جامعة المنصورة
كـليـة الحقــوق
الـدراسات العليا
قسم القانون العام

سلطة المشرع فى تنظيم مسائل الأحوال الشخصية

دراسة مقارنة

اعداد الباحثة

سحرعلى الحسنين البنا

تحت اشراف

الأستاذ الدكتور/ محمد محمد عبداللطيف

أستاذ القانون العام المتفرغ بالكلية

١٤٤٤هـ -٢٠٢٣

مقدمة

الحمد الله على عظيم آلائه، والشكر له سبحانه على سابغ نعمائه وامتنانه، والصلاة والسلام على خاتم أنبيائه، محمد-صلى االله عليه وسلم- ، ومن سار على نهجه إلى يوم لقائه، وبعد،،،

تلعب قوانين الأحوال الشخصية دورا مهمًا وشديد الخطورة في تحديد العلاقات الاجتماعية، باعتبارها القوانين الأشد صلة بالحياة اليومية للأشخاص والأكثر اقترابًا وتأثيرا في الوحدة الأساسية للمجتمع، أي الأسرة، فهى التي تحكم شئون الأسرة والعلاقة بين أطرافها، كما تحدد حقوق وواجبات كل من أفرادها وعلاقاتهم، وتضبط كذلك أمور الزواج والطلاق والإرث وحقوق الأبناء من نسب ونفقة وغيرها مما يدخل فى عداد مسائل الأحوال الشخصية .

وعلى الرغم من وجود نظام قانونى لمسائل الأحوال الشخصية فى مصر، إلا أن تناولها بالبحث العلمى يُعد مسألة حديثة نسبياً، حيث كان ذلك فى عام ١٩٥٥ م. ذلك العام الذى أُعتبِر مصيرياً بالنسبة لمسائل الاحوال الشخصية، حيث صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م، والذى بمقتضاه تم إلغاء المحاكم الشرعية التى كانت تفصل فى مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين، وكذا إلغاء المجالس الطائفية التى كانت تفصل فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

ولكن قبل العام _ ١٩٥٥ _ كان نظام القضاء فى مصر قائماً على التفرقة بين المسائل المتعلقة بالأحوال العينية وتلك المتعلقة بالأحوال الشخصية .

فبالنسبة للأجانب، كان الإختصاص فى ظل نظام الامتيازات بمسائل الأحوال الشخصية للمحاكم القنصلية ، بينما الاختصاص بمسائل الأحوال العينية كان للمحاكم المختلطة. وحتى بعد إلغاء الامتيازات بموجب اتفاقية "مونترو " فى عام ١٩٣٧ وتوحيد الاختصاص بكل منازعات الأجانب وجعله للمحاكم المختلطة أثناء فترة الإنتقال، لم يزل اختصاص المحاكم القنصلية بهذه المسائل لأن الاتفاقية أبقت على حق الدول فى الاحتفاظ بمحاكمها القنصلية حتى نهاية فترة الإنتقال فى سنة ١٩٤٩م .

وفى ١٥/١٠ /١٩٤٩؛ انتقل اختصاص النظر فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب إلى المحاكم الوطنية . أما بالنسبة للمصريين، فمنذ إنشاء المحاكم الوطنية فى سنة ١٨٨٣ م، فإن إختصاصها كان مقصوراً على تنظيم مسائل الأحوال العينية، بينما اختصاص مسائل الأحوال الشخصية نهضت به جهات القضاء الدينية (المحاكم الشخصية للمسلمين والمجالس الملية لغير المسلمين)

وكان يسود النظام القانونى للأحوال الشخصية فى مصر إبان تلك الفترة ظاهرتان استثنائيتان هما : عدم الوحدة فى القوانين التى تحكمها -عدم الوحدة فى جهات القضاء التى تفصل فيها.

أولاً : عدم الوحدة فى القوانين أو تعدد الشرائع الداخلية :

وتتمثل تلك الظاهرة فى أن القواعد التى يخضع لها المصرى المسلم غير تلك التى يخضع لها المصرى المسيحى وهذه وتلك غير تلك التى يخضع لها المصرى اليهودى. بل وأكثر من ذلك، فهذه القواعد نفسها تختلف من مسيحى لآخر ومن يهودى لآخر، مع أن الجميع مصريون . وأول ما تقتضيه هذه الصفة هى وجود قواعد موحدة تنطبق على الجميع .

ثانياً) تعدد جهات القضاء :

فبالنسبة إلى المصريين المسلمين قامت المحاكم الشرعية، وبالنسبة للمسيحيين قامت البطريكخانات، وبالنسبة لليهود قامت الحاخامخانات، بل وأكثر من ذلك فقد تعددت المحاكم الطائفية أوالدينية بالنسبة للمسيحيين واليهود، فقد وصل عدد المجالس الملية بالنسبة للطوائف غير الاسلامية أربعة عشر مجلساً. فوصل الأمر بالمجتمع المصري أن كان لكل فريق منه محكمة معينة تختص بالنظر فى علاقات أفراده، وتطبق فى ذلك قوانينها الخاصة وتتبع إجراءات مغايرة لما تتبعه المحاكم الأخرى. فأصبحنا والحالة هذه أننا أمام جهاز قضائي مشوه لا يتفق مع السيادة القومية، ولا يضمن إقامة العدل ، ولا ييسر التقاضى لمن يشاء، كل ذلك بالنسبة لمسائل أكثر ما تكون اتصالاً بذات الإنسان ومشاعره، فكان لابد لهذا النظام أن يزول .

وقد كان ؛ فبصدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م ، تم إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية فاستكمل النظام القضائي للدولة مقوماته، ووجِد القضاء الذى يفصل فى مسائل الأحوال الشخصية وانتقل اختصاص النظر فى مسائلها بالنسبة للمصريين كافة _ اعتباراً من أول يناير _ إلى المحاكم الوطنية. وبذلك اختفت إحدى الظاهرتان التى كانتا تسودان الأحوال الشخصية فى مصر.

أما بالنسبة لمسألة التشريعات : فقد نصت المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥م على أنه : "تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التى كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة . أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام- طبقاً لشريعتهم"
إذن ؛ فقد حمل النص بين طياته قاعدة إسناد، بمعنى قاعدة تبين القانون المختص بحكم علاقة قانونية دون التعرض لبيان الحكم الموضوعى لها فى القانون الواجب التطبيق .
فالقانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين هو بصفة عامة قانونهم الدينى. لينبنى على ذلك ،أنه ما زالت مسائل الأحوال الشخصية خاضعة لتشريعات متعددة تبعاً لتعدد الأديان. فبالنسبة للمسلمين من المصريين تسري عليهم أحكام الشريعة الاسلامية والتى على ضوئها تم وضع أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمعدلين بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م ، بخلاف غير المسلمين فتسري عليهم أحكام شرائعهم الطائفية متى توافرت الشروط الخاصة بذلك، والتى إن تخلف شرط منها كانت أحكام الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق .
وعليه، فلا زالنا أمام ظاهرة تعدد التشريعات، فعلى الرغم من أن وحدة القضاء كانت تستتبع بالضرورة وحدة التشريع، لأنه ليس كافياً لاستقرار الحقوق وتحقيق العدالة المنشودة أن تقضى محكمة واحدة فى المنازعة، بل يتعين أيضاً أن يكون الحكم فيها وفقاً لقاعدة موحدة تصدرعن السلطة التشريعية معبرةً عن إرادة الأمة ومستهدفة مصالح المجتمع ويتساوى الجميع أمامها. فالأصل هو مساواة الجميع قانوناً ضماناً لتكافؤ الحماية التي يكفلها الدستور أو المشرع، سواء في مجال الحقوق التي يتمتعون بها أو على صعيد واجباتهم [1] .

أهمية البحث : وانطلاقاً من ذلك وإيمانا بتلك الأهمية لمسائل الأحوال الشخصية، وحيث إن الأصل بالنسبة للمشرع هو حريته بصدد التشريع فهو الذي يحدد الهدف من التشريع والمصلحة المبتغاة ومدى ملاءمته في وقت معين كما يحدد الباعث عليه . فالدستور لم يفرض قيداً صريحاً أو ضمنياً على المشرع عند سن القوانين، ذلك لأنه من المصلحة ترك تقدير حرية الأهداف للبرلمان تحت رقابة الشعب لأن ذلك من شأنه تطوير التشريع، والسير قدماً في النطاق الذي رسمه الدستور. ومع ذلك فإن هذا لا ينفي بطبيعة الحال فرض قيود على المشرع بمعرفة القضاء الدستوري في حالات لم يخضِعه فيها الدستور لقيود محددة.

هدف البحث :إن فكرة ضرورة التشريع أو عدم ضرورته ومدى الحاجة إليه، وتدخل المشرع بالتشريع في موضوع معين في زمن معين أو إحجامه عن التدخل يُعد جوهر السلطة التقديرية للمشرع. فتنظيم موضوع ما ومدى الحاجة إلى وجود التشريع أمر تختص به السلطة التشريعية

---

(١) ينظر: د/ أنور أحمد سلامة: الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، ط ٤ ، ١٩٦٥، دار الفكر العربي ، ص ٨ ، د/ توفيق حسن فرج : أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، ط٣ ١٩٦٩ ، منشأة دار المعارف ، ص ٣٠.

وفقاً للملاءمات التي تراها، فهي التي تقدر متى تتدخل لوضع تشريع معين، ومتى تتدخل لإلغاء هذا التشريع أو تعديله، فلا يستطيع أن يحدد الدستور مدى الحاجة إلى التشريع مستقبلاً، ولا توجد صلة بين الحاجة إلى التشريع وبين دستوريته.

فإذا ما تناول المشرع مسألة ما بالتنظيم، فإنه لا يجوز حمله على التدخل – كأصل – ما لم يكن الدستور قد أوجب عليه التدخل وحدد له وقت تدخله وهو أمر لا يحدث كثيراً. (٢)

إشكالية البحث : تكمن إشكالية البحث فى الإجابة عن السؤال الآتى هل تمتع السلطة التشريعية بالسلطة مطلقة في تنظيم مسائل الأحوال الشخصية أم ينبغي أن تخضع لقيود وضوابط معينة؟ وفي حال وجود ضوابط وقيود فماهي هذه الضوابط والقيود؟

منهج البحث : تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي المقارن . وصفي تحليلوهو القائم على جمع المعلومات والحقائق وتنظيمها وتحليلها على النحو الذى يمكن من خلاله توظيفها لخدمة هدف البحث وقضاياه الأساسية.

وعن المقارنة :فستكون بين القانون المصري وبين الشريعة الإسلامية من ناحية وبين القانون المصري والقانون الفرنسي من ناحية أخرى .

وعليه وفى إطار بحث مسألة سلطة المشرع فى تنظيم مسائل الأحوال الشخصية، سنعرض لها من خلال خطة البحث الآتية :

المطلب الأول : مفهوم السلطة التقديرية للمشرع
الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية للمشرع
الفرع الثانى : التمييز بين السلطة التقديرية وغيرها من المفاهيم
المطلب الثانى : مصادر السلطة التقديرية للمشرع
الفرع الأول : الدستور كمصدر للسلطة التقديرية للمشرع
الفرع الثانى : القضاء الدستورى كمصدر للسلطة التقديرية للمشرع
المطلب الثالث : مدى سلطة المشرع فى تنظيم مسائل الأحوال الشخصية
الفرع الأول : حدود سلطة المشرع فى تنظيم الحقوق والحريات
الفرع الثانى : حدود سلطة المشرع فى تنظيم مسائل الأحوال الشخصية

الخاتمة

النتائج والتوصيات

(١) ينظر: د/ سليمان الطماوى: النظرية العامة للقرارات الادارية "دراسة مقارنة" ط٤، ١٩٧٦، دار الفكر العربي ،ص٣٣.

المطلب الأول
مفهوم السلطة التقديرية للمشرع

تملك السلطة التشريعية الحق الدستورى فى الاستئثار بمباشرة سلطة التشريع لتشمل جميع الموضوعات ولتحيط بكافة الحقوق والحريات، فيحدد المشرع الهدف من التشريعات والمصلحة المبتغاة منها وكذا مدى ملاءمتها فى وقت معين من عدمه ، كما يقدر المشرع كذلك مدى الحاجة للتشريع أو الحاجة إلى تعديل ما هو قائم من تشريعات أو إلغاء ما يراه منها [٣].
إلا أن تلك السلطة التى يملكها المشرع حيال ذلك الأمر ليست سلطة مطلقة، بل هى سلطة تقديرية قد يحدد لها الدستور عددا من الضوابط والقيود ينبغي على السلطة التشريعية إبان ممارستها لعملها ألا تتجاوزها ، وإلا وقعت فى حومة مخالفة الدستور .
كما يمكن القول بأن هذه السلطة التقديرية لا تعطى للمشرع الحق فى التمييز بين المراكز القانونية المتساوية للأفراد ومنح بعضهم حقوقاً وحجبها فى ذات الوقت عن الآخرين ، فإن فعل المشرع ذلك بأن منح حقاً معينا، عليه أن يمنحه لجميع المتماثلين فى المركز القانونى ، فإن لم يفعل ذلك فقد خالف الدستور ، وخالف فى ذات الوقت سلطته التقديرية .
لذا سنعرض فى هذا المطلب إلى تعريف السلطة التقديرية للمشرع فى فرع أول وفى فرع ثان سنتناول التمييز بينها وبين غيرها من المصطلحات .

(١) ينظر: المستشار/ عبدالعزيز سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية (منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح) ٢٠١١، دار الفكر الجامعى ، القاهرة، ص ٣٩.

الفرع الأول
تعريف السلطة التقديرية للمشرع

تعددت الأراء حول مفهوم السلطة التقديرية للمشرع، فقد رأى البعض بأنها : حرية المشرع فى المُفاضلة بين العديد من البدائل والخيارات دون أن يفرض عليه التزام طريق معين أو خيار بذاته ما دامت كل تلك البدائل والخيارات تدخل ضمن الاطار الذى رسمه الدستور (٤)

بينما عرفها البعض الآخر بأنها : حُرية المفاضلة بين بدائل وخيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذى يهدف إليه، دون أن يفرض الدستور على المشرع طريقاً بذاته يجب عليه إتباعه أو توجيهاً محدداً يتعين عليه التزامه (٥).

فى حين عرفتها المحكمة الدستورية العليا بأنها " تلك المفاضلة التى يُجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة، وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها فى خصوص الموضوع الذى يتناوله بالتنظيم " (٦)

إذن فالتعريفات ترتكز على محورين أساسين هما :

١-أن السلطة التقديرية إنما تعنى حرية المشرع فى الاختيار بين البدائل المتعددة.
٢-اتفاق أغراض التشريع مع أهداف الدستور .

أولاً : حرية المشرع فى الاختيار بين البدائل :

تجد السلطة التقديرية للمشرع سندها فى سكوت نصوص الدستور عن إلزام المشرع باتخاذ مسلك معين دون سواه ومن ثم الإقرار له بحق الخيار بين عدة إجراءات أو وسائل ممكنة يجمع بينها مشروعيتها وتوافقها مع مبادئ الدستور، الأمر الذى يعنى أن السلطة التأسيسية ارتأت أن تقديرها مقدماً لأمر ما ثم وضع قاعدة دستورية تحيط به ليس من شأنه تحقيق المصلحة المرجوة فى أبهي صورها، بينما يمكن تحقيق تلك المصلحة بشكل أقرب فى حال ترك أمر الخيار للمشرع بين عدة بدائل بحسبانه الأكثر اتصالاً بالواقع، ليكون الهدف من منح المشرع هذه السلطة التقديرية هو تمكينه من القيام بأعبائه على النحو الذى يحقق الصالح العام بحسب تقديره وفى الوقت المناسب بحسب اختياره، وهو ما يجعل أساس الوظيفة التشريعية هو السلطة التقديرية، ومن ثم فلابد من احترام وافساح المجال لها .

---

(١) ينظر: د/ يحي الجمل ، القضاء الدستورى فى مصر، ٢٠٠٨ ،دار النهضة العربية ، ص٢٠٢.

(٢)ينظر: د/ رمزى الشاعر، رقابة دستورية القوانين "دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستورى فى مصر، ٢٠٠٤ ،دار النهضة العربية ، ص ٦٩٦.

(٣) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٥٢ لسنة ٢٢ق .دستورية ،جلسة ٢٠٠١/٤/٧،موقع المحكمة الدستورية العليا.

ثانياً :اتفاق أغراض التشريع مع أهداف الدستور:

إذا كان الأصل فى كل قاعدة تشريعية يسنها المشرع، هو استهداف تحقيق أغراض معينة انصرف قصده إليها عند وضعها، لتكون هذه الأغراض بمثابة الدوافع التى دفعت بالمشرع لاستصدار تلك القاعدة التشريعية .
فإنه من المفترض أن تلك الدوافع والأغراض تهدف إلى تحقيق الصالح العام، فلا يكفى أن يصدر التشريع مراعياً لما جاء بالدستور من قواعد وقيود، وإنما يجب كذلك أن يكون هذا التشريع ملائماً مع ما استهدفه الدستور من مقاصد وغايات. لذا يحرص المشرع فى كل قاعدة تشريعية يسنها على تأكيد أمرين هما، عدم انتهاكه لنص من نصوص الدستور أو أن ينال من إحدى ضمانته. وأنه ما استهدف من وراء التشريع إلا تحقيق الصالح العام (٧) .

وفى فرنسا : فإن الحديث عن السلطة التقديرية للمشرع لم يكن مقبولاً من طرف فقهاء القانون العام إلا بعد صدور دستور١٩٥٨ (٨)، وذلك بالنظر إلى الفكر السائد في تلك الفترة، فلم يكن من المتصور تقييد حرية أو سلطة البرلمان بوصفه المعبر عن الإرادة الوطنية، أو الحديث عن سلطة تقديرية تحمل بين طياتها بعض درجات التقييد. وباعتبار أن المشرع هو الأقدر على الموازنة في المسائل محل التشريع في كافة جوانبها، فقد اتفق الفقه بأن السلطة التقديرية للمشرع هي الأساس وتقييدها هو الاستثناء (٩) .
الأمر الذي سار على نهجه الفقه العربي، فقد ذهب الدكتور/ سليمان الطماوي إلى القول أيضاً بأن الأصل هو حرية المشرع و القيد هو الاستثناء، وأن القيود إن وجدت تكون فضفاضة عادة (١٠). كما ذهب جانب من الفقه الحديث إلى القول بأن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية وهو بصدد تنظيم الحقوق والحريات العامة، وذلك لعدم وجود ضابط محدد وضعه المشرع الدستوري على سلطة المشرع العادي عند تنظيمه لهذه الحريات، وعندما يفرض المؤسس الدستوري تلك الضوابط فإنها تتسم بالعمومية على النحو الذي يزيد من سلطة المشرع التقديرية .(١١)

---

(١) ينظر:د/ صافى قاسم ، الحماية الدستورية للحق فى تكوين الأسرة، دار النهضة العربية ، ٢٠١٥ ،ص١٣٤.

(٢) فقد أحدث دستور ١٩٥٨ طفرة واسعة من تعديل فى قواعد الاختصاص بين القانون واللائحة وإنشاء المجلس الدستورى ومنحه الرقابة على دستورية القوانين لأول مرة فى النظام القانونى الفرنسي وقدرته على استخلاص المبادئ ذات القيمة الدستورية من بين مقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق ليُلزم المشرع بها ويجبره على الخضوع لأحكامها. بالإضافة إلى تطور العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وسيطرة الأخيرة على كافة أعمال البرلمان، الأمر الذى مهد الطريق وساعد على إفساح المجال لبزوغ السلطة التقديرية للمشرع بصورة تتناسب مع الوضع القانونى القائم الذى تعلو فيه حرية الفرد وحقوقه على سائر السلطات فى الدولة بما فيها السلطة التشريعية .
ينظر:د/عبدالمجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة،٢٠١٠، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،ص٣٧٧.

(3) Michoud (L.), etude sur le pouvoir discrétionnaire de l’administration, R.G.A, 1914, p.9

(٤) ينظر: د/ سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة ، ط٤، ١٩٧٦، دار الفكر العربي، ص٣٦.

(٥) ينظر:د/ عبدالحفيظ الشيمى، القضاء الدستورى وحماية الحريات الأساسية فى القانون المصري والفرنسي،٢٠٠١، دار النهضة العربية ، ص٣٦٠.

أما فى الشريعة الإسلامية، فلا يختلف رأي فقهاء الشريعة الإسلامية كثيرا حول مفهوم السلطة التقديرية للمشرع، وإن لم يفردوا لها نظرية متكاملة، إلا أنهم ربطوها بقاعدة " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة " [١]، حيث تجد السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي أساسها في أسلوب أسلوب
التشريع الذي يقرر القواعد الكلية والمبادئ العامة تاركا أمر تفصيلها للاجتهاد.
كما يرتبط مفهوم السلطة التقديرية كذلك بوجود الحكم الشرعي ودلالته، فتنعدم السلطة التقديرية للمشرع عندما يكون الدليل الشرعي قطعي الثبوت قطعي الدلالة، سواء كان الدليل مستمد من القرآن الكريم مباشرة أوفصلته السنة النبوية الشريفة أو انعقد عليه إجماع الأمة، أي أن سلطة المشرع تجاها تكون سلطة مقيدة ولا تملك السلطة فى المجتمع الإسلامى إزاءها سوى التنفيذ.
كما تكون سلطة المشرع تقديرية في الحالة التي يضع فيها الحكم الشرعي[٢] قاعدة عامة أو مبدأ مبدأ
عام، ثم يترك للاجتهاد أمر تفصيله، أو لا يكون هناك نص على الإطلاق[٣].
على أن يخضع المشرع في استخدامه لسلطته التقديرية إلى قاعدتين أساسيتين هما :
استعمال الأصلح أى يقدم على كل ولاية من هو أقوم بمصالحها. والثانية هى قاعدة استعمال الأمثل فالأمثل بمعنى أنه إذا لم يوجد من تتوافر فيه كافة الشروط اللازمة لتولى منصب معين أو وظيفة معينة لا يترك المنصب بدون قائم عليه بل يختار الوالى الأمثل فالأمثل [٤] .

---

(١) أى إن نَفاذ تصرف الرَّاعِي على الرّعية ولزومه عَلَيْهِم شاؤوا أَو أَبَوا مُعَلّق ومتوقف على وجود الثَّمَرَة وَالْمَنْفَعَة فِي ضمن تصرفه، دينية كَانَت أَو دنيوية. فَإِن تضمن مَنْفَعَة مَا وَجب عَلَيْهِم تنفيذه، وَإِلَّا رد، لِأَن الرَّاعِي نَاظر، وتصرفه حِينئِذٍ مُتَرَدّد بَين الضَّرَر والعبث وَكِلَاهُمَا لَيْسَ من النّظر فِي شَيْء. كما لَو زوج القَاضِي الصَّغِيرَة من غير كُفْء لم يجز ، وَكَذَا لَو صَالح الْوَلِيّ أَو الْوَصِيّ عَن الصَّغِير صلحا مضراً بِهِ لَا يَصح.
ينظر:الشيخ / أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ط٢ ،١٩٨٩، دار القلم ، دمشق ،ص ٣٠٩.

(٢)الحكم الشرعي فى اصطلاح الأصوليين هو : خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين، طلباً أو تخييراً أو وضعاً . فهو يشمل ما أشارت إليه الأدلة الشرعية الأخرى من إجماع أو قياس أو غيرهما لأن سائر الأدلة الشرعية غير النصوص هى فى الحقيقة خطاب من الشارع ولكنه غير مباشر ،فكل دليل شرعي تعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تخييراً أو وضعاً فهو حكم شرعي فى اصطلاح الأصوليين .
ينظر:الشيخ عبدالوهاب خلاف ،علم أصول الفقه ، ط٨ ،مكتبة الدعوة الإسلامية ،ص ١٠٠، د/ يوسف قاسم ،أصول الأحكام الشرعية ،ط٣ ،١٩٩٤،دار النهضة العربية ،ص ٢٤٩.

(٣)ينظر: د/ أحمد محمد أمين ،حدود السلطة التشريعية، دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه" ،جامعة القاهرة ، ٢٠٠١،ص٢٦٣.

(٤)ينظر:د/عبدالله عبدالرحمن السعيدى،ضوابط السلطة التقديرية فى الفقه الإسلامى ،مجلة الدراسات القانونية ،كلية الحقوق جامعة أسيوط، العدد رقم (٢٣) ،يوليو ٢٠٠٠ ،ص١١٣ .

الفرع الثانى
التمييز بين السلطة التقديرية وغيرها من المفاهيم

وحيث إن السلطة التقديرية بصفة عامة هي الحرية التي تتمتع بها سلطة ما في الدولة في تقدير ملاءمة نشاطها دون الخضوع إلى غيرها من السلطات، فإن هذا المفهوم قد يختلط ببعض المفاهيم، وعليه فسوف نحاول التمييز بين السلطة التقديرية وما يختلط بها من مفاهيم كالسلطة المقيدة، والسلطة المطلقة وأخيراً الاختصاص المقيد .

أولاَ : التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المُقيدة :

في مقابل السلطة التقديرية للمشرع، فإن هناك سلطة مقيدة تنعدم فيها حرية التقدير، و تضيق فيها سلطاته، وتنعدم لديه حرية التقدير والاختيار، فيمارس اختصاصاته وفقا للشكل الذي حدده الدستور؛ من أهم الصور للسلطة المقيدة للمشرع عندما يعهد الدستور للمشرع تحقيق غاية معينة فيفرض عليه قيودا محددة ويرسم له إطار عمله بشكل يؤدي إلى تقييد سلطته وعدم تجاوزه لهذا الإطار،وأن يسعى إلى تحقيق الأهداف التي حددها المؤسس الدستوري.

كذلك عندما يتولى المشرع الدستورى تسوية المسألة بنفسه ويمنع أياً من السلطات بما فيها السلطة التشريعية من التقرير فى تلك المسألة وأهمها فئة الحقوق والحريات الأساسية (الحقوق المطلقة)، أي تلك الحقوق والحريات التي لا تقبل التدخل التشريعي من أجل تنظيمها، وهى الحقوق التى تولد مع الإنسان وترتبط بشخصه ويستمدها من طبيعته الإنسانية كحرية الفكر وحرية ممارسة الشعائر الدينية [١].

ومع ذلك فإن علاقة الخضوع الكامل بين المشرع وقواعد الدستور فى مجمل عناصر القانون أمر نادر الحدوث، إذ يظل للمشرع جزء من حرية التقدير حتى عندما يفرض عليه المشرع الدستورى تحقيق غاية أو هدف محدد لأن اختيار لحظة التدخل أو الامتناع عن التدخل أصلاً تظل بيد المشرع، بالإضافة إلى كيفية اختيار طريقة المعالجة التشريعية للمسألة محل التنظيم .
وخير دليل على ذلك أن هناك الكثير من المسائل المرتبطة بشخص الإنسان لم ينص عليها فى صلب الدستور مثل حرية الزواج والحق فى الطلاق والحق فى الخلع، ومع ذلك استخدم المشرع العادى سلطة تقديرية حيالها فوضع تشريعات تنظم تلك المسائل، لذا يصعب التسليم بوضع المشرع فى قالب واحد [٢].

أما الفقه الفرنسي، فقد اعتمد على عناصر القانون للتمييز بين السلطة التقديرية للمشرع والسلطة المقيدة، ذلك بأن سلطة المشرع تكون مقيدة فيما يخص قواعد المشروعية الخارجية، أي يلتزم المشرع بقواعد الاختصاص في مباشرة اختصاصاته وفقا للشكل والإجراءات التي يحددها المشرع الدستوري .
أما بالنسبة لقواعد المشروعية (الداخلية) العناصر الداخلية لصحة القانون، فتتحدد سلطة المشرع

---

(١) ينظر: د/عبدالمجيد إبراهيم سليم ، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص٤١٣.

(٢) ينظر: د/صافى أحمد قاسم، الحماية الدستورية للحق فى تكوين الأسرة، مرجع سابق، ص ١٤٢.

بحسب طبيعة العلاقة بين القانون والقواعد التي تحكم إطار عمله، فتتسع السلطة التقديرية عندما تكون هناك علاقة توافق أو عدم التعارض بين القانون وقواعد الدستور، وتضيق كلما كانت العلاقة فيما بينهما علاقة خضوع وتبعية [١].

هذا وقد تضمن الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ العديد من النصوص التي تضع قيودا على سلطة المشرع منها ما نصت عليه المادة الأولى والتي تقرر" مبدأ علمانية الدولة، وتضمن المساواة بين جميع المواطنين أمام القانون بدون التمييز بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو الدين " [٢]
كما قضي المجلس الدستورى في العديد من الحالات بعدم دستورية التشريعات التي تميز بين الأشخاص بسبب الأصل أو الجنس أو الدين .من ذلك قراره، بعدم دستورية التشريع الذي يسعى لتقييد حرية التجمع لمخالفته المبادئ الأساسية التي أقرتها مقدمة دستور ١٩٥٨ [٣]

ثانياً :الفرق بين السلطة التقديرية والسلطة المطلقة :

يرتبط مفهوم السلطة التقديرية عند كثير من الفقهاء بالحرية والإطلاق، فالمشرع بكونه المعبر بصدق عن الإرادة الوطنية والأقدر على استجلاء جوانب المصلحة، لا تعرف سلطاته حدود ولا يتصور تقييده بذات القيود التى تخضع لها السلطة التنفيذية .
ولكن ليس معنى ذلك أن السلطة التقديرية ترادف السلطة المطلقة، التى يرتبط مفهومها بالسيطرة والتحكم والقدرة على التصرف بحرية، كما لا يتصور أن تمارس أى سلطة من السلطات عملها بمنأى عن الرقابة، وإلا تحول الأمر إلى الاستبداد والتسلط.
وعند الحديث عن السلطة المطلقة يتبادر إلى الذهن نظريات الحكم الشمولى التى تعتمد الشرعية فيها من الحاكم حيث يتولى زمام الأمور فى الدولة ولا يحد سلطته سلطان .
ومن ثم،فإذا كان هذا المفهوم يمكن قبوله في ظل أنظمة الحكم الشمولية فلا يمكن قبوله الآن خاصة بعد أن تطورت أنظمة الحكم و انتشار المذاهب الديمقراطية،والتزام الدول بضرورة احترام حقوق الأفراد وحرياتهم العامة،و كذا احترام مبدأ سيادة القانون .[٤]
و بتطبيق ذلك المفهوم على سلطة المشرع، نجد أن سلطة البرلمان هي الأخرى قد مرت بتطور كبير من احتكار الحاكم أو الملك للوظيفة التشريعية، ثم إقرار مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقضي بأن تختص كل سلطة عامة ممارسة الاختصاصات المنوطة بها .
وأخيرا الاتجاه نحو تضييق الاختصاص التشريعي للبرلمان، وذلك عن طريق تحديد نطاق عمله، أو من خلال القيود الشكلية والموضوعية المفروضة على إرادة المشرع، و تبني نظام الرقابة

---

(١) ينظر: د/ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف،المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي.دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة،٢٠٠١، ص ١٤٢.

(2)Article 1 « La France est une République invisible, laïque, démocratique et sociale .Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les citoyens Son organisation est décentralisée »

(3) Cons. Const. Déc n°84-181, D.C, du 11oct 1984

(٤) ينظر:د/ عبدالغنى بسيونى، النظم السياسية والقانون الدستورى،١٩٩٧، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ص٣٠ .

على دستورية القوانين بعد أن كانت هذه الأخيرة غير خاضعة لأي وجه من أوجه الرقابة [١].

ثالثاً : الفرق بين السلطة التقديرية والاختصاص المُقيد :

تعنى السلطة التقديرية بصفة عامة :تمتع الشخص أو الهيئة التي تمارس نشاطا معينا بقسط من حرية التقدير وهي بصدد مباشرة اختصاصاتها المحددة قانونا.

فى حين يعنى الاختصاص: قدرة الشخص أو الهيئة على القيام بتصرف معين، فهو مرحلة سابقة على وجود السلطة. وسلطة الشخص أو الهيئة في مباشرة اختصاصاتها تأتي في مرحلة لاحقة والتي قد تكون سلطة مقيدة أو تقديرية. بمعنى أن الاختصاص يمثل الإطار الخارجي للسلطة، فإذا لم ينعقد الاختصاص لجهة أو هيئة معينة فلا تستطيع تلك الهيئة مباشرة وظائفها . وعليه فلا يمكن الحديث عن أي سلطة سواء كانت تقديرية أو مقيدة.
لكن بالرغم من الاختلاف بين السلطة و الاختصاص، إلا أن الفقه الفرنسي قد عمل على استعمالها بمعنى واحد، فيشير إلى السلطة التقديرية بأنها حرية التقدير في مباشرة الاختصاص[٢].

أما الاختصاص المُقيد فيقصد به: مباشرة الاختصاص بسلطة مقيدة. فإذا كانت سلطة المشرع في ممارسة اختصاصاته التشريعية قد تكون مقيدة، أو قد تكون تقديرية، فإن الاختصاص التشريعي للبرلمان لا يمكن أن يكون تقديريا أو مطلقا، إذ يتعين على المشرع و هو بصدد ممارسة اختصاصاته التشريعية أن يتقيد بأحكام الدستور وعلى الوجه الذي حدده الدستور، سواء كانت هذه الاختصاصات محددة على سبيل الحصر أم على سبيل المثال[٣]. ذلك بأن المشرع الدستوري عندما يحيل للبرلمان تسوية مسألة معينة، فهذا الأخير ملزم بمباشرة اختصاصاته، لأن قواعد الاختصاص المحددة في الدستور هي من النظام العام، ولا يجوز لأي سلطة من السلطات العامة الثلاث مخالفة هذه القواعد بما فيها السلطة التشريعية [٤]، ولا يجوز كذلك للمشرع أن يتدخل في الموضوعات التي ينظمها الدستور بصفة نهائية أو التي أحال أمر تنظيمها إلى اللائحة أو التنظيم، فإذا تدخل المشرع مثلا لتنظيم حرية من الحريات أو حق من الحقوق غير القابلة لتدخل المشرع، فإن القانون الصادر في هذه الحالة يكون غير دستوري لمخالفته لقواعد توزيع الاختصاص والتي تعتبر من النظام العام .

---

(5)Glquel (J.), Droit constitutionnel et institutions politiques ,10 ème édition, Paris, 1989, p:277

(١) ينظر: د/ سامى جمال الدين ،قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة ،٢٠١٠ ،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ص ١٠.

(٢) ينظر: د/ عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع - دراسة مقارنة ،ط١ ، ٢٠٠١،دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص٧٦.

(٣) ينظر: د/ عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوي الدستورية -دراسة مقارنة ،٢٠٠٤، دار النهضة العربية ، ص٢٠.

المطلب الثانى
مصادر السلطة التقديرية للمشرع

إذا كان المشرع يتمتع بجانب من حرية التقدير في مباشرة اختصاصاته التشريعية والمفاضلة بين البدائل أو الحلول المطروحة عليه في المسألة محل التنظيم شريطة ألا يتجاوز التشريع أحكام الدستور و أن يتناسب كذلك مع المسألة محل التنظيم التشريعي . إلا أن السلطة التشريعية كسلطة عامة يجب أن تعمل في إطار الدستور الذي تستمد منه اختصاصاتها، بغض النظر عما إذا كانت سلطتها تقديرية أو مقيدة. فالسلطة التقديرية للمشرع هي نتيجة مباشرة لعلاقة الدستورية أو المشروعية التي تجمع القانون بالدستور، وهذه العلاقة تمنح للمشرع مساحة واسعة في التقدير أو حرية الاختيار في الموضوع محل التنظيم .

لذلك يمكن القول بأن مصادر السلطة التقديرية للمشرع يمكن إرجاعها إما إلى المصدر القانوني الذي يحدد اختصاص المشرع، أو المصدر القضائي الذي يتمثل في القيود أو الضوابط التي قد يضيفها القاضي الدستوري عند ممارسته للرقابة الدستورية ، وهو ما سنعرض له فى الفرعين الآتيين .

الفرع الأول
الدستور كمصدر للسلطة التقديرية للمشرع

إذا كان المشرع يتمتع بسلطة تقديرية أو جانب من حرية التقدير في ممارسة اختصاصه التشريعي، فهو مقيد بالإطار الذي حدده له الدستور، ودوما ما يسعى إلى تحقيق الأغراض التي يستهدفها من خلال تدخله.

فلا يزال المشرع العادي في ظل الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ يتمتع بجانب واسع من حرية التقدير على الرغم من حجز نطاق الموضوعات التي يتدخل فيها المشرع ،سواء من خلال قدرته على صياغة المبادئ التوجيهية التي احتوتها مقدمة الدستور، أو من خلال ما ورد في الدستور ذاته. فنجده فى المادة (٣٤) منه قد أحال إلى المشرع تنظيم الحقوق المدنية والضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة والواجبات المفروضة عليهم وعلى أموالهم في إطار الدفاع الوطني. وكذا أحال إلى المشرع لتنظيم المسائل المتعلقة بالجنسية وحالة الأشخاص وأهليتهم وأنظمة الزواج والمواريث . (١)

فمن خلال هذه الإحالة يستطيع المشرع تنظيم تلك المواضيع وفقا لسلطته التقديرية نظرا لأن الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها فى الدستور تعتبر من أهم مظاهر السلطة التقديرية للمشرع وذلك تحت رقابة القاضي الدستورى (٢)

أما في مصر، فقد تبنى الدستور الأصل العام والذى يتيح للسلطة التشريعية القيام بوظيفتها فى سن القوانين فى أى موضوع من الموضوعات، باعتبارها صاحبة الإختصاص الأصيل فى التشريع. فقد نصت المادة رقم (١٠١) من دستور ٢٠١٤ على أن " يتولى مجلس النواب سلطة التشريع، وإقرار السياسة العامة للدولة، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية، والاجتماعية، والموازنة العامة للدولة، ويمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وذلك كله على النحو المبين فى الدستور. "

كما أن التزام المشرع وباقي السلطات العامة في الدولة اتجاه المبادئ العامة أو القواعد التوجيهية هو التزام سياسي دون أن تفرض تلك القواعد التزاما قانونيا على المشرع بغية تحقيق نتيجة،

---

(1) Article 34 « La loi fixe les règles concernant :
- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens.
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes Matrimoniaux, les successions et libéralités »

(2) Denoix de Saint Marc (R.), Les garanties constitutionnelles des droits et libertés politiques en France, Conseil Constitutionnel, 2 /2/2009

وهو أمر يزيد من سلطة المشرع التقديرية، بحيث يعمل على تحقيق تلك المبادئ وفقا لرؤيته وبالوسيلة التي يراها مناسبة ،وفى الوقت الملائم لتحقيق ذلك [١].
ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة التاسعة من دستور ٢٠١٤والتي تنص على أن " الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق و الوطنية "
وبالتالي إذا أقر المشرع العادي تشريعًا يخالف هذه المبادئ يكون التشريع مخالفًا للدستور.

الفرع الثانى

القضاء الدستورى كمصدر للسلطة التقديرية للمشرع

لما كان الدستورالمصدر الأساسي للسلطة التقديرية للمشرع، أي أن المشرع يستمد سلطته التقديرية من الدستور في الحالات التي يحيل فيها المؤسس الدستوري على المشرع لتنظيم مسائل يحددها دون أن يفرض عليه أو يلزمه بضرورة إتباع أسلوب معين أو تحقيق هدف معين أو نتائج محددة ، فإن سلطة المشرع التقديرية تجد مصدرها كذلك فيما يضيفه القاضي الدستوري من ضوابطِ وهو بصدد إعمال رقابته الدستورية في الحالة التي لا ينظم فيها المؤسس الدستوري تلك الضوابط، إضافة إلى المبادئ العامة للقانون التى يستخلصها القاضي الدستورى من بين نصوص ومقدمات الدساتير وكذا إعلانات الحقوق والمواثيق الدولية. لذا فإن السلطة التقديرية للمشرع تتحدد بحسب طبيعة تدخل القاضي الدستوري وهو بصدد ممارسة رقابته الدستورية على القوانين الصادرة عن المشرع .فإذا اتجه القاضي الدستوري نحو تفسير النصوص الدستورية التي تتضمن مبادئ عامة تحمل أكثر من تفسير بالشكل الذي يقيد خيارات المشرع ويحصره في إطار محدد، كانت سلطة المشرع في هذه الحالة مقيدة.
أما إذا اكتفى القاضي الدستوري بفحص مدى توافق الحل الذي اختاره المشرع مع النص أو المبدأ الدستوري، محترمًا بذلك الحل الذي اختاره المشرع، كان القضاء الدستوري في هذه الحالة مصدراً للسلطة التقديرية للمشرع دون أن يفرض عليه تفسيرًا معينًا .[٢]
ومن الأمثلة التي تعبر عن ذلك المعنى ،ما أقره المجلس الدستوري الفرنسي بأن المادة٦١من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ لا تمنح سلطة عامة في التقدير والتقرير مماثلة لتلك التي للبرلمان ،ولكن الدستور منح المجلس الدستورى فقط اختصاصا لإبداء رأيه في مطابقة التشريعات المحالة إليه للدستور، كما قرر المجلس الدستوري أن المشرع يملك سلطات واسعة، فيقدر بحرية كيفية تنظيم أي حالة مع مراعاة عدم مخالفة الدستور.
ويتضح لنا من ذلك أن السياسة القضائية للمجلس الدستوري تقرر بأن المشرع يتصرف بسلطة تقديرية كبيرة جدا بشرط عدم مخالفة الدستور[٣].
وهو ما استقر عليه القضاء الدستوري في مصر في العديد من أحكامه بأنه عندما يتمتع المشرع بسلطة تقديرية في تنظيم الحقوق، فإنه لا معقب عليه في تقديره مادام أن الحكم التشريعي الذي

---

(٣)ينظر:د/ بالجيلالي خالد، السلطة التقديرية للمشرع "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧، ص٤٧.

(١) ينظر:د/ بالجيلالي خالد، السلطة التقديرية للمشرع "دراسة مقارنة"رسالة دكتوراه، المرجع السابق،ص٤٩.

(2) Bergougnous (G.), Le Conseil constitutionnel et le législateur, Cahiers du Conseil Constitutionnel N° 38 (Dossier : Le Conseil Constitutionnel et le parlment) – Janvier 2013

قرر تلك الحالات قد صدرت به قاعدة عامة ومجردة لا تنطوي على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية،ولا تهدر أو تنتهك نصا في الدستور(١).

فقد قضت المحكمة الدستورية العليا كذلك بأن " وحيث إن الأصل فى السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق، أن حدها قواعد الدستور التى تفرض بضوابطها تخوما لا يجوز للمشرع أن يتخطاها، ذلك أن الدستور لا يكفل للحقوق التى نص عليها الحماية من جوانبها النظرية، وإنما يؤكد فعاليتها من خلال توفيره لضماناتها بما يحول بين المشرع وإهدار هذه الحقوق أو تهوينها .... وحيث إن الأصل فى النصوص القانونية، أنها تعتبر وسائل يتدخل بها المشرع لتحقيق أغراض بذواتها يتوخى ضمانها، فإذا انفصم اتصال هذه النصوص بأهدافها، أو كانت الأغراض التى تتغياها غير مشروعة ، شابها بذلك عيب مخالفتها للدستور" (٢)
كما أن القضاء الدستوري كمصدر للسلطة التقديرية لا يقف عند هذه الحالة،إذ يمثل القضاء الدستوري مصدرًا آخرًا لسلطة المشرع التقديرية، من خلال المبادئ العامة للقانون(٣) التى يستنبطها القاضي الدستوري من مقدمات الدستور أو إعلانات الإنسان ويستخدمها كمرجعية للرقابة الدستورية .

مشروعية السلطة التقديرية للقاضى فى الشريعة الإسلامية:

أباحت الشريعة الإسلامية تمتع القاضي بصلاحية القيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله فى الأمور المعروضة عليه فى جميع مراحلها ابتداء من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها إلى الحكم عليها واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين فى جميع مراحل الدعوى، فقد ذكر الإمام السرخسي بأن " على القاضي بَذْلِ الْمَجْهُودِ فِي إصَابَةِ الْحَقِّ ، فعليه أن يسْمَعْ كَلَامَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ الْخَصْمَيْنِ وَيفْهَمْ مُرَادَهُ وَبِهَذَا يُؤْمَرُ كُلُّ قَاضٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَكَّنُ مِنْ تَمْيِيزِ الْحَقِّ مِنْ الْمُبْطَلِ إلَّا بِذَلِكَ وَرُبَّمَا يَجْرِي عَلَى لِسَانِ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ مَا يَكُونُ فِيهِ إقْرَارٌ بِالْحَقِّ لِخَصْمِهِ. فَإِذَا فَهِمَ الْقَاضِي ذَلِكَ أَنْفَذَهُ. وَإِذَا لَمْ يَفْهَمْ ضَاعَ "(٤)

---

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢١ لسنة ٧ ق. دستورية، جلسة ١٩٨٩/٤/٢٩،موقع المحكمة الدستورية العليا .

(١)حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٣٧لسنة ١٨ ق .دستورية، جلسة ١٩٩٨/٢/٧، موقع المحكمة الدستورية العليا.

(٢) يُقصد بالمبادئ القانونية العامة : قواعد قانونية غير مكتوبة لها قيمة تشريعية، ملزمة للسلطة التنفيذية، وهى قواعد مستقلة عن القواعد العرفية، لأن القاضي هو الذى يستنبطها تحقيقاً للعدالة وتوفير حماية أفضل للحقوق الفردية للمواطنين . من ذلك مبدأ تمتع الأجانب بحياة عائلية عادية ومستقرة، ومبدأ حماية النساء الحوامل.
ينظر: د/ محمدعبداللطيف، الحريات العامة- دراسة مقارنة ،ط٢، ٢٠٠٨ ، وحدة التأليف والترجمة والنشر، جامعة الكويت ، ص ٢٨.

(٣) ينظر:المبسوط ، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ج١٦، دار المعرفة ،بيروت –لبنان ،ص٦٠.

وقد جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية نصوص كثيرة تدل على تقرير الشريعة الإسلامية لسلطة القاضي في التقدير؛ منها: قوله تعالى " وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ" (١)
فالأية تدل على أن المجتهد إذا حكم وأصاب فإنما أصاب بتفهيم االله إياه وبتوفيقه؛ حيث أخبر االله تعالى أنه ً آتاهما جميعا الحكم والعلم، ثم خص سليمان عليه السلام بالتفهيم، كما أنها تحمل دلالة
على تصويب المجتهدين وإن اختلفوا متى كان اختلافهم في فروع الدين(٢)
ومن السنة عن أم سلمة (رضي الله عنها) أن رسول الله (صلي الله عليه وسلم) قال: " إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا، فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار " (٣)

فالحديث دلالة على أن النبي (صلي الله عليه وسلم) كان يحكم بالاجتهاد فيما لم ينزل عليه فيه وحى(٤) ، وفى هذا دلالة واضحة على مشروعية التقدير، كما أنه يدل على أن التقدير يكون وفق ما عرض من أقوال وأدلة .

ومن التطبيقات التى تظهر فيها السلطة التقديرية للقاضى لاسيما فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية :

أولاً : الولاية فى التزويج : أى ولاية تزويج من لا ولى لها وكذلك تزويج من لها ولى إذا عضل(٥) أو غاب .

ثانياً : تقدير نفقة الزوجة والأولاد والأقارب ، فالقاضي يقدر نفقتهم من الخبز والأدم والكسوة بحسب اجتهاده أو اجتهاد نائبه عند الاختلاف وعدم لاالتراضي بين الزوجين ، ولا تقدير للنفقة من جهة الشرع، فينظر القاضي فى جنس الطعام ويقدر منه ما يحتاج إليه، فيفرضه للإعسار، ويضاعفه لليسار، ويوسطه بينهما للتوسط، ويراعى حال الزوجين فى ذلك، فيفرض لها ما يناسب مثلها عرفا إذا كانت تحت أمثاله .

ثالثاً: تقدير مهر المثل: فينظر القاضي عند تقدير مهر المثل إلى من يُماثل المرأة من أقارب أبيها أو أمها لأن قيمة الشيئ إنما تعرف بالنظر فى قيمة جنسه .

---

(٤) الأية (٧٨) من سورة الأنبياء .

(٥) ينظر: لطائف الإشارات- تفسير القشيري، عبد الكريم بن هوازن بن عبد الملك القشيري ، ت/ إبراهيم البسيونى، ج٢ ، ط٣، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ص٥١١.

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه، كتاب الأحكام –باب موعظة الإمام للخصوم، ج ٩ ، الحديث رقم:٧١٦٩، ص٦٩.

(٢) ينظر: نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ت/ عصام الدين الصبابطي ،ج٨ ط١ ، ١٩٩٣، دار الحديث ، القاهرة ، ص٣٢٠.

(٣) عضل المرأة عن الزوج: حبسها. وعضل الرجل أيمه يعضلها ويعضلها عضلا وعضلها: منعها الزوج ظلما، قال الله تعالى: فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن، كما أن الولي إذا منع حرمته من التزويج فقد منعها الحق الذي أبيح لها من النكاح إذا دعت إلى كفء لها .
ينظر: لسان العرب ، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور، ج١١، ط٣ ، ١٤١٤هـ، دار صادر –بيروت، ص٤٥١.

رابعاً : تقدير القاضي للمتعة ، ففي حال تنازع الزوجان فى مقدار المتعة، قدرها القاضي باجتهاده وإن زاد على مهر المثل .

خامسا : تقدير حياة المفقود : فقد اختلف الفقهاء فى تحديد العمر الغالب الذى يحيا الإنسان لمثله ، لذا كان المرجع الأخير فى ذلك إلى القاضي حسب اجتهاده بعد استهدائه بالضوابط التى ذكرها الفقهاء فى تلك المسألة.

سادساً : تقدير الوصية: كذلك مما يستفيده القاضي بولايته لمنصب القضاء النظر فى الوصايا إن لم يكن لها ولى، كما أنه ينظر فيما يتعلق بالوصايا من مسائل وإن كان للوصية ولى .[١]

المطلب الثالث
مدى سلطة المشرع فى تنظيم مسائل الأحوال الشخصية

إن الأحوال الشخصية هي أصلاً متعلقة بحقوق الشخص الطبيعي (حالته وأهليته) ، وما يتصل بها من حقوق أو واجبات مادية هو الأثر الثانوي غير الأساسي، وكيفما كانت أحكام الأنظمة والقوانين، فهي لا تستطيع تبديل الوقائع الطبيعية كأن تقول بحياة شخص أو وفاته، ببلوغه أو عدم بلوغه، بكونه ذكراً أو أُنثى، أو بكونه عاقلاً أو معتوهاً أو مجنوناً أو أي شيء من هذا القبيل حتى لو أجازت من نظام إلى آخر التعامل مع هذه «الوقائع الطبيعية» بأشكال مختلفة.

لذا تنصرف الأحوال الشخصية، مهما تبدلت قوانينها، إلى تنظيم حقوق الشخص وواجباته وحرياته وعلاقاته الإنسانية وليس ظروفه المادية الخارجة عن كيانه.

وحيث إن حماية حقوق الأشخاص وحرياتهم غاية يصونها ويبتغيها المشرع فى كافة ما يصدر عنه من تشريعات ، لذا فلا ينبغي على المشرع فى إطار سنه لأى قانون أن يحد أو أن يضع من القيود والعقبات ما يحول بين الشخص وممارسته لحقوقه وحرياته. بل ينبغي عليه دوماً أن يذلل أى عقبات تقف حائلاً بين ممارسة الشخص لتلك الحقوق والحريات، فهذه مفترضات وأساسيات دولة القانون. وعليه سنعرض لحدود سلطة المشرع فى تنظيم الحقوق والحريات بشكل عام ثم سنعرض لحدود سلطة المشرع فى تنظيم مسائل الأحوال الشخصية بشكل خاص وذلك على النحو التالى .

---

(٤)ينظر: د/ محمود ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي فى الفقه الإسلامى ، ط١، ٢٠٠٧ ،دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن ، ص ٣٨٢.

الفرع الأول
حدود سلطة المشرع فى تنظيم الحقوق والحريات

الأصل هو وجوب كون التنظيم التشريعي للحقوق والحريات متكاملا محيطا بكل جوانبها ، فمما لاشك فيه أن تحديد مضامين الحقوق والحريات منوط بالمشرع وإن كان تحت الرقابة المباشرة للقاضي الدستوري، ذلك أن الدستور يكفل لكل حق أو حرية نص عليها، الحماية الدستورية العملية وتتمثل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم والتي يعتبر إنفاذهما شرطاً للانتفاع بها في الصورة التى تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها.
وهذه الضمانة ذاتها هى التى يفترض أن يستهدفها المشرع، وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التى ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات، وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلاً لتنفسها فى مجالاتها الحيوية ، وأن يحيط بكل أجزائها التى لها شأن فى حماية قيمتها العملية، وضمان التمتع بها على أوسع مدى.
وعليه ،فإذا نظم المشرع حق من الحقوق أو حرية من الحريات تنظيماً قاصراً أو منقوصًا بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التى لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها ، كان ذلك إخلالاً بضماناتها التى هيأها الدستور لها، وفى ذلك مخالفة للدستور يتعين قمعها عن طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين [١].
من ناحية أخرى فإن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تستقل السلطة التشريعية بالتشريع واختصاصها فى هذا الشأن شبه مطلق كقاعدة عامة ، فمدى الحاجة إلى التشريع وكذا صلاحيته من الناحية الإقتصادية والإجتماعية والسياسية، إضافة إلى بواعثه والوسائل التى اختارها المشرع لتحقيق أغراضه يعتبر من قبيل السلطة التقديرية للمشرع .
غير أن الاعتراف للمشرع بسلطة تقديرية مطلقة فى مجال تنظيم الحقوق والحريات قد يفتح الباب واسعا أمامه لإهدارها، وهو الوضع الذي عالجه الفقه والقضاء الدستوري حينما وضع بعض القيود على سلطة المشرع التقديرية فى هذا المجال من منطلق أن الدولة القانونية لا توجد بها سلطة تقديرية مطلقة .

---

(١) ينظر: مستشار دكتور/ عبدالعزيزسالمان، الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي ، مجلة الدستورية ،عدد خاص بمناسبة اليوبيل الذهبي للقضاء الدستورى، ديسمبر ٢٠١٩.

لذلك فإن الأصل هو جواز وضع قيود على مباشرة تنظيم هذه الحقوق والحريات[١].

القيود التى ترد على السلطة التقديرية للمشرع فى مجال الحقوق والحريات:

أولاً : قد ترد هذه القيود فى صلب الدستور فيكون هو مصدرها مباشرة ، من ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور والتى تقضي بأن " الإسلام دين الدولة ،واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع "
بما مؤداه تقييد سلطة المشرع وإلزامه إبان ممارسته لوظيفة التشريع بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وأن يزن كافة التشريعات على ميزانها ، بحيث يقع باطلاً كل تشريع يتعارض مع تلك المبادئ.
ثانياً :وقد يكون مصدر هذه القيود هو المشرع ذاته بما له من سلطة فى تنظيم تلك الحقوق والحريات وإقرار كافة القوانين اللازمة لتنظيم أوضاع المجتمع على اعتبار أن السلطة التشريعية هى صاحبة الاختصاص الأصيل فى التشريع .على أنه ينبغي على المشرع فى إطار تنظيمه للحقوق والحريات عدم الإخلال بها أو النيل من جوهرها بوضع قيود تنال من أهدافها أو وسائلها أو تنتهك من مضمونها .
فإذا ما نظم المشرع حق من الحقوق أو حرية من الحريات تنظيماً قاصراً أو منقوصًا بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التى لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها ، كان ذلك إخلالاً بضماناتها التى هيأها لها الدستور، وفى ذلك مخالفة للدستور يتعين قمعها عن طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين. وعليه فإنه يقع على عاتق المشرع لعدم إنزلاقه إلى عدم الدستورية عند تنظيمه لأى من الحقوق أو إحدى الحريات ،ليس فقط عدم وضع قيود من شأنها مصادرتها أو الانتقاص منها، بل يتعين عليه أيضاً أن يتم ذلك وفقاً لضوابط منطقية يزن من خلالها كافة البدائل ذات الصلة بممارسة تلك الحقوق والحريات -والتى من المفترض أنها جميعا توافق الدستور - فلا يتخير منها سوى أقلها تضييقاً على الأفراد [٢] .

فقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على أن " الأصل فى مجال تنظيم الحقوق ، أنها سلطة تقديرية مالم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتعتبر تخوماً لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها "[٣]
وفى هذا الخصوص جرى قضاء المحكمة الدستورية على أن " الأصل فى سلطة المشرع فى موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية يتمثل جوهرها وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة فى المفاضلة بين البدائل المختلفة وفق تقديره لتنظيم موضوع محدد، فلا يختار من بينها إلا ما يكون منها عنده مناسباً أكثر من غيره لتحقيق الأغراض التى يتوخاها، وكلما كان التنظيم التشريعى مرتبطاً منطقياً بهذه الأغراض وبافتراض مشروعيتها كان هذا التنظيم موافقاً للدستور " [٤]

---

(٢) ينظر: زغودى عمر،سلطة المشرع فى تنظيم الحقوق والحريات بين التقييد والتقدير، مجلة الدرسات القانونية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجى ، الجزائر العدد الثانى، يونيه-٢٠١٥،ص١٨٩

(١) ينظر: د/صافى أحمد قاسم، الحماية الدستورية للحق فى تكوين الأسرة، مرجع سابق ، ص ١٤٩.

(٢) الطعن رقم ٥٠٤٦لسنة ٥١ق . ع جلسة ٢/ ١/ ٢٠١٠، مكتب فني ٥٥ – ٥٦، توحيد المبادئ ق ٣ ص٣٨.

(٣)حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٠٩ لسنة ٢٣ق .دستورية ،جلسة ٢٠٠٤/٣/٧، موقع المحكمة الدستورية العليا .

حدود السلطة التقديرية للمشرع فى مجال الحقوق التى وضعتها المحكمة الدستورية العليا :

قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " وحيث إن الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون تخومًا لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها. وكان الدستور إذ يعهد بتنظيم موضوع معين إلى السلطة التشريعية، فإن ما تقره من القواعد القانونية بصدده، لا يجوز أن ينال من الحق محل الحماية الدستورية، سواء بالنقض أو الانتقاص، ذلك أن إهدار الحقوق التى كفلها الدستور أو تهميشها، يُعد عدوانًا على مجالاتها الحيوية التى لا تتنفس إلا من خلالها، بما مؤداه أن تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها التقديرية - وفيما خلا القيود التى يفرضها الدستور عليها - بعيدًا عن الرقابة القضائية التى تمارسها المحكمة الدستورية العليا، فلا يجوز لها أن تزن بمعاييرها الذاتية السياسة التى انتهجها المشرع فى موضوع معين، ولا أن تناقشها، أو تخوض فى ملاءمة تطبيقها عملاً، ولا أن تنتحل للنص المطعون فيه أهدافًا غير التى رمى المشرع إلى بلوغها، ولا أن تقيم خيارتها محل عمل السلطة التشريعية، بل يكفيها أن تمارس السلطة التشريعية اختصاصاتها تلك، مستلهمة فى ذلك أغراضًا يقتضيها الصالح العام فى شأن الموضوع محل التنظيم التشريعى، وأن تكون وسائلها إلى تحقيق الأغراض التى حددتها، مرتبطة عقلاً بها " (١)

وعليه وفى إطار هذا الحكم فقد وضعت المحكمة الدستورية العليا أربعة أبعاد لحدود السلطة التقديرية للمشرع فى مجال الحقوق هى :

البعد الأول : السياسة التي ينتهجها المشرع، لعلاج مشكلة معينة أو لتوجيه المجتمع فى اتجاه معين، كاختيار تطبيق العقوبات الجنائية أو الاكتفاء بالمسئولية المدنية، ومدى ترتيب آثار إدارية على مخالفة القاعدة القانونية من عدمه.

البعد الثانى: هو مدى ملاءمة التطبيق العملى للسياسة التشريعية. كملاءمة التوقيت الذي يصدر فيه التشريع ومدى صلاحيته للأحوال الإجتماعية التى يصدر فيها .

البعد الثالث: البواعث الباطنة للتشريع، أى عدم افتراض وجود أسباب غير مشروعة دستورياً للقانون -ما لم تستشف بشكل واضح وصريح أو شبه صريح من نصوصه – كأن يقصد بالتشريع تمييز فئة معينة فى المجتمع على أخرى ، فالبواعث الباطنة على إصدار التشريع هى أمر يخرج عن نطاق رقابة المحكمة الدستورية، فليس لها إلا أن تأخذ بظاهر النصوص. وهذا رأى الغالب الأعم من الفقه، وإن كان البعض يرى ضرورة خوض المحكمة الدستورية فى البحث عن صحة البواعث الحقيقية للمشرع قياساً على الرقابة القضائية على صحة العقد .

البعد الرابع: الحلول التي يقيمها المشرع، فلا يجوز للمحكمة أن تفاضل بينها وبين حلول أخرى، كأن تختار عقوبة أخف أو أشد لجريمة محددة، أو تختار تعريف مصطلح ما بشكل مختلف، أو أن تختار الحظر الكلى بدلاً من التقييد، أو العكس.(٢)

---

(١)حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٣٤ لسنة ٣٧ق .دستورية ، جلسة ٢٠١٩/٧/٦ ، موقع المحكمة الدستورية العليا .

(٢)ينظر:المستشار/ سامى سراج الدين ، تحديد سلطة المشرع التقديرية في دولة القانون تعليق على حكم المحكمة

الفرع الثانى
حدود سلطة المشرع فى تنظيم مسائل الأحوال الشخصية

الأصل أن سلطة المشرع أو ولى الأمر دائما مقيدة فى الشريعة الإسلامية بعدم مخالفة النص الشرعى أو القواعد الكلية للشريعة ومبادئها العامة ومقاصدها الشرعية ،أما فيما يخص العقيدة أو الأحكام النظرية العلمية والعبادات ، فتكون السلطة منعدمة .
فالتشريع بمعناه الدقيق هو :وضع الشريعة أو سن الشرع وبيان الأحكام ، وهو لا يطلق إلا على النصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة (١).
ومعلوم أن مصدر هذه النصوص وما تضمنته من أحكام هو المولى عز وجل ، فلم يولى أحد من خلقه سلطة التشريع حتى الرسل والأنبياء. إلا أن إرادته عز شأنه قد اقتضت أن يترك للعقل البشري دور فى مجال التشريع يتمثل فى استنباط الأحكام من النصوص الشرعية، بحيث يستطيع أن يتوصل إلى أحكام الفروع والحوادث المستجدة التى يقتضيها تطور الحياة وتغير أحوالها. فللأمة ممثلة فى مجالسها التشريعية على اختلاف أسمائها، الحق فى سن التشريعات والقوانين التى تمليها المصلحة فى كافة المجالات شريطة ألا تخرج عن إطار نصوص ومبادئ وقواعد ومقاصد الشريعة الإسلامية (٢).

هذا وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على ذلك فقضت بأن " وحيث إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حكم المادة الثانية من الدستور -بعد تعديلها فى ٢٢ من مايو سنة ١٩٨٠- يدل على أن الدستور أو ردها ليفرض بمقتضاها -واعتباراً من تاريخ العمل بهذا التعديل- قيداً على السلطة التشريعية يلزمها فيما تقره من النصوص القانونية ، بألا تناقض أحكامها مبادئ الشريعة الإسلامية فى أصولها الثابتة -مصدراً وتأويلاً- والتى يمتنع الاجتهاد فيها، ولايجوز الخروج عليها، أو

الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٣٤ لسنة ٣٧ ق الصادر بتاريخ ٦ يوليو ٢٠١٩ ، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع ،المجلد الثالث ، العدد رقم ١السنة ٢٠٢٢، بتاريخ ٢٠١٢/١٢/٢٦ ، ص ٨٦.

(١)ينظر: د/ محمد كمال الدين إمام ،مقدمة لدراسة الفقه الإسلامى " مدخل منهجى "، ط١، ١٩٩٦، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص ١٠.

(٢)ينظر: د/ رمزى محمد على دراز، أفعال المكلفين بين الخطابين الشرعي والوضعي ،٢٠١٣ ،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ٤٦.

الالتواء بها عن معناها، ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها، وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها." (١)

وحيث إن مسائل الأحوال الشخصية برمتها تتمتع بطبيعة خاصة إذ أن أغلب أحكامها وأهمها من حيث تعلقها بالنظام الأسري وأساسه ثابتة بنصوص قاطعة ثبوتاً ودلالة أو بالاجماع ، لذا لم تكن هذه الأحكام محلاً للاجتهاد ولا الاختلاف بين العلماء ، وإنما وقع الاجتهاد وما يتبعه من اختلاف فيما عدا ذلك من أحكام فى بعض الفروع والجزئيات الثابتة بأدلة ظنية أو ليس لها نص أصلاً كونها من المسائل المستجدة على الأمة وهى المسائل التى لا تمس جوهر النظام الأسري ولا تؤثر فى بنيان الأسرة، وذلك كالأحكام المتعلقة بالنفقة فإنها تُعد من المسائل الاجتهادية التي تقبل التغيير والتبديل، وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها؛ ومن ثم يجوز للمشرع أن يتبنى أحد اجتهادات السابقين دون غيره، بل ويجوز للمشرع أن يشرع على خلافها شريطة أن يكون هذا الاجتهاد واقعا في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية ومناسبًا لمقاصدها، فقضت المحكمة الدستورية العليا بأن: **"** وحيث إنه ليس ثمة نص قطعي يقرر حكما فاصلا في شأن جواز اقتضاء الولد لنفقته عن المدة الماضية غير القصيرة، ومن ثم يكون طريق الاجتهاد في هذا النطاق مفتوحا، فلا يصد اجتهادا اجتهادا أو يصادره، ولا يقابل اجتهاد على صعيد المسائل التي تنظم الأسرة بغيره إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها، بما لا يناقض شريعة الله ومنهاجه.
وحيث إنه وإن كان الحنفية ومن نحا نحوهم، قد ذهبوا إلى أن نفقة الولد عن المدة الماضية لا تكون واجبة، ولا يتصور الإبراء منها قبل ثبوتها دينا في ذمة أبيه، وإنها لا تكون كذلك إلا إذا كان ثمة تراض بها أو كان القاضي قد فرضها، إلا أنهم في اتجاههم هذا يفترضون أن مضي هذه المدة دون المخاصمة عنها أو التراضي بشأنها لا يدل إلا على استغناء الولد عن استيفائها باعتبار أن الصغير أو الولد البالغ العاجز قد دبر أمره ووجد ما يكفيه خلال المدة الماضية، بما يغنيه عن النفقة التي يطلبها من أبيه، وليس له من بعد إبراءه منها لعدم ثبوتها في جانبه، ولا أن يعود إلى اقتضائها بعد أن أسقط الحق فيها إذ الساقط لا يعود.
وحيث إن هذا الافتراض الذي انبنى عليه الرأي السابق، لا يستقيم في كل الأحوال، ولا يعكس الصور الأكثر وقوعا في الحياة العملية، ولا دليل على أن القول به أوفق لصالح الأسرة وأكفل لدعم التراحم بين أفرادها، وهو كذلك يناقض جوهر العلاقة بينهم، وقد يقوض بنيانها. وتغير الزمان يدعو إلى العدول عن هذا الاجتهاد إعمالا للمرونة التي تسعها الشريعة الإسلامية في أحكامها الفرعية المستجيبة للتطور توخيا لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة وأعرافهم المتغيرة التي لا تصادم حكما قطعيًا، وهي مرونة ينافيها أن يتقيد ولي الأمر بآراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية تكون المصالح المعتبرة شرعا قد جاوزتها. وتلك هي الشريعة الإسلامية في أصولها ومنابتها، متطورة بالضرورة، نابذة الجمود، لا يتقيد الاجتهاد - وفيما لا نص عليه فيها - بغير ضوابطها الكلية، وبما لا يعطل مقاصدها. وفي هذا الإطار يكون العدول عن الافتراض الذي قال به الحنفية ومن اتبعهم لازما عقلا، ومطلوبا ديانة، ومحققا لمصالح لها اعتبارها " (٢)

---

(٣)حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١١٣لسنة ٢٦ ق .دستورية، جلسة ٢٠٠٦/١/١٥، موقع المحكمة الدستورية العليا .

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٩لسنة ١١ " دستورية " جلسة ١٩٩٤/٣/٢٦ ،موقع المحكمة الدستورية العليا

الأمر الذى يترتب عليه بالضرورة تقييد سلطة المشرع فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية ، وذلك بقيد عدم مخالفة النصوص التى تنظمها لأحكام الشريعة الإسلامية ، فطبيعة تلك المسائل تعد قيداً بذاتها على سلطة الدولة وحريتها فى التشريع .

أراء الفقه بشأن الأثر المترتب على السلطة التقديرية للمشرع بعد تغيير المادة الثانية من الدستور وموقف المحكمة الدستورية العليا من التعديل :

فى عام ١٩٨٠ تم تعديل المادة الثانية من الدستور لتصبح على النحو التالى " الإسلام دين الدولة ، والغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع "، بعد أن كانت " ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع " ، فقد انقسم الفقه بشأن الأثر المترتب على تعديل المادة الثانية من الدستور بين رأيين :
الأول : بعدم وجود فارق بين النص قبل وبعد التعديل، لأن كون وصف المشرع الدستورى لأحد المصادر الموضوعية للتشريع دون غيره بأنه مصدر رئيسي إنما يدل على أنه المصدر الوحيد ، فالقول بغير ذلك يعنى أن التخصيص عديم الجدوى(١).

الثانى : هناك فارق بين النص قبل التعديل وبعده ، فالنص قبل التعديل كان يعنى أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى أحد المصادر الرئيسية للتشريع .أما بعد التعديل فقد أصبحت مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميًا للتشريع وصارت لها الأولوية بين المصادر الموضوعية، وعليه فلا يجوز لأى تشريع أن يخالف حكماً قطعياً من أحكم الشريعة الإسلامية وإلا كان معيباً بعيب مخالفة الدستور(٢) .

وبناءً على ما سبق فقد اختلف الفقه بشأن سلطة المشرع التقديرية فى اختيار المصدر الذى يستقي منه القاعدة القانونية:

فقد اتجه رأى أول إلى أن: الحكم الوارد بنص المادة الثانية من الدستور لا يعدو أن يكون سوى حكماً تخييرياً وليس وجوبياً وعليه فإن للمشرع سلطة تقديرية فى اختيار المصدر الذى يستقي منه القاعدة القانونية وفق ما يتراءي له بحسب الظروف والأحوال ولا يتقيد فى ذلك بمبادئ الشريعة الإسلامية التى تعد أحد المصادر الموضوعية للتشريع وليست أحد المصادر الرسمية ، وعليه فلا تمتد رقابة المحكمة الدستورية العليا إلى النظر فى مطابقة النص التشريعي المطعون عليه لمبادئ الشريعة الإسلامية (٣).
بينما يرى أصحاب الرأى الثانى : أن نص المادة الثانية بعد تعديلها لا يعدو وأن يكون توجيهاً سياسياً للمشرع لحثه على مراعاة التوفيق بين أحكام الشريعة الإسلامية وبين ما يصدر عنه من تشريعات لاحقة على التعديل الدستورى والامتناع عن إصدار أى تشريع يخالفها هذا من جهة

---

(١) ينظر: د/ عوض محمد عوض، دراسات فى الفقه الجنائي الإسلامى ،١٩٧٧، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص٧ .

(٢) ينظر: د/ سليمان الطماوى، السلطات الثلاث فى الدساتير العربية المعاصرة وفى الفكر السياسي الإسلامى "دراسة مقارنة " ، دار الفكر العربي ، القاهرة، ص ٣٤٤.

(٣) ينظر: د/ أحمد ذكى الشيتى، عدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدفع بعدم دستورية القوانين لمخالفتها الشريعة الإسلامية، مجلة المحاماة ،السنة ٦٦ ، العددان الأول والثانى ،يناير، فبراير ١٩٨٦، ص٤٦.

من جهة أخرى فإنه يحمل رسالة مضمونها حث المشرع على تنقية التشريعات القائمة السابق صدورها على ذاك التعديل من أية مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية، وعليه فلا تكتسب مبادئ الشريعة الإسلامية القوة الإلزامية التى تتميز بها القاعدة القانونية إلا إذا تدخل المشرع بتقنينها ، ولكن قبل ذلك فإنها لا تعدو وأن تكون مصدراً موضوعيًا للتشريع (١)

وذهب اتجاه ثالث إلى أن: التعديل الذى لحق بالمادة الثانية عام ١٩٨٠ إنما ينصرف إلى التشريعات اللاحقة فقط على تاريخ نفاذ هذا التعديل فى ٢٢مايو ١٩٨٠، وعليه فإنه إذا كان هناك التزام على السلطة التشريعية بمراعاة عدم تعارض أى من التشريعات مع مبادئ الشريعة الإسلامية فإن هذا الالتزام لا ينصرف إلى التشريعات السابقة على التعديل والتى تشوبها مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية (٢).

فى حين ذهب أصحاب الرأى الرابع إلى أن :مبادئ الشريعة الإسلامية بمقتضي هذا التعديل أصبحت المصدر الرئيسى للتشريع، وتعتبر ملزمة للمشرع، فإن لم يجد فيها حكماً صريحاً وجب عليه اللجوء إلى وسائل الاستنباط من المصادر الاجتهادية فى الشريعة الإسلامية للتوصل إلى الأحكام اللازمة والتى لا تخالف الأصول والمبادئ الكلية فى الشريعة الإسلامية، وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور (٣).

موقف المحكمة الدستورية العليا من تفسير المادة الثانية من الدستور:

اتجهت المحكمة الدستورية العليا فى أحكامها ومن قبلها المحكمة العليا (٤) إلى أن نص المادة الثانية من الدستور تضمن تكليفاً دستورياً بتوجيه خطاب للمشرع بضرورة استلهام قواعده من مبادئ الشريعة الإسلامية لا سيما ما تعلق منها بمسائل الأحوال الشخصية، وإن كان تخير المشرع لمذهب دون مذهب أو أرجح الأقوال فى مذهب من المذاهب وإلزام القضاء التقيد به هو المسائل التى يترخص فيها بسلطة تقديرية ، وعليه فإن إعمال المحكمة الدستورية العليا لرقابتها على دستورية القواعد القانونية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية سيكون فى إطار رقابتها على مدى مخالفة النص المطعون عليه لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية من عدمه .

وفى ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " حيث إن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية -بعد تعديلها فى سنة ١٩٨٠- من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع، إنما يتمحض عن قيد يجب على السلطة التشريعية إلتزامه فى التشريعات الصادرة بعد العمل بالتعديل الدستورى المشار إليه -ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها

---

(٤) ينظر: د/ صوفى حسن أبوطالب، تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد الإسلامية ، ط٤ ،دار النهضة العربية ،٢٠٠١ ، ص ١٧.

(٥) ينظر: د/ عبدالحميد متولى،على هامش الدستور المصري الجديد ، ط٢ ،١٩٧٥،منشأة المعارف ،الإسكندرية ،ص ٦٤.

(١) ينظر: د/ عبدالناصر العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، ط٢ ، ١٩٧٩، ص١٥٥.

(٢) حكم المحكمة العليا (الدستورية العليا) فى الدعوى رقم ١٠ لسنة ٥ ق " دستورية " ،جلسة ١٩٧٦/٧/٣،موقع الهيئة العامة للمطابع الأميرية .

تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابته التى لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل ولايجوز الخروج عليها أو الإلتواء بها عن معناها. وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها. ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية إذ هى إطارها العام وركائزها الأصيله التى تفرض متطلباتها دوماً، بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإنكاراً لما علم من الدين بالضرورة . ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو هما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها، وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيماً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة ، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابته، متحرياً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطه لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال " [١]

كما اقتفت المحكمة الدستورية العليا مبدأ تقرير الأثر الفورى والمباشر فى تطبيق التعديل الدستورى على التشريعات الصادرة قبلها وبعدها وهى بصدد رقابتها على دستورية القوانين ، وذلك اعمالاً لفكرة أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين إنما تستهدف أصلاً صون الدستور القائم -لا سيما فى الدول ذات الدساتير الجامدة - وهو ما يعزى لطبيعة النصوص الدستورية من حيث كونها آمرة تسري بأثر فورى ومباشر على التشريعات الصادرة قبل تصدعها [٢].

وهذا ما اعتنقته المحكمة الدستورية العليا بصدد حكمها الصادر فى الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٦ق دستورية، جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ والذى قضي فيها بعدم دستورية نص المادة ٧٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة لمخالفتها للحرية الشخصية والحق فى الزواج وتأسيس الأسرة، وقد أسندت المحكمة هذه الأصول كلها وخاصة الحق فى الزواج وتكوين الأسرة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حين نصت على أن :
" وحيث إن الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية تؤكد الحق فى الحياة الخاصة بنهيها عن التلصص على الناس وتعقبهم فى عوراتهم. يقول تعالى "ولا تجسسوا". وهى كذلك تحض على الزواج لمعان اجتماعية ونفسية ودينية باعتباره عقدا يفيد حل العشرة -على وجه التأبيد- بين الرجل والمرأة ويكفل تعاونهما. والنصوص القرآنية تدعو إليه وتصرح به، إذ يقول تعالى [يا أيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة ، وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء] ويقول سبحانه "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة " ويقول جل علاه "ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية ".
والزواج فوق هذا مستقر الأنفس وقاعدة أمنها وسكنها، ولا قوام لقوة الأسرة وتراحمها بعيداً عنه إذا التزم طرفاه بإطاره الشرعى ، وتراضيا على انعقاده. ذلك أن الزواج شرعاً ليس إلاعقداً قولياً يتم ممن هو أهل للتعاقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين فى مجلس العقد، وبشرط أن تتحقق العلانية فيه من خلال شاهدين تتوافر لهما الحرية والبلوغ والعقل،

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٩لسنة ١١ " دستورية " جلسة ١٩٩٤/٣/٢٦ ،موقع المحكمة الدستورية العليا .

(٢) ينظر: د/صافى أحمد قاسم ، الحماية الدستورية للحق فى تكوين الأسرة ، مرجع سابق ، ص ٢٦٦.

يكونان فاهمين لمعنى العبارة ودلالتها على المقصود منها. ومن الفقهاء من يقول بأن للمرأة البالغة العاقلة أن تباشر الزواج لنفسها، ذلك أن الله تعالى أسنده إليها بقوله عز وجل "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" وقال عليه السلام "الأيم أحق بنفسها من وليها. والبكر تستأذن من نفسها ".

رقابة المحكمة الدستورية العليا للبواعث والأهداف فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية:

وفى إطار التأكيد على الاختصاص الأصيل للسلطة التشريعية بسن القوانين ، نجد أن المشرع الدستورى وإن كان قد خول السلطة التنفيذية الممثلة فى رئيس الجمهورية سلطة إصدار قرارات بقوانين –على سبيل الإستثناء – فقد وضع قيوداً على ذلك بأن يكون ذلك فى حالة عدم انعقاد مجلس النواب و كان هناك ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، على أن يتم عرض تلك القرارات ومناقشتها والموافقة عليها خلال الخمسة عشر يوما من انعقاد المجلس الجديد [1] موفقاً بذلك بين مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات وضمان مباشرة كل منها للمهام المنوطة بها، وبين الاعتبارات العملية الملحة التي تتطلب تخويل رئيس الجمهورية رخصة التشريع - على سبيل الاستثناء - لمواجهة تلك الظروف الطارئة حال غياب المجلس التشريعي المختص أصلا بذلك .

وإذ كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص التشريعي الاستثنائي، فان رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد إليهما للتحقق من قيامهما، باعتبارهما من الضوابط المقررة في الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات، شأنهما في ذلك شأن الشروط الأخرى التي حددتها المادة ١٥٦ ومن بينها ضرورة عرض القرارات الصادرة استنادا إليها على مجلس الشعب للنظر في إقرارها أو علاج آثارها.

وفى إطار رقابتها للأسباب الداعية لاستعمال السلطة التنفيذية لسلطتها الاستثنائية التى خولها لها المشرع ، لا سيما فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، وفى إطار حرص المحكمة الدستورية العليا على بسط حمايتها على تلك المسائل كونها تتعلق وتتصل اتصالاً وثيقاً بالأسرة ، فقد قضت بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية.

وقد استندت الحكومة وقتئذٍ إلى عدة أسباب جعلتها تقوم باستصدار القرار بقانون رقم ٤٤لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية، وكانت من بين هذه الأسباب التى استشفت من الأعمال التحضيرية للقرار بقانون والتى دعت المحكمة الدستورية العليا لرقابتها :

---

(١)حيث تنص المادة (١٥٦) من دستور ٢٠١٤ على أن " إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لإنعقاد طارئ لعرض الأمر عليه . وإذا كان مجلس النواب غير قائم ،يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين ، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد ، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب عليها من آثار." .

السبب الأول هو : أن القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاصين ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد مضى على صدورهما قرابة خمسين عاما طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المادي والأدبي التي انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية، الأمر الذي حمل القضاء عبئاً كبيرا في تخريج أحكام الحوادث التي تعرض عليهم، وقد كشف ذلك عن قصور في بعض أحكام القوانين القائمة، مما دعا إلى البحث عن أحكام الأحوال التي استجدت في حياة المجتمع المصري وذلك في نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أي حق مقرر بدليل قطعي لأي فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق.
أما السبب الثانى : أن الضرورة تحتم استصدار قانون لتعديل الأحوال الشخصية، فقد طال الأمد على استصدار هذه القوانين، وطول الأمد واستطالة المدة هي حالة الضرورة، بل هي حالة الخطورة. فالأسرة المصرية تنتظر هذا الإصلاح منذ عام ١٩٠٥، واللجان تنعقد وتتعثر أعمالها ولكن دون جدوى ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والقانونان اللذان يحكمان مجال الأسرة رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٠ ورقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ كلاهما يحتاج إلى تعديل منذ صدورهما، أي منذ عامي ١٩٢٠ و١٩٢٩ .
ومع ذلك السببين لم تقتنع المحكمة الدستورية العليا بوجود ضرورة ملحة لاستصدار قرار بقانون من قبل السلطة التنفيذية فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية، الأمر الذى دعا المحكمة إلى القضاء بعدم دستورية هذا القرار بقانون ، فنصت على أن :

" لما كان ذلك، وكانت الأسباب سالفة البيان. وحاصل مجرد الرغبة في تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم ما استجد من تغييرات في نواحي المجتمع وان جاز أن تندرج في مجال البواعث والأهداف التي تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقا لإصلاح مرتجى، إلا انه لا تتحقق بها الضوابط المقررة في الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من الدستور، (المقابلة للمادة ١٥٦من دستور ٢٠١٤) ذلك أن تلك الأسباب - تفيد أنه لم يطرأ - خلال غيبة مجلس الشعب - ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التي تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المشار إليها ومن ثم فان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - إذ صدر استنادا إلى هذه المادة، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها، يكون مشوبا بمخالفة الدستور " (١)
فقد أعملت المحكمة الدستورية العليا رقابتها الدستورية فى البحث عن صحة البواعث الحقيقية للمشرع على غير العادة، وأن ما حدث بيانه هو مجرد الرغبة من قبل السلطة التنفيذية فى تعديل قوانين الأحوال الشخصية لمجرد أن طال عليها الأمد، فذلك ليس بمبرر لإستعمال تلك السلطة الإستثنائية ، سيما فيما يتعلق بمسائل هامة كمسائل الأحوال الشخصية .

سلطة المشرع فى تنظيم مسائل الأشخاص والأسرة فى فرنسا :

إذا كان مركز الأشخاص جزء من اختصاص المشرع كما ورد في المادة ٣٤ من الدستور " ينظم القانون : الجنسية ، وحالة الأشخاص وأهليتهم ، وأنظمة الزواج والمواريث ".
وبالمثل ، تنص المادة ٥٣ على أن " المعاهدات المتعلقة بوضع الأشخاص يجب أن يتم التصديق عليها أو الموافقة عليها بموجب قانون"

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٢ ق .دستورية ،جلسة ١٩٨٥/٥/٤ ،موقع المحكمة الدستورية العليا .

فقد أثارت هذه المواد خلافات قليلة في هذا الشأن ، ولم يكن أمام المجلس الدستوري سوى فرصة ضئيلة لتحديد وضع الأشخاص فيما يتعلق بها. ومع ذلك ، فقد أوضح المجلس[١] أنه بموجب المادة ٣٤ من الدستور، فإن الأمر متروك للمشرع لتحديد قواعد الإثبات المطبقة على إثبات النسب والطعن فيه، لا سيما عند اتخاذ الإجراءات القانونية ؛ وأنه متاح في أي وقت للمشرع ، والحكم في مجال اختصاصه ، تعديل النصوص السابقة أو إلغائها عن طريق الاستعاضة عنها - إذا لزم الأمر - بأحكام أخرى، بشرط احترام الضمانات القانونية المنصوص عليها دستورياً [٢].

وحيث إن المبدأ المستقر عليه هو أن المادة (٦١) من الدستور لا تمنح المجلس الدستورى سلطة عامة فى التقييم كتلك التى للبرلمان ، وإنما تمنحه فقط الصلاحية للبت فى مدى توافق القوانين المحالة إليه -والتى تتضمن اعتداءعلى الحقوق الأساسية المعترف بها للأشخاص- مع الدستور، وذلك عن طريق الدفع بمناسبة الدعاوى القضائية المطروحة أمام القضاء .

وحيث إن مسائل الأسرة تعد من ضمن الاختصاص الأصيل للمشرع، إذن فلابد من التأكيد على أن السلطة التقديرية للمشرع تأخذ أحياناً أدورا مطلقة ، فقد حظر المجلس الدستورى على نفسه التدخل أو تقييم الاختيارات التقديرية التى يتخذها المشرع، حتى أنه وبعد دخول مسألة الرقابة الدستورية اللاحقة حيز التنفيذ (QPC) حيث كان قانون الأشخاص والأسرة مجالًا لم يجر سوى مسحًا ضئيل من قبل المجلس الدستورى ، ومع ذلك فهناك بعض القرارات من المجلس الدستورى فيما يتعلق بمسائل الأسرة والأشخاص تؤكد على انسحاب المجلس الدستورى من تقييمه للتشريع المعروض عليه وذلك كقرار الإجهاض الصادر في ١٥ كانون الثاني (يناير) ١٩٧٥ [٣] .
وبالتالى فإن دور المجلس الدستورى إنما ينحصر فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية فى الحفاظ على الحقوق الأساسية من الاعتداء عليها من قبل المشرع كاحترام مبدأ المساواة ، وضمان احترام الحياة الخاصة والحق في عيش حياة أسرية طبيعية ، وأخيراً ضمان الحقوق المتعلقة بوضع الأشخاص.
فالسوابق القضائية الدستورية فيما يتعلق بمسائل الأشخاص والأسرة تتميز بانسحاب قوي للمجلس الدستوري، وأن دوره لا يتعدى أكثر من مجرد رقابة مقيدة، مما يقود إلى الاعتراف بالسلطة التقديرية للمشرع فى هذا المجال [٤].

---

(2) Cons. Const. Déc. n° 2011-173 QPC du 30 sep 2011

(3) Monéger (F.), Le Conseil constitutionnel et l'état des personnes, Cahiers du Conseil Constitutionnel N° 39 (Dossier : La Constitution et le droit des perssones et de la famille), Avril 2013

(1) Cons. Const. déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975

(2) Chénedé (F.), Deumier (P.), L'oeuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille, Cahiers du Conseil Constitutionnel N° 39 (Dossier : La Constitution et le droit des perssones de la famille), Avril 2013

الخاتمة

الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ، فقد خلصنا من خلال دراستنا لموضوع البحث وهو " سلطة المشرع فى تنظيم مسائل الأحوال الشخصية" إلى **نتائج من أهمها :**

أولاً : إن السلطة التقديرية للمشرع تعنى حرية هذا الأخير في المفاضلة وفق أسس موضوعية بين عدة بدائل أو حلول للمسألة محل التنظيم التشريعي دون أن يحدد له الدستور أسلوب تدخله.

ثانياً: تجد السلطة التقديرية للمشرع مصدرها فى الدستور وكذا القضاء الدستورى .

ثالثاً : أباحت الشريعة الإسلامية تمتع القاضي باستعمال السلطة التقديرية فى فروع الدين، وفيما لم يرد فيه نص قطعى الثبوت والدلالة .

رابعاً :جواز تقييد سلطة المشرع فى تنظيم الحقوق والحريات .

خامساً : تقييد سلطة المشرع فى تنظيم مسائل الأحوال الشخصية بعدم مخالفة نصوصها للقواعد الكلية للشريعة الإسلامية .

سادساً : إعمال المحكمة الدستورية العليا رقابتها على دستورية القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية فيما يتعلق بمدى مخالفة تلك النصوص لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية .

سابعاً : امتداد رقابة المحكمة الدستورية العليا للبواعث والأهداف للمشرع فيما يتعلق بقوانين الأحوال الشخصية .

ثامناً : تعد مسائل الأسرة من ضمن الاختصاص الأصيل للمشرع الفرنسي ، مما يؤكد على الاعتراف بالسلطة التقديرية للمشرع فى هذا المجال .

ثانياً : التوصيات

أولاً: ضرورة الإهتمام بمسائل الأحوال الشخصية والمتعلقة بالأسرة بشكل خاص من قبل المشرع الدستورى بالنص عليها مفصلة فى الدستور لا سيما الحق فى الزواج أو الحق فى تكوين الأسرة ، حتى يتم تقييد السلطة التقديرية للمشرع تجاه تلك المسائل الغاية فى الخطورة.

ثانياً : على المشرع وهو بصدد تنظيمه لمسائل الأحوال الشخصية أن يوازن بين جميع حقوق الفئات المختلفة التى يتولى تنظيمها ، ويسعى إلى تنظيمها بشكل يكفل تنفسها فى مجالاتها الحيوية وأن يضمن التمتع بها على أوسع مدى .

ثالثاً: ضرورة مراعاة وصول قانون الأحوال الشخصية للجميع ومعرفة مواده لكونه ليس قانونًا عاديًا، بل قانون سيتعامل به الأفراد فى الزواج والطلاق وغيرها من مسائل غاية الخطورة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً :مراجع القانون

١-د/ أنور أحمد سلامة، الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، ط٤ ،١٩٦٥ ،دار الفكر العربي ، القاهرة

٢-د/ توفيق حسن فرج ،أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، ط٣ ،١٩٦٩ ، منشأة دار المعارف

٣-د/ رمزى طه الشاعر، رقابة دستورية القوانين –دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية للقضاء الدستورى فى مصر ،٢٠٠٤ دار النهضة العربية

٤-د/ سامى جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة ،٢٠١٠، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية

٥-د/ سليمان الطماوى، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة ، ط٤، ١٩٧٦، دار الفكر العربي

٦-د/ سليمان الطماوى، السلطات الثلاث فى الدساتير العربية المعاصرة وفى الفكر السياسي الإسلامى –دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة

٧-د/ صافى أحمد قاسم ، الحماية الدستورية للحق فى تكوين الأسرة ، دار النهضة العربية ٢٠١٥،

٨-د/ صوفى حسن أبوطالب ،تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ،ط٤ ،دار النهضة العربية ،٢٠٠١

٩-د/ عبدالحفيظ الشيمى، القضاء الدستورى وحماية الحريات الأساسية فى القانون المصري والفرنسي ،٢٠٠١ ،دارالنهضة العربية

١٠-د/ عبدالحميد متولى، على هامش الدستور المصري الجديد ،ط٢، ١٩٧٥، منشأة المعارف، الإسكندرية

١١-د/ عبدالغنى بسيونى، النظم السياسية والقانون الدستورى ،١٩٩٧، منشأة دار المعارف ،الإسكندرية

١٢-د/ عبدالمجيد ابراهيم سليم ،السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، ٢٠١٠،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية

١٣-د/ عبدالناصر العطار ،مدخل دراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، ط٢ ،١٩٧٩

١٤-د/ عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، دراسة مقارنة ،ط١ ،٢٠٠١ دار الفكر العربي ، القاهرة

١٥-د/ عيد أحمد الغفلول ، فكرة النظام النظام العام الدستورى وآثرها فى تحديد نطاق الدعوى الدستورية –دراسة مقارنة، ٢٠٠٤ ، دار النهضة العربية

١٦-د/ محمد محمد عبداللطيف ،الحريات العامة " دراسة مقارنة " ، ط٢ ، ٢٠٠٨ ،وحدة التأليف والترجمة والنشر بجامعة الكويت

١٧-د/ يحي الجمل ،القضاء الدستورى فى مصر ،٢٠٠٨، دار النهضة العربية

ثانياً : مراجع عامة

١-الشيخ/ أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط٢، ١٩٨٩، دار القلم، دمشق

٢-د/ رمزى محمد على دراز ، أفعال المكلفين بين الخطابين الشرعي والوضعي ،٢٠١٣ ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية

٣-الشيخ / عبدالوهاب خلاف ،علم أصول الفقه ،ط٨ ،مكتبة الدعوة الإسلامية

٤-د/ محمد كمال الدين امام، مقدمة لدراسة الفقه الإسلامى ،ط١ ،١٩٩٦،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

٥-د/ محمود ناصر بركات ،السلطة التقديرية للقاضي فى الفقه الإسلامى، ط١ ، ٢٠٠٧، دار النفائسللنشر والتوزيع، الأردن

٦-د/ يوسف قاسم ، أصول الأحكام الشرعية ،ط٣ ، ١٩٩٤، دار النهضة العربية

ثالثاً :مراجع الشريعة الإسلامية

التفسير: لطائف الإشارات- تفسير القشيري، عبد الكريم بن هوازن بن عبد الملك القشيري ، ت/ إبراهيم البسيونى، ج٢ ، ط٣، الهيئة المصرية العامة للكتاب

الحديث : ١-صحيح البخارى ، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخارى الجعفى ، تحقيق /محمد زهير بن ناصر الناصر ،دار طوق النجاة ،الطبعة: الأولى ،١٤٢٢

٢-نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ت/ عصام الدين الصبابطي ،ج٨ ط١ ، ١٩٩٣، دار الحديث ، القاهرة

الفقه: المبسوط للسرخسي (محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ) دار المعرفة – بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

رابعاً: كتب المعاجم : لسان العرب ، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور، ج١١، ط٣ ، ١٤١٤هـ، دار صادر –بيروت

خامساً : الرسائل العلمية

١-د/ أحمد محمد أمين ، حدود السلطة التشريعية ،دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، ٢٠٠١

٢-د/ بالجيلالى خالد، السلطة التقديرية للمشرع –دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أبي بكر بلقايد ،الجزائر ،٢٠١٦-٢٠١٧

٣-د/ عبدالمنعم عبدالحميد شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي،دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة، ٢٠٠١

سادساً : البحوث والمؤتمرات والمجلات

١-د/ أحمد ذكى الشيتى ، عدم اختصاص المحكمة الستورية العليا بالدفع بعدم دستورية القوانين لمخالفتها الشريعة الإسلامية، مجلة المحاماة، السنة ٦٦، العدد الأول والثانى، يناير-فبراير١٩٨٦

٢-زغودى عمر ، سلطة المشرع فى تنظيم الحقوق والحريات بين التقييد والتقدير ، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجى ،الجزائر ، العدد الثانى – يونيه /٢٠١٥

٣-المستشار/ سامى سراج الدين، تحديد سلطة المشرع التقديرية فى دولة القانون ،تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٣٤لسنة ٣٧ق بتاريخ ٢٠١٩/٧/٦، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد الثالث، العدد رقم ١السنة ٢٠٢٢، بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٢٦

٤-المستشار/ عبدالعزيز سالمان ،الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي ،مجلة الدستورية، عدد خاص بمناسبة اليوبيل الذهبي للقضاء الدستورى، ديسمبر ٢٠١٩

سابعا :مراجع باللغة الفرنسية

1-Bergougnous(G.), Le Conseil constitutionnel et le législateur, Cahiers du Conseil Constitutionnel N° 38 (Dossier : Le Conseil Constitutionnel et le parlment) – Janvier 2013

2-Chénedé (F.), Deumier (P.), L'oeuvre du Parlement, la part du Conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille, Cahiers du Conseil Constitutionnel N° 39 (Dossier : La Constitution et le droit des perssones de la famille), Avril 2013

3-Denoix de Saint Marc (R.), Les garanties constitutionnelles des droits et libertés politiques en France, Conseil Constitutionnel,2 /2/2009

4-GIquel (J.),Droit constitutionnel et institutions politiques ,10 ème édition ,Paris,1989

5-Monéger (F.) : la Consel constitutionne et l'état des personnes Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 39,(Dossier : la Constitution et le droit des personnes et de la famille), avril 2013

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	١
المطلب الأول : مفهوم السلطة التقديرية للمشرع	٤
الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية للمشرع	٥
الفرع الثانى : التمييز بين السلطة التقديرية للمشرع وغيرها من المفاهيم	٨
المطلب الثانى : مصادر السلطة التقديرية للمشرع	١١
الفرع الأول : الدستور كمصدر للسلطة التقديرية للمشرع	١٢
الفرع الثانى : القضاء الدستورى كمصدر للسلطة التقديرية للمشرع	١٤
المطلب الثالث : مدى سلطة المشرع فى تنظيم مسائل الأحوال الشخصية	١٦
الفرع الأول : حدود سلطة المشرع فى تنظيم الحقوق والحريات	١٧

الفرع الثانى : حدود سلطة المشرع فى تنظيم مسائل الأحوال الشخصية	٢٠
الخاتمة	٢٨
قائمة المصادر والمراجع	٢٩
الفهرس	٣٣