يقضي بعدم الدستورية.

^١ - مشار إليها عند د. عبدالحفيظ الشبمي - القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي - مرجع سابق - ص ٣٧٩، د. راغب جبريل سكران - الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة - مرجع سابق - ص ٤٣٣.

ويذهب رأي إلى أن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، تقضي بارتداد القاضي الدستوري مجال الملاءمة، من خلال تسليط رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، وقياسه مدى مناسبة التشريعات الخاضعة لرقابته للحالات التي تعالجها، فضلاً عن ضرورة ممارسة المشرع لسلطتها التقديرية في إطار احترام المبادئ الدستورية. وتكمن جرأة القاضي الدستوري بمناسبة رقابته للخطأ الظاهر في التقدير، في ما يحدده من قيود وضوابط دستورية يلتزم بها المشرع. ففكرة الخطأ الظاهر في التقدير تسمح للقاضي الدستوري بأن يوازن بين المصلحة العامة التي يسعى التشريع إلى تحقيقها، من ناحية، وبين الانتهاكات التي يُمكن إلحاقها بأحد المبادئ الدستورية، من ناحية أخرى، وطبقاً للنتيجة التي يتوصل إليها، من اعتبار الإخلال بالمبادئ الدستورية غير متناسب مع الغاية المستهدفة، أو تناسبه، يكون التشريع غير دستوري أو دستورياً^١.

ووفقاً لذلك يقوم القضاء من خلال نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، بالبحث عن مدى تناسب الحل الذي اختاره المشرع للوفاء بالأغراض التي توخاها، دون التعرض لرقابة التكيف القانوني للأسباب التي قام عليه التشريع^٢. لذلك فإن الخطأ الظاهر في التقدير، هو ما يُصيب النصوص القانونية من عدم التناسب بينها وبين الأغراض التي تسعى إلى تحقيقها، فلا يكون اتصال هذه النصوص بأهدافها حقيقياً.

وبناءً على ما تقدم فإن القاضي الدستوري يستخدم في رقابته على التناسب، نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، لتقييم تقدير المشرع، والبحث عما إذا كان المشرع قد ارتكب خطأ في تقديره أدى إلى الاصطدام بمبدأ ذي قيمة دستورية. وعن طريق الخطأ الظاهر يدخل القاضي الدستوري رقابة التناسب، ويوازن بين المصلحة المبتغاة من التشريع، والقيود التي قد تمس مبدأ دستوري، ووفقاً للنتيجة، سيكون حكم القاضي بما إذا كانت مثل هذه القيود مقبولة أم لا، وبناءً عليه سيحكم بتناسب التشريع مع الدستور أو بعدم تناسبه^٣.

^١ - د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ١٨.

^٢ - د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص ٦٥٦، د. زكي محمد النجار - مرجع سابق - ص ١٩٥، د. محمد عبداللطيف - التصحيح التشريعي - مرجع سابق - ص ١٩٨.

^٣ - د. جورج شفيق ساري - مرجع سابق - ص ١١٠ وما بعدها.

ومن الأمثلة التي أثّرت فيها رقابة التناسب عن طريق استخدام نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي، بمناسبة بحث حالة الضرورة، وبمناسبة تطبيق مبدأ المساواة، حيث قرر عدم جواز وضع القانون إلا لعقوبات ضرورية ومحددة، وعدم جواز الاعتداء على الملكية إلا لضرورة عامة ثابتة قانوناً، والتزام مبدأ المساواة بتحقيق التوازن الديمغرافي عند تقسيم الدوائر الانتخابية^١. وسنأتي لاحقاً بعرض تطبيقات الرقابة الدستورية على التناسب، والتي تؤكد هذه الحالات.

المطلب الثاني:

معيّار الخطأ الظاهر في التقدير

لما كانت نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، تعد كأساس للرقابة على التناسب في التشريع، من خلال بحث مدى وجود توافق أو تفاوت بين الأغراض التي استهدفها المشرع، وبين وسائل تحقيقها، أو كما ذهبنا سابقاً بين الأركان الموضوعية التي يتكون منها التشريع، فإن ذلك يثير التساؤل حول معيار الكشف أو الاستدلال على وجود خطأ ظاهر في تقدير المشرع.

وفي هذا الشأن استعان الفقه في تحديد معيار الخطأ الظاهر في التقدير في المجال الدستوري بموقف قاضي الإلغاء في القضاء الإداري، باعتبار أن فكرة الخطأ الظاهر في التقدير أنشأها مجلس الدولة الفرنسي، كوسيلة للحد من سلطة الإدارة التقديرية. وبالرجوع إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري، يتبين أنهما اعتنقا معياراً موضوعياً في تقدير الخطأ الظاهر، لا يعتمد على حسن نية الإدارة أو سوء نيتها، ولا يكون أمراً متروكاً لمحض تقدير القاضي، وإنما هو معيار يقوم على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير،

^١ - انظر د. زكي محمد النجار - فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري - مرجع سابق - ص ٨٦ وما بعدها.

ويستخلصها القاضي من أوراق الدعوى، بحيث يحكم بالإلغاء في كل حالة يشوب تقدير الإدارة فيها خطأ ظاهراً يُفسد هذا التقدير أو يجاوز حدود المعقول^١.

اتجه بعض الفقه بشأن تحديد معيار الخطأ الظاهر في التقدير، إلى الأخذ بدرجة جسامه الخطأ، فيكون ظاهراً إذا ما كان واضحاً وجسيمياً، بحيث يكون مرئياً حتى بالنسبة لغير المتخصص، ويبدو فاحشاً ويتعارض مع المنطق السليم^٢. وهو ما قد اعتنقته المحكمة الإدارية العليا في مصر، من أن معيار الخطأ الظاهر هو الخطأ الجسيم، والذي يجري على عكس ما تقتضيه طبيعة الأشياء^٣.

واعتمد رأي آخر في الفقه عدم المعقولية كمعيار للخطأ الظاهر في التقدير، فتقع جهة الإدارة أو المشرع في خطأ ظاهراً إذا ما اتجهت وهي بصدد مباشرة سلطتها التقديرية إلى أبعد من الحدود المعقولة، بحيث يبدو الخطأ واضحاً لكل ذهن، و يتعارض مع الفطرة السليمة^٤.

وذهب رأي إلى أن جميع هذه المعايير صحيحة، وتكشف عن خصائص الخطأ الظاهر في التقدير، فلا يكون الخطأ ظاهراً إلا إذا كان جسيماً، ولن يكون جسيماً إلا إذا اتصف بعدم المعقولية. ويُضيف هذا الرأي بأنه ليس للخطأ الظاهر في التقدير معيار محدد وثابت، يمكن بموجبه الاستدلال على قيامه وتحققه أو تخلفه، ولكن الاستدلال على هذا الخطأ الظاهر والتحقق به يخضع لتقدير موضوعي من جانب القاضي وليس لتقدير ذاتي من جانبه، فلا تعني الموضوعية الثبات والتحديد للمعيار ذاته، وإنما تعني أن المعيار عماده تقدير موضوعي يستخلص من ملف الدعوى وأوراقها^٥.

ولا ريب بأن اعتناق المعيار الموضوعي للخطأ الظاهر في التقدير، والذي قوامه أن يكون الخطأ جسيماً لا يمكن التغاضي عنه أو قبوله، لخروجه عند حدود المعقولية، يؤدي

^١ - د. زكي محمد النجار - مرجع سابق - ص ٤٠ وما بعدها، د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص ٦٧٦ وما بعدها، د. خليفة سالم الجهمي - مرجع سابق - ص ١٣٩.

^٢ - مشار إليه عند د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص ٦٧٧.

^٣ - د. زكي محمد النجار - مرجع سابق - ص ٤٥.

^٤ - مشار إليه عند د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - مرجع سابق - ص ٦٧٧.

^٥ - د. زكي محمد النجار - فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري - مرجع سابق - ص ٤٨ و ١٩٧.

إلى أن يكون إثبات هذا الخطأ قائماً على عناصر موضوعية، كالرجوع إلى أسباب التشريع للتحقق من الأغراض التي استهدفها المشرع، ومدى ارتباطها بالنصوص المحمولة عليها، كذلك الرجوع إلى ديباجة التشريع، والأعمال التحضيرية له، وتقارير اللجان والمناقشات البرلمانية، والمذكرات الإيضاحية، فإذا ما تبين وجود خطأ ظاهر في تقدير المشرع، أدى إلى عدم وجود تناسب بين الغايات المستهدفة ووسائل تحقيقها، أو الاصطدام مع المبادئ ذات القيمة الدستورية، قُضي بعدم الدستورية^١.

واستناداً إلى ذلك نستخلص بأن معيار الخطأ الظاهر في التقدير، لا يمكن أن يكون إلا معياراً موضوعياً، بخلاف معيار الانحراف التشريعي، والذي ذهب اتجاه في الفقه بشأنه إلى أنه معيار ذاتي، قوامه اتجاه نية المشرع إلى تحقيق غايات غير تلك التي يتطلبها الدستور، مما يتطلب البحث في نية المشرع والأغراض التي استهدف تحقيقها، وهو ما يخالف المعيار الموضوعي في الخطأ الظاهر، والذي قوامه، وجود خطأ جسيم في تقدير المشرع، لم يقصد ارتكابه، وأدى إلى عدم وجود علاقة منطقية بين الأركان الموضوعية في التشريع، وبينها وبين مبادئ الدستور، فتنهض وفقاً لذلك فكرة الخطأ الظاهر في التقدير لرقابة الاختلال والتفاوت بين تقديرات المشرع وبين أحكام الدستور ومبادئه.

ولا شك بأن فكرة الخطأ الظاهر في التقدير، تُساعد القاضي الدستوري، في إحلال رقابته في حالة مخالفة المشرع للمبادئ العليا للدستور، أو في حالة غموض النص الدستوري. إذ تمثل رقابة الخطأ الظاهر توسعاً لنطاق الرقابة الدستورية، فيتحقق القاضي من خلال فكرة الخطأ الظاهر في التقدير، مدى توافق الحل الذي اختاره المشرع، مع الضوابط والمعايير الدستورية، والتحقق من أن تقديرات المشرع تتفق وأحكام الدستور ومبادئه، ومن ثم يحكم القاضي الدستوري بعدم الدستورية، في كل حالة يشوب فيها تقدير المشرع خطأ ظاهراً يُفسد هذا التقدير^٢.

فالخطأ الظاهر في التقدير وفقاً لذلك يُعد بمثابة الوسيلة الفنية التي يتوسل بها القاضي الدستوري في ممارسة رقابته على سلطة المشرع التقديرية، بحيث إذا جاءت تقديرات

^١ - د. عبدالمجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - مرجع سابق - ص ٦٧٩.

^٢ - د. زكي محمد النجار - فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري - مرجع سابق - ص ٢٠١ و ٢١٠.

المشرع واضحة من حيث عدم التناسب بين مكونات التشريع الموضوعية من سبب ومحل وغاية، أو متعارضة مع مبدأ من المبادئ الدستورية، ومجازة في ذلك حدود المعقولة، كانت هذه التقديرات مشوبة بخطأ ظاهر في التقدير.

المطلب الثالث:

التمييز بين رقابة الانحراف التشريعي ورقابة الخطأ الظاهر في التقدير

تُثار رقابة كل من الانحراف التشريعي، والخطأ الظاهر في التقدير، عندما يتمتع المشرع بسلطة تقديرية، حيث إنه إذا كانت سلطة المشرع مقيدة، فإن ما يُثار هنا هو وجود مخالفة مباشرة للدستور، من حيث الاختصاص أو الشكل أو المحل، وليس وجود انحراف تشريعي أو خطأ ظاهر في التقدير.

ففي مجال السلطة التقديرية، فإن المشرع قد ينحرف بالسلطة أو يخطأ في استخدام سلطته التقديرية، إزاء تنظيمه لموضوع معين. وبالرغم من أن الانحراف التشريعي والخطأ الظاهر في التقدير، لا يُثاران إلا عند ممارسة المشرع سلطته التقديرية، بهدف التضييق من نطاق هذه السلطة، إلا أن بين الاثنين اختلافاً، ولا يمكن اعتبارهما شيئاً واحداً، فإن توافر أحدهما لا يعني توفر الآخر، في ذات الوقت.

حيث يتميز الخطأ الظاهر في التقدير، عن الانحراف التشريعي، من حيث الطبيعة، فالخطأ الظاهر في التقدير ذو طبيعة موضوعية، يكشفها المعيار الموضوعي اللازم لإثباته، وقوامه عدم التناسب أو التوافق بين مكونات التشريع الموضوعية، أو بين النص التشريعي والمبادئ الدستورية التي تحكمه، وهذا التقدير يتم بمعزل عن نية المشرع ودوافعه الكامنة. بينما الانحراف التشريعي، ذو طبيعة ذاتية، يكشفها المعيار الذاتي اللازم لإثباته -بحسب اتجاه في الفقه- والذي يتعلق بالبواغث الخفية للمشرع ودوافعه الباطنة، فهو من العيوب

القصدية من حيث السلوك، مما يصعب إثباته، ولهذا اعتبر ذو صفة احتياطية بالنسبة للعيوب الدستورية الأخرى^١.

ويختلف الخطأ الظاهر في التقدير عن الانحراف التشريعي، من حيث المضمون أيضاً، حيث إن الانحراف يستهدف تحقيق غاية غير مشروعة، يسعى المشرع إلى تحقيقها، بالتشريع الذي يصدره، فهو يتعلق بمجانبة المصلحة العامة التي تُشكل ركن الغاية في التشريع، أو مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف كما ذهب بعض الفقه. أما الخطأ الظاهر في التقدير فهو ينصرف إلى ما يشوب التشريع من عدم تناسب بين النصوص التشريعية والغايات المستهدفة، أو عدم التناسب بين سبب التشريع ومحلّه^٢، وبالتالي فإن الخطأ الظاهر في التقدير ينصب على الربط بين الأركان الموضوعية الثلاثة في التشريع، وتحقيق توافق مقبول بينها.

لذلك فإن عيب الانحراف التشريعي، يُعتبر عيباً قسدياً في السلوك التشريعي، اتجهت إرادة المشرع إلى إتيانه، بعكس عيب الخطأ الظاهر في التقدير، والذي لا يدعو أن يكون خطأً من جانب المشرع في تنظيم أمرٍ ما، ويكشف هذا الخطأ عدم توافق وارتباط أركان التشريع الموضوعية مع بعضها البعض، أو عدم توافق التشريع مع أحكام الدستور ومبادئه. وفي جميع الأحوال فإن الخطأ الظاهر في التقدير، لم تتجه إرادة المشرع إلى ارتكابه، حيث إنه إذا اتجهت إرادة المشرع إلى ارتكاب هذا الخطأ، وخرج به عن مقاصد الدستور وجانب المصلحة العامة، فإنه يكون منحرفاً في استعمال سلطته التشريعية، فالانحراف عيب قصدي، اتجهت إرادة المشرع الواعية والمقصودة فيه إلى تحقيق غاية أخرى غير المصلحة العامة، فعنصر القصد هو ما يميز عيب الانحراف التشريعي عن عيب الخطأ الظاهر في التقدير.

وعلى ذلك يذهب جانب من الفقه إلى أن رقابة الانحراف التشريعي هي في الواقع، رقابة مشروعية وليست رقابة ملائمة -في إطار التمييز بين الرقابة على السلطة المقيدة والرقابة على السلطة التقديرية- وهو ما يميز عيب الانحراف عن عيب الخطأ الظاهر في

^١ - د. خليفة سالم الجهمي - مرجع سابق - ص ٣٨٦.

^٢ - د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٣٨١.

التقدير، الذي يُعد من قبيل رقابة الملاءمة -باعتبارها من عناصر الرقابة على سلطة المشرع التقديرية- حيث تنصب الرقابة على مدى تناسب التقدير، مما تُسند معه رقابة الخطأ الظاهر في التقدير إلى مبدأ التناسب، فتتطوي بذلك رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، على رقابة التناسب بين اختيار الحلول من جانب المشرع^١.

ومن أوجه التمايز أيضاً بين الانحراف التشريعي والخطأ الظاهر في التقدير، أن الأخير لا يُعد عيباً احتياطياً، كما هو الحال في عيب الانحراف التشريعي، والذي لا يلجأ إليه القاضي الدستوري إلا إذا لم يوجد أيّاً من العيوب الدستورية الأخرى، بل يُعد الخطأ الظاهر في التقدير عيباً مُستقلاً، كما ذهب بعض الفقه، من شأنه أن يؤدي إلى بطلان التشريع^٢.

إذ إن عيب الخطأ الظاهر في التقدير ينطوي على رقابة التناسب بين اختيار الحلول من جانب المشرع. فلا يكون إثبات هذا العيب أمراً صعباً، مثلما نراه في إثبات عيب الانحراف التشريعي، والذي يُعد ذا طبيعة خفية، تحتاج إلى البحث في نية المشرع وما أضمره من أهداف سعى إلى تحقيقها. بينما إثبات الخطأ الظاهر، يكفي فيه الكشف عن الإخلال أو التفاوت أو عدم التوازن، بين النصوص التشريعية من جهة ونصوص الدستور ومبادئه من جهة أخرى، نتيجة وقوع المشرع في خطأ ظاهر في تقديره للحل الذي اختاره، لمعالجة موضوع معين.

ونخلص من بحث نظريتي الانحراف التشريعي والخطأ الظاهر في التقدير، أنهما يتصلان بموضوع السلطة التقديرية للمشرع، باعتبار أنه لا تثور الرقابة على هذين العيبين إلا عندما يتمتع المشرع بسلطة تقديرية، حيث يُقدر المشرع أوجه المصلحة العامة التي يتغيا تحقيقها من التشريع، فيعمل على أن تكون نصوصه التشريعية مُدخلاً لتحقيق غايات التشريع المرجوة، بشرط عدم انحرافه عن تحقيق متطلبات المصلحة العامة، أو وقوعه في خطأ ظاهر في ما أجراه من تقدير، ينتج عنه حصول تفاوت أو عدم تناسب بين الحلول التي

^١ - د. راغب جبريل سكران - الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة - مرجع سابق - ص ٤٤٤، د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٣٨٤.

^٢ - د. زكي محمد النجار - مرجع سابق - ص ٢٠٨، د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ٣٨٤.

اختارها وأحكام الدستور ومبادئه، وإلا وقع المشرع في مغبة عدم الدستورية. فتشكل الرقابة على الانحراف التشريعي والخطأ الظاهر في التقدير، استثناءً على الأصل العام من عدم خضوع سلطة المشرع التقديرية للرقابة.

وبعد استعراضنا لكل من عيب الانحراف التشريعي والذي يرتبط بركن الغاية، وعيب الخطأ الظاهر في التقدير والذي يرتبط بتقدير الحلول التي اختارها المشرع، ومدى توافقها مع غايات التشريع، ننتهي إلى أن الرقابة على التناسب في التشريع، تجد أساسها من خلال نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، حيث يجمع عيب خطأ التقدير فيها بين الأركان الموضوعية للتشريع، والتي تعتبر مجالاً لسلطة المشرع التقديرية، والمتمثلة في سبب التشريع ومحلله والغاية المستهدفة منه، ووفقاً لمدى وجود توافق وانسجام بين هذه الأركان، وتوافقها مع نصوص الدستور ومبادئه، يتحدد توافر صفة التناسب في التشريع من عدمه.

فعدم التناسب وفقاً لذلك، لا يتحقق إلا إذا كان هناك خطأ في التقدير من جانب المشرع، عند ممارسته لسلطته التقديرية، ولا يمنع بطبيعة الحال أن يكون وصف عدم التناسب للتشريع حاصلًا عن جمعه لعيبى الانحراف التشريعي والخطأ الظاهر في التقدير، لا سيما وأن عيب الغاية يُعد عاملاً مشتركاً في كلا العيبين، ولكن كما سبق وأن بيّنا يعتبر عيب الانحراف التشريعي عيباً خفياً يصعب إثباته، لذلك فهو عيب احتياطي، الأمر الذي يُرتب أن تكون الرقابة على التناسب في التشريع أكثر وضوحاً وأسهل إثباتاً من خلال نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، والمتعلقة بفحص مدى سلامة تقدير الحلول التي اختارها المشرع وتوافقها مع الأهداف المرجوة، عنه في نظرية الانحراف التشريعي.

وخلاصة ما تقدم، أنه من خلال نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، يتحقق القاضي الدستوري من مدى توافر صفة التناسب في تقديرات المشرع، ولا ريب من أن هذه الصفة لا تعني أن هناك حلاً معيناً أكثر تناسباً من غيره، يجب على المشرع اتخاذه والالتزام به، فإن هذا يؤدي بنا إلى أن سلطة المشرع مقيدة وليست تقديرية، وإنما التزام المشرع بمبدأ التناسب، يُقصد منه عدم وقوعه في خطأ يؤدي إلى حصول تفاوت وإخلالٍ ظاهر من حيث التقدير، يمس بمبدأ من المبادئ الدستورية، المتعلقة بالموضوع محل التنظيم. فالخطأ الظاهر

في التقدير ينطوي على رقابة تناسب اختيار الحلول من جانب المشرع، والتحقق من مدى وفائها لتحقيق الغاية المستهدفة، مما تحقق معه هذه الرقابة التوازن بين حماية حقوق الأفراد وحياتهم، ومقتضيات المصلحة العامة.

وبناءً على ما سبق، فإن الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير، كأساس للكشف عن مدى توافر صفة التناسب في التشريع، تُعد رقابة ضرورية، كمظهر من مظاهر مبدأ خضوع الدولة للقانون، بما يكفل الاحتفاظ للنظام الدستوري بالتوازن الذي أقامه بين السلطات، ومن ثم الحيلولة دون هيمنة بعضها على بعض، بالنظر إلى تزايد دور السلطة التنفيذية في التشريعات، ومن ثم فإنه لا يوجد ما يمنع من التوسع في رقابة دستورية القوانين، وتطبيق رقابة التناسب على التشريع، من أجل الحد من سلطة المشرع التقديرية، والتزام أحكام الدستور ومبادئه^١.

^١ - د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي - الجزء الثاني - مرجع سابق - ص ١٢٥.

الفصل الثالث:

موقف القضاء الدستوري وضوابطه في شأن الرقابة على التناسب في التشريع

تمهيد وتقسيم:

يُعد مبدأ التناسب من المبادئ المهمة، حيث يُوجد علاقة وارتباط بين أركان التشريع الموضوعية، كما ويوجد توافق بين التشريع ونصوص الدستور ومبادئه، وهو ما يقودنا إلى بحث موقف القضاء الدستوري المقارن من الرقابة على التناسب في التشريع، في ظل تطور هذا القضاء في شأن مدى إخضاع بعض عناصر سلطة المشرع التقديرية للرقابة، ومن ثم يتعين علينا بيان الأدوات الفنية التي يستخدمها القاضي الدستوري في هذه الرقابة.

وفي إطار بحث موقف القضاء الدستوري من الرقابة على التناسب، من اللازم أن نستعرض ما خلص إليه من ضوابط دستورية، مُستخلصة من تطبيقات القضاء الدستوري، والتي يجب على المشرع الالتزام بها، مراعاةً لمبدأ التناسب. حيث إن هذه الضوابط الدستورية قد أقرها القضاء الدستوري، كقيود على سلطة المشرع التقديرية، عند تنظيمه لبعض المجالات التي تنسم بالحيوية، والتي يثار فيها مبدأ التناسب.

فإن أكثر المجالات أهمية، وأظهر صور تطبيق مبدأ التناسب، تكون بالنسبة لتنظيم المشرع للحقوق والحريات العامة، وتنظيمه نصوص التجريم والعقاب، بالإضافة إلى تطبيق مبدأ المساواة، وهي المجالات التي يجب أن يراعي فيها المشرع مبدأ التناسب، حتى تضحي متوافقة وأحكام الدستور.

فإذا كان الدستور يُعطي المشرع سلطة تنظيم المجالات الحيوية السابقة، فإنه يجب أن يكون تنظيمه مُلتزماً بالضوابط والقيود الدستورية، القائمة على أسس موضوعية، والمتناسبة مع الأهداف المطلوب تحقيقها من النصوص التشريعية.

لذلك فإننا سننتاول في هذا الفصل دراسة موقف القضاء الدستوري المقارن وضوابطه في شأن الرقابة على التناسب في التشريع، من خلال المباحث الآتية:

- المبحث الأول: موقف القضاء الدستوري المقارن وأدواته في الرقابة على التناسب.
- المبحث الثاني: الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب عند تنظيم الحقوق والحريات.
- المبحث الثالث: الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب بشأن نصوص التجريم والعقاب.
- المبحث الرابع: الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب بشأن تطبيق مبدأ المساواة.

المبحث الأول:

موقف القضاء الدستوري المقارن وأدواته في الرقابة على التناسب

يُخرج القضاء الدستوري المقارن -كأصلٍ عام- سلطة المشرع التقديرية من مظلة رقابته الدستورية، وهو ما تردده دائماً أحكام المحاكم الدستورية المقارنة، من ترخص المشرع واستقلاله بالسياسة التشريعية، وعدم خضوع سلطته التقديرية لرقابة القاضي الدستوري. إلا أن تجربة القضاء الدستوري المقارن قد مرت بتطور في شأن مدى رقابته على سلطة المشرع التقديرية، حيث إن الأصل العام -بعدم امتداد الرقابة لتشمل السلطة التقديرية- قد خالفته بعض التطبيقات الدستورية.

ولما كانت سلطة المشرع ليست مطلقة بلا قيود أو حدود، إنما يجب أن تلتزم أحكام الدستور ومبادئه، فإن القضاء الدستوري قد أخضع بعض جوانب سلطة المشرع التقديرية، لرقابته الدستورية، من خلال رقابة التناسب في التشريع.

لذلك فإننا سنتناول في هذا المبحث بيان موقف القضاء الدستوري المقارن من الرقابة على التناسب في التشريع، ومن ثم نأتي ببيان الأدوات التي يستخدمها القاضي الدستوري في رقابته على التناسب، وذلك على النحو الآتي.

المطلب الأول:

موقف القضاء الدستوري المقارن من الرقابة على التناسب

تؤكد دراسة أحكام القضاء الدستوري المقارن من استقرار رقابة التناسب، كاستثناء على عدم خضوع سلطة المشرع التقديرية للرقابة الدستورية. وبالتالي امتداد الرقابة الدستورية على فكرة التناسب في التشريع، والقائمة على ضمان احترام المشرع لمبدأ التناسب في التشريعات التي يُصدرها، بما لهذا المبدأ من قيمة دستورية تُوجب على المشرع الالتزام به عند سن التشريعات المختلفة^١. وسنستعرض في هذا المطلب موقف القضاء الدستوري المقارن من رقابة التناسب، وذلك على النحو الآتي.

الفرع الأول: موقف المحكمة العليا الأمريكية:

بالرغم من أن المحكمة العليا الأمريكية، قد قيدت سلطتها في الرقابة على دستورية القوانين، بوضعها قيوداً ذاتية على سلطتها^٢، إلا أنها مارست رقابة التناسب من خلال ما

^١ - د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٦٤٨.

^٢ - كان للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية فضل السبق على المحاكم الدستورية في الدول الأخرى في وضع ضوابط ذاتية على سلطتها في الرقابة الدستورية، وقد سارت المحكمة الدستورية في البحرين وكذلك المحاكم الدستورية المقارنة، على ذات النهج في وضع القيود الذاتية للحد من سلطتها في الرقابة على دستورية القوانين. وتتمثل هذه القيود الذاتية في ما يلي: (١) ممارسة المحكمة الدستورية رقابتها في ضوء النصوص الدستورية المكتوبة التي تضمنتها وثيقة الدستور، (٢) عدم مد نطاق الرقابة التي تمارسها المحكمة إلى الرقابة على أعمال السيادة، (٣) عدم تعرض المحكمة للمشكلة الدستورية إلا إذا كان ذلك لازماً وضرورياً من أجل الفصل في موضوع الخصومة الأصلية التي ثار بصدها الدفع بعدم دستورية التشريع المطعون فيه، (٤) إقرار القضاء بوجود قرينة قانونية تقوم على افتراض أن الأصل العام في التشريعات هو سلامتها من الناحية الدستورية، (٥) عدم شمول الرقابة الدستورية كأصل عام إلى ملاءمة التشريع أو إلى البواغث التي دفعت إلى إصداره.

وبالرغم من هذه القيود إلا أن تطبيقات القضاء الدستوري، لم تلتزمها على نحو صارم، حيث إنه بالنسبة إلى قيد ممارسة رقابة الدستورية في ضوء النصوص الدستورية المكتوبة التي تتضمنها وثيقة الدستور، فإن هذا القيد يأتي بخلاف المنهج الذي يتبعه المجلس الدستوري الفرنسي، والذي يؤسس أحكامه ليس فقط على نصوص الدستور المكتوب وإنما يؤسسها كذلك على المبادئ العامة غير المدونة ذات القيمة الدستورية. كذلك فإن المحاكم الدستورية أخذت في التخفيف من حدة هذا القيد من خلال تبنيها للتفسير الواسع للنصوص الدستورية، واستنباط مبادئ ذات قيمة دستورية منها، بحيث تصل في النهاية إلى نتيجة تماثل النتيجة التي تترتب على تطبيق مبدأ قانوني عام غير مكتوب له قيمة دستورية. ويُسمى بعض الفقه ذلك بروح الدستور، والذي يُقصد به الفلسفة أو الأيديولوجية التي تهيم على نصوص الدستور، وهذه الفلسفة يُمكن استخلاصها من تفسير نص معين، أو من خلال المقاربة بينه وبين نصوص دستورية أخرى. الأمر الذي يستخلص معه القاضي الدستوري في النهاية مبادئ دستورية غير مكتوبة في الوثيقة الدستورية، يلزم بها المشرع عند ممارسته سلطته التقديرية.

أما بالنسبة لقاعدة عدم امتداد رقابة الدستورية كأصل عام إلى ملاءمة التشريع، فإننا قد ميزنا سابقاً بين مفهوم كل من الملاءمة والتناسب، وانتهينا إلى خروج تقدير المشرع لضرورة التشريع، عن نطاق الرقابة الدستورية، كذلك وخروج الملاءمة، كأصل=

تُقدمه من تفسير واسع لنصوص الدستور التي تتميز بالمرونة، ومن خلال ما تستخلصه من مبادئ مستمدة من القانون الطبيعي.

وقد استندت المحكمة إلى قاعدة دستورية، وردت في التعديلين الخامس والرابع عشر للدستور، لتأسيس رقابة التناسب والمعقولية على التشريعات، فقد نص التعديل الدستوري الخامس عام ١٧٩١، على أنه "لا يجوز للحكومة المركزية أن تحرم أي شخص من حياته أو حرياته أو ممتلكاته دون مراعاة اتباع الوسائل القانونية"، ونصت المادة الأولى من التعديل الرابع عشر على أنه "... لا يجوز لأية ولاية أن تضع أو تطبق أي قانون ينتقص من امتيازات أو حصانات مواطني الولايات المتحدة، كما لا يجوز لأية ولاية أن تحرم أي شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون مراعاة الوسائل القانونية المناسبة ولا أن تحرم أي شخص خاضع لسلطانها من الحماية القانونية المتساوية".^١

وقد قررت المحكمة العليا الأمريكية، في قضية (ميلوكي) ضد (مينوستا) عام ١٨٩٠، بأن مبدأ الوسائل القانونية السليمة لا يعني الإجراء المطابق للقانون فحسب، وإنما يعني كذلك أنه إجراء يحمي الحقوق التي يجب على القانون أن يهدف إلى حمايتها. وللتحقق من أن المشرع قد راعى تماماً هذه الحدود التي يقرها هذا الضمان، فإنه يجب على

= عام عن نطاق الرقابة الدستورية، بينما خضوع التناسب لرقابة القاضي الدستوري، على الرغم من دخول الاثنين تحت مظلة السلطة التقديرية للمشرع. أما بشأن عدم جواز امتداد الرقابة الدستورية على بواث التشريعات، على اعتبار أن هذه الرقابة هي رقابة قانونية، تقتصر على فحص مدى اتفاق النصوص التشريعية مع أحكام الدستور ومبادئه، دون أن تشمل أي تقييم من جانب القاضي للدوافع التي حملت المشرع على إصدار التشريع، والتي تعتبر من صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق؛ فإن هذه القاعدة تعتبر أصلاً عاماً، خرجت أيضاً عنها بعض التطبيقات الدستورية، فقد أشارت المحكمة الدستورية العليا المصرية في عدد من أحكامها، إلى أن ولايتها في الرقابة على دستورية القوانين تمتد إلى فحص بواث التشريعات للتثبت من أن المشرع قد استهدف من وراء إصداره تحقيق المصلحة العامة. فالأصل إذاً هو استقلال المشرع في تقدير البواث التي تدفعه إلى إصدار التشريع، بشرط أن يكون الباعث مشروعاً، فإذا ما كان الباعث على إصدار التشريع، تحقيق مصلحة تجانب المصلحة العامة، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، بسطت المحكمة الدستورية رقابتها، وحكمت بعدم دستورية التشريع.

ومن ذلك فإنه على الرغم مما وضعه القاضي الدستوري من قيود ذاتية على مباشرته لسلطة الرقابة على دستورية القوانين، إلا أنه كثيراً ما يخرج عن حدود الالتزام بهذه القيود والضوابط، فيمارس رقابة حقيقية على سلطة المشرع التقديرية، على النحو الذي يمكن معه القول بأن الرقابة الدستورية، لم تعد تقف عند حد المقابلة الحرفية بين أحكام الدستور والنصوص التشريعية المطعون في دستورتها، وإنما تجاوزتها إلى بسط رقابة مباشرة على التقديرات التي يجريها المشرع، كما أن تحديد مدى موافقة التشريع المطعون فيه لأحكام الدستور لم يعد وفقاً للاعتبارات القانونية وحدها، بل هو نتاج لاعتبارات المشروعية والملاءمة معاً. انظر في ذلك د. رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين - مرجع سابق - ص ٤٩٨ وما بعدها. د. أحمد كمال أبو المجد - الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري - مكتبة النهضة المصرية - القاهرة - ١٩٦٠ - ص ٤٧١ وما بعدها. د. يسري محمد العصار - منهج القاضي الدستوري في التقيد الذاتي لسلطته في الرقابة على الدستورية (دراسة في القانونين المصري والكويتي) - بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الأول - السنة الحادية والخمسون - يناير/ مارس ٢٠٠٧ - العدد رقم (٢٠١) - ص ٥، د. عبدالعزيز محمد سلمان - رقابة دستورية القوانين - مرجع سابق - ص ١١١ وما بعدها. د. شعبان أحمد رمضان - مرجع سابق - ص ٥٤٧ وما بعدها.

^١ - انظر في ذلك د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٦٤٩ وما بعدها.

القاضي أن يبحث مضمون القانون وأهدافه، وأن المبادئ التي يسترشد بها القاضي في هذا التحديد هي الحقوق الطبيعية، ليستخلص ما إذا كان القانون يتضمن مساساً بحق طبيعي أم لا، وما إذا كان هذا المساس معقولاً أم غير معقول، وما إذا كانت الوسائل المستعملة مناسبة أم غير مناسبة^١.

وقد طبقت المحكمة العليا رقابة التناسب على قانون صدر في عام ١٩١٩، يفرض ضريبة مقدارها ١٠% على الأرباح الصافية السنوية التي تحققها المناجم والمحاجر والمصانع التي استعملت -خلال العام الذي تحققت خلاله تلك الأرباح- أي عدد من الأطفال دون السن الذي حدده القانون. حيث عرضت المحكمة لمناقشة دستورية هذه الضريبة في عام ١٩٢٢ في قضية (بيلي) ضد شركة (دركسل)، وذهبت المحكمة في مستهل حكمها بأن عليها أولاً "أن تفسر القانون وأن تكشف عن الغرض الحقيقي منه لترى إن كان إجراءً ضريبياً كما تقول الحكومة، أم تنظيمياً لمشكلة تشغيل الأطفال متضمناً لعقوبة توقع على المخالفين كما تزعم الشركة"، ولاحظت المحكمة أن الضريبة لا تتناسب مع وعائها على الإطلاق، لأن مقدارها يظل ثابتاً بغض النظر عن مدى مخالفة رب العمل للشروط العمالية التي وضعها القانون، حيث يستوي أن يستخدم المصنع طفلاً واحداً أو مئات من الأطفال، ففي الحالتين يدفع ١٠% من أرباحه السنوية الصافية. وإزاء ذلك قررت المحكمة أنها "لا يسعها أن تتغاضى عن هذه الحقائق وتتجاهل أن الضريبة المدعاة ليست إلا وسيلة لمنع تشغيل الأطفال"^٢.

كذلك وقد طبقت المحكمة العليا الأمريكية رقابة التناسب في قوانين التقسيم الجغرافي للدوائر الانتخابية، فإذا كان المشرع يملك كامل السلطة في رسم الدوائر الانتخابية، إلا أنه لا يملك أن يستتر وراء ذلك لتحقيق غرض آخر هو حرمان طائفة معينة من حق التصويت. ففي قضية (جوميليون) عام ١٩٦٠، والتي تتلخص وقائعها بقيام ولاية (ألاباما) بتعديل في حدود مدينة (توسكيجي) بطريقة فريدة من نوعها، إذ أصبح شكلها الجغرافي يتضمن (٢٨) زاوية بعد أن كانت تتخذ شكلاً مربعاً في ظل التقسيم السابق، وكان القصد الواضح من هذا

^١ - انظر د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٥١١ وما بعدها.

^٢ - انظر د. أحمد كمال أبو المجد - الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والأقليم المصري - مكتبة النهضة المصرية - القاهرة - ١٩٦٠ - ص ٤٧١ وما بعدها.

التقسيم هو استبعاد كل الناخبين السود تقريباً. فقد انتهت المحكمة العليا في هذه القضية إلى أن السلطة التي يملكها المشرع لتنظيم الدوائر الانتخابية استخدمت لغرض وحيد آخر هو حرمان المواطنين السود من ممارسة حق التصويت لمجرد كون لونهم أسود، مما يُشكل تمييزاً ضد طائفة من الناخبين لحساب طائفة أخرى، الأمر الذي يكون معه النظام غير دستوري لمخالفته مبدأ المساواة^١.

ويتجلى بمقتضى هذا الحكم بأن توزيع الدوائر الانتخابية يجب أن يُراعى فيه عدم تحقيق مصالح سياسية معينة، بعيدة عن موضوعية التوزيع وفقاً لأعداد الناخبين، فإن إقصاء ناخبين معينين لاعتبارات سياسية، قائمة على التمييز بين المواطنين، لا يتفق مع وجوب احترام مبدأ التناسب في التشريع، والمتمثل في الدستور الأمريكي، بمبدأ مراعاة الوسائل القانونية المناسبة، والذي يجب أن تكون معه الإجراءات القانونية معقولة وعادلة، وتحمي حقوق الأفراد وحياتهم.

وبالإضافة إلى ذلك طبقت المحكمة العليا الأمريكية مبدأ التناسب في العقوبات، بالنسبة إلى عقوبة الإعدام، في ضوء ما نص عليه التعديل الدستوري الثامن، من عدم جواز خضوع أحد لعقوبة قاسية، فأصدرت أحكاماً مختلفة، طبقت فيها مبدأ التناسب والطابع المعقول للعقوبة^٢.

ووفقاً لما سبق من أحكام، فقد اتخذت المحكمة العليا الأمريكية، مبدأ "الوسائل القانونية المناسبة" كوسيلة قضائية لبسط رقابتها على أركان التشريع، السبب والمحل والغاية، وقامت بتفسير المبدأ تفسيراً واسعاً لتشمل الرقابة -إلى جانب التناسب- ضرورة أن تكون الإجراءات القانونية معقولة وعادلة بقدر كاف.

فإذا ما ارتبطت الوسائل القانونية، والتي تُمثل محل التشريع، برباط منطقي وواضح، مع الغاية التي تستهدفها، بحيث تكون النصوص التشريعية قادرة على تحقيق الغايات المشروعة المرجوة، كان التشريع متناسباً، وبخلافه، يكون تعدياً على حقوق الأفراد

^١ - مُشار إليه عدد د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٥٢٥ وما بعدها.

^٢ - د. أحمد قحى سرور - القانون الجنائي الدستوري - دار الشروق - الطبعة الثانية - ٢٠٠٢ - ص ١٧٥.

وحرياتهم، مستأهلاً الحكم بعدم الدستورية. فمبدأ الوسائل القانونية المناسبة، يُمثل تطبيقاً عملياً لمبدأ التناسب في التشريع، نص عليه الدستور الأمريكي بشكل صريح، وطبقته المحكمة العليا في العديد من أحكامها، كضابط يرد على سلطة المشرع التقديرية.

الفرع الثاني: موقف المجلس الدستوري الفرنسي:

ذهب المجلس الدستوري الفرنسي في قرار له صادر في ١٥ يناير ١٩٧٥، إلى أن المجلس "لا يملك سلطة عامة في التقدير والتقرير المستقل كذلك التي يملكها البرلمان"، كذلك وقد ذهب في قرار آخر صادر في ٢٠ يناير ١٩٨١، إلى أنه "لا يكون للمجلس الدستوري أن يحل تقديره محل تقدير المشرع، من ناحية مدى ضرورة العقوبات المرتبطة بالجرائم المحددة بواسطته"^١.

وبالرغم من ذلك فقد كشفت قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، اعتناقه لرقابة التناسب في العديد من المجالات، منها موضوعات تنظيم الحقوق والحريات العامة، وحماية الملكية، وحق الإضراب والتأميم، والعدالة الضريبية، وتحديد الدوائر الانتخابية وتحقيق التوازن الإحصائي بينها، وغيرها من الموضوعات التي راقب بشأنها المجلس مدى التناسب في الإجراءات والتدابير التي تضمنتها التشريعات المقترحة للمنظمة لتلك الموضوعات^٢.

ومن تطبيقات المجلس الدستوري الفرنسي الإيجابية لرقابة التناسب، والتي خلُص فيها إلى تقرير عدم الدستورية، لوجود خطأ ظاهر في التقدير، أدت إلى وجود عدم تناسب في التشريع، ما ذهب إليه في مجال حماية الحقوق والحريات، حيث عُرض على المجلس الدستوري، نص قانون يمنع خلال المظاهرات حمل أو نقل الأشياء التي يمكن أن تُستخدم كسلاح في نظر قانون العقوبات، ورأى المجلس في قراره الصادر في ٢٦ يناير ١٩٩٥، أن الصياغة العامة وغير المحددة للنص المُحال إليه، هي من طبيعة تؤدي إلى المساس المبالغ فيه بحرية الأفراد. فإجراء التحريم يُمكن أن يُصيب في الواقع على سبيل المثال، الأشخاص

^١ - مشار إليه عند د. عادل الطبطبائي- الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية- مرجع سابق - ص ٥٢٦ وما بعدها.

^٢ - د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٦٤٨.

المعوقين، الذي لا يستطيعون التّقلّ إلا بالاستعانة بعضاً أو بعكازات، وأن هذه الأشياء يمكن أن تُعتبر وفقاً للنص كأشياء يُمكن استعمالها كأسلحة. وعلى هذا فقد رأى المجلس أن هذا النص غير مناسب بشكل ظاهر، لإجراء التصالح بين مقتضيات حفظ النظام العام، ومتطلبات الحرية الفردية، نظراً لصفته غير العادلة^١.

ووفقاً لهذا الحكم وازن المجلس الدستوري الفرنسي بين مصلحتين دستوريتين، تمثلت الأولى في حفظ النظام العام، من خلال حظر حمل أو نقل الأشياء التي يمكن استخدامها كسلاح في المظاهرات، والمصلحة الثانية، الحرية الفردية، والمتمثلة فيما يصيبه الحظر من ضرر يقع على المعوقين الذين يستخدمون العصا أو العكازات في تنقلهم، والتي تعتبر كأشياء يمكن استخدامها كأسلحة. ووفقاً لعملية التوازن بين المصلحتين المتعارضتين، رأى المجلس الدستوري الفرنسي، أن ينتصر للحرية الفردية، بسبب وجود خطأ ظاهر في التقدير، أدت إلى وجود عدم تناسب في التشريع، بين النص القانوني والهدف المراد تحقيقه.

وفي مجال التجريم والعقاب، قرر المجلس الدستوري، عدم دستورية الغرامة الضريبية بسبب إخفاء دخل الممول، عندما تتطوي على عدم تناسب ظاهر، وذلك إذا كان مبلغ الغرامة متساوياً مع الدخل المخفي، وذلك باعتبار أن هذا الجزاء يكشف عن عدم تناسب ظاهر مع الفعل الذي أتاها المتهم^٢.

ومن التطبيقات السلبية لرقابة التناسب، والتي أعمل فيها المجلس فكرة الخطأ الظاهر في التقدير، من أجل الكشف عن مدى وجود التناسب في التشريع من عدمه، وخلص فيها إلى توافر صفة التناسب، وبالتالي القرار برفض إبطال التشريع، قراره الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢، بمناسبة قانون التأمين، بأن تقدير المشرع بالنسبة لضرورة التأمينات المقررة في القانون، والخاضعة لفحص المجلس الدستوري، لا مطعن عليه من قبل هذا المجلس، مع عدم وجود خطأ ظاهر في التقدير، حيث إنه لم يثبت أن نقل الأموال والمشروعات، ستُضيق من نطاق الملكية الخاصة وحرية إنشاء المشروعات، للدرجة التي تعتبر تنكراً للأحكام المذكورة لإعلان ١٧٨٩. وفي قرار آخر يقول المجلس، أن هذين الحقين - الملكية الخاصة

^١ - مُشار إليه عند د. جورج شفيق ساري - مرجع سابق - ص ٢٠٨.

^٢ - انظر د. أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - مرجع سابق - ص ١٧٦ وما بعدها.

وحرية إنشاء المشروعات- ليسا من الحقوق العامة ولا مُطلقين. وفي قرار ثالث يقول إن سلطة المشرع في مواجهة هذين الحقين هي سلطة واسعة، فهو يستطيع أن يضع عليهما من القيود ما تقتضيه المصلحة العامة، بشرط ألا تؤدي هذه القيود إلى تشويه مضمون الحق ذاته^١.

ووفقاً لهذه التطبيقات، فإن رقابة التناسب تنهض بالحالتين الإيجابية أو السلبية لتطبيق المبدأ، أي سواء في حالة تقرير عدم الدستورية لانتفاء صفة التناسب، أو في حالة عدم تقرير إبطال التشريع، عند اطمئنان القاضي الدستوري من وجود علاقة التناسب والتوافق بين النص التشريعي وأحكام الدستور ومبادئه.

ومن ذلك نخلص إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي، قد طبق بجلاء مبدأ التناسب في التشريع كضابط يرد على سلطة المشرع التقديرية، وقد استخدم المجلس عبارات مختلفة في مجال رقابته على عدم التناسب، منها القول بعدم التناسب المبالغ فيه، والتفاوت الواضح، والخطأ الواضح في التقدير، وعدم التناسب الذي لا يوجد ما يبرره بطريقة واضحة^٢. ويمارس المجلس الدستوري رقابته على التناسب، من خلال فكرة الخطأ الظاهر في التقدير، فيقرر عدم الدستورية إذا ما كان التشريع ينطوي على خطأ ظاهر، يخرج عن الحدود المعقولة والمقبولة لحرية التقدير التي يمارسها المشرع.

الفرع الثالث: موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر:

اعتنقت المحكمة الدستورية العليا المصرية، مبدأ التناسب، وطبقت الرقابة عليه في كثير من أحكامها، مستخدمةً في تطبيقاتها العديد من المصطلحات التي تُشكل معايير تقود إلى الاعتراف برقابة التناسب، فقد استخدمت المحكمة إلى جانب مصطلح التناسب، مصطلح المعقولة والمنطقية ومصطلح الوسائل القانونية السليمة، الذي استخدمه المشرع والقضاء الدستوري الأمريكي.

^١ - مشار إليها عند د. جورج شفيق ساري - مرجع سابق - ص ١٦١ وما بعدها.

^٢ - انظر د. أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - مرجع سابق - ص ١٧٦ وما بعدها.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في عدد غير قليل من أحكامها، لا سيما في الموضوعات المتعلقة بالحقوق والحريات، بعدم دستورية التشريع، تأسيساً على فكرة الخطأ الظاهر في التقدير، وإن لم تستخدم المحكمة هذا الاصطلاح صراحة، كما فعل المجلس الدستوري الفرنسي، إلا أنه لا ريب من أنها أعملت مضمون الفكرة الحقيقي، وذلك لأن كل تنظيم تشريعي يتعلق بحق أو حرية، يخضع تقدير المشرع فيما يتناوله بالتنظيم، لرقابة التناسب^١.

ومن الأحكام الصريحة والمهمة التي صدرت بعدم دستورية القانون لعدم تناسب الحل الذي اختاره المشرع ومخالفته أحكام الدستور، حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٤ بشأن تحضير الأدوية والمستحضرات الصيدليات تحت أسماء تجارية أو بقصد الاتجار فيها. حيث أسست المحكمة قضاءها على أن "مؤدى المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن تحضير الأدوية والمستحضرات الصيدليات تحت أسماء تجارية أو بقصد الاتجار فيها، أيلولة هذه الأدوية والمستحضرات -السابق تسجيلها بوزارة الصحة- إلى المؤسسة المصرية العامة للأدوية والكيمائيات والمستلزمات الطبية بدون مقابل، وهو ما يشكل مصادرة لتلك الأموال بالمخالفة لحكم المادة ٣٦ من الدستور، ولا ينال من ذلك ما ذهبت إليه الشركة المدعى عليها الثالثة من أن المادة الثانية المطعون عليها إنما جاءت تطبيقاً للمادة ٦٤ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ في شأن مزاولة مهنة الصيدلة والتي تجيز لوزير الصحة -بناء على توصية اللجنة الفنية لمراقبة الأدوية- أن يصدر قرارات بحظر التداول لأي مادة أو مستحضر صيدلي يرى في تداوله ما يضر بالصحة العامة وشطب تسجيله من دفاتر الوزارة ومصادرة الكميات الموجودة منه إدارياً دون أن يكون لأصحابها الحق في الرجوع على الوزارة بأي تعويض، ذلك أن المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون المطعون عليه وأن كانت قد أشارت إلى أن استمرار إنتاج الصيدليات للأدوية بهدف تحقيق أقصى ربح يعرض صحة المواطنين للضرر كما يهدد صناعة الدواء بوجه عام، إلا أنها أفصحت من ناحية أخرى عن حقيقة الدافع لإصدار هذا القانون وهو الرغبة في قصر نشاط

^١ - انظر د. زكي محمد النجار - مرجع سابق - ص ٢٢٩ وما بعدها.

تصنيع وإنتاج الأدوية على شركات القطاع العام تديره وتشرف عليه بما يتفق وصالح الشعب اتساقاً مع القوانين التي نظمت قطاع الدواء بتأمين سواء استيراد وتجارة الدواء أو بأيلولة مصانع الدواء إلى ملكية الشعب وإلغاء تراخيص المصانع الصغيرة، فضلاً عن أن ما قرره المادة الثانية المطعون عليها من أيلولة ملكية الأدوية والمستحضرات السابق تسجيلها إلى المؤسسة العامة للأدوية - وليس شطب هذا التسجيل - ينم عن صلاحية تلك المستحضرات وقابليتها للإنتاج، بما يهدر دفاع الشركة المدعى عليها في هذا الشأن.

وحيث إنه على مقتضى ما تقدم، فإن المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٤ إذ نصت على أيلولة ملكية الأدوية والمستحضرات - التي يتم تصنيعها بالصيدليات تحت أسماء تجارية أو بقصد الاتجار فيها والسابق تسجيلها بوزارة الصحة - إلى المؤسسة المصرية العامة للأدوية والكيمائيات والمستلزمات الطبية بدون مقابل، تكون قد خالفت حكم المادة ٣٦ من الدستور التي تحظر المصادرة العامة للأموال ولا تجيز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، مما يتعين معه الحكم بعدم دستورتها^١.

فيظهر من هذا الحكم تبني المحكمة لرقابة الحلول التي اختارها المشرع، حيث رأت المحكمة أن هناك حلاً آخرى كان بمقدور المشرع أن يتخذها ومن بينها شطب تسجيل تلك الأدوية، بدلاً من الحل الذي اختاره، وهو مصادرة هذه الأدوية وانتقال ملكيتها إلى المؤسسة العامة للأدوية. وهو ما يؤكد تبني المحكمة لفكرة الخطأ الظاهر في التقدير، ورقابة مدى تناسب الحلول التي اختارها المشرع^٢.

ومن التطبيقات الأخرى للمحكمة الدستورية العليا، ما ذهب إليه بالنسبة لقواعد التجريم والعقاب، من أن "قضاء المحكمة الدستورية العليا، مطرد على أن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء مفهوم ديمقراطي، مؤداه: ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولاً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة. ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تعد

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم (٨) لسنة ٥ قضائية - جلسة ١ مارس ١٩٨٦ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - انظر د. زكي محمد النجار - مرجع سابق - ص ٢٤١ وما بعدها، د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مرجع سابق - ص ٥٤١.

بالنظر إلى مكوناتها، وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في مادته الحادية والأربعين، ومنحها الرعاية الأوفى والأشمل تأكيداً لقيمتها، من بينها أن عقوبة الجريمة لا يتحملها إلا من أدين كمسئول عنها، وهى بعد عقوبة يجب أن تتوازن (وطأتها) مع (خصائص ووزن الجريمة موضوعها)، فلا يؤخذ بجريرة الجريمة إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، بما مؤداه: أن الشخص لا يزر غير سوء عمله، وأن (شخصية العقوبة) (وتناسبها مع الجريمة محلها) the principle of proportionality مرتبطتان بمن يعد قانوناً (مسئولاً عن ارتكابها) وبوجه خاص لا يجوز أن تكون العقوبة التي تفرضها الدولة بتشريعاتها مهينة في ذاتها، أو كاشفة عن قسوتها، أو منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية السليمة، أو متضمنة معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد "double jeopardy".^١

ويبدو جلياً من هذه الأحكام أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد اعتنقت مبدأ التناسب، باعتباره من المبادئ القانونية العامة، يتعين على المشرع الإلتزام به. فطبقت المحكمة مبدأ التناسب في المجال الجنائي بين العقوبة والجريمة، من حيث نوعها وشدتها، بالإضافة إلى اشتراط المحكمة، استخدام الوسائل القانونية السليمة، كقيد موضوعي وإجرائي على المشرع، والتي استخدمها المشرع الدستوري الأمريكي، والتي تعني في محصلتها النهائية ضرورة التزام المشرع بالإجراءات المناسبة، والتي يكون تطبيقها موافقاً للمشروعية الدستورية وضوابطها.^٢

الفرع الرابع: موقف المحكمة الدستورية في البحرين:

تبنت المحكمة الدستورية في البحرين، ذات اتجاه القضاء الدستوري المقارن، من عدم خضوع سلطة المشرع التقديرية للرقابة الدستورية، وعدم جواز أن تحل المحكمة الدستورية تقديرها محل تقدير المشرع، إلا أن المحكمة اشترطت لعدم خوضها في غمار

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم (٨) لسنة (١٦) قضائية - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - مرجع سابق - ص ٦٥٢ وما بعدها.

سلطة المشرع التقديرية، أن يكون النص التشريعي قائماً على قاعدة التناسب ومبرراً من منظور اجتماعي، وذلك في شأن النصوص الجزائية، الجنائية كانت أم المدنية أم التأديبية.

فقد اعتنقت المحكمة الدستورية البحرينية مبدأ التناسب، وجعلته ضابطاً من الضوابط الدستورية، فقررت بأن "إعلاء الدستور من قدر الحرية الشخصية في المادتين (١٩) و(٣١) مؤداه أن الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية في شأن دستورية النصوص العقابية يتعين أن تضبطها مقاييس صارمة ومعايير حادة تلتزم وطبيعة هذه النصوص في اتصالها المباشر بالحرية الشخصية، مما يفرض على المشرع الجنائي أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة، سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية لضمان أن لا تكون العقوبة أداة عاصفة بالحرية، ولكي تكون العقوبة التي يفرضها في شأن الجريمة تلبس مفهومها للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، فلا يندرج تحتها مجرد رغبة الجماعة في ملاحقة المتهم، كما لا يسوغ للمشرع أن يجعل من النصوص العقابية شباكاً أو شراكاً يلقيها ليتصيد باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها. ولا يعد الجزاء الجنائي مبرراً إلا إذا كان واجباً لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها ومتناسباً مع الفعل المؤثم، فإن جاوز ذلك كان مفرطاً في القسوة مجافياً للعدالة، وأساس ذلك أن شرعية الجزاء -جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً- مناطها أن يكون هذا الجزاء متناسباً مع الأفعال التي أثمها المشرع أو حظرها أو قيد مباشرتها. فالأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء الجنائي بغيضاً أو عاتياً أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها أو مجافيا بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي أثمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً".^١

استخدمت المحكمة الدستورية البحرينية، بموجب الحكم السابق العديد من العبارات التي تدل على تبنيها لمبدأ التناسب في التشريع، كقيد على سلطة المشرع التقديرية، فقد ذهبت إلى أن على المشرع الجنائي أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة لضمان أن لا تكون العقوبة أداة عاصفة بالحرية، ويجب أن تكون العقوبة معقولة، وتُحقق مفهوم العدالة على

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضيتي رقم (٠٤/٣/د) و (٠٤/٤/د) لسنة (٢) قضائية - جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ - منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٥ يوليو ٢٠٠٦ - العدد رقم ٢٧٤٦.

ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، بالإضافة إلى وجوب أن يتناسب الجزاء بجميع أنواعه الجنائي أو المدني أو التأديبي، مع جسامة وخطورة الفعل المؤثم، فلا يسوغ أن يكون التجريم بغير ضرورة يقتضيها، ولا أن يكون مجاوزاً حدود المعقولية والعدالة والتناسب.

وفي حكم آخر لها، قررت المحكمة الدستورية البحرينية بأنه "ليس ثمة قيد دستوري خاص على مباشرة المشرع لسلطته تلك إلا الضوابط التي يفرضها الدستور في إطار تنظيم شرعية الجرائم والعقوبات القائم على مبدأي الضرورة الاجتماعية والتناسب في العقوبة. وكلما استقام الجزاء الجنائي على قواعد يكون بها ملائماً، ومبرراً من منظور اجتماعي، فإن إحلال جهة الرقابة على دستورية القوانين لخياراتها محل المشرع في شأن تقرير جزاء أو تحديد مداه لا يكون جائزاً دستورياً"^١.

وفي معرض أحد أحكامها، وفي إطار التمييز بين إيرادات الدولة من ضرائب ورسوم وأثمان المنتجات ومقابل الخدمات، ذهبت المحكمة الدستورية في البحرين، إلى أن مما يميز أثمان المنتجات ومقابل الخدمات التي تُحصّلها الجهات القائمة على إدارة أملاك الدولة ومرافقها العامة، كمرافق الكهرباء والماء والاتصالات والطيران والنقل والصحة وغيرها، هو تناسب أثمانها مع الخدمات المؤداة. وكأن الحكم يشير إلى أن شرط التناسب بين الثمن والمنتج أو الخدمة، شرطٌ ضروري حتى لا يتحول الثمن إلى ضريبة مقنّعة. وذلك لأن هذه الأثمان تعتبر موارد تتعلق بمنتجات وخدمات يؤديها المرفق العام الاقتصادي (صناعي أو تجاري) في الدولة، وبالتالي ينبغي أن تتناسب أثمانها مع الخدمات المؤداة، فهي تقترب في طبيعتها من طبيعة السلع والخدمات التجارية، وتدار وفقاً لأساليب الإدارة الاقتصادية، ومن ثم لا تكتسب أثمانها وصف الضرائب أو مفهوم الرسوم، وإنما تتحدد وفق مقتضيات العوامل الاقتصادية البحتة التي تحكم السوق التجارية؛ من عرض وطلب ومنافسة تجارية وغيرها من الظروف، وتخضع للتغيرات التي تفرضها طبائع الأوضاع الاقتصادية^٢.

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية - قضية رقم (٠٦/٣/د) لسنة (٤) قضائية - جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٩ - منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢ أبريل ٢٠٠٩ - العدد رقم ٢٨٨٩.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية - قضية رقم (٠٩/١/د) لسنة (٧) قضائية - جلسة ٢٥ أبريل ٢٠١٢.

وفي حكم حديث لها، ذهبت المحكمة الدستورية في البحرين إلى أن مبدأ العدالة الاجتماعية يُشكل قيداً على سلطة المشرع وكذلك السلطة التنفيذية في شأن تنظيم التكاليف العامة ومنها الرسوم، حيث قررت المحكمة بأنه "ليس مؤدى تفويض المشرع للسلطة التنفيذية في تنظيم رسم بعينه، إطلاقاً يدها من دون ضابط فتستأثر بالأمر على نحو ما ترتبه، بل حدّها في ذلك مقتضيات العدالة الاجتماعية التي جعل منها الدستور في المادة (١٥/أ) منه، أساس فرض الضرائب والرسوم. إذ جرى نص هذه المادة على أن: (الضرائب والتكاليف العامة أساسها العدالة الاجتماعية وأداؤها واجب وفقاً للقانون)، بما مؤداه أن المشرع الدستوري حينما جعل العدالة الاجتماعية هي أساس فرض الضرائب والرسوم والتكاليف العامة واقتضائها، إنّما كان يسعى إلى أن تكون العدالة الاجتماعية أساساً لازماً، كونها المعبرة عن القيم والمصالح الاجتماعية السائدة في المجتمع، وهي معيار جوهري لتأكيد توازن علائق الأفراد ومصالحهم، بمصالح المجتمع في مجموعه، وإذا كانت العدالة الاجتماعية كمبدأ مهيمنة على النحو الذي بينه الدستور في المادة (١٥ فقرة أ) على التكاليف العامة ومنها الرسوم، فإن ذلك كلّه ينحلّ قيداً على السلطة التنفيذية حين تفويضها في فرض الرسوم، بأن يكون تحديدها للرسوم ونسبها قايماً بالقسط، لا يداخله عسف ولا يلتبسه جور^١.

ويظهر من هذه الأحكام تبني المحكمة الدستورية في البحرين لمبدأ التناسب، كضابط من الضوابط الدستورية التي يجب أن تلتزم بها النصوص التشريعية، لتكون متوافقة وأحكام الدستور. وقد استخدمت المحكمة إلى جانب مصطلح التناسب، مصطلح الوسائل القانونية السليمة، والضرورة الاجتماعية، والمعقولة، والعدالة الاجتماعية، كمعايير لتأكيد أهمية إجراء عملية التوازن بين علائق الأفراد ومصالحهم، ومصالح المجتمع في مجموعه. فإذا ما توافرت هذه الضوابط والمعايير في النص التشريعي، تجنب القاضي الدستوري إحلال تقديره محل تقدير المشرع في الحلول التي اختارها لمعالجة الموضوع محل التنظيم، أما عند إخلال المشرع بهذه الضوابط، مما يُشكل خروجاً منه عن ضوابط ممارسة سلطته التقديرية، يحكم القاضي الدستوري بعدم السلامة الدستورية.

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية - قضية رقم (٢٠١١/٣/د) - جلسة ٢٤ أبريل ٢٠١٣ - منشور في الجريدة الرسمية رقم (٣١٠٣) - تاريخ ٩ مايو ٢٠١٣.

أطماعها، ومبتعداً بالعقوبة عن أغراضها الاجتماعية، وكان منطقياً وضرورياً أن تعمل الدول المتمدينة على أن تقيم تشريعاتها الجزائية وفق أسس ثابتة تكفل بذاتها انتهاج الوسائل القانونية السليمة -في جوانبها الموضوعية والإجرائية- لضمان ألا تكون العقوبة أداة قامعة للحرية، عاصفة بها، بالمخالفة للقيم التي تؤمن بها الجماعة في تفاعلها مع الأمم المتحضرة واتصالها بها. وكان لازماً -في مجال تثبيت هذا الاتجاه- أن تفرض الدساتير المعاصرة القيود التي ارتأتها على سلطان المشرع في مجال التجريم، تعبيراً عن إيمانها بأن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها، واعترافاً منها بأن الحرية في كامل أبعادها لا تنفصل عن حرمة الحياة، وأن الحقائق المريرة التي عايشتها البشرية على امتداد مراحل تطورها، تتطلب نظاماً متكاملًا يكفل للجماعة مصالحها الحيوية، ويصون -في إطار أهدافه- حقوق الفرد وحرياته الأساسية، بما يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأغراضها^١.

ووفقاً لهذا الحكم فإن مبدأ الضرورة -كضابط على سلطة المشرع في التجريم- يحد من المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم، حيث لا يجوز التضحية بهذه الحقوق بغير ضرورة تقتضيها مصلحة اجتماعية جديرة بالحماية. فالضرورة في التجريم تتحدد في ضوء الهدف منه والمصلحة المراد حمايتها، فلا يجوز فرض قيود على حقوق الأفراد وحرياتهم من خلال نصوص التجريم والعقاب، إلا إذا اقتضى ذلك تحقيق هدف معين يتمثل في حماية المصلحة العامة أو حماية الحقوق والحرريات التي تتعرض للضرر أو الخطر^٢، وتكون هذه المصلحة أولى بالحماية من إباحة الفعل، أو ممارسة الفرد لحرية الشخصية.

وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم آخر لها إلى أن "القانون الجنائي وإن اتفق مع غيره من القوانين في تنظيم بعض العلاقات التي يرتبط بها الأفراد فيما بين بعضهم البعض ومن خلال مجتمعهم بقصد ضبطها، إلا أن القانون الجنائي يفارقها في اتخاذ العقوبة أداة لتقويم ما يصدر عنهم من أفعال نهاهم عن ارتكابها، وهو بذلك يتغيا أن يحدد -من منظور اجتماعي- ما لا يجوز التسامح فيه في مظاهر سلوكهم، وأن يسيطر عليها

^١ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم (٢٠) لسنة ١٥ قضائية - جلسة ١ أكتوبر ١٩٩٤ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - د. أحمد قحى سرور - القانون الجنائي الدستوري - مرجع سابق - ص ١٥٢.

بوسائل يكون قبولها اجتماعياً ممكناً، بما مؤداه: أن الجزاء عن أفعالهم لا يكون مبرراً إلا إذا كان مفيداً من وجهة اجتماعية، فإذا كان مجاوزاً تلك الحدود التي لا يكون معها ضرورياً، غدا مخالفاً للدستور".

مؤكدّة المحكمة على أن تأثيم الأفعال يجب أن يكون ملتزماً حدود الضرورة الاجتماعية التي لا ينفصل الجزاء الجنائي عنها باعتباره أسلوباً ملائماً لردع عدوان محتمل عليها^١.

ونستخلص من هذا الحكم أنه وضع إلى جانب عدم جواز التجريم إلا وفق ضرورة اجتماعية، وضع ضابطاً آخر، وهو أن يكون الجزاء المترتب على التجريم مفيداً اجتماعياً وملائماً من حيث ردعه للعدوان على المصلحة الاجتماعية المحمية، وهو ما يعني أن مبدأ الضرورة لا يتعلق بنصوص التجريم فقط بل يتعداها إلى نصوص العقاب، فيجب أن يكون الجزاء الجنائي هو الآخر يُحقق مصلحة اجتماعية، فلا يكون الجزاء مبرراً كما عبرت عنه المحكمة إلا إذا كان مفيداً من وجهة اجتماعية، وضرورياً لمواجهة الجريمة.

وتعني هذه الضرورة في مجال العقاب، قدرة العقوبة على تحقيق الحماية المقررة للحق محل الحماية، بحيث إذا لم يلتزمها المشرع فقدت العقوبة أهميتها وعدالتها، فإذا ما تعدت العقوبة ضرورتها بتحقيق المصلحة الاجتماعية محل الحماية، كأن يكون مُبالغاً في تقديرها، تتخطى في أثرها حدود الردع الخاص والعام وحماية المجتمع من الخطر، فإنه لا ريب أن يكون القدر الزائد من هذه العقوبة غير ضروري من وجهة اجتماعية، وهو ما يعود إلى عدم تحقق التناسب بين الفعل المجرم والعقوبة^٢، مما يُعرض النص العقابي للحكم بعدم الدستورية لمخالفته مبدأ الضرورة والتناسب.

وبطبيعة الحال فإنه ليست كل مصلحة تستوجب التدخل بالتجريم لحمايتها، وإنما يجب أن يرتبط التجريم بالحاجات والمصالح الملحة، كذلك التي تتعلق بالقيم الاجتماعية

^١ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم (٥٣) لسنة ١٨ قضائية - جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - د. خيرى أحمد الكباش - الحماية الجنائية لحقوق الإنسان - مرجع سابق - ص ٤٩٧.

^٣ - Alice Ristroph - ibid - p.11 - <http://ssrn.com/abstracts=851624>.

الأساسية أو المصالح الفردية، كذلك ويجب أن ينطوي السلوك المجرم على خطورة معينة تُمثل درجة من الجسامة تستأهل التجريم والعقاب الجنائي^١.

ولا شك في أن الضرورة الاجتماعية باعتبارها من الضوابط الحاكمة لنصوص التجريم، ليست ثابتة بل متغيرة بحسب الظروف والمصالح المراد حمايتها، فقد ظهرت جرائم جديدة، كالجرائم ضد الإنسانية، وغسل الأموال، والإرهاب، والإتجار بالأشخاص، وجرائم المعلوماتية، الأمر الذي يُعرض أمن المجتمع ومصلحه للخطر، مما يستدعي التصدي المناسب لها عبر نصوص التجريم والعقاب.

الأمر الذي يتطلب إجراء عملية الموازنة بين المصالح المختلفة لتقرير أيها أجدر بالحماية، وهي العملية التي يتولاها المشرع، تحت رقابة القاضي الدستوري، فإذا كان تدخل المشرع بالتجريم بغير ضرورة اجتماعية تستدعيه، فإن التشريع يكون مشوباً بعدم الدستورية لإخلاله بضابط الضرورة، والذي يرتبط بتحقيق أهداف الدستور وحمايته لحقوق الأفراد وحياتهم.

ولما كانت الضرورة الاجتماعية من الضوابط الموضوعية اللازم توافرها في نصوص التجريم والعقاب، حفظاً لحقوق الأفراد وحياتهم من التقييد غير اللازم لها، فإن ذلك يستدعي وضوح الرابط بين الفعل المجرم والغاية المراد تحقيقها من التجريم والتي تدخل ضمن مفهوم الضرورة الاجتماعية، التي أولاها المشرع أهميته من حيث الرعاية على حساب حرية الأفراد الشخصية. الأمر الذي يستوجب -حتى تكون نصوص التجريم متقيدة بمبدأ الضرورة وتحقيق مصلحة اجتماعية معينة- أن تكون الأفعال المجرمة مُحددة تحديداً دقيقاً وواضحاً، ليبلغ اليقين بها حداً يعصمها من الجدل، ويحول دون تطبيقها بصورة انتقائية.

كما أن غموض نصوص التجريم، والتجهيل بحقيقة الأفعال المنهي عنها، يناقض ضرورة أن تكون القيود على الحرية الشخصية التي تفرضها القوانين الجنائية، محددة بصورة يقينية لا التباس فيها، مما تكون معه هذه النصوص منحرفة عن الأغراض

^١ - د. خيرى أحمد الكباش - مرجع سابق - ص ٣٩٥ وما بعدها.

الاجتماعية الواجب مراعاتها^١. لذلك فإنه يجب أن تُصاغ النصوص العقابية صياغة واضحة ودقيقة، وفي حدود ضيقة، بما يحول دون غموضها والتوسع في تطبيقها أو القياس عليها، والذي يؤدي إلى صرفها عن الأغراض المقصودة، وبالتالي ابتعادها عن الضرورة الاجتماعية، التي سُنت هذه النصوص من أجل تحقيقها.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في هذا الشأن بعدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٤٥٠) لسنة ١٩٨٦ بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة بالبحر الأحمر، وذلك فيما تضمنته من عدم تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك المحميات. وذلك تأسيساً على أن تأثيم المشرع لأفعال بذواتها حال وقوعها في مكان معين، مؤداه أن تعيين حدود هذا المكان بما ينفي التجهيل بأبعاده شرط أولي لصون الحرية الفردية التي أعلى الدستور قدرها، وأن القيود التي تفرضها القوانين الجزائية على تلك الحرية سواء بطريق مباشر أو غير مباشر تقتضي أن تُصاغ أحكامها بما يقطع كل جدل في شأن حقيقة محتواها ليلبغ اليقين بها حداً يعصمها من الجدل، وبما يحول بين رجال السلطة العامة وتطبيقها بصورة انتقائية وفق معايير شخصية تخالطها الأهواء وتقال من الأبرياء لافتقارها إلى الأسس الموضوعية اللازمة لضبطها.

مُقررة المحكمة بأن النصوص العقابية لا يجوز من خلال انفلات عباراتها أو تعدد تأويلاتها أو انتفاء التحديد الجازم لضوابط تطبيقها أن تُعرقل حقوقاً كفلها الدستور كالحق في التنقل، فقد تعين ألا تكون هذه النصوص شباكاً أو شراكاً يلقيها المشرع متصيداً باتساعها أو بخفائها المتهمين المحتملين ليكون تصنيفهم وتقرير من يجوز احتجازه من بينهم عبئاً على السلطة القضائية لتحل إرادتها بعدئذ محل إرادة السلطة التشريعية، وهو ما لا يجوز أن تنزلق إليه القوانين الجنائية باعتبار أن ما ينبغي أن يعنيها هو أن تحدد بصورة جلية مختلف مظاهر السلوك التي لا يجوز التسامح فيها على ضوء القيم التي تبنتها الجماعة واتخذتها أسلوباً لحياتها وحركتها، وركائز لتطورها، وبما يكفل دوماً ألا تكون هذه القوانين مجرد إطار لتنظيم القيود على الحرية الشخصية، بل ضماناً لفعالية ممارستها.

^١ - د. أشرف توفيق شمس الدين - الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية العليا - الجزء الأول - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الثالث عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا، د. فاروق عبدالبر - مرجع سابق - دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات - ص ٤٣٤.

مُنْتَهية المحكمة في حكمها إلى أن تجهيل القرار المطعون فيه بحدود المحميات الطبيعية التي يسرى عليها والتي يعتبر تعيينها مفترضاً أولاً لإعمال النصوص العقابية التي تضمنها القانون المنظم لتلك المحميات من خلال ترسيم الدائرة التي تعمل فيها يكون مفترقاً إلى خاصية اليقين التي تهيمن على التجريم، ويخل كذلك بالحرية الشخصية من خلال القيود التي لا يجوز أن تتال من جوهرها^١.

وللمحكمة الدستورية البحرينية تجربتها بشأن وجوب وضوح النصوص العقابية وعدم غموضها، تحقيقاً لمبدأ الضرورة في نصوص التجريم والعقاب، فقد حكمت بعدم دستورية نص المادة (١٥٧) من قانون العقوبات الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٦، المعدل بالمرسوم بقانون رقم (٩) لسنة ١٩٨٢، والتي تنص على أنه "يعاقب بالسجن من ساهم في اتفاق كان الغرض منه ارتكاب جناية من الجنايات المنصوص عليها في المواد من ١٤٧ إلى ١٥٥ أو اتخذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه. ويعاقب بالسجن المؤبد من حرض على الاتفاق أو كان له شأن في إدارة حركته. ومع ذلك إذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب جريمة معينة أو اتخاذها وسيلة إلى الغرض المقصود وكانت عقوبتها أخف مما نصت عليه الفقرتان السابقتان فلا توقع عقوبة أشد من العقوبة المقررة لتلك الجريمة. ويعاقب بالحبس من دعا آخر إلى اتفاق من هذا القبيل ولم تقبل دعوته. ويعفى من العقوبات المقررة في الفقرات الثلاث الأولى من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية بقيام الاتفاق وبمن ساهموا فيه قبل الشروع في ارتكاب أية جناية من الجنايات المتفق عليها"^٢.

وقد ذهبت المحكمة الدستورية في حيثيات حكمها إلى أن "القوانين العقابية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثراً، فإن الدستور قد وضع على تلك القوانين قيوده الصارمة وضوابطه الواضحة، حتى لا يتخذها المشرع وسيلة للذهاب بجوهر الحرية. ومن أهم هذه الضوابط ضرورة أن تكون درجة اليقين التي تنظم أحكام القوانين العقابية في

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم (٢٠) لسنة ١٥ قضائية - جلسة ١ أكتوبر ١٩٩٤ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - الدعويين رقم د/٣٠٤ و د/٤٠٤ لسنة (٢) قضائية جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ - منشور في الجريدة الرسمية رقم (٢٧٤٦) - بتاريخ ٥ يوليو ٢٠٠٦.

أعلى مستوياتها، وأظهر في هذه القوانين من أية تشريعات أخرى. ويتعين بالتالي -ضماناً لهذه الحرية- أن تكون الأفعال التي تؤثمها محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، ذلك أن التجهيل بها أو انبهاؤها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها. كما أن غموض مضمون النص العقابي يؤدي إلى أن يُحال بين محكمة الموضوع وبين أعمال قواعد منضبطة، تُعين بموجبها أركان كل جريمة، وتقرر بها عقوبتها بما لا خفاء فيه أو لبس، وهي قواعد لا ترخص فيها، وتمثل إطاراً لعملها لا يجوز تجاوزه. ذلك أن الغاية التي يتوخاها الدستور هي أن يوفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حرياته في إطار من الضوابط التي قيدها بها. ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التي تفرضها القوانين العقابية محددة بصورة يقينية، لأنها تدعو المخاطبين بها على الامتثال لها لكي يدافعوا عن حقهم في الحياة، ويدفعوا عن حرياتهم تلك المخاطر التي تعكسها العقوبة، بحيث لا يجوز تجاوز الحدود التي اعتبرها الدستور مجالاً حيواً لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها، وهو ما يخل في النهاية بالضوابط الجوهرية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة وفقاً لنص المادة (٢٠/ج) من الدستور".

كذلك وقد بينت المحكمة أن النص المطعون فيه قد خرج عن دائرة تجريم الأفعال والنواهي، ومعاقبته من يساهم في الاتفاق المشار إليه دون ارتكاب أي فعل مادي منهي عنه من المشرع، أو الامتناع عن فعل مطلوب منه القيام به مما يقع في دائرة شرعية التجريم والعقاب، الأمر الذي يجعل الركن المادي الذي لا يستوي ببيان الجريمة في غيابه منتقياً، وبالتالي لا تكون هناك جريمة.

وقد بينت المحكمة بجلاء في ذات الحكم أن العقوبة التي يفرضها المشرع بشأن الجريمة يجب أن تبلور مفهوم العدالة على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، وأن الجزاء الجنائي لا يكون مبرراً إلا إذا كان واجباً لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها ومتناسباً مع الفعل المؤثم.

فقررت المحكمة أن "الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية في شأن دستورية النصوص العقابية يتعين أن تضبطها مقاييس صارمة ومعايير حادة تلتزم وطبيعة هذه النصوص في اتصالها المباشر بالحرية الشخصية، مما يفرض على المشرع الجنائي أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة، سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية لضمان أن لا تكون العقوبة أداة عاصفة بالحرية، ولكي تكون العقوبة التي يفرضها في شأن الجريمة تبلور مفهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، فلا يندرج تحتها مجرد رغبة الجماعة في ملاحقة المتهم، كما لا يسوغ للمشرع أن يجعل من النصوص العقابية شباكاً أو شركاً يلقبها ليتصيد باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها. ولا يعد الجزاء الجنائي مبرراً إلا إذا كان واجباً لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها ومتناسباً مع الفعل المؤثم، فإن جاوز ذلك كان مفرطاً في القسوة مجافياً للعدالة...".^١

ونستخلص من هذه الأحكام مجموعة من الضوابط التي يجب أن تتوافر في نصوص التجريم والعقاب لكي تكون متوافقة والمشروعية الدستورية، وهي وجوب أن تصاغ النصوص العقابية على نحو واضح ومحدد وعلى درجة من اليقين، بما يقطع كل جدل في شأن حقيقة محتواها، وليلبغ اليقين بها حداً يعصمها من الجدل، وبما يحول دون تطبيقها بصورة انتقائية، وذلك لأن الأفعال المجرمة تُشكل قيداً على الحرية الشخصية للأفراد، باعتبارها من مظاهر السلوك التي لا يجوز التسامح فيها على ضوء القيم الاجتماعية.

كذلك ويجب أن يبلور الجزاء الجنائي مفهوم العدالة على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، فلا يكون الجزاء الجنائي مبرراً إلا إذا كان واجباً لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها ومتناسباً مع الفعل المجرم.

وبالإضافة إلى ذلك نستخلص أن الركن المادي ضروري في كل جريمة، سواء كان هذا الركن قياماً بفعلٍ مُجرّم، أو امتناعاً عن فعلٍ أوجبه القانون، وهو ما يعني أن انتفاء صفة الفعل يؤدي إلى نفي الجريمة ولو توافر الركن المعنوي. وترجع أهمية الركن المادي إلى اتصاله بأسس التجريم والعقاب، وبصيانة الحقوق والحريات، فضلاً عن اتصاله بأسس

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - الدعويين رقم ٠٤/٣/د و ٠٤/٤/د لسنة (٢) قضائية جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ - منشور في الجريدة الرسمية رقم (٢٧٤٦) - بتاريخ ٥ يوليو ٢٠٠٦.

الإثبات الجنائي. فإن تجريم الفعل والعقاب عليه، يجد علته في أن هذا الفعل يمس بحق أو مصلحة لها أهمية اجتماعية، ويعرضها للضرر أو الخطر، بخلاف النوايا التي لا تصلح أن تكون سبباً للمسئولية الجنائية، حتى لا تؤدي إلى الإفراط في التجريم، واتساع نطاق تطبيق القانون الجنائي، وهو ما يمس أهداف القانون الجنائي من حماية المصالح الاجتماعية^١.

المطلب الثاني:

التزام المشرع بمبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة

لما كانت الضرورة تستلزم أن يكون تقييد المشرع للحقوق والحريات، له ما يقابله من مصالح اجتماعية أجدر بالحماية، كحفظ المجتمع من مظاهر الخطر أو من إصابته بالضرر، أو رعاية لحقوق وحريات الغير من الأفراد، فإن نصوص التجريم هذه، يجب أن لا تتعدى تحقيق مثل هذه المصالح، كما يجب في الجزاء الجنائي هو الآخر أن يكون ملتزماً بحدود الضرورة، دونما تجاوز إلى ما هو غير ضروري من عقاب لا يخدم الإصلاح والتأهيل والردع، ولا أن يكون العقاب غير متناسب مع درجة جسامه الفعل المجرّم.

فلم يعد الجزاء الجنائي، كما كان في أزمان سابقة من التاريخ أداة للقهر والطغيان، يحقق للسلطات المستبدة أطماعها، ومبتعداً بالعقوبة عن أغراضها الاجتماعية، بل هو أداة قانونية تضمن حماية المصالح الاجتماعية، بغير تعدٍ على حقوق الأفراد وحرياتهم.

فإذا كان من المقبول أن يكون للمشرع حق تنظيم كل شيء، فإنه من غير المعقول أن تكون له سلطة فعل أي شيء^٢، لأن القوانين الجنائية لا تعتبر مجرد إطار لتنظيم القيود على الحرية الشخصية، بل يجب أن تكون ضماناً لفعالية ممارسة هذه الحرية^٣.

^١ - د. أشرف توفيق شمس الدين - الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية العليا - الجزء الأول - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الثالث عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا، د. فاروق عبدالبر - دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات - مرجع سابق - ص ٤٤٨.
^٢ - د. خيرى أحمد الكباش - الحماية الجنائية لحقوق الإنسان - مرجع سابق - ص ٤٩١.

ومن هذا المنطلق كانت أهمية مبدأ الضرورة والتناسب بين العقوبة والجريمة، باعتباره من المبادئ الدستورية التي تُقيد سلطة المشرع في التقدير، فلا يستأثر بوضع الجرائم وعقوباتها دونما ضابط، بل يجب عليه أن يُراعي فيما يسنه من نصوص التجريم والعقاب ضابطا للضرورة والتناسب بين العقوبة والجريمة، وذلك تحقيقاً للأهداف المبتغاة من القانون الجنائي^٢.

فالمشرع الجنائي حينما يقرر عقوبة معينة على الفعل الذي جرمه، فإنه يوازن بين ماهية الفعل المجرم وخطورته، وما يترتب من آثار على المجتمع أو على المجني عليه، من جهة، وبين مقدار ما تتأله العقوبة في ضوء ذلك من حق أو حرية للفاعل من جهة أخرى، مما تستلزم معه هذه الموازنة وضع ما هو ضروري من العقاب لحماية المصلحة المراد حمايتها، وما يتناسب مع السلوك المجرم في كل جريمة على حدة، فلا يزيد العقاب عما هو عادل ومتناسب، ولا يتجاوز ما هو ضروري^٣.

ولما كان مبدأ التناسب في مجال التجريم والعقاب، يستلزم أن تكون العقوبات المفروضة على السلوك المجرم ضرورية ومتناسبة مع خطورة الفعل ومع المصلحة المعتدى عليها، بقدر ما أصابها من ضرر أو ما تعرضت له من خطر، فإن هذا المعنى قد أكدته العديد من الأحكام الدستورية، ومنها ما قرره المحكمة الدستورية العليا المصرية من "أن مبدأ خضوع الدولة للقانون مؤداه: ألا تُحل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق

^١ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم (٢٠) لسنة ١٥ قضائية - جلسة ١ أكتوبر ١٩٩٤.

^٢ - لا يقتصر أساس مبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة في المبادئ الدستورية التي أرستها المحاكم الدستورية، بل له أساس أيضاً في الشريعة الإسلامية، حيث يتجلى مفهوم التناسب، ووجوب الالتزام به، في العديد من الآيات القرآنية، منها قوله سبحانه وتعالى في الآية (٢٦) من سورة النحل "وَأَن عَاقِبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ"، وقوله تعالى في الآية (٤٠) من سورة الشورى "وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْزُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ"، وقوله عز من قال في الآية (١٥١) من سورة الأنعام "وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا"، كذلك قوله سبحانه في الآية (٤٥) من سورة المائدة "وَكُنْتُمْ عَلَى الْكُفْرِ وَالْعِصْيَانِ وَأُنْزِلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابُ بِالْحَقِّ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ". فيتضح من هذه الآيات القرآنية المباركة، وجوب أن يكون الجزاء من جنس العمل ومتناسباً معه، فقد أشارت الآيات إلى المثلية في الجزاء، "فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقِبْتُمْ بِهِ"، "وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا"، "فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ"، "النَّفْسُ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ"، وهو ما يدل على وجوب الالتزام بالتناسب بين الفعل والجزاء، دونما تجاوز، ودونما تحكم في اختيار نوع الجزاء، ولا مقداره، وهذا هو ضابط التناسب بين الجريمة والعقوبة، الذي يتعين الالتزام به في نصوص التجريم والعقاب، وإلا لحق التشريع عيب عدم الدستورية.

^٣ - انظر د. خيرى أحمد الكباش - مرجع سابق - ص ٤٩٣ وما بعدها.

الإنسان وكرامته، ويندرج تحتها طائفة الحقوق الوثيقة الصلة بالحرية الشخصية، ومن بينها ألا تكون العقوبة متضمنة معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد، وألا يكون الجزاء مدنياً كان أو جنائياً مفرطاً بل يتعين أن يكون متناسباً مع الفعل المؤثم ومتدرجاً بقدر خطورته^١.

وفي حكم آخر لها ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن قضاء هذه المحكمة قد جرى، على أن الأصل في العقوبة هو تفريدها لا تعميمها. وأن تقرير استثناء من هذا الأصل -أيما كانت الأغراض التي يتوخاها- مؤداه أن المذنبين جميعهم تتوافق ظروفهم، وأن عقوبتهم بالتالي يجب أن تكون واحدة لا تغاير فيها، وهو ما يعنى إيقاع جزاء في غير ضرورة بما يفقد العقوبة تناسبها مع وزن الجريمة وملابستها، وبما يقيد الحرية الشخصية دون مقتضى^٢.

وذهبت المحكمة أيضاً إلى "أن شرعية الجزاء -جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً- مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أثمها المشرع، أو حظرها أو قيد مباشرتها، وأن الأصل في العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها، نأياً بها أن تكون إيلاً غير مبرر يؤكد قسوتها في غير ضرورة، ولا يجوز بالتالي أن تناقض -بمداها أو طرائق تنفيذها- القيم التي ارتضتها الأمم المتحضرة مؤكدة بها ارتقاء حسها، تعبيراً عن نضجها على طريق تقدمها، واستواء فهمها لمعايير الحق والعدل التي لا يصادم تطبيقها ما يراه أوساط الناس تقيماً خلقياً واعياً لمختلف الظروف ذات الصلة بالجريمة"^٣.

أما في القضاء الدستوري البحريني، فقد قررت المحكمة الدستورية بأنه "ولا يعد الجزاء الجنائي مبرراً إلا إذا كان واجباً لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها ومتناسباً مع الفعل المؤثم، فإن جاوز ذلك كان مفرطاً في القسوة مجافياً للعدالة، وأساس ذلك أن شرعية الجزاء -جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً- مناطها أن يكون هذا الجزاء متناسباً مع الأفعال التي أثمها المشرع أو حظرها أو قيد مباشرتها. فالأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان

^١ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - طعن رقم (٩) لسنة ٢٨ قضائية - جلسة ٤ نوفمبر ١٩٩٧.

^٢ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - طعن رقم (١٢٠) لسنة ٢٧ قضائية - جلسة ١٢ مارس ١٩٩٦.

^٣ - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم (٢) لسنة ١٥ قضائية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧.

الجزاء الجنائي بغيضاً أو عاتياً أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي أتمها المشرع، فإنه يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً^١.

وفي إحدى تطبيقاتها قررت المحكمة الدستورية البحرينية بشأن جريمة الاتفاق الجنائي، بأنه "وحيث إن النص المطعون فيه قد حدد السجن المؤبد أو المؤقت عقوبةً لمن ساهم في اتفاق كان الغرض منه ارتكاب جنائية من الجنايات المنصوص عليها في المواد من (١٤٧) إلى (١٥٥) من قانون العقوبات، والتي تقع ضمن الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، وكان نص المادة (٣/١٥٥) من القانون المشار إليه قد حدد كذلك عقوبة السجن المؤبد أو المؤقت لمن يرتكب الجنائية المنصوص عليها في الفقرة الثانية، إذا وقعت بقصد إحداث الرعب بين الناس أو إشاعة الفوضى باعتبار أن تلك العقوبة تكون واجبة الاعمال في حق المدعين باعتبارها العقوبة الأشد وفقاً لقرار الاتهام الصادر من النيابة العامة، فيكون النص المطعون فيه -على هذا النحو- قد ساوى في العقوبة بين مراكز قانونية غير متكافئة، إذ ساوى في العقوبة بين من ساهم في الاتفاق الجنائي على ارتكاب هذه الجريمة حتى لو لم تقع بناء على هذا الاتفاق، وبين من ارتكبها فعلاً، مخالفاً في ذلك مبدأ المساواة المقرر في الدستور. وتتعمق جذور هذه المخالفة الدستورية بابتعاد النص المطعون فيه عن الغايات المشروعة للعقوبة الجنائية والتي تتمثل في تحقيق كل من الزجر الخاص للجاني جزاء ما اقترف والردع العام لغيره ممن يحتمل ارتكابهم الجريمة من أجل حملهم على الإعراض عن ارتكابها، مما يؤدي إلى عدم تحقيق النص المطعون فيه لهذه الغايات المشروعة، ولا يؤدي إعماله إلى ثني المتفكرين عن ارتكاب الجريمة محل الاتفاق، إذ تتساوى العقوبة في حالة مجرد اتفاقهم على اقترافها دون ارتكابها، مع العقوبة في حالة ارتكاب الجريمة فعلاً^٢.

ومفاد هذه المبادئ التي قررها القضاء الدستوري، أنه كلما كان الجزاء الجنائي بغيضاً عتياً مسرفاً في القسوة، ومجافياً بصورة واضحة للحدود التي يكون معها متناسباً مع الأفعال المجرمة، ومخالفاً مع الغايات المشروعة للعقوبة الجنائية، فإن هذا الجزاء لا يكون

^١ - حكم المحكمة الدستورية البحرينية - دعويين رقم (٠٤/٣/د) و (٠٤/٤/د) لسنة (٢) قضائية - جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ - منشور في الجريدة الرسمية - عدد رقم (٢٧٤٦) تاريخ ٥ يوليو ٢٠٠٦.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - دعويين رقم (٠٤/٣/د) و (٠٤/٤/د) لسنة (٢) قضائية - جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦.

مبرراً، ذلك لأن السلطة التي يملكها المشرع في مجال التجريم والعقاب حددها قواعد الدستور ومبادئه، فلا يجوز أن يُجرّم المشرع أفعالاً بغير ضرورة اجتماعية، ولا أن يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة، فتخرج عن حد التناسب والمعقولة بين كل من العقوبة والجريمة.

ويرى الفقه بأن القضاء الدستوري في تبنيه لفكرة التناسب بين التجريم والعقاب، قد نقل نظرية الغلو -التي ابتدعتها مجلس الدولة المصري منذ العام ١٩٦١، والتي تشترط لمشروعية الجزاء التأديبي ألا يشوب تقديره غلو، بأن يكون هناك عدم ملائمة ظاهرة بين المخالفة التأديبية والجزاء التأديبي- إلى نطاق القانون الدستوري، وذلك حينما اشترط لشرعية الجزاء -جنائياً كان أو مدنياً أو تأديبياً- أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع^١.

وتحقيقاً لمبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة، وعدم الغلو في تقدير العقوبة، يذهب الفقه وكذلك القضاء إلى أن السبيل لذلك هو تفريد العقوبة، وهو ما يعني تعدد الجزاءات وتدرجها، فيجب على المشرع أن يراعي هذا التعدد والتدرج، فتفاوت وفقاً لذلك الجزاءات في مقدارها بين حد أدنى وحد أعلى، وذلك تأسيساً على أن الأفعال المؤثمة ليست على درجة واحدة من الجسامّة، وكذلك ظروف وملابسات ارتكابها تتباين من فاعل إلى آخر، الأمر الذي يجب أن يُقاس معه الجزاء بمدى جسامّة الذنب، بحيث يكون أخف أنواع الجزاءات لأقل أنواع الجرائم جسامّة، ويكون أشد أنواع الجزاء لأكثر الجرائم جسامّة، وكذلك هو الأمر بالنسبة لتقدير ظروف وملابسات ارتكاب الفعل، وتحديد الجزاء المناسب لها^٢.

وبشأن مبدأ تفريد العقوبة، ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى "أن المتهمين لا تجوز معاملتهم بوصفهم نمطاً ثابتاً، أو النظر إليهم باعتبار أن صورة واحدة تجمعهم لتصنيفهم في قالبها، بما مؤداه: أن الأصل في العقوبة هو تفريدها لا تعميمها. وتقرير

^١ - انظر د. عبدالفتاح عبدالحليم عبدالبر - الغلو في الجزاء في مجال التشريع - بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الأول- السنة الثالثة والأربعون- يناير/ مارس ١٩٩٩ - العدد رقم (١٩٦) - ص ٢٤، د. فاروق عبدالبر- مرجع سابق- ص ٤٦١.

^٢ - د. عبدالفتاح عبدالحليم عبدالبر - مرجع سابق - ص ٢٥.

استثناء من هذا الأصل -أي كانت الأغراض التي يتوخاها- موداه: أن المذنبين جميعهم تتوافق ظروفهم، وأن عقوبتهم يجب أن تكون واحدة لا تباين فيها، وهو ما يعني إيقاع جزاء في غير ضرورة بما يفقد العقوبة تناسبها مع وزن الجريمة وملابساتها، وبما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض. ذلك أن مشروعية العقوبة من زاوية دستورية، مناطها أن يباشر كل قاض سلطته في مجال التدرج بها وتجزئتها، تقديرًا لها، في الحدود المقررة قانوناً فذلك وحده الطريق إلى معقوليتها وإنسانياتها جبراً لآثار الجريمة من منظور موضوعي يتعلق بها وبمرتبتها^١.

وأكدت المحكمة الدستورية البحرينية على ذات المبدأ، فقررت أن "الدستور قد أكد مبدأ شخصية العقوبة بنص الفقرة (ب) من المادة (٢٠) منه، فإنه يعني به -في أحد مضامينه- تقييد المشرع بضرورة تنظيم مبدأ التفريد التشريعي للعقوبات، وذلك لكي تتناسب العقوبة مع مدى مسئولية المتهم عن الجريمة شخصياً ودوره في الجرم عند إنزال العقوبة عليه من القاضي، ومن ثم فلا مندوحة للمشرع، من الناحية الدستورية، عن إعمال التفريد للعقوبة في مجال تنظيم الجرائم والعقوبات، وإلا كان مخالفاً لمبدأ شخصية العقوبة. إلا أن الدستور وقد ألزم المشرع بتفريد العقوبة، لم يحدد له حداً معيناً، عند ممارسته لسلطته في التفريد، ولم يضع عليه قيداً في تحديد مداه ومجالاته وأسبابه، وبالتالي ليس ثمة قيد دستوري خاص على مباشرة المشرع لسلطته تلك، إلا الضوابط التي يفرضها الدستور في إطار تنظيم شرعية الجرائم والعقوبات، القائم على مبدأي الضرورة الاجتماعية والتناسب في العقوبة، ومن المقرر أن القيمة الدستورية لتفريد العقوبة مستمدة من أساس التجريم والعقاب وهو الضرورة والتناسب"^٢.

ونستظهر من هذه الأحكام أن تفريد العقوبة يُعتبر أمراً لازماً على سلطة المشرع التقديرية، وذلك لتحقيق مبدأ الضرورة والتناسب في نصوص التجريم والعقاب، حيث إن السبيل إلى تناسب العقوبة الجنائية ومعقوليتها، هو تعدد الجزاءات الجنائية وتدرجها في

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية - قضية رقم (٢٤) لسنة ١٨ قضائية - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضية رقم (١١٧/د) لسنة (٩) قضائية - جلسة ٣٠ مايو ٢٠١٢.

التشريع، وهو ما يلقي على عاتق القاضي تقدير هذه الجزاءات واختيار أنسبها وفقاً لنوع الجريمة وجسامتها، وبما يراعي ظروف وملابسات ارتكابها^١.

وفي شأن رقابة القضاء الدستوري لمدى توافر مبدأ الضرورة والتناسب في نصوص التجريم والعقاب، يُثار التساؤل حول مدى اعتبار هذه الرقابة من قبيل الاعتداء على سلطة المشرع التقديرية في وضع نصوص التجريم والعقاب، ومدى اعتبار هذه الرقابة إحصلاً لتقديرات المحكمة محل تقديرات المشرع.

يرى الفقه في ذلك أن القاضي الدستوري حينما يتصدى لهذه الرقابة، إنما يُمارس مهمته في تغليب المبادئ الدستورية وتحقيق سموها على ما يضعه المشرع من تشريع، ومن هذه المبادئ الدستورية وجوب مراعاة مبدأ الضرورة والتناسب فيما يسنه المشرع من نصوص التجريم والعقاب، حماية لحقوق الأفراد وحياتهم من غلو المشرع في فرض العقوبات، وتحقيقاً لمفهوم العدالة. وبالإضافة لذلك فإن القاضي الدستوري سوف يقف عند حد تقرير مدى توافق النص الجنائي مع مبدأ التناسب، دون أن يتعداه إلى تحديد الجزاء الجنائي المناسب، وهو الدور الذي يقوم به المشرع^٢.

ونخلص مما سبق إلى أن الضرورة والتناسب يمثلان معياراً متكاملًا في مجال تحديد مدى شرعية نصوص التجريم والعقاب، فيعتمد القاضي الدستوري عليه لفحص مدى توافق ما يسنه المشرع من نصوص في مجال التجريم والعقاب مع المشروعية الدستورية، وتحقيق متطلبات العدالة.

^١ - Alice Ristroph - Proportionality as a Principle of Limited Government - Research Paper No. 05-19 – p.7 - <http://ssrn.com/abstracts=851624>.

^٢ - د. خيري أحمد الكباش - الحماية الجنائية لحقوق الإنسان - مرجع سابق - ص ٥١٦.

المبحث الرابع:

الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بالتناسب بشأن تطبيق مبدأ المساواة

يُعتبر الحق في المساواة من الحقوق الطبيعية للإنسان، تأسيساً على أن جميع الناس يولدون أحراراً متساوين في الحقوق والواجبات لا تمييز بينهم في ذلك، ما دامت تتشابه مراكزهم القانونية. وفي ذات الوقت فإن الحق في المساواة يُعتبر مدخلاً للتمتع بكافة الحقوق والحريات، بحسبانه ركيزة أساسية للحقوق والحريات على اختلافها، وأساساً للعدل والسلام الاجتماعي، وأن غايته صون الحقوق في مواجهة صور التمييز التي تتال منها أو تُقيد ممارستها^١، وعليه فإن مبدأ المساواة يعتبر من أهم المبادئ الدستورية^٢،

ولهذه الأهمية للحق في المساواة حرصت دساتير الدول على النص عليه، فقد نصت المادة (٤) من دستور مملكة البحرين المعدل على أن "العدل أساس الحكم، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين، والحرية والمساواة والأمن والطمأنينة والعلم والتضامن الاجتماعي وتكافؤ الفرص بين المواطنين دعائم للمجتمع تكفلها الدولة". كذلك وقد نصت المادة (١٨) على أن "الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، ويتساوى المواطنون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة".

وقد تضمنت الفقرة الثالثة من المادة (١٢٠) من الدستور حكم عدم جواز اقتراح تعديل مبادئ الحرية والمساواة المقررة في الدستور، وذلك لما لهذه المبادئ من قيمة دستورية عليا، اكتسبتها باعتبارها من حقوق الإنسان الطبيعية، وباعتبارها من المبادئ العامة للقانون.

^١ - انظر مبادئ المحكمة الدستورية البحرينية - مجلة دراسات دستورية - المجلد الأول - العدد الأول - يوليو ٢٠١٣ - ص ١٥.
^٢ - د. زكي محمد النجار - فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧ - ص ٢٦٠، د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - مرجع سابق - ص ١٣٣، د. راغب جبريل سكران - الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة - مرجع سابق - ص ٥٩٠..

ولما كان الدستور يعبر عن قيم دستورية مختلفة، منها ما يتعلق بالحقوق والحريات، ومنها ما يتعلق بالمصلحة العامة، وكان مبدأ التناسب هو المعيار الذي عن طريقه يتحقق التوازن بين مختلف القيم الدستورية، فيُحدد نطاق الحماية التي تستهدفها الدستور لكل من هذه القيم، وحيث إنه لا يقصد بمبدأ المساواة تحقيق المساواة الحسابية، إنما هي المساواة القانونية، التي تُلزم المشرع أن يُعامل بطريقة مماثلة المراكز القانونية المتشابهة، وأن يُعامل المراكز القانونية المختلفة بطريقة مختلفة؛ فإن مبدأ المساواة يُثير مجموعة من الصعوبات في مجال التطبيق، مما يستدعي تدخّل مبدأ التناسب باعتباره معياراً لتحديد مدلول المساواة أمام القانون.

لذلك فإننا سنتناول في هذا المطلب مفهوم مبدأ المساواة، والضوابط الدستورية اللازم مراعاتها من قبل المشرع تحقيقاً لمبدأ المساواة.

المطلب الأول:

مفهوم مبدأ المساواة

ذهب بعض الفقه في تعريفه لمبدأ المساواة إلى أنه "خضوع كافة المراكز القانونية المتماثلة لمعاملة قانونية واحدة، على نحو يتناسب بطريقة منطقية وفقاً للهدف الذي توخاه القانون، ويتحقق المبدأ بتقرير معاملة قانونية مختلفة للمراكز القانونية المختلفة، أو بسبب يستند إلى المصلحة العامة إذا كان ذلك كله متفقاً مع الهدف الذي توخاه القانون".^١

وذهب رأي إلى أن اشتراط التناسب في المعاملة القانونية، يعني أن المساواة أمام القانون ليست مساواة حسابية، ولا تعني التطابق في التعامل مع المراكز القانونية المتماثلة، فالمساواة القانونية لا يجوز فهمها بمعنى ضيق، لأنها لا تعني سوى عدم التمييز في المعاملة، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر، على أن المساواة

^١ - د. أحمد فتحي سرور - مبدأ المساواة في القضاء الدستوري - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الثاني - السنة الأولى - أبريل ٢٠٠٣ - ص ٤، د. عبدالعزيز محمد سالمان - الحق في المساواة - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الرابع عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.

كضمان دستوري ليست مساواة حسابية، بل يملك المشرع بسلطته التقديرية ولمقتضيات الصالح العام، وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون^١.

وقررت ذات المحكمة أن المقصود من مبدأ المساواة هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية^٢. و "أن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون لا يعنى أن تعامل فئاتهم على ما بينها من تفاوت في مراكزها القانونية معاملة قانونية متكافئة وأنه كلما كان القانون مغايراً بين أوضاع أو مراكز أو أشخاص لا تتحد واقعاً فيما بينها، وكان تقديره في ذلك قائماً على أسس موضوعية، مسئلتها أهدافاً مشروعة، فإن ما تضمنه القانون من تمييز يكون مبرراً ولا ينال من شرعيته الدستورية"^٣.

وفي تحديدها لمفهوم مبدأ المساواة ذهبت المحكمة الدستورية البحرينية إلى أن "مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون الذي نص عليه الدستور في المادتين (٤) و (١٨) منه، لا يعني أن تعامل فئاتهم على ما بينها من تفاوت في مراكزها القانونية معاملة قانونية متكافئة، كما لا يقوم هذا المبدأ على معارضة صور التمييز جميعها، ذلك أن من بينها ما يستند إلى أسس موضوعية، ولا ينطوي بالتالي على مخالفة لنص المادتين السالف ذكرهما. بما مؤداه أن التمييز المنهي عنه بموجبها هو ذلك الذي يكون تحكيمياً، ذلك أن كل تنظيم تشريعي لا يعتبر مقصوداً لذاته، بل لتحقيق أغراض بعينها يعتبر هذا التنظيم ملبياً لها. وتعكس مشروعية هذه الأغراض إطاراً للمصلحة العامة التي يسعى المشرع لبلوغها، متخذاً من القواعد القانونية التي يقوم عليها هذا التنظيم سبيلاً إليها"^٤.

فالمساواة أمام القانون تعني أن من حق كل مواطن أن يحصل على ذات المعاملة إذا استوفى الشروط المقررة، وبالتالي فإن المساواة في المعاملة مشروطة بالمساواة في توافر الشروط، وأن من حق المشرع أن يُقيد التمتع بحق معين بتوافر شروط معينة، فلا يمكن

^١ - د. أحمد فتحي سرور - مبدأ المساواة في القضاء الدستوري - مرجع سابق - ص ٥.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم (١١) لسنة ١ قضائية - جلسة ١ أبريل ١٩٧٢ - موقع المحكمة الدستورية العليا.
^٣ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم (١٣) لسنة ٢٢ قضائية - جلسة ١٥ يونيو ٢٠٠٣ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٤ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - قضية رقم ٠٦/٣/د لسنة (٤) قضائية - جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٩ - منشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٨٨٩) - تاريخ ٢ أبريل ٢٠٠٩.

إلزام المشرع بأن يساوي بين الناس جميعاً مهما اختلفت العناصر القانونية والواقعية المحيطة بهم، فلا يمكن مثلاً أن يساوي في الالتحاق بالجامعة بين الحاصلين على الثانوية العامة والذين لم يحصلوا عليها، ولا أن يساوي في الالتحاق بالوظائف العامة بين أدين في جريمة مخلة بالشرف وبين الذي لم يرتكب مثل هذه الجريمة، فمبدأ المساواة لا يؤدي إلى تطابق المعاملة لجميع الأفراد، بل يعني معاملة الأفراد الذين يوجدون في مركز واحد بالطريقة نفسها^١.

ويتمتع مبدأ المساواة بثلاث خصائص، فهو حق من حقوق الإنسان، ويتمتع بالقيمة الدستورية، ويعد من المبادئ العامة للقانون. فبالنسبة إلى اعتباره حقاً من حقوق الإنسان، فقد ظهر هذا المبدأ في المواثيق والمعاهدات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، فسجله إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن سنة ١٧٨٩م، وأكدته الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨م، وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية سنة ١٩٦٦م.

وأما عن تمتعه بالقيمة الدستورية، فقد تأكد ذلك في نصوص دساتير الدول التي تنص صراحة عليه. وباعتباره من المبادئ العامة للقانون، فإن الحرية لا توجد ما لم تكن متاحة للجميع، ولهذا يستخدم مبدأ المساواة لتطبيق جميع الحقوق والحريات، فهو مبدأ مشترك لكي يتمتع الجميع بكافة الحقوق والحريات، ولهذا يعتبر مبدأ المساواة حجر الزاوية في القضاء الدستوري، بوصفه أحد الدعائم الرئيسية لدولة القانون. ونظراً إلى أن سيادة القانون لا تعلق ما لم تطبق على قدم المساواة، وعلى الرغم من النص الصريح على مبدأ المساواة في دساتير الدول؛ إلا أنه يُستخلص ضمناً من مجموعة المبادئ التي تقوم عليها دولة القانون، وعلى رأسها مبدأ سيادة القانون ومبدأ الديمقراطية^٢.

ولما كانت المادة (١٨) من الدستور البحريني قد نصت على عدم جواز التمييز بين المواطنين بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، فإن ذلك يثير ما إذا كانت صور التمييز التي حظرها الدستور، قد وردت على سبيل الحصر أم على سبيل المثال

^١ - د. عبدالعزيز سالماني - الحق في المساواة - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الرابع عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - انظر في ذلك د. أحمد فتحي سرور - مبدأ المساواة في القضاء الدستوري - مرجع سابق - ص ٣ وما بعدها.

باعتبارها من الصور الشائعة للتمييز. وللإجابة عن هذا التساؤل، نستعرض بعض التطبيقات الدستورية التي تناولت هذا الشأن.

تضمن التشريع المالي في فرنسا نصاً في تحديد وعاء الضريبة العامة على الإيراد، وفرق التشريع بين نوعين من الممولين، الذين لا يزيد إيرادهم العام على حد معين، وكبار الممولين الذين يتجاوز إيرادهم هذا الحد، وأجاز للنوع الأول فقط أن يقدموا الدليل على عدم صحة الضرائب، وعندما عرض أمر هذا التشريع على المجلس الدستوري، رأى المجلس أن هذا النص قد تضمن إخلالاً بمبدأ المساواة، على الرغم من أن ما جاء به من تمييز لم يرقم على أساس الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة^١.

وقد قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية أن صور التمييز المحظورة والمنصوص عليها في الدستور، ليست واردة على سبيل الحصر، فهناك صور أخرى من التمييز لها خطرهما، مما يحتم إخضاعها لرقابة المحكمة الدستورية، فقد ذهبت المحكمة إلى أن "الدساتير المصرية بدءاً بدستور ١٩٢٣، وانتهاءً بالدستور القائم، رددت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون وكفلت تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحررياتهم في مواجهة صور التمييز التي تتال أو تقيد ممارستها، وأضحى هذا المبدأ في جوهره وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، بل ينسحب مجال أعمالها كذلك إلى الحقوق التي يكفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية وعلى ضوء السياسة التشريعية التي يراها محققة للمصلحة العامة، وأن صور التمييز التي أوردتها المادة (٤٠) من الدستور التي تقوم على أساس من الأصل أو الجنس أو اللغة أو الدين أو العقيدة لم ترد على سبيل الحصر، فهناك صور أخرى من التمييز لها خطرهما، مما يحتم إخضاعها لما

^١ - مشار إليه عدد د. عبدالعزيز سلمان - الحق في المساواة - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الرابع عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.

تتولاه هذه المحكمة من رقابة قضائية تطبيقاً لمبدأ المساواة أمام القانون ولضمان احترامه في جميع مجالات تطبيقه^١.

وانتهت المحكمة الدستورية البحرينية ذات الاتجاه، فقررت أن "مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في دستور مملكة البحرين، والذي تردده الدساتير المعاصرة، بحسبانه ركيزة أساسية للحقوق والحريات على اختلافها، وأساساً للعدل والسلام الاجتماعي، غايته صون الحقوق والحريات في مواجهة كافة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها، سواء كان ذلك -حسبما نص عليه الدستور- بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة، أو بسبب أي صور أخرى من صور التمييز التي لم يذكرها، على اعتبار أن مبدأ المساواة وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة التي لا تمييز فيها بين المراكز القانونية المتماثلة، فلا يقتصر مجال إعماله على ما كفله الدستور من حقوق أو على ما ذكره من صور التمييز، وإنما يمتد كذلك إلى جميع الحقوق وجميع صور التمييز التي يقررها القانون"^٢.

ونخلص مما سبق أن المقصود من مبدأ المساواة كضمان دستوري، ليس هو المساواة الحسابية والتي تطبق على جميع الأفراد بغض النظر عن مراكزهم القانونية، وبغض النظر عن المصلحة المراد تحقيقها، بل هو المساواة أمام القانون والتي تعني خضوع كافة المراكز القانونية المتماثلة لمعاملة قانونية واحدة، كما ولا يُعارض مبدأ المساواة جميع صور التمييز، ما دامت تستند هذه الصور إلى أسس موضوعية وأهداف مشروعة تُبرر التمييز في المعاملة، وإنما التمييز المنهي عنه والمخالف لمبدأ المساواة هو التمييز التحكيمي الذي لا يستند إلى أسس موضوعية تتناسب مع الأهداف المراد تحقيقها من التشريع.

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية المصرية - قضية رقم (٢١) لسنة ٧ قضائية - جلسة ٢٩ أبريل ١٩٨٩ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية البحرينية - دعويين رقم د/٤٠٤ و د/٤٠٤ لسنة (٢) قضائية - جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٦ - منشور في الجريدة الرسمية عدد رقم (٢٧٤٦) - تاريخ ٥ يوليو ٢٠٠٦.

المطلب الثاني:

الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بمبدأ المساواة

يتمتع المشرع في مجال تنظيم الحقوق والحريات بسلطة تقديرية، جوهرها المفاضلة بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم، وذلك كله وفق ما ينص عليه الدستور وما يضعه من ضوابط، فلا يتجاوز المشرع بالتنظيم الحماية المقررة للحقوق والحريات، ويعمل على الموازنة بينها وبين صون متطلبات المصلحة العامة.

ولما كان مبدأ المساواة يُعتبر بحد ذاته حقاً من الحقوق، بالإضافة إلى كونه حجر الزاوية في تطبيق جميع الحقوق والحريات، باعتباره مبدأً مشتركاً لتمتع الجميع بكافة الحقوق والحريات، فإن ذلك يتطلب تدخل مبدأ التناسب لتحديد مدلول هذا المبدأ، وكيفية كفالاته، الأمر الذي يتعين معه التزام المشرع بعددٍ من الضوابط الدستورية بما يكفل تحقيق مبدأ المساواة. ويمكن استخلاص هذه الضوابط مما تواترت عليه أحكام المحاكم الدستورية والسابق الإشارة إليها في معرض بحث مفهوم مبدأ المساواة، والتي خلصنا فيها إلى اعتماد مفهوم المساواة أمام القانون واستبعاد فكرة المساواة الحسابية، كضابط رئيس. ويمكن إجمال باقي الضوابط لالتزام المشرع بمبدأ المساواة في الآتي:

الفرع الأول: التزام المشرع بمبدأ المساواة وعدم تقرير معاملة مختلفة إلا في حالتي اختلاف المراكز القانونية أو من أجل تحقيق مصلحة عامة:

لما كان المقصود من مبدأ المساواة هو خضوع كافة المراكز القانونية المتماثلة لمعاملة قانونية واحدة، فإن الأمر يعني إعفاء المشرع من الالتزام بمبدأ المساواة عندما تكون المراكز القانونية للأفراد غير متماثلة، مما يستدعي التمييز بينهم في المعاملة القانونية، بما يتناسب ومراكزهم المختلفة.

لما كان ذلك وكان تقرير المشرع للمعاملة المختلفة، يجب أن لا يقوم إلا عندما تتباين المراكز القانونية للأفراد، والذي يُبرر هذا التباين التمييز في المعاملة، فإنه بالإضافة إلى هذه الحالة، قد تستدعي متطلبات المصلحة العامة التي يقرها المشرع في عدم الالتزام المطلق بمبدأ المساواة، حتى للمراكز القانونية المتماثلة، فيقرر المشرع حينها معاملة مختلفة لمراكز قانونية متماثلة، دون أن يُشكل ذلك انتهاكاً لمبدأ المساواة يترتب عليه الحكم بعدم الدستورية.

لذلك فإن التزام المشرع بمبدأ المساواة، وعدم تقرير معاملة مختلفة للأفراد، يُمثل الأصل العام، ترد عليه حالاً اختلاف المراكز القانونية، أو استهداف المشرع من التمييز في المعاملة تحقيق مصلحة عامة معينة، ففي هاتين الحالتين يجوز للمشرع تقرير معاملة قانونية مختلفة، خروجاً على مبدأ المساواة.

فبالنسبة إلى الحالة الأولى، وهي الاختلاف في المعاملة القانونية القائم على اختلاف المراكز القانونية، فإن الدستور أو القانون قد يحددان المراكز القانونية المختلفة، فينصان على معاملة مختلفة لهذه المراكز مقابل باقي المراكز القانونية.

ومثال ذلك في الدستور البحريني، ما جاءت به الفقرة (ب) من المادة (٤٨)، من أنه "لا يجوز للوزير أثناء توليه الوزارة أن يتولى أية وظيفة عامة أخرى، أو أن يزاول، ولو بطريق غير مباشر، مهنة حرة أو عملاً صناعياً أو تجارياً أو مالياً، كما لا يجوز أن يسهم في التزامات تعقدها الحكومة أو المؤسسات العامة، أو أن يجمع بين الوزارة والعضوية في مجلس إدارة أية شركة إلا كمثل للحكومة ودون أن يؤول إليه مقابل لذلك. ولا يجوز له خلال تلك المدة كذلك أن يشتري أو يستأجر مالا من أموال الدولة ولو بطريق المزاد العلني، أو أن يؤجرها أو يبيعها شيئاً من أمواله أو يقايضها عليه"، كذلك هو الحال بالنسبة لعضو مجلس الشورى أو عضو مجلس النواب وفقاً لما تنص عليه المادة (٩٨) من الدستور^١.

^١ - تنص المادة (٩٨) من دستور مملكة البحرين المعدل، على أنه "لا يجوز لعضو مجلس الشورى أو مجلس النواب أثناء مدة عضويته أن يُعين في مجلس إدارة شركة أو أن يسهم في التزامات تعقدها الحكومة أو المؤسسات العامة إلا في الأحوال التي يبينها القانون. ولا يجوز له خلال تلك المدة كذلك أن يشتري أو يستأجر مالا من أموال الدولة أو أن يؤجرها أو أن يبيعها شيئاً من أمواله أو يقايضها عليه، ما لم يكن ذلك بطريق المزايدة أو المناقصة العلنيتين، أو بتطبيق نظام الاستملاك للمصلحة العامة".

حيث حدد الدستور بهذه النصوص المراكز القانونية المختلفة، ووضع الشروط الموضوعية التي تتفق مع هذا الاختلاف في المراكز، فقرر معاملةً مختلفة تتناسب مع المركز القانوني لكل من الوزير وعضو مجلس الشورى أو النواب، وذلك كله لتحقيق مصلحة عامة تتفق مع ما تنص عليه الدستور.

وقد يحدد المشرع بما سنه من قانون المراكز القانونية المختلفة، فيقرر لها معاملة مختلفة، تتناسب مع هذه المراكز ومع أهداف القانون، ومثالها اختلاف المراكز القانونية وفقاً لاختلاف جنسية الأفراد، مما يبرر إعطاء معاملة قانونية مختلفة للمواطنين عن المعاملة المقررة للأجانب، ومعاملة مختلفة لمواطني مجلس التعاون لدول الخليج العربية عن المعاملة المقررة لغيرهم من الأجانب.

وكذلك ما يضعه المشرع من تمييز في المراكز القانونية للموظفين العموميين، وفقاً لاختلاف طبيعة وظائفهم، فيقرر بناءً على اختلاف المراكز هذه، معاملة مختلفة لهم عن باقي الموظفين.

وبهذا فإن المراكز القانونية المختلفة، تتحدد إما بالنظر إلى ما ينص عليه الدستور، أو بالنظر إلى ما ينص عليه القانون، فيحددان معاملة هذه المراكز التي وضعها لها أحكاماً خاصة، معاملة مختلفة عن باقي المراكز القانونية^١. فإذا ما قام التماثل في المراكز القانونية التي تنظم بعض فئات المواطنين وتساوهم بالتالي في العناصر التي تكونها، فإن ذلك يستوجب وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في حقهم، فإن خرج المشرع على ذلك، وميز بينهم، سقط في حماة المخالفة الدستورية. وبطبيعة الحال فإنه في حالة اختلاف المراكز القانونية فإنه لا تثار مسألة احترام مبدأ المساواة، لعدم قيام مقتضيات تطبيقه وهي تماثل المراكز القانونية، وعدم جواز تمييز بعضها على الآخر دون مسوغ قانوني.

أما بالنسبة للحالة الثانية، التي يجوز فيها تقرير معاملة قانونية مختلفة، حتى عند تماثل المراكز القانونية، فهي أن يكون اختلاف المعاملة من أجل تحقيق مصلحة عامة معينة، فإنه قد يتطلب التوازن بين الحقوق والحريات من جهة، والمصلحة العامة من جهة

^١ - د. أحمد فتحي سرور - مبدأ المساواة في القضاء الدستوري - مرجع سابق - ص ٥ وما بعدها.

أخرى، إعطاء تفوق للمصلحة العامة، فتكون هذه المصلحة أجدر بالحماية من حفظ حقوق وحريات الأفراد، لا سيما تلك المتعلقة منها بمبدأ المساواة. عندها يجب أن تتناسب المعاملة القانونية مع متطلبات المصلحة العامة، حتى ولو أدى ذلك إلى التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة^١.

وتدخل تحت فكرة المصلحة العامة مختلف أنواع المصالح التي يقدرها المشرع، سواء كانت مصالح اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية، ومثالها ما قضى به المجلس الدستوري الفرنسي من أن الاختلاف في المعاملة التي قررها المشرع من أجل تشجيع تعيين الشباب الذي تتراوح أعمارهم ما بين ١٨ و ٢٥ سنة، يحقق المصلحة العامة التي يتوخاها المشرع، كذلك وأن ما نص عليه المشرع من إنقاص ما تدفعه الشركات من هبات للمؤسسات أو الجمعيات الثقافية، من مجموع الدخل الخاضع للضريبة، يبرر تمييزها عن باقي الشركات بالنسبة لضرائب الدخل، على أساس أن هذا الإنقاص تبرره المصلحة العامة^٢.

وقد أخذت المحكمة الدستورية العليا المصرية في أحد تطبيقاتها بمعيار مراعاة المصلحة العامة عند المفاضلة بين المصالح المحمية، فقضت بأن نص المادة (٢١٠) من قانون الإجراءات الجنائية الذي يحظر الطعن على قرار النيابة العامة، بألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية، بالنسبة للتهمة الموجهة إلى أحد الموظفين لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، قد استهدف هذا النص رد غائلة العدوان عن هؤلاء الموظفين في مواجهة صور من إساءة استعمال الحق في التعويض عن الأضرار الناشئة عن الجريمة، كوسيلة لملاحقة جنائية تقوم على أدلة متخاذلة أو يكون باعثها التجريح، "فإن المشرع يكون قد رجح بالنص التشريعي المطعون عليه مصلحة أولى في تقديره بالاعتبار هي تلك التي يملئها الأداء الأقوم للوظيفة العامة دون تردد يقعد بشاغلها عن الوفاء بأمانة المسؤولية المرتبطة بها، وتوقياً لخور يوهن عزائمهم، ويصرفهم عن النهوض بأعبائها، متى كان ذلك، فإن

^١ - انظر د. زكي محمد النجار - مرجع سابق - ص ٣١٠ وما بعدها، د. أحمد فتحي سرور - مبدأ المساواة في القضاء الدستوري - مرجع سابق - ص ٦، د. عبدالعزيز سالم - الحق في المساواة - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الرابع عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - مشار إليه عند د. أحمد فتحي سرور - مبدأ المساواة في القضاء الدستوري - مرجع سابق - ص ٦.

النص التشريعي المطعون عليه يكون قد تَوخى - وعلى ما تقدم - حماية الوظيفة العامة من مخاطر اتهام موجه إلى شاغلها لا يقوم على أساس سواء من ناحية الواقع أو القانون".

منتبهةً المحكمة في قضاءها إلى أنه "وحيث إنه متى كان ذلك، وكان النص المطعون عليه قد حظر الطعن في قرار النيابة العامة بالألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية في الإطار المتقدم بيانه، لا بقصد تمييز بعض المتهمين أو المذنبين على بعض، وإنما لتحقيق غاية بعينها تتمثل في صون الأداء الأفضل للوظيفة العامة من خلال توفير ضمانات لازمة تكفل لمن يقوم بأعبائها أن يوزن الاتهام إليه بمقاييس دقيقة لا يكون معها العمل العام موطناً لشهوة التشهير بسمعته أو الازدراء بقدره دون أدلة كافية تظاهر الاتهام وترجحه، فإن النص التشريعي المطعون عليه يكون محققاً لمصلحة عامة مرتكناً في بلوغها إلى أسس موضوعية لا تقيم في مجال تطبيقها تمييزاً بين المخاطبين بأحكامه المتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليه، ومن ثم تكون قالة الإخلال بمبدأ المساواة أمام القانون فاقدة لأساسها حرية بالرفض"^١.

وقررت المحكمة الدستورية البحرينية بأن "كل تنظيم تشريعي لا يعتبر مقصوداً لذاته، بل لتحقيق أغراض بعينها، تعكس مشروعيتها إطاراً للمصلحة العامة، التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من وراء هذا التنظيم، فإذا كان التشريع المطعون عليه -بما انطوى عليه من التمييز- مصادماً لهذه الأغراض بحيث يستحيل منطقياً ربطه بها، أو اعتباره مدخلاً لها، فإن التمييز يكون تحكيمياً، ومستنداً بالتالي إلى أسس غير موضوعية"^٢.

ونخلص مما تقدم بأنه للمشرع أن يضع قواعد قانونية خاصة، تُعطي اختلافاً في المعاملة القانونية، لا من أجل تمييز بعض المواطنين على بعض، وإنما لتحقيق مصلحة عامة معينة تقوم على أسس موضوعية، بشرط أن تكون هذه المعاملة المختلفة قادرة على تحقيق الأغراض المقصودة، وأن تكون العلاقة بينهما مترابطة ومنطقية.

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - انظر تقرير المحكمة الدستورية البحرينية - إحالة رقم (٢/٢٠١٠) - جلسة ٣٠ مايو ٢٠١٢.

الفرع الثاني: التزام المشرع بمبدأ التناسب عند تقرير المعاملة القانونية المختلفة:

لما كان للمشرع أن يقرر معاملة مختلفة استناداً إلى تباين المراكز القانونية، أو من أجل تحقيق مصلحة عامة معينة، فإن تقديره هذا يخضع للرقابة الدستورية، فيفحص القاضي الدستوري، تقدير المشرع لاختلاف المراكز القانونية التي تبرر اختلاف المعاملة، ويراقب تقدير أوجه المصلحة العامة التي تبرر تقرير معاملة مختلفة للمراكز القانونية المتماثلة. وتدور الرقابة الدستورية لهذه المطاعن في فلك مدى التناسب بين تقرير المعاملة المختلفة، مع الهدف من التشريع.

وفي هذا الشأن يرى الفقه بأنه يجب ألا تتفصل النصوص التشريعية عن الأغراض المرصودة لها، فيتعين أن يكون لدى المشرع أمران واضحا، أولهما الأغراض النهائية التي يريد الوصول إليها عن طريق التشريع، وثانيهما الوسائل التي يراها تحقق هذه الأغراض، ويجب أن تكون هناك علاقة منطقية ومفهومة بين النصوص التشريعية والأهداف المرجو تحقيقها^١.

وتطبيقاً لذلك، فإن المعاملة القانونية المختلفة، في الأحوال التي تبررها، يجب أن يكون تقريرها من أجل تحقيق أهداف معينة، وأن يكون هناك توافق وعلاقة منطقية تربط بين المعاملة المختلفة والأغراض المشروعة المراد تحقيقها.

وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا المصرية من أن "الإخلال بمبدأ المساواة أمام القانون يتحقق بأي عمل يهدر الحماية القانونية المتكافئة، تتخذها الدولة سواء من خلال سلطاتها التشريعية أو عن طريق سلطاتها التنفيذية، بما مؤداه: أن أيّاً من هاتين السلطتين لا يجوز أن تفرض مغايرة في المعاملة ما لم يكن ذلك مبرراً بفروق منطقية يمكن ربطها عقلاً بالأغراض التي يتوخاها العمل التشريعي الصادر عنهما؛ وكان لا صحة للقول بأن كل تقسيم تشريعي يعتبر تصنيفاً منافياً لمبدأ المساواة، بل يتعين دوماً أن ينظر إلى النصوص

^١ - د. عيد أحمد الحسبان - فعالية مبدأ المساواة في تنفيذ عمل السلطة التشريعية - بحث منشور في مجلة المنارة للبحوث والدراسات - جامعة آل البيت - المجلد ١٦ - العدد ٦ - ٢٠١٠ - ص ٥٢ وما بعدها، د. عبدالعزيز سالم - الحق في المساواة - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الرابع عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا، د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - مرجع سابق - ص ١٢٩.

القانونية باعتبارها وسائل حددها المشرع لتحقيق أغراض يبتغيها، فلا يستقيم إعمال مبدأ المساواة أمام القانون إلا على ضوء مشروعية تلك الأغراض، واتصال هذه الوسائل منطقياً بها؛ ولا يتصور بالتالي أن يكون تقييم التقسيم التشريعي منفصلاً عن الأغراض التي يتغياها المشرع"^١.

لما كان ذلك، فإن القضاء الدستوري من خلال استقراء أحكامه، يكون قد استقر على وجوب أن يكون تقرير معاملة قانونية مختلفة، قائماً على توافر معايير موضوعية ومنطقية تبرر التمييز في المعاملة بين المراكز القانونية، وفقاً للهدف من التشريع.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة (٢١) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣، فيما تضمنته من حظر القيد بجدول المحامين تحت التمرين لمن جاوز سن الخمسين. حيث إن "الشروط التي يتطلبها المشرع للقيد في الجداول التي تنظم الاشتغال بالمهن الحرة -ومن بينها شرط السن- يتعين لإقرار مشروعيتهما، أن يقوم الدليل على اتصالها بطبيعة هذه المهن ذاتها، وما يكون لازماً عقلاً لممارستها، مرتبطاً بجوهر خصائصها".

وقررت المحكمة أن "شرط السن المقرر بالنص المطعون فيه، مؤداه: حرمان المدعى -وعلى غير أسس موضوعية- من الانضمام إلى نقابة هو مؤهل لعضويتها وفقاً للشروط التي بينها المادة (١٣) من قانون المحاماة للقيد في الجدول العام، فإن حكم هذا النص، يكون غريباً عنها، مجافياً لجوهر رسالتها، وحائلاً دون الانضمام إليها، وهادماً لحق العمل، معطلاً آثاره، مناقضاً مبدأ المساواة أمام القانون"^٢.

ونستخلص من هذا الحكم بأنه يجب لتقرير اختلاف في المراكز القانونية، أن يقوم هذا الاختلاف على معايير موضوعية، يُحقق أغراض القانون، فإن لم يكن كذلك، أو كان التمييز في المعاملة ليس قائماً على أساس موضوعي يُبرره، كما هو حال حظر القيد بجدول المحامين تحت التمرين لمن جاوز سن الخمسين، فإن هذا النص يكون مُخلاً بتطبيق مبدأ

^١ - حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم (٢٢٦) لسنة ٢٠ قضاينة - جلسة ٧ يوليو ٢٠٠١ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم (٣٨) لسنة ١٧ قضاينة - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

المساواة، مقررًا تمييزاً في المعاملة دون سندٍ صحيح. وذلك على أساس أن شرط السن لا يتصل بطبيعة مهنة المحاماة الحرة، وليس لازماً عقلاً لممارستها، ولا مرتبطاً بجوهر خصائصها، بالإضافة إلى أنه ليس كافلاً إلى تحقيق الأغراض التي يتوخاها قانون المحاماة، وقوامها الجهد المبدع الخلاق لضمان إرساء سيادة القانون.

وفي قضاء آخر لها، راقبت المحكمة الدستورية العليا المصرية مدى الارتباط بين المعاملة القانونية المقررة لبعض الفئات وبين الهدف من القانون الذي قرر هذه المعاملة، فحكمت بعدم دستورية قرارات المجلس الأعلى للجامعات بشأن أبناء العاملين بوزارة التعليم العالي وأبناء المحافظات والمناطق النائية ومحافظات الحدود، وذلك فيما تضمنته هذه النصوص من قبول أفراد الفئات المبينة بها في الكليات أو المعاهد العالية دون التقيد بمجموع درجات النجاح في شهادة الثانوية العامة أو ما يعادلها.

وقد بينت المحكمة في قضاءها بأن المعاملة الاستثنائية التي خصت بها النصوص المطعون عليها، فئات من الحاصلين على شهادة الثانوية العامة أو ما يعادلها لقبولهم بالتعليم العالي دون التقيد بمجموع درجاتهم في هذه الشهادة، إنما تركز في واقعها على أسس منبته الصلة بطبيعة هذا التعليم وأهدافه ومتطلبات الدراسة فيه، إذ تقوم هذه المعاملة في أساسها ودوافعها على تقرير مزية استثنائية للطلبة المستفيدين منها قوامها إما مجرد الانتماء الأسرى إلى من كان شاغلاً لوظيفة بعينها، أو قائماً بأعبائها في جهة بذاتها، أو متولياً مسئوليتها في تاريخ معين أو من كان قد استشهد أو توفى أو فقد أو أصيب بسبب أداء مهامها، أو من كان حاملاً لوسام، وإما أن يكون مناطها الانتماء إلى المناطق النائية بسبب الميلاد أو الإقامة أو الحصول منها على شهادة الثانوية العامة، وإما أن يكون منحها مرتبطاً بواقعة بذاتها تتعلق بالطلبة أنفسهم من إصابة في العمليات الحربية أو حصول على وسام معين.

وبعدما بينت المحكمة أسباب المعاملة الاستثنائية لهؤلاء الفئات، قررت بأن هذه المعاملة لا ترتبط بطبيعة التعليم وأهدافه ومتطلبات الدراسة فيه، تأسيساً على "المعاملة الاستثنائية في القبول بالتعليم العالي التي تضمنتها النصوص التشريعية المطعون عليها

-وأياً كان وجه الرأي في الاعتبار التي دعت إلى تقريرها- تستتبع أن يحل أفراد الفئات المستثناة محل من يتقدمونهم في درجات النجاح في شهادة الثانوية العامة أو ما يعادلها في الانتفاع بحق التعليم في مرحلته العالية المحدودة فرصها، بعد أن كانت قد انتظمتم جميعاً الأسس الموحدة التي تقرر لإجراء تلك المسابقة، ورغم ما أسفرت عنه نتيجتها من أولويتهم دون المستثنين في التمتع بذلك الحق، الأمر الذي يتعارض مع طبيعة التعليم العالي وأهدافه ومتطلبات الدراسة فيه على ما سلف بيانه، وينطوي على المساس بحق المتقدمين في درجات النجاح في هذا التعليم، والإخلال بمبدأي تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون^١.

ويظهر من هذا الحكم، رقابة المحكمة لمدى التناسب بين تقرير معاملة قانونية مختلفة لبعض الفئات، والهدف من القانون، فمهما كانت الاعتبارات التي يقوم عليها التمييز في المعاملة، لا يكون هذا التمييز أو تقرير معاملة مختلفة لبعض الفئات مشروعاً إلا إذا اتفق مع طبيعة القانون وأهدافه، وذلك باعتبار أن أي تنظيم تشريعي لا يكون مقصوداً لذاته بل لتحقيق أغراض معينة، يُعتبر هذا التنظيم ملبياً لها، فإذا ما صادم هذا التنظيم بما انطوى عليه من تمييز أغراض التشريع، أو كان اتصال الوسائل بالمقاصد غير منطقي وواهيماً، كان هذا التمييز تحكيمياً، لا يتناسب مع الغايات المشروعة التي توخاها التشريع.

لذلك فإن الهدف من القانون الذي يُبرر التمييز في المعاملة، يجب أن يعكس حماية مصلحة مشروعة، وإلا كان التمييز منطوياً على إخلال بمبدأ المساواة، فالمشروعية والهدف من القانون وجهان لعملة واحدة، باعتبار أن القانون لا يجتمع إلا مع المشروعية^٢.

الفرع الثالث: الإقرار بدستورية التمييز الإيجابي:

يقوم القانون في بعض الأحيان على فكرة التقسيم التشريعي، فيتضمن شكلاً من أشكال التصنيف. ولا يعني بطبيعة الحال أن كل تقسيم تشريعي تصنيف منافي لمبدأ المساواة، بل يجب أن يكون تقييم هذا التقسيم الذي وضعه المشرع متصلاً بالأغراض التي

^١ - حكم المحكمة الدستورية العليا- قضية رقم (١٠٦) لسنة ٦ قضائية- جلسة ٢٩ يونيو ١٩٨٥ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

^٢ - د. أحمد فتحي سرور - مبدأ المساواة في القضاء الدستوري - مرجع سابق - ص ٩.

يتعيها المشرع، فلا يكون تقسيماً دستورياً إلا إذا ارتبط بشكلٍ منطقي بالهدف من القانون، وبمعنى آخر ألا ينطوي هذا التقسيم التشريعي على تمييز غير مبرر، أو أن يقوم على أسس تحكيمية^١.

وفي هذا الشأن قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون "ليس مبدأً تلقينياً جامداً منافياً للضرورة العملية، ولا هو بقاعدة صماء تنبذ صور التمييز جميعها، ولا كافلاً لتلك الدقة الحسابية التي تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء. وإذ جاز للدولة أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائماً من التدابير، لتنظيم موضوع محدد أو توقيماً لشر تقدر ضرورة رده؛ وكان دفعها للضرر الأكبر بالضرر الأقل لازماً؛ إلا أن تطبيقها مبدأ المساواة لا يجوز أن يكون كاشفاً عن نزواتها، ولا منبئاً عن اعتناقها لأوضاع جائرة، بل يتعين أن يكون موقفها اعتدالاً في مجال تعاملها مع المواطنين، فلا تمايز بينهم إملاءً أو عسفاً. ومن ثم فمن الجائز بالتالي أن تغاير السلطة التشريعية -ووفقاً لمقاييس منطقية- بين مراكز لا تتحد معطياتها، أو تتباين فيما بينها في الأسس التي تقوم عليها"^٢.

وهو ما يتضح معه أن مبدأ التناسب لا يعارض جميع صور التمييز، فبعضها تتطلبها الضرورة العملية، فيقدر المشرع تدابير يراها مناسبة لتنظيم موضوع محدد، تحقيقاً لمصلحة عامة معينة، شريطة أن تكون صور التمييز التي قدرها المشرع غير مبنية على التحكم أو التعسف، بأن تكون قائمة على غير أساس منطقي. فقد ينطوي التنظيم التشريعي على تقسيم أو تصنيف أو تمييز سواء من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو من خلال المزايا التي يمنحها لفئة دون غيرها، إلا أن مناط دستورية هذا التنظيم ألا تتفصل نصوصه عن أهدافها، فيكون اتصال الأغراض التي توخى تحقيقها بالوسائل التي لجأ إليها منطقياً وليس واهياً بما يخل بالأسس التي يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً.

^١ - د. حسام فرحات أبو يوسف - الحماية الدستورية للحق في المساواة (دراسة مقارنة بين النظام الدستوري المصري والنظام الدستوري الأمريكي) - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤ - ص ٩٣.

^٢ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم (٣١) لسنة ١٧ قضائية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٩ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

ووفقاً لذلك ولما استقر عليه قضاء الدستورية، والتي استعرضنا منها العديد من الأحكام، قد توجد بعض الصور التي يجوز فيها للمشرع التمييز بين الأفراد، وتقوم هذه الصور على أسس موضوعية، تستند إلى اعتبارات المصلحة العامة، فعندها يكون التمييز مبرراً لا تحكيمياً، محصناً من مغبة الحكم بعدم الدستورية.

ومن بين صور التمييز الجائزة دستورياً، ما يسمى بالتمييز الإيجابي، والذي يمنح المشرع بمقتضاه ميزة قانونية لفئة من الأشخاص، تواجه مصاعب تحد من قدرتهم على ممارسة الحقوق والحريات التي اعترف الدستور بها، على قدم المساواة مع باقي الفئات. ويهدف المشرع من وراء هذا التمييز في المعاملة القانونية إلى معالجة عدم المساواة الفعلية بين الأفراد الذين ينتمون لمركز قانوني واحد، حيث ترجع عدم المساواة الفعلية هذه إلى ظروف خاصة بالطائفة التي لا تتمكن في الواقع العملي من التمتع بحقوقها، لذلك فإن المشرع يتدخل بوضع ميزة قانونية لصالح الفئة التي تواجه عدم المساواة الفعلية^١.

فيقصد بالتمييز الإيجابي وفقاً لذلك، تدخل المشرع بإجراء نوع من التفرقة في المعاملة بين أشخاص ينتمون 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، مثل الإعاقة الجسدية، أو الانتماء إلى فئة اجتماعية أو منطقة جغرافية تواجه ظروفاً صعبة لا تمكنها من الاستفادة العملية من الحقوق التي يعترف لها بها المشرع، على قدم المساواة مع الطوائف الأخرى، التي تنتمي إلى المركز القانوني ذاته^٢.

ويذكر الفقه أمثلة لصور التمييز الإيجابي، منها تخصيص نسبة معينة من الوظائف للأشخاص المعاقين، فلا يزاخمهم فيها أحد، وحجز نسبة من مقاعد المجالس ذات الصفة التمثيلية للطوائف الاجتماعية التي حرمت لفترة طويلة من الاشتراك في عضوية هذه

^١ - انظر في شأن المساواة الفعلية وأنواع المساواة ومظاهرها د. حسام فرحات أبو يوسف - الحماية الدستورية للحق في المساواة - مرجع سابق - ص ٨٧.

^٢ - د. يسري العصار - التمييز الإيجابي ومدى اتفاه مع الدستور - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الخامس - السنة الثانية - أبريل ٢٠٠٤ - ص ٣٠.

المجالس، والتي تواجه صعوبات في خوض الانتخابات والحصول على نصيب عادل من المقاعد، مثل النساء، ومنح مزايا مالية وإعفاءات ضريبية للمشروعات القائمة في المناطق الجغرافية المتأخرة اقتصادياً، والتي تهدف الدولة إلى تنميتها.

وأرى بأنه يشترط في منح هذه الميزة القانونية أن تكون مؤقتة لفترة زمنية معينة، يتم من خلالها تهيئة الظروف التي تمكن المستفيدين من هذه الميزة من الاعتماد على أنفسهم مستقبلاً في التمتع بالحقوق مع غيرهم دونما مساعدة تشريعية، وحتى لا تكون هذه الميزة القانونية عاملاً يساهم في استفادة المنتفعين بها استفادة تفوق غيرهم من المواطنين الذين لا يتمتعون بها، كأن يؤدي ذلك إلى أن تكون حصصهم أكثر من غيرهم في المجالس التمثيلية.

ويستند التمييز الإيجابي إلى الدستور ذاته، حيث إن الدساتير الحديثة تضع على عاتق الدولة التزاماً إيجابياً بكفالة تمتع الأفراد بالحقوق والحريات التي اعترف لهم المشرع بها، وليس مجرد التزام سلبي فقط يتمثل في عدم الاعتداء من جانبها على هذه الحقوق والحريات، فتتص الدساتير عادةً على أن العدل ركيزة للنظام الاقتصادي، وأن التضامن الاجتماعي من الأسس التي يقوم عليها المجتمع، كما تنص على مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص لجميع المواطنين^١.

هذا وقد تكون الأداة القانونية التي تقرر التمييز الإيجابي، الدستور ذاته أو القانون أو حتى اللوائح، فقد يتضمن الدستور صوراً للتمييز الإيجابي، كما هو الحال في الدستور المصري، الذي يُقرر في مادته الخامسة عشرة على أن للمحاربين القدامى والمصابين في الحرب أو بسببها ولزوجات الشهداء وأبنائهم، الأولوية في فرص العمل وفقاً للقانون. وما تُقرره المادة السابعة والثمانون من تخصيص نصف مقاعد مجلس الشعب للعمال والفلاحين، وغيرها من النصوص الدستورية. كذلك وقد قرر الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥، في الفقرة رابعاً من المادة (٤٩)، على أن يستهدف قانون الانتخابات تحقيق نسبة تمثيل للنساء لا تقل عن الربع من عدد أعضاء مجلس النواب.

^١ - د. يسري العصار - التمييز الإيجابي ومدى اتفاه مع الدستور - مرجع سابق - ص ٣١.

كما يمكن أن يتقرر التمييز الإيجابي بواسطة القانون، ومثاله ما نص عليه القانون البحريني رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٦ بشأن رعاية وتأهيل وتشغيل المعاقين، حيث ينص في مادته (٥) على إعطاء المرأة المعاقة الحامل إجازة خاصة بمرتب كامل لا تحتسب ضمن إجازاتها الأخرى، إذا ما تطلبت حالتها ذلك، كما وتنص المادة (٧) على منح المعاق مخصصات إعاقة شهرية، وتنص المادة (٨) على أن تعفى من الرسوم والضرائب بأنواعها الأدوات والأجهزة التأهيلية والطبية والتعليمية والتقنية والتعويضية اللازمة للمعاقين، كذلك وتنص المادة (١١) من القانون على التزام أصحاب العمل الذين يستخدمون خمسين عاملاً فأكثر، استخدام من ترشحهم وزارة العمل من المعاقين، وذلك بما لا يقل عن اثنين في المائة من مجموع عدد العمال.

وتطبيقاً لفكرة التمييز الإيجابي قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بعدم دستورية القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٨٩، بفرض ضريبة على مرتبات العاملين المصريين في الخارج، ومما أسست عليه المحكمة قضاءها أن القانون المطعون فيه قد حدد لكل درجة وظيفية ضريبة ثابتة نص عليها في صلبه، وأن الشاغلين لهذه الدرجة يتفاوتون فيما بينهم فيما قد يحصلون عليه من دخل لقاء عملهم خارج مصر، وأن هذا التباين في مقدار المال المحمل بالضريبة، لازمه أن مراكزهم القانونية غير متماثلة بالنسبة إليه، فإن إخضاعهم جميعاً لضريبة واحدة ثابت مبلغها، يعتبر مناهضاً لمبدأ المساواة أمام القانون^١.

ونستخلص من هذا الحكم بأن على المشرع ليس فقط الامتناع عن تقرير معاملة غير متساوية للمراكز القانونية المتماثلة، وإنما يتمتع عليه أيضاً تقرير معاملة واحدة للمراكز القانونية التي تتباين فيما بينها، فعليه أن يضع في الاعتبار عدم المساواة الفعلية بين أصحاب المراكز القانونية التي ينظمها، حتى تحقق قواعد المساواة القانونية، فيما تعنيه من تقرير معاملة قانونية واحدة للمراكز القانونية المتماثلة، وإذا ما تباينت هذه المراكز، يجب أن تحقق المعاملة القانونية لهم مفهوم العدالة، وليس منها إخضاع أوعية الضريبة المتباينة لضريبة ثابتة.

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم (٤٣) لسنة ١٣ قضائية - جلسة ٦ ديسمبر ١٩٩٣ - موقع المحكمة الدستورية العليا، وانظر في تفصيل الرقابة الدستورية على التشريعات الضريبية، د. رمضان صديق محمد - منهج المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على التشريعات الضريبية - المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان بشأن دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري - ٣٠ - ٣١ مارس ١٩٩٨ - ص ٨٧ - ١٢٨.

وفي قضاء صريح لها أقرت المحكمة الدستورية العليا المصرية بدستورية نظام التمييز الإيجابي، فقد حكمت برفض الدعوى بعدم دستورية المواد (٩، ١٠، ١٥، ١٦) من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين، المعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٨٢، حيث تقرر هذه المواد تخصيص نسبة ٥% من مجموع عدد العاملين بكل وحدة من وحدات الجهاز الإداري للدولة والهيئات العامة والقطاع العام، للمعوقين الحاصلين على شهادات التأهيل.

وقد أسست المحكمة قضاءها بدستورية قانون تأهيل المعاقين، الذي يعطيهم مزايا قانونية، بأن كثيراً من الوثائق الدولية منحت المعاقين الرعاية التي يقتضيها إنماء قدراتهم، وبأن المعوقين مواطنون ينبغي منحهم من الحقوق ما يكون لازماً لمواجهة ظروفهم الذاتية التي لا يملكون دفعها، وتعينهم بها على مواجهة مسؤولياتهم.

مبينة المحكمة بأنه وإن صح القول بأن تقرير أولوية لبعض المواطنين على غيرهم في مجال العمل، لا يجوز إلا بناء على نص في الدستور، إلا أن استخدام المعوقين داخل كل وحدة من وحدات الجهاز الإداري للدولة من خلال تخصيص عدد من وظائفها لا يزيد عن ٥% من مجموع عدد العاملين بكل وحدة -لا يعتبر تقريراً لأولويتهم على من عداهم- ذلك أن الأولوية في مجال العمل تعني في المقام الأول، أن يتقدم أصحابها على غيرهم من العاملين، مستأثرين من دونهم بالوظائف الشاغرة، فلا يلج أبوابها أحد ليزاحمهم فيها، أو يتقاسمها معهم، بل ينفردون بها، ويتصدرون شغلها، ليكون احتكارهم لها واقعاً حياً، معزراً بقوة القانون، ومتضمناً استبعاد غيرهم من أن يطلبوا لأنفسهم نصيباً منها، مادام أن من يتقدمونهم قانوناً، ما برحوا غير مستوفين لاحتياجاتهم الوظيفية بكاملها. ولا كذلك تخصيص حصة للمعوقين مقدارها ٥% من مجموع عدد العاملين، ذلك أن المعوقين، لا يتقدمون على غيرهم لاستيفاء حصتهم هذه -التي لا يتحدد نطاقها إلا بنسبتها إلى مجموع العاملين في تلك الوحدة- وهو ما يعنى أن لهم نصيباً في مواقع العمل الشاغرة لا يستغرقها، ولا ينحى من سواهم عنها، بل يطلبونها إلى جانبهم، ومعهم.

وقد ذهبت المحكمة في حيثياتها إلى أن ما قرره القانون من مزايا للمعاقين لا يعتبر تمييزاً جائراً منهيّاً عنه دستورياً، ذلك أن النصوص المطعون عليها لا تفاضل بين المعوقين وغيرهم لتجعلهم أشدّ بأساً، أو أفضل موقعاً من سواهم، ولكنها تخولهم تلك الحقوق التي يقوم الدليل جلياً على عمق اتصالها بمتطلباتهم الخاصة، وارتباطها بأوضاعهم الاستثنائية، لتُعيد إليها توازناً اختل من خلال عوارضهم. وتلك هي العدالة الاجتماعية التي حرص الدستور على صونها لكل مواطن توكيداً لجدارته بالحياة اللائقة. يدعم ما تقدم أن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منطوياً على تقسيم أو تصنيف classification أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا التي يمنحها لفئة دون غيرها. ويتعين دوماً لضمان اتفاق هذا التنظيم مع الدستور، أن تتوافر علاقة منطقية rational relationship بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع في موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقاً لبلوغها، فلا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع، عن أهدافها، بل يجب أن تعد مدخلاً إليها. بما مؤداه: أن المزايا التي منحها المشرع للمعوقين من خلال النصوص المطعون عليها لا يمكن فصلها عن أوضاعهم، ولا عن الأغراض التي توخاها من خلال فرص العمل التي مكنهم منها^١.

ونخلص من ذلك إلى أن الأصل هو تقرير مبدأ المساواة، فيما يعنيه من تقرير معاملة قانونية واحدة للمراكز القانونية المتماثلة، ويرد عليه جواز التمييز بين الأفراد في بعض الصور التي تقوم على أسس موضوعية، تستند إلى اعتبارات المصلحة العامة، شريطة أن تكون المعاملة المختلفة قادرة على الوصول إلى الغايات المراد تحقيقها منها، بأن تكون العلاقة بين التشريع والأغراض قائمة على رباط منطقي ومقبول.

^١ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا - قضية رقم (٨) لسنة ١٦ قضائية - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - موقع المحكمة الدستورية العليا.

❖ الخاتمة (النتائج والتوصيات):

تناولتُ في هذه الدراسة، مبدأ التناسب في التشريع والرقابة على دستوريته، فاستعرضتُ في الفصل التمهيدي، مفهوم السلطة التقديرية للمشرع باعتبارها الأصل العام في ممارسة المشرع لاختصاصه التشريعي، وتُثار فيها رقابة التناسب في التشريع. وتناولتُ في الفصل الأول، ماهية التناسب في التشريع وتمييزه عن غيره من المفاهيم، وذلك من حيث المفهوم العام للتناسب وتطبيقاته، ومفهوم التناسب في نطاق القانون الدستوري، وتمييز التناسب عن المفاهيم القريبة منه.

واستعرضتُ في الفصل الثاني، موقف الفقه من الرقابة الدستورية على التناسب في التشريع، من حيث بيان الاختلاف الفقهي بشأن رقابة التناسب، والأساس الفقهي للرقابة الدستورية على التناسب في التشريع، وما إذا كانت نظرية الانحراف التشريعي تمثل هذا الأساس، أم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير. أما الفصل الثالث، فاستعرضتُ فيه موقف القضاء الدستوري المقارن وأدواته الفنية المستخدمة في رقابة التناسب، ومن ثم بيان الضوابط الدستورية لالتزام المشرع بمبدأ التناسب بحسب المجالات الحيوية التي يُثار فيها.

وأخلصُ من دراسة مبدأ التناسب في التشريع والرقابة على دستوريته، إلى جملة من النتائج والتوصيات، أستعرضها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

١- إن السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع، ليست مطلقة من كل قيد، بل هي سلطة قانونية تهدف إلى منح المشرع حرية المفاضلة بين البدائل المختلفة، من أجل التوصل إلى البديل المناسب والأكثر وفاءً بمتطلبات التشريع وتحقيقاً للمصلحة العامة. فإذا لم تسفر مباشرة هذه السلطة عن تحقيق التناسب في التشريع، فإنه يمكن القول بأن مباشرة المشرع لسلطته التقديرية لم تتم على النحو المقرر دستورياً، لذلك فإن القضاء يعمل على الحد من هذه السلطة من خلال المبادئ الدستورية، ومثالها مبدأ التناسب.

٢- يتعلق مفهوم التناسب في التشريع ببعدين اثنين، هما أولاً: التناسب داخل التشريع، من حيث الصلة بين مكونات التشريع الداخلية وما يقوم عليه من أركان موضوعية، لا سيما مدى قدرة النصوص التشريعية على تحقيق الغايات المتوخاة، وثانياً: التناسب الدستوري، من حيث العلاقة بين التشريع والنصوص والمبادئ الدستورية التي تحكمه، كذلك تحقيق التوافق بين مقاصد المشرع من النصوص القانونية العادية ومقاصد المشرع الدستوري.

٣- يُعتبر التناسب مبدأً قانونياً عاماً، استخلصه القضاء الإداري والدستوري، فضلاً عن أن رقابة التناسب تمثل أداة مثالية وفعالة للتوسع في الرقابة الدستورية، ضماناً للحقوق والحريات العامة، وحماية للمشروعية الدستورية الواردة في الوثيقة الدستورية، وفي تلك المبادئ العامة التي يفرزها الدستور والمستخلصة منه. وهذه الرقابة تُساهم في تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد وحرياتهم من جهة ومقتضيات صون المصلحة العامة من جهة أخرى.

٤- من الأهمية بمكان التمييز بين الملاءمة والتناسب، وعدم الخلط بينهما، فرغم وقوعهما في إطار السلطة التقديرية للمشرع، إلا أنهما لا يتقاسمان الحكم نفسه، من حيث الأصل العام في خروج السلطة التقديرية للمشرع عن مظلة الرقابة الدستورية. فالملاءمة تُعتبر حقاً خالصاً للمشرع، لا تمتد يد القاضي الدستوري إلى رقابتها، فيخرج وفقاً لذلك عن رقابة القاضي الدستوري، تقدير المشرع لمدى الحاجة للتشريع، وتقدير تدخله بالتشريع، أو عدم تدخله، واختيار الوقت والظروف الملائمة للتدخل. وهذه الملاءمة بطبيعة الحال لا تستغرق كامل مظاهر السلطة التقديرية الممنوحة للمشرع، إنما هناك جزء من هذه السلطة يخضع للرقابة الدستورية، وهو الجزء المتعلق بالتناسب. ومن ثم خضوع الحلول التي اختارها المشرع للرقابة الدستورية، للكشف عن مدى صلتها بالغايات المستهدفة، ومدى توافقها مع الأحكام والمبادئ الدستورية.

٥- يستخدم القاضي الدستوري عبارات متنوعة عند رقابته على التناسب، فبالإضافة إلى مصطلح التناسب، يستخدم المعقولية والمنطقية والضرورة والتوازن والقبول، كمعايير

يجب مراعاتها في التشريع حتى يكون ملتزماً بمبدأ التناسب، فإذا ما توافرت هذه المعايير التي تدل على الالتزام بمفهوم التناسب، يكون التشريع دستورياً، وإلا تحكم المحكمة بعدم الدستورية.

٦- يتحقق القاضي الدستوري من خلال نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، من مدى مراعاة مبدأ التناسب في تقديرات المشرع، ولا يعني ذلك أن هناك حلاً معيناً أكثر تناسباً من غيره، يجب على المشرع اتخاذه والالتزام به، فإن هذا يؤدي إلى أن سلطة المشرع مقيدة وليست تقديرية، وإنما التزام المشرع بمبدأ التناسب، يُقصد منه عدم وقوعه في خطأ يؤدي إلى حصول تفاوت وإخلال ظاهر من حيث التقدير، يمس بمبدأ من المبادئ الدستورية، المتعلقة بالموضوع محل التنظيم.

٧- يُمارس القاضي الدستوري رقابته على التناسب في التشريع من خلال عملية التفسير الواسع الذي يقوم به تمهيداً لإصدار حكمه في الدعاوى الدستورية. فيقوم بتفسير التشريع، ويحدد معانيه ومفاهيمه، ويحلل مكوناته، كما ويُفسر النصوص الدستورية، ويستحضر الأحكام والمبادئ التي تحكم موضوع التشريع، ليُجري عملية التقييم والتقدير للحلول التي اختارها المشرع، وما جاءت به من قيود، ومدى وفائها بتحقيق الأغراض المرجوة.

٨- يفرض مبدأ التناسب على المشرع -بالنسبة لتنظيم الحقوق والحريات العامة- تحقيق التوازن بين المصالح والاعتبارات المتقابلة والمتعارضة، كالمصلحة الخاصة والمصلحة العامة، وحقوق الأفراد وسلطة الدولة، والمصالح المتعارضة للأفراد أنفسهم، دون مصادرة الحق أو الحرية، أو الانتقاص منها، أو تقييدها على نحو يفقدها قيمتها أو فعاليتها، بدعوى حماية غيرها من المصالح. إنما ينبغي إجراء التوازن والتوفيق بين المصالح المتقابلة، بما يكفل حماية وضمن متطلبات المصلحة العامة من جهة، وحقوق الأفراد وحرياتهم من جهة أخرى.

٩- يفرض مبدأ التناسب على المشرع -بالنسبة لنصوص التجريم والعقاب- مراعاة قاعدتي الضرورة والتناسب، باعتبارهما معياراً متكاملًا، في نصوص التجريم والعقاب. فلا

يجوز تجريم إلا الأفعال الضرورية التي تُهدد أمن المجتمع والأفراد وسلامتهم، وتعتدي على حقوقهم، وفق قاعدة الضرورة الاجتماعية. كذلك ولا يجوز ترتيب إلا العقوبات الضرورية، والمتناسبة من حيث الشدة مع الفعل المُجرم، وذلك لمجابهة هذا الفعل، بما يكفل تحقيق غايات التجريم، بما لا يتعدى تحقيق الردع العام والخاص.

١٠- يفرض مبدأ التناسب على المشرع -بالنسبة لتطبيق مبدأ المساواة- عدم التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة، بغير توافر الأسس الموضوعية والغايات المشروعة، التي تُبرر هذا التمييز. فلا يُفسر مبدأ المساواة بعدم جواز التمييز المطلق، فلا يُقصد به تحقيق المساواة الحسابية، إنما يجوز للمشرع وفق سلطته التقديرية المغايرة في المعاملة القانونية، إذا ما تباينت المراكز القانونية للأفراد، أو أن يكون الاختلاف في المعاملة، من أجل تحقيق مصلحة مشروعة يُقدرها المشرع، وذلك بشرط أن يكون الاختلاف في المعاملة، قائماً على معايير وشروط موضوعية، ومتناسبة من حيث التوافق والارتباط بين النصوص التشريعية، والغايات المتوخاة من تقرير المعاملة المختلفة.

ثانياً: التوصيات:

١- يجب على المشرع في إطار ممارسته سلطة التقدير، أن يُراعي أن تكون اختياراته للحلول المتعلقة بالتشريع محل التنظيم، هي أكثرها تناسباً للوفاء بالأغراض المتوخاة من التشريع، وأن يوازن ويوفق بين المصالح المتقابلة، من أجل كفالة المصالح الأجدر بالرعاية، دون إهدار غيرها من المصالح.

٢- أهمية توسيع نطاق الرقابة الدستورية، لتشمل رقابة التناسب، على نحو أكثر صراحة، وأكثر تطبيقاً لا سيما في المجالات الحيوية التي تستلزمها، وذلك نظراً لمرونة النصوص الدستورية، واتساع سلطة المشرع التقديرية، مما يستلزم عدم تقليص المحكمة الدستورية البحرينية، لسلطانها الرقابية، بذريعة خروج سلطة المشرع التقديرية عن رقابتها الدستورية.

٣- ينبغي على القاضي الدستوري، وهو بصدد رقابة دستورية القوانين بشكل عام، ورقابة التناسب بشكل خاص، أن يضع في اعتباره أن التشريعات التي يراقبها، ليست من صنع

البرلمان وحده، باعتباره المُعبر عن الإرادة الشعبية، إنما هي تمت بمشاركة السلطة التنفيذية كذلك، التي تُساهم وفقاً للدستور في عملية التشريع، من خلال المبادرة بتقديم مشاريع القوانين، وصياغة اقتراحات القوانين، والمشاركة في المناقشات. الأمر الذي يتطلب وضع العوامل المؤثرة في عمل البرلمان في الاعتبار، ومن ثم أن تكون رقابة التناسب أكثر فاعلية، لضمان حماية حقوق الأفراد وحياتهم.

٤- ينبغي أن يُمارس القضاء الدستوري رقابته بحياد تام، فلا يميل إلى جانب المشرع أو السلطة التنفيذية، فيُفرط في أمر الرقابة على الحلول التشريعية، كما لا يميل إلى الإفراط في إحلال تقديراته محل تقديرات المشرع. فيجب أن تكون الرقابة الدستورية، في الحدود اللازمة لحفظ المشروعية الدستورية، وحماية حقوق الأفراد وحياتهم.

٥- أهمية التوسع في تفسير الدستور، وما يترتب عليه من استخلاص المبادئ الدستورية التي تحكمه، من خلال استظهار الضوابط والقيود التي تُشكل ضماناً لحقوق الأفراد وحياتهم، فلا تقف الرقابة الدستورية عند حد المقابلة الحرفية بين النصوص التشريعية والنصوص الدستورية، وإنما تمتد الرقابة لتشمل رقابة التناسب بين اختيار الحلول من جانب المشرع، للتأكد من عدم الاصطدام مع مبدأ دستوري مُستخلص من مجموع النصوص الدستورية. فلا تتوقف القيود والضوابط الدستورية على ما جاءت به الوثيقة الدستورية من نصوص فحسب، إنما هناك مبادئ وحقوق أصبحت ذات قيمة دستورية حتى ولو لم يتم النص عليها صراحة في الدستور، وذلك نظراً لتطور مفهوم الدستور.

٦- يجب أن تكون رقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع، رقابة منطقية ومعقولة وغير تحكمية، مُلتزمة الحياد القضائي ومبادئ العدالة، وتُراعي القيود الذاتية على سلطة القاضي الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين، وأن تكون الرقابة مبنية على القواعد والمبادئ الدستورية، وذلك حتى لا تتحول هذه الرقابة إلى رقابة تحكمية مطلقة بلا قيود أو ضوابط.

تمت بحمد الله.

الباحث

قائمة المراجع

- القرآن الكريم.

أولاً: معاجم اللغة:

- (١) لسان العرب لابن منظور - الأجزاء السادس والحادي عشر والثاني عشر والرابع عشر - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٩٩٧.
- (٢) القاموس المحيط للفيروز آبادي - الطبعة الثالثة - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٩٩٣.
- (٣) المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية - الجزء الأول والثاني - الطبعة الثانية - بدون ناشر - بدون تاريخ.
- (٤) المنجد في اللغة والأعلام - الطبعة الأربعون - دار المشرق - بيروت - ٢٠٠٣.
- (٥) قاموس أكسفورد الحديث - مطبعة جامعة أكسفورد - ١٩٩٩.
- (٦) معجم اللغة العربية المعاصر - موقع المعاني الإلكتروني - www.almaany.com.
- (٧) المعجم الغني - موقع المعاني الإلكتروني - www.almaany.com.

ثانياً: الكتب القانونية العامة:

- (١) د. إبراهيم درويش - القانون الدستوري (النظرية العامة والرقابة الدستورية) - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الرابعة - ٢٠٠٤.
- (٢) د. إبراهيم عبدالعزيز شيجا - تشريعات الضرورة في دستور مملكة البحرين ودستور المملكة الأردنية الهاشمية (المراسيم بقوانين - القوانين المؤقتة) - إصدارات معهد البحرين للتنمية السياسية - ٢٠٠٨.

- ٣) د. أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية للحقوق والحريات - الطبعة الثانية - دار الشروق - القاهرة - ٢٠٠٠.
- ٤) د. أحمد فتحي سرور - القانون الجنائي الدستوري - دار الشروق - الطبعة الثانية - ٢٠٠٢.
- ٥) د. أشرف اللساوي - الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية - الطبعة الأولى - ٢٠٠٧ - المركز القومي للإصدارات القانونية.
- ٦) د. ثروت عبدالعال أحمد - حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٩.
- ٧) د. جورج شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠.
- ٨) د. حسام فرحات أبو يوسف - الحماية الدستورية للحق في المساواة (دراسة مقارنة بين النظام الدستوري المصري والنظام الدستوري الأمريكي) - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٤.
- ٩) حمد عمر حمد - السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها - أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض - ٢٠٠٣.
- ١٠) د. حمدي عطية مصطفى عامر - حماية حقوق الإنسان وحياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠١٠.
- ١١) د. خالد جمال أحمد حسن - مصادر الالتزام وأحكامه في القانون المدني البحريني - مطبوعات جامعة العلوم التطبيقية - الطبعة الأولى - ٢٠١١.
- ١٢) د. خيرى أحمد الكباش - الحماية الجنائية لحقوق الإنسان - دار الكتاب الحديث - ٢٠٠٢.
- ١٣) د. رمزي الشاعر - رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر - بدون ناشر - ٢٠٠٤.

- ١٤) د. رمزي الشاعر - القضاء الدستوري في مملكة البحرين - بدون ناشر - ٢٠٠٣.
- ١٥) د. رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦.
- ١٦) د. زحل محمد الأمين - مبدأ الشرعية في النظامين الدستوري والدولي - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١١.
- ١٧) د. زكي محمد النجار - فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧.
- ١٨) د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - الطبعة الأولى - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٤.
- ١٩) د. سامي جمال الدين - القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - منشأة المعارف - الطبعة الثانية - الاسكندرية - ٢٠٠٥.
- ٢٠) د. سامي جمال الدين - قضاء الملازمة والسلطة التقديرية للإدارة - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٠.
- ٢١) د. سليمان محمد الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) - الطبعة الثالثة - ١٩٧٨.
- ٢٢) د. سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - الطبعة الخامسة - دار الفكر العربي - ١٩٨٤.
- ٢٣) د. شاكور راضي شاكور - اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير الملزم - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تاريخ.
- ٢٤) د. طعيمة الجرف - مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون - مكتبة القاهرة الحديثة - ١٩٦٣.

- (٢٥) د. عادل الطبطبائي - الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية - مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت - ٢٠٠٠.
- (٢٦) د. عبد الحفيظ الشبمي - القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي - دار النهضة العربية - ٢٠٠١.
- (٢٧) د. عبد الحميد متولي - الوسيط في القانون الدستوري - الطبعة الأولى - دار المعارف - ١٩٥٦.
- (٢٨) د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠٠١.
- (٢٩) د. عبدالعزيز محمد سالمان - قيود الرقابة الدستورية - دار نهضة القانون - بدون تاريخ.
- (٣٠) د. عبد المجيد إبراهيم سليم - السلطة التقديرية للمشرع - دار الجامعة الجديدة - ٢٠١٠.
- (٣١) د. عمر محمد زائد - سلطة الدولة في تنظيم الحقوق - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٨.
- (٣٢) د. عوض المر - الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية - مركز رينيه - ٢٠٠٣.
- (٣٣) د. عيد أحمد الغفلول - فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤.
- (٣٤) د. غالب علي الدواودي - المدخل إلى علم القانون - الطبعة السابعة - دار وائل للنشر - عمان - ٢٠٠٤.
- (٣٥) د. فاروق عبدالبر - دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات - بدون ناشر - ٢٠٠٤.

- (٣٦) د. مجدي دسوقي محمود - المبادئ القضائية مصدر ذاتي للمشروعية - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠٠١.
- (٣٧) د. محمد رفعت عبدالوهاب - رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية) - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٨.
- (٣٨) د. محمد السناري - ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تاريخ.
- (٣٩) د. محمد سيد أحمد محمد - التناسب بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية مع التطبيق على ضباط الشرطة والموظف العام - المكتب الجامعي الحديث - ٢٠٠٨.
- (٤٠) د. محمد شنه - قانون العقوبات البحريني (القسم العام) - مطبوعات جامعة البحرين - الطبعة الثانية - ٢٠٠٦.
- (٤١) د. محمد عبدالحميد مسعود - إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري - الطبعة الأولى - بدون ناشر - ٢٠٠٧.
- (٤٢) د. محمد عبداللطيف - التصحيح التشريعي - دار النهضة العربية - ١٩٩١.
- (٤٣) د. محمد عصفور - مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع - الجزء الأول - المطبعة العالمية - القاهرة - ١٩٥٧.
- (٤٤) د. محمد فهم درويش - الشرعية الدولية لحقوق الإنسان بين سيادة السلطة وحكم القانون - الطبعة الأولى - بدون ناشر - ٢٠٠٧.
- (٤٥) د. محمد فؤاد عبدالباسط - ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٢.
- (٤٦) د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (دراسة تطبيقية في مصر) - الجزء الأول - دار أبو المجد - ٢٠٠٦.

- ٤٧) د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته (دراسة تطبيقية في مصر) - الجزء الثاني - دار أبو المجد - ٢٠٠٦.
- ٤٨) د. محمود نجيب حسني - الفقه الجنائي الإسلامي - كتاب إلكتروني - موقع المؤلف.
- ٤٩) د. مصطفى أبو زيد فهمي - الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٥.
- ٥٠) د. مصطفى أبو زيد فهمي - النظم السياسية والقانون الدستوري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ٢٠٠٦.
- ٥١) د. منير عبدالمجيد - أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠١.
- ٥٢) د. وجدي ثابت غبريال - التظلم في أوامر الاعتقال أمام محكمة أمن الدولة العليا - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩١.
- ٥٣) د. يحيى الجمل - القضاء الدستوري في مصر - دار النهضة العربية - ٢٠٠٦.

ثالثاً: الرسائل العلمية:

- ١) د. أحمد كمال أبو المجد - الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري - مكتبة النهضة المصرية - القاهرة - ١٩٦٠.
- ٢) أمجد جهاد عياش - ضمانات المساءلة التأديبية للموظف العام - رسالة ماجستير - جامعة النجاح الوطنية - فلسطين - ٢٠٠٧.
- ٣) أمزيان جعفر - مبدأ التناسب والأضرار الجوارية في النزاعات المسلحة - رسالة ماجستير - جامعة مولود معمري - الجزائر - ٢٠١١.

- ٤) د. بدر محمد عادل محمد - الرقابة القضائية على القرارات الإدارية في مملكة البحرين - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٠.
- ٥) د. خليفة سالم الجهمي - الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - ٢٠٠٩.
- ٦) د. راغب جبريل سكران - الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة - رسالة دكتوراه - المكتب الجامعي الحديث - ٢٠٠٩.
- ٧) د. شعبان أحمد رمضان - ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين - رسالة دكتوراه - جامعة أسيوط - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠.
- ٨) د. عبدالعزيز محمد سالمان - رقابة دستورية القوانين - رسالة دكتوراه - دار الفكر العربي - الطبعة الأولى - ١٩٩٥.
- ٩) د. عصام عبدالوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ١٩٧٠.
- ١٠) د. عماد الدين عبدالله الوقاد - الانحراف بالسلطة القضائية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ٢٠٠٧.
- ١١) د. محمد مصطفى حسن - السلطة التقديرية في القرارات الإدارية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٧٤.

رابعاً: الأبحاث المنشورة في الدوريات العلمية:

- ١) د. أحمد فتحي سرور - مبدأ المساواة في القضاء الدستوري - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الثاني - السنة الأولى - أبريل ٢٠٠٣.

- (٢) د. أحمد كمال أبو المجد - دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الثاني - السنة الأولى - أبريل ٢٠٠٣.
- (٣) د. إدريس العلوي العبدلاوي - موازنة بين الدستورية والمشروعية - بحث منشور في مجلة اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية - حلقات نقاشية ١٨/١٧ ديسمبر ٢٠٠٥ - معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية - طباعة ٢٠٠٨/٢٠٠٩.
- (٤) د. أشرف توفيق شمس الدين - الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية العليا - الجزء الأول - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الثالث عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.
- (٥) د. جابر جاد نصار - الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - العدد التاسع والستون - ١٩٩٩.
- (٦) د. رمزي الشاعر - ضوابط ووسائل تفسير النصوص ذات الطبيعة الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا - بحث منشور في مجلة الدستورية - عدد خاص (آراء فقهية في الرقابة الدستورية) - مارس ٢٠٠٩.
- (٧) د. رمضان صديق محمد - منهج المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على التشريعات الضريبية - المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان بشأن دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري - ٣٠ / ٣١ مارس ١٩٩٨.
- (٨) د. سامي جمال الدين - القرار الإداري والسلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة بين دولة الإمارات ومصر وفرنسا - بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون بجامعة الإمارات - العدد الثالث - يوليو ١٩٨٩.
- (٩) سليم سلامة حتاملة - رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الإدارية - بحث منشور في مجلة جامعة جرش للبحوث والدراسات - المجلد العاشر - العدد الثاني - ٢٠٠٦.

١٨) د. عبدالفتاح عبدالحليم عبدالبير - الغلو في الجزاء في مجال التشريع - بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الأول - السنة الثالثة والأربعون - يناير/مارس ١٩٩٩ - العدد رقم (١٩٦).

١٩) د. عصام سليمان - إشكاليات الرقابة على دستورية القوانين - بحث منشور في الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني - المجلد ٦ - ٢٠١٢.

٢٠) د. عصام سليمان - تفسير الدستور وأثره على المنظومة الدستورية - بحث منشور في مجلة دراسات دستورية التي تصدرها المحكمة الدستورية بمملكة البحرين - المجلد الأول - العدد الأول - يوليو ٢٠١٣.

٢١) د. عيد أحمد الحسبان - فعالية مبدأ المساواة في تقييد عمل السلطة التشريعية - بحث منشور في مجلة المنارة للبحوث والدراسات - جامعة آل البيت - المجلد ١٦ - العدد ٦ - ٢٠١٠.

٢٢) د. قيس جمال الدين - الحقوق في الدستور العراقي الدائم ٢٠٠٥ - بحث منشور في مجلة الدراسات الدولية - جامعة بغداد - المجلد ١٠ - العدد ٣٨ - ٢٠٠٨.

٢٣) لندة يشوي - السلطة التقديرية ومفهوم الملاءمة كامتياز من امتيازات الإدارة - بحث منشور في مجلة الحقوق بجامعة الكويت - السنة الرابعة والثلاثون - العدد الثاني - يونيو ٢٠١٠.

٢٤) د. محمد إسماعيل علم الدين - التزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقه والقضاء الفرنسي - بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية - الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية - السنة الثالثة عشرة - العدد الثالث - ديسمبر ١٩٧١.

٢٥) د. محمد عبدالله الركن - التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة - بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات - العدد الثامن - نوفمبر ١٩٩٤.

٢٦) د. محمد عصفور - ضوابط التأديب في نطاق الوظيفة العامة - بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية - السنة الخامسة - العدد الأول - ١٩٦٣.

(٢٧) محمود سلامة جبر - التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء (دراسة مقارنة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري) - بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الثالث - السنة الخامسة والثلاثون - يوليو/سبتمبر ١٩٩١.

(٢٨) د. محمد مصطفى حسن - تطور الرقابة على دستورية القوانين (تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ١٩٩٤/٦/٢٠ في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية دستورية - بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الثاني - السنة الثالثة والأربعون - أبريل/يونيو ١٩٩٩ - العدد رقم ١٧٠.

(٢٩) د. مروان المدرس - الضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة في دستور مملكة البحرين - بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة البحرين - المجلد الخامس - العدد الثاني - يوليو ٢٠٠٨.

(٣٠) د. مصلح الصرايرة - مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة - بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانون - المجلد ٢٥ - العدد الأول - ٢٠٠٩.

(٣١) د. يسري محمد العصار - رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الثامن عشر - موقع المحكمة الدستورية العليا.

(٣٢) د. يسري العصار - التمييز الإيجابي ومدى اتفاقه مع الدستور - بحث منشور في مجلة الدستورية - العدد الخامس - السنة الثانية - أبريل ٢٠٠٤.

(٣٣) د. يسري محمد العصار - منهج القاضي الدستوري في التقييد الذاتي لسلطته في الرقابة على الدستورية (دراسة في القانونين المصري والكويتي) - بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الأول - السنة الحادية والخمسون - يناير/مارس ٢٠٠٧ - العدد رقم ٢٠١.

خامساً: المراجع الإنكليزية:

- 1) Gerards JH.- Proportionality review in European law- www.ivr-enc.info.
- 2) Imer B. Flores - Proportionality in Constitutional and Human Rights Interpretation - Research Paper No. 13-005 - 2013 - <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1168>.
- 3) Eric Engle - The history of the general principle of proportionality: An overview - Research Paper -<http://scholarship.law.georgetown.edu>.
- 4) Alice Ristoph - Proportionality as a Principle of Limited Government - Research Paper No. 05-19 - <http://ssrn.com/abstracts=851624>.
- 5) Christoph Engel - The Constitutional Court (applying the proportionality principle) as a subsidiary authority for the assessment of political outcomes – 2001 – <http://papers.ssrn.com/abstract=296367>.

سادساً: أحكام المحاكم الدستورية:

- (١) أحكام المحكمة الدستورية البحرينية.
- (٢) أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية.

Thesis Summary

In this study we addressed the subject of The Principle of Proportionality in the Legislation & Monitoring its Constitutionality "comparative study". This study is divided into three chapters, preceded by an introduction and a preliminary chapter, followed by a conclusion containing the findings and recommendations. In the preliminary chapter, we reviewed the concept of discretion power of the legislator considering it as the basic source for exercising legislative specialty, and within the extent of control over the principle of proportionality in the legislation. This chapter is divided into three sections, in the first chapter we reviewed legislator discretion concept, in the second chapter we differentiate between legislator discretion and nearby concepts, and in the third chapter we dealt with discretion and restriction field in legislation elements.

In the introductory chapter, we end up with legislature discretion power is the freedom to intervene or not to intervene in the organization of a particular topic, choosing the time of the intervention, and freedom to differentiate in accordance to logical basics between alternatives packed to provide different solutions for the same subject, and all revolves in the frame of public welfare, to choose from the least restrictive to the rights to organization and the deepest linked with legislation objectives.

Consequently, the first chapter of the dissertation, we discussed the concept of proportionality in the legislation and the difference from other concepts, we also divided it into three sections, in the first section we reviewed the general concept of proportionality and its applications, in the second section we the reviewed the concept of proportionality in the extent of constitutional law, in the third section we differentiate between proportionality in the legislation and the neighboring concepts. We concluded that proportionality in general is the association or the relationship between one thing and another, and requires logical and reasonable relationship, achieving a balance between opposing considerations. In regard to the concept of proportionality in the field of constitutional law, it applies to two dimensions .i.e. proportionality in

the legislation, in terms of the link between the components of the legislation and the objectivity of its elements, it should be associated with proportional and logical relationship between the tools represented in legislation subject matter and the required intent. The second aspect is the constitutional proportionality, in terms of relationship between legislation and governing constitutional terms and principles, and the need for making a balance between achieving public good, which represents the purpose of legislation on one hand, and the protection of individuals rights and freedoms on the other.

In the first chapter we concluded that the discretion of legislation proportionality scope, is considered part of discretion power exercised by legislator, which is a part of all, where proportionality does not take the full scope of legislator discretion power, as this power includes other elements e.g. legislator's judgment-independent without restriction, as is the case of discretion for legislative intervention or non-intervention, or choosing the time for the intervention, and the legislation appropriateness for the surrounding circumstances.

The second chapter of our study, we reviewed the attitude of jurisprudence of constitutional control on the principle of proportionality in the legislation, we divided this chapter into three sections, in the first section we focused on jurisprudence difference on constitutional monitory on the principle of proportionality in the legislation, but the second and the third sections reviewed ways through which you can have control over the principle of proportionality, and adapt the legal nature to the flaw, which affects the disproportion in legislation, we reviewed in second section, the theory of legislative deviation, in the third section, the theory of apparent error in the discretion.

We concluded in this chapter to the fact that a jurisprudential differences exist concerning the extent of control over the principle of proportionality in legislation, as a control mean over legislature discretion power, one opinion went to non-recognition of the monitory over the principle of proportionality in legislation, considering it falls within political expediency elements which is legislature-independent,

another jurisprudential opinion went to suggest, the need to recognize the judge constitutional supervision over the principle of proportionality in legislation, as it resembles a general principle of constitutional principles, in addition to the fact that proportionality control represents a tool for achieving balance between protecting individual rights and freedoms on the one hand and meeting the requirements of the public interest on the other.

We concluded that legislation deviation control is raised because of legislator enjoys discretion power, and touches its drawback the intent point, where legislator aiming at agendas contradict with objectives of the Constitution and oppose the objectives for which he was granted this power by the constitution. The apparent error control in the discretion is also raised because the legislator enjoys discretion power, and we saw it is considered a means to control the proportionality scope of the means used with the targeted purposes, when the intervening of the legislator leads to compromising a constitutional principle or exceed the organization framework to prejudice to the rights and freedoms of individuals. If the proportionality becomes clearly defective, the legislation then invalid, but if the lack of proportionality was within the acceptable limits imposed by legislator' freedom in discretion, the legislation is safe against the judgment of unconstitutionality.

The third chapter of our study, we reviewed the opinion of constitutional Jurisdiction and controls regarding the control over the principle of proportionality, we divided it into four sections, the first was the attitude of the comparative constitutional judiciary and its technical tools in the control of proportionality, in the following sections we clarified the constitutional controls to compel legislator to the principle of proportionality, as concluded by the constitutional judiciary, according to the vital areas in which they raised. In the second section we reviewed the constitutional controls to compel legislator to proportionality when organizing rights and freedoms, and in the third section, the constitutional controls to compel legislator to proportionality concerning the scripts of criminalization and punishment, and in the fourth section, the constitutional controls to

compel legislator to proportionality concerning the application of the principle of equality.

In this chapter, we concluded that the comparative constitutional judiciary endorsing his right in controlling the principle of proportionality, through his own technical tools used because of revising constitutional claims, such as interpretation and discretion, and the following of concluding constitutional principles governing the dispute issue. We have seen in the context of constitutional controls for the commitment of the legislator to the principle of proportionality, that the legislator, when organizing rights and freedoms, should be committed to the provisions of the Constitution and the international legitimacy of human rights, and commitment to the organization of the right or freedom and not to seize or compromise or reduce its effectiveness under the guise of regulation. In addition, to that, the legislator when develops the texts of criminalization and punishment, should take into account the necessity and proportionality controls, where criminalization should have a social necessity, and that punishment should be proportional and reasonable with the committed act. The legislator should adhere to proportionately concerning applying equality principle, which it is not considered a breach of the principle, a report of different legal treatment for various legal centers, or for a reason based on public interest, if all was consistent with the purpose envisaged by the law.

UNIVERSITY OF BAHRAIN

College of Law



Public Law Department

**The Principle of Proportionality in the Legislation
& Monitoring its Constitutionality
"Comparative Study"**

A Thesis Submitted as Part of the Requirements for Achieving a Master's Degree
In the public law (constitutional law)

Submitted by

Ali Abdullah Jassim Hussain Al-Aradi

Bachelor of Law, University of Bahrain, Kingdom of Bahrain, 2006

Supervised by

Dr. Marwan Mohamed Al-modars

Assistant Professor of Public Law

University of Bahrain

KINGDOM OF BAHRAIN

March 2014