رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري

(دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في بعض الأنظمة)

إعداد

أ.د / جورجي شفيق ساري

أستاذ القانون العام- رئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق- جامعة المنصورة (سابقا)

المستشار القانوني للهيئة العامة للبيئة بدولة الكويت

ومستشار الهيئة العامة للصناعة ومؤسسة البترول الكويتية (سابقا)

تقديم

كان الدافع وراء اختيار هذا الموضوع للبحث والكتابة فيه، هو من ناحية، أهميته وحساسيته، ومن ناحية أخرى، كثرة الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية العديد من النصوص، والتي توصلت إلى مائة وعشرين نصاً، منذ إنشاء المحكمة الدستورية العليا فى شهر سبتمبر من عام ١٩٧٩ وحتى شهر سبتمبر من عام ٢٠٠٠، أي خلال ٢١ عاماً، بمتوسط يقترب من ستة نصوص سنوياً، وهو معدل ليس بالقليل. ومنها نصوص تتعلق بتشكيل مجلس الشعب ذاته، فقضت المحكمة الدستورية العليا ببطلان هذا التشكيل كنتيجة طبيعية للحكم بعدم دستورية نص المادة التي استند إليها التشكيل، مما ترتب عليه صدور قرارات بحل المجلس من رئيس الجمهورية بعد استفتاء الشعب كما ينص الدستور، وذلك ثلاث مرات خلال ذات الفترة.

وندخل بهذا البحث الدخول في جوهر عملية الرقابة ذاتها، ولمحاولة التعرف على كل ما يتعلق بهذه العملية من الداخل.

ويركز البحث على العملية الذهنية التي تتم في عقل القائم على هذه الرقابة، والأدوات الفكرية التي يستخدمها في التحليل الذهني، وعملية التطابق والتنافر بين الأشياء المتقابلة، بل والمتصارعة التي تعرض عليه، والتي يتعين ويتحتم عليه أن يقطع في النزاع حولها، ويفصل فيه بحكم نهائي يحسم الخلاف ويضع حداً له، يحترمه ويلتزم به الجميع، وبالذات سلطات الدولة المختلفة.

وحاولت جاهداً أن أوضح معالم هذا الموضوع وأحدد ملامحه، ليجد كل من يثور بذهنه تساؤلاً حوله، إجابة لتساؤله.

ونعترف بانه قد صداف هذا البحث صعوبات كثيرة في معالجة هذا الموضوع، لعل أشدها عدم وجود مراجع في الموضوع. وقد ترددنا بين عدة مناهج للبحث، وبين عدة خطط لتناول الموضوع، وتحديد النقاط الرئيسية له.

ونرجو أن يعيننا الله ويوفقنا في تحقيق الهدف من تناول هذا الموضوع.

خطة البحث

سوف نتناول بحث الموضوع من خلال فصل تمهيدي، وأربعة أبواب:

الفصل التمهيدي: تحديد مفهوم التناسب وتمييزه

الباب الأول: إشكالية وصعوبات رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري

الباب الثاني: المختص برقابة التناسب ودوره وجوهر عمله ومرجعياته في نطاق القانون الدستوري

الباب الثالث: مجال رقابة التناسب ومحلها في نطاق القانون الدستوري

الباب الرابع: مدى رقابة التناسب وحدودها في نطاق القانون الدستوري

الفصل التمهيدي

تحديد مفهوم التناسب وتمييزه

يتعين علينا في البداية أن نحدد مفهوم التناسب، وأن نميزه عن غيره من الأفكار القانونية الأخرى التي قد تتداخل معه أو تختلط به.

ونتناول ذلك في مبحثين:

المبحث الأول: تحديد مفهوم التناسب

المبحث الثاني: تمييز التناسب (التناسب والملاءمة)

المبحث الأول

تحديد مفهوم التناسب

نقوم بتحديد التناسب من الناحية اللغوية، ثم من الناحية الفنية القانونية.

أولاً – مفهوم التناسب من الناحية اللغوية:

لفظ التناسب: **La proportionnalité**

يعنى في اللغة الفرنسية علاقة أو صلة تامة بين شيء وآخر. أو علاقة بين الأجزاء بعضها والبعض، وبينها وبين الكل(١) ومفهوم هذه العلاقة هي أنها علاقة مناسبة(١).

---

(١) راجع: Dictionnaire littré, Monte Carlo, 1968, Tome 3.

والتناسب فى اللغة العربية من أصل كلمة نسب، والنسب يعنى القرابة. وانتسب واستنسب، أي ذكر نسبة. وناسبه شركة في نسبه(٢). يقال بينهما مناسبة، ويقال ناسب الأمر أو الشىء فلاناً أى لاءمه ووافق مزاجه.

والنسبة تعنى الصلة، وفى الرياضة تعنى نتيجة مقارنة إحدى كميتين من نوع واحد بالأخرى، والمقدار المنسوب، ويقال بالنسبة إلى كذا أى بالنظر والإضافة إليه.

وتناسب الشيئان يعنى تشاكلاً. والتناسب يعنى التشابه، وفى الرياضة يعنى تساوى نسبتيه(٣).

ثانياً – مفهوم التناسب من الناحية الفنية القانونية:

المعنى الإصطلاحى أو الفنى أو القانونى للتناسب هو عبارة عن الصلة بين سبب الشىء ومحله.

ففى القرار الإدارى نعنى بالتناسب الصلة بين سبب القرار ومحله أو موضوعه. وعلى سبيل المثال، صدور قرار بتوقيع جزاء على موظف لارتكابه مخالفة تأديبية. فتكون الصلة بين المخالفة التى ارتكبها – وهى السبب فى القرار الإدارى هنا، أى الحالة الواقعية والقانونية التى جعلت الإدارة تقوم بإصدار القرار – والجزاء الموقع – وهو المحل أو الموضوع فى القرار الإدارى هنا، أى الأثر القانونى الذى يترتب على إصدار القرار والذى تريد الإدارة إحداثه من وراء إصدار القرار – تكون هذه الصلة ومدى توافق المحل مع السبب وتقارب كل منهما للآخر، هذا هو التناسب، ففى المثال

=

(١) راجع: Petit larousse illustré, Paris 1987, P. 814.

(٢) قاموس لسان العرب، لابن منظور، ٤٧ دار المعارف، ص ٤٤٠٥.

(٣) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، ١٤٢٠ هـ – ١٩٩٩ م ، ص ٦١٢ .

المذكور يكون هناك تناسباً فى القرار الصادر إذا كان محله يتوافق مع سبب، فتوجيه إنذار كجزاء تأديبى يتناسب مع تأخر الموظف فى الحضور والتوقيع على كشف الحضور، أو انصرافه قبل موعد الإنصراف المحدد فى القوانين واللوائح والقرارات. وعلى النقيض من ذلك، فصل الموظف كجزاء تأديبى لا يتناسب مع مثل هذه المخالفة المنسوبة إليه.

ولا يتحقق التناسب أيضاً إذا كانت المخالفات المنسوبة إلى الموظف هى مخالفات جسيمة كالرشوة أو الاختلاس أو سوء السلوك مع الرؤساء أو الزملاء فى العمل أو مع الجمهور، وكان الجزاء مجرد التنبيه أو الإنذار، ففى مثل هذه الحالات يفتقر القرار إلى عنصر التناسب فيه، بسبب الخطأ الظاهر أو الواضح أو الفاضح فى التقرير L'erreur manifeste d'appréciation كما يسميه القضاء الإدارى الفرنسى (١) أو بسبب الغلو، كما يسميه القضاء الإدارى المصرى(٢).

وفى التشريع نعنى بالتناسب العلاقة بين سبب التشريع ومحله. أى مدى التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التى جعلت السلطة المختصة تفكر فى إصدار تشريع معين لتنظيم وحكم هذه الحالة، وبين محل أو موضوع التشريع ذاته، أى الأثر القانونى المراد تحقيقه من وراء إصدار مثل هذا التشريع.

---

(١) راجع : D. LAGASSE, L'erreur manifeste d'appréciation en Droit administratif, Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration, Thèse, Bruyland, Bruxelles, 1986.

(٢) انظر على سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦١/١١/١١، السنة السابعة قضائية، رقم ٥٦٣، ص ٢٧ .

ويتعين أن يتحقق هذا التوافق والتقارب، أى التناسب.

وعلى سبيل المثال إذا أصدرت السلطة التشريعية تشريعاً معيناً لتنظيم مسألة معينة فيتعين أن يتحقق التناسب فى هذا التشريع، أى التوافق بين سبب التشريع ومحله.

وفى مجال الدستورية، يعنى التناسب، التوافق بين أى نص – سواء صدر فى شكل قرار فردى أو لائحى، أو فى شكل تشريع – كأداة قانونية تستخدمها الدولة فى تنظيم موضوعات معينة، وبين حقوق وحريات الأفراد سواء المنصوص عليها صراحة فى الدستور أو المتضمنة فى المقومات والمبادىء الأساسية والقواعد والأحكام التى أتى بها الدستور.

والتناسب يتعلق فى جوهره بالتقدير، تقدير صانع القرار أو النص للعلاقة أو الصلة بين سبب القرار أو النص ومحله أو موضوعه، أى الأثر القانونى الذي يراد إحداثه من وراء إصداره.

وفى نطاق الدستور – وهو موضوع بحثنا هذا – نجد أن التناسب عملية مركبة، بل وفى غاية التعقيد، وتتعلق بعدة عناصر وجوانب واعتبارات.

فهى تتعلق أولاً بالصلة بين موضوع النص الصادر والمبادىء والأحكام الأساسية التى نص عليها الدستور.

وهي تتعلق ثانياً بالوسائل المستخدمة والغايات المستهدفة.

والرقابة على الدستورية، تنصب فى حقيقتها على تقدير السلطة مصدره التشريع لمثل هذه الصلة، ومدى تحقق التوافق بين النص الصادر والمعانى التى يقصدها الدستور وبقدر التقارب أو التباعد بين محل النص – أى الأثر القانونى له – وبين مقاصد المشرع الدستورى، تكون نتيجة الرقابة على الدستورية.

هذه النتيجة تكون أحد أمرين لا ثالث لهما، إما إقرار التوافق أى التناسب بين الأمرين، وبالتالى التأكيد على دستورية النص محل الرقابة، وإما إقرار التنافر أو التباعد أى عدم التناسب بينهما، وبالتالى القضاء بعدم دستورية النص محل الرقابة.

وكما هو واضح أن هناك تقدير لجهتين مختلفتين لذات النص. تقدير السلطة المختصة بإصدار النص، وهي إما السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية حسب الأحوال، وتقدير السلطة المختصة بالرقابة على الدستورية. وتقرير الأخيرة هو الذي يؤخذ فى الاعتبار، على أساس أنها هي السلطة المتخصصة فى الموضوع، وهي التي عينها الدستور لتكون أمينة على الحفاظ على دستورية النصوص الصادرة من السلطات الأخرى.

والمختص بالرقابة يمسك بيده ميزاناً حساساً، يضع فى كفتيه الأشياء المتقابلة، الدولة والعام والمصلحة العامة ووسائل الدولة وأهدافها فى كفة، والأفراد والخاص والمصلحة الخاصة والحقوق والحريات الشخصية فى الكفة الأخرى.

ومطلوب منه أن يقيم توازناً دقيقاً بين هذه الأشياء المتقابلة بل والمتعارضة، حتى لا يعوق الدولة عن تحقيق المصلحة العامة والوصول إلى أهدافها ولا يصيبها بالشلل من ناحية، وحتى لا يضحى بحقوق وحريات الأفراد الأساسية ولا يصادرها من ناحية أخرى.

وكما يبدو فإن هذه العملية هي عملية شاقة وحساسة ودقيقة ومعقدة وتحتاج إلى كثير من التأني والتأمل والبحث والدراسة، وإجراء كثير من التوازنات والمواءمات.

المبحث الثاني

تمييز التناسب (التناسب والملاءمة)

قد يختلط التناسب بغيره من المصطلحات الأخرى المستخدمة فى مجال القانون العام.

وأكثر هذه المصطلحات هو مصطلح الملاءمة. ويتعين التمييز بين المصطلحين نظراً لاختلاف مدلول كل منهما ولاختلاف الآثار التي تترتب على كل منهما.

فالتناسب La proportionnalité كما رأينا هو عبارة عن العلاقة والصلة بين السبب والمحل فى الأداة القانونية، سواء كانت قراراً إدارياً أو نصاً تشريعياً.

وفى جوهره هو عبارة عن التوافق والتواؤم بين هذين الركنين فى الأداة القانونية محل البحث. أما الملاءمة L'opportunité، فى اللغة الفرنسية، فهى من الأصل اللاتينى opportunitas، وتعنى صفة ما هو مناسب أو ملائم، ونقيضها inopportunité وتعنى فى غير محله contretemps(١).

أما فى اللغة العربية فهى من أصل كلمة لأَم، ولأَم الشىء – لأما أى أصلحه. ويقال لأم بين الشيئين، أى جمع بينهما ووفق.

لاءمه الأمر أى وافقه، ولاءم فلاناً أى وافقه. ولاءم بين الشيئين، أى جمع بينهما ووفق. والتأم الشىء أى انضم والتصق. ويقال التأم الرجلان أى اتفقا.

---

(١) راجع قاموس Petit ROBERT 1, S.N.L. Paris 1978, P. 1314.

وتلاءم الشيئـان أى اجتمعا واتصلا، وتـلاءم الكلام أى اتسـق وانتظم([1]).

ولاءم بين القوم ملاءمة أى أصلح وجمع. وإذا اتفقا الشيئان فقد التأما. ومنه قولهم هذا طعام لا يلائمنى، ولا تقل لايلاؤمنى لأنه من اللوم.

وفى الحديث "ليتزوج الرجل لمته" أى مثله وشكله، والهاء عوض عن الهمزة الذاهبة من وسطه([2]).

وتعنى اصطلاحاً فى اللغة القانونية توافق العمل القانونى مع ظروف الزمان والمكان والموضوع الذي يصدر فيها.

ففى نطاق القرارات الإدارية تعنى الملاءمة توافق القرار مع توقيت اتخاذه والظروف المختلفة التى يصدر فيها.

وفى مجال التشريعات تعنى الملاءمة توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى يصدر فيها.

والأصل أن المختص بإصدار القرار أو التشريع يتمتع بسلطة تقديرية فى هذا المجال، بمعنى أنه هو الذي يقرر أولاً إذا كان من الملائم إصداره أو عدم إصداره على الإطلاق، وإذا رأى ضرورة إصداره، فهو الذي يختار ثانياً التوقيت الملائم لإصداره، وإذا استقر على التوقيت الملائم لإصداره، فهو الذي يقرر أخيراً مدى ملائمة الظروف المحيطة لإصدار مثل هذا القرار أو التشريع.

فالملاءمة تتعلق بصلة العمل القانونى بظروف إصداره. أى هى عبارة عن علاقة بين الأداة القانونية وظروف استخدامها أو استعمالها.

---

(١) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التربية والتعليم، ١٤٢٠ هـ – ١٩٩٩ م ص ٥٤٨.

(٢) مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، باب اللام ٥٨٨ .

أمـا التناسـب فهـو – كمـا رأينـا – صـلة بـين العمـل القـانونى والمبـادىء والقواعد التى تحكمه، كما أنه صلة داخلية فى العمل القانونى بين بعض مكوناته أو أركانه وبالتحديد بين سببه ومحله، ويدخل فى هذه العلاقة أيضاً الغاية أو الهدف من ورائه.

والملاءمة والتناسب فى مجال القانون الإدارى تدخل فى إطار السلطة التقديرية Le pouvoir discrétionnaire للإدارة(١). فالقاعدة العامة فى هذا المجال هى أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة فى اتخاذ القرار أو عدم اتخاذه(٢)، هذا بالطبع إذا لم يفرض عليها القانون فى حالة معينة التزاماً باتخاذ القرار. والقاعدة العامة أيضاً فى هذا المجال هى أن الإدارة عندما تقرر اتخاذ قرار معين فإن لها سلطة تقديرية فى اختيار التوقيت

الملائم لاتخاذه، وذلك بالطبع إلا إذا حدد لها القانون توقيتاً معيناً لاتخاذه(٣). والقاعدة العامة كذلك فى هذا المجال هى أن الإدارة لها سلطة تقديرية فى اختيار أحد القرارات المتاحة أمامها، وهى تختار أنسب القرارات وفقاً للظروف الموجودة أمامها(٤)، هذا بالطبع إذا لم يفرض عليها القانون اتخاذ قرار معين بالذات فنكون هنا قد خرجنا من إطار السلطة التقديرية ودخلنا فى إطار السلطة المقيدة Le pouvoir lié.

---

(١) راجع فى ذلك : M. BULLINGER, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, Revue française d'administration, (RFDA). 1988. P. 438.

(٢) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٥ نوفمبر ١٩٥٥، السنة الأولى قضائية .

(٣) انظر حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٠ مايو ١٩٥٠، السنة الرابعة قضائية ص ٧٣٥ .

(٤) انظر حكم محكمة القضاء الإدارى، بتاريخ ٥ مارس ١٩٥٨، السنتان ١٢، ١٣ قضائيتان ص ٨٣.

وحتى فى إطار السلطة التقديرية للإدارة فى مجال القانون الإدارى، فإن تقدير الإدارة يخضع لرقابة القاضى المختص(١)، وذلك فى بعض عناصر القرار الإدارى، من ذلك مثلاً الوجود المادى للواقعات التى دفعت الإدارة إلى اتخاذ القرار، وكذلك صحة هذه الواقعات وتكييفها القانونى، أى إعطائها الوصف القانونى، وأيضاً وجود تعسف فى استعمال السلطة، وأخيراً الخطأ الواضح L'erreur manifeste (٢) أو الغلو فى التقدير .

والملاءمة والتناسب فى نطاق القانون الدستور، تدخلان أيضاً وبحسب الأصل فى نطاق السلطة التقديرية للمؤسسات الدستورية المختصة، ولكن هذه المؤسسات تمارس هذه السلطة فى إطار القواعد والضوابط التى رسمها الدستور نفسه، وبالتوافق مع المقومات والمبادىء الأساسية والأحكام التى تضمنها.

كما أن هذه المؤسسات تخضع فى استخدامها لهذه السلطة التقديرية لرقابة جهة محايدة للتأكد من احترام الضوابط الدستورية ولضمان توافق أداة استعمال هذه السلطة مع أحكام الدستور والمقومات التى وضعها، وأهمها وأظهرها الحقوق والحريات الأساسية للأفراد داخل المجتمع حتى لا تعتدى على حق صانه الدستور وحماه ولا تمس حرية كرسها الدستور وقننها. وحتى تحترم الضوابط التى وضعها الدستور.

وجهة الرقابة هنا تقوم بمحاولة تحقيق نوع من التوازن بين ما تقتضيه حماية حقوق وحريات الأفراد وما تتطلبه مقتضيات المصلحة العامة، وما تفرضه المسئوليات

---

(١) انظر د. سامى جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة.

(٢) راجع: A. DAHER, Le pouvoir discrétionnaire entre son passé, et son avenir Revue administrative, 1990, P. 242. P. DELVOLVE, Existe – t – il un contrôle de l'opportunité? In conseil Constitutionnel et conseil d'Etat, colloque Université Paris 2, 1988, P. 269.

والتبعات المنوطة بالدولة، حتى لا تتهاون فى مجال توفير الحماية اللازمة لحقوق وحريات الأفراد، ولا تضحى بالمصلحة العامة، ولا تعوق الدولة عن اضطلاعها بالمسئوليات والتبعات الملقاة على عاتقها.

وقد أقرت المحكمة الدستورية العليا فى مصر هذه المعانى فى أحكامها(١). بقولها إن:

الأصل فى سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيدها الدستور بقيود محددة، وأن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها.

إلا أن هذا لا يعنى (وهنا تظهر رقابة التناسب فى قضاء الدستورية) إطلاق هذه السلطة فى سن القوانين، دون التقيد بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور، ومن ثم فإن تنظيم المشرع لحق المواطنين فى الترشيح ينبغى ألا يعصف بهذا الحق أو ينال منه، أو يحرم منها طائفة من المواطنين.

فإن فعل المشرع ذلك فإنه يكون قد جاوز بذلك دائرة تنظيم تلك الحقوق. الأمر الذي يحتم إخضاعها لما تتولاه هذا المحكمة من رقابة دستورية.

فإن سلطة المشرع التقديرية فى اختيار النظام الانتخابى، تجد حدها فى عدم الخروج على القيود والضوابط والمبادىء التى نص عليها الدستور، وعدم المساس بالحريات والحقوق العامة التى كفلتها نصوصه(٢).

---

(١) انظر مثلاً، المحكمة الدستورية العليا، حكمها الصادر فى جلسة ١٦ مايو ١٩٨٧، قاعدة رقم ٧/٥، القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ قضائية "دستورية"، مجموعة الأحكام التى أصدرتها المحكمة من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونيو ١٩٩١، الجزء الرابع ص ٣١ وما بعدها .
وانظر كذلك حكمها فى ١٥ أبريل ١٩٨٩، قاعدة رقم ٢٧، القضية رقم ٢٣ لسنة ٨ قضائية "دستورية" ذات المجموعة، ص ٢٠٥.

(٢) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا، بتاريخ ١٩ مايو سنة ١٩٩٠ قاعدة رقم ١٨/٣٣، القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" المجموعة، الجزء الرابع، ص ٢٥٦ وما بعدها.

الباب الأول

إشكالية وصعوبات رقابة التناسب

فى نطاق القانون الدستورى

التناسب فى جوهره هو – كما سبق القول – صلة معينة بين عدة أشياء. وتحقيق التناسب بين الأشياء هو فى حقيقته عملية صعبة وشائكة ودقيقة.

والمختص بإصدار الأدوات القانونية المختلفة لتنظيم الأشياء أو للتنظيم بين الأشياء - سواء اتخذت هذه الأدوات شكل القرار أو القانون - يحاول عند إصداره لها أن يحقق التناسب بينها.

وعملية التناسب تخضع للرقابة من قبل المختص بها، وإذا كان تحقيق التوازن يعتبر بصفة عامة عملية شاقة ومعقدة فإن الرقابة عليها – خاصة فى نطاق القانون الدستور – تعتبر عملية شائكة وحساسة.

وفى هذا الباب نتناول بحث إشكالية عملية رقابة التناسب، وكذلك الصعوبات التى تعترض طريقها فى نطاق القانون الدستورى، وذلك فى فصلين:

الفصل الأول: إشكالية رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

الفصل الثانى: صعوبات رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

الفصل الأول

إشكالية رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

تكمن إشكالية الرقابة على التناسب فى مجال القانون الدستورى فى طبيعة الأشياء التى يراد تحقيق التناسب بينها. وهي أشياء تقف فى المواجهة بعضها للبعض الآخر.

فالمواجهة فى هذا الموضوع تكون بين أمرين أو شيئين: أحكام الدستور والحريات الشخصية للأفراد من ناحية، ومسئوليات الدولة والمصلحة العامة من ناحية أخرى.

وإشكالية الرقابة هنا تتمثل فيما يلي:

ضرورة تحقيق الاحترام الكافى لأحكام الدستور، وتوفير حماية فعالة لحريات الأفراد من ناحية، وضرورة السماح للدولة بالقيام بدور فعال والاضطلاع بمسئولياتها وتبعاتها وتحقيق المصلحة العامة.

هذان الجانبان يمثلان طرفا الإشكالية وجوهرها فى ذات الوقت. لأنه حتى يكون للدولة دور فعال، وحتى تستطيع الوفاء بالمسئوليات والأعباء الملقاة على عاتقها، وحتى تستجيب لمقتضيات المصلحة العامة، تحتاج لتحقيق كل هذا إلى مساحة حرية كبيرة نسبياً، ووسائل وأدوات بل وصلاحيات وسلطات كثيرة تستخدمها فى ذلك. وهنا تظهر المشكلة، لأن الدولة وهي بصدد قيامها بذلك قد تصطدم – بل وغالباً ما تصطدم – ببعض أحكام الدستور خاصة فيما يتعلق بحريات الأفراد.

والسؤال الذي يطرح فى هذه الحالة هو سؤال مكون من جزئين، وهو هل نضحي بأحكام الدستور وحريات الأفراد لنسمح للدولة بالقيام بدور فعال والاضطلاع

بأعبائها وتحقيق المصلحة العامة؟ أم أننا نضحي بدور الدولة الفعال وبالمصلحة العامة إذا اصطدم ذلك بضرورة احترام أحكام الدستور وحريات الأفراد؟

والحقيقة أن الإجابة بالإيجاب على أى جزء من هذين الجزئين فى هذا السؤال، تكون إجابة غير مقبولة.

أما الإجابة المقبولة فهى ضرورة تحقيق التوازن بين جانبى وطرفى الإشكالية، بحيث لا نضحي بأحدهما كلية على حساب الآخر، وإنما نحاول أن نقيم توازناً بينهما ونحقق نوع من التناسب.

ولكن كيف نضمن تحقق هذا التناسب وممثل أحد الطرفين – وهو الدولة – يملك الوسائل والأدوات والصلاحيات والسلطات، وممثل الطرف الآخر وهم الأفراد لا يملكون مثل هذه السلطات.

نضمن تحقق ذلك عن طريق الرقابة على عنصر التناسب فى الأدوات التى تستخدمها الدولة.

فتقدير الدولة لعنصر التناسب فى هذا الموضوع يخضع للتقييم من قبل جهة أخرى هى الجهة القائمة على الرقابة فى هذا المجال.

وتعتبر الرقابة فى هذه الحالة أداة توازن بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة فى إطار الرقابة على الدستورية.

Le contrôle de proportionnalité, instrument d'équilibre entre intérêts privés et intérêt général dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité(١).

(١) راجع: Georges XYNOPOULOS, Le contrôle de proportionnalité dans le contententieux de la constitutionnalité et la légalité en France, Allemagne, Angleterre, L.G.D.J. 1995, P. 117.

فإشكالية التناسب والرقابة عليها تتلخص فى الأشياء المتقابلة أو المتواجهة أو المتنافرة أو المتناقضة افتراضاً وهى:

الدولة والفرد	L'Etat et l'individu
العام والخاص	Le public et le privé
السلطة والحق	Le pouvoir et le droit
القيد والحرية	La striction et la liberté
المصلحة العامة والمصلحة الخاصة	L'intérêt général et l'intérêt privé

والتناسب يبدو – فى هذا السياق – باعتباره الأداة المثالية للتوفيق والمصالحة بين هذه الأشياء. فيه وفى ظله يُحَجّم القاضى بدقة متناهية الحدود والقيود المحتمل وضعها على الحقوق الشخصية بغرض الوفاء بالأهداف المبررة بأولويات المصلحة العامة. فالقاضى يقوم هنا بالحكم على، مدى جدوى وصلاحية هذه القيود فى إدراك وتحقيق الهدف المطلوب، ومدى ضرورة وضع هذه القيود موضع التنفيذ، وأخيراً مدى أهميتها النسبية بالنظر إلى المصلحة الشخصية المثارة أو موضوع القضية. كل ذلك بهدف الحكم على مدى جواز ومشروعية هذه القيود. فالتناسب، فى كل هذه الأشكال، وبالمفهوم الواسع، مرصود إذن ليقوم بالدور الحيوى لصمام الأمان، "لحد الحدود"، التى يمكن أن توضع للحقوق الشخصية المعترف بها بواسطة الدستور.

"Dans ce contexte, la proportionnalité apparait comme l'instrument idéal de leur conciliation. Sous son égide, les limitations éventuelles apportées aux droits subjuctifs, en vue de satisfaire au buts légitimés par les priorités d'intérêt général

seront minutieusement soupesées par le juge, qui portera un jugement sur leur, aptitude à atteindre le but recherché, sur la nécessité de leur mise en oeuvre, enfin sur leur importance relative par rapport à l'intérêt subjectif en cause, afin de se prononcer sur leur licéité. Sous tous ses aspects, la proportionnalité au sens large est donc appelée à jouer le rôle indispensable de soupape de sécurité, de "limité des limites" qui peuvent être apportées aux droit sujectifs reconnus par la constitution"(١).

(١) ذات المرجع السابق، ص ١١٧، ١١٨.

الفصل الثانى

صعوبات رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

تعتبر عملية الرقابة على التناسب فى نطاق القانون الدستورى، عملية صعبة ومعقدة. فالقائم عليها يمسك بميزان دقيق وحساس، ويضع على كفتيه عدة أشياء متقابلة ومتواجهة، ومطلوب منه تحقيق نوع من التوازن بين هذه الأشياء حتى لا تؤدى رقابته إلى ترجيح كفة على حساب الأخرى، فتبتعد الكفتان ويختل الميزان، مع ما يترتب على هذا الاختلال من آثار سلبية، لا تصيب فقط الأشياء الموجودة بالكفة التى كان الاختلال فى غير صالحها، ولكنها ستنال أيضاً الأشياء الموجودة فى الكفة الأخرى. وبعبارة أخرى فإن الأضرار الناجمة عن اختلال الميزان سوف تصيب الجميع، وتعود بالخسارة على الكل فى النهاية.

وتتعدد الصعوبات والعقبات التى تواجه عملية الرقابة على التناسب فى مجال القانون الدستورى. ولعل من أهمها، اختلاف مقتضيات ومتطلبات الأشياء المطلوب تحقيق التناسب بينها، واختلاف أسس التقدير لدى طرفى الميزان، وتداخل واختلاط وعدم وضوح معاني ومفاهيم المصطلحات القانونية المستخدمة وعدم ثباتها والاختلاف حولها، وصعوبة البحث فى الأصول المنطقية للأشياء والتباين حول المبادىء العلمية، وتشعب الموضوع واشتماله على عدة أمور واصطدام بعض مشتملاته بالبعض الآخر.

ونتعرض بالتوضيح لكل صعوبة من هذه الصعوبات.

أولاً – اختلاف مقتضيات ومتطلبات الأشياء المطلوب تحقيق التناسب بينها:

تعتبر أول وأكبر عقبة تواجه عملية الرقابة على التناسب فى مجال القانون الدستورى هو اختلاف مقتضيات ومتطلبات الأشياء الموجودة على كفتى الميزان، والمطلوب ممن يمسك بيده الميزان تحقيق التناسب بينها.

وهـذه الـصعوبة تمثـل فـى ذات الوقـت إشـكالية عمليـة الرقابـة التـى سـبق وشرحناها.فمقتضيات الصالح العام قد تصطدم – وفى الغالب تصطدم – مع متطلبات المصلحة الخاصة، والحفاظ على النظام العام قد يقتضى – وفى الغالب يقتضى – المساس ببعض حريات الأفراد(١). وتوفير الحماية للحقوق الشخصية قد لا يتفق – وفى كثير من الأحيان لا يتفق – مع ضرورات أمن المجتمع وسلامته(٢).

والمطلوب من القائم على الرقابة على التناسب أن يحقق التوازن بين مقتضيات كل هذه الأشياء حتى لا تكون الرقابة فى صالح جانب على حساب الجانب الآخر.

فمثلاً نجد أن متطلبات حرية التنقل قد تصطدم بمقتضيات أمن وسلامة المجتمع. ولذلك منح القانون فى ظل ظروف معينة – مثل حالة الطوارىء – الجهة المختصة سلطة اعتقال من تمثل حرية تنقله تهديداً أو خطراً على أمن المجتمع وسلامته(٣). ونجد أن سلطة التفتيش تصطدم بالحرية الشخصية للأفراد وحرمة خصوصياتهم ومساكنهم وممتلكاتهم(٤) ومراسلاتهم واتصالاتهم (٥). وأيضاً فإن سلطة رجال الضبط فى استيقاف الأشخاص لمجرد الاشتباه تصطدم بالحرية الشخصية وقرينة افتراض البراءة (٦) .

---

(١) راجع: L. FAVOREU et L. PHILIP, Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel, 6 e éd. Sirey, Paris 1991, P. 362.

(٢) راجع: Conseil constituionnel, no 80 – 127 DC des 19 et 20 Janvier, 1981.

(٣) راجع فى الاعتقال د. فتحى فكرى، الاعتقال – دراسة للمادتين الثالثة والثالثة مكرر من قانون الطوارىء، دار النهضة العربية القاهرة. وأيضاً د. صبرى محمد السنوسى محمد، الاعتقال الإدارى بين الحرية الشخصية ومقتضيات النظام العام، دراسة شاملة لمختلف أسباب الاعتقال فى كل من فرنسا ومصر والرقابة القضائية عليها، دار النهضة العربية القاهرة.

(٤) انظر: Conseil constitutionnel, no 76 – 75 DC du 12 Janvier, 1977.

(٥) انظر حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية فى ألمانيا، بتاريخ ٢٠ يونيو ١٩٨٤، مشار إليه فى Georges XYNOPOULOS, op. cit. P. 135 .

(٦) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر، بتاريخ ٢ يناير ١٩٩٣، قاعدة رقم ١٠، قضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية (دستورية" الأحكام التى أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٢ حتى آخر يونيو ١٩٩٣، الجزء الخامس، المجلد الثانى، ص ١٠٣.

ثانياً – اختلاف أسس التقدير لدى طرفى الميزان:

إن المعادلة الصعبة التى يثيرها موضوع التناسب ترجع أساساً إلى الاختلاف والتباين بين تقدير كل من طرفى هذه المعادلة.

ففى تقدير ممثل طرف المصلحة العامة إن الحفاظ على النظام العام وتحقيق الصالح العام قد يقتضي تحجيم الإطار الذى يتحرك فيه الأفراد لممارسة حرياتهم وتحقيق مصالحهم الخاصة بوضع بعض الحدود أو حتى القيود على ذلك. ولا يحول ذلك دون تحقق التناسب بين الأمرين، لأن النظام العام والصالح العام يعودان فى النهاية بالفائدة والنفع على الجميع وعلى الأفراد، أى على الكل والجزء، وبهذا يتحقق التناسب.

وعلى النقيض من ذلك فى تقدير ممثل طرف المصالح الخاصة أو حقوق وحريات الأفراد. فمن وجهة نظره إن تقليص أو إنقاص الإطار المخصص لحركة الأفراد داخل المجتمع لممارسة أنشطتهم وحرياتهم المختلفة يؤدى إلى إحداث اختلال فى التوازن المطلوب بين العام والخاص. وإن وضع حدود وقيود على حريات وحقوق الأفراد سوف يؤدى إلى الإضرار بالمصالح الخاصة. أما توسيع نطاق الحركة والحرية للأفراد سيؤدى إلى تحقيق المصالح الخاصة والتى تتكون من مجموعها المصلحة العامة. فالمصلحة العامة ما هى إلا المصالح الخاصة مجتمعة. وتجميع المصالح الجزئية ومصالح الأفراد يشكل ويكون فى ذات الوقت مصلحة الكل أو المجموع، والإضرار بالمصالح الخاصة يؤدى حتماً إلى الإضرار بالمصلحة العامة، وعلى العكس فإن صيانة المصالح الخاصة يؤدى إلى تحقيق المصلحة العامة، وبهذا يتحقق التناسب.

هذه هى المعادلة الصعبة التى يحاول القائم على الرقابة الوصول إلى حل لها. وتعتبر هذه العقبة من أهم صعوبات عملية الرقابة على التناسب فى نطاق القانون الدستورى.

ومن الأمثلة التطبيقية لهذه الصعوبة، القضية التى عرضت على المجلس الدستورى فى فرنسا، وكانت تتعلق بطعن قدمه أصحاب المشروعات والأنشطة المتعلقة بالتبغ والمشروبات الكحولية، ضد القانون الذى حرم أى دعاية أو إعلان عن التبغ والمشروبات الكحولية.

Interdiction de toute propagande ou publicité en faveur du tabac et des boissons alcoolisées.

فى هذه القضية تجلت صعوبة الاختلاف فى التقدير وفى الأسس التى يقوم عليها بالنسبة لطرفى المعادلة، كعقبة أمام الرقابة على التناسب.

ففى تقدير الطاعنين، إن تحريم الدعاية والإعلان هنا يحمل مساساً بحرية إقامة المشروعات وممارسة الأنشطة وحق الملكية **Porte atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété** المنصوص عليهما فى الدستور.

فى حين أنه فى تقدير المشرع – مصدر النص محل الطعن – إن هذا التحريم ما هو إلا تحديد يجد أساسه فى المبدأ الدستورى الذي يقضى بحماية الصحة العامة.

Les limitations trouvent leur fondement dans le principe constitutionnel de la protection de la santé publique.

وهو التزام وواجب أساسى يقع على عاتق الدولة. وكان على المجلس الدستورى أن يحسم هذا الخلاف، إما فى صالح تقدير الطاعنين، فيقضى بعدم دستورية النص الذي قرر التحريم، وإما فى صالح تقدير المشرع، فيقضى برفض الطعن، وبتالى التأكيد على دستورية التحريم.

وجدير بالذكر أنه فى هذه القضية قد استعرض المجلس الدستورى الموضوع من جميع جوانبه، وانتهى إلى تناسب النص التشريعى وبالتالى أكد على دستوريته،

وقد استند المجلس فى قراره على أن تحريم الإعلان عن التبغ والمشروبات الكحولية ليس عاماً ولا مطلقاً، كما أن النص الذي أتى بالتحريم صدر عام ١٩٨٩ ونص على أن ينفذ اعتباراً من أول يناير ١٩٩٣، مما يسمح باحترام وتنفيذ عقود الإعلان سارية المفعول.

La prohibition de publicité n'est ni générale ni absolue et qu' elle ne prendra effet qu' au 1 er Janvier 1993, ce qui permet le respect et l'exécution des contrats de publicité en cours ([1]).

فقد رأى المجلس الدستورى أن المشرع رغم أنه مس حق من حقوق الأفراد إلا أنه بالضوابط التى وضعها حقق نوع من التناسب بين حقوق الأفراد المتمثلة فى إقامة المشروعات والتجارة وحق الملكية، وبين المصلحة العامة والمتمثلة فى ضرورة الحفاظ على المصلحة العامة.

ومن الأمثلة التطبيقية فى قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر الطعن فى عدم دستورية النصوص المتعلقة بفرض الرسوم القضائية واقتضاء أمانة الخبير فى بداية الدعوى ونصوص قوانين التمغة، وإجراءات المحكمة فى تحصيل أتعاب المحاماة قبل الانتهاء من درجات التقاضى، وقانون تحصيل ضريبة من المنبع عند رفع الدعوى، على أساس أنه يتعارض مع المادة ٦٨ من الدستور والتى تنص على أن التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضية الطبيعى، وتكفل

---

(١) راجع: Conseil constitutionnel, no 90 – 283 DC du 8 Janvier 1992, JO 10 Janvier 1991, P. 524, A.J.D.A. 1991, P. 382, Not WACHSMANN, Pouvoirs no 58, 1991, P. 142, Chronique AVRIL et GICQUEL, R.F.D.C. 1991, Commentaire FAVOREU, D. ROUSSEAU, Chronique de Jurisprudence constitutionnel, Juillet 1989 Août 1991, R.D.P. 1992, P. 49.

الدولة تقريب جهات القضاء بين المتقاضين وسرعة الفصل فى القضايا، ويحظر النص على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء .

ويبدو فى هذا الطعن صعوبة الرقابة، والت تبدو فى ضرورة القياس بميزان حساس بين حق التقاضى كحق مصون لا يجوز المساس به، وبين تنظيم اللجوء إلى القضاء عن طريق فرض وتحصيل بعض الرسوم والتمغات.

وجدير بالذكر أنه فى هذه القضية، حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن شكلاً لرفعها بغير الطريق القانونى([1]).

ثالثاً – تداخل واختلاط وعدم وضوح معاني ومفاهيم المصطلحات القانونية المستخدمة وعدم ثباتها والاختلاف حولها:

كثير من الألفاظ والكلمات والمفردات والمصطلحات المستخدمة فى النصوص لها معان متعددة ومتداخلة، ومدلولات عامة غير محددة، بل وتنطوى على لبس وغموض أو عدم وضوح.

كل هذا يصعب من عملية الرقابة على التناسب فى مجال القانون الدستورى، الذي يحتاج أكثر من غيره إلى الدقة والوضوح والتحديد فى معاني ومدلولات الألفاظ والمصطلحات المستخدمة نظراً لأهمية بل وخطورة الآثار المترتبة على ذلك. ونظراً لفداحة الأضرار الناجمة عن اللبس أو الغموض أو عدم التحديد فى مجال هذا الفرع الهام من فروع القانون.

---

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا، بتاريخ ٧ نوفمبر ١٩٩٢، قاعدة رقم ٩، قضية رقم ٦٨ لسنة ١٣ قضائية (دستورية)، مجموعة الأحكام التى أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٢ حتى آخر يونيو ١٩٩٣، الجزء الخامس، المجلد الثانى، ص ٩٠.

وعلى سبيل المثال فإن مصطلحات الصالح العام والنظام العام والأمن العام، وأمن وسلامة المجتمع، وأعمال السيادة.

وكذلك مصطلحات الحرية الشخصية والحقوق الأساسية وحقوق الإنسان والمساواة وتكافؤ الفرص والعدالة.

هذه الكلمات جميعها هى كلمات فضفاضة غير محددة المعنى بشكل دقيق، وليس هناك اتفاق أو إجماع حول مدلولاتها ومفاهيمها وفحواها ومضمونها ومعطياتها.

والرقابة على التناسب تحتاج إلى التحديد الدقيق لهذه المفاهيم والمعانى للأشياء المتقابلة والمطلوب الحكم على مدى توافر التناسب بينها.

وهذا التحديد يعتبر عملاً شاقاً بالنسبة للقائم على عملية الرقابة، لأنه يقتضي منه مجهود ذهنى مضن للوصول إلى ذلك.

فالمحكمة الدستورية العليا فى مصر تستبعد مثلاً الأعمال السياسية من نطاق رقابتها. وفى ذلك تقول إن "استبعاد الأعمال السياسية من ولاية القضاء الدستورى، يأتى تحقيقاً للاعتبارات السياسية التى تقتضى النأى بها عن نطاق الرقابة القضائية استجابة لدواعى الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا"(١).

ولكن يحتاج الأمر إلى تحديد المقصود بالأعمال السياسية. وفى هذا ترى المحكمة الدستورية العليا أن "العبرة فى التكييف القانونى للأعمال السياسية هى بطبيعة العمل ذاته، لا بالأوصاف التى يخلعها المشرع عليه متى كانت طبيعته تتنافى وهذه الأوصاف، والمحكمة الدستورية العليا هى وحدها التى تحدد ما إذا كان النصوص

(١) المحكمة الدستورية العليا، حكمها الصادر بتاريخ ١٩ يونيو ١٩٩٣، قاعدة رقم ٣١، القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" الأحكام من أول يوليو ١٩٩٢ حتى آخر يونيو ١٩٩٣، الجزء الخامس، المجلد الثانى، ص ٣٧٦.

المطروحة عليها تعتبر من الأعمال السياسية أم لا"([1]).

وتأسيساً على ذلك فمن وجهة نظر هذه المحكمة أنه "ليس صحيحاً إطلاق القول بأن جميع الاتفاقيات الدولية أياً كان موضوعها أو الاتفاقات الدولية التى حددتها الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور من الأعمال السياسية، ذلك أن كلاً القولين مناقض للأساس الذي تقوم عليه اعتبارات استبعاد هذه الأعمال من الرقابة القضائية على دستوريتها، والتى ترجع إلى طبيعة الأعمال ذاتها وليس إلى طريقة وإجراءات إبرامها والتصديق عليها".

رابعًا – صعوبة البحث فى الأصول المنطقية للأشياء والتباين حول المبادىء العلمية ذاتها:

تقتضي عملية الرقابة على التناسب البحث عن الأصول المنطقية للأشياء، كما تتطلب إجراء بحث فى المبادىء العلمية التى تتأسس عليها الأفكار المطروحة.

مثل هذا البحث والتقصى ليس بالأمر السهل أو الميسر، لأنه يحتاج إلى تتبع هذه الأصول وتلك المبادىء للوصول إلى جذورها وأسسها الأولى التى قامت عليها لفهمها، واستيعاب مبرراتها الفعلية والمنطقية التى أدت إلى خلقها وإيجادها.

كما تحتاج إلى كثير من التعمق للوصول إلى الجوهر الحقيقى لها وعدم الاكتفاء بالقشور الخارجية أو الظاهر منها.

فتأصيل الأشياء أى البحث عن جذورها وأصولها، وتأسيسها، أى البحث عن الأسس التى تتأسس عليها، والمبادىء التى تستند إليها، والتخريجات والاستنتاجات والاستنباطات التى تستخرج وتستنتج وتستنبط منها، والتفريعات والاستخلاصات التى

(١) نفس الحكم المشار إليه فى الهامش السابق.

تتفرع وتستخرج عنها، والتعليقات والوصول إلى نتائج محددة، يعتبر كل ذلك عمل شاق ومضن ومحفوف بمخاطر الخطأ والزلل أو القصور أو التقصير فى البحث والتأصيل.

ومما يزيد من هذه الصعوبة الاختلاف والتباين حول هذه الأصول وتلك المبادىء. من ذلك مثلاً البحث حول مبدأ تكافؤ الفرص من حيث تأصيله، والمبادىء العلمية التى يستند إليها ومدلولاته المنطقية التى ترتبط به والآثار القانونية والاجتماعية والعملية التى ترتب عليه، وما يستتبعه من نتائج تتعلق به وترتبط به ارتباطاً وثيقاً غير قابل للانفصال.

هذا البحث المضنى والشاق قامت به مثلاً المحكمة الدستورية العليا فى مصر(١)، وبناءً عليه قضت بعدم دستورية العديد من النصوص. من ذلك مثلاً حكمها بعدم دستورية المادة الخامسة مكرر من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الشعب، والمعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦، والتى كانت تنص على الأخذ بنظام يجمع بين نظامى الانتخاب الفردى والانتخاب بالقوائم الحزبية مع التمثيل النسبى، على أساس أنه يخل بمبدأ تكافؤ الفرص بين المرشحين، لأن المرشح على المقعد الفردى، يكون فى وضع أضعف من المرشحين من قبل أحد الأحزاب السياسية على ذات المقعد، نظراً لقوة إمكانات الحزب والتى لا يعادلها ولا تتكافأ معها إمكانات المرشح المستقل.

وتطبيقاً لهذا الحكم قد أصدر رئيس الجمهورية القرار بقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٩٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ والمعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ وبالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦، وبمقتضى هذا القرار بقانون تم إلغاء نظام الجمع بين الانتخاب الفردى والانتخاب بالقائمة، وتم الرجوع إلى نظام الانتخاب الفردى مرة أخرى والذى كان معمولاً به قبل التعديلات المذكورة.

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ ١٩ مايو ١٩٩٠، والمنشور فى الجريدة الرسمية بتاريخ ٤ يونيو ١٩٩٠، مجموعة أحكام المحكمة، الجزء الرابع ص ٢٥٦.

وتحديداً لمضمون مبدأ تكافؤ الفرص ومقتضياته، ترى المحكمة الدستورية العليا فى حكم آخر بأن "مضمون هذا المبدأ يتصل بالفرض التى تتعهد الدولة بتقديمها، وأن إعماله يقع عند التزاحم عليها، وإن الحماية الدستورية لتلك الفرض غايتها تقرير أولوية – فى مجال الانتفاع بها – لبعض المتزاحمين على بعض، وهى أولوية تتحدد وفقاً لأسس موضوعية يقتضيها الصالح العام".

خامساً – تشعب موضوع التناسب واشتماله على عدة أمور واصطدام بعض مشتملاته بالبعض الآخر:

التناسب هو – كما رأينا – صلة أو علاقة بين أمرين أو شيئين متقابلين.

وفى مجال القانون الدستورى، نجد أن عملية التناسب تشتمل على عدة أمور قد يصطدم بعضها بالبعض الآخر، ويكون مطلوب تحقيق التوازن بينها.

فالعلاقة فى التناسب تتكون من طرفين، كل طرف يمثل حق معين أو مصلحة معينة أو مركز معين أو وضع معين.

والاصطدام أو الصراع أو النزاع قد يكون بين سلطة وحق شخصى، أو سلطة وحرية فردية، أو بين سلطة وإحدى الضمانات أو المقومات الأساسية، أو بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة. وهذا هو الغالب.

ولكن هذا الاصطدام أو النزاع قد يكون بين الحقوق الأساسية ذاتها، أى بين حق وحق آخر، أو حرية وحرية أخرى، أو بين ضمانة وضمانة أخرى، أو بين اثنين أو أكثر من المقومات الأساسية.

فكيف يستطيع المختص إقامة التوازن وتحقيق التناسب بين هذه الأشياءالمتنازعة والمتنافرة؟

فالتناسب يأبى ويرفض أن يُنصر طرف على حساب الآخر إلا إذا كان أحدهما أقرب إلى مفهوم التناسب أو المبادىء الأساسية أكثر من الآخر.

ومن أمثلة هذه الصعوبة:

اصطدام حق فردى معترف به دستورياً مع مبدأ دستورى تفرضه المصلحة العامة، ومثال ذلك حق الإضراب Le droit de grève فى فرنسا، فهو حق له قيمة دستورية، وهو يصطدم مع مبدأ استمرارية المرافق العامة le principe de continuité وهو مبدأ له قيمة دستورية أيضاً valeur constitutionnelle، وقد تعرض المجلس الدستورى لمثل هذه الصراع فى احدى الحالات وكانت تتعلق بإضراب العاملين فى الإذاعة والتليفزيون(١).

فى مثل هذا المثال تبدو الصعوبة فى رقابة التوازن، لأن الاعتراف بهذين المبدأين (حق الإضراب ومبدأ استمرارية المرافق العامة) يضمن الاحترام المتبادل بينهما وليس استبعادهما أو استبعاد أحدهما. والضمانة لوجودهما معاً تكمن فى التناسب بين أوجه المساس بكل منهما. فحق الإضراب يمكن أن يمارس، ولكن المرفق العام يتعين عليه بالتوازى مع ذلك ضمان تقديم خدمة الحد الأدنى.

"La reconnaissance de ces deux principes implique leur respect mutuel et non leur exclusion. La garantie de leur coexistence se situe dans la proportionnalité des atteintes protées à chacun d'entre eux. Le droit de grève peut s'exercer mais le)service public doit parallèment assurer un service minimum"[٢]

---

(١) انظر: Conseil constitutionnel, no 79 – 105 Dc du 25 Juillet 1979 .

(٢) انظر: X. PHILIPPE, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises Thèse – Aix- Marseille III, Aix – en – Provence, 1989. P. 71.

ومن أمثلة ذلك أيضاً مبدأ سيادة الدولة وهو مبدأ دستورى، وسلطتها فى إبرام معاهدات أو الانضمام إلى اتفاقات تقتضيها المصلحة العامة، وقد تتضمن هذه المعاهدات أو الاتفاقات مساساً أو انتقاصاً من هذه السيادة(١).

وفى ألمانيا تعرضت المحكمة الدستورية الفيدرالية لمشكلة الاصطدام بين الحقوق الأساسية بعضها البعض. ومثال ذلك حرية الصحافة والبث الاذاعى والتليفزيونى وحماية الحياة الخاصة للأفراد، ففى إحدى القضايا قضت هذه المحكمة بمنع إذاعة لقاء interview تصورى أى من الخيال مع الأميرة ثريا Soraya، الزوجة السابقة لشاه إيران، لأن المحكمة قد قررت أن ضرورة حماية نطاق حياتها الخاصة يتعين أن يتغلب على مصلحة المجتمع فى الإعلام.

En estimant que la nécessité de protéger sa sphère de vie privée devrait l'emporter sur l'intérêt de la collectivité à être in formée (٢)

وفى قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر الكثير من الأحكام التى تتعلق بهذه المهمة الصعبة، اصطدام المصلحة العامة بضمانة دستورية، مثال ذلك صدور نص يقضى بسريان قرار معين بأثر رجعى لأن المصلحة العامة تقتضى ذلك، فمثل هذا

---

(١) انظر: Décision du Conseil constitutionnel, no 85 – 188 DC du 22 Mai 1985, K. P. 15, A.F.D.I. 1985, P. 868, Commentaire FAVOREU, A.I.J.C. 1985, P. 430.

وكان يتعلق بتوقيع فرنسا على البروتوكول السادس من الاتفاق الأوربى لحماية حقوق الإنسان والحقوق الأساسية والمتعلق بإلغاء عقوبة الإعدام. فبحث المجلس مدى اصطدام فرض مثل هذا الإلغاء بمبدأ سيادة الدولة وسلطة رئيس الجمهورية، وقد انتهى المجلس إلى عدم وجود تعارض فى ذلك.

(٢) انظر: Georges XYNOPOULOS, op. cit, P. 190, Note 153 .

النص يصطدم بضمانة ودستورية وهى مبدأ عدم سريان النصوص بأثر رجعى إلا وفق الضوابط التى حددها الدستور ذاته لذلك ([1]) .

هذه هى أهم الصعوبات التى تواجه عملية الرقابة على التناسب فى مجال القانون الدستورى.

وكما هو واضح فهى عملية صعبة وشاقة وتحيط بها كثير من الصعوبات، وتعترض طريقها الكثير من العقبات، وتكتنفها العديد من التعقيدات.

(١) انظر على سبيل المثال حكمها الصادر بجلسة ٧ فبراير ١٩٩٨، القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" والمنشور فى الجريدة الرسمية، العدد ٨ فى ١٩ فبراير ١٩٩٨.
وقد قضت فيه المحكمة بعدم دستورية قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٩٥ لسنة ١٩٨٣، وكذلك قرار وزير المالية رقم ٢١٨ لسنة ١٩٨٣ بشأن القواعد التنفيذية لقرار، وذلك فيما تضمناه من سريان أحكامها بأثر رجعى.

الباب الثانى

المختص برقابة التناسب ودوره وجوهر عمله ومرجعياته فى نطاق القانون الدستورى

فى هذا الباب نحاول أن نحدد المختص الذي يقوم على رقابة التناسب فى مجال القانون الدستورى. ثم يتعين علينا أن نبين دور هذا المختص وجوهر عمله ومرجعياته وأدواته.

ونعالج كل ذلك فى فصلين رئيسيين:

الفصل الأول: المختص برقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

الفصل الثانى: دور المختص برقابة التناسب وجوهر عمله ومرجعياته وأدواته فى نطاق القانون الدستور

الفصل الأول

المختص برقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

تختلف الأنظمة فى تحديدها للمختص بالرقابة على التناسب فى نطاق القانون الدستورى.

ولكن هذه الأنظمة تتفق جميعها على ضرورة أن يكون المختص بهذه الرقابة محايداً لا ينتمي إلى أى من طرفى الإشكال.

وبناءً على ذلك، فلا يتعين أن يكون هذا المختص من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية، لأن أعمالهما هى التى تكون محل الرقابة، ولا يتصور أن أحدهما هو القائم بهذه الرقابة، لأنه سيكون فى هذه الحالة هو الخصم والحَكَم فى ذات الوقت، وهو أمر غير جائز.

ومن ناحية أخرى، فلا يجوز أن يكون القائم على هذه الرقابة ممثلاً للأفراد الذين تتعلق الرقابة بحقوقهم وحرياتهم.

وصفة الحياد تتوافر عادة فى السلطة القضائية، فالقاضى هو حكم محايد ونزيه وموضوعى – أو المفروض أن يكون كذلك – ليست له مصلحة مع أحد طرفى النزاع، ويؤسس قضاءه على قواعد القانون ومبادىء الحق وأسس العدالة والمساواة، دون أن ينحاز لطرف على حساب الآخر.

فمهما اختلفت الأنظمة فى شكل الأسلوب الذي تتخذه لهذه الرقابة، أو فى المسمى الذى تسبغه على القائم بها، أو فى النظام الذى تتبناه لوضع هذه الرقابة موضع التنفيذ، فإنها تتفق جميعها على إسناد هذه المهمة إلى قاض محايد.

وليس أصلح لهذه المهمة الصعبة والدقيقة والحساسة من القاضى الدستورى، أو قاضى الدستورية، فهو خير من يقوم بهذه المهمة بحكم تكوينه الفكرى وتخصصه اللذان يسمحان له بقياس الأمور بدقة، وميزان الأشياء بميزان حساس يحقق التوازن المنشود بينها، دون إجحاف بحق أحد لحساب آخر، آخذاً فى حسبانه كل الاعتبارات ناظراً إلى كل المعطيات المتعلقة بالموضوع غير غافل عن شىء له تأثيره الملموس فى الإشكالية المعروضة عليه، واضعاً نصب عينيه على تحقيق التناسب الدقيق، الذى لا يضحى بمصلحة لحساب أخرى أو يتجاهل اعتبار مؤثر أو يغض الطرف عن مقدمة هامة .

وتختلف الدول فى مدى وصراحة الأخذ بالرقابة على التناسب فى مجال القانون الدستورى وفى تحديد المختص بها.

ففى ألمانيا، يأخذ نظامها القانونى صراحة بمبدأ التناسب فهو مبدأ صريح ومعلن فيها Principe explicite et affiché.

ويطلق عليه Verhältnismä Bigkeit grundsatz ويختص بهذه الرقابة المحكمة الدستورية الاتحادية أو الفيدرالية La court constitutionnelle fédérale.

وفى إيطاليا يختص بهذه الرقابة المحكمة الدستورية Corte costitutuzionale ويطلق على مبدأ التناسب Il principio di ragionevolezza (١).

وفى فرنسا لا ينص صراحة على مبدأ التناسب ومع ذلك فالقاضى المختص يستخدم رقابة التناسب دون أن يدرى أو بالأحرى دون أن يصرح بذلك Sans le savoir ou plulôt sans le dire(٢).

ففى فرنسا يطبق مبدأ التناسب ولكن بشكل ضمنى Implicite غير صريح. والمجلس الدستورى(٣) – وهو المختص بهذه الرقابة فى فرنسا – لا يستعمل – بمناسبة هذه الرقابة – صراحة مصطلح التناسب.

---

(١) راجع فى ذلك : Actes du séminaire d'études tenu au palais de la consulta, Rome, 13 – 14 Octobre 1992, Milan, Giuffre, 1994, P. 300 et ss .

(٢) انظر: G. BRALBANT, la principe de proportionnalité, In Mélanges offerts à Marcel WALINE, le juge et le Droit public, L.G.D.J. Paris 1974, Tome 1, P. 297.

(٣) انظر على سبيل المثال: D.ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, 2 e éd, Montchrestien, Paris 1992, L. FAVOREU et L. PHLLIP. Le Conseil constitutionnel, Que – sais – je presses Universitaires de Farnce, 2 e éd. 1980.

وبالنسبة للمجلس الدستورى انظر، د. صلاح الدين فوزي، المجلس الدستورى الفرنسى، قاضى الدستورية – الانتخابات – الاستفتاءات، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٢، و د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصرى منها، دار النهضة العربية القاهرة.

ولكنـه يـستعمل تعبيـرات أو مـصطلحات فيهـا كنايـة عـن التناسـب أو تلمـيح أو إشارة له.

ومثال ذلك قراره فيما يتعلق بنص القانون الذي وضع بعض الحدود أو الضوابط لحرية إقامة المشروعات وحرية المقاولة، فعلى الرغم من أن بعض أعضاء البرلمان الذين أحالوا الموضوع إلى المجلس الدستورى قد أثاروا مسألة مساس مثل هذا النص بمبدأ التناسب. وكان فى رأيهم أن المجلس يمارس رقابة تناسب على القيود والحدود المتضمنة فى النص بالنسبة للهدف المقصود والذي يريد القانون تحقيقه.

وفى هذا القرار لم يستعمل المجلس الدستورى صراحة اصطلاح التناسب وإنما استعمل لفظ تحريف أو تشويه أو مسخ أو إفساد Dénaturation الحرية محل الخلاف.

وجدير بالذكر أن المجلس فى هذه القضية لم يجد فى نصوص القانون محل الخلاف برغم المتطلبات الشديدة التى تتضمنها – تقييد الحرية إقامة المشروعات للدرجة التى تؤدى إلى مسخ أو تشويه أو إفساد لمضمون أو فحوى الحرية ذاتها.

"En dépit des contraintes qu' elles comportent ne restreignent pas la liberté d'entreprendre … au point d'en dénatrer la portée.([1])

وفى مصر يختص بهذه الرقابة المحكمة الدستورية العليا([2]). وهي فى كيفية

---

(١) انظر : Conseil constitutionnel, no 92 – 316 Dc du 20 Janvier 1993, J.O. 22 du Janvier 1993, P. 1118 (1121).

(٢) راجع فى المحكمة الدستورية العليا وفى الرقابة على الدستورية فى مصر، د. محمد صلاح عبدالبديع السيد، قضاء الدستورية فى مصر – المحكمة الدستورية العليا – وإجراءات الدعوى أمامها، دار النهضة العربية، القاهرة، د. مصطفى محمود عفيفى، رقابة الدستورية فى مصر والدول الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، عبدالعظيم عبدالسلام عبدالحميد، الرقابة على =

قيامها بهذا النوع من الرقابة، تقترب من مجلس الدولة الفرنسى. وذلك لأن المحكمة الدستورية العليا لا تذكر صراحة رقابة التناسب، أو أن مثل هذا النص أو ذلك متناسباً أو غير متناسب مع الحق الذى يمسه أو مع الحرية التى يقيدها، وإنما هى تبسيط رقابتها على مدى تناسب النص دون أن تفصح صراحة بذلك، ولكنها تستعمل ألفاظاً ومصطلحات وكلمات وتعبيرات تؤدى ذات المعنى.

ومن أمثلة ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ١٥ أبريل ١٩٨٩ والذي تقول فيه أن "القواعد التى يتولى المشرع وضعها تنظيماً للحقوق العامة – ومنها الحقوق السياسية – يتعين ألا تؤدى إلى مصادرتها أو الانتقاص منها، كما يتعين ألا تخل القيود التى يفرضها المشرع فى مجال هذا التنظيم بمبدأى تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون الذي تضمنهما الدستور بما نص عليه فى المادة ٨ من أن "تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين: وفى المادة ٤٠ من أن "المواطنون لدى القانون سواء. وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة. لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة" بما مؤداة امتناع فرض قيود على مباشرة الحقوق السياسية التى نص عليها الدستور فى غير مقتض من طبيعتها، ومتطلبات ممارستها"(١).

=

دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة و د. رمزى طه الشاعر النظرية العامة للقانون الدستورى، الطبعة الثالثة ١٩٨٣، دار النهضة العربية، القاهرة ص ٥٤٩ وما بعدها، د. سعاد الشرقاوى، د. عبدالله ناصف، القانون الدستورى والنظام السياسى المصرى، تحرير الاقتصاد ودستور سنة ١٩٧١، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣ – ١٩٩٤، د. نبيلة عبدالحليم كامل، الدعاوى الإدارية والدستورية، دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص ١٢٣، وما بعدها، د. فتحى فكرى، القانون الدستورى المبادىء الدستورية العامة – دستور ١٩٧١، الكتاب الأول المبادىء الدستورية العامة، دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص ٢٠٣ وما بعدها .

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، بتاريخ ١٥ أبريل ١٩٨٩، قاعدة رقم ٢٧، القضية رقم ٢٣ لسنة ٨ قضائية "دستورية" الأحكام التى أصدرتها المحكمة من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونيو ١٩٩١، الجزء السابع، ص ٢٠٥ .

وفى الولايات المتحدة الأمريكية تختص المحاكم بتقدير دستورية القوانين والقرارات تحت رقابة المحكمة العليا، وهى إحدى المؤسسات الاتحادية أو الفيدرالية، إلى جانب إدارة الرئيس التى تمثل السلطة التنفيذية الاتحادية أو الحكومة المركزية، والكونجرس بمجلسيه – النواب والشيوخ – الذى يمثل السلطة التشريعية الاتحادية أو البرلمان الاتحادى.

فالمحكمة العليا الاتحادية تأتى على قمة السلطة القضائية فى الولايات المتحدة الأمريكية.

أما فى إنجلترا، فإن الوضع يتسم بعدة سمات خاصة جداً. ويرجع ذلك لأسباب متعددة، جغرافية وتاريخية وسياسية وغيرها.

فإنجلترا عبارة عن جزيرة منفصلة عن باقى دول أوربا، ويعتبر هذا من العوامل التى أدت إلى ضعف التأثير المتبادل بينها وبين هذه الدول، وتأثر أى منهما بالتطور الذي يحدث لدى الأخرى.

ومن ناحية أخرى فإن للتاريخ السياسى لإنجلترا ونظام الحكم فيها دوراً هاماً فى جعل إنجلترا ذات نظام مختلف نسبياً عن باقى دول أوربا.

ومن المعروف أن إنجلترا ليس لديها دستور مكتوب، ولا قضاء دستورى مستقل ومتميز Ne dispose ni d' une Constitution écrite, ni d' un contentieux constitutionnel distinct ، ونظام الحكم وشكل الحكومة فيها هو النظام الملكى البرلمانى، فالملك فيه يملك ولا يحكم، ويقوم أساساً على تفوق البرلمان The supereminence of Parliament ، وعلى المسئولية الوزارية Ministerial responsibility(١).

(١) انظر: DAVID, Le Droit anglais, 6 e éd. PU.F. Paris 1991,P. 15 et s., E. AGOSTINI, Droit comparé P.U.F. Paris 1988, P. 194 et s .

وتأخذ إنجلترا بنظام وحدة القانون والقضاء، فالقانون العادى The common Law هو الذى يطبق على جميع العلاقات بصرف النظر عن طبيعتها أو صفة أطرافها، وترفض إنجلترا رفضاً قاطعاً تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص (١) .

والقاضى العادى هو المختص بنظر جميع المنازعات التى تثور داخل المجتمع بصرف النظر أيضاً عن طبيعتها أو صفة أطرافها، حتى ولو كان أحد أطرافها إحدى السلطات العامة أو الدولة ذاتها. ففى إنجلترا جهة قضاء واحدة، فلا يوجد بها جهة للقضاء العادى وأخرى للقضاء الإدارى.

ويأخذ القضاء فى إنجلترا بنظام السوابق القضائية أو قاعدة السابقة Stare decicis(٢). ويقتصر دوره على تطبيق القانون.

ويتمسك الإنجليز بالتقاليد، وحتى ولو حدث تطور، فإن تطوره يكون فى إطار الاستمرارية Evolution in continuity.

لكل هذه العوامل كان من الطبيعى أن ترفض انجلترا الرقابة على التناسب فى نطاق القانون الدستورى، نظراً لتفوق البرلمان وامتياز السلطة العامة، وتعارض هذه الفكرة مع الوظيفة الأساسية للقضاء.

وترتب على ذلك أن القضاء هناك يرفض مثل هذه الرقابة. ولكن لا يعنى هذا انعدام مثل هذه الرقابة فى إنجلترا، أو عدم وجودها مطلقاً.

---

(١) انظر: R. DAVID, Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine, Arch. Phil. Sroit 1970, P. 3 .

(٢) راجع: C. PERELMAN, Le raisonnable et le déraisonnable en Droit, Paris 1984, P. 68.

فإن رفض القضاء لممارسة مثل هذه الرقابة، هو رفض فى الظاهر فقط، ولكنه فى الحقيقة يمارسها فى الخفاء أو بشكل غير ظاهر أو معلن Underhand أو Souterrainne(١).

كما أن كون إنجلترا جزء من المجموعة الأوربية، هذا يجعلها مضطرة للآخذ بمبدأ التناسب وتطبقه فى مجال الحريات الفردية، لأن هذا المبدأ مأخوذ به ومطبق فى نظام هذه المجموعة التى هى عضو فيها وجزء منها(٢).

ويختص بهذه الرقابة فى هذه الحالة القاضى العادى، فلا يوجد غيره فى النظام القضائى الإنجليزى الذي لا يوجد به إلا جهة قضاء وحيده تختص بالفصل فى جميع المنازعات.

ويتعين أن نميز فى هذا الصدد بين الاختصاص بتقدير دستورية نص معين، والرقابة على التناسب فى مجال القانون الدستورى.

ومن المعروف أن الأنظمة القانونية تختلف فى تحديد المختص بالرقابة على الدستورية. فبعض الأنظمة تمنح هذا الاختصاص لجميع المحاكم إذا ما أثيرت أمامها المسألة وهي بصدد النظر فى نزاع معين، ومن أمثلة هذه الأنظمة الولايات المتحدة الأمريكية.

وبعض الأنظمة الأخرى تعطى هذا الاختصاص لمحكمة مركزية متخصصة. ومن أمثلتها المحكمة الدستورية العليا فى مصر والمحكمة الدستورية فى إيطاليا.

---

(١) انظر : G. XYNOPOULOS, op. cit. P. 279 .

(٢) راجع: G. XYNOPOULOS, op. cit. P. 249, la jurisprudence de la Court européene des droits de l'homme et des juridictions communautaires: un début de convergence.

وفى هذه الأنظمة الأخيرة يتعين التمييز بين تقدير الدستورية والرقابة على التناسب، لأنه فى بلد مثل مصر وفرنسا، قد يثار أمام إحدى المحاكم – وهى بصدد نظر نزاع معين – مسألة دستورية نص يتعلق بالنزاع وذلك بدفع فرعى، وتقوم هذه المحكمة بتقدير هذه المسألة، وقد تخلص إلى مطابقة النص المثار لأحكام الدستور، فتطرح الدفع بعدم الدستورية جانباً وتستمر فى نظر الدعوى الأصلية ولكنها إذا انتهت إلى جدية الدفع واحتمال مخالفة النص لأحكام الدستور، فإنها توقف النظر فى الدعوى الأصلية وتحدد ميعاداً لصاحب الدفع ليلجأ إلى المحكمة المختصة بالفصل فى الدستورية.

فوفقاً لهذا النظام نجد أن تقدير دستورية النصوص ليس حكراً على المحكمة المتخصصة بالرقابة على الدستورية، وإنما جميع المحاكم تختص بذلك وتستطيع القيام بعلية التقدير.

أما الحكم بعدم دستورية النص فهو حكر – فى هذا النظام – على المحكمة المتخصصة فى ذلك، ولا تستطيع محكمة غيرها أن تقضى بعدم دستورية نص معين.

ولما كانت رقابة التناسب تدخل فى صميم الرقابة على الدستورية، فلا تستطيع محكمة غير المحكمة التى عينها الدستور للقيام بمهمة الرقابة بالمعنى الدقيق والكامل للكلمة أن تقوم بهذا النوع من الرقابة وإلا كانت تجاوزت حدود سلطتها واختصاصها وأصبح حكمها باطلاً، وتعين إلغاؤه.

الفصل الثانى

دور المختص برقابة التناسب وجوهر عمله ومرجعياته وأدواته فى نطاق القانون الدستورى

التناسب هو – كما قلنا – عملية مركبة ومعقدة، والرقابة عليها هى أيضاً عملية معقدة وليست بسيطة.

ونعرض هنا لدور المختص بالرقابة وجوهر عمله، ثم نبحث فى المرجعيات التى يرجع إليها وهو بصدد القيام بعملية الرقابة، والأدوات التى يستخدمها فى هذه العملية، وذلك فى مبحثين:

المبحث الأول: دور المختص برقابة التناسب وجوهر عمله فى نطاق القانون الدستورى

المبحث الثانى: مرجعيات وأدوات المختص برقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

المبحث الأول
دور المختص برقابة التناسب وجوهر عمله فى نطاق القانون الدستورى

يتمثل دور المختص بهذه الرقابة أساساً فى بحث مدى توافر التقارب وعدم التباعد أو التنافر بين مكونات ما يقوم برقابته.

وجوهر عمله يكمن بصفة أساسية فى التحقق من مدى وجود توازن Equilibre, pondération بين الأشياء التى يتضمنها الموضوع محل الرقابة.

وحتى نكون أكثر تحديداً، فإن المختص على الرقابة فى نطاق القانون الدستورى، يقوم بتحليل محتويات موضوع الرقابة، ويحولها إلى عناصر، ويحاول بحث العلاقة بين هذه العناصر بعضها بالبعض الآخر.

وعلى سبيل المثال، إذا كان محل الرقابة نص تشريعى فإن المختص برقابة التناسب – وهو غالباً القاضى الدستورى كما رأينا – يقوم ببحث الموضوع من جميع جوانبه. ونتخيل أن القاضى الدستورى يقوم بالخطوات التالية:

أ – يستحضر أمامه كل مكونات الموضوع، والتى تتمثل فى النص موضوع الرقابة ونصوص الدستور وأى نصوص أخرى ومتعلقة بالموضوع، وأى قواعد تمس ذات الموضوع.

ب – يقوم القاضى بالمراحل الذهنية التالية:

١ – تحليل النص ذاته ومدى ارتباطه بالغرض المقصود تحقيقه من ورائه avec l'objective poursuivi par la loi(١).

٢ – بحث مدى توافق النص مع الغرض منه، ومدى قدرة النص على تحقيق الهدف الذي صدر من أجل تحقيقه.

٣ – بحث علاقة هذا الهدف والوسيلة إلى تحقيقه بالنصوص الدستورية. ومدى توافقهما مع الأحكام التى تضمنها الدستور، والضمانات التى اشتمل عليها، خاصة إذا كانت تتعلق بحقوق وحريات الأفراد.

---

(1) Saisine du Conseil constitutionnel en date du 22 Décembre 1992, présentée à propos de la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, J.O. 22 du Janvier 1993, P. 1137.

٤ – إذا كان النص يشتمل على تقييد أو تحديد أو يتضمن وضع شروط أو ضوابط على حق معين أو حرية معينة، فيقوم القاضى ببحث مدى جواز ذلك، وما إذا كانت السلطة التى 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 تؤدى إلى التأثير على وجود الحق ذاته بحيث تعرض هذا الوجود للخطر، وما إذا كان ذلك يتخطى حدود تنظيم ممارسة الحرية ووضع ضوابط لاستعمالها إلى حد مصادرتها.

وباختصار فإن القاضى فى هذه المرحلة يطرح على نفسه التساؤل الآتى: "هل هناك مساس" y a – t – il – atteinte?

٥ – ثم يضع القاضى كل ذلك فى الميزان. فيضع الهدف الذي تريد السلطة التى أصدرت النص تحقيقه – وهو كما قلنا الصالح العام فى الغالب – مع وسيلة تحقيقه أو الوصول إليه، يضع ذلك فى كفة، ثم يضع الحرية أو الحق الذى يمسه هذا النص مع نصوص وأحكام الدستور، والضمانات التى تتضمنها على الكفة الأخرى.

٦ – يقوم القاضى بعملية الميزان، ويبحث مدى تقارب الكفتين من تباعدهما. ويضع فى حسبانه وهو يقوم بهذه العملية كل الاعتبارات الأخرى حتى الواقعية، فعملية الرقابة ليست عملية مجردة بشكل مطلق. وفى هذه المرحلة يطرح القاضى على نفسه السؤال التالى: L'atteinte est – elle disproportionnée?

٧ – يصل قاضى الرقابة إلى النتيجة، وهي أحد أمرين لا ثالث لهما:

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

- وإما – على النقيض – أن تكون الكفتان متباعدتين بدرجة كبيرة، فإنه يقضى بعدم سلامة النص من الناحية الدستورية لانتفاء التناسب فيه.

ودور قاضى رقابة التناسب هنا هو دور مضن وشاق، ومما قد يزيد من شقائه أن النصوص لا تتضمن عادة الإشارة الصريحة إلى وجوب تحقق التناسب.

هذا بالطبع باستثناء بعض الأنظمة والنصوص التى تقتضي وجود ارتباط وثيق بين الضوابط والقيود التى تفرضها بعض النصوص والقرارات وبين الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه.

من ذلك مثلاً المادة ١٨ من الاتفاق الأوربى لحقوق الإنسان La convention européenne des droits de l'homme، التى تنص على أن القيود التى يمكن وضعها وفقاً لهذه الاتفاقية على الحقوق والحريات المذكورة لا يمكن تطبيقها إلا فى إطار الهدف الذي من أجله تم النص عليها.

"Les restrictions qui, aux termes de la présente convention, sont apportées aux dits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues".

وكما نرى فهذا نص عام وشبه صريح على ضرورة وجود تناسب(١)، أى رابطة تبادلية بين أهداف القيود التى ترد على الحقوق والحريات وبين الوسائل المستخدمة لذلك، **"Lien de corrélation entre les buts des)restrictions aux droits et libertés et les moyens employés"(٢)**

---

(١) انظر: F. ERMACORA, le principe de proportionnalité en Droit autrichien et dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme. Heidelberg, 1985, P. 76 et s.

(٢) انظر: X. PHILIPPE, le contrôle de proportionnalité op. cot. P. 46.

وإذا كانت هذه المادة قد وضعت القاعدة العامة فى هذا الشأن، فإن المواد الأخرى من هذا الاتفاق التى تضمنت النص على الحقوق والحريات ذاتها، قد تضمنت مثل هذه الضوابط التى تحقق التناسب، بين الهدف والوسيلة المستخدمة لتحقيقه.

من ذلك مثلاً المادة الثامنة من هذا الاتفاق، والتى تنص على حق كل شخص فى احترام حياته الخاصة والعائلية ومراسلاته.

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale et sa correspondance

وإذا كانت هذه المادة تقر بمشروعية تدخل إحدى السلطات فى ممارسة هذا الحق.

La licéité de l'ingérence d' une autorité dans l'exercice de ce droit.

فإنها تربط هذا التدخل بضوابط وحدود لتحقق التناسب بين ضرورة حماية الحق وضرورة صيانة وتحقيق النظام العام، أى التناسب بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة.

وتتمثل هذه الضوابط فى ضرورة أن يكون هذا التدخل منصوصاً عليه فى القانون، وأن يمثل هذا التدخل – فى مجتمع ديمقراطى – إجراءً ضرورياً للأمن القومى، أو للصحة العامة، أو الرفاهية الاقتصادية للبلد، أو للدفاع عن النظام ومنع وقوع الجرائم الجنائية، أو حماية الصحة أو الأخلاق، أو حماية حقوق وحريات الأفراد.

Pour autrant que cette ingérence est prévue par la loi et qu' elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à sûreté

publique, au bien – être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

وذات الأسلوب اتبعه الاتفاق الأوربى بالنسبة لباقى الحقوق والحريات مثل حرية الفكر والعقيدة والديانة (م٩) Libérté de pensée, de conscience et de religion، وحرية التعبير (م١٠) Liberté d'expression، وحرية الاجتماع وتكوين الجمعيات (م١١) Liberté de réunion et d'association، والحق فى الزواج وفى الحياة الأسرية (م ١٢). Droit au mariage et à la vie familiale وحق الملكية droit de propriété، الذى نص عليه البروتوكول الأول الملحق premier protocole additionnel. فى مادته الأولى .

وقد اتبع ذات الأسلوب الدستور المصرى الصادر عام ١٩٧١، فهو ينص على الحقوق والحريات ويحظر تقييدها إلا بقانون ووفق ضوابط معينة.

ومثال ذلك المادة ٤٥ منه، التى تشبه المادة الثامنة من الاتفاق الأوربى لحقوق الإنسان. فهى تنص على أن "لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون.

وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة ولا تجوز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائى مسبب ولمدة محددة ووفقاً لأحكام القانون".

وكذلك فعل المشرع الدستورى مع باقى الحقوق والحريات الأخرى التى نص عليها فى الباب الثالث منه الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة، بل وفيما يتعلق بالمقومات الأساسية للمجتمع والضمانات الأخرى والتى نص عليها فى أماكن متفرقة منه.

وقد يكون المشرع الألمانى قد خطى خطوة أكبر وأكثر تقدماً فى هذا المجال، حيث أنه نص صراحة فى القانون الأساسى La loi fondamentale (الدستور) الصادر عام ١٩٤٩، ضمن النصوص المخصصة للحقوق الأساسية، على إدخال الرقابة على التناسب(١). وذلك بعد أن وضع القاعدة العامة فى هذا الشأن فى الفقرة الثانية من المادة ١٦ منه التى تنص على أنه لا يجوز فى أى حال من الأحوال النص على قيود أو حدود على أى حرية كتلك التى تؤدى إلى أن تفقد هذه الحرية جوهرها أو ماهيتها أو فحواها.

"En aucun cas, il ne peut être prévu de limitations telle que la liberté en cause perde toute substance"(2).

ونذكر بعض الأمثلة التطبيقية لدور القاضى وجوهر عمله فى عملية رقابة التناسب، وذلك من قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، والمحكمة الدستورية الفيدرالية فى ألمانيا، والمجلس الدستورى فى فرنسا، والمحكمة الدستورية العليا فى مصر.

أولاً – من قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان: La Cour européenne des droits de l'homme

نذكر تطبيقين خاصين بحرية التعبير ومدى تناسب القيود التى يمكن أن تفرض عليها.

والتطبيقان يتعلقان بقضيتين خاصتين بالمملكة المتحدة (بريطانيا) تتلخص واقعات القضية الأولى بنشر كتاب بعنوان "الكتاب الصغير الأحمر لاستخدام تلاميذ

(١) انظر: G. XYNOPOULOS, op. cit, p. 143 et P. 252 .
(٢) ذات المرجع السابق .

المدارس Petit livre rouge à l'usage des écoliers وكان هذا الكتاب قد ظهر بداية فى عام ١٩٦٩ فى الدانمارك، وكان يعالج ويتناول التربية والتعليم بطريقة أحدثت فضيحة scandale حال ظهوره، فتم الحجز على الطبعة الإنجليزية منه، فقرر الناشر الإنجليزى اللجوء إلى المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان. فرأت هذه المحكمة أن المساس الذي أصاب حقوق الناشر فى حرية التعبير والنشر، هو مساس مبرر بدوافع حماية الأخلاق والشباب التى أثارتها حكومة المملكة المتحدة. وقد أشارت المحكمة إلى هامش التقدير الحتمى والمفروض والواجب على المشرع والقاضى الوطنى، وأشارت أيضاً إلى غياب التعريف المستقر والموحد للأخلاق بالنسبة لكل الدول الموقعة على الاتفاقية(١).

وتتلخص واقعات القضية الثانية فى أنه قد صدر من القضاء الإنجليزى قرار بحظر نشر أى مادة صحفية عن ضحايا الـ Thalidomide، وهو عبارة عن مادة كيمائية كانت تدخل فى تركيبة بعض العقاقير والأدوية التى كانت تستعملها بعض النساء الحاملات كمسكنات أو مهدئات Sédatifs هذه الأدوية كانت تسبب تشوهات خطيرة عند حديثى الولادة. وكانت هذه المنتجات يتم انتاجها وترويجها فى بريطانيا العظمى بين عامى ١٩٥٨، ١٩٦١، بواسطة شركة ديستلرز Distilers Company، وقد تسببت هذه المنتجات فى ولادة حوالي ٤٥٠ مولود من هذا النوع. فرفعت أسر ضحايا هذا الدواء دعوى على الشركة التى قامت بترويج هذا العقار. وأثناء تداول القضية أصدر القضاء الإنجليزى قراره بمنع النشر حتى لا يؤثر ذلك على الرأى العام قبل الفصل فى الدعوى.

(١) انظر: Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) 7 Décembre 1976, Série A. no 24,

وقد طعن الناشرون خاصة جريدة Sunday Times فى أمر الحظر حتى لا يجدوا أنفسهم مهددين بالحكم عليهم بإزدراء أوامر المحكمة Contempt of Court، فى حالة نشر أية أخبار عن هذه القضية، مع وجود أمر حظر النشر، ولم تفلح هذه الطعون.

فلجأت الصحيفة إلى المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان. وقد انتهت المحكمة إلى إدانة موقف القضاء البريطانى فى هذه القضية.

وكان منطقها كما يلي: إذا كان المساس يحرية التعبير والنشر منصوص عليه بالفعل فى القانون الوطنى، وذلك كما تقتضي المادة ١٠ فقرة ٢ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وإذا كانت هناك حقيقة مصلحة عامة يمكن بالأحرى أن تبرر هذا المساس، ففى المقابل، فإن هذه المصلحة العامة لن تكون فى النهاية كافية من وجهة نظر المحكمة. لتبرير مثل هذا المساس، فإن هذا التدخل فى هذه الحرية لا تتطابق أو لا تتوافق أو لا تتناظر مع حاجة اجتماعية قهرية أو ملحة بشكل كاف.

L' ingérence ne correspondait pas à un besoin social assez impérieux([1]).

وبعبارة أخرى فإن الحظر المفروض على النشر لا تبرره ضرورة اجتماعية حالة أو ملحة بشكل كبير، بحيث تدعو وتوجب هذا الحظر.

ثانياً – من قضاء المحكمة الدستورية الفيدرالية فى ألمانيا:

فى هذه المحكمة، نجد أن جوهر عمل القاضى فى رقابة التناسب وفى إعمال التوازن بين الحريات والمصلحة العامة وهدفها الرئيسى يبدو واضحاً. فالمساس بنطاق الحرية يكون ممكناً فقط فى الحالة وبالقدر الذى يكون فيه مثل هذا المساس ضرورياً

(١) انظر: C.E.D.H. 26 Avril 1979, Sèrie A, no 30 .

بشكل مطلق لتحقيق المصلحة العامة، فالإجراء المتخذ فى هذه الحالة يجب أن يكون نافعاً وضرورياً، أخذاً فى الاعتبار المصالح العامة والخاصة فى المسألة، وفى ذات الوقت فإن ثقل العقبات التى ينطوى عليها مثل هذا الإجراء بالنسبة للفرد، يجب أن يوضع فى إطار علاقة معقولة مع المزايا المتوقعة بالنسبة للجماعة والمجتمع.

وتطبيقاً لهذه العملية المركبة والقياسات الدقيقة والحساسة، نأخذ على سبيل المثال حكم هذه المحكمة الصادر فى ١٩ يونيو ١٩٧٩(١). وكان يتعلق بمدعى قدرة أحد المقبوض عليهم، والمتهم فى جرائم أثناء فترة حكم النازى على تحمل إجراءات المحاكمة الجنائية دون أن يتعرض لمخاطر غير مقبولة على صحته.

وقد بدأت هذه الإجراءات فى عام ١٩٦١، فى فترة كان المتهم قد عانى من أزمتين فى القلب. وأثناء إجراء التحقيق معه دفع بأن إجراءات المحاكمة الجنائية، مع العبء الإنفعالى والعاطفى الذي تمثله بالنسبة له، تعرض للخطر صحته وحياته، أو بعبارة أخرى حقه فى الحياة وفى سلامة جسمه المضمون بالمادة ٢ فقرة ٢ من القانون الأساسى.

وبعد عرضه عدة مرات على خبراء الطب توقع آخر تقرير على أنه فى حالة استمرار إجراءات المحاكمة الجنائية ضده، فإن هناك خطر احصائى من أزمة جديدة يصل إلى ٥٠%، وفى هذه الحالة فإن احتمال أن تكون الأزمة قاتلة يصل إلى ٥٠%.

وقد صدر حكم بألا وجه من محكمة أول درجة فى هامبورج Hambourg. ثم صدر حكم بمتابعة إجراءات المحاكمة الجنائية من محكمة الاستئناف.

وقد ذكر قضاة الاستئناف فى قرارهم الصادر فى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٨، أن المتهم كان بالفعل تحت حمل العبء النفسى Sous le poids psychologique du

(١) راجع فى هذا الحكم G. XYNOPOULOS, op. cit. P. 149 et ss .

porcès منذ زمن طويل (١٧ سنة). دون أن يؤدى ذلك إلى تدهور ملحوظ فى صحته Une dégradation notable de sa santé وبالإضافة إلى ذلك – يضيف قضاة هذه المحكمة – إذا كنا نقبل أن المصلحة العامة فى استمرار إجراءات المحاكمة الجنائية يجب أن تكون متوافقة مع الحق الأساسى للمتهم والناتج من المادة ٢ الفقرة ٢ من القانون الأساسى (G.G)، من خلال مبدأ التناسب، هذا المبدأ سوف يحترم، طالما أنه فى حالة استمرار إجراءات المحاكمة، لن ينتج عن ذلك بشكل مؤكد أزمة قلبية جديدة Une nouvelle attaque cardiaque، وتبدو إذن المخاطرة بالنسبة لصحة المتهم، بالنظر إلى ظروف القضية، فى الحدود المعقولة .Raisonnable

بعد صدور هذا الحكم من محكمة الاستئناف، أقام المتهم طعناً دستورياً Recours constitutionnel ضده(١)، أمام المحكمة الدستورية الفيدرالية، والتى أصدرت حكماً شهيراً بنقض الحكم .

وقد أقامت المحكمة حكمها على الأسس التالية:

- إن واجب الدولة بضمان السير الفعال للقضاء الجنائى Le devoir de l'Etat d'assurer le fonctionnement efficace de la justice pénale.
  يستجيب لمصلحة عامة من مستوى دستورى Un intérèt général de rang constitutionnel.

ولكن هذا الواجب لا يؤدى إلى استمرار إجراءات الدعوى دون اعتبار للمبادىء الدستورية الأخرى، والتى من المحتمل أن تكون متقابلة أو متعارضة opposés، كالمبدأ المتعلق بالحق الأساسى للمتهم فى ألا يجد حياته أو صحته معرضة للخطر à

(١) يلاحظ أن الطعن بالدستورية فى ألمانيا لا يقتصر على النصوص فقط سواء نصوص القوانين أو القرارات – وإنما يشمل الأحكام القضائية أيضاً، بل وأى إجراء آخر يمكن أن ينطوى على مخالفة أو عدم توافق مع أحكام القانون الأساسى ؟

.ne pas voir sa vie ou sa santé mise en danger

فى مثل هذه الحالات يوجد بين المبدأين الدستورين المتعارضين موقف توتر Situation de tention فلا يكون لأي من المصلحتين المتعارضتين الأولوية أو الأفضلية بشكل مطلق.

Aucun des intérêts opposés ne peut avoir de façon absolue la priorité.

فى مثل هذا الموقف، لابد من تطبيق رقابة التناسب، فالتعارض والتوتر بل والصراع هنا واقع بين مبدأين دستوريين مشمولين بحمايته. ويتحقق هذا التناسب من خلال توازن المصالح القانونية المتعارضة.

Le conflit ici posé est à resoudre par le biais du principe de proportionnalité … à travers la pondération (Abwägung) des intérêts juridiques opposés.

هذا التوازن لا يمكن أن يسير إلا أخذا فى الحسبان الظروف الخاصة بالقضية. وفى الحالة المعروضة، يصبح ذات أهمية رئيسية شكل ومدة وجسامة المساس الذي تمثله استمرارية المحاكمة الجنائية بالنسبة للمتهم En l'occurrence, seront d'une importance capitale la façon, la durée et la gravité des atteintes que la poursuite de la procédure pénale représente pour l'accusé.

وكذلك إمكانية واحتمالات تخفيف الآثار غير المرغوب فيها Les possibilités d' en atténuer les effets indésirables، مع بقاء واستمرار إجراءات المحاكمة.

ومع ذلك، إذا استمر الخطر على صحة المتهم جسيماً، رغم كل الاحتياطات المتخذة، فإن المساس بحقه الأساسى سيتحقق بشكل دقيق وبالمختصر المفيد in fine، وسوف يؤدى بالتالى إلى إلغاء القرار.

فإن مجرد الاحتمال فقط لتدهور خطير للحالة الصحية للمتهم La seule éventualité d' une aggravation de l'état de santé du prévenu لا يكون كافياً لوقف الإجراءات الجنائية.

وفى المقابل فإن التأكد La certitude من هذا التدهور الخطير، غير متحقق بدوره، فى هذه القضية.

فأين يكون الحل إذن:

- الحل يقع على حدود التوافق مع الحق Les frontières de la conformité au droit، وهذه الحدود توجد إذن بين الحالتين المعروضتين entre ces deux cas de figure. وفى هذا الاتجاه يتعين أن يتجه بحث القاضى، ويكون السؤال الذى يجب طرحه هو التالي: الخطر من أزمة قلبية جديدة. هل هو جسيم فعلاً بشكل محسوس وكاف؟ est – il concrètement suffisamment grave

وهذا هو السبب الذي من أجله ألغت المحكمة الدستورية الفيدرالية قرار محكمة الاستئناف. فمحكمة الاستئناف – بغرض الحكم فى صالح استمرار المحاكمة - وجهت بحثها خطأ فى التوازن بين المبدأين المتصارعين. لأنها طرحت على نفسها التساؤل لمعرفة ما إذا كان التدهور الخطير لصحة المتهم سيكون حتمياً ولا يمكن تجنبه، وليس مجرد جسيم. وعلى النقيض من ذلك، فإذا كانت محكمة الاستئناف طرحت السؤال الصحيح، فإن نتيجة بحثها كان من الممكن أن يكون مختلفاً.

فإلغاء قرار محكمة الاستئناف من قبل المحكمة الدستورية الفيدرالية، وقع إذن على أساس فقط أن التوازن الذى يقتضيه مبدأ التناسب، قد تم توجيهه بطريق غير مناسبة de façon inappropriée أو غير متوافقة أو متلائمة مع الموضوع.

ثالثاً – من قضاء المجلس الدستورى فى فرنسا:

من قضاء مجلس الدولة الفرنسى نستطيع أن نذكر – على سبيل المثال – قرار المجلس الصادر بتاريخ ١٠، ١١ أكتوبر ١٩٨٤(١)، وهو يتعلق بحق الملكية وبحرية التعبير والنشر .

وتتخلص واقعات هذا الموضوع فى أنه قد صدرت نصوص تمنع التركيز الشديد لسوق الصحافة فى يدعدد من المجموعات الكبيرة Une concentration excessive du marché de la presse aux mains de certains grands groupes.

وعُرض الأمر على المجلس الدستورى، ودُفع أمامه بأن مثل هذه النصوص تنطوى على مخاطرة الحرمان الفعلى من الملكية دون تعويض عادل ومسبق Sans indemnité "juste et préalable"، مما يتعارض ويصطدم بالالتزام الذى أوجدته ونصت عليه المادة ١٧ من إعلان الحقوق الصادرة فى عام ١٧٨٩.

فى هذه القضية نجد أن مجلس الدولة وضع نفسه على ملعب قانونى آخر، ووجه بحثه وجهة أخرى.

فقد اعترف بالمشروعية الدستورية للهدف المنشود من قبل المشرع La licéité constitutionnelle de l'objectif poursuivi par le légis lateur، ولكنه حذر من المساس بالحرية الأساسية فى التعبير والنشر

(١) انظر: Conseil constitutionnel, no 84 – 181 DC des 10 et 11 Octobre 1984.

والصحافة atteinte à la liberté fondamentale de l'expression et de la presse.

فهذا المساس أو التقييد غير مقبول إلا بشروط دقيقة ومحددة بشكل كبير. فإذا كان من الشائع والجائز للمشرع – وهو بصدد تنظيم حرية عامة مستعملاً فى ذلك السلطات الموكولة إليه فى المادة ٣٤ من الدستور – أن تبنى بالنسبة للمستقبل – إذا رأى ضرورة لذلك – قواعد أكثر شدة وصرامة من تلك التى كانت سارية من قبل، فهو لا يستطيع – عندما يتعلق الأمر بمراكز موجودة وتخص حرية عامة – أن يتعرض لها إلا فى فرضين:

فرض ما إذا كانت هذه المراكز قد تم اكتسابها بشكل غير مشروع illégalement acquises، وفرض ما إذا كان التعرض لهذه المراكز ضرورياً حقيقة لتحقيق الغرض الدستورى المقصود réelement nécessaire pour assurer la réalisation de l' objectif constitutionnel poursuivi.

فى هذه القضية نجد أن القاضى الدستورى قلب عبء الإثبات ووجه بحثه وجهة أخرى، مختلفة عن تلك التى كان يتجه إليها فى البداية. فبدلاً من البحث فيما إذا كان المساس بالحرية المعروضة خطير بشكل كاف، لجعل متابعة هدف المصلحة العامة غير مشروع، فإن القاضى الدستورى يتساءل فى الواقع ما إذا كان المساس أو الاعتداء الواقع بسبب غياب الإجراء ذى المصلحة العامة المعترف بها دستورياً فى القضية، ما إذا كان هذا المساس خطير بشكل كاف للسماح بالإبقاء على هذا الإجراء.

وقد انتهى المجلس فى هذه القضية إلى ضعف حجة الطاعنين، ورفض طعنهم، حتى لا يضر اقتصار الصحافة والنشر على مجموعات كبيرة معينة بالمراكز الموجودة، وحتى لا ينكر الحاجة إلى التعددية Pluralisme والتنوع فى الصفات والاتجاهات La variété de caractèrès et de tendances.

رابعاً – من قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر:

قضاء هذه المحكمة ذاخر بالقضايا التى تبرز بشكل واضح المجهود الشاق والبحث المضنى والتنقيب الدءوب دون كلل أو ملل، والتأصيل العميق والتأسيس القوى، الذى يقوم به قضاة هذه المحكمة العظيمة.

ونذكر من هذا القضاء الثرى، الحكم الصادر فى ١٩ يونيو ١٩٩٣ (١) والمتعلق بصيانة الملكية الخاصة وحق الدولة فى فرض ضرائب .

ويتضح فى هذا الحكم التحليل والبحث والتأصيل والتحديد الذى يقوم به القاضى للأفكار والأحكام والمبادىء والقواعد المطروحة أمامه.

وتتلخص واقعات هذه القضية فى أن أحد المواطنين كان يملك قطعة أرض فضاء، وقد أصدرت مأمورية الضرائب العقارية المختصة قراراً بتحديد الضريبة السنوية على هذه الأرض. فأقام المالك دعوى أمام محكمة القضاء الإدارى طالباً الحكم بإلغاء هذا القرار. وقضت المحكمة برفض دعواه.، فطعن فى هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا، الذى تراءى لها عدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٣ مكرراً، والمادة ٣ مكرراً ٢ المضافتين للقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٨، على سند أن خضوع الأرض الفضاء التى لا تغل دخلاً لضريبة سنوية مستمرة بواقع ٢% من قيمتها، وزيادة هذه القيمة بمقدار ٧% سنوياً حتى نهاية السنة السابقة مباشرة على استحقاق الضريبة، يؤدى بالضرورة إلى أن تستغرق الضريبة قيمة الأرض الفضاء ذاتها فى وقت غير بعيد، وهو ما يعنى فى الحقيقة مصادرتها بالمخالفة للمادة ٣٦ من الدستور، ويقع مخالفاً كذلك للمادة ٣٨ من الدستور التى تقيم

(١) انظر الأحكام التى أصدرتها المحكمة من أول يوليو ١٩٩٢، حتى آخر يونيو ١٩٩٣، الجزء الخامس، المجلد الثانى، قاعدة رقم ٢٨ القضية رقم ٥ لسنة ١٠ قضائية "دستورية"، ص ٣٣١.

النظام الضريبى على أساس العدالة الاجتماعية، فقضت المحكمة الإدارية العليا بناء على رؤيتها هذه بإحالة الموضوع إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية النصين سالفى الذكر.

وبعد استعراض واقعات الدعوى، وعرض وتحليل كل ما يتعلق بها من نصوص وقواعد وأحكام وظروف وملابسات، قضت بعدم دستورية النصين المطعون عليهما وكذلك الأحكام المرتبطة بهما والموجودة فى قوانين أخرى.

وشرحت المحكمة القواعد المتعلقة بهذه القضية وتأصيلها كما يلي: "حرص الدستور فى مادته الرابعة والثلاثين على صون الملكية الخاصة، والمتمثلة – وفقاً لمادته الثانية والثلاثين – فى رأس المال غير المستغل، فكفل عدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، وفى الحدود وبالقيود التى أوردها، باعتبار أنها – فى الأصل – مترتبة على الجهد الخاص الذي بذله الفرد، وبوصفها حافزة إلى الانطلاق والتقدم، إذ يختص دون غيره بالأموال التى يملكها، وبتهيئتها للانتفاع المفيد بها لتعود إليه ثمارها. هذا بالإضافة إلى أن الأموال التى يرد عليها حق الملكية، تعد من مصادر الثروة القومية التى لا يجوز التفريط فيها. وإذا كانت الملكية فى إطار النظم الوضعية الحديثة لم تعد حقاً مطلقاً مستعصياً على التنظيم التشريعى، فقد غدا سائغاً تحميلها بالقيود التى تقتضيها وظيفتها الاجتماعية التى يتحدد نطاقها ومرماها بمراعاة الموازنة التى يمر بها المشرع – فى ضوء أحكام الدستور – بين المصلحة الخاصة للمالك والصالح العام للمجتمع، ذلك أن القيود التى تفرضها الوظيفة الاجتماعية على حق الملكية للحد من إطلاقه، لا تعتبر مقصودة لذاتها، وإنما غايتها تحقيق الخير المشترك للفرد والجماعة.

"وأنه وإن صح أن تتخذ الضريبة وسيلة لتوزيع أعباء النفقات العامة على المواطنين وفقاً لأسس عادلة، إلا أنه لا يجوز أن تفرض الضريبة، ويحدد وعاؤها، بما

يؤدى إلى زوال رأس المال المفروضة عليه كلية أو الانتقاص منه بدرجة جسيمة، فما لذلك الغرض شرعت الضريبة، وما قصد الدستور أن تؤدى فى نهاية مطافها إلى أن يفقد المواطن رأس المال المحمل بعبئها أو جانباً جسيماً منه ليؤول الأمر إلى زوال وعائها كلية أو اطراد تقليصه، ومن ثم كان الدخل – وباعتباره من طبيعة متجددة ودورية – هو الذى يشكل – على اختلاف مصادره – الوعاء الأساسى للضريبة، إذ هو التعبير الرئيسى عن المقدرة التكليفية للممول، بينما يشمل رأس المال وعاءً ضرائبياً تكميلياً فلا يلجأ المشرع إلى فرض الضريبة عليه إلا استثناء، ولمدة واحدة، أو لفترة محددة، بحيث لا تنال الضريبة من وعائها بأكمله أو تمتص معظم جوانبه".

"فرض ضريبة على رأس المال لا يغل دخلاً، وبطريقة دورية متجددة، ولفترة غير محددة، مع زيادة تحكمية مفترضة فى قيمة الضريبة السنوية المستحقة عليه، ينطوى على عدوان على الملكية بالمخالفة لنص المادة ٣٤ من الدستور، كما يناقض مفهوم العدالة الاجتماعية الذي نصت المادة ٣٨ من الدستور على قيام النظام الضريبى على أساسه، وهو ما يوجب القضاء بعدم دستورية النصين المطعون عليهما".

"إذ ترتبط الأحكام الأخرى للتنظيم التشريعى لضريبة الأرض الفضاء، ارتباطاً وثيقاً لا يقبل التجزئة بالنصين التشريعيين المطعون عليهما فى الدعوى الماثلة، فإن القضاء بعدم دستوريتهما، يترتب عليه لزوماً سقوط الأحكام المرتبطة بهما".

وهكذا يتضح من كل التطبيقات السابقة الخطوات والمراحل التى يتبعها قاضى الرقابة على التناسب، وكل المجهودات الذهنية والفكرية التى يقوم بها وفقاً للنقاط الست التى ذكرناها فى بداية هذا المبحث، وكل التوازنات التى يجريها وهو بصدد التعرض لمسألة التناسب فى العمل القانونى محل الرقابة والمعروض عليه، والذي يطلب منه حسمه وإصدار قرار أو حكم فاصلاً فيه.

المبحث الثانى
مرجعيات وأدوات المختص برقابة التناسب
فى نطاق القانون الدستورى

يرجع قاضى رقابة التناسب إلى مرجعيات متعددة، ويستخدم فى رقابته عدة أدوات متنوعة.

ونبحث هنا هاتين النقطتين فى مطلبين مستقلين:

المطلب الأول: مرجعيات المختص برقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

المطلب الثانى: أدوات ووسائل المختص برقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

المطلب الأول
مرجعيات المختص برقابة التناسب
فى نطاق القانون الدستورى

قاضى التناسب الدستورى يرجع إلى عدة مرجعيات، وهو بصدد اضطلاعه بمهمة الرقابة على التناسب فى مجال القانون الدستورى.

وتتمثل هذه المرجعيات أساساً فى مرجعيتين هامتين:

- المرجعية الأولى: هى النصوص الدستورية وما تتضمنه الأحكام الدستورية من حقوق وحريات وضمانات ومقومات أساسية.

- والمرجعية الثانية هى القواعد الأصولية مثل معاني العدالة والقيم.

ونتناول فى بحثنا هذا دراسة أهم هذه المرجعيات فى أحكام قاضى التناسب فى النطاق الدستورى.

أولاً – النصوص والأحكام الدستورية:

تمثل النصوص والأحكام الدستورية المرجعية الرئيسية لقاضى التناسب.

فهذه النصوص والأحكام تتضمن بياناً للحقوق والحريات، وتصنيفها والضمانات المتعلقة بها، وما يمكن أن يرد عليها من حدود بل وقيود، وشروط وضوابط ذلك.

كما تشتمل هذه النصوص والأحكام على الأسس والمقومات الأساسية والقيم المختلفة التى يقوم عليها بناء المجتمع كله.

ويقوم قاضى الرقابة هنا بتحديد نوع وطبيعة الحق محل البحث، والفئة التى ينتمي إليها.

وفى هذا الصدد يمكن أن نميز بين ثلاث طوائف من الحقوق والحريات الأساسية.

- حقوق أساسية تخضع لتحديدات قانونية بدون توجيه دستورى معين.
- حقوق أساسية تخضع لتحديدات قانونية فقط وفق الشروط الدستورية الموضوعة فى ذلك.
- حقوق أساسية لا تخضع لتحديد أو تقييد بمقتضى قانونى.

الطائفة الأولى: مجموعة الحقوق الأساسية القابلة للتقييد من قبل المشرع بدون توجيه دستورى محدد:

Droits fondamentaux soumis à des limitations légales sans directive constitutionnelle précise.

غالبية الحقوق الأساسية يمكن أن تخضع لتحديدات ولضوابط بقانون عام، دون أن يكون هذا القانون خاضعاً بدوره لتوجيهات محددة من قبل الدستور ذاته، تضع شروطاً وقواعداً وحدوداً وضوابطاً لتدخل المشرع فى مجال هذه الحقوق وتنظيمها أو تقييدها.

من هذه الطائفة نذكر مثلاً نص المادة ٢ فقرة ٢ من القانون الأساسى (G.G) فى ألمانيا، التى تنص على أن "لكل فرد الحق فى الحياة وفى سلامة جسمه. وحرية الشخص مصونة ولا يمكن انتهاكها. ولا يمكن وضع قيود على هذا الحق إلا بمقتضى قانون".

"Chacun a droit à la vie et à l'intégralité physique. La liberté de personne est inviolable. Des restrictions ne peuvent être apportées à ce droit qu' en vertu d' une loi".

وكما هو واضح من هذا النص فإن الحق فى الحياة وسلامة الجسم وفى الحرية يمكن تقييدها، ولكن بمقتضى قانون.

ولكن لا يعنى ذلك أن المشرع يستطيع أن يضع على مثل هذه الحقوق ما يشاء من قيود دون حدود.

فهناك حماية عامة للحقوق جميعها، وتشمل بالطبع الحقوق والحريات التى تنتمي لهذه الطائفة، هذه الحماية تتمثل فى الحفاظ على جوهر L'essence الحق ذاته.

ونجد هذه الحماية العامة منصوصاً عليها فى المادة ١٩ فقرة ٢ من القانون الأساسى، والتى تقضى بأنه "لا يمكن فى أى حال من الأحوال النص على قيود من تلك التى تفقد الحرية المعروضة كل جوهر لها.

"En aucun cas il ne peut être prévu de limitations telles que la liberté en cause perde toute substance".

فليس المشرع أن يضع من قيود ما يؤدى إلى تشويه أو إفساد جوهر الحرية ذاتها.

ويعتبر البعض هذا، نوع من حماية الحد الأدنى protection minimum للحق.

والذى يقوم بالتحقق من توافر حماية الحد الأدنى فى هذه الحالة هو قاضى التناسب(١).

من ذات الطائفة نص المادة ٤٧ من دستور ١٩٧١ فى مصر والتى تنص على أن "حرية الرأى مكفولة، ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير فى حدود القانون ...".

وكذلك نص المادة ٦٢ من ذات الدستور والتى تقضى بأن "للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأى فى الاستفتاء وفقاً لأحكام القانون ...".

وقاضى الرقابة على التناسب يقوم عندما تعرض عليه قضية تتعلق بحق من هذه الحقوق، بتقرير ما إذا كانت الحدود والضوابط والقيود أو الشروط التى يضعها المشرع على ممارسة حق من الحقوق التى تنتمي إلى هذه الطائفة يتحقق فيها التناسب الذي يبرر فرضها أم لا. فيقرر صحتها دستورياً إذا تحقق التناسب فيها، ويقضى بعدم سلامتها دستورياً إذا كان التناسب غير متحقق فيها.

---

(١) راجع: R. ALEXY, Théorie der Grundrechte, Thèse, 1985, P. 113 et s.

الطائفة الثانية - مجموعة الحقوق الأساسية القابلة للتقييد من قبل المشرع، فقط وفق بعض الشروط الدستورية:

Droit fondamentaux soumis à des limitations légales uniquement sous certaines conditions constitutionnelles.

هناك بعض الحقوق الأساسية التى يمكن تقييدها من قبل المشرع، أن وضع قيوداً وحدوداً على ممارستها، ولكن المشرع الدستورى وضع شروطاً على تدخل المشرع فى مجال هذه الحقوق، وفرض عليه مراعاة ضوابط معينة عند قيامه بذلك.

ومن أمثلة الحقوق التى تنتمي إلى هذه الطائفة نذكر على سبيل المثال نص المادة ١٣ من القانون الأساسى فى ألمانيا، والتى تنص على حرمة المسكن فى الفقرة الأولى منها، وعلى الحالات والشروط والضوابط والقيود التى ترد على الخروج على هذا الحق أو خرقه، وذلك فى الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة.

وباستقراء هذين الفقرتين نجد أن الدستور قد وضع الضوابط الآتية لخرق هذا الحق:

- أن يكون الخرق وفقاً للقانون.
- لا يمكن تفتيش المسكن إلا بناء على أمر من القاضى.
- ومن غير القاضى يمكن بواسطة الأجهزة الأخرى التى ينص عليها القانون، وذلك فى حالة وجود خطر فى المسكن.
- عمليات التفتيش لا يمكن القيام بها إلا فى الشكل المحدد لذلك.
- ولا يمكن انتهاك حرمة المسكن إلا فى الحالات الآتية، اتقاء خطر مشترك **Parer à un danger commun**، أو خطر يهدد الحياة الفردية **Ménaçant la vie individuelle**، وبمقتضى قانون للوقاية من أخطار جسيمة تهدد الأمن **La**

sécurité والنظام العام L'ordre public، خاصة لعلاج مشكلة الحاجة إلى المساكن وقلتها، La pénurie de logements ومكافحة حالات تفشى العدوى Les épidémies أو لحماية الشباب المتعرض لخطر معين Protéger la jeunesse en danger.

ويقترب من هذا النص، نص المادة ٤٤ من الدستور المصرى، التى تقضى بأن "للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب ووفقاً لأحكام القانون.

مع مراعاة أن النص المصرى اقتصر على تحديد السلطة التى تملك أمر دخول وتفتيش المسكن وقصرها على القاضى، فى حين أن النص الألمانى قد أعطى هذه السلطة لجهات أخرى وترك تحديدها للقانون.

كما أنه يلاحظ أن النص الألمانى قد حدد حالات انتهاك حرمة المسكن، فى حين أن النص المصرى ترك تحديد هذه الحالات للقانون.

ومن أمثلة هذه الحقوق أيضاً حرمة الحياة الخاصة للمواطنين والتى تنص عليها المادة ٤٥ من دستور ١٩٧١ فى مصر. والتى تقضى بأن "لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون.

وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا يجوز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائى مسبب ولمدة محددة ووفقاً لأحكام القانون.

فإذا كان الدستور يجيز للمشرع الخروج على حرمة الحياة الخاصة للمواطنين فإنه يضع له الشروط والضوابط ذلك.

وتتمثل هذه الشروط والضوابط فى التالي:

- إن الخروج على هذا الحق لا يكون إلا بأمر قضائى. فالقضاء وحده هو الذي يملك سلطة الأمر بالخروج على هذا الحق. ولا توجد سلطة أخرى تختص بذلك.
- اقتضى الدستور أن يكون الأمر القضائى مسبباً.
- أن يكون الخروج لمدة محددة وليست مفتوحة.

وليس أقدر ولا أصلح من قاضى التناسب للقيام بمهمة التحقق من توافر الشروط والضوابط الدستورية، فى النص الذي تضمن وضع قيود أو حدود على مثل هذه الحقوق، ومن مدى تحقق التوازن فيه.

ومن هذه الحقوق كذلك حق الملكية الذي تنص عليه المادة ٣٤ من الدستور بأن "الملكية الخاصة مصونة، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبحكم قضائى، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون، وحق الإرث فيها مكفول".

وكما هو واضح من هذا النص، فإن الدستور وإن كان قد سمح للقانون بوضع ضوابط لهذا الحق، إلا أنه قد وضع شروطاً وحدوداً على سلطة المشرع فى ذلك، وتتمثل فيما:

- إن فرض الحراسة على الملكية الخاصة لا يكون لا بأمر قضائى، وفى الأحوال التى يحددها القانون.
- إن نزع الملكية لا يكون إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون.
- إن حق الإرث مكفول فى الملكية الخاصة.

الطائفة الثالثة – مجموعة الحقوق الأساسية غير القابلة للتقييد بمقتضى القانون:

Droits fondamentaux ne pouvant être limités en vertu d' une loi.

هناك مجموعة من الحقوق الأساسية التى لا يمكن تقييدها بمقتضى القوانين العادية.

هذه الطائفة تشمل الحقوق والحريات الطبيعية Les droits naturels، اللصيقة بالإنسان كإنسان، مثل الكرامة الإنسانية وحريات الفكر، الضمير والإبداع والاعتقاد والرأى والعلم والفن La dignité humaine les libertés de la pensée, de la conscience, de la croyance, de l'opinion, des sciences et de l'art

ولا يجوز وضع قيود على مثل هذه الحقوق والحريات بواسطة القانون، ولا يكون هناك مجال للكلام عن التوازن بين دوافع المصلحة العامة Motifs d'intérêt général التى يقدرها القانون وبين الحرية الدستورية.

ولكن لا يعنى ذلك أن مثل هذه الحقوق والحريات هى حقوق وحريات مقدسة مطلقة، لا تخضع لأى قيود أو حدود بشكل مطلق، فمثل هذه الحقوق والحريات تخضع هى أيضاً للتحديد والتقييد، كل ما هنالك أن القيود والحدود التى ترد على هذه الحقوق تكون دستورية أى يضعها الدستور ذاته وليس قانون عادى.

وتكون مهمة قاضى التناسب هنا، حل الصراع بين قواعد من مستوى دستورى Conflit entre normes de rang constitutionnel.

وهو يحاول فى هذه الحالة إقامة التوازن بين القواعد الدستورية المتصارعة.

ومن أمثلة النصوص التى تمثل مرجعية لقاضى التناسب بالنسبة لهذه المجموعة من الحقوق، نص المادة الأولى من القانون الأساسى فى ألمانيا والتى تنص على أن الكرامة الإنسانية غير قابلة للمساس est inviolable ، وإن كل سلطة عامة ملزمة باحترامها وحمايتها Tout pouvoir public est obligé de la respecter et la protéger.

وتشير المحكمة الدستورية الفيدرالية فى ألمانيا فى كثير من أحكامها إلى الأهمية الاستثنائية وغير العادية لهذا الحق، مؤكدة أنه يوجد فى الأساس لكل الحقوق الأساسية .se trouve à la base de tous les droits fondamentaux

وقد يدعو هذا إلى القول بأنه لا مجال لرقابة التناسب بالنسبة لهذا الحق، على أساس أنه لا يسمح مطلقاً بالمساس به، وأن هذا الحق يتمتع بأولوية مطلقة d'une priorité absolue.

وقد يفهم ذلك من بعض أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية، من ذلك مثلاً حكمها الصادر فى ٣١ يناير ١٩٧٣، الذى أكدت فيه المحكمة أن مجرد مصلحة عامة مرجحة Un seul intérêt général prépondérant لا يكفى لتقرير المساس بالقلب الجامد أو بالنواة المحمية بشكل مطلق Le noyau dur absolument protégé فى تطور وإزدهار شخصية الإنسان L'épanouissement de la personne، ولا يمكن أن يوجد فى هذه النقطة توازن بواسطة مبدأ التناسب(١).

فوفقاً للظاهر من عبارات هذا الحكم، فإنه لا مجال لإعمال التناسب فيما يتعلق بالحق فى الكرامة وفى الإزهار الحر لشخصية الإنسان، فمثل هذا الحق غير قابل للانتهاك حتى لو اقتضت ذلك مصلحة عامة مميزة، حتى من وجهة نظر دستورية Même dans le cas où l'intérêt général est prépondérant d'un point de vue constitutionnel.

---

(١) راجع: G. XYNOPOULOS, op. cit. P. 156.

وإذا حاولنا استجلاء المسألة وتوضيحها، نجد أنه يتعين أن نرى فى عبارات هذا الحكم تصوراً دقيقاً لمبدأ التناسب، كحماية إضافية Protection supplémentaire، ممنوحة فيما يتجاوز حماية الحد الأدنى. فحماية نواة أو جوهر الحق هى حماية ممكنة فى كل الأحوال، ولا يمكن تحقيقها فى هذه الحالة إلا من خلال مبدأ التناسب.

هذا المفهوم يمكن إدراكه من ذات الحكم السابق، والذي بادرت المحكمة الدستورية الفيدرالية بالتذكير به، وهى بصدد بيان وتفصيل حكمها بقولها:

"ومع ذلك فإن المواد ٢ فقرة ١، و١ فقرة ١ من القانون الأساسى لا تحمى بشكل مطلق كل نطاق ازدهار الشخصية، وفى الحالة التى يكون فيها الوضع كهذا، فإنه يمكن أن تكون هناك قيود مراعاة لمصلحة عامة مرجحة وتحت الرقابة الدقيقة لمبدأ التناسب.

فالحق فى الكرامة الإنسانية هو حق أساسى، وله أهمية خاصة ويتمتع بقرينة الترجيح .bénéficie d'une présomption de prépondérance([1])

إذن يجب أن نرى هنا توازناً يصب فى غالب الأحوال فى صالح الحرية محل البحث، ولا نرى غياباً كاملاً للتوازن. والتوازن لا يتنافر فى حد ذاته مع الأهمية الخاصة والكبيرة نسبياً للحق محل الحماية.

فالمحكمة الدستورية الفيدرالية فى ألمانيا تقيم هذا التوازن، حتى بالنسبة للحقوق غير القابلة للمساس بواسطة المشرع العادى، وذلك عن طريق طرح السؤال التالي: هل تم الأضرار بالحق أم لا؟ Le droit est – il lésé ou pas?

---

(١) راجع: R. ALEXY, op. cit. P. 94 et s.

وبهذه الطريقة يكون هناك توازناً خفياً أو مستوراً، أى غير ظاهر، كما يتضح من عبارات حكم هذه المحكمة بمناسبة عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة La peine de réclusion criminelle à perpétuité.

فوفقاً لعبارات هذا الحكم فإن كرامة الإنسان لا يصيبها ضرر عندما يبدو أن تنفيذ العقوبة ضرورياً ويستبعد أى احتمال لمنح العفو، بسبب الخطر المستمر الذي يمثله المسجون.

إذن نستطيع أن نؤكد أنه بشكل أو بآخر، فإن التوازن بين المصالح المحمية قانوناً والتى تتعارض أو تتصادم بعضها بالبعض الآخر، موجوداً فى كل الحالات(١).

ومن أمثلة الحقوق التى تنتمي إلى هذه الطائفة فى الدستور المصرى حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية، واللتين تنص عليهما المادة ٢٦ منه. وكذلك حرية البحث العلمى والإبداع الأدبى والفنى والثقافى، المنصوص عليها فى المادة ٤٩ منه. وأيضاً حق المواطن فى الإقامة فى وطنه والعودة إليه المنصوص عليه فى المادة ٥١ من الدستور. فلا يجوز إبعاده من البلاد أو منعه من العودة إليها.

وكضمانة لصيانة الحرية الشخصية نص الدستور فى المادة ٥٧ منه على عدم تقادم الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عن جريمة الاعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، بل وبالنسبة لغيرهما من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون، بل وأيضاً قد فرض على الدولة التزاماً بأن تكفل لمن وقع عليه الاعتداء تعويضاً عادلاً.

---

(١) انظر: G. XYNOPOULOS, op. cit. P. 157 .

وقد اتيحت الفرصة للقضاء لتطبيق نص هذه المادة، ومثال ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ٢٧ مايو ١٩٧٨ والذي قضت فيه بالتعويض لأحد الأشخاص الذي تم اعتقاله بالمخالفة لحكم القانون.

وفى ذلك تقول المحكمة "... ومن ثم فإن حقوق المدعى فى التعويض عن القرار الإدارى الطعين والصادر فى ١٠ أغسطس سنة ١٩٦٣ باعتقاله ما انفكت قائمة بعد إذ لم يلحقها التقادم الثلاثى، بل ولا يلحقها أى تقادم فى ظل ما تقضى به المادة ٥٧ من الدستور ..." (١).

ومن حقوق الطائفة الثالثة أيضاً، حق التقاضى الذي نصت عليه المادة ٦٨ من الدستور بأن "التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل فى القضايا.

ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء".

وللقضاء الدستورى فى مصر تطبيقات عديدة لهذا النص. فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن حق التقاضى مبدأ دستورى أصيل، وقد حظرت الدساتير النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء، وقد نصت المادة ٦٨ من دستور ١٩٧١ على هذا الحق وهذا الحظر صراحة، كما أقرته الدساتير السابقة ضمناً من كفالة حق التقاضى للأفراد.

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٧ مايو ١٩٧٨، مجموعة المبادىء التى قررتها فى ١٥ عام ١٩٦٥ – ١٩٨٠، الجزء الأول ص ٧٨١ رقم ٩ .

كما قضت بأن هذا الحق هو من الحقوق العامة التى كفلت الدساتير المساواة بين المواطنين فيها، ويترتب على ذلك أن حرمان طائفة معينة من هذا الحق مع تحقق مناطة، وهو قيام المنازعة على حق من حقوق أفرادها، ينطوى على مصادرة لحق القاضى، وإخلال بل وإهدار لمبدأ المساواة([1]).

ثانياً - القواعد الأصولية:

إلى جانب النصوص والأحكام الدستورية والتى تمثل المرجعية الأولى والرئيسية لقاضى التناسب، تعتبر القواعد الأصولية المرجعية الثابتة والهامة، بالنسبة له.

والمقصود بالقواعد الأصولية، هو الأفكار التى تكون بمثابة مبادىء أساسية فى الفكر الإنسانى وبالذات فى الفكر القانونى. وهى تدور حول بعض القيم الجوهرية Certaines valeurs essentielles.

فتكون مثل هذه المبادىء معياراً يتخذ أساساً للقياس عليه، ومرجعية يُحتكم إليها.

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٤ أبريل سنة ١٩٨٧، قاعدة رقم ٤، القضية رقم ١ لسنة ٨ قضائية "دستورية" الأحكام التى أصدرتها المحكمة من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونيو ١٩٩١، الجزء الرابع، ص ٢٥، والذى انتهت فيه المحكمة= =إلى عدم دستورية المادة الثالثة من القرار بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٦١، فيما تضمنه النص على أن تكون قرارات لجان التقويم نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى وجه من أوجه الطعن، لمخالفة ذلك للمادتين ٤٠، ٦٨ من الدستور، واللتان تنصان على مبدأ المساواة وكفالة حق التقاضى وكذلك حكمها الصادر بتاريخ ٦ يونيو سنة ١٩٨٧، قاعدة رقم ٦، القضية رقم ١٨ لسنة ٥ قضائية "دستورية"، ذات مجموعة الأحكام، ص ٤٦، والذى قضت فيه بعدم دستورية البند خامساً من المادة الثانية من القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٦٣ بشأن نزع ملكية العقارات اللازمة لتنفيذ مشروعات تحويل أراضى الحياض إلى نظام الرى الدائم فيما نص عليه من أنه "لا يجوز الطعن بأى طريق من الطرق فى القرار الصادر بتقرير التعويض"، وألزمت الحكومة المصروفات وأتعاب المحاماة .

هذه المبادىء إن كانت تمثل معياراً أو مرجعية بالنسبة للجميع، فإنها بالنسبة للقاضى تعتبر بمقابة محور رئيسى يسترشد به ويدور فى فلكه. وهو بصدد اضطلاعه بمهمته الجليلة.

وبالنسبة لقاضى رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى فهى تلعب دور المرشد الذي لا غنى عنه فى عمله الدقيق والشاق والحساس. فهو بحاجة ملحة ومستمرة إلى هذا المرشد الهام والحيوى.

فهذا القاضى يرجع إلى هذا المرشد لإقامة التوازن لا بين نص تشريعى يدافع عن مصلحة عامة ونص دستورى ينص على حق أساسى، ولكن لتحقيق التناسب بين نص تشريعى وقيمة جوهرية يعترف بها الدستور، حتى ولو كان الإجراء التشريعى لا يمس مباشرة حق من الحقوق الأساسية Sans porter atteinte diectement au droit fondametal; met en cause la valeur générale que celui – ci porte en lui([1]).

ولعل أهم هذه القواعد على الإطلاق وهي قاعدة العدالة Régle de justice، هذه القاعدة التى تعتبر أساساً جوهرياً، ودعامة رئيسية وركناً حيوياً فى الفكر الإنسانى هى بالنسبة للقانون والقاضى بصفة خاصة وقاضى التناسب بالذات وعلى وجه التحديد، بمثابة العمود الفقرى، الذي لا قيامه لعملة بدونه، أو لا يستقيم عمله بغيره، فهو المرجع والهدف النهائى له فى ذات الوقت.

وأكدت المحكمة الدستورية الفيدرالية فى ألمانيا على هذا المعنى فى عدة أحكام لها، منذ حكمها الصادر فى ١٥ يناير ١٩٥٨، فى قضية Lüth، والذي أكدت فيه أن القانون الأساسى (الدستور) لا يقيم نظاماً محايداً أو عقيماً Neutre من حيث قيم الأخلاق والدين وعلم الجمال Axiologique، وإنما بالأحرى نظاماً موضوعياً واقعياً

(١) انظر: O. JOUANJAN, Le principe d'égalité devant la loi en Droit allemand, Economica, 1992, P. 173.

من القيم valeurs(objectif de)Un ordre([1]).

ويرجع قاضى التناسب إلى هذه القيم والقواعد الأصولية، وهو بصدد بسط رقابته على نشاط الدولة.

ورجوع القاضى إلى مثل هذه القيم فى رقابته، تعطى له حرية كبيرة لتحديد مثل هذا النشاط.

Il bénéficie d'une grande latitude pour limiter l'activité étatique([2]).

المطلب الثانى
أدوات ووسائل المختص برقابة التناسب
فى نطاق القانون الدستورى

يستخدم القائم بالرقابة على التناسب فى نطاق القانون الدستورى عدة أدوات، ويستعمل وسائل متنوعة، يستعين بها فى مهمته.

ونستطيع أن نميز بين أداتين رئيسيتين يسلك من خلالهما سبلاً شتى، ويستخدم فيهما طرقاً متنوعة، ويتبع فيهما أساليباً مختلفة، للوصول إلى الغاية من هذه الرقابة، وإدراك الهدف المنشود من ورائها.

هاتان الطريقتان هما: التفسير والتقدير. ونتناول كل منهما فى فرع مستقل.

---

(١) راجع فى ذلك M. FROMONT, A. RIEG, Introduction au Droit allemand, Tome 2, Cujas, Paris 1984, P. 34 – 35

(٢) انظر: G. XYNOPOULOS, op. cit. P. 133.

الفرع الأول: التفسير كأداة فى يد المختص برقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

الفرع الثانى: التقدير كأداة فى يد المختص برقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

الفرع الأول

التفسير L'interprétation

كأداة فى يد المختص برقابة التناسب

فى نطاق القانون الدستورى

تعتبر هذه الأداة أهم وسيلة يستخدمها قاضى رقابة التناسب فى رقابته.

ويستعمل فى ذلك كل طرق وقواعد التفسير المعروفة، ويستعين بقواعد المنطق والمعقولية، وتكييف وتوصيف الأشياء، والمقارنة، والبحث عن المقصد للمشرع سواء العادى أو الدستورى.

وينصب التفسير على النصوص والقواعد الأصولية والأحكام بل والظروف والملابسات المتعلقة بموضوع الرقابة، ويشمل أيضاً الحقوق والحريات محل البحث.

وبدون هذه الأداة لا يستطيع قاضى التناسب أن يقوم بمهمته الشاقة الدقيقة، التى تحتاج إلى وضوح وجلاء كل العناصر المتعلقة بالرقابة.

وفى القضاء الدستورى تطبيقات عدة تبين استعمال قاضى رقابة التناسب لهذه الأداة التى لا غنى عنها فى عمله.

ونأخذ لذلك مثالاً فيما يتعلق بمبدأ المساواة Principe d'égalité بالنسبة لهذا المبدأ يقوم قاضى الرقابة بتفسير وشرح معناه، وبيان حدوده وضوابط تطبيقه.

فيبين أن هذه المساواة ليست مطلقة n'est pas absolue، وإنما نسبية relative، تختلف باختلاف المراكز différence des situations، ويترتب على ذلك اختلاف فى المعاملة différence de traitement.

ويكمن هنا الدور الحيوى والجوهرى، لقاضى التناسب، فإذا سلمنا أن المساواة ليست مطلقة وإنما تختلف باختلاف المراكز، وأن هذا يقتضي الاختلاف والتباين والتمايز فى المعاملة دون أن يمثل ذلك خروجاً على مبدأ المساواة، إذا كان الحال كذلك فإن مبدأ المساواة لا يبين لنا فى حد ذاته إلى أى حد يكون أو لا يكون التمايز والاختلاف مع المعاملة مبرراً ومتناسباً.

Le principe d'égalité, à lui seul ne nous fournit aucunement le moyen de savoir dans quelle mesure la différence de traitement est ou non justifiée?

كما أن هذه المساواة ليست مجردة abstraite ولكنها تمتزج وتختلط وتتحالف مع الواقع Composer avec réalité وتفهم وفق كل الأشياء المتعادلة Selon toutes choses égales ([1]).

فحتى تتحقق المساواة حقيقة يتعين أن يكون هناك تساوٍ وتعادل فى كل شىء.

---

(١) انظر: Georges VEDEL, Préface de la thèse de P. DELVOLVE, Le principe d'égalité devant les charges publiques, L.G.D.J. Paris, 1969.

من الأمثلة التطبيقية لذلك، نذكر على سبيل المثال قرار المجلس الدستورى الفرنسى الصادر فى ٧ يناير ١٩٨٨(١)، الذى قرر فيه أن النص على أن بعض المساهمين فى إحدى الشركات سيكونون أقلية فى جميع الحالات

en tout état de cause certains associés d'une société seront minoritaires.

يحمل مساساً بمبدأ المساواة يتجاوز بشكل ظاهر ما كان ضرورياً لتحقيق العدالة للمركز المتميز والخاص لبعض فئات المساهمين.

وعلى النقيض من ذلك، فقد قرر فى قرار آخر، يتعلق بقانون التأميم **La loi de nationalisation**، أن المشرع لا يعتبر متجاهلاً لمبدأ المساواة عندما استبعد من نطاق التأميم البنوك التى كان معظم رأسمالها مملوكاً لغير مقيمين **non – résidents** رغم أنها كانت تخضع – قبل التأميم – لذات النظام الذى كانت تخضع له جميع البنوك الأخرى، وذلك بدافع المخاطر الصعبة التى كان من الممكن أن يؤدى إليها التأميم بالنسبة لهذه البنوك على الصعيد الدولى، والتى كان من الممكن أن يؤدى تأمينها – فى نظر المشرع – إلىالتعريض للخطر المصلحة العامة المتصلة بالأهداف المنشودة من وراء التأميم .

وفى هذه القضية الأخيرة يبين القاضى الدستورى ويشرح أن مبدأ المساواة لا يمثل عقبة أمام قيام القانون بوضع قواعد غير متطابقة فى مواجهة أشخاص يوجدون فى مراكز مختلفة، ولكن لا يمكن أن يكون الأمر هكذا، عندما يكون عدم التطابق **non – identité**، مبرراً باختلاف المركز، وغير متعارض مع هدف وغرض القانون(٢).

---

(١) انظر: **Conseil constitutionnel no 87 – 232 DC du 7 Janvier, loi à la mualisation de la caisse nationale du crédit Agricole, R. P. 17; pouvoirs, no 46, P. 179, chr. AVRIL et GICQUEL.**

(٢) انظر: **Conseil constitutionnel, no 81 – 132 DC du 16 Janvier 1982**

وفى قرار آخر يوضح القاضى الدستورى أن مبدأ المساواة لا يتعارض لا مع أن ينظم المشرع بشكل مختلف مراكز مختلفة، ولا مع أن يخرج على المساواة لأسباب المصلحة العامة، شريطة أن يكون الاختلاف فى المعاملة، وهذه الحالة وتلك، الذى ينتج عن المصلحة العامة، متصل بموضوع القانون الذى يسنه(١).

فمن هذه القرارات، نفهم من تفسير قضاء المجلس الدستورى الفرنسى أن هناك إمكانية للمساس أو للخروج المشروع atteinte licite على مبدأ المساواة، ويقوم قاضى التناسب لتحديد الجزء الدقيق من مشروعية هذا المساس La in fine liceité de l'atteinte(٢).

وقضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر ذاخر بمثل هذه التفسيرات والتحديات.

فتضمن فى كثير من أحكامه شرحاً لماهية مبدأ المساواة وبيان نسبيته، وإمكان الخروج عليه لأغراض تقتضيها المصلحة العامة.

ومن أمثلة هذا القضاء، قول المحكمة الدستورية العليا فى أحد أحكامها بأن ماهية مبدأ المساواة هو عدم الإخلال بمبدأ الحماية القانونية المتكافئة بين ذوى المراكز القانونية المتماثلة(٣).

---

(١) راجع: Conseil constitutionnel. No 89 – 254 DC du 4 Juillet 1989, Loi modifiant la Loi 86 – 912 du 6 Août 1986, relative aux modalités d'application des privatisations, R. P. 41, D. 1990, P. 209, Commentaire LUCHAIRE.

(٢) انظر: Conseil constitutionnel, no 85 – 200 DC du 16 Janvier 1986, R. P. 85, R.D.P. 1986, P. 395, Chronique, FAVOREU, Dr, Soc. 1986, P. 372, Note Y. GAUDEMET.

(٣) انظر حكمها بتاريخ ١٥ مايو سنة ١٩٩٣، قاعدة رقم ٦/٢٦، القضية رقم ١٨ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" الأحكام من أول يوليو ١٩٩٢ حتى آخر يونيو ١٩٩٣، الجزء الخامس، المجلد الثانى، ص ٣٠٤.

فمبدأ المساواة يفترض ألا يغاير المشرع بين المراكز القانونية المتماثلة فى المعاملة التى يقررها لها([1]).

فالمساواة لا تعنى أن يعامل المواطنون المختلفة مراكزهم القانونية معاملة قانونية متكافئة، كذلك لا يقوم هذا المبدأ على معارضة صور التميز جميعها، ذلك أن من بينها ما يستند إلى أسس موضوعية، ولا ينطوى بالتالى على مخالفة المادة ٤٠ من الدستور، بما مؤداه أن التمييز المنهى عنه بموجبها، هو ذلك الذى يكون تحكمياً([2])، أى عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت ظروفهم ومراكزهم القانونية، فإذا اختلفت هذه الظروف انتفى مناط التسوية بينهم([3]).

وتفسر المحكمة ذلك وتبين معيار التفرقة بين التمييز الموضوعى والتمييز التحكمى بقولها أنه "لا يعتبر التنظيم التشريعى لموضوع ما، مقصوداً بذاته، بل لتحقيق أغراض بعينها يعتبر هذا التمييز ملبيالها، وتعكس مشروعية هذه الأغراض إطاراً للمصلحة العامة التى يسعى المشرع لبلوغها متخذاً من القواعد القانونية التى يقوم عليها هذا التنظيم سبيلاً إليها، فإذا كان النص التشريعى – بما إنطوى عليه من التمييز – مصادماً لهذه الأغراض مجافياً لها، بما يحول دون ربطه منطقياً بها أو اعتباره مدخلاً إليها، فإن ذلك النص يكون مستنداً إلى أسس غير موضوعية، ومتبنياً تمييزاً تحكمياً بالمخالفة لنص المادة ٤٠ من الدستور" ([4]) .

---

(١) انظر حكمها فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣، قاعدة رقم ٦/١٤، القضية رقم ١٣٠ لسنة ٥ قضائية "دستورية"، نفس الجزء الخامس والمجلد الثانى، ص ١٧٣ .

(٢) انظر حكمها فى ٣٠ مارس ١٩٩٣، قاعدة رقم ٨/١٩، القضية رقم ٦٣ لسنة ١٣ قضائية "دستورية"، الجزء الخامس، المجلد الثانى، ص ٢٢٦.

(٣) انظر حكمها فى ٦ أبريل ١٩٨٥، الدعوى رقم ١٢٤ لسنة ٥ قضائية، مجموعة الأحكام، الجزء الثالث، ص ١٧٦.

(٤) انظر جكمها فى ٣٠ مارس ١٩٩٣، سابق الإشارة إليه قاعدة رقم ٩/١٩، ص ٢٢٨.

وتعترف المحكمة الدستورية العليا للمشرع بإمكان وضع تنظيمات متميزة لبعض الحالات لأغراض تقتضيها المصلحة العامة، دون أن يمثل ذلك مخالفة لمبدأ المساواة.

مثل إفراد تنظيم قضائى لحسم النزاع حول مدى توافر الشروط التى يتطلبها القانون فى مجال شهر المحررات أو تخلفها، وتحديد قواعده، وإجراءاته وفق أسس موضوعية لا تقيم تمييزاً بين المخاطبين بها، وقصر هذا التنظيم عليهم لأغراض تقتضيها المصلحة العامة ممثلة فى سرعة إنهاء المنازعة الدائرة بين أطرافها دون إخلال بما تقتضيه دراستها وفحصها وتهيئة الأسس الكافية للفصل فيها، لا يمثل مخالفة لمبدأ المساواة([1]).

وهكذا يفعل قاضى التناسب، فى كل الحالات التى يقوم برقابتها، فهو يفسر النصوص، ويشرح الحقوق، ويبين المفاهيم والمعانى ويحدد الماهيات أو يعطى الأوصاف والتكييفات لكل ما يعرض أمامه من أفكار وأحكام وقواعد حتى يستطيع أن يضطلع بدوره الرقابى، وبيان مدى توافر أو عدم توافر التناسب بين ما يخضع لرقابته.

الفرع الثانى

التقدير L'appréciation

كأداة فى يد المختص برقابة التناسب

فى نطاق القانون الدستورى

التقدير هو الأداة الرئيسية الهامة الثابتة، التى يستخدمها قاضى التناسب فى مهمته، فكل عمله هو عبارة عن عملية تقدير. فهو يقوم بتقدير النصوص التى تصدرها السلطة، ويقوم بتقدير مدى توافق ذلك مع أحكام الدستور، ويقوم بتقدير مدى مساسها

(١) انظر حكمها الصادر فى ٧ نوفمبر ١٩٩٢، قاعدة رقم ٧/٦، القضية رقم ١٨ لسنة ١٢ قضائية "دستورية"، الجزء الخامس، المجلد الثانى، ص ٥٦.

بالحقوق والحريات العامة، ويقوم فى النهاية بتقدير مدى تناسب الوسيلة المستخدمة مع الهدف المطلوب، من خلال الظروف والملابسات الواقعية المحيطة، ومن خلال جميع العوامل الأخرى المتعلقة بشكل مباشر أو غير مباشر بالموضوع محل البحث.

وعملية التقدير هى مرحلة تأتى فى أغلب الحالات بعد عملية التفسير والتكييف القانونى.

intervient dans la plupart des cas aprés l'opération de qualification juridique.

ومن أهم الأفكار والنظريات التى يستعين بها فى قيامه بالتقدير، فكرة الخطأ الظاهر، وفكرة الغرم والغنم والضرورة تقدر بقدرها وفكرة المعقولية.

أولاً – الخطأ الظاهر: **L'erreue manifeste**

يستخدم القاضى الدستورى فى رقابته على التناسب نظرية الخطأ الظاهر أو الواضح أو الفاضح، لتقييم تقدير المشرع مصدر النص محل الرقابة.

فالقاضى الدستورى، يبحث ما إذا كان البرلمان بتبنيه هذا النص أو ذاك لم يرتكب خطأ ظاهراً فى التقدير، أدى إلى اصطدام بمبدأ ذى قيمة دستورية. وما إذا كان مثل هذا الخطأ الظاهر قد فات على المشرع.

ولكن يلاحظ أن حدود سلطة المشرع فى التقدير تتمثل فى ضرورة التطابق مع المبادىء ذات القيمة الدستورية، ومع ما تتضمنه **Leurs implications**.

ولكن جرأة القاضى الدستورى الرئيسية قد تبدو فى بعض الحالات ليس فى رقابة الخطأ الظاهر وإنما فى التعريف الذي يعطيه أعلى من المقتضيات الدستورية المفروضة على المشرع.

La définition qu' il a donnée en amont des exigences constitutionnelles s' imposant au législateur ([1]) .

فما يهم فى واقع الأمر، ليس الإشارة إلى الصفة الظاهرة أو الواضحة أو الفاضحة فى الخطأ فى تقدير المشرع، وإنما ما يؤخذ فى الحسبان هو طبيعة الرقابة التى تمارس بوساطة هذه الوسيلة.

فعن طريق الخطأ الظاهر يدخل القاضى الدستورى رقابة التناسب، لأنه هذا الطريق يسمح له أن يضع فى الميزان المصلحة العامة المبتغاة فى القانون فى جانب، ويضع، فى الجانب الآخر، الانتهاكات بهذا المبدأ الدستورى أو ذاك، de mettre en balance d' un côté l'intérêt générale poursuivi par la loi et de l'autre les atteintes portées à tel ou tel principe constitutionnel.

ووفقاً للنتيجة، سيكون حكم القاضى بما إذا كانت مثل هذه الانتهاكات غير متناسبة أم لا، مبالغاً فيها أم لا بالنظر إلى التفسير الذى اتبعه المشرع، وبناءً عليه سيحكم بتوافق القانون أم لا مع الدستور La loi sera declarée conforme ou non à la constitution.

فبهذه الوسيلة يملك القاضى الدستورى، أداة قوية Un puissant instrument للرقابة، لأنها تسمح له تقدير ما إذا كانت صفة عدم التناسب أو عدم المبالغة، أو الملائمة أو المعقولة فى Le caractère non – disproportionné, non excessif, opportun, raisonnable للاختيارات التى يجريها المشرع([2]).

---

(١) انظر: B. GENEVOIS, la jurisprudence du conseil Constitutionnel principes directeurs S.T.H. Paris 1988, P. 296.

(٢) انظر: D. ROUSSEAU, Droit de contentieux constitutionnel, 2 e éd. Montchrestien, Paris 1992, P. 128 et 129.

=

ويستخدم المجلس الدستورى فى فرنسا هذه الفكرة غالباً فى قضائه لحمل رقابة التناسب، وقد استخدمها فى قراره الخاص بالتأميم، والذى قضى فيه أن التقدير الذى قام به المشرع فى هذه الحالة، بالنسبة لضرورة التأميمات، لا يمكن – مع غياب الخطأ الواضح - رده أو الطعن فيه([1]).

ومنذ ذلك الحكم والمجلس الدستورى الفرنسى يستخدم هذه الفكرة بشكل منتظم([2]).

وفى قضاء المحكمة الدستورية العليا، تطبيقات لهذه النظرية وإن كانت لا تستخدم تعبير الخطأ الظاهر، بشكل صريح.

ومن أمثلة أحكام هذه المحكمة حكمها الصادر فى ١٥ مايو ١٩٩٣([3]).

والذي تقول فيه "إن السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق مقيدة بالتخوم التى فرضها الدستور حداً لها، ومن بينها ألا يكون التنظيم التشريعى للحق مؤدياً إلى مصادرته ومنطوياً على اغتيال وجوده".

=

وانظر أيضاً: L. HABIB, La notion de l'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, R.D.P. 1986, P.695.

(١) انظر: Conseil constitutionnel, no 81 – 132 dC du 16 Janvier 1982 .

(٢) انظر على سبيل المثال: Conseil constitutionnel no 84 – 176 du 25 Juillet 1984, R. P. 55, R.D.P. 1986, P. 395, Chr. FAVOREAU, et no 87 – 237 DC du 30 Décembre 1987, R.P. 63, R.F.D.A. 1988, P. 350, Note GENEVOIS, Pouvoirs, no 45m Chr, AVRIL et GICQUEL. R.A. P.136, Note LAMBERT.

(٣) انظر مجموعة الأحكام السابق الإشارة إليها، الجزء الخامس، المجلد الثانى، قاعدة رقم ٤/٢٦، ٥، ٦ القضية رقم ١٨ لسن ١٣ قضلئية "دستورية"، ص ٣٠٤.

"ومن المقرر أن حق الملكية نافذ فى مواجهة الكافة، وأن حصانته تدرأ عنه كل عدوان أياً كانت الجهة التى صدر عنها، وأنه صوناً لحرمتها كفل الدستور حمايتها – على الأخص – من جهتين، أولاهما: أنها لا تزول بعدم استعمالها، ولا يجوز أن يجردها المشرع من لوازمها، ولا أن يفصل عنها أجزاؤها المكونة لها، ولا أن ينتقص من أصلها أو يعدل من طبيعتها، ولا يقيد من مباشرة الحقوق المتفرعة عنها فى غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وبوجه خاص لا يجوز أن يسقطها المشرع عن صاحبها سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر، ولا أن يقرر زوال حقه على هذه الأموال محلها إلا إذا كسبها غيره وفقاً للقانون، وطبقاً للأوضاع المنصوص عليها فيه. ثانيهما: أنه لا يجوز نزع الملكية من ذويها – سواء عن طريق التأميم أو غيره – إلا فى الأحوال التى يقرها القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، ومقابل تعويض عادل معادلاً لقيمتها الحقيقية فى تاريخ نزعها، ولمنفعة أو مصلحة عامة لها اعتبارها، ودون ذلك تفقد الملكية الخاصة ضماناتها الجوهرية، ويكون العدوان عليها غصبا لها أدخل إلى مصادرتها، وهو ما حرص الدستور على توكيده فى المادتين ٣٢، ٣٤ ... متى كان ما تقدم، وكان المستحقون فى الأعيان التى أصبح وقفها منتهياً – سواء كانوا معلومين للجهة الإدارية أم كانوا غير معلومين – قد صاروا مالكين لحصص فيها ملكية باتة غير معلقة على شرط بقدر الأنصبة التى كانت لهم قبل هذا الإنهاء، وكان النص التشريعى المطعون فيه قد ألزمهم بأن يتقدموا إلى الجهة الإدارية التى عينها، وخلال الموعد الذى حدده، مطالبين بملكيتهم وإلا حرموا منها بصفة نهائية بانقلابها وقفاً خيرياً، وكان هذا النص – وقد جرى على هذا النحو – قد تمحض عن عدوان مباشر على حق الملكية الخاصة بارصادة الأموال محلها وفقاً خيرياً، وهو ما يناقض طبيعتها ويعدل من خصائصها، وينحل إلى انتزاعها من ذويها لغير منفعة عامة، ودون تعويض، وكان استبعاد الملكية لعمل تشريعى يناقض الحقيقة القانونية التى لا يجوز بمقتضاها أن تنقل من شخص معين إلا إذا كسبها غيره وفقاً للقانون، فإن لازم ما تقدم

أن النص التشريعى المطعون فيه يكون قد أزال الملكية عن أصحابها بإعدامه لها ...".

"... مهدراً بذلك الحق فى الملكية عاصفاً بخصائصها، وبما يناهض كذلك مبدأ خضوع الدولة للقانون ما يتطلبه من استقامة المنحى عند اقرار النصوص التشريعية، وذلك بالتقيد بالضوابط التى فرضها الدستور لحماية الحقوق التى كفلها" .

"إن النص التشريعى المطعون فيه أخل كذلك بمبدأ الحماية القانونية المتكافئة المنصوص عليه فى المادة ٤٠ من الدستور ذلك أنه خص الفئة التى تعلق بها مجال تطبيقه بمعاملة استثنائية لا تستند إلى أسس موضوعية جاوز بها ما تقتضية الحماية المتكافئة بين المراكز القانونية المتماثلة وهى معاملة رتبها على واقعة لا يقوم عليها التباين بين مركزين قانونيين – تلك هى عدم تقدم المستحقين إلى الجهة الإدارية التى حددها خلال موعد معين، مطالبين بالحصص التى يملكونها، ومن ثم يكون النص المطعون فيه قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية" .

ففى هذا الحكم، رأى القاضى الدستورى، أن المشرع قد ارتكب خطأ كبيراً أو واضحاً فى التقدير، حتى ولو لم يفصح الحكم عن ذلك صراحة، ولم يستخدم لفظ الخطأ الواضح بشكل صريح ومباشر، ولكن هذا يفهم بالضرورة من الحكم، فكل فقراته، والعبارات المستخدمة والألفاظ المستعان بها فيه، تدخل وقوع المشرع فى خطأ كبير فى التقدير.

ثانياً – فكرة الغرم والغنم: **Bilan Couts – Avantages**

وفكرة والضرورة تقدر بقدرها:

يستعين قاضى التناسب – وهو بصدد تقييم وتقدير العمل القانونى محل الرقابة – بفكرة الغرم والغنم، أو بمنطق المزايا والعيوب، أو الفوائد والتكاليف، أو الخسائر والمكاسب أو الإيجابيات والسلبيات المترتبة على نص معين أو إجراء معين.

كما يستعين بفكرة الضرورة تقدر بقدرها، فى تقييمه وتقديره للتناسب فى الموضوع الذي يخضع لرقابته.

وبالاستعانة بهذه الفكرة أو بهذا المنطق يقوم قاضى التناسب بوضع الآثار الإيجابية المترتبة على نص تشريعى أصدره المشرع، أو إجراء معين اتخذته الدولة أو السلطة المختصة، يضع ذلك فى كفة، ويقوم بوضع الآثار السلبية المترتبة على هذا النص أو الإجراء فى الكفة الأخرى، ويقوم بعملية الميزان بين الكفتين ليرى ما إذا كان هناك تناسب بين الكفتين، أم أن هناك اختلاف، وإذا كان هناك اختلافاً، فما هى درجته هل هو بسيط صغير، أم أنه جسيم كبير بينهما بحيث يخل بشكل ملحوظ وواضح بالتوازن بينهما.

وبالاستعانة بمنطق الضرورة تقدر بقدرها، يبحث قاضى التناسب عن مدى التزام المشرع فى النص الذي أصدره بحدود الضرورة وقدرها من عدمه.

ونجد تطبيقات كثيرة لمنطق الغرم والغنم فى قضاء المجموعة الأوربية. من ذلك مثلاً حكم محكمة العدل للمجموعات الأوربية، الصادر بتاريخ ١٣ نوفمبر ١٩٩٠، والصادر بمناسبة منشور أوربى يتعلق بالهرمونات فى غذاء الحيوانات، والذى تقول فيه أن مشروعية حظر نشاط اقتصادى يخضع لشرط أن تكون إجراءات الحظر ملائمة وضرورية appropriées et nécessaires لتحقيق أغراض مشروعة، يسعى إليها التنظيم موضوع القضية، ومن المفهوم أنه فى الاختيار عندما تكون هناك عدة إجراءات ملائمة، يجوز اللجوء إلى أقلها جبراً أو إكراها، وأن السيئات الناتجة عنه لا يجب أن تكون غير متناسبة مع الأهداف المرجوة منه : que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés(١).

(١) انظر: Cour de justice des communautés européennes (C.J.C.E), 13 Novembre 1990, R. / Ministre de l'agriculture, 331/ 88, L.P.A. 1991, No 22, P. 18.

ومن ذلك أيضاً حكم المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فى قضية Van des Mussele، الصادر فى ٢٣ نوفمبر ١٩٨٣، والذى تؤكد فيه أن الالتزامات المفروضة على الطاعن كانت تجد فى مقابلها مزايا متصلة بالمهنة، بحيث أن المصلحة العامة التى كانت تهدف إليها فى المرتبة الأولى تتزاوج مع فائدة شخصية لصاحب الشأن الذى يعانى من المساس بحريته.

Les obligations imposées au requérant trouvaient une contrepartite dans les avantages attachés à la profession, de sorte que l'intérêt général qui figurait au premier plan se doublait d'un certain profit personnel pour l' interessé subissant l'atteinte([1]).

ويمكن أن نجد تطبيقاً لهذا المنطق إلى جانب منطق الضرورة تقدر بقدرها فى قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر.

من ذلك مثلاً حكمها الصادر فى ٢٠ مارس ١٩٩٣([2])، فيما يتعلق بالقيود الاستثنائية على العلاقة الايجارية، ومدى مساسها بحق الملكية المنصوص عليه فى الدستور.

فبعد أن تبين المحكمة بأن الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدها، فهى توضح أن جوهر السلطة التقديرية يتمثل فى المفاضلة التى يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختبار ما يقرر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها فى خصوص الموضوع الذى تناوله بالتنظيم.

---

(١) انظر: Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.), 23 Novembre 1983, Série A, No 70

(٢) مجموعة الأحكام السابق الإشارة إليها، الجزء الخامس المجلد الثانى، قاعدة رقم ١٩، القضية رقم ٦٣ لسنة ١٣ قضائية "دستورية"، ص ٢٢٦.

ثم تشرح المحكمة بأن الملكية لم تعد فى ظل النظم الوضعية التى تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة، حقاً مطلقاً، وإنما يجوز أن تفرض عليها القيود التى تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، وهى وظيفة يتحدد نطاقها ومداها على ضوء طبيعة الأموال محل الملكية أو الأغراض التى ينبغى توجيهها إليها، وبمراعاة الموازنة التى يجريها المشرع بين المصالح المختلفة، ويرجح من خلالها ما يراه منها أولى بالرعاية وأجدر بالحماية على ضوء أحكام الدستور، وهى قيود أكثر ما تكون وضوحاً فى مجال الانتفاع بالأعيان المؤجرة لمواجهة الأزمة المتفاقمة الناشئة عن قلة المعروض من الأماكن المهيأة للسكنى لمقابلة الزيادة فى الطلب عليها.

وتعقب ذلك بالتعرض لمنطق الضرورة وما تفرضه ومقدارها؟ بقولها أن عمد المشرع – لمواجهة أزمة الإسكان التى ترتد جذورها إلى الحربين العالميتين الأولى والثانية – إلى إصدار تشريعات استثنائية خرج فيها على القواعد العامة فى عقد الإيجار، إن صح فيه القول بأن الطبيعة المؤقتة لهذه التشريعات الاستثنائية قد زايلتها، وإن الأمر قد آل إلى اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها، إلا أن تطبيقها ظل مرتبطاً بالضرورة التى أملتها، وما كان ينبغى لسريانها أن يجاوز قدر هذه الضرورة، وإلا اعتبر إقرارها فيما يجاوز هذا النطاق مخالفاً للدستور لخروجها على مقتضى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، وانتقاصها – بالتالى – من الحماية التى كفلها الدستور لهذا الحق.

وإن ما قرره المدعى من أن مشكلة الإسكان فى القرى باتت تتفاقم حدتها، وتتعاظم مخاطرها، بما يحتم معاملتها على مقتضى الأحكام الاستثنائية السارية فى المدن، لا يعدو أن يكون جدلاً من جانبه فى شأن النطاق الذي اختاره المشرع لتطبيق هذه التشريعات، وهو نطاق يستقل المشرع بنقديره كلما كان ملحوظاً فى تحديده ما توجبه الضرورة الناشئة عن أزمة الإسكان أو المترتبة عليها، وفى حدود متطلباتها.

ذات الأداة، استخدمتها المحكمة الدستورية العليا فى أحكام أخرى، تتعلق بالامتداد القانونى لعقد الإيجار الذي قرره المشرع، حتى بدون موافقة المالك ومدى مساس ذلك بحق الملكية. وفى هذه الأحكام، اعتبرت المحكمة أن ضراوة أزمة الإسكان تعتبر ضرورة، تبيح الخروج على القواعد العامة، وفرض قيود على الحقوق ولكن الضرورة بقدرها(١).

إذن، يتضح من هذه الأحكام أن قاضى التناسب يستعمل، فى تقديره وتقييمه للشىء محل الرقابة، منطق الغرم والغنم، ومنطق الضرورة تقدر بقدرها، ليرى ما إذا كان هناك تناسباً فيه أم لا، بالنظر إلى ما يتضمنه وما ينطوى عليه من عيوب ومزايا، وأضرار ونوافع، وليقدر كذلك حدود الضرورة التى تفرضه وتمليه.

ثالثاً – المعقولية:

يلجأ قاضى التناسب إلى فكرة المعقولية، لبيان مدى توافر التناسب فى القضية المعروضة عليه من عدمه.

والمعقولية هى علاقة بين ما يتضمنه العمل من ضوابط وحدود وقيود وتنظيمات وبين الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه من وراء ذلك.

وتتحقق المعقولية إذا كانت هذه العلاقة فى الحدود المقبولة عقلاً ومنطقاً، دون تجاوز مبالغاً فيه من حيث التشدد. أى تكون العلاقة داخل الإطار الطبيعى لها لم تخرج عنه، ولم تتخطاه.

---

(١) انظر على سبيل المثال، حكمها بتاريخ ٢٧ مايو ١٩٩٢، قاعدة رقم ٣٨/ ٧، ٨ القضية رقم ٢٥ لسنة ١١ قضائية "دستورية" المجموعة، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص ٣٦٤. وانظر كذلك حكمها بتاريخ ١٤ مارس ١٩٩٢، قاعدة رقم ٢٨، القضية رقم ٣٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية"، ذات المجموعة ص ٢٤٤.

وتنتفى المعقولية، إذا خرجت هذه العلاقة عن هذا الإطار المقبول عقلاً ومنطقاً. وفى هذه الحالة تنتفي علاقة التناسب.

ونجد تطبيقاً لاستخدام هذه الوسيلة فى قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان. من ذلك مثلاً حكمها الصادر فى ٢ مارس ١٩٨٧، والذي تقرر فيه المحكمة بأن النظام الانتخابى موضوع القضية والمطعون فيه، ليس مخالفاً للصواب وليس فيه خرقاً أو خروجاً على المعقولية، ولا يضع تحديداً غير متناسب، على التعبير الحر للناخبين.

Le système électoral n' est pas déraisonnable, et n' apporte pas de limitation disproportionnée à la libre expression des électeurs([1]).

وكذلك حكمها الصادر فى ٢٣ نوفمبر ١٩٨٣، فى قضية المحامى Van des Mussele([2])، والذى توضح فيه أنه فقط الاختلال الجسيم وغير المعقول بين الهدف المنشود والالتزامات المضطلع بها لإدراكه، هى التى يمكن أن تبرر استخلاص أن الخدمات المطلوبة من الطاعن تضفى صفة الإلزام أو الجبر أو القهر على القيام بعمل

(١) انظر: Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.), 2 Mars 1987, Mathieu – Mohin et Clerfaytm, Série A No 113, au sujet du mode de designation des représentants au Conseil flamond en belgique.

(٢) سابق الإشارة إليه، Série A, No 70 وتتلخص واقعاتها، فى أن مكتب المشورة والدفاع التابع لنقابة المحامين الفرعية فى إحدى المدن الفرنسية Avers، كان قد عين هذا المحامى، للقيام – كمحامى منتدب من قبل المحكمة – Avocat d'office – للدفاع عن أحد رعايا دولة جامبى، وبعد الإبراء النهائى لموكله، ثم إخطار المحامى بأنه نظراً لأن موكله مفلساً فإنه من المستحيل تقدير الأتعاب ومصاريف الدعوى La taxation d'honoraire et de frais، ونتيجة لذلك فقد قدم المحامى طلباً إلى المحكمة على أساس أن تعيينه بالانتداب يعتبر عملاً إجبارياً قصرياً، غير مشروع وفقاً لعبارات المادة ٢٢٤ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، والتى لا تنص على أى إمكانية لمخالفتها.

معين، مما يتنافى مع الاتفاق الأوربى لحقوق الإنسان والذى يمنع العمل القهرى Travail forcé ou obligatoire أى إكراه الفرد على القيام بعمل معين، دون إرادته ورغماً عنه. وإن مثل هذا الاختلال أو عدم التوازن لا يبرز ولا يستفاد من عناصر الملف.

Seul un déséquilibre considérale et déraisonnable entre le but poursuivi et les obligations assumées pour l'atteindre pourrait justifier la conclusion que les services exigés revêtaient un carectère obligatoire qu' un pareil déséquiliblre ne ressort pas des élément du dossier.

وباستخدام منطق المعقولية أيضاً، قد قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر، بعدم دستورية المادة الثانية من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب فيما تقضى بتثبيت صفة العامل والفلاح عند تاريخ ١٥ مايو ١٩٧١، وعدم الاعتداد بأى تغيير، من صفة فئات إلى عمال وفلاحين بعد هذا التاريخ. لأنه من غير المعقول، أن يضع القانون استحالة مطلقة أمام تغيير هذه الصفة، وتظل ذات الصفة التى كانت له فى تاريخ معين لصيقة به حتى ولو كانت لا تتفق مع الحقيقة والواقع الفعلى([1]).

(١) صدر هذا الحكم بتاريخ ٨ يوليو ٢٠٠٠، وقد تم تعديل هذا النص بالقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠.

الباب الثالث

مجال رقابة التناسب ومحلها

فى نطاق القانون الدستورى

يجدر بنا أن نعين فى هذا البحث مجال الرقابة على التناسب فى نطاق القانون الدستورى. كما يتوجب علينا أن نحدد محلها.

ونتناول ذلك فى فصلين:

الفصل الأول: مجال رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

الفصل الثانى: محل رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

الفصل الأول

مجال رقابة التناسب

فى نطاق القانون الدستورى

تمارس رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى فى مجال الحقوق والحريات والمبادىء الدستورية.

فالحق والحرية يمثلان المجال الحيوى، الذي يجرى فيه القاضى الدستورى رقابته على التناسب.

فهو يقوم بالبحث عن مدى توافر التوازن بين الحريات الدستورية والحقوق الأساسية Les libertés constitutionnelles et le droits fondamentaux

من ناحية، وبين المصلحة العامة المعترف بها والتى تتواجه معها Les objectifs d'intérêt général qui s' y opposent من ناحية أخرى.

وليس هنا مجال لعرض جميع الحقوق والحريات والمبادىء الدستورية(١)، وإنما نعرض للحقوق والحريات والمبادىء التى تمثل المجال الذى تمارس فيه رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى، ومن خلال تطبيقات وأحكام القضاء الدستورى .

ومن هذه الزاوية وبدراسة القضاء الدستورى فى بعض الأنظمة المقارنة ومصر، نستطيع أن نقرر أن أهم هذه الحقوق والحريات والمبادىء والضمانات تتمثل أساساً فى:

- مبدأ المساواة – الحريات الشخصية – الحقوق والحريات السياسية – الحقوق والحريات الاقتصادية – المبادىء والضمانات الدستورية.

ونبحث هنا هذه النقاط، التى تشكل مكونات مجال رقابة التناسب فى مجال القانون الدستورى. وذلك فى خمسة مباحث:

(١) راجع فى ذلك على سبيل المثال د. أحمد رسلان، الحقوق والحريات فى عالم متغير، دار النهضة العربية، القاهرة، د. الشافعى محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، د. عبدالمنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة، الحريات العامة وضمانات ممارستها، ثلاث مجلدات، دار النهضة العربية، القاهرة، د. محسن العبودى، مبدأ المشروعية وحقوق الإنسان، دراسة تحليلية فى الفقه والقضاء المصرى والفرنسى، دار النهضة العربية، القاهرة، د. نعيم عطية، الفلسفة الدستورية للحريات الفردية، دار النهضة العربية، القاهرة، د. فاروق عبدالبر، دور مجلسالدولة المصرى فى حماية الحقوق والحريات العامة، الجزء الأول، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، د. حسن شلبى يوسف، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية دار النهضة العربية، القاهرة، وراجع كذلك، حقوق الإنسان، إعداد د. محمود شريف بسيونى، د. محمد سعيد الدقاق، د. عبدالعظيم وزير، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، وهى عبارة عن أربع مجلدات، صادرة عن المعهد الدولى للدراسات العليا فى العلوم الجنائية (سيراكوزا – إيطاليا).

المبحث الأول: مبدأ المساواة كمجال لرقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى.

المبحث الثانى: الحقوق والحريات الشخصية أو الفردية كمجال لرقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى.

المبحث الثالث: الحقوق والحريات السياسية كمجال لرقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى.

المبحث الرابع: الحقوق والحريات الاقتصادية كمجال لرقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى.

المبحث الخامس: المبادىء والضمانات الدستورية كمجال لرقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى.

المبحث الأول

مبدأ المساواة Le principe d' égalité

كمجال لرقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

ويرتبط بهذا المبدأ مبدأ آخر هو مبدأ تكافؤ الفرص. ويمثل مبدأ المساواة دعامة وركيزة رئيسية ليس فى الفكر القانونى فقط، وإنما فى الفكر الإنسانى كله.

وهذه الدعامة والركيزة، يرجع تاريخها ووجودها إلى زمن بعيد، يمتد آلاف السنين. وقد يتزامن بداية وجودها مع بداية التقاء الإنسان بأخيه الإنسان، حيث بداية الصراع على الغذاء والمأوى، ومع بداية تكون الجماعات والتجمعات الإنسانية حيث بداية الإحساس بالحاجة إلى تنظيم علاقات الأفراد داخلها، وبضرورة وضع أسس وقواعد لضبط وحكم هذه العلاقات. وكان مبدأ المساواة من أهم هذه الأسس والقواعد.

ثم تأكد هذا المبدأ مع الزمن، وبالذات مع ظهور الديانات والرسالات السماوية، التى تسوى بين البشر جميعاً، ثم تضمنته إعلانات حقوق الإنسان، والمواثيق والاتفاقات الدولية، ثم نصت عليه دساتير غالبية إن لم يكن كل الدول.

فهذا المبدأ له أهمية تاريخية وأيديولوجية Une importance historique et idéologique.

ويتضح ذلك مثلاً فى فرنسا، حيث ذكر هذا المبدأ ثلاث مرات، فى إعلان حقوق الإنسان والمواطن، الصادر عن الثورة الفرنسية.

فى المادة ١، التى تنص على أن البشر يولدون ويعيشون أحراراً، ومتساوون فى الحقوق.

وفى المادة ٦، التى تنص على المساواة فى تولى الوظائف العامة، والمادة ١٣ التى تنص على المساواة أمام الضرائب.

وذكر هذا المبدأ عدة مرات فى ديباجة دستور ١٩٤٦، وعدة مرات فى دستور ١٩٥٨.

ففى ديباجة دستور ١٩٤٦، نص على حظر التمييز على أساس الجنس أو الدين أو المعتقدات (الفقرة ١)، وعلى مساواة الجنسين (فقرة٣)، ومساواة جميع الفرنسيين أمام الأعباء الناجمة عن الكوارث والنكبات الوطنية (فقرة ١٣)، والمساواة فى الدخول إلى التعليم والمعرفة والتأهيل المهنى والثقافة (فقرة ١٦)، والمساواة داخل الكيان الفرنسى (فقرة ١٨).

وكذلك الوضع فى مصر، فقد نصت على مبدأ المساواة الدساتير المصرية، الصادرة عام ١٩٢٣ (المادة ٣)، وعام ١٩٥٦، وعام ١٩٥٨، وعام ١٩٦٤، وعام ١٩٧١.

فدستور ١٩٧١ ينص فى مبدأ المساواة فى المادة ٤٠ منه. التى تقضى بأن "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة".

وينص على تكافؤ الفرص لجميع المواطنين فى المادة ٨، وعلى مساواة المرأة بالرجل فى ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية فى المادة ١١، والمساواة فى تولى الوظائف العامة فى المادة ١٤، والمساواة أمام القضاء فى المادة ٦٨. وكذلك المساواة فى جميع الحقوق والحريات الأخرى والواجبات.

ولمبدأ المساواة طبيعة مزدوجة Double nature فهو يعتبر حق أساسى droit pondamental، من حقوق الإنسان والمواطن، مثل بقية الحقوق والحريات

الأخرى. ويعتبر فى ذات الوقت ركيزة أساسية ترتكز عليها كل الحقوق (١)، وتستخدم بالتالى كدليل أو كعلامة ارشادية أو كموجه لتفسير وتوضيح الحق ذاته en tant que directive d'interpétation du droit .

وفى القضاء الدستورى تطبيقات كثيرة تتعلق بمبدأ المساواة سواء كحق فى حد ذاته، أو كركيزة وأساس للحقوق والحريات الأخرى.

كما أن لهذا المبدأ تطبيقات فى نطاق رقابة التناسب التى يمارسها القاضى الدستورى.

وقد سبق وعرضنا لبعض من هذه التطبيقات. بمناسبة موضوع التفسير كأداة، يستخدمها قاضى التناسب فى رقابته، وبينا التفسيرات والتحديدات والضوابط التى قدمها هذا القاضى فى تطبيقاته لهذا المبدأ.

ومن التطبيقات الأخرى لهذا المبدأ، نعرض على سبيل المثال، حكماً للمجلس الدستورى فى فرنسا، وآخر للمحكمة الدستورية العليا فى مصر.

يتعلق قرار المجلس الدستورى فى فرنسا بالمساواة أمام الضريبة، Principe d' égalilité devant l'impôt، والمنصوص عليها فى المادة ١٣ من إعلان حقوق الإنسان والموطن Déclaration des droit de l'homme et du citoyen (D.D.H.C).

---

(١) حتى إن أحد القانونيين أطلق عليه تعبير مبدأ أم الأولاد principe gigogne، وهو تعبير يستخدم فى مسرح العرائس، ويطلق على الدمية أو العروسة الكبيرة، راجع :

F. MILCO, le principe d'égalité et la constitutionnalité des Lois, A.J.D.A. 1982, P. 115 et ss.

والقرار صادر بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٩٥ (١). ويتعلق بقانون المالية لعام ١٩٩٦، والذي نص فى المادة ٩ منه على منح تخفيض abattement بنسبة ٥٠% من الضريبة على قيمة الأموال التى تنتقل بين الأحياء entre vifs مجاناً a titre gratuit أى عن طريق الهبة donation، لواحد أو أكثر من الواهبين، بشرط وحيد، هو أن يحتفظ هؤلاء الواهبون بهذه الأموال. خلال مدة خمس سنوات.

وقد قرر المجلس عدم تطابق هذه المادة فى مجموعها مع الدستور.

L' article 9 de la loi ne peut être regardé dans son ensemble comme conforme à la Constitution.

وقد أسس قراره على الحيثيات التالية:

- انه بمقتضى المادة ١٣ من إعلان حقوق الإنسان والمواطنون، فإن الإسهام المشترك فى الأعباء العامة للأمة يتعين أن توزع بشكل متساوٍ بين كل المواطنين بحسب قدراتهم.
- إن مبدأ المساواة لا يمثل عقبة لأن يقرر المشرع – عن طريق منح مزايا ضريبية – تمييز نقل بعض الأموال شريطة أن يؤسس تقريره على معايير موضوعية وعقلانية، بالنسبة الأهداف التى ينتويها sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu' il se propose.

---

(١) راجع: Revue française de Droit constitutionnel no 25, 1996, Jurisprudence du Conseil constitutionnel, 1 er Octobre – 31 Décembre 1995, Chronique, Eric OLIVA, Löc PHILLIP, Jérôme TREMEAU, P. 119 et ss.

- إن منح التخفيض ٥٠% فى هذه الحالة، وبدون اقتضاء ممارسة وظيفة إدارة فى المشروع المنقول، وبسط أو توسيع أو مد الاستفادة من هذا الإجراء إلى حالات نقل أو تمويل الأموال transmissions، بالوفاة الطارئة أو المفاجئة décès accidentel لشخص عمره أقل من ٦٥ سنة.

إن منح التخفيض بهذا الشكل، يكون القانون قد أقام فى مواجهة باقى الواهبين والورثة، اختلافات فى المركز ليست لها علاقة مباشرة مع هدف المصلحة العامة المذكور عالية.

Différences de situation qui ne sont pas en relation directe avec l'objectif d'intérêt général ci – dessus rappelé.

- إنه فى هذه الظروف، وبالنظر إلى أهمية الميزة أو الفائدة المقبولة، فإن الفائدة من هذا القانون، هى من طبيعة من شأنها أن تؤدى إلى قطع جلى ومميز المساواة بين الممولين، فى تطبيق النظام الضريبى لحقوق الهبة والميراث.

Une rupture caractérisée de l'égalité entre les contribuables pour l'application du régime fiscal de donation et de succession.

وبناءً على ما تقدم، فإن المادة ٩ من القانون لا يمكن اعتبارها فى مجموعها متوافقة مع أحكام الدستور.

أما حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر، فإنه يتعلق بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص فى الالتحاق بالتعليم العالى.

وقد صدر الحكم بمناسبة طعن أحيل إليها فى النصوص التشريعية التى تقرر استثناء بعض المواطنين الحاصلين على شهادة الثانوية العامة من التقيد بشرط مجموع الدرجات الذي يتم على أساسه توزيع الطلاب على الجامعات والكليات المختلفة، من خلال مكتب التنسيق.

وكان من بين الفئات المستثناة، أبناء وزوجات وأخوة الشهداء أو المفقودين من أفراد القوات المسلحة والعاملين المدنيين بها، وأبناء المناطق النائية ومحافظات الحدود، وأبناء العاملين الحاليين والسابقين بوزارة التعليم العالى، وأبناء أعضاء هيئة التدريس بالجامعات، وكذلك حملة الأوسمة.

وقد قضت المحكمة بعدم دستورية هذه النصوص التشريعية، لمخالفتها لمبدأ المساواة، وتكافؤ الفرص، المنصوص عليهما فى المادتين ٨، ٤٠ من الدستور.

وقد أقامت المحكمة حكمها على الأسس الآتية (١):

- إن المادة ١٨ من الدستور تنص على أن التعليم حق تكفله الدولة، والحق فى التعليم يعنى أن يكون لكل مواطن الحق فى أن يتلقى قدراً من التعليم يتناسب مع مواهبه وقدراته، وإن يختار نوع التعليم الذي يراه أكثر اتفاقاً وميوله وملكاته، وذلك كله وفق القواعد التى يتولى المشرع وضعها تنظيماً لهذا الحق بما لا يؤدى إلى مصادرته أو الانتقاص منه، وعلى ألا تخل القيود التى يفرضها المشرع فى مجال هذا التنظيم بمبدأى تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون المنصوص عليهما فى الدستور.

(١) انظر حكمها الصادر بجلسة أول فبراير ١٩٩٢، فى الدعوى رقم ٤١ لسنة ٧ قضائية "دستورية" والمنشور فى الجريدة الرسمية، العدد ٨ الصادر فى ٢٠ فبراير ١٩٩٢، ص ٤٦٧.
وانظر كذلك، د. عوض محمد المر، المحكمة الدستورية العليا وحماية حقوق الإنسان المكفولة فى الدستور المصرى، منشور فى مجلد حقوق الإنسان، الصادر عن المعهد الدولى للدراسات العليا فى العلوم الجنائية (سيراكوزا – إيطاليا)، المجلد الثالث، دراسات تطبيقية عن العالم العربى، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الأولى، تشرين الثانى / نوفمبر ١٩٨٩ ص ٢٥٢، وما بعدها.

- إن التعليم العالى – بجميع كلياته ومعاهده – يشكل الركيزة الرئيسية لتزويد المجتمع بالمتخصصين والفنيين والخبراء. ولما كانت الفرص التى تلتزم الدولة بأن تتيحها للراغبين فى الالتحاق بالتعليم العالى مقيدة بإمكانياتها الفعلية التى قد تقصر عن استيعابهم جميعاً فى كلياته ومعاهده المختلفة فإن السبيل إلى فض تزاحمهم وتنافسهم على هذه الفرص المحدودة لا يتأتى إلا بتحديد مستحقيها وترتيبهم وفق شروط موضوعية، يتحقق بها التكافؤ فى الفرص، والمساواة لدى القانون، بحيث إذا استقر لأى منهم الحق فى الالتحاق بإحدى الكليات أو المعاهد العالية وفق هذه الشروط فلا يحل من بعد أن يفضل عليه من لم تتوفر فيه تلك الشروط، وإلا كان ذلك مساساً بحق قرره الدستور .

- إن قانون تنظيم الجامعات ولائحته التنفيذية قد نصا على ضوابط القبول بالجامعات. وإن المادة ٧٥ من اللائحة بينت الشروط الموضوعية، المحققة لتكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون، بين الحاصلين على شهادة الثانوية العامة أو ما يعادلها، وذلك حين ربطت القبول فى التعليم الجامعى بترتيب درجات النجاح فى امتحان تلك الشهادة، باعتبار أن هذا الامتحان يتم فى إطار مسابقة عامة تجريها الدولة تتاح فيها الفرص المتكافئة لجميع المتقدمين إليها للحصول على تلك الشهادة بما يجعل معيار المفاضلة بينهم عند تقدمهم للالتحاق بالتعليم الجامعى مرتبطاً بالتفوق والجدارة التى يمتاز بها بعضهم على بعض، وهى النتيجة الحتمية للتفاوت القائم بينهم فى الملكات والقدرات الذاتية.

- إن النصوص التشريعية المطعون عليها، قد خصت بالمعاملة الاستثنائية بعض الفئات، من الحاصلين على شهادة الثانوية العامة أو ما يعادلها، لقبولهم بالتعليم العالى دون التقيد بمجموع درجاتهم فى هذه الشهادة.

- وإن هذه المعاملة الاستثنائية إنما ترتكز على أسس منبتة الصلة بطبيعة هذا التعليم وأهدافه ومتطلبات الدراسة فيه. إذ تقوم على تقرير مزية استثنائية للطلاب المستفيدين منها، قوامها إما مجرد الانتماء الأسرى إلى من كان شاغلاً لوظيفة بعينها، أو قائماً بأعبائها فى جهة بذاتها أو فى تاريخ معين، أو من استشهد أو توفى أو فقد أو أصيب بسبب أداء مهامها، أو من كان حاملاً لوسام.

- إنه لما كانت المعاملة الاستثنائية فى القبول بالتعليم العالى التى تضمنتها النصوص التشريعية المطعون عليها، تستتبع أن يحل أفراد الفئات المستثناة محل من يتقدمونهم فى درجات النجاح فى شهادة الثانوية العامة أو ما يعادلها فى الانتفاع بحق التعليم فى مرحلته العالية المحدودة فرصها، بعد أن كانت قد انتظمتهم جميعاً الأسس الموحدة التى تقررت لأجراء تلك المسابقة ورغم ما أسفرت عنه نتيجتها من أولويتهم دون المستثنين فى التمتع بذلك الحق، فإن ذلك يتعارض مع طبيعة الدراسة فى التعليم العالى وأهدافه ومتطلبات الدراسة فيه، وينطوى على المساس بحق المتقدمين فى درجات النجاح فى هذا التعليم، والإخلال بمبدأى تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون، ومن ثم يشكل مخالفة للمواد ٨، ١٨، ٤٠ من الدستور .

وذات الشىء قد فعلته المحكمة الدستورية العليا، فى الطعن فى عدم دستورية المواد الخامسة مكرراً، والسادسة فقرة ١، والسابعة عشر فقرة ١ من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣. فقد حكم بعدم دستوريتها، لمخالفتها لمبدأى المساواة وتكافؤ الفرص، المنصوص عليهما فى المادتين ٨، ٤٠، والمساس بحق الترشيح المنصوص عليه فى المادة ٦٢، وذلك حين جعل انتخاب أعضاء مجلس الشعب عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية، فيكون قد قصر حق الترشيح على المنتمين للأحزاب السياسية المدرجة أسمائهم بقوائم هذه الأحزاب، وحرم بالتالى غير هؤلاء من ذلك الحق، دون مقتض من طبيعته ومتطلبات مباشرته.

ومن ثم يكون حرمان طائفة معينة من هذا الحق العام. ينطوى على إهدار لأصله وإخلال بمبدأى تكافؤ الفرص والمساواة ([1]).

فى هذين الحكمين يبدو واضحاً إعمال القاضى الدستورى لرقابة التناسب.

فإذا كان يقر للمشرع تنظيم أى حق من الحقوق، ووضع الضوابط والقيود والحدود على استعماله والتمتع به، فإنه يبين أن هذه الضوابط يتعين أن تكون قائمة على أسس موضوعية، وأنها تتناسب مع الأهداف المطلوب تحقيقها، وكل ذلك يتناسب مع قواعد وأحكام وضوابط الدستور.

(١) انظر حكمها فى ١٦ مايو ١٩٨٧، قاعدة رقم ٦/٥، القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ قضائية "دستورية" – المجموعة، الجزء الرابع، ص ٣١ وما بعدها.

ولذات الأسباب، قضت المحكمة بعدم دستورية المادة الخامسة مكرر، من ذات القانون بعد تعديلها بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦، والذي جميع بين نظامى الانتخاب الفردى والانتخاب بالقوائم الحزبية، لمخالفته لميدأى المساواة وتكافؤ الفرص. انظر حكمها الصادر فى ١٩ مايو ١٩٩٠، والمنشور فى الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ مكرر فى ٣ يونيو ١٩٩٠. انظر المجموعة الجزء الرابع، قاعدة رقم ٣٣، القضية رقم ٣٧، لسنة ٩ قضائية ص ٢٥٦ وبالنسبة للترشيح لانتخابات مجلس الشورى، انظر حكمها الصادر بجلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩، قاعدة رقم ٢٧ القضية رقم ٢٣ لسنة ٨ قضائية "دستورية" المجموعة، الجزء الرابع، ص ٢٠٥، وما بعدها وبالنسبة للترشيح لانتخابات المجالس الشعبية، انظر حكمها بجلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩، قاعدة رقم ٢٦، القضية رقم ١٤ لسنة ٨ قضائية "دستورية" ذات المجموعة حتى ١٩١.

المبحث الثانى

الحقوق والحريات الشخصية أو الفردية

Les droit et les libertés individuels

كمجال لرقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

الحريات الشخصية، هى الحريات تتصل بشخص الفرد اتصالاً وثيقاً، بحيث لا يمكن أن يحيا حياة عادية بدونها، بل ويتوقف عليها إمكان تمتعه بالحقوق والحريات الأخرى.

ومن أهم الحقوق والحريات التى تنتمي إلى هذه الطائفة، الحرية الشخصية والحق فى الأمن، والحق فى سلامة البدن والشخصية وحرمة المسكن، وحرمة الحياة الخاصة والمراسلات والاتصالات، وحرية الإقامة والتنقل.

وتحرص إعلانات الحقوق (١) والمواثيق الدولية، وكذلك الدساتير(٢) على النص عليها وتأكيدها وصيانتها، ووضع الضمانات الكافية لحمايتها من أى مساس أو اعتداء خاصة فى مواجهة السلطات العامة. وتعتبر هذه الطائفة من الحقوق والحريات المجال الحيوى للرقابة على التناسب فى مجال القانون الدستورى. حيث يقوم قاضى التناسب بقياس التوازن بين القيود التى يفرضها المشرع على مثل هذه الحقوق

(١) مثال ذلك، إعلان حقوق الإنسان والمواطن، الصادر عن الثورة الفرنسية فى ٢٦ أغسطس عام ١٧٨٩ .

(٢) ومثال ذلك دستور ١٩٧١ فى مصر، الذى نص على الحرية الشخصية فى المادة ٤١ منه، وعلى ضمانات حمايتها فى المادة ٤٢، وعلى سلامة الشخصية فى المادة ٤٣، وعلى حرمة المسكن فى المادة ٤٥، وحرمة الحياة الخاصة، والمراسلات والاتصالات فى المادة ٤٥، وحرية الإقامة والتنقل فى المادة ٥٠ .

والحريات بحجة الحفاظ على النظام العام وتحقيق المصلحة العامة، يقيسها القاضى بميزان حساس، ليتحقق من مدى توافر أو انتفاء التناسب فيها.

وأمثلة الرقابة على التناسب فيما يتعلق بهذه الطائفة من الحقوق والحريات كثيرة وعديدة ومتنوعة.

فللمجلس الدستورى فى فرنسا عدة قرارات بهذا الموضوع. ففيما يتعلق بالحرية الفردية. نجد أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩، والذي نصت ديباجة دستور ١٩٥٨ على تمسك الشعب الفرنسى بالمبادىء التى أتى بها هذا الإعلان مما يجعله جزءاً من الدستور، فقد نص هذا الإعلان فى المادة ٨ منه على حد تناسب يتعين على المشرع مراعاته عند النص على العقوبات.

فقد نص على أنه لا يجب أن ينص القانون إلا فقط على العقوبات الضرورية بشكل واضح ودقيق.

La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires.

وقد أكد هذا المعنى المجلس الدستورى فى قرارات جديدة له. نذكر منها على سبيل المثال، قراره الصادر بتاريخ ٢٨ يوليو ١٩٨٩ (١)، والذى يقرر فيه أن مبدأ

---

(١) انظر: Conseil constitutionnel, no 89 – 260 DC du 28 Juillet 1989, R. P. 71, R.F.D.A. 1989, P. 671, Note GENEVOIS, Pouvoirs. No 52, P. 189, وانظر كذلك قراره Conseil constitutionnel, no 88 – 248 DC du 17. Janvier 1989, R. P. 18, Garndes Décisions du Conseil =constitutionnel (G.D.C.C.) no 44, R.D.P. 1989, P. 399, =Chronique FAVOREU, R.F.D.A. 1989, P. 215, Note GENEVOIS, R.A. 1989, P. 223 Commentaire AUTIN, Pouvoirs no 50, P. 197, Chrononique AVRIL et GICQIUEL.

التناسب يتضمن فى كل الأحوال والأوضاع أن الحد الكلى للجزاءات التى من المحتمل الحكم بها لا يتجاوز الحد الأعلى لأحد الجزاءات المستوجبة التطبيق .

Que le principe de proportionnalité implique qu' en tout état de cause, le montant global des sanctions eventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

وهو ما يعبر عنه بضرورة احترام مبدأ تناسب الجرائم والعقوبات، **La nécessité du respect du principe de la proportionnalité des et des délits peines.**

وفيما يتعلق بالتفتيش، فللمجلس الدستورى فى فرنسا قرار شهير صدر فى ١٢ يناير ١٩٧٧ ويتعلق بتفتيش السيارات **La fouille des véhicules**(١).

فى هذا القرار يرى المجلس الدستورى أن هناك مساس بالحرية الفردية بسبب المدى والعمومية وعدم التحديد للصلاحيات الموكولة إلى سلطات الشرطة **en raison de l'étendue, de la généralité et de l'imprécision des pouvoirs qui sont conférés aux autorités de police.**

أو بعبارة أخرى، فإن المجلس يرى عدم تناسب هذه الصلاحيات بالنسبة للمبادىء التى تستند إليها حماية هذه الحرية (الحرية الفردية) .

فالمجلس يقبل مبدأ تحديدها، للسعي وراء بعض الأهداف كصيانة النظام العام، ولكن يتطلب أن تكون حالات المساس بهذه الحرية مُعَّرفة بشكل دقيق، حتى يستطيع أن

---

(١) انظر: **Conseil constitutionnel, no 76 – 75 DC du 12 Janvier 1977. Note X. PHILIPPE.**

يفحص ما إذا كان التشريع لم يتجاوز ما هو ضرورى.

Afin qu' il puisse vérifier si la législation n' a pas été au – délà de ce qui est nécessaire.

والمجلس الدستورى يشير فى هذا القرار إلى الشروط التى كان يتعين وضعها، حتى تكون الصلاحية الممنوحة بالقانون لقوات الشرط صحيحة ومقبولة ومشروعة. مثل سن نظام قانونى للسلطات الاستثنائية، أو تهديد بالمساس أو بالاعتداء على النظام العام، أو وجود أو وقوع جريمة.

Mise en vigueur d'un régime légal de pouvoirs exceptionnels, ou bien menace d'atteinte à l'ordre public, ou existence d'une infractions.

هذه الظروف فقط هى التى من الممكن أن تسمح باستنان إجراء عام، ولكن محدد من حيث المدة التى يمكن أن يطبق خلالها(١).

إلى جانب هذه القرارات للمجلس الدستورى، يوجد للمجلس قرارات أخرى كثيرة، تتعلق مثلاً بالتفتيش الضريبى **Perquisitions fiscales**، ومدى اصطدامه بحرمة المسكن **L'inviolabilité du domicile**(٢).

وإجراءات الشرطة الخاصة بالأجانب **mesures de police des étrangers**، والتناسب بين ضرورة احترام المبادىء الأساسية للجمهورية الفرنسية بطريقة جادة، وصيانة النظام العام من التهديد الخطير له، وبين عدم المساس بالحرية الفردية التى يكفلها الدستور(٣).

---

(١) انظر: **M. FAVOREU et PHILIP, Grandes Décisions du consei constitutionnel, no 44, P. 362.**

(٢) انظر مثلاً: **Conseil constitutionnel, no 83 – 164 Dc du 29 Décembre 1989.**

(٣) انظر على سبيل المثال:

=

وللمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية حكم يتعلق بسرية المراسلات، صادر بتاريخ ٢٠ يونيو ١٩٨٤، فقد طعنت مواطنة ألمانية من ألمانيا الغربية، وذلك قبل قيام الوحدة بين شطرى ألمانيا، فى دستورية إجراءات ما كان يسمى بالرقابة الاستراتيجية sur veillance stratégique، التى فرضها الوزير الاتحادى للبريد. وكانت هذه الإجراءات تتمثل فى قراءة الخطابات Lectures de lettres، والتنصت على المحادثات التليفونية écoutes de conversations téléphoniques، الموجهة للدول الشرقية Vers les pays de l'Est، وذلك بعد التحرى والتحقيق.

وفقاً لهذه المحكمة، فإن الهدف المجرد للقانون، المحدد فى المادة ١٠ فقرة ٢ من القانون الأساسى، لا يمكن أن يتعلق إلا بالدفاع عن النظام الدستورى الديمقراطى والحر. والهدف المحسوس والفعلى من الإجراءات ليس هو، كما تدعى الطاعنة، الرقابة العامة لاتصال الأفراد مع الدول الشرقية، هدف كان سيكون غير دستورى، ولكن الهدف الفعلى هو جمع المعلومات المتناثرة والمختلفة وغير الشخصية لسد الطريق أمام خطر خارجى Pour parer à un danger extérieur وقد قضت المحكمة برفض الطعن(١).

=

Conseil constitutionnel, no 86 – 216 DC du 3 Septembre 1986, conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, loi Pasquam, R.P. 135, R.F.D.A. 1987, P. 120, Note GENEVOIS, R.D.P. 1989, P. 399, Chronique FAVOREU. Conseil constitutionnel, 92 – 307 DC du Février, J.O. 27 Février, 1992.

(١) انظر: G. XYNOPOULOS, op. cit. P. 135 et 136 .

ويبدو هنا واضحاً دور القاضى فى رقابة التناسب، فهو يبحث فى مدى تناسب الإجراء مع الهدف المنشود فى إطار أحكام الدستور.

وفى القضاء الدستورى المصرى تطبيقات عديدة فى هذا المجال.

- فبالنسبة للحرية الشخصية، قضت المحكمة العليا (١) (قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا)، بأن الدساتير المصرية مثل دستور ١٩٥٨ (المادة العاشرة منه)، ودستور ١٩٦٤ (المادة ٢٧ منه)، كانت تنص على أنه لا يجوز القبض على أحد وحبسه إلا وفق أحكام القانون. وكانت المادة ٢٨ من دستور ١٩٦٤ تكفل للأفراد حقهم فى الدفاع عن أنفسهم بالأصالة أو بالوكالة.

فهذه النصوص تكفل الحرية الشخصية وتكفل حق الدفاع عنها باعتبارهما أصلين عامين، وتحيل إلى القانون بيان حدودهما.

ومن البدهى أن هذه الحدود تستهدف تنظيم هذين الحقين لا إلغاءهما بحيث لا يبقى منهما شىء .

وقضت المحكمة فى هذا الحكم، بأن المادة الأولى من القانون المطعون فيه، والخاص بالتدابير الخاصة بأمن الدولة كانت تذهب بأصل هذين الحقين (حق الأفراد فى الحرية الشخصية وفى الدفاع عن أنفسهم)، الأمر الذي لا يتفق مع أحكام الدستور، ويتعين بالتالى الحكم بعدم دستورية هذه المادة.

وفى ذات المجال، وفى ظل دستور ١٩٧١، قضت المحكمة العليا (٢)، بأن المادة ٤١ من الدستور نصت على أن "الحرية الشخصية حق طبيعى، وهى مصونة لا تمس،

(١) انظر حكم المحكمة العليا، بتاريخ أول أبريل ١٩٧٨، الدعوى رقم ٥ سنة ٧ قضائية، مجموعة أحكام العليا، الجزء الثانى، ص ١٤٦.

(٢) انظر حكم المحكمة العليا، بتاريخ ٢٩ يونيو ١٩٧٤، الدعوى رقم ١، لسنة ٥ قضائية مجموعة أحكام المحكمة العليا، الجزء الأول، ص ١٦٣ .

وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع. ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة وذلك وفقاً لأحكام القانون".

وإن هذا لا يعنى أن الحرية الشخصية حق مطلق لا ترد عليه القيود، والقانون هو الوسيلة الوحيدة لوضع هذه القيود.

وقد قامت تشريعات العقاب على هذا الأساس لأنها إنما تؤثم صوراً من العدوان على الغير حفظاً لأمن الجماعة ونظام المجتمع.

ويؤيد هذا النظر أن المشرع الدستورى يقر تقييد حرية الأفراد إذا ما اقترفوا ما يقتضي ذلك من الجرائم ومخالفة القانون، كما يقر بأن الحرية الشخصية التى أحاطها بسياج من القداسة فى صدر المادة ٤١ منه ليست حرية مطلقة، تمتنع على القيود والحدود إذا اقتضت مصلحة المجتمع فرض هذه الحدود وتلك القيود.

وفى مجال الحرية الفردية أيضاً، قضت المحكمة الدستورية العليا(١) بعدم دستورية القانون الخاص بوضع المشتبه فيهم تحت مراقبة الشرطة.

فوفقاً لهذا الحكم، أن هذا القانون قد جرَّم حالة جديدة لا حقة لحالة الاشتباه التى سبق أن حوكم عليها الشخص، وهى حالة ما إذا تم اعتقاله بعد ذلك لأسباب تتعلق بالأمن العام.

ولما كانت المادة ٦٦ من الدستور تنص على أن العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا توقع بلا حكم قضائى. وكان توقيع عقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة لمدة سنتين التى فرضها المشرع كعقوبة أصلية طبقاً للقانون المطعون فيه يتم بغير حكم قضائى.

---

(١) انظر المحكمة الدستورية العليا، حكمها الصادر بتاريخ ١٥ مايو ١٩٨٢، القضية رقم ٣٩ لسنة ٣ قضائية، مجموعة أحكام المحكمة العليا، الجزء الثانى، ص ٤٥ .

فإن هذا القانون يكون قد خالف الدستور.

وإذا كانت الأحكام السابقة انتهت إلى عدم دستورية النصوص المطعون عليها باسم صيانة الحرية، فلذات الهدف، أى مراعاة الحرية الفردية وحمايتها، صدرت أحكام أخرى بدستورية بعض النصوص المطعون فيها.

من ذلك مثلاً حكم المحكمة الدستورية العليا، الصادر فى ٧ نوفمبر ١٩٩٢(١). بخصوص قاعدة رجعية القوانين الأصلح للمتهم.

فوفقاً لهذا الحكم إن مؤدى قاعدة رجعية القوانين الأصلح للمتهم، سريانها بأثر رجعى – ومنذ صدورها – على الجريمة التى ارتكبها من قبل، وذلك لانتفاء الفائدة الاجتماعية التى كان يرجى بلوغها من وراء تقرير العقوبة وتوقيعها عليه.

ولئن كان الدستور لا يتضمن بين أحكامه مبدأ رجعية القوانين الأصلح للمتهم، إلا أن القاعدة التى يرتكز عليها هذا المبدأ تفرضها المادة ٤١ من الدستور، التى تقرر أن الحرية الشخصية حق طبيعى، وأنها مصونة لا تمس، وعلى تقدير أن هذه الرجعية ضرورة حتمية يقتضيه صون الحرية الفردية بما يرد عنها كل قيد غدا تقريره مفتقراً إلى أية مصلحة اجتماعية.

فإن قاعدة رجعية القوانين الأصلح للمتهم لا تخل بالنظام العام، بل هى أدعى إلى تثبيته بما يحول دون انفراط عقده.

فى هذه الأحكام يظهر واضحاً دور القاضى الدستورى فى رقابة التناسب.

فهو يقوم بعملية ميزان دقيقة جداً، بين الوسائل المستخدمة من قبل السلطة، والأهداف المطلوبة من وراء استخدام مثل هذه الوسائل، ومدى تحقيق التناسب بين هذه وتلك، ومدى مساس ذلك بالحقوق والحريات الفردية التى تضمنها الدستور ونص

(١) انظر، المحكمة الدستورية العليا، جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢، قاعدة رقم ٧/ ٤، ٥، ٦، القضية رقم ١٢، لسنة ١٣ قضائية "دستورية"، المجموعة الجزء الخامس، المجلد الثانى، سابق الإشارة إليه، ص ٦٩ .

على صونها وحمايتها، ومدى جواز أو عدم جواز مثل هذا المساس، وما إذا كان ذلك فى الحدود المقبولة أم تتجاوزها، وعلى ضوء كل هذا يحدد القاضى قراره ويصدر حكمه.

وهذا هو جوهر رقابة التناسب، كما رأينا فيما سبق.

وبالنسبة لحرمة المسكن، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا(١)، بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية، وذلك لأنها تخول مأمورى الضبط القضائى الحق فى إجراء تفتيش مسكن المتهم فى حالة التلبس بجناية أو جنحة دون أن يصدر له أمر قضائى مسبب ممن يملك سلطة التحقيق، وهو ما يخالف حكم المادة ٤٤ من الدستور، التى نصت على صون حرمة المسكن.

وفى ذلك تقول المحكمة: أن المادة ٤٤ من الدستور قد نصت على أن للمساكن حرمة، وأن المادة ٤٥ منه قد قضت بأن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، ولم يكتف الدستور بتقرير هذه الحماية الدستورية، بل أتى بقواعد أساسية. تقرر ضمانات عديدة لحماية الحرية الشخصية، وما يتفرع عنها من حريات وحرمات ورفعها إلى مرتبة القواعد الدستورية، ضمنها المواد ٤١، ٤٥ منه، بحيث لا يجوز للمشرع العادى أن يخالف تلك القواعد، وما تضمنته من كفالة لصون تلك الحريات وإلا جاء عمله مخالفاً للشرعية الدستورية.

فنصت المادة ٤٤ من الدستور على أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقاً لأحكام القانون. ومؤدى ذلك أن هذه المادة لم تستثن حالة التلبس بالجريمة من ضرورة صدور أمر قضائى مسبب ممن له سلطة التحقيق أو من القاضى المختص بتفتيش المسكن، مما مفاده أن هذا النص الدستورى

(١) انظر حكمها بتاريخ ٢ يونيو ١٩٨٤، القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية، مجموعة الأحكام، الجزء الثالث، ص ٦٧.

يستلزم فى جميع أحوال تفتيش المسكن صدور الأمر القضائى المسبب وذلك صوناً لحرمة المسكن.

وإذا كانت المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى، قد نصت على أن لمأمورى الضبط القضائى فى حالة التلبس بجناية أو جنحة تفتيش منزل المتهم، فهذا مفاده تخويل مأمور الضبط القضائى الحق فى إجراء تفتيش مسكن المتهم فى هذه الحالة دون أن يصدر له أمر قضائى مسبب ممن يملك سلطة التحقيق، وهو ما يخالف حكم المادة ٤٤ من الدستور.

الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية.

المبحث الثالث
الحقوق والحريات السياسية
Les droits et les libertés politiques
كمجال لرقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

تعتبر الحقوق والحريات السياسية مجالاً هاماً لممارسة القاضى الدستورى رقابته على التناسب فيها.

وتتمثل أهم هذه الحقوق فى حق الانتخاب، وحق الترشيح، وحق تكوين الأحزاب السياسية والانضمام إليها وحق ممارسة العمل السياسى فعادة يقوم المشرع العادى بوضع تنظيم لهذه الحقوق والحريات، وذلك بوضع ضوابط، بل وأحياناً قيود معينة على ممارستها ومباشرتها.

ويأتى هنا دور قاضى الرقابة ليبين مدى تناسب مثل هذا التنظيم، وهذه الضوابط والقيود مع الأهداف منها، ومدى تلاقى أو تباعد ذلك مع أحكام الدستور، ومع ما يقرره لمثل هذه الحقوق والحريات من حماية.

ونذكر فى هذا الصدد بعض التطبيقات القضائية.

فالمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان تقرر، فى أحد أحكامها(١) الذى يتعلق بحق التصويت والترشيح للانتخاب، تقرر ما يلى:

- إنه إذا كانت المادة ٣ من البروتوكول رقم ١ تتضمن حقوق فردية للتصويت والترشيح فى الانتخابات droits de vote et d' éligibilité، فإن الأمر لا يتعلق هنا بحقوق مطلقة il ne s' agit pas là de droits absolus.

(١) انظر: Cour européenne des droits de l'homme, (C.O.D.H.). 2 Mars 1987, Mathieu – Mohin et Clerfayt, Serie, A. no 113, au sujet du mode de désignation des représentants au Conseil flamand en Belgique.

- إن الدول الموقعة على البروتوكول، تستطيع أن تدخل فى اعتبارها المصلحة العامة، التى تدفع إلى تحديد هذه الحقوق والحريات.
- إن المحكمة تملك، فى حالة وضع حدود على هذه الحقوق والحريات، أن تسهر وتراقب، ما إذا كانت الشروط التى تحيط بهذه الحقوق، لا تنتقص فيها للنقطة التى تصيبها فى جوهرها ذاته، ولا تنتزع منها فعاليتها أو تأثيرها.

Il appartient la cour de veiler à ce que les conditions qui entourent ces droits ne les réduisent pas au point des les atteindre dans leur substance même de les priver de leur effectivité.

ونتيجة التوازن تصل إليها المحكمة عن طريق إجراء بحث قضائى يتم على عدة مستويات ومراحل Plusieures stades:

- وجود اعتداء ومساس existence d'une atteinte.
- الاعتداء أو المساس يكون مشروعاً من الوهلة الأولى atteinte a priori légitime.
- التوازن بين الحرية والمصلحة العامة pondération entre la liberté et l' intérêt général.

وللمحكمة الدستورية العليا فى مصر تطبيقات كثيرة فى مجال الحقوق والحريات السياسية. نذكر منها على سبيل المثال الأحكام التالية:

- ففيما يتعلق بحق الترشيح، قضت المحكمة أن الطعون الدستورية المتعلقة به، تدخل فى اختصاصها([1]).

(١) انظر حكمها الصادر فى جلسة ١٦ مايو ١٩٨٧، قاعدة رقم ٥، القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ قضائية "دستورية"، المجموعة ١٩٨٧/ ١٩٩١، الجزء الرابع ص ٣١ وما بعدها، بخصوص قصر حق الترشيح لانتخابات مجلس الشعب على القوائم الحزبية فقط.

=

وكان قد دفع أمامها بعدم اختصاصها، على أساس أن العدول عن نظام الانتخاب الفردى إلى نظام الانتخاب بالقوائم الحزبية، بموجب القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ المطعون عليه المعدل للقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب هو من المسائل السياسية، إذ يتصل بالنظام السياسى الداخلى، الذي أصبح بعد تعديل المادة الخامسة من الدستور فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ يقوم على أساس تعدد الأحزاب، ومن ثم ينأى عن رقابة المحكمة الدستورية العليا، ويخرج عن اختصاصها.

وقد ردت المحكمة على هذا الدفع، بأن القانون المطعون عليه، قد صدر فى شأن يتعلق بحق الترشيح لعضوية مجلس الشعب، وهو الحق الذي عنى الدستور بالنص عليه، وعلى كفالته، والذي ينبغى على سلطة التشريع ألا تنال منه وإلا وقع عملها مخالفاً للدستور.

وبذلك لا يكون القانون المذكور قد تناول مسائل سياسية تنأى عن الرقابة الدستورية، ويكون الدفع بعدم الاختصاص قائماً على غير أساس متعيناً رفضه.

- وبالنسبة لحق الترشيح والانتخاب وإبداء الرأى فى الاستفتاء قضت المحكمة بأن الحقوق السياسية المنصوص عليها فى المادة ٦٢ من الدستور، ومن بينها حق الترشيح، الذي عنى الدستور بالنص عليه صراحة مع حق الانتخاب وإبداء الرأى فى الاستفتاء، اعتبرها الدستور من الحقوق العامة، التى حرص على كفالتها، وتمكين المواطنين من ممارستها، لضمان إسهامهم فى اختيار قياداتهم وممثليهم فى إدارة دفة الحكم ورعاية مصالح الجماعة.

=

وكذلك حكمها بتاريخ ١٩ مايو ١٩٩٠، قاعدة رقم ٣٣، القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية"، ذات المجموعة، الجزء الرابع ص ٢٥٦ وما بعدها. بخصوص حق الترشيح لانتخابات مجلس الشعب، ونظام الجمع بين القوائم الحزبية، والانتخاب الفردى.

ولم يقف الدستور عند مجرد ضمان حق كل مواطن فى ممارسة تلك الحقوق، وإنما جاوز ذلك إلى اعتبار مساهمته فى الحياة العامة عن طريق ممارسته لها واجباً وطنياً، يتعين القيام به فى أكثر مجالات الحياة أهمية لاتصالها بالسيادة الشعبية.

ثم توضح المحكمة ضوابط التوازن والتناسب، التى يتعين على المشرع مراعاتها، عند تنظيمه لهذه الحقوق. فتقول:

- إنه لا يجوز أن تؤدى القواعد التى يضعها المشرع تنظيماً للحقوق العامة – ومنها الحقوق السياسية – إلى مصادرتها أو الانتقاص منها، ويشترط ألا تخل القيود التى يفرضها فى مجال هذا التنظيم بمبدأى تكافؤ الفرص والمساواة، اللذين تضمنها الدستور بما ينص عليه فى المادتين ٨، ٤٠ منه. فإن لم يراع هذه الضوابط والحدود، يكون قد جاوز دائرة التنظيم، مما يخضع للرقابة.

وإن كان الدستور قد نص، فى التعديل الذى تم للمادة الخامسة منه فى ٢٢ مايو ١٩٨٠، على تعدد الأحزاب، والعدول عن صيغة التنظيم السياسى الوحيد المتمثل فى الاتحاد الاشتراكى العربى، فإن الدستور لم يجاوز العدول عن هذه الصيغة فى التنظيم السياسى، من نظام الحزب الوحيد إلى نظام تعدد الأحزاب، فلم يجاوز ذلك إلى المساس بالحقوق والحريات العامة التى كفلها الدستور، باعتبار أن نصوص الدستور لا تنفصل عن أهدافها ويتعين تطبيقها مترابطة كاملة (١).

- وبالنسبة لسلطة المشرع فى اختيار النظام الانتخابى الملائم، تقول المحكمة، أنه وإن كانت للمشرع سلطة تقديرية فى اختيار النظام الانتخابى الملائم للمجتمع، فإن هذه السلطة التقديرية تجد حدها فى عدم الخروج على القيود والضوابط التى نص

(١) انظر أيضاً، حكمها بجلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩، قاعدة رقم ٢٧، القضية رقم ٢٣ لسنة ٨ قضائية "دستورية"، ذات المجموعة السابق الإشارة إليها، ص ٢٠٥، وما بعدها .
وذات المعانى تضمنتها أحكام كثيرة، انظر على سبيل المثال، ذات المجموعة.

عليها الدستور، وعدم المساس بالحريات والحقوق العامة التى كفلتها نصوصه ([1]).

- وبالنسبة لحق تكوين الأحزاب والانتماء إليها، فإن المحكمة تجرى توازناً دقيقاً فى رقابتها على ذلك.

ويتضح ذلك من حكمها الصادر فى ٧ مايو ١٩٨٨([2])، حيث تقرر أن الدستور إذ نص فى المادة الخامسة على تعدد الأحزاب ليقوم على أساسه النظام السياسى فى الدولة، يكون قد كفل بالضرورة حرية تكوينها وضمان الانضمام إليها، إلا أنه أراد أن يكون التعدد الحزبى دائراً فى إطار المقومات والمبادىء الأساسية للمجتمع المصرى المنصوص عليها فى الدستور، كما أوجب فى التنظيم التشريعى للحرية الحزبية، أن لا يتضمن نقضاً لهذه الحرية أو انتقاصاً منها، وأن يلتزم بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور، فإن جاوز ذلك إلى حد إهدار الحرية ذاتها، والنيل منها، أو خروج على القواعد والضوابط، التى نص عليها الدستور، فإنه يكون مخالفاً للدستور.

فقد كفل الدستور حق الانضمام إلى الأحزاب السياسية، وبالتالى، فإن الحرمان منها يشكل اعتداء على حق كفله الدستور([3]).

---

(١) حكمها فى ١٩ مايو ١٩٩٠، بخصوص الطعن فى المادة ٥ مكرر من قانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب والمعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦، والذى جمع بين نظامى الانتخاب الفردى والانتخاب بالقوائم الحزبية، القاعدة رقم ٣٣/ ١٨، المجموعة، الجزء الرابع، ص ٢٥٨.

(٢) انظر المحكمة الدستورية العليا، جلسة ٧ مايو ١٩٨٨، قاعدة رقم ١٦، القضية ٤٤ لسنة ٧ قضائية "دستورية"، المجموعة، الجزء الرابع ص ٩٨.

(٣) انظر حكم المحكمة الدستورية بتاريخ ٢١ يونيو ١٩٨٦، القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية، مجموعة الأحكام، الجزء الثالث، ص ٣٥٣.

المبحث الرابع
الحقوق والحريات الاقتصادية
Les droits et les libertés économiques
كمجال لرقابة التناسب فى مجال القانون الدستورى

الحقوق والحريات الاقتصادية تعتبر من الحقوق القديمة نسبياً، إذا ما قورنت بباقى الحقوق والحريات الأخرى.

وأهم هذه الحقوق وأبرزها حقان أساسيان، حق الملكية droit de propriété وحرية التجارة والصناعة (أو حرية إنشاء المشروعات) liberté d'entreprendre، وبسبب التطور فى الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فى المجتمعات والدول المختلفة، لم يعد لهذين الحقين المعنى المطلق الذى كان لهما فى القديم، فأصبح من الممكن أن ترد عليهما حدود وضوابط بل وقيود على استعمالهما، مثل باقى الحقوق والحريات، بل قد يكون أكثر من غيرهما.

فلم يعد حق الملكية وحرية التجارة والصناعة حقين مطلقين وإنما أصبح لهما وظيفة اجتماعية، ويخضعان للتحديد والتقييد.

وقد دفع هذا البعض إلى القول بأنه فيما يتعلق بالمضمون ذاته للمبادىء ذات القيمة الدستورية، يبدو أن هناك تدرج رئاسى مادي داخل هذه المبادىء.

S'agissant du contenu même des principes de valeur constitutionnelle, il nous semble que se fait progressivement au sein de ces principes une hiérarchie matérielle([1]).

(١) انظر: B. GENEVOIS, la jurisprudence du Conseil constitutionnel principes directeurs, S.T.H. Paris 1988, P. 296 .

فوفقاً لهذا الرأى، فإن هناك من الحريات ما تتمتع بحماية أكبر من غيرها على الصعيد الدستورى، مثل حرية الاجتماع وحرية الصحافة والحرية الفردية. والحقوق المدنية والسياسية لها مضمون ثابت ومؤكد.

ووفقاً لرأى فى هذا الاتجاه أن حق الملكية وحرية الصناعة والتجارة، هما حقان دستوريان يخضعان على وجه الخصوص للتقييد والتحديد deux libertés constitutionnelles particulièrement sujettes à des limitations(١).

ورأى آخر لا يوافق على الرأى السابق(٢).

وأياً كان الخلاف فى الرأى حول هذين الحقين، فإننا نستطيع أن نؤكد على أمرين:

- **الأول**: أن هذين الحقين قد أصاب مضمونهما قدر كبير من التطور، فلم يعد لهذا المضمون نفس المدى الذي كان له فى القديم. وهذا أمر طبيعى بحكم التطور الطبيعى للأشياء.
- **الثانى**: أن هذين الحقين يعتبران مجالاً هاماً لرقابة التناسب فى مجال القانون الدستورى. ففيهما يستعمل القاضى الدستورى رقابته للتحقق من مدى قيام التوازن بين مقتضيات المصلحة العامة أو مصلحة المجتمع، التى قد يحتاج مراعاتها وتحقيقها إلى فرض بعض القيود على مثل هذين الحقين، أو حتى السماح ببعض مظاهر المساس بهما، وبين متطلبات حماية هذين الحقين.

ويظهر ذلك جلياً فى تطبيقات القضاء الدستورى، ونذكر بعض الأمثلة، فى قضاء المجلس الدستورى فى فرنسا، وقضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر.

---

(١) انظر: P. WACHSMANN, Note, sous Conseil constitutionnel, no 90 – 283 DC du 8 Janvier 1991, A.J.D.A. 1991, P. 382 et P. 386

(٢) انظر: G. XYNOPOULOS, op. cit. P. 382 .

فبالنسبة لقضاء المجلس الدستورى فى فرنسا، نجد عدة تطبيقات له فيما يتعلق بهذين الحقين.

فقد قرر بمناسبة قانون التأميم Loi de la nationalisation بأن تقدير المشرع بالنسبة لضرورة التأميمات المقررة فى القانون، والخاضعة لفحص المجلس الدستورى، لا مطعن عليه من قبل هذا المجلس، مع عدم وجود خطأ ظاهر فى التقدير، حيث أنه لم يثبت أن نقل الأموال والمشروعات. ستضيق من نطاق الملكية الخاصة وحرية إنشاء المشروعات، للدرجة التى تعتبر تنكراً للأحكام المذكورة لإعلان ١٧٨٩(١).

وفى حكم آخر يقول أن هذين الحقين ليسا من الحقوق العامة ولا مطلقين ni générales, ni absolus(٢).

وفى قرار ثالث يقول أن سلطة المشرع فى مواجهة هذين الحقين هى سلطة واسعة étendu، فهو يستطيع أن يضع عليهما من القيود، ما تقتضيه المصلحة العامة، بشرط ألا تؤدى هذه القيود إلى تشويه مضمون الحق ذاته à la condition que celles – ci n 'aient pas pour conséquénce d'en dénaturer la portée(٣).

فسلطة المشرع هنا تجد حدودها، فى أنه يجب ألا تكون سلطة تحكمية أو تعسفية arbitraire ou abusive.

---

(١) انظر: Conseil constitutionnel, no 81 – 132 DC du 16 Janvier 1982

(٢) انظر على سبيل المثال :

Conseil constitutionnel no 85 – 204 DC du 16 Janvier 1986, R.P. 18 "La liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue, elle s'exerce dans le cadre d'un réglementation instituée par la loi".

(٣) انظر:. Conseil constitutionnel. No 89 – 255 DC du 4 Juillet 1989, R.P. 47

وسبق وأن رأينا أن المجلس الدستورى فى فرنسا قد قضى أيضاً فى صالح القانون الذى يضع قيوداً على الدعاية والإعلان، لمكافحة التدخين le tabagisme، ورجح كفة المصلحة العامة، على حساب حرية التجارة والصناعة (١).

وبالنسبة لقضاء المحكمة الدستورية العليا نجد الكثير من التطبيقات فى هذا المجال.

من ذلك مثلاً ما قررته فيما يتعلق بحق الملكية، ومدى المساس به بإجراءات نزع الملكية والتأميم والمصادرة والحراسة.

فى ذلك تقول المحكمة أن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها على النص على مبدأ صون الملكية الخاصة وحرمتها، باعتبارها فى الأصل ثمرة النشاط الفردى وحافزه على الانطلاق والتقدم، فضلاً عن أنها مصدر من مصادر الثروة القومية التى يجب تنميتها والحفاظ عليها لتؤدى وظيفتها الاجتماعية فى خدمة الاقتصاد القومى.

ومن أجل ذلك حظرت تلك الدساتير نزع الملكية الخاصة جبراً عن صاحبها إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون.

كما نص دستور ١٩٧١ صراحة على حظر التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ومقابل تعويض.

بل أنه إمعاناً فى حماية الملكية الخاصة وصونها من الاعتداء عليها بغير حق، حظر هذا الدستور المصادرة العامة للأموال حظراً مطلقاً، كما لم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائى.

---

(١) انظر: Conseil constitutionnel, No 90 – 283 du 8 Janvier 1991, Décision précitée.

وبالتالى فإن استيلاء الدولة على ملكية الأراضى الزائدة على الحد الأقصى الذي يقرره القانون للملكية الزراعية يتضمن نزعاً لهذه الملكية الخاصة بالنسبة للقدر الزائد جبراً عن صاحبها، ومن ثم وجب أن يكون حرمانه من ملكه مقابل تعويض، وإلا كان استيلاء الدولة على أرض بغير مقابل مصادرة خاصة لها، لا تجوز إلا بحكم قضائى، وفقاً للمادة ٣٦ من الدستور. وإذ نص القانون المطعون فيه على أيلولة ملكية الأراضى الزراعية التى تم الاستيلاء عليها إلى الدولة دون مقابل، فإنه يكون قد جرد ملاك تلك الأراضى المستولى عليها من ملكيتهم لها بدون مقابل، فشكل بذلك اعتداء على هذه الملكية الخاصة ومصادرة لها بالمخالفة لحكم المادتين ٣٤، ٣٦ من الدستور، ويتعين الحكم بعدم دستوريته(١).

وإن وضع حد أقصى للتعويض المستحق لأصحاب المشروعات المؤممة بما لا يجاوز ١٥ ألف جنيه، هو فى حقيقة الأمر استيلاء من جانب الدولة دون مقابل على الأموال الزائدة على هذا الحد وتجريدهم بالتالى من ملكيتها، الأمر الذى يشكل اعتداءً على الملكية الخاصة ومصادرة للأموال بالمخالفة لحكم المادتين ٣٤، ٣٦ من الدستور(٢).

وإن نص القانون على تعيين حد أقصى لما يُرد من كافة الأموال والممتلكات التى فرضت عليها الحراسة، يكون قد انطوى على مخالفة لأحكام دستور ١٩٧١، الذى لا يجيز تحديد حد أقصى إلا بالنسبة للملكية الزراعية طبقاً للمادة ٣٧ منه، الأمر الذى يتضمن بدوره مساساً بالملكية الخاصة بالمخالفة لحكم المادة ٣٤ من الدستور(٣).

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، الحكم الصادر فى ٢٥ يونيو ١٩٨٣، القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية، مجموعة الأحكام، الجزء الثانى، ص ١٥٥، وانظر أيضاً حكمها بتاريخ ٢ يناير ١٩٨٨، قاعدة رقم ٩، القضية رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية، المجموعة الجزء الرابع، ص ٦٣.

(٢) المحكمة الدستورية العليا، بتاريخ ٢ مارس ١٩٨٥، القضية رقم ١ لسنة ١ قضائية، مجموعة الأحكام، الجزء الثالث ص ١٦٢.

(٣) المحكمة الدستورية العليا، بتاريخ ١٦ مايو ١٩٨١، القضية رقم ٥ لسنة ١ قضائية، مجموعة الأحكام، الجزء الأول ص ١٩٥.

وفى مجال ذات الحقوق – وبالتحديد حق الملكية – قد أصدرت المحكمة الدستورية العليا العديد من الأحكام، منها مثلاً الأحكام التى تتعلق ببعض نصوص قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، خاصة تلك التى تنص على الامتداد القانونى لعقد الإيجار، وتوريث عقد الإيجار للأقارب حتى الدرجة الرابعة، وبحثت المحكمة فى هذه الأحكام مدى مساس مثل هذه النصوص بحق الملكية، والملكية الخاصة التى صانها الدستور([1]).

وأيضاً الأحكام التى تتعلق ببعض نصوص القوانين الأخرى التى تجيز للمستأجر النزول عن العين المؤجرة للغير بالمخالفة لإرادة مالكها، مثل قانون المحاماة الفقرة الثانية من المادة ٥٥ منه. والتى حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريتها، لأن مؤدى ذلك فرض التنازل على مالك هذه العين، والتعرض لحق ملكيته عليها عن طريق حرمانه من الاستئثار بمنافعها([2]).

والنصوص التى تجيز تبادل الوحدات المؤجرة دون موافقة المالك، مثل الفقرة الثالثة من المادة السابعة، من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧([3])، وكذلك النصوص التى تجيز تأجير المفروش من قبل المستأجر الأصلى ودون التوقف على موافقة المالك([4]).

(١) انظر مثلاً حكمها، بتاريخ ١٤ مارس ١٩٩٢، قاعدة رقم ٢٨، القضية رقم ٣٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية"، المجموعة، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص ٢٤٤.

(٢) انظر حكمها بتاريخ ٢٧ مايو ١٩٩٢، قاعدة رقم ٣٨، القضية رقم ٢٥ لسنة القضائية "دستورية"، المجموعة، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص ٣٦٤ .

(٣) انظر حكمها الصادر بجلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧، الدعوى رقم ٧١ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" .

(٤) انظر حكمها الصادر بجلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧، الدعوى رقم ١٠٩، السنة ١٨ قضائية "دستورية".

ولكن ليس معنى ذلك أن حق الملكية حق مطلق، وإنما هو حق له وظيفة اجتماعية، يستطيع المشرع أن يضع القواعد الكفيلة بتنظيم تمتع صاحب الحق فيه، بل ووضع القيود على سلطات المالك على ملكه. بما يحقق مصلحة المجتمع، ولكن دون أن ينطوى ذلك على مصادرة الحق ذاته.

وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا أن الملكية الخاصة ليست حقاً مطلقاً، وإنما كفل الدستور صونها. وأقامها على أساس أن لها وظيفة اجتماعية ينظم القانون أداءها(١).

فحق الملكية لا يستعصى على التنظيم التشريعى، ويسوغ تحميله بالقيود التى تقتضيها وظيفته الاجتماعية بمراعاة الموازنة بين مصلحة المالك وصالح المجتمع، والقيود التى تفرضها الوظيفة الاجتماعية للملكية ليست مقصودة لذاتها، وإنما غايتها الخير المشترك للفرد وللجماعة(٢).

وسلطة المشرع فى تنظيم الحقوق، هى سلطة تقديرية ما لم يقيدها الدستور بضوابط معينة، وجوهر هذه السلطة المفاضلة بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقرر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة، فى خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم.

إن النص على التنظيم التشريعى بقيود البناء على الأرض الزراعية أنه يخالف المادة التاسعة من الدستور التى تقرر الحفاظ على الطابع الأصيل للأسرة، وأنه كان يغنى عنه التوسع فى استصلاح الأراضى الصحراوية، وزيادة الإنتاج بالطرق العلمية الحديثة، ينحل إلى موازنة بين البدائل المختلفة، وتعقيب على ما ارتآه المشرع منها،

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا، بتاريخ ٤ مايو ١٩٩١، قاعدة رقم ٢/٤٠، القضية رقم ٢٣ لسنة ٩ قضائية "دستورية"، المجموعة، الجزء الرابع، ص ٣٣٥.

(٢) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا، بتاريخ ١٩ يونيو ١٩٩٣، القضية رقم ٥ لسنة ١٠ قضائية "دستورية"، المجموعة، الجزء الخامس، المجلد الثانى ص ٣٣١.

ملبياً لصالح الجماعة، فى إطار تنظيمه لحق الملكية، بما لا مخالفة فيه للحماية الدستورية المقررة له(١).

من هذه الأحكام والقرارات، سواء الصادرة من المجلس الدستورى فى فرنسا أو من المحكمة الدستورية العليا فى مصر، نرى واضحاً رقابة التناسب والدور الذي يقوم به القاضى الدستورى فى هذا المجال.

فهو يوازن soupeser فى كلتى كفتيه الكميات المتعارضة quantités opposées، والتى فى تعريفها لها ثقل poids محسوس مختلف.

وحتى لو كان ثقل هذه الحقوق خفيفاً نسبياً، بالنسبة للحقوق والحريات الأخرى، فإن الميزان la balance. سوف يرجح فى أحد الاتجاهين. حسب الميزان وزن كل كفة.

فرقابة التوازن موجودة بالنسبة لحق الملكية وحرية الصناعة والتجارة، حتى ولو كان ثقلهما أقل من ثقل الحقوق والحريات الأخرى. وحتى لو كان المشرع يتمتع فى مواجهتهما بسلطات تقديرية أوسع مما يتمتع بها فى مواجهة باقى الحقوق والحريات، وحتى ولو كانت كفة المصلحة العامة وصالح المجتمع ترجح فى غالب الأحيان، كفة صون حق الملكية وحرية الصناعة والتجارة، وحتى ولو كان قاضى الرقابة يضع حداً بسيطاً وخفيفاً،

(١) ذات الحكم سابق الإشارة إليه بتاريخ ٤ مايو ١٩٩١، قاعدة رقم ٤٠/ ٥.

المبحث الخامس

المبادىء والضمانات الدستورية كمجال لرقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

Les principes et les guaranties juridictionnels

قد أثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٨ يوليو عام ٢٠٠٠ فى القضية رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية دستورية والمتعلق بإشراف القضاء الكامل على العملية الانتخابية، وقد أثار نقاشاً جاداً، وردود فعل كثيرة، وتعليقات ثرية.

ونعرض لتعليقنا على هذا الحكم النقاط التالية:

تتلخص واقعات وعناصر وأحداث وتداعيات الموضوع فيما يلي:

١- صدر قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ ولم يكن ينص وقت صدوره على إشراف القضاء على الانتخابات.

٢- صدر دستور ١٩٧١، ونص فى المادة ٨٨ منه على أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية.

٣- صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٢ معدلاً للمادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦، خاصة الفقرة الثانية منها، وقضى بأن يعين رؤساء اللجان العامة من بين أعضاء الهيئات القضائية فى جميع الأحوال، ويعين رؤساء اللجان الفرعية من بين العاملين فى الدولة أو القطاع العام، ويختارون بقدر الإمكان من بين أعضاء الهيئات القضائية أو الإدارات القانونية بأجهزة الدولة أو القطاع العام، ويختار أمناء اللجان من بين العاملين فى الدولة أو القطاع العام.

٤ – أثارت كثير من الآراء مسألة عدم دستورية هذه الفقرة، لأن الدستور فى المادة ٨٨ منه تقتضي إشراف القضاء الكامل على العملية الانتخابية.

وكان الرد على هذه الآراء بأن الدستور يقتضي مجرد إشراف القضاء على الانتخابات، ولا يفرض وجود قاض فى كل لجنة، وعلى كل صندوق.

ثم أن عدد القضاة لا يتناسب مطلقاً مع عدد جميع اللجان العامة منها والفرعية.

وقد قدمت أحزاب المعارضة مشروعاً لمجلس الشعب عام ١٩٩٠، بالإشراف الكامل على الانتخابات، حتى تتفق مع أحكام المادة ٨٨ من الدستور، ورفض هذا المشروع لنفس الحجج السابق إبدائها.

وقد جدد بعض أعضاء مجلس الشعب طلب تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦، ليكون إشراف القضاء كاملاً على جميع اللجان العامة والفرعية وذلك بمناسبة نظر المشروع المقدم من الحكومة بتعديل هذا القانون، فيما يتعلق بصفة العامل والفلاح، فى الجلسات الأخيرة من دور الانعقاد الأخير للمجلس فى يونيو ٢٠٠٠، والذى وافق عليه المجلس وصدر بالقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠، ورفض المجلس مجدداً الاقتراح المقدم من بعض الأعضاء بتعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية.

وقيلت بمناسبة عرض الاقتراح عبارة شهيرة ترددت، وهي عبارة "لا تكليف بمستحيل" على أساس استحالة إشراف القضاة إشرافاً كاملاً على جميع اللجان العامة والفرعية، لأن عدد هذه اللجان يصل إلى ٤٣ ألف لجنة، فى حين أن عدد القضاة لا يتجاوز ٧ آلاف قاض.

٥ – فى إحدى الدوائر الانتخابية فى القاهرة (دائرة الخليفة)، رفع أحد المرشحين فيها دعوى إلغاء ضد قرار إعلان نتيجة انتخابات مجلس الشعب لسنة ١٩٩٠، أمام مجلس الدولة. ودفع أمام المحكمة، بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية، والتى تمت وفقاً لأحكامها هذه الانتخابات، وذلك لمخالفتها لحكم المادة ٨٨ من الدستور والتى تقضى إشراف القضاء على العملية الانتخابية.

٦ – عرضت مسئولية دستورية هذه الفقرة على المحكمة الدستورية العليا. التى ظلت تتداولها منذ عام ١٩٩١.

٧ – فى يوم السبت الموافق ٨ يوليو ٢٠٠٠ ، أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكمها الشهير (١)، بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ .

٨ – بناء على هذا الحكم، أصدر رئيس الجمهورية، القرار بقانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠٠، عدل بمقتضاه الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية، وقضى بأن يكون رؤساء جميع لجان الانتخاب العامة والفرعية، من القضاة، حيث أن مجلس الشعب كان فى هذه اللحظة فى غير دورات انعقاده العادية.

٩ – ولما كانت دورة انعقاد كل من مجلسى الشورى والشعب قد انقضت فى شهر يونيو ٢٠٠٠، وكان من الضرورى، عرض مثل هذا القرار بقانون على المجلسين وفقاً لأحكام الدستور. وعرضه على مجلس الشورى تقتضيه المادة ٩٥/-٢ من الدستور باعتباره قانوناً مكملاً للدستور.

---

(١) فى القضية رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "دستورية".

ولما كان ذلك فقد دعى رئيس الجمهورية مجلس الشورى لدورة انعقاد غير عادية، وذلك يوم السبت الموافق ١٥ يوليو ٢٠٠٠، ودعى مجلس الشعب لانعقاد غير عادى يوم الأحد الموافق ١٦ يوليو ٢٠٠٠.

وانعقد بالفعل كل مجلس فى اليوم المحدد لكل منهما ووافق كل منهما بالإجماع على القرار بقانون.

١٠ – ثم نشر بعد ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٢٣ يوليو ٢٠٠٠، فى الجريدة الرسمية، كما ينص الدستور فى المادة ١٧٨ منه.

ما يهمنا فى بحثنا هذا من جميع هذه الواقعات والأحداث، هو حكم المحكمة الدستورية العليا، بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية. فى هذا الحكم يظهر جلياً دور قاضى الدستورية فى رقابة التناسب.

فالحكم بعدم الدستورية، قام أساساً على مخالفة القانون لضمانة أساسية تضمنتها أحكام الدستور، وهي ضمانة نزاهة وصحة إجراءات العملية الانتخابية، وذلك باقتضائه أن تتم هذه الإجراءات تحت إشراف القضاة، بما يمثلونه من موضوعية وحيدة وعدم الانحياز لأي طرف.

وفى هذا الحكم ظهر جهد قاضى الرقابة فى إقامة التوازن، والتحقق من وجود التناسب، بين جميع عناصر الموضوع محل الرقابة.

ويبدو ذلك فيما أسست المحكمة حكمها عليه، كما يلي:

- إن المحكمة قد أقامت حكمها على أن رقابتها للنصوص التشريعية المطعون عليها، إنما تستهدف ردها إلى أحكام الدستور، تغليباً لهذه الأحكام على ما دونها، تأكيداً لسموها، لتظل الكلمة العليا للدستور.

- إنه وفقاً لهذا الحكم أن الدستور الحالى ١٩٧١، قد أورد فى المادة ٨٨ منه، نصاً غير مسبوق، لم تعرفه الدساتير المصرية من قبل. إذ نصت هذه المادة على أن يحدد القانون الشروط الواجب توافرها فى أعضاء مجلس الشعب، وفى أحكام الانتخاب والاستفتاء، على أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية، مما يقطع أن المشرع الدستورى – اهتماماً منه بعملية الاقتراع بحسبها جوهر حق الانتخاب – أراد أن يخضعها لإشراف أعضاء من هيئة قضائية، ضماناً لمصداقتها، وبلوغاً لغاية الأمر فيها، باعتبار أن هؤلاء الأعضاء هم الأقدر على ممارسة هذا الإشراف، بما يتوافر فيهم من الحيدة، وعدم الخضوع لغير ضمائرهم، وذلك حتى يتمكن الناخبون من اختيار ممثليهم فى مناخ تسوده الطمأنينة .
- إن المحكمة ترى أنه لكي يؤتى هذا الإشراف أثره، فإنه يتعين أن يكون إشرافاً فعلياً لا صورياً أو منتحلاً.
- أنه إذا كانت عملية الاقتراع تجرى وفقاً لأحكام القانون فى اللجان الفرعية، فقد أصبح لزاماً أن تحاط بكل الضمانات التى تكفل سلامتها، وتجنيبها احتمالات التلاعب فى نتائجها، تدعيماً للديمقراطية وتحقيقاً لسيادة الشعب، باعتباره وحده مصدر السلطات، وفقاً للمادة الثالثة من الدستور.
- أنه لا وجه للاعتراض على ذلك بمقولة تعذر رئاسة أعضاء الهيئات القضائية للجان الفرعية، لعدم كفاية عددهم، وذلك أنه:

إذا ما تطلب الدستور أمراً فلا يجوز الاحتجاج لاعتبارات عملية، لتعطيل حكم الدستور، برغم استحالة تطبيقه، سيما وأن الدستور لم يستلزم إجراء الانتخابات فى يوم واحد([1]).

(١) وبالفعل صدرت القرارات اللازمة، والتى نظمت إجراء الانتخابات على عدة أيام على ألا تتعدى ١٥ يوماً، بما فيها انتخابات الإعادة .

- إنه إذا كان حق الانتخاب والترشيح يتكاملان، ولم يكتف الدستور بالنص عليهما- بل نص أيضاً على أن مساهمة المواطن فى الحياة العامة واجب وطنى، فإن النص المطعون عليه يصبح مخالفاً للمواد ٣، ٦٢، ٦٤، ٨٨ من الدستور.

- وقمة التوازن الذي تجريه المحكمة الدستورية العليا بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة أو بين مقتضيات المصلحة العامة، ومتطلبات احترام مبادىء وضمانات وأحكام الدستور. تبدو فى نهاية حيثيات حكم المحكمة حيث تقول إنه بالنسبة لطلب المدعى بالقضاء ببطلان انتخابات مجلس الشعب وبطلان تشكيله الذي تم فى ظل الفقرة الثانية من المادة من القانون المطعون عليه، فإن الأصل على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن إجراء انتخابات مجلس الشعب بناء على نص تشريعى قضى بعدم دستوريته، تؤدى إلى بطلان تكوينه منذ انتخابه.

إلا أن هذا البطلان لا يترتب عليه إطلاقاً إسقاط ما أقره ذلك المجلس من قوانين وقرارات، وما اتخذه من إجراءات، خلال الفترة السابقة على تاريخ نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية، بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة. ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً، أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم يصدر من هذه المحكمة، إن كان لذلك وجه آخر غير ما بنى عليه هذا الحكم.

وقد كانت الآراء وردود الأفعال والتعليقات قوية على هذا الحكم. وقد اتخذت هذه الآراء وردود الأفعال ثلاثة أبعاد.

فى البعد الأول:

ذهب الرأى فيه إلى أن صدور مثل هذا الحكم يعنى بالضرورة، أن جميع الانتخابات التى تمت، فى ظل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية، قبل تعديلها، والتى حُكم بعدم دستوريتها، جميع هذه الانتخابات غير

دستورية، وبالتالى فإن تشكيل جميع مجالس الشعب([1]) التى تمت بناءً على نتائج هذه الانتخابات يكون باطلاً بالضرورة، وهى مجالس أعوام ١٩٧١، ١٩٧٦، ١٩٨٠، ١٩٨٤ ([2])، ١٩٨٧ ([3])، ١٩٩٠، ١٩٩٥، لأن حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية هو حكم كاشف وليس مقرر .

وفى البعد الثانى:

ذهب الرأى إلى أبعد من ذلك، بالقول ببطلان جميع القوانين والقرارات التى صدرت عن كل هذه المجالس الباطلة التشكيل، فما يترتب على باطل فهو باطل.

ولكن المحكمة الدستورية العليا حسمت هذه المسألة، فقضت بأن الحكم بعدم دستورية الانتخابات، وببطلان تكوين مجلس الشعب الذى تم بناء على نتيجة هذه الانتخابات، لا يترتب عليه بطلان ما صدر عنه من قوانين وقرارات قبل نشر الحكم بعدم

(١) انظر المستشار/ زكريا شلش، تساؤلات وإجابات حول عدم دستورية تعيين غير القضاة رؤساء للجان الفرعية فى الانتخابات، باب مع القانون إعداد عبدالمعطى أحمد، جريدة الأهرام، يوم الجمعة الموافق ٢١ يوليه ٢٠٠٠، ص ٣٧. وانظر كذلك صلاح الدين حافظ، الديمقراطية فى أصعب اختباراتها، صفحة قضايا وآراء، جريدة الأهرام، يوم الأربعاء الموافق ١٩ يولية ٢٠٠٠، ص ١١.

(٢) قد تم حله بعد حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ ١٦ مايو ١٩٨٧، بعدم دستورية المادة الخامسة مكرراً، والسادسة "فقرة ١" أو السابعة عشر "فقرة١"، فيما كانت تقضى به من أن يكون انتخابات أعضاء مجلس الشعب عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية، أنظر المجموعة، الجزء الرابع، قاعدة رقم ٦/٥ قضية رقم ١٣١ لسنة ٦ قضائية دستورية ص ٣٢ .

(٣) قد تم حله بعد حكم المحكمة الدستورية العليا، الصادر بتاريخ ١٩ مايو ١٩٩٠، بعدم دستورية المادة الخامسة مكرر من قانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب فيما كانت تقضى به من الجمع بين نظامى الانتخاب الفردى والانتخاب بالقوائم الحزبية لإخلال ذلك بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المرشحين. انظر المجموعة، الجزء الرابع، قاعدة رقم ٢٠/٣٣، القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية"، ص ٢٥٦.

الدستورية فى الجريدة الرسمية، فمثل هذه القوانين والقرارات تظل صحيحة، طالما كان اتخاذها وإقرارها قبل نشر الحكم فى الجريدة الرسمية.

ولكن، لنا أن نتساءل هنا التساؤل التالي:

- وهل تملك المحكمة الدستورية تقرير ذلك؟
- وهل من المعقول أن يستمر نفاذ قوانين وقرارات وإجراءات أصدرها مجلس باطل. حتى بعد نشر حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الانتخاب الذي تم بناء عليه تشكيل المجلس، والحكم ببطلان تكوينه!؟

وفى اعتقادنا أن المحكمة بتضمين هذا فى حكمها قد تجاوزت حدود اختصاصها.

فالاختصاص المنوح لها فيما يتعلق برقابة الدستورية، يقتصر على سلطتها فى تقرير دستورية أو عدم دستورية النص المطعون فى دستوريته أمامها.

ويتوقف اختصاصها عند هذا الحد، وتنقضى سلطتها عند هذه النقطة، وينتهي دورها عند هذه النهاية.

أما الآثار الناجمة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية، فيدخل ترتيبها وأخذها فى الاعتبار فى اختصاصات سلطات أخرى، وبالذات أو بالتحديد السلطتين التشريعية والتنفيذية، لإعمال ما يقتضيه بالضرورة صدور الحكم بعدم الدستورية، وما ينطوى عليه من نتائج لأن على السلطات المختصة أن ترتبها، وإلا اعتبرت متقاعسة أو متخلية عن الاضطلاع بتبعات مسئولياتها الدستورية(١).

(١) ولهذا سارع رئيس الجمهورية، فور صدور حكم المحكمة، بإصدار قرار بقانون تعديل النص الذى قضت المحكمة بعدم دستوريته، ودعى مجلس الشورى ومجلس الشعب كل منهما لانعقاد غير عادى، لإقرار هذا التعديل .

وقد يكون هذا من الأسباب التى دعت إلى تعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وذلك بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨. الذي نظم مسألة تاريخ ترتيب أثر الحكم بعدم الدستورية.

فوفقاً لهذا التعديل فإن القاعدة العامة بالنسبة لتاريخ ترتيب أثر الحكم بعدم الدستورية، هى الأثر المباشر، بمعنى أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة، عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم، وليس من تاريخ صدور النص.

ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء، وذلك فى حالتين:

- حالة النص الجنائى، فإنه يترتب على الحكم بعدم دستوريته، إن تعتبر الأحكام التى صدرت بالإدانة استناداً إليه كأن لم تكن أى الحكم بعدم الدستورية يترتب بأثر رجعى، حتى على أحكام الإدانة التى صدرت قبل صدور الحكم بعدم الدستورية؟
- حالة ما إذا حدد الحكم بعدم الدستورية تاريخاً آخر لترتيب أثره غير اليوم التالى لنشره. أى أن المحكمة الدستورية تستطيع أن تقرر أن يترتب حكمها بعدم الدستورية بأثر رجعى، فى تاريخ سابق على تاريخ نشر الحكم فى الجريدة الرسمية.

ولكن المشرع قد أورد قيداً على سلطة المحكمة فى تحديد تاريخ ترتيب أثر الحكم بعدم الدستورية، هذا القيد يتعلق بالنصوص الضريبية. فقد نص المشرع فى تعديل ١٩٩٨، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبى لا يكون له فى جميع الأحوال إلا أثر مباشر، أى تترتب آثاره من تاريخ نشره، ولا ترتد إلى تاريخ سابق على هذا التاريخ ([1]).

(١) مع عدم الإخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص .

ولكن لنا أن نتساءل أيضاً حول مدى دستورية مثل هذا التعديل ذاته. ذلك لأن الأصل فى أحكام القضاء أنها ذات أثر كاشف للحقيقة، ومعنى هذا أنها لا تنشىء مركزاً جديداً، حتى نقول إنه يترتب من تاريخ صدور الحكم وإنما هى كاشفة عن مركز قانونى، كان موجوداً منذ نشأته لا منذ تاريخ الحكم الذي كشف عنه.

والمنطق يقول إنه حينما يصدر حكم بعدم دستورية نص معين، فإن معنى ذلك أن هذا النص وُلد منذ البداية غير دستورى، والمفروض أن يترتب على هذا الآثار المنطقية، وهي أن يرتد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى تاريخ صدور النص، لا أن يترتب الأثر من تاريخ صدور الحكم أو بالأحرى من تاريخ نشره والتعديل قد قيد ذلك خاصة بالنسبة للنصوص الضريبية، فجعلها بأثر رجعى. ولم يترك سلطة تقديرية للمحكمة فى ذلك.

وأياً ما كان الأمر فإن هذا التعديل يؤدى – فى رأينا – إلى توسيع نطاق رقابة التناسب، ونطاق سلطة المحكمة الدستورية العليا فى إجراء التوازن الذي تقتضيه هذه الرقابة.

فمثل هذا التعديل يسمح للمحكمة أن تجرى موازنة دقيقة بين القيم التى يراد حمايتها، من درء إبطال النص غير الدستورى، والقيم الأخرى التى ستصاب بالخلل فى حالة الحكم بالبطلان بأثر رجعى. فهذا التعديل أعطى للمحكمة قدراً أكبر من المرونة، حتى تستطيع أن تحدث التوازن الملائم بين مختلف المصالح والقيم التى يحميها القانون.

وذهب رأى إلى أنه كان يتعين على رئيس الجمهورية إصدار قرار بحل مجلس الشعب، الذي تم انتخابه عام ١٩٩٥، والذي لم تكن السنة الأخيرة من فصله التشريعى قد انتهت، وذلك قبل نشر حكم المحكمة الدستورية الصادر فى ٨ يوليو ٢٠٠٠.

وقد رد على هذا الرأى، بأن مجلس ١٩٩٥، كانت مدته قاربت على الانتهاء، وأن دورة انعقاده العادية كانت قد انقضت، وكانت ستجرى انتخابات جديدة وفقاً للقانون بعد تعديله ليتفق مع أحكام الدستور، وأنه بنشر حكم المحكمة الدستورية العليا سيصبح تكوين هذا المجلس باطلاً ويمتنع عليه ممارسة أية اختصاصات فلم تكن هناك ضرورة ولا فائدة من وراء حل مثل هذا المجلس.

ونعتقد أنه كان يتعين فى نظرنا صدور مثل هذا القرار، تصحيحاً للأوضاع، وترتيباً للآثار المنطقية التى تترتب على الحكم بعدم دستورية نص من النصوص وحتى تضطلع كل سلطة – وهو رئيس الجمهورية فى هذه الحالة – بمسئولياتها الدستورية المنوطة بها وفقاً للدستور.

وبدون ذلك فقد نتعرض لاحتمال وجود فجوة دستورية، وخلل دستورى غير محمودة عواقبه.

وآثار البعض(١) مدى دستورية التعديل الذى تم بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسن ٢٠٠٠، من حيث الإجراءات التى تم التعديل وفقاً لها، والذى جرى على المادة ٢٤ فقرة ٢ من قانون ممارسة الحقوق السياسية لإخضاع الانتخابات للإشراف القضائى، طبقاً لما قرره حكم المحكمة الدستورية العليا.

فوفقاً لهذا البعض أن هذا التعديل يشوبه عيب عدم الدستورية من الناحية الشكلية أو الإجرائية.

فمع وجوب عرض هذا القرار بقانون على مجلس الشعب وفقاً لأحكام الدستور، فإن مجلس الشعب والذي تم تشكيله عام ١٩٩٥، هو مجلس باطل من حيث التكوين

(١) المستشار/ شفيق إمام، منعاً لعدم الدستورية، جريدة الأهرام بتاريخ ٣١ يوليو ٢٠٠٠، ص ١١. فى عمود مجرد رأى للكاتب الصحفى/ صلاح منتصر.

لأنه تم انتخابه وفق النص الذي تم الحكم بعدم دستوريته، فقد خضع هذا المجلس لنفس العيب الذي كان فى مجلس الشعب عام ١٩٩٠.

ولا يجدي القول بأن المجلس تم دعوته لانعقاد غير عادى لإقرار التعديل، وذلك قبل تاريخ نشر حكم المحكمة الدستورية العليا فى الجريدة الرسمية. وهو التاريخ الذي يبدأ فيه ترتيب آثار الحكم.

وذلك لأن الأصل فى الأحكام القضائية أنها ذات أثر كاشف، وأن نفاذ أحكام المحكمة الدستورية العليا من تاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية، لا يعدو أن يكون استثناء من هذا الأصل، لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، خاصة أن القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ الذي استحدث هذا الحكم، استثنى أطراف الدعوى الدستورية منه، فأعمل الأثر الكاشف للحكم بالنسبة إليهم، وقد كانت الحكومة طرفاً فى الدعوى الدستورية التى انتهت بالحكم بعدم دستورية النص الذي تمت الانتخابات وفقاً له، وببطلان تشكيل المجلس القائم.

ويناشد صاحب هذا الرأى القيادة السياسية والحكومة إعادة عرض القرار بقانون بالتعديل على المجلس الجديد، فى أول اجتماع له بعد انتخابه، سداً للذرائع، وحتى لا يطعن من جديد بعدم دستورية هذا التعديل لعدم عرضه على هذا المجلس، اكتفاءً بعرضه على المجلس الذي كان تشكيله باطلاً بالضرورة. ذلك أن الجزاء الذي رتبته المادة ١٤٧ من الدستور على عدم عرض هذا التعديل على مجلس الشعب فى أول اجتماع له بعد انتخابه، إذا كان المجلس منحلاً، هو اعتبار التعديل كأن لم يكن. ولا أحد يعرف ما سوف يكون عليه رأى المحكمة الدستورية من الجدل الدستورى القائم، حول هذا الموضوع إذا ما طرح عليها هذا الطعن.

وفى اعتقادنا أن هذا الرأى يتفق مع القواعد والأسس العلمية السليمة. ونعتقد أيضاً أنه سوف يتم الطعن بعدم الدستورية فى هذا التعديل وفى الأرجح سوف تقضى المحكمة بعدم دستوريته.

ولا نتفق مع الرأى القائل بأن دعوة رئيس الجمهورية، إلى مجلس الشعب للانعقاد فى دور غير عادى لإقرار القرار بقانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠٠، الخاص بتعديل قانون مباشرة الحقوق السياسية، هى دعوة صحيحة من الناحيتين الدستورية والقانونية(١).

وسند هذا الرأى أن نص المادة ٤٩ فقرة ثالثة من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، المعدل بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، يقضى بأنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم، ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر، بالنسبة للنص غير الضريبى، ومن ثم يعتبر المجلس الحالى قائماً حتى تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٨ يوليو ٢٠٠٠ بالجريدة الرسمية. ويجوز للمجلس الحالى إقرار التعديل الوارد بقرار بقانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠٠ قبل نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا.

وواضح أن هذا الرأى قد استند إلى ظاهر أحكام النصوص، ولم يتعمق فى التأسيس، ولا يتفق مع القواعد الأصولية التى تقضى بأن الأحكام القضائية هى أحكام كاشفة وليست مقررة.

---

(١) انظر المستشار/ زكريا شلش، تساؤلات وإجابات حول عدم دستورية تعيين غير القضاة رؤساء للجان الفرعية فى الانتخابات، باب مع القانون، إشراف عبدالمعطى أحمد، جريدة الأهرام، الجمعة الموافق ٢١ يوليو ٢٠٠٠، ص ٣٧ .

بل وإن هذا الرأى قد تناقض مع نفسه فى موقع آخر عندما يقول، ولما كان يترتب على الحكم بعدم دستورية نص غير ضريبى انعدامه ابتداء من يوم صدوره، وليس من تاريخ نشره، كما أن المحكمة الدستورية العليا أوردت فى أسباب حكمها أن إجراء انتخابات مجلس الشعب بناء على نص تشريعى قضى بعدم دستوريته، يؤدى إلى بطلان تكوينه منذ انتخابه، فإن الحكم يسرى على جميع مجالس الشعب المكونة منذ صدور الدستور فى ١١ سبتمبر ١٩٧١، لأن المجالس المكونة قبل صدور الدستور لم يكن هناك نص دستورى يقضى بإشراف القضاة على الانتخابات. كما أن الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من القانون ٧٣ لسنة ١٩٥٦، لم يقتصر فى أسبابه على المجلس المكون فى انتخابات ١٩٩٠ (مجال الطعن بعدم الدستورية)، بل جاءت أسباب الحكم عامة، مفادها أن انتخاب المجلس بناء على نص قضى بعدم دستوريته يترتب عليه بطلان تشكيله من يوم انتخابه.

ثم بعد هذا الكلام مباشرة يقول هذا الرأى "ويجوز للمجلس الحالى إقرار التعديل الوارد بقرار بقانون ١٦٧ لسنة ٢٠٠٠ قبل نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا".

فكيف يتسق هذا القول مع سابقه، الذي يقرر أن الحكم بعدم دستورية نص يترتب عليه انعدام هذا النص من يوم صدور الحكم. وإنه إذا قضى بعدم دستورية انتخابات مجلس الشعب فإن ذلك يؤدى إلى بطلان تكوينه منذ انتخابه، وإن ذلك يسرى على جميع مجالس الشعب المكونة منذ صدور الدستور فى ١١ سبتمبر ١٩٧١.

فوفقاً لهذا الرأى أن تشكيل جميع مجالس الشعب ومنها مجلس ١٩٩٥ هو تشكيل باطل، فكيف يملك الباطل إقرار ما هو غير باطل، أو من المفروض فيه أنه غير ذلك.

أما فى البعد الثالث:

فقد ذهب الرأى فيه إلى أبعاد بعيدة جداً، بالقول بأن جميع الانتخابات والاستفتاءات التى تمت بعد صدور دستور ١٩٧١ فى ١١ سبتمبر من تلك السنة، تكون – وفقاً لمفهوم حكم المحكمة الدستورية – باطلة.

وينسحب ذلك على انتخابات مجلس الشورى، وانتخابات المجالس الشعبية المحلية، بل والاستفتاءات أيضاً، مثل الاستفتاءات التى تمت بخصوص رئيس الجمهورية، والاستفتاءات التى جرت على بعض الموضوعات التى طرحت لاستفتاء الشعب فيها، مثل الاستفتاء على القرارات والإجراءات التى اتخذها الرئيس السادات عقب أحداث ١٨، ١٩ يناير ١٩٨٧، والاستفتاء على معاهدة السلام مع إسرائيل فى مارس ١٩٧٩ عقب اتفاقات كامب ديفيد، والاستفتاء على القرارات التى اتخذها الرئيس السادات فى سبتمبر ١٩٨١، والاستفتاء على حل مجلس الشعب عام ١٩٨٧، وعام ١٩٩٠.

على أساس أنه وإن كان، الحكم قد صدر بمناسبة انتخابات مجلس الشعب، واستند إلى المادة ٨٨ من الدستور وهى مادة وردت فى الفصل الثانى تحت عنوان السلطة التشريعية مجلس الشعب، إلا أن النص التشريعى الذى، قضى بعدم دستوريته، هو نص وارد فى قانون مباشرة الحقوق السياسية، وهو قانون لا يقتصر فقط على انتخاب مجلس الشعب، وإنما ينظم بين ما ينظم كيفية إدلاء المواطن برأيه سواء فى الاستفتاء أو فى الانتخاب بصفة عامة، وإنما يشمل هذا التنظيم جميع الحالات التى يبدى فيها المواطن رأيه، ويشمل جميع المجالس النيابية.

وضمانة النزاهة والصحة التى قصدها المشرع من إشراف القضاء على الاستفتاءات والانتخابات، تنطبق على كل حالات إبداء الرأى بالنسبة للمواطن، ولا تقتصر فقط على انتخابات مجلس الشعب.

والواقع أن هذا الرأى وإن كان يتفق مع أصول القواعد الصحيحة، وقواعد التفسير السليمة، إلا أنه تترتب عليه نتائج فى منتهى الخطورة، قد تؤدى إلى إحداث هزة دستورية، بل وانهيار دستورى كامل بالنسبة لكل السلطات مما يؤدى إلى فراغ دستورى لبطلان جميع ما صدر من قوانين وما اتخذ من قرارات وإجراءات من جميع السلطات الثلاث، بل ومن جميع الأجهزة والهيئات والإدارات مثل مجلس الوزراء، والوزراء، وكبار المسئولين فى الدولة، بل ومن السلطة القضائية ذاتها، لأن جميع هؤلاء يصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية، فإذا شككنا فى مدى دستورية السند الذى أتى برئيس الجمهورية ذاته إلى موقعة، فسوف يطول الشك والبطلان كل ما عداه، على أساس أن رئيس الجمهورية هو – وفقاً للفصل الثالث من الباب الخامس من الدستور فى الفرع الأول من الفصل بعنوان رئيس الجمهورية – المواد من ١٣٧ حتى ١٥٢ – هو يملك المفاتيح الأساسية للسلطة فى مصر .

فهو الذي يتولى السلطة التنفيذية، ويضع السياسة العامة للدولة، ويعين نوابه ويحدد اختصاصاتهم، ويعين رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ويعفيهم من مناصبهم، ويدعو مجلس الوزراء للانعقاد، ويعين الموظفين المدنيين والعسكريين، والممثلين الديبلوماسيين ويعزلهم من مناصبهم، ويصدر اللوائح التنفيذية للقوانين ولوائح الضبط، واللوائح الخاصة بالمرافق العامة، وإصدار قرارات بقوانين. ويعلن حالة الطوارىء ولوائح الضرورة، والعفو عن العقوبة، وهو القائد الأعلى للقوات المسلحة، ويبرم المعاهدات، ويعرض أى موضوع على الشعب للاستفتاء. ويقترح مشروعات القوانين ويعترض عليها ويصدرها.

وهو رئيس المجلس الأعلى للهيئات القضائية، ورئيس المجلس الأعلى للشرطة. وهو حكم بين السلطات.

إذن يترتب على هذا الرأى ببطلان كل شىء، وذلك سيؤدى إلى انهيار كامل للدولة، والأسس التى استقرت عليها.

ولعل ذلك يدعونا إلى العودة أو بالأحرى البدء بالصحيح، لأنه فى النهاية لا يصح إلا الصحيح.

ولنبنى نظامنا السياسى على أسس ديمقراطية سليمة وصحيحة، تجنبنا الوصول إلى مثل هذه النتائج الخطيرة.

فالمحكمة الدستورية العليا تضطلع بمهامها، التى تصون من خلالها ركائز حيوية لا تنهض الجماعة إلا فى كنفها، وتحمى الحرية الشخصية من أى عدوان أو مساس بها من قبل السلطات العامة، "وليس ذلك امتناناً على السلطتين التشريعية والتنفيذية، بل ارتكازاً إلى حقيقة أن أحداً لا يجوز أن يكون للدستور عصياً، وأن المخاطبين بالنصوص الدستورية مدعون إلى التزامها. وإلا كان فرضها لازماً من خلال ولوج طرائق الرقابة على دستورية النصوص القانونية التى عينها قانون المحكمة الدستورية العليا، لتقرر بموجبها بطلان هذه النصوص أو صحتها، وهو ما يعنى أن بقاءها أو زوالها عائد – فى منتهاه – إليها، ويؤكد علو هامتها من خلال ضمانها سيادة الدستور، وانفرادها بفرض القيود التى يتضمنها، بما مؤادة أن مراجعتها القضائية The power of judicial review للأعمال التشريعية، لا توانيها أو توازيها أو تطاولها أية صورة أخرى من صور الرقابة القضائية أياً كان موقعها، إذ هى تحتل من أشكالها وأنماطها – على تعددها – أكثرها قضاءً وأبعدها أثراً وأرفعها شأناً، ليكون بخصائصها ومكوناتها فريدة فى بابها، لا يردها عن ولايتها خصيم، ولا ينال منها الادعياء والمتخرصون .

غير أن المحكمة الدستورية العليا – وتلك مهمتها وغاياتها – لا يعنيها أن يكون رنين أحكامها عالياً، ولاجرسها صاخباً مدوياً، ولا أن يكون عملها اقتحاماً لحدود أولاها

الدستور للسلطتين التشريعية والتنفيذية. ذلك إن وفاءها بالأمانة التى ناطها الدستور بها، يقتضيها أن يكون خطابها هادئاً واثقاً متزناً محكماً ليكون أعون على صون نظام لتبادل الرقابة بين من يباشرون السلطة وفقاً للدستور، وبما يؤكد توازنها بين الأفرع التى تتوزع عليها. التزاماً بضوابطها وتقيداً بتخومها. وتلك مهمة لا يجوز التهوين منها، وقد تولتها المحكمة الدستورية العليا ملتزمة مقاصدها، نائية بنفسها عن الانزلاق بها إلى غير مجالاتها، وكان دأبها وحرصها أن تكون مناهجها فى تأصيل أحكام الدستور وربطها بغاياتها النهائية، علاقة لأمتها على طريق تقدمها، وأن تكون مسئولياتها قبلها، إصراراً على النهوض بواجباتها، لا تفارق بأسها ولا تنقض ميثاقها، ولا يقيلها منها أن تغض بصرها عما قد يعترض تنفيذ بعض أحكامها من عوائق قانونية تعطل محتواها، أو تحد من مداها. ومن ثم يكون تداخلها لإسقاطها لازماً، ليكتمل لأحكامها بنيانها وليتم تنفيذها وفقاً لطبيعتها، وعلى ضوء الأصل فيها، فذلك وحده طريق الحق موئلاً وميثاقاً غليظاً" (١) .

وقد أكد دستور ١٩٧١ على المكانة الرفيعة والمتميزة التى تحتلها المحكمة الدستورية العليا فى نظام الحكم فى مصر.

فقد أفرد الدستور فصلاً كاملاً مكون من خمس مواد، للمحكمة الدستورية العليا، هو الفصل الخامس من الباب الخامس بعنوان نظام الحكم.

وقد نص على أنها هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها (المادة ١٧٤) وتتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص (المادة ١٧٥)، وأعضاء المحكمة غير قابلين للعزل (المادة ١٧٦)، وتنشر

(١) د. عوض محمد عوض المر، تقديم، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الثانى، الأحكام من أول يوليو ١٩٩٢ حتى آخر يونيو ١٩٩٣، ص ١٠.

أحكامها فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بتفسير النصوص فى الجريدة الرسمية (المادة ١٧٨).

وقد نص قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن تصدر أحكام المحكمة وقراراتها باسم الشعب (المادة ٤٦). وأن أحكامها وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن (المادة ٤٨)، وأن أحكامها فى الدعاوى الدستورية، وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة. ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم، ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر لتطبيقه، أما بالنسبة للنصوص الضريبية، فيسرى الحكم بعدم دستوريتها بأثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من هذا الحكم. وبالنسبة للنصوص الجنائية فإنه يترتب على الحكم بعدم دستوريتها اعتبار الأحكام التى صدرت بالإدانة استناداً إليها كأن لم تكن. (المادة ٤٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨).

فوفقاً لهذا النص الأخير، فإن لحكم المحكمة الدستورية بعدم الدستورية أثر مباشر يسرى فى جميع الأحوال اعتباراً من اليوم التالى لنشر الحكم فى الجريدة الرسمية. وللحكم بعدم الدستورية أثر رجعى فى حالتين، حالة ما إذا كان يتعلق بنص جنائى. تطبيقاً لقاعدة القانون الأصلح للمتهم. وحالة ما إذا قرر الحكم ذلك وحدد تاريخاً آخر بسريانه، وذلك فى غير النصوص الضريبية التى يكون للحكم بعدم دستوريتها أثر مباشر دائماً.

ومن قضاء المحكمة الدستورية العليا ذاتها يتضح أن كلمتها هى الأعلى والأخيرة، فيما يتعلق بالأحكام والقرارات التى تصدرها فى نطاق اختصامها.

فوفقاً لقضاء هذه المحكمة فإن الدعاوى الدستورية هى دعاوى عينية بطبيعتها، والأحكام الصادرة فيها لها حجة مطلقة قبل الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة،

سواء كانت قد انتهت إلى دستورية النص التشريعى المطعون فيه أم إلى عدم دستوريته([1]).

فأحكام المحكمة الدستورية العليا وقراراتها ملزمة للجميع، سواء كانوا سلطاتا أم أفراداً، وبالنسبة للسلطات سواء كانت سلطة تنفيذية أن تشريعية أو حتى قضائية. فالجميع يلتزم بما قضت به، ويعمل بمقتضاه. والمعنى والمفهوم والمضمون الذي تعطيه للنصوص هو الذي يأخذ به الجميع، ولا يجوز إعطاء تفسير آخر مخالف لتفسيرها متناقضاً معه.

يتضح مما سبق عرضه من النصوص والأحكام أن كلمة القاضى الدستورى هى الكلمة الأعلى وهي الكلمة الأخيرة فى مجال اختصاصه. فلا طعن فيها، ولا معقب عليها، ولا راد لها، ولا رجعه فيها.

وعلى الجميع احترام هذه الكلمة واتباعها، وعدم مخالفتها أو الأخذ بغير مقتضاها.

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٦ يوليو ١٩٩١، قاعدة رقم ١، القضية رقم ٢٠ لسنة ١١ قضائية "دستورية"، المجموعة، الجزء الخامس المجلد الأول، ص ٩، وبجلسة ٥ أكتوبر ١٩٩١، القاعدة رقم ٣ القضية رقم ١٠ لسنة ٨ قضائية "دستورية" نفس المجموعة ص ١٤، وبجلسة ٧ مارس ١٩٩٢، قاعدة رقم ٢٢ القضية رقم ٢٦ لسنة ٤ قضائية "دستورية"، ذات المجموعة ص ١٨٥، وبجلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢، القاعدة رقم ٣٢، القضية رقم ٥٥ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" ذات المجموعة ص ٢٩٨، وبجلسة ١٦ مايو ١٩٩٢، قاعدة رقم ٣٤، القضية رقم ٦٥ لسنة ٤ قضائية "دستورية"، نفس المجموعة، ص ٣٠٧.

الفصل الثانى
حدود رقابة التناسب وجزاء الخروج عليها
فى نطاق القانون الدستورى

عرفنا فى الفصل السابق أن قاضى الرقابة هو صاحب الكلمة الأخيرة والأعلى، فى مسألة التناسب، فهو الذي يحسم النزاع حول مدى توافر التناسب من عدمه فى الموضوع محل النزاع.

وكلمة قاضى الرقابة هنا نهائية ولا يطعن عليها ولا يملك أحد نقضها ولا مخالفتها.

فسلطة قاضى الرقابة هنا، هى سلطة خطيرة، وتترتب على استعمالها آثار هامة، ونتائج بالغة الأهمية.

ولذلك تثور عدة تساؤلات هى:

- هل يفهم من هذا أن رقابة التناسب وسلطة المختص بها هما مطلقتان، لا حدود لهما؟ أم أن لهما حدود؟ وإذا كانتا تعرفان الحدود، فما هى هذه الحدود، إن وجدت؟ وإن تخطت هذه الرقابة الحدود، هل هناك جزاء لذلك. وإن كان هناك جزاء، فما هو؟

ونعرض للإجابة على هذه التساؤلات فى مبحثين:

المبحث الأول: حدود رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

المبحث الثانى: جزاء الخروج على حدود رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى

المبحث الأول

حدود رقابة التناسب

فى نطاق القانون الدستورى

الإجابة السريعة على الجزء الأول من تساؤلنا السابق، هى أنه بالطبع، هذه الرقابة وسلطة من يقوم بها أو عليها ليستا مطلقتين. وإنما لهما حدود معينة.

فلا يوجد شىء فى الدنيا وفى أنظمة وقوانين البشر، مطلقاً، وإنما كل شىء فى هذه الدنيا له حدود مهما كبر حجمه، وامتدت أبعاده، وانبسطت مساحته، واتسعت رقعته، ومهما علا شأنه، وسمت مكانته.

وجميع السلطات الدنيوية تخضع فى ممارسة اختصاصاتها لضوابط معينة، وتلتزم بحدود معينة.

ورقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى وسلطة القائم عليها، ليست استثناءً على هذه القاعدة الأصولية التى تحكم كل شىء فى الدنيا، ولا تمثل شذوذاً أو نغمة نفاذ فى سيمفونية حياة البشر والدنيا.

ويأتى دور الإجابة على الجزء الثانى وهو الأهم، من التساؤل الأول، هذا الجزء هو: وما هى هذه الحدود التى ترد على رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى.

تتمثل أهم هذه الحدود فيما يلي:

- يتعين أن تكون هذه الرقابة منطقية وعقلانية ومعقولة وعادلة غير تحكمية وواقعية.
- كما يجب أن تكون متوافقة مع أصولها، ومتناسقة مع مرجعياتها، ومنسجمة مع المبادىء والأسس التى تقوم عليها.

كما أنه من الضرورى أن تأخذ فى حسبانها كل الظروف والملابسات المحيطة بموضوعها. وأن تحاول قياس ما قد ينتج عنها من آثار ونتائج على الصعيد الفعلى والواقعى فى المستقبل، أى أن يكون لدى القائم عليها قدرة على التنبؤ بما يمكن أن يحدث فى المستقبل من احتمالات بسبب النتيجة التى انتهت إليها رقابته.

كل هذه الحدود يراعيها القائم على رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى. فمن يقوم بها هم، فى جميع النظم التى تطبق هذه الرقابة، قضاة متخصصون، ومأهلون للاضطلاع بهذه المهمة الحساسة والدقيقة، ويتوفر فيهم العلم الغزير، والخبرة الطويلة، والثقافة العالية، والتكوين الفكرى والنفسى المعتدل والمتزن.

وقد يكون كل هذا ضمانة ضد ركوب متن الشطط من جانب من يقوم بهذه الرقابة.

وهم يتسمون بالحياد التام، وإن كان هناك انحياز من ناحيتهم فهو دائماً إلى جانب الحق والعدل والمساواة، وصون الحقوق وحماية الحريات الدستورية فى حدودها المعترف بها، دون تهاون ولا مبالغة.

ونجد تطبيقات لحدود هذه الرقابة فى قضاء المجلس الدستورى فى فرنسا. فوفقاً لهذا القضاء، فإن المجلس لا يملك أن يحل تقديره الخاص، محل تقدير المشرع فى أمور معينة.

من ذلك مثلاً أن المجلس الدستورى لا يملك أن يستبدل بتقديره تقدير المشرع فيما يتعلق بضرورة العقوبات المتصلة بالجرائم المحددة بواسطة المشرع، فى حين أنه لا يوجد نص فى الباب الأول من القانون موضوع البحث، يخالف المبدأ الذى وضعته المادة ٨ من إعلان ١٧٨٩.

Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appéciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui – ci, alors qu' auccune disposition du titre premier de loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la déclaration de 1789([1]).

ففى هذا المجال نجد أن رقابة التناسب هنا محدودة restreint وتقوم على احترام سلطة البرلمان فى التقدير([2]) respect du pouvoir d'appréciation du parlement. وتقتصر فقط على رقابة الصفة غير التحكمية لاختيارات المشرع([3]).

Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le contrôle de proportionnalité s'affirme de plus en plus comme un contrôle du caractère non arbitraire des choix du législateur.

---

(١) انظر: Conseil constitutionnel, no 80 – 127 DC des 19 et 20 Janvier1981

(٢) انظر: B. GENEVOIS, la jursprudence du Conseil constitutionnel op. cit. P. 296.

(٣) انظر: Revue française de Droit constitutionnel, no 26, 1996, Chronique, jurisprndence de Conseil constitutionnel, Thierry DI MANNO, P. 377 et ss.

فمبدأ التناسب فى فرنسا، لم يصل إلى حد أن يصبح مبدأ يعمل به أى شىء أو يستخدم فى كل الحالات، أو يستعمل فى جميع الأوضاع Le principe de proportionnalité est loin d'être devenu, en France, un principe "à tout faire".

فهى رقابة تبحث عن سمات المنطق والعقلانية، والمعقولية والعدل، فى اختيارات المشرع.

وقد استعمل المجلس الدستورى هذه الصفات فى الحالات التى عرضت عليه، وأصدر قرارات فيها.

فبالنسبة لصفة المنطق والعقلانية rationnel، فقد عرض عليه نص ضريبى يمنح تخفيضاً بنسبة ٥٠% من قيمة الأموال المهنية المنقولة بدون مقابل (الهبة) بين الأحياء، وذلك لتشجيع المشروعات الصغيرة والمتوسطة.

فإن المجلس الدستورى قرر أنه وإن كان المشرع يستطيع منح مزايا ضريبية معينة، لتشجيع نقل بعض الأموال، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون المشرع قد أقام تقديره على معايير موضوعية ومنطقية أو عقلانية، بالنظر إلى الأهداف التى يقصدها.

C'est à la condition que celui – ci fonde son appréciation sur des critères objectifs et rationnels ([1]).

فالمشرع يجب ألا يغفل عن أنه يتعين عليه أن يعامل بطريقة متساوية المراكز المتشابهة، وبطريقة مختلفة المراكز المختلفة.

(١) انظر: Conseil constitutionnel, no 95 – 369 DC du 28 Décembre1995

Le législateur ne doit pas perdre de vue qu'il doit traiter de manière égale les situations semblables et de manière diffèrente les situations différentes.

وقرر المجلس عدم صحة هذا النص من الناحية الدستورية. وبالنسبة لسمة المعقولية raisonnable، فقد عرض على المجلس نص فى مجال الانتخاب، وبالتحديد بخصوص تمثيل المدن فى مجالس المجموعات الأوربية الخاصة بالمدن.

وقد قرر المجلس أنه يتعين أن يكون التمثيل فى هذه المجالس قائماً على أساس ديموجرافى، أى أن يكون متناسباً مع عدد سكان المدن التى تمثلها هذه المجالس.

وفى الحالة المعروضة على المجلس الدستورى، لم يجد المجلس أن الفروق فى التمثيل ليست عديمة التبرير بشكل واضح، ولا غير متناسبة بشكل مبالغ فيه.

Les carts ne sont ni manifestement injustifiables ni disproportionnés de manière excessive([1]).

وانتهى المجلس فى هذه الحالة، إلى صحة وسلامة النص، مؤكداً أنه لا يضع تقديره محل تقدير المشرع، ولكنه يقتصر على فحص صفة المقبول أو المبرر لاختيار المشرع Il se borne à vérifier le caractère admissible ou justifiable des choix de ce dernier.

وبالنسبة لصفة العدل Juste ou équitable فقد عرض على المجلس الدستورى، نص قانون يمنع – خلال المظاهرات حمل أو نقل الأشياء التى يمكن أن تستخدم كسلاح فى نظر قانون العقوبات.

---

(١) انظر: Conseil constitutionnel, no 94 – 358 DC. 26 Janvier 1995.

ورأى المجلس أن الصياغة العامة وغير المحددة للنص المحال إليه، هى من طبيعة تؤدى إلى المساس المبالغ فيه بحرية الأفراد([1]).

فإجراء التحريم يمكن أن يصيب – فى الواقع على سبيل المثال – الأشخاص المعوقين، الذين لا يستطيعون التنقل إلا بالاستعانة بعصا أو بعكازات à l'aide d'une canne ou de lèquilles فهذه الأشياء يمكن أن تعتبر وفقاً للنص كأشياء يمكن استعمالها كأسلحة.

وعلى هذا فقد رأى المجلس أن هذا النص غير مناسب بشكل ظاهر manifestement inappropriée لإجراء التصالح بين مقتضيات حفظ النظام العام، ومتطلبات الحرية الفردية، نظراً لصفته غير العادلة son caractère injuste.

ومن الواضح أن رقابة التناسب التى يمارسها المجلس الدستورى فى فرنسا هنا تجد حداً لها فى فكرة الخطأ الظاهر فى تقدير المشرع la nation d'erreur manfeste d'appréciation.

ويفهم من ذلك أنه حتى ولو كان تقدير المشرع ينطوى على خطأ ما، فلا غبار عليه طالما أن هذا الخطأ فى الحدود المعقولة والمقبولة، ولا يمثل خطأ ظاهراً أو متعسفاً abusive.

وتطبيقاً لذلك، فلم يجد المجلس الدستورى ([2])، مساساً بمبدأ التناسب، ولا تنكر لمقتضيات الحرية الفردية ولحرية الذهاب والعودة، ولحق التعبير الجماعى عن الأفكار والآراء la liberté individuelle, de la liberté d'aller et de venir et du droit d'expression collective des idées et des opinions.

---

(١) انظر: Conseil constitutionnel, no 94 – 352 DC du 18 Janvier 1995

(٢) انظر ذات قراره السابق.

تجريم الاشتراك فى المظاهرات التى يحكم بها كجزاء تكميلى ضد متظاهر حكم عليه بالإدانة، وأيضاً بعقوبات إنكاره، السجن لمدة عام والغرامة ١٠٠٠٠٠ فرنك.

فلم يعتبر المجلس مثل هذا النص غير عادل injuste لأنه لا يطبق بشكل تلقائى، ولكنه يتوقف على تقدير القاضى الجنائى، الذى لا يحدد فقط مدة العقوبة (والتى لا يمكن أن يتجاوز ثلاثة شهور)، ولكن أيضاً نطاق تطبيقها.

فإن هذه الضمانات تكفى فى أن تشفع للقانون وتغفر له absoudre la loi، إذا كان تقدير المشرع ينطوى على خطأ بسيط أو يسير.

فليس كل خطأ فى تقدير المشرع يؤدى فى جميع الأحوال إلى مجازاته من قبل المجلس الدستورى.

كما أننا نصادف مثل هذه الحدود فى الرقابة التى تمارسها المحكمة الدستورية العليا فى مصر.

ونجد بعض هذه الحدود قد وضعتها النصوص، وبعضها قد أرستها المحكمة الدستورية العليا ذاتها من خلال أحكامها وقراراتها.

أولاً – الحدود التى وضعتها النصوص:

بالنسبة للحدود التى وضعتها النصوص، تتمثل أهمها فى طرق اتصال المحكمة بالدعاوى الدستورية، وتتمثل كذلك فى الشروط الشكلية والموضوعية التى يتعين توافرها فى هذه الدعاوى، وفى الإجراءات التى يجب اتباعها للجوء لهذه المحكمة.

كما تتمثل أيضاً فى مضمون الحكم الذى تملك أن تنطق به المحكمة. كما تتمثل هذه الحدود كذلك فى تاريخ ترتب أثر الحكم الصادر من المحكمة.

وقد حددت النصوص كل هذا على وجه الدقة، سواء نصوص الدستور الخاصة بالمحكمة الدستورية العليا أو نصوص قانون المحكمة ذاته رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته.

ومن تطبيقات قضاء المحكمة الدستورية العليا لكل هذه الحدود، نذكر الأمثلة التالية:

أ – بالنسبة لطرق اتصال المحكمة بالدعاوى الدستورية والشروط الشكلية والموضوعية لرفعها، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن ولايتها فى الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة فى المادة ٢٩ من قانونها. وذلك إما بإحالتها إليها من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى للفصل فى المسألة الدستورية، وإما بناء على دفع من أحد الخصوم أمام محكمة الموضوع وتقدر جديته(١). أو عن طريق التصدى، وفقاً للمادة ٢٧ من قانونها(٢).

بغير هذه الطرق الثلاثة، ومراعاة إجراءاتها وشروطها لا تستطيع المحكمة أن تتعرض للموضوع.

ولذلك قضت المحكمة الدستورية العليا، بأن تصريح محكمة الموضوع للمدعى بإقامة الدعوى الدستورية دون دفع من جانبه، يؤدى إلى الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانونى.

---

(١) انظر المحكمة الدستورية العليا، مجموعة الأحكام من أول يوليو ١٩٩١ حتى آخر يونيو ١٩٩٢، الجزء الخامس، المجلد الأول، القواعد أرقام ٦ ص ٢٢، ١/١٧ ص ١٢٢، ٢/٢٠ ص ١٥٨، ١/٢٣ ص ١٩٩، ١/٢٥ ص ٢١٦.

(٢) انظر المحكمة الدستورية العليا، جلسة ٣ يناير ١٩٨٧، قاعدة رقم ٥/١، القضية رقم ٤٠ لسنة ٧ قضائية "دستورية"، مجموعة الأحكام من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونيو ١٩٩١، الجزء الرابع، ص ٩.

كما قضت بأن الأوضاع الإجرائية المتعلقة بطريقة رفع الدعوى الدستورية، وميعاد رفعها تتعلق بالنظام العام([1]) فلا يجوز مخالفتها أو الخروج عليها أو التنازل عنها، كما يجوز بل يجب على المحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها، حتى ولو لم يثرها أحد من الخصوم .

وعلى ذلك فإذا دفع المدعى بعدم دستورية بعض مواد القانون، وصرحت له محكمة الموضوع بالطعن عليها أمام المحكمة الدستورية العليا، مضيفة إلى المواد التى دفع المدعى بعدم دستوريتها مادة أخرى، دون دفع مسبق بعدم دستوريتها، فإنه يترتب على ذلك عدم قبول الدعوى الفرعية بعدم الدستورية بالنسبة لهذه المادة المضافة من قبل محكمة الموضوع.

لأن البند (أ) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، قد خول محكمة الموضوع إحالة النصوص التشريعية التى يتراءى لها عدم دستوريتها للفصل فى المسألة الدستورية، وإن هذا التخويل يقتضيها أن تصدر بالإحالة حكماً قاطعاً فى دلالته على انعقاد إرادتها، على أن تعرض بنفسها هذه المسألة على المحكمة الدستورية العليا، وأن يتضمن قضاؤها تحديداً كافياً للنص التشريعى المطعون عليه والنص الدستورى المدعى مخالفته، وأوجه المخالفة ([2]).

(١) انظر ذات المجموعة السابقة، القواعد أرقام ١/١٥ ص ٢٢، ١/١٨ ص ٣١، ١/٢٠ ص ١٥٨.

(٢) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا، بجلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢، قاعدة رقم ١/٣٠، القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية "دستورية"، المجموعة الجزء الخامس، المجلد الأول، ص ٢٦٢.

وللمحكمة الدستورية العليا أحكام كثيرة مما يتعلق بالشروط الشكلية والموضوعية، كبيانات قرار الإحالة، أو صحيفة الدعوى وتقديمها من محام مقبول للمرافعة أمام هذه المحكمة، والصفة والمصلحة فى الدعوى وميعاد رفعها(١).

كل هذه تمثل حدوداً وضعتها النصوص على كيفية ممارسة المحكمة الدستورية العليا لسلطتها فى رقابة الدستور فى النصوص التشريعية.

والمحكمة لا تستطيع أن تتجاوز هذه الحدود وهى بصدد ممارستها لرقابتها، واضطلاعها بمهام اختصاصاتها.

ب – بالنسبة لمضمون الحكم:

هناك حد لسلطة المحكمة فيما يتعلق بمضمون الحكم الذي يمكن أن تنطق به، هذا الحد يتمثل فى أن المحكمة لا تملك أن تصدر حكماً بإلغاء قانون أو لائحة معينة، ولا أن تأمر بإيقاف تنفيذهما، حتى ولو كانت قد قضت بعدم دستوريتهما. وكل ما تستطيع أن تفعله هو أن تقضى وحسب بعدم دستورية القانون أو اللائحة. ثم يأتى بعد ذلك دور السلطات الأخرى المختصة، التى يتعين عليها أن تتخذ الإجراءات اللازمة حسب الأحوال، لتعديل أو حتى لإلغاء القانون الذي قضى بعد دستوريته أو اللائحة التى قضى بعدم دستوريتها.

هذا الحد وإن لم ينص عليه صراحة فى النصوص فإنه يفهم من خلال النصوص التى حددت اختصاصات هذه المحكمة، فمن اختصاصاتها رقابة الدستورية، والحكم بعدم الدستورية، إن كان لذلك وجه، ولم تعط النصوص هذه المحكمة سلطة إلغاء أو تعديل النص فى حالة الحكم بعدم دستوريته.

---

(١) انظر المجموعة السابقة القواعد المذكورة فى الصفحات من ٥٥٣ إلى ٥٦١ .

ج – بالنسبة لتاريخ ترتيب أثر الحكم بعدم الدستورية:

حددت النصوص، وبالتحديد المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والمعدلة بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، التاريخ الذي تترتب اعتباراً منه آثار الحكم بعدم الدستورية.

وقد سبق القول بأن أحكام القضاء الأصل فيها أنها كاشفة وليست منشئة، وكان مؤدى هذه القاعدة الأصلية والأصولية، أن يكون لجميع أحكام المحكمة الدستورية العليا أثر رجعى، أى تترتب آثارها لا من تاريخ صدورها هى، ولكن ترتد إلى تاريخ صدور النص الذي قضى بعدم دستوريته، أو بعبارة أدق الذي كشف الحكم عن عدم دستوريته.

ولكن المشرع تدخل وحدد فى قانون المحكمة الدستورية العليا، التاريخ الذي تترتب ابتداءً منه آثار الحكم بعدم الدستورية.

ووفقاً للمادة ٤٩ المعدلة بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، فإنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم، ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر.

فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائى تعتبر الأحكام التى صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك كأن لم تكن.

وبالنسبة للنصوص الضريبية، يطبق الحكم بعدم دستوريتها بأثر مباشر فى جميع الأحوال، أى تترتب آثاره من تاريخ نشر الحكم. وذلك دون الإخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص.

فوفقاً لهذا النص ليس للحكم بعدم الدستورية أثر رجعى إلا فى حالة النص الجنائى، أو إذا قررت المحكمة ذلك، فى غير النصوص الضريبية، فليس للحكم بعدم دستوريتها أثر رجعى على الإطلاق.

وعلى ذلك فإذا كانت الدولة قد قامت بتحصيل رسوم أو ضرائب بناءً على نص، ثم حكم بعدم دستورية هذا النص، فلا ترد الدولة ما تكون قد حصلته قبل نشر الحكم، إلا للمدعى ذاته، هو الذي يستفيد من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص فيستطيع استرداد ما قد يكون دفعه، بناء على هذا النص قبل صدور الحكم. أما غيره ممن يتساوون معه فى الالتزام ولم يطعنوا بعدم الدستورية، فليس لهم أن يستفيدوا من هذا الحكم وإعماله بأثر رجعى.

كما يكون من حق الدولة تحصيل الضريبة التى لم يتم سدادها، حتى تاريخ نشر الحكم.

وعلة الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية نص ضريبى، هى حماية الاقتصاد القومى، وعدم تحميل الموازنة العامة للدولة عبء كبير قد تنوء من ثقله، مما قد يؤدى إلى عجز الدولة عن القيام بأعبائها ومسئولياتها ونفقاتها الأساسية والضرورية. ويعتبر هذا، كما هو واضح تحديداً لأثر الرقابة.

ثانياً – بالنسبة للحدود التى أرستها المحكمة الدستورية العليا ذاتها:

هناك حدود لرقابة المحكمة الدستورية العليا قد قامت المحكمة ذاتها بوضعها.

وأهم هذه الحدود تتمثل على وجه الخصوص فى الآثار التى تترتب على الحكم بعدم دستورية نص أو أكثر فى قانون الانتخاب، وبالذات عند الحكم ببطلان تشكيل مجلس نيابى معين مثل مجلس الشعب كان قد تم بناء على النص المقضى بعدم دستوريته.

وخلال ثلاثة عشر عاماً، قضت المحكمة صراحة ببطلان تشكيل ثلاث مجالس شعب، مجلس ١٩٨٤ ومجلس ١٩٨٧ ومجلس ١٩٩٠، ويترتب

بالضرورة بطلان مجلس ١٩٩٥، على حكمها الصادر فى ٨ يوليو ٢٠٠٠، بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦، لأن هذا المجلس كان قد تم تشكيله بالانتخاب الذي جرى وفق هذه الفقرة، رغم أن الطعن كان يتعلق بانتخابات مجلس ١٩٩٠.

ومؤدى الحكم بطلان تشكيل المجلس هو بطلان كل ما يصدر عنه من قوانين وقرارات وإجراءات، لأن ما يترتب على باطل فهو باطل.

ولكن المحكمة الدستورية لم ترتب هذه النتيجة المنطقية، ولكنها وضعت حداً، لأثر حكمها بعدم الدستورية فى هذا المجال.

ففى كل أحكامها الصادرة ببطلان تشكيل مجلس الشعب تذكر المحكمة أن "بطلان تكوين مجلس الشعب، عند ثبوته بقضاء المحكمة الدستورية العليا، لا ينسحب إلى ما أقره من قوانين وقرارات وتدابير قبل نشر الحكم فى الجريدة الرسمية، بل تظل على أصلها من الصحة، ونافذة ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية، إن كان لذلك ثمة وجه آخر غير بطلان تكوين المجلس ذاته"([1]).

إذن المحكمة الدستورية العليا تضع حداً لرقابتها، ولا تجعلها رقابة مطلقة بدون حدود ولا قيود.

(١) انظر حكمها الصادر فى جلسة ١٩ مايو سنة ١٩٩٠، قاعدة رقم ٢٤/٣٣. القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" المجموعة من يناير ١٩٨٧ حتى آخر يونيو ١٩٩١، الجزء الرابع ص ٢٥٩، وحكمها الصادر فى جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢، قاعدة رقم ٣/٣١، القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية"، المجموعة من أول يوليو ١٩٩١ حتى آخر يونيو ١٩٩٣، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص ٢٨٥، وحكمها الصادر فى ٨ يوليو ٢٠٠٠.

المبحث الثانى
جزاء الخروج على حدود رقابة التناسب
فى نطاق القانون الدستورى

لأى مخالفة جزاء، ولذلك يثور التساؤل الآتى فيما يتعلق برقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى.

إذا كانت لرقابة التناسب حدود معينة، فهل يوجد جزاء إذا ما خرجت عن هذه الحدود ولم تلتزم بالضوابط المفروضة عليها؟ وما هو هذا الجزاء إن وجد؟

فى واقع الأمر، من الصعب الحديث عن وجود جزاء لخروج رقابة التناسب عن حدودها الموضوعة.

وقد يكون السبب فى ذلك هو عدم إمكان تصور حدوث مثل هذا الخروج. وعدم وجود المختص بتطبيق مثل هذا الجزاء إن وجد.

ذلك إننا قلنا أن قرار قاضى الرقابة هنا هو نهائى وقاطع، ولا يوجد طعن فيه. وقد يكون السبب فى عدم وجود احتمالات للخروج عن حدود الرقابة، هو طبيعة تكوين وتشكيل الهيئة القائمة على هذه الرقابة.

فهى أولاً هيئة جماعية، متخصصة، يتمتع أعضاؤها بعلم غزير، وثقافة عالية وخبرة طويلة فى مجال العمل القانونى والقضائى. إلى جانب اتصافهم والاتزان والرزانة والحكمة، بالإضافة إلى الحياد والموضوعية.

وقد تكون هذه الأسباب هى التى أدت إلى أن تكون احتمالات الخروج عن حدود الرقابة، أو احتمالات عدم الالتزام بضوابطها، هى احتمالات قليلة أو نادرة أو تكاد تكون منعدمة.

وقد يكون فى نظام الاتحاد الأوربى، والتشكيلات القضائية والقانونية فيها، ما يسمح بوجود رقيب على الجهات القائمة على رقابة التناسب فى الدول المختلفة المكونة للاتحاد الأوربى.

مما يجعلنا أن نتصور - وهو احتمال نادر – أن تقوم هيئات الرقابة المختصة فى الاتحاد الأوربى، لمراجعة قرارات جهات رقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى، إن هى خرجت عن حدودها، أو شاطت فى رقابتها، أو خرقت الضوابط الموضوعة لممارسة اختصاصها، والاضطلاع بدورها.

وقد يكون الجزاء المتصور أيضاً، على الصعيد النظرى هو قيام أساتذة القانون المتخصصين – بالذات فى القانون الدستورى – ببحث قيام هذه الجهات برقابتها، ونقد خروجها عن حدودها، أو تطرفها فى أحكامها، أو غلوها فى قراراتها، أو بصفة عامة ركوبها متن الشطط فى رقابتها.

كما حاول البعض فى مصر توجيه انتقادات لبعض أحكام المحكمة الدستورية العليا، بل وإلى المحكمة ذاتها بالقول بأنها توسعت فى ممارسة اختصاصها وتجاوزت حدود سلطتها الدستورية المضافة عندما زادت وتعددت الأحكام الصادرة منها بعدم دستورية العديد من النصوص، وما يترتب على تلك الأحكام من آثار اجتماعية واقتصادية تمس آلافاً من المواطنين، وأهم هذه الأحكام، الأحكام الصادرة بعدم دستورية بعض نصوص قوانين إيجار الأماكن.

مما دفع أحد أعضاء مجلس الشعب إلى تقديم مشروع إلى المجلس بتعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، تعديلاً من شأنه أن يحول دون تنفيذ

أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة بعدم دستورية بعض القوانين. وكان الاقتراح يقضى بأنه إذا حكمت المحكمة بعدم دستورية أى من هذه القوانين تعاد تلك القوانين إلى مجلس الشعب ليقوم بالمواءمة بينها وبين نصوص الدستور، وليصير قرار المجلس فى ذلك نهائياً، ومستعصياً على مراجعة المحكمة.

وهذا الاقتراح كان من شأنه أن يحول أحكام المحكمة الدستورية العليا، بعدم دستورية هذه القوانين إلى مجرد توصيات ترفع لمجلس الشعب. فإذا أعاد المجلس إصدار تلك النصوص بالأغلبية العادية موائماً بينها وبين نصوص الدستور، صارت نافذة وملزمة ولا معقب عليها بعد ذلك ([1]).

ثم عرضت اقتراحات أخرى كثيرة ([2]).

وقد أدت كل هذه المحاولات إلى تعديل الفقرة الثالثة للمادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨، والذى جعل تاريخ ترتيب أثر الحكم بعدم الدستورية، هو تاريخ النشر فى كل الأحوال خاصة فى حالة الحكم بعدم دستورية نص ضريبى، ولا يكون للحكم أثر رجعى إلا بالنسبة للنصوص الجنائية، أو إذا حدد الحكم تاريخ آخر لذلك، فى غير النصوص الضريبية، كما سبق وأن شرحنا.

---

(١) انظر فى تفسير هذا الاقتراح والرد عليه. د. أحمد كمال أبوالمجد، المحكمة الدستورية ومجلس الشعب، مناقشة هادئة لاقتراح مرفوض، جريدة الأهرام، بتاريخ ٨ يناير ١٩٩٨، صفحة قضايا وآراء، ص ١٠؛ ومقالة د. سمير تناغو، بعنوان أسئلة هادية إلى فقيه دستورى، جريدة الأهرام، بتاريخ ٢٦ يناير ١٩٨، صفحة قضايا وآراء ص ١٠، وفى ذات الجريدة والصفحة د. أحمد كمال أبوالمجد، بعنوان المحكمة الدستورية ومجلس الشعب.. إجابات هادئة على أسئلة جادة.

(٢) انظر فى عرض ومناقشة هذه الاقتراحات والرد عليها، د. أحمد كمال أبوالمجد، المحكمة الدستورية العليا، مناقشة هادئة لمقترحات الإصلاح، جريدة الأهرام، بتاريخ ٢ يونيو ١٩٩٨، صفحة قضايا وآراء ص ١٠ .

خاتمة البحث

الخطيئة الكبرى هى الإفراط أو المغالاة، La démesure، هى غياب أو مخالفة نظام الأشياء Le manquement à l'ordre des choses والإنسان هو مقياس العالم L'homme est la mesure du monde. فبالنسبة إليه ينكشف الجور ويدان، وذلك داخل نظام الحياة العادية والسياسية، مثل داخل الجمال والأخلاق(١).

وترتبط رقابة التناسب بهذه الفلسفة القديمة.

ويوجد بالنسبة لأرسطو عدا لتان، تلك التى تتعلق بفلك العام La sphère publique ، وتلك التى تخص فلك الخاص La sphère priviée (٢) .

والعادل أو المعقول أو المنصف أو الصائب Le juste هو وسط بين ضدين أو حدين قصيين أو بعيدين un milieu entre deux extrêmes وبدون ذلك لا

(١) انظر: Yves GAUDEMET, Préface de la thèse de G. XYNOPOULOS, op. cit. P. XVII.

وللشاعر فاروق جويدة، قصيدة شعر بعنوان لكل عمر مرايا، يقول فى بعض أبياتها: آمنت بالإنسان عمري كله - ورسمته تاجاً على أبياتى.

هو سيد الدنيا وفجر زمانها – سر الإله وأقدس الغايات.

هو أن سما يغدو كنجم مبهر – وإذا هوى ينحط كالحشرات.

منشور فى جريدة الأهرام، ٢٧ أغسطس ٢٠٠٠، صفحة دنيا الثقافة، ٢٩.

(٢) انظر: ARISTOTE, L'Ethique à nicomaque, chapitre 5, librairie philosophique. J. VRIN. Paris 1990.

يكون بينهما تناسب. لأن التناسب هو وسط والعادل والصائب هو تناسب([1]) Car la proportion est un milieu et le juste une proportion. أو كما يقال فى الفلسفة العربية، أن خير الأمور الوسط.

والمنصف أو الصائب فى حالة التبادل أو التناظر، هو الذي يكفل ترابط البشر فيما بينهم، تبادل قائم، مع ذلك، على تناسب وليس على مساواة صارمة une stricte égalité ويشير أرسطو هنا إلى العدالة المُصلحة La justice réparatrice.

فالمنصف والصائب هو التناسب، والمجحف أو غير الصائب L'injuste هو ما يكون خارج التناسب en dehors de la proportion

فغير المنصف أو غير الصائب يمكن إذن أن يكون سواء الزائد جداً على الحد Le trop، أو الناقص جداً عن الحد Le trop peu بشكل مبالغ فيه، سواء فى الزيادة أو فى القلة والنقصان ([2]).

فالتوازن L'équilibre بين مختلف المجموعات الاجتماعية هو إذن عند أرسطو الضامن لاتحاد المدينة – الدولة – Le garant de l'unité de la Cité – Etat.

هذا التوازن مكفول ببعض منطق التناسب، وهي فكرة ترتبط بالسلطة والقانون فى ذات الوقت.

ففكرة التناسب هى إذن من الأحكام الأساسية فى الفكر الإنسانى، الفلسفى والسياسى والقانونى، وبدون التناسب والتوازن لن تكون هناك إمكانية لاستمرار الحياة

(١) انظر: L'Ethique à nicomaque, op. cit. Chapitre 5, 1131 B, 10, s.P.230

(٢) انظر: Ibidem, P. 246 .

المشتركة التى يتقاسمها البشر، ولن تكون هناك إمكانية لاستمرارية الدولة كتنظيم سياسى واجتماعى وقانونى، واستمرار هيئاتها وأجهزتها وسلطاتها.

ومع تعقد الحياة المعاصرة ازدادت الحاجة أكثر إلى فكرة التناسب والتوازن، خاصة مع ظهور وازدياد الاصطدام بين المصالح المتعارضة أو المتقابلة، سواء بين الأفراد بعضهم البعض، مع اصطدام مصالحهم الخاصة، أو بين الأفراد والسلطة داخل الدولة، مع اصطدام مصالحهم الخاصة مع المصلحة العامة أو مقتضيات وتبعات السلطة العامة أو حتى بين الدول بعضها البعض، مع تعارض مصالح شعوبها.

فى هذه التركيبة المعقدة من تداخل المصالح واصطدامها، خاصة بين مصلحة الأفراد المتمثلة فى حماية حقوقهم وحرياتهم المنصوص عليها فى الدستور، ومصلحة الدولة المتمثلة فى تحقيق أهدافها باستخدام السلطات المخولة لها دستورياً. فى هذه التركيبة المعقدة، تظهر فكرة التناسب باعتبارها الأداة المثالية للتوفيق والمصالحة بين هذه المصالح المتقابلة أو المتعارضة أو المتصادمة أو المتصارعة.

وكان لابد من وجود رقيب لضمان قيام وتحقق التناسب بين هذه المصالح المتصادمة، خاصة فيما يتعلق باستعمال الدولة لسلطاتها، فى فرض قيود على حقوق وحريات الأفراد.

وليس أصلح ولا أكفأ من القاضى الدستورى للقيام بهذه المهمة الدقيقة والحساسة التى تحتاج ممن يضطلع بها، أن يمسك بيده ميزاناً حساساً، يزن فيه الأشياء بدقة، لا لكى ينحاز نحو أى من كفتى الميزان، ولكن ليتحقق من مدى قيام التناسب والتوازن بينهما، وعدم وجود خلل أو اختلال واضح بينهما، بشكل لا يمكن أن تستقيم الأمور مع استمراره.

ثم يعمل حكمه بناءً على النتيجة التى تسفر عنها عملية الميزان. وذلك إما بإقرار تحقق التناسب، ومن ثم الإبقاء على الأمور كما هى، وإما بإقرار اختلال التناسب بشكل كبير، ومن ثم يصدر حكمه بإدانة النص أو الإجراء الذي تسبب فى انهيار التناسب، واختلال الميزان.

وقد رأينا أن القضاء الدستورى فى الدول والأنظمة التى تعرضنا لها بالدراسة والبحث، يقوم بهذه المهمة على أكمل وجه.

فيقوم برقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى، فى ألمانيا المحكمة الدستورية الفيدرالية، وهي تقوم بهذا النوع من الرقابة بناءً على نصوص صريحة تمنحها هذا الاختصاص.

وفى فرنسا يضطلع بهذه المهمة المجلس الدستورى، الذي وإن لم تكن هناك نصوص صريحة على غرار الوضع فى ألمانيا، تمنحه الاختصاص برقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى، فإنه مع ذلك يقوم بهذه المهمة بشكل ضمنى **Implicite**.

وفى مصر يقوم برقابة التناسب فى نطاق القانون الدستورى، المحكمة الدستورية العليا، وهي تمارس هذه الرقابة، ليس بناء على نصوص صريحة أيضاً، ولكن تقوم بها ضمن أحكامها، كما هو الحال بالنسبة للمجلس الدستورى فى فرنسا.

وفى انجلترا رأينا، أنه لا يوجد بها دستور مكتوب ولا قضاء دستورى متميز ومستقل **ni d'une Contitution écrite ni d'un contentieux constitutionnel distinct**، ومع ذلك فإن المحاكم فى انجلترا تمارس هذا النوع من الرقابة بشكل خفي أو غير مرئى أو غير محسوس **Souterrain**.

وفى الولايات المتحدة الأمريكية تضطلع بهذا المحكمة العليا الفيدرالية. إذن فالتناسب مسألة هامة ولا غنى عنها فى النظام القانونى.والرقابة عليها هى أمر هام أيضاً، لضمان وجودها وقيامها وتحقيقها، وبدونها لا يستقيم نظام المجتمع، ولا حياة الأفراد داخلة، ولا تستطيع السلطات العامة أن تضطلع بمهامها وأن تقوم بتبعاتها ومسئولياتها.

تم البحث بعون الله وتوفيقه، الحمد لله