الضوابط الدستورية على سلطة المشرع التقديرية (دراسة مقارنة في مصر والكويت)

الدكتـــــور
محمد فاروق محمود محمد
أستاذ القانون العام المشارك
قسم الأنظمة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة القصيم

الضوابط الدستورية على سلطة المشرع التقديرية

محمد فاروق محمود محمد

قسم القانون العام، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة القصيم، المملكة العربية السعودية.

البريد الإلكتروني: mf.mohamed@qu.edu.sa

ملخص البحث:

فإنه لما كانت السلطة التشريعية هي المعبرة عن آمال وتطلعات الشعب بوصفها مظهراً للديمقراطية شبه المباشرة، فقد أناطها الدستور وبصفة أصيلة بحق التشريع؛ للقيام بالوظيفة الاجتماعية والنهوض بالاحتياجات العامة، لأن غياب السياسة التشريعية معناه فقدان المنظم لمُكنة تحديد الأهداف بسبب غياب القدرة على إدراك الواقع بأبعاده الاجتماعية والسياسية والاقتصادية مما يفصم عرى التلاقي بين المشرع والواقع الاجتماعي.

وإذا كان الدستور قد اختصَّ السلطة التشريعية بسلطة تقدير ملاءمة القانون، فإن اختصاصها بالتقدير منوط بالمصلحة العامة في ضوء قواعد الشرعية والمشروعية معاً، إذ ليست هذه السلطة الممنوحة طليقة من كل قيد أو عصية على كل حد؛ وإنما تجد حدودها فيما يفرضه عليها الدستور من أحكام وضوابط كمراعاة التناسب وعدم التمييز وهو ما عرضت له في المبحث الأول، وعدم الانحراف بالسلطة واحترام الحريات في المبحث الثاني، كما تناولت في المبحث الثالث اضطلاع المنظم بدوره التشريعي بعيداً عن الامتناع والتنازل عن الاختصاص على النحو الموضح تفصيلاً بثنايا البحث.

وتوصلت إلى مجموعة من النتائج أهمها هو أن الأصل في السلطات التشريعية هو إطلاقها، دون قيد عليها ما لم يفرض الدستور في شأن صلاحياتها ضوابط بعينها تعتبر

تخوماً لها لا يجوز تجاوزها. وإن الانحراف التشريعي يتعلق أساساً بالغاية من التشريع، والتي تنكب فيها عن استهداف المصلحة العامة؛ وهو ما جعل التشريع مشوباً بعوارٍ دستوري.

وانتهيت إلى التوصية بمراعاة الوقت الطبيعي والكافي لبحث ومناقشة القوانين، ذلك أن تصاعد وتيرة إصدار القوانين الفجائية لَعرضة وبنصيب كبير لمجافاة الوظيفة الأساسية من التشريع. وأيضاً إلى تبني فكرة الرقابة السابقة (رقابة المجلس الدستوري) على غرار المجلس الفرنسي، ليكون بجانب الرقابة القضائية حصناً منيعاً في تحقيق الرقابة السابقة واللاحقة على دستورية القوانين.

الكلمات المفتاحية: الضوابط، الدستور، الاختصاص، الانحراف، الإغفال.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

Constitutional checks on the discretion authority

Mohamed Farouk Mahmoud Mohamed
Law Department, College of Sharia and Islamic Studies, Qassim University, Saudi Arabia.
E-mail: mf.mohamed@qu.edu.sa

Abstract:

Legislature is the authority responsible for hopes and aspirations of the people as a demonstration of semi-direct democracy, It has been authentically entrusted the right to legislate by the Constitution , promoting the social function and the general needs, and the absence of Legislative policy means that the organizer loses the ability to targeting because of The absence of the ability to perceiving reality – in its social, political and economic dimensions that sever the convergence ties between The legislator and social reality.

While the Constitution singled out the Legislature by a proper discretionary authority of the law , its discretionary jurisdiction is about the public interest in the light of legality and legitimacy norms. This authority granted is conditionally, It applies its constitutional obligations, I. ensure equality and non-discrimination. II. Avoiding abuse of authority and respect for freedoms. III. The legislator does its legislative role within its jurisdiction as detailed in the paper.

Reached a set of conclusions, principally: legislative authorities is supposed to be applied unconditionally unless the Constitution imposes Constitutional Checks on its jurisdiction, it is considered a frontier shall not be exceed. The legislative deviation is principally regarding the purpose of the legislation, which avoids the public interest, that is why the legislation has a constitutional deficiency.

Finally, sufficient time in which to consider and discuss the rules shall be taken into consideration, since the resurgence of angular acceleration of promulgation of surprising laws, it contradicts the primary function of legislative. It also embrace the idea of earlier oversight ,oversight of constitutional council, following the lead of the French Council , so that the judicial control shall be next to a bulwark to achieve the previous and subsequent oversight of the constitutionality of laws.

Keywords: Constitutional Checks, Constitution, Jurisdiction, Deviation, Omission.

And God prays to our Lord Mohammed and to his God and his companion.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وأزواجه وذريته إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن من سمات الدولة القانونية المتمدينة وجود دستور فعَّال يحدد معالمها، وينظم سلطاتها، ويحدد اختصاصاتها، هذا الدستور هو الكافل للحقوق والضامن للحريات، والمؤسس للصلاحيات بين السلطات. وانطلاقاً من مبدأ سيادة الشعب؛ فإنه لما كانت الديمقراطية النيابية أكثر صور الديمقراطية الحديثة ملاءمة وشيوعا بحسبانها الممثلة عن إرادة الشعب والمعبرة عن آماله وتطلعاته، فقد أفرد لها المنظم الدستوري فصلاً خاص موسوماً بـ السلطة التشريعية (مجلس النواب) وذلك في صدارة الباب الخامس(نظام الحكم) والذي نص فيه على أنه :" يتولى مجلس النواب سلطة التشريع، وإقرار السياسة العامة للدولة، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية، والاجتماعية، والموازنة العامة للدولة، ويمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وذلك كله على النحو المبين في الدستور[1]".

(١) المادة: (١٠١) من دستور جمهورية مصر العربية ٢٠١٤م، والمنشور بالجريدة الرسمية- العدد ٣ مكرر (أ) السنة السابعة والخمسون١٧ ربيع الأول سنة ١٤٣٥هـ، الموافق ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م.

كما نص الدستور الكويتي على أنه:" لا يصدر قانون إلا إذا أقره مجلس الأمة، وعرض تفصيلاً لتنظيم المجلس واختصاصه وصلاحياته في الفصل الثالث الموسوم بـ "السلطة التشريعية" واختصه بالمواد (٧٩: ١٢٢)[١] ".

والسلطة التشريعية هي وبصدد سن القوانين معنية في المقام الأول بمراعاة أهداف الدستور وتضمينه لمحتوى النصوص التشريعية، فضلاً عن تحقيق الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية من سن التشريع، غير أن هذه السلطة على ما لها من مكانة أصيلة في التشريع ليست طليقة من كل قيد أو عصية على كل حد وإنما تجد حدودها فيما يفرضه عليها الدستور- صاحب السمو الشكلي والموضوعي- من أحكام وضوابط.

أهمية الموضوع:

تأتي أهمية البحث من الجانب العلمي في ترسيخ دور الدستور كموجه للقوانين بوسائلها المستخدمة وغاياتها المستهدفة فتنصب رقابة الدستورية في حقيقتها على تقدير السلطة مصدر التشريع، ومدى تحقق التوافق بين النص الصادر والمعاني التي يقصدها الدستور، أما الأهمية في جانبها العملي فتكمن في تركيز الانتباه إلى ضرورة دراسة العلاقة بين سلطة المشرع التقديرية والحدود الدستورية، وأثر ذلك على حقوق المواطنين وحرياتهم.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة هذا البحث الموسوم بـ (الضوابط الدستورية على سلطة المشرع التقديرية) في أن ثمة إجماع على تمتع المنظم بالصلاحيات التقديرية في ممارسة

---

(١) دستور دولة الكويت، المنشور في الكويت اليوم، الجريدة الرسمية، عدد خاص، السنة الثامنة، ص١.

سلطاته التشريعية، وهذه الصلاحية مظنة الإطلاق من الضوابط الدستورية هذا من جهة ومن جهةٍ أخرى فإن عدم اضطلاع المشرع بمهامه ذو طبيعة مزدوجة فهو من جانب يعد خرقاً للقواعد الموضوعية والشكلية والضمانات التي كفلها الدستور، ومن جانب آخر يشكل إخلالاً من جانب المشرع في مباشرة اختصاصه التشريعي، مما يقتضي معه بحث إشكالية ما الضوابط الدستورية على صلاحية المشرع التقديرية؟ ويرتبط بهذا السؤال عدة أسئلة فرعية بيانها كالآتي:

١- ما مدى التزام المشرع بمبدأي التناسب والمعقولية وعدم التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة؟

٢- ما الانحراف التشريعي وأنواعه، وخصائصه؟

٣- ما مدى حرص المشرع على تفعيل ضمان الحقوق والحريات؟

٤- هل اضطلاع المشرع بدوره التشريعي يقدح فيه امتناعه عن التشريع، أو تنازله عنه للسلطة التنفيذية؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى الكشف عن الضوابط الدستورية على سلطة المشرع التقديرية، وما أظهرته لنا رقابة المحكمة الدستورية من مبادئ وضوابط يتعين على السلطة التشريعية مراعاتها وعدم تجاوزها والخروج عليها وهي بصدد ممارسة وظيفتها، كما يهدف إلى كشف خطورة الانحراف التشريعي والإخلال بالضمانات الدستورية المقررة لمصلحة الأفراد في إطار الجوانب الاجتماعية خاصة، كذلك يهدف البحث إلى إلقاء الضوء على دور المحكمة الدستورية في الكشف عن حالات الامتناع التشريعي في

القوانين ذات الصلة بالجانب الاجتماعي والاقتصادي والسياسي، وأهم التطبيقات القضائية في هذا الخصوص.

منهج البحث:

تم اعتماد المنهج التحليلي والمقارن سواء أكان في عرض النصوص القانونية، أو فيما يتعلق بالتطبيقات القضائية في هذا الخصوص، مستعيناً بشروح فقهاء القانون وبالأحكام القضائية الصادرة من المحكمتين الدستوريتين في مصر والكويت.

الدراسات السابقة:

- مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، الفقيه عبد الرزاق باشا أحمد السنهوري- مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة عدد يناير ١٩٥٢م. وهي دراسة مركزة في الانحراف في استعمال السلطة.

- رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، د. جورجي شفيق ساري دار النهضة العربية ٢٠٠٠م، وتناول فيها المؤلف رقابة التناسب بصفة عامة.

- دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، د. فاروق عبد البر، دار النسر الذهبي ٢٠٠٤م. وتناول فيها المؤلف رقابة المحكمة على دستورية القوانين فيما يخص جانب الحقوق والحريات التي يمارسها الأفراد.

والفرق بين الدراسة الحالية والدراسات السابقة يكمن في تناول الأولى لأغلب الضوابط الدستورية بما تضمنته إجمالاً من مراعاة تناسب وعدم تمييز، وصيانة للحقوق وكفالة للحريات، والتركيز على اضطلاع المشرع بالمهام المنوطة به دونما إخلال بالتخلي عن الاختصاص أو ترك مسألة من غير تنظيم.

خطة البحث:

مطلب تمهيدي: مفهوم سلطة المشرع التقديرية.

المبحث الأول: مراعاة التناسب وعدم التمييز.

المبحث الثاني: عدم الانحراف في السلطة واحترام الحريات.

المبحث الثالث: اضطلاع المقنن بدوره التشريعي.

الخاتمة: وتشتمل على نتائج وتوصيات البحث.

المطلب التمهيدي:
مفهوم سلطة المشرع التقديرية

يعد خضوع السلطة التشريعية- أصلية أو ثانوية- لمبدأ المشروعية مسألة أساسية وجوهرية لقيام دولة القانون، إذ يجب أن تكون ممارسات المشرع متفقة مع الدستور بمعناه العام، وإلا كانت غير مشروعة وعرضة للإلغاء أو الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستوري متى طعن فيه قضائيا أمام المحكمة الدستورية بدفع أحد الخصوم إثناء نظر الدعوى أمام المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة[1] أو بالإحالة من محكمة الموضوع إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا[2]، أو متى تصدى القاضي الدستوري من تلقاء نفسه لبحث دستورية نص في قانون أو لائحة بمناسبة ممارسة اختصاصه، وكان النص متصلاً بالنزاع المطروح أمامه، حسبما جاء بالمادة(٢٧) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م، وهو ما سنعرض له تفصيلا في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للمشرع

الفرع الثاني: السلطة المختصة بالتشريع

---

(١) المادة (٢٩/ ب) من القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م.

(٢) المادة (٢٩/ أ) من القانون عاليه، وهذه طريقة مستحدثة بالقانون (٤٨) آنف البيان وليس لها مقابل في قانون المحكمة العليا أو قانون الإجراءات والرسوم.

الفرع الأول:
تعريف السلطة التقديرية

التقديرية: الْقَافُ وَالدَّالُ وَالرَّاءُ أَصْلٌ صَحِيحٌ يَدُلُّ عَلَى مَبْلَغِ الشَّيْءِ وَكُنْهِهِ وَنِهَايَتِهِ، يقال قَدَرْتُ الشَّيْءَ أَقْدِرُهُ وَأَقْدُرُهُ مِنَ التَّقْدِير[١] والتقدير على وجوه من المعاني: أحدهما: التروية والتفكير في تسوية أمر وتهيئته. وَيُقَال: قَدّرْتُ لأمر كَذَا وَكَذَا أقدُرُ لَهُ وأقدِرُ لَهُ قَدْراً، إِذا نظرتَ فِيهِ ودبَّرتَه، وقايَستَه[٢]. ومنه قول عائشة: "فاقدروا قدر الجارية الحديثة السن المشتهية للنظر" أي: قدروا وقايسوا[٣].

وفي حديث الرجال ثلاثة، ورجل ينتهي إلى رأي ذي اللب والمقدرة... والمقدرة من التقدير[٤] ويجيء التقدير بمعنى التخصيص الذي هو نتيجة الإرادة التابعة للعلم، أو نتيجة الحكمة التابعة له[٥].

---

(١) معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، دار الفكر١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ٥/ ٦٢

(٢) لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ) دار صادر – بيروت، الطبعة: الثالثة ١٤١٤هـ ٥/ ٧٦

(٣) تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفى: ٣٧٠هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة: الأولى ٢٠٠١م، ٩/ ٤١

(٤) غريب الحديث- أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (المتوفى: ٢٧٦هـ) مطبعة العاني – بغداد، الطبعة: الأولى، ١٣٩٧هـ ١/ ٦٠٣

(٥) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: ١٠٩٤هـ)، مؤسسة الرسالة – بيروت ١/ ٢٨٣

ويقصد بالسلطة التقديرية الحرية التي يتمتع بها البرلمان حين يمارس الاختصاصات والصلاحيات التي أنيطت به، وبذا تظهر سلطة التقدير بأنها عبارة عن نوع من الحرية أو من حرية التصرف المسموح بها للسلطة التشريعية [١].

وعطفاً على ما سبق فالسلطة التقديرية لا تعدو في جميع الأحوال سوى أن تكون مكنة وحرية لمواجهة ظروف العمل، وإن كان ثمة فارق بين السلطة التقديرية المتروكة للإدارة وتلك التي يتمتع بها المشرع، غير أن الفارق بين السلطتين إنما هو فارق في الدرجة وحدها لا في الطبيعة [٢]، لذا فالسلطة التقديرية بالنسبة للمشرع تعني حريته في المفاضلة بين بدائل أو خيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يتغياه دون أن يفرض عليه طريقا بذاته يجب عليه اتباعه أو توجيها محددا يتعين عليه التزامه[٣].

ولا يغرب عن البال أن ممارسة المشرع لسلطته التقديرية في هذا المجال " يحدها القيد العام الذى ضمنه الدستور نص المادة (٩٢) والذى بمقتضاه لا يجوز لأى قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيدها بما يمس أصلها وجوهرها، بما لازمه وجوب التزام التنظيم الذى يقره المشرع بالمبادئ الضابطة لسلطته في هذا الشأن، والتي يُعد تحقيقها غاية كل تنظيم يسنه، وفى المقدمة منها العدل والمساواة وتكافؤ الفرص،

---

(١) د. علي خطار شطناوي- موسوعة القضاء الإداري، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية ١٤٣٦-٢٠١٥م، ص٥٦

(٢) د. أحمد كمال أبو المجد- الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة ١٩٦٠م، ص٥٩٣

(٣) د. عادل عمر شريف- القضاء الدستوري في مصر قضاء الدستورية، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٨٨م، ص٣٥٦

خاصة بين المرأة والرجل في كافة الحقوق والحريات، والقضاء على كافة أشكال التمييز بينهما[١]".

الفرع الثاني:
السلطة المختصة بالتشريع

والمقصود بالمشرع في مادة البحث هو السلطة المختصة المنوطة بسن القواعد العامة الموضوعية المجردة، التي تنظم سلوك الناس في المجتمع، ومقترنة بجزاء ملزم، وسواء أكانت في صورة قانون وهو التشريع الأصلي أو في صورة لائحة وهو التشريع الثانوي، وذلك كله على النحو المحدد والصلاحية الممنوحة من الدستور.

وسلطة المشرع في الحالين (الأصلي والثانوي) تتسع أو تضيق تبعاً لمقدار تخلف تحديد المنظم الدستوري الملزم لأركان أو شروط العمل، بمعنى أن السلطة التقديرية للمشرع تتحقق حين يتخلف التحديد الدستوري والذي يعتبر المصدر الأساسي للسلطة التقديرية[٢].

وإذا كان الدستور قد عدَّل قواعد الاختصاص في إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، والقرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامّة وتنظيمها، ولوائح الضبط من رئيس الجمهورية في دستور ١٩٧١م إلى رئيس مجلس الوزراء في دستور ٢٠١٤م، إلا أنه أبقى على تحديد الاختصاص في لوائح الضّرورة لرئيس الجمهورية في الدستورين آنفي

---

(١) حكم المحكمة الدستورية، الدعوى رقم ١٣١ لسنة ٣٩ قضائية "دستورية" جلسة السبت السادس من أبريل سنة ٢٠١٩م، الموافق الثلاثين من رجب سنة ١٤٤٠هـ، ينظر الجريدة الرسمية - العدد ١٥ (مكرر) - السنة الثانية والستون، ٩ شعبان سنة ١٤٤٠هـ ، الموافق ١٥ إبريل سنة ٢٠١٩م.

(٢) د. ثروت عبد العال- حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية ١٩٩٩م، ص٥٧

البيان، غير أنهما ليس على الإطلاق فإذا تناول رئيس الجمهورية موضوعاً بالتنظيم في حالة التفويض التشريعي- في الدستور الأول- بعد انتهاء زمن التفويض، أو كان الموضوع المطلوب تنظيمه تشريعياً في غير حالة الاستعجال والضرورة ولا ما يوجب الإسراع في اتخّاذ تدابير لا تحتمل التأخير ولا في غير دور انعقاد مجلس النواب، فإنّ هذا التشريع غير دستوري حرياً بالإلغاء[1].

وليس هذا التحديد من الدستور قاصراً على وظائف المشرع وصلاحياته فحسب، وإنما لجميع سلطات الدولة، ذلك أن الدستور "هو القانون الأساسي الأعلى الذى يرسي القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ويقرر الحريات والحقوق العامة، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها، ويحدد لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وظائفها وصلاحياتها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، فإنه بذلك يكون قد عين لكل منها التخوم والقيود الضابطة لولايتها، بما يحول دون تدخل إحداها في أعمال السلطة الأخرى، أو مزاحمتها في اختصاصاتها التي ناطها الدستور بها[2]".

---

(١) ينظر المادة: (١٥٦) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٥٧ لسنة ٣٤ قضائية "دستورية" جلسة لخميس الرابع عشر من يونية سنة ٢٠١٢م، الموافق الرابع والعشرون من رجب سنة ١٤٣٣هـ (الجريدة الرسمية - العدد ٢٤ تابع (أ) - السنة الخامسة والخمسون، ١٤ يونية سنة ٢٠١٢م، ص٢٨).

المبحث الأول:
مراعاة التناسب وعدم التمييز

إن التناسبَ باعتباره ركيزة للعدالة والأساس للسلام المجتمعي غايته صون الحقوق والحريات في مواجهة صور التّمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها، باعتباره وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة التي لا تمييز فيها بين المراكز القانونية المتماثلة، وإذا جاز للسلطة النيابية أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائمًا من التدابير، لتنظيم موضوع محدد، فإنه يتعين أن يكون موقفها اعتدالاً في مجال تعاملها مع المواطنين، فلا تمايز بينهم إملاءً أو عسفًا[1]، وهو ما سنعرض له تفصيلاً في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: التزام المشرع بمبدأي التناسب والمعقولية.

المطلب الثاني: عدم التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة.

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ٥٧ لسنة ٣٤ قضائية "دستورية" الجريدة الرسمية المرجع السابق ص٢٩.

المطلب الأول:
التزام المشرع بمبدأ التناسب والمعقولية

التناسب جمع أَمر مع أَمر يُنَاسِبه لَا بالتضاد[١] من تناسبَ يتناسب، تَنَاسُبًا، فهو مُتناسِب، وتناسب الشَّيئان مُطاوع ناسبَ: تشاكلا، وتماثلا وتوافقا، عكسه تعارضا[٢].

ورقابة التناسب تتناول جوهر السلطة التقديرية التي يباشرها المشرع فيمسك القاضي الدستوري بميزان دقيق وحساس ويضع على كفتيه عدة أشياء متقابلة ومتواجهة، ومطلوب منه تحقيق نوع من التوازن بين هذه الأشياء ليتأكد مما إذا كانت المصلحة التي حمل المشرع النصوص القانونية عليها حقيقة أو منتحلة قائمة أو متوهمة وكذلك الوسائل إلى تحقيقها أو غير ملاءمة ضرورية أو مجاوزة حدود الاعتدال[٣].

وتعد عملية التناسب في نطاق الدستور من العمليات المركبة والمتعلقة أولاً بالصلة بين موضوع النص الصادر والمبادئ والأحكام السياسية التي ينص عليها الدستور، وهي تتعلق ثانياً بالوسائل المستخدمة والغايات المستهدفة والرقابة على الدستورية تنصب في

---

(١) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية- أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: ١٠٩٤هـ) مؤسسة الرسالة – بيروت ص٨٤٣

(٢) المعجم الوسيط-المؤلف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر/ محمد النجار)، دار الدعوة ٢/ ٩١٦

(٣) د. عوض المر- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية- مركز رينيه، جان دبوي للقانون والتنمية ٢٠٠٣، ص٤٦٠

حقيقتها على تقدير السلطة مصدر التشريع لمثل هذه الصلة، ومدى تحقق التوافق بين النص الصادر والمعاني التي يقصدها الدستور[١].

لهذا يلزم توافر علاقة منطقية بين الأغراض المشروعة التي تبناها المقنن في موضوع محدد تقديراً لمصلحة عامة لها اعتبارها، وبين الوسائل التي اتخذها طريقا لبلوغها؛ بحيث لا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع عن الأهداف المرسومة، بل يجب أن تكون مدخلاً إليها[٢].

وتأسيساً على ما سبق فإن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع لا تناقض حقيقة أن للقوانين التي يقرها أهدافاً تتوخاها ووسائل يعتمد عليها في تحقيقها ويباشر قضاة الشرعية الدستورية رقابتهم على هذين الأمرين معاً[٣].

ويظهر من هذا أن التناسب في مجال الدستورية يعني الصلة بين العمل القانوني والمبادئ والقواعد التي تحكمه، فضلاً عن أنه صلة داخلية في العمل القانوني بين بعض مكوناته وأركانه لاسيما بين سببه ومحله، كما يدخل أيضاً في هذه العلاقة الغاية أو الهدف من وراءه.

وتكمن أهمية التناسب في مراعاة العلاقات والمراكز القانونية، لاسيما في مسألة قصر الاختصاص في نظر الطلبات والمنازعات الخاصة بأعضاء مجلس الدولة على درجة واحدة والحكم بعدم دستورية نص المادة (١٠٤) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة

---

(١) د. جورج شفيق ساري- رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠م، ص ١٨

(٢) د. سامي جمال الدين- القانون الدستوري والشرعية الدستورية، بدون ص ٢٥٤

(٣) د. عوض المر- مرجع سابق، ص٤٦٠

١٩٧٢م/ والمستبدلة بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٣م فيما تضمنه من قصر الاختصاص بنظر الطلبات آنفة البيان. وجاء في حيثيات الحكم: "أن نص المادة(١٠٤) مقتضاه أن التقاضي فيما يخصهم يتم على درجة واحدة، وعليه فيكون قد أقام تمييزًا غير مبرر بين أعضاء المجلس وأقرانهم من أعضاء السلطة القضائية الذين لهم الحق في التقاضي على درجتين فيما يخصهم من طلبات وفقاً لنص المادة (٨٣) من قانون السلطة القضائية، وذلك بجعل الاختصاص معقودًا للدوائر المدنية بمحكمة استئناف القاهرة، وأما الطعن على أحكامها فيكون أمام دوائر المواد المدنية والتجارية في محكمة النقض، الأمر الذي يحقق لهم حماية أكثر فيما يخص استئداء الحقوق، مما يكفل الطمأنينة لحماة العدالة فينصرفوا لأداء رسالتهم على الوجه المطلوب، وهو ما حُرم منه أعضاء مجلس الدولة على الرغم من تماثل مراكزهم القانونية، **مما يهدر شرط التناسب بين القانون وبين أهدافه وغاياته، مما يبعده عن رابطة المنطقية، و قيامه على تمييزٍ تحكميّ في ممارسة حـــــق التقاضي**[1]".

وفي قضاء آخر ذهبت المحكمة الدستورية المصرية إلى أن رئيس الجمهورية المؤقت لا يملك سلطة التشريـــــع لغير مواجهـــــــة حالة تقتضى مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير، وهو ما لم يتوافر في شأن القرار بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ٢٠١٣م، والذي صدر في غير ضرورة ملجئة، كما افتأت القرار بالقانون على الحق في التعبير والحق في التظاهر السلمي، وفيما يتعلق بالمادة التاسعة عشرة فقد قررت عقوبة مغلظة، **وافتقدت**

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ١٢٥ لسنة ٣٥ قضائية "دستورية" جلسة السبت الثالث من نوفمبر سنة ٢٠١٨م، الموافق الخامس والعشرون من صفر سنة ١٤٤٠هـ، الجريدة الرسمية- العدد ٤٥ (مكرر) في ١٣ نوفمبر سنة ٢٠١٨م.

التناسب بين الفعل محل التجريم والعقوبة المقررة له؛ بالمخالفة لنص المادة (١٤) من الإعلان الدستوري الصادر في الثامن من يوليو سنة ٢٠١٣، ونصوص المواد (٥٣، ٦٥، ٧٣، ٨٥، ٨٧، ٩٢، ٩٥) من الدستور[١].

وبشأن تحليل التناسب والمعقولية فإن ثمة صراع خفي بين تقدير المشرع وتقدير القاضي الدستوري حول عقلانية المعايير التي من المفترض الاحتكام إليها لإصدار التشريع، مما يدفع القاضي الدستوري إلى التخلي عن منطقة النفوذ التي يمارس فيها المشرع سلطانه مع إبقاء القاضي الدستوري العين الساهرة على ممارسة المشرع لسلطته التقديرية[٢].

ويلاحظ أن الحد الأقصى للمعقولية كمبدأ مؤداه أن المشرع وهو في ممارسته سلطته التقديرية يلتزم بعدم تجاوز أقصى الحدود المعقولة لهذه السلطة، ومن ثم تصبح هذه الحدود تخوماً قانونية لتقدير السلطة لا يجوز تجاوزها، وبمفهوم المخالفة يعد امتناع المقنن عن تنظيمه للموضوعات المرتبطة بالمؤسسات التي يعد وجودها من أسس قيام الدولة مخالفة لمبدأ المعقولية[٣].

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، ق رقم ٢٣٢ لسنة ٣٦ قضائية دستورية، جلسة ٦/ ٥/ ٢٠١٧م، منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٥/ ٥/ ٢٠١٧م، ص٥١

(٢) د. رفعت عيد سيد- الوجيز في الدعوى الدستورية- دار النهضة العربية ٢٠٠٤م، ص٣٩٦

(٣) د. حيدر محمد حسن- معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السابعة ٢٠١٥م، ص٥٧٥

ويظهر لأدنى تأمل أن القضاء الدستوري في مصر منذ نشأته كان يمارس رقابته على الملاءمة السياسية للتشريع وعلى مدى التناسب، وذلك في حدود سلامة النصوص ومدى توافقها مع الدستور.

وخلاصة القول فإن من المبادئ الدستورية المقررة أن "للسلطة التشريعية الحق في رقابة أعمال السلطة التنفيذية، فإذا ما أسفرت هذه الرقابة عن ضرورة إلغاء بعض القرارات الصادرة عن هذه السلطة إما لمخالفتها للقانون أو لعدم ملاءمتها، فلها أن تصدر قانوناً بإلغائها، وحقها في هذا الشأن مطلق لكونها صاحبة الاختصاص الأساسي في التشريع فتستطيع تنظيم أي موضوع بقانون غير مقيدة في ذلك إلا بأحكام الدستور، ولا تمتد ولاية المحكمة إلى مناقشة ملاءمة ومناسبة التشريع أو بحثها في البواعث التي حملت السلطة التنظيمية على إقراره؛ لأنه أدخل في تقدير وصلاحيات السلطة النيابية أكثر من غيرها[1]".

وتأسيساً على ذلك فإن مهمة القانون الدستوري ليس تنظيم الحقوق والحريات العامة فحسب وإنما تنظيم عمل السلطة، فالدستور ليس أداة للسلطة وإنما أداة للتوفيق بين السلطة والحرية في إطار الدولة، وهو ما نحته **الدائرة الإدارية الأولى في الكويت** في

(١) المحكمة الدستورية العليا، ق رقم ١٩٣ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" جلسة ٦ مايو سنة ٢٠٠٠م. المجموعة، الجزء التاسع من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١ – صـ ٥٤٨

إطار رقابة التناسب فقضت بأنه:" ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره"[١].

كما تبنت المحكمة الدستورية في الكويت منذ نشأتها رقابة المناسبة وإن لم تستخدم ذلك المصطلح صراحة، لكنها أعملت معناه؛ ويتجلى ذلك في العديد من الأحكام، ومنها الحكم بعدم دستورية المادة ١٧ من المرسوم بقانون رقم ٤ لسنة م١٩٨٧م بشأن التعليم العام، فيما تضمنه من عدم خضوع إجراءات ونتائج الامتحانات للطعن أمام القضاء[٢].

(١) حكم محكمة التمييز الكويتية – الدائرة الإدارية، الطعن رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٦م قضائية، وتاريخ ١٣ ديسمبر سنة ١٩٨٦م.

(٢) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٦ قضائية، بتاريخ ١ أبريل سنة ٢٠٠٧م.

المطلب الثاني:
عدم التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة

ويستهدف هذا المطلب تحقيق المساواة، وهي ليست بالأحرى مساواة حسابية بين المواطنين، فليس بالضروري تطبيق القاعدة التي تقرر المساواة على كافة أفراد المجتمع، بل يكفي تطبيقها على من توافرت فيهم الشروط التي حددها النظام، بمعنى أنه يكفي قيام قاعدة عامة ومجردة، بغض النظر عن عدد المخاطبين بها والمطبقة عليهم(١).

وهذا المبدأ – المساواة وعدم التمييز – ليس من المبادئ التلقينية الجامدة، ولا هو قاعدة صماء تنبذ صور التمييز بالكامل، ولا كافلاً لتلك الدقة الحسابية التي تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء، فللسُّلطة التشريعية أن تسن ما تراه مناسباً، وأن تباين عبر هذا التنظيم مراكز لا تتحد في معطياتها، أو اختلفت في أسسها، غير أن ما يصون المبدأ هو أن التنظيم مرتبطة نصوصه بالأغراض المشروعة التي يستهدفها(٢).

فالذي يظهر جلياً أن دور المحكمة الدستورية لم يقتصر على مجرد المقابلة الحرفية بين النصوص الدستورية والنصوص التشريعية ذلك أن المشرع العادي من المهارة بحيث لا ينتهك علانية الدستور، لذا فإن دور المحكمة تعدى المقارنة الحرفية بين النصوص القانونية إلى البحث في نوايا واضع الدستور وكذا نوايا المشرع والموازنة

---

(١) د. فاروق عبد البر – دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، دار النسر الذهبي ٢٠٠٤م، ص٢٧٢

(٢) المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ٥ لسنة ٢٢ق في ١٣/ ٥/ ٢٠٠٥م، المجموعة الجزء الحادي عشر، ص٣١٦٤.

بينهما، حيث وضعت نفسها مكان واضع الدستور، وأحلت تفكيرها محل تفكيره، ثم قدرت مدى دستورية النص المعروض عليها على هذا الأساس[١].

وفي هذا المقام- عدم التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة- لا يفوتنا أن ننوه إلى حيثيات المحكمة الدستورية العليا ومفادها: "ومن حيث إن ما يثيره المدعون من أن التشريع المطعون فيه قد أخل بمبدأ المساواة الذي نص عليه الدستور، فإنه مردود بأن المقصود بالمساواة التي نصت عليها المادة (١٢٤) من دستور سنة ١٩٦٤م، ومن بعده المادة (٤٠) من الدستور الحالي هو عدم التمييز بين أفراد الفئة الواحدة حالة تماثل مراكزهم القانونية ولم يتضمن التشريع المطعون فيه أي تمييز بين من تنطبق عليهم أحكامه ممن تماثلت مراكزهم القانونية إذ جاء النص على عدم جواز المطالبة بصرف بدل طبيعة عمل عن الفترة السابقة على العمل بالقانون عاماً بالنسبة إلى كافة العاملين بالشركات المحددة في المادة الأولى، ولم يستثن التشريع من ذلك سوى من صدرت لهم أحكام قضائية نهائية، وهو ما يمليه وجوب احترام حجية هذه الأحكام[٢]".

والمساواة وعدم التمييز التي نصت عليها المواد (٤، ١١، ٧٢، ٨١، ٢٢٦) من الدستور الحالي لعام٢٠١٤م، والتي رددت أحكام الدساتير السابقة "تتحقق بتوافر شرطي العمومية والتجريد في القوانين المنظمة لحقوق الأفراد، غير أنه ليست مساواة حسابية؛ ذلك لأن من سلطة المنظم التقديرية وضع شروط تتحدد بها المراكز القانونية التي

---

(١) د. فاروق عبد البر- مرجع سابق، ص٣٧٣

(٢) حكم المحكمة العليا برقم ١١ لسنة ١ قضائية عليا " دستورية " جلسة السبت أول إبريل سنة ١٩٧٢م، الموافق ١٧ من صفر سنة ١٣٩٢هـ.

يتساوى بها الأفراد أمام القانون، فإذا ما توافرت تلكم الشروط في طائفة من الأفراد تعين نبذ صور التمييز، وإعمال مبدأ المساواة بينهم لتماثل ظروفهم ومراكزهم القانونية[١].

وصور هذا التمييز المخالف لمبدأ المساواة حقيقة لا تقع تحت حصر بعينه ذلك أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل بغير مقتضى أو استبعاد بصورة تحكمية من مباشرة الحقوق المصونة والمكفولة بحكم الدستور والقانون، ومناط إعمال مبدأ المساواة هو التماثل بين المراكز القانونية[٢].

وفي دولة الكويت العربية الشقيقة: فقد نص الدستور الكويتي الصادر في ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٢م على الحق في المساواة في المادة: (٢٩) التي نصت على أن: "الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين[٣]".

كما قُضي بعدم دستورية المادة الثانية من القانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٦م في شأن تنظيم مهنة الصيادلة وتداول الأدوية- المعدلة بالقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٦م فيما تضمنته من استبعاد صيدليات الجمعيات التعاونية المرخص لها قبل صدور القانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٦م من الاستثناء الوارد به، والذي قصر حكمه على صيدليات الشركات

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ١٥٢ لسنة ٢٧ قضائية "دستورية" جلسة الأحد ٦ من مايو سنة ٢٠٠٧م، الموافق ٢٦ من ربيع الآخر سنة ١٤٢٨ه، والمنشور بالجريدة الرسمية - العدد ٢٠ (مكرر) في ٢١ مايو سنة ٢٠٠٧م.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا، ق رقم ١٥ لسنة ٣٧ قضائية " دستورية " جلسة ١ مارس ٢٠١٥م، والمنشور بالجريدة الرسمية - العدد ٩ (مكرر) - السنة الثامنة والخمسون.

(٣) منشور في الكويت اليوم- الجريدة الرسمية- عدد خاص، السنة الثامنة، ص١.

والأفراد المرخص لها قبل صدور ذلك القانون؛ ذلك لأن المشرع أقام تمييزاً غير مبرر تتنافر به المراكز القانونية التي تتوافق عناصرها مناقضاً بذلك مبدأ المساواة الذي يكفل المعامل ومن ثم يكون قد جاء مخالفا للمادة (٢٩) من الدستور[١].

ويظهر بهذا أن مناط التفرقة بين التمييز الجائز وغيره هو أنه "كلما كانت القاعدة القانونية مغايرة بين أوضاع ومراكز قانونية لا تتحد واقعاً فيما بينها وكان تقدير تلك المغايرة قائماً على أسس موضوعية وناهضاً بالأهداف المروعة وكافلاً لوحدة القواعد التنظيمية في شأن ذات المراكز والأوضاع المتماثلة كانت هذه التفرقة في إطار سلطة المشرع التقديرية[٢]"

(١) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، قضية رقم (٦) لسنة ٢٠١٩م جلسة ١١ شعبان ١٤٤٣هـ الموافق ٢٤ من مارس ٢٠٢١م.

(٢) حكم المحكمة الدستورية قضية رقم (٥٤) لسنة ٢٠٠٨م جلسة ١٢ / ٥/ ٢٠٠٩م، مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية- المكتب الفني المجلد السادس الجزء الأول، ص٦٩

المبحث الثاني:
عدم الانحراف بالسلطة واحترام الحريات

إن خضوع الدولة للقانون محددًا على ضوء مفهوم ديمقراطي، مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضًا أوليًا لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته، وعلى حد تعبير المحكمة الدستورية العليا: "إذا جاز للدولة أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائمًا من التدابير، لتنظيم موضوع محدد، أو توقيًا لشر تقدر ضرورة رده، فإن تدخلها لا يجوز أن يكون كاشفًا عن نزواتها، ولا منبئًا عن اعتناقها لأوضاع جائرة تثير ضغائن أو أحقاد تنفلت بها ضوابط سلوكها، ولا عدوانًا معبرًا عن بأس سلطاتها[1]"، وهو ما سنعرض له في تفصيلاً في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: عدم الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

المطلب الثاني: عدم مصادرة الحريات.

---

(١) القضية رقم ٥٧ لسنة ٣٤ قضائية "دستورية" المرجع السابق.

المطلب الأول:
عدم الانحراف في استعمال السلطة التشريعية

الانحراف لغة: "الميل يقال انْحَرَفَ عنه وتحرّفَ واحْرَوْرَفَ، أي مالَ وعَدَلَ. والمِحْرافُ: الميلُ الذي تُقاسُ به الجِراحاتُ. وتَحْريفُ الكلام عن مواضعه: تغييرُه [١].

وعرَّف الفقيه السنهوري الانحراف التشريعي بأنه: ممارسة السلطة التقديرية للإدارة لتحقيق غرض غير معترف لها به[٢]. مما يعني أن الانحراف التشريعي هو استعمال الجهة المختصة بالتشريع سلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة، سواء أكان باستهداف غاية بعيدة عن النفع العام، أو بابتغاء هدف مغاير للهدف الذي رسمه القانون. وبعبارة أخرى هو أن يستعمل المجلس التشريعي سلطته التقديرية بخلاف الغرض الذي حدده القانون[٣].

---

(١) منتخب من صحاح الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ) ١/ ٩٧٨ بدون، ومنه حديث أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه:" أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: إذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا، قال أبو أيوب - رضي الله عنه: فقدمنا الشام فوجدنا مراحيض بنيت قبل القبلة؛ **فننحرف ونستغفر** الله. (البخاري، صحيح البخاري- كِتَابُ الصَّلاَةِ/ بَابُ قِبْلَةِ أَهْلِ المَدِينَةِ، دار طوق النجاة، مصورة عن السلطانية، الطبعة: الأولى ١٤٢٢هـ ١/ ٨٨). وكذلك تحرف، ومنه قوله تعالى: "إلاّ مُتَحَرِّفاً لِقِتالٍ" أي مستطرداً يريد الكرة. ينظر العباب الزاخر واللباب الفاخر، رضي الدين الحسن بن محمد بن الحسن بن حيدر العدوي العمري القرشي الصغاني الحنفي (المتوفى: ٦٥٠هـ) ١/ ٣٨٥

(٢) الفقيه عبد الرزاق باشا أحمد السنهوري- مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة عدد يناير ١٩٥٢م، ص٥٩

(٣) د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ٢٠٨

وانطلاقاً مما سلف فالانحراف التشريعي هو خروج السلطة التنظيمية المعنية بالتشريع عن الغايات الرئيسة للدستور فضلاً عن روحه ومبادئه العليا جراء تحقيق مصالح وغايات شخصية لأعضائها أو لفئة خاصة وبعينها ذات طابع حزبي أو مادي أو معنوي، أو فئوي، أو التوطيد لنفوذها وسلطاتها، ويمكن اتضاح هذا الانحراف في الشؤون المالية والاقتصادية عبر التشريعات التي تمنح امتيازات مالية من رواتب ومستحقات تقاعدية أو الامتيازات والقروض وتخصيص العقارات لأعضاء المجلس التشريعي، ناهيك عن سن تشريعات مالية وضريبية تمنح إعفاءات ضريبية سواء أكانت لذات المجلس التشريعي أو للشركات والهيئات المنضوية تحت لواء سياساته الحزبية[1].

فليس بكاف أن يأتي التشريع متفقاً وأحكام الدستور من حيث الشكل والظاهر، بقدر ما يتعين توافقه وتناسبه مع الغايات والمقاصد وإلا خلا التشريع من روحه المقصودة وهدفه المنشود، هذا وقد ساق الفقيه الجليل السنهوري باشا بعض الأمثلة على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية كأن يصدر تشريع عام ومجرد في مناسبة موضوع معين منظور أمام القضاء وكان التشريع لا ينطبق إلا على هذه الموضوع بعينه، فإذا كان هذا واضحاً وقت إصداره كان القانون في جوهره قراراً فردياً أصدرته السلطة النيابية في صورة قانون عام، وهذا ما يجعله مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية[2].

---

(١) د. عثمان سلمان العبودي، د. عدنان فاضل الحسناوي- فرضية عيب الانحراف التشريعي بين الفقه والقضاء والنظرية والتطبيق، بدون ص٦٣

(٢) د. السنهوري- مخالفة التشريع للدستور مرجع سابق، ص٧١.

وعطفاً على ما سبق فإنه إذا كان الأصل أنّ السلطةَ التشريعية مقيدة بالدستور والقوانين التنظيمية، إلا إنه نظراً لمقتضى المصلحة العامة، وضمان حسن سير المرفق التشريعي، وتحقيق غايته بالعدالة والقسطاس المستقيم؛ فقد اختصها الدستور بسلطة تقدير ملائمة التشريع، غير أن هذه السلطة الممنوحة للمجلس التشريعي ليست طليقة من كل قيد أو عصية على كل حد، وليست الوسيلة الوحيدة المعنية بالقيام بالوظيفة الاجتماعية والنهوض بالاحتياجات العامة، فضلاً عن اضطلاعها بوظيفة تنفيذ القانون وفقاً للمستجدات ومراعاة المتغيرات بظرفيها العادي والاستثنائي والذي تشاطره الإدارة في الاختصاص إن لم يكن على وجه الاستئثار، لهذا كله كان اختصاص المشرع بالتقدير في سن القوانين منوط بالمصلحة العامة في ضوء قواعد الشرعية والمشروعية معاً.

أولاً: خصائص الانحراف التشريعي:

١ـ عيب الانحراف التشريعي عيب قصدي:

وليس بخاف أن إساءة استعمال السلطة والانحراف بها يعد من العيوب القصدية في السلوك الإداري وضابطه أن يكون لدى الإدارة **القصد في إساءة استعمال السلطة** أو الانحراف بها[1].

وبمفهوم المخالفة فإن الإدارة إذا لم تتخذ وسائل غير مشروعة، ولم تجاوز حد استعمال سلطتها أو تنحرف بها وسلكت ما يتعين اتباعه بحكم وظيفتها في الاضطلاع

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، القضية رقم ٥٩٨ لسنة ١١ ق جلسة ٣ مايو سنة ١٩٦٩م، ينظر مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الرابعة عشرة – العدد الثاني (من منتصف فبراير سنة ١٩٦٩ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٦٩) – صـ ٦٤١

بتنفيذ القوانين واللوائح بروحها بغية تحقيق المنفعة العامة كان تصرفها متفقاً وأحكام الدستور[١].

٢ـ عيب الانحراف التشريعي عيب خفي:

بمعنى أن الرقابة القضائية تفترض السلامة في المجلس التشريعي وما يصدره من تشريعات، غير أن الانحراف في ذاته عيب خفي وغير ظاهر لهذا يصعب إثبات صحة الادعاء بالانحراف، كما يصعب على القضاء اكتشاف هذا العيب والتثبت منه، لذا فالأمر يقتضي رقابة الدستورية رقابة صارمة وعميقة ومتقدمة لاكتشاف هذا العيب الخفي[٢].

٣ـ عيب الانحراف التشريعي عيب احتياطي:

ووجه الاحتياط فيه هو أن القاضي الدستوري مهما بلغ علمه اليقيني من أن المشرع قد تنكب عن وجه المصلحة العامة، فإنه لا يؤسس حكمه في عدم الدستورية على عيب الانحراف وإنما عادة ما يرده إلى عيب مخالفة الدستور في أوسع معانيه[٣].

وليس أدل على سلامة هذا التخريج من أن القضاء الدستوري لا يخوض في عيوب النصوص القانونية دفعة واحدة، ولكنه يبدأ بالنظر في المطاعن الشكلية للنصوص القانونية، فاذا تبين له أن النصوص لا يخالطها عوار مرده الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور كان عليه النظر في العيوب الموضوعية للتحقق من سلامة القانون في محتواه

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٩٠٤ لسنة ٣ ق جلسة ٩ من نوفمبر سنة ١٩٥٧م، مجلس الدولة – المكتب الفني – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الثالثة – العدد الأول من أول أكتوبر سنة ١٩٥٧ إلى آخر يناير سنة ١٩٥٨م، صـ ٥٢

(٢) د. علي خطار شطناوي – مرجع سابق، ص٤٨٢

(٣) د. ثروت عبد العال – السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية ٢٠٠٤م، ص٨٦

الموضوعي، فإذا ظهر له براءة القانون من كل عوار تعين عليه النظر في مسألة تجاوز السلطة[١].

ثانياً: معايير الانحراف التشريعي

١- المعيار الموضوعي: ويعني فحص القانون الموصوم بالانحراف بمقارنة نصوصه بالقواعد والمبادئ الدستورية، وهو معيار واضح جلي مقارنة بالمعيار الذاتي الآتي بيانه.

وأظهر ما يكون هذا المعيار (الموضوعي) حين تتجه نية المجلس النيابي صوب تحقيق مصلحة خاصة، فيغفل وعن عمدٍ نظر المصلحة العامة، وإذا ما أُثيرت المشروعية تراه وقد أعرض ونأى بجانبه جراء تحقيق مكاسب فئوية وحزبية خاصة. كما يظهر هذا المعيار أيضاً حين يخرج المجلس النيابي عن مقتضى الوظيفة الأساسية للتشريع والتي أولاه إياها الدستور (الاجتماعية والاقتصادية والسياسية).

٢- المعيار الذاتي: وهو معيار مستتر يبحث في النوايا كأن تتجه نية المشرع إلى الإضرار بفئة معينة أو تحقيق منافع مادية لبعض أفراد الشعب أو لحزب سياسي، كالحزب الحاكم. ومع صعوبة الرقابة على القضايا الذاتية والنفسية إلا أنه يمكن الوقوف على هذا العيب عبر تلمس بواعث واضع التشريع في المداولات والمناقشات الواردة في مضابط جلسات المجلس التشريعي، وكذا محاضر اللجان المختصة للمجلس، فضلاً عن رأي وإفادات الخبراء والمتخصصين الذين يستضيفهم المجلس.

ولما كان الانحراف يتعلق بالمقاصد والغايات القانونية فهو عيب عصي الإثبات؛ لذا يلجأ القضاء إلى القرائن والأدلة ومحاضر الجلسات والأعمال التحضيرية، ومناقشات

---

(١) د. عوض المر- المرجع السابق، ص٣٩٧

النواب أو أي دليل آخر يمكن المحكمة الدستورية من تكوين عقيدتها حيال وجود عيب الانحراف وفقاً للمعايير المعتبرة شكلية كانت أو موضوعية أو ذاتية أو مختلطة.

وأكثر ما يكون هذا العيب في تجاوز القانون للغرض المخصص له كتقييد الحريات بغرض حماية الأمن القومي، أو تخويل السلطة العرفية القبض على المتهمين تحت زعم الأمن العام وهي على خلاف ذلك، أو تقييد حرية الصحافة وحق الاجتماعات العامة والتعبير عن الرأي، وكذا فرض رقابة على الصحف ووسائل الإعلام أو مصادرتها أو وقفها أو إغلاقها [١].

وانطلاقاً مما سبق فقد تجلت مظاهر الانحراف في مجانبة المصلحة العامة، ومجانبة الغاية المخصصة، وفي الدول النامية تكثر بعض المظاهر الاجتماعية والإدارية غير الموجودة في الدول الغربية من الروابط العشائرية والقبلية مما قد يكون سببا في شيوع الانحراف لتحقيق مصالح عشائرية أو قبيلية أو جهوية على حساب المصلحة العامة [٢].

وعطفاً على ما سبق فقد قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية[٣].

---

(١) الدستور المصري، مادة (٧١).

(٢) د. علي شطناوي- موسوعة القضاء الإداري، مرجع سابق ص٤٧٨

(٣) "وحيث إنه ولئن كانت كل مخالفة دستورية اعتورت ذلك النص (المادة الأولى من القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢) تكفي بذاتها لإبطاله، إلا أن اجتماع تلك المثالب الدستورية مع عدم خفاء أمرها على أعضاء المجلس التشريعي- على ما كشفت عنه مضابط مجلس الشعب ذات الصلة - واتجاه المجلس في غالبيته لتجاهلها، وإقراره لمشروع القانون، ما يجافي عن قصد الأغراض التي كانت

وفي الكويت: قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم (٢١) لسنة ٢٠١٢م بشأن اللجنة الوطنية العليا للانتخابات الكويتية، وكذا تعديل بعض نصوص أحكام القانون رقم (٣٥) لسنة١٩٦٢م، الخاصة بانتخابات أعضاء مجلس الأمة، لعدم توافر حالة الضرورة[١].

كما قضت المحكمة الدستورية "بعدم دستورية ما تضمنته (٩/ ٣) الفقرة الثالثة من المادة التاسعة من القانون ٢٤ لسنة ١٩٦٢م في شأن الأندية وجمعيات النفع العام المستبدلة بموجب المرسوم بقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٨م من النص على عدم جواز الطعن في القرار الصادر برفض التسجيل أو التظلم منه[٢]".

يجب أن يتوخاها التشريع، وهو الأمر الذي يفقده عموميته وتجريده ويوصمه بالتالي **بعيب الانحراف التشريعي**". (القضية رقم ٥٧ لسنة ٣٤ قضائية "دستورية" جلسة لخميس الرابع عشر من يونية سنة ٢٠١٢م، الموافق الرابع والعشرون من رجب سنة ١٤٣٣هـ، الجريدة الرسمية- العدد ٢٤ تابع (أ) - السنة الخامسة والخمسون، ص٢٨).

(١) المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم ١٥ لسنة ٢٠١٢، بتاريخ ١٦ يونيو سنة ٢٠١٣م.

(٢) المحكمة الدستورية، الطعن رقم ٤ لسنة ٢٠١٥ قضائية، بتاريخ ٢٥ نوفمبر سنة ٢٠١٥م، "وعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ٩ من القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٢ في شأن الأندية وجمعيات النفع العام المستبدلة بموجب المرسوم بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٨ من النص على عدم جواز الطعن في القرارات الصادرة من وزير الشؤون الاجتماعية والعمل بحل الجمعية طبقاً للمادة ٢٧ مكرراً من هذا القانون". (المحكمة الدستورية، الطعن رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٥ قضائية، بتاريخ ٢٣ مارس سنة ٢٠١٦م).

ومن الملفت للنظر حكم القضاء الدستوري بدستورية التفرقة بين المواطن الكويتي المتزوج من غير كويتية والمواطنة الكويتية المتزوجة من غير كويتي بشأن الرعاية السكنية[١].

كما حُكِمَ بدستورية قصر الزيادة في المكافأة التشجيعية على الصيادلة العاملين بوزارة الصحة فقط؛ ويُعد ذلك تفسيرا ضيقا لمبدأ المساواة؛ حيث قضت المحكمة بالمساواة نتيجة اختلاف الجنس في الحكم الأول؛ واختلاف جهة العمل في حكمها الثاني وكان الأولى عدم إقامة تلك التفرقة[٢].

وفي شأن معالجة أوضاع المواطنين المتعثرين في سداد قروضهم الاستهلاكية المقسطة تجاه البنوك و شركات الاستثمار، قضت المحكمة الدستورية في الكويت بعدم دستورية المادة (٨) من القانون (٥١) لسنة ٢٠١٠م، وذلك فيما يتعلق بعدم جواز الطعن على القرارات الصادرة من اللجان فيما يخص اعتماد التسويات المقترحة أمام أية جهة من الجهات[٣].

والحقيقة أنه لما كان الدستور الكويتي قد نص على الحريات الشخصية، ونصت المذكرة التفسيرية ما مفاده عدم التعنت في استخدام القانون، و لما كانت المادة السادسة من القانون رقم (٦٣) لسنة ٢٠١٥م، بشأن قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات قد

---

(١) المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم ٣، لسنة ٢٠١٧ قضائية، بتاريخ ٢٧ ديسمبر لسنة ٢٠١٧م.

(٢) المحكمة الدستورية الكويتية، الطعن رقم ٦، لسنة ٢٠١٦ قضائية، بتاريخ ٢٠ ديسمبر لسنة ٢٠١٦م.

(٣) المحكمة الدستورية، الطعن رقم ٣٨ لسنة ٢٠١٤ قضائية، بتاريخ ٤ نوفمبر سنة ٢٠١٥م.

تسببت في استخدام قانون المطبوعات والنشر كسيف مسلط على رقاب عموم المواطنين الذين لا يملكون ما تملكه الصحف من إمكانيات الأمر الذي يستحيل معه تطبيق هذا القانون على المواطن العادي البسيط[1].

(١) النائب حمدان العازمي، مقال بجريدة الأنباء الكويتية/https://www.alanba.com.kw/ar/kuwait-news/parliament. تاريخ الرجوع للموقع الأحد١٢/ ٦/ ٢٠٢٢م.

المطلب الثاني:
كفالة الحقوق والحريات

تعـدُّ فرنـسا وبحـق رائـدة الحريـات في أوربـا بدايـة مـن إعـلان حقـوق الإنـسان والمـواطن1789 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de الصادر في ٢٦من أغسطس ١٧٨٩م، من خلال الجمعية الوطنية، والتي قامت بدورها بإدراج الحقوق الطبيعية في إعلان رسمي يمثل على الدوام حقوق وواجبات جميع أعضاء الكيان والجسد السياسي الفرنسي دونما تعطيل، وبحيث تكون أعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية أكثر احتراما لقضية الحقوق؛ لتصبح مطالبات المواطنين قائمة على أسسٍ ومبادئ واضحة ومؤكدة وتوجه دائماً إلى ما فيه سمو الدستور.

وغني عن البيان أن الإسلام جاء بالحقوق والحريات منذ أربعة عشر قرناً وعلى نحوٍ مفصل لم تتفتق إليه أذهان الحضارة الغربية إلا على مهلٍ، وبعد أن تبلورت الأفكار في فرنسا واختمر اليقين بضرورة التغيير.

وإذا كانت الدساتير حريصة على تناولها للحقوق والحريات في أحد أبوابها المستقلة، فإن الإشكالية تكمن في مدى تطبيق وتفعيل هذه الحريات على أرض الواقع، لاسيما وإنه بطريقة أو أخرى عرضة للإغفال والتعارض المستتر من قبل السلطة التشريعية، والتعطيل والنكران من قبل السلطة التنفيذية. لذا كان القضاء الدستوري هو المدافع عن سلامة التطبيق فضلاً عن التنكر والتعطيل.

وبطبيعة الحال فإن "السلطة التشريعية مخولة من الدستور أصلاً بسن النصوص القانونية مع خضوع هذه النصوص للرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا، وغاية هذه الرقابة امتناع تطبيق ما يكون من تلك النصوص التشريعية مخالفاً

للدستور ولو كانت المخالفة من وجه الحقوق التي أهدرتها ضمناً[١]". كما لا يجوز أن تخل السلطتان التشريعية أو التنفيذية بالحماية المكفولة لهذه الحقوق[٢].

ومن المقرر في القضاء الدستوري: "إن مناط دستورية أي قانون هو ألا تنفصل نصوصه أو تتخلف عن أهدافها، فلا جرم وأنه إذا ما نهض التماثل في المراكز القانونية التي تنتظم فئة معينة من المواطنين، استتبع ذلك وبالتبعية ضرورة وحدة القاعدة القانونية التي تنتظمهم[٣]".

وليس بخافٍ أن الأصل في الاختصاص هو إطلاق سلطة المجلس النيابي في تنظيم الحقوق والحريات باعتبار أن جوهر تلك السلطة هو المفاضلة التي يجريها المشرع بين عدة بدائل مختلفة توصلاً لنتيجة في الموضوع المطلوب تنظيمه، وليس ثمة قيد على مباشرته لسلطته هذه ما لم يكن الدستور قد فرض في شأن ممارستها ضوابط محددة، تعتبر تخوماً لها لا يجوز تجاوزها، فيتعين والحال هذه بالتزامها نزولاً على ضوابط الدستور وتقيداً بعدم تجاوز هذه التخوم[٤].

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ٢ يناير سنة ١٩٩٩م، الجزء التاسع- من أول يوليو ١٩٩٨م، حتى آخر أغسطس ٢٠٠١م - صـ ١١٧.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٤٣ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ٢ يناير سنة ١٩٩٩م أحكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء التاسع من أول يوليو ١٩٩٨م، حتى آخر أغسطس ٢٠٠١م - صـ ١٤٧.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ١٨٥ لسنة ٣٢ قضائية "دستورية" ٧ رمضان سنة ١٤٤٠هـ، الموافق ١٢ مايو ٢٠١٩م الجريدة الرسمية - العدد ١٩ (مكرر) - السنة الثانية والستون.

(٤) القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" مرجع سابق صـ ١١٧.

وغني عن البيان تعدد حالات تجاوز المشرع للأغراض التي يحميها الدستور حيال تنظيمه مسألة ما، فقد يورد المشرع قيوداً تحول دون تحقيق المقصد هذا إذا لم يمتنع بداية عن تنظيمه كما قد يتخذ من تنظيمه ذريعة للانتقاص منه أو التقييد من آثاره أو يجعل من ممارسته أمراً شاقاً على المواطنين من خلال حظره بعض الأوجه اللازمة للاستفادة منه؛ ليفوت على المستفيدين مكنة الانتفاع منه. وسواء أكان هذا التقييد مستتراً في صورة قانون يستند إلى تفويض من الدستور، أو كان صريحاً في مجافاته لروح الدستور[١].

كما استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن: حق الدفاع غدا غائرًا في وجدان الإنسانية، وثيق الصلة بالقيم والمبادئ التي تؤمن بها الأمم المتحضرة، لتؤكد المحكمة على بطلان كل تنظيم تشريعي لا يراعي هذه الضمانة، فضلاً عن التسلط والتحامل[٢].

وتماشياً مع ما تم ذكره يقرر القضاء الدستوري في مبدأ تكافؤ الفرص بأن: مضمون هذا المبدأ الذي نص عليه الدستور في المادة الثامنة يتصل بالفرص التي تتعهد الدولة بتقديمها، وإن إعمال المبدأ يظهر عند التزاحم، وأن تدخل الدستور بالحماية غايته تقرير أولوية المتزاحمين، وهذه الأولوية تتحدد وفقاً لأسس موضوعية يمليها الصالح العام[٣]".

---

(١) د. محمد عصفور- الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، الطبعة الأولى١٩٦١م، ص٩

(٢) القضية رقم ١٨٥ لسنة ٣٢ قضائية دستورية ٧ رمضان سنة ١٤٤٠هـ، الموافق ١٢ مايو ٢٠١٩م، الجريدة الرسمية - العدد ١٩ (مكرر) - السنة الثانية والستون.

(٣) القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ٢ يناير سنة ١٩٩٩م، أحكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء التاسع- من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١ - صـ ١١٧

وفي الكويت: حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة الخامسة من قرار وزير الشؤون الاجتماعية والعمل رقم (٢٠٦/ ع) لسنة ٢٠١١م الخاص بتنظيم التحكيم الطبي في حالات إصابات العمل وأمراض المهنة فيما تضمنته من اعتبار قرارات لجنة التحكيم الطبي نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي شكل من الأشكال، وجاء التعليل في حيثيات الحكم بأن لجنة التحكيم الطبي تكون قد حصنت هذه القرارات من الرقابة القضائية، وحالت بين الأفراد وبين ممارسة حقهم الدستوري في التقاضي، وأسبغت الحماية على قرارات اللجنة مما يجعلها محصنة ولو في مواجهة عدم المشروعية، لتغلق بذلك باب اللجوء للقضاء بشأنها، الأمر الذي يغدو معه إخلالا بحق التقاضي، وإهداراً لمبدأ المساواة ومجافيا لنصوص الدستور في المواد (٢٩) و(٥٠) و(١٦٦)[١].

وفي تحديد نطاق الخصوم في الدعوى قضت المحكمة الدستورية الكويتية بأن الأصل أن المدعي له مطلق الحرية في تحديد هذا النطاق، اللهم إلا إذا ألزمه النظام باختصام أشخاص معينين، وعليه فلا يجوز تقييد حريته في هذا الشأن بغير مقتضى، وإذا كان الموجه إليه الخصومة تربطه بموضوعها علاقات وصلة فليس ثمة مانع من اختصامه متى كان الهدف تقديمه لما في يده من مستندات؛ ليصدر الحكم في مواجهته[٢].

---

(١) المحكمة الدستورية الكويتية، الدعوى رقم (٧) لسنة ٢٠١٩م دستوري بتاريخ ٥ رجب ١٤٤٢هـ الموافق ١٧ فبراير ٢٠٢١م، بعد أن أحالت المحكمة الكلية القضية رقم (٨٠٥١) لسنة ٢٠١٧م إداري/ ٦.

(٢) الطعن رقم (١٨) لسنة ٢٠٠٩م، جلسة ٢٨/ ١٠/ ٢٠٠٩م، تم نشر الحكم بالجريدة الرسمية (الكويت اليوم) العدد رقم (٩٧٤) السنة الخامسة والخمسون بتاريخ ١/ ١١/ ٢٠٠٩م.

المبحث الثالث:
اضطلاع المنظم بدوره التشريعي

السلطة التشريعية هي المعنية بمراعاة أهداف الدستور وتضمينه لمحتوى النصوص التشريعية، **فسن القوانين من الأعمال الأصيلة الذي يختص به المجلس النيابي وفقاً وصريح نص المادة** (١٠١) **من الدستور**، والأصل أن تتولاه السلطة التشريعية على مقتضى القواعد المقررة دستورياً[1].

غير أن المنظم التشريعي قد لا يضطلع بدوره اعتماداً على سكوت الملاءمة والترك أو خروج الموضوع محل التنظيم عن صلاحياته بالتنازل للسلطة التنفيذية وفقاً لنظرية الضرورة؛ وهو ما دعا المحكمة الدستورية لتقرير رقابتها على المجلس التشريعي على النحو الموضح بالمطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الامتناع عن التشريع.

المطلب الثاني: تخلي المشرع عن اختصاصه التشريعي.

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية، جلسة السبت ٤ مايو سنة ١٩٨٥م، الموافق ١٤ شعبان سنة ١٤٠٥هـ - الجزء الثالث- من يناير ١٩٨٤م حتى ديسمبر ١٩٨٦م- صـ ١٩٥.

المطلب الأول:
الامتناع عن التشريع

حقيقة إذا كان تقدير الحاجة والضرورة للتشريع يدخل في اختصاص الهيئة التشريعية لا معقب عليها من منطلق السلطة التقديرية، إلا أن هذه الأخيرة ليست طليقة من كل قيد أو عصية على كل حد لكنها حرية وتقديرية في حدود الأغراض التي توخاها الدستور وناط بالسلطة النيابية تحقيقها، فإن هي انحرفت عن الجادة سلطت المحكمةُ الدستورية رقابتها فيما تطلب من المشرع تحقيقه فامتنع أو تخلى عن تنظيمه لغير ذي صفة.

والامتناع معناه أن يتخذ البرلمان موقفاً سلبياً من اختصاصه الأصيل، فيحجم عن ممارسته كلياً أو جزئياً لأسباب معينة، وهو ما يعبر عنه بالإغفال التشريعي الناجم عن فراغ قانوني في تأسيس قاعدة تنظم مجالاً من مجالات الحياة، كغياب بعض الموضوعات من القانون يتسبب عنها فجوة بالغة في التشريع(١).

ومن مطالعة الدساتير بدا أن المشرع الدستوري المصري كان أكثر توفيقاً في صياغة الباب الثالث الموسوم بـ (الحقوق والحريات والواجبات العامة) من دستور سنة ٢٠١٤م، بدايةً من المادة (٥١) ونهايةً بالمادة (١٠٠) لا سيما المادة (٩٢) ونصها: "الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً أو انتقاصا ولا يجوز لأي قانون أن ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيدها بما يمس أصلها وجوهرها(٢)".

---

(١) د. عوض المر، مرجع سابق ٤٢٢،

(٢) دستور جمهورية مصر العربية سنة ٢٠١٤م.

وحري بنا التطرق إلى إباحة المنظم الدستوري تنظيم الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن وإعداد تقييدها مساسا بهذه الحقوق والحريات، ومدعاة لتعطيلها، في حين أن المنظم الفرنسي جعل تنظيم الحقوق والحريات العامة من اختصاص المشرع العادي استناداً للمادة (٣٤) من دستور ١٩٥٨م، ولم ينظمها في متن الوثيقة الدستورية، وبذا فإن أثر الإغفال التشريعي للقوانين المنظمة للحقوق والحريات يمكن أن نلمسه بشكل واضح من خلال تنظيم المشرع لهذه الحقوق والحريات بشكل غير مكتمل الجوانب، فلا يحيط بأبعاد الموضوع كافة أو الحق محل التنظيم، وهذا من شأنه أن يخلَّ بالحقوق والحريات العامة ويقلل فاعليتها، وضمانات تطبيقها.

وبطبيعة الحال يحدث المساس والانتهاك والانتقاص للحقوق أو عدم إمكانية ممارستها والتمتع بها أيضاً في حال سكوت المشرع عن تشريع القوانين المنظمة لها لمدد طويلة تفقد النصوص الدستورية قيمتها وفاعليتها وهو ما يعرف بالإغفال التشريعي التام.

ويتحقق هذا الإغفال التشريعي إذا ما تصدت السلطة التشريعية لتنظيم مسألة ما غير أن هذا النظام يخرج للنور قاصراً وغير مكتمل سواء أكان هذا القصور عن عمد أو إهمال، مما يفتقر إلى الإحاطة بجوانب القانون، الأمر الذي يخلّ بالضمانات الدستورية للموضوع محل التشريع[1].

ويلاحظ أن هذه الحالات من النقص والقصور التشريعيين أغلب ما تكون إبان التغيرات السياسية في حياة المجتمعات ومعايشتهم لأوضاع سياسية متقلبة ومتباينة، كما نشاهده

(١) د. عبد العزيز سالمان – رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مجلة الدستورية، العدد (١٥) السنة السابعة، ص ٥٨

في دول العالم الثالث من انقلابات سياسية تعكس ترديًا ملحوظًا في باب الحقوق والحريات، وإهدارًا لكرامة الوطن والمواطن.

كما يظهر ولأدنى تأمل مدى تأكيد الدساتير المصرية المتلاحقة على أن يتولى مجلس النواب سلطة التشريع، وإقرار السياسة العامة للدولة، والخطة العامة للتنمية ويمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية(١). وإذا كان الدستور خوّل مجلس النواب حق اختصاص سن القوانين بحسبان أن ذلك مما يدخل أصالة في طبيعة نشاطها، إلا أنه لا يحصنها من الخضوع لرقابة قضاء الدستورية، تلك الرقابة المنافحة عن الدستور سواء أكان الإخلال به مقصود ابتداء أو وقع عفوًا من غير إعداد(٢).

ويفهم من عبارة مقصود ابتداء أو وقع عرضًا في حكم المحكمة الدستورية العليا أن عدم اطلاع المنظم التشريعي بدوره قد يقع عرضا متسببًا للنقص والقصور التشريعي، وقد يكون إخلالاً مقصودا ابتداء عبر الامتناع والترك؛ ذلك لأن العمل التشريعي الذي يضع القواعد القانونية الرصينة ويسد الثغرات التشريعية التي يمكن أن تظهر عند التطبيق مستقبلاً من خلال تحديد السلوك والتصرفات الواجبة الاتباع والنتائج المترتبة على عدم الاتباع، يؤدي إلى تحقيق القانون غاياته الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية وغيرها من الأهداف المتوخاة من إصدار القانون وهذا يقتضي أن يكون المشرع ذا تصور مسبق عن هذه الأهداف والغايات وإدراك أهمية تدخله لتنظيم هذه الأمور الاجتماعية أو الاقتصادية

---

(١) المادة: ١٠١ من دستور ٢٠١٤م

(٢) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ٢ يناير سنة ١٩٩٩م، الجزء التاسع- من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس٢٠٠١م- صـ ١١٧.

أو السياسية أو تغييرها أو مواءمتها مع الواقع أو التطورات الاجتماعية، فالتشريع بوصفه خياراً سياسيا للقابض على السلطة أو أداةً وظيفتها تحقيق الأهداف ومن ضمن هذه الأهداف هي الأهداف الاجتماعية يتطلب أن يتحلى المشرع بمكنة تحديد الأهداف التي يتوخاها القانون الوضعي وهذا ما يعرف بالسياسة التشريعية[١].

وبذلك يظهر أن الامتناع التشريعي يغدو في حالة تنظيم السلطة التشريعية لأحد الموضوعات التي عهد إليه الدستور بتنظيمها ثم امتناعه عن تنظيمها عامداً أو مهملاً، وكذا اتخاذه من تنظيمها ذريعة للتنكب منها، والتقييد من آثارها[٢].

ويمكن استعراض بعض حالات الإغفال التشريعي، أو المسائل المتروكة على النحو الآتي:

١- إغفال أحقية منح الجنسية المصرية للأولاد القصر للأم الأجنبية التي اكتسبت الجنسية المصرية، وذلك وفقاً للنص المطعون فيه الوارد بالمادة (٦/ ٢) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية، فهذا النص" قد قصر هذا الحق على الأولاد القصر للأب الأجنبي دون الأم الأجنبية، متضمنًا تمييزًا تحكميًّا لا يستند إلى أسس

(١) د. حيدر طالب الإمارة، م. م. سرى حارث عبدالكريم- آثار الإغفال التشريعي الاجتماعية- مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، العدد الثاني ٢٠١٩م، ص٣٨، د. منذر الشاوي- دولة القانون- مكتبة الذاكرة بغداد، الطبعة الأولى سنة ٢٠١٣م، ص٥٤، د. حسن علي الذنون- فلسفة القانون، مكتبة السنهوري بغداد / بيروت ١٩٨٢ م، ص٢٣٩

(٢) د. عبد الرحمن عزاوي- الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، الإغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان الجزائر، العدد العاشر ٢٠١٠م، ص ٧٧

موضوعية، ذلك أنه باعتباره الوسيلة التي اعتمدها المشرع لتنظيم موضوع اكتساب الأولاد القصر للأجانب المتجنسين بالجنسية المصرية لهذه الجنسية، يتناقض مع الأهداف التي رصدها الدستور، وأقام عليها بناء المجتمع، ليقع النص المطعون فيه - في الإطار المشار إليه - مخالفًا لنصوص المواد (٤، ٩، ١٠، ١١، ٥٣) من الدستور، فوق كونه يُعد مجاوزة من المشرع لنطاق السلطة التقديرية المقررة له بمقتضى نص المادة (٩٢) من الدستور، في مجال تنظيم الحقوق والحريات، هذا فضلاً عن أن النص في الفقرة الثانية من المادة (٩) من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة الموقعة في كوبنهاجن بتاريخ ٣٠/ ٧/ ١٩٨٠، على أن "... ٢- تمنح الدول الأطراف المرأة حقًا مساويًا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها[١]".

٢- إغفال تعيين حدود المحميات الطبيعية في الجريدة الرسمية، إذ جهل قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٥٠ لسنة ١٩٨٦م المطعون فيه، بحدود المحميات الطبيعية التي يعتبر تعيينها مفترضاً أولياً لإعمال النصوص العقابية التي تضمنها القانون [٢].

٣- إغفال تعويض المالك عن اعتبار ملكه أثراً، فحكمت المحكمة بعدم دستورية المادة (١٣) من قانون حماية الآثار الصادر بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣م[٣].

---

(١) المحكمة الدستورية، الدعوى رقم ١٣١ لسنة ٣٩ قضائية "دستورية" جلسة ٦/ ٤/ ٢٠١٩م، والمنشورة بالجريدة الرسمية - العدد ١٥ (مكرر) السنة (٦٢) في ١٥/ ٤/ ٢٠١٩م.

(٢) المحكمة الدستورية، الدعوى رقم٢٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية، جلسة ١/ ١٠/ ١٩٩٤م المجموعة، الجزء السادس من أول يوليو ١٩٩٣ حتى آخر يونيو ١٩٩٥ - صـ٣٥٨.

(٣) القضية رقم ١٨٢ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" جلسة ٢ مايو سنة ١٩٩٩م أحكام المحكمة الدستورية العليا -المجموعة، الجزء التاسع من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١ - صـ٢٥٨

٤- توقيع ممثل الحكومة - بالمخالفة لأحكام الدستور- على اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين مصر والسعودية والتنازل غير المبرر عن جزيرتى تيران وصنافير، بالالتفاف على نص المادة (١٥١) من الدستور، وبالمخالفة لاتفاقية ترسيم الحدود المبرمة عام ١٩٠٦م، وبما يعارض واقع الجزيرتين كجزء من إقليم الدولة المصرية وخاضعتين لسيادتها التي مارستها على الجزيرتين منذ فجر التاريخ[1].

الأمر الذي يجعل من حرص الحكومة على وقف تنفيذ الحكم الصادر بمصرية الجزيرتين في الدعويين رقمي ٤٣٧٠٩، ٤٣٨٦٦ لسنة ٧٠ق "قضاء إداري" والحكم الصادر في الطعن رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ق "عليا" **أمراً مجافياً لمفهوم استقلال الوطن ووحدة وسلامة أراضيه**. وليس أدل على سلامة هذا التخريج من سعي الحكومة الدؤوب في طلب وقف تنفيذ حكم المحكمة الإدارية العليا من قاضي الأمور المستعجلة بالقاهرة، ثم بالطعن أمام المحكمة الدستورية العليا برقم ١٢ لسنة ٣٩ قضائية "تنازع" والطلب بصفة مستعجلة من المحكمة الدستورية بوقف تنفيذ الحكم الصادر في الدعويين آنفي

---

(١) وجاء في طلبات المدعين في الطعن بعدم دستورية الترسيم: "... بطلان ترسيم الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية لعدم اتباع الإجراءات الخاصة التي قررتها اللجنة القومية العليا للبحار، وبرفض الدعوى، والاعتداد بالحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري، حال أن توقيع ممثل الحكومة المصرية على الاتفاقية لا يُعد من أعمال السيادة بل هو محض قرار إداري". (القضية رقم ١٢ لسنة ٣٩ قضائية "تنازع" جلسة السبت الثالث من مارس سنة ٢٠١٨م، الموافق الخامس عشر من جمادى الآخر سنة ١٤٣٩هـ، الجريدة الرسمية – العدد ٩ مكرر (ج) - السنة الحادية والستون، ١٩ جمادى الآخرة سنة ١٤٣٩هـ، الموافق ٧ مارس سنة ٢٠١٨م).

البيان هذا من جهة. ومن جهة أخرى إصدار رئيس المحكمة الدستورية العليا أمرًا وقتيًا بوقف تنفيذ الأحكام سالفة الذكر، ثم الحكم في النهاية بعدم الاعتداد بهذه الأحكام.

وإذا بدا على نحو ما تقدم الطابع السياسي للرقابة على دستورية القوانين، فإنه يجدر والحال هذه توفير أكبر قدر من العلنية لممارسة هذه الرقابة، وإتاحة الفرصة للرأي العام للوقوف على آراء القضاة الذين اشتركوا في المداولات المنتهية بصدور الحكم خضوعاً لضرورة ممارسة هذه المهمة السياسية في مناخ من الديمقراطية[1].

٥- إغفال نظر المعاهدات والاتفاقيات كاتفاقية المبادئ لسد النهضة عام ٢٠١٥م، دون أن يتطرق لها المجلس النيابي ممَّا يعدّ إغفالاً تشريعياً صارخاً.

٦- إغفال بيان الحد الأقصى للاشتراك السنوي في صندوق الخدمات الاجتماعية والصحية التي تلتزم كل منشأة بسداده عن كل عامل، وإغفال توضيح تعداد الخدمات التي يلتزم الصندوق بتقديمها[2].

٧- تخلي السلطة التشريعية عن وضع الحد الأعلى لمجموع ما يتقاضاه العاملون في الحكومة أو وحدات الحكم المحلي وكذا الهيئات والمؤسسات والشركات والجمعيات

---

(١) د. وهيب عياد سلامة- أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها، دار النهضة العربية ١٩٩٢م، ص٤٩

(٢) الحكم بعدم دستورية المادة (٢٢٣) من قانون العمل، ينظر الدعوى رقم ٢١ لسنة ٣٠ قضائية دستورية، جلسة السبت الثالث عشر من ديسمبر سنة ٢٠١٤م، الموافق الحادي والعشرين من صفر سنة ١٤٣٦هـ الجريدة الرسمية - العدد ٥١ (ج) - السنة السابعة والخمسون ٣٠ صفر سنة ١٤٣٦ه، الموافق ٢٢ ديسمبر، سنة ٢٠١٤م.

بالمخالفة للمادة (١٢٢) من الدستور المصري[١].

٨- ترسيم الحدود البحرية مع اليونان والكيان الصهيوني.

٩- عدم وجود قانون ينظم السفر والتنقل والإقامة.

وفي دولة الكويت الشقيقة: وفي تحقيق قانوني بصدد مناقشة قانون الإفلاس ذهب بعض الفقه إلى بيان مدى أهميته وإلى الضرورة الملحة لإصداره، وذلك في ظل بيئة تحتج لحزمة من التشريعات القانونية والتي تعد ضرورة لجذب الاستثمارات الأجنبية، فضلاً عن أن كل الأنظمة والتشريعات المقارنة أكدت على أن حرية التعبير من الحقوق الثابتة والأصيلة للأفراد، وإن من بين التحديات التي تواجه حرية التعبير هو عدم وجود تعريف لحرية التعبير والقيود المفروضة عليها. وإن من الضروري وضع تشريع عام ينظم حرية التعبير وألا يكون التشريع بعلاج حالات معينة بتفاصيلها، وإنما عبر قانون عام ينظم هذه الحرية، على سند من القول بأن كل المجتمعات الديمقراطية بحاجة ماسة إلى حرية التعبير، وخلص التقرير في النهاية إلى أنه يجب إعادة النظر في القوانين الخاصة المرتبطة بالحق في التعبير[٢].

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ٢٠٢ لسنة ٢٨ قضائية "دستورية" جلسة الأحد، السادس من ديسمبر سنة ٢٠٠٩م، الموافق التاسع عشر من ذي الحجة سنة ١٤٣٠ هـ. الجريدة الرسمية - العدد ٥١ (مكرر) السنة الثانية والخمسون٣ المحرم سنة ١٤٣١ هـ، الموافق ٢٠ ديسمبر، سنة ٢٠٠٩م.

(٢) تحقيق بعنوان: علاج القصور التشريعي في بعض القوانين يعزز جذب الاستثمارات الأجنبية، جريدة الأنباء الكويتية. https://www.alanba.com.kw/ar/economy-news/1011200/17-12). تاريخ الرجوع للموقع الأحد١٢/ ٦/ ٢٠٢٢م.

كما تقدم بعض النواب باقتراح بقانون يعالج القصور التشريعي في النظام رقم (٦٣) لسنة ٢٠١٥م الخاص بمكافحة جرائم تقنية المعلومات؛ وذلك بتعديل بعض نصوصه كإلغاء عقوبتي السجن لجرائم الرأي، وجريمة المساس بالكرامة، فضلاً عن اقتصار التقادم في هذه الجرائم بثلاثة أشهر يكون مجافياً لمبادئ العدالة. وأيضاً أن تسري على الجرائم الواردة في المادة السادسة مدد سقوط أطول من المدد الواردة في المادة الخامسة والعشرين من قانون المطبوعات والنشر. وأخيراً إضافة مادتين إلى القانون رقم (٦٣) لسنة ٢٠١٥م برقمي (١٦،١٧ مكررين) بهدف منع توقيع العقوبات السالبة للحرية في جرائم الرأي الواردة بالمادة السادسة من القانون (٦٣) لسنة ٢٠١٥م متى ارتكبت باستخدام أي وسيلة لتقنية المعلومات؛ وذلك دفاعاً عن حرية الرأي، وجعل أرباب مهنة الصحافة (الورقية والرقمية) بمنأى من التعرض لعقوبة الحبس عند ممارسة رسالتهم في كشف الحقيقة والنقد البناء، بحسبان أن جرائم المادة السادسة آنفة البيان سبق تضمينها في المواد (٢١،٢٠،١٩) من قانون الطبع والنشر رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦م[1].

(1) https://www.alanba.com.kw/ar/kuwait-news/parliament .
جريدة الأنباء الكويتية تاريخ الرجوع للموقع الأحد١٢/ ٦/ ٢٠٢٢م.

المطلب الثاني:
تخلي المشرع عن اختصاصه التشريعي

ليس بخافٍ أن البرلمانَ بوصفه مجلساً سياسياً لا يمكنه ضبط جميع المسائل المتعلقة بتقييد القانون مهما كانت كفاءته ومبلغ خبرته، الأمر الذي يجعل من تدخل السلطة التنفيذية أمراً واقعياً وحياتياً معاشاً؛ لتسهيل عملية تنفيذ القوانين، غير أن هذا التدخل مقيداً بعدم المساس بأصل التشريع حذفاً أو إضافة أو تعديلاً وإلا عد ذلك تعدياً وافتياتاً على سلطات المنظم، وتنصلاً وتقصيراً وتنازلاً من الأخير عما اضطلع به من مسؤوليات بحكم الدستور.

وهو ما دعا المحكمة الدستورية- وهي بصدد حالة التخلي عن الاختصاص- إلى القضاء "بأن الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصاً بحق التصدي لتنظيم الموضوعات المرتبطة بالحقوق والحريات، وأن تنظيم هذه الموضوعات يتعين أن يتولاه المشرع بما خوّل من صلاحيات بحكم الدستور[1]".

وفي هذا المقام يثور التساؤل أيجوز للسلطة التشريعية صاحبة الاختصاص أن تحيل أعمالها أو بعض منها إلى السلطة التنفيذية؟ هذا وقد كفتنا المحكمة الدستورية عناء الإجابة بقولها: "إذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التنظيمية فلا يجوز لها أن تتسلب من اختصاصها وإحالة الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون ضوابط وأسس، فإذا ما خرج المشرع على تلك الأسس والضوابط وناط بالسلطة التنفيذية تنظيم

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٦٨ لسنة ٢٥ قضائية دستورية، جلسة الأحد ١٠ يونيه سنة ٢٠٠٧م الموافق ٢٤ من جمادى الأولى سنة ١٤٢٨هـ الجريدة الرسمية- العدد ٢٤ مكرر (أ) السنة الخمسون ٢ جمادى الآخرة سنة ١٤٢٨هـ، الموافق ١٧ يونيه، سنة ٢٠٠٧م.

الحق من أساسه، **كان متخلياً عن اختصاصه الأصيل** المقرر وفقاً للمادة (٨٦) من الدستور **ساقطاً في هوة المخالفة الدستورية حيث لا يجوز له وقد اختص وحده من قبل الدستور بسلطة التشريع أن يتخلى عن هذا الاختصاص**[١]".

وانطلاقاً مما سلف يمكن عرض بعض الحالات التي تنصلت فيها السلطة التشريعية- وعلى حد تعبير المحكمة الدستورية- عن القيام بمهامها والاضطلاع بدورها المرسوم دستورياً، وذلك على النحو الآتي:

١- تقييد الحق في التنقل من قبل السلطة التنفيذية دون مسوغ[٢]. فجلي أن الدستورَ قد احتفى بالحقوق المتصلة بالحق في التنقل بما نص عليه من حظر إلزام المواطن بالإقامة في مكان معين أو إبعاد عن البلاد وكذا حرمانه العودة، فضلاً عن تقرير الحق في الهجرة وذلك على النحو الموضح تفصيلاً بالمواد من (٥٠:٥٢) ومن مقتضى هذه النصوص يظهر أن الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصاً في هذا الشأن[٣].

وتفسيرا لذلك جاء حكم المحكمة الدستورية العليا صريحاً في وصف نص المادتين (٨، ١١) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩م **بتنصل المشرع عن القيام بعمله**؛ وذلك لما تضمناه من تفويض المشرع لوزير الداخلية تحديد شروط منح جواز

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٦٨ لسنة ٢٥ قضائية، الجريدة الرسمية المرجع السابق.

(٢) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ ق، جلسة ٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٠- المجموعة الجزء التاسع من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١ صـ ٧٧٦.

(٣) الدعوى رقم ٢٤٣ المرجع السابق صـ ٧٧٨.

السفر[١].

٢- التنازل لوزير القوى العاملة والهجرة في تحديد الخدمات التي يقدمها صندوق الخدمات الاجتماعية والصحية، فقد ناط المشرع بالفقرة الثالثة من المادة (٢٢٣) الوزير سالف الذكر إصدار قرار تحديد أنواع الخدمات التي يقدمها هذا الصندوق متسلبًا المشرع بذلك من اختصاصه الأصيل في بيان هذه الخدمات[٢].

٣- تنازل السلطة التشريعية لمجلس الوزراء في وضع الحد الأعلى للأجور بالمخالفة لأحكام المواد (١٣، ٢٣، ٣٢، ٣٤، ١٢٢) من الدستور، وتسلب السلطة التشريعية من اختصاصها الأصيل وإهدارها لحقي العمل والملكية[٣].

٤- تخويل المشرع للسلطة التنفيذية الاختصاص باتخاذ التدابير العاجلة اللازمة لمواجهة الأوضاع الاستثنائية وهي ضرورة اعتبر الدستور قيامها شرطاً لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائي، لذا يمارس قضاء الدستورية الرقابة عليها للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها الدستور[٤].

---

(١) الدعوى رقم ٢٤٣ المرجع السابق صـ ٧٧٨.

(٢) المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٢١ لسنة ٣٠ ق، المرجع السابق، الجريدة الرسمية - العدد ٥١ (ج) - السنة السابعة والخمسون ٣٠ صفر سنة ١٤٣٦ه، الموافق ٢٢ ديسمبر سنة ٢٠١٤م.

(٣) المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٢٠٢ لسنة ٢٨ ق، جلسة الأحد، السادس من ديسمبر سنة ٢٠٠٩م، الموافق التاسع عشر من ذي الحجة سنة ١٤٣٠هـ الجريدة الرسمية - العدد ٥١ (مكرر) السنة الثانية والخمسون٣ المحرم سنة ١٤٣١ هـ، الموافق ٢٠ ديسمبر سنة ٢٠٠٩م.

(٤) المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق، جلسة الاثنين ٣ يوليه سنة ١٩٩٥ الموافق ٥ صفر ١٤١٦هـ أحكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء السابع من أول يوليو ١٩٩٥ حتى آخر يونيو ١٩٩٦ صـ ٤٥.

وتماشيا مع ما تم ذكره يثور التساؤل ما السند في إصدار السلطة التنفيذية للعديد من اللوائح؟ أجابت المحكمة الدستورية على هذا التساؤل بأنه:" لئن كانت الدساتير بدءاً من دستور سنة ١٩٢٣م، وانتهاءً بالدستور الحالي قد اعترفت بحق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح إلا أن ذلك لا يكون إلا استثناءً وفى الحدود الضيقة إلى بينتها نصوص الدستور حصراً (ومنها الحق في إصدار اللوائح التنفيذية) وليس من بينها تنظيم موضوعات خلا القانون من بيان الإطار العام الذي يحكمها، الأمر الذي تكون اللائحة معه قد فصلت أحكاماً وشَرَّعَت من عنديا تها ابتداءً بعيدة كل البعد عن الإسناد القانوني؛ ذلك أن الغرض من صدور اللائحة يتعين أن ينحصر في إتمام القانون أي وضع القواعد والتفاصيل اللازمة لتنفيذه مع الإبقاء على حدوده الأصلية بلا أدنى مساس، ودون أن تنطوي على تعديل أو إلغاء لأحكامه أو أن يضيف إليه أحكاماً تبعده عن روح التشريع، فيجاوز بذلك مُصْدِرها الاختصاص الدستوري المخول له، متعدياً على السلطة التشريعية، وذلك ما تؤكده المادة (١٤٤) من الدستور حيث نصت على أن: يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس **فيه تعديل أو تعطيل أو إعفاء من تنفيذها**[1]".

وفي دولة الكويت الشقيقة، تم الحكم بعدم دستورية المرسوم رقم ٢٢٠ لسنة ٢٠٠٢م بتعديل أحكام المرسوم الصادر في ١٤/ ٦/ ١٩٨١م الخاص بجدول الوظائف

---

(١) المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٦٨ لسنة ٢٥ ق، الجريدة الرسمية- العدد ٢٤ مكرر (أ) المرجع السابق. وفي دستور مصر ٢٠١٤م، تم تضمين سلطات رئيس الحكومة في المواد ١٧٠، ١٧١، ١٧٢ الحق في إصدار اللوائح التنفيذية والتنظيمية والضبط على النحو الموضح تفصيلاً بالمواد آنفة البيان.

والمرتبات لهيئة التدريس - جامعة الكويت، لأنه وإن أشير في المرسوم رقم ٢٢٠ إلى أنه تعديل لمرسوم عام ١٩٨١م، إلا أن واقع الحال أنه جاء منصرفاً إلى القاعدة المقررة طبقاً للقانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٣م معدلاً لها بوضع قيدٍ عليها من شأنه تعطيل حكمها، وبذلك فيكون قد صدر مجانباً لأحكام الدستور لإخلاله بضوابط السلطة مجاوزا بذلك قيود وقواعد الاختصاص المحدد. الأمر الذي يضحى معه القضاء بعدم دستوريته متعيناً دون حاجة إلى بحث باقي ما أثير في شأنه من مطاعن موضوعية أخرى[١].

كما عقدت جمعية المحامين الكويتية ندوة بعنوان (وثيقة الإصلاح التشريعي) بتاريخ ٢٥ / ١٠/ ٢٠١٦م، وتم التأكيد على أن البلاد تحتاج إلى حزمة من التشريعات لحماية أموال المواطنين، وكذا حماية المال العام وسن قوانين داعمة للحريات، مع التأكيد أيضاً على إخضاع كل القوانين إلى الرقابة القضائية ما عدا الأعمال التي تتصف بكونها من أعمال السيادة، وأن هناك قوانين كثيرة في دولة الكويت تم إقرارها دون دراسة[٢].

وانتقدت دراسة رسمية أعدتها وزارة الدولة لشؤون مجلس الأمة البطء الحكومي في إنجاز المتطلبات التشريعية الخاصة بتنفيذ وثيقة الإصلاح الاقتصادي والمالي والخطة الإنمائية للدولة ٢٠٢٥م- ٢٠١٦م[٣].

---

(١) الدعوى رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٤ دستوري، الجريدة الرسمية- العدد رقم (٧١٩) السنة الحادية والخمسون بتاريخ ٥/ ٦/ ٢٠٠٥م.

(٢) هاني الحمادي، ندوة (الإصلاح التشريعي) حزمة تشريعات لوقف الهدر، موقع جريدة القبس الإلكتروني، بتاريخ ٢٧ أكتوبر سنة ٢٠١٦م. https://alqabas.com/author/1894

(٣) إبراهيم عبد الجواد: التقصير الحكومي الصارخ بإنجاز تشريعات الإصلاح والتنمية الموقع الإلكتروني لجريدة القبس بتاريخ ٦ فبراير ٢٠١٧م. https://alqabas.com/article/599572

وتجدر الإشارة إلى أن غياب السياسة التشريعية معناه فقدان المنظم مكنة تحديد الأهداف بسبب غياب القدرة على إدراك الواقع بأبعاده الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وعليه فالناتج التشريعي حتماً ناقص وقاصر عن إدراك ذلك الواقع مما يفصم عرى التلاقي بين المشرع والواقع الاجتماعي الذي انبثق منه ممثلاً للإرادة العامة ويتحول المجلس النيابي إلى أداة تحكم واضطهاد عندما تمارس الوظيفة التشريعية لتحقيق أهداف بعيدة عن الواقع الاجتماعي في خدمة المصالح الحزبية والشخصية فيأتي التشريع قاصراً عن تنظيم جوانب الموضوع والحق محل التنظيم، مما يحدث خللاً في استقرار العلاقات الاجتماعية بكل أنواعها الشخصية والتجارية والوظيفية والعلمية والعائلية ناهيك عن الأخلاقية[1].

وعطفاً على ما سبق يمكن القول بأن القاسم المشترك بين حالات فقدان المجلس النيابي لبوصلة تحديد الأهداف مرده مخالفة المشرع للقواعد التي تحدد أساليب ممارسة الاختصاص المرسومة من الدستور.

---

(١) د. حسن علي الذنون- مرجع سابق ص ١٥٨، د. حيدر طالب الإمارة- آثار الإغفال التشريعي - مجلة العلوم القانونية- مرجع سابق ص ٣٨

الخاتمة

نخلص في نهاية هذا البحث إلى القول بأن الضوابط الدستورية تؤدي دوراً بالغ الأهمية في مجال حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من جهة، وفي ترسيخ مبدأ سمو الدستور، ذلكم المبدأ الذي يحدد معالم الدولة المتمدينة كما ينبغي أن تكون في آمال وتطلعات واضعي الدستور من جهة أخرى، وقد احتوت الضوابط الدستورية في البحث على التزام المشرع بمراعاة التناسب وعدم التمييز وهو ما تناولته في المبحث الأول، ولعدم الانحراف بالسلطة واحترام الحريات في المبحث الثاني، وفي المبحث الثالث تناولت اضطلاع المنظم بدوره التشريعي بعدم الامتناع أو التنازل عن اختصاصه التشريعي، راجياً من الله سبحانه أن يوفقنا وينفعنا به، وأن يعلي بفضله الدرجات، ويكفر الخطايا والزلات، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

النتائج:

١ - أضحى مفهوم دولة القانون يقتضي رقابة دستورية جادة على سلطات المشرع التقديرية.

٢ - الأصل في السلطات التشريعية هو إطلاقها، وليس ثمة قيد عليها مالم يفرض الدستور في شأن ممارستها ضوابط بعينها، تعتبر تخوماً لها لا يجوز تجاوزها.

٣- تتعدد الأسماء التي تطلق على عناصر تكوين التناسب في التشريع أو المكونات الفرعية لتحليل هذا التناسب من ضرورة، أو معقولية، أو تحليل وزن المنافع والمضار، أو العقلانية.

٤ - الانحراف التشريعي يتعلق أساساً بالغاية من التشريع، والتي تنكب فيها عن استهداف المصلحة العامة، وهو ما جعل التشريع مشوباً بعوارٍ دستوري.

٥-إن الانحراف التشريعي من أخطر العيوب؛ ذلك لأنه خفي يستعصي على مجرد المقارنة بين نصوص الدستور والتشريع لتقنعه بظاهر الصحة وباطنه الفساد والبطلان.

٦- إن المحكمة الدستورية لا تخوض في عيوب نصوص القانون دفعة واحدة وإنما منجمة؛ فتبدأ بالنظر في المطاعن الشكلية فالموضوعية ثم تجاوز السلطة.

٧- إن الغرض من صدور اللوائح هو إتمام القانون بما يلزم من القواعد والتفاصيل مع الإبقاء على حدوده الأصلية بلا أدنى مساس، ودون أن تنطوي على تعديل أو إلغاء لأحكامه.

٨- القصور التشريعي أغلب ما يكون في المجتمعات التي تعايش أوضاعاً سياسية متباينة، كما هو في دول العالم الثالث من انقلابات سياسية تعكس ترديا ملحوظاً في باب الحقوق والحريات، وإهداراً لكرامة الوطن والمواطن.

التوصيات:

١ - الأخذ بعين الاعتبار لمتطلبات التناسب لدى مباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية سلطاتهما (التشريعي الأصلي والفرعي اللائحي).

٢- على المشرع تحديد نقطة توازن مناسبة ومنطقية ومعقولة حال إعمال سلطاته في تنظيم الحقوق والحريات وبين ما يسعى إلى تحقيقه من أهداف ومصالح عامة.

٣- مراعاة الوقت الطبيعي والكافي لبحث ومناقشة القوانين، ذلك أن تصاعد وتيرة إصدار القوانين الفجائية عرضة وبنصيب كبير لمجافاة الوظيفة الأساسية من التشريع فضلاً عن عموميته وتجريده، وتحقيقه لأهداف الدستور.

٤- نأمل من الجمعية التأسيسية لوضع الدستور تبني فكرة الرقابة السابقة (رقابة المجلس الدستوري) على غرار المجلس الفرنسي، ليكون بجانب الرقابة القضائية حصناً منيعاً في تحقيق الرقابة السابقة واللاحقة على دستورية القوانين.

٥- نهيب بالسلطة التشريعية تشكيل لجنة عليا محايدة وموضوعية ولا يحتسب أعضاؤها على أي تيارات سياسية؛ لتكون بمثابة لجنة الحكماء التي تحقق الرقابة الذاتية من داخل المجلس على مشروعية وملاءمة القوانين قبل إصدارها.

٦- وضعُ تنظيم خاص للمحكمة الدستورية ينأى بها عن الصراعات السياسية ويرفع عنها وبصفة قطعية يد السلطة التنفيذية، على أن يكون في باكورة التنظيم الهيكلة وآلية اختيار رئيس المحكمة.

مصادر ومراجع البحث

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب اللغة والحديث:

١- المعجم الوسيط- مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر/ محمد النجار) دار الدعوة بدون.

٢- معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، دار الفكر١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٣- منتخب من صحاح الجوهري- أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ) بدون

٤- الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية- أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: ١٠٩٤هـ) مؤسسة الرسالة – بيروت.

٥- العباب الزاخر واللباب الفاخر- رضي الدين الحسن بن محمد بن الحسن بن حيدر العدوي العمري القرشي الصغاني الحنفي (المتوفى: ٦٥٠هـ) بدون تاريخ نشر.

٦- غريب الحديث- أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (المتوفى: ٢٧٦هـ) مطبعة العاني – بغداد، الطبعة: الأولى، ١٣٩٧هـ.

٧- صحيح البخاري- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية، الطبعة: الأولى ١٤٢٢هـ.

٨- لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ) دار صادر – بيروت، الطبعة: الثالثة ١٤١٤هـ.

ثالثاً: كتب القانون:

١ - د. أحمد كمال أبو المجد- الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة ١٩٦٠م.

٢ - د. ثروت عبد العال- حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية ١٩٩٩م، بدون.

- السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية ٢٠٠٤م.

٣- د. جورج شفيق ساري- رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لبعض الأنظمة، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠م.

٤ - د. حسن علي الذنون- فلسفة القانون مكتبة السنهوري بغداد / بيروت ١٩٨٢ م، ص٢٣٩

٥ - د. رفعت عيد سيد- الوجيز في الدعوى الدستورية- دار النهضة العربية ٢٠٠٤م.

٦ - د. سامي جمال الدين- القانون الدستوري والشرعية الدستورية، بدون

٧- د. عثمان سلمان العبودي، د. عدنان فاضل الحسناوي- فرضية عيب الانحراف التشريعي بين الفقه والقضاء والنظرية والتطبيق، بدون.

٨- د. علي خطار شطناوي- موسوعة القضاء الإداري، مكتبة الرشد، الطبعة الثانية ١٤٣٦-٢٠١٥م.

٩ - د. عوض المر- الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية- مركز رينيه، جان دبوي للقانون والتنمية ٢٠٠٣م.

١٠ - د. فاروق عبد البر- دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، دار النسر الذهبي ٢٠٠٤م.

١١ – د. محمد عصفور – الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، الطبعة الأولى١٩٦١م.

١٢ – د. منذر الشاوي – دولة القانون – مكتبة الذاكرة بغداد، الطبعة الأولى سنة ٢٠١٣م.

١٣ – د. وهيب عياد سلامة – أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها، دار النهضة العربية ١٩٩٢م.

١٤ – د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.

رابعاً: رسائل الدكتوراه:

١ – د. عادل عمر شريف – القضاء الدستوري في مصر قضاء الدستورية، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٨٨م.

خامساً: الدوريات:

(أ) المجلات الأكاديمية:

١ – د. حيدر طالب الإمارة، م. م. سرى حارث عبد الكريم – آثار الإغفال التشريعي الاجتماعية – مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، العدد الثاني ٢٠١٩م.

٢ – د. حيدر محمد حسن – معالجة امتناع البرلمان عن ممارسة اختصاصه التشريعي في القانون الوضعي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السابعة ٢٠١٥م.

٣ – د. عبد الرحمن عزاوي – الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، الإغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان الجدزائر، العدد العاشر ٢٠١٠م.

٤- د. عبد الرزاق باشا أحمد السنهوري- مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة عدد يناير ١٩٥٢م.

٥- د. عبد العزيز سالمان-رقابة الإغفال في القضاء الدستوري، مجلة الدستورية- العدد ١٥ السنة السابعة.

(ب) المقالات الإلكترونية:

١- إبراهيم عبد الجواد- التقصير الحكومي الصارخ بإنجاز تشريعات الإصلاح والتنمية، الموقع الإلكتروني لصحيفة القبس بتاريخ ٦ فبراير ٢٠١٧م.
https://alqabas.com/article/599572

٢- هاني الحمادي- الإصلاح التشريعي، حزمة تشريعات لوقف الهدر، موقع صحيفة القبس الإلكتروني، بتاريخ ٢٧ أكتوبر سنة ٢٠١٦م.
https://alqabas.com/author/1894

(ج) الجرائد الرسمية والقوانين:

- الجريدة الرسمية- جمهورية مصر العربية.

- الجريدة الرسمية – الكويت.

- دستور جمهورية مصر العربية سنة ٢٠١٤م، والمنشور بالجريدة الرسمية- العدد ٣ مكرر (أ) السنة السابعة والخمسون١٧ ربيع الأول سنة ١٤٣٥هـ، الموافق١٨ يناير سنة ٢٠١٤م.

- دستور دولة الكويت الصادر عام ١٩٦٢م، والمنشور في الكويت اليوم- الجريدة الرسمية- عدد خاص، السنة الثامنة.

(د) مجموعات الأحكام:

- مجموعة الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية.

- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا.

فهـــــرس الموضوعـــــات

مقدمة ٢٧٧

أهمية الموضوع: ٢٧٨

مشكلة البحث: ٢٧٨

أهداف البحث: ٢٧٩

منهج البحث: ٢٨٠

الدراسات السابقة: ٢٨٠

خطة البحث: ٢٨١

المطلب التمهيدي: مفهوم سلطة المشرع التقديرية ٢٨٢

الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية ٢٨٣

الفرع الثاني: السلطة المختصة بالتشريع ٢٨٥

المبحث الأول: مراعاة التناسب وعدم التمييز ٢٨٧

المطلب الأول: التزام المشرع بمبدأ التناسب والمعقولية ٢٨٨

المطلب الثاني: عدم التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة ٢٩٤

المبحث الثاني: عدم الانحراف بالسلطة واحترام الحريات ٢٩٨

المطلب الأول: عدم الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ٢٩٩

المطلب الثاني: كفالة الحقوق والحريات ٣٠٨

المبحث الثالث: اضطلاع المنظم بدوره التشريعي ٣١٢

المطلب الأول: الامتناع عن التشريع ٣١٣

المطلب الثاني: تخلي المشرع عن اختصاصه التشريعي ٣٢٢

الخاتمة ٣٢٨

النتائج: ٣٢٨

التوصيات: ٣٢٩

مصادر ومراجع البحث ٣٣١

فهـــــرس الموضوعـــــات ٣٣٥