



الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق

كلية الحقوق - قسم القانون العام

رَقَابَةُ التَّنَاسُبِ لَدَى الْقَاضِي الدُّسْتُورِيِّ

دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة

رسالة أعدت لنيل درجة الماجستير في القانون العام

إعداد الطالب
إيهاب محمود حيدر

إشراف الدكتور
سنان عمار

الأستاذ المساعد في قسم القانون العام
كلية الحقوق / جامعة دمشق

١٤٤٥هـ / ٢٠٢٤م





قرآن مجید
سورۃ یوسف الایۃ ۷۶

اللہ
عظیم

الله

إلى من بظله تربينا، وبفضله تعلمنا

إلى مصدر فخرنا واعتزازنا

والذي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته

إلى الروح التي علمتني الصبر والثبات والثقة بالنفس

إلى من غرست في قلبي روح الخير وحب الناس

والذي أطال الله في عمرها

إلى من تحمّلت الوحدة رغم وجودي إلى جانبها

إلى من شجعتني على المضي قدماً لأداء هذا الجهد

إلى من جعلت من تعبي حافزاً على المتابعة، ومن مللي أملاً في الوصول إلى الهدف..

زوجتي الغالية علا

إلى نبض قلبي وفلذة كبدي

إلى شموع الفرح المضيئة في حياتي

أولادي: مريم، ليما، علي

إلى من أشدّ بهم أزمي وأعتز وأفتخر بهم

إلى من شاطروني مصاعب الحياة

أشقائي وشقيقاتي

إلى من أحاطوني بحبهم وصادقتهم.....إلى من نشأت وترعرعت بينهم

إلى من أخذ بيدي إلى طريق العلم والمعرفة

إلى كل من يعمل بأمانة وإخلاص في سبيل رفعة سورية ...

أصدقائي وزملائي

أهدي هذا الجهد

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين، الذي أحصى كل شيء عدداً وعلماً، ولا يحيط خَلْقُهُ بشيءٍ من علمه إلا بما شاء. اللهم لك الحمد كله، ولك الملك كله، وبيدك الخير كله، وإليك يرجع الأمر كله، اللهم لك الحمد حتى ترضى، ولك الحمد إذا رضيت، ولك الحمد بعد الرضى، اللهم لك الحمد، أنت نور السماوات والأرض، وأنت بكل شيء عليم.

أما بعد: فقد روي عن نبينا العربي الكريم ﷺ أنه قال: « لا يَشْكُرُ اللهَ مَنْ لا يَشْكُرُ الناسَ » .

وامتنالاً لهدى النبي الأعظم ﷺ، واعترافاً بالفضل والجميل، فإنني أتوجه بخالص شكري وتقديري، وعظيم عرفاني وامتناني، إلى أستاذي الفاضل، الدكتور سنان عمار، أستاذ القانون العام المساعد بكلية الحقوق في جامعة دمشق، وعميد كلية الحقوق، على تكرمه بقبولي تلميذاً له، وتفضله بالإشراف على هذه الرسالة، والذي تعهدني بتقديم النصح والمشورة طوال فترة إعداد هذه الرسالة، فله مني جزيل الشكر وبالغ الامتنان، وجزاه الله تعالى عني وعن طلابه خير الجزاء.

وكذلك أتوجه بخالص شكري وتقديري، وعظيم عرفاني وامتناني إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة الحكم والمناقشة العلنية على تفضلهم بقبول الاشتراك في مناقشة هذه الرسالة، وتحملهم عناء قراءتها، على الرغم من مشاغلهم وأعبائهم الكثيرة، فليسيادتهم مني كل التقدير والاحترام وجزاكم الله تعالى عني خير الجزاء.

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	١
إشكالية البحث وتساؤلاته	٥
فرضيات البحث	٦
أهداف البحث	٧
أهمية موضوع البحث	٧
منهجية البحث	٨
تقسيم البحث	٨
الفصل الأول الإطار التأسيلي لرقابة التناسب لدى القاضي الدستوري	١٠
تمهيد وتقسيم	١١
المبحث الأول : التأسيل النظري لرقابة التناسب	١٢
المطلب الأول : الأصول الفكرية والقانونية للتناسب	١٤
الفرع الأول : الأصول الفكرية للتناسب	١٥
الفرع الثاني : الأصول القانونية للتناسب	٢٢
المطلب الثاني : مفهوم رقابة التناسب لدى القضاء الدستوري	٣٤
الفرع الأول : مفهوم التناسب في التشريع	٣٦
الفرع الثاني : مفهوم التناسب في مجال الدستورية	٤٦
المبحث الثاني : أسس رقابة التناسب لدى القضاء الدستوري وموقف الفقه منها	٥٣
المطلب الأول : أسس رقابة التناسب لدى القضاء الدستوري	٥٥
الفرع الأول : دولة القانون كأساس لرقابة التناسب لدى القاضي الدستوري	٥٧

٦٤	الفرع الثاني : حماية الحقوق والحريات كأساس لرقابة التناسب لدى القاضي الدستوري
٧٦	المطلب الثاني : موقف الفقه الدستوري من رقابة التناسب
٧٧	الفرع الأول : موقف الفقه المعارض لرقابة الملاءمة
٨٤	الفرع الثاني : موقف الفقه المؤيد لرقابة الملاءمة
٩١	الفصل الثاني تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الدستوري
٩٢	تمهيد وتقسيم
٩٤	المبحث الأول : تطبيقات مبدأ التناسب في حماية الحقوق والحريات العامة
٩٦	المطلب الأول : رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات المدنية والسياسية
٩٨	الفرع الأول : رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات المدنية
١٠٥	الفرع الثاني : رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات السياسية
١١٤	المطلب الثاني : رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية
١١٦	الفرع الأول : رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات الاقتصادية
١٢٥	الفرع الثاني : رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات الاجتماعية
١٣٣	المبحث الثاني : تطبيقات مبدأ التناسب في القوانين الجزائية والضريبية
١٣٥	المطلب الأول : تطبيقات مبدأ التناسب في القوانين الجزائية
١٣٦	الفرع الأول : تطبيقات مبدأ التناسب في العقوبات السالبة للحرية
١٤٨	الفرع الثاني : تطبيقات مبدأ التناسب في العقوبات الإدارية والغرامات المالية
١٥٧	المطلب الثاني : تطبيقات مبدأ التناسب في القوانين الضريبية
١٥٩	الفرع الأول : رقابة التناسب على النصوص الضريبية
١٦٩	الفرع الثاني : رقابة التناسب على الجزاءات الضريبية
١٧٨	الخاتمة
١٨٣	قائمة المراجع

المخلص

تمثل رقابة التناسب لدى القاضي الدستوري أحد أهم ملامح تطور الرقابة الدستورية على العملية التشريعية، حيث يستعين قاضي التناسب وهو بصدد تقييم وتقدير العمل القانوني محل الرقابة بمنطق المزايا والعيوب، أو الفوائد والتكاليف أو الإيجابيات والسلبيات المترتبة على النص، وبالاستعانة بهذا المنطق يقوم قاضي التناسب بوضع الآثار الإيجابية المترتبة على نص تشريعي أصدره المشرع في كفة ووضع الآثار السلبية المترتبة على هذا النص في الكفة الأخرى، ويقوم بعملية الموازنة بين الكفتين ليرى ما إذا كان هناك تناسب بينهما، فإذا كان هناك اختلافاً، يبحث عن درجة هذا الاختلاف وهل هو بسيط ويسير أم أنه اختلاف جسيم بحيث يخل بشكل ملحوظ وواضح بالتناسب بينهما، والقاضي الدستوري في كل من فرنسا ومصر قد خطا خطوات هائلة بشأن رقابة التناسب، حيث توسع في ممارسة هذه الرقابة في كافة مجالات التشريع، واتخذ منها سلاحاً قوياً لتعميق رقابته وتفعيلها من أجل ضمان ممارسة الحقوق والحريات، فالسلطة التقديرية التي يملكها المشرع لا تناقض حقيقة أن للقوانين التي يقرها أهدافاً تتوخاها، ووسائل يعتمد عليها في تحقيقها، ويباشر القاضي الدستوري رقابته على هذين الأمرين معاً، فالأغراض التي يستهدفها القانون قد تناقض حكماً في الدستور، والوسائل التي يلجأ إليها لتحقيق هذه الأغراض هي النصوص القانونية التي يقرها، فإذا اختلف تناسبها بصورة ظاهرة مع حقيقة الأغراض التي تتوخاها، كان القانون مخالفاً للدستور.

مُتَكَلِّمًا

يتمثل وجود الدولة القانونية بخضوع سلطاتها جميعاً للقانون، غير أن هذا الشرط — وإن كان ضرورياً — إلا أنه ليس شرطاً كافياً، ذلك أنه من الممكن لسلطات الدولة أن تخضع لقانون هو — في جوهره — يصادر حقوق الأفراد وحررياتهم، مما يهز ثقة الأفراد بالقانون أساساً لضمان تلك الحقوق والحرريات.

وإن هذا الشعور بعدم الثقة تجاه القانون من الممكن أن يستمد مصدره في ظل الأنظمة الديمقراطية من محور الديمقراطية نفسه وهو فكرة "تداول السلطة"، فالمسار الديمقراطي وفق فكرة التداول السلمي للسلطة من الممكن أن ينتج أغلبية برلمانية تختلف بميولها واتجاهاتها عن سبقتها، وبالتالي فحين تتسلم هذه الأغلبية مقاليد الحكم يصبح القانون عرضةً لتلك الميول والاتجاهات بحيث لا يُستبعد صدور قوانين تعصف بالمبادئ الأساسية التي التفَّ حولها المجتمع.

وبالواقع فإن الفقه الدستوري أصبح يدرك أنه يمكن للأكثرية أن تكون تعسفية — هي الأخرى — وأن تستخفَّ بالأساسيات التي بني عليها المجتمع سواءً بقصد أم بغير قصد.

لذلك أصبح ضرورياً أن تتوافر قواعد ثابتة لا تتغير وفقاً لفلسفة الأغليات، لتكون مرجعاً وإطاراً للنصوص التشريعية المتغيرة. فتمثلت تلك القواعد الثابتة

"بالدستور" الذي يتميز غالباً بنوع من الجمود، يختلف بدرجته من دولة لأخرى، إذ لا يمكن تعديل قواعده إلا باتباع إجراءات خاصة تكفل عدم العبث بها، وهنا تبرز — بجلاء — فكرة سمو الدستور أو علوه.

غير أن أعمال مبدأ "سمو الدستور" لا يتحقق تلقائياً، إذ لا بد من وجود وسيلة تكفل احترامه والتزام الجميع به — بما في ذلك التحقق من مدى مطابقة القوانين التي تصدر عن الأغلبية البرلمانية، واللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية — لأحكامه. ويمكن القول إن الرقابة القضائية على النشاطين التشريعي والتنفيذي كانت واحدة من أكثر التطورات أهمية في مجال القانون العام في القرن العشرين، وعلى الرغم من أن مفهوم أو فكرة الرقابة القضائية قد تطورت مبكراً في عام ١٨٠٣ في القضية الأمريكية الشهيرة "ماربوري ضد ماديسون" *Marbury v. Madison*، إلا أن هذا المفهوم لم يجد تطبيقاً له على نطاق واسع إلا في القرن العشرين، لا سيما عندما بدأت الديمقراطية تصبح، بعد الحرب العالمية الثانية، المبدأ السياسي الحاكم في أغلب دول العالم، ومنذ ذلك الحين، أضحت نطاق الرقابة القضائية على نشاط السلطتين التشريعية والتنفيذية أحد الموضوعات الأساسية محل النقاش في القانون العام.

والرقابة على دستورية القوانين — وإن كانت ضماناً أساسية لحسن نفاذ القاعدة الدستورية — إلا أنها تكون مصحوبة دائماً بخطورة تتطلب الدقة العالية في التعامل معها، وذلك لما تنطوي عليه من التعرض للحكم على أعمال السلطة

التشريعية التي تمثل الإرادة العامة، فضلاً عن الآثار القانونية والسياسية الخطرة التي قد تترتب على الحكم بعدم دستورية القانون، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هيئة الرقابة عرضة — هي الأخرى — لأن تصاب بالانحراف السياسي بحيث تهيمن الاعتبارات السياسية في أحكامها على عملية المقارنة بين النص الدستوري والتشريع حتى لو حاولت أن تغلف تحليلها وتفسيرها ومقارنتها بغلاف التبرير القانوني المجرد.

وتلافياً للاصطدام مع السلطة التشريعية، وتغليباً للاعتبارات السياسية في عملية المقارنة التي تجريها جهة الرقابة، انتهى القضاء الدستوري في مختلف الأنظمة المقارنة إلى وضع قيود ذاتية على سلطته في الرقابة على دستورية القوانين من الناحية الموضوعية .

ومن هذه القيود قيد قرينة الدستورية بحسبانها أساساً لعمل القاضي الدستوري، وقيد عدم امتداد الرقابة إلى بواعث التشريع، وعدم امتدادها إلى الأعمال السياسية، وعدم بحث القضاء الدستوري في ملاءمات التشريع، إذ بسط سلطته على ملاءمة وسائل التشريع مع أهدافه من دون البحث في بواعث التشريع، باعتبارها محجوزة للبرلمان، ورقابتها هي خرقٌ لمبدأ فصل السلطات، وإنَّ الغرض الأساسي من وضع هذه القيود على سلطة القضاء الدستوري هو إتاحة المجال أمام المشرع لممارسة سلطته التقديرية في رسم السياسة العامة للدولة.

لكن بالمقابل، فإنَّ سلطة المشرع التقديرية ليست سلطة مطلقة، فلا وجود لسلطات مطلقة في دولة القانون، لذلك اجتهد القضاء الدستوري في الوقت نفسه باتجاه إيجاد وسائل تساعد على سبر أغوار هذه السلطة، ووضع حدود وتخوم لها، بحيث لا تمتد سلطة المشرع التقديرية إلى المسائل الأساسية للمجتمع، والمبادئ العامة التي استقر عليها ضمير الإنسانية .

ومن بين تلك الوسائل التي يستخدمها القضاء الدستوري لتحديد الإطار العام

للسلطة التقديرية للمشرع، وسيلة أو "مبدأ التناسب" **Le principe de**

proportionnalité . وتتجسد أهمية هذه الوسيلة أو هذا المبدأ في ميدان رقابة

القضاء الدستوري بحسبانه يمثل الحدود الفاصلة بين الرقابة على الملاءمات السياسية

— وهي مسألة يتجنب القضاء الخوض فيها — وبين الرقابة المشروعة على دستورية

القوانين كونها رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد.

ويركّز البحث من خلال رقابة التناسب 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

يتعيّن ويتحتّم عليه أن يقطع في النزاع حولها، ويفصل فيه بحكم نهائيّ، يحسّم

الخلافَ، ويضع حدًّا له، يحترمه الجميع، وتلتزم به سلطات الدولة كافة.

لذلك، ونظراً إلى أهمية هذه الوسيلة وخطورتها في نطاق الرقابة على دستورية القوانين في التنظيم الدستوري المقارن، وجدنا فيها ما يشكل موضوعاً لرسالتنا هذه لبيان مفهومها، وطبيعتها القانونية بوصفها مبدأً من المبادئ العامة للقانون، ومرجعية القاضي الدستوري في ممارسته لتلك الرقابة، وتطبيقات الرقابة على التناسب في الأنظمة الدستورية المقارنة .

⊙ إشكالية البحث تساؤلاته :

إن رقابة التناسب في مجال الرقابة الدستورية تثير إشكالية طبيعة الأشياء التي يراد تحقيق التناسب بينها، وهي أشياء تقف في المواجهة بعضها للبعض الآخر، فالمواجهة في هذا الموضوع تكون بين أمرين أو شيئين: أحكام الدستور والحريات الشخصية للأفراد من ناحية، ومسؤوليات الدولة والمصلحة العامة من ناحية أخرى، وانطلاقاً من ذلك تنثور إشكالية هذه الدراسة التي مفادها: **كيف استطاع القاضي الدستوري تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة من خلال رقابة التناسب؟**

ويتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات عدة، أهمها الآتي:

🌈 ما الأصول الفكرية والقانونية التي يمكن ردّ رقابة التناسب إليها؟

🌈 ما أسس رقابة التناسب لدى القضاء الدستوري؟

🌈 هل تعد رقابة التناسب خرقاً لمبدأ فصل السلطات من خلال تدخل القضاء

الدستوري في رقابة السلطة التقديرية للمشرع؟

⊙ فرضيات البحث:

✚ إن مبدأ خضوع الدولة للقانون، من خلال تقييد جميع السلطات العامة بقواعد قانونية تعلو عليها، وتكون ضابطاً لأعمالها، وحماية الحقوق والحريات العامة، تشكل الأسس لرقابة التناسب لدى القاضي الدستوري.

✚ لم يتفق الفقه حول مدى مشروعية رقابة التناسب من قبل القاضي الدستوري، كونها رقابة على تقدير السلطة التشريعية لملاءمة إصدار التشريع، فيرى جانب من الفقه أن رقابة الملاءمة من قبل القاضي الدستوري تُعد تدخلاً غير مشروع، وانتهاكاً صريحاً لمبدأ الفصل بين السلطات بحسبان أن هذه الرقابة يجب أن تقف عند حد المشروعية، ولا يتخطاها إلى التدخل في مراقبة مدى ملاءمة التشريعات، في حين يذهب رأي آخر لتأييدها تأسيساً على اعتبار أن رقابة الملاءمة للتشريعات تُعد من عناصر رقابة المشروعية، ومن حق جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية أن تراقب السلطة التقديرية للمشروع، وأن تقيدها بالنطاق المحدد لها دستورياً.

✚ تختلف رقابة التناسب باختلاف النص محل الدعوى الدستورية، ففي بعض الأحيان يراقب القاضي الدستوري التناسب بين محل التشريع والهدف منه، وفي أحيان أخرى يراقب التناسب بين سبب التشريع وأدواته.

⊙ أهداف البحث:

نهدف من خلال هذه الدراسة إلى تحقيق الآتي:

✚ تحليل رقابة التناسب لدى القاضي الدستوري، وتوضيح الفارق بين رقابة التناسب بين التشريع والدستور، والتناسب داخل التشريع (أي بين سبب التشريع ومحلّه أو بين وسائله والغرض منه).

✚ بيان موقف الفقه من رقابة التناسب، والوقوف على حجج الاتجاه المؤيد والمعارض لهذه الرقابة.

✚ الوقوف على تطبيقات رقابة التناسب في أحكام المجلس الدستوري الفرنسي، والمحكمة الدستورية العليا في مصر، وبيان مدى اختلاف درجات تطبيق مبدأ التناسب باختلاف النص محلّ الدعوى الدستورية.

⊙ أهمية موضوع البحث:

تكمن أهمية البحث في تسليط الضوء على تطور رقابة القضاء الدستوري بحسبانها ليست رقابة قائمة على المطابقة الحرفية بين التشريع ونصوص الدستور فقط، بل إنها رقابة تمتد إلى رقابة ملاءمة بين وسائل التشريع وأهدافه، مع استبعاد رقابة بواعث صدور القانون المحجوزة للبرلمان، وكذلك الإضاءة على وصول القضاء الدستوري في مكانٍ من التطور إلى ممارسته لرقابة التناسب بين سبب

التشريع ومحلّه من جهة، والتوافق بين النص التشريعي والنصوص الدستورية من جهة أخرى.

⊙ منهجية البحث:

تتناول هذه الدراسة موضوع رقابة التناسب لدى القاضي الدستوري بالاعتماد على ثلاثة مناهج علمية هي الآتية:

🌈 المنهج التأسيلي (أو الاستقرائي) من خلال دراسة الجزئيات التي تقوم عليها رقابة التناسب وفهمها وتحليلها لوضعها في إطار قاعدة قانونية عامة تحكمها (سيتم اتباعه في الفصل الأول) .

🌈 المنهج التحليلي (أو الاستنباطي) من خلال تحليل رقابة التناسب لدى القاضي الدستوري، وتوضيح الفارق بين رقابة التناسب بين التشريع والدستور، والتناسب داخل التشريع .

🌈 المنهج المقارن ويتجلى ذلك من خلال دراسة معمقة لأحكام القضاء الدستوري في الدول المقارنة، وملاحظة التطور الحاصل بصدد رقابة التناسب في تلك الأنظمة (سيتجلى ذلك واضحاً في الفصل الثاني) .

⊙ تقسيم البحث:

تقوم خطة البحث على تقسيم موضوع الدراسة إلى فصلين رئيسيين، متبوعين بخاتمة تُبيّن أهم النتائج التي تكشف عنها الدراسة، وأهم التوصيات المقترحة.

وقد جاء الفصل الأول تحت عنوان "الإطار التأسيلي لرقابة التناسب لدى القاضي الدستوري"، وقد تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين، المبحث الأول تناول "التأصيل النظري لرقابة التناسب"، أما المبحث الثاني فقد تناول بالدراسة "أسس رقابة التناسب لدى القضاء الدستوري وموقف الفقه منها".

وبالنسبة إلى الفصل الثاني، فقد كان بعنوان : "تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الدستوري"، وقد جرى تقسيمه أيضاً إلى مبحثين رئيسيين، المبحث الأول تناول "تطبيقات مبدأ التناسب في حماية الحقوق والحريات العامة"، أما المبحث الثاني فقد تناول "تطبيقات مبدأ التناسب في القوانين الجزائية والضريبية".

وعلى الله قصد السبيل وهو ولي التوفيق

الباحث

الفصل الأول

الإطار التأسيسي لرقابة التناسب لدى القاضي الدستوري

تمهيد وتقسيم :

تعدّ آلية الرقابة القضائية على التناسب في التشريع من أكثر آليات الرقابة على الدستورية تطوراً لأنماط ووسائل الرقابة القضائية على دستورية القوانين، لأنها الوسيلة التي يُعلي من خلالها القضاء الدستوري الحقوق والحريات، فضلاً عن كونها رقابة حساسة، لامتدادها إلى أخص خصوصيات السلطة التشريعية، وهي سلطتها التقديرية، حيث يمارس من خلالها القاضي الدستوري رقابة صحة تقدير المشرع ودستوريته لدى مباشرته لسلطته التقديرية في تنظيم المسائل القانونية المختلفة من خلال إقرار التشريعات القانونية الملزمة لها.

إن القاضي الدستوري، وبعد شيء من التردد، راقب بشكل متزايد مدى دستورية القوانين، من خلال مبدأ التناسب، بهدف تبرير الرقابة على ممارسة السلطة التقديرية للمشرع، ولتوضيح مبدأ التناسب في عمل القاضي الدستوري بشكل أكثر تفصيلاً، سيتم في هذا الفصل من هذه الدراسة بيان التأصيل النظري لرقابة التناسب، وأسس رقابة التناسب لدى القاضي الدستوري وموقف الفقه الدستوري منها، وذلك من خلال مبحثين رئيسيين وفق الآتي:

المبحث الأول: التأصيل النظري لرقابة التناسب

المبحث الثاني: أسس رقابة التناسب لدى القضاء الدستوري وموقف الفقه منها

المبحث الأول

التأصيل النظري لرقابة التناسب

فكرة التناسب مثلما هي موجودة في معظم العلوم الاجتماعية — كعلم الاقتصاد، وعلم الفلسفة، وعلم السياسة، وغيرها — تحتل جانباً مهماً في مجال القانون بفروعه المختلفة لتعبر عن علاقة تنسم بالمنطقية أو التوافق أو المعقولية بين أمرين أو أكثر.

حيث يعد مبدأ التناسب من أهم المبادئ التي ترمي إلى تحقيق العدالة، إذ يمكن استنباطه من مبدأ سيادة القانون، ومن فكرة العدالة، كما يمكن أيضاً استنتاجه من طبيعة الحقوق والحريات نفسها المتمثلة في اتسامها بالصبغة الأساسية، وتمتعها بنفس القيمة القانونية، وغياب الهرمية الشكلية بينها، فضلاً عن نسبيتها بما يستدعي الحسم في النزاعات المتعلقة بتنافسها وتصادمها اعتماداً على آلية الترجيح والموازنة بينها، وفق منهج في التفكير يقوم على تقدير القيود الموظفة على الحقوق مع موجباتها، والتثبت من عدم تجاوز آثارها حداً معقولاً.

وبالتالي فإنّ مبدأ التناسب متأصل في القانون، فمصطلح التناسب ليس بمصطلح غريب عنه، إذ هو من الأفكار أو المبادئ المعروفة، وله تطبيقات قضائية تقليدية، من ذلك ضرورة التناسب بين الجريمة والعقوبة، والتناسب في القوة

المستخدمة في حالة الدفاع عن النفس، والخيار بين المسؤولية التعاقدية والتقصيرية،

وغيرها من المواد القانونية التي يطبقها القاضي العادي على وضعيات واقعية.

وتأسيساً على ذلك، يتوجب البحث عن الأصول الفكرية والقانونية لمبدأ

التناسب، قبل بيان مفهومه في عمل القاضي الدستوري، وهذا ما سيتم تناوله في هذا

المبحث من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الأصول الفكرية والقانونية للتناسب

المطلب الثاني: مفهوم رقابة التناسب لدى القضاء الدستوري

المطلب الأول

الأصول الفكرية والقانونية للتناسب

يواجه الفهم القانوني للتناسب بعض الصعوبات، نظراً لأن مضمونه يعتمد على فهم فلسفي معين للعدالة، ويذهب الفقه القانوني، منذ العصور القديمة وحتى الوقت الحاضر، إلى أن التناسب يبرز أفكار النظام، والتوازن، والعلاقة المعقولة، والإجراء المسوغ، وتجدر الإشارة إلى أن التناسب، ليس فقط مبدأ للقانون العقلاني أو الرشيد، ولكنه يشكل أيضاً في الوقت ذاته مبدأ للقانون الوضعي، وهو مبدأ ذو قيمة قاعدية أو معيارية^(١)، وبالتالي فإن التناسب معيار قانوني يمكن من خلاله تقدير مشروعية تدخلات السلطة العامة في ممارسة الحقوق والحريات الأساسية.

ويمكن القول إن مفهوم التناسب الذي أضحى أحد المفاهيم القانونية الأكثر أهمية في الوقت الحاضر في مختلف الأنظمة القانونية ليس وليد الفكر القانوني المعاصر، وإنما يرتد إلى أصول فكرية وفلسفية قديمة. وهو ما سيتم بيانه من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : الأصول الفكرية للتناسب

الفرع الثاني : الأصول القانونية للتناسب

(١) انظر : د. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية (المنصورة)، عدد ٥٩، إبريل، ٢٠١٦، ص ٣٤٧.

الفرع الأول

الأصول الفكرية للتناسب

يقوم التناسب بحسب الأصل على وجود رابطة أو علاقة منطقية بين شيئين، ويعبر عن هذه الرابطة أو العلاقة بالتمائل أو التكافؤ، وهو لن يكون إلا نسبياً حيث يتعلق الأمر بإقامة علاقة مقارنة بين قيم أو مصالح أو مبادئ أو اعتبارات مختلفة بينها نوع ما من التعارض أو التناقض، وبذلك يكتسب التناسب مفهوماً حيويّاً مزدوجاً، يعود الأول إلى معادلة رياضية، كعنصر في علم لا يحلّل سوى القيم المجردة، والثاني يقترب من أفكار العقل والمنطق مستدعياً تصوراً أخلاقياً ذا طابع فلسفي^(١).

وإن التناسب صفة جديرة بأن يتحلّى بها المرء في حياته اليومية، وتعكس هذه الصفة خبرة الحياة والمنطق السديد، ويعد التناسب تجسيداً حقيقياً لفكرة العدالة، ولذلك يمكن رؤيتها في صورة السيدة عدالة وهي تمسك بميزان العدالة^(٢).

كما يشكل التناسب أيضاً تعبيراً عن التفكير بطريقة رشيدة، ولذلك ننتظر من أنفسنا ومن الآخرين التصرف بطريقة تتسم بالتناسب، وتبعاً لذلك يلزم أن تكون

(١) انظر : محمد مهدي لعلام، دور القاضي الإداري في رقابة مدى تناسب الجزاء التأديبي، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد الرابع، الجزائر، حزيران ٢٠١٧، ص ٢٠٩.

(٢) E. M. Thomas، *The Judicial Process: Realism، Pragmatism، Practical Reasoning and Principles*، Cambridge University Press، 2005، P. 337.

العقوبة متناسبة مع الجريمة، ولذلك تعد قاعدة "العين بالعين" قاعدة معيارية على سبيل المثال^(١).

ويرد بعض الكتاب جذور مبدأ التناسب إلى الفلسفة اليونانية القديمة التي تعتبر أن العدالة هي توازن وتناسب^(٢)، ففي كتاب الأخلاق، يعرض "أرسطو" نوعين من العدل، يتعلق أحدهما بالنطاق العام، بينما يتعلق الثاني بالنطاق الخاص، فعندما بدأ "أرسطو" في تحديد بعض مظاهر العدالة فإنه استخدم اصطلاحاً جديداً لهذا الغرض هو المساواة، فالعدالة هي المساواة، ومن وجهة نظره هناك صورتان للعدالة لا بد من مراعاتهما في كل مجتمع، وهما:

(١) العدالة التوزيعية: فهي خاصة بتوزيع الثروات والمزايا المعنوية وكل المزايا الأخرى المتاحة على أفراد المجتمع بما يستحقه كل فرد، والمساواة التي تحكم العدالة التوزيعية ليست مساواة حسابية، ويترتب على ذلك أن العدالة التوزيعية تكون قد تحققت رغم وجود فروق بين أفراد المجتمع، فالفروق بين المواطنين يجب أن تكون معقولة على أساس الاعتدال وهو الوسط بين نقيضين^(٣).

(١) انظر : د. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٦٦.

(٢) Georges Xynopoulos; *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et en Angleterre par. Thèse de doctorat en Droit public, Soutenue en 1993 à Paris 2*, p. 10.

(٣) انظر : د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص. ١٤١.

(٢) العدالة التبادلية: وهي التي تضمن اتحاد الناس فيما بينهم اتحاداً تبادلياً بناءً على التناسب، وليس بناءً على عدالة دقيقة فيما بينهم، فالعدالة التبادلية هي التي تحكم العلاقات بين الناس، فهي مكمل للعدالة التوزيعية، بحيث لا تظهر الفائدة منها إلا بعد أن تكون العدالة التوزيعية قد تحققت بالفعل، كما أن الفائدة من العدالة التوزيعية لا تستمر إلا عن طريق العدالة التبادلية، مع ضرورة ملاحظة أن المساواة في العدالة التبادلية هي مساواة حسابية مطلقة^(١).

وبالتالي فإن التوازن عند أرسطو هو حامي وحدة المدينة (الدولة)، وهذا التوازن يضمنه "منطق التناسب"^(٢).

وقد اسهمت المفاهيم اليونانية التقليدية للعدالة في تطوير التناسب باعتباره مفهوماً رشيداً، وكذلك اعترف الرومان القدماء بفكرة التناسب، وبحلول عام ١٢١٥ اعترفت وثيقة العهد الأعظم Magna Carta البريطانية بمبدأ التناسب^(٣):

"بالنسبة إلى الجريمة التافهة، لا يجوز أن يخضع الرجل الحر سوى لغرامة تتناسب مع جريمته، وبالنسبة إلى الجريمة الخطيرة بالمثل، ولكن ليس إلى درجة من القسوة تصل إلى حرمان الرجل من حياته"^(١).

(١) انظر : د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص. ١٤١
(٢) انظر : أ. حنان حجال، رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري "دراسة مقارنة بين لبنان وفرنسا"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٠٥، ص ٢.
(٣) انظر : د. محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب، مرجع سابق، ص ٣٦٧ .

وفي مصادر الديانة اليهودية، توجد الحكمة الذهبية التالية: "ما يكون مكروهاً لك لا تفعله لغيرك"^(٢).

كما كان للقديس "توما الأكويني" دور في تطور مفهوم مبدأ التناسب وذلك بعرض فكرة الدفاع الذاتي للدول، إذ بيّن بأن هنالك شروط ينبغي أن تتوافر في استعمال القوة التي يجب أن تكون عادلة، فالقوة يجب أن تكون ضرورية، وعندما تستعمل القوة يجب ألا تكون مفرطة، إذ إنها يجب أن تكون متناسبة، والتي يجب أن تمارس من قبل صاحب السيادة طبقاً للقواعد، وهكذا فإن نظرية "توما الأكويني" في الدفاع الذاتي المتناسب أصبحت مبدأً عاماً للقانون لدى الفقيه "كروشيوس" الذي قام بتحديث المفهوم وربط فكرة العدالة كنسبة بفكرة المصلحة، وبذلك أصبح التوازن طريقة لتسوية النزاعات، كما أنه من الواضح أن نرى عند الفقيه "كروشيوس" اتحاد المفهوم القديم للعدالة كنسبة، والمفهوم الوسيط للدفاع الذاتي المتناسب، والمفهوم الحديث لتوازن المصالح^(٣).

وعلى مستوى الشريعة الإسلامية، نجد أن لمبدأ التناسب أسس في القواعد التي كرسها الشريعة الإسلامية في قواعد الحرب، فالتناسب يوائم بين قاعدتين، الإنسانية

^(١) G. R. C. Davis, *Magna Carta: Trustees of the British Museum*, London 1963, p. 19.

^(٢) Garth Hallett, *Greater Good: The Case for Proportionality*, Washington, DC: Georgetown University Press, 1995, p. 33.

^(٣) Engle, Eric, *The History of the General Principle of Proportionality: An Overview* (July 7, 2009). 10 *Dartmouth Law Journal* 1-11 (2012).

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431179

والضرورة العسكرية، ويقضي بعدم الإفراط في استعمال القوة العسكرية، وقد راعى

القرآن الكريم هذا المبدأ أثناء القتال والنزاعات المسلحة، فجاء في قوله عز وجل:

﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمُ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا

تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَأَقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ

الْكَافِرِينَ ۝ فَإِنْ أَنْتَهَوْا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ

فَإِنْ أَنْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ ۝ الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ

فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ

الْمُتَّقِينَ ۝﴾^(١).

فالقتال كما يتضح من الآيات القرآنية عند المسجد الحرام ممنوع، حرمة لذلك

المسجد، إلا إذا اقتضت الضرورة الحربية ذلك، واضطرتهم إليه، وذلك حينما يقاتلكم

أعدائكم، فلا مفر لكم حينئذ من القتال، حفاظاً على التوحيد وعبادة الله، فإن توقفوا

عن القتال وانتهوا عنه، فتوقفوا، ثم أمر الله بعدم الاعتداء في القتال، لأنه يؤدي إلى

قتل الأبرياء والمدنيين، حفاظاً على مبدأ الإنسانية، وهنا نجد أن القرآن الكريم وجّه

هذه الآيات إلى الموازنة بين مبدأ الضرورة الحربية والإنسانية^(٢).

(١) القرآن الكريم، سورة البقرة: الآيات ١٩١ - ١٩٤.

(٢) انظر: عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبد الرحمن بن

معلا اللويحق، دار السلام، الرياض، ط. ١، ٢٠٠٢، ص. ٨٧.

وقد لعبت الحركة التنويرية في القرن الثامن عشر دوراً مهماً في تطوير فكرة التناسب وذلك بتجسيد نظرية العقد الاجتماعي من زاوية أن العقد المبرم بين الشعب والحاكم كان الهدف منه هو تقييد سلطة الحكام بمنحهم سلطات يمارسونها لتحقيق مصلحة الشعب وليس لتحقيق مصالحهم الشخصية^(١). حيث يشكل تحليل التناسب طريقة للتفسير القانوني، واتخاذ القرارات في المواقف التي يثور فيها تصادم أو تعارض بين المبادئ المختلفة وأهداف السياسة العامة المشروعة *Goals Policy Public Legitimate* . وما يميز هذه المقاربة — المستندة على تحليل التناسب — الموازنة بين المبادئ المتعارضة، ليس على أساس طريقة "الكل أو لا شيء" *All or Nothing* ، ولكن السماح بالتمييز على أساس طريقة "أكثر أو أقل" *More or Less*^(٢).

ويتطلب التناسب في تطبيقه اتباع منهج معين لتحديد العلاقة بين الدولة والمواطنين، ويسهم التناسب في حل أوجه التعارض من ناحية، بين حقوق الأفراد ومصالح الدولة، ومن ناحية أخرى بين المصالح المتعارضة للأفراد.

ويفرض التناسب قيوداً مادية على تدخل السلطات العامة في المجال ويوفر أداة لتحديد وتقييد الحرية التنظيمية للحكومة "الخاص للمواطن" ويبين من ذلك، أن التناسب يساعد في تحديد وموازنة العام — الذي يظهر في التدخل ومصلحة الدولة أو

(١) انظر : د. سام سليمان دلة، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، ط١، جامعة الشارقة، ٢٠١٤، ص١٠٠.
(٢) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 24.

المجتمع ذي الصلة المسوغة لهذا التدخل – والخاص الذي يظهر في مصالح الأفراد المتأثرين بهذا التدخل^(١).

وفي إطار هذه المقاربة، يتم التمييز بين القواعد Rules والمبادئ Principles، فالقواعد تضم نقاطاً محددة في إطار الممكن قانوناً وواقعاً، أي إن القاعدة هي معيار Norm "إما أن يتحقق أو لا يتحقق"، أما المبادئ فتعمل بطريقة مختلفة، إذ تستهدف "تحقيق شيء معين إلى أقصى درجة تكون ممكنة قانوناً وواقعاً"^(٢).

ويشير الفقه الألماني إلى مبدأ التناسب بالقول: "إن التعارض بين القواعد يثور على مستوى المشروعية، أما التنافس بين المبادئ فيثور على مستوى الوزن"^(٣).

ومعنى ذلك، أن التناسب يساعد على تحديد وموازنة "العام" ممثلاً "في تدخل الدولة ومصالحها المسوغة لهذا التدخل، و"الخاص" ممثلاً في مصالح الأفراد التي تأثرت نتيجة هذا التدخل.

^(١) Mads Andenas and Stefan Zleptnig, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", 42 Texas International Law Journal (2007), p. 20.

^(٢) https://www.academia.edu/35885005/Proportionality_WTO_Law_In_Comparative_Perspective

^(٣) Robert Alexy, On the Structure of Legal Principles, International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, Volume 13, Issue 3, 2000, P.231.

^(٣) Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, Oxford University Press, 2010, p. 50.

الفرع الثاني الأصول القانونية للتناسب

انطلاقاً من الأسس الفكرية لمبدأ التناسب، تجسد هذا المبدأ في بعض النصوص القانونية، وفي الاجتهاد القضائي، إذ يرد البعض جذور مبدأ التناسب إلى قانون حفظ الأمن "قانون الشرطة البروسي" *Prussian police law* في نهاية القرن الثامن عشر، ومن هذه الجذور البروسية، تطور المبدأ في بادئ الأمر كوجه بدائي لمبدأ حكم القانون أو دولة القانون، إلا أن تطور هذا المبدأ على هذا النحو، لم يكن مقترناً بصيغة دقيقة أو اختبار محدد يبيّن كيفية تطبيقه^(١).

وفي أعقاب الفظائع التي ارتكبتها النظام النازي في ألمانيا، نشأ بعد الحرب العالمية الثانية نظام سياسي ألماني على وعي كامل بالقيمة السامية للكرامة الإنسانية، ولعل هذا ما يفسر تكريس الكرامة الإنسانية كمبدأ دستوري في المادة الأولى من القانون الأساسي الألماني الصادر في عام ١٩٤٩. وفي سياق هذه التحولات الجذرية، ازدهر استخدام تحليل التناسب كأداة دستورية لضمان فعالية معززة لحماية الحقوق الفردية، وتأكيداً لذلك اعترفت المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية بأن "مبدأ التناسب يتمتع بقيمة دستورية"^(٢).

(١) انظر : د. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب مرجع سابق، ص ٣٧٠.

(٢) Moeckli Daniel, *The Human Right to Non-discrimination Get access Arrow*, January 2008.

<https://academic.oup.com/book/27186/chapterabstract/196621675?redirectedFrom=fulltext>

حيث ينسب إلى المحكمة الدستورية الألمانية الفضل في صياغة اختبار التناسب، لأول مرة، في قضية رائدة، كانت تتعلق بالتدخل في حرية مزاولة الصيدلة لمهنتهم من خلال نظام للترخيص يقيد عدد تراخيص الصيدليات الممنوحة لضمان تزويد السكان بالمواد الصيدلانية. وفي سعيها لإيجاد حل لتنازع أو تعارض الحقوق في هذه القضية، قررت المحكمة الدستورية الألمانية أن الحق الفردي والهدف العام للقانون يجب موازنتهما:

حيث يتمثل هدف الحق الدستوري في حماية حرية الفرد، بينما تستهدف الاستثناءات الواردة على تنظيم هذا الحق توفير حماية كافية للمصالح الاجتماعية، وتصبح حماية المصلحة العامة أكثر إلحاحاً، كلما كانت الآثار السلبية الناتجة عن الممارسة الحرة للمهنة أكثر وضوحاً، وعندما يسعى لتعظيم كلتا المصلحتين، فإن الأمر يتطلب — باعتبار ذلك الطريقة الأكثر فعالية — إجراء موازنة دقيقة بين معنى المصلحتين المتعارض. وقد انتقل التناسب، من هذه الجذور الألمانية — كوسيلة للموازنة بين الحقوق والمصالح المتعارضة — ليسود أنظمة قانونية متعددة في أمريكا، وشرق ووسط أوروبا، وكذلك العديد من الأنظمة القانونية التي تأخذ بتقاليد القانون العام الانجليزي^(١).

(١) Alec Stone Sweet and J Mathews 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2008, p. 68.

فطبقت المحكمة العليا الكندية اختباراً للتناسب في قضية Oakes v Regina .

وقد كانت هذه القضية تتعلق بتحديد ما إذا كان أحد نصوص قانون Act Narocotics يتطابق مع الميثاق الكندي للحقوق والحريات في تكريس قرينة قابلة لإثبات العكس تتمثل في افتراض أن الشخص الذي يضبط في حوزته مواد مخدرة، يقوم بالإتجار فيها، ومن ثم يعد مسؤولاً جنائياً، بيد أن المحكمة العليا الكندية ألغت هذا النص باعتباره يشكل انتهاكاً لمبدأ قرينة البراءة المكرس في الميثاق الكندي.

ويلاحظ أن المحكمة العليا الكندية قد أسست تحليلها على اختبار للتناسب

يتكون من ثلاث مراحل:

في المرحلة الأولى، يجب أن تكون الإجراءات المتبناة مصممة بعناية لتحقيق

الهدف المرجو. ومن ثم، يجب ألا تكون هذه الإجراءات متعسفة، غير عادلة، مستندة على اعتبارات غير معقولة وباختصار، يجب أن تكون هذه الإجراءات مرتبطة، بصورة معقولة بالهدف منها.

وفي المرحلة الثانية، يجب ألا تتطوي الوسائل المختارة — حتى ولو كانت

ترتبط، بصورة معقولة بالهدف منها بالمعنى السابق — سوى على أقل تقويض ممكن للحق أو الحرية ذي الصلة.

وفي المرحلة الثالثة، يجب أن يكون هناك تناسب بين آثار الإجراء التي تكون مسؤولة عن تقييد الحق أو الحرية التي يكرسها الميثاق، والهدف من الإجراء الذي يوصف بأنه ذو أهمية كافية^(١).

وقد طبقت المحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا أيضاً، اختباراً للتناسب لموازنة الحقوق الفردية والأهداف الحكومية، ففي قضية *State v Makwanyan* واجهت المحكمة طعناً على عقوبة الإعدام استناداً إلى أنها تشكل انتهاكاً للحق الدستوري في مواجهة العقوبات القاسية، غير الإنسانية، الحاطة من الكرامة، وقد قررت المحكمة - استناداً إلى تحليل التناسب - "أن تقييد الحقوق الدستورية لأحد الأغراض التي تكون معقولة وضرورية في مجتمع ديمقراطي، ينطوي على وزن للقيم المتنافسة، بما يستتبع، في نهاية الأمر، إجراء تقييم يتأسس على التناسب"^(٢).

وبالإضافة إلى ما سبق، يلاحظ أن التناسب قد استخدم، بصورة متواترة، في سياق الأنظمة القانونية الدولية، كوسيلة لموازنة المصالح المتعارضة للنظام القانوني الدولي من ناحية، والسياسة العامة المحلية من ناحية أخرى، فعلى سبيل المثال، استخدام مفهوم التناسب من جانب محكمة العدل الأوروبية *ECJ* لموازنة الحريات

^(١) انظر : د. وليد محمد رضا الشناوي، الموازنة بين حقوق المستثمر والأنشطة التنظيمية للدولة لتحقيق المصلحة العامة في ضوء مفاهيم القانون العام "مفهوم التناسب، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٥١٢، ٢٠١٢، ص ٥٤٩.

^(٢) *State v Makwanyane and another 1995 (3) SA 391، 436 (CC)*

الأساسية في إطار الاتحاد الأوروبي: حرية نقل السلع، الخدمات، العمل، مع المصالح المشروعة المقابلة للدول الأعضاء^(١).

ففي قضية *Dijon de Cassis*، على سبيل المثال، قررت محكمة العدل الأوروبية *ECJ* أن حرية نقل السلع — المكفولة في المادة ٢٨ TFEU — يمكن أن تنتهك ليس فقط من خلال اللوائح التمييزية التي تصدرها إحدى الدول الأعضاء، ولكن أيضاً من خلال اللوائح غير التمييزية التي تنطوي على تقييد للتجارة بين الدول الأعضاء في الاتحاد. ومع ذلك، اعترفت محكمة العدل الأوروبية — كنتيجة طبيعية للفهم الواسع السابق للحرية — بأن الدول الأعضاء بمقدورها تقييد حرية نقل السلع في سبيل تحقيق المصلحة العامة عندما يكون ذلك ضرورياً، وعندما تشكل هذه المصلحة ما يطلق عليه "متطلباً إلزامياً"^(٢).

ومن ثم، قضت المحكمة: "إن العوائق المفروضة، في وجه الحركة داخل الاتحاد، الناشئة عن الاختلافات بين القوانين الوطنية المتعلقة بتسويق المنتجات، يجب أن تكون مقبولة ما دامت هذه النصوص يمكن الاعتراف بها باعتبارها ضرورية من أجل تلبية المتطلبات الضرورية المرتبطة، بصفة خاصة، بفعالية

^(١) *Emiliou Nicholas, the principle of proportionality in European Law: A Comparative Study (1996) Published online by Cambridge University Press: 17 January 2008.*

<https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law>

^(٢) انظر: د. وليد محمد رضا الشناوي، الموازنة بين حقوق المستثمر والأنشطة التنظيمية للدولة لتحقيق المصلحة العامة في ضوء مفاهيم القانون العام "مفهوم التناسب، مرجع سابق، ص ٥٥٣.

الإشراف الضريبي، حماية الصحة العامة، عدالة الصفقات التجارية، حماية المستهلك^(١).

وفي المجالات الأخرى للقانون الدولي العام، يؤدي التناسب دوراً مشابهاً في حل المنازعات التي تنثور بين الأطراف ذات السيادة المتساوية.

ومن ثم، يُستخدم التناسب — في مجال الإجراءات المضادة — لتقييد رد فعل إحدى الدول في مواجهة انتهاك دولة أخرى للقانون الدولي، وفي هذا السياق، يستخدم التناسب كأداة لتقييد كل من وسائل ومدى الإجراءات المضادة التي يلجأ إليها^(٢).

وبصفة خاصة، لا يجوز أن تصاغ الإجراءات المضادة على نحو يؤدي إلى حرمان دائم للدولة المنتهكة للقانون الدولي العام من نصيبها العادل من المزايا.

وفي هذا الصدد، تقرر "محكمة العدل الدولية" ICJ — في قضية Nagymaros-Gabcikovo ، "يجب أن تكون آثار الإجراء المضاد متناسبة مع الضرر اللاحق (بالطرف المعتدى عليه)، مع الأخذ في الاعتبار الحقوق ذات الصلة، وبالمثل، يعد التناسب عنصراً في مشروعية استخدام القوة في سياق مباشرة الحق في الدفاع عن النفس *The Right to Self Defense* وعلى الرغم من أن التناسب لا يظهر، صراحة، في

(١) Case 120/78 Cassis de Digion (1979) ECR 649، Para 8، Judgment، 20 February 1979.

(٢) انظر : نعيم هدهود حسين موسى، مبدأ التناسب والمسؤولية الدولية في انتهاكه بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني، أعمال المؤتمر العلمي الدولي، الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠١٥، ص ٥٩٩.

المادة (٥١) من ميثاق الأمم المتحدة، إلا أن محكمة العدل الدولية قد اعتبرت أنه يشكل جزءاً من القانون الدولي العرفي، ووفقاً لهذا المبدأ "فإن الدفاع عن النفس لا يسوغ إلا الإجراءات التي تكون متناسبة مع الهجوم المسلح وضرورية للرد على هذا الهجوم"^(١).

وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن فكرة التناسب لا تقتصر على فرع محدد من فروع القانون، بل إنها تحتل جانباً مهماً في مجال القانون بمختلف فروعه لتعبر عن علاقة تتسم بالمنطقية أو التوافق أو المعقولية بين أمرين أو أكثر.

فعلى مستوى القانون الخاص تظهر فكرة التناسب في مجال القانون الخاص بوضوح في نظرية " التعسف باستعمال الحق"، ليمثل انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يحقه بالغير إذا استعمل حقه، أحد تطبيقات هذه النظرية . فيكون صاحب الحق مسؤولاً إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها تافهة لا تتناسب البتة مع ما يعود على الغير من ضرر^(٢).

كما أن التناسب مبدأ عام في القانون الجنائي يستخدم لإيصال فكرة وجوب تناسب شدة عقوبة الجاني مع خطورة الجريمة، حيث يرتبط مبدأ التناسب بتقريد

^(١) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v US) of Nuclear Weapons Advisory Opinion*, 8 July 1996; ICJ Reports 1996, 226

^(٢) انظر : د. رمضان ابو السعود، المدخل الى القانون وبخاصة المصري واللبناني، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٦، ص ٣٤٥، ٣٤٦ .

العقوبة الذي يعد من أهم خصائص التشريعات الجنائية الحديثة،^(١) ويعني أن تكون العقوبة متناسبة مع الجريمة، إذ أن هذا التناسب يجعل من الأولى جزاءً عادلاً للثانية، وأن تفريد العقاب هو الذي يجعل العقوبة صالحة لتحقيق الأغراض المراد تحقيقها منها، مثل الردع العام والخاص وإرضاء العدالة وتهدئة شعورها الكامن في النفس البشرية لكل أفراد المجتمع^(٢).

وعلى مستوى القانون الإداري، يعد التناسب أحد الأفكار الأساسية في القانون الإداري، ويمكن تحليل هذه الفكرة إلى عناصر ثلاثة، وهي القرار الصادر والحالة الواقعية والغاية المستهدفة، فالتناسب يمكن أن ينشأ من علاقة تطابق بين وسيلة وهدف في نص معين، والتناسب بهذا المعنى يمكن أن يتغير تبعاً للحالة الواقعية، والمزايا المتوقعة، والمضار المحتملة، وهذه المفاهيم عن التناسب يجمعها، أنها فكرة لا يمكن إرجاعها إلى صيغة ذات نمط ثابت، فهي ليست أكثر من مجرد عنصر أو دليل قضائي، وهي تختلط كثيراً مع فكرة الموازنة بين المنافع والأضرار^(٣).

(١) انظر : دلشاد عبد الرحمن البريفكاني، مبدأ التناسب في القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية،

٢٠١٦، ص ٢٠.

(٢) انظر : تميم طاهر أحمد الجادر وسيف صالح مهدي العكيلي، الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية، المجلة

السياسية والدولية، عدد ٢٤، ٢٠١٤، ص ١٨٣.

(٣) انظر : د. وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري، مرجع

سابق، ص ٣٥٣.

فالتناسب في القرار الإداري هو: "وجود توافق بين أهمية الوقائع" سبب القرار "والإجراء المتخذ" محل القرار"، وبمعنى آخر هو: "صفة لعلاقة منطقية متسقة تربط بين عنصرين أو أكثر من عناصر القرار الإداري أو العمل القانوني العام، بحيث يتعين على مصدر القرار الإداري عدم إغفاله أو الخروج عليه نزولاً على دواعي المشروعية".

وعلى الرغم من ربط تطور تطبيقات القضاء الإداري بمبدأ التناسب، كتطور الرقابة في مجال الضبط الإداري ونزع الملكية، إلا أن قضاء التأديب يمثل أوضح تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الإداري.

فيلحق بعض الباحثين^(١) شروط الضبط الإداري بأن يكون ضرورياً وفعالاً ومجدياً، بمفهوم التناسب وتحديداً بين عنصري السبب والمحل .

كما يربط بعضهم رقابة التناسب في مجال الضبط الإداري بتقدير أمرين أولهما تقدير جسامة الاضطرابات، أي مدى أهمية وخطورة السبب في إجراءات الضبط الإداري، والثاني هو تقدير الإجراء المتخذ، فيشترط في الإجراء أن يكون ضرورياً ولازماً لتفادي تهديد حقيقي للنظام العام^(٢).

(١) انظر : جمال قروف، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، رسالة ماجستير، جامعة باجي مختار، كلية

الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٦، ص. ٢٠٥

(٢) انظر : د. محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري (القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة عام

١٩٧١)، ص ١٦٦.

وفي تقدير الباحث فإن هذه الشروط تعود إلى مبدأ "ضرورة الإجراء"، فالضرورة تقتضي أن يكون الإجراء كفيلاً بتوقي وقوع الاضطراب أو الإخلال بالنظام العام، أي أن تكون الوسيلة فعالة، كما أن الضرورة تعني كذلك أن هذا الإجراء بالذات الذي اتخذته الإدارة لازم لتوقي الخطر دون أي تدبير آخر أقل منه إعاقة للحرية، أي أن يكون متناسباً مع جسامته الاضطراب الذي تهدف الإدارة إلى تفاديه، فالضرورة تقدر بقدرها^(١).

كما يذهب فقه آخر للربط بين مبدأ التناسب ومبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار، وهو خلط غير صحيح لأن مقتضى مبدأ التناسب هو وجوب مراعاة التناسب بين محل القرار وسببه، في حين أن مقتضى مبدأ الموازنة — وهو بدوره مبدأ من المبادئ العامة للقانون — وجوب مراعاة عدم رجحان أضرار القرار الإداري على منفعته، وهذه الأضرار وتلك المنافع إنما تتصل بعنصر المحل وحده في القرار الإداري، ولا علاقة لها البتة بعنصر السبب، وإن كانت ذات علاقة غير مباشرة بعنصر الهدف. ومن ثم فلا يجوز الخلط بين المبدأين وإن كان المنطق منهما والأساس الذي يقومان عليه واحد وهو تحقيق العدالة في أسمى صورها^(٢).

(١) انظر : د. محمود عاطف البناء، حدود سلطة الضبط الإداري (القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة عام ١٩٨٠)، ص ٤٣٧.

(٢) انظر : د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية (الاسكندرية، منشأة المعارف، طبعة عام ٢٠٠٤)، ص ٦٦٨ .

لذلك يبقى ميدان قضاء التأديب المجال الأكثر وضوحاً للرقابة على مبدأ التناسب في القضاء الإداري. فباستبعاد الصور الاستثنائية التي تنقيد فيها السلطة التأديبية بتوقيع جزاء معين — وتظهر تلك الصور في الحالات التي يحدد فيها المشرع وبنص صريح جزاءً معيناً لمخالفة معينة أو عندما تنقيد الجهة الإدارية نفسها بوضع لائحة جزاءات باعتبار أن ذلك يتضمن قاعدة تنظيمية ملزمة^(١) — فإن مقتضى مبدأ التناسب أن لا يكون هناك عدم ملاءمة ظاهرة بين الخطأ الوظيفي ونوع الجزاء المفروض على مرتكبه.

فالتناسب في ميدان القانون الإداري يشتمل على عنصرين أحدهما ثابت والآخر متغير، أما العنصر الثابت في هذه العلاقة فهو السبب الذي يمثل المخالفة التأديبية، وأما العنصر المتغير صعوداً ونزولاً فهو المحل (مضمون الإجراء التأديبي) الذي يعبر عن الجزاء التأديبي، وبعبارة أخرى يمكن القول أن العنصر الثابت يشتمل على العلاقة بين طرفي قياس، والآخر المتغير يتمثل في مدى أو درجة العلاقة بين هذين الطرفين، ومن ثم يمكن أن توجد صور عدة للتناسب يكون محتواها أو مضمونها مختلفاً، ولكن تبقى هناك خاصية مشتركة تجمع بينها تتمثل في وجود علاقة تلازم منطقية تقود إلى تصور مجرد إيجابي للتناسب كالمعقولية والتوازن والتناغم والانسجام والتكافؤ، أو تصور مجرد سلبي كالمفرط والمغالى فيه

(١) انظر : أحمد محمود جمعة، منازعات القضاء التأديبي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٤، ص ١١٢

والمتجاوز للحد، وبين هذين التصورين تتجسد أسقف التناسب بمعناه النسبي، وليس الدقيق أو المطلق^(١).

وبالتالي فإن التناسب في ميدان القانون الإداري، يعني اختيار الإجراء الذي يتوافق أو يتكافأ مع أهمية الوقائع التي دفعت الإدارة إلى اتخاذ القرار^(٢)، أو هو تقدير الإجراء على نحو يؤدي إلى اختيار قرار إداري يتناسب مع خطورة وأهمية السبب^(٣). وبمعنى آخر هو التوافق أو التلاؤم بين السبب والمحل بهدف التوصل إلى الحل العادل أو المعقول^(٤)، فهو صفة لعلاقة منطقية أو عقلانية مستقلة ومتناغمة تربط بين عنصري السبب والمحل في القرار الإداري في رأي أغلب الفقه^(٥).

والتناسب بهذه المثابة يتحقق كلما كان سبب القرار متسقاً أو متوافقاً مع محله أو مضمونه، أي عندما يكون هناك تلاؤم أو توافق بين أهمية الوقائع التي أدت إلى صدور القرار (السبب)، وبين الإجراء الذي اختارت الإدارة اتخاذه حيال هذه الوقائع وما يترتب من آثار قانونية (المحل).

(١) انظر : د. خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (رقابة التناسب) مقال متاح على صفحة المحكمة العليا الليبية على الرابط الآتي:

<https://supremecourt.gov.ly/research/page/3>

(٢) انظر : د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٤١٨ .

(٣) انظر : د. محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٧٢ .

(٤) انظر : محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، القاهرة، ١٩٧٤، ص ١٩٩ .

(٥) انظر : د. سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٣٠ .

المطلب الثاني

مفهوم رقابة التناسب لدى القضاء الدستوري

على الرغم من أهمية فكرة التناسب واحتلالها لمكانة مهمة في كافة فروع القانون — كما رأينا — وسهولة فهم المراد منها بكونها علاقة توافق بين أمرين أو أكثر، وأن المخالفة تقع إذا اختل التعادل بينها، فلم يستقر الفقه الدستوري على تحديد مفهوم فكرة التناسب في إطار الرقابة الدستورية، ويرجع السبب في ذلك إلى عدم تعرض القاضي الدستوري لبيان مفهوم التناسب، وعدم تحديد صورته بشكل محدد.

حيث ذهب جانب من الفقه^(١) إلى وضع نظرة شاملة عن التناسب من حيث تعريفه ومضمونه ودور المختص برقابته، فأشار إلى أن التناسب في نطاق الدستور يعني التوافق بين أي نص قانوني وبين حقوق وحريات الأفراد، فهو عملية مركبة بل وفي غاية التعقيد، وتتعلق بعدة عناصر وجوانب واعتبارات، فهي أولاً: تتعلق بالصلة بين موضوع النص الصادر والمبادئ والأحكام الأساسية التي نص عليها الدستور، وتتعلق ثانياً: بالوسائل المستخدمة والغايات المستهدفة، ولذلك فإن هذه العملية هي عملية شاقة وحساسة ودقيقة ومعقدة وتحتاج إلى الكثير من التأمل والتأني والبحث والدراسة، وإجراء الكثير من التوازنات والملاءمات.

(١) انظر : د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة) دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٧ .

وفي ذات السياق يذهب فقه آخر^(١) للقول: "بأن رقابة القاضي الدستوري على التناسب تكون من خلال الصلة بين النص التشريعي والأحكام الأساسية التي نص عليها الدستور من ناحية، ويراقب من ناحية أخرى الصلة بين الوسائل المستخدمة والغاية المستهدفة من التشريع".

وانطلاقاً من التعريفين السابقين يتضح أن لمفهوم التناسب في رقابة القاضي الدستوري مدلولين، الأول يتعلق بمفهوم التناسب داخل التشريع (أي بين سبب التشريع ومحلّه أو بين وسائله والغرض منه)، والثاني مفهوم التناسب بين التشريع والدستور (أي بين التشريع وبين الحقوق والحريات التي يكرسها الدستور). وبالتالي نتناول هذين المفهومين بشيء من التفصيل من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : مفهوم التناسب في التشريع

الفرع الثاني : مفهوم التناسب في مجال الدستورية

(١) انظر : عبير حسين السيد، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص. ٢٥٤

الفرع الأول

مفهوم التناسب في التشريع

إن الفقه لم يتفق في تحديد جوهر التناسب في التشريع، حيث انقسم إلى اتجاهين، الأول يرى ارتباط جوهر التناسب بركن السبب، باعتباره أحد عناصر هذا الركن^(١)، وفقه آخر يرى جوهر التناسب بالتوافق بين الإجراء الذي اتخذته المشرع والغاية التي استهدفها من وراء ذلك^(٢). ويتجلى هذا الانقسام الفقهي في جوهر مبدأ التناسب في التشريع، في التعريفات الفقهية التي قدمت لبيان مفهومه حيث يرى جانب من الفقه^(٣) بأنه: "العلاقة بين الوسائل التي يختارها المشرع والأغراض التي يتوخاها من وراء تدخله".

ويرى فقيه آخر^(٤) بأنه: "تطبيق لرقابة القاضي الدستوري على ركن السبب في التشريع" فالتوافق بين الإجراء الذي اتخذته المشرع والغاية من أحد عناصر ركن السبب في التشريع".

(١) انظر في هذا الرأي: د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٣٩١. د. يسري محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، مجلة الدستورية، عدد ١٨، س. ٨، ٢٠١٠، ص ١٦.

(٢) انظر في هذا الرأي: د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ١٧. د. عماد محمد أبو حليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، ٢٠١٥، ص ٦٨٠.

(٣) انظر: د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية في ظل دستور ٢٠١٤، منشأة المعارف،

٢٠١٨، ص ٢٧٨.

(٤) انظر: د. يسري العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على مبدأ التناسب في التشريع، المرجع

السابق، ص ١٩.

وفي هذا السياق نجد أن هناك جانب من الفقه^(١) يذهب للقول بأن رقابة التناسب لدى القاضي الدستوري تعني التصدي للتناسب بين التشريع وغرضه، دون التعرض للتناسب بين التشريع وسببه.

في حين يرى جانب آخر من الفقه^(٢) بأن رقابة التناسب: "تعني أن القاضي الدستوري يربط بين سبب التشريع ومحلّه، حيث أن البرلمان عندما يصدر تشريعاً يبدأ بسببه، ثم ينتقل إلى المحل ليصل في نهاية الأمر إلى الغاية، فهناك حالة واقعية أو قانونية تجسد السبب، وهي التي تحمل البرلمان على التدخل بتشريع، لإحداث أثر قانوني هو محل التشريع ابتغاء وجه الصالح العام الذي هو غاية القانون".

فالتناسب في التشريع وفق المفهوم السابق هو العلاقة بين سبب التشريع ومحلّه، أي مدى التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التي جعلت السلطة المختصة تفكر في إصدار تشريع معين لتنظيم وحكم هذه الحالة، وبين محل أو موضوع التشريع ذاته، أي الأثر القانوني المراد تحقيقه من وراء إصدار مثل هذا التشريع^(٣). فالتشريع يقوم على خمسة أركان، فإذا كان يتعين أن تتوافر

(١) انظر : د. عصام سعيد عبد العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ٨ العدد ٣٩، ٢٠١٩، ص ٢٣٠.

(٢) انظر : د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، مرجع سابق، ص ٣٩١.

(٣) انظر : د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، عدد ٦٦، ٢٠١٨، ص ٧.

خمسة شروط أو أركان أساسية للقرار الإداري هي (الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية) حتى يعد قراراً إدارياً مشروعاً، فكذاك الشأن بالنسبة للتشريع، الذي يجب أن تتوفر فيه ذات الشروط أو الأركان السابقة لكي يعتبر تشريعاً دستورياً، وكما أن القرار الإداري يصبح غير مشروع إذا ما أصاب البطلان أحد شروط صحته أو أكثر، فإن التشريع يتصف بعدم الدستورية في حالة إصابة ركن أو أكثر من أركانه بالبطلان^(١).

فعندما يذهب المشرع إلى سن قانون يسمح من خلاله بتمديد حالة الطوارئ، فيجب عليه أن يستند أولاً إلى نص في الدستور يسمح له بإصدار مثل هذا التشريع وهذا هو السبب القانوني، وبجانب ذلك يجب أن تكون هناك حالة واقعية معينة مثل وجود خطر جسيم ناتج عن حرب أجنبية أو عصيان مسلح.

وفي هذا الشأن يتضح بشكل كبير اقتراب مفهوم التناسب في مجال التشريع من مفهومه في القانون الإداري، حيث أن التناسب في الأمرين يعمل داخل النص المطعون فيه، سواء كان قرار إداري أم نص قانوني، أي في تقدير مدى التناسب بين سبب التشريع ومحلّه، أو سبب القرار الإداري ومحلّه^(٢).

(١) انظر : د. حسن البحري، القضاء الدستوري "دراسة مقارنة" (دمشق، بدون دار نشر، ط٢، ٢٠٢١)، ص ١١٣.

(٢) انظر : د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٢٠١.

ولهذا السبب نجد أن بعض الفقه^(١) يذهب للقول بأن: "تعريف التناسب في القانون الدستوري بأنه العلاقة بين سبب التشريع ومحلّه لا يمكن قبوله ولا سيما إذا علمنا أن هناك فرق بين رقابة القضاء الإداري الذي تمتد يده لمراقبة سبب القرار الإداري وكذلك علاقته بركن المحل، ورقابة القضاء الدستوري التي لا تمتد إلى ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره لأن ذلك كله مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق".

وحول الرقابة على السبب في التشريع، فإن هناك من يدمج بين ركني السبب والغاية في مجال التشريع، ويجعل منهما عيباً واحداً هو "الانحراف باستعمال السلطة التشريعية"^(٢)، غير أن هناك من يرى أن أوجه عدم الدستورية هي: عدم الاختصاص، وعيب الشكل، وعيب المحل، وعيب الغاية، وعيب السبب^(٣).

فالسبب هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع المشرع لإصدار التشريع أما الغاية فهي الغرض الذي يسعى إلى تحقيقه من وراء إصداره للتشريع، ولذلك فالسبب لا يختلط بالغاية إلا في حالة واحدة هي عندما يعلن المشرع أسباباً وهمية للتشريع عامداً إلى تحقيق غاية تختلف عن الغرض الذي من أجله منحه الدستور

(١) انظر: د. عبد العزيز محمد سالمان، قيود الرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٢٣.

(٢) انظر: د. حسن البحري، القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٣) انظر: د. ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري (الاسكندرية، منشأة المعارف، طبعة عام ٢٠٠٥)، ص ٨٠٤.

سلطة التشريع، وهنا يظهر عيب الانحراف بالسلطة الذي يقابل ركن الغاية، أما ركن السبب فيقابلة الطعن بالانعدام الأسباب التي بني عليها القانون وهو على ثلاث صور^(١):

— **الصورة الأولى** هي: الانعدام الواقعي للأسباب وذلك بأن يذكر المشرع للقانون، عن غير قصد، أسباباً غير صحيحة، وهنا يبطل التشريع لانعدام الوجود المادي للوقائع.

— **الصورة الثانية** هي: الانعدام القانوني وذلك بأن يكيف المشرع الأسباب تكيفاً قانونياً خاطئاً وهنا يبطل التشريع للخلط في التكيف القانوني للوقائع .

— **الصورة الثالثة** هي: عندما يشترط الدستور أسباباً لصحة التشريع وانعدمت هذه الأسباب انعداماً واقعياً أو قانونياً وهنا يختلط السبب بوجه الطعن بمخالفة الدستور أي بركن المحل إذا كان هذا الانعدام غير متعمد، أما إذا كان مقصوداً فإنه يختلط بعيب الانحراف باستعمال السلطة^(١).

أما مبدأ التناسب فليس له علاقة بكل هذه الصور وإنما علاقته تكون بمدى صحة تقدير المشرع لمدى خطورة السبب، وقد أطلق المجلس الدستوري الفرنسي عدة عبارات مختلفة في مجال رقابته على عدم التناسب، منها القول : "بعدم التناسب

(١) انظر : د. محمد ماهر أبو العينين، الدفوع في نطاق القانون العام أمام القاضي الإداري والتأديبي والدستوري (القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة عام ٢٠٠٤)، ص ٥٣٠.

(٢) انظر : د. محمد ماهر أبو العينين، الدفوع في نطاق القانون العام، مرجع سابق، ص ٥٣١ .

المبالغ فيه" *"Disproportionnes de maniere excessive"* ، أو التفاوت الواضح *Disparite* *manifeste* ، أو الخطأ الواضح في التقدير *Erreur manifeste* ، أو عدم التناسب الذي لا يوجد ما يبرره بطريقة واضحة *Manifestement injustiable* ^(١) . أما على مستوى المحكمة الدستورية العليا في مصر، فالواضح أنها لم تعتمد على استخدام اصطلاح "الخطأ الواضح في التقدير" في أحكامها التي أعملت فيها رقابة التناسب، بل استخدمت عبارات أكثر قبولاً "كعبارة الترابط العقلي أو المنطقي بين أغراض التشريع ووسائله" ^(٢) .

حيث تعتبر هذه الآلية من الآليات التي استعملها القضاء الدستوري في مصر لإثبات اختلال التناسب في التشريع، ومفادها عدم الترابط أو الاتصال المنطقي بين أهداف التشريع وبين الوسائل التي استعملها أو قررها المشرع، حيث اشترطت المحكمة الدستورية العليا في مصر على المشرع حال إعمال سلطته التقديرية عند ممارسته وظيفته التشريعية مراعاة وجود هذا الترابط وفي غياب هذا الترابط فإن المحكمة الدستورية ستقضي بعدم دستورية هذا التشريع ^(٣) .

^(١) انظر : د. شادي محمد صلاح عبد البديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع "دراسة مقارنة" (القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٩)، ص. ٤١٢

^(٢) انظر على سبيل المثال: حكمها في القضية رقم ١١٦ لسنة ٢٢ ق.د جلسة ٢٠١٧/٥/٦، وحكمها في القضية رقم ١٠٢ لسنة ٣١ ق.د جلسة ٢٠١٧/٧/٣٠

^(٣) انظر : حكمها في القضية رقم ٢٠٩ لسنة ٢٣ ق.د جلسة ٢٠٠٤/٣/١٨

وهذا ما يبرره الفقه المصري بأن المحكمة الدستورية العليا في مصر تتجنب استعمال كلمة غلط أو خطأ التي تبدو غير موفقة من الناحية النفسية ومثيرة للجدل، لأنه عندما يتعلق الأمر بالحكم على قانون شارك في صناعته العديد من مؤسسات الدولة المؤلفة من خبراء ومتخصصين، وتعمل وفق إجراءات معقدة مثل دراستها من قبل اللجان الحكومية واللجان البرلمانية، فإن القول بأنه ينطوي على غلط بين أو خطأ ظاهر أو جسيم، ربما يسبب هذا الأمر نوعاً من الإحراج والاستهزاء بالحكومة أو البرلمان المعبر عن الإرادة العامة للشعب أمام أفراد الشعب، إذ كيف يمكن للبرلمان المعبر عن الإرادة العامة لهم أن يرتكب مثل هذا الخطأ^(١).

كما يرى فقيه آخر^(٢) أن اصطلاح "الترابط المنطقي بين أغراض التشريع ووسائله" أكثر دقة من نظرية الخطأ الظاهر أو الخطأ البين في التقدير، ذلك أن هذه النظرية تفترض التمييز بين الأخطاء على ضوء جسامتها، على الرغم من انتفاء الحدود الفاصلة بين الأخطاء تبعاً لدرجتها، والمعيار المعمول به ليس كذلك، ذلك أن مناط تطبيقه هو منطقية التنظيم التشريعي من خلال علاقة موضوعية بين النصوص

(١) انظر : د. شادي محمد صلاح عبد البديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص ٤٦٠.

(٢) انظر : د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية. الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٤٦٣.

وأهدافها، وهي علاقة غايتها تقييد الإطلاق في السلطة التقديرية للمشرع، وبما لا يقوضها.

فالخطأ البين في التقدير من الأدوات التي استعان بها القضاء الدستوري لإثبات اختلال التناسب، ويظهر أثر هذه الوسيلة بصورة واضحة في النصوص الجزائية تحديداً، حيث لا يراقب القضاء الدستوري فقط مدى ملائمة الجزاء وإنسانيته فقط، وإنما يتجاوز ذلك إلى مراقبة الضرورة الاجتماعية للجزاء ذاته، فالقضاء الدستوري قبل أن يخوض في مدى ملائمة الجزاء ومقداره وإنسانيته، يراقب ابتداءً هل هناك ثمة ضرورة اجتماعية دفعت إلى منع المجتمع من اتیان بعض الأفعال التي تعدها السلطة التشريعية ضارة بأمن المجتمع وسلامه الاجتماعي، ثم يراقب مدى التناسب بين الجزاء والمخالفة التي أتمها المشرع.

فالدستور حين يؤيد مشروعية حماية القيم والأخلاق والعلاقات بين أفراد المجتمع عن طريق التجريم والعقاب إنما يضع قيوداً على المشرع الالتزام بها وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر: "إن السلطة التي يملكها المشرع في مجال التجريم والعقاب حدها قواعد الدستور، فلا يجوز أن يؤتم المشرع أفعالاً في غير ضرورة اجتماعية، ولا أن يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة"^(١).

(١) انظر : حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم (٥٨) لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٩٧/٧/٥ .

من ذلك يتضح أن القضاء الدستوري استخدم مبدأ التناسب بين الأفعال المجرمة وعقوباتها بوصفه حداً على سلطة المشرع في التجريم، فالتجريم والعقاب يجب أن يكونا ضروريين لتحقيق الحماية الاجتماعية مما يتعين معه أن يكون تدخل المشرع بالتجريم والعقاب متناسباً^(١).

كما أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن: "شرعية الجزاء - جنائياً أم مدنياً أم تأديبياً - مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع أو حظرها أو قيد مباشرتها، وأن الأصل في العقوبة معقوليتها، فلا يمكن التدخل بها إلا بقدر لزومها، نأياً بها أن تكون إيلاماً غير مبرر يؤكد قسوتها في غير ضرورة، غير أن الجزاء الجنائي لا يكون مخالفاً للدستور إلا إذا اختل التعادل بصورة ظاهرة بين مداه وطبيعة الجريمة التي تعلق بها. أما دون ذلك فإن المحكمة تكون قد أحلت إرادتها محل تقدير متوازن من السلطة التشريعية للعقوبة التي فرضتها"^(٢).

وهناك رأي يذهب إلى أن القضاء الدستوري في تبنيه لفكرة التناسب بين التجريم والعقاب قد نقل نظرية الغلو التي ابتدعها القضاء الإداري والتي تشترط

(١) انظر : د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط١، دار الشروق، القاهرة، ص ٤٦٣.

(٢) انظر : حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم (٥٢) لسنة ٢٠٠٢ ق. دستورية.

لمشروعية الجزاء التأديبي أن لا يكون هناك عدم ملائمة ظاهرة بين الجريمة التأديبية والجزاء التأديبي، إلى نطاق القانون الدستوري^(١).

وإننا نتردد في مسايرة هذا الرأي، ذلك لأن نظرية الغلو تدور حول الجزاءات التي تزيد عن الحد المعقول بينما نرى أن مبدأ التناسب في مجال التشريع يشمل أيضاً ما كان أقل من الحد المعقول أي الزيادة غير المعقولة في محل التشريع مقارنةً بسببه وكذلك النقص غير المعقول، لذلك من الممكن أن يكون المشرع قد خالف مبدأ التناسب إذا قرر عقوبة بسيطة مقارنة بفعلها الجرمي، فلا يخفى أن كل أطراف النزاع سواء من يقع عليهم العقاب أو من اعتدي عليهم لهم الحق في أن يطرقوا باب القضاء الدستوري.

ويميل الباحث إلى عدم تأطير رقابة التناسب على أركان محددة في التشريع، كالقول بأنها رقابة على التناسب بين الوسائل المستخدمة والغاية المستهدفة من التشريع، أو أنها رقابة على التناسب بين سبب التشريع ومحلّه، فالقضاء الدستوري وعندما طبق هذه الرقابة لم يبين آليتها بشكل واضح، بل استخدم عبارات يمكن الاستدلال منها على الأركان التي طبق عليها رقابة التناسب في التشريع، كما أن التطبيقات العملية للقضاء الدستوري _كما سنرى في الفصل الثاني من هذه الدراسة_

(١) انظر : د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، دار النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٤٦١ .

قد كشفت بجلاء أن القاضي الدستوري قد يطبق التناسب على ركن السبب والمحل، أو على ركن المحل والغاية من التشريع، وفي بعض الأحيان قد ينطلق برقابة التناسب من السبب إلى المحل إلى الغاية.

الفرع الثاني

مفهوم التناسب في مجال الدستورية

يعبر الدستور عن القيم التي تحمي المصلحة العامة، وذلك في نصوصه التي تنظم واجبات الدولة وسلطاتها، كما أن الدستور يحمي الحقوق والحريات مانحاً — في أغلب الأحوال — للسلطة التشريعية الاختصاص بتحديد نطاق هذه الحقوق، وفي صدد تحديد هذا النطاق، فإن حقوق الإنسان وحرياته، بوجه عام، لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تتطلبها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها^(١).

فالتناسب الدستوري كما يعرفه الفقه هو: "التوافق بين أي نص قانوني — تشريعي أو لائحي — كأداة قانونية تستخدمها الدولة في تنظيم موضوعات معينة، وبين حقوق وحريات الأفراد سواء المنصوص عليها صراحةً في الدستور أو

(١) انظر: د. عبد العزيز محمد سلمان و معتز محمد ابو الخير و نفرت محمد شهاب، الحقوق والحريات العامة في الدساتير العربية والفقه والقضاء والشرعية الإسلامية، سلسلة مطبوعات المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان بالتعاون مع كلية الحقوق بجامعة دي بول — الكتاب الخامس (الديمقراطية والحريات العام) ط. ١، جامعة دي بول، شيكاغو، ٢٠٠٥، ص ٥١ .

المتضمنة في المقومات والمبادئ الأساسية والقواعد والأحكام التي أتى بها الدستور^(١).

فهو الصلة بين موضوع النص الصادر والمبادئ والأحكام الأساسية التي نص عليها الدستور، ورقابة الدستورية تنصب في حقيقتها على تقدير السلطة مُصدرة التشريع لمثل هذه الصلة، ومدى تحقق التوافق بين النص الصادر والمعاني التي يقصدها الدستور، وبقدر التقارب أو التباعد بين محل النص — أي الأثر القانوني له — وبين مقاصد المشرع الدستوري، تكون نتيجة الرقابة على الدستورية^(٢).

هذه النتيجة تكون أحد أمرين لا ثالث لهما، إما إقرار التوافق، أي التناسب بين الأمرين، وبالتالي التأكيد على دستورية النص محل الرقابة، وإما إقرار التناظر أو التباعد، أي عدم التناسب بينهما، وبالتالي القضاء بعدم دستورية النص محل الرقابة. ويذهب البعض^(٣) إلى توسيع مفهوم التناسب الدستوري، بعدم اقتضائه على القواعد الدستورية فقط ليشمل تطبيقه على أي قاعدة قانونية أدنى درجة وبين نصوص الدستور أو المبادئ المستمدة من الدستور، من خلال تعريفه بأنه: "التوافق

(١) انظر : د. جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٨ .

(٢) انظر : د. جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ١٨ .

(٣) انظر : د. مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، مجلة الحقوق، مجلد ٤١، عدد ١، الكويت، ٢٠١٧، ص ١٨٠ .

بين نص تشريعي أو نص لائحي مع نصوص الدستور أو المبادئ المستمدة من الدستور".

فالدستورية تشير إلى قيود على قرارات الأغلبية البرلمانية بوصفها عنصراً رئيسياً لحماية الحقوق في الدساتير الحديثة حفاظاً على مبدأ المشروعية، في حين أن أعضاء سلطة التشريع الذين أوصلتهم الديمقراطية إلى البرلمان يمارسون وظيفتهم بوضع قوانين تستهدف المصلحة العامة، غير أن هذه القوانين غالباً ما تصطدم بحقوق وحريات الأفراد.

وبشكل عام، ومع بعض التحفظات، قد نربط الديمقراطية بالبرلمان المنتخب ونربط الدستورية بجهة الرقابة على دستورية القوانين أو بالمراجعة القضائية^(١)، والقدر الأكبر من المشاكل التي تثيرها المراجعة القضائية تنبع من الميزة الاجتماعية للتفسير، فغالباً ما تكون النصوص الدستورية الخاصة بالحقوق والحريات نصوصاً مفتوحة النهاية^(٢).

وإن مبدأ التناسب في مجال الدستورية يلقي على عاتق القضاء الدستوري مهمة شاقة إلى حد بعيد تتمثل في إيجاد توافق بين الحقوق والحريات التي تشير إليها

(١) انظر : جون ستر، الدستورية والديمقراطية " دراسة في العقلانية والتغيير الاجتماعي "، ترجمة سمير عزت نصار، دار النسر للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ٧ .

(٢) انظر : جون ستر، الدستورية والديمقراطية، المرجع السابق، ص ٢٦٨ .

تلك النصوص المرنة من جهة، ومقتضيات المصلحة العامة المتمثلة بما تضعه السلطة التشريعية من قوانين من جهة أخرى.

فوظيفة جهة الرقابة على دستورية القوانين الأساسية في فرنسا تكمن في حماية الحقوق والحريات، ذلك لأن هذه الوظيفة فضلاً عما تقدمه من فائدة للمواطنين، هي أيضاً ترسي بناء دولة القانون الحقيقية، والتناسب يعد أداة فعالة في هذا المجال^(١).

فالتناسب يشكل معياراً دستورياً يتعين الالتزام به، وواقع الأمر أن الدستور إما أن يعبر عن أحكامه بقواعد محددة تنقيد بها إرادة المشرع، وإما أن يلجأ إلى وضع مبادئ تحدد الغايات التي يجب تحقيقها من وراء نصوصه، وتستنبط هذه الغايات من مجمل نصوص الدستور. ومن واجب جهة الرقابة الدستورية أن تلبور المضمون القاعدي لهذه المبادئ التي تحدد مقاصد المشرع الدستوري، وتراقب المشرع العادي في ضوء احترامه لهذا المضمون.

وبالتالي تكون رقابة القاضي الدستوري للمشرع في تقديره للتناسب هي رقابة مشروعية دستورية وليست محض تدخل في سلطته التقديرية، وذلك باعتبار أن مقاصد الدستور وغاياته وإن تجلت في ثنايا الدستور بوصفها مبادئ عامة، إلا أن

(١) انظر : هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة محمد وطفة ، ط. ١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١، ص. ٥٥

القاضي الدستوري بحكم رسالته يضيف عليها مضموناً قاعدياً يأخذ وضعه الأسمى في هرم القواعد القانونية المتدرج، فينتقد المشرع العادي به فيما يضعه من قواعد. إلا أن الإخلال بهذه القواعد يجب أن يكون واضحاً جلياً يكشف بقوة هذا الوضوح عن عدم التناسب بل وينطق به دون أن يحتاج الأمر إلى مراجعة في السلطة التقديرية للمشرع والتي تقوم على اعتبارات الملاءمة في اختيار أفضل الوسائل لتحقيق المقاصد التي توخاها الدستور^(١).

والتناسب في هذا السياق يعد الأداة المثالية للتوفيق والمصالحة بين الدولة والفرد، بين القيد والحرية، بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، ففي ظل التناسب يحجم القاضي بدقة متناهية الحدود والقيود المحتمل وضعها على الحقوق الشخصية بحجة تحقيق الأهداف المبررة بأولويات المصلحة العامة؛ فالقاضي يقوم هنا بالحكم على جدوى وصلاحية هذه القيود في 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 هذه القيود ومشروعيتها. فالتناسب بهذا المفهوم الواسع، مرصود إذاً ليقوم

(١) انظر : د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشرق، مصر، ٢٠٠٦، ص. ١٧١

بالدور الحيوي لصمام الأمان "لحد الحدود" التي يمكن أن توضع للحقوق الشخصية المعترف بها بواسطة الدستور^(١).

من ذلك يتضح أن ميدان عمل مبدأ التناسب في مجال الدستورية بشكل عام يكون أوسع نطاقاً من ميدان عمله في مجال التشريع، فكما رأينا في الفرع السابق فإن ميدان عمل التناسب في مجال التشريع هو النص القانوني من الداخل أي العلاقة بين سبب التشريع ومحلّه، أو بين وسائل وأدوات التشريع والغرض منه، أما في مجال الدستورية بشكل عام فإن مبدأ التناسب يعمل على إيجاد الحلول والموازنة بين المصلحة العامة من جهة وحقوق وحرّيات الأفراد من جهة أخرى. لذلك من الممكن أن تكون أطراف العلاقة المطروحة أمام القضاء الدستوري لإيجاد التناسب بينها إما مبادئ دستورية تهدف إلى حماية المصلحة العامة فيما بينها، أو بين تلك المبادئ وحقوق وحرّيات الأفراد، أو بين حق أو حرية فردية تصطدم بحق أو حرية أخرى للأفراد.

وفي هذا الإطار، فإن الحق والحرية يحتلان المجال الحيوي الذي يجري فيه القاضي الدستوري رقابته على مبدأ التناسب؛ فالقاضي هنا يقوم بالبحث عن مدى توافق التوازن بين الحرّيات الدستورية والحقوق الأساسية من ناحية، وبين مقتضيات

(١) انظر : د. جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، مرجع سابق، ص. ٣٢

المصلحة العامة المعترف بها التي تتواجه مع تلك الحقوق والحريات من ناحية أخرى.

ومن هنا يتضح أن رقابة التناسب في مجال القانون الدستوري تعترضها الكثير من الصعوبات كونها تشكل عملية أكثر تعقيداً من ميدان رقابة التناسب في التشريع، فالمختص برقابة التناسب يمسك ميزاناً حساساً بيده، يضع في كفتيه الأشياء المتقابلة، الدولة والنظام العام والمصلحة العامة ووسائل الدولة وأهدافها في كفة، والأفراد والمصلحة الخاصة والحقوق والحريات الشخصية في 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 الشلل من ناحية، وحتى لا يُضحى بحقوق وحريات الأفراد الأساسية ولا يصادرها من ناحية أخرى.

المبحث الثاني

أسس رقابة التناسب لدى القضاء الدستوري وموقف الفقه منها

الأصل العام أن القضاء الدستوري لا يراقب ملاءمات التشريع ولا يحل تقديره محل تقدير المشرع، الذي عهد إليه الدستور بمهمة تنظيم العدد الأكبر من الحقوق والحريات التي نص عليها. ولكن القضاء يراقب السلطة التقديرية للمشرع، ويحكم بعدم دستورية التشريع الذي يتجاوز فيه المشرع حدود سلطته التقديرية في تنظيم هذه الحقوق والحريات بأن يحظر أحدها أو يهدره، ويفرغه من مضمونه أو يقيدته تقييداً واسعاً يجعل ممارسته صعبة أو عسيرة.

ويؤسس المجلس الدستوري الفرنسي فرض رقابته على تجاوز المشرع لحدود سلطته التقديرية في تنظيم الحقوق والحريات على فكرة الخطأ الظاهر أو الواضح في التقدير، ويقضى بعدم دستورية التشريع الذي ينطوي على خطأ بيّن أو ظاهر في التقدير من جانب المشرع، ينتج عنه عدم تناسب بين الإجراء الذي اختاره المشرع والغاية التي استهدف المشرع تحقيقها من إصدار التشريع.

وتصل المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى نتائج مشابهة لتلك التي وصل إليها المجلس الدستوري، بل وتتفوق عليه في بسط رقابتها على السلطة التقديرية للمشرع من أجل إعلاء المشروعية الدستورية، دون أن تستخدم صراحة مصطلح

الخطأ الواضح أو الظاهر في التقدير. وأمام اقتراب رقابة التناسب من تخوم ملائمة التشريع التي ينفرد بها المشرع، يثور التساؤل حول الأسس القانونية لهذه الرقابة، إذ إن التناسب يعد أحد صور الملائمة، فهو ليس الجانب الوحيد من جوانبها، فهو أحد ملائمة القانون في مجال السلطة التقديرية للمشرع، تأسيساً على أن حاصل عملية التناسب هو ملائمة القانون^(١).

وقد مارس القاضي الدستوري رقابة التناسب في التشريع على الرغم من عدم وجود نص تشريعي يسمح له بذلك، مما دفع الفقه إلى وضع أسس تبرر هذه الرقابة، كمبدأ خضوع الدولة للقانون^(٢)، وحماية الحقوق والحريات^(٣)، فضلاً على أن موقف الفقه لم يكن متفقاً حول صلاحية القاضي الدستوري في رقابة التناسب باعتباره أحد صور ملائمة التشريع.

وبناء عليه، سيتم في هذا المبحث بيان أسس رقابة التناسب لدى القضاء الدستوري وموقف الفقه منها، وذلك من خلال مطلبين وفق الآتي:

المطلب الأول : أسس رقابة التناسب لدى القاضي الدستوري

المطلب الثاني : موقف الفقه الدستوري تجاه الرقابة على التناسب

(١) انظر : د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس، رقابة الملائمة في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)،

اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١١، ص. ٢٢.

(٢) للتوسع أكثر انظر: يسري العصار، رقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع، مرجع سابق، ص ١٧.

(٣) philippe (X) 'La control de proportionnalite dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative francaises', these, Aix-en-provence, 1989, p. 150

المطلب الأول

أسس رقابة التناسب لدى القاضي الدستوري

يبسط القضاء الدستوري رقابته على جميع أركان التشريع وعناصره، قانوناً كان أم لائحة إدارية، سواء في ذلك العناصر التي تعتبر سلطة المشرع بالنسبة لها سلطة مقيدة وتلك التي يتمتع المشرع بالنسبة لها بسلطة تقديرية. ويمثل دور القاضي الدستوري في هذا المجال الدور الذي يقوم به القاضي الإداري في رقابته على أركان القرار الإداري . والأساس في الحالتين هو أنه لا توجد في الدولة القانونية أية سلطة لا تخضع لرقابة القضاء مهما كانت درجة السلطة التقديرية التي تتمتع بها. وتتص بعض الأنظمة القانونية صراحةً على أعمال رقابة التناسب فتشترط وجود ارتباط وثيق بين الضوابط والقيود التي تفرضها بعض النصوص القانونية وبين الهدف الذي تسعى إليه، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة /١٨/ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي جاء فيها على أن: "القيود التي يمكن وضعها وفقاً لهذه الاتفاقية على الحقوق والحريات المذكورة لا يمكن تطبيقها إلا في إطار الهدف الذي من أجله تم النص عليها". وهذا النص كما يرى الفقه^(١)، هو نص عام وشبه صريح على ضرورة وجود تناسب بين أهداف القيود التي ترد على الحقوق والحريات وبين الوسائل المستخدمة لذلك.

(١) انظر : د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٧٠.

أما على مستوى القوانين الوطنية، فنجد أن المشرع الألماني قد خطا خطوة أكبر وأكثر تقدماً في هذا المجال، حيث أنه نص صراحةً في القانون الأساسي (الدستور) الصادر عام ١٩٤٦ وضمّن النصوص المخصصة للحقوق الأساسية، على إدخال الرقابة على التناسب، وذلك بعد أن وضع القاعدة العامة في هذا الشأن في الفقرة الثانية من المادة ١٦ منه التي تنص على أنه: "لا يجوز في أي حال من الأحوال النص على قيود أو حدود على أي حرية كتلك التي تؤدي إلى أن تفقد هذه الحرية جوهرها أو ماهيتها أو فحواها".

وبالمقابل فإن الغالب من التشريعات لم تأت على ذكر نص يبيح رقابة التناسب من قبل القاضي الدستوري، إلا أن ذلك لم يمنع القاضي الدستوري من ممارسة هذه الرقابة — كما هو الحال في فرنسا ومصر — ومن هنا كان لابد من البحث عن الأساس الذي استند إليه القاضي الدستوري عند إعمال هذه الرقابة، وهو ما نتناوله في فرعين وفق التالي:

الفرع الأول : دولة القانون كأساس لرقابة التناسب لدى القاضي الدستوري

الفرع الثاني : حماية الحقوق والحريات كأساس لرقابة التناسب لدى القاضي الدستوري

الفرع الأول

دولة القانون كأساس لرقابة التناسب لدى القاضي الدستوري

ذهب جانب من الفقه^(١) إلى القول بأن: "الرقابة الدستورية على التناسب تجد أساسها في مبدأ خضوع الدولة للقانون من خلال تقييد جميع السلطات العامة بقواعد قانونية تعلق عليها وتكون ضابطاً لأعمالها، ولا تكون سلطة الدولة مشروعة إلا إذا تحقق خضوعها لقواعد قانونية تسمو عليها، وهذا هو الذي يضمن لكل مواطن، وفقاً لما تردده المحكمة الدستورية العليا في أحكامها، حماية حقوقه وحرياته، والقانون باعتباره عملاً قانونياً صادراً من سلطة منشأة، أنشأها الدستور وأخضعها لأحكامه، سواء كانت هذه السلطة ممثلة في البرلمان فيما يصدره من قوانين، أم ممثلة في السلطة التنفيذية فيما تصدره من لوائح إدارية يستوجب على القاضي الدستوري بسط رقابته عليه من جميع الأركان، فالمشرع يخضع لرقابة القضاء الدستوري حتى حينما يمارس سلطته التقديرية، حيث أنه لا مكان في الدولة القانونية لأي سلطة مطلقة؛ لأن "السلطة مفسدة، والسلطة المطلقة مفسدة مطلقة". وهو ما يؤكد جانب آخر من الفقه^(٢) بقوله: "إن رقابة التناسب تجد أساسها في مبدأ سيادة القانون ومبدأ

(١) انظر: د. يسري العصار، رقابة القاضي الدستوري على التناسب في التشريع، مرجع سابق، ص ١٧.

(٢) انظر: عماد محمد أبو حليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، مرجع سابق، ص ٦٨٤.

خضوع الدولة للقانون الذي يستلزم تقييد جميع السلطات العامة للدولة بقواعد قانونية تعلق عليها".

ويقوم كل من القانون والقرار الإداري، فردياً كان أم لائحيًا، على خمسة أركان هي: الاختصاص، والمحل، والسبب، والشكل والإجراءات، والغاية. وتتمتع جهة الإدارة في القرارات الصادرة عنها، كما يتمتع المشرع في القوانين التي يصدرها بسلطة تقديرية في بعض هذه الأركان، بينما تعتبر سلطة كل منهما مقيدة بالنسبة للبعض الآخر من هذه الأركان.

ففيما يتعلق بركن الاختصاص وركن الغاية فإن سلطة الإدارة والمشرع تعتبر دائماً مقيدة بالنسبة لهما، نظراً لأن الاختصاصات محددة بشكل دقيق في الدستور والقانون، كما أن الغاية من أي تشريع هي دائماً المصلحة العامة التي يستهدف المشرع تحقيقها بواسطة القانون، والتي تختلف في صورتها من قانون إلى آخر وفقاً للمجال الذي يتدخل المشرع من أجل تنظيمه^(١).

وقد يلتزم المشرع دستورياً باستهداف تحقيق صورة محددة أو مخصصة للمصلحة العامة في مجال معين، مثل المحافظة على النظام العام وأمن المجتمع،

(١) انظر : د. حسن البحري، القضاء الدستوري "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص ١١٧ وما بعدها.

الذى يعتبر هدفاً للقوانين التي تنطوي على تقييد للحريات الشخصية، كما أنه هدف أي قرار من القرارات التي تصدر في مجال الضبط الإداري^(١).

وبالنسبة لركن المحل، وهو الأثر القانوني الذي يترتب على القرار الإداري أو التشريع فإن السلطة المصدرة لهما تتمتع، بحسب الأصل، بسلطة تقديرية في اختيار الإجراء الذي تراه من بين البدائل المختلفة التي تكون أمامها، إلا إذا نص الدستور أو القانون على التزام الإدارة أو المشرع باختيار إجراء محدد، ففي هذه الحالة تكون سلطتهما مقيدة بالنسبة لركن المحل^(٢).

وتؤكد المحكمة الدستورية على هذا المعنى، حينما تقرر أن الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، والرقابة القضائية على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعنى إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور^(٣).

ويردد المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته أنه لا يراقب ملاءمات التشريع التي يستقل المشرع بتقديرها، وذلك إلا في الحالة التي يصدر فيها عن المشرع خطأ واضح أو ظاهر في التقدير، ينطوي على مخالفة لنص في الدستور أو

(١) انظر : د. أمين صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون "دراسة مقارنة" (لبنان، طرابلس، المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٢)، ص ٥١ وما بعدها.

(٢) انظر : د. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري (مصر، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، ٢٠١١)، ص ٧٨٦.

(٣) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بالقضية رقم ٦٧ لسنة ٤ ق. د، جلسة ١٩٨٥/٢/٢.

مبدأ من المبادئ ذات القيمة الدستورية، ففي هذه الحالة يعتبر القانون مخالفاً للدستور لتجاوز المشرع حدود سلطته التقديرية^(١).

وبالتالي وعلى اعتبار أن رقابة التناسب تجد أساسها في مبدأ خضوع الدولة للقانون بتقييد جميع السلطات العامة بقواعد قانونية تعلو عليها وتكون ضابطاً لأعمالها، يثور تساؤل حول مرجعيات القاضي الدستوري المختص برقابة التناسب في نطاق الدستوري؟

وفي ذلك يرى الفقه^(٢) أن قاضي التناسب الدستوري يرجع إلى عدة مرجعيات، وهو بصدد اضطلاع بهمة الرقابة على التناسب في مجال القانون الدستوري، وتتمثل هذه المرجعيات أساساً في مرجعتين مهمتين هما:

أولاً. النصوص والأحكام الدستورية : حيث تمثل النصوص والأحكام الدستورية المرجعية الرئيسية لقاضي 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 تشمل هذه النصوص والأحكام على الأسس والمقومات الأساسية والقيم المختلفة التي يقوم عليها بناء المجتمع كله، ويقوم قاضي الرقابة هنا بتحديد نوع وطبيعة الحق محل البحث، والفئة التي ينتمي إليها.

(١) انظر : قرار المجلس الدستوري بتاريخ ١٦ يناير ١٩٨٢، رقم ١٣٢ لسنة ١٩٨١.

(٢) انظر : د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ٦٥.

ثانياً. المبادئ العامة : إلى جانب النصوص والأحكام الدستورية والتي تمثل المرجعية الأولى والرئيسة لقاضي التناسب، تعتبر المبادئ العامة المرجعية الثابتة والمهمة بالنسبة إليه. والمقصود بالمبادئ العامة: الأفكار التي تكون بمثابة مبادئ أساسية في الفكر الإنساني وبالذات في الفكر القانوني، وهي تدور حول بعض القيم الجوهرية، فتكون مثل هذه المبادئ معياراً يتخذ أساساً للقياس عليه، ومرجعية يُحتكم إليها.

أو هي: "مبادئ كبرى تقوم إلى جوار القانون المكتوب يعترف بها القضاء لأنها ضرورية لتكملة الصرح القانوني، والذي يتعين أن تتطور الأمة في نطاقه بمراعاة المنظمات السياسية والاقتصادية للدولة"^(١).

هذه المبادئ إن كانت تمثل معياراً أو مرجعية بالنسبة للجميع، فإنها بالنسبة للقاضي تعتبر بمثابة محور رئيسي يسترشد به ويدور في فلكه، وهو بصدده اضطلاعه بمهمته الجليلة.

وبالنسبة لقاضي رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري فهي تلعب دور المرشد الذي لا غنى عنه في عمله الدقيق والشاق والحساس، فهو بحاجة ملحة ومستمرة إلى هذا المرشد المهم والحيوي، فهذا القاضي يرجع إلى هذا المرشد لإقامة التوازن لا بين نص تشريعي يدافع عن مصلحة عامة ونص دستوري ينص على

(١) انظر : د. سليمان محمد الطماوي، قضاء الإلغاء (القاهرة، دار الفكر العربي، ط ٥، عام ١٩٧٦)، ص ٨٠٤.

حق أساسي، ولكن لتحقيق التناسب بين نص تشريعي وقيمة جوهرية يعترف بها الدستور، حتى ولو كان الاجراء التشريعي لا يمس مباشرة حق من الحقوق الأساسية. وقد استند هذا الرأي على الموقف الذي اتخذه مجلس الدولة الفرنسي عندما تمسك بالمبادئ العامة للقانون بعيداً عن التشريعات التي تمنع حق التقاضي، إذ إنه لم يعتد بالقانون الذي يحرم الطعن القضائي في القرارات الإدارية^(١)، في حكمه الشهير دام لاموت Dame lamotte في ١٧ فبراير عام ١٩٥٠، بخصوص الفقرة ٢ من المادة رقم ٤ من قانون ٢٣ مايو ١٩٤٣ التي تنص على أنه لا يجوز أن يخضع منح الامتياز لأي استئناف إداري أو قضائي^(٢).

وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي القيمة الدستورية لهذه المبادئ، باستخدام عبارة "مبادئ ذات قيمة دستورية" ومن أمثلة ذلك مبدأ استمرار المرفق العام بانتظام واطراد، إذ يقول المجلس في قراره^(٣) الصادر في ٢٥ يوليو عام ١٩٧٩ : "إن مبدأ استمرار المرفق العام مثله مثل حق الإضراب له قيمة دستورية"^(٤).

(١) انظر في ذلك : د. محمد ماهر أبو العينين، تطور قضاء الالغاء ودور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان (دراسة تطبيقية لدور القاضي الإداري في مصر)، الجزء الثالث، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، طبعة عام ٢٠٠٩، ص ١١٠. د. محمد أنس قاسم جعفر وجمال عثمان جبريل، الوسيط في القانون العام، القضاء الإداري، القاهرة، طبعة عام ٢٠٠١، ص ٧٧.

(٢) راجع تفاصيل الحكم على الموقع الرسمي لمجلس الدولة الفرنسي على الرابط :

[/https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636577](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636577)

(٣) Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 .

(٤) انظر : د. صلاح الدين فهمي عبد الغني، أثر الواقع السياسي في تفسير النصوص الدستورية "دراسة مقارنة" أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٠، ص ٤٣٣.

وفي الاتجاه ذاته، ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى عدّ المبادئ العامة بمرتبة الوثيقة الرسمية، ومن ثم على المشرع أن يلتزم تلك المبادئ، وذلك في حكمها الصادر في عام ١٩٨٣، عندما حكمت بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١٢٥ لعام ١٩٨١ التي جاء فيها: "إنهاء مدة عضوية نقيب المحامين الحالي، وأعضاء مجلس النقابة الحالي من تاريخ نفاذ القانون، لتعارضها مع مبدأ الحرية النقابية وتعارضها مع الأسس الديمقراطية، لكونها عطلت حرية أعضاء النقابة باختيارهم لنقيب المحامين وأعضاء مجلس النقابة، وإقصائهم من مناصبهم النقابية قبل نهاية مدة العضوية"^(١).

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية بالقضية رقم ٤٧ لسنة ٣ ق.د ، جلسة ١١ مارس سنة ١٩٨٣.

الفرع الثاني

حماية الحقوق والحريات كأساس لرقابة التناسب لدى القاضي الدستوري

يذهب جانب من الفقه^(١) إلى أن حماية الحقوق والحريات تمثل المجال الحيوي الذي يجري فيه القاضي الدستوري رقابة التناسب، ويتضح ذلك من خلال دوره في تحقيق التوازن بين ما تقتضيه حماية الحقوق والحريات من ناحية، وما تتطلبه مقتضيات المصلحة العامة وما تفرضه المسؤوليات والتبعات المنوطة بالدولة من ناحية أخرى، حتى لا يتهاون القاضي الدستوري في توفير الحماية اللازمة لحقوق وحريات الأفراد، وحتى لا يضحى بالمصلحة العامة، ولا يعوق الدولة عن اضطلاعها بالمسؤوليات والتبعات الملقاة على عاتقها، فهذه الرقابة تكفل حماية أكبر للحقوق والحريات، حيث يستطيع المجلس الدستوري من خلالها إلزام المشرع بعدد من القيود والضوابط التي تكفل التوازن بين تحقيق مقتضيات الصالح العام وحماية الحقوق والحريات الدستورية.

وبدورنا نؤيد هذا الرأي، ونرى أن أساس رقابة التناسب هو حماية الحقوق والحريات التي كرسها الدستور، لكن الأمر لا يقف عند حد الحماية الظاهرية لهذه الحقوق، فالقاضي الدستوري في تقديرنا لا يحتاج لمبادئ يبتدعها من لدنه حتى يوفر

(١) انظر : د. شادي محمد صلاح عبد البديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٣٩٢.

هذه الحماية من حيث المبدأ، فالمخالفة التشريعية للحقوق والحريات الدستورية بشكل صارخ، أمر يدعو القاضي الدستوري لإعلان عدم دستورية النص بكل بساطة، لكن الحماية لهذه الحقوق والحريات، والتي تحتاج لوجود مبدأ التناسب وفق المفهوم الذي وضعناه في بداية هذه الدراسة، يتجسد عند الوقوف على الحقوق والحريات التي يقيد بها الدستور بضوابط وشروط أو يورد عليها حدود وقيود، أو يحيل أمر تنظيمها للقانون.

وفي هذا الصدد يمكن أن نميز بين طائفتين من الحقوق والحريات الأساسية: أولاً - الحقوق القابلة للتحديد من قبل المشرع من دون توجيه دستوري محدد: إن غالبية الحقوق الأساسية يمكن أن تخضع لتحديات ولضوابط بقانون عام، دون أن يكون هذا القانون خاضعاً بدوره لتوجيهات محددة من قبل الدستور ذاته، تضع شروطاً وقواعد وحدوداً وضوابطاً لتدخل المشرع في مجال هذه الحقوق وتنظيمها أو تقييدها. ومن طائفة هذه الحقوق على سبيل المثال الحق بالحياة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٢/ من القانون الأساسي في ألمانيا على أن: "لكل فرد الحق في الحياة وفي سلامة جسمه، وحرية الشخص مصونة ولا يمكن انتهاكها، ولا يمكن وضع قيود على هذا الحق إلا بمقتضى قانون".

وما نصت عليه المادة ٥٧/ من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ التي تنص على أن: "للمراسلات البريدية، والبرقية، والإلكترونية، والمحادثات الهاتفية، وغيرها

من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها، أو الاطلاع عليها، أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب، ولمدة محددة، وفي الأحوال التي يبينها القانون"، كما "تلتزم الدولة بحماية حق المواطنين في استخدام وسائل الاتصال العامة بكافة أشكالها، ولا يجوز تعطيلها أو وقفها أو حرمان المواطنين منها، بشكل تعسفي، وينظم القانون ذلك".

وأيضاً نص المادة /٦٢/ من ذات الدستور والتي تقضي بأن: "للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاء وفقاً لأحكام القانون".

وجاء في المادة /٦٢/ أن: "حرية التنقل، والإقامة، والهجرة مكفولة، ولا يجوز إبعاد أي مواطن عن إقليم الدولة، ولا منعه من العودة إليه، ولا يكون منعه من مغادرة إقليم الدولة، أو فرض الإقامة الجبرية عليه، أو حظر الإقامة في جهة معينة عليه، إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة، وفي الأحوال المبينة في القانون".

وفي الدستور السوري النافذ لعام ٢٠١٢، نصت المادة /٣٤/ على أن: "لكل مواطن حق الإسهام في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وينظم القانون ذلك". ونصت الفقرة الثانية من المادة /٣٦/ على أن: "المساكن مصنونة لا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر من الجهة القضائية المختصة وفي الأحوال المبينة في القانون".

كما أن سرية المراسلات البريدية والاتصالات السلكية واللاسلكية وغيرها مكفولة وفق القانون^(١)، وحرية الاعتقاد أيضاً مصونة وفقاً للقانون^(٢)، وحرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام أيضاً مكفولة وفقاً للقانون^(٣)، وحق الاجتماع والتظاهر السلمي والإضراب مكفول لكن وفق ما ينظمه القانون^(٤)، وكذلك الأمر لحرية تكوين الجمعيات والنقابات^(٥).

وبالتالي يتضح لنا أن النصوص الدستورية السابقة أن هناك بعض الحقوق الدستورية يمكن أن يورد عليها قيود، وهذه القيود، يحددها القانون، حيث يكفي المشرع الدستوري بذلك من دون الإفصاح عن طبيعة وماهية وحدود تلك القيود. ولكن ذلك لا يعني أن يضع المشرع قيود تؤدي إلى تشويه أو إفساد جوهر هذا الحق، وهذا ما يطلق عليه الفقه: "حماية الحد الأدنى للحق"، والذي يراقب التحقق من توافر حماية الحد الأدنى في هذه الحالة هو قاضي التناسب^(٦).

فالأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون تخوماً لها لا يجوز

(١) المادة ٣٧ من الدستور السوري لعام ٢٠١٢

(٢) المادة ٤٢ من الدستور السوري لعام ٢٠١٢

(٣) المادة ٤٣ من الدستور السوري لعام ٢٠١٢

(٤) المادة ٤٤ من الدستور السوري لعام ٢٠١٢

(٥) المادة ٤٥ من الدستور السوري لعام ٢٠١٢

(٦) انظر : د. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، مرجع سابق، ص ٦٨.

اقتحامها أو تخطيها. وكان الدستور إذ يعهد بتنظيم موضوع معين إلى السلطة التشريعية، فإن ما نقره من القواعد القانونية بصدده، لا يجوز أن ينال من الحق محل الحماية الدستورية، سواء بالنقض أو الانتقاص، ذلك أن إهدار الحقوق التي كفلها الدستور أو تهमيشها، يعد عدواناً على مجالاتها الحيوية التي لا تتنفس إلا من خلالها^(١).

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

ثانياً. الحقوق القابلة للتحديد من قبل المشرع وفق ضوابط دستورية : هناك بعض الحقوق الأساسية التي يمكن تقييدها من قبل المشرع، من خلال وضع قيود وحدود على ممارستها، ولكن المشرع الدستوري يضع شروط على تدخل المشرع في مجال هذه الحقوق، وفرض عليه مراعاة ضوابط معينة عند قيامه بذلك^(٢). فملاءمة التشريع، كما تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر، "هي من إطلاقات السلطة التشريعية ما

(١) المحكمة الدستورية العليا في مصر بقرارها في الدعوى رقم ١٣٤ لسنة ٣٧ ق. د جلسة ٢٠١٩/٦/٦.

(٢) انظر : زغودي عمر، سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات بين التقييد والتقدير، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، عدد ٢، ٢٠١٥، ص. ١٨٩.

لم يقيدھا الدستور بحدود وضوابط معينة^(١)، فمجالات التشريع التي تمارسها سلطة التشريع إنما تمتد إلى جميع الموضوعات، كما أن ملاءمات التشريع هي من أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع العادي ما لم يقيدھ الدستور بحدود وضوابط يتعين على التشريع التزامها وإلا عد مخالفاً للدستور، ومن ثم يكون من حق المشرع العادي أن يستقل بوضع القواعد القانونية التي يراها محققة للمصلحة العامة متى كان ملتزماً بأحكام الدستور وقواعده^(٢).

وفي ذات الشأن، يقول المجلس الدستوري الفرنسي بأن للمشرع وفي أي وقت أن يتبنى نصوصاً جديدة يحق له تقدير مدى ملاءمتها، وتعديل النصوص السابقة أو إلغائها بإحلال نصوص أخرى محلها، على ألا يتجاهل المشرع في ممارسته لهذه السلطة الضمانات القانونية للمتطلبات ذات الطبيعة الدستورية^(٣).

ومن أمثلة الحقوق التي تنتمي إلى هذه الطائفة نذكر على سبيل المثال نص المادة ١٣ من القانون الأساسي في ألمانيا والتي تنص على حرمة المسكن في الفقرة الأولى منها، وعلى الحالات والشروط والضوابط والقيود التي ترد على الخروج

(١) انظر حكمها الصادر بالقضية رقم ٥ لسنة ٧ ق.د جلسة ١٦/٧/١٩٨٠

(٢) انظر حكمها الصادر بالقضية رقم ٩٣ لسنة ٤ ق.د جلسة ١٦/٥/١٩٨٧

(٣) *Décision n° 2010-92 QPC, du 28 janvier 2010*

على هذا الحق أو خرقه، وذلك في الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة، وباستقراء

هذه المادة نجد أن الدستور قد وضع الضوابط الآتية لخرق هذا الحق وهي:

✓ أن يكون الخرق وفقاً للقانون.

✓ لا يمكن تفتيش المسكن إلا بناءً على أمر من القاضي.

✓ ومن غير القاضي يمكن بواسطة الأجهزة الأخرى التي ينص عليها القانون،

وذلك في حالة وجود خطر في المسكن.

✓ عمليات التفتيش لا يمكن القيام بها إلا في الشكل المحدد لذلك.

ولا يمكن انتهاك حرمة المسكن إلا في الحالات الآتية: انقضاء خطر مشترك، أو

خطر يهدد الحياة الفردية، وبمقتضى قانون للوقاية من أخطار جسيمة تهدد الأمن

والنظام العام.

وتقترب هذه المادة من نص المادة ٥٨ من الدستور المصري التي جاء فيها:

"للمنازل حرمة، وفيما عدا حالات الخطر، أو الاستغاثة لا يجوز دخولها، ولا

تفتيشها، ولا مراقبتها أو التنصت عليها إلا بأمر قضائي مسبب، يحدد المكان،

والتوقيت، والغرض منه، وذلك كله في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية التي

ينص عليها، ويجب تنبيهه من في المنازل عند دخولها أو تفتيشها، وإطلاعهم على

الأمر الصادر في هذا الشأن".

وعلى مستوى الدستور السوري، نص المشرع الدستوري السوري في الفقرة ٢ من المادة ٣٦ على أنه: "المساكن الخاصة مصونة لا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر من الجهة القضائية المختصة وفي الأحوال المبينة في القانون".

ومع مراعاة النص السوري والمصري، اللذان قصرًا ضوابط تقييد حق المسكن بالأمر القضائي، فإن المشرع الدستوري يمكن أن يذهب لتحديد ضوابط معينة وواضحة يمكن من خلالها تقييد الحق، كما فعل المشرع الدستوري الألماني، بالعبارات التي أطلقها: "اتقاء خطر مشترك"، أو "خطر يهدد الحياة الفردية"، "أخطار جسيمة تهدد الأمن والنظام العام".

ومن الحقوق كذلك حق الملكية، حيث تنص المادة ٣٥/ من الدستور المصري على أن: "الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون".

ويقابلها في الدستور السوري لعام ٢٠١٢ المادة ١٥/ التي تنص على أن:

١ — الملكية الخاصة من جماعية وفردية، مصادرة وفقاً للأسس الآتية:

أ — المصادرة العامة في الأموال ممنوعة.

ب — لا تنتزع الملكية الخاصة إلا للمنفعة العامة بمرسوم ومقابل تعويض

عادل وفقاً للقانون.

ج - لا تفرض المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي مبرم.

د - تجوز المصادرة الخاصة لضرورات الحرب والكوارث العامة بقانون لقاء

تعويض عادل.

٢ - يجب أن يكون التعويض معادلاً للقيمة الحقيقية للملكية.

وهنا تبرز أهمية الضوابط التي يحددها المشرع الدستوري، والتي يمكن أن تستغلها القوانين العادية للنيل من جوهر هذه الحقوق، وليس أقدر ولا أصلح من قاضي التناسب للقيام بمهمة التحقق من توافر الشروط والضوابط في النص الذي وضع قيوداً أو حدوداً على مثل هذه الحقوق، ومدى تحقق التوازن فيه^(١).

وجدير بالذكر في هذا المقام، بأن المشرع الدستوري قد يسلب أي سلطة تقديرية للمشرع العادي في وضع الضوابط والقيود على ممارسة الحق، ومن أبرز ما يمكن ذكره في هذا المجال هو الحقوق السياسية، وعلى رأسها حق الاجتماع والتظاهر السلمي، فإن كان هذا الحق يخضع من حيث المبدأ للتنظيم القانوني الذي يحيله المشرع الدستوري للمشرع العادي، إلا أنه وفي غالب الأحيان يحدد ضوابط أساسية تتعلق بجوهر هذا الحق.

(١) انظر : د. شادي محمد صلاح عبد البديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص. ٥٢٠.

ف نجد أن المشرع الدستوري في مصر أورد في المادة /٧٣/ منه على أن:
"للمواطنين حق تنظيم الاجتماعات العامة والمواكب والمظاهرات، وجميع أشكال
الاحتجاجات السلمية، غير حاملين سلاح من أي نوع، بإخطار على النحو الذي
ينظمه القانون".

وجاء في المادة /٤٤/ من الدستور الكويتي الصادر في عام ١٩٦٢ أن:
"للأفراد حق الاجتماع دون حاجة لاذن أو إخطار سابق ولا يجوز لأحد من قوات
الأمن حضور اجتماعاتهم الخاصة، والاجتماعات العامة والمواكب والتجمعات مباحة
وفقاً للشروط والأوضاع التي بينها القانون، على أن تكون أغراض الاجتماع ووسائله
سلمية ولا تنافي الآداب".

وفي الدستور الايطالي الصادر في عام ١٩٤٧ نصت المادة /١٧/ على أن:
"للمواطنين حق الاجتماع سلمياً ودون أسلحة، لا حاجة لإشعار مسبق بالنسبة إلى
الاجتماعات، بما فيها تلك التي تعقد في أماكن مفتوحة للعامة، وبالنسبة إلى
الاجتماعات التي تعقد في أماكن عامة ينبغي تقديم إشعار مسبق إلى السلطات التي
يجوز لها منعها لأسباب مبررة تتعلق بالأمن والسلامة العامة".

إذاً في النصوص السابقة وضع المشرع الدستوري الضابط وحدّده ورسمه
بدقة، ولم يدع للمشرع العادي أي سلطة في تقديره وتحديده، وهنا لا يشكل الأمر
صعوبة للقاضي الدستوري عند فحص دستورية القوانين المتعلقة بهذه الحقوق، ولا

حاجة لتطبيق مبدأ التناسب على اعتبار أن المخالفة الدستورية في حال وضع قيد غير القيد الذي حدده الدستوري ستجعل من المخالفة الدستورية واضحة.

وهذا ما حدث في أحد تطبيقات المحكمة الدستورية العليا في مصر بحكمها الصادر بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٠٧ لعام ٢٠١٣ بتنظيم الحق في الاجتماعات العامة والمواكب والتظاهرات السلمية، وسقوط نص الفقرة الثانية من هذه المادة، ورفض ماعدا ذلك من الطلبات، وذلك للمخالفة الدستورية التي وقع بها المشرع من خلال وضعه لشرط الترخيص قبل بدء المظاهرة من قبل المنظمين لها، حيث أن دستور عام ٢٠١٢ في مادته رقم ٥٠/ تضمنت "للمواطنين حق تنظيم الاجتماعات العامة والمواكب والتظاهرات السلمية غير حاملين سلاح ويكون ذلك بناءً على إخطار ينظمه القانون"، واستندت المحكمة في قرارها على أن الدستور حرص على أن يفرض على السلطتين التشريعية والتنفيذية من القيود ما ارتأه كفيلاً بصون الحقوق والحريات العامة، وفي الصدارة منها حق الاجتماع والتظاهر السلمي^(١).

(١) للمزيد انظر القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٦٠ لسنة ٣٦ قضائية دستورية، منشور في الجريدة الرسمية المصرية العدد ٥٠ تاريخ ١٥ ديسمبر (كانون الأول) عام ٢٠١٦ ص ١٣-٢٧، وانظر أيضاً موقع المحكمة الدستورية العليا في مصر على الرابط الإلكتروني:

<http://www.sccourt.gov.eg/SCC/faces/PortalHome.jspx?Adf-Window-Id=trlqb382e&Adf-Page-Id=0>

لكن الأمر يكون أكثر صعوبة ويحتاج لتطبيق مبدأ التناسب عند عدم تحديد هذه الضوابط، في ميدان هذه الحقوق، كما فعل المشرع الدستوري السوري حيث نصت المادة /٤٤/ منه على أن: "للمواطنين حق الاجتماع والتظاهر سلمياً والإضراب عن العمل في إطار مبادئ الدستور وينظم القانون ممارسة هذه الحقوق"، وفي ذات التوجه ذهب الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة /٣٨/ منه التي نصت على أن: "تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام والآداب، حرية الاجتماع والتظاهر السلمي وتنظم بقانون".

فالدستور السوري ونظيره العراقي لم يبيّنا ضوابط تقييد هذا الحق، لذلك فإن المشرع غالباً ما يذهب للتشدد في ضوابط ممارسة هذا الحق، وهذا ما ذهب إليه المشرع السوري في المرسوم التشريعي رقم /٥٤/ من خلال المادة الخامسة منه التي اشترط فيها على وجوب الترخيص قبل بدء التظاهر بالإضافة لتقديم تعهد موثق أمام الكاتب بالعدل من قبل اللجنة المنظمة بتحملها كافة الأضرار التي قد يلحقها المتظاهرون بالأموال والممتلكات العامة والخاصة.

المطلب الثاني

موقف الفقه الدستوري من رقابة التناسب

يمثل التناسب والذي يعني التوافق بين السبب والمحل في القرار الإداري والقانون جانباً من جوانب الملاءمة، والتي تعني توافق العمل القانوني (قرار أم قانون) مع ظروف الزمان والمكان والموضوع الذي يحكمه، فالتناسب ليس الجانب الوحيد أو كل جوانب الملاءمة في القرار الإداري أو القانون، وإن اعتبر من أهم جوانبها، وإنما هو أحد ملازمات القرار الإداري أو القانون في مجال السلطة التقديرية للإدارة والمشرع، تأسيساً على أن عملية التناسب هو ملاءمة القرار الإداري أو القانون^(١).

وتأسيساً على أن رقابة التناسب في التشريع تعتبر جانب من جوانب رقابة ملاءمة التشريع، فقد ثار خلاف في الفقه الدستوري حول جواز رقابة القاضي الدستوري على تقدير السلطة التشريعية لملاءمات إصدار التشريع، فذهب جانب من الفقه لاعتبار أن رقابة الملاءمة من قبل القاضي الدستوري تُعد تدخلاً غير مشروع، وانتهاكاً صريحاً لمبدأ الفصل بين السلطات بحسبان أن هذه الرقابة يجب أن تقف عند حد المشروعية، ولا يتخطاها إلى التدخل في مراقبة مدى ملاءمة التشريعات.

(١) انظر : د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٢.

في حين ذهب رأي آخر لتأييد هذه الرقابة تأسيساً على اعتبار أن رقابة الملاءمة للتشريعات تُعد من عناصر رقابة المشروعية، ومن ثم فإن من حق جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية أن تراقب السلطة التقديرية للمشرع، وأن تقيدها بالنطاق المحدد لها دستورياً، وأن هذا يعد من واجبها القانوني، ولا تكون بذلك مخالفة لأحكام الدستور أو متجاوزة لمبدأ فصل السلطات.

ولتفصيل ذلك، والوقوف على حجج كل فريق، لترجيح أحدهما، نتناول هذا المطلب من خلال فرعين، نتحدث في الأول عن موقف الفقه المعارض لرقابة الملاءمة، وفي الفرع الثاني نتحدث عن موقف الفقه المؤيد لها، من خلال التالي:

الفرع الأول

موقف الفقه المعارض لرقابة الملاءمة

يرى هذا التوجه الفقهي بأن خضوع ملاءمة التشريعات التي يجريها المشرع لرقابة الدستورية، على اعتبار أن تلك الملاءمة تدخل في نطاق السلطة التقديرية للهيئة التشريعية، والتي يجب أن يقف عندها القضاء الدستوري، وإن هو تخطاها، فإنه يكون بذلك قد تعدى الدور القانوني متجاوزاً بذلك حدود الرقابة الدستورية.

ومن المبررات التي يستند إليها هذا التوجه الفقهي نذكر ما يأتي:

أولاً. طبيعة الرقابة الدستورية تتعارض مع رقابة الملاءمة :

تجد قاعدة عدم خوض القاضي الدستوري في رقابة ملاءمة التشريع جذورها في أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين — وحسب نشأتها الأولى — هي رقابة قانونية يمارسها متخصصون من رجال القانون، ومن ثم فإنه يتعين على القاضي الدستوري أن يؤدي مهام وظيفته داخل حدودها المقررة وهي التحقق من موافقة القانون للدستور، وذلك وفقاً للاعتبارات القانونية التي يحددها الدستور النافذ والمعمول به دون أن يكون له أدنى شأن باعتبارات الملاءمة^(١).

ويذهب غالبية الفقه^(٢) للقول بأن رقابة الدستورية هي رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد، تقتصر على المسائل الدستورية، ولا تمتد إلى المسائل التي تدخل في الاختصاص التقديرى للسلطة التشريعية، ومن أخص وأبرز هذه المسائل ما يتعلق بملاءمات التشريع، ولذلك تعد رقابة الدستورية رقابة مشروعية لا رقابة ملاءمة.

(١) انظر : د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالنظم المقارنة، دار الجامعات المصرية، ١٩٧٨، ص. ٦٠٨.

(٢) انظر في ذلك :

أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والاقليم المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق. جامعة القاهرة، ١٩٦٠، ص ٤١٠ .

د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ١٨١ .

ثانياً. تفوق مشروعية البرلمان على مشروعية قضاة الدستورية :

يرى جانب من الفقه^(١) بأن رقابة الملاءمة تمكن القضاء الدستوري من وزن وتقدير الطابع المناسب للوسائل والخيارات التي يقرها المشرع لتحقيق أهدافه، وقد ينجم عن ذلك أن يتوصل القضاء الدستوري إلى نتيجة مختلفة عما ارتأه المشرع، وهو الأمر الذي يعتبر أحد المآخذ على تلك الرقابة، ولا سيما أن ممثلي الشعب — أعضاء البرلمان — يحوزون شرعية أكثر من أعضاء المجلس الدستوري، باعتبارهم منتخبون من الشعب، وبالتالي فهم أقدر من القضاء على تقدير الوسائل المناسبة لتحقيق وإشباع الأهداف المبتغاة.

وبالتالي يتوجب على القضاء الدستوري اجتناب إصدار أحكام تقويمية على القانون من ناحية ملاءمته أو مدى صلاحيته للظروف السياسية والاجتماعية، إذ لا شك أن هذه الملاءمة من أخص مظاهر السلطة التقديرية التي تتمتع بها الهيئة التشريعية، واشتراك القضاة في تقديرها يعد تدخلاً في صميم عمل الوظيفة التشريعية وخروجاً صريحاً على مبدأ الفصل بين السلطات^(٢).

(١) انظر : د. ثروت عبد العال، حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ١٩٩.

(٢) انظر : د. أحمد كمال أبو المجد، مستقبل القضاء الدستوري في مصر، مقال منشور بجريدة الأهرام المصرية، بتاريخ ١٨/٨/١٩٩٨.

ثالثاً. اختلاف رقابة القضاء الدستوري عن رقابة القضاء الإداري :

يؤسس بعض الفقه حجته بامتناع رقابة الملاءمة على التشريعات باختلاف طبيعة القرارات الإدارية عن طبيعة التشريعات، فلا غضاضة أن تصل الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة إلى أقصى الحدود، لأن الأصل هو إخضاع السلطة الإدارية لرقابة القضاء، وأن توجه تصرفاتها مجموعة من الأهداف والغايات لا يجوز لها أن تخرج عنها بصفة دائمة، أما رقابة القضاء على تصرفات السلطة التشريعية، فهو استثناء من أصل عام، ورقابة الدستورية إذا لم ينص عليها صراحةً أو يعهد بها إلى جهة قضاء خاص، لا تقوم على أساس إخضاع السلطة التشريعية للدستور، ومثل هذه الرقابة غير المباشرة على التشريع، لا يمكن أن تتسع بداهة لما تتسع له الرقابة المباشرة على القرارات الإدارية، على أنه حتى لو أنشئت جهة قضاء خاص تتولى إلغاء التشريعات المخالفة للدستور، فإن ذلك لا يعني ممارسة القضاء لسلطة تعلو سلطة المشرع، أو إحلال تقديراته محل تقديرات المشرع، ذلك أن جوهر السلطة التشريعية هو حرية المقاصد والأهداف، ومهما كان وضع القضاء في نظام ديمقراطي، فإنه لا يسمح بإصدار تقديرات السلطة التشريعية بحجة الرقابة على دستورية القوانين، إذ إن إلزام المشرع بالعمل داخل حدود الدستور، لا يمكن أن يعني مراقبة القضاء لنوايا المشرع وتقديراته، وإلا أدى ذلك إلى تعطيل معنى السيادة الشعبية، فضلاً عن أن مثل هذه الرقابة لا تعد عندئذ فصلاً في خصومة قانونية، بل

تعد نوعاً من التشريع الذي يقوم به القضاء بطريقة غير مباشرة ما دام أن تقديره يحل محل تقدير المشرع^(١).

فتقسيم سلطة المشرع وفق هذا الرأي إلى سلطة مقيدة وتقديرية لفرض الرقابة على سلطته التقديرية لإثبات عدم انحرافها في استعمالها، هو أمر غير مقبول ومن الأسلم أن يقنع القضاء بالرقابة على دستورية القوانين بالمعنى المتعارف عليه في قضاء المحاكم التي تقرض هذه الرقابة، ولا يتوغل حتى لا يمس استقلال السلطة التشريعية ويتدخل في ملاءمات العمل التشريعي ومناسباته من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية^(٢).

رابعاً. رقابة الملاءمة رقابة سياسية محظورة على القضاء :

إن رقابة القضاء على دستورية القوانين ذات طبيعة قانونية مجردة، فوظيفة القاضي بشكل عام هي الفصل في المنازعات ذات الطبيعة القانونية، فإذا ما عرض أمامه نزاع يتطلب تطبيق نص قانوني معين، ووجد القاضي أن هذا النص يتعارض مع نص دستوري، فإن الواجب الطبيعي أن يطبق القانون الأعلى عند تعارضه مع قانون أدنى، ومن أجل هذا يجب على القاضي عند إعمال رقابته على دستورية

(١) انظر : د. محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٧، ص ١٣٨ .

(٢) انظر : د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٢٢٧ .

القوانين ألا يتجاوز المجال القانوني في بحثه لدستورية القوانين، فإذا تجاوز هذا المجال إلى المجال السياسي يكون قد خرج عن المفهوم السليم للرقابة^(١).

فالقضاء الدستوري يمارس رقابة حذرة على السياسة التشريعية للحكومة، لا سيما تلك القوانين التي تتخذ لتطبيق مشروع سياسي رئيسي يكون غالباً ترجمة تشريعية لالتزام انتخابي للأغلبية الحكومية، والقضاء الدستوري لا يتوجب عليه أن يتساءل عن الأهداف ذات الأولوية للحكومة التي يأملها المشرع، وخاصة في المجالات الاقتصادية والمالية والانتخابية، ومن ثم فإن القاضي الدستوري يلتزم بالسياسة التشريعية بحسبان أنه لا يراقب الأهداف السياسية التشريعية للحكومات المتتالية^(٢).

والواضح أن الفقه السابق يؤسس رأيه ومبرراته على أحكام القضاء الدستوري الذي رفض الخوض في رقابة ملاءمات التشريع، فالمجلس الدستوري الفرنسي مستقر على تأكيد عدم امتداد رقابته لفحص ملاءمة التشريع أو الخوض فيها، حيث أنه يعلن باستمرار أن الدستور لم يمنحه الحق في فرض رقابته على السلطة التقديرية للمشرع، وأنه لا يملك الحكم على الملاءمات التي استند عليها المشرع عند

(١) انظر : د. عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص ٤٦٠ .

(٢) انظر : د. محمد عبد العال السناري، القانون الدستوري، نظرية الدولة (الحكومة)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٧٥، ص ٤٢٨ .

سنه للقانون^(١)، ويستند المجلس الدستوري الفرنسي في ذلك إلى المادة /٦١/ من الدستور التي لا تمنحه سلطة عامة في التقدير والتقرير مماثلة للسلطة الممنوحة للبرلمان^(٢).

فالمشرع وحده الذي يملك تقدير مناسبات وملاءمات نقل ملكية المشروعات العامة إلى الملكية الخاصة، وهو الذي يملك تقدير وتقرير ملاءمة خصخصة بعض المشروعات العامة^(٣).

وفي مصر فقد حرصت المحكمة الدستورية العليا ومن قبلها المحكمة العليا على تأكيد عدم امتداد رقابتها لبحث ملاءمات التشريع، فلا يجوز لها أن تزن بمعاييرها الذاتية السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين، ولا أن تناقشها أو تخوض في ملاءمة تطبيقها، فالرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة التشريع باعتبار أن ملاءمته من أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع^(٤).

وفي حكم آخر أعلنت فيه المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن: "النص على عدم جواز الطعن في بعض الأحكام القضائية وقصر التقاضي بالنسبة لما فصلت فيه على درجة واحدة هو من الملاءمات التي يستقل بتقديرها المشرع الذي ارتأى في

(١) Décision n° 84-179 ، du 12 Septembre 1984 _ Décision n° 81-132 ، du 16 janvier 2017.

(٢) Décision n° 74-54 QPC، du 15 janvier 1975 _ Décision n° 2012-249 QPC، du 16 mars 2012.

(٣) Décision n° 86-207، du 26 juin 1986.

(٤) حكم المحكمة العليا في مصر بالقضية رقم ٥ لسنة ٥ ق. ع. د، جلسة ١٩٧٩/٧/٣.

تشكيل مجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة من سبعة من أقدم أعضائه ما يدعو إلى عدم إجازة الطعن في أحكامه واعتبار النقاضي أمامه على درجة واحدة^(١).

وترد المحكمة الدستورية العليا في مصر هذا الامتناع في خوض رقابة الملاءمة إلى التطبيقات المقارنة للرقابة الدستورية، وذلك بقولها: "إن التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية لا يخوّل المحكمة الدستورية العليا أن تزن بنفسها وبمعاييرها ما إذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازماً، أو أن إقراره في مناسبة بعينها ملائماً، إذ ليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون عليها لأحكام الدستور"^(٢).

الفرع الثاني

موقف الفقه المؤيد لرقابة الملاءمة

خلفاً للرأي الفقهي السابق، فإن هناك جانب من الفقه قد ذهب إلى تأييد رقابة التناسب من قبل القاضي الدستوري باعتبارها أحد عناصر الملاءمة، وعلى اعتبار أنها رقابة مشروعية دستورية وليست محض تدخل في السلطة التقديرية للمشرع، ويسوغ هذا الفقه مجموعة من التبريرات لموقفه، ويرد بها على الفقه المخالف، وهي وفق الآتي:

(١) حكمها الصادر بالقضية رقم ١٠ لسنة ١ ق.د. جلسة ١٦/٥/١٩٨٢

(٢) حكمها الصادر بالقضية رقم ١٩ لسنة ١٩ ق.د. جلسة ٧/٣/١٩٩٨

أولاً. حتمية رقابة الملاءمة من قبل القاضي الدستوري :

إن رقابة الملاءمة كما يرى هذا الفقه، بأنها تُعد أمراً محتوماً ولا مفر منه بالنظر إلى طبيعة القواعد الدستورية التي يستند إليها القضاء الدستوري لممارسة رقابته، وأنه يمكن التأكيد على أهمية هذه الرقابة من خلال الدور التوفيقي المنوط برقابته، فهو يؤكد ضرورة وأهمية الرقابة الفعالة لحماية الحقوق والحريات الأساسية من ناحية، وعلى تكريسه لمقتضيات وبواعث الصالح العام المقيدة تلك الحقوق والحريات من ناحية أخرى، وهو ما سيقود ليس فقط إلى إمكانية، بل إلى وجوب اللجوء لرقابة الملاءمة بهدف التحقق من إجراء المشرع للتوفيق اللازم بين تلك الاعتبارات المتعارضة^(١).

وتتجلى حتمية هذه الرقابة في ميدان التوفيق بين الحقوق والحريات الأساسية من ناحية، ومقتضيات الصالح العام من ناحية أخرى، وأنه على الرغم من غياب الإقرار القضائي الصريح برقابة الملاءمة، إلا أنها حاضرة بوضوح في المنازعات الدستورية، فهي رقابة تقتضيها النصوص الدستورية نفسها، ويقتضيها أيضاً التوفيق بين متطلبات الصالح العام والحقوق والحريات الأساسية دون إهدار أي منها^(٢).

(١) انظر : د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٨٧.

(٢) انظر : د. عصام سعيد عبد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٣، ص ٦٣٠.

ثانياً. رقابة الملاءمة لا تعني ممارسة عمل سياسي :

رقابة الملاءمة لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، ما دام هذا المبدأ لا يُعد مبدأ قانوني مجرد، بل يُعد قاعدة من قواعد فن السياسة، كما أن الفصل بين رقابة المشروعية الدستورية وبين الرقابة السياسية ورقابة الملاءمة في معرض فحص دستورية القوانين أمر لا يخلو من إبهام، لأن الاعتبارات السياسية أصل والاعتبارات القانونية تابع لهذا لأصل، فقامت بينهما صلة متينة الأواصر تجعلهما مختلطين أو متقاربين تماماً، والدليل على ذلك هو كون حالات الدستورية كلها ذات طبيعة سياسية في التشريع عموماً^(١).

ثالثاً. رقابة الملاءمة ضرورة تفرضها طبيعة النصوص الدستورية :

يرى جانب من الفقه أن الرقابة القضائية تمتد إلى ملاءمة التشريع للوقائع أو الظروف الاقتصادية والاجتماعية استناداً إلى دليل إثبات واضح يتمثل بالمنطق الابتدائي لكل نشاط يتعلق بإنشاء قاعدة قانونية، حيث أن القاعدة التي تصاغ من قبل المشرع تكون محصلة لدراسة الوقائع، ولبذل الجهود فيما يتعلق بالتصور المستقبلي للواقعة، وعلى هذا الأساس فإن القاعدة القانونية تتطوي إذاً في بعض عناصرها على مسائل واقعية معينة بشكل يكفي للقاضي أن يأخذها بعين الاعتبار عند إصداره للأحكام المتعلقة بمدى مطابقة هذه القاعدة مع أحكام الدستور، بالإضافة إلى ذلك،

(١) انظر : د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ١٩٣ .

فإن المشرع عندما يتجنب هذه القاعدة، فإن ذلك لا يعني أكثر من تجنبه مخاطر الوقوع في غلط بتقدير الظروف الواقعية، فضلاً عن ذلك أن مما يدعم هذا القول في الفقه والقضاء الدستوري الإيطالي ما يسمى لديهم بمذهب القانون النشط أو الحي، إذ أن هذا القانون يرجع في الحقيقة إلى أصل اجتماعي مما يسمح للقضاء الدستوري بالقيام بالتفسير الموحد للقانون عند تقرير دستورية هذا القانون الحي، وذلك بالكشف عن تأثير الواقع الاجتماعي في القوانين لتقدير مرونة النص أو فاعليته من خلال الواقع الاجتماعي^(١).

فدور القاضي الدستوري لا يقتصر على مجرد ترديد كلام المشرع الدستوري، وإنما يتعداه إلى إعمال تقديره الشخصي للمعنى الحقيقي الذي قصده المشرع الدستوري، ويظهر ذلك في الحالات التي تكون فيها القاعدة الدستورية مرنة وغير محددة بحيث تتسم بالغموض والإبهام، يستخلص من ذلك أن المشرع الدستوري قصد من وراء ذلك تخويل المشرع العادي سلطة تقديرية بصدد الموضوع محل التنظيم التشريعي، وهذه السلطة تضيق وتتسع بحسب درجة التحديد والوضوح الذي يكون عليه النص التشريعي، وبذلك يصعب التسليم بأن رقابة القاضي الدستوري

(١) انظر : د. إبراهيم محمد عبد العال، الاتجاه الحديث في رقابة الدستورية للمحكمة الدستورية الإيطالية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، مجلد ٢ عام ٢٠١٧، ص ١٨١٠ وما بعدها.

على الشرعية الدستورية، في هذه الفرضية، هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملائمة.

وأمام موقف الفقه المؤيد والمعارض لرقابة الملائمة من قبل القاضي الدستوري، نجد أن هناك توجه فقهي أكثر اعتدالاً، وهو ما نؤيده، حيث أنه لم يعارض رقابة الملائمة بشكل كامل ولم يؤيدها بشكل مطلق، بل فرق هذا الفقه بين صور الملائمة، بقوله^(١):

إن القاضي الدستوري لا يراقب الملائمة بصورة كاملة، بل يراقب جوانب معينة من هذه الملائمة عندما تكون عنصراً جوهرياً من عناصر صحة التشريع من الناحية الدستورية كما هو الحال عند تطبيق مبدأ التناسب في التشريع، والذي يعترف به الدستور صراحةً أو ضمناً، فضلاً عن ذلك عندما يمارس القاضي الدستوري هذه الرقابة فإن عليه أن يستخدم معياراً موضوعياً وليس شخصياً أو ذاتياً لإثبات وجود عدم التناسب، وأن يقدر في ضوء ذلك تأثير عدم التناسب في صحة التشريع، فالقاضي الدستوري يجب أن لا يبالغ في رقابته على هذه الجوانب المهمة من الملائمة التشريعية كأن يحكم بعدم دستورية التشريع لأي عدم تناسب أو غلط في تقدير المشرع، فالغلط أو عدم التناسب المسموح بأن يراقبه القاضي الدستوري هو

(١) انظر في ذلك : د. شادي محمد صلاح عبد البديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٤١٠.

الذي يبلغ حداً من الصرامة والجسامة بحيث يكون واضحاً أو بيناً، وبذلك فإنه ليس هنالك أصلح ولا أكفاً من القاضي الدستوري للقيام بهذه المهمة الحساسة والدقيقة التي تحتاج أن يمسك بيده ميزاناً عادلاً يزن في الأشياء بدقة، لا لكي ينحاز لأي من كفتي الميزان، ولكن ليتحقق من مدى قيام التناسب والتوازن بينهما، وعدم وجود الخلل الواضح الذي لا يمكن أن تستقيم الأمور مع استمراره، وعلى هذا الأساس الموضوعي فإنه لا بد من وجود رقابة لضمان قيام وتحقيق التناسب بين المصالح المتعارضة، وبصورة بارزة عند استعمال الدولة لسلطتها في فرض القيود على حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية للحفاظ على المصلحة العامة أو النظام العام.

وأما وجهة الرأي السابق فإننا نرى أن رقابة التناسب لا تعني بالضرورة رقابة الملاءمة، بل هي رقابة أحد صور الملاءمة، فعلى اعتبار أن كلاهما يدخلان في إطار السلطة التقديرية للمشرع، ومع ذلك فإن مفهوم كل منهما يختلف عن الآخر، فالملاءمة تعني في مجال التشريع توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف السياسية والاقتصادية التي يصدر فيها^(١)، بمعنى أن المختص بإصدار التشريع يتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال، فهو الذي يقرر بدءاً إذا كان من الملائم إصداره أو عدم إصداره على الإطلاق، وإذا رأى ضرورة إصداره، فهو

(١) انظر : د. عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ١٨.

الذي يختار الوقت المناسب لإصداره، وإذا استقر على التوقيت الملائم لإصداره، فهو الذي يقرر ملائمة الظروف المحيطة بإصدار هذا التشريع.

أما التناسب فيعني مدى التوافق بين محل التشريع وسببه، أي مدى التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التي جعلت السلطة التشريعية تفكر في إصدار تشريع معين لتنظيم وحكم هذه الحالة، وبين محل أو موضوع التشريع ذاته، أي الأثر القانوني المراد تحقيقه من وراء إصدار هذا التشريع، أو بين الوسائل المستخدمة والغايات المستهدفة.

الفصل الثاني

تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الدستوري

تمهيد وتقسيم :

يعتقد المجلس الدستوري الفرنسي رقابة التناسب في العديد من المجالات، فلقد راقب المجلس مدى التناسب في الإجراءات والتدابير التي تضمنتها التشريعات المقترحة المنظمة لمواضيع الحرية العامة والملكية وحقوق الإضراب والتأميم والعدالة الضريبية وغير ذلك من المواضيع، وقد أطلق المجلس الدستوري الفرنسي عدة عبارات مختلفة في مجال رقابته على عدم التناسب، منها القول بعدم التناسب المبالغ فيه، أو التفاوت الواضح أو الخطأ الواضح في التقدير، أو عدم التناسب الذي لا يوجد ما يبرره بطريقة واضحة.

ولقد تمكن المجلس الدستوري الفرنسي من أن يمد ولايته في الرقابة على التناسب من خلال موازنة العلاقة بين سبب التشريع ومحلّه، باعتبار أن العمل التشريعي — مثله في ذلك مثل العمل الإداري — يبدأ بالسبب مروراً بالمحل وانتهاءً بالغرض، وإن البرلمان إذ يصدر تشريعاً يجب أن يحدد الأسباب القانونية والواقعية التي دفعته إلى إصداره.

ومن خلال تتبع قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر نجد أن القضاء الدستوري المصري قد استخدم عدة أدوات للاستعانة بها بمهمته في رقابته على مبدأ التناسب، ومن بين تلك الأدوات أو الوسائل هناك فكرة الضرورة تقدر بقدرها وفكرة

المعقولية فضلاً عن استخدامه آلية "الترابط العقلي أو المنطقي بين أغراض التشريع ووسائله" على الرغم من عدم وجود أساس لهذا الآلية في نصوص الدستور.

وكون عرض جميع الحقوق والحريات والمبادئ الدستورية ليس مجال هذه الدراسة، فإننا نعرض للحقوق والحريات والمبادئ التي تمثل المجال الذي تمارس فيه رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، ومن خلال تطبيقات وأحكام القضاء الدستوري، فإننا نتناول هذا الفصل من خلال مبحثين وفق الآتي:

المبحث الأول: تطبيقات مبدأ التناسب في حماية الحقوق والحريات العامة

المبحث الثاني: تطبيقات مبدأ التناسب في القوانين الجزائية والضريبية

المبحث الأول

تطبيقات مبدأ التناسب في حماية الحقوق والحريات العامة

من المقرر أن للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق بما لا معقب عليه في تقديره ما دام أن النص التشريعي الذي قرره لتلك الحالات قد صدرت به قاعدة عامة مجردة لا تتطوي على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية، ولا تهدر نصاً في الدستور، كما أنه يملك لمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث يكون لمن توافرت فيهم هذه الشروط دون سواهم أن يمارسوا الحقوق التي كفلها لهم المشرع^(١).

والأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاقها، باعتبار أن جوهر تلك السلطة هو المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم التشريعي، موازناً بينها، مرجحاً ما يراه أنسبها لفحواء، وأحراها بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وأكفلها لأكثر المصالح وزناً في مجال إنفاذها. وليس ثمة قيد على مباشرة المشرع لسلطته هذه، ما لم يكن الدستور قد فرض في شأن ممارستها ضوابط محددة، تعتبر تخوماً لها لا يجوز تجاوزها، بل يتعين التزامها نزولاً عليها وتقيداً بها^(٢).

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بالقضية رقم ٢١ لسنة ٧ ق.د. ، جلسة ١٩٨٩/٣/٢٩.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بالقضية رقم ٣١ لسنة ١٧ ق.د. ، جلسة ١٩٩٩/٢/٢.

وانطلاقاً من ذلك نتناول تطبيقات رقابة التناسب في ميدان الحقوق والحريات

الأساسية من خلال مطلبين وفق الآتي:

المطلب الأول: رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات المدنية والسياسية

المطلب الثاني: رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية

المطلب الأول

رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات المدنية والسياسية

لقد جاء الاعتراف بالحقوق والحريات المدنية والسياسية من قبل المجتمع الدولي - تاريخياً - قبل اعترافهم بالحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية^(١)، ونظراً لانقسام الشعب - بحسب الفقه - إلى قسمين (شعب اجتماعي وشعب سياسي) جاء تقسيم الحقوق والحريات العامة إلى (حقوق وحريات مدنية وأخرى (سياسية)^(٢).

فكان الفاصل بينهما، أن الأولى يتمتع بها جميع الأفراد على قدم المساواة، بدون تفرقة أو تمييز بين المواطنين والأجانب لأنها حقوق لازمة للشخص باعتباره عضواً في المجتمع كالحق في الحياة وحرية الاعتقاد والتفكير وأمثالهما، وهي ثابتة لكل إنسان^(٣). أما الثانية، فيقتصر التمتع بها على المواطنين فقط وبشروط خاصة

(١) انظر : راوية احمد عبد الكريم الظهار . حقوق الانسان في الاسلام ط٢ دار الزمان . السعودية ٢٠٠٧ ص٦٤ .

(٢) انظر : د. عثمان خليل عثمان . القانون الدستوري الكتاب الاول في المبادئ الدستورية العامة (بلاد) القاهرة .

١٩٥٦ ص١٣٤ وثروت بدوي . النظم السياسية م.س.ص٣٦٤ وما بعدها

(٣) إن الفصل التقليدي في تقسيم القانون إلى: (قانون خاص) و(قانون عام) ليكون القانون المدني أساس الاول ويكون القانون الدستوري المسمى عند البعض ب(القانون السياسي) هو الأساس لتقسيم الشعب إلى (شعب اجتماعي) يتمتع بتلك الحقوق المدنية و (شعب سياسي) يتمتع لوحده بالحقوق السياسية دون بقية الوطنيين الذين يتمتعون بالجنسية في الشعب الاجتماعي من ناحية . وكان المنطلق لهؤلاء الفقهاء القانونيين -من ناحية ثانية- في تقسيمهم الثنائي للحقوق والحريات إلى (مدنية وسياسية).

انظر: د. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون (بغداد، مطابع بيت الحكمة، طبعة عام ١٩٨٩)، ص١٨٩ وما بعدها.

حددتها القواعد القانونية للقانون الدولي لحقوق الانسان وذلك لأنها تخص إدارة شؤون البلد سياسياً، مثل الحق في المشاركة في الحياة السياسية وفي مقدمتها حق الانتخاب والترشيح للمجلس، وحق تولي الوظائف العامة وغيرها^(١).

والحقوق المدنية إما حقوق عامة: وهي الحقوق اللازمة للفرد فهي حقوق وحریات أساسية لصيقة به باعتباره بشراً وتسمى بالحقوق الشخصية لأنها متعلقة بحمايته كبشر وكفالة حرياته الطبيعية، فهي لا يجوز إيقافها بفعل إيقاف الدساتير في ظروف الطوارئ، والحقوق العامة، هي موضوع القانون الدستوري، ومن أمثلتها: الحريات أو الرخص العامة كحرية التنقل وحرية الاجتماع وحرية الرأي وحرية العقيدة وحرية المسكن^(٢)، أو حقوق خاصة وهي: حق الأسرة، والحقوق المالية، وأمثالهما.

أما الحقوق السياسية، فهي تلك الحقوق التي تسمح لكل مواطن في دولته أن يعيش حياته السياسية الخاصة بالشكل الذي يراه مناسباً دون السماح للأجنبي أن يتدخل فيها، وتنقسم هي الأخرى إلى شكلين: حقوق فردية: يتمتع بها الفرد كمواطن يمارس العمل السياسي كحق الانتخاب والاستفتاء وأمثالهما. وحقوق جماعية: كحرية الأفراد في تأليف الجمعيات والأحزاب والمشاركة في تسيير شؤون الدولة.

(١) انظر : د. شريف عتلم، محاضرات في القانون الدولي الانساني، اللجنة الدولية للصليب الاحمر، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٤ وما بعدها .

(٢) انظر : د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط ٣، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨١، ص ١٨٦.

الفرع الأول

رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات المدنية

يقصد بالحقوق والحريات المدنية، الحقوق التي يزاولها الفرد بهدف تحقيق مصالحه الخاصة الفردية، كحرية التجول والاستقرار بجميع أنحاء البلاد، والحقوق العائلية كحق الزواج وحقوق الأطفال، والحماية والأمن، وحق الحياة كالكرامة وعدم الاستعباد والسلامة الشخصية، والمساواة أمام القانون، واحترام حرمة السكن وسرية المراسلات والمكالمات^(١).

وذهب المجلس الدستوري الفرنسي في قرار حديث له صادر بتاريخ ٢٠١٨/٣/٨ إلى أن أي مساس بالحرية الفردية يجب أن يكون متوافقاً وضرورياً ومتناسباً مع الهدف المنشود من جانب المشرع^(٢).

وفي الواقع إن المجلس الدستوري أصبح يمارس الآن ثلاثة أنواع من الرقابة رقابة التوافق بمعنى هل التدبير التشريعي في ذاته يسمح بتحقيق الغرض المحدد مسبقاً من جانب المشرع؟ ورقابة الضرورة بمعنى هل لا يوجد تدابير أخرى أقل ضرراً بالأفراد المتعلقة بهم من أجل تحقيق الغرض المستهدف من المشرع؟ ورقابة

(١) انظر : د. محمد بشير الشافعي، قانون حقوق الانسان، منشورات المعارف، ط.٣، مصر، ٢٠٠٤، ص. ٢٤٩
(٢) Décision n° 2018-762 DC، du 15 mars 2018

التناسب بمعنى هل التدبير التشريعي لا يتضمن مساساً مغالى فيه "زائد عن الحد المعقول" للحقوق والمبادئ الدستورية^(١)؟

حيث يعتبر المجلس الدستوري الإخلال بالتناسب ظاهراً أو مغالى فيه إذا كان من شأنه أن تفقد الحقوق والحريات جوهرها ومحتواها لدى المشرع، وفي هذه الحالة يبدو جلياً مدى الإخلال بالمقاصد التي استهدفها الدستور، ولقد عبر المجلس عن الفكرة ذاتها رغم خلو الدستور الفرنسي منها، في إرسائه للمبادئ الأساسية التي تعتمد عليها حماية الحرية الشخصية، وفي اعتبار أن المساس الجسيم للحقوق والحريات يعتبر تجاوزاً من المشرع لسلطته التقديرية، وخروجاً على حدود النظام الدستوري التي لا يجوز له أن يتخطاها.

وفي هذا المجال يعتبر القرار الصادر من المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ ٢٠٠٨/٢/٢١ والمتعلق بالاحتجاز الأمني مثلاً خاصاً في هذا الشأن، حيث أكد المجلس الدستوري أن كل من الاحتجاز الأمني والتحفظ الأمني يجب أن يحترم المبدأ الناتج عن المادة (٩) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر سنة ١٧٨٩، والمادة ٦٦ من دستور ١٩٥٨، والذي بمقتضاه الحرية الفردية لا يجوز تعطيلها بشكل شديد إلا إذا كان ضرورياً، وأن المساس بممارسة هذه الحرية

(١) انظر : د. شادي محمد صلاح، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٤٣١.

"حرية الذهاب والإياب واحترام الحياة الخاصة المحمية بوساطة المواد (٢،٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر ١٧٨٩، والحرية الفردية المحمية بوساطة المادة ٦٦ من الدستور يجب أن تكون متوافقة وضرورية ومتناسبة مع الغرض من الإعاقة المتحققة^(١).

وبالتالي يتضح أن المجلس يتشدد في رقابة التناسب عندما يتعلق الأمر بالحقوق والحريات المدنية، وذلك من خلال تطبيق ثلاثة أجنحة وفقاً لقراره السابق، ففي الخطوة الأولى يتأكد المجلس مما إذا كان التدبير التشريعي متوافقاً مع الغرض المستهدف، وفي الخطوة الثانية يتأكد المجلس مما إذا كان التدبير ضرورياً بمعنى أنه لا يمكن استبداله بتدبير أقل مساساً بالحريات، وأخيراً في المرحلة الأخيرة يمارس رقابة التناسب بالمعنى الدقيق، بمعنى أنه يتحقق من أن النتائج المترتبة على التدبير ليست متجاوزة بالمقارنة بالنتيجة المنشودة^(٢).

وفي مجال الحرية الشخصية، فقد قضى المجلس الدستوري في قراره الصادر في ٢٠١٠/١٠/٧ بأنه إذا كان المشرع قد نص في المادة الأولى من قانون حظر لبس النقاب في الأماكن العامة على أنه لا يجوز لأحد أن يرتدي لباساً يخفي وجهه في الأماكن العامة، وأن هذا الحظر لا يطبق إذا كان هذا اللباس موصوفاً أو مصرحاً

^(١) Décision n° 2008-562 DC، du 21 février 2008.

^(٢) انظر : د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، مرجع سابق، ص ٣٩٩.

به بنصوص تشريعية أو لائحية، كما نص في المادة الثانية على أن الأماكن العامة تتمثل في الطرق العامة وفي الأماكن المفتوحة للجمهور أو المخصصة لمرفق عام، كما نص في المادة الثالثة منه على أن تجاهل الحظر المنصوص عليه في المادة الأولى يعاقب عليه بغرامة مخالقات الدرجة الثانية، فإن هذه النصوص تكفل التوازن بين المحافظة على النظام العام وضمان الحقوق المحمية دستورياً، وأن هذا التوفيق بينهما ليس غير متناسب بشكل واضح، وبالمقابل فإن حظر إخفاء الوجه في الفضاء العام لا يتضمن مساساً زائداً عن الحد للمادة العاشرة لإعلان حقوق الإنسان والمواطن، ولا يحد من ممارسة الحرية الدينية في أماكن العبادة المفتوحة للجمهور، ولذلك فإن المادة الأولى والثانية والثالثة من القانون المحال إلى المجلس لا تتعارض مع الدستور^(١).

كما أقر المجلس الدستوري في ٢٠١٠/٩/١٦ بدستورية جمع وتسجيل البصمات الجينية، حيث قرر أنه يحق للمشرع تأمين التوازن بين منع المساس بالنظام العام والبحث عن مرتكبي الجرائم باعتبارهما من القيم الدستورية من ناحية، وحماية الحقوق والحريات المحمية دستورياً والمدرجة في العديد من مواد الدستور، خاصة واحترام الحياة الخاصة المحمية بالمادة ٢ من إعلان عام ١٧٨٩، واحترام

^(١) Décision n° 2010-613 DC, du 7 Octobre 2010 .

كرامة العنصر البشري، وكذلك الحرية الشخصية التي تضعها المادة ٦٦ تحت حماية السلطة القضائية من ناحية أخرى^(١).

كما أن المجلس الدستوري مدّ رقابته بالتناسب على القوانين النازمة للسجون، فالمشرع وإن كان يحق له تحديد القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية الممنوحة للأفراد المسجونين، وأن هذه القواعد تقيد الحقوق والحريات المضمونة دستورياً، إلا أن المشرع يجب عليه أن يؤمن التوافق بين ممارسة هذه الحقوق والحريات المضمونة دستورياً من ناحية أولى، والهدف ذو القيمة الدستورية في صيانة النظام العام من ناحية أخرى، مثلما لغايات منها تكون مخصصة لتنفيذ عقوبات سالبة للحرية^(٢).

ومن تطبيقات المحكمة الدستورية في مصر، حمايتها لحق التقاضي^(٣)، ففي حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٤ قضت بعدم دستورية نص المادة الرابعة من قانون التعاون الإسكاني الصادر بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨١ فيما انطوى عليه من حظر الحجز على أموال الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان، حيث استندت المحكمة الدستورية إلى أن: "لحق التقاضي غاية نهائية يتوخاها، تمثلها الترضية القضائية

^(١) Décision n° 2010-25 QPC، du 16 Septembre 2010.

^(٢) Décision n° 2014-393 QPC، du 25 Avril 2014 .

^(٣) للتوسع أكثر انظر: محمد سعد إبراهيم فوده، الحماية الدستورية لحق التقاضي (دراسة مقارنة) مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٥٧، ٢٠١٥، ص ١٨١ وما بعدها.

التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها، لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يدعونها .

وتستطرد المحكمة قائلة: "إن دستورية النصوص القانونية مناطها ارتباطها عقلاً بالأغراض التي تتوخاها والتي تبلور إطار لمصلحة مشروعة تحيط بها، فإذا كان اتصال هذه النصوص بالأغراض التي تبتغيها - وبافتراض مشروعيتها - مفقداً أو واهياً كان إبطال هذه النصوص لازماً، ولما كانت الأموال التي يملكها المدين، يشملها الضمان العام لدائنيه، فإن ردهم عنها بنص تشريعي - دون مسوغ - مؤداه أن يكون هذا النص باطلاً من زاوية دستورية باعتبارها عدواناً على حق التقاضي، وتدخلاً غير مباشر في شؤون العدالة، بما يناقض متطلباتها وإفراداً للجمعية التعاونية للبناء والإسكان دون مبرر بمعاملة تفضيلية تختص بها دون غيرها من أشخاص القانون الخاص في مجال الرجوع عليها بالديون المترتبة في ذمتها"^(١).

ويتضح من الحكم السابق أن المحكمة الدستورية في مصر استخدمت آلية "الترباط العقلي أو المنطقي بين أغراض التشريع ووسائله" باعتبارها أحد الآليات التي يستعملها القضاء الدستوري في مصر لإثبات اختلال التناسب في التشريع، ومفادها عدم الترابط أو الاتصال المنطقي بين أهداف التشريع وبين الوسائل التي

(١) حكمها الصادر بالقضية رقم ٥٥ لسنة ٢٠ ق.د جلسة ٢٠٠٠/٣/٤.

استعملها أو قررها المشرع، وباعتباره أحد المعايير التي يُلجأ إليه في تقدير توافق النص التشريعي المطعون عليه مع أحكام الدستور من عدمه^(١).

وفي تقديرنا فإنه وبالإضافة للرأي السابق، نرى أن المحكمة الدستورية في حكمها السابق عملت على رقابة التناسب بين سبب التشريع ومحلّه، وذلك يتضح من خلال عبارتها الآتية: "فإن ردهم عنها بنص تشريعي - دون مسوغ - مؤداه أن يكون هذا النص باطلاً من زاوية دستورية باعتبارها عدواناً على حق التقاضي، فالمحكمة الدستورية بحثت بالأسباب التي يمكن أن تدفع المشرع إلى حظر الحجز على أموال الجمعيات السكنية، فلم تجد ما يبرره، وبالتالي يمكن القول أن المحكمة الدستورية طبقت نوعي رقابة التناسب الأول برقابة التناسب بين سبب التشريع ومحلّه، وبين وسائل التشريع والغاية أو الهدف المرجو منه، أو كما يُطلق عليها الفقه المصري رقابة "الترباط العقلي أو المنطقي بين أغراض التشريع ووسائله".

وبالتالي فإننا نرى أن كلاً من المجلس الدستوري في فرنسا والمحكمة الدستورية العليا في مصر قد طبقا رقابة التناسب بأوسع أشكالها في مجال الحقوق والحريات المدنية، فالمجلس الدستوري طبق عليها المحاور الثلاثة للتناسب وهي التوافق والضرورة والتناسب، وطبقت المحكمة الدستورية المصرية رقابة التناسب بين سبب التشريع ومحلّه، وبين وسائل التشريع والغاية منه.

(١) انظر : عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص ٤٦٣ .

الفرع الثاني

رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات السياسية

يقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التي تقرها الدولة للفرد بوصفه عضواً في حياتها السياسية وتخوله المساهمة بقدر محدود في إدارة الحكم فيها، أو هي تلك الحقوق التي يقرها القانون للشخص باعتباره منتزماً لبلد معين^(١)، ويساهم بواسطتها بإدارة شؤون الحكم فيها، كحق الانتخاب وحق المشاركة في الاستفتاء العام وحق الترشيح العام وحق تكوين الأحزاب السياسية أو المشاركة فيها.

وتضمن الحقوق السياسية الحرية الإيجابية للمساهمة في عملية إدارة شؤون المجتمع الذي يعيش فيه الفرد، وهي تفترض وجوب تنظيم العمليات الحكومية، بحيث تتيح الفرص للمشاركة السياسية لجميع المواطنين المؤهلين للانتخاب، ووفقاً للمفهوم الحديث للحقوق السياسية، فإنه ينبغي إتاحة الحق والفرصة في المشاركة في إدارة الشؤون العامة دون قيود لجميع الأفراد بشكل مباشر، أو عن طريق اختيار ممثلين عنهم^(٢).

(١) انظر : د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩، ص ٤٩٤.

(٢) انظر : د. عبد المنعم زمزم، مركز الأجانب في القانون الدولي الخاص والقانون المصري المقارن، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٧، ص ٣٥٤.

وقد طبق المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية العليا في مصر، رقابة التناسب في العديد من القرارات بصدد مراقبة تقدير المشرع في تنظيم الحقوق السياسية ومن دون الإشارة بشكل صريح إلى عبارات تدل على استخدام هذه الرقابة، وذلك من خلال رقابة مدى التناسب بين القيود التي ترد على تنظيم المشرع للحقوق السياسية والغاية المستهدفة منها^(١).

ففي ذلك قضى المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ ١٩٨٢/١١/١٩ بعدم دستورية النص محل الطعن والذي ينال من الحق الانتخابي للمرأة على قوائم المرشحين في الانتخابات المحلية المتعلقة بالمجالس البلدية، حيث استند هذا القرار على خروجه على مبدأ المساواة الذي يحظر التمييز على أساس الجنس، فضلاً عن مساسه وانتهاكه لحق من الحقوق الأساسية وهو الحق في مباشرة الحقوق السياسية^(٢).

فالفقه والقضاء الدستوري الفرنسي مستقر على أنه إذا كان مبدأ المساواة لا يتعارض مع تنظيم المشرع لقواعد مختلفة في مواجهة مراكز مختلفة، إلا أنه يؤول للقاضي الدستوري الفرنسي رسم إطار دستورية التمييز الإيجابي، وذلك ببيان متى

(١) انظر : د. شادي محمد صلاح عبد البديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٤٣٣.

(٢) *Décision n° 82-146 DC, du 18 Novembre 1982.*

يُعد هذا التمييز مشروعاً أو محرماً، وذلك عن طريق رقابته لمدى التناسب بين النص الذي يتضمن تمييزاً والغاية منه^(١).

والمجلس الدستوري الفرنسي مستقر على أنه إذا كان مبدأ المساواة يعني تطبيق قواعد مماثلة على المراكز المتشابهة، فإن هذا لا يتعارض مع تنظيم قواعد مختلفة تطبق على مراكز مختلفة شريطة وجود ما يبرر ذلك من تحقيق المصلحة العامة^(٢).

وبذلك يتضح أن مبدأ المساواة لا يتعارض مع تنظيم المشرع لقواعد مختلفة لتطبيقها على مراكز قانونية مختلفة متى توافرت المصلحة العامة التي تبرر هذا الاختلاف، وبشرط ألا يترتب على هذا الاختلاف تمييزاً محظوراً عليه صراحةً من واقع نصوص الدستور أو مساساً بممارسة الحقوق الأساسية كالحق في مباشرة الحقوق السياسية.

فالمجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ ٢٣/١/٢٠١٥ قرر أن المشرع وبتقريره في المادة ١٣٥ من القانون الانتخابي حرمان الشخص المنتخب الذي في نفس الوقت نائب، من عمل طلب ترشيح في الانتخابات التالية بسبب قبوله وظائف

^(١) Louis Favoreu, Patrick Gaïa, et autres, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 13 ed, 2000, p. 1000.

^(٢) Décision n° 79-107 DC, du 12 juillet 1979, Décision n° 81-132 DC, du 16 janvier 1982.

حكومية، فإن المشرع يكون قد أجرى توفيقاً يتناسب بشكل واضح مع الأهداف المحددة وبالتالي مطابقة هذه المادة مع الدستور^(١).

ومن تطبيقات المحكمة الدستورية العليا في مصر، حكمها الصادر بعدم دستورية بعض مواد القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ فيما تضمنه من قصر حق الترشيح لانتخابات البرلمان على مرشحي الأحزاب واستبعاد المرشحين المستقلين، حيث استهلت المحكمة حكمها ببيان ضوابط سلطة المشرع في تنظيم حقوق الترشيح والانتخاب بقولها^(٢):

"وإن كان الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد بها الدستور بقيود محددة وأن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور ومن ثم فإن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الترشيح ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو ينال منه على نحو ما سلكته النصوص المطعون فيها إذ حرمت غير المنتمين إلى الأحزاب من حق الترشيح. ومن ثم تكون هذه النصوص قد تعرضت لحقوق عامة كفلها الدستور وحرمت منها طائفة من

(١) Décision n° 2014-909 DC، du 23 janvier 2015

(٢) الحكم الصادر بتاريخ ١٦ مايو ١٩٨٧ في القضية رقم ١٣١ للسنة القضائية ٦ دستورية .

المواطنين، فجاوز المشرع بذلك دائرة تنظيم تلك الحقوق الأمر الذي يحتم إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية".

وحيث إن الحكومة دفعت بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى تأسيساً على أن العدول عن نظام الانتخاب الفردي إلى نظام الانتخاب بالقوائم الحزبية بموجب القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ المطعون عليه المعدل للقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب هو من المسائل السياسية إذ يتصل بالنظام السياسي الداخلي الذي أصبح بعد تعديل المادة الخامسة من الدستور في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ يقوم على أساس تعدد الأحزاب ومن ثم ينأى هذا العدول عن رقابة المحكمة الدستورية العليا ويخرج عن اختصاصها هو وما استتبعه من تعديل في عدد الدوائر الانتخابية وتنظيم عملية الترشيح وتوزيع الأصوات وتوزيع المقاعد في المجلس النيابي وفقاً لنتيجة الانتخاب.

إلا أن المحكمة الدستورية ردت على هذا الدفع بقولها: "وحيث إن هذا الدفع مردود بأن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ بتعديل القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب وقد صدر في شأن يتعلق بحق الترشيح لعضوية مجلس الشعب، وهو الحق الذي عني الدستور بالنص عليه وعلى كفالاته والذي ينبغي على سلطة التشريع ألا تتنازل عنه وإلا وقع عملها مخالفاً للدستور، فإن القانون المذكور لا يكون قد تناول مسائل سياسية تتأى عن الرقابة الدستورية على نحو ما ذهبت إليه

الحكومة، ويكون الدفع المبدى منها بعدم اختصاص المحكمة قائماً على غير أساس متعيناً رفضه".

واستطردت المحكمة بقولها: "وحيث إنه لا يقدر في هذا النظر ما ذهبت إليه الحكومة من أن المشرع يملك بسلطته التقديرية وضع شروط يحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى فيها الأفراد أمام القانون، وأنه قد جعل الانتماء إلى الأحزاب السياسية شرطاً لممارسة حق الترشيح فإنه يكون قد استعمل سلطته التقديرية المخولة له إعمالاً للتفويض الدستوري الذي تضمنته المادة ٦٢ من الدستور حين أحالت في تنظيم مباشرة المواطن للحقوق الدستورية الواردة فيها إلى القانون دون وضع قيود محددة لهذا التنظيم، ذلك أنه وإن كان الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد بها الدستور بقيود محددة وأن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور ومن ثم فإن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الترشيح ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو ينال منه على نحو ما سلكته النصوص المطعون فيها إذ حرمت غير المنتمين إلى الأحزاب من حق الترشيح. ومن ثم تكون هذه النصوص قد تعرضت لحقوق عامة كفلها الدستور وحرمت منها طائفة من المواطنين، فجاوز المشرع بذلك دائرة تنظيم تلك الحقوق الأمر الذي يحتم إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية، ومن

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

وفي حكم مشابه أعلنت فيه المحكمة عدم دستورية القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦، فيما تضمنه من تخصيص جميع المقاعد المخصصة للدائرة الانتخابية لمرشحي الأحزاب وترك مقعد واحد للمستقلين عن الأحزاب، حيث رددت المحكمة عبارات يستدل منها على رقابة على مدى تناسب الإجراءات التي وضعها المشرع والغاية المرجوة منها^(١)، فالحقوق السياسية، كما رددت المحكمة في حكمها السابق، اعتبرها الدستور من الحقوق العامة التي حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها لضمان إسهامهم في اختيار قياداتهم وممثلهم في إدارة دفة الحكم ورعاية مصلحة الجماعة وعلى أساس أن حقي الانتخاب والترشيح خاصة هما حقان متكاملان لا تقوم الحياة النيابية بدون أيهما ولا تتحقق للسيادة الشعبية أبعادها الكاملة إذا هما أفرغا من المضمون الذي يكفل ممارستها ممارسة جدية وفعالة، ومن ثم كان هذان الحقان لازمين لزوماً حتمياً لإعمال الديمقراطية في محتواها المقرر دستورياً ولضمان أن تكون المجالس النيابية كاشفة في حقيقتها عن الإرادة الشعبية ومعبرة تعبيراً صادقاً عنها، ولذلك لم يقف الدستور عند مجرد ضمان حق كل

(١) الحكم الصادر بتاريخ ١٩ مايو ١٩٩٠ في القضية رقم ٣٧ للسنة القضائية التاسعة.

مواطن في ممارسته تلك الحقوق السياسية، وإنما جاوز ذلك إلى اعتبار مساهمته في الحياة العامة عن طريق ممارسته لها واجباً وطنياً يتعين القيام به في أكثر مجالات الحياة أهمية لاتصالها بالسيادة الشعبية التي تعتبر قواماً لكل تنظيم يرتكز على إرادة هيئة الناخبين، ولئن كانت المادة ٦٢ من الدستور قد أجازت للمشرع العادي تنظيم الحقوق السياسية الثلاثة بما نصت عليه من أن ممارسة هذه الحقوق تكون "وفقاً لأحكام القانون" فإنه يتعين عليه أن يراعي في القواعد التي يتولى وضعها تنظيمياً لتلك الحقوق ألا تؤدي إلى مصادرتها أو الانتقاص منها وألا تتطوي على التمييز المحظور دستورياً أو تتعارض مع مبدأ تكافؤ الفرص الذي كفلته الدولة لجميع المواطنين ممن تتماثل مراكزهم القانونية وبوجه عام ألا يتعارض التنظيم التشريعي لتلك الحقوق مع أي نص في الدستور بحيث يأتي التنظيم مطابقاً للدستور في عموم قواعده وأحكامه".

ويتضح لنا من خلال الحكمين السابقين أن المحكمة الدستورية العليا في مصر، سلكت مسلك المجلس الدستوري الفرنسي، من خلال رقابة مدى التناسب بين القيود التي ترد على تنظيم المشرع للحقوق السياسية والغاية المستهدفة منها، حيث استندت في القرارين السابقين على خروجه على مبدأ المساواة، فضلاً عن مساسه وانتهاكه لحق من الحقوق الأساسية وهو الحق في مباشرة الحقوق السياسية.

وبالتالي يمكن القول أن رقابة التناسب في ميدان الحقوق والحريات السياسية وفق تطبيقات المجلس الدستوري والمحكمة الدستورية العليا في مصر، تتمثل في رقابة مدى التناسب بين القيود التي ترد على تنظيم المشرع للحقوق السياسية والغاية المستهدفة منها، فضلاً عن تطبيق رقابة التناسب الدستوري، من خلال رقابة القواعد القانونية لتنظيم الحقوق السياسية وعدم إهدار أو تعطيل هذه القواعد للحقوق التي كفلها الدستور.

المطلب الثاني

رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات الاقتصادية والاجتماعية

على الرغم من أهمية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، إلا أنه من الملاحظ أن الاهتمام بها من الناحية القانونية والعملية قد جاء متأخراً، على العكس من الاهتمام بالحقوق السياسية والمدنية، على الرغم من أن الحقوق الأولى هي التي تعطي لهذه الأخيرة مضمونها ومحتواها، وذلك باعتبار أن الاعتراف للأفراد بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية من شأنه أن يحررهم من الهيمنة المادية لأية جهة، ويمكنهم من أن يعيشوا حياة كريمة ويؤدّون دورهم في المجتمع على نحو أفضل، إذ أنه من المؤكد أن الإرادة السياسية للفرد سوف تكون أكثر حرية عندما يتحرر من مخاوف البطالة والجهل والمرض، كما أن حصول الأفراد على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية يحقق لهم بطبيعة الحال المساواة الحقيقية لا النظرية التي يمكن أن تحققها لهم الحقوق والحريات السياسية والمدنية.

وعلى الرغم من أن التعبير عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية قد يختلف من بلد إلى آخر ومن صك من صكوك حقوق الإنسان إلى صك آخر، إلا أنها وكما تعبر عنها مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان: "هي تلك الطائفة من حقوق الإنسان المتعلقة بمكان العمل والضمان الاجتماعي والحياة الأسرية والمشاركة

في الحياة الثقافية وبالحصول على السكن والغذاء والمياه والرعاية الصحية والتعليم^(١).

وانطلاقاً من ذلك فإننا نتناول هذا المطلب من خلال دراسة تطبيقات رقابة التناسب من قبل المجلس الدستوري الفرنسي والمحكمة الدستورية العليا في مصر في حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وذلك من خلال فرعين وفق الآتي:

الفرع الأول : رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات الاقتصادية

الفرع الثاني : رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات الاجتماعية

(١) انظر : مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، صحيفة الوقائع رقم ٣٣، أسئلة يتكرر طرحها بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ٢٠٠٨، ص ٢.

الفرع الأول

رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات الاقتصادية

إن الحقوق الاقتصادية للإنسان غالباً ما ترتبط بالحقوق الاجتماعية والثقافية، وقد أصبحت مجموعة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية منذ أمد ليس بالبعيد من الحقوق الأساسية لجميع البشر، وأصبحت الدول ملزمة بضمان هذه الحقوق لجميع الأشخاص دون تمييز^(١).

وبالتالي يمكن تعريف الحقوق الاقتصادية بأنها: "عبارة عن مجموعة الحقوق الواجب توافرها لكل إنسان ليحظى بحياة كريمة، ومنها الحق في العمل والحق في ممارسة مختلف أنواع الأنشطة الاقتصادية والحق في الحصول على الضمان الاجتماعي وغيرها من الحقوق التي تؤمن للإنسان العيش الكريم في أي وقت وأي مكان"^(٢).

ويعتبر حق الملكية من الحقوق التي تتربع على هرم الحقوق الاقتصادية، باعتبارها المنطلق الأول التي تركز إليه باقي الحقوق المتفرعة عن هذا المفهوم، وفي رقابة المجلس الدستوري لحق الملكية، فقد قرر أن حق الملكية لا يُعد حقاً

(١) انظر : مقدمة إلى الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الشبكة العالمية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، <https://www.escri-net.org/ar/resources/368498> .

(٢) Rotem Litinski، *Economic Rights: Are They Justiciable، and Should They Be?* Human Rights Magazine، Vol. 44، No. 3: Economic Justice، November 30، 2011. https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine

مطلقاً، ويتمتع المشرع بسلطة تقديرية تنظيمية، بيد أنه لم يسلم المجلس للمشرع أن يضع على حق الملكية قيوداً لا تتناسب مع المصلحة العامة أو لا تكفل ضمانات موضوعية وإجرائية للمالك، وبالتالي فإن القيود التي تفرض على النصوص التي تنظم حق الملكية تكون محل رقابة القاضي الدستوري، لكي يتحقق من تعلقها وارتباطها بالمصلحة العامة^(١).

كما قرر المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ ٢٠١٨/١/٩ أنه يجوز للمشرع أن يضع قيوداً مستقاة من متطلبات دستورية أو تبررها المصلحة العامة على ممارسة حق الملكية الخاصة للأفراد، والتي تحميها المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ شريطة ألا تؤدي إلى انتهاكات غير متناسبة مع الهدف المنشود^(٢).

وترتيباً على ذلك، قرر المجلس الدستوري أنه بالنظر إلى الضمانات المنصوص عليها في الفقرة السابعة من القانون المحال إليه، فإن حق الشفعة المعترف به للمستأجر أو واضع اليد بحسن نية بواسطة النصوص المطعون بها لا يحمل الحق في الملكية مساساً غير متناسب مع الهدف المنشود.

كما قضى المجلس الدستوري بشأن قانون التأمين، بعدم وجود خطأ واضح في التقدير من جانب المشرع في تقدير الضرورة الاقتصادية التي دعت الدولة إلى تأمين

(١) Décision n° 2000-436 DC، du 7 December 2000

(٢) Décision n° 2017-683 QPC، du 9 janvier 2018

عدد من المشروعات الصناعية والتجارية الكبرى، ولكنه قضى في الوقت ذاته بعدم دستورية التعويض الذي تم منحه لأصحاب بعض هذه المشروعات تأسيساً على عدم عدالته نظراً لأنه لم يكن مساوياً للقيمة الحقيقية الكاملة لهذه المشروعات^(١).

وفيما يتعلق بحق الصيد المتفرع عن حق الملكية، قضى المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ ٢٠/١/٢٠٠٠ عدم دستورية ما تضمنه النص القانوني من تنظيم حق الصيد والذي يخول المجلس المحلي في بعض المقاطعات للسلطة في أن تقرر كل تسع سنوات عدم حجز حق الصيد في دائرته، وحرمان الأراضي التي تبلغ ٢٥ هكتار على الأقل قطعة واحدة من حق الصيد، حيث ذهب إلى أن حق الصيد هو حق مستمد مباشرة من حق الملكية، وأنه أحد عناصره وهو حق الاستعمال، وأن القيود القانونية على ممارسته لا تكون دستورية إلا بشرط أن تستهدف مصلحة عامة، وألا تكون جسيمة إلى درجة التأثير في مضمون الحق، وإنه لا يتضح من مضمون النص أو المناقشات البرلمانية الخاصة به الدوافع المتعلقة بالمصلحة العامة التي بررت هذا الحرمان من حق الصيد، ما عدا ما يتعلق بيوم واحد في الأسبوع وهو يوم عطلة المدارس، إذ يمكن قبول حظر الصيد من أجل حماية التلاميذ وأهلهم الذين يصحبونهم للنزهة في الغابات^(٢).

^(١) Décision n° 81-132 DC، du 16 janvier 1982

^(٢) Décision n° 2000-434 DC، du 20 juillet 2000

ويتضح من هذا القرار حرص القاضي الدستوري على رقابة التناسب بين النص على حرمان الصيد، وتحقيق الغاية من ذلك بحماية حياة الأفراد وسلامتهم وهو ما يتعلق بتقرير حظر حق الصيد في يوم عطلة المدارس.

وعلى مستوى حق العمل قام المجلس الدستوري الفرنسي برقابة تقدير المشرع للتوافق بين حق العمل وحرية الممارسة من جهة، والمصلحة العامة من جهة أخرى، ففي القرار الصادر عن المجلس الدستوري بتاريخ ١٩٨٨/٧/٢٠ بشأن العفو والذي تضمن عفواً عن العمال المفصولين من وظائفهم نتيجة لارتكابهم بعض المخالفات، وكذلك العفو عن ممثلي النقابات دون تفرقة بين من ارتكبوا مخالفة بسيطة أو من ارتكبوا مخالفة جسيمة، حيث وازن بين اعتبارات الصالح العام المتمثلة في تحقيق السكينة السياسية أو الاجتماعية الناجمة عن إعادة هؤلاء المفصولين إلى أعمالهم، وبين حرية أصحاب الأعمال في فصل المستخدمين الذي أضروهم ضرراً بالغاً نتيجة لارتكابهم أخطاء جسيمة، وانتهى المجلس إلى أن هذه المساواة تؤدي إلى عدم دستورية النص^(١).

كما قرر المجلس الدستوري في ١٩٩٨/٦/١٠ بعدم دستورية النص الذي يتضمن تحديد ساعات العمل ب ٤٥ ساعة أسبوعياً، لعدم توافر المصلحة العامة

(١) Décision n° 88-244 DC، du 20 juillet 1988

الكافية من وراء هذا التحديد^(١)، في حين قرر المجلس في قراره الصادر بتاريخ ١٩٩٩/١/١٣ أن تحديد المشرع لعدد ساعات العمل بـ ٣٥ ساعة أسبوعياً، لا يشكل اعتداءً مبالغاً فيه على حرية الممارسة^(٢).

كما قرر المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/١/١٣ في ضوء معرفة الشروط التي يمكن للقاضي على ضوءها أن يقرر إعادة العامل الذي قُضي ببطلاق فصله، وذلك نظراً لعدم وجود خطة إعادة تصنيف إعمالاً لنصوص قانون العمل، بدستورية النص على إعادة العمال المفصولين، حيث أجرى المشرع توافقاً بين حق الفرد في الحصول على العمل، والذي يستند إليه مباشرة حق عودة العامل للعمل في حالة الفصل الباطل، وحرية الممارسة التي تقبل أن يرد عليها اعتداء بشأن العودة للعمال المفصولين، بشرط أن لا يتسم بأي خطأ ظاهر^(٣).

وفي رقابة حق الإضراب، فقد قرر المجلس الدستوري أن حق الإضراب لا يعد حقاً مطلقاً، وإنما يخضع للقيود التي ينظمها المشرع تجاهه، بشرط توافقها مع المصلحة العامة، وبالتالي فالقاضي الدستوري الفرنسي يراقب تقدير المشرع لمدى التوافق الضروري بين حق العمال في الدفاع عن مصالحهم المهنية، والتي يعد

^(١) Décision n° 89-401 DC، du 10 juin 1998

^(٢) Décision n° 99-423 DC، du 13 janvier 2005.

^(٣) Décision n° 2005-509 DC، du 13 janvier 2005

الإضراب وسيلة هذا الدفاع، والحفاظ على المصلحة العامة، والتي يمكن أن يشكل الإضراب اعتداء عليها.

حيث ذهب المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٧/٢٥ المتعلق بإضراب العاملين في قطاع الراديو والتلفزيون إلى أن المشرع لا يستطيع أن ينظم نصوصاً من شأنها إلغاء حق الإضراب لأي طائفة من العمال، سواء في القطاع الخاص أم العام، ذلك أن القيمة الدستورية لهذا الحق قد تأكدت دون تقييد بالنسبة للمستفيدين منه^(١).

ومن تطبيقات المحكمة الدستورية العليا في مصر، نجد حكمها الصادر في ٢٠ مارس ١٩٩٣ فيما يتعلق بالقيود الاستثنائية على العلاقة الإجارية ومدى مساسها بحق الملكية المنصوص عليه في الدستور، فبعد أن تبين المحكمة بأن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدها، فهي توضح أن جوهر السلطة التقديرية يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي تناوله بالتنظيم^(٢).

(١) Décision n° 79-105 DC، du 25 juillet 1979.

(٢) حكمها بالقضية رقم ٦٣ لسنة ١٣ ق.د، جلسة ١٩٩٣/٥/٢٠.

وفي حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٣/١ قضت بعدم دستورية المادة ٢ من القرار بقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٤ بشأن تحضير الأدوية والمستحضرات الطبية بالصيدليات تحت أسماء تجارية بقصد الإتجار فيها، حيث ذهبت المحكمة إلى أن: "نص تلك المادة على أن تؤول ملكية الأدوية والمستحضرات الطبية المشار إليها في المادة السابقة والسابق تسجيلها بوزارة الصحة إلى المؤسسة المصرية للأدوية والكيمائيات والمستلزمات الطبية بدون مقابل يُعتبر مصادرة للأموال بالمخالفة للمادة ٣٦ من الدستور"^(١).

ويذهب جانب من الفقه المصري^(٢) للقول: "بأن المحكمة الدستورية العليا في حكمها السابق قد أعملت رقابة الغلط البين لإثبات اختلال التناسب في التشريع، وإن لم تنص على ذلك صراحةً، إلا أن عباراتها جاءت قاطعة في إعمال مضمونه، حيث لم تكتفِ بمراجعة خيارات المشرع لتبين ما شابها من قصور، بل وضعت بين يديه حلاً بديلاً وتمنت عليه لو لجأ لهذه الحلول تفادياً للحكم بعدم دستورية القانون، مثل لجوء المشرع إلى إجراء شطب تسجيل تلك الأدوية والمستحضرات كان بلا شك هو الحل الملائم لتنظيم ذلك النشاط دون اللجوء إلى إجراءات المصادرة لهذه الأدوية بالمخالفة للمادة ٣٦ من الدستور، التي تحظر المصادرة العامة للأموال، ولا تجيز

(١) حكمها الصادر بالقضية رقم ٨ لسنة ٥ ق.د. جلسة ١٩٨٦/٣/١ .

(٢) انظر : د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، وأن المحكمة لم تكتفِ ببيان أوجه مخالفة النص المطعون عليه للدستور، بل ذهبت إلى أن أيلولة ملكية الأدوية السابق تسجيلها بوزارة الصحة إلى المؤسسة المصرية العامة للأدوية، رغم صلاحية تلك المستحضرات، وقابليتها للإنتاج خطأ ظاهر في التقدير من جانب المشرع، والذي كان عليه إن أراد تنظيم هذا النشاط أن يختار الحل الذي لا يصطدم بالمبادئ الدستورية في حق الملكية".

فرقابة الغلط البين في قضاء المحكمة الدستورية العليا، فضلاً عن استنادها إلى معايير قانونية مثل معيار الخطأ الجسيم أو عدم المعقولية فإنها تشتمل أيضاً على أسباب عملية وبخاصة سياسية وهو توسع في نطاق رقابة التناسب يؤكد القيمة الاجتماعية للحقوق والحريات تقديراً لدورها في مجال إشباع المصالح الحيوية المرتبطة بها وردع كل محاولة للعدوان عليها^(١).

في حين يرى جانب فقهي آخر^(٢) - نرجحه - أن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير المعمول بها في بعض الدول الأوروبية كفرنسا وأياً كان وجه المطاعن الموجهة إليها، لها ما يقابلها في دول ذات النظام اللاتيني التي يقرر قضاؤها أن دستورية النصوص القانونية المطعون عليها تفترض ارتباطها عقلاً بأهدافها، فإذا لم

(١) انظر : د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٨٤ .

(٢) انظر : عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص ٤٦٣ .

تكن ثمة صلة منطقية تربطها بالأغراض المقصودة منها أو كانت صلتها بها واهية، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور، حيث تأخذ المحكمة الدستورية العليا في مصر بالفكرة القائلة بأن النصوص التي يقرها المشرع يجب النظر إليها باعتبارها مجرد وسائل لتحقيق أغراض بعينها، فإن كانت هذه الأغراض مشروعة، لا تربطها صلة منطقية بها، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور، وهذا المعيار الأخير "الترابط المنطقي بين أغراض التشريع ووسائله" أكثر دقة من نظرية الخطأ الظاهر، ذلك أن هذه النظرية تفترض التمييز بين الأخطاء على ضوء جسامتها، على الرغم من انتفاء الحدود الفاصلة بين الأخطاء تبعاً لدرجتها، والمعيار المعمول به ليس كذلك، ذلك أن مناط تطبيقه هو منطقية التنظيم التشريعي من خلال علاقة موضوعية بين النصوص وأهدافها، وهي علاقة تقيد الإطلاق في السلطة التقديرية للمشرع، وبما لا يقوضها.

الفرع الثاني

رقابة التناسب في مجال الحقوق والحريات الاجتماعية

تعرف الحقوق الاجتماعية على أنها القواعد الأخلاقية أو القانونية أو المجتمعية والفهم للأشياء الضرورية التي تلبي الاحتياجات الاجتماعية للناس وتعزز الاندماج الاجتماعي والتكافل الاجتماعي، وتهتم الحقوق الاجتماعية بطريقة عيش الناس وعملهم معاً وإلى ضروريات الحياة الأساسية وتعتمد هذه الحقوق على المساواة وضمان الوصول إلى السلع والخدمات والفرص الاجتماعية والاقتصادية الأساسية^(١). ويندرج تحت مفهوم الحقوق الاجتماعية جُملة من الحقوق وأهمها: توفير الحماية للأسرة وتقديم المساعدة إليها، والحق في التمتع بمستوى معيشي ملائم، والحق في الصحة، والحق في الغذاء. وفي مجال الحق في الرعاية الصحية، ومنذ

دخول رقابة المسألة الدستورية الأولية (QPC) La question prioritaire de constitutionnalité من جانب المجلس الدستوري حيز التنفيذ عام ٢٠١٠، لم يحدث تعديل بشكل أساسي في اتجاهات أحكام المجلس الدستوري في مجال حماية الصحة عما كان سائداً من قبل فيما يتعلق بموقفه من التفرقة بين الحق في حماية الصحة العامة والحق في حماية الصحة بالنسبة لأحد الأفراد، حيث أكدت القرارات الصادرة من المجلس

^(١) R. Burgess and N. Ster، *Social Security in Developing Countries: What، Why، Who and How?*، ed. E. Ahmed et al. (Oxford: Clarendon Press، 1991)، 43-47

الدستوري في مجال حماية الصحة العامة أنه إذا كان المجلس يُعطي امتياز للرقابة على حماية الحق في الصحة العامة من تلقاء نفسه، فإنه يرفض دائماً الاعتراف بأهمية شخصية للحق في الصحة لأحد الأفراد^(١).

ففيما يتعلق بحماية الحق في الصحة العامة، قرر المجلس الدستوري في ٢٦ نوفمبر ٢٠١٠ أنه من أجل مدى مطابقة مواد قانون الصحة العامة – الذي ينظم الرعاية الصحية في مستشفى بناءً على طلب شخص من الغير – للدستور، يمارس المجلس الدستوري رقابة كاملة للتناسب على التوفيق الذي أجراه المشرع بين حماية صحة الأشخاص الذين يعانون من اضطرابات عقلية من ناحية، حيث أن منع المساس بالنظام العام ضروري لحماية الحقوق والمبادئ ذات القيمة الدستورية، وممارسة الحريات المضمونة دستورياً من ناحية أخرى^(٢).

كما قضى المجلس الدستوري في قراره الصادر في ٢٠١٢/٧/٨ بأنه بالنظر إلى أن المساس بممارسة الحريات العامة من جانب المشرع يجب أن يكون متوافقاً وضرورياً ومتناسباً مع الأهداف المتوخاة...، وبالتالي فإن نصوص المادة محل الإحالة من قانون الصحة العامة لا تتجاهل المبدأ الذي يجب وفقاً له أن يكون أي تقييد للحرية ضروري ومتوافق ومتناسب مع أهداف المحافظة على النظام العام

^(١) Philippe Blachère. *Le droit à la protection de la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Médecine & Droit, 2016, pp.134

^(٢) Décision n° 2010-7 QPC, du 26 Novembre 2010

وحماية الصحة العامة التي تستهدفها هذه النصوص^(١)، وهذا ما يردده المجلس في العديد من أحكامه^(٢).

كما قضى المجلس الدستوري في قراره الصادر في ٢٠١٥/٣/٢٠ بأن المشرع يتمتع بحرية كبيرة في تحديد أساليب التطعيم، وأنه لا يحق للمجلس الدستوري الذي لا يملك سلطة عامة في التقدير والتقرير من نفس طبيعة السلطة المقررة للبرلمان، أن يتحقق بالنظر إلى طبيعة المفاهيم العلمية من مدى دستورية النصوص التي أصدرها البرلمان في هذا الشأن، ولا يبحث المجلس فيما إذا كان هدف حماية الصحة العامة الذي يستهدفه المشرع يمكن تحقيقه بطرق أخرى، وبناءً عليه انتهى المجلس الدستوري إلى أن الطرق التي نص عليها القانون ليست غير متناسبة بشكل واضح مع الهدف الذي ينشده المشرع^(٣).

وفي أحدث قراراته، قرر المجلس الدستوري في ٢٠١٨/٣/٢١ أنه لا يملك المجلس الدستوري سلطة عامة في التقدير والتقرير من نفس طبيعة السلطة الممنوحة للمشرع، ولا يستطيع بالتالي البحث عما إذا كانت الأغراض التي تستهدفها المشرع

^(١) Décision n° 2012-253 QPC، du 8 Juin 2012

^(٢) Décision n° 2014-367 QPC، du 14 février 2014 ، Décision n° 2011-135 QPC، du 9 Juin 2011، Décision n° 2010-2 QPC، du 11 Juin 2010

^(٣) Décision n° 2015-458 QPC، du 20 mars 2015

يمكن تحقيقها بوسائل أخرى، وبناءً عليه فإن الأساليب المتخذة بواسطة القانون ليست غير متناسبة بشكل واضح مع الهدف المنشود^(١).

أما في مجال حماية الحق في الصحة على المستوى الفردي، فإن المجلس الدستوري يرفض تقرير أي أولوية للحقوق والحريات الفردية على اختيارات المشرع في هذا المجال، حيث يرفض المجلس أن يتدخل في تقدير المشرع لمضمون القانون، ويترك له حرية تقدير النصوص التي يقررها بالنظر إلى طبيعة المفاهيم والأساليب العلمية^(٢).

وينتقد جانب من الفقه^(٣) هذه التفرقة من جانب المجلس الدستوري من حيث محدودية رقابته على القوانين التي تمس حق الفرد في الصحة، لأن ذلك يحد من فاعلية الرقابة القضائية التي يمارسها المجلس الدستوري، حيث أن عدم تدخله في الرقابة على اختيارات المشرع في هذه القوانين الأخيرة يعني حلول إرادة المشرع العادي محل إرادة المشرع الدستوري، حيث تحدد اتجاهات المشرع شكل وأساليب الرقابة على صحة القوانين في هذا المجال، وهذا يعني هنا تنازل المجلس الدستوري عن ممارسة رقابة دستورية هذه القوانين، وتقريره أن القانون مطابق للدستور

^(١) Décision n° 2018-761 DC، du 21 mars 2018

^(٢) Décision n° 2014-395 QPC، du 5 mars 2014

^(٣) Philippe Blachère. Le droit à la protection de la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Médecine & Droit، 2016، p.138

تأسيساً على أن المجلس لا يملك في مجال العلوم الطبية سلطة تقدير اتجاهات المشرع.

ومن تطبيقات الحقوق الاجتماعية التي أعملت بها المحكمة الدستورية العليا في مصر رقابة التناسب على حق السكن، حيث حكمت المحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ ١٥/٢/١٩٩٧ بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما نصت عليه من حظر احتجاز الشخص أكثر من مسكن في البلد الواحد دون مقتضى، حيث استندت المحكمة في هذا الخصوص إلى أن ذات النص المطعون عليه يناقض _بمفهوم المخالفة_ الغرض المعلن هدفاً له وهو ضمان توفير أماكن للسكن لمن يطلبها، حيث ذهبت إلى أن "حظر احتجاز أكثر من مسكن في البلد الواحد يناقض الدستور ولو كان من احتجزها قد استأجرها جميعاً، ذلك أن النصوص القانونية تعتبر مجرد وسائل لتحقيق أغراض بعينها قصد إليها المشرع كافلاً من خلالها مصلحة مشروعة يبتغيها، وهذه الصلة التي تقوم بها علاقة منطقية بين مضمون النصوص القانونية وأهدافها تعتبر شرطاً لدستوريتها، بيد أن الحظر المقرر بالفقرة الأولى المطعون عليها، وإن تعلق باحتجاز أكثر من مسكن في البلد الواحد، ضماناً لتوفير المسكن لمن يطلبها، إلا أن هذه الفقرة ذاتها — وبمفهوم المخالفة لحكمها — لا تحول دون احتجاز الشخص الواحد لأكثر من مسكن يقدر

بعدد مدن مصر جميعها إذ اتخذ في كل منها، ولو دون مقتضى، مسكناً واحداً مستقلاً، كذلك فإن البلد الواحد في تطبيق الفقرة المطعون عليها، قد يكون شديد الاتساع مترامياً أطرافها، ويظل شأن احتجاز أكثر من مسكن فيه، شأن احتجازها في بلد تضيق رقعتها إلى حد كبير، كذلك قد يكون المسكن الأخير واقعاً على حدود التماس بين بلدين ويظل مع ذلك محظور^(١).

كما ذهب جانب من الفقه إلى أن قضاء المحكمة الدستورية العليا في أحكامها التي تعرضت للنصوص القانونية التي تنظم العلاقة بين المؤجر والمستأجر للأماكن السكنية، والتي كانت تسرف في حماية المستأجر على حساب المؤجر، لا يختلف كثيراً عن سلطة المحاكم الإدارية المقررة في الفقه والقضاء الإداريين لمراقبة ما قد يشوب السلطة التقديرية للإدارة من غلو، وهو شبيه كذلك بما قرره مجلس الدولة الفرنسي لنفسه من سلطة إلغاء القرار الإداري إذا شابته خطأ صارخ في التقدير^(٢).

فالفقه السابق يرى أن المحكمة الدستورية ذهبت أبعد من رقابة الخطأ الواضح في التقدير، عندما عمدت إلى إصلاح الخطأ الذي وقع فيه المشرع من خلال تصديده لحماية طائفة من أبناء الشعب على حساب فئة أخرى وهم فئة المستأجرين، وأعادت التوازن بين المصالح المتعارضة للمؤجرين والمستأجرين، وهو ما تجلّى في

(١) حكمها الصادر بالقضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ ق.د.، جلسة ١١/١٥/١٩٩٧

(٢) انظر: د. أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر، مجلة الدستورية، العدد ١، ٢٠٠٣، ص. ١٠ وما بعدها

مجموعة من الأحكام التي استطاعت من خلالها المحكمة أن تعيد العلاقة الإيجارية بين المالك والمستأجر إلى نطاقها الطبيعي بعد أن ظلت فترة طويلة من الزمن غير متوازنة، لم يستطع المشرع خلالها إعادة هذا التوازن إلى مساره الطبيعي تحت ضغط العوامل الاجتماعية والسياسية. حيث أعلنت المحكمة الدستورية عدم دستورية ما تضمنته المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من استمرار عقد إيجار المسكن عند ترك المستأجر الأصلي له، لصالح أقاربه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة الذين أقاموا معه في العين المستأجرة مدة سنة على الأقل سابقة على تركه العين أو مدة شغله لها^(١).

كما قضت بعدم دستورية ذات نص الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون السابق فيما نصت عليه من استمرار الإجارة التي عقدها المستأجر في شأن العين التي استأجرها لمزاولة نشاط حرفي أو تجاري لصالح ورثته بعد وفاته.

واستندت المحكمة في ذلك إلى أنه: "ومن حيث أن الأصل في مجال العلاقات الإيجارية هو أن يتحقق التضامن بين مؤجر العين ومستأجرها من الوجهة الاجتماعية، وأن تتكامل مصالحهما من زاوية اقتصادية، فلا تتأكل حقوق مؤجر العين التواء وإيثاراً لمستأجرها، ولا ينقض مؤجرها على حقوق غيره عاصفاً بها أو محدداً مجال تطبيقها، وإلا كان كل منهما حرباً على الآخر، ولا يجوز بالتالي أن

(١) حكمها الصادر بالقضية رقم ٤ لسنة ١٥ ق.د، جلسة ١٨/٣/١٩٩٦

يكون تنظيم المشرع للعلائق الإيجارية فيما بين طرفيها إجحافاً وإعانةً لأيهما، ولأن الأصل حين تتزاحم الأضرار على محل واحد أن يكون تحمل أخفها لازماً دفعاً لأفدحها، وكان ينبغي أن يترسم النص المطعون فيه تلك الضوابط التي تتوازن من خلالها العلائق الإيجارية بما يكون كافلاً لمصالح أطرافها غير مؤد إلى تنافرها، ليقيمها على قاعدة التضامن الاجتماعي التي أرسنها المادة /٧/ من الدستور والتي تؤكد الجماعة من خلالها القيم التي تؤمن بها وترعى استقرارها، وهي حدود ما كان يجوز أن يتخطاها المشرع، وإلا كان منافياً المقاصد الشرعية التي ينظم ولي الأمر الحقوق في نطاقها".

إذاً، فالمحكمة الدستورية العليا في مصر ومن خلال حكمها السابق راجعت تقدير المشرع لحدود العلاقة بين المؤجر والمستأجر، وأنكرت عليه التجاوز المطلق من جانبه في حق المؤجر على نحو ينعدم معه التوازن في العلاقة الإيجارية لمصالح المستأجر، وذلك بالمخالفة للقواعد الدستورية وبالتجاوز لحدود السلطة التقديرية.

وإن التناسب الذي أعملته المحكمة في هذا الحكم كان ضرورياً لحل أوجه التعارض بين مصالح الأفراد، (المؤجر والمستأجر)، ولتغليب إحدى تلك المصالح على الأخرى، حيث كان تدخل المحكمة في هذا الصدد ضرورياً لمواجهة عجز المشرع المصري وتراخيه عقوداً من الزمن عن إعادة التوازن في العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

المبحث الثاني

تطبيقات مبدأ التناسب في القوانين الجزائية والضريبية

نظراً لارتباط النصوص الجزائية بالحقوق والحريات التي يسعى المؤسس الدستوري لحمايتها، تحت مظلة المواثيق الدولية، فإن هذا جعل من النصوص الجزائية (الذي يعتبر أكثر النصوص مساساً بها)، محل تنظيم دستوري متزايد، حيث أن أغلب الدساتير تنص على مبادئ دستورية جنائية، تفرض على المشرع وجوب الالتزام بها حين سنه لنصوص التجريم والعقاب، ولما كانت الصياغة القانونية هي المظهر الخارجي الذي تظهر به النصوص الجزائية باعتبارها نصوصاً قانونية، فقد بدأ الاهتمام بها وبدراستها حتى تكون عملية سن النصوص الجزائية، عملية تؤدي الغرض منها. حيث أن صياغة النصوص الجزائية تخضع للقواعد العامة لصياغة أي نص قانوني، إضافة إلى قواعد صياغة أخرى تقتضيها طبيعة النصوص الجزائية^(١).

والقانون الضريبي له علاقة بالضريبة حيث يعين الضريبة تعييناً وإفياً طبقاً لأحكامه ويحدد سعر الضريبة بدقة كما ينظم حقوق وامتيازات الإدارة الضريبية. وهذا يعني أن القانون الضريبي تحكمه قواعد تكون مجموعة من المبادئ

(١) انظر : د. صغير بن محمد الصغير، ضوابط الصياغة وسن القوانين (دراسة مقارنة) دار الألوكة للنشر، المملكة العربية السعودية، ط. ١٠، ٢٠١٧، ص ٢٢ وما بعدها .

الأساسية التي تهدف إلى مد الدولة بالأموال اللازمة لتغطية النفقات العامة عن طريق فرض الضرائب وطرق تحصيلها، وهو في سعيه لهذه الغاية يفرض الجزاءات التي تؤمن تنفيذه.

وانطلاقاً من خصوصية القوانين الجزائية والضريبية، نتناول دراسة تطبيقات

رقابة التناسب على هذه القوانين من خلال مطلبين وفق الآتي:

المطلب الأول: تطبيقات مبدأ التناسب في القوانين الجزائية

المطلب الثاني: تطبيقات مبدأ التناسب في القوانين الضريبية.

المطلب الأول

تطبيقات مبدأ التناسب في القوانين الجزائية

تُعد رقابة التناسب في مجال النصوص الجزائية أو العقابية من الآليات التي استعان بها القاضي الدستوري لإعمال رقابته على التناسب في التشريع، حيث يتحقق القاضي الدستوري من ضرورة الجزاء الذي فرضه المشرع بالإضافة إلى مناسبة الجزاء للمخالفة المتعلقة به.

والعقوبة التي أعمل فيها القاضي الدستوري رقابة التناسب لا تقتصر فقط على العقوبات السالبة للحرية، بل طبق هذا المبدأ على جميع أنواع العقوبات: جنائية أم مدنية أم مالية أم تأديبية، والتي يتوجب كما تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر: "بأن الأصل في الجزاء جنائياً كان أم مدنياً أم مالياً أم تأديبياً أن يتعلق بأفعال بذواتها يعينها المشرع، فلا يكون الجزاء ملائماً إلا إذا كان متناسباً معها ومتدرجاً بقدر خطورتها ووطأتها على الصالح العام، وإلا صار الجزاء غلوّاً غير مقبول"^(١). وانطلاقاً من ذلك، سيتم في هذا المطلب تناول تطبيقات رقابة التناسب في القوانين الجزائية من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : تطبيقات مبدأ التناسب في العقوبات السالبة للحرية

الفرع الثاني : تطبيقات مبدأ التناسب في العقوبات الإدارية والغرامات المالية

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بالقضية رقم ٥٣ لسنة ٣١ ق.د. جلسة ٢٠١٧/١١/٤.

الفرع الأول

تطبيقات مبدأ التناسب في العقوبات السالبة للحرية

العقوبات السالبة للحرية هي عقوبات جنائية تمنح السلطات القضائية صلاحية سلب الحرية الشخصية للمدانين لفترات مختلفة من الزمن. وتنفذ هذه العقوبات في أماكن خاصة تستخدم لهذا الغرض مثل السجون. ويتفق جل الفقهاء على أن العقوبات السالبة للحرية يجب أن تطبق في حالات محددة ومستحقة، ويجب أن تكون هذه العقوبات غير مفرطة فيها، وأن يتم تنفيذها بطرق تحترم الكرامة الإنسانية للمدانين^(١).

وقد استقر المجلس الدستوري الفرنسي في هذا المجال على أنه لا يحق له في إطار المهمة الممنوحة له بواسطة المادة ٦١/ من الدستور، أن يحل تقديره الخاص محل تقدير المشرع فيما يتعلق بضرورة العقوبات المواجهة للجرائم المحددة منه، لذلك لا يوجد أي نص في القانون الخاضع لرقابة الدستورية مخالف بشكل واضح للمبدأ المقرر بالمادة الثامنة من إعلان حقوق وحرّيات الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في عام ١٧٨٩^(٢).

(١) انظر : د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، الجزء الثاني نظرية المجرم والجزاء المسؤولية الجنائية والجزاء الجنائي، بلا دار نشر، ١٩٩٤، ص. ١٤ وما بعدها

(٢) Décision n° 80-127 DC du 25 janvier 1981

ومع ذلك كانت ضرورة العقوبات لمواجهة الجرائم ترجع إلى السلطة التقديرية للمشرع، فإنه يجب على المجلس الدستوري ضمان تأمين غياب عدم تناسب ظاهر بين الجريمة والعقوبة المقررة^(١).

حيث استقر المجلس الدستوري على أنه طبقاً للمادة ٣٤ من الدستور، يحدد القانون القواعد المتعلقة بتحديد الجرائم والمخالفات وكذلك العقوبات التي تنطبق عليها، فإن المادة ٦١ من الدستور لا تمنح المجلس الدستوري سلطة عامة في التقدير والتقرير من نفس طبيعة سلطة البرلمان، ولكن تعطيه فقط اختصاص الحكم على مدى مطابقة القوانين المحالة إليه لفحصها مع الدستور، وإذا كانت ضرورة العقوبات لمواجهة للجرائم ترجع إلى سلطة التقدير للمشرع، فإنه يجب على المجلس الدستوري ضمان غياب عدم تناسب ظاهر بين المخالفة والعقوبة المقرر^(٢).

كما أن المشرع وإن كان له أن ينص على جرائم جديدة وتحديد العقوبات التي تطبق عليها، فإنه يجب عليه ضمان التوفيق بين متطلبات النظام العام وضمان الحقوق المحمية دستورياً، ويجب عليه كذلك بمقتضى المادة ٨ من إعلان الحقوق ١٧٨٩ احترام قاعدة مشروعية الجزاءات ومبدأ ضرورة وتناسب العقوبات الجزائية^(٣).

(١) Décision n° 2007-554 DC du 19 juin 2008

(٢) Décision n° 2017-625 QPC، du 7 Avril 2017

(٣) Décision n° 2016-564 QPC، du 16 septembre 2016

وفي هذا النهج قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٤٢١ من قانون العقوبات التي اعتبرت أن مجرد مساعدة الأجنبي على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة بها على وجه غير مشروع من أعمال الإرهاب، وذلك لمخالفة المادة ٥ و ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي تقضي بأن تكون الجريمة والعقوبة ضرورية^(١).

وفي تعليق الفقه الفرنسي على هذا القرار، بيّن أن المجلس الدستوري قد أسس قراره على عدم توافر شروط الضرورة في التجريم والعقاب في هذه الحالة تأسيساً على أن المشرع جرم السلوك بذاته رغم أنه قد لا تكون له علاقة مباشرة بالعمل الإرهابي، وإن المجلس انتهى إلى أن المشرع قد مارس تقديره دون تناسب ظاهر^(٢).

كما بحث المجلس الدستوري الفرنسي في مدى جسامته بعض الجرائم التي أدخلها المشرع في نطاق الجرائم المنظمة الداخلة ضمن المادة ٧٣/٧٠٦ من التقنين الجديد للإجراءات الجنائية، فقرر بأن بعض الجرائم لا تتطوي بالضرورة على اعتداء على الأشخاص، ومنها السرقة حيث توصف بأنها جنائية، وأنه مع ذلك إذا ارتكبت هذه الجريمة عصابة منظمة، فإنها تندرج في القائمة التي حددها القانون

(١) Décision n° 92-316، DC du 20 Janvier 1993

(٢) B. Mathieu، *Les décisions créatrices du Conseil constitutionnel، Colloque du cinquantenaire du Conseil - 3 novembre 2008، p.1*

الجديد، غير أنها لا تعد كذلك إلا إذا كانت تتوافر فيها عناصر من الخطورة كافية لتبرير اللجوء إلى إجراءات استثنائية في مجال الإجراءات الجنائية الواردة في المادة الأولى من القانون، وبالمقابل فإنه في الحالات الأخرى أي عندما لا تتوافر في جريمة السرقة هذه العناصر فإن اللجوء إلى هذه الإجراءات يمثل تشديداً غير ضروري وأنه يقع على السلطة القضائية تقدير وجود عناصر الخطورة في إطار تطبيق القانون^(١).

ويجب أن لا يفوتنا أن الأخذ بمبدأ التناسب لا يؤدي حتماً إلى إلغاء التشريع المطعون فيه لعدم دستوريته، ذلك لأن الأخذ بهذا المبدأ يقوم إذا تصدى المجلس فعلاً لبحث وجود عدم تناسب بين سواء انتهى إلى الإقرار بوجوده أو عدم وجوده^(٢).

ومن القرارات التي رفض فيها المجلس الدستوري الطلبات القائمة على اختلال التناسب بين الجزاءات والجرائم، وانتهى فيها إلى دستورية النصوص القانونية محل الإحالة، قراره الصادر في ٢٥/٢/٢٠١٠، والذي قضى بدستورية المادة ١ من قانون تعزيز مكافحة جماعات العنف وحماية الأشخاص المكلفين بالخدمة العامة رقم ٢٠١ - ٢٠١٠ والتي تقرر معاقبة الشخص المشارك عن علم في مجموعة تؤلف ولو بغرض مؤقت للإعداد أو القيام بأعمال اعتداء على الأشخاص

(١) Décision n° 2004-24 DC، du 24 Mars 2004

(٢) انظر : د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ١٢٨ .

أو الإضرار بالملكات بعقوبة الحبس سنة وغرامة ١٥٠٠٠ يورو، على الرغم من الاعتراضات التي وجهت إلى هذه المادة من أنها تنشئ جريمة جديدة تنتهك مبدأ الضرورة والتناسب في الأحكام، وشرعية الجرائم والعقوبات^(١).

كما أن المجلس الدستوري يصرح أحياناً بالرقابة على التناسب كمبدأ من المبادئ العامة للقانون ومثال ذلك قراره الصادر بتاريخ ٢٨ يوليو ١٩٨٩ الذي يقرر فيه أن مبدأ التناسب يتضمن في كل الأحوال والأوضاع أن الحد الكلي للجزاءات التي من المحتمل الحكم بها لا يتجاوز الحد الأعلى لأحد الجزاءات المستوجبة التطبيق وهو ما يعبر عنه بضرورة احترام مبدأ تناسب الجرائم والعقوبات^(٢).

وعلى مستوى المحكمة الدستورية العليا في مصر وباستخدام فكرة المعقولية راقبت المحكمة الدستورية العليا في مصر مدى تناسب الجزاء في التشريعات التي يضعها البرلمان، والمعقولية هي: "علاقة بين ما يتضمنه العمل من ضوابط وحدود وقيود وتنظيمات وبين الهدف الذي يسعى تحقيقه من ذلك"^(٣).

وتتحقق المعقولية إذا كانت هذه العلاقة في الحدود المقبولة عقلاً ومنطقاً، دون تجاوز مبالغ فيه من حيث التشدد، أي تكون العلاقة داخل الإطار الطبيعي لها لم تخرج عنه ولم تتخطه . فتنتفي المعقولية إذا خرجت هذه العلاقة عن الإطار المقبول

(١) Décision n° 2010-604 DC، du 25 Février 2010

(٢) انظر : د. جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٣) انظر : د. جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ١١٩.

عقلاً ومنطقاً، وفي هذه الحالة تنتفي علاقة التناسب. وتطبيقاً لذلك قضت بحكمها الصادر في ١٩٩٧/٢/١ بعدم دستورية ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٩٥ من قانون العقوبات، من معاقبة رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسؤول عن قسمها بصفته فاعلاً أصلياً عن الجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته^(١).

واستندت المحكمة في قضائها إلى : "أن الأصل في النصوص العقابية أن تصاغ في حدود ضيقة تعريفاً بالأفعال التي جرمها المشرع، وتحديداً لماهيتها، لضمان ألا يكون التجهيل بها موطناً للإخلال بحقوق كفلها الدستور للمواطنين، كذلك التي تتعلق بحرية عرض الآراء وضمان تدفقها من مصادرها المختلفة، وكذلك بالحق في تكامل الشخصية، وأن يؤمن كل فرد ضد القبض أو الاعتقال غير المشروع، ولئن جاز القول بأن تقدير العقوبة، وتقدير أحوال فرضها مما يندرج تحت السلطة التقديرية للمشرع في مجال تنظيم الحقوق، إلا أن هذه السلطة حدها هو قواعد الدستور"

وأضافت: "إن من المقرر أن الأصل في الجريمة أن عقوبتها لا يتحمل بها إلا من أدين كمسؤول عنها، وهي عقوبة يجب أن تتوازن وطأتها مع طبيعة الجريمة

^(١) تنص المادة محل الطعن على أنه: "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسؤول عن قسمها، بصفته فاعلاً أصلياً للجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته، ومع ذلك يعفى من المسؤولية الجنائية: ١- إذا أثبت أن النشر حصل بدون علمه... ٢- إذا أرشد أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة..."

موضوعها، بما مؤداه أن الشخص لا يزر غير سوء عمله، وأن جريرة الجريمة لا يؤخذ بها إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، وأن شخصية العقوبة وتناسبها مع الجريمة محلها مرتبطان بمن يعد قانوناً مسؤولاً عن ارتكابها، ومن ثم تفترض شخصية العقوبة التي كفلها الدستور بنص المادة ٦٦ شخصية المسؤولية الجنائية، وبما يؤكد تلازمها ذلك إن الشخص لا يكون مسؤولاً عن الجريمة، ولا تفرض عليه عقوبتها، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها^(١).

وفي حكم آخر متعلق بطعن بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٤٨ من قانون العقوبات التي تنص على أنه: "وكل من اشترك في اتفاق جنائي سواء كان الغرض منه ارتكاب الجنايات أو اتخاذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه يعاقب لمجرد اشتراكه بالسجن" حيث قضت المحكمة بأنه يتعين على المشرع إجراء موازنة دقيقة بين مصلحة المجتمع والحرص على أمنه واستقراره من جهة وحريات وحقوق الأفراد من جهة أخرى، وأن المادة المشار إليها قد تضمنت عقوبات مفرطة في قسوتها تكشف عن مبالغة المشرع في العقاب بما لا يتناسب والفعل المؤثم، والنص على توقيع العقاب على الاتفاق الجنائي على ارتكاب جناية أو جنحة حتى ولو لم يتم ارتكابها فعلاً لا يحقق ردعاً عاماً ولا خاصاً، بل إن ذلك قد يشجع

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ ق. د جلسة ١٩٩٧/٢/١

المتفقين على ارتكاب الجريمة محل الاتفاق طالما أن مجرد الاتفاق على اقترافها سيؤدي إلى معاقبتهم بذات العقوبة"^(١).

"وإن شرعية الجزاء — جنائياً كان أم مدنياً أم تأديبياً — مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التي أثمها المشرع أو حظرها أو قيد مباشرتها. فالأصل في العقوبة هو معقوليتها، فكلما كان الجزاء بغيضاً أو عاتياً، أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التي أثمها المشرع فإنه يفقد مبررات وجوده ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً". واستطردت المحكمة في حكمها السابق: "إنه لما كان الهدف من العقوبة الجنائية هو الزجر الخاص للمجرم جزاءً لما اقترف، والردع العام للغير ليحمل من يُحتمل ارتكابه الجريمة على الإعراض عن اتيانها، وكانت الفقرة الرابعة من المادة ٤٨/ من قانون العقوبات المصري^(٢) تقرر توقيع العقوبة المقررة لارتكاب الجناية أو الجنحة محل الاتفاق عن مجرد الاتفاق على اقترافها حتى ولو لم يتم ارتكابها فعلاً، فإنها بذلك لا تحقق ردعاً عاماً ولا خاصاً، بل أن ذلك قد يشجع

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ ق. د جلسة ٢٠٠١/٦/٢.

(٢) تنص الفقرة الرابعة من المادة ٤٨ في قانون العقوبات المصري ((ومع ذلك فإذا لم يكن الغرض من الاتفاق إلا ارتكاب جنائية أو جنحة معينة عقوبتها أخف مما نصت عليه الفقرات السابقة فلا توقع عقوبة أشد مما نص عليه القانون لتلك الجنائية والجنحة)) .

المتفقين على ارتكاب محل الاتفاق طالما أن مجرد الاتفاق على اقترافها سيؤدي إلى معاقبتهم بذات عقوبة ارتكابها".

وتعليقاً على هذا الحكم، فقد ذهب جانب من الفقه^(١) إلى أن المحكمة الدستورية عمدت في هذا الحكم إلى إخضاع هذه النصوص لرقابة أشد، لا تقتصر على فحص مدى موافقتها لأحكام الدستور وإنما تشمل فضلاً عن ذلك ملاءمتها، رغبةً من المحكمة في تحقيق ضمانات أوفى لحقوق المواطنين وحرياتهم.

كما أن المحكمة الدستورية العليا في حكمها السابق قد ذهبت لتوضيح عدد من القواعد والمبادئ التي يتعين على المشرع الالتزام بها عند تنظيم النصوص العقابية، حيث قررت: إن الرقابة القضائية التي تباشرها على النصوص العقابية تضبطها مقاييس صارمة تتفق وطبيعة هذه النصوص في اتصالها المباشر بالحرية الشخصية التي أعلى الدستور قدرها، مما يفرض على المشرع الجنائي أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة في جوانبها الموضوعية والإجرائية لضمان^(٢):

✓ ألا تكون العقوبة عاصفة بالحرية.

✓ أن تكون العقوبة التي يفرضها في شأن الجريمة تبلور مفهوماً للعدالة يتحدد في

ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها.

(١) انظر : د. مأمون سلامة، التشكيلات العصابية وجريمة الاتفاق الجنائي، تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٤٨ من قانون العقوبات، مجلة الدستورية، السنة ١، عدد ٢، ٢٠٠٣، ص ٥٢ وما بعدها .

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ ق. د جلسة ٢٠٠١/٦/٢

✓ فضلاً عن أنه لا يسوغ للمشرع أن يجعل من نصوصه العقابية شراكاً أو أشراكاً

يلقيها ليتصيد باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطؤون موقعها.

✓ وأن الجزاء الجنائي لا يُعد مبرراً إلا إذا كان واجباً لمواجهة ضرورة اجتماعية

لها وزنها ومتناسباً مع الفعل المؤثم، فإن جاوز ذلك كان مفرطاً في القسوة

مجافياً للعدالة ومنفصلاً عن أهدافه المشروعة.

وقد أكد الفقه الدستوري على ما استقر عليه القضاء الدستوري في هذا الشأن،

حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن السلطة التقديرية للمشرع في مجال التجريم

والعقاب ليست مطلقة، وإنما تحددها الغايات التي استهدف الدستور تحقيقها، لأن

السلطة التشريعية لا تمارس اختصاصها إلا في حدود الدستور، والقاضي الدستوري

لا يدخل برقبته إلى منطقة التناسب وحتى لا يفتأت على اختصاصات المشرع إلا

إذا كان عدمه ظاهراً أو فادحاً بدرجة يمكن القول معها بتجاوز المشرع دائرة

الملاءمة إلى دائرة المخالفة الدستورية، وبالتالي تكون رقابة المحكمة الدستورية

العليا للمشرع في تقدير التناسب هي رقابة مشروعية دستورية، وليس محض تدخل

في سلطته التقديرية، إلا أن الإخلال بالتناسب يجب أن يكون واضحاً ظاهراً جلياً،

يكشف بقوة هذا الوضوح عن انتفاء الضرورة أو عدم التناسب في التجريم والعقاب^(١).

كما أكد جانب من الفقه على ما استقر عليه القضاء الدستوري بالقول أن القضاء الدستوري لم يتوقف عند مجرد الرقابة على الضرورة الاجتماعية الدافعة لتدخل المشرع، وإنما تجاوز ذلك إلى تقدير مدى تناسب الجزاء مع الهدف منه، فبالنسبة لرقابته على الضرورة الاجتماعية، فقد أسس قضاؤه في هذا الشأن على ما مضمونه إن تجريم الأفعال يهدف إلى تحقيق الردع العام للمجتمع والردع الخاص لمرتكب الفعل أو الجريمة، والتجريم في حد ذاته يقوم على الموازنة بين حقوق المجتمع وحيرياته، ورغبة المجتمع في حماية منظومة القيم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يعتنقها، ويرغب في حمايتها لضرورتها ولحماية وجوده وأمنه وسائر مصالحه فيقرر عدم شرعية الأفعال ومن ثم تتدخل السلطة التشريعية بتجريم ما يراه المجتمع فعلاً غير مشروع، في إطار من التوازن والمشروعية، فإن المشرع يكون قد اعتدى على حقوق الأفراد وحيرياتهم، أما بالنسبة لرقابة تقدير المشرع لمدى تناسب الجزاء مع الهدف منه، فقد عبر القضاء الدستوري عن ذلك بمعاني واحدة تقريباً مضمونها عدم جواز أن يكون الجزاء الجنائي بغيضاً أو عاتياً وهو يكون كذلك إذا كان بربرياً أو تعذيباً أو قمعياً أو متصلاً بأفعال لا يجوز تجريمها، ويكون

(١) انظر : د. عبد الحفيظ الشيمي، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، مرجع سابق، ص ٣٣٩.

كذلك إذا كان مجافياً للحدود التي يكون معها متناسباً مع الأفعال التي أثمها المشرع بما يصدّم الوعي والتقدير الخلقي للناس في شأن ما يكون حقاً وعدلاً^(١).

وفي سورية، فإنه وعلى الرغم من عدم وجود أحكام قضائية للمحكمة الدستورية العليا بهذا الخصوص، إلا أنه يمكن الوقوف على بعض النصوص القانونية التي لا تتناسب مع الفعل محل التجريم، ومنها نص المادة ٦٧ من قانون الاتصالات السوري رقم ١٨ لسنة ٢٠١٠، المعدلة بموجب المرسوم التشريعي رقم ٩ لعام ٢٠٢١، والتي تنص على عقوبة الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وغرامة من مليون ليرة سورية إلى أربعة ملايين ليرة سورية لكل من حصل أو ساعد في الحصول على خدمة من خدمات الاتصالات بوسائل احتيالية.

حيث أوضحت دراسة لأحد المحامين السوريين^(٢)، الأسباب والمبررات التي دعت المشرع السوري إلى سن قانون الاتصالات، ومن ثم الوقوف على تعديل المادة ٦٧ من القانون المذكور لناحية تشديد العقوبة على الوصول الاحتيالي للشبكة السورية، وأن دوافع المواطن السوري من هذا الفعل ليست غاية جرمية مقصودة، بل أنه واقع فرضته الظروف الاقتصادية الخانقة التي تحيط به.

(١) انظر : د. وائل محمد يوسف، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٢) انظر : أ. أيمن حسن، مدى دستورية المادة ٦٧ من قانون الاتصالات رقم ١٨ لعام ٢٠١٠، رسالة أستاذة تمت مناقشتها بنقابة المحامين (فرع القنيطرة) بتاريخ ٢٠٢٣/١١/١ .

وخلصت تلك الدراسة إلى نتيجة مهمة مفادها عدم دستورية المادة ٦٧ من قانون الاتصالات رقم ١٨ لسنة ٢٠١٠ المعدلة بالمرسوم التشريعي رقم ٩ لسنة ٢٠٢١، لعدم تناسب العقوبة المفروضة مع الفعل المرتكب^(١).

الفرع الثاني

تطبيقات مبدأ التناسب في العقوبات الإدارية والغرامات المالية

رقابة التناسب في ميدان القانون الجزائي لم تقتصر على العقوبات السالبة للحرية، بل عمل كل من المجلس الدستوري الفرنسي، والمحكمة الدستورية العليا في مصر على تطبيق هذا المبدأ على كل نص يحمل في طابعه الإيلاء والعقاب، سواء كان غرامات مالية، أم عقوبات إدارية، وهذا ما نتناوله في هذا الفرع وفق الآتي:

أولاً. تطبيق مبدأ التناسب في الغرامات المالية :

تنص القوانين على أنواع الغرامات المالية، التي يكون لها حدان أقصى وأدنى، حيث من المفترض أن تأتي بشكل نسبي مع الضرر الذي نتج عنها، وتقسم الغرامات إلى أربعة أنواع هي:

(١) بتاريخ ٢٨/١١/٢٠٢٣ أصدر رئيس الجمهورية المرسوم التشريعي رقم (٤٠) لعام ٢٠٢٣ والذي قضى بتعديل نص المادة (٦٧) من قانون الاتصالات، من خلال إلغاء عقوبة الحبس لمن حصل على الخدمة بوسائل احتيالية وجعلها مقتصرة على الغرامة المالية.

١ - **الغرامة الجنائية:** وهي التي نص عليها قانون العقوبات كعقوبة أصلية، أو كعقوبة تبعية، وفي كلا النوعين تخضع لمبدأ الشرعية الجنائية، حيث إنه لا غرامة بدون نص، وأيضاً تخضع لكل قواعد تنفيذ العقوبة مثل العفو، والتقاعد والتعدد بتعدد المتهمين، ووقف التنفيذ، ولا يجوز تطبيقها على غير المسؤول، فلا يجوز الحكم بها على ورثة المسؤول، وتطبق الغرامة الأشد في حالة تعدد الغرامات المفروضة على ذات الفعل^(١).

٢ - **الغرامة الضريبية:** وهي التي يُنص عليها في قوانين الضرائب، والجمارك، والنهرب الجمركي^(٢).

٣ - **الغرامة المدنية:** وهي التي تصدر وفقاً لأحكام القانون المدني وقانون المرافعات المدنية والتجارية وبعض القوانين الخاصة، وغالباً يحكم بها في حالة

(١) انظر : القانون رقم ١٥ لعام ٢٠٢٢ الذي يتضمن تعديلات على عدد من مواد قانون العقوبات الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ١٤٨ لعام ١٩٤٩ وتعديلاته، والذي رفع الحد الأدنى والأعلى لعقوبة الغرامات التكميلية والجنحية والجنائية.

(٢) انظر على سبيل المثال: غرامة عدم تقديم بيان : بموجب أحكام الفقرة /أ/ من المادة ١٨ من القانون السوري رقم ٢٤ لعام ٢٠٠٣ :

إذا لم يقدم المكلف الخاضع للضريبة - ضمن المهلة المحددة - البيان المنصوص عليه في المواد (١٣ و ١٥ و ٢٣) منه يبلغ إنذاراً بالامتنال لأحكام القانون فإن لم يمتثل لذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه الإنذار المذكور تضاف إلى الضريبة المترتبة عليه غرامة قدرها / ٢٠ ٪ / منها لعدم تقديم البيان تخفض إلى / ١٠ ٪ / إذا امتثل المكلف للإنذار ، أو تقدم بالبيان بعد المدة القانونية قبل تبليغه الإنذار .

و غرامة عدم السداد ضمن مهلة الاستحقاق : حيث حددت المادة ١٠٧ من القانون ٢٤ لعام ٢٠٠٣ غرامة و قدرها ١٠ ٪ من تكاليف ضريبة الدخل إذا لم تدفع ضمن مهلة الاستحقاق المنصوص عليها في القانون. وحدد الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها في هذه المادة بـ / ٣٠ ٪ / من أصل التكاليف بما فيها جميع الإضافات

إساءة حق التقاضي، أو على عدم تنفيذ واتخاذ الإجراءات القانونية أو القضائية في موعدها، مثل عدم إثبات ميلاد الطفل، أو عدم إثبات حالة الوفاة، أو التأخير في سداد فواتير التليفون، أو سداد أي رسم أو عدم تنفيذ قرار المحكمة في دعوى متداولة^(١).

٤ - **الغرامة التأديبية:** وهي التي تطبق لمعاقبة بعض الأخطاء المرتكبة أثناء ممارسة الوظيفة العامة، أو أي مهنة معينة منظمة مثل المحاماة، الطب، الهندسة.

وكون هذه الغرامات تحمل في طبيعتها الجزاء، فإن القضاء الدستوري، قد أعمل وطبق عليها مبدأ التناسب، حيث قضى المجلس الدستوري الفرنسي بقراره الصادر بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٣٠ بعدم دستورية النص الخاص بتقرير الغرامة الضريبية الناجمة عن إخفاء الممول، لأنها تنطوي على عدم تناسب ظاهر، نظراً لأن تقدير مبلغ الغرامة على نحو متساو مع الدخل المخفي، يكشف في كثير من الأحيان عن عدم تناسب بشكل ظاهر مع الفعل الذي أتاها المتهم^(٢).

فمن خلال هذا القرار اعتبر المجلس أن الغرامة المالية التي قررها المشرع على كل موظف بالجهاز الضريبي يكشف عن سرية دخل أحد الممولين، وكانت هذه

^(١) انظر الغرامة الواردة في المادة ٣/١٣٦ من قانون أصول المحاكمات التي اوجبت الغرامة على من يقدم مذكرة خلال الايام الثلاثة التي تلي اقفال باب المرافعة بقصد الاستكمال أو التوضيح . و المادة ١٨٦ التي اوجبت مصادرة التأمين في حال رفض طلب رد القاضي.

^(٢) Décision n° 80-127 DC، du 30 décembre 1987

الغرامة تتمثل في دفع مبلغ يساوي قيمة الدخل الذي كُشف عنه واستند المجلس في قضائه إلى عدم التناسب بين هذه العقوبة والمخالفة المقترفة.

كما أن المجلس الدستوري ذهب في قراره الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٧/٢٣ لإعلان عدم دستورية الجمع بين جزاء جنائي وجزاء إداري من طبيعة مالية، لعدم تناسب هذين الجزاءين مع المخالفة^(١).

وعلى مستوى المحكمة الدستورية في مصر، فقد أكدت على مبدأ التناسب في الغرامات المالية، من خلال رقابة التشريع الذي أغفل منح القاضي سلطة تقديرية في وقف تنفيذ عقوبة الغرامة، حيث جاء في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٨/٣، والذي قضت فيه بعدم دستورية إغفال النص على منح القاضي سلطة تقديرية في وقف تنفيذ عقوبة الغرامة، وذلك في المادة ١٥٦ من القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ تأسيساً على إخلال هذا النص بمبدأ تفريد العقاب، حيث ذهبت إلى أنه: "لا تجوز معاملة المتهمين بوصفهم نمطاً ثابتاً، أو النظر إليهم باعتبار أن صورة واحدة تجمعهم لتصبهم في قالبها، بما مؤداه أن الأصل في العقوبة هو تفريدها لا تعميمها، وتقرير استثناء من هذا الأصل_ أياً كانت الأغراض التي يتوخاها_ مؤداه أن المذنبين جميعهم تتوافق ظروفهم، وأن عقوبتهم يجب أن تكون واحدة لا تغاير فيها، وهو ما يعني إيقاع جزاء في غير ضرورة بما يفقد

(^١) Décision n° 96-378 DC، du 23 Juillet 1996

العقوبة تتناسبها مع وزن الجريمة وملابساتها، وبما يقيّد الحرية الشخصية دون مقتضى، ذلك أن مشروعية العقوبة من زاوية دستورية مناطقها أن يباشر كل قاض سلطته في مجال التدرج بها وتجزئتها تقديراً لها في الحدود المقررة قانوناً، فذلك وحده الطريق إلى معقوليتها وإنسانيّتها، جبراً لآثار الجريمة من منظور موضوعي يتعلق بها وبمرتكبها^(١).

وعلى ذات النهج أكدت المحكمة الدستورية تطبيقاً لمبدأ التناسب على عقوبة الغرامة أن: تفريد عقوبة الغرامة — وهو أكثر مرونة من تفريد العقوبة السالبة للحرية — يجنبها عيوبها باعتباره كافلاً عدالتها، ميسراً تحصيلها، حائلاً دون أن تكون وطأتها على الفقراء أثقل منها على الأغنياء، وكان فرض تناسبها في شأن جريمة بذاتها، إنصافاً لواقعها وحال مرتكبها يتحقق بوسائل متعددة يندرج تحتها أن يفاضل القاضي — وفق أسس موضوعية — بين الأمر بتنفيذها أو إيقافها، فإذا سلب المشرع هذه السلطة، فإنه يكون بذلك قد أدخل بخصائص الوظيفة القضائية، وقوامها في شأن الجريمة محل الدعوى الجنائية، تقدير العقوبة التي تناسبها، باعتبار أن ذلك يعد مفترضاً أولياً متطلباً دستورياً لصون موضوعية تطبيقها^(٢).

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق. د جلسة ١٩٩٦/٨/٣.

(٢) الحكم الصادر في القضية رقم ٢٤ للسنة القضائية ١٨ جلسة ١٩٩٧/٧/٥.

ثانياً . تطبيق مبدأ التناسب على العقوبات الإدارية :

الجزاءات الإدارية ذات طبيعة عقابية تملك الإدارة سلطة إيقاعها على الأفراد وهي في معرض ممارستها لسلطاتها العامة بصرف النظر عن مركزهم، بوصفها أحد الوسائل الردعية التي تملكها الإدارة لمن يخالف الأنظمة والقوانين^(١)، وكون غاية هذه الأنظمة والقوانين واللوائح هي ضبط نشاط الأفراد سعياً لتحقيق المصلحة العامة^(٢). وتعرف بأنها: "السلطة التي تملكها الإدارة في إيقاع الجزاء بدلاً من القضاء الجزائي على غير الخاضعين لها والمتعاملين معها أي جمهور المواطنين"، وبالتالي يخرج من إطارها الجزاءات التأديبية التي تفرضها الإدارة على موظفيها والجزاءات التي تفرضها على المتعاقدين معها^(٣). وفي تعريف آخر هي: "التدبير أو الإجراء الذي تتخذه هيئات السلطة الإدارية ضد من يخالف نص قانوني أو تنظيمي بهدف حماية النظام العام وتحقيق المصلحة العامة"^(٤).

(١) انظر : د. أمين مصطفى محمد، الحد من العقاب في القانون المصري والمقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، ١٩٩٣، ص ٢١٩ .

(٢) انظر : د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٢ .

(٣) انظر : د. غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي والصعوبات التي تحول دون تطوره، مجلة الحقوق، عدد ١، ١٩٩٤، ص ٢٨٥ .

(٤) انظر : سجي محمد عباس الفاضلي، دور الضبط الإداري البيئي في حماية جمال المدن (دراسة مقارنة) ط. ١، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٧، ص ٣٠٧ .

وفي ميدان تطبيق مبدأ التناسب على هذه الجزاءات، فقد ذهب المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٧/٢٠، والذي قضى فيه بعدم دستورية حرمان الأشخاص الذين ولدوا في إقليم فرنسا من حق اكتساب الجنسية الفرنسية في حالة ارتكابهم لبعض المخالفات، وقرر المجلس أن جزاء الحرمان من الجنسية ينطوي على غلو ولا يتناسب مع هذه المخالفة^(١).

كما جاء في قراره الصادر في ١٩٩٥/١/١٨ والذي قضى فيه بدستورية المادة ١٨ من قانون البرامج الموجهة للحفاظ على الأمن، على الرغم من الاعتراضات التي وجهها بعض أعضاء مجلس الشيوخ إلى هذه المادة من كونها تنشئ عقوبة تكميلية تقضي بحظر المشاركة في المظاهرات على الطرق العامة في الأماكن التي يحددها قرار الإدانة ولمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، وتقرر عقوبة الحبس لسنة واحدة وغرامة ١٠٠٠٠٠٠ فرنك للأشخاص الذين يشاركون في مظاهرة تتجاهل هذا الحظر، إذ اعتبر أعضاء مجلس الشيوخ أن تلك العقوبة تؤثر على حرية التعبير الجماعي، وأنها ليست ضرورية وغير متناسبة مع الجرائم المرتكبة، وهو ما لم يأخذ به المجلس الدستوري، وانتهى إلى دستورية النص محل الطعن^(٢).

(١) Décision n° 93-321 DC، du 20 Juillet 1993

(٢) Décision n° 94-352 DC، du 18 Janvier 1995

وقضى المجلس أيضاً بعدم دستورية النص الذي يوقع عقوبة (أوتوماتيكية) عند وقوع المخالفة، حائلاً دون مراعاة ظروف المخالفة، أو ربط توقيع العقاب على أساس جسامه الفعل، فهذا الجزاء يترتب بقوة القانون ولو لم ينطق به القاضي، بحيث تكون العقوبة واحدة لا تتغير مهما اختلفت ظروف المحكوم عليهم من حيث الوقائع والشخصية، والمثال البارز على ذلك قرار المجلس بتاريخ ٢٧ يوليو ٢٠٠٠ الذي أقر فيه إلى أن فقدان اكتساب الجنسية الفرنسية، الذي يترتب على قرار الإبعاد بالتبليغ في محل الإقامة يعد جزاء غير متناسب مع الوقائع أو الأسباب التي تركز عليها مثل هذه الإجراءات من خلال تجاهل المادة ٨ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي ١٧٨٩^(١).

وعلى مستوى المحكمة الدستورية المصرية، يعتبر حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٢/٣ أو أحكامها التي أثارت فيه معيار التناسب بين الجزاء والأفعال ومدى تحقق ضرورة اجتماعية من وراء فرض الجزاء، والذي قضت فيه بعدم دستورية ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ بفرض رسم تنمية الموارد المالية للدولة المعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٦، من أن: "يستحق على الجهات المسؤولة مثل المبالغ المقررة في حال التخلف عن توريدها في الموعد المحدد، حيث بسطت المحكمة الدستورية رقابتها على الجزاء

(١) Décision n° 2000-433 DC، du 27 Juillet 2000

الذي يفرضه المشرع لضمان تحقيق مصلحة الدولة في اقتضاء دين الضريبة، واشترطت ألا يكون هذا الجزاء مجاوزاً الحدود المنطقية التي يقتضيها صون مصلحة الضريبة، وأن توحي حماية المصلحة الضريبية للدولة ينبغي موازنتها بالعدالة الاجتماعية والتي تعتبر وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور أساساً للنظام الضريبي حيث قضت المحكمة بأن: "يتعين دوماً أن يكون تقدير الجهة الإدارية لجزاءاتها متوازناً، قائماً على أسبابها بكل أخطارها، مبرراً بما يُعد حقاً وعدلاً، فلا يكون شططها حائلاً دون أداء العاملين لواجباتها، ولا لينها أو هوانها مؤدياً إلى استهانتهم بها، بل يكون مجرداً من الميل، دائراً حول الملاءمة الظاهرة بين خطورة الفعل المعتبر ذنباً إدارياً، وبين نوع الجزاء ومقداره"^(١).

(١) حكمها الصادر بالقضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ ق.د، جلسة ١٩٩٦/٢/٣

المطلب الثاني

تطبيقات مبدأ التناسب في القوانين الضريبية

تعد الضريبة فريضة مالية إلزامية تقتضى من الأفراد على سبيل الجبر، انطلاقاً من فكرة السيادة التي تمارسها الدولة على الأفراد، ويتضح ذلك من استقلال الدولة _ممثلة في سلطتها التشريعية والتنفيذية_ بإقرار النظام التشريعي للضرائب وتنفيذ أحكامه، ويتم الإصدار والتنفيذ دون أي تدخل من جانب الممولين الخاضعين لها، ومن ثم لا يكون الممول حراً في الاختيار بين الدوافع أو الامتناع عنه، بل هو مجبر على دفعها بغض النظر عن استعداده، أو رغبته في الدفع^(١).

ويرى الفقه الدستوري أن سعر الضريبة يتم تحديده على هدي من المقدرة التكلفة للمول بحسبانها العامل المؤثر الفارق في تحديد السعر العادل لها، كما لا يجوز فرضها إلا بقانون حيث يتم فرض الضريبة وربطها، والاعتراض عليها وتحصيلها وإلغائها والإعفاء منها بموجب قانون يجب أن تتبع في إصداره الأصول الدستورية السائدة في فرض الضريبة في بلد معين، ولعل مبدأ عدم فرض الضريبة

(١) انظر : د. أحمد سيد أحمد السيد علي، الجوانب الموضوعية والإجرائية للجرائم الضريبية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٣، ص. ٤٧

إلا بقانون^(١)، إنما يأتي ترجمة لمفهوم المشروعية بمعناها الواسع والتي تعني خضوع الدولة بمؤسساتها وأفرادها لحكم القانون^(٢).

وإن مبدأ العدالة الاجتماعية يمثل إحدى دعائم عدالة النظام الضريبي^(٣)، فلا تتفصل عنها النصوص القانونية التي يقيم المشرع عليها النظم الضريبية على اختلافها، إلا أن الضريبة بكل صورها، تمثل في جوهرها عبئاً مالياً على المكلفين بها، ويتعين بالتالي وبالنظر إلى وطأتها وخطورة تكلفتها أن يكون العدل من منظور اجتماعي مهيمناً عليها بمختلف صورها، محدداً الشروط الموضوعية لاقتضاءها، نائياً عن التمييز بينها دون مسوغ، فذلك وحده يكفل ضمانه خضوعها لشرط الحماية القانونية المتكافئة التي كفلها الدستور للمواطنين جميعاً في شأن الحقوق عينها، فلا يحكمها إلا مقاييس موحدة لا تتفرق ضوابطها^(٤).

ويعد المجال الضريبي من أخطر المجالات التي تؤثر فيها أحكام القضاء الدستوري، وخاصة بالنسبة إلى ما يتعلق بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين. وذلك لما لحكم المحكمة الدستورية من أثر مالي واسع الخطر في هذا المجال، حيث

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ من الدستور السوري النافذ لعام ٢٠١٢ على أن: "لا تفرض الضرائب والرسوم والتكاليف العامة إلا بقانون".

(٢) انظر: د. سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، دستور ١٩٧١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٠، ص ٣٤٩.

(٣) تنص الفقرة الثانية من المادة ١٨ من الدستور السوري على أن: "يقوم النظام الضريبي على أسس عادلة، وتكون الضرائب تصاعدية بما يحقق مبادئ المساواة والعدالة الاجتماعية".

(٤) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٢٢٩ لسنة ٢٩ ق.د.، جلسة ٢٠١٣/٥/١٢

إنه يؤدي إلى رد الضريبة المقضي بعدم دستوريته بعد دفعها بعدة سنوات وبعد أن تكون الدولة قد اعتمدت عليها في تمويل نفقاتها وضبط موازنتها، الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة إعادة تدبير النفقات اللازمة لرد الضريبة، مما يؤدي إلى كثرة الخل والاضطراب في ميزانية الدولة^(١).

الفرع الأول

رقابة التناسب على النصوص الضريبية

تظهر رقابة القضاء الدستوري على التناسب في القوانين الضريبية في تقييمها لمعدل الضريبة ومدى تناسبها مع الغاية التي استهدفها المشرع من تقريرها، وكذلك في فحصها لمدى مشروعية المصلحة التي هدف المشرع تحقيقها من وراء فرض الضريبة. فالقاضي الدستوري يلعب دوراً مهماً في مجال رقابته على النصوص الضريبية، وذلك من خلال التحقق والتأكد من ارتباط النصوص القانونية بتحقيق المصلحة العامة، فضلاً عن مراعاة عدالة ومناسبة قيمة الضريبة لقدرات وإمكانات الممولين، حيث عرض على المجلس نص ضريبي يمنح تخفيضاً بنسبة ٥٠% من قيمة الأموال المهنية المنقولة بدون مقابل (الهيئة) بين الأحياء، وذلك لتشجيع المشروعات الصغيرة والمتوسطة، إلا أن المجلس قرر أنه وإن كان المشرع يستطيع منح مزايا ضريبية معينة، لتشجيع نقل بعض الأموال، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون

(١) انظر : د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان ١٩٩٩، ص ١٨٩.

المشرع قد أقام تقديره على معايير موضوعية ومنطقية أو عقلانية، بالنظر إلى الأهداف التي يقصدها، فالمشرع يجب أن لا يغفل عن أنه يتعين عليه أن يعامل بطريقة متساوية المراكز المتشابهة، وبطريقة مختلفة المراكز المختلفة، وقرر المجلس عدم صحة هذا النص من الناحية الدستورية^(١).

وفي قرار آخر صدر في ٢٠٠٧/٨/١٦ قرر المجلس الدستوري أنه إذا كان مبدأ المساواة لا يحول دون قيام المشرع لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة بسن حوافز ضريبية، فإنه يشترط أن يستند تقييمه إلى معايير موضوعية وعقلانية وفقاً للأغراض التي يقترحها، وعلى شرط أن تتناسب الميزة الضريبية الممنوحة مع الأثر الحافز المتوقع^(٢).

فالمشرع عند سنه لقانون ضريبي يتوجب عليه بالإضافة إلى مراعاة المبادئ الدستورية وخصائص كل ضريبة، مراعاة القواعد التي يجب على أساسها تقييم صلاحيات المساهمة^(٣). وبالتالي يمكن القول أن المجلس الدستوري الفرنسي قد رد المتطلبات التقليدية لعقلانية وموضوعية الهدف الذي يسعى إليه المشرع من أجل قانونية منح ميزة ضريبية، ولكنه تطلب أن تكون هذه الميزة متناسبة مع الأثر الحافز المتوقع، وبهذا التحديد اعتبر المجلس الدستوري النتائج المترتبة على الميزة

^(١) Décision n° 95-369 DC، du 28 Décembre 1993

^(٢) Décision n° 2007-555 DC، du 16 Aout 2007

^(٣) Décision n° 2019-820 QPC du 17 janvier 2020، Décision n° 2017-679 QPC du 15 décembre 2017

الضريبية الممنوحة معياراً للدستورية، ويرى الفقه أنه ومنذ عام ٢٠٠٧ اكتملت رقابة الملاءمة بتقدير المجلس الدستوري للنتائج المترتبة على القانون^(١).

وتأكيداً لذلك فقد قرر المجلس الدستوري أنه: "بموجب المادة ٣٤ من الدستور، يحدد المشرع وفقاً للمبادئ الدستورية ومراعاة خصائص كل ضريبة، القواعد التي تتعلق بتحصيل الضريبة، وعلى وجه الخصوص ضمان احترام مبدأ المساواة، واستناد تقديرها على معايير موضوعية وعقلانية وفقاً للأغراض المرجوة"^(٢).

وعلى مستوى المحكمة الدستورية العليا في مصر ومن خلال أعمالها لمبدأ التناسب في ميدان قوانين الضريبة، استطاعت أن تراقب مدى التزام المشرع بتحقيق التوازن بين مصلحة الدولة في زيادة مواردها عن طريق فرض الضرائب ومصلحة الممول ومقدرته التكليفية ومراعاة التوقع المشروع من جانبه واستقرار مركزه القانوني^(٣). ففي حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١/٢ أعلنت عدم دستورية الفقرة

(١) انظر : د. شادي محمد صلاح عبد البديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص ٤٥٠.

(٢) Décision n° 2018-747 QPC، du 23 November 2018

(٣) من التطبيقات الحديثة للقضاء الدستوري حول التوقع المشروع في ميدان قوانين الضرائب، الحكم الصادر عن المحكمة الاتحادية الألمانية بتاريخ ٧ أبريل ٢٠٢١ ضد قانون الضرائب البلدية لولاية بادن فورتمبيرغ الصادر عام ٢٠٠٥ إذ إن قوانين الضرائب المحلية يتعين تطبيقها بعد إجراء التغييرات اللازمة بموجب لوائح خاصة، فجاء بالحكم: "يضمن الأمن القانوني وحماية التوقعات المشروعة بالافتتران مع الحقوق الأساسية موثوقية النظام القانوني كشرط أساسي لتقرير المصير بشأن خطة حياة الفرد وتنفيذها، ويجب أن يكون المواطنون قادرين على توقع التدخلات الحكومية المحتملة ضدهم، وأن يكونوا قادرين على التكيف وفقاً لذلك، فالضمان القانوني وحماية التوقعات المشروعة من عناصر سيادة القانون ويضمنان أيضاً موثوقية النظام القانوني، وإن مبدأ الأمن القانوني يحظر على المشرع تجاهل

الأولى من المادة ٥٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨، فيما قررته من سريان الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية بأثر رجعي على تصرفات قانونية تمت قبل صدور هذا القانون ونفاذه، وقد أسست المحكمة قضاءها على أن المصلحة التي تغياها المشرع من وراء فرضه الضريبة قد انتفت عنها صفة المشروعية، من ناحية لأنه قرر سريانها بأثر رجعي، ومن ناحية أخرى لأن مبلغ الضريبة يجاوز الحدود المنطقية لتوقعات الممولين^(١).

وفي حكمها الصادر بتاريخ ١٥/١١/١٩٩٧ قررت المحكمة: "إن إقرار السلطة التشريعية لقانون الضريبة العامة، لا يحول دون مباشرة هذه المحكمة لرقابتها في شأن توافر الشروط الموضوعية لعناصر بنيانها، وذلك بالنظر إلى خطورة الآثار التي تحدثها هذه الضريبة، وعلى الأخص من زاوية اتصالها بمظاهر الانكماش أو الانتعاش وتأثيرها على فرص الاستثمار والادخار والعمل وحدود الإنفاق، فلا تنحسر رقابتها بالتالي في شأن الضريبة التي فرضها المشرع، عن

المصالح المشروعة للمواطن والامتناع تماماً عن اللوائح التي تحدد حداً زمنياً لتحصيل الرسوم، ووفقاً لذلك لا يتوافق القانون مع مبدأ وضوح العبء والقدرة على التنبؤ".

2 Bvl 176\15 vom 07.April 2021.

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/04/rk20210407_1bvr017615.html

وينظر في ذات الشأن: قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية في قضية رقم ٣٠٨ لسنة ٢٤، جلسة يوم الأحد ١١/١/٢٠٠٦.

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-308-Y24.html>

(١) حكمها الصادر بالقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق.د، جلسة ١٢/٢/١٩٩٣.

الواقعة القانونية التي أنشأتها وقوامها صلة منطقية بين شخص محدد يعتبر ملتزماً بها، والمال المتخذ وعاءً لها متحماً بعبئها".

وهذه الصلة هي التي لا تنهض الضريبة بتخلفها سوية على قدميها، وتتحراها هذه المحكمة لضمان أن يظل إطارها مرتبطاً بما ينبغي أن يقيمها على حقائق العدل الاجتماعي محدد مضمونها وغاياتها على ضوء القيم التي اختصها الدستور، ويندرج تحتها ضرورة أن تكون صور الدخل على اختلافها، أياً كان مصدرها، وباعتبارها إيراداً مضافاً إلى رؤوس الأموال التي أنتجتها، وعاءً أساسياً للضريبة، كافلاً لعدالتها وموضوعيتها، ومرتبطةً بالمقدرة التكليفية لمموليها، فلا ينال اتخاذ الدخل قاعدة لها، من رؤوس الأموال في ذاتها بما يؤول إلى تأكلها أو يحول دون تراكمها، بل تظل قدرتها في مجال التنمية باقية مصادرها، متجددة روافدها"^(١).

ويتضح لنا بأن المحكمة الدستورية العليا في مصر ومن خلال حكمها السابق، قد أعملت رقابتها على سبب التشريع بشكل واضح، أي أنها طبقت رقابة التناسب بين سبب التشريع ومحلّه، وذلك عندما أعلنت بصريح القول أن رقابتها لا تتحسر في شأن الضريبة التي فرضها المشرع عن الواقعة التي أنشأتها، كما أنها أعملت رقابة التناسب بين محل التشريع والآثار المترتبة عليه، وذلك من خلال رقابتها في

(١) انظر حكمها بالقضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق.د، جلسة ١٥ / ١١ / ١٩٩٧.

شأن توافر الشروط الموضوعية لعناصر بنیان الضريبة وخطورة الآثار التي تحدثها هذه الضريبة.

وفي حكم آخر أعلنت عدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ فيما تضمنه من أن يكون لمصلحة الضرائب عدم الاعتداد بالإقرار وتحديد الأرباح بطريق التقدير وذلك دون وضع ضوابط أو معايير لهذا التقدير^(١). حيث إن المشرع، كما تقول المحكمة، في النص الطعين لم يحقق التوازن المطلوب بين أمرين هما حق الدولة في استثناء الضريبة المستحقة قانوناً لما تمثله من أهمية بالغة نحو وفاء الدولة بالتزاماتها العامة تجاه الأفراد، وبين الضمانات الدستورية والقانونية المقررة في مجال فرض الضرائب على أفراد المجتمع لا سيما من حيث تحديد وعاء الضريبة تحديداً حقيقياً كشرط لعدالتها. ذلك أن المشرع قد منح مصلحة الضرائب سلطة عدم الاعتداد بالإقرار المقدم من الممول غير الملتزم بإمساك دفاتر تجارية واعتماد إقراره من أحد المحاسبين المعتمدين، واللجوء إلى تحديد أرباحه الخاضعة للضريبة بطريق التقدير الجزافي دون سند لديها من الأوراق أو القرائن، وهو ما قد يؤدي إلى انتفاء تحقق التقدير الحقيقي لوعاء الضريبة المفروضة، وإمكانية حصول الشطط في هذا التقدير ليجاوز أرباح الممول

(١) تنص المادة ٣٨ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ - المطعون عليها على أنه: "تربط الضريبة على الأرباح الحقيقية الثابتة من واقع الإقرار المقدم من الممول إذا قبلته مصلحة الضرائب. وللمصلحة تصحيح الإقرار وتعديله، كما يكون لها عدم الاعتداد بالإقرار وتحديد الأرباح بطريق التقدير".

الفعلية، ويتعدها إلى أصل رأس المال فتدمره سيما والمفروض أن هذا الممول من صغار الممولين أصحاب النشاط التجاري والصناعي، فضلاً عن أن ذلك التقدير الجزافي الذي تفرضه المصلحة، دون أدنى دليل وبغير ضمانات تكون كافلة لتقدير المقدرة التكاليفية للممولين تقديراً حقيقياً، يصادم توقع الممولين المشروع، وبيّغت حياتهم عاصفاً بمقدراتهم حاكماً لكذب إقراراتهم فلا يكون مقدار الضريبة الملزمين بأدائها معروفاً لهم قبل استحقاقها، ولا عبئها ماثلاً في أذهانهم عند سابق تعاملاتهم الأمر الذي يؤدي إلى إهدار أسس وقواعد العدالة الاجتماعية على نحو يخالف حكم المادة ٣٨ من الدستور، هذا فضلاً عن أن النص الطعين - على نحو ما تقدم بيانه - وقد اعتمد أسلوب التقدير الجزافي كوسيلة لربط الضريبة وإعادة تقدير الأرباح بالنسبة لطائفة صغار الممولين من أصحاب النشاط التجاري الغير ملتزمين بإمسك دفاتر منتظمة أو اعتماد إقراراتهم الضريبية من أحد المحاسبين، يكون قد غاير بذلك ما انتهجه بشأن غيرهم من الممولين لذات الضريبة أو ممولي الضريبة على أرباح المهن غير التجارية، إذ اعتمد لهؤلاء وأولئك أسلوب التقدير الإداري فألزم مصلحة الضرائب إذا لم تقبل إقراراتهم أن تثبت مخالفتها وعدم مطابقتها للحقيقة بالأدلة والبراهين، وأن يكون تقديرها لوعاء الضريبة بناء على مؤشرات الدخل وغيرها من القرائن التي تكشف عن الأرباح الحقيقية للممول وتكاليف مزاوله المهنة والتي يصدر ببيانها قرار من وزير المالية. وهو بهذه المغايرة غير المبررة وإن قصد

تميزاً لطائفة صغار التجار والصناع بإعفائهم من إمساك دفاتر تجارية منتظمة واعتماد إقراراتهم من أحد المحاسبين المعتمدين إلا أن هذه الميزة أضحت وبالأعلى عليهم حيث ترتب عليها حرمانهم من المعاملة القانونية الكافلة لمشروعية فرض تلك الضريبة عليهم لضمان تقدير وعائها تقديراً حقيقياً يقوم على ما تنبئ عنه مؤشرات الدخل وغيرها من القرائن والأدلة بما يجعل هذا التمييز تحكيمياً ومنهياً عنه لمخالفته نص المادتين ٨، ٤٠ من الدستور، يؤكد ذلك عزوف المشرع عن أسلوب التقدير الجزافي عند إصداره لقانون الضرائب على الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥^(١).

وإن قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر غني جداً بالأحكام التي أعلنت من خلالها عدم دستورية نصوص ضريبية، ومنها الحكم الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١/٢ بعدم دستورية المادة ١/٥٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية، وذلك فيما قررته من فرض ضريبة بأثر رجعي على تصرفات تمت قبل صدور القانون^(٢).

والحكم الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٦/١٩ بعدم دستورية فرض ضريبة على الأراضي الفضاء غير المستغلة الواقعة داخل نطاق المدن^(٣)، والحكم الصادر بجلسة ١٩٩٣/١٢/٦ بعدم دستورية القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٨٩ بفرض ضريبة على

(١) انظر حكمها الصادر بالقضية رقم ١٢٥ لسنة ١٨ ق.د، جلسة ٢٠٠٥/١٢/١١.

(٢) حكمها الصادر بالقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق.د، جلسة ١٩٩٣/١/٢.

(٣) حكمها الصادر بالقضية رقم ٥ لسنة ١٠ ق.د، جلسة ١٩٩٣/٦/١٩.

مرتبات العاملين المصريين بالخارج^(١)، والحكم بجلسة ١٩٩٦/٩/٧ بعدم دستورية المادة (٨٣) من قانون ضريبة الدمغة رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠^(٢)، والحكم بجلسة ١٩٩٧/١١/١٥ بعدم دستورية المادة (١٣/١) من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٨٤ بفرض رسم تنمية الموارد المالية للدولة^(٣).

حيث أرست المحكمة الدستورية، في هذه الأحكام، عدداً من الضوابط الدستورية في مجال الضرائب لا يكون القانون الذي فرضها موافقاً لأحكام الدستور إلا إذا التزم بها المشرع، ومن أهمها: ضرورة تحقيق التوازن بين مصلحة الدولة في زيادة مواردها عن طريق فرض الضرائب ومصلحة الممول ومقدرته التكليفية ومراعاة التوقع المشروع من جانبه واستقرار مركزه القانوني، وأنه لا يجوز للمشرع تحت ستار سلطته التقديرية فرض ضريبة على رأس المال الثابت للممول بدلاً من فرضها على الدخل الذي يحققه، وعدم جواز أن يكون من بين أغراض الضريبة إيلام المكلفين بها لأن الضريبة لا يجوز دستورياً أن يواجه بها المشرع جرماً ارتكبه الممول، وتدل هذه الضوابط على المدى الذي وصلت إليه المحكمة الدستورية في بسط رقابتها على السلطة التقديرية للمشرع في مجال فرض الضرائب، وخاصة على

(١) حكمها الصادرة بالقضية رقم ٤٣ لسنة ١٣ ق.د، جلسة ١٩٩٣/١٢/٦ .

(٢) حكمها الصادرة بالقضية رقم ٩ لسنة ١٧ ق.د، جلسة ١٩٩٦/٩/٧ .

(٣) حكمها الصادرة بالقضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق.د، جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ .

التناسب بين الضريبة، وهى ركن المحل في القانون، والغاية من هذا القانون، وهى زيادة موارد الدولة في الحدود التي لا تهدر مصلحة الممول.

ويتجلى ذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٤/٨ حيث أكدت المحكمة الدستورية على سلطتها في الرقابة الشاملة على القانون الضريبي من حيث موضوعه، أو محله، وسببه، وغايته، وقررت أن الضريبة تتجرد من خصائصها إذا كان من شأنها تدمير وعائها، أو كان لها وطأة الجزاء، بما يباعد بينها وبين الأغراض المالية التي ينبغي أن تتوخاها أصلاً، وكذلك كلما قام الدليل على انتفاء المصلحة المشروعة التي تسوغها. وهو ما يقع بوجه خاص إذا كان معدل الضريبة، أو أحوال فرضها، مناقضاً للأسس الموضوعية التي لا تقوم الضريبة إلا بها.

وبالتالي يمكن القول أن سلطة المحكمة الدستورية تظهر في الرقابة على ركن المحل في القانون الضريبي من خلال التحقق من مدى التزام المشرع بتقرير الضريبة في الأحوال التي أجاز له الدستور فرضها فيها، وتظهر سلطتها في رقابة ركن السبب في تقييمها لمعدل الضريبة ومدى تناسبها مع الغاية التي استهدفها المشرع من تقريرها، وتظهر الرقابة على غاية القانون الضريبي من خلال فحص المحكمة لمدى مشروعية المصلحة التي تغيا المشرع تحقيقها من وراء فرض الضريبة.

وهذا التمييز بين أركان القانون الضريبي هو مجرد تقسيم علمي، القصد منه هو توضيح العناصر والجوانب التي تشملها رقابة المحكمة الدستورية، ولكن هذه الأركان مرتبطة فيما بينها في الواقع ارتباطاً وثيقاً، لأن المحكمة الدستورية، إذا وجدت عيباً في أي ركن من هذه الأركان، فإنها تقضي في جميع الأحوال بعدم دستورية الضريبة، وهي ركن المحل في القانون، أي أن وجود عيب في أي ركن من أركان القانون يؤدي إلى نتيجة واحدة، هي عدم دستورية محل هذا القانون.

الفرع الثاني

رقابة التناسب على الجزاءات الضريبية

في المجال الضريبي يتعلق قانون الضريبة بإلزام المخاطبين به بأداء فريضة مالية إجبارية، عند تحقق الواقعة المنشئة لها، وبالشروط والحدود، والإجراءات التي رسمها القانون، وذلك لمصلحة الخزنة العامة للدولة، وفي سبيل ضمان هذه المصلحة يبين القانون القواعد التي من شأنها توفير الواقعة المنشئة للضريبة، وضبط وعائها، وضمان تحصيلها، والحد من الجرائم الضريبية، وتحديد العقوبات أو الجزاءات التي توقع على مرتكبيها.

وقد تأثر فرض الجزاءات الضريبية — في بادئ الأمر — بمبدأ النفعية، فكانت الوظيفة الأساسية للجزاء الضريبي هي تعويض الخسائر التي لحقت الخزنة العامة

بسبب الجرائم التي ارتكبت، ومن ثم انصب هذا الجزاء على الذمة المالية للمول، أكثر من وقوعه على شخص مرتكب الجريمة الضريبية^(١).

وكما يرى الفقه فإن المشرع عند فرضه للجزاءات الضريبية فإنه لا يتقيد إلا بأن يكون الجزاء متناسباً مع الإثم، أو المخالفة التي وقعت من الممول، فإذا تجاوز هذه الحدود كان الجزاء محل الطعن مشوباً بعدم الدستورية على أساس عدم التناسب، وليس على أساس طبيعة الجزاء ذاته^(٢).

فالجزاء الضريبي يرتبط بمبدأ عدالة الضريبة الذي يعني المواطنة بين مصلحتي الخزانة العامة والممول على حد سواء بحسبانها إحدى أدوات صناع السياسات لتحقيق مبدأ العدالة الاجتماعية، بعكس الجزاء الجنائي الذي يهدف تحقيق فكرتي الردع العام والخاص للحفاظ على النظام العام للمجتمع.

فعلى مستوى المجلس الدستوري الفرنسي وفي قراره الصادر بتاريخ ٢٠/٧/٢٠١٢ راقب الغرامة التي فرضها المشرع على التهرب الضريبي، فعلى الرغم من عدم إعلان عدم دستورية النص محل الطعن، إلا أنه بين سبب ذلك بقوله: "إن تحديد المشرع لغرامة يتحملها الشخص مناسبة للمبالغ المدفوعة، فإنه قصد بذلك

(١) انظر : د. شعبان أحمد رمضان، الجزاء الضريبي كأحد آليات مبدأ عدالة الضريبة في قضاء المحكمة الدستورية العليا (دراسة تحليلية) مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٦٥، إبريل، ٢٠١٨، ص ٩٣٢.

(٢) انظر : د. ابراهيم طنطاوي، الحماية الجنائية لإيرادات الدولة من الضرائب على الدخل، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٥٩.

غرض مواجهة التهرب الضريبي الذي يعتبر غرض ذو قيمة دستورية، ولذلك فإن تقرير فائدة ٥٠% معدل لا يبدو غير متناسب بشكل واضح، ولا يمس مبدأ ضرورة العقوبات^(١).

وكما أن المجلس في الحكم السابق قرر أنه وبالنظر إلى أن المشرع فيما يتعلق بالمدفوعات التي تتم في صناديق الاستثمار يضع شروطاً أكثر صرامة لا سيما فيما يتعلق بالنسبة المئوية للحق في خصم الحد الأقصى للميزة الضريبية، تأخذ في الاعتبار المخاطر الأقل التي تؤثر على هذه الاستثمارات مقارنة بتلك التي تكبدتها في حالة الاستثمار المباشر، وفي هذه الظروف لا يبدو أن هذه الميزة الضريبية غير متناسبة في ضوء الهدف المنشود.

والى جانب ذلك ، يوجد للمجلس قرارات أخرى كثيرة، تتعلق مثلاً بالتفتيش الضريبي ومدى اصطدامه بحرية المسكن، وإجراءات الشرطة الخاصة بالأجانب، والتناسب بين ضرورة احترام المبادئ الأساسية للجمهورية الفرنسية بطريقة جادة وصيانة النظام العام من التهديد الخطير له وبين عدم المساس بالحرية الفردية التي يكفلها الدستور^(٢).

(١) Décision n° 2012-267 QPC، du 20 Juillet 2012.

(٢) انظر : د. جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ١٤٥ .

وعلى مستوى المحكمة الدستورية العليا في مصر، فقد قضت بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (٤٣) من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ المعدل بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٩٦ فيما تضمنه من وجوب الحكم على الفاعلين متضامين بتعويض لا يجاوز مثل الضريبة^(١).

حيث إن المشرع أوجب بالنص المطعون فيه الحكم على الممول المتهرب بتعويض لا يجاوز مثل الضريبة إذ ورد النص بعبارة "ويحكم على الفاعلين متضامين" ولا يملك القاضي إزاء هذا الوجوب إلا أن يقضي بهذا التعويض في جميع الحالات بالإضافة إلى الجزاءات الجنائية المحددة بالنص المطعون عليه والتي تتمثل في الحبس أو الغرامة أو هما معا لتتعاد هذه الجزاءات جميعها على فعل واحد هو مخالفة أي بند من البنود الواردة بنص المادة (٤٤) من قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١، والتي ورد من بينها نص البند (٢) والمنسوب للمدعي مخالفته والذي يتمثل في بيع السلعة أو تقديم الخدمة دون الإقرار عنها وسداد الضريبة المستحقة عنها.

وقد استندت المحكمة الدستورية في تقرير عدم دستورية النص إلى أن مبدأ خضوع الدولة للقانون مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في

^(١) والتي تنص على أنه "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد يقضي بها قانون آخر، يعاقب على التهرب من الضريبة بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز خمسة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، ويحكم على الفاعلين متضامين بالضريبة والإضافية وتعويض لا يجاوز مثل الضريبة".

الدول الديمقراطية مفترضاً أولاً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته، ويندرج تحتها طائفة الحقوق الوثيقة الصلة بالحرية الشخصية ومن بينها ألا تكون العقوبة متضمنة معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد، وألا يكون الجزاء مدنياً كان أو جنائياً مفرطاً بل يتعين أن يكون متناسباً مع الفعل المؤثم ومتدرجاً بقدر خطورته، متى كان ذلك، وكان التعويض المقرر بالنص المطعون فيه على سبيل الوجوب، إضافة إلى تعامده مع الجزاءات الجنائية التي تضمنها النص ذاته على فعل واحد وهو التهرب من أداء الضريبة العامة على المبيعات سواء كان هذا التهرب ناتجاً عن سلوك إيجابي أم سلبي، ناشئاً عن عمد أم إهمال، متصلاً بغش أم تحايل، أم مجرداً منهما، فإنه يعد منافياً لضوابط العدالة الاجتماعية التي يقوم عليها النظام الضريبي في الدولة ومنتقاصاً بالتالي دون مقتضى من العناصر الإيجابية للذمة المالية للممول الخاضع لأحكام القانون المشار إليه مما يعد مخالفة لحكم المادتين ٣٤ و ٣٨ من الدستور^(١).

وفي حكم آخر أعلنت المحكمة عدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة (١٨١) من قانون الضرائب على الدخل الصادر بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ فيما

(١) انظر حكمها الصادرة بالقضية رقم ٩ لسنة ٢٨، جلسة ١١/٤/٢٠٠٧.

تضمنه من إلزام من يحكم بإدانتته في الأحوال المنصوص عليها في المادة (١٧٨) من القانون المذكور بتعويض يعادل ثلاثة أمثال ما لم يؤد من الضرائب المستحقة^(١). حيث جاء في هذا الحكم أنه: "لا يجوز أن تعتمد الدولة كذلك، استيفاء لمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة، إلى تقرير جزاء على الإخلال بها، يكون مجاوزاً، بمداه أو تعدده، الحدود المنطقية التي يقتضيها صون مصلحتها الضريبية وإلا كان هذا الجزاء غلوّاً وإفراطاً، منافياً بصورة ظاهرة لصوابط الاعتدال، واقعاً عملاً - وبالضرورة - وراء نطاق العدالة الاجتماعية، ليختل مضمونها بما ينافي القيود التي فرضها الدستور في مجال النظام الضريبي"

واستطردت المحكمة بقولها: "وحيث إن مبدأ خضوع الدولة للقانون محدداً على ضوء مفهوم ديمقراطي يعني أن مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدولة القانونية عليها، وتتقيد هي بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي التزمته الدول الديمقراطية باضطراد في مجتمعاتها، واستقر العمل باضطراد على انتهاجها في مظاهر سلوكها على تباينها، لضمان ألا تنزل الدولة القانونية بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحياتهم، عن الحدود الدنيا لمتطلباتها المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية، ويندرج تحتها، ألا يكون الجزاء على أفعالهم جنائياً كان أم مدنياً، أم

^(١) تنص المادة (١٨١) من قانون الضرائب على الدخل في فقرتها الأولى على أنه "في حالة الحكم بالإدانة في الأحوال المنصوص عليها في المادتين (١٧٨)، (١٧٩) من هذا القانون يقضى بتعويض يعادل ثلاثة أمثال ما لم يؤد من الضرائب المستحقة".

تأديبياً، أم مالياً إفراطاً، بل متناسباً معها، ومتدرجاً بقدر خطورتها ووطأتها على الصالح العام، فلا يكون هذا الجزاء إعنائاً، متى كان ما تقدم، وكان التعويض المقرر بالنص الطعين جزاءً على المخالفات الواردة بالمادة (١٧٨) من القانون جاء مفراطاً وغير مناسب للنوعيات المختلفة من هذه المخالفات على النحو السالف بيانه منافياً بالتالي لضوابط العدالة الاجتماعية التي يقوم عليها النظام الضريبي في الدولة ومنتقاصاً من العناصر الإيجابية للذمة المالية للممولين الخاضعين لأحكامه، فإن النص المطعون فيه يكون مخالفاً لأحكام المواد ٣٤، ٣٨، ٦٥ من الدستور^(١).

فالجزاء الضريبي، وإن توخى حماية المصلحة الضريبية للدولة، إلا أن هذه المصلحة ينبغي موازنتها بالعدالة الاجتماعية، فلا يكون دين الضريبة - سواء إلى من يلتزمون أصلاً بها، أو يكونون مسؤولين عنها - متمخضاً عقاباً بما يخرجها عن بواعثها الأصلية والعرضية، ولا يجوز أن تعتمد الدولة، استيفاء لمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة، إلى تقرير جزاء على الإخلال بها، يكون مجاوزاً بمده أو تعدده الحدود المنطقية التي يقتضيها صون مصلحتها الضريبية، وإلا كان هذا الجزاء غلوً وإفراطاً، منافياً بصورة ظاهرة لضوابط الاعتدال، واقعاً عملاً - وبالضرورة -

(١) انظر حكمها الصادر بالقضية رقم ٣٣٢ لسنة ٢٣ ق.د جلسة ٢٠٠٥/٥/٨.

وراء نطاق العدالة الاجتماعية، ليختل مضمونها بما ينافي القيود التي فرضها الدستور في مجال النظام الضريبي^(١).

إذاً يمكننا القول أن التناسب الذي يجريه القاضي الدستوري عند فحصه للجزاء الضريبي، هو التناسب بين المحل والغرض، أي بين الجزاء الذي فرضه المشرع وبين الغاية التي يتوخاها، فلا يجوز للمشرع فرض ضريبة بقصد عقاب المكلفين بها، حيث أن تجريم أفعال بذواتها لا يتم إلا من خلال عقوبة جنائية تمثل جزاء قدره المشرع عند مقارفتها، ولا يعتبر هذا الجزاء — وتلك طبيعته — عوضاً مالياً عن الجريمة التي عينها المشرع، بل جزءاً منها لا ينفصل عنها فلا تقابل الجرائم — أيأ كان نوعها — بتعويض يكون مكافئاً للضرر الناجم عنها، وإنما يتحدد جزاؤها بقدر خطورتها ووطأتها، فلا يكون مجاوزاً قدر الضرورة الاجتماعية التي يقتضيها، ولا واقعاً دون متطلباتها، فالضريبة لا تقابل جرماً، ولا يفترض فيما نشأ عنها من إيراد أن يكون متأتياً من مصدر غير مشروع، ولا يقصد بها كذلك أن تكون إيلاماً للمكلفين بها، وإنما يقع عبؤها على أموالهم بوصفهم مواطنين يسهمون عدلاً في تحمل نصيبهم من التنمية وتطوير مجتمعهم^(٢).

(١) انظر حكمها الصادر بالقضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ ق.د، جلسة ١٩٩٦/٢/٣.

(٢) انظر في هذا المعنى: حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ ١٩٩٨/٢/٧ وحكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٩/١/٢.

وبالتالي فإن الجزاء الضريبي باعتباره ضرباً من ضروب العقوبة بمعناها
الأعم الأشمل يتعين خضوعه لمبدأ الشرعية - أي شرعية الجرائم والعقوبات -
بحيث يتعين أن يتم تحديد الأفعال المؤثمة على نحو واضح وقاطع الدلالة، وكذا
تحديد الجزاء الضريبي بشكل منضبط سواء اتخذ صورة الغرامة، أو الضريبة
الإضافية، أو التعويض، أو المصادرة، أو رد الأشياء المضبوطة.

الخاتمة

اتضح لنا من دراسة رقابة التناسب لدى القاضي الدستوري بأنها تشكل أحد آليات الرقابة التي يستخدمها القاضي الدستوري لرقابة السلطة التقديرية للمشرع في كل من فرنسا ومصر، وأن السلطة التقديرية للمشرع تمثل ضرورة حتمية تقتضيها تحقيق المصلحة العامة، وضمان تمتع الأفراد بالحقوق والحريات على النحو الأمثل، إلا أن ذلك لا يعني إطلاق سلطة المشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي دون التقيد بالضوابط التي ينص عليها الدستور، وإلا عُده مخالفاً للدستور، مما يتطلب خضوع المشرع في ممارسته لسلطته التقديرية لرقابة القاضي الدستوري، وإن كان الفقه والقضاء قد استقرا أمداً طويلاً على التزام جهة الرقابة الدستورية بحماية واحترام السلطة التقديرية للمشرع باعتبارها من ضوابط الرقابة الدستورية التي تحتم عدم امتداد جهة الرقابة الدستورية إلى الخوض في تقديرات المشرع أو مناقشتها، أو حلول تقديرها محل تقدير المشرع، إلا أن الواقع العملي لتطبيقات القضاء الدستوري يكشف بجلاء عن امتداد رقابته لبعض مظاهر التقدير لدى المشرع، حيث ألزم المشرع بمجموعة من الضوابط على النحو الذي لا يؤدي من ممارسته لسلطته في التقدير إلى إهدار الحقوق والحريات التي كفلها الدستور.

وإن رقابة المحكمة الدستورية العليا والمجلس الدستوري الفرنسي على عنصر

التناسب في التشريع هي إحدى أهم صور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية

للمشرع. وتتعلق هذه الرقابة بركن السبب في التشريع، حيث يتحقق القاضي من مدى وجود تناسب بين الإجراء الذي اختاره المشرع، والذي يمثل ركن المحل في التشريع، والغاية التي استهدفها المشرع من إصدار القانون. وتجد هذه الرقابة أساسها في خضوع المشرع لرقابة القضاء الدستوري حتى حينما يمارس سلطته التقديرية، حيث أنه لا مكان في الدولة القانونية لأية سلطة مطلقة.

أولاً. النتائج:

(١) إن الدساتير الوطنية لا تنص في الغالب على مبدأ التناسب، ومع ذلك اعتبره القضاء الدستوري جزءاً من مفهوم الدولة القانونية بوصفه مبدأ من المبادئ القانونية العامة.

(٢) رقابة التناسب رقابة محدودة وتقوم على احترام سلطة البرلمان في التقدير، وتقتصر فقط على رقابة الصفة غير التحكيمية لاختيارات المشرع كونها رقابة تبحث عن سمات المنطق والعقلانية والمعقولية والعدل في اختيارات المشرع.

(٣) رقابة التناسب إذا ما مورست بما يتوافق مع أساسها المبني على المبادئ العامة للقانون التي تعبر عن الإرادة الضمنية الحقيقية للمجتمع وبما يتناسق مع الأصول التي يرجع إليها القضاء في ممارستها وضمن القيود، فإنها تكون رقابة مشروعية ترتبط منطقياً باختصاص القضاء وليست رقابة ملائمة تتعدى إلى سلطة المشرع في اختيار الملاءمات السياسية.

(٤) إن التفسير لم يعد بحثاً عن إرادة المشرع كما يذهب إلى ذلك الفقه التقليدي، وإنما بحثاً عن الإرادة التشريعية للنص لأن كل تشريع – وذلك يشمل التشريع الدستوري – متى صدر استقل عن واضعيه وأصبحت له حياته الذاتية وأصبح له معناه الذاتي، وهذا المعنى يمكن للقاضي أن يكشف عنه من ربط النصوص ببعضها البعض ومن النظر إلى الغاية المطلوب تحقيقها، وبالاستناد إلى التفسير تستطيع المحكمة أن تراقب عنصر التناسب سواء داخل نص القانون بين ركني السبب والمحل أو على مستوى الدستورية لإقامة التوازن بين المصلحة العامة وحقوق وحرريات الأفراد، وإن إقامة هذا التوازن عن طريق الرقابة على التناسب يُشكل أداة مهمة بيد جهة الرقابة في سبيل ديمومة واستمرار فاعلية نصوص الدستور.

(٥) المشرع يملك من حيث المبدأ تحديد الجرائم وعقوباتها، إلا أنه يتقيد في مجال العقاب بمبدأ تناسب العقوبة مع الجريمة والذي يعد من المبادئ الدستورية النليدة المتواترة، ذلك أن المشرع ولئن كان يملك تقدير مسألة تناسب العقوبة، إلا أن للقاضي الدستوري أن يقرر عدم دستورية النص التشريعي إذا كان يتضمن عدم تناسب ظاهر بين الجريمة والعقوبة، ولا يقتصر مبدأ تناسب العقوبة على الجزاءات الجنائية، بل يشمل أيضاً الجزاءات الإدارية، ومنها الجزاءات الضريبية.

٦) مارس المجلس الدستوري رقابته على التناسب من خلال بعض الأدوات مثل رقابة الغلط البين في التقدير، ومدى تناسب ومقولية وضرورة الإجراء القانوني المتخذ من قبل المشرع مع الغاية التي يستهدفها.

٧) مارست المحكمة الدستورية العليا في مصر رقابتها على التناسب في التشريع من خلال آلية الاتصال والترابط العقلي والمنطقي بين النصوص القانونية التي تنظم موضوع ما والأهداف التي تصبو إليها، حيث يعتبر النص القانوني مخالفاً لأحكام الدستور إذا ما انفصل الترابط ما بين النص والغاية المستهدفة من إقراره، أو كان الاتصال بينهما واهياً أو واهناً.

ثانياً. التوصيات:

١) نهيب بالقضاء الدستوري في سورية ممثلاً بالمحكمة الدستورية العليا في سورية، وحتى يكون مضطلاً بهذه المهمة أن تكون رقابته على دستورية القوانين رقابةً متطورة ولاسيما في مجال رقابة التناسب.

٢) نهيب بالقضاء الدستوري على ضرورة عدم التوسع في رقابة السلطة التقديرية للمشرع، إلا في الحالات التي تشكل انتهاكاً صارخاً لحقوق وحرّيات الأفراد، وأن يعتبر اللجوء إلى هذه الرقابة شبيهاً بالتدخل الجراحي الذي تقضي به الحكمة بعدم اللجوء إليه إلا عند الضرورة القصوى.

٣) نهيب بالباحثين في الحقل الدستوري بإعادة النظر بما استقر عليه الفقه والقضاء بعدم امتداد رقابة القضاء الدستوري لملاءمات التشريع، وأن رقابة الدستورية هي رقابة مشروعية لا رقابة ملاءمة، حيث يتضح من رقابة التناسب في التطبيقات المقارنة أن هذه الرقابة قد أصبحت بلا أدنى شك رقابة على ملاءمات الاختيارات والبدائل التي يقدرها المشرع.

ونختم رسالتنا بقوله سبحانه وتعالى:

﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ۚ وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَىٰ ۚ﴾

ثُمَّ يُجْزَاهُ الْجَزَاءَ الْأَوْفَىٰ ﴿٤١﴾ ﴿قُلْ أَتَنكحُونَ هَوَا النِّجْمِ

صَلَّى
الْعَظِيمِ

قائمة المراجع

أولاً - مراجع باللغة العربية :

١- الكتب والمؤلفات العامة :

(١) إبراهيم طنطاوي، الحماية الجنائية لإيرادات الدولة من الضرائب على الدخل،

دار النهضة العربية، ٢٠٠٦

(٢) أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط١، دار الشروق،

القاهرة، ٢٠٠٤

(٣) أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشرق، مصر، ٢٠٠٦

(٤) أحمد محمود جمعة، منازعات القضاء التأديبي، منشأة المعارف بالإسكندرية،

١٩٨٤

(٥) أحمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف،

القاهرة، ١٩٧٤

(٦) أمين صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون (دراسة مقارنة)

المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، ٢٠٠٢

(٧) أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ط٣، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨١

(٨) ثروت عبد العال، حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، دار

النهضة العربية، ٢٠١٠

٩) جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، الجزء الثاني نظرية المجرم

والجزاء المسؤولية الجنائية والجزاء الجنائي، بلا دار نشر، ١٩٩٤.

١٠) حسن البحري، القضاء الدستوري (دراسة مقارنة) بدون دار نشر، دمشق،

ط.٢٠٢١، ٢.

١١) راوية احمد عبد الكريم الظهار، حقوق الانسان في الاسلام ط٢ دار الزمان .

السعودية ٢٠٠٧ .

١٢) رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية مع مقدمة للقضاء الدستوري

في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.١،

٢٠٠٤.

١٣) رمضان أبو السعود، المدخل الى القانون وبخاصة المصري واللبناني، الدار

الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٦ .

١٤) رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي

للحد من سلطة الإدارة التقديرية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

١٥) سام سليمان دلة، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، ط.١، جامعة

الشارقة، ٢٠١٤.

١٦) سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية في ظل دستور

٢٠١٤، منشأة المعارف، ٢٠١٨.

(١٧) سامي جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.

(١٨) سجي محمد عباس الفاضلي، دور الضبط الإداري البيئي في حماية جمال المدن (دراسة مقارنة) ط.١، المركز العربي للنشر والتوزيع، ٢٠١٧.

(١٩) سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، دستور ١٩٧١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٠.

(٢٠) سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩.

(٢١) سليمان محمد الطماوي، قضاء الالغاء، دار الفكر العربي، ط ٥، عام ١٩٧٦

(٢٢) سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٩

(٢٣) صغير بن محمد الصغير، ضوابط الصياغة وسن القوانين (دراسة مقارنة) دار الألوكة للنشر، المملكة العربية السعودية، ط.١، ٢٠١٧.

(٢٤) عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مطابع بيت الحكمة، بغداد ١٩٨٩.

(٢٥) عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، دار السلام، الرياض، ط.١، ٢٠٠٢

(٢٦) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨.

(٢٧) عبد العزيز محمد سالمان ومعتز محمد ابو الخير ونفرت محمد شهاب، الحقوق والحريات العامة في الدساتير العربية والفقهاء والقضاء والشرعية الإسلامية، سلسلة مطبوعات المعهد الدولي لقانون حقوق الإنسان بالتعاون مع كلية الحقوق بجامعة دي بول - الكتاب الخامس (الديمقراطية والحريات العام) ط.١، جامعة دي بول، شيكاغو، ٢٠٠٥.

(٢٨) عبد العزيز محمد سالمان، قيود الرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

(٢٩) عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، مصر، ٢٠١١.

(٣٠) عبد المنعم زمزم، مركز الأجانب في القانون الدولي الخاص والقانون المصري المقارن، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٧.

(٣١) عثمان خليل عثمان، القانون الدستوري الكتاب الاول في المبادئ الدستورية العامة، القاهرة، ١٩٥٦.

(٣٢) عصام سعيد عبد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة) المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٣.

(٣٣) عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، ١٩٧١.

(٣٤) علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر مع المقارنة بالنظم المقارنة، دار الجامعات المصرية، ١٩٧٨.

(٣٥) عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية. الاسكندرية، ٢٠٠٣.

(٣٦) فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات، دار النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤.

(٣٧) ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

(٣٨) محمد أنس قاسم جعفر وجمال عثمان جبريل، الوسيط في القانون العام، القضاء الاداري، القاهرة، طبعة ٢٠٠١.

(٣٩) محمد بشير الشافعي، قانون حقوق الانسان، منشورات المعارف، ط.٣، مصر، ٢٠٠٤.

(٤٠) محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، ١٩٧١.

(٤١) محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

(٤٢) محمد عبد العال السناري، القانون الدستوري، نظرية الدولة (الحكومة)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٧٥.

(٤٣) محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٧.

(٤٤) محمد ماهر أبو العينين، الدفوع في نطاق القانون العام أمام القاضي الإداري والتأديبي والدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

(٤٥) محمد ماهر أبو العينين، تطور قضاء الالغاء ودور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة وحقوق الانسان (دراسة تطبيقية لدور القاضي الإداري في مصر)، الجزء الثالث، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، طبعة ٢٠٠٩.

(٤٦) محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، القاهرة، ١٩٧٤، ص ١٩٩.

(٤٧) محمود عاطف البناء، حدود سلطة الضبط الإداري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٠.

٤٨) نعيم هدهود حسين موسى، مبدأ التناسب والمسؤولية الدولية في انتهاكه بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الإنساني، أعمال المؤتمر العلمي الدولي، الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠١٥.

٤٩) هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان ١٩٩٩.

٢. الكتب المتخصصة :

- ١) جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري (دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة) دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- ٢) دلشاد عبد الرحمن البريفكاني، مبدأ التناسب في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، ٢٠١٦.
- ٣) زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- ٤) شادي محمد صلاح عبد البديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع (دراسة مقارنة) دار النهضة، ٢٠١٩.
- ٥) عبير حسين السيد، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٦) عماد محمد أبو حليلة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، ٢٠١٥.

٣- كتب مترجمة للغة العربية :

- ١- جون الستز، الدستورية والديمقراطية "دراسة في العقلانية والتغيير الاجتماعي، ترجمة سمير عزت نصار، دار النسر للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨
- ٢- هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة محمد وطفة ، ط.١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١ .

٤- رسائل الماجستير والدكتوراه :

أ- أطاريح الدكتوراه :

- ١- أحمد سيد أحمد السيد علي، الجوانب الموضوعية والإجرائية للجرائم الضريبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٣
- ٢- أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والاقليم المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق. جامعة القاهرة. ١٩٦٠
- ٣- أمين مصطفى محمد، الحد من العقاب في القانون المصري والمقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، ١٩٩٣

٤- صلاح الدين فهمي عبد الغني، أثر الواقع السياسي في تفسير النصوص الدستورية (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٠.

٥- عبد المنصف عبد الفتاح محمد ادريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠١١.

ب. رسائل الماجستير:

١- جمال قروف، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، رسالة ماجستير، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠٠٦ .

٢- حنان حبال، رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري (دراسة مقارنة بين لبنان وفرنسا) رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، ٢٠٠٥.

٥. الأبحاث والدوريات :

١- إبراهيم محمد عبد العال، الاتجاه الحديث في رقابة الدستورية للمحكمة الدستورية الإيطالية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية ، مجلد ٢ عام ٢٠١٧.

٢- أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر، مجلة الدستورية، العدد ١، ٢٠٠٣ .

٣- أيمن حسن، مدى دستورية المادة ٦٧ من قانون الاتصالات رقم ١٨ لعام

٢٠١٠، رسالة أستاذة تمت مناقشتها بنقابة المحامين (فرع القنيطرة) بتاريخ

٢٠٢٣/١١/١.

٤- تميم طاهر أحمد الجادر وسيف صالح مهدي العكلي، الضرورة والتناسب في

القاعدة الجنائية، المجلة السياسية والدولية، عدد ٢٤، ٢٠١٤.

٥- جورج شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، مجلة البحوث

القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، عدد ٦٦، ٢٠١٨.

٦- خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة

التقديرية للإدارة (رقابة التناسب) مقال متاح على صفحة المحكمة العليا الليبية

على الرابط الآتي: <https://supremecourt.gov.ly/research/page/3>

٧- د. أحمد كمال أبو المجد، مستقبل القضاء الدستوري في مصر، مقال

منشور بجريدة الأهرام المصرية، بتاريخ ١٨/٨/١٩٩٨

٨- زغودي عمر، سلطة المشرع في تنظيم الحقوق والحريات بين التقييد والتقدير،

مجلة الدراسات القانونية والسياسية، عدد ٢، ٢٠١٥.

٩- شريف عتلم، محاضرات في القانون الدولي الانساني، اللجنة الدولية للصليب

الاحمر، القاهرة، ٢٠٠٥.

١٠- شعبان أحمد رمضان، الجزاء الضريبي كأحد آليات مبدأ عدالة الضريبة في

قضاء المحكمة الدستورية العليا (دراسة تحليلية) مجلة البحوث القانونية

والاقتصادية، عدد ٦٥، ابريل، ٢٠١٨.

١١- عصام سعيد عبد العبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق

الدستورية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ٨ العدد ٣٩،

٢٠١٩.

١٢- غنام محمد غنام، القانون الإداري الجنائي والصعوبات التي تحول دون

تطوره، مجلة الحقوق، عدد ١، ١٩٩٤.

١٣- مأمون سلامة، التشكيلات العصابية وجريمة الاتفاق الجنائي، تعليق على حكم

المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٤٨ من قانون العقوبات،

مجلة الدستورية، السنة ١، عدد ٢، ٢٠٠٣.

١٤- محمد سعد إبراهيم فوده، الحماية الدستورية لحق النقاضي (دراسة مقارنة)

مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٥٧، ٢٠١٥.

١٥- محمد مهدي لعلام، دور القاضي الإداري في رقابة مدى تناسب الجزاء

التأديبي، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، عدد ٤، مارس،

٢٠٠٥.

١٦- مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ

لتناسب، مجلة الحقوق، مجاد ٤١، عدد ١، الكويت، ٢٠١٧.

١٧- وليد محمد الشناوي، التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في

القانون الإداري (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة) مجلة البحوث القانونية

والاقتصادية، عدد ٥٩، ابريل، ٢٠١٦.

١٨- وليد محمد رضا الشناوي، الموازنة بين حقوق المستثمر والأنشطة التنظيمية

للدولة لتحقيق المصلحة العامة في ضوء مفاهيم القانون العام "مفهوم التناسب،

مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد ٥١، ٢٠١٢.

١٩- يسري محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على

التناسب في التشريع، مجلة الدستورية، عدد ١٨، س. ٨، ٢٠١٠.

٦. المواقع الإلكترونية :

- الموقع الرسمي للمجلس الدستوري الفرنسي:

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

- الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية:

<http://www.sccourt.gov.eg>

ثانياً. مراجع باللغة الأجنبية :

١. باللغة الإنكليزية :

1. Alec Stone Sweet and J Mathews; *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2008.
2. Andenas, Mads and Zleptnig, Stefan: *The World Trade Organization and Trade in Services*, Chapter Four. *Proportionality and Balancing in Wto Law: a Comparative Perspective*, Brill / Nijhoff, 2008.
3. E. M. Thomas; *The Judicial Process: Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles*, Cambridge University Press, 2005.
4. Emiliou, Nicholas; *The principle of proportionality in European Law: A Comparative Study* (1996) Published online by Cambridge University Press: 17 January 2008.
5. Engle, Eric, 'The History of the General Principle of Proportionality: An Overview' (July 7, 2009). 10 *Dartmouth Law Journal* 1-11, 2012.
6. ICJ, *Nuclear Weapons Advisory Opinion: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v US)* of Nuclear Weapons Advisory Opinion, 8 July 1996; ICJ Reports 1996.
7. Moeckli Daniel, 'The Human Right to Non-discrimination Get access Arrow', January 2008.
8. R. Burgess and N. Ster, 'Social Security in Developing Countries: What, Why, Who and How?', ed. E. Ahmed et al. (Oxford: Clarendon Press, 1991).

9. Robert Alexy 'A Theory of Constitutional Rights 'Oxford University Press '2010.
10. Robert Alexy 'On the Structure of Legal Principles 'International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law 'Volume 13 ' Issue 3 '2000 .
11. Ronald Dworkin 'Taking Rights Seriously 'Cambridge: Harvard University Press'. 1978.
12. Rotem Litinski 'Economic Rights: Are They Justiciable 'and Should They Be? Human Rights Magazine 'Vol. 44 'No. 3: Economic Justice 'November 30 '2011.

٢. باللغة الفرنسية:

1. Bertrand MATHIEU: Les décisions créatrices du Conseil constitutionnel, 3 novembre 2008.
2. Louis Favoreu, Patrick Gaïa et autres: Droit constitutionnel, Dalloz, 13 ed, 2000.
3. X. Philippe, Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française, Economica, PUAM, coll. Sciences et droit administratif, 1990.
4. Philippe Blachère: Le droit à la protection de la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Médecine & Droit, 2016.

ABSTRACT

The constitutional judge's oversight of proportionality represents one of the most important features of the development of constitutional oversight over the legislative process, as the proportionality judge, in the process of evaluating and evaluating the legal work subject to oversight, uses the logic of advantages and disadvantages, or benefits and costs, or positives and negatives resulting from the text, and by using this logic, the proportionality judge sets the effects.

The positive effects resulting from a legislative text issued by the legislator are on one side and the negative effects resulting from this text are on the other side He carries out the process of balancing between the two levels to see if there is a proportionality between them. If there is a difference, he looks for the degree of this difference and whether it is simple and easy or is it a serious difference that significantly and clearly disrupts the proportionality between them, and the constitutional judge in both France and Egypt has taken enormous steps.

Regarding proportionality control, where he expanded the practice of this control in all areas of legislation, and used it as a powerful weapon to deepen his control and activate it in order to ensure the exercise of rights and freedoms.

The discretionary power possessed by the legislator does not contradict the fact that the laws he approves have goals that they seek, and means that they rely on to achieve them.

The constitutional judge exercises his oversight over these two matters together, as the purposes aimed at by the law may contradict a provision in the Constitution, and the means he resorts to achieve these purposes are the legal texts he creates. If they are clearly inconsistent with the reality of the purposes they seek, the law is in violation of the Constitution.

Keywords: Constitutional Judiciary, Proportionality Control, Discretionary Authority, Legislative Adaptations.



Syrian Arab Republic
University of Damascus
Faculty of Law
Department of Public Law

Proportionality Oversight by the Constitutional Judge

﴿ **An Original, Analytical, Comparative Study** ﴾

A Thesis Prepared For Obtaining A Master's Degree In Public Law

Prepared by the student
Ehab Mahmoud Haidar

Supervised by
Sinan Ammar

Assistant Professor in the Department of Public Law
Faculty of Law/University of Damascus

2024 A.D

1445 A.H