كلية الحقوق
جامعة القاهرة

حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها

رسالة مقدمة

من الباحثة
إيناس كمال كامل
مدرس مساعد بقسم القانون العام
كلية الحقوق – جامعة القاهرة

لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

لجنة الحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور / محمد محمد بدران رئيساً
أستاذ القانون العام كلية الحقوق – جامعة القاهرة
الأستاذ الدكتور المستشار / جمال ندا عضواً
رئيس مجلس الدولة
الأستاذ الدكتور / يسري محمد العصار مشرفاً وعضواً
أستاذ القانون العام كلية الحقوق جامعة القاهرة
الاستاذ الدكتور جابر جاد نصار مشرفاً وعضواً
أستاذ القانون العام ورئيس جامعة القاهرة

يناير 2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رَبَّنَا لاَ تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلاَ تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلاَ تُحَمِّلْنَا مَا لاَ طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنتَ مَوْلاَنَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ

صَدَقَ اللهُ العَظيم

البقرة : 286

اهداء

إلى

زوجي العزيز الذي كان لي خير معين

وإلى

ابنتي الغاليتين نور وفرح ...

نورا حياتي في السراء ومبعثا الفرح في الضراء

وإلى

روح والدتي الغالية ... التي وإن كانت قد توارت تحت الثرى

إلا أن روحها دائمًا معي تؤنسني وتواسيني ، والتي أدين لها بكل نجاح وصلت إليه

–

شكر و تقدير

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنتهدي لولا أن هدانا الله ... وصلاة وسلامًا على سيدنا محمد خير خلق الله.. وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهداه.

بداية فإني أتوجه بالشكر إلى خالقي ومولاي أن أعانني ووفقني إلى إعداد هذه الرسالة وإنجازها وأمدني بالصبر والعزم حتى الإنتهاء منها، راجية من الله أن يجعلها في ميزان حسناتي وأن تكون علمًا ينتفع به.

ولئن وفقني الله إلى إكمال رحلتي البحثية وألهمني فيها بالنتائج واستنباط المعلومات وحملني في ذلك مسئولية الأمانة العلمية وتوصيل الرسالة لتحقيق الهدف المرجو منها فإنى لم أكن لأصل إلى ذلك لولا أن وفقني الله الى أساتذتي الأفاضل الذين لم يضنوا علي بالعون والتوجيه والوقت والجهد واستلهمت من علمهم الغزير فكرًا ساعدني في إخراج هذه الرسالة الى حيز الوجود.

لذا فإني أتوجه اليهم جميعًا بالشكر والعرفان على ما بذلوه من أجل النهوض بي والوقوف على أعتاب الفكر القانوني، راجية من الله عز

وجل أن يثيبهم عني أجزل الثواب وأن يفيد بعلمهم وغزير معرفتهم مزيد من الأجيال القادمة بإذن الله ومشيئته.

وأخص بالذكر أستاذي الفاضل الدكتور جابر جاد نصار أستاذ القانون العام بكلية الحقوق ورئيس جامعة القاهرة لتفضله بقبول الإشراف على هذا البحث حيث لم يضن عليّ طوال رحلتي العلمية بفيض معلوماته وكان يستقطع من وقته الثمين ليجعلني أنهل من عظيم خبراته ومعرفته رغم كثرة أعبائه وانشغال وقته وكان لي نعم الأب العطوف الحريص على ابنائه والمحفز لهم لكي ينالوا أعلى المراتب والدرجات، فجزاه الله عني خير جزاء وألهمه الصبر على مسؤولياته الجسام وجعله الله لمصر ذخرًا.

كما أخص بالشكر أستاذي الفاضل الدكتور يسري محمد العصار أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة الذي حظيت بشرف إشرافه على هذه الرسالة فكان نعم العالم الفاضل والمتابع الحريص، الذي خصني بالرعاية والتوجيه كلما استلزم الأمر، وكانت لأفكاره وتوجيهاته العلمية كبير الأثر في خروج هذا البحث في صورته النهائية التي هو عليها.

وأتوجه بخالص شكري وتقديري البالغ الى من تفضل عليّ بواسع كرمه، فقبل مشكورًا الاشتراك في لجنة المناقشة والحكم على هذه الرسالة، فكان مبعث سعادة وفخرًا لي ، أستاذي الدكتور محمد محمد بدران استاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة، العالم الذي يعرف قدره العلماء.

كما اتقدم بخالص الشكر والتقدير والامتنان للأستاذ المستشار الدكتور جمال ندا رئيس مجلس الدولة والذي يعتبر مرجعًا من مراجع القانون العام في الوطن العربي، على تكرمه بقبوله الاشتراك في لجنة المناقشة والحكم على الرسالة، وأن أحظى بتوجيهاته وملاحظاته وعطائه العلمي.

و ختامًا فإني أتوج باقة شكري بدعائي لله تعالى أن يجعلني عند حسن ظن كل من شرفني بقبول الإشراف والمناقشة لهذا البحث، وأن ينال جهدي رضائهم ويحوز إعجابهم، وهو مهما بذل فيه قليل من كثير فيض علمهم الغزير.

–

مقدمة

يحتل الدستور باعتباره حجر الزاوية في بناء دولة القانون المرتبة الأولى في التدرج القانوني، ويعلو على غيره من القواعد القانونية، لذا يلزم أن تأتي كافة الأعمال وسلطات المشرع والإدارة وتصرفات الأفراد مطابقة لأحكامه إعمالاً لمبدأ سمو الدستور الذي يرتبط بمبدأ المشروعية ويعتبر أحد مظاهره.

ومن مقتضيات هذا المبدأ الأخير، خضوع جميع السلطات العامة في الدولة وكذلك المواطنين للقوانين المعمول بها في الدولة، وكذلك يتعين أن يخضع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى حتى يكون هناك تدرج في التشريع، وتكون التشريعات القانونية التي يتكون منها البناء القانوني للدولة متآلفة وليست متناقضة.

ولتحقيق هذا التآلف بين التشريعات القانونية يجب أن تأتي جميعها متفقة مع أحكام الدستور على اعتبار أنها أسمي وأعلى القواعد القانونية في الدولة وأنها تأتي في المرتبة الأولى من التشريعات وفقا لمبدأ سمو الدستور. ونتيجة لهذه الأهمية التي يتمتع بها الدستور فيجب أن يتم تنفيذه، والا فلن يكون للدستور معنى ولا لمبدأ سموه، فلا أهمية للدستور إذا جاز لسلطات الدولة وأجهزتها انتهاك نصوصه دون جزاء. وإذا تساءلنا عن كيفية كفالة سمو الدستور واحترام أحكامه، لأجبنا وفق المستقر عليه أن الرقابة على الدستورية تعد بلا خلاف في مقدمة الوسائل الفنية التي ابتكرها العلم الدستوري لحماية مبدأ الشرعية، وفضلا عن ذلك فإنه يجب على السلطات جميعها – بما فيها السلطة التشريعية – أن تلتزم حدود الدستور، وتعد هذه الوسيلة الثانية التي يمكن أن يتحقق لها حماية الحقوق والحريات الفردية من عدوان تلك السلطات عليها.

فللجهة القائمة على الرقابة الدستورية على القوانين دور إنشائي هام

يتجاوز كثيراً حدود التطبيق الحرفي لنصوص الدستور، فعملية الرقابة على دستورية القوانين ليست عملية حسابية أو آلية بحيث يوضع نص القانون في مواجهة الدستور فيظهر على الفور مدى التطابق بينهما، أو بمعنى أخر ليس معنى دستورية القانون، أن يأتي مطابقاً تماماً للنص الدستوري بالمعنى الحرفي، ولكن يتعين فقط أن يكون القانون متفقا مع روح النص الدستوري وغير متعارض مع أحكامه وأهدافه.

ومن المهم - نتيجة لأهمية موضوع الرقابة على دستورية القوانين، وكذلك أهمية الدور الذي تقوم به جهات الرقابة - أن نتحدث عن ضوابط هذه الرقابة وآثارها، حيث يتعين وجود حدود وضوابط معينة تكفل ممارسة الرقابة في إطارها الصحيح تلافيا للصراعات السياسية مع السلطات العامة سواء السلطة التشريعية أم السلطة التنفيذية، وتجنبًا للدخول مع أي منها في معركة قد تؤدي إلى النيل من الرقابة وتقليصها وربما القضاء عليها كلية، لذلك فان الالتزام بتلك الضوابط خير كفيل لتثبيت مبدأ الشرعية وتفعيل الرقابة على الدستورية وتأمينها من الهزات التي قد تتعرض لها نتيجة إسراف القضاء في الرقابة واصطدامه بغيره من السلطات.

واذا كانت الرقابة على دستورية القوانين تعد أحد التطبيقات لرقابة القاضي الدستوري؛ المحكمة الدستورية العليا في مصر والمجلس الدستوري في فرنسا، فهناك العديد من التطبيقات الأخرى لهذه الرقابة ومنها الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع في مجالات عدة من بينها رقابة الملاءمة ورقابة التناسب في التنظيم التشريعي للحقوق السياسية وفي مجال الحريات الشخصية والتنظيم التشريعي للحريات الفكرية والقوانين المنظمة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية وكذلك السلطة التقديرية للمشرع في تنظيم حق الأفراد في

التقاضي دفاعا عن حقوقهم وحرياتهم.

وإذا كان المستقر عليه تمتع المشرع بسلطة تقديرية في إصدار القوانين، إلا انه في مقابل ذلك يتعين عليه التزام حدود هذا التقدير. فالسلطة التقديرية الممنوحة له ليست سلطة مطلقة ولكنها سلطة مقيدة بعديد من المعايير والضوابط: إذ يتعين على المشرع – أولاً: عندما يقوم بالمفاضلة بين اكثر من قانون، أن تكون هذه المفاضلة وفق أسس منطقية بين بدائل متعددة تقدم حلولاً مختلفة للموضوع الواحد، وثانياً: أن يكون الهدف من هذه البدائل جميعها هو المصلحة العامة، وثالثاً: فإنه يتعين على المشرع أن يختار من هذه البدائل اقلها تقييدا للحريات والحقوق الشخصية، فلا يكون مناط التقدير انحرافا أو تحكما، وإنما هو إعمال العقل بشأن حلول مختلفة يقيمها المشرع تقييما موضوعيا مجرداً من مظاهر الافتعال أو التحكم.

وإذا تحققت الضوابط المشار إليها في القائم على الرقابة الدستورية، فلا يجوز في هذه الحالة أن يُقال بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تحل نفسها محل المشرع فيما يراه صواباً، ذلك لأن جهة الرقابة لا تقدم للمشرع بديلاً تراه هي أكثر ملاءمة وأجدر قبولاً، وإنما تحرص هذه الجهة على تحقيق هدفين، يقوم الأول منهما على تحديد الأغراض النهائية التي توخاها المشرع من التنظيم التشريعي المطعون فيه، بينما ينصبُّ الثاني على النظر في الوسائل التي استخدمها المشرع لتحقيق هذه الأغراض. وعلى ضوء هذين الهدفين من الرقابة، لا يعتبر عمل المشرع موافقا للدستور، ما لم تتوافر علاقة ترابط بين بين النص القانوني الصادر وهدف هذا النص، وذلك بشرط ألا يكون الدستور قد قيّد المشرع بفرائض حددها له بحيث لا يجوز له أن يختار أي بديل عنها يراه أكثر ملاءمة، فلو صدر نص أو قانون يخالف تلك الأهداف تعين عندئذ

إبطال ذلك النص أو القانون أيا كان قدر أو مدى اتصاله بأهدافه من عدمه.

ومن القيود المفروضة على السلطة التقديرية للمشرع أنه يتعين علـه أن يستخدم سلطته التقديريـة فـي الحـدود المرسـومة لهـا فيهـدف بهـا إلـى تحقيـق المصلحة العامة دون أن يحيد بها عن هذا الغرض والا أصبح تشريعه معيبا بـالانحراف متعينـا إبطالـه، فـالانحراف التشـريعي يـدور مـع السـلطة التقديريـة للمشرع، فهو عيب قصدي يصيب غاية مصدر القانون فينحرف بغايته عن الصالح العام لتحقيق أغراض ذاتية، تكون في الغالب غير مشروعة.

ومن ضوابط السلطة التقديرية المفروضة على المشرع أيضا أن يقوم المشرع بتنظيم الحقوق والحريات العامة وان يكفل من خلال هذا التنظيم الحماية التي نص عليها الدستور لهذه الحقوق والحريات، فاذا امتنع المشرع عن تنظيم هذه الحقوق والحريات من خلال التشريعات، أو نظمها بصورة قاصرة بإغفال تنظيم أحد جوانبها مما يؤدي إلى الحد من فعالية الموضوع محل التنظيم كان ذلك إخلالا بالضمانات الدستورية لهذه الحقوق وتلك الحريات.

وقد ثار جدل واسع في الفقه حول رقابة القاضي الدستوري للإغفال التشريعي والذي يأخذ أحد صورتين الصورة الأولى تتحقق عندما يُغفل المشرع تنظيم موضوع ما نص الدستور على ضرورة تنظيمه وهو ما يسمى بالإغفال الكلي، والصورة الثانية أن ينظم القانون مسألة معينة، ولكن يأتي تنظيمه بصورة قاصرة فلا يتناول بالتنظيم كافة جوانب هذه المسالة وهو ما يسمى بالإغفال الجزئي.

أما بخصوص موقف القضاء من رقابة الإغفال التشريعي، فنجد أن بعض الأنظمة الدستورية قد أعطت لجهات الرقابة على دستورية القوانين حق

الرقابة على الإغفال التشريعي، ومن أمثله ذلك دستور البرتغال والمجر، أما المحكمة الدستورية العليا في مصر فقد ذهبت إلى أن الالتزام المفروض على السلطة التشريعية بعدم إغفال وضع نص معين نص عليه الدستور (الإغفال الكلي)، يعد التزاماً سياسياً ليس التزاماً قانونياً، وبالتالي لا تمتد إليه رقابة القضاء، أما في حالة تنظيم المشرع لموضوع ما ولكن بصورة قاصرة، أي عدم تنظيم كافة جوانب الموضوع (الإغفال الجزئي)؛ فقد قررت المحكمة فرض رقابتها على هذه الصورة من صور الإغفال[1].

ويقترب موقف المجلس الدستوري الفرنسي من موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر؛ حيث إتجه المجلس الدستوري إلى مد رقابته على الإغفال التشريعي من خلال رقابته على عدم الاختصاص السلبي للمشرع حيث يرى أن الإغفال التشريعي من أهم صور عدم الاختصاص السلبي للمشرع[2].

وفيما يتعلق برقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، فهي من الموضوعات الهامة والصعبة في الوقت نفسه؛ حيث ظل الفقه الدستوري السائد يردد بأن الرقابة القضائية منذ نشأتها الأولى، وعبر مراحلها وتطورها التاريخي، رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة، والتطورات المتلاحقة والعميقة التي أصابت قضاء الدستورية سواء في مصر أو فرنسا تدفعنا إلى معاودة النظر فيما استقر عليه الفقه التقليدي من تحديد حدود الرقابة على دستورية القوانين بمشروعيتها دون ملاءمتها، وتدعونا إلى الاعتراف بأن

---

[1] انظر د. عبد العزيز محمد سالمان – رئيس هيئة المفوضين – رقابة الإغفال في القضاء الدستوري www.startimes.com

[2] انظر في هذا المعنى د. عبير حسين السيد، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 2009م، ص399.

الرقابة على الملاءمة قد أصبحت في الوقت الحاضر حقيقة واقعية في قضاء الدستورية لا سبيل إلى إنكارها[1].

إشكالية البحث: -على ضوء ما تقدم يثير هذا الموضوع أمام من يلج سبيل البحث فيه العديد من التساؤلات الهامة والمعقدة: فاذا كان المشرع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فما هي ضوابط وآليات عملها؟ وهل التزام المشرع بعدم مصادرة الحقوق أو الانتقاص منها مطلق أم مشروط؟ وهل له في حالات معينة أن يتجاوز القيود المقررة بموجب مبدأ حجية الأحكام أو ان يحصن بعض أعماله ضد الرقابة القضائية؟ وإلى أي حد يلتزم المشرع بالتناسب والمعقولية عند ممارسة السلطة التقديرية؟ وكيف يتسنى للمشرع مراعاة الالتزام بتحقيق المصلحة العامة دون المساس بالحقوق والحريات الفردية؟ وهل يتنافى التزام المشرع بعدم التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة مع استخدامه لسلطته التقديرية؟

وفي السياق ذاته يثور التساؤل عن الحدود المقررة لسلطة المشرع في التدخل وعدم التدخل بالتشريع ومدى خضوع ممارسة هذه السلطة للرقابة القضائية؟ ما من شك في أن استخدام المشرع لسلطته في التدخل بالتشريع قد يؤدي به إلى الانحراف عن الهدف الذي ابتغى أو النتيجة التي توقع أو حتى عن الموضع الذي سعى لمعالجته ولذا يثور التساؤل عن ماهية الانحراف التشريعي وخصائصه؟ وعن موقف الفقه من هذه النظرية؟ كما يثور التساؤل عن رقابة الإغفال التشريعي وموقف الفقه والقضاء منه ودور الأخير في معالجة هذه الإشكالية؟ ولا تقف المشاكل القانونية التي يثيرها هذا الموضوع

---

(1) انظر د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1997، ص228.

عند هذا الحد إذ تثار أمام الباحث إشكالية الرقابة الدستورية على سلطة المشرع في تقدير ملاءمات إصدار التشريع وما يستتبعه من تساؤلات عن بيان ماهية هذه النظرية ومدى إمكان الرقابة القضائية على ضرورة إصدار التشريع من عدمه وما إذا كان ممكنًا ممارسة الرقابة على البواعث أمام المحاكم الدستورية؟

أسباب اختيار الموضوع والصعوبات التي واجهت الباحث ومنهج البحث:

لقد كان الدافع وراء اختياري هذا الموضوع بالبحث والدراسة هو أهميته وحساسيته وكثرة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية العديد من القوانين التي تصدرها سلطة اللائحة التشريعية. فمنذ إنشاء المحكمة الدستورية العليا في عام 1979م وحتى عام 2000م، أي خلال احدى وعشرون عاما، أن عدد الأحكام التي أصدرتها المحكمة بعدم الدستورية، بمتوسط ما يقرب من ستة نصوص قانونية سنويا. ولقد ازداد اللجوء لهذه المحكمة العليا في السنوات الأخيرة التي عاصرت ثورة يناير وما تبعها من صدور دستورين متعاقبين كان للمحكمة الدستورية العليا أحكاما تستحق التحليل والدراسة. وما من شك في أن تعاقب الدساتير بالسرعة التي رأينها يمثل عقبة عملية وأكاديمية فبدء العمل بدستور ما ثمَّ تعطيله بعد عام من إصدارة ما كان ليعطي القضاء الدستوري فرصة إعمال قواعده وما كان ليعطي الباحث بالتبعية مكنة تقييم رقابة الدستورية

وللتوصل إلى ذلك اتبع الباحث المنهج التحليلي حيث لا نبتغي الوقوف على الجوانب النظرية إنما سنسعى قدر الطاقة إلى الاستعانة بكافة ما يصل إلينا من سوابق وأحكام قضائية في مصر وفي العديد من الأنظمة القانونية الأخرى خاصة النظام القانوني الفرنسي وكذلك النظام القانوني الخاص