

جامعة قطر

كلية القانون

الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

دراسة تحليلية بين مصر وقطر

إعداد

سارة علي محمد الصلابي

قُدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات

كلية القانون

للحصول على درجة الدكتوراة في

الفلسفة في القانون

يناير 2024 / 1445

©2024. سارة علي محمد الصلابي. جميع الحقوق محفوظة.

## لجنة المناقشة

استُعرضت الرسالة المقدّمة من الطالبة سارة علي محمد الصّلابي بتاريخ 19 ديسمبر 2023،

وُؤفّق عليها كما هو آتٍ:

نحن أعضاء اللجنة المذكورة أدناه، وافقنا على قبول رسالة الطالب المذكور اسمه أعلاه. وحسب

معلومات اللجنة فإن هذه الرسالة تتوافق مع متطلبات جامعة قطر، ونحن نوافق على أن تكون

جزء من امتحان الطالب.

أ.د. حسن عبدالرحيم البوهاشم السيد

المشرف على الرسالة

---

أ. د. عبدالحفيز الشيمي

المشرف المشارك على الرسالة

---

أ. د. مهند نوح

مناقش

---

أ. د. محمد نويجي

مناقش

---

أ. د. أناس المشيشي

مناقش

---

تمّت الموافقة:

---

الدكتور طلال العمادي، عميد كليّة القانون

## المُلخَص

سارة علي محمد الصّلابي، دكتوراه في [الفلسفة في القانون]:

يناير 2024.

العنوان: الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع: دراسة تحليلية بين مصر وقطر

المشرف على الرسالة: أ.د. حسن عبدالرحيم البوهاشم السيد

المشرف المشارك على الرسالة: أ. د. عبدالحفيظ الشيمي

تتناقش هذه الأطروحة مشكلة خروج التشريع عن الدستور فيما يستهدفه من غايات، وتعرض الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع بصفتها حلاً لها في كلٍ من جمهورية مصر العربية ودولة قطر. ولقد عُولجَ الموضوع في أربعة أبواب، شملت كافة الأجزاء التأسيسية والتاريخية والتأطيرية والعملية، فانهى الباب الأول لتحديد مستويات سلطة التشريع، وبيان التشريعات التي تخضع للرقابة الدستورية عموماً، وتحريم مفهوم الغاية والمصلحة العامة فلسفياً وفقهياً وتشريعياً وقضائياً. أما الباب الثاني فقد كشف عن الجذور التاريخية للمشكلة والحل في مصر وقطر، وتعرض لمراجعة نظرية شاملة لعيب الغاية من حيث المصطلح والمفهوم والخصائص وتمييزه عن غيره. أما الباب الثالث فقد أطر نطاق عيب الغاية فناقش مدى وقوعه في كلٍ من منطقتي التقييد والتقدير، منتهياً إلى إمكان وقوع عيب الغاية في كلا المنطقتين، كما أطر مجالاته بحسب مصدر التشريع، وبحسب طبيعة التشريع. أما الباب الرابع فقد ناقش المعايير الفقهية وأحلّ المعايير القضائية بديلاً عنها، وراجع فكرة القيود الذاتية منتهياً إلى أن الرقابة الدستورية المركزية لا تتقيد بغير القيود التشريعية. وقد اعتمد المنهج التحليلي في كافة أجزاء الأطروحة، واستدعت بعض الأجزاء مناهج أخرى لتعميق النظر فيها، مثل المنهج البيئي، والمنهج التاريخي، والمنهج الاستقرائي، والمنهج الاستنباطي.

## **ABSTRACT**

This thesis discusses the issue of legislation deviating in its purposes from the constitution and presents constitutional control over the legislative purpose as a solution to it in both Egypt and Qatar.

The topic is discussed in four sections, which included all the rooted, historical, framing, and practical parts. The first section ended by defining the levels of legislative authority, clarifying the legislation that is subject to constitutional control in general, and addressing the concept of purpose and the public interest philosophically, jurisprudentially, legislatively, and judicially. The second section presented the historical roots of the issue and the solution in Egypt and Qatar, provided a theoretical review of the defective purpose in terms of the term, concept, characteristics, and distinguishing it from others.

As for the third section, it framed the scope of the "purpose defect" in the areas of restriction and discretion, concluding to the possibility of the "purpose defect" in both areas. It also framed the domains of "purpose defect" according to the source of the legislation and according to the nature of the legislation. Finally, the fourth section discussed jurisprudential standards, replaced them with judicial standards, and reviewed the idea of self-restraints, concluding that central constitutional oversight is not bound by anything other than legislative restrictions.

The analytical approach was adopted in all parts of the thesis, and some parts required other approaches for in-depth consideration, such as the interdisciplinary approach, the historical approach, the inductive approach, and the deductive approach.

## شكر وتقدير

الحمد لله الذي جعل في الوقت والجهد بركة، وبتَّ في العقل والجِسْم عزمًا وحركة، وسخَّر لنا من الوسائل، ما لم يكن ممكنًا في يد الأوائِل، فهوّن لنا ما عليهم تعسّر، وأدنى لنا من علمه ما تيسّر، سبحانه أتمّ النعم، فخلقنا من العدم، وعلمنا بالقلم، وجعل لنا السمع والأبصار والأفئدة، فاستحقّ بذلك أن نشكره ونعبده، فله الحمدُ عند المنال، وله الحمد عند المُحال، وله الحمد في كلِّ حال.

ثمّ الثناء النفيس، للمشرف الرئيس أ.د. حسن عبدالرحيم السيد، فقد اقتسم مشقّة هذه الأطروحة بمراجعة كلِّ مبحثٍ على حدة، ثمّ بابًا بابًا، إلى أن جُمِعَت كتابًا، فناقش الأفكار، وهذَّب التكرار، وقد أعارني مراجع مجدية، ومن قبلها مسامع مُصغية، فعسى الله أن يجزيه خير الجزاء.

وثناءً مثل ذلك، للمشرف المشارك أ. د. عبدالحفيظ الشيمي، الذي كان سببًا في اختيار الموضوع منذ البداية، ومُعينًا في المسير والنهاية، فقد أفادني بالعديد من المراجع، واطَّلَع على معظم المقاطع، فأبدي ما لها وما عليها، فعسى الله أن يُحسن إليه كما أحسنَ إلينا وإليها.

ولا ثناء يفي ذوي الودِّ والقُربى، أهلي وأحبابي، الَّذِينَ حوَّطوني بالعبادة والدعاء، في العَلن والخفاء، وغرموا من الأطروحة نصيبًا من العناء، فتحملوا انقطاعي عنهم لها، وتفهموا انشغالي عنهم بها، والتمسوا لي العذر بدل العتاب، وتفقدوا الحال عند الغياب، فعسى الله أن يجعلني لهم عونًا ودُخرًا، وأن يُخلفهم سعدًا وفخرًا، وأن يجزيهم جنّة الخلدِ أجراء.

## فهرس المحتويات

ج	شكر وتقدير .....
1	المقدمة .....
12	موجز الأبواب .....
13	الباب الأول/ محددات مفاهيمية: السلطة والتشريع والرقابة والغاية .....
14	الفصل الأول/ مفهوم الرقابة الدستورية على سلطة التشريع .....
16	المبحث الأول/ مستويات سلطة التشريع في المجال الدستوري .....
17	المطلب الأول/ سلطة التشريع بين الإطلاق والانعدام .....
17	الفرع الأول- مفهوم السلطة المطلقة في التشريع .....
25	الفرع الثاني- مفهوم السلطة المنعقدة في التشريع .....
33	المطلب الثاني/ سلطة التشريع بين التقدير والتقييد .....
33	الفرع الأول- مفهوم السلطة التقديرية في التشريع .....
38	الفرع الثاني- مفهوم السلطة المقيدة في التشريع .....
44	المبحث الثاني/ مدى خضوع التشريع للرقابة الدستورية .....
45	المطلب الأول/ التشريعات المنصوص على خضوعها للرقابة الدستورية .....
46	الفرع الأول- مفهوم القوانين واللوائح التي تخضع للرقابة الدستورية .....
56	الفرع الثاني- ثبوت الرقابة الدستورية على عناصر التشريع .....
74	المطلب الثاني/ التشريعات غير المنصوص على خضوعها للرقابة الدستورية .....
74	الفرع الأول- التفريق بين سلطة وضع الدستور وسلطة تعديل الدستور .....
83	الفرع الثاني- عناصر الرقابة على صحة التعديلات الدستورية .....
91	الفصل الثاني/ مفهوم الغاية من التشريع .....
95	المبحث الأول/ مفهوم المصلحة العامة من منظوري الفلسفة والفقهاء .....
96	المطلب الأول/ نسبية مفهوم المصلحة العامة .....
98	الفرع الأول- مرحلة تمكين القدرات .....
100	الفرع الثاني- مرحلة تمكين الإرادات .....
104	الفرع الثالث- مرحلة تمكين الرغبات .....
107	الفرع الرابع- مفهوم المصلحة العامة في الفقه الإسلامي .....
113	المطلب الثاني/ ضبط معيار المصلحة العامة في القانون .....
113	الفرع الأول- المعايير المقترحة لضبط المصلحة العامة .....
120	الفرع الثاني- مقتضيات المعيار الضابط للمصلحة العامة في القانون .....
134	المطلب الثالث/ تمييز الغاية التشريعية عما يختلط بها من مفاهيم .....
150	المبحث الثاني/ غاية التشريع في نصوص الدستور وأحكام القضاء .....
153	المطلب الأول/ تأسيس قاعدة "لزوم الغايات" في المجال الدستوري .....

156	الفرع الأول- مفهوم قاعدة "لزوم الأهداف"
159	الفرع الثاني- استخلاص الغايات الدستورية اللازمة
170	المطلب الثاني/ غاية التشريع في الأحكام القضائية
170	الفرع الأول- استخلاص المصلحة العامة من نصوص التشريع
175	الفرع الثاني- تقرير سلطة المشرع في تقدير المصلحة العامة
<b>179</b>	<b>الباب الثاني/ تأصيل فكرة الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع</b>
180	الفصل الأول/ تاريخ الرقابة على الغاية في كل من مصر وقطر
182	المبحث الأول/ نشأة الرقابة القضائية على الغاية في كل من مصر وقطر
183	المطلب الأول/ معالم نشأة الرقابة على الغاية في مصر
183	الفرع الأول- ظهور الرقابة على الغاية في قضاء المحاكم المختلطة
190	الفرع الثاني- موقف المحاكم الأهلية من الرقابة على الغاية
195	الفرع الثالث- تحليل منهج المحاكم المختلطة والأهلية في التعامل مع الرقابة على الغاية
209	المطلب الثاني/ المعالم التاريخية لنشوء الرقابة على الغاية في قطر
209	المرحلة الأولى- مرحلة ما قبل استقلال دولة قطر
215	المرحلة الثانية- مرحلة ما بعد استقلال دولة قطر
227	المبحث الثاني/ نشأة الرقابة القضائية على الغاية في المجال الدستوري
229	المطلب الأول/ التأسيس الفقهي للرقابة الدستورية على الغاية من التشريع
231	الفرع الأول- تأسيس السنهوري للرقابة الدستورية على الغاية
238	الفرع الثاني- مناقشة مدخل السنهوري في تبني نظرية الانحراف
241	الفرع الثالث- مدى أسبقية مقالة السنهوري على قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة
254	المطلب الثاني/ فكرة الرقابة الدستورية على الغاية بين التنفيذ والتأييد
255	الفرع الأول- تنفيذ الاعتراضات الواردة على الرقابة الدستورية على الغاية
264	الفرع الثاني- حجج تأييد الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع
270	الفرع الثالث- عناية القضاء الدستوري بالرقابة على الغاية منذ نشأته
281	الفصل الثاني/ عيب الغاية: المفهوم والخصائص والتمييز
282	المبحث الأول/ مفهوم الانحراف التشريعي في الفقه والقضاء الدستوري
283	المطلب الأول/ تعريف الانحراف التشريعي بين الفقه والقضاء
283	الفرع الأول- العلاقة بين الدلالة اللغوية والدلالة الاصطلاحية لفظ الانحراف
287	الفرع الثاني- تعريف الانحراف التشريعي في أحكام القضاء
294	الفرع الثالث- تعريف الانحراف التشريعي في كتابات الفقهاء
302	الفرع الرابع- ترجيح التعريف الأصوب بين التعريفات الفقهية
305	المطلب الثاني/ مراجعة خصائص الانحراف الغائي
306	الفرع الأول- مراجعة خصائص عيب الانحراف الغائي

- 320 ..... الفرع الثاني- مراجعة خصائص الرقابة الدستورية على الغاية
- 332 ..... المبحث الثاني/ تمييز الانحراف الغائي عما يختلط به من عيوب الدستورية
- 333 ..... المطلب الأول/ التمييز بين الانحراف الغائي والعيوب المتصلة بتكوين التشريع
- 334 ..... الفرع الأول- تمييز الانحراف الغائي عن الخطأ الظاهر في التقدير
- 344 ..... الفرع الثاني- التمييز بين الانحراف الغائي وعدم التناسب
- 348 ..... الفرع الثالث- تمييز المحكمة الدستورية العليا في مصر بين هذه المفاهيم
- 356 ..... المطلب الثاني/ التمييز بين الانحراف الغائي والعيوب المتصلة بمحيط التشريع
- 357 ..... الفرع الأول- التمييز بين الانحراف الغائي وعدم الملاءمة
- 365 ..... الفرع الثاني- التمييز بين الانحراف الغائي وإساءة استعمال السلطة
- 373** ..... **الباب الثالث/ نطاق الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع**
- 374 ..... الفصل الأول/ منطقة الرقابة على الغاية من التشريع
- 375 ..... المبحث الأول/ مناقشة التصورات الفقهية لمنطقة الانحراف الغائي
- 376 ..... المطلب الأول/ مناقشة التصور السنهوي لمنطقة الانحراف الغائي
- 390 ..... المطلب الثاني/ مناقشة التصور الطماوي لمنطقة الانحراف الغائي
- 399 ..... المطلب الثالث/ الانحراف الغائي يقع في منطقة التقييد كما يقع في منطقة التقدير
- 404 ..... المبحث الثاني/ الانحراف الغائي في منطقتي التقدير والتقييد
- 405 ..... المطلب الأول/ فروض الانحراف الغائي في منطقة التقدير
- 406 ..... الفرض الأول- الانحراف الغائي في منطقة التقدير بحسن نية
- 414 ..... الفرض الثاني- الانحراف الغائي في منطقة التقدير بسوء نية
- 426 ..... المطلب الثاني/ الانحراف الغائي في منطقة التقييد
- 427 ..... الفرض الأول- الانحراف الغائي في منطقة التقييد بحسن نية
- 437 ..... الفرض الثاني- الانحراف الغائي في منطقة التقييد بسوء نية
- 448 ..... الفصل الثاني/ مجالات الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع
- 449 ..... المبحث الأول/ مجالات الانحراف الغائي بحسب مصدر التشريع
- 453 ..... المطلب الأول/ مدى تصور الانحراف الغائي عند وضع دستور جديد
- 453 ..... الفرع الأول- موجز حول دساتير مصر التي ثار موضوع الانحراف الغائي بشأنها
- 456 ..... الفرع الثاني- التوجهات الفقهية في تحديد وجه الانحراف الغائي في دساتير مصر
- 457 ..... الفرع الثالث- مناقشة التكييف الفقهي لتجاوزات الواقعة أثناء عملية وضع الدساتير
- 459 ..... الفرع الرابع- رأينا الخاص: امتناع الانحراف الغائي عند وضع دستور جديد
- 463 ..... المطلب الثاني/ مدى إمكان تصور الانحراف الغائي في مجال الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة
- 464 ..... الفرع الأول- موجز الأمثلة الفقهية لفكرة الانحراف في الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة
- 467 ..... الفرع الثاني- تعامل القضاء الدستوري مع الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة
- 474 ..... الفرع الثالث- رأينا الخاص: امتناع الانحراف الغائي عن الدستور في الإعلانات الدستورية



477	المطلب الثالث/ مدى تصوّر الانحراف الغائي في التعديلات الدستورية
478	الفرع الأول- تعديلات عام 1980 لدستور 1971
479	الفرع الثاني- تعديل 2005 لدستور 1971
482	الفرع الثالث- تعديلات 2006 لدستور 1971
484	الفرع الرابع- تعديلات 2019 لدستور 2014
488	المطلب الرابع/ نظرة على الوثائق الدستورية في قطر ومدى وقوع الانحراف الغائي فيها
492	المبحث الثاني/ مجالات الانحراف الغائي بحسب طبيعة التشريع
496	المطلب الأول/ الانحراف الغائي السلبي في صورة الإغفال التشريعي
498	الفرع الأول- المحكمة العليا لم تتناول الرقابة على الإغفال التشريعي لا بالرفض ولا بالتأييد
501	الفرع الثاني- المحكمة الدستورية العليا لم ترفض الرقابة على الإغفال التشريعي
504	الفرع الثالث- منهج المحكمة الدستورية العليا في محاكمة الإغفال التشريعي للغايات الدستورية
512	الفرع الرابع- نماذج على الانحراف الغائي السلبي بصورة الإغفال التشريعي في التشريع القطري
522	المطلب الثاني/ الانحراف الغائي السلبي في صورة التسلب من الاختصاص
523	الفرع الأول- التسلب من الاختصاص يتصل بعنصر الغاية
527	الفرع الثاني- معالجة القضاء الدستوري لعيب التسلب من الاختصاص من بوابة الغاية
533	الفرع الثالث- نماذج على التسلب من الاختصاص في التشريع القطري

## 543 الباب الرابع/ الجانب العملي للرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

544	الفصل الأول/ معايير الرقابة على الغاية من التشريع
545	المبحث الأول/ المعايير الفقهية لإثبات عيب الانحراف الغائي
551	المطلب الأول/ المعيار الموضوعي للانحراف التشريعي
551	الفرض الأول- طبيعة التشريع باعتبارها معياراً موضوعياً
558	الفرض الثاني- مجاوزة التشريع للغرض المخصّص الذي رسم له
560	الفرض الثالث- كفالة الحقوق والحريات في حدودها الموضوعية
561	الفرض الرابع- احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة ومن غير تعويض
569	الفرض الخامس- مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي تهيم على نصوصه
571	المطلب الثاني/ المعيار الذاتي لإثبات الانحراف الغائي
571	الفرع الأول- مناقشة الاتجاه المنكر للمعيار الذاتي
584	الفرع الثاني- مناقشة الاتجاه المؤيد للمعيار الذاتي
596	المبحث الثاني/ المعايير القضائية للكشف عن الانحراف الغائي
601	المطلب الأول/ معيار الوجود للكشف عن الانحراف الغائي
602	الفرض الأول- سكوت المشرّع عن تعيين المصلحة العامة مع تعدّد الوقوف عليها
603	الفرض الثاني- إذا كان إلغاء التشريع لا يحول دون تحقيق الغاية المرجوة منه
605	الفرض الثالث- إذا كان التشريع مُصمّمًا على نحو يعطلّ المصلحة المفترضة منه

- 606 الفرض الرابع- إذا كانت النتيجة النهائية محصورة في فروض لا يحقّ أيًا منها المصلحة العامة.
- 607 الفرض الخامس- انقطاع الصلة بين مضمون التشريع والغاية المعلنة منه .....
- 610 الفرض السادس- إذا بنيت المصلحة العامة في التشريع على افتراضٍ لا دليل عليه .....
- 611 الفرض السابع- قرينة الانحراف الغائي السلبي .....
- 613 **المطلب الثاني/ معيار الأساس للكشف عن الانحراف الغائي** .....
- 615 الفرض الأول- أن يكون عدم مشروعية الغاية تابعًا لعدم مشروعية الاختصاص .....
- 616 الفرض الثاني- أن يكون عدم مشروعية الغاية تابعًا لعدم مشروعية الشكل .....
- 620 الفرض الثالث- أن يكون عدم مشروعية الغاية تابعًا لعدم مشروعية المحل .....
- 622 الفرض الرابع- أن يكون عدم مشروعية الغاية تابعًا لعدم مشروعية السبب .....
- 626 **المطلب الثالث/ معيار البناء لإثبات الانحراف الغائي** .....
- 626 الفرض الأول- إذا تعارضت الغاية مع قاعدة تخصيص الأهداف المحددة .....
- 631 الفرض الثاني- إذا تعارضت الغاية مع قاعدة الأهداف اللازمة .....
- 636 **المطلب الرابع/ معيار الخفاء لإثبات الانحراف الغائي** .....
- 636 **الفرع الأول- خفاء الانحراف الغائي الناشئ عن سوء نية** .....
- 637 الفرض الأول- إذا اجتمعت العديد من المثالب في التشريع مع عدم خفائها على المشرع .....
- 638 الفرض الثاني- إذا ثبت أن التشريع جزء من سلسلة من التشريعات غير الدستورية .....
- 640 الفرض الثالث- إذا اختلف التعبير التشريعي عن القصد التشريعي اختلافًا مؤثرًا .....
- 643 الفرض الرابع- إذا صُمم التشريع لتخليص الدولة من التزاماتها الدستورية .....
- 644 الفرض الخامس- إذا غلب عنصر المباغته في التشريع .....
- 646 **الفرع الثاني- خفاء الانحراف الغائي الناشئ عن خطأ المشرع** .....
- 646 الفرض الأول- إذا اختلف التعبير التشريعي عن الواقع التشريعي اختلافًا مؤثرًا .....
- 648 الفرض الثاني- إذا بنيت المصلحة العامة على افتراضات وهمية وأهملت افتراضات واقعية .....
- 650 الفرض الثالث- إذا هيمنت الغايات العرضية أو الجانبية على الغايات الأصلية .....
- 652 **المطلب الخامس/ معيار الموازنة لإثبات الانحراف الغائي** .....
- 652 الفرض الأول- تعارض المصالح المتفاوتة في ميزان الدستور .....
- 654 الفرض الأول- إذا قَدّم التشريع مصلحة خاصة على مصلحة خاصة أولى منها دستوريًا .....
- 656 الفرض الثاني- إذا قَدّم التشريع مصلحة عامة على مصلحة عامة أولى منها دستوريًا .....
- 658 الفرض الثالث- إذا قَدّم التشريع مصلحة عامة على مصلحة خاصة أولى منها دستوريًا .....
- 665 الفرض الثاني- تعارض المصالح المتساوية في ميزان الدستور .....
- 671 **الفصل الثاني/ أدوات القضاء الدستوري في إثبات مقاصد التشريع** .....
- 672 **المبحث الأول/ الوسائل الموضوعية لتحديد مقاصد التشريع** .....
- 676 **المطلب الأول/ إثبات مقاصد التشريع بطريق الدليل الداخلي (الوسائل النصية)** .....
- 676 الفرض الأول- التشريع .....
- 680 الفرض الثاني- الأعمال التحضيرية .....
- 692 **المطلب الثاني/ إثبات مقاصد التشريع بطريق الدليل الخارجي (الوسائل الواقعية)** .....

695	..... أولًا- القرائن الظرفية
696	..... ثانيًا- القرائن الزمنية
699	..... ثالث- التطور التاريخي للتشريع
703	..... رابعًا- قرينة الوقائع المتغيرة
705	..... خامسًا- قرينة المعرفة الثابتة
707	..... المبحث الثاني/ ضوابط الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع
716	..... المطلب الأول/ الضوابط التشريعية للرقابة على الغاية
716	..... الفرع الأول- لزوم الفصل في النزاع الدستوري للفصل في النزاع الموضوعي
720	..... الفرع الثاني- عدم جواز الرقابة على ملاءمة التشريع
724	..... الفرع الثالث- التزام المحكمة بالجزاء القانوني للانحراف الغائي
728	..... المطلب الثاني/ مراجعة الضوابط الذاتية للرقابة الدستورية
728	..... الفرع الأول- احترام القرينة الدستورية
742	..... الفرع الثاني- عدم جواز الرقابة على بواعث التشريع
750	..... الفرع الثالث- الرقابة على أعمال السيادة
762	..... الخاتمة
796	..... قائمة المصادر والمراجع
795	..... المراجع باللغة العربية
807	..... المراجع باللغات الأجنبية
811	..... مراجع شبكة الإنترنت

## المقدمة

نشأ القضاء الدستوري ضمناً لنفاذ مبدأ سيادة الدستور تماماً كما نشأ القضاء الإداري ضمناً لنفاذ مبدأ سيادة البرلمان، فبات الأول معنياً بالرقابة على مدى اتفاق التشريع الأدنى مع التشريع الأعلى مثلما كان القضاء الإداري - وما يزال - معنياً بالرقابة على مدى اتفاق اللوائح مع القوانين.

عند نشأة القضاء الدستوري؛ كان القضاء الإداري قد قطع شوطاً كبيراً في تحديد طبيعة سلطة الإدارة في عناصر التشريع الإداري ومدى جواز الرقابة على كل عنصر، وإزاء التشابه الكبير بين فكرة الرقابة الإدارية والرقابة الدستورية؛ استهدى الفقيه المرحوم عبدالرزاق السنهوري بمخرجات القضاء الإداري في موضوع الرقابة على القرارات الإدارية لتأسيس الرقابة الدستورية على مختلف عناصر التشريع بما في ذلك الغاية، فأعاد توظيف كثيرٍ من تلك المخرجات في المجال الدستوري، لتثور من بعد ذلك عاصفة الجدل بشأن صحة ذلك التوظيف بين تأييد وتقديد، لكن العاصفة ما لبثت أن هدأت لتبقى آثارها - في الغالب الأعم - مقتصرةً على تردد ذلك الجدل.

تناقش هذه الأطروحة المشكلة المشهورة تحت مسمى "الانحراف التشريعي"، فموضوعها هو عيب الغاية بصفته أحد عيوب الدستورية، وتأتي الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع بصفته حلاً لعلاج هذه المشكلة، وهذا الحل هو جزء لا يتجزأ من عموم الرقابة الدستورية.

وإذا كان جميع الباحثين في هذا الموضوع قد جعلوا المشكلة عنواناً لأبحاثهم، فإن الدقة تفرض جعل الحلّ عنواناً لهذه الرسالة، فسمّيناها "الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع" وأعرضنا عن تعبير الانحراف التشريعي لسببين؛ أولهما أن إسناد الرقابة للانحراف التشريعي يتضمّن حكماً مسبقاً، فكأن الانحراف مفترض، بينما إسناد الرقابة للغاية ينظر للتشريع نظرة محايدة، وهذا المراد. والسبب الثاني أن تعبير "الانحراف التشريعي" لا يشير لعنصر الغاية لغوياً، فتخصيص الانحراف التشريعي بالغاية كان بموجب الاستعمال الفقهي وليس بموجب الدلالة اللغوية.

أما عن المجال المكاني الموضوعي لهذه الأطروحة فهو النظام القانوني لجمهورية مصر العربية، وإلى جانبه النظام القانوني لدولة قطر. وأما المجال الزمني فيمتد وراءاً إلى الأحداث التي سبقت نشأة الدساتير عابراً منها إلى ما تلاها، وصولاً إلى ما استجدّ عن قريب.

وقد يُستغرب اختيار مصر مع كثرة ما كُتب في الموضوع عنها، وهذا السبب تحديداً هو الذي دعانا لاختيارها، لنحيط بجوانب الفكرة في مسقط رأسها الأول، ونتتبع التراكم المعرفي الذي بُني عليها فحصاً لمدى سلامة الأصول النظرية، ومدى كفاءة المعايير العملية.

كما قد يُستغرب اختيار قطر مع تعطيل المحكمة الدستورية العليا لأكثر من عشر سنوات، لكنّ التعطيل القضائي لا يجب أن يتزامن مع تعطيل فقهي، فجهود الفقه في تحديد المشكلات وسوق الحلول قد تدفع عجلة القضاء المعطّلة، كما أن الواقع يبشّر باقتراب تفعيل المحكمة الدستورية العليا، أو هكذا نأمل، وحين يجري تفعيلها ستكون الجهود الفقهية ملهمةً لها في حلّ كثير من الإشكالات التي تطرأ عليها، بخلاف الحال فيما لو فُعِلت على أرضٍ فقهيةٍ خلاء.

وإذا كانت المعاناة الشائعة لدى الباحثين في رسائلهم العلمية هي قلة المراجع، فإن المعاناة في هذه الأطروحة كانت على النقيض، إذ المراجع في هذا الموضوع كثيرة جداً بما يجعل الإحاطة بجميعها عملاً مُضنياً بحق، فلم تكن الصعوبة في الندرة، وإنما في الكثرة.

وتطوّفاً على تلك المراجع، يحسُن تقسيمها إلى مراجع أصلية ومراجع فرعية، فالأصلية هي التي عالجت موضوع الانحراف في المجال الدستوري استقلالاً، بينما الفرعية عالجت ضمن موضوع أوسع منه، وسوف نمرُّ عليها سريعاً وفق ترتيبها في الزمن، مشيرين لأبرز المواقف فيها.

بالنسبة للمراجع الأصلية، فهي تُعرف من عناوينها، ويدخل فيها كتاب الدكتور سليمان الطماوي حول "نظرية التعسف في استعمال السلطة الإدارية" وهو مرجع مهم صدر عام 1951، تعرّض للأصول النظرية والعملية لنظرية الانحراف في المجال الإداري، وتكمن أهمية هذا الكتاب في أن

السنهوري قد اعتمد عليه في مقالته وتأثر ببعض الآراء المذكورة فيه لبقاء آخرين، فهذا الكتاب وإن لم يكن أساسياً في المجال الدستوري إلا أنه يعد أساسياً لفهم مقالة السنهوري من جهة، وفهم الجذور التاريخية للفكرة في السياق المصري من جهة ثانية.

أما بحث السنهوري بعنوان "مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية" فقد صدر عام 1952، ويُعدُّ بإجماع الفقه المرجع التأسيسي لهذه النظرية في المجال الدستوري. وأبرز مواقف السنهوري؛ اعتماد المعيار الموضوعي لإثبات الانحراف، ورفض المعيار الذاتي، وقبول الدليل الداخلي في استظهار مقاصد التشريع، ورفض الدليل الخارجي.

وقد ظهرت العديد من المراجع الفرعية التي ناقشت بحث السنهوري، كان من أوائلها كتاب "الوسيط في القانون الدستوري" للدكتور عبدالحميد متولي الصادر عام 1956، حيث رفض تمكين القضاء من صلاحية الحكم على التشريع بالانحراف التشريعي، واقترح بأن يُعهد الأمر لهيئة تجمع العناصر القضائية والسياسية، وقد تعذّر الوصول لهذا المرجع، فاعتمدنا على ما نُقل عنه.

ثم في يناير 1957 عاد الطماوي في كتابه "النظرية العامة للقرارات الإدارية" مناقشاً مقالة السنهوري، فخالفه في سحب النظرية على القوانين لما رآه من فارق بين سلطة الإدارة وسلطة المشرع العادي في الجوهر والدرجة، لكنه في الوقت نفسه أكد على سلطة القضاء الدستوري في الرقابة على القيود الدستورية المفروضة ضمناً ولو لم يرد النص عليها صراحة.

وفي العام نفسه صدر كتاب "مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع" للدكتور محمد عصفور، ومن خلاله رفض كلياً ما جاء السنهوري به، وذلك على أساس أن سلطة المشرع سلطة مطلقة لا يلاشيها القيد الدستوري بعكس سلطة الإدارة، منتهاً إلى أن رقابة القضاء الدستوري تتحسر كلياً عن فحص غايات التشريع.

ثم في عام 1960 كتب الدكتور أحمد كمال أبو المجد رسالته في "الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري" وتعدُّ مناقشته لبحث السنهوري من أهم المناقشات، فالحواشي التي دُونها قامت عليها كثيرٌ من المتون، إذ وقف موقفاً وسطاً بين السنهوري ومعارضيه، فوافقه في المبدأ وخالفه في التطبيق، وذهب إلى أن الفارق بين سلطة المشرع والإدارة ينحصر في الدرجة دون الجوهر، وأن معظم الفروض التي ساقها السنهوري لا تتعلق بعيب الغاية.

ومنذ مقالة السنهوري عام 1952؛ لم يعرف الفقه مرجعاً أصلياً في هذا الموضوع حتى سطر الدكتور محمد ماهر أبو العينين رسالته الشهيرة في "الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته" عام 1986، وتعد هذه الرسالة هي المحاولة الأولى لشق طريقٍ آخر في تأييد المبدأ الذي انتهى السنهوري إليه، فقد تناولت المسألة من كافة الجوانب، وامتازت بوضع أسس المعيار الذاتي وتبنيته بديلاً عن المعيار الموضوعي، إلى جانب عنايتها بالمسائل السياسية للموضوع.

ولا تقلُّ عنها في الجِدَّة والجودة رسالة خليفته في تبني المعيار الذاتي؛ الدكتور عبدالمنعم عبدالحميد، ففي رسالته "المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي" عام 2001 دافع عن ضرورة تبني المعيار الذاتي، وعمق النواحي السياسية التي طرقها سلفه.

وثمة رسالة مغمورة لم يشر إليها الفقه رغم سبقتها على الرسالة الآتية، وهي رسالة ماجستير للباحث السوداني آدم أبكر في "الانحراف بالسلطة في القانونين الإداري والدستوري" صدرت عام 1998، وهي على تواضعها امتازت بالسبق وبتطبيق النظرية على السياق السوداني، ولعلَّ أبرز ما جاء فيها توصية الباحث بسنِّ تشريع يجعل الانحراف بالسلطة في مصاف الجرائم الجنائية.

ثمَّ ظهر مرجع فرعي عام 2003 يوازي المراجع الأصلية في القيمة والأهمية، بل يفوقها بأشواط، وهو كتاب "الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية" للفاضي والفقهاء المرحوم عوض المر، وهذا الكتاب كلُّه مهم، لكنَّ أهم ما فيه هو الفصل السادس الذي حمل عنوان

"الانحراف في السلطة التشريعية" وأبرز ما فيه؛ معارضة إطلاق سلطة المشرع، والاعتداد بصريح الدستور ومضمونه في محاكمة الغايات، والإشارة لعيب الغاية في مجال السلطة المقيدة.

ثم في عام 2008 ظهرت رسالة- هي الأخرى- مغمورة، وهي رسالة ماجستير للباحث اللبناني علي يحيى بعنوان "الانحراف بالتشريع في لبنان" وقد تعذر الوصول إليها ولهذا لم نحط بها علما.

تلتها عام 2009 رسالة أخرى مغمورة عن "انحراف البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية" للباحثة العراقية ميسون طه، امتازت باعتماد المفهوم الواسع للانحراف التشريعي ثم تقسيمه إلى انحراف ظاهر وانحراف مستتر، لتشمل جميع أوجه عدم الدستورية تحت مفهوم الانحراف التشريعي.

ثم انقطعت المراجع الأصلية حتى عام 2018، حيث صدرت رسالة دكتوراه للباحث العراقي محمود الطائي بعنوان "انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية" وقد عرضت لتطور فكرة الانحراف في كل من الولايات المتحدة وفرنسا ومصر والعراق، وبيّنت علاقة الانحراف بعيوب الدستورية الأخرى، وميزة هذه الرسالة تأتي في جمع الأفكار المتناثرة أكثر من البناء والتحليل.

تلتها في العام نفسه رسالة بعنوان "اختصاص القضاء الدستوري برقابة الانحراف التشريعي" للباحث رومان خليل رسول، وهي رسالة ماجستير متواضعة تناول فيها الباحث هذا الموضوع في كل من مصر والعراق، مكتفياً بجمع الآراء الأساسية وترتيبها دون إضافة رأي جديد.

ومن أهم الرسائل الحديثة في هذا الموضوع، رسالة الدكتور عبدالرحمن كحيل المطبوعة عام 2019 في "الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي" وهي رسالة قيّمة، فالجهد المبذول فيها لم يقف عند حدّ جمع المنثور، بل امتد إلى تحليل المذكور، ولعل أهم ما جاء فيها هو تصحيح زاوية النظر لموضوع الانحراف، فهذه الرسالة تغادت النظرة الحاصرة في التشريعات البرلمانية إلى نظرةٍ أوسع شملت الرقابة الدستورية على عيب الغاية في كل تشريع وإن صدر عن غير البرلمان، كما امتازت ببيان موقف الفقهاء الإسلامي من هذه القضية.



ثم في عام 2020 صدر كتاب "الانحراف التشريعي" للدكتور رمضان عيسى، وهو كتاب مفيد، عاد لبعض المراجع المغمورة، وركّز فيه على تطبيق النظرية في السياق العراقي، ومن أبرز الآراء التي جاء بها تبنيها معياراً مزدوجاً في إثبات الانحراف يجمع المعيارين الموضوعي والذاتي.

تأتي بعده عام 2022 رسالة ماجستير في "الانحراف التشريعي ومدى مساسه بمبدأ المشروعية" للباحثة نورد نوزاد وهي رسالة متواضعة اعتمدت على جمع خلاصات الأفكار دون إضافة جوهرية.

وأخيراً صدر في عام 2023 كتاب بعنوان "عدم دستورية القوانين بين الانحراف التشريعي والمخالفة الدستورية وأثره في الأحكام القضائية" للقاضي العراقي المتقاعد سالم الموسوي، وهذا الكتاب رغم إشارة عنوانه للانحراف التشريعي إلا أن تناوله للموضوع قد انحصر في بيان تعريفه وصوره وتمييزه عن غيره على هدى من آراء الفقه المصري وأحكام القضاء العراقي.

وثمة مراجع فرعية تحوز في أهميتها قيمة المراجع الأصلية، ونخص بالذكر رسالة الدكتور إبراهيم الشرفاني بعنوان "رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشروع" ورسالة الدكتور يوسف عبدالمحسن عبدالفتاح بعنوان "رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشروع" ورسالة الدكتور شادي عبدالبدیع بعنوان "حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشروع"، فهذه الرسائل تطرقت لموضوع هذه الأطروحة بتحليل عميق، وقد اعتمدنا عليها كثيراً في تأسيس المفاهيم المتعلقة بطبيعة سلطة التشريع وكذلك المفاهيم المتعلقة بعناصر التشريع.

أما بشأن المراجع الأجنبية، فليس هناك مراجع أصلية تبحث في نظرية الانحراف كما هي عليه في الفقه المصري، ونعني هنا المراجع الإنجليزية، أما المراجع الفرنسية فقد تعذّر البحث فيها بسبب حاجز اللغة، وقد اعتمدنا في المواطن القليلة المتصلة بفرنسا على ما نقلته المراجع العربية الموثوقة.

ومع ذلك فإن كثيراً من المسائل القانونية التاريخية والفلسفية أرجعنا لعددٍ غير قليل من المراجع والأحكام الأجنبية باللغة الإنجليزية، وسوف يُشار لجميعها في ثنايا الأطروحة.

مما مضى يظهر أن موضوع هذه الأطروحة قد طُرِقَ حتى كاد يصدق فيه قولهم "قُتِلَ بحثاً"، غير أن كثرة المؤلفات ليست دليلاً على شيء، فلو طرحنا زَبَدَ التكرار عن نافع الأفكار لوجدنا الأخيرة في الأولى مثل الدرّ في المحيط.

لهذا، فإن موضوع هذه الأطروحة وإن بدا مستنفد الأهمية بعد إجماع الفقه على ضرورة اختصاص القضاء الدستوري بمواجهة عيب الانحراف؛ إلا أن هذا الإجماع ليس آخر الطريق بل أوله، خصوصاً وأن الإجابات الشافية عن أسئلة هذا الموضوع لا تباح سؤال الأهمية وسؤال الجواز، فصحيحٌ أن الجدل استقرّ على الإقرار بأهمية وجواز الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع، لكن الإجابات التي أُغلقَ بها ملفُّ الأسئلة الكبرى لهذا الموضوع لم تكن كافية، وأخصُّ بالذكر سؤال الكيفية. ويمكن حصر الأسئلة الكبرى لهذا الموضوع في سؤالين جوهريين:

**السؤال الأول-** ما هي الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع؟ جواب هذا السؤال يتمُّ بتحديد المفاهيم العامة للرقابة الدستورية على التشريع، ثم بتعيين المفاهيم الخاصة بالرقابة على الغاية تحديداً، واستتطاق التاريخ بحثاً عن الجذور الأولى لفكرة الرقابة على الغاية في كلِّ من مصر وقطر، ومراجعة الإطار النظري للمشكلة من زاويتي الفقه والقضاء.

**السؤال الثاني-** كيف يباشر القضاء الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع؟ وجوابه يستدعي رسم النطاق الذي يردُّ فيه عيب الغاية، ومناقشة المعايير الفقهية لإثبات هذا العيب، واستقراء الأحكام القضائية بحثاً عن موقف القضاء الدستوري من معيار الإثبات، وتحديد الأدوات القضائية في استخلاص مقاصد التشريع، ومناقشة الضوابط التي تحكم هذا النوع من الرقابة.

ولتخفيف حمل هذين السؤالين تخيرنا قسمةً رباعيةً تتضح بها مسائل الموضوع دون التباس، فقامت الأطروحة على أربعة أبواب متعاقبة، يتضمن كلُّ باب منها فصلين، وذلك على نحو ما يلي:

انعقد الباب الأول لوضع محدّدات مفاهيمية حول السلطة والتشريع والغاية، وعنه تفرّع فصلان، ناقش الأول مفهوم الرقابة الدستورية على سلطة التشريع بشكلٍ عام، بينما ناقش الفصل الثاني مفهوم الغاية من التشريع، وهذا الباب بمجمله تمهيدٌ لِمَا بعده.

ثم انعقد الباب الثاني في سبيل تأصيل فكرة الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع، وذلك في فصلين، تناول الأول تاريخ الرقابة على الغاية في كلِّ من مصر وقطر، بينما تناول الفصل الثاني عيب الغاية من حيث المفهوم والخصائص وتمييزه عمّا يختلط به.

أما الباب الثالث فقد انعقد لبيان نطاق الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع، وعُنِيَ الفصل الأول ببيان منطقة الرقابة على الغاية من التشريع بين التقدير والتقييد، بينما عُنِيَ الفصل الثاني ببيان مجالات الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع.

وأخيراً، انعقد الباب الرابع لتأصيل الجانب العملي للرقابة الدستورية على الغاية من التشريع، وسُخِّرَ الفصلُ الأول منه لعرض معايير إثبات ذلك العيب على مستوى كلِّ من الفقه والقضاء، أما الفصل الثاني فقد عرض لأدوات القضاء الدستوري في إثبات غايات التشريع الفعلية.

والأطروحة- كما يشير عنوانها الفرعي- تحليلية في المقام الأول، فالمنهج الذي جرى على جميع أجزائها هو التحليل، إذ اعتمدنا على تحويل كافة المسلمات في الموضوع إلى فرضيات ثم عرضناها على ميزان المنطق الدستوري، فإن رجحت كان بها، وإن لم؛ وجدنا عنها حِوَلًا.

لكنّ بعض المسائل فرضت مناهج أخرى إلى جانب التحليل، ففي الباب الأول استعنا بمنهج بيئيّ ينظر للمسائل بزوايا تخصّصية متعدّدة، إذ القانون أحياناً لا يكفي بمفرده، فزأوجناه بالفلسفة والتاريخ لحسم بعض الأفكار، وزأوجناه باللغة وأصول الفقه لحسم بعض المفاهيم.

وفي الباب الثاني لجأنا لمنهج تاريخي يقوم على تقصي الأحداث والنقولات وصولاً لأجزاء الحقيقة ثم جمعها باتساق، فتنبنا ما كتبه مُعاصرو تلك الأحداث بدلاً من الركون لآراء المتأخرين عنها، ثم ربطنا التفاصيل المتناثرة استظهاراً للحقيقة التي قد يُواربها بُعد العهد.

وفي الباب الثالث اعتمدنا ما يمكن تسميته بالمنهج المنطقي، وهو فرع عن المنهج التحليلي، يقوم على المساءلة المنطقية للأفكار من خلال تفكيك معادلاتها المنطقية بفرز مقدماتها عن نتائجها، ثم النظر في صحة الاتصال المنطقي بين كل مقدمة ونتيجتها. كما استعنا بالمنهج الاستقرائي بحثاً عن شواهد قضائية للأفكار التي دعا لها ذلك الباب.

وأما الباب الرابع، فقد اعتمدنا فيه على المنهجين الاستقرائي والاستنباطي، وذلك بقراءة شريحة واسعة من أحكام القضاء الدستوري ثم استنباط مجموعة من المعايير لإثبات عيب الغاية، ثم تأصيلها وصياغتها ضمن قواعد موضوعية ثابتة، وكذلك فيما يتعلق بأدوات القضاء الدستوري لاستنباط مقاصد التشريع.

وسيلحظ القارئ أن الاعتماد الأكبر في هذه الأطروحة كان على المراجع القضائية، فقد انتابنا الدهول من كثرة أحكام القضاء الدستوري التي راقبت غايات التشريع فعلاً في مصر، وانتابنا العجب من ذهول الباحثين عنها رغم وضوح تلك الأحكام ورغم كثرة المؤلفات في هذا الموضوع، فتوثق بما رأيناه كلام القاضي عوض المر - في مقدمة كتابه - بأن "أكثر ما يورق المعنيين بالمسائل الدستورية، أن الفقهاء لا يوجهون عادةً اهتمامهم إلى جوانبها العملية، وأن محاولاتهم تقف عند شروح نظرية مجردة لا تتهل من الأوضاع الواقعية؛ ولا تؤثر في أنماط الحياة داخل الجماعة. وأن هذا النهج لم يكن مقبولاً من المحكمة الدستورية العليا في مصر التي أقام جهدها - وبالرغم من حداثة نشأتها - لكثير من المسائل صروحها، من خلال حلول قضائية حازمة جعلت دورها متعاضماً ومؤثراً في فروع القانون جميعها".

وقد بدّلنا ما في الوسخ لئلا تكون هذه الأطروحة من الصنف الذي وصفه، فاستغنيا عن كلّ تنظير

ليس له تأثير، وعن كل زائد ليس له شاهد، وحسبنا الجدل بالتوفيق والاعتدال، إلا إذا استحال.

وقد تعمّدت إيجاز المكرور وتجاوز المشهور، واقتضبت الحديث عمّا يمكن للقارئ أن يجده في

غير هذه الأطروحة لأفسح المجال لما لن يجده في غيرها، ولعل أهم ما جاء في هذه الأطروحة:

• فك الاشتباك المفاهيمي بين المصطلحات العشر - الغاية، الغرض، الهدف، القصد، الدافع،

السبب، الباعث، النية، الحكمة، الروح - وذلك بإسناد كل تعبير إلى المدلول الذي يمتاز به

عن غيره، والعناية بمتطلبات تحديد مفهوم المصلحة العامة في سياق معيّن.

• سدّ الثغرة المكشوفة بشأن ندرة تطبيق قاعدة "الأهداف المخصّصة" في المجال الدستوري، عبر

تأسيس قاعدة "الأهداف اللازمة" وإحلالها بديلاً عنها في الأحوال الغالبة التي لا تخصيص

فيها، وذلك استهداءً بالإشارات الفقهية والقضائية في هذا الشأن.

• التنقيب التاريخي لهذا الموضوع، وتحليل أحكام عتيقة لم يسبق ذكرها في الفقه قط، وأخصّ

بالذكر حكم محكمة القضاء الإداري برئاسة السنهوري عام 1952 الذي طبّق فيه نظرية

الانحراف في المجال الدستوري، وحكم المحكمة الابتدائية العدلية في دولة قطر الصادر عام

1986 والذي طبّق نظرية الانحراف في المجال الإداري.

• تحليل عيب الغاية على المستويين المفاهيمي والمصطلحي، من خلال تخلص التعريفات

الفقهية من الزوائد التي لا تلازم عيب الغاية، وإحلال مصطلح "الانحراف الغائي" بديلاً عن

مصطلح "الانحراف التشريعي" للتعبير عن عيب الغاية.

• تفكيك الفرضية الشهيرة القائلة بأن "الانحراف لا يتصوّر في غير منطقة السلطة التقديرية"

وصولاً إلى نتيجة بديلة تقضي بأن الانحراف يقع في منطقة التقييد كما يقع في منطقة التقدير،

وهي نتيجة دعمتها الأسانيد المنطقية والشواهد القضائية.

- تحقيق مناط النزاع بين أنصار المعيار الموضوعي وأنصار المعيار الذاتي من خلال التمييز بين الذاتية والموضوعية على مستوى المفهوم، ثم التفريق بينهما كوصف للرقابة نفسها وبينهما كوصف لنتيجة الرقابة، ثم تصحيح زاوية البحث في مسألة معيار الإثبات.
  - استخراج المعايير القضائية لإثبات عيب الغاية، وترتيبها ضمن خمسة مستويات بعد تحليل عنصر الغاية في تكوينه الداخلي، ليظهر أن معايير الرقابة على الغاية هي خمسة معايير، معيار الوجود، ومعيار الأساس، ومعيار البناء، ومعيار الخفاء، ومعيار الموازنة.
  - التفريق بين القيود الذاتية والتشريعية للرقابة الدستورية، ومراجعة القيود الذاتية للرقابة الدستورية ثم بيان خطأ استيرادها عن منشأها الأول في الولايات المتحدة الأمريكية، لاختلاف الأساس الذي قامت عليه، ولغياب مسوغاتها في كلٍ من مصر وقطر.
- وَأَسْأَلُ اللَّهَ الْعَلَّامَ، أَنْ يُدْنِي رِسَالَتَنَا مِنَ الْأَفْهَامِ، وَيَسْخَرُ مِنْ بَعْدِهَا الْأَقْلَامَ، فَتَصَحَّحَ مَا مَالَ مِنْهَا، وَتُتَمَّ مَا غَابَ عَنْهَا. وَلِئِنْ قُوِبِلَتْ بِالِاقْتِنَاعِ أَوْ جُوِبِهَتْ بِالِامْتِنَاعِ فَالْحَمْدُ لِلَّهِ أَبَدًا، حَمْدًا يَفِيضُ مَدَدًا، لَا أَحْصِي لَهُ عَدَدًا، فَقَدْ دَلَّ الْعَقْلُ حَتَّى وَعَى، بِأَنْ لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا مَا سَعَى، وَهَذِهِ الرِّسَالَةُ مَحْضٌ سَعْيٍ وَاجْتِهَادٍ، فَإِنْ صَادَفَهَا قِصُورٌ أَوْ زَلٌّ، فَقَدْ خُلِقَ الْإِنْسَانُ مِنْ عَجَلٍ، وَإِنْ وَاظَمْتَ الْحَقَّ وَالرَّشَادَ، فَذَلِكَ مِنْ فَضْلِ رَبِّ الْعِبَادِ. هَذَا وَلَيْسَ بَعْدَ مَا مَضَى، سِوَى التَّسْلِيمِ وَالرِّضَا، وَصَلَاةٍ وَسَلَامٍ عَلَى أَسْوَةِ الْأَنْبِيَاءِ، مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ؛ النَّبِيِّ الْمُرْتَضَى.

سارة علي الصّلابي  
سبتمبر 2023، قطر

## موجز الأبواب

### الباب الأول- محدّدات مفاهيمية حول السلطة والتشريع والرقابة والغاية

الفصل الأول- مفهوم الرقابة الدستورية على سلطة التشريع

المبحث الأول- مستويات سلطة التشريع في المجال الدستوري

المبحث الثاني- مدى خضوع التشريع للرقابة الدستورية

الفصل الثاني- مفهوم الغاية من التشريع

المبحث الأول- مفهوم المصلحة العامة من منظوريّ الفلسفة والفقهاء

المبحث الثاني- مفهوم المصلحة العامة من منظوريّ التشريع والقضاء

### الباب الثاني- تأصيل فكرة الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

الفصل الأول- تاريخ الرقابة على الغاية في كل من مصر وقطر

المبحث الأول- نشأة الرقابة على الغاية في كل من مصر وقطر

المبحث الثاني- نشأة الرقابة على الغاية في النظام الدستوري

الفصل الثاني- عيب الغاية: المفهوم والخصائص والتمييز

المبحث الأول- مفهوم الانحراف التشريعي في الفقه والقضاء الدستوري

المبحث الثاني- تمييز الانحراف الغائي عمّا يختلط به من عيوب الدستورية

### الباب الثالث- نطاق الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

الفصل الأول- منطقة الرقابة على الغاية من التشريع

المبحث الأول- مناقشة التصوّرات الفقهية لمنطقة الانحراف الغائي

المبحث الثاني- فروض الانحراف الغائي في منطقتي التقدير والتقييد

الفصل الثاني- مجالات الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

المبحث الأول- مجالات الانحراف الغائي بحسب مصدر التشريع

المبحث الثاني- مجالات الانحراف الغائي بحسب طبيعة التشريع

### الباب الرابع- الجانب العملي للرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

الفصل الأول- معايير الرقابة على الغاية من التشريع

المبحث الأول- المعايير الفقهية لإثبات عيب الانحراف الغائي

المبحث الثاني- المعايير القضائية لإثبات عيب الانحراف الغائي

الفصل الثاني- أدوات القضاء الدستوري في إثبات مقاصد التشريع

المبحث الأول- الوسائل الموضوعية لتحديد مقاصد التشريع

المبحث الثاني- ضوابط القضاء الدستوري في الرقابة على الغاية من التشريع

## الباب الأول

### محددات مفاهيمية: السلطة والتشريع والرقابة والغاية

يرتبط موضوع هذه الأطروحة بثلاثة مفاهيم مركزية؛ أولها السلطة، وثانيها التشريع، وثالثها الغاية، وتحديد هذه المفاهيم هو أول خطوة لرسم معالم طريق الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع، إذ لا يمكن المضيّ قُدماً في تفاصيل الموضوع قبل ضبطه دلاليًا.

كل مفهوم من هذه المفاهيم الثلاثة تتفرع عنه مفاهيم جوهرية، فتحت مفهوم السلطة يأتي مفهوم سلطة التشريع، وهذه الأخيرة تضيق وتتسع، بما يستدعي تحديد مفهوم كلٍ من السلطة المطلقة والسلطة التقديرية والسلطة المقيدة والسلطة المنعدمة.

ثمّ بيان مستويات سلطة التشريع يتهيأ الحديث عن مفهوم التشريع نفسه، إذ لا يمكن معرفة مدى خضوع التشريع للرقابة الدستورية إلا بتحديد ماهيته، والتشريع من حيث مجالاته يقتضي بيان مفهوم كلٍ من القوانين واللوائح والدستور والتعديلات الدستورية، أما من حيث عناصره فيقتضي بيان مفهوم كلٍ من الاختصاص، والشكل والإجراءات، والسبب، والمحل، والغاية.

ولئن كان تحديد مفهومي السلطة والتشريع كافيًا لتمهيد الحديث عن الرقابة الدستورية عمومًا، إلا أن الحديث عن الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع يضيف مفهومًا مركزيًا آخر؛ هو مفهوم الغاية، فعلى هذا الأخير مدارُ الأطروحة كلها.

وتحت مفهوم الغاية يبرز مفهوم المصلحة العامة، وتتداخل معه مفاهيم أخرى، بما يقتضي تحديد مفهوم كلٍ من الغرض والهدف والقصد والدافع والسبب، والنية والباعث والحكمة والروح حين تقترن بالتشريع. ولاستيفاء جميع ما مضى ينقسم هذا الباب لفصلين:

- الفصل الأول/ مفهوم الرقابة الدستورية على سلطة التشريع

- الفصل الثاني/ مفهوم الغاية من التشريع



## الفصل الأول

### مفهوم الرقابة الدستورية على سلطة التشريع

تتعدّد أنواع الرقابة الدستورية بين الأنظمة المقارنة، لكنّ جميعها يشترك في استهدافه حماية الشرعية الدستورية عبر الحيلولة دون مخالفة الدستور<sup>1</sup>. ويجري الحديث في هذه الأطروحة في إطار الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية التشريع تحديداً، فتخرج بذلك مسائل الرقابة السياسية والرقابة السابقة والرقابة على ما سوى التشريع.

ويرجع هذا التحديد إلى واقع حال الرقابة الدستورية في كلٍ من مصر وقطر، فقد عُهدت الرقابة الدستورية بموجب دستور كلٍ منهما لجهة قضائية، وتعيّن أن تكون رقابةً لاحقة، وأن تقتصر على التشريع فحسب<sup>2</sup>، ولما كانت الرقابة الدستورية القضائية تدور حول التحقق من مدى اتفاق التشريعات الطعينة مع الدستور، فإنّها إذن رقابة على سلطة التشريع في المقام الأول، ما يستدعي تحديد مفهوم هذه الأخيرة.

وتعني السلطة عموماً القدرة على فرض أمرٍ معيّن<sup>3</sup>، ومفهوم السلطة في القانون له إطلاقان؛ أحدهما يعني الحاكم أو المؤسسة التي تتمتع بصلاحيات معيّنة، والآخر يعني الصلاحية التي تتمتع بها المؤسسة أو الحاكم، فهناك فرقٌ بين كون الذات سُلطة وبين تمتّعها بسلطة<sup>4</sup>، فالسلطة بالمعنى الأول تشير إلى الذوات، بينما السلطة بالمعنى الثاني تشير إلى الصفات.

<sup>1</sup> موفق صبري شوكت، الرقابة على دستورية القوانين: أنواعها ورأي الفقه فيها، مجلة كلية الجامعة، مج5، ع1، 2022، ص58.

<sup>2</sup> يُنظر: المادة 140، الدستور الدائم لدولة قطر 2004. المادة 192، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

<sup>3</sup> إيريك ليجرسبيتز، مفهوم السلطة، فصل من كتاب: المرايا المعاكسة، البيانات بالأجنبية:

Eerik Lagerspetz, **The Concept of Authority**, Chapter in Book: **The Opposite Mirrors**. Law and Philosophy Library, vol 22. 1995, Springer, [https://doi.org/10.1007/978-94-017-3409-7\\_4](https://doi.org/10.1007/978-94-017-3409-7_4)

<sup>4</sup> جوزيف راز، سلطة القانون: مقالات عن القانون والأخلاق، البيانات بالأجنبية:

Joseph Raz, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, Oxford University Press, New York, 1979, p19.

وتختلف السلطة باختلاف ذاتها، فهناك السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، وإذا اجتمعت كلّها في يد الحاكم فإن الحاكم يكون هو السلطة. كما تختلف السلطة بحسب صفاتها، مثل سلطة وضع التشريعات، وسلطة إعداد الموازنة العامة، وسلطة استجواب الوزراء، وسلطة الفصل في النزاعات، إلى غير ذلك من الصلاحيات المتفرّعة عن سلطات الحكم الثلاث. وتأتي سلطة التشريع ضمن المعنى الثاني، حيث يُقصد بها صلاحية وضع القواعد التشريعية، وليس المقصود السلطة التشريعية (البرلمان) فهذا الأخير امتداداً للإطلاق الأول، أما سلطة التشريع فهي في الأنظمة الدستورية الحديثة موزّعة بين مختلف السلطات<sup>1</sup>، فالسلطة التأسيسية الأصلية سلطة وضع الدستور، والسلطة التأسيسية المنشأة سلطة تعديله، وللسلطة العادية سلطة وضع القوانين، وللسلطة التنفيذية سلطة وضع اللوائح<sup>2</sup>.

وسلطة التشريع - بتفاوت مصادرها - تختلف في المجال الدستوري باختلاف القيود الدستورية المفروضة عليها، وإذا كانت الرقابة الدستورية تنصب على ما يترتب على ممارسة سلطة التشريع من تشريعات فإن معرفة مستويات سلطة التشريع مهمّة لتحديد مدى خضوع التشريعات للرقابة الدستورية، ولأجل ذلك ينقسم هذا الفصل لمبحثين:

- المبحث الأول/ مستويات سلطة التشريع في المجال الدستوري

- المبحث الثاني/ مدى خضوع التشريع للرقابة الدستورية

---

<sup>1</sup> اختلف الفقه في تحديد مدلول التشريع، فأنصار المعيار الشكلي حصروا التشريع فيما يصدر عن السلطة العادية ولو تخلف شرط العمومية، ورفضوا إسباغ صفة التشريع على ما يصدر عن غيرها ولو توافرت فيه خصائص القاعدة القانونية، أما أنصار المعيار الموضوعي فقد أسبغوا صفة التشريع على كلّ ما توافرت فيه خصائص القاعدة القانونية ولو صدر عن غير السلطة العادية، ونفوا صفة التشريع عن كل ما لا يتمتع بهذه الخصائص ولو صدر عن السلطة العادية. يُنظر: خالد الزعبي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمّان، 1996، ص43.

<sup>2</sup> عمار بوضياف، الوسيط في النظرية العامة للقانون: مع تطبيقات لتشريعات عربية، دار الثقافة، عمّان، 2010، ص150.

## المبحث الأول

### مستويات سلطة التشريع في المجال الدستوري

يدور مفهوم سلطة التشريع حول التمتع بصلاحيات وضع القواعد التشريعية، سواءً كانت تلك القواعد دستورية أو قانونية أو لائحية، فهي تثبت لكل من يتمتع بسلطة وضع قواعد عامة مجردة ملزمة<sup>1</sup>. وتختلف سلطة التشريع بحسب مدى تقييدها، حيث توجد السلطة المطلقة كلما انعدم القيد الدستوري، وتوجد السلطة المنعدمة كلما قيد الدستور سلطة التشريع تقييداً مطلقاً، أما السلطة المقيدة فتوجد حين تغلب مساحة التقييد في الدستور على مساحة التقدير المتروكة للمشرع، بينما توجد السلطة التقديرية كلما غلبت مساحة التقدير المتروكة للمشرع على القيود المفروضة عليه.

وعلى ذلك، السلطة المطلقة تعني تقييداً مطلقاً، بينما السلطة المنعدمة تعني تقييداً مطلقاً، وتعني السلطة المقيدة غلبة التقييد على التقدير، بينما تعني السلطة التقديرية غلبة التقدير على التقييد.

سلطة مطلقة	تقدير مطلق
سلطة التقديرية	تقدير واسع
سلطة مقيدة	تقدير ضيق
سلطة منعدمة	تقييد مطلق

الشكل رقم (1)

إن معرفة طبيعة سلطة التشريع في المجال الدستوري وفق هذه المستويات؛ يُعين بعدئذ على تحديد طبيعة سلطة المشرع في كل عنصر من عناصر التشريع، بما في ذلك عنصر الغاية، ليتهاياً بعد ذلك النظر في مدى خضوع غاية التشريع للرقابة الدستورية. ولالإحاطة بهذا المبحث ينقسم لمطلبين:

- المطلب الأول/ سلطة التشريع بين الإطلاق والانعدام

- المطلب الثاني/ سلطة التشريع بين التقدير والتقييد

<sup>1</sup> عبدالرحمن أسامة كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص37.

## المطلب الأول

### سلطة التشريع بين الإطلاق والانعدام

تتفاوت سلطة التشريع بين الإطلاق والانعدام تبعاً لمحدّدات عديدة، أهمها اختلاف صاحب السيادة، وصاحب السيادة هو من يملك القوة والقدرة على فرض القانون في المجتمع سواءً تمثّل في ذات الحاكم أو أغلبية الشعب<sup>1</sup>، وعن هذا الاختلاف ينشأ اختلاف في طريقة وضع الدستور، لينجرّ ذلك على اختلاف النظام القانوني بأكمله.

ويقتضي بيان سلطة التشريع من هذه الزاوية؛ تحديد الأحوال التي تثبت فيها للمشرع سلطة مطلقة، والأحوال التي تكون فيها سلطته منعدمة، حيث نناقش مفهوم السلطة المطلقة في التشريع في الفرع الأول، بينما نناقش في الفرع الثاني مفهوم السلطة المنعدمة في التشريع.

### الفرع الأول - مفهوم السلطة المطلقة في التشريع

يعتمد جوهر السلطة المطلقة على التحرّر من كلّ قيدٍ وشرط، فالمجال الطبيعي لسلطة التشريع المطلقة يكون خارج القانون، أما داخل القانون تتفاوت سلطة التشريع ما بين سلطة تقديرية وسلطة مقيدة وسلطة منعدمة، وذلك بحسب النصّ المُنشئ لها<sup>2</sup>.

وإذا كانت السلطة المطلقة تجد منطقتها خارج القانون فإنها تتخذ طابعاً سياسياً من حيث الأصل، أما الطابع القانوني فيتعلق بمرحلة تأسيس نظام قانوني في الدولة من خلال وضع دستور جديد، وسلطة وضع الدستور لا تخضع لأي قيد قانوني، فسلطتها في سنّ قواعد الدستور مطلقة<sup>3</sup>. ذلك أن الدستور هو الوثيقة التي تتضمّن الدولة، فتحدّد شكل نظامها السياسي، وتعيّن المؤسسات الرئيسية،

<sup>1</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 17.

<sup>2</sup> شادي عبدالبديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص 79، 83.

<sup>3</sup> عصام إبراهيم خليل إبراهيم، حدود السلطة التقديرية للمشرع الدستوري: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021، ص 49.

وترسم نطاق اختصاصاتها، وتضع الأهداف التي ينبغي تحقيقها<sup>1</sup>، فهو نقطة بداية النظام القانوني. وعلى ذلك؛ يمكن تعريف سلطة التشريع المطلقة بأنها صلاحية صاحب السيادة لوضع قواعد عامة مجردة ملزمة وفق تقديره المطلق<sup>2</sup>.

وننوّه إلى أن الدستور ينشئ السلطات واختصاصاتها لكنه لا ينشئ الدولة، فلقد دفع تعظيم الدستور بالبعض للقول بأن الدستور هو الذي ينشئ الدولة، وأن الدولة لا وجود لها قبل وجود الدستور<sup>3</sup>. وهذا القول ينطوي على مبالغة تخالف الواقع، فالدولة تقوم على أركان ثابتة هي الشعب، والأرض، والسلطة ذات السيادة<sup>4</sup>، ووجود الدولة بهذا المعنى غارق في القدم، أما فكرة الدستور فتتسم بالحدائثة مقارنةً بفكرة الدولة، ولم يبلغ تبلورها على النحو الذي نراه سوى قرنين من الزمان أو يزيد بقليل، وقد عرّف التاريخ دولاً بلا دساتير لكنه لم يعرف قط دستوراً بلا دولة<sup>5</sup>.

في الوقت نفسه، إنّ وجود الدستور - بالمعنى الحديث<sup>6</sup> - قد غير فلسفة الحياة السياسية، خصوصاً في علاقة الفرد بالسلطة، فبعد أن كانت الدول تدير شؤونها الداخلية والخارجية بمحض إرادة الحاكم؛ ظهرت فكرة الدولة القانونية التي تجعل الحكّام والمحكومين خاضعين لحكم القانون،

---

<sup>1</sup> محمد نسيب أرزقي ومحمد الجرياء وعصام بن سعيد، القانون الدستوري السعودي: دراسة قانونية تطبيقية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2011، ص 153، 156.

<sup>2</sup> يقول الفقيه أحمد فتحي سرور: "لا يوجد فوق الدولة الحاكمة أية سلطة قادرة على تقييد الدولة سوى الدولة، فهي مصدر القانون الذي يقيد سلطتها، وبذلك فإن النظام القانوني بأسره هو من عمل الدولة ويعتمد على إرادتها وحدها." يُنظر مؤلّفه: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ط2، 2000، ص 21. ويُنظر كذلك: ص 18، 399.

<sup>3</sup> منذر الشاوي، فلسفة الحياة السياسية، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2015، ص 96.

<sup>4</sup> والدكتور منذر نفسه يقرّ بذلك في كتاب آخر، إذ يقول "الدولة تتكون من عناصر ثلاثة: السلطة، الشعب الإقليم." يُنظر مؤلّفه: فلسفة الدولة، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ط2، 2013، ص 51.

<sup>5</sup> انتبه بعض الباحثين لخلط بعض فقهاء الغرب بين تأسيس الدستور وتأسيس الدولة، وذلك بقولهم أن "دور دساتير الدول الإفريقية يتمثل في تأسيس وإيجاد هذه الدول" حيث رأى الباحثون خطأ هذا الرأي وإنكاره للحقائق التاريخية التي تشير إلى أن معظم الشعوب التي تعرضت للاستعمار كانت تنتظم ضمن دول. يُنظر: محمد نسيب أرزقي وآخرون، القانون الدستوري السعودي، مرجع سابق، ص 157.

<sup>6</sup> غني عن البيان أن الدستور المقصود في هذه الأطروحة هو الدستور المكتوب الجامد، لأن فكرة الرقابة الدستورية لا تتور إلا بصدد الدساتير الجامدة. وللاستزادة حول تطوّر فكرة الدستور، يُنظر: محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 22 وما بعدها. وكذلك: منذر الشاوي، فلسفة الدولة، مرجع سابق، ص 271 وما بعدها.

وتبلورت هذه الفكرة بصدارة الدستور على كافة التشريعات<sup>1</sup>، وضرورة الانصياع لأحكامه من قبل الحكّام والمحكومين<sup>2</sup>، فالدستور إذن ركن في الدولة القانونية<sup>3</sup>، لكنّه ليس ركنًا لقيام الدولة. إذن، السلطة التأسيسية الأصلية هي الوحيدة التي تملك سلطة مطلقة في التشريع، فلها أن تضع ما تشاء من قواعد في الدستور لا حسيب عليها ولا رقيب، ولذلك فإن سلطتها قد تمتد إلى الانتقاص من الحقوق والحريات وإطلاق يد السلطة ومنحها شريحة واسعة من الصلاحيات<sup>4</sup>، إذ لا قيد عليها، ومن ثمّ لا رقابة، فالدستور الصادر عنها يسمو على كل تشريع، وينفذ في مواجهة الكافة ولو كان فيه من العلّات ما فيه.

وفي هذا المعنى قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه "سواء كان الدستور قد بلغ غاية الآمال المعقودة عليه في مجال تنظيم العلاقة بين الدولة ومواطنيها أم كان قد أغفل بعض جوانبها أو تجنّبها، فإن الدستور يظل دائمًا فوق كلّ هامة مُعتليًا القمة من مدارج التنظيم القانوني باعتبار أن حدوده قيد على كل قاعدة تدنوه بما يحول دون خروجها عليه، ذلك أنه ليس لأحد أن يكون لأحكام الدستور عصيًا، ولا أن يُعرض عنها إنكارًا لها<sup>5</sup>". فبهذا المقطع يتبيّن أنّ جودة مضامين النصوص الدستورية لا تؤثر في سموّه، فهو يسمو لكونه تعبيرًا عن إرادة صاحب السيادة، بصرف النظر عن كفاءة تلك النصوص.

---

<sup>1</sup> آدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، دار العلم للملايين، بيروت، ج2، 1971، ص477.

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص21.

<sup>3</sup> أصبحت الدولة التي يخضع الحكّام والمحكومون فيها للدستور تسمّى دولة قانونية، أما الدولة التي يخضع فيها الشعب للدستور دون أن يخضع الحكّام لذلك الدستور تسمّى دولة استبدادية، وهذا المسمّى - وإن كان يزيل عنها صفة القانونية- لا يخلع عنها صفة الدولة، فصفة الدولة ثابتة بتوافر الأركان السالف ذكرها، أما القانونيّة فهي صفة زائدة على الدولة. يُنظر: عادل جلال، دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون: دراسة تحليلية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2017، ص37، 38.

<sup>4</sup> يوسف عبدالفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2019، ص21.

<sup>5</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 23 لسنة 15 قضائية، 5 فبراير 1994، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش | ر.م 36760) تنبيه بشأن توثيق الأحكام: اعتمدنا في الأحكام على شبكة قوانين الشرق، وهو موقع يجمع آلاف الأحكام الصادرة عن المحاكم العربية، ويجري توثيق بيانات الحكم مشفوعة باسم رئيسها، ثم بين قوسين اختصار لاسم الموقع، والرقم المرجعي للحكم كما في هذا الهامش.

وتختلف إرادة صاحب السيادة باختلافه، فحين يكون الحاكم هو صاحب السيادة يكون الدستور نابغاً عن إرادة فردية، وحينها - في الغالب - لا تنتهي السلطة المطلقة بمجرد وضع الدستور، بل تجد طريقها في كثير من المجالات، خصوصاً في الحكومات التي تحتكر أدوات القوة، حيث يكون الدستور ذا طابع شكلي يُجاري مطالب الغرب المهيمن في تقرير الديمقراطية<sup>1</sup>، فيضع الحاكم دستوراً لمواجهة تلك المطالبات نظرياً، دون أن يتنازل عن السلطة المطلقة عملياً<sup>2</sup>.

أما حين يكون الشعب هو صاحب السيادة فإن الدستور ينشأ عن إرادة جماعية، وتُعدُّ سلطة الشعب في وضع الدستور سلطة مطلقة، فليس من قيدٍ قانوني يحدُّها، ولا يصحُّ تقييدها بما يعرف بفكرة المبادئ فوق الدستورية، فهذه الفكرة تفترض وجود مبادئ كونية تتفق عليها كافة المجتمعات البشرية، وهذا لا يستقيم، وإن استقام جدلاً فإن المبادئ فوق الدستورية "لا يمكن الاعتراف بأن لها قيمة دستورية أعلى من نصوص الدستور"<sup>3</sup> فلا يمكن أن تقيّد إرادة صاحب السيادة.

ولمّا كانت السلطة المطلقة خارج القانون فإنها لا تثبت إلا بخلق الدولة من دستور نافذ<sup>4</sup>، وتتمايز النظم التي تنشأها الدساتير باختلاف صاحب السيادة، فباختلافه تختلف الطريقة التي يوضع الدستور بها، ومن ثمّ يختلف النظام الذي ينشأ بموجبه. ويقسم الفقهاء أنظمة الحكم بحسب طريقة وضع الدستور، فكّلما كان الدستور انعكاساً لإرادة الشعب كلّما كان أقرب للنظام الديمقراطي، وكلّما غيّب الدستور إرادة الشعب وأعلى إرادة الحاكم يكون الدستور بعيداً عنه<sup>5</sup>. وإذا كان صاحب السيادة إما أن يكون الحاكم أو الشعب، فسوف يجري بيان السلطة المطلقة في كلا الحالتين:

---

<sup>1</sup> شاريهان جميل مخامرة، تدويل الدساتير، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2016، ص16، 17.  
<sup>2</sup> يكون ذلك إما بتقنين السلطة المطلقة للحاكم في نصوص دستورية، وإما بتعطيل سبل مواجهة التجاوز على الدستور بتغيب الرأي العام وتثبيط القضاء الدستوري، وفي جميع هذه الأحوال تكون سلطة التشريع مطلقة، ويكون دور الدستور شكلياً نظرياً وليس دوراً حقيقياً عملياً.  
<sup>3</sup> عبدالحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص100.  
<sup>4</sup> حنان محمد القيسي، النظرية العامة في القانون الدستوري، المركز القومي للإصدارات الحديثة، القاهرة، 2015، ص89.  
<sup>5</sup> حسن عبدالرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، كلية القانون، جامعة قطر، 2017، ص28.

أولاً- السلطة المطلقة حين يكون الحاكم صاحب السيادة: حين تتمثل السلطة التأسيسية الأصلية في شخص الحاكم فإن هذا الأخير تكون له سلطة مطلقة في التشريع، وحينها يوضع الدستور بإحدى طريقتين، فإما المنحة وإما العقد، وفي كلا الأسلوبين تنفرد إرادة الحاكم في وضع القواعد الدستورية، فله أن يقرّر ما يشاء من أحكام باعتباره صاحب السيادة، سواءً مُنح هذا الدستور كهبة من الحاكم للشعب، أو تلاققت فيه إرادة الحاكم مع إرادة الشعب<sup>1</sup>.

في أسلوب المنحة، يتنازل الحاكم عن بعض سلطاته للشعب في صورة وثيقة أو عهد، ويعتبر تنازله من قبيل الهبة للشعب<sup>2</sup>، ويشكّل هذا التنازل امتداداً للسلطة المطلقة التي يمتلكها الحاكم في إدارة مختلف المجالات، فلولا ثبوت السلطة المطلقة للحاكم لما كان لمنحه الدستور من معنى، فلأنه صاحب السيادة فإنه يتمتع بالسلطة المطلقة، ولأنه يتمتع بالسلطة المطلقة فله بموجبها أن يتنازل عنها. وإذا كانت هذه الهبة تصدر عادةً من الحاكم على إثر الضغط الشعبي وزيادة وعي الأفراد تجاه حقوقهم وحرّياتهم، إلا أنها في النهاية لا تتبع إلا من إرادة الحاكم فهو صاحب السلطة المطلقة في وضع الدستور، ما يعني أنه بمجرد تراجع الضغوط الشعبية ليس ثمة مانع من أن يُقدّم الحاكم على استرداد الدستور الذي منحه للشعب؛ إلغاءً أو تعديلاً<sup>3</sup>.

ولا يغيّر من ذلك ما ذهب إليه بعض الفقه من أنّ منح الدستور يُكسب الشعب حقوقاً لا يجوز للحاكم الرجوع فيها أو تعديلها أو إلغائها، فذلك حديثٌ عما ينبغي أن يكون لا عمّا هو كائن، فالتجارب الدستورية تثبت أن الدساتير التي وُضعت بهذا الأسلوب قد عُدلت بإرادة الحاكم المنفردة<sup>4</sup>،

---

<sup>1</sup> مريد يوسف الكلاب، مبادئ القانون الدستوري والعلوم السياسية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018، ص39.  
<sup>2</sup> عبدالحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج1، ط5، 1974، ص70، 71.  
<sup>3</sup> فتحي فكري، القانون الدستوري: المبادئ الدستورية العامة-دستور 2014 وتعديل 2019، الكتاب الأول، 2020، ص131.  
<sup>4</sup> حسن عبدالرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، كلية القانون، مرجع سابق، ص30. من ذلك ما فعله الملك فؤاد بإلغاء دستور 1923 عام 1930 ووضع دستور 1930 بدلاً عنه. يُنظر: فتحي فكري، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص131.



وليس ذلك إلا لأن سلطة الحاكم تبقى سلطة مطلقة حتى بعد منح الدستور، فيستعملها متى شاء بصفته صاحب السيادة. ولقد صدر دستور مصر 1923 بهذا الأسلوب<sup>1</sup>، وكذلك النظامين الأساسيين المؤقت 1970، والأساسي المؤقت المعدل 1972 في دولة قطر<sup>2</sup>، فجميع هذه الدساتير صدرت بناءً على سلطة الحاكم المطلقة في التشريع.

أما في أسلوب العقد، يشارك الشعب في وضع الدستور، غير أنّ إنفاذ مشاركة الشعب موقوفٌ على إرادة الحاكم، فإذا كان وضع الدستور في أسلوب المنحة قائماً على هيئة خالصة من الحاكم، فإن أسلوب العقد يقوم على مبادرة الشعب بوضع مشروع للدستور ثم عرضه على الحاكم، لكنّ اعتماد هذا المشروع معقود على إرادة الحاكم نفسه، إن شاء أقرّه وإن شاء رفضه<sup>3</sup>، فله مطلق السلطة في تقرير النصوص الدستورية أو رفضها وليس للشعب إلا المبادرة، فإن توافقت إرادة الحاكم مع إرادة الشعب كان بها، وإن لم تتوافق تبقى السلطة مطلقةً له وحده.

ويرى البعض أن الدستور الذي ينشأ بطريق العقد بين الحاكم والشعب لا يجوز إلغائه أو تعديله إلا بموافقة الطرفين<sup>4</sup>، غير أن هذا الرأي لا يؤيده الواقع، فرغم صدور دستور الكويت 1962 بطريق العقد بين المجلس التأسيسي الممثل للشعب والأمير؛ إلا أن الأمير في عام 1976 قرّر بإرادته المنفردة إيقاف العمل بنصوص الدستور المتصلة بالحياة النيابية- ما يشكل تعديلاً جوهرياً في ذلك الدستور- واستمر هذا الإيقاف قرابة خمس سنوات حتى عاد العمل بتلك النصوص عام 1981، ثم تكرر هذا الإيقاف في الفترة من 1986 إلى 1992<sup>5</sup>. فهذه التجربة خير دليل على

---

<sup>1</sup> مريد يوسف الكلاب، مبادئ القانون الدستوري والعلوم السياسية، مرجع سابق، ص 40.

<sup>2</sup> حسن عبدالرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، ط2، مرجع سابق، ص 33.

<sup>3</sup> مريد يوسف الكلاب، مبادئ القانون الدستوري والعلوم السياسية، مرجع سابق، ص 41.

<sup>4</sup> نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 485.

<sup>5</sup> فتحي فكري، القانون الدستوري، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 133، 137.

أن السلطة المطلقة للحاكم في وضع الدستور لا تتبدد عند وضع الدستور بطريق العقد، فله أن يتراجع عن الدستور، وله أن يوقف العمل به، وله أن يجري عليه ما يرى من تعديلات.

وثمة أسلوب ثالث يشير له بعض الفقه، وهو أسلوب الفرض، حيث يفرض الدستور بواسطة زعيم الحزب الأوحد أو الكتلة التي تسوده، ويُمثّل على هذه الطريقة بدساتير الاتحاد السوفييتي سابقاً ودستور الصين في السياق المعاصر، فهذه الدساتير فُرِضت من قِبَل الأحزاب الشيوعية في تلك الدول، عن طريق مجالس أو جمعيات انتُخِبَت من مرشحي الحزب الشيوعي الأوحد<sup>1</sup>. وفي هذه الطريقة يكون لزعيم الحزب الأوحد سلطة مطلقة، إذ ليس من قيد قانوني عليه في وضع الدستور، غير أن المرجعية الفكرية التي يتبناها الحزب عادةً ما تشكّل قيماً مرجعياً على قاداته.

**ثانياً - السلطة المطلقة حين يكون الشعب صاحب السيادة:** إذا تمثّلت السلطة التأسيسية الأصلية في الشعب فإن السلطة المطلقة تثبت له، وحينها يوضع الدستور بإحدى طريقتين، إما نيابياً عن طريق الجمعية التأسيسية، وإما ذاتياً عن طريق الاستفتاء الشعبي<sup>2</sup>.

في أسلوب الجمعية التأسيسية يقوم أفراد الشعب بانتخاب أفراد منهم لتشكيل جمعية تأسيسية، وينوب هؤلاء عن الشعب وتُعهد إليهم مهمة وضع الدستور، وبمجرد انتهاء الجمعية من هذه المهمة يصبح الدستور واجب النفاذ<sup>3</sup>، فأفراد الشعب يتوقف دورهم عند اختيار ممثليهم، ولأن السلطة المطلقة بموجب هذا الأسلوب هي في واقع الأمر لأعضاء الجمعية؛ وضع الفقه الدستوري مجموعة من الشروط لجعل الجمعية التأسيسية متوافقة مع الديمقراطية، فاشتراط أن تكون منتخبةً لا معيّنة، وأن يكون الانتخاب وفقاً لمبادئ الاقتراع العام الحر المتساوي المباشر، وأن تُفَرِّز الأصوات وتُحصى

<sup>1</sup> آدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، ج2، مرجع سابق، ص504.

<sup>2</sup> محمد رفعت عبدالوهاب وإبراهيم شحّا، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص485.

<sup>3</sup> محمد طه حسين الحسيني، مبادئ القانون الدستوري، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص143.

تحت رقابة القضاء، وأن تُضمن الحرية لأعضاء الجمعية بمنأى عن الضغوط السياسية<sup>1</sup>. ولكن، حتى لو تمّ هذا الأسلوب بأحسن صورة ممكنة ما تزال المخاوف قائمة، فلا يبعد أن تصوغ الجمعية المنتخبة دستورًا يحقق مصالح أعضائها أو يجمع لها صلاحيات تمكّنها من التدخل في شؤون السلطات الثلاث تحت ستار نصوص الدستور الذي وضعته<sup>2</sup>.

أما أسلوب الاستفتاء الشعبي، فيعتمد على التمثيل المباشر للشعب، وبموجبه يقوم الشعب بانتخاب ممثلين له تُعهد إليهم مهمة وضع مشروع الدستور كما في الأسلوب الأول، بيد أن الفارق الجوهرى بين الأسلوبين يكمن في أن الجمعية المنتخبة بعد الانتهاء من مهمة وضع مشروع الدستور تعرضه على الشعب لاستفتاءه في النصوص المقترحة، وللشعب أن يعتمد ما انتهت إليه اللجنة المنتخبة وله أن يرفضه لا معقّب عليه<sup>3</sup>، ويظهر من ذلك السلطة المطلقة في هذا الأسلوب تثبت لأغلبية الشعب، فما تنتهي إليه الجمعية من نصوص لا يحوز على قيمة قانونية ما لم توافق أغلبية الشعب عليه<sup>4</sup>، فصاحب السيادة في هذا الأسلوب متمثّل في الأغلبية.

وثمة أسس معتبرة ينبغي أن يقوم الاستفتاء الشعبي عليها حتى يسلم من المنغصات التي تحول دون جعله معبرًا عن إرادة أغلبية الشعب: أولها، أن تكون اللجنة المعنية بإعداد الدستور لجنة منتخبة وليست معيّنة، وأن تُنتخب في ظروف تكفل ضمانات الحرية والنزاهة. ثانيها، أن يُمكن الشعب من متابعة عمل الجمعية التأسيسية فتكون المناقشات علنية بما يُمكن الصحافة من نقل ما يجري بشأن مشروع الدستور للشعب. ثالثها، أن يُمنح المواطنون مهلة كافية لاستيعاب نصوص

---

<sup>1</sup> مريد يوسف الكلاب، مبادئ القانون الدستوري والعلوم السياسية، مرجع سابق، ص 42.

<sup>2</sup> ضرب الدكتور فتحي فكري مثالاً بالجمعية التي انْتُخبت في فرنسا عام 1792، فقد جمعت كل السلطات في يدها، وينقل عن الدكتور عبدالحميد متولي قوله عنها بأنها انتهت "بحكم دكتاتوري إرهابي قلّ أن شهد التاريخ له مثيلاً". يُنظر مؤلّفه: القانون الدستوري، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 142.

<sup>3</sup> مريد يوسف الكلاب، مبادئ القانون الدستوري والعلوم السياسية، مرجع سابق، ص 45.

<sup>4</sup> عبدالحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، مرجع سابق، ص 73.

المشروع وفهم محتواه قبل إجراء الاستفتاء العام عليه. رابعها، ضمان استقلال اللجنة المشرفة على الاستفتاء وخضوعها لمبادئ الحياد والشفافية والمساواة. خامسها، حياد الإعلام الحكومي تجاه موضوع الاستفتاء فلا يُوجّه وعي المواطنين ولا يُدفعون دفعًا لتأييد مشروع الدستور. سادسها، أن يكون حق الاعتراض على نصوص مشروع الدستور مكفولاً لكل مواطن<sup>1</sup>. فإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة أمكن القول بأن صاحب السيادة الذي وضع الدستور هو أغلبية الشعب فعلاً.

وإذا كانت السلطة المطلقة غالبًا ما تستمر بعد وضع الدستور حين يكون الحاكم هو صاحب السيادة، فإنها تصبح سلطةً محدّدة حين يكون الشعب هو صاحب السيادة، ويكون انتقال سلطة التشريع من الإطلاق إلى التحديد ناتجًا في حقيقته عن انتقال السلطة من خارج القانون إلى داخله، إذ الدستور حينها يكون هو القانون الأسمى الذي يضع النظام القانوني الملزم للكافة.

### الفرع الثاني - مفهوم السلطة المنعدمة في التشريع

قد يبدو تعبير "السلطة المنعدمة" غريبًا أو متناقضًا في داخله، إذ إن مناط السلطة هو القدرة ومقتضى الانعدام زوال القدرة، فكأننا نقول "الحرية القمعية"، أو "العدل الظالم"، فظاهر التعبير ينقض أوله آخره، غير أنّ وصف السلطة بالانعدام مرده بيان كافة مستويات السلطة بما في ذلك المستوى الذي تنعدم فيه القدرة على التشريع انعدامًا كليًا<sup>2</sup>، وهو تعبيرٌ تردّد في كتابات الفقه<sup>3</sup>، والواقع يشهد به في أحوال كثيرة، فلا بد من مناقشة مفهومه.

---

<sup>1</sup> حسن عبدالرحيم السيد، الاستفتاء كأسلوب لشرعنة الاستبداد، مقالة منشورة في جريدة الشرق، قطر، 28 فبراير 2012. يُنظر كذلك مؤلّفه: مدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، مرجع سابق، ص32، 33.

<sup>2</sup> فكّرْتُ طويلاً في تعبير "السلطة المنعدمة"، ورأيت جدارة اعتماده على بقية البدائل لعدّة أسباب، أولها، أنه التعبير الشائع في كتابات الباحثين. وثانيها، أنه منسجم مع بقية التعبيرات التي تشرح بقية مستويات السلطة: السلطة المطلقة، السلطة المقيدة، السلطة التقديرية، السلطة المنعدمة. وثالثها، أنه يدل على طبيعة السلطة في أدنى مستوياتها فالسلطة في أدها تكون منعدمة وفي أقصاها تكون مطلقة.

<sup>3</sup> محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية: دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ج1، 2018، ص15. وكذلك: شادي عبدالديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشروع، مرجع سابق، ص83.

يأتي مفهوم السلطة المنعدمة على الضدّ تمامًا من مفهوم السلطة المطلقة، فإذا كانت السلطة المطلقة تعني انعتاق الإرادة من كلّ قيدٍ، فإن السلطة المنعدمة تعني تغييب الإرادة بالكليّة، وقد مضى أنّ السلطة المطلقة في التشريع لا تثبت لغير صاحب السيادة، أما السلطة المنعدمة فقد تطال الجميع عدا صاحب السيادة. وإذا كانت السلطة المطلقة لا تكون إلا خارج النظام القانوني، فإن السلطة المنعدمة قد توجد داخل النظام القانوني وقد توجد خارجه، لكنّ أساس وجودها في المنطقتين مختلف، فأساسها خارج القانون هو الواقع السياسي الذي تهيمن فيه إرادة الحاكم بما يعدم سلطة الشعب<sup>1</sup>، أما أساس السلطة المنعدمة داخل القانون فهو النص الدستوري الذي يقيد سلطة المشرع تقييدًا مطلقًا، ولذلك يجب التفريق بين السلطة المنعدمة خارج القانون وداخله:

**أولاً- السلطة المنعدمة خارج القانون:** حين يكون الحاكم هو صاحب السيادة تنعدم سلطة الشعب في التشريع غالبًا، ويكون سبب الانعدام خارجًا عن نطاق القانون بأكمله، إذ يعود انعدام سلطة الشعب لأسباب سياسية لا لأسباب قانونية. وفي هذا الفرض لا تخضع الدولة لنظام دستوري، بل تخضع لإرادة الحاكم وحده، فيخضع الشعب لتشريعات الحاكم وفق سلطته المطلقة في التشريع، حيث تجتمع في يده كافة سلطات الحكم بصفته صاحب السيادة<sup>2</sup> سواء استمد شرعيته من مزاعم إلهية أو من حروبٍ خاضها أو من وراثة عرش أسلافه أو غير ذلك<sup>3</sup>، حيث تثبت له سلطة مطلقة في التشريع على حساب انعدام سلطة الشعب التي تغيّب تمامًا.

ومع ذلك، فإن السلطة المطلقة في التشريع قد يُعبّر عنها بدستور من وضع الحاكم نفسه، لكن ذلك لا يجعل منها سلطةً داخل القانون، لأن وجود الدستور هنا لا يعني أن السلطة المطلقة باتت

---

<sup>1</sup> منذر الشاوي، فلسفة الحياة السياسية، مرجع سابق، 37، 38.

<sup>2</sup> محمد طه حسين الحسيني، مبادئ القانون الدستوري، مرجع سابق، ص42.

<sup>3</sup> شادي محمد صلاح عبدالبديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص80.

محدّدة، بل يعني أن الدستور يشكّل واجهةً سياسية لا نظاماً قانونياً، فوجود الدستور لا يكفي لقيام الدولة القانونية، فمعيار قانونية نظامٍ ما من عدم قانونيته ليس مجرد وجود دستور، وإنما خضوع الحكام والمحكومين لأحكامه<sup>1</sup>، أما حين يكون الشعب ملزماً بالخضوع للدستور دون السلطة، فإننا نكون أمام نظامٍ استبدادي يستتر وراء وثيقة بالية وجودها وعدمها واحد<sup>2</sup>، بل إن عدمها خيرٌ من وجودها، لأن وجودها يعني تكريس الاستبداد وشرعنته. ولما كانت منطقة القانون تتعلّق بخضوع الحكام والمحكومين له، فإنه متى كان المحكومون خاضعين لذلك الدستور دون الحكام؛ لا يعود الدستور إلا غطاءً للسلطة المطلقة، وحيث توجد السلطة المطلقة لا مجال للحديث عن القانون، فما لم تَعْلُ نصوص الدستور على الحكام وقوانينهم فلا يمكن وصف نظام الدولة بأنه قانوني<sup>3</sup>، ذلك أن مبدأ سيادة الدستور هو الصفة المميزة للدولة القانونية<sup>4</sup>، وإذا وضع الحاكم دستوراً يكرّس سلطته المطلقة وامتثل الحاكم إليه امتثالاً لمصالحه، فحينها تكون الدولة قانونية من الناحية الشكلية، لكنها موضوعياً تبقى خارج القانون، إذ لا التزام على عاتق الحاكم حتى يمتثل إليه.

**ثانياً - السلطة المنعدمة داخل القانون:** تعني السلطة المنعدمة داخل القانون عدم صلاحية المشرع لوضع أيّ تشريع في مجال محدّد، بحيث ترتفع يد المشرّع عن تنظيم الموضوع تماماً، فلا يكون له التدخل ولو استهدف غايات مشروعة، بل ولو أراد تحويط الموضوع بالضمانات، فالسلطة المنعدمة تعني التقييد المطلق لسلطة التشريع في موضوع معيّن، فلا يتدخل في تنظيمه وإن كان هو صاحب الاختصاص بالتشريع عموماً.

<sup>1</sup> أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 29.

<sup>2</sup> يقول الدكتور محمد عصفور: "إن سيادة القانون تكون هباءً إذا هي تمحّضت عن فرض الطاعة على المواطنين للقوانين دون أن تقرض هذه الطاعة على سلطات الدولة." يُنظر: محمد عصفور، ثغرات في سيادة القانون، مجلة الطليعة، مؤسسة الأهرام، العدد 12، السنة 10، 1974، ص 95.

<sup>3</sup> منذر الشاوي، الإنسان والقانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2016، ص 350.

<sup>4</sup> أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 18، 399.

والمتمائل في كتابات الفقه عن السلطة المنعدمة يرى التباسًا واضحًا بين السلطتين المنعدمة والمقيّدة، وقد برز ذلك عند إيراد الأمثلة على كل نوع، فمثلاً عدّ البعض سلطة المشرع بخصوص النص الذي يحظر حرمان المواطن من مغادرة البلاد أو منعه من العودة إليها سلطةً منعدمة<sup>1</sup>، بينما عدّها آخرون سلطةً مقيّدة<sup>2</sup>، وهذا التفاوت في التكييف هو امتداد لتفاوت الأفهام حول السلطة المنعدمة، واختلاف الأفهام مرده عدم وجود معيار واضح يميّز بين نوعي السلطة.

وقد أدى عدم ضبط مفهوم السلطة المنعدمة إلى القول بأن الحريات التي ترد في الدستور دون تعليقها على شرط ودون إحالة تنظيمها إلى القانون تعد حقوقًا حصينة لا يجوز المساس بها بما يجعل سلطة المشرع فيها سلطةً منعدمة، وأنّ تدخّل المشرع في تنظيمها منحصرٌ في مجرد ترديد أو تكرار مضمون الدستور بشأنها<sup>3</sup>. وهذا الرأي لا يبدو دقيقًا، فسلطة المشرع في تنظيم الحريات المجردة هي سلطة مقيّدة بعدم الانتقاص منها وليست منعدمة، فصحيح أن تجريد الحرية من كل قيد يجعلها بمنأى عن التقويض لكن ذلك لا يجعلها بمنأى عن الإحاطة بالضمانات، فلو صدر تشريع يحيط تلك الحرية بضمانات تكفل ممارستها فذلك التشريع سليم دستوريًا، ومن ثم لا تنعدم السلطة بل تتقيّد. وهذا ما أكّده المحكمة الدستورية العليا في مصر إذ قضت بأن المشرع الدستوري قد "يطلق الحرية العامة إطلاقًا يستعصي على التقييد والتنظيم. فإذا خرج المشرع فيما يضعه من تشريعات على هذا الضمان الدستوري، بأن قيد حرية وردت في الدستور مطلقة، أو أهدر أو انتقص من حرية تحت ستار التنظيم الجائز دستوريًا، وقع عمله التشريعي مشوبًا بعيب مخالفة الدستور"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> شادي محمد صلاح عبدالبيدع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 83، هامش 2.

<sup>2</sup> محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، مرجع سابق، ج 2، ص 25.

<sup>3</sup> عادل الطبطيني، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية: دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2000، ص 428، 429. وكذلك شادي عبدالبيدع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 105. وكذا: محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج 2، مرجع سابق، ص 14.

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 44 لسنة 7 قضائية، 7 مايو 1988، برئاسة مدوح حسن. (ش.ق.ش.ر.م. 36561)

فحين ترد الحرية الدستورية مجردة يكون تنظيمها عصياً على المشرع وليس مستحيلاً، فهو مقيد بعدم الخروج عن ضمانات الحرية التي كفلها الدستور، لكنه يتمتع بهامش تقدير يُتيح له وضع تشريعات تحيط الحرية بمزيد من الضمانات، ما يجعل القيد على سلطة التشريع نسبياً وليس مطلقاً، ولما كانت مساحة التقييد في هذه المسألة أكبر من مساحة التقدير فسلطته في ذلك مقيدة.

ودرءاً لذلك الالتباس كان لا بد من إيجاد معيار للتفريق بين السلطتين المقيدة والمنعدمة، وثمة معيار واضح يتمثل في مدى منح الدستور للمشرع صلاحية التدخل لإحاطة المسألة بالضمانات، فإذا كان المشرع يملك التدخل لزيادة الضمانات حول المسألة، فإن سلطته تكون مقيدة، أما إذا كان لا يملك التدخل لتوفير أي قدرٍ من الحماية للموضوع فإن سلطته تكون منعدمة، وهذا هو المعيار المفصلي، فالنصوص التي تورد الحريات مطلقة بلا قيد، تكون السلطة فيها مقيدة بعدم الانتقاص من جوهر الحق، لكن سلطة المشرع تمتد للتدخل في سبيل إحاطة ذلك الحق بالضمانات اللازمة<sup>1</sup>. ثم إذا أمعنا في نصوص الدستور، للم تأمل فيها أن نجد فارقاً آخر بين السلطتين المقيدة والمنعدمة، وهذا الفارق يقوم على التفريق بين المسألة والموضوع، فحين يحظر الدستور تنظيم موضوع ما في كافة مسائله فإنه يعدم سلطة المشرع في التنظيم، فنكون أمام سلطة منعدمة، أما حينما يحظر تنظيم مسألة بعينها أو عدة مسائل في موضوع معين فإنه يكون قد قيد سلطة المشرع في تلك المسائل دون عموم الموضوع، فتكون سلطته مقيدة، لأن التقييد ما يزال نسبياً على تلك المسألة، وليس تقييداً مطلقاً حتى تغدو سلطة المشرع منعدمة.

وفق هذين المعيارين فإن النص الذي يحظر حرمان المواطن من مغادرة البلاد أو منعه من العودة إليها يجعل سلطة المشرع مقيدة، لأن القيد متعلق بعدم وضع تشريع يتضمن الحرمان من المغادرة

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.



أو العودة حصراً، لكن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتنظيم بقية المسائل المتعلقة بحرية التنقل، بل حتى بما يتعلق بتنظيم خروج غير المواطنين من البلاد ودخولهم إليها، عوضاً عن جواز وضع تشريعات تيسر عودة المواطنين إلى البلاد، فالسلطة هنا مقيدة وليست منعقدة.

كذلك بشأن نص الدستور على حظر تسليم اللاجئين السياسيين<sup>1</sup> فهذا النص يقيد سلطة المشرع نسبياً، فهو لا يمنع تنظيم موضوع اللاجئين السياسيين، ولا يمنع سنّ تشريعات تضمن عدم تسليم اللاجئين، لكنه يمنع وضع تشريع يجيز تسليم اللاجئين، وهذا قيد لا يعدم السلطة، بل يجعلها مقيدة لأن النص يحول دون تنظيم مسألة واحدة ولا يحول دون إضفاء مزيد من الضمانات.

كذلك الحال بالنسبة للنص الذي يحظر مصادرة الأموال<sup>2</sup>، فسلطة المشرع فيه مقيدة وليست منعقدة، لأن المحظور هو مسألة المصادرة العامة دون تنظيم موضوع المصادرة عموماً، بدليل أن النص ذاته يجيز المصادرة الخاصة بحكم قضائي، وهو ما يعني دستورية التشريعات التي ترتب عقوبة المصادرة الخاصة على بعض الجرائم ما دام ترتيبها معلقاً على حكم قضائي. والأمر مماثل بالنسبة لمبدأ شخصية العقوبة، فهو يحظر معاقبة الشخص عن فعل لم يرتكبه، وهذه مسألة تقع ضمن موضوع أكبر هو موضوع التجريم والعقاب، فيجوز للمشرع أن يصدر تشريعات تضمن هذا المبدأ، فهذا النص يشكل قيداً على سلطة المشرع في التنظيم، لكنه لا يعدم السلطة.

أما الأمثلة على السلطة المنعقدة، فمنها النص الذي يحظر إنشاء الرتب المدنية<sup>3</sup>، فهذا النص يعدم سلطة المشرع في تنظيم موضوع الرتب المدنية بالكلية، ويقيد تقييداً مطلقاً، لأنه يحظر

---

<sup>1</sup> المادة 91، دستور مصر 2014 المعدل 2019. ولا مقابل لها في الدستور الدائم لدولة قطر 2004، وإذا كان قانون تنظيم اللجوء السياسي رقم 11 لسنة 2018 قد أقر هذا القيد غير أن تنظيم هذه المسألة بالأداة الدستورية يشكل ضماناً أكبر من تنظيمها بأداة القانون.

<sup>2</sup> المادة 40، دستور مصر 2014 المعدل 2019. يقابلها في الدستور الدائم للدولة قطر 2004، المادة 56.

<sup>3</sup> المادة 26، دستور مصر 2014 المعدل 2019. ولا يوجد له مقابل في الدستور القطري، وذلك لارتباط هذا الموضوع بمسألة تخص الوضع السياسي في مصر في فترة تاريخية منصرمة، ولقد أشار لهذا المثال الدكتور شادي عبدالبيدع عند حديثه عن السلطة المنعقدة.

المسألة التي تتوقف عليها بقية المسائل، وهي مسألة الإنشاء، فليس للمشرع سلطة في تنظيم هذا الموضوع برمته ولو كان تدخله يستهدف الصالح العام.

كذلك الحال في موضوع التجريم والعقاب<sup>1</sup>، فقد جعل الدستور القطري سلطة الإدارة في موضوع التجريم والعقاب سلطة منعدمة فأخرج الموضوع بأكمله من حدود اختصاصها، وقصر تنظيمه على مجلس الشورى جاعلاً له في ذلك سلطة تتراوح بين التقييد والتقدير<sup>2</sup>، فلا يجوز للإدارة أن تفرض لوائح تتصل بهذا الموضوع ولو بمزيدٍ من الضمانات، لأن سلطتها منعدمة. وكذلك بالنسبة للنص الذي يوجب تنظيم موضوع فرض الضرائب بموجب قانون<sup>3</sup>، فهو يعدم سلطة الإدارة في هذا الشأن. وإذا كانت السلطة المنعدمة تثبت بحظر الدستور تنظيم موضوع معين حظراً مطلقاً، فإنها تثبت من باب أولى حين ينعدم الاختصاص بالتشريع انعداماً كلياً، كما في حالة السلطة القضائية، فسلطتها في التشريع منعدمة لانعدام اختصاصها به.

والسلطة المنعدمة لا تثبت بدون نص، سواءً كان النص يعدم سلطة التشريع صراحةً أو يمنحها لجهة معينة بما يعدمها بالنسبة للجهات الأخرى، أما سكوت الدستور عن تنظيم مسألة بعينها فذلك لا ينشئ سلطة منعدمة، وإنما فراغاً دستورياً يستدعي تظافر الجهود التشريعية والقضائية لتداركه. ولم يرد اصطلاح السلطة المنعدمة فيما اطلعنا عليه من أحكام القضاء العربي، وإن كان القضاء الإداري في بعض أحكامه يشير إلى فكرة الانعدام حين يتطرق لعنصر الاختصاص<sup>4</sup>، فتعبير

---

يُنظر مؤلفه: حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 83، هامش 2. ومن قبله الدكتور رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مطابع دار التيسير، القاهرة، 2004، ص 688.

<sup>1</sup> المادة 95، دستور مصر 2014 المعدل 2019. يقابلها في الدستور الدائم لدولة قطر 2004، المادة 40.

<sup>2</sup> المادة 40، الدستور الدائم لدولة قطر 2004. أما المادة 95 التي تقابلها في الدستور المصري فتلك مُختلفة وسيأتي الحديث عنها.

<sup>3</sup> المادة 38، دستور مصر 2014 المعدل 2019. يقابلها في الدستور الدائم لدولة قطر 2004، المادة 43.

<sup>4</sup> من ذلك قضاء المحكمة الإدارية العليا بأن "القرار المطعون فيه وإن شابه عيب مجاوزة الاختصاص - مما يبطله - إلا أنه لا يرقى إلى انعدام الاختصاص الذي يردي بالقرار إلى هاوية الانعدام." المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 176 لسنة 27 قضائية، 19 يناير 1985، برئاسة محمد هلال قاسم. (ش.ق.ش | ر.م 32812)

السلطة المنعدمة هو تعبير فقهي نابغ عن تقسيم أنواع سلطة التشريع من حيث النطاق وتعدد مستوياتها من الإطلاق إلى التقدير إلى التقييد إلى الانعدام.

وتتعدّد مرامي سعي الدستور لجعل سلطة المشرع منعدمة في بعض الموضوعات، فقد تكمن الغاية في رفض الموضوع من أساسه كما في حالة النص على إنشاء الرتب المدنية إذ إن الرتب المدنية تعود لحقبة تاريخية معيّنة ساد فيها نظام توزيع الرتب المدنية، فهذا النظام - بما أفضت إليه التجربة المصرية عند تطبيقه - كان يضرُّ بالعدالة الاجتماعية ويخلق تمييزاً غير موضوعي بين المواطنين، فحرص الدستور المصري على محو كل سلطة ممكنة في تنظيم هذا الموضوع وعدم سلطة المشرع في إنشاء تلك الرتب من الأساس ليضمن عدم إضرار التشريع بالعدالة الاجتماعية<sup>1</sup>.

كما قد تكمن الغاية في إحاطة الموضوع بمزيد من الضمانات؛ كما هو الحال بشأن انعدام سلطة الإدارة في موضوع التجريم والعقاب في الدستور القطري وقصر ذلك على السلطة التشريعية، حيث إن قصر معالجة هذا الموضوع بأداة القانون دون اللائحة يوفّر ضماناً للأفراد في أن تُبنى قواعد التجريم والعقاب على إجراءات أكثر تحميصاً ممّا لو نُظِّمَتْ عن طريق اللوائح<sup>2</sup>.

وإذ مضى توصيف العلاقة بين السلطتين المنعدمة والمطلقة بأنها علاقة تضاد، فيمكن توصيف العلاقة بين السلطتين المنعدمة والمقيّدة بأنها علاقة عموم وخصوص، فكلُّ سلطة منعدمة هي سلطة مقيّدة من باب أولى، ولكن العكس لا يصح، فليست كل سلطة مقيّدة تكون منعدمة، ذلك أن التقييد في السلطة المنعدمة يكون مطلقاً، بينما يكون التقييد نسبياً في السلطة المقيّدة.

---

<sup>1</sup> محمد علي سليمان، الرتب المدنية، 2012، <https://www.masress.com/almesryoon/173704>، ورد فيها: " كانت هذه الرتب مصدرًا للاستنزاق عند بعض المنتقذين في القصر... وكان الطامعون والطامحون يدفعون الرشاوى بسخاء في سبيل حصولهم على إحدى هذه الرتب التي تمنحهم وضعاً اجتماعياً مميّزاً عن الآخرين من غير الحاصلين عليها."  
<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 21، 394.

## المطلب الثاني

### سلطة التشريع بين التقدير والتقييد

نشأ التمييز بين السلطتين التقديرية والمقيدة في كنف المجال الإداري، إذ جرى التفريق بين سلطة الإدارة حين يفرض القانونُ عليها اتباع مسلك بعينه في مباشرة عملها، وبين سلطتها حين يترك لها القانون حرية اختيار المسلك الذي تراه مناسباً، ففي الحالة الأولى تكون السلطة مقيدة، بينما في الثانية تكون السلطة تقديرية<sup>1</sup>.

وقد انتقلت هذه الفكرة للمجال الدستوري<sup>2</sup>، إذ يسلك الدستور عند توزيع سلطة التشريع سبيلين، فإما أن يضع ضوابط محددة على سلطة التشريع فتكون السلطة مقيدة، وإما أن يترك الأمر وفق الإطار الدستوري العام فتكون السلطة تقديرية<sup>3</sup>. ومن خلال الفرع الأول نعرض مفهوم السلطة التقديرية في التشريع، بينما في الفرع الثاني نعرض مفهوم السلطة المقيدة في التشريع.

### الفرع الأول - مفهوم السلطة التقديرية في التشريع

حين يسند الدستور سلطة التشريع دون أن يضع قيوداً على ممارستها فإن سلطة المشرع تكون سلطة تقديرية<sup>4</sup>، وقد تثبت السلطة التقديرية في مختلف عناصر التشريع، بدءاً من تقدير توقيت التدخل، مروراً بتقدير أسباب التدخل، وصولاً إلى تقدير الحلول، وانتهاءً بالغايات المراد تحقيقها، غير أنه في جميع الأحوال لا يجوز للمشرع بما له من سلطة تقديرية أن يلجأ لاختصاص أو أشكال أو إجراءات أو أسباب أو حلول أو غايات تتعارض مع مقاصد الدستور<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة: الانحراف بالسلطة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2014، ص 41-42.

<sup>2</sup> نقلها الفقيه المرحوم عبدالرزاق السنهوري، وسوف يأتي تفصيل ذلك في المبحث التالي، وكذلك في الأبواب اللاحقة.

<sup>3</sup> رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 688.

<sup>4</sup> شادي محمد صلاح عبدالبيدع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 83.

<sup>5</sup> رمضان عيسى أحمد، الانحراف التشريعي: العراق أنموذجاً، دار المسلة، بيروت، 2020، ص 159، 180.

وعلى ديدن الفقه الدستوري<sup>1</sup>، يمكن تعريف السلطة التقديرية في التشريع بأنها صلاحية المشرع للمفاضلة بين البدائل المشروعة لاختيار أنسبها وفق الحدود الدستورية. ويقوم هذا المفهوم على أربعة أسس:

**أولاً- ثبوت سلطة التشريع بنص صريح:** لا تقوم السلطة التقديرية في غير مورد النص، فنص الدستور الذي يحدد اختصاص المشرع هو السند الدستوري للسلطة التقديرية، إذ تُعرّف سلطة التقدير من نص الدستور المحدد للاختصاص بالتشريع أولاً، ومن المساحة التي يتركها النص في الاختيار ثانياً<sup>2</sup>، فمتى غاب النص المنشئ للاختصاص فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية، لأن مناط هذه الأخيرة هو ثبوت اختصاص المشرع ابتداءً. ولا يتناقض ذلك مع كون سلطة التقدير تجد سندها في سكوت الدستور عن إلزام المشرع بمسلكٍ محدّد، لأن العلاقة بين السلطة التقديرية والنص الدستوري لها وجهان: وجهٌ إيجابي يتمثل في إثبات الاختصاص بالتشريع، ووجهٌ سلبي يتمثل في سكوت النص عن تعيين طريقة محددة لممارسة ذلك الاختصاص.

---

<sup>1</sup> يورد الفقه العديد من التعريفات للسلطة التقديرية، وقد حاولنا استخلاص العناصر الأساسية لهذا المفهوم فكان هذا التعريف. وفيما يلي نورد بعضاً منها: **أولاً-** تعريف الدكتور يوسف عبدالفتاح: "مدى قدرة المشرع على الموازنة والترجيح في حدود صلاحياته بين بدائل متعددة يفترض مشروعيتها جميعاً، ليختار من بينها ما يراه أكثرها مناسبة لتنظيم الحق محل التنظيم، وأكثرها ملاءمة وارتباطاً بتحقيق الأهداف المراد تحقيقها من وراء تصرفه." ينظر مؤلفه: **رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع**، مرجع سابق، ص30. **ثانياً-** تعريف الدكتور رمزي الشاعر: "حرية المفاضلة بين بدائل وخيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يهدف إليه، دون أن يفرض الدستور على المشرع طريقاً بذاته يجب عليه اتباعه أو توجيهاً محدّداً يتعيّن عليه التزامه." ينظر مؤلفه: **القضاء الدستوري في مملكة البحرين**، دراسة مقارنة، مطبعة أول، البحرين، 2003، ص478. **ثالثاً-** تعريف الدكتور عبدالمنعم عبدالحميد: "حرية الاختيار الممنوحة لسلطة ما في ممارسة اختصاصاتها" ينظر مؤلفه: **المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي: دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه، 2001، ص126. **رابعاً-** تعريف الدكتور شادي عبدالبديع: "حرية التقدير التي يتمتع بها المشرع بصدد تنظيم مسألة ما، وذلك في غير الحالات التي يلتزم فيها بما يقرره المشرع والقاضي الدستوري من قيود وضوابط." ينظر مؤلفه: **حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع**، مرجع سابق، ص73. **خامساً-** تعريف الدكتور رمضان عيسى: "حرية التصرف التي يمتلكها المشرع في مواجهة الوقائع وتقدير أهميتها التي تشكل سبباً للتشريع، واختيار وقت تدخله وكيفيته، أو الامتناع عن التدخل وتنظيم موضوع محل التشريع وفق الكيفية التي يراها مناسبة، واختيار البدائل المتاحة أمامه وبما يحقق الصالح العام وعلى مقتضى أحكام الدستور وتكون خاضعة لرقابة القضاء الدستوري." ينظر مؤلفه: **الانحراف التشريعي**، مرجع سابق، ص118. وغيرهم كثير.

<sup>2</sup> عبدالحميد الشيمي، **القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2012، ص332.

وإذا كان شرط السلطة التقديرية ثبوت الاختصاص التشريعي بنص، فلا مجال للحديث عن سلطة تقديرية للسلطة التأسيسية الأصلية، لعدم وجود نصٍ يحدد اختصاصها، فهي سلطة خارج النظام القانوني مُستمدّة من إرادة صاحب السيادة وليس من الدستور<sup>1</sup>، وهي سلطة مطلقة بخلاف السلطة التقديرية التي يكون فيها التقدير غالبًا وليس مطلقًا، فثمة مساحة تقييد ضئيلة. وللسبب ذاته، ليس للسلطة القضائية سلطة تقديرية في وضع التشريعات لأنها لا تملك الاختصاص بذلك ابتداءً فسلطة القضاء في هذا الأمر منعدمة، وحتى القضاء الدستوري لا يملك تقديرًا في تعديل النص المحكوم بعدم دستوريته لأن اختصاصه ينحصر في الحكم بالإلغاء دون التعديل<sup>2</sup>.

**ثانيًا - سكوت الدستور عن تحديد عناصر التشريع:** تنشأ السلطة التقديرية في المساحات المسكوت عنها في الدستور، فبغياب التحديد تحضر السلطة تقديرية وبحضوره تغيب، ذلك أن العلاقة بين السلطة التقديرية والقيود الدستورية هي علاقة عكسية، بينما العلاقة بين القيود الدستورية والسلطة المقيدة هي علاقة طردية، فكلما قلّت المحدّات في نصوص الدستور كلما اتسع نطاق التقدير وضاق نطاق التقييد فتكون السلطة تقديرية، وكلما زادت المحدّات في نصوص الدستور ضاقت مساحة التقدير واتسعت مساحة التقييد، فتكون السلطة مقيدة<sup>3</sup>.

معنى ذلك أن تحديد منطقة السلطة التقديرية متعلّق بالمساحة المسكوت عنها في نص الدستور الذي يعيّن الاختصاص، فحين يسكت الدستور عن إلزام المشرع باتخاذ خيارٍ بعينه فإن ذلك يعدّ تفويضًا من الدستور للمشرع في تقدير الأمر تبعًا للإطار الدستوري العام، وتكون سلطة المشرع عندئذ سلطة تقديرية، وحين تتضمن القاعدة الدستورية محدّاتٍ لمسلك المشرع في ممارسة

<sup>1</sup> منذر الشاوي، فلسفة الحياة السياسية، مرجع سابق، ص 141.

<sup>2</sup> ثروت عبدالعال أحمد، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 107.

<sup>3</sup> يُراجع الشكل رقم (1) في مطلع هذا المبحث.

اختصاصه؛ تتحسر مساحة التقدير وتكون السلطة مقيّدة<sup>1</sup>. غير أنّ السكوت الذي يعدُّ سندًا لممارسة السلطة التقديرية يتعلّق بالسكوت عن تحديد بقية عناصر التنظيم وليس السكوت عن تحديد الاختصاص ذاته، فهذا الأخير يولّد فراغًا دستوريًا وهنا تتطلب المسألة تحديد جهة الاختصاص قبل الحديث عن السلطة التقديرية.

**ثالثًا- المفاضلة بين البدائل المشروعة لاختيار الأنسب:** إن سكوت المشرع عن تعيين مسلكٍ بذاته مؤذّنٌ بصلاحيّة المشرع في الاختيار بين المسالك المتعددة، وهنا تجد السلطة التقديرية بيئة خصبة للممارسة، ويكمن دور المشرع في المفاضلة بين الخيارات المتاحة أمامه، فيستبعد منها ما لم يكن مشروعًا بموجب الدستور، فإذا فرز الخيارات المشروعة وجب عليه أن يختار الأنسب منها، والخيار الأنسب هو الأقل تقييدًا للحقوق التي يدور التنظيم حولها، والأعمق اتصالًا بالأغراض المشروعة التي يستهدفها<sup>2</sup>.

وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية عند بيانها لمفهوم السلطة التقديرية، حيث قضت بأن جوهر السلطة التقديرية يتمثّل "في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها على تنظيم موضوع محدد، فلا يختار من بينها غير الحلول التي يقدر مناسبتها أكثر من غيرها لتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وكلما كان التنظيم التشريعي مرتبطًا منطقيًا بهذه الأغراض- وبافتراض مشروعيتها - كان هذا التنظيم موافقًا للدستور<sup>3</sup>". فهذا البيان من المحكمة يجعل بين السلطة التقديرية وأغراض التشريع رابطًا وثيقًا لا يقبل الانفكاك، فدستورية الخيارات التشريعية تتعلق بمدى اتصالها بتحقيق غايات التشريع.

<sup>1</sup> رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 696.

<sup>2</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه، القاهرة، 2003، ص 1352.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 55 لسنة 18 قضائية، 22 مارس 1997، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م 36786) ومن القضايا الحديثة: القضية رقم 139 لسنة 37 قضائية، 4 ديسمبر 2021، برئاسة سعيد مرعي عمرو. (ش.ق.ش| ر.م 1199457)

رابعًا - عدم الدخول في منطقة التقييد: إن اتساع التقدير لا يعني تجاهل قيود الدستور وإن قلّت، بل يبقى المشرع ملزمًا بها وإلا تحوّلت سلطته من سلطة تقديرية داخل القانون، إلى سلطة مطلقة خارج القانون، فهذه القيود هي الفارق الدقيق بين السلطة المطلقة والسلطة التقديرية، إذ الأولى تعني مطلق التقدير بينما الثانية تعني تقديرًا واسعًا في حدود الدستور، والدستور قيد<sup>1</sup>. ولهذا قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر من قديم بأن "الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد بها الدستور بضوابط محددة تعتبر تخومًا لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها"<sup>2</sup> لكن المحكمة في حكم لاحق عدّلت عمّا مضى، واختزلت تلك القيود الدستورية بقضائها أن "الدائرة التي يجيز فيها الدستور للمشرع أن يباشر سلطته التقديرية لمواجهة مقتضيات الواقع هي الدائرة التي تقع بين حدّي الوجوب والنهي الدستوريين"<sup>3</sup>.

غير أن القاضي عوض المر لم يرتض اختزال القيود الدستورية في هذين الحدّين، وعاب على هذا الحكم عدوله عما استقر سابقًا من أن السلطة التقديرية محكومة بدستورية الأغراض النهائية ومدى اتصال التشريع بها، مؤكداً أن القيود التي يفرضها الدستور على المشرع لها صور عديدة، ومنتهاً إلى أن "التقدير في حقيقته هو الحدود المتوازنة للعمل التشريعي، النائية عن اندفاع التحكم، والموافقة لنصوص الدستور في دلالتها الصريحة والضمنية، خاصة ما تعلق منها بطبيعة الحق محل التنظيم، والأغراض التي يستهدفها، والمنظومة الأشمل التي يُعتبر واقعًا في إطارها"<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> يقول الدكتور عبدالمنعم عبدالحميد: "السلطة التقديرية للمشرع تمارس في إطار الدستور، وفي نطاق أحكامه فلا يمكن للمشرع- استناداً إليها- أن يهدر الحقوق التي قررها الدستور أو أن يستأصلها، ولكنه ينظمها فقط ويرسم حدودها. وللمشرع في سبيل ذلك المفاضلة بين البدائل والخيارات المطروحة أمامه، دون أن يفرض عليه خيارًا بذاته طالما أن الحل الذي اختاره لا يعدو أن يكون تنظيمًا للحق لا ينتقص منه، ولا يؤدي لإهداره." يُنظر مؤلفه: المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 148.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 55 لسنة 18 قضائية، 1997، ر. عوض المر، حكم سابق.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 5 لسنة 22 قضائية، 9 ديسمبر 2001، برئاسة فتحي محمد نجيب. (ش.ق.ش.ر.م. 74654)

<sup>4</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 1354-1356، 1357.



## الفرع الثاني - مفهوم السلطة المقيدة في التشريع

مضى أن معيار تحديد ما إذا كانت السلطة تقديرية أم مقيدة هو مضمون القواعد الدستورية، فكلمًا فرض الدستور أمرًا معيّنًا بشأن أحد عناصر التشريع لم يجز للمشرع اختيار بديل آخر، بل يتقيد بالمفروض، وإلا عدّ التشريع مخالفًا للدستور<sup>1</sup>. والسلطة المقيدة توفر ضمانًا أكبر للحقوق والحريات، فهي تحد من احتمالات التعسف بوضع قيود واضحة، ويستعين القضاء الدستوري بها في تحديد مآخذ الدستورية في التشريع الطعين إن وُجدت، فيقضي بعدم الدستورية متى خولفت تلك القيود دون أن يكون للمشرع ستار يختبئ خلفه<sup>2</sup>، حيث تتوخى القيود الدستورية أن يكون لسلطة التشريع قواعد يستقيم بها بنيانها ودائرة تعمل في نطاقها ومقاصد تبتغيها، فسلطات الدولة معنية بهذه القيود، سواء اتّصلت بالجوانب الشكلية أو بالجوانب الموضوعية<sup>3</sup>.

والمنتبج لمسيرة نشوء الدساتير في عموم البلاد، يجدها كانت تقتصر على ذكر المبادئ العامة للحكم دون الخوض في تفاصيل القيود على السلطات العامة إلا ما ندر، ولأن الواقع السياسي قد أظهر المثالب التي انطوى عليها هذا النهج في تدوين الدساتير التي وسّعت السلطة التقديرية - إلى درجة الإطلاق أحيانًا - من خلال اقتصار نصوصها على المبادئ العامة دون ضبط وتحديد؛ أخذت الدساتير منحيّ آخر بوضع قيود تفصيلية من أجل ضبط السلطات ورسم مسار واضح تُردّ إليه السلطة حين تنجح إلى التعسف أو تتحرف عن مضمون تلك المبادئ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> يوسف عبدالفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 50.

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 43.

<sup>3</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 165، 421.

<sup>4</sup> مثل: دستور الكويت 1921، حيث كان يتألف من خمس مواد فحسب، فهذه الوثيقة تضمنت مبادئ عامة بشأن نظام الحكم وخلت من كل ذكرٍ للحقوق والحريات. ثم في 1938 وُضعت وثيقة دستورية أخرى تضمنت خمس موادٍ كذلك، وهذه الأخيرة رغم إيجازها إلا أن التطور فيها ظاهر عن سابقتها، فقد ثبتت الأسس الدستورية لنظام الحكم وأقرت المبادئ الأساسية للنظام الديمقراطي. ثم بعد ذلك صدر

ومع ذلك، لا ينبغي إغفال الطبيعة الديناميكية لسلطة التشريع الأدنى والتي تظهر فائدتها في مواكبة تغيرات الواقع بأداة فعّالة تمكّن المشرع من مجازاة الأحداث التي يواجهها المجتمع دون أن يكون مكبلاً لا يقدر على تنظيم ما يستجدّ من أمور، وهذه الأداة هي سلطة التقدير التي تسمح للمشرع بالموازنة بين المبادئ الدستورية وما يقتضيه الواقع من تحرك تشريعي، فكما أن الاتكاء على المبادئ العامة في تنظيم المسائل يهدّد بالالتفاف عليها وإهدارها، فكذلك الإسراف في تقييد سلطة المشرع ليس بالحسن، فلا إفراط ولا تفريط.

وتتفاوت القيود التي يفرضها الدستور على سلطة التشريع في مساحة التقييد، فأحياناً يتولى الدستور تنظيم المسألة على نحوٍ تصبح فيه سلطة المشرع مقيدة تماماً، فلا يتمتع بأدنى سلطة تقديرية، فتكون السلطة منعدمة كما مضى البيان. وأحياناً يقيد الدستور سلطة التشريع في معظم الجوانب، فلا يجوز التدخل إلا بما يضيف مزيداً من الضمانات. وأحياناً يُمايز الدستور بين المسائل، فيقيّد بعضها ويترك بعضها لتقدير المشرع على سبيل الاستثناء. وفي غير هذه الأحوال يضع الدستور مجموعة من المبادئ العامة تنوء عن القواعد التفصيلية، لتكون تخوفاً لسلطة التشريع لا يجوز تعديها ولو كان للمشرع سلطة تقديرية واسعة.

ولقد قررت المحكمة الدستورية العليا أن الدستور في تقريره للحقوق والحريات العامة قصّد أن يكون لهذه الحريات قوة الدستور وسموه، وأن الغاية من إيرادها أن تكون قيداً على المشرع العادي فيما يسنه من قواعد وأحكام "فتارة يقرر الدستور الحرية العامة ويبيح للمشرع العادي تنظيمها لبيان حدود الحرية وكيفية ممارستها من غير نقص أو انتقاص منها، وطوراً يطلق الحرية العامة إطلاقاً

---

دستور الكويت المؤقت (دستور يناير 1962) الذي تألف من 38 مادة، ومن بعده (دستور نوفمبر 1962) الذي تألف من 183 مادة، حيث تبلورت فيه تلك المبادئ في نصوص أكثر وضوحاً.  
يُنظر: علي الباز، النظام الدستوري والسياسي الكويتي: تطورات الدستورية والسياسية منذ نشأة الدولة وحتى نفاذ دستورها الدائم (1963-1756)، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2008، ص 92، 116، 117، 193.

يستعصي على التقييد والتنظيم.<sup>1</sup> وعلى هدى من هذا الحكم، ووفقاً لأحوال التقييد الآنفه، يمكن القول بأن تقييد سلطة المشرع له ثلاثة مستويات:

**المستوى الأول - التقييد المغلق لسلطة التشريع:** يكون ذلك حين يتولّى الدستور تنظيم الموضوع على نحوٍ تنحسر فيه السلطة التقديرية للمشرع<sup>2</sup>، وهو ما عبّرت عنه المحكمة الدستورية العليا بإطلاق الحرية إطلاقاً يستعصي على التقييد والتنظيم<sup>3</sup>، حيث تكون السلطة مقيدةً في أغلب عناصرها فيمتنع على المشرع التدخل بتقييدها، ويقتصر هامش التقدير إذّاك على زيادة الضمانات، وقد أسميناها "السلطة المقيدة المغلقة" لأن الدستور في هذا المستوى يُغلق معظم أبواب التدخل التشريعي عدا باب التدخل لزيادة الضمانات.

وتظهر شواهد هذا النوع في تنظيم الدستور لمسألة أصلية البراءة في المتهم<sup>4</sup>، وكذلك مسألة شخصية العقوبة<sup>5</sup>، فلا يجوز للمشرع أن يقرر أحوالاً تخالف مبدأً أصلياً البراءة ولو على سبيل الاستثناء، كما لا يجوز له ترتيب مسؤولية جنائية تجاوز شخص المُدان بها، فقد أغلق الدستور أبواب التدخل التشريعي في هذه المسائل، وترك باباً موارباً يُجيز للمشرع أن يحوِّط تلك المسائل بضمانات تكفلها، فسلطته مقيدة في معظم جوانب هذه المسائل إلا ما تعلق بزيادة الضمانات.

كما تتجلى السلطة المقيدة المغلقة فيما نص عليه الدستور القطري بخصوص مسألة دخول المواطنين وخروجهم من البلاد، حيث قرّر تنظيمًا عامًا بعدم جواز إبعاد أي مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها، مقيداً بذلك سلطة المشرع في معظم جوانبها<sup>6</sup> إذ لا يجوز التدخل إلا بما

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 44 لسنة 7 قضائية، 1988، ر. ممدوح مصطفى حسن، حكم سابق.

<sup>2</sup> محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج2، مرجع سابق، ص15.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 44 لسنة 7 قضائية، 1988، ر. ممدوح مصطفى حسن، حكم سابق.

<sup>4</sup> المادة 96، دستور مصر 2014 المعدل 2019. يقابلها: المادة 39، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>5</sup> المادة 95، دستور مصر 2014 المعدل 2019. يقابلها: المادة 40، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>6</sup> المادة 38، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

يتعلق بضمان إنفاذ القيد وتحويله بالضمانات اللازمة، أما الدستور المصري فقد نصّ على المبدأ ذاته، غير أنه جعل القيد مفتوحًا في جزءٍ منه فأجاز على سبيل الاستثناء أن يضع المشرع قوانين تتضمن منع المواطن من مغادرة البلاد أو فرض الإقامة الجبرية عليه شريطة أن يكون ذلك وليد أمرٍ قضائي مسبب ولمدة محددة<sup>1</sup>.

**المستوى الثاني- التقييد المفتوح لسلطة التشريع:** يكون ذلك حين يفرض الدستور قيدًا على المشرع فيجعل ذلك القيد أصلًا عامًا في تنظيم المسألة، غير أنه يفتح بابًا للاستثناء من ذلك القيد، فيكون للمشرع سلطة تقديرية في حدود الاستثناء، وحتى ذلك الاستثناء قد يُحاط بقيود دستورية، فيكون المشرع في تقديره محكومًا بضوابط محدّدة، وذلك بحسب فحوى النص الدستوري<sup>2</sup>.

من ذلك نص الدستور على عدم جواز المصادرة الخاصة للأموال، فهذا القيد يشكّل الأصل العام الذي يحكم المشرع، بيد أن النص قد فتح منفذًا لتجاوز هذا القيد مقرّرًا إمكان فرض المصادرة الخاصة على أن يكون ذلك بحكم قضائي وفي الأحوال المبيّنة في القانون<sup>3</sup>، فوفق هذا النص تكون سلطة المشرع مقيدةً تقييدًا مفتوحًا بالنسبة لترتيب المصادرة الخاصة، فاستثناءً من القيد العام يجوز له أن يقدّر حالات يجعل فيها توقيع المصادرة الخاصة بيد جهة قضائية دون غيرها.

---

<sup>1</sup> المادة 62، دستور مصر 2014 المعدل 2019. وثمة نصوص أخرى تدخل في التقييد المغلق لسلطة التشريع؛ لتضمّن قيودًا أمرًا لا يجوز إهدارها ولا إبدالها أو التخفيف منها، مثل النص على أن تسليم اللاجئين السياسيين محظور، فأى تشريع يسمح بتسليم لاجئٍ سياسي ولو على سبيل الاستثناء يكون مخالفًا للدستور إذ إنّ سلطة المشرع مقيدة بالخطر الوارد في نص الدستور ولا يجوز له أن يقدّر أحوالًا على خلاف ذلك . وكذلك نص الدستور المصري الذي يحظر على رئيس الجمهورية وأعضاء الحكومة مزاوله المهن الحرة أو الأعمال التجارية أو المالية أو الصناعية أو شراء أو استئجار شيء من أموال الدولة أو من أشخاص القانون العام أو شركات القطاع العام أو قطاع الأعمال العام، ولا أن يؤجرها، أو يبيعهها شيئًا من أمواله، ولا أن يقايضها عليه، ولا أن يبرم معها عقد التزام، أو توريد، أو مقاوله، أو غيرها. فكل تشريع يبيح أيًا من هذه المحظورات يعدّ مخالفًا للدستور، لمخالفته القيد الدستوري في هذه المسألة . فجميع هذه التقييدات مغلقة، إذ لا يجعل الدستور بابًا استثنائيًا لتجاوزها. يُنظر: المادة 91، دستور مصر 2014 المعدل 2019. يقابلها: المادة 58، الدستور الدائم لدولة قطر 2004. المادتان: 145، 166، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

<sup>2</sup> معنى ذلك أن سلطة التقدير قد تكون مقيدة بداخلها، فنكون أمام سلطة مقيدة داخلية، لكونها داخل مساحة السلطة التقديرية، وقد يحدث العكس حين تتضمن السلطة المقيدة مساحةً للتقدير في داخلها فنكون أمام سلطة تقديرية داخلية كونها تقع داخل السلطة المقيدة.

<sup>3</sup> المادة 40، دستور مصر 2014 المعدل 2019. يقابلها: المادة 56، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

من ذلك أيضًا النص على حفظ الملكية الخاصة، فلا يحرم أحد من ملكه إلا بسبب المنفعة العامة وفي الأحوال التي يبينها القانون وبالكيفية التي ينص عليها مع وجوب اقتران ذلك بتعويض عادل<sup>1</sup>، فهذا النص يحظر الحرمان من الملكية الخاصة، ثم يفتح منفذًا على سبيل الاستثناء يباشر المشرع من خلاله السلطة التقديرية بمجموعة من الضوابط التي تتعلق بالأحوال والكيفية والتعويض العادل<sup>2</sup>.

**المستوى الثالث - التقييد المبدئي لسلطة التشريع:** وفق هذا المستوى تتقلص مساحة التقييد مقابل اتساع التقدير، وهو ما عبرت عنه المحكمة بالحالة التي يقرر الدستور فيها الحرية العامة ويُجيز للمشرع تنظيمها لبيان حدود الحرية وكيفية ممارستها<sup>3</sup>، فهنا تكون سلطة المشرع تقديرية، لكنها مع ذلك تبقى مقيدة بالمبادئ الدستورية التي تشمل كافة الموضوعات المشمولة بالتنظيم، مثل مبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات، ومبدأ المساواة أمام القانون، ومبدأ تكافؤ الفرص، فمهما تمتع المشرع بسلطة تقديرية يبقى مقيدًا بعموم مبادئ الدستور، فلا يجوز هدر القيود الدستورية بحجة اتساع مساحة التقدير، وعادةً ما يكون التعبير عن هذا المستوى من التقييد بعبارات تُنيط مهمة التنظيم للقوانين، مثل: وفقًا للقانون، يحدد القانون، ينظم القانون، في الأحوال التي يبينها القانون، وفقًا لأحكام القانون<sup>4</sup>. وفي ختام هذا المطلب يمكن توصيف العلاقة بين منطقتي السلطة التقديرية والسلطة المقيدة بأنها علاقة عكسية، فكلما اتسعت منطقة التقييد ضاقت منطقة التقدير، وكلما ضاق التقييد اتسع التقدير.

<sup>1</sup> المادة، دستور مصر 2014 المعدل 2019. يقابلها: المادة 56، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>2</sup> كذلك النص على مبدأ عدم رجعية القوانين، فهذا هو الأصل، لكن الدستور فتح بابًا لتجاوز هذا الأصل إذا كانت رجعية القانون في غير المواد الجنائية وبأغلبية ثلثي أعضاء مجلس الشورى، فله بالنسبة لإعمال هذا الاستثناء سلطة تقديرية. المادة 225، دستور مصر 2014 المعدل 2019. يقابلها: المادة 40، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 44 لسنة 7 قضائية، 1988، ر. ممدوح مصطفى حسن، حكم سابق.

<sup>4</sup> محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج2، مرجع سابق، 22.



## المبحث الثاني

### مدى خضوع التشريع للرقابة الدستورية

يحمل التشريع بالمعنى الاصطلاحي دلالتين، إحداهما تتصرف لعملية وضع القواعد التشريعية بصورة مكتوبة من قِبَل السلطة المختصة، وأخرى تتصرف للقاعدة التي تنتج عن تلك العملية، والدلالة الأولى أعمُّ وأشمل، حيث تعني العملية التشريعية وضع القواعد التشريعية في صورة مكتوبة عن طريق السلطة المختصة بذلك، وتلك القواعد تسمى تشريعاً كذلك<sup>1</sup>. وغني عن البيان أن القاعدة التشريعية ينبغي أن تتسم بالعمومية والتجريد، وأن تبتغي تنظيم السلوك الاجتماعي بما فيه مصلحة عامة للمجتمع، وأن يترتب جزاء على مخالفتها لتكون ملزمة<sup>2</sup>.

بهذا المعنى؛ لا تصدر التشريعات عن السلطة التشريعية فحسب، بل تصدر عن كل سلطة تتمتع بصلاحيّة إصدار قواعد مكتوبة عامة مجردة ملزمة، فالدساتير والتعديلات الدستورية والقوانين واللوائح تعدُّ تشريعاً<sup>3</sup>، أما القرارات الإدارية الفردية والعقود الإدارية والأحكام القضائية فتلك لا ينطبق عليها مفهوم التشريع، لاشتمالها على عناصر ذاتية تنافي العمومية والتجريد<sup>4</sup>.

وحيث نصَّ الدستوران المصري والقطري صراحةً على خضوع القوانين واللوائح للرقابة الدستورية، وسكتا عن مدى خضوع الدستور والتعديلات الدستورية للرقابة؛ فسوف ينقسم هذا المبحث لمطلبين:

- المطلب الأول/ التشريعات المنصوص على خضوعها للرقابة الدستورية
- المطلب الثاني/ التشريعات غير المنصوص خضوعها للرقابة الدستورية

<sup>1</sup> عبدالرحمن أسامة أحمد كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص 37.

<sup>2</sup> حسن حسين البراوي، المدخل لدراسة القانون القطري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 21.

<sup>3</sup> أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 214.

<sup>4</sup> حسن حسين البراوي، المدخل لدراسة القانون القطري، مرجع سابق، ص 25.

## المطلب الأول

### التشريعات المنصوص على خضوعها للرقابة الدستورية

تذهب بعض الدساتير إلى تعيين الجهة القضائية المعنية بالفصل في المنازعات الدستورية بنص صريح، مثل دستور مصر 2014 المعدل 2019، بينما تترك بعض الدساتير مسألة تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات الدستورية لتقدير السلطة العادية، مثل الدستور الدائم لدولة قطر 2004. حيث نص الدستور المصري على اختصاص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وكان قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر قد أكد على هذا الاختصاص في الفصل المتعلق باختصاصات المحكمة<sup>1</sup>. وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في معرض تناولها لمبدأ سيادة القانون، إذ انتهت إلى أن وظيفتها الرقابية تستهدف حفظ الدستور وضمان ردّ المشرع إلى جادة الدستور كلما خرج عنه بما يصدره من تشريعات، قانونية كانت أم لائحية<sup>2</sup>.

أما الدستور القطري فقد عهد للقانون تعيين الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، واستجابة لهذا النص صدر قانون الفصل في المنازعات الدستورية، مقررًا اختصاص الدائرة الدستورية في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح<sup>3</sup>. غير أنّ هذا القانون لم يدم طويلاً، فما لبث أن ألغي بموجب قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا الذي أسند مهمة الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح للمحكمة التي أنشئت بموجبه<sup>4</sup>.

وفي تأكيد هذا الاختصاص قضت محكمة التمييز القطرية عند رفض الطعن على دستورية لائحة بأن "القول بمخالفة اللائحة لحق مقرر في الدستور إنما يعد ضرباً من الرقابة القضائية على دستورية القوانين

<sup>1</sup> المادة 192، دستور مصر 2014 المعدل 2019. المادة 25، قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 37 لسنة 9 قضائية، 19 مايو 1990، برئاسة ممدوح مصطفى. (ش.ق.ش| ر.م. 36594)

<sup>3</sup> المادة 140، الدستور الدائم لدولة قطر 2004. المادة 3، قانون رقم 6 لسنة 2007 بشأن الفصل في المنازعات الدستورية.

<sup>4</sup> المادة 12، قانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا.



واللوائح التي عهد الدستور والقانون رقم (12) لسنة 2008 إلى المحكمة الدستورية العليا وحدها بالفصل فيها<sup>1</sup>. ولما كانت التشريعات القانونية واللائحية تخضع للرقابة الدستورية بصريح النصوص الدستورية والقانونية ومضمون الأحكام القضائية في كلٍّ من مصر وقطر، فإن تحديد مفهوم القانون واللائحة مهمٌ لمعرفة حدود الرقابة الدستورية. ولما كانت التشريعات على اختلاف مصدرها ومجالها ودرجتها تشترك في تكوينها الداخلي، وكانت سلطة التشريع تتفاوت في كل عنصر من عناصر التشريع، وكان كل عنصر من تلك العناصر يشكّل وجهًا من أوجه الرقابة؛ فإن الوقوف على هذه العناصر مهمٌ كذلك في معرفة حدود الرقابة الدستورية. ولهذا ينقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ يتناول الأول مفهوم القوانين واللوائح التي تخضع للرقابة الدستورية، بينما يتناول الفرع الثاني ثبوت الرقابة الدستورية على عناصر التشريع.

### الفرع الأول- مفهوم القوانين واللوائح التي تخضع للرقابة الدستورية

ليس من العسير تحديد مفهومي القوانين واللوائح، فالتشريع العادي (القانون) هو ما يصدر عن السلطة التشريعية من قواعد عامة مجردة ملزمة- سواء أكانت تلك السلطة ممثلة في مجلس الشورى في قطر أو مجلس النواب في مصر- وذلك وفق الإجراءات التي ينص الدستور عليها<sup>2</sup>. أما التشريع الفرعي (اللائحة) فهو ما يصدر عن السلطة التنفيذية من قرارات إدارية تتضمن قواعد عامة مجردة ملزمة، إذ يشترك النوعان في العمومية والتجريد والإلزام، ويختلفان في المصدر<sup>3</sup>. وتعلو القوانين على اللوائح وفق مبدأ التدرج التشريعي<sup>4</sup> فلا يجوز للائحة أن تخالف القانون وإلا وُصِمَت بعدم

---

<sup>1</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 2 لسنة 2015 قضائية، 17 مارس 2015،-لم ترد بيانات رئاسة الجلسة- (ش.ق.ش. | ر.م. 386098) ولقد أغفلت المحكمة مشكلة الفراغ الواقعي، فالمحكمة الدستورية العليا المشار إليها كانت- وما تزال- قيد التعطيل، وكان أحري بمحكمة التمييز أن توجد حلاً لمعالجة ذلك الفراغ الواقعي من الرقابة الدستورية من خلال رقابة الامتناع عن تطبيق التشريع المخالف للدستور، وهو ما قمنا بتفصيله في أطروحتنا السابقة: الرقابة الدستورية بطريق الامتناع في القانون القطري والمقارن، دار الوند، قطر، 2021.

<sup>2</sup> رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري: دراسة تحليلية لدستور 2014 المعدل في 2019 مقارنةً بالدساتير السابقة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص1424.

<sup>3</sup> حسن حسين البراوي، المدخل لدراسة القانون القطري، مرجع سابق، ص122.

<sup>4</sup> مهدي نوح وعبدالحفيظ الشيمي، القانون الإداري في ضوء القانون القطري، كلية القانون، جامعة قطر، 2019، ص319.

المشروعية، كما لا يجوز لها أن تخالف الدستور وإلا وصمت بعدم الدستورية. أما القانون فهو أعلى من اللوائح لكنه أدنى من التشريع الدستوري، فإن خالفه وُصِمَ بعدم الدستورية<sup>1</sup>.

وتقف الرقابة الدستورية عند حد التعارض بين القانون أو اللائحة مع الدستور، فهي لا تمتد لأحوال تعارض اللوائح مع القوانين، كما لا تمتد لأحوال تعارض القوانين فيما بينها أو تعارض اللوائح فيما بينها، إلا أن يكون التعارض بحد ذاته يشكّل مخالفةً دستورية، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن "مناطق اختصاصها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح أن يكون أساس الطعن هو مخالفة التشريع لنص دستوري، ولا شأن لها بالتعارض بين نصين تشريعيين جمعتهما قانون واحد أو تفرقا بين قانونين مختلفين، ما لم يكن هذا التعارض منطويا- بذاته- على مخالفة دستورية<sup>2</sup>".

ورغم أنّ مسألة الخضوع للرقابة الدستورية محسومة بنص الدستور بالنسبة للقوانين واللوائح؛ إلا أن بعض التشريعات والوثائق ثار النقاش بشأنها، إما لانتصافها بصفة زائدة على صفة القوانين أو اللوائح، أو لصدورها قبل الدستور، أو لصدورها بإجراءات تختلف عن الإجراءات الاعتيادية للقانون أو اللائحة. وفيما يلي يأتي نقاشها في نقاط متتالية:

**أولاً- مدى خضوع القوانين الصادرة قبل الدستور للرقابة الدستورية:** نص الدستور القطري على صحّة ونفاذ القوانين واللوائح السابقة على العمل بالدستور ما لم يجر تعديلها وفق أحكامه<sup>3</sup>، وهو ما يعني أن القوانين السابقة على الدستور الدائم لا تخضع للرقابة الدستورية، فإذا تعارضت مع الدستور لا يكون من سبيل لإبطالها، والسبيل الوحيد لتعديلها هو المشرع نفسه، وربما ابتغى الدستور بهذا النص حفظ استقرار المعاملات التي نشأت قبل صدوره فقرر صحّة ونفاذ القوانين واللوائح التي انبنت عليها تلك

<sup>1</sup> حسن حسين البراوي، المدخل لدراسة القانون القطري، مرجع سابق، ص122.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 109 لسنة 36 قضائية، 10 يونيو 2023، برئاسة بولس إسكندر. (ش.ق.ش | ر.م 1222729)

<sup>3</sup> المادة 192، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

المعاملات، لكن النص بصيغته هذه يحصّن تلك التشريعات بصفة نهائية؛ ما يجعلها عملياً في مرتبة أعلى من النصوص الدستورية، فعند التعارض تبقى تلك التشريعات صحيحة ونافاذة، فتُطبّق حتى ولو خالفت الدستور، بما يزعزع مبدأ سموّ الدستور من هذه الناحية.

على أنّ البعض قد كانت له نظرة مختلفة في تحديد مقصد المشرع الدستوري من هذا النص، إذ يرى أستاذنا حسن السيد أن القول بأن المشرع الدستوري قد قصد نفاذ التشريعات السابقة عليه بغض النظر عن موافقتها أو مخالفتها للدستور هو قولٌ معيبٌ يخالف المنطق السليم، فهو يرى بأن الدستور قد قصد صحة التشريعات السابقة عليه ونفاذها طالما لم تتعارض مع الدستور، ويستدل على هذا القصد بما نص عليه النظام الأساسي المؤقت المعدّل إذ قرر شرط عدم التعارض صراحةً، ويرى بأن عدم ورود هذا الشرط في الدستور الدائم لا يعني تراجع المشرع عنه، مستدلاً على ذلك بأن دستور مصر 1971 يماثل النص الوارد في الدستور الدائم لدولة قطر ومع ذلك لم يفهم الفقه والقضاء المصري جواز بقاء التشريعات المخالفة للدستور أو خروجها عن رقابة الدستور<sup>1</sup>.

ورغم وجاهة هذا التفسير فإن هناك فارقاً بين النصّين يحول دون التسليم بهذا الرأي، فنص دستور مصر 1971 قد أجاز التعديل والإلغاء بينما لم يجز نص الدستور الدائم 2004 الإلغاء وأجاز التعديل فحسب، وربما لأجل هذا الفارق الدقيق؛ فهم القضاء والفقه في مصر خضوع القوانين السابقة على الدستور للرقابة الدستورية، وهو فهمٌ مقبول، غير أن هذا الفهم لا يتسنى وفق صياغة النص القطري الذي قصر تصحيح القوانين السابقة على الدستور بالتعديل دون الإلغاء، إذ إن ذلك يعني أن القوانين السابقة يكون تصحيحها بواسطة المشرع دون القضاء. وقد يُقال بأن القضاء الدستوري في مصر وقطر لا يملك إلغاء التشريعات غير الدستورية، فأقصى ما له أن يقضي بعدم دستورية النص بما يؤدي لإيقاف نفاذه دون

---

<sup>1</sup> حسن السيد، الأدوات القانونية للتصدي لجائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد-19) في دولة قطر، المجلة الدولية للقانون، مج10، ع3، 2021، عدد خاص بمؤتمر "القانون في مواجهة الأزمات العالمية: الوسائل والتحديات"، كلية القانون، جامعة قطر، ص79.

أن يقرر إلغاءه، فسلطة الإلغاء يملكها المشرع وحده، وهذا صحيح، لكن هناك فرق بين الإلغاء التشريعي وبين ما يمكن أن يُسمّى الإلغاء الحُكْمِي أو العملي، فالقضاء الدستوري بحكمه بعدم الدستورية لا يلغي النص تشريعياً، لكنه يلغي النص عملياً من حيث إيقاف نفاذه، ولهذا فإن النص المصري بإضافة لفظ الإلغاء إلى جانب التعديل قد أوجد مخرجاً تفسيرياً لاختصاص القضاء الدستوري بهذه الطائفة من التشريعات، وخلو النص القطري من تعبير "الإلغاء" يمنع مثل هذا التفسير في السياق القطري. ومع ذلك فإن النص الذي يوجب احترام الدستور لازمه أن يكون السموّ لأحكامه، ولهذا فإن القضاء الدستوري قد يبسط رقابته على التشريعات السابقة من مدخل حفظ غاية احترام الدستور.

أما دستور مصر 2014 المعدل 2019 فقد نص على نفاذ ما قرره القوانين واللوائح قبل صدور الدستور، لكنه لم يقرّر صحته<sup>1</sup>، إذ قرّر عدم جواز تعديل تلك التشريعات أو إلغائها إلا وفق القواعد والإجراءات المقررة في الدستور، والفرق شاسع بين هذه الصيغة وصيغة الدستور القطري، فالدستور المصري بنصه على نفاذ تلك التشريعات كفل استقرار المعاملات التي جرت في ظلها دون اضطرابٍ لتقرير صحّتها، وهذه صياغة دقيقة، لأن معيار الصحة هو مدى اتفاق التشريع مع الدستور، وإذ جعل النص تعديلها وإلغائها وفق قواعد الدستور فقد سلك مذهباً تدرجياً في تصحيح تلك التشريعات، وجعل عملية التصحيح بيد المشرع عن طريق التعديل، وبيد القضاء كذلك عن طريق الإلغاء العملي، فهذا النص يعني خضوع تلك التشريعات لرقابة القضاء الدستوري في مصر.

**ثانياً - مدى خضوع القوانين المستفتى عليها شعبياً للرقابة الدستورية:** أجاز الدستور المصري لرئيس الجمهورية دعوة الناخبين للاستفتاء في المسائل المتصلة بمصالح البلاد العليا وذلك فيما لا يخالف

---

<sup>1</sup> كان دستور 1971 قد نص على نفاذ وصحة التشريعات السابقة على صدوره في المادة 191 وأجاز في النص نفسه إلغائها أو تعديلها وفق قواعد الدستور، وقد اعتمد المشرع القطري تلك الصياغة في المادة 143 منه مقتصرًا على إجازة التعديل دون الإلغاء، ما يجعل الرقابة الدستورية غير جائزة وفق هذا النص، لكن المشرع المصري قد حسن الصياغة السابقة في دستور 2014 المعدل 2019، حيث نص على نفاذ تلك التشريعات دون صحّتها.

الدستور، وأوجب عند تعدد مسائل الاستفتاء أن يجري التصويت عليها مسألةً مسألةً<sup>1</sup>، كما أجاز الدستور القطري لأmir البلاد استفتاء المواطنين في القضايا الهامة التي تتصل بمصالح البلاد، معتبراً نتيجة الاستفتاء ملزمةً و نافذةً من تاريخ إعلانها إذا ما وافقت عليها أغلبية المدلين بأصواتهم<sup>2</sup>.

تبدو صياغة النص المصري أكثر دقةً من النص القطري، فقد اشترط الأول في الاستفتاء ألا يخالف الدستور، بما يحسم النزاع حول مدى خضوع القوانين المستفتى عليها لرقابة القضاء الدستوري في مصر، فصدور القانون بناءً على استفتاء شعبي لا يحصنه من الرقابة ولا يصح ما شاب النص من عيوب الدستورية<sup>3</sup>، كما أن عرض مشروع القانون للاستفتاء الشعبي لا يغير من طبيعته، بل يظل في طبيعته كالقانون الصادر عن البرلمان، فيسري عليه ما يسري على هذا الأخير<sup>4</sup>.

أما بالنسبة للنص القطري، فرغم عدم تحديده صفة الوثيقة المستفتى عليها، إلا أنه إذا كانت القوانين واللوائح تخضع بنص الدستور لرقابة الدستورية في قطر فإن خضوع نتيجة الاستفتاء للرقابة يكون من باب أولى، فهي تشترك مع اللوائح في أن مصدرها حكومي؛ وهو الأمير الذي يرأس السلطة التنفيذية بنص الدستور<sup>5</sup>، كما تشترك مع اللوائح والقوانين في أثرها من حيث تمتعها بالإنفاذ والإلزام، وإذ لا حظر في الدستور على رقابتها فهي مشمولة بنص الرقابة، فتحضخ للرقابة الدستورية.

<sup>1</sup> المادة 157، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

<sup>2</sup> المادة 75، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 56 لسنة 6 قضائية، 21 يونيو 1986، برئاسة محمد علي بليغ. (ش.ق.ش| ر.م 36500)

<sup>4</sup> رمضان بطيخ ومنى رمضان، **النظم السياسية والدستورية: دراسة نظرية وعملية في الوثائق المصرية من سنة 1805 إلى 2016 ميلادي**، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، 2017، ص263. ولا محل للاعتراض على ذلك بأن القوانين المستفتى عليها حازت على موافقة صاحب السيادة بما يجعلها نافذة ولو خالفت الدستور، ذلك أن هذا القول يغفل الفارق بين الشعب كسلطة تأسيسية منشئة، وبين الشعب كسلطة تشريعية، فالشعب بالوصف الأول له سلطة مطلقة تنوء عن الرقابة، لكن الشعب بالوصف الثاني يبقى جزءاً من النظام القانوني ويخضع له، وليس في الرقابة على تلك القوانين مصادرة لسلطة الشعب، بل فيه تطبيق لمبدأ سمو الدستور في الدول التي ارتضى الشعب فيها دستوراً معيناً كوثيقة عليا تحكم النظام القانوني. يُنظر. رمزي الشاعر، **النظام الدستوري المصري**، مرجع سابق، ص1424. يُنظر كذلك: محمد رفعت وإبراهيم شيجا، **النظم السياسية والقانون الدستوري**، مرجع سابق، ص486.

<sup>5</sup> المادة 75، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

ثالثاً- مدى خضوع التشريعات الاستثنائية للرقابة الدستورية: تصدر القوانين عن طريق السلطة التشريعية في الأصل، إلا أن الدستور مكن السلطة التنفيذية من ذلك في أحوال الضرورة استثناءً، فاختص الدستور المصري رئيس الجمهورية بإصدار قرارات بقوانين في حالة حدوث ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير عاجلة، وذلك بدعوة مجلس النواب لانعقادٍ طارئٍ لعرض الأمر عليه إذا كان قائماً، وإن لم يكن مجلس النواب قائماً جاز لرئيس الجمهورية إصدارها؛ شريطة عرضها على المجلس خلال خمسة عشر يوماً من الانعقاد، وبالمثل، اختص الدستور القطري أمير البلاد بإصدار مراسيم لها قوة القانون في الأحوال الاستثنائية التي تستلزم اتخاذ تدابير عاجلة لا تحتمل التأخير شريطة عدم انعقاد مجلس الشورى، وشريطة عرضها على المجلس في أول اجتماعٍ له<sup>1</sup>. فبموجب النصين الأنفين تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية على سبيل الاستثناء<sup>2</sup>، ولما كانت القرارات بقانون ومراسيم القانون تتمتع بما للقوانين من قوة في النفاذ فإنها تخضع للرقابة الدستورية باعتبارها من جملة القوانين المنصوص على خضوعها للرقابة الدستورية. وقد انفرد الدستور القطري عن نظيره المصري بحالة ثانية، فجعل للأمير حلّ مجلس الشورى بمرسوم يبيّن فيه أسباب الحل، وأوجب إجراء انتخابات المجلس الجديد في موعد لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الحل، وخلال الفترة ما بين حل المجلس وانتخاب المجلس الجديد جعل سلطة تشريع القوانين للأمير بمعاونة مجلس الوزراء<sup>3</sup>، فيحل فيها محل السلطة التشريعية تماماً، وهي حالة خاصة تختلف عن حالة إصدار مراسيم القانون التي سبق الحديث عنها<sup>4</sup>. ولا نظير لهذه الحالة في دستور مصر، فلئن كان الأخير يجيز لرئيس الجمهورية حلّ مجلس النواب فإنه قد أحاط

---

<sup>1</sup>المادة 156، دستور مصر 2014 المعدّل 2019. المادة 69، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>2</sup> حسن حسين البراوي، المدخل لدراسة القانون القطري، مرجع سابق، ص134.

<sup>3</sup> المادة 104، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>4</sup> حسن عبدالرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، ط2، مرجع سابق، ص295.

ذلك بضمانتين جوهريتين: الأولى، أن تكون ثمة ضرورة تستدعي حل المجلس، وهو ما لم يشترطه المشرع القطري. والثانية، أن يكون الحل بقرار مُسبّب وبعد استفتاء الشعب وتصويت الأغلبية على قرار الحل<sup>1</sup>، بينما جعل الدستور القطري قرار حل المجلس في يد الأمير وحده<sup>2</sup>.

ونرى أن ما يصدر عن الأمير بالتعاون مع مجلس الوزراء في هذه الفترة يخضع للرقابة الدستورية، فهو من جملة القوانين، بل هو أخرى بالخضوع للرقابة الدستورية من القوانين الصادرة عن مجلس الشورى، لصدورها دون سابق اطلاع أو نقاش برلماني، والقول بغير ذلك يجعل للسلطة التنفيذية سلطة مطلقة في سنّ القوانين خلال تلك الفترة، وهو ما يتعارض مع غاية وجود المحكمة الدستورية العليا والمتمثلة في حماية نصوص الدستور وضمان سموها على بقية التشريعات<sup>3</sup>.

**رابعاً - مدى خضوع المعاهدات الدولية للرقابة الدستورية:** أكد الدستور المصري عدم جواز إبرام أية معاهدة تخالف الدستور، ونص على أن المعاهدات التي يبرمها رئيس الجمهورية ويصدّق عليها بعد موافقة مجلس النواب؛ تكون لها قوة القانون، بما يجعلها في مرتبة مساوية لمرتبة القوانين العادية، أما الدستور القطري فقد فرّق بين المعاهدات السابقة على صدوره والمعاهدات اللاحقة عليه، فجعل للسابقة مرتبة تعلو نصوصه وهو ما يحصنها من رقابة المحكمة الدستورية العليا<sup>4</sup>. أما المعاهدات اللاحقة للعمل بالدستور فلها نوعان، معاهدات لها قوة القانون، ومعاهدات تصدر بقانون، حيث جعل للمعاهدات قوة القانون بمجرد التصديق عليها من قبل الأمير ونشرها في الجريدة الرسمية دون حاجة لموافقة مجلس الشورى، لكنه استثنى معاهدات الصلح والمعاهدات المتعلقة

---

<sup>1</sup> المادة 137، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

<sup>2</sup> كما أن دستور مصر لم ينقل لرئيس الجمهورية سلطة التشريع في الفترة ما بين المجلسين، فأقصى ما له أن يصدر قرارات لها قوة القانون، أما دستور قطر فقد نقل سلطة التشريع لصالح الأمير بمعاونة مجلس الوزراء، ولهذا فإن هذا النص يستدعي التأمل والمراجعة.

<sup>3</sup> حسن عبدالرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، ط2، مرجع سابق، ص296.

<sup>4</sup> المادة 151، دستور مصر 2014 المعدل 2019. المادة 143، الدستور الدائم لدولة قطر 2004. يُنظر في ذلك: ص297. يُنظر في ذلك: حمد الطويل، دعوى عدم دستورية القوانين واللوائح في التشريع القطري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2016.

بإقليم الدولة أو حقوق السيادة أو حقوق المواطنين أو التي تتضمن تعديلاً لقوانين الدولة، فأوجب لِنفاذ هذه الأخيرة أن تصدر بقانون<sup>1</sup>.

وبشأن مدى خضوع المعاهدات الدولية لرقابة القضاء الدستوري؛ ميّز جانب من الفقه بين الرقابة الشكلية والرقابة الموضوعية، فمن الناحية الشكلية يراقب القضاء مدى تحقق الشروط التي تطلبها النصوص الآنفة لتحوز المعاهدة على قوة القانون، أما بالنسبة للرقابة الموضوعية، فقد كان لنظرية أعمال السيادة تأثير على هذه المسألة، فحين تتصف المعاهدة الدولية بأنها من أعمال السيادة يُحظر على القضاء أن يبسط رقابته عليها، وحين تنتفي صفة العمل السيادي تجوز الرقابة عليها<sup>2</sup>، غير أن تقييد القضاء بأعمال السيادة يواجه إشكالاً في ذاته، إذ ليس في الدستور ما يمنع الرقابة على أعمال السيادة، وإذ منح الدستور المعاهدات قوة القوانين فإنها تدخل في جملة القوانين التي تخضع للرقابة الدستورية. وقد تناول الدكتور وائل البياتي أوجه الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، وجعل من الغاية أحدها مبيّناً أن "العيب الذي يلحق غاية المعاهدة يعطي القاضي الدستوري الحق في إلغائها لفقدانها ركناً أساسياً يتمثل بانحرافها عن المصلحة العامة"<sup>3</sup>.

**خامساً- مدى خضوع القوانين المكملّة للدستور للرقابة الدستورية:** نص الدستور المصري على صدور القوانين المكملّة للدستور بموافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس، وذلك خلافاً لبقية القوانين التي تصدر بالأغلبية المطلقة، كما جعل القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية، والنيابية، والمحلية، والأحزاب السياسية، والسلطة القضائية، والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية، والمنظمة لحقوق والحريات الواردة في الدستور؛ في عداد القوانين المكملّة للدستور<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المادة 68، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>2</sup> رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري، مرجع سابق، ص 1433، 1434. وسوف نفضل في نقاش أعمال السيادة في الباب الرابع.

<sup>33</sup> وائل منذر البياتي، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية: دراسة مقارنة، المركز العربي للأبحاث والدراسات، ص 2020، ص 234.

<sup>4</sup> المادة 143، دستور مصر 2014 المعدل 2019.



أما بشأن مدى خضوعها للرقابة الدستورية، فإن القوانين المكملة للدستور وإن أخذت مرتبةً تعلو على القوانين العادية بحكم تشديد إجراءات صدورها إلا أنها لا تعدُّ دستورًا، بل تبقى في مرتبةٍ أدنى، فهي من عموم القوانين التي تخضع للرقابة الدستورية<sup>1</sup>، ولذلك ساواها بعض الفقه المصري بالقوانين العادية من حيث خضوعها للرقابة الدستورية<sup>2</sup>، وقد خلا الدستور القطري من النص على هذا النوع من القوانين. **سادسًا - مدى خضوع القوانين ذات الصفة الدستورية للرقابة الدستورية:** نص الدستور القطري على أن القانون الذي ينظم الأحكام الخاصة بحكم الدولة ووراثته والقانون الذي ينظم أحكام الجنسية القطرية يتمتعان بصفة دستورية<sup>3</sup>، وقد كشفت المذكرة التفسيرية للدستور الدائم المقصود بالقوانين ذات الصفة الدستورية، حيث ورد فيها بأن مؤدى ذلك "أن مواده تأخذ حكم المواد الدستورية من حيث تحصينها"، وهو ما ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون الجنسية التي بيّنت بأن الصفة الدستورية للقانون تعني بأن الدستور قد "أسبغ على تلك الأحكام الصفة الدستورية، فتأخذ حكم النص الدستوري ذاته من جميع الوجوه"<sup>4</sup>.

من هذا التعريف يتضح أن القوانين ذات الصفة الدستورية تسمو على القوانين العادية، وهي تقف مع الدستور على درجة واحدة، غير أنه لا بد من تمحيص طبيعة القوانين ذات الطبيعة الدستورية، فهل تساوي هذه القوانين نصوص الدستور من حيث آلية وضعها؟

ثمّة اختلاف ظاهر، فالدستور من حيث وضعه يصدر عن سلطة تأسيسية أصلية، بينما القوانين ذات الصفة الدستورية تصدر عن سلطة تأسيسية منشأة، فنصوص الدستور الموضوعة ابتداءً هي التي أنشأت السلطة المعنية بوضع القوانين ذات الصفة الدستورية، وهو ما يعني أن هذه الأخيرة

<sup>1</sup> رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري، مرجع سابق، ص 1425.

<sup>2</sup> رمضان بطيخ ومنى رمضان، النظم السياسية والدستورية، مرجع سابق، ص 262.

<sup>3</sup> المادتان: 8، 41، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>4</sup> المادة 8، المذكرة التفسيرية للدستور الدائم لدولة قطر 2004. ديباجة المذكرة الإيضاحية لقانون الجنسية القطرية رقم 38 لسنة 2005.

تخضع لنصوص الدستور وينبغي ألا تخالفه، فهي امتداد له فلا تستقل عنه. وفي هذه المسألة هناك رأيان في الفقه، رأي يرى استبعاد القوانين ذات الصفة الدستورية من الرقابة الدستورية كلياً، لاكتسابها مرتبة الدستور بموجب المذكرة التفسيرية، ولتعلقها بموضوعات دستورية بطبيعتها كذلك، فتعارض نص دستوري مع نص قانون ذي صفة دستورية يقتضي التعامل معه كما لو كان خلافاً بين نصوص الدستور ذاتها<sup>1</sup>.

بيد أن هذا الرأي يغفل حقيقتين ثابتتين: الأولى - أن تحديد معنى الصفة الدستورية بأنها مساواة مرتبة القوانين ذات الصفة الدستورية بمرتبة الدستور نفسه؛ كان بواسطة المذكرة التفسيرية للدستور، وهي المذكرة التي لا تتمتع بالإلزام الذي يتمتع الدستور به، لعدم خضوعها للإجراءات التي خضع الدستور لها عند وضعه، سيما إجراء الاستفتاء الشعبي، فالشعب لم يعبر عن إرادته في الاعتداد بهذه الوثيقة كوثيقة ملزمة، الأمر الذي يقتضي أن تُفسر نصوص المذكرة بما يتلاءم مع مصالح الشعب في ضرورة اتفاق جميع التشريعات مع نصوص الدستور، فتكون تلك المماثلة متعلقة بتعديل أحكام تلك القوانين وليس بحظر الرقابة الدستورية عليها.

الثانية - أن إعمال قاعدة توازي الأشكال بين القوانين ذات الصفة الدستورية وبين الدستور غير ممكن، وذلك لاختلاف طبيعة السلطة التي تصدر كلاً منهما، فسلطة وضع الدستور منشئة مستقلة، بينما سلطة وضع القوانين ذات الصفة الدستورية منشأة تابعة<sup>2</sup>، فلا يكون استبعاد القوانين ذات الصفة الدستورية من الرقابة الدستورية إلا تحصيئاً للسلطة المسؤولة عن وضعها ومنحها سلطة مطلقة، وذلك يتعارض مع مبدأ سمو الدستور الذي يوجب خضوع الكافة لأحكامه.

---

<sup>1</sup> أناس المشيشي، القوانين التي ترتب أحكامها صفة دستورية في التشريع القطري، المجلة الدولية للقانون، مج10، ع2، 2021، ص81، 82.

<sup>2</sup> عبدالحفيظ الشيمي، نحو رقابة على التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص31، هامش1.

أما الرأي الآخر، فيرى اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على القوانين ذات الصفة الدستورية، وذلك لعلّتين، أولهما: أن الصفة الدستورية مُنحت لهذه القوانين بموجب الدستور، وعليه، فإن منح هذه القوانين الصفة الدستورية امتثالاً للدستور ثم السماح لهذه القوانين بمخالفته يعدّ تناقضاً صريحاً، والعلة الثانية تكمن في أن هذه القوانين توضع بذات الطريق الذي توضع القوانين العادية من خلاله، فلا يستقيم أن يُترك المشرع العادي دون ضابط يحكمه عند إصدار هذه القوانين، وهو ما يفرض إقرار الرقابة الدستورية على القوانين ذات الصفة الدستورية<sup>1</sup>.

ونضيف إلى تينك العلتين علةً ثالثة، تتمثل في أن موضوعات القوانين ذات الصفة الدستورية هي أخطر من غيرها، فهي تتصل بمسائل شديدة الحساسية، فحكم الدولة وأحكام الجنسية تعد مسائل بالغة الأهمية لما لها من تأثير على استقرار أوضاع الأفراد واستقرار الحكم، ما يجعل فرض الرقابة الدستورية على هذه التشريعات أولى من فرضها على التشريعات الأخرى.

### الفرع الثاني- ثبوت الرقابة الدستورية على عناصر التشريع

يتكون التشريع من خمسة عناصر أساسية هي الاختصاص والشكل والإجراءات والمحل والسبب والغاية، ولقد جرى تععيد هذه العناصر على يد القضاء الإداري نتيجة تطوّر أوجه الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية في كلٍ من فرنسا ومصر، وعلى أساس تلك التجربة استقرّت أوجه الطعن على القرار الإداري في الفقه والقضاء الإداريين وفق تلك العناصر الخمسة<sup>2</sup>. ثمّ لما ظهر الدستور بصورته الحديثة، وعلّت نصوصه على نصوص القانون؛ ظهرت الرقابة الدستورية على التشريع الأدنى لحماية الشرعية الدستورية، فبادر الفقه الدستوري لإجراء عناصر التشريع الإداري الآنفة على التشريع القانوني عسى أن تكون دليلاً لأوجه الطعن بعدم الدستورية.

<sup>1</sup> حسن عبدالرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، ط2، مرجع سابق، ص295.

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص26-29.

كان رائد تلك المبادرة في السياق العربي الفقيه المرحوم عبدالرزاق السنهوري، حيث عرض في مقالته الشهيرة؛ مسيرة تدرّج القضاء الإداري في قبول أوجه الطعن على القرار الإداري في فرنسا، بدءًا من قبول الطعن بعدم الاختصاص حصراً في البداية، مروراً بقبول الطعن لتخلف الشكل والانحراف عن الغاية في مرحلة ثانية، ثم قبول الطعن لمخالفة القانون والحقوق المكتسبة في مرحلة ثالثة، وأخيراً قبول الطعن على القرار الإداري لانعدام الأسباب<sup>1</sup>.

وقد استفاد السنهوري من هذه التجربة القضائية زُبدتها، ليخلص منها إلى نتيجة فقهية تُسهّل مهمة بناء الرقابة الدستورية على التشريع، فبعد أن شرح عناصر القرار الإداري وأوجه عدم مشروعيته؛ أجرى تلك العناصر والوجوه على التشريع العادي، فعُدَّ "التشريع والقرار الإداري شيئين متماثلين" من حيث العناصر، منتهياً إلى أن القانون كذلك يتكون من خمسة عناصر "هي الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية"<sup>2</sup>.

وهذا قياس عبقرى، وفيه اختصار لجهد قضائي عريض، وطبيّ لعقود من الزمان، فبدل أن يخوض القضاء الدستوري ما خاضه القضاء الإداري من تردّد في قبول بعض أوجه الطعن قبل الإقرار بها؛ قدّم السنهوري أوجه الطعن الخمسة التي استقرّت في نهج القضاء الإداري بعد جهد جهيد لتكون منهجاً واضحاً ليس على القضاء الدستوري إلا أن يسلكه. ورغم اختلافنا الكبير مع آراء السنهوري في كثير من المسائل - كما سيأتي البيان - إلا أن هذا القياس كان قياساً سائغاً لا يعكّره فارق، فلا فرق في وجود العناصر بين التشريع الإداري وبين التشريع العادي، إذ الفارق في مضمون تلك العناصر لا في أصل وجودها، وفارق المضمون لا ينخرم به القياس.

---

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة 3، يناير 1952، ص 3-5.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 7.

وما يعزّز صحة هذا القياس أن القضاء الدستوري يشترك مع القضاء الإداري في الرقابة على اللوائح، فالقضاء الإداري يراقبها من حيث مدى اتفاقها مع القوانين بينما يراقبها القضاء الدستوري من حيث مدى اتفاقها مع الدستور، وأوجه عدم المشروعية هي ذاتها أوجه عدم الدستورية، لكن الفارق يكمن في معيار الرقابة، ففي الرقابة الإدارية يكون القانون معيارًا لمشروعية اللائحة، بينما يكون الدستور هو معيار دستورية اللائحة في الرقابة الدستورية، فإذا صحّت تلك الأوجه لتحديد عدم مشروعية اللائحة فإنها تصح لتحديد عدم دستورتها كذلك، وإذا صحّت تلك الأوجه لتحديد عدم دستورية اللائحة فما المانع من اعتمادها في تحديد عدم دستورية القوانين كذلك؟

ذلك أن المفترض في كل قانون - كما هو الحال بشأن كل لائحة - أن "يصدر عن السلطة المختصة بإقراره، وأن يفرغ في الأشكال التي نص الدستور عليها، وأن يتقيد بمضمون قواعد الدستور، وأن يلتزم الأغراض الكلية التي لا يعارضها، وفي حدود هذه الدائرة وحدها، يتحدد موقع القانون من مخالفة الدستور أو الاتفاق مع أحكامه<sup>1</sup>". وعليه، يتكون التشريع - إداريًا كان أو قانونيًا - من خمسة عناصر أساسية هي الاختصاص والشكل والإجراءات والسبب والمحل والغاية، والقاضي حين يبسط رقابته على قانونٍ أو لائحة يفحص هذه العناصر الخمسة من حيث مدى اتفاقها مع قواعد الدستور، حيث يشكّل كل عنصرٍ وجهًا للرقابة الدستورية على التشريع<sup>2</sup>، "وفيما يجاوز قواعد الدستور في جوانبها الشكلية والموضوعية فإن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية تفقد مبرراتها<sup>3</sup>".

وتتقسم هذه العناصر إلى عناصر خارجية شكلية وأخرى داخلية موضوعية، فالاختصاص والشكل والإجراءات يشكّلان الإطار الخارجي لصحة التشريع، حيث تلتزم السلطة التشريعية بالنصوص

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 1403.

<sup>2</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 50.

<sup>3</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 165.

الدستورية المبيّنة لقواعد الاختصاص والقواعد الشكلية والإجرائية لسنّ القوانين، كما تلتزم السلطة التنفيذية بالقيود الواردة على اختصاصها وبالأشكال والإجراءات اللازمة عند سنّ اللوائح. أما العناصر الداخلية فتشمل كلاً من السبب والمحل والغاية، حيث تعمل هذه العناصر جنباً إلى جنب لتكوين الجانب الموضوعي في التشريع، فإذا قامت الأسباب التي تسوّغ للمشرّع التدخل لتنظيم مسألة معيّنة، فإن المشرّع يتدخل بتنظيمها من خلال وضع حلٍّ لمواجهة تلك الأسباب، مستهدفاً بذلك غايةً بعينها، فلا يخلو التشريع في عناصره الداخلية من هذه العناصر الثلاثة.

وتقتضي هذه المسألة بيان مفهوم كل عنصر، ومدى سلطة المشرّع بشأنه، وذلك وفق النقاط الآتية:  
**أولاً- عنصر الاختصاص:** يعني الاختصاص عموماً صلاحية سلطة ما لممارسة عمل قانوني بموجب تشريع يُسنَدُ إليها هذه الصلاحية، فمصدر قواعد الاختصاص قد يكون الدستور أو القانون أو اللائحة على حدٍ سواء<sup>1</sup>. أما الاختصاص التشريعي في المجال الدستوري فهو إسناد الدستور مهمة وضع التشريع لسلطة من سلطات الدولة دون أن يكون لأي سلطة أخرى أن تنازعها فيها<sup>2</sup>، فالدستور - اليوم - هو الذي يوزّع الصلاحيات والاختصاصات بين سلطات الدولة<sup>3</sup>، بما في ذلك الاختصاص التشريعي، فيعهد للسلطة العادية وضع القوانين ويحدد مجالها، ويعهد للسلطة التنفيذية وضع اللوائح محدّداً مجالها كذلك.

ويقتضي استيفاء عنصر الاختصاص في التشريع أن تمتثل الجهة التي تثبت لها سلطة التشريع بالقواعد الدستورية المبيّنة للحدود العضوية والموضوعية والزمانية والمكانية<sup>4</sup>، فكل سلطة يعهد الدستور لها مهمة سنّ التشريعات ينبغي أن تستجيب له وفق الحدود التي يعيّنّها، فلا تتجاوزها إلى

<sup>1</sup> عبدالحفيظ الشيمي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص348.

<sup>2</sup> يوسف عبدالفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرّع، مرجع السابق، ص206.

<sup>3</sup> شادي محمد صلاح عبدالبديع، حدود رقابة القاضى الدستوري على السلطة التقديرية للمشرّع، مرجع سابق، ص185.

<sup>4</sup> فضّل الدكتور عبدالمنعم هذه الحدود في مؤلّفه: المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص43-48.

سواها، وليس لها أن تمتنع عن ممارسة الاختصاصات، كما ليس لها أن تتنازل عن اختصاصها غيرها إلا إذا كان لها سند من الدستور نفسه<sup>1</sup>، فهي ليست مالكة للاختصاص التشريعي لتتصرّف فيه بحسب مشيئتها، بل هي مفوّضة من قبل الدستور.

وأوّل عنصرٍ يراقبه القضاء الدستوري في أي تشريع هو الاختصاص<sup>2</sup>، فينظر فيما إذا كان متفقاً مع حدود الدستور أم مخالفاً له، ثم يليه عنصر الشكل، إذ لا يخوض القضاء الدستوري في مطاعن موضوعية قبل تقصيه لشكلية النصوص الطعينة، غير أن رفض الطعن الشكلي لا يُطهّر النص الطعين من المثالب الموضوعية، إذ يجوز للقضاء الدستوري النظر في العيوب الموضوعية بعد رفضه المطاعن الشكلية<sup>3</sup>.

وحول ما إذا كانت سلطة المشرع في عنصر الاختصاص سلطة تقديرية أم سلطة مقيدة، ذهب رأي للقول بأن المشرّع لا تقدير له في الاختصاص وأنّ سلطته تتمحّض للتقييد حصراً<sup>4</sup> ما يعني أنها سلطة منعدمة<sup>5</sup>، لكن رأياً آخر هدّب هذا الإطلاق، إذ وجد أن بعض الجوانب تثبت فيها السلطة تقديرية في عنصر الاختصاص، مثل الحالة التي يسمح الدستور فيها بتفويض الاختصاص التشريعي، حيث يكون للمشرع سلطة تقديرية تقف عند حدود التفويض التي يرسمها الدستور<sup>6</sup>، وكذلك حين يترك الدستور للمشرع تقرير توقيت مباشرة الاختصاص<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> رمضان بطيخ ومنى رمضان، النظم السياسية والدستورية، مرجع سابق، ص312.  
<sup>2</sup> محمد أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص188. وكذلك: عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص49. وكذلك: رمضان عيسى، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص163.  
<sup>3</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص171، 173.  
<sup>4</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص188. وكذلك: عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مرجع سابق، ص440.  
<sup>5</sup> شادي محمد صلاح عبدالبدیع، حدود رقابة القاضى الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص193.  
<sup>6</sup> إبراهيم الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2016، ص131.  
<sup>7</sup> محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج2، مرجع سابق، ص50.

وتوفيقاً بين هذين الرأيين، يمكن القول بأن الأصل في سلطة المشرع بشأن عنصر الاختصاص أنها سلطة مقيدة، وذلك مؤيد بكثرة القيود الدستورية وصرامتها في تحديد قواعد الاختصاص، لكن هامش التقدير الضئيل في هذه السلطة المقيدة ينصرف لبعض الجوانب اليسيرة؛ مثل تقدير لحظة التدخل التشريعي، وكذلك ما يتعلق بتقدير ظروف التفويض التشريعي وفق حدود الدستور.

ومن المعلوم أن التشريع الذي يصدر عن غير مختص حرياً بالحكم بعدم دستوريته<sup>1</sup>، من ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم دستورية القانون الذي قرّر مسؤولية صاحب المحل عن كل ما يقع فيه من مخالفات لمنافاته قرينة الدستورية بأصلية البراءة، حيث انتهت المحكمة إلى أن الاختصاص المقرر للسلطة التشريعية لا يخولها أن تنشئ من القرائن ما يغل يد المحكمة، وأن هذا التشريع قد انتحل الاختصاص الذي كفله الدستور للسلطة القضائية<sup>2</sup>، فاختصاص السلطة العادية بالتشريع لا يمتد لإلزام القضاء بقرائن معينة، فذلك من صميم الاختصاص القضائي.

ومن أمثلة عدم الاختصاص في التشريعات القطرية نصّ القرار الوزاري الذي جعل للنائب العام صلاحية إدراج أي شخص أو كيان بناء على اقتراح اللجنة الوطنية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب متى توافرت لدى النائب العام أسباب معقولة أو أسس منطقية للاشتباه بتورّطه في ارتكاب أعمال إرهابية<sup>3</sup>، فهذا النص اللاتحي يمنح النائب العام اختصاصاً أسنده الدستور للقضاء وحده

---

<sup>1</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص42.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 96 لسنة 27 قضائية، 7 مارس 2020، برئاسة سعيد مرعي (ش.ق.ش| ر.م 934166) كما قررت في قضية أخرى بأن "اختصاص السلطة التشريعية بسن القوانين - طبقاً للمادة (115) من الدستور - لا يخولها التدخل في أعمال غيرها من السلطات، ومن ثم فلا يكون لها - من باب أولى - التدخل في أعمال السلطة التأسيسية التي تضع دستور البلاد، والتي تملك وحدها وضع الضوابط والمعايير التي تنظم كيفية أدائها للمهمة المنوطة بها." ينظر: القضية رقم 166 لسنة 34 قضائية، 2 يونيو 2013، برئاسة ماهر البحيري. (ش.ق.ش| ر.م 349877)

<sup>3</sup> المادة 3، القرار رقم 1 لسنة 2020 بشأن تنظيم آليات تنفيذ الجزاءات المالية المستهدفة المتصلة بمنع تمويل الإرهاب ومنع تمويل انتشار أسلحة الدمار الشامل وفقاً لقانوني مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، ومكافحة الإرهاب، وتطبيقاً لقرارات مجلس الأمن التابع لمنظمة الأمم المتحدة.



دون غيره، حيث نصّ الدستور صراحةً على أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته أمام القضاء في محاكمة توفر له فيها الضمانات الضرورية لممارسة حق الدفاع"<sup>1</sup>، وهو ما يعارضه نصّ اللائحة، فالنص قد تجاوز ذلك بمنح النائب العام صلاحية إدانة المشتبه بهم من خلال إدراجهم في قائمة العقوبات لمجرد توافر أسباب معقولة أو أسس منطقية أي لمجرد الاشتباه ولو لم تتوافر أدلة الاتهام، وهو ما ينطوي على سلب اختصاص السلطة القضائية في هذا الشأن ومنحه للنائب العام.

وفي القرار ذاته، ورد النص على تجميد كافة أموال الأشخاص أو الكيانات المدرجة، وهو ما يشكل اعتداءً على اختصاص السلطة القضائية بترتيب عقوبة المصادرة دون غيرها من الجهات، حيث نصّ الدستور القطري على أن "المصادرة العامة للأموال محظورة، ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، في الأحوال المبينة بالقانون"<sup>2</sup> - فهذا النصّ فضلاً عن مخالفته القيد المغلق على عنصر المحل بتقريره أن يكون التجميد عامًا على كافة الأموال وليس خاصًا - فإنه يفوّض سلطةً لا تملك الاختصاص بالتجميد وفق الدستور، إذ إن التجميد الخاص للأموال لا يصحّ دستوريًا إلا عن طريق السلطة القضائية<sup>3</sup>. فمثل هذه النصوص تستدعي مراجعةً عاجلة من قبل المحكمة الدستورية العليا عند تفعيلها، وهي تستدعي من القضاء العادي - إلى ذلك الحين - أن يبادر لرقابة الامتناع فيُطبّق النصّ الدستوري ويعرض عن تطبيق النصّ الذي يخالفه.

**ثانيًا - عنصر الشكل والإجراءات:** الشكل هو المظهر الخارجي للتشريع، أي الصورة التي ينبغي إفراغ التشريع وفقًا لها<sup>4</sup>، أما الإجراءات فهي مراحل الإعداد التي يلزم اتخاذها قبل صدور التشريع، فالمرحلة التمهيدية التي يسلكها المشرع تمثّل عنصر الإجراءات الذي إذا تظافر مع الشكل كونا

<sup>1</sup> المادة 39، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>2</sup> المادة 56، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>3</sup> المادة 26، القرار رقم 1 لسنة 2020 بشأن تنظيم آليات تنفيذ الجزاءات المالية...، مرجع سابق.

<sup>4</sup> ماجد راغب الحلو، دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 285.

هذا العنصر، وهذا العنصر في المجال الدستوري يشير إلى جميع القواعد الشكلية والإجرائية التي يطلب الدستور اتباعها عند إصدار التشريعات<sup>1</sup>.

تتوقف صحة هذا العنصر على مدى اتباع المشرع للأوضاع الشكلية والإجرائية التي تطلبها الدستور<sup>2</sup>، فقد قرّر كل من الدستورين المصري والقطري شكلاً وتشكيلاً وأنصبة معينة لصدور القانون عن السلطة العادية، فأوجبا مرور القانون بإجراءات محدّدة قبل اعتماده، بدءاً من إجراء الاقتراح، مروراً بمناقشة مشروعات القوانين، ثم التصويت بالأنصبة المقرّرة، ثم التصديق أو الاعتراض، ثم الإصدار والنشر في الجريدة الرسمية أخيراً<sup>3</sup>.

كما اشترطاً في اللوائح إجراءات عامة تتعلق بإعدادها من قبل الوزارات والأجهزة الحكومية ثم اعتمادها من قبل مجلس الوزراء<sup>4</sup>. وفي قطر، اشترط الدستور في بعض القرارات- التي يصدر بتحديد قرار أميرى<sup>5</sup>- أن تُرفع إلى الأمير للتصديق عليها<sup>6</sup>، وهكذا فإن جميع هذه التشريعات- القانونية واللائحية- ينبغي أن تصدر عن التزامٍ بالمسارات الشكلية والإجرائية التي رسمها الدستور. وبشأن طبيعة سلطة المشرع في عنصر الشكل، جرى التفريق بين الأشكال والإجراءات الجوهرية وبين الأشكال والإجراءات غير الجوهرية، فالجوهرية تتعلق بالإجراءات التي استهدف الدستور منها توفير ضمانات معينة، مثل حضور أغلبية أعضاء المجلس لصحة انعقاده. أما غير الجوهرية

<sup>1</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص190.

<sup>2</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص166.

<sup>3</sup> يُنظر: الفصل الأول، دستور مصر 2014 المعدل 2012. وكذلك: الفصل الثالث، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>4</sup> المواد: 170، 171، 173، 211، 212، دستور مصر 2014 المعدل 2012. وكذلك المواد: 67، 121، 125 الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>5</sup> ولقد صدر بتحديد تلك القرارات القرار الأميري رقم 29 لسنة 1996 بشأن قرارات مجلس الوزراء التي ترفع للأمير للتصديق عليها وإصدارها، فنص على أن ترفع إلى الأمير للتصديق عليها وإصدارها قرارات مجلس الوزراء المتعلقة باللوائح والقرارات التي تصدر أو تعتمد تنفيذاً للقوانين، وقرارات إنشاء وتنظيم الأجهزة الحكومية والهيئات العامة، وقرارات استتباب الأمن الداخلي والمحافظة على النظام في الدولة.

<sup>6</sup> المادة 125، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

تتعلق بالإجراءات التي استهدف الدستور من خلالها تنظيم العمل الداخلي للمشرع، مثل عرض مشروع القانون على لجنة الصياغة قبل إحالته إلى المجلس لمناقشته. حيث عدَّ البعض مخالفة الإجراءات الجوهرية موجبة للحكم بعدم الدستورية، ما يجعل سلطة المشرع بشأنها سلطة مقيدة، أما مخالفة الإجراءات غير الجوهرية فإنها لا تستدعي الحكم بعدم الدستورية، ما يجعل للمشرع بشأنها سلطة تقديرية من حيث الالتزام بها<sup>1</sup>.

غير أن هذا الرأي جوبه بالرفض، إذ لم يعتد غالب الفقه الدستوري بتأثير هذا التفريق على مدى خضوع عنصر الشكل للرقابة الدستورية، وهو الرأي الصواب، فهذا التفريق من مبتكرات القضاء الإداري التي لا حظ لها في المجال الدستوري، ففي المجال الإداري لا يُحكم بعدم مشروعية القرار الإداري لمجرد تجاهله شكلاً أو إجراءً معيناً بل يجب أن يكون ذلك الشكل أو الإجراء جوهرياً<sup>2</sup>، أما في المجال الدستوري فجميع ما ورد في الدستور من إجراءات يُعدُّ جوهرياً موجباً للحكم بعدم الدستورية عند مخالفته مهما هان الغرض من ذلك الإجراء<sup>3</sup>.

ثم إن التفريق بين الجوهرى وغير الجوهرى لا ضابط له من الدستور، ما يجعل للقضاء الدستوري سبيلاً للتحكم في الأشكال الجوهرية وفق معياره الخاص على نحو يعارض مبدأ سمو الدستور، كما أن بعض الإجراءات التي صُنِّفت بعدم جوهريتها قد تؤثر بشكل بالغ على العملية التشريعية من حيث الجودة والكفاءة، فأعضاء البرلمان ليسوا سواء في الثقافة والمعرفة، ولهذا قدر الدستور تلافياً ما قد يقع من خلل في الصياغة عن طريق اشتراط إجراء الإحالة للجنة الصياغة<sup>4</sup>، وكذلك

---

<sup>1</sup> قال السنهوري بهذا التفريق، يُنظر بحثه: مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص32-

34. وتبعه في ذلك بعض الفقه، مثل: ماجد راغب الحلو، دستورية القوانين، مرجع سابق، ص286.

<sup>2</sup> عبدالحفيظ الشيمي ومهند نوح، القانون الإداري في ضوء القانون القطري، مرجع سابق، ص297.

<sup>3</sup> ناصر الهاجري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص480. وكذلك: رمضان بطيخ ومنى رمضان، النظم السياسية والدستورية، مرجع سابق، ص314.

<sup>4</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص192، 193.

جميع الشكليات والإجراءات التي تطلبها الدستور، فهي تقترن بأغراض معينة وليست سابعةً في فراغ<sup>1</sup>، فسلطة المشرع بحسب قواعد الدستور الشكلية والإجرائية هي سلطة مقيّدة، ويقتصر هامش التقدير فيها على الأمور التفصيلية، مثل طريقة تقديم الاقتراح التشريعي، ومثل طريقة المناقشات في المجلس التشريعي، فمثل هذه المسائل لم يورد الدستور قيودًا عليها، فهي تقع ضمن هامش التقدير الضئيل لعنصر الشكل والإجراءات، وفيما عدا ذلك فإن المشرع ملزم "بالعنصر الإجرائي من خلال الالتزام بالمراحل الدستورية المقررة لإصدار التشريع"<sup>2</sup> ولقد أكدّ القضاء الدستوري في مصر رقابته على القواعد الشكلية والإجرائية للتشريع، فقضى بأن "كل قاعدة قانونية لا تكتمل في شأنها الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، كتلك المتعلقة باقتراحها أو إقرارها أو إصدارها أو شروط نفاذها، إنما تفقد مقوماتها باعتبارها كذلك، فلا يستقيم بنيانها"<sup>3</sup>.

كما راقب القضاء الدستوري في مصر صدور القانون وفق الإجراءات المقررة دستوريًا فعلا، فقضت المحكمة بعدم دستورية قانون العقوبات لتخلف الإجراءات الدستوري الذي يوجب عرض مشروع القانون على المجلس التشريعي لأخذ الرأي فيه قبل صدوره<sup>4</sup>. وفي حكمٍ آخر، قضت بعدم دستورية قرار محافظ الإسكندرية بشأن إنشاء الهيئة العامة لمرفق مياه الإسكندرية لمخالفته الإجراءات الدستوري الذي أوجب النشر في الجريدة الرسمية<sup>5</sup>.

وفي قطر، هناك العديد من التشريعات التي تخلف فيها إجراء النشر في الجريدة الرسمية، والذي جعله الدستور القطري خلال أسبوعين من تاريخ صدور التشريع<sup>6</sup>، فقانون النظام المالي رقم 2

---

<sup>1</sup> رمضان عيسى أحمد، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص164.

<sup>2</sup> هلال الخلفي، صياغة الأدوات التشريعية في دولة قطر: الأصول والمبادئ والمعايير، دار الكتب القطرية، قطر، 2021، ص148.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 104 لسنة 26 قضائية، 1 أبريل 2017، ر. عبد الوهاب عبدالرزاق. (ش.ق.ش.ا.ر.م. 388500)

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 17 لسنة 28 قضائية، 13 أكتوبر 2018، برئاسة حنفي الجبالي. (ش.ق.ش.ا.ر.م. 408586)

<sup>5</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 104 لسنة 26 قضائية، 2017، ر. عبد الوهاب عبدالرزاق، حكم سابق.

<sup>6</sup> المادة 142، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

لسنة 2015 نُشِرَ بعد قرابة ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره، وقانون المحاماة رقم 23 لسنة 2006 نُشِرَ بعد شهرين من تاريخ صدوره، وعلى ديدنه قانون الأسرة رقم 22 لسنة 2006، وقانون حكم الدولة ووراثته رقم 15 لسنة 2006، والمرسوم بقانون المؤسسات الخاصة ذات النفع العام رقم 21 لسنة 2006، وهو ما يخالف شرط المدة الذي حدده الدستور<sup>1</sup>.

**ثالثاً- عنصر السبب<sup>2</sup>:** السبب في القرار الإداري هو حالة قانونية أو واقعية تدفع الإدارة للتدخل بإصدار القرار<sup>3</sup>. وهو في المجال الدستوري حالة دستورية أو واقعية تدفع المشرع للتدخل بإصدار التشريع<sup>4</sup>. وتلك الحالة مستقلة عن إرادة المشرع سابقة على التشريع ومسوغة له. حيث يمتاز السبب عن بقية العناصر الموضوعية بأمرين:

**الأول-** الاستقلال عن إرادة المشرع، وذلك بعكس المحل الذي تحضر فيه إرادة المشرع لترتيب أثر قانوني محدّد سواء تمثّل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني، وبعكس عنصر الغاية الذي يتصل بإرادة المشرع في ابتغاء هدفٍ نهائي من وراء التشريع<sup>5</sup>.

**الثاني-** الأسبقية على وضع التشريع، فالحالة الواقعية أو القانونية تسبق وضع التشريع، بخلاف المحل الذي يتعلّق بالأثر القانوني الذي يكون بعد وضع التشريع، وبخلاف الغاية التي تتحقق بعد إعمال التشريع. فالسبب هو الذي يثير في ذهن المشرع فكرة التدخل لإصدار تشريع ما.

---

<sup>1</sup> حسن عبدالرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، دار نشر جامعة قطر، ط4، 2022، ص229. في الكتابات الفقهية عادة ما يُقدّم عنصر المحل في الذكر على عنصر الغاية، غير أن الترتيب الواقعي لتلك العناصر يجعل تقديم السبب أجدر، «قالمشرع عندما يصدر قانوناً يبدأ بسببه، ثم ينتقل إلى المحل، ليصل في نهاية الأمر إلى الغاية»، ولهذا وجدنا- خلافاً للترتيب الفقهي الذي يبدأ بعنصر المحل ثم السبب ثم الغاية- أنّ يكون البدء ببيان عنصر السبب ثم المحل ثم الغاية. يُنظر: رمضان عيسى أحمد، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص173.

<sup>3</sup> عبدالحميد الشيمي ومهند نوح، القانون الإداري في ضوء القانون القطري، مرجع سابق، ص300.

<sup>4</sup> رمضان عيسى أحمد، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص173.

<sup>5</sup> الحديث هنا عن الوضع النموذجي لعنصر السبب، ولكن قد يكون السبب مدفوعاً بالحالة النفسية للمشرع وليس بحالة دستورية أو واقعية، وحينئذٍ تتدخل الإرادة في تشكيل عنصر السبب، وهو ما سوف نتحدث عنه عند التمييز بين كلٍ من السبب التشريعي، والدافع التشريعي، والباعث التشريعي.

ورغم الفارق الواضح بين السبب والغاية؛ يدمج البعض بينهما بحجة أن أسباب التشريع تكشف عن غاياته أو تُعين على ذلك<sup>1</sup>، وهذه الحجة تصحُّ لإبراز دور السبب في تحديد الغاية الفعلية، لكنها لا تصحُّ لدمج العنصرين معاً، فكلاهما يستدعي النظر إليه باستقلال في أحوالٍ كثيرة<sup>2</sup>.

وسلطة المشرع في تقدير الأسباب تتراوح بين التقدير والتقييد، وذلك بحسب النص الدستوري، ويرى البعض أن القضاء الدستوري ليس له أن يراقب السلطة التقديرية للمشرع في عنصر السبب، بحجة أن الرقابة عليها هي رقابة ملاءمة<sup>3</sup>، ولا يصح ذلك الرأي، فهو يؤول لجعل سلطة المشرع في تقدير الأسباب سلطة مطلقة فيخرجها من مبدأ الخضوع للدستور بإخراجها من نطاق الرقابة الدستورية، وستأتي مناقشة ذلك تفصيلاً عند التفريق بين رقابة الدستورية ورقابة الملاءمة.

بالنسبة للحالات الدستورية فهي تلك التي جعلها الدستور سبباً حصرياً للتدخل التشريعي، مثل حالة الضرورة التي تسوّغ التدخل بقرارات بقوانين في التشريع المصري<sup>4</sup>، والظروف الاستثنائية التي تسوّغ التدخل بمراسيم القانون في التشريع القطري<sup>5</sup>، وهذه الحالات لا تقدير للمشرع فيها، فسلطته بشأنها سلطة مقيدة. أما بالنسبة للحالات الواقعية، فهي تلك التي تطرأ في الواقع فتدفع المشرع للتدخل من أجل تنظيمها، وفيها تكون سلطة المشرع واسعة في تقدير الأسباب.

ولقد راقب القضاء الدستوري في مصر عنصر السبب في منطقتي التقدير والتقييد، فقضى برفض الطعن بعدم الدستورية مستنداً في رفضه لصحة السبب الذي قام التشريع عليه في بعض الأحكام، كما قضى بعدم دستورية التشريع لعدم صحة السبب الذي قام التشريع عليه في أحكامٍ أخرى.

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص7.

<sup>2</sup> سيأتي نقاش هذه المسألة بالتفصيل في مواضع لاحقة.

<sup>3</sup> محمد أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص208. وكذلك: عادل الطببائي، الحدود الدستورية بين السلطين التشريعية والقضائية، مرجع سابق، ص458. وكذلك: رمضان عيسى أحمد، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص177.

<sup>4</sup> المادة 156، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

<sup>5</sup> المادة 70، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

حيث طُعن على دستورية قانون يجعل تقدير أجره المبنى المرخص بإقامته على أساس صافي عائد الاستثمار ومقابل استهلاك رأس المال ومصروفات الإصلاحات والصيانة بنسب محدّدة من قيمة الأرض والمباني، وطُعن في القضية ذاتها على دستورية قانون آخر يجعل تحديد أجره المباني بعد إنشائها على أساس تقدير قيمة الأرض بنسب ومعايير محددة<sup>1</sup>.

كان النعي قائمًا على مساس النّصين بالملكية الخاصة وإخلالهما بمبدأ التضامن الاجتماعي، فراقبت المحكمة سلطة المشرع في تقدير الأسباب، ثم انتهت لرفض الطعن مؤكّدة قيام النّصين على حالة واقعية صحيحة، تمثّلت في "زيادة أجره الأماكن بما لا يتناسب مع دخول القاعدة العريضة من أفراد المجتمع"، وإزاء هذه الحالة الواقعية، وما قد يترتب عليها من نتيجة نهائية تتمثل في "تشريد الآلاف لعدم قدرتهم على الوفاء بالتزاماتهم في سداد الأجرة إذا ما تُرك أمر تحديدها بيد مؤجريها وحدهم وما ينتج عن ذلك من تقنيت لبنية المجتمع وإثارة الحقد والكراهية بين فئاته ممن لا يملكون ولا يقدرّون ومن يملكون ويتحكمون"؛ وجدت المحكمة أنه "كان لزامًا على المشرع - بما له من سلطة تقديرية- أن يتدخل بالتنظيم مستهدفًا إزالة أسباب الخلاف بين المؤجرين والمستأجرين، موازنًا بين مصلحة هذا وذاك دون تعسف أو استغلال، عن طريق وضع أسس موضوعية عادلة لتقدير الأجرة عن طريق لجان محايدة، تراقبها المحكمة المختصة. ومن ثم فإن تدخل المشرع على هذا النحو يكون قد قام على سبب صحيح يرتبط منطقيًا بالأغراض التي توخاها بما لا يعد إخلالًا بمبدأ التضامن الاجتماعي، بل تأكيدًا له<sup>2</sup>."

في هذه القضية- وغيرها من القضايا التي تناولت فيها المحكمة التشريعات المتعلقة بتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين- انطلقت المحكمة من بسط رقابتها على سبب التشريع تحديدًا، ففحص

<sup>1</sup> المادتان 14، 15، قانون تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر رقم 49 لسنة 1977.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 68 لسنة 19 قضائية، 31 يوليو 2005، برئاسة ممدوح مرعي. (ش.ق.ش | ر.م 72184)

السبب كان المحدّد الأساس للمحكمة في تبني هذا الحكم وغيره من الأحكام المتصلة بالموضوع ذاته، وهو من قبيل الأسباب الواقعية المتمثلة في أزمة الإسكان التي مرّت الدولة بها<sup>1</sup>. ونلاحظ في هذا الحكم أن المشرّع اشترط ارتباط السبب بما يسعى المشرّع إلى تحقيقه من أغراض، إذ المشرّع بناءً على الأسباب يقدر الغايات، وهو وإن كان يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك إلا أنه مقيد بضرورة ارتباط الغايات التي يستهدفها بالأسباب التي تدفعه لسنّ التشريع. وإذا كان الحكم السابق يعبر عن الرقابة الدستورية على السبب في مجال السلطة التقديرية للمشرّع، فإن القضاء الدستوري قد راقب السبب في مجال السلطة المقيدة كذلك، ويظهر ذلك في الظروف الاستثنائية كسبب لتشريع مراسيم لها قوة القانون في قطر، وكسبب لتشريع القرارات بقانون في مصر، فالسلطة التنفيذية لا تملك إصدار مراسيم لها قوة القانون أو القرارات بقانون على سبب غير الظروف الاستثنائية، وليس لها في ذلك سلطة تقديرية، بل ينبغي أن تتقيد بالظروف الاستثنائية وفقاً للشروط التي حدّدها النص الدستوري كسبب للتدخل التشريعي، وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا في مصر بقضائها أنه "لا يكون لرئيس الجمهورية المنتخب، بموجب نص المادة (156) من الدستور القائم، إصدار تشريع، في غيبة البرلمان، إلا إذا توافرت الظروف الاستثنائية التي جعلها الدستور سبباً لإصدار القرار بقانون، فإذا لم تتوافر؛ فقد القرار بقانون مسوغ إصداره ووقع باطلاً، ومن باب أولى؛ لا يملك رئيس الجمهورية المؤقت سلطة التشريع لغير مواجهة حالة تقتضي مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير، وإلا أضحت التشريعات مفتقرة لسبب صحيح لإصداره"<sup>2</sup>. فهذا الحكم صريح في أن السلطة التنفيذية في معرض اختصاصها التشريعي مقيدة بالسبب الدستوري والمتمثل في قيام حالة الضرورة.

<sup>1</sup> يوسف عبدالفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرّع، مرجع سابق، ص276.  
<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم160 لسنة 36 قضائية، 3 ديسمبر 2016، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق. (ش.ق.ش. ا.م. 385804)



أما في دولة قطر، فإن جملةً من التشريعات تستدعي المراجعة على مستوى الأسباب التي قادت إلى وضعها، خصوصًا فيما يتعلق بمراسيم القوانين، إذ السبب الدستوري فيها واضح كونه يعبر عن حالة دستورية تتمثل في الظروف الاستثنائية المنصوص عليها، وكثير من مراسيم القوانين صدرت بالمخالفة لهذا السبب، من ذلك المرسوم بقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم 21 لسنة 2020، ومرسوم بقانون تنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم رقم 19 لسنة 2020، وكذلك مرسوم بقانون إيجار العقارات رقم 15 لسنة 2013، فجميع هذه المراسيم تتناول موضوعات تنبث صلتها عن أي ظرف استثنائي، وهو السبب الذي استلزمه الدستور لإصدار مراسيم القوانين والمتمثل في وجود ظروف استثنائية<sup>1</sup>، ومن ثم فإن المحكمة الدستورية العليا إذا ما فُعلت ينبغي أن تراقب الأسباب الواقعية والدستورية التي تُبنى التشريعات عليها.

**رابعًا - عنصر المحل:** إذا كان محل القرار الإداري هو الأثر الذي يحدثه القرار إما بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني سابق أو إلغائه<sup>2</sup>، فإن محل التشريع هو الأثر الذي يحدثه التشريع بإنشاء أو إلغاء أو تعديل مركز قانوني معين<sup>3</sup>، وهو - بتعبير آخر - الحل الذي يقدمه المشرع لمعالجة الأسباب. فكل نص قانوني أو لائحي يرتب أثرًا معينًا يشكل عنصر المحل، وهذا الأثر هو ما يتولد عن التشريع بصفة مباشرة من إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني معين<sup>4</sup>. ولئن كان السبب هو ما يحدث في الواقع فيدفع المشرع للتدخل، فإن المحل هو ما ينبغي أن يحدث عند تدخل المشرع<sup>5</sup>. ويُشترط لصحة المحل التشريعي أمران:

---

<sup>1</sup> للاستزادة: حسن السيد، تحقق الحالة الاستثنائية كشرط لإصدار المراسيم بقوانين، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، 2017.

<sup>2</sup> عبدالحفيظ الشيمي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 370.

<sup>3</sup> رمضان عيسى، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 170.

<sup>4</sup> شادي محمد صلاح عبدالبديع، حدود رقابة القاضى الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 204.

<sup>5</sup> إبراهيم الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 149.

1- أن يكون ممكنًا، بحيث يمكن إنزاله على أرض الواقع، واستحالة المحل إما أن تكون قانونية أو واقعية<sup>1</sup>، فمن أمثلة الاستحالة القانونية صدور قانون بإلغاء الضرائب في ظل نظام لم تُفرض فيه الضريبة أصلاً فهنا يستحيل المحل قانونًا لأن الإلغاء يجب أن يكون على نصٍ سارٍ بالفعل، كذلك يستحيل المحل عند صدور قانون بإسقاط الجنسية الأجنبية في أحوالٍ معينة، إذ لا تملك الدولة إسقاط الجنسية الأجنبية لأنها لا تملك منحها أصلاً، ففي مثل هذه الأمثلة وما ضارعتها يكون المحل غير ممكنٍ قانونًا. أما بالنسبة للاستحالة الواقعية، فمثالها صدور قانون أو لائحة بتنظيم استضافة كأس العالم بعد انقضاء الحدث، فهنا لا يكون المحل ممكنًا لاستحالة تنفيذه في الواقع بسبب انقضاء الحدث، أو كما لو نصّ التشريع على تحديد النطاق الجغرافي للدولة بمناطق لا وجود لها، فهنا يكون المحل غير ممكن لانعدامه في الواقع.

2- أن يكون مشروعًا، وتعني مشروعية المحل ألا ينصب موضوعه على أمرٍ محظورٍ بموجب الدستور<sup>2</sup>، فالنص الذي يقيد الحق أو يمنعه بغير سند دستوري يكون محلّه غير مشروع لأنه يخالف جوهر الحق المقرر دستوريًا، والتشريع الذي يتضمن تمييزًا على أساس غير دستوري يكون غير مشروع لمخالفته مبدأ المساواة، لأن موضوعه يتنافى مع الدستور، وهكذا دواليك.

وسلطة المشرع في تقرير محل التشريع تتحدّد بحسب القاعدة الدستورية، فكلما كانت النصوص الدستورية متسمة بالعموم على نحو تجعل فيه للمشرع صلاحية الاختيار بين البدائل المتعددة كلما كانت سلطته في المحل تقديرية، وكلما فرضت خيارًا محددًا من خلال شروط قيود تفصيلية كلما كانت سلطته مقيدة<sup>3</sup>، ولئن كان الأصل أن سلطة المشرع فيما يتعلق بالمحل عند تنظيم الحقوق

<sup>1</sup> عبدالحفيظ الشيمي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 371.

<sup>2</sup> عبدالحفيظ الشيمي ومهند نوح، القانون الإداري في ضوء القانون القطري، مرجع سابق، ص 298.

<sup>3</sup> إبراهيم الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 151. رمضان عيسى، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 171. شادي عبدالبيدع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 204.

والحريات هي سلطة تقديرية واسعة إلا أنها لا تصل إلى حد إهدار أصل الحق الذي قرره الدستور أو الانتقاص منه، فهي على اتساعها تبقى محكومة بالدستور<sup>1</sup>.

ولقد راقبت المحكمة الدستورية العليا عنصر المحل في مختلف الموضوعات، ومن ذلك حكمها بأن "النص المطعون فيه قد توخى اقتطاع جزء مما استحقه المؤمن عليهم من المعاش، مخرلاً بذلك بمركزهم القانوني الذي اكتملت في شأنهم شرائط تكوينه... فإن النص المطعون فيه يتمخض عدواناً على حقوق هذه الفئة من المواطنين أعضاء نقابة المحامين، مجاوزاً بذلك نطاق السلطة التقديرية للمشرع في مجال تنظيم الحقوق والحريات التي كفلها الدستور"<sup>2</sup>. ولئن كان الأصل المقرّر أن سلطة المشرع تقديرية فيما يتعلق بعنصر المحل، لكن في بعض الأحوال تكون سلطة المشرع مقيدة في تعيين المحل، ومن أمثلة ذلك؛ القيود المفروضة على المشرع عند ترتيب المصادرة كحل لبعض المسائل، إذ لا يجوز له أن يرتب المصادرة كأثر لأي تشريع إلا عن طريق جعلها مبنية على حكم قضائي، وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الدستور قد نص على "تقييده المصادرة الخاصة في كافة صورها بأن تكون أدواتها حكماً قضائياً وليست قراراً إدارياً"<sup>3</sup>.

أما في قطر، فإن العديد من النصوص التشريعية تتعارض في محلّها مع القيود الدستورية على المحل، مثل نص قانون الاجتماعات العامة والمسيرات الذي استلزم الحصول على ترخيص لعقد أو لتنظيم أو للإعلان أو لإذاعة أنباء بشأن اجتماع عام<sup>4</sup>، ووجه المخالفة أن هذا النص ينتقص

---

<sup>1</sup> ماجد راغب الحلو، *دستورية القوانين*، مرجع سابق، ص292.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، *القضية رقم 44 لسنة 28 قضائية*، 13 أكتوبر 2018، برئاسة حنفي جبالي. (ش.ق.ش| ر.م 408587) ومن ذلك أيضاً حكمها بعدم دستورية النص الذي قضى بصرف حافز المناطق النائية على فئات دون أخرى، حيث اعتبرت أن محل هذا التشريع يقيم تمييزاً تحكيمياً بين أصحاب المراكز القانونية المتكافئة بما يخل بمبدأ المساواة الذي قرره الدستور. يُنظر: المحكمة الدستورية العليا، *القضية رقم 126 لسنة 38 قضائية*، 4 يناير 2020، برئاسة سعيد عمرو. (ش.ق.ش| ر.م 432695)

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، *القضية رقم 17 لسنة 11 قضائية*، 6 أبريل 1991، برئاسة ممدوح مصطفى. (ش.ق.ش| ر.م 36603)

<sup>4</sup> المادة 1، قانون الاجتماعات العامة والمسيرات رقم 18 لسنة 2004.

من حق التجمع الذي كفله الدستور بصريح العبارة حينما قضى بأن "حق المواطنين في التجمع مكفول وفقاً لأحكام القانون"<sup>1</sup>، فالقانون يقتصر دوره في تنظيم الحق دون أن يتجاوز ذلك إلى تفويضه، وفرض استصدار ترخيص هو تعطيلٌ لهذا الحق لأن محلّ هذا القانون يستبطن أن الأصل هو منع حق التجمع، واستثناءً يمكن ممارسة حق التجمع إذا صدر ترخيص بذلك، وهذا الأمر يعزّزه نصّ آخر من القانون يعتبر عدم الإخطار بالموافقة على طلب الترخيص رفضاً للطلب لا قبولاً<sup>2</sup>، فمعنى ذلك أن الأصل هو حظر التجمع، وأن السماح به هو الاستثناء، بخلاف نص الدستور الذي جعل الأصل هو تمكين الحق في التجمع.

**خامساً - عنصر الغاية:** يتمثل عنصر الغاية في النتيجة النهائية التي وُضع التشريع من أجلها، والنتيجة النهائية التي يجب استهدافها دائماً هي المصلحة العامة وفقاً لحدودها الدستورية، فمتى حاد المشرع عن المصالح الدستورية فإن التشريع يكون مخالفاً للدستور لعييب في الغاية<sup>3</sup>.

ذلك أن "كل تنظيم تشريعي لا يصدر عن فراغ، ولا يعتبر مقصوداً لذاته، بل مرماه إنفاذ أغراض بعينها يتوخاها، وتعكس مشروعيتها إطاراً للمصلحة العامة التي أقام المشرع عليها هذا التنظيم باعتباره أداة تحقيقها، وطريقة الوصول إليها"<sup>4</sup>. ولما كان موضوع هذه الأطروحة منصباً على الرقابة الدستورية على الغاية، فلن نطيل الحديث هنا عن عنصر الغاية، فسيأتي في الفصل الثاني تحديد مفهوم الغاية، وسوف نتعدّد الأبواب اللاحقة لتفصيل المسائل المتعلقة بالرقابة الدستورية عليها، بما في ذلك طبيعة سلطة المشرع في تحديد الغايات التشريعية وما إذا كانت سلطة تقديرية أم سلطة مقيدة، فنكتفي هنا بهذا القدر.

<sup>1</sup> المادة 44، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>2</sup> المادة 5، قانون الاجتماعات العامة والمسيرات رقم 18 لسنة 2004.

<sup>3</sup> ماجد الحلو، *دستورية القوانين*، مرجع سابق، ص 296. وكذلك: رمضان عيسى، *الانحراف التشريعي*، مرجع سابق، ص 178.

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 131 لسنة 39 قضائية، 6 أبريل 2019، برئاسة حنفي الجبالي. (ش.ق.ش | ر.م 416137)

## المطلب الثاني

### التشريعات غير المنصوص على خضوعها للرقابة الدستورية

ينقسم التشريع الدستوري إلى: تشريع مُنشئ يتمثل في الدستور، وتشريع مُنشأ يتمثل في التعديلات الدستورية، حيث تختص السلطة التأسيسية الأصلية بإصدار الدستور، في حين تختص السلطة التأسيسية المنشأة بتعديله. ولقد أخضع الدستور كلاً من القوانين واللوائح للرقابة الدستورية بنص صريح، لكنه سكت عن مدى خضوع التشريع الدستوري للرقابة الدستورية، فلم يقرّها ولم يحظرها، وهو ما وُلد جدلاً فقهيًا واسعًا بشأن مدى جواز الرقابة الدستورية على الدستور من جهة، ومدى جوازها على التعديلات الدستورية من جهة ثانية.

ولعلّ أساس اللبس الذي صعّد من الخلاف الفقهي في هذا الصدد يرجع إلى مُماثلة التعديلات الدستورية بالدستور مماثلةً تامّة<sup>1</sup>، رغم الفارق الكبير بينهما على نحوٍ يستدعي التفريق. ولأجل ذلك، نسعى في الفرع الأول إلى التفريق بين سلطة وضع الدستور وسلطة تعديل الدستور، ثم في الفرع الثاني نتناول عناصر الرقابة الدستورية على التعديلات الدستورية.

### الفرع الأول- التفريق بين سلطة وضع الدستور وسلطة تعديل الدستور

لما كان الدستور هو معيار الرقابة الدستورية فإنه لا يكون محلاً للرقابة أبداً، فالدستور هو قانون الخصومة الدستورية، وتطبيقه يقتضي تقديمه على جميع ما سواه إعمالاً لمبدأ تدرج النظم القانونية، فقد تعيّن أنّ الدستور هو القانون الأعلى<sup>2</sup>. لكن الحال يختلف بالنسبة للتعديلات الدستورية، فهي توضع بواسطة سلطة أنشأها الدستور نفسه، وذلك يعني أنها سلطة تابعة للدستور وليست سلطة

<sup>1</sup> ممن ساووا بين الدستور والتعديلات الدستورية: رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري، مرجع سابق، ص1435.

<sup>2</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص95. وكذلك: محمد فوزي نويجي، المبادئ الدستورية العامة، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020، ص178، 179.

مستقلة عنه، حيث يمر التعديل الدستوري بأربع مراحل، أولها اقتراح التعديل، وثانيها إقرار مبدأ التعديل، وثالثها إجراء التعديل، ورابعها إقرار التعديل وصيرورته نافذا<sup>1</sup>.

بالنسبة لمرحلة الاقتراح؛ منح الدستور المصري لرئيس الجمهورية ولخمس أعضاء مجلس النواب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور على أن يستوفي الطلب بيان المواد المطلوب تعديلها وأسباب التعديل، أما الدستور القطري فقد منح للأمر ولثلاث أعضاء مجلس الشورى السلطة ذاتها، ولم يشترط في الطلب بيانات معينة.

ثم بالنسبة لمرحلة إقرار التعديل من حيث المبدأ؛ قرر الدستور المصري أن يناقش مجلس النواب طلب التعديل في غضون ثلاثين يوماً من تاريخ استلامه طلب التعديل، ثم يصدر قراره بقبول طلب التعديل كلياً أو جزئياً بأغلبية أعضائه، فإذا رُفض طلب تعديل الدستور لم يجز تقديم طلب آخر قبل دور الانعقاد ذاته. وعلى مثل ذلك نص الدستور القطري، على أن الرفض يحول دون عرض الطلب من جديد قبل مضي سنةٍ على الرفض.

أما مرحلة إقرار التعديل فتكون بعد الموافقة على طلب التعديل من حيث المبدأ، وبحسب الدستور المصري؛ تُناقش نصوص المواد المطلوب تعديلها بعد ستين يوماً من تاريخ الموافقة، فإذا حاز الطلب على موافقة ثلثي أعضاء المجلس عُرض على الشعب لاستفتاءه عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الموافقة، أما الدستور القطري فقد اشترط لإقرار التعديل موافقة ثلثي أعضاء المجلس، دون عرضه على استفتاء شعبي.

وأخيراً مرحلة الإقرار، حيث تطلب الدستور المصري لِنفاذ التعديلات الدستورية موافقة أغلبية عدد الأصوات الصحيحة للمشاركين في الاستفتاء، حيث تصبح نافذةً من تاريخ إعلان النتيجة، أما

---

<sup>1</sup> رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري، مرجع سابق، ص771. يُنظر : المادة 226، دستور مصر 2014 المعدل 2019. وكذلك: المادة 144، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

الدستور القطري فقد استلزم لسريان التعديل تصديق الأمير عليه ونشره في الجريدة الرسمية، دون اشتراط عرضه على استفتاء شعبي.

وقد أورد الدستوران حظراً موضوعياً على سلطة تعديل الدستور، فنص الدستور المصري على عدم جواز تعديل النصوص المتعلقة بإعادة انتخاب رئيس الجمهورية، أو بمبادئ الحرية، أو المساواة، ما لم يكن التعديل متعلقاً بالمزيد من الضمانات<sup>1</sup>. بينما نص الدستور القطري على عدم جواز طلب تعديل الأحكام الخاصة بالحقوق والحريات العامة إلا لمنح مزيد من الحقوق والضمانات لصالح المواطن<sup>2</sup>، وأضاف الأخير حظراً زمنياً يتعلق بعدم جواز استعمال سلطة تعديل الدستور قبل انقضاء عشر سنوات على صدوره<sup>3</sup>، وقد انقضت هذه الحظر بانقضاء المدة.

إزاء هذه القيود الدستورية الواضحة على سلطة تعديل الدستور لا نجد قيوداً قانونياً واحداً على سلطة وضع الدستور، ذلك أن السلطتين مختلفتين اختلافاً شاسعاً، وحتى على فرض وجود نص يقيد سلطة وضع الدستور فإن ذلك النص لن يكون له معنى، لأن سلطة وضع الدستور سلطة سياسية موجودة قبل النظام القانوني وهي التي تُنشئه، أما سلطة تعديل الدستور فهي سلطة قانونية لا تتشأ إلا في ظل نظام قائم. ويمكن حصر الفوارق بين السلطتين فيما يلي:

**أولاً- مناصب السلطة:** تُباشر السلطة التأسيسية الأصلية مهمة إصدار الدستور حين تخلق الدولة من دستور قائم، بينما تباشر السلطة التأسيسية المنشأة مهمة تعديل الدستور حين يكون في الدولة دستور قائم بالفعل<sup>4</sup>، فمناصب سلطة وضع الدستور هو غيبة الدستور، بينما مناصب سلطة تعديل الدستور هو وجود دستورٍ نافذ. وعلى ذلك فإن سلطة وضع الدستور تتدخل في ثلاث حالات،

<sup>1</sup> المادة 226، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

<sup>2</sup> المادة 146، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>3</sup> المادة 144، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>4</sup> رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور: دراسة في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 21.

أولها حالة الفراغ القانوني في الدولة سواء كان ذلك بسبب حرب واجهتها البلاد، أو لجلاء دولة مستعمرة، أو اتحاد مجموعة من الدول في نظام فيدرالي أو تفككها عن نظام اتحادي، وثانيها حالة تغيير نظام الحكم سواء كان ذلك نتاج قيام ثورة أو نتاج قيام انقلاب، وثالثها حالة إلغاء الدستور القائم وإعداد دستور جديد للدولة<sup>1</sup>. ويترتب على ذلك أن دور السلطة التأسيسية الأصلية سابقاً على دور السلطة التأسيسية المنشأة، وأن دور الأخيرة لاحق على الأولى، فالسلطة التأسيسية الأصلية ترفع يدها عن الدستور بمجرد وضعه، فلا يكون لها التدخل في تعديل الدستور الذي وضعته إلا إذا شاءت إرادة صاحب السيادة وضع دستور جديد بالكلية، فيتم إسقاط الدستور الساري ويوضع دستور جديد، أما بعد وضع الدستور؛ تحل السلطة المنشأة محل السلطة الأصلية<sup>2</sup>.

**ثانياً - أساس السلطة:** تستمد السلطة التأسيسية الأصلية أساسها من إرادة صاحب السيادة؛ أي من ذاتها<sup>3</sup>، وليس من التشريع، فوجودها سابق على وجود كل نص، بخلاف السلطة التأسيسية المنشأة التي تستمد صلاحياتها من النص الدستوري المنشئ لها. وبذلك فإن أساس وجود سلطة وضع الدستور هو إرادة صاحب السيادة، بينما أساس وجود سلطة تعديل الدستور هو نص الدستور<sup>4</sup>، ولهذا قيل "أن السلطة التأسيسية الأصلية هي سلطة غير قانونية، أما سلطة تعديل الدستور فهي سلطة قانونية"<sup>5</sup>. وهذا يقودنا للفارق التالي.

**ثالثاً - نوع السلطة:** تعدُّ سلطة وضع الدستور سلطة سياسية، فهي سلطة واقعية "لا تحكمها أي مبادئ قانونية" بينما سلطة تعديل الدستور تعدُّ سلطة قانونية تشبه سلطات الدولة الأخرى التي

---

<sup>1</sup> محمد فوزي نويجي، المبادئ الدستورية العامة، مرجع سابق، ص 170، 171.

<sup>2</sup> عبدالحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص 33.

<sup>3</sup> رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور، مرجع سابق، ص 23.

<sup>4</sup> وائل محمد الوادفي محمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين بفرنسا، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2019، ص 84.

<sup>5</sup> عبدالحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص 30.



تخضع للدستور<sup>1</sup>، وهذا الفارق امتداد لفارق أساس السلطة، فلأن الأولى تستمد أساسها من إرادة صاحب السيادة فإنها تكون خارج النظام القانوني، لكونها سابقة عليه ومنشئة له، فهي سلطة سياسية إذن، ولأن الثانية تستمد أساسها من النظام القانوني نفسه، لكونه هو من أنشأها، فإنها تكون سلطة قانونية<sup>2</sup>.

**رابعاً- ارتباط السلطة:** تمتاز سلطة وضع الدستور بكونها سلطة مستقلة، فهي لا تتبع نظاماً قانونياً بعينه، إذ هي خارج الدستور أي خارج النظام القانوني برمته، على خلاف سلطة تعديل الدستور، فهي سلطة تابعة لكونها تتبع في عملها واختصاصاتها الحدود التي رسمتها السلطة الأصلية، والسلطة الأصلية تستمد استقلالها عن بقية سلطات الدولة من حقيقة أنها هي من أنشأت تلك السلطات من خلال وضع الدستور، أما السلطة المنشأة فهي تابعة للسلطة الأصلية وامتداد لها<sup>3</sup>.

**خامساً- طبيعة السلطة:** طبيعة سلطة وضع الدستور هي سلطة مُطلقة، فهي غير مقيدة ولا مشروطة، فلصاحب السيادة أن يسنّ ما يشاء في الدستور لا معقّب عليه<sup>4</sup>، أمّا سلطة تعديل الدستور، فهي مقيدة مشروطة بما تمليه نصوص الدستور الذي أنشأها ابتداءً<sup>5</sup>.

وينبثق عن ذلك أن سلطة التعديل سلطة مفوّضة مؤسّسة، فهي تستمد اختصاصها من الحدود التي ترسمها السلطة التأسيسية الأصلية، حالها في ذلك حال بقية السلطات الثلاث: التشريعية والتنفيذية والقضائية. على أن السلطة التأسيسية المنشأة تتفوّق على بقية السلطات التقليدية بإمكانية تعديل صلاحياتها، فهي وإن كانت تشترك مع بقية السلطات في الخضوع للسلطة التأسيسية الأصلية، إلا أنها

---

<sup>1</sup> وائل محمد الشوادفي محمد، لرقابة اللاحقة على دستورية القوانين بفرنسا، مرجع سابق، ص78.

<sup>2</sup> منذر الشاوي، فلسفة الحياة السياسية، مرجع سابق، ص141، 142.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص128.

<sup>4</sup> محمد فوزي نويجي، المبادئ الدستورية العامة، مرجع سابق، ص171.

<sup>5</sup> كريم ولي الدين، الرقابة على التعديلات الدستورية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2020، ص82.

تمتاز بما لديها من إمكانية التأثير على الحدود الدستورية المرسومة لوظائف السلطات الثلاث، مما يعني أن السلطات الثلاث تخضع لها دون أن تكون هي خاضعة لأي منها<sup>1</sup>، وذلك فيما عدا خضوع سلطة تعديل الدستور لرقابة القضاء الدستوري باعتبارها سلطة منشأة محكومة بالدستور.

ما مضى يظهر تمايزاً واضحاً بين السلطة التأسيسية الأصلية (سلطة وضع الدستور) وبين السلطة التأسيسية المنشأة (سلطة تعديل الدستور)، واختلاف المصدر ينعكس على اختلاف المخرج، فلا ينبغي معاملة نصوص الدستور التي وُضعت بواسطة السلطة التأسيسية الأصلية معاملة النصوص التي وُضعت بواسطة السلطة التأسيسية المنشأة، فهذه الأخيرة تخضع للدستور بخلاف الأولى التي هي خارج الدستور أصلاً فلا تخضع له "إذ كيف تخضع السلطة التي تخلق القواعد لهذه القواعد"<sup>2</sup>.

ولقد تناول الفقه موضوع الرقابة على التعديلات الدستورية على مستويين اثنين، الرقابة على مستوى الشكل وعلى مستوى الموضوع، وهناك إجماع على رقابة التعديلات الدستورية على المستوى الشكلي، إلا أن الخلاف احتدم على المستوى الموضوعي، وتكمن المشكلة في سكوت الدستور عن تنظيم مسألة الرقابة على التعديلات الدستورية، ولهذا فإن الحجة الأساسية لرفض رقابة التعديلات الدستورية تتمثل في أن مباشرة الرقابة على التعديلات الدستورية دون وجود نص صريح في الدستور؛ يمثل تعديلاً للدستور بغير الطريق الذي رسمه الدستور<sup>3</sup>.

والحقيقة أن عدم وجود نص بخصوص الرقابة على التعديلات الدستورية لا يعني انصراف إرادة المشرع الدستوري لعدم اختصاص المحكمة الدستورية بذلك، فمثلاً لا يجوز اعتبار سكوت المشرع إقراراً للرقابة فإنه لا يجوز اعتباره إنكاراً للرقابة، إذ لا يُنسب لساكت قول.

<sup>1</sup> عبدالحفيظ الشمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص 30، 31.

<sup>2</sup> منذر الشاوي، فلسفة الحياة السياسية، مرجع سابق، ص 139.

<sup>3</sup> حمد الطويل، دعوى عدم دستورية القوانين واللوائح في التشريع القطري، مرجع سابق، ص 299.

ثم إن الفراغ الدستوري لا يفسر بانعزال عن الدستور بل يفسر على هدى من نصوصه، فأصول المسائل الدستورية تمتد لفروعها، وإذا أغفل الدستور حكم الفرع تعين الرجوع للأصل الذي يحكمه، إذ لا يجوز فهم تلك المسائل باجتزاء<sup>1</sup>، فكذاك إغفال المشرع لمسألة الرقابة على التعديلات الدستورية ينبغي أن يفهم في ظل سمو الدستور على كافة التشريعات المنشأة، كما أن وضع مجموعة من القيود على سلطة تعديل الدستور يفيد اتجاه الإرادة الدستورية للرقابة على سلطة تعديل الدستور، وإلا انتفت القيمة العملية لتلك النصوص، حيث تجد الرقابة على التعديلات الدستورية سندها في نصوص الدستور نفسه، فمن المعلوم أن نصوص الدستور جميعها آمرة وملزمة، فحين يحوِّط الدستور مسألة التعديلات الدستورية بمجموعة من الضوابط الشكلية والموضوعية، فإن سلطة تعديل الدستور ملزمة باتباعها بالضرورة، ومن غير الممكن ضمان ذلك الالتزام ما لم تخضع التعديلات الدستورية للرقابة الدستورية.

إن خلو الدستور من نص بهذا الخصوص يعني نشوء حالة من الفراغ الدستوري في هذه المسألة، وهو ما يعني في الدول التي تملك قضاءً دستورياً مفعلاً ضرورة تدخل القضاء الدستوري لتلافي ذلك الفراغ بما يحلّ الإشكال لا بما يزيده عمقاً، وأما في الدول التي لا تملك قضاءً دستورياً مفعلاً تكون مواجهة حالة الفراغ الدستوري بإعلاء الدستور والامتناع عن تطبيق التعديل الدستوري المشوب بعدم الدستورية، فالفرض هنا ليس تعارضاً بين نصوصٍ من مصدرٍ واحد، بل هو تعارض بين نصٍ منشئٍ ونصٍ منسأ، وهو ما يستدعي الإبقاء على الأصل والامتناع عن تطبيق الفرع الذي خالفه.

أما الاعتراض على هذه الرقابة بدعوى أن القضاء الدستوري يمارس سلطة مفوضة في حين أن التعديل صادر عن سلطة تأسيسية، فهو محلّ نظر، فقد تقدّم أن سلطة تعديل الدستور هي سلطة مفوضة، شأنها في ذلك شأن سلطة القضاء الدستوري وبقية السلطات التقليدية في الدولة، ف كلا السلطتين يرجع

---

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 84.

أساس وجودهما إلى إرادة السلطة الأصلية، ولا يجوز لأي منهما أن يتجاوز الدستور بدعوى مباشرته عملاً ذا طبيعة دستورية<sup>1</sup>. والحال ينطبق على الاعتراض الذي مؤداه أن لا تدرج بين النصوص الدستورية<sup>2</sup>، فكلا الاعتراضين يأتيان من مشكاة واحدة، هي عدم التفريق بين سلطة وضع الدستور وسلطة تعديله، فالأخيرة وإن كانت ذات سيادة إلا أن سيادتها تبقى نسبية، فهي مقيدة بما يُملى عليها من قيود شكلية وموضوعية، وما دامت تخضع للدستور فإنها تليه في التدرج التشريعي<sup>3</sup>. ثم إن هذا الاعتراض يمكن تلافيه بجعل الرقابة على التعديلات الدستورية رقابةً سابقة، بحيث تُجرى قبل اعتماده، ليصبح الأخير نافذاً وجزءاً لا يتجزأ من الدستور فلا تتور معه إشكالية التدرج بين نصوص الدستور. ولا يغير من طبيعة سلطة تعديل الدستور أن يكون إقرار التعديل نتاج استفتاء شعبي، فالاستفتاء الشعبي لا يستوي في مخرجاته عند وضع الدستور وعند تعديله، ففي الحالة الأولى يكون الشعب متشوقاً لبداية جديدة، وعادة ما يكون ذلك عقب ثورة يكون الشعب قد ضحى فيها بالدماء وبذل الغالي والنفيس لتغيير النظام القانوني وإحلال نظام قانوني جديد، وهذا الثمن الذي يدفعه الشعب يجعله عند استقرار الأمور ومجيئ لحظة وضع نظام قانوني متطوعاً لترسيخ المبادئ التي كافح من أجلها، فتكون إرادة الشعب خالصة غير متأثرة بعوامل خارجية، ويكون وعيه بالمبادئ التي يريد وضعها في الدستور مدروساً بعناية كونه وليد الواقع الذي ناضل من أجل تغييره، بخلاف الحال عند تعديل الدستور، إذ تُباشِر هذه السلطة ضمن نظام قانوني قائم بالفعل، وتكون الحكومة عادةً مسيطرة على أدوات صناعة الوعي لدى الأفراد، فيكون عموم الشعب متأثراً بما تمرره السلطة عبر قنواتها الخاصة، ويزداد انعدام فائدة الاستفتاء الشعبي في الدول التي لا يكون فضاؤها رحباً لحرية التعبير، فلا يسمع الشعب في قنوات الإعلام إلا صوت

<sup>1</sup> عبدالحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص 152.

<sup>2</sup> رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور، مرجع سابق، ص 30.

<sup>3</sup> عبدالحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص 153.

الحكومة، وأيُّ صوتٍ خلاف صوتها يُقمع، وهو ما يعني في المحصلة شكلية الاستفتاء الشعبي، إذ هو لا يعبر عن إرادة الشعب بل يعبر - غالبًا - عن تأثير الحكومة على وعي الشعب بصورة تحجب إرادته. وإذ مضى القول سلفاً بأن الاستفتاء الشعبي لا يصحّح عدم الدستورية في القوانين المستقاة عليها شعبياً فإن الاستفتاء الشعبي - من باب أولى - لا يصحّح المعايير التي تكتنف التعديلات الدستورية<sup>1</sup>. فخلاصة القول إذن أن سلطة تعديل الدستور مقيدة مشروطة بما يسنه الدستور من قيود، وهو ما يستتبع لضمان التزام سلطة تعديل الدستور بتلك الضوابط أن يبسط القضاء الدستوري الحد الأدنى لرقابة سلطة تعديل الدستور في حدود القيود الشكلية والموضوعية التي يفرضها الدستور<sup>2</sup>.

وقد سعى أستاذنا حسن السيد لتأصيل هذه المسألة من خلال اقتباس فكرة القرارات المعدومة في المجال الإداري وإعادة توظيفها في المجال الدستوري، إذ يقول "إن أي تعديل لمواد الدستور دون مراعاة القيود الدستورية الشكلية والموضوعية يكون في حكم العدم، وذلك لكونه يشكل خروجاً صارخاً وواضحاً على إرادة السلطة التأسيسية الأصلية" غير أن المحكمة الدستورية العليا لا تراقب التعديلات الدستورية بطريقة مباشرة، بل بطريقة غير مباشرة عند رقابتها على قانون أو لائحة، فحين تُقابل النص الطعين بنصٍ دستوري ويظهر لها أن الأخير كان وليد تعديل دستوري لم تُراع فيه القيود الدستورية الشكلية والموضوعية للتعديل الدستوري، فإن ذلك التعديل يكون في حكم العدم، فتلتفت المحكمة عنه من تلقاء نفسها، وتقابل النص الطعين حينها بالمادة الدستورية قبل التعديل<sup>3</sup>. وهذا الرأي السديد يدرأ إشكال سكوت الدستور عن المسألة دون أن يجعل من ذلك السكوت سنداً لمخالفة القيود التي فرضها الدستور عند إصدار التعديلات الدستورية، فهذا الرأي ينطلق من مبدأ

<sup>1</sup> رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور، مرجع سابق، ص 317، 318.

<sup>2</sup> عبدالحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص 153.

<sup>3</sup> حسن عبدالرحيم السيد، المحكمة الدستورية العليا والرقابة على دستورية القوانين واللوائح في ضوء القانون القطري: دراسة مقارنة، مذكرة لطلبة الماجستير، قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة قطر، خريف 2023، ص 120، 121.

سمو الدستور جاعلاً الرقابة على التعديلات الدستورية رقابة اضطرارية يلجأ لها القضاء مضطراً حين يكون النص الطعين متصلاً بذلك التعديل الدستوري.

### الفرع الثاني- عناصر الرقابة على صحة التعديلات الدستورية

إذا كان التعديل الدستوري- بوصفه تشريعاً- يصدر امتداداً للنصوص الدستورية فإن سلامة التعديل الدستوري مرهونة بسلامة العناصر الخمسة التي يقوم عليها، وهي عناصر التشريع الخارجية والداخلية، وتتحدد طبيعة سلطة تعديل الدستور في تقرير كل عنصر- فيما إذا كانت تقديرية أو مقيّدة أو منعدمة- بمقدار الضوابط الواردة في الدستور على هذه العناصر الخمسة فيما يتعلق بوضع التعديلات الدستورية. **أولاً- عنصر الاختصاص في التعديلات الدستورية:** يشكّل الاختصاص بالنسبة للتعديلات الدستورية عنصراً أصيلاً، وقواعد الاختصاص بهذا الخصوص تحمي الدستور من الانتهاكات التي قد تطاله تحت ستار التعديل الدستوري، إذ لا يكون التعديل الدستوري مستوفياً قواعد الاختصاص ما لم يصدر عن السلطة التأسيسية المنشأة التي جعل الدستور لها صلاحية التعديل، وتختلف السلطة التأسيسية المنشأة من دولة إلى أخرى، فكما مضى البيان جعل الدستور المصري صلاحية طلب تعديل الدستور لرئيس الجمهورية ولخمس أعضاء مجلس النواب حصراً<sup>1</sup>، أما الدستور القطري فقد منحها للأمير ولثلاث أعضاء مجلس الشورى<sup>2</sup>.

وفق هذا النص الذي عيّن صاحب الاختصاص، فإن تقديم طلب التعديل الدستوري من غير هؤلاء يجعل التعديل الدستوري معيباً بعدم الدستورية لمخالفته قواعد الاختصاص، ما يجعل صحّة الاختصاص أمراً جوهرياً لصحة التعديل الدستوري، فسلطة صاحب الاختصاص بتقديم الطلب الدستوري هي سلطة مقيّدة، إذ لا يمكن له التنازل عن اختصاصه ولا تفويض غيره ولا إنابة أحد

<sup>1</sup> المادة 226، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

<sup>2</sup> المادة 144، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

عنه، فقد نص الدستور المصري صراحةً على عدم جواز تقديم طلب تعديل الدستور من قبل من حل محل رئيس الجمهورية أو من قبل رئيس الجمهورية المؤقت<sup>1</sup>.

أما الدستور القطري فقد سكت عن مدى صلاحية نائب الأمير بتقديم طلب تعديل الدستور، وذلك فيما عدا الحظر الخاص بتعديل اختصاصات الأمير في فترة النيابة عنه، ونائب الأمير بحسب الدستور هو ولي العهد؛ ينوب عنه نائبةً عامة في جميع صلاحياته واختصاصاته، وذلك أثناء غيابه في الخارج أو لقيام مانع مؤقت، كما يجوز للأمير أن يعهد لولي العهد بعض صلاحياته واختصاصاته بأمر أميري، فإذا تعذرت نيابة هذا الأخير جاز للأمير أن يعين بأمر أميري نائباً له من العائلة الحاكمة لياشر بعض صلاحياته واختصاصاته، ومن ثم فإن حدود النيابة ونطاقها يحددها ذلك الأمر الأميري<sup>2</sup>. ورغم تقييد عنصر الاختصاص في الدستور؛ ثمة هامش يسير للتقدير؛ إذ يتمتع صاحب الاختصاص بسلطة تقديرية واسعة في تحديد توقيت تقديم طلب تعديل الدستور، وكذلك فيما يتعلق بتقدير النصوص التي يُضمّنُها في طلب التعديل.

**ثانياً - عنصر الشكل والإجراءات في التعديلات الدستورية:** يتعلق هذا العنصر بالشكليات التي اشترطها الدستور لتقديم طلب التعديل، وكذلك بالإجراءات التي ينفذ الطلب من خلالها، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على ضرورة استيفاء هذا العنصر بإشارتها إلى أن النصوص الدستورية "لا يجوز تعديلها إلا وفقاً للإجراءات الخاصة المنصوص عليها في المادة 189 من الدستور<sup>3</sup>". ووفق الدستور المصري ينبغي أن يُقدّم طلب تعديل الدستوري كتابةً، وأن يتضمن بياناً بالمواد المطلوب تعديلها مذيلاً بأسباب التعديل، فهذا الشكل الدستوري للطلب الذي يُقبل بصفته أساساً

<sup>1</sup> المادة 160، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

<sup>2</sup> المادة 11، 12، 13، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 56 لسنة 6 قضائية، 1986، ر. محمد علي بليغ، حكم سابق.

لمباشرة عملية تعديل الدستور. أما بالنسبة للإجراءات، فخلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلام طلب التعديل تجري مناقشته في مجلس النواب من حيث المبدأ، فيصدر قراره إما بالقبول أو الرفض، ولكل قرار مسار إجرائي يختلف عن الآخر:

- مسار القبول، إذا وافق مجلس النواب على طلب التعديل من حيث المبدأ؛ مضى في مناقشة النصوص المراد تعديلها بعد ستين يوماً من تاريخ الموافقة، فإذا وافق على تفاصيل التعديل ثلثا أعضاء المجلس عُرض على الشعب للاستفتاء خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الموافقة، وينفذ التعديل الدستوري من تاريخ إعلان النتيجة<sup>1</sup>.

- مسار الرفض، إذا رفض المجلس طلب التعديل من حيث المبدأ، فإن سلسلة الإجراءات تقف عند هذا الحد، إلا أن صاحب الاختصاص يتقيد بعدم إعادة الطلب في تعديل المواد ذاتها قبل حلول دور الانعقاد التالي، فإن فعل؛ كان لزاماً على المجلس ألا ينظر في طلب التعديل. فإذا خولفت أي من الإجراءات المنصرمة كان التعديل الدستوري حرياً بالطعن عليه بعدم الدستورية. أما الدستور القطري، فلم يشترط شكلاً معيناً لتقديم طلب تعديل الدستور، ما يعني أن الأمير وثلاث أعضاء مجلس الشورى يتمتعون بسلطة تقديرية لتقديم الطلب شفاهةً أو كتابةً، غير أن الأجدر تقديم الطلب كتابةً لتيسير مناقشته بعدئذ، وللمجلس أن يقبل التعديل من حيث المبدأ كما له أن يرفضه، وهنا كذلك ثمة مساران:

- مسار القبول، إذا وافق المجلس بأغلبية أعضائه على طلب التعديل من حيث المبدأ وجبت مناقشة الطلب مادة مادة، ولا بد من بلوغ نصاب معين لإقرار التعديل يتمثل في موافقة ثلثي أعضاء المجلس، وينبغي لسريان التعديل المصادقة عليه من قبل الأمير ونشره في الجريدة الرسمية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المادة 226 من دستور مصر 2014 المعدل 2019.

<sup>2</sup> المادة 144، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.



- مسار الرفض، أما إذا رفض المجلس طلب التعديل - سواءً كان الرفض من حيث المبدأ أو الموضوع - لم يجز إعادة تقديم الطلب لمجلس الشورى مجدداً قبل انقضاء عام على قرار الرفض الصادر عن المجلس، وهذه الإجراءات لتعديل الدستور ينبغي أن تسلك بحذافيرها، وإلا كان التعديل الدستوري جديراً بالطعن عليه دستورياً لمخالفته الدستور فيما استلزم من أشكال وإجراءات.

**ثالثاً - عنصر السبب في التعديلات الدستورية:** مضى تعريف السبب بأنه الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع المشرع للتدخل التشريعي، ويمكن تعريفها في مجال التعديلات الدستورية بأنها الحالة الواقعية أو الدستورية التي تدفع صاحب الاختصاص بتقديم طلب تعديل الدستور.

وبتصفح نصوص الدستورين المصري والقطري ليس من قيد في السبب الذي يدفع صاحب الاختصاص بتقديم طلب تعديل الدستور، فليس ثمة حالات دستورية ينص الدستور عليها لتقديم طلب تعديل الدستور، أما بالنسبة للحالات الواقعية فهي التي عادة ما تشكل عنصر السبب في التعديل الدستوري، وتختلف باختلاف الأحداث، ولصاحب الاختصاص سلطة تقديرية واسعة فيها. ومع ذلك ألزم الدستور المصري صراحةً مقدّم طلب تعديل الدستور بذكر الأسباب في متن الطلب، وهو ما يُعرف بالتسبب في مجال القرارات الإدارية<sup>1</sup>، إذ ينبغي ذكر الحالات الواقعية التي تستدعي إجراء التعديلات المقترحة، وهذا القيد بالغ الأهمية، لأن مقدم الطلب وإن تمتع بتقدير أسباب تعديل الدستور إلا أنه يبقى مقيداً بالحدود الدستورية، فلا يجوز أن يكون عنصر السبب معبأً بدوافع نفسية بدل الحالات الواقعية التي تسوّغ التدخل، كما لا يجوز أن يبنى التعديل الدستوري على وقائع منعدمة، ولهذا فإن اشتراط الدستور على صاحب الاختصاص بالتعديل أن يذكر أسباب التعديل

---

<sup>1</sup> يختلف السبب عن التسبب في أن الأول يعني الحالة القانونية أو الواقعية التي دفعت لإصدار القرار، بينما التسبب يعني ذكر تلك الحالة في القرار الإداري، أما التسبب فيما نتحدث عنه فيعني ذكر الأسباب التي دفعت للتعديلات الدستورية في طلب التعديل. للاستزادة حول الفرق بين السبب والتسبب في مجال القرارات الإدارية يُنظر: عبدالحفيظ الشيمي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 364.

قد يفيد القاضي الدستوري في الرقابة على الأسباب من حيث ارتباطها بمضمون التعديل وغاياته ومدى اتفاق تلك الأسباب مع المعطيات الدستورية. أما المشرع القطري فلم يشترط ذكر أسباب التعديل في الطلب، ومع ذلك فإن أسباب التعديلات الدستورية من المسائل التي يجري النقاش عنها أثناء مناقشة الطلب، فنكرها مطلوب بالبداية ضمناً لكفاءة بقية إجراءات التعديل، ولا مرأه في تمتع سلطة تعديل الدستور بحرية واسعة في تقدير الأسباب الذي تستدعي تعديلاً دستورياً، إذ لم يرد أدنى قيد على ذلك، لكن سلطة التقدير هذه تبقى مقيدة بالمبادئ العامة التي نص عليها الدستور، خصوصاً وأن هذه التعديلات تسري بغير استفتاء شعبي عليها.

**رابعاً- عنصر المحل في التعديلات الدستورية:** إذا كان محل التشريع يعني الأثر القانوني الذي يتضمّنه، فإن محل التعديل الدستوري يعني الأثر القانوني الذي يحدثه فيما تضمّنه، وسلطة تعديل الدستور في المحل تقديرية إلا أنها تبقى مقيدة بنصوص الدستور وعموم مبادئه، وإلى جانب شرط إمكان المحل، ينبغي أن يكون موضوع التعديل الدستوري مشروعاً، وقد حدد الدستور المصري ثلاث حالات يكون فيها محل التعديل الدستوري غير مشروع، يأتي بيانها فيما يلي:

**الحالة الأولى-** أن يكون المحل متعلقاً بانتخاب رئيس الجمهورية: قرّر الدستور المصري عدم جواز تعديل النصوص المتعلقة بإعادة انتخاب رئيس الجمهورية في جميع الأحوال<sup>1</sup>، ما يعني أن النص الذي حدد مدة انتخاب رئيس الجمهورية بأربع سنوات ومنع إعادة الانتخاب إلا مرة واحدة لا يجوز أن يكون محلاً لأي تعديل دستوري<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> المادة 226، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

<sup>2</sup> ذهب الدكتور رمزي الشاعر إلى أن الحظر يسري على عدد مرات إعادة الانتخاب حصراً دون تحديد مدة الرئاسة بأربع سنوات، حيث أجاز تعديل مدة الانتخاب بحجة "عدم وجود علاقة بين مدة رئيس الجمهورية وعدد مرات انتخابه" وبحجة أن المادة التي ورد فيها الحظر لم تشر من قريب ولا بعيد إلى حظر تعديل تلك المدة" يُنظر مؤلفه: النظام الدستوري المصري، مرجع سابق، ص 581، 582.

**الحالة الثانية- أن يكون محل التعديل الدستوري مبادئ الحرية:** نصت المادة الخاصة بتعديل الدستور على حظر تعديل مبادئ الحرية أو المساواة، ويراد بهذا النص تحصين النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات، مثل حفظ كرامة الإنسان وتجريم التعذيب بكافة أشكاله وحماية حرمة الحياة الخاصة وحماية الحرية الشخصية وصون الإنسان من مختلف أشكال الاعتداء وكفالة حرية الرأي والحق في التقاضي، إلى غير ذلك من الأمثلة. فانقاص هذه النصوص لا يجوز أن يكون محلاً للتعديل الدستوري، أما إذا كان تعديلها بإضافة ضمانات حقوقية، فلا حرج في ذلك.

ويرى البعض أن حظر التعديل مقصور على ما يتعلق بالحقوق والحريات دون الواجبات العامة، فالنصوص التي تفرض مجموعة من الواجبات على عاتق الدولة لا مانع في تعديلها<sup>1</sup>. ونرى أن الأمر يتوقف على مدى اتصال الالتزام الذي يقع على عاتق الدولة بالحقوق والحريات، فإذا كان وثيق الصلة شمله الحظر، وإن لم يكن جاز تعديله.

**الحالة الثالثة- أن يكون محل التعديل الدستوري مبدأ المساواة:** نص الدستور المصري في المادة ذاتها على عدم جواز تعديل النصوص المتعلقة بمبدأ المساواة، حيث ضمّن الدستور هذا المبدأ في العديد من النصوص، وبحسب الدستور المصري يسري هذا المبدأ على المساواة أمام القانون، والمساواة أمام القضاء، والمساواة في الوظائف العامة، وفي الحقوق والحريات، وتكافؤ الفرص، ومقتضى ذلك الحظر أن مخالفة مبدأ المساواة في أي من المجالات التي نص الدستور عليها للمساواة يجعل محل التعديل الدستوري مخالفاً للدستور، فيكون حرياً بالطعن عليه.

---

وهذا الرأي غريب، وتعليه أغرب، فهو يقف عند حرفية النص ووقفاً لا يتلاءم مع الغاية من الحظر، فإذا كان حظر إعادة الانتخاب لمرة واحدة موزوعاً بمخافة انفراد سلطة الرئاسة في يد فرد بعينه فإن تمديد مدة الرئاسة قد يفضي لذات النتيجة، ذلك أن الدستور لم يشأ لأي رئيس أن يمكث في السلطة أكثر من ثمان سنوات في مجموع السنين التي يقضيها في منصب رئيس الجمهورية، لكن القول بجواز تعديل مدة الانتخاب يفتح طريقاً آخر للنتيجة التي أراد الدستور درها، وهي تمديد المدة لست سنوات أو ثمان سنوات في الولاية الواحدة، ما قد يجعل الرئيس في المنصب لأكثر من عشر سنوات في مجموع الولايتين.

<sup>1</sup> رمضان بطيخ ومنى رمضان، النظم السياسية والدستورية، مرجع سابق، ص124.

أما الدستور القطري فهو الآخر حدّد أحوالاً ثلاثة لا يكون فيها محلّ التعديل الدستوري مشروعاً: **الحالة الأولى-** أن يكون محلّ التعديل الدستوري يتضمّن انتقاص الحقوق والحريات<sup>1</sup>: حيث نصّ الدستور القطري على عدم جواز طلب تعديل الأحكام الخاصة بالحقوق والحريات العامة إلا حينما يكون الغرض منح مزيد من الحقوق والضمانات لصالح المواطن<sup>2</sup>، فلا يجوز أن يكون موضوع التعديل الدستوري تقويض الحقوق والحريات بالنسبة أو الإنقاص من ضماناتها، حيث جاء النص صريحاً بعدم مشروعية هذا المحل، وهو ما يعني أن سلطة تعديل الدستور مقيدة بعدم الانتقاص من الحقوق والحريات، فللمشرع أن يتدخل بزيادة الضمانات، لكنه إن تدخل بالانتقاص كان التعديل الدستوري مخالفاً للدستور.

**الحالة الثانية-** أن يكون محلّ التعديل الدستوري حكم الدولة ووراثته: حيث يكون التعديل الدستوري مشوباً بعيب المحل إذا تناول في موضوعه تعديل حكم الدولة ووراثته، فقد حظر الدستور صراحةً طلب تعديله<sup>3</sup>، وهذا النص يجعل المادة الثامنة من الدستور محصنةً ضد أي تعديل دستوري، فسلطة صاحب الاختصاص بتعديل الدستور تعدّ منعدمة في هذا الموضوع، إذ إن حكم الدولة ووراثته لا يجوز أن يكون محلاً للتعديلات الدستورية، ومن ثمّ فإن موضوعاته ليست محلاً مشروعاً لأي تعديل دستوري.

**الحالة الثالثة-** أن يكون محلّ التعديل الدستوري تعديل صلاحيات الأمير في فترة النيابة عنه: ورد النص على عدم جواز طلب تعديل صلاحيات الأمير في فترة النيابة عنه<sup>4</sup>، ومعنى ذلك أنه

---

<sup>1</sup> جدير بالذكر أن دولة قطر لم تشهد أي تعديل على الدستور الدائم، والدستور الدائم 2004 هو الدستور الجامد الوحيد في تاريخ دساتير دولة قطر، وقد انقضى الحظر الزمني الذي قرره الدستور على سلطة التعديل منذ أكثر من خمس سنوات، غير أن البلاد لم تشهد تعديلاً دستورياً حتى الآن، وهو ما يمتنع معه أن نضرب أمثلة بخصوص التعديلات الدستورية في النظام القانوني في دولة قطر.

<sup>2</sup> المادة 146، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>3</sup> المادة 145، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>4</sup> المادة 147، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

في فترة النيابة يكون التعديل الدستوري الذي يتناول صلاحيات الأمير غير دستوري لعدم دستورية المحل، إذ لا تكون صلاحيات الأمير محلاً مشروعاً للتعديل الدستوري في فترة النيابة عن الأمير. خامساً - عنصر الغاية في التعديلات الدستورية: كل تشريع ينبغي أن يستهدف غاية مشروعته، ولا تكون الغاية مشروعة حتى تتفق مع المصلحة العامة، فكذاك التعديلات الدستورية؛ لا تكون على وفاق مع الدستور حتى تبلغ المصلحة العامة بمعياره، فاتفق غايات التعديلات الدستورية مع الدستور أساس صحتها، وهذا الأمر من البدهة التي لا داعي معها للنص الصريح، فبلوغ المصلحة العامة مطمح نهائي لفكرة القانون ذاتها، والتشريعات ليست إلا أدوات لبلوغ غايات بعينها ينبغي ألا تتعارض مع الدستور<sup>1</sup>.

ولأن مفهوم المصلحة العامة بمعيار الدستور يترك سلطة تقديرية واسعة لسلطة تعديل الدستور؛ حرص الدستوران المصري والقطري على بيان ما لا يمكن أن يكون من المصلحة العامة، وذلك من خلال تقييد المحل وحظر الأدوات التي تُبلِّغ بها الغايات المحظورة دستورياً، فإذا كانت سلطة تعديل الدستور تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تقدير النتائج النهائية التي تترتب على التعديلات الدستورية، إلا أن الدستور يتضمن قيوداً موضوعية على هذه السلطة. فقد رأينا كيف حظر الدستور المصري تعديل نصوص الدستور المتعلقة بانتخاب رئيس الجمهورية لغلبة الاحتمال بأن يستهدف تعديلها مصالح شخصية، وكيف حُظِر تعديل الحقوق والحريات ومبادئ المساواة والحرية بما يشكّل انتقاصاً لها. وكذلك الحال في الدستور القطري، فقد حُظِر استهداف تغيير نظام الحكم أو تعديله، وحُظِر استهداف المساس بالأحكام الخاصة بالحقوق والحريات، فتلك القيود الموضوعية في حقيقة مآلها قيود على الغايات التي ينبغي على سلطة تعديل الدستور مراعاتها.

---

<sup>1</sup> عبدالرحمن أسامة أحمد كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 192، 193، 204.

## الفصل الثاني

### مفهوم الغاية من التشريع

من المسلم به أن "كلّ فاعلٍ عاقلٍ مختارٍ إنما يقصد بعمله غرضًا من الأغراض، حسنًا كان أم قبيحًا"<sup>1</sup>. وكذلك المشرع حين يضع تشريعًا معينًا فإنه يبتغي به تحقيق أهداف معينة، فالتشريع كأى عملٍ إنساني آخر يسعى لاستهداف نتيجة بعينها، وما من قاعدة تشريعية مكتوبة إلا وكان سعيها في سبيل غايةٍ محددة<sup>2</sup>.

ومن الناحية المنطقية يُعدُّ مفهومُ الغاية مفهومًا كليًا؛ يُوجد في الأذهان ولا يتمثّل في الواقع إلا باتفاق الناس على أن أمرًا محددًا يشكّل غايةً بذاته، وبغير ذلك الاتفاق؛ تتعدّد الاتجاهات في تعيين الغايات إلى حدّ التناقض فيما بينها، فما يعدُّ غايةً عند نفرٍ من الناس لا يكون كذلك بالضرورة عند نفرٍ آخر<sup>3</sup>.

إن مفهوم الغاية في هذه الأطروحة مركزيٌّ بحق، وتحديد مدلوله تترتب عليه العديد من النتائج الجوهرية، فكثير من النقاشات الفقهية ترجع لاختلافٍ في تحديد هذا المفهوم، ولهذا استحقَّ إفراده بفصلٍ مستقل، لبيان مدلوله العام، ومدلوله الاصطلاحي، وتمييزه عن غيره من المفاهيم التي قد تزاممه في الدلالة أو تشبته به، إلى جانب بيان تمثّلاته في الدساتير والأحكام القضائية، فجزء كبير من القيمة المعرفية لهذه الأطروحة يعتمد على معالجة هذا المفهوم.

<sup>1</sup> أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة آل سلمان، دار ابن عفان، القاهرة، ج3، ط1، 1997، ص17.

<sup>2</sup> ألفريد ريج، التفسير القضائي للقواعد المكتوبة، البيانات بالأجنبية:

Alfred Rieg, **Judicial Interpretation of Written Rules**, Louisiana Law Review, Vol.40, No.1. P.62 (1979)

<sup>3</sup> شادي عبدالبديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص217. وكذلك: فرانك إيستربروك، التفسير القانوني والسلطة القضائية، البيانات بالأجنبية:

Frank Easterbrook, **Legal Interpretation and the Power of the Judiciary**, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 7, No. 87. P.7. (1984)

ولكي نقف على أرضية تمهيدية نقول بأن الغاية بشكل عام هي النتيجة النهائية، ثم نضع لبنة

أخرى لنقول بأن الغاية التشريعية هي النتيجة النهائية التي يستهدفها التشريع<sup>1</sup>.

وهنا ثمة نقطة مهمة، وهي أن الغاية-أي النتيجة النهائية- لها وجهان، وجه تصوّري، وآخر واقعي، ففي كلّ فعلٍ إنساني-بما في ذلك التشريع- هناك نتيجة نهائية تدور في ذهن الفاعل تُمثّل الجانب التصوّري للغاية، وهناك نتيجة نهائية تقع عن الفعل؛ تمثّل الجانب الواقعي للغاية.

ولقد ميّز الأصوليون بين هذين الوجهين وأطلقوا على كلّ نوعٍ تسمية، فالغاية من حيث الوجود الذهني هي العلة، والغاية من حيث الوجود العيني هي المعلول<sup>2</sup>. ولهم عبارةٌ بديعة تشرح العلاقة بين الغاية الذهنية والغاية العينية، وهي أنّ "أول الفكر آخر العمل" وهذا التعبير الدقيق يصدق على الغاية التشريعية كذلك، ذلك أنّ أول الفكر آخر التشريع، فالنتيجة النهائية لأي تشريع تنشأ كفكرة في تصوّر المشرع، ثم يطرق المشرعُ مختلف السبل لتجسيدها في الواقع، فإذا تساوى الواقع مع التصور اتّحد وجهها الغاية، وإذا تباينتا كانت الغاية ذات وجهين مختلفين.

إن إدراك هذين الجانبين للغاية يغنيننا عن الخلاف المفتعل حول ما إذا كانت الغاية مسألةً نفسية ذهنية أم مسألة موضوعية عملية<sup>3</sup>، فهذا السؤال يعاني من مشكلة في تركيبه، لأنه يفترض أحد الخيارين ويمنع خيارًا ثالثًا تكمن فيه حقيقة الغاية، وهو أن الغاية لها وجهان وجه تصوّري تدخل فيه الجوانب النفسية<sup>4</sup> والذهنية، ووجه واقعي تدخل فيه الجوانب الموضوعية العملية.

---

<sup>1</sup> عند الأصوليين "غاية الشيء نهايته". يُنظر: عبدالملك الجويني (ت 478هـ)، التلخيص في أصول الفقه، تحقيق: عبدالله العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ج2، 1431هـ / 2009م، ص202. وأيضًا: فخر الدين الرازي (ت 606هـ)، المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، ج3، ط3، 1997، ص65. وكذلك: شهاب الدين القرافي (هـ684)، نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: عادل عبدالوجود، مكتبة نزار مصطفى الباز، ج3، 1995، ص1013.

<sup>2</sup> يقول الرازي: "العلة الغائية حال كونها ذهنية علة العلة، وحال كونها خارجية معلولة العلة، فقد حصلت له علاقتا العلية والمعلولية".

يُنظر: فخر الدين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، ج1، مرجع سابق، ص324.

<sup>3</sup> محمد طه الحسيني، الوسيط في القضاء الدستوري، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، ج3، ط1، 2021، ص210.

<sup>4</sup> الجوانب النفسية تدخل من جهة البواعث كما سيأتي البيان.

وعلى ذلك، فإننا نعرّف الغاية التشريعية بأنها النتيجة النهائية الكلية من التشريع. فلا يكفي فحص الجانب التصوّري للغاية لدى الحكم على مدى سلامتها، بل ينبغي أن يكون الفحص كلياً، شاملاً الغاية في بُعديها التصوّري والواقعي معاً.

ومن المهمّ فك العلاقة بين هذين الوجهين حين تبرز الفجوة بين واقع غايات التشريع وتصورات المشرع عنها، لاسيما حين تكون النتيجة النهائية حسنةً في التصوّر دون الواقع، وكذلك حين تكون النتيجة النهائية سيئةً في التصوّر ومستورةً في الواقع بنتيجة حسنة تشنّت النظر عن السيئة.

لأجل ذلك فإن وجه الغاية الذي نعتني به في هذه الأطروحة هو الوجه الواقعي في المقام الأول، حيث تكون النتيجة النهائية محسومةً بحتمية ترتبها على فعلٍ معيّن، أما الوجه التصوّري للغاية فهو مهمٌّ بمقدار ما يتفاعل مع الجانب الواقعي للغاية، ومتى خالف التصوّر الواقع لم يكن لذلك التصوّر من قيمة، لأن تصورات المشرع مهما حسنت لا تحسّن سوء الواقع الذي يخالفها.

ما مضى يجيب عن سؤال مفهوم الغاية التشريعية، لكنه يثير سؤالاً آخر حول ماهية الغاية التشريعية، فما هي النتيجة النهائية الكلية التي ينبغي على التشريع استهدافها؟

ليست الصعوبة في الإجابة المباشرة عن هذا السؤال، الصعوبة تكمن في تفسير تلك الإجابة، فمن نافلة القول أن غاية التشريع هي المصلحة العامة، فالفقهاء متفقون على أن أداء المصلحة العامة والخير المشترك هو أساس وجود الدولة، فلا بد لها من بلوغ تلك الغاية في كافة تصرفات سلطاتها العامة<sup>1</sup>، إذ المصلحة العامة هي غاية الغايات<sup>2</sup>، وهي النتيجة النهائية التي يجب أن يبلغها كل تشريع، فالتشريعات تُوضع وتُنَفَّذُ ليس لأنها غاية بذاتها، ولكن لأنها وسيلة تستهدف إرساء المصلحة

---

<sup>1</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 309. عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 155. شادي عبدالبديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 216.

<sup>2</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 60.



العامّة<sup>1</sup>، وفي ذلك قُضِيَ بأنّ "كل تنظيم تشريعي ليس مقصوداً لذاته بل لتحقيق أغراض بعينها تعكس مشروعيتها إطاراً للمصلحة العامة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من ورائه"<sup>2</sup>.  
لكن، إذا كانت المصلحة العامة هي نقطة الاتفاق، فإن نقطة الفراق تكمن في تعيينها، أي عندما يكون السؤال: ما هي المصلحة العامة؟ هنا تأخذ المرجعيات الفلسفية مواقف شديدة الاختلاف<sup>3</sup>.  
وكما أن الغاية لها وجهان فكذلك المصلحة العامة لها وجهان، وما أحسنَ مقالة ابن تيمية في التفريق بين الوجهين لدى حديثه عن فكرة المصلحة، إذ يقول بأن "الفعل أو الحكم إذا كانت فيه مصلحة فتلك المصلحة إنما تُوجد بعد وجود ذلك الفعل والحكم، وهي المقصودة بذلك الفعل والحكم، فهي متقدّمة في العلم والإرادة، متأخرة في الحصول والوجود"<sup>4</sup>. فقولُه "متقدّمة في العلم والإرادة" يشير إلى الغاية الذهنية التي تحدث في التصرُّور، وقوله "متأخرة في الحصول والوجود" يشير إلى الغاية العينية التي تحدث في الواقع.

ولمّا كان الاتفاق منعقدًا على أنّ المصلحة العامة هي جوهر الغاية التشريعية، فسينعقد هذا الفصل لبيان مفهوم المصلحة العامة من منظوريّ الفلسفة والفقّه والتشريع والقضاء. وذلك في بحثين:

- المبحث الأول/ مفهوم المصلحة العامة من منظوريّ الفلسفة والفقّه
- المبحث الثاني/ مفهوم المصلحة العامة من منظوريّ التشريع والقضاء

---

<sup>1</sup> إبراهيم الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص154.  
<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 36 لسنة 9 قضائية، 14 مارس 1992، برئاسة عوض محمد المر. (ش.ق.ش| ر.م 36541) وقد رددت هذا المبدأ مراراً، فمن أحكامها الحديثة: القضية رقم 124 لسنة 36 قضائية، 11، فبراير 2023، برئاسة بولس إسكندر. (ش.ق.ش| ر.م 1214969)  
<sup>3</sup> يقول الدكتور عبدالفتاح العدوي: "الصالح العام واحد من هذه المصطلحات، اتفق الجميع على ضرورة توحيه في أي نظام للحكم، فاتخذته جميع الأنظمة شعاراً لها، وكثر ترداده على ألسنة الساسة والزعماء. ومع ذلك فقلماً تجد اتفاقاً كاملاً على حقيقة المضامين التي يحتويها هذا الشعار السائد." يُنظر كتابه: الديمقراطية وفكرة الدولة، مؤسسة سجل العرب، 1964، ص178.  
<sup>4</sup> ابن تيمية (ت728)، تحقيق: علي العمران ومحمد شمس، تنبيه الرجل العاقل على تمويه الجدل الباطل، دار عطاءات العلم، بيروت، ط3، 2019، ص111.

## المبحث الأول

### مفهوم المصلحة العامة من منظوري الفلسفة والفقه

جرى الفلاسفة والفقهاء على الإقرار بنسبية مفهوم المصلحة العامة وأنه من المفاهيم التي تتسع لكثير من الشروحات وتتجاذبها مختلف الأنماط الفكرية، وقد تعرّض هذا المفهوم لتحوّلات مستمرة، واكتسب أثنائها فلسفية مختلفة حتى استقرّ القول بنسبيته من مجتمع لآخر زماناً ومكاناً، فمفهوم المصلحة العامة من المفاهيم التي تتسم بمرونة تجعله واسع الدلالة<sup>1</sup>. وقدرة مفهوم ما على استيعاب معانٍ كثيرة بقدر ما قد تشكّل ميزةً في تطويره؛ بقدر ما قد تشكّل عيباً يفسد تلك الميزة، خصوصاً إذا اتسع المفهوم ليشمل الأضداد تحته<sup>2</sup>.

وقد قرن البعض فكرة المصلحة العامة بفكرة النظام العام في المجال الإداري، إلا أن البعض رفض هذا الاقتران ورأى الفارق بارزاً بين الفكرتين<sup>3</sup>، ونرى أن الفارق بين المفهومين يتعلق بالاستعمال، فمفهوم النظام العام راسخ استعماله في المجال الإداري، بينما استعمال مفهوم المصلحة العامة أوسع نطاقاً، فهو رائج في التشريعات اللائحية والقانونية على حدّ سواء.

وفي هذا المبحث نحيط بهذا المفهوم من زاويتي الفلسفة والفقه، وذلك ضمن ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول/ نسبية مفهوم المصلحة العامة
- المطلب الثاني/ ضبط معيار المصلحة العامة في القانون
- المطلب الثالث/ تمييز مفهوم الغاية عمّا يختلط به من مفاهيم

<sup>1</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 155.

<sup>2</sup> عبدالفتاح حسين العدوي، الديمقراطية وفكرة الدولة، مرجع سابق، ص 177.

<sup>3</sup> تأسس التفريق على أساس أن النظام العام ما هو إلا حالة في حين أن المصلحة العامة هي غاية نهائية تسعى حالة النظام العام لبلوغها، لكنّ جانباً آخر رفض هذا التفريق لأن المحافظة على النظام العام هي غاية الضبط الإداري فحماية النظام العام تعني حماية المصلحة العامة، ونحن نتفق مع هذا الرأي الأخير، ففكرة النظام العام وهي وإن صدق عليها وصف الحالة إلا أنها حالة تشكل النتيجة النهائية في المجال الإداري. يُنظر: رمضان عيسى أحمد، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 325، 326.

## المطلب الأول

### نسبية مفهوم المصلحة العامة

تختلف ماهية المصلحة العامة باختلاف الزمان والمكان، فلكل مجتمع صالحه العام<sup>1</sup>، وهي في القانون تتحدّد بحسب النظام القانوني والنصوص التشريعية التي تحكمه، ولما كانت أنظمتنا القانونية مستوردةً في هياكلها ومعظم مضامينها عن النظم القانونية الغربية فإن معرفة تاريخ مفهوم المصلحة العامة في تلك الأنظمة قد يُعين على فهم وضع المصلحة العامة في كلٍ من النظامين المصري والقطري، لأن تاريخ نشوء أنظمتنا غير منفكٍ عن منشئها الأول.

على مرّ التاريخ الغربي مرّ هذا المفهوم بتحوّلات عديدة، ولقد كانت تلك التحوّلات متأثرةً بأربعة مصادر أساسية شكّلت أصول التراث الغربي، وتتمثل هذه الرباعية في الحضارة اليونانية اللاتينية، والدين المسيحي، والإقطاع، وفلاسفة القرن الثامن عشر خصوصًا جان جاك روسو<sup>2</sup>.

ورغم اختلاف مناط المصلحة العامة من حقبة لأخرى إلا أن المجتمعات الغربية لطالما وجدّت أنّ "غاية القانون هي الوفاء بحاجة اجتماعية رئيسية، هي الحاجة إلى الاستقرار والأمن العام" غير أنّ ما يُشكّل الاستقرار والأمن العام كان - وما زال - أمرًا متغيّرًا بحسب ظروف الواقع واختلاف النظام في المجتمع<sup>3</sup>. وقد عبّر عن مفهوم المصلحة العامة بألفاظ كثيرة؛ مثل العدالة، والعدل، والخير المشترك، والصالح العام، والأمن العام، والاستقرار والرفاه والرخاء... إلى غير ذلك<sup>4</sup>. وهذا

---

<sup>1</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص310. وكذلك: عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص155.

<sup>2</sup> أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ترجمة: علي مقلد وشفيق حداد وعبدالمحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ج1، 1977، ص51.

<sup>3</sup> روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة: صلاح دباغ، مركز نهوض للدراسات والبحوث، بيروت، 2021، ص127.

<sup>4</sup> أشار لبعض هذه الألفاظ الدكتور عبدالمنعم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص158، 157. يُنظر كذلك: عباس العبودي، تاريخ القانون، مرجع سابق، ص88 وما بعدها.

الزخم اللفظي لا محل له من الدلالة إلا أن يجري الاتفاق على فارق مُعتبر، وإذ ليس من فارق مُعتبر بين تلك التعبيرات؛ يجري التطابق الدلالي فيما بينها.

في مسألة تحديد مدلول المصلحة العامة؛ انقسم الغرب إلى مذاهب عديدة، وأشهر التقسيمات لمذاهب المصلحة العامة: المذهب الجماعي، والمذهب الفردي، والمذهب المختلط، حيث يُنسب تعديد المذهب الجماعي في الغالب لأفلاطون، بينما يُنسب تعديد المذهب الفردي لجان جاك روسو صاحب نظرية العقد الاجتماعي بمفهومها الحديث<sup>1</sup>، أما المذهب المختلط فيُنسب تعديده إلى أرسطو وجون ستيورات ميل وغيرهم<sup>2</sup>.

على أنّ المُعِين في نظرية العقد الاجتماعي التي صاغها جان جاك روسو يجد أنه وإن جعل المصلحة الفردية نواةً للمصلحة الجماعية إلا أنه لم يهضم هذه الأخيرة، بل جعل لها وزنًا معتبرًا تحت مفهوم "الإرادة العامة"، فالأصوب أنه كان يدعو لمذهب مختلط وليس لمذهب فردي. ولكن، يبدو أن تسمية مذهبه بالمذهب الفردي كانت متأثرةً بالسياق، لأن فكرة العقد الاجتماعي جاءت كردّ فعلٍ على المذهب الجماعي الذي ساد قبلئذ، والذي دعا لانصهار مصلحة الفرد في مصلحة الجماعة، غير أنّ مضمون الفكرة - كما سيأتي الاستشهاد من كلام روسو نفسه - كان يدعو للتوفيق بين المصالح الفردية والجماعية.

---

<sup>1</sup> سبق إلى فكرة العقد الاجتماعي كثير من فلاسفة الغرب قبل روسو (ت1778م)، وأبرزهما توماس هوبز (ت1679م)، وجون لوك (ت1704م)، وكان هوبز يدعم الحكم المطلق ويرى أن العقد الاجتماعي يكمن في التوافق الاختياري على السلطة من قبل الشعب. أما لوك فلم يعترف بالحكم المطلق بل عزز وجود البرلمان كرادع ضد الملك، ورأى أن العقد الاجتماعي يفرض التزامات متقابلة على الحكام والمحكومين. وإذا كان العقد الاجتماعي عند هوبز بين الأفراد وشخص الحاكم، وكان عند لوك عقد بين الأفراد والسلطات، فإنه عند روسو عقد يتحد فيه الفرد مع الكل، فهو عقد بين المجموعة يضع فيه كل فرد قدرته تحت سلطة الإرادة العامة دون أن يتعاقد الفرد مع فرد بعينه أو سلطة بعينها. يُنظر: مكي عبدالمجيد، **العقد الاجتماعي: الأسس النظرية وأبرز المنظرين**، مجلة أهل البيت، العدد 1، (سنة النشر غير مذكورة)، ص 280، 281، 286، 292.

<sup>2</sup> رمضان خضر شمس الدين، **الحماية القانونية للمصلحة العامة في ضوء التشريع والفقهاء والقضاء**، المؤتمر الدولي الثالث: حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أكتوبر 2019، ص 297.

أما المذهب الفردي الذي يعتدُّ بمصلحة الفرد دون مصلحة الجماعة فنعتقد أنه آخذ في النشوء في السياق الغربي المعاصر، فمظاهر الفردانية هناك باتت جلية في مختلف نواحي الحياة بما لا تُغفله عين ناظر فضلاً عن عين مُعِينٍ، ويمكن تسمية هذا المذهب بالمذهب الفردي تمييزاً له عن الاستعمال الشائع للمذهب الفردي، وسوف يأتي التدليل عليه.

وإذا كانت المصلحة العامة وفق المذهب الجماعي هي **تمكين القدرات**، فإنها في المذهب المختلط- أو المذهب الفردي حسب الشائع- هي **تمكين الإيرادات**، أما المصلحة العامة وفق المذهب الفردي فهي **تمكين الرغبات**. وقد شهد التاريخ الغربي جميع هذه التحولات لمفهوم المصلحة العامة، وهو ما نبينه في الفروع الثلاثة الأولى، ثم نعقد فرعاً رابعاً لبيان المصلحة العامة في الفقه الإسلامي:

#### الفرع الأول- مرحلة تمكين القدرات

قبل الثورة الصناعية ساد الأخذ بمفهوم المصلحة العامة وفق المذهب الجماعي، والذي يرى بأن المصلحة العامة هي النفع الشامل للجماعة أو دفع الضرر عنهم، ويكون ذلك بتمكين قدرات الأفراد سعياً لمصلحة الجماعة، فإذا تعارضت المصالح الفردية والجماعية فإن الأخيرة هي الراجحة<sup>1</sup>. شاع هذا المذهب في الفلسفة الإغريقية عموماً، فقد تَمَثَّل "الاستقرار والأمن العام" في بقاء النظام الاجتماعي كما هو، إذ تتحقق المصلحة العامة بتوزيع الناس حسب قدراتهم ولو كان ضدَّ إراداتهم ورغباتهم، وهو ما يقنضي صرامةً في تحديد قدرات الأفراد وتقرير مناصبهم وفق تلك القدرات<sup>2</sup>. ولقد نصر أفلاطون هذا المذهب، فالعدالة بمنظوره تقوم بقيام كل فرد بوظيفته التي هيئاته الطبيعية لها، فالناس يعملون وفق قدراتهم لا إراداتهم، وتكريساً لذلك قسّم المجتمع لعدّة طبقات وأسند لكل طبقة عملاً محدداً لا يجوز للطبقات الأخرى ممارسته، إذ انتكاس العدالة يكون بقيام أفراد الطبقات

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص300، 301.

<sup>2</sup> روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، مرجع سابق، ص130.

بأعمالٍ ليست لهم<sup>1</sup>، وهو يرى بأنَّ الشرَّ في أثنينا قد بدأ حين اختلَّت الأدوار الاجتماعية فبات رأي الجاهل مساويا لرأي العالم، لاسيما حين انتقل هذا الأمر إلى فن السياسة<sup>2</sup>.

وقد اتَّبعَت الفلسفة الرومانية المنهج الإغريقي في تحديد معيار المصلحة العامة، فمالَت إلى أن غاية القانون هي الحفاظ على النظام الاجتماعي القائم، وتطوَّرت هذه الفكرة بموجب كتاب النِّظْم لجستينيان الذي أكَّد بقواعده الثلاث المشهورة على أن المرء ينبغي أن يتقيَّد بالوظائف التي يحددها له النظام الاجتماعي<sup>3</sup>. بل إن الإمبراطورية الرومانية الشرقية بالغت في تعزيز هذا المعيار مُعتبرةً أن الاستقرار لا يتحقق بالإبقاء على كل فرد في مهنته ووظيفته فحسب، بل بتوريث الأبناء مهنة آبائهم لئلا يتعكَّر صفو النظام بالطموحات الشخصية، ثمَّ في بداية القرون الوسطى تمثَّلت غاية القانون في الحفاظ على السلام والوئام؛ لكنَّها ما لبثت أن تأثَّرت بالمنطق الروماني نتيجة دراسة القانون الروماني في تلك الأوساط، على أن فلاسفة هذه الحقبة كانوا يرون ارتكاز المجتمع على السلطة مع الحفاظ على العادات والتقاليد<sup>4</sup>.

إذا تأملنا صورة الأمن والاستقرار العام المتمثلة في الإبقاء على النظام الاجتماعي على حاله؛ نجد أن هذه الغاية قد حفَّرتْها ظروف الواقع وطبيعة النظام الاجتماعي آنذاك، فالتنظيم العائلي لتلك المجتمعات كان سابقاً على التنظيم السياسي، وعند إحلال التنظيم السياسي القائم على المدينة

---

<sup>1</sup> فرج محمد البوشي، الأخلاق والقانون في الفكر الفلسفي اليوناني القديم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية- كلية الحقوق، العدد: 55، مايو 2022، ص65-66.

<sup>2</sup> أفلاطون، القوانين لأفلاطون، ترجمه للإنجليزية: تيلور، ونقله للعربية: محمد ظاظا، مطابع الهيئة العامة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص38.

<sup>3</sup> قرَّر البند الثالث من القسم الأول ثلاث قواعد أساسية، أولها أن على المرء أن يحيا بعدلٍ وشرف. وثانيها أن على المرء ألا يؤدي الآخرين. وثالثها أن على المرء أن يعطي كلَّ ذي حقِّ حقه وفق ما تمليه تقاليد النظام الاجتماعي. يُنظر: كتاب "النظم" لجستينيان، البيانات باللغة الأجنبية:

TIT. 1, 3, The Enactments of Justinian, **The Institutes**, (S. P. Scott, The Civil Law, II, Cincinnati, 1932.) [https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/just1\\_Scott.htm#XXVI](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/just1_Scott.htm#XXVI)

<sup>4</sup> روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، مرجع سابق، ص133، 134.

محل التنظيم العائلي؛ نُسبَت الغاية من التنظيم العائلي إلى التنظيم السياسي، فكانت غاية القانون هي ذاتها غاية التنظيم العائلي، وفي وصف ذلك يقول جان جاك روسو "الأُسرة هي المنوال الأول للمجتمعات السياسية، فالرئيس هو الصورة عن الأب، والشعب هو الصورة عن الأولاد؛ وهكذا وقد ولدوا كلهم متساوين وأحراراً تراهم لا يتنازلون عن حريتهم إلا لأجل منفعتهم<sup>1</sup>".

علاوةً على أن تلك المجتمعات كانت تقوم بصفة أساسية على الحرفة لا على الصناعة بسبب افتقارها للموارد المتجددة، ما يعني أن التعويل على إرادة الأفراد قد يؤثر على الحرّف بما يضر المقومات الأساسية للمعيشة في المحصلة، ولهذا كان كثير من الفلاسفة في حَقَب ما قبل الثورة الصناعية يميلون إلى أن الغاية من القانون هي الإبقاء على النظام الاجتماعي على ما هو عليه، ويفرضون التعويل على إرادة الأفراد في تحديد مناصبهم ضمن المؤسسات الاجتماعية<sup>2</sup>.

وإذا كان هذا الاتجاه قد نشأ في الفلسفة الإغريقية إلا أن صداه قد ارتدّ في الفكر الاشتراكي الذي جعل الفرد متضامناً مع الجماعة لتحقيق مصالحها<sup>3</sup>. لكنّ محاولة تطبيق الفكر الاشتراكي قد باءت بالفشل، ولعلّ فشلها يعود لمجيئها بعد الثورة الصناعية، حيث لم يعد هناك متّسع لقبول تلك الفكرة مع تدقّق الموارد أعقاب الثورة الصناعية، وذلك بعكس الحياة لدى اليونان، إذ اعتمدت على قلة الموارد؛ ما هيّا بيئة خصبةً للأخذ بمفهوم المصلحة العامة وفق المذهب الجماعي.

### الفرع الثاني - مرحلة تمكين الإيرادات

بعد أن دبتّ عوامل الاستكشاف والتجارة غيرت مكانة الفرد، فانزاح مفهوم المصلحة العامة إلى ضمان عمل الأفراد في مختلف المجالات بحرية، ولم يعد الفرد مرغماً على العمل في مجالٍ بعينه،

---

<sup>1</sup> جان جاك روسو، العقد الاجتماعي أو مبادئ القانون السياسي، ترجمة: عبدالعزيز لبيب، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، 2011، ص80.

<sup>2</sup> روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، مرجع سابق، ص134.

<sup>3</sup> رمضان خضر شمس الدين، الحماية القانونية للمصلحة العامة في ضوء التشريع والفقهاء والقضاء، مرجع سابق، ص301.

حيث نادى فقهاء القرن السادس عشر بمساواة تكفل حرية الإرادة للفرد وتضمن قدرة الجميع على استخدام مواهبهم دون قيود، فلم تعد غاية القانون الحفاظ على الوضع القائم بتمكين القدرات، وإنما الحفاظ على المساواة الطبيعية لتمكين الإرادات ورفع القيود التقليدية على نشاط الفرد، وتعرّز ذلك في القرن السابع عشر<sup>1</sup>، إذ بات الصالح العام يتحقق "تلقائياً وبطريقة آلية إذا ما تحقق صالح الفرد فما هو خير للفرد هو بالضرورة وعلى الدوام خير للمجموع والوطن"<sup>2</sup>.

أبرز من نادى بهذا المفهوم صاحب فكرة العقد الاجتماعي جان جاك روسو الذي قرّر أن الغاية من القانون هي حماية مصالح الأفراد على قدم المساواة فيما بينهم، لأن المصلحة العامة تتكون من مجموع مصالح الأفراد التي تشكل مجموعها الإرادة العامة، وهذه الأخيرة تقود قوى الدولة وفقاً للغاية من تأسيسها، وهذه الغاية هي الخير المشترك، "لأنه إذا كان التضاد بين المصالح الجزئية قد جعل إقامة المجتمعات أمراً ضرورياً، فإن التوافق بين هذه المصالح عينها هو الذي يجعلها أمراً ممكناً" فلو لم يكن هناك نقطة تتوافق عندها جميع المصالح لما وجد أي مجتمع البتة، وباعتبار هذه المصلحة المشتركة ينبغي أن يُسّاس المجتمع<sup>3</sup>.

ويكمن شرط الحق الاجتماعي لديه في "أن يتنازل كل شريك في الاجتماع عن شخصه وعن جميع حقوقه تنازلاً تاماً للمجموعة كلها"<sup>4</sup>. فهو يرى أن الميثاق الاجتماعي مؤاده أن يضع كل فرد شخصه وكل قدرته موضع اشتراك تحت الإمرة العليا للإرادة العامة، فيكون كل عضو جزءاً لا يتجزأ من الكل، ذلك أن "فعل الاجتماع يتضمن التزاماً متبادلاً بين العموم والأشخاص"<sup>5</sup>. وهو يفرّق بين

---

<sup>1</sup> روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 134-136.

<sup>2</sup> عبدالفتاح حسين العدوي، الديمقراطية وفكرة الدولة، مرجع سابق، ص 110.

<sup>3</sup> جان جاك روسو، في العقد الاجتماعي أو مبادئ القانون السياسي، مرجع سابق، ص 105.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 93.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص 95، 96.



الحرية الطبيعية والحرية المدنية "فأما ما يخسره الإنسان جراء العقد الاجتماعي فإنما حرته الطبيعية وحقا لا محدودا في كل ما يستهويه ويمكنه الوصول إليه، وأما ما يربحه فإنما الحرية المدنية وملكية كل ما في حوزته<sup>1</sup>."

من ذلك يظهر بوضوح أن جان جاك روسو جعل الفرد أساسًا للإرادة العامة، لكنه في الوقت نفسه نادى بحق الجماعة التي يوافق الفرد على أن يكون عضوًا فيها<sup>2</sup>، فبحسب رأيه "ليست القوانين بالمعنى الحقيقي إلا شروط الاجتماع المدني. ويجب على الشعب المذعن للقوانين أن يكون هو صاحبها الذي سنها" ثم بعد ذلك لا بد من "وجود مشرع" يضع القواعد الضابطة لشروط الاجتماع<sup>3</sup>. ثم "بمقتضى الميثاق الأساسي ليس هناك من شيء عدا الإرادة العامة يلزم الأشخاص، كما أنه لا يمكن أبدا التحقق من مطابقة إرادة خاصة ما للإرادة العامة إلا بعد أن تمثل أمام الاقتراعات الحرة التي يدلي بها الشعب<sup>4</sup>". وهذه الفكرة هي أساس الأنظمة القانونية التي يجري عليها معظم الغرب المعاصر، فالميثاق الأساسي هو الدستور الذي يحدد شروط الاجتماع المدني، وعليها تبنى بقية التشريعات التي تفرضها الإرادة العامة<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص100.

<sup>2</sup> عدّ روسو داعيًا إلى الفردية لجعله الفرد أساس المصلحة العامة، غير أنه في نظرية العقد الاجتماعي لم يهمل حق الجماعة، فاعترافه بأن المرء بموجب الميثاق الاجتماعي سيخسر حقه اللامحدود في فعل رغباته لأجل الجماعة يجعله واعيًا بأهمية المصلحة الجماعية بما يجعله داعيًا لمذهب مختلط.

<sup>3</sup> جان جاك روسو، في العقد الاجتماعي أو مبادئ القانون السياسي، مرجع سابق، ص122، 123.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص127.

<sup>5</sup> لم يكن روسو أول من تحدث عن فكرة العقد الاجتماعي كما أشرنا سلفًا، لكنه أول من صاغها بهذه الطريقة، وهذا ما منحه مرتبة الصدارة في الفلسفات الغربية في تلك الحقبة، فحتى فلاسفة العقد الاجتماعي من بعده مثل كانط كانوا قد تأثروا به، وفي ذلك تقول الباحثة سوزان: "احتلّ روسو - بلا شك - الصدارة في إحياء نظرية العقد الاجتماعي في ستينيات القرن الثامن عشر، فهو أول من أعاد إحياء فكرة العقد الاجتماعي، وصاغها بطريقة تشكل تقليدًا جديدًا للتعاقدات" وهي ترى أن "روسو قدّم مفهوم المصلحة العامة جنبًا إلى جنب مع مفهوم الإرادة وجعلها أساسًا فلسفيًا للشرعية الدستورية" يُنظر: سوزان سريدهار، الدساتير والعقود الاجتماعية، فصل من كتاب: دليل روتليدج لفلسفة القرن الثامن عشر، البيانات بالأجنبية:

Aaron Garrett, **The Routledge Companion to Eighteenth Century Philosophy**, Routledge, London, Susanne Sreedhar, **Constitutions and Social Contracts**, Ch25, P.636. (2014)

ولقد بدأت عملية إنشاء الدساتير الغربية في أواخر القرن الثامن عشر، والتي استبطنت - بوعي أو بغير وعي - تصوّر روسو عن الميثاق الاجتماعي، فما إن استقلت المستعمرات الأمريكية عن بريطانيا عام 1776 حتى وضعت كل مستعمرة من تلك المستعمرات دستوراً الخاص، وبعد مدة ليست طويلة صدر دستور الولايات المتحدة الأمريكية عام 1787 ليكون أول دستور في تاريخ الدساتير الحديثة، ثم تبعها فرنسا بدستورها الصادر عام 1793، ويرى البعض أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية قد أثر على نشوء الدساتير الفرنسية الثورية الأربعة في تسعينيات القرن الثامن عشر، وألهم دساتير جديدة في بولندا، وهولندا، وسويسرا، وأماكن أخرى<sup>1</sup>، وهو رأي ذو وجهة يؤيده التشابه الظاهر بين مضامين تلك الدساتير ومرتكزاتها.

قامت تلك الدساتير على ثلاث ركائز، أولها اعتماد دستور مكتوب يضع حدود السلطات العامة، وثانيها الفصل بين سلطات الدولة، وثالثها الحماية القانونية للحرية الفردية، فكانت تلك الدساتير تجسيداً توليفياً للفلسفة الليبرالية، فلم تشترك تلك الدساتير مع الأخيرة في المقدمات النظرية فحسب، بل اتحدت معها في الأهداف من حيث تحويل الأنظمة السياسية والقانونية والاقتصادية لوسائل تُبلّغ بها تلك لمصالح، حتى إن العقلية الغربية باتت عاجزة عن تصوّر دستور غير ليبرالي، فأصبحت "الدستورية نتيجة حصرية لليبرالية"، ولا شك أن الديمقراطية قد ساهمت في تكريس المساواة والمشاركة السياسية وبناء القانون الدستوري عمومًا، إذ التقت الليبرالية بالديمقراطية رغم تباينهما في الأصول النظرية، فباتت هذه الدساتير تعرف بالدساتير الديمقراطية الليبرالية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> ليندا كولبي، سلطات الكتابة: بريطانيا وأمريكا والدساتير، البيانات باللغة الأجنبية:

Linda Colley, **Empires of Writing: Britain, America and Constitutions**, Law and History Review, Vol. 32, No. 2. P. 237. (2014) JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/43670703>. Accessed 7 July 2023.

<sup>2</sup> يُنظر: أندريا بوراتي، الدستورية الغربية، البيانات باللغة الأجنبية:

Andrea Buratti, **Western Constitutionalism**, Springer Nature Switzerland, Switzerland, Ch1, 2019, p2.

ولسطة هذا المنطق نودي بتدويل الدساتير لتتفق مع القانون الدولي الإنساني في الحقوق الأساسية لاسيما المتعلقة بالمرأة والطفل<sup>1</sup>، والمشكلة أن فكرة التدويل تناقض أساس فكرة العقد الاجتماعي التي تعتدُّ بخصوصية المجتمعات وتجعل الدستور اتفاقاً خاصاً بين مكونات المجتمع الواحد. ولقد انتبعت الباحثة سوزان لهذا التناقض، حيث وجدت أن "التنظير الدستوري في أوروبا على مدار القرن الماضي قد تحوّل من التركيز على الخصوصية الثقافية للدولة إلى التركيز على خطابٍ عالمي لحقوق الإنسان" وأن فكرة العقد الاجتماعي التي صاغها روسو؛ جسّدت في شكلها الجديد خصائص مختلفة عن مفهوم العقد الاجتماعي في القرن السابع عشر، فمع أن روسو اتجه للحديث عن الحقوق الطبيعية إلا أن المفهوم الحديث جعل الحقوق الطبيعية - من وجهة نظر الغرب - أساساً لتحديد شرعية الدول<sup>2</sup>. وقد شكّل المفهوم الغربي للحقوق الطبيعية نواة مرحلة تمكين الرغبات.

### الفرع الثالث - مرحلة تمكين الرغبات

في أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر أخذ مفهوم المصلحة العامة مدلولاً مختلفاً، خصوصاً بعد تبني المرجعية الليبرالية في الدساتير واستبعاد الدين<sup>3</sup> من مختلف مجالات الحياة بما في ذلك المستوى الفردي في بعض الدول<sup>4</sup>، فتحوّلت غاية القانون من الحفاظ على المساواة

---

<sup>1</sup> هيلين توار، تدويل الدساتير الوطنية، ترجمة: باسل يوسف، بيت الحكمة، بغداد، 2004، ص638. مراجعة الكتاب: سندس عباس حسن، كتب وقراءات، مجلة المستقبل العربي، مج27، ع311، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2005، ص167.

<sup>2</sup> سوزان سردهار، الدساتير والعقود الاجتماعية، مرجع أجنبي سابق، ص638.

<sup>3</sup> كانت المسيحية قبل إقصائها تشكّل ضابطاً لحدود الحرية، إذ يقول أندريه هوريو بأن "مفاهيم الشخصية والحرية أُعيدت إلى حدودها المعقولة بفضل عقيدة الخطئية الأصلية، هذه العقيدة التي كانت ترتكز على عجز الإرادة البشرية وعلى الحاجة إلى سلطة تحيط بالمبادرات الفردية". يُنظر: أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ج1، مرجع سابق، ص52، 53. أما اليوم حين تخلّى الغرب المعاصر عن الدين؛ انفلتت الحرية من كل ضابط، وآل اعتقاد الإنسان بكفاية العقل في معرفة الخير والشر لجعل الحرية مرجعية نهائية، ما آل بدوره لجعل الرغبة هي المرجعية فعلياً كما سيأتي.

<sup>4</sup> تحدث الدكتور نايف بن نهار عن مستويات الفصل الديني، وهي خمسة مستويات يشترك جميعها في وجود فصل قانوني لشيء متعلق بالدين، أولها الفصل السلطوي ويعني فصل سلطة رجال الدين عن السلطة السياسية، وثانيها الفصل الدستوري ويعني فصل الدين عن المجال التشريعي، وثالثها الفصل السياسي ويعني فصل الدين عن المجال السياسي، ورابعها الفصل المجتمعي ويعني فصل الدين عن

الطبيعية إلى الحفاظ على الحقوق الطبيعية بالمفهوم الليبرالي، لتُلغى بذلك كلُّ القيود وتكون القيود الوحيدة المفروضة؛ تلك التي يقتضيها احترام حقوق الآخرين<sup>1</sup>. ولم يكن هذا الأمر من قبيل المصادفة، بل كان أثرًا للإنجازات العلمية والتقنية التي حققها الإنسان في أواخر القرن الثامن عشر، فقد وُلد ذلك التقدّم ثقةً لا محدودة بالإنسان جعلته في السياق الغربي "جديرًا بأن تُفتح له أبواب كبيرة واسعة في المجال الاجتماعي والسياسي شبيهة بالأبواب التي يفتحها قهراً في العالم المادي"<sup>2</sup>.

أخذ هذا المسار بالهيمنة حتى نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، ثم في مرحلة متأخرة بدأ انزياح مفهوم المصلحة العامة من تمكين الحريات الفردية إلى تمكين الرغبات الفردية، ولم يعد للمصلحة الجماعية اعتبارٌ يُذكر، فلم تقف غاية القانون عند تحرير إرادة الإنسان لتوظيف قدراته وفق مشيئته فحسب؛ بل امتدّت لتشمل رغباته وآماله فصار القانون أداةً لتمكين الرغبات<sup>3</sup>، وهذا ما يفسّر المطالب المتعلقة بشرعنة الشذوذ بشتّى أنماطه، وبه يُفهم اتجاه الدول التي أقرت تلك المطالب في تشريعاتها، فقد جعلت الرغبة معيارًا للمصلحة العامة في سن التشريع<sup>4</sup>.

وهذا المسار يُشكّل تطبيقًا متطوّرًا للمصلحة العامة وفق المذهب الفردي- أو لنقل الفردي-حيث يرى أصحاب هذا المذهب أولوية المصالح الخاصة<sup>5</sup>، فالقانون يتغيّر تحقيق مصالح الفرد وتطلّعاته

---

الفضاء العام، وخامسها الفصل الفردي ويعني فصل الدين عن الأفراد. يُنظر مؤلّفه: من العلمانية إلى الخلقانية، مؤسسة وعي للدراسات والأبحاث، الدوحة، 2022، ص 71، 72.

<sup>1</sup> روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 136.

<sup>2</sup> أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ج 1، مرجع سابق، ص 56.

<sup>3</sup> مثلُ السفستائيون هذا الاتجاه في الفكر اليوناني، حيث كانوا يرون بأن غاية الإنسان هي إشباع رغباته وملذاته، وأن اختلاف القوانين يرجع لاختلاف الأهواء لا الحاجات. يُنظر: فرج البوشي، الأخلاق والقانون في الفكر الفلسفي اليوناني القديم، مرجع سابق، ص 46.

<sup>4</sup> مثال: سمحت هولندا بزواج الشواذ قانونيًا عام 2001، وتلتها بلجيكا عام 2003، ثم إسبانيا وكندا عام 2005، ثم جنوب أفريقيا عام 2006، ثم النرويج والسويد عام 2009، والبرتغال وأيسلندا عام 2010، ثم الدنمارك عام 2012، ثم أوروغواي ونيوزلندا وفرنسا والبرازيل عام 2012، ثم المملكة المتحدة عام 2014، ثم لوكسمبورغ والولايات المتحدة عام 2015، ثم كولومبيا عام 2016، ثم فنلندا وألمانيا.

<sup>5</sup> رمضان خضر شمس الدين، الحماية القانونية للمصلحة العامة في ضوء التشريع والفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 297، 299.

بصرف النظر عن سوء عواقبها على الجماعة، إذ لا اعتبار للمصالح الجماعية وفق المذهب الفردي إلا بقدر ما تمليه الرغبات، وإذا كانت وظيفة الدولة في مرحلة تمكين الإيرادات تكمن في عدم التدخل بفرض القيود القانونية، فإن وظيفتها في مرحلة تمكين الرغبات هي التدخل بإزالة القيود الاجتماعية وتهيئة الظروف الواقعية ليمارس الفرد رغباته دون أدنى قيد، وبتعبير أكثر صراحة لم تعد المصلحة العامة "عامة" وفق هذه المرحلة.

جسد هذا الاتجاه مارتي كلاين<sup>1</sup> في كتابه "حرب أمريكا على الجنس: الهجوم على القانون والرغبة والحرية" حيث نافع عن رفع كل القيود على ممارسة كافة أنماط الشذوذ الجنسي للأطفال قبل البالغين، وعن السماح بالمواد والممارسات الإباحية العلنية، وعمّا يُسمّى الحق في الإجهاض، وعن حرية البالغين في التعاطي والسكر، وإطلاق حرية التعبير شاملةً الاستهزاء بالأديان واستفزاز المنتمين لها، مستندًا في ذلك إلى أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية يكفل حرية التعبير، ويمنع على السياسة الحكومية فرض أي معتقد ديني، فهو يرى أن "لكل شخص الحق في إبداء آرائه الخاصة، وله الحق في أن يعيش حياته المسالمة كما يحلو له" فلا مرجعية لأفعال المرء سوى "ما يحلو له" أي لا مرجعية سوى الرغبة<sup>2</sup>.

وإذا كانت حجة هذا الاتجاه أنّ "تهذيب الرغبات ليست وظيفة القانون وإنما وظيفة الأسرة والدين"<sup>3</sup> فمعنى ذلك أن القانون يجب ألا يتدخل في تنظيم الرغبات أساسًا ويتركها للتنظيم الاجتماعي، لكن أنصار الفردانية يناقضون أنفسهم حين يحتفون بالقوانين التي تصب في توجيه الأفراد نحو رغبات

---

<sup>1</sup> هو مختص في علم النفس عمل خبيرًا وشاهدًا في العديد من المحاكمات الفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية.  
<sup>2</sup> ليدمح القارئ ما سيجده في ذلك الكتاب من بذاءة في اللفظ وقذاعة في المضمون، فما ذلك إلا انعكاس لمآل جعل الرغبات مصدرًا للمصلحة العامة. يُنظر: مارتي كلاين، حرب أمريكا على الجنس: الهجوم على القانون والرغبة والحرية، البيانات باللغة الإنجليزية: Marty Klein, *America's War on Sex: The Attack on Law, Lust and Liberty*, Preger, USA, (2012), p. 6-13, 143-146.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص33.

بعينها، ويرتدون على أعقاب مطالباتهم بعدم التدخل؛ حين ينادون بتمكين رغباتهم عن طريق سن تشريعات تكفلها باعتبارها حقاً أساسياً<sup>1</sup>. ويمكن القول بأن بذور هذا الاتجاه غرست بعد الثورة الفرنسية حين أقصي الدين تماماً من دائرة المرجعية الغربية وأُخذ العقل مرجعياً بديلة، ولأن مرجعية العقل نسبية، فقد جبيء بفكرة الأغلبية لتحسم تنازع العقول؛ فكانت الديمقراطية، فظهرت مشكلة أخرى تتعلق بطغيان الأغلبية على الأقلية، فجيء بالليبرالية لحماية الأقليات من طغيان الأغلبية، لكن المشكلة هي أنّ الليبرالية جعلت المرجعية للحرية ولو كان ذلك على حساب الأغلبية، ولهذا فإن "الحرية التي جاءت لحماية الأقليات من الأغلبية قد قلبت الطاولة على الأغلبية نفسها، فأمسّت الأقليات تستغل الحرية لتدمير أخلاقيات الأغلبية" وهذا مآلٌ طبيعي، لأن الحرية حين تُتخذ مرجعية فإنها تفتح الباب لكل الرغبات المجنونة، ما يعني أن المرجعية العليا اليوم في السياق الغربي والغاية النهائية هي تمكين الرغبات<sup>2</sup>.

#### الفرع الرابع - مفهوم المصلحة العامة في الفقه الإسلامي

لم تُخض المجتمعات العربية أيّاً من المراحل الثلاث السابقة على طول تاريخها الممتد، فلم يكن سعيها ينحصر يوماً في تمكين القدرات أو تمكين الإرادات أو تمكين الرغبات، فتلك المصالح كانت وليدة معطيات الخصوصية الغربية، أما العرب فقد عرفوا تاريخاً موازياً بدأ بظهور الإسلام في منطقة شبه الجزيرة العربية وانتشاره في مُختلف الديار<sup>3</sup>، لكنّ التدخل الأجنبي في المنطقة العربية

---

<sup>1</sup> تقول نادين ستروسن - أستاذة القانون الدستوري ورئيسة الاتحاد الأمريكي للحريات المدنية - في تقديمها للكتاب الأنف: "قطعنا شوطاً كبيراً في تمكين بعض الحقوق الجنسية، على سبيل المثال؛ حكم المحكمة العليا في حماية المثلية، وحكمها في حماية حرية التعبير ذات التوجه الجنسي في مختلف وسائل الإعلام". المرجع نفسه، ص2 من التقديم.

<sup>2</sup> نايف بن نهار، لماذا تنهار الأخلاق الغربية بهذه السرعة؟، موقع مؤسسة وعي للأبحاث والدراسات، 8 أغسطس 2023.

<sup>3</sup> يقول سليمان الطماوي: "والذي لا شك فيه، أن الدولة العربية الأولى قد ظهرت ببزوغ فجر الإسلام، على النحو التاريخي المعروف، ولكن طول المدة التي عمرتها تلك الدولة، والتي تزيد على عشرة قرون، قد جعلت نظام الحكم يتقلب في صور متعددة: فهو في عهد الخلفاء الراشدين، غيره في عهد بني أمية، غيره في عهد العباسيين وفيما تلا عهد العباسيين من أطوار انحلال الدولة وتفككها". ينظر مؤلفه: السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، مدينة نصر، 1996، ص29.

قد أسهم في قطع ذلك الامتداد حين فرض مخرجات تاريخه على منطقة لم تشهد تاريخًا مماثلًا أو حتى مُشابهًا له. وإذا كانت الدساتير الغربية وليدة حراك امتدّ على مدار تاريخ طويل من الصراعات والتحوّلات، فإن الدساتير العربية كانت وليدة عملية استتساخ لتلك الدساتير في سياق مُنبَتٍ عنها<sup>1</sup>. وقد تزامن نشوء الدساتير العربية مع المرحلة الثانية من تحوّلات مفهوم المصلحة العامة في السياق الغربي، "لذلك جاءت أكثر القوانين العربية نتاجًا للمصالح والقيم الإقطاعية والرأسمالية التي سادتها الفلسفة الفردية الصرفة"<sup>2</sup> ما يعني أن الدساتير العربية تبنت مفهوم المصلحة العامة وفق مدلول تمكين الإرادات؛ أي وفق نظرية العقد الاجتماعي بمفهوم روسو، كما هو حال معظم الدساتير الغربية اليوم<sup>3</sup>.

وفي بالغ الدقّة أن "الدساتير بالمفهوم الحديث للكلمة دخلت إلى بلاد العرب والمسلمين مع تغلغل الظاهرة الاستعمارية الأوروبية بمختلف أشكالها"<sup>4</sup>. حيث صدر دستور مصر الأول بعد استقلالها عام 1923، لكن هذا الدستور تعاقبت من بعده دساتير عديدة لم يحالفها الاستقرار، حتى صدر دستور 1971 الذي امتدّ عمره قرابة أربعين عامًا، وليس من قبيل المصادفة أن يسبقه دستور قطر

---

<sup>1</sup> يقول أحد الباحثين في أكاديمية هارفرد للدراسات الدولية والمناطقية: "وفقًا للدراسات الحالية، لم تكن دساتير استقلال آسيا وأفريقيا سوى تقليد للدساتير الغربية." ويقول في عبارة أخرى: "عندما يتعلق الأمر باختيار نظام الحكم فإن الغالبية العظمى من دول ما بعد الاستعمار - بغض النظر عن الموقع الجغرافي أو التاريخ الاستعماري الخاص - صاغت دساتيرها على غرار دستور المستعمر السابق." ويقول في عبارة ثالثة "إن دساتير المستعمرات البريطانية السابقة في آسيا كتبها جزئيًا البريطانيون أنفسهم، أو على الأقل المعتمدون البريطانيون فيها." يُنظر: جوليان جو، نموذج الدولة: دساتير ما بعد الاستعمار في آسيا وأفريقيا، بيانات المرجع باللغة الأجنبية:

Julian GO, **Modeling the State: Postcolonial Constitutions in Asia and Africa**, Southeast Asian Studies, Vol. 39, No. 4. P. 559, 560, 561. (2002)

<sup>2</sup> عبدالجبار الجبوري، القانون ابن الحياة: جدلية الربط بين التشريع والقانون والحياة، دار الفارابي، بيروت، 2013، ص29.

<sup>3</sup> أشار بعض الغربيين إلى العناصر غير تعاقدية في الدساتير الغربية، ورأوا بأن تفسير الدستور بصرامة كعقد اجتماعي قد يؤدي إلى تشويهه وتسطيحه على نحو يجعل ربطه بتاريخ العقد الاجتماعي غريبًا في الواقع المعاش. يُنظر: جي كوبر ليفي، دساتير بلا عقود اجتماعية، بيانات المرجع بالأجنبية:

Jacob Levy, **Constitutions Without Social Contracts**, Political Theory, Vol. 37, No. 2. P. 192, 193. (2009) JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/25655472>. Accessed 5 July 2023.

<sup>4</sup> سليم ياسين، الدستور العراقي الأول لسنة 1925: دراسة تاريخية، مجلة أبحاث ميسان، مج6، ع11، 2009، ص65.

الأول عام في 1970 ثم يعدّل عام 1972، كما ليست مصادفة بأنّ كثيرا من الدول العربية صدرت دساتيرها في فترات مقارنة<sup>1</sup>. ويكفي للتثبت من ذلك الاستساح أن نعقد مقارنة بين الدساتير العربية ونظائرها الغربية، فالتشابه بينهما قد يصل لدرجة التطابق، وذلك فيما عدا إقحام النص على الشريعة الإسلامية، ذلك الذي يبدو هجينا عن بقية نصوص الدستور الأخرى.

أما علماء الشريعة فقد اعتنوا من قديم بمفهوم "المصلحة" وقسموا المصالح تقسيما منطقيًا، آخذين بعين الاعتبار تفاوتها في الأذهان واتحاد معيارها في الوحي، إذ تنقسم المصالح إلى معتبرة، وملغاة، ومرسلة، فالمعتبرة هي التي اعتدّ الشرع بها نصًا، والملغاة هي التي ورد النص على حظرها مثل التعامل بالربا وبيع الخمر، وأما المرسلة فهي المسكوت عنها فلا نصّ يعتبرها أو يلغياها<sup>2</sup>.

وثمة ثلاث نظريات في علم الأصول تتصل بالغاية التشريعية<sup>3</sup>، أولها نظرية المقاصد التي تُحدّد كليات الشريعة المعيّنة بالنص، وثانيها نظرية المصلحة المرسلة التي يفتح بها باب الاجتهاد فيما سُكّت عنه، وثالثها نظرية اعتبار المال التي تنظر في العواقب للتحقق من جدوى المصلحة المرسلة، فهذه النظريات تتكامل فيما بينها لتكوين الرؤية الأصولية حول مفهوم المصلحة.

بالنسبة للمقاصد، فرّق الأصوليون بين المقاصد العامة، والمقاصد الخاصة، والمقاصد الجزئية، فالأولى هي "المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها"<sup>4</sup> فهي مطلوبة

---

<sup>1</sup> صدر أول دستور للإمارات عام 1971، وأول دستور للبحرين عام 1973. وحتى الدول التي عرفت حراكًا دستوريًا قبل ثمانينات القرن الماضي أصدرت دساتير جديدة، فصدر دستور العراق عام 1970، ودستور مصر 1971، ودستور سوريا 1973، ودستور السودان 1973. يُنظر: البقالي عبد الوهاب، مضامين الدساتير العربية في القرن العشرين، المجلة المغربية للسياسات العمومية، ع2، 2017، ص78، 77.

<sup>2</sup> بدر الدين الزركشي، تنشيف المسامع بجمع الجوامع، حققه: سيد عبدالعزيز وعبدالله ربيع، مكتبة قرطبة، 1998، ج3، ص55.

<sup>3</sup> فضّل الدكتور عبدالرحمن كحيل هذه النظريات الثلاث وبيّن علاقتها بالانحراف التشريعي. يُنظر مؤلفه: الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقّه الإسلامي، مرجع سابق، ص656 وما بعدها. ص681، وما بعدها. ص705 وما بعدها.

<sup>4</sup> محمد ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004، ج2، ص21.



التحقيق في جميع مجالات التشريع، مثل جلب المنافع، ودرء المفاسد، أما المقاصد الخاصة فهي التي تهدف الشريعة لتحقيقها في مجالٍ بعينه، وأما الجزئية فهي المقصودة من كل حكم شرعي<sup>1</sup>. ولقد قسّم الشاطبي القصد بحسب مصدره إلى قسمين، فهناك قصد الشارع وهناك قصد المكلف، ثم قسّم قصد الشارع لعدّة أنواع يعيننا منها الأول، وهو "قصد الشارع في وضع تشريعه" ومقاصد الشرع لا تخرج عن ثلاثة، ضرورية وحاجية وتحسينية: **الضروريات** لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، ومدارها حفظ خمسة أمور؛ الدين والنفس والنسل والمال والعقل، أما **الحاجيات** مدارها رفع الضيق والحرّج عن الناس، وأما **التحسينيات** مدارها الأخذ بما يليق من المحاسن وتجنب المكاره<sup>2</sup>. والمصالح الضرورية بعناصرها الخمسة هي أصول المصالح وأسسها، ذلك أن "المصالح الحاجية إنما هي خادمة ومكملة للضرورية، مثلما أن التحسينية خادمة<sup>3</sup>".

ثمّ بالنسبة لقصد المكلف، تطرّق الشاطبي لعدة مسائل، أهمّها أن المقاصد معتبرة في التصرفات، فقصدُ الفاعل في فعله يجعل عمله صحيحاً أو باطلاً، ثمّ عن ذلك فرّع مسألتين: الأولى، أن "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل، موافقاً لقصده في التشريع"<sup>4</sup> فلما كان الإنسان مستخلفاً في كلّ ما في يده، فهو مكلفٌ بالألا يخالف قصد مُستخلفه. والثانية، أن كل من ابتغى في تكاليف الشرع غير ما شرّعت له فقد ناقضها، وكل من ناقضها، فعمله باطل<sup>5</sup>. ويصدق مضمون ذلك على عمل المشرع القانوني بصفته مكلفاً ومستخلفاً في التشريع بموجب النص الدستوري، فمتى ناقض المشرع مقاصد الدستور فإن عمله يكون باطلاً.

<sup>1</sup> أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط2، 1992، ص7،8.

<sup>2</sup> أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص17، 21، 22.

<sup>3</sup> أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، مرجع سابق، ص126.

<sup>4</sup> أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص23.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص28.

أما نظرية المصلحة المرسله، فيهمنا منها علاقة المصلحة بمقاصد الشرع، إذ ينبغي أن تكون موافقةً لمقصود الشرع فلا تنافي أصلاً من أصوله<sup>1</sup>، والاجتهاد في المصالح المرسله ينبغي أن يقوم على الاستصلاح، والذي يعني اتباع المصلحة المرسله في جلب المنافع ودفع المضار وأن يكون فهم النصوص واستنباط الأحكام منها منطلقاً من مقاصدها<sup>2</sup>.

ولضمان ذلك ينبغي أن يكون الاجتهاد مبنياً على النظر في المآلات قبل إطلاق الحكم، إذ "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت موافقة أو مخالفة"<sup>3</sup>. وكذلك على المشرع القانوني أن ينظر في مآل الحكم التشريعي قبل وضعه، فيتوقع النتائج النهائية التي يمكن أن تتشأ عنه، ممعناً في جميع احتمالات التشريع بما يجلبه من منافع وما قد يحدثه من مفسد ترحيلاً أو تحصيلاً، فينبغي أن يكون المآل موافقاً الدستور، وأن يكون منضبط المناط معلوم الصفة في الواقع<sup>4</sup>.

وعلى أي حال، لم يجد هذا الجهد العلمي حاضنةً سياسية تتبناه فتعتبره في منطق دساتيرها ونظمها التشريعية، إذ أدى الاستنساخ الأداة إلى الانسلاخ الذاتي، فجلبت الأدوات الغربية بمضامينها، وهجرت الذات الإسلامية باجتهاداتها<sup>5</sup>، وزاد من سوء الحال حدوث قطيعة تامّة بين الشريعة والقانون على مستوى المعالجات والجامعات وشتى المجالات، رغم أن تكييف التشريعات القانونية في الشريعة الإسلامية يدخل ضمن مفهوم المصلحة المرسله<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> بدر الدين الزركشي، تنشيف المسامع بجمع الجوامع، ج3، مرجع سابق، ص23.

<sup>2</sup> أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، مرجع سابق، ص64.

<sup>3</sup> أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص23، 27.

<sup>4</sup> عبدالرحمن أسامة أحمد كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقاه الإسلامي، مرجع سابق، ص707، 723، 724.

<sup>5</sup> يقول الدكتور عبدالجبار الجبوري: "من يلاحظ القانون المصري بدقة ومن حيث الجوهر ير أنه لم يأخذ بالشريعة الإسلامية بشكل تام وإنما أخذ بأحكام قليلة منها كحقوق الارتفاق وبعض الخيارات في البيع، أما جوهره فهو مقتبس من قانون نابليون". ينظر: عبدالجبار الجبوري، القانون ابن الحياة، مرجع سابق، ص31.

<sup>6</sup> يوسف القرضاوي، المصلحة المرسله وشروط العمل بها، موقع سماحة الشيخ يوسف القرضاوي، <https://www.al-qaradawi.net/node/4041>

يُنظر كذلك: محمد نور حمدان، السياسة والمصالح المرسله، مدونات الجزيرة، 2017، <https://www.aljazeera.net/blogs>

ولا نكران أن بعضًا من رواد الشريعة قد عزّزوا هذه القطيعة لما رأوا أن المراد إحلاله بديلاً عن حكم الشرع، وهم غير ملامين في جانب، ولامون في جانب آخر، فرفضهم الاستنساخ الكلي في محله، إذ المنكّهات اللفظية في سبيل أسلمة الدساتير لا تجعلها إسلامية المرجع، بل تبقى ذات مرجعية غربية، والقبول بها يعني القبول بالتبعية التطورية لذلك النظام، وهذا ما حصل فعلاً، فمعظم نظريات القانون التي يتبناها الغرب يتردد صداها في البلاد العربية من بعدهم.

لكن رواد الشريعة ملامون في الآن ذاته لعدم تقديمهم بديلاً مقنعاً يواكب معطيات الواقع ومستجدّاته، فصحيحٌ أن إرث العلم الشرعي فيه خيرٌ كثير، ولكن الصحيح كذلك أنّ فيه ما لا يصح، وأساطينه لو عاشوا في زماننا ما وقفوا عندما انتهوا إليه سلفاً، وقد زاد من تعويض المشكلة أنّ معظم المقاربات السياسية الإسلامية التي ادّعت وصلاً بالإسلام؛ إما أسلمت مرجعيةً غربيةً فألبست جسد الليبرالية ثوباً إسلامياً كما هو حال مدّعي الليبرالية الإسلامية، أو قدّمت نموذجاً مشوّهاً عن الإسلام فأساءت إليه أيّما إساءة، كما هو حال تنظيم داعش.

وأياً ما يكن من أمر، إن الغاية من التشريع وفق التصوّر الإسلامي قعدها القرآن الكريم من قبل ذلك كله، وهي فيه أوضح من أي مرجع آخر، إذ يقول سبحانه وتعالى (لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ)<sup>1</sup> فغاية إرسال الرسل وإنزال الشرائع أن يقوم الناس بالقسط، هكذا حدّد القرآن بوضوح غاية التشريع في التصوّر الإسلامي.

ولم يترك القرآن معيار القسط لتقدير العقول الإنسانية، لأن الناس متفاوتون في تقدير الأمور، ولذلك وضع سبحانه معياراً إلهياً يُحدّد مناط القسط، إذ يقول (قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ)<sup>2</sup> فكل ما أمر

<sup>1</sup> القرآن الكريم، [25: الأعراف]

<sup>2</sup> القرآن الكريم، [29: الأعراف]

الله به هو معيارٌ للقسط وهو الغاية النهائية من التشريع الإلهي، وكل تشريع وضعي لا ينبغي له الخروج عن القسط بمعيار الوحي، وفي ذلك تفصيل عريض لا يتسع المقام لبسطه.

## المطلب الثاني

### ضبط معيار المصلحة العامة في القانون

وضع الفقه بعض المعايير لضبط مفهوم المصلحة العامة، لكن تلك المعايير تعاني من العيب ذاته الذي يكتنف مفهوم المصلحة العامة، وهو عيب النسبيّة. وتثير مشكلة ضبط معيار المصلحة العامة هاجساً حقيقياً، لأنّ تعذّر ضبط هذا المفهوم يعني تعذّر الرقابة على غاية التشريع من أساسها. من أجل ذلك، نناقش في هذا المطلب المعايير المقترحة لضبط المصلحة العامة في الفرع الأول، ثم في الفرع الثاني نسعى لبيان مقتضيات ضبط المصلحة العامة.

### الفرع الأول - المعايير المقترحة لضبط المصلحة العامة

دار النقاش في الكتابات العربية عن ارتكاز المصلحة العامة إلى ثلاث غايات كبرى، الأولى: أمن المجتمع واستقراره. والثانية: تحقيق العدل. والثالثة التقدّم المجتمعي<sup>1</sup>. وذهب اتجاه رابع للقول بأن الحرية هي المصلحة العامة التي ينبغي أن يتوخاها القانون<sup>2</sup>. وذهب اتجاه خامس إلى اعتماد تقسيمات للمصلحة العامة من أجل ضبط مفهومها<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> فارس حامد عبدالكريم، غاية القانون وعوامل التقدم، المكتبة الرقمية، جامعة المدينة العالمية، بغداد، العراق، 2015، ص2.

<http://dlibrary.medi.u.edu.my/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=67988>  
ويعتقد البعض أنّ غاية الأمن والاستقرار سادت لدى الإغريق، ثم في العهد الروماني باتت غاية التشريع تحقيق العدل إلى جانب حفظ الأمن والاستقرار، ثم بعد ذلك صارت غاية التشريع تحقيق التقدم المجتمعي إلى جانب الغايتين الأخرتين. يُنظر: علي حميد كاظم الشكري، غاية القانون كأساس فلسفي لاستقرار المعاملات، رسالة دكتوراة، جامعة كربلاء، كربلاء، 2014، ص101. ونعتقد أنّ المصلحة العامة لم تكن تتوسع في مفهومها كما يشير أصحاب هذا الرأي بل كانت تتغير بالكلية كما مضى البيان.

<sup>2</sup> مرتضى معاش، الحاجة إلى القانون، مجلة النبأ، العددان: 21، 22، السنة الرابعة، 1419هـ/ يوافق 1998-1999م.  
<https://annabaa.org/nba21-22/qanon.htm>

<sup>3</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص157-163.

وقد اتُّخِذَت تلك المفاهيم كـمعيارٍ لضبط مدلول المصلحة العامة، والبعض أجراها كـغاية نهائية للقانون، كما أجراها البعض الآخر كأساس لوظيفة الدولة، لكنَّ هذه المبادئ لا تتسم بالضبط الكافي، فهي تتنافس مفهوم المصلحة العامة في السيولة، ولفحص كفاءة مفهوم ما كضابط للمصلحة العامة لا بد من اختباره، فإذا كان اجتماع الشيء ونقيضه ممكنًا تحت ذلك المفهوم فلا مندوحة من القول بنسبيته، وتاليًا لا يصلح أن يكون معيارًا للمصلحة العامة، أمّا إذا استطاع المفهوم تمييز النقيضين كلاً على حدة، فإنه يكون صالحًا للقيام بوظيفة ضبط مفهوم المصلحة العامة، ثم يجري اختباره على أسس أخرى بعد ذلك. وسوف نناقش كلَّ ضابطٍ مُقترحٍ على حدة:

**أولاً- معيار أمن المجتمع واستقراره:** يُطلقُ عليه البعض تعبير "السكينة الاجتماعية" حيث يرون بأن الغاية الأولى من القانون تحقيق الأمن الاجتماعي لجميع الأفراد ولو أدى ذلك لاستعمال القوة من أجل مواجهة مظاهر الإجرام وردّ الخارجين عن القانون لحدوده، فتكون جميع التشريعات وسيلةً تصب في هذه الغاية<sup>1</sup>. ويقتضي إعمال هذا المعيار أن تصب التشريعات في تحقيق الأمن القانوني بتمكين الأفراد من وسائل سلمية لاقتضاء حقوقهم، وضمان استقرار المعاملات بحيث يمكن للأفراد أن يتوقعوا مراكزهم القانونية، إلى جانب حماية الأمن الفردي والجماعي عبر حماية الفرد في نفسه وماله وأهله، وكفاية أفراد المجتمع حاجاتهم المعيشية<sup>2</sup>.

غير أن هذا المفهوم من المفاهيم النسبية في الواقع، فهو لا يأبى جمع الأضداد تحت مظلتها، فالتشريع الذي يحدُّ من حرية الأفراد في إبداء رأيهم ويمنعهم من نقد السلطة يستهدف من وجهة نظر السلطة غاية الحفاظ على أمن المجتمع واستقراره؛ من خلال حجب الرأي العام عن المآخذ التي تكتنف عمل السلطة درءًا لحراك المجتمع وما قد يفضي إليه ذلك الحراك من اضطراب، ولكن

<sup>1</sup> أمل المرشدي، حول غاية القانون وعوامل التقدم، 2023، منشور على: [www.mohamah.net](http://www.mohamah.net)

<sup>2</sup> علي حميد كاظم الشكري، غاية القانون كأساس فلسفي لاستقرار المعاملات، مرجع سابق، ص 102، 103.

في الوقت نفسه، حين يطالب أفراد الشعب بتمكين هذه الحرية فهم يستهدفون تحقيق الأمن والاستقرار كذلك، على اعتبار أن أمن المجتمع يتحقق حين يتمتع الأفراد بحق النقد دون أن يواجهوا خطر القبض إثر كلمة أرادوا بها إصلاحاً، وهكذا يتجاذب الطرفان فكرة الأمن والاستقرار كلٌّ بحسب ما يراه، بما يلغي فاعلية هذا المفهوم كضابط للمصلحة العامة<sup>1</sup>. وإذا ما وضع المشرع معياراً محدّداً لما يدخل في أمن المجتمع واستقراره فحينها يكون ذلك المعيار هو الضابط وليس أمن المجتمع واستقراره، أمّا ترك هذا المفهوم دون ضبطه يجعله مُرجحاً بشتّى الدلالات.

**ثانياً - معيار العدل:** مقتضى العدل كضابط للمصلحة العامة أن يكون التشريع قائماً على المساواة، ويعترف أصحاب هذا القول بأن المساواة لها نوعان، مساواة مطلقة تساوي بين الجميع بغض النظر عن الفروقات فيما بينهم، ومساواة نسبية تجعل وزناً للفروقات الفردية، وهم يرون بأن العدل ينبغي أن يُحقّق على ثلاثة مستويات، أولها التبادلي، فيوازن التشريع بين الأداءات المتبادلة على قدم المساواة، وثانيها التوزيعي بحيث توزّع الحقوق والواجبات توزيعاً متساوياً، وثالثها الاجتماعي حيث يسعى التشريع لدمج الأفراد في كيان المجتمع<sup>2</sup>.

مشكلة هذا الرأي أنه يضع المساواة معياراً للعدل ما يعني أن المعيار هو المساواة لا العدل، ثم المشكلة الثانية أنّه لا يحدد متى ينبغي أن يهدف القانون لمساواة مطلقة ومتى ينبغي أن يهدف لمساواة نسبية، ما يجعله معياراً غير منضبط، وإذا كان المقصود أن المصلحة العامة تتحقق

---

<sup>1</sup> في معنى مشابه يقول الدكتور محمد إمام: "تبرر المصلحة العامة للسلطة تجريد الفرد من بعض ممتلكاته أو كلها، وباسمها تتمتع الإدارة بسلطات استثنائية تمكنها من التشريع في مجال جعله الدستور خالصاً للسلطة التشريعية، ومن أجل المصلحة العامة تدخل الدولة في حرب تزهق أرواح الكثيرين، وعلى أساسها تدخل الدولة في علاقات سياسية واقتصادية ودبلوماسية مع غيرها من الدول، وأيضاً من أجل تحقيق الصالح العام تكبل الحقوق والحريات أو تسلب كلياً، ويوضع الأبرياء خلف القضبان." يُنظر: محمد محمد عبده إمام، فكرة المصلحة العامة وتعلقها بالنظام العام في القانون الإداري، المؤتمر الدولي الثالث: حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج4، أكتوبر 2019، ص289، 299.

<sup>2</sup> علي حميد كاظم الشكري، غاية القانون كأساس فلسفي لاستقرار المعاملات، مرجع سابق، ص106.

بالمساواة المطلقة- كما يدعو المنطق الليبرالي- فإن ذلك المفهوم لا يقود للمصلحة بالمنطق الإسلامي، إذ الإسلام لا يرى العدل في مطلق المساواة وإنما في المساواة العادلة، تلك التي تراعي الفروق الكسبية بين الأفراد، فمثلاً منح المصابين بأمراض عقلية حقوقاً سياسية قد يشكل مصلحة بالمنطق الليبرالي<sup>1</sup>، لكنه لا يمكن أن يشكل مصلحة بالمنطق الإسلامي، لأن الترشح والانتخاب في الإسلام ليست حقوقاً فحسب، بل هي واجبات في جزء منها، والواجب تكليف، ومناطق التكليف العقل، فإن غاب العقل غاب التكليف، وإن سقط جانبُ التكليف سقط جانب الحق معه.

ذلك أنّ مفهوم العدل له أوجه متعددة باختلاف التصورات، والدكتور منذر الشاوي حين يرى بأن "المذاهب القانونية والفلسفية مهما اختلفت ليست بعيدةً الواحدة عن الأخرى حول فكرة العدالة"<sup>2</sup> هو ينظر إلى العدالة باعتبارها مفهومًا ذهنيًا لا باعتبارها مفهومًا واقعيًا، فمن حيث التصور الذهني تشترك العقول في إعلاء قيمة العدالة وجعلها مطلبًا إنسانيًا، لكن من حيث الإسقاط الواقعي لهذا المفهوم فإن المذاهب تتباعد بشدة، فالتشريع الذي يفرض فوائد ربوية على عاتق المدين مقابل الزمن يعتقد أن فرض الفائدة أدعى لتحقيق العدل، لأنه ينطلق من المنطق النفعي المحض، فيرى الفائدة مقابلًا عادلًا للزمن، في حين أن هذا التشريع نفسه يجانف العدل تمامًا في المنطق الإسلامي لأنه يشكل عبئًا مضافًا على المدين الذي هو في موقفٍ ضعيفٍ أصلاً<sup>3</sup>.

وقد تنبّهت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى نسبية مفهوم العدل، ففرقت بين المفهوم المجرد للعدل، وبين العدل من المنظور الاجتماعي، لتقضي بأن "العدل- باعتباره قيمة مثلى- لا يعدو

---

<sup>1</sup> وكالة الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية، الحق في المشاركة السياسية للمصابين بأمراض الصحة العقلية وذوي الإعاقة الفكرية، البيانات بالأجنبية:

European Union Agency for Fundamental Rights, **The right to political participation of persons with mental health problems and persons with intellectual disabilities**, Printed in Belgium, 2010, p11.

<sup>2</sup> منذر الشاوي، **الإنسان والعدالة**، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2016، ص57.

<sup>3</sup> سمعتُ هذا المثال عن د. نايف بن نهار في محاضرةٍ عن التصورات، مركز ابن خلدون للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قطر.

أن يكون مفهوما مجردا، بيد أن العدل من منظور اجتماعي، إنما يتحدد على ضوء القيم التي ارتضتها الجماعة خلال زمن معين، وكان تقيدها بها مهيمنا على مظاهر سلوكها تعبيرا من جانبها عن أكثر المصالح توافقا مع بيئتها، فلا يكون قبول أفرادها بها، إلا حلاً ملائماً لتنازع توجهاتهم وتعارضها<sup>1</sup>. " فهنا تقرّ المحكمة أن العدل مفهوم غير منضبط، ولا يكون تشكيله إلا بحسب توافق الجماعة على قيم محددة، فهو منوط بالزمان والمكان كما تقدّم البيان.

ثم تستدرك المحكمة بمقالةٍ بديعةٍ تؤكد فيها أن العدالة تصوّر جماعي لا تصوّر ذاتي، وبرغم نسبيتها لا يزال هناك قدرٌ تتفق عليه الجماعة في عمومها، وهذا القدر ينبغي ألا يتجاوز المشرع إلى غيره بحجة النسبية، ذلك أنه "لئن جاز القول بأن تلك القيم لا تعني شيئا ثابتا باطراد، وأن معانيها وغاياتها تتباين تبعا لمعايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها؛ وكان لا يجوز بالنظر إلى مخاطر التعارض في مجال العدالة الاجتماعية بين مفروضاتها النظرية ومتطلباتها العملية، أن يكون تصورهما ذاتيا، ولا أن تكون دائرة تطبيقها منغلقة على نفسها، إلا أن القيم التي يحتضنها العدل - محددًا من منظور اجتماعي - تظل نتاج الخبرة التي صهرها العقل الجمعي، فلا يلتبس المشرع طريقها بعيدا عما يراه الأفراد في مجموعهم حقا وإنصافا<sup>2</sup>."

خلاصة القول إذن، أنّ العدل لا يصلح أن يكون معياراً لمفهوم المصلحة العامة، لأن العدل مفهوم غير ثابت، على أنّ هذه الحقيقة لا ينبغي أن تتخذ ذريعة لإطلاق سلطة المشرع في تقدير العدالة، بل ينبغي على المشرع مراعاة القيم التي تتبناها الجماعة في عمومها، وألا يهمل ما استقرّ في ضمير المجتمع من مبادئ؛ تحقيقها يعني تحقّق العدل من منظور المجتمع.

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 58 لسنة 17 قضائية، 15 نوفمبر 1997، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م 36861) وفي المعنى ذاته يقول بأن جهة الرقابة "لا تنتزع القيم التي ترجحها عند الفصل في المسائل الدستورية، ولكنها تبصرها وترجحها لأن مجتمعها يقتضيها". يُنظر: عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 81.

<sup>2</sup> الحكم نفسه. وانظر أيضًا: القضية رقم 152 لسنة 18 قضائية، 6 يونيو 1998، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م 36926)



ثالثاً- معيار التقدم الاجتماعي: مفاده أن التشريعات ينبغي أن تستهدف إتاحة مجال واسع لاستثمار الطاقات الإنسانية، من حيث خلق ظروف مواتية لأصحاب المجالات المختلفة من أجل تطوير الواقع وتحسين جودته<sup>1</sup>، إذ القانون لا يقف عند توفير متطلبات الوجود وبقاء المجتمع بل ينبغي أن يكون وسيلةً لتقدمه، ولهذا يرى أنصار هذا الرأي أن التقدم الاجتماعي لا يتحقق إلا بعد الظفر بغاية الأمن والاستقرار فكلما زاد الاستقرار كان بلوغ التقدم بواسطة التشريع أقرب<sup>2</sup>.

وهذا المعيار هو الآخر لا يخلو من النسبية، وأضربُ مثالين بسيطين في مجال الاقتصاد يبيّنان جمع هذا المفهوم لضدين تحت مظلتها، هما الخصخصة والتأميم، فثمة من يرى أن تأميم الشركات الخاصة يعود بالتقدم على المجتمع لما فيه من تشغيل للمال العام في مجال الاستثمار، وهناك من يرى أن الخصخصة هي التي تضمن التقدم الاجتماعي لما تؤول إليه من تحسين جودة الخدمات وتحريك الاقتصاد المحلي، فمفهوم التقدم الاجتماعي تتجاوزه الآراء على الجانبين بما يؤكد نسبيته، فنتنقي عنه الكفاءة المعيارية لضبط مفهوم المصلحة العامة.

رابعاً- معيار الحرية: ذهب البعض للقول بأن الحرية هي الغاية الأساسية التي يجب أن يصدر القانون لنيلها، إذ ينبغي أن يكون القانون وسيلةً لضمان جميع الحريات ويحرّم أن يكون وسيلةً لمصادرتها<sup>3</sup>، لكن مفهوم الحرية لا يقدم معياراً حقيقياً للمصلحة العامة، فمفهومها لا يقل غموضاً عن هذا الأخير، فما حدود الحرية التي بها تُبلغ المصلحة العامة؟ وما مجالاتها؟ كثيرٌ من الأسئلة تجعل مفهوم الحرية غير منضبط<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مبارك المصري، غاية القانون والقيم الحضارية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، حوليات كلية الشريعة، ع5، 2016، ص47.

<sup>2</sup> علي حميد كاظم الشكري، غاية القانون كأساس فلسفي لاستقرار المعاملات، مرجع سابق، ص104.

<sup>3</sup> مرتضى معاش، الحاجة إلى القانون، مرجع سابق.

<sup>4</sup> هيو جيبونز، الغاية من القانون، البيانات باللغة الأجنبية:

ذلك أنّ جميع المذاهب تدعو للحرية لكن بمدلولٍ مختلف، وكل حرية تقابلها عبودية بالضرورة، فالحرية بالمعنى الليبرالي وإن كانت تدعو لتحرير الفرد من الدين والقانون والمجتمع فإنها تؤول لجعل الفرد عبداً لنفسه ورغباته، بينما الحرية بالمنظور الإسلامي تدعو لتحرير الفرد من نفسه أولاً ثم من كل سلطةٍ بشرية ليكون عبداً لله وحده، ذلك أن المرء إذا حقق العبودية لله تحرّر من نفسه ومن كلّ سلطةٍ أدنى وإن علت<sup>1</sup>. فالخلاصة أن الحرية ليست معياراً ضابطاً للمصلحة العامة.

**خامساً - معيار التقسيم:** قسّم بعض الفقه مفهوم المصلحة العامة لقسمين، ففرّقوا بين المضمون المادي للمصلحة العامة وبين المصلحة العامة كتعبيرٍ عن الغاية من التصرف<sup>2</sup>، حيث يعبر المفهوم الأول عن الحاجات والمطالب التي ينبغي على الدولة أن تسعى لتحقيقها فتختار فيما بينها بما تقدّر أنه الأولى، وهنا تتنوع المصلحة العامة بحسب مجالها، فتندرج ضمنها المصلحة الصحية، والمصلحة الثقافية، والمصلحة الاقتصادية، والمصلحة المهنية، كما تتنوع بحسب الأشخاص المعنيين بها، مثل المصلحة القومية والمصلحة الوطنية فهذه التعبيرات إنما تتعلق بتحقيق المصلحة العامة لمجموع الشعب، وكذلك المصلحة المحلية التي تختص بمصالح إقليم بعينه، فجميع هذه التعبيرات وما ضارعتها تشير للمصلحة العامة بمضمونها المادي<sup>3</sup>.

أما المصلحة العامة كغاية من التشريع فتتعلق بالنتائج النهائية التي تعمل جميع سلطات الدولة لتحقيقها، والهدف الذي ينبغي أن يستهدفه المشرع كغاية للتشريع هو المصلحة العامة، فهذا الأخير يشكل قاعدة عامة لجميع التشريعات وهو شرط لدستورية التشريع، فإذا لم يراع المشرع تحقيقه فإنه

---

<sup>1</sup> أحمد محمد أمين، حدود السلطة التشريعية: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظامين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2001، ص 347.

<sup>2</sup> قال بهذا التقسيم الدكتور عبدالمنعم، ويبدو من المراجع التي ذيلها في الحواشي ومن قرارات المجلس الدستوري التي أوردها في المتن؛ أنه استلهم هذا التقسيم عن الفقه الفرنسي. يُنظر رسالته: المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، 157-168.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 157-166.

يكون قد انحرف في استعمال سلطته، وذلك لانحرافه عن الهدف النهائي الذي ينبغي أن يسعى التشريع لتحقيقه وهو المصلحة العامة<sup>1</sup>.

وهذا التفريق في تقديرنا لا داعي له، لأن المضمون المادي للمصلحة العامة جزء لا يتجزء من الغاية التي ينبغي أن يتوخاها التشريع، ولأن الغاية من التشريع ينبغي أن تبلغ المصلحة العامة بمضمونها المادي، فالفرق لا ينفصلان بأي حال، والأول في حقيقته فرع عن الثاني، فالمصلحة العامة كغاية لا تتأتى بغير بلوغ المصالح العامة بمفهومها المادي.

### الفرع الثاني - مقتضيات المعيار الضابط للمصلحة العامة في القانون

إن الحديث عن المصلحة العامة في القانون يعني الحديث عن مجموع الأهداف التي ينبغي أن تستهدفها الدولة في كافة ما يصدر عنها، حيث تقوم بالاختيار من بين مختلف المصالح لتشكل سياستها العامة على هدى من المقتضيات الدستورية<sup>2</sup>، وفي كل دستور يصدر ثمة فكرة تسود على ما به من أحكام، إذ الدستور انعكاس للبناء التاريخي والسياسي والاقتصادي والاجتماعي في البلاد، وهو بالضرورة تعبير عن أيديولوجيا معينة<sup>3</sup>. ولئن كان المشرع هو صاحب اليد العليا في تحديد أوجه المصلحة العامة، إلا أنه يبقى محكوماً بما يمليه الدستور عليه، فالدستور هو معيار المصلحة العامة من حيث الأصل، غير أن الدستور كثيراً ما يترك للمشرع سلطة تقديرية واسعة في تقدير أوجه المصلحة العامة، ومن هنا تبرز الحاجة لضمانات يلتزم المشرع معها بضبط هذا المفهوم من أجل الحد من الانحراف عن المعيار الدستوري للمصلحة العامة.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 166 - 168.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 156.

<sup>3</sup> أحمد محمد أمين، حدود السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 379.

إن تحديد مفهوم المصلحة العامة في سياقٍ محدّد يقتضي عملية توفيقية يُنظر فيها لمجموع ظروف الزمان والمكان واحتياجات المجتمع ومصالحه، وهذه العناصر بطبيعتها لا تبقى على حالها، فالزمان متغيّر ولا بد، والمكان على ثبوته لا تثبّت معطياته، فأوروبا التي كانت بيئة تعتمد على الحرف والزراعة تحوّلت بعد الثورة الصناعية والتقدم التكنولوجي تحوّلًا جذريًا، والشرق الذي عرف النفط لا يمكن مقارنة حاله بما سبق، والعالم المقبل على الذكاء الصناعي لن يكون كالعالم قبله، ذلك أن احتياجات المجتمعات تتغير بتغيّر الموارد والأحداث فيها، عوضًا عمّا يحوف المجتمع من تغيّراتٍ في طبائع الناس وفي العلاقات الاجتماعية نتيجة تلك التحولات.

معنى ذلك أن مفهوم المصلحة العامة يختلف باختلاف السياق، كما يتغير باختلاف الظروف في السياق الواحد، ومن الصعب- بل من المستحيل- أن نجد معيارًا عابرًا للزمان والمكان في تحديد هذا المفهوم، ولهذا قيل أنه من الخطأ الفادح محاولة إيجاد تعريف لفكرة المصلحة العامة<sup>1</sup>.

رغم ذلك، ما دامت نسبية مفهوم المصلحة العامة ترجع لعدم ثباته باختلاف المعطيات والظروف؛ فمعنى ذلك أنه في سياقٍ له معطياته الواضحة وظروفه المعلومة يمكن تحديد مفهوم المصلحة العامة، فثمة أمور إذا ما رُوِعت أعانت على ضبط مدلول المصلحة العامة في سياقٍ بعينه، فإذا كان من المتعذر إيجاد تعريف منضبط للمصلحة العامة يطرد على كافة السياقات، فلا يتعدّر تعريف المصلحة العامة في سياقٍ محدّد. وبعد تحديد السياق والإحاطة بظروفه، يمكن تحديد مفهوم المصلحة العامة بمقتضيين:

**المقتضى الأول- الانطلاق من مرجعية محدّدة:** إنّ التنبؤ بتوجّه الدولة في تبني مفهوم معيّن للمصلحة العامة في تشريعاتها يعتمد بشكلٍ كبير على البنية الفكرية التي تستند إليها السلطة،

---

<sup>1</sup> أيمن بشري أحمد، دور القانون في حماية المصلحة العامة، المؤتمر الدولي الثالث: حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أكتوبر 2019، ص113.

فالنظم السياسية تتمايز فيما بينها بتمايز القيم والمبادئ والأفكار واختلاف الغايات التي تسعى إليها، وكل نظام دستوري يدين لمرجعية معينة تُؤطر فهمه للحرية والسلطة والحقوق والحريات<sup>1</sup>. ذلك أنّ الدولة- كأي تنظيم اجتماعي آخر- لا يمكن أن تمارس عملها دون تبني أيديولوجيا معينة تنطلق منها بوعي منها أو بغير وعي، وعادةً ما يلتفت الأفراد حول تلك الأيديولوجيا التناقضاً موجّهاً أو تلقائياً، إذ تسلك الدولة وسائل مختلفة في إقناع الأفراد بوجود قيم ومبادئ معينة تمثل أساساً لاحترام الدولة، ومسوّغاً للامتثال للتشريعات التي تصدر عنها<sup>2</sup>.

يبدأ الخلاف بين المرجعيات في النظر إلى فكرة السيادة نفسها، وهو ما يترتب عليه اختلاف النظر في تحديد صاحب السيادة، ومدى سلطته من حيث الإطلاق والتقييد، ومدى خضوع الدولة لأحكام التشريع، ونوع الحقوق والحريات التي يتمتع الأفراد بها، وعلاقة الدولة بغيرها من الفاعلين الدوليين، فجميع هذه المسائل يختلف الحسم فيها باختلاف المرجعية الفكرية<sup>3</sup>، وكما يقول الدكتور أشرف إسماعيل "هناك فلسفة، أو أيديولوجية تهيمن على نصوص الدستور جميعاً، تجعل منها وحدة متكاملة متناسقة وغير متنافرة، تلك الفلسفة أو الأيديولوجية يمكن استخلاصها استخلاصاً موضوعياً سائعاً من تفسير نص من نصوص الدستور أو من خلال الربط بين عدة نصوص، أو الربط بين جميع نصوص الدستور، وهي تمثل المبادئ العامة للدستور، أو الروح العامة له<sup>4</sup>".

ومن البدهة أنّ وضوح المرتكزات الفكرية التي تتبناها السلطة كفيلاً بالكشف عن الملامح الأساسية لمفهوم المصلحة العامة في نظام ما، فحين تنطلق الدولة من مرتكزات الفكر الليبرالي؛ تأخذ

---

<sup>1</sup> رمزي الشاعر، الأيديولوجية التحررية وأثرها في الأنظمة السياسية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مج17، ع1، يناير 1975، ص1. يُنظر كذلك: أحمد محمد أمين، حدود السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص378.

<sup>2</sup> رشيد بنعياش، المصلحة العامة أساس وجود الدولة، المجلة لمغربية للسياسات العمومية، ع22، 2017، ص165.

<sup>3</sup> المعتز منصور ونجيب عمر عوينات، المرجعيات الفكرية لسيادة السلطة السياسية للدولة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، ع15، يوليو 2020، ص278.

<sup>4</sup> أشرف إسماعيل عزب، حدود رقابة الدستورية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011، ص409.

المصلحة العامة مفهومًا واضح المعالم يقوم على إعلاء الحرية الفردية وانحسار تدخل الدولة في تنظيم الحقوق والحريات إلا ما لزم لحفظ الحريات الفردية، فتغدو الحرية الفردية بوصلةً للمصلحة العامة في تلك البلاد<sup>1</sup>، وهذا واقع كثير من الدول التي أفضى الحراك الشعبي فيها إلى تبني دساتير تنص على إعلاء الحرية الشخصية، مثل دستور الدنمارك الذي ينص على وجوب "أن تظلّ الحرية الشخصية مصونة وغير قابلة للانتهاك"<sup>2</sup> ودستور بلجيكا الذي ينص على أن "الحرية الشخصية مُصانة"<sup>3</sup>، فمثل هذه النصوص التي صاغها الشعب بعد حراكٍ سياسي وفكري طويل تكشف عن البُنى الفكرية لواسعي الدستور وانطلاقهم على مرتكزات ليبرالية، فالمشرّع في تلك الدول يستهدف المصلحة العامة وفق المرجعية الليبرالية.

في المقابل، حين تعلن الدولة اعتمادها على مرتكزات الفكر الشيوعي فإن مفهوم المصلحة العامة ستتغير ملامحه كليًا، حيث تغدو المصلحة العامة متمثلة في تدخل الدولة لتوحيد كيان المجتمع وتحقيق العمل الجماعي في أقصى تمثّلاته<sup>4</sup>، وهذا ظاهرٌ اليوم في الصين الشيوعية، فلقد نصّت ديباجة دستورها- بعد سرد طويل لتاريخ الصراع المحتدم بين الرأسمالية والاشتراكية الذي تمخّض هذا الدستور عنه- على أنه "بعد تأسيس جمهورية الصين الشعبية، حقق بلدنا الانتقال التدريجي من مجتمع ديمقراطي جديد إلى مجتمع اشتراكي. واكتمل التحول الاشتراكي للملكية الخاصة لوسائل الإنتاج، وألغي نظام استغلال الإنسان للإنسان"<sup>5</sup>. ثم نصت المادة الأولى على أن النظام الاشتراكي

---

<sup>1</sup> رمزي الشاعر، الأيدولوجية التحررية وأثرها في الأنظمة السياسية، مرجع سابق، ص 20.

<sup>2</sup> الفقرة 1، المادة 71، دستور الدنمارك 1953، [https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark\\_1953](https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark_1953)

<sup>3</sup> المادة 12، دستور بلجيكا 1831 المعدل 2014، [https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium\\_2014](https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_2014) | وفي الدستور المصري نصّ مماثل حيث أن "الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تُمس". يُنظر: المادة 54، دستور مصر 2014 المعدل 2019. ونص الدستور القطري على أن "الحرية الشخصية مكفولة". يُنظر: المادة 36، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>4</sup> أحمد محمد أمين، حدود السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 388، 389.

<sup>5</sup> الديباجة، دستور جمهورية الصين الشعبية 1982، البيانات بالأجنبية:

هو النظام الأساسي لجمهورية الصين الشعبية بقيادة الحزب الشيوعي الصيني، وهكذا درجت في كافة نصوصها على تكريس العقيدة الاشتراكية نصًا بعد نص<sup>1</sup>.

ليس هذا فحسب، فقد نص دستور الحزب الشيوعي الصيني - الحزب الحاكم الذي أشارت له المادة الأولى - على ضرورة "التمسك بالمبدأ القائل بأن مصالح الحزب والشعب تعلو فوق كل شيء، وأن المصالح الشخصية تخضع لمصالح الحزب والشعب" وبعبارة أكثر صراحةً؛ يفرض الدستور على أعضاء الحزب التزام "العمل بإيثار من أجل المصلحة العامة"<sup>2</sup>. فهذا النص الدستوري يعكس تصوّر السلطة عن المصلحة العامة ويجعل عناصرها الموضوعية واضحة المعالم بالنسبة للشعب، لأن السلطة قد أعلنت عن تبنيها مرتكزات الفكر الشيوعي بوضوح تام، وحددت المرجعيات الفكرية التي تعتمد عليها، إذ نص الدستور في مبادئه العامة على تبني الحزب الشيوعي الصيني وفق "القاعدة الفكرية للماركسية اللينينية وفكر ماو تسي تونغ ونظرية دنغ شياو بينغ كدليل للتصرف"<sup>3</sup>. فهذا التصريح يكشف اللثام عن القاعدة الفكرية للنظام الحاكم في الصين الشيوعية، وينقل مفهوم المصلحة العامة من النسبية إلى الانضباط، إذ المصلحة العامة التي تقصدها السلطة في الصين هي المصلحة العامة بمفهومها الشيوعي وفقاً لرؤى هؤلاء المفكرين الثلاثة.

وإذا انطلقت الدولة من مرتكزات الإسلام فإن المصلحة العامة تأخذ مفهوماً توفيقياً يعتمد على جلب المنافع ودرء المفاسد دون إنكار للبعد الأخلاقي في شتى مجالات الحياة الاجتماعية

---

Preamble, **Constitution of the People's Republic of China 1982**.<https://china.usc.edu/constitution-peoples-republic-china-1982>

<sup>1</sup> على سبيل المثال راجع نصوص المواد 6-19، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> المادة 3، دستور الحزب الشيوعي الصيني 2002، البيانات باللغة الأجنبية:

**Art3, Constitution of the communist party of China 2002,**

[//irp.fas.org/world/china/docs/const.html](http://irp.fas.org/world/china/docs/const.html)

<sup>3</sup> الديباجة، المرجع نفسه.

والاقتصادية والسياسية، وذلك سعياً لإقامة القسط بالمعنى الذي يقرّه الكتاب الحكيم، فيكون الوحي الإلهي هو المرجعية التي تُستقى منها المصلحة العامة.



ولا نجد اليوم مثلاً لنظامٍ يتبنّى مرجعية الإسلام في ركائزه، أما النصوص التي تتناولها الدساتير في اعتماد الشريعة الإسلامية كأحد مصادر التشريع فهي بمثابة النبتة في الصحراء، تسرّ الناظرين ولا تشبع الجائعين، فما تلبث تلك الدساتير أن تقرّر الشريعة الإسلامية مصدرًا للتشريعات في أحد نصوصها حتى تخالفها في نصٍ آخر؛ إما بتبنّي سياسات تخالف مبدأ الشورى، أو بتبنّي مبادئ تخالف قيمة العدل بمنطق الوحي، أو بغير ذلك من النصوص التي تكشف عن محاباة مرجعية فكرية أخرى- هي في دساتيرنا المرجعية الليبرالية<sup>1</sup>- فتحديد المرجعية لا يكون بنصٍ مرمي في فلاة الدستور، بل يكون ببناء نصوص الدستور على هدي تلك المرجعية، فالدساتير الليبرالية لم تنطق بكلمة "الليبرالية" في متنها، لكن نصوصها صيغت بما يعني عن ذكر اسم المرجعية لجلاء تدققها في الأحكام والمبادئ المصوغة في تلك النصوص<sup>2</sup>.

إن الانطلاق من مرجعية محددة يعني اتخاذها منطلقًا يعتمد عليه واضعو الدستور في صياغة مبادئه وأحكامه، فتكون المرجعية متجسدة في أفكار الدستور لا في مجرد ألفاظه، أما دساتيرنا فقد استحضر واضعوها الدساتير الغربية، بل شارك الغربيون أنفسهم في وضعها أحيانًا<sup>3</sup>، ولا أدلّ على ذلك من تشابه الدساتير العربية والدساتير الغربية ليس في أساليب الصياغة وطرق التقسيم فحسب؛

---

<sup>1</sup> يقول الدكتور عبد الجبار الجبوري تعبيرًا عن حقيقة تأثر النظام القانوني المصري بالفلسفة الليبرالية والأنظمة العربية عمومًا بأنّ "الأصول التاريخية للفقه المصري لا تختلف عن أصول التقنين والتشريعات الأخرى من حيث مصادرها وجوهرها، فهو كغيره يرتكز على الفلسفة الليبرالية التي تدعو إلى الحريات الديمقراطية البرجوازية التي ورثتها من الثورة الفرنسية كالذود عن حرية التملك والرأي والتعبير وحرية العبادة وفصل السلطات واستقلال القضاء وسيادة الأمة باعتبارها مصدر السلطات ومبدأ المشروعية وسيادة القانون. وامتازت الفترة الفقهية في مصر، إن صح التعبير، برفض الفقه المصري للاجتهاد، والاكتماء بالاعتقاس والتأثر بالثقافة الفرنسية التي ولد (مدرسة الشروح على المتون) مقتفية سيرة المدرسة الفرنسية التي تهدف إلى خدمة الأغراض الرأسمالية. وفي هذه المرحلة الفقهية المصرية ظهر الدكتور العلامة عبدالرزاق السنهوري بكتابه المشهور (نظرية العقد) سنة 1934 الذي يعبر عن المصالح الرأسمالية المصرية في ذلك الوقت وامتد أثر هذا التشريع إلى الأقطار العربية الأخرى ومنها العراق". ينظر مؤلفه: القانون ابن الحياة، مرجع سابق، ص31.

<sup>2</sup> يُنظر: دستور الولايات المتحدة الأمريكية 1789 المعدل عام 1992. دستور فرنسا 1958 المعدل 2008. فهذه الدساتير تنطلق من مرجعية ليبرالية رغم عدم نصها على ذلك، لكن التجانس بين مبادئها يكشف عن تلك المرجعية دون الحاجة إلى التلغظ بها.

<sup>3</sup> يقول جوليان جو "إن دساتير المستعمرات البريطانية السابقة في آسيا كتبها جزئيًا البريطانيون أنفسهم، أو على الأقل المعتمدون البريطانيون فيها". يُنظر: جوليان جو، نمذجة الدولة: دساتير ما بعد الاستعمار في آسيا وأفريقيا، مرجع أعني سابق، ص561.

بل حتى في الأحكام والمبادئ، فالديموقراطية والحرية الفردية والمساواة وكثير مما يتردد بحفاوة في الدساتير العربية يكاد لا يزيد بشيء عما خطته الدساتير الغربية، ولا تكمن المشكلة في تقرير تلك المبادئ، إنّما تكمن المشكلة في الفجوة بين المقال والحال، فلم تكن الدساتير الغربية حصيلة المحابر كما هي في سياقنا، بل كانت وليدة المنابر والتدافع الكبير على المستويين الفكري والعملي الذي أفضى لتعبير شعوب الغرب عن إرادتها في تكريس المبادئ التي قادت التجربة المتراكمة لاعتقادهم بأنها الأمثل لحل مشكلات واقعهم، حتى إن بعض فقهاء الغرب جعلوا الحراك الشعبي شرطاً للدستور<sup>1</sup>، بينما في واقعنا فُرضت هذه المبادئ فرضاً دون التحقق ممّا إذا كانت تعالج مشكلاتنا أم تفاقمها، فصارت حجاباً عن قراءة مشكلاتنا بدل أن تكون أداةً لحلها.

إن التمسك بتلك المبادئ قبل النظر في مشكلات الواقع نابعٌ إما عن قلة الوعي أو قلة الحيلة، فأما قلة الوعي ماثلةٌ في النظر إلى الآليات القانونية التي ابتدعها الغرب على أنها عصا موسى التي تحل كل مشكلة، رغم أن الغرب حين ابتدعها ما كان يستحضر سوى مشكلاته، وفي ذلك يقول أندريه هوريو لدى حديثه عن "الصفة الغربية للقانون الدستوري": إن نشأة القانون الدستوري وتطوره هما ظاهرتان كان بالإمكان أن لا تحدثا، وهما ينتميان إلى القصور القديمة اليونانية وإلى التطور السياسي في بريطانيا وإلى عصر التنوير الأوروبي والأمريكي، وإلى الحضارة الغربية في الواقع<sup>2</sup>. ولذلك فإنه من الوهم المحض أن يُعتدّ بأن الديمقراطية الليبرالية هي "نظام الحكم الوحيد القادر على تخليص الشعوب من الاستبداد"<sup>3</sup>، وكما كان دقيقاً تصوّر أفلاطون عن الحكومة الديمقراطية

---

<sup>1</sup> ديتير جريم، أصل وتطور إنشاء الدستور، ترجمة: عبدالسلام إسماعيل، برنامج حكم القانون بمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، 2020، ص4.

<sup>2</sup> أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ج1، مرجع سابق، ص45.

<sup>3</sup> رمزي الشاعر، الأيدولوجية التحررية وأثرها في الأنظمة السياسية، مرجع سابق، ص3.

بأنها "تنادي بالحرية والمساواة المطلقتين دون اعتبار للقيم"<sup>1</sup> وهذا وصفٌ دقيق لما نراه اليوم من انفلات قيمي في الديمقراطيات الغربية، إذ الحكومة الديمقراطية على حد تعبيره هي "حكومة الكثرة"، والكثرة ليست معيارًا للصواب ولا مرجعيةً للقيم، بل إن القرآن يخبرنا بأن الإنسان إذا اتَّبع الأكثرية قد يضلَّ عن سواء السبيل، لأن الأكثرية لا تتبع الحق بل تتبع الظن، إذ يقول سبحانه (وإن تُطع أكثر من في الأرض يُضلوك عن سبيل الله إن يتبعون إلا الظن<sup>2</sup>). أما قلة الحيلة، فلأن انعدام البديل المقنع لم يترك خيارًا سوى التمسك بالحلول الموجودة رغم عيوبها الظاهرة، إذ الظمان حين لا يجد الماء لا يمانع من شرب الماء المكدّر.

والحقيقة أن استيراد تلك المبادئ والآليات قد زاد من تعميق مشاكل واقعنا بدلًا من حلها، وكفى بالواقع شاهدًا، فلننا نرى دولة عربية واحدة نهضت نهضةً حقيقية بعدما تبنت نهج الدساتير الغربية، وهذه نتيجة منطقية، لأن دساتيرنا لم توضع تعبيرًا عن احتياجاتنا، وإنما استنسخت عن الدساتير الغربية، وهو ما يعني أننا تبنيًا حلولًا لمشكلات لم تطرأ لدينا من الأساس، وإذا كان بعض تلك المبادئ يتقاطع مع بعض المبادئ المطلوبة في سياقنا مثل المساواة أمام القانون، واستقلال القضاة؛ فإن كثيرًا مما تبنته بعض الدول ذات الأغلبية الإسلامية لا ينسجم مع معطيات واقعنا، مثل العلمانية والفرדانية والرأسمالية، وغير ذلك كثير<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> عبده الشمالي، تاريخ الفلسفة العربية الإسلامية وآثار رجالها، مرجع سابق، ص 39.

<sup>2</sup> القرآن الكريم، [116: الأنعام]

<sup>3</sup> لعل أبرز الأمثلة على ذلك؛ نصوص دساتير الدول المسلمة التي تكرس مبدأ العلمانية، مثل تركيا وأذربيجان والسنغال وغيرها، ذلك أن العلمانية هي الحل الإجراءي الذي تبناه الغرب لحل مشكلة توغل رجال الدين في السلطة، فنادوا بالعلمانية لفصل الكنيسة عن السلطة عملاً بالدين المسيحي، وهذه المشكلة- أي مشكلة حكم المؤسسة الدينية- لا وجود لها في العالم الإسلامي، إذ لم يحكم رجال الدين في العالم الإسلامي قط، وأقصى ما كان لهم عبر التاريخ إصدار الفتاوى غير الملزمة فيما يعرض عليهم من مسائل. وقد تحدث الدكتور نايف بن نهار عن "خطأ ورود العلمانية في دساتير العالم الإسلامي" حديثًا مفضلًا، كما بيّن أن "وجود العلمانية في دساتير بعض الدول المسلمة هو تعبير عن إرث استعماري، وليس تعبيرًا عن جدل ذاتي في مجتمعات تلك الدول، فلا ينبغي البناء عليه وأخذة مأخذ الجد". يُنظر: نايف بن نهار، من العلمانية إلى الخلقانية، مرجع سابق، ص 6، 7، 81.

ثم إنَّ المرجعيات لا تتجزأ، ومحاولة تجزئتها تؤول لدستورٍ مضطرب لا إلى هؤلاء ولا إلى هؤلاء، فيتسرب الاضطراب لمفهوم المصلحة العامة حتى لا يعود التنبؤ بمدلوله ممكنًا، فليس صحيحًا أن الاشتراك في بعض المبادئ يعني عن تبني مرجعية بعينها، لأن المرجعيات وإن تقاطعت في بعض المبادئ فإنها تتنافر في تطبيقها، فكما أن مفاهيم العدل والحرية والمساواة بالمنطق الليبرالي تختلف عن المنطق الإسلامي، فكذلك مفهوم المصلحة العامة مختلف بين المرجعيتين، وكلما كان الدستور ليبراليَّ المبادئ إسلاميَّ الألفاظ؛ كانت المصلحة العامة متذبذبة المدلول.

لهذا، فإننا نختلف مع الفقيه الكبير عوض المر في قوله بأن الرقابة الدستورية تركز على "نظامٍ للقيم لا تختص به دولة دون أخرى وإنما يسعها جميعًا من منظور صونه كرامة الإنسان وأدميته، فلا تتفرق مفاهيم الدول في هذا الشأن، ولكنها تتلاقى مع بعضها البعض<sup>1</sup>". فهذا مخالفٌ للواقع، فما أبعد قيم الغرب المعاصر عن قيم الإسلام، حيث بات صون الكرامة الإنسانية في السياق الغربي يتطلب تمكين الفرد مما يسمى الحق في تغيير جنسه، وتمكينه مما يسمى الحق في الزواج من نظيره جنسيًا، بل وتمكينه من اختيار ألا يكون إنسانًا إذا شاء ذلك!

كل ذلك مبني على منظومة قيمية ليبرالية تناقض منظومة القيم الإسلامية، وهو ما يعني أن الرقابة الدستورية في دولة ليبرالية ستحكم بدستورية التشريع الذي يقرّر أيًا مما مضى لاتفاقه مع المنظور الليبرالي للكرامة الإنسانية، بينما الرقابة الدستورية في دولة مسلمة ستحكم بعدم دستورية أي من ذلك لانتهاكه كرامة الإنسان من منظور الإسلام، ما يعني في المُحصلة أن الرقابة الدستورية تركز على نظام للقيم تختص به دولة دون أخرى، ولا يوجد نظام للقيم يسع جميع الدول.

---

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص186.

ولا بد من الوعي بأن الهيمنة الغربية اليوم لم تقف على المستوى السياسي فحسب، بل امتدت إلى الهيمنة الفكرية، فما استحسان الجموع للمنطق الليبرالي ناشئ عن وعي بمآلاته، وإنما هو نتاج سطوة الهيمنة الغربية على الوعي، فلا ينبغي الاعتقاد بأن المبادئ الدستورية أو منظومة الحقوق والواجبات التي توصل الغرب لها هي السقف النهائي لأحسن ما قد يصل إليه العقل في التشريع، يكفي لنقض هذا الظن أن ترى الواقع الاجتماعي لتلك الدول، وكيف آل ترك الدين وتقديس الحرية الفردية لشيوع النزعة الفردانية وتفكك الأواصر الاجتماعية، وانفلات الفرد عن كل قيد، وسمو المادة على الإنسان، وسيادة الرغبة باسم الحرية، ولست أرى هذا المصير - ونحن في المسار نفسه - عتاً ببعيد، خصوصاً وأن الواقع الاجتماعي لدينا يتأثر بالتطورات التي تطرأ على القوانين الأوروبية، وعلى وجه التحديد القانون الفرنسي الذي كان - وما يزال - ذا أثر بالغ في القانون المصري<sup>1</sup>، والذي منه استقت معظم القوانين العربية نظامها القانوني، فقد ألمح السنهوري ذات مرة إلى أن القانون المصري هو "صورة تكاد تكون مشوّهة عن القانون الفرنسي"<sup>2</sup>.

الشاهد من كلّ ما مضى أن الخطوة الأولى في تحديد مفهوم المصلحة العامة في سياق معين هو ارتكاز السلطة لمرجعية محددة، وقد استبان بما مضى كيف أن الانطلاق من مرجعية واضحة كفيل بتحديد الإطار العام لمفهوم المصلحة العامة في سياقٍ بعينه، وكيف يحول تشرذم المرجعية بين عدّة أنماط فكرية دون التنبؤ بمفهوم المصلحة العامة في ذلك السياق.

**الأمر الثاني - إعداد سياسة تشريعية عامّة:** إنّ رسم السياسة التشريعية أمر جوهري لتماسك مفهوم المصلحة العامة في سياقٍ معين، والمقصود بالسياسة التشريعية: التصورات المسبقة لدى

---

<sup>1</sup> غاي بيخور، ترجمة: رشا جمال، مدونة السنهوري القانونية: نشوء القانون المدني العربي المعاصر (1932-1949)، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2009، ص110.

<sup>2</sup> عبدالرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة نوري، السنة6، العدد1، 1936، ص8.

المشرع عن الاحتياجات والمصالح الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للمجتمع المحددة لغايات المجتمع الكبرى في فترة زمنية معينة<sup>1</sup>. أو كما عرّفها الدكتور منذر الشاوي: "هي مكنة تحديد الأهداف التي يجب أن يحققها القانون<sup>2</sup>، ونضيف: في فترة زمنية محددة، فمهمة السياسة التشريعية تقتضي تحديد الأولويات التشريعية التي على المشرع أن يراها فيما يسنّه من تشريعات في مرحلة زمنية معلومة<sup>3</sup>. فطالما أن التشريع وسيلة لتحقيق غايات محددة، فإنه ينبغي أن يكون لدى المشرع تصوّر مسبق عن الغايات التي سوف يسعى إلى تحقيقها، وهذا التصوّر ينبغي استقاؤه من النص المركزي للدولة وهو النص الدستوري الذي يرسم الإطار العام لكافة المجالات بما في ذلك الغايات التي يجب أن تسعى إليها كافة السلطات<sup>4</sup>.

ولما كانت نصوص الدستور عامة في جميع المجالات فإنها تعطي أطراً موضوعية تعين المشرع على تحديد أهداف التشريعات التي يسنّها<sup>5</sup>، وهو ما يستدعي أن يكون الدستور تعبيراً عن قيم الجماعة بما يحقق غاياتها الكبرى، إذ إن عملية صياغة الدستور تتمثل في نقل الأفكار من المجال الفكري إلى المجال اللغوي لتنتقل بدورها إلى المجال العملي، ذلك أن نصوص الدستور لا يجوز

---

<sup>1</sup> ليس المراد في هذه الجزئية تحديد المسارات الإجرائية والتفصيلية والموضوعية لمسألة السياسة التشريعية، فلن نخوض في آليات إصدارها أو في طبيعتها القانونية أو مدد تجديدها.. إلى غير ذلك من المسائل، إذ المراد هو الإشارة لضرورة تثبيت فكرة السياسة التشريعية كجزء من النظام التشريعي في البلاد لكونها تمنح تصورات عامة حول الغايات التي يستهدفها المشرع في فترة معينة، ثم بعد ذلك قد يختلف تطبيق الفكرة من دولة لأخرى، فلكل دولة أن تتخذ المسارات التي ترتئها في هذا الشأن بما يلائم ظروفها. وللمهتمين بتفاصيل هذا الموضوع؛ يُنظر: يزن خلوق ساجد، السلطة التشريعية وصنع السياسة العامة في النظام البرلماني، دارالأكاديميون، عمان، 2019.

<sup>2</sup> منذر الشاوي، الإنسان والقانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2015، ص505.

<sup>3</sup> علي أبودياك، مساهمة السياسة التشريعية في تحسين الوضع الاقتصادي، مقالة قصيرة منشورة على: <https://www.oecd.org/>

<sup>4</sup> محمد سليمان الأحمد، الهندسة التشريعية، مركز البحوث القانونية، كوردستان، 2022، ص32، 33.

<sup>5</sup> يحيوي حمزة، مقتضيات الصياغة الدستورية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري لسنة 2020، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج7، ع2، 2022، ص360.

عزلها عما يفترض فيها من اتساق مع الأوضاع المعاصرة لتطبيقها، وبما يوفّق بين مضمونها، والآفاق الجديدة التي ينبغي أن تبلغها<sup>1</sup>.

وعلى أساس ذلك، فإنّ المشرّع في ظلّ نصوص دستور قائم ووفق السياق الظرفي الذي يعيشه زمانًا ومكانًا يكوّن تصوّرًا للغايات الكبرى التي يسعى لتحقيقها في مجالٍ محدّد، بحيث تكون هذه الغايات بمثابة المعايير الحاكمة للمشرّع، فيعلن المشرّع العادي عند انتخابه من قبل الشعب سياسة التشريع البرلماني التي يسعى لتحقيقها في فترة انتخابه، ويعلن المشرّع اللائحي في بيانٍ حكومي الغايات التي تسعى سياسة التشريع الحكومي إلى تحقيقها، حتى لا تكون التشريعات ردّة فعلٍ محضة على ما ينشأ في الواقع دون سياسة واضحة وتصورٍ مُسبق، وليستطيع المشرّع تحديد المسار الأمثل والغاية الأولى حين تتعدد المسارات وتتعارض الغايات، وليكون الأفراد أقدر على توقّع ما سيصدر من تشريعات سيما وأنّهم هم المعنيون بها في المقام الأول.

وإذا كان تحديد المرجعية كافيًا بحد ذاته لتحديد وجهة المصلحة العامة، إلا أن السياسة التشريعية تقيد في تحديد غايات المشرّع في سياقٍ زمني محدّد، فكثيرًا ما يختلف التشريع وفق المرجعية الواحدة وفقًا لتغيّر المعطيات الظرفية، ولهذا فإنّ السياسة التشريعية توفّر للقضاء تصوّرًا أدقّ عمّا كان يدور في تصور المشرّع من غايات عند إصدار التشريع الطعين<sup>2</sup>. ذلك أن هناك تلازمًا حتميًا بين التشريع والسياسة التشريعية التي تقف وراءه، وهو كالتلازم بين الموجه والموجه، فالفكرة القانونية تمثل المادة الأولية للتشريعات التي تفرض قيمًا وأسسًا جديدة في النظام القانوني الداخلي للدولة، وتكوين المادة الأولية يجعل المشرّع يسن التشريع بعد تحديد الغايات التشريعية، وإلا كان عمله

<sup>1</sup> أفين عبدالرحمن، الصياغة الدستورية وأثرها على تفسيرات المحكمة الاتحادية العليا، مجلة دهور، مج23، ع2، 2020، ص169.

<sup>2</sup> يزن خلوق، السلطة التشريعية وصنع السياسة العامة في النظام البرلماني، مرجع سابق، ص2019، ص39 وما بعدها.

عبئاً لا أساس له<sup>1</sup>. ولكي تبلغ السياسة التشريعية غاياتها ينبغي أن تكون حصيلة تحليل الواقع، وتحديد الاحتياجات، وتوظيف الإمكانيات، وعلى ذلك يكون إعداد السياسة التشريعية وليد مرحلتين: الأولى- **تحديد المشكلات**: تقتضي هذه المرحلة تحليل الواقع عبر الاستعانة بالخبراء والمختصين في مختلف القطاعات، للوقوف على الاحتياجات المجتمعية في المجالات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية والصحية وغيرها، وذلك من أجل معرفة مواطن النقص التي تحتاج إلى تدخل تشريعي لمعالجتها، ورصد أهم المتطلبات للفترة الزمنية المقبلة في مجتمع ما<sup>2</sup>.

**المرحلة الثانية- وضع الحلول**: وتتعلق هذه المرحلة برسم خطة تشريعية، تُرتب فيها المصالح والاحتياجات ترتيباً أولوياً، وتعمل الجهات التشريعية على تقرير المسارات العلاجية التي ستسلكها الدولة لبلوغ تلك المصالح، وتُعلن الغايات الكبرى التي سيسعى المشرع إلى تحقيقها وفاء بالمتطلبات الاجتماعية التي أفضى إليها تحليل الواقع الاجتماعي في مختلف المجالات الآنف ذكرها، وبقدر ما يكون تحليل الواقع الاجتماعي لاحتياجات المجتمع دقيقاً بقدر ما يضمن تدخل المشرع بكفاءة عالية للوفاء بتلك الاحتياجات<sup>3</sup>.

فإذا صدرت السياسة التشريعية كانت وسيلةً يستهدي بها الأفراد لمعرفة الغايات التشريعية، ووسيلة يستعين بها القضاء في تفسير التشريعات الطعينة، حيث إن السياسة التشريعية من شأنها أن تسهم في توضيح مفهوم المصلحة العامة في سياقها، ولا بأس من تعديل السياسة التشريعية كلما تغيرت الغايات وفقاً لما يستجد في الواقع من ظروفٍ مُتغيرة.

---

<sup>1</sup> محمد سليمان الأحمد، الهندسة التشريعية، مرجع سابق، ص34. وقد فصل في ذلك: زين خلو، المرجع السابق، ص92-103.  
<sup>2</sup> عواد حسين العبيدي، تأويل النصوص في القانون: دراسة موازنة بالفقه الإسلامي ومغزة بالتطبيقات القضائية، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، 2019، ص290. وكذلك: زين خلو، المرجع السابق، ص 103-116.  
<sup>3</sup> المرجع نفسه.



## المطلب الثالث

### تمييز الغاية التشريعية عما يختلط بها من مفاهيم

ثمة تعبيرات عديدة يستعملها الباحثون للتعبير عن مفهوم الغاية التشريعية رغم الاختلاف الدلالي فيما بينها، وتتلخّص في: الدافع التشريعي، والباعث التشريعي، والسبب التشريعي، والنية التشريعية، والهدف التشريعي، والغرض التشريعي، والقصد التشريعي، والحكمة من التشريع، وروح التشريع. فكثيراً ما يعبر الفقه عن الغاية بلفظ الدافع أو الباعث أو النية، وهذا من الاستعمالات المُلبِسة، لأن الدافع والباعث والنية ألفاظ تتصل بعنصر السبب، بينما الهدف والغرض والقصد فتلك ألفاظ تتصل بعنصر الغاية، وأما تعبيرا الحكمة التشريعية وروح التشريع فيتعلّقان بعموم التشريع.

وفي هذا السياق نستحضر ما قاله الباحث الكندي إمار دريدجر عند تفريقه بين هدف التشريع وخطة القانون ومقصود البرلمان، إذ وجد أن هذه التعبيرات "لم تتخذ معاني محددة لها بوضوح، كما أنها تُستخدم بالتبادل فيما بينها. لكن لو نظرنا إليها بعين واضع القانون لاستطعنا أن نجد لها معنى محددًا عنده<sup>1</sup>". فهذا القول سليم وهو يصدق على التعبيرات الآنفة، فلكل تعبير معناه المحدّد، بل إن معظم الالتباس الحاصل في بعض مباحث الرقابة على الغاية مرده إلى استعمال تلك المصطلحات دون دلالة موحّدة في أذهان مستعمليها.

ومن خلال هذا المطلب نسعى لتمييز مفهوم كل تعبير عن نظيره وبيان صلته بمفهوم الغاية، وتبدو أهمية ذلك في تداخل مفاهيم تلك التعبيرات بطبيعتها ما يقتضي وصال كل تعبير بمدلوله الصحيح وفصله عن المدلول الذي لا ينطبق عليه، فمثلاً نحتاج لتعبير يدلّ على المصالح التي يحتملها النص التشريعي بالعموم، ونحتاج إلى تعبير آخر يدلّ على المصلحة المحدّدة التي اتجهت إرادة

<sup>1</sup> إمار دريدجر، تفسير القوانين: النص والسياق والتفسير المقاصدي، ترجمة: محمد سراج وأحمد ضيش، مركز نهوض، بيروت، 2021، ص138.

المشرّع إلى تحقيقها من بين مُختلف تلك المصالح المُحتَملة، فلا يصح أن نشير إلى المفهومين بتعبير واحد، فالفارق بين المفهومين - رغم التداخل - فارقٌ شاسع.

كذلك الحال بالنسبة للحالات التي تدفع المشرع للتدخل، نحتاج تعبيراً يدلُّ على مجموع الحالات التي يُحتمل أنها دفعت المشرّع لإصدار التشريع، ونحتاج تعبيراً آخر يصف الحالة التي تُتمثل الدافع الحقيقي لتدخل المشرع من بين تلك الحالات المُحتَملة، فالفرق جليٌّ بين هذين المفهومين، وينبغي أن يكون الفرق في التعبير عنهما جلياً كذلك، لأن اختلاف المدلول يوجب اختلاف الدالِّ لدرأ اللبس المُحتمل، ثم بعد الإيضاح لا مشاحة في الاصطلاح، أما حين يكون الاصطلاح سبباً في الإلباس؛ عندئذ تكون المشاحة فيه مطلوبة.

وقبل الشروع في تمييز الغاية عن تلك التعبيرات ننوّه إلى أن الفوارق المُعتبرة هي تلك التي يكون لها تأثيرٌ في الواقع العملي، أما الفوارق الناشئة عن الاستحسان الأدبي أو الذوق اللغوي فتلك تنأى عن التمييز الذي نقصده.

**أولاً- تمييز الغاية عن الهدف والغرض:** يصعب التفريق بين الغاية والهدف والغرض تفرقةً عملياً، وقد ظللتُ زماناً لا أرى فرقاً مؤثراً بين هذه الألفاظ حتى انتهيتُ في بداية الأمر إلى أنها من قبيل المتطابقات<sup>1</sup>، ثم لما مضيتُ في البحث وثبت لي بأن للغاية وجهان - تصوّري وواقعي كما تقدّم - اختلف الحال، وبأن لي فرقٌ دقيق بين المفاهيم الثلاثة لعلّه يكون مفيداً في التمييز بينها.

لكن قبل بيان ذلك الفارق، نعرض لمحاولة الدكتور عبدالرحمن كحيل في التفريق بين هذه المفاهيم، إذ يقول "هناك فارق بين غرض التشريع Purpose وغاية أو هدف التشريع Goal، الغرض أشمل وأعم من الهدف أو الغاية، فالغرض من الممكن أن يعبر عن حزمة تشريعية أما الهدف يعبر عنه

---

<sup>1</sup> توصلت في مسودة سابقة لهذا المطلب إلى أننا "لا نجد فرقاً مُعتبراً بين تلك الألفاظ، فهي من قبيل المتطابقات، وجميعها في الاستعمال القانوني تُشير إلى النتيجة النهائية، فالغاية من التشريع والهدف والغرض؛ جميع هذه الألفاظ تدل على النتيجة النهائية للتشريع."

تشريع واحد أو جزء من تشريع<sup>1</sup>Exists". وهذا الفارق لا يبدو مقنعاً، إذ لا دليل يُذكر على أن الغرض أعم من الغاية، كما لا دليل على أن الهدف لا يمكن أن يعبر عن حزمة تشريعية، وحتى لو ثبت ذلك يبقى هذا الفارق ضعيف القيمة لأن صيغة الجمع "الأهداف" تنوب عن دلالة الحزمة التشريعية إذا ثبت عدم إمكان التعبير عنها بتعبير "الهدف".

أما بشأن الفارق الذي نراه، فقد مضى تعريف الغاية التشريعية بأنها النتيجة النهائية الكلية للتشريع، وقد فصلنا سلفاً أن لفظ الكلية في التعريف يرمز إلى وجهي الغاية، التصوري والواقعي، وبعد طول تأمل في الألفاظ؛ بدا أن مفهوم الغرض يدل على الوجه التصوري للغاية، بينما مفهوم الهدف يدل على الوجه الواقعي للغاية.

هذه النتيجة لا يدعمها استقراء نصوص الفقه أو القضاء، فرغم وعي البعض بالفارق بين وجهي الغاية التصوري والواقعي إلا أن الوعي بالتفريق الدلالي لم يقترن بتفريق لفظي يعبر عن كل وجه. ومع ذلك، قد تفيد معاجم اللغة في دعم هذه النتيجة، حيث ورد أن "الغرض: هو الهدف الذي يُنصبُ فيرمى فيه"<sup>2</sup>. فكذلك الغاية في جانبها التصوري، فهي تُنصبُ في الذهن لتكون هدفاً يُرمى إليه في الواقع. كما ورد أن معنى "رجل مُغرض" هو الذي لديه غرضٌ يخفيه<sup>3</sup>، والجانب التصوري عادةً ما يكون خفياً في ذهن المشرع بعكس الهدف الذي يكون جلياً في الواقع.

وبالنسبة لمعنى الهدف في اللغة، فقد ذُكر أنّ معنى "هَدَفَ إليه أي دخل إليه"<sup>4</sup> والدخول لا يكون إلا في الواقع. إذن، الغرض يعبر عما جال من نتائج نهائية في التصور، والهدف يعبر عما جال من نتائج نهائية في الواقع، ومجموعهما هو الغاية.

<sup>1</sup> عبدالرحمن أسامة أحمد كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، هامش 2، ص 56.

<sup>2</sup> ابن منظور (ت 711هـ)، لسان العرب، مؤسسة الكتب الثقافية، دار صادر، ط 3، ج 7، بيروت، 1955، ص 196.

<sup>3</sup> أحمد مختار بمساعدة فريق عمل، معجم الصواب اللغوي، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، ج 1، 2008، ص 715.

<sup>4</sup> محمد الحسيني الزبيدي (ت 1205هـ)، تاج العروس جواهر القاموس، دار الهداية، 1431هـ/ 2009-2010م، ج 24، ص 488.

على أن بعضًا من أهل اللغة فسّروا كلّ لفظٍ بالآخر، فذكروا في موضعٍ: "الغرضُ الهدف" وذكروا في آخر: "الهدفُ الغرض<sup>1</sup>"، ولمّا كانت تلك الألفاظ - الغاية والهدف والغرض - في الكتابات القانونية والأحكام القضائية تجري على التبادل فيما بينها دون تفريق في الدلالة، وكانت الفائدة العملية من التفريق الأنف ضئيلة مقارنةً باللبس الذي قد يقع لدى اعتماده، فإننا نستغني عنه، ونستعيض عن التفريق بإيضاح المدلول كلّما لزم، لأن اعتماد التفريق الدلالي الأنف - وإن صحّ - قد يلبس على الباحثين أكثر مما ينفع. وعلى ذلك فإن الغاية والهدف والغرض من حيث اتصالها بالتشريع، جميعها ألفاظ تدل على النتيجة النهائية الكلية للتشريع.

**ثانيًا - تمييز الغاية عن السبب:** مضى تعريف السبب بأنه حالة دستورية أو واقعية مستقلة عن إرادة المشرّع سابقة على وضع التشريع ومسوّغة له. أما تعريف الغاية فهي النتيجة النهائية الكلية للتشريع. ولا شك أنّ عنصر السبب يتصل بعنصر الغاية، لكنّ الذي لا شك فيه أيضًا أن عنصر السبب يتمايز عن عنصر الغاية على نحوٍ يستدعي التمييز بينهما كلاً على حدة، واختلاف تعريف كلٍ منهما شاهدٌ على ذلك، وقد أكّد البعض على التفريق بين الغايات والأسباب لاختلاف العيب الذي يصيب التشريع عند اعتوار أحدهما<sup>2</sup>.

أما التعليل الذي أورده السنهوري لدمج عنصر السبب بعنصر الغاية، فهو التعليل الذي نوره للتفريق بينهما، إذ يقول: "ندمج هنا السبب في الغاية، لأن أسباب التشريع... تكشف عن الغاية منه أو تعين على ذلك<sup>3</sup>". فهذا التعليل - في تقديرنا - يستدعي التفريق لا الدمج، فإذا كانت أسباب

<sup>1</sup> أبو منصور (ت370هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001، ج6، ص119، 120.

<sup>2</sup> إبراهيم الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرّع، مرجع سابق، ص153.

<sup>3</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص7. وهذه المسألة نوقشت قبل ذلك في المجال الإداري، وكان الفقيه الفرنسي جيز مَمَن ارتأوا قيام السبب مقام العنصرين، وقد ناقش الطماوي ذلك منتهياً إلى فصل العنصرين ودراسة كلٍ منهما على حدة. يُنظر مؤلفه: نظرية التعسف في استعمال السلطة: الانحراف بالسلطة، مرجع سابق، ص37-40. وكذلك: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، ط6، 1999، ص353.

التشريع تكشف عن الغاية أو تعين على ذلك فمعناه أن الأسباب تستقلّ عن الغايات في وجودها، وهنا تحديداً تكمن كفاءة الأسباب في الكشف عن الغايات، فإذا دُمج السبب بالغاية ذابت الفوارق وفقد السبب بذلك خصائصه الكاشفة عن الغاية، والأمر ينطبق بالعكس، فقد تكشف الغاية عن مدى صحّة السبب المُعلن عنه، ولهذا من المهمّ أن يستقلّ كل عنصر عن الآخر.

وفي أحيانٍ كثيرة قد تعيق الأسباب عن تحديد الغايات، كما لو أفصح المشرع عن أسباب شكلية وأضمر الأسباب الفعلية للتشريع، فالاعتماد على تلك الأسباب المُعلنة قد يحول دون الوقوف على الغاية الفعلية، والأهم من ذلك أن الأسباب بداية التشريع بينما الغايات نهايته، والدمج بين البداية والنهاية قد يصعّبُ تحديد مناط عدم الدستورية أهو السبب أم الغاية، فقد توجد غاية مشروعة وليدة سببٍ غير مشروع<sup>1</sup>، كما قد توجد غاية غير مشروعة وليدة سبب مشروع، وهذا التداخل لا يصح معه الدمج، بل يستدعي فرز كل عنصر باستقلال للوقوف على منشأ العيب<sup>2</sup>.

وإذا كنّا نرفض دمج السبب بالغاية لما سلف، إلا أنّ مساواة الأسباب بالغايات أمرٌ مُتفهم في جانبٍ منه، فهو نابغ عن وجود ارتباط وثيق بين غاية التشريع التي يستهدفها المشرع وبين السبب الذي دفع المشرع للتدخل، إذ النتيجة النهائية للتشريع لا تُبنى على فراغ، بل ترتبط دائماً بحالة واقعية أو حالة دستورية سابقة على نشوء التشريع<sup>3</sup>، فانتشار السرقة في الشارع العام هو السبب الذي يدفع المشرع لتشديد العقوبة من أجل تحقيق غاية الحدّ من هذه الجريمة. وعجزُ الجهاز القضائي عن الفصل في النزاعات هو السبب الذي يدفع المشرع للتدخل باستحداث وظائف جديدة من أجل تحقيق كفاءة القضاء، وهكذا في كلّ التشريعات، تكون غاية التشريع مرتبطةً بسببٍ ما.

<sup>1</sup> سيأتي لاحقاً بيان أن الغاية في هذه الحالة تكون غير مشروعة بالتبعية.

<sup>2</sup> إبراهيم الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 153.

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة: الانحراف بالسلطة، مرجع سابق، ص 37.

ثالثاً - تمييز الغاية عن الدافع: إذا كان السبب ينحصر في الحالة الدستورية أو الحالة الواقعية التي تثار فتدفع المشرع لإصدار تشريع ما<sup>1</sup>، فإن الدافع لا ينحصر فيهما، بل يمتد إلى كل حالة تدفع المشرع للتدخل التشريعي، بما في ذلك الحالة الوجدانية التي تقع في نفس المشرع فتدفعه للتدخل، وفي هذه الحالة لا يكون الدافع مستقلاً عن المشرع- كما هو الحال بالنسبة للدافع الناشئ عن الحالة الدستورية أو عن الحالة الواقعية- بل يكون نابغاً عن التفاعلات النفسية، وهذا فارق مهم لأن الأسباب لا تكون إلا ظاهرة، بينما الدوافع قد تكون ظاهرة وقد تكون خفية، فالدوافع التشريعية إذن أعم وأعمق من الأسباب التشريعية<sup>2</sup>.

وقد تتعدّد الدوافع التي تحمل المشرع على التدخل لتحقيق أهدافٍ معيّنة، وتعدّد الدوافع يعني تعدّد الغايات بالضرورة، لأن كل دافعٍ يقترن بغاية ولا بد، وتبرز المشكلة في أن تعدد الغايات والدوافع قد يُتخذُ وسيلةً لإضمار دوافع وغايات غير مشروعة، وذلك من خلال إظهار دوافع وغايات مشروعة لإخفاء دوافع وغايات غير مشروعة، بحيث تكون المضمرة فعلية، وتكون المظهرة شكلية، وهنا تحديداً تكمن أهمية النظر إلى كلّ عنصرٍ على حدة وفحصه استقلالاً، فعند تعدّد الدوافع والغايات تختلط العناصر الشكلية بالعناصر الفعلية فيلتبس الأمر، ولا تتحقق الرؤية السليمة للتشريع حينها إلا بربط كلّ دافعٍ بغايته.

ولزيادة تمحيص الفارق بين هذه المفاهيم، نقول بأن الدافع هو نقطة البداية في العملية التشريعية بينما الغاية هي نقطة النهاية<sup>3</sup>، فالدوافع تشكّل العنصر الأول في سلسلة العناصر الموضوعية للتشريع وهو عنصر السبب، فحين ينشأ السبب الذي يدفع المشرع للتدخل؛ يباشر المشرع سلطته

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص152.

<sup>2</sup> يُنظر مؤلفه: نظرية التعسف في استعمال السلطة: الانحراف بالسلطة، مرجع سابق، ص33، 34، 35.

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة عين شمس، القاهرة، ط6، 1999، ص353.

في ترتيب عنصر المحل بحسب طبيعة سلطته مطلقاً كانت أم مقيدة، ويسعى المشرع من خلال المحل إلى تحقيق غاية معينة تتعلق بالسبب، وهذه العناصر الثلاثة يمكن التعبير عنها بالمشكلة، والوسيلة، والحل، فالمشكلة هي السبب، والوسيلة هي المحل، والحل هو الغاية<sup>1</sup>.

وعودةً على مثال انتشار السرقة في الشارع العام، فهذه المشكلة هي السبب الواقعي الذي يدفع المشرع للتدخل، وحين يبحث المشرع عن حل للحد من هذه المشكلة فيقرر تشديد عقوبة السرقة في الشارع العام فذلك هو المحل، فإذا خفَّ انتشار السرقة في الشارع العام تكون المشكلة قد حُلَّتْ، ويكون التشريع قد بلغ غايته المتمثلة في الحد من انتشار السرقة في الشارع العام.

في حالات أخرى قد يختلط الدافع بالغاية، ويكون ذلك حين تتخلل التشريع دوافع نفسية، كما لو أصدر المشرع قانوناً بإلغاء هيئة قضائية مدفوعاً بباعث الانتقام من أحد أعضائها عن طريق عزله بقانون إلغاء الهيئة<sup>2</sup>، فهل الانتقام في هذه الحالة دافع أم غاية؟ نقول بأن الرغبة في الانتقام هي الدافع النفسي، وأما حصول الانتقام فتلك هي الغاية. وبعبارة أخرى، رغبة المشرع في الإضرار بالقاضي تشكّل الدافع النفسي، لكن إذا تحقق الإضرار بالفعل نتيجة التشريع فتلك هي الغاية منه. وحتى يتّضح الفارق أكثر، لنفرض أن قانون إلغاء الهيئة القضائية قد صدر رغبةً في الانتقام من أحد القضاة عن طريق إفقاده مركزه الوظيفي، وكان هذا القاضي قد قدّم استقالته أو توفّي قبل صدور هذا القانون، في هذه الحالة لا تزال رغبة الانتقام موجودة كدافعٍ للتشريع، لكن الانتقام لم يتحقق من حيث النتيجة النهائية للتشريع، إذ لم يحصل الإضرار المرْتجى.

---

<sup>1</sup> يتقاطع هذا النظر مع تقسيم القاعدة القانونية إلى ظاهرتين، الأولى تتعلق بما يحدث في الواقع، والثانية تتعلق بما يجب أن يحدث تجاه ما يحدث في الواقع، فالأول هو عنصر الفرض والثاني هو عنصر الحكم الذي يمثل الحل الملائم الذي يقرر لمواجهة الفرض عند تحققه. يُنظر: إبراهيم الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 149.

<sup>2</sup> هذا المثال أورده السنهوري في الفرض الأول لمعيار الانحراف، وقد اخترناه لشهرته في الفقه المصري، وسنأتي على مناقشته في حينه. يُنظر: عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 70.

ومن المهمّ الانتباه إلى أن منشأ اختلاط الدافع بالغاية عادةً هو تعدد دوافع التشريع وتعدد غاياته، فليس من تشريع يصدر بدافع الانتقام فحسب، وإنما عادةً ما يترافق هذا الدافع مع دافع آخر يكون مشروعاً ويصلح لتكوين عنصر السبب، بحيث يستتر الدافع غير المشروع بدافع مشروع، ففي المثال السابق؛ الحالة الواقعية التي تشكل عنصر السبب هي تقدير المشرع لوجود مشكلة في هيكل الهيئة القضائية تؤثر على كفاءة العمل القضائي بما يستدعي التدخل لتحسينه، بينما الحالة النفسية هي رغبة المشرع في الإضرار بالقاضي، فهنا ثمة دافع واقعي ظاهر - هو السبب - ، وثمة دافع نفسي خفي، وإذ تعددت الدوافع فالغايات ستتعدد، وينبغي حينها إسناد كل دافع للنتيجة النهائية المرتبطة به، فالغاية المرتبطة بدافع الحالة الواقعية هي تحسين جهاز القضاء، والغاية المرتبطة بدافع الحالة النفسية هي الانتقام من خلال الإضرار بالقاضي<sup>1</sup>.

رابعاً- تمييز الغاية عن النية: تنصرف "النية التشريعية" للتعبير عن الدافع الحقيقي للتشريع، والدافع الحقيقي دائماً ما يتمثل في الرغبة أو العزم على إحداث نتيجة معينة. ففي اللغة يُقال "نوى الشيء إذا قصده وتوجّه إليه"<sup>2</sup> ونوى الأمر إذا "قصده وعزم عليه"<sup>3</sup>. والنية تسبق الغايات في الوجود، وهي أخص من الدافع، فعندما تتعدّد الدوافع التي يحتملها التشريع؛ يكون الدافع الحقيقي هو النية، وما عداه لا يصدق عليه وصف النية، فالدوافع الشكلية ليست نوايا، إذ لا يصدق لفظ النوايا التشريعية إلا على الدوافع الفعلية<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> في هذا المقام لن نتطرق لحكم هذه الحالة، ونرجي تفصيلها عند الحديث عن المعيار القضائي للانحراف، لأن الغرض من إيراد هذا المثال هو التمييز بين المفاهيم المتداخلة وإظهار امتياز كل مدلول عن الآخر.

<sup>2</sup> محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس جواهر القاموس، مرجع سابق، ج40، ص139.

<sup>3</sup> أحمد مختار عبدالحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، 2008، ج3، ص2310.

<sup>4</sup> فرّق جانب من الفقه الأمريكي بين النية التشريعية كمعنى مقصود (Intended Meaning)، وبينها كغرض (Purpose)، فالنية التشريعية كمعنى مقصود هي التي تعبر عما كان ينوي المشرّع تحقيقه من إصدار التشريع بالفعل. بينما النية التشريعية كغرض تعبر



ويمكن إيضاح أهمية تمييز مفهوم "النية التشريعية" عبر المثال الآنف، حيث تعددت الدوافع، فالدافع الأول يتمثل في الحالة الواقعية المتمثلة في وجود مشاكل في هيكل الهيئة القضائية تؤثر على كفاءة العمل القضائي، والدافع الثاني يتمثل في رغبة المشرع في إقصاء أحد القضاة من الهيئة القضائية والانتقام منه، فإذا ما ثبت أن الدافع الأول شكلي والثاني فعلي فإن الثاني هو ما يشكل نية المشرع، وأما الأول فلا يصدق عليه وصف "النية التشريعية".

خامساً - تمييز الغاية عن الباعث: أجرى كثير من الباحثين التطابق الدلالي بين الباعث والغاية، ومعظم هؤلاء كانوا قد عدّوا الغاية نفسها مسألة نفسية محضة، ثم جعلوا الباعث رديفًا لها<sup>1</sup>، والفارق بين البواعث والغايات فارق كبير، فإذا كانت الغاية التشريعية هي النتيجة النهائية الكلية التي يستهدفها التشريع فإن الباعث التشريعي هو الدافع الخفي الذي يدور في خلد المشرع<sup>2</sup>.

وهكذا يظهر أن الباعث وثيق الصلة بعنصر السبب، فإذا كانت الحالات الدستورية والواقعية هي ما يشكل الأسباب، فإن الحالات النفسية هي ما يشكل البواعث، وجميع تلك الحالات يُعبّر عنها بلفظ الدافع، فالعلاقة بين مفهومَي الباعث والدافع هي علاقة عموم وخصوص، فكل باعثٍ دافعٌ لكن ليس كل دافع باعث، إذا الدوافع الخفية وحدها هي ما ينطبق عليها صفة الباعث.

ويتقاطع مدلول الباعث مع مدلول النية في أن الدافع الحقيقي غالبًا ما يكون هو نفسه الدافع الخفي، فيكون محل النية هو نفسه محل الباعث، كما في المثال الآنف، فالدافع الخفي الذي يشكل

---

عما كان ينوي أن يفهم من كلمات التشريع الذي صاغه. والمعنى الأول يتقاطع بشكل كبير مع ما أشرنا إليه، يُنظر: ماك كالوم جيرالد سي، النية التشريعية، البيانات باللغة الإنجليزية:

Gerald C. Mac Callum, Jr, **Legislative Intent**, The Yale Law Journal, Vol. 75, No. 5. P. 754-757. (1966) JSTOR, <https://doi.org/10.2307/794933>. Accessed 9 July 2023.

<sup>1</sup> أسبقهم سليمان الطماوي إذ يقول "الغرض أو الغاية، ويمكن تسميته أيضًا بالدافع أو الباعث" ثم يقول في الصفحة التالية "الغرض يمثل لنا الحالة النفسية." يُنظر كتابه: نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص33، 34.

<sup>2</sup> ولهذا فرّق بعض الباحثين بينهما من حيث مدى جواز خضوع كلٍ منهما للرقابة الدستورية وسيأتي تفصيل ذلك في الباب الرابع. منهم: عادل عمر شريف، قضاء الدستورية في مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1988، ص371.

الباعث التشريعي هو الرغبة في الانتقام من أحد قضاة الهيئة القضائية الملقاة عبر إقصاءه مركزه الوظيفي، وهو نفسه يشكل النية التشريعية بصفته الدافع الحقيقي.

ويقترب مفهوم الباعث بمفهوم الغاية من جهة التصور، فما يثور في النفس من بواعث يُسهم في تشكيل الجانب التصوري للغاية، ولهذا يقول ابن فارس في بيان مدلول بَعَثَ "الباء والعين والحاء أصل واحد وهو الإثارة"<sup>1</sup> إذ البواعث هي التفاعلات النفسية التي تُثير التفاعلات العقلية فتنشأ بها الغاية التصورية.

وإذا كان الباعث هو الدافع الخفي، فإن مدلول الدافع في لفظ الباعث مستفاد من اللغة، فالباعث هو القوة المحركة الدافعة<sup>2</sup> ويقال "انبعث فلان لشأنه إذا ثار ومضى ذاهباً لقضاء حاجته"<sup>3</sup>، فدلالة الدافع ثابتة في لفظ الباعث.

أما دلالة الخفاء فهي ثابتة في التصور الفقهي عن البواعث، إذ يقول الدكتور أحمد كمال أبو المجد لدى شرحه قاعدة عدم امتداد الرقابة إلى البواعث؛ أن مؤدى ذلك هو اتخاذ المحكمة من ظاهر التشريع أساساً لفحصه، بحيث "لا تبيح لنفسها أن تتجاوز هذا الظاهر باحثة عن البواعث الحقيقية عليه"<sup>4</sup> ما يعني أن البواعث مسألة خفية لا تتعلق بظاهر التشريع.

وقد استنبط -رحمة الله عليه- هذا المعنى من أحكام المحكمة العليا في الولايات المتحدة؛ إذ قررت منذ بدايات عهدها أن المحاكم لا يجوز لها التقيب وراء ظاهر النصوص عن البواعث المشروعة أو غير المشروعة التي دفعت المشرع لسنّ التشريع<sup>5</sup>. وهو ما يعزز صفة الخفاء في مدلول الباعث،

<sup>1</sup> أبو الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام هارون، دار الجيل، بيروت، ج1، 1991، ص266.

<sup>2</sup> أحمد مختار عبدالحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج1، مرجع سابق، ص480.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج2، 116. ومحمد الزبيدي، تاج العروس جواهر القاموس، ج5، مرجع سابق، ص168.

<sup>4</sup> أحمد كمال، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960، ص460.

<sup>5</sup> قضية: فليتشر ضد بيك: (1810) Fletcher v. Peck

ثم تناقل الفقه هذا المعنى مرارًا عند مناقشة قاعدة عدم جواز الرقابة على البواعث<sup>1</sup>، وسوف نوجّل مناقشة هذه القاعدة إلى حينها، فالخلاصة أن الباعث التشريعي يعبر عن الدافع الخفي<sup>2</sup>.

**سادسًا - تمييز الغاية عن القصد:** تختلف الغاية عن القصد - أو المقصد - في أن الغاية تعبير عن جميع النتائج النهائية الكلية التي يحتملها التشريع، بينما "القصد التشريعي" هو النتيجة النهائية التي انصرفت إرادة المشرع لتحقيقها، وتعبير آخر القصد التشريعي هو الغاية الفعلية.

ويمكن التماس هذه الدلالة في بعض أحكام المحكمة الدستورية العليا، حيث قضت في معرض تفسيرها لأحد النصوص التشريعية، بأن "المعاني التي تدل عليها هذه النصوص، والتي ينبغي الوقوف عندها، هي تلك التي تعتبر كاشفة عن حقيقة محتواها، مفصحة عما قصده المشرع منها، مبيّنة عن حقيقة وجهته وغايته من إيرادها، ملقبة الضوء على ما عناه بها<sup>3</sup>". وفي معرض الرقابة الدستورية استعملت المحكمة تعبير المقصد بالدلالة ذاتها في سياقٍ أوضح، فقضت بأن "المشرع وإن أطلق على الهيئة المبيّنة في النص المطعون عليه أنها هيئة تحكيم، إلا أن مقصده الحقيقي، وجوهر المعنى المستمد من حقيقة مهام هذه الهيئة، أنه لا شأن لها بنظام التحكيم كنظام اتفاقي خاص لفض المنازعات مواز للتنظيم القضائي في فضاءها، وأن أمر هذه الهيئة لا يعدو أن يكون تنظيمًا تشريعيًا لتشكيل خاص لمحكمة الاستئناف يتفق وطبيعة منازعات العمل الجماعية<sup>4</sup>".

---

<sup>1</sup> على سبيل المثال لا الحصر: أشرف إسماعيل عزب، **حدود رقابة الدستورية**، مرجع سابق، ص 586. شعبان أحمد رمضان أحمد، **ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2000، ص 528 وما بعدها. عبدالمنصف عبدالفتاح محمد إدريس، **رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011، ص 183.

<sup>2</sup> من الجدير بالذكر أن دلالة الخفاء في مفهوم الباعث قديمة في القضاء المصري، فهي مُستقادة من حكم القضاء الإداري عام 1954 إذ قضى بأنه "متى شُفّ القرار الإداري عن بواعث تخرج به عن استهداف الصالح العام المجرّد إلى شفاء غلة أو إرضاء هوى في النفس فإنه يكون منحرفًا عن الجادة مشوبًا بإساءة استعمال السلطة"، فانظر لتعبير "شُفّ" الذي يدلّ على الكشف عما هو خفيّ لتترك أن البواعث تتعلق بمسألة خفية، وهي مسألة الدوافع، ولهذا فإن لفظ الباعث في الدلالة القانونية ينصرف للدافع الخفي حصراً. يُنظر: محكمة القضاء الإداري، **الحكم رقم 1150 لسنة 6 قضائية**، 19 مايو 1954، برئاسة السيد عبدالحكيم فراج. (ش.ق. | ر.م 73686)

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، **القضية رقم 1 لسنة 15 قضائية**، 30 يناير 1993، برئاسة محمد المر. (ش.ق. | ر.م 36678)

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، **القضية رقم 101 لسنة 22 قضائية**، 13 أبريل 2003، برئاسة محمد نجيب. (ش.ق. | ر.م 74807)

ونستحب مثال الهيئة القضائية من جديد لبيان الفارق بين القصد والغاية، فقانون إلغاء الهيئة القضائية يحقق مجموعة من الغايات- النتائج النهائية- أولها: إجراء إصلاحات قضائية. ثانيها: الإضرار بأحد القضاة من خلال إقصاء منصبه القضائي. فإذا ثبت أن الغاية الأولى شكلية والثانية هي الغاية الفعلية، فإن الثانية هي القصد التشريعي، أما الأولى فهي غاية تشريعية لكنها ليست القصد التشريعي، لأنها غاية شكلية. وينبغي لفت الانتباه أن كل قصد يتحقق في الواقع؛ تسبقه نية معقودة في الضمير، فقصد إقصاء أحد القضاة منصبه القضائي مسبق بالدافع المتمثل في الرغبة في إضراره، وتلك هي النية التشريعية<sup>1</sup>.

سابعاً- تمييز الغاية عن حكمة التشريع: يساوي البعض بين مفهومَي الغاية والحكمة، فقد قيل أن حكمة التشريع هي "الغاية التي قُصدَ من النص تحقيقها"<sup>2</sup>، وقيل أنها "ثمرة الحكم وقطافه الذي توخاه المشرع بعد قيام سبب أو حالة من الواقع مثَّلت علته التي دفعت المشرع لوضع الحكم وتضمينه الوثيقة التشريعية"<sup>3</sup>، وقيل أنها "الغرض الذي يبتغي القانون تحقيقه وهي سبب وجوده"<sup>4</sup>. ويظهر من هذه المقولات الثلاث أن التعريف الأول ساوٍ بين الغاية التشريعية والحكمة التشريعية، لكن الثاني والثالث جعلاً مفهوم الحكمة من التشريع جامعاً للغاية والسبب معاً، وجميع تلك التعريفات يُجانِب الدقَّة، فثمة فارق دقيق بين حكمة التشريع وغايته.

ذلك أنّ الغاية هي وصفٌ معياري منضبط لكل نتيجة نهائية كلية، بصرف النظر عما إذا كانت تلك النتيجة حكيمة أم لا، فهي وصف محايد ليس فيه مذمة ولا حمدة، فالنتيجة النهائية للتشريع

---

<sup>1</sup> وقد قرنت المحكمة الإدارية العليا لفظ النية بلفظ القصد في أحد أحكامها، فقضت بإمكان "الاسترشاد بأحكام قانون صدر بعد تحقق واقعة النزاع ابتغاء الوقوف على نية المشرع وقصده". ينظر: المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 10489 لسنة 47 قضائية، 2 أبريل 2008، برئاسة محمد منير السيد أحمد. (ش.ق.ش| ر.م 345864) كما قضت في حكم آخر بأن

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 209.

<sup>3</sup> علي هادي عطية الهاللي، المستنير في أحكام الدساتير، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص 100.

<sup>4</sup> عواد حسين العبيدي، تأويل النصوص في القانون، مرجع سابق، ص 291.

هي غايته، ساءت أم حسنت، بينما الحكمة هي وصف تقيمي يستبطنُ حُسْنَ الغاية التي ابتغاها التشريع ورجاحتها، فالحكمة وصفٌ للغايات الحسنة التي تستهدفها التشريعات، ولا يصدّق وصف الحكمة على الغايات التي لا تكون حسنة، فكل تشريع له غاية ولكن ليس كل غاية يستهدفها المشرع تكون غاية حكيمة. فإذا أُطلقَ تعبير "حكمة التشريع" على الغاية التي استهدفها المشرع يكون المعنى؛ الغاية التي اعتقد المشرع الحكمة فيها وفق تقديره. لهذا فإن القول بأن الألفاظ والعبارات التي تحتمل أكثر من وجه يكون الترجيح فيما بينها بالوقوف على الحكمة التشريعية<sup>1</sup>؛ هو قول لا يستقيم، لأن الحكمة نسبية وليست مطلقة، فما يُعد حكمةً عند أحدهم لا يعدُّ كذلك عند الآخر بالضرورة، ولهذا فإن الحكمة لا تصلح معياراً للترجيح.

وقد سبق الأصوليون إلى بيان تفاوت الحكمة، فذكر بعضهم أن "الحكمة غير مضبوطة، فلا يجوز ربط الأحكام بها"<sup>2</sup>، وفي بيان عدم انضباطها؛ ذكر آخرون بأن "الحكمة متعلقة بالحاجات والأمور الباطنة، فلا يمكن الوقوف على مقاديرها لاختلاف الأشخاص والأحوال"<sup>3</sup>، كما أن "تعليق الحكم عليها يفضي إلى اختلاف الناس وتفاوتهم فلا يتحقق التساوي بينهم في أحكام الشريعة، ولا يمكن التحقق من حصول الحكمة حتى يرتب الحكم عليها"<sup>4</sup>. حيث اختلفوا في مدى جواز التعليل بالحكمة في باب القياس بين من جوزها وبين من أنكرها لتعدّر انضباط الحكمة في الأحكام<sup>5</sup>، هذا والخلاف

---

<sup>1</sup> محمود فريد عبداللطيف، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين النظرية والتطبيق: دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية، الجيزة، 2018، ص452.

<sup>2</sup> الرازي، المحصول، مرجع سابق، ج5، ص195. وكذلك: القرافي، نفائس الأصول، مرجع سابق، ج7، ص3299.

<sup>3</sup> عابد السفيناني، الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية، مكتبة المنارة، مكة، المملكة العربية السعودية، 1988، ص392.

<sup>4</sup> عياض السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2005، ص179.

<sup>5</sup> في تلخيص ذلك الخلاف يقول عابد السفيناني: "وقع الاختلاف بين الأصوليين في جواز التعليل بها، ويرجع خلافهم إلى سبب جوهرى وهو كون "الحكمة" تارة تظهر وتنضبط وتارة لا تظهر ولا تنضبط، فمن اشترط ظهورها وانضباطها - كما اشترط في العلة - لم يعمل بها والحال عنده أنها لا تنضبط ومن لم يشترط علل بها أيضاً واكتفى بتضمن الحكمة لجلب المصلحة ودفع المفسدة، وهناك رأي ثالث ارتبط بظهور الحكمة وانضباطها أو عدم ذلك فإن ظهرت وانضبطت علل بها وإن لم تظهر وتنضبط لم يعمل بها." يُنظر مؤلفه: الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص390.

لديهم حول التشريع الإلهي، فإذا كانت الحكمة في التشريع الإلهي غير منضبطة لتفاوت الأنظار في الحكم الشرعي فإنها تكون في التشريع الوضعي غير منضبطة من باب أولى.

وهنا نسجل مفارقتنا لمقالة القاضي عواد العبيدي الذي جعل مفهوم الحكمة التشريعية مظلةً لبقية المفاهيم المتصلة به، إذ يقول "إن مصطلحات (نية المشرع) و(قصد المشرع) و(مقاصد التشريع) و(هدف التشريع) و(المصلحة من التشريع) و(الغاية من التشريع) إن هذه الأوصاف المتعددة والصور للمفاهيم المختلفة يمكن أن تكون ضمن إطار عام وكبير يجمع تلك المفاهيم ويوحد شتاتها وهذا الإطار العام الكبير هو (الحكمة التشريعية من النص)،" فهو يرى أن هذا التفاوت في مبنى الألفاظ لا يوازيه تفاوت في معانيها، إذ يقول بأن "تلك المصطلحات وإن كانت بعبارات متعددة المبنى إلا أنه يمكن أن تكون متحدة في المعنى حول قاسم مشترك (هو الحكمة من التشريع) وفق مفهومها الواسع<sup>1</sup>". فهذا قول لا يصح، فلكل مصطلح مدلوله الخاص، خصوصاً عند الحديث عن التشريعات ينبغي ضبط المصطلحات ولا مجال للتزلف اللفظي.

ثامناً - تمييز الغاية عن روح التشريع: يرى البعض أن "غاية التشريع" و"حكمة التشريع" يساويان في الدلالة تعبير "روح التشريع"<sup>2</sup>. غير أن هذا الأخير - في تقديرنا - يمتاز عن كلا النظيرين، فمفهوم روح التشريع أعم وأشمل. ويمكن الوقوف على مفهوم روح التشريع من خلال تناول مفهوم روح الدستور، حيث ظهر هذا التعبير في مقالة السنهوري، وتحديداً في الفرض الخامس لمعيار الانحراف التشريعي المتعلق بمخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي تهيمن على نصوصه<sup>3</sup>، وسيأتي بيان ذلك في حينه. غير أن المهم في هذا المقام هو التفريق الذي انتهى

<sup>1</sup> عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، 2019، ص19، 20.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، 209.

<sup>3</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص91.

السنهوري إليه بين مفهوم روح الدستور وبين مفهوم المبادئ العليا، فقد رفض ما انتهى إليه العميد ديجيه من خضوع التشريعات للمبادئ العليا غير المكتوبة التي تسمو على الدستور نفسه<sup>1</sup>، واستعاض عن ذلك بخضوع التشريعات لروح الدستور، إذ رأى أن إخضاع التشريعات لمبادئ عليا تخرج عن النصوص المكتوبة يثير الاضطراب والتقليل في معيار الدستورية لاختلاف الأنظار بشأنها، ولهذا قصر خضوع التشريعات على ما يُستخلص من النصوص المكتوبة مؤكداً على أن "هناك مبادئ عليا تسود في الدستور المصري وتهيمن على جميع أحكامه، وهذه المبادئ العليا التي هي روح الدستور تُستخلص استخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة"<sup>2</sup>.

ونحن نشأع هذا الرأي، ذلك أن مفهوم روح الدستور يتعلق بمجموع الغايات اللازمة من نصوص التشريع مجتمعةً أو منفردة، فهي تعبيرٌ عن الأحكام التي لم ينطق التشريع بها ولكن دلت عليها لوازم النص، فمبادئ روح الدستور موجودة في الدستور ذاته ولا تخرج عنه<sup>3</sup>.

وقد أحسن الدكتور علي الباز في شرح فكرة روح الدستور إذ رأى أنها تقوم على تعمق القاضي في فهم النص على هدي الرابطة العامة الجامعة بين كافة نصوص الدستور، تلك التي تجعل منها وحدة متناسقة لا تتأفر بين أجزائها، وأن تلك الرابطة التي تجمع بين النصوص المنفرقة هي ما يُسمى "روح الدستور"، فالقاضي يسعى لفهم نصوص الدستور كوحدة مترابطة "ولا شك أنه سيجد روحاً عامة تجمع بين نصوص الدستور وإلا لعد الدستور غير مترابط"<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> شرح بالتفصيل نظرية المبادئ العليا غير المكتوبة عند "دوجي" الدكتور أشرف إسماعيل في رسالته: حدود رقابة الدستورية: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 387-390. وقد دافع الدكتور محمد عصفور عن فكرة المبادئ العليا غير المكتوبة، وكان الدكتور أشرف ممن رفض الأخذ بهذه النظرية، يُنظر: المرجع نفسه، ص 396، 408.

<sup>2</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 102.

<sup>3</sup> أشرف إسماعيل عزب، حدود الرقابة الدستورية، مرجع سابق، ص 410.

<sup>4</sup> علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر: مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1978، ص 399، 400.

وإذا كان هذا المفهوم يعبر عن مصطلح روح الدستور، فإن روح التشريع في المقابل هو جوهر المقاصد المستخلصة من مجموع نصوص القانون أو اللائحة ضمن رابطة موضوعية تجمع كافة النصوص وتتنظر إليها بعدسة جامعة لا تجزأ فيها، فما يستخلصه القاضي من مجموع نصوص قانون معين يعبر عن روح ذلك القانون، وما يستخلصه من مجموع نصوص لائحة معينة يعبر عن روحها، وفي ذلك يختلف مفهوم روح التشريع عن مفهوم غاية التشريع، إذ الأول متعلق بالتشريع كنص ضمن نسق تشريعي يضم مجموعة من النصوص المترابطة، بينما غاية التشريع تتعلق بالنتيجة النهائية الكلية التي يرتبها التشريع.

وبهذا يكون التمايز واضحاً بين المفاهيم المتشابهة، وفيما يلي تلخيصها:

**الغاية التشريعية:** هي النتيجة النهائية الكلية للتشريع.

**الغرض التشريعي:** هي النتيجة النهائية التصورية للتشريع.

**الهدف التشريعي:** هو النتيجة النهائية الواقعية للتشريع.

**القصد التشريعي:** هو النتيجة النهائية الفعلية للتشريع.

**الدافع التشريعي:** هو كل حالة تدفع المشرع لإصدار التشريع.

**السبب التشريعي:** هو الحالة الواقعية أو الحالة الدستورية التي تدفع المشرع لإصدار التشريع.

**الباعث التشريعي:** هو الحالة الخفية التي تدفع المشرع لإصدار التشريع.

**النية التشريعية:** هي الدافع الحقيقي لإصدار التشريع.

**حكمة التشريع:** هي مجموع الغايات أو الدوافع التي اعتقد المشرع حُسْنها وفق تقديره.

**روح التشريع:** هي مجموع المقاصد المستخلصة عن نصوص التشريع مجتمعةً أو منفردة.



## المبحث الثاني

### غاية التشريع في نصوص الدستور وأحكام القضاء

ثبت بما مضى أن غاية التشريع هي المصلحة العامة، وظهر أن دلالة هذا المفهوم قد تغيّرت مرارًا باختلاف المذاهب الفكرية والسياقات الظرفية، وربما لذلك لا تولي الدساتير عنايةً بتعريف المصلحة العامة؛ مكتفيةً بتجسيد المبادئ التي تحكم هذا المفهوم في مختلف مجالات الحياة<sup>1</sup>.

ومع ذلك، لا تكف الدساتير عن تكريس استهداف المصلحة العامة في ثنايا نصوصها، فعلى مدار الدساتير الجامدة التي مرّت بها مصر تردّد هذا المفهوم مرارًا، كما تردّدت العديد من مرادفاته، فنص دستور 1923 على حظر الحرمان من الملكية لغير المنفعة العامة، وحظر الرقابة على الصحف ما لم يكن ذلك ضروريًا لوقاية النظام الاجتماعي، وأوجب مراعاة تداخل السلطات منعا للإضرار بالمصلحة العامة، وحظر ترتيب التزام يتصل بمصالح الجمهور العامة إلا بقانون ولزمن محدد، ثم انتقلت هذه النصوص لدستور 1930<sup>2</sup>.

أما دستور 1956؛ فقد أضاف مسميات أخرى تعادل تعبير المصلحة العامة في النسبية، حيث كفل حرية النشاط الاقتصادي الخاص ما لم يضر بمصلحة المجتمع، وحرية الصحافة والطباعة والنشر وفقًا لمصالح الشعب، ومنح رئيس الجمهورية استفتاء الشعب في المسائل التي تتصل بمصالح البلاد العليا، وحظر استعمال رأس المال بطريق يتعارض مع الخير العام للشعب<sup>3</sup>. وبالنسبة لدستور 1971 فقد استعمل - إلى جانب ما مضى من تعبيرات - تعبيرًا آخر يتّسم بالنسبية نفسها، فحظر التأميم لغير اعتبارات الصالح العام<sup>4</sup>. ثم في دستور 2012 ورد تعبير الصالح العام

<sup>1</sup> رمضان عيسى أحمد، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 323، 324.

<sup>2</sup> المواد: 10، 15، 57، 133، 132، دستور مصر 1923. المواد: 9، 15، 44، 122، 126، دستور مصر 1930.

<sup>3</sup> المواد: 8، 11، 45، 137، دستور مصر 1956.

<sup>4</sup> المواد 14، 34، 35، 79، 90، 140، 146، 152، 155، 156، دستور مصر 1971.

ومصلحة المجتمع ومصالح الشعب والمصالح العامة والمصلحة العامة ومصلحة الجمهور<sup>1</sup>، ولم يُستحدث فيه تعبيرٌ جديد. وأخيرًا، أخذ دستور 2014 بمعظم التعبيرات الأنفة، وأضاف تعبيرًا جديدًا لم تألفه الدساتير المنصرمة، حيث نص على التزام الدولة بضمان استقلال المؤسسات الصحفية ووسائل الإعلام المملوكة لها بما يكفل **المصالح الاجتماعية**<sup>2</sup>.

أما النظام الدستوري في قطر، فقد عرف ثلاثة دساتير متعاقبة، جميعها تردّد فيها تعبير المصلحة العامة إلى جانب العديد من مرادفاته، فقد نص النظام الأساسي المؤقت 1970 على التزام الدولة بإقامة نظام إداري يصون **المصالح العليا للوطن**، وكفل حرية النشاط الاقتصادي في حدود **الصالح العام**، وأوجب على الموظف العام استهداف **المصلحة العامة**، وحظر نزع الملكية لغير المصلحة العامة، ثم انتقلت بعض هذه النصوص إلى النظام الأساسي المؤقت المعدل 1972<sup>3</sup>.

أما الدستور الدائم 2004، فقد انتقلت مضامين بعض النصوص الأنفة إليه، وشمل نصوصًا أخرى تضمنت المفهوم ذاته، مثل منح الأمير عند الضرورة القسوى سلطة إيقاف العمل بالقانون للمدة التي يقدّرها حفظًا للمصالح العليا للبلاد، وقد استحدث الدستور الدائم تعبيرين جديدين انفرد بهما عن تعبيرات المشرع الدستوري المصري، وهما تعبير **مصالح البلاد ومصالح الوطن**، فقد نص على اختصاص الأمير باستفتاء المواطنين في القضايا الهامة التي تتصل بمصالح البلاد، وعلى التزام أعضاء مجلس الشورى والوزراء باستهداف مصالح الوطن في سلوكهم<sup>4</sup>.

ويظهر مما مضى حضور تعبير المصلحة العامة بكثافة في جميع تلك الدساتير، لكنّ أيًا منها لم يعرّف هذا المفهوم، حيث أُطلِقَتْ تلك التعبيرات بنسبية تحتل حدًا لا حصر له من الاحتمالات.

<sup>1</sup> المواد 29، 68، 46، 132، 137، 157، 159، 163، 190، 215، دستور مصر 2012.

<sup>2</sup> المواد 72، 78، 104، 139، 144، 157، 165، 175، 171، 181، دستور مصر 2014، المعدل 2019.

<sup>3</sup> المواد 5، 6، 14، 16، النظام الأساسي المؤقت 1970، قطر. المواد 6، 14، النظام الأساسي المؤقت المعدل 1972، قطر.

<sup>4</sup> المواد: 54، 28، 106، 75، 115، 128، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

وإزاء هذا الإطلاق؛ ذهب البعض للقول بأن المشرع في تقدير المصالح العامة لا قيد عليه، لأن "سلطته في الابتداع لم يلاشها القيد الدستوري، ولا هو انتقصها" وأن "أي محاولة لتخصيص الهدف الذي يجب أن يتجه التشريع إلى تحقيقه تتناقض مع واجب المشرع في التجاوب مع مقتضيات الدستور<sup>1</sup>". وسوف نرجي مناقشة هذا الرأي إلى الباب الثاني تجنبًا للخوض في تفاصيل ليست من صميم هذا المبحث، لكن من المهم الإشارة هنا إلى أن التسليم بهذا الرأي يعني رفض الرقابة الدستورية على الغاية من أساسها، فمناطق الرقابة الدستورية هو جود قيد دستوري، وإذ ليس من قيد على المشرع في تقدير الغاية فلا رقابة على الغاية إذن.

غير أن ذلك الرأي بُني على افتراض خاطئ، فإطلاق المصلحة العامة دون تحديد مدلولها لا يعني أبدًا أن الدستور فارغ من أي قيود على سلطة المشرع في تقدير الغايات، فالدستور وإن لم يُصرح بالقيود الغائية إلا أنه ضمّنّها في نصوصه بطريق اللزوم، فالنصوص الدستورية تتضمن غايات واضحة لا يجوز للمشرع الحياد عنها، وهذه الغايات اللازمة عن النصوص الدستورية تشكل قيدًا على سلطة المشرع في تقدير المصلحة العامة، فصحيح أن سلطة المشرع في تقدير الغايات سلطة واسعة، لكنّها ليست سلطة مطلقة، بل تبقى محكومة بما في الدستور من قيود صريحة أو ضمنية. ولإثبات مسائل هذا المبحث نفرّد مطلبين:

- المطلب الأول/ تأسيس قاعدة "لزوم الغايات" في المجال الدستوري

- المطلب الثاني/ غاية التشريع في الأحكام القضائية

<sup>1</sup> محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية، القاهرة، ج1، 1957، ص139.

## المطلب الأول

### تأسيس قاعدة "لزوم الغايات" في المجال الدستوري

عرّف القانون الإداري قاعدة شهيرة تُحدّد مشروعية الغاية من القرار الإداري وهي قاعدة "الأهداف المخصّصة"، فإذا كانت المصلحة العامة هي الغاية التي يجب على الإدارة اتباعها في جميع تصرفاتها، فإن قاعدة "تخصيص الأهداف" تجعل الإدارة ملزمة بتحقيق الأهداف المنصوص عليها في القانون حصراً، فلا يجوز لها تحقيق أهداف أخرى ولو استهدفت الصالح العام<sup>1</sup>.

ذلك أن سلطة الإدارة في تقرير الغايات تعتمد على نصوص القوانين، فإذا نص القانون على أهداف بعينها فإن الإدارة تلتزم بتلك الأهداف المخصّصة، وتكون سلطتها في عنصر الغاية سلطة مقيدة، أما إذا خلا القانون من تخصيص أهداف بعينها، فإن سلطة الإدارة تكون سلطة تقديرية، فلها أن تختار من مختلف المصالح المشروعة لا يقيدتها في ذلك إلا عموم المصلحة العامة<sup>2</sup>.

في المجال الدستوري، حاول السنهوري توظيف قاعدة "تخصيص الأهداف"، لكنه لاحظ بأن هذه القاعدة ليست كثيرة التطبيق في ميدان التشريع، فقلّ أن يقيد الدستور المشرع وذلك لأن "الأصل إطلاق سلطة المشرع في التشريع"، فلا يتقيد بغير المصلحة العامة<sup>3</sup>، ورغم انتباه السنهوري لذلك؛ مضى في تطبيق هذه القاعدة على الحالات النادرة التي يخصّص الدستور فيها غايات بعينها دون أن يضع بديلاً في الحالات الغالبة التي لا ينص الدستور فيها على غايات بعينها.

هذا الملحظ الذي انتبه السنهوري إليه جديرٌ بالوقوف عنده وقفةً مطوّلة، فإذا جاز إعمال قاعدة "تخصيص الأهداف" في الحالات النادرة التي يُفصح فيها الدستور عن الغايات التي يتقيد المشرع

<sup>1</sup> صفاء شكر محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 137.

<sup>2</sup> عبدالحفيظ الشيمي ومهند نوح، القانون الإداري في ضوء القانون القطري، مرجع سابق، ص 304.

<sup>3</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 71.

بها؛ فماذا عن معظم الحالات التي لا يصرّح فيها المشرع عن الغايات التي ينبغي استهدافها؟

وبعبارةٍ أخرى، ما هي القاعدة البديلة التي تحكم دستورية الغاية في المجال الدستوري؟

أحال جانب من الفقه الإجابة عن هذه المشكلة إلى مطلق سلطة المشرع، فسكوت الدستور عن تحديد الغايات هو مناط ثبوت السلطة التقديرية للمشرع فلا يتقيد المشرع بأي غاية ما لم ينص الدستور عليها، وما دام الدستور لا ينص على نتائج نهائية ينبغي على المشرع تحقيقها فإن المشرع لا يتقيد بغير المصلحة العامة<sup>1</sup>.

غير أن التعويل على المصلحة العامة كقيد على سلطة المشرع - مع الإقرار بنسبيتها - يعني الاعتراف للمشرع بسلطة شبه مطلقة في تحديد الغايات، لا يقيد في ذلك إلا النصوص الصريحة، ومع ندرة تلك النصوص تغدو النتيجة أن لا قيد على المشرع في تقدير الغايات، وهذه نتيجة خطيرة، لأنها تعني تعذر الرقابة الدستورية على الغاية ومنح سلطة مطلقة للمشرع في هذا الشأن. والسؤال هنا: هل الدستور خالٍ فعلاً من قيود على سلطة المشرع في تقدير الغايات، أم أن في

الدستور غايات واضحة تشكل قيوداً على سلطة المشرع في تقدير المصالح التشريعية؟

إذا كنا نبحث عن غايات صريحة فلا وجود لها في الدستور إلا نادراً، أما إذا كنا نبحث عن غايات واضحة فإنها موجودة في الدستور، بل مستشرية فيه، ذلك أن نصوص الدستور ليست نصوصاً جوفاء لا مضمون لها، بل هي نصوص يعكس ظاهر أحكامها عن مضمون أهدافها، والوقوف عند ظاهر الدستور يعطل شرطاً كبيراً من مضامينه، ويذهب بغاياته في مهبّ العدم، وهنا يجلو الفارق بين النصوص القانونية والنصوص الدستورية، فإذا كانت الأولى تتسع بطبيعتها للتصريح بتخصيص أهداف معينة فإن الثانية لا تتسع بطبيعتها، لأن طبيعة النصوص الدستورية تتسم

---

<sup>1</sup> محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، مرجع سابق، ص 139.

بالجمود، ما يجعلها تصاغ بعمومٍ أكبر لتكون عابرةً في الزمان قادرة على مواكبة الظروف، ولهذا تصاغ النصوص الدستورية بعمومٍ منضبط في مجموعه، لتكون النصوص الدستورية بمجموعها معبرةً عن غايات كبرى تتطلّع الجماعة لها وتسعى سلطات الدولة لبلوغها، ولا يكون بلوغ تلك الغايات ممكناً بالنظر إلى جزئيات الدستور منفردة، ولكن إلى جزئياته مجتمعة.

وفي معنى ذلك كرّس القضاء الدستوري في مصر بأنّ "إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها، يفترض العمل بها في مجموعها، وشرط ذلك اتساقها وترابطها والنظر إليها باعتبار أن لكل نص منها مضمونا ذاتيا لا ينعزل به عن غيره من النصوص أو ينافيها أو يسقطها، بل يقوم إلى جوارها متساندا معها، مقيدا بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التي تجمعها"<sup>1</sup>. فإذا كانت نصوص الدستور تجمعها أغراض نهائية ومقاصد كلية فإن تلك الغايات والمقاصد تشكل قيّداً على سلطة المشرع، والسؤال الذي تفرضه هذه النتيجة: كيف تُستخلص الغايات النهائية من النصوص الدستورية؟

هنا نأتي بالقاعدة البديلة لقاعدة "تخصيص الأهداف"، حيث نستعيض في الحالات التي يتعدّر فيها تطبيق قاعدة "تخصيص الأهداف" في المجال الدستوري بقاعدة أخرى تتطلبها خصوصية هذا المجال، وهي قاعدة "لزوم الأهداف" أو "الغايات اللازمة" فصحیح أن نصوص الدستور لا تنطق بغايات مخصّصة، لكنها تنطق بما يفيد وجود غايات معيّنة، فهي تتضمن في معانيها غايات واضحة تلزم عن النصوص الدستورية ولو لم تصرّح بها الألفاظ. وفي هذا المطلب نسعى لتأسيس هذه القاعدة في المجال الدستوري، حيث نبين مفهوم قاعدة لزوم الغايات في الفرع الأول، ثم نعرض في الفرع الثاني كيفية استخلاص الغايات الدستورية اللازمة.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 23 لسنة 15 قضائية، 1994، ر. عوض المر، حكم سابق.

## الفرع الأول- مفهوم قاعدة "لزوم الأهداف"

إذا كان مقتضى قاعدة "تخصيص الأهداف" في المجال الدستوري أن يتحقق القضاء من عدم تعارض الغاية التشريعية مع أحد الغايات التي نص الدستور عليها صراحةً، فإن قاعدة "لزوم الأهداف" تقتضي أن يتحقق القضاء من أن الغاية التشريعية لا تتعارض مع غاية دستورية لازمة. تفيد القاعدة الأولى في الكشف عن انتهاكات صور المصلحة العامة التي عينها الدستور صراحةً، بينما تفيد القاعدة الثانية في الكشف عن انتهاكات المصلحة العامة وفق عموم الإطار الدستوري. ولا فرق بين خروج المشرع عن صورٍ معيّنة للمصلحة العامة حدّدها الدستور صراحةً وبين خروج المشرع عن مفهوم المصلحة العامة وفق عموم الإطار الدستوري<sup>1</sup>، ذلك أن المصلحة العامة هي الغرض الأعرض لاستعمال سلطة التشريع، والغرض المخصص هو المفهوم الأضيق للمصلحة العامة الذي يتعين على هذه السلطة التقيد به، "ومجاوزتها للغرض الأعرض أو الأضيق للمصلحة العامة يبلور في الحالتين انحرافها في استعمال سلطتها"<sup>2</sup>.

وإذا كانت الغايات المخصّصة تُردُّ صراحةً في الدستور، فإن الغايات اللازمة تُستخلص من لوازمه، ولهذا نصلح عليها تعبير "الغايات اللازمة" ونعرّفها بأنها النتائج النهائية التي تلزم من أحد نصوص الدستور أو من مجموع نصوصه، ويشكل مجموعها مفهوم المصلحة العامة وفق الدستور. وتقوم قاعدة "لزوم الغايات" على افتراضٍ مؤداه بأن المشرع لا يتقيّد بالغايات المنصوص عليها صراحةً فقط، بل يتقيّد كذلك بما يلزم من نتائج نهائية عن نصوص الدستور منفردةً أو مجتمعة، فهو مُلزم باتباع الغايات الصريحة والضمنية على حدٍ سواء<sup>3</sup>، وأساس هذا الافتراض أن الدستور

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 1401.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

<sup>3</sup> يقول الطماوي "إن السلطة التشريعية تتقيد بالنصوص الواردة في الدستور لا بأحكامها الصريحة فحسب، بل بأحكامها الضمنية أيضًا". يُنظر كتابه: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 43.

كقيدٍ على السلطة غير قابل للتجزئة، إذ يتقيد المشرع بمضامين النصوص كما يتقيد بصريحها<sup>1</sup>، ولا فضل للغايات الصريحة على الغايات الضمنية ما دامت جميعها واضحة، فسمو الدستور يعني سموه كاملاً بلا انتقاص، فلا ينحصر سمو الدستور في الصريح منه فحسب، بل سمو الدستور بأكمله، بمنطوقه ومسكوته، بصريحه ومضمونه، وعلى من يدّعي سمو للصريح من الدستور دون غيره أن يقيم الدليل على ذلك من الدستور نفسه وإلا كانت دعواه خاويةً من الدليل.

وفق هذا المفهوم لقاعدة لزوم الأهداف، فإنّ إعمالها يوجب على القضاء الدستوري استخلاص الغايات اللازمة من النصوص الدستورية المتصلة بالتشريع الطعين، ليرى بعد ذلك مدى اتفاق الغاية التشريعية في النص الطعين مع الغايات اللازمة عن النصوص الدستورية. ويكمن أساس اختصاص القضاء الدستوري باستخلاص الغايات اللازمة في أن الدستور أولاه مهمة الرقابة على دستورية التشريع، وما لا يتم الواجب به فهو واجب، إذ لا يمكن أداء الرقابة الدستورية إلا بتفسير الدستور ومعرفة مقاصده، فاستخلاصها واجب بقدر وجوب الرقابة نفسها.

وقد أكد القضاء الدستوري في مصر على اختصاصه بتفسير الدستور عمومًا واستخلاص المقاصد الدستورية خصوصًا، فقضى بأن "المحكمة الدستورية العليا بحكم موقعها من الدستور، الذي وسّدت له المادة (175)<sup>2</sup> منه، باعتبارها الحارسة على أحكامه، والقوامة على الشرعية الدستورية، هي التي لها القول الفصل في تفسير نصوص الدستور، وتحديد مضامين وأطر الحقوق والحريات التي كفلها، والواجبات والالتزامات التي قررها، وبيان مقاصد المشرع الدستوري من كلٍ منها، منظورًا في شأنها إلى أن نصوص الدستور ككلٍ لا يتجزأ هي عماد البناء القانوني للدولة، والذي تُستمد منه شرعيتها، وبغيرها تتهادم أركانها وتتقوض، ولذلك كان أمرًا مقضيًا أن يكون ما تستظهره هذه

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 200.

<sup>2</sup> وردت هذه المادة في دستور 1971 المنصرم، وتقابلها المادة 192 في الدستور الحالي، دستور 2012 المعدل 2019.



المحكمة من نصوص الدستور هو التفسير الصحيح لها، بلا معقب عليها فيه<sup>1</sup>. " وفي حكم آخر أكدت بأن جوهر عملية التفسير الدستوري هو استخلاص الغايات النهائية له بالنظر إلى ظروف المحيط الاجتماعي للدستور، ذلك أنه "في تفسير النصوص الدستورية لا يجوز النظر إليها بما يبتعد بها عن غايتها النهائية ولا بوصفها هائمة في الفراغ أو باعتبارها قيمًا مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي، وإنما يتعين دومًا أن تحمل مقاصدها بمراعاة أن الدستور وثيقة تقدمية لا ترد مفاهيمها إلى حقبة ماضية<sup>2</sup>".

وقد عبّر الفقيه عوض المر عن مضمون قاعدة "لزوم الأهداف" في مطلع كتابه، إذ قرّر بأن المحكمة الدستورية العليا تباشر ولايتها "لا وفق مقاييس تصطنعها بل على ضوء ضوابط موضوعية تستلهمها من فهمها للدستور، وربطها بين نصوصه، وتحليلها لغاياتها<sup>3</sup>". وهو عين ما نرمي إليه بفكرة الغايات اللازمة. وقد انطلق -رحمة الله عليه- من أن المحكمة ينبغي عليها وهي تتولى تفسير الدستور أن تضع في اعتبارها بأن النصوص الدستورية ليست مجرد نصوص توجيهية، وإنما قواعد قانونية لها نزعتها الإيجابية التي تتغير بها ملامح الحياة، وأن غموض بعض نصوص الدستور قد يُعين المحكمة على استخلاص معانٍ أكفل لحقوق المواطنين وحرياتهم، بما يحقق للدستور المرونة اللازمة في مواجهة أوضاع متغيرة بطبيعتها<sup>4</sup>. وهكذا فإن الغايات الدستورية اللازمة تعد قيودًا على المشرع لا يجوز له أن يخالفها مثلما تمتنع عليه مخالفة الغايات المخصصة صراحةً، ومهمة استخلاص الغايات اللازمة تقع على عاتق القضاء الدستوري بما يتمتع به من اختصاص في تفسير النصوص الدستورية.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 1 لسنة 30 قضائية، 24 أغسطس، 2008، برئاسة عدلي منصور. (ش.ق.ش | ر.م. 366217)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 22 لسنة 8 قضائية، 4 يناير 1992، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش | ر.م. 36528)

<sup>3</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 5.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 1.

## الفرع الثاني - استخلاص الغايات الدستورية اللازمة

إن استخلاص الغايات اللازمة هي الخطوة الأولى للرقابة على الغاية التشريعية، فتحديد الغايات المطلوبة دستوريًا يمهد الطريق لفحص مدى دستورية النص الطعين. وتأسيسًا لفكرة استخلاص الغايات اللازمة، نقول بأنّ تحديد الغايات في كلا القاعدتين - قاعدة "تخصيص الأهداف" وقاعدة "لزوم الأهداف" - يجد له أصولًا نظرية في قواعد أصول الفقه، وتحديدًا في مبحث دلالة الألفاظ.

حيث تنقسم دلالة اللفظ إلى دلالة منطوق ودلالة مفهوم، "أما المنطوق: فهو المعنى المستفاد من اللفظ من حيث النطق به. وأما المفهوم فهو المعنى المستفاد من حيث السكوت اللازم لللفظ<sup>1</sup>". فعند الأصوليين تُعدُّ "الألفاظ قوالب للمعاني المستفاد منها، فتارةً تستفاد منها من جهة النطق تصريحًا، وتارةً من جهته تلويحًا، فالأول: المنطوق، والثاني: المفهوم<sup>2</sup>".

ودلالة المنطوق نفسها تنقسم عند الأصوليين إلى منطوق صريح ومنطوق غير صريح، فالصريح ما وُضِعَ اللفظ له، وأما غير الصريح فهو ما يلزم عنه، والمنطوق الصريح يدل على المعنى إما بالمطابقة أو بالتضمن، وأما غير الصريح يدلُّ على المعنى بالاقتران أو بالإشارة أو بالإيماء، ويسمى بدلالة الالتزام<sup>3</sup>. ودلالة المفهوم كذلك تنقسم إلى مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة، فمفهوم الموافقة هو ما كان حكم المسكوت عنه في النص أولى أو مساويًا للحكم الذي نطق به النص، وأما مفهوم المخالفة فهو أن يكون حكم المسكوت عنه مخالفًا لحكم المنطوق به.

---

<sup>1</sup> ابن النجار (ت1246)، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط2، ج3، 1997، ص473.

<sup>2</sup> الشوكاني (ت1250)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، 1999، ط1، ج2، ص36.

<sup>3</sup> ابن النجار، شرح الكوكب المنير، مرجع سابق، ج3، ص474. يُنظر كذلك: عضد الدين الإيجي، شرح مختصر المنتهى الأصولي، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ج3، 2004، ص160، 166.

إذا أعملنا ما مضى على النصوص الدستورية فإنه ينطبق تمامًا، فالنص الدستوري- والتشريعي عموماً- مثل النص الشرعي؛ يتكوّن من ألفاظ لها معانيها التي من خلالها تُعرف الغايات، وهذه الغايات منها ما يُستفاد من ألفاظ النصوص، ومنها ما يُفهم من روحها ومغزاها وعللها<sup>1</sup>.

ولقد تناول باحثو القانون بعضًا من هذه الأقسام عند بيان وسائل التفسير الدستوري، بحسبان أن وسائل التفسير تتفاوت بحسب الدلالات، وهذه الأخيرة إما أن تستنبط من المنطوق وإما أن تستنبط من المفهوم<sup>2</sup>، وتعددت أنماط التقسيم بعدئذ، غير أننا نعتد التقسيم الآنف لشيوعه ولوضوح الأقسام فيه والمقسّم، وجميع التقسيمات لها وجاهتها، وتصب في نفس الفكرة التي نرمي إليها، وهي استثمار الدلالات الكامنة في النص الدستوري سعيًا لاستخراج الغايات الثابته فيها.

وقبل البدء ثمة تنويهان: الأول هو أن الغاية الدستورية الواحدة قد يُتوصّل إليها بأكثر من طريق، ولا حرج في ذلك، بل هو أدعى لتأكيدهما. والثاني، أن هذه الطرائق تقيّد في معرفة عموم الغايات التشريعية وليس الدستورية فحسب، لكنّ لأن الأخيرة هي مدار هذا المبحث، فنقصر الحديث عليها. القسم الأول- استظهار الغاية الدستورية اللازمة بدلالة المنطوق: يمكن تعريف دلالة المنطوق بأنها استنباط الغاية من عبارات النص الدستوري، وبما أن المنطوق إما صريح وإما غير صريح، فاستنباط الغاية يكون ممكنًا من النص الصريح كما يكون ممكنًا من النص غير الصريح.

أولاً- استظهار الغاية من المنطوق الصريح: وهو الأشهر في تفسير القانون، ويكون بطريقتين: الطريقة الأولى- معرفة الغاية بدلالة المطابقة: تُعرف دلالة المطابقة بأنها ما يفهم من معنى بواسطة الألفاظ المستخدمة، فالغاية وفق هذه الدلالة تُفهم من صريح مفردات اللغة دون طول

<sup>1</sup> مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، 2014، ط10، ص395.

<sup>2</sup> علي هادي الهلالي، المستنير في أحكام الدساتير، مرجع سابق، ص89.

تأمل، وتُسمى دلالة العبارة<sup>1</sup>، وفيها يُستعان باللغة لفهم الغاية المنطوق بها، وإذا كان في النص الدستوري ألفاظ لها دلالاتها الاصطلاحية فيُصارُ في فهمها إلى الدلالة الاصطلاحية<sup>2</sup>، وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا بقضائها " أن المشرع إذا أورد مصطلحاً معيناً في نص ما لمعنى معين، وجب صرفه إلى هذا المعنى في كل نص آخر يردّ ذات المصطلح<sup>3</sup>."

ونشير أولاً إلى أن إعمال قاعدة "تخصيص الأهداف" المعروفة في المجال الإداري يعني الأخذ بدلالة المطابقة، حيث لا يتكلف القاضي سوى مطابقة غايات الإدارة بالغايات التي أوجبهها القانون على الإدارة، فلا يحتاج لأكثر من دلالة المطابقة في معرفة الغايات التي ينبغي استهدافها. ثانياً، تقدّم القول أن قاعدة "تخصيص الأهداف" تجد مرتعاً لها في المجال الدستوري بقدر ما يصرّح الدستور عن الغايات التي ينبغي على المشرع استهدافها، وفي الأحوال النادرة التي يفصح فيها الدستور عن تلك الغايات تُعرف الغايات عندئذ بدلالة المطابقة، وحيثما عُرِّفت الغايات الدستورية بدلالة المطابقة جاز إعمال قاعدة "تخصيص الأهداف".

مثال ذلك تحديد الدستور المصري لأهداف النظام الضريبي، حيث "يهدف النظام الضريبي وغيره من التكاليف العامة إلى تنمية موارد الدولة، وتحقيق العدالة الاجتماعية، والتنمية الاقتصادية<sup>4</sup>". فهذا النص تُعرف منه الغايات التي ينبغي على المشرع استهدافها في التشريعات الضريبية بدلالة المطابقة، أي مطابقة اللفظ للغايات التي قصد المشرع الدستوري تحقيقها، حيث تسري في شأنه قاعدة تخصيص الأهداف وبتقيد المشرع بتلك الغايات المحددة فيما يصدر عنه من تشريعات ضريبية. أما في الدستور القطري فنجد أمثلةً أخرى، مثل النص على أن "التعليم حق لكل مواطن

---

<sup>1</sup> كما تسمى الدلالة اللفظية أو الدلالة الوضعية.

<sup>2</sup> علي هادي الهلالي، المستنير في أحكام الدساتير، مرجع سابق، ص 90.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 15 لسنة 1 قضائية، 9 مايو 1981، برئاسة أحمد ممدوح عطية. (ش.ق.ش| ر.م 36408)

<sup>4</sup> المادة 38، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

وتسعى الدولة لتحقيق إلزامية ومجانية التعليم العام<sup>1</sup> فبمطابقة المنطوق بالمعنى تكون غاية إلزامية ومجانية التعليم هي النتيجة النهائية التي يتقيد المشرع بتحقيقها فيما يصدره من تشريعات لتنظيم الحق في التعليم، وبموجب هذا النص لا ينبغي استهداف التشريعات أغراضا ربحية من وراء التعليم العام فيما يخص تعليم المواطنين، فقاعدة تخصيص الأهداف تفرض الالتزام بالغاية المنصوص عليها في الدستور، فلا يجوز تجاوزها إلى غيرها.

**الطريقة الثانية - معرفة الغاية بدلالة التضمن:** تعرف دلالة التضمن بأنها "دلالة اللفظ على جزء مسمّاه والجزء لا يصدق إلا إذا كان المسمى كلاً"<sup>2</sup>، بمعنى أن اللفظ الوارد في النص الدستوري يتضمّن أجزاءً هي من لوازم اللفظ، ويمكن التمثيل لذلك بإيراد لفظ "القانون" في كلٍ من الدستورين المصري والقطري، حيث قضى الأول بأن نظام الدولة يقوم على سيادة القانون<sup>3</sup>، وقضى الثاني بأن الناس متساوون أمام القانون<sup>4</sup>، فدلالة التضمن في لفظ "القانون" تدل على كافة أجزاء القانون بالمعنى الواسع، فيتضمّن الدستور والقوانين واللوائح، فغاية المشرع الدستوري في مصر أن تكون السيادة للقانون بكافة أجزائه، وليست السيادة لما يصدر عن مجلس النواب فحسب، وكذلك الحال بالنسبة لغاية المشرع القطري من النص على المساواة أمام القانون، فالغاية اتجهت لإقرار المساواة بين الناس أمام كافة القواعد التشريعية وليس أمام ما يصدر عن مجلس الشورى فحسب.

لكن، عند الوقوف عند حدّ دلالة المطابقة فإن السيادة تكون للتشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية فحسب، وهو ما لا يتفق وإرادة المشرع الدستوري بإعلاء كلمة الدستور، ولهذا تفيد دلالة التضمن بأن لفظ القانون هنا مقصوداً بمعناه الواسع الذي يتضمن الدستور والقوانين واللوائح على

---

<sup>1</sup> المادة 49، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>2</sup> شهاب الدين القرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول، مرجع سابق، ج4، ص1733.

<sup>3</sup> المادة 1، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

<sup>4</sup> المادة 35، الدستور الدائم لدولة قطر 2014.

حدٍ سواء. وعلى ذلك لا يجوز للمشرع أن يصدر لائحة تمييزية على أساس أن المساواة أمام القانون فحسب بحجة دلالة المطابقة، وذلك لأن دلالة التضمن تكشف عن انصراف غاية المشرع إلى المساواة بين الناس أمام جميع القواعد التشريعية.

وقد استتبقت المحكمة الدستورية العليا العديد من الغايات اللازمة بدلالة التضمن في أحكام كثيرة، لعلّ أوضحها ما انتهت إليه عند استخلاص الغايات اللازمة عن النص على الحق في التقاضي، حيث قضت بأن "الحق التقاضي غاية نهائية يتوخاها، تمثلها الترضية القضائية التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يدعونها، وتندمج هذه الترضية- بافتراض اتساقها مع أحكام الدستور والقانون- في الحق في التقاضي، باعتبارها الحلقة الأخيرة فيه، لأنها ترتبط بصلة وثيقة بالأغراض النهائية التي تستهدفها الخصومة القضائية، ذلك أن هذه الخصومة لا يقيمها ذوو الشأن فيها للدفاع عن مصالح عقيمة نظرية في طبيعتها وخصائصها، وإنما غايتها اقتضاء منفعة يقرها القانون، وبها تتحقق للخصومة جوانبها العملية، فلا تعمل في فراغ<sup>1</sup>". فعبارة المحكمة بأن "الترضية القضائية تندمج في الحق في التقاضي" هي شاهد دلالة التضمن، إذ اعتبرت المحكمة أن نص المشرع على الحق في التقاضي يتضمن تحقيق الترضية القضائية. كما انتهت المحكمة في قضية أخرى إلى أن الحرية الشخصية تتضمن في مفهومها حرية التعاقد، لتقضي بأن "حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صوتاً للحرية الشخصية التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي ينبغي أن يملكها كل شخص<sup>2</sup>".

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 4 لسنة 40 قضائية، 9 أكتوبر 2021، برئاسة سعيد عمرو. (ش.ق.ش| ر.م 1199306) وكذلك في: القضية رقم 55 لسنة 20 قضائية، 4 مارس 2000، برئاسة محمد ولي الدين جلال. (ش.ق.ش| ر.م 37135)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 236 لسنة 26 قضائية، 5 مايو 2018، ر. عبد الوهاب عبدالرزاق. (ش.ق.ش| ر.م 400145)

ثانياً - استخلاص الغاية من المنطوق غير الصريح: بالنسبة لاستظهار الغاية من المنطوق غير الصريح فيكون ذلك بدلالة الالتزام، "ودلالة الالتزام هي دلالة اللفظ على لازم مُسمّاه، ولازم المسمّى لا بد من أن يكون خارجاً عن المسمى"<sup>1</sup>، ويمكن استظهارها بثلاثة طرق دلالية:

**الطريقة الأولى - استخلاص الغاية بدلالة الاقتضاء:** سمّيت كذلك لاقتضاءها شيئاً زائداً على اللفظ<sup>2</sup>، ويمكن تعريفها بأنها المعنى الذي تتوقف عليه صحّة معنى المدلول عليه بالمطابقة. فاستنباط الغاية بدلالة الاقتضاء يعني أن تكون الغاية المستنبطة لازمة للمعنى المدلول عليه بالمطابقة، فالغاية المسكوت عنها يتوقف عليها تحقق النص من الناحية الفعلية والقانونية<sup>3</sup>.

يظهر مثال ذلك في النص على حرية التعبير، حيث نص دستور مصر على أن حرية الفكر والرأي مكفولة وأن لكل إنسان حق التعبير عن رأيه، ونص دستور قطر على كفالة حرية الرأي<sup>4</sup>، وكلاهما لم ينصّ على الحق في الرقابة الشعبية، لكن المحكمة الدستورية العليا في مصر وجدت أن مقتضى النص على حرية الرأي والتعبير هو تمكين الحقوق اللازمة عنه، فأقرت الحق في الرقابة الشعبية - رغم خلو الدستور من ذكر لها - مستخلصةً غاية المشرع بتمكينها عن طريق دلالة الاقتضاء، حيث وجدت بأن "حرية التعبير التي كفلها الدستور هي القاعدة في كل تنظيم ديمقراطي، فلا يقوم إلا بها، ولا ينهض مستوياً إلا عليها؛ وما الحق في الرقابة الشعبية النابعة من يقظة المواطنين المعنيين بالشؤون العامة، الحريصين على متابعة جوانبها، وتقرير موقفهم من سلبياتها إلا فرع من حرية التعبير ونتاج لها"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> شهاب الدين القرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول، مرجع سابق، ج4، ص1733.

<sup>2</sup> محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 2006، ج2، ص150.

<sup>3</sup> علي هادي الهاللي، المستنير في أحكام الدساتير، مرجع سابق، ص92.

<sup>4</sup> المادة 66، دستور مصر 2014 المعدل 2019. يقابها: المادة 67، الدستور الدائم لدولة قطر.

<sup>5</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 13 لسنة 29 قضائية، 3 يونيو 2017، عبدالوهاب عبدالرزاق. (ش.ق.ش | ر.م 416177)

وفي قضية أخرى وجدت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن النص على الحرية الشخصية يقتضي انصراف غاية المشرع الدستوري إلى تمكين الحق في الزواج وتكوين الأسرة وحق الفرد في فعل المباح، وانتهت إلى أن "الحرية الشخصية تعد أصلاً يهيمن على الحياة بكل أقطارها، لا قوام لها بدونها، ويندرج تحتها بالضرورة تلك الحقوق التي لا تكتمل الحرية الشخصية في غيابها، ومن بينها الحق في الزواج، وما يتفرع عنه من الحق في تكوين أسرة وتنشئة أفرادها<sup>1</sup>". فعبارة المحكمة "لا تكتمل الحرية الشخصية في غيابها" توازي في معناها عبارة الأصوليين بأن دلالة الاقتضاء ما يتوقف عليه معنى المدلول عليه بالمطابقة. ذلك أن غاية المشرع الدستوري بتمكين الحرية الشخصية تتوقف على تمكين الحقوق الأخرى لكونها من مقتضيات الحرية الشخصية. ويسري ذلك على نص الدستور القطري بكفالة الحرية الشخصية<sup>2</sup>.

**الطريقة الثانية- استنباط الغاية بدلالة الإشارة:** تُعرف دلالة الإشارة بأنها دلالة اللفظ على لازم غير مقصود ولا يتوقف عليه تحقق المعنى المدلول عليه بالمطابقة<sup>3</sup>. وكونها تدل على غير مقصود فإنها لا تصلح لاستنباط الغايات الدستورية، ذلك أن القاضي عند سبره غايات المشرع الدستوري يسعى للكشف عن الغايات اللازمة التي قصدها المشرع الدستوري فعلاً، دون تلك التي لم يقصدها، ولذلك أيضاً قرّر بعض الأصوليين بأن دلالة الاقتضاء أولى من دلالة الإشارة لترجحها بقصد المتكلم خلافاً لدلالة الإشارة التي لا تدل على مقصوده<sup>4</sup>.

ومع ذلك، قد تفيد دلالة الإشارة في استبعاد الغايات التي تشي بها ألفاظ النص دون أن ينصرف قصد المشرع الدستوري إليها، مثل نص الدستور القطري على أن "المواطنون متساوون في الحقوق

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 45 لسنة 28 قضائية، 7 يونيو 2009، برئاسة ماهر عبدالواحد. (ش.ق.ش | ر.م | 306227)

<sup>2</sup> المادة 36، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>3</sup> محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص151.

<sup>4</sup> علي محمد الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1402هـ/1981-1982م، ج4، ص94، 254.



والواجبات العامة" فدلالة الإشارة تدل أن لفظ "المواطنون" يعني الذكور دون الإناث، ولكنها دلالة غير مقصودة، لأن دلالة الاقتضاء تجعل صحة النص تتوقف على تقدير المواطنين، لأن قصد المشرع الدستوري قد انصرف للتسوية بين عموم المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات، فتكون دلالة الاقتضاء في هذا النص أرجح من دلالة الإشارة.

**الطريقة الثالثة - استنباط الغاية بدلالة الإيحاء:** دلالة الإيحاء هي دلالة النص على علته تلميحاً لا تصريحاً، وعلّة التشريع هي الغاية التي تترتب على تنفيذه، فهي سابقة في التصور لاحقة في التحقق<sup>1</sup>، ويمكن التمثيل لهذا النوع بنص الدستور المصري على أن "لا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون" فالتعويض هنا علته أن إجراء نزع الملكية يشكّل مساساً جوهرياً بالحق في الملكية، وإذ كان الأمر كذلك فإن دلالة الإيحاء في هذا النص تنبّه إلى أن قصد الدستور قد انصرف للتعويض عن كلّ مساسٍ جوهري بحق الملكية حتى ولو كان المساس بالملكية دون نزعها من مالكيها.

وقد عملت المحكمة بهذه الدلالة، فقضت بعدم دستورية النص الذي جعل التصرف في الأملاك المسجلة ضمن الآثار معلقاً على استصدار ترخيص، منتهيةً إلى أن "تدخل المشرع بتنظيم أوضاع أموال معينة مع إبقائها بيد أصحابها بطريقة تؤدي عملاً إلى تقويض مقوماتها.. إنما يعد انتقاصاً من حق الملكية تتحدد مشروعيته من زاوية دستورية بأن يكون مقترناً بالتعويض العادل عن القيود التي يتضمنها ذلك التنظيم"<sup>2</sup>. فهنا جعلت المحكمة تقويض الملكية موجباً للتعويض عملاً بقصد المشرع المستفاد من العلة المستنبطة بدلالة الإيحاء والتي تقتضي أن كل انتهاك للملكية يوجب التعويض، وسأنتي لتفاصيل هذا الحكم لاحقاً.

<sup>1</sup> علي هادي الهلالي، المستنير في أحكام الدساتير، مرجع سابق، ص 93-94.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 182 لسنة 19 قضاية، 2 مايو 1999، برئاسة محمد جلال. (ش.ق.ش | ر.م 37115)

القسم الثاني - استظهار الغاية اللازمة من النص الدستوري بدلالة المفهوم: إن سكوت الدستور عن تخصيص غايات بعينها لا يعني إطلاق سلطته في تقدير الغايات، فسكوت المشرع وإن كان يمنع استخلاص الغاية بدلالة المنطوق، فإنه لا يمنع استخلاصها بدلالة المفهوم، والمفهوم هو دلالة لفظ المنطوق على حكم المسكوت عنه التزاماً، فهو من قبيل دلالة الالتزام<sup>1</sup>، وينقسم لنوعين: النوع الأول - استنباط الغاية اللازمة بالمفهوم الموافق: المفهوم الموافق هو انسحاب الحكم المنصوص عليه إلى كل مسألة غير منصوص عليها إما لاتحاد العلة أو لكون العلة في المسألة غير المنصوص عليها أظهر<sup>2</sup>. والمفهوم الموافق يُستنبط بطريقتين:

الطريقة الأولى - الاستنباط بالقياس العادي: وهو انسحاب حكم المسألة المنصوص عليها إلى مسألة غير منصوص عليها لاتحاد العلة، فيكون الحكم مساوياً في المسألتين لتساوي العلة فيهما، وتُعرف عندئذ غاية المشرع في المسألة المسكوت عنها من العلة التي دفعت المشرع لترتيب الحكم في المسألة المنصوص على حكمها<sup>3</sup>. وتمثيلاً للاستنباط بالقياس العادي، نورد نص الدستور القطري بأن لا تمييز بين الناس أمام القانون "بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين"<sup>4</sup> فهذا النص ابتغى حظر التمييز على أي من هذه الأسس لقيامها على معايير ذاتية لا موضوعية فيها، وعند إعمال المفهوم الموافق بالقياس العادي على معايير أخرى ينسحب الحكم على حظر التمييز على أساس اللون مثلاً رغم عدم ذكره في النص، وذلك لأن الجنس والأصل واللغة جميعها ترجع لأمر غير كسبية فلا يجوز التمييز على أساسها، وكذلك اللون يرجع لأمر غير كسبي ليس للإنسان خيار فيه، فلا يجوز التفريق على أساسه.

<sup>1</sup> شهاب الدين القرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول، مرجع سابق، ج3، ص1344.

<sup>2</sup> وتسمى كذلك دلالة النص. يُنظر: عبدالكريم زيدان، ص216.

<sup>3</sup> علي هادي الهالبي، المستنير في أحكام الدساتير، مرجع سابق، ص94.

<sup>4</sup> المادة 35، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

أما النص المقابل في الدستور المصري فنُفهم منه هذه الغاية بدلالة المطابقة وليس بمفهوم الموافقة، فقد نصّ على أن المواطنين متساوون لدى القانون "لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي والجغرافي، أو لأي سبب آخر"<sup>1</sup> فعبارة "لأي سبب آخر" فيها دلالة المطابقة ظاهرة على أن الأسباب غير الموضوعية لا يصح التمييز على أساسها.

**الطريقة الثانية- الاستنباط بالقياس بالأولوية:** وهو انسحاب حكم المسألة المنصوص عليها على مسألة غير منصوص عليها لكون العلة في المسألة غير المنصوص عليها أظهر منها في الحالة المنصوص عليها، فتكون مظنة اتجاه الإرادة الدستورية لترتيب الحكم نفسه من باب أولى<sup>2</sup>. ومثاله النص على أن "حق الاجتماع الخاص سلمياً مكفول، دون الحاجة إلى إخطار سابق"<sup>3</sup> فغاية المشرع من هذا النص تحرير ممارسة هذا الحق من كل قيد، وإذا كان النص يمنع تقييد الحق بإخطار سابق، فإن المفهوم الموافق لهذا النص هو عدم جواز تقييده باستصدار ترخيص، فعلى الرغم من سكوت الدستور عن حكم تقييد الحق في الاجتماع الخاص باستصدار الترخيص إلا أن هذا السكوت لم يكن فارغ الدلالة، فحظر القيد الأخف والمتمثل في الإخطار يعني حظر القيد الأشد والمتمثل في الترخيص من باب أولى. ومثل ذلك النص على حظر الانتقاص من حرية التنقل دون النص على حكم الحرمان منها، فحظر الحرمان من حرية التنقل مفهوم بالأولوية، إذ الانتقاص أدنى من الحرمان، وإذا اتجهت غاية المشرع إلى حظر الانتقاص من حرية التنقل، فإن غايته في حظر الحرمان منها تثبت من باب أولى.

<sup>1</sup> المادة 53، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

<sup>2</sup> علي هادي الهلالي، المستنير في أحكام الدساتير، مرجع سابق، ص 95.

<sup>3</sup> المادة 73، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

النوع الثاني - استنباط الغاية اللازمة بمفهوم المخالفة: مفهوم المخالفة هو نفي الحكم الثابت للمنطوق عن المسكوت<sup>1</sup>، فيكون حكم المسكوت عنه عكس حكم المنطوق به<sup>2</sup>، ومفهوم المخالفة مهم جدًا في فهم النصوص الدستورية، فحين ينص الدستور على سلطة المشرع بتنظيم حق ما، فإن مفهوم المخالفة هو عدم جواز تقييد الحق أو المساس بجوهره.

من ذلك النص بأن "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"<sup>3</sup>، فمفهوم المخالفة هو أن لا جريمة ولا عقوبة بلائحة، فلا يجوز إصدار لوائح تتضمن أحكامًا تجريبية أو عقابية، ويختلف النص المقابل في دستور مصر، حيث قرر بأن "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون"، فمفهوم المخالفة هنا بأن لا جريمة ولا عقوبة بناءً على لائحة، ولكن بمفهوم الموافقة وفق القياس العادي يمكن أن تشرع الجريمة أو القانون بلائحة؛ لا بناءً عليها. وفي تفسير هذا النص أخذت المحكمة الدستورية العليا بمفهوم الموافقة فقضت بأن عبارة "بناءً على قانون" تميز عن عبارة "بقانون" فالأخيرة تمنع تفويض الاختصاص من المشرع العادي إلى المشرع اللائحي، بينما الأولى تتيح ذلك بلا إشكال<sup>4</sup>.

ما مضى يثبت إمكان استخراج الغايات اللازمة من الدستور، حيث تشكل تلك الغايات قيودًا على سلطة التشريع في تقدير عنصر الغاية، وليس لازماً على القضاء الدستوري أن يلتزم المصطلحات التي استعملها الأصوليون، فلا مشاح في الاصطلاح ما دامت الفكرة سارية، المهم ألا يقف القضاء في تفسير النصوص الدستورية عند ظاهرها ويهدر لوازمها، فهو المعني بتفسير الدستور، وعليه أن يستنطق غاياته، فإن أغفل هذه المهمة ما كان لغيره أن يقوم بها.

<sup>1</sup> محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ج2، مرجع سابق، ص154.

<sup>2</sup> عضد الدين الإيجي، شرح مختصر المنتهى الأصولي، ج3، مرجع سابق، ص166.

<sup>3</sup> المادة 40، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 15 لسنة 1 قضائية، 1981، ر. أحمد ممدوح عطية، حكم سابق. حيث قضت بجواز "أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم أو العقاب، وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع وفي الحدود وبالشروط التي يعينها القانون الصادر منها".

## المطلب الثاني

### غاية التشريع في الأحكام القضائية

قررت المحكمة الدستورية العليا بأن غاية التشريع هي تحقيق المصلحة العامة، وأن صحة الغايات التشريعية معقودة على مدى توافقها مع الحدود الدستورية للصالح العام، فكل تنظيم تشريعي ليس مقصوداً لذاته بل لتحقيق أغراض بعينها تعكس مشروعيتها إطاراً للمصلحة العامة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، فإذا صادم النص التشريعي هذه الأغراض كان مجافياً للدستور<sup>1</sup>. وإذا كانت المصلحة العامة إطاراً لمشروعية الأغراض التي ينبغي استهدافها، وكانت مُصادمة الأغراض التي تشكل إطار المصلحة العامة تعني مجافاة التشريع للدستور، فإن المحكمة بذلك قد جعلت الحدود الدستورية للمصلحة العامة قيداً ثابتاً على المشرع، وأساساً للرقابة الدستورية على الغاية. وباستقراء تعبير المصلحة العامة في أحكام القضاء الدستوري في مصر، وأحكام محكمة التمييز في قطر، يظهر تداول القضاء لها في سياقين نورد لكلٍ فرعاً لبيانها، الأول، استخلاص المصلحة العامة من نصوص التشريع. والثاني، الاعتراف بسلطة المشرع في تقدير المصلحة العامة.

#### الفرع الأول- استخلاص المصلحة العامة من نصوص التشريع

مضى القول بأن استخلاص الغاية التشريعية هي الخطوة الأولى في الرقابة على الغاية، فكثيراً ما يشرع القضاء في تحديد غايات التشريع تمهيداً للرقابة عليها، سواء أكان ذلك لإثبات توافق غاية النص الطعين مع الدستور، أو لإثبات تعارضها معه. وقد تبنت المحكمة الدستورية العليا في مصر سياسةً واضحة في تحديد وجه المصلحة العامة من التشريع، حيث يستظهر القاضي الدستوري مناظ المصلحة العامة ويعيّنهما تعييناً نافيّاً للجهالة، وذلك إما تمهيداً لإقرار المصلحة

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 36 لسنة 9 قضائية، 1992، ر. عوض المر، مرجع سابق.

العامة التي سعى المشرع لتحقيقها، أو تمهيداً لإبطال المصلحة العامة التي سعى المشرع إليها، أو تمهيداً لإقرار مصلحة أولى منها في الاعتبار الدستوري.

من أمثلة الحالة الأولى ما استخلصته المحكمة الدستورية العليا من أن النص على ولايتها بالفصل في التنازع السلبي على الاختصاص يستهدف مصلحة عامة مشروعة تتمثل في ضمان وجود جهة تفصل في كل خصومة قضائية لإنهاء النزاعات في موضوعاتها، إعلاءً لحق التقاضي<sup>1</sup>.

كما وجدت في حكم آخر بأن القيود التي فرضها المشرع على سلطة التعيين تستهدف غاية مشروعة تتمثل في "ضمان دمج المعوقين المؤهلين في مجتمعاتهم من خلال فرص العمل التي أتاحتها لجموعهم، ليظلوا قوة فاعلة فيها، فلا تزل أقدامهم"<sup>2</sup>. كما قضت في حكم آخر بأن اشتراط مسافة معينة بين الصيدليات للحصول على ترخيص بصيدلية عامة مرماه مصلحة عامة تتمثل في الانتشار المتوازن للصيدليات والمتناسب مع نسب الكثافة السكانية في مختلف المناطق لئلا تتجمع في مكان واحد بما يحول دون تكبير المواطنين عناء الانتقال بين مسافات طويلة لتوفير الدواء<sup>3</sup>. وفي قضية أخرى وجدت المحكمة أن نص اللائحة الذي يقرر عدم منح فرصة ثالثة لطلاب الفرقة الإعدادية يهدف لمصلحة مشروعة تتمثل في ترشيد الإنفاق على التعليم الجامعي<sup>4</sup>.

أما الحالة الثانية، فيمكن التذليل عليها بحكم المحكمة الدستورية العليا إذ قضت بعدم دستورية التشريع الذي جعل أموال زوجات وأولاد أصحاب الشركات والمنشآت ضامنةً لحقوق دائنيها، إذ استخلصت المحكمة المصلحة العامة من هذا النص وفق دفع الحكومة التي أفصحت عن سعيها لإيجاد ضمانٍ للوفاء بحقوق الدائنين، لكن المحكمة وجدت بأن "هذا الضمان الاستثنائي الذي حمل

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 5 لسنة 15 قضائية، 17 ديسمبر 1994، برئاسة سعيد عمرو. (ش.ق.ش|ر.م 36754)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 8 لسنة 16 قضائية، 5 أغسطس 1995، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش|ر.م 36881)

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 185 لسنة 35 قضائية، 3 يونيو 2017، برئاسة عبدالرحمن عثمان. (ش.ق.ش|ر.م 416178)

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 26 لسنة 29 قضائية، 7 أبريل 2018، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق. (ش.ق.ش|ر.م 399563)

به المشرع أموال الزوجات والأولاد وفاء لديون لا شأن لهم بها، مؤداه الحتمي تجريد هؤلاء من ملكيتهم لهذه الأموال ونزعها جبراً عنهم عند التنفيذ عليها اقتضاء لتلك الديون بما قد يصل إلى حد حرمانهم منها جميعاً<sup>1</sup> فهنا استظهرت المحكمة النتيجة النهائية الكلية التي يترتبها التشريع الطعين، ثم أبطلت المصلحة العامة التي سعى المشرع لتحقيقها لما تبين لها أن سعيه إليها قد أفضى لإهدار ضمانات دستورية، ورتب نتائج نهائية وخيمة لا يرتضيها الدستور، حيث قضت بأن "تنظيم المشرع لحق الملكية في إطار وظيفتها الاجتماعية ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو يؤثر على بقائه على نحو ما سلكه النص المطعون عليه<sup>2</sup>."

أما الحالة الثالثة، فشاهدتها قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قانون الإجراءات الجنائية فيما تضمنه من إلزام المتهم بارتكاب جريمة القذف - بطريق النشر في إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات - أن يقدم للمحقق عند أول استجواب بيان الأدلة على كل فعل أسند إلى موظف عام، أو شخص ذو صفة نيابية عامة، أو مكلف بخدمة عامة، وإلا سقط حقه في إقامة الدليل، حيث نظرت المحكمة في المصلحة العامة من هذا القانون والتي تمثلت في حماية ذوي الصفات العامة "من المفتريات التي تُوجّه إليهم نكالا بأشخاصهم فتصيب الصالح العام من ورائهم بأفدح الأضرار<sup>3</sup>". غير أن المحكمة لم تسلّم لهذه المصلحة العامة لتعارضها مع مصلحة عامة أولى في الاعتبار، وبنيت حكمها بعدم الدستورية على أساس أن انتقاد القائمين بالوظيفة العامة وإن كان مبريراً؛ يظل متمتعاً بالحماية الدستورية، وأنّ "الآراء التي تم نشرها في حق أحد ممّن يباشرون جانباً من اختصاص الدولة، لا يجوز تقييمها منفصلة عما توجبه المصلحة العامة في أعلى درجاتها من

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 67 لسنة 4 قضائية، 2 فبراير 1985، برئاسة محمد علي بليغ. (ش.ق.ش | ر.م 36471)

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 42 لسنة 16 قضائية، 20 مايو 1995، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش | ر.م 36734)

عرض انحرافاتهم، وأن يكون المواطنون على بينة من دخالها، ويتعين دوماً أن تتاح لكل مواطن فرصة مناقشتها واستظهار وجه الحق فيها<sup>1</sup>.

جميع هذه الأحكام - وكثير غيرها مما سيأتي تفصيله - تُرسخ توجّه المحكمة الدستورية العليا في استخلاص وجه المصلحة العامة من النصوص المتصلة بالمنازعات الدستورية تمهيداً للرقابة عليها، وهو نهجٌ حسن يعكس عناية القضاء الدستوري بالوقوف على عنصر الغاية وقفةً فاحصة، والتحقّق من النتيجة النهائية للعمل التشريعي بعينٍ تحليلية تقرأ النص التشريعي في ضوء الواقع الذي سوف ينطبق عليه.

أما في قطر، على الرغم من تعطيل المحكمة الدستورية العليا؛ أخذت محكمة التمييز القطرية على عاتقها تعيين وجه المصلحة العامة في التشريعات التي تتصل بالنزاعات المعروضة أمامها في العديد من أحكامها، فكثيراً ما آثرت ربط الحكم الذي تنتهي إليه بغاية التشريع عمومًا وبالمصلحة العامة خصوصًا عند تعيينها الهدف النهائي الذي تغياه النص المتصل بالنزاع، وقد عمدت المحكمة لاستخلاص المصلحة العامة من التشريعات القانونية واللائحية على حدٍ سواء.

من الأمثلة على استخلاص المصلحة العامة من النصوص القانونية قضاءها بأن قانون الشركات الذي يجعل الاكتتاب شخصياً بما لا يجاوز نسبة 10% من رأس مال الشركة موجباً لعقوبة الحبس أو الغرامة في حال المخالفة؛ قد ابتغى مصلحة عامة تتمثل في إتاحة الفرصة للكافة للاستفادة من مزايا الاكتتاب في الشركات المساهمة، ومنع تسخير الغير بطريق مباشر أو غير مباشر للاستحواذ على عدد أكبر من الأسهم، حفظاً لمصالح محدودي الدخل، وحماية للتماسك الاجتماعي<sup>2</sup>. كما قضت في حكمٍ آخر بأن المصلحة العامة من القانون الذي يجعل سريان نظام المعاشات على

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 3 لسنة 2008 قضائية، 18 مارس 2008، برئاسة عبدالله السعدي. (ش.ق.ش|ر.م 308663)



الموظفين القطريين في الوظائف العامة وعلى العاملين في المؤسسات الخاصة المحددة بقرار من مجلس الوزراء تتمثل في إيجاد نظام تقاعدي يشمل معظم المواطنين القطريين تحقيقاً للمصلحة العامة في المجتمع<sup>1</sup>.

كما وجدت المحكمة في قضية أخرى أن القانون الذي حظر على المنتفع أو ورثته التصرف في الأرض أو المسكن والوحدة السكنية قبل انقضاء مدة خمس عشرة سنة من تاريخ تسلمه إياها وسداد القرض وملحقاته ما لم يقدم ضماناً يوافق البنك عليه جاعلاً أي تصرف يخالف ذلك تحت طائلة البطلان؛ قد ابتغى من ذلك الحظر توفير مساكن ملائمة لذوي الدخل المحدود ومنع المضاربة على تلك العقارات<sup>2</sup>. وفي حكم آخر قضت المحكمة بأن القانون الذي يستلزم لقبول الطعن أمام محكمة الاستئناف أن تكون المذكرة موقعة من محامٍ مقبول للمرافعة هدفه عدم إشغال المحاكم بالنظر في قضايا تفتقر إلى سندها الصحيح<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لاستخلاص المصلحة العامة من القرارات التنظيمية، فقد قضت المحكمة بأن النصوص اللائحية التي تشترط الحصول على ترخيص من البلدية المختصة قبل تشييد بناء أو إقامة أعمال أو توسعتها أو تعليتها إنما تبتغي مصلحة عامة تتمثل في تحقق الجهة الإدارية من استيفاء المعايير الهندسية وتناسب مساحة البناء بالنسبة لقطعة الأرض وضمان خلو المبنى من مخالفة الشروط والضوابط<sup>4</sup>. وغير ذلك من الأمثلة كثير<sup>5</sup>، وهذا التوجه من محكمة التمييز القطرية- وإن لم يكن

---

<sup>1</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 200 لسنة 2012 قضائية، 22 يناير 2013، برئاسة ثجيل الشمري. (ش.ق.ش|ر.م 364017)

<sup>2</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 221 لسنة 2014 قضائية، 9 ديسمبر 2014، برئاسة ثجيل الشمري. (ش.ق.ش|ر.م 377503)

<sup>3</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 122 لسنة 2012 قضائية، 11 ديسمبر 2012، برئاسة ثجيل الشمري. (ش.ق.ش|ر.م 364196)

<sup>4</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 253 لسنة 2016 قضائية، 20 ديسمبر 2016، برئاسة عبدالله السعدي. (ش.ق.ش|ر.م 1197681)

<sup>5</sup> أمثلة للاستزادة: "أوجبت المادة السادسة من القانون رقم (12) لسنة 2005 بشأن الطعن بالتمييز- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه ينبغي على الطاعن عند تقديم صحيفة الطعن أن يودع معها سند وكالة المحامي الذي وكله في التوقيع على هذه الصحيفة

يشيرُ سوى للغايات حين تكون مشروعة- فإنه يعكسُ وعياً من المحكمة يبيّشُ بالتفات القضاء الدستوري إلى أهمية تفحص عنصر الغاية كوجه من أوجه الرقابة الدستورية عند تفعيله والوقوف على المصلحة العامة في التشريعات التي تطبّق على النزاعات، ذلك أن مجموع هذه الأحكام يدل على التفات القضاء القطري لضرورة تحديد الغاية من التشريع وما لذلك من أثر على الكفاءة العملية للنص التشريعي.

### الفرع الثاني- تقرير سلطة المشرع في تقدير المصلحة العامة

لطالما أكّدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على تمتّع المشرّع بسلطة تقديرية، وذلك في أحكامٍ كثيرةٍ متعاقبة، فمن قديم أحكامها قضت بأن "الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بضوابط معينة"<sup>1</sup>. وفي أحكامها الحديثة أكّدت على أن سلطة المشرع "سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها وتعتبر تخوما لها لا يجوز اقتحامها أو تخطّيها"<sup>2</sup>.

ولم تقف المحكمة عند هذا الحد، بل عزّفت مفهوم السلطة التقديرية بوضوح، فقضت بأن "جوهر السلطة التقديرية يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يُعدّر أنه

---

وإلا كان الطعن غير مقبول، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، والغاية من ذلك التحقق من صحة الوكالة ومدى اتساعها للطعن بالتمييز. ينظر: الطعن رقم 173 لسنة 2016 قضائية، 20 يونيو 2016، برئاسة ثقليل الشمري. (ش.ق.ش| ر.م 410132) وأيضاً: "المشرع رسم طريقاً معيناً لرفع طلب رد القضاة والمحكمين على السواء وتتطلب في شأنه إجراءات محددة فأوجب أن يحصل بتقرير في قلم كتاب المحكمة وأن يحمل التقرير توقيع الطالب نفسه أو وكيله المفوض عنه بتوكيل خاص وأن يكون التقرير مشتملاً على أسباب الرد مرافقاً له ما يسانده من أوراق ومصاحبا له أيضاً إيداع الكفالة، ولقد استهدف المشرع من وضع هذه القيود في إجراءات رفع طلب رد القضاة والمحكمين تحقيق الصالح العام لكي يحول دون إصراف الخصوم في استعمال الحق في هذا الطلب لأسباب غير جدية أو الإساءة في استعماله وصولاً إلى تعويق السير في الدعوى المنظورة أمام المحكمة أو بغية إقصاء القاضي أو المحكم بغير مسوغ مشروع عن نظرها." ينظر: الطعن رقم 198 لسنة 2017 قضائية، 23 مايو 2017، برئاسة ثقليل الشمري. (ش.ق.ش| ر.م 1185961) يُنظر أيضاً: الطعن رقم 58 لسنة 2019 قضائية، 26 مارس 2019، برئاسة ثقليل بن ساير الشمري. (ش.ق.ش| ر.م 1185638) وكذلك: الطعن رقم 550 لسنة 2019 قضائية، 21 يناير 2020، برئاسة عبدالله السعدي. (ش.ق.ش| ر.م 1197651)

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 16 لسنة 8 قضائية، 21 مايو 1989، برئاسة ممدوح حسن. (ش.ق.ش| ر.م 36592)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 104 لسنة 39 قضائية، 2 يوليو 2022، برئاسة بولس إسكندر. (ش.ق.ش| ر.م 1200922)

أنسبها لمصلحة الجماعة، وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم<sup>1</sup>. كما أكدت مرارًا على أن السلطة التقديرية في مجال تنظيم الحقوق مهما اتسعت تبقى مقيدةً بالحدود الدستورية بما في ذلك قيد المصلحة العامة، ذلك أن "موضوع تنظيم الحقوق وإن كان يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع وفق أسس موضوعية ولا اعتبارات يقتضيها الصالح العام، فإن هذا التنظيم يكون مجانيًا أحكام الدستور مُنافيًا لمقاصده إذا تعرض للحقوق التي تناولها سواء بإهدارها أو بالانتقاص منها"<sup>2</sup>. فأى اختيارٍ تشريعي "وإن كان يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يباشرها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، فإن هذه السلطة تقيدها الضوابط التي فرضها الدستور عليها لتحديد من إطلاقها ولترسم تخومها التي لا يجوز أن يتعداها المشرع، سواء بإغراق هذه الحقوق من خلال تنظيمها، أو عن طريق تقييدها بما يرهقها، ويحد من اكتمال مجالاتها الحيوية التي تمثل لبُّها ونواتها"<sup>3</sup>.

وهذه الأحكام بمجموعها تُعزِّز اليقين بأن تقرير السلطة التقديرية للمشرع لا يعني إطلاقها دون قيد أو انفلاتها من كل كايح، فلا يزال نطاق أعمال السلطة التقديرية محفوفًا بالحدود الدستورية، يباشرها المشرع ملتزمًا بمبادئ الدستور ساعيًا لتحقيق مقاصده، فسلطة التقدير مهما اتسعت لها حدود تقف عندها، وهي حدود الدستور<sup>4</sup>.

وفي قطر، رغم تعطيل المحكمة الدستورية العليا ثمة حكم لمحكمة التمييز القطرية قرّرت فيه بأن الصالح العام هو الغاية النهائية التي يستهدفها مفهوم النظام العام، حيث قضت بأن "النظام العام

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 89 لسنة 42 قضائية، 4 يونيو 2022، برئاسة بولس إسكندر. (ش.ق.ش|ر.م 1200679)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 73 لسنة 41 قضائية، 3 يوليو 2021، برئاسة سعيد مرعي. (ش.ق.ش|ر.م 1198085) ومن قبل ذلك: القضية رقم 34 لسنة 13 قضائية، 20 يونيو 1994، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش|ر.م 36721)

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 53 لسنة 19 قضائية، 9 مايو 2020، برئاسة سعيد عمرو. (ش.ق.ش|ر.م 1182768)

<sup>4</sup> يوسف عبدالفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 30، 34.

يعني مجموعة المبادئ الأساسية التي ترعى النظام السياسي، والتوافقات الاجتماعية، والقواعد الاقتصادية، والقيم الأخلاقية التي يقوم عليها كيان المجتمع، ويتحقق بها الصالح العام ... فإذا ما تضمن نص تشريعي لقاعدة أمر أو ناهية تتصل بإحدى تلك الأسس، وتتوخى المصلحة العامة لا مصلحة الأفراد، فلا يجوز التحلل منها، أو إهدارها، فيضحي كل التزام انصب محله على مناهضة تلك القاعدة، أو أبرم لسبب يتعارض معها، باطلا بطلانا مطلقاً<sup>1</sup>.

وفق هذا الحكم حظرت المحكمة التحلل من النصوص التشريعية التي تستهدف المصلحة العامة، وأجرت البطلان المطلق على الالتزامات المناهضة للقواعد التشريعية التي تستهدف المصلحة العامة، ورغم إعلاء الحكم للمصلحة العامة وترتيبه أثر البطلان على التصرفات المخالفة للتشريعات التي تستهدف المصلحة العامة، إلا أن الحكم لم يورد تعريفاً واضحاً لهذا المفهوم، وهو ما يستبطن قناعة محكمة التمييز بأن تقدير المصلحة العامة من إطلاقات المشرع بما له من سلطة تقديرية. وقد عبّرت المحكمة عن ذلك صراحةً في حكمٍ آخر أكدت فيه على تمتع المشرع بسلطة تقديرية في ترتيب أحكام مختلفة لأصحاب المراكز القانونية المختلفة، إذ انتهت إلى "أن المشرع تحقيقاً لمقتضيات الصالح العام وبما له من سلطة تقديرية يملك وضع شروط موضوعية تتسم بالعموم والتجريد تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث إذا توافرت تلك الشروط في طائفة من الأفراد وجب إعمال المساواة بينهم لتمائل ظروفهم ومراكزهم القانونية، فإذا انقضت مناط التسوية بينهم بأن توافرت الشروط في البعض دون البعض الآخر، كان لمن توافرت فيهم الشروط دون سواهم التمتع بالحقوق التي كفلها لهم الدستور"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 497 لسنة 2020 قضائية، 22 ديسمبر 2020، برئاسة ثقيف الشمري. (ش.ق.ش|ر.م 1197706)  
<sup>2</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 215 لسنة 2010 قضائية، 15 فبراير 2011، برئاسة عبدالله السعدي. (ش.ق.ش|ر.م 364831)

كما قضت في حكمٍ لاحق تناولت فيه حرية مزاوله مهنة المحاماة بأنه "ليس هناك ما يمنع المشرع من وضع قوانين لتنظيم ممارستها بما يكفل مصلحة الجماعة ويحقق الأغراض السامية التي قدرها عند سنّ هذه القوانين والتي جعلها الشارع سياجا لتلك الحرية وضمانا للصالح العام يندفع بها ما يمس المهنة بالأذى - اطمئنانا منه إلى نبل أغراضها - وحتى لا يعرض لها عوارض تتجافى مع ما يجب لها من اعتبار بوجه عام ولا مع حقوق القائمين على ممارستها بوجه خاص<sup>1</sup>."

ولا تقتصر قناعة محكمة التمييز في ضرورة اتصال النص التشريعي بمصلحة عامة على القوانين فحسب، بل تمتد للتشريعات اللائحية من باب أولى، حيث أكدت محكمة التمييز بأن أعمال الإدارة لا بد أن تستهدف المصلحة العامة، ويُفهم ذلك من تعريف القرار الإداري بأنه "إفصاح جهة الإدارة المختصة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثرٍ قانونيٍّ معين يكون ممكنا وجائزا قانونا ابتغاء مصلحة عامة<sup>2</sup>". فخلاصة القول إذن أن الأحكام القضائية تعترف للمشرع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد المصلحة العامة، غير أن هذه السلطة تقف عند الحدود الدستورية، فهي ليست سلطة مطلقة، بل ثمّة هامشٌ مُعتبر للقيود الدستورية.

---

<sup>1</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 50 لسنة 2017 قضائية، 2 أكتوبر 2017، رئيس المحكمة غير منكور. (ش.ق.ش|ر.م 1186086)

<sup>2</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 189 لسنة 2010 قضائية، 4 يناير 2011، رئيس المحكمة غير منكور. (ش.ق.ش|ر.م 320890)

## الباب الثاني

### تأصيل فكرة الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

تأتي الرقابة الدستورية على الغاية لحل المشكلة المعروفة تحت مسمى الانحراف التشريعي، وهو ما يستدعي تأصيل الجذور التاريخية والمفاهيمية للمشكلة والحل، فمصطلح "الانحراف التشريعي" ليس منعقداً عن تاريخه، وفكرة الرقابة على الغاية برزت في تاريخ مصر قبل بروز هذا المصطلح، حيث راقب القضاء المختلط عنصر الغاية في القرارات الإدارية، وكذلك القضاء الأهلي من بعده، ثم انتقلت الفكرة من ميدان القضاء الإداري لميدان الفقه الدستوري، قبل أن تنتقل أخيراً لميدان القضاء الدستوري نفسه. وبالعودة للتاريخ القطري تبدو الرؤية شديدة الضبابية في هذه المسألة، ومع ذلك يكشف التنقيب في تراث الأحكام القضائية القطرية جذوراً واضحة لهذه الفكرة.

ويعبر مصطلح "الانحراف التشريعي" عن عيب الغاية، غير أن الدلالات تتعدّد بشأنه، وهو ما يقتضي مناقشة الدلالات اللغوية والفقهية والقضائية التي تتنازع هذا مصطلح في كل من الفقه والقضاء، والتحقّق من مدى كفاءة هذا المصطلح في التعبير عن عيب الغاية، ومراجعة الخصائص الشائعة التي التصقت به أو بفكرة الرقابة على الغاية عموماً. ثم بعد وضوح عيب الغاية تبقى خطوة أخيرة لضمان عدم اختلاطه بغيره، وهي خطوة تمييزه عن غيره من العيوب الأخرى التي قد تختلط معه أو تلتبس به، حيث نسعى لتمييز عيب الغاية عن العيوب المتصلة بعنصري السبب والمحل من جهة، وتمييزه كذلك عن فقدان التشريع لملاءمة ظروف الواقع، وكذلك تمييزه عن العيوب المتصلة بالبواعث والنوايا. وفي سبيل إحراز جميع ما مضى ينقسم هذا الباب إلى فصلين:

- الفصل الأول/ تاريخ الرقابة على الغاية في كل من مصر وقطر

- الفصل الثاني/ عيب الغاية: المفهوم والخصائص والتمييز

## الفصل الأول

### تاريخ الرقابة على الغاية في كل من مصر وقطر

مرّت مصر بأحداث تاريخية عديدة شكّلت نظامها الدستوري الذي بات معمولاً اليوم به، ولعلّ الحدث المفصلي الذي كان حاسماً في رسم المرتكزات الدستورية في النظام المصري هو الوجود الأجنبي في تاريخ مصر بشكلٍ عام والاستعمار البريطاني على مصر بشكلٍ خاص، فلقد كان لهذين العاملين بالغ الأثر في تحديد الأدوات التي رُسمت بها معالم الحياة الدستورية في مصر، فحتى بعد تحرّر مصر من الاستعمار ظلّت رواسب الوجود الأجنبي عالقةً في دساتيرها وتشريعاتها وأنظمتها القضائية<sup>1</sup>، ولأن مصر هي أمّ القوانين الحديثة في العالم العربي، فقد انتقلت التشريعات والأنظمة التي تبنّتها مصر إلى معظم أقطار الوطن العربي بمحاسنها ومساوئها، فكانت الطمغنة الأجنبية في الأنظمة القانونية العربية ظاهرةً إلى يومنا هذا.

أقول ذلك لأن الرقابة على الغاية هي أحد آثار الوجود الأجنبي في مصر، فلقد بزغت الرقابة على الغاية في المجال الإداري في مصر بواسطة المحاكم المختلطة عام 1885، ثم تلقّفت المحاكم الوطنية هذه الفكرة مترددةً بين الاعتداد بها وبين هجرها حتى استقرّ لها التسليم بالرقابة على الغاية عام 1943. ولما نشأ مجلس الدولة المصري عام 1946 عمد إلى تكريس الرقابة على الغاية في المجال الإداري من جهة، وإلى تعبيد طريق الرقابة الدستورية من جهة ثانية، ثمّ لَمّا ثبت اختصاص القضاء بالرقابة الدستورية بعددٍ من الأحكام القضائية دار جدلٌ في الفقه المصري حول مدى اختصاص القضاء الدستوري في مصر بالرقابة على الغاية من التشريع.

---

<sup>1</sup> أشرنا إلى ذلك في مبحث الغاية من التشريع.

أما في قطر، فمن المعلوم أنها سارت في دستورها وتشريعها وقضائها على النهج المصري من حيث الهيكل العام وإن اختلفت في بعض التفاصيل اليسيرة، وإذا كان التاريخ المصري واضح المعالم في موضوع نشأة الرقابة على الغاية بشكلٍ عام، ونشوتها في المجال الدستوري بشكلٍ خاص، فإن المعالم شديدة الغموض في السياق القطري، بسبب قلة المؤلفات التي وثقت تلك المرحلة، علاوةً على صعوبة الوصول للأحكام القضائية التي صدرت في تلك الحقبة، واستحالة الوصول إليها في أحيانٍ أخرى.

هذا بشأن نشأة الرقابة على الغاية عمومًا، أما الرقابة الدستورية على الغاية التشريعية فلقد كان المقال العمدة في إثارة هذا الموضوع هو مقال الفقيه عبدالرزاق السنهوري الذي بادر إلى استباق موقف القضاء الدستوري من القضية وإبداء موقفه من المسألة ليحث القضاء الدستوري على الاعتداد بالرقابة على الغاية ضمن اختصاصه بالرقابة الدستورية، ولقد تناول الفقه تلك المقالة بالعرض والتحليل، ووقفوا حيالها بين مؤيد ومعارض، وفي سبيل الإحاطة بهذه الأحداث والمسائل ينقسم الفصل لمبحثين:

- المبحث الأول/ نشأة الرقابة القضائية على الغاية في كلٍ من مصر وقطر
- المبحث الثاني/ نشأة الرقابة القضائية على الغاية في المجال الدستوري



## المبحث الأول

### نشأة الرقابة القضائية على الغاية في كل من مصر وقطر

نشأت فكرة الرقابة على الغاية في بداية عهدها نشأة إدارية، فقد سبق القضاء الإداري لتأصيل فكرة الرقابة على الغاية، وتبعه في ذلك القضاء الدستوري لاحقاً، لكنّ السبق الإداري يرجع إلى حداثة القانون الإداري نفسه، ففي الفترة التي مارس فيها القضاء الإداري الرقابة على الغاية لم يكن القضاء الدستوري شيئاً مذكوراً، إذ لم يكن ثمة دستور حينها فضلاً عن دستور جامد، وكان القانون الدستوري لا يزال جنيئاً في مراحل تكوّنه الأولى<sup>1</sup>.

وقد ارتبطت الرقابة الدستورية على الغاية ارتباطاً وثيقاً بمخرجات القضاء الإداري، خصوصاً وأنّ مقالة السنهوري في نظرية الانحراف التشريعي قد اعتمدت على قياس التجربة الإدارية إلا قليلاً، ولهذا فإنّ تتبّع البدايات الأولى لفكرة الرقابة على الغاية في كل من مصر وقطر من شأنه أن يعين على الإحاطة بفهمٍ أعمق، وتحليلٍ أصدق.

حيث يعرض هذا المبحث بواكير نشأة الرقابة على الغاية عمومًا في كلا البلدين، عائدًا بالتاريخ إلى ما قبل نشأة الأنظمة الدستورية الحديثة<sup>2</sup>، فمن شأن معرفة الجذور أن تكشف عن مدى صلاح البذور. وفي ذلك ينقسم هذا المبحث لمطلبين:

- المطلب الأول/ نشأة الرقابة على الغاية في مصر
- المطلب الثاني/ الملامح التاريخية لنشوء الرقابة على الغاية في قطر

<sup>1</sup> ظهرت الرقابة الإدارية في مصر بظهور المحاكم المختلطة عام 1875، بينما لم تنثر فكرة الرقابة الدستورية قبل صدور أول دستور جامد عام 1923. يقول الطماوي: "يمكن القول إن القانون الإداري لم يكن معروفًا بمصر قبل إنشاء المحاكم المختلطة سنة 1875".

يُنظر: سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ج1، 1977، ص27.  
<sup>2</sup> آثرنا عدم تقييد عنوان هذا المبحث بالمجال الإداري أو الدستوري، لأن المراد هو الوقوف على بدايات الفكرة سواء وُجِدَت في أحكام القضاء الإداري أو وجدت في غيرها، كما هو بالنسبة لأحكام القضاء الشرعي في دولة قطر.

## المطلب الأول

### معالم نشأة الرقابة على الغاية في مصر

شهدت مصر في عهد الخديوي إسماعيل تأسيس المحاكم المختلطة، وقد أصدرت هذه الأخيرة أحكامًا عديدة؛ هي بمثابة الركائز الأولى للرقابة على الغاية في مصر، ثم في عهد الخديوي توفيق تأسست المحاكم الأهلية والتي ترددت طويلاً في الأخذ بالرقابة على الغاية قبل أن تستقر على الأخذ بها في عهد الملك فاروق<sup>1</sup>.

ومن خلال هذا المطلب نسعى في الفرع الأول للحديث عن ظهور الرقابة على الغاية في قضاء المحاكم المختلطة، ثم في الثاني ننتقل لبيان موقف المحاكم الأهلية من الرقابة على الغاية، ثم في الثالث نتناول تحليلاً لمنهج المحاكم المختلطة والأهلية في التعامل مع الرقابة على الغاية.

### الفرع الأول - ظهور الرقابة على الغاية في قضاء المحاكم المختلطة

ظهرت الرقابة على الغاية في مصر على يد القضاء المختلط، حيث استحدثت الحكومة المصرية عام 1875 نظام المحاكم المختلطة للفصل في النزاعات ذات المصالح الأجنبية، وذلك في سبيل الحد من مخلفات نظام الامتيازات الذي منع المحاكم الشرعية من النظر في النزاعات التي يكون أحد أطرافها مواطناً أجنبياً<sup>2</sup>، فوفق نظام الامتيازات كان المواطن الأجنبي يتمتع بحصانة قضائية

---

<sup>1</sup> حكم إسماعيل مصر من يناير 1868 إلى يونيو 1879، وتبعه توفيق من يونيو 1879 إلى يناير 1892، أما فاروق فقد حكم في الفترة ما بين مايو 1936 إلى يوليو 1952. للاستزادة يُنظر: رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري، مرجع سابق، ص 33 وما بعدها.

<sup>2</sup> تعبير الأجنبي هنا يشمل البريطانيين والأوروبيين الذين عيّنتهم المعاهدات آنذاك، وهم وقت صدور لائحة 1875: ألمانيا، والنمسا، وبلجيكا، والدنمارك، وإسبانيا، والولايات المتحدة، وفرنسا، وبريطانيا، واليونان، وإيطاليا، والنرويج، وهولندا، والبرتغال، وروسيا. يُنظر: الهامش رقم 9، غابرييل ويلنر، المحاكم المختلطة في مصر: دراسة حول استخدام القانون الطبيعي والإنصاف، البيانات بالأجنبية:

Gabriel Wilner, *The Mixed Courts of Egypt: A Study on The Use of Natural Law and Equity*, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 5, No. 2. P. 409. (1975)

وقد تعذر الوصول إلى الاتفاقية التي نشأ عنها نظام القضاء المختلط، كما تعذر العثور على لائحة تنظيم المحاكم المختلطة لعام 1875، وكذلك لائحة 1900، لكننا عثرنا على لائحة 1937، والتي حدّدت تعريف "الأجنبي" في المادة 25 "تشمل كلمة أجنبي فيما يتعلق

تشريعية تحول دون اختصاصه أمام القضاء المحلي في مصر، وكانت المحاكم القنصلية<sup>1</sup> هي السبيل الوحيد لتسوية النزاعات التي يكون أحد أطرافها أجنبيًا، إذ يتمتع على القضاء المحلي أن ينظر في القضية ما لم يكن المواطن الأجنبي مدعيًا لا مدعى عليه، كما يتمتع تطبيق التشريعات المصرية عليه إلا بإرادته، فهو لا يخضع إلا للمحاكم القنصلية التي تطبق تشريعات بلاده<sup>2</sup>. ومن أجل حل هذه المشكلة، اقترح الخديوي إسماعيل إنشاء نظام المحاكم المختلطة<sup>3</sup>، وليضمن موافقة الدول المتمتعة بالامتيازات على هذا المقترح؛ رأى أن يقدم لهم أحدث التشريعات الأوروبية الموجودة آنذاك، فأوكلت الحكومة المصرية لسكرتير اللجنة الدولية- التي انعقدت في أكتوبر 1869 بمدينة القاهرة- مهمة وضع التشريعات التي سوف تطبقها المحاكم المختلطة، وانتهت المهمة بوضع تلك القوانين نقلًا عن القوانين الفرنسية<sup>4</sup>.

---

بتحديد اختصاص المحاكم المختلطة الأشخاص التابعين للدولة الموقعة على اتفاق مونترو الخاص بإلغاء الامتيازات في مصر وكذلك الأشخاص التابعين لأية دولة أخرى ينص عليها بمرسوم. "فالأجانب إذن هم مواطنو الدول الأوروبية والمملكة المتحدة، وكذا مواطنو بعض الدول الأخرى التي أُلحقت بمرسوم، مثل تركيا واليابان.

<sup>1</sup> يصف جاسبر برينتون- الذي عمل قاضيًا في المحاكم المختلطة- واقع المحاكم القنصلية فيقول: "كان الأجانب يخضعون لقوانينهم الخاصة فحسب، حيث طُبِّقَت هذه القوانين من قِبَل قناصلهم. وهكذا أصبحت قوانين البلد الذي يقيمون فيه لا تنفذ في أي محكمة ضدهم، فتلك القوانين بالنسبة لهم غير موجودة عمليًا، ونتج عن ذلك حصانة كاملة من القضاء والتشريع." يُنظر: برينتون جاسبر، **المحاكم المختلطة في مصر**، البيانات بالأجنبية:

Brinton Jasper, *The Mixed Courts of Egypt*, *The American Journal of International Law*, Vol. 20, No. 4. P. 673. (1926) JSTOR, <https://doi.org/10.2307/2188689>. Accessed 3 Jun. 2022.

<sup>2</sup> غابرييل ويلنر، **المحاكم المختلطة في مصر: دراسة حول استخدام القانون الطبيعي وقواعد الإنصاف**، مرجع أجنبي سابق، ص 409.  
<sup>3</sup> إبراهيم العدل المرسي، **القضاء المختلط في أقاليم مصر في النصف الثاني من القرن التاسع عشر: دراسة تاريخية لمحكمة المنصورة المختلطة**، مجلة كلية الآداب، جامعة المنصورة، العدد 14، 1993، ص 114.

<sup>4</sup> شكك الباحث مارك- في أطروحته التي قدّمها لنيل درجة الدكتوراة في الفلسفة بجامعة لندن- في ذلك الأمر، وادّعى أن القول بأن تلك القوانين منسوخة عن الفرنسية هو قولٌ سطحي، إذ يرى أنها كانت توليفة من القوانين الأوروبية الحديثة آنذاك، وأن العديد من أحكام الشريعة الإسلامية كانت مضمونة فيها، مثل حق الارتفاق، والتعامل مع العيوب الخفية بمبدأ حسن النية، ونظرية الظروف القاهرة. ليخلص إلى أن تلك القوانين كانت مصرية في جوهرها. وهذا في تقديرنا بعيد، فجميع الأمثلة التي ذكرها كانت مستقرة في القانون الفرنسي أصلاً، والقضاء المختلط طبقها باعتبارها قوانين أوروبية المصدر لا باعتبارها مستمدة من الشريعة الإسلامية. يُنظر: مارك هويل، **المحاكم المختلطة في مصر 1875-1949: دراسة حول تطورها وعملها وتأثيرها على القانون المصري بعد الحرب**، البيانات بالأجنبية:

أما لائحة تنظيم المحاكم المختلطة فقد وُضعت نتاج مفاوضات بين الحكومة المصرية وبين اللجان الدولية، وبينما كانت معظم القوانين الأوروبية- بما في ذلك الفرنسية- تعتمد مبدأ القضاء المقيد الذي يمنع نظر القضاء في أعمال الحكومة؛ تمسك المندوبان الفرنسيان بضرورة خضوع أعمال الحكومة المصرية لولاية المحاكم المختلطة عند إنشائها<sup>1</sup>.

وقد انتهت تلك المفاوضات بمصادقة الدول الأجنبية على لائحة تنظيم المحاكم المختلطة والتي رسمت حدود اختصاصها بالنص على أنه "ليس لهذه المحاكم أن تفصل في ملكية الأموال العامة، أو أن تفسر أمرًا يتعلق بالإدارة، أو توقف تنفيذها، ولكن يسوغ لها، في الأحوال التي وردت في القانون المدني، أن تفصل في الاعتداء على حق مكتسب لأحد الأجانب متى كان ناشئًا عن عمل إداري"<sup>2</sup>. وبذلك أصبح المواطنون الأجانب يحتكمون للقضاء المختلط، بينما بقيت الحصانة القضائية والتشريعية كاملة لهم في المسائل الجنائية<sup>3</sup>.

ورغم تصريح اللائحة بعدم اختصاص المحاكم بتفسير أوامر الإدارة أو تأويلها؛ لم تتردد المحاكم المختلطة في تفسير النص لصالح اختصاصها بفحص مدى توافر المصلحة العامة في القرارات

---

Mark Hoyle, *The Mixed Courts of Egypt 1875-1949: A Study of Their Development and Operation and Their Influence on Post- War Egyptian Law* (1983), ProQuest LLC. P. 47-50. (2018)

وعلى كل، يكفي لدحض ادعاء مارك أن ننقل شهادة أموس الذي عمل قاضيًا في المحاكم المختلطة ومستشارًا للحكومة المصرية، حيث يقول: "تقدم مصر مثالاً على قبول القانون الفرنسي من قِبَل شخص غريب تمامًا عن أوروبا في اللغة والدين والتقاليد الاجتماعية والسياسية. عندما قام نوبار باشا، قبل خمسين عامًا، بتأمين الصلاحيات لتأسيس المحاكم المختلطة، كان القانون الوحيد المهيأ لذلك هو القانون الخاص بالمدونات الفرنسية. بعد ثمان سنوات، أي بعد عام من الاحتلال البريطاني، تم تمديد القوانين الفرنسية لتشمل الولايات القضائية المحلية المنظمة حديثًا، وأصبح هذا القانون الذي يحكم القضايا المدنية في مصر باستثناء تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية." يُنظر: أموس موريس، *قانون نابليون والعالم الحديث*، البيانات بالأجنبية:

Amos Maurice, *The Code Napoléon and the Modern World*, Journal of Comparative Legislation and International Law, Vol. 10, No. 4. P. 235. (1928)

<sup>1</sup> وهو ما استدلت الطماوي به على نبد الفرنسيين لمذهب القضاء الفرنسي وقتها في تبني القضاء المقيد الذي يبنو بالإدارة عن الإصلاح، يُنظر مؤلفه: *نظرية التعسف في استعمال السلطة*، مرجع سابق، ص 187-188.

<sup>2</sup> المادة 11، لائحة تنظيم المحاكم المختلطة 1875. نقلًا عن: المرجع نفسه، ص 188.

<sup>3</sup> برينتون جاسبر، *المحاكم المختلطة في مصر*، مرجع أجنبي سابق، ص 679.

الإدارية، فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بعد عشر أعوام من إنشائها "بأن المادة 11 من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة تخول للمحاكم سلطة التحقق مما إذا كان القرار الإداري المطعون فيه يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة في حدود القوانين واللوائح المطبقة<sup>1</sup>". ثم قضت في العام الذي يليه بأن شرط امتناع القضاء المختلط عن تأويل الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذها هو صدورها لتحقيق مصلحة عامة وفقاً للقوانين واللوائح السائدة<sup>2</sup>.

بهذا الحكم الواضح وضع القضاء المختلط قدماً ثابتة على أرضية الرقابة على الغاية، حيث قرّر اختصاصه بالرقابة على مدى توافق المصلحة العامة التي تبتغيها الإدارة مع القوانين واللوائح المعمول بها، فلا يكفي توافر المصلحة العامة من وجهة نظر الحكومة المصرية، بل يجب توافرها من وجهة نظر القوانين واللوائح السارية، فأى قرار يصدر مخالفاً للمصلحة العامة بمعيار القوانين واللوائح يوجب التعويض، وهو ما عدّه بعض الباحثين مخالفاً للائحة المحاكم المختلطة التي فصلت بين سلطة القضاء وسلطة الإدارة وحظرت على القضاء النظر في الدعاوى المتعلقة بالحكومة بمقتضى سلطاتها العامة<sup>3</sup>.

بطبيعة الحال، لم ترتض الحكومة المصرية هذا التفسير من محكمة الاستئناف المختلطة، وعدّته افتتاتاً على اختصاصاتها الإدارية، فأعربت عن ذلك في قضية طعن فيها طبيب إيطالي على قرار فصله من مستشفى الأمراض العقلية بدعوى أن قرار الفصل كان تعسفياً، فُقضي له بتعويض مناسب أمام المحكمة الابتدائية، ثم أمام محكمة الاستئناف؛ دفعت الإدارة بأن اختصاص المحاكم المختلطة يقف عند حدّ التحقق من سلامة الجوانب الشكلية للقرار ولا يتعدّها إلى الجوانب

<sup>1</sup> محكمة الاستئناف المختلطة، 4 نوفمبر 1885. نقلاً عن: الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 205.

<sup>2</sup> حكم محكمة الاستئناف المختلطة، 16 ديسمبر 1886. نقلاً عن: المرجع نفسه، ص 205.

<sup>3</sup> نجلاء محمد عبد الجواد، تأثير المحاكم المختلطة على النشاط الاقتصادي في مصر خلال الفترة 1875-1922، مجلة كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة قناة السويس، العدد 18، 2016، ص 98.

الموضوعية، فرفضت محكمة الاستئناف دفع الحكومة وأعلنت بأنه "لا يوجد نص صريح يلزم القاضي - وهو يفصل في تعويض الأضرار الناجمة عن تنفيذ أمر إداري مطعون فيه- بأن يقف براقبته عند الحدود الشكلية لذلك الأمر. وعلى ذلك فإن القاضي الابتدائي كان مُحَقِّقًا في تصديده لمعرفة ما إذا كان فصل مسيو باتجليا غير قائم على سبب مشروع يبرره<sup>1</sup>."

ثمَّ أكَّدت هذا المسلك في حكمٍ ثانٍ قضت فيه بأن اختصاصها يمتدُّ للتحقق من صدور القرار من غير تعسّف ولا يقتصر على مراقبة الشروط الشكلية، وفي حكمٍ ثالثٍ وجدت أن سلطة الحكومة في تنظيم توزيع مياه الري ليست مُطلقةً، بل تبقى مقيدةً بالحدود الموضوعية، وإذا ما ثبت تعسّف الحكومة وخروجها عن المصلحة العامة في ذلك فإنها تُسأل عن ذلك التّعسّف<sup>2</sup>.

وفي الوقت الذي كانت فيه المحاكم المختلطة تُثبِّتُ أقسامها بتأصيل الرقابة على الغاية من قرارات الحكومة المصرية؛ كانت الأخيرة تبذل قصارى جهدها للحدّ من صلاحيات المحكمة ومنعها من مراقبة غاياتها، فاقترحت على الدول المتمتعة بالامتيازات تعديل نص الاختصاص كما يلي: "ليس لهذه المحاكم أن تقضي في ملكية الأموال العامة، وليس لها أن تقضي في أعمال الحكومة التي تجربها لصالح مصر العام ولا في الأعمال التي تتخذها تنفيذًا وتطبيقًا للقوانين واللوائح العمومية<sup>3</sup>". بهذه الصيغة أرادت الحكومة المصرية منع المحاكم المختلطة من الرقابة على أهداف الإدارة حين تصرّح الإدارة بأن قراراتها صدرت في سبيل تحقيق المصلحة العامة للدولة، لكنّ اللجنة الدولية رفضت اقتراح الحكومة المصرية بحجّة تعارضه مع مبدأ الفصل بين السلطات<sup>4</sup>، ورأت أنّ تصريح

---

<sup>1</sup> محكمة الاستئناف المختلطة، لم يرد ذكر العام، نقلًا عن: الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 206.

<sup>2</sup> محكمة الاستئناف المختلطة، 1 أبريل 1891، وكذا حكمها في 4 مايو 1892. نقلًا عن: المرجع نفسه، ص 207، 211.

<sup>3</sup> كتاب مُرسل من وزير خارجية مصر إلى الدول الأوروبية، بتاريخ: 15 نوفمبر 1897. نقلًا عن: المرجع نفسه، ص 189.

<sup>4</sup> مع الأخذ بعين الاعتبار أن مصر لم تكن تحظى بدستور يكرّس هذا المبدأ، عوضًا عن أن النظام الأساسي 1882 الذي كان ساريًا آنذاك لم يكن حاكمًا على المحاكم المختلطة كما سيأتي البيان في ذيل هذا المبحث.

الحكومة بابتغاء المصلحة العامة لا يسلب المحاكم ولايتها على القرارات الإدارية، لأن حدّ الولاية القضائية في هذا الشأن أن يكون العمل الذي يرمي لتحقيق الصالح العام مبنياً على قانون أو لائحة ملزمة للأجانب، فحصرًا في هذه الحالة يرتفع اختصاص المحاكم المختلطة عن الرقابة على القرار ولا يُنظر فيه، فانتهت تلك المفاوضات إلى تعديل النص لما يلي: "ليس للمحاكم أن تحكم في الأملاك الأميرية من حيثية الملكية. وليس لها أن تحكم في أعمال الحكومة التي تجريها بموجب سلطتها العامة أو التي تتخذها بناءً على قوانين ولوائح الإدارة العمومية وتنفيذًا لتلك القوانين واللوائح. وليس لها أن تفسّر أمرًا إداريًا أو توقف تنفيذه"<sup>1</sup>.

بموجب هذا التعديل بقيت سعة التفسير القضائي لاختصاص المحاكم المختلطة على ما هي عليه، فما فتئ يراقب الغايات من وراء أعمال الإدارة ومدى توافق المصلحة العامة مع القوانين المعمول بها ليحكم عند المخالفة بالتعويض لصالح المدعي، كما درج قضاء المحاكم المختلطة على مراقبة الأسباب التي دفعت الإدارة لإصدار القرار، ماضيًا في تأصيل اختصاصه بذلك بخطئ واثقة، حيث قضت محكمة الاستئناف باستقرار قضائها على تمتعها باختصاص التحقق مما إذا كان القرار الطعين قد بُني على أسباب مشروعة، وأكدت ذلك في حكم آخر قضت فيه بأن الأعمال الإدارية التي تخرج عن رقابتها هي تلك التي تكون متماشية مع الأغراض التي حدتها القوانين واللوائح، كما قضت بأن اختصاص الإدارة بمنح أو منع تراخيص التصدير مقيّد بمشروعية الأغراض التي يستهدفها المنح أو المنع، فلا يجوز أن تصدر تلك القرارات كيديًا أو تعسفياً<sup>2</sup>.

وقد أشارت المحاكم المختلطة للسلطة التقديرية للإدارة في حكمها الذي صرّحت فيه بأن "التسليم بادعاء الإدارة الذي ينحصر في أن القرار الذي تصدره وفقا لسلطاتها التقديرية، لا يجوز للقضاء

<sup>1</sup> المادة 11، لائحة تنظيم المحاكم المختلطة 1900. نقلًا عن: الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 190.

<sup>2</sup> محكمة الاستئناف المختلطة، 8 مايو 1927. وفي: 24 مايو 1934. وفي: 4 مايو 1933. نقلًا عن المرجع نفسه، ص 208، 211.

أن يفحص مطابقته للقوانين واللوائح، يؤدي عملاً إلى شلّ تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة 43 من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة. ويؤدي تبعاً لذلك إلى نتيجة لا يُتصوّر قبولها، وهي إخضاع الأفراد إلى كل القرارات التعسفية التي تصدرها الإدارة متعلقة بسلطاتها السابقة، وينالهم ضرر من تنفيذها.."، وعزّزت هذا النهج حين قضت بأن مخالفة القانون ليست مقتصرةً على الأحوال التي تنتفي فيها الشروط الشكلية التي تتطلبها القوانين واللوائح، بل تمتد كذلك للأحوال التي يخالف فيها القرار الإداري أحد الأغراض الاجتماعية التي حُدِّثَ له، وفي حكمٍ آخر رفضت دفع الإدارة بصلاحياتها المطلقة- وفق القوانين واللوائح- في سحب تراخيص شغل الطريق العام في أي وقت ودون تعويض، إذ انتهت المحكمة إلى أن الأفراد لهم الحق في مطالبة البلدية بالتعويض إذا ثبت أن سحب الترخيص كان ضاراً ومشوباً بعيب الانحراف<sup>1</sup>. ثم في اتفاقية إلغاء الامتيازات وتحديد الأحكام الانتقالية للمحاكم المختلطة؛ عدّلت الحكومة المصرية اختصاص المحكمة بعض الشيء<sup>2</sup>، غير أن هذا التعديل لم يغيّر في اتجاه المحاكم المختلطة، حيث استمرّ نهجها على ما هو عليه حتى ألغِيَ نظام المحاكم المختلطة تماماً عام 1949 بموجب نصّ الاتفاقية نفسها حيث نصّت على أن "يستمر بقاء محكمة الاستئناف المختلطة والمحاكم المختلطة الموجودة الآن لغاية 14 أكتوبر سنة 1949"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة الاستئناف المختلطة، 6 أبريل 1939. وفي: 29 يونيو 1942. وفي: 5 فبراير 1942. نقلاً عن المرجع نفسه، ص 209، 211.

<sup>2</sup> المادة 43: "ليس للمحاكم المختلطة أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة، وليس لها أن تنتظر في صحة تطبيق القوانين واللوائح المصرية على الأجانب. ولا يجوز لها كذلك أن تفصل في ملكية الأملاك العامة. على أن تلك المحاكم دون أن يكون لها تأويل عمل إداري أو إيقاف تنفيذه تختص: 1- في المواد المدنية والتجارية بكل المنازعات في عقار أو منقول التي تقع بين الأجانب والحكومة. 2- بدعاوى المسؤولية المدنية المرفوعة من الأجانب على الحكومة بسبب إجراءات إدارية وقعت مخالفة للقوانين واللوائح." ملحق لائحة التنظيم القضائي، القانون رقم 48 لسنة 1937 بشأن الاتفاق الخاص بإلغاء الامتيازات بمصر الموقع عليه بمونترو في 8 مايو سنة 1937.

<sup>3</sup> المادة 3، التشريع نفسه. وكذلك: المادة 1، القانون رقم 115 لسنة 1948 بإلغاء المحاكم المختلطة والقضاء الفصلي وإحالة الدعاوى التي تكون منظورة أمامها عند نهاية فترة الانتقال إلى المحاكم الوطنية.



## الفرع الثاني- موقف المحاكم الأهلية من الرقابة على الغاية

أنشئت المحاكم الأهلية في عهد الخديوي توفيق عام 1883، أي بعد عامٍ من الاحتلال البريطاني لمصر، ومن المهم أن نقف عند هذا التزامن وقفة تأمل وتفكير، فبعد احتلال وادي النيل؛ أرسلت إنجلترا سفيرها لدرس حالة البلاد، فوضَع تقريرًا مُفصَّلًا بالإجراءات التي يرى ضرورتها لإصلاح الحكومة المصرية، والتي كان من بينها إنشاء ما يعرف باللائحة الأساسية<sup>1</sup> 1882.

ربّما لا تقدّم هذه المعلومة دليلًا حاسمًا على دور الاحتلال البريطاني في نشوء المحاكم الأهلية، لكنها في الحد الأدنى قد تفسّر تطابق نص تحديد الاختصاص في لائحتها مع نصّ لائحة المحاكم المختلطة؛ خصوصًا مع استحضار الجهود الحثيثة التي بذلتها حكومة مصر لتغيير ذلك النص، فكيف يستقيم في المنطق أن تُقرّر الحكومة المصرية بنفسها النصّ الذي سعت مرارًا لتغييره؟

نصّت لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على أن "ليس للمحاكم الأهلية أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة، وليس لها أن تنظر في صحة تطبيق القوانين واللوائح المصرية على الأجانب. ولا يجوز لها كذلك أن تفصل في ملكية الأملاك العامة. على أن تلك المحاكم دون أن يكون لها تأويل عمل إداري أو إيقاف تنفيذه تختص: 1- في المواد المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة بشأن عقار أو منقول. 2- بدعاوى المسؤولية المدنية المرفوعة على الحكومة بسبب إجراءات إدارية وقعت مخالفة للقوانين واللوائح"<sup>2</sup>. فهذه المادة استُمدت حرفيًا من نصّ لائحة المحاكم المختلطة<sup>3</sup>، وظلّ التطابق بين المادتين عند تعديل اللائحة عام 1937<sup>4</sup>. ورغم وحدة النصّ المحدد لاختصاص كلٍ من القضاء الأهلي والمُختلط؛ اختلف موقف المحاكم الأهلية في تفسيره

<sup>1</sup> هند اسكندر عمّون، تاريخ مصر، مطبعة المعارف، مصر، 1913، ص 39.

<sup>2</sup> المادة 15، عاشرًا، أمر عالٍ لسنة 1883 بشأن تنظيم المحاكم الأهلية.

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 215.

<sup>4</sup> المادة 1، قانون رقم 90 لسنة 1937، بشأن تعديل الأمر العالي الصادر في 14 يونيو سنة 1883 بلائحة ترتيب المحاكم الأهلية.

عن موقف المحاكم المختلطة، فإذا كان القضاء المختلط قد حسم أمره بوضوح وفسّر النص تفسيراً واسعاً شمل به اختصاصه بالتعويض عن القرارات الإدارية التي تخالف المصلحة العامة من وجهة نظر القوانين واللوائح فإن القضاء الأهلي تردّد بين أحكام تترى اختصاص القضاء بالرقابة وأحكام أخرى تترى منع القضاء من الرقابة على الغاية. ولا يمكن تقسيم هذين الموقفين وفق مسار زمني محدّد، حيث تداخلت أحكام الموقفين على مدار السنوات، فكانت إحدى المحاكم تثبت الاختصاص بالرقابة على الغاية من أعمال الحكومة، ثم تعود محكمة أخرى لتتفي ذلك الاختصاص بعد بضعة أعوام، ثم بعد بضعة أعوام تقوم محكمة أخرى بإثباته، بل في العام نفسه كان يصدر حكمان بالرأي ونقيضه في هذه المسألة، ما عكس تذبذباً شديداً في توجه القضاء الأهلي، ولعلّ من الحسن بناء تقسيم موضوعي بدل التقسيم الزمني- وذلك على غرار التقسيم الذي اعتمده الفقيه المرحوم سليمان الطماوي<sup>1</sup> - حيث نعتمد عرض الأحكام بحسب اتجاهات المحكمة:

**الاتجاه الأول-** اتجهت بعض الأحكام لتقرير عدم اختصاص المحاكم الأهلية بالرقابة على الغاية وفق التفسير الضيق لنص المادة 15، ويتلخص موقف هذا القضاء في امتناع المحاكم عن النظر في القرار الإداري متى وافق حرفية القانون، حيث انطلقت هذه الأحكام من أن ظاهر النص يمنع على المحاكم أن تتعدّى الجوانب المباشرة للقرار الإداري.

وفي ذلك قضت محكمة استئناف القاهرة عام 1927 أن للحكومة في سبيل المصلحة العامة صلاحية إحالة الموظف على المعاش دون إحالته لمجلس تأديب ودون بيان أسباب الإحالة، وأن هذه الصلاحية هي عمل من أعمال الحكومة المحظور على المحاكم التعرض لها عملاً بحكم المادة 15 إذا كانت الإحالة مخالفة للقانون، وفي الحكم نفسه قضت بأن قرار "فصل المستأنف

---

<sup>1</sup> أفرد الطماوي فصلاً تناول فيه قضاء المحاكم الوطنية، فيه مبحثٌ عن القضاء المقيد للمحاكم الأهلية، وآخر عن القضاء المطلق، وثالثٌ تناول فيه التوجّه الذي استقرّ القضاء عليه. يُراجع مؤلّفه: نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 215-247.

كان من حق الحكومة العام، فإساءة استعمال هذا الحق العام لا يدخل تحت سلطان المحاكم عملاً بمبدأ فصل السلطات عن بعضها، بل يكون أمام الجهة التي أوّلتهم تلك السلطة وجعلتهم مسؤولين أمامها عن حسن تصرفهم فيها،" ثم في عام 1930 عادت محكمة استئناف القاهرة لترديد هذا الموقف حين قرّرت منع المحاكم من النظر في سوء استعمال السلطة الإدارية لأعمالها على سندٍ من نص اللائحة الذي منعها من تفسير الأوامر الإدارية وتأويلها<sup>1</sup>.

أما محكمة مصر الكلية فقد شطّطت في تفسير النص لصالح الحكومة، فقضت عام 1932 بأن العمل الإداري الذي يخالف نص القانون يخرج عن رقابة المحاكم المدنية، مهما استعمل استعمالاً سيئاً ومهما كان التعسف في استعمال الحق موجباً للتعويض وفقاً لأبسط قواعد القانون الطبيعية، وبعد عامين أكّدت هذا الموقف، بل مضت لأبعد منه بقضائها أن "منع المحاكم من تفسير الأمر الإداري أو إيقاف تنفيذه يقتضي منعها من بحث أسباب الأمر أو الظروف والملابسات التي أحاطت به أو الغرض الذي صدر من أجله أو أي شيء يرمي منه إلى تأويله على غير الوجه الذي صدر ظاهراً من أجله بالرغم من صدوره في حدود القانون، سواء أريد به تحقيق مصلحة عامة أو الإيقاع بأحد الأفراد"<sup>2</sup>، وهو ما يعني حظر الرقابة على الغاية من القرارات الإدارية، وحظر الرقابة على الأسباب التي بُنيت عليها. فهذه نماذج على الاتجاه الأول للقضاء الأهلي في الرقابة على الغاية.

**الاتجاه الثاني** - اتّجهت أحكامٌ أخرى لتقرير اختصاص المحاكم بالرقابة على الغاية وفق التفسير الواسع للنصّ المحدّد للاختصاص، ولقد سبق هذا الرأي في قضاء المحاكم الأهلية عن الرأي الراض، حيث قضت محكمة استئناف مصر عام 1920 بأن القرار الإداري بالفصل "كان الغرض منه التخلص من أباطة بك"، ثم عادت المحكمة عام 1927 لترسيخ الموقف ذاته بصيغة عامة،

<sup>1</sup> محكمة استئناف القاهرة، 26 أبريل 1927. محكمة استئناف مصر، 24 مارس 1930. نقلاً عن المرجع نفسه، ص 218، 219.

<sup>2</sup> محكمة مصر الكلية، 10 ديسمبر 1932. وكذلك في: 13 ديسمبر 1934. نقلاً عن: المرجع نفسه، ص 221، 234.

إذ رأت بأن طبيعة الوظيفة الحكومية مقيدة بدائرة القانون لصالح عام لا يجوز لها أن تتعداه أبداً، وأردفت المحكمة ذلك التقييد النظري بقولها "لو ثبت أن رفض الموظف المؤقت كان لسبب غير المصلحة العامة وأنه حصل لسبب لا علاقة له أصلاً بالمحافظة على هذه المصلحة كأن يكون الرفض للكيد بهذا المستخدم... فتكون الحكومة قد تجاوزت الحق المخول لها طبقاً للقانون وللمقصود منه، وعملها هذا يعتبر إسرافاً في استعمال هذا الحق..."، كما قد قضت في العام نفسه بأن "المراد بمخالفة القوانين واللوائح المنصوص عليها في المادة 15 هو الخروج بها عن مدلولها أو أغراضها، ولما كان الغرض الأول منها هو الوصول لمصلحة عامة، فالخروج بها عن هذا الغرض الذي وُضِعَ لأجله هو بلا شك مخالفة لها وانتهاك لحرمتها<sup>1</sup>". فهذه نماذج للأحكام التي مثلت الاتجاه الواسع في تفسير المادة 15 من أحكام قضاء المحاكم الأهلية.

**الاتجاه الذي استقرت عليه المحاكم الأهلية** - سعت محكمة الاستئناف لتوحيد الرأي في المسألة فقررت الدوائر المجتمعة عام 1928 بأن المشرع لم يقصد بتعبيره "الحق المطلق" أن يستعمل هذا الحق على إطلاقه بلا قيد ولا شرط، وإنما هذا الحق مقيد بوجوب حسن استعماله في حدود المصلحة العامة، "ومما لا شك فيه أن إساءة استعمال هذا الحق إنما هو خروج على هذه المصلحة العامة ويعد مخالفة للقوانين وروحها تستوجب مسؤولية الحكومة<sup>2</sup>"، وهذا الحكم على وضوح عبارته لم يفلح في توحيد موقف القضاء الأهلي، فقد توالى من بعده أحكام صادرة عن محكمة الاستئناف نفسها وغيرها من المحاكم الابتدائية تتبنى موقفاً مخالفاً.

ولم تحسم المحاكم الأهلية موقفها حتى عام 1942، حيث قرّرت محكمة النقض بأن سوء استعمال الحق يقتضي قيام الدليل على انحراف الموظف في عمله عن جادة الصواب، وعلى أن ما حفزه

<sup>1</sup> محكمة استئناف مصر، 13 أبريل 1920. وفي: 22 يناير 1927. وفي: 27 أبريل 1927. نقلاً عن المرجع نفسه، ص 234، 235، 238.

<sup>2</sup> الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف، 1 مارس 1928. نقلاً عن: المرجع نفسه، ص 236.

في تصرفه هو قصد الإضرار بالغير لأغراض نائية عن المصلحة العامة، فإذا انتفى هذا القصد، وتبين لقاضي الموضوع أن العمل قد أملاه واجب الوظيفة، كان لا تثريب على الموظف فيما أتاه من تصرف مشروع<sup>1</sup>.

كان هذا الحكم فاتحةً لأحكام مطّردة ترسخ الرقابة على الغاية في القضاء الأهلي، وقد سعت المحكمة لضرب عصفورين بحجر فكرست اختصاصها بالرقابة على عنصرى السبب والغاية، حيث قضت عام 1944 بأنه "إذا كان السبب الذي من أجله وقع الفصل لا يرجع إلى المصلحة العامة ولا إلى ذات الموظف فإن الفصل في هذه الحالة إجراءً مخالفاً للقانون وحققت به مسؤولية الحكومة"<sup>2</sup>. وبعبارات أكثر وضوحاً قضت عام 1945 بأن "إطلاق حق الحكومة في فصل الموظفين ليس معناه إباحة الفصل ولو لسبب غير مشروع، بل يجب ألا يكون استعماله إلا لاعتبارات أساسها المصلحة العامة، ولأسباب جدية تكون قائمة بذات الموظف. ذلك أن القوانين لم توضع إلا لتحقيق المصلحة العامة، فلا يصح مطلقاً استعمالها في غير ما وُضعتْ له"<sup>3</sup>.

ثم عادت لتأكيد هذا الموقف في حكمها عام 1947 حيث قضت أن "مهمة الحكومة هي رعاية المصالح العامة. وإذا كان حق الفصل إنما ثبت لها بموجب هذه الرعاية وعلى أساسها لتقوم بها بالعدل وللخير العام، فإن هذا الحق لا يكون مشروعاً للحكومة إلا في حدود تلك الرعاية فحسب، أي لاعتبارات أساسها المصلحة العامة ولأسباب جدية قائمة بذات العامل المستغنى عنه. وإن عدت الحكومة هذه الحدود، فصدر الفصل عن هوى كان ذلك منها عملاً غير مشروع ومخالفاً للقانون. فإذا ما ادعى عليها العدوان، كان على المدّعي عبء الإثبات"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محكمة النقض، الطعن رقم 71 لسنة 11 قضائية، 19 نوفمبر 1942، برئاسة عبدالفتاح السيد بك. (ش.ق.ش| ر.م 11447)

<sup>2</sup> محكمة النقض، الطعن رقم 29 لسنة 14 قضائية، 21 ديسمبر 1944، برئاسة محمد زكي بك. (ش.ق.ش| ر.م 11621)

<sup>3</sup> محكمة النقض، 11 فبراير 1945. نقلًا عن: سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 241.

<sup>4</sup> محكمة النقض، الطعن رقم 20 لسنة 16 قضائية، 20 نوفمبر 1947، برئاسة جندي عبدالملك. (ش.ق.ش| 11871)

### الفرع الثالث - تحليل منهج المحاكم المختلطة والأهلية في التعامل مع الرقابة على الغاية

إن المسيرة الحافلة للقضاء المختلط في تثبيت قواعد الرقابة على الغاية من القرارات الإدارية وَقَفَ لها الفقيه سليمان الطماوي وقفة تقدير وإعجاب، بينما أقف منها ومن موقفه وقفة تحيّر واستغراب. حيث يقول الطماوي مُشيداً بمسلك قضاء المحاكم المختلطة مقارنة بقضاء المحاكم الأهلية التي تزامنت معها: "في الوقت الذي كان القاضي الوطني يتردد بين الشك واليقين، كان القضاء المختلط، لا يتورّع عن مدّ رقابته إلى أغراض الإدارة وبواعثها". ويقول في موطنٍ ثانٍ "بكلّ أسف تردّد قضاؤنا الوطني طويلاً، قبل أن يستقر نهائياً على التفسير الذي وصل إليه القضاء المختلط من أول الأمر". ويقول في موطنٍ ثالثٍ "رأينا المحاكم المختلطة لم يثتها غموض هذه المادة عن التسليم بحقها من أول الأمر، في رقابة عيب الانحراف. ولكن المحاكم الوطنية، بدأت مترددة، ولذلك فقد وقعت حائرة بعض الوقت أمام تلك التعبيرات الغامضة<sup>1</sup>".

لكنّ المشهد آنذاك لم يكن يسمح أبداً بهذا النوع من المقارنة، إذ الفرق الشاسع بين ظروف القضاء المختلط وظروف القضاء الأهلي يمنع المقارنة بينهما دون الحيطة عن جادة الإنصاف، فلم تكن المحاكم الأهلية في مركزٍ مساوٍ لمركز المحاكم المختلطة، ولا حتى مُقارب، لا من حيث الضمانات التي يتمتع بها القضاة، ولا من حيث التشكيل القضائي للمحكمة، ولا من حيث القدرة على مواجهة الحكومة، ولا من حيث معطيات الواقع حينها.

ذلك أن المحاكم الأهلية ما كان بمقدورها أن تحذو حذو المحاكم المختلطة فتراقب غايات الإدارة بنهجٍ مطّردٍ كما فعل القضاء المختلط، فالأخير كان مدعوماً باللجان الدولية التي أشرفت على تنظيمه ليوافق مصالحها، فكُفّلت لقضاة المحاكم المختلطة أعلى ضمانات ممكنة في ذلك الوقت،

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 184، 215، 228.

بينما قضاة المحاكم الأهلية لم يحظوا بأي ضمانات تُذكر، حيث خلت لائحة تنظيم المحاكم الأهلية من النص على عدم قابلية عزل القضاة<sup>1</sup>، في حين أن نظام المحاكم المختلطة كان ينص صراحةً على أن القضاة غير قابلين للعزل، كما أن تعيين رؤساء ووكلاء القضاء المختلط كان عن طريق اختيار الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف بالأغلبية المطلقة<sup>2</sup>، بخلاف تعيين رؤساء وقضاة المحاكم الأهلية الذي كان يصدر بناءً على طلب ناظر الحاقانية وموافقة رأي مجلس النظار<sup>3</sup>، فبهذه الضمانات التي كُفّلت للمحاكم المختلطة تأكّد استقلالها، وهو ما مكّنها من التوسّع في اختصاصاتها دون أن تخشى مغبة ذلك، فلقد "كمنت قوة المحاكم المختلطة على وجه التحديد في كمال استقلالها"<sup>4</sup>، وهو ما قرّره الباحث مارك بقوله أن قضاة المحاكم المختلطة كانوا أكثر استقلالية من المستشارين الإنجليز في المحاكم الأهلية، لأن الأخيرة كانت خاضعة للتأثير السياسي من كل من الخديوي ومستشاريه الإنجليز<sup>5</sup>، فالمحاكم الأهلية كانت بين سندان الحكومة المصرية ومطرقة التوغّل الأجنبي. فكيف بعدئذ نلوم المحاكم الأهلية التي لم تكن تتمتع بأدنى ضمانات، ونطالبها أن تسلك مسلك المحاكم المختلطة التي كانت تتمتع بأعلى الضمانات الممكنة في ذلك الوقت؟ إن الموقف المتردّد للقضاء الأهلي يشير إلى أن بعض القضاة قد آثر حماية حقوق الأفراد من تعسّف الحكومة رغم خطر العزل الذي كان مُحتملاً في أي لحظة، بينما قد يكون تحصين القرار

---

<sup>1</sup> المادة 49، أمر عالٍ لسنة 1883 بشأن تنظيم المحاكم الأهلية.

<sup>2</sup> المادة 6، 7 القانون رقم 49 لسنة 1937 بشأن لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة.

<sup>3</sup> المادة 32، أمر عالٍ لسنة 1883 بشأن تنظيم المحاكم الأهلية.

<sup>4</sup> كرابيتس بيير، محاكم مصر، البيانات بالأجنبية:

Crabités Pierre, **The Courts of Egypt**, American Bar Association Journal, Vol. 11, No. 8. P. 378. (1925) JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/25709330>. Accessed 3 Jun. 2022.

<sup>5</sup> مارك هويل، المحاكم المختلطة في مصر: تقييم الذكرى السنوية، البيانات بالأجنبية:

Mark Hoyle, **The Mixed Courts of Egypt: An Anniversary Assessment**, Arab Law Quarterly, Vol. 1, No. 1. P. 60. (1985) JSTOR, <https://doi.org/10.2307/3381673>. Accessed 3 Jun. 2022.

الإداري من الرقابة على الغاية في دعاوى أخرى خشية بعض القضاة من العزل، ولا لومٍ على هؤلاء في تلك الظروف، لكن الثناء حقٌ للقضاة المغامرين بمصدر قوتهم في سبيل العدالة. والدليل على أن عدم استقلال القضاة هو السبب الأساسي في التردد بين الموقفين؛ أن القضاء الأهلي لم يستقر على الأخذ بالرقابة على الغاية إلا بعد حكم محكمة النقض عام 1942، وهذا التاريخ ليس مصادفة، فقد صدر قانون استقلال القضاة 1943 بعد عام من هذا الحكم، ولهذا، ليس عجباً أن المحاكم الأهلية لم توحد موقفها من الرقابة على الغاية إلا بعد حكم محكمة النقض عام 1942<sup>1</sup>، لأن استقلال القضاة لم يثبت لقضاة المحاكم الأهلية إلا في العام التالي لهذا الحكم.

ثم من غير المنصف أن نحمد للقضاء المختلط اتجاهه في الرقابة على الغاية؛ في الوقت الذي أنشئ فيه هذا القضاء على أساسٍ تمييزي بحت، بل لا أبالغ إن قلتُ على أساسٍ عنصري، وهذا ليس افتراءً ولا تجنياً، بل هو ما نطقتُ به نصوص اللائحة، حيث نصت لائحة 1937 على أن "يتحدّد اختصاص المحاكم المختلطة بجنسية الخصوم الذين تقوم بينهم الدعوى فعلاً دون غيرها ويقطع النظر عن المصالح المختلطة التي قد تمسها الدعوى بطريق غير مباشر"<sup>2</sup>.

هذا النص يُعلن تمييزاً واضحاً على أساس الجنسية، فهو يقصر حق التقاضي أمام تلك المحاكم على أساس الجنسية، ولا شيء غير الجنسية، باستثناء الأحوال التي أجاز فيها مثل غير الأوروبيين أمامها حينما يكون موضوع الدعوى متصلاً بمصلحة أجنبية، فقضاء المحاكم المختلطة لم يبسط رقابته على الغاية في جميع قرارات الحكومة المصرية، بسطها على تلك التي تمس مصالح المواطنين الأوروبيين فحسب، فلم يكن القضاء المختلط يراقب المصلحة العامة حقاً، بل كان ينظر في مصلحة الأجانب وحدهم، فمفهوم المصلحة العامة الذي تبنته المحاكم المختلطة هو مصلحة

<sup>1</sup> طارق البشري، القضاء المصري وعلاقته بالحكومات المتعاقبة، منتدى الحوار، مكتبة الإسكندرية، 2004، ص 15.

<sup>2</sup> المادة 33، القانون رقم 49 لسنة 1937 بشأن لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة.



المواطن الأجنبي في الأراضي المصرية، وهكذا جعلت اللائحة للأوروبيين مركزاً قضائياً أفضل من غيرهم، بل أفضل من مركز مواطني مصر نفسها، وحتى الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة التمييزية كانت لمصلحة الأجانب بالدرجة الأولى<sup>1</sup>. وحتى غير الأوروبيين الذي يتمتعون بحماية أجنبية لا يحق لهم التقاضي أمام القضاء المختلط، إذ "لا يجوز لأي شخص تابع للحكومة المصرية أن يستند إلى حماية دولة أجنبية، ويكون الأشخاص التابعون لسوريا ولبنان وفلسطين وشرق الأردن خاضعين لقضاء المحاكم الأهلية في المسائل المدنية والجنائية"<sup>2</sup>. وفي المقابل، يجوز للمواطنين الأوروبيين أن يلجؤوا لأي من المحكمتين، فلهم "حق الخيار بين القضاء المختلط والقضاء الأهلي في المسائل المدنية والتجارية"، فلو وجد المواطن الأوروبي أن القوانين التي تطبقها المحاكم الأهلية أنفع لقضيته من القوانين التي تطبقها المحاكم المختلطة، فلا مانع من أن يلجأ للمحاكم الأهلية، وهكذا صُمم تنظيم القضاء المختلط ليأخذ الأوروبيون المغنم من كل شيء دون المغرم.

ويُعزَّر ما مضى اعتراف الحاكم الإنجليزي في مصر آنذاك إذ يقول بشهادة ثابتة عنه "لم يكن الفرنسيون يهتمون بشيء سوى مصالح الدائنين الفرنسيين"<sup>3</sup> ثم أعقب هذه العبارة بفقرة تخصّ الإنجليز، وهي في ذاتها تثبت عكس فحواها إذ يقول "كان حال الإنجليز مختلفاً، كانوا مهتمين أو على الأقل يتظاهرون بالاهتمام بالفلاحين"<sup>4</sup>، فهذه الشهادة تثبت أن الغاية الكبرى من إنشاء المحاكم

---

<sup>1</sup> المادة 34، التشريع نفسه. فقد نصّت المادة 34 على أن "الشركات ذات الجنسية المصرية القائمة الآن التي للأجانب فيها مصالح جدية تكون خاضعة للمحاكم المختلطة في منازعاتها مع الأشخاص الخاضعين لولاية المحاكم الأهلية". كما نصّت المادة 36 على أن "مجرد إنشاء الرهن العقاري لصالح أجنبي على عقار مهما تكن جنسية واضع اليد أو المالك يجعل المحاكم المختلطة مختصة بالنظر في صحة هذا الرهن وما يترتب عليه من آثار". وقد شرح الدكتور إبراهيم فطاعة الممارسات القضائية للقضاء المختلط على المجتمع المصري، وكيف أنها "فتحت أبواب الألاعيب فأباحت التحايل على الاختصاص بإدخال الأجانب في دعاوى المصريين دون أن تكون لهم مصلحة حقيقية". للاستزادة: إبراهيم العدل المرسي، القضاء المختلط في أقاليم مصر في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، مرجع سابق، 157 وما بعدها.

<sup>2</sup> المادة 25، التشريع نفسه.

<sup>3</sup> اللورد كرومر، ترجمة: صبري محمد حسن، مصر الحديثة، مج 1، المركز القومي للترجمة، صدر: 1908، تُرجم: 2011، ص 148.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 149.

المختلطة كانت تتمثل في حماية مصالح المواطن الأوروبي والمواطن الإنجليزي، ولهذا كانت الأحكام تتحاز بشدة لصالح هؤلاء ضد الحكومة المصرية، فقد "رأينا المحاكم المختلطة توازر الدائنين الأوروبيين ضد الحكومة المصرية أثناء أزمتها المالية"<sup>1</sup>.

بذلك يتضح أنّ انحياز بعض الباحثين الغربيين في وصف القضاء المختلط كان انحيازاً عاطفياً وليس انحيازاً موضوعياً، فهو مدفوع بالرغبات العميقة دون الحقائق الدقيقة، فما أنصفوا واقع تلك المحاكم بدعواهم أنها قامت على أساس المساواة، وأن المثلث أمامها كان متاحاً للجميع، وأن اختصاصها كان يعتمد على طبيعة الدعوى لا على جنسية المتقاضين، فنصوص اللائحة تنقض هذه المزاعم، وقد أبعدها النجعة حقاً بقولهم أن جنسية القاضي لم تكن ذات أهمية<sup>2</sup>.

يكفي أن ننظر في نظام تشكيل المحاكم المختلطة لنعي جيداً أنها ليست جزءاً من النظام القضائي المصري بأي وجه من الوجوه، وأنها كانت محكمةً أوروبية داخل الأراضي المصرية<sup>3</sup>، فقد نصت لائحة تنظيمها على أن تُشكّل المحاكم من واحدٍ وستين قاضياً، أربعون منهم يجب أن يكونوا من الأجانب، واشترطت أن يكون رئيس محكمة الاستئناف أجنبياً ووكيلها مصرياً، أما المحاكم الابتدائية فلا مانع من أن يرأسها القضاة المصريون دون امتناع ترأسها من القضاة الأجانب<sup>4</sup>، فالكلمة الأخيرة تكون لمحكمة برئاسة قاضٍ أجنبي، وإلى جانب أن ثلثي القضاة كانوا من الأجانب؛ تُثبت الوثائق

---

<sup>1</sup> رأفت حنفي غنيمي، بدء انهيار نظام الامتيازات الأجنبية مصر: دراسة لإعادة تشكيل مجلس بلدي الإسكندرية عام 1935م، المجلة التاريخية المصرية، الجمعية التاريخية المصرية، مج24، 1977، ص196.

<sup>2</sup> مارك هويل، المحاكم المختلطة في مصر: تقييم الذكرى السنوية، مرجع أجنبي سابق، ص62، 63.

<sup>3</sup> لهذا، ليس عجباً أن نجد القاضي بيير كرايتس يصفها بأنها "منظمة أجنبية foreign organization" وينسبها للغرب عند الحديث عنها كما في قوله "تعدّ محاكمنا من نواح كثيرة مؤسسة فريدة من نوعها Our courts are in many ways a unique institution". ينظر: كرايتس بيير، محاكم مصر، مرجع أجنبي سابق، ص491.

<sup>4</sup> رغم ذلك لم ينفرد قاضي مصري برئاسة المحكمة قط، إذ تقول الدكتورة نجلاء عبدالجواد: "كانت المحاكم الجزئية تتألف من قاضٍ واحد يُختار أجنبياً على الرغم من عدم نص لائحة ترتيب المحاكم على ذلك، ولكنه صار عرفاً قضائياً تأسيساً على أنه وإن كان الأصل أن الأغلبية في القضاة للأجانب فعندما يكون رئيس الجلسة قاضياً واحداً فيجب أن يكون أجنبياً، ولذلك لم يسند لقاضي مصري رئاسة المحكمة الجزئية". ينظر بحثها: تأثير المحاكم المختلطة على النشاط الاقتصادي في مصر خلال الفترة 1875-1922، مرجع سابق، ص80.

سعي بعض الدول لتوفير قضاة بحسب جنسية المتقاضى، مثل التحفظ الوارد في أحد البروتوكولات المصرية الفرنسية، حيث تضمّن طلبًا بأن يكون أحد القضاة الأوروبيين من نفس جنسية المتقاضى الأوروبي، وتعهّدت الحكومة المصرية بلفت انتباه المحاكم المختلطة لهذا الأمر<sup>1</sup>. فكيف يُقال بعد كلّ ذلك بأن "جنسية القضاة لم تكن ذات أهمية"<sup>2</sup>؟

ولقد أنكر الباحث مارك توغل الحكومات الأوروبية في تعيين القضاة، وذكر "أن القضاة الأجانب لم يكونوا ممثلين لحكوماتهم ولم يُعيّنوا من قبّلهم، وكان اتصال مصر بالحكومات الأجنبية عند اختيار القضاة للحصول على مساعدة وزارة العدل ذات الصلة في وضع قائمة بالمرشحين المناسبين"<sup>3</sup>. وهذا القول يدحض ما أراد إثباته، فهو يقرّ أن تعيين القضاة يبدأ من ترشيح حكوماتهم لهم، وهو ما يعني أن الحكومات الأجنبية لن ترشّح إلا القضاة الذين تقبل تعيينهم، أي أولئك الذين ترى فيهم الحكومة الأجنبية ذراعًا لتحقيق مصالحها. وأما نص اللائحة على تعيين القضاة بمرسوم، فهو محض إجراء شكلي، فبحسب القاضي جاسبر إن الحكومة المصرية "توافق على تعيين القضاة الذين حصلوا على موافقة وتفويض حكومتهم فقط"<sup>4</sup>، وبه ندرك أن قول الباحث مارك بأن "القضاة تم تعيينهم من قبل الخديوي وأقاموا العدالة باسمه"<sup>5</sup> لا أساس له من الصّحة.

إنّ هذه الدلائل تمنع اعتبار المحاكم المختلطة جزءًا من النظام القضائي المصري<sup>6</sup>، فهي في أحسن تقدير جزء من تاريخ التوغّل الأجنبي في مصر، ويدل على ذلك أننا لم نشهد توسعة القضاء

---

<sup>1</sup> برينتون جاسبر، المحاكم المختلطة في مصر، مرجع أجنبي سابق، ص 678.

<sup>2</sup> مارك هويل، المحاكم المختلطة في مصر: تقييم الذكرى السنوية، مرجع أجنبي سابق، ص 62، 63.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 338.

<sup>4</sup> برينتون جاسبر، المحاكم المختلطة في مصر، مرجع أجنبي سابق، ص 676.

<sup>5</sup> مارك هويل، المحاكم المختلطة في مصر: تقييم الذكرى السنوية، مرجع أجنبي سابق، ص 343.

<sup>6</sup> ليث أحمد، النظام القضائي المصري: دراسة في تطوره التاريخي 1875 - 1955، مجلة الجامعة العراقية، مج 1، ع 5، 2023، ص 619.

المختلط لاختصاصاته وفرض الرقابة على الغاية إلا في فترة الاستعمار البريطاني، فأول حكم أقرت فيه المحاكم المختلطة لنفسها هذا الاختصاص صدر عام 1885، أي بعد عامين تقريباً من الاستعمار الإنجليزي على مصر الذي بدأ عام 1882، وهو ما يعكس أن ذلك الوضع كان وضعاً استعماريًا بامتياز، استُغلت فيه الأراضي المصرية لتحقيق الطموحات الأجنبية بأدوات قانونية، وهو ما يبدو صريحاً في قول القاضي بيير براكتس<sup>1</sup> الذي صرّح بأن "الولايات المتحدة كواحدة من الدول ذات الاستحقاقات البارزة، وبسبب نمو مؤسساتها التجارية والمالية والأثرية في مصر، لديها مصلحة في حركة تعديل الامتيازات وتوسيع اختصاص المحاكم المختلطة"<sup>2</sup>. ونجد اللورد كرومر يصرّح بهذا الأمر بفجاجة لا حياءَ فيها، فيقول "لو جرى ابتكار مشروع يساعد على تقديم الأمور للحكومة البريطانية وللجمهور في إطار شكلٍ معروف ومعتاد لديهم، ولو جرى نسخ المؤسسات البريطانية المفضّلة بواسطة مصر،.. لكان الطعم قد عمل عمله"<sup>3</sup>.

أخيراً، إذا كان من حسنّة تُذكر لنظام المحاكم المختلطة فهي أنها قد كشفت بأن نظام الرقابة على الغاية من التشريع هو النظام الأمثل لحماية حقوق وحريات الأفراد وضمان عدم تعسف الإدارة في مواجهتهم. فكيف نُفسر رفض اللجنة الدولية اقتراح الحكومة المصرية بمنع المحاكم المختلطة من الرقابة على الغاية؛ في الوقت الذي كان فيه قضاء تلك الأنظمة الأجنبية يُمنع من النظر في الرقابة على المصلحة العامة في أعمال الإدارة؟

لم تشأ الحكومات الأجنبية تمكين قضائها من صلاحية الرقابة على الغاية من القرارات الإدارية حتى لا تصبح أعمالها مهددة بالإلغاء إذا ما وجدّ القضاء تعارض المصلحة العامة التي توخّتها

---

<sup>1</sup> وهو أحد القضاة الذين عملوا في المحاكم المختلطة.

<sup>2</sup> كرايبتس بيير، محاكم مصر، مرجع أجنبي سابق، ص 368.

<sup>3</sup> اللورد كرومر، مصر الحديثة، مج 1، مرجع سابق، ص 150.

الإدارة مع القوانين المعمول بها فمُنِعَ القضاء من فحص غايات الإدارة، ولأن تلك الحكومات وجدت بأن تصدير هذا النظام إلى القضاء المختلط سيعود بالخير على مواطنيها دون أن يقوّض صلاحياتها فقد سعت لتكريسه في النظام المصري بكل وسيلةٍ ممكنة.

كانت الحكومات الأوروبية تعي جيّدًا أن نظام الرقابة على الغاية أكثر فاعليّةً لضمان عدم تعسف الحكومة المصرية بحق مواطنيها الأجانب، فأرادت أن تضمن لهم في مصر أفضل حماية قانونية من خلال تمكين المحاكم المختلطة من الرقابة على المصلحة العامة، ولما كان قبول طلب الحكومة المصرية يعني تقويض صلاحيات القضاء المختلط فلقد بادرت تلك الحكومات إلى الرفض القاطع، وهذا الرفض منطقي تمامًا من الناحية السياسية لأنه يصبُّ في نهاية المطاف في صالح حكومات الدول الأوروبية، كونها ستكفل لمواطنيها تمكينًا قضائيًا في الخارج بما يعزز ثقة المواطنين بها في الداخل<sup>1</sup>، وهو ما يُفهم بوضوح من حديث كرومر عن مواطني أوروبا من "أنهم يرون عندما يدفعون مرتبات كبيرة لمسؤوليهم نظير رعايتهم في البلاد الأجنبية، أنهم قد قاموا بما فيه الكفاية"<sup>2</sup>، فلقد كان المواطنون الأوروبيون ينتظرون من حكوماتهم أن توفّر لهم أقصى حماية لمصالحهم في مصر، ولهذا كانت اللجان الدولية حريصة على أن تضمن لقضاة المحاكم المختلطة مساحةً واسعة لرسم حدود الاختصاص "حتى شملت كل الأمور"، فإصرار الدول الأوروبية على رقابة المحاكم المختلطة على عنصر الغاية هو خير دليل على أن ذلك هو النظام الأمثل.

يبقى أن نجيب عن سؤالٍ أخير؛ لماذا لم تقرّر المحاكم المختلطة مبدأ الرقابة الدستورية؟

---

<sup>1</sup> وفي ذلك تقول الدكتورة نجلاء: "موافقة الدول الأجنبية على تشكيل المحاكم المختلطة ليس مراعاةً للعدالة أو الرغبة في الإصلاح القضائي ورحمة بالمصريين ولكن لأن الأجانب في مصر تنمّروا من تعدّد القضاء بين القنصليات والشكوى من تناقض الأحكام ومحاباة بعض القناصل لرعاياهم في قضاياهم مع الأجانب الآخرين". يُنظر بحثها: تأثير المحاكم المختلطة على النشاط الاقتصادي في مصر خلال الفترة 1875-1922، مرجع سابق، ص74-75. وشاطرها الرأي: إبراهيم العدل المرسي، القضاء المختلط في أقاليم مصر في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، مرجع سابق، ص116.

<sup>2</sup> اللورد كرومر، مصر الحديثة، مج1، مرجع سابق، ص150.

لأنه ببساطة لم يكن ثمة دستور جامد حتى يُثار تطبيقُ المبدأ، فالرقابة الدستورية فرغ عن وجود دستور جامد يعلو على التشريعات التي تأتي دونه في المرتبة، وما لم يكن هنالك دستور مكتوب يعتمد مبدأي التدرج التشريعي وسمو الدستور فلا يمكن لمسألة الرقابة الدستورية أن تثور<sup>1</sup>. ورغم تزامن صدور اللائحة الأساسية لعام 1882 مع فترة عمل المحاكم المختلطة، إلا أن تلك اللائحة لم تكن ملزمة لها بشيء، فقد تزامن نشوء القضاء المختلط مع وضع تشريعات خاصة بالأجانب تُطبّق عليهم بعيداً عن التشريعات الوطنية التي كانت مقررة آنذاك، علاوة على أن اللائحة الأساسية لم تتّصف بجمودٍ يؤهلها لأن تسمو على القواعد التشريعية الأخرى في البلاد، عوضاً عن اقتصارها على قواعد تتعلق بالسلطة وإغفالها جانب الحقوق والحريات والمبادئ الضامنة لحماية مصالح الشعب، كما كان هذا الدستور موضوعاً دون تدخل الإرادة الشعبية فيه، فلم تكن الرقابة الدستورية متصورة وقتئذ فضلاً عن تصور الرقابة الدستورية على الغاية.

أما بالنسبة لدستور 1923 فلقد كان دستوراً جامداً، غير أن حالةً من الفراغ الدستوري سادت بعد صدوره، إذ خلا هذا الدستور من أي نصٍ أو إشارة تتعلق بمسألة الرقابة الدستورية<sup>2</sup>، وإزاء هذا الفراغ الدستوري كان الفقه متشوّفاً لموقف القضاء تجاه هذه المسألة، وبصدور حكم محكمة النقض الأهلي في 4 يناير 1924 انقسم الفقه في وصف موقف القضاء المصري من الرقابة الدستورية، حيث دُفع أمام محكمة جنايات الإسكندرية بعدم دستورية القانون رقم 37 لسنة 1923 الذي أضاف فقرتين إلى المادة 151 من قانون العقوبات تقتضي عقاب من ينشر أفكاراً تدعو لتغيير نظام الحكم

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 118.

<sup>2</sup> مصطفى عفيفي، رقابة الدستورية، المؤتمر العلمي الأول: دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، جامعة حلوان، 1998، ص 21. وكذلك: رائد العشي، المحكمة الدستورية العليا وحماية الحريات الأساسية، مركز الدراسات العربية، 2021، ص 19.

في البلاد، وعند الفصل في هذا الدفع وجدت المحكمة أن القانون الطعين لا يتعارض مع أحكام دستور 1923 وأيدتها في ذلك محكمة النقض المصرية<sup>1</sup>.

وجد جانبٌ من الفقه في هذا الحكم أساسًا لاعتراف القضاء باختصاصه بالرقابة الدستورية على أساس أن العبرة في بحث مسألة الدستورية وليس فيما يُسفر عنه البحث من حكمٍ على القانون الطعين<sup>2</sup>، إلا أن جانبًا آخر رأى أن هذا الحكم ليس فيه ما يحسم تأييد القضاء للرقابة الدستورية لاقتصاره على أن القانون الطعين لا يتعارض مع الدستور وهو ما لا يدل حتمًا على أن المحكمة كانت سترفض تطبيقه لو ثبتت مخالفته للدستور<sup>3</sup>، ونعتقد أن كلا الرأيين فيه وجهٌ من الصّحة، ففي هذا الحكم إشارة على قبول أولي لفكرة الرقابة الدستورية من قبل القضاء الأهلي، إذ كان بمقدوره أن يقضي بعدم الاختصاص لكنّه بادر لفحص المسألة الدستورية، غير أن الحكم الذي ينتهي لدستورية القانون لا يتساوى مع الحكم الذي ينتهي لعدم دستوريته، ولهذا فإن وجهة النظر الأخرى كذلك في محلّها، إذ لا يكفي هذا الحكم بمفرده لحسم النزاع حول اختصاص القضاء بالرقابة الدستورية، لأنه لا يعرض للمسألة من كافة جوانبها، وإنما للجانب المشرق للتشريع فحسب، خصوصًا وأن الإشارة في ذلك الحكم كانت إشارةً عارضةً بجملةٍ تفيد عدم تعارض القانون الطعين مع الدستور دون تأسيس قضائي لمدى اختصاص المحاكم الأهلية بالرقابة الدستورية.

ولعل الحكم الذي يُشارُ إليه بالبنان في ثبوت اختصاص المحاكم بالرقابة الدستورية هو حكم محكمة مصر الابتدائية الأهلية في 1 مايو 1941 إذ قرّرت فيه صراحة اختصاص المحاكم ببحث دستورية القوانين عند الطعن عليها نتيجة جريان تطبيقها في إحدى النزاعات الموضوعية، فإذا انتهت لوجود

---

<sup>1</sup> محمد صلاح عبدالبدیع السيد، قضاء الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص103. وكذلك: وليد محمود نداء، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الأساسية: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص26.

<sup>2</sup> المرجعين نفسيهما: محمد عبدالبدیع، ص104. وكذلك: وليد محمود نداء، ص26.

<sup>3</sup> وحيد رأفت ووايت إبراهيم، القانون الدستوري، المطبعة العصرية، مصر، 1937، ص15.

مخالفة شكلية أو موضوعية لأحكام الدستور امتنعت عن تطبيق التشريع على النزاع المعروف عليها، لكن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم في 30 مايو 1943 منكرة اختصاص المحاكم بالرقابة الدستورية<sup>1</sup>.

لقد كان تردّد القضاء العادي واضحًا في مسألة إسناد الاختصاص بالرقابة الدستورية للمحاكم، ليس لعدم وجود السند القانوني لمباشرة هذا النوع من الاختصاص فحسب، بل لوجود نصّ تشريعي يقبل التفسير لصالح منع المحاكم منه، وهو نص المادة 15 من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية- الألف الإشارة إليه- وذلك بما قضاه من عدم اختصاص المحاكم الأهلية بتأويل الأوامر الإدارية أو وقف تنفيذها، وهو ما عدّ لدى الفريق الراض للرقابة الدستورية عمومًا؛ دليلاً على حظر اختصاص الرقابة الدستورية على المحاكم الوطنية، فالنص يمنعها من النظر في اللوائح وهي في مرتبة أدنى من القوانين، فمن باب أولى أن تُمنع من النظر في القوانين<sup>2</sup>.

وكان المشرع المصري قد أعرب عن انحسار اختصاص الرقابة الدستورية عن كلّ جهات الدولة في المذكرة التفسيرية للمرسوم بقانون رقم 47 لسنة 1943 الخاص بتعديل أحكام بلائحة المحاماة أمام المحاكم الأهلية<sup>3</sup>، الأمر الذي عزّز إعراض المحاكم عن تقرير الاختصاص بالرقابة الدستورية لنفسها واتّخذ حجّةً لصالح معارضي اختصاص المحاكم بالرقابة الدستورية<sup>4</sup>. لكنّ الجانب المؤيد

---

<sup>1</sup> تعذّر الوصول لكلا الحكمين. يُنظر: محمد صلاح عبدالبيدع، قضاء الدستورية في مصر، ص104، 105. وكذلك: عادل عمر، قضاء الدستورية في مصر، مرجع سابق، ص71، 72.

<sup>2</sup> عماد أبو الحسن، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، 2003، ص48.

<sup>3</sup> جاء في المذكرة الإيضاحية أن "جماعة من المحامين اجتمعوا بوصف أنهم جمعية عمومية وزعموا لأنفسهم حق البحث في دستورية القوانين في حين لا تملك ذلك أي هيئة قضائية في البلاد ثم قرروا أن لا محل لإجراء انتخابات جديدة. وفي هذا القرار تحدّ ظاهر للسلطة التشريعية وإنكار لما لها من الهيئة والسلطان لا يمكن الإغضاء عنه أو السكوت عليه." قانون رقم 47 لسنة 1934، 7 يوليو 1934، بشأن تعطيل بعض أحكام القانون رقم 26 لسنة 1912 الخاص بلائحة المحاماة أمام المحاكم الأهلية.

<sup>4</sup> عادل عمر، قضاء الدستورية في مصر، مرجع سابق، ص70.



للرقابة الدستورية لم يأبه بهذه المذكرة، إذ يقول أنصار الرقابة الدستورية في تلك الفترة "لا نودُّ أن نعطي لفقرةٍ واردة بمذكرةٍ إيضاحية لأحد القوانين أو المراسيم بقوانين أكثر مما تستحق من الأهمية، لكنها على كلِّ شهادة من واضعي هذه المذكرة- وزير الحقانية في ذلك الوقت وأعوانه- بأن حق البحث في دستورية القوانين لا تملكه أي هيئة قضائية في البلاد<sup>1</sup>."

لكنَّ غموض موقف المحكمة بشأن اختصاصها بالرقابة الدستورية أو عدمه لم يدم طويلاً، فبعد عام 1948 اتخذ التاريخ الدستوري في مصر منعطفاً جديداً نحو تكريس الرقابة الدستورية في مصر، فلم يتردد مجلس الدولة المصري الذي أنشئ عام 1946 بتقرير مبدأ الرقابة الدستورية، حيثُ طُعنَ أمام القضاء الإداري بعدم دستورية مرسوم بقانون صدر في غيبة البرلمان<sup>2</sup>، ودفع محامي الحكومة بأن المحاكم لا تملك الاختصاص بالنظر في المنازعات الدستورية، ممّا حدا بالقضاء الإداري أن يبحث المسألة منتهياً إلى اختصاصه بالرقابة الدستورية على التشريعات شكلاً وموضوعاً، وذلك في الحكم الصادر في 10 فبراير 1948<sup>3</sup>.

كان الأساس الذي بُني عليه هذا الحكم هو أن الدستور ليس فيه ما يمنع المحاكم من مباشرة هذا الاختصاص، وقد نفت المحكمة مظنة أن يكون في مباشرتها الرقابة الدستورية انتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات، وذهبت إلى أن اختصاصها بالرقابة الدستورية جزء من تفعيل هذا المبدأ، ذلك أن الدستور قد قرن مبدأ الفصل بين السلطات بمبدأ آخر هو مبدأ سيادة الدستور، والذي يقتضي استعمال السلطات على الوجه المبين في الدستور، وهو ما يعني أن العلاقة بين السلطات علاقة تعاون متبادل على أساس احترام كل سلطة للمبادئ التي قررها الدستور، ولما كان الدستور يسند

---

<sup>1</sup> وحيد رأفت ووايت إبراهيم، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 15.

<sup>2</sup> المرسوم بقانون رقم 148 لسنة 1944 بشأن الترقيات والعلوات والتعيينات والمعاشات الاستثنائية.

<sup>3</sup> مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية، مرجع سابق، ص 21.

السلطة القضائية للمحاكم فإنها تختص بتفسير التشريعات وتطبيقها على المنازعات، وهذا الاختصاص يعني أنه في أحوال التعارض بين القوانين عند التطبيق فإن على القضاء أن يُعرض عن التشريع الأدنى إذا ما عارض التشريع الأعلى ليُطبَّق هذا الأخير، ومردُّ هذا النهج الذي يسلكه القضاء هو إعمال مبدأ سيادة الدستور على سائر التشريعات، وهذا من البداهة المنصوص عليها في المادة 167 التي جعلت توافق القوانين السابقة على الدستور معه شرطاً لنفاذها، فهذا النص ملزم للمحاكم وهو ذو دلالة مزدوجة فحيث أناط للمحاكم مهمة مطابقة القوانين السابقة بالدستور؛ يكون قد عدَّ اختصاصها في البحث الدستوري من المسلمات المدعومة بتقرير الدستور لسيادة الدستور عند تعارض التشريعات الأدنى معه<sup>1</sup>.

أما القضاء العادي فقد سلك المسار ذاته عقب توجه مجلس الدولة المصري، حيث اعترف لنفسه باختصاص الرقابة الدستورية بعد بضعة أعوام، حيث امتنعت محكمة النقض المصرية عن تطبيق قانون الإجراءات الجنائية لخروجه عن قاعدة عدم رجعية القوانين التي قررها دستور 1923، مقرّرةً بذلك اختصاصها برقابة الدستورية بموجب الحكم الصادر في 7 فبراير 1952، وتعاقت أحكام القضاء العادي بعدئذ على إثبات اختصاصها بالرقابة الدستورية، فكان أن عرفت مصر نظام الرقابة القضائية اللامركزية<sup>2</sup>.

ما يهمُّ في هذا الجزء من تاريخ مصر بالنسبة لموضوع الأطروحة، أن القضاء حين قرّر اختصاصه بالرقابة الدستورية اللامركزية قرره كاملاً على كافة أوجه الرقابة الشكلية والموضوعية، فلم يقصر الأمر على الجوانب الشكلية وحدها، وكان بمقدوره أن يفعل، خصوصاً وأن المرسوم بقانون المطعون

---

<sup>1</sup> سرد حيثيات هذا الحكم نصّاً الدكتور وليد ندا، يُنظر: دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الأساسية، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها. وكذلك: عثمان خليل وسليمان الطماوي، موجز القانون الدستوري: المبادئ العامة والدستور المصري، دار الفكر العربي ط4، 1951-1952، ص 297-299.

<sup>2</sup> عماد أبو الحسن، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، المرجع سابق، ص 49.

عليه أمام مجلس الدولة المصري كان مشوبًا بعيبٍ شكلي يتمثل في صدوره في غيبة البرلمان، لكن القضاء الإداري كان حريصًا على عدم تجزئة مبدأ سمو الدستور وتشريد ذلك سمو في المبادئ الشكلية دون المبادئ الموضوعية، فقرّر المبدأ بأصوله ليسري على كافة نواحي التشريع الشكلية والموضوعية، ولما كانت الغاية عنصرًا أصيلًا من العناصر الموضوعية فإنها تكون مشمولةً بالرقابة الدستورية التي عاها مجلس الدولة في مصر.

وهكذا فإن تأخر تقرير الرقابة على الغاية في المجال الدستوري عن المجال الإداري تسنده اعتبارات حداثة نشأة الأول مقارنةً بالأخير، وحداثة الأخير مرجعها حداثة فكرة الدستور خصوصًا إذا ما فُورنت بفكرة التشريع عمومًا، وبمجرد قيام الأرضية القانونية الصالحة لإعمال الرقابة الدستورية التفت الفقه دون تأخير لضرورة بسط هذا النوع من الرقابة على كافة نواحي التشريع بما في ذلك الغاية منه. وقد تصدّى لسد هذه الثغرة في مرحلة مبكرة من عمر القضاء الدستوري؛ الفقيه عبدالرزاق السنهوري ببحثٍ نشره في مجلة مجلس الدولة في السنوات الأولى من إنشائه، ليُعالج القضاء بقبول الرقابة الدستورية على الغاية قبل معالجة القضاء الفقه الدستوري بحكم رافضٍ لها، وهو ما سنتناوله لاحقًا بالتفصيل في المبحث الثاني.

## المطلب الثاني

### المعالم التاريخية لنشوء الرقابة على الغاية في قطر

قد يكون غريباً الحديث عن نشأة أمرٍ لم ينشأ بعد، فمن المعلوم أن الرقابة الدستورية في قطر - رغم وجود قانون إنشائها - لا تزال مُعطّلة، لكن في هذا المطلب نسعى لاستنطاق التاريخ بحثاً عن مدى اكتراث المؤسسات القضائية التي شهدتها دولة قطر بمسألة الرقابة على الغاية عموماً، لنرى ما إذا كان هذا الموضوع حاضرًا في الوعي القضائي آنذاك أم لا.

وما يحثُّ الخُطى على سلوك هذا المسلك الوعر؛ هو وجود تقاطع بارز بين الأحداث التاريخية التي مرّت بها قطر وبين تلك التي مرّت بها مصر، فمن الجوامع المشتركة أنّ كلا البلدين كانا واقعيّين تحت الوجود البريطاني في فترة من الفترات، إلى جانب أن كليهما قد شهدا وجود قضاء أجنبي، وهو ما يعني احتمال قيام فكرة الرقابة على الغاية في القضاء الأجنبي في قطر على غرار ما انتهجه القضاء المختلط في مصر. وفي سبيل ضبط بوصلة البحث في التاريخ القطري ينقسم هذا المطلب إلى مرحلتين؛ مرحلة ما قبل الاستقلال ومرحلة ما بعد الاستقلال:

**المرحلة الأولى - مرحلة ما قبل استقلال دولة قطر:** في الفترة التي سبقت استقلال قطر - ما قبل عام 1971 - كان النظام القضائي يشمل نوعين من المحاكم، فهناك أولاً القضاء الوطني مُتمثلاً في المحاكم الشرعية<sup>1</sup> وإلى جانبها محكمة قطر<sup>2</sup> - التي صنّفها البعض كأول محكمة عدلية في

---

<sup>1</sup> كان قضاء الشرع قديماً يُعيّنون من قبل الحاكم الذي يجمع في يده كافة السلطات، فيجلسون للقضاء في بيوتهم، أو المساجد، أو الأسواق، وتصدر أحكامهم شفاهة ما لم يطلب أحد الخصوم كتابتها، فلم يكن ثمة سجلات قضائية تُحفظ الأحكام فيها، واستمر الحال كذلك في قطر إلى عام 1928 إذ تأسست أول محكمة شرعية وتقلد أمانة القضاة الشيخ عبدالله بن زيد آل محمود، فبادر لوضع نظام تسجيل القضايا والأحكام، ومع اتساع أعمال المحاكم الشرعية أنشئت رئاسة المحاكم الشرعية عام 1958 وصارت المرجع لسائر القضايا والأحكام وكافة ما يتعلق بالمسائل الدينية في البلاد. يُنظر: يوسف محمد عبيدات، معالم التنظيم السياسي المعاصر في قطر: دراسة تحليلية لأحكام النظام الأساسي المؤقت المعدل للمحاكم 1972-1984، لا يوجد بيانات ناشر، 1984، ص 258-259. وكذلك: طارق نافع الحمداني، قطر من النشوء إلى قيام الدولة الحديثة، الوراق للنشر، بيروت، 2012، ص 87.

<sup>2</sup> حسن عبدالرحيم السيد، المحكمة الدستورية العليا والرقابة على دستورية القوانين واللوائح، مرجع سابق، ص 6.

البلاد حيث كان يرأسها في ذلك الوقت نائب الحاكم<sup>1</sup> - وهناك ثانيًا القضاء الأجنبي ممثلًا في محكمة الوكيل البريطاني<sup>2</sup>. وقد اختصَّ القضاء الوطني بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين المواطنين فيما بينهم أو بينهم وبين مواطني أحد الدول الأجنبية فيما عدا بريطانيا والدول الأوروبية. أما بالنسبة لاختصاص القضاء الأجنبي؛ تُظهر الكتابات العربية شهادتين مختلفتين:

تذهب الشهادة الأولى إلى اختصاص القضاء الأجنبي بالفصل في المنازعات التي يكون أحد أطرافها مواطنًا أوروبيًا أو بريطانيًا<sup>3</sup>، حيث مارست بريطانيا ولاية قضائية في دولة قطر، فكان رعاياها والأفراد المحميون من بريطانيا والأجانب من خارج المنطقة يخضعون للقانون البريطاني، ويحتكمون إلى قاضٍ بريطاني، والذي عادة ما يكون الوكيل السياسي البريطاني المحلي، ولم تكن التشريعات القطرية حينها تُطبَّق على هؤلاء<sup>4</sup>.

أما الشهادة الثانية فتذهب إلى امتداد ولاية القضاء الأجنبي في قطر على جميع الأشخاص ما عدا القطريين، ثم خلال السنوات العشرة الأخيرة قبل استقلال قطر تدرّجت الحكومة البريطانية في نقل الاختصاصات للمحاكم المحليّة فيما يتعلق بفئات معيّنة من الأجانب ومنهم مواطنو الأقطار العربية والإسلامية، ثم أخيرًا في أغسطس 1971 أبرم حاكم قطر مع الحكومة البريطانية اتفاقية تقضي بإنهاء الاختصاص القضائي البريطاني<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> يوسف الزمان، السلطة القضائية في دولة قطر، ورقة قُدِّمت في لقاء الإثنين (4)، 30 مايو 2011، ص7.

<sup>2</sup> كما شهدت قطر ما عُرف بالقضاء العرفي (أهل السالفة) منذ القرن التاسع عشر، الذي اختص بمسائل الغوص وتجارة اللؤلؤ، وهو أحدث في الظهور من القضاء الأجنبي، حيث ظهر عام 1868، بينما ظه القضاء الأجنبي لعام 1935، إذ قررت معاهدة الحماية البريطانية سريان النظام القضائي الأجنبي من 11 مايو 1935. وقد انتهى وجود القضاء العرفي بتوقف الغوص على اللؤلؤ وكان ذلك تقريبًا عام 1948. يُنظر: مبارك بن خليفة العسيري، القضاء القطري في الماضي والحاضر، دولة قطر، 2006، ص5-7، 10-11.

<sup>3</sup> مبارك الهاجري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون، مرجع سابق، ص61.

<sup>4</sup> مبارك بن خليفة العسيري، القضاء القطري بين الماضي والحاضر، مرجع سابق، ص7، 14.

<sup>5</sup> حسين محمد البحارنة، التطورات السياسية والدستورية في دول الخليج العربية 1820-2004، دار الكنوز الأدبية، بيروت، 2005، ص107.

والسؤال هنا: أي الشهادتين أقرب للدقة؟ إن الرجوع للوثائق البريطانية في تلك المرحلة يعكس عدم دقة تحديد الولاية القضائية لكلا الشهادتين، فلم تكن الولاية القضائية لبريطانيا محدودة كما ذكر الفريق الأول، ولم تكن شاملة كما ذكر الفريق الثاني.

المسألة فيها تفصيل، فبناءً على قانون الاختصاص القضائي الأجنبي Foreign Jurisdiction Act لعام 1890 الصادر عن المملكة المتحدة؛ صدر أمر ملكي لقطر -in-Council بعد مراسلات بين الوكيل البريطاني وحاكم دولة قطر في الفترة ما بين 18 أبريل 1935، و13 مارس 1939، وبموجب ذلك الأمر الملكي امتدت الولاية القضائية البريطانية في قطر على جميع رعايا بريطانيا والتمتعين بالحماية البريطانية فيما عدا مواطني الكويت والبحرين وسلطنة عمان ورعايا قطر والأجانب من غير رعايا بريطانيا ومن غير المتمتعين بالحماية البريطانية<sup>1</sup>، حيث كان يُنظر في هذه النزاعات بواسطة الوكيل البريطاني في البحرين أو من يمثله<sup>2</sup>.

أما ولاية القضاء الشرعي فكانت تقتصر على المسلمين فحسب بما في ذلك رعايا قطر والكويت والبحرين وسلطنة عمان<sup>3</sup>. أما بشأن المحاكم المشتركة؛ تُظهر الوثائق البريطانية مرسومًا ملكيًا صادرًا لقطر كان يُراد منه إنشاء محكمة مشتركة تختص بالفصل في النزاعات المختلطة، تلك التي يكون فيها المواطنون هم المدعون وغير المواطنين الخاضعين للولاية القضائية البريطانية هم المدعى عليهم"، وُترفع الدعوى أمام الوكيل السياسي في المحكمة البريطانية، ولهذا الأخير في الدعاوى الجنائية سلطة تقديرية في إحالة الدعوى إلى محكمة مشتركة بعد سماعها، أما في الدعاوى

---

<sup>1</sup> الوثيقة رقم 33، المرسوم الملكي البريطاني لقطر، البيانات بالأجنبية:

'F-93 58/6-I Qatar Order-in-Council' [10r] (33/479), British Library: India Office Records and Private Papers IOR/R/15/1/551, in Qatar Digital Library, [https://www.qdl.qa/archive/81055/vdc\\_100023383845.0x000021](https://www.qdl.qa/archive/81055/vdc_100023383845.0x000021) [accessed 27 October 2022]

<sup>2</sup> طارق نافع الحمداني، قطر من النشوء إلى قيام الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص 91.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، الوثيقة رقم 32.

المدنية فيلتزم الوكيل السياسي بإحالة الدعوى إلى محكمة مشتركة<sup>1</sup>. غير أنّ هذا المقترح لم يصادف تطبيقاً في الواقع، فثمة مراسلات حول زيارة أحد القضاة البريطانيين لقطر عام 1954 أوصى فيها بضرورة التخلي عن ذلك المقترح وأنه لا مجال لتطبيق المحاكم المشتركة في قطر، فلم تعرف قطر أي محكمة مشتركة إلا كمقترح تشريعي<sup>2</sup>.

ولمّا كان من المتعدّر الوصول إلى أحكام القضاء الأجنبي في قطر خلال تلك المرحلة، فإن الإحاطة بمدى انتهاج القضاء الأجنبي نهجاً مماثلاً لنهج المحاكم المختلطة في مصر لا يمكن الجزم به، على أنّ تشابه الأحداث من حيث اعتماد التشريعات الأجنبية في المنازعات التي يكون فيها أحد الأطراف أجنبياً وتمنّعه بحصانة تشريعية مطلقة وحصانة قضائية شبه مطلقة؛ قد يبرّج احتمال تبني تلك المحاكم للرقابة على الغاية من قرارات الحكومة القطرية، خصوصاً وأن هذه الفترة شهدت ظهور النفط في الخليج، ومنح امتيازات أجنبية على النفط في قطر، وتوافد العديد من المواطنين الأمريكيين للعمل في قطاع النفط، فمع تمّع بريطانيا بهذا النطاق الواسع من الولاية القضائية في ظل هذه الظروف التي كانت الدول الأجنبية تتوافد فيها على قطر لنيل مصالحها المرجوة من تجارة النفط؛ من المرجّح أن تكون الأحكام قد راعت توازن القوى المعقّد في المنطقة<sup>3</sup>. لكن مع غياب تلك الوثائق الخاصة بأحكام القضاء الأجنبي في دولة قطر لا يمكن التسليم بنتيجة على أخرى، وأقصى ما يمكن هو ترجيح احتمال قيام هذا النوع من الرقابة على أساس تشابه

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، الوثيقة رقم 243.

<sup>2</sup> وثيقة من الأرشيف الرقمي للخليج العربي، الشؤون القضائية في قطر: إمكانية إنشاء محاكم مشتركة وتشريعات مشتركة، 1954. <https://www.agda.ae/%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D8%A8%D9%8A%D8%A9/catalogue/tna/fo/371/109929/n/1>

<sup>3</sup> مارتن وودوارد، الأعمال القانونية: الجوانب القضائية للحكم البريطاني في الخليج، البيانات الأجنبية: Martin Woodward, **Legal Business: The Judicial Aspects of British Rule in the Gulf**, Qatar Digital Library, (2017) <<https://www.qdl.qa/en/legal-business-judicial-aspects-british-rule-gulf>> [accessed 27 October 2022]

الأسباب التي أدت لقيام الرقابة على الغاية في قضاء المحاكم المختلطة في مصر، خصوصاً أن فرض هذه النظم على الدول التي لم تستطع مقاومة تلك المطالب كان سمة بارزة للسياسة الخارجية للقوى الأجنبية في القرن التاسع عشر<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لقضاء المحاكم الشرعية فقد كان يعتمد ما يُعرف بقواعد الشريعة الإسلامية والعرف المستقر بين الجماعة فيما يصدره من أحكام، بينما كان القضاء الأجنبي يعتمد على التشريعات الأجنبية في الحكم على المنازعات التي تُنظر من قبلها والتي أُفرغت في الأمر الملكي الذي سبقت الإشارة إليه<sup>2</sup>، وهو الوضع الذي يشبه ما كان عليه الحال في مصر من حيث تمتع الأجانب من تلك الفئات بحصانة تشريعية وقضائية مطلقة.

وخلال هذه المرحلة صدرت مجموعة من التشريعات<sup>3</sup> تتصل بموضوع البحث؛ منها قانون إنشاء لجنة التظلمات الإدارية لعام 1963 والذي نص على إنشاء لجنة التظلمات الإدارية وتشكيلها من ثلاثة أعضاء برئاسة قاضي العمل وعضوية أحد أعضاء إدارة الشؤون القانونية وأحد كبار موظفي الحكومة من رجال القانون، يُعيّنان بقرار من رئيس المحاكم، وقد حدّد هذا القانون نطاق اختصاص اللجنة في فحص التظلمات المرفوعة تجاه قرارات محدّدة، وجعل لرئيس اللجنة الممثل في قاضي محكمة العمل أن ينظر في التظلم قبل أن تنظره اللجنة، وله أن يطلب من المتظلم ومن الإدارة ما يراه لازماً من البيانات والمستندات، كما جعل من اختصاص اللجنة عموماً أن تطلب حضور

---

<sup>1</sup> ماثيو هابولد، الاختصاص القضائي خارج الحدود البريطانية في الخليج 1913-1971، البيانات بالأجنبية:

Matthew Happold, **British extra-territorial jurisdiction in the Gulf 1913-1971: an analysis of the system of British courts**, International & Comparative Law Quarterly, Vol.48, Iss.1.P.251-252.(2008)

<sup>2</sup> مبارك الهاجري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون، مرجع سابق، ص 61.

<sup>3</sup> في الفترة ما بين عامي 1962-1971، كان التوجّه جارياً لإنشاء محاكم مدنية وجنائية وتجارية في البلاد، فقد أنشئت محكمة العمل عام 1962 بموجب القانون رقم 4 لسنة 1962، ونظّم إجراءات النقاضي أمامها قانون المرافعات رقم 5 لسنة 1962، وفي عام 1968 أنشئت محكمة المرور، وفي عام 1969 أنشئت محكمة شؤون بلدية قطر غير أن هذه الأخيرة ألغيت عام 1970، كما أنشئت محكمة قطر الجزائية عام 1970. يُنظر: مبارك بن خليفة العسيري، القضاء القطري بين الماضي والحاضر، مرجع سابق، ص 15-17.



المتظلم وحضور مُمَثِّل عن الجهة المختصة، ولها أن تطلب ما تراه لازماً من بيانات ومستندات، وعلى ضوء ذلك تصدر قرارها بصفة نهائية مشفوعاً بالأسباب التي بُني عليها<sup>1</sup>.

واللافت في هذا القانون أمران، أولهما: اختصاص اللجنة بطلب المستندات والبيانات التي بُني القرار عليها، فهذا الاختصاص يعكس أن دور اللجنة لم يكن مقتصرًا على فحص النواحي الشكلية للقرار المطعون عليه، وإنما يمتد لفحص الجوانب الموضوعية، فغالبًا ما تتعلّق المستندات بالأسباب التي بُني القرار عليها والغايات التي يستهدفها، وهذا الاستدلال يدعمه خلوّ القانون من أي قيود على الاختصاص بنظر القرارات الإدارية في أي جانبٍ من جوانبها، بما يجعل الرقابة على القرار المتظلم منه شاملةً كافة أوجهه.

**والثاني:** تشكيل اللجنة، فهي مرؤوسة من قبل رئيس محكمة العمل وعضوين إداريين يعيّنها رئيس المحاكم، وهو ما يجعلها لجنةً شبه قضائية، فبموجب هذا القانون يُفحص القرار الإداري المتظلم منه في جميع أوجهه، وبحسب نصوص هذا القانون ليس بعيدًا أن تكون اللجنة قد نظرت في القرارات المتظلم منها من حيث مدى مراعاتها للغايات التي تستهدفها ومدى تحقيقها المصلحة العامة، ولكن ينبغي ألا نغفل كذلك أنه مع غياب مبدأ استقلال القضاة في تلك المرحلة من المتوقع أن القضاة كانوا أميل لتفادي أي صدامٍ مع الحكومة.

غير أنّ حسم هذه المسألة يستدعي النظر في القرارات الإدارية التي صدرت عن لجنة التظلمات الإدارية في تلك المرحلة، وإذ لا سبيل لذلك عبر القنوات الرسمية المعروفة، فإن القرينة الوحيدة على وجود بادرة للرقابة على الغاية هي تمكين اللجنة من طلب المستندات والبيانات التي بُني القرار عليها، فعادةً ما تتضمن مثل هذه الوثائق تفاصيل تتصل بعنصري السبب والغاية، فتشير

---

<sup>1</sup> المواد: 1، 2، 6، 7، قانون إنشاء لجنة التظلمات الإدارية رقم 16 لسنة 1963.

إلى الوقائع التي قادت لصدور القرار الإداري وللغايات التي استهدفها، علاوةً على أن هذا القانون قد خلا من نصٍّ يحظر على تلك اللجنة تأويل القرار الإداري أو يمنع تقييم المصلحة العامة التي بُنيَ عليها، وعلى كل حال فإن هذه القرائن وإن كانت تفيد في رسم تصوّر عام، إلا أن الجزم بحقيقة الواقع آنذاك لا يمكن بغير الاطلاع على قرارات اللجنة والنظر في مسلكها.

**المرحلة الثانية- مرحلة ما بعد استقلال دولة قطر:** بعد استقلال دولة قطر عام 1971 وصدور النظامين الأساسيين المؤقت والمعدل؛ أخذت الدولة طابعاً مؤسسياً دستورياً، وهو ما تزامن مع صدور قانون إنشاء المحاكم العدلية رقم 13 لسنة 1971 والذي يشكّل البداية الفعلية للقضاء الحديث في دولة قطر، وقد بقي القضاء الشرعي إلى جانب المحاكم العدلية في تلك المرحلة<sup>1</sup>.

وعوداً على القضاء الشرعي، التفت القاضي مبارك الهاجري لأمرٍ مهم في تاريخ الرقابة الدستورية في قطر، وهو أنّ مسلك القضاء الشرعي كان مُراعياً لمنتجات الفقه الإسلامي فيما يصدره من أحكام، مُعلّياً مبادئه على ما يصدر من تشريعات وضعية، فلقد نص قانون عقوبات قطر رقم 14 لسنة 1971 على أنه- استثناءً من أحكام النصّ الذي حدّد النطاق الشخصي لسريان قانون العقوبات- تُطبّق أحكام الشريعة الإسلامية في شأن المسلم الذي ارتكب جريمةً من الجرائم المتعلقة بالقتل والانتحار والجرائم الجنسية والخلقية والجرائم المتعلقة بالزواج والزنا ووطء المحارم<sup>2</sup>.

هذا النص فيه تحديد واضح لمنطقة اختصاص القضاء الشرعي، لكن القضاء الشرعي لم يلتزم بهذا التحديد وأصدرت رئاسة المحاكم الشرعية القرار رقم 22 لسنة 2001 بما يتجاوز، حيث أدخلت في ولاية القضاء الشرعي الجرائم التي تقع من الزائرين للبلاد ما لم تزد عقوبتها على الحبس

---

<sup>1</sup> محمد حاتم البيات، أساسيات النظام القضائي القطري: ماضيه وحاضره، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج25، العدد1، 2009، ص67.

<sup>2</sup> المواد 3، 5 قانون عقوبات قطر رقم 14 لسنة 1971.

مدة ثلاثة أشهر، عوضًا عن تركها أمر الاختصاص مفتوحًا من خلال النص على إدخال قضايا أخرى في ولاية القضاء الشرعي بموجب قرار صادر من الرئيس، وعلى أساس ذلك دخلت جرائم أخرى في ولاية القضاء الشرعي غير تلك التي نصّ عليها قانون عقوبات قطر، حيث أدخلت رئاسة المحاكم الشرعية في ولايتها جريمة تعاطي المخدرات وجريمة السب من خلال نظام العقوبات التعزيرية، وذلك رغم خلوّ قانون العقوبات من النص على اختصاص المحكمة بالجريمة الأولى، وتنظيمه للثانية في قانون عقوبات قطر وجعلها من اختصاص المحاكم العدلية.

من خلال هذا التوجّه استخلص القاضي مبارك الهاجري نظامًا للرقابة انتهجه القضاء الشرعي وهو الامتناع عن تطبيق التشريعات التي تصدر بالمخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد انطلق في تبيان هذه الخلاصة من بوابة الغاية الأساسية من إنشاء المحاكم الشرعية، إذ يقول "إذا كان الغرض من إنشاء المحاكم الشرعية ينحصر في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبار أن قضاتها هم الأقر على فهم الجوانب المختلفة للدين الإسلامي الحنيف، فإن هذه المحاكم أعلت- وهذا جد طبيعي- أحكام الشريعة الإسلامية على كل ما عداها من مصادر أخرى، فجعلت القرآن الكريم والسنة والإجماع وبقية مصادر التشريع الإسلامي الأخرى مصدرًا لقضائها، وأهدرت كل ما خالفها من نصوص وضعية. وبطريق الاستنتاج فقد أضحت هذه المصادر مرجعًا لها في عملها، فإذا ما خالفها نص وضعي، واجب التطبيق أمامها في إحدى الخصومات، فقد كانت تهدر كل قيمة قانونية له، معليةً من شأن المصادر الشرعية<sup>1</sup>."

ومن اللافت للانتباه أنّ المدخل الذي بنى القضاء الشرعي عليه هذا النوع من الرقابة كان مدخلًا غائبًا، فهو ينطلق في امتناعه عن أعمال التشريعات من غاية واضحة تتمثل في إقامة أحكام

---

<sup>1</sup> مبارك الهاجري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون، مرجع سابق، ص64. وكذلك كتابه: الرقابة القضائية على دستورية القوانين: الحالة والتطبيقات العملية في دولة قطر 2008-2020، دار الكتب القطرية، 2020، ص13-17.

الشريعة الإسلامية، ولعلنا نذهب بهذه الملاحظة خطوةً أبعد في الاستدلال، فنقول بأن المحاكم كانت تسعى لمراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية في امتناعها عن الامتثال للمحاكم الوضعية- على الأقل من وجهة نظرها لفكرة المقاصد- فمثلاً يمكن أن نفهم إدراجها جريمة تعاطي المخدرات ضمن نظام العقوبات التعزيرية على أنها وجدت في نصوص قانون العقوبات التي خلّت من تجريم تعاطي المسكرات؛ إخلالاً بمقصد حفظ النفس في الشريعة الإسلامية، فلم يكن قانون عقوبات قطر يعاقب على السكر إلا إذا تسبّب السكر بإزعاج أو مضايقة للآخرين، ولهذا ربما وجدت المحاكم الشرعية أن نص تحديد الاختصاص وعدم تجريم التعاطي يتعارض مع غاية حفظ النفس، فسدت الثغور التي ارتأتها لبلوغ ذلك المقصد.

غير أن هذا الاستدلال- هو الآخر- لا يمكن الجزم به دون الرجوع لأحكام القضاء الشرعي، وقد اطلعت على بضعة أحكام صادرة عن رئاسة المحاكم الشرعية<sup>1</sup> فلم أجد فيها ذكراً للأمر الغاية، لكنّها عينة قليلة لا تصلح للتعميم خصوصاً وأن جميعها صادر عن المحكمة الابتدائية الشرعية وفي موضوعات تقع ضمن اختصاص المحكمة وفق نظام المحاكم العدلية<sup>2</sup>، وإذ لا سبيل للاطلاع على أحكامٍ أخرى؛ نقف عند هذا الحد.

---

<sup>1</sup> لا توجد أحكام منشورة لقضاء المحاكم الشرعية، وقد تسنى لي الحصول على ثمانية أحكام بعضها صادر عن المحاكم الشرعية وبعضها صادر عن رئاسة المحاكم الشرعية، وجميعها صدرت برئاسة القاضي ثقيل الشمري. أعانني في ذلك مشرف هذه الأطروحة، أ.د. حسن عبدالرحيم السيد، عبر مراسلته القاضي مبارك الهاجري والذي زودنا مشكوراً بنسخة مصوّرة عن تلك الأحكام. وهي كما يلي:

1- حكم الهيئة الابتدائية، القضية رقم 1002/حقوق، 4 يناير 1994. 2- حكم الهيئة الابتدائية، القضية رقم 1018/حدود، 21 مارس 1994. 3- الهيئة الابتدائية الشرعية، القضية رقم 1435/جنابات، 21 مارس 1996. 4- حكم المحكمة الابتدائية الشرعية، القضية رقم 2095/شؤون زوجية، 18 نوفمبر 1996. 5- حكم المحكمة الابتدائية الشرعية، القضية رقم 797/حدود، 5 ديسمبر 1996. 6- حكم المحكمة الابتدائية الشرعية، 10 ديسمبر 1996. 7- حكم المحكمة الابتدائية الشرعية، القضية رقم 1220/طلاق، 26 ديسمبر 1996. 8- حكم المحكمة الابتدائية الشرعية، القضية رقم 1472/فسخ نكاح، 30 مارس 1997.

<sup>2</sup> وهي الجرائم المتعلقة بالقتل والانتحار، والجرائم الجنسية والخلقية، والجرائم المتعلقة بالزواج والزنا ووطء المحارم، حيث نصّت الفقرة الثانية من المادة 2 من نظام المحاكم العدلية رقم 13 لسنة 1971 على أن تختص المحكمة الشرعية دون غيرها بالفصل في الجرائم المنصوص عليها في الفصول السابع عشر والثاني والعشرين والثالث والعشرين من قانون عقوبات قطر رقم 14 لسنة 1971 إذا كان المتهم مجرمًا.

أما بالنسبة للمحاكم العدلية التي تزامنت مع القضاء الشرعي، فقد كان قضاؤها مختلفاً في مسألة الرقابة على الغاية، فبالاطلاع على بعض الأحكام المنشورة لها يمكن ملاحظة اعتدادها باستظهار غاية المشرّع في بعض الأحكام، مثل حكمها بأن "التدرج في التشريع القطري بالنسبة لتحديد مسؤولية الشركات الذي بدأ بالشركات المساهمة ثم الشركات ذات المسؤولية المحدودة سنة 81 لم يكن فريداً في هذا التدرج، فقد سبقته الدول الأوروبية بدءاً بألمانيا حيث أقرت لأول مرة بكيان الشركات ذات المسؤولية المحدودة في أواخر القرن التاسع عشر، وكان الهدف من تنظيمها هو تشجيع رؤوس الأموال الصغيرة في المساهمة في النهضة الاقتصادية واقتبسته منها باقي الدول الأوروبية في أوائل القرن الحالي وانتقل إلى العالم العربي في النصف الثاني من هذا القرن<sup>1</sup>".

هذا المقطع من حكم محكمة الاستئناف العدلية مهمٌ من جهتين: الأولى، استظهاره الغاية من التشريع، فقد ربط بين التشريع الذي يحدّد مسؤولية الشركات وبين الغرض منه والمتمثل في تنظيم تشجيع رؤوس الأموال الصغيرة في المساهمة في النهضة الاقتصادية. والثانية، استحضاره أن هذا التشريع مقتبس من التجربة الغربية وأنه ألماني المنشأ، وهذه المعلومة مهمة جداً في إدراك القضاء بأن التشريع اقتباس من تجربة أخرى وليس وليد تجربته الذاتية.

والوصول لأحكام القضاء العدلي لا يقل عسراً عن الوصول لأحكام القضاء الشرعي، فبعد البحث والتتقيب عثرنا على أحكامٍ معدودة، منها حكمٌ لمحكمة الاستئناف يثبت أن قضاء محكمة الدرجة الأولى كان قد خاض غمار إثبات اختصاصه بالرقابة على القرارات الإدارية من جهة، واختصاصه بالرقابة على الغاية تحديداً من جهة ثانية، حيث قضت محكمة أول درجة في حكمٍ جريءٍ أصدرته عام 1988 بإبطال قرار إداري بنقل موظفٍ من إدارته، لكون قرار النقل كان القصد منه توقيع

---

<sup>1</sup> محكمة الاستئناف العدلية، الطعن رقم 2 لسنة 1988 قضائية، 21 ديسمبر 1988، عبدالرحمن غوشه. (ش.ق.ش | ر.م. 294632) ويُنظر حكمها في: الطعن رقم 105 لسنة 1989 قضائية، 29 يونيو 1989، برئاسة عبدالرحمن غوشه. (ش.ق.ش | ر.م. 294651)

جزاء تأديبي بحق الموظف دون اتباع القواعد المقررة للمساءلة التأديبية، وحكمت للمدعي بعشرة آلاف ريال تعويضًا عن الأضرار الأدبية والمعنوية التي سببها القرار له، وسوف نتناول هذا الحكم بشيءٍ من التفصيل لأهمية المبادئ التي بُنيَ عليها في موضوع الأطروحة، ولخوِّ البحوث ذات الصلة من الإشارة إليه<sup>1</sup>.

دارت الوقائع حول موظف يعمل بوزارة الإعلام في إدارة الشؤون الثقافية، ولقد تقرّرت زيارة وفدٍ صحفي لمبنى الوزارة بتاريخ 3 سبتمبر 1986، وكان الموظف مسؤولاً عن ترتيب الزيارة وإعداد برنامجها، وبتاريخ 2 سبتمبر 1986 تلقى الموظف إخطارًا من الوفد الزائر بطلب تأجيل الزيارة لتاريخ 6 سبتمبر 1986، فأخطر الموظف وزارة الإعلام بذلك، غير أن الوزارة اعتذرت عن تغيير الموعد لارتباطات أخرى، ولم يقدّم الموظف بإبلاغ الوفد بذلك الاعتذار، الأمر الذي حال دون الزيارة في الوقت الذي كانت فيه مقابلة الوفد مهمّةً للترؤد ببعض المعلومات.

بتاريخ 13 سبتمبر 1986 أصدر الرئيس قرارًا بنقل الموظف، فطعن الموظف على القرار لمخالفته القانون الذي يستلزم التحقّق من وجود شاغر قبل إصدار قرار النقل، إلى جانب عدم وجود موافقة من الجهة المنقول إليها، وهو ما دفع الطاعن للقول بأن "القرار المطعون فيه تشوُّبه العيوب من كل جانب، من حيث الشكل والموضوع، وينطوي- في واقع الحال- على تأديب له، الأمر الذي نال من سمعته واعتباره بعد أن وضعه القرار في موطن الشكوك والظنون خاصة وأنه صدر على أثر مخالفة بسيطة من جهة عمله لا تستوجب كلّ ما حدث"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة الاستئناف، الطعن رقم 57 لسنة 1988 قضائية، 17 مارس 1988، برئاسة حمدان العبادلة. (ش.ق.ش| ر.م 294636) عثرتُ على نسخةٍ غير مكتملة لحكم محكمة الاستئناف العدلية، وهي نسخة بالغة الأهمية ظهرت فيها حيثيات حكم محكمة أول درجة، ومع الأسف كان الجزء المفقود منها يتعلق بموقف محكمة الاستئناف، وهو ما لم يتيسّر لي الحصول عليه، وقد تواصلنا مع العديد من الباحثين والقضاة سعيًا للحصول على بقية الحكم، فلم يتيسّر ذلك، وأيًا ما يكن من أمر، ويغض النظر عن موقف محكمة الاستئناف منه، فإن حكم محكمة أول درجة الذي أشار له حكم محكمة الاستئناف يؤصل بوضوح فكرة الرقابة على الغاية في المجال الإداري.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

ومن الملاحظ أن الطاعن قد نعى على القرار إخلاله بالجوانب الشكلية التي استلزمها القانون، وكذلك إخلاله بالجوانب الموضوعية من حيث صدور قرار النقل بسبب المخالفة التي ارتكبها وبهدف ترتيب جزاء تأديبي دون اتباع القواعد المقررة لذلك، وقد أفصح الطاعن عن تضرره من نتيجة القرار الذي نال من سمعته وجعله في موضع شكٍ وريبة، عوضًا عن أن قرار النقل ما هو إلا عقوبة مقنّعة، إذ الغرض الحقيقي منه هو التأديب وليس النقل، كما أنّ الطاعن عند مقارنته الفعل بالمخالفة أشار لعدم تناسب السبب مع الغاية من جهة، كما أشار لعدم تناسب المحل مع الغاية من جهةٍ ثانية، فهذا الطعن وثيق الصلة بعنصر الغاية في القرار الإداري.

على الضقة الأخرى من الدعوى طلب ممثل الشؤون القانونية<sup>1</sup> الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر بطلان القرار الإداري أو إلغائه، وقصّر اختصاصها على طلب التعويض، مستندًا في ذلك إلى أن المشرع قد حدّد اختصاص المحاكم العدلية على سبيل الحصر بما نصّ عليه من اختصاصها بالمسائل المدنية والتجارية، وأن القرار الإداري من المسائل الإدارية التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية ولا تُعدّ ضمن المسائل المدنية أو التجارية، ومثل هذا القرار يكون الطعن عليه بالتنظيم الولائي عن طريق إعادة طرح الموضوع أمام الجهة ذاتها التي أصدرت القرار، أو عن طريق رفع القرار إلى الرئيس الأعلى، ولمّا كان الطاعن قد تخطى هاتين المرحلتين ولجأ للمحاكم مباشرة فإن الدعوى تكون مرفوعةً قبل أوانها ممّا يوجب الحكم بعدم القبول "وإذا جاز للمحاكم العدلية أن تحكم بالتعويض عند الطعن في القرارات الإدارية، إلا أنه لا يجوز لها الخوض في شرعية القرار الإداري أو القضاء بإلغائه احترامًا لمبدأ الفصل بين السلطات<sup>2</sup>".

<sup>1</sup> هذه الإدارة كانت تمثل الدولة فيما تقوم به حاليًا إدارة قضايا الدولة في وزارة العدل.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

على إثر ذلك، صرّحت محكمة أول درجة للمدعي بتقديم مذكرة للتعقيب على مذكرة الحكومة، فردّ المدّعي بمذكرةٍ دَفَع فيها بأن "المحاكم المدنية هي صاحبة الولاية العامة في نظر المنازعات، وما دام الفصل في المنازعات الإدارية لم يسند في دولة قطر لجهة أخرى، فنكون المحاكم المذكورة هي المختصة به." وكان المدعي في هذه المذكرة قد استشهد بالتجربة القضائية لكلٍ من مصر والكويت قبل اعتماد نظام القضاء الإداري، مذكراً بأن مقتضى العدالة ألا يُحصّن أي عمل يفتقد المقومات الشرعية لوجوده من رقابة القضاء<sup>1</sup>. فكيف تعاملت المحكمة الابتدائية مع هذه القضية؟

قضت المحكمة الابتدائية لصالح المدّعي، فحكمت ببطلان قرار نقل الموظف، وتعويضه مبلغ عشرة آلاف ريال، وقد بنت المحكمة قضاءها على أسس واضحة، بيّنت من خلالها سند الاختصاص أولاً، ثمّ مضت في الموضوع ثانياً، على نحو ما نبينته في النقاط الآتية:

أولاً- قرّرت المحكمة اختصاصها برقابة القرارات الإدارية على أساس سكوت المشرّع عن تنظيم المسألة، واعتبرت أن تحديد المشرّع لاختصاصها في بعض المسائل لا يحول دون اختصاصها بمسائل أخرى لم يرد النص عليها ما دام المشرّع لم يخرجها من ولايتها بنصٍ صريح، حيث قضت بأن "الفصل في كافة المنازعات يكون من اختصاص السلطة القضائية التي تتولاها المحاكم، إذ لا بد من أن يكون لكل خصومة قاضيتها الذي يفصل فيها. وإذ لم يأخذ المشرّع القطري القضاء المزوج، ولم ينشئ قضاءً إدارياً مستقلاً لحسم المنازعات الإدارية، فإن الاختصاص بهذه المنازعات يكون معقوداً للمحاكم العادية إلا ما أُخْرِجَ منها بنص خاص باعتبارها جهة التقاضي العادية وصاحبة الولاية العامة التي يتحدد اختصاصها بطريقة الاستبعاد، وبذلك أضحي الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى قائماً على غير سند صحيح من القانون<sup>2</sup>."

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.



ثانيًا - بالنسبة لتقرير اختصاصها برقابة الإلغاء تحديداً، انطلقت المحكمة من حماية مبدأ الشرعية من تجاوزات الإدارة، مؤكدةً أن دعوى الإلغاء من أنجح الوسائل القانونية لحمل الإدارة على احترام القانون، فبموجب هذه الوسيلة يمكن تجنب آثار القرارات الإدارية الفردية المخالفة للقانون عن طريق إلغائها قضائياً، لاسيما وأن المشرع القطري لم يضع قيداً صريحاً أو ضمناً على رقابة القضاء للقرارات الإدارية. واللافت في هذا الحكم بحق أنه استشهد بما انتهت إليه المحاكم الأهلية في مصر عند تفسير النص الذي قرّر عدم جواز تأويل الأمر الإداري، حيث قضت المحكمة الابتدائية العدلية بأن دعوى الإلغاء "هي الوسيلة القانونية لحماية مبدأ الشرعية من أي تجاوز أو اعتداء من قبل الإدارة، وتعتبر من أنجح الوسائل لإجبار الإدارة على احترام القانون، إذ يمكن بمقتضاها التخلص من أي قرار إداري فردي مخالف للقانون وذلك بإلغائه قضائياً، خاصة وأن المشرع القطري تجنب وضع أي قيد على رقابة القضاء للقرارات الإدارية صراحة أو ضمناً. وهذا ما حدث في مصر، فقد انعقد إجماع القضاء هناك - في الفترة السابقة على إنشاء مجلس الدولة - على حق المحاكم في رقابة الإدارة في تصرفاتها المعيبة المخالفة للقانون، وقضت محكمة النقض المصرية، إنه مما يجب توافره لتحقيق حصانة الأمر الإداري من التعطيل أو التأويل، أن يكون قد صدر في الحدود المرسومة قانوناً للسلطة التي أصدرته، فإذا أُخرج عن تلك الحدود كان اعتداءً على سلطة أخرى أو عملاً تعسفياً لا تلحقه أي حصانة، وعندئذ يكون من حق السلطة القضائية أن تتدخل لحماية مصالح الأفراد مما قد يترتب عليه<sup>1</sup>. فهذا المقطع من الحكم شديد الوضوح في منح المحكمة الابتدائية نفسها سلطة الرقابة على الغاية على غرار ما انتهت إليه المحاكم الأهلية المصرية في هذا الشأن، خصوصاً وأنها قد انتهت من خلال هذا التأصيل إلى إلغاء القرار.

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

ثالثاً- رفضت المحكمة دفع الحكومة بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل أوانها بحكم تخطي المدعي وسيلة التظلم الولائي وطريقة التظلم الرئاسي، حيث اعتبرت الدفع مبنياً على غير أساس لعدم ورود النص بضرورة استنفاد هذه الطرق قبل اللجوء إلى القضاء، إذ "التشريع القطري لم يرسم طريقاً معيناً للتظلم من القرارات الإدارية المعيبة، وبالتالي يكون من حق المتظلم أن يلجأ مباشرة إلى القضاء إذ اختار ذلك<sup>1</sup>".

رابعاً- عند فحص القرار الإداري بنقل الموظف؛ وجدت المحكمة أن قرار نقل الموظف لم يلتزم شروط النقل، لخلوه من موافقة الجهة المنقول إليها وعدم ثبوت وجود وظيفة خالية للمدعي عليه، بما يعيب القرار من الناحية الشكلية، أما من الناحية الموضوعية؛ رأت المحكمة أن القرار لم يشتمل على الأسباب التي أدت إلى إصداره، واعتبرت أن القرار قد تغياً توقيع جزاء إداري على الموظف وليس نقله "مما يجعل الإجراءات المقررة بالمادة 63 من قانون الوظائف العامة المدنية التي توجب إجراء تحقيق مكتوب مع الطاعن وسماع أقواله وتحقيق دفاعه، وتسبب القرار" واجبة التطبيق، وقد خلا القرار الإداري من كل ذلك "الأمر الذي يجعل القرار باطلاً واجب الإلغاء<sup>2</sup>".

إذن، هذا الحكم هو نقطة فارقة في تاريخ القضاء العدلي، فقد ألغى قراراً إدارياً لاستهدافه غايةً غير مشروعة، بما يمكن القول معه بأن هذا الحكم الذي صدر عام 1988 هو نقطة البداية الفعلية للرقابة على الغاية في دولة قطر، وكنا قد أشرنا آنفاً إلى أن النسخة التي عثرنا عليها منقوصة، فلا يظهر فيها ما انتهت إليه محكمة الاستئناف مع الأسف، ولكنَّ اجتهاد القضاء الابتدائي كافٍ للقول بأن المحاكم العدلية قد أخذت بالرقابة على الغاية في تلك المرحلة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

<sup>3</sup> تجدر الإشارة إلى أن رقابة الغاية التي باشرت بها المحكمة الابتدائية تتعلق برقابة المشروعية، فهي تتعلق بإبطال القرار الإداري لمخالفته القانون في عنصر الغاية، ولم يكن ثمة مجال لإثارة الرقابة الدستورية حينها، إذ النظام الأساسي المؤقت 1971 لم يكن دستوراً جامداً.

وقد استمرّ عمل المحاكم العدلية حتى عام 2003، حيث أُلغي نظامها بموجب قانون السلطة القضائية، وأعيد تشكيل النظام القضائي في البلاد ليتكون من ثلاث المحاكم، ابتدائية واستئناف وتمييز، وكان القانون يجعل لهذه المحاكم اختصاصًا عامًا بنظر المنازعات الإدارية، لكن في عام 2007 صدر قانون الفصل في المنازعات الإدارية وأنشأ دائرة إدارية بالمحكمة الابتدائية، وأُسند إليها النظر في مجموعة من المنازعات الإدارية، من بينها طلبات إلغاء القرارات الإدارية التأديبية، ولم يرد نص على اختصاص الدائرة بنظر طلبات إلغاء قرارات النقل<sup>1</sup>.

ومن المعلوم أن قرارات النقل تعدُّ مجالًا خصبًا لعيب الغاية في المجال الإداري، فقد يصدر قرار نقل الموظف بقصد توقيع عقوبة على الموظف وليس للنقل ذاته، وذلك كما في القضية السابقة. وقد عُرِضَ هذا الإشكال في قضاء محكمة التمييز بعد صدور قانون الفصل في المنازعات الإدارية، حيث طعن أحد الموظفين على قرار نقله مدّعيًا أن رئيسه كان قد ناصبه العداة ثم فوجئ بقرار نقله دون أسباب، ما أضره ماديًا بحرمانه من المكافآت التي كان سيحصل عليها لولا قرار النقل، علاوةً على ما لحق به من آلام نفسية، فقضت محكمة التمييز القطرية بأن قانون الفصل في المنازعات الإدارية قد حدد القرارات التي تخضع للرقابة الإدارية، ووجدت بأن المشرع إذ نصّ على اختصاص القضاء بالنظر في القرارات التأديبية فإن ذلك مقصور على "القرارات التأديبية الصريحة المتضمنة لجزاء من الجزاءات المنصوص عليها في القانون، فمن ثم يخرج عن ولاية المحكمة نظر الطعن على قرارات النقل أو الندب حتى وإن وُصِّمَتْ بأنها تضمّنت جزاء مقننًا<sup>2</sup>."

ثم بعد عامٍ من هذا الحكم، عادت المحكمة لتأكيد موقفها، فرفضت الطعن القائل بأن قرار النقل كونه ينطوي على جزاء تأديبي مقنن يجعله ضمن طلبات إلغاء القرارات التأديبية التي تختص

<sup>1</sup> المواد 10، 11، قانون السلطة القضائية رقم 10 لسنة 2003. المادة 3، قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم 7 لسنة 2007.

<sup>2</sup> محكمة الاستئناف، الطعن رقم 11 لسنة 2010 قضائية، 25 يوليو 2010، رئيس المحكمة غير مذكور. (ش.ق.ش | 339516)

الدائرة الإدارية بنظرها، وقضت بأن اختصاص المحكمة في هذا الشأن "يقصر على طلب إلغاء القرارات الإدارية الخاصة بترقيتهم أو إنهاء خدمتهم والقرارات الإدارية التأديبية الصادرة بشأنهم، ومن ثم يخرج من اختصاص تلك الدائرة طلبات إلغاء قرارات نقل الموظفين ولو كانت تنطوي على إجراءات تأديبية مقنّعة<sup>1</sup>". وفي أحدث أحكامها عام 2017 لم تتحوّل محكمة التمييز عن موقفها، بل أكّده بقضائها بأن "يخرج من اختصاص تلك الدائرة طلبات إلغاء قرارات نقل الموظفين ولو كانت تنطوي على جزاءات تأديبية مقنّعة، إذ إن اختصاصها بنظر الطعون في القرارات التأديبية يقتصر على الجزاءات التأديبية الصريحة التي حدّدها القانون، فلا ينعقد الاختصاص لها بنظر تلك الطعون إلا إذا كان الطعن موجّهاً إلى ما وصفه صريح نص القانون بأنه جزاء<sup>2</sup>".

وفي هذا الموقف اعتمدت المحكمة على التفسير الضيق للمادة الثالثة من قانون الفصل في المنازعات الإدارية، بل إنها قيّدت النصّ الذي جاء على عمومه، فنصّ القانون كان قد أثبت اختصاص المحكمة بالنظر في القرارات التأديبية على إطلاقها، لكنّ المحكمة قيّدت هذا النص من تلقاء نفسها وقصرته على القرارات الصريحة دون دليلٍ من النص نفسه على مثل هذا التخصيص، ونرى أن المحكمة بهذا النهج قد خالفت قاعدةً استقرت قديماً في قضائها وهي أن "محكمة الموضوع ملزمة بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح دون أن تتقيّد بتكييف الخصوم لها ملتزمة في ذلك بحقيقة المقصود من الطلبات المقدّمة فيها بصرف النظر عن العبارات التي صيغت بها وأن تُنزّل حكم القانون على ما يثبت لديها من وقائعها أنه التكييف الصحيح<sup>3</sup>".

<sup>1</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 29 لسنة 2011 قضائية، 3 مايو 2011، برئاسة عبدالله بن أحمد السعدي. (ش.ق.ش | 364257)

<sup>2</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 168 لسنة 2017 قضائية، 6 يونيو 2017، برئاسة عبدالله السعدي. (ش.ق.ش | ر.م. 1185967)

<sup>3</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 40 لسنة 2006 قضائية، 21 يونيو 2006، برئاسة مبارك العسيري. (ش.ق.ش | ر.م. 301396)

لكنّها في الأحكام الماضية سلّمت للتكييف القانوني الذي أسندته الإدارة للقرار الإداري رغم إقرارها باحتمال أن يكون التكييف في غير محلّه، وهذا واضح في قولها "ولو كانت تتطوي على جزاءات تأديبية مقنعة" أي أن المحكمة هنا تقرّ باحتمال قيام الإدارة بإصدار قرارٍ إداري غايته الظاهرة هي النقل وغايته الباطنة هي التأديب، ورغم إقرارها بذلك، تأبى المحكمة أن تباشر اختصاصها على مثل هذه القرارات بالرغم من أن نص القانون قد منحها ذلك الاختصاص حين خوّلها النظر في القرارات التأديبية، وكان أحرى بها أن تباشر مهمّتها بإعطاء القرار الإداري تكييفه القانوني السليم قبل الخوض في مسألة الاختصاص، إذ ينبغي على القاضي الإداري أن يفحص الوقائع التي أدت لصدور القرار حتى يصل لتكييفه القانوني السليم، ومن المعلوم أن التكييف القانوني الخاطئ يفضي إلى أحكام قانونية من جنس ذلك التكييف، فلا تكون صادقة على الواقع<sup>1</sup>.

ولا يخفى أن محكمة التمييز بهذا التوجه قد تراجعت خطوات كبيرة عما تقدّمت به المحكمة الابتدائية في القضاء العدلي حين باشرت الرقابة على الغاية من أعمال الإدارة، وكان الأولى أن تتقدّم محكمة التمييز خطوات أخرى تثبت بها ذلك القضاء الواعي تجاه العناصر الأساسية للرقابة على التشريع، فتحقّق غاية الدستور القطري في تمكين الأفراد من حق التقاضي والانتصاف أمام قضاء عادل في المنازعات التي يكونون طرفاً فيها، فذلك مؤدى كفالة حق الخصوم في الدفاع<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> سعيد الفشتالي، التكييف القانوني عند القاضي الإداري، موقع العلوم القانونية، 2013، <https://www.marocdroit.com>

<sup>2</sup> يُنظر: عبدالرحمن شرفي، قيم وتقاليد القضاء، المكتب الفني، محكمة التمييز، المجلس الأعلى للقضاء، قطر، 2020، ص54.

## المبحث الثاني

### نشأة الرقابة القضائية على الغاية في المجال الدستوري

لئن كانت الرقابة على الغاية في المجال الإداري قد نشأت نشأة قضائية، فإنها في المجال الدستوري قد نشأت نشأة فقهية، لكنّ الفقهاء الذين أخذوا على عاتقهم تكريس هذا النوع من الرقابة هم الفقهاء القضاة، وعلى رأسهم الفقيه والقاضي المرحوم عبدالرزاق السنهوري، فما زالت مقالته الشهيرة تعدّ حجر الأساس في فكرة الرقابة الدستورية على الغاية.

ولئن جوبهت تلك المقالة بالمعارضة الشديدة في مهبها، إلا أنها اليوم وقد مضى العمر بها باتت مرجعاً لكل باحث حول هذا الموضوع في السياق العربي، فقد أثبتت رياح التجارب الدستورية أنّ معدن تلك الفكرة لم يصدأ بمرور الزمن، بل زادت قيمته.

ولئن كانت مقالة السنهوري أشهر من نارٍ على علم في المجال الدستوري؛ فإن ما لا يعرفه الكثيرون هو أنّ السنهوري لم يقف عند حدّ التنظير للفكرة، بل طبّقها مباشرةً بعد تولّيه رئاسة مجلس الدولة المصري، وذلك في أحد أحكامه المغمورة التي لم نجد لها أدنى إشارة في الفقه<sup>1</sup>، فاستحقّ السنهوري بتلك المقالة وذلك الحكم أن يكون الأب الفهني والقضائي للرقابة الدستورية على الغاية في مصر والعالم العربي عموماً.

في السياق القطري؛ لم نقف على من تحدّث عن فكرة الرقابة الدستورية على الغاية من الباحثين القطريين أو غيرهم ممن طرّقوا موضوعات القانون الدستوري في قطر، باستثناء القاضي القطري مبارك ناصر الهاجري الذي تناول عيب الانحراف بالغاية في مصر دون أن يشير لتطبيقاته على التشريعات القطرية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري، الحكم رقم 1090 لسنة 6 قضائية، 21 يوليو 1952، ر. عبدالرزاق السنهوري. (ش.ق.ش. | ر.م. 72834)

<sup>2</sup> يُنظر: مبارك الهاجري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص 494-506.

أما القضاء القطري فقد مضى أنّ حالةً من الفراغ الواقعي لا تزال قائمةً بخصوص قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا الذي لا يزال معطّلاً، ولذلك، سيخلو هذا المبحث من مناقشة نشأة الرقابة الدستورية على الغاية في قطر، لأنها لم تنشأ بعد، وسنكتفي بعرض الحجج التي تدفع لتطبيق هذا النوع من الرقابة في قطر.

حيث نسعى في هذا المبحث للإحاطة بنشأة الرقابة الدستورية على الغاية عمومًا إن في الفقه أو القضاء، ولما كان الفقه الدستوري هو منبع هذه الفكرة فنصيبه من هذا المبحث هو النصيب الأكبر. حيث سنفتح المبحث بمناقشة الإشارات الفقهية التي يراها البعض بمثابة اللبنة الأولى لفكرة الرقابة الدستورية على الغاية، كما نناقش الأساس الذي اعتمده السنهوري لبناء مقالته، والزواية التي انطلق منها في معالجة الموضوع، وظروف الواقع من حيث النقاشات الفقهية والقضائية التي سادت في الفترة التي كتب فيها السنهوري مقالته، ومدى أسبقية السنهوري بهذه الفكرة على قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية.

كما نتناول - من جانبٍ آخر - التفاعلات الفقهية على مقالة السنهوري، فنخرج على الانتقادات التي وُجّهت لفكرة الرقابة الدستورية على الغاية بالعرض والتحليل، ثم نسوق الحجج التي تدعو لتأييد هذه الفكرة، كما نسعى أخيرًا لبيان عناية القضاء الدستوري في مصر بالرقابة الدستورية على الغاية، سواء انصرفت العناية للفكرة ذاتها أو للمصطلحات الرائجة في التعبير عنها مثل الانحراف التشريعي وإساءة استعمال السلطة.

ولاستيفاء جميع ما مضى، ينقسم هذا المبحث لمطلبين:

- المطلب الأول/ التأسيس الفقهى للرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

- المطلب الثاني/ فكرة الرقابة الدستورية على الغاية بين التنفيذ والتأييد

## المطلب الأول

### التأسيس الفقهي للرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

يرى البعض أنّ أولى إشارات الفقه العربي لفكرة الرقابة الدستورية على الغاية كانت على يد الفقيهين عبدالسلام ذهني بك ووايت إبراهيم، وذلك في بحثٍ لهما بعنوان "مجموعة رسائل في الأنظمة الدستورية والإدارية والقضائية المقارنة" حيث عرضا للتمييز بين مخالفة التشريع لقاعدة دستورية مكتوبة، وبين مخالفة التشريع لقاعدة دستورية غير مكتوبة، ووضّحا أن "عدم الدستورية ينصرف إلى كل عيب يعيب القانون سواء وقعت مخالفة لقاعدة دستورية مسطورة بالدستور بالذات، أو وقعت مخالفة لواجب التزم به البرلمان بحكم الدستور، أو وقعت مخالفة للحق الأعلى الذي يعتبر أنه فوق الدستور كمبدأ مساواة الأفراد أمام الضرائب مثلاً، وإنه وإن كان غير منصوص عنه بالدستور ولكنه مبدأ يُمليه الحق الأعلى بحيث أصبح - كما قال دوزير نفسه - دستورياً بحكم العادة، فإن كل قانون يجيء مخالفاً له يعتبر حتماً قانوناً مشوباً بشائبة عدم الدستورية أو عدم الشرعية، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي الحكم بعدم نفاذه في الدعوى المطروحة أمامه<sup>1</sup>."

غير أن هذه الإشارة تتعلق بفكرة المبادئ العليا أكثر من تعلّقها بموضوع الرقابة الدستورية على الغاية، فالإقتباس يشير إلى تمتّع القضاء الدستوري باختصاص الرقابة الدستورية على التشريعات سواءً خالفت مبدأً دستورياً منصوصاً عليه أو غير منصوص عليه، بصرف النظر عما إذا كانت المخالفة تتعلّق بسبب التشريع أو محله أو غايته، فهذه الإشارة لا تتعلّق بالرقابة الدستورية على الغاية وإنما بفكرة المبادئ العليا، ومع ذلك، فإنّ المخالفة التي تقع "لواجب التزم به البرلمان بحكم الدستور" يمكن أن تُستخرج منها إشارة ضمنية لفكرة الغايات اللازمة، غير أنها ما تزال إشارة بعيدة.

<sup>1</sup> عبدالسلام ذهني بك ووايت إبراهيم، مجموعة رسائل الأنظمة الدستورية والإدارية والقضائية المقارنة، مطبعة الاعتماد، 1934، ص25-26. نقلاً عن: عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص52، هامش 3.



أما الإشارة الثانية فهي للفقيهين عثمان خليل وسليمان الطماوي، حيث أرجع البعض<sup>1</sup> فكرة الرقابة الدستورية على الغاية إلى ما أوردها تحت عنوان "حالة مخالفة القانون لحكم دستوري غير مكتوب"؛ إذ خلصا إلى جواز الطعن بعدم دستورية القانون في حالة مخالفة القانون لنص عرفي أو لمبدأ عرفي أو لمبدأ عام<sup>2</sup>.

وهذه الإشارة- هي الأخرى- لا يتعلّق مضمونها بالرقابة الدستورية على الغاية، وإنما بفكرة المبادئ العليا، وهو موضوع مستقل عن موضوع الرقابة على الغاية. ويُثبت هذا الاستقلال أنّ الطماوي وإن كان قد أجاز الرقابة الدستورية على القوانين المخالفة للمبادئ العليا؛ إلا أنه قد رفض الرقابة على الغاية بشدة عند مناقشته أطروحة السنهوري بالعرض والنقد<sup>3</sup>، ولهذا فإن مثل هذه الإشارات لا يمكن أن تُعدّ أصولاً فقهية لفكرة الرقابة الدستورية على الغاية.

ولعل الإشارة الوحيدة التي يمكن أن تُعزى إليها فكرة الرقابة الدستورية على الغاية؛ ما دوّنه الفقيه عبدالسلام ذهني بك، إذ يقول "إذا صدر من المصدر التشريعي البرلماني فيما يخالف الأصول الدستورية المقررة بالدستور في شكله وفي موضوعه وفي روحه، أو فيما يخالف الأصول العامة فوق الدستورية، وهي الأصول المستفادة من طبيعة البشر وحياة الناس باعتباره إنساناً له مزايا خاصة يجب أن تتصرف إلى حفظه مادياً أو أدبياً ومعنوياً، إذا صدر القانون مخالفاً لذلك كله أو بعضه تبيّن اعتباره أنه ليس بالقانون الذي يؤيد مصدره، وأنه فقد جزءاً كبيراً من مقوماته"<sup>4</sup>. فهذا النص وإن لم يشر إلى الرقابة الدستورية على الغاية صراحةً لكنّه أشار لها ضمناً، وذلك من خلال اعتداده بالرقابة الدستورية على المخالفات التي تطرأ على الدستور في شكله أو موضوعه أو روحه،

<sup>1</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص53، هامش 3.

<sup>2</sup> عثمان خليل وسليمان الطماوي، موجز القانون الدستوري: المبادئ العامة والدستور المصري، مرجع سابق، ص300.

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص36-44.

<sup>4</sup> عبدالسلام ذهني بك، مجلس الدولة ودستورية القوانين، مجلة مجلس الدولة، يناير 1950، ص82-83. نقلاً عن: المرجع نفسه.

خصوصاً عند حديثه عن مخالفة القانون لكل ذلك أو بعضه، فهذا المقال يتصوّر وقوع المخالفة في أي جزءٍ من مكوّنات النص القانوني، سواء تعلّق ذلك الجزء بالشكل أو بالموضوع أو بروح الدستور، فهذه الإشارة بحقّ تحمل في مضمونها بذور الرقابة الدستورية على الغاية.

غير أن المقال العُمدة في هذا الموضوع- كما هو مُجمَع عليه في الكتابات العربية ذات الصّلة- هو مقال السنهوري الذي سيجري تفصيل الحديث عنه، إذ ينقسم هذا المطلب لثلاثة أفرع، يتناول الأول تأسيس السنهوري للرقابة الدستورية على الغاية، بينما يتناول الثاني مناقشة المدخل السنهوري لتبني نظرية الانحراف في المجال الدستوري، وأخيراً يتناول الفرع الثالث مدى أسبقية مقالة السنهوري على قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية.

### الفرع الأول- تأسيس السنهوري للرقابة الدستورية على الغاية

أثيرت فكرة الرقابة الدستورية على الغاية لأول مرة- في العالم العربي- على يد الفقيه المرحوم عبدالرزاق السنهوري عام 1952، وذلك في بحثه عن "مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية"<sup>1</sup> وهو بحث عميق حُشدت فيه الأدلة والبراهين على ضرورة بسط القضاء الدستوري رقابته على الغاية من التشريع، أسوةً بنهج القضاء الإداري الذي كان قد قطع شوطاً طويلاً في الرقابة على الغاية من القرارات الإدارية.

كُتب السنهوري بحثه في ظل حالةٍ من الفراغ الدستوري تداركها مجلس الدولة المصري بحكمه عام 1948 إذ قرّر اختصاصه اللامركزيّ بالفصل في المنازعات الدستورية<sup>2</sup>، فبعد عامٍ من هذا الحكم؛ عُيّن السنهوري رئيساً لمجلس الدولة سنة 1949، وسرعان ما تثبتت قواعد الحكم الأنف بحكم ثانٍ أصدره عام 1950 مؤكداً بأنّ "ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم من التصديّ لدستورية

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 59.

<sup>2</sup> ينظر في تطور القضاء الدستوري المصري: راند العشي، المحكمة الدستورية العليا وحماية الحريات الأساسية، مرجع سابق، ص 17.

القوانين واللوائح... فإذا ما ثبت أن قانونًا أو لائحة أو قرارًا صدر على خلاف ما نص عليه الدستور امتنعت المحاكم عن تطبيقه لبطلانه، وهذا هو ما جرى عليه القضاء، وعليه يكون الدفع بعدم الاختصاص على غير أساس سليم متعينًا رفضه<sup>1</sup>.

وهكذا استمرّ القضاء الإداري في مجلس الدولة بتوطيد الرقابة الدستورية بحكمٍ تلو آخر، ثم في يناير من عام 1951، أي - بعد أقل من سنة على صدور الحكم الأنف - نشر السنهاوري مقالته الشهيرة في تأصيل اختصاص القضاء بالرقابة الدستورية على الغاية من التشريع العادي.

من المهم استحضار وضع الفقه الدستوري في مصر عندما كتب السنهاوري مقالته، فحينها كان النقاش الفقهي يدور حول سؤال مدى جواز مباشرة القضاء للرقابة الدستورية ولم يكن السؤال عن كيفية إعمالها، فقد كان الهمّ الأول للفقه في ظل حالة الفراغ الدستوري يتعلّق بما إذا كان يجوز للقضاء أن يباشر الرقابة الدستورية على اللوائح والقوانين دون وجود نصّ أم لا، ولم يكن السؤال متعلّقًا بكيفية مباشرة القضاء للرقابة الدستورية<sup>2</sup>. ولقد حُسم هذا الجدل لصالح اختصاص المحاكم بالرقابة الدستورية إثر حكم محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة عام 1948 الذي أعلن عن اختصاص المحاكم بالرقابة الدستورية بطريق الامتناع - كما تقدّمت الإشارة - وهو ما فتح الطريق أمام الفقه لمناقشة سؤال كيفية مباشرة الرقابة الدستورية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري، الحكم رقم 166 لسنة 2 قضائية، 18 أبريل 1950، عبدالرزاق السنهاوري. (ش.ق.ش | ر.م 69375)

<sup>2</sup> يظهر ذلك من طبيعة النقاشات الفقهية حينها، ويُخصّص الدكتور محمد كامل ليلة نقاش الفقه آنذاك بقوله "لا يوجد بمصر نص تشريعي ينظم مبدأ الدستورية...، فالمشرع الدستوري لم يمنح القضاء هذا الحق، ولكنه في نفس الوقت لم يحرم عليه صراحة محاولة رقابة الدستورية. وإزاء هذا الوضع التشريعي نشط الفقه فأدلى الفقهاء برأيهم في الموضوع، كما اتخذ القضاء لنفسه موقفًا حيال المنازعات التي طُرحت وأثيرت فيها هذه المشكلة." يُنظر مؤلفه: القانون الدستوري، دار الفكر العربي، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1967، ص 158.

ويقول الدكتور عادل عمر: أن الدساتير المصرية قبل 1971 "لم تتضمن أية أحكام تخص الرقابة القضائية على دستورية التشريعات... مما أدكى الاختلافات في شأن أمر الرقابة القضائية الدستورية." يُنظر مؤلفه: قضاء الدستورية في مصر، مرجع سابق، ص 69.

<sup>3</sup> هذا ما صرّح به السنهاوري في تمهيد بحثه، حيث يقول "لما كان مبدأ هذه الرقابة قد أصبح مقرّرًا في قضاء مجلس الدولة في مصر، فقد اخترت في هذا البحث أن أعرض لدستورية القوانين ذاتها، فأبين متى يكون القانون غير دستوري. وأحسب أن هذا البحث يأتي هنا

بعد ثبوت جواز الرقابة الدستورية؛ ثار سؤال آخر حول كيفية إعمال الرقابة الدستورية على التشريعات البرلمانية تحديداً، وهو ما جرّ السؤال حول مدى جواز الرقابة الدستورية على الغاية من القانون، لينشأ عنه سؤال آخر حول كيفية إعمال الرقابة الدستورية على الغاية من القانون<sup>1</sup>. لهذا جاءت مقالة السنهوري مُجيباً عن سؤال الجواز من جهتين، وعن سؤال الكيفية من جهتين، حيث أجاز الرقابة الدستورية على القوانين عموماً، كما أجاز الرقابة الدستورية على غاية القانون تحديداً، ثم مضى في بيان كيفية الرقابة الدستورية على القانون بشكل عام، وبيان كيفية الرقابة الدستورية على عنصر الغاية بشكل خاص، وذلك عبر قسمين.

في القسم الأول، بعد أن حسم السنهوري سؤال الجواز بالاستناد لموقف مجلس الدولة؛ سعى للإجابة عن سؤال كيفية مباشرة الرقابة الدستورية عموماً، وذلك تحت عنوان "مخالفة التشريع للدستور"، وقد اقتبس لذلك تجربة القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وأنزلها على المجال الدستوري، فقرر أن القانون يتكوّن من ذات العناصر الخمسة التي يتكون منها القرار الإداري - الاختصاص والشكل والإجراءات والمحل والسبب والغاية - ومثلما يفحص القاضي الإداري تلك العناصر عندما يباشر رقابة المشروعية، فكذلك القاضي الدستوري يُعنى بالنظر في صحّة قيامها بالنسبة للقوانين عندما يباشر الرقابة الدستورية، فينظر في مدى توافق تلك العناصر مع الدستور<sup>2</sup>.

---

في ترتيبه الطبيعي. فإذا تقررت رقابة القضاء لدستورية القوانين وجب أن نعرف متى تنبسط هذه الرقابة ببيان الأحوال المختلفة التي يكون فيها التشريع مخالفاً لنصوص الدستور أو لمبادئه. يُنظر: عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 1.

<sup>1</sup> عبّر عن ذلك الدكتور محمد كامل ليلة بقوله: "نلاحظ أن أحكام القضاء - سواء الإداري أو العادي - التي أخذت بمبدأ رقابة دستورية القوانين وأكدت حق القضاء في ذلك لم تبيّن بجلاء حدود تلك الرقابة ومداهما، وإذا كان المسلم به إعمال الرقابة في حالة مخالفة القوانين للنصوص الدستورية مخالفة صارخة، فهل يجوز استخدام هذه الرقابة بحجة أن التشريع قد خرج على روح الدستور وإن لم يكن قد خالف أو تجاوز حرفية النصوص الدستورية؟ إن القضاء لم يعرض لهذه المسألة وبذلك ليس من السهل معرفة رأيه فيها، وقد تصدى لبحث هذا الموضوع فقيه كبير هو الأستاذ الدكتور السنهوري.. " فهذا المقطع يشرح بوضوح طبيعة النقاشات التي كانت تشغل الفقه الدستوري في فترة الرقابة اللامركزية على نحو ما وضّحنا في المتن. يُنظر: محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 170، 171.

<sup>2</sup> عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 3، 7.

في القسم الثاني، قدّم السنهوري جوابًا على سؤالَي جواز وكيفية الرقابة على الغاية، وذلك عبر نظرية "الانحراف باستعمال السلطة التشريعية"، فأجرى منطقة الانحراف المعمول بها في المجال الإداري على المجال الدستوري، جاعلاً منطقة السلطة التقديرية للمشرع العادي هي منطقة الانحراف على غرار منطقة السلطة التقديرية التي تثبت للمشرع الإداري<sup>1</sup>، على أنّ السنهوري في هذا القسم ركّز على استخلاص العناصر التي تمتاز بها القوانين عن اللوائح، ثمّ رتبّ على تلك الفوارق بعض النتائج العملية مثل تبنيّه المعيار الموضوعي دون المعيار الذاتي والذي بُنيت على أساسه الفروض الخمسة التي أسّسها، وسيأتي النقاش حولها فيما بعد.

كان جواب السنهوري عن سؤال مدى جواز الرقابة الدستورية على الغاية من القانون جوابًا شافياً، فقد عرض للعديد من الأمثلة الواقعية التي تنحرف فيها القوانين عن الدستور في غاياتها المستهدفة، أمّا جوابه عن سؤال الكيفية فهو وإن كان جواباً أولياً إلا أنّه يعدّ ذا وجهة كبيرة، لاسيما بالنظر إلى حداثة فكرة الرقابة الدستورية في ذلك الوقت، ويكفي للاعتراف بأهمية مقالته أنها أثارت هذا السؤال الذي لم يكن واردًا حينها في المجال الدستوري من الأساس، خصوصاً مع توجّس البعض من اختصاص القضاء بالرقابة الدستورية بسبب غياب النصّ الدستوري عليها<sup>2</sup>.

وعلى إثر هذه المقالة اتّجهت المعالجات الفقهية لدراسة مدى إمكان قيام عيب الغاية من جانب السلطة التشريعية، ولأن السنهوري قد ركّز على التجربة الإدارية فاقتبس معظمها ثمّ قام بتطبيقها على ما يصدر من تشريعات قانونية؛ فإنّ المعالجات الفقهية قد سلكت الزاوية نفسها في النظر.

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 60.

<sup>2</sup> رغم حسم مجلس الدولة المصري مسألة الجواز إلا أنّ جانباً من الفقه بقي رافضاً لمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين لغياب النصّ المنشئ لها، وفي توثيق ذلك يقول الفقيه عوض المر: "لم تلق الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر منذ 1923 ميادين رحبة تجول فيها. ذلك أنّ بعض الفقهاء ظلوا معاندين لها حتى صدور دستورها الدائم في 1971". يُنظر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 205.

توجّهت معظم البحوث لدراسة الموضوع ليس من زاوية اختصاص القضاء الدستوري عمومًا، وإنما من زاوية التشريعات القانونية خصوصًا، ونتج عن ذلك إغفال الحديث عن رقابة القضاء الدستوري على اللوائح حين تتحرف بالغاية عن الدستور، وكذلك إغفال الحديث عن الرقابة الدستورية على التعديلات الدستورية حين تُصاب بالداء نفسه، وهكذا قصرت معظم الكتابات ذات الصلة؛ الانحراف في المجال الدستوري على الانحراف الذي يصيب القوانين، رغم إجماع الفقه على اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على القوانين واللوائح في الحد الأدنى، إلى جانب اتجاه جمع غير قليل لتأصيل اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية.

إنّ الزاوية التي تبناها السنهوري لمعالجة الموضوع مفهومة في سياقه، لأنه أراد حلّ مشكلة واقعية تتمثل في مدى خضوع غاية القانون تحديدًا للرقابة الدستورية، وكان حريصًا على إيضاح ذلك في تمهيد بحثه إذ يقول "أحبُّ أن أُنبه القارئ منذ البداية أنني لا أقوم هنا ببحث فلسفي، بل ولا ببحث يرمي إلى إصلاح في النظام الدستوري القائم، ولكنني أقوم ببحث واقعي عملي<sup>1</sup>".

ولعلّ الذي دفع السنهوري إلى التركيز على القوانين وغيّص النظر عن اللوائح هو أنّ جانب الإدارة كان مأمونًا آنذاك بحكم استقرار منهج الرقابة الإدارية على فحص الانحرافات التي تشوب عنصر الغاية في تشريعات الإدارة لاسيما بعد نشوء مجلس الدولة، فكان القضاء الإداري يقف حاميًا ثغور الحقوق الفردية في مواجهة الإدارة، أما السلطة التشريعية فلم يكن خضوعها للرقابة الدستورية مستقرًا ولا واضح المعالم، وهو ما دفع السنهوري للمبادرة إلى توضيح نطاق الرقابة لتشمل كافة جوانب التشريع. وعند الإمعان في ظروف السياق الذي كُتبت فيه المقالة؛ يمكن عزو اقتصار السنهوري حديثه على انحراف القوانين دون بقية التشريعات إلى أسباب ثلاثة:

---

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص3.

**أولها-** أن نظام الرقابة الدستورية حينها كان لامركزيًا، فلم يكن هناك نص ينشئ قضاء دستوريًا مستقلًا، بل كان مجلس الدولة المصري قد قرّر اختصاص القضاء بالرقابة الدستورية ممتنعًا عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور استنادًا إلى أن هذه الرقابة جزء من العمل القضائي<sup>1</sup>، ولمّا كان قانون إنشاء مجلس الدولة قد أولى محكمة القضاء الإداري مهمّة الفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية دون غيرها<sup>2</sup>، فقد اقتصر نظر القضاء العادي على القوانين وحدها استجابةً لتوزيع الاختصاص القضائي آنذاك، إذ لم يكن مشروعًا للقضاء العادي أن ينظر في مشروعية اللوائح في ظل وجود القضاء الإداري فضلًا عن النظر في دستورتها، ويمكن القول أنّ لامركزية الرقابة الدستورية قد تفرّغ عنها لامركزية الحديث عن الفكرة نفسها.

**ثانيها-** أنّ السنهاوي من خلال الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري بعدم مشروعية القرارات المشوبة بعيب الانحراف وبوجود نصٍ صريح يمنح القضاء الإداري صلاحية إلغاء القرارات الإدارية المشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة؛ كان قد اطمأنّ يقينًا إلى أن الرقابة الدستورية على الغاية من اللوائح لا إشكال فيها، فأبطل القرارات الإدارية لتعارضها مع القوانين على أساس فكرة الانحراف لازمه إمكان إبطالها لتعارضها مع الدستور على الأساس ذاته، لأنّ قبول الرقابة على مشروعية اللوائح يقتضي قبول الرقابة على دستورتها من باب أولى، ولأنّ السوابق القضائية كانت تخلو آنذاك من حكمٍ يقرّر عدم دستورية قانون بسبب انحرافه عن الغايات الدستورية، فقد اقتضت الحاجة الواقعية آنذاك تسليط الضوء على الانحراف بالغاية حين يقع من المشرّع العادي تحديدًا.

---

<sup>1</sup> رمزي الشاعر، **النظام الدستوري المصري**، مرجع سابق، ص 1400-1401.

<sup>2</sup> الفقرة 6، المادة 4، القانون رقم 112 لسنة 1946 بشأن إنشاء مجلس الدولة. فحوى النص: تختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المسائل الآتية ويكون لها فيها دون غيرها ولاية القضاء كاملة: ... (6) الطلبات التي يقدمها الأفراد بإلغاء القرارات الإدارية النهائية إذا كان مرجع الطعن عدم اختصاص الهيئة التي أصدرت القرار المطعون فيه أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها أو إساءة استعمال السلطة. ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض أو امتناع السلطة الإدارية عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقًا للقوانين أو اللوائح.

ثالثها- لعلّ حداثة الرقابة الدستورية قد ساهمت في قُصر معالجة السنهوري للموضوع على التشريعات العادية دون اللائحية، فقد كانت الرقابة الدستورية عمومًا في بداية مولدها، فأراد السنهوري أن يعجّل إلى توجيه القضاء بعدم رفض أعمال نظرية الانحراف عند الرقابة الدستورية على القوانين قبل أن يصدر حكمٌ من القضاء بالرفض فيصعب العدول عنه في لاحق الأحكام، خصوصًا وأنّ الرقابة الدستورية نفسها كانت ما تزال محلّ تساؤل لدى البعض، فأراد السنهوري بمقالته أن يذهب بها إلى أقصى ما يمكن، قاطعًا بذلك أشواطًا بعيدة على القضاء الدستوري في مناقشة مدى اختصاصه بكلّ عنصر من عناصر التشريع.

وأيا ما يكن من أمر، فلقد كان واجبًا على فقهاء القانون الدستوري بعد تحوّل نظام الرقابة في مصر من الرقابة اللامركزية إلى الرقابة المركزية أن يُعيدوا النظر في تلك الزاوية، فيجعلوا العدسة الموجهة؛ هي الرقابة الدستورية ويتفرع عنها الرقابة على الغاية إنّ في التشريعات العادية أو اللائحية، فالنظر إلى الموضوع من زاوية السلطة التشريعية لم يعد له ما يبرّره مع صراحة نص قانون المحكمة العليا على اختصاصها الحصري بالرقابة على القوانين واللوائح<sup>1</sup>.

ومن القلائل الذين صحّحوا زاوية النظر وعالجوا الموضوع من زاوية الرقابة الدستورية على الغاية التشريعية وليس من زاوية الرقابة الدستورية على القوانين فحسب؛ الدكتور عبدالرحمن كحيل، فلم يقتصر على ما يصدر عن السلطة التشريعية، وإنما مدّ النقاش لما يصدر عن السلطتين التأسيسية المنشأة والتنفيذية كذلك<sup>2</sup>. وهذه الزاوية هي التي نرى أنّها الأدق، ولهذا نسلّم المسلك ذاته، لأنّ

---

<sup>1</sup> معظم الكتابات الفقهية التي أصّلت موضوع الانحراف بالغاية نُشرت في مرحلة الرقابة المركزية في مصر، وبالرغم من ذلك بقيت معظم الكتابات تعتمد النهج السنهوري في معالجة الموضوع معالجةً جزئيةً تقف عند الرقابة الدستورية على القوانين.

على سبيل المثال: عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، عام 2001. وكذلك: محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، عام 2013. وكذلك: محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، عام 2018، وكذلك: رمضان عيسى، الانحراف التشريعي، عام 2020، وغيرهم كثير.

<sup>2</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 189 وما بعدها.



الحديث عن الفكرة ينبغي أن يكون من زاوية اختصاص القضاء الدستوري، لا من زاوية السلطة التشريعية وحدها، وما دام اختصاص القضاء الدستوري ممتدًا إلى القوانين واللوائح- في الحد الأدنى- فلا يصح قصر المسألة على ما يصدر عن السلطة التشريعية فحسب.

وبذلك فإنّ المفارقة الثانية للتصوّر السنهاوري في موضوع الرقابة الدستورية على الغاية؛ تتمثل في زاوية النظر للموضوع، فإذا كان السنهاوري أصلًا للموضوع بعدسة مُحدّبة تقصر الأمر على عيب الغاية في القوانين دون اللوائح والتعديلات الدستورية، فإننا ننظر إلى الموضوع بعدسة مُقعّرة تشمل عيب الغاية الذي يطراً على التشريع عمومًا أيًا كان نوعه، ذلك أننا نعالج الموضوع من جهة اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على الغاية، وليس من زاوية سلطة البرلمان في التشريع، وقد سبق إلى استعمال العدسة المقعّرة الدكتور عبدالرحمن كحيل بنظره إلى الموضوع من زاوية تشمل كلّ ما انطبق عليه وصف التشريع.

### الفرع الثاني- مناقشة مدخل السنهاوري في تبني نظرية الانحراف

يُقدّم السنهاوري الرقابة على الغاية بواسطة نظرية الانحراف في السلطة التشريعية كامتداد تطوّري لمرحلتين سابقتين، حيث تبدأ الفكرة من منظوره بنظرية التعسف في استعمال الحق، ثم تتطوّر في مرحلتها الثانية لتأخذ تموضعها في القضاء الإداري تحت مسمى نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، لتأتي بعد ذلك نظرية انحراف البرلمان في استعمال السلطة التشريعية كمرحلةٍ ثالثة لهذا التطوّر<sup>1</sup>، وهو التصوّر الذي تبناه معظم الفقهاء والباحثين من بعده<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> إذ يقول: "الانحراف في السلطة التشريعية يأتي في تقديرنا بمثابة مرحلة تطوّر ثالثة تتوّج مرحلتين سابقتين، تتمثلان في نظرية التعسف في استعمال الحق وفي نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية." عبدالرزاق السنهاوري، مرجع سابق، ص59.

<sup>2</sup> ينظر مثلاً: عبدالمنعم عبدالحميد شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص32. محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج1، مرجع سابق، ص318. شادي محمد عبدالديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص517.

ونحن إذ نتفق معه على وجود أصلٍ واحدٍ لهذه النظريات الثلاث، إلا أننا نختلف معه في عدّها تطوُّراً على ثلاث مراحل، فمن جهةٍ أولى: لا يمكن وصف العلاقة بين النظريات الثلاث بأنها علاقة تطوُّر أو تمرُّح، لأن مقتضى تطوُّر النظرية أن تذهب النظرية السابقة وتحل محلّها النظرية الجديدة بالكليّة، أو أن يطرأ عليها تطوُّر داخلي يغيّر في فرضياتها أو معطياتها، فإذا طرأ ذلك التحوُّل أخذت النظرية وضعاً جديداً وأصبحت المرحلة الماضية جزءاً من تاريخها<sup>1</sup>. ومن الواضح أن الحال ليس كذلك بالنسبة للنظريات الثلاث، فنظرية التعسف في استعمال الحق معمولٌ بها إلى اليوم في مجال المعاملات الفردية، إذ لم يتوقف العمل بها عند نشوء نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية بل بقيت كما هي دون تأتّر بقيام النظرية الثانية<sup>2</sup>، وكذلك نظرية الانحراف بالسلطة الإدارية ما تزال هي الرائدة في المجال الإداري، فهي لم تُزل بنشوء نظرية الانحراف في المجال الدستوري<sup>3</sup>، وهذا يثبت أن العلاقة بين تلك النظريات ليست علاقة تطوُّر كما وصفها السنهاوري، لأن الدخول في مرحلة جديدة في نظرية ما يعني انقضاء المرحلة السابقة، بحيث لا يعود لها تطبيق في الواقع، أو بحيث يختلف تطبيقها اختلافاً جوهرياً عما كان عليه الحال قبل تطوُّرها، لأن المرحلة الجديدة في عملية تطوُّر النظرية تهيمُن على ما مضى.

---

<sup>1</sup> يمكن التمثيل على ذلك بتطور نظرية القانون من القانون الطبيعي إلى القانون الوضعي، حيث كانت نظرية القانون الطبيعي هي الرائدة، ثم تطوّرت فحلّت فكرة القانون الوضعي محل فكرة القانون الطبيعي، وأصبحت هذه الأخيرة جزءاً من تاريخ القانون.

<sup>2</sup> يدل على ذلك نهج قضاء محكمة النقض في مصر، فلا تزال تعمل بنظرية التعسف في استعمال الحق في مجال المعاملات الفردية، ومن أحدث الأحكام قضاء محكمة النقض بأن "سلطة رب العمل في إنهاء عقود عمل بعض عماله ليست مطلقة وإنما هي سلطة مقيدة بتوفر المسوغ المشروع لذلك مقرونا بعدم التعسف في استعمال الحق". يُنظر: محكمة النقض، الطعن رقم 5731 لسنة 90 قضائية، 31 أغسطس 2021، برئاسة عاطف الأزهر. (ش.ق.ش| ر.م 1200371)

<sup>3</sup> ومن أحدث الأحكام الإدارية في هذا الشأن ما انتهت إليه محكمة القضاء الإداري من أنه "لا يجوز لجهة الإدارة الرجوع عن إجراءاتها وعدم إتمام البيع إلا لأسباب مشروعة تبرر ذلك وتكون مستهدفة به المصلحة العامة، وذلك كله تطبيقاً لمبدأ جامع عام هو من مبدأ عدم جواز إساءة استعمال الحق أو التعسف في استعمال السلطة أو الانحراف بها حيث يكون رفض استكمال إجراءات البيع- في الحالة المعروضة رفضاً تعسفياً يكشف عن الانحراف في استعمال السلطة والحق". محكمة القضاء الإداري، الحكم رقم 5659 لسنة 71 قضائية، 26 يونيو 2018، برئاسة فتحي إبراهيم محمد توفيق. (ش.ق.ش| ر.م 406838)

كما أن تطوّر النظرية يتحقّق حين تتغيّر في المجال الواحد، أما حين تتعدد المجالات فلا يعد ذلك تطوّرًا للنظرية، وإنما هو اقتباس لها، أو إعادة توظيف لها في مجالٍ آخر، وهو الحال بالنسبة لنظرية الانحراف، فهي مقتبسة عن نظرية التعسف المعروفة في الفقه الإسلامي، حيث إن القضاء الإداري في مصر عندما أراد أن يسلك نهج المحاكم المختلطة في الرقابة على الغاية؛ كان قد استقى لبّ نظرية الانحراف باستعمال السلطة من نظرية التعسف ثم أعاد بلورتها في سياق المجال الإداري مراعيًا الاختلاف بين المجالين الإداري والفردى، وكذلك فعل السنهوري حين أعاد توظيف فكرة التعسف في مجال القانون الدستوري سيرًا على هدي القضاء الإداري، وتلك العملية أقرب إلى الاقتباس منها إلى التطوير.

وقد أصاب فقهاء القانون الإداري - قبل مقالة السنهوري - في وصف العلاقة بين نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الخاص وبين نظرية الانحراف في القانون العام، ولعلّ من أدقّ التعبيرات في وصف تلك العلاقة ما ذكره الفقيه جوسران من "أنّ الرابطة بين نظرية التعسف في القانون الخاص، والانحراف في القانون العام، تفرض نفسها بنفسها: فما كانا إلا فرعين وارفين لأصل مشترك، وصدى لفكرة واحدة" ويضارّع ذلك في الدقّة ما قاله العميد هوريو من "أن أساس النظريتين واحد وهو أن العضو لم يراع المسلك الذي يجب عليه سواءً في استعمال حقوقه أو وظائفه<sup>1</sup>"، ونضيف في المجال الدستوري: أو سلطاته.

وقد أحسن الطماوي قراءة العلاقة بين نظريتيّ التعسف والانحراف في السياق المصري، وذلك لدى قوله بأنه "إذا كان الفقهاء قد اختلفوا في فرنسا على مصدر كل من النظريتين، فإن ذلك لا محلّ

---

<sup>1</sup> لويس جوسيران، روح الحقوق ونسبيتها: النظرية المعروفة بإساءة استعمال الحقوق، 1939، ص 259، 262، نقلًا عن: سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 153، 154، البيانات بالأجنبية:

Louis Josserand, *L'esprit des droits et de leur relativite: theorie dite de l'abus des droits*, paris Librairie Dalloz, 1939, p259, 262.

له في مصر، فإن القضاء عندنا يعتبر الإدارة منحرفة إذا ما استعملت سلطاتها استعمالاً تعسفياً، وبمعنى آخر إن نظرية الانحراف في مصر هي وليدة نظرية التعسف<sup>1</sup> وكذلك نظرية الانحراف في المجال الدستوري هي الأخرى وليدة نظرية التعسف، فمرجع النظريات الثلاث هي فكرة التعسف المعروفة في الفقه الإسلامي.

ثم إن الاعتقاد بأن فكرة التعسف في استعمال الحق كانت مقصورة على المجال المدني هو اعتقاد خاطئ، فربما صحّ هذا القصر بالنسبة لحضورها في القانون المدني الوضعي، لكنها في مجال الفقه الإسلامي قد اتسعت من قديم لكل المجالات بما في ذلك المجال الدستوري المتعلق بالتشريع، ذلك أن "معايير نظرية التعسف لا تقتصر على الحريات العامة، بل يتسع مجالها ليشمل الخطط التشريعية في الاستنباط والتطبيق على السواء، فالمرجع يلتزم بها ليدراً ما عسى أن يسفر عنه اجتهاده من نتائج لا تتفق مع الأصل العام الذي قام عليه التشريع من اعتبار المصالح في التشريع، وإناطة التشريعات بالمصلحة الراجحة<sup>2</sup>" وهذا يُفسر أن مردّ النظريات الثلاث هو فكرة التعسف، وما تعدد النظريات إلا تعدد في مجالات إعمالها، وليس تعددًا في مصدر الفكرة، فلا ينبغي أن يوهّم اختلاف المسميات باختلاف مصادر النظرية.

### الفرع الثالث - مدى أسبقية مقالة السنهوري على قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة

رغم ما حازت عليه مقالة السنهوري من فضل السبق في السياق العربي؛ بوَدنا أن نصحّ ظناً شائعاً في الكتابات العربية يذهب للقول بأن مقالة السنهوري كان لها فضل السبق حتى على أحكام قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، وأنّ السنهوري "باجتهاده هذا قد تخطى بكثير القضاء الأمريكي، ذلك أن المحكمة العليا الأمريكية لم تتعرض لعباب الانحراف لتجعل منه نظرية

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 154.

<sup>2</sup> فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008، ص 25.

عامة متكاملة، وإن كان ذلك لم يمنعها من مناقشة بواعث التشريع في بعض المناسبات المختلفة<sup>1</sup>، وأن "المحكمة العليا لم تتعرض لعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية"<sup>2</sup>.

هذا القول لا يبدو صحيحًا عند الإمعان في أحكام المحكمة العليا عن كذب وفحص اتجاهاتها عبر مسارٍ زمني مُتّصل، فالمحكمة العليا وإن لم تُعبّر بلفظ الانحراف فإنها قد عبّرت عن الفكرة ذاتها تحت مسميات أخرى، ففي واحدٍ من أولى أحكامها عام 1798 أكدت على أن مجموعةً من المبادئ سوف تُحدّد لمواجهة إساءة استعمال السلطة التشريعية حينما يكون واضحًا وصارخًا، مؤكّدة على أنها سوف تتصدّى للتشريعات التي تصدر لنزع ضمانات الحرية الشخصية أو لشرعنة الظلم بشكلٍ واضح، وهي في هذا الحكم تستعمل مصطلح "إساءة استعمال السلطة التشريعية abuse of legislative power"<sup>3</sup> وهو المصطلح الذي يُتداول بكثرة في الكتابات العربية كمرادف لمصطلح الانحراف في استعمال السلطة<sup>4</sup>.

وكان قضاة المحكمة العليا من بعد حكم مارشال الشهير عام 1803- الذي أرسى فيه مبدأ المراجعة القضائية Judicial Review- قد خاضوا نقاشات عديدة حول ما إذا كانت الرقابة على إساءة استعمال السلطة من اختصاصات المحكمة العليا أم من اختصاص محاكم الولايات<sup>5</sup>، وحول ما إذا كان احتمال إساءة استعمال السلطة من شأنه أن يؤثر على وجود السلطة نفسها<sup>6</sup>، وحول ما إذا كان الدستور قد ابتغى مواجهة كافة صور إساءة استعمال السلطة أم أنه لم يبتغ ذلك<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، هامش 1، ص 63.

<sup>2</sup> محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج 1، مرجع سابق، ص 165.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، كالد ضد بول: (1798) 3 U.S. 386, 388 Calder v. Bull.

<sup>4</sup> غير أن التفرقة في الاستعمال بين المصطلحين مهم، وسيأتي الحديث عنه في الفصل الثاني.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، سلوكوم ضد ميربيري: (1817) 15 U.S. 1, 4 Slocum v. Mayberry.

<sup>6</sup> المحكمة العليا، براون ضد ماريلاند: (1827) 25 U.S. 419, 431-432 Brown v. State of Maryland.

<sup>7</sup> المحكمة العليا، بنك بروفينس ضد بيلينغز: (1830) 29 U.S. 514, 563 Providence Bank v. Billings.

كما أن محاكم بعض الولايات قد استعملت في أحكامها تعبير "إساءة استعمال السلطة abuse of power" فقضت بأنها لا تراقب السلطة التقديرية للمشرع ما لم يثبت لها وجود إساءة في استعمال السلطة بشكلٍ واضحٍ ملموس<sup>1</sup>.

ومن المهمّ التنويه إلى أن المحكمة العليا كثيرًا ما عوّلت على الهيكل الدستوري للدولة في مواجهة إساءة استعمال السلطة، لاسيما عند فحص دستورية الضرائب، فقد قضت في العديد من أحكامها أن سلطة فرض الضرائب ضرورية، وأن المشرّع يتمتّع بها إلى أقصى حدٍ يقدره، وأن الضامن الوحيد ضد إساءة استعمال هذه السلطة موجود في هيكل الحكومة نفسها<sup>2</sup>.

ومع أن المحكمة العليا تداولت مصطلح إساءة استعمال السلطة في العديد من أحكامها إلا أنها لم تباشر الرقابة الدستورية على الغاية من خلال هذا المصطلح، فمنهج الرقابة الدستورية الذي اعتمده المحكمة العليا- أو ما يُسمّى مبدأ المراجعة القضائية Judicial Review- قد بُني في أساسه على فحص مشروعية الغاية في كل ما يعرض على المحكمة العليا من منازعات دستورية بما في ذلك المنازعات حول دستورية التشريعات<sup>3</sup>، وقد ابتكرت المحكمة العليا لذلك ما يُسمّى في الفقه الأمريكي مستويات التدقيق الثلاثة، أو ما يُعرف بمنهج التدقيق المتدرّج، وهو المنهج الذي يجعل من مدى مشروعية الغاية بوسيلة الحكم في النزاعات الدستورية لدى المحكمة العليا.

وحتى لا يكون هذا القول ادّعاءً منزوعًا من الدليل؛ نورد فيما يلي موجزًا مُقتضبًا لمنهج المحكمة العليا في الرقابة الدستورية على الغاية وفق المسار الزمني لأحكامها، خصوصًا أن المراجع العربية

---

<sup>1</sup> ولاية أوهايو، أليون ضد توليدو: (1919) 237, 238 N.E. 237, 416, 420, 99 Ohio St. 416, 420, 124 N.E. 237, 238 (1919) Allion v. City of Toledo.

ولاية أوهايو، فيلدمان ضد سينسيناتي: (1937) 531, 541 (S.D. Ohio 1937) Feldman v. City of Cincinnati.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، مكولوتش ضد ولاية ماريلاند: (1819) 16 (U.S., 1819) M'Culloch v. State, 1819 WL 2135, at \*3, 16 (U.S., 1819).

<sup>3</sup> وقد أصاب الدكتور عادل عمر الشريف بقوله عن الرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية: "يُعتبر مبدأ المراجعة القضائية أداة تصحيح ضد إساءة استعمال السلطة." يُنظر مؤلفه: القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص30.

لم تقب هذا الموضوع حقّه<sup>1</sup>، فلم أجد فيما اطّلت عليه حول موضوع الرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية من تناول مستويات الرقابة الثلاثة التي تُعدّ أساسيةً في الفقه الأمريكي وقضاء المحكمة العليا عند الحديث عن الرقابة الدستورية عمومًا أو الرقابة على الغاية خصوصًا، لكنّ الكتابات العربية التي حامت حول هذا الموضوع كانت قد وقفت عند مبدأ الأساس العقلاني Rational basis<sup>2</sup>، وهذا المبدأ هو جزء يسير جدًّا من مسلك المحكمة العليا في موضوع الرقابة على الغاية، ولذلك ارتأينا أن ننفق الصفحات القادمة لعرض خلاصةٍ حول ذلك<sup>3</sup>، على أننا سوف

---

<sup>1</sup> تحدث الدكتور عماد الدين الوقاد عن فكرة الانحراف التشريعي في النظام الأنجلو أمريكي، غير أنه أعاد الأمر إلى بداية متأخرة عن البداية الفعلية، فهو يشير إلى قضية عام 1915 التي انتهت فيها المحكمة العليا إلى عدم دستورية تشريع صُمم لغرض حرمان ذوي البشرة السوداء من ممارسة الحق في التصويت. وهذه الإشارة وإن كانت صحيحة لكنها ليست الأولى، فقد سبقتها أحكام كثيرة كما وضّحنا في المتن. ثم إن الأمثلة التي ساقها وإن كانت تصب في الرقابة على الغاية، إلا أنها لا تُعبّر عن مجرى تطور فكرة الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع في قضاء المحكمة العليا. يُنظر: عماد الدين عبدالله الوقاد، **الانحراف بالسلطة القضائية**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2007، ص 49-51.

<sup>2</sup> أشار لهذه الفكرة الفقيه الكبير أحمد كمال أبو المجد، ومن الطبيعي ألا يشير إلى فكرة الرقابة المتدرجة في مؤلّفه القيم، فقد كانت الفكرة ما تزال في طور النشوء، ولم تتبلور على حالها الذي وصلت إليه اليوم واستقرّت إليه حينما كتب رسالته. يُنظر كذلك: هشام محمد فوزي، **رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر: مع تحليل الأحكام الدستورية في البلدين**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006/2007، ص 343 وما بعدها. حيث أشار للعديد من القضايا التي تضمّنت إعمالاً لفكرة الأساس العقلاني.

<sup>3</sup> كنت قد عدت العزم على تناول موقف المحكمة العليا في الولايات المتحدة ضمن هذه الأطروحة، وقد عكفتُ شهرًا على دراسة النصوص الأصلية لأحكام المحكمة العليا، وتفكّرت في كتابات الفقه الأمريكي حول المسألة؛ فانكشف لي بُعد الفارق بين النظامين المصري والأمريكي، ولقد حاولت الدمج بينهما غير مرّة، لكنّ الاختلافات الجوهرية بين النظامين كانت تُقضي إلى دمج غير دقيق، فليس الاختلاف بين النظامين مقتصرًا على هيكل كل منهما، بل يمتد الاختلاف إلى كافة التفاصيل، فحتى على صعيد المصطلحات، تختلف الحمولة الدلالية للمصطلح الواحد في كل نظام، فمثلًا مصطلح الحكومة Government، في النظام الأمريكي يشير إلى كافة السلطات في الدولة بما في ذلك السلطتين التشريعية والتنفيذية، فقد يطلق لفظ الحكومة في موضع ويُراد به السلطة التشريعية وقد يطلق في موضعٍ آخر فيراد به السلطة التنفيذية، بينما مصطلح الحكومة في النظام المصري لا يمكن أن يشير إلى السلطة التشريعية أبدًا، فلا يطلق لفظ الحكومة في السياق المصري إلا ويُراد به السلطة التنفيذية وحدها، وهذا مثالٌ يسير من أمثلةٍ عديدة أشد تعقيدًا.

علاوةً على أن بعض الأفكار التي نوقشت في السياق المصري حول موضوع الغاية وإن كانت موجودة في النظام الأمريكي إلا أن وجودها كان نتاج مقدمات تاريخية ونظرية مختلفة تمامًا عن تلك التي قادت لنشوء الفكرة في السياق المصري، وإزاء كثافة المعلومات والتطبيقات والتفاصيل التي جمعناها فيما يخص النظام الأمريكي، وكلمًا نضج الفهم حول هذا النظام أكثر؛ ازدادت قناعاتي بأن المقارنة بين النظامين في موضوع الرقابة يقتضي عقد مقارنة بين تاريخ كل نظام ومركزاته، وهو أمرٌ يستدعي بحثًا طويلًا يخرج عن موضوع هذه الأطروحة، فلمّا انكشف لي ذلك تدبّرت في أمري وتخيّرت اقتصار الأطروحة على النظامين المصري والقطري، ولعلّ الله يفتح لي في قابل الأيام عرض موقف المحكمة العليا في مؤلّف مستقل، خصوصًا وأن التجربة الأمريكية في هذا الصدد تجربة غنية للغاية، وفيها كثافة تذهل النظر، وتشدّ البصر، ولست أبالغ عند قولني بأن موضوع موقف المحكمة العليا الأمريكية من الرقابة على الغاية لا يزال يكرّز في العالم العربي، ولهذا آثرت أن أعرض موجزًا عنه في الصفحات القادمة قصد تحقيق الفائدة والنفع، ولتكون هذه الصفحات البسيطة مدخلًا للبحث في هذا الموضوع في الكتابات العربية إن لم يتيسّر لي إتمامه.

نكتفي بتبيان منحج المحكمة العليا في الرقابة على الغاية دون أن نعرض للانتقادات والمحاسن التي ساقها الفقهاء الأمريكيون بشأنه، فلن نقف عند مواطن القوة أو الضعف، بل سنكتفي بالعرض والوصف، إذ الغاية مما سيأتي هي تصحيح الظن الشائع بأسبقية السنهاوري على المحكمة العليا في مقالته، وإثبات أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة كانت على وعي بموضوع الرقابة الدستورية على الغاية منذ فجر تاريخها.

باشرت المحكمة العليا الرقابة على الغاية بدءاً من قضية (مكالوتش ضد ماريلاند عام 1819)، فقد انتهت لعدم دستورية قانون ولاية ماريلاند الذي قرّر فرض ضريبة على بنوك الولاية بما في ذلك فرع بنك الولايات المتحدة الثاني الذي أنشأه الكونغرس، حيث رأّت المحكمة أن قانون الولاية مخالف للدستور لأن الهدف منه إعاقة العمليات البنكية لبنك الولايات المتحدة، وذلك إما بطرد بنك الولايات المتحدة بفرع بالتيمور من الولاية، أو بجمع إيرادات لصالح الولاية على حساب مصلحة البنك الذي أنشأه الكونغرس، وهو الذي اعتبرته المحكمة هدفاً غير مشروع بموجب الدستور<sup>1</sup>.

في القضية نفسها ناقشت المحكمة العليا مدى دستورية قانون الكونغرس بإنشاء البنك الثاني للولايات المتحدة، وانتهت إلى دستوريته لارتباطه ارتباطاً وثيقاً بالغايات الدستورية المتصلة بعائدات الحكومة، فلا يمكن اعتباره غير دستوري، ورأّت المحكمة أن القول بعدم دستورية هذا القانون يقتضي إثبات انعدام العلاقة العادلة بين هذه الوسيلة وبين تحقيق الواجبات التي تقع على عاتق الكونغرس، وهو ما نفّته عن قانون إنشاء البنك الثاني للولايات المتحدة، وعدّته وسيلة مشروعّة لتحقيق الغايات التي كلف الدستور الكونغرس بها<sup>2</sup>. وخلال القرن التاسع عشر، استمرت المحكمة في ربط الوسائل بالغايات ومحاكمة الغايات التي يستهدفها المشرّع إلى النصوص الدستورية، حيث

<sup>1</sup> المحكمة العليا، مكولوتش ضد ولاية ماريلاند، حكم سابق، ص 436.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، مكولوتش ضد ماريلاند، حكم سابق، ص 421.



قررت بأن فرض الضرائب وطلب التراخيص صلاحيات مقررة للولايات بموجب الدستور، لكنها تغدو غير دستورية عند استخدامها لغايات التمييز ضد السلع الأجنبية أو شركات التصنيع في ولايات أخرى، وأكدت المحكمة "أن هذه الصلاحيات تكون دستورية عند استخدامها لغرض دستوري ومشروع، لكنها تغدو غير مشروعة مخالفة للدستور عند استخدامها لتحقيق غاية غير مشروعة أو غير دستورية، بصرف النظر عن الشكل الذي قد يتخذه التشريع، وبصرف النظر عن ألفاظه وصياغته، فإن المحكمة ستنزع التمويهات عن التشريع، وستحكم على الغاية بناءً على القصد الواضح الذي ينعكس في النتيجة النهائية للتشريع"<sup>1</sup>.

تطبيقاً لذلك، في قضية (براون ضد ماريلاند 1827) طُعن على تشريع يتطلب الحصول على ترخيص مقابل خمسين دولاراً لاستيراد السلع الأجنبية وبيعها، فقضت المحكمة العليا بعدم دستوريته على سندٍ من أن حقيقة هذا التشريع هي فرض ضريبة على الواردات الأجنبية تحت ستار الترخيص، وهو ما يعدُّ سلطةً للكونغرس وحده لا يحقُّ للولايات مشاطرته فيها<sup>2</sup>، وبينت المحكمة أنه حتى لو ثبتت هذه السلطة للولاية فإن الغاية المستهدفة هي زيادة الإيرادات وليس تنظيم التجارة الأجنبية، وهذا الأخير هو الغرض المشروع لفرض الضريبة على استيراد السلع الأجنبية تحديداً، مؤكدة أنه في بعض الأحوال يمكن سن التشريع لغرض ما، ويكون المقصود غرضاً آخر، وفي حال ثبوت ذلك فإن مثل هذا التشريع يكون غير دستوري<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة العليا، ويلتون ضد ميسوري: (U.S.,1868) 12 \*11062, at 12 (U.S.,1868) Woodruff v. Parham, 1868 WL 11062, at \*12 (U.S.,1868)

وكذلك: وودروف ضد بارهام: (U.S.,1875) 275, 282. (U.S.,1875) Welton v. Missouri, 91 U.S. 275, 282.

<sup>2</sup> الفقرة الثامنة، المادة الأولى، دستور الولايات المتحدة الأمريكية.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، براون ضد ماريلاند، وفي قضية هيندرسون ضد عمدة مدينة نيويورك كان التشريع الطعين يتطلب من ربان السفينة إما تقديم تعهد بتعويض بلديات الولاية مقابل أي نفقات لإغاثة أو دعم ركاب السفينة، أو دفع مبلغ معين عن كل راكب يصل إلى ميناء الولاية، فوجدت المحكمة بطلان هذا القانون بسبب بطلان غايته، ذلك أن القانون في نتيجته النهائية يفرض ضريبة على ملاك السفن عن كل راكب، وهو ما يخرج عن اختصاصات الولايات بموجب الدستور ويشكل نتيجة غير مشروعة. البيانات بالأجنبية:

ثم في مطلع القرن العشرين، أسست المحكمة العليا في قضية (لوشنر ضد نيويورك 1905) اختبار الأساس المنطقي "Reasonable basis test" وكان السؤال الذي ينبغي أن يُجاب عنه وفق اختبار الأساس المنطقي هو ما إذا كان التشريع المطعون عليه عادلاً ومعقولاً ومناسباً أم أنه تشريع تعسفي، وتعلقت القضية بتشريع أصدرته ولاية نيويورك وفق ما تتمتع به من "سلطة الضبط police power"، حيث نصّ على منع الخبازين من العمل لما يزيد عن ستين ساعة في الأسبوع أو لما يزيد عن عشر ساعات في اليوم، وكانت الغاية المعلنة لهذا القانون هي الحفاظ على صحّة الخبازين وجودة المخبوزات، وعند إخضاع التشريع لاختبار الأساس المنطقي وجدت المحكمة أن العمل لساعات طويلة في مهنة الخبز لا يعرّض صحة الموظفين للخطر ولا يؤثّر على جودة المخبوزات، فالعلاقة بين غاية وجودة المخبوزات وغاية حفظ الصحة ضعيفة للغاية، إذ من غير المنطقي أن يكون عمل الخباز لعشر ساعات مقبولاً ولا يكون عمله لعشر ساعات ونصف مقبولاً بحجّة إضراره بالصحة العامة وجودة المخبوزات، وعلى ذلك انتهت إلى أن النتيجة النهائية لهذا التشريع تشكّل تقييداً للحرية في العمل، وفيها "تدخل تعسفي Arbitrary interference" في حرية التعاقد، وأن انعدام العلاقة بين المحل والغاية يثير الشكوك بأنّ غايات أخرى - غير الصحة العامة وجودة المخبوزات - قد سيطرت على المشرّع عند إصدار هذا التشريع<sup>1</sup>.

وقد استمرت المحكمة في اعتماد هذا الاختبار عند فحص النصوص المطعون على دستورتيتها حتى قضية (الولايات المتحدة ضد شركة منتجات كارولين 1938) ففي هذه القضية اتخذت

---

Brown v. State of Maryland, 1827 WL 3065, at \*5 (U.S.,1827) And: Henderson v. Mayor of City of New York, 1875 WL 17763, at \*8, 9 (U.S.,1875)

<sup>1</sup> المحكمة العليا، لوشنر ضد نيويورك، البيانات بالأجنبية:

Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 56, 64-62 (1905), overruled by Day-Brite Lighting Inc. v. State of Mo., 342 U.S. 421, (1952), and overruled by Ferguson v. Skrupa, 372 U.S. 726 (1963), and abrogated by W. Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)

المحكمة العليا مسارًا مختلفًا في الرقابة الدستورية على الغاية، حيث قرّرت بموجب الحاشية الرابعة من حكمها بأن النزاعات الدستورية المختلفة ستخضع لمستويات متفاوتة من الرقابة الدستورية بحسب طبيعة الموضوع، فعندما يكون النص المطعون عليه متصلًا بحق من الحقوق الأساسية في الدستور أو ينطوي على تمييز ضد الأقليات فإن المحكمة سوف تُخضع التشريع لأشدّ معايير الرقابة، وعندما لا يكون التشريع المطعون عليه متصلًا بالحقوق الأساسية في الدستور ولا يكون منطويًا على تمييز تعسفي فإن المحكمة سوف تتساهل في معيار الرقابة الذي تجريه<sup>1</sup>.

على هدي هذه الحاشية اعتمدت المحكمة في أحكامها اللاحقة مستويات ثلاثة من الرقابة الدستورية، عُرفت بنظام "الرقابة المتدرجة Tiered Scrutiny"<sup>2</sup> وبموجب نظام الرقابة المتدرجة ثمة درجات ثلاث من الرقابة: الرقابة المحدودة Limited Scrutiny، والرقابة الوسيطة Intermediate Scrutiny، والرقابة الصارمة Strict Scrutiny. وجميع هذه المستويات يتعلق بفحص مشروعية الغاية التي يستهدفها التشريع أولاً، وطبيعة العلاقة ما بين التشريع والغاية المستهدفة ثانياً، وطبيعة العبء الذي يفرضه التشريع مقابل الغاية التي يسعى لتحقيقها ثالثاً، ويأتي اختبار الأساس العقلاني كحدٍ أدنى للرقابة، بينما يأتي اختبار الفحص الصارم كحدٍ أقصى للرقابة، ويتوسّط الحدّين ما يُسمى اختبار الفحص الوسيط.

وعلى رغم وحدة العناصر التي تتركز إليها الاختبارات الثلاث، إلا أن مضمون العناصر المطلوبة لاجتياز كل اختبار يختلف بحسب درجة الرقابة، ففي جميع المستويات تبحث المحكمة عن الغاية المشروعة التي يستهدفها التشريع، لكن طبيعة الغاية المشروعة التي تستلزمها المحكمة للحكم

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الولايات المتحدة ضد شركة منتجات كارولين: (1938) 304 U.S. 144, 153

<sup>2</sup> مايكل جيرهاردت، السماح للكونغرس بأن يكون الكونغرس: تعليق على مستويات الرقابة، البيانات بالأجنبية:

Michael Gerhardt, **Letting Congress Be Congress: A Comment on Tiers of Scrutiny in Enumerated Powers Jurisprudence**, University of Chicago Law Review Online, Vol. 80, Iss. 1. P. 291, 297 (2013)

بدستورية التشريع تختلف باختلاف نوع الرقابة، وكذلك بالنسبة لطبيعة العلاقة بين التشريع والغاية،

وعلى من يقع عبء الإثبات وفق كل اختبار، ويمكن إيجاز ذلك في ثلاثة فروض عامة<sup>1</sup>:

**الفرض الأول** - إذا رأت المحكمة أن موضوع التشريع يستدعي إخضاعه لاختبار الأساس العقلاني، فإن المحكمة تبحث عن أي غاية مشروعة لتقضي بدستورية التشريع، فيكفي لرفض الدفع بعدم الدستورية أن يثبت للمحكمة وجود مصلحة مشروعة يسعى التشريع لتحقيقها، بصرف النظر عما إذا كانت فعلية أم مفترضة، إذ يجتاز التشريع اختبار الأساس العقلاني بمجرد ثبوت أي مصلحة مشروعة يمكن نسبتها إلى التشريع الطعين<sup>2</sup>، وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أبعد من ذلك بقولها أن فحص الدستورية وفق الرقابة المحدودة لا يخضع لتقصي الحقائق في قاعة المحكمة وقد يستند إلى افتراضات عقلية غير مستندة لأي دليل في الواقع<sup>3</sup>.

ووفق هذا الاختبار تُبدي المحكمة احترامًا شديدًا لأعمال الفرعين التشريعي والتنفيذي للحكومة<sup>4</sup>، فنُضفي على التشريعات الحكومية ميزة القرينة الدستورية، بحيث لا يمكن الحكم بعدم دستورية التشريع إلا إذا ثبتت عدم عقلانية التشريع بشكل واضح، وتلتزم المحاكم بقبول التعميمات التي قررها المشرع حتى في الأحوال التي لا يكون فيها توافق كامل بين الوسائل والغايات، ولا يلتزم المشرع بتقديم أدلة لإثبات مشروعية الغاية أو عقلانية العلاقة بين التشريع والغاية<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> راندال كيلسو، مراجعة هيكل الأساس العقلاني والمعقولة، البيانات بالأجنبية:

Randall Kelso, *The Structure of Rational Basis and Reasonableness review*, Southern Illinois University Law Journal, Vol 45. No.3. P. 415, 424. (2021)

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الولايات المتحدة ضد شركة منتجات كارولين، حكم سابق، ص152.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، هيلر ضد دو باي دو: (Heller v. Doe by Doe, 509 U.S. 312, 320 (U.S.Ky.,1993))

<sup>4</sup> إروين كيميرينسكي، اختبار الأساس العقلاني دستوري، البيانات بالأجنبية:

Erwin Chemerinsky, *The Rational Basis Test Is Constitutional*, Georgetown Journal of Law & Public Policy, Vol. 14, Iss. 2. P. 401, 402. (2016)

<sup>5</sup> المحكمة العليا، هيلر ضد دو باي دو، مرجع سابق، ص320.

فدستورية التشريع مفترضة وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يقيم الدليل<sup>1</sup>، فعبء الإثبات يقع على عاتق المدعي بعدم الدستورية<sup>2</sup>، حيث يلتزم بإثبات أحد أمرين إما انعدام الغاية المشروعة تمامًا، أو عدم ارتباط موضوع التشريع بأي غاية مشروعة على الإطلاق، وفي معظم القضايا التي اعتمدت المحكمة فيها هذا الاختبار كانت النتيجة لصالح الحكومة<sup>3</sup>.

ومن أبرز تطبيقات اختبار الأساس العقلاني حكم المحكمة العليا في قضية (ويليامسون ضد لي أوبتيكال أوف أوكلاهوما إنك 1955)، حيث طعنت شركة خاصة بالبصريات على تشريع ولاية أوكلاهوما الذي حظر تركيب عدسات للنظارات دون وصفة طبية، فسأقت المحكمة جميع الاحتمالات الممكنة للغايات المشروعة للحكم بدستورية التشريع، حيث تقول: صحيح بأنه في كثير من الحالات يمكن لأخصائي البصريات تركيب الإطارات أو العدسات دون وصفة طبية، وأن كثيرًا من الوصفات الطبية خالية من إرشادات تخص تركيب النظارات، ومع ذلك، أحيانًا تكون الإرشادات الواردة في الوصفة الطبية ضرورية، فربما قدّر المشرع أن تعدد مثل هذه الحالات يقتضي فرض مثل هذا القيد، أو ربما قدّر أن الإجراءات الروتينية مثل فحص العيون تتطلب وصفة طبية خاصة، أو أنه ارتأى أهمية فحوصات العين ليس لتصحيح النظر فحسب بل للكشف عن أمراض أخرى من خلال تلك الفحوص<sup>4</sup>، وهكذا اعتمدت المحكمة في تحديد غايات التشريع على الافتراض والتخمين لا على الجزم واليقين، مؤكدةً أن مهمتها تقف عند حد وجود رابطة عقلانية بين الغاية المشروعة والتشريع، ولو كانت تلك الرابطة مفترضة غير مدعومة بأدلة من الواقع.

---

<sup>1</sup> المحكمة العليا، ليندسلي ضد إحدى الشركات: (Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co., 220 U.S. 61, 79 (1911))  
<sup>2</sup> المحكمة العليا، ويفر ضد شركة بالمر براذرز: (Weaver v. Palmer Bros. Co., 270 U.S. 402, 410 (U.S., 1926))  
وكذلك: موري ضد دود: (Morey v. Doud, 354 U.S. 457, 464 (U.S. 1957))  
<sup>3</sup> إروين كيميرينسكي، اختبار الأساس العقلاني دستوري، مرجع أعجبي سابق، ص 402.  
<sup>4</sup> المحكمة العليا، ويليامسون ضد لي أوبتيكال اوف أوكلاهوما: (Williamson v. Lee Optical of Oklahoma Inc., 348 U.S. 483, 487 (U.S. 1955))

**الفرض الثاني** - إذا رأت المحكمة أن موضوع التشريع الطعين يستدعي إخضاعه لاختبار الفحص الوسيط، فعندئذ لا تكتفي المحكمة بثبوت الغاية المشروعة، بل تبحث عن غاية مشروعة مهمّة، فتبوت مشروعية الغاية غير كافٍ في هذا النوع من الرقابة كما هو الحال في المستوى الأول، بل لا بد من إثبات أهمية المصلحة الحكومية إلى جانب مشروعيتها، ووفق الرقابة الوسيطة تقف المحكمة موقفًا محايدًا لا تميل فيه لصالح المدّعي ولا إلى صالح الحكومة، وينشطر عبء الإثبات على الطرفين، فالحكومة مُطالببة بإثبات أن التشريع الذي أصدرته يستهدف غاية مهمة، وأن الارتباط بين محل التشريع وغايته هو ارتباط جوهري، ويكون على عاتق المدّعي إثبات النقيض من ذلك، بحيث يسوق الأدلة على عدم أهمية المصلحة التي تسعى الحكومة لتحقيقها أو انتفاء العلاقة المعقولة بين التشريع وبين المصلحة المهمة التي تسعى الحكومة إليها.

ومن أمثلة هذا الفرض قضية (كريج ضد بورين 1976) حيث طُعن على تشريع ولاية أوكلاهوما الذي ميّز في شراء البيرة على أساس الجنس، فسمح للإناث شراءها ببلوغ سن الثامنة عشرة، وحظر على الذكور ذلك إلا ببلوغ سن الواحدة والعشرين، وقد طبقت المحكمة في هذه القضية مستوى الرقابة الوسيطة، فألزمت الحكومة ببرهنة أن التمييز على أساس الجنس يستهدف غايات مهمة، وأنه يرتبط ارتباطًا جوهريًا بتحقيق تلك الغايات<sup>1</sup>، فبيّنت حكومة الولاية أن الغاية من التشريع تتمثل في تعزيز السلامة المرورية وحماية الصحة العامة، ولإثبات العلاقة بين التشريع وهذه الغايات؛ قدّمت مجموعة من المسوح الإحصائية تُظهر عددًا من النتائج ذات الصلة، كان من بينها أن عدد اعتقالات الذكور - الذين تتراوح أعمارهم ما بين الثامنة عشر والعشرين سنة - بسبب القيادة تحت السكر يفوق بفرق واضح عدد اعتقالات الإناث في الفئة العمرية ذاتها، غير أن المحكمة لم تقتنع

---

<sup>1</sup> المحكمة العليا، كريج ضد بورين: (1976) 429 U.S. 190, 197 Craig v. Boren

بذلك ورأت بأن التشريع قد حظر البيع دون الشرب، الأمر الذي يعني بأن الذكور بمقدورهم أن يحصلوا على البيرة بطريقة مشروعة متى ابتعتها الإناث للذكور، الأمر الذي يجعل ارتباط الوسيلة بالغاية ضعيفاً للغاية، وعلى أساس ذلك انتهت لعدم دستورية التشريع لتعارضه مع بند الحماية المتساوية الذي يضمنه التعديل الرابع عشر، حيث قضت المحكمة بأن الإحصائيات التي اعتمدت عليها الولاية لم تكن كافية لإظهار علاقة جوهرية بين القانون والغايات التي يسعى لتحقيقها<sup>1</sup>.

**الفرض الثالث-** إذا قَدَّرت المحكمة إخضاع التشريع الطعين لاختبار الفحص الصارم، فينبغي على الحكومة إثبات أن التشريع يستهدف مصلحة مُلحة، فلا يكفي ثبوت مشروعية المصلحة أو أهميتها، بل ينبغي إثبات ضرورتها بحيث لا يمكن الاستغناء عنها ولا تحقيقها بغير الوسيلة التي فرضها التشريع، فالارتباط بين التشريع والمصلحة الملحة ينبغي أن يكون ارتباطاً مباشراً، ولا يتمتع التشريع بقرينة الدستورية وفق هذا المستوى، بل على العكس، إذ تنطلق المحكمة من افتراض عدم دستوريته<sup>2</sup>، ويقع عبء الإثبات على عاتق الحكومة فعلى المشرع أن يقيم الدليل على أن التشريع يستهدف غايات مشروعة ملحة، وأن التشريع يرتبط ارتباطاً مباشراً بتلك الأهداف، وأن التشريع قد توخى الوسائل الأقل تقييداً لتحقيق تلك الغايات<sup>3</sup>، وغالباً ما ينتهي قضاء المحكمة العليا عند إخضاع التشريعات لهذا المستوى من الرقابة إلى عدم دستورية التشريع.

من ذلك حكم المحكمة العليا في قضية (ويسكنسون ضد يودر 1971) حيث كان قانون الولاية يفرض على الآباء إلحاق أطفالهم بالمدارس العامة حتى سن السادسة عشر تحت طائلة التجريم

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 199-200، 204.

<sup>2</sup> فيليب كولسيوس، انتقام لوشنر: الرقابة المترجحة وقبول الذاتية القضائية، البيانات بالأجنبية:

Phillip Closius, **Lochner's Revenge: Tiered Scrutiny and the Acceptance of Judicial Subjectivity**, University of Cincinnati Law Review Rev, Vol. 90, Iss. 3. P. 779, 793 (2022)

<sup>3</sup> المحكمة العليا، حي مدرسة سان انطونيو المستقلة ضد رودريغيز: San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 16 (U.S.Tex. 1973)

والعقاب، وقد رفض ثلاثة آباء إرسال أطفالهم إلى هذه المدارس بعد الصف الثامن لتعارض ذلك مع معتقداتهم الدينية، فطعنوا على التشريع بدعوى مخالفته حرية التدين المضمونة بموجب التعديل الأول، فقضت المحكمة العليا بأن مصلحة الدولة في التعليم الشامل مهما احتلت مرتبة عالية إلا أنها لا تخلو من عملية التوازن حينما يمس ذلك حقوقاً أساسية مثل تلك التي يحميها بند حرية التدين في التعديل الأول والمصلحة التقليدية للآباء فيما يتعلق باحترام خيارات الآباء في التنشئة الدينية لأبنائهم<sup>1</sup>، وعلى أساس ذلك ألزمت الحكومة بإثبات وجود مصلحة ملحة تستدعي تجاوز المصلحة التي يحميها التعديل الأول في حرية التدين، وحين جادلت الحكومة بأنها تسعى لضمان التعليم الإلزامي للأطفال بغض النظر عن رغبات والديهم، رفضت الحكومة هذا الادعاء وقضت بأنه مهما كانت مصلحة الدولة قوية في التعليم الإلزامي الشامل، فإنها ليست مطلقة بأي حال من الأحوال لاستبعاد أو تبعية جميع المصالح الأخرى، ورأت بأن الآباء قد قدموا دليلاً مقنعاً على أن الالتزام بمعتقداتهم الدينية بالتخلي عن سنة أو سنتين من التعليم الإلزامي لن يضر بالصحة البدنية أو العقلية للطفل، لتخلص إلى عدم دستورية التشريع على أساس ذلك<sup>2</sup>.

كان ما مضى تطوفاً سريعاً على منهج المحكمة العليا في الرقابة على الغاية من التشريع، ولا يزال العمل بهذه المستويات الثلاثة سارياً في المحكمة العليا إلى يومنا هذا، وتفصيله يطول، غير أننا نكتفي بهذا القدر، فما يهمنا هو إثبات أن المحكمة العليا قد سبقت إلى رقابة الغاية منذ بداياتها، على خلاف ما هو شائع في الكتابات العربية، فليس صحيحاً أن المحكمة العليا قد أغفلت الرقابة على الغاية لمجرد عدم تضمين نظرية الانحراف في نظامها، ذلك أنها ابتدعت منهجاً آخر هو ما عبّر عنه الفقه الأمريكي بالرقابة المتدرجة أو مستويات الرقابة الثلاثة، ولهذا وجب التنويه.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، ويسكونسن ضد يودر: (U.S.Wis. 1972) 406 U.S. 205, 214

<sup>2</sup> المرجع نفسه، 214، 215، 230.



## المطلب الثاني

### فكرة الرقابة الدستورية على الغاية بين التنفيذ والتأييد

تناولت الآراء الفقهية الرقابة الدستورية على الغاية من بوابة الانحراف التي عرضها السنهوري، ومع أنّ نقد المعارضين للسنهوري كان لاذعاً في تلك المرحلة، إلا أن الرأي الناقد قد أخذ نجمه في الأفول بعد التحوّل من الرقابة اللامركزية إلى الرقابة المركزية<sup>1</sup>، فالاتجاه الحديث ينادي بالرقابة على الغاية من التشريع<sup>2</sup>، إذ لم يعد صدر الفقه يتّسع للاعتراض على هذا النوع من الرقابة، وهذا ما حدانا لعرض الآراء الفقهية بحسبانها جزءاً من تاريخ الرقابة الدستورية على الغاية.

أما القضاء الدستوري فلقد اعتنى بهذا الموضوع منذ بواكير نشأته، فمنذ مرحلة الرقابة اللامركزية ظهرت علامات واضحة على اتجاه القضاء الدستوري لبسط رقابته على النتيجة النهائية للتشريع وترتيبه الحكم بالدستورية أو عدم الدستورية حسب مراعاة المشرع للدستور فيما يستهدفه من غايات، ثم في مرحلة الرقابة المركزية تعزّز هذا الاتجاه باستعمال المحكمة للاصطلاحات الفقهية لعبية الغاية من خلال ما تصدره من أحكام. ومن خلال هذا المطلب، نسعى في الفرع الأول إلى تنفيذ الاعتراضات الواردة على الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع، ثم في الفرع الثاني نسوق الحجج التي تؤيد الرقابة على الغاية من التشريع، ثم في الفرع الثالث نبين عناية القضاء الدستوري في مصر بموضوع الرقابة على الغاية من خلال عرض أحكامه الأولى في هذا الشأن.

---

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أن الدكتور محمد كامل ليلة عارض الفكرة بسبب لامركزية الرقابة واحتداد الخلاف في الفقه الدستوري حينها وليس لعبير ارتآه في ذات الفكرة، وهذا ظاهرٌ في السبب الذي ساقه للرفض، إذ يقول "ونحن من جانبنا نرى أنه ليس من الحكمة الرج بالفضاء العادي أو الإداري في هذه المسألة الشائكة التي يكتنفها التعقيد والغموض، وإذا كانت رقابة الدستورية بالنسبة للمخالفات الواضحة الصارخة أثارت كثيراً من الجدل وقسمت الفقه بين مؤيد ومعارض فإن الوصول بالرقابة إلى حد الحكم على أهداف التشريع لا شك أنه يؤدي بنا إلى منزلق خطر وتعقيدات وإشكالات لا حصر لها". يُنظر مؤلفه: **القضاء الدستوري**، مرجع سابق، ص173.

<sup>2</sup> رائد هذا الاتجاه في مرحلة الرقابة المركزية هو الدكتور محمد أبو العينين، فهو أول من أعاد بثّ الروح في رسالة السنهوري بعد فترة الرقابة المركزية، وقدم إضافات حقيقية في المسألة لاسيما فيما يتعلق بمعيار الرقابة على الغاية. يُنظر مؤلفه: محمد ماهر أبو العينين، **الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته**، مرجع سابق.

## الفرع الأول- تنفيذ الاعتراضات الواردة على الرقابة الدستورية على الغاية

يمكن تقسيم الاعتراضات على فكرة الرقابة الدستورية على الغاية إلى نوعين: 1- اعتراضات على مجال تطبيق الفكرة، وهي تلك التي تتعلق برفض الرقابة الدستورية على الغاية استنادًا لاختلاف سلطة التشريع التي يتمتع البرلمان بها عن سلطة الإدارة. 2- اعتراضات على تفاصيل إعمال الفكرة، وتلك تتعلق برفض التصور السنهوي تحديدًا للرقابة الدستورية على الغاية، سواء كان الرفض جزئيًا أم كان كليًا، فثمة من لا يرى فرقًا بين عيب الانحراف- وفق الفروض الخمسة التي ساقها السنهوي- وبين مخالفة التشريع<sup>1</sup>، وثمة من يرفض الأخذ بالمعيار الذاتي بخلاف ما نادى السنهوي به من الاقتصار على المعيار الموضوعي<sup>2</sup>.

وفي هذا الفرع سيقنصر البيان على مناقشة النوع الأول من الاعتراضات، ونرجي مناقشة القسم الثاني إلى حينه في البابين الثالث والرابع لأنه يتعلق بمعيار الرقابة على الغاية من حيث إثبات الانحراف الغائي وليس بأصل مشروعية الفكرة. ولقد واجهت فكرة الرقابة الدستورية على الغاية عند تطبيقها على التشريعات القانونية تحديدًا أربعة اعتراضات أساسية، نناقشها فيما يلي:

**الاعتراض الأول- أن التقدير أو التقييد غير متصور بالنسبة للسلطة التشريعية:** يشكل هذا الاعتراض مُرتكزًا أساسيًا لرفض الرقابة على الغاية من القوانين، وأول من قال به هو الدكتور محمد عصفور، ثم وافقه بعض الفقه<sup>3</sup> وعارضه فيه آخرون<sup>4</sup>. وفي تفصيل ذلك، يرى القائلون بهذا الاعتراض أن الرقابة على الغاية من التشريع العادي تقوم على فرض غير صحيح، وهو وجود منطقتين للسلطة التشريعية تكون سلطة البرلمان في إحداها مقيدة وفي الأخرى تقديرية، وإذا ساغ

<sup>1</sup> أحمد كمال أبوالمجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مرجع سابق، ص 594-594.

<sup>2</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 320 وما بعدها.

<sup>3</sup> منهم: سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 38.

<sup>4</sup> منهم: محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 255.

التقدير والتقييد بالنسبة لسلطة الإدارة فإنه غير متصور بالنسبة لسلطة البرلمان، ذلك أن السلطة التقديرية في المجال الإداري مؤداها أن يسكت القانون عن تحديد الطريق الذي ينبغي أن تسلكه الإدارة، والسلطة التقديرية بهذا المعنى هي جوهر التشريع العادي، فلا يُتصور تقييد المشرع بطريقٍ محدّد فيما يسنّه من تشريع<sup>1</sup>.

هذا الاعتراض فيه وجّه من الصحة، وفيه وجوه لا تصح، فثمة فارق بين سلطة التشريع التي يتمتع البرلمان بها وبين السلطة التي تتمتع الإدارة بها، لكنّه فارق على مستوى نطاق السلطة لا على مستوى وجودها أو جوهرها، فسلطة التشريع لدى البرلمان - مثل سلطة التشريع لدى الإدارة - تدور بين التقييد والتقدير، ويكمن الفرق في طبيعة التقييد والتقدير لكلٍ منهما، وهذا الاختلاف مردهُ إلى اختلاف طبيعة النص الدستوري عن النص القانوني، فالأول أكثر رحابةً وسعة من الثاني، إذ الدستور يترك للبرلمان مساحات تقديرية أوسع من تلك التي يتركها القانون للإدارة<sup>2</sup>، وهذا لأن الدستور يلزم البرلمان والإدارة على حدٍ سواء فهو يضع الخطوط العريضة لتنظيم صلاحيات عموم السلطات بما في ذلك سلطة البرلمان في التشريع، بينما القانون يلزم الإدارة بقيودٍ إضافية فيضع خطوطاً تفصيلية لعملها.

وليس صحيحاً أن التقييد غير مُتصورٍ بشأن سلطة البرلمان في التشريع، "فهناك قيود عديدة على سلطة المشرع تجعل سلطته مقيدة<sup>3</sup>" وقد مضى إيراد أمثلةٍ على التقييد الدستوري لسلطة المشرع في كل عنصر من العناصر الخمسة، فربما يختلف نطاق القيد لكن صفة القيد تبقى مُتحقّقة، من ذلك أن القيد الوارد على سلطة البرلمان في التشريع كثيراً ما ينطوي في ذاته على سلطة تقديرية،

<sup>1</sup> محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، مرجع سابق، 140-139.

<sup>2</sup> أحمد كمال أبوالمجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مرجع سابق، ص 593.

<sup>3</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 255، 256.

مثل النص الذي يقيّد سلطة المشرّع في تنظيم موضوع الضرائب بأغراض محدّدة، فالمشرع مقيد بعدم تجاوز هذه الأهداف إلى غيرها، لكنه في الوقت نفسه يتمتع بسلطة تقديرية في الاختيار من بين تلك الغايات، ومثل هذه القيود وإن كان لها نظائر في المجال الإداري إلا أنه في كثير من الأحيان يكون القيد المفروض على الإدارة قيداً مُغلّقاً بحيث تلتزم الإدارة بتحقيق نتيجة بعينها، وأوضح ما يكون ذلك في سلطة الإدارة في تحقيق نتيجة الترقية عند توافر الشروط، فلا تقدير لها في ذلك. فالفارق بين السلطتين يتعلق بنطاق التقييد والتقدير، وليس بأصل وجوده، فالتقييد والتقدير يردان على سلطة البرلمان في التشريع كما يردان على سلطة الإدارة، والفرق لا يتعلق بوجود القيد، بل يتعلق بالطبيعة والنطاق<sup>1</sup>.

ثم إن هذا الاعتراض يُغفل حقيقة أن الغرض من وجود الدستور هو تقييد سلطات الدولة، وتحديد اختصاصاتها على نحو ينادى بها عن التجاوز والتعسف، فإن صحّ انعدام تصوّر السلطة المقيدة بالنسبة للمشرع العادي فما جدوى الدستور إذن؟<sup>2</sup> يكفي لدحض القول بعدم إمكان تصوّر تقييد سلطة البرلمان في التشريع؛ أنّ الإجماع منعقد بين فقهاء القانون - بمن فيهم أهل هذا الاعتراض - على أن المشرع مقيد باتباع القواعد الشكلية التي يفرضها الدستور عند سن القوانين، فهذه القواعد تكفي لتصوّر السلطة المقيدة للمشرع، فإن قيل أن انعدام التصور متعلق بالنواحي الموضوعية، فيكفي أن ننظر في المبادئ العامة التي تشكل حدوداً لا يجوز للمشرع تجاوزها مثل مبدأ المساواة أمام القانون والضمانات الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات، فهذه قيود بلا شك، وهي وإن كانت

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه.

<sup>2</sup> يقول الفقيه عوض المر: "فكرة الدستور كانت نتاج صراع طويل من أجل تكريس قاعدة تقييد السلطة، وضرورة موازنتها بسلطة تقابلها، فكانت الدساتير غايتها إعلاء الإرادة العامة، وإخضاع السلطة لهذه الإرادة، فلا تستمد السلطة مشروعيتها إلا من تلك الإرادة، وحدود مشروعيتها مقرونة بما تفرضه تلك الإرادة من قيود عليها." يُنظر مؤلّفه: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص52.

قيودًا مفتوحة بحكم تمتع البرلمان فيها بمقدار من السلطة التقديرية، إلا أن مثل هذه النصوص تردُّ سلطة المشرع إلى منطقة التقييد في نهاية الأمر.

أما القول بأن "الضمانات الدستورية هي أهم القيود التي تردُّ على سلطة المشرع فلا يستطيع المشرع في معالجة الحريات أن يخرج على ما قررته هذه الضمانات" وأن "المشرع رغم ما يرد على سلطانه من قيود لا يزال حرًا في اختيار الأسلوب الذي يعالج به الحريات؛ فسلطته في الابتداع لم يلاشها القيد الدستوري ولا هو انتقصها وإنما كل ما يعنيه هذا القيد هو تحديد مجالها كما هو الشأن في تحديد سائر الاختصاصات العامة، فالقيود الدستورية تُحدِّد إذن اختصاصات المشرع ولكنها لا تردُّ على سلطته في التقدير<sup>1</sup>".

فهذه المقالة يناقض أولها آخرها، ذلك أن أي سلطة- بما في ذلك سلطة المشرع في الابتداع- إما أن يرد عليها القيد أو لا يرد، فإذا ورد القيد ضاق نطاق التقدير واتسع نطاق التقييد، وإذا لم يرد القيد كانت السلطة مطلقة، وهو ما لا يكون إلا خارج القانون، فكلّ قيد هو أخذٌ من سلطة التقدير منتقصٌ منها ولا بد، وإذا كانت القيود الدستورية تحدّد اختصاص المشرع فإنها تحد من سلطته في التقدير بقدر القيود المفروضة عليه، فنصّ الدستور على عدم جواز سريان التشريع بأثر رجعي يلاشي سلطة المشرع في ابتداع تشريعات ذات أثر رجعي دون الالتزام بالقيود المقررة لذلك، ونص الدستور على فرض الضريبة لأغراض يُعيّنُها بالذات يلاشي سلطة المشرع في إصدار الضريبة لأغراض أخرى، وهكذا فإن الذي لا يمكن تصوّره هو ألا يرد القيد على سلطة التشريع، لأن القول بذلك يعني منح المشرع سلطة مطلقة، بحيث يعلو ما يقرره على ما قرره الدستور، وهو ما لا يقول به أحد في ظل الدساتير الجامدة.

---

<sup>1</sup> محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، مرجع سابق، ص 139.

الاعتراض الثاني - تناقضُ التقييد مع واجب المشرع العادي بالتجاوب مع مقتضيات التطور:

وهو اعتراض منبثق عن الاعتراض الأول؛ ساقه الدكتور محمد عصفور وأيده فيه جانبٌ من الفقه<sup>1</sup>، ومؤداه أنه من غير المفهوم أن يرسم الدستور طريقاً يتحتم على المشرع العادي أن يسلكه فيما يصدره من تشريعات، خصوصاً وأن الغاية من التشريع هي أن يواجه المشرع ما يثيره تطور الجماعة من مشكلات ويضع لها ما يلزم من الحلول، وهو ما يقتضي استبعاد السلطة المقيدة من مجال التشريع حتماً، فإن جاز تقييد السلطة بالنسبة للإدارة كونها لا تملك المبادرة ويتعين عليها العمل في حدود القوانين، فإنه لا يجوز ولا يتصور تقييد السلطة بالنسبة للمشرع العادي لأن وظيفته ومهمته هي ابتداع القواعد القانونية دون أن يرد على سلطته حدٌ أو قيد، وحقيقة أن المشرع مقيد بنصوص الدستور لا تعني أن سلطته مقيدة كما تُقيد سلطة الإدارة، فهو لا يزال حتى في نطاق القيود الدستورية يتمتع بسلطته في الابتداع<sup>2</sup>.

وهذا الاعتراضٌ مبنيٌّ على تصور أن القيود التي يفرضها الدستور قيودٌ مُغلقة لا مراعاة فيها لتطور المجتمع واختلاف ظروفه من حينٍ لآخر، وهو كذلك مبني على مساواة القيود الدستورية بالقيود القانونية رغم الاختلاف الجلي بينهما، وإلا فإنه من غير هذه المقدمات لا يوجد تناقض بين تقييد سلطة المشرع العادي بغايات كبرى تُستخلص من نصوص الدستور وبياسر المشرع في نطاقها سلطته التقديرية؛ وبين واجبه في التجاوب مع مقتضيات التطور، ذلك أن النصوص الدستورية فيما تتضمنه من غايات تراعي هذا الواجب وتترك مساحةً للتقدير بين الغايات، لكنها في الوقت نفسه تحافظ على الحدود الغائية التي لا ينبغي للمشرع تجاوزها، وليس في ذلك تناقض، بل التناقض

<sup>1</sup> محمد أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 257. وكذلك: سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 39.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 139.

يكون حين يُمنح المشرع وسائل لتحقيق المصلحة العامة، ثم يُترك تقدير المصلحة العامة لمطلق إرادته دون مراعاة مقاصد النص الدستوري، هنا يتحقق التناقض فعلاً.

ثم إنَّ واجب المشرع العادي في التجاوب مع مقتضيات التطور يُوازيه واجبٌ مماثل على عاتق الإدارة، بل إن هذا الواجب أظهر في مهام الإدارة كونها الجهاز التنفيذي للتشريع، لكن هذا الواجب لا يتعارض مع تقييد الإدارة باستهداف غايات محددة تكون إطاراً لمشروعية تصرفاتها التي تباشرها، فلو كان ثمة تناقض محتمل بين الأمرين لكان التناقض أولى في المجال الإداري منه في مجال التشريع العادي. علاوةً على ذلك فإن سلطة القضاء في تفسير النصوص الدستورية، تفرض عليه الواجب نفسه، وهو واجب الاعتداد بمقتضيات التطور في المجتمع عند قيامه بتفسير النصوص، غير أن هذا الواجب لا يعفيه من مراعاة القيود الدستورية، فمهمة القاضي في التفسير هي التي تحرك النصوص الجامدة، وعليها يتوقف تحقيق إرادة المشرع الدستوري أو عرقلتها، لكن القاضي يباشرها في حدود الدستور واستجابةً له<sup>1</sup>، وكثيراً ما يعجز التشريع نفسه عن ملاحقة التطورات التي تطرأ في المجتمع، الأمر الذي يجعل مهمة القاضي في مواكبة الواقع عن طريق تفسير النصوص أمراً بالغ الأهمية، فالتزام القضاء بمبادئ المجتمع من خلال التزامه بتحقيق القانون في نصوصه وفحواه يستتبع أن يؤدي القضاء دوراً متفاعلاً مع إرادة الجمهور، وهذا الدور المتفاعل لا يناقض واجب القضاء في الالتزام بالقيود الدستورية<sup>2</sup>، فلكذلك الحال بالنسبة للمشرع، إذ إن واجبه في مواكبة التطورات المتعاقبة لا يتناقض مع واجب الالتزام بالقيود الدستورية.

**الاعتراض الثالث - أن الفارق بين السلطتين الإدارية والتشريعية هو فارقٌ في الدرجة والجوهر:**

قال بذلك الدكتور سليمان الطماوي، وفحوى هذا الاعتراض يكمن في عدم جواز قياس حرية

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 191.

<sup>2</sup> زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 183.

البرلمان على حرية الإدارة، وذلك لأن حرية البرلمان في التشريع أوسع من حرية الإدارة، فلا يصح قياسها عليها، فالإدارة مقيدة بأهداف المشرع من حيث الأصل، لكن المشرع غير مقيد فيما يقرره من أهداف، والأصل إطلاق سلطته في هذا الشأن. ذلك أن السلطة التشريعية تملك التشريع وفق مبدأ الفصل بين السلطات، فلا يرد القيد عليها إلا استثناءً وفي حدودٍ فضفاضة، بل تتعدم تلك القيود تمامًا في الدساتير المرنة، فحرية البرلمان في التشريع لا تتساوى وحرية الإدارة، إذ الأصل في حرية الإدارة ورود القيد، بينما بالنسبة لحرية البرلمان فذلك الاستثناء<sup>1</sup>.

ونحن نخالف هذا الرأي، ونتفق مع الفقيه المرحوم محمد كمال أبو المجد في أن الفارق بين السلطتين فارق في الدرجة فحسب وليس فارقاً في الجوهر<sup>2</sup>، فجوهر التشريع واحد، وهو القاعدة القانونية، فلا فرق بين اللائحة والقانون من حيث تكوين النص التشريعي، فكلاهما يتكون من العناصر الخمسة المعروفة، ولا أدل على وحدة الجوهر من أن بعض الدول تُسند تنظيم بعض المسائل للسلطة التشريعية، وبعضها تسند تنظيم المسائل ذاتها للسلطة التنفيذية، فتجد القاعدة التشريعية الصادرة عن البرلمان في دولة ما؛ صادرة عن الإدارة في دولة أخرى، وهذا كافٍ لإثبات أن لا فارق في الجوهر بين السلطتين.

لكنّ الفارق الذي لا مراء فيه هو الفارق في الدرجة بين السلطتين، فسلطة البرلمان تأتي في مرتبة أعلى من سلطة الإدارة، إذ اللوائح تخضع للقوانين وللدستور، بينما لا تخضع القوانين إلا للدستور<sup>3</sup>، وهذا الفارق في الدرجة هو امتداد لمبدأ التدرج التشريعي المتفرع عن مبدأ سمو الدستور، فليس من

---

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص38. وقد وافقته في ذلك الدكتورة: نهى عثمان الزيني، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، - لا يوجد بيانات ناشر -، 1986، ص152.

<sup>2</sup> محمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مرجع سابق، ص593. وشاطره الرأي في ذلك: عادل الطببائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مرجع سابق، ص420. وكذلك: عبدالحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية، مرجع سابق، ص353.

<sup>3</sup> عادل الطببائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مرجع سابق، ص420.



شك بوجود فارق في درجة كل من السلطتين، لكن السؤال الذي يجدر الوقوف عنده، هو ما إذا كان هذا الفارق في الدرجة يستدعي التمييز في الرقابة على الغاية بين التشريعين، وبتعبير أكثر وضوحاً: هل الفارق في الدرجة بين السلطتين الإدارية والتشريعية يقتضي قبول الرقابة على الغاية من اللوائح ورفض الرقابة على الغاية من القوانين؟

المشكلة أن هذا السؤال لم يُطرح في تلك النقاشات، فالرافضون للرقابة الدستورية على الغاية من القوانين كانوا قد سلّموا برقابة القضاء الإداري على الغاية من اللوائح الإدارية، بيد أنهم لم يقدّموا جواباً منطقيًا للتفريق في المجال الدستوري، فإذا كان القضاء الإداري يُلزمُ الإدارة بالغايات المنصوص عليها في القوانين فمن باب أولى أن تكون الإدارة ملزمة بالغايات المنصوص عليها في الدستور، ومن ثم لا جدال في خضوع اللوائح الإدارية للرقابة الدستورية على الغاية من التشريع، وإذا كانت النصوص تولى المحكمة الدستورية العليا اختصاص الفصل في المنازعات الدستورية التي تنشأ بموجب القوانين واللوائح، فلا يكون استبعاد القوانين من الرقابة الدستورية على الغاية إلا بنص صريح، فالقضاء الدستوري بموجب النصّ المؤسس لاختصاص القضاء الدستوري بالرقابة يبسط رقابته على القوانين تمامًا مثلما يبسطها على اللوائح، وما دام النص قد أطلق ذلك الاختصاص دون قيد فإن حرمان القضاء من فحص الغاية في القوانين لا يكون بغير نص صريح. ثم إن علو درجة القوانين الصادرة على البرلمان على درجة اللوائح الصادرة عن الإدارة يجعل الرقابة على الغايات التي تُبطنها الأولى أشدّ إلحاحًا، ذلك أن اللوائح تصدر بناءً على القوانين، وهو ما يعني أن صدور لائحة بناءً على قانون معيب في غاياته يعني تسرب العيب في القانون إلى اللائحة، وإزاء ذلك يغدو الفارق في الدرجة بين السلطتين سببًا لتعزيز مباشرة القضاء الدستوري للرقابة الدستورية على القوانين، وليس سببًا في رفضها.

الاعتراض الرابع- أن الرقابة على الغاية تجعل القاضي مشرّعاً فوق المشرع: أورد هذا الاعتراض الدكتور محمد عصفور كذلك<sup>1</sup>، ومؤداه أن مبدأ سيادة القانون لا تقوم له قائمة عند التراخي أو المغالاة في الرقابة الدستورية، فكما أن انعدام الرقابة الدستورية يعطب مبدأ سيادة القانون، فكذلك الإسراف فيها من شأنه أن يؤدي بذلك المبدأ، وأي لون من ألوان الرقابة الدستورية المتحكمة يجعل النظام القانوني خاضعاً للمعتقدات السياسية للقضاة، فالرقابة على الغاية تتعدى فرض سيادة الدستور لفرض آراء القضاة، وتحوّل الرقابة القضائية إلى رقابة سياسية تقوم معها "حكومة القضاة"، فينبغي على القضاة أن يلتزم حدود الرقابة الدستورية دون ابتداع، وما ينبغي للقضاء أن يقول في التشريع كلمته بل ينبغي أن يقول كلمة الدستور<sup>2</sup>.

وهذا الاعتراض إن صدق فهو ذو وجهةٍ بحق، فإذا ثبت أن الرقابة الدستورية على الغاية تعني فرض المعتقدات السياسية للقضاة بدلاً من تقرير الغايات التي اكتنفت النصوص الدستورية فإنها تفقد صفتها كرقابة على دستورية الغاية من التشريع، وتصبح حينئذ رقابةً على الحكمة من التشريع، وقد تقدّم القول بأن الحكمة من التشريع مناطها الاستحسان أو عدمه، وأنها تتفاوت بتفاوت الأنظار، فتكون الرقابة على الحكمة من التشريع مدخلاً لفرض المعتقدات السياسية أو حتى الشخصية للقضاة، لكن الدعوة إلى الرقابة على الغاية لا تنادي بالرقابة على الحكمة من التشريع، بل ترفضها صراحةً بما تسعى إليه من تحكيم المعيار الموضوعي تجنباً للعناصر الذاتية التي يخضع التقدير فيها للآراء النسبية<sup>3</sup>، فالغاية من التشريع تتعلق بالنتيجة النهائية له وما إذا كانت تتفق مع المصلحة

---

<sup>1</sup> وقد وافقه الدكتور عبدالحفيظ الشيمي، إذ انتهى إلى أن تجنّب القضاء للرقابة على الانحراف بالسلطة التشريعية ينم عن الحفاظ والحرص على حماية الحد الأدنى لمبدأ الفصل بين السلطات. يُنظر مؤلفه: القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية، مرجع سابق، ص 352.

<sup>2</sup> محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق، ص 138.

<sup>3</sup> سيأتي تفصيل ذلك في حينه.

العامّة بالمعنى الدستوري الذي تشي به النصوص منفردةً أو مجتمعة، وهو ما يعني أن الرقابة على الغاية لا مدخل فيها لآراء القضاة كما فهم الذين ساقوا هذا الاعتراض.

منشأ الخلل في هذا الاعتراض أنه قائم على النظر إلى الرقابة على الغاية كأمرٍ منفصلٍ عن الرقابة على الدستورية، وما الحال كذلك، إذ الرقابة على الغاية تقوم على أساس أن الغاية عنصر من العناصر الداخلية لأي تشريع، فهي جزء من الرقابة الدستورية الموضوعية<sup>1</sup>، ولما كانت الغاية جزءاً من التشريع فإن الرقابة الدستورية على التشريع تعني الرقابة على كافة أجزائه بما في ذلك الغاية، وإخراج جزء من أجزاء التشريع من نطاق الرقابة الدستورية يحتاج لنصٍ صريحٍ بذلك.

### الفرع الثاني- حجج تأييد الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

بعد أن فرغنا من تناول الاعتراضات الواردة على فكرة الرقابة الدستورية على غاية القانون بالعرض والتنفيذ؛ نسوق فيما يلي الحجج التي ترجح مباشرة القضاء الدستوري للرقابة على الغاية من التشريعات سواء تعلقت باللوائح أو بالقوانين أو حتى التعديلات الدستورية:

أولاً- ثبوت اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على الغاية بموجب الدستور والقانون: إنّ مدى اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على الغاية يصلح أن يكون محلّ جدل حين يكون سند الرقابة الدستورية سنداً قضائياً، أما حين يكون السند هو الدستور نفسه أو القانون فإن حسم هذه المسألة يغدو يسيراً، وهذا الأمر يُفسر حدة نقد المنظرين لرفض الرقابة الدستورية على الغاية في مرحلة الرقابة اللامركزية، كما يفسر تراجع الأصوات الناقدة بعد أن أصبح القضاء الدستوري في مصر قضاءً مركزيًا، ففي مرحلة الرقابة اللامركزية كان السند التشريعي غائبًا، وهو الأمر الذي

---

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 171، 456. وفي موطن آخر يقول- رحمه الله- "فيما عدا الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية فإن كل عيب آخر إما أن يندرج في إطار العيوب الموضوعية بمعنى الكلمة، وإما أن يأخذ حكم العيوب الموضوعية كعيب إساء استعمال السلطة." ص 165.

استدعى أعمال الرقابة الدستورية بحذرٍ شديد، أما بعد وجود السند التشريعي المؤسس للرقابة الدستورية في مصر فقد انزاحت الأصوات الفقهية من الرفض إلى التأييد، ذلك أن النصوص المؤسسة للاختصاص ليس فيها ما يمنع الرقابة الدستورية على الغاية، بل إن فيها ما يؤكدتها. فلقد نصّ الدستور المصري على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية"<sup>1</sup> وكان قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر ينص على اختصاص المحكمة بمهمة "الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح"<sup>2</sup>. أما في قطر، فقد نص الدستور الدائم على أن "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، ويبين صلاحياتها"<sup>3</sup> واستجابةً لذلك صدر قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا مقرراً اختصاص المحكمة دون غيرها بمهمة "الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح"<sup>4</sup>.

عند الإمعان في تلك النصوص نجد أنها جعلت اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة الدستورية اختصاصاً عاماً لا استثناء فيه، إذ عهد المشرع المصري للمحكمة الدستورية العليا بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وهذه الصيغة العامة تعني أن الاختصاص ممتد للنظر في كافة جوانب التشريع الشكلية والموضوعية، وكذلك الحال بالنسبة لنص المشرع القطري، فقد عهد للمحكمة الدستورية العليا بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح، وصيغة المشرع القطري أعم من صيغة المشرع المصري، فاختصاص المحكمة شامل للنظر في كلِّ منازعة تتعلق بدستورية قانونٍ أو لائحة، وهذا هو الحد الأدنى الذي تدلُّ عليه ظاهر النصوص المبينة.

---

<sup>1</sup> المادة 192، الدستور المصري المعدل 2019. وسبقه إلى ذلك دستور 1971 في المادة 175.

<sup>2</sup> المادة 25، قانون المحكمة الدستورية رقم 48 لسنة 1979، مصر.

<sup>3</sup> المادة 140، الدستور الدائم لدولة قطر.

<sup>4</sup> المادة 12، قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا رقم 12 لسنة 2008، قطر.

هذه الصيغة التشريعية لإسناد الاختصاص لا يجوز الانتقاص منها دون نص، فتلك النصوص تدل دلالة قطعية على انصراف إرادة المشرع العادي لتمكين المحكمة الدستورية العليا- في كلا البلدين- لإجراء الرقابة الدستورية على كافة جوانب التشريع بما في ذلك الغاية، فالاختصاص المُسند يُحوّل المحكمة صلاحية شاملة للنظر في مدى دستورية التشريع في كلّ عنصر من عناصره، فله أن يفحص العناصر الشكلية فينظر في مدى اختصاص المشرع ومدى التزامه بالشكل والإجراءات من عدمه، كما له أن يبسط نظره على العناصر الموضوعية فينظر في مدى توافق السبب والمحل مع نصوص الدستور ومبادئه، وكذلك بالنسبة لعنصر الغاية، فالغاية جزء ثابت في كل تشريع، وإذا كانت الغاية جزءاً من التشريع وكان التشريع يخضع لرقابة القضاء الدستوري، فإن الرقابة على دستورية التشريع تشمل كافة أجزائه، فالرقابة على الغاية من التشريع جزء من اختصاص المحكمة الدستورية العليا في مصر بالرقابة الدستورية على القوانين واللوائح، كما أنها تعدّ جزءاً من اختصاص المحكمة الدستورية العليا في قطر بالفصل في المنازعات الدستورية المتعلقة بالقوانين واللوائح، فما دامت الغاية أحد المكونات الأساسية للتشريع، فإنها مشمولة باختصاص القضاء الدستوري.

معنى ذلك أن القول بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة على الغاية من التشريع يحتاج لنص صريح يمنع هذا الاختصاص، لأن النصوص الموجودة تشمل في طياتها اختصاص المحكمة بالرقابة الدستورية على الغاية من التشريع، ولا يجوز للقضاء الدستوري أن يقيد اختصاصه الشامل فيستبعد أحد أوجه الرقابة على التشريع، فليس له أن يستبعد اختصاصه بالرقابة على الغاية وإلا كان متخلفاً عن اختصاصه، لأن المشرع إذ عمّم اختصاصه بالرقابة الدستورية أراد تضمين كافة أوجه عدم الدستورية بما في ذلك الغاية، ومن ثمّ فعلى القضاء أن يلتزم بذلك.

ثانيًا - اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على الغاية أحد النتائج المنطقية لمبدأ سمو الدستور: يُعدُّ مبدأ سمو الدستور من المبادئ الملازمة للدساتير الجامدة المُفعَّلة، وهو أحد النتائج المترتبة على مبدأ التدرج التشريعي، وبمقتضاه تُعلى الكلمة الدستورية على كلمة التشريع الأدنى، فلا يجوز لتشريع أدنى من الدستور أن يخالفه، ويستوي في ذلك أن تكون مخالفة الدستور شكليةً أو مخالفةً موضوعيةً، فسمو الدستور يعني علوه على بقية التشريعات في كافة جوانبه الشكلية والموضوعية، فتعمل التشريعات بأمره ولا تحيد عنه قيد أنملة، وهذا المبدأ لا يقبل التجزئة، فهو يقتضي أن يعمل المشرع وفق أحكام الدستور كُلِّها، فيعمل بالاختصاصات التي منحها إياه، ويلتزم الإجراءات والأشكال التي فرضها، ولا يحيد فيما يرتثيه من أسباب عن جادة الدستور، كما لا يحيد فيما يختاره من حلول عن المبادئ الدستورية، وكذلك الحال بالنسبة للغايات، إذ لا ينبغي للمشرع أن يتوخَّى غايات تناقض الغايات الدستورية أو أحد المبادئ الدستورية، وإلا كان المشرع عندها منتهكًا لمبدأ سمو الدستور<sup>1</sup>. وهذا المبدأ هو أحد مقومات مبدأ خضوع السلطة للقانون، إذ تلتزم السلطة بقواعد الدستور كُلِّها في كل تشريع يصدر عنها، فلا يكون تنظيمها لشؤون الأفراد منطويًا على تعسف يُحمل الأفراد حملًا عليه، ولا تكون مقاومة انحرافها تمرّدًا يُعاقبون عليه، وإنما تلتزم السلطة برعاية حدود الدستور حفظًا لمشروعيتها، ولا ينبغي لها أن تعمل بما يخالف تلك الحدود، بل تعمل في إطار الدستور بما وافق قيم الجماعة ومبادئها فلا بد من أن تتوافق تلك النظم مع الدستور باعتباره وثيقة يرتبط نفاذها بصرامة تطبيقها على مختلف المتغيرات، ومهمة إنفاذ الدستور وحمايته تقع على عاتق المحكمة الدستورية العليا التي لا ينبغي لها أن تتراخى عن حراسة الدستور وحفظ غاياته، فتكون حائط صد لكل صور العدوان عليه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، مرجع سابق، ص 42.

<sup>2</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 53-54.

ومن المهم أن لا يُقام تمايز بين الغايات الدستورية أو بين مبادئه عموماً، فكلاً مُعتبرة، وكلها مطلوبٌ الالتزام بها دون مناقضتها من قبل المشرع، ذلك أن نصوص الدستور لا تتدرج، فقواعد الدستور جميعها على درجة واحدة ولها السمو ذاته، فلا تفاوت بينها إذ هي تتكامل في إطار منظومة تجمعها<sup>1</sup>، وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن "الأصل في الحقوق التي كفلها الدستور أنها لا تتمايز فيما بينها، ولا ينتظمها تدرج هرمي يجعل بعضها أقل شأنًا من غيرها أو في مرتبة أدنى منها، بل تتكافأ في أن لكل منها مجالاً حيويًا لا يجوز اقتحامه بالقيود التي تفرضها النصوص التشريعية. ويتحدد هذا المجال بالنسبة إلى الحقوق التي نص عليها الدستور في صلبه، على ضوء طبيعة كل حق منها، وبمراعاة الأغراض النهائية التي قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء إقراره، وفي إطار الرابطة الحتمية التي تقوم بين هذا الحق وغيره من الحقوق التي كفلها الدستور، باعتباره مدخلاً إليها أو معززاً لها، أو لازماً لصونها<sup>2</sup>."

**ثالثاً- اختصاص القضاء بالتفسير يجعل اختصاصه بالرقابة على الغاية من باب أولى: جميع المحاكم تشرع في تفسير النصوص - المراد تطبيقها أو المراد الحكم عليها- قبل إصدار أحكامها، حيث يبرز اختصاص القضاء بالتفسير بقيام الخصومة<sup>3</sup>، سواء كانت خصومةً موضوعية أو خصومةً دستورية، فقضاء الموضوع يفسر النص تمهيداً لتطبيقه على النزاع الموضوعي، والقضاء الدستوري كذلك يفسره تمهيداً لحسم النزاع بين النصوص، وعملية التفسير - بطبيعتها - تقتضي استقصاء ما وراء النص التشريعي لمعرفة نتائجه النهائية في الواقع، وإذا كان القاضي الدستوري مخولاً بهذه المهمة فمن غير المنطقي أن يتنامى لعلمه - جزاء العملية التفسيرية - مخالفة المشرع**

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 201.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 6 لسنة 13 قضائية، 16 مايو 1992، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م 3669)

<sup>3</sup> فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، مرجع سابق، ص 12-13.

لأحكام الدستور فيما توخّاه من غايات ثم يُطالب بغض البصر عمّا علمه، فذلك ليس إلا صورة من صور إنكار العدالة التي يترقّع القاضي بنفسه عن اقترافها. ولذلك فإن استحضار عموم النص المنشئ للاختصاص بالرقابة الدستورية يقود إلى ثبوت الدور التفسيري للقاضي بما يجعل من الرقابة الدستورية على الغاية نتيجة طبيعة منطقية أرادها الدستور بتحويله المحكمة الدستورية العليا الرقابة الدستورية على الغاية.

رابعاً- تاريخ موقف الدول الأجنبية مع الرقابة على الغاية خير شاهدٍ على جدواها: إنّ سعي الدول الأجنبية لتكريس اختصاص المحاكم المختلطة بالرقابة على غايات الإدارة فيه عظة وعبرة، فكما مضى القول، لم تكن الحكومات الأجنبية تقبل رقابة قضائها على الغاية من التشريعات الإدارية في دولها، لكنها أصرت كفاحاً أن تقرّر اختصاص المحاكم المختلطة بالرقابة على الغاية، وعند الإمعان في حقيقة هذا الإصرار في سياقه التاريخي، يغدو واضحاً أن غاية تلك الدول كانت تحقيق مصالح أفرادها في الخارج سعياً لنيل تأييدهم في الداخل، والكتابات الغربية تحفل بتاريخ المحاكم المختلطة تمجيذاً لها على تفانيها في الرقابة على المصلحة العامة، ليس لشيء إلا لأنها مكّنت القضاء من الرقابة على الغاية فاستطاعت بذلك أن تضمن المصالح الفردية للأجانب<sup>1</sup>.

كذلك فإن المؤسسات القضائية العريقة مثل المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية كانت قد كرّست فكرة الرقابة على الغاية منذ أحكامها الأولى، وسعت لبناء نظرية الرقابة المتدرجة في سبيل الموازنة بين الغايات المختلفة التي تبتغيها جهات الدولة، وما ذلك إلا لإدراك تلك المؤسسات ذات التجربة الثريّة في التنظير والواقع أن الغاية جزء لا يتجزأ من التشريع، وأن أعمال الرقابة على كافة جوانب التشريع دون الغاية يفتح باباً خصباً لانحراف الإدارة أو البرلمان أو حتى السلطة التأسيسية

---

<sup>1</sup> على سبيل المثال: مارك هويل، المحاكم المختلطة في مصر: تقييم الذكرى السنوية، مرجع أجنبي سابق.



المنشأة عن الدستور. فمثل هذه التجارب تعكس جدوى الأخذ بالرقابة على الغاية في ضمان حماية المصالح الفردية من تعسف السلطات الدستورية.

### الفرع الثالث - عناية القضاء الدستوري بالرقابة على الغاية منذ نشأته

عند الحديث عن موقف القضاء الدستوري ينبغي التمييز بين تعرّضه لفكرة الرقابة على الغاية، وبين تعرّضه للمصطلحات التي شاعت تعبيراً عن الفكرة، مثل الانحراف التشريعي، وإساءة استعمال السلطة، فلقد عرّف القضاء المصري فكرة الرقابة على الغاية في وقت مبكر، وباشرها في العديد من التطبيقات دون استعمال المصطلحات الفقهية لها، ثمّ في مرحلة لاحقة استعمل القضاء المصري التعبيرات الشائعة لفكرة الرقابة على الغاية إثر تضمين المدّعين لها في دفوعهم. وسوف نتناول في الشق الأول من هذا الفرع عناية القضاء الدستوري بفكرة الرقابة على الغاية منذ نشأته، ثم نتناول في الشق الثاني استعمال القضاء الدستوري لمصطلحات الرقابة على الغاية.

أولاً- عناية القضاء الدستوري بالرقابة الدستورية على الغاية منذ نشأته: تعود البداية إلى حكم صدر عام 1952 عن مجلس الدولة المصري برئاسة عبدالرزاق السنهوري<sup>1</sup>، وهو حكم ينضح بتأصيل الرقابة الدستورية على الغاية في مختلف جوانبه، ويركّز تركيزاً مُلفتاً على عنصر الغاية، ويتّخذ من مخالفة غاية التشريع للدستور أساساً لبطلان التشريع الطعين، وأحسب أن السنهوري أراد أن يجعل من هذا الحكم الفريد واجهةً لمقالته التي صدرت بعده بشهورٍ يسيرة، وسوف نتناول هذا الحكم بشيء من التفصيل، خصوصاً وأن الكتابات العربية قد خلت من الإشارة إليه.

تعرّض هذا الحكم للرقابة على الغاية من التشريع عن طريق بوابتي التفسير القضائي ومبدأ سمو الدستور، حيث قعد هذا الحكم مبدأً عاماً مفاده أنّ "القول بأنّ القضاء يفسّر الدستور عادة تفسيراً

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري، الحكم رقم 1090 لسنة 6 قضائية، 1952، ر. عبدالرزاق السنهوري، حكم سابق.

رجعيًا بحكم طبيعته المحافظة وأنه يخشى على التشريع التقلقل والزعزعة إذا ما تولّت المحاكم النظر في دستوريته فاختلقت وتفاوتت تقديرها وأن الكلمة العليا هي للبرلمان بحكم تمثيله للأمة— هذا القول لا مقنع فيه، فإن القائلين برجعية القضاء أقل عددًا وشأنًا إذا قيسوا بالمحذرين من الخروج على أحكام الدستور، أما تقلقل التشريع وزعزعته فيعصم منهما أن الكلمة الأخيرة في دستورية التشريع ستكون حتمًا لإحدى محكمتين هما على رأس النظام القضائي وفي الصدارة منه، وإذا كان البرلمان هو الممثل للأمة فأولى به ألا ينحرف عن أحكام الدستور ومبادئه فالدستور وحده هو الذي له الكلمة العليا وعند أحكامه تنزل السلطات جميعًا<sup>1</sup>."

في هذا المقطع من الحكم كرتت المحكمة بعبارات واضحة انبساط رقابتها على كافة جوانب التشريع، وأن تفسير الدستور جزء لا يتجزأ من اختصاصها، لكونها المسؤولة عن ضمان سموه، ورفضت بكل وضوح أن تكون الكلمة العليا للبرلمان بحجة تمثيله للأمة، واعتبرت أن تمثيل البرلمان للأمة مقتضاه ألا ينحرف البرلمان عن الدستور، وليس من مقتضيات هذا التمثيل أن تُحصن أعماله من الرقابة بأي وجه من الوجوه.

وفي هذه القضية طُعن على المرسوم بقانون رقم 64 لسنة 1952 وهو مرسوم له قوة القانون صدر عن الإدارة، وقد عدته المحكمة من ناحية مصدره قرارًا إداريًا لائحيا فأخضعتة للرقابة الدستورية، وأسست قرارها ببطلانه على أساس المخالفات الشكلية التي اكتفتها، غير أن ذلك لم يمنعها من النظر في المخالفات الموضوعية، وكان ذلك من بوابة التفسير أيضًا، حيث قضت المحكمة بأنه "لا يجوز أن يُفسَّر قانون التضمينات في مصر بأنه قانون يعفي الحاكم العسكري من المسؤولية عما جاوز فيه حدود اختصاصه، أو عما تعمد فيه عن سوء قصد الانحراف في استعمال سلطته،

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

وهذا هو المعنى الذي فهمه مجلس النواب من آخر قانون للتضمينات قرّره، وهو القانون رقم 50 لسنة 1950 فأضاف إليه عبارة تؤكد هذا المعنى، فإذا كان مجلس الشيوخ قد حذف هذه العبارة وأقر مجلس النواب هذا الحذف فلم يكن ذلك إلا بعد أن أكّدت الحكومة أن هذا الحذف لا يغير المعنى المقصود، والقول بأن قانون التضمينات يعفي الحاكم العسكري من المسؤولية عن أعمال جاوز فيها حدود اختصاصه أو ارتكبها بسوء نية يهدم رأساً على عقب ما أراده الدستور من حصر الأحكام العرفية في حدود لا تصح مجاوزتها، ومتى رسم المشرع هذه الحدود وفرض على الحاكم العسكري ألا يجاوزها بطريق مباشر فلا يصح بعد ذلك أن يبيح له مجاوزتها بطريق غير مباشر بأن يعفيه من المسؤولية إذا هو جاوزها<sup>1</sup>.

بهذه العبارات التي وثّقها الحكم؛ حظرت المحكمة تفسير قانون التضمينات بما يحقّق نتيجةً نهائيةً تخالف ما أراده الدستور، وكان قانون التضمينات قد خلا من نصٍ يرتّب نتيجةً تحصين أعمال الحاكم العسكري من الرقابة عليها في فترة الأحكام العرفية، لكن السنهوري في هذا الحكم قد استخلص الغاية من قانون التضمينات عن طريق تتبّع مناقشات التشريع وإضافة النص وحذفه، وهذا واضح في عبارته الأخيرة التي هي بيت القصيد والتي تكشف عن استخلاصه القصد التشريعي الحقيقي، فقد "أكّدت الحكومة أن هذا الحذف لا يغير المعنى المقصود" وكان المقصود هو ترتيب نتيجة نهائية تتمثّل في حصانة أعمال الحاكم العسكري، وعلى ذلك انتهى الحكم إلى أن هذه الغاية تخالف غاية الدستور فيما أراده من حصر الأحكام العرفية في حدود لا تصح مجاوزتها.

وفي الحكم نفسه دفعت الحكومة بمنع سماع طلب المدعي لوجود نص يحظر سماع الدعاوى التي تطعن في أي عمل تولّته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبها، فقضت المحكمة

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

بأن "منع سماع الدعوى في أي تصرف أو أمر أو قرار صدر من السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية - كما يقضي المرسوم بقانون رقم 64 لسنة 1952 - هو إعفاء لهذه السلطة من أية مسئولية ترتبت على تصرفاتها المخالفة لقانون الأحكام العرفية ذاته، وإعفاء سلطة عامة إعفاءً مطلقاً من كل مسئولية تحققت فعلاً في جانبها؛ من شأنه أن يخل بحقوق الأفراد في الحرية وفي المساواة في التكاليف والواجبات، فيكون المرسوم بقانون سالف الذكر مخالفاً في هذه الناحية لأحكام الدستور<sup>1</sup>". فهنا نظر الحكم إلى منع سماع الدعوى من حيث النتيجة النهائية التي يرتبها وهي إعفاء السلطة من المسؤولية على نحو يخل بحقوق الأفراد، بما يعني أن الغاية - أي النتيجة النهائية - التي يحققها القانون تخالف الدستور، وعلى أساس ذلك يكون القانون باطلاً لمخالفته الدستور فيما ابتغاه من نتيجة نهائية غير مشروعة.

وقد اعتبرت المحكمة أن المرسوم بقانون قد أضاف حكماً جديداً بالمخالفة لقانون الأحكام العرفية، وهو القانون الذي صدر مستنداً للمادة 155 من الدستور، وعدت المحكمة قانون الأحكام العرفية بمثابة الدستور للحكم العرفي الذي يستمد قوته الاستثنائية من المادة 155 من الدستور، وفي ذلك "قصد الدستور أن تقوم السلطة التشريعية ذاتها برسم نطاق هذا الحكم وبتحديد القيود والضوابط التي تحاط بها السلطة التنفيذية عندما تتولى إجراءه، بحيث لا تخرج هذه السلطة عن النطاق الذي رسمته لها السلطة التشريعية، ولا عن القيود والضوابط التي وضعتها حدوداً لهذه الاختصاصات الاستثنائية، فينعكس على الدستور غرضه لو أن السلطة التنفيذية... أخلت نفسها محل السلطة التشريعية وتولت بنفسها لنفسها رسم هذا النطاق وتحديد هذه القيود والضوابط فتصبح السلطة التنفيذية مطلقة الحرية في أن تتروّد بما تشاء من الاختصاصات الاستثنائية، وتستطيع بمحض

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

إرادتها أن توسع من هذه الاختصاصات إلى غير مدى محدود، وأن تدخل على قانون الأحكام العرفية- وهو الدستور الموضوع لضبط تصرفاتها- ما تبغي من تغيير وتبديل، وفي هذا من قلب الأوضاع، ومن الإطلاق على سلطان الحكم العرفي، ومن هدم ما ينبغي أن ينبسط على هذا الحكم الاستثنائي من الرقابة التشريعية، ما يتعارض تعارضا واضحا مع الغاية التي قصد إليها الدستور<sup>1</sup>. ثم أردفت على ذلك عبارة احترازية تؤكد من خلالها أن جعل قانون الأحكام العرفية بمثابة الدستور مرهون بدستورية هذا الأخير، إذ تقول "ومن حيث إن قانون الأحكام العرفية، لو أنه أطلق الحاكم العسكري من كل قيد، ومن اختصاصاته إلى غير حد، وأباح له أي عمل، لجاؤنا متعارضاً مع الدستور، مجافياً للغاية التي توخاها، ولكان من أجل ذلك قانوناً باطلاً<sup>2</sup>".

من اللافت للنظر في هذا المقطع من الحكم؛ أن المحكمة قد عالجت المخالفات الشكلية ببُعدٍ موضوعي، فهي في هذه المقالة تبحث وراء الغاية من الاختصاص الذي قرره الدستور للسلطة التشريعية بتحديد الضوابط التي تلتزم السلطة التنفيذية بها، وتبين أن مخالفة الاختصاص تُقضي إلى نتيجة مُخالفة للمقاصد الدستورية، وهذا تجسيد للرقابة على الغاية في أسمى تجلياتها، إذ إنها عابرة على استخلاص الغاية في كافة نواحي التشريع، بما في ذلك الغايات من القواعد الشكلية، وهذا المقطع من الحكم يعكس بوضوح أن المخالفة الشكلية يترتب عليها انهيار الغاية المشروعة من التشريع بالتبعية، وسيأتي تفصيل ذلك.

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> وأتبع ذلك بقولها: "ومن حيث إنه لا فرق بين أن يجئ قانون الأحكام العرفية ابتداء على الوجه السالف الذكر، وبين أن يضاف إليه بعد صدوره نص يمنع مساءلة الحاكم العسكري عن أي إعلان أو تصرف أو تدبير أو قرار أمر به أو تولاه، سواء أكان ذلك عن طريق دعوى التعويض أو عن طريق دعوى الإلغاء، ففي الصورتين جميعاً يتمثل سلطان الحاكم العسكري سلطاناً مطلقاً رهيباً لا تعقيب عليه، ولا حد له، ولا عاصم منه، وهذا ما ياباه الدستور، وما يناقض مناقضة صريحة الأسس التي أراد الدستور أن يقوم عليها الحكم العرفي". الحكم نفسه.

وما يدلُّ على أن السنهوري أراد أن يجعل هذا الحكم مرآةً واقعية لمقالته؛ هو أنها تجسيد لأحد الفروض التي نكرها لمعيار الانحراف، وهو فرض احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض، فقد وضع في مقالته أربعة تطبيقات لهذا الفرض، كان من بينها ما جعله تحت عنوان "قوانين التضمينات" إذ يقول في مطلعها بأن قوانين التضمينات من المحتمل أن تتطوي على انحراف في استعمال السلطة التشريعية كونها تُعفي الحكومة من المسؤولية عما وقع في الماضي من حوادث<sup>1</sup>، ليفصل بعد ذلك في شتى جوانب هذه المسألة.

ولئن كان هذا الحكم يسجل بداية الوعي القضائي في مصر بالرقابة على الغاية من التشريع، إلا أن المحكمة بعد عامين من الحكم الأنف أصدرت قرارًا مغايرًا، عدلت فيه عن فحص الغاية إلى التسليم بغاية المشرع رغم ما فيها من شبهة ظاهرة، حيث قضت بدستورية المرسوم بقانون رقم 181 لسنة 1952 الخاص بفصل الموظفين بغير الطريق التأديبي، وأسست حكمها على أن هذا القانون "صادر من سلطة تملك التشريع في البلاد، وقد دعت إلى إصداره حكمة بالغة هي ضرورة تطهير الأداة الحكومية مما شابها من أدران، ومتى قامت تلك الحكمة فإن ما يصدر على هديها من تشريعات يتسم بالشرعية في الظروف الطبيعية العادية، بل في الظروف الاستثنائية التي تولد حالة الضرورة، ما دامت الغاية منها هي حماية المجتمع وصون مصالحه"<sup>2</sup>.

في هذا الحكم لم تؤسس المحكمة قرارها على أساس الغاية من التشريع وإنما على أساس الحكمة من التشريع، وقد تقدّم في الباب الأول أن الرقابة على الحكمة من التشريع هي رقابة سياسية في المقام الأول، لكونها تخضع للقناعات الشخصية للقضاة لا إلى معايير دستورية منضبطة، ويظهر ذلك في تعليق هذا الحكم الذي جاء منافياً للغايات الدستورية بشكل واضح، إذ تقول المحكمة "إن

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 83.

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري، الحكم رقم 503 لسنة 7 قضائية، 23 نوفمبر 1954، برئاسة السيد علي. (ش.ق.ش | ر.م 71023)

ما نصت عليه المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم 181 لسنة 1952 من عدم جواز الطعن بإلغاء أو وقف تنفيذ القرارات الصادرة بالتطبيق لأحكامه، وإن جاء استثناء من الاختصاص المقرر لمحكمة القضاء الإداري، إلا أنه لا تترتب على المشرع إذا ما لجأ إلى تقريره مراعاة للصالح العام في ضوء الظروف المحيطة بالمجتمع، وما دام هذا المنع متسماً بطابع العمومية والتجريد، فلا صحة للقول بعدم دستوريته لإخلاله بمبدأ المساواة أمام القانون، بدعوى حرمانه لطائفة من الأفراد من حق الالتجاء إلى القضاء؛ ذلك أن هذا القانون لا ينطوي على مصادرة مطلقة للحقوق بدون تعويض عادل أو لاقتضائها في أي صورة، بل هو تنظيم لاستعمالها، ولا يفرق في هذا الشأن بين أفراد طائفة من الموظفين تماثلت مراكزهم القانونية واتحدت في خصائصها<sup>1</sup>. فالحكم هنا يفترض بأن المساواة في الحرمان من اللجوء إلى القضاء ينفي عن التشريع شبهة عدم الدستورية، والحق أن المساواة في المنع تزيد تلك الشبهة إثباتاً، فتعميم الظلم لا يقلبه عدلاً بأي حالٍ من الأحوال. ومهما يكن من أمر فإن حكم عام 1952 واضح في مباشرة الرقابة الدستورية على الغاية، لكن هذا التوجه من قضاء مجلس الدولة لم يكن مطرداً كما هو ظاهر في حكم عام 1954، فرياح العوامل السياسية قد أثرت على توجهات القضاة في الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع. أما بالنسبة للمحكمة العليا فقد أثير فيها موضوع الرقابة على الغاية منذ أول حكم تعرضت له عام 1971، حيث دفع المدعي بعدم دستورية النص الذي يُثبت الحق في الشفعة للجار المالك متى كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان لأرض الجار حق ارتفاق على الأرض المبيعة؛ وقد استند في دفعه إلى مخالفة غاية القانون للدستور، إذ دفع بأن "هدف نظام الشفعة هو

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري، الحكم رقم 503 لسنة 7 قضائية، بتاريخ 23 نوفمبر 1954، برئاسة السيد علي. (ش.ق.ش|ر.م 71023) ويتقاطع هذا الحكم في مضمونه مع حكم المحكمة الإدارية العليا، يُنظر: المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1609 لسنة 6 قضائية، 29 يونيو 1963، برئاسة الإمام الخريبي. (ش.ق.ش|ر.م 32671)

جمع الأراضي في يد شخص واحد مما يؤدي إلى الاستغلال ويتعارض مع النظام الاشتراكي الذي أرست أصوله المادتان الأولى والتاسعة من الدستور وجعلت منه هذه المادة الأخيرة الأساس الاقتصادي للدولة" فرفضت المحكمة هذا الدفع على سندٍ من أن الغاية من ثبوت الحق بالشفعة للجار في تلك الحالات؛ تتمثل في "تطهير الأرض من هذه الحقوق فضلاً عما يترتب عليها من دفع الضرر عن الجار وتجنب مشكلات المشاركة في حقوق الارتفاق وكافة منازعات الجوار" وهو ما اعتبرته المحكمة غايةً مشروعة توافق الدستور، وتدخل في السلطة التقديرية للمشرع<sup>1</sup>.

وفي هذا الحكم لم يرد لفظ الانحراف أو الإساءة البتة، لكن مناقشة الغاية كانت ظاهرة في الدفع المبدى من المدعي وفي رد المحكمة الذي استظهر الغاية المشروعة من النص، ولهذا عدّ البعض هذا الحكم نقطة الانطلاقة القضائية للرقابة الدستورية على الغاية من التشريع، على أننا نرى بأن حكم عام 1952- الذي سبق تفصيله- هو الذي يشكل نقطة البداية.

**2- عناية القضاء الدستوري بالمصطلحات التي تعبر عن الرقابة على الغاية:** يمكن القول بأن القضاء الدستوري في مصر لم يتعرض للمصطلحات ذات الصلة من تلقاء نفسه في البداية، بل كان تعرّضه لها استجابةً للدفع التي طعنتم بعدم دستورية تشريع على أساس وجود انحراف بالغاية أو استجابةً لدفع الحكومة بعدم جواز النظر في عنصر الغاية، حيث ظهر الفرض الأخير في حكم للمحكمة الإدارية العليا عام 1964، إذ دارت القضية حول تعارض أحد القوانين مع الغاية من قانون سابقٍ عليه ما يزال ساريًا، وطالب المدعي بمنع امتداد التأميم على مصانعه، وقد ناشد المحكمة "استبعاد تطبيقه بالنسبة لمصانع سوهاج الكبرى لمخالفة إضافتها للجدول الملحق بالقانون المذكور لمحل ذلك القانون وغايته المحددة"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 3 لسنة 1 قضائية، بتاريخ 6 مارس 1971، برئاسة بدوي إبراهيم حمودة. (ش.ق.ش | ر.م 54010)

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1198 لسنة 9 قضائية، 11 أبريل 1964، مصطفى إسماعيل. (ش.ق.ش | ر.م 31876)



وعلى إثر ذلك "دفعت الحكومة في مذكرتها بعدم اختصاص المحكمة ولائيا بنظر النزاع إذ لا تملك المحكمة القول بأن التشريع منحرف أو غير منحرف لأن في هذا افتئاتا على السلطة التشريعية. كما أن صراحة النص والظروف والملابسات لا يمكن معهما القول بانحراف في التشريع أو بأحقية أعضاء السلطة القضائية في مناقشة هذا التشريع واستبعاد تطبيقه. ولا يمكن أن ينسب إلى التشريع أي انحراف لأنه أخل بمبدأ المساواة أو أنه وضع لحالة خاصة بالمدعي، ذلك أن هذا القانون قد ورد تكملة لهذه القوانين ولضروب من النشاط لم تقتصر على المضارب والمخابز والمطاحن<sup>1</sup>."

ونلاحظ أن المدعي لم يثر موضوع الانحراف صراحةً في دفعه، لكن الحكومة استخلصت الاصطلاح من مضمون الدفع بعدم الدستورية، وأسست دفعها على أساس عدم اختصاص المحكمة بنظر الانحراف، فردت المحكمة على ذلك بأنه "ليس في القانون المصري ما يمنع القضاء من التصدي لبحث دستورية القوانين مادامت رقابته لهذه الدستورية تجد حدها في نطاق تطبيق أو استبعاد تطبيق القانون دون الحكم بإلغائه أو وقف تنفيذه، ومن حيث أن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية إذا صحَّ أنه يصلح سببا لبطلان القانون دستوريا... إلا أنه في نطاق الانحراف في استعمال السلطة التشريعية لا يسوغ أن يقبل إلا معيار موضوعي محض لا يداخله أي عنصر ذاتي<sup>2</sup>." وعلى ذلك فإن المحكمة هنا أعلنت قبولاً للمعيار الموضوعي، ورفضت المعيار الذاتي<sup>3</sup>، ويُعدُّ هذا الإعلان مُبَكِّراً، فقد جاء في فترة الرقابة اللامركزية قبل صدور قانون إنشاء المحكمة العليا عام 1969 والذي بموجبه انتقلت مصر إلى مرحلة الرقابة المركزية<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

<sup>3</sup> سيأتي التعليق على موقف المحكمة في الباب الثالث.

<sup>4</sup> أما المحكمة العليا فقد كانت ميالة لتجنب الرقابة على الغاية من التشريع، فهي وإن لم ترفض الأخذ بها صراحةً إلا أنها في جميع أحكامها التي أُثير فيها الدفع بانحراف الغاية من التشريع الطعين؛ كانت قد انتهت لرفض الدفع لعدم وجود انحراف، وذلك مثل قضائها

أما بعد إنشاء المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا؛ فقد شهد القضاء الدستوري العديد من الأحكام التي تضمّنت مصطلحات تتصل بعنصر الغاية، وأخرى تضمّنت فكرة الرقابة على الغاية وهو ما سنتعرّض له بالتفصيل في البابين الثالث والرابع.

ثم في مرحلة متأخرة عام 2012؛ بادرت المحكمة الدستورية العليا إلى استعمال تعبير الانحراف التشريعي رغم أن المدّعي بعدم الدستورية لم يثر المسألة في دفعه ابتداءً، فقضت في حكمها الشهير بأنه "لئن كانت كل مخالفة دستورية اعتورت ذلك النص على نحو ما تقدم، 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 غالبية، لتجاهلها، وإقراره لمشروع القانون، ما يجافي عن قصد الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها التشريع، وهو الأمر الذي يفقده عموميته وتجريده، ويوصمه بالتالي بعيب الانحراف التشريعي<sup>1</sup>".

وقد توالى الدفوع بعدم دستورية التشريع لانطوائه على انحراف بالغاية في العديد من القضايا، ولطالما فحصت المحكمة الدستورية تلك الدفوع وعرضت لمناقشتها قضائياً، لتنتهي إما لنفي وجود انحراف بالغاية أو لإثباته، لكنها لم تعلن قط عن عدم اختصاصها بالرقابة على الانحراف بالغاية، بل باشرت الرقابة على الغاية كلّما عُرض لها دفعٌ يطعن في الغاية من التشريع، فمنهجها المطّرد في ذلك هو إخضاع الغايات لأحكام الدستور منتهيةً إما لتوافقها معه أو تناقضها.

---

بأن "النعي على قانون- إلغاء قرار وزارة التربية والتعليم بمعادلة شهادة مدرسة المساحة بشهادة الفنون والصنائع- بعيب الانحراف لا يقوم على أساس سليم". وسيأتي نقاشه في الباب الثالث، يُنظر: المحكمة العليا، القضية رقم 2 لسنة 3 قضائية، 7 يونيو 1975، برئاسة بدوي إبراهيم. (ش.ق.ش| ر.م. 54146)

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 57 لسنة 34 قضائية، 14 يونيو 2012، ر. عبد الوهاب عبدالرزاق. (ش.ق.ش| ر.م. 338228)

وأما من فسّر مقالة القضاء الدستوري بأن ولايته لا تمتد إلى فحص ملاءمات التشريع وبواعثه على أنها رفض للرقابة على الانحراف بالغاية<sup>1</sup>، فليس ذلك إلا من آثار الخلط بين الغايات والبواعث والملاءمات<sup>2</sup>، فهذه المقالة إن كان ثمة وجه للاستناد إليها في رفض القضاء الدستوري الرقابة على بواعث التشريع فليس من وجه في الاستناد إليها لرفض القضاء الدستوري للانحراف بالغاية، فالبواعث وملاءمة التشريع ليست هي الغاية من التشريع، علاوة على أن المحكمة الدستورية العليا لطالما قيّدت قاعدة عدم امتداد الرقابة الدستورية إلى البواعث والدوافع بالقيود الدستورية، فقضت بأن "ملاءمة التشريع والبواعث على إصداره من إطلاقات السلطة التشريعية مالم يقيدها الدستور بحدود وضوابط معينة"<sup>3</sup> كما قضت بأنه إذا كانت "الرقابة القضائية 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"<sup>4</sup>. فهذه القاعدة حدّها الدستور، ومتى ما استلزم القضاء أن يصدر التشريع وفق إطار معيّن للملاءمة كان على المشرع الالتزام به، وكان للقضاء الدستوري أن يردّ المشرع إلى ذلك الحدّ كلما حاد عنه.

---

<sup>1</sup> مبارك الهاجري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي، مرجع سابق، ص504.  
<sup>2</sup> وقد فصلنا الفارق بين الغايات والبواعث في الفصل الأول، وسيأتي مفهوم الملاءمة من المبحث الأخير من هذا الباب.  
<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 13 لسنة 1 قضائية، 16 فبراير 1980، برئاسة أحمد ممدوح عطية. (ش.ق.ش|ر.م 36403)  
<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 23 لسنة 8 قضائية، 15 أبريل 1989، برئاسة ممدوح مصطفى. (ش.ق.ش|ر.م 36585)

## الفصل الثاني

### عيب الغاية: المفهوم والخصائص والتمييز

إن التعبير الشائع في الفقه عن عيب الغاية هو "الانحراف التشريعي" وإلى جانبه تعبير آخر ينافسه في الشيوع؛ هو "إساءة استعمال السلطة" أو "سوء استعمال السلطة"، ولقد عرّفت المحكمة الدستورية العليا الأخير دون الأول، غير أن الفقه تداول مصطلح الانحراف التشريعي بمفهوم المحكمة الدستورية العليا لمصطلح سوء استعمال السلطة، فكان أن ساوى كثيرون بين هذين التعبيرين رغم الاختلاف الدلالي القائم بينهما، وهو ما أدى لالتباس بالغ في مفهوم الانحراف التشريعي.

يعتني هذا الفصل بتحرير كلا المصطلحين فينظر إلى الجذور اللغوية والقضائية والامتدادات الفقهية لكلٍ منهما، مناقشاً جميع التعريفات القضائية والفقهية التي حالفنا الوصول إليها ثم إذا اتضح مفهوم عيب الغاية وترجّح المصطلح الأدق في التعبير عنه، نمضي في مراجعة خصائص كلٍ من عيب الغاية والرقابة عليها، حيث أسند الفقه لعيب الغاية خمسة خصائص، هي القصد، والخفاء، والاحتياط، والذاتية، وانحصاره في منطقة السلطة التقديرية، وإذا كانت الأربع الأولى تتعلق بالخصائص فعلاً، إلا أن الخامسة تتعلق بنطاق هذا العيب أكثر من تعلّقها بخصائصه، ولهذا لن نناقشها في هذا الفصل، وسيأتي النقاش عنها مفصلاً في الباب الثالث.

ثم بعد ذلك ننتقل لتمييز عيب الغاية عما يختلط به من عيوبٍ أخرى، فيجري تمييزه عن عيب الخطأ الظاهر في التقدير، وعن عيب عدم التناسب، وعن عيب عدم الملاءمة، وعن عيب إساءة استعمال السلطة. وإذا كان البعض قد تناول تمييز عيب الغاية عن عيب مخالفة الدستور فسوف نرجي هذه المسألة إلى الباب الثالث. ولولفاء بما مضى، ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

- المبحث الأول/ مفهوم الانحراف التشريعي في الفقه والقضاء الدستوري
- المبحث الثاني/ تمييز الانحراف الغائي عما يختلط به من عيوب الدستورية

## المبحث الأول

### مفهوم الانحراف التشريعي في الفقه والقضاء الدستوري

من المسلّمات المنطقية والأصولية أن الحكم على الشيء فرعٌ عن تصوّره<sup>1</sup>، وتصور الشيء يقتضي تحديد ماهيته، ولما كان موضوع الانحراف التشريعي من الموضوعات التي تناولها الفقه بالرفض مرات عديدة وبالقبول مرات أخرى، وغضّ القضاء طرفه عن الأخذ بها في بعض أحكامه، وأخذ بها في بعض أحكامه الأخرى صراحةً أو ضمناً؛ فإن تحرير هذا المفهوم ضروري لتحديد الموقف من هذا الموضوع.

وقد تعدّدت تعريفات الانحراف التشريعي في الفقه تعدّداً لا يخفى على مُطلع، واستُعينَ بتراث القضاء الإداري والفقه الفرنسي في هذا الشأن. وفي المقابل، لم يعرف القضاء الدستوري هذا المفهوم حتى هذه اللحظة، لكنّه عزّف مفهوماً آخر قد اختلط معه في أذهان العديد من الباحثين، وهو مفهوم سوء استعمال السلطة. وعلى إثر ذلك الخلط، عدّ غالب الفقه خصائص الانحراف التشريعي هي ذاتها التي قررتها المحكمة الدستورية العليا لدى تعريفها مفهوم إساءة استعمال السلطة، فأسسوا بذلك إلى أن عيب الانحراف التشريعي لا يكون إلا عمدياً، ولا يكون إلا خفياً، وأنه عيب احتياطي، وأنه عيب ذاتي.

من المهم عرض تلك التعريفات وما ترتّب عليها من خصائص على ميزان المنطق والقانون والواقع، ليتسنى بعدئذ تعيين التعريف والمصطلح والخصائص الأقرب للدقّة، إذ ينقسم هذا المبحث لمطلبين:

- المطلب الأول/ تعريف الانحراف التشريعي

- المطلب الثاني/ مراجعة خصائص الانحراف التشريعي

---

<sup>1</sup> محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ج1، مرجع سابق، ص468.

## المطلب الأول

### تعريف الانحراف التشريعي بين الفقه والقضاء

يتكوّن مصطلح الانحراف التشريعي من لفظين، الانحراف، والتشريع، والياء الداخلة على اللفظ الثاني تعني أن الانحراف منسوبٌ للتشريع، فهي ياء نسبة، فكان القصد هو نسبة الانحراف للتشريع. هذا التكوين النصّي للمصطلح يقتضي البحث في مفهوم التشريع ومفهوم الانحراف، وقد فصلنا مفهوم التشريع في الباب الأول، فنحيلُ إليه، أما في هذا المطلب فسوف نتناول مفهوم الانحراف، لنحيط فهمًا بما يراد من معنى عند إطلاق تعبير الانحراف التشريعي.

وفي هذا المطلب نبحت في فروع ثلاثة؛ فنفرد الأول لبيان العلاقة بين الدلالة اللغوية والدلالة الاصطلاحية للفظ الانحراف. ونفرد الثاني لبيان تعريف الانحراف التشريعي في أحكام القضاء. ونفرد الثالث لبيان تعريف الانحراف التشريعي في كتابات الفقهاء.

### الفرع الأول- العلاقة بين الدلالة اللغوية والدلالة الاصطلاحية للفظ الانحراف

لفظ الانحراف في اللغة مردهُ الجذر الثلاثي حَرَفَ، وله في معاجم اللغة معانٍ عديدة، يهمنّا منها: الميل والزيغ والزَّيل، إذ يقول ابن منظور في شرح قول أبي هريرة (أمنت بمُحَرِّفِ القلوب) "هو المزيلُ أي مميلها ومُزيغها"<sup>1</sup>، ويقول ابن فارس "الحاء والراء والفاء ثلاثة أصول: حدُّ الشيء، والعدول، وتقدير الشيء." ومن هذه المعاني الثلاثة يهمنّا الأوليان، حدُّ الشيء والعدول، حيث يقول ابن فارس في الأول: "حَرَفُ كلِّ شيء حدّه"، وعن الثاني يقول "الانحراف عن الشيء. يقال انحرف عنه ينحرف انحرافاً." و"تحريف الكلام عدله عن جهته"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، ج9، مرجع سابق، ص43.

<sup>2</sup> أبو الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، مرجع سابق، ص42-43. والمعنى الثالث قدّره ابن فارس من أداة طبية تسمّى المحراف، وهي حديدة تُقدَّر بها الجرح عند العلاج، وفيها المعنيين الأتئين، فهي تضع حدًّا للطبيب لا ينحرف عنه فيزيد من الجراحة بغير حاجة المريض.

وفق الدلالة اللغوية يتضح أن الحَرْفَ هو الحدُّ، ولما كان الانحراف هو العدول، فهو مأخوذ من الخروج على الحرف، أي الخروج عن الحد، فالانحراف هو العدول عن الحد، وبإجراء الدلالة اللغوية على اصطلاح الانحراف التشريعي فإنه يعني خروج التشريع عن المسار المحدد له، والمسار المحدد للتشريع هو الدستور. ويتضح من ذلك أن الدلالة الاصطلاحية وثيقة الاتصال بالدلالة اللغوية، فالانحراف معناه الخروج عن الحد، وفي الاصطلاح يكون هذا الحد هو الدستور، ولهذا فإن الانحراف التشريعي يتعلق بخروج التشريع عن المسار الدستوري<sup>1</sup>.

بناءً على ذلك، يعني الانحراف التشريعي من حيث عموم الدلالة خروج التشريع عن حدود الدستور، ويستوي بعدئذ أن يكون الحدُّ الدستوري متعلقاً بأحد العناصر الشكلية أو الموضوعية للتشريع، فكل مخالفة للدستور تشكل انحرافاً عنه، بصرف النظر عن مناط المخالفة. وقد التفت جانب من الفقه إلى مطابقة مدلول الانحراف التشريعي لمدلول مخالفة الدستور، وأن الانحراف قد يرد على كل عنصر من عناصر التشريع تماماً مثلما يرد على الغاية، وسعى البعض إلى التوفيق بين الاستعمال الشائع للمصطلح وبين حقيقة مدلوله عبر تقسيم مفهوم الانحراف التشريعي إلى مفهوم واسع ومفهوم ضيق، فأجروا المفهوم الواسع على الانحراف الذي يساوي في دلالته مفهوم مخالفة الدستور، وأجروا المعنى الضيق على الانحراف الذي يتعلّق بعنصر الغاية حصراً<sup>2</sup>.

وفق هذا التقسيم، فإن الانحراف بالمدلول الواسع يعني تجاوز المشرع للحدود الدستورية عند سن التشريع، وذلك عن طريق وضع تشريعات مخالفة للدستور شكلاً أو موضوعاً، وبناءً على ذلك فإن الانحراف قد يعتري العناصر الشكلية، فيطال الاختصاص أو الأشكال والإجراءات، كما قد يعتري العناصر الموضوعية، فيطال السبب أو المحل أو الغاية، فكل خروج عن القيود الدستورية يشكل

<sup>1</sup> جابر حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، ط1، 2012، ص406.

<sup>2</sup> محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج1، مرجع سابق، ص333 وما بعدها.

انحرافاً بالمعنى الواسع، أما الانحراف بالمعنى الضيق فيُقصد به العيب الذي يصيب الغاية تحديداً<sup>1</sup>، وهذا هو الاستعمال الشائع في الكتابات الفقهية، لكنّ الأول هو الاستعمال الأدق، لأن المدلول الواسع هو الذي يُطابق ألفاظ الدال- والدال هو الانحراف التشريعي- إذ ليس من مخصّص في الدال لينحصر المدلول في الغاية، وإنما كان تخصيص المدلول بالاستعمال الفقهي.

وقد استعملت المحكمة الدستورية العليا تعبير الانحراف بمدلوله الواسع، فأطلقتها غير مرّة للتعبير عن المخالفات التي تعتري التشريع في جوانبه الشكلية والموضوعية على حدٍ سواء، حيث قضت بأن "لا يُعتبر قضاء هذه المحكمة باستيفاء النص التشريعي المطعون عليه لأوضاعه الشكلية أو انحرافه عنها أو اتفائه مع الأحكام الموضوعية في الدستور أو مرقه منها، منصرفاً إلى من كان طرفاً في الخصومة الدستورية دون سواه، بل منسحباً إليه وإلى الأعيان كافة"<sup>2</sup>.

فالمحكمة هنا قد أقرت بأن الانحراف قد يكون مناطه الأوضاع الشكلية لا الموضوعية فحسب، فهي لا تجد حرجاً من الاعتراف بالمدلول الواسع للفظ الانحراف، إذ إن الانحراف في هذا الحكم لا يتعلق بعنصر الغاية وحده وإنما بأي جانبٍ من جوانب التشريع.

ولقد عادت المحكمة لتكريس المدلول العام للانحراف من خلال صياغة المبدأ ذاته في حكم آخر مع تغيير طفيف في النص، حيث جعلت الانحراف متعلّقاً بالجوانب الموضوعية للتشريع، إضافةً إلى مقابلتها لفظ الانحراف بلفظ المخالفة، بما يفيد أن كل مخالفة للدستور هي انحراف عنه وفق المدلول الواسع للانحراف، حيث قضت بأن "الدعوى الدستورية من الدعاوى العينية، والحكم الصادر فيها سواء باستيفاء النص التشريعي المطعون فيه أو مخالفته للأوضاع الشكلية التي يتطلبها

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ج1، ص337. وكذلك: سنبل عبدالجبار عباس، الانحراف التشريعي بين النصوص القانونية ورقابة الدستورية، مجلة الأطروحة، دار الأطروحة للنشر العلمي، مج4، ع8، 2019، ص85، 86.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 55 لسنة 4 قضائية، 5 سبتمبر 1992، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م 36608) ولقد عاد لتكريس المبدأ ذاته في عدّة أحكام لاحقة. يُنظر: القضية رقم 3 لسنة 14 قضائية، 6 فبراير 1993. (ش.ق.ش| ر.م 36643)



الدستور أم باتساقه مع أحكامه الموضوعية أو الانحراف عنها؛ له حجية مطلقة قِيلَ الكافة<sup>1</sup>. " فهنا كذلك اعتمدت المحكمة المدلول العام للانحراف بغض النظر عن العنصر الذي يتعلق به<sup>2</sup>. كما استعملت المحكمة الدستورية العليا لفظ الانحراف بمدلوله الضيق، وهذا هو الشائع في أحكامها المتعاقبة، وأشهرها حكمها الذي وصمت فيه التشريع الطعين بالانحراف التشريعي<sup>3</sup>.

وحيث إنَّ وحدة المصطلح مع اختلاف المدلول هي مظنة اللبس، فالإشارة إلى مفهومين مختلفين متداخلين بتعبير واحد يدعو لالتباسهما، والأولى أن يُعبّر عن كل مفهوم بمصطلح يساوي مدلوله. من أجل ذلك نضع مصطلح "الانحراف الغائي"<sup>4</sup> للتعبير عن المدلول الضيق، ويبقى تعبیر "الانحراف التشريعي" ساريًا للتعبير عن المدلول الواسع.

وعليه، فإن الانحراف الغائي هو مخالفة الغاية التشريعية للدستور، أما الانحراف التشريعي فهو مخالفة التشريع للدستور في أي عنصرٍ من عناصره، فاختلاف المدلولين الواسع والضيق يقتضي اختلاف التعبير عنهما، وقد ثبت أن الانحراف عن الدستور قد يطال أيًا من عناصر التشريع الخمسة على حدٍ سواء، وأيد ذلك جانبٌ من الفقه كما تقدّم، ومن ثمّ فإن الناحيتين النظرية والعملية تؤيدان إبقاء مدلول الانحراف على عمومته، لأن مصطلح "الانحراف التشريعي" يساوي المفهوم الواسع ويكبر عن المفهوم الضيق.

أما ورود الانحراف التشريعي في أحكام القضاء عند معالجة عيب الغاية تحديدًا، فإنه لا يعني نفي وقوع الانحراف في عناصر التشريع الأخرى، وقد اتضح في الاستشهاد الآنف من حكم المحكمة

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 5 لسنة 12 قضائية، 25 سبتمبر 1993، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش. | ر.م. 36702)  
<sup>2</sup> لقائل أن يقول بأن المحكمة هنا استعملت تعبير الانحراف بالدلالة اللغوية وأن قصدها لم ينصرف للدلالة الاصطلاحية للمعنى الواسع، لكن العبرة بتطابق المدلول، وحتى لو انصرف قصد المحكمة للاستعمال اللغوي فإن هذه الدلالة اللغوية تطابق الدلالة الاصطلاحية للمفهوم الواسع، فهي لا تزيد ولا تنقص عنها بشيء، ومن ثمّ فإن القول بارتضاء المحكمة لها يكون في محله.  
<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 57 لسنة 34 قضائية، 2012، ر. عبد الوهاب عبدالرزاق  
<sup>4</sup> أشار الدكتور عادل عمر لتعبير مشابه، وهو تعبير (العيب الغائي)، ينظر مؤلفه: القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص 366.

الدستورية العليا اعتبارها الخروج عن الأوضاع الشكلية انحرافاً، ومن ثمّ فإنّ عموم اللفظ يقتضي تخصيص تعبيرٍ آخر لعيب الغاية درءاً للبس المحتمل من اختلاط المدلول العام بالمدلول الخاص، ولهذا نجد من المهم تخصيص الانحراف بمناطه، فنسمّي عيب الغاية "الانحراف الغائي".

### الفرع الثاني- تعريف الانحراف التشريعي في أحكام القضاء

لم تُعرّف المحكمة الدستورية العليا في مصر مصطلح الانحراف التشريعي قط، غير أنّها تناولت مصطلح إساءة استعمال السلطة بالتعريف<sup>1</sup>، فقضت بأن "سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض في عملها، بل يعتبر مثلباً احتياطياً، وعبئاً قصدياً يتعين أن يكون الدليل عليه واثياً بتكبتها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستتارها بالتالي وراء سلطتها في مجال تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا انحرافاً عنها<sup>2</sup>".

لكنّ هذا التعريف ليس من ابتداع القضاء الدستوري في عناصره الجوهرية، وإنّما هو من تراث القضاء الإداري الذي كان ذا باع طويل في الرقابة على الغاية من القرارات الإدارية، ولما كان القضاء الدستوري في مصر قد اقتبس فكرة الرقابة على الغاية من القضاء الإداري، فلا بد من العروج على أحكامه في هذا الشأن للوقوف على التعريف الذي استقرّ عليه والمصطلحات التي استخدمها، لنقف على حقيقة المفهوم لدى القضاء.

يكشف استقراء أحكام القضاء الإداري- لكلّ ذي إمعان فيها- عن تفرقه بين مصطلحين أساسيين: الأول: إساءة استعمال السلطة، والثاني: الانحراف في استعمال السلطة. حيث تُظهرُ الأحكام القضائية على مدار السنوات أن الأول يختص بوصف الانحراف العمدي وحده، بينما الثاني يختصُّ

<sup>1</sup> وعليه، لا يصحّ القول بأن "القضاء كانت له بصمة في تعريف الانحراف التشريعي حيث جاء في قرار للمحكمة الدستورية العليا التعريف الآتي سوء استعمال السلطة التشريعية..". فهذا القول هو من قبيل الأخطاء الشائعة التي عمقت الالتباس بين المفهومين. يُنظر: سالم رضوان الموسوي، عدم دستورية القوانين بين الانحراف التشريعي والمخالفة الدستورية، مرجع سابق، ص 40.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 121 لسنة 18 قضائية، 7 مارس 1998، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م 36917)

بعموم الانحراف عن الغاية، سواء اتّخذ صفة العمد أو كان واقعاً بغير عمد، غير أنّ مجموعة من الأحكام جمعت بين اللفظين - الانحراف والإساءة - فحصل تداخلٌ بين المفهومين جعل كثيراً من الفقه يعتبرهما متساويين في الدلالة، وما هُما كذلك، وسوف نعرض لكلٍ على حدة:

أولاً- تعريف القضاء الإداري لمصطلح "إساءة استعمال السلطة": تناولت أحكام القضاء الإداري في مصر تعريف سوء استعمال السلطة بتعابير صريحة، فقد قضت محكمة القضاء الإداري عام 1949 بأنّ "سوء استعمال السلطة نوع من سوء استعمال الحق، والموظف يسيء استعمال سلطته كلّما استعمل نصوص القانون ونفّذها بقصد الخروج على أغراض القانون وأهدافه، فهو استعمال القانون بقصد الخروج على القانون، وبهذه المثابة تكون إساءة استعمال السلطة ضرباً من تعمد مخالفة القانون مع التظاهر باحترامه، فهي لا تخرج عن كونها مخالفة متعمّدة لأهداف القانون<sup>1</sup>". ومن الواضح في هذا الحكم أنه يشترطُ العمد لقيام مفهوم إساءة استعمال السلطة، فما لم يكن الخروج عن أغراض القانون عمدياً فإنّ المفهوم لا ينطبق، كما أن المحكمة في هذا الحكم اعتبرت إساءة استعمال السلطة أحد أوجه مخالفة القانون، فهذا المفهوم غصنٌ في شجرة مخالفة المشروعية، فكلُّ إساءة استعمال للسلطة هي مخالفة للمشروعية، لكن العكس لا يطرد.

ثم في عام 1950 عادت المحكمة لتعريف المفهوم ذاته بألفاظ أخرى، فقضت بأنّ "سوء استعمال السلطة- الذي يعيب القرار الإداري - هو توجه إرادة مصدره إلى الخروج عن روح القانون وغاياته وأهدافه وتسخير السلطة التي وضعها القانون بين يديه في تحقيق أغراض ومآرب بعيدة عن الصالح العام- فإساءة استعمال السلطة عمل إرادي من جانب مصدر القرار تتوافر فيه العناصر المتقدمة- أما إذا كان حسن القصد سليم الطوية، وانساق في تكوين رأيه وراء أحد أعوانه سيئ النية، أو أمده

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري، الحكم رقم 650 لسنة 2 قضائية، 7 يونيو 1949، عبدالرزاق السنهوري. (ش.ق.ش| ر.م 69931)

بيانات خاطئة حصل منها قراره، فإن وجه الطعن فيه، يندرج تحت الخطأ في القانون بقيام القرار على وقائع غير صحيحة أو مدسوسة أو مدّسٍ فيها<sup>1</sup>.

وهذا الحكم يعزّز ما انتهت إليه المحكمة في حكمها السابق، فهو يؤكّد بأن مفهوم إساءة استعمال السلطة يتعلّق باستهداف غايات تخالف القانون مع علمٍ بذلك، ويتميّز ذلك عن الخطأ في القانون الذي تكون فيه مخالفة الغاية التشريعية للقانون نابعة عن سهوٍ وغفلة<sup>2</sup>.

جميع هذه الأحكام لا ذكر فيها للفظ الانحراف، حيث تمحّص التعريف فيها لبيان مفهوم إساءة استعمال السلطة، وتتشرك جميعها في أمرين؛ الأول أنّ مناط الإساءة يتعلّق بعنصر الغاية تحديداً، والثاني أنّ إساءة استعمال السلطة تقع عمداً، حيث تتصرف إرادة الإدارة إلى توحيّ غايات مخالفة لغايات القانون عن قصدٍ جازمٍ وبسوء نية.

ثانياً- تعريف القضاء الإداري لمصطلح "الانحراف في استعمال السلطة": عرّفت محكمة القضاء الإداري الانحراف في استعمال السلطة باستقلال عن إساءة استعمال السلطة، فقضت عام 1955 بأن يكون هناك "انحراف في استعمال السلطة إذا اتخذت الإدارة قراراً لحماية أغراض غير التي قصدها الشارع من منحها تلك السلطة، حتى ولو كانت هذه الأغراض تتصل بالصالح العام..."<sup>3</sup> ومن الملاحظ هنا وجود فارق جوهري بين مفهومَي الانحراف والإساءة، فالمحكمة وفق هذا التعريف ترمي بوضوح إلى أن الانحراف في استعمال السلطة لا يتعلّق بمقاصد الإدارة، وأن حسن نية

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري، الحكم رقم 201 لسنة 2 قضائية، بتاريخ 8 يونيو 1950، برئاسة محمد مازن. (ش.ق.ش|ر م 69681)  
<sup>2</sup> ولقد قضت المحكمة ذاتها في حكمٍ آخر أصدرته في العام نفسه بأن "سوء استعمال السلطة تصرف إداري يقع من مصدر القرار بتوحيه في إصداره غرضاً غير الغرض الذي قصد القانون تحقيقه ووسد إليه السلطة من أجله، ولا مشاحة أن الرئيس الإداري إذا ما أصدر قراره عن هوى، متنبكاً فيه سبيل المصلحة العامة كان قراره مشوباً بسوء استعمال السلطة." وهو ما يُعزّز اقتران مفهوم إساءة استعمال السلطة بخروج المشرع عن القانون فيما يبتغيه من غايات خروجاً عمدياً. يُنظر: الحكم رقم 313 لسنة 3 قضائية، 30 نوفمبر 1950، برئاسة العزة مازن بك. (ش.ق.ش|ر م 69258)

<sup>3</sup> محكمة القضاء الإداري، 17 نوفمبر 1955، نقلاً عن: سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 632.

الإدارة ليس مُعَفيًا من الوقوع في الانحراف، لأن مناطق الانحراف تتعلق بمدى توافق الغايات التي تستهدفها الإدارة مع السند التشريعي الذي منح الإدارة الاختصاص ابتداءً.

وقد أكّدت المحكمة هذا التعريف عام 1956، فقضت بأن "الانحراف في استعمال السلطة لا يكون فقط من حيث أن يصدر القرار لغايات شخصية ترمي إلى الانتقام أو إلى تحقيق نفع شخصي أو أغراض سياسية أو حزبية أو نحو ذلك، بل يتحقّق هذا العيب أيضًا إذا صدر القرار مخالفًا لروح القانون. فالقانون في كثير من أعمال الإدارة، لا يكتفي بتحقيق المصلحة العامة في نطاقها الواسع، بل يخصص هدفًا معينًا يجعله نطاقًا لعمل إداري معين.. فإذا خرج القرار على هذه الغاية، ولو كان هدفه هو تحقيق المصلحة العامة ذاتها، كان القرار مشوبًا بعيب الانحراف ووقع باطلاً<sup>1</sup>".

بهذا الحكم يتبيّن أن مدلول الانحراف أوسع نطاقًا من مدلول الإساءة، إذ الثاني يندرج ضمن الأول دون أن ينحصر فيه، فالانحراف يشمل استهداف الغايات غير المشروعة سواءً كان ذلك بعمدٍ أو بغير عمد، بل حتى لو كان مسعى تلك الغايات يصبُّ في المصلحة العامة. وإلى ذات المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا، حيث قضت في أحدث أحكامها بأن "الانحراف في استعمال السلطة لا يتحقق فقط حين صدور القرار مستهدفًا غاية شخصية ترمي إلى الانتقام أو تحقيق نفع شخصي بل يتحقق إذا صدر القرار مخالفًا لروح القانون، فالقانون لا يكتفي فقط بتحقيق المصلحة العامة بمعناها الواسع بل تخصيص هدف معين يكون نطاقًا للعمل الإداري<sup>2</sup>".

هذه التعريفات تؤكد أن الانحراف وإن كان يشترك مع الإساءة في أن كليهما يتعلّق باستهداف غايات أخرى مخالفة؛ إلا أنهما يفترقان في القصد، فإذا كان تعبير الإساءة يخلُص لما يقع عمدًا

---

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري- لم ترد بيانات الحكم- 22 أبريل 1956، نقلًا عن: المرجع نفسه، ص632. تعرّد الوصول للحكم نفسه.  
<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 6585 لسنة 55 قضائية، 6 فبراير 2010، برئاسة عبدالله سعيد. (ش.ق.ش| ر.م 317709) يُنظر كذلك: محكمة القضاء الإداري، الحكم رقم 60186 لسنة 67 قضائية، 23 ديسمبر 2018، برئاسة طه سعيد. (ش.ق.ش| ر.م 667817) وكذلك: الحكم رقم 55276 لسنة 70 قضائية، 24 مارس 2019، برئاسة القاضي نفسه. (ش.ق.ش| ر.م 671878)

من انحرافٍ عن الغاية، فإن تعبير الانحراف يتّسع ليشمل مُطلق الخروج عن المصلحة العامة سواء كان عمديًا أو غير عمدي، كما أن تعبير الإساءة ينصرف إلى الحالة التي يتوخّى القرار فيها غايةً مجانفةً للصالح العام تمامًا، بينما الانحراف يمتد ليشمل - إلى جانب ذلك - الحالة التي يستهدف فيها القرار مصلحة عامة تقع خارج الغايات المخصّصة أو تعارض مصلحة عامة أولى منها في الاعتبار، وهذا الفارق ظاهرٌ بين المصطلحين في التعريفات التي تقدّم بيانها.

**ثالثًا - الأحكام التي جمعت بين تعبيرَي الانحراف والإساءة:** ثمة مجموعة من أحكام القضاء الإداري اقترن فيها مصطلح "إساءة استعمال السلطة" بمصطلح "الانحراف" إما بعطف الواو، أو بالعطف التخييري، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا عام 1957 بأنّ "إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها هو من العيوب القصدية في السلوك الإداري قوامه أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها".<sup>1</sup>

أمّا محكمة القضاء الإداري فقد قرّرت عام 1960 بأنّ "عيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة - المبرر لإلغاء القرار الإداري أو التعويض عنه - يجب أن يشوب الغاية منه ذاتها، بأن تكون جهة الإدارة قد أصدرته لباعث لا يتعلق بالمصلحة العامة".<sup>2</sup>

ومن الأحكام الحديثة؛ حكم محكمة القضاء الإداري عام 2020 بأنّ "عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها هو من العيوب القصدية في السلوك الإداري، وقوامه أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، وهذا العيب يجب أن يشوب الغاية من القرار بأن تكون جهة الإدارة قد تتكبّت وجه المصلحة العامة التي يتغيّاها القرار، أو أن تكون قد أصدرت القرار

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 904 لسنة 3 قضائية، 9 نوفمبر 1957، برئاسة السيد علي السيد. (ش.ق.ش| ر.م 32297) يُنظر كذلك: الطعن رقم 1272 لسنة 10 قضائية، 26 يونيو 1966، برئاسة أحمد موسى. (ش.ق.ش| ر.م 30861) وكذلك: الطعن رقم 797 لسنة 31 قضائية، 26 مايو 1990، برئاسة محمد أنور محفوظ. (ش.ق.ش| ر.م 35067)

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري، الحكم رقم 968 لسنة 12 قضائية، 12 يناير 1960، برئاسة محمد عفت. (ش.ق.ش| ر.م 72437)

بباعت لا يتصل بتلك المصلحة وعلى هذا الأساس فإن عيب إساءة استعمال السلطة يجب إقامة الدليل عليه لأنه لا يفترض بل هو من العيوب القصدية في السلوك الإداري، فإذا ما تبين أن جهة الإدارة تستهدف مصلحة عامة فلا يكون مسلكها معيباً بهذا العيب الخاص<sup>1</sup>.

وكذلك حكمها إذ قضت بأن "عيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها- وهو يقابل ركن الغاية في القرار- من العيوب القصدية في القرار الإداري ويقوم حيث يكون لدى الإدارة قصد الإساءة أو الانحراف بحيث تهدف من القرار الإداري قصدًا آخر غير المصلحة العامة كالانتقام من شخص أو محاباة شخص على حسابه ويكون باعثها لا يمتّ للمصلحة العامة بصلة<sup>2</sup>".

هذه الأحكام قد تبدو مُلبسةً في استعمال التعبيرين، غير أنّ استعمالها هو من قبيل الإبدال، فقد مضى أن كل إساءة يتحقّق فيها وصف الانحراف، فصحّ إذن الإبدال بينهما على سبيل التبيين، ويدلّ على انصراف قصد القضاء للإبدال أنّه في حكمه عام 2020 بعد أن عطف الانحراف على الإساءة ومضى في التعريف؛ عاد لذكر تعبير إساءة استعمال السلطة مستقلاً في متنته ليقرنه بالخروج العمدي عن الغايات المشروعة، فدلّ ذلك على أن عطف الانحراف على الإساءة هو من قبيل عطف العام على الخاص.

لكنّ هذا الاستعمال قد ألبس على الفقه بشكلٍ ملحوظ، حيث فهم منه أن المصطلحين متساويان في الدلالة، ولهذا لا تجد في معظم الكتابات الفقهية مميّزة واضحة بين المصطلحين رغم الفارق الظاهر في الأحكام الماضية وقد تسلّل هذا اللبس إلى القضاء نفسه في بعض أحكامه الحديثة فساوى بين الانحراف والإساءة وكأنهما الشيء نفسه، فخالف بذلك سابق قضائه، وفيما يلي بيانه:

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 13247 لسنة 65 قضائية، 13 يونيو 2020، برئاسة حسن سيد عبدالعزيز. (ش.ق.ش| ر.م 1194345) يُنظر كذلك: الحكم رقم 12216 لسنة 69 قضائية، 25 ديسمبر 2016، برئاسة: سيد عمار. (ش.ق.ش| ر.م 614509)  
<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري، الحكم رقم 52040 لسنة 68 قضائية، 27 يناير 2019، محمد أبو المعاطي. (ش.ق.ش| ر.م 498932)

رابعاً- الأحكام التي خلطت بين تعبيرَي الانحراف والإساءة: هذه المجموعة لا شاهد عليها إلا من الأحكام الحديثة دون السالفه، وهو ما يعزّز بأن الاستعمال الإبدالي للمصطلحين- وإن صحَّ- إلا أنه كان مدخلاً للإلباس فعلاً حتى على القضاء نفسه.

حيث قضت محكمة القضاء الإداري عام 2013 بأن "الانحراف في استعمال السلطة من العيوب القصدية التي تلحق بالقرار الإداري ولا يكون فقط حين يصدر القرار لغايات شخصية ترمي إلى الانتقام أو تحقيق نفع شخصي أو نحو ذلك، بل يتحقق هذا العيب أيضاً إذا صدر القرار مخالفاً لروح القانون،... وأن عيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة المبرر لإلغاء القرار الإداري يجب أن يشوب الغاية منه بأن تكون جهة الإدارة قد أصدرته لباعث لا يتعلق بالمصلحة العامة، وهذا العيب يتعين إقامة الدليل عليه ممن يدعيه أو أن تكشف عنه أوراق ومستندات الدعوى بجلاء، فإذا لم يستطع المدعي إثبات ذلك أو أجذبت مستندات الدعوى عن الكشف عن هذا العيب فإن ما تصدره الجهة الإدارية في حدود سلطتها التقديرية يكون صحيحاً ولا مطعن عليه<sup>1</sup>."

في هذا الحكم عدت المحكمة الانحراف من العيوب القصدية، لكن تتمم المقطع تُظهر بأنها قصدت الانحراف الذي يصدق عليه وصف الإساءة في استعمال السلطة، ولم تقصد عموم الانحراف بدليل تتمم بيانها، ذلك أنها أكدت بأن الانحراف لا يقع حين يستهدف القرار غايات تخالف المصلحة العامة فقط، بل حتى حين يستهدف أغراضاً تتعلق بالصالح العام مما لم يشأ القانون استهدافه، كما أنّ المقطع في شقّه الثاني قد عاد للإبدال بين الانحراف والإساءة بما يدلّ على أنّ الإساءة هي ما يتعلق بالعيوب القصدية وليس عموم الانحراف، وفي تقديرنا أن المحكمة في هذا الحكم قد أصابت الفكرة لكنها لم تُوفّق في التعبير عنها، فوقع في اللبس الذي وقع فيه غالبُ الفقه.

<sup>1</sup> محكمة القضاء الإداري، الحكم رقم 19320 لسنة 63 قضائية، 26 نوفمبر 2013، محمد إبراهيم. (ش.ق.ش| ر.م 796193) يُنظر كذلك: الحكم رقم 40731 لسنة 67 قضائية، 23 مارس 2019، برئاسة منير غطاس. (ش.ق.ش| ر.م 476269)



وبشكلٍ عام فإن على القضاء عند الجمع بين التعبيرين أن يتَّخذ منحىً واضحاً، وإلا ذاب كل مفهومٍ في الآخر وتعدَّز التمييز بينهما، وهذا ما وقع للظماوي عند استقراء أحكام القضاء الإداري، فقد عاب الاستعمال الإبدالي لما يُحدثه من لبس، إذ يقول "هذه الأحكام وأمثالها، وإن أصابت في ربط عيب الانحراف بأهداف القرارات الإدارية، وفي اعتبارها عيب الانحراف ضرباً من مخالفة القانون بالخروج على روحه، فإنها غير دقيقة، إذ تقصر حالات الانحراف على تلك التي يكون رجل الإدارة فيها سيء النية، في حين أن معظم حالات الانحراف تنتمي إلى الحالة التي تجانب فيها الإدارة قاعدة تخصيص الأهداف، وكثيراً ما يكون رجل الإدارة فيها حسن النية، وغير مدرك لوجه الخطأ الذي يقع فيه، لأن المعوّل فيه عيب الانحراف ألا يتطابق الهدف الذي تسعى إليه الإدارة- حسناً كان أو سيئاً ذلك الهدف، وحسنت أو ساءت نيتها- والهدف الذي خصصه القانون<sup>1</sup>". ونحن نؤيّد الظماوي في ضرورة الاستعمال الدقيق للمصطلحين، فقد أدّى جمع القضاء بينهما إلى خلط لدى الفقه، فساوى الكثيرون بين التعبيرين، والأولى التفريق بينهما.

ومن حسن القدر أن القضاء الدستوري لم يتخلل هذا الاستعمال المُلبس أحكامه، وظلّ محافظاً على التمايز الواضح بين المصطلحين، فقد اقتبس التعريف الإداري مراعيّاً في ذلك تنقيته من عوارض الخلط والإلباس بين لفظي الإساءة والانحراف، وساعد في ذلك قلة إيراد تلك المصطلحات، فنحنتُ القضاء الدستوري أن يحافظ على هذا النهج وأن يعزّز هذا التمييز في قابل الأحكام.

### الفرع الثالث- تعريف الانحراف التشريعي في كتابات الفقهاء

تباينت مواقف الفقهاء والباحثين من تعريف الانحراف بين من عرفه وبين من عدّه مصطلحاً يكشف بنفسه عن نفسه بما يغني عن تعريفه، فالسنهوري مثلاً لم يورد تعريفاً للانحراف في مقالته الشهيرة،

<sup>1</sup> سليمان الظماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 631.

ولربّما عاد ذلك لاعتماد مقالته على منتجات القضاء الإداري<sup>1</sup>، خصوصًا وأنه كان قد عرّف مصطلح إساءة استعمال السلطة في أولى القضايا الإدارية التي صدرت برئاسته، وقد سبقت الإشارة لذلك التعريف غير أنّنا نستعيده لأغراض المقارنة في هذا الفرع، حيث قضى بأن "سوء استعمال السلطة نوع من سوء استعمال الحق. والموظف يسيء استعمال سلطته كلما استعمل نصوص القانون ونفذها بقصد الخروج على أغراض القانون وأهدافه. فهذا استعمال للقانون بقصد الخروج على القانون. وبهذه المثابة تكون إساءة استعمال السلطة ضربًا من تعمد مخالفة القانون مع التظاهر باحترامه، فهي لا تخرج عن كونها مخالفة متعمدة لأهداف القانون<sup>2</sup>."

في هذا الحكم لم يورد السنهوري تعبير "الانحراف التشريعي"، وإنما أورد تعبير "سوء استعمال السلطة"، حيث قصر هذا الأخير على الخروج العمدي عن أغراض القانون وأهدافه، أما في مقالته فقد كان حريصًا على التمييز بين الانحراف حين يكون عمديًا وحين يكون بغير عمد، فقد أشار إلى أن القرار الإداري لا يسلم من عيب الانحراف متى جاوز الغايات المخصصة وإن كان الموظف حسن النية يهدف إلى تحقيق الصالح العام، أما إذا استهدف القرار غايات أخرى لا تمت للصالح العام فإن القرار عندئذ يكون معيبًا بالانحراف، ويكون الموظف حينها سيئ النية<sup>3</sup>. فالحكم السابق والمقالة الشهيرة يظهران بأن السنهوري كان واعيًا بالفرق بين الانحراف العمدي والانحراف غير العمدي، حتّى وإن لم يُمايز بين التعبيرين في مقالته على نحو صريح.

---

<sup>1</sup> يظهر ذلك من قوله في مطلع القسم الخاص بالانحراف التشريعي "يحسن الرجوع لما استقر من المبادئ في نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، فهذه نظرية قد فرغ منها، وأصبحت من النظريات المسلمة في القانون الإداري فقهاً وقضاءً. وما علينا إلا أن ننسج على منوال هذه النظرية المستقرة، وأن نرسم الخطوط الرئيسية في نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية على غرار الخطوط الرئيسية في نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية." ينظر: عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص60.

<sup>2</sup> محكمة القضاء الإداري، الحكم رقم 650 لسنة 2 قضائية، 1949، ر. عبدالرزاق السنهوري، حكم سابق.

<sup>3</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص62.

ثمَّ عرُوجًا على التعريفات الفقهية للانحراف في المجال الدستوري؛ نجدها تتفاوت بين التعميم والتخصيص، وبين الإطلاق والتحديد، فهناك من اتجه في تعريف الانحراف إلى تعميمه على كافة التشريعات، سواءً أكان ذلك بعمدٍ أو بغير عمد، وسواءً كان ذلك في مجال التقدير أو التقيد، وهناك من قصره على ما يصدر من السلطة التشريعية دون ما يصدر عن السلطة التنفيذية ودون ما يصدر عن سلطة تعديل الدستور، وهناك من حدّده بالانحراف العمدي مستثنياً خروج المشرع بغير عمدٍ من تعريف الانحراف، وهناك من خصّصه بالسلطة التقديرية مستبعداً الانحرافات التي تقع في مجال السلطة المقيدة، ويحسُنُ لبيان ذلك تقسيم تلك التعريفات إلى مجموعتين:

**المجموعة الأولى- التعريفات التي عمّمت مدلول الانحراف:** اتّسمت تعريفات هذه المجموعة بخاصية التعميم، حيث أطلقت مدلول الانحراف عامًّا على مختلف الأصعدة، وأسبقُ تلك التعريفات ما أورده الطماوي من أن الانحراف بالغاية "يفيد أن نشاطًا معينًا، كان من الواجب أن يصل إلى هدفٍ معين، ووجهة محددة، فحاد عنها، لسبب أو لآخر: وهذا هو التعريف الإجمالي لعب الانحراف في لغة القانون<sup>1</sup>."

هذا التعريف يجمع في مضمونه كافة أنواع الانحراف، فهو لا يمنع من دخول الانحرافات الفردية في مدلوله، إذ هو لا يشترط أن يكون النشاط صادرًا عن سلطة عامة، فيكفي للقول بوجود انحراف غائي أن تطل الحيدة عن الهدف المحدد أي نشاط، سواء كان فرديًا أو صادرًا عن أحد سلطات الدولة، وبصرف النظر عن السبب الذي دفع للخروج عن الهدف المحدد، فمصدر الهدف المحدد بموجب هذا التعريف قد يكون الدستور إذا كان النشاط المنحرف صادرًا عن سلطة عامة، وقد يكون أعراف الجماعة إذا كان الانحراف متعلقًا بنشاط فردي.

---

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 63.

أما الدكتور محمد ماهر، فقد ذكر أن عيب الانحراف يقوم على إصابة غاية صاحب السلطة، ويجعله ينحرف عن الصالح العام إذا كان هيئة إدارية أو تشريعية، أو المصلحة المعتبرة الجدية التي هي غاية استعمال الحقوق إن كان فرداً<sup>1</sup>. وهو تعريف فيه قدرٌ من الدقة، لأنه يبيّن وحدة الفكرة مع تعدّد مجالاتها في الواقع، كما أنه لا يقصر الانحراف على التشريع وحده بل يمدّه إلى كلّ عمل فيه خروج عن الصالح العام، وهذا أكثر اتساقاً مع المدلول المباشر للفظ الانحراف، على أن هذا التعريف ينسب الغاية لصاحب السلطة، بينما الغاية في تقديرنا ملتصقة أساساً بالشرائع، منعكسة في الوقائع، وأما ما يكون في نفس صاحب السلطة فتلك هي البواعث كما تقدّم.

أما الدكتور عبدالرحمن كحيل فقد عرّف الانحراف بأنه "استعمال المشرع سلطته التقديرية في التشريع، بقصد تحقيق هدف غير الصالح العام" وهذا التعريف وإن كان قد ضيّق مدلول الانحراف فحصره في نطاق السلطة التقديرية دون المقيّدة إلا أنه قد وُفق في تعميم مجال الانحراف، حيث يقول في بيان مدلول لفظي "المشرع" و"التشريع": يُقصد بهما "العموم، فيشمل التعريف السلطة التأسيسية الأصلية والمنشأة بتشريعاتها الدستورية، والبرلمان صاحب السلطة التشريعية الأساسي في التشريع العادي، والسلطة التنفيذية في التشريعات الفرعية في الظروف التي ترد في الدستور"<sup>2</sup>. وقد أعلنّا أنّنا اعتماد التعميم المجالي، فهو أدق، لأن مخالفة الدستور بالانحراف عن الغاية قد تطرأ على جميع التشريعات باختلاف مصدرها، ولا مراء بالتفاوت الحاصل بين تلك التشريعات، غير أنّه لما كان الحديث عن الرقابة الدستورية التي ينظر فيها القضاء الدستوري إلى النصوص التشريعية بصرف النظر عن مصدرها؛ وجب شمول كافة المواد التشريعية التي تقع تحت رقابة القضاء الدستوري في تعريف الانحراف الغائي بصفته أحد عيوب الدستورية.

<sup>1</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 299.

<sup>2</sup> عبدالرحمن أسامة كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقّه الإسلامي، مرجع سابق، ص 44.

المجموعة الثانية- التعريفات التي خصّصت مدلول الانحراف: اتجهت هذه التعريفات لتخصيص مدلول الانحراف الغائي، لكنها تفاوتت في مناط التخصيص، فهناك من خصصه في البرلمان وحده، وهناك من خصّصه في مجال السلطة التقديرية دون السلطة المقيدة، وهناك من خصّصه في الانحراف العمدي دون الانحراف غير العمدي، وجميع التعريفات التي سنأتي على ذكرها تشتمل على واحدٍ من هذه التخصيصات أو أكثر.

من التعريفات التي اعتمدت على أكثر من تخصيص؛ تعريف الدكتور عبدالمنعم أشرف، إذ يرى بأن الانحراف التشريعي هو "أن تتّجه السلطة التشريعية، وهي بصدد استعمال سلطتها التقديرية إلى تحقيق هدف آخر غير ذلك الذي من أجله منحها الدستور هذه السلطة"<sup>1</sup>.

وبموجب هذا التعريف فإن مدلول الانحراف مُخصّص بانحراف البرلمان عن الدستور فيما يستهدفه من غايات، فلا يشمل الانحراف الغائي ما يطرأ على التشريعات الإدارية أو التعديلات الدستورية من انحراف عن الدستور. كما أن هذا التعريف يخصص الانحراف الغائي في مجال السلطة التقديرية دون مجال السلطة المقيدة، وهكذا جاء هذا التعريف خاصًا لنطاق محصور ضمن مجال الرقابة الدستورية على الغاية دون أن يشمل عموم نطاقها.

وعلى النهج ذاته سار الدكتور شعبان أحمد رمضان، إذ عرّف "الانحراف التشريعي" عمومًا بأنه "استعمال إحدى السلطات العامة لصلاحياتها، بشكلٍ متعمّد، لتحقيق هدفٍ آخر غير الهدف الذي مُنحَتْ من أجله تلك الصلاحيات"<sup>2</sup>. ثم خصّصه في موضع لاحق من مؤلّفه تبعًا لتخصيص

---

<sup>1</sup> عبدالمنعم عبدالحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص39. وقد رجّحه الدكتور رمضان عيسى، يُنظر مؤلّفه: الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص40.

<sup>2</sup> شعبان أحمد رمضان أحمد، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص412. وهو ذات التعريف الذي تبناه الدكتور عبدالمنصف إدريس في مؤلّفه: رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص190. وكذلك: شادي البديع، حدود

المعرّف، وقرّر أن "الانحراف بالسلطة التشريعية" هو "استعمال البرلمان لصلاحياته لتحقيق هدف آخر غير الصالح العام، ومن أجل تحقيق تلك الصلاحيات وبشكل متعمد<sup>1</sup>". وإذا نظرنا لتعريفه العام فإنه يشمل كافة الأعمال التي تصدر عن السلطة العامة وليس الأعمال التي تُفُضي لتشريع فحسب، وهذا مما يُؤخذ عليه كونه يعمّم "الانحراف التشريعي" لما يتجاوز التشريعات<sup>2</sup>، كما أن هذا التعريف يُؤخذ عليه تخصيص الانحراف في الأفعال العمدية دون غير العمدية، وقد اتضح ممّا مضى أن إساءة استعمال السلطة هو المفهوم الذي يختص بالانحراف العمدي، أما مفهوم الانحراف فهو يتسع لكل انحراف غائي، سواء كان عمدياً أو غير عمدي. أما بالنسبة للتعريف الثاني فإن تخصيصه البرلمان كان تبعاً لتخصيص المعرّف، فوافق التعريف المعرّف من هذه الناحية، غير أنّه عاد إلى تخصيص الانحراف فيما يقع عمدًا دون ما يقع خطأً من خروج عن الصالح العام، وذلك من آثار التباس مدلول الإساءة بمدلول الانحراف. وجديرٌ بالذكر أن تعريف الدكتور شعبان أحمد رمضان يختلف عن تعريف الأستاذ عبدالمنعم في كونه لم يحصر الأمر في مجال التقدير وترك الأمر عامًّا من هذه الجهة، لكن هذا التعريف في المقابل مأخوذٌ عليه أنّه يعمّم "الانحراف التشريعي" على ما يجاوز التشريع، رغم أن الدال ينسب الانحراف إلى التشريع حصراً.

وفي المجموعة ذاتها نجد تعريف الدكتور رمضان عيسى الذي عرّف الانحراف التشريعي بأنه "عيب ينصب على ركن الغاية في التشريع ويجعله باطلاً، ويتحقق عند لجوء السلطة التشريعية

---

رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص519. وجميعهم اقتبسوه عن مرجع فرنسي. يُنظر: فيليب، الرقابة على التناسب في السوابق القضائية الدستورية والإدارية الفرنسية، البيانات بالأجنبية:

Philippe, *Le controle de proportionnalite dans les jurisprudences onstitutionnelle et administrative Francais*, Traite de contentieux administratif, 3e ed, Paris, L.G.J. 1984, T.11, N 1296, p. 412.

<sup>1</sup> عبدالمنصف إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص212.

<sup>2</sup> هذا النقد مُستقى من نقد الدكتور عبدالرحمن كحيل لتعريف الدكتور عبدالمنصف إدريس وقد استقاه الأخير من تعريف الدكتور شعبان الوارد في المتن. يُنظر: عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقّه الإسلامي، مرجع سابق، ص40.

إلى استعمال سلطتها التقديرية الممنوحة لها لتحقيق غاية مخالفة للمصلحة العامة أو مخالفة للغاية المخصصة التي أرادها الدستور<sup>1</sup>. " فقد خصّص الانحراف أولاً فيما يصدر عن السلطة التشريعية حصراً، وخصّصه ثانياً فيما يقع في مجال السلطة التقديرية دون مجال السلطة المقيدة. وكذلك تعريف الدكتور محمود الطائي الذي عرّف الانحراف في استعمال السلطة التشريعية بأنه "استعمال البرلمان سلطته التقديرية في التشريع، وإصدار قانون يهدف إلى تحقيق غرض آخر غير المصلحة العامة التي من أجلها مُنحت هذه السلطة." وتخصيص المعرّف فكان جاء مساوياً لتخصيص التعريف بالبرلمان، لكن التعريف أضاف تخصيصاً آخر يتعلق بالسلطة التقديرية من جهة، ويتعلق بمخالفة المصلحة العامة بالمطلق، ما يفهم معه أن الانحراف لا يكون إلا عمدياً، وهو فهم يعرّزه أن الدكتور محمود الطائي قد جعل العمد صفةً لازمةً لعيب الغاية<sup>2</sup>.

كما يندرج في هذه المجموعة تعريف الدكتور راغب جبريل، فقد عرّف الانحراف التشريعي بأنه "تعمد السلطة التشريعية وهي بصدد استعمال سلطتها التقديرية إلى تحقيق هدف آخر غير ذلك الذي من أجله منحها الدستور هذه السلطة تحقيقاً للصالح العام<sup>3</sup>". فهذا التعريف ينطوي على تخصيصات ثلاثة، أولها تخصيصه بالعمد حصراً، وثانيها تخصيصه بما يقع من السلطة التشريعية حصراً، وثالثها تخصيصه بما يقع في مجال السلطة التقديرية دون مجال السلطة المقيدة.

ويدخل في المجموعة ذاتها تعريف الباحثة نور نوزاد، حيث عرّفت الانحراف التشريعي بأنه "ممارسة الهيئة التشريعية المنتخبة من الشعب صلاحياتها الدستورية خلافاً ومتعمداً للمصالح العامة المجردة للشعب الذي انتخبها<sup>4</sup>". وهذا التعريف يخصّص الانحراف في ما يصدر عن البرلمان، كما يخصّص

<sup>1</sup> رمضان عيسى أحمد، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 40.

<sup>2</sup> محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج 1، مرجع سابق، ص 346، 347.

<sup>3</sup> راغب جبريل في مؤلفه: الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة. نقلاً عن: رمضان عيسى، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 29.

<sup>4</sup> نور نوزاد، الانحراف التشريعي ومدى مساسه بمبدأ المشروعية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2022، ص 17.

الانحراف فيما يقع عمدًا من خروج عن المصلحة العامة، ويؤخذ على هذا التعريف تعميمه الانحراف فيما يصدر عن السلطة التشريعية في مختلف صلاحياتها وليس فيما يتصل بالصلاحيات التشريعية تحديدًا، وهو ذات المأخذ الذي سلف على تعريف الدكتور رمضان شعبان، كما أن هذا التعريف يورد تعبيرات فضفاضة، فلا يظهر ما المقصود بالمصالح العامة المجردة وفيم تختلف عنها المصالح العامة غير المجردة، إلى جانب أن المصلحة العامة وفق هذا التعريف معيارها الشعب، وليس الدستور الذي أقره الشعب، بما ينوء عن الدقة عند الحديث عن الرقابة الدستورية، لأن جعل الشعب معيارًا ينقل الحديث إلى مجال الرقابة الشعبية.

ويمكن ضمّ تعريف الدكتور عبدالمجيد إبراهيم سليم إلى هذا القسم، حيث عرّف الانحراف التشريعي بأنه "عيب قصدي يدور مع السلطة التقديرية للمشرع يصيب غاية القانون فينحرف بغايته عن الصالح العام لتحقيق أغراض ذاتية تكون غالبًا غير مشروعة<sup>1</sup>". فمن جهة أولى؛ خصّص هذا التعريف مفهوم الانحراف التشريعي فيما يقع عمدًا، ومن جهة ثانية؛ خصّصه في مجال السلطة التقديرية، ومن جهة ثالثة خصّصه في استهداف أغراض ذاتية حصراً، رغم أن الانحراف الغائي قد يقع رغم استهداف المشرع أغراض عامّة.

أما التعريفات التي خصّصت الانحراف في مسألة بعينها فقد تعدّدت بحسب زاوية التخصيص:

**1-** تخصيص التعريف في منطقة السلطة التقديرية: حيث عرّف الدكتور عبدالرحمن كحيل الانحراف التشريعي بأنه "استعمال المشرع سلطته التقديرية في التشريع، بقصد تحقيق هدف غير الصالح العام<sup>2</sup>". فهذا التعريف يخص الانحراف فقط في مجال السلطة التقديرية للمشرع ويعممها فيما سوى ذلك. ومثله تعريف الدكتور إبراهيم الشرفاني إذ عرّف الانحراف التشريعي بأنه "عيب

<sup>1</sup> عبدالمجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص694.

<sup>2</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص44.



من عيوب عدم الدستورية يتحقق عندما يسعى المشرع من وراء استعمال سلطته التقديرية في التشريع الوصول إلى غاية غير التي يهدف الدستور إلى تحقيقها<sup>1</sup>. وكذلك تعريف الدكتور عادل الشريف، حيث عرّفه بأنه "عيب غائي يتحقق إذا لم يتوخَّ المشرع- وهو بصدد إعمال سلطته التقديرية في التشريع- المصلحة العامة وانحرف عنها إلى غايةٍ أخرى<sup>2</sup>". فكلا الأخيرين يخصّصان هذا العيب في منطقة السلطة التقديرية حصراً، ويعمّانه فيما سوى ذلك.

**2- تخصيص التعريف في أحوال الانحراف العمدي:** من ذلك ما انتهى إليه تعريف الدكتور عبدالعزيز سالماني للانحراف التشريعي بأنه "الخروج قصداً عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية، وتحريفاً لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تخالطها". فهذا التعريف يخص عيب الانحراف بالخروج العمدي دون الخروج غير العمدي، وفيما عدا ذلك فإنه يجعله عامّاً على كل تشريع، سواء كان في مجال السلطة المقيدة أو في مجال السلطة التقديرية.

### الفرع الرابع- ترجيح التعريف الأصوب بين التعريفات الفقهية

إن التعريفات التي عمّمت مفهوم الانحراف قد اقتربت كثيراً من الدقة، لاسيما تعريف الطماوي، فهو دقيق تماماً لتعريف الانحراف عمومًا، فقد رأى أن "الانحراف" بالمدلول القانوني "يفيد أن نشاطاً معيناً، كان من الواجب أن يصل إلى هدفٍ معين، ووجهة محددة، فحاد عنها، لسبب أو لآخر<sup>3</sup>". وهذا التعريف موافق تماماً لمدلول لفظ "الانحراف" الذي كان الطماوي يسعى لتعريفه، لكنه ليس تعريفاً للانحراف التشريعي تحديداً، لأن تعبير "الانحراف التشريعي" أضيق من ذلك التعريف.

<sup>1</sup> إبراهيم الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 371.

<sup>2</sup> عادل عمر الشريف، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص 366.

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 63.

ولكن ثمة تعريف آخر، أوجز للمقالة وأحرز للدلالة، وهو تعريف الدكتور جابر حجي، حيث عرّف الانحراف التشريعي - أو ما أسماه الانحراف الغائي - بأنه "خروج المشرع عن الغاية المتعيّن استهدافها وهي المصلحة العامة<sup>1</sup>".

فهذا التعريف كاد أن يبلغ المعنى إلا قليلاً، ونقاط القوة في هذا التعريف تبرز في أمرين:

**1-** أنه تعريف جامع مانع في عمومته، فهو جامع لكافة حالات الانحراف في مختلف مجالات التشريع المنشأ، ذلك أنّ لفظ المشرع يجمع كل درجات المشرّعين، فما يصدر عن كلّ مختصّ بإصدار تشريع ما - سواءً أكان التشريع الصادر عنه تعديلاً دستورياً أو عادياً أو إدارياً - يكون مشمولاً بالتعريف فيتصوّر الانحراف بشأنه. وهو تعريف مانع من دخول الانحراف الذي يطرأ على التصرفات الفردية، إذ الفرد لا يصدق عليه لفظ المشرع في المجال الدستوري.

غير أن هذا التعريف لا يمنع من دخول الدستور نفسه في الانحراف التشريعي، وهذا مأخذٌ على هذا التعريف، لأن الدستور هو ميزان الوقوع في الانحراف من عدمه، فلا يُوصم بالانحراف عن نفسه إذن، كما أن هذا التعريف لا يمنع من دخول الانحراف التشريعي بالمعنى الإداري، أي عند خروج المشرع الإداري عن المصلحة العامة وفق القانون لا وفق الدستور، إذ إن التعريف قد خلا من تقييد مفهوم المصلحة العامة بمعيار الدستور.

---

<sup>1</sup> والدكتور جابر وإن كان بعد ذلك قد رجّح تعريف الدكتور عوض المر لمفهوم إساءة استعمال السلطة إلا أن تعريفه الذي سبق هذا الترجيح هو الأقرب للدقة، لأن تعريف الدكتور عوض المر كان لمعرّف إساءة استعمال السلطة، وليس لمعرّف لانحراف التشريعي. يُنظر: جابر حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية، مرجع سابق، ص406. وقد نقلَ عنه التعريف الوارد في المتن الدكتور: رومان خليل رسول، اختصاص القضاء الدستوري برقابة الانحراف التشريعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018، ص18. ويشبه التعريف الوارد في المتن تعريف الباحثة سجي فالح إذ عرّفته بأنه "عيب يصيب التشريعات بوجه عام إذا انحرفت السلطة المختصة بالتشريع عن الهدف المقصود وهو المصلحة العامة" غير أن هذا لتعريف يؤخذ عليه استعمال لفظ المعرّف في التعريف، حيث شرح الانحراف بفعل الانحراف. يُنظر: سجي فالح حسين، دور القضاء في معالجة الانحراف التشريعي، كلية الإمارات للعلوم التربوية، العدد39، 2019، ص96.

2- أنه تعريف شامل كامل في عمومه، فهو شامل لكونه يستوعب الانحراف الوارد في مجالي السلطة التقديرية والمقيدة على حدٍ سواء، فتعبير "الغاية المتعين استهدافها" يستوي فيه أن تكون غاية مصرّحًا بها في الدستور بحيث تكون سلطة المشرع بشأنها مقيدة، أو أن تكون الغاية غير مصرّح بها بحيث تكون المسألة في مجال السلطة التقديرية، وهذا التعريف كامل للعدم انتقاصه الانحرافات غير العمدية من المفهوم، فلفظ "خروج" هو لفظ محايد، يستوي معه أن يكون الخروج عمديًا أو عن طريق الخطأ، فقد أحسن هذا التعريف بعدم اشتراطه العمد لوقوع الانحراف، فهو يراعي وجود انحراف غير عمدي كما يراعي وجود انحراف بعمد على حدٍ سواء.

ونخلص بذلك إلى أن الانحراف الغائي عمومًا هو "مخالفة غاية التشريع الأدنى للتشريع الأسمى"، أما الانحراف الغائي في المجال الدستوري تحديدًا فهو "مخالفة غاية التشريع الأدنى للدستور" فهذا التعريف يشير مباشرة إلى مناط الانحراف وهو عنصر الغاية، كما أن عبارة "التشريع الأدنى" تحترز من أن يكون التشريع الأسمى - وهو الدستور - معرضًا للانحراف التشريعي، إذ الدستور هو معيار تحديد الانحرافات الغائية، ولا يصح أن يكون المعيار خاضعًا لنفسه.

أما ما عدا ذلك من تخصيصات - سواءً بمصدر التشريع أو بطبيعة النية أو بمجال السلطة التقديرية أو بغير ذلك - فهو من قبيل الزيادات التي اشتملت على تقييدات ألَبَسَتْ على المصطلح أكثر مما وضّحت، وقد صدق الطماوي عند قوله بأن الانحراف "بمعناه اللغوي السابق يكشف عن المعنى القانوني، وكان يغنينا عن إجهاد أنفسنا في تعريف هذا العيب، ولكن الفقهاء مولعون بالتعريفات"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 65.

## المطلب الثاني

### مراجعة خصائص الانحراف الغائي

بعد تخلص تعريف الانحراف الغائي من الزوائد التي اتضح أنها ليست من لوازمه؛ نمضي في مراجعة خصائص الانحراف الغائي التي بُنيت على تعريف المحكمة الدستورية العليا لمصطلح سوء استعمال السلطة، فعلى أساسه قرّر كثيرون بأن الانحراف الغائي له أربع خصائص، أولها أن الانحراف لا يكون إلا عمديًا، وثانيها أن الانحراف لا يكون إلا خفيًا، وثالثها أن الانحراف هو عيب احتياطي، ورابعها أن الانحراف هو عيب ذاتي<sup>1</sup>.

وقبل مراجعة هذه الخصائص؛ يجب التفريق بين خصائص عيب الانحراف الغائي، وخصائص الرقابة على الغاية، فقد نُسبت الخاصية ذاتها مرّة للعيب ومرّة للرقابة وكأنهما سيان، لكن الخصائص الأربع - العمد، والخفاء، والاحتياط، والذاتية - منها ما يختص بالعيب، ومنها ما يختص بالرقابة. فمن المتصوّر أن يكون العيب عمديًا أو خفيًا، لكن من غير المتصوّر أن تكون الرقابة عمدية أو خفية، لأن الرقابة هي اختصاص منوط بالقضاء ولا علاقة لها بالقصد، كما أنه لا توجد رقابة خفية حتى نميزها عن الرقابة الظاهرة، إذ الرقابة دائمًا ظاهرة.

ثم بالنسبة للصفة الاحتياطية فهي تعني أن القضاء لا يراقب العيب رقابة أصلية بل احتياطية، وهذا يجعل الاحتياط صفةً للرقابة دون الانحراف، لأنّ الانحراف يكون أصليًا بمجرد وجوده سواء حُكم بعدم الدستورية على أساسه أم لا. وأما صفة الذاتية فهي تصدق على الانحراف والرقابة على حدٍ سواء، غير أنّه لما كان وصف الرقابة بالذاتية تترتب عليه نتائج مؤثرة فسوف نناقش هذه الخاصية ضمن خصائص الرقابة.

<sup>1</sup> على سبيل المثال: عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 49. وكذلك: محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج 1، مرجع سابق، ص 346.

كان التفريق أعلاه مهمًا لتقسيم هذا المطلب، حيث نتناول مراجعة خصائص الانحراف الغائي في الفرع الأول، بينما نتناول في الفرع الثاني خصائص الرقابة على الغاية.

### الفرع الأول- مراجعة خصائص عيب الانحراف الغائي

الخاصية هي الصفة الملازمة للشيء. وقد أسس الفقه للعمد والخفاء على أنهما من خصائص عيب الانحراف الغائي، فلا يقوم الانحراف الغائي إلا وكان عمديًا ولا يقوم إلا وكان خفيًا. وقد كان الاعتداد بخاصية العمد والخفاء من نتائج استخلاص تعريف الانحراف الغائي من تعريف المحكمة الدستورية العليا لمصطلح "سوء استعمال السلطة"، حيث قرّرت المحكمة الدستورية العليا بأن إساءة استعمال السلطة هو عيب قصدي "يتعين أن يكون الدليل عليه واضحًا وتتكبتها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستتارها بالتالي وراء سلطتها في مجال تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا انحرافًا عنها"<sup>1</sup>. وعملاً بالتسوية بين مدلولي الانحراف والإساءة؛ استنبط من هذا الحكم بأن العمد والخفاء يلازمان عيب الانحراف الغائي.

وقد مضى تخلص تعريف الانحراف الغائي مما أُلزم به دون لازم، وظهر أن الانحراف الغائي هو مخالفة غاية التشريع الأدنى للدستور، وبموجب هذا التعريف لا العمد ولا الخفاء من خصائص الانحراف، لكنهما من العوارض التي قد ترافق هذا العيب في فروض وقد تفارقه في فروض أخرى. ومن خلال هذا الفرع نسعى لبيان أن عيب الانحراف الغائي قد يقع سهوًا كما يقع عمدًا، ونسعى أيضًا لبيان أن الانحراف الغائي قد يقع ظاهرًا كما يقع خفيًا، وذلك فيما يلي:

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 121 لسنة 18 قضائية، 1998، ر. عوض المر، حكم سابق. وكانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت من قبل ذلك في معرض فصلها في دعوى عدم دستورية قرار رئيس الجمهورية رقم 357 لسنة 1990 قد قضت بأن "عيب إساءة استعمال السلطة ينال من الغاية التي توختها جهة الإدارة في مجال إصدار القرار المطعون فيه فإنه يعد عيبًا قصديًا، ولا يفترض بالتالي." ولقد أوردنا في المتن نص الحكم اللاحق بسبب شهرته كونه يتعلق بدعوى عدم دستورية نص قانوني وليس نصًا إداريًا. يُنظر: المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 2 لسنة 12 قضائية، 1993، ر. عوض محمد عوض المر، حكم سابق.

أولاً- عيب الانحراف الغائي قد يقع سهواً كما يقع عمدًا: على أساس الحكم الآنف بيانه؛ جرت أقلام العديد من الباحثين لتقرير خاصية العمد في الانحراف الغائي، فقرروا أن هذا العيب لا يكون إلا عمدياً<sup>1</sup>، وأن العمد هو ما يُميز عيب الغاية عن بقية العيوب التي تصيب العناصر الأخرى، إذ لا يُتصوّر الانحراف الغائي إلا حين تتجه إرادة المشرّع لتحقيق غاية تخالف الدستور بقصدٍ جازم وإرادةٍ واعية<sup>2</sup>.

عند فحص هذه المسألة، يظهر أن بُنيانها قائمٌ على افتراض بسيط، مؤداه أن المشرع لا يمكن أن يبتغي غايات تتعارض مع الدستور إلا بقصدٍ منه، وهذا الافتراض يعني بطريق اللزوم أنه في كلِّ مرةٍ يثبت فيها استهداف التشريع غاية تخالف الدستور؛ يكون المشرّع واعياً بعدم دستورية الغاية في قرارة نفسه؛ ومع ذلك يسعى لتحقيقها، وبذلك يكون الانحراف الغائي مُنصباً على نية المشرّع، فإن حسنت نية المشرّع فلا انحراف، وإن ساءت نية المشرّع فالعكس بالعكس.

لكنّ السؤال الذي تُلجّ الإجابة عنه للتحقق من صحّة هذا الافتراض، هل يمكن أن نتصوّر تشريعاً يستهدف غاية تخالف الدستور دون عمدٍ من المشرّع؟ الجواب المباشر عند أدنى تأمل: يمكن ذلك. لا يوجد ما يمنع - عملاً أو عقلاً - أن يبتغي المشرّع غايةً تخالف الدستور عن سهوٍ أو خطأ، فمن الممكن أن يسعى المشرّع لتحقيق غاية يظنّ أنها تتفق مع الدستور ثمّ يظهر أنها ليست كذلك، فيكون بذلك حسن النية، ويكون هنالك انحراف غائي، فلا تعارض بين الأمرين، ولا تلازم بين الانحراف والعمد، فصحيحٌ أنّ كلّ عمدٍ من المشرّع لتحقيق غاية غير مشروعة يكون انحرافاً غائياً، لكن ليس صحيحاً أن كلّ انحراف غائي يكون عمدياً.

---

<sup>1</sup> محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج1، مرجع سابق، ص348.  
<sup>2</sup> صديق سهام، الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب مج4، ع2، 2019، ص1944.

وأما القول بأن خاصية العمد هي ما يُميّز عيب الغاية عن عيوب الدستورية الأخرى<sup>1</sup> فغير دقيق، إذ لا يمتنع إتيان المشرّع أيًا من العيوب الدستورية الأخرى بقصدٍ جازمٍ منه أو بوازع عدم الاكتراث أو الجهالة<sup>2</sup>، فقد يخالف المشرع قواعد الاختصاص عامدًا أو غافلًا، وكذلك بالنسبة لقواعد الشكل والمحل والسبب، فليس العمد ما يميّز الانحراف الغائي عن غيره من الانحرافات عن جادة الدستور. وهذا ما يُفهم من حكم المحكمة الدستورية العليا بأن "الرقابة على الشرعية الدستورية تتناول - بين ما اشتمل عليه الدستور - الحقوق التي كفلها الدستور، وأهدرها النص المطعون فيه ضمناً؛ سواء كان الإخلال بها مقصودًا ابتداءً أم كان قد وقع عرضًا<sup>3</sup>."

وقد التفت السنهوري إلى عدم التلازم بين الانحراف الغائي والعمد، فقد ذكر أنّ "هذه الغايات قد تكون بريئة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وإلى تحقيق الغاية المخصصة التي رُسِمَتْ للقرار، فعند ذلك يسلم القرار من عيب الانحراف. وقد تكون مع استهدافها المصلحة العامة قد جانبت الغاية المخصصة، فعند ذلك لا يسلم القرار من عيب الانحراف وإن كان الموظف يبقى حسن النية<sup>4</sup>." فهذه إشارة صريحة إلى أن الانحراف الغائي قد يقع دون أن يتظافر مع سوء نية، ولذلك لم يذكر السنهوري خاصية العمد عند تعداد خصائص الانحراف الغائي لأن حُسن النية لا يحول دون خروج المشرّع عن الدستور فيما يستهدفه من غايات بجهلٍ منه أو بسهو<sup>5</sup>.

كما تفتنّ الفقيه سليمان الطماوي لتلك المسألة من قبل، إذ لم يجعل العمد سمةً لازمةً للانحراف، بل صرّح بنفي التلازم بينهما، مبيّنًا أن "كل عملٍ مشوب بعيب الانحراف لا بد من أن يهدف إلى

---

<sup>1</sup> رمضان عيسى أحمد، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 49. وكذلك: رومان خليل رسول، اختصاص القضاء الدستوري برقابة الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 26.

<sup>2</sup> هلال الخلفي، صياغة الأدوات التشريعية في دولة قطر: الأصول والمبادئ والمعايير، دار الكتب القطرية، قطر، 2021، ص 164.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 5 لسنة 8 قضائية، 6 يناير 1996، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش | ر.م. 36782)

<sup>4</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 62.

<sup>5</sup> المرجع نفسه.

غرض بجانب المصلحة العامة" ومع ذلك، فإن "القرار الإداري يعتبر معيياً حتى ولو أريد به تحقيق نفع عام، وخير مشترك، وذلك إذا ما كان مخالفاً لقاعدة تخصيص الأهداف"<sup>1</sup>، وكذلك الحال بالنسبة لقاعدة لزوم الغايات في المجال الدستوري، فلو أن المشرع تغياً المصلحة العامة عادلاً عن أحد الغايات اللازمة في الدستور فإن التشريع الصادر عنه يكون مشوباً بالانحراف الغائي، لأن وقوع الانحراف إنما يتحدد بالنص الحاكم للغايات التي ينبغي على صاحب الاختصاص استهدافها، وليس بنية صاحب الاختصاص فيما يستهدفه من غايات. وإلى الأمر ذاته ذهب الدكتور طعيمة مؤكداً على ضرورة التمييز بين الانحراف العمدي وغيره من الانحرافات التي لا يرافقها عمد، إذ يقول "يتعين التنبيه إلى أن عيب الانحراف رغم اتصاله بالبواعث النفسية التي يصدر القرار من وحيها فإنه لا يختلط حتماً بالتعمد المقصود، فهو لا يرتبط إطلاقاً بسوء النية ولا يعتبر مرادفاً لفكرة إساءة استعمال الحق في القانون المدني. إن عيب الانحراف أوسع من مجرد سوء النية وإساءة استعمال الحق في مدلولها الضيق، إنه يشمل كثيراً من الحالات التي تكون الإدارة فيها حسنة النية وذلك حين لا تقصد من عملها غرضاً غير الصالح العام، ولكن تصرفها لا يزال مع ذلك تصرفاً معيياً بالانحراف لخروجها فيه على قاعدة تخصيص الأهداف"<sup>2</sup>.

وإذا كان الانحراف الغائي في المجال الإداري يمكن أن يحدث بحسن نية من مصدر القرار الإداري، فإن هذا الاحتمال أكبر بالنسبة للمشرع العادي، لأن المسائل التي يتناولها الأخير تستهدف شريحة أوسع من الوقائع والأفراد، وكلما اتسع شمول القاعدة زاد احتمال الغفلة في تقدير الغايات، فحصول الانحراف الغائي بغير قصد من المشرع واردٌ جداً، إذ لا يمتنع سهوه عن الدستور فيما يبتغيه من غايات بحسن نية، لكن حسن نية المشرع لا يشفع للنص انطوائه على انحراف غائي.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 85.

<sup>2</sup> طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة: قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 266.



وقد وُفِّقَ القاضي عوض المر في الاعتناء بين الدالِّ والمدلول معًا، حيث اصطلح على الخروج العمدي تعبير "إساءة استعمال السلطة" وعزّفه بأنه "الخروج قصدًا عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية، وتحريفًا لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تخالطها" وهذا استعمالٌ بالغ الدقّة لمصطلح "إساءة استعمال السلطة"، وهو يفرّق بين ما يعتري التشريع من مخالفات شكلية أو موضوعية تتعلق بمضمون النص وبين مجاوزة السلطة التي تطابق في مدلولها مفهوم إساءة استعمال السلطة، فإذا كان القسم الأول لا يُعتبر قصدًا بالضرورة، فإن الثاني لا يقع إلا بقصد، إذ "لا يتحقق سوء الاستعمال بغير إرادة جازمة يبطنها المشرع أو يظهرها، متوخيًا بها تحقيق أغراض تناقض الدستور في مقاصدها الكلية<sup>1</sup>".

ورغم وضوح الفارق بين الإساءة والانحراف، ومع أن كبار الفقهاء أخذوا هذا الفارق بعين الاعتبار، إلا أن الكتابات الفقهية لم تجرِ على المنوال ذاته، فقد سلف الحديث عمّن جعل العمد ركنًا في تعريف الانحراف التشريعي، وربما كان ذلك بسبب جمع القضاء الإداري للتعبيرين في أحكامه على طريقة الإبدال-كما أشرنا آنفًا- على نحوٍ أوهمّ بأن التعبيرين متساويان في الدلالة.

ولقد كان من نتائج وضوح الفارق مع غياب التفريق أن وقع بعض الباحثين في تناقض واضح، حيث جعلوا العمد لازمًا لعيب الانحراف وأنه "لا يكون عيب الانحراف في السلطة إلا عيبًا قصدًا"، ثم اعترضوا على التعريفات التي تجعل العمد شرطًا لقيام هذا العيب في موطنٍ لاحق، فقد عابوا على تلك التعريفات تضيقها، بقولهم إن "مفهوم الانحراف في استعمال السلطة هو تعبير قانوني لا يقصد به الانحراف عن الغرض وسوء النية حصراً، بل هو انحراف صاحب السلطة عن أهداف القانون بسابقٍ دافع، لا يمت للمصلحة العامة بصلة، أو للمصالح المخصصة قانونًا، سواء حسنت

---

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 1381، 1398.

نية الإدارة في هذا أو ساءت، تعمدت الانحراف فيه، أو انحرفت خطأ، لا فرق في ذلك بين أن يكون الدافع غرضًا شخصيًا، أو مصلحةً ذاتية، أو مصلحةً للغير، أو دافعًا سياسيًا أو غيره<sup>1</sup>. فهذا القول يتعارض ولا بد مع الاقتباس الأول في مضمونه وفحواه، والثاني هو الصواب، بينما الأول ينطوي على تخصيصٍ بغير مُخصَّص.

وإذا عدنا لحكم المحكمة الدستورية العليا الذي بُنيَت عليه خاصية العمد؛ فإنه قد اشترط العمد لثبوت "إساءة استعمال السلطة" وليس لثبوت "الانحراف التشريعي" فتعبير المحكمة كان في محلّه، إذ الإساءة لا تثبّت إلا بتعمّد الفاعل بها، وفيها عنصر الإرادة ودلالة القصد، لكن مدلول الانحراف ليس كذلك، فقد يقع الانحراف سهوًا مثلما قد يقع عمدًا، لأن الانحراف - كما تقدّم - يعني الميل، ويستوي أن يكون الميل عن الدستور بعمدٍ أو بجهلٍ وغفلة. وهو ما التقطه الطماوي في تعليقه لاختيار تعبير الانحراف بدل تعبير سوء استعمال السلطة، إذ يقول بأن هذا الأخير "يُفهم منه أن الإدارة حين تلجأ إلى هذا العيب تكون سيئة النية، تهدف إلى تحقيق أغراض سيئة، ولكن نظرية الانحراف أوسع مدى من ذلك، فهي تتسع لصور تكون فيها الإدارة قد صدرت عن أنبل الأغراض، ومع ذلك فإن عملها يعتبر معيبًا لأنها خالفت مبدأ تخصيص الأهداف"<sup>2</sup>.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية أحد التشريعات على أساس عيب الغاية رغم حسن نية المشرع، حيث طُعن على نص يُلزِم المتهم - بجريمة القذف - أن يقدّم أدلة على صحة كل فعلٍ أسنده إلى موظف عام خلال خمسة أيامٍ على الأكثر وإلا سقط حقه في إقامة الدليل<sup>3</sup>،

<sup>1</sup> محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج1، مرجع سابق، الاقتباس الأول: ص347. والثاني: ص327.

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص64.

<sup>3</sup> المادة 123، قانون الإجراءات الجنائية رقم 15 لسنة 1950. تجدر الإشارة إلى أن القانون ذاته أباح الإسناد العلني على سبيل الاستثناء من جريمة القذف بموجب المادة 302: "يعد قاذفا كل من أسند لغيره.. أمورا لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسند إليهم.. أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه. ومع ذلك فالطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم هذه المادة إذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة وبشرط إثبات حقيقة كل فعل أسند إليه."

وكانت الغاية من النص - وفق استخلاص المحكمة - هي: "ألا تبقى أقدار الناس معلقة مدة قد تطول فيتأذون من هذا التعليق أبلغ أذى، وحماية ذوي الصفات العامة من المفتريات التي تُوجَّه إليهم نكالاً بأشخاصهم فتصيب الصالح العام من ورائهم بأفدح الأضرار"<sup>1</sup>، ولا غبار على هذه الغاية، فالمشرع في سعيه إليها كان حسن النية، لكن المحكمة انتهت إلى أنّ غايته تلك كانت تتعارض مع غاية دستورية لازمة.

حيث قام الطعن على أساس مخالفة النص للحق في الرأي، فحددت المحكمة مقتضى النص الدستوري والغاية اللازمة منه بتعبيرٍ صريح، لتقرر بأنّ مقتضى "الحماية الدستورية لحرية التعبير، بل وغايتها النهائية في مجال انتقاد القائمين بالعمل العام، أن يكون نفاذ الكافة إلى الحقائق المتصلة بالشؤون العامة، وإلى المعلومات الضرورية الكاشفة عنها، متاحاً وذلك ضماناً للحق في تدقّق المعلومات من مصادرها المختلفة، وتوكيدا لحق انتقاد الشخصيات العامة بمراجعة سلوكها وتقييمه" ثمّ بينت المحكمة أنه لا ينبغي أن يُحال دون هذه الغاية الدستورية "انقاءً لشبهة التعريض بالسمعة"<sup>2</sup> فالمحكمة هنا لم تشكك بحسن نية المشرع في الغاية التي استهدفها، ومع ذلك قضت بأن غاية الدستور في نفاذ الكافة إلى الحقائق والكشف عن المعلومات الضرورية أولى في الميزان الدستوري من حفظ سمعة ذوي الصفات. فمثلُ هذا الحكم يبيّن أن المشرع قد ينحرف عن الغايات الدستورية ويبتغي غايةً أخرى يعتقد أهميتها، ثمّ يظهر أنها تتعارض مع غاية أولى دستورياً.

فالخلاصة أن سوء استعمال السلطة هو الذي لا يكون إلا عمدياً وفق أحكام القضاء المصري، أما الانحراف الغائي فقد يكون عمدياً وقد يكون غير عمدي على حدّ سواء، وليس من حكمٍ للقضاء الدستوري في مصر - حتى لحظة كتابة هذا المقال - يجعل العمد لازماً لعيب الانحراف الغائي،

<sup>1</sup> المذكرة الإيضاحية لنص المادة 123 من القرار بقانون رقم 113 لسنة 1957.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 37 لسنة 11 قضائية، 6 فبراير 1992، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش | ر.م 36645)

أما حكم المحكمة الدستورية العليا الشهير الصادر عام 2012- والذي انتهى إلى انطواء التشريع على "انحراف تشريعي" لمخالفته غايات الدستور عن قصد- فهو حكمٌ لا تجافيه الدقة، إذ الانحراف يتسع مدلوله ليشمل كل مخالفةٍ غائيةٍ للدستور، سواء كانت مبعوثَةً بحسن النية أو بسوءها.

أخيراً، من المهمّ التنويه إلى أن علماء الشريعة الإسلامية قد التفتوا إلى ذلك من قديم، فقد ذكروا أنّ المناقضة إما أن تقع بين القصد من التشريع وبين قصد المكلف بالتطبيق، فيكون سيئ النية، وإما أن تكون المناقضة بين مآل التصرف أو النتيجة الواقعية من حيث ذاتها- وإن كان القصد حسناً- وبين الأصل العام الذي قام عليه التشريع<sup>1</sup>، والمكلف بالتطبيق هو المشرع فهو مكلفٌ بتطبيق نصوص الدستور من خلال مهمة التشريع الموكلة إليه، فإن هو ناقض مقاصد الدستور أو عارضها يكون قد وقع في المخالفة، سواء بحسن نية أو بسوء نية، وهو ما أشار إليه عز الدين ابن عبدالسلام تحت عنوان "إتيان المفاصد ظناً أنها من المصالح"<sup>2</sup>.

صفوة القول إذن أن العمد من خصائص سوء استعمال السلطة، وليس من خصائص الانحراف الغائي، فالإساءة لا تكون إلا بعمد، بينما الانحراف قد يكون بعمدٍ أو بغير عمد على حدٍ سواء، فكل إساءة هي انحراف، وليس كل انحرافٍ ينطوي على إساءة.

**ثانياً- عيب الانحراف الغائي قد يقع ظاهراً كما يقع خفياً:** ترددت خاصية الخفاء بصفقتها ملازمة للانحراف الغائي، ويرجع ذلك لحكم المحكمة الدستورية العليا الأنف ذكره<sup>3</sup>، فقد قضى الكثيرون بأنّ تنكّب المشرع عن الأغراض المقصودة يكون استتاراً وراء سلطتها في مجال تنظيم الحقوق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 17.

<sup>2</sup> عز الدين بن عبدالسلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 1، 1991، ص 27.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 121 لسنة 18 قضائية، 1998، ر. عوض المر، حكم سابق.

<sup>4</sup> منهم: كامل السعيد، النظرية العامة للقضاء الدستوري، دار الثقافة، عمان، 2017، ص 209. يوسف عبدالفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 219. رمضان عيسى، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 51.

بناءً على هذا الحكم تأسس في الفقه بأن الانحراف الغائي دائماً ما يكون خفياً، فالأهداف المعلنة دائماً ما توافق وجه المصلحة العامة بمعيار الدستور إذ لا يفصح المشرع إلا عن غاية مشروعة، لكن الأهداف المعلنة في الأحوال التي يتعمد المشرع فيها مجانفة مبادئ الدستور لا تكون حقيقية، بل تكون أهدافاً ظاهرة يحتملها النص التشريعي، فيصرح بها وينسبها إلى التشريع الذي أصدره ليستر هدفاً حقيقياً آخر يتناقض مع مقتضيات الدستور، فيصدر التشريع بذلك متفق المقاصد مع الدستور في ظاهره، مفترقاً عنها في باطنه<sup>1</sup>.

وقد كان السنهوري قبل حكم المحكمة الدستورية العليا الأنف قد قرّر خفاء عيب الانحراف الغائي في مقالته، مؤكداً بأن عيب الانحراف بالغاية عيب خفي بخلاف العيوب الأخرى<sup>2</sup> ومن قبل السنهوري قرّر الطماوي ذلك<sup>3</sup>، وجرى من بعدهما جمع كثير من الفقهاء والباحثين على تقرير الخفاء صفة لازمة لعيب الانحراف الغائي<sup>4</sup>.

وفق ذلك، فإن التشريع المنحرف غائياً يكون موافقاً للدستور في ظاهره مخالفاً له في باطنه، وهنا تحديداً تكمن الخطورة، لأن القضاء يكون في مواجهة غائيتين، أحدهما ظاهرة والأخرى خفية، بحيث يحجب بالغاية الظاهرة المشروعة حقيقة الغاية الخفية غير المشروعة، وتكون الأخيرة هي الفعلية، والمشرع هنا لا يكون حسن النية بالطبع، لأنه يعمد إلى استغلال ما لديه من سلطة، وهذه الحالة هي أشد حالات الانحراف الغائي عسراً على الحكم بها، لأنها تتضمن فرضية شديدة القبح بحق المشرع، وهي أن المشرع يعلن عامداً عن غاية ظاهرة مشروعة لتمير غايات خفية غير مشروعة.

---

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 1406.

<sup>2</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 62.

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 84.

<sup>4</sup> منهم: طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة: قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 267. ومع ذلك فإن السنهوري نفسه كان قد تصوّر الانحراف الظاهر، وهذا ما يلاحظ من الفروض التي قدّمها لاسيما ما يتعلق بالفرض الخاص بقانون التضمينات.

وإذا كان الانحراف الغائي الخفي واردًا بالفعل، إلا أن تصوّر انحراف غائي ظاهر؛ واردٌ هو الآخر، لاسيما عند إعمال قاعدة تخصيص الأهداف أو قاعدة الأهداف اللازمة، حيث تكون سلطة المشرع مقيدة فلا يجوز له ابتغاء غاية تنافي الغايات الدستورية المخصصة أو اللازمة وإن فعل فإن انحرافه عنها يكون ظاهرًا في الغالب. ونستشف إمكان الظهور في مقالة القاضي عوض المر عن سوء استعمال السلطة، إذ يقول "لا يتحقق سوء الاستعمال بغير إرادة جازمة يبطنها المشرع أو يظهرها"<sup>1</sup> والحديث هنا عن البواعث تحديدًا، وكما تقدم تعريفها فهي الدوافع الخفية، غير أن الخفي قد يُظهِر، فكذا الأمر بالنسبة للغايات قد تكون خفية وقد تكون ظاهرة على حد سواء.

ثم إذا عدنا لحكم المحكمة الدستورية العليا ومنحناه مزيد تأمل، فليس فيه ما يمنع قيام الانحراف الغائي الظاهر، بل- ونذهب أبعد من ذلك- ليس فيه ما يجعل الخفاء لازمًا للانحراف الغائي، ذلك أن المحكمة قضت بأن سوء استعمال السلطة" يتعين أن يكون الدليل عليه واضحًا بتكبتها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستتارها بالتالي وراء سلطتها" وإذا كان الدليل واضحًا على التخلف عن الغايات الدستورية فإن ذلك يعني أن الانحراف الغائي لا بد أن يكون ظاهرًا للمحكمة، سواء بظهوره ذاتيًا أو باستظهاره إذا كان خفيًا، فليس في عبارة المحكمة ما يصرف الانحراف الغائي لسمة الخفاء وحدها، فالانحراف الغائي قد يكون ظاهرًا كما قد يكون خفيًا<sup>2</sup>، ولإثبات هذه الدعوى، نعرض فيما يلي أبرز الحالات التي يكون فيها الانحراف الغائي ظاهرًا:

**الحالة الأولى- أن يتظاهر الانحراف الغائي مع انحراف في عنصرٍ آخر:** يكون ذلك حين يتظاهر الانحراف الغائي مع عيبٍ في أحد عناصر التشريع الأخرى، ويكون الانحراف الغائي أكثر وضوحًا إذا كان العنصر الآخر المعيب من العناصر الموضوعية سواء كان السبب أو المحل، لأن الغاية

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 1398.

<sup>2</sup> عبدالرحمن كحيل، نظرية الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 29.

ترتبط بهما ارتباطاً وثيقاً يجعل العيب في السبب أو المحل يرتب انحرافاً غائياً بالتبعية. وقد تجسدت هذه الحالة في حكم المحكمة الدستورية العليا الشهير الذي قضت فيه بوجود انحراف تشريعي، حيث اعتبرت المحكمة أن اجتماع المثالب الدستورية "مع عدم خفاء أمرها على أعضاء المجلس التشريعي" دليل على مجافاة الأغراض التي كان ينبغي على التشريع استهدافها<sup>1</sup>، ففي هذه القضية كان الانحراف الغائي ظاهراً لتظافره مع انحرافات في عناصر التشريع الأخرى.

كما يمكن التمثيل على هذه الحالة بالتعديل الدستوري لمدة الرئيس، فضلاً عن مخالفته للدستور في عُصْرِي الاختصاص والمحل؛ يخالف هذا التشريع الدستور في غايته مخالفةً ظاهرة، فالغاية الحقيقية من هذا التعديل الدستوري هي إبقاء رئيس الجمهورية على رأس السلطة بالمخالفة للغاية اللازمة من نص الدستور على مبدأ الانتخابات والذي يقتضي تداول السلطة، ولا يغني من ذلك ما أعلنه مجلس النواب من أن غاية هذا التعديل تتمثل في إتاحة مدة كافية لعمل إصلاحات في البلاد، فهذه غاية موهومة، إذ التجارب السياسية في عديد من الدول تثبت كفاية تلك المدة لتنفيذ الإصلاحات المرجوة، ويتعزز ما ذكرناه من وضوح الغاية الفعلية لهذا التعديل الدستوري بالنظر إلى التعديلات التي لازمته والتي وسّعت من نطاق صلاحيات رئيس الجمهورية في التعديل، فعيب الغاية لا يكون دائماً خفياً، بل كثيراً ما يكون ظاهراً للعيان.

**الحالة الثانية-** أن تكون النتيجة النهائية محدّدة في فروض محصورة جميعها يخالف الدستور يكون الانحراف الغائي ظاهراً حين تنحصر النتيجة النهائية للنص في فروض محددة بحيث يتقصى القضاء النتائج النهائية التي يحتملها النص فيظهر له أن جميعها يتعارض مع الدستور، فيثبت له بذلك وجود انحراف غائي ظاهر.

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 57 لسنة 34 قضائية، 2012، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق، حكم سابق.

تجسد هذا الفرض في الحكم بعدم دستورية النص الذي أوجب على الأب المُطَلِّق كفالة سكن الصغار عيناً لا مالملاً ولو كان للحاضنة سكنٌ تقيم فيه، فتمسك الطاعن بعدم جواز تقييد الحق في الطلاق بما يمسُّ أصله وفق مبادئ الشريعة الإسلامية التي نص الدستور عليها، ودفع بأن المادة قد صيغت "ممالأة لفئة لا تعنيها إلا مصالحها الضيقة التي لا يحميها الشرع، مُحَمَّلًا من يباشرون ذلك الحق بأعباء مالية ونفسية تدفعهم إلى العدول عنه، ولو قام موجبه، حال أن الطلاق أمر عارض على الحياة الزوجية، ولا يلجأ الزوج إليه إلا إذا صار استمرارها والتوفيق بين الزوجين - رأياً لصدعها - مستحيلاً أو متعذراً، بما مؤداه أن النص المطعون فيه لا يبيلور إلا تياراً دخيلاً يتوخى هدم الحقوق لا إعمالها<sup>1</sup>".

عندما فحص القضاء الدستوري هذا الدفع؛ استخلص الغايات النهائية المحتملة للنص الطعين في عدة فروضٍ لا يخرج النص عن إحداها، وانتهى إلى أن الفروض المحتملة تنمُّ عن عبثية جميع الغايات التي يحتملها النص، وهكذا انتهى القضاء لوجود انحرافٍ غائي وفق خطوتين:

**الأولى**- حصر النتائج النهائية المحتملة للنص الطعين: حيث قضى بأن "اختصاص صغار المطلق بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها-الحاضنة- تقيم فيه يعني أن الحاضنة وقد تهيأ مسكن لها مع زوجها وأولاده إما أن تنقل هؤلاء معها إلى مسكن المحضون نابذة مسكنها.. وهذا هو الاحتمال الأول للنتيجة النهائية للتشريع. "وإما أن تتردد معها إلى مسكن المحضون نابذة مسكنها.. وهذا هو الاحتمال الثاني. "وإما أن تتردد بين مسكنها ومسكنهم فلا تمنحهم كل اهتمام ولا توفر لحضانتهم متطلباتها من التعهد والصون والتقويم.. وهذا هو الاحتمال الثالث. "وإما أن تقيم مع محضونيتها من دون أسرتها ليتصدع بنيانها. " وهذا هو الاحتمال الرابع.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 5 لسنة 8 قضائية، 1996، ر. عوض المر، حكم سابق.



**الثانية-** التعقيب على النتائج المحصورة للنص الطعين: حيث عَقَّبَت المحكمة على جميع الاحتمالات الآنفة بقولها "ولا يعدو ذلك كله أن يكون عبثاً توخى فرض قيود واقعية على الطلاق لا تجوز شرعاً تقديرًا بأن مسكن الزوجية لا يجوز أن يكون مقراً للمحضونين إذا كان لحاضنتهم مسكن يأويهم تقيم هي فيه وليس لازماً أن يكون مملوكاً لها، ذلك أن حق الصغار في السكن ينتقل من مسكن أبيهم إلى مسكن حاضنتهم أياً كان شكل العلاقة القانونية التي ترتبط بها في شأن هذه العين ودون إخلال بحقها في أن تقتضي لها وللصغار أجراً مناسباً عن إيوائهم في مسكنها باعتباره من مؤنتهم فإن اختيارها أحد هذين البديلين لا يكون مناقضاً أحكام الدستور، باعتباره مقرراً لمصلحة لها اعتبارها وإهمالها يلحق الضرر بها وبمحضونيتها<sup>1</sup>". وهكذا خلصت المحكمة إلى وجود انحرافٍ غائي ظاهر، وهي وإن لم تعبر بهذا التعبير إلا أن المضمون هو هو<sup>2</sup>. وهذه الغاية التي استخلصتها المحكمة تنسجم مع الغاية الدستورية في حماية الطفل ورعايته<sup>3</sup>.

**الحالة الثالثة-** أن تكون الغاية المُعلن عنها حقيقية غير أنها مخالفة للدستور: قد يرجع الانحراف الغائي الظاهر إلى أن المشرِّع قد أفصح عن الغايات الفعلية للنص لكنّه بحسن نية غفل عن تعارض تلك الغايات مع الدستور، وغالبًا ما يكون الانحراف ظاهرًا للقضاء في حالات الانحراف غير العمدي، لأن المشرِّع حينها يُفصح عن الغاية المباشرة التي يستهدفها النص دون أن يُخفي من ورائها غاية غير مشروعة، فعدم المشروعية يكون في الغاية المُعلن عنها مباشرة، ومثال ذلك

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 5 لسنة 8 قضائية، 1996، ر. عوض المر، حكم سابق.

<sup>2</sup> وفي القضية ذاتها طُعن على دستورية نصٍ جعل للمطلقة الخيار بين الاستقلال مع صغارها بمسكن الزوجية وبين أن يقدر القاضي لها ولمحضونيتها أجر مسكنٍ مناسب، فقضت المحكمة بعدم مخالفة غاية الدستور، إذ انتهت إلى وجهة الغاية التي توخاها التشريع ومشروعيتها، فقضت بأن المشرِّع قد توخى ذلك "بحسبان أن الحاضنة قد تُؤثِّر الانتقال مع الصغار إلى ذويها طلبًا لملاذمهم وعونهم وقد يكون لها مسكنها ويريحها أن تظل فيه بافتراض أن انتقالها منه إلى مسكن الزوجية قد يؤذيها أو يرهقها وقد يروعها بما يقوض سكينتها وصفاء نفسها فيما إذا كان أهل المطلِّق أولي بأس شديد فلا تخلص إزاء اضطرابها لمحضونيتها ولا تمنحهم من اهتمامها ما يستحقون ولا تعينهم على قضاء حوائجهم بما يكفيها". وهذه الغاية تنسجم مع الغاية الدستورية في حماية الطفل ورعايته. الحكم نفسه.

<sup>3</sup> المادة 80، دستور مصر 2014 المعدل 2019.

ما حصل في القضية المتعلقة بالحق في الرأي - آنفة الذكر - فيما يخص القانون الذي يُسقط حق المتهم بإقامة الأدلة إذا لم يقدمها خلال مدة محددة، حيث صرّحت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بأن الغاية من هذا القانون هي حماية ذوي الصفات العامة واثقاءً لتشويه السمعة، وحين فحصت المحكمة هذه الغاية انتهت إلى تعارضها مع غاية دستورية لازمة عن حرية الرأي وانتقاد ذوي الصفات العامة، حيث انتهت إلى عدم دستورية القانون على سند من أنه "لا ينبغي أن يُحال دون هذه الغاية الدستورية اتقاءً لشبهة التعريض بالسمعة"<sup>1</sup>، وهكذا قضت المحكمة بأن القانون كان معيباً في غايته لأنه يحول دون تحقيق غاية دستورية هي الأولى بالتّوحي.

**الحالة الرابعة - إذا كان التشريع لا يحتمل إلا غاية واحدة غير مشروعة:** بموجب هذه الحالة فإن المشرع يصدر تشريعاً يقوم في صدره الدليل على عدم مشروعية غايته، بحيث يثبت للقاضي أن المشرع ما كان ليقر التشريع المطعون فيه لو لم تتصل الغاية غير المشروعة به، ويظهر ذلك في النصوص التي تبغى تحصين أعمال السلطة من المسؤولية القضائية، فهي تتعارض ولا بد مع مقتضيات حق النقاضي ولوازمه المفروضة بموجب النص الدستوري.

ويمكن التمثيل على هذه الحالة بالفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون الفصل في المنازعات الإدارية التي أخرج المشرع بموجبها طائفةً كبيرة من القرارات الإدارية النهائية من دائرة اختصاص القضاء الإداري، فحظر عليه النظر في "الأوامر والقرارات والمراسيم الأميرية، والقرارات الصادرة بموجب القانون رقم (17) لسنة 2002 بشأن حماية المجتمع، والقرارات الصادرة بموجب القوانين المتعلقة باللجوء السياسي، والإقامة الدائمة، ودخول وخروج الوافدين وإقامتهم وإبعادهم، والجمعيات والمؤسسات الخاصة، والمراكز الدينية، والمطبوعات والنشر وتراخيص إصدار الصحف والمجلات،

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 37 لسنة 11 قضائية، 1992، ر. عوض المر، حكم سابق.

وتراخيص الأسلحة والذخائر والمتفجرات، ونزع الملكية للمنفعة العامة، والقرارات المتعلقة بتحديد العنوان الدائم للناخب، والقرارات المتعلقة بالألقاب والانتساب للقبائل والعائلات<sup>1</sup>، وفي ظل عدم اختصاص أي جهة قضائية أخرى بالنظر في الطعون على القرارات التي حددها النص، فإن هذا النص لا يحتمل إلا غاية واحدة، وهي تحصين هذه الطائفة من القرارات الإدارية من الإلغاء والتعويض عنها، وهو ما يتعارض مع الحق في التقاضي الذي أكد الدستور عليه، فتحصين هذه الطائفة من الرقابة القضائية مؤداه عدم تمكين المتضررين من هذه القرارات من الانتصاف أمام القضاء فيما أُضربوا به منها، وهي نتيجة نهائية لا مرأى في تعارضها مع لوازيم النص الدستوري بصون الحق في التقاضي. فخلاصة القول أن الانحراف الغائي قد يقع ظاهراً وقد يقع خفياً، وحين يقع ظاهراً عادةً ما يتظاهر مع حسن نية المشرع خلافاً للانحراف الخفي الذي كثيراً ما يتظاهر مع سوء نية من قبل المشرع.

### الفرع الثاني- مراجعة خصائص الرقابة الدستورية على الغاية

مضى جانب من الفقه في اعتبار الرقابة على الغاية رقابة احتياطية وليست رقابة أصلية، بمعنى أنّ القضاء لا يملك الخوض فيها إلا إذا خلا التشريع من عيوب الدستورية الأخرى، كما قرّر البعض بأن الرقابة على الغاية هي رقابة ذاتية وليست رقابة موضوعية، بمعنى أن القضاء الدستوري لا بد أن يبحث في نوايا المشرع ودواخله للكشف عن وجود انحراف غائي.

وخصائص الرقابة هذه هي نتيجة مترتبة على استخلاص خصائص عيب الانحراف الغائي نفسه، فاشتراط العمد في ثبوت عيب الانحراف مع خفاء هذا العيب قد نشأ عنه القول باحتياطية الرقابة تجنباً للحكم بسوء نية المشرع فيما توخّاه من غايات، كما أن القول باحتياطية الرقابة ناتج عن

<sup>1</sup> الفقرة 3، المادة 3، قانون رقم (7) لسنة 2007 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية.

القول بأن عيب الانحراف عيب خفي، فلو كان عيباً ظاهراً كسائر العيوب لما كان عيباً احتياطياً،  
"وهكذا يتضح أن خفاء عيب الانحراف هو الذي أدى إلى اعتباره عيباً احتياطياً"<sup>1</sup>.

وكذلك بالنسبة للذاتية، فعنصر الخفاء يجعل مناط الكشف عن العيب خفياً بما جعل البعض يذهب  
لفكرة الرقابة الذاتية التي تبحث في العناصر الخفية في نفس المشرع. ولما ثبت أن العمد والخفاء  
ليسا من لوازم الانحراف الغائي صار من المهم فحص مدى صحة القول بأن الرقابة على الغاية  
رقابة احتياطية، ومدى صحة القول بأنها رقابة ذاتية. وفي هذا الفرع نبين أن الرقابة على الغاية  
هي رقابة أصلية وليست احتياطية أولاً، ونبين ثانياً أنها رقابة موضوعية وليست رقابة ذاتية.

أولاً- الرقابة على الغاية هي رقابة أصلية وليست رقابة احتياطية: يميز الفقه بين نوعين من  
العيوب من حيث قابلية الفحص، فهناك العيب الأصلي، وهو الذي يجوز فحصه أصالةً ولو وُجد  
في النص عيوباً أخرى يمكن الحكم بعدم الدستورية بناءً عليها. وهناك العيب الاحتياطي، وهو  
الذي لا يجوز فحصه- ولو ظهرت أماراته- إلا إذا انعدمت العيوب الأخرى في التشريع<sup>2</sup>.

يرجع إسناد الاحتياطية للرقابة على الانحراف الغائي إلى مقالة السنهوري، فعند تفرقه بين مخالفة  
التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة، اقترح "أن نجعل الانحراف طريق طعن احتياطي  
في التشريع، شأنه في ذلك شأن التعسف في استعمال السلطة الإدارية" حيث اعتقد بأن ذلك "قد  
يكون مهماً من الناحية العملية"<sup>3</sup> وقد اكتفى السنهوري باقتراح الأمر دون تفصيلٍ وشرحٍ لمعناها،  
لكن اللافت في كلام السنهوري أنه نسب الاحتياط إلى الطعن وليس للانحراف، مما يؤيد ما تقدم  
من أن الاحتياطية وصف للرقابة وليس للعيب.

---

<sup>1</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 65.  
<sup>2</sup> محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج1، مرجع سابق، 355.  
<sup>3</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص111.

أما الطماوي فقد أشار إلى الفكرة دون تسميتها، وذلك عند تفريقه بين الانحراف وعدم الاختصاص، إذ يقول بأن "العمل المشوب بعيب الانحراف، هو عمل بحسب تعريفه قد سلم من العيوب الأخرى. فإذا ما كان مشوبًا بعيب الاختصاص، فلن يكون هناك محل لبحت مشروعية أغراضه وبواعثه<sup>1</sup>". فالفقيهان قد ساقا الفكرة لغرض التفریق بين الانحراف الغائي ومفهوم آخر قد يختلط به، لكن الطماوي لم يعبر عنها بالاحتياطية بعكس السنهاوري الذي أوردها في مقالته، وكلمة "احتياطي" هي ترجمة عن الكلمة الفرنسية التي أوردها السنهاوري "subsidaire" فهذا مصدرها الأول<sup>2</sup>.

وقد توثق القول بأن الرقابة على الغاية هي رقابة احتياطية عقب الحكم الآنف الذي عرّف سوء استعمال السلطة، فقد قرّر بأن سوء استعمال السلطة يعدّ "مثلًا احتياطيًا"، ورغم أنّ هذا الحكم لم يعرّف مدلول الاحتياطية إلا أنه كان قد صدر برئاسة القاضي عوض المر، وهو الذي وضّح في كتابه أن "سوء استعمال السلطة باعتباره عيبًا احتياطيًا، مؤداه ألا تخوض فيه جهة الرقابة على الدستورية إلا إذا خلا القانون المطعون فيه من صور العوار جميعها التي ترتدّ في ضابطها العام إلى الأوضاع الشكلية والشروط الموضوعية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية" مؤكّدًا بأن "الطعن بمجاوزة السلطة يعتبر - في كل صورته - عيبًا احتياطيًا لا تنفر إليه الجهة القضائية قبل التحقق من خلو القانون من كل عوار آخر<sup>3</sup>".

لكن القاضي عوض المر كان قد عارض مقالته الآنفة في موطن سابق، ورفض الاعتداد بصفة الاحتياطية رفضًا ضمنيًا، حيث قرّر بأن "على الجهة القضائية أن تتحقّق من براءة النصوص القانونية المطعون عليها من كافة مثالبها، وليس لها على الأخص أن تختط لنفسها سياسية قضائية

---

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 100.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

<sup>3</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 1407، 1398.

تردها عن النظر في إساءة استعمال السلطة، ولو كان ذلك يُجنّبها الحرج في علاقتها بالسلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>1</sup>. " فهذه المقالة تتعارض مع مبدأ الاحتياطية الذي قرره الفقيه عوض المر، لأن ذلك المبدأ في حقيقة مضمونه يشكّل سياسة يُراد منها صرف نظر القضاء عن الانحرافات الغائية قدر المستطاع، فلا يبحث في عيب الغاية إلا كمنفذ أخير.

ولا يمكن فك تعارض المقاليتين إلا من خلال التفريق بين مفهوم إساءة استعمال السلطة وبين مفهوم الانحراف الغائي، فالحكم بالأول حكمٌ على نوايا المشرّع وبواعثه لا على التشريع فحسب، بعكس الثاني الذي هو حكم على التشريع دون المشرّعين، والإمعان في الواجب القضائي مقتضاه التحقق من سلامة كافة جوانب التشريع، وليست النوايا أو البواعث جانباً من جوانب التشريع- وإن اتصلت بجانب السبب- فالنوايا والبواعث في أصلها تتعلق بالمشرّع لا بالتشريع، ولهذا فإن القضاء الدستوري يراقب الانحراف الغائي رقابة أصلية، لكنه يراقب سوء استعمال السلطة رقابة احتياطية، لأنه ليس مخوّلاً بالبحث في النوايا والبواعث إلا بقدر ما تكشف عنها عناصر التشريع.

لكن الإشكال الفقهي أن الاحتياطية التي هي من خصائص الرقابة على سوء استعمال السلطة قد أُجريت على الرقابة على الانحراف الغائي بعمومها، فقد درج العديد من الفقهاء على تكريس هذا الأمر بقولهم أن القاضي عند رقابته على التشريع ينظر في التشريع فإذا وجد أنه مشوّبٌ بعيب الاختصاص أو الشكل أو المحل لم يجز له أن يتعرّض لفحص الغاية، وكان واجباً عليه أن يتجنّب الخوض في هذه المسألة، لأن الرقابة على الغاية رقابة احتياطية يُلجأ إليها عند خلو التشريع من العيوب الأخرى، فيكتفي بالحكم بعدم الدستورية على أساس عيب الاختصاص أو الشكل والإجراءات أو المحل وفق ما بدا له من عيوب اعتورت عناصر التشريع دون عنصر الغاية، أما

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 1390، 1398.

إذا قامت جميع العناصر سليمةً ولم يكن في التشريع إلا عيب الغاية بحيث لم يجد القاضي بدءاً من فحصه، فإنه يجوز له في هذه الحالة أن يحكم بعدم دستورية التشريع لانحرافه بالغاية، فكلما كان بمقدور القضاء اجتناب الخوض في موضوع الغاية كان عليه أن يفعل<sup>1</sup>.

وقد وقع بعض الكتاب في مناقضة للواقع بقولهم أنّ الصفة الاحتياطية لعيب الانحراف هي السبب الرئيسي لعدم وجود حكم قضائي يصرّح بعدم دستورية أحد النصوص الطعينة بناءً على عيب الانحراف التشريعي<sup>2</sup>، فهذا القول منقوض بحكم المحكمة الدستورية العليا الذي وصمت فيه التشريع الطعين بالانحراف الغائي، حيث عدّت المحكمة الرقابة على الغاية رقابةً أصليةً لا رقابةً احتياطيةً، فرغم إظهارها من المثالب الشكلية والموضوعية ما يكفي للحكم بعدم دستورية النص، إلا أن ذلك لم يثبته عن استظهار الانحراف الغائي في ذلك النص، وسيأتي تفصيل ذلك الحكم<sup>3</sup>. وقد استند القائلون باحتياطية الرقابة على عيب الغاية لعددٍ من الحجج، ناقشها فيما يلي:

**الحجة الأولى-** ما دام إبطال النص التشريعي ممكنًا بإثبات المخالفة المباشرة للدستور، فإن البحث عن مدى وجود انحراف غائي لا يعدو أن يكون تزيّدًا يعيب الصياغة الفنيّة للحكم<sup>4</sup>.

وهذه الحجّة محلّ نظر، لأن فحص الغاية إلى جانب فحص العناصر الأخرى يزيد راحة حكم المحكمة وتماثل نظرها في النص التشريعي قبل الحكم بعدم دستوريته، هذا علاوةً على أنّ زيادة

---

<sup>1</sup> محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج1، مرجع سابق، ص355.

<sup>2</sup> أحمد محمد حسب النبي، الدور السياسي للقاضي الدستوري: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2017، ص276، حيث يقول بالنص بأن القضاء الدستوري "لم يصدر حتى الآن حكمًا بعدم دستورية نص تشريعي استنادًا إلى توافر عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية" ويقول أيضًا "السمة الاحتياطية لعيب الانحراف التشريعي تعد السبب الرئيسي في عدم القضاء صراحةً بعدم الدستورية؛ استنادًا إلى توافر عيب الانحراف".

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 57 لسنة 34 قضائية، 2012، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق، حكم سابق.

<sup>4</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص65. محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج1، مرجع سابق، ص356. وكذلك: عاطف سالم، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي الاجتماعي الاقتصادي: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة، لا يوجد بيانات ناشر، 2010-2011، ص177.

الأسباب التي يُبنى عليها الحكم بعدم الدستورية أدعى لثقة الأفراد والسلطات بحكم المحكمة بعدم الدستورية، فإذا لم يقتنعوا بسببٍ اقتنعوا بالآخر.

ثمّ من جهة ثانية، لا يعيب صيغة الحكم أن يتطرق لانحراف المشرّع بالغاية وأن يدوّنه في طيّاته، فعملية فحص الغاية والوصول إلى وجود انحراف غائي جزء من عمل القاضي يباشره قبل الحكم بعدم الدستورية<sup>1</sup>، فالصيغة الفنية للأحكام القضائية لا تمنع إدراج فحص القضاء مدى دستورية التشريع من حيث الغاية التي توخّاها. ولا يصحّ القول بأن العيوب الأخرى تكفي لوصم التشريع بعدم الدستورية وأنه لا حاجة للخوض في هذا العيب ما دام إبطاله وفق العيوب الأخرى ممكناً<sup>2</sup>، فاختصاص القضاء بالرقابة الدستورية على التشريع يقتضي أن يبسط عنايته على كافة عناصر التشريع فلا يهمل فحص أحد العناصر بحجّة ثبوت العيب في عنصرٍ آخر، بل ينبغي أن ينظر إلى التشريع نظرةً شاملة لكافة عناصره.

**الحجة الثانية-** أن الرقابة على الانحراف الغائي تتسم بخطورة شديدة، فينبغي على القضاء الدستوري أن يخوض فيها بحذرٍ شديد، لاسيما وأن الحكم بعدم الدستورية على أساس الانحراف في عنصر الغاية يصمّ المشرع بالحيدة عن المصلحة العامة التي ينبغي أن يستهدفها كل تشريع، وهو ما يعني أن القضاء الدستوري يطعن في أمانة المشرّع<sup>3</sup>.

وهذه الحجة تتقلب على نفسها عند الوعي بأن المصلحة العامة هي الغاية المرجوة من أي تشريع، وأن سلامة عناصر التشريع تكون غير ذات جدوى إذا لم تسلم النتيجة النهائية للتشريع، وهو ما

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 67.

<sup>2</sup> عماد الدين عبدالله الوقاد، الانحراف بالسلطة القضائية، مرجع سابق، ص 55.

<sup>3</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 65. محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 163. وكذلك: عماد الدين وقاد، الانحراف بالسلطة القضائية، مرجع سابق، ص 55. عاطف سالم عبدالرحمن، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي الاجتماعي الاقتصادي، مرجع سابق، ص 177.



ينبغي معه أن يكون القضاء الدستوري صارماً في التحري عن مدى توافق الغاية من التشريع مع الدستور، فإذا كان فحص القضاء لمدى دستورية التشريع من حيث غاياته خطيراً، فإن ترك الحبل غارباً للمشرع في أن يبتغي ما يشاء من غايات دونما معقّب؛ أشدّ خطراً على النظام القانوني، لأن ذلك يعني أن المشرع يتمتع بسلطة مطلقة في مجال تقدير الغايات وليس مجرد سلطة تقديرية، وقد تقدّم الإيضاح أن السلطة المطلقة لا تكون إلا خارج النظام القانوني.

ومن جهة ثانية، ليس كل حكم بعدم الدستورية لوجود انحراف غائي هو طعن في أمانة المشرع، أبداً، ليس الحال كذلك، فقد تقدّم الإثبات أن المشرع ينحرف عن الدستور فيما توخّاه من غايات بخطأ لا بعدم، وليست وظيفة القضاء الدستوري أن يطعن في أمانة المشرع، وما ينبغي له ذلك، فهو مسؤول في الأساس عن مراقبة التشريعات لا المشرعين، لكن وظيفته في إعلاء كلمة الدستور تقتضي ردّ المشرّع إلى جادته كلّما انحرف عنها ولو كان انحرافه في الغايات، وذلك من خلال الحكم بعدم دستورية التشريعات التي لا تتوافق مع الدستور.

وأما بالنسبة للفروض التي ينطوي فيها الحكم بعدم الدستورية على طعن في أمانة المشرّع، فإن ذلك أدعى لزجر المشرّع عن إتيان مثل ذلك في قابل التشريعات، فمن السذاجة بمكان أن تُحصّن الغايات التي يستهدفها المشرّع بدعوى عدم التشكيك في أمانته، إذ ليس للمشرّع عصمة دون الانحراف الغائي من النواحي المنطقية والواقعية، بل والقانونية، ولم يكن من داعٍ لوجود القضاء الدستوري من الأساس لولا التسليم بأن المشرع من الممكن أن يخالف الدستور عامداً أو غافلاً، وهو الأمر الذي ينطوي على التسليم بأن المشرع يخطئ ويصيب، فإذا أصاب التشريع ووافق الدستور كان بها، وإن أخطأ وانحرف عنه كان على القضاء أن يتصدّى لذلك، ثمّ إنّ الحكم بعدم الدستورية على أساس بقية العناصر لا يستبعد في مضمونه أن المشرع غير أمين في أداء مهمّته، فهو قد يحتمل هذا الافتراض في مضمونه، فالمشرع في بقية العناصر قد يتعمد مخالفة الدستور

وقد يخالفه خطأً على حدٍ سواء، ومن ثم لا يكون قلق الطعن في أمانة المشرع جديرًا بالاتفات إليه من قبل القضاء الدستوري، بل على المشرع أن يراعي أحكام الدستور فيما يصدره من تشريعات، لئلا يضطر القضاء الدستوري للوصول إلى تلك النتيجة.

**الحجة الثالثة-** أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد قرّرت الطبيعة الاحتياطية لعيب الانحراف الغائي حين قضت بأن "سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها ليس عيبًا مفترضًا في عملها، بل يعتبر مثلًا احتياطيًا وعيبًا قصديًا."

وهذه الحجة هي الأخرى مردودٌ عليها، فقد مضى أن تعبير المحكمة بمصطلح "سوء استعمال السلطة" بدل "الانحراف في استعمال السلطة" كان تعبيرًا مقصودًا، فالمحكمة في جميع الأحكام التي قضت فيها على أساس إساءة استعمال السلطة كانت تقصد حالة الانحراف الغائي العمدي، وليس مطلق الانحراف الغائي، فالخلل في هذه الحجة يرجع لعدم التفريق بين الانحراف والإساءة، فالثاني فرع عن الأول يتحقّق حين يحصل الانحراف بسوء نية من المشرّع وقصدٍ جازم، غير أن الانحراف يشمل فروضًا أخرى لا يكون فيها إساءة استعمال للسلطة بالضرورة، حيث يكون خروج المشرع عن غايات الدستور نابغًا عن حسن نية، وفي هذه الحالة لا يقع المشرع في إساءة استعمال السلطة وإن كان واقعًا في عيب الانحراف غير العمدي، وإذا ثبتت هذه التفرقة، تكون المحكمة قد اعتبرت إساءة استعمال السلطة عيبًا احتياطيًا، ولا يلزم من ذلك اعتبارها عيب الانحراف بالسلطة عيبًا احتياطيًا، وما يقطع الشك باليقين تجاه هذه النتيجة، أن المحكمة في حكمها الشهير - الأنف الإشارة إليه - عام 2012، قد عدّت الانحراف التشريعي عيبًا أصليًا، فقد كشفت عنه رغم إقرارها بأن اجتماع المثالب في عناصر التشريع الأخرى قد كان كافيًا للقضاء بعدم دستورية التشريع<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 57 لسنة 34 قضائية، 2012، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق، حكم سابق.

ومن المهم الإشارة إلى أن بعضاً من الفقه قد فرّق بين الحالة التي تقوم فيها الدعوى الدستورية بموجب التصدي، وبين الحالة التي تقوم فيها الدعوى الدستورية بناءً على الدفع بعدم الدستورية، ففي الأولى قد يكون مسوّغاً للقضاء الدستوري أن يعدّ الرقابة على الانحراف الغائي عيباً احتياطياً، أما في الحالة الثانية فلا خيار له سوى الفصل في الدفع المبدى أمامه، إذ يجب على القضاء الدستوري حينها أن يقرّر ما إذا كان الدفع الذي قدّمه الطاعن سديداً أم لا، فإذا ثبتت صحة الدفع، وجب أن الحكم بعدم الدستورية موردةً الانحراف بالغاية في تسبب الحكم<sup>1</sup>.

وفي تقديرنا أن أمانة القاضي في الحالتين وحياده التام يجعلانه ينظر للتشريع بحيادٍ ويجعل سمو الدستور نصب عينيه، فيرى التشريع من كافة نواحيه ويدوّن المخالفات التي تبدو له في كافة العناصر، لأنه إن لم يفعل وغض الطرف عن انحرافات المشرع يكون قد عدل عن الإنصاف إلى الإجحاف، وانحاز لصالح واضح التشريع على حساب المتضرر من التشريع، فالنزاهة القضائية تلزم القاضي بأن يكون مخلصاً في نظره لكافة جوانب التشريع، فإذا خلص لرؤية متكاملة أصدر حكمه بالدستورية أو عدم الدستورية، ف جاء حكمه مقنعاً للامة، ومنصفاً للمدعي.

**ثانياً- الرقابة على الغاية رقابة موضوعية لا ذاتية:** يرى البعض بأن رقابة القضاء الدستوري على الغاية تعدّ رقابة ذاتية، وذلك لأن الحكم بعدم دستورية التشريع لوجود انحراف غائي يتضمن حكماً على نوايا المشرع، الأمر الذي ينفي عن هذا النوع من الرقابة صفة الموضوعية ويُسبغ عليها صفة الذاتية<sup>2</sup>، فما دامت رقابة القضاء على غاية التشريع تتضمن حكماً على بواعث ونوايا المشرع الذاتية فهي إذن "رقابة شخصية ذاتية"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، 68-69.  
<sup>2</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، 60-61. ومحمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج1، مرجع سابق، ص365-366، وقد نسخ الطائي عن عبدالمنعم حرفياً دون إشارة، فوجب التنويه.  
<sup>3</sup> رمضان عيسى أحمد، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص49.

وأصحاب هذا الرأي لا ينكرون الطبيعة الموضوعية للمصلحة العامة بوصفها جوهر الغاية التشريعية، لكنهم يرون بأن الطبيعة الموضوعية للغاية لا يترتب عليها أن تكون وسائل الرقابة موضوعية بالضرورة، حيث يباشر القضاء الرقابة على السبب وهي رقابة موضوعية، كما يباشر الرقابة على الغاية وهي رقابة ذاتية، بمعنى أنّ موضوعية المصلحة العامة لا تتغير من ذاتية بعض الوسائل التي يلجأ القضاء إليها لفحص المصلحة العامة، وذلك لأن الانحراف يتعلق بإخفاء غايات حقيقية تحت ستار غايات وهمية، ولا يمكن للقضاء أن يكشف عن الغايات الحقيقية إلا بالبحث في نوايا المشرع، وهذا هو الشق الذاتي لعيب الانحراف<sup>1</sup>.

غير أنّ مداخل هذا الرأي محلّ نظر، وبادئاً ببدء نقول بأن الرقابة على الغاية لا ينبغي أن تكون رقابة ذاتية، نعم، قد تكون الرقابة على الغاية رقابة ذاتية من حيث إمكان التصوّر، لكنّ الرقابة الذاتية لا ينبغي أن يؤخذ بها لأنها تخالف الدستور، فلم يأذن الدستور للقضاء الدستوري بمراقبة نوايا المشرّع، إذ القضاء الدستوري فيما عُدَّ إليه من مهمة الفصل في دستورية التشريعات مكلفٌ بأن يفحص التشريع، ومناطق الفحص هو عناصر التشريع الخمسة، فيفحص القضاء الاختصاص والشكل والإجراءات والسبب والمحل والغاية، وعند رقابته على الغاية يفحص النتيجة النهائية التي تتحقّق في الواقع انتهاءً، فهو لا ينظر إلى نوايا المشرّع ابتداءً، وإلا كان متجاوزاً حدود اختصاصه، ذلك أنّه لا يجوز للقضاء الدستوري أن يبحث عن عدم الدستورية خارج التشريع، والبحث في نوايا المشرع أو بواعثه هو من هذا القبيل، لأن النوايا- وإن كان تتصل بعنصر السبب- ليست عنصراً من عناصر التشريع، فهي خارج حدود الولاية القضائية للمحكمة الدستورية العليا.

---

<sup>1</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، 60-61. ووافقه: صبيح العطوان، الانحراف التشريعي كعيب من عيوب المشروعية الدستورية: دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، مج30، ع6، 2022، ص134.

في الوقت نفسه، لا يصح افتراض أن العناصر الذاتية في عيوب التشريع لا يمكن الكشف عنها إلا باستعمال وسائل ذاتية، إذ لا يمتنع أن تُقضي الوسائل الموضوعية لاستخلاص نتائج تتعلق بذوات المشرّعين، كأن تظهر المحاضر سعي فئة من المشرّعين لتحقيق مصلحة حزبية، أو أن يعكس التاريخ التشريعي تحيّر المشرّع ضد فئة معيّنة في المجتمع، أو أن تكشف المذكرة الإيضاحية عن عداوة بين المشرّعين وإحدى سلطات الدولة كانت سبباً في إصدار قانون ما، إلى غير ذلك. وحين يقود البحث الموضوعي للكشف عن نتائج ذاتية تتصل بالانحراف الغائي الذي شاب النصّ الطعين فإنّ القضاء يكون في مواجهة عيب إساءة استعمال للسلطة وليس مجرد انحراف غائي، كما أنّ توصلّ القضاء لنتائج تتعلق بذوات المشرّعين عبر استعماله الوسائل الموضوعية لا يززع الطبيعة الموضوعية للرقابة على الغاية، لأنّ المشرّع إذ كشف عن النوايا لم ينطلق منها وإنما انطلق من الوسائل الموضوعية التي كشفت بدورها عن النوايا.

وخلاصة الأمر في موضوع الخصائص أنّ الانحراف الغائي ليس عيباً عمدياً بالمطلق ولا ظاهراً بالمطلق، كما أنّ الرقابة على الغاية ليست رقابة احتياطية وليست رقابة ذاتية. وبالرجوع لتعريف الانحراف الغائي بأنه مخالفة غاية التشريع الأدنى للدستور، فإنّ الانحراف الغائي له خاصيتان: **أولها-** أنه **عيب موضوعي**، ذلك أنّ النتيجة النهائية التي تشكّل عنصر الغاية هي ما يترتّب في الواقع وليس ما يتصوّره المشرّع، والقضاء يبحث في الجانب الواقعي للغاية ولا يبحث في الجانب التصوّري إلا بقدر ما يُعين على فهم النتائج النهائية للنصّ التشريعي، فالغاية كعنصر للتشريع تتمثّل في النتيجة النهائية الواقعية في المقام الأول، ومعطيات الواقع هي عناصر موضوعية، وإن كانت وليدة عناصر ذاتية بوجه أو بآخر، فذلك ليس من مبحوثات القضاء الدستوري عند فحص الغاية ابتداءً، فحين تُفحص الغاية يُنظر إلى النتيجة النهائية من ناحية موضوعية ما لم تقدّ النتائج الموضوعية إلى نتائج ذاتية، وسوف يأتي تفصيل ذلك عند بحث معيار الانحراف الغائي.

ثانيها- أنه عيبٌ غائي، وذلك لأن مناط الانحراف الغائي هو تجاوز أغراض يضمنها الدستور إلى أغراض أخرى لا تتفق معه<sup>1</sup>، وقد سبق لذكر هذه الخاصية الدكتور رمضان عيسى أحمد، إذ يقول في شرحها أن عيب الانحراف التشريعي يرد على الغاية من التشريع، "لهذا يطلق عليه البعض بالعيب الغائي وذلك لتعلقه بالغاية" ثم يقول في عبارةٍ مهمّة "وهذا يجرنا إلى نتيجة أن عيب الانحراف التشريعي يدور وجودًا وعدمًا مع الغاية في التشريع، حيث إذا شاب الغاية عيبٌ أصبح المشرع مرتكبًا لعيب الانحراف التشريعي<sup>2</sup>".

إذن؛ الموضوعية والغائية هما لازما عيب الانحراف الغائي وتاليًا هما ما يعدّان خصائص لهذا العيب، وما عدا ذلك من الصفات فهو من العوارض التي قد تتحقق أحيانًا وتتفتي في أخرى. أما خصائص الرقابة على الغاية، فهي اثنتان كذلك:

أولها- أنها رقابة موضوعية، وذلك لأن القاضي لا يبحث في النوايا ابتداءً، بل ينطلق باحثًا في عناصر التشريع، فإن كشف بحثه في العناصر الموضوعية عن نتائج ذاتية فإن ذلك لا يُسبغ على الرقابة صفة الذاتية، لأن العبرة بوسائل الرقابة لا بنتائجها.

ثانيها- أنها رقابة أصلية، فالقضاء ملزمٌ بالرقابة الدستورية على التشريع، التشريع كله، بكافة عناصره الخمسة، وما دامت الغاية عنصرًا من هذه العناصر فإن الواجب الدستوري يفرض على القضاء أن ينظر إلى الغاية أصالةً كما ينظر لبقية عناصر التشريع، خصوصًا وأن تحرّي جميع أوجه عدم الدستورية أدعى لتثبيت الحكم بعدم الدستورية في النفوس وتعزيز ثقة الناس برجاحة أحكام القضاء الدستوري.

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 1407.

<sup>2</sup> رمضان عيسى أحمد، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 45.

## المبحث الثاني

### تمييز الانحراف الغائي عما يختلط به من عيوب الدستورية

إذا كان مصطلح "الانحراف في استعمال السلطة" هو التعبير الشائع لوصف مخالفة الغاية التشريعية للدستور، فإن هذا المصطلح قد يختلط بمصطلحات أخرى: أولها "الخطأ الظاهر في التقدير" وثانيها "عدم التناسب" وثالثها "عدم الملاءمة" ورابعها "إساءة استعمال السلطة".

جميع هذه المصطلحات تشترك في أنها أوصاف لعيوب تعرض على التشريع، لكنها تختلف فيما بينها، ولوضع نقطة تمييز ينبغي بيان مدلول كل على حدة، فمصطلح "الانحراف في استعمال السلطة" يشير إلى عيب الغاية، أما مصطلح "الخطأ الظاهر في التقدير" فيشير إلى عيب السبب، بينما يشير "عدم التناسب" إلى عدم التوافق بين محل التشريع وسببه أو بين محله وغايته أو كليهما، و"عدم الملاءمة" يشير إلى عدم التوافق بين التشريع وبين الظروف المحيطة به، وأخيراً يشير مصطلح "إساءة استعمال السلطة" إلى الانحراف الغائي حين يكون عمدياً فحسب.

هذه الخلاصة المركزة تحتاج إلى تحليل وتعليل وتدليل. ولما كان "الخطأ الظاهر في التقدير" و"عدم التناسب" يشتركان في تعلّقهما بمكونات التشريع الداخلية لاتصال الأول بالسبب واتصال الثاني بالعلاقة بين المحل وبقية العناصر الموضوعية؛ وكان "عدم الملاءمة" و"إساءة استعمال السلطة" يشتركان في تعلّقهما بمحيط التشريع الخارجي لاتصال الأول بظروف الواقع واتصال الثاني بنوايا المشرعين، فإننا نستعين بهذا الفارق الدقيق لتقسيم هذا المبحث لمطلبين:

- المطلب الأول/ التمييز بين الانحراف الغائي والعيوب المتصلة بتكوين التشريع
- المطلب الثاني/ التمييز بين الانحراف الغائي والعيوب المتصلة بمحيط التشريع

## المطلب الأول

### التمييز بين الانحراف الغائي والعيوب المتصلة بتكوين التشريع

تتسلسل عناصر التشريع في الوجود، فهي لا تنشأ دفعةً واحدة، بل تتعاقب الواحدة تلو الأخرى، فأول العناصر الموضوعية في الوجود هو السبب، وعليه يبني المحل، وعليهما تتبني الغاية، ذلك أن السبب هو نقطة البداية، وعلى أساسه تتحدّد الغاية في تصوّر المشرع، ومن أجل بلوغ الغاية في الواقع؛ ينشأ المحل كوسيلة لتحقيق النتيجة النهائية المرجوة، فالعلاقة ما بين الغاية والسبب علاقة أصيلة، وكذلك العلاقة ما بين الغاية والمحل<sup>1</sup>.

ولمّا كان السبب يسبق الغاية في الوجود وكانت الغاية تُبنى على أساس السبب، فإن فساد السبب يؤثر على سلامة الغاية، فإذا كان السبب معيباً فإن الغاية تكون معيبةً بالتبعية ولو كانت مشروعة في ذاتها، إذ القاعدة تقضي بأنّ ما بُني على باطل فهو باطل، وكذلك الحال بالنسبة للعلاقة بين المحل والغاية، فالمحل يسبق الغاية في الوجود وهو أداة بلوغ الغاية في الواقع، فإذا كان المحلّ معيباً في ذاته فإن الغاية التي عُيّنَ المحلّ لتحقيقها تكون معيبةً بالتبعية ولو كانت مشروعةً في ذاتها، إذ الغاية لا تبرّر الوسيلة بميزان الدستور.

يظهر بذلك أن فهم العلاقة بين العناصر الموضوعية للتشريع يُعين على التمييز بين عيوب الدستورية، مثل الخطأ الظاهر في التقدير الذي يصيب السبب، وعدم التناسب الذي يصيب العلاقة بين المحل والعناصر الموضوعية الأخرى. ولاستيفاء ذلك نفرّد فروعاً ثلاثة، فنتناول في الأول التمييز بين الخطأ الظاهر في التقدير والانحراف الغائي. بينما نتناول في الثاني التمييز بين عدم التناسب والانحراف الغائي. وفي الثالث نعرض لتمييز المحكمة الدستورية العليا بين هذه المفاهيم.

<sup>1</sup> شادي محمد صلاح عبدالبدیع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 389.



## الفرع الأول- تمييز الانحراف الغائي عن الخطأ الظاهر في التقدير

إذا كان الانحراف الغائي هو التعبير الذي يصف العيب الذي يعتري عنصر الغاية في التشريع، فإن الخطأ الظاهر في التقدير هو التعبير الذي يصف العيب الذي يعتري عنصر السبب في التشريع<sup>1</sup>. وللتمييز بين المفهومين لا بد من بيان أوجه التشابه والاختلاف، حيث يشترك المفهومان في أن كليهما من مخرجات القضاء الإداري التي أُعيدَ توظيفها في القانون الدستوري، كما يشتركان في أن ثبوت أيٍّ منهما بحق التشريع يستدعي الحكم بعدم دستوريته، أما نقاط التباين بين المفهومين، فإن بيانها يقتضي قدرًا من التفصيل حول مفهوم الخطأ الظاهر في التقدير.

في المجال الدستوري؛ تتعلّق فكرة الخطأ الظاهر في التقدير بالرقابة على تقدير المشرع للوقائع أولًا والرقابة على التكييف القانوني ثانيًا، فمجموع تقدير الوقائع والتكييف القانوني لها هو ما يشكل عنصر السبب، وبذلك فإن مؤدى الرقابة على السبب أن يفحص القضاء الدستوري مدى صحة التكييف القانوني للوقائع التي بُنيَ التشريع عليها، حيث يُقصد بالتكييف القانوني للوقائع إلحاق الواقعة بمبدأ قانوني من خلال تصنيف الواقعة وردّها إلى الفئة القانونية التي تنظمها لتطبيق الحكم عليها<sup>2</sup>، وعليه، فإن الرقابة على سبب التشريع في المجال الدستوري لها جانبان مزدوجان، جانب ينظر فيه القاضي إلى الدستور الأسمى، وجانبٌ ينظر فيه إلى الواقع.

حين ينظر القاضي للتشريع الأسمى فإنه يبحث عن الأساس الدستوري للواقعة، فكما يبحث القاضي الإداري في نصوص القانون عن سند التكييف القانوني للواقعة التي كانت سببًا للقرار الإداري؛ يبحث القاضي الدستوري في نصوص الدستور عن سند تكييف الواقعة التي تسببت في صدور التشريع، إذ التكييف القانوني للوقائع "يتعلق بانتماء الواقعة لفئة قانونية من الفئات التي تتواجد في

<sup>1</sup> عبدالمنعم عبدالحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 71.

<sup>2</sup> زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 14.

سَلَّم التدرج القانوني<sup>1</sup>. " أما حين ينظر القاضي إلى جانب الواقع، فإنه يتحقق من وجود الواقعة أولاً، فإذا ثبت له وجودها فإنه يتحقق من صحة تقديرها، فإذا تثبتت من صحة تقديرها فإنه يتحقق من صحة التكييف القانوني لها، ليرى ما إذا كانت الواقعة سبباً صحيحاً بميزان الدستور<sup>2</sup>. ويمكن التعبير عما مضى بأن القاضي الدستوري يبحث في كل من الدستور والواقع عن مدى الوجود ومدى الانطباق، فينظر في مدى وجود السند الدستوري ومدى وجود الواقعة، ثم ينظر في مدى انطباق الواقعة على النص الدستوري ومدى انطباق الأخير عليها.

وأسباب التشريع في المجال الدستوري لها نوعان، فهناك أسباب دستورية، وهناك أسباب واقعية: **الأسباب الدستورية** - هي الأحوال التي نص الدستور عليها كسبب لإصدار التشريع، وتكون سلطة المشرع فيها مقيدة، إذ لا ينبغي أن يتدخل إلا إذا قام السبب المنصوص عليه<sup>3</sup>، وهذا النوع من الأسباب نادرٌ في المجال الدستوري، وذلك لسعة السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع في تقدير أسباب التشريع. وأبرز مثالٍ على الأسباب الدستورية - كما مضى - ما يتعلق بتقدير حالة الضرورة التي تشكّل السبب الدستوري بالنسبة لبعض التشريعات<sup>4</sup>، ففي هذا الفرض يفحص القاضي

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 14، 15.

<sup>2</sup> يرجع هذا التقسيم الثلاثي في النظر للوقائع إلى الأستاذ فالين، حيث قسّم الرقابة الإدارية على السبب إلى ثلاثة أقسام، فمثار النزاع حول سبب القرار الإداري إما أن يرجع إلى مدى صحة قيام الحالة التي تدخلت الإدارة على أساسها، أو إلى مدى صحة التكييف القانوني لتلك الحالة، أو إلى مدى صحة تقدير أهميتها. يُنظر: سليمان الطماوي، **نظرية التعسف في استعمال السلطة**، مرجع سابق، ص 52.

<sup>3</sup> إبراهيم محمد الشرفاني، **رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع**، مرجع سابق، ص 152، 153.

<sup>4</sup> كان دستور مصر 1971 يجعل حالة الضرورة سبباً دستورياً للعديد من التشريعات، فقد أجاز في المادة 108 لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية إصدار قرارات لها قوة القانون بناءً على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي الأعضاء. كما قرّر في المادة 136 بأن لرئيس الجمهورية عند الضرورة إصدار قرار بوقف جلسات المجلس وإجراء استفتاء شعبي على حلّ المجلس، ومن ثمّ إصدار قرار الحلّ من قبله إذ أفضى الاستفتاء بالأغلبية المطلقة إلى الحل. وعلى مثل ذلك نص دستور مصر 2019 في المادة 137. وقد قرر دستور 1971 في المادة 148 أن لرئيس الجمهوري إعلان حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون بموافقة مجلس الشعب. كما نص دستور 2019 في المادة 154 على الصلاحية ذاتها مع استلزام أخذ رأي مجلس الوزراء قبل الإعلان. وكان قانون الطوارئ رقم 162 لسنة 1958 قد قرر جواز إعلان حالة الطوارئ كلما تعرض الأمن أو النظام العام في أراضي الجمهورية أو في منطقة منها للخطر سواء أكان ذلك بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهدد بوقوعها أو حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء. **تنويه:** الإشارة لدستور 1971 في هذا الصدد لأن الأحكام ذات الصلة صدرت في ظلّه.

الدستوري أمرين، الدستور والواقع، فينظر أولاً إلى الدستور وما إذا كان يعتد بحالة الضرورة كسبب لإصدار التشريع الطعين. وينظر ثانياً إلى واقعة الضرورة من حيث وجودها وما إذا كانت تستدعي صدور التشريع الطعين وفقاً للدستور.

إذا ثبت أن الدستور لا يجعل من حالة الضرورة سبباً للتشريع الطعين فإن التشريع يكون معيباً في سببه، أما إذا كانت الضرورة سبباً دستورياً لذلك التشريع فإن القضاء يبحث في تقدير الضرورة من منظار الدستور، فإذا أخطأ المشرع في تقدير حالة الضرورة بأن أصدر التشريع وفقاً لظروفٍ عادية لا ضرورة فيها فإن القضاء الدستوري يقضي بعدم دستورية التشريع لوجود خطأ ظاهر في التقدير، وذلك إما على سندٍ من انعدام السبب كون الحالة الدستورية المتمثلة في حالة الضرورة لا وجود لها في الواقع، أو على سندٍ من خطأ المشرع في التكييف القانوني لحالة الضرورة.

وقد أعملت المحكمة الدستورية العليا رقابتها على التحقق من توافر واقعة الضرورة وصحة تقديرها، فقضت بأن " السبب الذي حدا برئيس الجمهورية لإصدار القرار بقانون رقم 154 لسنة 1981 بإضافة بند جديد إلى المادة 34 من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم 95 لسنة 1980 لا يشكل بذاته حالة ضرورة تدعو رئيس الجمهورية إلى مباشرة سلطته التشريعية الاستثنائية المقررة بالمادة 147 من الدستور، فإن هذا القرار وقد صدر استناداً إلى هذه المادة وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها، يكون مشوباً بمخالفة الدستور<sup>1</sup>". ففي هذا الحكم بسطت المحكمة رقابتها على تقدير المشرع لواقعة الضرورة واعتبرت أن تقديره لم يكن صحيحاً لأن السبب الذي ساقه المشرع لا يشكّل حالة ضرورة بالميزان الدستوري، وعلى ذلك فإن التشريع قد بني على سببٍ منعدم بما يوجب القضاء بعدم دستوريته، وبذلك قضت المحكمة بالفعل.

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 15 لسنة 18 قضائية، 2 يناير 1999، برئاسة محمد ولي الدين جلال. (ش.ق.ش| 37069)

كما أيّدت المحكمة تقدير المشرّع لحالة الضرورة في حكمٍ آخر فقضت بأنه "لما كان البين من الأعمال التحضيرية للقرار بقانون المطعون عليه أن الأسباب التي دعت إلى الإسراع بإصداره في غيبة مجلس الشعب تتمثل فيما أوردته مذكرته الإيضاحية من أن القضاء الإداري توالت أحكامه باعتبار قرارات فرض الحراسة على الأشخاص الطبيعيين استنادًا إلى أحكام القانون رقم 162 لسنة 1985 بشأن حالة الطوارئ باطلة ومعدومة الأثر قانونًا، وأن مؤدى هذه الأحكام والأثر المترتب عليها، أن ترد عينا لهؤلاء الأشخاص كل ما خضع لتدابير الحراسة الباطلة من أموال وممتلكات وقد صدرت بذلك فعلاً بعض الأحكام من القضاء العادي، الأمر الذي اقتضى الإسراع بالتدخل التشريعي حسمًا للمنازعات التي كانت قائمة وتجنبًا لإثارة منازعات جديدة ولمواجهة ما قد يترتب على استرداد بعض تلك الأموال والممتلكات عينا من الحائزين لها من آثار خطيرة تمس بعض الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ومن ثم فإن رئيس الجمهورية إذ أصدر القرار بقانون المطعون عليه في تلك الظروف يكون غير مجاوز حدود سلطته التقديرية<sup>1</sup>."

**الأسباب الواقعية-** هي الأحوال التي لم ينص الدستور عليها صراحةً لكنها تقع ضمن اختصاص المشرع بما ينبغي عليه من استهداف الصالح العام، وهي بخلاف الأسباب الدستورية يكون للمشرع فيها سلطة تقديرية في التدخل من عدمه<sup>2</sup>. ومثالها البارز في المجال الدستوري؛ التشريعات المتعلقة بمبدأ المساواة، فكثيرًا ما يستند المشرع إلى الاختلافات بين فئات الناس كسبب لإصدار تشريع تمييزي، وعندئذ ينظر القاضي في مدى قيام واقعة الاختلاف بين الفئات أولًا، ثم ينظر ثانيًا في تقدير المشرع لذلك الاختلاف ومدى استدعائه إقامة حكم تمييزي بين تلك الفئات بمنظار الدستور،

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 139 لسنة 5 قضائية، 21 يونيو 1986، برئاسة محمد علي بليغ. (ش.ق.ش|ر.م 36499)  
<sup>2</sup> ومثالًا على ذلك في المجال الإداري تدخل الإدارة بهدم بناء آيل للسقوط حمايةً للسلامة العامة، فهذا لا يوجد نص خاص يجعل من المنزل الآيل للسقوط سببًا للهدم لكن السلامة العامة كانت سببًا مشروعًا لمثل هذا التدخل.

فإذا تبين له بأن واقعة الاختلاف لا وجود لها، أو أن وجودها لا يقوم به السبب الدستوري للتمييز بين تلك الفئات، فإنه يقضي بعدم دستورية التشريع لوجود خطأ ظاهر في التقدير، على أساس أن انعدام واقعة الاختلاف أو الخطأ في تقديرها يعني عوار السبب الذي انبنى عليه التشريع<sup>1</sup>.

وقد حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية لانعدام واقعة الاختلاف فقضت بأنه "لا يعتبر الأشخاص الذين خضعوا لتدابير الحراسة بالنسبة إلى أموالهم وممتلكاتهم التي يطلبون ردها عينا إليهم في مركز قانوني مختلف عن غيرهم ممن يدعون ملكية شيء غير خاضع لهذه التدابير، ويقيمون دعوى الاستحقاق لطلبه، ذلك أن هؤلاء وهؤلاء يطلبون رد أموالهم إليهم ولا يتمايزون عن بعضهم البعض إلا في واقعة بعينها هي في ذاتها منعدمة ولا يجوز أن يرتب عليها المشرع أثراً... ولا يتصور أن يقوم التمايز بين مركزين قانونيين بناء على واقعة عديمة الأثر قانوناً"<sup>2</sup>.

كما بسطت المحكمة رقابتها على تقدير واقعة التساوي، فانتهت في أحد أحكامها إلى أن انعدام واقعة التساوي يمنع ترتيب آثارٍ متساوية فيما بينهم، فلما "كان القانون المطعون فيه، قد حدد لكل درجة وظيفية ضريبة ثابتة نص عليها في صلبه، وكان الشاغلون لهذه الدرجة يتفاوتون فيما بينهم فيما قد يحصلون عليه من دخل لقاء عملهم خارج جمهورية مصر العربية، وكان هذا التباين في مقدار المال المحمل بالضريبة، لازمه أن مراكزهم القانونية غير متماثلة بالنسبة إليه، فإن إخضاعهم جميعاً لضريبة واحدة ثابت مبلغها، يعتبر مناهضاً لمبدأ المساواة أمام القانون"<sup>3</sup>.

ورغم استقرار فكرة الخطأ الظاهر في التقدير في كل من المجالين الإداري والدستوري في مصر، إلا أن القضاء قد عزف عن تعريفها، باستثناء أحد أحكام المحكمة الإدارية العليا الذي أشار لبعض

<sup>1</sup> زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 90 وما بعدها.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 130 لسنة 5 قضائية، 6 فبراير 1993، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش|ر.م 36644)

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 43 لسنة 13 قضائية، 6 ديسمبر 1993، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش|ر.م 37024)

المحدّات فقّرر بأنه "لئن كانت المسائل الفنية والعلمية تكون الكلمة فيها للمتخصصين في هذه المسائل إلا أن هذا الرأي العلمي أو الفني يخضع لرقابة القضاء متى كان التقدير ظاهر الخطأ وعلى عكس ما تقتضيه طبيعة الأشياء ويمكن معرفة حقيقته للرجل العادي<sup>1</sup>،" فهذا الحكم يجعل المعيار هو مخالفة التقدير لطبيعة الأشياء فيما لا خلاف عليه بين الرجل العادي والمتخصص. وإزاء فراغ الأحكام القضائية من تعريف للرقابة على الخطأ الظاهر، أخذ الفقه على عاتقه هذه المهمة، حيث حاول الفقهاء والباحثون تحديد مدلول الخطأ الظاهر في التقدير مستهدين بما انتهى إليه القضاء والفقه الفرنسي، فذهب البعض إلى أنه غلطٌ في التقدير يمتاز بالوضوح البالغ بغير حاجةٍ إلى تأكيد متخصص، وذهب جانب آخر إلى أنه الغلط الفاحش حتى في تقدير الجهلاء، وذهب جانب ثالث إلى أنه الغلط الذي يكون مرئياً حتى بالنسبة لغير المتخصصين في القانون<sup>2</sup>. ويلاحظ أنّ هذه التعريفات لم تخصّص الخطأ الظاهر في التقدير بعنصر السبب، بل جعلته عامّاً على كل العناصر، بخلاف الأحكام الفرنسية التي صيغت هذه التعريفات على هديها، فقد خصّصت تعبير الخطأ الظاهر في إخفاق المشرّع في تقدير الوقائع والتكليف القانوني لها<sup>3</sup>.

أما القضاء الدستوري فلم يشر إلى تعريف الخطأ الظاهر قط، ويرجع ذلك إلى أنه لم يستعمل المصطلح أصلاً، ومع ذلك فقد استوعب الفكرة في بعض أحكامه<sup>4</sup> التي ستأتي في الفرع الثالث. وقد أحسن القضاء الدستوري في مصر إذ عرض عن استعمال مصطلح الخطأ الظاهر في التقدير، وليس صحيحاً أن مصطلح الغلو في التقدير الذي استعملته المحكمة في بعض أحكامها يساوي

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 943 لسنة 40 قضائية، 3 ديسمبر 1994، برئاسة فاروق شعث. (ش.ق.ش | ر.م 35836)

<sup>2</sup> عبدالمنعم عبدالحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 99-100.

<sup>3</sup> زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 86- وما بعدها.

<sup>4</sup> وفي ذلك يقول الدكتور زكي النجار "لم نعرش على حكمٍ نطق صراحة بالغلط البين في التقدير في رقابة الدستورية إلا أن أحكام المحكمة الدستورية العليا تقطع بالإعمال الحقيقي لمضمون هذه الفكرة، وإن لم تستخدم الاصطلاح صراحة." المرجع نفسه، ص 11.

في الدلالة مصطلح الخطأ الظاهر في التقدير، ذلك أن الغلو في التقدير يتعلق بعيب عدم التناسب، وهو عيب يقوم عند عدم التوافق بين المحل والسبب أو عدم التوافق بين المحل والغاية، بخلاف مصطلح الخطأ الظاهر في التقدير الذي يشير إلى عيب في السبب ذاته.

وعزوف القضاء الدستوري عن استعمال مصطلح الخطأ الظاهر في التقدير فيه دليل على انتباه القضاء الدستوري في مصر لما يكتنف هذا المصطلح من إشكالات، نبينها فيما يلي:

أولاً- يتسم مصطلح "الخطأ الظاهر في التقدير" بالعموم في ألفاظه، فصيغة المصطلح تجعل الخطأ الظاهر متعلقاً بالتقدير مطلقاً وليس بتقدير الأسباب فحسب، فتخصيص المدلول بعنصر السبب دون بقية عناصر التقدير لا تخبرُ به ألفاظ المصطلح، وإنما مصدره الأحكام القضائية الفرنسية التي تداولت هذا التعبير في معرض رقابتها على عنصر السبب، وهو ما يعني أن تعبير الخطأ الظاهر في التقدير لا يعكس مدلوله الخاص بذاته، بل بوساطة الأحكام الفرنسية التي استعملته تعبيراً عن عيب السبب، أما ألفاظ المصطلح فإنها تصرف الذهن إلى تعلق الخطأ الظاهر في تقدير أي عنصر من عناصر التشريع وليس عنصر السبب وحده، فهذا المصطلح يحتمل مدلولاً عاماً ينصرف إلى عموم التقدير بصرف النظر عما إذا كان في السبب أو المحل أو الغاية، كما أنه في الجانب الآخر يحتمل مدلولاً خاصاً ينصرف المعنى فيه إلى تقدير الأسباب فحسب، وهذا ما يجعل المصطلح مُلبساً في الاستعمال.

وقد التبس المصطلح في كتابات الفقه إثر تداوله بالمدلولين الخاص والعام دون إيضاح الفارق، فالبعض قد استعمل الخطأ الظاهر في التقدير بالمدلول الخاص<sup>1</sup>، والبعض الآخر استعمله بالمدلول العام، وترتّب على الاستعمال الثاني دمجُ عيب الخطأ الظاهر بعيب عدم التناسب وعيب الانحراف

---

<sup>1</sup> على سبيل المثال: عبدالحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية، مرجع سابق، ص359. إذ يقول "انتقلت فكرة الخطأ الظاهر في التقدير إلى رقابة الدستورية، كما لو كانت وسيلة للرقابة على تقدير المشرع للوقائع التي بناء عليها صدر القانون."

الغائي، فأصبح الخطأ الظاهر في التقدير تعبيراً عن جميع العيوب تقريباً، لكن الأخذ بالمدلول الخاص للمصطلح يرتب نتيجةً مختلفةً يتمايز فيها الخطأ الظاهر عن عدم التناسب وعن الانحراف الغائي، فيغدو الأول تعبيراً عن عيب السبب، ويغدو الثاني تعبيراً عن عيبٍ في العلاقة بين المحل وبقية العناصر الموضوعية، ويعبر الثالث عن عيب الغاية.

إنّ الفرق الأساسي بين المدلولين العام والخاص أن المدلول العام يعالج المصطلح بعدسة تجعل من السلطة التقديرية للمشرع مركزاً للمفهوم، بينما المدلول الخاص يعالج المصطلح بعدسة تجعل ذلك المركز متمثلاً في الوقائع التي تعدّ جوهر عنصر السبب في التشريع تحديداً.

ولعلّ أبرز من من أجرى المدلول العام على مفهوم الخطأ الظاهر في التقدير هو الفقيه عوض المر، حيث يقول في فقرات واضحة يشرح فيها نظرية الخطأ الظاهر بأن "الأغراض 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 توخاها، كان القانون مخالفاً للدستور، وتلك هي نظرية الخطأ الظاهر التي تتناول جوهر السلطة التقديرية التي يباشرها المشرع وتتعمق دخالها من خلال عملية عقلية تجريها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، غايتها أن تستوثق بنفسها مما إذا كانت المصلحة التي حمل المشرع النصوص القانونية عليها، حقيقية أو منتحلة، قائمة أو متوهمة؛ وكذلك ما إذا كانت الوسائل إلى تحقيقها منطقية أو غير ملائمة، ضرورية أو مجاوزة حدود الاعتدال، وتلك مهمة تتولاها الجهة القضائية بقدر كبير من الحذر، ذلك أنها تعيد النظر في تقييم المشرع لكل واقعة قام عليها القانون المطعون فيه، وتفصل في ملاءمة النصوص التي احتواها، لتحقيق الأغراض المقصودة منها<sup>1</sup>."

---

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 460.



من الواضح في هذا المقطع أن مصطلح الخطأ الظاهر قد شمل كل عيوب التقدير في شتى عناصر التشريع، فاختلال تقييم المشرع للوقائع هو خطأ في التقدير، واستهداف المشرع غايات وهمية هو خطأ في التقدير، وانفصال الوسائل التشريعية عن أسبابها أو غاياتها هو خطأ في التقدير كذلك، وهذا يصحُّ وفق المدلول العام للمصطلح، لكنه لا يصح وفق المدلول الخاص، إذ يتمخض المدلول الخاص لاختلال تقدير الوقائع والتكييف القانوني لها، فالخطأ الظاهر في التقدير - وفق بلد نشأة لهذا المصطلح - يتعلق بالعيب الذي يطال الوقائع في وجودها أو تقديرها أو أهميتها، والوقائع هي جوهر عنصر السبب كما تقدّم.

ولعلّ ترجيح القاضي عوض المر للمدلول العام على المدلول الخاص كان نابغاً من الوعي العميق بأن الخطأ في تقدير السبب يترتب عليه انهيار المحل والغاية تبعاً، إذ السبب أوّل العناصر في الوجود فإن سقط سقطت العناصر المبنية عليه، ولهذا فإن الخطأ الظاهر في التقدير وإن كان يطال السبب من حيث الحال، فإنه يطال المحل والغاية من حيث المآل.

وأياً ما يكن من أمر، ليس العتب على من تداول المصطلح بمدلوله العام معرضاً عن المدلول الخاص، لأن ألفاظ المصطلح تدل على هذا العموم بالفعل، وإذا كان ثمة خطأ في الاستعمال فهو ناشئ عن الخطأ في الاستقبال، لأن استقبال هذا المصطلح من الأحكام الفرنسية دون معالجة العموم المُلبس في ألفاظه أحدث فجوةً في الأفهام فصار مُلبساً عند استعماله، فلا لوم بعدئذ على من أجرى الدلالة العامة وأعرض عن الدلالة الخاصة، بل اللوم على من استقبل المصطلح دون توطينه بما يناسب خصوصية الدلالة، ولمعالجة ذلك نقترح تسمية العيب الذي يطرأ على السبب بعيب الانحراف السببي أو المخالفة السببية أو ما ضارح ذلك، فذلك أدعى لارتباط المدلول بالمدال. ثانياً - حتى مع تجاوز التباس المدلولين، فإن القضاء الدستوري في مصر قد استفاد من النقد الذي وُجّه للقضاء الدستوري في فرنسا، فقد ضاق أعضاء البرلمان من تعبير الخطأ الظاهر في التقدير،

الأمر الذي دفع المجلس الدستوري للعدول عن استخدام هذا التعبير في أحكامه اللاحقة، خصوصاً وأن الخطأ الظاهر يفترض غلطاً يميّزه عامة الناس من غير المتخصصين في القانون، وهو ما كان محلّ اعتراض لدى جانب من الفقه الفرنسي، فكيف يرى الشخص العادي هذا الخطأ ولا يراه المشرّع وهو صاحب الاختصاص<sup>1</sup>، ولذلك فإن هذا الاصطلاح لا يبدو دقيقاً، لاسيما أن خروج المشرّع في تقديره للوقائع عن الحدود الدستورية قد يقع عمداً كما يقع سهواً، فالأولى أن يُسمى ذلك بالانحراف السببي، فلفظ الانحراف هو لفظٌ محايد لا يتضمّن تدخلاً في نية المشرّع بالسلب أو الإيجاب، إذ الانحراف عن الجادة هو الميل عنها، سواءً كان ذلك بعمدٍ أو بغفلة، فيكون الانحراف السببي هو خروج المشرّع عن الدستور في عنصر السبب.

كما أن لفظ "الظاهر" هو الآخر لا يتسم بالدقة المعيارية، فليس كل خلل في تقدير الوقائع يكون ظاهراً، وقد أشار البعض إلى أن الخطأ الظاهر قد يكون غير واضح، بحيث يحتاج إظهاره إلى بحث وتمحيص من قبل القضاء الدستوري، وفي هذه الحالة يستدعي الأمر إثبات الخطأ من قبل القضاء ليكون ظاهراً، فالخطأ في التقدير قد يكون واضحاً وقد يكون غير واضح، فإذا كان الأول حكمت المحكمة بوجود خطأ ظاهر في التقدير، وإذا كان غير واضح كان على القضاء إثبات الخطأ في التقدير وإظهاره من خلال ظروف الدعوى قبل أن يقضي بعدم الدستورية لوجود خطأ ظاهر في التقدير<sup>2</sup>، فضلاً عن أن الظهور قد يكون نسبياً في كثيرٍ من الأحوال، خصوصاً في المسائل الفكرية التي لا تتعلق بالمادة، فيكون الظاهر للمشرّع ليس ظاهراً للقاضي والعكس.

وإذ تبين مفهوم الخطأ الظاهر في التقدير بمدلوله الخاص؛ أضحي تمييزه عن الانحراف الغائي يسيراً، حيث يتصل الأول بالأسباب بينما الثاني يتصل بالغايات، ويترتب على ذلك آثار عملية

<sup>1</sup> عبدالحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية، مرجع سابق، ص 361، 362.

<sup>2</sup> عبدالمعزم عبدالحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 100.

مهمّة، تتمثل في أن ثبوت الانحراف السببي يثبت الانحراف الغائي بالتبعية، لكون الغايات تُبنى على الأسباب، فإن فسدت فسَد ما بُني عليها من غايات وإن كانت الغايات سليمةً في ذاتها، وعكس هذه الفرضية لا يصح، فقد يقوم التشريع سليماً في أسبابه، إلا أن سلامة الأسباب لا تعني سلامة الغايات بالضرورة، فوجود انحراف سببي يقطع اليقين بوجود انحراف غائي، لكنّ وجود انحراف غائي لا يعني وجود انحراف سببي بالضرورة.

وكان الطماوي رحمه الله مستحضراً لمعنى مشابه، فعند مناقشته لتدخّل الإدارة بناءً على سلطة الضبط لحفظ النظام العام دون وجود تهديد للأمن؛ أشار لفرضية تصبُّ فيما نرّمى إليه إذ يقول "إذا كانت الإدارة قد تدخّلت وهي تعلم يقيناً أن الأسباب التي تنتحلها لتدخلها لا وجود لها، فإن العمل الإداري في هذه الحالة يكون مشوباً بعييبين: انعدام الأسباب والتعسف أو الانحراف<sup>1</sup>" فانظر كيف جعل انعدام السبب مع علم الإدارة مفضياً لانعدام الغاية المشروعة بما يحقق العييبين معاً.

### الفرع الثاني- التمييز بين الانحراف الغائي وعدم التناسب

يشترك عدم التناسب مع الانحراف الغائي في ارتباط كليهما بالغاية، لكن طبيعة الارتباط تختلف، فعدم التناسب وصفٌ لعييب في العلاقة بين المحل والغاية، بينما الانحراف الغائي وصفٌ لعييب في الغاية نفسها، ولمعرفة الفوارق بين المفهومين ينبغي بحث مفهوم عيب عدم التناسب.

على الرغم من وضوح مفهوم التناسب وكونه علاقةً توافقٍ بين أمرين أو أكثر إلا أن الفقه الدستوري لم يستقر على تحديد مدلوله في مجال الرقابة الدستورية، فقد اختلف الفقه في بيان جوهر التناسب في التشريع بين من يرى أن جوهر التناسب يكمن في التوافق بين المحل والسبب<sup>2</sup>، وبين من يرى

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص39.

<sup>2</sup> منهم: جورج شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، مجلة البحوث الثانوية والاقتصادية، العدد66، أغسطس 2018، ص7. وكذلك: إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص338. وكذلك: عبدالمنصف إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص21.

جوهر التناسب كامناً في التوافق بين المحل والغاية<sup>1</sup>، فذهب الفريق الأول إلى أن التناسب وصف للعلاقة بين الوسائل التي يختارها المشرع والأغراض التي يسعى لبلوغها، بينما ذهب الفريق الثاني إلى أن الرقابة على التناسب تتعلق بالوسائل التي يقررها المشرع والغايات التي يستهدفها<sup>2</sup>. وهذا الاختلاف بين الفريقين هو اختلاف تكامل وليس اختلاف تضاد، فالرأيان يكمل أحدهما الآخر، ذلك أنّ المحل يتوسّط الأسباب والغايات، فهو حلقة الوصل التي تجمع السبب بالغاية، فالمسافة من المشكلة إلى الحل تُطوى بالوسيلة التي تصل بينهما، ذلك أنّ المشكلة هي سبب التدخل التشريعي، والحل هو غاية التدخل التشريعي، والوسيلة هي محل التدخل التشريعي، والتناسب هو نوع العلاقة التي ينبغي أن تربط المشكلة بالوسيلة، وتربط الوسيلة بالحل.

ولقد عزف القضاء الدستوري عن تعريف هذا المفهوم، لكنه مع ذلك باشر الرقابة على العلاقة بين المحل والسبب والعلاقة بين المحل والغاية، ففضى بعدم التناسب في العديد من أحكامه وقضى بالتناسب في أحكام أخرى، ولعلّ الخلاف الفقهي - الأنف - يرجع لعدم تعريف القضاء الدستوري لمفهوم التناسب، فكل باحث أخذ مفهومه من جملة الأحكام التي اطلع عليها، فحصر البعض التناسب في العلاقة بين المحل والسبب، بينما حصرها آخرون في العلاقة بين المحل والغاية. على أنّ جانباً من الفقه قد أحاط بالجانبين، فقرر بأن التناسب يقتضي أن تكون عناصر التشريع الداخلية - السبب والمحل والغاية - متوافقة فيما بينها<sup>3</sup>، فالقضاء الدستوري يربط بين سبب التشريع ومحلّه ليرى مدى التوافق بينهما، ثم ينتقل إلى المحل ليصل في نهاية الأمر إلى الغاية<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> منهم: عصام سعيد عبدالعبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، مج8، ع29، 2019، ص244.

<sup>2</sup> شادي محمد عبدالبيدع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص388.

<sup>3</sup> مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مج41، ع1، 2017، ص169.

<sup>4</sup> شادي محمد صلاح عبدالبيدع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص389.

وبذلك فإن رقابة التناسب تعتمد على النظر في مسألتين، الأولى مدى توافق السبب مع المحل، والثانية مدى توافق المحل مع الغاية، فتتناسب المحل له وجهان، وجهٌ يتعلق بمدى توافق الوسيلة التي اختارها المشرع مع المشكلة التي أراد حلّها، وفي ذلك يبحث القاضي الدستوري عما إذا كانت الوسيلة التي اختارها المشرع تتناسب مع المشكلة التي دفعته للتدخل. وثمة وجه آخر، يتعلق بمدى توافق الوسيلة مع النتيجة النهائية التي يسعى التشريع لتحقيقها، وهنا يجيب القاضي عما إذا كانت الوسيلة تتوافق مع النتيجة النهائية التي يسعى المشرع لبلوغها في الواقع.

ويختلف عيب الانحراف الغائي عن عيب عدم التناسب في أن الأول وصف للتشريع الذي يتضمن غاية تخالف الدستور، بينما الثاني وصف للتشريع الذي يفصل مضمونه عن غايته أو يرتبط بها ارتباطاً واهياً، فالأول يتعلق بالغاية نفسها، والثاني يتعلق بالعلاقة التي تربط المحل بالغاية، وعلى ذلك فإن تجنّب الانحراف الغائي من قبل المشرع يقتضي التزامه باستهداف مصلحة عامة تتوافق مع أحكام الدستور، أما تجنّب الحكم بعدم التناسب فإنه يستدعي عند مباشرة عملية المفاضلة بين الحلول التشريعية أن يختار أكثرها موافقة لبلوغ الغاية من التشريع وأقلها تقييداً للحريات<sup>1</sup>.

وجدير بالذكر أن انعدام التناسب بوجهيه يترتب انحرافاً غائياً بالتبعية، فحتى لو كانت الغاية مشروعاً في ذاتها فإن انعدام التناسب بينها وبين المحل يجعل عدم الدستورية متسرباً إليها، لكن إذا ثبت التناسب بين محل التشريع وغايته فذلك لا يمنع من وجود انحراف غائي مثلما سيأتي.

ومن المهم الإشارة إلى أن عدم التناسب هو أحد العيوب التي تطل عنصر المحل، فعدم التناسب عادةً ما يدور في مجال السلطة التقديرية للمشرع في عنصر المحل، لكن ثمة فروض أخرى تكون فيها عناصر التشريع الموضوعية متناسبة فيما بينهما، ومع ذلك يكون المحل معيباً في ذاته لوجود

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص392.

مخالفة مباشرة للدستور وهنا تكون المخالفة متعلقة بجانب السلطة المقيدة لعنصر المحل، ونضرب على ذلك مثالاً بالتشريع الذي يجعل عقوبة القتل العمد هي الإعدام في دولة ينص دستورها على حظر عقوبة الإعدام، ففي هذه الحالة إذا كانت غاية المشرع هي تحقيق الردع العام أو تطيب نفوس أهل المقتول فإن المحل المتمثل في الإعدام يتناسب مع هذه الغاية، لكنه يتعارض مع الدستور فهو غير دستوري لعييب في المحل.

كذلك فإن التناسب قد يتحقق بين عناصر التشريع ومع ذلك يكون التشريع معيباً بالانحراف الغائي، كما لو كانت هناك حالة ضرورة تستدعي إصدار قانون أحكام عرفية، فاستهدف الأخير إلى جانب مواجهة حالة الضرورة؛ تحصين أعمال الإدارة من المساءلة القضائية، فهنا ثمة تناسب بين محل التشريع وغايته، ومع ذلك فإن أحد الغايات تنطوي على انحراف غائي لابتغائها تحقيق نتيجة نهائية تخالف مرامي الدستور، أو كما لو صدر قانون يحظر الإساءة للشخصيات العامة حفظاً لسمعتهم، فهذا التشريع يتناسب محله مع غايته، لكن ثمة غاية أولى بالاعتبار في الميزان الدستوري وهي كفالة حرية النقد بما يضمن حفظ الدور المؤثر للرأي العام في مجريات الأحداث السياسية. وقد أعملت المحكمة الدستورية العليا رقابتها على العلاقة بين العناصر الموضوعية مراراً، وأسّمت العيب الذي يطال تلك العلاقة انعدام التناسب أو الغلو، ففي إحدى القضايا أغفل النص الطعين تحديد قيمة الأرض في الأحوال التي يُستحق فيها الرسم النسبي على أساسها، كما أغفل وضع معايير واضحة لضبط أساس التقدير النسبي، فقضت المحكمة بانعدام تناسب المحل من جهتي السبب والغاية معاً، حيث انتهت إلى "انعدام التناسب بين قيمة الأرض والرسوم المستحقة على شهر محررات نقل ملكيتها، لابتناء تحديد مقابل الخدمة- أو المنفعة- على غير أساس موضوعي يتفق مع الواقع، وهو ما يؤدي- في كثير من الحالات- إلى أن يفوق قدر هذه الرسوم القيمة الفعلية للأرض موضوع المحرر محل الشهر، وهو ما يعد إخلالاً بحقائق العدل الاجتماعي التي

اختص بها الدستور الأعباء المالية على اختلافها<sup>1</sup> فبناء الرسم على أساس غير موضوعي يجعل محل التشريع غير متناسبٍ مع سببه، وترتيبه نتيجة نهائية تتمثل في تجاوز قيمة الرسوم لقيمة الأرض الفعلية يجعل محل التشريع غير متناسبٍ مع غايته.

وفي قضية أخرى كان النص المطعون عليه يفرض أداء ثلاثة أمثال الضريبة على الممول الذي أُدينَ بتهمة التهرب من أدائها، بصرف النظر عن ظروف عدم الأداء، ففي جميع الأحوال يتعيّن أداء ثلاثة أمثال الضريبة مهما كانت المخالفة المنسوبة للممول ومهما كانت ظروف ارتكابها، فقضت المحكمة بانعدام التناسب بين العناصر الموضوعية، لأن "التعويض المقرر... جاء مفرطاً وغير مناسب للنوعيات المختلفة من هذه المخالفات على النحو السالف بيانه منافياً بالتالي لضوابط العدالة الاجتماعية التي يقوم عليها النظام الضريبي في الدولة ومنقّصاً من العناصر الإيجابية للذمة المالية للممولين الخاضعين لأحكامه، فإن النص المطعون فيه يكون مخالفاً لأحكام المواد (34, 38, 65) من الدستور<sup>2</sup>. وهكذا فإن محل التشريع المتمثل في أداء ثلاثة أمثال الضريبة لم يكن متناسباً مع سببه، كما لم يكن متناسباً مع غايته، لتسويته بين من اختلفت أسبابهم في التهرب الضريبي، وترتيبه عقوبة متساوية على حالات مختلفة تتفاوت في طبيعتها.

### الفرع الثالث- تمييز المحكمة الدستورية العليا في مصر بين هذه المفاهيم

ميّزت المحكمة الدستورية العليا في مصر بين هذه المفاهيم بوضوح، فقد راقبت السبب والمحل والغاية كلاً على حدة، وحكمت بعدم الدستورية لعيبٍ في السبب، كما حكمت بعدم الدستورية لعيبٍ في المحل، وكذلك لعيبٍ في الغاية<sup>3</sup>. ولئن لم يعبر القضاء الدستوري عن ذلك بالمصطلحات

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 10 لسنة 16 قضائية، 18 مايو 2014، برئاسة أنور العاصي. (ش.ق.ش | ر.م 361752)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 332 لسنة 23 قضائية، 8 مايو 2005، برئاسة ممدوح مرعي. (ش.ق.ش | ر.م 71405)

<sup>3</sup> ضربنا أمثلةً على كل فرض في الفرعين الأنفين، فنحيل إلى ما مضى تحسباً للتكرار.

الآنف ذكرها إلا أن أحكامه لم تخلُ من مضامين المصطلحات الآنفه، ووعي القضاء الدستوري بتلك المفاهيم وتسلسلها في الوجود كان ظاهرًا في مختلف أحكامه مثلما سوف يأتي البيان.

كان القاضي عوض المر - رحمة الله عليه - سيّد هذا الوعي القضائي في أحكامه الرصينة التي مَحَصَتْ عناصر التشريع بمنظار الدستور عنصرًا عنصرًا، وأمَعَنْت في العلاقة بين تلك العناصر بإدراكٍ بالغٍ لترتيبها في الوجود، وفطنةٍ عاليةٍ بصلة تلك العناصر ببعضها البعض، ويظهر ذلك بوضوح في حكم المحكمة الدستورية العليا عام 1995، فهذا الحكم قد فحص التشريع الطعين في كلّ جوانبه الموضوعية، ولم يدعُ جانبًا من جوانب التشريع إلا وعرضه على الدستور<sup>1</sup>.

يكفي لإثبات ذلك أن الحكم رغم خلوصه لانعدام سبب التشريع في بدايته؛ إلا أنه لم يكتف بذلك للقضاء بعدم الدستورية، بل آثر أن يفحص بقية العناصر التي انبنى التشريع عليها واحدًا تلو الآخر، فكان هذا الحكم شاهدًا مهمًا على وعي القضاء الدستوري في مصر بفكرة تسلسل العناصر الموضوعية في الوجود، ودليلاً حيًا على أن العيب في سبب التشريع يترتب عليه انهيار المحل والغاية بالتبعية، وأن انهيار محلّ التشريع يترتب عليه انهيار الغاية بالتبعية، وسوف نتناوله بالتفصيل في قابل الفقرات.

لكن قبل ذلك، من المهمّ الإشارة إلى أنّ هذا الحكم يُتداول لدى بعض الفقهاء كمثال على اعتداد المحكمة الدستورية العليا في مصر بفكرة الخطأ الظاهر في التقدير رغم خلوّ الحكم من هذا التعبير<sup>2</sup>، ولعلّ هذا التداول الفقهي هو ما دفع القاضي عوض المر لاحقًا لإجراء المدلول العام

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 9 لسنة 16 قضائية، 5 أغسطس 1995، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م 432061) ولقد سبق هذا الحكم حكم آخر صدر عام 1993، يحمل ذات المبادئ وفيه من المقاطع ما ينمُّ عن الوعي ذاته، لكننا أثّرنا انتخاب حكم 1995 لأنه أشهر في الكتابات الفقهية ولحدائته عن السابق، مع التنويه إلى أن موضوع الحكمين كان يدور حول موضوع واحد مع اختلاف النصوص الطعينة، ولهذا لم نجد داعيًا من عرض الحكمين تحسبًا للوقوع في بلادة التكرار. يُنظر: المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 130 لسنة 5 قضائية، 1993، ر. عوض محمد المر، حكم سابق.

<sup>2</sup> يُنظر على سبيل المثال: زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 248.



للخطأ الظاهر في التقدير في مؤلفه الذي صدر بعد أعوامٍ عديدة من هذا الحكم، فوجّه المصطلح على نحو ما فهمَ الباحثون والفقهاء من الحكم<sup>1</sup>، وإلا فإن الحكم لا يقف عند عيب السبب بل يتجاوز ذلك إلى إثبات عيوبٍ أخرى في التشريع تتصل بالعناصر الموضوعية الأخرى مثلما سنرى. أو يمكن تفسير ذلك بأن التعبير عن تلك العيوب بالخطأ الظاهر مردهُ إلى الوعي الكامن في هذا الحكم بحقيقة مفادها أنّ اختلال السبب في التشريع يهدم بقية عناصر التشريع الموضوعية من أساسها بالتبعية، حتى ولو صحّت مستقلةً بذاتها. وأياً ما يكن من أمر فإن الخطأ الظاهر في التقدير بمدلوله العام هو استعمالٌ مؤيّدٌ بعموم ألفاظ المصطلح، وكان الأولى عند استيراد المصطلح أن يجري تعديل ألفاظه بما ينسجم مع خصوصها، وقد فصلنا سلفاً في ذلك، فنحيل إليه.

وعوداً على فحوى الحكم؛ قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة 50 من قانون حماية القيم من العيب<sup>2</sup>، وذلك فيما تضمّنته من حظر الطعن في الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة العليا للقيم بشأن المنازعات المتعلقة بفرض الحراسة المحالة إلى قضاء القيم وفقاً لنص المادة 6 من قرار رئيس الجمهورية بتصفية الأوضاع الناشئة عن الحراسة<sup>3</sup>.

بدأت أحداث القضية لدى صدور قرار بفرض الحراسة على أموال أحد المورّثين، فتوجّهت الوارثات لمحكمة القضاء الإداري للمطالبة بوقف تنفيذ القرار وإلغائه مع ما يترتب على ذلك من عدم الاعتداد بتصرفات الإدارة التي قد تجريها بموجب قرار فرض الحراسة. وخلال سريان الدعوى؛ صدر القرار بقانون المشار إليه، فأحيلت الدعوى المنظورة أمام القضاء الإداري لقضاء القيم. وكانت إحدى الشركات قد أشهرت عقد بيع العقار المتضمّن للحصص المتنازع عليها، فقامت

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 460.

<sup>2</sup> المادة 50، جمهورية مصر العربية، قانون حماية القيم من العيب، رقم 95 لسنة 1980 الصادر بتاريخ 15 مايو 1980.

<sup>3</sup> المادة 6، جمهورية مصر العربية، قانون تصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة، رقم 141 لسنة 1981 الصادر بتاريخ 30 أغسطس 1981.

المدّعيات برفع دعوى أمام محكمة القيم طلباً لإلغاء عقد البيع المُشهر، فقضت محكمة الدرجة الأولى لصالح المدّعيات وألغت عقد البيع المُشهر، فطعنّت الإدارة والشركة على الحكم، فقضت محكمة الدرجة الثانية لصالحهما، الأمر الذي جعل ملكية العقار في الحُصص المُتنازع عليها لصالح الإدارة والشركة ونفى الملكية عن المدّعيات، فأقامت الإدارة دعواها أمام قضاء القيم بطلب تثبيت ملكية الدولة لتلك الحُصص واستحقاق ريعها، فدفعت الوراثة بعدم دستورية المادة 50، وإذ رأت محكمة القيم جدية الدفع فقد أقمن دعواهن أمام المحكمة الدستورية العليا.

كان من أهم المناعي على النص إخلاله بمبدأ المساواة، لفرضه تمييزاً في حق التقاضي بين فئتين من الملاك، فيمنع الملاك الذين فُرضت الحراسة على أموالهم من الطعن في الأحكام النهائية بغير طريق إعادة النظر، ويسمح للملاك الآخرين بذلك، إذ يجوز لهؤلاء الطعن على الأحكام النهائية في منازعات الملكية لكونها تُنظر أمام القضاء العادي وليس أمام قضاء القيم.

وفي شرح هذا الدفع وضّحت الطاعنات أن المنازعة المتعلقة بفرض الحراسة تدور حول الملكية في الأساس، والملكية من اختصاص جهة القضاء العادي أصلاً، وإذ ترتّب على إحالة النزاع لمحكمة القيم - باعتباره من منازعات فرض الحراسة - فإن معنى ذلك انغلاق طريق الطعن على حكم محكمة الاستئناف، وهو ما يفرض تمييزاً بين الملاك، إذ يجوز لفئة أن تطعن في الأحكام النهائية للقضاء العادي أمام محكمة النقض دون الأخرى، رغم أن الفئتين يملكون أموالاً يسعون لرد العدوان عليها عبر ممارسة الحق في التقاضي، وقد استجابت المحكمة لهذا الدفع بالتأييد، وقضت بعدم الدستورية على أساسه عبر ثلاث خطوات، حيث فحصت عنصر السبب أولاً، ثم انطلقت لفحص المحلّ ثانياً، فالغاية ثالثاً<sup>1</sup>، وفيما يلي تفصيل ذلك:

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 9 لسنة 16 قضائية، 1995، ر. عوض محمد المر، حكم سابق.

أولاً- فحص السبب: عند فحص السبب نظرت المحكمة في جانب الدستور أولاً، فقضت بأن الاختلاف المبني على أسس موضوعية هو السبب الدستوري الذي يسوّغ التمييز بين الأفراد، ثم نظرت إلى جانب الواقع ثانياً، فبحثت في معطيات الحال عن ذلك الاختلاف، لتنتهي إلى أن التمييز بين الملاك قد بُني على واقعة منعدمة على أساس انعدام الاختلاف المستند لأسس موضوعية بين تلك الفئات، ولم تستجب المحكمة للدفع القائل بأن سبب التمييز مرده اختصاص محكمة القيم بنزاعات معينة تتعلق بالأشخاص الطبيعيين المشمولين بالتدابير الاستثنائية بما يجعل هؤلاء في مركز قانوني مغاير عن الملاك الذين لم تشملهم هذه التدابير، بل جاء رد المحكمة صارماً على هذا الدفع، حيث انتهت إلى أن التمييز قائم على واقعة منعدمة تجعل أولئك الذين تحمّلوا التدابير الاستثنائية في حال أسوأ ممّن انحسرت عنهم تلك التدابير رغم أن جميعهم ملاك يسعون لرفع العدوان عن أموالهم<sup>1</sup>.

وهكذا في الجزء الأول من الحكم بيّنت المحكمة انعدام الواقعة مشيرةً إلى انهيار سبب التشريع بانعدام الواقعة التي بني عليها، حيث قضت بأن "هؤلاء وهؤلاء يطلبون رد أموالهم إليهم ولا يتمايزون عن بعضهم البعض إلا في واقعة بعينها تعدّ منعدمة في ذاتها من زاوية دستورية، هي تلك التي تتعلق بخضوع الأولين لتلك التدابير التي فرضتها الجهة الإدارية في شأنهم نكالا، لإخراج بعض أموالهم من أيديهم ختالاً، وهو ما يندرج تحت اغتصابها<sup>2</sup>". فبهذا النص أوضحت المحكمة اعتوار السبب بخطأ ظاهر في تقدير وجود واقعة الاختلاف؛ وذلك لانعدام واقعة الاختلاف بين الملاك. ولمّا كانت المحكمة على وعي تام بأن السبب هو العنصر الذي تُبنى عليه بقية العناصر الموضوعية فقد صرّحت بانهيار المحلّ تبعاً لانهيار السبب، إذ من غير الجائز لسببٍ معيب أن

<sup>1</sup> زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص252.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 9 لسنة 16 قضائية، 1995، ر. عوض محمد المر، حكم سابق.

يبني أي آثار تشريعية، فعطفت على حديثها الآنف قولها "ومن غير المتصور أن تكون الواقعة المنعدمة، مرتبة لأية آثار في محيط العلائق القانونية، ذلك أن انعدامها إفناءً لذاتيتها يقتلعها من منابقتها، ويجتثها من قواعدها، ليحيلها هباءً منثوراً، فلا تُؤلّد حقاً، ولا يتعلق بها التزام بعد أن هدمها الدستور وجردّها من كل أثر لتكون هشيماً، ولا يسوغ بالتالي أن تقول واقعة أعدمها الدستور إلى الانتقاص من حقوق هؤلاء الذين ناءوا بعبئها<sup>1</sup>."

**ثانياً - فحص المحل:** وجدت المحكمة أن المحل - وهو التمييز الذي يفرّق بين الملاك في الحق في التقاضي - معيب، لانبنائه على سبب معدوم، حيث قضت بأن "التمييز بين المراكز القانونية بعضها البعض، يفترض تباينها - ولو في بعض جوانبها - لتتأفر أجزاءها، فلا تتحد العناصر التي تكونها، وكان من المقرر قانوناً أن كل واقعة منعدمة لا استواء لها، فليس لها من عمد ترفعها، ولا من كيان يُقيمها، ولا قرار لها، بل تنهدم من أساسها لتتقد وجودها من مبدئها، إذ هي ساقطة في ذاتها، فلا وضع لها، ولا اعتداد بها، وحسبها أنها غير شيء<sup>2</sup>". فهذا تأصيل واضح من المحكمة لقاعدة مفادها أن دستورية المحل تتوقف على وجود سببٍ صحيح بميزان الدستور، وأنّ المحل القائم على سببٍ غير صحيح لا يُعتد به.

ثم بعد تكريس هذه القاعدة، مضت المحكمة في تطبيقها على النزاع، فقضت بأنه "متى كان ذلك، فإن مثل هذه الواقعة التي تقوم - في إطار النزاع الراهن - على فرض الحراسة على أموال الأشخاص الطبيعيين وممتلكاتهم وفقاً لأحكام قانون الطوارئ، لا تدخل في تكوين المراكز القانونية التي لا تعتبر كذلك" إلا بافتراض مشروعية عناصرها جميعاً ولا يتصور بالتالي أن يستقيم بها التباين بين مركزين قانونيين، ذلك أن انعدامها لا يُضيفها إلى أيهما، ولا يخول أحداً أن ينتقص من القواعد

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

الإجرائية والموضوعية التي حددها الدستور لإسباغ الحماية الواجبة لحق الملكية<sup>1</sup>. " فبهذا النص حكمت المحكمة على التشريع بأنه معيبٌ في محلّه، لأنّ المحلّ المتمثّل في التمييز بين المراكز القانونية قام على واقعةٍ منعدمة، فسقط المحلُّ بسقوط السبب، الأمر الذي حال دون ترتيب آثار المحل التي ربّتها النص التشريعي.

**ثالثاً - فحص الغاية:** بيّنت المحكمة كيف أنّ العلاقة بين المحل والغاية لا بد أن تقوم على التناسب والاتصال لا على التباعد والانفصال، وفي ذلك قضت بأن "اتفاق التنظيم مع أحكام الدستور يفترض ألا تتفصل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع موضوعاً محدداً عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي توخاها بالوسائل إليها منطقيّاً، وليس واهياً أو واهناً، بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً...<sup>2</sup> ففي هذا المقطع تحدّثت المحكمة بوضوح عن ضرورة تناسب العلاقة بين المحل والغاية.

ثمّ عرّجت على وقائع القضية وما ترتب على محلّ التشريع الطعين من غاية غير مشروعة لتثبّت انفصال التمييز كمحلٍّ للتشريع عن كلّ غاية مشروعة، فقضت بأن "النص المطعون فيه قد اختص الفئة التي تعلق بها مجال تطبيقه، بمعاملة استثنائية جائزة تفتقر إلى الأسس الموضوعية التي تسوغها بأن حرّمها من فرص الطعن في الأحكام النهائية الصادرة عن المحكمة العليا للقيم...<sup>3</sup>" وأردفت ذلك ببيان النتيجة النهائية التي أفضى إليها النص في الواقع، لتقرّر بأن "انغلاق طريق الطعن فيها- أي في الأحكام النهائية للمحكمة العليا للقيم- بالنسبة إلى هذه الفئة مؤداه تجريد أموالها من صورة بذاتها من صور الحماية التي كان ينبغي بسطها عليها، ليكون المتماثلون في

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

<sup>3</sup> الحكم نفسه.

مراكزهم القانونية متمتعين بالحقوق فيها<sup>1</sup>. " وهكذا بيّنت المحكمة أن النتيجة النهائية للتشريع تنافي الدستور وتتفصل عن كل أساس موضوعي، كما أن التمييز كمحلٍ للتشريع ينفصل عن كل غاية مشروعة، وبذلك أثبتت الانحراف التشريعي استقلالاً ببيان عدم مشروعية النتيجة النهائية في ذاتها، كما أثبتت الانحراف التشريعي بالتبعية لانباء الغاية على واقعة معدومة ومحلٍ لا يتناسب معها. ومن الجدير بالذكر أن المحكمة في تكريس هذا الوعي القضائي وقفت على أرضية صلبة، وأساس متين، فقد أكدت في طيات حكمها بأن صون الملكية- وهو مدار النزاع في القضية- لا ينفصل عن مبدأ خضوع الدولة للدستور، وأن هذا الأخير يتطافر مع مبدأ الخضوع المتكافئ للقانون، حيث قرّرت بأن "السلطة أيا كان موقعها أو توجهها لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد يمارسها تعالياً أو استبداداً بل يباشرها من يتقلدها نيابة عن الجماعة ولصالحها وتقيداً بقيمها، وكان من الحتم بالتالي أن يقوم بنيان الدول جميعها على مبدأ مشروعية السلطة معززاً بمبدأ الخضوع المتكافئ للقانون ليعملاً معاً كمبدأين متكاملين متساندين، ضماناً لتنظيم السلطة وفق أسس محددة، لا تخرج بها عن أهدافها انحرافاً، ولا تميل بممارستها عدواناً لتظل القاعدة القانونية محوراً لكل عمل، وإطاراً يبين حدود الدائرة التي لا يجوز لأحد أن ينال منها وراذعاً ضد العدوان<sup>2</sup>."

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

## المطلب الثاني

### التمييز بين الانحراف الغائي والعيوب المتصلة بمحيط التشريع

ثمّة مسائل تتصل بالتشريع ولا تعدّ جزءاً منه، لكنّها قد تؤثر على عناصر التشريع لاتصالها بمحيطه وإن لم تكن جزءاً من تكوينه، مثل الظروف المحيطة بالتشريع، ومثل نوايا وبواعث المشرّعين، فالظروف ليست عنصراً من عناصر التشريع، وكذلك النوايا والبواعث لا تعدّ عنصراً من عناصر التشريع من حيث الأصل، ولكن، كلاهما يحيط بالتشريع أو يتصل ببعض عناصره، فظروف التشريع تحيط به عموماً فتؤثر في تشكيل عناصره الموضوعية، ونوايا المشرع تحيط بالتشريع من حيث تأثيرها على عنصر السبب.

ولمّا كانت الظروف والنوايا يصحبها مثل هذا التأثير على التشريع؛ ثار السؤال حول مدى جواز الرقابة عليهما، فتداول الفقه موضوع الرقابة على الظروف المحيطة بالتشريع عند حديثهم عن مفهوم عدم الملاءمة، كما تداولوا موضوع الرقابة على نوايا المشرع لدى حديثهم عن مفهوم إساءة استعمال السلطة. ولقد اختلط كلا المفهومين بمفهوم الانحراف الغائي، ولهذا نسعى من خلال هذا المطلب لتمييز كلٍّ على حدة، فنتناول في الفرع الأول التمييز بين الانحراف الغائي وعدم الملاءمة، بينما نتناول في الفرع الثاني التمييز بين الانحراف الغائي وإساءة استعمال السلطة.

وإذا كنا قد أفردنا في المطلب الأنف فرعاً حول تمييز المحكمة الدستورية العليا بين المفاهيم المتصلة بالتشريع، فإن هذا الفرع خلّو من مثل ذلك المطلب، لأن العيوب المتصلة بعناصر التشريع استقر القضاء الدستوري على بسط رقابته عليها، فكان من الحسن أفراد فرعٍ لذلك لمنح تلك التفاصيل حقّها. بينما - على الضد من ذلك - استقر القضاء الدستوري على عدم اختصاصه بالرقابة على العيوب المتصلة بمحيط التشريع من حيث الأصل، وأجرى رقابته استثناءً، ولهذا فإننا سنكتفي بإيراد الأحكام ذات الصلة بهذين المفهومين تحت كلّ فرع.

## الفرع الأول- التمييز بين الانحراف الغائي وعدم الملاءمة

ثمة نطاق للدستورية ونطاق للملاءمة، والانحراف الغائي يدخل في نطاق الدستورية لا الملاءمة<sup>1</sup>. والملاءمة في القانون تعني توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان، أما الملاءمة التشريعية فهي توافق التشريع مع مختلف الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية في المكان والزمان الذي يصدر فيه<sup>2</sup>، فهي وصف للعلاقة بين التشريع والظروف الخارجية التي تحيط به. وقبل التفريق بين الانحراف الغائي وعدم الملاءمة؛ ينبغي التفريق بين عدم الملاءمة وعدم التناسب، فكثيراً ما لا يُراعى الفرق بينهما ظناً بأنهما مفهومان لمدلول واحد، وما هما كذلك، فصحیح أن التناسب والملاءمة يشتركان في أنهما توافقتان بين شيئين، لكنّ مناط الشئيين يختلف، ففي عرف الاستعمال القانوني يدل "عدم التناسب" على عدم توافق محل التشريع مع سببه أو غايته أو كليهما، بينما يدلّ عدم الملاءمة" على عدم توافق التشريع مع الظروف المحيطة به<sup>3</sup>. يترتب على هذا التفريق أن الرقابة على عدم التناسب هي أحد أوجه الرقابة الدستورية، فهي تبحث في دستورية العلاقة بين المحل وبقية العناصر الموضوعية، وهو ما يختص القضاء الدستوري به لوجود النص الصريح على اختصاصه بالرقابة على دستورية التشريع دون استثناءٍ لأيّ عنصر، لكن الرقابة على الملاءمة ليست كذلك، فهي تخرج من نطاق رقابة القضاء الدستوري<sup>4</sup>، لأن الرقابة على الملاءمة تعني أن القضاء يملك الرقابة على التشريع حتى لو سلمت جميع عناصره من المخالفة الدستورية متى كان لا يتلاءم مع الظروف المحيطة من وجهة نظر المحكمة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص158.

<sup>2</sup> عبدالمنصف إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص17.

<sup>3</sup> شادي محمد صلاح عبدالبدیع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص391-392.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 392. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، ص153.

<sup>5</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص153.



وعودًا على التمييز بين الانحراف الغائي وعدم الملاءمة، نستفتح بدرء شبهة مؤداها أن الرقابة على الغاية تمنح القضاء صلاحية الرقابة على ملاءمات الظروف المحيطة بالتشريع بما ينأى عن حدود اختصاصه، فهذه الشبهة مرجوحة<sup>1</sup>، حيث استدلت البعض على استبعاد القضاء الدستوري لمسألة الانحراف التشريعي بأحكام القضاء الدستوري التي تمنع الرقابة على ملاءمة التشريع<sup>2</sup>. ولا يصح هذا استدلال، لأن تأكيدها على عدم اختصاصها برقابة الملاءمة لا يعني رفضها الرقابة على الغاية، إذ الرقابة على الملاءمة تأتي في مرحلة لاحقة على الرقابة على الغاية، ففكرة الملاءمة تتجاوز نطاق بحث القضاء في الانحراف الغائي، فهي تأتي عقب التثبت من اتفاق جميع عناصر التشريع مع الدستور بما في ذلك الغاية، بعكس الانحراف الغائي الذي يثبت عند مخالفة غاية التشريع للدستور، أي عند اختلال أحد عناصر التشريع، فإذا كانت الرقابة على الغاية تفترض فحص النتيجة النهائية للتشريع ومدى اتفاقها مع الدستور، فإن الرقابة على الملاءمة تفترض القضاء بعد تثبته من صحة جميع عناصر التشريع يعقد موازنة بين قيمة الأسباب والغايات، فيحلّ تقديره هو محلّ تقدير المشرع ويزنها بميزانه<sup>3</sup>.

وبهذا المعنى فإن مفهوم الرقابة على الملاءمة يتسم بالنسبية، لأنّ تقدير الملاءمة يختلف من شخص لآخر، فما يعدّ ملائمًا للظروف المحيطة من وجهة نظر المشرع قد لا يعدّ ملائمًا من وجهة نظر القاضي، فقد يختلف النظر في الملاءمة من شخص لآخر ويكون مرجع الاختلاف التفاوت في الفكر والزاوية المنظور إليها<sup>4</sup>، وليست الرقابة على الغاية كذلك، فالرقابة على الغاية تتأى عن النسبية إلى الموضوعية، فهي احتكامٌ إلى الدستور في المقام الأول، بخلاف الملاءمة

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 151.

<sup>2</sup> عبدالحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية، مرجع سابق، ص 350، 351.

<sup>3</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 154.

<sup>4</sup> عبدالمنصف إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 22.

التي تدور حول تفضيلات لا يُمانع الدستور أيًا منها، فإذا كانت رقابة الملاءمة تُقضي إلى أن يحلّ القاضي تقديره محل تقدير المشرع، فإن الرقابة على الغاية تُقضي إلى إحلال المبادئ الدستورية محل تقدير المشرع إذا ما جانبها، ولهذا فإن الرقابة على مدى الملاءمة محظورة على القضاء الدستوري بينما الرقابة على الغاية واجبة عليه.

ويظهر هنا عدم صحّة وصف دعوة السنهوري للرقابة على الغاية بأنها دعوة للرقابة على الملاءمة، حيث ناقش الدكتور عادل الطبطبائي فكرة السنهوري وآراء معارضيه تحت عنواني "الرأي المؤيد للرقابة القضائية على مدى ملاءمة التشريع" و"الرأي المنكر للرقابة القضائية على ملاءمة التشريع"<sup>1</sup> وهذا غير دقيق، إذ السنهوري لم يدع للرقابة على الملاءمة بل كان يدعو للرقابة على الغاية، ومن عارضه من الفقهاء كان مدار حديثهم عن الرقابة على الغاية وليس الملاءمة.

ولمّا كانت الرقابة على الملاءمة هي وجه من أوجه الرقابة على الحكمة من التشريع، فإنها تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الدستوري، ولا يثبت له ذلك الاختصاص إلا بالنص الصريح عليه، وهو ما لم يكن في مصر أو قطر، وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن المحكمة "لا يجوز لها أن تزن بمعاييرها الذاتية السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين، ولا أن تناقشها، أو تخوض في ملاءمة تطبيقها عملاً"<sup>2</sup>. فهذا بيانٌ صريح بعدم جواز الرقابة على الملاءمة، لأنها تعني الاحتكام إلى المعايير الذاتية للقضاة، وليس إلى المعايير الموضوعية للدستور، فهي ليست وجهًا من أوجه الرقابة الدستورية على التشريعات.

ومن أجل ذلك، فإن اختصاص القضاء الدستوري لا يمتد إلى رقابة الملاءمة، لأن النص المحدّد لاختصاص المحكمة الدستورية العليا يقف عند حدّ رقابة الدستورية ولا يتجاوزها إلى رقابة الملاءمة،

<sup>1</sup> عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مرجع سابق، ص 460.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 16 لسنة 15 قضائية، 14 يناير 1995، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م. 36724)

فاختصاص القضاء الدستوري منوطٌ بتحديد مدى صحة عناصر التشريع من حيث توافقها مع النصوص الدستورية، أما الرقابة على الملاءمة فهي منوطةٌ بتحديد مدى توافق التشريع مع ظروف الواقع، وهو ما لم يرد به نص يخول القضاء الدستوري هذه المهمة، فلا يمكن إعمال هذا النوع من الرقابة إلا بنصٍ صريح.

لكن، في الوقت نفسه، من البعيد أن يصدر التشريع موافقاً للدستور ويكون غير ملائم لظروف الواقع في الوقت نفسه، لأن نصوص الدستور ينبغي أن تكون نتاج المجتمع وواقعه، وعادةً ما تكون كذلك، ففيها من المبادئ ما يكفل مراعاة ظروف الواقع ومجتمعه بالمُجمل، ولهذا فإن عدم الملاءمة عادةً ما يترافق مع عيب في أحد عناصر التشريع، ولذلك قيل أن حاصل التناسب هو الملاءمة وحاصل عدم التناسب هو عدم الملاءمة<sup>1</sup>، وهذا صحيح، ذلك أن التناسب بين عناصر التشريع يشي غالباً بملاءمة التشريع لظروف الحال، كما أن عدم التوافق ما بين عناصر التشريع يُنبئُ بعدم توافق التشريع مع ظروف الواقع عادةً، وحينئذ يكون عدم الدستورية راجعاً لعدم التناسب لا لعدم الملاءمة، ويكون عدم الملاءمة نتيجةً لعدم الدستورية<sup>2</sup>.

ومع ذلك، ليس كل عدم ملاءمة يكون حاصلًا عن عدم التناسب، فقد يتحقق التناسب وتسلم عناصر التشريع ومع ذلك لا يكون التشريع ملائمًا للواقع، ومثال ذلك أن يصدر قانون بفرض ضريبة على بعض السلع في أحوالٍ معيشية صعبة تمرّ بها البلاد لغرض تدارك أوضاع اقتصادية

---

<sup>1</sup> عبدالمصنف إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 22.

<sup>2</sup> وفي ذلك يقول الدكتور ماهر أبو العينين "يمكن أن يكون القرار مشروعًا وفي ذات الوقت غير ملائم وكذلك يمكن أن يكون غير مشروع وملائم أو غير ملائم لأن منطقة المشروعية تقع على أركان القرار منفصلة عن بعضها أما الملاءمة فهي تقع على علاقة أركان القرار منفصلة عن بعضها أما الملاءمة فهي تقع على علاقة أركان القرار ببعضها البعض كعلاقة السبب بالمحل وفي هذه الحالة يدخل القاضي عنصرًا خارجيًا عن أركان القرار ليوازن بين عناصر القرار وهذا العنصر هو تقديره هو لمدى التناسب في العلاقة بين السبب والمحل أو تقدير أهمية وخطورة السبب في ملامته بالمحل" يُنظر كتابه: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 158. ونحن نتفق مع الجزء الأول دون الثاني، فصحيح أن المشروعية تتعلق بعناصر التشريع، لكن الملاءمة لا تتعلق بعلاقة تلك العناصر ببعضها البعض بل بعلاقة التشريع بالظروف المحيطة به، والتناسب هو الذي يتعلق بعلاقة العناصر ببعضها البعض وليس الملاءمة.

معينة تؤثر على الموازنة العامة للدولة، فمن ناحية توافق العناصر الخمسة مع الدستور ربما لن يكون هذا التشريع مكتنفًا لعبٍ دستوري، لكن من حيث الملاءمة الواقعية فإن هذا التشريع لا يلائم أحوال الأفراد وظروف معيشتهم، لكن ينبغي أن نعي بأن القضاء الدستوري لا يحلُّ جميع مشاكل التشريع، ودوره يقف عند حل مشاكل دستورية التشريع دون ملاءمتها، أما علاج مشاكل الملاءمة فربما استلزم طريقًا آخر غير طريق القضاء الدستوري، مثل الرأي العام والضغط الشعبي على الممثلين له في البرلمان أو غير ذلك، لكن الأكيد أن رقابة الملاءمة ليست من اختصاص القضاء الدستوري ما لم تكن نتيجةً من نتائج عدم دستورية التشريع الطعين.

وعليه، لا يجوز للقاضي الدستوري أن يحكم بعدم ملاءمة التشريع إلا إذا كان نتيجةً لعبٍ في أحد عناصر التشريع، أما إذا كان راجعًا لظروف واقعية محضة لا علاقة لها بنصوص الدستور ومدى توافق التشريع معها فإن القاضي الدستوري يكون متجاوزًا حدود الاختصاص الدستوري، معتديًا على اختصاص المشرع، ويكون حينئذ قد نصّب نفسه منصب المشرع دون وجه حق، فتقدير الملاءمة الواقعية هي من أبرز معالم الوظيفة التشريعية<sup>1</sup>، وهو ما كرّسته المحكمة الدستورية العليا بقولها أن "ملاءمات التشريع من أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع العادي ما لم يقيد الدستور بحدود وضوابط معينة<sup>2</sup>".

وفي المعنى ذاته قضت محكمة التمييز القطرية في إحدى القضايا بأن "تقدير اللجنة لمدى استيفاء الطالب لمقومات الهيئة واتزان الشخصية هو مما تترخّص فيه بما لها من سلطة تقديرية بلا معقب عليها في ذلك طالما خلا تقديرها من إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها متى كان قائمًا على

---

<sup>1</sup> كرار الجبوري، مدى رقابة الملاءمة التشريعية في القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2020، ص73.  
<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 93 لسنة 4 قضائية، 18 فبراير 1984، فتحي عبدالصبور. (ش.ق.ش.ا ر.م 36455)

أسباب تبرره صدقا وحقا ومستخلصا استخلاصا سائغا من أصول تنتجه واقعا وقانونا<sup>1</sup> وكذلك حكمها إذ قضت بأنه "إذ خلت الأوراق من الدليل على عيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها فإن تقدير الكفاية موضوع التداعي يكون بمنأى عن رقابة القضاء، ويضحي الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر معيِّباً مما يستوجب تمييزه<sup>2</sup> وهو ما يعني بأن رقابة الملاءمة تخرج من نطاق الرقابة القضائية ما لم تكن امتداداً لعدم مشروعية التشريع، أو لعدم دستورية التشريع بالنسبة للمجال الدستوري. كما أكدت على ذلك في حكمٍ آخر قضت فيه بأن "نشاط القضاء في نطاق رقابته القانونية على القرارات الإدارية ينبغي أن يقف عند حد المشروعية فلا يجاوزها إلى وزن المناسبات والاعتبارات التي دعت الإدارة إلى إصدار قرارها والتي تدخل في نطاق سلطة جهة الإدارة في الملاءمة بمعنى أن السلطة التقديرية للإدارة لا تخضع عناصر التقدير فيها لرقابة القضاء وإلا انقلبت رقابة القضاء إلى مشاركة للإدارة في سلطتها التقديرية. وإذا كان للإدارة سلطة اتخاذ القرارات بما يلائم إصدارها إلا أنها وهي بسبيل ذلك يتوجب عليها أن تلتزم القانون وأن يكون ما تتخذه من قرارات قائماً على أسباب مشروعية غير مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة التي تبرر إلغاء القرار الإداري<sup>3</sup>".

وقد يسوّغ البعض الرقابة على الملاءمة بغموض فكرة الصالح العام ونسبيتها، وذلك بدعوى أن تدخل القضاء في الرقابة على الملاءمة تحت ستار رقابته على السبب أو على العلاقة بين عناصر التشريع الموضوعية؛ من شأنه أن يحدّد مدلول المصلحة العامة عن طريق إحلال القضاء تقديره الموضوعي محل تقدير المشرع<sup>4</sup>. لكن هذا الرأي يتجاهل ما ينجم عن ذلك من خروج القضاء عن

<sup>1</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 3 لسنة 2017 قضائية، 7 مارس 2017، برئاسة عبدالله السعدي. (ش.ق.ش|ر.م 1185925)

<sup>2</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 186 لسنة 2013 قضائية، 3 ديسمبر 2013، برئاسة مبارك الهاجري. (ش.ق.ش|ر.م 364108)

<sup>3</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 215 لسنة 2010 قضائية، 15 فبراير 2011، برئاسة عبدالله السعدي. (ش.ق.ش|ر.م 364831)

<sup>4</sup> عبدالمنصف إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص193.

حدود اختصاصه الدستوري، ففي الرقابة على الملاءمة بهذا المعنى تتصيب للقضاء الدستوري منصب المشرع وكأن القضاء أصبح مشرفاً على عمل المشرع، وما ينبغي له ذلك، لأن الرقابة على الملاءمة ليست وجهاً من أوجه الرقابة الدستورية، بل هي نوعٌ مغايرٌ تماماً، ولأجل ذلك فإن القاعدة تقضي بعدم جواز الرقابة على الملاءمة لتجاوزها حدود الاختصاص الدستوري<sup>1</sup>.

كما لا يسوغ للقضاء الدستوري أن يباشر رقابة الملاءمة بدعوى أن المشرع أبرع من أن يخالف الدستور مخالفة صريحة، لأن حدود اختصاص القضاء الدستوري معلومة، وهي تقف عند الرقابة على دستورية التشريع، وأما إذا كانت المخالفة الدستورية مضمرة فعلى القضاء أن يستظهرها ويكشف عنها، ولا يخوله خفاء المخالفة اللجوء إلى رقابة الملاءمة، فلا سند لاختصاصه بذلك، فالحكم بعدم الملاءمة لا يكون سليماً إلا إذا كان امتداداً للحكم بعدم الدستورية، أما إذا كان التشريع خلواً من المخالفات الدستورية في مختلف عناصره، وكانت تخطئة القضاء الدستوري له على سندٍ من عدم الملاءمة لا عدم الدستورية، فإن الحكم يكون مجانباً للصواب متجاوزاً حدود الاختصاص الدستوري، وهذا ما يمكن أن يُستفاد من حكم المحكمة الدستورية العليا إذ قضت بأنه "وإن كان الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، وأن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور<sup>2</sup>".

كما قضت المحكمة في حكمٍ آخر بعدم ملاءمة تقدير المشرع لحرمان غير المدرجة أسماؤهم من الحق في الترشيح امتداداً لعدم دستورية الآثار التي يفرضها التشريع وعدم دستورية النتيجة النهائية المترتبة عليه، وذلك لتعارضها مع مقتضيات الحماية الدستورية للحق في الترشيح بموجب الدستور،

<sup>1</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 154-155.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 67 لسنة 4 قضائية، 1985، ر. محمد علي بليغ، حكم سابق.

حيث قضت بأن "الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيّد 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 عليها إذ حرمت غير المدرجة أسماؤهم في القوائم الحزبية 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<sup>1</sup>."

كما رفضت في حكم آخر الدفع القائل بعدم اختصاص المحكمة بالرقابة على تقدير التعويض عن الأموال والممتلكات الخاضعة للحراسة لكونه من الملاءمات السياسية التي يختص المشرع بها، وذلك لأن الملاءمة في هذه المسألة امتداداً لمسألة دستورية تتعلق بالحق في الملكية الخاصة، حيث قضت بأنه "لا يجازي القرار بقانون رقم 150 لسنة 1964 والقانون رقم 69 لسنة 1974 المشار إليهما قد تضمنتا تعويض الخاضعين للحراسة عن أموالهم وممتلكاتهم، وأن تقدير هذا التعويض يعد من الملاءمات السياسية التي يستقل بها المشرع، ذلك أن كلا من هذين التشريعين قد تعرض للملكية الخاصة التي صانها الدستور ووضع لحمايتها ضوابط وقواعد محددة، الأمر الذي يحتم إخضاعهما لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية<sup>2</sup>". فالرقابة على الملاءمة تخرج من اختصاص القضاء حين لا تكون امتداداً لعيب دستوري، أما إذا كانت عدم الملائمة نتيجة مترتبة على الإخلال بأحد عناصر التشريع، فلا مناص من أن يبسط القضاء الدستوري رقابته عليها باعتبار الملاءمة من نتائج عدم الدستورية.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 23 لسنة 8 قضائية، 1989، ر. ممدوح مصطفى حسن، حكم سابق.  
<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 5 لسنة 1 قضائية، 16 مايو 1981، برئاسة أحمد ممدوح عطية. (ش.ق.ش | ر.م 36409)

وينبغي لفت الانتباه أخيراً إلى أن القول بعدم اختصاص القضاء برقابة الملاءمة لا يتعارض مع القول بأن وظيفة القضاء الدستوري لا تقف عند المطابقة الحرفية بين التشريع والدستور، وأن من أهم وظائف القضاء الدستوري أن يستخلص الغايات اللازمة عن النصوص الدستورية فيحاكم التشريع إليها، غير أن ذلك يقتضي تمكين القضاء الدستوري من الرقابة على الغاية ولا يستلزم رقابة المشرع على الملاءمة التشريعية، لأن هذه الأخيرة لا تتعلق بالدستور قدر تعلقها بالواقع، وهو ما يخرج عن اختصاص القضاء الدستوري. وهكذا يتضح الفارق جلياً بين الانحراف الغائي وبين عدم الملاءمة، فالانحراف الغائي مخالفة الغاية التشريعية للدستور، بينما عدم الملاءمة هو مخالفة التشريع لظروف الواقع ومعطياته.

### الفرع الثاني- التمييز بين الانحراف الغائي وإساءة استعمال السلطة

مضى إيضاح الفارق الأساسي بين المفهومين، فكل إساءة استعمال للسلطة هي انحراف غائي بالضرورة، وليس كل انحراف غائي يشكل سوء استعمال للسلطة. وفي هذا الفرع نسعى لتعميق النظر في المسألة، فإذا كان الانحراف الغائي يتعلّق بعنصر الغاية فإنه يتعلّق بأخر عناصر التشريع في الوجود، أما عيب إساءة استعمال السلطة فيتعلّق بالنوايا والبواعث، ما يعني أنه يتصل بالسبب الذي يُعدُّ أول عناصر التشريع وجوداً<sup>1</sup>، وهذا الفارق الجوهرى يؤثر في فروض كلّ عيب، فقد يوجد الانحراف الغائي دون أن يترافق مع إساءة استعمال السلطة، لكن من المحال أن نكون بصدد إساءة استعمال للسلطة دون أن يترافق ذلك مع انحراف غائي، لأن عيب إساءة استعمال السلطة مناطه النوايا والبواعث، وهذه الأخيرة تؤثر على صحّة السبب الذي يؤثر على صحّة الغاية،

---

<sup>1</sup> وفي ذلك نختلف مع الدكتور زكي النجار الذي يقول بأن "البواعث تندرج في ركن الغاية"، فالبواعث وإن كانت تؤثر في النتيجة النهائية للتشريع إلا أنها لا تندرج تحت عنصر الغاية، وهي أوثق اتصالاً بعنصر السبب لتزامنها في النشوء معه عادةً. يُنظر مؤلّفه: فكرة الغلط البيّن في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 225.



إذ النوايا والبواعث ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمقاصد، فالنية التشريعية هي الدافع الفعلي، والقصد التشريعي هو النتيجة النهائية الفعلية، وما من نية تشريعية إلا وترتبط بقصد تشريعي محدد، فإذا صحت النوايا صحت المقاصد، وبفساد النوايا تفسد المقاصد.

ويشترك المفهومان في أنّ كلاً منهما بثبوته يُرتّب عدم الدستورية، على أن الحكم بإساءة استعمال السلطة يتضمّن - بالضرورة - حكماً على نوايا المشرّع بالسوء، أما الانحراف الغائي فقد يثبت دون التعرّض لنوايا المشرّع، بل قد يثبت الانحراف الغائي رغم حسن نوايا المشرّع، فعيب إساءة استعمال السلطة يدور وجوداً وعدمًا مع سوء نوايا المشرّع، أما الانحراف الغائي فلا يرتبط لزومًا بنوايا المشرّع، فقد يثبت دون التطرّق إليها.

إذن، يتعلق مفهوم إساءة استعمال السلطة بمخالفة الغاية التشريعية عمدًا للدستور، فسوء النية يُعدّ العنصر الجوهرى في قيام هذا العيب، أما الانحراف الغائي فلا ينحصر في أحوال الإساءة، بل يتجاوزها إلى أحوال السهو والخطأ غير العمدي. ومعظم من تحدّثوا عن مصطلح الانحراف كان حديثهم يدور حول مفهوم الإساءة، وذلك ظاهرًا من جعلهم العمد خاصية لازمة لعيب الانحراف في استعمال السلطة<sup>1</sup>، لكنّ الصواب - كما تبين في المبحث المنصرم - أن العمد خاصية لازمة لعيب إساءة استعمال السلطة فحسب، وهذا الأخير هو أحد فروض الانحراف الغائي، غير أن الانحراف الغائي لا ينحصر في هذا الفرض.

وُذكِرَ هنا بأن السنهوري - وهو رائد نظرية الانحراف في المجال الدستوري - كان واعياً بالفارق، إذ لم يقصر الانحراف الغائي في صورته العمدية، بل تحدّث عن احتمال خروج المشرّع سهوًا عن الدستور فيما يبتغيه من غايات، ومن قبله فرّق الطماوي بين المصطلحين كما تقدّم.

---

<sup>1</sup> من أبرز هؤلاء: عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 61. وكذلك: عبدالرحمن أسامة أحمد كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقّه الإسلامي، مرجع سابق، ص 134 وما بعدها.

ومن القلائل الذين حافظوا بعد ذلك على استعمال المصطلح بمدلوله الصحيح قاضي القضاة عوض المر، فلقد عنون الفصل السادس من مؤلفه القيم بعنوان "الانحراف في استعمال السلطة التشريعية" وعمومية هذا العنوان لبحث عيب الغاية؛ لم تنته عن استعمال مصطلح سوء استعمال السلطة حيث ينبغي، فقد قرّر أنه "يتعيّن التمييز بين سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، وهو ما يعتبر عيباً قصدياً في تشريعاتها يتصل بالأغراض التي توخّتها من وراء تبنيها لها، وبين خطئها في تقدير واقعة أو سوء فهمها لأوضاع قام القانون عليها، أو قصد إلى تنظيمها، ذلك أن خطأها في التقدير، وسواء كان بيّناً أو محدوداً، هو خطأ في تقييم مداخل العملية التشريعية ذاتها. وهو بالتالي غير مقصود. ولا كذلك إساءة استعمال السلطة، إذ هو الخروج قصداً عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية، وتحريفاً لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تخالطها<sup>1</sup>".

والقاضي عوض المر وإن كان قد أطلق تعبير الانحراف على إساءة استعمال السلطة إلا أنه لم يقصر مفهوم الانحراف عليها، وكان قد عدّ الخروج غير العمدي من قبيل الخطأ في التقدير، إذ هو كما مضى ممن أجروا مفهوم الخطأ في التقدير على مدلوله الواسع. ولقد عزّفت المحكمة الدستورية العليا مفهوم إساءة استعمال السلطة كما تقدّم البيان<sup>2</sup>، ولكنها سكتت عن تعريف الانحراف الغائي أو ما يُعرف بمصطلح "الانحراف في استعمال السلطة" أو "الانحراف التشريعي".

وفي قطر، برغم تعطيل المحكمة الدستورية حتّى اللحظة إلا أن محكمة التمييز قد تعرّضت لتعريف هذا المفهوم في المجال الإداري، فقضت بأن "إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها الذي يبهر

<sup>1</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 1381.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 121 لسنة 18 قضائية، 1998، ر. عوض المر، حكم سابق. كما قضت في حكم لاحق لدى الفصل في طلب إلغاء قرار يخصّ أحد القضاة، بأن "عيب إساءة استعمال السلطة ينال من الغاية التي توخّتها جهة الإدارة في مجال إصدار القرار المطعون فيه، فإنه يعد عيباً قصدياً، ولا يفترض بالتالي. وإنما يتعين أن يقوم الدليل عليه من وقائع محددة لها معنيها من عيون الأوراق ذاتها". يُنظر: المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 2 لسنة 12 قضائية، 1993، ر. عوض المر، حكم سابق.

إلغاء القرار الإداري هو من العيوب القصدية في السلوك، فيلزم أن تكون جهة الإدارة قد تتكبت وجه المصلحة العامة التي يجب أن يتغيها القرار الإداري، أو أن تكون قد أصدرت القرار بباعث لا يمت لتلك المصلحة بصلة، وتقدير ثبوت أو نفي إساءة استعمال السلطة بهذا المعنى من عدمه هو مما يستقل به قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً<sup>1</sup>.

كما قضت في حكمٍ آخر "عيب إساءة استعمال السلطة لا يُفترض، بل يجب إقامة الدليل عليه، ويقع عبء إقامة الدليل على من يدعيه"<sup>2</sup> وهي في ذلك تُعيد بعض الخصائص التي وثقها حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر.

وكانت الدائرة الإدارية لمحكمة الاستئناف قد قرنت مفهوم إساءة استعمال السلطة صراحةً بعنصر العمد، فقضت بأن "الخطأ في السلوك الإداري هو وحده الذي يترتب المسؤولية كأن يصدر القرار مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة فيكون بذلك خطأ عمدياً وليد إرادة آثمة للجهة الإدارية"<sup>3</sup>. وهذا التوجّه من القضاء الإداري القطري يشي بوعياها بمدلول هذا المفهوم، الأمر الذي يمكن التنبؤ معه بأن المحكمة الدستورية العليا في قطر من المرجح أنها ستأخذ بهذا المفهوم إذا ما قُدِّر لها أن تُفعل، ولهذا كان استعراض هذه التعريفات مهماً في هذا السياق.

وجميع تلك التعريفات تشترك في أن أبرز عناصر "إساءة استعمال السلطة" هو عنصر القصد، بمعنى اتجاه إرادة المشرع إلى مخالفة الغاية التشريعية للدستور عن سبق إصرار، وهو العنصر الذي سيطر في الكتابات الفقهية التي تناولت مفهوم الانحراف، على الرغم من أن المحكمة كانت واضحةً في أن هذا التعريف هو تعريف سوء استعمال السلطة وليس تعريف الانحراف.

<sup>1</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 230 لسنة 2013 قضائية، 3 ديسمبر 2013، برئاسة مبارك الهاجري. (ش.ق.ش|ر.م 364049)

<sup>2</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 186 لسنة 2013 قضائية، 2013، ر. مبارك بن ناصر الهاجري، حكم سابق.

<sup>3</sup> محكمة الاستئناف، الطعن رقم 8 لسنة 2010 قضائية، الدائرة الإدارية، 28 ديسمبر 2010. (ش.ق.ش|ر.م 320913) لم ذكر لبيانات القضاة في نسخة الحكم.

إنّ عنصر العمد الذي جعلته المحكمة الدستورية العليا في مصر لازماً لسوء استعمال السلطة-مع اعتبار عدم التفريق بين الإساءة والانحراف- هو ما دفع البعض لقول بأن "الانحراف التشريعي هو في الحقيقة جريمة مكتملة الأركان"، لاتفاقها في العديد من عناصرها مع الجريمة الجنائية، وإن كانت تختلف من حيث كُنْهها ومرتكبيها، وحبّة هذا الرأي أن الانحراف التشريعي يتكون- كما تتكوّن الجريمة الجنائية- من ركنين، أحدهما مادي والآخر معنوي، فالركن المادي يتمثل في التنكّب للصالح العام، أمّا الركن المعنوي فيتمثل في تعمد ذلك، ووفق هذا الرأي، فإن قيام أحد الركنين دون الآخر ينجم عنه الخطأ في التقدير ولا يترتّب عليه انحراف تشريعي<sup>1</sup>.

عند هذا الرأي ينبغي أن نقف وقفةً فاحصة، حيث ينطوي هذا الرأي على فرضيتين بحاجةٍ للثبّت: الفرضية الأولى- أن الانحراف الغائي يعدّ جريمةً جنائيةً لاجتماع الركنين المادي والمعنوي فيه، وهذه فرضيةٌ لا تصح من كلّ الجهات، فلا يمكن اعتبار الانحراف الغائي المُتعمّد- أيّ سوء استعمال السلطة- جريمةً بالمعنى القانوني، ذلك أنّ مناط تجريم فعلٍ ما ليس وجود ركنين مادي ومعنوي، بل وجود تشريع قانوني يجرم ذلك الفعل، فالتعسف في استعمال الحق مثلاً قد ينطوي على قصد الإضرار في أحد صورهِ، لكنّه لا يعدّ جريمةً جنائيةً لعدم وجود تشريعٍ ينقله من مصاف المسؤولية التقصيرية إلى مصاف المسؤولية الجنائية، فلو رفع الجار صوت المذياع بقصد إقلاق راحة جاره فعلمه مكوّن من ركنين مادي ومعنوي ومع ذلك لا يُعدّ فعله جريمة، لأن مقتضى الشرعية الدستورية لقانون العقوبات هو أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص<sup>2</sup>، فكذلك الحال بالنسبة للانحراف الغائي العمدي، فمجرد اشتماله على الركنين المادي والمعنوي لا يجعله جريمة.

---

<sup>1</sup> قال بذلك: عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهِ الإسلامي، مرجع سابق، ص117. ونقل عنه هذه الفكرة القاضي: سالم رضوان الموسوي، عدم دستورية القوانين بين الانحراف التشريعي والمخالفة الدستورية، مرجع سابق، ص37.

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص25.

فإن قيل أنّ الحديث في هذه الفرضية عما ينبغي أن يكون وليس عما هو كائن، بمعنى أن هذا الرأي يُناشد المشرّع لإصدار تشريع يجرم فيه الانحراف الغائي المتعمّد فإن هذا القول هو الآخر لا يستقيم، إذ لا يُتصوّر أن يبادر البرلمان إلى تجريم فعلٍ صادرٍ عنه، ومن البعيد - إن لم يكن من المستحيل - أن يصدر البرلمان قانونًا يقضي بأن انحراف المشرّع عن الدستور في الغاية التشريعية يستوجب الإدانة، إذ من البدهة أن أعضاء البرلمان لن يعرضوا أنفسهم لخطر الإدانة عن مثل ذلك، ثمّ لو سلّمنا جدلاً بقيام أحد البرلمانات بتجريم الانحراف الغائي، فإن مشاكل تقنين هذه المسألة لا حصر لها، فمن جهة أولى يترتّب على اعتبار الانحراف الغائي جريمة أن يكون الفصل في الدعوى منوطاً بالقضاء الجنائي وليس بالقضاء الدستوري، إذ الكشف عن الجريمة والتحقق من قيام أركانها يقع ضمن اختصاص القضاء الجنائي وليس ذلك من اختصاص القضاء الدستوري في شيء، فهذا الأخير يختص بالكشف عن الانحراف الغائي للحكم بعدم دستورية النص، وليس له أن يكشف عن الانحراف الغائي ليُدين مصدر النص، لأن القاضي الدستوري يفصل في التشريعات وليس في الذوات. ومن جهة ثانية، فإن تحريك الدعوى سيكون بالطريق الجنائي عن طريق النائب العام وليس بالطريق الدستوري سواءً بالدفع الفرعي أو الإحالة والتصدي، وهذه الإشكالات العملية لا يقمّ ذلك الرأي أي توضيح بشأنها.

ويبدو أن هذا الرأي آتٍ من مشكاة قياس المسائل الدستورية على الإدارية، فلقد عرف الفقه العربي جريمة إساءة استعمال السلطة في المجال الإداري، وعُرِفَتْ بأنها خروج الموظف العام عن الحدود القانونية للتوظيف العامة من خلال تقديم مصلحته الشخصية على المصلحة العامة<sup>1</sup>، وإذا كانت هذه الجريمة تتكوّن من ركنين مادي ومعنوي إلا أنها تشترط إلى جانبها ركنًا مفترضًا بشأن

---

<sup>1</sup> مختار الشيباني، جريمة إساءة استعمال السلطة في القانون الليبي، مجلة أبحاث قانونية، جامعة سرت، ع12، 2021، ص142.

فاعلها، إذ لا تقع هذه الجريمة إلا من قِبَل موظفٍ عام<sup>1</sup>، وهو ما يشكّل فارقاً جوهرياً ينخرم به قياس الأمر على إساءة استعمال السلطة من جانب السلطة التشريعية أو السلطة التأسيسية المنشأة.

**الفرضية الثانية- أن الركنين المادي والمعنوي في الانحراف الغائي يتماثلان مع ركني الجريمة،** وما أبعد الفرق بينهما، ذلك أن إسناد الركنين المادي والمعنوي في الجريمة الجنائية له أدواته المعروفة، وليس ثمة إشكال إذا كان الفاعل في الجريمة واحداً أو تعدّد الفاعلون، لكن الحال ليس كذلك في الانحراف الغائي، لأن التشريع يصدر باسم الهيئة التشريعية عموماً حتى وإن كان الذي يقف وراء الانحراف أحد الأعضاء أو أحد الأحزاب التي تسيطر على البرلمان، وهنا يتعدّر تماماً إسناد الفعل لطرفٍ معلوم يمكن أن يُدان بذاته.

فإن قيلَ إن الإدانة تُسند إلى الهيئة التشريعية بكلّيتها؛ قلنا ومن يتحمّل تنفيذ العقوبة؟ فليست الهيئة التشريعية شركةً ليكون تمثيل أحد الأعضاء أكثر من تمثيل أحدهم، بل هي هيئة تتكون من عدد من الممثلين الذين يتساوون في تمثيل هذه الهيئة. فإن قيلَ إن إسناد الإدانة يتعلق بأحد أعضاء البرلمان فإنه من المتعدّر تحديد ذلك العضو، لأن عملية صناعة التشريع تتوقف على عددٍ كبير من الأعضاء ما بين الاقتراح والتداول والاعتماد، ولهذا فإن تجريم الانحراف الغائي هو من قبيل المبالغات التي لا تفيد في معالجة عيب الانحراف الغائي وتتأى عن الدقّة إلى التشتيت، والقول بغير ذلك يعني تحويل القضاء الدستوري من قاضٍ يفصل في النصوص إلى قاضٍ يفصل في الشخوص، وهذا ما لا سند له من الدستور، بما يُفقد أحكام القضاء الدستوري شرعيتها في هذا الصدد لتجاوزها حدود الاختصاص الدستوري. لكنّ السؤال الذي ينبغي أن يُجاب عنه في هذا الصدد: هل يختص القضاء الدستوري بالرقابة على العمد في الانحراف الغائي؟

---

<sup>1</sup> محمد نوري، جريمة إساءة استعمال السلطة في التشريع العراقي والأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2018، ص40، 57، 63.

قدّمنا سلفًا إلى أن الغاية الفعلية للمشرّع هي القصد التشريعي، أما الدافع الفعلي للمشرّع فهو ما يُعبّر عنه بالنية التشريعية، ولما كان العمد يتّصل بالنوايا وكانت النوايا أحد صور الدوافع التي تحثّ المشرّع على التدخل من الناحية الواقعية، فإن مسألة الرقابة على العمد تثور عند البحث في دوافع التشريع، ذلك أن البحث عمّا إذا كان المشرّع عامدًا في انحرافه عن الغاية أم لا، هو بحث في نوايا المشرّع، والنوايا هي من العناصر الخارجة عن التشريع وإن كانت تتصل بعنصر السبب من حيث أنها تعبير عن الدافع الحقيقي للتشريع.

وجوابًا على السؤال الآنف نرسخ لقاعدة مهمة، وهي أن القاضي الدستوري لا يملك الرقابة على النوايا من حيث الابتداء والأصل، فلا يجوز أن ينطلق من نوايا المشرّع باحثًا عن عدم دستورية التشريع، لأنه غير مخوّل بمعرفة دستورية نوايا المشرّع بل مخوّل بمعرفة دستورية التشريع نفسه، ولكن، إذا باشر القاضي الدستوري اختصاصه القضائي في فحص عناصر التشريع، ثم قاده البحث الموضوعي في عناصر التشريع إلى الكشف عن النية الفعلية للمشرّع ودوافعه الحقيقية من وراء ابتغاء غايات لا تتوافق مع الدستور، فحينئذ تكون الرقابة على النية تابعةً للرقابة على الدستورية، ولا يكون ثمة إشكال في إعلان القضاء عن وجود إساءة استعمال للسلطة، ومن هذا القبيل حكم المحكمة الدستورية العليا الشهير إذ أسندت العمد للمشرّع بالانحراف الغائي فقضت بأن "اجتماع تلك المثالب الدستورية، مع عدم خفاء أمرها على أعضاء المجلس التشريعي.. وإقراره لمشروع القانون، ما يجافي عن قصد الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها التشريع"<sup>1</sup> ولئن لم تورد المحكمة تعبير الإساءة في هذا الحكم واستعاضت عنه بتعبير الانحراف التشريعي فإن ذلك لما تقدّم من أن كل إساءة تتضمّن وجود انحرافٍ غائي بالضرورة.

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 57 لسنة 34 قضائية، 2012، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق، حكم سابق.

## الباب الثالث

### نطاق الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

إن تحديد نطاق الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع هو من أكثر الموضوعات تداولاً في الفقه الدستوري، وهو يتعلّق بمسألتين أساسيتين، الأولى تتعلق بمنطقة الرقابة على الغاية من التشريع، والثانية تتعلق بمجالات الرقابة على الغاية من التشريع.

وقبل توضيح المسألتين يجب التفريق بين كلٍ من "النطاق" و"المنطقة" و"المجال"، فالنطاق أعم، إذ يشمل منطقتي السلطة المقيدة والتقديرية من جهة، كما يشمل جميع المجالات باختلاف مناط تحديدها. ويختلف تعبير "المجال" عن تعبير "المنطقة" إذ المنطقة تكون مُعيّنةً بحدود واضحة هي الحدود الدستورية كما اتضح في الباب الأول، بينما تحديد "المجال" يكون بحسب مصدره أو طبيعته بصرف النظر عن الحدود الدستورية، فهذا مأتى التمييز بين كلٍ من "النطاق" و"المنطقة" و"المجال" وهو تمييز إجرائي اقتضاه التمييز بين الموضوعات التي يتناولها هذا الباب.

وعوداً على المسألتين؛ فإن الأولى: تدور حول تحديد منطقة الانحراف الغائي أهي في منطقة التقدير أم في منطقة التقيد، وعليها تترتب نتيجة تتعلق بما إذا كانت الرقابة الدستورية على الغاية هي رقابة على السلطة المقيدة أم على السلطة التقديرية.

وأما المسألة الثانية فتتعلق بمجالات الانحراف الغائي من حيث مصدر التشريع وما إذا كان متصوّراً في التشريعات الدستورية كما هو متصور في القوانين واللوائح، وكذلك مجالاته من حيث طبيعة التشريع وما إذا كان متصوّراً في المجال السلبي للتشريع كما هو متصور في المجال الإيجابي.

ولمناقشة جميع ما مضى يجري تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

- الفصل الأول/ منطقة الرقابة على الغاية من التشريع

- الفصل الثاني/ مجالات الرقابة على الغاية من التشريع



## الفصل الأول

### منطقة الرقابة على الغاية من التشريع

إن التصوّر المسلم به عند غالب الفقه هو أن الانحراف الغائي لا يقع إلا في منطقة السلطة التقديرية، أما في منطقة السلطة المقيدة فلا يمكن تصوّر الانحراف الغائي أصلاً. وتختلف الأسانيد التي ينطلق منها الفقهاء لإثبات ذلك، لكنهم في المحصلة يصلون إلى النتيجة ذاتها، فالإجماع يكادُ ينعقد على أن عيب الانحراف الغائي لا يُتصوّر في غير منطقة السلطة التقديرية.

هذا التصوّر لا نجد ما يسانده في القضاء الدستوري، فهو تصوّر فقهي محض، ولم يؤيده القضاء في أحكامه المتعاقبة، إذ القضاء الدستوري ما فتى يربط التشريعات بالغايات المستهدفة في معظم أحكامه، سواء أكانت سلطة المشرع في الغاية تقديرية أم مقيدة، ومع الأسف، لم تُعط تلك لأحكام حقّها من البحث والتأمّل، فرغم تداول كثير منها لإثبات مسائل أخرى تتصل بالرقابة الدستورية عموماً؛ لم يتناول أحدٌ من الفقه رقابة المحكمة الدستورية العليا على التشريع من بوابة الغايات.

من أجل ذلك يسعى هذا الفصل لمناقشة التصوّرات الفقهية المتصلة بهذه المسألة عبر تحويل المسلمات إلى فرضيات منطقية من أجل اختبار صحّة أساسها والتحقّق من سلامة ما بُني عليها، وذلك في سبيل الوصول لفهمٍ صحيح يقود بدوره لتحديدٍ دقيق لمنطقة الانحراف الغائي.

ولا يقف هذا الفصل عند هذا الحد، بل يسعى بعد ذلك لتقديم فروضٍ عملية لوقوع الانحراف الغائي في كلّ منطقة، مؤيداً دعواه بالقضايا التي بنت المحكمة الدستورية العليا فيها، وآخذاً في تحليل أحكام المحكمة مذهباً يقوم على التقيب والتعقيب، لنخلص من كلّ ذلك إلى تأطير تصوّرٍ شامل

بشأن منطقة الانحراف الغائي. وسعيًا لذلك ينقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

- المبحث الأول/ مناقشة التصوّرات الفقهية لمنطقة الانحراف الغائي

- المبحث الثاني/ فروض الانحراف الغائي في منطقتي التقدير والتقييد

## المبحث الأول

### مناقشة التصوّرات الفقهية لمنطقة الانحراف الغائي

رغم أن فقهاء القانون الدستوري قرّروا مرارًا بأن الانحراف الغائي لا يقع في غير منطقة السلطة التقديرية، إلا أنهم عزفوا عن بلورة بناءٍ متكامل النسق لإثبات هذا الأمر، فلم يقم أحدٌ في المجال الدستوري تصوّرًا واضحًا لمنطقة الانحراف الغائي عدا الفقيه السنهوري-رحمة الله عليه-.

وقد نقل معظم الفقه كلام السنهوري كما هو، وأتبعوه بالتأييد دون تمحيص ولا تعقيب<sup>1</sup>، على أنّ جانبًا يسيرًا من الفقه قد تبنى تصوّرات مختلفة هي أقرب لبعض الأفكار التي تبناها الطماوي، فقد سبق الطماوي في تقديم تصوّر وجيه لهذه المسألة في المجال الإداري.

وعليه، يمكن إرجاع الفرضية القائلة بأن الانحراف الغائي لا يقع في غير منطقة السلطة التقديرية إلى تصوّرين أساسيين: الأول هو التصور السنهوري، والثاني هو التصور الطماوي. ومعظم الذين كان موضوع بحثهم مداره الانحراف الغائي تبعوا التصور السنهوري. أما الذين كان موضوع بحثهم مداره السلطة التقديرية نفسها فمعظمهم اعتمدوا التصور الطماوي. وسوف نشير إلى هؤلاء هؤلاء في طيّات الكلام وتعقيباته بإذن الله. وينقسم هذا المبحث لثلاثة مطالب:

- المطلب الأول/ مناقشة التصور السنهوري لمنطقة الانحراف الغائي
- المطلب الثاني/ مناقشة التصور الطماوي لمنطقة الانحراف الغائي<sup>2</sup>
- المطلب الثالث/ الانحراف الغائي يقع في منطقة التقييد كما يقع في منطقة التقدير

<sup>1</sup> نعني كلامه في أنّ الانحراف الغائي لا يُتصوّر في غير منطقة السلطة التقديرية، وإلا فإن البعض انتقد السنهوري نقدًا شديدًا لقياسه السلطة التقديرية للمشرع العادي على السلطة التقديرية للمشرع الإداري كما مضى. ومن أوائل الذين أوجزوا بيان ذلك النقد الدكتور شمس الدين ميرغني علي، يُنظر: شمس الدين ميرغني، القانون الدستوري، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1977، ص 209 وما بعده.

<sup>2</sup> قدّمنا مناقشة السنهوري على الطماوي- رغم أسبقية الأخير- لأن التصور السنهوري هو الأساس في المجال الدستوري بينما يتمخض تصوّر الطماوي لنظر المسألة في السياق الإداري، فالتصوّر السنهوري أوثق اتصالًا بموضوع هذه الأطروحة، ولهذا ارتأينا البدء به.

## المطلب الأول

### مناقشة التصور السنهوي لمنطقة الانحراف الغائي

قرّر السنهوي أن الانحراف الغائي لا يُتصوّر في غير منطقة السلطة التقديرية للمشرع، أما في منطقة السلطة المقيدة فلا يكون الانحراف مُتصوّرًا، وإذا خرج المشرع عن حدود السلطة المقيدة فإن خروجه يعدّ مخالفةً للدستور، وليس انحرافًا غائيًا<sup>1</sup>. وقد تبعه في ذلك عددٌ كبير من الفقهاء، حتى إن بعضهم جعل السلطة التقديرية جزءًا ثابتًا في تعريف الانحراف الغائي<sup>2</sup>، بينما جعله آخرون أحد خصائص عيب الانحراف الغائي<sup>3</sup>.

بنى السنهوي تصوّره للمسألة بناءً منطقيًا، فوضع مجموعة من المقدمات، ثمّ رتب عليها مجموعة من النتائج التي من بينها أن الانحراف الغائي لا يُتصوّر في غير منطقة السلطة التقديرية للمشرع. حيث تضمّنت فرضيته أربع مقدمات أساسية، ترتبت عليها نتيجتان وفق المعادلة المنطقية الآتية:

**المقدمة الأولى-** تجاوز المشرع في السلطة المقيدة يعدّ مخالفةً للدستور وليس انحرافًا غائيًا.

**المقدمة الثانية-** تجاوز المشرع في السلطة التقديرية هو انحراف غائي وليس مخالفةً للدستور.

**المقدمة الثالثة-** سلطة المشرع في تحديد الغاية لا تكون إلا سلطة تقديرية.

**المقدمة الرابعة-** سلطة المشرع في بقية العناصر لا تكون إلا سلطةً مقيدة.

إذا صحّت هذه المقدمات الأربع تولدت عنها- بالضرورة المنطقية- نتيجتان أساسيتان:

**النتيجة الأولى-** مخالفة الدستور لا تقع إلا في منطقة السلطة المقيدة.

**النتيجة الثانية-** الانحراف الغائي لا يقع إلا في منطقة السلطة التقديرية.

---

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوي، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 65.  
<sup>2</sup> على سبيل المثال: عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقاه الإسلامي، مرجع سابق، ص 44. وكذلك: محمود الطائي، انحراف البرلمان، ج 1، مرجع سابق، ص 346. وكذا: عبدالحميد سليم، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 694.  
<sup>3</sup> على سبيل المثال: عبدالحميد عبدالمنعم أشرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 59.

تهدف هذه المعادلة المنطقية التي بناها السنهوري لإثبات إحدى الفرضيات الأساسية لنظريته، والمتمثلة في أن الانحراف الغائي لا يقع إلا في منطقة السلطة التقديرية دون منطقة السلطة المقيدة، وقبل أن نناقش مدى سلامة المقدمات والنتائج لا بد من شرحها وبيان مصاديقها في كلام السنهوري، ثم إذا فرغنا من ذلك ناقشنا تصوّره.

تقوم المقدمات الأربع على أساس التفريق بين مخالفة الدستور وبين الانحراف التشريعي، وقد اعتمد السنهوري في التفريق بين هذين المفهومين على التقسيم والتوزيع، فقسّم سلطة التشريع إلى منطقتين: منطقة السلطة المقيدة ومنطقة السلطة التقديرية، ثم وزّع عناصر التشريع على المنطقتين، فجعل سلطة المشرّع في الاختصاص والشكل والمحل محصورةً في منطقة السلطة المقيدة، وجعل سلطة المشرع في الغاية- والسبب مدموجٌ فيها<sup>1</sup> - تتحصر في منطقة السلطة التقديرية.

وعليه، اصطلح على تجاوز المشرع للدستور في منطقة السلطة المقيدة مخالفة الدستور، بينما اصطلح على تجاوز المشرع للدستور في منطقة السلطة التقديرية الانحراف التشريعي<sup>2</sup>، وقد لخص السنهوري هذا التصوّر في مطلع بحثه مؤكّداً أن "مخالفة التشريع للدستور... يتعلق سببُ البطلان فيه بركن من أركان الاختصاص والشكل والمحل" أما "الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يتعلق سببُ البطلان فيه بركن الغاية"<sup>3</sup>.

وترتبط المقدّمة الأولى بالمقدّمة الرابعة وتسعيان معاً لإثبات النتيجة الأولى، بينما ترتبط المقدّمة الثانية بالمقدّمة الثالثة وتسعيان معاً لإثبات النتيجة الثانية، وفيما يلي نشرح ذلك في فقرتين:

---

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص7.  
<sup>2</sup> وقد أيّده في ذلك الدكتور: عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص137.  
<sup>3</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص7. ولأنه دمج السبب بالغاية فلم يشر إليه في التقسيم.

أولاً- إذا كانت **مخالفة الدستور** تعني خروج المشرع عن الدستور في منطقة السلطة المقيدة دون السلطة التقديرية وكانت سلطة المشرع في الاختصاص أو الشكل والإجراءات أو المحل لا تكون إلا سلطة مقيدة، فمعنى ذلك أن عيب مخالفة الدستور لا يثور إلا عند مخالفة أحد هذه العناصر الثلاثة حصراً. وفي ذلك يقول السنهوري صراحةً في مُستهلّ حديثه عن مخالفة التشريع للدستور "المحل.. يتفق مع ركني الاختصاص والشكل في أن كلاً من هذه الأركان الثلاثة لا يجعل الدستور فيها للمشرع إلا سلطة محدّدة<sup>1</sup>". ثم يقول في موطنٍ آخر "السلطة المحددة لا يفتح فيها باب الانحراف في استعمال السلطة، لأن الإدارة هنا سلطتها مقيدة يتحتم عليها أن تستعملها على وجه معين، وإلا كانت مخالفة للقانون لا منحرفة في استعمال سلطته<sup>2</sup>".

ثانياً- إذا كان **الانحراف التشريعي** يعني خروج المشرع عن الدستور في منطقة السلطة التقديرية دون السلطة المقيدة وكانت سلطة المشرع فيما يتعلق بالغاية لا تكون إلا سلطة تقديرية، فإن الانحراف التشريعي لا يثور إلا بشأن عنصر الغاية دون بقية العناصر. وفي التعبير عن ذلك يقول السنهوري "الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يتعلق سبب البطلان فيه بركن الغاية"، ثم يقول في موطنٍ آخر بأن "الانحراف في استعمال السلطة الإدارية لا يتصور إلا حيث تكون للإدارة سلطة تقديرية. ونستطيع أن ننقل هذا المبدأ إلى نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية فنقول إن منطقة هذا الانحراف هي المنطقة التي يكون فيها للمشرع سلطة تقديرية<sup>3</sup>". وعليه، إذا صحّت هذه المقدمات تكون النتيجة المنطقية لها أن **الانحراف التشريعي** لا يقع إلا في مجال السلطة التقديرية، وأن **مخالفة الدستور** لا تقع إلا في مجال السلطة المقيدة.

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 8.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 60.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 7، 65.

وهكذا تتضح لنا أُسُ التصوّر السنهوري لمنطقة الانحراف الغائي، فذلك شرح المعادلة المنطقية

التي أفضت لقول السنهوري بأن الانحراف التشريعي غير مُتصوّر في منطقة السلطة المقيّدة.

وقبل مناقشة التصوّر السنهوري، من المهم معرفة المرجع الذي استُقي منه ذلك التصوّر، حيث

سلك السنهوري في تحديد منطقة الانحراف منهج القياس كذلك، مشيرًا إلى اعتماده على ما استقر

من المبادئ في نظرية الانحراف في المجال الإداري ناسجًا على منوالها في المجال الدستوري، ثم

اقتبس أحد تلك المبادئ، وهي أن "الانحراف لا يكون إلا حيث يصدر هذا القرار عن سلطة تقديرية

من جانب الإدارة"<sup>1</sup> وكان في مطلع المقالة قد استقى مبدأ آخر يقضي أن سلطة الإدارة في الغاية

هي سلطة تقديرية، وهذا ظاهرٌ في تقسيم بحثه، حيث جعل القسم الأول لعناصر السلطة المقيّدة

الثلاثة، وجعل القسم الثاني لعناصر السلطة التقديرية دامجًا للسبب في الغاية.

إذن، هناك مبدآن إداريان شكّلا الأرضية التي انطلق التصوّر السنهوري منها، المبدأ الأول: أن

سلطة الإدارة في الغاية هي سلطة تقديرية بالمطلق. والثاني: أن الانحراف لا يُتصوّر في غير

المنطقة التقديرية للإدارة. والسؤال الذي ينبغي البحث عن إجابته: هل هذان المبدآن مستقران فعلاً

في المجال الإداري كما قال السنهوري؟

لا نجد مرجعًا أوفى من كتاب الطماوي حول نظرية الانحراف الإداري لاستيفاء إجابة هذا السؤال،

خصوصًا وأن مرجع الطماوي سابقٌ على مقالة السنهوري، وقد أشار له السنهوري في طيّات مقالته،

فلا شك في أنه قد اطلع عليه، ومن ثمّ فإنه يصلح حاكمًا على كلام السنهوري في المسائل الإدارية.

والطماوي يوافق السنهوري بشأن المبدأ الثاني لكنّه يختلف تمامًا معه بشأن المبدأ الأول، فقد قرّر

الطماوي أن الانحراف لا يثور إلا في مجال السلطة التقديرية للإدارة- وهو الأمر الذي نادى به

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 60.

السنهوري بعدئذ- لكنّ الطماوي قد أكد مرارًا على أن الغاية تقع ضمن مجال السلطة المقيدة للإدارة وليس السلطة التقديرية، وهو ما يختلف عما انتهى السنهوري إليه من بعده.

ذلك أنّ الطماوي يرى بأن "ركن الغاية هو الحد الخارجي للسلطة التقديرية وبهذا المعنى يكون هذا الركن من عناصر التقييد في القرارات الإدارية"<sup>1</sup> وفي عبارة أصح يقول "الغرض هو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة لتحقيقها. فسلطان الإدارة ليس بغاية في ذاته، ولكنه سبيل لتحقيق المصلحة العامة، ووسيلة لحماية الخير المشترك للجماعة. وهنا تختفي السلطة التقديرية تمامًا.

فالقاعدة أنه لا حرية في تحديد الغرض. وإذن فركن الغرض يتبع السلطة المحددة<sup>2</sup>."

فعبارات الطماوي واضحة تمامًا في أن عنصر الغاية ليس من عناصر التقدير بل هو من عناصر التقييد، وذلك خلافًا لما انتهى السنهوري إليه، فهما ليسا على وفاقٍ في المبدأ الأول. أمّا فيما يتعلق بالمبدأ الثاني فقد قرّر الطماوي بوضوح أنّ "عيب الانحراف ملازم للسلطة التقديرية قد يوجد إذا وجدت، ولكنه يندم حتمًا إذا انعدمت"<sup>3</sup>، والسنهوري على مذهبه في ذلك.

إنّ اختلاف السنهوري عن الطماوي في المبدأ الأول يعكس اختلافًا كليًا في التصوّر لكلٍ منهما<sup>4</sup>، فصحيحٌ أنّ السنهوري قد وافق الطماوي في تقسيم سلطة المشرع إلى منطقتين مقيدة وتقديرية، لكنه خالفه في توزيع عناصر التشريع على كلّ منطقة، ففي حين جعل الطماوي الغاية في سلّة السلطة المقيدة؛ جعلها السنهوري في سلّة السلطة التقديرية. والسؤال هنا، إذا كان تقسيم السنهوري لمنطقة سلطة التشريع مقتبسًا من التقسيم الذي انتهى الطماوي إليه، فمن أين استوحى توزيع عناصر التشريع على تلك المناطق على نحو ما تقدّم؟

---

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 51.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 61.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 84.

<sup>4</sup> وسوف نعود لعرض تصوّر الطماوي ومناقشته لاحقًا.

الذي يبدو أن التوزيع الذي اعتمده السنهوري كان مقتبسًا من العميد هويرو صاحب فكرة الرقابة الخلقية، فقد فرّق بين مفهومَي التجاوز في استعمال السلطة ومخالفة القانون، وخلصه فكرته أن مبدأ الشرعية يعني خضوع جميع القواعد القانونية لما يصدر عن البرلمان، أما مبدأ تجاوز السلطة فيقتضي خضوع العمل الإداري للقواعد والتوجيهات المتولدة داخل الإدارة، وعن هذا التمييز فرّع العميد هويرو "أن العيوب التي تخضع لمبدأ الشرعية هي الشكل وعدم الاختصاص ومخالفة القانون بمعناه المتفق عليه. بينما تختص فكرة التجاوز في استعمال السلطة بعيب الانحراف، والخطأ المتعلق بالوقائع<sup>1</sup>". وهذا التصوّر يكاد لا يختلف مع التصوّر السنهوري، لاسيما في توزيع العناصر على المفاهيم، فالسنهوري قد فرق بين مفهومي الانحراف التشريعي ومخالفة الدستور، وجعل عيوب الشكل والاختصاص والمحل هي لمخالفة الدستور، بينما جعل عيب الغاية والسبب مدموج بها هو الانحراف التشريعي. فالتوزيعان متطابقان تقريبًا فيما عدا اصطلاح المفاهيم، وبذلك نكون قد وقعنا على المصدر الأساس لكل من التقسيم والتوزيع الذي اعتمده السنهوري. وبعد أن بيّنا تصوّره لمنطقة الانحراف الغائي؛ نمضي في مناقشة مقدماته وما ترتّب عليها من نتائج، وسوف نُحرزُ المناقشة في خمس نقاط وفق ما يلي:

**أولاً-** إن المقدمة التي مفادها بأن العناصر الثلاثة - الاختصاص والشكل والإجراءات والمحل - ليس للمشرع فيها إلا سلطة مقيدة لا يمكن التسليم بصحتها، فربما صحّ هذا الحصر بالنسبة للشكل والإجراءات لانحسار التقدير فيهما، أما بالنسبة للاختصاص والمحل فالأمر مختلف، إذ يتمتع المشرع بقدرٍ من السلطة التقديرية، ففي هذه العناصر تتفاوت سلطة المشرع ما بين التقييد والتقدير بحسب النصوص الدستورية، ولا يصحّ القول بأن الدستور لا يجعل للمشرع سلطةً تقديرية في هذه

---

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 88.



العناصر إلا إذا كان قولاً على التغليب، وحتى على التغليب قد يصح ذلك بالنسبة للاختصاص، ولكن ليس بالنسبة للمحل، فمساحة السلطة التقديرية في عنصر المحل تكون واسعة جداً، ويقف تقدير المشرع عند القيود الدستورية المقررة على الموضوعات التي يجوز للمشرع تنظيمها، فيها تتحدد السلطة المقيدة لعنصر المحل. ولكي نبرهن على تمتع المشرع بسلطة تقديرية في عنصر الاختصاص، نعرض لمسألتين واضحتين في اختصاص المشرع تكون له فيهما سلطة تقديرية<sup>1</sup>:

**المسألة الأولى-** توقيت مباشرة الاختصاص، فحين يخول الدستور للمشرع تنظيم حق معين أو موضوع معين فغالباً ما يُترك التوقيت الذي يباشر فيه المشرع هذا الاختصاص لمحض تقدير المشرع، فله أن ينظم المسألة فور منح الاختصاص له، وله أن يتراخى في تنظيمها لمدد معقولة، وبذلك فإن الاختصاص من هذه الناحية يقع في منطقة السلطة التقديرية للمشرع لا المقيدة.

**المسألة الثانية-** التفويض بالاختصاص، فحين يمنح الدستور للمشرع سلطة تفويض اختصاصه لجهة أخرى فإنه يتمتع في مباشرة هذا الاختصاص بسلطة تقديرية بحسب النص الذي مُنح بموجبه اختصاص التفويض، فلو افترضنا أن الدستور أجاز للمشرع العادي تفويض اختصاصاته التنظيمية للمشرع الإداري، فإن سلطة المشرع العادي تمتد إلى اختيار لحظة التفويض وحدوده ومدته، وذلك كله متعلق بعنصر الاختصاص.

أمّا عن تخلص المحل للسلطة المقيدة دون التقديرية، فهو من الغرائب التي لم أجد في الفقه من أيده فيها، إذ إن المحل يحدّد جوهر الوسيلة التي يتبناها التشريع، فهو لبّ التشريع ومضمونه، والقول بأن سلطة المشرع في المحل لا تكون إلا مقيدة يقتضي أنّ الأصل في سلطة المشرع أنها مقيدة، وهذا يخالف الأصول الدستورية التي تجعل التشريع مهمّة ثابتة للسلطة العادية، فللمشرع

---

<sup>1</sup> إبراهيم الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 131.

أن يقرّر من المحلّات ما لا يتعارض مع الدستور حتى وإن لم يقيدّه الدستور به، والسنهوري نفسه قد اعترف بذلك ضمنياً عند الحديث عن منطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية فقد أكد بأن "تطاق السلطة التقديرية يكاد يستغرق النشاط التشريعي"<sup>1</sup>، وقوام النشاط التشريعي يكمن في اختيار الوسيلة التي يصبو بها المشرع لتحقيق الغايات المشروعة، واختيار الوسيلة مناطه عنصر المحل، فسلطة المشرع في عنصر المحل تتراوح بين التقييد والتقدير بحسب النصوص الدستورية. فلا يصح حصر منطقة التقييد على العناصر الثلاثة، وبذلك يثبت عدم صحة المقدمة الأولى التي تقضي بأن سلطة المشرع بشأن الاختصاص والمحل لا تكون إلا سلطة مقيدة، فقد ثبت مما مضى أنه من المتصور تمتع المشرع بسلطة تقديرية في هذين العنصرين.

ثانياً- إذا انتقلنا للمقدمة التي تقضي بأن سلطة المشرع في عنصر الغاية لا تكون إلا سلطة تقديرية، نجد أنها هي الأخرى تواجه ذات المشكلة الماضية، ويكفي لثبوت السلطة المقيدة للمشرع في عنصر الغاية أن نستحضر قاعدة "الأهداف المخصصة"، إذ يجوز للدستور تخصيص أغراض معينة ينبغي على المشرع الالتزام بتحقيقها فيما يصدره من تشريعات وإلا كان التشريع باطلاً<sup>2</sup>، وما الجدل الشائع في تكييف خروج المشرع عن الغايات المخصصة إلا نتيجة التسليم بأن سلطة المشرع في توحي هذه الغايات إنما هي سلطة مقيدة، فليست سلطة المشرع في الغاية تقديرية على الدوام، بل من المتصور أن تكون مقيدة في الأحوال التي ينص الدستور فيها على توحي غايات بعينها، ونُدرة هذا الفرض لا تحول دونه، فهو موجودٌ في عددٍ من النصوص الدستورية وإن قلّت. والأهم من ذلك، أن عدم تصريح المشرع بالغايات الدستورية لا يعني عدم تضمينه إياها في طيّات نصوصه، وهنا نعود إلى قاعدة "الأهداف اللازمة" التي أطنبنا الحديث عنها في الباب الأول،

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 66.

<sup>2</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 189.

فصحيحٌ أن الدساتير قد جرت على عدم تخصيص الأهداف، لكن عدم التخصيص لا يعني خلوّ الدساتير من الغايات بطريق اللزوم من مضمونها، والقضاء بما له من اختصاصٍ تفسيري ينبغي عليه استخلاص الغايات اللازمة من النصوص الدستورية، وتلك الغايات متى ثبتت تصبح سلطة المشرّع مقيدةً بها، فتكون سلطته في الغاية مقيدةً وليست سلطةً تقديرية.

وقد اعترض البعض على تكييف سلطة المشرّع لدى تخصيص الأهداف بأنها سلطة مقيدة، إذ يرون بأنه "حتى مع تخصيص الدستور لأغراض بذواتها أو حمل السلطة التشريعية على تبنيها، فإن ذلك لا يجعلها سلطة مقيدة، حيث إن للسلطة التشريعية بموجب سلطتها التقديرية حرية اختيار الوسائل التي ترى فيها أنها الأفضل لتحقيق هذه الأغراض... فبالرغم من ضرورة التزام المشرّع بالغاية المخصصة له من قبل الدستور، إلا أن تجاوز تلك الغاية هو تجاوز لسلطته التقديرية مما يترتب عليه انحراف في استعمال سلطته التشريعية<sup>1</sup>".

وهذا الاعتراض لا يمسّ ما مضى بشيء، فهو لا يثبت السلطة التقديرية في عنصر الغاية عند تخصيص الأهداف بأي وجهٍ من الوجوه، وإنما يثبت تمتّع المشرّع بسلطة تقديرية في عنصر المحل، وثبوت التقدير بالنسبة لعنصر المحل لا يمنع ثبوت تقييد عنصر الغاية، بل إن ثبوت التقدير لأحد العناصر قد ينبئ عن تقييد عنصر آخر حتى تتوازن السلطة بين التقييد والتقدير، فكما يقول الطماوي "من المستحيل أن يكون القرار تقديرياً في جميع عناصره، وأنه من المستبعد - ولكن ليس المستحيل - أن تكون كل تلك العناصر مقيدة<sup>2</sup>" وهذه المقولة تنطبق على سلطة التشريع كذلك، والعبارة بالغة الدقة، لأن ثبوت سلطة التقدير في كافة العناصر يعني أن السلطة أصبحت مطلقة أو كادت أن تكون، فلا تكون سلطة قانونية حينها.

<sup>1</sup> شادي عبدالبديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرّع، مرجع سابق، ص 523.

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، 1999، مرجع سابق، ص 718.

هذا وإن جانباً من الفقه ممّن بحث موضوع السلطة التقديرية للمشرع استقلالاً عن موضوع الانحراف بالسلطة كان قد نحا منحىً مختلفاً عن السنهوري في هذا المسألة، فقد وجدوا أن سلطة المشرع في الغاية سلطة مقيدة وليست سلطةً تقديرية، فهي تقف عند الحدود الدستورية للغايات سواءً عبّر الدستور عنها في صورة مصالح عامة تُستفاد من فرادى النصوص ومجموعها، أو عبّر عن غايات مخصّصة يلتزم المشرّع باستهدافها، ففي الحالتين يجد هؤلاء أن سلطة المشرع في عنصر الغاية لا تكون إلا سلطة مقيدة، "إذ إن سلطته مقيدة دوماً باستهداف المصالح الدستورية العامة أو المخصّصة ومن ثمّ فإنه لا يملك سلطة تقدير تجاه تلك الزاوية من أركان التشريع" بما مؤداه أن خروجه عن تلك الغايات إلى غايات أخرى غير مشروعة يشكّل انحرافاً غائياً<sup>1</sup>.

وفي التعبير عن هذا الموقف يقول الدكتور يوسف عبدالفتاح "ركن الغاية بما يتضمّنه من أغراض يتوخاها المشرع في تنظيم الحقوق هي سلطة مقيدة، بل هي قيدٌ جازم على سلطته لا يجوز له مجاوزته أو العدول عنه، ولكن تبقى للمشرع سلطة تقديرية- لا علاقة لها بالأغراض الدستورية المتوخّاة- ولكن في المفاضلة بين "الوسائل" التي يستخدمها المشرع في تحقيق تلك الأغراض الدستورية المبتغى تحقيقها من وراء تدخله بالتشريع<sup>2</sup>." وهذا المقطع يوضّح تخلص هذا الرأي عن عنصر الغاية للتقييد، وما التقدير عندهم إلا في المحل، ولقد رتّب هذا الرأي على هذا التصوّر نتيجةً منطقية أخرى تضاد ما توصل إليه السنهوري إليه، حيث قضاوا بأن "عيب الانحراف التشريعي يتعلق بالسلطة المقيدة للمشرع وليس بسلطته التقديرية"<sup>3</sup> وهذا على عكس ما انتهى إليه السنهوري إليه من أن الانحراف الغائي يتعلق بالسلطة التقديرية وليس بالسلطة المقيدة للمشرّع.

<sup>1</sup> يوسف عبدالفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 284.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 287.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 64.

وكلا الجانبين تطرّف في تصوّره، فلا الغاية محكورة للتقييد ولا هي محكورة للتقدير كذلك، والذين جعلوا الغاية في منطقة السلطة المقيدة قد أغفلوا حقيقة نسبية المصلحة العامة، وحيث تكون النسبية ينفسح المجال للاختيار، وحيث ينفسح المجال للاختيار تبرز السلطة التقديرية، فإذا كانت المصلحة العامة تُعدّ قيداً نهائياً على سلطة المشرع في الغاية، إلا أنّ ذلك القيد هو قيدٌ مفتوح، بمعنى أنّ الاختيار فيه متاح ضمن حدود المصلحة العامة، وحينها تتجلى السلطة التقديرية في الغاية، فليس دقيقاً القول بأن المشرع "لا يملك أي تقدير أو مفاضلة في التمسك باستهداف المصالح والأهداف المشروعة أو إهمالها أو العدول عنها"<sup>1</sup> وذلك لأن المصالح المشروعة نفسها يحصل التعارض فيما بينها، فيكون المشرع مضطراً للاختيار عندئذ بين مصلحتين كلاهما مشروع، وتحقيقه لمصلحة ما يعني إهداره لمصلحة أخرى تتعارض معها، وأبرز ما يكون ذلك في مصلحة حفظ الأمن العام مقابل مصلحة تمكين حرية الرأي والتعبير وما لفّ ليفها، وهنا لا يمكن إنكار السلطة التقديرية للمشرع البتة، فهي واقعٌ لا مناص منه، فحسم هذا التعارض مهمة المشرع بما يقتضيه الدستور من ضرورة التوفيق بين المصالح المتعارضة ما استطاع إلى ذلك سبيلاً، فخلاصة القول في هذه النقطة، أن سلطة المشرع في الغاية تدور بين التقييد والتقدير بحسب النصوص الدستورية.

**ثالثاً** - أحسن السنهوري حين ميّز بين الرقابة الدستورية على السلطة المقيدة، وبين الرقابة الدستورية على السلطة التقديرية، لكن المشكلة أنه بالغ في تحديد مجال كلّ منهما حين صنّف العناصر الخمسة عليهما تصنيفاً حدّياً لا تؤيده نصوص الدستور التي توزّع السلطتين - التقديرية والمقيدة - توزيعاً متفاوتاً على العنصر الواحد، وبذلك تعقّدت النظرية التي جاء السنهوري بها من حيث أراد تبسيطها. وما زاد الأمر تعقيداً وغموضاً أنه أطلق مصطلحين ذوي مدلولٍ مشتركٍ ساعياً للتمييز

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 288.

بين مدلولين مختلفين، وهما: التجاوز الذي يقع من المشرع في منطقة السلطة التقديرية، والتجاوز الذي يقع من المشرع في مجال السلطة المقيدة. فسمّى الأول (انحرافاً تشريعياً) مفترضاً اقتصار أحواله على سلطة المشرع في عنصر الغاية، وسمّى الثاني (مخالفة الدستور) مفترضاً اقتصار أحواله على سلطة المشرع في الاختصاص والشكل والإجراءات والمحل.

لقد كان هذا الخلل في التسمية مدخلاً مكشوفاً لنقد النظرية برمتها، فقد اعترض كثيرون على أنه لا فرق بين الانحراف الغائي وبين مخالفة الدستور، لأن الأول داخل في مدلول الثاني بالضرورة فكلّ انحراف بالغاية هو مخالفة للدستور ولا بد<sup>1</sup>، وهم مُحَقَّقون في ذلك من حيث التسمية والحمولة الدلالية التي تكتنفها ألفاظ كل مصطلح، لكن من حيث المدلول الذي قدّمه السنهوري على مستوى مفهوم كل تعبير؛ يبدو الفرق ثابتاً بين التجاوز الذي يقع في منطقة التقدير، وبين التجاوز الذي يقع في منطقة التقييد، وهذا التفريق له تأثيره على طريقة نظر القضاء في النصوص باختلاف منطقة السلطة التي يتمتع المشرع بها في كل عنصر.

رابعاً - امتداداً للنقطة الأنفة، لم نقف المشكلة في تصوّر السنهوري عند حد التصنيف الصارم للعناصر الخمسة بين مساحتَي التقدير والتقييد، بل امتدت إلى التسمية التي اختارها للتعبير عن التجاوز في كل منطقة، فسمّى التجاوز في منطقة السلطة المقيدة (مخالفة الدستور)، وأطلق على التجاوز في منطقة السلطة التقديرية (الانحراف التشريعي)، والمشكلة في هذه التسمية أنها لا تعبّر عن المضمون الذي قصده السنهوري نفسه، لأنها توحى - بل ويلزم من ألفاظها - أن الانحراف بعنصر الغاية ليس مخالفةً للدستور، لكنّ السنهوري نفسه قد أقرّ بأن الانحراف هو أحد أحوال مخالفة للدستور، فقد صرّح في تمهيد مقاله أنها تسعى إلى "بيان الأحوال المختلفة التي يكون فيها

---

<sup>1</sup> على سبيل المثال: عادل عمر شريف، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص 378، 382.

التشريع مخالفاً لنصوص الدستور أو لمبادئه<sup>1</sup> فالأحوال في عبارته هذه تشمل ما أسماه مخالفة الدستور وما أسماه الانحراف التشريعي على حدٍ سواء وكلاهما من الأحوال المخالفة للدستور، وهكذا كان المصطلح الذي أطلقه على المعنى الذي قصده غير دقيقٍ بما أدى للالتباس.

ذلك أن ذينك المصطلحين - من حيث المدلول اللغوي للألفاظ - بينهما علاقة عموم وخصوص، فكل انحراف تشريعي يشكّل مخالفة للدستور بالضرورة وليس كل مخالفة للدستور تشكّل انحرافاً تشريعياً، لكن السنهوري لم يقصد ذلك ولم يعنِ هذه العلاقة بين اللفظين أبداً، بل قصد ترتيب علاقة تغاير بينهما، بحيث يكون كل مصطلح معبراً عن مدلول لا يشترك فيه الآخر، فيكون الانحراف الغائي موازياً لمخالفة الدستور في الدلالة، دون أن يتداخل المفهومين معاً في أي جزءٍ من الدلالة، وهو ما لم تخدمه فيه التعبيرات التي انتخبها للتعبير عن فكرته.

وكان أخرى بالسنهوري أن يتقادم تعبير مخالفة الدستور ويستفيد من نقد الطماوي قبلئذ لعبارة "مخالفة القانون"، فقد أصاب الطماوي بقوله أن "اصطلاح مخالفة القانون هو اصطلاح غير موفّق، لأنه أوسع من اللازم... فهو أوسع من اللازم لأن العيوب الأخرى هي أيضاً مخالفة للقانون<sup>2</sup>". وهذا صحيحٌ تماماً، وينسحب هذا النقد على تعبير مخالفة الدستور، فتعبير مخالفة الدستور أوسع من اللازم، لأن الدستور هو الذي يعيّن في نهاية الأمر الشكل الذي يجب أن يصدر التشريع فيه، والسلطة المختصة بإصداره، والغايات النهائية اللازمة التي ينبغي تحقيقها، فإذا خولف الاختصاص والشكل والإجراءات نكون أمام مخالفة للدستور، وإذا خُولفت الغايات نكون أمام مخالفة للدستور كذلك. ولذلك لم يكن مصطلح "مخالفة الدستور" قادراً على التعبير عن العلاقة المتغايرة بين المدلولين مثلما قصد السنهوري، فكان تعبيره مخالفاً لمقصده، بما أدى إلى التباس كلا المدلولين.

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 1.

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، 102.

خامساً- وفق نظرية السنهوري فإن المقسّم هو (أسباب بطلان التشريع)، وتتفرع عنه قسمتان: الأولى (مخالفة الدستور) وفيها تكون المخالفة في منطقة التقييد بالعناصر التي حددها. والثانية هي (الانحراف التشريعي) وفيها تكون المخالفة في منطقة التقدير بعنصر الغاية المدموج بالسبب. كان الأولى- درءاً للبس التسمية وتفادياً لعدم دقّة تصنيف العناصر- أن يكون المقسّم هو أسباب بطلان التشريع، وتتفرع عنه قسمتان: المخالفة في منطقة التقييد، والمخالفة في منطقة التقدير، دون أن تصنّف العناصر تصنيفاً حدّياً في كلّ منطقة، فسلطة التشريع تتفاوت في العنصر الواحد. وعند تخصيص الحديث عن عنصر الغاية يكون المقسّم: أسباب بطلان الغاية في التشريع، وتتفرع

عنه قسمتان: الانحراف الغائي في منطقة التقييد، والانحراف الغائي في منطقة التقدير<sup>1</sup>.

ويمكن تلخيص مثالب التصرّو السنهوري في مشكلتين أساسيتين: الأولى، التصنيف الحدّي لعناصر التشريع بين منطقتي التقدير والتقييد، رغم تأرجح سلطة المشرع بموجب الدستور بين التقييد والتقدير في كل عنصر، وهذه المشكلة تتعلق بالتوزيع. والثانية: عدم دقّة المصطلحات، فالمصطلحات التي اختارها لم تكن ألفاظها تعبّر عن المضامين التي قصدتها، بما أدى لالتباس بين المعنى المقصود في ذهنه، وبين المعنى المعقود في لفظه، وهذه مشكلة تتعلق بالتسمية.

وبذلك نكون قد نقضنا الفرضية القائلة بأنّ الانحراف الغائي لا يُتصرّو في غير منطقة التقدير، وخرجنا بفرضية بديلة مفادها أن الانحراف الغائي قد يقع في منطقة التقييد مثلما يقع في منطقة التقدير، وسنّرجي إثبات هذه الفرضية للفرع الثالث، وناقش التصرّو الطماوي في المبحث الآتي.

---

<sup>1</sup> وقد انتبه البعض إلى أنّ مخالفة الدستور- التي حصرها السنهوري في منطقة التقييد- قد تقع في منطقة السلطة التقديرية في كثير من الفروض، ومع ذلك تابعوا السنهوري في تقسيمه، فالكتور عبدالرحمن كحيل بعد أن وضع السلطة التقديرية في تعريف الانحراف وأكد على أن "الانحراف يختلف عن المخالفة الصريحة لنصوص الدستور بصفة كلية" أورد هامشاً يدلّ على انتباهه لعدم دقة هذا التقسيم، يقول فيه "بالرغم من وجود طرق أخرى احتياطية يُضى فيها بعدم دستورية النص وتكون الرقابة فيها على السلطة التقديرية للمشرع مثل الرقابة على التناسب في التشريع" وهذه الالتفاتة كان ينبغي الوقوف عندها وقفةً متأنية والاستدراك على السنهوري فيها، لكنّها بقيت حبيسة الهامش. يُنظر مؤلفه: الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقّه الإسلامي، مرجع سابق، ص44، هامش 1.



## المطلب الثاني

### مناقشة التصور الطماوي لمنطقة الانحراف الغائي

على غرار التصور السنهوري؛ يقوم التصور الطماوي على التقسيم والتوزيع، فقد قسم سلطة الإدارة عمومًا إلى سلطتين مقيدة وتقديرية، فقرر بأن القانون ينتهج أحد طريقتين في إسناد الاختصاص للإدارة، فإما أن يفرض عليها ما ينبغي عليها فعله فتكون سلطتها مقيدة، وإما أن يترك لها هامش حرية لاختيار الطريقة التي ترتئها في تنفيذ القانون فتكون سلطتها تقديرية<sup>1</sup>، وقد تبعه السنهوري في تقسيم مناطق السلطة، فمقاس سلطة المشرع على سلطة الإدارة على نحو ما مضى.

لكن عند توزيع عناصر التشريع الإداري على مناطق السلطة؛ كان توزيع الطماوي مختلفًا عن التوزيع الذي تبناه السنهوري فيما بعد، فالطماوي يرى أن منطقة التقييد في سلطة الإدارة تتعلق بالاختصاص والشكل والغاية، أما منطقة التقدير فتتجسد معالمها في السبب والمحل حصراً.

إذ يعبر الطماوي عن ذلك بقوله: "فيما يتعلق بركني الشكل والاختصاص فلا حرية للإدارة بالنسبة إليهما... أما ركن الغاية فهو الحد الخارجي للسلطة التقديرية وبهذا المعنى يكون هذا الركن من عناصر التقييد في القرارات الإدارية. وإن فلا يبقى إلا ركن السبب والمحل، وفيهما تتجسد أبرز معالم السلطة التقديرية<sup>2</sup>". فهذا هو التصور العام لدى الطماوي عن تقسيم مناطق سلطة الإدارة وتوزيع عناصر القرار الإداري على كل منطقة، وبهذا التوزيع يكون عنصر الغاية من عناصر التقييد وليس من عناصر التقدير، وهو يعزز ذلك عند قوله بأنه في عنصر الغاية "تختفي السلطة التقديرية تمامًا فالقاعدة أنه لا حرية في تحديد الغرض<sup>3</sup>".

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 41-42. وكذلك كتابه: النظرية العامة للقرارات الإدارية،

1991، ط6، ص 30-31. وكذلك: مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ج3، ص 152.

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 51. وكرر ذلك في: ص 268.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 61.

الذي ينظر في تقسيم الطماوي وتوزيعه؛ يتوقع منه أن يجعل عيب الانحراف متعلقًا بالسلطة المقيدة، لأن الانحراف منصبٌ على الغاية دون بقية العناصر، ولأن سلطة الغاية في الإدارة - وفق تصوّره - لا تكون إلا سلطةً مقيدة، فالمفترض بناءً على ذلك أن الانحراف يكون في منطقة التقييد بما أن سلطة المشرع في الغاية لا تكون إلا في تلك المنطقة، لكن الطماوي يُفاجئ هذا التوقع بتعريفه الانحراف على أنه "عيب ينصب على ركن الغاية من القرارات الإدارية ولا يكون ذلك إلا إذا كانت سلطة الإدارة تقديرية<sup>1</sup>". وهو يعزّز هذا المعنى في مؤلفٍ آخر، إذ يقول بأن "الإدارة ليست حرة في اختيار الغاية من تصرفاتها، بل عليها أن تلتزم الغرض الذي رسمه المشرع لكل اختصاص يضعه بين يدي الإدارة، فإذا ما جاوزت الإدارة هذا الهدف إلى سواه ولو كانت حسنة النية أصبحت قراراتها مشوبة بعيب الانحراف بالسلطة<sup>2</sup>".

هذا التعريف للانحراف فيه تناقضٌ - لا تُخطئه العين - مع التوزيع الذي تقدّم، فكيف ينصبُّ الانحراف على الغاية، وتكون سلطة الإدارة في الغاية مقيدة، ثم لا يُتصور الانحراف إلا في منطقة السلطة التقديرية؟

إن النتيجة المنطقية لذلك هي أن الانحراف لا يمكن أن يقع أصلاً، فالقول بأن الانحراف لا يقع في غير منطقة التقدير يعني أنه لا يقع في منطقة التقييد، وإذا كان الانحراف لا يقع في منطقة التقييد فإنه لن يقع في الغاية لأن سلطة الإدارة في الغاية مقيدة لا تقدير فيها، وإذا كان لا يمكن أن يقع في الغاية لأنه لا سلطة تقديرية في الغاية ولأن الانحراف منحصرٌ في السلطة التقديرية، فإن الانحراف بذلك لا يمكن أن يقع.

هذا هو اللزام المنطقي للبناء الذي اعتمده الطماوي في هذه المسألة.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 625.

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 74.

ويمكن استيعاب هذه النتيجة بالمعادلة المنطقية الآتية:

- المقدمة الأولى: سلطة الإدارة في الغاية لا تكون إلا سلطةً مقيدة<sup>1</sup>.
- المقدمة الثانية: الانحراف لا يقع إلا في عنصر الغاية<sup>2</sup>.
- المقدمة الثالثة: الانحراف لا يقع إلا في منطقة السلطة التقديرية<sup>3</sup>.
- النتيجة اللازمة منطقيًا: الانحراف لا يمكن أن يقع.

ولا شك أن هذه النتيجة ليست النتيجة التي قصدتها الطماوي بأي حالٍ من الأحوال، لكن الأفكار التي بنى عليها تصوّره تُفضي لهذه النتيجة بالضرورة المنطقية، وربما لذلك لم يتبع السنهوري نهج الطماوي في جعل سلطة المشرع في الغاية سلطة مقيدة، وقرّر بدلاً من ذلك أن سلطة المشرع في الغاية تقع في منطقة السلطة التقديرية تلافياً لهذا التعارض في بناء تصوّره، فلو تبع السنهوري قول الطماوي في أن سلطة المشرع في عنصر الغاية مقيدة لوقع في التناقض ذاته.

وكان الطماوي قد قطع السبيل إلى احتمال وقوع الانحراف الغائي في منطقة التقدير، إذ لم يجعل مجالاً لوجود سلطة تقديرية في الغايات بقوله أن "السلطة التقديرية تختفي تمامًا" عند تحديد الغاية من القرار الإداري، وتأكيداً لهذا الموقف كان قد فصل في خضوع الإدارة عند تحديد الغايات لنوعين من القيود، أحدهما سلبي يتمتع معه على الإدارة أن تستهدف ما يخرج عن المصلحة العامة، وآخر إيجابي يتمثل في التزام الإدارة بتحقيق الهدف المخصص<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 61. النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 74.

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 25-69.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 625.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 72-74.

لكنّ الذي فات الطماوي هو أنّ هذه القيود لا تخلو من مساحات للتقدير، فهي قيود مفتوحة بطبيعتها وليست قيوداً مغلقة، فالقيد السلبي ينطوي في مضمونه على سلطة تقديرية بحكم نسبية مفهوم المصلحة العامة ويمنح الإدارة قدرًا من الحرية في تحديد وجه المصلحة العامة<sup>1</sup>، وهو ما يُبطل إطلاق القول بأن سلطة المشرع في الغاية سلطة مقيّدة، فسلطة الإدارة في الغاية لا تتمحّض للتقييد بل تتراوح بين التقدير والتقييد، وهو ما يعني أن السلطة التقديرية في الغاية لا تختفي تمامًا<sup>2</sup>.

والأمر لا يستقيم كذلك بالنسبة للقيد الإيجابي، فحين يُفرض على الإدارة اتباع أهداف بعينها فإن مؤدى ذلك عدم صحّة إطلاق القول بأن سلطة المشرع في الغاية سلطة تقديرية، ففي بعض الحالات لا حرية للإدارة في اختيار الهدف، بل ينبغي عليها اتباع الهدف المخصّص، فسلطتها في ذلك مقيّدة، وإن هي حادت عن الغايات المطلوبة فإنها تقع في الانحراف لحيدتها عن الغاية التي أوجبها القانون. فكلا القيدين فيهما تقدير بما ينفي إطلاق حصر الغاية في منطقة دون أخرى. لهذا، لم يَغفل الطماوي عن ضرورة تكييف خروج الإدارة عن الغاية المخصّصة وهو انحراف أم غير ذلك، لكنه لم يحسم هذه المسألة بوضوح، فلقد هيمن التناقض بين عباراته، فتارةً كان يعتبر تجاوز الغاية المخصّصة انحرافاً، وتارةً يرفض اعتبارها انحرافاً ويصنّفها على أنها مخالفة للقانون. حيث يقول مُثبِّتاً وصف الانحراف على تجاوز الغاية في منطقة السلطة المقيّدة: "كل عملٍ مشوب بعيب الانحراف، لا بد أن يهدف إلى غرضٍ يجانب المصلحة العامة. في حين أننا قد أوضحنا،

---

<sup>1</sup> شادي محمد صلاح عبدالبيدع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 217.

<sup>2</sup> وقد انتبه لذلك الدكتور شادي عبدالبيدع لدى حديثه عن السلطة التقديرية في الغاية، إذ يقول في موضع "المشرع يتمتع بسلطة مقيّدة في هذا الشأن حيث يستوجب عليه أن تكون الغاية من وراء إقرار أي تشريع هي تحقيق المصلحة العامة، إلا أن المشرع يتمتع بحرية تقدير واسعة في بيان وتحديد المصلحة العامة" ثم في موضع لاحق ينتهي إلى خلاصة مفادها أن "المشرع يتمتع فيما يتعلق بركن الغاية بسلطة تقديرية واسعة في تحديد مفهوم المصلحة العامة" لكنه رغم هذا الاعتراف بتراوح سلطة المشرع في الغاية بين التقيد والتقدير كان قد تأثر بالموجة الفقهية التي نادى بأن عيب الانحراف الغائي لا يُتصوّر في غير منطقة السلطة التقديرية، فقد رفض تماماً أن يكون عيب الانحراف واقعاً في منطقة السلطة التقديرية للغاية. يُنظر: المرجع نفسه، ص 217، 220، 522.

أن القرار الإداري قد يعتبر معيباً، حتى لو أريد به تحقيق نفع عام، وخير مشترك، وذلك إذا ما كان مخالفاً لقاعدة "تخصيص الأهداف"<sup>1</sup> كما يقول بتعبيرٍ أصرح من السابق "نظرية الانحراف في وضعها الحالي لا تفترض دائماً سوء النية، فقد تهدف الإدارة إلى تحقيق أغراض الجماعة ولكنها مع ذلك ترتكب هذا العيب، إذا ما خالفت تخصيص الأهداف"<sup>2</sup>. فهذا المقطع يثبت بما لا يدع مجالاً للشك أن مخالفة الإدارة للغايات في مجال السلطة المقيدة تُعدُّ انحرافاً عند الطماوي.

لكنه في موطنٍ آخر نفى ذلك تماماً، وأثبت نقيضه، فقد رفض تسمية مخالفة الغاية في منطقة السلطة المقيدة انحرافاً، مؤكداً أن "عيب الانحراف هو عيب ملازم لفكرة السلطة التقديرية. أما حيث تكون سلطة الإدارة محدّدة، واختصاصها مقيداً، فإن عيب الانحراف لا يمكن أن يثور، بل لا يمكن تصوّره" ثم ضرب مثلاً على ذلك بقوله "إذا حدد القانون الشروط اللازمة، والتي تكفي للحصول على ترخيص معين، فإن سلطة الإدارة تكون محددة... فإذا ما رفضت الإدارة طلباً لفرد قد استوفى الشروط، فلن يكون عيب الانحراف هو الذي شاب قرارها بالرفض أيّاً كانت بواعثها، ولكن عيب مخالفة القانون بمعناه المتفق عليه"<sup>3</sup>.

وهذا المثال لا يزيح الارتباك في عبارته - الناقضة لوجهة نظره الأولى - بل يُعمِّقه، خصوصاً وأنه بعد ذلك قد دافع عن فكرة أن الانحراف هو وجه من أوجه مخالفة القانون وليس عيباً مستقلاً بذاته، فقد قرّر أن "عيب الانحراف يندرج تحت مخالفة حرفية القانون حينما يحدّد القانون هدفاً مخصصاً على الإدارة أن تقصده دون غيره"<sup>4</sup>. عوضاً عن أن الطماوي كان قد نقض مثاله بنفسه من خلال هامشٍ أرفقه، يقول فيه "ذلك أن عيب الانحراف.. يمكن اعتباره في النهاية صورة من صور مخالفة

---

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 85.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 111.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 80-81.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 104.

القانون. " فإذا كان الانحراف أحد صور مخالفة القانون، فإن عبارته التي تصرُّ على تسمية خروج  
المشرع في مجال السلطة المقيدة مخالفة للقانون وترفض تسميته انحرافاً؛ لا معنى لها.  
وإذا كان من خلاصة موجزة لكل ذلك التحليل فإن قول الطماوي بأن سلطة الإدارة في الغاية هي  
سلطة مقيدة؛ لا يمكن أن يستقيم مع قوله بأن الانحراف ينصبُّ على الغاية وأنه لا يقع في غير  
منطقة التقدير، فأحد العبارتين لا تصحُّ بالضرورة، وفي تقديرنا أن كليهما لا يستقيم، فلا سلطة  
الإدارة مقيدة بالمطلق ولا وقوع الانحراف الغائي منحصراً في السلطة التقديرية للغاية، والرأي  
الصوابُ في تقديرنا أن سلطة المشرع في تقدير الغايات تتراوح بين التقييد والتقدير بحسب الأحوال،  
وإذا اتفقنا على أن الانحراف ينصب على عنصر الغاية وكانت الغاية متراوحة بين التقييد والتقدير،  
فإن الانحراف قد يقع في منطقة السلطة المقيدة للغاية كما قد يقع في منطقة السلطة التقديرية للغاية  
على حدِّ سواء.

ولقد حاولتُ استخلاص الأسباب التي قادت الطماوي إلى حصر الانحراف في منطقة السلطة  
التقديرية رغم عميق وعيه بإمكان وقوع الانحراف في منطقة السلطة المقيدة كما هو ظاهرٌ في  
طبّيات مؤلفه؛ ويمكن إرجاع ذلك إلى سببين:

**السبب الأول** - تداخل العناصر الموضوعية للتشريع في وعي الطماوي رغم حرصه في بداية مؤلفه  
على التمييز بينها، وهذا التداخل يمكن التذليل عليه بمقطعين من كلامه، فهو بعد أن قرّر بأن  
سلطة الإدارة في تقدير الأسباب سلطة تقديرية وأن "عناصر السلطة التقديرية تنصب على السبب  
والمحل"<sup>1</sup> عدل عن قوله هذا مؤكّداً بأن الإدارة "لا يمكن أن تتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بقيام  
الوقائع التي تدخلت على أساسها، ولا فيما يتعلق بالتكييف القانوني لهذه الوقائع، بل تكون سلطاتها

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 268.

في ذلك محدّدة" ثمّ ترك هامشاً ضئيلاً لحرية الإدارة في ذلك الشأن بقوله "ولكنّها تتمتع بصفة عامة بحرية تقدير ما يحتمل أن يترتب على هذه الوقائع من تهديد للأمن والنظام العام<sup>1</sup>". فإن قيل إن العبارة الأولى على التغليب وأن الطماوي كان يقصد بأن سلطة الإدارة في السبب تكون تقديرية في الغالب ومن حيث الأصل؛ قلتُ إن ذلك لا يستقيم، لأن المقطع الثاني من كلامه قد قلب الأصل - الذي قعده في العبارة الأولى - إلى استثناء وقلب الاستثناء إلى أصل.

كما أنّه فيما يتعلق بخروج المشرع عن المحل في منطقة التقدير كانت الحيرة جلية في بعض عباراته التي جانبها الوضوح، إذ يقول "بالنسبة لمحل العمل يوجد في الحقيقة عيبان بحسب الأحوال: عيب مخالفة القانون إذا كان سلطان الإدارة مقيدا. وعيب الانحراف إذا كانت سلطتها تقديرية" وما يلبث أن يؤكّد بهذه العبارة على وقوع الانحراف في منطقة السلطة التقديرية للمحل حتى يستدرك بنقض هذه العبارة في الجملة التالية، فيقول: "وليس معنى ذلك أن عيب الانحراف ينصب على المحل في هذه الصورة، ولكن معنى ذلك أن عيب مخالفة القانون لا يقوم إلا في حالة السلطة المقيدة<sup>2</sup>" وهذه العبارة مغرقة في الغرابة، فإلى جانب تناقضها مع العبارة التي تسبقها فإنها تترك سؤالاً ملحاً: إذا لم يكن خروج المشرع في منطقة السلطة التقديرية للمحل يسمّى انحرافاً ولا مخالفة للقانون، فماذا عساه أن يكون؟ لا نجد إجابة واضحة منه في هذا الشأن.

ولأجل هذا التداخل لا يمكن تفسير كلام الطماوي بأنّه كان يرى المحل والسبب مداخل للانحراف كونهما يجسدان السلطة التقديرية، وأن حدّ التقدير هو الغاية التي تكون السلطة فيها مقيدة<sup>3</sup>، فهذا الاحتمال ينتقض أولاً لجعله الانحراف مرتباً بالغاية دون السبب والمحل، وينتقض ثانياً لأن

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص55.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص103.

<sup>3</sup> أثّر هذا الاحتمال عند مناقشة الأمر مع مشرف هذه الأطروحة الدكتور حسن السيد، فأريت إيراده والرد عليه فيما لو خطر ببال.

الانحراف حينها سيكون واقعًا في مجال السلطة المقيدة لأن حد السلطة التقديرية هو الذي انتهك، فيكون الخلل في تجاوز قيد الغاية لا في تقديرها، وينتقض ثانيًا بالاقتراسات الماضية التي تثبت تقييده السلطة في عنصر السبب في معظم جوانبها، وكذلك تقييد عنصر المحل في بعض الجوانب، فلا يكون الاحتمال الأنف ممكنًا وفق ذلك.

ولا نريد أن نطيل الخوض في هذه المسألة لخروجها عن صلب موضوعنا، لكن الغرض من سؤق هذه الاستدلالات هو بيان التداخل الحاصل في وعي الطماوي بين عناصر التشريع الموضوعية. **السبب الثاني-** التحوّل القضائي الذي حصل في توجّه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فقد أبدى الطماوي ملاحظته بشأن اختلاف مسلك القضاء في أعمال قاعدة تخصيص الأهداف، فبعد أن كان المجلس يقضي بالانحراف متى جانبت الإدارة هذه القاعدة مهما كانت غايتها مشروعة وحتى لو كان بمقدور الإدارة تحقيق الغرض ذاته بطريقٍ آخر؛ تحوّل المجلس عن هذا المسلك فبات يُبقي على القرارات الإدارية التي تخالف قاعدة تخصيص الأهداف رغم وضوح عيب الانحراف فيها متى بدا له أن القرار يستهدف المصلحة العامة<sup>1</sup>.

وفي ذلك يقول الطماوي "بدأنا نرى المجلس يرفض إلغاء كثير من القرارات الإدارية بجانب قاعدة تخصيص الأهداف رغم وضوح عيب الانحراف" وهذه العبارة تتضمن إقرارًا من الطماوي بأن الانحراف يقع في منطقة السلطة المقيدة خلافًا لما كرّسه مرارًا في مؤلفه<sup>2</sup> فيكفي أن نقرأ عبارته الآنفة بخصوص تحوّل قضاء المجلس لنرى أن الانحراف يمكن تصوّره في مجال السلطة المقيدة. لكنّ الذي يبدو أنّ الطماوي قد تأثر في بناء تصوّره بهذا التحوّل القضائي، فحاول أن يوائم تصوّره النظري مع هذا التحوّل العملي، فعدول المجلس عن الاعتراف بقاعدة تخصيص الأهداف هو أحد

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، مرجع سابق، ص 75.

<sup>2</sup> يقول: "حيث تكون سلطة الإدارة محددة واختصاصها مقيدًا فإن عيب الانحراف لا يمكن أن يثور، بل لا يمكن تصوّره." ص 75، 79.



الدوافع الهامة التي حثته للقول بأن الانحراف لا يكون إلا في مجال السلطة التقديرية، لأن المجلس بهذا التحول قد أخذ بهذه القاعدة فعلاً، فمنع نفسه من إبطال القرارات الإدارية لوقوعها بالانحراف الغائي في منطقة التقييد<sup>1</sup>، والطماوي بدل أن يعقب على هذا التحول القضائي تبناه كمسلّمة، ففضى بأن الانحراف الغائي لا يقع في غير منطقة السلطة التقديرية رغم شدة تأكيده بأن سلطة الإدارة في الغايات لا تكون إلا سلطةً مقيدة، فكان أن وقع في التعارض الذي سبق بيانه.

وهنا نودُّ أن نبدي ملاحظةً منهجية نعتقد ضرورة الانتباه إليها في بناء النظريات والأفكار في ميدان القانون، وهي أن أحكام القضاء هي محلُّ للبحث وليست معياراً له، فالقضاء يخطئ ويصيب، شأنه شأن المشرِّع والفقهاء وكلِّ إنسان، ولما كان الحال كذلك فإنَّ جميع الاجتهادات القضائية ينبغي ألا يُحتذى بها إلا بعد تمحيصها، ولا يُسلّم لها لمجرد صدورها عن القضاء، فالتسليم لها ينبغي أن ينبع عن قيمتها الذاتية وليس عن قيمة مصدرها، إذ إنَّ القضاء ليس مرجعاً نهائياً للتظهير الفقهي، بل هو مادةٌ للبحث فإن أحسن بُني عليه، وأن أخفق عُدل عنه<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> ويؤكّد على هذه القاعدة الدكتور ماجد راغب بقوله: "فيما يتعلّق ببقية عناصر القرار الإداري الأخرى وهي الاختصاص والشكل والغاية، فالأصل أن القضاء الإداري يراقب مشروعيتها جميعاً... غير أن القضاء الإداري الفرنسي لم يحكم ببطلان القرارات الإدارية رغم ما بها من عيب في الاختصاص أو الشكل أو الغاية إذا كان اختصاص الإدارة بشأنها مقيداً، بحيث يكون القرار محل النزاع واجب الصدور على النحو الذي صدر به دون سلطة تقديرية في ذلك... فعييب الغاية أو انحراف السلطة ليس مبرراً للإبطال إذا كان مصدر القرار ملزماً أيّاً كان الأمر بإصدار القرار الذي أصدره." يُنظر مؤلفه: **القانون الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987، ص 566.

<sup>2</sup> يقول الفقيه عوض المر: "يتعيّن دوماً تأكيد أن القضاة في كل بلد يخطئون ويصيبون من خلال أحكامهم التي لا تبلور في واقع الأمر غير خبراتهم الاجتماعية التي لا تصدق نتائجها دوماً، وإن ظلّ تصحيحها وتقويم اعوجاجه، واجبا لا يجوز التغريط فيه." ويقول في موطن آخر: "ليس سائغاً في حكم العقل أن تظلّ السوابق القضائية عصية على التعديل، بالرغم من أن الذين صاغوها هم قضاة من البشر يصبون ويخطئون، فلا تكون أعمالهم جميعاً تعبيراً عن حقيقة لا تتبدّل." يُنظر كتابه: **الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية**، مرجع سابق، ص 77، 178.

وقد أقام الباحث القطري أحمد العمادي بحثه في مراجعة أحكام محكمة التمييز القطرية وتصحيحها على أساس ذلك، إذ يقول أن قضاة محكمة التمييز "يمثلون الحكمة من خلال المبادئ التي يتبنونها ويصدرونها في أحكامهم، إلا أنهم في نهاية المطاف بشر يصبون في أحكامهم وغير معصومين عن الخطأ وهذا ما دفعنا للبحث عن حلول في حال ما إذا أخطأت محكمة التمييز في أحكامها." يُنظر كتابه: **مراجعة أحكام محكمة التمييز القطرية وتصحيحها**، دار الوند، قطر، 2021.

### المطلب الثالث

#### الانحراف الغائي يقع في منطقة التقييد كما يقع في منطقة التقدير

قد يستغرب البعض عنوان هذا الفرع، إذ العُرف الفقهي<sup>1</sup> قد جرى مرارًا على أن الانحراف الغائي لا يُتصوّر في غير منطقة السلطة التقديرية للمشرّع، فكيف إذن يكون الانحراف الغائي واقعا في منطقة التقييد فضلاً عن تصوّره فيها؟

من هنا، كان لزامًا على من يدّعي خلاف ذلك أن يبرهن إمكان تصوّر وقوع الانحراف الغائي في منطقة التقييد، ثمّ إذا استطاع ذلك؛ وجبّ عليه أن يبرهن وقوع الانحراف الغائي في هذه المنطقة فعلاً على مستوى الواقع وليس على مستوى التصوّر فحسب، وأنا بذلك زعيم.

ذلك أن الانحراف الغائي قابلٌ للتصوّر في منطقة التقييد مثلما هو قابلٌ للتصوّر في منطقة التقدير، ويلزم لبرهنة ذلك إثباتٌ مقدّمتين: الأولى: أن سلطة المشرّع في الغاية تتراوح بين التقدير والتقييد. والثانية: أن الانحراف الغائي هو خروج غاية التشريع الأدنى عن الدستور.

متى صحّت المقدّمتان معًا تولّدت نتيجة مفادها أن الانحراف الغائي قد يقع في منطقة التقييد مثلما قد يقع في منطقة التقدير، وإذا اختلّت إحدى المقدّمتين فإن النتيجة تختلّ تبعاً باختلال مقدّماتها. أما المقدّمة الأولى فهي ثابتة بأكثر من طريق، فإذا سلكتنا الطريق الفقهي في إثبات تراوح سلطة المشرّع في الغاية بين التقدير والتقييد نجده لا يمانع هذه النتيجة، فصحیح أن الفقه ما فتى يُردّد عدم إمكان تصوّر الانحراف في منطقة السلطة المقيدة؛ إلا أن الفقه نفسه قد انشطر عند تحديد طبيعة سلطة المشرّع في عنصر الغاية بين من أصفاهها للسلطة التقديرية<sup>2</sup>، وبين من أصفاهها

<sup>1</sup> نقول العرف الفقهي، لأن أحكام القضاء الدستوري لم تحصر الانحراف على مخالفة الغاية في منطقة التقدير، كما لم تحصرها على مخالفة الغاية في منطقة التقييد، بل إن أحكام القضاء تصبّ في إثبات تراوح سلطة المشرّع ما بين التقدير والتقييد في مسألة الغاية.  
<sup>2</sup> السنهوري هو رائد هذا الفريق في بحثه: مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 65.

للسلطة المقيدة<sup>1</sup>، وهذا الانقسام الفقهي بشأن طبيعة سلطة المشرع في عنصر الغاية هو خير دليل على أن الغاية تتراوح بين التقييد والتقدير، فالرأيان يكمل أحدهما الآخر، والعلاقة بينهما علاقة تكامل لا تضاد، والاستغناء بأحد القولين عن الآخر يوقع في الحضر الخاطئ.

ذلك أن كل رأي بنى حكمه على استقراء نصوص الدستور، فمن ركز على القيود الغائية في الدستور وجد سلطة المشرع في الغاية سلطة مقيدة، ومن ركز على المساحات المتروكة في تقدير الغايات وجدها سلطة تقديرية، والصواب أن سلطة المشرع في الغايات تتراوح بين التقييد والتقييد، والفيصل في ذلك هو النص الدستوري نفسه، فإذا اشتمل على غايات مطلوبة- سواء كانت غايات مخصصة أو غايات لازمة- فإن سلطة المشرع تكون مقيدة، وإذا ترك النص للمشرع حرية اختيار غاية من بين الغايات المشروعة فإن سلطته تكون سلطة تقديرية، وبصحة ما مضى يكون القول بأن سلطة المشرع في عنصر الغاية تتراوح بين التقدير والتقييد؛ لا غبار عليه.

ثم إذا سلطنا الطريق القضائي في إثبات هذه المقدّمة، فإنه يعزّزها، فليس في أحكام القضاء ما يحصر سلطة المشرع في عنصر الغاية على أحد المنطقتين، وعبارات المحكمة الدستورية العليا وإن كانت تجعل الأصل في سلطة المشرع سلطة تقديرية إلا أنها لم تطلق هذا القول إلا وذيلته بعبارة احترازية تؤكد أن سلطة المشرع محكومة بالقيود الدستورية، وهذا الاحتراز شاهد عيان من المحكمة على أن خروج المشرع عن الغايات المطلوبة دستورياً قد يوقعه في مغبة الانحراف الغائي. وصحيح أنّ حديث المحكمة الدستورية العليا يتناول السلطة التقديرية للمشرع عموماً وليس في عنصر بعينه، لكنّها لطالما جعلت الغايات قيوداً على السلطة التقديرية، وهذه سمة بارزة في أحكامها المتعاقبة، إذ جعلت غايات التشريع مرهونةً بحدود دستورية، فقضت بأن "القيود التي

---

<sup>1</sup> يوسف عبدالفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 64، 284.

يفرضها الدستور على المشرع هي التي تحدد نطاق السلطة التقديرية التي يملكها<sup>1</sup> وهذه عبارة دقيقة تقبت أن الدستور هو مناط الحسم في ترسيم مناطق التقدير والتقييد لسلطة المشرع. وأكّدت المحكمة على ذلك بعبارات أدق عزّزت بها أن ميزان المصالح وما يحيط بتنظيمها من قيود لا يعود لتقدير المشرع بل لحدود الدستور، فقضت بأنه "من غير المتصور أن يكون التقييد بنصوص الدستور عائدًا لمحض تقدير المشرع، ومحددًا على ضوء المصالح التي يستتسبها"<sup>2</sup> فهذا تقطع المحكمة الشك باليقين في أن المشرع خاضع لنصوص الدستور فيما يستهدفه من مصالح، فالقيود الدستورية لا تخضع لتقدير المشرع، وإنما تقدير المشرع هو الذي يخضع لها، كما أن القيود الدستورية لا تُحدّد على ضوء المصالح التي يسعى المشرع إليها وإنما يسعى المشرع إلى المصالح التي تتفق مع القيود الدستورية "ذلك أن القيد- في تطبيق أحكام الدستور- تعبير عن إرادة أعلى هي التي تستند السلطان التشريعية والتنفيذية إليها في تأسيسها، فإذا نشأتا وفق الدستور، فذلك لتباشر كل منهما وظيفتها في الحدود التي رسمها، فلا تتحلّل إحداها منها، وإلا كان ذلك تمرّدًا من جانبها على ضوابط حركتها التي استقام بها بنيانها"<sup>3</sup>. وهذا بيانٌ صريح بأن مدار السلطتين التقديرية والمقيدة يعود تأطير حدوده إلى الدستور أبدأ، وما المشرع إلا مُفَوَّضٌ بموجب الدستور لإنزال نصوصه منزل الواقع وإنفاذها.

وحتى حين تأثرت الأحكام القضائية بالموجة الفقهية التي سعت لتكريس أن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية "مطلقة" نجد المحكمة نقضت هذا المبدأ باستثناءٍ أوردته عليه، فقضت بأن "الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية مطلقة، لا يقيد بها إلا ضوابط محددة

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 116 لسنة 18 قضائية، 2 أغسطس 1997، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش | ر.ق.36805)

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

<sup>3</sup> المرجع نفسه.

يقررها الدستور وتُعدُّ تخومًا لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها<sup>1</sup> والصواب أنها سلطة تقديرية وليست سلطة مطلقة، إذ إن السلطة إما أن تكون تقديرية وإما أن تكون مطلقة، ولا يمكن للسلطة أن تكون تقديرية ومطلقة معًا، لأن السلطة المطلقة خارج القانون، بينما السلطة التقديرية داخل القانون، ولما كانت المحكمة قد أفصحت عن معالم هذه السلطة بتأكيداتها على تقيّد المشرع بالضوابط الدستورية فإن مرادها قد انصرف إلى أن المشرّع يتمتع بسلطة تقديرية، أمّا لفظ "المطلقة" فليس إلا تأثرًا بجانب الفقه الذي ردّد ذلك مرارًا، وإلا فإن المحكمة قد أكّدت على أطراد قضائها على تراوح سلطة المشرع بين التقدير والتقييد حين قرّرت بأن "قضاء هذه المحكمة قد تواتر على أن الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق ومنها حق العمل أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحدّد من إطلاقها<sup>2</sup>". فأحكام القضاء لا تكفّ عن التأكيد على أن سلطة المشرع لا تتمحّض للتقدير أو التقييد وإنما تتراوح بين ذلك وذلك.

أما المقدّمة الثانية فقد أنفقتنا فصلًا كاملًا لإثباتها<sup>3</sup>، غير أنه من المهم في هذا المقام الإشارة إلى مسألة جوهرية تتعلّق بمناط الانحراف تحديدًا، فتضارب التصوّرات الذي بيّناه في المطالب الآنف يرجع لعدم تحرير محل الانحراف، وهو منطقة التقدير أم عنصر الغاية؟

في تحرير هذه المسألة نقول: إما أن يكون مناط الانحراف الغائي هو الغاية، وإما أن يكون مناط الانحراف الغائي هو السلطة التقديرية. فإن كان الأول؛ فإن الانحراف حينها يتعلّق بالغاية ومن ثمّ يكون الانحراف متصوّرًا متى تخلّفت الغاية إن في منطقة التقدير أو التقييد. وإن كان الثاني، فإنّ الانحراف حينها يتعلّق بالسلطة التقديرية ومن ثمّ يكون الانحراف متصوّرًا في منطقة التقدير عمومًا

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 76 لسنة 29 قضائية، 1 أكتوبر 2007، برئاسة ماهر عبدالواحد. (ش.ق.ش | ر.ق. 297697)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 276 لسنة 24 قضائية، 13 مارس 2005، برئاسة ممدوح مرعي. (ش.ق.ش | ر.ق. 59476)

<sup>3</sup> يُنظر: الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الأطروحة، ص 284 وما بعدها.

سواء تعلّق بعنصر الغاية أو بأيّ عنصرٍ آخر من عناصر التشريع، فحينئذٍ يكون الانحراف متصورًا في المحل والسبب تمامًا كما يكون متصورًا في الغاية. فهذه اللوازم ثابتة عن كلّ افتراض.

أمّا القول بأن الانحراف الغائي ينحصر بالغاية وبالسلطة التقديرية معًا، فهو يعني حصر الانحراف الغائي في منطقة السلطة التقديرية للغاية وحدها، وهذا التحديد وإن كان ممكنًا من الناحية التصورية إلا أنه ليس مفيدًا من الناحية العملية، وهو يُبهم أكثر مما يُفهم. فإذا كان تجاوز الغايات في منطقة التقدير يسمّى انحرافًا غائيًا، فماذا يسمّى تجاوز الغاية في منطقة التقييد؟ إذا قيل مخالفةً للدستور، فما فرقه إذن عن خروج المشرع في منطقة التقييد في بقية العناصر؟ وكذلك بالنسبة لخروج المشرع في بقية العناصر في منطقة التقدير، لماذا لا يسمّى انحرافًا غائيًا؟ كلّ المسوّغات التي تُلصق بالغاية من كونها خفية ومستترة قد توجد في الأسباب أيضًا ومع ذلك لا نجد من يجعل الخروج عن الأسباب في منطقة التقدير انحرافًا غائيًا.

وتبرز مشكلة هذا التحديد حين يفرض الدستور قيودًا مفتوحة مثل العدالة الاجتماعية، فهذا القيد فيه مساحة تقدير، لكنّه قيدٌ في نهاية المطاف، فهل يعد خروج المشرع عندئذٍ انحرافًا غائيًا؟ إن قلنا نعم فإننا نقبل ضمنيًا القول عن خروج المشرع بالغاية في منطقة التقييد انحرافًا غائيًا، بما ينقض ذلك التحديد. وإن قلنا لا ثار سؤال حوال تسمية هذا الخروج؟ فإن قيل بأنه مخالفة للدستور فإننا نقبل ضمنيًا تسمية مخالفة التشريع في مجال التقدير مخالفة للدستور، فتختلط المسميات بذلك، ما يجعل هذا المسلك مُفضٍ إلى اللبس والشتات بدل التحديد والثبات.

من أجل ذلك، نرفض جعل منطقة التقدير محلاً للانحراف الغائي، لأن لوازم ذلك - كما أثبتنا - تعقّد الأمر بدلًا من حلّه، وندعو إلى أن يُخلّص مناط الانحراف الغائي في عنصر الغاية تحديدًا، سواء كان خروج المشرع عن الغاية في منطقة التقدير أو كان في منطقة التقييد.

## المبحث الثاني

### الانحراف الغائي في منطقتي التقدير والتقييد

بالنسبة لعملية التقسيم فإننا نتفق مع الفقيهين الكبيرين - الطماوي والسنهوري - في أن سلطة المشرع عمومًا تنقسم إلى مقيدة وتقديرية، فهذا التقسيم نشاطهم فيه الرأي، أما بالنسبة لتوزيع عناصر التشريع على المنطقتين فقد سبق بيان المآخذ التي اكتنفت التوزيع الذي تبناه كلٌّ منهما. وإذ انتهينا من عملية التفكير آن لنا أن نشرع في البناء، حيث نتبى موقفًا يرفض التوزيع الحدي للعناصر الخمسة على المنطقتين، فكل عنصر من عناصر التشريع تتراوح فيه سلطة المشرع ما بين التقييد والتقدير، وحكر عنصر على أحد المناطق لا يسلم من المشاكل العملية<sup>1</sup>. وقد اتضح كيف أن إطلاق القول بأن سلطة المشرع في الغاية سلطة مقيدة هو قول متطرف في نتائجه، تمامًا كما أن إطلاق القول بأن سلطة المشرع في الغاية سلطة تقديرية هو قول متطرف بالقدر ذاته، والصواب في تقديرنا أن سلطة المشرع في الغاية تتراوح بين التقدير والتقييد. وحتى لا يكون الكلام لغوًا فإن مسعى هذا المطلب إثبات وقوع الانحراف عمليًا في المنطقتين، وقد رأينا تقسيم مطالب هذا المبحث إلى عدة فروض لتبسيطها وتعميق فهمها، ولم نكتف بمجرد الأمثلة النظرية التي يجترها الخيال، وإنما سعينا جهدنا لأن يكون المثال واقعيًا من أحكام القضاء الدستوري. من أجل ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

- المطلب الأول/ فروض الانحراف الغائي في منطقة التقدير
- المطلب الثاني/ فروض الانحراف الغائي في منطقة التقييد

---

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أن الطماوي كان واعيًا بفكرة تراوح عناصر التشريع بين التقييد والتقدير، لكنه قصر هذا التراوح بين العناصر الخمسة دون العنصر الواحد، إذ يقول بأن "السلطة التقديرية والسلطة المقيدة تتداخلان معًا باستمرار وأن حرية الإدارة بالنسبة للقرار الواحد تختلف باختلاف العنصر الذي ننظر إليه" لكن هذا التداخل لا يمتد للعنصر الواحد، فوق تصور ثمة "عناصر مقيدة باستمرار وهي عناصر الاختصاص والشكل والغاية". يُنظر: النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 718.

## المطلب الأول

### فروض الانحراف الغائي في منطقة التقدير

يمكن تعريف منطقة تقدير الغاية بأنها: المساحة التي يمنح فيها الدستور للمشرع صلاحية الاختيار من بين مختلف الغايات المشروعة. ويملك المشرع في هذه المنطقة صلاحية المفاضلة بين المصالح العامة المشروعة تقديمًا وتأخيرًا، على أن يبني اختياره لمصلحة ما على أسس منطقية لا تتعارض مع الدستور<sup>1</sup>.

ولا تتعلق الرقابة على الغاية في منطقة التقدير بالقيود التي تحفُّ هذه المنطقة، لأنه إذا كانت الرقابة على تلك القيود فإننا نكون قد خرجنا من منطقة التقدير ودخلنا في منطقة التقييد فتكون الرقابة حينئذ على منطقة التقييد لا على منطقة التقدير. فشرطُ الرقابة على منطقة التقدير أن تتعدّد النتائج التي يمكن للمشرّع استهدافها مع مشروعية جميعها من حيث الأصل.

والغايات المشروعة ليست على درجة واحدة، فنمّة غايات مطلوبة دستوريًا وثمّة غايات مقبولة دستوريًا، فأما الغايات المطلوبة فهي تلك التي أوجبها الدستور تخصيصًا أو لزومًا، وأما المقبولة فهي التي لم يطلبها الدستور لكنه لم يمنع من تحقيقها.



الشكل (2)

<sup>1</sup> شادي محمد صلاح عبدالبديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 217.



ولمّا كانت منطقة التقدير تتعلق بحرية الاختيار فإن الرقابة على السلطة التقديرية لا تثور إلا عند تعارض المصالح المشروعة فيما بينها، أما إذا كانت جميع المصالح المشروعة مستوفاةً باتّساق فلا مجال للحديث عن الرقابة على الغاية في منطقة السلطة التقديرية. فهذه الرقابة تتعلق بأحوال التعارض التي يلجأ فيها المشرع لتقديم مصلحة مشروعة على حساب مصلحةٍ أخرى مشروعة، حيث لا يكون الجمع بين المصلحتين ممكنًا، فيمارس سلطته في التقدير عن طريق اختيار المصلحة التي يعتقد أنّها الأولى بالرعاية<sup>1</sup>.

والمشرع إذ يباشر عملية التفاضل هذه قد يمارسها بحسن نية وقد يمارسها بسوء نية، ويكون الأمر بحسن نية حين يثبت أن إهدار المصلحة الثانية هو نتيجة عرضية لحفظ المصلحة التي اعتقد المشرع أولويتها، بينما يكون بسوء نية إذا ثبت أن إهدار المصلحة الأخرى كان نتيجةً مقصودة لذاته أو لغيره، وليس مجرد نتيجة عرضية. وعليه، ينقسم هذا المطلب لفرضين: الأول هو الانحراف الغائي في منطقة التقدير بحسن نية، والثاني هو الانحراف الغائي في منطقة التقدير بسوء نية:

#### الفرض الأول- الانحراف الغائي في منطقة التقدير بحسن نية

يقوم هذا الفرض لدى تعارض مصلحتين مشروعتين دستوريًا بحيث يكون تحقّقهما معًا غير ممكن، فلا توتى إحداهما إلا بزوال الأخرى أو بالانتقاص منها، فيتدخل المشرع بما له من سلطة تقديرية مُعليًا إحدى المصلحتين على الأخرى اعتقادًا منه بأولويتها وهي ليست كذلك بمعيار الدستور، فينصرفُ قصده لحفظ المصلحة التي يعتقد أنها الأجدر بالحفظ على حساب المصلحة الأخرى، فيكون هذُرُ المصلحة الأخرى نتيجةً عرضيةً وليس نتيجةً مقصودةً بذاتها أو لغيرها.

---

<sup>1</sup> أشار لسلطة المشرع في تقدير المصلحة الأولى بالرعاية من بين جميع المصالح المشروعة كلٌّ من: يوسف عبدالمحسن عبدالفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 286. وكذلك: شادي عبدالبيدع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 217.

وفي هذا الفرض عادةً ما يسعى المشرع لوضع ضمانات عملية تدرأ التعارض بين المصلحتين المشروعتين ابتداءً أو تخفّف من آثار هدر المصلحة المتعارضة معها، بحيث يكون هدر المصلحة الأخرى نتيجة عرضية لا يمكن الانفكاك منها وإن أمكن التخفيف من آثارها.

ولا يمكن أن يولد عن هذا الفرض عيب إساءة استعمال السلطة، لأن عيب إساءة استعمال السلطة متوقّف على سوء النية، وقوامُ هذا الفرض هو حسن نية المشرع، إذ إنّ الدافع هو الرغبة في حفظ المصلحة التي يعتقد المشرّع أولويّتها، أما هدر المصلحة الأخرى فتلك نتيجة عرضية لم يتّجه قصد المشرّع إليها ابتداءً، أما لو ثبت بأن الباعث هو هدر المصلحة الأخرى فإن الانحراف الغائي في هذه الحالة يكون بسوء نية وهو الفرض الثاني الذي سوف نناقشه فيما بعد.

إذن، مناط حسن النية في هذا الفرض هو اعتقاد المشرّع - خطأً - بأولوية مصلحة على أخرى خلافاً لمقتضى الدستور، والطاعن بالدستورية في هذا الفرض لا يتعرّض لنوايا المشرع البتّة، وإنما يطعن على تقديم المشرّع نتيجة نهائية مشروعة على نتيجة نهائية هي الأخرى مشروعة دستورياً، فقوام هذا الفرض شرطان:

**الشرط الأول - أن يحصل تعارض بين مصلحتين مشروعتين دستورياً:** وهذا الشرط مهمٌ للغاية في تحديد منطقة الانحراف الغائي، فلا يمكن الحديث عن الانحراف الغائي في منطقة التقدير ما لم يتم التعارض بين مصلحتين كلاهما مشروع دستورياً، أمّا إذا كان التعارض بين مصلحة مشروعة وأخرى غير مشروعة ثم عدّل المشرع عن تحقيق المصلحة المشروعة لتحقيق مصلحة غير مشروعة فإن انحرافه بالغاية يكون في منطقة السلطة المقيدة وليس في منطقة السلطة التقديرية، ذلك أنّ منطقة التقدير مناطها أن يكون للمشرع خيار، وحيث تكون المصلحة غير مشروعة فلا خيار للمشرع أصلاً، لأنه مقيدٌ دائماً بعدم توخّي المصالح غير المشروعة، وإذا انعدم خيار المشرع كانت سلطته مقيدة فلا يكون الحديث عن منطقة التقدير وارداً من الأساس.

ويحصل أن يعتقد المشرع بأنه يملك الخيار وهو لا يملكه، كما يحصل أن يعتقد المشرع مشروعية مصلحة غير مشروعية، وفي هذه الأحوال تكون العبرة بحقيقة الواقع لا بوهم المعتقد، إذ يكون الانحراف الغائي واقعاً في منطقة التقييد حتى وإن اعتقد المشرع أنه يتصرف في منطقة التقدير. وتمثيلاً لاعتقاد المشرع بتمتعه بالخيار على خلاف الحقيقة؛ أن يعتقد بأن لديه سلطة تقديرية في ترتيب نتيجة عدم التعويض عند نزع الملكية، فهذا الاعتقاد الخاطئ لا يغير حقيقة أن سلطة المشرع في هذا الشأن مقيّدة، فالدستور يفرض على المشرع ترتيب التعويض كنتيجة نهائية لنزع الملكية ولا خيار له في ذلك أبداً<sup>1</sup>، فإن خالف المشرع ذلك لاعتقاده بأنه يملك الخيار في ترتيب التعويض أو عدمه فإن اعتقاده الخاطئ لن يجعل الانحراف الغائي واقعاً في منطقة السلطة التقديرية، وإنما يبقى الانحراف الغائي هنا واقعاً في منطقة التقييد.

وتمثيلاً لاعتقاد المشرع بمشروعية مصلحة معينة وهي غير مشروعية دستورياً؛ أن يعتقد المشرع بأن إخضاع القضاء لرقابة حكومية مشروع بموجب الدستور، فهذا الاعتقاد مرفوض بمعيار النص الدستوري الذي يفرض مبدأ استقلال القضاة<sup>2</sup>، فإذا تصرف المشرع على أساس ذلك الاعتقاد الخاطئ بأن أصدر تشريعاً يجعل القضاة خاضعين لأي رقابة حكومية اعتقاداً منه بمشروعية تلك المصلحة، فإن اعتقاده الخاطئ لا يغير من أن انحرافه الغائي واقع في منطقة التقييد لا في منطقة التقدير، فالعبرة بحقيقة الواقع لا بوهم المعتقد. إذن فخلاصة الشرط الأول أن يكون ثمة تعارض ما بين غايتين كلاهما مشروع دستورياً.

**الشرط الثاني - أن يقدم المشرع إحدى المصلحتين معتقداً - خطأً - أولويتها على الأخرى:** وهذا الشرط فيصل في تحديد نية المشرع، إذ ينبغي أن يكون اعتقاد المشرع خاطئاً، بحيث يخالف حقيقة

<sup>1</sup> المادة 35، دستور مصر 2014 المعدل 2019. يقابلها: المادة 27، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>2</sup> المادة 186، دستور مصر 2014 المعدل 2019. يقابلها: المادة 131، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

الواقع، فإذا لم يكن الاعتقاد الخاطئ بأولوية إحدى المصلحتين هو الباعث لهدر المصلحة الأخرى فما الباعث المشروع إذن؟ كل سببٍ آخر سوى الاعتقاد الخاطئ يقودنا للفرض الثاني المتعلق بسوء نية المشرّع، ولهذا فإن هذا الشرط مهمٌ في تمييز هذا الفرض عن نظيره الذي سيأتي بيانه. ومن المهمّ بيان أن علاقة اعتقاد المشرّع بحقيقة الواقع لها ثلاثة احتمالات:

**الاحتمال الأول- أن يوافق اعتقاد المشرّع حقيقة الواقع،** بحيث تكون المصلحة التي قدّمها أولى بالفعل في ميزان الدستور، وحينئذ يكون التشريع سليماً من الناحية الدستورية ولا يوجد انحراف غائي، إذ إن المشرّع قد أدّى ما عليه وحقق أهداف الدستور بإعلاء المصلحة الأجدر بالرعاية، فيكون التشريع الصادر عنه دستورياً.

من ذلك تقديم المشرّع مصلحة الموظّفين في عدم التشهير بسمعتهم على مصلحة الأفراد في محاكمة الموظفين العموميين جنائياً<sup>1</sup>، حيث طُعن على النص الذي يحظر طعن المدعي بالحقوق المدنية في قرار النيابة العامة بالألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية بتهمة موجهة إلى أحد الموظفين أو المستخدمين العامين لجريمة وقعت منه أثناء تأديته لوظيفته أو بسببها لتمييزه بين المتّهمين، وقد رفضت المحكمة الدستورية العليا هذا الدفع، وأيدت تقدير المشرّع لأولوية مصلحة الموظفين في تحصين قرار النيابة العامة بالألا وجه لإقامة الدعوى الجنائية؛ على مصلحة المدّعين بالحقوق المدنية بالطعن على هذه القرارات ومحاكمتهم جنائياً، حيث قضت بأنه لما "كان النص... قد التزم اتجاه رد غائلة العدوان عن هؤلاء في مواجهة صور من إساءة استعمال الحق في التعويض عن الأضرار الناشئة عن الجريمة كوسيلة لملاحقة جنائية تقوم على أدلة متخاذلة أو يكون باعثها تلك النزعة الطبيعية- عند البعض- إلى التجريح، فإن المشرّع يكون قد رجح بالنص التشريعي المطعون

<sup>1</sup> المادة 210، قانون الإجراءات الجنائية رقم 150 لسنة 1950.

عليه مصلحةً أولى في تقديره بالاعتبار هي تلك التي يملئها الأداء الأقوم للوظيفة العامة دون تردّد يقعد بشاغلها عن الوفاء بأمانة المسؤولية المرتبطة بها، وتوقياً لخور يوهن عزائمهم، ويصرفهم عن النهوض بأعبائها، متى كان ذلك، فإن النص التشريعي المطعون عليه يكون قد توخى - وعلى ما تقدم - حماية الوظيفة العامة من مخاطر اتهام موجه إلى شاغلها لا يقوم على أساس سواء من ناحية الواقع أو القانون<sup>1</sup>. وهذا تقريرٌ من المحكمة لصواب تقدير المشرّع عند تعارض غايتين مشروعيتين.

**الاحتمال الثاني - أن يخالف اعتقاد المشرع حقيقة الواقع، وهذا الاحتمال يتفرع عنه احتمالان** بشأن حقيقة الواقع، فإما أن تكون الأولوية للمصلحة الأخرى وليس للمصلحة التي اعتقد المشرع خطأً أنها الأولى، وإما أن تكون المصلحتان متساويتان في الأهمية. وفي ما يلي نناقش كلّ احتمال:  
**1- أن تكون الأولوية للمصلحة الأخرى بموجب الدستور،** وحينئذ يكون الانحراف الغائي ظاهراً بما لا مجال معه للإنكار، وعادةً ما تُعرف الأولوية حين تكون أحد المصلحتين مطلوبةً دستورياً بمعنى أن الدستور يوجب تحقيقها، بينما تكون الثانية مصلحة مقبولة دستورياً بمعنى أن الدستور لا يوجب تحقيقها بيد أنه لا يمانع من ذلك، فكلتا المصلحتين تسبحان في إطار الشرعية، لكنّ المصلحة المطلوبة تتقلّد مكانةً أسمى من المصلحة المقبولة في ميزان الدستور، فعند التعارض ينبغي على المشرّع أن يقدّمها على الأخرى.

ويمكن التمثيل لذلك بالطعن على قانون يلزم المتهم بجريمة القذف بطريق النشر في إحدى المطبوعات أن يقدّم دليلاً على صحّة ما أسنده من أفعال إلى الموظف العام في غضون خمسة أيام كحدٍ أقصى وإلا سقط الحق في إقامة الدليل<sup>2</sup>، ففي هذا النص نجد التعارض قائماً بين

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 19 لسنة 8 قضائية، 18 أبريل 1992، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش.ر.م. 36543)

<sup>2</sup> المادة 123، قانون الإجراءات الجنائية رقم 150 لسنة 1950.

مصلحتين مشروعيتين؛ مصلحة الأفراد في تمكين حرية الرأي ومصلحة ذوي الصفات العامة في حماية سمعتهم، وهو ما يعني أن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية في الاختيار، لكن المشرع اعتقد خطأ أن المصلحة الثانية أجدر بالرعاية من الأولى على خلاف ما يقتضيه الدستور.

ذلك أن التعارض قائم بين مصلحتين إحداهما مطلوبة والأخرى مقبولة، فأما المصلحة المطلوبة فهي تمكين الفرد من حرية الرأي، إذ الدستور ينص على ذلك صراحةً. وأما المصلحة المقبولة فهي حماية ذوي الصفات العامة من المفترقات، فهذه المصلحة لا ينص الدستور عليها لكنه لا يمانع من تلبيتها. ولما كان التعارض ناشئاً بينهما فإن الواجب على المشرع عند إعمال سلطته التقديرية ألا يذهب بالمصلحة المطلوبة على حساب المصلحة المقبولة، ولهذا جاء الحكم موضحاً أن تمكين الرأي أولى من حماية ذوي الصفات العامة، وأنه لا ينبغي إهدار المصلحة المطلوبة دستورياً "اتقاء لشبهة التعريض بالسمعة"<sup>1</sup>.

وقد يرد الاعتراض على ما مضى بأن سلطة المشرع مقيدة بتحقيق الغاية المطلوبة وأنه لا خيار له في تحقيق الغاية المقبولة بما معناه أن الفرض يصب في منطقة التقييد لا التقدير، غير أن هذا الاعتراض مردودٌ عليه بأن المشرع في هذا الفرض لا يتجاوز إطار الشرعية الدستوري فهو يسعى لتحقيق مصلحة مقبولة دستورياً، لكن تعارضها مع المصلحة الأجدر بالتحقيق هو الذي أدى لعدم الدستورية، وليس خروجه عن إطار الشرعية، فهو لا يزال متمتعاً بخيار استهداف مصلحة ذوي الصفات العامة في حماية سمعتهم عن طريق الوسائل الأخرى التي لا تذهب بالمصلحة المطلوبة دستورياً، وما دام لديه خيار فإنه يبقى في منطقة التقدير، أما في منطقة التقييد فإن خروج المشرع يتعلق بخروجه عن إطار الشرعية الدستورية بأكمله، وهو فارقٌ جوهري سيأتي تفصيله.

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 37 لسنة 11 قضائية، 1992، ر. عوض المر، حكم سابق.

2- أن تكون المصلحتان المتعارضتان متساويتين في الأولوية بموجب الدستور: ويستوي في ذلك أن يكون التساوي بين مصلحتين مطلوبتين دستوريًا أو مصلحتين مقبولتين دستوريًا، وفي هذه الحالة ينظر القاضي في مدى اتخاذ المشرع كافة المجالات التوفيقية، ويبسط رقابته على عناصر الموازنة ومدى مراعاة المشرع لكافة السبل في التوفيق بين المصلحتين.

كان ذلك في الطعن على قانون بدوى ترتيبه نتيجة حرمان موظفة من وحدات السكن الإداري في جهة العمل بعد إحالتها إلى التقاعد دون توفير سكنٍ بديل<sup>1</sup>، حيث ارتأت الطاعنة بأن ذلك يخالف غايات الدستور التي أوجبت على الدولة كفالة الحق في المسكن الملائم بما يحفظ الكرامة الإنسانية ويحقق العدالة الاجتماعية، وكانت الطاعنة قد عابت على هذا النص إهدار التوازن بين مصلحة الجهة الإدارية في استرداد وحدات السكن الإداري ممن كانوا يشغلونها بعد انتهاء العلاقة الوظيفية، وحق أولئك في توفير سكن ملائم لهم، خصوصًا في ظل أزمة السكن التي استجدت بعد صدور هذا القانون، وحاججتُ بأن النص يخالف العدالة الاجتماعية وينطوي على انحرافٍ تشريعي لعدم توافقه مع الغايات التي نص الدستور عليها.

وكما هو ظاهر ثمة تعارض قائم بين مصلحتين مطلوبتين دستوريًا، ولم تدعِ الطاعنة سوء نية المشرع، لكنها طعنّت في تقدير المشرع للغاية الأجدر بالرعاية عند التعارض، حيث تمثلت الغاية الدستورية الأولى في مصلحة الجهة الإدارية في إخلاء المسكن بعد إحالة الموظف للتقاعد، أما الثانية فقد تمثلت في توفير مسكنٍ بديلٍ للموظف، وكلتا المصلحتين مشروعة، فالطعن إذن ينصب على السلطة التقديرية للمشرع في اختيار الغاية، إذ تدفع المدعية بأن تقديم مصلحة الجهة الإدارية على مصلحة الموظف المتقاعد في السكن قد شابه انحراف غائي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المادة 6، قرار رئيس الجمهورية رقم 2095 لسنة 1969.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 71 لسنة 41 قضائية، 4 يونيو 2022، برئاسة بولس إسكندر. (ش.ق.ش | ر.م 1200678)

لكن المحكمة ردت على الطاعنة طعنها بعد أن فحصت تقدير المشرع للغاية من التشريع منتهيةً إلى صواب تقدير المشرع للنتائج النهائية التي ينبغي أن يحققها التشريع، حيث قضت بأن "النص المطعون فيه، وإن رتب على انتهاء العلاقة الوظيفية، لأي سبب من الأسباب، إخلاء المنتفع من المسكن الإداري، إلا أنه منحه مهلة زمنية - ستة شهور - لإخلاء المسكن، حتى يتسنى له تدبير مسكن بديل، رغم علمه المسبق بأن انتقاعه بهذا المسكن مؤقت، ومرهون باستمرار العلاقة الوظيفية. وقد هدف المشرع بمنح العامل تلك المهلة إلى جانب التدابير المتقدمة، إلى تحقيق التوازن بين مصالح أطراف علاقة العمل سواء العامل أو الجهة الإدارية، بما يسهم في كمال سير المرفق العام بانتظام واطراد، من خلال توفير ظروف أفضل لأداء العامل ما يناط به من أعمال. بما مؤداه اتفاق الوسيلة التي أوجدها المشرع - استرداد الجهة الإدارية للمسكن الإداري - مع الغاية التي سعى لتحقيقها، وهي كفالة حسن سير أداء المرافق العامة للمهام الموكلة إليها<sup>1</sup>. " فبهذا المقطع بينت المحكمة أن المشرع قد وفق بين مصلحة الجهة الإدارية في إخلاء السكن، وبين مصلحة الموظف في إيجاد مسكنٍ بديل من خلال التدبير الذي يمنح الموظف مدة زمنية.

ثم التفتت المحكمة إلى أن السلطة الممنوحة للمشرع في هذا الصدد مرهونة بغاية عامة ذات نطاق يتعلق بحسن سير المرفق العام فالنتيجة النهائية التي ينبغي على المشرع استهدافها في المقام الأول تتمثل في تحقيق النتائج التي تصب في هذه الغاية العامة وليس تأمين المصالح الاجتماعية للأفراد، وهي هنا تشير لفكرة المصلحة الأولى في هذه القضية تحديداً، حيث قضت بأن "تغليب المصلحة الخاصة للمنتفع بالمسكن الإداري الذي زال سبب انتقاعه به، يناهض في الأساس الغاية التي من أجلها خصص له هذا المسكن، ممثلة في ضمان حسن سير المرفق العام. ومن ثم، فإن قالة افتقاد

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.



النص المطعون فيه لضرورته الاجتماعية، وعدم مراعاته المصالح المتعارضة، والادعاء بأنه يشكل انحرافاً تشريعياً في تنظيم حق السكن، يكون فاقداً سنده<sup>1</sup>. " وهكذا راقبت المحكمة تقدير المشرع للغايات التشريعية، وانتهت في ذلك إلى تأييد تقدير المشرع بأن مصلحة الجهة الإدارية في تسيير المرفق العام أولى من مصلحة الموظف في التمتع بالسكن بعد انتهاء العلاقة الإدارية.

### الفرض الثاني- الانحراف الغائي في منطقة التقدير بسوء نية

مؤدى هذا الفرض أن يحصل تعارض بين مصلحتين مشروعتين دستورياً، فيقدم المشرع إحداها على الأخرى بقصد تحقيق غاية غير مشروعة، بحيث تظهر الغاية غير المشروعة كنتيجة عرضية لتقديم الغاية المشروعة، بينما تكون الغاية غير المشروعة في حقيقتها هي النتيجة الفعلية التي ابتغاها المشرع منذ البداية. وبهذا المعنى، يتضمن هذا الفرض غايات ثلاث: غاية ظاهرة شكلية، وغاية ظاهرة متروكة، وغاية خفية فعلية. حيث ينتهز المشرع التعارض القائم بين المصلحتين الظاهرتين، فيقدم إحداها ويُقصي الأخرى، غير أنه يسعى بذلك لتحقيق غاية خفية لا تظهر في النص، لكنّها هي الغاية الفعلية من حيث الواقع، بحيث يتخذ من الغاية الظاهرة الشكلية ستاراً لمواراة الغاية الفعلية، فلا تعدو الغاية الشكلية أن تكون غاية وهمية.

وعليه، هناك مصلحتان مشروعتان ظاهرتان في هذا الفرض؛ إحداها شكلية وأخرها متروكة، وهناك مصلحة غير مشروعة خفية هي المصلحة الفعلية. بعكس الفرض الأول الذي فيه مصلحتان مشروعتان ظاهرتان هما المصلحة الفعلية والمصلحة المتروكة، ولا توجد فيه مصلحة شكلية، كما لا توجد فيه مصلحة خفية، فالمصلحة الفعلية ظاهرة في الفرض الأنف، بعكس المصلحة الفعلية في هذا الفرض فهي خفية.

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

ويشترك هذا الفرض مع الفرض الأول في المنطقة، ويختلف عنه في نية المشرع، فكلاهما في منطقة تقدير الغاية، غير أن التشريع هنا وليد إساءة استعمال السلطة، بينما هو في الفرض الأول وليد انحراف غائي مجرد عن إساءة استعمال السلطة، فهو انحراف غائي في صورته غير العمدية، أما في هذه الفرض يكون الانحراف الغائي في صورته العمدية. فإذا كان النزاع في الفرض الأول حول مصلحتين كلاهما ظاهر ومشروع، فإنه هنا حول ثلاث مصالح: إحداهما شكلية ظاهرة، والأخرى متروكة ظاهرة، والثالثة فعلية خفية، وهذه الأخيرة تكون غير مشروعة.

وعلى ذلك فإن هذا الفرض يقوم بقيام شرطين اثنين:

**الشرط الأول-** أن يكون هناك تعارض بين مصلحتين مشروعيتين دستوريًا: وهذا الشرط ضامنٌ لأن يكون الحديث عن مساحة السلطة التقديرية، فهو ذات الشرط المقرّر سلفاً لقيام الفرض الأول، فما لم يكن التعارض واقعًا بين مصلحتين مشروعيتين فإن الحديث ينتقل إلى منطقة السلطة المقيدة، لأن التعارض بين مصلحة مشروعة ومصلحة غير مشروعة محسومٌ بتقديم المصلحة المشروعة، ولا خيار للمشرّع في غير ذلك. ومن المهم التنبيه إلى أن المصلحة الخفية في هذا الفرض هي مصلحة غير مشروعة ومع ذلك فإننا ما زلنا في منطقة التقدير، وذلك لسببين: أولهما؛ أن المصلحة غير المشروعة ليست هي موطن التعارض، فالتعارض قائم في مجال السلطة التقديرية بين المصلحتين الشكلية والمتروكة. وثانيهما؛ أن المصلحة غير المشروعة تظهر كنتيجة عرضية للتشريع ولا تظهر كنتيجة فعلية له، فهي مصلحة خفية لا تظهر في النص التشريعي الطعين، وإنما تظهر من الظروف المحيطة عادةً، وإلا فإن الظاهر من النص هو مصلحة مشروعة في النص- هي المصلحة الشكلية- تتخذُ ستارًا لإخفاء المصلحة غير مشروعة في الواقع، ولعدم ظهور هذه الأخيرة في النص فإنها لا تؤثر على أن الحديث لا يزال في منطقة التقدير، خصوصًا وأن هذا الفرض إنما يقوم في الأساس على استغلال سلطة التقدير لتحقيق مآرب أخرى.

الشرط الثاني- أن يقدم المشرع مصلحةً على أخرى بقصد التستر على مصلحةٍ غير مشروعة: ينبغي لقيام هذا الشرط أن يُقدّم المشرع إحدى المصلحتين المتعارضتين على الأخرى، وأن يكون هذا التقديم في سبيل إخفاء القصد التشريعي الذي يستهدف مصلحةً غير مشروعة، أما إذا لم يقترن تقديم المشرع لإحدى المصلحتين بذلك القصد فإنّ هذا الفرض لا تقوم له قائمة.

وهنا لا بد من الإحاطة بمسألةٍ مهمة، فعند تقديم مصلحةٍ مشروعة على مصلحةٍ أخرى مشروعة؛ يترتب على هذا التقديم نتيجة نهائية تتمثل في إهدار المصلحة الأخرى بالكلية أو التقويض منها على الأقل، وهذه النتيجة؛ يُحتمل أن تكون هي النتيجة الفعلية في حد ذاتها، كما يُحتمل أن تكون نتيجةً لازمةً لتحقيق النتيجة الفعلية، كما يُحتمل أن تكون نتيجةً عرضية.

إذن، ثمة ثلاثة احتمالات لتكييف نتيجة إهدار المصلحة الأخرى، وينبغي الوقوف عند هذه الاحتمالات لما يترتب على اختلاف التكييف من اختلاف في الحكم، ولتوضيح الفارق بين الاحتمالات الثلاثة نستدعي المثال الشهير المتعلق بإلغاء هيئة قضائية بقصد التخلّص من أعضائها ثم إعادة تشكيلها بعد فترة وجيزة من قضاة آخرين<sup>1</sup>.

في هذا المثال ثمة مصلحة تنظيمية تتمثل في ضمان جودة العمل القضائي، وهذه المصلحة تتعارض مع مصلحة القضاة في الوظيفة، والمصلحتان مشروعتان، غير أنّ تقديم المصلحة التنظيمية على مصلحة القضاة يترتب عليه إهدار هذه الأخيرة رأساً، فنتيجة إهدار مصلحة القضاة هي من النتائج النهائية للتشريع، وهذه النتيجة لا تخرج في تكييفها عن أحد الاحتمالات الآتية:

الاحتمال الأول- أن يكون إهدار مصلحة القضاة في الوظيفة هو الغاية الفعلية من التشريع، في هذا الاحتمال يبتغي المشرع الإضرار بمصلحة شخصية، وعندئذ تتمثل المصلحة الفعلية في

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص70.

التخلص من أعضاء الهيئة القضائية، ويكون تحسين كفاءة العمل القضائي مصلحةً شكليةً ساقها المشرع ليستر حقيقةً القصد التشريعي الذي يخفيه والمتمثل في حرمان القضاة من مناصبهم، بحيث يُوهم المُخاطبين بأنّ التشريع يستهدف التنظيم بينما هو وسيلة لتحقيق مصلحة فعلية غير المشروعة تتمثل في التخلص من أعضاء الهيئة.

وفق هذا الاحتمال تكون النتيجة العرضية في الظاهر هي ذاتها النتيجة الفعلية في الخفاء، فمحلّهما واحد، وهو فقدان القضاة لمناصبهم، وهذه النتيجة تحمل في ذاتها القصد التشريعي المتمثل في التخلّص من أعضاء الهيئة، حيث يسعى المشرع إلى إظهار زوال المناصب القضائية عن شاغليها كنتيجة عرضية في ظاهر الأمر، بينما في حقيقته هو النتيجة الفعلية التي سعى لسترها بدعوى تحسين كفاءة العمل القضائي، فالتشريع- وفق هذا الاحتمال- ما كان ليصدر لولا أن المشرع كان مدفوعًا بباعث الرغبة في حرمان القضاة المشكّكين للهيئة القضائية من مناصبهم القضائية<sup>1</sup>.

**الاحتمال الثاني-** أن يكون إهدار مصلحة القضاة في الوظيفة لازماً لتحقيق الغاية الفعلية، وفق هذا الاحتمال يبتغي المشرع تحقيق منفعةٍ شخصية، غير أن هذه المنفعة لا يمكن تحقيقها دون الإضرار بمصلحة شخصٍ آخر، فيكون الإضرار الشخصي لازماً لتحقيق النفع الشخصي، ووفق المثال الأنف تتمثل النتيجة الفعلية غير المشروعة في تعيين بعض القضاة في تلك الهيئة القضائية، ولكن يتعدّر تحقيق هذه النتيجة بغير التخلّص من شاغلي الوظائف القضائية، فلا يكون التخلص من القضاة نتيجة مقصودة لذاتها، وإنما مقصودة لغيرها، إذ التخلص من القضاة الشاغلين لتلك الوظائف يراد به تحقيق منفعة قضاة آخرين عبر تعيينهم في تلك المناصب بعد شغرها، أي أن التخلص من أعضاء الهيئة يكون لازماً لتكوين شواغر يستفيد منها بعد ذلك القضاة المراد تعيينهم.

---

<sup>1</sup> وهذا هو الاحتمال الذي بنى السنهوري عليه الفرض الأول في مقاله، أما الاحتمالين الثاني والثالث فلم يعرض لهما.

وفق هذا الاحتمال يكون تحسين العمل القضائي مصلحةً شكليةً، أما المصلحة الفعلية فهي تحقيق منفعة شخصية لبعض القضاة، ويكون إهدار مصلحة القضاة نتيجةً عرضيةً في الظاهر، بينما هو في الخفاء نتيجة لازمة لتحقيق المصلحة الفعلية المتمثلة في تحقيق منفعة شخصية لقضاة آخرين. الاحتمال الثالث- أن يكون إهدار مصلحة القضاة نتيجةً عرضيةً لتحقيق الغاية التنظيمية، وحينها يسلم التشريع من الانحراف الغائي، لأن الدافع تمثّل في حاجة الجهاز القضائي لإلغاء الهيئة القضائية وإعادة تشكيلها من جديد تحقيقاً لكفاءة العمل القضائي، وهذه الأخيرة مصلحة مشروعة دون شك، فليس ثمة انحراف غائي ولا سوء استعمالٍ للسلطة من باب أولى.

وفي هذا الاحتمال تكون المصلحة التنظيمية مصلحةً فعليةً، وتكون مصلحة القضاة في الوظيفة مصلحة متروكة لما هو أجدر منها بالرعاية، إذ إن مصلحة تحسين كفاءة العمل القضائي تتصل ببعض الغايات الدستورية اللازمة والتي توجب على المشرّع ابتغاء ما يلزم لتمكين الحق في التقاضي، فإهدار مصلحة القضاة في الوظيفة يكون نتيجةً عرضيةً لتحقيق مصلحة مشروعة تتمثل في حسن سير العمل القضائي.

وخلاصة القول أن الاحتمالين الأول والثاني لتكييف إهدار المصلحة يترتب عليهما تحقّق الفرض المتعلق بالانحراف الغائي في منطقة التقدير بسوء نية، أما الاحتمال الثالث ففيه ينتفي وصف الانحراف الغائي عن التشريع. ولا شك أن عملية التكييف هذه تتطلّب من القضاء إمعان النظر في النص الطعين من جهة، وفي الظروف التي أحاطت بصدوره من جهة أخرى، وإعمال الأدوات اللازمة للوقوف على حقيقة النتيجة الفعلية، ومدى اكتناف التشريع بنتائج شكلية، وهو ما يأتي بيانه عند الحديث عن المعيار القضائي للانحراف الغائي.

وتصديقاً لهذا الفرض نورد الطعن على قرار إلغاء معادلة شهادة مدرسة المساحة بشهادة الفنون والصنائع، إذ تتلخص الأحداث في صدور قرار وزارة التربية والتعليم بمعادلة شهادة مدرسة المساحة

بشهادة الفنون والصنائع<sup>1</sup>، ثم صدر قانون ألغى قرار معادلة الشهادة<sup>2</sup>، فطعن رئيس رابطة المهندسين المساحيين على قانون الإلغاء بدعوى انحرافه غائياً عن الدستور، وذلك على سندٍ من أن القانون الذي ألغى قرار معادلة الشهادة قد استهدف في حقيقته القضاء على الدعاوى التي رُفعت أمام القضاء الإداري للطعن على قرارات رفض طلبات معادلة الشهادات<sup>3</sup>.

ويمكن ملاحظة أن قانون إلغاء القرار يدور حول ثلاث مصالح: الأولى هي مصلحة الجهة الإدارية في تصحيح القرار لانبنائه على معلومات غير صحيحة. والثانية هي مصلحة الخريجين في إلغاء قرارات رفض معادلة الشهادة. والثالثة هي مصلحة الجهة الإدارية في منع صدور قرارات رفض معادلة الشهادات.

يجادل الطاعن أن المصلحة الأولى هي مصلحة شكلية، وأن الثانية هي مصلحة متروكة، وأن الثالثة هي المصلحة الفعلية، فمن وجهة نظر الطاعن إن تصحيح القرار ليس إلا غايةً شكليةً أُريدَ منها إغلاق الطريق أمام صدور أحكام قضائية بإلغاء قرارات رفض معادلة الشهادات، وهذا الطعن ينطبق عليه الفرض الذي نتحدث عنه، فلا جدال في تمتع المشرع بسلطة تقديرية بتصحيح القرار

---

<sup>1</sup> قرار وزارة التربية والتعليم الصادر في 28 يناير سنة 1950 بمعادلة الشهادة التي تمنحها مصلحة المساحة لخريجي مدرستها لشهادة الفنون والصنائع "نظام حديث".

<sup>2</sup> المادة I، قانون إلغاء قرار وزارة التربية والتعليم بمعادلة شهادة مدرسة المساحة بشهادة الفنون والصنائع "نظام حديث" رقم 622 لسنة 1955.

<sup>3</sup> في شرح ذلك ذكر المدعي أن القانون "صدر مشوباً بعيب الانحراف، ولم يستهدف الصالح العام، ويكفي دليلاً على ذلك الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون، فقد جاء بها أنه بعد أن تقررت معادلة شهادة مدرسة المساحة بشهادة الفنون والصنائع، تقدم الحاصلون على الشهادة الأولى إلى نقابة المهن الهندسية طالبين قيد أسمائهم بجدول المهندسين المساحيين... ولما رفضت النقابة قيدهم بالجدول لجأ بعضهم لمحكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة التي أصدرت أحكاماً بإلغاء قرارات رفض طلبات قيدهم، ولكن وزير الأشغال في ذلك العهد أراد أن يقضي على الدعاوى التي رفعها بعض الخريجين فاستصدر القانون المطعون فيه قاضياً بإلغاء قرار وزارة التربية والتعليم المشار إليه بحجة أن البيانات التي بني عليها هذا القرار كانت غير صحيحة، والواقع خلاف ذلك، فعندما تقدم خريجو مدرسة المساحة إلى وزارة التربية والتعليم طالبين معادلة شهادة مدرسة المساحة بإحدى الشهاداتتين... شكّلت لجنة بمراقبة الامتحانات بوزارة التربية والتعليم، قامت بمراجعة شروط الالتحاق ومواد الدراسة بمدرسة المساحة وانتهت إلى أنها ترى أن أقرب ما تعادل به شهادة مدرسة المساحة هي مدرسة الفنون والصنائع، وبعد ذلك أصدر وزير التربية والتعليم قراراً بإحالة الموضوع إلى لجنة برئاسة سكرتير عام الوزارة مثلت فيها عدة هيئات، ولما أقرت هذه اللجنة ما انتهت إليه لجنة مراقبة الامتحانات بوزارة التربية والتعليم، أصدر وزير التربية والتعليم قراره بالتعادل، وقد وافق مجلس الوزراء على هذا القرار". المحكمة العليا، القضية رقم 2 لسنة 3 قضائية، 1975، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.

الإداري إذا ما بني على أسباب خاطئة، فله أن يبقيه وله أن يصحّحه، ومصصلحة الجهة الإدارية في تصحيح القرار تتعارض بالضرورة مع مصلحة أصحاب الطعون المرفوعة على قرارات رفض معادلة الشهادات، فمن غير الممكن نيل إحدى المصلحتين إلا بترك الأخرى، وإزاء تعارض هاتين المصلحتين مع مشروعية كليهما تثبت السلطة التقديرية للمشرع في اختيار المصلحة الأجدر بالتقديم. لكن في الوقت نفسه، إذا ثبت أن مصلحة تصحيح القرار ليست إلا ستارًا لإخفاء غاية القضاء على الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الإداري لإبطال قرارات رفض طلبات معادلة الشهادة فإن المشرع يكون مسيئًا في استعمال سلطته التقديرية باستعمالها على غير الوجه الذي أعدت له، فحجّة الطاعن تتعلق بأن الغاية الفعلية من قانون الإلغاء لم تكن تصحيح القرار كونه بني على بيانات غير صحيحة، وإنما تمثلت الغاية الفعلية في حرمان الأشخاص من التقاضي على أساس ذلك القانون بعد ما اكتسبوا حقّ معادلة الشهادة بموجب ذلك القرار.

وقد أبت المحكمة العليا فحص الغاية الفعلية من قرار الإلغاء، ورفعت يدها عن الخوض في الموضوع بدعوى تعلّقه بالملاءمة، فانتهت بأن "لا وجه للقول بأن القانون المطعون فيه قد صدر مشوبًا بعيب الانحراف استنادًا إلى أن مؤهل خريجي مدرسة المساحة يتساوى مع شهادة الفنون والصنائع (نظام حديث)، إذ فضلًا عن عدم صحة هذا القول، فقد قضت المحكمة العليا بأن ولاية المحكمة لا تمتد إلى مناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، لأن ذلك كله مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق<sup>1</sup>."

لكنّ دفع الطاعن لم يكن متعلّقًا بملاءمة التشريع البتّة، وإنما بالتحقق من الغاية الفعلية للتشريع أهى تصحيح القرار السابق لأنبائه على معلومات غير صحيحة، أم إنهاء الدعاوى المرفوعة ضد

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

الإدارة. ذلك أن الطاعن لم يثر مسألة توافق النص مع الظروف المحيطة به، وإنما انصب طعنه على التشكيك في الغاية المعلنة ووجود غاية أخرى هي الفعلية من تدخل الإدارة، وتذرع المحكمة بعدم إيلاء الطعن حقّه من الفحص والعناية بأنه من ملاءمات التشريع هو من آثار الخلط بين مفهوم عدم الملاءمة ومفهوم الانحراف الغائي.

كان الأولى أن تعمد المحكمة إلى فحص دفع الطاعن لا أن تتجاهله بذريعة عدم جواز الخوض في الملاءمات، لكنّ المحكمة لم تكلف نفسها عناء التحقق من حقيقة الغاية المعلنة مكتفيةً بالتسليم بها، ولم تقف وقفةً جادةً في تأمل تبعات الغاية العرضية من حرمان الأفراد من حقوقٍ مكتسبةٍ لهم بموجب القرار قبل تصحيحه، وما كان ينبغي لها ذلك، فهذا الموقف السلبي من المحكمة تجاه ما قدّمه الطاعن من قرائن واقعية قد يقوم بها الدليل على انبناء القرار على رأيٍ صحيح؛ لم يكن موقفًا موقفًا من المحكمة، فطالما أن القرار الأول قد بني على مباحثات اللجان وبحثها في الأمر، فإن قرار الإلغاء كان ينبغي أن يبنى على مباحثات مماثلة، خصوصًا وأنه ارتدّ بأثر رجعي بعد أن رتب حقوقًا مكتسبة، وترتبت عليه معادلة بعض الشهادات بالفعل<sup>1</sup>، وخلو الواقع من تلك المباحثات قد يعدّ قرينةً على أن الغاية الفعلية تتمثل في إنهاء الدعاوى الماثلة أمام القضاء الإداري وليس تصحيح القرار بانبنائه على أسباب لا تصح.

لكن المحكمة لم تبحث في صحة الغاية المعلنة والمتمثلة في تصحيح القرار كونه بني على بيانات غير صحيحة، وافترضت صحتها بالرغم من كون الواقع يشي باحتمال قوي لغاية فعلية أخرى تتمثل في حرمان الخريجين من الحصول على أحكام قضائية بمعادلة الشهادة، خصوصًا وأن القانون قد صدر بأثر رجعي على نحوٍ يصب في تأكيد قصد المشرع بإلغاء تلك القضايا، عوضًا

---

<sup>1</sup> فيما يتعلق بمسألة الرجعية في حالة تصحيح القرارات الإدارية المعيبة، يُنظر: سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص573 وما بعدها.



عمّا أفضى إليه قرار الإلغاء من تضارب في الأحكام بين من حصل على معادلة الشهادة بحكم قضائي، وبين من حُكم لهم برفض طلبات إلغاء رفض معادلة الشهادة بعد صدور هذا القرار .

ونحن إذ نخالف توجّه المحكمة؛ لا نجزم بوجود انحرافٍ غائي ولا ننفي ذلك أيضًا، لكن المأخذ على هذا الحكم يتعلّق بمنهج المحكمة في تبرئة القرار من الانحراف الغائي، فقد كان منهجًا سلبيًا يقوم على رفض الخوض في المسألة، ولو أنّها فحصت التشريع ثم تبين لها خلوه من الانحراف الغائي لكان هذا هو المنهج السديد، وهذا ينقلنا لقضيةٍ أخرى تعاملت فيها المحكمة تعاملًا إيجابيًا. ففي قضيةٍ أخرى<sup>1</sup>، تتعلّق بقرار بقانون صدر في 7 أكتوبر 1993 لتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية، مستبدلاً عبارة "أربعاً وستين سنة" بعبارة "ستين سنة" في عددٍ من مواده، بما في ذلك مادة سنّ تقاعد القضاة، وقرّر العمل بتلك التعديلات بأثر رجعي اعتبارًا من 1 أكتوبر 1993<sup>2</sup>، فطُعن على هذا التشريع بدعوى أن الغاية منه مدّ سن التقاعد لأحد القضاة الذين أتم الستين في تلك المدّة تحديداً، حيث دفع الطاعن بانحراف السلطة التشريعية من جهتين:

1- أن النص قد ميّز بين فئتين من القضاة، الأولى: تلك التي بلغ أفرادها سن الستين في الفترة من الأول من أكتوبر 1993 حتى السابع منه، والثانية: تلك التي أتم أفرادها هذه السن قبل الأول من أكتوبر 1993، فمدّ للفئة الأولى خدمتها إلى الرابعة والستين، وأبقى الفئة الثانية بعيداً عن العمل القضائي، رغم أنّ كلا الفئتين معنية بالقرار بقانون رقم 183 لسنة 1993 الذي نصّ على استهدافه غاية تواصل خبرات القضاة دون استنزافها.

2- أن شرعية القاعدة القانونية تقتضي اتسام التشريعات بالعمومية والتجريد، فلا يكون تطبيقها متعلقاً بأشخاص بذواتهم، ولما كان سجل أقدمية رجال القضاء والنيابة العامة لعام 1993 يثبت

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 14 لسنة 17 قضائية، 2 سبتمبر 1995، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش. | ر.م. 36882)

<sup>2</sup> المادة 2، القانون رقم 183 لسنة 1993 بشأن تعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية وقوانين الهيئات القضائية.

أن واحدًا من بينهم فقط قد بلغ سن الستين في الفترة ما بين الأول من أكتوبر وبين السابع من أكتوبر لعام 1993، فإن هذا التشريع يكون قد ألبس شكل القاعدة القانونية على خلاف حقيقتها، متبنيًا حالة فردية بذاتها ليكون منصرفًا إليها<sup>1</sup>.

هذا الطعن ينطبق تمامًا على الفرض الذي نتحدّث عنه، فمن جهة أولى يفترض هذا الطعن تعارضًا ما بين مصلحة المشرع في تنظيم أحكام التقاعد للقضاة من خلال مدّ سنّ التقاعد، ومصلحة القضاة في عدم التمييز فيما بينهم على أساس السن من خلال عدم مدّ سنّ التقاعد بأثر رجعي، فللمشرع سلطة تقديرية في اختيار السن الذي يرتثيه مناسبًا للتقاعد لتحقيق التنظيم الأمثل لعمل القضاة، كما أن له صلاحية إعمال الأثر الرجعي إذا قامت مسوّغات ذلك، ومن ثمّ فإن الانحراف الغائي المفترض واقعٌ في مجال السلطة التقديرية.

ثم من جهةٍ ثانية يفترض هذا الطعن أن النص قد أهدر مصلحة القضاة في عدم التمييز فيما بينهم بدعوى إعلاء لمصلحة التنظيم، لكن المصلحة الفعلية من كلّ ذلك هو تحقيق منفعةٍ شخصيةٍ لأحد القضاة دون البقية، بما معناه أن التنظيم هو المصلحة الشكلية، وعدم التمييز بين القضاة على أساس السن هو المصلحة المتروكة، وتحقيق المنفعة الشخصية لأحد القضاة هو المصلحة الفعلية، فمن الواضح أن الطاعن ينعي على النص صدورَه بسوء نية وإضرارَه غايةً خفيةً تتمثّل في التمييز لصالح قاضٍ بعينه، حيث يدّعي الطاعن استهداف النصّ نفعًا شخصيًا لأحد القضاة دون البقية وأن القانون صدر بأثر رجعي ليشمل قاضيًا بعينه بذلك التمديد، فدفعُ الطاعن إنما بُني على افتراض سوء نية المشرع، وسلطة المشرع في ترتيب نتيجة معينة تتعلق بسنّ التقاعد هي مما يقع في مجال السلطة التقديرية للمشرع، فله سلطة واسعة في اختيار السن المناسب الذي يرى بأنه

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

أدعى لتحقيق المصلحة العامة، غير أن المدّعي يطعن على ذلك بأن المصلحة العامة ليست المقصودة، وأن الغاية الفعلية هي مصلحة خاصة، حيث اتّخذ المدعي من سجل الأقدمية قرينةً على أن القانون استهدف شخصًا بعينه.

إذن، وفق ما جاء في دفع الطاعن يمكن القول بأن المصلحتين المشروعتين التي يتنازعهما النص هما مصلحة تنظيم أحكام التقاعد بما يضمن كفاءة العمل القضائي، مقابل مصلحة القضاة في عدم التمييز فيما بينهم على أساس السن، وهنا يدّعي الطاعن أن المصلحة الأولى شكلية وأن إهدار المصلحة الثانية لازمٌ لتحقيق المصلحة الفعلية، كون إهدار المصلحة في عدم التمييز يرتّب نفعًا شخصيًا لأحد القضاة في استمراره في عمله. فكيف تعاملت المحكمة مع هذا الدفع؟

رفضت المحكمة الدفع الأول على سندٍ من أن التحديد كان موضوعيًا ذا اتصال منطقي، فقد كان اختيار الأول من أكتوبر سنة 1993 موعداً لسريانها ونفاذ آثارها، مرتبطاً ببداية العام القضائي، وبمن كان آنئذ من رجال القضاء - ومن في حكمهم - قائماً بأعباء الوظيفة القضائية، متواصلًا بالتالي عطاؤهم في مجال تصريفهم لشؤونها، خلافًا لهؤلاء الذين انقطعت رابطتهم بالعمل القضائي قبل هذا الميعاد، وكان هذان الاعتباران يقيمان الحدود المنطقية للتنظيم المطعون فيه، فإن النعي عليه الإخلال بمبدأ المساواة أمام القانون، يكون منتحلًا<sup>1</sup>. "وقد أحسنت المحكمة في هذا التسويغ، وردّها على الادعاء يعني إثبات سلطتها في الرقابة على الغاية في منطقة السلطة التقديرية، فقد نقضت افتراض الطاعن بأن الأثر الرجعي للأول من أكتوبر كان الغرض منه نفع قاضٍ بعينه، ووجدت في الوقائع اتصالاً منطقيًا بين تاريخ سريان القانون وبين ما يقتضيه تنظيم العمل القضائي، وهو ارتباط هذا التحديد ببداية العام القضائي، فيكون حكمها في المسألة سديدًا.

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

وبشأن الرد على الدفع الثاني قضت المحكمة بأن "عموم القاعدة القانونية لا يعني انصرافها إلى من يقيمون على امتداد الإقليم بأسرهم... وإنما تتوافر للقاعدة القانونية مقوماتها وتتكامل خصائصها بانتفاء التخصيص، ويتحقق ذلك إذا سنها المشرع مجردة عن الاعتداد بشخص معين أو بواقعة بذاتها معينة تحديدا بما لا يلبسها بغيرها. إذ كان ذلك؛ وكان حكم المادة الثانية من القرار بقانون آف البيان، متكاملًا مع مادته الأولى ينسحب إلى من كان قائمًا في الأول من أكتوبر سنة 1993 بأداء العمل القضائي سواء أكان من رجال القضاء - أو من في حكمهم - فإن مجال تطبيقهما - بالضرورة - يمتد إلى أشخاص غير محددين بذواتهم؛ وليتمحض عن قاعدة موضوعية لا تخصيص فيها ولا يقوم بها صحيح ادعاء انحراف رئيس الجمهورية - من خلال هذا التنظيم - في استعمال سلطة التشريع<sup>1</sup>. " والمحكمة على حق، فسجل الأقدمية وإن أثبت انطباق النص على قاضٍ بعينه، فلا يعني ذلك عدم انطباق القانون على الملحقين بالوظيفة ذاتها.

ويمكن تمثيل فحوى الفرضين الآنفين عبر الجدول الآتي:

الغاية/المصلحة (النتيجة النهائية)			الفرض
المصلحة الفعلية	المصلحة المتروكة	المصلحة الشكلية	
لا توجد	ظاهرة مشروعة	ظاهرة مشروعة	انحراف غائي في منطقة التقدير بحسن نية
	متعارضتان مع أولوية المتروكة		
الاعتقاد الخاطئ بأولوية مصلحة ما على مصلحة أخرى أولى منها دستوريًا			الأساس
ظاهرة مشروعة	ظاهرة مشروعة	خفية غير مشروعة	انحراف غائي في منطقة التقدير بسوء نية
متعارضتان مع أولوية الشكلية			
إخفاء المصلحة الفعلية غير المشروعة بستر المصلحة الشكلية المشروعة			الأساس

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

## المطلب الثاني

### الانحراف الغائي في منطقة التقييد

منطقة التقييد هي المنطقة التي لا خيار للمشرع فيها<sup>1</sup>، ويمكن تعريف منطقة التقييد في عنصر الغاية: بأنها المنطقة التي لا يكون للمشرع فيها خيار، بل يكون مُطالبًا بتحقيق نتائج نهائية بعينها كقيدٍ حتمي على سلطته في الغاية من التشريع.

وقد مضى أن قاعدة تخصيص الأهداف نادرة الحضور في الدساتير مقارنةً بحضورها في القوانين، إذ تعنتي القوانين بتفاصيل الأمور التي يُجملها الدستور عادةً، بينما تعتمد الدساتير على تأصيل المبادئ الكلية التي يقوم عليها النظام، ولهذا فإن الدساتير قلما تقيد المشرع بغايات محددة.

لكن، ليس معنى ذلك أن سلطة المشرع العادي مطلقة في تقدير الغايات، فهو محكومٌ أبدًا بالحدود الدستورية، كما أن ندرة قاعدة تخصيص الأهداف لا تعني أن الدستور خالٍ من الغايات التي ينبغي على المشرع استهدافها، ذلك أن قاعدة الأهداف اللازمة تملأ الفراغ الذي تعجز قاعدة الأهداف المخصصة عن ملئه في المجال الدستوري، فكل دستورٍ يحتوي على غايات لازمة يستخلصها القضاء الدستوري من نصوص الدستور مجتمعةً أو منفردة كما مضى البيان.

وتشكّل الغايات المطلوبة- سواءً كانت مخصصة أو لازمة- منطقة السلطة المقيدة للمشرع في عنصر الغاية، فالمشرع ملزم بالحدود الدستورية، وهذه الأخيرة تتضمن لوازم غائية تستفاد من منطوق نصوص الدستور ومفهومها، فإذا توخى المشرع غايةً تخالف الغايات المخصصة أو اللازمة في الدستور إلى غايات تخرج عن إطار الدستور، فإن التشريع الذي أصدره يكون منطويًا على انحرافٍ غائي في منطقة التقييد.

---

<sup>1</sup> يوسف عبدالفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 49، 50.

والمشرع إذ يتجاوز الحدود الغائية إلى غايات غير مشروعة قد يقوم بذلك عن غفلةٍ منه، كما قد يقوم بذلك عن عمد، وهذا الفارق مهمٌ في تكييف العيب الدستوري الذي يطال التشريع، فالأول وثيق الصلة بنوايا المشرع، بينما الثاني لا صلة بينه وبين نوايا المشرع، وإنما مناطه النص فحسب. وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرضين، الفرض الأول هو الانحراف الغائي في منطقة التقييد بحسن نية، بينما الفرض الثاني هو الانحراف الغائي في منطقة التقييد بسوء نية.

### الفرض الأول- الانحراف الغائي في منطقة التقييد بحسن نية

مؤدى هذا الفرض أن يتضمّن الدستور غاية مطلوبة ينبغي على المشرّع استهدافها، فيقوم المشرّع بإصدار تشريع يخالف الغاية المطلوبة إلى نقيضها ظناً منه بأنه يتمتع بسلطةٍ تقديرية في ذلك. حيث يرجع عدم الدستورية في هذا الفرض لخطأ المشرّع في معرفة حدود سلطته التقديرية في عنصر الغاية، فيبدأ بمباشرة سلطةٍ تقديرية ممنوحة له بموجب الدستور، مثل سلطة تنظيم الحق في الملكية، غير أنه يتوسّع في مباشرتها حتى يصل إلى أقصى حدود التقدير ويتعدّها بإهدار الملكية التي كُلف بتنظيمها سعياً لحفظها ابتداءً.

في هذا الفرض نكون أمام غائتين، غاية مطلوبة يوجب الدستور استهدافها، وغاية مناقضة للغاية المطلوبة يسعى المشرّع لتحقيقها معتقداً أن له سلطة تقديرية في ذلك، وباستصحاب المثال الأنف تكون الغاية المطلوبة هي حفظ الملكية، غير أنّ المشرّع بما له من سلطة تقديرية في تنظيم هذا الحق يعتقد أنّ سلطته في التنظيم تمتدّ إلى الذهاب بالملكية كنتيجة نهائية للتنظيم متجاوزاً الحدّ الغائي الذي رسمه الدستور والمتمثّل في حفظ الملكية. ومردُّ حسن النية في اعتقاد المشرّع- خطأً- بأن سلطته في التنظيم سلطة مطلقة وليست سلطة تقديرية تقف عند الحدود الغائية التي يفرضها الدستور، فيعتقد بمشروعية هدر الملكية كنتيجة نهائية لصلاحيه التنظيم خلافاً لما يقرّره الدستور من عدم مشروعية ذلك لمناقضته الغاية المطلوبة والمتمثّلة في حفظ الملكية.

ولقد قدّمنا سلفاً إلى أن العبرة بحقيقة الواقع لا بوهم المعتقد، فما دامت سلطة المشرع مقيدة باستيفاء الغاية المطلوبة فإن اعتقاده بتمتّعه بسلطة مطلقة في التنظيم تمتد إلى تحقيق غايات تناقض الغايات التي من أجلها مُنحت له سلطة التنظيم؛ لا يغيّر شيئاً، إذ يكون الفرض متعلّقاً بمنطقة التقييد لا منطقة التقدير. ويمكن تأصيل شروط قيام هذا الفرض بشرطين اثنين:

**الشرط الأول - أن يتصل النص الطعين بغاية مطلوبة دستورياً:** وهذا شرط مهم لضمان أن الأمر في منطقة التقييد، فلو كان الأمر متروكاً لتقدير المشرع ليختار من بين مختلف الغايات المشروعة فإننا نكون في منطقة التقدير، ومن ثم يكون الفرض متعلّقاً بأحد الفرضين الآنفين، فما لم يكن النص الذي يدور عليه النزاع الدستوري مرتبطاً بغاية مطلوبة دستورياً فلا مجال للحديث عن منطقة السلطة المقيدة للمشرع في الغاية، فهذا الشرط مهم في تحديد منطقة الانحراف.

**الشرط الثاني - أن يناقض المشرع الغاية المطلوبة بشكلٍ ظاهر:** مفاد هذا الشرط أن تكون الغاية التي يرتبها المشرع مناقضةً تماماً للغاية المطلوبة دستورياً، وليست معارضةً فحسب، وهو الأمر الذي يعني أن الحديث يدور حول نتيجة نهائية في موضوع واحد، إما أن يُحقّقها المشرع فنُفرض، أو يُهدرها فنُتقَض، مثل التناقض بين نتيجة حفظ الملكية ونتيجة هدر الملكية.

ويختلف ذلك عن فكرة التعارض بين نتيجتين نهائيتين مختلفتين في موضوعهما من الأساس، مثل التعارض بين تمكين حرية الرأي وبين حفظ سمعة ذوي الصفات العامة في القضية سالفة الذكر، فلا تناقض بين الغايتين وإنما بينهما تعارض<sup>1</sup>، أما حين يكون امتناع التحقّق بين نتيجتين لموضوع واحد فإن العلاقة بينهما تكون تناقض لا تعارض، وهو ما نعنيه في هذا الفرض.

---

<sup>1</sup> والغاية المناقضة هي غاية غير مشروعة بالإطلاق، ولا يُتصوّر مناقضة الغاية المطلوبة دستورياً بغاية مشروعة دستورياً، لأن امتناع اجتماع غاية مطلوبة مع غاية مقبولة ناشئ عن التعارض فيما بينهما لا عن التناقض، فقد حدّدنا أن التناقض واقع على الموضوع الواحد،

فهذا الشرط إذن يقتضي مناقضة الغاية المطلوبة دستوريًا، ومناقضة الغاية المطلوبة يتحقق بهدرا لتحقيق غاية غير مشروعة ظاهرة، فتكون المصلحة غير المشروعة نقيضةً للمصلحة المشروعة، وهذا يقتضي ظهور النتيجة النهائية غير المشروعة، أما إذا كانت المناقضة خفية فإننا ننتقل لفرض آخر يأتي تفصيله بعد هذا الفرض.

**الشرط الثالث- أن يكون التناقض وليد اعتقاد المشرع بتمتعه باختصاص تقديري:** وهذا الشرط هو أساس حسن النية، ذلك أنّ المشرع إذا ناقض الغاية المطلوبة دستوريًا عن علمٍ بتقييد سلطته في هذا الشأن فإن ذلك يعدُّ انحرافًا غائيًا عمديًا، فعدم وعي المشرع بأنه يعمل في منطقة التقييد لا التقدير هو الضامن لعدم وصم التشريع بعيب إساءة استعمال السلطة، إما إذا ثبت أن المشرع قد ناقض الغاية المطلوبة دستوريًا وهو يعلم أنه ينقض غاية مطلوبة دستوريًا فإنه يكون قد انحرف غائيًا بسوء نية، ويكون واقعا في عيب إساءة استعمال السلطة وليس الانحراف الغائي فحسب. بمعنى أنّ المشرع في هذا الفرض يتمتع بسلطة تقديرية، ويتصرف وفقًا لها غير أنه يتجاوز حدود منطقة التقدير ويدخل في منطقة التقييد معتقدًا أنه ما زال في منطقة التقدير. كما لو تجاوز المشرع تنظيم الحق في الملكية مرتبًا نتيجة نهائية مفادها إهدار الحق في الملكية، فمهما كانت مشروعية الغاية التي قدرها فإنها تصطدم بغاية مطلوبة دستوريًا تشكل الحد النهائي في السلطة التقديرية للمشرع عند تنظيمه الحق في الملكية، وهي غاية حفظ الحق في الملكية، وهو إذ يرتب نتيجة الإهدار يكون قد خرج من منطقة التقدير التي تخوله تحقيق الغايات التنظيمية ودخل في منطقة التقييد التي تحظر عليه ترتيب نتيجة إهدار الحق في الملكية.

---

فحين يتجاوز المشرع الغاية المطلوبة دستوريًا إلى غاية مقبولة فإننا نعود للفرض الأول المتعلق بمنطقة التقدير ونخرج من منطقة التقييد، لأن العدول عن الغاية المطلوبة إلى غاية مقبولة يعني أن المشرع ما زال في الحدود التقديرية، وانحرافه حينها يكون في منطقة التقدير، لكن في هذا الفرض، لا بد أن يكون العدول عن الغاية المطلوبة إلى غاية غير مشروعة تناقض الغاية المطلوبة، فبذلك يتجاوز المشرع الدستور باعتباره قيدًا على الشرعية.



وقد قام هذا الفرض في إحدى القضايا، حيث طُعن على قانون تصفية بعض الأوضاع المترتبة على قوانين الإصلاح الزراعي عام 1986 فيما تضمنه من أيلولة ملكية الأرض المورّعة إلى المنتفع الأصلي والمسجلين معه في استمارة بحث التوزيع بدلاً من أيلولتها إلى المنتفع الأصلي وحده، ونص هذا القانون على سريان هذا الحكم بأثر رجعي على العقود المبرمة وفق قانون الإصلاح الزراعي 1952، فطُعن على دستورية قانون 1986<sup>1</sup>، لكونه يمسّ بالحقوق المكتسبة للورثة الشرعيين، علاوةً على أنه يرتب حقوقاً لغير الورثة الشرعيين، ذلك أن الاستمارة قد خلت من اسم أحد أبنائه الذين وُلدوا بعد رفع الاستمارة وهو من الورثة الشرعيين، واشتملت على اسم مطلقة المنتفع التي لا تعدّ في عداد الورثة<sup>2</sup>.

في هذه القضية رتبّ المشرع نتيجةً نهائيةً تتمثل في انشطار ملكية المنتفع الأصلي للأرض على من أدرج اسمهم في استمارة بحث التوزيع، بحيث تصبح ملكية الأرض مورّعة بينه وبين الواردة أسماؤهم في الاستمارة، وقد رأت المحكمة أنّ النتيجة النهائية التي رتبها التشريع تناقض المصلحة العامة فيما يتعلق بمسائل الميراث، فقضت بأن "الله عز وجل ما شرع حكماً إلا لتحقيق مصالح العباد، وما أهمل مصلحة اقتضتها أحوالهم دون أن يورد في شأنها حكماً يكفلها؛ وكان ما عداها من المصالح التي تناقضها، ليس إلا مصلحة متوهمة لا اعتبار لها أدخل إلى أن تكون تشهياً أو انحرافاً، فلا يجوز تحكيمها<sup>3</sup>". فالمحكمة هنا تشير إلى نقطتين أساسيتين، الأولى: أن المشرع قد ناقض غايةً مطلوبة بموجب الدستور، والثانية: أن مصلحته في تلك المناقضة هي مصلحة متوهمة، وذلك لانبنائها على ظنٍ باختصاص المشرع في ترتيب هذه النتيجة خلافاً للدستور.

<sup>1</sup> الفقرتين الثانية والثالثة، مادة 3، القانون رقم 3 لسنة 1986 في شأن تصفية بعض الأوضاع المترتبة على قوانين الإصلاح الزراعي. وكذلك: البند 1، المادة 3، اللائحة التنفيذية للقانون ذاته، الصادرة بقرار وزير الزراعة واستصلاح الأراضي رقم 877 لسنة 1986.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 236 لسنة 26 قضائية، 2018، ر. عبد الوهاب عبدالرزاق، حكم سابق.

<sup>3</sup> الحكم نفسه.

ذلك أنّ المصالح التي تترتب على مسائل الميراث ليس للمشرع سلطة تقديرية في تجاوزها، فهي ضمن مجال السلطة المقيدة للمشرع، إذ يلتزم بأحكام الشريعة قطعية الثبوت والدلالة في مسائل الميراث، وقد كانت المصلحة المُهدرة في النص الطعين يبلغ بها الناتج النهائي إلى حرمان بعض الورثة من نصيبهم في أرض مورثهم، واقتصار حقهم في الميراث على حصة المنتفع التي تحدت بموجب الاستمارة وليس على كامل الأرض، وإثبات جزء من الملكية لمطلقة المنتفع وهي ليست ضمن الورثة، وحرمان أحد أولاده الذين ولد بعد تحرير الاستمارة من الملكية وهو من الورثة، وهو ما يعني أن النتيجة النهائية لهذا التشريع تتمثل في هدر الملكية بدلاً من حفظها.

ولأن المشرع كان قد تجاوز القيود المفروضة على سلطته التقديرية في تنظيم الحق في الملكية بترتيب نتيجة نهائية تتمثل في أيلولة الملكية للمسجلين في الاستمارة وليس لمقدم الطلب، وحرمان أحد الورثة من حقه في الميراث ومنح المطلقة نصيباً غير مفروض لها، فقد رأت المحكمة ضرورة إعادة ترسيم حدود السلطة، فقضت بأن "القيود التي يفرضها المشرع على التمتع بالحقوق التي كفل الدستور أصلها، لا يجوز أن يصل مداها إلى حد إهدارها كلية أو تقليصها، ولا تعدو سلطته في نطاقها مجرد تنظيمها وفق أسس موضوعية لا تؤثر في جوهرها، فإذا جاوز المشرع نطاق سلطته في مجال تنظيم الحقوق التي أحاطها الدستور بالحماية؛ وقع التشريع الصادر عنه في حومة المخالفة الدستورية، سواء عمل به بأثر مباشر أم بأثر رجعي<sup>1</sup>". ففي هذا المقال تشير المحكمة إلى أن النتيجة النهائية التي تتمثل في إهدار حق ما؛ مؤداها أن المشرع قد تجاوز غاية التنظيم إلى غاية غير مشروعة تتمثل في هدر الحق ذاته، ويستوي أن يكون إهدار الحق بأثر مباشر أو بأثر رجعي، وهو ما عبرنا عنه بتجاوز المشرع منطقة التقدير إلى منطقة التقييد.

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

ثم خطت المحكمة خطوة إلى الأمام وبيّنت أنه حتى سلطة المشرع التقديرية في أعمال الأثر الرجعي للقوانين تقف عند قيود موضوعية، وكوّست حدًا واضحًا فيما أسمته "مصادمة التوقع المشروع" حيث قضت بأن "تقرير المشرع الأثر الرجعي الموضوعي - حتى وإن توافرت شروط الأثر الرجعي الشكلي طبقا لأحكام الدستور بعيدا عن الموازين الدستورية في المجالات المتصلة بتنظيم حق الملكية- يعد مصادمًا للتوقع المشروع من جانب أصحابها؛ إذ يعد عمل المشرع نوعا من المداهمة والمباغته؛ مفتقرا لمبرراته، ومناقضا مفهوم العدالة الاجتماعية، وعدوانا على الملكية الخاصة من خلال اقتطاع بعض عناصرها دون مسوغ<sup>1</sup>". ففي هذه العبارة اعتبرت المحكمة أن سريان القانون بأثر رجعي دون مراعاة للموازين الدستورية المتصلة بتنظيم الحق في الملكية مثل ما يتعلق بالحق في الميراث- وهو محور أساسي في القضية- اعتبرته المحكمة نوعًا من المداهمة والمباغته الذي يناقض غاية العدالة الاجتماعية لما فيه من مصادمة للتوقع المشروع من جانب ورثة المنتفع الأصلي، حيث اعتبرت المحكمة أن نتيجة مصادمة التوقع المشروع هي نتيجة مناقضة لما تقتضيه غايات العدالة الاجتماعية من إحاطة متروية بالتشريعات وحفظ الحقوق المكتسبة<sup>2</sup>، وجزئ بالذکر أنه في هذه القضية لا مساس بنوايا المشرع، فقد بُني الحكم على افتراض حسن نية المشرع، فالتشريع لا ينطوي على إساءة استعمال للسلطة، وإنما فيه انحرافٌ غائي غير عمدي.

وقد يعترض البعض بأن الحكم معيبٌ في سببه ومحلّه، وهذا صحيح ولا جدال فيه، فالأسس التي تدخّل المشرّع على أساسها لترتيب الأثر الرجعي لم تكن صحيحة، والوسيلة التي تبنّاها لتنظيم الحق في الملكية والميراث لم تكن صحيحةً كذلك، وصحيحٌ بأن ثبوت ذلك يعني ثبوت الانحراف الغائي بالتبعية لأن انهيار السبب أو المحل يعني انهيار الغاية تبعًا كما أوضحنا آنفًا، لكنّ المهمّ

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> ترتبط هذه المسألة بمبدأ الأمن القانوني، يُنظر: هلال الخليلي، صياغة الأدوات التشريعية في دولة قطر، مرجع سابق، ص151.

في هذا الحكم هو أنه- مثلما يظهر من مقاطعه- قد آثر إثبات عيب الانحراف الغائي استقلالاً، فربط معايب التشريع بمعايب النتائج النهائية التي ترتبت عليه، وهذا يعزز الأدلة على أن الرقابة على الغاية ليست غاية احتياطية وإنما هي غاية أصلية.

- وفي قضية أخرى طعن على قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية فيما تضمنه من جواز تعيين رؤساء لجان الانتخابات الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية<sup>1</sup>، وكان الدستور يعهد للمشرع مهمة تحديد شروط عضوية مجلس الشعب وأحكام الانتخاب والاستفتاء "على أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية"<sup>2</sup> فنعى الطاعن على ذلك النص إخلاله بالإشراف القضائي على عملية الاقتراع وتحويله مجرد إشراف صوري بما يفرغ حقي الانتخاب والترشح من مضامينهما على نحو يفضي إلى نتيجة نهائية مؤداها "حرمان المواطنين من ضمانة أساسية في اختيار ممثليهم، والمساس بالسيادة التي قررها الدستور للشعب بجعله مصدراً للسلطات"<sup>3</sup>.

ولقد دفعت هيئة قضايا الدولة بأن الدستور قد أناط للمشرع مهمة تحديد شروط عضوية المجلس النيابي وتحديد أحكام الانتخاب والاستفتاء، ولم يقيد بغير الإشراف القضائي، وعبرت عن اعتقاد المشرع بتمتعه بسلطة تقديرية في هذا الشأن بقولها أن "الأعمال التحضيرية للدستور أوضحت أن الإشراف القضائي على اللجان الفرعية إنما يكون بقدر الإمكان، بما يعني أن مدّ هذا الإشراف إلى تلك اللجان من الملاءمات التي تندرج في نطاق السلطة التقديرية للمشرع بلا معقب عليه"<sup>4</sup>.

عند الإمعان في دفوع الطرفين نجد أن شروط هذا الفرض قائمة، فمن جهة أولى ثمة غاية مطلوبة دستورياً تتمثل في تحقيق نزاهة عملية الاقتراع بواسطة الإشراف القضائي، وهذه الغاية قد تجاوزها

<sup>1</sup> المادة 24، قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية رقم 73 لسنة 1956.

<sup>2</sup> المادة 88، دستور مصر 1971.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 11 لسنة 13 قضائية، 8 يوليو 2000، برئاسة محمد ولي الدين. (ش.ق.ش، ر.م 37159)

<sup>4</sup> الحكم نفسه.

المشرّع إلى نقيضها بتجويزه الإشراف غير قضائي، وقد بنى المشرّع هذا التجاوز بناءً على اعتقاده بأن ترتيب الإشراف القضائي من عدمه هو ممّا يندرج في نطاق السلطة التقديرية التي يتمتع بها، وبذلك كانت شروط هذا الفرض متحقّقةً، فماذا كان حكم المحكمة؟

أصدرت المحكمة في هذه القضية حكماً بديعاً هو من أروع ما أنجبتة المحكمة الدستورية العليا خلال مسيرتها، فقد شرّعت في استخلاص الغاية المطلوبة دستورياً بالعديد من الوسائل، مستعينةً بصريح النصوص ولوازمها وطبيعة الموضوع ومحاضر الأعمال التحضيرية للدستور، ولم يثنها عن ذلك ما تذرّعت به هيئة قضايا الدولة من اندراج التشريع ضمن نطاق السلطة التقديرية، حيث أعادت المحكمة ترسيم مناطق السلطة التشريعية بوضوح، لتنتهي إلى أنه قد "بات متعيّناً أن المشرّع الدستوري عند إقراره نص المادة 88 من الدستور-منظوراً في ذلك لا إلى إرادته المتوهمة أو المفترضة بل إلى إرادته الحقيقية التي كشفت عنها الأعمال التحضيرية على ما تقدّم- قد قصد إلى إمساك أعضاء الهيئات القضائية- تقديرًا لحيدتهم ونأيهم عن العمل السياسي بكافة صوره- بزمام عملية الاقتراع فلا تغلت من بين أيديهم بل يُهيمُنون عليها برمتها بحيث تتم خطواتها متقدمة الذكر كلها تحت سمعهم وبصرهم<sup>1</sup>". والمحكمة في هذا المقطع تُنقّب عن القصد التشريعي لنص الدستور، فتطرح عنه الوهم والافتراض لتقف على الإرادة الحقيقية منه وصولاً إلى الغاية المطلوبة التي نقضها النص الطعين.

ثم أتبعَت هذه الخلاصة البديعة بخلاصة هي أشدُّ جلاءً من سابقتها، فقضت بأن "الأهداف التي رمى الدستور إلى بلوغها بما تطلّبته في المادة 88 من أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية تتحصل بجلاء-وفق صريح عباراتها وطبيعة الموضوع الذي تنظمه والأغراض التي

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

يُنَوِّحُ تحقيقها من هذا الإشراف، وما تكشف عنه الأعمال التحضيرية السالف الإشارة إليها- في إرساء ضمانات أساسية لنزاهة الانتخابات عن طريق ضمان سلامة الاقتراع وتجنب احتمالات الانحراف به عن حقيقته<sup>1</sup>. "وهي بهذه الفقرات توصل بوضوح إلى أن المشرع مقيدٌ بهذه الأهداف ولوازمها، فما دامت نزاهة الانتخابات باعتبارها غايةً مطلوبةً دستوريًا لا توتى بغير وسيلة الإشراف القضائي، فهذه الوسيلة هي من لوازم إتمام عملية الاقتراع حسب مقتضى النص الدستوري، فيكون المشرع مقيدًا بعدم تولية زمام عملية الاقتراع لغير القضاء، ولا تقدير له في ذلك، وهذا المقطع مهمٌ في أن محلّ التشريع- وهو الوسيلة التي تُبلّغ الغاية به- قد يكون غايةً في حد ذاته حينما يقيد الدستور المشرع بوسيلة معينة، فيغدو ترتيب تلك الوسيلة نتيجةً من النتائج التي ينبغي أن يفضي التشريع إليها، لأن الوسيلة في هذا المقام تشكّل ضمانًا لبلوغ الغاية، فلا يُعفى المشرع إن بلغ الغاية الدستورية بغير الوسيلة التي استلزمها الدستور نفسه، لأن الوسائل التي ينص الدستور في مثل هذه الأحوال تكون لازمةً لبلوغ الغاية. وما فتئت أدرت المحكمة تعبيرًا لتعزيز هذه المسألة، فعادت بقولها: "وإذ يقوم النص الدستوري سالف الذكر على ضوابط محددة لا تتفقت بها متطلبات إنفاذه ومقتضيات إعماله، فقد تعين على المشرع عند تنظيمه حق الانتخاب أن ينزل عليها وألا يخرج عنها بما مؤداه ضرورة أن يكفل هذا التنظيم لأعضاء الهيئات القضائية الوسائل اللازمة والكافية لبسطهم إشرافًا حقيقيًا وفعالًا على الاقتراع"<sup>2</sup> فهنا تقرر المحكمة الوسيلة الدستورية اقترانًا لا يقبل الانفكاك عن الغاية التي أرادها الدستور.

ثم ما تلبث أن تدرأ دفع المشرع بعدم الإمكان عند قولها "ولا محاجة في القول بتعذر رئاسة أعضاء الهيئات القضائية للجان الفرعية لعدم كفاية عددهم، ذلك أنه إذا ما تطلب الدستور أمرًا فلا يجوز

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

التذرع بالاعتبارات العملية لتعطيل حكمه بزعم استحالة تطبيقه، سيما وأنه لم يستلزم إجراء الانتخاب في يوم واحد؛ وإلا غدا الدستور بتقريره هذه الضمانة عابثاً، ولانحلت القيود التي يضعها سراً<sup>1</sup>." وعبارات المحكمة هذه واضحة في أن الوسائل والأهداف التي توخاها الدستور هي قيد على المشرع، وهي قيد جامد لا تساهل فيه، إذ لا يُعذر المشرع بعجزه عن تلبيةها بدعوى المتطلبات العملية، بل ينبغي عليه أن يطوِّع المتطلبات العملية سعياً لنيل الغايات المطلوبة دستورياً، فلم تتسامح المحكمة البتة مع ما أبداه المشرع من تمتعه بالسلطة التقديرية، بل أظهرت القيود التي غفل عنها بما يرتفع معه العذر بالجهالة، لتنتهي من كل ذلك أخيراً إلى تطبيق تلك القيود على النص الطعين، فقضت بأن النص "وإن استوجب عقد رئاسة اللجان العامة في جميع الأحوال لأعضاء من هيئة قضائية، إلا أنه يسمح برئاسة اللجان الفرعية التي يجري الاقتراع أمامها لغيرهم، فأصبح الاقتراع يتم بمنأى عن اللجنة العامة، دون أن يكفل المشرع لهذه اللجنة - التي يرأسها عضو الهيئة القضائية - الوسيلة اللازمة والكافية لتحقيق الإشراف الحقيقي على الاقتراع، ومن ثم، يضحى النص المطعون عليه، قاصراً عن الوفاء بما تطلبه الدستور من إشراف أعضاء من هيئات قضائية على الاقتراع، مهدراً بذلك ضمانة رئيسية تتعلق بحقي الترشيح والانتخاب<sup>2</sup>." وهذا المقطع يثبت أن نوايا المشرع سليمة لكنّ تقديره للسلطة التقديرية جاء مخالفاً لمقتضى الدستور، فالحكم لم يمسس نوايا المشرع ولم يعرض بها، وهو ما يعزّز هذا الحكم كشاهدٍ على الفرض الذي نتحدث عنه. ودرأً لاعتراضٍ محتملٍ على الاستشهاد بهذا الحكم؛ قد يعترض قائل بأن التشريع الطعين معيبٌ في محلّه وليس في غايته، وهذا قولٌ صحيحٌ أوّله غير صحيحٍ آخزه، فالتشريع معيبٌ في محلّه وفي غايته، ومن المهمّ الانتباه إلى أن الوسيلة إذ يطلبها الدستور كضمانة للوفاء بغاية محدّدة

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

فإنها تكون لازمةً في التحقيق لزوم الغاية نفسها، فما لزم لتحقيق الغاية الدستورية فهو في حكمها، كما نعيد التذكير بما تقدّم بيانه من أن العيب في المحل - وإن كان يعني وجود انحرافٍ غائيٍ بالتبعية - لا يقطع الطريق دون إثبات عيب الانحراف الغائي استقلالاً، وهذا عين ما فعلته المحكمة الدستورية العليا في هذه القضية، فقد قرنت وسيلة الإشراف الغائي بالغايات الدستورية المرجوة من ورائها، ولمّا رأت إفشاء هذه الوسيلة إلى غايات تناقض ما استلزمه الدستور من نتائج؛ بيّنت أن التشريع بما اختاره من وسيلة تناقض غايات الدستور قد ذهب بالغاية الدستورية إلى نقيضها، بما يوصمه - بعيب الانحراف الغائي إلى جانب عيب المحل.

### الفرض الثاني - الانحراف الغائي في منطقة التقييد بسوء نية

مؤدى هذا الفرض أن تكون هناك غايةً مطلوبةً دستورياً، بحيث يوجب الدستور على المشرّع استهدافها، سواءً كان ذلك بوصفها غاية مخصّصة أو بوصفها غايةً لازمة، فيسعى المشرّع إلى مخالفة الغاية المطلوبة دستورياً إلى نقيضها مستتراً وراء اختصاصه التقديري<sup>1</sup>.

وقد يبدو هذا الفرض شبيهاً بفرض الانحراف الغائي بسوء نية في منطقة التقدير، غير أن الفارق الجوهرى هو أن الانحراف الغائي بسوء نية في منطقة التقييد لا يحتمل غايةً مشروعةً مهما قلبت النظر فيه، بعكس الانحراف الغائي بسوء نية في منطقة التقدير، فهو قائمٌ على ثبوت غايةٍ مشروعة تتمثل في الغاية الشكلية الوهمية التي يتخذها المشرع ستاراً لإخفاء الغاية غير المشروعة. وإذا كانت الغاية الفعلية الناشئة عن سوء النية تختبئ وراء الغاية الشكلية في منطقة التقدير، فإنها في منطقة التقييد تختبئ وراء عنصر الاختصاص.

---

<sup>1</sup> عبر الفقيه عوض المر عن هذا الفرض بقوله "قد تتظاهر السلطة التشريعية بتقييدها بنصوص الدستور في غايتها، ولكنها تدلس عليها من خلال نوايا مستترة تبطنها، وتصوغ تشريعاتها على ضوءها، ومن ثم تكون تشريعاتها هذه محض تعبير عن تبنيها أهدافاً مخالفة للدستور". ينظر مؤلفه: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 1385.



كما قد يلتبس هذا الفرض مع فرض الانحراف الغائي في منطقة التقييد بحسن نية، وثمة اختلافان جوهريان في هذا الفرض عن سابقه، الأول أن الغاية غير المشروعة في الفرض السابق تكون ظاهرة، بينما تكون الغاية غير المشروعة في هذا الفرض خفية، فهي تستتر خلف اختصاص المشرع، ويتفرع عنه الاختلاف الثاني، والمتمثل في نية المشرع إذ تسوء في هذا الفرض لانصراف قصد المشرع إلى الغاية غير المشروعة وسترها تحت رداء الاختصاص التقديري، فقيام هذا الفرض يعني أن التشريع ينطوي على إساءة استعمال للسلطة، بينما يقوم الانحراف الغائي في الفرض السابق منزوعاً عن عيب إساءة استعمال السلطة، فإذا كان إهدار المشرع غايةً مطلوبةً دستورياً لتحقيق غاية غير مشروعة؛ يُعدُّ بحد ذاته انحرافاً غائياً بصرف النظر عن مقاصد ذلك الإهدار وتكيفه، فإن اقتران ذلك بسوء النية استهدافاً لغاية غير مشروعة يجعل التشريع موصوماً بعبء إساءة استعمال للسلطة بلا جدال. وتأسيساً لهذا الفرض، ثمة ثلاثة شروط:

**الشرط الأول - أن يتصل النص الطعين بغاية مطلوبة دستورياً:** وهو تماماً مثل الشرط الأول في الفرض المنصرم، إذ إن هذا الشرط يلزم منه أن تكون هنالك غاية مطلوبة دستورياً يتصل بها النص المطعون عليه بشكل مباشر، فإذا لم يتصل النص الطعين بغاية مطلوبة دستورياً فلا قوام لهذا الفرض. ويستوي في ذلك أن تكون الغاية المطلوبة دستورياً غايةً مخصصةً أو غايةً لازمة، فالعبارة بثبوت استلزام الدستور لها، سواء كان منشأ الاستلزام النص الصريح، أو لوازمه المستفاد من فرادى النصوص أو مجموعها.

**الشرط الثاني - أن يتجه قصد المشرع إلى نقض الغاية المطلوبة:** ومفاد هذا الشرط أن تكون الغاية الفعلية من التشريع متمثلةً في نقض الغاية المطلوبة دستورياً، فالمشرع في هذا الفرض يعلم تماماً أنه ينقض الغاية المطلوبة دستورياً، بخلاف الفرض الأنف الذي يعتقد المشرع فيه - خطأً - أنه يتصرف وفق حدود سلطته التقديرية، ونقض الغاية المطلوبة دستورياً يختلف عن معارضتها،

إذ إن هذا الفرض متمحورٌ حول السعي لترك غاية أوجبها الدستور، وليس إعلاء غايةٍ مشروعَةٍ على أخرى مطلوبةٍ دستوريًا كما هو في الفرض المتعلق بمنطقة التقدير، وقد أوضحنا الفرق بين المناقضة والمعارضة فيما سبق.

**الشرط الثالث - أن يُخفي المشرع قصده خلف عنصر الاختصاص:** وهذا الشرط يتعلق بنية المشرع، فتوافر هذا الشرط ليس فيصلاً في وقوع الانحراف الغائي ولكنه فيصلاً في وقوعه بسوء نية، فالانحراف الغائي واقع بمجرد تحقق الشرطين الأنفيين، لكن هذا الشرط لازم لقيام عيب إساءة استعمال السلطة<sup>1</sup>.

ومفاد هذا الشرط أن يعمد المشرع إلى إخفاء قصده غير المشروع بمناقضة الغاية الدستورية خلف عنصر الاختصاص، بحيث يكون المشرع عالمًا بأن التشريع يتناقض مع غايةٍ دستوريةٍ غير أنه يسعى لمواراة ذلك النقص وراء عنصر الاختصاص، وقد يتخذ ذلك الإخفاء أحد صورتين، الأولى تتمثل في إخفاء القصد غير المشروع خلف الاختصاص التقديري، أما الصورة الثانية فتتمثل في إخفاء القصد غير المشروع خلف اختصاصٍ مُنتحل، وسوف نناقش الصورتين فيما يلي:

**الصورة الأولى - إخفاء نقض الغاية الدستورية خلف الاختصاص التقديري للمشرع:** يكون ذلك حين يتمتع المشرع باختصاص تقديري بمسألة ترتبط بأحد الغايات المطلوبة دستوريًا، فيصمم التشريع في حدود اختصاصه التقديري على نحو ينقض الغاية المطلوبة دستوريًا، فيصدر التشريع موافقًا لحدود الاختصاص التقديري لكنه يخالف الحدود الغائية للدستور<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> يقول الفقيه عوض المر: "لا يتحقق سوء الاستعمال بغير إرادة جازمة يبطنها المشرع أو يظهرها، متوخيا بها تحقيق أغراض تناقض قواعد الدستور في مقاصدها الكلية، فإذا نقض المشرع هذه المقاصد وحرفها عن وجهتها في النصوص التي أقرها، تعين القول بمخالفتها للدستور". يُنظر: المرجع نفسه، ص1398.

<sup>2</sup> تتقاطع هذه الصورة مع ما ذكره الدكتور أحمد كمال أبو المجد حول مشكلة استتار المشرع وراء أحد اختصاصاته المسلّم بها أو المنصوص عليها صراحة في الدستور ليمارس نشاطاً آخر يمنعه الدستور صراحة أو ضمناً. يُنظر مؤلفه: أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مرجع سابق، ص595.

معنى ذلك أن عنصر الاختصاص في هذه الصورة يقوم سليماً، لكنّ النتيجة النهائية لمباشرة الاختصاص التقديري تُقضي لنقض غاية دستورية مطلوبة، وهذا خلافاً للصورة الثانية حيث يكون عنصر الاختصاص معيَّباً في حدّ ذاته مثلما سوف يأتي البيان.

وقد أعياني البحث عن شاهدٍ لهذا الفرض حتّى وجدته ظاهراً في إحدى القضايا المتعلقة بمسألة التعويض عن نزع الملكية، فقد استلزم الدستور صراحةً ترتيب التعويض كنتيجة نهائية ومقصدٍ ثابت عند نزع الملكية، فإذا تدخلّ المشرع بتشريعات تؤدي إلى نتيجة نهائية مفادها الحرمان من الملكية دون تعويض فإن ذلك يعدُّ انحرافاً غائياً بسوء نية، لأن المشرع مقيّدٌ أبداً بترتيب التعويض كنتيجة نهائية لأي تشريع يفرض شكلاً من أشكال نزع الملكية.

وفي ذلك، طُعن أمام المحكمة الدستورية العليا على نصٍ جعل من توابع تسجيل الأثر العقاري؛ عدم جواز نزع ملكية العقار المسجّل ضمن الآثار، وحظر هدم أو إخراج جزء منه من جمهورية مصر العربية، ومنع تجديد العقار أو تغيير معالمه على أي وجه إلا بترخيص من رئيس الهيئة بعد موافقة اللجنة الدائمة المختصة وتحت إشراف الهيئة مانحة الترخيص، كما جعل للهيئة صلاحية إجراء أعمال الصيانة التي تراها مناسبة لحفظ تلك الآثار<sup>1</sup>.

وهذا النص في ظاهره يتفق مع حدود الاختصاص، إذ إن المشرع قد حظر نزع ملكية الآثار المسجّلة بما يوهّم بوجود ضماناتٍ من المشرّع للمالك، وهو ما يتفق مع حدود الاختصاص التقديري، لكن على الضقة الأخرى من هذا القانون جعل المشرّع التصرف في الآثار المسجّلة معلّقاً على ترخيصٍ من رئيس الهيئة بعد موافقة اللجنة، إلى جانب تحويلها إجراء ما تراه من أعمال الصيانة، وهو ما لا يخرج في حدّ ذاته عن حدود الاختصاص التقديري، خصوصاً وأن الدستور يولي الدولة

---

<sup>1</sup> المادة 13، قانون حماية الآثار رقم 117 لسنة 1983.

مهمة حفظ الآثار، لكن هذا التشريع في محصلته النهائية يُفقد المالك ملكيته على الآثار من الناحية العملية وإن بقي مالكا من الناحية الاسمية.

لهذا، حاجج الطاعن بأن القانون قد فرض على الملكية قيودا أفرغتها من مضمونها دون أن تكفل للمالك تعويضا عادلا، فجاء تكييف المحكمة للعيب الذي شاب القانون بأنه انحراف عن الدستور، وقد تسّمت المحكمة في هذا الحكم سهوة الفطنة عندما تنبّهت إلى أنّ الغاية الفعلية من حظر نزع الملكية تتمثل في حرمان المالك من التعويض من أجل تغادي نتيجة التعويض التي يفرضها الدستور كنتيجة نهائية لازمة عند نزع الملكية، حيث استخلصت ذلك من مجموع نصوص التشريع لتصل أخيرا إلى أن "حظر نزع ملكية العقار الذي سجّل كأثر لا يتضمّن ميزة للمالك، بل قُصد به حرمانه من التعويض الذي يستحقه في حالة نزع الملكية مع بقاء العقار متقلا بتلك القيود<sup>1</sup>".

وهذا استنتاج بالغ الدقة من المحكمة يتصل بالغاية الفعلية للتشريع ويغض الطرف عما للمشرع من اختصاصٍ تقديري في حفظ الآثار لاصطدامه بالقيود الغائية التي فرضها الدستور، وقد قدّمت المحكمة حفظ الملكية على كل غاية أخرى، حيث قضت بأنه "متى كان ذلك، وكان النص الطعين قد عطل - دون تعويض - كل خيار لمالك العقار في توجيهه الوجهة التي يقدر أنها في صالحه، حائلا بذلك دون الانتفاع به اقتصاديا في الأغراض المقصودة منه، فإنه يتمحّص تدميرا للملكية الخاصة لا تسمّح فيه أيّا كان نطاق المصالح التي يتذرع بها المشرع، ذلك أن مشروعية المصلحة حدها قواعد الدستور، إذ هي مدخلها وقاعدة بنيانها، ولا يتصور أن تقوم مصلحة على خلافها<sup>2</sup>".

وأتبعت المحكمة ذلك بعبارات لازعة تبين أنّ انحراف المشرع كان في منطقة التقييد، حيث قضت بأن "تدخل المشرع بتنظيم أوضاع أموال معينة مع إبقائها بيد أصحابها بطريقة تؤدي عملا إلى

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 182 لسنة 19 قضائية، 1999، ر. محمد ولي الدين جلال، حكم سابق.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

تقويض مقوماتها من خلال إهدار قيمتها الاقتصادية إلى حد كبير، ولو كان ذلك تذرّعًا بالوظيفة الاجتماعية للملكية أو بوجوب المحافظة على التراث القومي - إنما يعد انتقاصًا من حق الملكية تتحدد مشروعيته من زاوية دستورية بأن يكون مقترنًا بالتعويض العادل عن القيود التي يتضمنها ذلك التنظيم.<sup>1</sup> وهي بهذا المقطع تعرّض بأن الوظيفة الاجتماعية في هذا النص لم تكن غير غاية وهمية لتمرير الغاية الفعلية المتمثلة في حرمان الملاك من أملاكهم بغير تعويض.

وفي هذه القضية انحرف المشرع غائبًا بسوء نية في مجال السلطة المقيدة، فقد ابتغى حرمان المالك من التعويض مستترًا خلف اختصاصه التقديري عن طريق حظر نزع الملكية ليتجاوز القيد الدستوري الذي يلزمه بترتيب نتيجة التعويض إثر نزع الملكية.

ولهذا كانت عبارات المحكمة بالغة الصرامة مظهرًا القصد السيء للمشرع ومبطلًا النتيجة النهائية التي رتبها عن طريق حكمها بعدم الدستورية، حيث قضت بأن "إخراج أموال بذواتها من السلطة الفعلية لمالكيها مع حرمانهم من الفائدة التي يمكن أن تعود عليهم منها، يعدل - في الآثار التي يربتها - نزع الملكية من أصحابها دون تعويض، وفي غير الأحوال التي نص عليها القانون، وبعيدا عن القواعد الإجرائية التي رسمها، بما يعتبر غصبا لها، بل إن اغتيالها على هذا النحو يمثل أسوأ صور العدوان عليها، لاتخاذها الشرعية ثوبا وإطارا وانحرافه عنها قصدًا ومعنى، فلا تكون الملكية التي يكفل الدستور صونها إلا سرايا أو وهما<sup>2</sup>". وهذا من أبلغ أحكام المحكمة الدستورية العليا في مسألة الانحراف الغائي في مجال السلطة المقيدة، إن لم يكن الأبلغ.

وفي قضية أخرى، طعن على نص قانون المحاماة الذي حظر على الوزراء ومستشاري الهيئات القضائية السابقين وأساتذة القانون بالجامعات المصرية؛ ممارسة المحاماة أمام المحاكم الابتدائية،

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

وكفل لمن سواهم من المحامين ممارسة المحاماة لدى جميع المحاكم على اختلاف درجاته<sup>1</sup>، فدفعت الطاعنون بأن "النص المطعون فيه يعكس انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية في أبلغ صورته وأكثرها مجافاة للمصلحة العامة وخروجاً عليها، ذلك أن ما قصد إليه النص المطعون فيه من استبعاد فئة بذاتها من المحامين من المرافعة لدى المحاكم الجزئية والابتدائية، لا يعدو مجرد الرغبة في التضييق عليهم في الرزق إضراراً بهم ومحاباة للآخرين، وهو ما تؤكد غرابة القيود التي أتت بها النص الطعين، إذ لا تعرفها تشريعات النقابات المهنية الأخرى<sup>2</sup>."

وكان الدستور المصري يقرر الحق في التقاضي، لكنه لا يقرّر الحق في ممارسة مهنة المحاماة صراحةً كما لا يقرّر الحق في اختيار المحامي، ومع ذلك وجدت المحكمة أنّ ذلك من لوازم تفعيل الحق في التقاضي، فقضت بعدم الدستورية على سندٍ من أن "حق الشخص في اختيار من يوليه ثقته من المحامين يغدو لازماً لفاعلية ضمانته الدفاع" وهي بهذه العبارة تجعل الغايات اللازمة تحوز على الحجية الكاملة التي تحوز عليها النصوص الدستورية نفسها<sup>3</sup>.

ثم أكدت المحكمة على أن النص الطعين قد قصد غايات غير مشروعة، بل إنه استهدف نقيض ما سعى النص الدستوري إليه، فقضت بأن "إنكار حق الشخص في أن يختار من المحامين من يقدر تميزه في الدفاع عن المصالح التي يتوخى تأمينها والذود عنها لا يتمحض عن مصلحة مشروعة بل هو سعي إلى نقيضها<sup>4</sup>."

---

<sup>1</sup> المادة 15، قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 6 لسنة 13 قضائية، 1992، ر. عوض المر، حكم سابق.

<sup>3</sup> وتعزيراً منها لذلك قضت في الحكم نفسه بأن "الأصل في الحقوق التي كفلها الدستور أنها لا تتمايز فيما بينها.. بل تتكافأ في أن لكل منها مجالاً حيويًا لا يجوز اقتحامه بالقيود التي تفرضها النصوص التشريعية، وكان هذا المجال يتحدد بالنسبة إلى الحقوق التي نص عليها الدستور في صلبه إلى ضوء طبيعة كل حق منها، وبمراعاة الأغراض النهائية التي قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء إقراره، وفي إطار الرابطة الحتمية التي تقوم بين هذا الحق وغيره من الحقوق التي كفلها الدستور باعتباره مدخلاً إليها أو معززاً لها أو لازماً لصونها" فهذه العبارة توضح أن لوازم النص جزء منه، وإذا كان الأمر كذلك فإن تجاوز تلك اللوازم يشكل انحرافاً غائباً في منطقة السلطة المقيدة.  
<sup>4</sup> الحكم نفسه.

وفي تفسير ذلك أكدت على أن "فعالية ضمانة الدفاع ينافيها ما قرره النص المطعون فيه من حرمان فئة بذاتها من المحامين... من مباشرة مهنة المحاماة أمام المحاكم الجزئية والابتدائية وما في حكمها، لمجرد كون أفرادها يشغلون وظيفة بعينها أو كانوا قائمين بأعبائها، وذلك لما ينطوي عليه هذا النص من إنكار حق كل متقاضٍ في اختيار محام من بينهم يكون محل ثقته... وليس ذلك كله إلا عدواناً على حق الدفاع ينال من القيمة العملية لحق التقاضي مهدراً كذلك مبدأ الخضوع للقانون ومجرداً الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور من أبرز ضماناتها. ومن ثم يكون النص المطعون فيه قد اقتحم الحدود التي رسمها الدستور مجالاً حيويًا لحق الدفاع، وأخل بالحقوق الأخرى المرتبطة به برابطة وثيقة، ووقع من ثم باطلاً<sup>1</sup>".

وهذه العبارات الرصينة من المحكمة توضّح بأن تجاوز النص قد أودى بما يلزم عن النص الدستوري من غاية تمكين الحق في التقاضي، كما توضّح أن هذا التجاوز الغائي كان اقتحاماً لحدود منطقة السلطة المقيدة.

وصحيح أن المحكمة لم تقل بأن النص قد انطوى على انحراف غائي أو على إساءة استعمال للسلطة بصراحة، لكنّ صمتها عن فحوى دفاع الطاعن - الذي كان ينعى على النص انحرافه في استعمال السلطة ويطعن في نوايا المشرّع - مع تأييدها لجميع دفعه الأخرى بقولها أن "ما ينعاه المدعيان من مخالفة النص المطعون فيه للمادة 69 من الدستور في محله" وبقولها "يؤيد هذا البطلان ما ينعاه المدعيان - بحق - على النص التشريعي المطعون فيه من مخالفته مبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه في المادة 40 من الدستور"؛ فيه قرينة ظاهرة على تأييد المحكمة لدفع الطاعن بسوء نية المشرّع. عوضاً عن أنّ المحكمة قد ردّدت مراراً ما يفيد بأن المشرّع قد

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

قصد غاية غير مشروعة، وهذا واضح في قولها أن النص "لا يتمحض عن مصلحة مشروعة بل هو سعي إلى نقيضها" فنقيضها المصلحة غير المشروعة، والسعي لا يكون إلا عمدًا، ما يعني أن المشرع كان واقعًا في عيب إساءة استعمال السلطة. وهكذا يتضح أن هذه القضية قد انطبقت عليها الشروط الثلاثة.

**الصورة الثانية- إخفاء نقض الغاية الدستورية خلف اختصاص مُنتحل:** يكون ذلك حين ينتحل المشرع اختصاصًا معقودًا لسلطة أخرى ليبلغ به نتيجةً نهائية تناقض غاية دستورية مطلوبة، فيكون الاختصاص المنتحل ستارًا لإخفاء القصد التشريعي في نقض الغاية المطلوبة دستوريًا.

ولقد استخلصتُ هذا الفرض من القضية الشهيرة التي وصّمت فيها المحكمة الدستورية العليا نصًا طعيماً بالانحراف الغائي؛ حيث طُعن على حظر مباشرة الحقوق السياسية على "كلّ من عمل خلال العشر سنوات السابقة على 11 فبراير سنة 2011 رئيسًا للجمهورية أو نائبًا لرئيس الجمهورية أو رئيسًا للوزراء أو رئيسًا للحزب الوطني الديمقراطي المنحل أو أمينًا عامًا له أو كان عضوًا بمكتبته السياسي أو أمانته العامة، وذلك لمدة عشر سنوات ابتداء من التاريخ المشار إليه<sup>1</sup>."

في هذه القضية كانت أحد المناعي على النص استحداثه عقوبة الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية عن وقائع سابقة على صدوره بما يخالف مبدأ عدم رجعية العقوبات الذي أكّده الدستور، إلى جانب إخلاله بالحق في التقاضي لكونه يفرض جزاءً بناءً على قرينة قانونية دون حكم قضائي ومحاكمة عادلة. وقد أيدت المحكمة ذلك، مؤكّدة أن ترتيب العقوبات هو اختصاص قضائي وفق الدستور، وأن المشرع لا يملك سلطةً تقديرية في ترتيب أي نتيجة نهائية تشكّل عقوبةً على الأفراد دون المرور بالجهاز القضائي كونه صاحب الاختصاص الأصيل في هذا الشأن، حيث قضت

---

<sup>1</sup> المادة 1، القانون رقم 17 لسنة 2012 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 73 لسنة 1956 بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية.



المحكمة بأن "النص المحال قد رتب الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية، لمدة عشر سنوات تالية لتاريخ 2011/2/11، لكل من عمل بأي من المناصب التي أوردتها حصراً، فإنه بذلك يكون قد رتب جزاء، يُوقَّع عليهم تلقائياً، ودون حكم قضائي، بما يمثل افتتاتاً من السلطة التشريعية على اختصاصات السلطة القضائية، وانتحالاً من المشرع لهذا الاختصاص، وذلك بالمخالفة لنص المادتين (19 ، 46) من الإعلان الدستوري المشار إليه<sup>1</sup>."

وبعد إزالة ستار الاختصاص المُنتحل الذي اعتمده المشرع لإخفاء قصده؛ مضت المحكمة في محاكمة النتائج النهائية التي رتبها النص للحدود الدستورية، فقضت بأن "ممارسة المواطنين لحقوقهم السياسية، خاصة حقا الترشيح والانتخاب، تُعد أهم مظاهر وتطبيقات ممارسة السيادة الشعبية... ومن ثم، كانت ممارسة المشرع لسلطته التقديرية في تنظيم تلك الحقوق رهناً بالنقيد بالحدود والضوابط التي نصت عليها الوثيقة الدستورية، وتضحى كفالتها، وضمان حق كل مواطن في ممارستها، وفق قواعد موضوعية - لا تتال من جوهرها، أو تنتقص منها، أو تؤثر في بقائها، أو تتضمن عصفاً بها، أو إهداراً ومصادرة لها- التزاماً دستورياً على عاتق المشرع، لا يملك منه فكاكاً، وإلا وقع ما يسنه، خروجاً عليها، في حومة المخالفة الدستورية<sup>2</sup>."

ثم أجرت المحكمة ما تقدّم على النص الطعين فقضت بأن "ما قضى به النص المحال، من وقف مباشرة الحقوق السياسية، خلال المدة التي حددها، لكل من عمل بأحد المناصب التي عددها، إنما يمثل - في واقع الأمر - حرمانهم من مباشرة هذه الحقوق، ومن المشاركة في الحياة العامة طيلة المدة التي حددها، دون مقتض أو مبرر يتفق وأحكام الإعلان الدستوري، بما ينطوي على إهدار

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 57 لسنة 34 قضائية، 2012، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق، حكم سابق.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

لأصل هذه الحقوق، ويمثل اعتداء عليها، ومصادرة لها، وقيّدًا على ممارستها، يجاوز حدود دائرة تنظيم الحقوق التي يملكها المشرع<sup>1</sup>.

وقد كشفت المحكمة في هذه القضية عن سوء نية المشرع وأن خروجه عن المقاصد الدستورية كان عمديًا، إذ قضت بأن "اجتماع تلك المثالب الدستورية، مع عدم خفاء أمرها على أعضاء المجلس التشريعي... ما يجافي عن قصد الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها التشريع، وهو الأمر الذي يفقده عموميته وتجريده، ويوصمه بالتالي بعيب الانحراف التشريعي<sup>2</sup>". وبذلك يظهر تحقق الشروط الثلاثة الآتية في هذه القضية، فقد اتصل النص الطعين بغاية مطلوبة دستوريا وهي غاية تمكين الحق في الترشيح والانتخاب، واتجه قصده لمناقضة هذه الغاية بحرمان البعض منها، وقد سعى لإخفاء غايته خلف اختصاصٍ مُنتحل عن اختصاص السلطة القضائية بتوقيع العقوبات. ويمكن اختصار الفرضين الآتيين عبر الجدول الآتي:

الغاية/المصلحة (النتيجة النهائية)			الفرض
المصلحة الفعلية	المصلحة المتروكة	المصلحة الشكلية	

لا توجد	مطلوبة دستورياً	ظاهرة غير مشروعة	انحراف غائي في منطقة التقيد بحسن نية
	متناقضتان		
خطأ المشرع في معرفة حدود سلطته التقديرية في عنصر الغاية			الأساس

ظاهرة ومشروعة	مطلوبة دستورياً	خفية غير مشروعة	انحراف غائي في منطقة التقيد بسوء نية
	متناقضتان		
إخفاء الغاية الفعلية غير المشروعة خلف اختصاصٍ تقديري أو مُنتحل			الأساس

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

## الفصل الثاني

### مجالات الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

إن الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع ينتهي فيها بحث القضاء الدستوري للحكم إما بوجود انحرافٍ غائي أو إلى نفي الانحراف الغائي عن التشريع الطعين. وجزء من نطاق الرقابة على الغاية يتحدّد بمعرفة المجالات التي يُتصوّر وقوع الانحراف الغائي فيها.

وتختلف مجالات الرقابة الدستورية على الغاية التشريعية بحسب زاوية النظر، فإذا نظرنا إلى الرقابة الدستورية من زاوية مصدر التشريع فإن الانحراف الغائي يكون مُتصوّرًا في ثلاثة مجالات، أولها مجال التعديلات الدستورية، وثانيها مجال القوانين، وثالثها مجال اللوائح. أما إذا نظرنا للمسألة من زاوية طبيعة عمل المشرّع فهناك مجالان للانحراف الغائي، المجال الإيجابي للتشريع، والمجال السلبي للتشريع.

وأخيرًا حين ننظر إلى الرقابة على الغاية من زاوية ارتباطها ببقية العناصر الموضوعية فهي تنقسم إلى مجالين، مجال التبعية ومجال التجرد. وهذه القسمة الأخيرة يُعني عن الخوض فيها أمران: الأول: ما مضى من تمييز مفهوم الانحراف الغائي عمّا يشتبه به من مفاهيم، فقد بيّنّا متى يكون الانحراف الغائي مجردًا ومتى يكون تبعيًّا. والثاني: ما سوف يأتي في الباب الرابع من فروض تتعلق بشأن هذا الموضوع.

وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين:

- المبحث الأول/ مجالات الانحراف الغائي بحسب مصدر التشريع
- المبحث الأول/ مجالات الانحراف الغائي بحسب طبيعة التشريع

## المبحث الأول

### مجالات الانحراف الغائي بحسب مصدر التشريع

قصر معظم الفقه الدستوري حديثهم عن الانحراف الغائي في مجال القوانين؛ وهذا القصر امتداد لتخصيص السنهاوري الذي كان مبعوثاً بواقع غموض حدود اختصاص القضاء الدستوري آنذاك بسبب غياب النص المؤسس لهذا الاختصاص، أما اليوم وقد بات الاختصاص بالرقابة الدستورية معلوماً بالنص الصريح فإن الحديث عن الانحراف الغائي ينبغي أن يشمل كافة مجالاته. ولقد خصص جانب من الفقه أطروحاتهم لإثبات وقوع الانحراف الغائي في المجال الدستوري، فأسسوا لتصور الانحراف الغائي في الإعلانات الدستورية وعند وضع الدستور وعند تعديله<sup>1</sup>، أما في المجال الإداري فقلّة هم الذين اهتموا بمبحث الانحراف اللانحي<sup>2</sup>، والكثرة الغالبة أولت عنايتها للحديث عن الانحراف القانوني، فلم يسهب الفقه في مناقشة مجال من مجالات الانحراف الغائي الأخرى قدر إسهابهم في مناقشة الانحرافات القانونية، ومن ثمّ لا داعي لإفراد مبحثٍ يتعلّق بمجال القوانين، فالأطروحة برمتها إثباتٌ لذلك.

أما بالنسبة لمجال اللوائح، فمنذ دستور مصر 1971- وحتى الآن- خضعت اللوائح للرقابة الدستورية بسندٍ دستوري، فتهياً الاختصاص للمحكمة الدستورية العليا في مصر لتبسط رقابتها على اللوائح من حيث مدى اتفاقها مع الدستور تماماً مثلما تراقب دستورية القوانين<sup>3</sup>. ولئن كانت اللوائح تخضع من قبل ذلك لرقابة المشروعية من قبل القضاء الإداري، إلا أنّ عرض اللائحة على ميزان

<sup>1</sup> أبرزهم: رجب محمد السيد، الانحراف الدستوري وأثره على ممارسة الحقوق والحريات العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.

<sup>2</sup> أبرزهم: عبدالرحمن كحيل، حيث أفرد مبحثاً بعنوان "الانحراف اللانحي"، يُنظر مؤلفه: الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص329-332. وبشكلٍ جزئيّ تناول المسألة: آدم أبو القاسم أحمد إسحق، الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية: دراسة تأصيلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر/ الإمارات، 2014، ص393-436.

<sup>3</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص330.

الدستور ليس كعرضها على ميزان القانون، وهذا الفارق ثابتٌ بما لا داعي معه للبسط في إثباته. وصحيحٌ أن الفقه الدستوري في العموم قد أهمل بحث الانحراف الغائي في مجال اللوائح إلا أن أحدًا لم يجادل في أن اللوائح هي أحد المجالات الرئيسية للانحراف الغائي، فالَّذين وجَّهوا عنايتهم لدراسة الانحرافات القانونية لم ينفوا وجود انحرافات لأئحية عن الدستور، وقد سبق ذكر العديد من أمثلة الانحراف اللائحي، كما سبق تأصيل هذا المجال كأحد مجالات الانحراف الغائي عن الدستور، فنكتفي بما مضى ونحيل إليه تحسُّبًا للتكرار دون جدوى<sup>1</sup>.

يبقى المجال الذي يستحق تخصيص هذا المبحث لمناقشته، هو مجال الوثائق الدستورية، فلمَّا كنَّا قد وثَّقنا في ثنايا هذه الأطروحة أمثلةً عديدةً للانحرافات الغائية في مجالَي القوانين واللوائح؛ نولي عنايتنا في هذا المطلب لمجال التشريعات الدستورية.

لقد نادى كثير من الباحثين بضرورة الرقابة على الانحراف الغائي في مجال نصوص الدستور ونصوص التعديلات الدستورية، فعرف جانبٌ من الفقه الانحراف الغائي في نصوص الدستور بأنه "الانحراف بنصوص الدستور أو تطويعها لخدمة النظام الحاكم على حساب الحقوق والحريات العامة، ويكون ذلك أثناء وضع دستور جديد، أو من خلال تعديل الدستور القائم، أو من خلال إصدار إعلانات دستورية في فترة الفراغ الدستوري والتي تعقب غالبًا الثورات والانقلابات"<sup>2</sup>. كما عرفه جانبٌ آخر بأنه "عدم تحقيق النص الدستوري للصالح العام"<sup>3</sup> وقد يكون ذلك نتاج أحد أمرين:

---

<sup>1</sup> يُعني عن أفراد مطلبيين لمجالَي القوانين واللوائح أن نستذكر ما قرَّرت المحكمة الدستورية العليا من أن "محل الرقابة القضائية على الدستورية، إنما يتمثل في القانون بمعناه الموضوعي الأعمّ محددًا على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة، سواء وردت هذه النصوص في التشريعات الأصلية أو الفرعية." يُنظر: المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 39 لسنة 9 قضائية، 7 نوفمبر 1992، برئاسة عوض محمد عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م 36599). وكذلك حكمها في: القضية رقم 204 لسنة 28 قضائية، 5 نوفمبر 2016، برئاسة عبدالوهاب عبدالرزاق (ش.ق.ش| ر.م 385727).

<sup>2</sup> رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري، مرجع سابق، ص 5.

<sup>3</sup> عبدالرحمن أسامة أحمد محمد كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 190.

الأول، مخالفة السلطة التأسيسية الأصلية أو المشتقة للنظام العام الدستوري الذي يعبر عن هوية الشعب وقيمه المستقرة، سواء في النصوص الوصفية التي تحدّد هوية الدولة وقضاياها المصيرية أو في النصوص الحقوقية<sup>1</sup>. والثاني، اختلال التوازن في نظام الحكم بين سلطات الدولة، سواء في نصوص تحديد الاختصاص<sup>2</sup> أو في النصوص الإجرائية التي تكفل التوازن الإجرائي بين سلطات الدولة مباشرة الصلاحيات<sup>3</sup>.

في جميع تلك الأمثلة وما حذا حذوها يرى أصحاب هذه الفكرة خطورة مثل هذه الانحرافات، لأنها نافذة بذاتها دون حاجة لتدخل تشريعي، فالانحراف في المجال الدستوري هو انحراف يهتك القيم العليا للمجتمع، ويزعزع هوية الدولة، ويهدّد حقوق الأفراد وحياتهم، ويعصف بحدود الاختصاص بين جهات الدولة، وعليه؛ يرى هؤلاء بأن الانحراف الغائي في المجال الدستوري له صورٌ ثلاث، فقد يقع في الإعلانات الدستورية، وقد يقع عند وضع الدستور، وقد يقع عند تعديل الدستور<sup>4</sup>.

ووفق ما مضى؛ وضع أصحاب فكرة الانحراف الدستوري كلاً من الإعلانات الدستورية والساتير والتعديلات الدستورية في سلّة واحدة، رغم أن هذه الأصناف الثلاثة تتمايز فيما بينها تمايزاً يستدعي التفريق بينها، فصدور الإعلانات الدستورية ووضع الساتير لا يكون إلا بعد سقوط الدستور القائم بسقوط النظام الذي أنشأه أو باتجاه النظام القائم لاستبداله، بينما لا يكون تعديل الدستور إلا في ظل دستور قائم، إلى جانب أن الإعلانات الدستورية والساتير عادةً ما تصدر عن السلطة التأسيسية المنشئة للنظام، في حين لا يكون تعديل الدستور إلا من قبل السلطة المنشأة من قبل

---

<sup>1</sup> كما لو أقر الدستور حق الزواج من الجنس عينه، أو إذا قرّر نصّاً يقيم المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة.

<sup>2</sup> كما لو تركّزت جميع السلطات في يد السلطة التنفيذية بحيث تصبح السلطتين التشريعية والقضائية تابعتين لهما، وكما لو مُنح القضاء صلاحيات تُعيق البرلمان عن أداء وظيفته التشريعية.

<sup>3</sup> كما لو منع مجلس الشعب من استعمال أدواته الرقابية إلا بعد تقديم السلطة التنفيذية برنامجها، وإذ كانت الحكومة لا تقدم برنامجها إلا في فبراير من كل عام فإن البرلمان يكون عاجزاً عن الرقابة لأكثر من نصف دور الانعقاد.

<sup>4</sup> عصام إبراهيم خليل إبراهيم، حدود السلطة التقديرية للمشرع الدستوري، مرجع سابق، ص125.

الدستور<sup>1</sup>، وهذه الفروق وغيرها- مما تقدّم تفصيله في الباب الأول- تفرض عدم الزجّ بالتعديلات الدستورية في خانةٍ واحدةٍ مع الإعلانات الدستورية ووضع الدساتير الجديدة، بل ينبغي التفريق بين ما يصدر عن السلطة التأسيسية الأصلية المنشئة وبين ما يصدر عن السلطة التأسيسية المنشأة. لهذا، وقبل أن يسحبنا عمق المشكلات التي قد تكتنف تلك الوثائق إلى التسليم بإمكان وقوع الانحراف الغائي في الإعلانات الدستورية أو عند وضع الدستور؛ لا بد من التروّي في قبول ذلك، فكثيراً ما يُعمي وهج الفكرة عن ضعف منطقتها، وكثيراً ما تؤدي الرغبة في حلّ المشكلات إلى تبني حلولٍ فطيرة تعجز عن حلّ أصل المشكلة، ولكيلا نقع في فخّ تلك الرغبة ينبغي تمحيص المشكلة، فهل الأمثلة التي ساقها أصحاب فكرة الانحراف الدستوري ينطبق عليها وصف الانحراف الغائي بالمعنى الذي قدّمنا إليه؟ وإذا انطبق هذا الوصف أو لم ينطبق، هل تُعالج هذه المشكلة بالرقابة الدستورية على الغاية؟ هذا ما نسعى للإجابة عنه في هذا المبحث.

حيث نقسّم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول مدى تصوّر الانحراف الغائي عند وضع دستورٍ جديد، وفي الثاني مدى إمكان تصوّر الانحراف الغائي في مجال الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة، وفي الثالث مدى تصوّر الانحراف الغائي في التعديلات الدستورية. ولما كنّا معيّنين في هذه الأطروحة بالحديث عمّا يتّصل في موضوعاتها بالسياق القطري، فسوف نأخذ في المطلب الرابع نظرةً على مدى تصوّر الانحراف الغائي في الوثائق الدستورية لدولة قطر.

### الانحراف الغائي في الوثائق الدستورية

غير متصوّر في

متصوّر في

الإعلانات الدستورية

وضع دستور جديد

التعديلات الدستورية

<sup>1</sup> عبدالحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص30.

## المطلب الأول

### مدى تصوّر الانحراف الغائي عند وضع دستورٍ جديد

تُعنى الدساتير بغايات محدّدة تتمثّل في تقرير ثوابت الأمة والمبادئ العامة التي تنظم المجتمع، فتضمن الحقوق والحريات وأمن البلاد واستقرارها ومصالحها القومية، وقد ذهب البعض إلى أن العدول عن هذه الغايات إلى غيرها هو انحراف غائي يستوجب الرقابة عليه، وعرّفوا الانحراف بالسلطة التأسيسية الأصلية بأنه ميلٌ بوضع الدستور عن الغاية منه وتطويع نصوصه من قبل السلطة التأسيسية الأصلية بما لا يعبر عن إرادة المجتمع<sup>1</sup>.

هذه الفكرة التي تبناها بعض رواد القانون الدستوري في مصر؛ تبدو مدفوعة بواقع التقلّبات السياسية والدستورية التي شهدتها البلاد، لكنّ فحصها من زاوية الرقابة الدستورية يطرح العديد من المشكلات التي سكت عنها. ولاستيفاء هذا المطلب نُقسّمه لأربعة فروع، فنعرض موجزاً حول دساتير مصر التي ثار موضوع الانحراف الغائي بشأنها. ثمّ التوجهات الفقهية في تحديد وجه الانحراف الغائي في دساتير مصر. ثم نناقش التكييف الفقهي للتجاوزات الواقعة أثناء عملية وضع الدساتير. ثمّ نُبدي رأينا الخاص في امتناع عيب الانحراف الغائي عن وضع دستورٍ جديد.

### الفرع الأول- موجز حول دساتير مصر التي ثار موضوع الانحراف الغائي بشأنها

عقب أحداث 1952<sup>2</sup>، شهدت مصر أربعة دساتير دائمة صدرت- شكلياً- بأسلوب الجمعية التأسيسية. واحدٌ من تلك الدساتير كان تشكيل الجمعية التأسيسية فيه تشكيلاً حكومياً وهو دستور 1956، واثنان منها كان تشكيلاً نيابياً وهما دستور 1971 ودستور 2012، وواحد منها كان

---

<sup>1</sup> عليان بوزيان، عيب الانحراف بالسلطة التأسيسية: ظاهرة الانحراف الدستوري: دراسة مقارنة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، مج05، ع01، 2019، ص 4.

<sup>2</sup> هذه الأحداث لها تسميتان بحسب التوجّه السياسي، فمؤيدوها يطلقون عليها ثورة 1952، ومعارضوها يُطلقون عليها تعبير انقلاب 1952، وتحييداً للانحياز السياسي في هذه المسألة اخترنا تعبير أحداث 1952.



تشكيلاً مؤسسياً وهو دستور 2014، ولقد عُرضت مشاريع الدساتير تلك للاستفتاء الشعبي العام، وجميعها انتهت فيها نتيجة الاستفتاء بقبول الشعب لمشروع الدستور المُستفتى عليه، فلم تشهد مصر أبداً نتيجة رفضٍ لاستفتاء شعبي على وضع دستور جديد.

بالنسبة لظروف إصدار دستور 1956، فقد صدر مرسوم بقانون بتشكيل لجنة الخمسين التي كُلفت بصياغة مشروع للدستور بعد الإعلان الدستوري بإسقاط دستور 1923، وقد وضعت اللجنة مشروعاً كاملاً أُحيل إلى الحكومة عام 1955، غير أنه تُرك جانباً لاتفاق مبادئه مع دستور 1923 الذي نصّ على النظام الديمقراطي البرلماني وعدم تحقيقه لمبادئ أحداث 1952 من وجهة نظر الحكومة<sup>1</sup>، وأعدّ مشروع آخر عن طريق مجلس المكتب الفني لرئاسة الجمهورية، واستفتي الشعب عليه استفتاءً مزدوجاً على مشروع الدستور وعلى رئيس الجمهورية آنذاك، فحصد الاستفتاء موافقة شبه مطلقة من الشعب، وأصبح الدستور نافذاً من حينها.

أما دستور 1971، فقد صدر بيان رئاسي يكلف مجلس الأمة مهمة وضع الدستور، فشكّلت لجنة تحضيرية من ثمانية أعضاء برلمانياً، ثم أُحيل المشروع للجنة فقهية لصياغته، ثم عُرض المشروع سراً على لجنة حكومية، فأجرت تعديلاتها وأصدرت موافقتها على المشروع، ثم استفتي الشعب عليه فكانت النتيجة موافقةً ساحقة. لكن، كانت المفاجأة بأن مشروع الدستور المستفتى عليه يختلف عن مشروع اللجنة التحضيرية، حيث أجرت اللجنة الحكومية تعديلات جوهرية على ذلك المشروع<sup>2</sup>، ومن فرط التباين بين المشروعين يقول الدكتور عبدالحميد المتولي "هذا الدستور كان يوصف بالدستور الجديد والواقع أنه كان جديداً حتى على واضعيه من أعضاء لجنة الدستور"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> رجب محمد السيد، الانحراف الدستوري، مرجع سابق، ص 62.

<sup>2</sup> نقلاً عن: عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 201.

<sup>3</sup> عبدالحميد متولي، أنظمة الحكم في الدول النامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 2، 1992، ص 569.

أما دستور 2012، فقد كان مشروعُه وليد جمعية تأسيسية انتُخبَ أعضاؤها من قِبَل البرلمان<sup>1</sup>، ولقد سعت تلك اللجنة لتدارك تكرار ما حصل من تبديل خفيٍّ لمشروع دستور 1971، فنشرت مشروع الدستور علانية، وهو ما منع تكرار التبديل الصريح في المشروع الذي اعتمدته الجمعية، لكنّه لم يخلُ من تبديلٍ ضمني، إذ أُضيفتُ بعضُ المواد بالمخالفة لما انتهى إليه المشروع الأساسي<sup>2</sup>، ثم عُرض المشروع على استفتاء شعبي، فحاز على الموافقة بالأغلبية.

وأخيراً بالنسبة لدستور 2014؛ فقد بدأت ظروف إصداره بتشكيل لجنة العشرة بناءً على قرار رئيس الجمهورية، وتألّفت اللجنة من أعضاء المحكمة الدستورية والمفوضين بها وقضاة مجلس الدولة وأساتذة القانون الدستوري بالجامعات المصرية، وكُلّفت باقتراح تعديلات على دستور 2012، ثم عُرض مشروع التعديل على لجنة الخمسين التي كُلفت بإعداد المشروع النهائي لتعديلات دستور 2012<sup>3</sup>، ثم عُرض المشروع على الاستفتاء الشعبي وحصد موافقةً بأغلبية ساحقة<sup>4</sup>.

ودستور 2014 وإن صدر بصفته تعديلاً دستورياً لدستور 2012، إلا أن تكييفه الدقيق هو أنه دستور جديد وليس تعديلاً دستورياً، وذلك لأنّ النظام الذي أنشأ دستور 2012 كان قد سقط وحلّ محله نظام جديد، والدستور يسقط بسقوط النظام الذي أنشأه ما لم يقره النظام الجديد، لكن النظام الجديد قد أجرى عليه من التعديلات ما جعله خُلُقاً آخر، فالتعديلات التي أُجريت على دستور 2012 طُمِست بها معالمه تماماً، ولهذا فإنّ التكييف الدقيق لهذه الحالة هي أنها حالة وضع دستورٍ جديد، وإن سُمّي تعديلاً للدستور بموجب الإعلان<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> ثار خلاف حول ما إذا كان تشكيل الجمعية من داخل البرلمان أم من خارجه، واستقر الأمر على تشكيل مشترك للجنة المئة بتناصف الأعضاء بين النواب البرلمانين وشخصيات من خارج البرلمان، يُنظر: رجب السيد، *الانحراف الدستوري*، مرجع سابق، ص 26-27.

<sup>2</sup> عبدالرحمن كحيل، *الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقّه الإسلامي*، مرجع سابق، ص

<sup>3</sup> إعلان دستوري، (الجريدة الرسمية، العدد 27 مكرر (أ)، 8 يوليو 2013) مستلّة منشورة في: (منشورات قانونية manshurat.org)

<sup>4</sup> رجب محمد السيد أحمد، *الانحراف الدستوري*، مرجع سابق، ص 36، وما بعدها، وكذلك: ص 48.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص 38-39.

## الفرع الثاني - التوجهات الفقهية في تحديد وجه الانحراف الغائي في دساتير مصر

تفاوتت التوجهات الفقهية في تحديد مناط الانحراف الغائي في وضع الدساتير، فقد أرجعه البعض إلى العناصر الإجرائية التي تسبق وضع الدستور؛ بينما أرجعه آخرون لنصوص الدستور نفسها، وسوف نبين كلا الرأيين في كلّ دستورٍ على حدة.

أسند البعض الانحراف الغائي في دستور 1956 إلى إعراض الحكومة عن الأخذ بالمشروع الأول والاستعاضة عنه بمشروع اللجنة الحكومية، ما جعل الدستور تعبيراً خالصاً عن مصلحة السلطة<sup>1</sup>. بينما أسنده البعض الآخر<sup>2</sup> إلى مضمون العديد من نصوصه، مثل حرمان الأفراد من حق تأسيس الأحزاب السياسية، وإرساءه مبدأ الاسترأس<sup>3</sup> مهذباً بذلك مبدأ تداول السلطة وحق الترشح للرئاسة، ومنحه سلطات شبه المطلقة لرئيس الجمهورية.

أما في دستور 1971، أسند البعض الانحراف الغائي إلى التعديلات الجوهرية التي أجرتها اللجنة الحكومية على المشروع الذي أقرته اللجنة التحضيرية<sup>4</sup>. أما البعض الآخر فأسنده إلى النصوص التي ورثها دستور 1971 عن دستور 1956، سواء ما تعلق بمبدأ الاسترأس أو السلطات شبه المطلقة، وكذلك اشتراطه أن يكون نصف عدد أعضاء المجالس النيابية من الفلاحين<sup>5</sup>.

أما دستور 2012 فيرى البعض أن الانحراف الغائي في وضعه تمثل في تشكيل الجمعية التأسيسية من حيث انتماء عدد كبير من أعضائها لتيار واحد، وإدخال نصوص وُضعت لإرضاء فئات معينة في الجمعية التأسيسية<sup>6</sup>. بينما يرى آخرون بأن الانحراف الغائي تمثل في النصوص نفسها، مثل

---

<sup>1</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 198-199.

<sup>2</sup> رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري، مرجع سابق، ص 65.

<sup>3</sup> يُقصد به استفتاء الشعب على شخص معين لرئاسة الدولة. يُنظر: المرجع نفسه، ص 66.

<sup>4</sup> عصام إبراهيم خليل إبراهيم، حدود السلطة التقديرية للمشرع الدستوري، مرجع سابق، ص 128.

<sup>5</sup> رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري، مرجع سابق، ص 65 وما بعدها.

<sup>6</sup> عصام إبراهيم خليل، مرجع سابق، ص 130. وكذلك: عبدالرحمن كحيل، مرجع سابق، ص 202-203.

تحديد أعضاء المحكمة الدستورية بعشرة أعضاء إلى جانب الرئيس بغية التخلص من بعض الأعضاء غير المرضي عنهم، واستحداث مفهوم العزل السياسي بحرمان بعض الفئات الحزبية من الحقوق السياسية بما يعارض المبدأ المستقر في الدساتير المتعاقبة بألا عقوبة إلا بحكم قضائي وعلى الأفعال اللاحقة لنفاد القانون<sup>1</sup>.

وأخيراً، بالنسبة لدستور 2014، أرجع البعض عيب الانحراف الغائي فيه إلى أن سلطة تعديل الدستور قد تجاوزت اختصاصها بإلغاء دستور 2012 وفق المادة 246<sup>2</sup>. بينما أرجعه آخرون إلى مضامين نصوصه، مثل التوسع المفرط في اختصاصات القضاء العسكري، وإلغاء طريق التحكيم بما يهدد اقتصاد الدولة<sup>3</sup>، وحذف ضمانات استقالة رئيس الجمهورية حال عدم موافقة الأغلبية على قرار حل مجلس النواب، وجعل هيئة النيابة الإدارية جهةً قضائية تحرك الدعوى وتفصل في الخصومة في الآن ذاته بما يشكل اعتداءً على اللجان القانونية في الهيئات الحكومية<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث - مناقشة التكييف الفقهي للتجاوزات الواقعة أثناء عملية وضع الدساتير

كلا الفريقين محقٌّ في القول بوجود مشكلات في إجراءات وضع الدساتير الأربعة وفي مضامين نصوصها، لكن المشكلة التي يشير إليها الفريق الأول تختلف عن المشكلة التي يشير إليها الفريق الثاني، وكلا المشكلتين تختلفان عن مشكلة الانحراف الغائي عن الدستور.

يشير الفريق الأول إلى مشكلة الانحراف الغائي عن إرادة الشعب، وليس لمشكلة الانحراف الغائي عن الدستور، فاللجنة التي هُجر مشروعها عند الإعداد لدستور 1956 وإن كانت معيّنة من قبل الحكومة إلا أن تشكيلها كان أقرب لتمثيل أطياف المجتمع، ومضامين نصوص ذلك المشروع

<sup>1</sup> رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري، مرجع سابق، ص 92-93

<sup>2</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 228 وما بعدها.

<sup>3</sup> رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري، مرجع سابق، ص 38-40، ص 51، 93-95.

<sup>4</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 231 وما بعدها.

كانت تتوافق مع دستور 1923 الذي كان المجتمع قد ارتضاه ردحًا من الزمان، وإعراض الحكومة عن المشروع الذي أعدته لجنة الخمسين إذا صحّ تكييفه بأنه انحراف عن إرادة الشعب فلا يصحّ تكييفه على أنه انحراف غائي عن الدستور، لأن دستور 1923 سقط بالإعلان الدستوري الصادر عام 1952<sup>1</sup> فلا التزام به، فإن قيل إن الإعلان الدستوري نفسه غير دستوري، قلنا بأن الدستور يسقط حكمًا بسقوط النظام الذي أنشأه ما لم يقرّر النظام الجديد بقاءه، فليس الإعلان الذي تضمن إسقاط الدستور منشأً لحكم جديد بشأن دستور 1923، بل هو كاشفٌ لحكمٍ فرضه الواقع، لأن الدساتير مرهونةٌ بالأنظمة، توجد بوجودها وتزول بزوالها.

ولا يختلف الحال بالنسبة لدستور 1971، فالتعديلات التي أدخلتها اللجنة الحكومية على مشروع اللجنة التحضيرية لا تشكّل انحرافًا غائيًا عن الدستور، إذ لا دستور حتى يُحتكم إليه في تلك المرحلة، والحال مثله بالنسبة للتعديلات التي أدخلتها الحكومة على مشروع الدستور المعتمد من اللجنة المنتخبة لدستور 2012، فليس ذلك انحرافًا غائيًا عن الدستور، أما انحرافها عن الإرادة الشعبية فتلك مسألة أخرى لا علاقة لاختصاص القضاء الدستوري بها.

أما الفريق الثاني يشير إلى مشكلات في مضامين تلك الدساتير ويكيّفها على أنها انحراف غائي، لكنه لا يبيّن مناط تلك الانحرافات، فإذا سلّمنا بأن تلك النصوص تتطوي على انحرافٍ غائيٍ وجب أن نحدّد عمّاذا انحرفت، وإذا كان مناط الانحراف الغائي عن الدستور هو الدستور؛ وكان الدستور عند وضع تلك الدساتير غير قائمٍ أصلًا فإن تصوّر الانحراف الغائيٍ يمتنع.

فإن قيل إن مناط الانحراف الغائي في تلك الدساتير هو الإرادة الشعبية، قلنا أن غياب سندٍ تنتسب إليه الإرادة الشعبية يجعل هذا القول محض ظن، ثم إن الإرادة الشعبية لا اعتداد بها في ميزان

---

<sup>1</sup> إعلان الدستوري، 10 ديسمبر 1952. منشور في: (ويكي مصدر wikisource.org).

الرقابة الدستورية إلا إذا عبّر عنها، وهو ما يكون بأداة الدستور في السياق المعاصر، وإلا تعدّ تحديد مراد الشعب على جهة الجزم واليقين، وغدا الاستناد لإرادة الشعب من قبيل الظن والتخمين، وقد ذكرنا سلفاً أن سلطة وضع الدستور هي سلطة مطلقة، فهي ليست سلطة قانونية أصلاً، وإنما هي سلطة واقعية، وأنها بوضع الدستور تضع المعيار الذي يُبنى عليه الانحراف الغائي، فلا يمكن تصوّر انحراف غائي عن الدستور قبل وضع الدستور. نعم هناك مشاكل استبدال وتعسف وتهميش للإرادة الشعبية وطغيان سياسي.. إلى غير ذلك من مشاكل الأنظمة السياسية، لكن هذه المشاكل لا تسمّى انحرافاً غائياً عن الدستور، بل تسمّى بأسمائها.

فخلاصة القول أن الفريق الأول كان يشير لمشكلة الانحراف عن الإرادة الشعبية وليس لمشكلة الانحراف الغائي عن الدستور، بحسبان أن مشاريع وضع الدستور التي اعتمدها المجالس التأسيسية قد حُرِّفَت بواسطة الحكومة، وتلك مشكلة لا تُحلُّ بالرقابة الدستورية، لأنها تقع عند فراغ الواقع من أي دستور، أي تقع خارج النظام القانوني. أما الفريق الثاني فإنه يسند الانحراف الغائي إلى مضامين النصوص الدستورية لكنه لا يبيّن مناط الانحراف الغائي، ولا يمكن أن يكون المناط هو الدستور لعدم وجود دستورٍ قائم في الأمثلة الأربعة، كما لا يمكن أن يكون مناط الانحراف الغائي هو الإرادة الشعبية لعدم وجود سندٍ يعبّر عنها.

#### **الفرع الرابع- رأينا الخاص: امتناع الانحراف الغائي عند وضع دستور جديد**

يحسن الوقوف أولاً عند التعريف الذي وضعه الفقه للانحراف الغائي بوضع دستور جديد، فقد عرّف بأنه "عدم تحقيق النص الدستوري للصالح العام"<sup>1</sup> وهذا التعريف يُثير سؤالاً مهماً: الصالح العام بمعيار من؟ فالانحراف الغائي يعني خروج المشرع عن المصلحة العامة بمعيار الدستور،

---

<sup>1</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 190.

فإذا كان الدستور هو معيار المصلحة العامة لبقية التشريعات فكيف يخضع الدستور لنفسه إذن؟  
يتمتع ذلك إلا أن يكون الخصم والحكم واحدًا. وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن  
"السلطة التأسيسية التي تختص بوضع الوثيقة الدستورية تعلق على جميع سلطات الدولة، إذ هي  
من نتاج عملها باعتبار أنها السلطة المنشئة لغيرها من السلطات، ولا يتصور - تبعاً لذلك - أن  
تخضع هذه السلطة في تكوينها أو مباشرة أعمالها لرقابة أية سلطة من إنشائها"<sup>1</sup>.

إنّ جميع الأمثلة التي ساقها الفقه في هذه المسألة وإن كانت تشكّل ميلاً عن الجادة، لكنّ الجادة  
في جميع تلك الفروض ليست جادة الدستور، بل هي - في أحسن الأحوال - جادة الإرادة الشعبية،  
فبعض تلك الفروض قد يقوم بها معنى الانحراف الغائي - كالانحراف عن الغايات الاجتماعية أو  
الأخلاقية أو غيرها - لكن ليس الانحراف الغائي الذي يخوّل القضاء الدستوري أن يتدخّل ويقضي  
بعدم الدستورية، فالمهمّة الأصلية للقضاء الدستوري تقف عند حماية الدستور، وهو مكلف بمحاكمة  
النصوص التشريعية إلى نصوص الدستور، لكنه ليس مكلفاً بحماية الإرادة الشعبية غير المعبر  
عنها بنصوص مكتوبة.

هذا وإنّ الجهة المسؤولة عن الرقابة الدستورية هي من إنشاء الدستور نفسه في دول الرقابة  
المركزية، وحتى في دول الرقابة اللامركزية فإنّ المحاكم التي تباشر هذا النوع من الرقابة لا وجود  
لها إلا بموجب مبادئ الدستور، فهي ملزمة بما يمليه الدستور عليها، وما ينبغي لها أن تعلق عليه.  
لكنّ المناداة بالرقابة الدستورية على عملية وضع الدستور يلزم منها أن القضاء الدستوري سابق  
على الدستور، في حين أن الدستور عملياً هو الذي يمنح القضاء الدستوري شرعية الوجود والرقابة،  
فهذا الأخير لا يسبح في فراغ، بل هو جزء من النظام القانوني الذي أنشأه، ولذلك في أنظمة الرقابة

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 166 لسنة 34 قضائية، 2013، ر. ماهر البحيري، حكم سابق.

الدستورية التي نشأت نشأة قضائية؛ نجد القضاء الدستوري لا يكلّ من استتطاق نصوص الدستور في سبيل تحويط اختصاصه الذي أنشأه بشرعيةٍ دستورية<sup>1</sup>.

ولا مرأ في وجود مشكلات حقيقية في وضع تلك الدساتير، كما ليس من شك في أنّ تلك المشاكل تستدعي سؤق الحلول لها، لكنّ اليقين لا يبارحنا كذلك في أن حلّ هذه المشكلة ليس بيد القضاء الدستوري، لأن مفهوم الرقابة الدستورية في جوهره يرتكز إلى وجود دستورٍ ثابت يتسم بالجمود، وحيث يغيب الدستور بهذا المعنى؛ يغيب أساس فكرة الرقابة الدستورية<sup>2</sup>، إذ الدستور الجامد هو معيار الدستورية الذي يُحتكّم إليه ولا يُحكّم عليه.

هذا ما قرّره المحكمة الدستورية العليا إذ قضت بأن "الدستور - وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - لا يندرج في مفهوم القوانين التي تباشر المحكمة الدستورية العليا الرقابة عليها في نطاق ولايتها... باعتبار أن الدستور وهو مظهر للإرادة الشعبية ونتاجها في تجمعاتها المختلفة المترامية على امتداد النطاق الإقليمي للدولة تتصدّر أحكامه القواعد القانونية الأدنى مرتبة منها وتعلوها، وتكون هي الأحق بالنزول عليها احتكامًا إليها وامتثالًا لها وهي في ذلك تكون مغايرة للنصوص القانونية، سواء تلك التي أقرتها السلطة التشريعية أم أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها الدستورية، ومن ثم فقد كان منطقيًا أن يقصر المشرع الدستوري والمشرع العادي ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال مراقبة الشرعية الدستورية على النصوص التشريعية دون غيرها، وعلى ذلك فإنّ حالة إخضاع الدستور لرقابة هذه المحكمة تكون مجاوزة حدود ولايتها مقوضة تخومها، ومن ثم يخرج ذلك عن نطاق اختصاصها<sup>3</sup>."

<sup>1</sup> أشهر مثال على ذلك حكم مارشال في قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، قضية ماربوري ضد ماديسون 1803.

<sup>2</sup> هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، مرجع سابق، ص 42.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 76 لسنة 29 قضائية، 2007، ر. ماهر عبدالواحد، حكم سابق.



وفي هذا المقام ينبغي الاعتراف بتموقع السياسة قبل القانون، فالسياسة بمقدورها أن تصنع القانون كما بمقدورها إلغاءه، وعملية وضع الدساتير هي عملية سياسية في المقام الأول تباشرها السلطة الواقعية لتتال صفةً قانونية، إذ إن الدستور هو قاعدة أي نظام قانوني في أي دولة.

وفي ذلك أصابت المحكمة العليا بقضائها أن "ما يثيره المدّعون من طعن في دستور سنة 1958 وفي دستور سنة 1964 وفي إجراءات إصدارهما وما انطوى عليه هذان الدستوران من تحديد أو إغفال تحديد مدة رئاسة الجمهورية - هذا الطعن يتناول مسائل سياسية لا يدخل النظر فيها أو التعقيب عليها في ولاية هذه المحكمة التي يقتصر اختصاصها في شأن رقابة الدستورية على الفصل في دستورية القوانين وفقاً لما تقضي به الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون إنشائها<sup>1</sup>".

ذلك أن الرقابة على الدساتير هي رقابة على الإرادة الشعبية، ومن ثمّ فهي مسألة سياسية تنوء عن اختصاص القضاء الدستوري بالفعل مثلما كيّفتها المحكمة.

---

<sup>1</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 9 لسنة 4 قضائية، 5 أبريل 1975، برئاسة بدوي إبراهيم حمودة. (ش.ق.ش | ر.م 54143)

## المطلب الثاني

### مدى إمكان تصوّر الانحراف الغائي في مجال الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة

جعل بعض الفقه الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة<sup>1</sup> أحد مجالات الانحراف الغائي، فقرروا في تعريف الانحراف الدستوري بأنه "يقع في الحالات التي تصدر فيها الدساتير أو الإعلانات الدستورية من سلطة تأسيسية لا تعبر عن حقيقة المجتمع والتيارات السياسية فيه، وإنما تعبر عن فئة أو طائفة معينة، أو فكر أيديولوجي أو فكر سياسي أو عسكري لا يعبر عن آمال المجتمع وأهدافه وتطلعاته، ويتم فرض هذه الدساتير أو الإعلانات الدستورية قسراً باستغلال سلطة التشريع

التأسيسي الدستوري التي لا تعبر عن المرجعية الحقيقية السائدة في المجتمع".<sup>2</sup>

وإذا كان جانب من الفقه قد عرض فكرة الانحراف الغائي في المجال الدستوري دون أن يربطها مباشرةً بفكرة الرقابة الدستورية، فإن جانباً آخر قد عرض الفكرة كمجالٍ من مجالات الرقابة الدستورية، لكن الجدير بالذكر أن موقف القضاء الدستوري كان مختلفاً، فقد عامل الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة معاملة الدساتير، ولم يبسط رقابته على هذه الوثائق قط، بل عدّها دستوراً تحتكم إليه بقية التشريعات.

وفي هذا المطلب نسعى لعرض موجز عن الأمثلة الفقهية التي بُنيت عليها فكرة الانحراف الغائي في مجال الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة، وذلك في الفرع الأول، ثم في الثاني نعرض تعامل القضاء الدستوري في مصر مع الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة، ثم في الفرع الثالث نعرض رأينا بشأن امتناع الانحراف الغائي عن الدستور في الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة.

---

<sup>1</sup> جمعنا بين الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة عند الحديث عن فكرة الانحراف الغائي وفصلناهما عن كلٍ من الدساتير والتعديلات الدستورية؛ لأنهما يشتركان في صدورهما في أحوال اضطراب النظام القانوني وتزعزعه، بعكس الدساتير والتعديلات الدستورية التي تعبر عن حالة استقرار للنظام.

<sup>2</sup> رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري، مرجع سابق، ص 5.

الفرع الأول- موجز الأمثلة الفقهية لفكرة الانحراف في الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة  
عرفت مصر عشرات الإعلانات الدستورية والعديد من الدساتير المؤقتة باختلاف المنعطفات  
السياسية التي شهدتها، ويمكن تقسيمها بثلاث محطات زمنية: الأولى، الوثائق الصادرة عقب  
أحداث 23 يوليو1952. والثانية الوثائق الصادرة عقب ثورة 25 يناير2011. والثالثة الوثائق  
الصادرة عقب أحداث 3 يوليو2013.

**المحطة الأولى-** تبدأ بصدور بيان 23 يوليو1952 عن القائد العام للقوات المسلحة وتنتهي  
بصدور دستور1971. شهدت هذه المحطة عدة إعلانات بارزة، أهمها إعلان 16 يناير1953  
الذي حدد الفترة الانتقالية بثلاث سنوات، ومن بعده إعلان 10 فبراير1953 والذي أسقط  
دستور 1923 رسمياً وعُدَّ بمثابة دستور مؤقت للبلاد<sup>1</sup>، ثم إعلان 18 يونيو1953 والذي ألغى  
النظام الملكي وأعلن عن قيام النظام الجمهوري<sup>2</sup>.

كما شهدت هذه المحطة صدور عدة دساتير مؤقتة، فبعد انقضاء السنوات الانتقالية صدر الدستور  
الدائم للبلاد عام 1956، غير أن هذا الدستور لم يدم العمل به طويلاً، إذ سقط إثر الوحدة بين  
مصر وسوريا وصدور الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة عام 1958، ثم من بعده صدر  
الدستور المؤقت للجمهورية العربية عام 1964، ثم أخيراً دستور اتحاد الجمهوريات العربية المتحدة  
عام 1971 والذي لم يفعل قط.

من بين هذه الإعلانات والدساتير المؤقتة؛ نَسَبَ رأيٌ في الفقه عيبَ الانحراف الغائي إلى الإعلان  
الذي صدر كدستور مؤقت للبلاد في فبراير1953، وذلك فيما تضمّنه من إسناد سلطة التشريع

<sup>1</sup> إعلان دستوري من القائد العام للقوات المسلّحة قائد ثورة الجيش، الوقائع المصرية، عدد غير اعتيادي، العدد12 مكرر"ب"، 10 فبراير  
1953. (مستلّة منشورة في: منشورات قانونية manshurat.org)

<sup>2</sup> المادتان1-2، مجلس قيادة الثورة، إعلان دستوري، الوقائع المصرية، ع49 مكرراً"أ" (تابع)، 18 يونيو1953، المصدر السابق.

لمجلس الوزراء دون قيد بما يشكّل خطورة على الحقوق والحريات العامة، كما نُسبَ هذا العيب للدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة عام 1958 فيما نص عليه من تخويل رئيس الجمهورية صلاحية تعيين أعضاء مجلس الأمة بالكامل، وإلى جانب ذلك نُسب هذا العيب إلى دستور 1964 فيما تضمنه من وجوب أن يكون نصف أعضاء مجلس الأمة من العمال وفلاحين<sup>1</sup>.

**المحطة الثانية-** تبدأ بصدور قرار نائب رئيس الجمهورية في 11 فبراير 2011 بتكليف المجلس الأعلى للقوات المسلحة بإدارة شؤون البلاد وتنتهي بصدور دستور 2012. برزت ثلاثة إعلانات، أولها إعلان المجلس الأعلى للقوات المسلحة في 13 فبراير 2011 والذي عطلّ العمل بدستور 1971<sup>2</sup>، وثانيها إعلان 30 مارس 2011 الشهير والذي استُغتي الشعب عليه<sup>3</sup> في 19 مارس 2011 ليكون بمثابة دستور مؤقت للبلاد<sup>4</sup>، وثالثها إعلان 21 نوفمبر 2012 والذي حصّن الإعلانات الدستورية والقوانين والقرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية من أي رقابة قضائية<sup>5</sup>، كما حصّن مجلس الشورى وكذلك الجمعية التأسيسية لوضع مشروع الدستور<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> رجب محمد السيد أحمد، **الانحراف الدستوري**، مرجع سابق، ص 165.

<sup>2</sup> البند 1، إعلان دستوري، الجريدة الرسمية، العدد 6 (مكرر)، 13 فبراير 2011، ص 3. (مستلة منشورة في: manshurat.org)

<sup>3</sup> ولقد طُعن على قرار الدعوة للاستفتاء الصادر في 19 مارس 2011 أمام المحكمة الإدارية العليا، فقضت بأنه لما كان المجلس الأعلى للقوات المسلحة قد استمد شرعيته حقًا من الشعب الذي قام بثورته، فمن ثم يكون قد فوضه في اتخاذ الإجراءات اللازمة لاستقرار شؤون البلاد تحت رقابة الشعب. ولما كانت دعوة الشعب للاستفتاء على ما أعدته اللجنة التي شكلت وفق البند 6 من الإعلان الدستوري من مواد تدخل في عداد هذه الإجراءات، وهي دون ريب تتسم باتصالها بشؤون الحكم، فبالتالي فإنها تخرج عن رقابة القضاء، وتضحي الرقابة الشعبية هي الكفيلة بوزن شرعيتها واعتبار هذا الإجراء وما يتصل به مليًا لما يصبو إليه الشعب من عدمه. "والمحكمة في هذا الحكم قد أخفقت في جانب وأصابت في جانب، فليس صحيحًا أن المجلس الأعلى للقوات المسلحة قد استمد شرعيته من الشعب، إذ لم يعبر الشعب عن إرادته بتولية هذا المجلس شؤون البلاد، وإنما بُني ذلك على بيان نائب رئيس الجمهورية بتحيي رئيس الجمهورية عن المنصب وتولية المجلس شؤون البلاد، لكن المحكمة أصابت بخروج هذه المسألة من الرقابة القضائية وخضوعها للرقابة الشعبية. يُنظر: المحكمة الإدارية العليا، **الطعن رقم 20857 لسنة 57 قضائية**، 17 مارس 2011، برئاسة مجدي الهجاتي. (ش.ق.ش.ر.م 336011)

<sup>4</sup> الإعلان الدستوري، 30 مارس 2011 (منشور في: ويكي مصدر wikisource.org)

<sup>5</sup> المادة 2، الإعلان الدستوري، 21 نوفمبر 2012، ص 3. (منشور في: ويكي مصدر wikisource.org)

<sup>6</sup> المادة 5، الإعلان نفسه، ص 4.

ولقد نُسب الانحراف الغائي إلى عددٍ من نصوص إعلان 30 مارس 2011، مثل النص الذي حصّن قرارات اللجنة العليا للانتخابات الرئاسية لتعارضه مع حق التقاضي، والنص الذي أولى تشكيل الجمعية التأسيسية المكلفة بوضع الدستور الدائم لمجلسي الشعب والشورى لتعارضه مع المتبع في دول العالم، ولتعارضه مع فكرة العقد الاجتماعي التي تفرض أن يكون تشكيل الجمعية من جميع أفراد الشعب وليس من المنتخبين فحسب<sup>1</sup>، كما نُسب إلى إعلان 21 نوفمبر 2012 فيما تضمنه من تحصين الجمعية التأسيسية ومجلس الشورى وإقالة النائب العام وتعيين نائب جديد وكذا تحصين قرارات رئيس الجمهورية فيما يصدره من إعلانات دستورية<sup>2</sup>.

**المحطة الثالثة-** تبدأ بصدور بيان القيادة العامة للقوات المسلحة في 3 يوليو 2013 وتنتهي بصدور دستور 2014. عطل إعلان 3 يوليو 2013 العمل بدستور 2012 وأعلن عن تشكيل لجنة لمراجعة دستور 2012 لغايات تعديله، وأعلن عن تولّي رئيس المحكمة الدستورية العليا إدارة شؤون البلاد لحين انتخاب رئيس جديد، فصدر إعلان 5 يوليو 2013 بحلّ مجلس الشورى، ثم صدر إعلان آخر في 8 يوليو 2013 بمثابة دستور مؤقت للبلاد.

وهذه المحطة لم يتناولها الفقه بالبحث في معرض الحديث عن فكرة الانحراف الدستوري في مجال الإعلانات الدستورية، باستثناء إشارة نكرها الدكتور رجب في معرض سرده التاريخي للأحداث دون أن يصف الإعلان بعيب الانحراف الغائي، حيث أشار لإعلان 8 يوليو 2013 وما تضمنه من منح رئيس الجمهورية المؤقت سلطة إصدار القوانين بالتشاور مع الحكومة الجديدة، وكذلك تشكيل لجنّتين لتعديل مواد الدستور لجنة العشرة ولجنة الخمسين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري، مرجع سابق، ص 172.

<sup>2</sup> عصام إبراهيم خليل إبراهيم، حدود السلطة التقديرية للمشرع الدستوري، مرجع سابق، ص 132.

<sup>3</sup> رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري، مرجع سابق، ص 38-40، 177، 178.

## الفرع الثاني- تعامل القضاء الدستوري مع الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة

يمكن القول بأن القضاء الدستوري ممثلًا في المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا قد تعامل مع الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة معاملة الدستور نفسه من حيث مسألة الرقابة الدستورية، حيث جعل القضاء من الإعلانات الدستورية معيارًا للحكم على مدى دستورية التشريعات، ورفض إخضاع الإعلانات الدستورية لرقابته، ويظهر ذلك من الأحكام المتعاقبة في هذا الشأن، وسوف نستصحب المحطّات الزمنية الآتية في بيان موقف كلا المحكمتين وفق ما يلي:

أولاً- بالنسبة للمحطة الأولى فقد تولّت زمام الرقابة الدستورية فيها المحكمة العليا، وهذه الأخيرة لم تحذ عن الإعلانات الدستورية قيد أنملة، وإنما عاملتها معاملة الدساتير تمامًا، كما سعت لتغليظ تلك الإعلانات بغايات عامة هي من جملة ما يُشار إليه عند الحديث عن المبادئ فوق الدستورية. من ذلك حكمها في الطعن على دستورية قانون صدر عن مجلس الوزراء بما يجعله قرارًا إداريًا، حيث ردّت هذا الدفع بأنه "عقب قيام الثورة المصرية في 23 من يوليو سنة 1952، صدر في 10 من ديسمبر سنة 1952 إعلان دستوري من القائد العام للقوات المسلحة بصفته رئيسًا لحركة الجيش أعلن فيه باسم الشعب سقوط دستور سنة 1923 وتأليف لجنة لوضع مشروع دستور جديد يقره الشعب ويكون محققًا لآمال الأمة في حكم نياحي سليم، ورغبة في تثبيت قواعد الحكم أثناء فترة الانتقال وتنظيم الحقوق والواجبات لجميع المواطنين ولكي تنعم البلاد باستقرار شامل يتيح لها الإنتاج المثمر والنهوض بها إلى المستوى المرجو لها، وصدر بتاريخ 10 من فبراير سنة 1953 إعلان دستوري ثانٍ من القائد العام للقوات المسلحة وقائد ثورة الجيش يتضمن المبادئ والأحكام الدستورية التي تنظم حكم البلاد في فترة الانتقال، وقد نص هذا الإعلان في المادة التاسعة منه على أن "يتولى مجلس الوزراء السلطة التشريعية" كما نص في المادة العاشرة على أن "يتولى

مجلس الوزراء والوزراء كل فيما يخصه أعمال السلطة التنفيذية" وهكذا جمعت السلطة التنفيذية ممثلة في مجلس الوزراء بين وظيفتها الأصلية وبين الوظيفة التشريعية<sup>1</sup>.

ظاهرٌ من هذا المقطع أن المحكمة العليا قد تعاملت مع الإعلانات في تلك المرحلة تعاملًا واقعيًا محضًا، فسلمت بها وبنيت أحكامها على أساسها كما لو كانت دستورًا، وما كان غير ذلك في إمكانها، إذ السلطة الواقعية تبتلع أجهزة الدولة تحتها وتخضعها لأوامرها، فلو افترضنا أن المحكمة العليا راقبت الإعلان الدستوري وقضت بعدم دستوريته، فإن السلطة الواقعية لن يمنعها شيء من إصدار قانون يلغي المحكمة العليا عن بكرة أبيها، ووعياً من المحكمة العليا بهذه المسألة، فقد اعترفت بتلك الإعلانات وأسست أحكامها بما يتفق معها، لأن مواجهة الإعلان الدستوري من قبل القضاء الدستوري يعني تهديد وجوده. ولهذا، في قضية أخرى عندما طعن على دستورية إجراءات بعض الإعلانات الدستورية أمامها<sup>2</sup> لم تملك المحكمة العليا سوى الاعتراف بخروج المسألة عن

---

<sup>1</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 2 لسنة 3 قضائية، 1975، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.

<sup>2</sup> في هذه القضية كان "المدعي ينعى على القانون رقم 69 لسنة 1953 أنه لم يعرض على السلطة التشريعية التي شكلت بمقتضى دستور سنة 1956 ولا على أي مجلس من المجالس التشريعية المتعاقبة حتى الآن، ومن ثم فقد سقط ما له من قوة القانون وذهب في بيان ذلك إلى أن حركة الجيش في 23 من يوليو سنة 1952 ليست من قبيل الثورات وإنما هي محض انقلاب حقق فيه الجيش انتصاره على الملك وجرده من سلطاته، وأن قيادة الجيش أعلنت في أول بياناتها التزامها بالدستور وأخضعت جميع تصرفاتها للشرعية الدستورية، الأمر الذي بدا واضحاً مما سلكته من إجراءات تخلي الملك عن العرش ونزوله عنه لولي عهده وتشكيل هيئة للوصاية على العرش وإصدار التشريعات باسم الملك القاصر، ومقتضى ما تقدم أنه يتمتع على حركة 23 يوليو سنة 1952 سلب الأمة حرياتنا وحقوقها الأساسية ومباشرة أعمال التشريع إلا باسم الملك القاصر وبنياية وصية وفي الحدود الواردة في المادة 41 من دستور سنة 1923 التي توجب عرض ما يصدر من التشريعات في غيبة البرلمان عليه في أول انعقاد له، فإذا لم تعرض أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون، وأن إعلان قيادة حركة الجيش في 10 من ديسمبر سنة 1952 سقوط دستور سنة 1923 دون الرجوع إلى استفتاء عام أو غيره لا يتسم بأي شرعية، وهو على أية حال لا يسوغ تفسيره إلا في ضوء ما أعلن من مبررات وعلى أساس أنه إجراء قصد به تقرير مزيد من الحقوق والحريات للأمة وضمانات حمايتها وسلامة حكمها النيابي من أسباب الوهن والانحراف، فليس من شأنه الانتقاص من الضمانات المقررة المتمثلة في وجوب عرض ما يصدر من التشريعات في غيبة المجلس النيابي عليه عند عودته إلى الانعقاد، ذلك أنه لئن اقتضت الضرورة إثر قيام حركة الجيش، مباشرة سلطة التشريع في غياب المجلس النيابي، فقد بقي بعد ذلك أن تعرض التشريعات على المجلس النيابي عند عودته، للنظر في إقرارها أو إلغائها، كمبدأ من المبادئ الدستورية التي لا غنى عنها بحال من الأحوال، وأنه في 10 من فبراير سنة 1953 صدر إعلان دستوري تضمن أحكاماً يجري عليها العمل في فترة الانتقال، وقد استمرت السلطة بعد صدور هذا الإعلان - في إصدار التشريعات في صورة مراسيم بقوانين على غرار ما كان متبعاً من قبل منذ 23 من يوليو سنة 1952 ثم

حدود اختصاصها، حيث عدت الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة من المسائل السياسية التي لا ولاية لها عليها، فقضت بأن "ما يثيره المدعي من مطاعن في إجراءات إصدار الإعلان الدستوريين الصادرين في 10 من ديسمبر سنة 1952 و 10 من فبراير سنة 1953 والدستور المؤقت الصادر في 5 من مارس سنة 1958 وما انطوت عليه من أحكام، إنما يعتبر من المسائل السياسية التي يجاوز نظرها والتعقيب عليها اختصاص المحكمة<sup>1</sup>".

ثم لما انتقلت الولاية القضائية للمحكمة الدستورية العليا، بقي الحال على ما هو عليه، حيث قضت بأنه "لما كان القانون رقم 15 لسنة 1963 المشار إليه قد صدر من رئيس الجمهورية بناء على دستور سنة 1958 المؤقت والإعلان الدستوري بشأن التنظيم السياسي لسلطات الدولة العليا الصادر في 1962/9/27 الذي عهد بسلطة التشريع مؤقتا إلى مجلس الرياسة بغير أية قيود، وخول رئيس الجمهورية سلطة إصدار القوانين التي يوافق عليها ذلك المجلس، وكانت ولاية التشريع بذلك قد انتقلت كاملة إلى مجلس الرياسة أثناء فترة الانتقال بحيث يتولاها كما تتولاها السلطة التشريعية بكافة حقوقها في مجال التشريع ومنها رخصة إصدار القوانين بأثر رجعي متى اقتضى ذلك الصالح العام، فإن القانون رقم 15 لسنة 1963 إذ نص على عدم الاعتداد بالتصرفات التي صدرت من الملاك الأجنبي ما لم تكن ثابتة التاريخ قبل 23 ديسمبر سنة 1961 مستهدفا بذلك الصالح العام... لا يكون قد خالف المبدأ الدستوري المستقر الذي يجيز على سبيل الاستثناء تقرير

---

تحولت عن وصفها بمراسيم بقوانين إلى تسميتها بقوانين ابتداءً من القانون رقم 62 لسنة 1953، وقد صدر القانون المطعون فيه رقم 69 لسنة 1953 بعد ذلك بإلغاء بعض مواد قانون العقوبات وإضافة مواد جديدة إليه، وحقيقة الأمر في هذا القانون وغيره مما وصف بأنه قانون، أنها في جوهرها مراسيم بقوانين مما يصدر في غيبة البرلمان ومما يستوجب العرض عليه عند انعقاده، ذلك أنه يبقى للأمم دائما كمصدر للسلطات الحق في مراجعة تشريعات السلطة التنفيذية لإقرارها أو إلغاؤها في أول مناسبة تتعقد فيها سلطتها التشريعية". يُنظر: المحكمة العليا، القضية رقم 11 لسنة 7 قضائية، 1 أبريل 1978، برئاسة بدوي إبراهيم حمودة (ش.ق.ش | ر.م 54054).

<sup>1</sup> الحكم نفسه، وكانت قد قررت المبدأ ذاته من قبل في قضية سابقة. يُنظر: المحكمة العليا، القضية رقم 9 لسنة 4 قضائية، 1975، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.



الأثر الرجعي لبعض القوانين<sup>1</sup>. "ومن الواضح أن الإعلان الدستوري الذي استندت المحكمة الدستورية إليه في هذا الحكم يمنح رئيس الجمهورية سلطة مطلقة في التشريع دون أدنى قيد، وأن القانون الطعين كان قد انتهك الحق في الملكية انتهاكاً مباشراً لا تخطئه العين، ومع ذلك قضت المحكمة بدستوريته، وذلك دليل على أن القضاء الدستوري في فترات الفراغ الدستوري لا يعدو أن يكون جهازاً من أجهزة السلطة الواقعية<sup>2</sup>.

ثانياً- أما المحطتين الثانية والثالثة فقد كانت مهمة الرقابة الدستورية فيها خالصةً للمحكمة الدستورية العليا، وهذه الأخيرة منذ مطلع المحطة الثانية أبدت انصياعاً مطلقاً للسلطة الواقعية، وعدت ما يصدر عنها دستوراً يُحتكم إليه، فقضت بأن "هذه المحكمة تباشر رقابتها على النص المطعون عليه من خلال أحكام الإعلان الدستوري الصادر في 30 مارس سنة 2011 باعتباره الوثيقة الدستورية التي تحكم البلاد خلال الفترة الانتقالية وإلى أن يتم الانتهاء من إعداد الدستور الدائم وإقراره<sup>3</sup>". ثم أسست حكمها بناءً على اتفاق النص الطعين مع الإعلان لتنتهي إلى أن "النص المطعون فيه لا يعد مخالفاً لأحكام المواد (7 و 21 و 25) من الإعلان الدستوري الصادر في 30 من مارس سنة 2011، مما يتعين معه القضاء برفض هذه الدعوى<sup>4</sup>".

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 7 لسنة 1 قضائية، 7 فبراير 1981، برئاسة أحمد ممدوح عطية. (ش.ق.ش | 36405)

<sup>2</sup> كما اعتدت المحكمة الدستورية العليا في حكم آخر بإعلان 10 فبراير 1953 كميّار للحكم على دستورية التشريعات، وأرجعت التشريعات التي يُطعن عليها إليه رافضةً إرجاعها إلى دستور 1971، وفي ذلك قضت المحكمة بأنه "لما كان المدعي قد أسس هذا الطعن على عدم عرض القانون على السلطة التشريعية إعمالاً لنص المادة 108 من الدستور، وكان القانون المطعون بعدم دستوريته قد صدر عن مجلس الوزراء بناء على الإعلان الدستوري الصادر في 10 من فبراير 1953، وإذ خول هذا الإعلان في مادته التاسعة مجلس الوزراء ولاية التشريع أثناء فترة الانتقال... ومن ثم يعتبر القانون المطعون عليه قانوناً صادراً عن مجلس الوزراء بما له من ولاية التشريع، ولا محل للاحتجاج من بعد بالمادة 108 من الدستور القائم لأن هذه المادة إنما تتعلق بالقرارات بقوانين الصادرة عن رئيس الجمهورية بناء على تفويض من السلطة التشريعية، وهو حكم ما كان الإعلان الدستوري المشار إليه ليضمّنه بعد أن عهد هذا الإعلان بولاية التشريع لمجلس الوزراء وأفرده بها ومن ثم يتعين القضاء برفض الدعوى في هذا الخصوص". ينظر: القضية رقم 12 لسنة 8 قضائية، 4 يونيو 1988، برئاسة ممدوح مصطفى حسن. (ش.ق.ش | ر.م 36569)

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 161 لسنة 31 قضائية، 1 أبريل 2012، برئاسة عدلي منصور. (ش.ق.ش | ر.م 336962)

<sup>4</sup> الحكم نفسه.

وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا محكمة في تلك المحطة بالظروف السياسية التي تهيمن عليها، إلا أنها سعت أحياناً لمقاومة الإعلانات الدستورية والحدّ من آثارها، وكان ذلك بثلاث طرق:

**1- رفض سريان الإعلان الدستوري على التشريعات بأثر رجعي:** كان ذلك في حكم قضت فيه بأن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن "حماية هذه المحكمة للدستور، إنما تنصرف إلى الدستور القائم، إلا أنه إذا كان هذا الدستور ليس ذا أثر رجعي، فإنه يتعين إعمال أحكام الدستور السابق الذي صدر القانون المطعون عليه في ظل العمل بأحكامه، طالما أن هذا القانون قد عمل بمقتضاه إلى أن تم إلغاؤه أو استبدال نص آخر به خلال مدة سريان ذلك الدستور<sup>1</sup>."

وعلى أساس ذلك أخضعت النص الطعين<sup>2</sup> لدستور 1971 بدل الإعلان، حيث قرّرت أن النص الطعين "قد تم تعديله بموجب القانون رقم 9 لسنة 2005، قبل نفاذ الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ 30 مارس سنة 2011 بعدة سنوات، ومن ثم فإنه لا يمكن الاحتكام إلى ما ورد بأحكام ذلك الإعلان الدستوري فيما يتعلق بالنص المطعون عليه، وإنما يتعين الاحتكام بشأنه إلى ما ورد بدستور سنة 1971، الذي صدر القانون المشتمل على النص المطعون عليه في ظل العمل<sup>3</sup>"، لتنتهي أخيراً إلى عدم دستورية النص الطعين فيما تضمنه من تخويل وزير المالية سلطة مد المدة التي يجوز فيها لمصلحة الضرائب تعديل الإقرار المقدم من المسجل.

**2- تقييد الإطلاقات العامة الواردة في الإعلانات الدستورية لصالح الحقوق والحريات:** حيث قضت في أحد أحكامها بأن "تعطيل العمل بأحكام دستور 1971، بمقتضى الإعلان الدستوري الصادر في 13 فبراير سنة 2011، ولئن جاء عاماً، لم يخص الأحكام المتعلقة بنظام الحكم في

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 113 لسنة 28 قضائية، 13 نوفمبر 2011، فاروق أحمد سلطان. (ش.ق.ش | ر.م 335532) ولقد أكدت ذلك في: القضية رقم 229 لسنة 29 قضائية، 12 مايو 2013، ماهر البحيري. (ش.ق.ش | ر.م 349879)

<sup>2</sup> المادة 17، قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم 11 لسنة 1991، قبل تعديله بالقانون رقم 9 لسنة 2005.

<sup>3</sup> الحكم نفسه.

الدولة وحدها، فإن تعطيل الأحكام المتعلقة بالحقوق والحريات والواجبات العامة وسيادة القانون، تنهدم - في حال التسليم به- سائر أطر الدولة القانونية، إذ من غير الجائز بحال أن تكون الأحكام المتعلقة بحقوق وحريات الأفراد محلاً للتعطيل، لأنها أحكام- وإن خلت من بعضها الوثيقة الدستورية- فإنها تندمج بالضرورة مع سائر أحكامها، في وحدة عضوية متماسكة، اعتباراً بأن طبيعتها تتأبى على الوقف، وتستعصي على التعطيل، ومن ثم، فإن هذه المحكمة تسلط- دوماً- رقابتها الدستورية، على سائر التشريعات الأصلية والفرعية التي تنظم الحقوق والحريات والواجبات العامة، وإن سكتت عن بيانها الوثيقة الدستورية، صوناً لها من أي تعد، ينال من جوهرها، أو يهدر مدلولها، أو يبطأ مفهومها." ثم رتبت على هذا الحكم مقالتها بأن "قرار رئيس مصلحة الضرائب المصرية رقم 185 لسنة 2011 -المطعون فيه- لم ينشر في الجريدة الرسمية الوقائع المصرية، ومن ثم فإن تطبيقه دون نشره، يخالف مفهوم الدولة القانونية، ويجتري على الحرية الشخصية، مما لزمه الحكم بعدم دستوريته<sup>1</sup>". وهذا الحكم قد قيّد التعطيل الوارد في الإعلان الدستوري مستعيناً بالغايات المتعلقة بالنشر وما لها من تأثيرٍ على حفظ الحقوق والحريات.

**3- تفسير نصوص الإعلانات الدستورية بما يحقق المصالح العامة للأفراد:** كانت المحكمة الدستورية العليا في تفسيرها لنصوص إعلان 30 مارس 2011 قد سلكت مسلكاً غائباً، بحيث أخذت على عاتقها استخلاص الغايات اللازمة من وراء نصوص الإعلان.

يظهر ذلك جلياً في حكمها بأن "المادة 33 من الإعلان الدستوري قد اختصت السلطة التشريعية بسن القوانين، كما اختصت المادة 46 السلطة القضائية بالفصل في المنازعات والخصومات، فإن لازم ذلك أن اختصاص السلطة التشريعية بسن القوانين لا يخولها التدخل في أعمال أسندها

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 1 لسنة 41 قضائية، 17 ديسمبر 2022، برئاسة بولس إسكندر. (ش.ق.ش | 1209367)

الإعلان الدستوري إلى السلطة القضائية وقصرها عليها، وإلا كان ذلك افتتاتاً على عملها، وإخلاقاً بمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية، وانتحالاً من المشرع لاختصاص هو من صميم اختصاص السلطة القضائية<sup>1</sup>. " ففي هذا المقطع جعلت الغاية اللازمة من نصوص توزيع الاختصاص تتمثل في حظر قيام المشرع بأي من الأعمال المعهودة للسلطة القضائية. وفي الحكم نفسه وسّعت المحكمة الدائرة عند تفسير مادةٍ أخرى فقضت بأن نص المشرع في "الفقرة الثانية من المادة 19 من الإعلان الدستوري المشار إليه على أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ...."، قد دل على عدم جواز توقيع عقوبة إلا بحكم قضائي، هادفاً بذلك إلى تحقيق استقلال السلطة القضائية بهذا الاختصاص. مع مراعاة أن نطاق نص المادة 19 من الإعلان الدستوري لا يقتصر على العقوبة الجنائية، وإنما يشمل كذلك العقوبات الأخرى التي تأخذ حكمها، وإن لم تكن من جنسها، كالحرمان من حقوق أو حريات بعينها، إذ ليس بشرط أن يكون الجزاء المقرر من طبيعة عقابية أو تقويمية، وإنما يكفي أن يكون وقائياً، وهي جميعها لا يجوز توقيعها إلا بحكم قضائي<sup>2</sup>. " ففي هذا المقطع وسّعت من مدلول العقوبة ليشمل كلّ ما من شأنه الحرمان من حق أو حرية، لتُدخل هذه المسائل تحت اختصاص السلطة القضائية بموجب نص الإعلان الدستوري، وهذا مسلك بديع من المحكمة، إذ حاولت فيه فتح نافذةٍ تداري من خلالها ما يمكن مداراته من الحقوق والحريات التي عادةً ما تذهب مع طغيان السلطة الواقعية. وعلى أساس ما تقدّم انتهت إلى أن "النص المحال، قد رتب الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية، لمدة عشر سنوات تالية لتاريخ 2011/2/11، لكل من عمل بأي من المناصب التي أوردها حصراً، فإنه بذلك يكون قد رتب جزاء، يوقع عليهم تلقائياً، ودون حكم قضائي، بما يمثل افتتاتاً من

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 57 لسنة 34 قضائية، 2012، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق، حكم سابق.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

السلطة التشريعية على اختصاصات السلطة القضائية، وانتحالاً من المشرع لهذا الاختصاص، وذلك بالمخالفة لنص المادتين (19 ، 46) من الإعلان الدستوري المشار إليه<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث - رأينا الخاص: امتناع الانحراف الغائي عن الدستور في الإعلانات الدستورية

إذا اتفقنا على أن الانحراف الغائي عن الدستور لا يقع إلا في ظل وجود دستور قائم، فمعنى ذلك أن سقوط الدستور يمتنع معه قيام عيب الانحراف الغائي، ثم إذا اتفقنا على أن الانحراف الغائي لا يقع إلا من سلطة قانونية، فمعنى ذلك أن السلطة التي تكون خارج القانون لا يُتصور وقوع الانحراف الغائي في تشريعاتها.

وحتى نقرّر مدى إمكان تصوّر الانحراف الغائي عن الدستور في الإعلانات الدستورية والساتير المؤقتة، لا بد من الإجابة عن سؤالين؛ هل هذه الوثائق تصدر في ظل دستور قائم؟ وهل تصدر عن سلطة قانونية؟

تصدر تلك الوثائق عن السلطة التي تسيطر واقعياً عقب الثورات أو الانقلابات، وليس من دستورٍ ينظّم أيّاً ممّا مضى، حيث تستمدُّ السلطة الواقعية وجودها وشرعيتها بالتغلب، فتقوم على إسقاط النظام الذي كان قائماً إن بالثورة أو بالانقلاب، ولذلك تُعرفُ هذه الحكومة بأنها واقعية أو فعلية، وتكون لها سلطةٌ مطلقة، فهي خارج النظام القانوني، وتتركز في يدها جميع السلطات، ولا تخضع لأي قاعدةٍ تقررت قبل وجودها، فهي ليست سلطة قانونية لأنها تنشأ لأسباب سياسية خارج النظام القانوني القائم، بل إن غاية وجودها إحلال نظام بديل عن النظام السابق، "وأهم ما تتّصف به هذه الحكومة الواقعية أو الفعلية أنها تعمل خارج إطار الشرعية القائمة وقت نجاح الثورات أو الانقلابات، إذ توجد دون اتباع الخطوات والإجراءات التي تحددها الدساتير وتعمل عادة خارج هذا الإطار"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقّه الإسلامي، مرجع سابق، ص 235.

هذه الحكومة عادةً ما تكون مؤقتة، وليس معنى ذلك زوالها بعد مدة من وجودها، كلا، لكن الحكومة الواقعية ما تلبث أن تتحول إلى حكومة قانونية، وذلك بإصدارها دستورًا جديدًا بأحد أساليب وضع الدساتير المعروفة، حيث تُنصَّبُ الحكومة الواقعية بموجب ذلك الدستور كحكومة قانونية لتدخل إلى دائرة القانون بعد أن كانت خارجها.

خلال هذه الفترة- بين سقوط النظام القانوني السابق ونشوء النظام القانوني بصورٍ دستورٍ جديد- تُسير السلطة الواقعية المرحلة الانتقالية بإصدار إعلانات دستورية أو دساتير مؤقتة، والفارق بين الإعلان الدستوري والدستور المؤقت ليس فارقًا مؤثرًا، فكلاهما في المحصلة يعبران عن مرحلةٍ انتقالية من المرحلة الثورية أو الانقلابية إلى مرحلة الاستقرار السياسي.

وعلى ذلك، لا تصدر الإعلانات الدستورية والدساتير المؤقتة إلا بعد سقوط الدستور، فهي تصدر عن سلطة واقعية لا عن سلطة قانونية، والسلطة الواقعية تنشأ على أعقاب الأحداث السياسية التي ينهار على إثرها النظام القانوني القائم، ولا ينهار النظام القانوني إلا بسقوط الدستور، فلا إعلانات دستورية إلا في حالة سقوط الدستور، ولا دستور مؤقت إلا على أنقاض نظامٍ بائد<sup>1</sup>.

وكفى بطبيعة الإعلانات الدستورية- التي سرعان ما تتبدل وتتغير- شاهدًا على أنها خارج النظام القانوني، الأمر الذي حدا بالدكتور عبدالرحمن كحيل أن يقول بوجود وقف الرقابة الدستورية في تلك الفترة "لأن عنصر الثبات والاستقرار في القواعد الدستورية بالإعلان الدستوري منعدم"<sup>2</sup> ونحن نرى وجوب ذلك، لكن ليس للسبب الذي أبداه، بل لأن الدستور الذي أنشأ سلطة الرقابة الدستورية قد سقط من فوره، فسقطت بذلك كلُّ سلطةٍ أنشئت بموجبه بما في ذلك سلطة القضاء الدستوري،

---

<sup>1</sup> تشير هنا إلى أن بعض الدساتير المؤقتة قد توضع حين تكون الدولة حديثة عهد بالاستقلال. على سبيل المثال الدستور النظام الأساسي للحكم في فترة الانتقال 1962 في دولة الكويت، والنظام الأساسي المؤقت المعدل في دولة قطر 1972، وكذلك دستور دولة الامارات العربية المتحدة 1971.

<sup>2</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص 238.

وإذا افترضنا جدلاً أن المحكمة الدستورية العليا قد أصدرت حكماً بعدم دستورية إعلان دستوري فإن حكمها هذا مثل صوتٍ في الفلاة، لا أحد يسمعه فيجيب، إذ السلطة الواقعية تعلق على كل سلطة أخرى، وهنا يلوح التحفظ على تسمية الإعلان الدستوري بهذا الاسم، فغير خفي على المتأمل أن هذه التسمية من مبادرات السلطات الواقعية لزخرفة البيانات والإعلانات الصادرة عنها، وإلا فموضوعياً لا علاقة بين تلك الإعلانات وبين نسبتها للدستور، فهي تصدر بعد سقوط الدستور وعلى أنقاضه، بل ربما تضمنت في متنها إسقاط دستورٍ بعينه، فما معنى نسبتها إلى الدستوري؟ في تقديرنا ليس ذلك إلا بريفاً لتلك الإعلانات التي تصدر عن سلطة واقعية هي في حقيقتها خارج القانون كلياً، وإذا أجهدنا الذهن في تسوية تلك التسمية فقد تكون مبعوثاً بأن الغرض من تلك الإعلانات بلوغ حالة الاستقرار السياسي بإنشاء دستورٍ يُقعد النظام القانوني، فهي تسميةٌ بحسب المأل، إذا كنا مصرين على إيجاد رابط منطقي لهذه التسمية.

## المطلب الثالث

### مدى تصوّر الانحراف الغائي في التعديلات الدستورية

تُنشئ الدساتير عادةً سلطة تعديل الدستور، وتبيّن إجراءات اقتراح التعديل ومسارات مناقشته والأنصبة القانونية المتعلقة بذلك<sup>1</sup>. ويحدث - عقلاً وعملاً - أن تستغلّ سلطة تعديل الدستور هذه المكنة الدستورية لتمرير تعديلات تخالف الغايات الدستورية الموجودة في الدستور قبل تعديله، وحينها يثور الحديث عن الانحراف الغائي في التعديلات الدستورية.

نشأت فكرة الانحراف الغائي في المجال الدستوري - أول ما نشأت - عندما نشر الفقيه الفرنسي (جليت فو Gliet-Veaux) عام 1943 مقالاً بعنوان (الاحتيال على الدستور<sup>2</sup> La fraude à la Constitution) تحدّث فيه عن مشكلة إدخال تعديلات دستورية تخالف الروح التي تهيمن على الدستور عند وضعه، بحيث يستهدف التعديل نقض الغايات الجوهرية للدستور.

ورغم نشأة هذه المقالة في الفقه الفرنسي إلا أن معظم الكتابات العربية التي طرقت هذا الموضوع قد اتّخذت منها أساساً لها، فقيمة هذا المقال في موضوع الانحراف الغائي في المجال الدستوري توازي قيمة مقال السنهوري في مجال التشريع العادي، وربما زادت في قيمتها لأقدميتها.

وهذا المقال يشكّل نقطة مرجعية لرأينا عن الانحراف الغائي في المجال الدستوري، ذلك أنّه لم يعمّم تصوّر الانحراف الدستوري على كافة الوثائق الدستورية، بل اقتصر على التعديلات الدستورية، ونحن نؤيد هذا القصر، إذ لا يتصوّر الانحراف الغائي عن الدستور في المجال الدستوري إلا في حقل التعديلات الدستورية دون بقية الوثائق الدستورية.

---

<sup>1</sup> في تحديد السلطة التأسيسية المنشأة في كل من مصر وقطر، يُنظر: الباب الأول من هذه الأطروحة، ص 79، 80.  
<sup>2</sup> ترجمه الدكتور عبدالرحمن كحيل إلى "إدخال الغش على الدستور" وعبر عنها الدكتور عبدالحميد متولي بأنها مقالة في "الانحراف في استعمال السلطة التأسيسية المنشأة"، يُنظر مؤلفه: الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 48.



ويرجع ذلك إلى أن التعديلات الدستورية تصدر عن سلطةٍ أنشأها الدستور، فهي سلطة قانونية تخضع للتشريع الذي أنشأها، بعكس سلطة وضع الدستور، فتلك سلطة واقعية لها مطلق التقدير<sup>1</sup>. وعودًا على دساتير مصر التي صدرت عقب استقرار اختصاص القضاء المصري بالرقابة الدستورية؛ لم يشهد دستور 1956 أي تعديل دستوري، بينما أُجريت على دستور 1971 ثلاثة تعديلات دستورية؛ أولها تعديل عام 1980 وثانيها تعديل عام 2005 وثالثها تعديل عام 2007، أما دستور 2012 فلم يستمر إلا شهرًا واحدًا حتى سقط عمليًا بدستور 2014، ولقد جرى تعديل دستور 2014 مرةً واحدة عام 2019.

معنى ذلك أن مصر قد شهدت أربعة تعديلات دستورية، وفيما يلي نناقشها وفق ترتيبها الزمني:

### الفرع الأول- تعديلات عام 1980 لدستور 1971

جرى التعديل على مجموعة من المواد، وكان أبرز هذه التعديلات؛ جعلُ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع بعد أن كانت مصدرًا رئيسيًا قبل التعديل، وتبني نظام تعدد الأحزاب بدلًا من نظام الحزب الواحد، وإتاحة المجال لرئيس الجمهورية بتمديد مدة الرئاسة دون حدٍ أقصى بعد أن كان التمديد جائزًا لمدة واحدة فحسب، وإنشاء مجلس شورى له سلطات استشارية، وجعل الصحافة سلطة رابعة شعبية مستقلة<sup>2</sup>.

عُرِضَتْ هذه التعديلات على الشعب ووافق عليها بأغلبية كاسحة، وهو ما نتج عنه تمديد ولاية منصب الرئيس دون أن يتغير شيء بخصوص تطبيق الشريعة الإسلامية، "فكان تعديل المادة الثانية كي تترلق المادة السابعة والسبعين أو تُبَلَّغ من الشعب" على حد تعبير الدكتور يحيى

---

<sup>1</sup> نظرنا بما فيه الكفاية لخضوع سلطة تعديل الدستور للرقابة الدستورية من خلال التفريق بين سلطة التعديل وسلطة الوضع وبيان عناصر الرقابة على التعديلات الدستورية، ولهذا نحيل إلى ما مضى، ونحصر التركيز في هذا المطلب على التعديلات الدستورية التي مرّت بتاريخ مصر من حيث مدى دستورية الغايات التي تستهدفها. يُنظر: ص77 وما بعدها، من هذه الأطروحة.

<sup>2</sup> المادة 2، 5، 77، 194-205، 206-211، تعديل دستور جمهورية مصر العربية، الجريدة الرسمية، ع27، 26 يونيو 1980، ص937.

الجمال، ذلك أن الغاية الفعلية من التعديل لم تكن تهدف لتحقيق الصالح العام وإنما تقرير أساس دستوري لدعم ترشح الرئيس مدة رئاسية ثلاثة، ومن أجل تمرير هذا الغرض طُعم مشروع التعديل بمجموعة من المطالب الشعبية آنذاك حتى يستسيغ الشعب ذلك التعديل، فالغرض من تعديل عبارة الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي أن تكون حجابًا عن تمحيص المادة الخاصة بتمديد مدة الرئيس، وهو ما دفع جانبًا من الفقه لوصم هذا التعديل بالانحراف الغائي عن الدستور. ونعتقد أن إسناد الانحراف الغائي إلى هذا التعديل هو إسناد صحيح، ووجه الانحراف هو تمرير التعديل الخاص بالشريعة الإسلامية استدرارًا لعواطف الشعب المصري ليقبل جميع التعديلات الدستورية التي كانت تخالف الدستور صراحةً، والتي كان أخطرها-ومناطق الانحراف الغائي تحديدًا- التعديل الخاص بجواز تمديد مدة الرئاسة دون قيد<sup>1</sup>، فكان هذا التعديل "بمثابة خدعة للشعب المصري المتدين بطبعه بهدف تمرير باقي التعديلات"<sup>2</sup>، ويُستفاد من هذه التجربة ضرورة استقلال الاستفتاء على مواد التعديلات الدستورية حينما تتمايز موضوعيًا.

### الفرع الثاني- تعديل عام 2005 لدستور 1971

أعلن رئيس الجمهورية عن مبادرة لتعديل المادة 76 من الدستور، ليكون انتخاب رئيس الجمهورية بالاقتراع السري العام المباشر من جميع أفراد الشعب الذين يحق لهم الانتخاب؛ بعد أن كان اختيار رئيس الجمهورية يتم وفق مبدأ الاسترأس، وقد أصبح التعديل نفاذًا بموافقة الأغلبية عليه<sup>3</sup>. قبل هذا التعديل لم يكن حق الانتخاب منصوصًا عليه في الدساتير المصرية، فدستور 1971 لم يكرس هذا الحق، أما حق الترشح فقد كان منصوصًا على ما يناقضه بموجب مبدأ الاسترأس حتى

<sup>1</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص210، 211.

<sup>2</sup> رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري، مرجع سابق، ص104.

<sup>3</sup> ثروت عبدالعال أحمد، أثر تعديل المادة 76 من الدستور على نظام الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص105 وما بعدها.

جاء تعديل المادة 76 فتحول النظام المصري في آلية تحديد رئيس الدولة من الاسترأس إلى الانتخاب، لكنّ التعديل قد استلزم لقبول الترشيح شروطاً معقّدة تكاد تستحيل في الواقع<sup>1</sup>، ولذلك وصّم بعض الفقه هذا التعديل بالانحراف الغائي فيما تضمّنه من شروط وقيود تعسّفية تحول دون الترشّح من الأساس، فالحصول على التأييدات التي تطلّبتها المادة يعدُّ أمراً مستحيلاً من الناحية العملية لأي مرشح مستقل، بل وحتى لأولئك المنتمين لأحزاب سياسية، باستثناء مرشحي أحد الأحزاب التي كانت تستأثر بأغلبية المقاعد في البرلمان والمجالس المحلية<sup>2</sup>. وذهب جانبٌ آخر إلى إسناد عيب الانحراف الغائي لهذا التعديل على أساس مخالفته مبدأ حرية اختيار الشعب باعتباره أحد المبادئ فوق الدستورية التي لا يجوز مخالفتها، ذلك أن الشروط التعجيزية التي تضمّنها التعديل تُبقي على مبدأ الاسترأس من الناحية العملية<sup>3</sup>.

وفي تقديرنا أن هذا التعديل لا يصحّ وصمه بالانحراف الغائي عن الدستور في مجمل مضمونه، فستور 1971 كان خلواً من الحق في الترشيح من الأساس، وكذلك الحق في الانتخاب، بمعنى أن هذا التعديل لم ينتقص شيئاً مما كان مضموناً بموجب الدستور قبل تعديله، وإنما أضاف على ما كان موجوداً إضافاتٍ ناقصة، ولكن في الوقت نفسه؛ ما تضمّنه تعديل المادة 76 من تحصين

---

<sup>1</sup> المادة 76 نصّت على أن "يلزم لقبول الترشيح لرئاسة الجمهورية أن يؤيد المتقدم للترشيح مائتان وخمسون عضواً على الأقل من الأعضاء المنتخبين لمجلسي الشعب والشورى والمجالس الشعبية المحلية للمحافظات، على ألا يقل عدد المؤيدين عن خمسة وستين من أعضاء مجلس الشعب وخمسة وعشرين من أعضاء مجلس الشورى، وعشرة أعضاء من كل مجلس شعبي محلي للمحافظة من أربع عشرة محافظة على الأقل. ويزداد عدد المؤيدين للترشيح من أعضاء كل من مجلسي الشعب والشورى ومن أعضاء المجالس الشعبية المحلية للمحافظات بما يعادل نسبة ما يطرأ من زيادة على عدد أعضاء أيمن هذه المجالس. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يكون التأييد لأكثر من مرشح، وينظم القانون الإجراءات الخاصة بذلك كله. وللأحزاب السياسية التي مضى على تأسيسها خمسة أعوام متصلة على الأقل قبل إعلان فتح باب الترشيح، واستمرت طوال هذه المدة في ممارسة نشاطها مع حصول أعضائها في آخر انتخابات على نسبة 5% على الأقل من مقاعد المنتخبين في كل من مجلس الشعب ومجلس الشورى، أن ترشح لرئاسة الجمهورية أحد أعضاء هيئتها العليا وفقاً لنظامها الأساسي متى مضى على عضويته في هذه الهيئة سنة متصلة على الأقل".

<sup>2</sup> رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري، مرجع سابق، ص 128.

<sup>3</sup> عليان بوزيان، مظاهر الانحراف الدستوري ومدى الرقابة عليه بين الدستور الجزائري والقضاء الدستوري المقارن، كلية القانون، دار نشر جامعة قطر، 2019، ص 21.

جميع قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية يخالف صريح ما قرّره المادة 68 من الدستور نفسه من عدم جواز تحصين أي عمل أو قرار من الرقابة القضائية، فهذا الشقُّ من التعديل يخرم هذه الضمانة الدستورية بما يجاوز صلاحيات سلطة تعديل الدستور، فسلطة هذه الأخيرة لا ينبغي أن تطال انتقاص الضمانات التي قررتها السلطة التأسيسية الأصلية.

ولقد نظرت المحكمة الدستورية العليا في طلب الحكم بعدم دستورية هذا التعديل، فأثناء نظر محكمة القضاء الإداري في إحدى النزاعات الموضوعية؛ دفع المدّعي بعدم دستورية المادة 76 من الدستور، فرأت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع، وحين عُرض الأمر على المحكمة الدستورية العليا قضت بأنه "عن طلب الحكم بعدم دستورية نص المادة (76) من الدستور، باعتباره طلباً مقدماً من الشعب فهو في غير محله، ذلك... أن كلاً من الدستور والقانون قد منحا المحكمة الدستورية العليا اختصاصاً منفرداً بمراقبة مدى توافق القوانين واللوائح دون غيرها مع نصوص الدستور... فإن قالة إخضاع الدستور لهذه الرقابة تكون مجاوزة حدود الولاية مقوضة لتخومها ومن ثم فإن طلب الحكم بعدم دستورية المادة (76) من الدستور يكون مجاوزاً حدود ولاية المحكمة الدستورية العليا مما يتعين القضاء بعدم اختصاصها بنظر هذا الطلب<sup>1</sup>".

هذا الحكم وإن أصاب في نتيجته فإنه قد أخفق في طريقته، فبقاء التعديل الدستوري دون وصم بالانحراف الدستوري هو نتيجة صحيحة أفضى لها هذا الحكم بالإجمال - باستثناء ما يتعلق بتحصين قرارات اللجنة الرئاسية-، غير أن الطريقة التي توصلت بها المحكمة إلى هذه النتيجة لم تكن موفقة، فلم تفحص المحكمة التعديل، بل آثرت أن تقضي بعدم الاختصاص، وهي إذ فعلت ذلك انطلقت من اعتدادها بنص المادة 76 كنصٍ دستوري دون أن تولي اهتماماً لحقيقة أن هذا

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 188 لسنة 27 قضائية، 15 يناير 2006، برئاسة ماهر البحيري. (ش.ق.ش.ر.م. 306975)

النص وصل إلى الدستور بواسطة سلطة تعديل الدستور لا بواسطة السلطة التأسيسية الأصلية، فتكون بذلك قد وضعت سلطة تعديل الدستور في مرتبة السلطة التأسيسية الأصلية، وما ينبغي لها ذلك، فقد ألزم الدستور سلطة تعديل الدستور بقيود شكلية وموضوعية لا تخفى على عين، ورفض المحكمة الرقابة على التعديلات الدستورية بالإطلاق هو تعطيل لتلك القيود الدستورية وهدر لقيمتها العملية، ولهذا، نتفق بشدة مع ما قرره أستاذنا عبدالحفيظ الشيمي من ضرورة تبني نظام قانوني يكفل للأفراد ضمانات الحقوق والحريات ليس في مواجهة السلطات التقليدية الثلاث فحسب، بل وفي مواجهة سلطة تعديل الدستور، ولعلّ الرقابة السابقة تكون خيارًا موقفًا، بحيث تُلزم سلطة تعديل الدستور بعرض مشروع التعديل على المحكمة الدستورية العليا قبل طرحه على الشعب للاستفتاء، على أن يكون حكمها في ذلك ملزمًا<sup>1</sup>. كما نرى في فكرة التعديلات الدستورية المنعدمة التي أصّلها أستاذنا حسن السيد حلًا ملائمًا لهذه المشكلة، بحيث إذا بدا للقضاء أن النص الطعين يتعلق بتعديل دستوري لم تراغ فيه القيود الدستورية الشكلية والموضوعية، عده معدومًا من تلقاء نفسه وحاكم النص الطعين على أساس نصوص الدستور قبل ذلك التعديل<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث- تعديلات عام 2006 لدستور 1971

في ديسمبر 2006 بعث رئيس الجمهورية برسالة إلى البرلمان المصري طالبًا تعديل 34 مادة من مواد دستور 1971، فوافقت الأغلبية على التعديلات المقترحة، فاستُفتي الشعب على تلك التعديلات ليوافق عليها بالأغلبية، وقد أسند الفقه عيب الانحراف الغائي إلى تعديلين أساسيين:

أولاً- التعديل الذي تضمن إلغاء الإشراف القضائي على الانتخابات، حيث كانت المادة 88 قبل تعديلها تنص على أن يكون الانتخاب تحت إشراف قضائي، بما يُستفاد معه أن الانتخابات سواء

<sup>1</sup> عبدالحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص 226.

<sup>2</sup> حسن عبدالرحيم السيد، المحكمة الدستورية العليا والرقابة على دستورية القوانين واللوائح، مرجع سابق، ص 120، 121.

أكانت رئاسية أو تشريعية ينبغي أن تتم تحت نظر القضاء، فتلك ضمانات قررها ذلك النص كغاية لغاية نزاهة العملية الانتخابية، ثم بعد التعديل جعلت المادة 88 الإشراف القضائي على اللجان العامة دون اللجان الفرعية. ووجه الانحراف الغائي في هذا التعديل هو تقليص الإشراف القضائي ليغدو غطاءً لتزوير العملية الانتخابية<sup>1</sup>، ونحن نؤيد هذا الرأي في انحراف هذا التعديل غائياً عن الدستور، فالإشراف القضائي على الانتخابات في جميع مراحلها من أهم الضمانات الدستورية<sup>2</sup>، والتعديل الدستوري إن لم يفض إلى زيادة الضمانات فلا يجوز له أن ينتزع إحداها.

وفي مثل هذه الحالات تُلحُّ الرقابة الدستورية على التعديلات الدستورية فيما أهدرته من غايات و ضمانات كان يتضمَّنُها النص الدستوري قبل تعديله، خصوصاً وأن المحكمة الدستورية العليا كانت قد كشفت عن مقاصد الدستور بشأن النص قبل تعديله، فقضت بأنه "قد بات متعيناً أن المشرع الدستوري عند إقراره نص المادة 88 من الدستور منظوراً في ذلك لا إلى إرادته المتوهمة أو المفترضة بل إلى إرادته الحقيقية التي كشفت عنها الأعمال التحضيرية على ما تقدم؛ قد قصد إلى إمساك أعضاء الهيئة القضائية تقديراً لحيدتهم ونأيهم عن العمل السياسي بكافة صورته بزماء عملية الاقتراع فلا تقلت من بين أيديهم، بل يهيمنون عليها برمتها بحيث تتم خطواتها متقدمة الذكر كلها تحت سمعهم وبصرهم<sup>3</sup>". وعلى أساس ذلك قضت بعدم دستورية القانون الذي جَوَّز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص 219.

<sup>2</sup> رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري، مرجع سابق، ص 157.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 11 لسنة 13 قضائية، 2000، ر. محمد ولي الدين جلال، حكم سابق.

<sup>4</sup> الفقرة الثانية، المادة 24، القانون رقم 13 لسنة 2000 بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 73 لسنة 1956 بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية والقانون رقم 38 لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب والقانون رقم 120 لسنة 1980 في شأن مجلس الشورى.

ثانيًا- التعديل الذي انطوى على انتقاص ضمانات الحرية الشخصية من خلال دسترة محاكمة المدنيين عسكريا، حيث كانت المادة 179 تجعل المدعي العام الاشتراكي مسؤولاً عن اتخاذ الإجراءات التي تضمن تأمين الأمن والسلامة للمجتمع والنظام السياسي وفقاً للقانون وتحت رقابة مجلس الشعب، فجاء تعديل هذه المادة مقرراً أن الدولة تعمل على حماية الأمن والنظام العام في مواجهة أخطار الإرهاب وفقاً للقانون، وأجاز النص في سبيل ذلك التحلل من الالتزامات الواردة في المادتين 41 و45 بشأن ضمانات الحرية الشخصية وحرمة الحياة الخاصة.

وقد أصاب الفقه إذ أسند الانحراف الغائي لهذا التعديل<sup>1</sup>، فقد عطّل نصّين من الدستور تحت مسمّى فضفاض وهو "مواجهة أخطار الإرهاب" فأجاز بمضمونه هدر ضمانات الحرية الشخصية وحرمة الحياة الخاصة دونما ضابط، بحيث ينعدم كلّ أثر لهذين النصّين، وفي ذلك انحراف غائي عن النتائج التي من أجلها تقررت تلك الضمانات، والتي تتمثل في توفير الحماية للأفراد من جموح الدولة في ممارسة دورها في حفظ الأمن.

#### الفرع الرابع- تعديلات 2019 لدستور 2014

قبل تعديل دستور 2014 كان من المحظور على رئيس الجمهورية الترشح لانتخابات عام 2022، وما إن اقترب أجل الانتخابات حتى بعث رئيس الجمهورية بطلب استبدال أربع عشرة مادة من الدستور، واستحداث عددٍ من المواد الأخرى، وقد وافق البرلمان على هذه التعديلات ثم عُرضت على الشعب فحصلت موافقة الأغلبية الساحقة.

ومعظم الفقهاء الذين تناولوا موضوع الانحراف الغائي لم يناقشوا مضامين هذا التعديل، ونعتقد أنه انطوى على انحرافات غائية في نصوصٍ عديدة لا تُخطئها العين، نبيّنها فيما يلي على قسمتين:

---

<sup>1</sup> رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري، مرجع سابق، ص160.

1- **التعديل الخاص بمدة الرئاسة**، كان نص المادة 140 قبل تعديله يجعل انتخاب رئيس الجمهورية لمدة أربع سنوات ويُجيز إعادة انتخاب الرئيس مرةً واحدة، بما يعني إمكان مكوث رئيس الجمهورية في منصبه مدةً ثمانية سنوات كحد أقصى، وهو ما يضمن تحقيق الغايات المتعلقة بمبدأ الانتخاب وتداول السلطة دون الاستفراد بها، غير أن التعديل زاد المدة لست سنوات وأجاز تمديد ولاية الرئيس مدتين متتاليتين، بما يعني إمكان مكوث رئيس الجمهورية مدةً ثمانية عشر عامًا في هذا المنصب، وهو ما يزيد عن ضعف المدة التي كانت مقررةً سلفًا، ولقد وصم بعض الباحثين هذا التعديل بالانحراف الغائي لعدوله عن غاية تداول السلطة إلى الاستفراد بها<sup>1</sup>.

ونحن نرى انحراف هذا التعديل غائيًا لتعارضه مع الغاية اللازمة من حظر تعديل النصوص المتعلقة بإعادة انتخاب رئيس الجمهورية، فهذا الحظر تغيًا تدارك ما حصل سابقًا من تعديل المادة 76 من دستور 1971 التي أجازت تمديد رئاسة الجمهورية، الأمر الذي يجعل من لوازم هذا النص حظر تعديل النص المتعلق بمدة الرئاسة لتعلقه بنصوص إعادة الانتخاب، كما أن هذا التعديل قد يفضي عمليًا إلى تعطيل الحق في الانتخاب والترشيح لمدة ثمانية عشر عامًا أي ما يعدل جيلًا كاملًا إلا قليلًا!

ولا يرفع وصف الانحراف الغائي عن هذا التعديل قولًا على شاكلة أن المدة الماضية كانت قصيرة للإصلاح السياسي- وهي مدة أربع سنوات- فيكفي لدحض هذا الادعاء أن نشهد دولةً بحجم الولايات المتحدة ينصُ دستورها على مثل هذه المدة، فضلًا عن أن المدة بمجموعها تبلغ ثمانية أعوام لولايتين متتاليتين<sup>2</sup>، وهي مدة كافية للإصلاح متى ما تأتت الإرادة السياسية لذلك.

---

<sup>1</sup> ويشير الباحث الجزائري إلى ما يماثل هذا التعديل في الجزائر، وهو التعديل الدستوري لسنة 2008 حيث مكن الرئيس من لترشح لعهدة تالئة ورابعة وخامسة ما أدى للحراك الشعبي الذي اندلع عام 2019. يُنظر: عليان بوزيان، مظاهر الانحراف الدستوري ومدى الرقابة عليه، مرجع سابق، ص3.

<sup>2</sup> المادة 2، دستور الولايات المتحدة الأمريكية 1789.



## 2- التعديلات الخاصة بالقضاء: تتعلق هذه التعديلات بأربع موادٍ أساسية نبينها فيما يلي:

- المادة 185، كانت تنص على أن تقوم كل جهة قضائية على شؤونها وأن تتمتع بموازنة مستقلة يناقشها مجلس النواب بكامل عناصرها، فاستبعد التعديل مناقشة مجلس النواب للموازنة، ومنح رئيس الجمهورية تعيين رؤساء الجهات والهيئات القضائية من بين أقدم سبعة نواب، كما استحدث مجلساً أعلى للجهات والهيئات القضائية برئاسة رئيس الجمهورية وعضوية رئيس المحكمة الدستورية العليا ورؤساء الجهات والهيئات القضائية ورئيس محكمة استئناف القاهرة، والنائب العام.

- المادة 189، كانت قبل التعديل تجعل تعيين النيابة العامة من صلاحيات مجلس القضاء الأعلى من بين نواب رئيس محكمة النقض أو الرؤساء بمحاكم الاستئناف أو النواب العامين المساعدين، غير أن التعديل جعل ذلك من صلاحيات رئيس الجمهورية كذلك، ويقف دور المجلس عند ترشيح ثلاثة من بين الأصناف السابق ذكرها.

- المادة 193، كانت تجعل اختيار رئيس المحكمة للجمعية العمومية من بين أقدم ثلاثة نواب لرئيس المحكمة، فنقل التعديل هذا الاختصاص لرئيس الجمهورية موسّعاً دائرة الاختيار من بين أقدم خمسة نواب لرئيس المحكمة.

- المادة 190، وهي الخاصة بمجلس الدولة، حيث كانت تقرّر أن مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة يختصّ أولاً بالفصل في المنازعات الإدارية ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه دون غيره، ويختصّ وحده ثانياً بالإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ويختصّ ثالثاً بمراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، ويختصّ رابعاً بمراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها. ثم بعد التعديل تقلّصت صلاحيات مجلس الدولة، حيث بقي الاختصاص الأول كما هو، أما الاختصاص الثاني فقد بات مشاعاً بعد أن كان الإفتاء مقرّراً للمجلس وحده، أما الثالث، فقد تقلّص لينحصر في المراجعة دون

الصياغة، وحتى الاختصاص بالمراجعة تقيّد بما يُحال إليه، فغدا إجراء المراجعة اختياريًا لا إلزاميًا، وأما اختصاصه بمراجعة العقود فقد بات مقيّدًا بحسب قيمة العقود وفقًا لما يحدده القانون.

وللمتأمل في هذه التعديلات الأربعة- بل حتى للناظر فيها من غير تأمل- أن يرى بوضوح كيف أن مبدأ الاستقلال القضائي قد ذهب في مهب الريح، فتعيين رؤساء الجهات والهيئات القضائية موكول للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية، ورئاسة المجلس الأعلى للجهات والهيئات القضائية موكولة له كذلك، وهو ما يعني أن القضاء أصبح تابعًا للسلطة التنفيذية تبعيةً مطلقة، فما عاد إلا ذراعًا من أذرعها، وهذا انحراف غائي واضح يتعارض مع الغايات اللازمة من النص على استقلال السلطات ونزاهة القضاء وعدالته، خصوصًا إذا استحضرنا مقالة المحكمة الدستورية العليا في الغايات اللازمة من النص على مبدأ استقلال السلطة القضائية، حيث قرّرت بأنه "من غير المتصور أن يكون الدستور نائيًا بالسلطة القضائية عن أن تقوض بنينها عوامل خارجية تؤثر في رسالتها، وأن يكون إيصالها الحقوق لذويها مهددًا بالتواء ينال من حيدة وتجرد رجالها. وإذا جاز القول- وهو صحيح- بأن الفصل في الخصومة القضائية- حقًا وعدلاً- لا يستقيم إذا داخلتها عوامل تؤثر في موضوعية القرار الصادر عنها، أي كانت طبيعتها، وبغض النظر عن مصدرها أو دوافعها أو أشكالها، فقد صار أمرًا مقضيًا أن تتعادل ضمانتا استقلال السلطة القضائية وحيدتها في مجال اتصالهما بالفصل في الحقوق إنصافًا وترجيحاً لحقيقتها القانونية، لتكون لهما معًا القيمة الدستورية ذاتها، فلا تعلق إحداها على أخراها أو تجبها، بل يتضامنان تكاملًا، ويتكافآن قدرًا<sup>1</sup>". وهو الأمر الذي عصفت به تلك التعديلات الدستورية، إذ لم تعد السلطة القضائية مستقلة وزالت عنها كل عوامل الحيادة والنزاهة بجعلها تابعةً للسلطة التنفيذية في جميع شؤونها.

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 38 لسنة 16 قضائية، 16 نوفمبر 1996، عوض محمد المر. (ش.ق.ش| ر.م 36770)

## المطلب الرابع

### نظرة على الوثائق الدستورية في قطر ومدى وقوع الانحراف الغائي فيها

منذ قيام دولة قطر عرفت دستوراً دائماً وحيداً اتسم بالجمود، وهو الدستور الصادر عام 2004 والذي ما زال ساريًا حتى اللحظة، ولم تعرف قطر أي إعلانات دستورية، لكنها عرفت دستورين مؤقتين، الأول هو النظام الأساسي المؤقت الصادر عام 1970، والثاني هو النظام الأساسي المؤقت المعدل الصادر عام 1972<sup>1</sup>، أما بالنسبة للتعديلات الدستورية فحتى هذه اللحظة لم تشهد البلاد أي تعديل على الدستور الدائم.

ووفق ما مضى؛ لا يصح إسناد الانحراف الغائي إلى أي من نصوص الدستور الدائم أو الدستورين المؤقتين، وذلك لصدورها عن سلطة واقعية وفي ظروف لم يكن النظام القانوني فيها قد تبلور بعد، ولعلنا نذهب خطوة أبعد بشأن النظامين الأساسيين المؤقت والمؤقت المعدل، إذ لا يمتنع فيهما تصوّر الانحراف الغائي عن الدستور فحسب؛ بل يمتنع تصوّر الانحراف الغائي عن إرادة الشعب كذلك، لأن كلا النظامين قد صدرا بالإرادة المنفردة للحاكم دون مشاركة من الشعب<sup>2</sup>، ولذلك استفتحت الديباجة في كلٍ منهما باسم الحاكم صراحةً دون إشارة للشعب إلا بصفته مؤازراً مؤيداً لهذه الوثائق، لا بصفته شريكاً فاعلاً في تأسيسها.

وهذا فارقٌ جوهري عن الدساتير المؤقتة أو الإعلانات الدستورية التي عرفتتها مصر، فلو عدنا إلى الوثائق الصادرة عقب أحداث 23 يوليو 1953؛ نجد أن إعلان 10 ديسمبر 1952 قد صدر معلناً "باسم الشعب" "سقوط ذلك الدستور، دستور سنة 1923" وأن "الحكومة آخذة في تأليف لجنة تضع

<sup>1</sup> رعد الجده، مساهمة في دراسة مجلس الشورى في قطر، درادجلا، عمان، 2023، ص38.

<sup>2</sup> حسن عبدالرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، ط4، مرجع سابق، ص24.

مشروع دستور جديد، يقره الشعب"<sup>1</sup>، ومن بعد ذلك صدر إعلان 18 يونيو 1953 معلناً باسم الشعب" كذلك؛ إلغاء النظام الملكي وإعلان الجمهورية وتحديد الفترة الانتقالية والنظام الذي يسري فيها. وكذلك دستور الجمهورية العربية المتحدة المؤقت كان قد صدر "استناداً إلى الإرادة الشعبية"<sup>2</sup>. وحتى بعد ثورة 25 يناير 2011؛ رغم أن الوثائق كانت تصدر باسم المجلس الأعلى للقوات المسلحة إلا أنها كانت تعزز في نصوصها حضور الشعب كشريك في صناعة القرار، فقد صدر إعلان 13 فبراير 2011 من أجل تحقيق "المطالب المشروعة التي عبر عنها الشعب ورغبة في تحقيق نهضة الشعب" كما صدر بيان 3 يوليو 2013 "استجابةً لنداء جماهير الشعب الذي دعاها لنصرته" على حدّ تعبير هذا البيان.

لهذا، حين يصم الفقه المصري هذه الوثائق بالانحراف الغائي عن إرادة الشعب لسببٍ أو لآخر فإن هذا الرأي له ما يسوّغه، فتلك الوثائق جعلت الشعب مصدرًا للسلطة وأنفذت نصوصها باسمه، أما في سياق النظامين الأساسيين المؤقت والمعدّل فإن هذا الرأي ينتقي مسوّغه، فكلا الوثيقتين صدرتا باسم الحاكم صراحةً دون أن يكون الشعب فاعلاً في أيٍّ منهما، ولم يكن للإرادة الشعبية حضور في الحياة السياسية آنذاك حتى يُقال بحصول انحراف غائي عنها، بل كانت مُغيبة تمامًا غير واردة في الأذهان أصلاً، بعكس الوثائق المصرية التي لم يغيب فيها حضور إرادة الشعب وإن كان حضورًا مجرورًا بالألفاظ فحسب.

على أنّ تصوّر الانحراف الغائي عن إرادة الشعب - كما مضى - يصطدم بمشكلة تعدّد تحديد تلك الإرادة في أحوال الفراغ الدستوري، الأمر الذي يجعل وصم تلك الوثائق بهذا العيب بعيداً عن الدقة،

---

<sup>1</sup> إعلان الدستوري، 10 ديسمبر 1952. منشور في: (ويكي مصدر wikisource.org).

<sup>2</sup> دستور الجمهورية العربية المتحدة، (الجريدة الرسمية، ع69 تابع "أ" 24 مارس 1964) مستلة منشورة في (منشورات قانوني manshurat.org)

لأن إرادة الشعب في تلك الفترات لا يكون معبراً عنها تعبيراً جازماً، كما أنّ القضاء الدستوري مسؤولاً عن حماية الدستور دون الإرادة الشعبية غير المعبر عنها بنصوص مكتوبة.

أمّا بالنسبة للدستور الدائم، فالحال مختلف، فقد صدر هذا الدستور بناء على استفتاء شعبي، كما أنّ هذا الدستور غير من وظيفة مجلس الشورى فحوّل قراراته من استشارية إلى إلزامية، ونقل إليه اختصاص تشريع القوانين بعد أن كان في يد الحاكم<sup>1</sup>، وفي ذلك تحوّل في حضور الشعب في صناعة القرار السياسي، وتفعيل لدوره في الحياة الدستورية.

لكن في الوقت نفسه، كان الاستفتاء الشعبي محلّ تساؤل في مدى تعبيره عن الإرادة الشعبية، خصوصاً وأنّ اللجنة التي أعدت الاستفتاء كانت بتشكيل حكومي محض، حيث أُجري الاستفتاء تحت إشراف وزارة الداخلية القطرية<sup>2</sup>، علاوةً على أن هذا الدستور لم يصدر باسم الشعب، وإنما صدر باسم الحاكم كما هو ظاهرٌ في ديباجته، وذلك بعكس جميع الدساتير المصرية، فدستور مصر 1956 استفتح ديباجته بعبارة "نحن الشعب المصري الذي انتزع حقه في الحرية والحياة" ودستور 1971 استهلّ بعبارة "نحن جماهير شعب مصر العامل على هذه الأرض المجيدة منذ فجر التاريخ والحضارة" ودستور 2012 استفتح الديباجة بقوله "نحن جماهير شعب مصر" ودستور 2014 قرّر في ديباجته "نحن المواطنين والمواطنات، نحن الشعب المصري".

في المقابل، لا حضور للشعب في ديباجة الدستور القطري كمنشئٍ له، فقد استهلّ الدستور الدائم ديباجته باسم الحاكم "نحن حمد بن خليفة آل ثاني أمير دولة قطر"<sup>3</sup>، وهذا الاستفتاح يعبر عن تموضع الإرادة الشعبية في هذا الدستور كونها تابعة لإرادة الحاكم منبثقة عنها، وليست إرادة موازية

<sup>1</sup> رعد ناجي الجده، التأطير الدستوري لرئيس الدولة والوزارة في دولة قطر، دار دجلة، عمان، 2023، ص 88، 134.

<sup>2</sup> حسن السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، ط4، مرجع سابق، ص 27.

<sup>3</sup> الديباجة، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

لإرادة الحاكم كما هي في الدساتير المصرية، وهو ما يرجح القول بأن دستور 2004 لا ينطوي على انحراف عن إرادة الشعب، لأن إرادة الشعب لم يُعبّر عنها بلجنة شعبية من الأساس أولاً، ولأن الدستور قد صدر باسم الحاكم كما يظهر في الديباجة ثانياً، وأما نتيجة الاستفتاء على الدستور فهي لا تعبر عن إرادة أصيلة للشعب وإنما تعبر عن إرادة تابعة لإرادة الحاكم، وأقصى ما يمكن أن تعكسه هذه النتيجة-وبعد التغاضي عما يحوم حول نزاهة الاستفتاء من مأخذ- أن الإرادة الشعبية قد توافقت مع إرادة الحاكم.

وأخيراً بالنسبة للتعديلات الدستورية، صحيح أن الدستور الدائم لدولة قطر لم يطرأ عليه أي تعديل دستوري حتى هذه اللحظة، إلا أن نصوصه تعكس تقييد سلطة تعديل الدستور بغاياته، فقد أحسن المشرع الدستوري بنصّه على عدم جواز طلب تعديل الأحكام الخاصة بالحقوق والحريات إلا في الحدود التي يكون الغرض منها منح مزيد من الحقوق والضمانات لصالح المواطن، فهذا النص قيدٌ غائي على سلطة تعديل الدستور<sup>1</sup>، وهذا القيد الغائي يقتضي بالضرورة فحص التعديلات الدستورية ومدى توافقها مع الضمانات المتعلقة بالحقوق والحريات، فإذا ثبت له أن غرض التعديل الدستوري كان ينتقص من الضمانات الموجودة في الدستور فإنه يحكم بعدم دستوريته، والقول بعدم اختصاص القضاء الدستوري يقتضي القول بأن النص على ذلك لا قيمة له ولا معنى.

---

<sup>1</sup> المادة 146، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

## المبحث الثاني

### مجالات الانحراف الغائي بحسب طبيعة التشريع

لئن كان المجال الأشهر للانحراف الغائي هو المجال الإيجابي للتشريع، فإن المجال السلبي للتشريع يثور الانحراف الغائي بشأنه كذلك، وإذا كان الأول ينشأ بتدخل المشرع بإصدار تشريع لا يتوافق مع غايات الدستور؛ فإن الثاني ينشأ بعدم تدخل المشرع لترتيب الغايات الدستورية. تكون طبيعة عمل المشرع في المجال الإيجابي للانحراف الغائي مبنيةً على الفعل، بحيث يرتب نتيجة نهائية تخالف الدستور، أما طبيعة عمله في المجال السلبي للانحراف الغائي فتكون مبنية على الامتناع عن الفعل، بحيث يمتنع عن ترتيب نتيجة نهائية تغيًا الدستور تحقيقها. وقد أخذ الانحراف الغائي في المجال الإيجابي حظه من البحث، والأطروحة في جلّها تصبُّ في الحديث عن ذلك المجال، فلن نسهب في الحديث عنه في هذا المطلب، ونكتفي بتمييزه عن الانحراف الغائي في المجال السلبي، والذي سنرعي الحبر قليلاً في هذا المبحث لبيانته. إنَّ الانحراف الغائي في المجال السلبي للتشريع يسمّى الانحراف الغائي السلبي، وهو امتناع المشرع عن إصدار التشريع رغم قيام الأسباب التي تستدعي إصداره، وقد ظهرت العناية بهذا المفهوم نتيجة اتجاه النظم القانونية لمعالجة المشكلات السلبية في مختلف فروع القانون، تلك التي لا تنشأ عن الفعل وإنما عن الامتناع عنه<sup>1</sup>.

ويشترك الانحراف الغائي في المجال السلبي مع نظيره في المجال الإيجابي في أن كليهما يهدفان إلى تحقيق أهدافٍ تتأى عن المصلحة العامة بمعيار الدستور<sup>2</sup>، فإذا كان الانحراف الغائي الإيجابي يعني خروج المشرع عن الدستور فيما يصدره من تشريعات تتضمن غايات مخالفة، فإن الانحراف

<sup>1</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص 333.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 340.

الغائي السلبي يعني خروج المشرع عن الدستور فيما لم يرتبه من غايات كان ينبغي عليه ترتيبها بما يصدره من تشريعات.

وتجد الرقابة الدستورية على الانحراف الغائي السلبي أساسها في النصوص الدستورية التي تكتنفها ضمانات عملية هي ما يمنح تلك النصوص قيمتها النظرية، ضمانات الحقوق والحريات مثلًا هي وقود تفعيل تلك النصوص في الواقع، فيكون الانتفاع بها عمليًا متوقفًا على عناية المشرع بضماناتها، وهو ما يجعل تلك الضمانات في مقام الغايات التي ينبغي على المشرع أن يستهدفها، وأن يسخر جميع الوسائل لتحقيقها، فإذا تخلف عن ذلك بأن امتنع عن التنظيم، أو جاء تنظيمه قاصرًا عن الوفاء بالمتطلبات الدستورية، أو على غير الطريقة التي استلزمها الدستور، فإنه يكون مخلًا بالمقتضيات الدستورية بما يحول دون إنزال مقاصد الدستور منزل الواقع، فيكون التشريع بذلك قد خالف مقاصد الدستور وانطوى على انحراف غائي سلبي<sup>1</sup>.

ولا وجه للاعتراض على رقابة الانحراف الغائي السلبي بدعوى تعارضها مع السلطة التقديرية للمشرع بدعوى تمتعه بصلاحيه التدخل بالتشريع أو عدم التدخل ما لم يطلب منه الدستور التدخل في وقتٍ معيّن، فذلك مردود بأن سلطة التشريع لم تمنح هبةً للمشرع ليتصرف بها كيف يشاء، وإنما مُنحت له ليعتني بمبادئ الدستور في الواقع سعيًا لبلوغ مراماته، ثم إن السلطة التقديرية مدارها تمكين المشرع من الاختيار بين عدّة بدائل مشروعة، لكنّ التقاعس عن التنظيم يخرج عن دائرة البدائل المشروعة، إذ التراخي في ممارسة الاختصاص الدستوري إلى آمام غير معقولة<sup>2</sup> قد يرتب

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، 340.

<sup>2</sup> يثور التساؤل حول معيار المدة غير المعقولة، وقد تطرقنا لهذه المسألة في رسالتنا السابقة حول رقابة الامتثال، وانتهينا إلى أن "المدة غير المعقولة تقدر بالنظر لظروف كل دولة على حدة، غير أنه في الظروف الطبيعية لا ينبغي أن يأخذ صدور القانون سنين ممتدة لأن الدستور بمجرد إصداره ونشره في الجريدة الرسمية يعدّ ساريًا واجب النفاذ" ونزيد على ذلك أن الفترة التي يستغرقها التشريع العادي في الغالب لا تزيد عن سنتين كحدٍ أقصى، وما جاوز ذلك فإنه يشكل قرينةً على تراخي المشرع عن أداء مهمته بإصدار التشريع، أما بالنسبة



نتائج غير مشروعة في الواقع، فهو خارج عن سلطة التقدير من الأساس، فلا مجال للتعارض بين الرقابة على الانحراف الغائي السلبي والسلطة التقديرية، لأن الانحراف الغائي السلبي لا يثور إلا في منطقة السلطة المقيّدة للمشرع مثلما سيأتي البيان.

والقاعدة التي ينبغي تكريسها هي أن كلّ امتناع عن التشريع ينطوي على انحراف غائي حتى يثبت العكس، لأن الدستور حين يعهد باختصاص معين فإنه يبتغي تحقيق غايات من وراء ذلك الإسناد، وامتناع المشرع يحول دون ترتيب تلك الغايات ويقود بالضرورة لتحقيق نتائج تتنافى مع الدستور، ولهذا فإن امتناع المشرع هو الحالة الوحيدة التي ينبغي أن يُفترض فيها الانحراف الغائي.

هذه القاعدة يمكن استخلاصها من مخرجات القضاء الإداري فيما يتعلق بفكرة القرار السلبي بالامتناع، والتي عرّفها الفقه بأنها امتناع الإدارة عن إصدار القرارات الواجب عليها إصدارها طبقاً للقانون، وقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن "يعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح"<sup>1</sup>.

وهذا منهج بديع من المحكمة، فقد أدركت أن الامتناع عن اتخاذ القرار الإداري يُرتّب نتائج عملية لا تقل أهمية عن تلك التي يترتبها التدخل بإصدار قرار إيجابي، فجعلت القرارات السلبية في حكم القرارات الإيجابية. ومن الجدير بالذكر أن قانون الفصل في المنازعات الإدارية في قطر قد نصّ على المبدأ ذاته، إذ جعل رفض الجهات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب

---

للتشريعات اللائحة فإنها تتطلب وقتاً أقصر بطبيعتها، وفي الظروف المعتادة ينبغي ألا يستغرق صدور اللوائح وقتاً أطول مما يستغرقه صدور القوانين. يُنظر كتابنا: الرقابة الدستورية بطريق الامتناع في القانون القطري والمقارن، مرجع سابق، ص 22، 24.

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 95037 لسنة 63 قضائية، 27 يونيو 2020، برئاسة حسن عبدالعزيز. (ش.ق.ش.ر.م. 1192918) سارت على مثل هذا النهج محكمة التمييز القطرية ففضت بذات المبدأ الذي انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر، والذي أوردها في المتن، يُنظر: محكمة التمييز، الطعن رقم 253 لسنة 2016 قضائية، الدائرة الإدارية، 20 ديسمبر 2016، برئاسة عبدالله السعدي. (ش.ق.ش.ر.م. 410113).

عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح في حكم القرارات الإدارية<sup>1</sup>. وإذا كانت هذه القاعدة مستقرّة في المجال الإداري فإنّ اعتمادها في المجال الدستوري أولى وأدعى، لأن القرارات الإدارية السلبية عادةً ما يكون الضرر المنبعث عنها متعلقاً بفردٍ أو عددٍ محدود من الأفراد المعيّنين بالذات، بعكس القوانين السلبية التي يمتدُّ ضررها إلى شريحة واسعة، كما لو كان التشريع السلبي يعطلّ قيام محكمة تتوقّف مصالح الناس على وجودها، أو يحول دون قيام العملية الانتخابية في دولة تعتمد في صناعة القرار على هذا النهج، فمثل هذه التشريعات السلبية تكون النتائج النهائية المترتبة عليها وخيمة الأثر ليس على فردٍ أو اثنين، بل على نفرٍ كثيرٍ من الناس، وإذا كان ظلم الفرد الواحد تأنفه النفوس السوية لما فيه من مرارة، فإن ظلم الجماعة أدهى وأمر.

ويقع الانحراف الغائي السلبي في التشريع بتحقيق ثلاثة شروط: أولها، أن يفرض الدستور على المشرع تحقيق نتائج معيّنة صراحةً أو لزوماً. ثانيها، أن يمتنع المشرع عن التدخل بما يحول دون تحقيق النتائج المطلوبة دستورياً. ثالثها، أن يكون امتناع المشرع في مجال السلطة المقيدة.

ولقد عالج الفقه المخالفات الدستورية السلبية تحت مفاهيم مختلفة، كان أبرزها "الإغفال التشريعي" ومفهوم "التسلّب من الاختصاص" وكل مفهوم يجسّد صورةً من صور الانحراف الغائي السلبي. ولأجل ذلك سوف نقسّم هذا المبحث لمطلبين:

- المطلب الأول/ الانحراف الغائي السلبي في صورة الإغفال التشريعي
- المطلب الثاني/ الانحراف الغائي السلبي في صورة التسلّب من الاختصاص

---

<sup>1</sup> المادة 4، قانون رقم 7 لسنة 2007 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية.

## المطلب الأول

### الانحراف الغائي السلبي في صورة الإغفال التشريعي

يقع الإغفال التشريعي نتيجة قيام المشرّع بتنظيم مسألة أناط الدستور إليه تنظيمها غير أن تنظيمه لها يأتي قاصرًا عن الوفاء بالمتطلبات الدستورية، حيث يعرف الإغفال التشريعي بأنه ترك المشرّع إدراج قاعدة تشريعية في التنظيم التشريعي على نحوٍ يحول دون الوفاء بالمتطلبات الدستورية للموضوع محل التنظيم<sup>1</sup>.

وينكشف الإغفال التشريعي بمقدار حالة الفراغ التي ينتجها، ذلك أن كلّ إغفال تشريعي - أيًا كان مصدره - يخلّف فراغًا في الواقع، فإذا كان الإغفال في النصوص الدستورية؛ نشأ عن ذلك فراغ دستوري، وإذا كان في النصوص القانونية نشأ عن ذلك فراغ قانوني، وإذا كان في تنفيذ تلك النصوص في الواقع نشأ عن ذلك فراغًا واقعي، وتتكشف تلك الفراغات - على اختلاف أسبابها - عند خلوّ الواقع من تنظيم مسألة كان ينبغي تنظيمها بتشريع<sup>2</sup>.

ويختلف الإغفال التشريعي عن الامتناع التشريعي في أن الأخير يتعلق بعود المشرّع عن تنظيم موضوع أزمه الدستور بتنظيمه، بينما الأول يتعلق بتنظيم الموضوع تنظيمًا قاصرًا لا يحيط بكافة جوانبه، ويعدّ البعض الإغفال التشريعي نوعًا من أنواع الامتناع التشريعي، إذ يقسمون هذا الأخير إلى امتناع كليّ وامتناع جزئيّ، غير أن الاستعمال الدقيق للتعبيرات يقتضي تخلص الإغفال التشريعي لحالة القصور، وتخلص الامتناع التشريعي لحالة التقاعس عن التنظيم<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> رمضان دسوقي شعبان، رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص2022، ص34.  
<sup>2</sup> سارة علي الصلابي، الرقابة الدستورية بطريق الامتناع في القانون القطري والمقارن، مرجع سابق، ص33-34.  
<sup>3</sup> الفقهاء ليسوا على وفاق في استعمال هذين المصطلحين، ويعبر الدكتور مناف عن ذلك بقوله "من الفقهاء من استعمل مصطلح الإغفال التشريعي للدلالة على الامتناع التشريعي بصورتيه - الكلي والجزئي - بينما استخدم البعض الآخر مصطلح الإغفال التشريعي كمرادف لصورة الامتناع التشريعي الجزئي فقط." ينظر كتابه: مناف فاضل الجنابي، رقابة القاضي الدستوري على الامتناع التشريعي: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2022، ص67.

والإغفال التشريعي عيبٌ من عيوب الدستورية، وهو وثيق الصلة بعنصر الغاية، واتصاله بالغاية ينشأ عن أحد احتمالين، الأول: أن يكون العنصر المُغفل هو الغاية الدستورية ذاتها. والثاني: أن يرتبط العنصر المُغفل بغايةٍ دستورية ارتباطاً وثيقاً.

في الحالة الأولى تكون الغاية مطلوبةً بموجب الدستور، غير أن المشرّع يهدرها ليس باستيفاء غيرها كما في الانحراف الغائي الإيجابي، وإنما بعدم استيفائها من الأساس، أي بإغفال تلك الغاية فيما يصدره من تشريعات، وحينئذ يأخذ الانحراف الغائي السلبي صورة الإغفال التشريعي<sup>1</sup>، وفي هذه الحالة يمكن إثبات هذا العيب باستقلالٍ عن كلّ عيب آخر من عيوب التشريع التي قد تعتري العناصر الأخرى.

أما في الحالة الثانية يكون الإغفال متعلقاً بأحد عناصر التشريع الأخرى، بحيث يقيد الدستور المشرّع في أحد العناصر، ويكون ذلك القيد مرتبطاً بغاية لازمة عنه، فيترتب على إغفال ذلك القيد إغفال الغاية التي ابْتُغيت من ورائه بالتبعية، فينشأ الإغفال التشريعي بصورته العامة، وينشأ إلى جانبه عيب الانحراف الغائي السلبي بالتبعية ممثلاً في صورة الإغفال التشريعي.

وفي الحالتين لا يقع الانحراف الغائي السلبي في غير منطقة السلطة المقيدة، أما في منطقة السلطة التقديرية فلا يكون الانحراف الغائي إلا في المجال الإيجابي، إذ إن الانحراف الغائي السلبي يقتضي أن يكون المشرّع مقيداً بتحقيق غاية مطلوبة دستورياً - سواء كانت غايةً مخصصةً أو غايةً لازمة - دون أن يكون له الخيار في تحقيقها من عدم تحقيقها، وهو ما يعني أن الحديث عن الانحراف الغائي في منطقة التقدير لا تتصور فيه مسألة الانحراف الغائي السلبي، لأن هذا الأخير لا يُتصور إلا في منطقة السلطة المقيدة للغاية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص 340.

<sup>2</sup> مناف الجنابي، رقابة القاضي الدستوري على الامتناع التشريعي، مرجع سابق، ص 16، 19.

ولقد عرّف القضاء الدستوري في مصر الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي منذ بواكير نشأته، وتناول الفقهاء أحكامه في هذا الشأن بالبحث والتحليل، وفي هذه الجزئية نسعى لإبراز العناصر الغائية لتلك الأحكام القضائية لنتبين الانحراف الغائي السلبي عندما يتجسّد في صورة الإغفال التشريعي، فلطالما ربطت المحكمة الدستورية العليا حكمها بعدم دستورية التشريعات التي اعترافا إغفال تشريعي بالغايات الدستورية التي أغفلها النص الطعين، وهذا النهج المطرّد في أحكامها في محاكمة سكوت المشرّع إلى الغايات الدستورية يستحقّ الوقوف عنده.

لهذا سوف نعالج مسيرة الأحكام القضائية في هذا الشأن بعدسة الغاية، وذلك في أربعة أفرع، فنبيّن في الأول أن المحكمة العليا لم تتناول الرقابة على الإغفال التشريعي لا بالرفض ولا بالتأييد، ثمّ نبيّن في الثاني أن المحكمة الدستورية العليا لم ترفض الرقابة على الإغفال التشريعي، ثم نعرض في الثالث منهج المحكمة الدستورية العليا في محاكمة الإغفال التشريعي إلى الغايات الدستورية، ثمّ في الرابع نستعرض نماذج على الانحراف الغائي السلبي في التشريع القطري.

#### الفرع الأوّل - المحكمة العليا لم تتناول الرقابة على الإغفال التشريعي لا بالرفض ولا بالتأييد

تُعزى بداية الرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي إلى المحكمة العليا، وذلك بمناسبة قضيتين اثنتين، تدور الأولى حول قانون إلغاء موانع التقاضي الذي أغفل إلغاء بعض الموانع<sup>1</sup>، فقد أبقى هذا القانون على النصوص التي حصّنت منازعات التأمين والمعاشات والتعويض المترتبة على الإصابة أو الوفاة بسبب الخدمة العسكرية أو العمليات الحربية من نظرها أمام القضاء<sup>2</sup>، كما أبقى على النص الذي جعل الفصل في تلك المسائل بصفة نهائية للجنة إدارية لا لهيئة قضائية<sup>3</sup>، وذلك

<sup>1</sup> قانون إلغاء موانع التقاضي في بعض القوانين رقم 11 لسنة 1972.

<sup>2</sup> المادة 69، قرار رئيس الجمهورية بقانون المعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض للقوات المسلّحة رقم 116 لسنة 1964.

<sup>3</sup> المادة 117، قرار رئيس الجمهورية بقانون المعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض للقوات المسلّحة رقم 116 لسنة 1964.

بالمخالفة لنص الدستور الذي لم يكتف بكفالة حق التقاضي بل صرح بعدم جواز تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء<sup>1</sup>، فطعن على هذين النصين بعدم الدستورية، لتنتهي المحكمة العليا إلى أن استبقاء تحصين تلك المسائل من الرقابة القضائية يخرم مبدأ المساواة بما يؤدي في النتيجة النهائية إلى حرمان طائفة معينة من الحق في التقاضي على نحو "ينطوي على إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يُحرّموا من هذا الحق"<sup>2</sup>.

أما القضية الثانية فقد تعلقت بإغفال قانون إلغاء موانع التقاضي إلغاء مانع آخر، فأبقى تحصين التصرفات والقرارات والتدابير والإجراءات والأعمال التي تُجرى بغرض الحراسة على الأموال والممتلكات<sup>3</sup>، فتذّرت الحكومة بأن هذا التشريع يستهدف حفظ نظام الدولة وسلامتها وتأمين المكاسب الاشتراكية التي حققها الشعب، وهو ما يعد من الملاءمات التي يستقل المشرع بتقديرها، فردّت المحكمة العليا على الحكومة دفعها، وقضت بعدم دستورية التشريع، مقررّة أنّ "مبنى هذا الطعن مخالفة التشريع المطعون فيه للدستور لمصادرته حق التقاضي في المنازعات التي نص عليها، لذلك فإن الدفع بعدم قبول الدعوى استنادًا إلى خروج هذا التشريع عن رقابة الدستورية لتعلق الطعن بملاءمة إصداره يكون غير قائم على أساس سليم متعينًا رفضه"<sup>4</sup>.

هاتان القضيتان هما الأساس الذي يستند إليه جانب من الفقه للقول بأن قضاء المحكمة العليا قد أخذ بالرقابة على الإغفال التشريعي<sup>5</sup>، غير أن القضيتين - في تقديرنا - لا تتعلقان بالرقابة على

---

<sup>1</sup> المادة 68، دستور مصر 1971.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 3 لسنة 4 قضائية، 13 أبريل 1974، برئاسة بدوي إبراهيم حمودة. (ش.ق.ش | ر.م 54132)

<sup>3</sup> المادة 1، القرار بقانون رقم 99 لسنة 1963 بشأن عدم قبول الطعن في الأعمال والتدابير التي اتخذتها الجهة القائمة على تنفيذ جميع الأوامر الصادرة بفرض الحراسة على أموال وممتلكات الأشخاص.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 5 لسنة 5 قضائية، 1976، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.

<sup>5</sup> عبدالحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 51 وما بعدها.

الإغفال التشريعي، وإنما تتعلقان بالرقابة الدستورية على التشريع نفسه، فهي رقابة في المجال الإيجابي للتشريع لا في المجال السلبي، ذلك أنّ الحكم بعدم الدستورية في القضيتين قد جرى على النصوص السارية التي تتعارض مع صريح النصوص الدستورية، وبقي القانون الذي أغفل إلغاء الموانع القضائية على حاله دون أن يُقضى بعدم دستوريته، ففي القضية الأولى قُضي بعدم دستورية النصوص التي حصّنت تلك القرارات وليس النص الذي أغفل إلغاء هذا المانع القضائي، وكذلك في القضية الثانية قُضي بعدم دستورية النص الذي حصّن الأعمال التي تُجرى بغرض حراسة الممتلكات، بينما بقي النص الذي أغفل إلغاء هذا المانع القضائي ساريًا كما هو.

ولا ننكر أن إثارة النزاع الدستوري أمام المحكمة العليا في القضيتين الأفتيتين كان بمناسبة وجود إغفال تشريعي، لكن الرقابة الدستورية لم تجر على ذلك الإغفال، وإلا لكان الحكم بعدم الدستورية جاريًا على القانون الذي اعتراه الإغفال، وهو ما لم يكن، إذ الإغفال التشريعي كان سببًا في إثارة النزاع الدستوري بشأن النصوص التي انطوت على مخالقات للدستور التي صدر بعدها<sup>1</sup>، وهذه الأخيرة هي التي قُضي بعدم دستوريته دون القانون الذي انطوى على إغفال تشريعي. ولذلك فإننا نعتقد بأن المحكمة العليا لم تتعرض لموضوع الرقابة على الإغفال التشريعي لا بالقبول ولا بالرفض،

---

<sup>1</sup> من المهمّ التنويه هنا أن النصوص المحكوم بعدم دستوريته كانت قد صدرت قبل حوالي بضعة أعوامٍ من صدور دستور مصر 1971، وكانت الفترة السابقة- ما بين دستور مصر السابق 1956 وبين دستور 1971- قد تخلّلتها العديد من الأحداث الدستورية المؤثرة، فقد صدر الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة عام 1958 بعد الوحدة بين مصر وسوريا، ثم صدر الدستور المؤقت للجمهورية العربية عام 1964، ثم تلاه دستور اتحاد الجمهوريات العربية المتحدة الصادر عام 1971 والذي لم يفعل، ثم أخيرًا صدر دستور مصر 1971. طوال تلك المدة صدرت العديد من التشريعات، وكانت متوافقة مع تلك الدساتير على اختلافها، إذ إن أيًا منها لم يكن يكرّس حق التقاضي كما لم يحظر تحصين الأعمال الإدارية من الرقابة القضائية، فكانت تلك النصوص التي تقوّض حق التقاضي وتحصّن الأعمال الإدارية تتماشى مع نصوص الدساتير آنذاك، ثمّ لما صدر دستور مصر 1971 كان قد تضمّن نصًا صريحًا بتمكين الحق في التقاضي وعدم جواز تحصين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية، وقد أراد المشرّع معالجة النصوص السابقة التي كانت تتعارض مع هذا النص، فأصدر بعد شهور قليلة قانون إلغاء موانع التقاضي رقم 11 لسنة 1972 ملغيًا العديد من النصوص التي كانت تمنع نظر القضاء في بعض المسائل، غير أنّه أغفل إلغاء بعض النصوص التي كانت تتضمن موانع قضائية بالمخالفة للدستور الجديد، لكن المحكمة لم تقض بعدم دستورية قانون إلغاء موانع التقاضي فيما لم يتضمّن من نصوص، وإنما قضت بعدم دستورية تلك النصوص التي كان ينبغي على القانون أن يقوم بإلغائها.

وهي إذ درأت الإغفال التشريعي اتخذت السبيل التقليدي في ذلك من خلال بسط رقابتها مباشرة على المجال الإيجابي للتشريع.

### الفرع الثاني - المحكمة الدستورية العليا لم ترفض الرقابة على الإغفال التشريعي

شهدت المحكمة الدستورية العليا في سنتها الأولى قضيةً تتعلق بالرقابة على الإغفال التشريعي، حيث كان قانون الإصلاح الزراعي قد ألزم كلَّ مؤجّرٍ أو دائنٍ - أيًا كانت صفته - يحمل سندًا بدينٍ على مستأجر أرض زراعية؛ أن يُقدّم للجمعية التعاونية الزراعية بيانًا وافيًا عن تفاصيل الدين خلال شهرين من تاريخ العمل بالقانون وإلا سقط حق الدائن<sup>1</sup>، وكان الغرض المُعلن من هذا القانون يتمثّل في الحدّ من عمليات الاستغلال التي كشف عنها العمل بمرسوم قانون الإصلاح الزراعي الذي جرى تعديله، حيث كان الملاك يقومون بتحرير كمبيالات على بياض يوقّعها المستأجرون لصالحهم، وهي تمثّل ديونا وهمية ينتهزها المالك للتخلص من مزارعيه في أي وقتٍ يشاء؛ الأمر الذي دفع المشرع لضبط المسألة من خلال إلزام المؤجّرين والدائنين - على فرض أنهم ملاك - بإخطار الجمعية بتفاصيل الدين في سبيل الحد من ذلك الاستغلال<sup>2</sup>.

وقد تمسّك المدين في النزاع الموضوعي عندما طالبه الدائن بالسداد؛ بأن حق الدائن في الدين قد سقط لعدم قيامه بإخطار الجمعية بتفاصيل الدين خلال المدّة المحدّدة، فقام الدائن بالطعن على دستورية القانون الأنف لخلوّه من تحديد طريقٍ لإشهار صفة المستأجر للأرض الزراعية؛ الأمر الذي لا يجعله على بينة من التزامه القانوني بإخطار الجمعية التعاونية الزراعية بالدين، وعلى أساس ذلك دفع بأن جزاء سقوط الدين الذي رتبّه القانون هو مصادرة وعدوان على الملكية بما

<sup>1</sup> المادة 3، قانون رقم 52 لسنة 1966 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بالإصلاح الزراعي.  
<sup>2</sup> المذكرة الإيضاحية للقانون المشار إليه، لم أعر على نسخة منها فنقلنا ما أورده الحكم عن المذكرة الإيضاحية. يُنظر: المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 13 لسنة 1 قضائية، 1980، ر. أحمد ممدوح عطية، حكم سابق.



يخالف الدستور، فقضت المحكمة بأن "ما يقرره المدعي بشأن إغفال المادة الثالثة من القانون رقم 52 لسنة 1966 تنظيم طريق لإشهار صفة المستأجر للأرض الزراعية حتى يتبين من تعامل معه التزامه بالإخطار عن دَيْنِه، لا يعدو أن يكون جدلاً حول ملاءمة التشريع وما قد يترتب عليه من إجحاف بحقوق طائفة من الدائنين، فإن ما ينعاه المدعي في هذا الشأن لا يشكل عيباً دستورياً يوصم به النص المطعون فيه وتمتد إليه الرقابة على دستورية القوانين<sup>1</sup>."

إزاء هذا الموقف من المحكمة الدستورية العليا وجدَّ أستاذنا عبدالحفيظ الشيمي - وهو أول من عالج موضوع الإغفال التشريعي في الفقه المصري - أن المحكمة الدستورية العليا قد رفضت الرقابة على الإغفال التشريعي وعدته من قبيل الرقابة على الملاءمات التشريعية التي تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الدستوري، وهو يرى أن هذا الحكم هو الحكم الوحيد الذي شطت فيه المحكمة ورفضت الرقابة على الإغفال التشريعي خلافاً لبقية أحكامها اللاحقة في هذا الموضوع<sup>2</sup>، وعلى نهجه سار بقية الفقه في توجيه هذا الحكم<sup>3</sup>.

وفي تقديرنا أن المحكمة في هذا الحكم لم تقصد رفض الرقابة على الإغفال التشريعي من حيث المبدأ، لكنها وجدت المسألة المُغفلة في النص التشريعي لا تتعلق بالدستورية وإنما تتعلق بالملاءمة، والدليل على ذلك أنها في مقطعٍ آخر ردّت على دفع الطاعن بعدم الدستورية - فيما لم يتضمّنه النص - ردّاً موضوعياً ولم تكتفِ بمقالتها في أن الموضوع يتعلق بالملاءمة بل عالجت الإشكال الدستوري الذي أورده الدفع، فالطاعن كان يرى في ذلك الإغفال انتهاكاً يمسّ حق الملكية الذي

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> عبدالحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 56.

<sup>3</sup> من أولئك: رمضان دسوقي شعبان، رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي، مرجع سابق، ص 278. وكذلك: سري حارث عبدالكريم الشاوي، آثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020، ص 386. وكذلك: عبدالرحمن أسامة كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 345.

تغيًا الدستور حفظه، فردت المحكمة على ذلك بأن النص الطعين "لا يتضمن مساسًا بالملكية الخاصة أو نزعًا لها جبرًا عن مالكةا، كما لا يقضي بإضافة أية أموال مملوكة للأفراد إلى ملك الدولة، ذلك أنها اقتصرت على تنظيم العلاقة بين مستأجر الأرض الزراعية ودائنيه ورتبت على عدم الإخطار بالدين في الأجل المحدد بها سقوطه لمصلحة المستأجر وحده، فإن ما أثاره المدعي بصدد عدم دستورية هذه المادة وبشأن اعتبار ما نصت عليه من سقوط الدين عدوانًا على الملكية ومصادرة للأموال، يكون على غير أساس<sup>1</sup>."

والمحكمة محقة في ذلك، خصوصًا وأن المادة الثالثة تتسق تمامًا مع غاية الحد من استغلال المالك لأسانيد الدين التي يحزرونها من قبل المستأجرين على بياض، فقد أراد المشرع من خلال إلزام المالك بالإخطار أن يغربل تلك الديون فيفرز الحقيقي منها عن الوهمي، وهو ما كان، ولهذا لم تجد المحكمة في إغفال التشريع لطريقة إشهار صفة المستأجر صلةً تذكر بحفظ حق الملكية، إذ إن عدم إيجاد طريقة تُشهر بها صفة المستأجر لا يمنع من أداء التزام المؤجر بإخطار الجمعية عن تفاصيل دينه، لهذا رأت المحكمة أن المسألة المغفلة غير مؤثرة في غاية حفظ الملكية، فهي منسجمة تمامًا مع الغايات التنظيمية المصرح بها، وإذ نفت المحكمة الإشكال الدستوري الذي أثاره الطاعن في موضوع الإغفال؛ لم يعد الفصل في مسألة الإغفال تلك إلا وجهًا من أوجه الملاءمة، ولهذا نرى أن المحكمة في هذا الحكم لم ترفض الرقابة على الإغفال التشريعي، فقد بسطت رقابتها على الإغفال وأزلت الشبهة الدستورية قبل أن تقضي بأن ما يُطالب به الطاعن متعلق بالملاءمات التي تخرج عن رقابة المحكمة الدستورية. وما يعزز هذا التوجيه هو أن المحكمة من بعده قد انطلقت في تكريس رقابتها على الإغفال التشريعي في العديد من الأحكام التي كان فيها موضوع

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 13 لسنة 1 قضائية، 1980، ر. أحمد عطية، حكم سابق.

الإغفال التشريعي يتّصل الدستورية لا بمجرد الملاءمة التشريعية، واللافت للنظر أن منهجها في الرقابة على الإغفال التشريعي لطالما اعتمد على استنطاق الغايات الدستورية ومحاكمة سكوت المشرّع إلى تلك الغايات، وهو ما يظهر جلياً في المبادئ التي تسوقها المحكمة تمهيداً للحكم بعدم الدستورية على الإغفال التشريعي، ونفرد لبيانه الفرع الآتي.

### الفرع الثالث - منهج المحكمة الدستورية العليا في محاكمة الإغفال التشريعي للغايات الدستورية

لطالما كانت أحكام المحكمة الدستورية العليا في رقابتها على الإغفال التشريعي تعرض سكوت المشرّع على الغايات الدستورية التي ينطق الدستور بها إن في فرادى نصوصه أو مجموعها، ولئن كان الفقه قد أوفى تلك الأحكام حقّها في استخلاص المبادئ العامة المتعلقة بالرقابة الدستورية على الإغفال التشريعي عمومًا، إلا أن العناصر الغائية في تلك الأحكام لم تلق حظّها من التأمل، فرغم ارتكاز العديد من تلك الأحكام على الغايات الدستورية، وترتيب الحكم بعدم الدستورية على أساس أن الإغفال التشريعي قد أودى بغاية دستورية؛ نجد أن هذا الجانب قد غاب عن الفقه، ولربّما كان ذلك بسبب أن معظم الإغفالات التشريعية التي راقبتها المحكمة كانت تتعلق بإغفال في عنصر المحلّ ينجرّ بدوره على الغاية الدستورية، لكنّ المُمعّن في تلك الأحكام لا ينقضي عنه العجب من حرص المحكمة على ربط الإغفال الذي يطال عنصر المحلّ بالغاية التي يُذهبها ذلك الإغفال، عوضًا عن حرصها على إثبات انهيار عنصر الغاية في التشريع استقلالاً، وسوف نكتفي بعرض خمسة أحكامٍ برزت فيها المعالجة الغائية لموضوع الإغفال التشريعي.

أولاً- كانت المناسبة الأولى تتعلّق بقرار لائحى صدر بتحديد ما يُعدّ من المحميات الطبيعية<sup>1</sup>، وكان القرار اللائحى يُحيل في تعيين المحميات إلى خريطة مرفقة مع ترتيب عقوبات حال تهديد

<sup>1</sup> عبدالحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 57.

أي من تلك المحميات الطبيعية، غير أن تلك الخريطة لم تُنشر مع القرار، فطُعن عليه بعدم الدستورية للتعارض مع مبدأ شرعية الجريمة والعقاب، فقضت المحكمة بالفعل بعدم دستورية ذلك القرار فيما لم يتضمنه من تعيين الحدود المبيّنة للنطاق المكاني للمحميات الطبيعية.

في هذا الحكم؛ قرنت المحكمة حكمها مباشرةً بالغاية الدستورية من نشر تلك الخريطة، فقضت بأنه قد "كان لازماً أن يفرض الدستور على سلطان المشرع في مجال التجريم القيود التي توازن بين حقوق الإنسان وحرياته، وبين المصالح الحيوية للمجتمع، بما يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأغراضها، ويكفل تحديد ماهية الأفعال المنهي عن ارتكابها تحديداً قاطعاً، وكذلك تعيين مكان وقوعها كلما كان اتصال هذه الأفعال بذلك المكان، متطلباً لتجريمها"<sup>1</sup> والمحكمة في هذا المقطع تشير إشارة واضحة إلى أن الإغفال التشريعي في مجال التجريم والعقاب هو مظنة إساءة استخدام العقوبة، وغير خافٍ أنّ إساءة استخدام العقوبة هو عيبٌ من العيوب الغائية، حيث يتعمد المشرع مجانية الأغراض الدستورية للعقوبة إلى غيرها، وما ذلك الفرض إلا صورة خاصة من عموم صور إساءة استعمال السلطة، فالمحكمة تشير إلى أن إغفال التفاصيل التي على أساسها يثبت الفعل الإجرامي يُفضي إلى تشويه العقوبة عن أغراضها الدستورية، ويرجع مظنة إساءة استخدام العقوبة على مظنة تحقيق الأغراض الدستورية.

وقد استرسلت المحكمة في هذه المسألة استرسالاً بديعاً، فقضت "أن النصوص العقابية لا يجوز - من خلال انفلات عباراتها أو تعدد تأويلاتها أو انتفاء التحديد الجازم لضوابط تطبيقها - أن تعرقل حقوقاً كفلها الدستور كالحق في التنقل، فقد تعيّن ألا تكون هذه النصوص شباكاً أو شراكاً يلقبها المشرع متصيّداً باتساعها أو بخفائها المتهمين المحتملين ليكون تصنيفهم وتقرير من يجوز احتجازه

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 20 لسنة 15 قضائية، 1 أكتوبر 1994، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م. 36946)

من بينهم عبئاً على السلطة القضائية، لتحلّ إرادتها بعدئذ محل إرادة السلطة التشريعية، وهو ما لا يجوز أن تنزلق إليه القوانين الجنائية باعتبار أن ما ينبغي أن يعنيه هو أن تحدد بصورة جلية مختلف مظاهر السلوك التي لا يجوز التسامح فيها<sup>1</sup>.

بهذه العبارات الصارمة بيّنت المحكمة أن سكوت المشرّع قد يكون مدخلاً للانحراف الغائي السلبي، فعّدّت المساحات المسكوت عنها في التشريعات الجنائية بمثابة أفخاخ ينصبها المشرّع لغايات إيقاع المتّهمين فيها دون بلوغ اليقين الجنائي، وهو ما يتعارض مع مقتضيات النصوص الدستورية التي تفرض صرامة التحديد في التشريعات الجنائية، ولهذا طبّقت المحكمة ذلك على النص الطعين، منتهيةً إلى أن "القرار المطعون فيه إذ جهّل بحدود المحميات الطبيعية التي يسري عليها... يكون مفتقراً إلى خاصية اليقين التي تُهيمن على التجريم، ويخلُّ كذلك بالحرية الشخصية من خلال القيود التي لا يجوز أن تتال من جوهرها<sup>2</sup>".

ثانياً- في حكم آخر قضت المحكمة بعدم دستورية قانون التجارة فيما لم يتضمنه من النهي الصريح على عدم إشراك مأمور النقليسة المتظلم من أوامره في تشكيل المحكمة التي تنظر في التظلم، الأمر الذي يتعارض مع غايات الحياد والاستقلال التي يستلزمها الدستور في القضاء، حيث استخلصت المحكمة الغايات اللازمة عن النص الدستوري الذي يقرّر مبدأ استقلال القضاء، لتقضي بأن "استقلال السلطة القضائية يعني أن تعمل بعيداً عن أشكال التأثير الخارجي التي توهن عزائم رجالها، فيميلون معها عن الحق إغواءً أو إرغاماً، ترغيباً أو ترهيباً، فإذا كان انصرافهم عن إنفاذ الحق تحاملاً من جانبهم على أحد الخصوم، وانحيازاً لغيره، لمصالح ذاتية أو لغيرها من العوامل

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

الداخلية التي تثير غرائز ممالأة فريق دون آخر، كان ذلك منهم تغليباً لأهواء النفس، منافياً لضمانة التجرد عند الفصل في الخصومة القضائية، مما يخلّ بحيادهم<sup>1</sup>."

تشير المحكمة في هذا المقطع بجلاءٍ لاحتمال إساءة استعمال السلطة القضائية الذي ينجم عن إغفال المشرّع لحظر المتظلم من أوامره من أن يكون عضواً في الهيئة التي تنظر في التظلم، فعَدَّت سكوت المشرّع في هذه المسألة مدخلاً للانحياز للمصالح الذاتية عدولاً عن المصالح العامة، ومحققاً للدوافع الداخلية التي قد تدفع لمثل ذلك العدول، إذ يُستخلص من حديثها أن الانحراف الغائي السلبي في التشريع قد ينجم عنه انحراف غائي قضائي في المسألة التي تعالجها القضية، لأنّ سكوت المشرّع يعني في النتيجة النهائية أن يكون المختص منه حكماً في المسألة، وهو ما يُهيئُ بيئةً خصبةً تنمو فيها إساءة استعمال السلطة القضائية كنتيجة نهائية عن التشريع الطعين. لهذا لم تأل المحكمة جهداً في ترسيخ ما مضى، فعادت للتأكيد على أن "استقلال السلطة القضائية واستقلال القضاة، وإن كفلتهما المادتان 165 و 166 من الدستور، توفيقاً لأي تأثير محتمل قد يميل بالقاضي انحرافاً عن ميزان الحق، إلا أن الدستور نص كذلك على أنه لا سلطان على القضاة في قضائهم لغير القانون، وهذا المبدأ الأخير لا يحمي فقط استقلال القاضي، بل يحول كذلك دون أن يكون العمل القضائي وليد نزعة شخصية غير متجردة، وهو أمر يقع غالباً إذا فصل القاضي في نزاع سبق أن أبدى فيه رأياً، ومن ثم تكون حيده القاضي شرطاً لازماً دستورياً لضمان ألا يخضع في عمله لغير سلطان القانون<sup>2</sup>". فهذا الحكم بالغ الأهمية في أن المحكمة لم تقف عند عيب الانحراف الغائي السلبي فحسب، بل آثرت بيان ما يترتب عليه من انحرافٍ في العمل

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 34 لسنة 16 قضائية، 15 يونيو 1996، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش|ر.م 36857) وإلى مثل ذلك مضى القاضي عبدالرحمن شرفي - وهو رئيس محكمة الاستئناف القطرية- في كتابه عن قيم وتقاليد القضاء، يُنظر: عبدالرحمن شرفي، قيم وتقاليد القضاء، المكتب الفني لمحكمة التمييز القطرية، مرجع سابق، ص 37، 38.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

القضائي كنتيجة نهائية للتشريع الذي اعتراه انحراف غائي سلبي، وما قد ينجم عن ذلك من إهدار الغايات الدستورية التي تقتضي تجرّد القضاة وحيادهم كغاية لازمة عن مبدأ الاستقلال القضائي. وما أحسن عبارات المحكمة عند محاكمتها النص الذي اعتراه انحراف غائي سلبي إلى الغايات الدستورية التي كانت قد كرّستها في المقاطع الأنفة، حيث قضت بأنه "لا يجوز أن يكون العمل القضائي موطئاً لشبهة تُداخل تجرّده، وتثير ظلالات قاتمة حول حيده، فلا يطمئن إليه متقاضون استرابوا فيه بعد أن صار نائياً عن القيم الرفيعة للوظيفة القضائية، وكان لا يتصور - والنفس بطبيعتها لا تميل إلى تخطئة تصرفاتها - أن ينظر مأمور التقلية في تظلم مقدّم إلى المحكمة التي يتبعها في شأن الأوامر التي أصدرها في موضوع محدد، مبلوراً بها رأياً توصل إليه، ليُعَدّل فيه أو يُلغيه من خلال التظلم، وكان لا يجوز بالتالي - انتصافاً لضمانة الحيطة وتوكيداً لها - أن يكون هذا المأمور عضواً في المحكمة التي تنتظر الطعن في أوامره، فإن النص المطعون فيه - وقد جرى على غير هذا المنحى - مسقطاً عن فئة من المتقاضين تلك الضمانة الجوهرية التي كفلها لغيرهم، يكون مخالفاً لأحكام المواد 40 و 67 و 68 و 166 من الدستور<sup>1</sup>. فبذلك يظهر أن المحكمة في هذه القضية استخلصت الغايات اللازمة عن النص الدستوري الذي يكرّس استقلال القضاء، ثم بدا لها أن سكوت المشرّع في النص الطعين يضرّ بتلك الغايات التي تتمثل في تجرّد القضاء ونزاهته وحياده، ولما تبدّى لها أن سكوت المشرّع يرتّب نتائج نهائية تُقضي إلى إساءة استعمال السلطة القضائية، لم تجد إلا القضاء بعدم دستورية التشريع الذي رتّب هذه النتيجة النهائية، وعبارات المحكمة تقطع اليقين بأن التشريع الطيعن كان قد انطوى على انحراف غائي سلبي، وإن لم تعبّر المحكمة عنه بهذا التعبير.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 34 لسنة 16 قضائية، 1996، ر. عوض المر، حكم سابق.

ثالثاً- في قضية الثالثة كان الطاعن رجلاً مصرياً متزوجاً من امرأة سعودية أنجب منها فتاة، وكانت الزوجة قد استأجرت عيناً أقامت فيها مع زوجها وابنتها، ثم توفّأها الله، فطالب الزوج باستمرار عقد الإيجار، غير أن محكمة النزاع الموضوعي رفضت طلبه على أساس أن الاستثناء الذي قرّره القانون باستمرار عقود الإيجار بقوة القانون هو لصالح الزوجة المصرية المتزوجة من غير مصري وأولادها فحسب، ولا يمتد للزوج المصري المتزوج من امرأة غير مصرية وأبنائه، فطعن الزوج على دستورية هذا القانون لإقامته تمييزاً على أساس الجنس مخالفاً بالمساواة، وإهداره الطابع الأصلي للأسرة المصرية، فأيدت المحكمة هذا الدفع وقرنته بما قرّره الدستور من أن "الطابع الأصلي للأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد هو ما ينبغي الحفاظ عليه وتوكيده، وأن مساواة المرأة بالرجل في ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وكذلك التوفيق بين عملها في مجتمعها، وواجباتها في نطاق أسرتها وبما لا إخلال فيه بأحكام الشريعة الإسلامية هو ما ينبغي أن تتولاه الدولة وتنهض عليه، باعتباره واقعاً في نطاق مسؤوليتها مشمولاً بالتزاماتها التي كفلها الدستور، إلى ذلك فقد حظرت المادة (40) من الدستور التمييز بين الرجال والنساء سواء في مجال حقوقهم أو حرياتهم على أساس من الجنس، بما مؤداه تكامل هذه المواد واتجاهها لتحقيق الأغراض عينها وعلى القمة منها مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون باعتباره أساس العدل وجوهر الحرية وسنام السلام الاجتماعي<sup>1</sup>".

ثم لما سافت مجموع هذه الغايات الدستورية انتهت إلى أن النص الطعين قد قام "على تمييز بين المصريين بسبب الجنس، وصاحب ذلك تهوين من حقوق فئة من المصريين مقابل إعلاء حقوق نظرائهم من غير المصريين، فالمصرية المتزوجة من مستأجر أجنبي وأولادها منه المنتمون إلى

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 6 لسنة 20 قضائية، 14 أبريل 2002، برئاسة محمد فتحي نجيب. (ش.ق.ش | ر.م 74687)



جنسيته غير المصرية منحهم النص الطعين حقوقًا أنكرها على المصري المتزوج من مستأجرة أجنبية وأولاده منها المصريّ الجنسية، وهو تمييز يتصادم بشقيه مع نص المادة (40) من الدستور، فضلًا عن انطوائه على تهديد لكيان الأسرة المصرية وتماسكها، وهو ما يتناقض بدوره وأحكام المواد (9 و10 و11 و12) من الدستور<sup>1</sup>. "فهنا بيّنت المحكمة أن الإغفال في عنصر المحل بحرمان الزوج المصري وأولاده من الحق الذي أثبتته للزوجة المصرية وأولادها قد نجم عنه إهدارٌ للغاية الدستورية المتمثلة في حفظ كيان الأسرة المصرية وتماسكها، بل آل لنتائج نهائية يرفضها الدستور، تتمثل في التهوين من حقوق فئةٍ من المصريين مقابل إعلاء حقوق نظائرهم غير المصريين، وتهديد لكيان الأسرة المصرية.

رابعًا- ربطت المحكمة الدستورية العليا الإغفال التشريعي في التشريعات الضريبية بالنتيجة النهائية، وأجرت فحصًا دقيقًا اختبرت بموجبه مدى توافق النتيجة النهائية للتشريع الذي أغفل إلزام مصلحة الضريبة بتسبيب قرار إطراح البيانات المتعلقة بقيمة البضائع، حيث قضت بأن "النص الطعين قد خوّل مصلحة الجمارك الحق في مطالبة صاحب البضاعة بالمستندات المتعلقة بالسلع المستوردة، دون أن يلزمها بالتقيد بالبيانات التي تضمنتها هذه المستندات، أو يلزمها بالإفصاح عن مبرراتها في الالتفات عنها، أو الوسائل التي اتبعتها في التوصل إلى القيمة الحقيقية للبضائع المستوردة، بما يجعل إطراحها هذه المستندات قرارًا صريحًا إن أفصحت عن ذلك استقلالاً، أو ضمنيًا بقرارها بتقدير قيمة البضائع المبني على هذا الإطراح"<sup>2</sup>. ثم أخذت المحكمة هذه النتيجة النهائية للتشريع السلبي- والمتمثلة في إطراح البيانات دون تسبيب- وعرضتها على ميزان الدستور وما تقتضيه الغايات الدستورية في مسائل الضريبة، لتخلص إلى أن تلك النتيجة "هي نتيجة تناقض ما تقتضيه

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 159 لسنة 20 قضائية، 13 أكتوبر 2002، برئاسة محمد نجيب. (ش.ق.ش| ر.م 74741)

ضرورة الالتزام بالشفافية في التعرف على أسس تقدير وعاء الضريبة، ومن ثم مقدارها، للتحقق من توافر الشروط الموضوعية التي تتأى بالضريبة عن التمييز، وتكفل ضمانة الخضوع لشرط الحماية القانونية المتكافئة التي كفلها الدستور للمواطنين جميعاً<sup>1</sup>.

وقد استرسلت المحكمة في ربط القيود التنظيمية التي يلتزم المشرع بها عند فرض الضريبة بالغايات الدستورية، لاسيما غاية العدالة الضريبية، حيث قضت "أنّ تحديد دين الضريبة يتطلب التوصل إلى تقدير حقيقي لقيمة المال الخاضع لها، باعتباره شرطاً لازماً لعدالة الضريبة، ولصون مصلحة كل من الممول والخزانة العامة، وهو ما مؤداه أن يكون وعاء الضريبة وهو المال المحمل بعبئها محدداً على أسس واقعية يمكن معها الوقوف على حقيقته"<sup>2</sup> ولهذا انتهت أخيراً بعد أن أثبتت تعارض النتيجة النهائية التي أفضى الإغفال التشريعي إليها مع النتيجة الدستورية التي أوجب الدستور توحيها والمتمثلة في العدالة الضريبية؛ إلى عدم دستورية النص الطعين "فيما لم يتضمنه من وجوب تسبب قرار مصلحة الجمارك بإطراحها البيانات المتعلقة بقيمة البضائع المستوردة المثبتة في المستندات والعقود والمكاتبات والفواتير المقدمة من صاحب البضاعة"<sup>3</sup>.

**خامساً-** في قضية أخرى أغفل النص الطعين النص على انتهاء عقد الإيجار الذي يلتزم المؤجر بتأجيله لمن لهم الحق في شغل العين بانتهاء إقامة آخرهم بها إن بالوفاة أو الترك، وقد استخلصت المحكمة النتيجة النهائية المترتبة على مثل هذا الإغفال فخلصت إلى أنها نتيجة نهائية غير مشروعة تتمثل في تحميل المالك التزاماً لا نهائياً في تحرير عقود إيجار متعاقبة تنقل كاهل الحق في الملكية دون ضرورة اجتماعية، فقررت أن "الإزام المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن عينتهم الفقرة

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

<sup>3</sup> الحكم نفسه.

الأولى من المادة (29) المشار إليها، وبالشروط الواردة في هذه الفقرة، وتوقف نص الفقرة الثالثة من المادة (29) عند هذا الحد، من شأنه أن يفضي بهذا النص إلى دائرة عدم الدستورية، ذلك أن الانتقال بالعقد الذي حُرِّرَ لمصلحة أيٍّ من أقارب المستأجر الأصلي المحددين على النحو سالف الذكر من أن يكون سندًا لشغله العين، لأن يصبح عقدًا منشأً لعلاقة إيجارية جديدة، المستأجر الأصلي فيها هو القريب الذي حُرِّرَ العقد لمصلحته، مؤداه أن يسري حكم الفقرة الأولى من المادة (29) على أقارب هذا القريب المقيمين معه حسبما حددهم هذا النص عند وفاته أو تركه العين، بما يترتب عليه نهوض حكم الفقرة الثالثة ليلزم المؤجر بتحرير عقد إيجار جديد لهم أو لأبيهم، ثم يستمر الأمر متتابعًا في حكمه، متعاقبًا من جيل إلى جيل، لتحلَّ به نتيجة محققة هي فقدان المؤجر - وبتقدير أنه المالك - للعين المؤجرة أو للحق في التأجير جل خصائص حق الملكية على ما يملكه، وفيما يتجاوز أية ضرورة اجتماعية تجيز تحميل حق الملكية بهذا القيد<sup>1</sup>. ففي هذا الحكم نظرت المحكمة في النتيجة النهائية التي تترتب على سكوت المشرع، ولما تبدى لها تناقض تلك النتيجة مع الغاية الدستورية في حفظ الحق في الملكية، وجدت أن إغفال لتلك المسألة ينطوي على مخالفة دستورية، فقضت بعدم الدستورية على أساس الانحراف الغائي السلبي.

**الفرع الرابع - نماذج على الانحراف الغائي السلبي بصورة الإغفال التشريعي في التشريع القطري**  
بحكم تعطيل المحكمة الدستورية العليا في قطر؛ ليس هناك أحكام قطرية في هذا الشأن، غير أن هذا الواقع لا يمنع من تمهيد الطريق للقضاء الدستوري في قطر عبر تحديد مواطن هذا العيب في التشريعات القطرية الجارية، فإذا شاء الله وفُعلتْ كان لها أن تباشر اختصاصها وتتصدى من تلقاء نفسها لتلك التشريعات حين تُعرض عليها<sup>2</sup>. وهذا الموضوع بالغُ الخصوبة والتشعب في السياق

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المادة 14، قانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا.

القطري، لكننا سوف نكتفي بعرض بضعة نماذج لئلا نجاوز موضوع الأطروحة إلى غيره، حيث نخصّص هذا الفرع للوقوف على بعض نصوص التشريع القطري التي انطوت على انحراف غائي سلبي تجسّد في صورة الإغفال التشريعي:

**أولاً- الانحراف الغائي السلبي في تنظيم دور مجلس الشورى في قانون النظام المالي:** قصد الدستور أن يجعل مجلس الشورى فاعلاً مؤثراً في عملية إعداد الموازنة العامة، فأسند إليه سلطة إقرار الموازنة العامة للدولة<sup>1</sup>، ليس هذا فحسب، بل أوجب عرض مشروع الموازنة على مجلس الشورى قبل شهرين على الأقل من بدء السنة المالية، وقد منح الدستور لمجلس الشورى صلاحية تعديل المشروع بموافقة الحكومة<sup>2</sup>، ولأنّ مهمّة تعديل مشروع الموازنة ومراجعتها ثمّ موافقة الحكومة عليها قد تستغرق من الزمن ما تستغرق، فقد احتاط المشرّع الدستوري لذلك بتقريره استمرار العمل بالموازنة السابقة لحين إقرار الموازنة الجديدة حين لا تُعتمد الموازنة قبل بدء السنة المالية الجديدة<sup>3</sup>. وهذا الإجراء فيه دليل على غاية الدستور في تمكين مجلس الشورى من فحص الموازنة بروية وتأنّ دون خشية فوات الزمن، فقد كان بمقدور المشرّع الدستوري أن يجعل حسم المسألة عند عدم الاعتماد في يد الحكومة، لكنّه آثر العمل بالموازنة السابقة لحين انتهاء مجلس الشورى من مهمّة التعديل تقديراً منه بأن السابقة مُعتمدّة من المجلس. ولا أدلّ من حظر الدستور فضّ دور الانعقاد قبل اعتماد موازنة الدولة؛ من أن مقصد المشرّع الدستوري قد انصرف إلى أن يكون لمجلس الشورى دورٌ أساسي في فحص مشروع الموازنة وتعديله، وليس مجرد دورٍ ثانوي.

<sup>1</sup> المادة 76، الدستور الدائم لدولة قطر.

<sup>2</sup> انتقد البعض اشتراط موافقة الحكومة على تعديلات مجلس الشورى بحجّة أن ذلك يفرغ الرقابة البرلمانية المالية من مضمونها ويجعل مسألة عرض الميزانية على المجلس شكلية، ونرى صحّة اشتراط موافقة الحكومة لاعتماد تلك التعديلات، لأن الحكومة هي المسؤولة عن تنفيذ الموازنة، فموافقتها مهمة بقدر أهمية موافقة المجلس، وانفراد أيّ منهما بالتعديل لا يُحمد عقباؤه. يُنظر: إبراهيم هلال المهدي، الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام الدستوري القطري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص524.

<sup>3</sup> المادة 107، الدستور الدائم لدولة قطر.

من هذا التأسيس الدستوري لدور المجلس في إعداد الموازنة العامة تُستخلص عدّة غايات لازمة، أولها أن الدستور أراد أن تُصنَع الموازنة العامة على عين مجلس الشورى، فلا تستقل الحكومة بإعدادها، وإنما تتشارك هذه العملية مع مجلس الشورى، فأعداد مشروع الموازنة مهمة الحكومة، ومراجعة المشروع وتعديله مهمة المجلس، حتى تصل السلطان لصيغة مشتركة مقبولةٍ منهما معاً، فاستقلال الحكومة بإعداد الموازنة العامة دون مراجعتها وتعديلها من قبل مجلس الشورى يناقض الغايات الدستورية اللازمة، فلا تستوفى الأخيرة ما لم يُمكن مجلس الشورى من مراجعة مشروع الموازنة التي تعرضه الحكومة عليها بكافة تفاصيله، وللمجلس كامل الصلاحية في إبداء ما يراه من تعديلات<sup>1</sup>، ثم إذا وافقت الحكومة عليها كان للمجلس أن يقرّ ذلك المشروع.

ولقد نظّم هذه المسألة قانون النظام المالي للدولة رقم 2 لسنة 2015، فأفرد فصلاً خاصاً بإعداد الموازنة العامة للدولة، حدّد بموجبه مشمولاتها وإجراءات إعدادها وتنفيذها، وفيما يتعلّق بدور مجلس الشورى نصّ هذا القانون على أن "يحيل مجلس الوزراء إجمالي الأبواب والقطاعات الرئيسية لمشروع الموازنة العامة للدولة مُرفقاً بها مشروع قانون اعتماد الموازنة العامة للدولة إلى مجلس الشورى لإقراره<sup>2</sup>". وعند الإمعان في هذا النص وعرضه على الغايات الدستورية التي سبق بيانها، فإنه لا يخفى على الناظر إغفال هذا النص لمجموعة من المسائل، نبيّنها فيما يلي:

**1-** أغفل هذا النص عرض تفاصيل مشروع الموازنة العامة على مجلس الشورى، وقصر الأمر على إحالة إجمالي الأبواب والقطاعات الرئيسية لمشروع الموازنة، وهذا يخالف صريح الدستور الذي أوجب عرض مشروع الموازنة كاملاً على المجلس، وهو ما يحول دون غاية الدستور بأن يكون مجلس الشورى فاحصاً لمشروع الموازنة لا مجرد مطّلعٍ عليها، فالنظر في إجمالي الأبواب

<sup>1</sup> إبراهيم هلال المهدي، الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام الدستوري القطري، مرجع سابق، ص 524.

<sup>2</sup> المادة 16، قانون النظام المالي للدولة رقم 2 لسنة 2015.

للمشروع لا يمنح المجلس إحاطةً وافيةً بمشروع الموازنة، بما يُعرقل قيامه بمهمة إبداء التعديلات، لأن التعديلات التي سوف يبيدها المجلس ستكون قاصرة على مجمل المشروع دون الخوض في تفاصيله، فهذا الإغفال يجعل النص قاصرًا عن الوفاء بالغايات التي عبّر الدستور عنها.

2- أغفل هذا النص الميعاد الزمني الذي ينبغي على الحكومة أن تعرض فيه مشروع الموازنة العامة على المجلس، وترك الأمر مفتوحًا بلا قيد زمني، وهو ما يعني أن مجلس الوزراء قد يحيل المشروع قبل شهرٍ من بدء السنة المالية الجديدة، بل وحتى قبل أقلّ من شهر، الأمر الذي يفتح مجالًا للحكومة بالتراخي عن مهمة عرض المشروع التي أوجبها الدستور، بحيث يُعاجل مجلس الشورى للموافقة على المشروع سريعًا قبل بدء السنة المالية، خصوصًا وأن النتيجة التي رتبها القانون على بدء السنة المالية الجديدة دون اعتماد الموازنة العامة تتمثل في العمل بموازنة السنة المالية السابقة ليس كما هي عليها، وإنما "وفقًا للأسس التي تحددها الوزارة"<sup>1</sup> وهذا النص فيه مخالفة مباشرة للغاية من الإجراء الدستوري الذي أراد أن يمهل مجلس الشورى لكيلا يتجاوز رأيه في مشروع الموازنة، فتقييد المسألة بالأسس التي تحددها الوزارة يمنح الحكومة صلاحية التعديل بشكلٍ أو بآخر على الموازنة السابقة التي أقرها مجلس الشورى للعمل بها إلى حين إقرار الموازنة الجديدة، وهذا يتعارض مع الغاية الدستورية من منع استقلال الحكومة بهذه المهمة.

3- أغفل هذا النص بيان وظيفة مجلس الشورى في فحص مشروع الموازنة وتعديلها، وجعل المسألة إجرائية، بحيث تكون الإحالة إجراءً شكليًا يليه إقرار المجلس كإجراءٍ شكليٍّ آخر دون أن يبدي المجلس موقفه من مشروع الموازنة ودون أن يدلّي بما يراه من تعديلات، خلافًا لما اقتضاه الدستور من تمكين مجلس الشورى من إبداء ما يراه من تعديلات قبل إقرار مشروع الموازنة.

---

<sup>1</sup> المادة 17، قانون النظام المالي للدولة رقم 2 لسنة 2015.

وقد اعترى هذا القانون إغفالاً آخر في النص الذي يعالج طلب اعتمادات إضافية، حيث قرّر عدم جواز طلب اعتماد إضافي من قبل الوحدات الحكومية إلا لاعتبارات ضرورية ما كان من الممكن توقّعها عند اعتماد الموازنة "ويصدر بالاعتماد الإضافي قرار أميري، بناءً على اقتراح رئيس مجلس الوزراء، ويتضمن القرار مقدار الاعتماد وأوجه الإنفاق المخصص لها<sup>1</sup>".

عند الإمعان في هذا النص فإنه يُغفل عرض الاعتمادات الإضافية على مجلس الشورى، ومعلوم أن هذه الاعتمادات تؤثر على صيغة الموازنة التي أقرها المجلس، وإذا كان الدستور قد حظر تمرير مشروع الموازنة بغير إقرار مجلس الشورى لها؛ فمن باب أولى أن يجري هذا الحكم على التعديلات التي تطرأ على الموازنة العامة بعد إقرارها، فإسناد مهمة إقرار الموازنة العامة لمجلس الشورى يغدو فارغ القيمة إن كان ثمة مساراً آخر يمكن فيه تعديل الموازنة دون إقرار المجلس، وهو ما يخالف غايات الدستور في هذا الشأن، ويفتح باباً واسعاً للسلطة التنفيذية في تمرير الاعتمادات التي لم يشأ مجلس الشورى أن يوافق عليها عند إقرار الموازنة أول مرة.

**ثانياً - الانحراف الغائي السلبي في تنظيم إجازات الموظفين في تشريعات الموارد البشرية: حرص الدستور القطري على حفظ الأسرة باعتبارها أساس المجتمع، وأسند للمشرع مهمة تنظيم الوسائل الكفيلة بحماية الأسرة وصون أفرادها، وخصّ بالذكر الحفاظ على الطفولة<sup>2</sup> كونها مرحلة مؤثرة في بناء الفرد، ووعياً منه بحاجة الفرد لوالديه حاجة لا يسدها أحد عنهما، فقد أكد على أن الدولة مسؤولة عن رعاية النشء وتوفير كافة الظروف المناسبة لوقايته من شرّ الإهمال البدني والعقلي والروحي، من أجل تمكينه في مختلف المجالات على هدى من التربية السليمة<sup>3</sup>.**

<sup>1</sup> المادة 19، قانون النظام المالي للدولة رقم 2 لسنة 2015.

<sup>2</sup> المادة 21، الدستور الدائم لدولة قطر.

<sup>3</sup> المادة 22، الدستور الدائم لدولة قطر.

جميع هذه النصوص تعكس غاية المشرع الدستوري في أن تكون لحماية الطفل في الأسرة أولوية على كل مسألة أخرى، ومقتضى توفير الوسائل اللازمة لوقاية النشء من شر الإهمال البدني والعقلي والروحي على هدى من التربية السليمة؛ أن تُهيأ للوالدين تلك الظروف التي تُعينهما على بلوغ ذلك، فلما كانت التربية- بمفهومها الواسع الذي يضمن صحّة الطفل الجسدية والعقلية والروحية- مهمة الوالدين؛ كان لزاماً على الدولة أن تعينهما عليها، وأن تراعي احتمال غياب أحد الوالدين في كثير من الأحوال على اختلاف أسباب الغياب، فتوفّر للأم والأب ظروفًا مُماثلة في تمكينهما من رعاية أبنائهم، فذلك مقتضى دور الدولة في حماية الطفولة.

باستصحاب هذه الغايات الدستورية وعرض نصوص تشريعات الموارد البشرية عليها؛ يظهر إغفالها منح الأب ظروفًا متساوية مع الأم في رعاية الأبناء، حيث نصّ قانون الموارد البشرية على جواز "منح الموظفة القطرية إجازة براتب إجمالي لرعاية أولادها من ذوي الإعاقة أو المصابين بأمراض تستوجب ملازمة الأم لهم، بناءً على تقرير من الجهة الطبية المختصة، وذلك بموافقة الرئيس لمدة خمس سنوات بحد أقصى، وبموافقة رئيس مجلس الوزراء فيما زاد على ذلك".<sup>1</sup>

أغفل هذا النصّ منح الموظفين الآباء إجازة براتب إجمالي لرعاية أبنائهم من ذوي الإعاقة أو المصابين بأمراض تستوجب ملازمتهم، وقصر ذلك على الموظفة الأم، بما يعني في النتيجة النهائية أنه قد هُيأ للأم من الوسائل في رعاية طفلها ما لم يُهيئ للأب، وهذا يخالف ما تغيّاه الدستور من حفظ الطفولة وتوفير الوسائل الكفيلة لحماية الأسرة، فإذا كان الغالب في المسار الطبيعي للأمور أن تكون الأم هي الملازمة للأبناء في الأحوال التي قرّرها القانون فإن الواقع لا يمنع من وجود حالاتٍ يقوم فيها الأب على رعايتهم، خصوصًا في أحوال غياب الأم- إن بسبب

---

<sup>1</sup> المادة 74، قانون الموارد البشرية رقم 15 لسنة 2016.



الطلاق أو الوفاة أو العجز أو لغير ذلك - ولما كان الدستور قد أوكل القانون تنظيم الوسائل الكفيلة لحماية الأسرة وأن يحفظ الطفولة في ظلها فإن مؤدى ذلك أن يهيئ جميع الوسائل لذلك، فيمنح الموظف الأب إجازةً مماثلة لتلك التي يجوز منحها للموظفة الأم، لاسيما وأن المشرع قد نص على أن المواطنون متساوون في الحقوق والواجبات<sup>1</sup>. ولا يخالف هذا التوجيه ما تغيّاه الدستور من دور الوظيفة العامة في استهداف مصلحة الدولة<sup>2</sup>، إذ يمكن التوفيق بين المصلحتين من خلال اشتراط منح الإجازة في الحالة الواحدة لأحد الوالدين، سواءً كان المنح للأم أو للأب بحسب ظروف كلّ حالة، فبذلك يُضمّن من جانب منح فرصة للأب في رعاية الأبناء حين يتعدّر قيام الأم بهذا الدور، ويُضمّن من جانب آخر ألا يخل ذلك بما تقتضيه الوظيفة العامة من واجبات.

وقد انطوت اللائحة التنفيذية لهذا القانون على إغفال مماثل في المادة 88، إذ نصّت على منح "الموظفة القطرية إجازة براتب إجمالي لمرافقة طفلها المريض أثناء إقامته للعلاج بإحدى المستشفيات العامة أو الخاصة داخل الدولة، وذلك في الحالات التي تستدعي ذلك، بناءً على تقرير من المستشفى معتمد من الجهة الطبية المختصة"<sup>3</sup>. أغفل هذا النص منح الموظفين الآباء إجازة براتب إجمالي لمرافقة أطفالهم أثناء العلاج بإحدى المستشفيات العامة أو الخاصة داخل الدولة، وقصر ذلك على الموظفات الأمهات، رغم احتمال المرافقة من قبل الأب في أحوال عديدة. ويترجّح أن الإغفال مدفوع بواقع الحال الذي يغلب فيه أن تكون الأم هي المرافقة؛ نص اللائحة نفسها، فقد أجازت منح إجازة براتب إجمالي للموظفين من الآباء والأمهات لمرافقة مريض للعلاج خارج الدولة في الحالات التي تستدعي اصطحاب مرافق، وللمدة التي تكون لازمة لعلاج المريض

<sup>1</sup> المادة 34، الدستور الدائم لدولة قطر.

<sup>2</sup> المادة 54، الدستور الدائم لدولة قطر.

<sup>3</sup> المادة 88، قرار مجلس الوزراء رقم (32) لسنة 2016 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الموارد البشرية المدنية.

بالخارج<sup>1</sup>، فإذا كان القانون قد أجاز منح الإجازة للموظفين الآباء على أساس مرافقة أبنائهم للعلاج في الخارج، فإن الأمر ينبغي أن يتماثل حين يكون العلاج في الداخل. فكان أولى بالمشرع أن يجعل مثل هذا الحق مكفولاً حتى للموظف الأب تكريساً لغاية الدستور في توفير جميع الوسائل الممكنة لحفظ الطفولة، خصوصاً وأن منح مثل هذه الإجازات موقوف على تقرير الجهة الطبية المختصة وموافقة الرئيس، وهو ما يدفع مظنة الإخلال بغايات الوظيفة العامة.

**ثالثاً- الانحراف الغائي السلبي في تنظيم قرار تمديد التحفظ في قانون حماية المجتمع: نصّ**  
الدستور القطري على كفالة الحرية الشخصية، فلا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل، ومؤدى هذا النص على ما قرّرت محكمة التمييز القطرية أن "المشرع الدستوري- توفيقاً بين حق الفرد في الحرية الشخصية وفي حرمة مسكنه وحياته الخاصة وبين حق المجتمع في عقاب الجاني وجمع أدلة إثبات الجريمة ونسبتها إليه- قد أجاز تفتيش الشخص أو المسكن كإجراء من إجراءات التحقيق بعد أن أخضعه لضمانات معينة لا يجوز إهدارها<sup>2</sup>."

مما يعني أن الغاية الدستورية من كفالة الحرية الشخصية تبرز في ضبط مسألة الشرعية الإجرائية، ذلك أن "الشرعية الإجرائية سواء ما اتصل منها بحيدة المحقق أو بكفالة الحرية الشخصية والكرامة البشرية للمتهم ومراعاة حقوق الدفاع أو ما اتصل بوجوب التزام الحكم بالإدانة بمبدأ مشروعية الدليل وعدم مناهضته لأصل دستوري مقرر، جميعها ثوابت قانونية أعلاها الدستور والقانون وحرص على حمايتها القضاء، ليس فقط لمصلحة خاصة بالمتهم وإنما بحسبانها في المقام الأول تستهدف مصلحة عامة تتمثل في حماية قرينة البراءة وتوفير اطمئنان الناس إلى عدالة القضاء

<sup>1</sup> المادة 87، قرار مجلس الوزراء رقم (32) لسنة 2016 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الموارد البشرية المدنية.

<sup>2</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 166 لسنة 2013، 4 نوفمبر 2013، برئاسة مبارك سليم مبارك. (ش.ق.ش| ر.م 364033)

فالغلبة للشرعية الإجرائية ولو أدى أعمالها لإفلات مجرم من العقاب وذلك لاعتبارات أسمى تغيها الدستور والقانون<sup>1</sup>. " فهذا الحكم يبرز الغايات الدستورية من كفالة الحرية الشخصية.

نأتي الآن إلى محاكمة قانون حماية المجتمع على ما مضى من غايات، فهذا القانون قد عدل عن الغايات الأنفة عدولاً صريحاً من خلال مادته الأولى التي عطلت العمل بأحكام قانون الإجراءات الجنائية في الجرائم المتعلقة بأمن الدولة أو الواقعة على العرض أو المخلة بالحياة أو الآداب العامة، وأجاز النص لوزير الداخلية التحفظ على المتهم، ولن نتعرض هنا للانحراف الغائي في المجال الإيجابي الذي انطوى عليه هذا النص، كما سنرجي الحديث عن الانحراف الغائي السلبي في صورة التسلب من الاختصاص التي اكتتفت هذا النص للمطلب القادم، حيث نقصر الحديث هنا على عرض النصوص التي انطوت على انحراف غائي سلبي في صورة إغفال تشريعي:

**1-** نصت المادة 2 من هذا القانون على أن تكون مدة التحفظ أسبوعين قابلة للتمديد لمدة أو لمددٍ أخرى مماثلة وبحدِّ أقصى ستة أشهر، كما أجازت التمديد لمدة لا تجاوز ستة أشهر أخرى بموافقة رئيس مجلس الوزراء<sup>2</sup>، وهذا النص يُغفل التعامل مع الأحوال التي تُمدد فيها المدة لأكثر من ذلك، فماذا لو صدر قرار بتمديد هذه المدة لما تجاوز تلك المدد؟ لا جواب في القانون عن هذا الأمر، وهذا الإغفال يعني في النتيجة النهائية احتمال تمديد التحفظ لسنوات متتالية دون أي ضابطٍ أو وسيلة تدرأ هذه النتيجة، بما يعطل الغاية الدستورية من كفالة الحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حرية التنقل، وتزداد حدة نتائج هذا الإغفال حين نعلم أن قانون الفصل في المنازعات الإدارية قد حظر على الدائرة الإدارية النظر في القرارات الصادرة بموجب قانون حماية المجتمع<sup>3</sup>، الأمر الذي

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المادة 2، قانون حماية المجتمع رقم 17 لسنة 2002.

<sup>3</sup> الفقرة 3، المادة 3، قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم 7 لسنة 2007.

يعني تحصين قرارات التمديد من كل رقابة قضائية، وإن تجاوز المدد التي قررها القانون نفسه، ولذلك فإن هذا الإغفال يرتب نتائج وخيمة في الواقع، ويتعارض مع الغايات الدستورية من نصوص التجريم والعقاب ويتعارض مع ما يقتضيه الدستور من كفالة الحق في التقاضي.

2- أجازت المادة 3 من هذا القانون للمتخلف عليه ولذويه التظلم من قرار وضعه تحت التحفظ أو التمديد بطلب مكتوب يقدم إلى رئيس مجلس الوزراء، أي إلى الجهة التي صدر قرار التمديد بموافقتها ابتداءً فيما يتعلق بالتمديد لسنة أشهر أخرى- وسوف نغض الطرف هنا عن إشكال التظلم إلى هذه الجهة تحديداً- حيث أغفل هذا النص وضع مدة يلتزم فيها الرئيس بالرد على التظلم، كما أغفل معالجة الحالة التي يطوى فيها التظلم بمرور الزمان دون أن يلقى المتظلم استجابة على تظلمه، وهو ما يجعل التظلم ضعيف القيمة إن لم تتعدم قيمته في النتيجة النهائية.

3- أجازت المادة 5 لوزير الداخلية إغلاق المكان الذي وقعت فيه الجريمة وكان مرتبطاً بها، لكن هذا النص أغفل تحديد مدة الإغلاق، فلو افترضنا أن الجريمة وقعت في مجمع تجاري فإن الوزير قد يغلق المحل التجاري دون مدة محددة، وأقصى ما يكون للمتضررين هو التظلم أمام الرئيس الأعلى اللي هو رئيس مجلس الوزراء. وهو ما يعني في النتيجة النهائية تعطيل المصالح التجارية للأفراد بما يعرقل المصالح الاقتصادية في الدولة ويُنفر المستثمرين من الاستثمار في الدولة، إذ إن المستثمرين لا يأمنون استمرار أنشطتهم التجارية مع وجود هذا النص الذي يتيح لوزير الداخلية سلطة مطلقة بلا قيد في إغلاق أي مكان وقعت فيه الجريمة، وينعدم الأمان في هذا الشأن باسترجاع ما مضى من انقطاع الوسيلة القضائية للطعن على قرار الإغلاق، وهذا يناقض الغاية الدستورية المصرح بها من تشجيع الدولة للاستثمار وتوفير الضمانات والتسهيلات اللازمة له<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> المادة 31، الدستور الدائم لدولة قطر.

## المطلب الثاني

### الانحراف الغائي السلبي في صورة التسلب من الاختصاص

تُعنى الدساتير بتوزيع اختصاصات السلطات العامة وتعهد إلى السلطة التشريعية بتنظيم مسائل محددة، بحيث يحجز الدستور بعض الموضوعات للقانون وحده، فإذا أسند الدستور تنظيم هذه الموضوعات للسلطة التشريعية كان عليها أن تباشر هذه الاختصاصات بنفسها، ولا يجوز لها أن تتنازل عن تنظيم تلك الموضوعات لصالح أي من السلطتين التنفيذية والقضائية، وإن هي فعلت وأصدرت تشريعاً يتضمّن تنازلاً عن اختصاصها لجهة أخرى تكون قد وقعت فيما يُعرّف بعبء الاختصاص السلبي للمشرع<sup>1</sup>، وهو ما يسمّيه البعض عيب التسلب من الاختصاص.

وعيبُ التسلب من الاختصاص فيه شقّان؛ شقٌّ إيجابي يتملّ في قانون التنازل عن اختصاصٍ معيّن لصالح سلطة أخرى، وشقٌّ سلبي يتملّ في الامتناع عن مباشرة الاختصاص الدستوري<sup>2</sup>، وهذا الشق السلبي هو جوهر الانحراف الغائي السلبي في هذه الصورة، ذلك أنّ فكرة التسلب من الاختصاص مؤداها أن يمتنع المشرّع عن تنظيم الموضوعات المحجوزة له دستورياً لصالح السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية، وهذه صورة من صور الانحراف الغائي السلبي<sup>3</sup>.

وتختلف هذه الصورة عن الإغفال التشريعي، ففي هذه الأخيرة يتولى المشرّع تنظيم الموضوع لكنه يُغفل بعض الجوانب بما يفضي لنتائج غير مشروعة في الواقع، أما في التسلب من الاختصاص لا يباشر المشرّع تنظيم المسألة المعهودة إليه دستورياً، بل يفوّض اختصاصه إلى غيره. ومن خلال هذا المطلب نسعى لبيان مجموعة من المسائل في ثلاثة فروع، حيث نفرّد الفرع الأول لبيان أن

<sup>1</sup> عبدالحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 12.

<sup>2</sup> مناف فاضل الجنابي، رقابة القاضي الدستوري على الامتناع التشريعي، مرجع سابق، ص 87.

<sup>3</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقّه الإسلامي، مرجع سابق، ص 343.

التسلّب من الاختصاص يتّصل بعنصر الغاية، ونفرد الثاني لبيان أن القضاء الدستوري في مصر قد بسط رقابته على التسلب من الاختصاص من بوابة الغاية، وأخيراً نفرد الفرع الثالث لعرض نماذج على عيب التسلب من الاختصاص في التشريع القطري.

### الفرع الأول- التسلب من الاختصاص يتّصل بعنصر الغاية

ذهب جانب من الفقه إلى أن مفاد فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع هو مخالفة قواعد الاختصاص التي حدّدها الدستور، لأن المشرّع في ذلك يتنازل عن الاختصاص الموكول له دستورياً لصالح سلطة أخرى، وهو ما يعيب التشريع في عنصر الاختصاص، وبالتالي يعدّ عيب عدم الاختصاص السلبي من العيوب الخارجية للتشريع وليس من قبيل العيوب الداخلية<sup>1</sup>. وهذا الرأي يصحّ في أحوال دون أخرى، فهو نسبيّ الصحّة، فعيب التسلب من الاختصاص قد يتصل بعنصر الاختصاص في بعض الأحوال، لكنه قد يتصل بعنصر الغاية في أحوالٍ أخرى، وذلك بحسب ثلاثة فروض:

**1- إذا كان الدستور يحظر التفويض صراحةً:** في هذا الفرض يصدق ذلك الرأي، حيث يكون التشريع الذي تضمّن التفويض، والتشريع الذي صدر بناءً على التفويض معيّن في عنصر الاختصاص، لأن تنازل المشرّع عن اختصاصه مع وجود نص صريح يحظر التفويض؛ هو تجاوز لحدود الاختصاص التي وضعها الدستور، إذ إن اختصاصه في التفويض بموجب ذلك النص يكون منعدماً، وكذلك بالنسبة للسلطة المفوّض لها، إذ إن النص على حظر التفويض يمنع على السلطة المفوّض لها أن تستجيب لأي تفويض صادرٍ لها من الجهات الأخرى، وإن هي فعلت كانت تشريعاتها المبنية على التفويض مخالفةً لقواعد الاختصاص.

<sup>1</sup> عبدالحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 24-25.

2- إذا كان الدستور يجيز التفويض صراحةً: في هذه الحالة يكون النص الصادر بالتفويض والنصوص المبنية على التفويض موافقةً للدستور ما لم تتجاوز حدود التفويض المقررة بالدستور، غير أنّ اختصاص السلطة التشريعية بالتفويض وفق الضوابط الدستورية لا يجوز أن يتخذ ستاراً لتخلي السلطة التشريعية عن اختصاصها برمتها، وإن هي فعلت ذلك كان التشريع المستتر خلف الاختصاص بالتفويض معيباً بعبء الانحراف الغائي في منطقة السلطة المقيدة، وقد وضحنا في الفصل الآنف كيف أن الانحراف الغائي في منطقة السلطة المقيدة يقع بإخفاء المشرع غايةً غير مشروعة خلف اختصاصه الدستوري، فهذا هو الفرض هنا، ولذلك تقرّر في الفقه "أنه لا يتعيّن أن تتخلى السلطة التشريعية عن اختصاصها بصورة عامة تحت ستار التفويض التشريعي لصالح السلطة التنفيذية"<sup>1</sup>.

وفي هذا الفرض قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "موازنة الدساتير المصرية جميعها ما يقتضيه الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولي كل منهما لوظائفها في المجال المحدد لها أصلاً، بضرورة الترخيص للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية في ممارسة جانب من وظيفة التشريع عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية- النهج الذي التزمته هذه الدساتير- وعلى ضوء موجبات هذه الموازنة- هو تخويلها السلطة التنفيذية، وبناء على تفويض من السلطة التشريعية، في أحوال بذاتها تفرضها الضرورة، وتمليها الأوضاع الاستثنائية، رخصة تشريعية في حدود ضيقة لا تتخلى بها عن ولايتها في سن القوانين، وإنما تنقيد في ممارسة هذه الرخصة بقيود وضوابط تكفل انحصارها في المجال المحدد لها وغايتها أن تظل الولاية التشريعية - كمبدأ عام - في يد السلطة الأصلية التي أقامتها هيئة الناخبين لممارستها، ومرد الأمر في تحديد هذه الضوابط

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص16.

إلى الشروط التي فرضها الدستور لجواز هذا التفويض سواء تعلق الأمر بمناسبته أو بمحلّه أو بمدته أو بالرقابة على كيفية تنفيذه، امتداد الرقابة المناطة بالمحكمة الدستورية العليا للتحقق من توافر تلك الشروط في الحدود التي رسمها الدستور لها<sup>1</sup>.

**3- إذا سكت الدستور عن تجويز التفويض أو حظره:** حينئذ لا يندرج عيب التسلب من الاختصاص في خانة العيوب المتصلة بعنصر الاختصاص، لأن المشرع عند تنازله عن تنظيم موضوع معيّن لصالح السلطة التنفيذية إنّما يباشر سلطته التقديرية في التنظيم، وإذ لم يحظر الدستور التفويض كأداة تنظيمية فإنها تبقى مشروعة ضمن السلطة التقديرية، فإذا رأى المشرع أن تنظيم هذه المسألة إذا ما أُسندَ للسلطة التنفيذية سيحقق المصلحة العامة، فهو إذن لا يخرج عن اختصاصه، بل هو يمارس سلطته التقديرية في تنظيم المسألة التي اختصّه الدستور بتنظيمها عن طريق إسنادها لجهة أخرى، ومن ثم فإن عنصر الاختصاص يكون مستوفياً شروطه، فلا يكون هذا العيب متصلاً بالعناصر الخارجية للتشريع، فطالما لم يوجد نص صريح يمنع المشرع من التنازل عن اختصاصه فإن سلطته في التنظيم تكون سلطة تقديرية، فلا يكون مخالفاً بعنصر الاختصاص إن هو ارتأى أن الطريق الأمثل للتنظيم يكون بتفويض الاختصاص لسلطة أخرى، ذلك أن سلطة المشرع في تنظيم الموضوعات الدستورية المسندة إليه سلطة واسعة لا قيد عليها إلا ما ورد في الدستور من قواعد، ولما كان الدستور خالياً من نص يحظر على المشرع تنظيم مسألة ما عن طريق تنازله عن تنظيمها لجهة أخرى يجد المشرع أنها أقدر في تسيير المسألة؛ فإنه حين يفوض اختصاصه لجهة أخرى لا يكون قد خالف قواعد الاختصاص. غير أنّ سلامة عنصر الاختصاص لا تعني سلامة التشريع من العيوب الدستورية الأخرى، فالتنازل عن الاختصاص

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 25 لسنة 8 قضائية، 16 مايو 1992، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش | ر.م 36551)



يتعارض مع الغايات الدستورية اللازمة من سنّ قواعد الاختصاص، فالدستور حين يسند تنظيم موضوعات محدّدة للسلطة التشريعية إنما يريد تحقيق غاية محدّدة من هذا الإسناد، تتمثّل في توفير ضمانات قانونية من تنظيم هذه الموضوعات بموجب تشريعات قانونية، فالنص على كفالة الحقوق والحريات بموجب القوانين يسعى إلى تحقيق غاية حماية الحقوق والحريات من تعسف السلطة التنفيذية عن طريق حجز تنظيمها لمجال القانون، والنص على حجز تنظيم شؤون السلطة القضائية للقوانين يتغيّر تحقيق استقلال السلطة القضائية عن الجهات الأخرى، إذ لن يتأتّى ذلك لو كان تنظيم السلطة القضائية موكولاً للسلطة التنفيذية مثلاً، وهكذا في جميع المسائل، فإذا تنازل المشرع عن اختصاصه لصالح جهة أخرى فإنه يضحّي بالغاية اللازمة عن النص الدستوري الذي أسند الاختصاص إليه حتى ولو كان يبتغي في تنازله تحقيق المصلحة العامة، لأن توفير ضمانات لتلك المسائل عن طريق تنظيمها بموجب القانون هو نتيجة لازمة من نصوص تحديد الاختصاص، فإذا كان للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم تلك الموضوعات فإن هذه السلطة التقديرية مقيّدة بعدم تنازله عن اختصاصه، ليس لأن ذلك يخالف قواعد الاختصاص بل لأن ذلك يناقض الغاية الدستورية من إسناد الاختصاص، فيكون التشريع بذلك معيباً بالانحراف الغائي السلبي.

ومما مضى نعي أن عيب التسلّب من الاختصاص هو أحد العيوب المتصلة بعنصر الغاية في الأحوال التي تقدّم بيانها، لأن المشرع بتنازله عن اختصاصه يضرب بالغاية الدستورية اللازمة عن إسناد الاختصاص إليه عرض الحائط، فيكون بذلك مخالفاً لغاية الدستور ولو باشر سلطته التقديرية في التنظيم، ذلك أنه من المقرر أن الرقابة على التسلّب من الاختصاص هدفها حماية المجال المحجوز للقانون وعدم إقحام السلطات الأخرى في مباشرة اختصاصات السلطة التشريعية<sup>1</sup>، فإذا

---

<sup>1</sup> عبدالحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 27.

تتنازل المشرع عن اختصاصه فإنه يضر بهذه الغاية ويكون معتدياً على الغاية الدستورية من إسناد الاختصاص إليه.

### الفرع الثاني- معالجة القضاء الدستوري لعيب التسلب من الاختصاص من بوابة الغاية

عولج عيب التسلب من الاختصاص من قبل القضاء الدستوري في مصر بمختلف مراحلها، فقد قضت المحكمة العليا بعدم دستورية العديد من التشريعات التي شابها هذا العيب، ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا قد سارت على النهج ذاته في تأكيد هذا النوع من الرقابة، على أن فارقاً جوهرياً بين المحكمتين قد ظهر فيما يتعلق بعيب التسلب من الاختصاص في أحوال التفويض المقترن بنصٍ يُجيز التفويض، فقد اختلف توجه المحكمتين بشأن تحديد الموضوعات التي يمتد التفويض إليها، ففي حين اتجهت المحكمة العليا لمشروعية التفويض حتى لو امتد لجميع المسائل المحجوزة للقانون؛ أخذت المحكمة الدستورية على عاتقها مهمة استخراج حدودٍ دستورية للمسائل التي يكون التفويض بشأنها مشروعاً.

بالنسبة لموقف المحكمة العليا؛ فقد أجاز دستور الجمهورية العربية المتحدة المؤقت الصادر عام 1964 لرئيس الجمهورية في الأحوال الاستثنائية إصدار قرارات لها قوة القانون بناءً على تفويض مجلس الأمة، على أن يكون التفويض محدد المدّة ومحدد الموضوعات والأسس التي يقوم التفويض عليها<sup>1</sup>، ولم يحدّد هذا النص مجالات القرار بقانون، وإزاء هذا الفراغ الدستوري ثار السؤال أمام قضاء المحكمة العليا حول مجالات التفويض، فقررت امتداد التفويض إلى شتى المسائل المحجوزة للقانون بموجب الدستور، وفي تفسيرها لهذا النص قضت بأن "مؤدى ذلك أن المشرع الدستوري أجاز للسلطة التشريعية تفويض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون بالشروط الواردة

<sup>1</sup> المادة 120، دستور الجمهورية العربية المتحدة المؤقت 1964.

بهذا النص... ومن ثم تكون القرارات بقوانين التي يصدرها رئيس الجمهورية بناء على هذا التفويض لها قوة القانون وتتناول كل ما يتناوله التشريع الصادر من السلطة التشريعية بما في ذلك الموضوعات التي نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون<sup>1</sup>.

وقد انتقل هذا النص إلى دستور مصر 1971 بشروط إجرائية استجّدت عليه، وعندما عُرضت مسألة مجالات التفويض المسموح بها أمام المحكمة الدستورية العليا كان موقفها مغايراً لموقف المحكمة العليا، فقد حدّت من إطلاق التفويض إلى جميع المسائل المحجوزة للقانون، ورفضت امتداد التفويض إلى المسائل الضريبية، وقرنت رفضها بما يترتب على ذلك من إهدار للغايات الدستورية المتصلة بفرض الضريبة، فقضت بأن "نص القانون يعتبر مصدرًا مباشرًا للضريبة العامة، إذ ينظم رابطتها محيطًا بها في إطار من قواعد القانون العام، متوخياً تقديرًا موضوعيًا ومتوازنًا لمتطلبات وأسس فرضها، وبمراعاة أن حق الدولة في تنمية مواردها من خلالها ينبغي أن يُقابل بحق الملزمين أصلًا بها والمسؤولين عنها، في تحصيلها وفق أسس موضوعية يكون إنصافها نافيًا لتحقيقها، فلا تتسم بوطأة الجزء بما يباعد بينها وبين الأغراض المالية التي ينبغي أن تتوخاها أصلًا ولا يناقض معدلها وأحوال فرضها الضوابط اللازمة لعدالتها الاجتماعية<sup>2</sup>".

في هذا المقطع، قرّرت المحكمة التوازنات المصلحية التي ابتغى المشرّع الدستوري أن يحافظ عليها بإسناد فرض الضريبة للسلطة التشريعية، وأكدت بوضوح أن الضريبة لا يجوز أن تتوخى أغراضًا جزائية، لأن تقريرها منوطٌ دستوريًا بالأغراض المالية وحدها، وبما لا يتجاوز ضوابط العدالة الاجتماعية، وجعلت الضامن لكل ذلك أن يكون القانون وحده مصدرًا لفرض الضريبة دون غيره.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 8 لسنة 5 قضائية، 6 مارس 1976، برئاسة محمد عبدالوهاب. (ش.ق.ش|ر.م 54149)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 18 لسنة 8 قضائية، 3 فبراير 1996، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش|ر.م 36834)

وأُتبعَت المحكمة هذا المقال الرصين بمقالٍ أوثق منه وأشدَّ رصانة، إذ عقدت مقارنةً بين الضريبة العامة والفرائض المالية الأخرى، واستخلصت من تمييز الدستور بين الضريبة وغيرها من الفرائض المالية؛ تمايزاً في الأغراض التي سعى المشرع الدستوري لتحقيقها، فقضت بأن "الضريبة العامة لا يفرضها أو يعدلها أو يلغيها إلا القانون، أما غيرها من الفرائض المالية فيكفي لتقديرها أن يكون واقعاً في حدود القانون تقديرًا من الدستور لخطورة الضريبة العامة بالنظر إلى اتصالها بمصالح القطاع المعرض من المواطنين، وتأثيرها في الأوضاع الاقتصادية بوجه عام، مما يحتم موازنتها بالقيود المنطقية التي ينبغي أن تكون إطاراً لها فلا تفرضها السلطة التشريعية إلا لضرورة تقتضيها وعلى ضوء معايير تكفل عدالتها اجتماعياً؛ وكان التفويض المقرر بالنص المطعون فيه، يخول رئيس الجمهورية وفي الحدود التي يبينها قانون التفويض إنشاء ضريبة عامة، فإن فرضها لا يكون بقانون، بل في حدوده وهو ما يعني مساواتها بغيرها من الفرائض المالية جميعها في حدود القانون بالمخالفة لمقاصد الدستور<sup>1</sup>". ففي هذا المقطع ربطت المحكمة التفويض الضريبي بمقاصد الدستور ربطاً مباشراً، ومقاصد الدستور مثلما تقدّم هي الغايات الفعلية التي انصرفت إليها إرادة المشرع الدستوري، ولما تبين لها مخالفة التفويض الضريبي للمصالح التي كفلها الدستور من الناحية الاقتصادية؛ قرّرت عدم جواز التفويض في هذه المسألة رغم خلوّ الدستور من النص الصريح على منع التفويض في المسائل الضريبية، ولكن لأن مثل هذا التفويض يتعارض مع الغايات اللازمة من حجز الدستور تنظيم موضوع الضريبة للقانون وحده.

ولطالما رتّبت المحكمة الدستورية العليا حكمها بعدم دستورية النصوص المشبوبة بعبء التخلّي عن الاختصاص على أساس مخالفة ذلك للغايات الدستورية، يظهر ذلك عند فصلها في الطعن على

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

النصوص التي فوّضت وزير الداخلية مهمة تحديد شروط وإجراءات منح جواز السفر<sup>1</sup>، وخوّلتها سلطة رفض منح الجواز أو تجديده وكذلك سحبه بعد منحه<sup>2</sup>، إذ دفع الطاعن بأنّ المشرّع قد تنصّل عن مهمّته في وضع الأسس العامة التي تنظم موضوع جواز السفر مع كون الجواز هو الوسيلة الوحيدة لتمكين المواطنين من مغادرة البلاد والرجوع إليها، الأمر الذي يضرّ بالحرية الشخصية والحق في التنقّل<sup>3</sup>.

حيث استجابت المحكمة لدفع الطاعن، فاستخرجت الغاية اللازمة من إسناد تنظيم الحرية الشخصية للمشرّع العادي مقرّرة أن الدستور إذ نصّ على أن الحرية الشخصية مصونة لا تمس وكانت حرية التنقل رافداً من روافد الحرية الشخصية، فإن الدستور قد دلّ بذلك على أن "حرية الانتقال تنخرط في مصاف الحريات العامة وأن تقييدها دون مقتضى مشروع إنما يجرد الحرية الشخصية من بعض خصائصها ويقوض صحيح بنيانها" ففي هذا المقطع تبين المحكمة موقع حرية التنقل من البناء الدستوري لتبني عليه أساس الغاية من إسناد اختصاص تنظيم الحرية الشخصية- التي تعدّ حرية التنقل جزءاً لا يتجزأ منها- للمشرّع العادي، حيث أردفت على ذلك قولها: "وقد عهد الدستور بهذا النص إلى السلطة التشريعية دون غيرها بتقدير هذا المقتضى، ولازم ذلك أن يكون تعيين شروط إصدار وثيقة السفر بيد هذه السلطة، والأصل فيها هو المنح استصحاباً لأصل الحرية في الانتقال، والاستثناء هو المنع وأن المنع من التنقل لا يملكه إلا قاضٍ أو عضو نيابة عامة يعهد إليه القانون بذلك دون تدخل من السلطة التنفيذية"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المادة 8، القانون رقم 97 لسنة 1959 بشأن جوازات السفر.

<sup>2</sup> المادة 11، القانون نفسه.

<sup>3</sup> استند الطاعن إلى المادة 41 الخاصة بالحرية الشخصية، والمادة 50 الخاصة بعدم جواز الإلزام بالإقامة في مكان معيّن إلا في الأحوال التي يبينها القانون، والمادة 51 الخاصة بحظر إبعاد أي مواطن عن البلاد أو منعه من الرجوع إليها، والمادة 52 الخاصة بحق المواطنين في الهجرة الدائمة أو المؤقتة للخارج. دستور 1971.

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 243 لسنة 21 قضائية، 4 أبريل 2000، برئاسة محمد جلال. (ش.ق.ش | ر.م 37079)

هنا، أوضحت المحكمة أن الغاية من إسناد تنظيم الحرية الشخصية للسلطة التشريعية يتمثل في حماية الغاية الدستورية اللازمة عن كفالة الحرية الشخصية والمتمثلة في عدم جواز تقييدها، وضمانةً لهذه الغاية أسند الدستور تنظيم ما يتصل بهذه الحقوق للسلطة التشريعية، بما يلزم عنه أن يكون حق المواطن في استخراج وحمل جواز السفر بيد السلطة التشريعية مستحبةً أصل المنع، ولو أنها تنازلت عن اختصاصها للسلطة التنفيذية فإن الغاية الدستورية في عدم تقييد الحرية الشخصية كأصلٍ عام تذهب مع الريح.

وقد استدلت المحكمة على غاية المشرع الدستوري في حصر هذا الاختصاص على السلطة التشريعية بعدم إسناده أي موضوع من موضوعات الحقوق والحريات للسلطة التنفيذية، ورتبت على ذلك أن مقصد المشرع الدستوري قد اتجه إلى عدم تجويز تنازل المشرع العادي عن اختصاصه التنظيمي لأي جهة أخرى، ذلك أن "الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصًا بتنظيم شيءٍ مما يمس الحقوق التي كفلها الدستور فيما تقدم، وأن هذا التنظيم يتعين أن تتولاه السلطة التشريعية بما تصدره من قوانين<sup>1</sup>".

ثم على أعقاب ذلك كرّست المبدأ الشهير في أحكامها، لتقضي بأن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه إذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية فلا يجوز لها أن تتسلّب من اختصاصها وتحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيدها في ذلك بضوابط عامة وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها فإذا ما خرج المشرع على ذلك وناط بالسلطة التنفيذية تنظيم الحق من أساسه كان متخليا عن اختصاصه الأصيل المقرر بالمادة 86 من الدستور<sup>2</sup>. وفي قضية أخرى عاودت المحكمة التأكيد على ربط المسألة بالغايات اللازمة عن النصوص الدستورية،

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

حيث استخلصت بوضوح الغرض من إسناد المشرّع صلاحية إصدار اللوائح للسلطة التنفيذية، فقضت بأن " الغرض من صدور اللائحة التنفيذية للقانون 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 أحكاما تبعده عن روح التشريع، فيجاوز بذلك مصدرها الاختصاص الدستوري المخول له، متعديا على السلطة التشريعية، وذلك ما تؤكدته بالمادة (144) من الدستور حيث نصت على أن "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل أو إعفاء من تنفيذها<sup>1</sup>". فليس أصرح من هذا البيان عن المحكمة الدستورية في أن عيب التسلب من الاختصاص هو عيبٌ غائي في جوهره، لأنه يذهب بالغايات الدستورية من توزيع الاختصاص الذي تقرره النصوص الدستورية، عوضًا عن كونه يضرُّ بروح التشريع مثلما صرّحت المحكمة.

وكان القانون في هذه القضية قد تنازل للسلطة التنفيذية عن اختصاصه بتحديد قواعد وإجراءات وشروط منح عضوية الاتحاد المصري لمقاولي التشييد والبناء، فصدرت اللائحة التي تحدّد هذه الشروط لتقضي باشتراط الجنسية المصرية في الشخص الطبيعي، وأن يكون ذلك للشركاء المتضامنين في شركات الأشخاص والأعضاء المؤسسين والممثلين القانونيين لغيرها من الشركات، وإذ طعن على اللائحة والقانون معًا، قضت المحكمة بأن هذا الشرط " هو شرط لم يقرره القانون بل إنه لا يرتبط برابطة منطقية بالأغراض التي حرص المشرع على أن تتحقق بإنشاء الاتحاد وهي تطوير مهنة التشييد والمقاولات والعمل على زيادة الاستثمار في هذا المجال<sup>2</sup>".

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 68 لسنة 25 قضائية، 10 يونيو 2007، برئاسة ماهر عبدالواحد. (ش.ق.ش | ر.م 315385)

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

وهنا قرنت المحكمة الشرط الذي حدّته اللائحة بالغايات التي قرّرها المشرّع، لتتبع ذلك بقولها "المشرع إذ أحال أمر تكوين الاتحاد وشروط منح عضويته إلى السلطة التنفيذية دون أن يقيد بها بضوابط وأسس عامة تلتزم بها، فصدرت اللائحة بذلك لا تفصل أحكاماً أوردها المشرع إجمالاً، وإنما استحدثت أحكاماً جديدة تتضمن قيوداً على الحق في الانضمام إلى عضوية ذلك الاتحاد تخالف روح التشريع وبغير مقتض مشروع فإن السلطة التشريعية - وهي المنوط بها وحدها تقدير هذا المقتضى - تكون قد تسلبت من اختصاصها<sup>1</sup>".

### الفرع الثالث- نماذج على التسلب من الاختصاص في التشريع القطري

هناك العديد من التشريعات القطرية التي تنازلت فيها السلطة التشريعية عن اختصاصها الدستوري لصالح السلطة التنفيذية بما يخالف غاية الدستور من إسناد الاختصاص في توفير ضمانات للأفراد بشأن المسألة المراد تنظيمها، ولعل أبرز الأمثلة على ذلك تنازل المشرع عن تنظيم بعض الحقوق والحريات التي اختصه الدستور بها لصالح السلطة التنفيذية، وفيما يلي نورد بعض الأمثلة<sup>2</sup>:

**1-التنازل عن تنظيم بعض مسائل الحق في التقاضي:** نص الدستور القطري على أن "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ويبين القانون إجراءات وأوضاع ممارسة هذا الحق<sup>3</sup>"، وإسناد تنظيم إجراءات الحق في التقاضي وأوضاع ممارسته للسلطة التشريعية ينم عن ابتغاء المشرع الدستوري توفير ضمانات إجرائية ومنع ترك تنظيم هذا الموضوع للسلطة التنفيذية، لئلا يكون ذلك الإسناد مدخلاً للانتقاص من هذا الحق حين تتعارض مصالح السلطة التنفيذية مع مصالح الأفراد، وحتى يكون تنظيمها وليد إجراءات أكثر صرامة وتدقيقاً، إذ إن مراحل صدور القانون تتطلب تنقيحاً

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 68 لسنة 25 قضائية، 2007، ر. ماهر عبدالواحد، حكم سابق.  
<sup>2</sup> إحقاقاً للحق، كثيرٌ من أمثلة هذا الفرع أفادني بها مشرف هذه الأطروحة الدكتور حسن السيد عند مناقشة المسألة معه، لاسيما المثالين الرابع والسادس فهما من بُنَيَات أفكاره.  
<sup>3</sup> المادة 135، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.



لا تتطلب إجراءات صدور اللائحة. غير أن المشرع العادي قد تنازل عن تنظيم الحق في التقاضي في بموجب قانون مركز قطر للمال، حيث أنشأ بموجب ذلك القانون كلاً من محكمة التنظيم لمركز قطر للمال والمحكمة المدنية والتجارية لمركز قطر للمال؛ لكنه تنازل عن تنظيم إجراءات التقاضي أمام تلك المحاكم تنازلاً شاملاً للسلطة التنفيذية، إذ جعل لوزير الاقتصاد والمالية صلاحية عرض مشروعات الأنظمة الخاصة بمحكمة التنظيم والمحكمة المدنية والتجارية على مجلس الوزراء للموافقة عليها، ومنح هذا الأخير طلب إجراء أي تغييرات أو تعديلات أو إضافات يراها ملائمة<sup>1</sup>، ما يعني أن تنظيم إجراءات الحق في التقاضي وأوضاع ممارسته أمام هذه المحاكم صار من اختصاص السلطة التنفيذية على خلاف نص الدستور الذي جعل مباشرة هذا الحق بقانون، وفي ذلك مخالفةً للغاية اللازمة عن نصّ إسناد الاختصاص للسلطة التشريعية، والمتمثلة في توفير ضمانات للأفراد في تنظيم مباشرة الحق في التقاضي، ما يعني أن هذا النص ينطوي على انحراف إيجابي من حيث تفويضه مسائل معينة دون سندٍ بذلك التفويض، وعلى انحراف غائي سلبي بما تضمنه من حيلولة المشرع عن تفعيل الغاية الدستورية من إسناد الدستور اختصاص تنظيم هذه المسألة بأداة القانون تحديداً.

**2- التنازل عن تنظيم بعض مسائل حرية النشاط الاقتصادي:** نص الدستور القطري على أن تكفل الدولة حرية النشاط الاقتصادي وفق أحكام القانون<sup>2</sup>، ومقتضى هذا النص أن يكون تنظيم حرية النشاط الاقتصادي مكفولاً بموجب ما يصدر عن مجلس الشورى ضماناً لعدم تفويض هذا الحق بما قد تفرضه الحكومة من قيود وشروط فيما لو أسندت مهمة تنظيم هذه الحرية إليها، ولقد صدرت العديد من التشريعات التي تتضمن نصوصاً صريحة تحيل مسألة تنظيم هذه الحرية للسلطة

<sup>1</sup> الفقرة 7، المادة 3، القانون رقم 2 لسنة 2009 بتعديل أحكام قانون مركز قطر للمال رقم 7 لسنة 2005.

<sup>2</sup> المادة 44، الدستور الدائم لدولة قطر.

التنفيذية بما يتعارض مع التحديد الدستوري الذي جعل تنظيم هذا الحق بواسطة القوانين، حيث نصّ قانون تنظيم المعارض على أن يكون تحديد الشروط والضوابط اللازمة لمنح ترخيص بإنشاء أو إقامة أو استغلال أو إدارة مكاتب تنظيم المعارض أو مزاوله نشاط تنظيم المعارض أو إقامة معرض التنظيم بواسطة اللائحة التنفيذية<sup>1</sup>، وهو ما يعني أن القواعد التي على أساسها يمنح الترخيص أو سيكون تحديدها بغير الأداة التي اشترطها الدستور.

وكذلك الحال في قانون تنظيم السياحة، حيث تنازل المشرع عن دوره في تنظيم التراخيص لصالح السلطة التنفيذية من خلال النص على أن "تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الشروط والضوابط اللازمة لمنح الترخيص" بإنشاء أو إقامة أو استغلال أو إدارة منشأة فندقية أو سياحية أو مكتب تنظيم المهرجانات والفعاليات السياحية أو مزاوله أي نشاط سياحي أو إقامة مهرجان أو فعالية سياحية<sup>2</sup>، ما يعني أن مباشرة حرية النشاط الاقتصادي في هذا النطاق صارت مرهونة بإرادة السلطة التنفيذية في هذه المسائل، لأن تحديد القواعد والشروط التي يتطلبها الترخيص - وهو نقطة البدء التي يتوقف عليها إمكان مباشرة تلك الحرية - معهود إلى سلطة الحكومة.

المفترض أن يكون تحديد شروط الترخيص بموجب القانون نفسه، ثم تترك مسألة منح التراخيص للإدارة وفق تقديرها لمدى توافر الشروط التي يحددها القانون، أما تنازل المشرع العادي عن تحديد شروط منح الترخيص للسلطة التنفيذية فإنه يعني تفويضها بتنظيم الحق ابتداءً، لأن وضع تلك الشروط يعني وضع القواعد التي تتوقف عليها مباشرة الحق، ما يعني قعود المشرع عن تحقيق الغاية الدستورية من جعل تنظيم هذا الحق بقانون، بما يشكل انحرافاً غائياً في المجال السلبي. وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأن " الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية

<sup>1</sup> المادة 3، قانون تنظيم المعارض رقم 17 لسنة 2013.

<sup>2</sup> المادة 3، قانون تنظيم السياحة رقم 20 لسنة 2018.

اختصاصًا ما بتنظيم شيء مما يمس الحقوق التي كفلها الدستور، إذ أن هذا التنظيم يتعين أن تتولاها السلطة التشريعية بما تصدره من قوانين. وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنه إذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية فلا يجوز لها أن تتسلب من اختصاصها وتحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيدها في ذلك بضوابط عامة، وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها، فإذا ما خرج المشرع على ذلك وناط بالسلطة التنفيذية تنظيم الحق من أساسه، كان متخليًا عن اختصاصه الأصيل... ساقطًا - بالتالي - في هوة المخالفة الدستورية، حيث لا يجوز للسلطة التشريعية وقد اختصها الدستور بسلطة التشريع أن تتخلى بنفسها عن ذلك. ولئن كانت الدساتير... قد اعترفت بحق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح، إلا أن ذلك لا يكون إلا استثناء وفي الحدود الضيقة التي بينها نصوص الدستور حصرًا، ويندرج تحتها إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين. والتي لا يدخل في مفهومها توليها ابتداء تنظيم مسائل خلا القانون من بيان الإطار العام الذي يحكمها، فلا تكون اللائحة عندئذ قد فصلت أحكاما أوردها المشرع إجمالاً، وإنما شرعت ابتداء من خلال نصوص جديدة لا يمكن إسنادها إلى القانون. 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 أحكاما تبعده عن روح التشريع، فيجاوز بذلك مصدرها الاختصاص الدستوري المخول له، متعديا على السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

**3- التنازل عن تنظيم بعض مسائل فرض الضريبة:** نص الدستور القطري على أن الضرائب أساسها العدالة الاجتماعية ولا يجوز فرضها إلا بقانون<sup>2</sup>، ما يعني أن فرض ضريبة بغير قانون

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 68 لسنة 25 قضائية، 2007، ر. ماهر عبدالواحد، حكم سابق

<sup>2</sup> المادة 43، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

محظورٌ بموجب الدستور، والغاية من ذلك أن تُحاط هذه المسألة بضمانات أكبر حفظاً للحقوق المالية، وهذا النص يفرض التزاماً على عاتق المشرع العادي بالامتناع عن التنازل عن تنظيم هذه المسألة لأيّ سلطة أخرى، وإلا كان ذلك مخالفاً لما تغيّاه الدستور من مسارٍ إجرائي يضمن به ألا تفرض الضريبة افتتاتاً أو تعسفاً.

وفي قانون الضريبة على الدخل ثمة تنازل من المشرع العادي للسلطة التنفيذية عن تنظيم مسألة الإعفاءات الضريبية<sup>1</sup>، حيث خول القانون لمجلس الوزراء صلاحية تعديل الإعفاءات الضريبية، ومن المعلوم أن سلطة التعديل تشمل الحذف والإضافة، وعليه فقد يصدر قرار باستبعاد بعض الإعفاءات التي قررها القانون، بما يعني أن سلطة تعديل الإعفاءات قد تنشأ عنها التزامات ضريبية إذا ما جاء قرار مجلس الوزراء بحذف بعض الإعفاءات التي قررها القانون، بما قد يهدر الضمانة الدستورية التي توجب ألا يكون فرض الضريبة إلا بقانون.

وينبغي لفت الانتباه هنا إلى مسألة تتعلق بتفويض المشرع العادي مسألة تحديد الرسوم للمشرع اللائحي، فصحيح أن الدستور لا يمانع من فرض الرسوم بموجب تشريعات لائحية؛ غير أن الدستور يمانع من فرض ضرائب تحت ستار فرض الرسوم، وتفويض السلطة التنفيذية بتحديد رسوم خدمةٍ دون أن يضع القانون القواعد التي على أساسها تقوم الإدارة بتحديد الرسوم هو مدخلٌ لفرض الضرائب تحت ستار الرسوم.

والرسم كما عرّفته إدارة الفتوى والعقود هو "مبلغ جبري يدفعه الشخص نظير خدمة عامة لا يمكن أن تؤديها غير الحكومة بصفتها سلطة عامة"<sup>2</sup> ويختلف عن الضريبة التي تعرف بأنها استقطاع

<sup>1</sup> المادة 35، قانون الضريبة على الدخل رقم 24 لسنة 2018.

<sup>2</sup> إدارة الفتوى والعقود، فتوى ش ق 11/3 - 39 / 1984،

<https://www.almeezan.qa/OpinionPage.aspx?id=1508&language=ar>

مالي جبري تحصل عليه الدولة من الممولين بصفة نهائية وبدون مقابل لغرض تحقيق النفع العام<sup>1</sup>، فهو على حد تعبير الهيئة العامة للضرائب "مصدر دخل إضافي" تستخدمه الحكومة "لتمويل ودعم سياساتها التنموية في المجالات الاقتصادية والاجتماعية لفائدة المصلحة العامة، وللارتقاء بجودة الخدمات العمومية"<sup>2</sup>. "ومن المعلوم أن الضرائب تحدد على أساس نسب مئوية، بينما تحدّد الرسوم على أساس تكاليف الخدمة. ويمكن الكشف عن الانحراف الغائي المتعلق بستر الضريبة تحت ستار الرسم بقاعدة بسيطة مؤداها أن "مبلغ الرسم يجب ألا يزيد في جميع الأحوال عن نفقات تكاليف الخدمة فإذا تحققت الزيادة فإننا نكون أمام ضريبة مستترة غير مشروعة"، فالزيادة في قيمة الرسم هي ضريبة في حقيقتها، لأنها تؤدّى بدون مقابل وما يؤدّى بغير مقابل للدولة هي الضرائب دون سواها من الاستقطاعات المالية<sup>3</sup>.

وقد اطلعنا على العديد من اللوائح التي تفرض رسوماً على خدمات معيّنة، فبدا أن معيار تحديد الرسم في كثير من الأحيان يتجاوز تكاليف الخدمة إلى ملاءة طالب الخدمة، بحيث تكون هذه الأخيرة مُعْتَبَرَةً في تحديد مبلغ الرسم، وهذا ظاهرٌ فيما يتعلق بمنح ترخيص مزاولة نشاط معيّن، فمثلاً فوّض قانون تنظيم السياحة مسألة تحديد رسوم إصدار وتجديد التراخيص للسلطة التنفيذية<sup>4</sup>، فصدر قرار بتحديد رسوم الخدمات التي تؤديها الهيئة العامة للسياحة، وهذا القرار تضمّن تحديد رسوم إصدار أو تجديد رخص المنشآت الفندقية، غير أن هذا الرسم تفاوت بتفاوت تصنيف الفنادق من حيث النجوم، فما كان خمس نجوم مقداره 60000 كل ثلاث سنوات، وما كان أربع نجوم

---

<sup>1</sup> إبراهيم محمد الحمود، المالية العامة للدولة: دراسة تأصيلية في فقه المالية العامة والقوانين المالية مع الإشارة لمالية دولة الكويت، الكويت، ج1، ط8، 2020/2019، ص290.

<sup>2</sup> الهيئة العامة للضرائب، <https://www.gta.gov.qa/ar/why-have-tax-ar>

<sup>3</sup> إبراهيم محمد الحمود، المالية العامة للدولة، مرجع سابق، ص279.

<sup>4</sup> المادة 22، قانون تنظيم السياحة رقم 6 لسنة 2012. وقد أُلغيت بموجب: المادة 38، قانون تنظيم السياحة رقم 20 لسنة 2018.

مقداره 42000، وثلاث نجوم مقداره 33000، ونجمتين مقداره 24000 ونجمة مقداره 12000<sup>1</sup>، وهذا التفاوت في الرسم يُظهر بأن الملاءة المالية لطالب الترخيص أحد معايير تقدير الرسم، في حين أن مقدار الرسم ينبغي أن يتحدد وفق تكاليف الخدمة حصراً.

كذلك الحال بالنسبة لقانون تنظيم خدمات الأعمال الاستشارية، فقد عهد لوزير الأعمال والتجارة مهمة تحديد رسوم الترخيص وتجديده بقرار يصدر عنه دون تقرير أي قواعد تحكم عملية تحديد الرسم، فصدر قراره بذلك<sup>2</sup>، وقد تفاوتت مبالغ الرسوم رغم وحدة الترخيص الممنوح والمتعلق بمزاولة خدمات الأعمال الاستشارية، فإذا كان مكتب الاستشارة فردياً كان رسم الإصدار 9000 وتجديده 6000، وإذا كان شركة تضامن فإن رسم الإصدار 20,000 وتجديده 15,000، وإذا كان مركزاً عالمياً فإن رسم الإصدار 90,000 وتجديده 60,000<sup>3</sup>، وهذا التفاوت يعكس أن ملاءة طالب الترخيص معيار في تحديد تلك المبالغ، ما يجعل الأمر متجاوزاً تكاليف الخدمة المتمثلة في إصدار الترخيص أو تجديده.

**4- التنازل عن تنظيم نزع الملكية للمنفعة العامة:** نص الدستور القطري على صيانة الملكية الخاصة وحظر حرمان أحد من ملكه "إلا بسبب المنفعة العامة وفي الأحوال التي يبينها القانون وبالكيفية التي ينص عليها، وبشرط تعويضه عنها تعويضاً عادلاً"<sup>4</sup>. ومن الواضح أن الأداة التي سمح لها الدستور بتنظيم مسألة نزع الملكية للمنفعة العامة هي القانون، والغاية من ذلك لا تخفى

---

<sup>1</sup> جدول رقم 1، قرار وزير الاقتصاد والتجارة رقم (387) لسنة 2017 بتحديد رسوم الخدمات التي تؤديها الهيئة العامة للسياحة.

<sup>2</sup> المادة 6، قانون تنظيم خدمات الأعمال الاستشارية رقم 10 لسنة 2012.

<sup>3</sup> المادة 1، قرار وزير الاقتصاد والتجارة بتحديد رسوم إصدار وتجديد الترخيص بمزاولة خدمات الأعمال الاستشارية رقم 336 لسنة 2016.

<sup>4</sup> المادة 27، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

على عين، وهي تحويط هذه المسألة بضمانات إجرائية تحول دون تعسف السلطة التنفيذية في هذه المسألة فيما لو أتيح لها تنظيمها.

غير أن قانون نزع ملكية العقارات والاستيلاء عليها مؤقتاً للمنفعة العامة؛ قد فوّض السلطة التنفيذية تنظيم بعض مسائل هذا الموضوع، حيث حدّد القانون في المادة الثالثة الأحوال التي يُعدّ فيها عملٌ ما من أعمال المنفعة العامة، ثمّ أجاز لمجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير البلدية إضافة أعمال أخرى تكون ذات منفعة عامة<sup>1</sup>، وهو ما يعني أن المشرع العادي قد شاطر اختصاصه الدستوري بتحديد الحالات مع السلطة التنفيذية، مهدراً بذلك الغاية الدستورية اللازمة عن تحديد تلك الحالات بموجب قانون، وذلك يشكّل انحرافاً غائباً في المجال الإيجابي من حيث نصّ تفويض مجلس الوزراء بوضع حالات جديدة، ويشكّل في الآن ذاته انحرافاً سلبياً بتفويت غاية تطلّبها الدستور من وراء تعيين تلك الحالات بواسطة القانون تحديداً.

**5- التنازل عن اختصاص التجريم:** نص الدستور القطري على مبدأ الشرعية الجنائية، ففضى بالألا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون<sup>2</sup>، وبذلك خصّ السلطة التشريعية بوضع قواعد التجريم والعقاب دون السلطة التنفيذية، ليجعل عدالة التجريم والعقاب مرهونةً بمسارٍ إجرائي يضمن كفاءة تلك القواعد ووضوحها على أسس موضوعية.

بالرغم من ذلك، فوّض قانون الوقاية من الأمراض المعدية لمجلس الوزراء صلاحية تحديد الأفعال المجرّمة، حيث قرّر عقوبة الحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات والغرامة التي لا تزيد على مئتي ألف ريال أو بإحدى العقوبتين عن مخالفة الإجراءات والتدابير التي يتخذها مجلس الوزراء للمحافظة على الصحة العامة بما في ذلك فرض القيود على حرية الأشخاص في التجمع والانتقال والإقامة

<sup>1</sup> المادة 3، قانون نزع ملكية العقارات والاستيلاء عليها مؤقتاً للمنفعة العامة رقم 8 لسنة 2022.

<sup>2</sup> المادة 40، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

والمرور في أماكن أو أوقات معينة<sup>1</sup>، وعلى مثل ذلك جاء النص في تعديل هذا القانون<sup>2</sup>، وهو ما يعني أن مجلس الوزراء بات يتمتع بصلاحيّة تحديد الأفعال التي تشكّل جريمة تستحق إيقاع العقوبات الأنفة عليها، وفي ذلك انحرافٌ سلبي من حيث أن تنازل المشرّع عن الاختصاص بتحديد الأفعال المُجرّمة في هذا الشأن قد أودى بالغاية الدستورية المطلوبة في توفير ضمانات للأفراد بعدم تجريم فعلٍ ما إلا بموجب قانون.

**6- التنازل عن تحديد مخصصات الوزراء:** نصّ الدستور القطري على أن يكون تعيين مرتبات رئيس مجلس الوزراء والوزراء بأداة القانون<sup>3</sup>، ما يعني أن الدستور قد تغيّب جعل هذه المسألة بيد المشرع العادي لتتوازن الصلاحيات بين جهات الدولة، بما يتمتع معه أن يكون تعيين تلك المرتبات بيد السلطة التنفيذية استجابةً للغاية الدستورية التي أسندت هذه المهمة لمجلس الشورى تحقيقاً لتوازن الصلاحيات بين السلطتين.

غير أن المشرع في قانون الوزراء قد أحال تنظيم هذه المسألة للسلطة التنفيذية متنازلاً عن اختصاصه الذي أسنده الدستور له، حيث نص على أن استحقاق الوزراء للمخصصات الشهرية والمزايا والمكافآت يكون بموجب قرار أمير<sup>4</sup>. ولا معذرة في ذلك بأن المخصصات الشهرية تختلف عن المرتبات، فقد صدر القرار الأميري بذلك مقسماً المخصصات المالية إلى خمسة أقسام، على رأسها الراتب الأساسي الثابت<sup>5</sup>، ما يعني أن المخصصات المالية التي وردت في القرار أعم وأشمل

---

<sup>1</sup> المادة 21، 10، مرسوم الوقاية من الأمراض المعدية رقم 17 لسنة 1990.

<sup>2</sup> المادة 21، قانون رقم 9 لسنة 2020 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون الوقاية من الأمراض المعدية رقم 17 لسنة 1990.

<sup>3</sup> المادة 124، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>4</sup> المادة 5، قانون الوزراء رقم 21 لسنة 2004.

<sup>5</sup> قرار أمير رقم (13) لسنة 2007 بتعديل بعض أحكام القرار الأميري رقم (42) لسنة 1996 بشأن تحديد مخصصات الوزراء ومن في درجتهم.



من الرواتب المنصوص عليها في الدستور، فالتنازل عن تنظيمها للسلطة التنفيذية يخالف الغاية اللازمة من إسناد هذه المسألة لتنظيم المشرع العادي.

ورغم أنّ الأمثلة الماضية صحيحة من الناحية القانونية المحضة، إلا أنها لا تحيط من الناحية العملية بحقيقة واقع التشريعات في السياق القطري تمام الإحاطة، ذلك أن جميع التشريعات القانونية- السابقة على مجلس الشورى المنتخب- كانت تصدر عن مجلس الشورى المعين، فهي في حقيقة الواقع قد صدرت عن إرادة حكومية في المقام الأول، لأن أعضاء مجلس الشورى ظلّ اختيارهم بأداة التعيين منذ صدور الدستور الدائم عام 2004 وحتى انتخابات أعضاء مجلس الشورى في أكتوبر 2021، ولهذا يقول الدكتور حسن السيد "لا يمكن القول إن تنظيم الحقوق والحريات بالأداة التشريعية "قانون" يعد ضماناً لها في دولة قطر،" وهو محقّ في ذلك، لأن منطق الأمور يجري على أنّ المعين تابع لمن عينه، ولهذا نتفق معه فيما انتهى إليه من أن مجلس الشورى المنتخب ينبغي أن يراجع جميع التشريعات المتعلقة بالحقوق والحريات العامة فيعدّل ما يلزم منها بما يتفق مع الضمانات الدستورية<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> حسن السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، ط4، مرجع سابق، 176-177.

## الباب الرابع

### الجانب العملي للرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

تتوقف الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع على مرحلتين أساسيتين، الأولى هي تحديد الغايات الفعلية للنص الطعين تمهيداً للرقابة عليها. والثانية هي فحص تلك الغايات من حيث مدى اتفاقها وافتراقها عن الدستور. فإذا بدا للقضاء وجود انحراف غائي حكم بعدم دستوريته، وإلا حكم برفض الدعوى وأقر دستورية النص.

وعليه، يحتاج القضاء الدستوري إلى أدوات تعينه على تحديد النتائج النهائية للتشريع الطعين، كما يحتاج إلى معايير منضبطة تعينه على تحديد ما إذا كان التشريع قد انحرف غائياً أم لا. في مقاله شرع السنهوري ببيان معيار الانحراف الغائي قبل بيان أدوات تحديد الغايات الفعلية، رغم أن الترتيب المنطقي يقتضي بيان الأدوات قبل المعيار، ولربما اقتضت أهمية المعيار تقديمه في الذكر كونه الأساس الذي يُبنى عليه الحكم، بعكس الأدوات التي يحتاجها القضاء تمهيداً لذلك. ولما كان جميع الفقه قد سار على الترتيب ذاته فسوف نسير عليه.

أما القضاء الدستوري في مصر فقد تبنى خطأ واضحاً في المسألتين، فاستعان بالعديد من الأدوات في سبيل تحديد الغايات الفعلية تمهيداً للرقابة عليها، كما سلك مختلف الطرق والمستويات في إثبات الانحراف الغائي، فأحكام القضاء الدستوري تتضح بالعديد من الفروض التي يمكن من خلالها تأسيس معايير قضائية منضبطة لإثبات الانحراف الغائي والحكم على التشريعات بموجبها. ولاستيفاء جوانب هذه المسألة ينقسم هذا الباب إلى فصلين:

- الفصل الأول/ معايير الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع
- الفصل الثاني/ أدوات القضاء الدستوري في إثبات مقاصد التشريع

## الفصل الأول

### معايير الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

إنّ ثبوت اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على الغاية التشريعية يطرح سؤالاً مهماً يتعلّق بالمعيار الذي بموجبه يُقرّر القضاء وجود أو عدم وجود انحراف غائي، وإذا كان من المتفق عليه أن كل خروج عن المصلحة العامة يوقع في الانحراف الغائي، فإنّ اللازم على القضاء أن يضع معايير الإثبات التي تخضع لها الغاية التشريعية قبل الحكم بانحرافها عن الدستور أو اتفاقها معه. وفي هذه المسألة هناك بعدان أساسيان، بُعدٌ موضوعي يتعلّق بالمصلحة العامة كونها النتيجة النهائية التي ينبغي على المشرع تحقيقها، وبعدٌ ذاتي يتعلّق بما يعترى المشرعين من دوافع داخلية قد ترتبُ نتائج نهائية أخرى، وإزاء هذين البعدين أسّس الفقه معيارين لإثبات ما يصيب الغاية من عيوبٍ دستورية، فذهب الاتجاه الموضوعي لوضع قواعد موضوعية كدليل إرشادي للقضاء في الكشف عن الانحراف الغائي، بينما ذهب الاتجاه الذاتي إلى المناداة بضرورة فحص النوايا في سبيل تقصّي الغايات الفعلية الخفية.

أما القضاء الدستوري فلقد أسس من خلال أحكامه المتعاقبة مجموعة من القواعد التي تُهيئُ استخلاص معايير قضائية يُستهدى بها في الكشف عن الانحراف الغائي، وهذه الأحكام غفل الفقه عن معظمها؛ فظلت الفروض القضائية في إثبات الانحرافات الغائية ثابتة في تلك الأحكام دون أن تعاد صياغتها كمعايير ثابتة. وسعيًا للوفاء بمناقشة المعايير الفقهية في إثبات الانحراف الغائي واستخلاص المعايير القضائية في إثبات الأمر ذاته؛ ينقسم هذا الفصل لمبحثين:

- المبحث الأول/ المعايير الفقهية لإثبات عيب الانحراف الغائي
- المبحث الثاني/ المعايير القضائية لإثبات عيب الانحراف الغائي

## المبحث الأول

### المعايير الفقهية لإثبات عيب الانحراف الغائي

بدأ البحث عن معيار إثبات الانحراف الغائي في المجال الدستوري منذ مقالة السنهوري، فقد رأى أنه "إذا قسنا الانحراف في استعمال السلطة التشريعية على الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، لقلنا إن المشرع يجب أن يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق المصلحة العامة، فلا يتوخى غاية غيرها، ولا ينحرف عنها إلى غاية أخرى، وإلا كان التشريع باطلاً، ولكان المعيار هنا أيضاً معياراً ذا شقين، شق ذاتي وشق موضوعي<sup>1</sup>"، لكن السنهوري رفض هذا القياس وتبنى المعيار الموضوعي رافضاً الأخذ بالمعيار الذاتي رفضاً تاماً عند الرقابة الدستورية على أعمال السلطة التشريعية، إذ وجد القياس في هذه المسألة مع الفارق.

وعلى نقيض رأيه أنكر البعض جدوى المعيار الموضوعي ونادوا بالمعيار الذاتي بديلاً عنه، وعلى رأسهم الدكتور ماهر أبو العينين، حيث رأى بأن مقتضى الكشف عن الغاية الفعلية للمشرع يستدعي بالضرورة اعتماد معيار ذاتي يتصل بالنوايا<sup>2</sup>. وقد شايح كلُّ رأيٍ جمع من الفقه، فبنى بذلك اتجاهاً في المسألة، اتجاه ينادي بالمعيار الموضوعي وآخر ينادي بالمعيار الذاتي.

أمام هذين الاتجاهين نسجّل ملاحظات أولية ظهرت عند دراسة المعيارين الذاتي والموضوعي: أسس السنهوري المعيار الموضوعي للرقابة الدستورية على الغاية، ولا مبالغة في القول بأن الأمر قد بدأ منه وتوقّف عنده، فقد وضع خمسة فروض بصفتها مراتب للمعيار الموضوعي، ثم تلقّفها جانب من الفقه بالعرض والنقد الشديد<sup>3</sup>، واستطاع هدم جزء كبير منها دون أن يعير جهداً لإعادة

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 66-67.

<sup>2</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 298.

<sup>3</sup> أبراهيم: محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، مرجع سابق، ص 136 وما بعدها. وكذلك: سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 37 وما بعدها.

بناء أسسٍ موضوعية جديدة تحكم عمل القضاء الدستوري عند الكشف عن الانحراف الغائي،  
وجانبٌ آخر من الفقه قَبِلَ بعض تلك الفروض وأعرض عن بعض<sup>1</sup>، وجانبٌ ثالث قبلها كما هي<sup>2</sup>،  
فكان أن دَرَجَت معظم الكتابات الحديثة في هذا الموضوع على التقليد المحض للفروض الخمسة  
وعرض النقد الموجّه لها دون إضافة تُذكر، إلا على صعيد الهدم دون البناء.

في المقابل؛ دافع الكثيرون عن المعيار الذاتي<sup>3</sup>، لكنهم لم يوردوا أيّ فرض لهذا المعيار، فمقابل  
خمسة فروض بناها السنهوري للمعيار الموضوعي؛ لا نجد فرضاً واحداً بناه أنصار المعيار الذاتي،  
فمؤلفاتهم اقتصرت على تقديم بعض الأسس لتبني هذا المعيار ونقد حجج السنهوري في رفض  
الأخذ به، وقد اعتمدوا على إرث القضاء الإداري الذي حين تبني المعيار الذاتي طبقه-في الغالب-  
على قرارات فردية تفنقر للسماة التشريعية، فكان الاستناد لذلك الإرث لا يردم الفجوة بين طبيعة  
القرارات الفردية والتشريعات العامة المجردة، بما أفقده الدقّة، لكون القياس مع كبير فارق.

تكمُن المشكلة في أن الخلاف بين الفريقين- في جزءٍ كبير منه- هو خلافٌ شكلي وليس خلافاً  
حقيقياً، ومنشأ الخلاف هو عدم تحرير محلّ النزاع ابتداءً، فهل معيار إثبات الانحراف الغائي  
يتعلق بطبيعة وسائل الإثبات؟ أم أن المعيار يتعلق بطبيعة النتائج التي يصل إليها القضاء؟ وبعبارة  
أخرى: هل الذاتية والموضوعية وصفٌ لأدوات الرقابة، أم لنتائج الرقابة؟

---

<sup>1</sup> أبرزهم: أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مرجع سابق، ص 592 وما  
بعدها. وكذلك: آدم أبو بكر صافي النور، الانحراف بالسلطة في القانونين الإداري والدستوري، مرجع سابق، ص 147. وكذلك: رمزي  
الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 708.

<sup>2</sup> منهم: عادل عمر شريف، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص 373. وكذلك: شعبان رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على  
دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 429. وكذلك: لؤي كريم عبد، معيار الانحراف التشريعي في ميزان القضاء الدستوري والإداري،  
مرجع سابق، ص 366 وما بعدها. وكذلك: نورد نوزاد، الانحراف التشريعي ومدى مساسه بمبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص 20.

<sup>3</sup> على رأسهم: عبدالمنعم عبدالحميد شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 320. وكذلك: محمد  
ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 298. وكذلك: محمود الطائي، انحراف البرلمان في  
استعمال سلطته التشريعية، ج 1، مرجع سابق، ص 470.

ثمة خلطٌ واضح بين الأمرين، ويُستشَفُ هذا الخلط من نقد الفقه للفرض الأول الذي أبداه السنهوري، وتحديدًا المثال المتعلق بالتشريع الذي يلغي هيئة قضائية للتخلص من أعضائها ثم يُعاد تشكيلها بتشريعٍ آخر بعد مدّة وجيزة من تشريع الإلغاء، فقد اعتبر الفقه أن السنهوري في هذا المثال قد لجأ لمعيار ذاتي للكشف عن الانحراف الغائي، "وذلك لأن علم البرلمان هو الأساس في الحكم على صحة غايته وبطلانها<sup>1</sup>". ويجدر بنا الوقوف عند هذا النقد مليًا، فهل الذاتية تتعلق بطبيعة الوسيلة التي استدلّ بها السنهوري على علم البرلمان؟ أم أنّ الذاتية تتعلق بعلم البرلمان نفسه؟

إذا قلنا أنها تتعلق بالوسيلة التي كشفت عن علم البرلمان فإن الوسيلة لم تكن ذاتية، بل كانت وسيلة موضوعية لا مدخل فيها إلى الذاتية، تمتّلت في تحليل الظروف الخارجية لواقع إصدار التشريع، وربط القرائن المحيطة بإصدار تشريعيّ الإنشاء والإلغاء، وترتّب على ذلك التحليل نتيجة مفادها أن البرلمان قد قصد عزل بعض القضاة ولم يقصد إلغاء الهيئة القضائية، فلم يكن الكشف عن علم البرلمان بالعلم الشخصي للقضاة، ولا بالاستنباط الحسيّ حتى نقول بأن معيار الكشف عن علم البرلمان كان معيارًا ذاتيًا، بل كان بأدوات موضوعية، فهو معيار موضوعي إذن.

أمّا إذا قلنا أن الذاتية تتعلق بعلم البرلمان ذاته، فمعنى ذلك أن القول بمنع القضاء الدستوري من البحث في النوايا يعني منع إسناد نتائج ذاتية بصفةٍ عامة للسلطة التشريعية، حتى وإن كان الوصول إليها بسبيلٍ موضوعية، وهذا تقييد للوسائل القضائية دون قيدٍ دستوري، بل ودون قيد تشريعي، فلا يوجد في التشريعات الدستورية أو القانونية ما يمنع القضاء من استخلاص نتائج ذاتية إن هو سلك في استخلاصها طرقًا موضوعيةً في الاستدلال، والقول بغير ذلك هو غلٌّ ليد القضاء عمّا ينبغي أن يبسط يده عليه.

---

<sup>1</sup> عبدالمنعم عبدالحميد شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 281.

هذا وإنّ أصل الخلاف يرجع لمقالة السنهوري نفسها، فهو لم يحدد بوضوح مناط رفضه للمعيار الذاتي، أهو رفضٌ على مستوى وسائل الكشف أم على مستوى نتائج الكشف؟ فمن الناحية النظرية رفض السنهوري نسبة أغراض ذاتية للهيئة التشريعية<sup>1</sup> بما يفيدُ رفضه للمعيار الذاتي على مستوى النتائج، لكنه من الناحية العملية نسب أغراضًا ذاتية للهيئة التشريعية في بعض الفروض التي قدّمها<sup>2</sup> بما يفيدُ أن رفض المعيار الذاتي كان على مستوى الوسائل دون النتائج، وكان أولى بالسنهوري أن يفرّق بين المستويين-الأدوات والنتائج- فيحرّر المسألة تحريراً مفصلاً دون أن يترك المجال لتأويل قصده مفتوحاً على وجه الإلbas.

ورغم هذا الاضطراب بين التنظير والتفعيل؛ يبدو أن السنهوري رفض المعيار الذاتي على مستوى الوسائل، بدليل أن الفروض التي قدّمها لتأصيل المعيار الموضوعي هي عبارة عن وسائل وليست نتائج، فلا يمانع السنهوري من ترتيب نتائج ذاتية بوسائل موضوعية، لكنّ الذي يمانعه هو الوصول إلى نتائج ذاتية بطرق ذاتية، فهنا يكون المعيار ذاتياً. ومع ذلك، فإن عبارات السنهوري تحتل أن يكون رفضه للمعيار الذاتي على مستوى النتائج كذلك، فقد عبّر بوضوح عن عدم استساغته نسبة غايات ذاتية للسلطة العادية، غير أنّ معالجته للفروض الخمسة وما ترتب عليها من نتائج ذاتية في بعض الأمثلة؛ يوحي بأن عدم الاستساغة متعلق بأدوات الكشف أكثر من تعلقه بالنتائج.

من المهمّ هنا تعريف الذاتية والموضوعية، فما الفرق بين الذاتي والموضوعي في وصف أمرٍ ما؟ جوابُ هذا السؤال يبدو بدهياً لدرجة أن أحداً من الباحثين لم يلتفت إليه، لكنّ جزءاً من الخلاف بين المعيارين الذاتي والموضوعي ناشئ عن عدم اتّحاد الأفهام حول معنى الذاتي والموضوعي أولاً، وناشئ ثانياً عن عدم اتحاد مناطهما.

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 67

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 70.

يمكن القول بأن الذاتية تصدق على ما كان منطلقاً من عناصر لا تتسم بالعموم والتجريد، بينما الموضوعية تصدق على ما كان منطلقاً من عناصر تتسم بالعموم والتجريد، ولو أدى للكشف عن عناصر ذاتية. واعلم أن الذاتية تُفضي إلى نتائج ذاتية بالمطلق، بينما الموضوعية قد تفضي إلى نتائج موضوعية كما قد تفضي إلى نتائج ذاتية على حدٍ سواء. فالمنطلق الذاتي لا يصل إلا لنتيجة ذاتية، بينما المنطلق الموضوعي قد يصل إلى نتيجة موضوعية وقد يصل إلى نتيجة ذاتية.

من هذا المفهوم يظهر أن الموضوعية لها مناطان، الأول هو الوسيلة، والثاني هو النتيجة، فالوسيلة التي يستعملها القضاء للكشف عن الانحراف الغائي قد تكون وسيلة ذاتية وقد تكون وسيلة موضوعية، كما أن النتيجة التي يبلغها القضاء عند فحص الغاية قد تكون نتيجة موضوعية وقد تكون نتيجة ذاتية. وبيان ذلك فيما يلي:

- **من حيث الوسيلة**، تكون الرقابة على الغاية ذاتية متى انطلق فيها القضاء من عناصر شخصية في إثبات الانحراف الغائي، كأن يسلم بظن المدعي بوجود انحراف غائي دون تمحيص ذلك الظن، أو أن يستشف المقاصد بعلمه الشخصي من محادثة جرت بينه وبين أحد أعضاء البرلمان مثلاً، أو أن يعتمد في الحكم ما يُمليه عليه استتباطه الحسي، فتلك رقابة ذاتية ينبغي على القضاء الدستوري ألا يسلكها، فجميع تلك الوسائل تفتقر للعموم والتجريد، ولا يجوز الاعتماد على أي منها أو على ما ضارها في الطبيعة، لأن المعيار فيها معيار ذاتي.

بينما تكون الرقابة موضوعية متى انطلق القضاء فيها من عناصر عامة مجردة في إثبات الانحراف الغائي، كأن يستعين بتاريخ التطور التشريعي، أو محاضر الجلسات التشريعية، أو المذكرات الإيضاحية، أو الظروف المحيطة بإصدار التشريع، إلى غير ذلك مما يتسم بالعموم والتجريد، فإن ثبت له الانحراف الغائي بأحد تلك الوسائل كانت رقابته موضوعية حتى لو كشفت عن نتائج ذاتية، إذ العبرة في تحديد الذاتي من الموضوعي هو طبيعة الوسيلة وليست العبرة بطبيعة النتيجة.



- من حيث النتيجة، يكون الانحراف الغائي ذاتياً حين يكون ناشئاً عن عناصر ترتبط بذوات المشرّعين، كأن يثبت فساد نية أعضاء الهيئة التشريعية واتجاه مقصدهم لنقض غاية دستورية لازمة. بينما يكون موضوعياً حين يكون وليد عناصر لا ترتبط بذوات المشرّعين، كأن يكون ناشئاً عن تعارض الغاية التشريعية مع غاية دستورية لازمة هي أولى بالاعتبار في الميزان الدستوري مع ثبوت حسن نية المشرّع.

وعلى ذلك فإن الرقابة على الغاية ينبغي أن تكون رقابة موضوعية، فلا يجوز للقضاء إثبات الانحراف الغائي بالخوض في ذوات المشرّعين ابتداءً، بل ينبغي أن يكون إثباته بمجموع الأدلة والقرائن الخارجة عن ذوات المشرّعين. ومع ذلك، لا يغيّر من موضوعية معيار الإثبات أن يكشف عن نتائج تتعلق بذوات المشرّعين، لأن العبرة بموضوعية وسيلة الكشف وليس بالنتيجة.

كان ما مضى مهماً لتحرير المسألة، وبه يتّضح أن الرأي القائل بتبني معيار مختلط موضوعي ذاتي<sup>1</sup> لا يحلّ المشكلة بل يعمّقها. فعلى مستوى وسائل الرقابة لا يُقبل سوى المعيار الموضوعي، أما على مستوى النتائج فإن الذاتية تُقبل إذا كانت وليدة وسائل موضوعية فقط.

وفي هذا الفصل سنناقش ما ورد في الفقه بشأن المعيارين الذاتي والموضوعي، مازجين العرض بالتحليل إيجازاً للصفحات، وإحرازاً للفائدة، ومنعاً للتكرار، ففحوى تلك الاتجاهات معروف، ولهذا سنذكر لبّ الأفكار معرضين عن التفصيل إلا لما له مقتضى.

ولأجل ذلك نقسّم هذا المبحث إلى مطلبين:

- المطلب الأول/ المعيار الموضوعي لإثبات الانحراف الغائي.

- المطلب الثاني/ المعيار الذاتي لإثبات الانحراف الغائي.

---

<sup>1</sup> منهم: رمضان عيسى أحمد، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 236.

## المطلب الأول

### المعيار الموضوعي للانحراف التشريعي

وضع السنهوري خمسة فروض لتأصيل معيار موضوعي يمكن إثبات عيب الانحراف الغائي على أساسه، إذ وجد أن الضامن لكفاءة المعيار هو اتسامه بالثبات والاستقرار فلا يتفاوت الناس في فهم معناه ولا يختلفون في تفسيره. وقد بقيت تلك الفروض على حالها، إذ اقتصرَت المناقشات الفقهية حولها عند حدِّ التنفيذ أو التأييد دون التجديد، فلم نصادف مَنْ عدَّ لها أو أضاف إليها أو أخلَّ فروضًا جديدة، وغاية ما نجده هو هدم لجميعها أو بعضها، أو قبولًا مطلقًا لها.

وسعيًا للإحاطة بالمعيار الموضوعي الذي اقترحه السنهوري في مقاله الشهيرة؛ يجري تقسيم هذا المطلب على أساس تلك الفروض الخمسة، لمناقشتها فرضًا فرضًا مع ردود الأفعال الفقهية عليها:

#### الفرض الأول- طبيعة التشريع باعتبارها معيارًا موضوعيًا

يتعلق هذا الفرض باتخاذ صفتي العمومية والتجريد- التي يمتاز بها التشريع عن القرارات الفردية أو الأحكام القضائية- معيارًا موضوعيًا للكشف عن الانحراف الغائي، فالعمومية والتجريد صفتان لصيقتان بجوهر التشريع، ومتى افتقر التشريع إلى إحداهما فإن طبيعته التشريعية تختل، ويصبح محض قرارٍ فردي يستهدف حالةً بعينها أو شخصًا بعينه. ومثال ذلك أن يصدر البرلمان تشريعًا بإلغاء هيئة قضائية قاصدًا التخلص من أعضائها، ثم يُعاد تشكيل الهيئة بتشريع آخر بعد مدة وجيزة من تشريع الإلغاء، فالنتيجة النهائية لتشريع الإلغاء هي إصدار قرارٍ إداري بعزل أعضاء هذه الهيئة في صورة تشريع عام مجرد. وكذلك المثال المتعلق بصور تشريع عام مجرد في مناسبة قضائية معينة منظورة أمام المحاكم، بحيث لا ينطبق التشريع إلا على هذا القضية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 69.

وفق هذا الفرض الذي اعتبره السنهوري أقصى حدود الموضوعية والمرتبة الأولى لها؛ يكفي للقول بوجود انحراف غائي إثبات أن التشريع لم ينطبق إلا على حالة فردية بذاتها، وأن ذلك كان واضحاً كل الوضوح للبرلمان عند إصدار ذلك التشريع<sup>1</sup>.

وفي تقديرنا، لا يمكن التسليم بمعيار العمومية والتجريد في إثبات الانحراف الغائي، وذلك لسببين: الأول- تعذر إثبات أن التشريع لم يصدر إلا لحالة فردية، فلو استطعنا إثبات انطباق التشريع على حالة فردية قائمة؛ لم نستطع إثبات عدم انطباقه على مثيلاتها في قابل الوقائع.

في كلا المثالين لا يمكن إثبات أن التشريع لم ينطبق إلا على حالة فردية، فالتشريع المتعلق بإلغاء هيئة قضائية يتعلق بحالة معينة من حيث طبيعته<sup>2</sup>، وانطباقه على قاضٍ بعينه لا يلغي عمومية التشريع وتجريده ما دام سارياً على جميع الأعضاء الآخرين في الهيئة القضائية، وحتى لو أُعيد تشكيل المجلس بعد فترة وجيزة بذات الأعضاء مع إقصاء عضو بعينه، فتلك قد تصلح قرينةً على أن التشريع الأول قد صدر لإقصاء قاضٍ بعينه، لكنها بمفردها لا تصلح دليلاً.

أما المثال الآخر المتعلق بتشريع لا ينطبق إلا بمناسبة قضية معينة منظورة؛ فإن إثبات انطباقه على حالة فردية متعذر كذلك، لأن تطبيقه على القضية المنظورة لا يمنع تطبيقه على قضية أخرى من نفس نوعها في المستقبل، وذلك لا يقدح في عمومية التشريع وتجريده، أما إثبات أنها لن تطبق إلا على هذه القضية حتى في المستقبل، فهو أقرب للمحال، لاسيما حين يُصمّم التشريع على نحو تكون فيه الغاية غير المشروعة أثراً عرضياً لا مباشراً، فينطبق التشريع على القضية المنظورة التي أراد المشرع أن تنطبق عليها، وينطبق على غيرها من القضايا المماثلة. وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "النعي بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية بدعوى أنه صدر لمجابهة

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص70.

<sup>2</sup> عبدالمنعم عبدالحميد شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص281.

قضية واحدة منظورة أمام القضاء... يكون عارياً عن دليله، وإذ كان النص الطعين لا يخالف أي نص دستوري آخر، فإنه يتعين رفض الطعن عليه<sup>1</sup>.

**السبب الثاني-** حتى لو سلمنا - جدلاً - بإمكان إثبات عدم انطباق التشريع إلا على حالة فردية، فإنّ الحكم على هذا التشريع بالانحراف الغائي في المثالين لم يكن لغياب العمومية والتجريد. في كلا المثالين كان التشريع عامّاً مجرداً بالمعنى القانوني، فمن الصلاحيات التشريعية للبرلمان أن يلغي هيئة قضائية أنشأها، وليس في ذلك منافاة للعمومية والتجريد، وإلا لكانت القوانين التي تنشئ الهيئات القضائية منافيةً للعمومية والتجريد كذلك، وهو ما لا يقول به أحد. وكذلك بالنسبة للتشريع الذي يصدر بالمزامنة مع قضية منظورة أمام المحكمة، فهذا التشريع من الناحية النظرية لا يفتقر للعمومية والتجريد، لأن التزامن لا يصلح دليلاً. وفي كلا المثالين لم يكن إثبات عيب الغاية بالرجوع لطبيعة التشريع، بل باستظهار حقيقته من وقائع خارجة عن النص، فبها ثبت افتقار التشريعين للعمومية والتجريد عملياً رغم توافرها في التشريع نظرياً.

بهاتين النقطتين نسجّل اتفاقاً واختلافاً مع نقد الفقه لهذا الفرض، إذ نتفق مع القائلين بأنّ الحكم في هذا الفرض كان مبنياً على استظهار العناصر الذاتية التي شابت التشريع، لكننا نختلف مع قولهم بأنّ المعيار الذي تبناه السنهوري في هذا الفرض هو معيار ذاتي وأنّه لم يستطع أن يجعل من نظريته نظرية موضوعية محضة<sup>2</sup>، فوقوف السنهوري على مقصد التشريع كان بأدوات موضوعية تمثلت في القرائن الخارجية، واستخدام وسيلة موضوعية للكشف عن عناصر ذاتية لا يقدر في موضوعية المعيار، إذ العبرة بموضوعية المقدمات، فإذا كشفت تلك المقدمات عن نتائج ذاتية فإن ذلك لا يعني بأن المعيار ذاتي، بل يبقى المعيار موضوعياً.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 131 لسنة 22 قضائية، 7 يوليو 2002، برئاسة محمد فتحي نجيب. (ش.ق.ش | ر.م 74720)

<sup>2</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 232-236.

وأما نقض هذا الفرض بمقالة أنّ التشريع إما أن يكون قانونًا بحسب طبيعته الموضوعية فيعامله القضاء على هذا الأساس، وإما ألا يكون كذلك فيخضع لرقابة القضاء بحيث يُطبّق عليه المعيار الموضوعي لإبطاله ويُنبذ المعيار الشكلي<sup>1</sup>، فإنها مقالة لا تصحّ لنقض هذا الفرض، بل إنها تسير في ذات المسار الذي أراده السنهوري من هذا الفرض، لكن محل النزاع بين الفريقين متعلّق بتحديد الطبيعة الموضوعية للتشريع، ففي حين يرى الفقيه محمد عصفور أن الغاية ليست ضمن المجال الموضوعي لإعمال الرقابة الدستورية، فإن السنهوري يراها كذلك، ونحن نتفق مع السنهوري، لأن عناصر التشريع إما أن تكون شكلية وإما أن تكون موضوعية، والمعيار في ذلك هو طبيعة العنصر أهو متعلّق بمضمون التشريع أم هو ممّا يتأسّس عليه دون أن يؤثّر في مضمونه، فإن كان الأول فهو عنصر موضوعي، وإن كان الثاني فهو عنصر شكلي، ولمّا كان عنصر الغاية من العناصر المؤثرة في مضمون التشريع فهو من عناصره الموضوعية التي يراقبها القضاء الدستوري.

وأما ما عيب على هذا الفرض من أنه ينطوي على مخالفة للدستور وليس انحرافًا تشريعيًا وأن ما أورده السنهوري لا يعدو أن يكون من ضوابط العمل التشريعي<sup>2</sup>، فغير صحيح، إذ القانون الذي يلغي هيئة قضائية معيّنة سليم في جميع العناصر التي ربطها السنهوري بعيب مخالفة الدستور، فهو سليم من حيث الاختصاص والشكل والإجراءات والمحل، لكنه معيب في الغاية - المدموجة مع السبب عند السنهوري - لأنّ النتيجة الفعلية التي ابتغاها التشريع هي التخلص من أعضاء الهيئة التشريعية، فما لم يقرر القضاء وجود انحراف غائي فإنّه لا يمكن إبطال هذا التشريع على أساس اختلال عنصر آخر، والخلاف في هذه المسألة هو امتداد للبس الذي رافق المصطلحات التي انتخبها السنهوري للتعبير عن فكرته كما سبق البيان.

<sup>1</sup> محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، مرجع سابق، ص 140.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

وقد تمثل هذا الفرض في الطعن الشهير على القانون الخاص بتعديل بعض الأحكام الخاصة بنقابة المحامين، حيث قرر انتهاء مدة عضوية نقيب المحامين وأعضاء مجلس النقابة العامة الحاليين من تاريخ نفاذ القانون، وقضى بتشكيل مجلس مؤقت- بغير طريق الانتخاب- من اختيار وزير العدل من بين رؤساء وأعضاء النقابة الفرعية للمحامين، ومنح المجلس المؤقت صلاحية إعداد مشروع قانون للمحاماة بما يحقق مصالح المحامين وأهداف النقابة، وأوجب إجراء انتخابات لاختيار النقيب وأعضاء مجلس النقابة خلال سنتين يومًا التالية لنفاذ القانون<sup>1</sup>.

فطعن النقيب وبعض أعضاء النقابة على هذا القانون بعدما صدر قرار وزير العدل بتشكيل المجلس المؤقت، وكان من بين الدفوع أن القانون قد خرج عن العمومية والتجريد لتعلقه بواقعة مادية معينة تتمثل في إنهاء مدة مجلس النقابة المنتخب قبل نفاذها، فحقيقة التشريع أن الدولة استعانت بمجلس الشعب من أجل التخلّص من مجلس النقابة المنتخب، رغم أن قانون النقابة لا يسمح لغير جمعيتها العمومية غير العادية بإسقاط هذا المجلس، كما دفعوا بأن هذا القانون في حقيقته مجرد تصرف فردي وليس قاعدة تنظيمية، فهو وإن اتخذَ التعديل وصفًا له إلا أن نصوصه لم تتضمن أحكامًا عامة مجردة، فالقانون يستفد غرضه بمجرد صدوره دون أن يضع أي قاعدة عامة مجردة، وهو ما ينفي عنه صفة القانون، إذ القانون لا يصحُّ أن يستهدف حالة فردية، ولما كان القانون الطعن قد استهدف غرضًا لا يدخل في اختصاص السلطة التشريعية وهو غرض إيقاع العقوبة على النقيب وأعضاء النقابة لما نسب إليهم من مخالفات مسلكية بغير الطريق الذي رسمه القانون، فإنه يكون قد وقع في الانحراف الغائي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المواد: 1، 2، 3، 4، القانون رقم 125 لسنة 1981 بشأن بعض الأحكام الخاصة بنقابة المحامين.  
<sup>2</sup> تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 47 لسنة 3 ق دستورية، ص2. نقلًا عن: عبدالمنعم عبدالحميد شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص578، ص578.

في هذه القضية حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا القانون، لكنّها لم تبنِ حكمها على أساس الدفع الآنف<sup>1</sup>، بيدَ أنّ تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا كان قد أيد الطاعنين في ذلك الدفع، ومضى في التّدليل عليه إلى أبعد مما مضى إليه الطاعنون، حيث ارتأى بأن المادة الأولى والأعمال التحضيرية لهذا القانون قد دلّتا بوضوح على أن حكم المادة الأولى قد قصد أشخاصًا محددين ومعيّنين يضمّمهم تشكيل نقابي موحد وقد وُضِعَ القانون في سبيل إقصائهم ليس إلا، وذلك لما نُسب إليهم من وقائع رأها مجلس الشعب كافية لإدانتهم مسلكيًا، وهو ما صرّحت به المذكرة الإيضاحية تصريحًا لا يخفى<sup>2</sup>.

وقد استند التقرير في إثبات هذا القصد إلى تقرير لجنة تقصي الحقائق التي سجلها مجلس الشعب استجابة لرسالة رئيس الجمهورية التي أوكل فيها إلى مجلس الشعب مهمة التحقيق، حيث جاء في تقرير اللجنة بأن "مجلس نقابة المحامين قد تجاوز حدود العمل النقابي الأمر الذي لم يعد ممكنا معه أن يباشر هذا المجلس مهام النقابة بما يحقق صالح المحامين ويكفل لرسالة المحاماة أن تأخذ دورها في المجتمع"<sup>3</sup>. وهو ما استند إليه تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا، في أن التشريع قد أُصِدَّ به تشكيل قانوني معين بذاته ومحصور في أشخاص محددين بصفاتهم هم النقيب وأعضاء مجلس نقابة المحامين الذي كان قائمًا وقتذاك، وقد صدر هذا الحكم مقصورًا عليهم

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 47 لسنة 3 قضائية، 11 يونيو 1983، برئاسة فاروق سيف النصر. (ش.ق.ش | ر.م 36428)  
<sup>2</sup> جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون "لما بدأ مجلس النقابة الحالي ينحرف بالنقابة عن رسالتها ويتخذ منها بندا يتجمع فوقه أعداء النظام والحاقدون عليه كما أساء أعضاء ذلك المجلس التعبير عن رأي جمهرة المحامين في الخارج وبدا واضحا عجز المحامين عن محاسبة مجلس نقابتهم لتعذر ذلك في ظل القانون الحالي... لذلك طلب السيد رئيس الجمهورية في رسالة منه إلى مجلس الشعب تحقيق ما نسب إلى بعض أعضاء مجلس النقابة من وقائع ولما عرضت تلك الرسالة على اللجنة العامة بمجلس الشعب أوصت بتشكيل لجنة لتقصي الحقائق بشأن تلك الوقائع.. وقامت اللجنة بالمهمة التي وكلت إليها وقدمت تقريرها الذي منه إدانة بعض أعضاء مجلس النقابة والنقيب الأمر الذي يستوجب إنهاء مدة المجلس الحالي ونقبيه وتشكيل مجلس مؤقت بقرار يصدره وزير العدل يتولى إدارة النقابة حتى يتم إعداد مشروع قانون متكامل للمحاماة يحقق رجاء المحامين."

<sup>3</sup> تقرير لجنة تقصي الحقائق، ملحق بالقانون رقم 125 لسنة 1981، بشأن بعض الأحكام الخاصة بنقابة المحامين.

وحدهم، ولا يمتد إلى سواهم، مما يطبع هذا الحكم بطابع الذاتية والتخصيص ويفقده صفتي العموم والتجرد، وتتنفي عنه تبعاً لذلك طبيعة التشريع وخصائصه وينحدر به إلى مرتبة الأعمال الإدارية الفردية التي تخرج عن ولاية مجلس الشعب طبقاً لأحكام الدستور<sup>1</sup>.

فهذا التقرير تبني معيار العمومية والتجريد الذي وضعه السنهاوري لإثبات عيب الانحراف الغائي، لكن استخلاص ذاتية التشريع في تقرير الهيئة لم يكن من بنيته النصية وإنما كان من المستندات والظروف التي أحاطت بصدور النص وكشفت عن الجانب الخفي منه.

أمّا المحكمة الدستورية العليا فلم تسلك هذا الطريق، وأعرضت عن تبني معيار العمومية والتجريد، واستعاضت عنه بمعيار الغايات اللازمة، مستخلصةً مقاصد الدستور أولاً ومُخضعةً نتائج النص الطعين لتلك المقاصد ثانياً، حيث قرّرت بأن "المشرع الدستوري إذ نص في المادة 56 من الدستور على أن "إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطي حق يكفله القانون" إنما عني بهذا الأساس توكيد مبدأ الحرية النقابية بمفهومها الديمقراطي الذي يقضي - من بين ما يقضي به - أن يكون لأعضاء النقابة حق في أن يختاروا بأنفسهم وفي حرية قياداتهم النقابية التي تعبر عن إرادتهم وتتوب عنهم الأمر الذي يستتبع عدم جواز إهدار هذا الحق بحظره أو تعطيله<sup>2</sup>". فهنا استخلصت المحكمة الغاية اللازمة من نص الدستور على ديمقراطية إنشاء النقابات، ثم على أساس هذا التأصيل بيّنت كيف أنّ القانون الطعين يُفضي إلى نتيجة تعارض مقاصد الدستور.

حيث وجدت المحكمة أن القانون الطعين بما نصّ عليه من إنهاء عضوية نقيب المحامين وأعضاء النقابة المنتخبين "يكون قد أقصاهم عن مناصبهم النقابية قبل نهاية مدة العضوية وذلك عن غير طريق هيئة الناخبين المتمثلة في الجمعية العمومية للنقابة، فعطل حق اختيارها لهم، وحال دون

<sup>1</sup> تقرير هيئة مفوضي المحكمة الدستورية العليا السابق، نقلًا عن: عبدالمنعم شرف، المعالجة القضائية...، مرجع سابق، ص 684.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 47 لسنة 3 قضائية، 1983، ر. فاروق سيف النصر، حكم سابق.



هذه الجمعية... ومن ثم تكون المادة الأولى المشار إليها قد انطوت على مخالفة لنص المادة 56 من الدستور لإخلالها بمبدأ الحرية النقابية وتعارضها مع الأساس الديمقراطي الذي أرساه هذا النص قاعدة لكل بنیان نقابي<sup>1</sup>.

بذلك، لم تلجأ المحكمة للخوض في الدوافع، واكتفت بالنتيجة النهائية التي تظهرها الوقائع، وهي إقصاء أعضاء النقابة بغير الطريق المشروع بما يخالف الغايات اللازمة من النص على ديمقراطية إنشاء النقابات، وهذا الطريق أكثر رصانة وحكمة، لأن المحكمة تعاملت بمنطق الحقيقة والحسم، دون مدخلٍ للظن أو الوهم، وصرفت نظرها عن الأمور الجدلية إلى الأمور القطعية، دون أن تقبل تمرير غايات غير مشروعة، وهذا ما ينبغي أن يكون.

#### الفرض الثاني- مجاوزة التشريع للغرض المخصص الذي رسم له

هذا الفرض كان من آثار العملية القياسية، وإلا فإنه في المجال الدستوري شديد الندرة كما تقدم، إذ يقول السنهوري بأنه في المجال الإداري كثيرًا ما يحدد القانون أهدافًا مخصصة للأعمال الإدارية بحيث لا يتجاوزها موظف الإدارة، وهو ما يُعرف بقاعدة تخصيص الأهداف، ثم ينزل بهذه القاعدة إلى المجال الدستوري فيقول "هذه القاعدة ليست كثيرة التطبيق في ميدان التشريع، فقل أن يقيد الدستور المشرع في أن يشرع في دائرة معينة لا يتخطاها، ولهذه مخصص لا يجاوزه، والأصل إطلاق سلطة المشرع في التشريع، فيقوم بتنظيم الروابط الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وغيرها من الروابط، ولا يتقيد بهذا التنظيم بهدف غير المصلحة العامة<sup>2</sup>".

وهذا القول صحيح بالمنظار القياسي، لكنه لا يكون صحيحًا إذا نظرنا إليه بالمنظار الدستوري، فالمشرع مقيد بكافة ما ورد في الدستور جملةً وتفصيلاً، صراحةً وتضمنياً، وليس من سلطة مطلقة

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص71.

للمشرع، وأقصى ما يكون له سلطة تقديرية تخضع لرقابة القضاء الدستوري، فلسنا على وفاقٍ مع القول بأن "الأصل إطلاق سلطة المشرع" إذ الإطلاق نقيض التقييد، والمشرع مقيدٌ أبداً بالحدود الدستورية قلّت أم كثرت، ظهرت أم ضمرت، وتمتّع المشرع بتقدير واسع لا يتعارض أبداً مع تقييده بالغايات المطلوبة دستورياً عند مباشرة صلاحياته.

كما أن "قاعدة تخصيص الأهداف ليست كثيرة التطبيق في ميدان التشريع، فقل أن يقيد الدستور المشرع في دائرة معينة لا يتخطاها، ولههدف مخصص لا يجاوزه، وأقل من القليل، بل يكاد يكون في حكم النادر، أن يقيد المشرع نفسه في دائرة غرض معين<sup>1</sup>". فالدستور لا ينصّ عادةً على غايات مخصصة، لكنه يلزم المشرع بغايات عديدة هي من لوازم النصوص الدستورية، فقاعدة الأهداف المخصصة لن يطبقها القضاء إلا في حالات نادرة، وتُغني عنها في الأحوال الغالبة قاعدة الأهداف اللازمة كما مضى البيان في الباب الأول.

وقد ساق السنهوري مثالين على هذا الفرض، يتعلق الأول بغايات صون الأمن والنظام العام في تشريعات الأحكام العرفية، والثاني يتعلق بغايات وقاية النظام الاجتماعي في تشريعات الصحافة والاجتماعات العامة. لكنّ الغايات المخصصة في كلا المثالين تتعدد فيها النتائج النهائية المشروعة على نحوٍ تثبت به سلطة تقديرية واسعة للمشرع، فلا تشكّل تلك الغايات المخصصة قيوداً واضحة، فهي من المفاهيم التي يجتمع فيها الشيء ونقيضه، فقد تقدّر السلطة أن حفظ النظام الاجتماعي يقتضي كبح حرية الصحافة حتى لا تصل المعلومات الحساسة للجمهور وتُحدّث جلبةً في المجتمع، وربما قدّرت العكس فرأت أن حرية الصحافة تؤدي لتوعية الجمهور بما يحفظ النظام الاجتماعي. والحال مماثل بالنسبة لغاية صون الأمن العام في الأحكام العرفية، فتحديد حالات أعمال الأحكام

---

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1198 لسنة 9 قضائية، 11 أبريل 1964، مصطفى كامل إسماعيل. (ش.ق.ش | ر.م 31876)

العرفية على سبيل الحصر قد يُخفّف من عمومية الغاية لكنه ضعيف الأهمية، لأن تحديد تلك الحالات خاضع لتقدير المشرّع، وليس للحدود الدستورية. ومع ذلك، فإن هذا الفرض قابل للتطوير كميّار لإثبات الانحراف الغائي، لكنه بحاجة لمزيد تأصيل وتمحيص، وهو ما سنأتي عليه.

### الفرض الثالث- كفالة الحقوق والحريات في حدودها الموضوعية

يُميّز السنهوري بين نوعين من الحقوق والحريات، فهناك حقوق وحريات مطلقة لا تقبل التقييد أو التنظيم، وهناك حقوق وحريات أوكل الدستور تنظيمها للمشرّع. حيث تقع الأولى ضمن مجال الانعدام فلا سلطة للمشرّع في تنظيمها أو تقييدها، أما الثانية فللمشرّع سلطة تقديرية في تنظيمها على ألا ينحرف عن غرض التنظيم إلى أغراض أخرى<sup>1</sup>، فإذا كان تنظيم الحق منطويًا على نقضه أو انتقاصه فإنه يكون مشوبًا بعيب الانحراف الغائي. وينطلق هذا الفرض من فرضية مفادها أن كل حق أوكل الدستور تنظيمه للمشرّع قد رسم له غاية لازمة لا يجوز الانحراف عنها وهي غاية تنظيم الحق بغير انتقاص أو نقض، وموضوعية المعيار في هذا الفرض تبرز في أنه يكفي لإثبات الانحراف التذليل على أن التشريع المنظم قد انتقص الحق أو نقضه<sup>2</sup>.

غير أن ثبوت انتقاص التشريع لحق ما أو نقضه يعني انحراف التشريع في محلّه وليس في غايته، ويثبت عيب الغاية حينئذ بالتبعية لا بتجرّد، ذلك أنّ عدول المشرّع عن غاية التنظيم إلى غيرها يحتاج إلى قرينة أخرى غير انتقاص الحق أو نقضه، فربّما قدّر المشرّع أن انتقاص حقّ معيّن أدعى لحفظ حقوقٍ أخرى مثلما لو استلزم إصدار ترخيص لمباشرة الأعمال التجارية حفظًا لحقوق المستهلكين من النصب والاحتيال، كما أنّ نقض بعض الحقوق قد يكون لغاية حفظ حقوق أخرى، كما لو قدّر المشرّع حظر حيازة السلاح حفاظًا على الحق في الأمن.

<sup>1</sup> مضت مناقشة هذا التقسيم في الباب الأول من هذه الأطروحة، ص 32.

<sup>2</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 74.

فهذا الفرض لا يكشف عن الغايات غير المشروعة وإنما يكشف عن الوسائل غير المشروعة، فالأمثلة التي أوردها السنهوري جميعها تنطوي على عيب في المحل، بحيث يكون الانحراف الغائي تبعياً لا مجرداً، فلم يثبت عيب الغاية باستقلالٍ عن عيب المحل في أي من الأمثلة التي أوردها، فضلاً عن أنّ انتقاص الحق أو نقضه لا يتعارض مع غايات التنظيم في بعض الأحوال.

لهذا انتقد البعض هذا الفرض لكون انتقاص حقٍ أو نقضه يرتب مخالفة للدستور لا انحرافاً غائياً<sup>1</sup>، فوفق التقسيم والتوزيع الذي اعتمده السنهوري؛ لا يشكل خروج التشريع عن الدستور في المحل انحرافاً غائياً، بل مخالفة للدستور. فهذا الفرض فعلاً لا يفيد في إثبات الانحراف الغائي استقلالاً، وإنما قد يفيد في إثبات عيب المحل، والذي بثبوته يثبت الانحراف الغائي بالتبعية.

**الفرض الرابع - احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة ومن غير تعويض**  
ينطلق هذا الفرض من قاعدة عدم سريان التشريع بأثر رجعي، فالأصل أن التشريعات لا تسري على الماضي لئلا تمس بالحقوق المكتسبة، ويجعل السنهوري من هذا المبدأ المنصوص عليه دستورياً فرضاً بحاله<sup>2</sup>، وعلى أساس ذلك يرى السنهوري بأن الإسراف في النص على الأثر الرجعي للقوانين يعدّ انحرافاً غائياً في استعمال السلطة التشريعية، فالمعيار الذي وضعه هنا أن كل إسراف في النص على الأثر الرجعي للتشريع يكشف عن انحراف غائي<sup>3</sup>.

وقبل عرض التطبيقات التي تناولها، ننوّه إلى أن الدستور منح المشرع سلطة تقديرية في تجاوز قاعدة عدم سريان القانون بأثر رجعي استثناءً من القاعدة<sup>4</sup>، ولذلك فإننا نخالف معيار "الإسراف" الذي وضعه السنهوري، وذلك لسببين:

<sup>1</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 241.

<sup>2</sup> المادة 27، دستور مصر 1923. يقابلها: المادة 225، دستور 2014 المعدل 2019.

<sup>3</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 79-80.

<sup>4</sup> المادة 27، دستور مصر 1923: "ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص".

**الأول-** أن هذا المعيار يعتمد على الجانب الكمي، لكن العبرة بمضمون تلك الاستثناءات وكيفية تقريرها وليس بكمّها، فقد يصدر المشرع استثناءات عديدة على القاعدة وتكون غاياته متفّقة مع الدستور، وقد يكفي المشرع باستثناءٍ أو اثنين وينحرف في ذلك عن الدستور غائبًا، فهذا المعيار شكلي لا يخدم الطبيعة الموضوعية للغاية ويفضي إلى نتائج عشوائية.

**الثاني-** أن الإسراف مسألة نسبية، لأن ما يعدُّ إسرافًا عند أحدهم لا يُعدُّ كذلك عند غيره بالضرورة، فمتى نقول أن المشرع قد أسرف في مباشرة اختصاصه الاستثنائي؟ هل بوضعه خمسة استثناءات أم بوضعه عشرة استثناءات أم غير ذلك؟ لا شك أن تحديد المشرع بعددٍ محدّدٍ من الاستثناءات غير عملي ويعارض المقصد الذي مُنح الاستثناء من أجله، وهو ترك مساحةً لتقدير المشرع لما يتعدّر على المشرّع الدستوري توقّعه وحصره، ولهذا فإن الإسراف ليس معيارًا موضوعيًا، بل هو معيار ذاتي، يختلف باختلاف الأنظار ولا يصحّ لضبط المسألة بسبب تفاوت تقديره.

لكن هل معنى ذلك أن سلطة المشرع في تقدير الاستثناء مطلقة لا رقابة عليها؟ قرّر البعض أن تقدير الاستثناءات من إطلاقات المشرع وأن الرقابة على ذلك هي رقابة ملاءمة تخرج عن دائرة الرقابة الدستورية، فإذا بأشرها القضاء يكون متجاوزًا لحدوده التي رسمها الدستور<sup>1</sup>.

إنّ صحّة هذا القول تتوقّف على مضمون الاستثناء، فإن استهدف غاية لا تتعارض مع الدستور فحينئذ يكون التشريع سليمًا ولا مدخل للقضاء في الرقابة عليه، لكن إذا كانت الغاية من الاستثناء تتعارض مع الدستور فعندئذ لا يخوض القضاء في مدى ملاءمة التشريع، بل في مدى اتفاق غايته مع الدستور، وذلك مما يقع ضمن اختصاص القضاء الدستوري بلا ريب<sup>2</sup>. وفيما يلي نتناول التطبيقات التي ساقها السنهوري لهذا الفرض بالعرض والتحليل، وهي أربعة تطبيقات:

<sup>1</sup> محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، مرجع سابق، ص 141.

<sup>2</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 299.

1- تشريع يستر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعي: حيث يصدر التشريع عامًا مجردًا لكنه يستبطن

إيقاع عقوبة على فعلٍ ماضٍ، مثل التشريع الذي يستثني فرقةً من الجنود من الانتفاع بالتسريح المبكر بسبب مخالفتهم الأوامر في وقتٍ سابق، فهذا الاستثناء غايته معاقبة تلك الفرقة عن مخالفةٍ ماضية، ومن ثم يكون معيبًا بالانحراف الغائي كونه تغيا معاقبة هؤلاء بأثر رجعي<sup>1</sup>.

إن عدم دستورية هذا التشريع يرجع إلى خللٍ في المحل وخللٍ في الغاية كلاً على حدة، فخلل المحل كونه يخالف مبدأ المساواة فيميّز بين طوائف الجنود على غير أساس واضح للتمييز وهذا ظاهرٌ من النص نفسه، عوضًا عن كونه يُجري الأثر التمييزي على أفعالٍ وقعت في الماضي. وأما عيب الغاية والمتمثل في قصد إيقاع العقوبة فإن إثباته كان بالقرائن الخارجية للتشريع، فثبوت غاية إيقاع العقوبة عُرف من تزامن التشريع مع مخالفة الجنود للأوامر، إلى جانب تحديد هذه الفرقة من الجنود تحديداً، وهي مسألة لا يكشف عنها ظاهر النص، وإنما يكشف عنها تتبع سياقه، وهذا من الأمثلة الصحيحة على الانحراف الغائي، لكن ليس لأن المشرع قد أسرف في إعمال الأثر الرجعي، بل لأن القصد التشريعي قد انصرف لتوقيع عقوبة مقنعة.

وقد وافق السنهوري على صحة هذا المثال كثيرًا من نقّاده، وعلى رأسهم الفقيه المرحوم أحمد كمال أبو المجد، إذ أقرّ بأن المشرع قد يستر وراء أحد اختصاصاته نشاطًا يمنع الدستور كما لو أصدر تشريعاً يستر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعي، وقد أكد على ضرورة رقابة القضاء الدستوري على مثل هذا التحايل على الدستور وإلا ذهبت القيمة الحقيقية للقيود الدستورية وفتّح باب خطير للاعتداء على الحقوق المكتسبة تحت ستار مشروع<sup>2</sup>، وإلى مثل ذلك ذهب كلٌّ من الدكتور محمد أبو العينين<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 80.

<sup>2</sup> أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مرجع سابق، ص 596.

<sup>3</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 241.

والدكتور رمزي الشاعر<sup>1</sup>، ونحن نقرُّ صحّة هذا المثال، على أن معيار الكشف عن مثل هذا الانحراف الغائي تحتاج مزيداً من الضبط، وسيأتي بيان ذلك.

2- **تشريع لاحق يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره:** حيث يصدر التشريع لتفسير تشريع سابق، والتشريعات المفسّرة تعدُّ ذات أثر رجعي، كونها لا تنشئ قاعدة جديدة وإنما تفسر قاعدة موجودة بالفعل، غير أنه من المتصور صدور تشريع مفسّر ينطوي على تعديل للتشريع السابق بما يضيف حكماً جديداً على التشريع الأول، فلا يصحّ سريانه بأثر رجعي وإلا عدّ انحرافاً غائياً، وذلك مثل التشريع الذي يصدر لتفسير تشريع ضريبي سابق فيتضمن زيادة في مقدار الضريبة، فالتشريع المفسّر هنا يتضمّن تعديلاً للتشريع بأثر رجعي على نحو يزيد الأعباء الضريبية، ويرى السنهوري أنه يكفي التثبت من أن التشريع المفسّر قد تضمّن حكماً جديداً للقول بانحرافه غائياً<sup>2</sup>.

وأساس الانحراف الغائي في هذا التطبيق هو خروج المشرع من غاية التفسير إلى غاية التعديل وترتيب نتائجها بأثر رجعي، وقد اعتدّت المحكمة الدستورية العليا بذلك، فاعتمدت مبدأً عاماً مفاده أن "سلطة تفسير نصوص التشريع سواء تولتها السلطة التشريعية أم باشرتها الجهة التي عهد إليها بهذا الاختصاص- المحكمة الدستورية العليا- لا يجوز أن تكون موطناً إلى تعديل هذه النصوص ذاتها بما يخرجها عن معناها أو يجاوز الأغراض المقصودة منها"<sup>3</sup>.

وبالفعل، بنت المحكمة قرارها بعدم الدستورية وفقاً لما مضى، إذ تتلخص أحداث القضية في صدور قانون بغرض تفسير عبارة "خدمات التشغيل للغير" الواردة في قانون الضريبة، فنعى الطاعن على قانون التفسير مخالفة الدستور لكون عبارة "خدمات التشغيل للغير" جاءت عامة وغير محددة، بما

<sup>1</sup> رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 708.

<sup>2</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 18.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 232 لسنة 26 قضائية، 15 أبريل 2007، برئاسة ماهر عبدالواحد. (ش.ق.ش.ر.م. 287093)

يخوّل السلطة التنفيذية إضافة خدمات جديدة وإخضاعها للضريبة بالمخالفة لنص الدستور الذي لا يجيز فرض الضريبة بغير قانون، علاوةً على "خروج القانون في تفسيره لعبارة "خدمات التشغيل للغير" وحصره للأنشطة التي تندرج تحتها عن إرادة المشرع ومقصده منها<sup>1</sup>."

وقد استجابت المحكمة لهذا الدفع، فقضت بأن القانون وإن صدر بدعوى تفسير المقصود من عبارة "خدمات التشغيل للغير" إلا أن نصوصه لم تضع تعريفاً عاماً مجرداً للخدمات والأعمال التي ارتأت إخضاعها للضريبة، بل عدّد المشرّع خدمات بعينها رامياً بذلك لتصحيح الخطأ الذي وقع فيه عند تحديد النشاط الخاضع للضريبة ووعائها، وتقنين ما صدر عن مصلحة الضرائب على المبيعات من قرارات ومنشورات في هذا الشأن، وذلك لتحقيق مصلحة مالية تتمثل في الحفاظ على موارد الخزنة العامة من حصيلة تلك الضريبة، ليغدو هذا القانون في حقيقته تعديلاً لأحكام ذلك القانون السابق وليس تفسيراً له. وعلى أساس ذلك قضت بعدم دستورية عبارة "خدمات التشغيل للغير" في قانون التفسير، وعدم دستورية الأثر الكاشف الذي نصّ عليه القانون المفسّر، وذلك لأن الغاية الفعلية انصرفت لتعديل النص لا لتفسيره، وغاية التعديل على هذه النحو تتعارض مع المقننات الدستورية<sup>2</sup>، وهذا المثال مثل سابقه أقرّه بعض نقّاد نظرية السنهوري<sup>3</sup> وهو مثال صحيح.

**3- إطالة مدة التقادم في قانون الضرائب:** يفرّق السنهوري بين تشريع يطيل مدة تقادم الضريبة قبل انقضاء المدة الأصلية، وبين تشريع يقرّر وضع مدّة جديدة للتقادم بعد انقضاء المدة الأصلية. في التشريع الأول لا يرى السنهوري إشكالاً في دستورية التشريع، فقد يرجع ذلك لضرورة مدّ الفترة من أجل منح عمال الضرائب مهلة كافية لجبايتها. أما في الثاني فإن التشريع يمس حقاً مكتسباً،

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

<sup>3</sup> أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 596. وكذلك: رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مرجع سابق، ص 708. وكذلك: محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 241.



لأن مضي المدة السابقة يعني سقوط الضريبة عن عاتق المدينين بها، وتشريع تمديد المدة إنما يعيد الضريبة بأثر رجعي بعد سقوطها، وهو ما قد يرهق الممولين بما لم يحسبوا له حساباً، ويكفي التنبّث من انقضاء المدة الأصلية للاستيثاق من وقوع الانحراف الغائي في هذه الحالة، وأن المشرع لم تكرهه قوة قاهرة على تكليف الممولين هذا العنت<sup>1</sup>.

لا تتعلق المسألة المعروضة في هذه الحالة بعنصر الغاية، فهبّ أن المشرع وضع مدّة جديدة للضريبة بعد تقادمها مستهدفاً أحسن الغايات، أيكون القانون حينها دستورياً؟ الجواب كلاً، ذلك أن عدم دستورية هذا القانون عائدٌ لعيب في الاختصاص وليس لعيب في الغاية، فالنص الدستوري يقضي بأن "لا يكون إنشاء الضرائب العامة، أو تعديلها، أو إلغاؤها، إلا بقانون"<sup>2</sup>، ولا يقع ضمن هذه الاختصاصات استرجاع الضريبة التي انقضت بالتقادم، فذلك لا يعدُّ إنشاءً ولا تعديلاً ولا إلغاءً للضريبة، وإنما هو مسألة تتجاوز اختصاص المشرع في المسائل الضريبية، ذلك أنّ وضع مدة جديدة للتقادم بعد انقضاء المدة الأصلية لا يعدو أن يكون مساساً بالمراكز القانونية التي استقرت بانقضاء المدة الأصلية، وهو ما لا يبرّره اختصاص المشرع في المسائل الضريبية، فمهما بلغ نبل الغايات التي يتوخاها هذا التشريع فإنها تبقى معيبة لانبنائها على اختصاص معيب، ولا يغيّر من ذلك أن يواجه المشرع قوة قاهرة تدعو لتجشيم الممولين هذا العنت، ففي وسع المشرع إذا ما تحسّس ذلك الخطر تمديد المدة قبل انقضائها فيباشر اختصاصه بتعديل الضريبة، أما بعد انقضاء المدّة وخلق الذمم فلا يكون له نقض هذا الوضع بتشريع يضع مدة جديدة.

**4- قوانين التضمينات:** تعفي هذه القوانين الحكومة من المسؤولية عمّا وقع قبل صدورهما، حيث يصدر قانون الأحكام العرفية مانحاً للحكومة اختصاصات واسعة لمواجهة الأحوال الاستثنائية التي

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، 81-82.

<sup>2</sup> المادة 134، دستور مصر 1923.

تتعرض البلاد فيها لخطر جسيم مُحدق، ثم تتجاوز الحكومة حدود ذلك القانون، فيصدر قانون التضمينات ليعفي الحكومة من المسؤولية عن تلك التجاوزات. ويستشكل السنهوري الحالة التي يسري فيها هذا القانون بأثر رجعي فيعفي الحكومة عن أعمالٍ وقعت قبل صدوره وتولدت عنها حقوق مكتسبة لا يجوز إهدارها عن طريق عدم جواز سماع الدعوى فيها<sup>1</sup>.

لا تبدو المشكلة الأساسية في قوانين التضمينات أنها تسري على الأفعال الماضية بأثر رجعي، فلو أنّ قانون الأحكام العرفية هو الذي نصّ على إعفاء الحكومة من مسؤوليتها إذا ما تجاوزت حدود اختصاصاتها في ظل الأحكام العرفية، هل يكون التشريع سليماً عندئذٍ؟ لا مرأى على أن الجواب بالنفي، ذلك أن المشكلة الأساسية في قوانين التضمينات تتمثل في ابتغائها تحصين أعمال الحكومة خلال فترة سريان أحكام القانون العرفية من المسؤولية أمام القضاء، فهي تمنح السلطة التنفيذية سلطة مطلقة تجعلها تتصرف في ظرف الأحكام العرفية بلا رقيب ولا حسيب، وهذا الأمر يجعل التشريع معيباً في الاختصاص، ومعيباً في المحل، ومعيباً في الغاية.

أما عيب الاختصاص فلأن قانون التضمينات يصادر اختصاص القضاء بالفصل في المنازعات الإدارية دون سندٍ، فيمنعه من النظر في تلك المنازعات، بما يشكل اعتداءً على السلطة القضائية. ويمكن عيب المحل في انتهاك الحق في التقاضي الذي مؤداه أن يتمكن كل مدّع بانتهاك حقوقه من سماع دعواه أمام جهة قضائية، وقانون التضمينات يخالف ذلك بتقريره عدم جواز سماع أي دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أحد أعمال السلطة العرفية.

ويمكن عيب الغاية في استهداف النص غاية غير مشروعة تتمثل في تحصين الجهاز التنفيذي من رقابة القضاء بالمخالفة لغاية دستورية لازمة مؤداهها خضوع الحكام والمحكومين لأحكام

---

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 87.

الدستور، وذلك مؤدى مبدأ سيادة القانون. وهذا ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا بشأن الطعن على نصّ قضي بأن "لا تترتب أية مسؤولية ولا تقبل أية دعوى على الحكومة المصرية أو أحد مصالحها أو موظفيها أو الرقيب العام أو أي موظف تابع له أو أي شركة أو أي فرد بسبب أي إجراء اتخذ تنفيذاً لأعمال الرقابة وفي حدود اختصاصها المبين في هذا الأمر<sup>1</sup>".

حيث قضت بعدم دستورية هذا النص، مؤسّسةً حكمها على عدم مشروعية قصد المشرّع، فقد رأت بأن "مؤدى ذلك أن المشرّع قصّد بحكم هذه المادة الأخيرة أن يحصن كافة القرارات والأعمال التي يتخذها القائمون على شؤون الرقابة ضد أي طعن بإلغائها أو أي مطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها فجاء النص بإعفائهم هم والحكومة والجهات التي يتبعونها إعفاءً مطلقاً من كل مسؤولية تترتب عليها، فحظّر قبول أية دعوى بشأنها، كاشفاً بذلك عما تغياه المشرّع من هذه المادة برمتها من إغلاق باب كل منازعة في تلك القرارات والأعمال وحجب حق التقاضي بصددتها... ومن ثم فإن المادة الثامنة من هذا الأمر إذ تقضي بعدم ترتيب أية مسؤولية وعدم قبول أية دعوى على الحكومة أو موظفيها أو الرقيب العام بسبب أي إجراء اتخذ تنفيذاً لأعمال الرقابة المشار إليها تكون قد انطوت على مصادرة لحق التقاضي وإخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين<sup>2</sup>".

ولو افترضنا أن عيب الاختصاص قد عولج بنصّ دستوري يخوّل المشرّع استثناء بعض المسائل من رقابة القضاء، وأن عيب المحل قد عولج بالسماح للأفراد برفع دعوى على تجاوزات الحكومة، وجاء قانون التضمينات معفياً الحكومة من تعويض الأفراد حال ثبوت مسؤوليتها كما في الفرض الذي قدّمه السنهوري، ففي هذه الحالة يكون التشريع سليماً في محلّه معيَّباً في غايته، لأن النتيجة النهائية هي إفلات السلطة من عواقب تجاوزاتها التي ارتكبتها أثناء فترة الأحكام العرفية.

<sup>1</sup> القرار رقم 1337 لسنة 1967 الصادر بناءً على القرار بقانون رقم 162 لسنة 1958 بشأن حالة الطوارئ.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 7 لسنة 2 قضائية، 5 فبراير 1983، برئاسة فاروق سيف النصر. (ش.ق.ش | ر.م 36422)

لهذا، فإننا لا نتفق مع التقسيم الذي قدمه السنهوري في ذيل حديثه عن قوانين التضمينات، حيث فرق بين الأعمال التي يتجاوز فيها القائم بإجراء الأحكام العرفية حدود اختصاصه، وبين الأعمال التي ينحرف فيها عن حدود اختصاصه بسوء نية، وبين الأعمال التي ينحرف فيها بحسن نية، فأجاز إعفاء الدولة من المسؤولية عن الطائفة الأخيرة من الأعمال دون الأولى والثانية<sup>1</sup>. وهذا الرأي محل نظر، لأن التعويض مناطه الضرر وليس سوء النية أو حسنها، فحتى في الفرض الثالث لا يجوز إعفاء الدولة من المسؤولية عن تعويض الأفراد المتضررين من الإجراءات التعسفية ولو كانت بحسن نية، لأن الضرر يجب أن يُزال، ولو كان ناشئاً عن خطأ لا عن عمد.

**الفرض الخامس - مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي تهيم على نصوصه**  
بين السنهوري في هذا الفرض أن المبادئ العليا للدستور تشكل روحه، وتُستخلص استخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة، وهذه المبادئ ينبغي على المشرع التزامها فيما يبتغيه من غايات، فإذا استهدف ما يعارض هذه المبادئ كان التشريع مشوباً بعيب الانحراف الغائي<sup>2</sup>.

لإثبات وجهة النظر هذه؛ حاول السنهوري استنباط المبادئ العليا للدستور المصري، واعتبر الفروض الأربعة الماضية من جملة تلك المبادئ العليا، ثم أضاف لها مبادئ أخرى تتصل بالفرد، كالمساواة والحرية الشخصية وما يلزم عنها من احترام للخصوصية، ومبدأ حرية الرأي بما يستتبعه من حرية العقيدة والصحافة والاجتماع، ومبدأ حرمة الحق في الملكية، كما أضاف مبادئ أخرى تتعلق بالجماعة، مثل مبدأ سيادة الدولة واستقلالها وشكل الدولة، ومبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ استقلال السلطة القضائية، ومبدأ الرقابة المتبادلة، وغير ذلك من المبادئ، وقد عدّ الجمود الذي طال النص على عدم جواز اقتراح تعديلات للأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابي البرلماني،

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 89.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 102.

وبنظام العرش، وبمبادئ الحرية والمساواة التي يكفلها هذا الدستور؛ عدّ هذا الجمود تعبيراً عن علو هذه المبادئ على بقية مبادئ الدستور، منتهياً إلى أنه إذا تعارض تشريع صادر عن السلطة التقديرية للمشرع مع أحد هذه المبادئ فإنه يكون مشوباً بعيب الانحراف الغائي<sup>1</sup>.

غير أنّ ما قرره السنهوي في هذا الفرض هو مبادئ عامة قررها الدستور بصريحه ومضمونه، فهي لا تتعلق بعنصر الغاية وحده، ومخالفتها تجعل التشريع معيباً في محله لا في غايته فحسب، إذ المحل هو الوسيلة التي تُبلّغ بها الغاية، فإذا بطلت الوسيلة بطلت الغاية تبعاً، لأن ما بُني على باطل فهو باطل، فاستهدافُ المشرّع غايةً مشروعةً بوسيلة غير مشروعة لا يصحّح الوسيلة، بل إن عدم مشروعية المحل يطغى على الغاية المشروعة فيكدر صفو مشروعيتها مهما بلغ نبل تلك الغاية، فسقوط المحل يُسقط الغاية تبعاً لتوقّف صحّة الغايات على صحّة الوسائل.

فمثلاً حين يخالف التشريع مبدأ استقلال السلطة القضائية ويفرض على القضاء إشرافاً حكومياً ينتقص من استقلاله فإنّ تشريعه يكون معيباً في محله وينجر ذلك على الغاية بالتبعية، فحتى لو كان المشرّع يسعى لتحسين العمل القضائي فإن حُسن الغاية لا يشرعن الوسيلة، لأن انتقاص استقلال القضاة لتحقيق تلك الغاية المشروعة هو مسلك غير دستوري، وحينئذ لا تكون الغاية مشروعة في سياق التشريع الذي قرر وسيلة غير مشروعة، وإن كانت مشروعةً بمعزلٍ عن تلك الوسيلة، فالشاهد من كلّ ما مضى أن هذا الفرض يتعلق بإثبات مدى مشروعية الوسائل ويتعلق بالمحل ابتداءً، وتأثر الغاية ليس إلا تأثراً تبعياً، ذلك أن "الغاية لا تبرّر الوسيلة" فلا تسلّم الغاية من مخالفة الدستور ما لم تقترن بوسيلة مشروعة.

---

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 105-107.

## المطلب الثاني

### المعيار الذاتي لإثبات الانحراف الغائي

إن الرقابة الدستورية على الغاية وفق المعيار الذاتي تقوم على فحص البواعث التي أضمرها المشرع في سعيه لمقاصد غير مشروعة، ومن ثمّ فهو يفضي لنتائج ذاتية، بخلاف الرقابة الموضوعية التي يبحث القضاء فيها عن المصلحة العامة التي يتوخاها المشرع ومدى توافقها مع الدستور ومن ثمّ فهو ينتهي لنتائج موضوعية، ووفق هذا المعيار يخوض القضاء في نوايا المشرع بحثاً عن بواعثه، فهو يتعامل مع التشريع كعملٍ صادرٍ عن ذاتٍ عاقلة لها دوافعها الباطنة التي يمكن أن تنسب إليها ولو لم يُبح المشرع بها. فإذا كانت الرقابة الموضوعية هي بحث في النصوص والوقائع، فإن الرقابة الذاتية هي بحث في الشخوص والدوافع، وإذا كان المعيار الموضوعي يتعلّق بجانب التشريع المُظهِر الجليّ، فإن المعيار الذاتي يتعلّق بجانب التشريع المُضمر الخفيّ.

وقد انقسم الفقه إلى فريق رفض الأخذ بهذا المعيار، وفريق نادى بتطبيقه، وسوف نناقش في الفرع الأول الاتجاه المنكر للمعيار الذاتي، ثم نناقش في الفرع الثاني الاتجاه المؤيد للمعيار الذاتي<sup>1</sup>.

#### الفرع الأول - مناقشة الاتجاه المنكر للمعيار الذاتي

ابتكر السنهوري هذا التوجّه، فقد كان إنكاره للمعيار الذاتي أحد أوجه التفريق بين الرقابة الإدارية والرقابة الدستورية، بحيث إذا كان المعيار المأخوذ به في المجال الإداري هو معيار ذاتي موضوعي فمن الصعب إسقاط هذا المعيار على المجال الدستوري - وتحديدًا على أعمال السلطة التشريعية - فقد وجد السنهوري أنه من غير الممكن بل ومن غير المستساغ أن ينسب القضاء الدستوري إلى السلطة العادية غايات ذاتية، لأنه من المفترض أن السلطة العادية لا يمكن أن تقصد غير وجه

<sup>1</sup> قَمْنَا بيان الاتجاه المنكر - خلافاً للعرف السائد - لأن الاتجاه المنكر في هذه المسألة أمبق في النشوء من الاتجاه المؤيد.

المصلحة العامة، وحتى لو أصدرت قوانين تستهدف غايات ذاتية، فإنها عادة ما تقرنها بمصلحة عامة، فلا يذكر المشرع لذلك القانون من الأسباب إلا ما يتعلق بالمصلحة العامة.

هذا الموقف الراض للأخذ بالمعيار الذاتي تبنته المحكمة الإدارية العليا بالأسانيد التي وضعها السنهوري<sup>1</sup>، حيث قضت بأنه "لئن ساغ اتخاذ معيار ذاتي موضوعي للانحراف في استعمال السلطة الإدارية، لأن انقياد رجل الإدارة للدوافع الذاتية وهو يمارس سلطته العامة أمر محتمل- وإن كان في ذلك أقل من الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة- إلا أنه في نطاق الانحراف في استعمال السلطة التشريعية لا يسوغ أن نقبل إلا معياراً موضوعياً محضاً لا يداخله أي عنصر ذاتي، إذ الواجب أن يفترض في الهيئة التي تمارس السلطة التشريعية- وهي تسمو في النزاهة والتجرد عن الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة وعلى رجل الإدارة وهو يمارس سلطته الإدارية- الواجب أن يفترض فيها أنها لا تراعي في جميع التشريعات إلا المصلحة العامة، وإذ كان سائغاً أن ينسب إلى رجل الإدارة أنه قد قصد إلى غايات شخصية- انتقاماً أو كيداً أو هوى- فليس بسائغ أن تنسب هذه الغايات الشخصية إلى الهيئة التي تمارس السلطة التشريعية، فالمفروض دائماً أن هذه الهيئة إنما تعمل لتحقيق المصلحة العامة ولا غاية لها غير ذلك. كما أن المفروض دائماً أن التشريعات التي تقرها الهيئة التي تمارس السلطة التشريعية لا تنتسب إلى من اقترحها، وإنما تنسب إليها وحدها فكيفما كان القدر فيمن اقترحها من أنه قصد من اقترحها إلى غايات شخصية، فإن إقرار الهيئة التي تمارس السلطة التشريعية لهذه التشريعات، يلغي وجود من اقترحها فلا يكون مخالفاً لهذه التشريعات إلا الهيئة المذكورة، وبالتالي فلا تقوم قائمة لما عزي إلى من اقترحها لغايات شخصية<sup>2</sup>."

---

<sup>1</sup> كان ذلك في فترة الرقابة الدستورية اللامركزية إذ كانت المحاكم المصرية تراقب التشريعات رقابة امتناع، ففي الحكم ذاته قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "غني عن البيان أنه ليس في القانون المصري ما يمنع القضاء من التصدي لبحث دستورية القوانين ما دامت رقابته لهذه الدستورية تجد حدها في نطاق تطبيق أو استبعاد تطبيق القانون دون الحكم بإلغائه أو وقف تنفيذه."

<sup>2</sup> المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1198 لسنة 9 قضائية، 1964، ر. مصطفى كامل اسماعيل، حكم سابق.

ولقد سار على هذا النهج بعض الفقهاء<sup>1</sup>. ومثلما هو واضح من هذا الحكم- الذي استقى جميع حججه من مقالة السنهوري- أن رفض اعتماد المعيار الذاتي في الرقابة على الغاية التشريعية؛ هو رفض على مستوى النتائج، وقد سبق بيان اضطراب منطوق الذاتية والموضوعية في نظرية السنهوري، وانتهينا لرفض المعيار الذاتي على مستوى الوسائل دون النتائج، ولهذا فإننا نخالف السنهوري في هذه المسألة، لأن رفضه المعيار الذاتي في هذا الشق كان على مستوى النتائج وليس على مستوى الوسائل. وفيما يلي نناقش الحجج الأساسية لهذا الاتجاه، وهي أربع حجج:

**الحجة الأولى-** الواجب افتراض أن قوانين السلطة التشريعية لا تصدر إلا عن المصلحة العامة: ينحى رافضو المعيار الذاتي إلى استبعاده عند الكشف عن الانحراف الذي يكتنف القوانين ووجوب افتراض المصلحة العامة ابتداءً في كل تشريع يصدر عن السلطة التشريعية، فإذا أمكن استظهار العناصر الذاتية في أعمال الأفراد أو تصرفات المسؤولين في السلطة التنفيذية، فإن ذلك غير ممكن حين يكون التشريع مصدره المشرع العادي.

لقد بُنيت هذه الحجة على افتراض خصائص في الهيئة التشريعية لا توجد في الفرد ولا في موظف الإدارة، أولها: أن السلطة العادية تعلق في النزاهة والتجرد عنهما. وثانيها: أن السلطة العادية مُشكلة من عدد كبير يصعب تواطؤهم على الباطل. وفيما يلي نناقش مدى صحة هذين الأساسين:

**1- أن السلطة التشريعية تعلق في النزاهة والتجرد عن الفرد وعن موظف الإدارة:** يُحتجُّ بهذا الأساس لبناء فرضية مفادها أن كل قانون يصدر عن المشرع العادي يبتغي المصلحة العامة، فالمشرع العادي يتسم بالنزاهة والحياد والتجرد إذا ما قورن بالفرد أو برجل الإدارة، فلا يمكن إجراء المعيار الذاتي بشأن المشرع العادي كما نجريه على الفرد أو على موظف الإدارة.

---

<sup>1</sup> منهم: أشرف إسماعيل عزب، حدود رقابة الدستورية، مرجع سابق، ص 586.



تكمُن المشكلة في هذا الأساس أنّه يسحبُ القاعدة التي ينبغي أن تكون في الواقع، ويجعلها هي الواقع، وما أبعد البون بين ما ينبغي أن يكون وبين ما هو كائن. إن النزاهة والتجرد لا توهبُ هبةً للسلطة العادية لمجرد أنها أنشئت بموجب الدستور، أو حتى لمجرد اختيارها من قِبَل الشعب<sup>1</sup>، وإنما هي سمةٌ مكتسبة بما يصدر عنها من تشريعات، فلا يجوز افتراضها ابتداءً قبل أي عمل، كما ليس من الدقيق أن نجح للعكس، فنتوجس خيفةً مما يصدر من قوانين، فذلك مسلكٌ مضطربٌ هو الآخر، لكن المطلوب هو الحياد وعدم الانحياز إلا للدليل والبرهان، فنناقش كلَّ تشريع ونتفاعل معه بذاته، فلا نفترض الحُسْنَ فيه ولا السوء حتى يقوم البرهان على ذلك أو ذاك.

ولا يصحّ القول بأن الأصل في السلطة العادية النزاهة، فالنزاهة صفة لا تصدق على السلطة العادية إلا حين تُثبتها بما تصدره من تشريعات، أما أن نفترض ذلك فيها ابتداءً فهو من قبيل منح العصمة بغير سند، وليس في الدستور ما يفترض صواب المشرّع فضلاً عن عصمته.

ثم إن هذه الحجة مبنية على مقارنة نزاهة السلطة العادية بنزاهة الفرد حين يستعمل حقّه ونزاهة موظف الإدارة حين يباشر اختصاصه، وهذه المقارنة تُغفل أن السلطة التشريعية مكوّنة من مجموعة من الأفراد في الأساس، فبقدر ما أمكن تصوّر تعسف الفرد في استعمال حقه الفردي، بقدر ما أمكن تصوّر تعسفه في استعمال صلاحياته البرلمانية، ولا يبعد عن البال قدر أنملة أن نتصوّر أفراداً أنزه من أعضاء البرلمان كما لا يبعد أن نتصوّر العكس، وكذلك بشأن المقارنة بين الموظفين والبرلمانيين، إذ النزاهة لا تثبت بحكم صفة الفرد أو منصبه بل تثبت بحكم تصرفاته.

ولو افترضنا أن النزاهة مردّها كون السلطة التشريعية من اختيار الشعب، فهذا افتراضٌ ضعيف السند، لأن الشعب يختار ممثليه من بين المرشّحين الذين قدّموا أنفسهم لعضوية البرلمان ولا يختار

---

<sup>1</sup> هذا على الافتراض جدلاً بنزاهة عملية الاختيار ومصداقيتها.

من يرتئيه من عموم الشعب، فإذا افترضنا أن جميع المرشحين أو معظمهم لا يتصفون بالنزاهة والحياد أو على الأقل لا يتمتعون بالكفاءة اللازمة للعمل التشريعي - وهو افتراضٌ مقبول منطقيًا وعمليًا - فإن الشعب لا يملك خيارًا إلا أن يختار من بين هؤلاء، وتاليًا فاحتمال قيام البرلمان من مجموعة أعضاء لا يمتلكون الكفاءة اللازمة للعمل التشريعي هو احتمال قائم.

ثم لو ذهبنا أقصى اليمين وافترضنا أحسن الأحوال بأن كان جميع المرشحين ذوي كفاءة عالية وحياد تام ونزاهة خالصة، فإن ذلك لا يحول دون وقوعهم في خطأ تقدير الغايات بحسن نية، بل وإن ذلك لا يمنع ميل هؤلاء لتحقيق مصالحهم الحزبية، فمسألة التحزبات السياسية تجعل أعضاء الحزب ميالين إلى تحقيق مصالح الحزب في المقام الأول<sup>1</sup>، إذ السمة البشرية لا تفارق أولئك الذين يتقلدون عضوية في المجالس الشعبية، فوصول أحد الأفراد للعضوية البرلمانية لا يعني أنه بات معصومًا لمجرد عضويته في الجهاز التشريعي، وهو ما نبه عنه فريدريك باستيا بعبارة تهكمية بليغة، إذ يقول "حين يتعلق الأمر باختيار المشرع من بين الناس، يصبح للشعب في نظر المشرع صفات عجيبة: فعلمه وحي يوحى، وقد وهب فطنة مدهشة، إرادته دائمًا على صواب، والإرادة العامة لا تجتمع على خطأ<sup>2</sup>".

يشير فريدريك هنا إلى أن اختيار الشعب لممثليه لا يحول دون الطبيعة البشرية لهؤلاء، فهم في أحسن الأحوال يصيبون ويخطئون، فغياب الفطنة عنهم وارد، ووقوعهم في الخطأ ممكن، وحيدة إرادتهم عن إرادة ممثليهم متصوّر تمامًا، ثم لو ابتعدنا عن أحسن الأحوال؛ لا مانع من تصوّر عدول الممثلين عن تحقيق مصالحهم طمعًا في مصالح أخرى، ولهذا لا يجب المبالغة في تزيين التوقعات بخصوص أعضاء الهيئات التشريعية.

<sup>1</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص 65.

<sup>2</sup> فريدريك باستيا، ترجمة: منبر الحرية، القانون، الأهلية للتشر والتوزيع، عمان، 2021، ص 59.

هذا كله لو أمكن التسليم بأن الهيئة فعلاً تمثل الإرادة الشعبية، لكن النظر في النظامين المصري والقطري يجعلنا نسلم بأنها ليست كذلك، فتوغل السلطة التنفيذية في السلطة التشريعية مكفولاً بالنصوص الدستورية التي تجعل لها صلاحيات تمكّنها من التغلغل في عمل البرلمان<sup>1</sup>، علاوةً على نصوص قانون الانتخابات التي تكفل للسلطة التنفيذية حظر وصول من لا تريده إلى المجلس<sup>2</sup>. وكما يقول السنهوري نفسه في مطلع ورقته "الدول التي لم ترسخ لها قدم في الحكم الديمقراطي الصحيح هي في أشد الحاجة إلى رقابة القضاء، وكل ديمقراطية ناشئة لم تنضج في المبادئ الديمقراطية ولم تستقر هذه المبادئ عندها في ضمير الأمة، تكون السلطة التنفيذية فيها هي أقوى السلطات جميعاً، تتغول السلطة التشريعية وتسيطر عليها، وتحتيف السلطة القضائية وتنتقص من استقلالها، والدواء الناجح لهذه الحال هو العمل على تقوية السلطة القضائية<sup>3</sup>"، فهذا القول منه يكفي لعدم التسليم بالحجة التي ساقها.

ثم من جهة ثانية، عند الإمعان في مصدر التشريع الصادر عن البرلمان، فإن التشريع ما هو إلا نتاج اللجان البرلمانية، فهذه الأخيرة السلطة في إخراج مشاريع القانون، وعضوية اللجان مرهونة برضا رئيس اللجنة، فمركز السلطة التشريعية ليس في المجلس التشريعي ذاته وإنما في لجانه الدائمة، وإذا كان الأمر كذلك لا يعود من المتعذر تصوّر انحراف أعضاء اللجان عن اعتبارات المصلحة العامة حين تتعارض مع المصالح الشخصية للبرلمان عمومًا أو أفراداً خصوصاً<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> آمنة خاطر ومهند مختار نوح، الدور التشريعي للسلطة التنفيذية في ظل الدستور القطري - دراسة مقارنة، QScience Vol.

Art.4 (1) 2020، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، 2020، مرجع سابق، ص2.

<sup>2</sup> حسن السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، ط4، مرجع سابق، ص178.

<sup>3</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص2.

<sup>4</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية لانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص258.

ويزدادُ هذا التصوّرُ إمكانيًا في الحالات التي يكون فيها البرلمان - عمليًا - محكومًا بواسطة قلة، سواءً تمثلت هذه القلة في رؤساء الأحزاب أو رؤساء اللجان أو أعضائها، فالغوص في دهاليز العملية التشريعية يُظهر أنّ مردّها إلى بعض الأفراد وإن صدرت باسم الهيئة ككل، فلا يبعد عن البال - والحال كذلك - أن تخالف السلطة التشريعية المصلحة العامة فيما تصدره من تشريعات، ما يعني أن التعويل على الالتزام المعنوي بما مُنح لهذه السلطة من ثقة ليس نهجًا سديدًا لدرء المخالفات التي قد ترتكب من قِبَل أعضاء البرلمان نفسه<sup>1</sup>، وهو من باب أولى لا يصلح دليلًا على حظر نسبة نتائج ذاتية للهيئة التشريعية.

2- أن البرلمان مشكّل من عدد كبير من الأفراد يصعب تواطؤهم على الباطل: الأساس الثاني الذي يقوم عليه افتراض المصلحة العامة في كل تشريع صادر عن السلطة العادية، هو طبيعة تشكيل هذه السلطة، فهي مكوّنة من عددٍ كبير من الأفراد لا يتصوّر معه تواطؤهم على الباطل، فالكثرّة - وفق هذا الرأي - دليل على عدم إمكان وقوع المشرّع العادي في الانحراف الغائي.

هذا الأساس لا يصمدُ أبدًا بالرجوع إلى مصدره، فهو مأخوذ - بوعيٍ أو بغير وعي - من منتجات أصول الفقه في الشريعة الإسلامية، وتحديدًا من مفهوم الحديث المتواتر في علم الحديث، إذ يعرف القرافي - رحمه الله - التواتر بأنه "إخبار جماعة يستحيل تواطؤهم على الكذب"<sup>2</sup>. ويقول في موضعٍ آخر "وأقل من التواتر، يجوز تواطؤهم على الباطل"<sup>3</sup>.

من الواضح أن هذه القاعدة أُسست للوقوف على صحّة تناقل الأخبار، ولا يصحّ إعمالها في تداول الأفكار، فتطبيقها يقتصر على مجال النقل دون مجال العقل، وهذا فارقٌ كبير لا يتجاوزُ عنه،

<sup>1</sup> عبدالعزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، سعد سمك للمطبوعات القانونية، 2011، ص132.

<sup>2</sup> شهاب الدين القرافي (ت684هـ)، نفائس الأصول في شرح المحصول، ج4، مرجع سابق، ص1815.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ج6، ص2758.

فالكثرة في مجال النقل دليلٌ على الصحة في الغالب، لأنه يبعدُ عادةً أن يتعاقب الخبر على عددٍ كبير من الناس وهو كاذبٌ أو باطلٌ دون أن يشير أحدٌ لكذبه أو بطلانه<sup>1</sup>. ويشترط الأصوليون لسريان هذه القاعدة في مجال النقل "أن يكون إخبارهم عن أمر محسوس أي مُدركٍ بإحدى الحواس كقولهم: رأينا وسمعنا لأن تواطؤ الجمع الغفير على الخطأ في المعقولات لا يستحيل عادة<sup>2</sup>". وهو ما يعني أنه حتى في مجال النقل لا تصلح الكثرة دليلًا على الصحة إلا إذا كان مصدرها حسيًا ثابتًا وليس عقليًا متفاوتًا، لأن الناس متساوون في إدراك المحسوسات متفاوتون في المعقولات، فلا تكون الكثرة المجردة دليلًا على صحتها، وحتى هذه القاعدة عندما تتحقق بشروطها فإن ذلك على أساس العادة الغالبة، لكن هذه العادة لا يستحيل نقضها عند الأصوليين.

وإذا كان التواطؤ على الباطل فيما دون التواتر مُحتملًا في مجال النقل، فإنه في مجال العقل يكون أكثر احتمالًا، لأن النقل نصٌّ ثابت لا نسبية فيه، ومع ذلك يحصل الانحراف عنه إلى باطل، والعقل بحكم نسبيته أولى أن يقود إلى باطل، خصوصًا إذا انتبهنا إلى أن "الكثرة تحيل التواطؤ اعتياديًا"<sup>3</sup> فيكون التوافق بين تلك الجماعة مبنياً على الاعتقاد لا على التعقل، وهو ما نشهده في بعض المجالس التشريعية، إذ كثيرًا ما يغيب صوت الممثلين عن المناقشات لتكون المداولات شكلية لا بحث فيها ولا مناقشة، ويمرر التشريع بالأغلبية لأن العادة جرت على ذلك، وليس لأن الأغلبية قد تثبتت من صلاحية التشريع فعلاً. كما أن التوافق قد يكون محمولًا على الانقياد لا الاعتقاد فحسب، خصوصًا حين تبرز شخصية لها من قوة الشخصية والتأثير ما يمكن معها أن تفرض آراءها على النظام بكافة أجزائه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبدالمك الجويني (ت478)، البرهان في أصول الفقه، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ج2، 1997، ص224.

<sup>2</sup> محمد الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، دار عطاءات العلم، الرياض، 2019، ص150.

<sup>3</sup> علي الأبياري (ت616)، التحقيق والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه، دار الضياء، الكويت، ج1، 2013، ص288.

<sup>4</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص65.

في ضوء ما مضى يُفهم قوله تعالى (قل لا يستوي الخبيث والطيب ولو أعجبك كثرة الخبيث)<sup>1</sup>،  
فالكثرة مهما بلغت لا ينبغي أن تكون مثارًا للإعجاب وافتراس العصمة، بل العكس ينبغي، لأن  
تعدّد الآراء مثلما قد يزيد من احتمال الصواب؛ قد يزيد من احتمال الخطأ.

وجديرٌ بالذكر أن الأصوليين أوردوا فيما يتعلق بمسألة الإجماع قاعدة مماثلة، وهي قاعدة "إطباق  
الناس من غير نكير" بمعنى أنّ تواطؤ الناس على فعلٍ معيّن دون إنكار بعضهم دليل على  
شرعيته، وهو محل خلاف بين أهل الأصول، فمنهم من رفض الاعتداد به، إذ يقول الزركشي "هذا  
الزمان كم فيه من بدعة وقد تواطؤوا على عدم الإنكار لها، فلا ينبغي أن يجعل الإطباق على  
الفعل مع عدم النكير دليلًا على الإباحة على الإطلاق"<sup>2</sup>، وهو قولٌ حقّ، فلا يبعدُ في العقل أو  
الواقع اجتماع الناس على منكرٍ فضلًا عن اجتماعهم على خطأ.

وفي ذلك يقول القاضي عوض المر مخبرًا عن واقع الحال "أنّ السلطة التشريعية لا تمثل الإرادة  
الوطنية إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور، وأنها لا تحرص في كثير من الأحيان على  
أن تكون تشريعاتها موافقة لأحكامه، وغالبًا ما يكون سعيها متوخيا إرضاء قطاع من المواطنين  
دون آخر، انزلاقًا منها إلى أغوار سياسية لا تؤمن عواقبها"<sup>3</sup>.

**الحجة الثانية- الأولى اتخاذ معيار موضوعي ثابت لا نخطئ فيه:** تقوم هذه الحجة على أن  
الطبيعة النسبية للمعيار الذاتي تتعارض مع متطلب الثبات والاستقرار الذي يحتاج إليه التشريع  
ليكون ذا تأثير في الواقع، ولهذا ينبغي أن يكون معيار الكشف عن الانحراف الغائي مرتكزًا إلى  
أسس موضوعية ثابتة لا يتفاوت الفهم في معناها وتفسيرها.

<sup>1</sup> القرآن الكريم، [100: المائدة]

<sup>2</sup> أبو عبدالله الزركشي (ت794)، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، عمّان، ج8، 1994، ص53.

<sup>3</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص106.

وهي حجة قوية، فلا مرية في أن الاستقرار مطلوبٌ للتشريع وأن الاعتماد على المعيار الذاتي قد يكون مدخلاً لزعزعة استقرار القوانين، لكن في الوقت نفسه لا ينبغي أن نغفل بأن التشريعات التي تستبطن دوافع ذاتية لتحقيق غايات غير مشروعة، هي الأخرى من شأنها أن تضرّ باستقرار التشريع وثباته، ومن ثمّ يؤول الإعراض عن تفحص تلك القوانين إلى الاضطراب في التشريعات، فلا يُكفل استقرارها بهذا الإعراض، ذلك أنّ إمكان الإخلال باستقرار التشريعات واردٌ عند الأخذ بالمعيار الذاتي، وواردٌ عند عدم الأخذ به، فكيف نحسم مثل هذه التعارض؟

عند عقد مقارنة بين الأمرين، يتضح أنّ كلّ تشريع ظاهره مصلحة عامة وباطنه غير ذلك يضرّ باستقرار القوانين ولا بد، لأنه يخلق تفاوتاً بين تشريعات مشروعة في ظاهرها وباطنها، وأخرى مشروعة في الظاهر دون الباطن، الأمر الذي يجعل الأفراد في حالة من التوجّس تجاه كلّ تشريع وما إذا كانت المصلحة العامة فيه حقيقية فعلية أم أنها مصلحة وهمية شكلية تخفي وراءها غايات أخرى غير مشروعة، وهكذا يفقد الأفراد الثقة بالقوانين لأن احتمال شكلية المصلحة العامة فيها يكون واردًا، ويزداد فقدان الثقة بالقانون متى استطاع الأفراد من مجريات الواقع استخلاص المصالح غير المشروعة التي استبطنتها التشريعات، فهذا الوضع كفيلٌ بخلق حالة من الاضطراب في القوانين، وتهديد شعور المجتمع بالثقة تجاه ما يصدر عن السلطة التشريعية.

لكن في المقابل، ليس كلّ حالةٍ يستند فيها القضاء إلى المعيار الذاتي تؤدي لزعزعة التشريع، فقد يؤدي اعتماد المعيار الذاتي في كثير من الأحوال إلى استنباط الدوافع الحقيقية للتشريع من خلال ما ربّبه من نتائج غير مشروعة في الواقع فيبطله، وهنا يكون القضاء قد حافظ على استقرار القوانين بمنع تسرّب التشريعات الملوغومة بعدم المشروعية إلى النظام التشريعي.

وقد يكون اعتماد المعيار الذاتي مضرًا في أحوالٍ أخرى، حين يحصل سوء تقدير للبواعث الذاتية، أو حين يعتمد القضاء في حكمه بالانحراف الغائي على معيارٍ ذاتي محض، وما ينبغي له ذلك،

لأن إثبات الحكم بسوء استعمال السلطة لا بد أن يتطافر فيه المعيار الذاتي مع المعيار الموضوعي. والواقع يشهد بأن النتائج التي ينتهي إليها القضاء بعد فحصه حقيقة الأغراض التشريعية تكون عادةً مقبولة بقدر من اليقين، خصوصًا حين تويدها الأعمال التحضيرية للتشريع، أو تثبتها وقائع مجهولة يستخلصها القضاء من وقائع معلومة لا جدال في صحّة ثبوتها، أو من تصريحات المسؤولين بشأن حقيقة الأغراض التي يستهدفها التشريع الطعين<sup>1</sup>.

ثم إن الثبات والاستقرار - على أهميتهما - لا يطرد الحال التشريعي بشأنهما في الواقع العملي، فالمشرّع قد يقرّ قانونًا ثم يلغيه في الجلسة التالية ولا معقّب عليه في ذلك، فمثل ما نقبل التنازل عن الثبات والاستقرار حفظًا لمرونة العمل التشريعي<sup>2</sup>؛ من باب أولى أن نقبل ذلك التنازل حين تكون حماية الدستور هي المقابل، فإذا كان التعارض واردًا بين مبدأ استقرار النص القانوني وبين مبدأ سمو الدستور، فالأخير أجدر بالرعاية لأن الأول لا يُنال بزوال الأخير.

فخلاصة القول أنه لما كان كل تشريع مشوب بالانحراف الغائي يضر استقرار النظام التشريعي، وليس كلّ اعتماد على المعيار الذاتي يضرّ ذلك الاستقرار، فمعنى ذلك أن ضرر الاستغناء عن المعيار الذاتي أشد من الضرر الوارد عند الأخذ به، وهو ما يقتضي الأخذ بالمعيار الذاتي، وأن ندرس الأحوال التي يتحقق فيها ذلك الضرر، فنحوطها بالضمانات التي تحول دونه.

ولقد انتقد بعض الفقه نظر السنهوري في ضرورة إيجاد معيارٍ ثابت لا نخطئ في فهمه، إذ رأوا بأن وجود معيارٍ بهذا الوصف يكاد يكون منعدمًا أو مستحيلًا، لاسيما بشأن القضايا المنظورة أمام القضاء الدستوري حيث يدافع كل طرف عن وجهة نظره ويفسّر النصوص بما يتوافق مع مصلحته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 1389.

<sup>2</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 66.

<sup>3</sup> المرجع نفسه.



ونحن نختلف مع هذا الرأي لأن إيجاد معيار ثابت لا نخطئ في فهمه ليس من العسير بمكان فضلاً عن افتراض استحالتة، وثمة معايير كثيرة يعتمدها القضاء الدستوري ولا يخطئ المتقاضون أو القضاة في فهمها، مثل معيار العمومية والتجريد، ومعيار المصلحة الشخصية، وغير ذلك كثير، فهذه معايير واضحة لا يخطئ الناس في فهمها عادةً، ثم إن هذه المعايير سابقةً في تأصيلها على القضايا المنظورة أمام القضاء وليس كما اعتقد أصحاب هذا الرأي من أن الأفراد يُفاجأون بها، فهي دليل للمتخاصمين في بناء دفوعهم، وعلى أساس المعايير التي يُتوافق عليها؛ يمكن أن يتوقع الأفراد كيف سيبني القضاء الدستوري حكمه، ولهذا نحن نتفق مع السنهاوي تمامًا في ضرورة إيجاد معايير يُتفق على مدلولاتها ومضامينها لتحديد مدى وقوع المشرع في الانحراف، لأن هذه المعايير هي التي تحول دون زعزعة الاستقرار والثبات القانون، إذ إن المشرع يعلم يقينًا المعايير التي على أساسها سوف يرتب القضاء حكمه بعدم الدستورية.

### الحجة الثالثة- البرلمان يحرص على إلباس التشريع ثوبًا من المصلحة العامة ولو قصد غيرها:

تقتضى هذه الحجة أنه من الصعب الأخذ بمعيار ذاتي، لأنه من غير المستساغ<sup>1</sup> أن تُنسب غايات شخصية إلى السلطة التشريعية، فالمفترض أنها تستهدف المصلحة العامة دائمًا، وحتى لو قصدت غير المصلحة العامة فسوف تكون حريصة على أن يكون ظاهر التشريع يستهدف المصلحة العامة، فلن يفصح المشرع إلا عن الغايات التي تتصل بالمصلحة العامة.

هذه أغرب الحجج في تقديرنا، فهي تصبُّ في صالح قبول المعيار الذاتي من حيث أرادت أن تصبُّ في رفض ذلك المعيار، فلو صحَّ أن السلطة التشريعية تصدر تشريعات ظاهرها الصحة وباطنها البطلان فإن تلك حجة ظاهرة لقبول استناد القضاء الدستوري للمعيار الذاتي عند فحص

<sup>1</sup> علّق الدكتور عبدالرحمن كحيل على هذا التعبير، إذ يقول "كان من المستحسن أن يعبر بلفظ أخفّ وطأة من هذا فيقول: والغالب أو من النادر" يُنظر: المرجع نفسه، ص55، هامش1.

الغاية، وليس لرفضه<sup>1</sup>، فكيف نعترف بإمكان حدوث مثل هذه المخالفات العمدية للدستور ثم نُعيّن عليها من خلال الإعراض عن الخوض في الدوافع الذاتية التي تكشف عما وراء التشريع الظاهر؟ ويعبر الدكتور عبدالرحمن كحيل عن التناقض الذاتي في هذه الحجة بقوله "كيف يصعب أن تنسب إلى الهيئة التشريعية غايات شخصية، ومع ذلك هي تحترف إخفاءه؟" وهو يرى أن هذه الحجة هي دليل واضح على احتمال إفشاء التشريع إلى نتائج ذاتية غير موضوعية<sup>2</sup>.

ثم لو تفحصنا هذه الحجة جيّدًا فإنها تستند في جوهرها إلى أساس ذاتي، ولا تستند لأساس موضوعي، ويظهر ذلك من خلال افتراضها أنه "من غير المستساغ نسبة أغراض ذاتية للبرلمان"، ذلك أنّ الاستساغة من عدمها لا تقوم على معيار موضوعي، بل هي من التفضيلات التي تختلف بين الناس، وليس ثمة معيار موضوعي للاستساغة، فما يُستساغ لدى فئة من الناس لا تستسيغه فئة أخرى، وهكذا تتقلب هذه الحجة على نفسها من جهتين:

- جهة المنهج: فهي ترفض المعيار الذاتي على أساس معيار ذاتي، فتتناقض داخليًا برفضها إعمال المعيار الذاتي استنادًا إلى الاستساغة وهي أمر ذاتي لا موضوعية فيها.

- جهة المضمون: فهي تعترف ضمنيًا بأنه من الوارد أن يصدر تشريع لأغراض ذاتية، بحيث يُخفي المشرع المصالح غير المشروعة تحت غطاءٍ من المصلحة المشروعة، وهو ما يسوّغ اعتماد القضاء على معايير ذاتية عند فحصه مشروعية القوانين.

**الحجة الرابعة - صعوبة إعمال المعيار الذاتي لتعذر إثبات النوايا في كثير من الأحيان: نقرّ بصحة ذلك، فلا شك أن الوصول إلى نتائج ذاتية توافق الواقع أمرٌ صعب المنال، لكن الصعوبة**

---

<sup>1</sup> وبالفعل نجد البعض قد ساق هذه الحجة لتأييد الرقابة على الغاية. يُنظر: عاطف سالم، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي الاجتماعي الاقتصادي، مرجع سابق، ص 177.

<sup>2</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، المرجع نفسه، ص 64.

لا تعني الاستحالة، والصعوبة هنا مردّها قلة التجربة وحادثة الفكرة مع طبيعتها النسبية، بيد أن الأحداث كثيرًا ما تكرر نفسها بما يمكن معه تكوين قواعد موضوعية تحكم العناصر الذاتية للقوانين على نحو يخفف من تلك الصعوبة مع استقرار التجارب.

ثم إن ما يكتنف مجال التحقق من صعوبة في الوقوف على الغايات الفعلية للقوانين لا ينبغي أن يكون مانعًا للخوض فيها، لأن الإعراض هو حماية لتلك الأغراض غير المشروعة وتحصين لها من الرقابة القضائية<sup>1</sup>. فما يواجهه القضاء من صعوبة التحقق من غايات المشرع من الناحية العملية لا ينبغي أن يثنيه عن الخوض فيها، فالإعراض عن الخوض في الغايات بحجة صعوبة الإثبات يعني حماية الغايات غير المشروعة، فمهما كانت الصعوبة التي تعترض إثبات الغايات المشروعة، ومهما اتسمت المزالق التي تهدد القضاء عند النظر في هذه المسألة فإن ذلك لا ينبغي أن يكون حجة للعدول عن الرقابة على الغاية من التشريع<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني - مناقشة الاتجاه المؤيد للمعيار الذاتي

مبنى هذا الاتجاه أن الانحراف الغائي ذو طبيعة ذاتية شخصية، وأنه لا يختلف كثيرًا عن التعسف في استعمال الحق ولا عن الانحراف الغائي بالسلطة الإدارية<sup>3</sup>، فهذا العيب موصولًا أبدًا بالطبيعة البشرية حتى فيما يتعلق بالسلطة التشريعية<sup>4</sup>، وهو ما يجعل معيار الرقابة معيارًا ذاتيًا يقتضي البحث في نوايا المشرع، ويعلل هذا الاتجاه تبنيه للمعيار الذاتي بأن الوقوف على النتائج النهائية بتجردٍ عن النوايا غير كافٍ لمعرفة الغاية الفعلية، إذ لا يكون ذلك بغير الكشف عن النوايا<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية، ج1، مرجع سابق، ص269.

<sup>2</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص1389.

<sup>3</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص298.

<sup>4</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص68.

<sup>5</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص320-321.

ووفق هذا الرأي لا يراقب القضاء الدستوري غايات التشريع فحسب، وإنما يراقب البواعث التي قادت لابتغاء تلك الغايات، وإذا كان المعيار الموضوعي ينطلق من الغايات المحتملة للتشريع ثم قد تتكشف له البواعث الخفية، فإن المعيار الذاتي ينطلق من البواعث المحتملة بحثاً عن الغاية الفعلية، فالفارق بين الفريقين فارق في المنطلق والاتجاه<sup>1</sup>.

وقد اعتمد أنصار المعيار الذاتي على نقض المعيار الموضوعي، ثم أحلوا المعيار الذاتي بديلاً، غير أن هذا البديل لم يلق حظه من التأصيل، فليس من فروض واضحة تدعم إعمال هذا الاتجاه، وغاية الموجود بعض الأسس اليسيرة التي تسوّغ إعمال المعيار الذاتي دون بيان فروض إعماله. كان على رأس المنادين بالمعيار الذاتي الدكتور محمد ماهر أبو العينين، حيث رأى بأن مقتضى الكشف عن الغاية الفعلية للمشرع يستدعي بالضرورة اعتماد معيار ذاتي يتصل بالنوايا<sup>2</sup>، فبعد تنفيذ المعيار الموضوعي الذي أتى السنهوري به؛ وضع قدماً على أرضية المعيار الذاتي ليقرر أن الذاتية لصيقة بالانحراف الغائي في مختلف صورته وأن "أي محاولة لإضفاء طابع موضوعي على الانحراف التشريعي لا تصادف نجاحاً لأنها تخرج من أهم صفاته وهو خفاؤه"<sup>3</sup>. وقد تبعه في ذلك الدكتور عبدالمنعم، فأفرد مبحثاً بعنوان "المعيار الذاتي للانحراف في استعمال السلطة التشريعية" أكد فيه ضرورة البحث عن نوايا المشرع لخفاء هذا العيب، وأن معيار الانحراف الغائي من زاوية إثباته هو معيار ذاتي وليس معياراً موضوعياً<sup>4</sup>.

ولا يخفى انبعاث هذا الرأي عن تصوّر محدود للانحراف الغائي، وهو تصوّر الانحراف الغائي في صورة إساءة استعمال السلطة فحسب، فسمّة الخفاء التي يعوّل عليها هذا الرأي هي امتداداً لحصر

---

<sup>1</sup> وهذا ما نستنبطه من نقد أنصار المعيار الذاتي لما خلص إليه أنصار المعيار الموضوعي كما سلف البيان.

<sup>2</sup> عبدالمنعم عبدالحميد شرف، ص 320.

<sup>3</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 298.

<sup>4</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 320-321.

الانحراف الغائي في صورة إساءة استعمال السلطة، أي حصره في حالات سوء النية، وهذا التصور لا يستوفي جميع حالات الانحراف الغائي، فهذا العيب - كما مضى - قد يكون خفياً وقد يكون ظاهراً على حدٍ سواء، فلا يكون بناء المعيار الذاتي وإنكار المعيار الموضوعي على أساس فكرة الخفاء إلا بناءً على جُرفٍ سبق بيانُ انهياره. ولما كان هذا الاتجاه قد وضع مجموعة من الأسس لتسوية اعتماد المعيار الذاتي وإنكار المعيار الموضوعي دون أن يضع أسساً أو فروضاً لكيفية إعمال المعيار الذاتي، فإننا سوف نعرض على تلك المسوغات بالعرض والمناقشة، ويمكن تقسيمها إلى ثلاث مجموعات، مسوغات عامة، ومسوغات فنية، ومسوغات واقعية.

على أننا قبل ذلك نوضح مسألة مهمة بشأن تلك المسوغات، وهي أن إبراز العناصر الذاتية في العملية التشريعية ليس منهجاً صحيحاً لتقرير اعتماد المعيار الذاتي بدلاً من المعيار الموضوعي في الرقابة الدستورية على الغاية، فتلك المقدمّة لا تقود لتلك النتيجة، خصوصاً وأن النوايا والبواعث ليست من عناصر التشريع الخمسة، فلا تنبسط الرقابة الدستورية عليها من حيث الأصل، والاستثناء أن تتصل النوايا والبواعث ببادئ العناصر الموضوعية فتؤثر في تكوينه، فحينها يكون للقضاء الدستوري أن يراقب النوايا والبواعث؛ ليس من حيث الأصل والابتداء، بل من حيث الفرع والانتهاج فيراقبها امتداداً لرقابته على السبب أو الغاية. ونؤكد على أنه لا يجوز اعتماد معايير ذاتية في بلوغ النتائج الذاتية، بل ينبغي أن تكون هذه الأخيرة وليدة معايير موضوعية<sup>1</sup>.

بلى، قد يخلص القضاء إلى أحكام تتطوي على نتائج ذاتية في العديد من أحكامه، لكنه لا يصل إليها بمعايير إثبات ذاتية، بل بمعايير موضوعية تتسم بالعمومية والتجريد، ويطبقها في مختلف النزاعات التي تعرض عليه. وبعد هذا الإيضاح، نمضي في العرض والمناقشة:

---

<sup>1</sup> ولتقريب الأمر، فإن القضاء الجنائي رغم ما يصادفه من وقائع تتخللها عناصر ذاتية تتصل بالقصد والإرادة؛ لا يسلك مسلكاً يعتمد فيه على معيار ذاتي في قضائه، وإنما ينتهج معايير موضوعية يكشف بها عن تلك العناصر الذاتية، فذلك يدين القضاء أبداً.

أولاً- **المسوِّغات العامة:** تتعلق هذه المجموعة بالمبررات العامة التي تدفع هذا الفريق للإلحاح على ضرورة تبني المعيار الذاتي، وهذه المسوغات منها ما يتعلق بطبيعة التشريع ومنها ما يتعلق بطبيعة النوايا والمقاصد، وفيما يلي عرضها ومناقشتها:

**1- غموض التشريع يجعل معيار إثبات الانحراف الغائي ذاتياً بالضرورة:** يعتقد أصحاب المعيار الذاتي أن غموض التشريع مسوِّغ للبحث في النوايا للوقوف على الغاية الفعلية من التشريع، وأن كشف القضاء عن النوايا في سبيل إظهار مقاصد التشريع؛ يجعل معيار الانحراف الغائي- من زاوية إثباته- ذاتياً بالضرورة<sup>1</sup>. وتتشطر المشكلة في هذا المسوِّغ إلى شقين، شق يتعلق بما مضى الحديث عنه من الخلط بين مناط الذاتية والموضوعية، وشق يتعلق بفكرة غموض التشريع نفسها. فمن جهة أولى، إن الكشف عن النوايا للوقوف على الغايات الفعلية لا يجعل معيار الانحراف الغائي ذاتياً من زاوية إثباته، وإنما من زاوية نتائجه، وذلك لا يكون إلا في الأحوال التي يصدق فيها على الانحراف الغائي تعبير إساءة استعمال السلطة، أي عندما يثبت سوء النية، وسوء النية وإن كان نتيجة ذاتية، إلا أن إثباتها لا يجوز أن يكون إلا وفق معيار موضوعي.

ثم إن فكرة الغموض التي جُعِلت سبباً للمعيار الذاتي هي فكرة نسبية، فما تعريف التشريع الغامض؟ وبعبارة أخرى متى يمكن للقضاء أن يعتبر التشريع غامضاً فيسوّغ له البحث في النوايا؟ كما أن الغموض- مهما كان معياره- عرضٌ نادرٌ في التشريع، فهو ليس الحالة الافتراضية والاعتيادية، ثم لو سلّمنا بوجود معيار لتحديد التشريع الغامض، ما هي آلية الكشف عن النوايا في التشريعات الغامضة؟ ذلك أن الكشف عن النوايا في التشريعات الواضحة هو أمر تحقُّفه الصعوبات بطبيعته، فكيف يقف القضاء على حقيقة الدوافع في التشريعات الغامضة إذن؟

<sup>1</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص320.

ولذلك فإننا نجد هذا المسوّغ محلّ نظر، لأنّ غموض التشريع سببٌ لعدم الخوض في بواعثه وليس سبباً للخوض فيها، إذ البحث في الغموض لن يفضي إلا لغموض في النتائج، وإذا ما ساور التشريع غموض فالأولى أن يتدخل المشرع للإفصاح عمّا غمض، وليس على القضاء أن يسبر خفايا نفس المشرع لمجرد الغموض، فالمشرّع موجود ليوضّح مقاصده الغامضة، ولهذا فإنّ غموض التشريع لا يجعل البحث في النوايا ضرورياً، بل يجعل توضيح المشرّع لما غمض ضرورياً، لأنّ التشريع الغامض - على فرض إيجاد معيارٍ واضحٍ للغموض - عسير على التطبيق أصلاً، سواء اتضحّت نواياه أو لم تتضح.

2- قيام القاضي بالتعرف على النوايا يجعله يعتمد بالضرورة على معيار ذاتي<sup>1</sup>: هذا السبب هو امتدادٌ لجزء من السبب الأنف، وهو يخلط بين طبيعة الوسيلة وطبيعة النتيجة، فيجعل تلازماً بين طبيعة الوسيلة التي يستخدمها القاضي للرقابة على الغاية وبين النتيجة التي يصل إليها، ولا تلازم، فالقاضي قد يصل إلى نتائج تخص بواعث المشرع ونواياه بمعايير موضوعية، إذ النتيجة الذاتية لا تعني - دائماً - ذاتية المعيار الذي اعتمده القاضي في الوصول إليها.

وإذا كان المقصد من هذا المسوّغ أن الذاتية تدور حول النتيجة وليس الوسيلة، فإنّ النتيجة ليست معياراً بل هي ما ينجم عن إعمال المعيار الموضوعي من نتائج، فقيام القاضي بالتعرف على النوايا لا يجعله يعتمد بالضرورة على معيار ذاتي، لأنّ لجوء القاضي للقرائن الخارجية وتحليله لها في سبيل الكشف عن الدوافع الداخلية هو عملٌ موضوعي لا يتخلّله أي عنصر ذاتي.

ثانياً - المسوّغات الفنية: تتضمن هذه المجموعة بعض الأسس التي تشير لعدم صلاحية المعيار الموضوعي على نحوٍ يقضي بأن لا مناص من الأخذ بالمعيار الذاتي.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 339.

والحق أن هذه المسوغات تشترك في إثارتها تساؤلاً مهماً، فكيف يُطلب المعيار الذاتي ويُرفض المعيار الموضوعي إذا كان المعيار الذاتي هو الحد الأقصى للرقابة الدستورية على الغاية؟ وبعبارة أوجز؛ كيف يُرفض الأدنى ويُطلب الأقصى؟ ذلك أن قبول المعيار الذاتي يقتضي قبول المعيار الموضوعي من باب أولى، فلا جدال في اختصاص القضاء في أعمال ما يرتثيه من معايير موضوعية ما لم يرد النص على حظرها.

فإن قيل إنَّ مسوّغ رفض المعيار الموضوعي هو عدم صلاحيته، قلنا بأن اعتراف أنصار المعيار الذاتي بالقرائن الخارجية هو اعتراف بجدوى المعيار الموضوعي، فالقرائن الخارجية وسائل موضوعية لا مدخل فيها إلى الذاتية حتى وإن أفضت إلى نتائج ذاتية، الأمر الذي ينقض دعوى عدم صلاحية المعيار الموضوعي.

وأياً ما يكن من أمر، سنعرض مسوغات عدم صلاحية المعيار الموضوعي مع مناقشتها فيما يلي:

**1- امتناع الرقابة الموضوعية على عنصر السبب يجعل الرقابة الذاتية حتمية: مؤدى هذه الحجّة أن البرلمان يتمتّع بسلطة شبه مطلقة في عنصر السبب، فيمتنع على القضاء الدستوري أن يبسط رقابته على السبب، ذلك أنه "إذا كان القاضي الدستوري يتمتع بسلطة واسعة في التفسير وفرض مبادئه العامة إلا أنه لا يرقى إلى مرتبة القاضي الإداري في نطاق رقابته على أعمال الإدارة... وإذا انتفت رقابة القاضي الدستوري على ركن السبب في القانون غدت السلطة التقديرية للمشرع شبه مطلقة وأصبحت تشبه سلطة الفرد في استعمال حقه، فلا قيد عليه سوى الغاية"<sup>1</sup>، ومن ثمّ "ما دمنا قد امتنعت علينا الرقابة الموضوعية التي يمكن التثبت من خلالها من اتجاه القانون إلى تحقيق الصالح العام فلا سبيل أمامنا إلا الرقابة الذاتية المتمثلة في رقابة الانحراف"<sup>2</sup>.**

<sup>1</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 301.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.



وهذه الحجّة شديدة الاضطراب، وفيها افتراضات لا تصح، فمن قال أن القضاء الدستوري يمتنع عليه أن يبسط رقابته على السبب؟ هذا افتراض لا سند له، فليس من نصّ قانوني يحظر ذلك، والنص الذي يسند اختصاص الرقابة للمحكمة الدستورية العليا يجعل الرقابة عامة على التشريع دون أن يستثني منه الأسباب التي دفعت المشرع للتدخل. ولطالما بسطت المحكمة الدستورية العليا رقابتها على الأسباب التي دفعت المشرع لإصدار قانون معيّن، لاسيما في الطعون التي تتعلّق بانطواء التشريع على تمييز ضد فئة محددة، فلقد راقبت المحكمة مرارًا الأسباب التي قام التمييز عليها وما إذا كانت أسبابًا يسوّغها الدستور أم لا، بما ينفي صحّة القول بأنه "لا يوجد في الرقابة الدستورية امتداد للرقابة على الوقائع السابقة على إصدار التشريع ليتثبت من اتجاه التشريع لغايته المرجوة منه"<sup>1</sup>. والصحيح أن الرقابة الدستورية تمتدّ على التشريع، ولما كان التشريع مكونًا من خمسة عناصر فإن الرقابة الدستورية تمتدّ على كافة عناصره بما في ذلك السبب.

ثمّ من قال بأن سلطة المشرع في السبب شبه مطلقة؟ هذا افتراض آخر لا يصح، فالمشرع محكومٌ دائمًا في كل عناصر التشريع بالقيود الدستورية، فإذا اتسعت سلطته في أحد العناصر لم يعن ذلك أن سلطته باتت مطلقة، بل تقديرية واسعة، وحدّ سعتها أن تصطدم بالقيود الدستورية.

ثم لو سلّمنا بصحة ما مضى وامتناع الرقابة الموضوعية على عنصر السبب، فإن امتناع الرقابة الذاتية يكون من باب أولى، لأن الرقابة الذاتية تقوم على فحص النوايا ابتداءً، والنوايا ليست مكونًا من مكونات التشريع، فالرقابة عليها هي مرتبة أعلى من الرقابة الموضوعية، فكيف نقول بامتناع الرقابة الموضوعية على عنصر السبب ثم نجعل الرقابة الذاتية على النوايا مقبولة؟ ما السند التشريعي لذلك؟ لا جواب على ذلك عند القائلين بهذه الحجّة، ولهذا، ليس صحيحًا ما ترتّب على

---

<sup>1</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقّه الإسلامي، مرجع سابق، ص 69.

هذين الفرضين من امتناع الرقابة الموضوعية على أسباب التشريع، فالقضاء يختص بمثل هذا النوع من الرقابة، وإذا بطلت هذه المقدّمة بطلت النتيجة التي رُتبت عليها.

2- عدم اختصاص القضاء الدستوري بالحكم على صلاحية التشريع وإلا أصبح موجّهًا للمشرّع: دُكرت هذه الحجّة تحت عنوان فكرة الصالح العام في نطاق الرقابة على الانحراف التشريعي، ومفادها أن نسبة الصالح العام بين مجتمعٍ وآخر تعني أن حسم تلك النسبية ينبغي أن يكون مهمّة المشرع، ولا يملك القضاء الدستوري اختصاصًا بالحكم على صلاحية التشريع، لأن خوضه في صلاحية التشريع يجعل حكمه تقويماً، الأمر الذي يجعل القضاء الدستوري موجّهًا للمشرع، وهذا ما يترتّب على الرقابة الموضوعية على الغاية، ولذلك فإن رقابة القضاء ينبغي أن تكون رقابة ذاتية، تقوم على استقصاء الغايات الفعلية للمشرع وعدم تنافيتها مع الصالح العام<sup>1</sup>.

وتكمن مشكلة هذه الحجّة في عدم التفريق بين الغاية التشريعية وبين الحكمة التشريعية، فالثانية تخرج عن رقابة القضاء الدستورية بينما تدخل الأولى وتجب، فليس صحيحاً أن خوض القضاء في صلاحية الغاية من التشريع يجعل حكمه تقويماً، لأن القضاء لا يفحص صلاحية الغاية وفق المعايير الشخصية للقضاة، وإنما وفق المعايير الدستورية، وهذا في صلب اختصاصه الذي يرتدّ لحماية الدستور، فلا مشكلة في أن يكون القضاء الدستوري موجّهًا للمشرع حين ينحرف عن جادة الدستور فيما يبتغيه من غايات، فيردّه إليها. ثم إذا كانت الرقابة الموضوعية تتضمن توجيهًا للمشرع، فإن الرقابة الذاتية لا تتضمن توجيهها فحسب، بل حكماً على نواياه، وهذا ما ليس له سند.

ثالثاً-المسوغات الواقعية: تتعلق هذه المجموعة بتأثير العوامل التي تحيط بتكوين الهيئة التشريعية وطريقة عملها على نحو يدفعها لإصدار تشريعات تنوء عن المصلحة العامة لمصالح فئوية، الأمر

---

<sup>1</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص313.

الذي يجعل تلك العوامل ذات تأثير ذاتي ينادى عن العمومية والتجريد إلى التخصيص والتحديد، بما يستدعي إعمال معيار ذاتي للكشف عن الانحرافات الغائية التي كثيراً ما تكون وليدة تلك العوامل، وأبرز هذه العوامل هي السلطة التنفيذية، والأحزاب السياسية، واللجان البرلمانية.

ولقد صاغ هذه المسوّغات الدكتور محمد ماهر أبو العينين تحت عنوان عام أسماه "الأسس الواقعية لفكرة الانحراف التشريعي"<sup>1</sup> ثم تبعه في ذلك الدكتور عبدالمنعم عبدالحميد فأعاد صياغة تلك الأسس بطريقة تحت عنوان عام أسماه "العوامل المؤثرة في عمل السلطة التشريعية"<sup>2</sup> حيث حاول إبراز العناصر الذاتية والعامل البشري في عيب الانحراف الغائي، ليخلصا بعدئذ إلى أن معيار الانحراف الغائي هو معيار ذاتي وليس معياراً موضوعياً.

وسوف نناقش تلك الأسس التي نعتقد أنها صحيحة في ذاتها وأنها تبرز العامل البشري في عملية صياغة التشريع، لكننا مع ذلك نرى عدم صلاحية تلك الأسس للقول بأن معيار الكشف عن عيب الانحراف الغائي هو معيار ذاتي، فالحديث عن معيار الانحراف الغائي هو حديث عن مسألة الإثبات، والحديث عن الإثبات يقود بالضرورة للحديث عن الوسائل وليس النتائج، وإبراز العناصر الذاتية في مسببات النتائج لا يعني أبداً اعتماد معايير ذاتية في إثبات تلك النتائج، فالجهة منفكة. وقد بينا آنفاً أن وسائل إثبات الانحراف لا تُبنى إلا على معيار موضوعي، فهذه الأسس التي سيأتي بيانها - مع الاعتراف بصحتها - لا تصلح لتسويغ اعتماد معيار ذاتي في إثبات الانحراف الغائي، إذ إن معيار إثبات الانحراف الغائي لا يكون إلا معياراً موضوعياً.

**1- اختيار أعضاء الهيئة التشريعية تتخلله عناصر ذاتية:** تقوم هذه الحجة على حقيقة أن هيئة الناخبين ليست مجموعة أفراد الشعب وإنما هي مجموعة الممثلين له، وتشخيصُ الشعب في هيئة

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص322.

<sup>2</sup> عبدالحميد عبدالمنعم، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص205.

الناخبين لا يعدو أن يكون بناءً عقلياً لفكرة الشعب، ثم إن اختيار ممثلي الشعب لا يكون من بين جميع أفراد الشعب، وإنما من بين المرشحين لعضوية البرلمان فحسب، ولما كان الترشح للعضوية البرلمانية متاحاً للجميع، فقد يختار الناخبون مرشحاً كفاءاً وقد يختارون مرشحاً غير كفاء على حدٍ سواء، خصوصاً إذا لم يكن من بين المرشحين أفراد تتوافر فيهم الكفاءة السياسية.

هذا على فرض نقاء إرادة الناخبين من المؤثرات الموجّهة لإرادتهم، وإلا فإن الواقع العملي يعكس تأثر إرادة الناخبين بالعديد من العوامل، أهمها الأحزاب السياسية<sup>1</sup>، فالغالب أن تسيطر على الحزب السياسي قلةٌ تسيّر شؤونه ثم ينقاد لها بقية أفراد الحزب، فأراء الحزب لا تعبّر عن آراء أفرادها بالضرورة، وإنما هي تعبير عن آراء تلك القلة، كما أن الانتماء لحزبٍ ما لا يكون نتيجة تفكير مستقل إلا في أحوال نادرة، فعادة ما يكون مدفوعاً بانتماء الوالدين إليه، أو بمجرد النفور من الحزب الحاكم، أو لإعجابٍ بفقرات البرنامج الحزبي، أو لأنه أفضل السيء من بين الأحزاب الأخرى، فالناخب عملياً لا يصوّت لمرشح بعينه بل لحزبٍ بعينه، وهذا يعني أن إرادته مقيّدة بانتمائه للحزب، إذ لا يستطيع عملياً أن يصوّت لمشرح من غير الحزب الذي ينتمي إليه<sup>2</sup>.

وفكرة الأحزاب السياسية أثرت على فكرة الانتخابات نفسها، لأن الانتخابات العامة غالباً ما تُسبق بانتخابات تجريها التنظيمات السياسية لتعيين مرشحيها، ثم تجري الانتخابات العامة لتصديق اختيار تلك التنظيمات. هذا في الأحوال التي يعتمد فيها الحزب السياسي طريقة الانتخاب لاختيار مرشحيه، غير أن ثمة أحزاب أخرى يختار القادة فيها المرشحين بالتعيين، بحيث يقف دور الناخبين عند حدّ الموافقة على من قام القادة بتعيينهم.

---

<sup>1</sup> الحزب السياسي هو تنظيم دائم يتم على المستويين القومي والمحلي، يسعى للحصول على الدعم الشعبي من أجل الوصول إلى السلطة وممارستها لتنفيذ سياسة. المرجع نفسه، ص 325.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 326.

## 2- تأثير النظام الحزبي في تحديد المصالح التشريعية: إذا كان للأحزاب السياسية سلطان على

أعضائها فإن سلطانها على نوابها في البرلمان أشد وأعتى، فالحزب يفرض على النائب عنه آراءه، فلا يملك إلا أن يستجيب لإملاءات المصالح الحزبية، فهو مندوب الحزب في البرلمان، والأحزاب ميّالة بطبيعتها لتغليب المصالح الحزبية على المصالح العامة، فحتى المناقشات التي تدور لتباحث مشروعات القوانين لا معنى لها، لأنها بُحِثت سلفاً في اجتماعات الحزب واتُّخذ القرار بشأنها، وهو ما يجعل مظنة سيطرة المصالح الحزبية أقرب للواقع، بما يغلب العناصر الذاتية.

ويزداد الإشكال عمقاً في نظام الحزب المسيطر، حيث تتعدد الأحزاب شكلياً لكن البرلمان محكوم بحزبٍ يسيطر عليه بأغلبية ساحقة، فلا تكون بقية الأحزاب سوى واجهة شكلية لنظام تعدد الأحزاب صورياً، وإلا فإن النظام في حقيقته هو نظام الحزب الواحد<sup>1</sup>.

لأجل ذلك لا يصح القول بانباتات صلة مشروع القانون عمّن قدّمه بدعوى رجوعه للبرلمان ككل، فذلك قولٌ ينقضه الواقع، إذ القانون الذي يقّمه عضو البرلمان هو القانون الذي وافق عليه الحزب سلفاً وضمن طريق صدوره دون عقبات، وهذا يجعل الذاتية متجلية في عملية إصدار التشريع، ويجعل العامل البشري حاضراً بقوة تستدعي استحضار المعيار الذاتي للكشف عن الانحرافات الغائبة التي تعترى تلك التشريعات<sup>2</sup>.

## 3- سيطرة اللجان البرلمانية على مشروعات القوانين: مؤدى ذلك أن مشروعات القوانين مصنّعة

لجان البرلمان، فهي التي تُعنى بفحص مشروعات القوانين ودراستها وتمحيصها، وعضوية اللجان تتوقّف في كثير من الأحيان على رضا رئيس اللجنة البرلمانية، الأمر الذي يجعل عمل اللجنة وما تعتمده من مشروعات مرهون بإرادة الرئيس، فإذا تخلّلت عملية انتخاب هذه اللجان عناصر ذاتية

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 337.

<sup>2</sup> محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، مرجع سابق، ص 322 وما بعدها.

فإنه من المتوقع أن يصدر عنها تشريعات مشوبة بعناصر ذاتية تستدعي وقفه القضاء الدستوري عنها لتمحيصها.

ويتضمن مجلس الشعب المصري أربع لجان، اللجنة العامة، ولجنة القيم، واللجان النوعية، واللجان الخاصة والمشاركة، وتلعب اللجان البرلمانية- خاصة اللجان النوعية- دورًا مؤثرًا في السيطرة على مشروعات القوانين، لأنها تشكّل من أعضاء حزب الأغلبية، الأمر الذي يعني أن ما يقدم من مقترحات من أعضاء حزب الأغلبية في البرلمان سوف يحظى بالقبول من قبل تلك اللجان، لأن أعضاءها والأعضاء المتقدمين بالمشروع على قلب حزب واحد، وهو ما يعني تهيئة البساط لتحقيق المصالح الحزبية السياسية وإن ترتّب على ذلك إضرار بالمصلحة العامة لفئات أخرى<sup>1</sup>.

**4- تدخل السلطة التنفيذية في عمل السلطة التشريعية:** مفاد هذه الحجة أن تغوّل السلطة التنفيذية في عمل البرلمان يستدعي إعمال معيار ذاتي للوقوف على حقيقة التشريع الصادر عن البرلمان، وما إذا كان صادرًا لتمثيل إرادة الشعب حقًا أم تمثيلًا لإرادة السلطة التنفيذية، فمع تزايد صلاحيات السلطة التنفيذية أصبحت قادرة على التحكم بعمل السلطة التشريعية بما تملكه من أغلبية في البرلمان وبما تتمتع به من سلطة اقتراح القوانين، بحيث يكون دور السلطة التشريعية تصديقيًا على المقترحات التي تقدّمها الحكومة<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 258.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

## المبحث الثاني

### المعايير القضائية للكشف عن الانحراف الغائي

أفضى الحديث عن المعايير الفقهية في المبحث المنصرم إلى نتيجتين أساسيتين، أولاهما: عدم كفاية الفروض التي ساقها السنهوري. وثانيهما: عدم وضوح المعيار الذاتي بما يؤثر على فاعليته. وقد انتهينا إلى أن الذاتية مقبولة على مستوى النتائج دون الوسائل، فيمتنع الكشف عن الانحراف الغائي بغير معيار موضوعي، ولا مانع من أن يكشف الأخير عن نتائج ذاتية.

وإذ بدا أن النظر في معيار إثبات الانحراف الغائي لا يكون من مدخل الذاتية والموضوعية لأن معيار ذلك يجب أن يكون موضوعياً فحسب؛ وكان المراد من تلك الفروض تقديم قواعد موضوعية لا يخطئ الناس في فهمها ولا يتفاوتون في تقديرها<sup>1</sup>؛ فإننا نسلك لهذا المراد طريقاً آخر، حيث نسعى لتكريس معايير موضوعية تتضمن فروضاً عملية للكشف عن جميع أحوال الانحراف الغائي، وهذه المعايير ليست بدعاً من الفكر، ولا ضرباً من الخيال، بل هي وليدة القضاء الدستوري في مصر، إذ نستقي تلك المعايير من وحي أحكامه، لتكون مدعومة نظرياً، ومُتقنة عملياً.

وحيث أنّ العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني<sup>2</sup> فإننا لن نقف عند الحدود الاصطلاحية عند استنباط تلك المعايير، بل نتجاوزها إلى قصودات الأحكام ولو لم تتضمن تعبير "الانحراف"، فما أقلّ ذكر مصطلح "الانحراف" في أحكام القضاء الدستوري وما أكثر ورود مضمونه فيها.

ولمّا كان مبلغنا أن نضع معايير تكشف عن كافة حالات الانحراف الغائي، فإن الخطوة المنهجية لهذا الهدف تبدأ بحصر تلك الحالات، ونستفتح ذلك بعرض الفروض المنطقية للغاية في أي تشريع، فإذا كانت الغاية المشروعة هي جوهر التشريع السليم، وإذا كانت المصلحة العامة تجسّد

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 68.

<sup>2</sup> مقتبسة من أحد القواعد الفقهية، وهي فرع عن قاعدة أعم مؤداها أن "الأمر بمقاصدها".

الغاية المشروعة، فإن أيّ تشريعٍ طعين لا يخلو من أحد فرضين، فإما أن يستهدف مصلحة عامة، وإما ألا يستهدف أيّ مصلحة عامة، ثم عن هذين الاحتمالين تتفرع احتمالات عديدة.

ولمّا كان جوهر الغاية التشريعية هو وجود مصلحة عامة فإنّ خلوّ التشريع منها يعني انطواءه على انحرافٍ غائي لانعدام المصلحة العامة، ولا يكفي وجود مصلحة عامة لسلامة التشريع من الانحراف الغائي، بل ينبغي أن تُبنى المصلحة العامة على أساسٍ سليم فتكون العناصر التي تسبق عنصر الغاية في الوجود متفقّة مع الدستور، كما لا يكفي أن تسلم المصلحة العامة في أساسها، بل ينبغي أن تسلم في بنائها كذلك، فلا تتعارض مع الغايات المطلوبة دستوريًا، وينبغي كذلك أن تسلم الجوانب الخفية في التشريع فلا يُغطّى عدم مشروعية الغاية بستار مشروع، وقد تسلم جميع تلك المستويات، ومع ذلك لا يسلم التشريع من عيب الانحراف الغائي، وذلك إذا اختلّت موازين المصالح في النص التشريعي.

إذا صحّ ما مضى، صحّ القول بأن عنصر الغاية- الذي هو أحد العناصر الخمسة المكوّنة للتشريع- يتراتبُ في تكوينه إلى خمسة مستويات: فأولاً مستوى الوجود، وثانيًا مستوى الأساس، وثالثًا مستوى البناء، ورابعًا مستوى الخفاء، وخامسًا مستوى الموازنة.

كلّ غاية تشريعية تتكون من هذه المستويات الخمسة، وينبغي لسلامة التشريع من عيب الانحراف الغائي أن يسلم كل مستوى على حدة، فإذا اختلّت الغاية من حيث وجودها بأن كانت منعدمةً في التشريع فإن التشريع يكون معيبًا بالانحراف الغائي، وإذا اختلّت الغاية في أساسها باختلال أحد العناصر التي تسبق الغاية فإن التشريع يكون معيبًا بالانحراف الغائي بالتبعية، وإذا اختلّت الغاية في بنائها باستهداف غايات غير مشروعة في ذاتها كان الانحراف الغائي حليف ذلك التشريع، وكذلك إذا اختلّت الغاية في خفائها بأن تضمّنت جوانب غير مشروعة تستتر خلف غطاء مشروع، كما ينطوي التشريع على عيب الانحراف الغائي إذا اختل التوازن المصلي فيه.



على أساس ذلك يمكن القول بأن معايير الكشف عن الانحراف الغائي تتعدد بتعدد مستويات الغاية، فهناك معيار الوجود الذي يُعنى بالتحقق من مدى توافر المصلحة العامة، وهناك معيار الأساس الذي يُعين على التحقق من سلامة العناصر التي انبنت الغاية عليها، وهناك معيار البناء الذي يفيد في فحص مدى توافق النتائج النهائية الواقعية للتشريع مع الغايات المطلوبة دستورياً، وهناك معيار الخفاء الذي يتحقق ممّا إذا كان ظاهر التشريع مرآةً لباطنه أم ستاراً يحول دونه، وهناك معيار الموازنة الذي يتحقق من صحة ترتيب المصالح وفق الدستور.

تحت كلّ معيارٍ من هذه المعايير ثمة فروض عملية تضارع فروض السنهوري في مسعاها، فكل معيار تتدرج تحته محدّدات إذا عُرض التشريع عليها أمكن التحقق من مدى صحّة الغاية على كل مستوى من تلك المستويات الخمسة، وهذه المعايير نتاج عملية استنباطية بُنيت على استقرارٍ واسعٍ لأحكام القضاء الدستوري في مصر، فمن مختلف الإشارات القضائية حاولنا تأصيل فروض واضحة "لا نخطئ في فهم معناها ولا نختلف في تفسيرها" عسى أن تكون فاعلةً في الكشف عن الانحراف الغائي، ولسنا نضع تلك الفروض كسقفٍ نهائي للبحث، بل كلبنةٍ أولى نتوسّم بها أن تكون قاعدة مركزية لابتكار فروضٍ أخرى.

وعلى ما مضى سوف نقسّم هذا البحث إلى خمسة مطالب، نعالج في كل مطلب معياراً من المعايير الخمسة حتى نستوفي شرحه وفروضه وشواهد، وإذ يبدو بأن تلك المعايير عادةً ما تتالى في الأخذ بها، فقد جرى ترتيب المطالب على أساس ذلك. يعالج المطلب الأول (معيار الوجود) بينما يعالج الثاني (معيار الأساس)، ويعالج الثالث (معيار البناء)، والرابع (معيار الخفاء)، والخامس (معيار الموازنة).

على أنه من المهم إيضاح نقطة أساسية، وهي أن المحكمة الدستورية العليا كثيراً ما أعملت في القضية الواحدة أكثر من معيار لإثبات الانحراف الغائي، فالغالب في أحكامها أن تستظهر عيوب

الغاية على أكثر من مستوى فتعتمد أكثر من معيار للكشف عن الغاية، ففي بعض القضايا أعملت معياري الأساس والموازنة معًا، وفي قضايا أخرى أعملت معياري البناء والخفاء جنبًا إلى جنب، وفي غيرها اعتمدت أكثر من معيارين، إلى غير ذلك.

وينمُّ تعدد المعايير في القضية الواحدة عن حقيقة فكرة تعدد مستويات الانحراف الغائي التي نرمي إليها، فهذه المعايير تتكامل في يد القضاء لتكشف عن جميع جوانب الانحراف الغائي، وحين يلجأ القضاء لأكثر من معيار في القضية الواحدة فذلك دليل حرصه على التحقق من سلامة عنصر الغاية في كافة مستوياته.

هذا الإيضاح مهمٌ لدرء أمرٍ ربّما يتوهمه البعض في أننا عند عرض التطبيقات القضائية قد نستشهد بقضية للتمثيل على معيارٍ معيّن؛ ثم لا نجد حرجًا من الاستشهاد بالقضية ذاتها في بيان معيارٍ آخر، وليس ذلك تناقضًا ولا اضطرابًا في تأصيل تلك المعايير، فنحن إذ نستشهد بقضية على أحد المعايير نأخذ من الحكم ما يتصل بهذا المعيار فحسب وندع ما دون ذلك، ثم إذا انتقلنا للمعيار الآخر تركنا الجزء الأنف وعرضنا ما تعلق بالمعيار الآخر، فلا تناقض إذن، لأن المعايير تتعدّد بتعدّد المستويات المعيبة في الغاية.

وأخيرًا؛ لما كان العدل يقتضي نسبة الفضل إلى أهله، فإنّ هذا المبحث قد نَمى وازدهر بصلاح البذور التي وضعها رئيس المحكمة الدستورية العليا السابق المستشار والفقير العلامة عوض محمد عوض المر - تغمّده الله بواسع رحمته -، فقد صعدت أحكامه بالقضاء المصري إلى فردوس المعرفة القضائية، وهو الذي إذ أسهم في إنشاء الصرح البديع للمحكمة الدستورية العليا على ضفاف نيل حي المعادي؛ لم يفته أن يبني صرحًا مماثلًا له في الشموخ لمبادئ العدالة القضائية، فالمبادئ التي صاغها لا يزال القضاء من بعده يردّدونها دون أن يعترّيها ركود أو سامة، فهي من ذلك النوع الذي لا ينفد ريحه بمرور الزمان، بل يتعقّق.

وإنّ الذي يتتبع أحكام القضاء الدستوري بمصر لا يماري بأن فترته الذهبية هي فترة تقلد القاضي عوض المر رئاسة المحكمة ما بين 1 يوليو 1991 حتى 30 يوليو 1998، فقد أحسن إليها، وشيّد أعمدة النزاهة عليها، وأكرم نُزل العدالة فيها، وليس هذا تهويناً لجهود بقية القضاة، حاشا ليس الأمر كذلك، ولكنه اعتراف بفضلي لا مثيل له في أحكام القضاء الدستوري في مصر.

وأحسب أن هذه الأطروحة ما كانت لتكون على حالها لولا أن منّ الله علينا بتلك الأحكام الضالعة في تأصيل العدالة على رأيٍ سديد وركنٍ شديد، فما من حكمٍ برئاسته إلا واستخلصت منه من الفروض ما يشفي غليل هذا المبحث، وكل فرضٍ أملاه عليّ التفكير المنطقيّ وجدت له شاهداً في أحكامه، وكل فرضٍ ترددت في ذكره خشية انفصاله عن الأمثلة الواقعية وجدت في أحكامه تمثيلاً عليه، فكان إرثه القضائي خيراً سندي للكثير من الفروض التي جرى استنباطها.

وإني كنت أمرّ على الأحكام القضائية لا أدري من يرأسها حتّى أطلع على اسم رئيس المحكمة، عدا أحكامه التي إذا مرّت علمت من حسن المنطق والمنطوق فيها، ومن بديع الصياغة، وعظيم البلاغة، أنها برئاسته.

والحقّ أن عناية القضاء الدستوري بالرقابة الدستورية على الغاية التشريعية ترجع في معظم جوانبها إلى ما صاغه من أحكام<sup>1</sup>، فإذا كان الفضل الفقهي في تأصيل الرقابة الدستورية على الغاية التشريعية يرجع إلى السنهوري فإن فضل التأصيل القضائي للرقابة الدستورية على الغاية التشريعية في مصر يرجع إلى القاضي عوض المر، ولا زعم لي بأني قد استخلصت من تلك الأحكام آخرها، وإنّما ما أفاء الله به عليّ منها، وإلا فهي مثل النبع؛ لا يضرب فيضه من نهل.

---

<sup>1</sup> وذلك دون نكران لفضل القاضي عبدالوهاب عبدالرزاق الذي وضع ختمًا فريداً بحكمه الشهير حين وصم أحد التشريعات صراحةً بعيب الانحراف التشريعي الصادر عام 2012، يُنظر: القضية رقم 57 لسنة 34 قضائية، 2012، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق، حكم سابق.

## المطلب الأول

### معيار الوجود للكشف عن الانحراف الغائي

إنّ الحدّ الأدنى للالتزام المشرّع بشأن عنصر الغاية هو التزامه بتحقيق مصلحة عامة، فحين يخلو الدستور من كلّ قيد على سلطة المشرع في الغاية؛ تبقى المصلحة العامة قيدًا لا مناص منه. ويُفحص معيار الوجود هذا الحد الأدنى من التزام المشرع، فهو لا يتعرّض لتقييم المصلحة العامة المستهدفة في جوهرها وتوازناتها، وإنما يعود خطوةً إلى الوراء باحثًا عن وجودها قبل الخوض فيها، فيرى ما إذا كانت المصلحة العامة- أيّ مصلحة عامة- موجودة في التشريع أم لا. ومسألة الوجود تدخل في نطاق السلطة المقيدة للمشرع، لأن المشرع مقيّد بعدم تجاوز المصلحة العامة. حيث يستخلص القاضي جوابًا على سؤال محدّد: هل توجد مصلحة عامة في التشريع<sup>1</sup>؟

إن الجواب عن هذا السؤال هو مفتاح القضاء الدستوري للتحقق من سلامة غايات التشريع الطعين على مستوى الوجود، حيث يحكم القضاء بالانحراف الغائي إذا عُدّت كلّ مصلحة عامة في التشريع، أما إذا ثبت وجود مصلحة عامة في التشريع الطعين فإنه يكون سليمًا وفق معيار الوجود، فينتقل القاضي للمعايير الأخرى ليتحقق من سلامة عنصر الغاية في بقية المستويات.

والسؤال الذي يضمن جوابه فعالية هذا المعيار: متى يمكن للقاضي أن يقرر بأن التشريع قد خلا من كل مصلحة عامة؟ أو بعبارة أخرى: ما هي الفروض التي تنعدم فيها المصلحة العامة في التشريع الطعين؟

---

<sup>1</sup> قد يعتقد البعض أن هذا المعيار مقتبس من معيار الأساس العقلاني الذي تبنته المحكمة العليا في الولايات المتحدة، ورغم التشابه إلا أن هذا المعيار يختلف عن معيار الأساس العقلاني في أن الأخير يجعل من وجود المصلحة العامة نقطة نهاية في تمحيص الغاية، بينما معيار الوجود هنا هو نقطة بداية، ففي المحكمة العليا إذا وجد القضاء مصلحة عامة في التشريع حكم بدستورية التشريع ولو كان وجودها شكليًا وهميًا، أما هنا فإن القضاء إذا ثبت له وجود مصلحة عامة فإنه يفحص تلك المصلحة على أسسٍ أخرى كما سيأتي. للاستزادة حول معيار الأساس العقلاني: يُنظر: إروين كيميرينسكي، اختبار الأساس العقلاني دستوري، مرجع أجنبي سابق، ص402. وكذلك: راندال كيلسو، مراجعة هيكل الأساس العقلاني والمعقولة، مرجع أجنبي سابق، ص415-417.

ثمة فروضٌ عديدة تداولها القضاء الدستوري في أحكامه، وقد قمنا باستخلاصها تحت قواعد موضوعية مباشرة، بحيث متى قام أحدها فإن القاضي الدستوري ينتهي للحكم بالانحراف الغائي لانعدام المصلحة العامة في التشريع، وهي سبعة فروض نعرضها فيما يلي:

### الفرض الأول- سكوت المشرع عن تعيين المصلحة العامة مع تعذر الوقوف عليها

لئن كان المتعارف عليه بأن المشرع غير ملزم بالإفصاح عن غاياته، إلا أن هذا العرف يسوّغه أن التشريعات عادة ما تُعلم غاياتها بمضامينها، لكنّ بعض التشريعات يتعذر فيها الوقوف على المصلحة العامة المستهدفة من التشريع، فلا تتضح النتيجة النهائية التي أراد المشرع تحقيقها من ترتيب أثر بعينه، بحيث يمتنع على القضاء استخلاص المصلحة العامة من التشريع.

ويستعين القضاء بكافة الوثائق ذات الصلة لمعرفة المصلحة العامة المستهدفة، فإن نفذت الوسائل من يده في استبصار المصلحة العامة المستهدفة؛ لم يجد بدءاً من الحكم بانحراف التشريع غائياً، لأن الغاية الغائبة في حكم الغاية المنعدمة من حيث النتيجة النهائية في الواقع، وما لم تُعلم الغاية المستهدفة لا يكون للقضاء إعمال النص على نحو يبلغ المقاصد المرجوة منه.

وقد أعملت المحكمة الدستورية العليا معيار الوجود وفقاً لهذا الفرض، وذلك لدى نظرها في قانون الأراضي الصحراوية الذي أوجب على اللجان القضائية- التي حددها- أن تحيل المنازعات والاعتراضات المعروضة عليها إلى المحاكم الابتدائية<sup>1</sup>؛ فقد خلا هذا القانون من ذكر المصلحة العامة، ولما بحثت المحكمة عن المصلحة العامة في الوثائق المتصلة بالتشريع؛ تعذر الوقوف عليها، فقضت بأن "الأعمال التحضيرية للقانون السالف الذكر- المذكورة الإيضاحية ومضابط مجلس الشعب- قد خلت من بيان الأسباب التي ألجأت المشرع إلى ولوج هذا الطريق، أو المصلحة

<sup>1</sup> الفقرة الأولى، المادة 22، القانون رقم 143 لسنة 1981 بشأن الأراضي الصحراوية.

العامّة التي يهدف إلى تحقيقها من ورائه، ومن ثم فإن ما نحاه المشرع من إيلاء الاختصاص بنظر جميع المنازعات التي قد تنشأ عن تطبيق أحكام القانون المطعون عليه إلى المحاكم الابتدائية يمثل انتقاصًا من الاختصاص المقرر دستوريًا لمجلس الدولة<sup>1</sup>.

في هذا الحكم قرّرت المحكمة أن انتقاص الاختصاص المعقود لمجلس الدولة جائزٌ دستوريًا، لكن جوازه متوقف على أحوالٍ استثنائية تقوم فيها ضرورة ملحة لمثل هذا الانتقاص وتسوّغها مصلحة عامة، فلا يكون التشريع موافقًا للدستور إلا إذا كان مؤيدًا بمصلحة ملحة تسوّغه، "فلا يجوز إيلاء سلطة في منازعات بعينها إلى غير قاضيه الطبيعي إلا في أحوال استثنائية تكون الضرورة في صورتها الملجئة هي مدخلها، وصلتها بالمصلحة العامة- في أوثق روابطها- مقطوعًا بها، ومبرراتها الحتمية لا شبهة فيها"<sup>2</sup>، ولما خلا التشريع والأوراق المتصلة به من بيان تلك المصلحة وتعدّر على المحكمة إيجادها في التشريع نفسه أو في ملحقاته قُضي؛ بعدم دستوريته لانعدام المصلحة العامة فيه، إذ المصلحة العامة معيبة على مستوى وجودها.

#### الفرض الثاني- إذا كان إلغاء التشريع لا يحول دون تحقيق الغاية المرجوة منه

هذا الفرض يتعلق باختبار صلة التشريع بالغاية المستهدفة، بحيث ينظر القاضي فيما إذا كان إبطال التشريع سيحول دون تحقيق الغاية المستهدفة منه أم لا، فإذا تبين أن إلغاء التشريع لن يعوق تحقيق تلك المصلحة، فإن المصلحة العامة التي صدر التشريع من أجلها تكون غير موجودة في التشريع، لكونها موجودة قبل صدوره، وستبقى موجودة به أو بدونه، فهي وإن وُجدت لا يعدو وجودها أن يكون شكليًا، فوجودها في التشريع هو وجود وهمي لا حقيقة له، مما يجعل المصلحة العامة في التشريع الطعين منعدمة في الواقع.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 101 لسنة 26 قضائية، 1 فبراير 2009، برئاسة ماهر البحيري. (ش.ق.ش | ر.م 306271)

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

ونضرب مثلاً على ذلك بالطعن على قانون الحجز الإداري فيما تضمّنه من الجمع بين إعلان المدين بإنذار الحجز وتنفيذ الحجز دون منح المدين مهلةً زمنية ما بين الإعلان والتنفيذ<sup>1</sup>، فهذا التشريع يستهدف - بحسب المصلحة العامة المعلنة في قانون الحجز الإداري - تمكين الجهات العامة من تحصيل مستحقّاتها، لكن الاستغناء عن الجمع بين الإجراءين لن يُعثر هذه المصلحة، إذ الفصل بين مقدمات الحجز وتنفيذه ليس من شأنه أن يعوق القانون عن تحقيق الغاية الآتية، فمؤدى الفصل بين الإجراءين أن يُمنح المدين فرصةً للسداد دون تنفيذ الحجز الإداري، وإذا أدى المدين ما عليه فإن مصلحة الجهات العامة تتحقق دون الحاجة لتنفيذ الحجز الإداري، وعليه فإن النص الذي جمع بين الإعلان والتنفيذ خالٍ من المصلحة العامة، لأن مصلحة الجهات العامة في تحصيل مستحقّاتها لن تتعطل بتقرير الفصل بين الإجراءين.

وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا حين قضت بضرورة توافر المصلحة العامة في التشريع "لِتُدْرِكَ وسائل التشريع غاياته، فينضبط بذلك حكم إيقاع الحجز الإداري على المنقول بالرابطة الدستورية المتعين التزامها بين أهداف التشريع والوسائل التي تحققها، وهو ما لم يلتزم به المشرع بالنص المطعون فيه، الذي جمع مقدمات تنفيذ الحجز الإداري مع الشروع في إيقاعه في وحدة زمنية واحدة أو تكاد، مفترضاً - بغير سند - عدم تحصيل الجهة الحاجزة دينها إلا بالشروع فوراً في إيقاع الحجز على منقولات المدين، غير عابئة بتباين المراكز القانونية للمحجوز عليهم باختلاف أحوال التنفيذ، ودون مراعاة لأحوال التنفيذ التي تنتهي عنها الخشية من عدم تحصيل الجهة الحاجزة لدينها، سواء ما تعلق منها بإقرار المدين بالدين المحجوز لأجله، وعدم منازعته في أساس الالتزام أو مقداره، مع اقتران ذلك بسعي جدي للوفاء بالدين، أو تقديم المدين من التأمينات الشخصية ما

---

<sup>1</sup> عبارة "ويشروع فوراً في توقيع الحجز"، الفقرة الأولى، المادة 4، القانون رقم 308 لسنة 1955 بشأن الحجز الإداري.

يضمن الوفاء بدين الجهة الحاجزة<sup>1</sup> "فالمصلحة العامة التي بُني التشريع عليها وهمية لا تصح في الواقع، لأن الفصل بين الإعلان والتنفيذ لن يحول دون تمكين الجهة الإدارية من تأمين مستحققاتها.

### الفرض الثالث- إذا كان التشريع مُصمَّمًا على نحو يعطل المصلحة المفترضة منه

في هذا الفرض يصدر التشريع متضمَّنًا تدبيرًا معيَّنًا غايته فيه، غير أنه يتصرّف في ذلك التدبير فيحوطه بأمر تحول دون تحقيق النتيجة النهائية المرجوة منه، على نحو تضحى فيه المصلحة العامة من ذلك التدبير في حكم العدم أو التعطيل.

وتمثيلاً لهذا الفرض نستصحب القضية الماضية من زاوية ثانية، وتحديداً ما يتعلق بالطعن على النص الذي جعل تعليق نسخة من محضر الحجز على واجهة الجهة التي تقوم بإيقاعه تقوم مقام الإعلان<sup>2</sup>، فالمصلحة العامة المفترضة من إعلان المدين تتمثل في منح المدين فرصة أخيرة للوفاء بدينه قبل إيقاع الحجز، لكن النص قد عدم هذه المصلحة حين ذهب بتلك المهلة عبر جمع الإعلان بالتنفيذ، فالمهلة بين الإعلان والتنفيذ ضرورية لتحقيق الغاية من ذلك الإعلان، وبدون تلك المدة لا مصلحة تذكر من تقرير إجراء الإعلان.

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن التشريع الذي يجمع بين مقدمات الحجز وإجراء تنفيذه يجعل مقدمات الحجز إجراءً شكلياً لا يرتب أي مصلحة عامة من الناحية العملية، ذلك أن "النص المطعون فيه وقد قرّن إعلان التنبيه بالأداء، وإنذار الحجز، بالشروع في توقيع الحجز؛ يكون متصادماً مع الغاية من تقرير هذا الإعلان، والأهداف المبتغاة منه<sup>3</sup>". وبذلك فإن هذا التشريع لا يحقق معيار وجود المصلحة العامة.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 185 لسنة 32 قضائية، 4 مايو 2019، برئاسة حنفي الجبالي. (ش.ق.ش| ر.م 416266)

<sup>2</sup> عبارة "ويقوم هذا الإجراء مقام الإعلان"، الفقرة الثانية، المادة 7، القانون رقم 308 لسنة 1955 بشأن الحجز الإداري.

<sup>3</sup> الحكم نفسه.



الفرض الرابع- إذا كانت النتيجة النهائية محصورة في فروض لا يحقق أيًا منها المصلحة العامة في هذا الفرض لا يخلو التشريع من ترتيب نتائج نهائية واقعية، غير أن النتائج النهائية تكون منحصرة في فروض منطقية يمكن الوقوف عليها وقوفًا حاصرًا، ثم يجد القضاء بعد حصر جميع تلك النتائج بأن أيًا منها لا يشكل مصلحةً عامة، فيحكم على التشريع بالانحراف الغائي لانعدام المصلحة العامة فيه، وهو انعدامٌ مردّه أن جميع النتائج التي يرتبها التشريع تكون عبثية.

وقد طبقت المحكمة الدستورية العليا هذا الفرض عند نظرها في الطعن على القانون الذي أُلزم المطلق بتوفير مسكنٍ عينيٍّ لأطفاله من مطلقته ولو كان له مال حاضر يكفي لسكناهم ولو كان للحاضنة مسكن تقيم فيه<sup>1</sup>، حيث مضى الحكم في حصر النتائج النهائية الواقعية المترتبة على هذا التشريع فوجد أن جميعها عبثي وأن أيًا منها لا يحقق مصلحة عامة معتبرة بميزان الدستور، إذ قضت المحكمة بأن "اختصاص صغار المطلق بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها-الحاضنة- تقيم فيه يعني أن الحاضنة وقد تهيأ مسكن لها مع زوجها وأولاده إما أن تنقل هؤلاء معها إلى مسكن المحضون نابذة مسكنها"<sup>2</sup> وهذه هي النتيجة الأولى المحتملة من التشريع، وهي لا تشكل مصلحة عامة بأي وجه. "وإما أن تتردد معها إلى مسكن المحضون نابذة مسكنها"<sup>3</sup> وهذه النتيجة الثانية المحتملة للتشريع، وهي الأخرى ليست مصلحةً عامة يقرها الدستور. والنتيجة الثالثة المحتملة "أن تتردد بين مسكنها ومسكنهم فلا تمنحهم كل اهتمام ولا توفر لحضانتهم متطلباتها من التعهد والصون والتقويم" وهي الأخرى لا يُتصور أن تكون مصلحةً عامة. "وإما أن تقيم مع محضونيتها من دون أسرتها ليتصدع بنيانها"<sup>4</sup> وهذه هي النتيجة الرابعة وهي الأخرى لا تشكل مصلحة عامة.

<sup>1</sup> المادة 18 مكرراً ثالثاً، القانون رقم 25 لسنة 1929 بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 5 لسنة 8 قضائية، 1996، ر. عوض المر، حكم سابق.

<sup>3</sup> الحكم نفسه.

<sup>4</sup> الحكم نفسه.

ولهذا بعد أن حصرت المحكمة الغايات المحتملة للتشريع؛ انتهت إلى أن جميع ما مضى "لا يعدو أن يكون عبثاً"<sup>1</sup> فقضت بعدم دستورية التشريع الطعين لانعدام المصلحة العامة فيه.

### الفرض الخامس - انقطاع الصلة بين مضمون التشريع والغاية المعلنة منه

قد توجد المصلحة العامة نظرياً لكنها تغيب عملياً، والعبرة دائماً بالوجود الواقعي للمصلحة العامة، فغياب المصلحة العامة في الواقع يجعلها منعدمةً حُكماً حتى وإن كانت حاضرة في تصوّر المشرّع، والقاعدة في ذلك أنه إذا عيبَ السبب أو المحل فإن الغاية تكون منعدمة من الناحية الواقعية، حتى وإن كانت موجودة من الناحية النظرية.

هذا مؤدى ما قرّره المحكمة الدستورية العليا حين قضت بأن "النصوص القانونية تعتبر مجرد وسائل لتحقيق أغراض بعينها قصد إليها المشرّع كافلاً من خلالها مصلحة مشروعة يبتغيها، وهذه الصلة التي تقوم بها علاقة منطقية بين مضمون النصوص القانونية وأهدافها، تعتبر شرطاً لدستوريتها"<sup>2</sup>. وهو ما عادت لترسيخه بقولها أن "النصوص القانونية التي ينظم بها المشرّع موضوعاً محدداً لا يجوز أن تنفصل عن أهدافها، ذلك أن كل تنظيم تشريعي لا يصدر عن فراغ، ولا يعتبر مقصوداً لذاته، بل مرماه إنفاذ أغراض بعينها يتوخاها، وتعكس مشروعيّتها إطاراً للمصلحة العامة"<sup>3</sup>. فانقطاع الصلة بين التشريع والمصلحة العامة يعني انحرافه غائباً على مستوى الوجود.

وقد يختلط هذا الفرض من معيار الوجود بمعيار الأساس - الذي سيأتي شرحه -، لأن معيار الأساس يعتمد على إلحاق حكم عدم دستورية أحد عناصر التشريع بعنصر الغاية، فيكون الانحراف الغائب واقعاً بالتبعية، لكن معيار الوجود في هذا الفرض يبحث عن مدى وجود المصلحة العامة

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 56 لسنة 18 قضائية، 15 نوفمبر 1997، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش. | ر.م. 36890)

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 131 لسنة 39 قضائية، 2019، ر. حنفي علي الجبالي، حكم سابق.

في الواقع بالتحقق من عدم انقطاع الصلة بينها وبين أسباب التشريع ووسائله، فيتخذ من مدى صحة السبب والمحل مؤشراً على وجود الغاية، والعكس بالعكس. أما معيار الأساس فهو لا يبحث عن وجود المصلحة العامة أصلاً، بل يسلم بوجودها باحثاً عن صحّة أساسها، ففي هذا الفرض يرجع الانحراف الغائي لانقطاع الرابطة بين الغاية ومضمون التشريع، أما الانحراف الغائي الذي يكشف عنه معيار الأساس فيرجع لعدم صحة الأساس الذي بنيت الغاية عليه.

وهذا التفريق بين المعيارين نجد له أصلاً في قضاء المحكمة الدستورية العليا حين قضت بأن "دستورية النصوص القانونية، مناطها ارتباطها عقلاً بالأغراض التي تتوخاها والتي تبلور إطاراً لمصلحة مشروعة تحيط بها، فإذا كان اتصال هذه النصوص بالأغراض التي تبتغيها- وبافتراض مشروعيتها- مُفْتَقِداً أو واهياً، كان إبطال هذه النصوص لازماً<sup>1</sup>".

في هذا المقطع هناك صفتان أطلقتهما المحكمة لنوعين من اتصال النصوص بغايات التشريع، فذلك الاتصال- في أحوال عدم الدستورية- إما أن يكون (مفتقداً)، وإما أن يكون (واهياً)، ويكشف معيار الوجود في فرض انقطاع الصلة بين التشريع وغاياته عن الاتصال المُفْتَقِد، فيفقدان ذلك الاتصال تغيب المصلحة العامة رأساً وتختل الغاية على مستوى وجودها، أما معيار الأساس فإنه يكشف عن الاتصال الواهي، لأن المصلحة العامة في تلك الفروض تكون موجودة غير مفقودة لكن صلتها بالتشريع تكون ضعيفةً واهية لانبناء الغاية على أساس غير سليم.

طبقت المحكمة هذا الفرض من معيار الوجود لدى نظرها في إحدى قوانين الإصلاح الزراعي<sup>2</sup>، حيث كانت الغاية التشريعية هي "تحقيق العدالة، وإعادة التوازن للعلاقة بين ملاك الأراضي الزراعية

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 37 لسنة 18 قضائية، 4 أبريل 1998، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م 37002) وأعدت تأصيل المبدأ ذاته في: القضية رقم 55 لسنة 20 قضائية، 2000، ر. محمد ولي الدين جلال، حكم سابق.  
<sup>2</sup> المادة 4، القانون رقم 96 لسنة 1992 بشأن تعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 بالإصلاح الزراعي.

ومستأجرها، وصولاً إلى تحقيق التوازن العادل بين طرفي هذه العلاقة<sup>1</sup>، فرأت المحكمة أنّ القانون الطعين تضمّن نصوصاً تصبُّ في تحقيق تلك الغايات بالفعل "إلا أنّ المشرع قد نكث على عقبيه وقرر بالنص المطعون فيه أحقية المستأجر الذي انتهى عقد إيجار الأرض الزراعية المؤجرة له في البقاء في المسكن الملحق بالأرض والذي يقيم به، متى كان هو المسكن الوحيد لإقامته ومن يعولهم، ولا يجوز إخلاؤه من هذا المسكن قبل تدبير الدولة له مسكناً آخر بأجرة مناسبة بالوحدة المحلية التي كان يقيم بها، وبذلك يكون المشرع قد حاد عن الهدف والغاية من إقراره القانون رقم 96 لسنة 1992، وعمد إلى تعطيل النتائج التي قصد تحقيقها<sup>2</sup>". فانتهدت المحكمة إلى أن المصلحة العامة غير موجودة في التشريع، لأنّ النص المطعون فيه قد جاء مفتقداً للصلة المنطقية بينه والغاية التي قصد المشرع تحقيقها من وراء إقراره القانون رقم 96 لسنة 1992<sup>3</sup>.

وفي مجال التشريع الضريبي أعملت المحكمة هذا الفرض من معيار الوجود إلى جانب معيارين آخرين بعبارات تكشف وعي المحكمة بالفارق في مستوى الخلل بين الفرضين، فقضت بأنّ "رجعية الضريبة ينال منها - ومن زاوية دستورية - أن تترك الدولة في تقريرها إلى مصلحة غير مشروعة، أو أن تتوخى - من خلال الأغراض التي تعمل الضريبة على بلوغها - تحقيق مصلحة مشروعة، ولكن النصوص التشريعية التي تدخّل بها المشرع لإشباعها لا تربطها بها صلة منطقية<sup>4</sup>".

في الشق الأول تشير المحكمة إلى تشريعات رجعية الضريبة التي تستهدف مصالح غير مشروعة في ذاتها، بحيث يكون الخلل فيها إما على مستوى بنية الغاية نفسها أو الجانب الخفي منها، وتلك

---

<sup>1</sup> هذا النص من استخلاص المحكمة الدستورية العليا في هذه القضية للغاية من قانون الإصلاح الزراعي. يُنظر: المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 227 لسنة 25 قضائية، 4 فبراير 2017، برئاسة عبدالوهاب عبدالرزاق. (ش.ق.ش| ر.م 387818)

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

<sup>3</sup> الحكم نفسه.

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 23 لسنة 12 قضائية، 2 يناير 1993، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م 36621)

يُكشف فيها عن الانحراف الغائي بموجب معيار البناء أو الخفاء بحسب الأحوال<sup>1</sup>. أما في الشق الثاني تشير المحكمة إلى تشريعات رجعية الضريبة التي تستهدف مصالح مشروعة لكنها منقطعة الصلة عن تلك المصالح، وهو ما يمكن الكشف عنه بموجب معيار الوجود الذي نتحدث عنه في هذا الفرض. فخلاصة هذا الفرض أن ثبوت انقطاع الصلة بين التشريع وغاياته يعني انعدام الغاية في الواقع، وهو ما يجعل الغاية التشريعية معيبةً على مستوى وجودها.

### الفرض السادس- إذا بنيت المصلحة العامة في التشريع على افتراضٍ لا دليل عليه

يتعلق هذا الفرض بالمصالح العامة التي يبنيناها المشرع وفق افتراضات ذهنية لا سند لها في الواقع، فتكون المصلحة العامة من التشريع منتفيةً في المجال الواقعي قابضةً في تصوّر المشرع وحده، وهي وفق معيار الوجود تكون منعدمة.

أعملت المحكمة هذا الفرض في قضية تتعلق بالقانون الذي قرر سريان الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية بأثر رجعي، حيث نعت الطاعناتان على هذا القانون خلوه من مصلحة اجتماعية تسوّغ إعمال الأثر الرجعي، فاستجابت المحكمة لهذا الدفع على سندٍ من أن المصلحة الاجتماعية التي بناها المشرع كان قد بناها على افتراضٍ خاطئ، فقضت بأن "الأثر الرجعي الذي تضمنه النص التشريعي المطعون فيه... قد تقرر بعد أن قدر المشرع ملاحقة ما اعتبره ثراءً مفاجئاً حققه ممولو الضريبة المفروضة بموجبه من خلال تصرفاتهم العقارية بعد العمل بسياسة الانفتاح الاقتصادي بدءاً من أواخر سنة 1973 وما صاحبها من زيادة في أثمان العقارات، ولم تكن أرباحهم وقتئذٍ خاضعة لأية ضريبة نوعية ولا للضريبة العامة على الإيراد بالتالي<sup>2</sup>". وبعد أن كشفت المحكمة عن هذا الافتراض الخاطئ الذي عممه المشرع على كافة المخاطبين بالتشريع؛ قضت بأن "التقرير

<sup>1</sup> سيأتي تفصيل ذلك عند الحديث عن كلّ معيارٍ على حدة.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

برجعية الضريبة المشار إليها على ضوء هذا الافتراض، مؤداه قيام موجب في حق الممولين جميعاً على حد سواء، وأنهم توقعوا هذه الضريبة قبل أربع سنوات من فرضها وأدخلوها في حسابهم بمناسبة تصرفاتهم العقارية السابقة عليها، وهو افتراض لا دليل عليه، ولا تظاهره أية مصلحة إجتماعية<sup>1</sup>. فلأن افتراض الثراء المفاجئ لا دليل عليه بالنسبة لجميع المكلفين؛ وجدت المحكمة أن العدالة الاجتماعية المبنية على هذا الافتراض لا دليل عليها وليس فيها مصلحة عامة معتبرة.

### الفرض السابع- قرينة الانحراف الغائي السلبي

متى أوكل الدستور للمشرع تحقيق غايات معينة في الواقع ثم تراخى المشرع في تحقيقها بغير مسوغ فإننا نكون بصدد مصلحة عامة مفقودة، وتنشأ عن ذلك حالة من الفراغ هي بمثابة تشريع سلبي تترتب عليه نتائج واقعية تخالف النتائج التي أوجب الدستور تحقيقها.

وقد التفت جانب من الفقه لهذا الفرض، فقرروا بأن مرور وقت كافٍ دون قيام المشرع بتنظيم مسألة عهد إليه تنظيمها؛ يشكل قرينة على تعمد المشرع بالانحراف السلبي، وقدروا تلك المدة بخمس سنوات باعتبارها مدة انتخاب البرلمان المصري، فإن ألحّت الحاجة إلى تنظيم مسألة معينة وأحجم المشرع عن ذلك لمدة خمس سنوات قامت قرينة على تعمد الانحراف التشريعي السلبي<sup>2</sup>. غير أننا نرى بأن العمد زائد على فكرة الانحراف الغائي السلبي، إذ يكفي لقيام الأخير أن تجتمع الحاجة لتنظيم مسألة معينة مع إحجام المشرع عن التدخل دون مسوغ معلوم، أما مسألة سوء النوايا فهي زائدة عن نتيجة الفراغ التنظيمي التي يولدها الانحراف الغائي السلبي.

وهذا الفرض- وإن لم يأخذ به القضاء الدستوري في مصر حتى اللحظة- يدعو أن الفراغ التشريعي يؤذن باضطراب وخلل في أعمال الدستور وتحقيق مراميه، ولذلك، لطالما تلافت النظم القانونية

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 443.

حالة الفراغ لتشريعي حتى في أحوال تحوّل الأنظمة وسقوط الدساتير، فوضعت حلولاً عملية تتقي بها خلوّ الواقع من تشريعات تنظّمه. من ذلك قضاء المحكمة العليا لدى تفسيرها لأحد النصوص الدستورية<sup>1</sup> بضرورة "استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور تجنباً لحدوث فراغ تشريعي يؤدي إلى الاضطراب والإخلال بسير المرافق العامة والعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة فور صدوره وذلك دون تطهير تلك التشريعات مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل التشريع القائم<sup>2</sup>". فإذا كانت الدساتير عند نشوئها تحرص على تلافي الفراغ التشريعي فمن باب أولى أن تسلك الدساتير المستقرة المنهج ذاته بالتزام المشرع بتحقيق الغايات التي عُهدت إليه. وينبغي ألا يكون غياب النص الصريح باختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على الامتثال التشريعي حاجزاً دون حصّ المشرّع لتحقيق تلك الغايات لدى امتناعه، ولذلك من المهم تطوير آليات رقابية لمواجهة هذا الفرض، لعلّ من أهمّها آلية الأحكام الكاشفة من جهة، وآلية الأحكام الإيعازية من جهة ثانية، وقد تحدث الدكتور مناف الجنابي عن الآليتين بتفصيلٍ مهم، فمعالجة الامتثال التشريعي من قبل القضاء الدستوري تكون بطريقتين، الأولى: أن يصدر أحكاماً تتضمن الكشف عن وجود امتناع تشريعي بما يلفت المشرّع لضرورة التدخل دون الحكم بعدم دستوريته، فإذا لم يتدخل المشرع من تلقاء نفسه على إثر الحكم الكاشف؛ يلجأ القضاء للطريقة الثانية فيصدر أحكاماً نداءية يطالب فيها المشرع بالتدخل استجابةً لمتطلبات الدستور<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نص المادة 166، دستور الجمهورية العربية المتحدة المؤقت سنة 1964.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 11 لسنة 5 قضائية، 3 أبريل 1976، برئاسة بدوي إبراهيم حمودة. (ش.ق.ش | ر.م 54173)

<sup>3</sup> مناف الجنابي، رقابة القاضي الدستوري على الامتثال التشريعي، مرجع سابق، ص 286-314.

## المطلب الثاني

### معيار الأساس للكشف عن الانحراف الغائي

بعد استفاد معيار الوجود وتحقق القضاء من توافر المصلحة العامة؛ ينتقل القضاء لمعيار الأساس للتحقق من صحّة العناصر التي بُنيت المصلحة العامة عليها، وبموجب هذا المعيار يبحث القضاء عمّا إذا كانت المصلحة العامة التي استهدفها التشريع قد بُنيت على أساسٍ سليم، ويُقصد بالأساس السليم أن يكون عنصر الغاية مبنياً على عناصر سليمة يتفق مضمونها مع الدستور.

ينظر هذا المعيار إلى العناصر الخمسة للتشريع على أنها مرتبة ترتيباً بنائياً، أي أنّ أحدها مبني على الآخر ولا يمكن للآخر أن يُبنى عليه الأول، فالاختصاص والشكل يشكلان القاعدة الصلبة للتشريع فإن انهارت هذه القاعدة ما كان لبقية العناصر أن تنوب عنها مهما بلغت أهميتها، لأن بناء التشريع يقتضي أن يكون الاختصاص والشكل سليمين أولاً قبل أن تسلم العناصر الموضوعية، فإذا تهيأت القاعدة الشكلية للتشريع نُظِرَ في البناء الداخلي، وهذا الأخير يتخذ ترتيباً بنائياً لا يمكن العبث فيه، فالسبب أولاً، ثمّ المحلّ يبني عليه، ثم الغاية تتبني عليهما<sup>1</sup>. فإذا اختل السبب فإنّ المحل والغاية يختلان بالتبعية، إذ انهيار السبب يعني انهيار ما بُني عليه من محلٍ وغاية، وكذلك الحال إذا اختلّ المحل وصحّت الغاية، فحينئذ تنهار الغاية بالتبعية ولو كانت مشروعة في ذاتها، وذلك لانبنائها على غير مشروع، فما بُني على باطلٍ فهو باطل.

ويمكن تعريف مفهوم عدم المشروعية التبعي بأنه: إلحاق حكم عدم مشروعية أحد العناصر بالعنصر الذي يبني عليه، ولو كان الأخير سليماً في ذاته. فبموجب معيار الأساس يُقضى بوجود انحراف غائي تبعي كلما استبان أن التشريع معيبٌ في الاختصاص أو في الشكل أو في المحل

<sup>1</sup> شادي محمد صلاح عبدالبيدع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 389.



أو في السبب، ففي جميع هذه الأحوال تكون الغاية غير مشروعةٍ بالتبعية حتى لو ثبت أن النتيجة النهائية التي استهدفها النص مشروعة في ذاتها، وهذا النهج مهم للحفاظ على انتظام البناء التشريعي من الناحيتين الخارجية والداخلية، فعناصر التشريع الأربعة بالنسبة لعنصر الغاية هي بمثابة الأساس بالنسبة للبناء، وانهيار الأساس يعني انهيار البناء ولا بد.

وإذا كان معيار الأساس ممكن التطبيق حتى في الأحوال التي تكون فيه الغاية معيبةً في ذاتها إلا أن فائدته العملية تبرز حين تكون الغاية مشروعةً في ذاتها مع اختلال أساسها، فحينئذ لا يمكن الكشف عن الانحراف الغائي إلا وفق معيار الأساس دون بقية المعايير. حيث تلح الحاجة لهذا المعيار في الحالات التي تكون الغايات مشروعةً استقلالاً، فيُخيل للبعض سلامة التشريع بسبب بريق المصلحة العامة الذي يحول دون إِبصار فساد الأساس الذي قامت عليه.

فإن قيل: ما الجدوى من الحكم بالانحراف الغائي بالتبعية إذا كانت النتيجة واحدة وهي الحكم بعدم دستورية التشريع وإبطاله؟ قلتُ بأن ذلك أدعى للالتزام المشرّع حدود الدستور، وليعلم أن مشروعية الغاية لا تدمح اختلال الأساس، فلا يتذرّع بمشروعية المصلحة لمخالفة الدستور في بقية العناصر. ثم إن فحص جميع العناصر قبل الحكم بعدم الدستورية يُكسبُ الناس ثقةً بأحكام القضاء الدستوري، فالنظرة الكلية للتشريع لا تستوي والنظرة القاصرة على عنصرٍ بعينه، وأحسن ما يكون الحكم حين يُبنى على نظرةٍ شاملة، فذلك ينم عن التبصّر في التشريع قبل الحكم عليه.

وقد أخذت المحكمة الدستورية العليا بمعيار الأساس في العديد من أحكامها، فخرجت على إبطال الغايات المشروعة بالتبعية حين يتبين لها عدم صحة الأساس الذي بنيت عليه، ولأن العناصر التي تسبق عنصر الغاية في الوجود وتكون أساساً لصحتها هي أربعة عناصر - الاختصاص والشكل والإجراءات والسبب والمحل - فإن هذا المعيار تتعدد فروضه بحسب الأساس الذي يعترضه العيب، وسوف نسوق الأمثلة بحسب كل فرض:

## الفرض الأول- أن يكون عدم مشروعية الغاية تابعًا لعدم مشروعية الاختصاص

يحصل عدم مشروعية الغاية التابع لعدم مشروعية الاختصاص حين يكون المشرع مخالفًا للدستور في عنصر الاختصاص، كما لو فرضت الحكومة ضرائب تصب في صالح الأغراض الدستورية لإنعاش الإيرادات الحكومية وبما لا يضرّ العدالة الاجتماعية، فمشروعية الأغراض هنا لا تصحّح عيب الاختصاص، بل تنهار الغاية المشروعة بالتبعية.

ويظهر هذا الفرض في تعامل المحكمة مع نعي إحدى الشركات على القانون الذي استحدثت لجنة ذات تشكيل مزدوج قضائي وغير قضائي جاعلاً الغلبة للأخير، ومنحها اختصاص الفصل في المنازعات الفردية الناشئة عن قانون العمل دون غيرها مُسبِّغاً على قراراتها صفة الأحكام القضائية<sup>1</sup>. كان أحد الدفوع أنه "لا يجوز التذرع بطبيعة المنازعة العمالية وما تتطلبه من سرعة الفصل فيها، لمخالفة أحكام الدستور التي جعلت ولاية القضاء للمحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها باعتبار أن القضاة- على ما نص عليه الدستور- مستقلون ولا سلطان عليهم لغير القانون كما لا يجوز لأية سلطة التدخل في شئون العدالة"<sup>2</sup>. فالمدّعي هنا يشير إلى أنّ مشروعية المصلحة العامة المتمثلة في سرعة الفصل في المنازعات العمالية من قبل اللجنة لا يمكن أن تصحّح اختصاصها المعيب دستوريًا، وبذلك فالمصلحة العامة معيبة بالتبعية.

وقد أيدت المحكمة الدستورية هذا الدفع فقضت بأن "هذا النعي شديد في جوهره، ذلك أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين يفترض أن يكون اختصاص هذه الجهة محددًا بقانون، وأن يغلب على تشكيلها العنصر القضائي الذي يلزم أن تتوافر في أعضائه ضمانات الكفاءة والحيدة والاستقلال،

<sup>1</sup> المادتان 71،72، القانون رقم 12 لسنة 2003 بشأن إصدار قانون العمل.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 26 لسنة 27 قضائية، 13 يناير 2008، برئاسة ماهر عبدالواحد. (ش.ق.ش.ر.م. 297745)

وأن يعهد إليها المشرع بسلطة الفصل في خصومة بقرارات حاسمة، دون إخلال بالضمانات القضائية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها والتي تقوم في جوهرها على إتاحة الفرص المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها وتمحيص ادعاءاتهم على ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفاً ليكون القرار الصادر في النزاع مؤكداً للحقيقة القانونية مبلوراً لمضمونها في مجال الحقوق المدعى بها أو المتنازع عليها<sup>1</sup>. " ولا يخفى أن المحكمة في هذا المقطع قرنت عنصر الاختصاص بالغاية منه، فأرجعت الاختصاص القضائي إلى غاياتها التي تستلزم الكفاءة والحيدة والاستقلال حفظاً للضمانات الدستورية للحق في الدفاع، فإهمال الاختصاص هو إهمالٌ للنتائج المقصودة دستورياً منه، وبناء غاية مشروعة على اختصاص معيب لا يصح عيب الاختصاص، بل الأخير ينجز على الغاية.

#### الفرض الثاني- أن يكون عدم مشروعية الغاية تابعاً لعدم مشروعية الشكل

يكون ذلك إذا سلك صاحب الاختصاص طريقاً لم يأذن الدستور به لتحقيق مصلحة مُعتبرة دستورياً، بحيث تكون المصلحة العامة موجودة ومشروعة، لكن الإجراءات المتبّعة لإصدار التشريع معيبة، فتغدو المصلحة العامة المشروعة معيبةً بالتبعية، لانبنائها على إجراءات معيبة.

ويظهر هذا الفرض بوضوح في إبطال المحكمة الدستورية العليا مجموعة من التدابير التي اتخذتها الحكومة وفق سلطتها المخولة لها بموجب قانون الطوارئ؛ حيث رأت بأن هذه التدابير يجب أن تجد طريقها بموجب تشريع صادر وفق إجراءات إصدار التشريع العادي، وليس وفق إجراءات التشريعات الإدارية، وذلك رغم استهداف تلك التشريعات غاية مشروعة تتمثل في حفظ النظام العام والأمن العام. ومن أحدث التطبيقات في ذلك؛ حين طُعن على قرار حظر إقامة بناء أو الترخيص بإقامة بناء على أرض عقار سبق هدمه دون ترخيص إلا في حدود الارتفاع الذي كان عليه<sup>2</sup>،

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المادة 2، أمر رئيس مجلس الوزراء ونائب الحاكم العسكري العام رقم 2 لسنة 1998.

وكذلك اللائحة التنفيذية التي نصت على الأمر ذاته<sup>1</sup>، فهذا التشريع كان يستهدف مصلحةً مشروعةً تتمثل في مراعاة ظروف العمران والمنظر العام للأبنية، غير أن هذا القرار صدر بموجب قانون الطوارئ الذي حدّد مجموعةً من التدابير التي يتمتع بها رئيس الجمهورية أو من يفوضه، ولم يكن من بينها ذلك التدبير، فربطت المحكمة بين التدابير الممنوحة لرئيس الجمهورية وبين الغاية منها، وبيّنت أن التدابير التي حددها قانون الطوارئ ومنح لرئيس الجمهورية صلاحية اتخاذها متى أعلنت حالة الطوارئ "مردّها تعرض الأمن والنظام العام في أراضي الجمهورية أو في منطقة منها للخطر، والغاية من تقريرها المحافظة على أمن الوطن والمواطنين معاً، وكل تدبير أو إجراء يتخذ في هذا الشأن ينبغي أن يرتبط بهذه الغاية دون سواها، وقد خلت تلك التدابير، من إعطاء رئيس الجمهورية سلطة إصدار تشريع لتنظيم أمر معين حتى ولو كان يدور حول تحقيق تلك الغاية<sup>2</sup>".

إن عبارة المحكمة الأخيرة "حتى ولو كان يدور حول تحقيق تلك الغاية" هي بيتُ القصيد ولبُّ المعنى، فالمحكمة تريد أن تحسم الجدل حول مشروعية الغاية التي استهدفها التشريع الصادر عن رئيس الجمهورية ببيان عدم مشروعية الإجراءات التي أتت لبلوغ تلك الغاية، فحتى لو ارتبط الإجراء التشريعي المعيب بتلك الغاية المشروعة فإن مشروعية الغاية لا تجعل ذلك الإجراء صحيحاً، بل الإجراء التشريعي المعيب يُلقي بظلال فساد على الغاية منه فتفسد بالتبعية.

وعلى أساس ذلك قضت المحكمة بأنّه وإن "كان تنظيم الأمر المتقدم يتصل بالمصلحة العامة ومقتضياتها إلا أنه لا يعد من قبيل التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام والتي تعلن من أجلها حالة الطوارئ، ومن ثم فليس للسلطة التي حددها قانون الطوارئ من سبيل إلا ولوج أسلوب التشريع العادي بضوابطه وإجراءاته... وإذ تنكب أمر نائب الحاكم العسكري رقم 2 لسنة

<sup>1</sup> المادة 11 مكرر، القانون رقم 106 لسنة 1976 بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 137 لسنة 34 قضائية، 2 أبريل 2016، برئاسة عدلي منصور. (ش.ق.ش | ر.م. 380404)

1998 هذا الطريق فإنه يكون قد وقع في حومة مخالفة نص المادة (86) من دستور 1971 الذي عهد بسلطة التشريع إلى مجلس الشعب<sup>1</sup>. "بما يعني أن الأساس الإجرائي الذي بُني التشريع عليه معيب، وتالياً فإن المصلحة المبنية عليه تكون معيبة وإن اتصلت بها تلك التدابير. وفي هذا الفرض يدخل ما عُرف لدى البعض بأنه "صورة غريبة" للانحراف الغائي، وهي الحالة التي يتخلف فيها المشرع عن نشر اللائحة بما يعني تخلف غاية علم المخاطبين بأحكامها، فهذا عيب في الشكل والإجراءات، لكن بعض الفقه ذهب لأبعد من ذلك بإقامة قرينة مفادها أن عدم نشر اللائحة من السلطة التنفيذية وهي تملك أدوات النشر ينبئ عن تعمد ارتكاب ذلك الخطأ<sup>2</sup>. ونحن نختلف مع ذلك، إذ لا يجوز افتراض سوء النية على هذا النحو، فقد يقع الخطأ والنسيان من جانب السلطة التنفيذية فتتخلف عن نشر اللوائح التي تصدر عنها، وحينئذ يكفي القول بالانحراف الغائي بالتبعية- إن بحسن نية أو بسوء نية-، فتلك القرينة لا ترقى للقول بإساءة استعمال السلطة، فبصرف النظر عما إذا كان ذلك التخلف لمصلحة عامة تبتغي الاستعجال في تنفيذ القرار لمصلحة ما أو غير ذلك، أو كان لمصلحة غير مشروعة فإن الغاية تكون غير مشروعة بالتبعية.

وقد أبانت المحكمة عن الغاية من استيفاء عنصر النشر، فقضت بأن "نشر القاعدة القانونية ضمان لعلاقتها وذيوع أحكامها واتصالها بمن يعينهم أمرها، وامتناع القول بالجهل بها، وكان هذا النشر يعتبر كافلاً وقوفهم على ماهيتها ونطاقها، حائلاً دون اتصالهم منها، ولو لم يكن عملهم بها قد صار يقينياً، أو كان إدراكهم لمضمونها واهياً، وكان حملهم قبل نشرها على النزول عليها- وهم

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه. وكانت المحكمة قد قررت هذا النهج من قبل حين قضت بأن "ما ورد بأمر رئيس مجلس الوزراء ونائب الحاكم العسكري العام رقم 2 لسنة 1998 من حظر هدم أو التصريح بهدم القصور والفيلات، ورصد عقوبة لمن يخالف ذلك، وإن كان يتصل بالمصلحة العامة ومقتضياتها، إلا أنه لا يعد من قبيل التدابير اللازمة للمحافظة على الأمن والنظام العام والتي تعلن من أجلها حالة الطوارئ، مؤدى ذلك ضرورة تنظيم هذا الأمر بقانون". المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 74 لسنة 23 قضائية، 15 يناير 2006، برئاسة ممدوح مرعي. (ش.ق.ش | ر.م 273028)

<sup>2</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص332.

من الأغيار في مجال تطبيقها - متضمنًا إخلالًا بحرياتهم أو بالحقوق التي كفلها الدستور، دون التقيد بالوسائل القانونية التي حدد تخومها وفصل أوضاعها، فقد تعين القول بأن القاعدة القانونية التي لا تنشر، لا تتضمن إخطارًا كافيًا بمضمونها ولا بشرط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبر الدستور تحققها شرطًا لجواز التدخل بها لتنظيم الحقوق والحريات على اختلافها<sup>1</sup>.

في هذا المقطع حددت المحكمة النتائج الدستورية المرجوة من هذا الإجراء الشكلي الذي يلزم اتباعه، فقرنت القاعدة الإجرائية بالغايات الدستورية المرجوة منها، ولطالما كررت المحكمة هذا المبدأ في العديد من أحكامها الحديثة<sup>2</sup>، وقضت في إحداها بعدم الدستورية على أساس ذلك كون "القرار المطعون فيه<sup>3</sup> لم ينشر في الجريدة الرسمية "الوقائع المصرية"... ومن ثم فإن تطبيقه على المدعي قبل نشره، يزيل عن القواعد التي تضمنها صفتها الإلزامية، فلا يكون لها - قانونا - من وجود<sup>4</sup>. وهذا المقطع يوحي بخللٍ في الغاية على مستوى الوجود ليس على مستوى الأساس فحسب، غير أن المحكمة هنا تتحدث عن وجود التشريع عمومًا وليس عن الغاية وحدها.

وفي قطر، أثار بعض الباحثين هذه المسألة عند مناقشة بعض التشريعات المتعلقة بمواجهة جائحة كورونا، فقد صدرت العديد من القرارات الإدارية عن مجلس الوزراء والوزارات المعنية التي كانت تستهدف مواجهة الوباء وتلافي آثاره حفظًا للصحة العامة للأفراد<sup>5</sup>، وهي غاية مشروعة بل مطلوبة دستوريًا بلا شك، غير أن تلك القرارات لم تنشر في الجريدة الرسمية، بما يعني تخلف الغاية من

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 36 لسنة 18 قضائية، 3 يناير 1998، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م. 36904)  
<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 57 لسنة 43 قضائية، 13 مايو 2023، برئاسة بولس إسكندر. (ش.ق.ش| ر.م. 1221897)  
<sup>3</sup> قرار رقم 6299 لسنة 1999 بشأن حظر تحويل الوحدات السكنية إلى غرضٍ آخر في نطاق مدينة الحيصة والأحياء التابعة لها.  
<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 158 لسنة 34 قضائية، 9 مايو 2020، برئاسة سعيد مرعي. (ش.ق.ش| ر.م. 1182772)  
<sup>5</sup> حسن عبدالرحيم السيد، الأدوات القانونية للتصدي لجائحة فيروس كورونا المستجد، مرجع سابق، ص 81-82. ومن تلك القرارات: قرار مجلس الوزراء الصادر في 14 مايو 2020 بإلزام جميع المواطنين والمقيمين عند الخروج من المنزل بارتداء الكمامات إلا إذا كان الشخص بمفرده أثناء قيادة المركبة. وقرار مجلس الوزراء الصادر في 19 مايو 2020 بإلزام جميع المواطنين بتثيين تطبيق احتراز على الهواتف الذكية عن الخروج من المنزل لأي سبب.

القاعدة الدستورية الإجرائية<sup>1</sup>. كما نوّه البعض إلى عددٍ من مراسيم القوانين والقرارات الأميرية التي تخلف فيها عنصر النشر في الجريدة الرسمية<sup>2</sup>، مثل المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 2009 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 1 لسنة 1996 بإنشاء شبكة الجزيرة، وكذلك القرار الأميري رقم 30 لسنة 2009 بالهيكل التنظيمي لوزارة الخارجية، ونعتقد أن تخلف إجراء النشر - إلى جانب ما ينطوي عليه من مخالفة عنصر الشكل والإجراءات - ينطوي على انحرافٍ غائي في مستوى الأساس، لأن الغايات المشروعة فيه تتبني على أساسٍ إجرائي معيب، عوضًا عن تفريط هذه التشريعات بالغاية الدستورية اللازمة عن فرض نشر القواعد القانونية في الجريدة الرسمية.

### الفرض الثالث - أن يكون عدم مشروعية الغاية تابعًا لعدم مشروعية المحل

يكون ذلك إذا ثبت للقاضي أن الوسيلة التي اختارها المشرع تخالف الدستور، ولو كانت تستهدف مصلحةً مشروعة، فالغاية لا تبرّر الوسيلة، وسلامة الغاية لا تصحّح العيب الذي شاب المحل. كان ذلك إذ طُعن على التشريع الذي جعل أموال زوجات وأولاد أصحاب الشركات والمنشآت ضامنةً لحقوق دائئيتها<sup>3</sup>، فقضت المحكمة بأن "هذا الضمان الاستثنائي الذي حمل به المشرع أموال الزوجات والأولاد وفاء لديون لا شأن لهم بها، مؤداه الحتمي تجريد هؤلاء من ملكيتهم لهذه الأموال ونزعها جبراً عنهم عند التنفيذ عليها اقتضاء لتلك الديون بما قد يصل إلى حد حرمانهم منها جميعاً عند استغراق الديون لقيمة الأموال، وإذ كان ذلك لا يعد من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة، ولا

---

<sup>1</sup> بدران بن لحسن، وحسين نعيم الحق، وسارة الصلابي، تطبيق "احتراز" القطري بين حق الخصوصية ومطلب التعافي المجتمعي: مقارنة أخلاقية شرعية قانونية، المجلة العربية للأدب والدراسات الإنسانية، المؤسسة العربية للتربية والعلوم والآداب، مصر، مج7، ع26، أبريل 2023، ص186.

<sup>2</sup> حسن عبدالرحيم السيد، تحقق الحالة الاستثنائية كشرط لإصدار المراسيم بقوانين، مرجع سابق، ص28، ص36-هامش55.

<sup>3</sup> الفقرة الثانية، المادة4، القرار بقانون رقم 72 لسنة 1963 بتأميم بعض الشركات والمنشآت.

من صور تأمين المشروعات، فإن النص التشريعي المطعون عليه يشكل اعتداءً على الملكية الخاصة<sup>1</sup>.

بهذا المقطع من الحكم أثبت القضاء عيب المحل مبطلاً الوسيلة التي استخدمها المشرع لتحقيق غاية ضمان حقوق الدائنين، وقد أعملت المحكمة هنا معيار البناء - الذي سيأتي بيانه - فاستخرجت النتائج النهائية الواقعية التي تتعارض مع المقننات الدستورية، حيث فحصت الغايات التشريعية استقلاً لاستبصار النتائج النهائية الواقعية التي تنافي المشروعية الدستورية.

غير أن الحكم لم يقف عند هذا الحد، وإنما أعمل معيار الأساس كذلك، لأن التشريع كان يستهدف في جزء منه غاية مشروعة، فبين الحكم أن مشروعية غاية إيجاد ضمان للوفاء بالديون لا تصح الوسيلة التي ابتغيت بها تلك المصلحة، حيث دفعت الحكومة بأن "النص محل الطعن يبرره ويؤسسه ما قرره المشرع من أن حقوق دائني تلك الشركات والمنشآت أولى بالرعاية والتفضيل على حقوق زوجات وأولاد أصحابها وذلك في إطار السلطة التقديرية المخولة له عند وضع القواعد المنظمة للحقوق ومنها حق الملكية الخاصة التي لا يحول دون صونها ترتيب حقوق للغير عليها وفق الملاءمات التي يراها محققاً للمصلحة العامة ولا تمتد إليها الرقابة الدستورية<sup>2</sup>".

وإذ ذلك؛ لم تمار المحكمة بمشروعية غاية تأمين حقوق الدائنين، لكنّها ردّت على الحكومة دفعها فقضت بأن "تنظيم المشرع لحق الملكية في إطار وظيفتها الاجتماعية ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو يؤثر على بقاءه على نحو ما سلكه النص المطعون عليه، إذ تعرّض للملكية الخاصة التي صانها الدستور ووضع لحمايتها حدوداً وقواعد معينة على ما سلف بيانه الأمر الذي يحتم إخضاعه

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 67 لسنة 4 قضائية، 1985، ر. محمد علي بليغ، حكم سابق.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.



لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية<sup>1</sup>. "فتحقيق أغراض الوظيفة الاجتماعية للحق في الملكية لا يكون بوسائل حظرها الدستور، لأن انتقاص الحق في الملكية ليس وسيلة مشروعاً لتحقيق أغراض اجتماعية، وإذا كان صون حقوق الدائنين يشكّل مصلحة عامة مشروعاً في ذاته، فإنّ نيل هذه المصلحة عن طريق انتقاص حق الملكية لدى أطراف خارج العلاقة التعاقدية يصم تلك المصلحة بعدم المشروعية تبعاً لعدم مشروعية الوسيلة التي نيلت بها المصلحة.

وفي حكم آخر قضت المحكمة الدستورية العليا بعد أن كرّست حق الناخبين في الانتخابات بأنه لا يجوز "التدّرع بتنظيم العملية الانتخابية سواء من حيث زمانها، أو مكان إجرائها، أو كيفية مباشرتها للإخلال بالحقوق التي ربطها الدستور بها بما يعطل جوهرها، ولا لتأمين مصالح جانبية محدودة أهميتها، ولا التدّخل بالقيود التي يفرضها المشرع عليها للحد من حرية التعبير"<sup>2</sup>، فتأمين بعض المصالح المشروعة ليس من شأنه أن يصحح الوسائل غير المشروعة التي تُنال بها تلك المصالح، بل تكون الغاية في تلك التشريعات معيبة بالانحراف الغائي بالتبعية.

#### الفرض الرابع- أن يكون عدم مشروعية الغاية تابِعاً لعدم مشروعية السبب

ينشأ هذا الفرض نتيجة الارتباط الوثيق بين السبب والغاية، والقاعدة أن معرفة الدوافع الفعلية تُعين على معرفة الغايات الفعلية، وما يعتري الأسباب من أعطاب ينجّر في الواقع على الغايات حتى وإن اختلف تصوّر المشرع عن ذلك الواقع، فإذا تبين اختلال السبب فإنّ الغاية تختل بالتبعية، بصرف النظر عن مشروعية الأخيرة، لأن غايات التشريع مرهونة بأسبابه.

أعملت المحكمة هذا الفرض عند حكمها بعدم دستورية التشريع الذي حظر تقييد المحامي الذي تجاوز سن الخمسين بجدول المحامين، حيث وجدت أن التشريع قد "أقام تمييزاً غير مستند إلى

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 2 لسنة 16 قضائية، 3 فبراير 1996، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش | ر.م 36791)

أسس موضوعية بين الذين بلغوا هذه السن وبين من جاوزوها عند القيد بهذا الجدول كافيًا للأولين دون الآخرين حق العمل ونصيبًا في الناتج القومي عائدًا إلى عملهم." وقد تنبّهت المحكمة إلى أن التشريع يسعى لاستهداف مصلحة مشروعة عُقدت في ذهن المشرع دون الواقع، تتمثل في ضمان القدرة على ممارسة مهنة المحاماة، فعامل السن كثيرًا ما يحول دون هذه القدرة، غير أن المحكمة مَحَصَت هذا السبب وأبطلته فيما يتعلق بالمهن الحرة، فقضت بأنه "لئن جاز القول بأن تقدم العمر يحمل في ثناياه مخاطر صحية لا يستهان بها ولا يمكن التنبؤ بزمن طرورها ولا بحدتها ومتاعبها ومضاعفاتها إلا أن المهن الحرة التي تقتضي مزاولتها جهدًا عقليًا يتعين أن يكون النفاذ إليها متاحًا لمن يطرقون أبوابها لا يتقيدون في ذلك بغير الشروط الموضوعية التي تؤهل لممارستها والتي ينافيها شرط السن باعتباره مصادمًا لها دخليًا عليها<sup>1</sup>".

وهي بهذا المقطع تمهّد لبيان ضعف اتصال سبب التشريع التمييزي بالغايات المرجوة منه، حيث أردفت قولها أن "الشروط التي يتطلبها المشرع للقيد في الجداول التي تنظم الاشتغال بالمهن الحرة- ومن بينها شرط السن- يتعين لإقرار مشروعيتها أن يقوم الدليل على اتصالها بطبيعة هذه المهن ذاتها وما يكون لازماً عقلاً لممارستها مرتباً بجوهر خصائصها، ولقد صار أمراً مقضياً أن الأمم على اختلافها تفقد كثيراً من مصادر الثروة اللازمة لتقدمها إذا أعيق عمالها- بناء على سببهم- من النفاذ إلى الأعمال التي لا زالوا قادرين على النهوض بها، والتي يتكافأون في إنجازها أو يمتازون في أدائها عن ممارسوها فعلاً ليفقد المبعدون عنها فرص عملهم وليكون التمييز بين هؤلاء وهؤلاء مصادمًا للدستور، وهو ما يفيد أن شرط السن في نطاق الأعمال الحرة كثيراً ما يكون

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 38 لسنة 17 قضائية، 18 مايو 1996، برئاسة ماهر عبدالواحد. (ش.ق.ش | ر.م 315385)

مؤشراً واهياً على القدرة على ممارستها<sup>1</sup>. "وبذلك انتهت إلى أن الصلة بين السبب والغاية واهية على حدّ تعبيرها، فغاية ضمان القدرة معيبة بالتبعية لوها ارتباطها بعنصر السبب.

وفي قطر، نجد هذا الأمر متجلياً في بعض مراسيم القانون التي تصدر مفتقدةً السبب الدستوري، حيث أجاز الدستور القطري للأمير اتخاذ تدابير عاجلة بموجب مراسيم لها قوة القانون في غير أحوال انعقاد مجلس الشورى وعلّق هذه السلطة على قيام سببٍ محدّد يتمثل في قيام حالةٍ استثنائية<sup>2</sup>، غير أن العديد من تلك المراسيم صدرت في أحوالٍ عادية لا تبلغ مرتبة السبب الاستثنائي الذي تطلبه الدستور، ولقد رصد الدكتور حسن السيد العديد من المراسيم التي صدرت في غير الأحوال الاستثنائية في الفترة ما بين عامي 2005 و2016، حيث انتهى إلى أن "الغالبية العظمى من المراسيم بقوانين لا يمكن تبرير صدورها في فترة عدم انعقاد مجلس الشورى لعدم وضوح قيام الحالة الاستثنائية بشأنها"<sup>3</sup>، كما وضع مجموعةً من القرائن التي تكشف عن تخلف الحالة الاستثنائية في تلك المراسيم، مثل صدور المرسوم بقانون لتنسيق وضعٍ سبق حدوثه منذ فترة زمنية طويلة، أو صدوره لإجراء تعديلات غير جوهرية على أحكام قوانين سارية، أو دخول المرسوم بقانون حيّز النفاذ بعد شهرٍ أو أكثر من تاريخ إصداره، أو سريانه بأثر رجعي، حيث وجد أن تلك القرائن ينتفي مع قيامها السبب الدستوري لتلك المراسيم والمتمثل في قيام حالةٍ استثنائية<sup>4</sup>.

ونستكمل ما انتهى إليه بأن تلك المراسيم قد تصدر لنيل مصالح مشروعة بميزان الدستور لكنّ قيامها على غير السبب الدستوري يجعل تلك المصالح مبنيةً على أساسٍ غير سليم، فمهما حسنت الغايات التي تقف وراء الإخلال بالسبب فإنها لا تصحّحه، إذ السبب يبقى معيباً وتجر مثالبه على

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المادة 70، الدستور الدائم لدولة قطر. المادة 27، النظام الأساسي لسنة 1972 النظام الأساسي المؤقت المعدل.

<sup>3</sup> حسن عبدالرحيم السيد، تحقق الحالة الاستثنائية كشرط لإصدار المراسيم بقوانين، مرجع سابق، ص 62.

<sup>4</sup> المرجع نفسه.

الغايات المشروعة التي قد تبتغيها تلك المراسيم، فالقاعدة هي أن مشروعية الغايات لا تصح  
مثالب الأسباب.

## المطلب الثالث

### معيار البناء لإثبات الانحراف الغائي

يعتمد هذا المعيار على فحص الغاية في ذاتها، ليس على مستوى وجودها أو أساسها، ولكن على مستوى بنائها، حيث يجيب القاضي عما إذا كانت النتائج النهائية الواقعية التي يُفرضي التشريع إليها تتوافق مع الغايات المطلوبة دستورياً أم لا.

يُفيد هذا المعيار عند تعذر إثبات الانحراف الغائي بمعيار الوجود، لثبوت مصلحة عامة إلى جانب نتائج أخرى تعارض الدستور، أو عند تعذر إعمال معيار الأساس لصحة عناصر التشريع الأخرى، فحينها لا ينكشف الانحراف الغائي بغير معيار البناء. كما قد يفيد هذا المعيار لإثبات عيب الغاية استقلالاً حين يكون أحد العناصر الأخرى معيباً شرط أن تكون الغاية معيبة كذلك.

ويعتمد معيار البناء على محاكمة الغاية التشريعية إلى الغايات المطلوبة دستورياً في المقام الأول، وإذا كانت الغايات المطلوبة دستورياً إما أن يطلبها الدستور صراحةً بتخصيصها، أو لزوماً عن صريح النصوص؛ فإن الكشف عن الانحراف الغائي وفق معيار البناء يقوم على فرضين أساسيين:

#### الفرض الأول- إذا تعارضت الغاية مع قاعدة تخصيص الأهداف المحددة

اقتبس هذا الفرض مما انتهى إليه القضاء الإداري في تأصيل قاعدة تخصيص الأهداف، والتي تقضي بأن القانون إذا أوجب على الإدارة استهداف غاية معينة وجب على الإدارة استهدافها دون غيرها وإلا كان قرارها باطلاً لمخالفته الأهداف المخصصة ولو كان القرار يبتغي مصلحة عامة<sup>1</sup>، وقد استلهم السنهوري هذه القاعدة وأجراها في المجال الدستوري وعرض لعدد من الأمثلة التي مضى نقاشها، فنحيل إليها، وكفاءة هذا الفرض في المجال الدستوري تستدعي مزيد تحليل وتأصيل.

<sup>1</sup> عبدالحفيظ الشيمي ومهند نوح، القانون الإداري في ضوء القانون القطري، مرجع سابق، ص303.

ولتأصيل هذا الفرض؛ ينبغي التفريق بين نوعين من الغايات المخصصة، فثمة غايات محدّدة وغايات متعدّدة، إذ يختلف التعامل مع كل نوع، فالغايات المخصّصة المحدّدة تتعلق بنتيجة نهائية معيّنة يمكن الوقوف عليها دون أن تلتبس بغيرها من النتائج ودون أن يكون للمشرع تقدير فيها، ومثالها ترتيب نتيجة التعويض على نزع الملكية، فالتعويض غاية محدّدة، إذ لا يجوز للمشرع أن يتوخّى نتيجة نهائية أخرى حين يرتّب أثر نزع الملكية.

وأما الغاية المخصّصة المتعدّدة فهي التي تتعلق بمجموعة من النتائج النهائية التي يمكن للمشرع أن يختار من بينها بما له من سلطة تقديرية على أن يبقى في فلك الغاية الدستورية المخصّصة، ومثالها تعدّد غايات النظام الضريبي، مثل تنمية موارد الدولة وتحقيق العدالة الاجتماعية والتنمية الاقتصادية، فهذه الغايات لا ينحصر بلوغها في نتيجة محدّدة، بل في نتائج متعدّدة.

وتمييز الغايات المحدّدة عن الغايات المتعدّدة يكون من خلال تحديد طبيعة سلطة المشرع، فإذا كانت سلطته مقيدةً تقييداً مغلّقاً بأن أوجب الدستور عليه ترتيب نتيجة بعينها فإن الغاية تكون من قبيل الغايات المحدّدة، كما في نتيجة التعويض عن نزع الملكية. أما إذا كان المشرع مقيداً بقيد مفتوح بأن كان له الخيار في ترتيب نتيجة من بين مجموعة النتائج المختلفة التي تنضوي تحت الغاية المخصّصة فعندئذ تكون الغاية المخصّصة من قبيل الغايات المتعدّدة<sup>1</sup>.

تكمن أهمية هذا التفريق في اختلاف المعيار الذي يكشف عن الانحراف الغائي بحسب كل نوع، إذ يكشف معيار البناء عن الانحراف الغائي في منطقة التقييد حين يتجاوز المشرع الغاية المحدّدة، لكن هذا المعيار لا يكون مفيداً في الكشف عن الانحراف الغائي في منطقة التقدير حين ينتج عن

---

<sup>1</sup> كما يمكن التمييز بين النوعين من خلال الطبيعة المنطقية للغاية المخصصة، فإن كانت (مصادقاً) فهي غاية محددة لأنها حينئذ تكون نتيجة واقعية محددة، مثل غاية التعويض عند نزع الملكية. أما إذا كانت (مفهوماً) فهي غاية متعددة لأن الغاية حينها تكون صورة ذهنية تحتمل مجموعة من النتائج النهائية الواقعية، مثل مفهوم الوظيفة الاجتماعية ومثل مفهوم العدالة الاجتماعية، فهذه المفاهيم غايات مخصّصة متعدّدة، لأنها تستوعب أكثر من نتيجة واقعية، وليست نتيجة واحدة بعينها.

اختلال المفاضلة بين البدائل للغاية المتعددة، فمثل هذا الخل لا يكشف عنه معيار البناء وإنما يكشف عنه معيار الموازنة الذي سيأتي الحديث عنه. وعليه، لا بد من التفريق بين هذين النوعين من الغايات المخصصة، وسنضرب شاهداً من أحكام القضاء لكليهما:

**أولاً- مخالفة الغاية المحددة التي عينها الدستور:** أجرت المحكمة الدستورية العليا معيار البناء على العديد من الغايات المخصصة المحددة، ومن أبرز تلك الأمثلة ما يتعلق بنتيجة التعويض التي فرضها الدستور عن المساس بالملكية الخاصة، حيث قضت المحكمة بعدم دستورية القانون الذي خلا من ترتيب نتيجة التعويض للمالك عن اعتبار ملكه أثراً، حيث قضت بأن "تدخل المشرع بتنظيم أوضاع أموال معينة مع إبقائها بيد أصحابها بطريقة تؤدي عملاً إلى تفويض مقوماتها من خلال إهدار قيمتها الاقتصادية إلى حد كبير، ولو كان ذلك تدرعاً بالوظيفة الاجتماعية للملكية أو بوجوب المحافظة على التراث القومي- إنما يعد انتقاصاً من حق الملكية تتحدد مشروعيته من زاوية دستورية بأن يكون مقترناً بالتعويض العادل عن القيود التي يتضمنها ذلك التنظيم"<sup>1</sup>، وانتهت إلى أن "النص الطعين قد عطل دون تعويض كل خيار لمالك العقار في توجيهه الوجهة التي يقدر أنها في صالحه، حائلاً بذلك دون الانتفاع به اقتصادياً في الأغراض المقصودة منه، فإنه يتمحض تدميراً للملكية الخاصة لا تسامح فيه أياً كان نطاق المصالح التي يتذرع بها المشرع"<sup>2</sup>.

كذلك يمكن التمثيل لهذا الفرض بالغاية المحددة التي أوجبها الدستور والمتمثلة في تمكين الطعن القضائي على جميع الأعمال الإدارية، حيث طُعن على نصٍ أَعفى القائمين على شؤون الرقابة من تحمّل مسؤولية أعمالهم، فحظّر الطعن عليها بالإلغاء أو المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها، فقضت المحكمة بأن النص قد جاء "كاشفاً عمّا تغياه المشرع من هذه المادة برمتها

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 182 لسنة 19 قضائية، 1999، ر. محمد ولي الدين جلال، حكم سابق.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

من إغلاق باب كل منازعة في تلك القرارات والأعمال وحجب حق التقاضي بصددها<sup>1</sup>. وعلى أساس ذلك أبطلت المحكمة تلك النتيجة لتعارضها مع الغاية المحددة في الدستور، حيث استدعت النص الذي حظر تحصين القرارات الإدارية، لتقضي بأن "الدستور لم يقف عند حد تقرير حق التقاضي للناس كافة كمبدأ دستوري أصيل، بل جاوز ذلك إلى تقرير مبدأ حظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء... وحيث إنه لما تقدم، يتعين الحكم بعدم دستورية نص المادة الثامنة من أمر رئيس الجمهورية رقم 1 لسنة 1967 الخاص بالرقابة<sup>2</sup>."

**ثانياً - مخالفة الغاية المتعددة التي عينها الدستور:** كثيراً ما أعملت المحكمة الدستورية العليا معيار البناء للتحقق من أن النتائج النهائية التي يستهدفها التشريع تقع ضمن حدود الغاية المتعددة التي خصصها الدستور لتكون سقفاً نهائياً للنتائج النهائية التي يستهدفها التشريع، وبموجب معيار البناء إذا ما جاوز المشرع ذلك السقف يكون تشريعه مشوباً بعيب الانحراف الغائي.

ومن أهم الغايات المخصصة المتعددة؛ غاية تحقيق المساواة العادلة، إذ يفرض الدستور المساواة العادلة بين الجميع أمام القانون، ومقتضى العدل ألا يتساوى المختلفون في المراكز القانونية، ولذلك ترك الدستور للمشرع مساحةً لتقدير نتائج تمييزية على أسس موضوعية، فإن حاد عن ذلك فإنه يخرج عن مبدأ المساواة الذي هو قيد غائي على سلطته في تقدير النتائج النهائية.

حدث ذلك لدى تمييز التشريع على أساس الجنس في حق الفرد بتمرير الجنسية المكتسبة لأبنائه، حيث منح التشريع للرجل المتجنس صلاحية تمرير الجنسية لأبنائه وحرم الأم المتجنسة من ذلك<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 7 لسنة 2 قضائية، 1983، ر. فاروق النصر، حكم سابق.

<sup>2</sup> الحكم نفسه. وقد يرد اعتراض بأن الحكم بعدم الدستورية بُني على أساس عيب المحل وليس عيب الغاية، وهذا غير صحيح لأن محل الشريع الطعين هو الإغفاء من المسؤولية وليس التحصين، لكن التحصين من الرقابة هو النتيجة النهائية التي يرتبها النص على الإغفاء من المسؤولية، المحكمة إنما بسطت رقابتها على موضوع التحصين تحديداً، فتكون رقابتها رقابة على الغاية من ذلك التشريع.

<sup>3</sup> المادة 6، قانون الجنسية المصرية رقم 26 لسنة 1975.



فطعن على هذا النص لمخالفته غاية المساواة التي تُعدُّ غايةً دستورية مخصصة من النوع المتعدّد وليس المحدّد، فأبطلت المحكمة التشريع وفق معيار البناء، من خلال خطوتين:

1- قضت المحكمة أولاً بأن تحقيق مبدأ المساواة هو غاية يتطلبها الدستور، فبيّنت ضرورة "التزام التنظيم الذي يقره المشرع بالمبادئ الضابطة لسلطته في هذا الشأن، والتي يعد تحقيقها غاية كل تنظيم يسنه، وفي المقدمة منها العدل والمساواة وتكافؤ الفرص، خاصة بين المرأة والرجل في كافة الحقوق والحريات، والقضاء على كافة أشكال التمييز بينهما<sup>1</sup>."

2- قضت المحكمة ثانياً- بعدما عرضت التشريع على هذه الغايات- بأنه "يتصادم معها جميعاً" منتهيةً إلى أن "حرمان الأولاد القصر للأم الأجنبية من اكتساب الجنسية المصرية بقوة القانون، تبعاً لاكتسابها هذه الجنسية، أسوة بالأب الأجنبي الذي قرر المشرع بالنص المحال حق أولاده القصر في ذلك، وليضحى النص المطعون فيه وقد قصر هذا الحق على الأولاد القصر للأب الأجنبي دون الأم الأجنبية، متضمناً تمييزاً تحكيميا لا يستند إلى أسس 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<sup>2</sup>."

وقد تكرر هذا الفرض في القضايا المتعلقة بغاية عدالة التعويض، حيث طعن على مقدار التعويض المقدر عن الأراضي المستولى عليها<sup>3</sup>، فبعد تأكيد المحكمة على الغاية الدستورية المحددة في أن "كل تغيير يتصل بالملكية الخاصة بما يفقدها محتواها، ينبغي أن يقابل بتعويض عادل عنها" مضت في تأطير الغاية الدستورية المتعددة والمتمثلة في عدالة التعويض، إذ العدالة مفهوم كلي

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 131 لسنة 39 قضائية، 2019، ر. حنفي الجبالي.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

<sup>3</sup> المادة 9، القرار بقانون رقم 50 لسنة 1969 بشأن تعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد في الأراضي الزراعية.

يحتمل العديد من النتائج النهائية، حيث قضت بأن "ما يعتبر عادلاً ومنصفاً في مجال التعويض، لا يتحدد على ضوء معايير جامدة أو مقاييس تحكمية يتم تطبيقها بآلية عمياء.. وإنما يجب أن يتحدد لكل منها ما يقابل قيمتها السوقية من التعويض، على ضوء العناصر التي ترتبط بمقوماتها.. فلا يكون تحريها تصويرياً أو جزافياً بعيداً عن حقائقها، بل واقعياً قدر الإمكان<sup>1</sup>."

بهذا التأسيس بيّنت المحكمة حدود غاية عدالة التعويض التي خصصها الدستور، فقضت بأن "التعويض عن الأراضي الزراعية الزائدة على الحد الأقصى، لا يتحدد على ضوء الفائدة التي تكون الجهة الإدارية قد جنتها من وراء نزع ملكيتها من أصحابها، وإنما الشأن في هذا التعويض إلى ما فاتهم من مغانم، وما لحقهم من خسران من جراء أخذها عنوة منهم، تقديراً بأن هذه وتلك، تمثل مضار دائمة لا موقوتة، ثابتة لا عرضية، ناجمة جميعها عن تجريد ملكيتهم من ثمارها وملحقاتها ومنتجاتها، فلا يجبها إلا تعويض يكون جابراً لها، ولا ينحل بالتالي تفریطاً أو تقديراً<sup>2</sup>."

### الفرض الثاني- إذا تعارضت الغاية مع قاعدة الأهداف اللازمة

كنا قد أرخينا الحبر في الباب الأول سعياً لكشف الحُجَب عن مفهوم الغايات اللازمة، وأملاً في تععيد هذه الفكرة في مجال الرقابة الدستورية على الغاية، فأساس هذا الفرض أن مضامين النصوص الدستورية لها لوازم غائية، وهذه اللوازم تعدُّ قيماً على المشرع، فإذا تجاوز التشريع غايةً دستورية لازمة فإنه يكون معيباً بالانحراف الغائي وإن لم ينطق الدستور بتلك الغاية، فاللازم عن المنطوق الدستوري لا يقل في قيمته عن المنطوق نفسه، بل إنه لا قيمة للمنطوق الدستوري ما لم تؤدِّ لوازمه. وقد أعمل القضاء الدستوري هذا الفرض في العديد من أحكامه، فقضى بعدم دستورية العديد من التشريعات لتعارضها مع غايةٍ أو أكثر من الغايات الدستورية اللازمة.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 24 لسنة 15 قضائية، 7 مارس 1998، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م 37000)

<sup>2</sup> الحكم نفسه. ويشبه ذلك حكمها في: القضية رقم 139 لسنة 5 قضائية، 1986، ر. محمد علي بليغ، حكم سابق.

وكثيراً ما كان هذا المعيار يُعمَلُ استجابةً لدفاع المدّعي بوجود انحراف غائي في النص الطعين، من ذلك؛ الطعن على قانون تعديل أحكام قانون المحاماة فيما قرّره من حلّ المجلس الحالي وإنشاء مجلس مؤقت<sup>1</sup>، فقد دفع الطاعنون بمخالفته الأساس الديمقراطي للحرية النقابية المكفولة دستورياً<sup>2</sup>، وقد أيدت المحكمة هذا الدفع معتبرةً أن النص على الأساس الديمقراطي لحرية النقابات لازمه أن المشرع الدستوري أراد تحقيق نتيجة نهائية تتمثل في مباشرة هذه الحرية عن طريق الانتخاب دون التعيين، ولم يشترط النص الدستوري طريقة الانتخاب صراحةً وإنما نصّ على الأساس الديمقراطي للحرية النقابية، ولما كان الانتخاب من لوازم الأساس الديمقراطي قضت المحكمة بأن المشرع بنصّه على الأساس الديمقراطي "إنما عنى بهذا الأساس توكيد مبدأ الحرية النقابية بمفهومها الديمقراطي الذي يقضي - من بين ما يقضي به - أن يكون لأعضاء النقابة الحق في أن يختاروا بأنفسهم وفي حرية قياداتهم النقابية التي تعبر عن إرادتهم وتنبو عنهم، الأمر الذي يستتبع عدم جواز إهدار هذا الحق بحظه أو تعطيله... ومن ثم تكون هذه المادة قد وضعت قيداً يتعين على المشرع العادي أن يلتزم به مؤداه ألا يتعارض ما يسنه من نصوص تشريعية في شأن النقابات مع مبدأ الحرية النقابية بمفهومها الديمقراطي الذي سلف بيانه<sup>3</sup>."

ولم تعترف المحكمة بسلطة تقديرية للمشرع رغم أن الخروج على طريقة الانتخابات كان خروجاً مؤقتاً لا يزيد عن شهرين، فالقانون الطعين كان قد نص على وجوب "أن تجرى الانتخابات لاختيار النقيب وأعضاء مجلس النقابة العامة خلال الستين يوماً التالية لنهاية القانون"<sup>4</sup>، ومع ذلك، أعلنت المحكمة القيد الدستوري المتمثل في الغاية اللازمة من النص على الأساس الديمقراطي، وجعلت

---

<sup>1</sup> القانون رقم 125 لسنة 1981 ببعض الأحكام الخاصة بنقابة المحامين.

<sup>2</sup> المادة 56، دستور مصر 1971.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 47 لسنة 3 قضائية، 1983، ر. فاروق سيف النصر، حكم سابق.

<sup>4</sup> المادة 3، القانون رقم 125 لسنة 1981 بشأن بعض الأحكام الخاصة بنقابة المحامين.

غاية الانتخابات مقترنة بالحرية النقابية اقتراً لا يقبل الانفكاك، سيما وأن النتيجة المترتبة على إبقاء هذا النص هي إقصاء النقيب وأعضاء النقابة المنتخبين، حيث قضت بأن "المشرع إذ نص... على أن تنتهي مدة عضوية نقيب المحامين الحالي وأعضاء مجلس النقابة الحاليين"- من تاريخ نفاذ هذا القانون- وهم الذين تم اختيارهم بطريق الانتخاب من قبل أعضاء النقابة، يكون قد أقصاهم عن مناصبهم النقابية قبل نهاية مدة العضوية وذلك عن غير طريق هيئة الناخبين المتمثلة في الجمعية العمومية للنقابة، فعطل حق اختيارها لهم، وحال دون هذه الجمعية وانتخاب أعضاء جدد لشغل تلك المناصب بما نص عليه في المادة الرابعة من القانون من وقف العمل بأحكام المواد من 12 إلى 19 من قانون المحاماة السارية حينئذ والمتعلقة بإجراءات الترشيح والانتخاب لمناصب النقيب وأعضاء مجلس النقابة- وذلك إلى حين صدور قانون المحاماة الجديد وإجراء انتخابات طبقاً لأحكامه. ومن ثم تكون المادة الأولى المشار إليها قد انطوت على مخالفة لنص المادة 56 من الدستور لإخلالها بمبدأ الحرية النقابية وتعارضها مع الأساس الديمقراطي الذي أرساه هذا النص قاعدة لكل بنیان نقابي<sup>1</sup>. " فهذا المقطع من الحكم قد جرى في سرد النتائج غير المشروعة التي تترتب على إغفال الغاية اللازمة من النص الدستوري على الأساس الديمقراطي، والمتمثلة في أن تباشر الحرية النقابية على أساس مبدأ الانتخابات.

ومن التطبيقات الحديثة لهذا الفرض حكمها بعدم دستورية قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية فيما تضمنه من تخويل وزير الشؤون الاجتماعية سلطة حل الجمعيات الأهلية<sup>2</sup>، فقد بنت حكمها على سندٍ من الغايات اللازمة للنص على حرية التعبير، لتقضي بأن "حق الاجتماع يتداخل مع حرية التعبير، مكوناً لأحد عناصر الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها بغير اتباع الوسائل

<sup>1</sup> الحكم السابق.

<sup>2</sup> المادة 42، القانون رقم 84 لسنة 2002 من قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية.

الموضوعية والإجرائية التي يتطلبها الدستور أو يكفلها القانون، لازما اقتضاه حتى لو لم يرد بشأنه نص في الدستور<sup>1</sup>، ثم أردفت هذا التأصيل بتفصيل بديع، مفاده أن "حرية التعبير ذاتها تفقد قيمتها إذا جحد المشرع حق من يلودون بها في الاجتماع المنظم، وحجب بذلك تبادل الآراء في دائرة أعرض بما يحول دون تفاعلها وتصحيح بعضها بعضا، ويعطل تدفق الآراء التي تتصل باتخاذ القرار..، ومن ثم فقد صار لازما امتناع تقييد حرية الاجتماع إلا وفق أحكام الدستور والقانون، وفي الحدود التي تتسامح فيها النظم الديمقراطية، وترتضيها القيم التي تدعو إليها<sup>2</sup>."

فهذا المقطع فيه استظهار بالغ الوضوح للغايات اللازمة عن حرية التعبير، وعلى أساس ذلك قضت المحكمة بأن "حق المواطنين في تكوين الجمعيات الأهلية، وما يرتبط به- لزوما على ما سلف بيانه من حقوقهم وحررياتهم العامة الأخرى، وهي جميعا أصول دستورية ثابتة، يباشرها الفرد متآلفة فيما بينها... ومن أجل ذلك حرص الدستور في المادة (75) منه على كفالة الاستقلال للجمعيات الأهلية وأجهزتها القائمة على شئونها، تمكينا لها من أداء دورها وممارسة نشاطها بحرية، تحقيقا لأهدافها، فحظر على الجهات الإدارية التدخل في شئون الجمعيات أو حل مجالس إدارتها أو مجالس أمنائها إلا بحكم قضائي... فمن ثم يغدو ما قرره النص المحال من تخويل وزير الشئون الاجتماعية سلطة حل الجمعيات مخالفا لأحكام الدستور<sup>3</sup>."

وتجدر الإشارة إلى أن القضية التي يعزى لها بداية إثارة الرقابة الدستورية على الغاية في القضاء الدستوري المصري كان المدعي فيها قد أسس دفاعه على أساس هذا الفرض من معيار البناء، فقد طالب أمام المحكمة العليا بالحكم بعدم دستورية النص الذي يقضي بثبوت الحق في الشفاعة

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 84 لسنة 39 قضائية، 2 فبراير 2019، برئاسة حنفي الجبالي. (ش.ق.ش| ر.م 414354)

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

<sup>3</sup> الحكم نفسه.

للجار المالك إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على أرض مبيعة<sup>1</sup>، على سندٍ من أن "هدف نظام الشفعة هو جمع الأراضي في يد شخص واحد مما يؤدي إلى الاستغلال ويتعارض مع النظام الاشتراكي الذي أرست أصوله المادتان الأولى والتاسعة من الدستور وجعلت منه هذه المادة الأخيرة الأساس الاقتصادي للدولة<sup>2</sup>". ففي هذا الدفع سعى المدعي لبيان أن نتيجة جمع الأراضي في يد شخص واحد تتعارض مع الغايات اللازمة من النص على النظام الاشتراكي الذي يسعى لنتيجة مضادة تتمثل في تحقيق الملكية العامة.

وقد تعاملت المحكمة العليا بحكمة مع هذا الدفع، فوفقت على الغاية الفعلية من النص لتبين أنه لم يقصد جمع الأراضي في يدٍ واحدة، وإنما قصد تطهير الأرض من الحقوق المحملة بها ودفع الضرر عن الجار، فرفضت الدفع على سندٍ من أن "ترجيح نظام الشفعة عند قيام أسبابها ومنها الجوار والاشتراك في حقوق الارتفاق على مبدأ حرية التصرف استنادًا إلى أن الشفعة إذ تجمع بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به في ملكية الشفيع وحده في نطاق الحد الأقصى للملكية الزراعية فإنها تؤدي إلى تطهير الأرض من هذه الحقوق فضلًا عما يترتب عليها من دفع الضرر عن الجار وتجنب مشكلات المشاركة في حقوق الارتفاق وكافة منازعات الجوار. لا ريب أن ذلك الترجيح مما يدخل في حدود سلطة المشرع التقديرية التي لم يقيدتها الدستور في هذا الصدد<sup>3</sup>".

فبموجب هذا المقطع بينت المحكمة أن غرض النص الطعين لم يكن جمع الأراضي في يد شخص واحد كما دفع المدعي، بل الغرض تطهير الأراضي من الحقوق المحملة بها ودفع الضرر وتجنب ما ينجم عن منازعات الجوار، وهو ما لا يعارض الغايات اللازمة من النظام الاشتراكي.

<sup>1</sup> الحالة الثانية، الفقرة، المادة 936، القانون المدني رقم 131 لسنة 1948.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 3 لسنة 1 قضائية، 1971، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.

<sup>3</sup> الحكم نفسه.

## المطلب الرابع

### معيار الخفاء لإثبات الانحراف الغائي

يبحث هذا المعيار في حقيقة التشريع وما إذا كان ظاهره يتفق مع باطنه، فهذا المعيار لا يقف عند حدّ إيجاد مصلحة عامة، ولا عند التحقق من صحّة أساسها، ولا التحقق من صحة بنائها في الظاهر، بل يستظهر النتائج النهائية غير المشروعة التي تختبئ خلف ستار مشروع، فيقف على المقاصد المستترة التي تعمدها المشرّع أو الأخطاء الخفية التي غفل عن تلافيها.

وقد يرجع الانحراف الغائي على مستوى الخفاء لسوء نية المشرّع، وذلك حين يتعمّد تغليف الغايات الباطلة بغطاء المشروعية، وحينها يقوم عيب إساءة استعمال السلطة إلى جانب الانحراف الغائي. كما قد يرجع إلى خطأ المشرع دون قصد، وذلك حين يغفل عن بعض المسائل الخفية التي كان ينبغي مراعاتها عند غايات التشريع، وحينها يثور الانحراف الغائي دون سوء استعمال السلطة. وعلى ذلك نقسم فروض هذا المعيار إلى فرعين، فرعٌ يتناول خفاء الانحراف الغائي الناشئ عن سوء نية، وفرع يتناول خفاء الانحراف الغائي الناشئ عن حسن نية:

#### الفرع الأول- خفاء الانحراف الغائي الناشئ عن سوء نية

قد يوارى المشرع الغايات غير المشروعة تحت ستار مصلحة شكلية أو تحت ستار الاختصاص، والغايات غير المشروعة في هذه الحالة قد تتخذ صورة النفع الذاتي، أو الإضرار بطرفٍ آخر، أو تهيئة الحال لأحد الأمرين الأنفين. وهذا الفرض هو الأشهر في الكتابات الفقهية، بل إن كثيراً من الفقهاء قصرُوا الانحراف الغائي على هذا الفرض وحده<sup>1</sup>. وقد مرّ أن هذه الحالة يقوم فيها عيب

---

<sup>1</sup> يقول الدكتور عبدالمنعم عبدالحميد شرف "الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هو في الواقع عيب غائي، أي يتعلق بالغايات من القانون وهي المصلحة العامة، بحيث إنه إذا سعى المشرع إلى تحقيق غاية أخرى غير المصلحة العامة كالإضرار بشخص معين بالذات أو تحقيق مصلحة لفرد أو فئة معينة بالذات كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية." يُنظر مؤلفه: المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 127.

إساءة استعمال السلطة إلى جانب عيب الانحراف الغائي. ويمكن الإحاطة بفروضها وفق مجموعة من الفروض التي إذا قام أحدها كان التشريع معيباً بالانحراف الغائي بسوء نية:

### الفرض الأول- إذا اجتمعت العديد من المثالب في التشريع مع عدم خفائها على المشرع

يقوم هذا المعيار على تكوين فرضية منطقية مؤداها أن تظافر العيوب الدستورية الظاهرة في النص الطعين دون مبادرة المشرع إلى تلافيتها هو دليل على أن المشرع قد تجاهل إصلاح تلك العيوب ومزّرها عامداً لتحقيق غاية غير مشروعة، وإلا لعالج تلك العيوب قبل أن تقع عليها يد القضاء الدستوري. ويشترط لإعمال هذا الفرض أن تكون العيوب الدستورية ظاهرةً للعيان، بحيث لا تخطئها عين الناظر في التشريع، أما إذا كانت تحتاج قدرًا من البحث والتمحيص والخبرة للكشف عنها فحينئذ لا يمكن إعمال هذا المعيار.

وهذا الفرض من مبتكرات المحكمة الدستورية العليا في مصر، حيث قضت في الحكم الشهير الذي قضت فيه بوجود انحراف غائي بأن "اجتماع تلك المثالب الدستورية، مع عدم خفاء أمرها على أعضاء المجلس التشريعي على ما كشفت عنه مضابط مجلس الشعب ذات الصلة واتجاه المجلس في غالبته، لتجاهلها، وإقراره لمشروع القانون، ما يجافي - عن قصد- الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها التشريع، وهو الأمر الذي يفقده عموميته وتجريده، ويوصمه بالتالي بعيب الانحراف التشريعي<sup>1</sup>". وكان بمقدور المحكمة الدستورية العليا أن تكتفي في حكمها بعدم دستورية التشريع على أساس تلك المثالب، غير أنها آثرت استظهار خفاء سوء نية المشرع ولفت النظر إلى علمه بحقيقة تلك المثالب ما يجعل التشريع منطويًا على قصد غير مشروع بنية غير سليمة، لتفرد البساط الذي يهَيئ لها وصم التشريع بالانحراف الغائي.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 57 لسنة 34 قضائية، 2012، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق، حكم سابق.



## الفرض الثاني- إذا ثبت أن التشريع جزء من سلسلة من التشريعات غير الدستورية

في هذا الفرض يكشف القضاء عن إساءة استعمال السلطة بتعاقب التشريعات غير الدستورية في مجالٍ محدد بما يشكّل سياسة تشريعية تخالف الدستور، فكثير من التشريعات تأتي ضمن سلسلة ممتدّة من تشريعات تسبقها لتنظيم مسألة معينة، فحين يبحث القضاء فيها ويتلمّس اتجاهًا واضحًا لاتخاذ سياسيات غير دستورية فإن ذلك يعد دليلًا قويًا على تعمدّ المشرع إصدار ذلك التشريع ضمن اتجاهه المطّرد في المخالفة، الأمر الذي يقوم معه عيب إساءة استعمال السلطة<sup>1</sup>.

وقد ظهر هذا الفرض لمعيار الخفاء عند نظر القضاء الدستوري في الطعن على التشريع الذي خوّل مستأجر العين حق التّأجير المفروش من الباطن بغير موافقة مالك العين ورغم اعتراضه<sup>2</sup>، حيث رأت المحكمة أن "النص المطعون فيه- بالصيغة التي أُفرغَ فيها- ليس إلا حلقة في اتجاه عام تبناه المشرع أمدًا طويلًا في إطار من مفاهيم جائزة لا يمكن تبريرها منطقيًا ولو أجهد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها، وكان ذلك بكل المقاييس ظلمًا فادحًا لمؤجرين ما برح المستأجرون يرجحون عليهم مصالحهم، متدنّين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها- في كثير من جوانبها- حدود الاعتدال، فلا يكون مجتمعهم معها إلا متهاويًا عمدًا، متحيفًا حقوقًا ما كان يجوز الإضرار بها، نائيًا بالإجارة عن حدود مطلباتها، وعلى الأخص ما تعلق منها بتعاون طرفيها اقتصاديًا واجتماعيًا، حتى لا يكون صراعهما- بعد الدخول في الإجارة- إطارًا لها<sup>3</sup>، ولا تخفى قسوة عبارات هذا المقطع في حق المشرع، غير أن المحكمة قد قصدت تصعيد الخطاب الآنف

<sup>1</sup> وفي ذلك يقول القاضي عوض المر أن إثبات إساءة استعمال السلطة التشريعية "يتأتى على الأخص من نقصي السياسة التي درج المشرع على انتهاجها في موضوع معين، ويندرج تحتها نعدم إرهاب المؤجرين بأعباء يختل بها التوازن المنطقي في العلائق الإجارية بينهم وبين المستأجرين". يُنظر مؤلفه: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص1390.

<sup>2</sup> المادة 40، القانون رقم 49 لسنة 1977 في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 149 لسنة 18 قضائية، 15 نوفمبر 1997، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش|ر.م 36860)

لما رأَت تعمّد المشرّع المتواصل في سلوك هذا المسلك التشريعي المخالف للدستور، وهي وإن لم تصم التشريع بعيب إساءة استعمال السلطة وصمًا صريحًا إلا أن مقالتها هذه لا تجرؤ المحكمة على توجيهها للمشرع ما لم يكن قد أساء استعمال السلطة بالفعل.

وكانت المحكمة قد عطفت على هذا المقطع مقاطع عديدة أبانت فيها المخالفات المباشرة للدستور منتهيةً إلى أن النص الطعين فيه عدوان صريح على الملكية، وانتهاك لمبدأ التضامن الاجتماعي، غير أن هذه الخلاصات التي تكفي بذاتها لإبطال النص لم تثنها عن استظهار تعمّد المشرع إتيان تلك الانتهاكات عن طريق معيار الخفاء، حيث استظهرت تسلسل الاعتداءات التشريعية في تنظيم علاقة المستأجر بالمؤجر، مبيّنةً أن تلك الانتهاكات ليست بسبب قصور نظر المشرع أو قلة إدراكه، وإنما هي وليدة اتجاه واضح وإرادة واعية بتلك الانتهاكات الدستورية الواضحة.

وكان القضاة من بعد القاضي عوض المر - الذي أنشأ هذا الفرض - قد اعتمدوا هذا المعيار في تشريعات مماثلة، فقد قضت المحكمة بعدم دستورية النص الذي لم يشترط موافقة المالك عند تغيير استعمال العين لغير غرض السكنى<sup>1</sup>؛ معتمدةً على المعيار ذاته<sup>2</sup>، كما قضت بعدم دستورية النص الذي نص على أحقية مستأجري المستشفيات وملحقاتها في حالة تأجيرها مفروشة في الاستمرار في العين ولو انتهت المدة المتفق عليه<sup>3</sup>، حيث اعتمدت المعيار ذاته<sup>4</sup>، وكذلك في حكمها بعدم دستورية النص الذي أجاز للمستأجر تغيير استعمال العين المؤجرة سكنًا لغير أغراض السكنى<sup>5</sup>، حيث أعادت المحكمة إعمال المعيار ذاته<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> الفقرة الأولى، المادة 19، في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.  
<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 144 لسنة 20 قضائية، 4 مارس 2000، برئاسة محمد ولي الدين. (ش.ق.ش | ر.م. 37045)  
<sup>3</sup> المادة 16، القانون رقم 136 لسنة 1981 في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.  
<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 14 لسنة 23 قضائية، 4 أبريل 2004، برئاسة ممدوح مرعي. (ش.ق.ش | ر.م. 57128)  
<sup>5</sup> الفقرة الثانية، المادة 19، القانون السابق.  
<sup>6</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 116 لسنة 27 قضائية، 4 مايو 2008، برئاسة ماهر عبدالواحد. (ش.ق.ش | ر.م. 297879)

ومن الواضح أن جميع هذه الحالات تتعلق بالموضوع ذاته، وهو القانون المتعلق بتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، وذلك لأن سلسلة التشريعات في هذا الصدد تكشف اتجاهًا متعمدًا تبناه المشرع في تمثيل كفة ميزان المصالح لصالح المستأجر على حساب المؤجر، ولهذا في كل تشريع يبرز فيه هذا العيب أخذت المحكمة على عاتقها بيان عمدية المخالفة باستحضار سير المشرع على خطى ثابتة في هذا التوجه، ومع ذلك، لا يقتصر هذا الفرض على ما يتعلق بتنظيم العلاقات الإجارية، فكل مسألة يسلك فيها المشرع منحى تنظيميًا يخالف الدستور ويبقى ثابتًا في اتجاهه المخالف يُستفاد معه انصراف قصد المشرع إلى اعتماد سياسة مخالفة الدستور في تلك المسألة على نحو يصم التشريع المنضوي تحتها بعيب الانحراف الغائي.

### الفرض الثالث- إذا اختلف التعبير التشريعي عن القصد التشريعي اختلافًا مؤثرًا

قد يرجع خفاء الغاية الفعلية غير المشروعة إلى الفجوة ما بين التعبير التشريعي والمقصد التشريعي، بحيث يخفي المشرع مقصده خلف تعبيرات تحتمل نتائج مشروعة ضمن حدود اختصاصه كما تحتمل نتائج أخرى لا مشروعية لها.

يظهر ذلك بوضوح في التشريعات التي تتطوي على عقوبة مقنعة، حيث يعبر المشرع عن غايات تنظيمية، لكن مقاصده تتجه لتحقيق غايات عقابية. كان ذلك في الطعن- المشار إليه سلفًا- على قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية الذي أوقف مباشرة الحقوق السياسية لكل من عمل خلال العشر سنوات السابقة على 11 فبراير سنة 2011 في أحد المناصب السياسية التي حددها<sup>1</sup>. فمن جهة، توحى عبارات عنوان القانون بأن الغاية منه تنظيم المسألة فحسب، غير أن المدعي بعدم الدستورية قد دفع بأن قصد المشرع لم ينصرف إلى التنظيم، وإنما انصرف إلى استحداث "عقوبة

---

<sup>1</sup> المادة 1، القانون رقم 17 لسنة 2012 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 73 لسنة 1956 بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية.

الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية عن واقعات سابقة على صدوره، بالمخالفة لقاعدة عدم رجعية العقوبات، فضلاً عن كونه أنشأ قرينة قانونية، فرض عليها جزاء، بغير حكم قضائي<sup>1</sup>."

وقد استجابت المحكمة لذلك الدفع، فقضت بأن مفهوم العقوبة لا يقتصر على دلالتها الجنائية "وإنما يشمل كذلك العقوبات الأخرى التي تأخذ حكمها وإن لم تكن من جنسها، كالحرمان من حقوق أو حريات بعينها" ثم بيّنت بأن "النص المحال إذ رتب الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية... فإنه بذلك يكون قد رتب جزاء، يوقع عليهم تلقائياً، ودون حكم قضائي، بما يمثل افتئاتاً من السلطة التشريعية على اختصاصات السلطة القضائية، وانتحالاً من المشرع لهذا الاختصاص<sup>2</sup>."

ومثلما هو ظاهر أن النص الطعين لم يُسمَّ إجراء وقف مباشرة الحقوق السياسية لمن حدّدهم بأنه عقوبة، بل جعل ذلك جزءاً من العملية التنظيمية، لكن القضاء قد استظهر حقيقة قصد المشرع المنصرف إلى فرض عقوبة لا سلطة للمشرع بفرضها، مستعيناً بحقيقة واقع النص التشريعي في هذه المسألة، والتي كشفت عن المقاصد العقابية التي ينطوي النص عليها.

وكانت المحكمة قد أشارت عرضاً إلى هذا الفرض في قضية سابقة، حيث قضت بعدم دستورية التشريع الذي قرر انتخاب عضو واحد في كل مجلس من المجالس الشعبية المحلية بطريق الانتخاب الفردي وانتخاب باقي الأعضاء عن طريق القوائم الحزبية<sup>3</sup>، حيث نوهت المحكمة لما يستفاد منه أن النص ينطوي على معاقبة أولئك الذي اختاروا طريقة الانتخاب الفردي، وذلك بتقريرها أن التمييز الذي فرضه التشريع بين الحزبيين وغير الحزبيين لا يعدو أن يكون "تحكيمياً منهياً عنه دستورياً ذلك أن مبناه ومرماه آراء بذاتها يدين أصحابها بها، ولا يجوز عقابهم بسببها<sup>4</sup>."

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 57 لسنة 34 قضائية، 2012، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق، حكم سابق.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

<sup>3</sup> المادة 3، المادة 75 مكرر، القانون رقم 43 لسنة 1979 بشأن إصدار قانون نظام الإدارة المحلية.

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 2 لسنة 16 قضائية، 1996، ر. عوض المر، حكم سابق.

فيه يفهم أن الغاية التنظيمية الظاهرة في عبارات التشريع لا تحول دون مشروعيته عند استظهار المقصد التشريعي النهائي والمتمثل في معاقبة أولئك تحت ستار التنظيم.

وقد يُفصح المشرع عن مقصده من تعبيرٍ ما ليدراً القصد الظاهر من عبارات النص، وحينئذ يفحص القضاء مدى انطباق المقصد المُعبّر عنه في دفاع الحكومة مع عبارات التشريع؛ فإذا وجد توافقه مع التعبير التشريعي كان بها وسلّم التشريع، أما إذا اتسعت الفجوة بين المقصد التشريعي المُعبّر عنه وبين التعبير التشريعي الظاهر فإن التشريع يكون معيباً بالانحراف الغائي.

كان ذلك في الطعن على قانون ضريبة الدمغة، حيث كانت الحكومة تحاول تسويغ فرض الضريبة على رؤوس الأموال<sup>1</sup> بأن الضريبة التي فرضتها نوعٌ من الزكاة، فرفضت المحكمة التسليم بذلك لما رأت بأن الفجوة بين مفهوم الزكاة ومفهوم الضريبة أكبر من أن تُردم، فقرّرت بأن قصد الزكاة لا يمكن أن يُعبّر عنه بالضريبة، ذلك أن "الزكاة فرضتها النصوص القرآنية، لا النصوص التشريعية الوضعية التي تترد الضريبة المطعون عليها إليها في مصدرها، والزكاة.. لا يجوز العدول عنها، ولا التعديل في أحكامها المقطوع بثبوتها ودالاتها، خلافاً لكل ضريبة إذ يجوز دوماً النظر فيها، وتغيير بنيانها، بل وإلغاءها، والضريبة والزكاة مختلفتان -نطاقاً وعلّة- وهما بالتالي متغايرتان<sup>2</sup>." وبعد أن بينت المحكمة الفارق بين تعبيريّ الضريبة والزكاة على نحوٍ يؤثّر في المقصد عند إطلاق كل تعبير قضت بأنه "لا يجوز على ضوء هذه الحماية، فرض ضريبة على رؤوس أموال المكلفين بها بما يجتثها أو يقلصها إلى حد كبير، لتخرج بتمامها أو في كثير من أجزائها من يد أصحابها،

---

<sup>1</sup> المادة 83، القانون رقم 111 لسنة 1980 بشأن إصدار قانون ضريبة الدمغة. النص "تستحق ضريبة سنوية على السندات أيا كانت جهة إصدارها وجميع الأسهم والحصص والأنصبة الصادرة من الشركات المصرية سواء كانت مساهمة، أو توصية بالأسهم، أو ذات مسئولية محدودة وسواء مثلت تلك الأسهم والحصص والأنصبة والسندات في صكوك أو لم تمثل، وسواء سلمت الصكوك لأصحابها أم لم تسلم..."

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 9 لسنة 17 قضائية، 7 سبتمبر 1996، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش|ر.م 36766)

مما يفقد الضريبة وظيفتها الأساسية بوصفها "إسهامًا منطقيًا" من الملتزمين بأدائها في تحمل نصيبهم من الأعباء العامة لتغطية تكلفتها. والأدق أن يقال أن ضريبة على هذا النحو، عدوان على رؤوس هذه الأموال، ينال من قيمتها، ويحول دون تراكمها لبناء قاعدة اقتصادية عرض<sup>1</sup>، وهكذا رفضت المحكمة وصف "الزكاة" الذي أطلقه المشرع على الضريبة لدرء مقصده، وأسبغت عليها الوصف الذي يعبر عن حقيقتها وهو "العدوان"، ومن المعلوم أن العدوان لا يكون إلا عمديًا.

#### الفرض الرابع- إذا صُمم التشريع لتخليص الدولة من التزاماتها الدستورية

يحدث أن يُستظهرَ عمدُ المشرع إلى الانحراف الغائي من خلال كشف اللثام عن مقاصد تصميم النص التشريعي، ويكون ذلك بارزًا في التشريعات التي يصممها المشرع ليخلص الدولة من التزاماتها الدستورية. وأكثر الأمثلة شيوعًا على ذلك؛ التعويض عن نزع الملكية، فالتعويض نتيجة نهائية واقعية رتبها الدستور على كل نزع للملكية الخاصة تباشره الدولة على أموال الملاك، غير أن التشريع قد يُصمم بطريقة تحول دون غاية التعويض تحت ستار مشروع.

تجلى هذا الفرض في الطعن على القانون الذي وضع قيودًا على الملكية الفردية عند اعتبارها أثرًا، حيث جعل من نتائج ذلك عدم جواز نزع ملكية ذلك الأثر، وهو الأمر الذي يوحي بأن القانون يمنح المالك ميزة بأن تبقى الملكية في تصرفه رغم اعتبارها أثرًا، لكن النص إلى جانب ذلك حظر هدم العقار الأثري أو نقل أي جزء منه خارج مصر، كما حظر تجديده أو تغيير معالمه إلا بترخيص إداري، دون أن يمنح المالك تعويضًا<sup>2</sup>. ويظهر أن هذا التشريع قد صُمم بقصد تخليص الدولة من التزامها بالتعويض عند نزع الملكية، وذلك عن طريق النص على ما يوهم المالك بأنه يتمتع بضمانة عدم نزع الملكية، وهو ما تقطنت له المحكمة عقب إمعانها في تصميم هذا التشريع،

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المادة 13، قانون حماية الآثار رقم 117 لسنة 1983.

لتقضي بأن "حظر نزع ملكية العقار الذي سجل كأثر لا يتضمن ميزة للمالك بل قُصدَ به حرمانه من التعويض الذي يستحقه في حالة نزع الملكية مع بقاء العقار مثقلاً بتلك القيود<sup>1</sup>".

ولقد انتبعت المحكمة إلى أن الدستور يجعل التعويض نتيجة على نزع الملكية وليس على فرض القيود على الملكية، فاستعانت بمعيار البناء وأعملت فرض الغايات اللازمة، لتقضي بأن ترتيب التعويض عن تقييد الملكية يُعدُّ من لوازم ذلك النص، لأن "إخراج أموال بذواتها من السلطة الفعلية لمالكيها مع حرمانهم من الفائدة التي يمكن أن تعود عليهم منها، يعدل - في الآثار التي يربتها - نزع الملكية من أصحابها دون تعويض، وفي غير الأحوال التي نص عليها القانون، وبعيدا عن القواعد الإجرائية التي رسمها، بما يعتبر غصبا لها" ثم عطفت على ذلك وصم التشريع بالانحراف الغائي إذ قضت بأن اغتيال أموال الملاك "على هذا النحو يمثل أسوأ صور العدوان عليها، لاتخاذها الشرعية ثوبا وإطارا وانحرافه عنها قصدا ومعنى، فلا تكون الملكية التي يكفل الدستور صونها إلا سرايا أو وهما<sup>2</sup>". والمحكمة هنا تكشف عن سوء نية المشرع واتخاذها من سلطته المشروعة في التنظيم ستارا دون الغايات غير المشروعة التي أخفاها بتخليص الدولة من التزاماتها.

### الفرض الخامس - إذا غلب عنصر المباغته في التشريع

قد يسلك التشريع مسلك المباغته لترتيب نتائج نهائية يقرها الدستور، فيصادم التوقعات المشروعة التي رتب الأفراد أوضاعهم وفقاً لها، ويمكن تعريف التوقع المشروع بأنه تقدير الفرد لنتيجة مستقبلية بناءً على تقدير موضوعي للتشريعات القائمة، ويتقيد المشرع بمبدأ عدم مصادمة التوقع المشروع؛ فلا يصدر تشريعات تصطدم مع التوقعات المشروعة للأفراد ما دامت مبنية على أسس موضوعية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 182 لسنة 19 قضاية، 1999، ر. محمد ولي الدين جلال، حكم سابق.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

<sup>3</sup> يقول الدكتور عبدالله فاضل "إن كفالة القدرة على التنبؤ بحكم القانون تقتضي من ناحية حماية التوقعات المشروعة للأفراد، وتعد قاعدة عدم رجعية القوانين مكرسة في أحد جوانبها لحماية التوقعات المشروعة." يُنظر مؤلفه: مبدأ اليقين القانوني، دار فنديل، 2016، ص 90.

وقد أقرت المحكمة هذا المبدأ كقيد على السلطة التقديرية في أعمال الأثر الرجعي، وأعملت هذا الفرض في قضية كان النص الطعين فيها يجعل معيار تحديد قيمة الرسوم النسبية في الدعاوى المتعلقة بالأراضي الزراعية مبنياً على القيمة التي يوضحها الطالب، ثم يقوم قلم الكتاب بالتحري عن القيمة الحقيقية ليضيف رسوماً تكميلية على المقدار الذي قدره الطالب<sup>1</sup>. فُعي على النص إهداره الملكية باعتماد نظام التحري الذي يداهم التوقعات بتحصيل رسوم تكميلية لم يتوقعها الممول ولم تخطر بباله، لاسيما حين يغالي قلم كتاب المحكمة في تقدير الرسوم النسبية.

وقد أيدت المحكمة هذا الدفع، فقضت بأن النص قد "اتخذ من الجباية منهاجاً له، إذ عول على نظام التحري الذي يقوم به قلم الكتاب عن القيمة الحقيقية للأراضي المشار إليها، تمهيداً لإخضاع ما قد يظهر من زيادة في هذه القيمة لرسوم تكميلية، بعد الحكم في الخصومة القضائية، واستكمال إجراءاتها، دون أن يضع معايير دقيقة تنضبط بها أسس التقدير، متوخياً أن يوفر عن طريقها وعلى غير أسس موضوعية موارد للدولة تعينها على إشباع جانب من احتياجاتها، وهو ما يعني ملاحقتها للممولين من أجل استئدائها، تأميناً لمبلغها بعد أن أدرجها بموازنتها على ضوء توقعها الحصول عليها من خلال الرسوم القضائية وجنوحها بالتالي إلى المغالاة في تقدير رسومها<sup>2</sup>."

وتشير المحكمة بذلك إلى أن المشرع قد تعمد مباغته الأفراد في تقدير تلك الرسوم متخفياً بما له من سلطة تقديرية في تنظيم المسألة، حيث أولى قلم الكتاب سلطة تحديد القيمة الحقيقية لتلك الأراضي دون تقييدها، "فكان طلب تلك الرسوم التكميلية من ذوي الشأن مصادماً لتوقعهم المشروع، فلا يكون مقدارها معروفاً قبل انعقاد الخصومة القضائية، ولا عبؤها ماثلاً في أذهانهم عند التقاضي، فلا يزنون خطاهم على ضوء تقديرهم سلفاً لها، ولا يعرفون بالتالي لأقدامهم مواقعها، بل يباغتهم

<sup>1</sup> البند (ج) من ثانياً من المادة (75) من القانون رقم 90 لسنة 1944 بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية.  
<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 308 لسنة 24 قضائية، 11 يونيو 2006، برئاسة مدوح مرعي. (ش.ق.ش | ر.م. 273706)



قلم الكتاب بها، ليكون فرضها نوعاً من المداهمة التي تقتقر لمبرراتها، وعدواناً على الملكية الخاصة من خلال اقتطاع بعض عناصرها دون مسوغ" فهنا أبانت المحكمة أن المباغته على هذا النحو هي مظنة التعمد في المغالاة عند تقدير تلك الرسوم فأبطلت التشريع على أساس ذلك.

### الفرع الثاني- خفاء الانحراف الغائي الناشئ عن خطأ المشرع

لا تلتفت الفروض التي تندرج تحت هذا الفرع إلى نوايا المشرع، وإنما تلتفت إلى الأخطاء الخفية عند صياغة النص التشريعي. وهذه الأخطاء قد تتعلق بما وراء التعبير التشريعي، أو بافتراضات مضمرة لدى المشرع، أو بغلبة الآثار العرضية على الآثار الأصلية، ونبيّن ذلك في فروض ثلاثة:

#### الفرض الأول- إذا اختلف التعبير التشريعي عن الواقع التشريعي اختلافاً مؤثراً

قد يخطئ المشرع في اختيار الألفاظ المعبرة عن مقاصده المشروعة، فيحقق التشريع نتائج غير مشروعة بسبب دلالات الألفاظ التي انتخبها المشرع، وحينئذ يقيس القضاء حجم الفجوة بين تعبير النص الطعين وواقع تطبيقه، فإذا اتسعت الفجوة كان التشريع منحرفاً غائياً، وإلا فلا.

قام هذا الفرض في قانون أوجب على المطلق تهيئة مسكنٍ مناسب لصغاره وحاضنتهم ولو كان له مال حاضر لإسكانهم، ولو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه<sup>1</sup>، وقد رأت المحكمة أنه لا حرج في أن ينفق المطلق على صغاره بمبلغ من المال، لكن النص قد أوجب توفير سكنٍ عيني "مخالفاً بذلك ما كان عليه العمل من قبل، متجاهلاً حدة أزمة الإسكان، وهو ما قام الدليل عليه من قصره مجال تطبيق الأحكام التي أقرها، على حل رابطة الزوجية بالطلاق دون غيره من فرق النكاح، فكان عقاباً باهظاً واقعا على المطلق، محتملاً إياه بأعباء ينوء بها، متمحضاً إضراراً منهيها عنه شرعاً<sup>2</sup>."

<sup>1</sup> المادة 18 مكرراً ثالثاً، القانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية إلى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 5 لسنة 8 قضائية، 1996، ر. عوض المر، حكم سابق.

ففي هذا المقطع وجد القضاء أن الواقع التشريعي يترتب نتائج عقابية، رغم أن المشرع لم يقصد معاقبة المطلق، لكن المحكمة كشفت عن الفجوة الخفية بين تعبير المشرع وبين واقع التشريع فأظهرت النتيجة الفعلية لهذا التدبير وهو أن المطلق في النتيجة النهائية الواقعية لهذا التشريع يبوء بعقوبة جزاء تطلقه، وهو ما لا يجوز بوجهه، فأبطلت النص لاختلاف غايته على مستوى الخفاء. كذلك نجد تمثيلاً آخر لهذا الفرض في الطعن على التشريع الذي قضى بتحصيل الرسوم القضائية من المدعي ولو كان رابحاً في دعواه بحكم نهائي<sup>1</sup>، حيث انتهت المحكمة لعدم دستورية هذا التشريع لأنه في حقيقة الواقع يفرض على المدعي عقوبة دون خطأ، فقضت بأن "الأصل في الرسوم القضائية، هو أن يلزم بها من خسر الدعوى، وتتم تسويتها على هذا الأساس، إذ ليس عدلاً ولا قانوناً أن يتحمل بها من كان محقاً في دعواه، وحمل على اللجوء إلى القضاء انتصافاً، ودفعاً لعدوان، وإلا كان الاعتصام بشريعة العدل ومنهاجه عبثاً ولهواً، والذود عن الحقوق - من خلال الإصرار على طلبها وتقريرها - إفكاً وبهتاناً<sup>2</sup>". وبعد تقرير هذا الأصل الذي لم يلتزمه النص التشريعي عطفت المحكمة قولها بأن "النص المطعون فيه نقض هذا الأصل الذي تمليه طبائع الأشياء وردّ الساعين إلى الحق على أعقابهم، بأن حملهم برسوم قضائية لا يلتزمون بها أصلاً، ولا شأن لهم بها فكان عقاباً من خلال جزاء مالي لغير خطأ، وعدواناً منهيها عنه بنصوص الدستور<sup>3</sup>"، فحين أعملت المحكمة معيار الخفاء وأظهرت الجانب الواقعي لهذا التدبير؛ ظهر اتساع الفجوة بين التعبير والواقع، فالتعبير يفرض رسوماً، لكن الواقع يجعل وقعها وقع العقوبة، لأنها تفرض على المطالبين بحقوقهم رغم نيلهم لها عبر قناة العدالة القضائية دونما أدنى خطأ.

<sup>1</sup> المادة 14، القانون رقم 90 لسنة 1944 بشأن الرسوم القضائية في المواد المدنية.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 27 لسنة 16 قضائية، 15 فبراير 1995، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش | ر.م 36731)

<sup>3</sup> الحكم نفسه.

## الفرض الثاني- إذا بنيت المصلحة العامة على افتراضات وهمية وأهملت افتراضات واقعية

قد يرجع خفاء الانحراف الغائي لخلل في الافتراضات الضمنية التي تكون أساساً للمصلحة العامة المستهدفة، فمتى تيقن القضاء من أن المصلحة العامة مبنية على ذلك الافتراض الخاطئ فإن التشريع يكون معيباً بالانحراف الغائي. ويختلف هذا الفرض عما يشتهبه معه في معياري الوجود والأساس؛ في أن القضاء لا يقف عند هذا الحد، بل يستظهر الافتراضات الواقعية الخفية للتشريع والتي كان على المشرع أن يضعها في الحسبان غير أنه أهملها.

وُجد هذا الفرض في قضية حُكم فيها بعدم دستورية قانون ضريبة الدمغة لمناقاتها العدالة الاجتماعية كونها انبنت على افتراض وهمي، حيث فرض أحد نصوص هذا القانون ضريبةً على الأوراق المالية والحصص والأنصبة التي يملكها الأفراد ويلزم الشركات بتأديتها إلى مصلحة الضرائب<sup>1</sup>، فرأت المحكمة أن إلزام الشركات بتأدية الضرائب على ممتلكات الأفراد كان يستهدف ضمان الوفاء بالضريبة، وهي غاية مشروعة، لكنها وجدت أن هذه المصلحة بُنيت على افتراض خاطئ يتمثل في قيام صلة بين الشركة وبين الملاك، وهو ما لا سند له.

وعلى إثر ذلك قضت بأن النص قد ألزم الشركة بأن تؤدي تلك الضرائب "إلى مصلحة الضرائب خلال الخمسة عشر يوماً الأولى من يناير من كل سنة، ليقوم التزامها بتوريد هذه الضريبة إلى جوار المدينين أصلاً بها وفقاً لفقرتها الأولى، وهم أصحاب هذه الأوراق أو الحصص أو الأنصبة التي افترض المشرع قيام صلة بينها وبينهم تسوغ حملها على توريد الضريبة إلى جانبهم، وهي صلة واهية انتحلها المشرع تقوية من جهته لضمان إيفاء الضريبة في موعدها وتيسيراً لتحصيلها<sup>2</sup>". ثم بيّنت المحكمة سبب وهاء هذا الافتراض مقرّرةً أن "الضريبة المطعون عليها محلها أوراق مالية

<sup>1</sup> المادة 83، قانون ضريبة الدمغة رقم 111 لسنة 1980.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 9 لسنة 17 قضائية، 1996، ر. عوض المر، حكم سابق.

أو حصص أو أنصبة أخرجتها الهيئة أو الشركة المصرية التي أصدرتها من ملكيتها، بنقلها الحق فيها إلى آخرين، وإصدارها لها يفصلها عنها، وليس لها من شأن بتداولها ولا بما ينجم عن التعامل فيها من إيراد، بل مرد ومردود ذلك إلى أصحابها<sup>1</sup>."

ولم تكن المحكمة بذلك، بل استظهرت الافتراضات المهمة التي كان على المشرع مراعاتها، حيث وجدت بأن قانون الضريبة قد "حمل الجهة المصدرة لها بعبئها، وجعلها مسؤولة عن توريدها من رأسمالها... وألزمها بأدائها مقدماً، سواء أكان العمل بها قد بدأ، أم كان لا يزال في مرحلة التحضير، وسواء كان نشاطها قد مضى قدماً محققاً ربحاً، أم كان متعثراً متراجعاً كاشفاً عن خسائر أصابتها مهما بلغ عمقها ومداه، وسواء كان وجودها قانوناً محققاً، أم كان كيانه غير مكتمل، بما مؤداه إضرار الضريبة المطعون عليها بمركزها المالي، وتسويتها لفرص توجيهها لجهودها<sup>2</sup>"، فهي في النتيجة النهائية لهذه الافتراضات المهمة في تقدير عناصر الغاية التشريعية تكشف عما انتهى إليه التشريع من إضرار بتلك الشركات دون مصلحة تبرر ذلك.

وفي قضية أخرى كان التشريع الطعين قد قدر التعويض عن الأراضي الزراعية المستولى عليها تعويضاً نقدياً يعادل سبعين مثل الضريبة العقارية الأصلية المربوطة بها الأرض في تاريخ الاستيلاء الاعتباري، فوجدت المحكمة بأن عدالة الضريبة قد اختلت بهذا التقدير لقيامها على افتراض وهمي، وهو تساوي الأراضي الزراعية في القيمة، فحين يتعلق التعويض بالأراضي الزراعية التي جرد المشرع أصحابها منها فإن "افتراض تساويها جميعها أو حتى تقاربها في قيمتها يكون وهماً<sup>3</sup>". وعلى أساس ذلك وجدت ضرورة تحديد التعويض العادل استقلالاً لكل أرض بما يقابل القيمة

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 24 لسنة 15 قضائية، 1998، ر. عوض المر، حكم سابق.

السوقية لها من التعويض، ثم عطفت على ذلك الافتراضات التي كان ينبغي على المشرع أخذها في الحسبان، لتقضي بأنه "كان يلزم أن يراعي المشرع في تقدير التعويض ما فات أصحاب الأراضي المستولى عليها من مغنم وما لحقهم من خسارة من جراء أخذها عنوة منهم".

### الفرض الثالث- إذا هيمنت الغايات العرضية أو الجانبية على الغايات الأصلية

قد تغلب النتائج العرضية على النتائج الأصلية للتشريع في القوة والأثر، وحينها يحاكم القضاء النتائج العرضية مثلما يحاكم النتائج الأصلية، ففي هذا الفرض تخنفي النتائج غير المشروعة خلف ستار النتائج العرضية التي قد يغض القضاء طرفه عنها عند فحص عنصر الغاية، لكن القضاء ينبغي عليه النظر في هذه النتائج حين يغلب أثرها على النتائج الأصلية المفترضة للتشريع.

برز هذا الفرض في التشريعات التي تفرض الضريبة على رؤوس الأموال<sup>1</sup>، حيث قرّرت المحكمة أن الضريبة لها غرضان الأول تحصيل غلتها لضخّ الخزانة العامة للدولة بما يعينها على مواجهة نفقاتها، والثانية الجباية بغرض تنظيم بعض الأوضاع القائمة، حيث عادت المحكمة للوضع الافتراضي لغايات التشريع الضريبي، فقضت بأن "الأصل أن يتوخى المشرع بالضريبة التي يفرضها أمرين، يكون أحدهما أصلاً مقصوداً منها ابتداءً Primary Motive، ويتمثل في الحصول على غلتها لتعود إلى الدولة وحدها، تصبها في خزانتها العامة لتعينها على مواجهة نفقاتها. ويكون ثانيهما مطلوباً منها بصفة عرضية أو جانبية، أو غير مباشرة Incidental Motive كاشفاً عن طبيعتها التنظيمية Regulatory Nature... وهذه الآثار العرضية للضريبة كثيراً ما تلازمها، وتظل للضريبة مقوماتها من الناحية الدستورية، ولا تزالها طبيعتها هذه، لمجرد أنها تولد آثاراً

<sup>1</sup> المادة 83، القانون رقم 11 لسنة 1980 بشأن قانون ضريبة الدمغة. النص: "تستحق ضريبة سنوية على السندات أيا كانت جهة إصدارها وجميع الأسهم والحصص والأنصبة الصادرة من الشركات المصرية سواء كانت مساهمة، أو توصية بالأسهم، أو ذات مسئولية محدودة وسواء مثلت تلك الأسهم والحصص والأنصبة والسندات في صكوك أو لم تمثل، وسواء سلمت الصكوك لأصحابها أم لم تسلم..".

عرضية بمناسبة إنشائها<sup>1</sup>. وهكذا أسست المحكمة بهذا المقطع الوضع الافتراضي للغايات الضريبية، وأن وجود غايات عرضية لا يعيب التشريع الضريبي.

غير أن طبيعة النتائج العرضية في التشريع كانت تغلب في الأثر النتائج الأصلية، وذلك لأن التشريع قد فرض ضريبة على رؤوس الأموال تمتد في الزمان إلى غير حد، ولها وطأة الجزاء، فأبت المحكمة على التشريعات الضريبية أن "تظلمها أغراض الجباية لتهيمن عليها محددة مسارها<sup>2</sup>"، ففحصت عن كثب النتائج العرضية، لتقضي بأن "الضريبة المطعون عليها- ومن زاوية آثارها العرضية- تلحق بفرض الاستثمار أفدح الأضرار، وهي كذلك تعوق الادخار الذي اعتبره الدستور واجباً قومياً<sup>3</sup> منتهيةً من ذلك إلى أن "فرض هذه الضريبة كان عملاً عشوائياً منافياً لعدالتها الاجتماعية، مجاوزاً الحدود التي يكون فيها أداؤها واجباً قانوناً، معطلاً دورها في مجال تحقيق الكفاية والعدل اللذين جعلهما الدستور أساساً للنظام الاقتصادي<sup>4</sup>".

وهكذا وجدت المحكمة أن المشرع قد أخطأ إذ جعل الغايات العرضية تهيمن على الغايات الأصلية للضريبة على نحو ينزع عنها صفة العَرَض ويجعلها في مواجهة المحاكمة الدستورية شأنها في ذلك شأن الغايات الأصلية.

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 9 لسنة 17 قضائية، 1996، ر. عوض المر، حكم سابق.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

<sup>3</sup> الحكم نفسه.

<sup>4</sup> الحكم نفسه.

## المطلب الخامس

### معيار الموازنة لإثبات الانحراف الغائي

يعتمد هذا المعيار على تقييم عملية المفاضلة بين المصالح المشروعة التي يبتغيها النص الطعين، فيبحث القضاء فيما إذا كان التوازن المصلحي الذي أجراه المشرع يوافق ترتيب المصالح دستورياً أم يعارضه. وبموجب هذا المعيار يُكشف عن الانحراف الغائي الذي يصيب التشريعات التي تتنازع فيها مجموعة من المصالح المشروعة المتعارضة، بحيث تكون جميع المصالح مشروعة لكن الخلاف يكون حول الترتيب والأولوية فيما بينها.

ويمكن حصر الفروض المتعلقة بهذا المعيار وفق تقسيم منطقي؛ مقتضاه أن المصالح إما أن تتوافق وإما أن تتعارض، فإذا توافقت المصالح فمعنى ذلك أن النص التشريعي سليم ويستوفي جميع المصالح المتعلقة به دون إشكال، أما إذا تعارضت المصالح فلهذا الاحتمال احتمالان يتفرعان عنه، الأول: أن تكون المصالح المتعارضة متفاوتة في الميزان الدستوري، بحيث تعلق إحداها على الأخرى. والثاني: أن تكون المصالح متساوية في الميزان الدستوري.

وعلى ذلك، يعالج معيار الموازنة أحوال الانحراف الغائي لدى تعارض المصالح المتفاوتة في الدستور، وأحواله لدى تساوي المصالح المتعارضة في الدستور، وعليه ينقسم هذا المطلب لفرعين:

#### الفرع الأول- تعارض المصالح المتفاوتة في ميزان الدستور

كثيراً ما تتفاوت المصالح المتنازعة في تشريع ما، بحيث تكون المصلحة التي يستهدفها التشريع الطعين أولى في الدستور من المصلحة المتروكة، أو العكس، وتحديد ما إذا كانت المصالح المتعارضة متفاوتة أم لا مرده إلى الدستور وحده، فترتيب المصالح ليس من عنديات المشرع، بل هو محكوم بالترتيب الدستوري للمصالح، فحين يجعل الدستور أولوية لمصلحة معينة؛ لا ينبغي على المشرع أن يلتفت عن تلك المصلحة بدعوى اجتلابه مصلحة عامة أخرى.

ويعتمد معيار الموازنة على تحديد المصالح المتنازعة، ثم تعيين المصلحة الأولى دستورياً، فإذا وجد القضاء أن المشرع راعى الترتيب الدستوري للمصالح كان التشريع موافقاً للدستور، أما إذا قدم التشريع مصلحةً أدنى على مصلحة أولى دستورياً فإنه يكون منطوياً على انحرافٍ غائي.

وكفاءة هذا المعيار تتوقف على كيفية تحديد المصلحة الأولى في ميزان الدستور، ويمكن حسم ذلك بالتفريق بين نوعين من الغايات، فهناك الغايات المطلوبة دستورياً وهناك الغايات المشروعة دستورياً، وقد سبق التفريق بينهما في الباب الثالث، إذ المطلوبة تلك التي يستلزم الدستور تحقيقها تخصيصاً أو لزوماً، بينما المشروعة فهي التي لا يمانع الدستور من تلبيتها لكنه لا يطلبها بالذات<sup>1</sup>، وعند التعارض بين المصالح المطلوبة والمشروعة فإن الأولوية حتماً للمصالح المطلوبة.

لكن، قد يقع التعارض بين الغايات المطلوبة فيما بينها، وعندها يكون حسم الأولوية وفقاً للتفريق بين نوعين من الغايات المطلوبة، فهناك غايات مطلوبة لذاتها، وهناك غايات مطلوبة لغيرها، فأما المطلوبة لذاتها فهي تسمو في الاعتبار الدستوري على الغايات المطلوبة لغيرها، مثل تمكين الحق في الملكية مثلاً أو تمكين الحق في التقاضي، فتلك غايات مطلوبة لذاتها. وأما المطلوبة لغيرها فتلك تستمد أهميتها بحسب جدواها في نيل ما طُلبت لأجله، مثل غاية التنظيم، فالتنظيم مطلوب ليضع الأمور في نصابها بوضوح فلا يشوبها غموض ولا لبس وليضمن حفظ الحقوق والحريات، فهو غاية مطلوبة لغيره، وكذلك بالنسبة لغاية تحصيل الضرائب على ممتلكات الأفراد، فتلك النتيجة لا تُبتغى لذاتها وإنما لتحقيق الرفاه الاجتماعي والعدالة الاجتماعية وإنعاش الخزينة العامة.

وقد يقع التعارض بين الغايات المطلوبة لذاتها فيما بينها، وحينئذ لا نكون أمام تفاوت في المصالح المتعارضة، بل نكون بصدد تساوي فيما بينها، وسيأتي الحديث عنه في الفرع الثاني، فنذكره لحيثه.

<sup>1</sup> يُنظر: الباب الثالث، من هذه الأطروحة، ص 407.



وبعد بيان الترتيب الدستوري للمصالح، نبيّن فروض معيار الموازنة عند تعارض المصالح المتفاوتة:

### الفرض الأول- إذا قدّم التشريع مصلحة خاصة على مصلحة خاصة أولى منها دستورياً

من المعلوم أن كفالة الحقوق الشخصية من دعوات المصلحة العامة، وحيث يُحفظ الحق الخاص في مجتمع ما فإن ذلك يكون مدعاةً لتحقيق المصلحة العامة فيه، ولهذا يوازن المشرع بتلك الحقوق، فيراها وفق أهميتها دستورياً، ويحدّث أن ينظم المشرع مصلحة خاصة على حساب مصلحة خاصة أولى منها في ميزان الدستور، وحينئذ يكون ذلك التقديم مخالفاً بتوازن المصالح الذي يرمي الدستور إلى كفالاته، ولا ريب أن مثل هذا الإخلال يذهب بالمصلحة العامة للتشريع، فإذا ثبت للقضاء أن التشريع الطعين يستهدف مصلحة خاصة مقبولة تتعارض مع مصلحة خاصة مطلوبة دستورياً فإن الانحراف الغائي يكون ماثلاً في ذلك التشريع وفقاً لمعيار الموازنة.

وينشأ هذا الفرض عادةً في التشريعات التي تكون موطناً لتنازع الحقوق الخاصة، كما في التشريعات التي تعنى بتنظيم العلاقات الإيجارية، فقد يغالي المشرع في رعاية مصالح المؤجرين على حساب مصالح المستأجرين، كما قد يحدث العكس، حيث أعملت المحكمة الدستورية العليا معيار الموازنة في إحدى القضايا من هذا النوع، مقرّرةً عدم دستورية النص الذي منع المؤجر من طلب إخلاء العين المؤجرة لغير أغراض السكنى ولو انتهت المدة المتفق عليها<sup>1</sup>.

في هذا النص كان هنالك مصلحتان متنازعتان: 1- مصلحة المؤجر في طلب إخلاء العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار المتفق عليها. 2- ومصلحة المستأجر الاعتباري في تمديد الإيجار لكونه يستعمل العين المؤجرة لغير أغراض السكنى. وكلاهما مصلحتان خاصتان، فكيف تعاملت المحكمة

إزاء هذا التعارض المصلحي؟

<sup>1</sup> المادة 18، القانون رقم 136 لسنة 1981 بشأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

وجدت المحكمة أن تقرير امتداد "مدة عقد إيجار الأماكن المؤجرة لأشخاص اعتبارية، لاستعمالها في غير غرض السكنى، يكون متضمنا عدوانا على الحدود المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها، والتي لا تستقيم الحرية الشخصية- في صحيح بنينها- بفواتها، فلا تكون الإجارة إلا إملاءً يناقض أساسها، وذلك بالمخالفة للمادة (54)<sup>1</sup> من الدستور<sup>2</sup>."

وإذا كانت هذه النتيجة قد توصلت إليها المحكمة بتطبيق معيار البناء من خلال فحص مدى اتفاق النتيجة النهائية للتشريع مع الغاية الدستورية اللازمة من الحرية الشخصية؛ إلا أنها قد طبقت معيار الموازنة إلى جانبه، فعقدت مقارنة بين المصلحتين المتنازعتين، لتنتهي لاختلال التوازن في المفاضلة التي أجراها المشرع؛ لأن أحد المصلحتين أولى دستورياً من الأخرى، فأعدت ترتيب المصالح المتنازعة وفق الدستور، مقررة أن مصلحة المؤجر هي فرع عن مصلحة مطلوبة دستورياً وهي مصلحة حفظ الحق في الملكية، بينما مصلحة المستأجر ليست كذلك، كما نظرت المحكمة في النتائج النهائية الواقعية التي يربتها التشريع، فقضت بأن التشريع عند "إخلاله بالتوازن الواجب بين أطراف العلاقة الإيجارية، مغلباً مصالح أحد أطرافها- المستأجر -على الطرف الآخر ولغير ضرورة تقتضيها الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة يكون قد انتقص من إحدى عناصر الملكية بما فرضه من قيود تنال جوهر مقوماتها، من شأنها حرمان أصحابها من تقرير صور الانتفاع بها واستغلالها، فضلا عما يترتب على ذلك من تصادم المصالح، والمساس بالتوافق والسلام الاجتماعي بين أفراد المجتمع، وهو ما يجاوز نطاق السلطة التقديرية المقررة للمشرع في مجال تنظيم الحقوق، لينحل التنظيم الذي أتى به تقييدا لها، بما ينال من أصل الحق في الملكية وجوهره<sup>3</sup>."

<sup>1</sup> النص المتعلق بالحرية الشخصية، دستور مصر 2012، المعدل 2019.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 11 لسنة 23 قضائية، 5 مايو 2018، ر. عبد الوهاب عبدالرزاق. (ش.ق.ش | ر.م. 400140)

<sup>3</sup> الحكم نفسه.

الفرض الثاني - إذا قدم التشريع مصلحة عامة على مصلحة عامة أولى منها دستوريًا

يكون ذلك في التشريعات التي تنطوي على نتيجتين، الأولى: استهداف مصلحة عامة، والثانية: إهدار مصلحة عامة، فتظهر الأولى كنتيجة فعلية مقصودة، وتظهر الثانية كنتيجة عرضية غير مقصودة لذاتها لكنها لازمة عن تحقيق الغاية الأولى.

وحقيقة هذا الظاهر من عدمها لا تنكشف بمعيار الموازنة بل بمعيار الخفاء، أما معيار الموازنة فهو ينظر إلى ترتيب تلك المصالح في الميزان الدستوري، فإذا ثبت أن المصلحة العامة المستهدفة تأتي في مقام أدنى من المصلحة العامة المهذرة فعندئذ يُقضى بعدم دستورية التشريع لوقوعه في الانحراف الغائي، أما إذا ثبت أن المصلحة المستهدفة هي الأولى في ميزان الدستور فإن التشريع عندئذ يكون موافقًا للدستور.

قام هذا الفرض في الطعن على دستورية قانون الإجراءات الجنائية فيما تضمنه من إلزام المتهم بتقديم الأدلة على صحة كل فعل أسنده إلى أحد من ذوي الصفات العامة خلال خمسة أيام تالية لإعلان تكليفه بالحضور وإلا سقط حقه في إقامة الدليل<sup>1</sup>. حيث دار النص الطعين حول مصلحتين عامتين، مصلحة مستهدفة ومصلحة مهذرة، أما المصلحة المستهدفة فهي حماية ذوي الصفات العامة من تشويه السمعة أو التعريض بها حفظًا لمكانتهم في المجتمع، وأما المصلحة المهذرة فهي تمكين الرقابة الشعبية على الشؤون العامة التي يباشرها الموظفون العموميون من خلال كفاءة الانتقاد والكشف عن نواحي التقصير والمخالفات فيها، وكلاهما مصلحتان عامتان.

عند إعمال معيار الموازنة بدأت المحكمة بعرض ترتيب تلك المصالح المتنازعة في ميزان الدستور من خلال فكرة النقد المباح، حيث رأت أن المشرع الدستوري "بالإباحة التي قدرها في مجال انتقاد

<sup>1</sup> المادة 123، القانون رقم 150 لسنة 1950 بشأن إصدار قانون الإجراءات الجنائية.

القائمين بالعمل العام تبياناً لحقيقة الأمر في شأن الكيفية التي يصرفون بها الشؤون العامة- قد وازن بين مصلحة هؤلاء في طمس انحرافاتهم وإخفاء أدلتها توكياً لخدش شرفهم أو التعريض بسمعتهم من ناحية، وبين مصلحة أولى بالرعاية وأحق بالحماية هي تلك النابعة من ضرورة أن يكون العمل العام واقعا في إطار القانون وبمراعاة حدوده، وكان المشرع- على ضوء مقتضيات هذه الموازنة وفي حدود ضوابطها- قد حسر عن القائم بالعمل العام الرعاية التي يتطلبها صون اعتباره كلما كان الإسناد العلني- المتضمن قذفا في حقه- واقعا في حدود النقد المباح الذي بين قانون العقوبات شروطه في الفقرة الثانية من المادة 302 منه، وكان من المقرر أن توافر الشروط التي يتطلبها القانون في النقد المباح إنما يزيل عن الفعل صفته الإجرامية، ويرده إلى دائرة المشروعية بعد أن كان خارجا عن محيطها لخضوعه ابتداء لنص بالتجريم<sup>1</sup>.

ثم بعدئذ حسمت المحكمة نزاع الأولوية لمصلحة الرقابة الشعبية التي تدعو لتلافي التقصير والمساوى بما يقتضي تمكين الأفراد من الإسناد العلني وفق الشروط التي يقرها القانون، حيث قضت بعدم صحة الموازنة التي قررها المشرع بين المصالح المتعارضة، لأن المصلحة المهذرة أجدُر من المستهدفة، ذلك أن "الحماية الدستورية لحرية التعبير، بل وغايتها النهائية في مجال انتقاد العاملين بالعمل العام، أن يكون نفاذ الكافة إلى الحقائق المتصلة بالشؤون العامة، وإلى المعلومات الضرورية الكاشفة عنها متاحًا، وألا يحال بينهم وبينها انقواء لشبهة التعريض بالسمعة"<sup>2</sup>. ثم عززت مقالتها بإعمال معيار البناء، مبينة عدم مشروعية النتائج الواقعية التي تترتب على قبول الموازنة التي أجازها المشرع، "ذلك أن ما نضيفه إلى دائرة التعريض بالسمعة- في غير مجالاتها الحقيقية- لتزول عنها الحماية الدستورية، لا بد أن يقتطع من دائرة الحوار المفتوح المكفول بهذه

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 37 لسنة 11 قضائية، 1992، ر. عوض المر، حكم سابق.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

الحماية، مما يخل في النهاية بالحق في تدفق المعلومات، وانتقاد الشخصيات العامة بمراجعة سلوكها وتقييمه، وهو حق متفرع من الرقابة الشعبية النابعة من يقظة المواطنين المعنيين بالشؤون العامة الحريصين على متابعة جوانبها السلبية و تقرير مواقفهم منها، ومؤدى إنكاره أن حرية النقد لن يزاولها أو يلتمس طرقها إلا أكثر الناس اندفاعاً أو أقواهم عزماً<sup>1</sup>، وهذا المقطع بإعماله معيار البناء؛ يعضد ما انتهى إليه المقطع الأنف عند إعمال معيار الموازنة.

### الفرض الثالث - إذا قدم التشريع مصلحة عامة على مصلحة خاصة أولى منها دستورياً

يقوم هذا الفرض حين ينطوي التشريع على نتيجتين أساسيتين: الأولى استهداف مصلحة عامة، والثانية إهدار مصلحة خاصة، بحيث تظهر الأولى كنتيجة فعلية، وتظهر الثانية كنتيجة عرضية. وبصرف النظر عما إذا كانت النتيجة الأولى هي الفعلية حقاً أم وهمية، وبصرف النظر عما إذا كانت النتيجة العرضية فعلية أم عرضية حقاً فإن ذلك لا يهم إلا في تحديد نوايا المشرع، وهذه المسألة يختص بالكشف عنها معيار الخفاء، أما معيار الموازنة فهو يتعامل مع تضارب المصالح المشروعة التي يخبر بها ظاهر الحال، ووفق هذا الظاهر يجيب القاضي عن سؤال محدد، وهو: هل المصلحة الخاصة المهدرة أولى بالاعتبار من المصلحة العامة المستهدفة؟

يبحث القاضي في هذه المسألة تحديداً، فإذا كان الجواب بالإيجاب فإن التشريع يكون معيباً بالانحراف الغائي، أما إذا كان الجواب بالنفي فهناك احتمالان: أن تكون المصلحة العامة أولى بالاعتبار من المصلحة الخاصة فحينئذ يسلم التشريع من الانحراف الغائي ويكون موافقاً للدستور. والاحتمال الثاني، أن تكون المصلحة العامة متساوية دستورياً مع المصلحة الخاصة وحينئذ يلجأ القاضي إلى محدّد آخر يعتمد على المفاضلة بين المصالح المتساوية في الميزان الدستوري،

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

وسياتي الحديث عن ذلك في الفرع الثاني. وينشأ هذا الفرض عادةً لدى تقديم غاية التنظيم- بصفتها مصلحة عامة- على مصلحة خاصة أولى منها في الاعتبار الدستوري.

وقد تجسد هذا الفرض في الحكم بعدم دستورية القانون الذي حوّل وزارة التعليم سلطة الاستيلاء على أي عقارٍ خالٍ يكون لازماً لاحتياجاتها أو لمعاهد التعليم، حيث رأت المحكمة أن في ذلك هدراً لمصالح الملاك<sup>1</sup>، وإزاء التنازع بين المصلحة العامة مُمثّلةً في احتياجات وزارة التعليم للعقارات التي تسد احتياجاتها المكانية وبين المصلحة الخاصة المتمثلة في حرية تصرف ملاك العقارات الخالية في أملاكهم؛ أعادت المحكمة ترتيب تلك المصالح بميزان الدستور من خلال معيار الموازنة، حيث أبت على المشرع أن يخالف ذلك الترتيب مقرّرة أنه "لا يجوز لجهة الإدارة أن تعيد تنظيم نطاق المصالح التي يحميها حق الملكية إلا وفقاً للأحكام المنصوص عليها في الدستور<sup>2</sup>".

ذلك أنّ الضابط لتوازن المصالح هو الدستور وحده، والمحكمة تشير إلى أن المصلحة الخاصة للملاك في حرية التصرف في ممتلكاتهم أولى من المصلحة العامة لوزارة التعليم في التنظيم، حيث أفصحت عن ذلك بقولها أن الملكية وإن كان يجوز تنظيمها، إلا أنه "من البدهي أن ما يعتبر اقتحاماً مادياً ودائماً للملكية، لا يخرج عن أن يكون اعتصاراً لمحتواها. وكذلك الأمر كلما كان التنظيم التشريعي لحق الملكية حائلاً دون استعمالها اقتصادياً في الأغراض المقصودة منها، أو معطلاً كل خيار لأصحابها في توجيهها إنتاجياً وفق ما يقدرّون أنه أكفل لمصالحهم. ولا يجوز أن يقال عندئذ بأن للدولة مصلحة مشروعة في هذا التنظيم، من خلال ترتيبها لأوضاع تتصل بتطوير مجتمعها، واستتارة ملامحها الإيجابية، ذلك أن مشروعية المصلحة حدّها قواعد الدستور، إذ هي مدخلها وقاعدة بنيانها، ولا يتصور أن تقوم المصلحة على خلافها، وما الملكية إلا المزايا التي

<sup>1</sup> المادة 1، القانون رقم 521 لسنة 1955 بشأن تحويل وزير التربية والتعليم سلطة الاستيلاء على العقارات اللازمة للوزارة ومعاهد التعليم.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 5 لسنة 18 قضائية، 1 فبراير 1997، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش | ر.م 36775)

تنتجها وتتصل بها، فإذا انقض المشرع عليها، كان ذلك تجريدًا لأصحابها منها"، وهذا المقطع يُجري معيار البناء في مطلع، ويُجري معيار الأساس والموازنة معًا في آخره.

ومن بين التطبيقات القضائية الأخرى لهذا الفرض حكمها بعدم دستورية التشريع الذي حظر مباشرة الحقوق السياسية بالنسبة لكل من عمل في إحدى المناصب التي حددها النص نفسه، فهذا القانون - وفق ما ينطق به عنوانه - كان يستهدف تنظيم مباشرة الحقوق السياسية، ومثلما هو ظاهر؛ تتنازع في النص الآنف مصلحتان، مصلحة عامة وهي مصلحة تنظيم مباشرة الحقوق السياسية، ومصلحة خاصة هي مصلحة شاغلي تلك المناصب في مباشرة حقوقهم السياسية.

ولقد قدّم النصّ المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فأهدر مباشرة الحقوق السياسية لطائفة من الأفراد لتحقيق مصلحة تنظيمها بالنسبة للبقية، وحين عُرض هذا النص على المحكمة الدستورية العليا أعادت ترتيب منازل تلك المصالح في ميزان الدستور، فشرعت بالتذكير بالحدود الدستورية لمصلحة تنظيم الحقوق السياسية، ثمّ مضت في بيان موقعها من مصلحة الأفراد في ممارسة حقوقهم السياسية، لتقضي بأن ممارسة المواطنين لحقوقهم السياسية تُعد من أهم النتائج الدستورية لممارسة السيادة الشعبية، وعليه فإن ممارسة المشرع لسلطته التقديرية في تنظيم تلك الحقوق يكون مرهونًا بالحدود والضوابط التي نصت عليها الوثيقة الدستورية، فيكون "ضمان حق كل مواطن في ممارستها - وفق قواعد موضوعية لا تنال من جوهرها، ولا تنتقص منها، أو تؤثر في بقائها، أو تتضمن عصفًا بها، أو إهدارًا ومصادرة لها - التزامًا دستوريًا على عاتق المشرع لا يملك منه فكاكًا وإلا وقع ما يسنه خروجًا عليها في حومة المخالفة الدستورية<sup>1</sup>".

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 57 لسنة 34 قضائية، 2012، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق، حكم سابق. ويلاحظ أن هذا الحكم لم يكتف بمعيار الموازنة في هذه القضية، بل أعمل معيار البناء إلى جانبه كاشفًا عن النتائج غير المشروعة التي يربتها النص التشريعي،

من هذا المقال يمكن استنباط أن المصالح التنظيمية وإن كانت مطلوبة دستورياً إلا أنها تغدو في مرتبة أدنى من المصالح الخاصة حين تكون سبباً في إهدارها، فلا معذرة بهدر المصالح الخاصة من أجل تحقيق المصلحة التنظيمية كونها مصلحة عامة، فالدستور أوكل المشرع مهمة استهداف الغايات التنظيمية من أجل صيانة الحقوق الخاصة في المقام الأول، فإذا جُعِلت غاية التنظيم وسيلةً للعصف بغاية حفظ تلك الحقوق فقدت غاية التنظيم جدواها.

#### الفرض الرابع- إذا قَدِّم التشريع مصلحة خاصة على مصلحة عامة أولى منها دستورياً

الأصل أن يبتغي كل تشريع المصلحة العامة، غير أن بعض المصالح العامة لا تتأتى إلا بتمكين بعض المصالح الخاصة، ولذلك ثمة مصالح خاصة تُقَدِّم في اعتبار الدستور على بعض المصالح العامة، فالمصلحة الخاصة في كفالة الحق في الحياة أولى من المصلحة العامة في تجريب الأدوية، والمصلحة الخاصة في حفظ ملكية الفرد أولى من المصلحة العامة في تحصيل الضرائب، وهكذا دواليك يحدث تنازع المصالح الخاصة والعامة.

وحين يقرر الدستور مصلحة خاصة فإنه يبتغي من ورائها تحقيق مصلحة عامة في نهاية المطاف، ذلك أن تمكين المصالح الفردية هو نواة تحقيق المصلحة العامة في أي مجتمع، غير أنّ هذا الفرض يتعلق بالأحوال التي يسعى فيها المشرع لتمكين مصلحة خاصة مشروعة دستورياً- غير مطلوبة- على حساب مصلحة عامة مطلوبة دستورياً، ويقوم هذا الفرض إذا تضمن التشريع نتيجتين أساسيتين: الأولى استهداف مصلحة خاصة، والثانية إهدار مصلحة عامة، بحيث تظهر الأولى كنتيجة فعلية للتشريع الطعين، بينما تكون الثانية نتيجة عرضية غير مقصودة.

---

إذ قضى بأن "النص المحال، قد رتب الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية، لمدة عشر سنوات تالية لتاريخ 2011/2/11، لكل من عمل بأي من المناصب التي أوردتها حصراً، فإنه بذلك يكون قد رتب جزاء، يوقع عليهم تلقائياً، ودون حكم قضائي، بما يمثل افتتاتاً من السلطة التشريعية على اختصاصات السلطة القضائية، وانتحالاً من المشرع لهذا الاختصاص." بيانات النص الطعين: الفقرة 4، المادة 1، القانون رقم 17 لسنة 2012 بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 73 لسنة 1956 بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية.



إزاء هذا الفرض ينظر القضاء في طبيعة المصلحة الخاصة وموقعها بالنسبة للمصلحة العامة، فإن علت في ميزان الدستور على المصلحة العامة المهدرة فإن التشريع يسلم من الانحراف الغائي، وإن دنت عن المصلحة العامة فإن التشريع يكون معيباً بالانحراف الغائي، أما إذا تساوتا في الاعتبار الدستوري فنكون أمام الفرضية الثانية التي سيأتي الحديث عنها.

وقد وضعت المحكمة الدستورية العليا معياراً عاماً لموازنة هذا الفرض في حكم حديث لها، حيث قرّرت بأنه "إذا تعارضت مصلحة فرد أو فئة مع المصلحة العامة، قُدمت المصلحة العامة ورجحت<sup>1</sup>" وهذا المعيار دقيق، غير أنه لا ينبغي أن يفهم منه بأن المصلحة العامة تتقدّم على المصالح الخاصة في جميع الأحوال، وإنما فقط في الأحوال التي تكون فيها المصالح الخاصة غير مطلوبة دستورياً، ففي تلك الأحوال يكون تقديم المصلحة العامة منطقيًا، ليس لأنها مصلحة عامة ولكن لأن القيد الدستوري الذي لا ينفك عن سلطة المشرع في التشريع هو المصلحة العامة، فهو أولى في الاعتبار الدستوري من المصالح الخاصة المشروعة غير المطلوبة دستورياً، أما المصالح الخاصة التي ترقى إلى مستوى الطلب الدستوري فتلك تعلق على المصالح العامة التي لم يصرح الدستور بها، وذلك مثلما رأينا في الفرض الثاني.

ويثور هذا الفرض في التشريعات التي تسعى لتعزيز المصالح الخاصة لفردٍ بعينه من خلال تعزيز صلاحيات منصبه مثلاً، خصوصاً حين يكون المنصب مكفولاً لشخصٍ بعينه، فحين يغدق التشريع بالصلاحيات على المنصب يكون قد أعلى من المصلحة الخاصة للفرد الذي يشغله على حساب المصلحة العامة، ومن ذلك التشريعات التي تحصّن أعمال الحاكم أو رئيس الدولة من المساءلة، فهي توفر مصلحةً خاصة لذات الحاكم على حساب المصلحة العامة في مساءلته من قبل الشعب،

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 135 لسنة 37 قضائية، 4 يونيو 2022، برئاسة بولس إسكندر. (ش.ق.ش | ر.م 1200675)

ولقائل أن يقول بأن ذات الحاكم مصونةً بموجب نصٍ دستوري، وهذا صحيح، غير أن الدستور نفسه يقضي بأن الناس متساوون أمام القانون، وصيانة ذات الحاكم لا تتعارض مع مساءلته عن أعماله التي يؤديها بحكم منصبه، لأن صيانة الذات تتعلق باحترام شخصه وتقديره، وذلك مطلوب لحفظ استقرار النظام السياسي، لكن المساءلة أمام القانون أمر آخر يتعلق بالتصرفات التي تصدر عن تلك الذات، ولا مانع من أن يضمن التشريع مسلكاً يوازن فيه بين المصالح العامة في مساءلة ذوي المناصب عن تصرفاتهم وبين الطلب الدستوري في صيانة ذات الحاكم.

ويلفُ لفيف ذلك؛ التشريع الذي يحصّن أعمال القائمين على تنفيذ الأحكام العرفية، فتلك التشريعات تكفل مصالح خاصة لهؤلاء، فتحميهم من المساءلة القضائية عمّا ارتكبه من تجاوزات، وذلك على حساب المصلحة العامة التي تقتضي رفع الضرر وتمكين الأفراد من اقتضاء حقوقهم كلما انتقصت. وننوّه هنا إلى أن التشريعات التي تخضع لداياتر تحظر تحصين تلك الأعمال صراحةً؛ يكون الكشف عن هذا الفرض بموجب معيار البناء، لوجود نصٍ يرفض تلك النتيجة، أما في الداياتر التي تخلو من مثل هذا الحظر فإن الكشف عن الانحراف الغائي في التشريع يكون بإعمال معيار الموازنة وليس بمعيار البناء، على اعتبار أن التحصين يعلي مصلحة خاصة للموظف- وهي مصلحة غير مطلوبة دستورياً وإن كان ثمة وجه لمشروعيتها- على حساب مصالح عامة تتمثل في تمكين الأفراد من الحق في التقاضي وإعمال مبدأ المساواة أمام القانون.

وقد طبّقت المحكمة العليا كلا المعيارين عن وعيٍ بالفارق بينهما، حيث طعن أمامها على قرار بقانون حظر الطعن على القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية بإحالة الموظفين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي لكونها من أعمال السيادة<sup>1</sup>، فقضت المحكمة بعدم

---

<sup>1</sup> القرار بقانون رقم 31 لسنة 1963 بتعديل المادة 12 من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 55 لسنة 1959.

دستورية هذا القانون وأعملت معيار البناء، حيث سردت النص الدستوري الذي يحظر تحصين الأعمال والقرارات الإدارية من رقابة القضاء، وأردفت قولها بأنه "ظاهر من هذا النص أن المشرع الدستوري لم يقف عند حد تقرير حق التقاضي للناس كافة كمبدأ دستوري أصيل بل جاوز ذلك إلى تقرير مبدأ حظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري ضد رقابة القضاء. وقد خص المشرع الدستوري هذا المبدأ بالذكر رغم أنه يدخل في عموم المبدأ الأول الذي يقرر حق التقاضي للناس كافة وذلك توكيدا للرقابة القضائية على القرارات الإدارية وحسباً لما ثار من خلاف في شأن عدم دستورية التشريعات التي تحظر حق الطعن في هذه القرارات وقد ردد النص ما أقرته الدساتير السابقة ضمناً من كفالة حق التقاضي للأفراد وذلك حين حولتهم حقوقاً لا تقوم ولا تؤتي ثمارها إلا بقيام هذا الحق باعتباره الوسيلة التي تكفل حمايتها والتمتع بها ورد العدوان عليها<sup>1</sup>". وهي في هذا المقطع تقرر فحوى النص والنتائج النهائية اللازمة عنه، وتُجري معيار البناء. ثم أتبعته هذه المقالة بمقالة أخرى طبقت فيها معيار الموازنة، فقضت بأن هناك "وجه آخر لمخالفة النص المطعون فيه للدستور، ذلك أن الدساتير سألقة الذكر قد تضمنت كل منها نصاً على أن المواطنين لدى القانون سواء وأنهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة.. كما ردد الدستور القائم هذا النص في المادة 40، ولما كان حق التقاضي من الحقوق العامة التي كفلت الدساتير المساواة بين المواطنين فيها فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق مع تحقق مناطه وهو قيام المنازعة في حق من حقوق أفرادها ينطوي على إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرّموا هذا الحق<sup>2</sup>". فهي في هذا المقطع تسرد المصالح العامة الأولى بالرعاية من مصالح الموظفين في عدم المساءلة.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 6 لسنة 1 قضائية، 6 نوفمبر 1971، برئاسة بدوي إبراهيم حمودة. (ش.ق.ش | ر.م 54120)

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

## الفرع الثاني- تعارض المصالح المتساوية في ميزان الدستور

تتساوى المصالح التشريعية المتعارضة في ميزان الدستور متى كانت متساويةً في الطلب الدستوري، أي أن الدستور في هذه الفرضية يستهدف حماية المصلحتين المتعارضتين بالقدر ذاته، كما هو الحال بالنسبة لمصلحة تمكين الحق في الرأي التي قد تتعارض مع مصلحة الدولة في حفظ الأمن العام في فترات الأوبئة مثلاً، فكلا المصلحتين مطلوبٌ دستورياً.

عند تساوي المصالح المتعارضة على هذا النحو فإن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تعيين المصلحة الأولى بالوفاء متى تعدّر الجمع بينهما، أما إذا كان الجمع بين المصلحتين ممكناً، فإن المشرع مقيّدٌ بفك التعارض بين المصلحتين والوفاء بهما معاً ما استطاع إلى ذلك سبيلاً.

على أساس ذلك يمكن التفريق في أعمال معيار الموازنة بالنسبة لهذه الفرضية على أساس فرضين:

### الفرض الأول- إذا ثبت أن المصلحتين المتنازعتين في التشريع يمكن الجمع بينهما

قد تكون المصالح المتنازعة قابلة للجمع فيما بينها ومع ذلك يختار المشرع طريقاً تُهدر فيه إحداها، والقاعدة أنه متى تساوت المصالح المتنازعة وأمكن الجمع بينها فإن الجمع يجب، ولا تقدير للمشرع في هدر إحدى المصلحتين بحجة التعارض ما دام فكُّ التعارض ممكناً.

وفي هذا الفرض تقوم عناصر الاختصاص والشكل والمحل والسبب صحيحة، غير أن المشرع يختار وسيلةً- بما يتمتع به من سلطة تقديرية- تؤدي لتحقيق مصلحة معتبرة دستورياً على حساب مصلحة أخرى هي الأخرى معتبرة في ميزان الدستور، وذلك رغم وجود طريقٍ آخر إذا سلكه المشرع أمكن التوفيق بين المصلحتين دون التضحية بأيٍّ منهما. حيث يفحص القضاء ما إذا كان المشرع قد سلك الطريق الأمثل في التوفيق بين المصلحتين أم لا، فإذا بدا للقضاء أن المشرع ضمن سلطته التقديرية قد اختار خياراً مناسباً لكنه ليس الخيار الأمثل حكم بعدم الدستورية، لما شاب تقدير المشرع من خطأ يُرتّب إهدار مصلحة دستورية.

ولعل أوضح الأمثلة على هذا الفرض محاولات المشرع في التوفيق بين الغاية الدستورية في تنمية موارد الدولة بأموال الضريبة، وبين الغاية الدستورية المتمثلة في تحقيق العدالة الاجتماعية، فسعي المشرع لتحقيق الأولى ينبغي ألا يذهب بالثانية، إذ المصلحتان متساويتان في الاعتبار الدستوري ويمكن الجمع بينهما، وهو ما ينبغي. وفي ذلك قررت المحكمة الدستورية العليا بأن "حق الدولة في اقتضاء الضريبة لتنمية مواردها، ولإجراء ما يتصل بها من آثار عرضية، ينبغي أن يُقابل بحق الملزمين بها وفق أسس موضوعية، يكون إنصافها نافيًا لتحيفها، وحيدتها ضمانًا لاعتدالها، بما مؤداه أن قانون الضريبة العامة، وإن توخى حماية المصلحة الضريبية للدولة باعتبار أن الحصول على إيراداتها هدفًا مقصودًا منه ابتداءً، إلا أن مصلحتها هذه ينبغي موازنتها بالعدالة الاجتماعية بوصفها مفهومًا وإطارًا مقيدًا لنصوص هذا القانون"<sup>1</sup>.

ويرتبط عيب الانحراف الغائي في هذا الفرض ارتباطًا وثيقًا بعيب المحل، فالوسيلة المستخدمة هي التي أدت لذهاب المصلحة الأخرى، غير أن الإثبات متعلق بعنصر الغاية وحده، لأن الوسيلة قد تكون مشروعة في ذاتها، لكن نتائجها النهائية تكون غير مشروعة، كما هو الحال بالنسبة لفرض الضريبة، فذلك وسيلة مشروعة إذا كانت غايتها العدالة الاجتماعية، أما إذا كان الغرض منها الجباية فحسب يكون التشريع معيبًا في غايته، ولذلك، يختلف هذا الفرض عن فرض الانحراف الغائي التابع لعب المحل، إذ الوسيلة هنا مشروعة، لكن النتيجة النهائية التي بنيت عليها غير مشروعة، فإثبات الانحراف الغائي في هذا الفرض يكون استقلالاً وليس بالتبعية.

وقد قُضي بعدم دستورية ما تضمنه قانون المحاماة من الاعتراف بملاءة الموكل في تقدير أتعاب المحامي، وكذلك ما تضمنه من وضع حدٍ أدنى لأتعاب المحامي لا يقل عن 5% من قيمة الفائدة

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 332 لسنة 23 قضائية، 2005، ر. ممدوح مرعي، حكم سابق.

التي حققها لموكله، فهذا التشريع تتنازع فيه مصلحة الموكل في تعيين محامي لضمان حقه في الدفاع ومصلحة المحامي في تقاضي الأتعاب، غير أن النص قد رجح الأخيرة على مصلحة الموكل؛ ما دفع الموكلين للطعن على هذا القانون لكون إطلاق تلك العناصر دون قيد "الغاية منها هي تمكين المحامين من الضغط على موكلهم، وتطويعهم لمصالحهم بالمخالفة للواقع والقانون"<sup>1</sup>. فوجدت المحكمة أن الموازنة بين المصلحتين تقتضي عدم التفريط بأي منهما على حساب الأخرى، لتساويهما في الميزان الدستوري مع إمكان الجمع بينهما، حيث قرّرت بأن "الوكالة من عقود القانون الخاصة التي تتوازن فيها المصالح، من المتعين - بالتالي - أن يكون تقدير أجر المحامي عن الأعمال التي قام بها في إطار عقد الوكالة معقولاً غير مرهق للموكل في غير مقتضى، وإلا كان تقريره تحكيمياً، مجاوزاً الأسس الموضوعية التي يتعين أن يتحدد على ضوءها، توصلًا إلى تقديره دون زيادة أو نقصان، وعلى ذلك تكون حقيقة الأعمال التي قام بها المحامي، هي ذاتها مناطاً لتحديد أجره". وعلى أساس ذلك أبطلت التشريع الذي يضع حدًا أدنى لأتعاب المحامي بصرف النظر عن عمله، وكذلك التشريع الذي يجعل ملاءة الموكل عاملاً في تقدير الأتعاب<sup>2</sup>، إذ وجدت أن ذلك فيه تفضيل لمصلحة المحامين على حساب الموكلين دون أساس موضوعي فأعادت التوازن بين المصلحتين من خلال الجمع بينهما.

### الفرض الثاني - إذا ثبت أن المصلحتين المتنازعتين في التشريع لا يمكن الجمع بينهما

في الأحوال التي يتعدّر الجمع فيها بين المصلحتين المتساويتين في الطلب الدستوري، تثبت للمشرع سلطة تقديرية واسعة، على أن يلتزم الحدود الدستورية عند تفضيله إحدى المصلحتين، فيراعي القيود الموضوعية التي تكفل تلافي النتائج العرضية لتقديم مصلحة على أخرى.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 23 لسنة 14 قضائية، 12 فبراير 1994، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش. | ر.م. 36714)

<sup>2</sup> المادة 82، قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983.

وفي هذا الفرض يبسط القضاء سلطته على مدى توافق عملية المفاضلة مع عموم المتطلبات الدستورية، دون أن يُحلَّ تقديره محل تقدير المشرع، ودون أن يبحث في ملاءمة التشريع، فهو ينظر في المفاضلة بين المصلحتين ويعرضها على ميزان الدستور، فإن رأى اتفاقها مع الدستور أقرَّ النص الطعين على ما هو عليه، وإن بدا له اختلالها؛ أبطله على أساس انحرافه غائباً. وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "الأصل في المصالح إذا تعارضت، وتعذر التوفيق بينها، أن يُرَجَّحَ أقواها أثراً وأعمقها نفعاً وأكثرها دفعاً للمفسدة"<sup>1</sup>.

وقد اعتمدت المحكمة هذا الفرض في إحدى القضايا الحديثة، حيث طعنت إحدى الشركات المملوكة للدولة على دستورية نصٍ يلزمها بإعفاء الهيئات الأهلية لرعاية الشباب والرياضة من 75% من مقابل استهلاك النور والمياه<sup>2</sup>، فنعت الشركة على النص مساسه بحق الملكية وإهداره حرية التعاقد، فنظر المحكمة لهذا الدفع من زاوية الوظيفة الاجتماعية للملكية باعتبارها غايةً مطلوبةً دستورياً لتحقيق العدالة الاجتماعية، وأبت الاستجابة لهذا الدفع مدخلةً النص تحت مظلة الخدمة المجتمعية التي تفرضها الوظيفة الاجتماعية للملكية ضمن ما تفرضه من نتائج<sup>3</sup>.

حيث دارت القضية حول مصلحتين متساويتان في الطلب الدستوري، فمن جهة؛ مصلحة الشركات المملوكة للدولة في إنعاش إيراداتها بتحصيل كامل قيمة الكهرباء والماء، ومن جهة ثانية مصلحة الأفراد في التمتع بظروفٍ ملائمة لممارسة الأنشطة الرياضية بإعفاء الأندية من مصروفات الكهرباء التي قد تتقل كاهلها. وفي اعتمادها لمعيار الموازنة قضت المحكمة بأن المشرع "قد فاضل بين وجهين من أوجه المصلحة العامة، أولهما: يتمثل في حصول الشركات المملوكة للدولة ملكية

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 135 لسنة 37 قضائية، 2022، ر. بولس إسكندر، حكم سابق.

<sup>2</sup> البند (د)، المادة 16، قانون الهيئات الخاصة للشباب والرياضة رقم 77 لسنة 1975.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 241 لسنة 31 قضائية، 1 فبراير 2020، برئاسة سعيد عمرو. (ش.ق.ش| ر.م 842248)

خاصة، على كامل قيمة الكهرباء التي تم توريدها للأندية الرياضية، باعتبارها من الهيئات الخاصة ذات النفع العام، الأمر الذي يصب بشكل مباشر في المصلحة العامة المتعلقة بإيرادات أملاك الدولة، وبقدرة هذه الشركات على مزاولتها لأنشطتها. وثانيهما: المصلحة العامة المتمثلة في رعاية الشباب والنشء، وكفالة ممارسة الرياضة، وحق جميع المواطنين في إتاحة الفرص المناسبة لهذه الممارسة، وهو ما قدّر معه المشرع أولوية الوفاء بالالتزام الدستوري الأخير، من خلال توفير قدر من الإعفاءات للأندية الرياضية باعتبارها من الهيئات الخاصة لرعاية الشباب والرياضة المضطلة بهذه المهمة، وأن تتحمل الدولة كمالك للجهات القائمة على هذا المرفق الحيوي قدرا من العبء المالي الناتج عن قيمة استهلاك الأندية الرياضية من الكهرباء بنسبة 75% على الأقل، باعتباره أحد وسائلها لدعم هذه الأندية، تمكينا لها من أداء دورها، ومن ثم فإنه يكون قد التزم الضوابط الدستورية الحاكمة لسلطته في هذا المجال<sup>1</sup>. وهو ما يعني أن المحكمة قد أقرت المفاضلة التي تبناها المشرع، وانتهت إلى وجاهة تلك الموازنة المصلحية لاتفاقها مع المقتضيات الدستورية.

وفي حكمٍ أحدث منه اعتمدت المحكمة معيار الموازنة ذاته، وذلك عند رفضها الطعن على دستورية القانون الذي أعفى نقابة المهندسين والنقابات الفرعية من جميع الضرائب والرسوم التي تفرضها الحكومة أو أي سلطة عامة أخرى<sup>2</sup>، حيث أحالت المحكمة الموضوعية الأوراق للمحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية هذا النص على سندٍ من أن المشرع لم يبيّن علة هذا الإعفاء. وبعد أن بينت المحكمة غايات قانون نقابة المهندسين، وجدت بأن الإعفاء يصب في تحقيق تلك الغايات، حيث رأت بأن المشرع "قد فاضل بين وجهين من أوجه المصلحة العامة، أولهما: يتمثل في استيفاء الدولة لهذه الرسوم باعتبارها موارد سيادية، الأمر الذي يصب بشكل مباشر في المصلحة العامة،

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المادة 15، قانون نقابة المهندسين رقم 66 لسنة 1974.



وينعكس إيجاباً على إيرادات الخزانة العامة، وقدرتها على الوفاء بما هو موكول إليها. وثانيهما: المصلحة العامة المتعينة في تمكين نقابة المهندسين من الارتقاء بالمستوى العلمي والمهني للمهندسين، والمحافظة على كرامة المهنة، وتعبئة قوى أعضائها، وتنظيم جهودهم في خدمة المجتمع لتحقيق لأهداف القومية، وأهداف التنمية الاقتصادية، وغيرها من الأهداف التي من أجلها قامت النقابة، ويتعذر تحقيقها إلا بالحفاظ على مواردها المالية وتدعيمها. الأمر الذي قدر معه المشرع أولوية الوفاء بالهدف الأخير، لكونه الأقرب لتحقيق الصالح العام<sup>1</sup>.

هنا أعملت المحكمة معيار الموازنة، فوجّهت عدستها الدستورية على عملية مفاضلة المصالح التشريعية المتنازعة وعرضتها على الدستور، لتنتهي أخيراً لتأييد تقدير المشرع "فقد توافرت في هذا الإعفاء كافة الضوابط الدستورية المقررة لتخصيص أحد الموارد العامة لهذه النقابة من خلال الإعفاء من أدائه، إذ تقرر بموجب قانون، ولتحقيق مصلحة جوهرية أولاها الدستور عناية خاصة، متوخياً من ذلك عدم الانتقاص من الموارد المالية للنقابة، بمقدار الرسوم محل الإعفاء، حتى تتمكن من القيام بالمهام الملقة على عاتقها، وتقديم الخدمات المنوطة بها، التي تعد كفالتها واجبا والتزاما على الدولة، غايته تحقيق مصلحة جوهرية أولاها الدستور اهتمامه وعنايته. ومن ثم يكون هذا التخصيص - عن طريق الإعفاء المشار إليه - قد وافق الغايات الصريحة للدستور<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء لا يتدخل في تقدير عملية المفاضلة إلا إذا خالف المشرع الترتيب الدستوري للمصالح كما في الفروض، أو إذا أهدر مصلحةً كان يمكنه التوفيق بينها وبين المصلحة المستهدفة، فتلك الفروض تشكل انحرافاً غائباً على مستوى الموازنة، أما في غيرها يقرّ القضاء ما انتهى المشرع إليه من موازنة مصلحة ما دام تقديره لها متنسفاً مع الدستور.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 139 لسنة 37 قضائية، 2021، ر. سعيد مرعي عمرو.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

## الفصل الثاني

### أدوات القضاء الدستوري في إثبات مقاصد التشريع

مضى في مطلع هذا الباب أن الرقابة الدستورية على الغاية تمر عبر خطوتي الوصف ثم الكشف، ولقد استفدنا مرحلة الكشف في الفصل الأنف، وتعمدنا تقديمها في البيان- رغم أسبقية مرحلة الوصف في الواقع- سيراً على الترتيب الفقهي في الحديث عن هذه المسألة من جهة، ولأن الحديث عن الوسائل الموضوعية لتحديد الغايات الفعلية يتداخل بطبيعته مع الحديث عن المعايير القضائية، فكان لزاماً شرح تلك المعايير قبل الخوض في تلك الوسائل، ليكون فهم المعايير متحققاً عند الإشارة إليها عند الحديث عن الوسائل.

ولما كانت كل سلطة في الدولة وإن اتسع مداها تبقى مقيدة بالحدود الدستورية، فكذلك سلطة القضاء الدستوري في الرقابة على الغاية، فهي سلطة محكومة بمجموعة من القيود التي ينبغي على القضاء الدستوري أن يلتزم بها، وقد جمع الفقه عدداً من الضوابط على الرقابة الدستورية، منها ما يتصل بالقضاء الدستوري حين يراقب أيّاً من عناصر التشريع، ومنها ما يخص الرقابة الدستورية على الغاية.

وبما مضى تتجلي مسارات هذا الفصل من الأطروحة، فهو يسعى في مجمله لبيان أدوات القضاء الدستوري في الرقابة على الغاية، فيناقش الوسائل الموضوعية لتحديد الغايات الفعلية مشفوعةً بالتطبيقات القضائية لكل وسيلة، كما يناقش الضوابط التي يهتدي بها القضاء الدستوري إلى حدوده في الرقابة على الغاية من التشريع. ويقتضي ذلك تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

- المبحث الأول/ الوسائل الموضوعية لتحديد مقاصد التشريع

- المبحث الثاني/ ضوابط القضاء الدستوري في الرقابة على الغاية من التشريع

## المبحث الأول

### الوسائل الموضوعية لتحديد مقاصد التشريع

من المعلوم أن عملية تحديد مقاصد التشريع هي عملية تفسيرية في المقام الأول، فهي تقتضي الخوض في أبعاد النص والواقع سعيًا لاستخراج ذلك القصد، ومن ثم لا عجب أن تكون الوسائل التي يستعملها القضاء لتحديد مقاصد التشريع تمهيدًا للرقابة الدستورية على الغاية؛ هي نفسها التي يستعملها القضاء حين يمارس تفسير النصوص التشريعية تمهيدًا لتطبيقها.

ونسارع إلى تبديد وهمٍ قد يعتري الأذهان بشأن اختصاص القضاء بالتفسير، فالاختصاص التفسيري المعني هنا هو جزء من الاختصاص الرقابي للقضاء الدستوري<sup>1</sup>، وهذا الإيضاح بالغ الأهمية، لئلا ينازع أحدٌ بأن الاختصاص التفسيري في مصر لا يقوم إلا بطلبٍ من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية<sup>2</sup>، وأنه في قطر لا يقوم إلا بطلب يقدمه رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشورى<sup>3</sup>، فذلك ليس الاختصاص التفسيري المقصود هنا، وإنما المقصود هو التفسير اللازم لتفعيل الاختصاص الرقابي، ذلك الذي يستدعي "الإحاطة بصحيح النص التشريعي لتنزيله على الواقع"<sup>4</sup>.

هذا النوع من التفسير تمارسه جميع المحاكم على مختلف درجاتها عند تطبيق النصوص التشريعية فيما يعرض عليها من نزاعات موضوعية<sup>5</sup> ولا محل له إذا انتقلت الخصومة<sup>6</sup>، وإذا كان عمل

<sup>1</sup> المادتان: 25، 26، قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979.

<sup>2</sup> المادة 33، قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979. وقد تحدّث الدكتور فتحي باستفاضة عن هذا النوع. يُنظر: فتحي

فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

<sup>3</sup> المادة 12، قانون رقم (12) لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا.

<sup>4</sup> عبدالرحمن شرفي، قيم وتقاليد القضاء، المكتب الفني بمحكمة التمييز، مرجع سابق، ص 74.

<sup>5</sup> عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مرجع سابق، ص 382.

<sup>6</sup> فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، مرجع سابق، ص 12-13.

القضاء الدستوري يدور في فلك النزاعات الدستورية دون النزاعات الموضوعية إلا أن النظر في النزاع الدستوري شرطه أن يكون لازماً للفصل في نزاع موضوعي قائم<sup>1</sup>، فهو في مآله تفسير يعين على التطبيق السليم للتشريع<sup>2</sup>. ومن البدهة أن الرقابة الدستورية على التشريع تستدعي لزوماً تفسيره قبل ذلك، فلا يصح أن يراقب القضاء تشريعاً لا يعلم حقيقة مقاصده، ومن غير الممكن أن يعلم القضاء حقيقة تلك المقاصد ما لم يقيم بتفسير النصّ الطعين<sup>3</sup>.

ولقد تحدث الفقهاء عن موضوع هذا المبحث تحت عنوان "إثبات الانحراف" وعلى رأسهم صاحب السبق في هذا الموضوع الفقيه عبدالرزاق السنهوري، حيث خصّ جزءاً من مقالته للحديث عن "إثبات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية" تحدّث فيه عن طريقيّ الدليل الداخلي والدليل الخارجي<sup>4</sup>، وتبعه جمعٌ من الفقه. ومن القلائل المعاصرين الذين اعتنوا بهذا المبحث الدكتور عبدالرحمن كحيل، إذ أفرد مبحثاً بعنوان "القرائن المستنبطة لإثبات الانحراف التشريعي"؛ ساق فيه قرائن عامة، وقرائن تخص الانحراف البرلماني، وأخرى تخص الانحراف السلبي، وأخرى تخص الانحراف في القرارات بقوانين، وأخرى تخص الانحراف الدستوري، وبذل في ذلك جهداً يُحمد، فله السبق في محاولة جمع قرائن تُعين القضاء الدستوري على استظهار مقاصد التشريع<sup>5</sup>.

لكن، ثمة ملاحظة على العناوين المختارة للحديث عن الوسائل، فهي تقرنُ الإثبات بالانحراف الغائي رغم أن مضمونها يدور حول إثبات الغايات الفعلية للتشريع وليس إثبات الانحراف الغائي.

---

<sup>1</sup> مصر: المادة 29، قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979.

قطر: المادتان 13، 14، قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا رقم 12 لسنة 2008.

<sup>2</sup> محمود فريد عبداللطيف، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 578، 579، 581.

<sup>3</sup> وكما يقول الدكتور أحمد كمال أبو المجد "إن بسط الرقابة على هذا النوع ليس إلا استعانة طبيعية بسلطة القضاء في تفسير النصوص القانونية فإذا تكشّف له مضمونها انتقل بعد ذلك إلى البحث في مدى توافقه مع النصوص الدستورية". أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مرجع سابق، ص 597. ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 277.

<sup>4</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 112.

<sup>5</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 440.

فمثلاً، يقول السنهوري تحت ذلك العنوان لتوطئة الحديث عن تلك الوسائل أنّ "أسباب التشريع تكشف عادة عن الغاية التي قصد المشرع إلى تحقيقها، فمتى استُقصيتْ هذه الغاية وتحدّدت على وجه لا يقبل الشك، أمكن أن نعرف بعد ذلك هل تتفق هذه الغاية مع مبادئ الدستور<sup>1</sup>".

هذا المقطع يُظهر بوضوح أن السنهوري كان يبحث عن وسائل لإثبات غاية التشريع وليس لإثبات الانحراف الغائي، أما إثبات الأخير فقد أدلى فيه بدلوه عند حديثه عن معيار الانحراف الغائي<sup>2</sup>. ولا يختلف الحال بالنسبة للدكتور عبدالرحمن كحيل، فالناظر في أغلب القرائن التي ساقها يجد أنها تنقسم إلى قرائن تخص إثبات الانحراف الغائي<sup>3</sup>، وأخرى تخص إثبات الغاية الفعلية من التشريع<sup>4</sup>، لكنه جمع المسألتين في سلّة واحدة، وكان التفريق بينهما هو الأولى، لأن إثبات الغاية الفعلية عملية تمهيدية تسبق عملية إثبات الانحراف الغائي كما سلف البيان، ومن هنا جاء عنوان هذا المبحث "الوسائل الموضوعية لتحديد مقاصد التشريع" ليدل دلالةً مباشرة على مضمونه.

وعودةً على مقالة السنهوري؛ فقد بيّن من خلالها أن الوقوف على غايات التشريع الفعلية يقتضي الوقوف على أسباب التشريع، فالأسباب تكشف عادةً عن الغايات<sup>5</sup>. ونحن نتفق مع هذه الطريقة، بيد أننا لا نرى مانعاً من وجود طرق تكشف عن الغاية مباشرة دون اقتضاء الوقوف على الأسباب، دون إنكار لحقيقة أن الوقوف على الأسباب إلى جانب الغايات يحقّق فهمًا أوسع للنص التشريعي.

---

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص112، 113.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص66.

<sup>3</sup> مثل: قرينة تطويق الحقوق والحريات بدلاً من تنظيمها، وقرينة تجريم المصالح العليا التي كفلها الدستور، وقرينة تجاوز المشرع نطاق سلطته التقديرية المقررة بالدستور، فجميع هذه القرائن تتعلق بإثبات عيب الانحراف الغائي وليس بإثبات غايات التشريع، فهي تتسق مع عنوانه. يُنظر: عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص443.

<sup>4</sup> مثل: المناقشات البرلمانية، والخليفة التاريخية، والقرائن الظرفية، والقرائن الزمنية، فهذه تتعلق بإثبات مقاصد التشريع وليس بإثبات الانحراف الغائي، فهي تتفصل عن العنوان الذي اختاره لهذا المبحث. على أننا نستفيد منها في الحديث عن وسائل تحديد مقاصد التشريع. يُنظر: المرجع نفسه، ص440، 443.

<sup>5</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص112، 113.

ثم مضى السنهوري في بيان أن إثبات الأسباب- والغايات- يتم بطريقتين، طريق الدليل الداخلي وطريق الدليل الخارجي، فالأول يكون بوسائل محدّدة من عموم تصريحات المشرّعين أنفسهم على مدار مراحل سن التشريع، بينما يكون الثاني بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك القرائن والظروف الخارجية للتشريع، فطريق الدليل الخارجي أرحب نطاقاً من طريق الدليل الداخلي.

طبّق القضاء الدستوري في مصر وسائل الطريقتين الداخلي والخارجي في العديد من أحكامه، ولجأ لمختلف الوسائل من أجل تحديد مقاصد التشريع، لكن، من الملاحظ أنه كان يتخذ مسارين في استخلاص مقاصد التشريع عند الرقابة على الغاية، فإما أن يستخلص المقاصد العامة للتشريع الذي يحكم النص الطعين ثم يُحاكم التشريع الطعين إليها، وإما أن يستخلص مقاصد التشريع الطعين ويحاكمه مباشرة للدستور.

في المسار الأول يعتمد القاضي على تحديد الغاية التصورية التي رسمها المشرّع في ذهنه لبنيان التشريع ككل، ثم يقف على الغاية الواقعية للنص الطعين مبيّناً أوجه اختلالها مع الغاية التصورية، وهو في ذلك لا يخرج عن محاكمة الغايات للدستور لكنه يستخلصها من الغايات التي ألزم المشرع نفسه بها، ثم يكشف تعارض أو تناقض غاية التشريع الطعين معها بأحد معايير الكشف عن الانحراف الغائي. أما في المسار الثاني يقف القضاء على الغاية في نتيجتها الكلية ثم يحاكمها مباشرة إلى الدستور. وفي كلا المسارين يستعمل القضاء مجموعة من الوسائل لتحديد الغايات الفعلية، سواءً ما يتعلق بالجانب التصوري للغايات، أو الجانب الواقعي.

ولاستيفاء وسائل إثبات مقاصد التشريع بالطرق الداخلية والخارجية ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

- المطلب الأول/ إثبات مقاصد التشريع بطريق الدليل الداخلي (الوسائل النصية)

- المطلب الثاني/ إثبات مقاصد التشريع بطريق الدليل الخارجي (الوسائل الواقعية)

## المطلب الأول

### إثبات مقاصد التشريع بطريق الدليل الداخلي (الوسائل النصية)

يتضمّن هذا الطريق جميع الوثائق والمستندات التي تتصل بالتشريع الطعين في مختلف مراحل صدوره، فكلّ وثيقة تتعلق بسنّ التشريع يجوز للقضاء الاستناد إليها في استخلاص أسباب التشريع وغاياته، ويأتي على رأس هذه المستندات التشريع نفسه بنصوصه وديباجته، ثم في مرتبة ثانية تأتي الأعمال التحضيرية، والتي تشمل المذكرات الإيضاحية، وتقارير اللجان البرلمانية، ومناقشات الأعضاء، والبيانات التي تقدّمها الحكومة بشأن التشريع المقترح<sup>1</sup>.

وإذا كان السنهوري أشار إلى هذه الوسائل إشارة سريعة، فإن هذا المطلب معنيّ بتفصيلها وبيان مواردها في الأحكام القضائية، فقد استعمل القضاء الدستوري في مصر جميع هذه الوسائل، وجعلها بساطاً تمهيدياً لإنزال معايير الانحراف الغائي على تلك المقاصد. أما في قطر فلم يحالف القدر تفعيل المحكمة الدستورية العليا بعد، غير أن النظر في قضاء الموضوع وتعامله مع بعض الوسائل عند تفسير النصوص قد يكون مفيداً في استشراف منهج المحكمة الدستورية العليا في قطر عند تفعيلها، فسوف نشير لتلك الأحكام كلّما دعا لها داع. وتقسيماً لهذا المطلب، نتناول التشريع في الفرع الأول، بينما نتناول الأعمال التحضيرية في الفرع الثاني.

### الفرع الأول - التشريع

يُقصد بالتشريع كوسيلة موضوعية يلجأ القضاء إليها في تحديد مقاصد التشريع النص الطعين نفسه، وكذلك النصوص الأخرى التي تجاوره في التشريع ككل، وديباجة التشريع، وعنوانه. وقد أشار السنهوري لبعض ذلك بقوله أن "أسباب التشريع نلتمسها في نصوص التشريع ذاته عندما

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 113.

نمحصها نصًا نصًا لنتبين من خلال هذه النصوص، وفي تضاعيف العبارات والأساليب، الغاية من التشريع،" وهكذا فإن "المصدر الأساسي لمقصود البرلمان هو القانون نفسه بالطبع"<sup>1</sup>.

ذلك أن ألفاظ التشريع هي البوابة الأولى لفهم مقاصده، ولا يجوز العدول عن ألفاظ التشريع في إثبات تلك المقاصد إلا أن يعتربها غموض، أو أن يُثبتَّ الواقع تخلف غايات التشريع التي تشي العبارات بها، وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه "في مجال استظهار المقاصد التي رمى المشرع إلى بلوغها من وراء إقراره حكما معينا، فإن العبارة التي صاغ المشرع بها النص التشريعي - في سياقها ومحددة على ضوء طبيعة الموضوع محل التنظيم التشريعي، والأغراض التي يتوخاها - هي التي يتعين التعويل عليها ابتداء، ولا يجوز العدول عنها إلى سواها، إلا إذا كان التقيد بحرفيتها يناقض أهدافا واضحة مشروعة سعى إليها المشرع"<sup>2</sup>.

ولا يعني ذلك أن كل غاية يفصح المشرع عنها تكون ملزمة للقضاء، بل المعنى أن التشريع وسيلة أساسية في الكشف عن غايات التشريع، فقد تتأى العبارات عن حقيقة المقصد التشريعي كما قد تتأى عن واقع التشريع، وهو ما تنبّهت له المحكمة الدستورية العليا عند الحديث عن سلطة القضاء في تفسير النصوص، فقضت بأن "المجال الطبيعي للتفسير لا يعدو أن يكون وقوفاً عند المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص القانونية، وهي مقاصد لا يجوز توهمها أو افتراضها كيلا تحمل هذه النصوص على غير المعنى المقصود منها ابتداء، بل مناطها ما تغياه المشرع حقاً حين صاغها، وتلك هي الإرادة الحقيقية التي لا يجوز الالتواء بها، ويفترض في النصوص القانونية أن تكون كاشفة عنها مبلورة لها"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> إلمار دريدجر، تفسير القوانين، مرجع سابق، ص 188.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 34 لسنة 13 قضائية، 1994، ر. عوض المر، حكم سابق.

وقد كررت المحكمة ذلك في: القضية رقم 1 لسنة 16 قضائية، 15 أبريل 1995، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش | ر.م 36735)

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 34 لسنة 13 قضائية، 1994، ر. عوض المر، حكم سابق.



يُفهم من ذلك بأن الأصل هو إفصاح التشريع عن حقيقة المقاصد التشريعية، وألا يناقض المشرع أهدافه بنفسه، أو أن تُنقض أهداف المشرع بما يفرض إليه من نتائج واقعية، ولذلك اعتدّت محكمة التمييز القطرية بعبارات المشرّع كوسيلة أساسية لاستخراج مقاصد المشرع، حيث قضت بأن عملية تفسير النصوص القانونية "يتعين ألا تحملها على غير مقاصدها، وألا تفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها، أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها، أو يعتبر تشويها لها سواء بفصلها عن موضوعها، أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها، ذلك أن المعاني التي تدل عليها هذه النصوص والتي ينبغي الوقوف عندها، هي تلك التي تعتبر كاشفة عن إرادة المشرع التي صاغ على ضوءها هذه النصوص تبياناً لحقيقة وجهته وغايته من إيرادها<sup>1</sup>".

وكثيراً ما لجأ القضاء الدستوري في مصر للتشريع الطعين نفسه ليستظهر الغاية الفعلية منه، ففي الطعن على عدم جواز نزع ملكية العقار الذي عدّ أثراً؛ وجدت المحكمة أنّ "مسلك المشرع نحو التضييق المتعمّد من دائرة التعويض مستفاد من النص الطعين ذاته، فهو لم يقرره إلا لصالح الجهة الإدارية وحدها وفي الحالة المنصوص عليها في البند (4) منه دون غيرها دالاً بذلك على قصد المغايرة في الحكم بين تلك الحالة وبين الحالات الأخرى التي نص عليها<sup>2</sup>"، ففي هذا المقطع وجدت المحكمة أن قصر النص الطعين حكم عدم جواز نزع الملكية على حالة بعينها ولصالح الجهة الإدارية وحدها دليل على تعمّد المشرع حرمان المالك من التعويض في هذه الحالة تحديداً. وفي القضية ذاتها، لجأت المحكمة إلى نصوص التشريع الأخرى، تلك التي لم يُطعن عليها، لكنّها تحمل من الدلالات ما يُخرج المقصد الحقيقي من النص محل الطعن، حيث دفعت هيئة قضايا الدولة - محاولةً نفي اتجاه القصد التشريعي للحرمان من التعويض - بأن النص لا يحظر المطالبة

<sup>1</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 248 لسنة 2021 قضائية، 27 سبتمبر 2021، برئاسة مبارك الهاجري. (ش.ق.ش | ر.م 1205222)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 182 لسنة 19 قضائية، 1999، ر. محمد ولي الدين جلال، حكم سابق.

بالتعويض عن اعتبار العقار المملوك له أثرًا وفق القواعد العامة للتعويض في القانون المدني، فرفضت المحكمة هذا الدفع مستعينةً ببقية نصوص التشريع في استظهار حقيقة هذا المقصد، لتقضي بأن "البين من قانون حماية الآثار المشار إليه أنه قد انتقى في المواد 9 و 13 و 15 و 16 و 18 منه حالات عيّنها بذاتها، أجاز فيها التعويض وحصر نطاقه في دائرتها بحيث لا تتسع إلا للحالات التي نص فيها على الحق في التعويض صراحة<sup>1</sup>".

وهكذا وجدت المحكمة في تلك النصوص التي أثبت فيها المشرع التعويض لحالات أخرى؛ أنه قد تعمّد حرمان المالك من التعويض في حالة النص الطعين. ثم بعد تعيين الغاية الفعلية من النص ذاته ومن النصوص المجاورة له في التشريع؛ بيّنت اختلال هذه الغاية على مستوى بنائها أولاً، وذلك لتناقضها مع الغايات اللازمة من النص الدستوري على الحق في الملكية، كما بيّنت اختلالها على مستوى خفائها ثانيًا، وذلك لاتساع الفجوة بين التعبير التشريعي الذي ينص على حظر نزع الملكية وبين المقصد التشريعي الذي اتجه لحرمان المالك من التعويض، وقد فصلنا ذلك في المبحث الأنف، فنحيل إليه. ومن الجدير بالذكر هنا إلى أن محكمة التمييز القطرية قد اعترفت بالنصوص المجاورة للتشريع كوسيلة لاستخراج مقاصد التشريع، حيث قضت بأن "النصوص المختلفة في القانون الواحد- كأصل عام- مرتبطة بعضها ببعض، وتوضح بعضها بعضًا، فينبغي في تفسير إحداها تقريب هذا النص من سائر النصوص الأخرى، لإمكان استخلاص دلالة النص الحقيقية وتحديد نطاقه بما يتفق مع سائر النصوص وفي غير معزل عنها<sup>2</sup>".

ويحدث أن يستقي القضاء الدستوري مقاصد التشريع من عنوانه، كما حدث في قضية كان النص الطعين فيها قد أسند اختصاص نظر القرارات التي تصدر عن الاجتماع المشترك للأعضاء غير

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 248 لسنة 2021 قضائية، 2021، ر. مبارك الهاجري، حكم سابق.

المعينين بمجلسي الشعب والشورى بانتخاب أعضاء الجمعية التأسيسية إلى الجهة المعنية بالرقابة على دستورية القوانين والقرارات البرلمانية، فقضت المحكمة بأن "المشروع في القانون رقم 79 لسنة 2012 قد تدخل - وفقاً لعنوانه- لوضع معايير انتخاب أعضاء الجمعية التأسيسية لإعداد مشروع دستور جديد للبلاد، إلا أنه انصرف عن هذا الهدف- والذي لا يملك التدخل بتنظيمه من الأساس على ما سلف بيانه - ونظم أمراً آخر لا صلة له بالعنوان الذي اتخذته لهذا القانون"<sup>1</sup>، فقد حددت المحكمة مقصد المشروع من العنوان الذي انتخبه للقانون، ثم كشفت عن اختلال غاية التشريع على مستوى أساسها لقيامها على غير اختصاص، واختلاله على مستوى خفائها لسعة الفجوة بين التعبير التشريعي في العنوان وبين واقع التشريع الذي نظم أمراً آخر، فقضت بعدم دستوريته.

أما بشأن الاستعانة بديباجة التشريع، فلم أعتز على حكم استعان بها لاستظهار المقاصد الفعلية تمهيداً للحكم بالانحراف الغائي، ومع ذلك وقعنا على حكم تفسيري للمحكمة العليا استعانت فيه بديباجة قانون الطوارئ حين طُلب منها تفسير أحد نصوصه، حيث قضت بأن "حالة الطوارئ القائمة أُعلنت يوم وقوع العدوان على البلاد في 5 من يونيو سنة 1967 بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 1337 لسنة 1967 وذلك للمحافظة على الأمن والدفاع عن البلاد ضد أخطار التهديد الخارجي على نحو ما جاء في ديباجة القرار المذكور"<sup>2</sup> وهو ما يُفيد اعتراف القضاء الدستوري بديباجة التشريعات كوسيلة من وسائل استظهار مقاصد التشريع.

### الفرع الثاني- الأعمال التحضيرية

كثيراً ما لا تكشف ألفاظ النصوص التشريعية عن مقاصدها، وحينئذ يستعين القضاء بوسائل أخرى للاستهداء إلى الغايات الفعلية للنص الطعين، وتجتمع هذه الوسائل تحت مظلة الأعمال

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 166 لسنة 34 قضائية، 2013، ر. ماهر البحيري، حكم سابق.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 2 لسنة 6 قضائية، 15 مايو 1976، برئاسة بدوي إبراهيم حمودة. (ش.ق.ش | ر.م. 54096)

التحضيرية. يمكن تعريفها عمومًا بأنها الخطوات التي تسبق أمرًا ما تمهيدًا له، أما الأعمال التحضيرية للتشريع فهي مجموع المستندات التي تخص عملية وضع النص التشريعي<sup>1</sup>. ويدخل فيها مناقشات أعضاء الهيئة التشريعية وتقارير اللجان البرلمانية وكذلك المذكرات الإيضاحية والبيانات الحكومية<sup>2</sup>، فالعلاقة بين الأعمال التحضيرية وما مضى علاقة عموم وخصوص مطلق، إذ الأعمال التحضيرية تشمل في مضمونها ما مضى وليس العكس، ولقد أشار القضاء الدستوري كثير من القضايا دون تعيين المستند الذي استقى منه المقصد، فربما كان يرجع لأكثر من مستند فيسمي الوسيلة بعمومها "الأعمال التحضيرية" دون تحديد نوعها.

والاستعانة بالأعمال التحضيرية للكشف عن مقاصد التشريع هي في الأصل قاعدة تفسيرية، حيث قضت محكمة النقض لدى تفسيرها أحد النصوص أنه "إذا تعذر على القاضي الوقوف على قصد المشرع عن طريق التفسير اللغوي، فقد تعينه على الكشف عن هذا القصد عناصر خارجية أي غير مستمدة من الدلالات المختلفة للنص كالأعمال التحضيرية<sup>3</sup>"، وتسري هذه القاعدة في إطار الرقابة الدستورية على الغاية كذلك، فقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أنها لدى تحرّيها عن مقاصد النص التشريعي لا تعزل نفسها "عن الأعمال التحضيرية الممهدة لها، سواء كانت هذه الأعمال قد سبقتها أو عاصرتها باعتبار أن ذلك كله مما يعينها على استخلاص مقاصد المشرع التي يفترض في النص القانوني محل التفسير أن يكون معبرًا عنها و محمولًا عليها<sup>4</sup>".

وتأتي الأعمال التحضيرية حسب سلم الوسائل في المرتبة الثانية بعد التشريع نفسه، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في معرض بحثها لدستورية أحد التشريعات أن "مجال تطبيق التشريع

<sup>1</sup> الأعمال التحضيرية، معجم القانون، موقع الأنطولوجيا العربية، جامعة بيرزيت، <https://ontology.birzeit.edu/term>

<sup>2</sup> حامد جواد محمد، دور المحكمة الاتحادية العليا بالتفسير: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2023، ص 56.

<sup>3</sup> محكمة النقض، مدني، الطعن رقم 145 لسنة 74 قضائية، 22 مارس 2011، برئاسة عبدالمنعم دسوقي. (ش.ق.ش | ر.م. 324228)

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 2 لسنة 8 قضائية، 7 مايو 1988، برئاسة ممدوح مصطفى حسن. (ش.ق.ش | ر.م. 36615)

وأغراضه إنما يلتبس أولاً في عنوان التشريع وفي نصوصه، قبل أن يلتبس في الأعمال التحضيرية، فلا يلجأ إلى الأعمال التحضيرية ومنها المذكرة الإيضاحية إلا إذا أعوز إلى ذلك غموض عنوان التشريع أو نصوصه<sup>1</sup>، وهو ما سبق السنهوري إليه في مقاله إذ قضى بأنه "إذا أعوزتنا الأسباب في نصوص التشريع وفي ديباجته؛ تلمّسناها في الأعمال التحضيرية"<sup>2</sup>.

وقد استعانت المحكمة بهذه الوسيلة لإثبات انعدام المصلحة العامة في التشريع، وذلك لتعذر ووقوفها على مقصد المشرع بجميع الوسائل بما في ذلك الأعمال التحضيرية. كان ذلك عند تطبيقها معيار الوجود للكشف عن الانحراف الغائي إذ قضت المحكمة بأن "الأعمال التحضيرية للقانون السالف الذكر - المذكرة الإيضاحية ومضابط الشعب- قد خلت من بيان الأسباب التي ألجأت المشرع إلى ولوج هذا الطريق، أو المصلحة العامة التي يهدف إلى تحقيقها من ورائه"<sup>3</sup>.

وفي قضية أخرى استعانت المحكمة بالأعمال التحضيرية لاستخلاص الغايات المستهدفة من النص لتهيئ أعمال أحد فروض معيار الوجود، حيث كانت النصوص الطعينة قد قصرت الزيادة في معاش الأجر المتغير على حالات استحقاق المعاش لبلوغ سنة الشبوخة أو العجز أو الوفاة دون حالة انتهاء خدمة المؤمن عليه بالاستقالة، فبدأت المحكمة باستظهار المقصد التشريعي من قانون زيادة المعاشات مستعينةً في ذلك بالأعمال التحضيرية، مبينةً أن "النصوص المطعون فيها بتقريرها الزيادة في معاش الأجر المتغير قد استهدفت- كما أوضحت الأعمال التحضيرية لها- رعاية أصحاب المعاشات وزيادة معاشاتهم بما يتناسب مع الزيادة في الأسعار، وارتفاع تكاليف المعيشة، ومواكبة الزيادة في الأجور"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1198 لسنة 9 قضائية، 1964، ر. مصطفى كامل إسماعيل، حكم سابق.

<sup>2</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص113.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 101 لسنة 26 قضائية، 2009، ر. ماهر عبدالواحد، حكم سابق.

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 33 لسنة 25 قضائية، 12 يونيو 2005، برئاسة ممدوح مرعي. (ش.ق.ش | ر.م 71422)

ثم بيّنت كيف أن تلك النصوص معيبةً على مستوى وجود الغاية، لانفصال التشريع عن غاياته في الجزء الذي أغفله، ذلك أن تلك النصوص "بقصرها الاستفادة من تلك الزيادة على حالات استحقاق المعاش لبلوغ سن الشيخوخة أو العجز أو الوفاة، دون حالة استحقاق المعاش بسبب انتهاء الخدمة بالاستقالة- رغم كونهم جميعًا مؤمن عليهم قاموا بسداد الاشتراكات المقررة قانونًا، ويواجهون ذات الأعباء والتكاليف والالتزامات التي من أجلها سن المشرع النصوص الطعينة وضمنها الزيادة المتقدمة في معاش الأجر المتغير- فإن تلك النصوص تكون قد انطوت على تمييز بين هاتين الفئتين يصادم الأغراض التي توخاها المشرع من تقرير هذه الزيادة ويجا فيها، بما يحول دون ربطها منطقيًا بها، أو اعتبارها مدخلًا إليها<sup>1</sup>."

وفي قطر لا ذكر للأعمال التحضيرية عند استظهار مقصد التشريعي أحكام محكمة التمييز، ولعل ذلك يرجع لصعوبة حياة تلك المستندات، إلى جانب قلة الأحكام التي تلجأ فيها المحكمة لتفسير التشريعات. وفيما يلي بيان ما يأتي تحت جملة الأعمال التحضيرية:

**أولاً- المذكرة الإيضاحية:** تسمى أيضًا المذكرة التفسيرية، وهي الوثيقة التي تصاحب عرض مشروع القانون على السلطة التشريعية، وتتضمن عادةً الأسباب التي دفعت لإصداره والغايات المرجوة منه<sup>2</sup>، ويمكن تعريف المذكرة الإيضاحية بأنها المستندات التي تفسر الغرض من مشروع القانون<sup>3</sup>. والتعبير الراجح في القضاء الدستوري عن هذا المفهوم هو المذكرة الإيضاحية، باستثناء حكمين حديثين عبّرت فيهما عن هذا المفهوم بتعبير المذكرة التفسيرية<sup>4</sup>، والمدلول في التعبيرين واحد.

<sup>1</sup> الحكم نفسه، وكذلك: المحكمة العليا، القضية رقم 1 لسنة 7 قضائية، 1 يناير 1977، برئاسة بدوي حمودة. (ش.ق.ش|ر.م. 54069)

<sup>2</sup> المذكرة الإيضاحية، معجم القانون، موقع الأنطولوجيا العربية، جامعة بيرزيت، <https://ontology.birzeit.edu/term>

<sup>3</sup> <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/explanatory-notes/>

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 55 لسنة 31 قضائية، 5 يناير 2019، برئاسة حنفي الجبالي. (ش.ق.ش|ر.م. 413436)، وكذلك: القضية رقم 65 لسنة 39 قضائية، 4 نوفمبر 2021، برئاسة سعيد مرعي عمرو. (ش.ق.ش|ر.م. 1199458)

وقد استعانت المحكمة مرات عديدة بالمذكرة الإيضاحية لتعيين مقصد التشريع، ففي إحدى القضايا كان النص الطعين يحظر الطعن بالمعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة عن المحكمتين الابتدائية أو الاستئنافية، وكانت المذكرة الإيضاحية قد أشارت إلى أن الهدف من هذا التدبير هو مواجهة أحوال تعمّد التغيب عن المحاكمة للمماطلة في إجراءات المحاكمة، فوجدت المحكمة أن هذا المقصد معيبٌ في خفائه لكونه قام على فرضية تخالف الواقع وهي أن كل من يتغيب عن الحضور سيئ النية، فقضت بأن "ما تتذرع به المذكرة الإيضاحية للنص المطعون فيه، من أن المتهمين يعمدون إلى تمديد إجراءات محاكمتهم من خلال تخلفهم عن حضور جلساتها مردود، أولاً: بأن المتهم حتى بعد أن يعلن إعلاناً صحيحاً، قد يقوم به عذر يحول دون حضوره، فلا يكون حرمانه من أوجه الدفاع التي يدحض بها الاتهام، موافقاً للدستور<sup>1</sup>". كما وجدت المحكمة أن ما تتذرع به المذكرة الإيضاحية "مردود ثانياً: بأن الأحكام الجنائية تقارنها مخاطر تتعاضد وطأتها لاتصالها بالحق في الحياة والحرية والملكية، وقد تنال منها جميعاً أو من بعضها في آن واحد، فإذا كان الطعن بالمعارضة فيها غير مقبول، كان ذلك تقويتاً للحق في النفاذ في المرحلة التي صدر فيها الحكم الغيابي". وهو ما ينم عن أن مصدر التشريع كان معيباً في بنائه لتعارضه مع الغايات اللازمة من تمكين الدستور لتلك الحقوق.

في قضية أخرى كان النص الطعين قد استثنى من شرط المسافة بالنسبة لنقل الصيدليات العامة؛ نقل الصيدلية العامة إلى مكان آخر في أحوال هدم العقار محل الصيدلية، فاستشفت المحكمة الغاية من القانون الذي جاء التشريع الطعين ضمنه، حيث "كشفت المذكرة الإيضاحية للقانون... عن هدف المشرع من تنظيم مهنة الصيدلة بوصفها مهنة وليست تجارة تستهدف المضاربة والسعي

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 64 لسنة 17 قضائية، 7 فبراير 1998، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش | ر.م 36993)

للحصول على الربح، كما نظر إلى الصيدليات بوصفها مراكز للخدمة العامة، فأفسح مجال إنشائها وزيادة عددها، بعد أن كان القانون السابق يخصص لكل اثني عشر ألفاً من السكان صيدلية واحدة، فجعل حق فتح الصيدليات مباحاً مع مراعاة ألا تقل المسافة بين كل صيدلية وأخرى عن مائة متر لضمان انتشارها وتوزيعها توزيعاً مناسباً لأداء الخدمات التي تقوم بها في توفير الأدوية وإجراء الإسعافات الأولية للمرضى<sup>1</sup>. " فهذا هو الغرض الفعلي العام من شرط المسافة.

ثم بينت المحكمة أن "النص المطعون فيه قد واجه حالة هدم العقار الكائنة به الصيدلية العامة، فأجاز نقلها بذات الرخصة إلى عقار آخر، إلا أنه جاوز ذلك إلى استثنائها دون مقتض من قيد المسافة، مهدراً المصالح الجوهرية التي سعى إلى تحقيقها من تقرير هذا القيد، والأهداف التي توخاها من وراء ذلك"<sup>2</sup>. ليبين انفصال التشريع الطعين عن أغراضه التي يؤيدها الدستور، بما يعيب المصلحة العامة على مستوى وجودها.

وفي قطر قلماً يقترن صدور التشريعات بمذكرات إيضاحية ترفق بها أو تلحق، ولهذا لا نجد في قضاء محكمة التمييز القطرية استعانةً بمثل هذه المستندات إلا في القليل النادر، مثل حكم استظهرت فيه المحكمة الغاية التشريعية لأحد النصوص بواسطة المذكرة التفسيرية للقانون، وذلك على إثر الطعن على أحد الأحكام لمخالفة القانون كون الشركة المطعون ضدها لم تكن قطرية وأن أعمال المقاوله التي مارستها تعد أعمالاً تجارية بما يخالف الحظر على اشتغال غير القطري منفرداً بأي نشاط اقتصادي، فرفضت المحكمة ذلك الدفع مقررةً أن "النعي غير سديد، ذلك أن المادة الثالثة نصت... على أنه «يجوز لمواطني دول مجلس التعاون من الأشخاص الطبيعيه والاعتبارية ممارسة النشاط الاقتصادي في دولة قطر في المجالات الصناعية والزراعية والثروة

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 185 لسنة 35 قضائية، 03 يونيو 2017، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق. (ش.ق.ش | ر.م. 416178)

<sup>2</sup> الحكم نفسه.



الحيوانية والسمكية والمقاولات... وما جاء بالمذكرة التفسيرية للنص سالف البيان من إعمال ذلك النص انسجاماً مع الرغبة في التطبيق التدريجي للمادة الثامنة من الاتفاقية الاقتصادية الموحدة التي تهدف إلى معاملة مواطني دول مجلس التعاون في أي دولة من هذه الدول نفس معاملة مواطنيها دون تفریق أو تمييز<sup>1</sup>.

ومن أشهر المذكرات الإيضاحية؛ المذكرة الإيضاحية الخاصة بقانون الجنسية القطري. ولا شك أن المذكرات الإيضاحية هي من أهم وسائل الكشف عن مقاصد المشرع الفعلية، ففيها تتضح الأسباب التشريعية والغايات المرجوة من النصوص التي يشملها التشريع.

**ثانياً- مناقشات أعضاء البرلمان:** تعد هذه الوسيلة جزءاً من الأعمال التحضيرية للتشريع، فكل تشريع لا بد من أن يمر على هذه المناقشات، ومن خلالها قد يستشف القضاء مقاصد التشريع، حيث استعانت المحكمة بالنقاشات البرلمانية لبيان تنازع البرلمان في الميل تجاه أحد المصالح التشريعية المتنازعة، فقد وجدت في تلك المناقشات ما يدل على إثارة أحد أعضاء الهيئة التشريعية لضرورة منح المؤجر حقه في التصرف من خلال اقتراحه اشتراط إذن المؤجر مقابل معارضة أعضاء آخرين، فقضت بأن "البيّن من مضبطة الجلسة التاسعة والسبعين لمجلس الشعب المعقودة في 1977/7/31 أن أحد أعضاء هذا المجلس قرر أن التأجير المفروش للأعيان المؤجرة ينبغي أن يكون مشروطاً بإذن أصحابها توكياً لاتساع دائرة هذا التأجير بعد أن صار موطئاً لاستغلال البعض، إلا أن آخرين -أيديهم أغلبية أعضاء المجلس عند التصويت على المشروع- عارضوه لضمان ألا يباشر مؤجر العين على مستأجرها من صور الاستغلال أسوئها<sup>2</sup>، في هذا المقطع استعانت المحكمة بمضبطة الجلسة لإثبات المصالح المتنازعة في تصوّر الهيئة التشريعية من

<sup>1</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 16 لسنة 2013 قضائية، 26 مارس 2013، برئاسة ثقيّل ساير الشمري. (ش.ق.ش.ر.م. 364080)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 149 لسنة 18 قضائية، 1997، ر. عوض المر، حكم سابق.

خلال الوقوف على المصالح محل الجدل فيما بينهم، فجزء من أعضاء الهيئة التشريعية يرى أولوية مصلحة المؤجر لمنع استغلال المؤجرين من الباطن، وجزء آخر يرى أولوية مصلحة المستأجرين من الباطن لمنع استغلال.

ثم بعد تحرير تلك المصالح المتنازعة أعملت معيار الموازنة، ولما وجدت أنّ التشريع الطعين قدّم مصلحة المستأجر على مصلحة المؤجر رغم أولوية الأولى على الثانية في ميزان الدستور كونها تتفرع عن الحق في التصرف في الملكية؛ قضت بأن ما تضمنه التشريع الطعين ليس "إلا مزية استثنائية اقتحم المشرع بأبعادها حق الملكية إخلالاً بمجالاتها الحيوية التي لايجوز أن يمسه، وهو بذلك لايندرج تحت تنظيمها، وإنما أنشأ لكل مستأجر حقوقاً مبتدأة لا يتوازن بها مركزه القانوني مع المؤجر، ولايقيم علاقتها ببعض على أساس من التضامن الاجتماعي<sup>1</sup>".

**ثالثاً- تقارير اللجان البرلمانية:** وهي الأخرى جزء من الأعمال التحضيرية لأي قانون، حيث تُعنى اللجان البرلمانية ببحث مشروعات القوانين ومقترحات القوانين ثم تعرض رأيها من خلال التقارير التي تصدرها، لتُعرض بعد ذلك على مجلس النواب<sup>2</sup>.

استعانت المحكمة الدستورية العليا بتقارير اللجان البرلمانية لاستظهار مقصد التشريع في العديد من القضايا، ففي إحداها كان أحد نصوص التشريع قد زاد من أجرة الأماكن المؤجرة لغير أغراض السكنى<sup>3</sup>، واستثنى من تلك الزيادة- بنصٍ آخر- الأماكن المستعملة في أغراض لا تدخل في نطاق النشاط التجاري أو الصناعي أو المهني الخاضع للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أو الضريبة على أرباح المهن غير التجارية<sup>4</sup>، وقد أعملت المحكمة الفرض المتعلق بالصلة المنطقية

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> رمزي لشاعر، النظام الدستوري المصري: دراسة تحليلية لدستور 2014 المعدل في 2019، مرجع سابق، ص 979-980.

<sup>3</sup> المادة 7، القانون رقم 136 لسنة 1981 في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

<sup>4</sup> المادة 27، التشريع نفسه.

بين موضوع التشريع وبين غاياته ضمن معيار الوجود، ومن أجل إثبات انفصال العلاقة بين الاستثناء وغايات التشريع، استخلصت المحكمة الغايات الفعلية من القانون الذي تضمن هذا النص، مستعينةً في ذلك بتقارير اللجان البرلمانية، حيث قضت بأنه "لما كان المشرع قد توخى بالقاعدة العامة المتعلقة بالزيادة في الأجرة - وعلى ما أفصح عنه تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الإسكان والتعمير ومكتب لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية- "المحافظة على المباني القديمة باعتبارها ثروة قومية يجب الحفاظ عليها وإطالة أعمارها، وأن ضالة إيجار هذه المساكن تجعل ملاكها يعزفون عن صيانتها وترميمها، وأنه لما كانت مصلحة سكان هذه الأماكن، فضلاً عن الصالح العام الذي يتمثل في كون هذه الأماكن ثروة قومية يجب الحفاظ عليها وعدم زيادة أعباء سكانها، وفي نفس الوقت رعاية مصالح ملاكها، وذلك كله في إطار من التكافل الاجتماعي- فقد خلصت اللجنة إلى ضرورة تحريك أجرة الأماكن القديمة المؤجرة لغير أغراض السكنى بنسب تتفاوت بحسب تاريخ إنشاء المبنى<sup>1</sup>. " فهذه الغايات تتصل اتصالاً مباشراً بالوسيلة التي انتخبها المشرع والمتمثلة في زيادة أجرة تلك الأماكن، لكن استثناء الأماكن المستعملة في أغراض أخرى على النحو الذي حدده النص يفصل كلياً عن تلك الغايات، وهو ما انتبهت المحكمة إليه، فأردفت على ما مضى قولها بأن "الاعتبارات التي استند إليها المشرع في تقرير الزيادة بالنسبة للأماكن المؤجرة لغير أغراض السكنى، وهي تحقيق المصلحة العامة وتعويض ملاكها عن انخفاض أجزتها والحرص على توفير مصدر لتمويل تكاليف ترميمها وصيانتها واعتبارها من عناصر الثروة القومية إنما تنسحب كذلك إلى المباني المؤجرة لغير أغراض السكنى المستعملة في أغراض لا تدخل في نطاق النشاط التجاري أو الصناعي أو المهني الخاضع للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أو

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 21 لسنة 7 قضائية، 29 أبريل 1989، برئاسة مدوح مصطفى. (ش.ق.ش|ر.م 36586)

الضريبة على أرباح المهن غير التجارية باعتبارها إحدى عناصر الثروة القومية التي يجب الحفاظ عليها وأن استقلال هذه المباني الأخيرة بأنواع معينة من النشاط - اجتماعية كانت أو دينية أو ثقافية - لا يخرجها عن كونها مبان مؤجرة لغير أغراض السكنى طبقاً للغرض المقصود من تأجيرها ، و كان ينبغي أن تندرج في إطار القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة "7" من القانون رقم 136 لسنة 1981 فيسري عليها حكم الزيادة<sup>1</sup>. فعلى أساس ذلك ألغت المحكمة الاستثناء وشملت تلك الأماكن بحكم الزيادة لتعيد اتصال مضمون التشريع بغاياته بعد أن فصلها عنها ذلك الاستثناء، فقضت بعدم دستوريته.

**رابعاً- البيانات الحكومية:** تشمل البيانات الحكومية مشاريع القوانين التي تقدّمها الحكومة للبرلمان في سبيل إصدار تشريع معين، وكذلك تصريحات الوزراء بشأن التشريعات القائمة أو حتى بشأن مشاريع القوانين.

وقد استعان القضاء الدستوري بالعديد من التصريحات الوزارية لإثبات عددٍ من النتائج الفعلية في التشريعات الطعينة، حيث جاء استشهاده بتلك التصريحات كتأكيد على صحة ما استخلصه من غايات طُبّق عليها أحد المعايير الخمس. من ذلك، في القضية التي كان النص الطعين فيها يفرض ضريبة على رؤوس الأموال، كانت المحكمة قد توصلت إلى أن الغاية معيبة على مستويين: 1- مستوى الخفاء لأن حقيقة التشريع كشفت عن هيمنة النتائج العرضية للضريبة المتمثلة في الجباية على النتائج الأصلية بما يلحق بالاستثمار أفدح الأضرار. 2- مستوى البناء وذلك لأن اقتصارها على غرض الجباية يجعلها منافية لغاية العدالة الاجتماعية التي جعلها المشرّع قيّداً مخصّصاً على التشريعات الضريبية.

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

وقبل إثبات انطباق ذينك المعيارين في الكشف عن الانحراف الغائي؛ استعانت المحكمة بتصريح وزير المالية للكشف عن النتائج الفعلية للتشريع الطعين، فقضت بأنه "ليس أدل على ذلك، من أن وزير المالية حين سئل عن كيفية تعويض حصيلتها بعد إلغائها، كان قاطعاً في أن إلغائها يوفر ظروفاً أفضل للاستثمار، تزداد بها العمالة، وينكمش معها التضخم، ويدور في نطاقها رأس المال، من خلال قاعدة إنتاجية أعرض، كاشفاً بذلك عن أن فرض هذه الضريبة كان عملاً عشوائياً منافياً لعدالتها الاجتماعية، مجاوزاً الحدود التي يكون فيها أداؤها واجباً قانوناً، معطلاً دورها في مجال تحقيق الكفاية والعدل اللذين جعلهما الدستور أساساً للنظام الاقتصادي، وغداً تحصيلها بالتالي مجرد جباية لا ضابط لها ولا يستقيم بنيانها وفق الأسس الموضوعية التي لا تقوم الضريبة دستورياً في غيابها<sup>1</sup>". فانظر كيف اتخذت المحكمة من تصريح الوزير وسيلةً للكشف عن الغايات الفعلية، ثم أجرت عليها المعايير الأنف بيانها.

وفي قضية أخرى كان قانون التأمين الاجتماعي يحدد حالات استحقاق المعاش للمؤمن عليه، وقد خلا القانون من تعريف "المؤمن عليه"، ثم صدر قانون يعدل قانون التأمين الاجتماعي ويعرف "المؤمن عليه" بما يقصره على فئة بذاتها من المحالين للتقاعد وهي تلك التي تكون في الخدمة في الأول من يوليو سنة 1987، ولقد طعن المدعي بأن التعديل كان يبتغي حرمان تلك الفئة تحديداً من المعاش التقاعاً على المصلحة الاجتماعية. وفي هذه القضية أعملت المحكمة ثلاثة معايير، فمن جهة أولى وجدت أن الغاية معيبة على مستوى خفائها لأن التعبير التشريعي يختلف عن القصد التشريعي اختلافاً مؤثراً، ذلك أن القانون المعدل "لا يتغيا تفسير المقاصد التي توختها المادة

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 9 لسنة 17 قضائية، 1996، ر. عوض المر، حكم سابق.

الأولى من القانون رقم 107 لسنة 1987، بل رُمى إلى تعديلها عن طريق إضافة شرط جديد إلى الشروط التي تطلبها لاستحقاق الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير.

ومن جهة ثانية وجدت المحكمة أن القانون المعدّل قد هيمنت فيه الغايات العرضية على الغايات الأصلية من التفسير، فبعد تمحيصها للنص المعدّل وجدت أن "الأغراض المالية وحدها هي الغاية النهائية التي قصد المشرع \_ بإصداره القانون رقم 1 لسنة 1991 \_ إلى بلوغها" عوضاً عن انفصال مضمون النص التفسيري عن أبعاد التفسير بما يجعل الغاية معيبة على مستوى وجودها " وهي بعد، أغراض تنافي بطبيعتها حقيقة أبعاد التفسير التشريعي" بما يجعل الغاية معيبةً على مستوى خفائها من هاتين الجهتين، ومعيبة على مستوى وجودها من الجهة الثالثة.

وقد استعانت المحكمة بتصريح وزيرة الشؤون الاجتماعية في تأكيد صحة الغايات الماضية التي أعملت معايير الانحراف الغائي عليها، فقضت بأن ما "يؤكد ذلك ما قررتته وزيرة الشؤون الاجتماعية، من أن سريان أحكام القانون رقم 107 لسنة 1987 - قبل تعديل مادته الأولى \_ على من خرج من الخدمة قبل الأول من يوليو 1987، يخل بالأمن والأمان، وهما لا يتحققان إلا من خلال صناديق تقوم على أسس اكتوارية سليمة روعيت في جميع التعديلات التي تم إدخالها على قوانين التأمين الاجتماعية، ويناقضها مثلاً "مد ميزة بأثر رجعي" لأن ذلك سيرتب أضراراً جسيمة بالصناديق " يخل باستمرار وفائها بالمزايا التأمينية"، ويجب بالتالي "الحفاظ على مراكزها المالية<sup>1</sup>".

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 34 لسنة 13 قضائية، 1994، ر. عوض المر، حكم سابق.

## المطلب الثاني

### إثبات مقاصد التشريع بطريق الدليل الخارجي (الوسائل الواقعية)

قد تبدو للقضاء قرائن أخرى تنقض الأسباب أو الغايات التي يذكرها المشرعون، بحيث يخبر الواقع بنتائج تعارض أو تناقض ما أفصح المشرع عنه، وحينها لا يكون استظهار النوايا والمقاصد بغير طريق الدليل الخارجي، والسؤال هنا: هل يجوز للقضاء الالتفات عن الأسباب والغايات الظاهرة ويبنى حكمه على القرائن الخارجية التي تكشف عن الأسباب والغايات الخفية الفعلية للتشريع؟

قَبِلَ السنهوري الأخذ بالدليل الداخلي، لكنه رفض الأخذ بالدليل الخارجي، حيث عدَّ الطريق الأول مأموناً دون الثاني، وذلك لسببين، الأول: أنه طريق غير مسلّم به في مجال الانحراف الإداري. والثاني: أنه يتعارض مع التزامه بالمعايير الموضوعية<sup>1</sup>. ولسنا نشاطر السنهوري هذا الرفض، ونعتقد أن السببين لا يصحان، وفيما يلي بيان ذلك:

- بالنسبة لنفي صحة السبب الأول: ذكر الطماوي بأن "المحاكم القضائية قد استقرت على أن من يطعن في القرار الإداري بعيب الانحراف له أن يثبت ذلك بجميع وسائل الإثبات، بل قد وصلت في بعض قضاياها إلى أبعد من هذا المدى<sup>2</sup>"، وهو يقصد في ذلك حكم محكمة استئناف مصر الذي استثنى من قرينة صحة القرارات الإدارية طائفة الموظفين من القضاة، حيث طالب الإدارة بتسبب قرار إحالة الموظف إلى المعاش رغم أنها غير ملزمة بالتسبب وألقى عبء إثبات صحة القرار على الإدارة<sup>3</sup>، وكانت المحكمة في قضية لاحقة قضت بإحالة القضية على التحقيق "ليثبت المستأنف ولينفي المستأنف عليهما بكافة الطرق بما فيها البيئة والقرائن أنه عُرِلَ تنكيلاً به<sup>4</sup>".

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 113.

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة: الانحراف بالسلطة، مرجع سابق، ص 687.

<sup>3</sup> حكم محكمة استئناف مصر، 30 مايو 1943، المجموعة الرسمية السنة 43. يُنظر: المرجع نفسه، ص 690.

<sup>4</sup> حكم محكمة استئناف مصر، 19 ديسمبر 1944، المجموعة الرسمية، السنة 45، ص 227، رقم 131. يُنظر: المرجع نفسه، ص 688.

ومن هذه الشهادة التي أدلى الطماوي بها وصريح الأحكام التي ساقها في كتابه؛ يظهر أن إثبات عيب الانحراف الغائي في القضاء الإداري جائز بكافة وسائل الإثبات، سواء بالأدلة الداخلية أو بالقرائن الخارجية، فليس صحيحًا ما انتهى السنهوري إليه من أن "الأخذ بهذا الطريق غير مسلم به في إثبات التعسف في استعمال السلطة الإدارية، فأولى ألا نسلم به في إثبات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية<sup>1</sup>". وقد فطن لذلك- من قبلنا- الدكتور عبدالمنعم عبدالحميد، فأشار لعدم صحّة ذلك السبب وأبدى اختلافه مع السنهوري في هذه المسألة "لأن مجلس الدولة الفرنسي وأيضًا مجلس الدولة المصري قد توسّعا في وسائل إثبات الانحراف بالسلطة الإدارية لتشمل هذه الوسائل مجموعة القرائن المحيطة بالنزاع، بل إن مجلس الدولة الفرنسي قد توسّع إلى درجة إثبات الانحراف بالسلطة الإدارية عن طريق القرائن الخارجة عن النزاع. وعلى ذلك، فإن القاضي الدستوري يستطيع- أيضًا- إثبات الانحراف التشريعي عن طريق القرائن<sup>2</sup>".

ونحن نتفق مع ما ذكر، ونذهب إلى أبعد من ذلك، فحتى لو صحّ جدلاً أن القضاء الإداري لم يأخذ بطريق الدليل الخارجي فإن ذلك لا يلزم القضاء الدستوري بشيء، إذ القياس مع الفارق، وحيث يكون الفارق مؤثراً يبطل القياس، ذلك أن مظنة إضمار الأسباب والغايات الفعلية من جانب السلطة التشريعية أكبر منها من جانب الإدارة، لأن تعدد أعضاء السلطة التشريعية يجعل دمّ الانحراف الغائي عن الدستور مفرقاً بينهم، على عكس الانحراف من جانب الإدارة حيث يكون استظهار ما ضمّر متأنيًا بالأدلة المرفقة في ملف الدعوى في كثير من الأحوال.

- أما السبب الثاني، فهو الآخر لا يصح، فلا يعطب الموضوعية أن يعتمد القضاء على القرائن الخارجية في التماس نوايا التشريع ومقاصده، ما دام الوصول لتلك القرائن كان بوسائل لا تجانب

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 113.

<sup>2</sup> عبدالمنعم عبدالحميد، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 338.



مبدأ العمومية والتجريد، فمثلاً لو اتخذ القضاء من توقيت التشريع أو صدوره في ظروف معينة قرينةً على سببٍ معيّن أو غايةٍ معيَّنة وكانت تلك القرينة معضودة بقرائن أخرى تعزّزها، فإن اعتماد القضاء عليها لا يخرجها من دائرة الموضوعية، لكن هذا السبب الذي ساقه السنهوري يعكس لبساً في التمييز بين موضوعية الرقابة على الغاية وموضوعية الغاية نفسها، وقد مضى أن الوسيلة الموضوعية قد تفضي لنتيجة ذاتية دون أن تؤثر على موضوعية الوسيلة.

وإذ لم يضع الدستور أو قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا قيوداً على القضاء الدستوري بشأن الوسائل التي يعتمدها في استخراج مقاصد التشريع، فإن تقييده بالوسائل الداخلية دون الخارجية يكون من قبيل الادعاء بلا سند، فالأخذ بالقرائن الخارجية هو ما نرى وجوبه، فكثيراً ما تكون هذه الوسائل هي الطريق الوحيد لإثبات الأوهام الغائبة التي قد تكتنف وسائل الطريق الداخلي<sup>1</sup>.

وتتعلق وسائل الدليل الخارجي بظروف الواقع العملي التي ترافق صدور التشريع الطعين، فهي وسائل واقعية لأنها تستقى من الواقع، وهذه القرائن تنوء عن الحصر لأن الواقع متجدد ومتغير، وكل نص قد تحيط به من القرائن ما لا يحيط بنص آخر، ولهذا يجب أن يتقطن القضاء لسياق واقع التشريع الطعين فيتفقد بالفحص مثلما يتفقد عبارات النص نفسه والمستندات المتصلة به.

وإذا كان من أحدٍ أولى عنايته لهذا الطريق - دون وصفه بطريق الدليل الخارجي - فهو الدكتور عبدالرحمن كحيل، فقد جمع العديد من القرائن الخارجية لإثبات الغايات الفعلية تمهيداً للكشف عن الانحراف الغائي، وإذ نتفق مع بعض ما ساقه ونختلف مع بعضٍ آخر، نستفيد في هذا المطلب مما انتهى إليه<sup>2</sup>. ونتناول أهم تلك الوسائل عبر خمس نقاط، أولها القرائن الظرفية، ثم القرائن

الزمنية، ثم التطور التاريخي للتشريع، ثم قرينة الوقائع المتغيرة، ثم قرينة المعرفة الثابتة.

<sup>1</sup> أيّ الدليل الخارجي: محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي، مرجع سابق، ص 365. وكذلك: محمود الطائي، ج 2، ص 189.

<sup>2</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 443 وما بعدها.

أولاً- **القرائن الظرفية:** يقصد بها الأوضاع السابقة على إصدار التشريع والجو العام الذي أحاط به، فقد تكون تلك الأوضاع وسيلة لاستظهار الخلفية التي حدّدت وجهة النص التشريعي فيستعين بها القضاء للوقوف على الغايات الفعلية للتشريع<sup>1</sup>. وكثيراً ما استعان القضاء الدستوري بهذه الوسيلة فيما يتعلق بالقرارات بقوانين للوقوف على الغايات الفعلية تمهيداً للتحقق من اتصال الغايات المشروعة بأسبابها الدستورية، فقد نظر في الظروف المتصلة بإصدار التشريع وما إذا كانت ظروفًا استثنائية بالفعل أم لا، ففي إحدى القضايا الحديثة طعنت المدعية على قرار رئيس الجمهورية فيما قرره من تمييز بين الكيميائيين والفيزيقيين والأطباء البيطريين وبقية الفئات المخاطبة به بحرمان الثلاث من حافز المناطق النائية، فبحثت المحكمة في مدى توافر الحالة الاستثنائية التي تسوّغ حالة الضرورة لتقضي بأن "ثبوت تدني المعاملة المالية لأعضاء المهن الطبية العاملين بالجهات التابعة لوزارة الصحة والسكان من غير المخاطبين بقوانين أو لوائح خاصة<sup>2</sup>، قبل صدور القرار بالقانون المشار إليه، في ظل عدم اكتمال البنيان الدستوري للدولة وقتئذ، وفي غيبة رئيس جمهورية منتخب، وعدم وجود حياة نيابية، لعدم انتخاب مجلس النواب القائم على شؤون السلطة التشريعية الأصلية، فقد كان من شأن اجتماع هذه الظروف الاستثنائية التي ألمت بالبلاد ما أوجب على رئيس الجمهورية المؤقت الإسراع في إصدار القرار بالقانون المشار إليه، إيقانا بحلول خطر جسيم هدد سير المرافق الصحية الحكومية، على نحو كان معه التراخي في مواجهته، يعد إخلالاً من الدولة بالتزامها الدستوري بالرعاية الصحية المتكاملة للمواطنين، وتحقيق العدالة الاجتماعية لقطاع منهم بما يضمن حياة كريمة لهم<sup>3</sup>."

---

عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص1410. وقد أعاد موضعها كقرينة لإثبات الانحراف الغائي الدكتور عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص440.<sup>2</sup> كانت قد أثبتت ذلك بموجب تقرير لجنة الشؤون الصحية والبيئية لمجلس النواب.<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 126 لسنة 38 قضائية، 2020، ر. سعيد مرعي، حكم سابق.

في هذا المقطع وقفت المحكمة على حقيقة غايات التدخل واستخلصت من القرائن الظرفية في الواقع ما يثبت توافر مصلحة مشروعة تسوّغ التدخل بطريق القرار بقانون، لكنها أبطلت النص من ناحية أخرى لتعارض نتائجه النهائية مع الغايات الدستورية، حيث وجدت أن النص "قد أخل بمبدأ المساواة والعدل، وجاء مصادماً للحق في العمل، ومفتتاً على حق الملكية الخاصة، مهدراً التزاماً على الدولة بتحسين أوضاع العاملين في المجال الصحي"<sup>1</sup>.

ومن قبل ذلك استعانت المحكمة العليا بالقرائن الظرفية للثبوت من حقيقة الغاية حين طعن أمامها على القانون الذي فوّض رئيس الجمهورية لإصدار قرارات لها قوة القانون مستهدفاً غاية تمكين السلطة التنفيذية من حسم الأمور بسرعة لحماية أمن الدولة وسلامتها "وضمامنا لتعبئة إمكانياتها البشرية والمادية ودعمًا للمجهود الحربي والاقتصاد الوطني."؛ حيث قضت بأن "الظروف الاستثنائية التي أشار إليها هذا الاقتراح كانت تنذر باندلاع الحرب بين مصر وإسرائيل وتعرض البلاد لخطر يهدد كيانها وأمنها وسلامتها- وقد نشبت الحرب فعلاً عقب صدور قانون التفويض ببضعة أيام أي أنه صدر في ظروف تبرره وكانت مواجهتها بسرعة وحسم تقتضي توسيع اختصاصات رئيس الجمهورية على وجه يخوله إصدار التشريعات اللازمة لمواجهة تلك الظروف ودفع أخطارها"<sup>2</sup>. وهكذا كانت القرائن الظرفية وسيلةً للتحقق من الغايات الفعلية من ذلك التفويض.

**ثانياً - القرائن الزمنية:** تتعلق هذه الوسيلة بتحصّص عامل الزمن في التشريع وتأثيره على حقيقة النتائج النهائية، فقد يكشف تزامن صدور التشريع مع بعض الأحداث عن مقاصد غير مشروعة كان السعي إليها، كما قد ينمُّ تراخي التشريع في صدوره عن مقاصد غير مشروعة تنبئ بوجود انحراف غائي سلبي.

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 9 لسنة 4 قضائية، 1975، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.

وقد استعان القضاء الدستوري بالقرائن الزمنية في عدد من أحكامه تفنيدياً لمشروعية الغايات التي تشي بها الوسائل النصية، ففي إحدى القضايا طُعن على القرار بقانون بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية لصدوره في غير الأوضاع التي تطلبها الدستور للحالة الاستثنائية، فشرعت المحكمة في استخلاص الغايات التشريعية وفق تصريحات المشرعين، حيث "أفصح وزير الدولة لشؤون مجلس الشعب عن ماهية الضرورة التي دعت إلى إصداره بقوله "ولا شك أن الضرورة تحتم إصدار قانون لتعديل الأحوال الشخصية... وقد طال الأمد على إصدار هذه القوانين، وطول الأمد واستطالة المدة هي حالة الضرورة، بل هي حالة الخطورة، فالأسرة المصرية تنتظر هذا الإصلاح منذ عام 1905، واللجان تتعقد وتتعرثر أعمالها ولكن دون جدوى ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والقانونان اللذان يحكمان مجال الأسرة رقم (25) لسنة 1920 ورقم (25) لسنة 1929 كلاهما يحتاج إلى تعديل منذ صدورهما، أي منذ عامي 1920 و 1929. أليس في هذا كله مدعاة لضرورة يقدرها ولي الأمر ليصدر قراراً ثورياً بإصلاح الأسرة؛ لو ترك الأمر لاقتراح قرار بقانون أو لمشروع بقانون وثارَت حوله المناقشات وظل شهوراً وسنين فأين هي الحاجة التي تدعو إلى تحقيق إصلاح الأسرة بقرار ثوري مثل القرار بقانون المعروض<sup>1</sup>".

لكن المحكمة لم تسلّم لذلك التصريح، بل استعانت بالقرائن الزمنية التي أشار لها التصريح الأنف لاستظهار حقيقة تلك المقاصد وبيان عدم دستوريته، حيث قضت بأن "الأسباب سالفة البيان، وحاصلها مجرد الرغبة في تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم ما استجد من تغيّرات في نواحي المجتمع وإن جاز أن تدرج في مجال البواعث والأهداف التي تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 28 لسنة 2 قضائية، 4 مايو 1985، برئاسة محمد علي بليغ. (ش.ق.ش| ر.م 36479)

من قصور تحقيقاً لإصلاح مرتجى إلا أنه لا تتحقق بها الضوابط المقررة في الفقرة الأولى من المادة 147 من الدستور، ذلك أن تلك الأسباب- تفيد أنه لم يطرأ- خلال غيبة مجلس الشعب- ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التي تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التي حولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 147 المشار إليها ومن ثم فإن القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979- إذ صدر استناداً إلى هذه المادة، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها، يكون مشوباً بمخالفة الدستور<sup>1</sup> ."

حيث استفادت المحكمة من ذلك التصريح قرينةً زمنيةً تفيد عدم طرؤ أمرٍ ملح يسوّغ إصدار قرار بقانون، لتكشف بعدئذ عن اختلال الغاية على مستوى أساسها، كون الضرورة- وهي السبب الدستوري للتشريع- لم تقم صحيحةً بموجب الدستور، الأمر الذي يجعل المصلحة المنشودة مبنيةً على أساسٍ لا يصح.

وتزداد أهمية القرائن الزمنية بوجه خاص في القرارات بقانون لجوهرية عامل الزمن فيها، لذلك وضع الفقه مجموعة من القرائن لاستخلاص حقيقة عدم مشروعية مقاصد التدخل بالتشريعات الاستثنائية، مثل إصدار التشريعات قبيل انعقاد البرلمان بفترة قصيرة، أو عقب فض الدورة البرلمانية بأيام قليلة<sup>2</sup>، ويضرب الفقه مثلاً على ذلك بتعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون في العاشر من يوليو 1998؛ في حين أن البرلمان كان قد أنهى دور الانعقاد في الثالث عشر من يونيو، أي قبل أقل من شهر، فمثل هذا التزامن يكشف عن أن المقصد الفعلي ليس مواجهة حالة الضرورة وإنما الالتفاف على الطريق الدستوري للتشريع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 28 لسنة 2 قضائية، 1985، ر. محمد علي بليغ، حكم سابق.

<sup>2</sup> حسن عبدالرحيم السيد، تحقق الحالة الاستثنائية كشرط لإصدار المراسيم بقوانين، مرجع سابق، ص 62.

<sup>3</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 452.

بالنسبة لقطر، رغم أن جانبًا من الفقه يشير إلى ضرورة مراعاة القرائن الزمنية في تحديد حقيقة مقاصد التدخل بمراسيم القانون كما سلف البيان<sup>1</sup>؛ إلا أن أحكام محكمة التمييز القطرية قد خلت من أي إشارة لهذه القرينة فيما يتعلق بوسائل التفسير القضائي للنصوص التشريعية.

**ثالثاً- التطور التاريخي للتشريع:** تعتمد هذه الوسيلة على استعادة السياق التشريعي الأصلي للنص الطعين، من خلال النظر في تاريخ النصوص والأحداث المتصلة بها سعيًا لاستظهار مقصد المشرع<sup>2</sup>، وتعين هذه الوسيلة على كشف حقيقة قصد المشرع حين تبوء الوسائل الأخرى إلى طريق مسدود<sup>3</sup>.

أصلت المحكمة الدستورية العليا هذه الوسيلة إذ قضت بأنها "في مجال ممارستها لاختصاصها بالنسبة إلى التفسير التشريعي، إنما تقتصر ولايتها على تحديد مضمون النص القانوني محل التفسير على ضوء إرادة المشرع، تحريًا لمقاصده من هذا النص، ووقوفًا عند الغاية التي استهدفها من تقريره، وهي في سبيل استلهاً هذه الإرادة وكشفها توصلًا إلى حقيقتها ومرماها، لا تعزل نفسها عن التطور التاريخي للنصوص القانونية التي تفسرها تفسيرًا تشريعيًا"<sup>4</sup>. وفي أحد الأحكام الحديثة لمحكمة التمييز وثّقت هذه الوسيلة، فأكدت على استهدافها "بالتطور التاريخي للنصوص القانونية التي تفسرها"<sup>5</sup>، لكننا لم نعثر في أحكامها على تطبيق لهذه الوسيلة.

وقد استعانت المحكمة الدستورية العليا في مصر بهذه الوسيلة لاستظهار مقاصد التشريع الطعين في قضية تدور أحداثها حول تعاقد أحد الفلاحين عام 1964 مع الهيئة العامة للإصلاح الزراعي

<sup>1</sup> حسن عبدالرحيم السيد، تحقق الحالة الاستثنائية كشرط لإصدار المراسيم بقوانين، مرجع سابق، ص 62.

<sup>2</sup> إمار دريدجر، تفسير القوانين: النص والسياق والتفسير المقاصدي، مرجع سابق، ص 260.

<sup>3</sup> حامد جواد محمد، دور المحكمة الاتحادية العليا بالتفسير: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 58.

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 2 لسنة 8 قضائية، 1988، ر. ممدوح مصطفى حسن، حكم سابق.

<sup>5</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 263 لسنة 2018 قضائية، 25 سبتمبر 2018، برئاسة عبدالله السعدي. (ش.ق.ش|ر.م. 1185756).

يُنظر أيضًا: محكمة التمييز، الطعن رقم 248 لسنة 2021 قضائية، 2021، ر. مبارك الهاجري، حكم سابق.

على الانتفاع بقطعة أرض وشرائها بالتقسيم، وذلك بموجب قانون الإصلاح الزراعي 1952 الذي أتاح للدولة توزيع الأراضي المستولى عليها لصغار الفلاحين، وكان ضمن إجراءات التوزيع تحرير استمارة تبحث حالة الراغبين في الانتفاع بالتوزيع من واقع أقوالهم<sup>1</sup>، وقد أدرج المتعاقد في الاستمارة أسماء من كان يعولهم آن ذاك من أبنائه وزوجته، واستمر في دفع الأقساط والالتزام بكافة الضوابط حتى توفي عام 1981<sup>2</sup>، فاستمر ورثته من بعده بسداد الأقساط حتى عام 1988، وقبل هذا التاريخ بعامين صدر قانون 1986 الذي قصر توزيع حصة المتوفى على ورثته الشرعيين دون المساس بحصص بقية الأفراد المدرجين معه باستمارة البحث<sup>3</sup>.

على أساس هذا النص سُهر قرار الاستيلاء النهائي وسُجِّلت الأرض باسم المورث والمدرجين معه باستمارة بحث التوزيع في الشهر العقاري، فطُعن على ذلك القرار بأنه كان ينبغي تسجيلها باسم جميع الورثة وليس باسم المدرجين في الاستمارة، وذلك وفقاً لقانون 1952 الذي نصّ على تسليم الأرض لمن آلت إليه من المنتفعين، فإذا ما توفي المنتفع كان ينبغي أن تسجل باسم ورثته الشرعيين<sup>4</sup>، وعلى ذلك دفع المدّعيان بعدم الدستورية بأن سريان قانون 1986 بأثر رجعي على العقود المبرمة في ظل قانون 1952 يمسّ الحقوق المكتسبة للورثة الشرعيين، علاوةً على أنه يرتب حقوقاً لغير الورثة الشرعيين، ذلك أن الاستمارة تشتمل على اسم مطلّقة المنتفع، وتخلو من اسم أحد أبنائه الذين وُلدوا بعد رفع الاستمارة.

وفي سبيل الحكم على هذا النص، مضت المحكمة في استظهار القصد التشريعي بواسطة التطور التاريخي للتشريع، حيث قضت بأن "التطور التاريخي لقوانين الإصلاح الزراعي يدل على أن

---

<sup>1</sup> المادة 9، قانون رقم 178 لسنة 1952 بشأن الإصلاح الزراعي.

<sup>2</sup> وكان قد طُلق زوجته قبل وفاته وأنجب ابناً لم يدرجه في الاستمارة.

<sup>3</sup> المادة 3، قانون رقم 3 لسنة 1986 بشأن تصفية بعض الأوضاع المترتبة على قوانين الإصلاح الزراعي.

<sup>4</sup> المادة 14، قانون الإصلاح الزراعي.

الهدف من إصدار المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 المشار إليه هو توزيع أراضي الإصلاح الزراعي على المستحق من صغار الفلاحين، ويكون قد تقدم بطلب الشراء أو الانتفاع، وبعد بحث حالته في الاستمارة المعدة لذلك توزع عليه مساحة من الأرض في حدود القدر المقرر قانوناً وتبعاً لعدد المبحوثين معه من أسرته ومن يعولهم، ورغبة من المشرع في ترسيخ حق المنتفع في الأرض الموزعة عليه فقد أوجب في مرحلة لاحقة بعد ذلك تسجيل المساحة التي انتفع بها هذا الشخص، إلا أن هذا التسجيل يجب أن يتم باسمه فقط دون المدرجين معه باستمارة البحث، ويؤكد هذا الأمر أن المشرع في المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 سالف الذكر استهدف من توزيع الأرض على صغار الفلاحين أن تكون لكل منهم ملكية صغيرة، مما يقطع بأن التوزيع يكون لشخص مقدم طلب الانتفاع، كما اشترط المشرع فيمن يستحق التوزيع أن يكون بالغاً سن الرشد وحرفته الزراعة، وهو ما ينطبق على رب الأسرة مقدم طلب الانتفاع خاصة وأن من يدرج معه في الطلب أو الاستمارة يكون غالباً من القصر، وقد لا يحترف الزراعة، وبالإضافة إلى ما تقدم فقد أفصح نص المادة (14) من القانون ذاته بأن الأرض تسجل باسم صاحبها وأوجب عليه زراعتها والعناية بها بنفسه فإن أخل بأي التزام واجب عليه قانوناً؛ أحيل إلى اللجنة التي نص عليها المشرع، ويكون لها إلغاء انتفاعه واسترداد الأرض منه، الأمر الذي يخلص منه أن تسجيل الأرض يكون باسم المنتفع الأصلي مقدم طلب الانتفاع دون المدرجين معه باستمارة البحث<sup>1</sup>.

ثم عرجت المحكمة بالوسيلة ذاتها - التطور التاريخي للقانون - لتبيّن الغرض من تحرير أسماء من يعولهم في تلك الاستمارة، فوفق تاريخ التشريع ليس الغرض جعل ملكية الأرض مشاعاً بين أسماء المسجلين وإنما الغرض أمر آخر، "ذلك أن إدراجهم بها لم يكن إلا لمراعاة الأولوية في التوزيع

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 236 لسنة 26 قضائية، 2018، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق، حكم سابق.



وتحديد المساحة تبعا لعدد عائلة المنتفع المذكور، ولو أراد المشرع أن يتم التسجيل باسم الجميع لنص على ذلك صراحة كما فعل لاحقا بالقانون رقم 3 لسنة 1986 المشار إليه<sup>1</sup>.

وبعد تبيان مقاصد التشريع التي ينبغي أن تكون وفقاً لما يوحي به التطور التشريعي، عطفت حديثها على النص الطعين مبيّنة اختلال أساسه لعيب في المحل الأمر الذي انجر على النتائج الفعلية للتشريع، ومبيّنة اختلاله في بنائه لمخالفته العديد من الغايات الدستورية اللازمة، إذ قضت المحكمة بأن "المشرع قد عدل عن التنظيم القانوني الذي تضمنه المرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1952 المشار إليه؛ الذي أبرم ذلك العقد في ظل سريان أحكامه، إلى تنظيم جديد انطوى عليه القانون رقم 3 لسنة 1986 على النحو سالف البيان، مرتبا أثرا رجعيًا موضوعيًا؛ مخلا بذلك بحرية المالك في التعاقد، مما أدى إلى تقسيم الملكية بين المنتفع الأصلي أو الورثة عنه من ناحية، والمقبولين في بحث التوزيع أو الورثة عنهم من ناحية أخرى، بالرغم من أن المنتفع الأصلي هو المالك دون غيره... بما مؤداه الانتقال من حقوق بعض ورثة المنتفع الأصلي، ومنهم المدعيان، لصالح المقبولين في بحث التوزيع أو الورثة عنهم، مما يعد تمييزًا تحكيميا غير مبرر بين الورثة بالرغم من وحدة مركزهم القانوني، وشقاقا يمزق تماسك الأسرة ووحدتها واستقرارها وترسيخ قيمها، فضلا عن مصادمة التوقع المشروع من جانب وارثي المنتفع الأصلي؛ نظرا لتطبيق النصين المطعون فيهما بأثر رجعي في شأن المنتفعين الذين لم يستكملوا إجراءات تسجيل ملكيتهم، ومن بينهم مورثهم، بالإضافة إلى كفالة هذين النصين الحق في الميراث لغير ورثة المنتفع الأصلي الشرعيين، من ناحية؛ مثل مطلقة المنتفع الأصلي التي سبق أن ورد اسمها باستمارة البحث عند أيلولة ملكية الأرض إليه، ومن ناحية أخرى؛ حرمانهما الابن الذي لم يرد اسمه بتلك الاستمارة نظرا

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

لحدوث واقعة ميلاده بعد تحريرها، وتبعاً لذلك يكون النصاب المطعونان فيهما قد خالفاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، وانتقاصاً من حق الملكية الخاصة، وأخلاً بمبدأ المساواة وبالحرية الشخصية، وأهدراً للحق في التوقع المشروع<sup>1</sup>، وهكذا انتهت المحكمة إلى عدم دستورية التشريع.

رابعاً - قرينة الوقائع المتغيرة: إن الإحاطة بمقاصد التشريع تقتضي الإحاطة بما هو أكثر من مجرد النصوص، فيجب أن تقرأ الكلمات بعين السياق الاجتماعي المعروف لدى المشرعين، واستحضار سياق الوقائع التي صاحبت إصدار التشريع جزء لا يتجزأ من حقيقة المقصود التشريعي، والاقتصار على النصوص وحدها يعطي رؤية قاصرة للغايات التشريعية، لأن النص التشريعي يجسد تفاعل أفكار المشرعين مع الواقع في المقام الأول، فينبغي ألا تشيح المحكمة بوجهها عن النظر في الوقائع المتصلة بالتشريع عند استظهار مقاصده، فتقرأ النص التشريعي في ضوء الوقائع المشهورة والوقائع العامة<sup>2</sup>.

يمكن التمثيل لهذه الوسيلة في حكمٍ أخذت فيه المحكمة الدستورية العليا تزايد الأسعار وغلاء المعيشة كقرينة واقعية على مقاصد التشريع، حيث طُعن على النص الذي وضع حداً أقصى لزيادة أصحاب المعاشات دون بقية العاملين في الدولة، وذلك لممايزته بين الفئتين "بالرغم من أن قصد المشرع من تقرير هذه الزيادة في الحاليين هو معاونة أولئك وهؤلاء على مواجهة أعباء المعيشة وارتفاع أسعار السلع والخدمات"<sup>3</sup>.

عند استخلاص الغاية الفعلية من هذا التشريع بينت المحكمة أن المشرع قد قرر زيادة معاش الأجر الأساسي بنسبة 10% "هادفاً... إلى زيادة دخول أصحاب المعاشات والمستحقين عنهم بحسبانهم

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> إمار دريدجر، تفسير القوانين، مرجع سابق، ص 248.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 20 لسنة 27 قضائية، 8 يونيو 2008، برئاسة ماهر عبدالواحد. (ش.ق.ش|ر.م. 297899)

الفئة الأكثر احتياجًا للرعاية، باعتبار أن دخل كل منهم لا يجاوز ما يتقاضاه من معاش، ومن ثم تطلب الأمر رفع المعاناة عن كاهلهم لمواجهة متطلبات الحياة اليومية في ضوء ارتفاع الأسعار، وهو ذات ما هدف إليه المشرع من إصداره القانون رقم 86 لسنة 2004 بمنح العاملين بالدولة علاوة خاصة بنسبة 10% من الأجر الأساسي لكل منهم في 2004/6/30<sup>1</sup>. ففي هذا المقطع تبين المحكمة أن تغيّر الظروف وغلاء الأسعار قرينة على قصد المشرع في معاناة جميع الفئات المعنية على مواجهة أعباء الوظيفة.

ثم بعد الكشف عن هذه الغاية بقرينة تغيّر الواقع؛ أجرت المحكمة معيار الوجود وبيّنت انفصال الغرض عن مضمون التشريع الذي وضع حدًا أقصى لتلك الزيادة، حيث وجدت المحكمة بأن "المشرع وضع بالنص المطعون فيه حدًا أقصى لهذه الزيادة لا يجاوز ستين جنيهاً، في حين أطلق الحد الأقصى لقيمة العلاوة الخاصة التي مُنحت للعاملين بالدولة بالرغم من وحدة الهدف من إصدار كل من القانونين المذكورين، وهو معاناة الفئتين معًا على مجابهة أعباء المعيشة المتزايدة نتيجة الغلاء وارتفاع أسعار السلع والخدمات، وكان الأولى بالمشرع أن يطلق الحد الأقصى للزيادة التي قررها لأصحاب المعاشات حتى يحفظ لهم كرامتهم ويحميهم من العوز سيما من بلغ منهم من الكبر عتياً، خاصة وأن الأغلب الأعم من أصحاب المعاشات ليس له مورد رزق سوى معاشاتهم التي يتقاضونها من الهيئة القومية للتأمين الاجتماعي، في الوقت الذي تعاظمت فيه متطلبات معيشتهم واحتياج بعضهم إلى الدعم الصحي من علاج ودواء، والذي صار الجميع يئن من وطأة تكلفته، وإذ تتكب المشرع هذا الطريق وجاوز نطاق سلطته التقديرية التي يملكها في مجال تنظيم الحقوق بتقريره الزيادة في المعاشات مع وضع حد أقصى لها، فإنه يكون قد أهدر الحق في المعاش

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

على النحو الذي يكفل للمستفيدين منه حياة كريمة، فضلاً عن أن الوسيلة التي لجأ إليها في منح هذه العلاوة لا ترتبط بالهدف الذي أعلنه بعلاقة منطقية تبررها<sup>1</sup>

ويظهر من هذا المقطع اعتداد المحكمة بالمتغيرات الواقعية في مستوى المعيشة عند تحديد الغرض الأساسي الذي ينبغي على التشريع أن يستهدفه كونه المقصد التشريعي، ثم بيانها انفصال النص عن الغاية الأساسية التي ابتغت مواجهة تلك الظروف ابتداءً، بما يعيب الغاية على مستوى وجودها. وكانت المحكمة في حكم حديث قد أكدت على أن تحديد المصالح من جانب المشرع ينبغي أن يأخذ المصالح المتغيرة بعين الاعتبار، حيث قضت بأن "الأصل في كل تنظيم تشريعي للحقوق أنه لا يجوز لغير مصلحة واضحة يقوم الدليل على اعتبارها، ومستلها في ذلك أن المصالح المتغيرة، هي تلك التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها، وهي بعد مصالح لا تتناهى جزئياتها، أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتحدد-مضمونا ونطاقا- على ضوء أوضاعها المتغيرة<sup>2</sup>". ولا نجد تأصيلاً ذا قُربى في أحكام محكمة التمييز القطرية، إذ ليس من ذكرٍ فيها لتأثير الأوضاع المتغيرة على تفسير النصوص التشريعية واستخلاص مقاصدها.

**خامساً - قرينة المعرفة الثابتة:** تعتمد هذه الوسيلة على أن العقل الجمعي يؤثر في معاني التشريع، فالمخاطبون بالتشريع لا بد وأنهم يحملون قدرًا من المعرفة العامة المشتركة حول دلالات العبارات التي يختارها المشرع<sup>3</sup>، فمثلاً حين يطلق المشرع لفظ "الضريبة" فإن المعرفة العامة تصرفُ القصد إلى المبالغ التي تتقاضاها الدولة بهدف تمويل نفقاتها، وتالياً حين يدفع المشرع بأنه كان لا يقصد

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 216 لسنة 30 قضائية، 8 مايو 2021، برئاسة سعيد مرعي. (ش.ق.ش| ر.م 1196909)

<sup>3</sup> هذه القرينة لتحديد مقصد التشريع استلهمناها من كتابات الفقه الكندي حول التفسير المقاصدي، ثم لما بحثنا عن مثال لها وجدناه في إحدى قضايا المحكمة الدستورية العليا والتي أشرنا لها في المتن. يُنظر: إلمار دريدجر، تفسير القوانين، مرجع سابق، ص 249.

هذا المدلول وإنما قصد بالضريبة أن تكون نوعاً من الزكاة، فإن القضاء يعتمد في تحديد القصد التشريعي على ما تمليه المعرفة الثابتة للألفاظ وليس على ما يخبر به المشرع عنها. كان ذلك بالفعل بشأن النص الذي فرض الضريبة على رؤوس الأموال، حيث قضت المحكمة بأن "ما ذهبت إليه هيئة قضايا الدولة، من أن الضريبة المطعون عليها نوع من الزكاة مردود، بأن الزكاة فرضتها النصوص القرآنية، لا النصوص التشريعية الوضعية التي تردت الضريبة المطعون عليها إليها في مصدرها. والزكاة كذلك وباعتبارها من الأركان الأساسية للعقيدة الإسلامية- لا يجوز العدول عنها، ولا التعديل في أحكامها المقطوع بثبوتها ودلالاتها، خلافاً لكل ضريبة إذ يجوز دوماً النظر فيها، وتغيير بنيانها، بل وإلغاؤها. والضريبة والزكاة مختلفتان -نطاقاً وعلّة- وهما بالتالي متغايرتان، وتحملهما معاً، لا مخالفة فيه للدستور<sup>1</sup>". وهكذا رفضت المحكمة المقصد الذي ادّعه المشرّع لمخالفته المعرفة الثابتة حول مفهومِ الضريبة والزكاة.

وفي قضاء محكمة التمييز ثمة مقطع يحوم حول فكرة المعرفة الثابتة بشأن معاني المصطلحات التي يطلقها المشرع، فقد قضت في معرض تأصيلها لمسألة التفسير أنه "إذا أورد المشرع مصطلحاً معيناً في نص ما لمعنى معين، وجب صرفه لهذا المعنى في كل نص آخر يرد فيه. وكل هذا يجب أن يتظلل بأصول تفسير النص بما يفهم من عبارته، أو إشارته أو دلالاته، أو اقتضائه، وإذا تعارض معنى مفهوم بطريق من هذه الطرق، ومعنى آخر مفهوم بطريق آخر منها، رجح المفهوم من العبارة على المفهوم من الإشارة، ورجح المفهوم من أحدهما على المفهوم من الدلالة<sup>2</sup>". وهي في ذلك تستعين بقواعد الأصول المعلومة لدى علماء أصول الفقه، غير أن هذا المرتكز يمكن أن يصب فيما يُعرف بالمعرفة الثابتة كقرينة على الغاية الفعلية من التشريع.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 9 لسنة 17 قضائية، 1996، ر. عوض المر، حكم سابق.

<sup>2</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 263 لسنة 2018 قضائية، 2018، ر. عبدالله السعدي، حكم سابق.

## المبحث الثاني

### ضوابط الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع

إنَّ أوَّل من طرق هذا الباب في الكتابات العربية هو الفقيه الفذُّ أحمد كمال أبو المجد - رحمه الله - فقد أفرد في رسالته الشهيرة فصلاً بعنوان "التقييد الذاتي للرقابة على دستورية القوانين في قضاء المحكمة العليا" بيّن فيه القيود التي ألزمت المحكمة العليا في الولايات المتحدة نفسها بها، وجمعها في أربعة قيود: أولها، أن المحكمة لا تتعرض للنزاع الدستوري ما لم يكن لازماً للفصل في النزاع الموضوعي. وثانيها، احترام القرينة الدستورية. وثالثها، عدم امتداد الرقابة إلى بواعث التشريع أو ملاءمته. ورابعها، استبعاد المسائل السياسية من نطاق الرقابة<sup>1</sup>.

من هنا استقبل الفقهاء فكرة القيود الذاتية بصدورٍ رحب، وعُرِّفت بأنها "الضوابط التي يُلزمُ القضاء بها نفسه محدّداً لسلطته في نظر إحدى المسائل" فهي ذاتية لأن القضاء أوجبها على ذاته بذاته<sup>2</sup>. لكنّ هذا الاستقبال لم يقتصر على الفكرة فحسب، بل انجزّ على جلب تلك القيود الذاتية إلى مصر وتصديرها بعد ذلك لبقية أنظمة القضاء في العالم العربي، إذ ارتأى كثيرون بأن "القيود الذاتية التي حددتها المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية وفرضتها على نفسها تعتبر ضوابط سليمة للرقابة الدستورية الحكيمة، ولا تقتصر صلاحيتها على القضاء الأمريكي، فهي صالحة للاقتباس والتطبيق في البلاد المختلفة<sup>3</sup>". غير أنّ هذا النظر يُغفل تحوُّلاً جوهرياً طرأ على الرقابة الدستورية في مصر، فلئن صحّ استيراد فكرة القيود الذاتية على يد الفقيه أحمد كمال أبو المجد في فترة الرقابة اللامركزية، إلا أن التحوُّل إلى الرقابة المركزية يفرض مساءلة ذلك الاستيراد بعد هذا التحوُّل.

<sup>1</sup> أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مرجع سابق، ص 439-441.

<sup>2</sup> عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 572.

<sup>3</sup> عاد عمر الشريف، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص 144. وكذلك: ثروت عبدالعال أحمد، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 31.

في فترة الرقابة اللامركزية لم يكن القضاء مستنداً في اختصاصه بالرقابة الدستورية لنص صريح في الدستور، وإنما كان قد أثبت ذلك الاختصاص لنفسه وفق مجموعة من المبادئ المنفرعة عن مبدأ سمو الدستور، وهو وضعٌ يشبه وضع الرقابة الدستورية في المحكمة العليا التي ابتكرت تلك القيود، إذ ليس من نص في الدستور الأمريكي يمنحها الاختصاص بالرقابة الدستورية، فنشوء اختصاصها بالرقابة كان بسندٍ قضائي؛ هو حكم مارشال الشهير.

هذا السياق الذي نشأت فيه القيود الذاتية لا ينبغي تجاهله، لأن غياب السند الصريح باختصاص القضاء بالرقابة الدستورية هو عماد فكرة القيود الذاتية، فإذا وُجد النص الصريح فلا مجال لتطبيق القيود الذاتية، لأن النص المنشئ للرقابة هو الذي سيضع قيودها. وعليه، إذا كان استيراد تلك القيود مفهوماً ومُعتبراً في فترة الرقابة اللامركزية التي شهدتها مصر، إلا أنه ليس بمفهوم ولا بمُعتبر في فترة الرقابة المركزية. ذلك أنه لا اجتهاد للقضاء في مورد النص التشريعي، وما دام الاختصاص بالرقابة الدستورية دستوري المنشأ فليس للقضاء أن يجتهدوا بوضع قيودٍ لم يأذن الدستور أو القانون بها، إذ القيود الذاتية لها ما يسوّغها حين تنشأ الرقابة نشأةً قضائية دون إيعازٍ صريح من الدستور أو القانون، أما في الأحوال التي تنشأ فيها الرقابة نشأةً دستورية أو قانونية فإنّ مسوّغ تلك القيود الذاتية ينعدم، ولا اعتبار حينها لغير القيود المفروضة بموجب الدستور والقانون.

وعليه، لا وجهة لما يُثار في الفقه من أن نجاح القضاء الدستوري في الرقابة الدستورية على يرجع إلى التزامه بالقيود الذاتية التي تضمن درء الصراعات السياسية مع كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية وتقادي الدخول في معركة غير متكافئة تذهب باختصاص الرقابة عن بكرة أبيه<sup>1</sup>؛ فذلك القول قد يصحّ في أنظمة الرقابة التي يكون سند إنشائها قضائياً، لكنه لا يصح في أنظمة الرقابة

---

<sup>1</sup> شعبان رمضان، ضوابط وآثار الرقابة الدستورية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص511. وكذلك: عادل عمر الشريف، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص134.

التي يكون سند إنشائها دستورياً. ذلك أن السند القضائي ليس كالسند الدستوري في قوته، ففي الأول يمكن للسلطة التشريعية أن تجد في سكوت الدستور مدخلاً لإلغاء الاختصاص بالرقابة الدستورية بما تملك من سلطة التشريع، ما يعني أن السلطة التشريعية ذات بأس على القضاء في تلك الأنظمة، لكنّ الحال يختلف حين يكون سند إنشاء الرقابة دستورياً، إذ لا يضطر القضاء لمهادنة السلطات العامة خشية زواله أو زوال اختصاصه، بل يقف القضاء الدستوري موقفاً مكافئاً لبقية السلطات العامة، وليس في موقف أضعف كما في نظم الرقابة التي تنشأ قضائياً.

معنى ذلك أن النظام المصري - وقد بات سند اختصاصه بالرقابة دستورياً - لم يعد بحاجة للقيود الذاتية، لأن اختصاص الرقابة الدستورية ثابت بنص الدستور، والمحكمة الدستورية العليا تباشر اختصاصها وفقاً للحدود الدستورية والتشريعية، ولا يحق لها أن تُلزم نفسها بقيد لم يرد في أيٍّ منهما، فلا اختصاص لها بذلك، لأن القضاء الدستوري حرٌّ من كل قيد ما لم يكن سنده الدستور أو القانون، فإذا تقيّد بما لم يجعله الدستور أو القانون قييداً عليه فإن تقيده بغير قيد يكون من قبيل التخلي عن الاختصاص الذي يُنافي موجبات الدستور.

أما في قطر، يختلف الحال، فرغم وجود نص دستوري ينشئ الاختصاص بالرقابة المركزية إلا أن تعطيل المحكمة الدستورية العليا يستدعي أن يأخذ القضاء العادي على عاتقه مهمة حماية الدستور، فيباشر رقابة الامتناع مفعلاً دوره الإنشائي في تلافي حالة الفراغ الواقعي، وحينئذ يكون القضاء محتاجاً للقيود الذاتية. ومع الأسف، أعلنت محكمة التمييز رفضها رقابة الامتناع<sup>1</sup>، وذلك بتمييز حكم الدائرة الاستئنافية الذي امتنع عن تطبيق الشروط التي سنّها قرار مجلس الوزراء رقم 42 لسنة 1998 لمعادلة الدرجة الجامعية الأولى إعمالاً لنصوص الدستور التي تقرر مبدأ تكافؤ الفرص

<sup>1</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 194 لسنة 2010 قضائية، 4 يناير 2011، برئاسة عبدالله السعدي. (ش.ق.ش. | ر.م. 320889) وقد ناقشنا هذه المسألة بالتفصيل في كتابنا: الرقابة الدستورية بطريق الامتناع في القانون القطري والمقارن، مرجع سابق، ص 225-232.



للمواطنين والمساواة فيما بينهم. وإلى حين تفعيل المحكمة الدستورية العليا نحتُ محكمة التمييز على مراجعة موقفها من خلال نظام مراجعة الأحكام<sup>1</sup>.

وعودةً على القيود الأربعة، نجد الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا- في كلٍ من مصر وقطر- يؤصلان اثنين منها، الأول: هو أن المحكمة لا تتعرض للنزاع الدستوري ما لم يكن لازماً للفصل في النزاع الموضوعي، وذلك مستفاد من مجموع النصوص التي تحدد طريقة اتصال الدعوى الدستورية بالقضاء الدستوري<sup>2</sup>. والثاني: أن المحكمة لا تتعرض لرقابة الملاءمة. وذلك مستفاد من النصوص التي جعلت الاختصاص مقتصرًا على الرقابة الدستورية<sup>3</sup>، ذلك أن الملاءمة ليست وجهًا من أوجه الرقابة الدستورية، بل هي طريق موازٍ للرقابة عمومًا، فهناك رقابة الدستورية وهناك رقابة الملاءمة، ولا سند لاختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على الملاءمة.

أما قيد احترام القرينة الدستورية فليس من نصٍ يُسنده، بل في نصوص الدستور ما يرفضه، وهو إن كان مقبولًا كقيد ذاتي تلتزم به المحاكم التي أثبتت لنفسها اختصاص الرقابة الدستورية دون نصٍ صريح، فإنه ليس مقبولًا في أنظمة الرقابة التي يركز اختصاصها لنصٍ دستوري.

ولا يختلف الحال بالنسبة للقيد الذي يمنع الرقابة على البواعث، فهو قيدٌ عارٍ من السند، وفيه تخصيص بغير مخصّص، فالقضاء الدستوري يختص بالرقابة على التشريع عمومًا، وصحيح أن البواعث ليست جزءًا من التشريع لكنّها تحيط به وقد تتصل بالأسباب والغايات، ولما كانت الرقابة على السبب والغاية هي من جملة الرقابة على التشريع نفسه فإن خروج البواعث حين تتصل بهما معًا أو بأحدهما من نطاق الرقابة الدستورية لا يكون إلا بنصٍ صريح.

<sup>1</sup> تحدث بالتفصيل عن هذا النظام: أحمد العمادي، مراجعة أحكام محكمة التمييز القطرية وتصحيحها، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها.

<sup>2</sup> مصر: المادتان 27/ 29، قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979. قطر: المادتان، 13/ 14، قانون رقم (12) لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا.

<sup>3</sup> المادة 192، دستور مصر 2014 المعدل 2019. المادة 140، الدستور الدائم لدولة قطر.

وأما القيد الذي يمنع الرقابة على أعمال السيادة، فهو وإن كان بغير سند في عمومها إلا أنه يقتضي تفصيلاً، فجزء من الرقابة على أعمال السيادة يدخل في رقابة الملاءمة، وجزء منها يدخل في رقابة الدستورية، فما دخل في الأول خرج من اختصاص القضاء الدستوري، وما دخل في الثاني فإن القضاء الدستوري يلتزم بالرقابة عليه، ومع ذلك فإن الأصل هو عدم جواز إخراج عملٍ من رقابة القضاء لمجرد اتصافه بأنه من أعمال السيادة، إذ لا سند لذلك في الدستور.

وقبل أن نطوي تقديم هذا المبحث، ثمة حكم للمحكمة الدستورية العليا ورد فيه تعبير "القيود الذاتية" وقد طار به ركب الفقه بصفته سنداً لفكرة القيود الذاتية<sup>1</sup>، غير أنّ المتأمل في طيّات المقطع الذي يُستشهد به لذلك؛ لا يجد من فكرة القيود الذاتية التي عرفها القضاء الأمريكي إلا اسمها، إذ تصف المحكمة- في الجلسة التي ترأسها القاضي عوض المر- الضوابط التي تصوغها الهيئة القضائية بأنها في واقعها "قيود ذاتية تفرضها على نفسها الهيئة القضائية التي عهد إليها الدستور أو المشرع برقابة الدستورية، وذلك تقديرًا منها لخطورة هذه الرقابة ودقتها، ولأن المصالح التي تواجهها فريدة في بابها بالنظر إلى تشابكها واتساعها وتعقدها، واتصالها المباشر بمراكز هؤلاء الذين يمسمهم النص التشريعي المطعون فيه، ولو كانوا من غير أطراف المنازعة الدستورية<sup>2</sup>".

وهنا تكمن المفارقة الأولى، فمسوخ القيود الذاتية الأساسي في القضاء الأمريكي يعتمد على خلق حالة من التوازن بين السلطات العامة، بينما يورد هذا الحكم سببًا مختلّفًا يتعلق بخطورة الرقابة وضرورة التماس الدقة فيها، إلى جانب تشابك المصالح المتنازعة في الدعاوى الدستورية وتعقيدها، وهذا سبب يربط القيود الذاتية التي تقصدها المحكمة الدستورية العليا بالظروف العملية الفنيّة وليس

---

<sup>1</sup> من أولئك: عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص573. وكذلك: شعبان رمضان، ضوابط وآثار الرقابة الدستورية على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص513. وكذلك: ثروت عبدالعال أحمد، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص29-30، 32.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 35 لسنة 9 قضائية، 14 أغسطس 1994، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م 36765)

بالظروف السياسية كما هو الحال في قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة. ثم يستأنف الحكم وصفه لتلك القيود، بأنه "لا يجوز أن تفصل الهيئة التي تتولاها في دستورية نص تشريعي في غير خصومة تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد أوان إرسائها أو قاعدة دستورية تجاوز باتساعها أو مداها الحدود التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروف عليها. وليس لها كذلك الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص التشريعي المطعون عليه، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزاياه أو كانت الأضرار التي رتبها لا تتصل بالمصالح التي يدعيها اتصالاً شخصياً ومباشراً أو كان ممكناً حمل حكمها في النزاع المطروح عليها على أساس آخر<sup>1</sup>". وهذا المقطع ليس إلا تفصيلاً عن القيد التشريعي الوارد في قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا من عدم جواز الفصل في النزاع الدستوري ما لم يكن لازماً للفصل في النزاع الموضوعي، فهو ليس قيداً ذاتياً، وإنما تفصيل على إجمال القيد التشريعي.

ثم يقول أخيراً بأن المحكمة الدستورية عليها "دوماً- وكشرط أولي لممارستها رقابتها على الدستورية- أن تستوثق مما إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته<sup>2</sup>". وللوهلة الأولى يوحي هذا المقطع باعتراف المحكمة الدستورية بقريضة الدستورية، لكن هذا الإيحاء سرعان ما يتبدد عند الإمعان في مدى إمكان تأويل النص التشريعي في عبارتها السابقة "إذا كان ممكناً" فبمعرفة حدود ذلك الإمكان يمكن تحديد ما إذا كانت المحكمة قد قيدت نفسها بقريضة الدستورية أم لا.

قبل كل شيء يكفي لدحض هذا الافتراض أن المحكمة الدستورية العليا قد قرّرت بأنه "لا يسوغ أن تفسر النصوص القانونية قسراً على وجه لا تحتمله عباراتها ولا يستقيم مع فحواها بقصد تجنب

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

الحكم بعدم دستورتيتها؛ وإلا انحلت الرقابة الدستورية عبثاً<sup>1</sup>. " فهذا الحكم يضع بوضوح حدود إمكان التفسير التشريعي، ويلغي أهم لوازم القرينة الدستورية والمتعلقة بتجنّب الحكم بعدم الدستورية من خلال العملية التفسيرية.

ولمّا كان القاضي عوض المر هو الذي صاغ ذلك الحكم فينبغي أن يُفسّر مدى إمكان التأويل التشريعي على هدى من أحكامه الأخرى، وليس على هدى أحكام المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، ذلك أن الأمر في هذه الأخيرة في مجال الرقابة على الغاية قد يصل إلى أن يبحث القضاء عن أي مصلحة مشروعة ترتبط بالنص ولو كانت مُفترضة لا وجود لها في الواقع، ولا شك أن هذا التوسّع في إمكان التفسير التشريعي يخالف مقصود القاضي عوض المر في الحكم الآخر، فهو الذي رسم حدود إمكان التفسير التشريعي في حكم آخر بيّن فيه أن "المجال الطبيعي لهذا التفسير لا يعدو أن يكون وقوفاً عند المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص القانونية، وهي مقاصد لا يجوز توهمها أو افتراضها كيلا تُحمل هذه النصوص على غير المعنى المقصود منها ابتداءً، بل مناطها ما تغياه المشرع حقا حين صاغها، وتلك هي الإرادة الحقيقية التي لا يجوز الالتواء بها، ويفترض في النصوص القانونية أن تكون كاشفة عنها مبلورة لها، وهي بعد إرادة لا يجوز انتحالها بما يناقض عبارة النص ذاتها أو يعتبر مسخاً أو تشويهاً لها أو نكولاً عن حقيقة مراميها أو انتزاعاً لبعض ألفاظها من سياقها"<sup>2</sup> فلا يسع إمكان التسويغ التشريعي ربط النصوص بمصالح لم يقصدها المشرع سعياً لتجنّب الحكم بعدم الدستورية، وإنما يقف الإمكان عند المقاصد الفعلية للمشرع فحسب.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 11 لسنة 13 قضائية، 2000، ر. محمد ولي الدين جلال، حكم سابق.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 34 لسنة 13 قضائية، 1994، ر. عوض المر، حكم سابق.

ويدراً كل احتمالٍ آخر لعبارة الحكم الآنف ما أردفه في هذا الحكم من أنه "لا يجوز أن يتخذ التفسير التشريعي ذريعة لتصويب أخطاء وقع المشرع فيها، أو لمواجهة نتائج لم يكن قد قدر عواقبها حق قدرها حين أقر النصوص القانونية المتصلة بها، إذ يؤول ذلك إلى تحريفها، ويتمحض عن تعديل لها<sup>1</sup>". فليس بعد هذا الإيضاح مدخل للقول بالتقييد الذاتي للمحكمة بالقرينة الدستورية.

لذلك، فإن الحكم الآنف لا يصح الاستشهاد به لاعتماد القيود الأربعة، فأيراد تعبير القيود الذاتية لا يعني أن المحكمة قد اعتمدت أيًا من القيود الآنفة. والواضح أن تعبير "القيود الذاتية" قد انصرف لما يتعلق بالقيود على التفسير الذي يسبق الرقابة، وليس القيود على الرقابة نفسها، حيث اعتمدت المحكمة الدستورية العليا العديد من الضوابط الذاتية في عملية التفسير التي تسبق مباشرة الرقابة الدستورية، وهي تلك التي مضى الحديث عنها في المبحث المنصرم، إذ إن المحكمة بينت ضوابط الوسائل التي يجوز استعمالها في الرقابة الدستورية على الغاية.

يُنبُت ما تقدّم أن المحكمة قبل إيرادها عبارة القيود الذاتية وما تلاها من تفصيل كانت قد قرّرت في الحكم نفسه بأن "المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز أن تتصلّ من اختصاصٍ نيط بها وفقاً للدستور أو القانون أو كليهما وعليها كذلك- وبنفس القدر- ألا تخوض في اختصاص ليس لها، ذلك أن إنكارها لولايتها، أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية كلما كان تصديها لها لازماً، ولو لابتستها صعوبات لها وزنها، أو قارنتها محاذير لها خطرهما<sup>2</sup>" فهذا هو الأصل الذي لا حياد عنه في عقيدة المحكمة الدستورية العليا. ثم على ذيله أوردت المحكمة احترازاً بأن ما مضى "لا يعني الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى آفاق تجاوز مقتضياتها أو مباشرتها دون قيود تتوازن بها، بل يجب أن تكون هذه الرقابة- ولضمان فاعليتها- محددة طرائقها ومداخلها، جلية

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 35 لسنة 9 قضائية، 1994، ر. عوض المر، حكم سابق.

أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تقيد المحكمة الدستورية العليا نفسها بها، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحدها من حركتها، لضمان أن تكون رقابتها على الشرعية الدستورية، منحصرة في حدودها المنطقية، فلا يكون التدخل بها مؤذناً بانفلاتها من كوابحها، بل متوازناً بما يصون موجباتها، ولا يخرجها عن حقيقة مراميها كإدارة تكفل في آن واحد سيادة الدستور، ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التقديرية دون عائق وبوصفها ملاذاً نهائياً، وليس باعتبارها إجراء احتياطياً<sup>1</sup>. "فبقرأة المقطعين على هدي بقية الأحكام الأخرى والتطبيقات القضائية ينكشف بوضوح أن الضوابط الذاتية المقصودة هي تلك التي تتعلق بالوسائل التي مضى الحديث عنها.

أخيراً، نشير إلى أن جميع هذه القيود- الذاتية والتشريعية- تتعلق بالرقابة الدستورية عموماً، وما يجري على الكل يجري على الجزء، ولذلك أثيرت في بعض الكتابات التي تناولت موضوع الرقابة على الغاية، ونعتقد أن بعض هذه القيود يؤثر في الرقابة على الغاية أكثر من بعضها الآخر، خصوصاً ما يتعلق بالقيود الذاتية وفق مفهوم المحكمة العليا الأمريكية، فهذه القيود إذا ما طبقت في القضاء الدستوري فإنها تكون عقبةً كؤوداً دون ممارسة الرقابة الدستورية على الغاية.

لإثبات ما مضى، يمكن تقسيم ضوابط الرقابة إلى ضوابط تشريعية تتعلق بالقيود التي فرضها النص، وأخرى ذاتية تتعلق بما يلتزم القضاء به من نفسه، وفي ذلك ينقسم هذا المبحث لمطلبين:

- المطلب الأول/ الضوابط التشريعية للرقابة على الغاية

- المطلب الثاني/ مراجعة الضوابط الذاتية للرقابة الدستورية

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

## المطلب الأول

### الضوابط التشريعية للرقابة على الغاية

تجد هذه القيود أسانيداً في نصوص الدستور أولاً، وفي قانون المحكمة الدستورية العليا ثانياً، وهي تسري على الرقابة الدستورية على الغاية كونها جزء لا يتجزأ من الرقابة الدستورية على التشريع، لأن ما يسري على الأصل يسري على الفرع. وهذه القيود منها ما يكون قبل الرقابة، ومنها ما يكون أثناء الرقابة، ومنها ما يكون بعد الرقابة، فقبل النظر في المسألة الدستورية يتقيد القضاء بالتحقق من أن النزاع الدستوري لازمٌ للفصل في النزاع الموضوعي<sup>1</sup>. وأثناء مباشرة الرقابة تلتزم المحكمة بإجراء الرقابة الدستورية فحسب دون رقابة الملاءمة. وبعد الرقابة تلتزم المحكمة بالجزاء القانوني للحكم بعدم الدستورية. وسوف نفرّد ثلاثة فروع لبيان كل قيدٍ على حدة:

### الفرع الأول - لزوم الفصل في النزاع الدستوري للفصل في النزاع الموضوعي

مؤدى هذا القيد ألا يشرع القضاء الدستوري في فحص النص الطعين إلا بعد التثبت من لزوم ذلك للفصل في نزاع موضوعي قائم، بحيث يقوم ارتباط وثيق بين طلبات المدعي في الدعوى الموضوعية وبين الفصل في النزاع الدستوري<sup>2</sup>. ولئن كان هذا القيد من القيود الذاتية التي ألزمت المحكمة العليا في الولايات المتحدة نفسها بها لتعزّز ارتباط اختصاصها الدستوري بوظيفتها القضائية المنصوص عليها دستورياً<sup>3</sup>، إلا أن هذا القيد في كلٍ من مصر وقطر يعدُّ قيداً قانونياً وليس قيداً ذاتياً، أساسه أن القانون قد جعل رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا في جميع الطرق التي أجازها - الإحالة والدفع الفرعي والتصدي - مقروناً بوجود نزاعٍ موضوعي، فلا ينظر القضاء في أي نزاع

<sup>1</sup> وينبغي الالتزام بهذا القيد إلى حين الفصل في الحكم.

<sup>2</sup> محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، عالم الكتب، القاهرة، 1989، ص 100، 104.

<sup>3</sup> أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مرجع سابق، ص 544.

دستوري ما لم يتصل بالمحكمة وفق أحد تلك السبل، وإذا رُفعت الدعوى الدستورية بطريق آخر  
وجب على المحكمة الدستورية العليا أن تقضي بعدم قبول الدعوى<sup>1</sup>. فلا تصح إحالة الأوراق من  
محكمة الموضوع للمحكمة الدستورية العليا إلا إذا بدا لمحكمة الموضوع "أثناء نظر إحدى الدعاوى  
عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع"<sup>2</sup>. ويتوقف قبول الدفع الفرعي المبدى  
من أحد الخصوم على تقدير قضاء الموضوع لمدى جدية الدفع، حيث تُقدَّر الجدية بالنظر إلى  
مدى اتصال النزاع الدستوري بحسم النزاع الموضوعي<sup>3</sup>. وحتى طريق التصدي الذي يُجيز للمحكمة  
الدستورية العليا في جميع الأحوال أن تقضي بعدم دستورية أي نص يعرض لها بمناسبة ممارسة  
اختصاصها؛ لا يجوز للمحكمة أن تسلكه إلا إذا كان متصلاً بالنزاع المعروض عليها<sup>4</sup>.  
هذا القيد يسوّغه البعض بأن المهمة الأساسية للمحكمة تتمثل في الفصل في المنازعات الموضوعية  
عن طريق إعمال حكم القانون فيها، فلا يجوز لها أن تتصدى للبحث في دستورية تشريع ما إلا  
إذا كان الفصل في ذلك مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في النزاع الموضوعي<sup>5</sup>. وهذا التسوية  
قد يصدّق على أنظمة الرقابة قضائية النشأة، تلك التي لا يُثار فيها النزاع الدستوري إلا بمناسبة  
نزاع موضوعي، بحيث تكون المحكمة المسؤولة عن الفصل في النزاع الموضوعي هي نفسها التي  
تتعرض للنزاع الدستوري، فبالنسبة لأنظمة الرقابة تلك يكون مثل هذا التسوية منطقيًا.  
أما بالنسبة لأنظمة الرقابة التي أنشأها الدستور فإن تسويةً كهذا لا يشفي غليل المتسائل عن  
الحكمة من تقييد القضاء الدستوري بهذا الضابط، فحيث تكون الرقابة مركزية تكون المهمة الأولى

<sup>1</sup> محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 8-9.

<sup>2</sup> الفقرة (أ) المادة 29، مصر. قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979. الفقرة 1، المادة 13، قطر. قانون رقم (12) لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا.

<sup>3</sup> الفقرة 2، المادة 13، قطر. الفقرة (ب)، المادة 29، مصر.

<sup>4</sup> المادة 27 مصر، المادة 14، قطر. المادة 27، مصر.

<sup>5</sup> رائد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 145.



والأساسية للمحكمة هي أن تقرر مدى دستورية التشريعات من عدمها، وهو ما نجده صريحاً في قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا الذي جعل الاختصاص الأول للمحكمة ممثلاً في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، ومن نافلة القول أن القضاء الدستوري حين يكون مركزياً لا يُعنى بالفصل في المسائل الموضوعية أبداً، وإن هو فعل كان حكمه مخالفاً لقواعد الاختصاص، ولهذا فإن ذلك التسوية لا يصلح لتفسير الحكمة من هذا القيد في كلٍ من مصر وقطر.

تبدو الحكمة من هذا القيد في تنظيم المسارات الإجرائية لتحريك الدعوى الدستورية، وذلك بمنح الأولوية للنزاعات القائمة على النزاعات المحتملة، وهذا نظراً سديد، لأن العدالة الناجزة مطلبٌ أساسي في كل المجتمعات، والعدالة المتراخية تنطوي على شيء من الظلم<sup>1</sup>. وأما ما يقال من أن هذا الضابط وُجِدَ لعدم الاصطدام بالسلطة التشريعية فهو بعيد، إذ ينبغي على القضاء الدستوري أن يقف وقفة مواجهة أمام جميع السلطات كلما خرجت عن المسار الدستوري، فهو مسؤول عن صيانة الدستور، وليست مهمته مجاملة السلطات الأخرى.

ويأتي هذا القيد امتداداً للمبادئ المستقرة في قانون المرافعات، والتي تقضي بعدم قبول الدفع الذي لا يكون لصاحبه مصلحة شخصية مباشرة قائمة معتبرة قانوناً<sup>2</sup>، فعلى أساس ذلك استقر في عقيدة المحكمة الدستورية العليا أن "المصلحة الشخصية المباشرة- وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية- مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية مؤثراً في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها، المطروحة على محكمة الموضوع. ومن ثم يتحدد مفهوم هذا الشرط بأن يقيم المدعي الدليل على أن ضرراً واقعاً قد لحق

<sup>1</sup> عبدالرحمن شرفي، قيم وتقاليد القضاء، المكتب الفني لمحكمة التمييز القطرية، مرجع سابق، ص153.

<sup>2</sup> ومع ذلك فإن قانون المرافعات نفسه يجيز قبول الدعوى لوجود مصلحة محتملة "إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه."

به، وأن يكون هذا الضرر عائداً إلى النص المطعون فيه، فإذا كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، أو كان من غير المخاطبين بهذا النص، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة، إذ إن إبطال النص التشريعي في هذه الحالة لن يحقق للمدعي أية فائدة يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبلها<sup>1</sup>.

فرغم كون الدعوى الدستورية من الدعاوى العينية التي تكون حجيتها مطلقة على الكافة لا نسبية بين أطرافها، إلا أنها لا تعدُّ دعوى حسبة، إذ لا يجوز رفعها من أي شخص، ولا تقبل الدعوى الدستورية إلا من قبل من تتوافر فيها المصلحة الشخصية شأنها شأن أي دعوى قضائية<sup>2</sup>.

على أنه يكفي أن تثبت للمدعي مصلحة أدبية ولو لم تكن له مصلحة مادية<sup>3</sup>، وصحيح أن السوابق القضائية للمحكمة الدستورية العليا تخلو من قبول الدعوى على أساس مصلحة أدبية، ولكن المحكمة - في معرض اختصاصها بالفصل فيما يثور من تنازع على الاختصاص بين أكثر من جهة - ردّت الدفع بعدم قبول الطلب لانعدام المصلحة في قبول الدعوى على سندٍ من أن "للمدعين في الطلب المائل مصلحة أدبية محققة في عدم التعرض لأوضاعهم الوظيفية، وما يتفرع عنها من حقوق مالية، دون سبب مشروع، أو الاطلاع عليها بغير الوسائل المقررة قانوناً"<sup>4</sup>.

وإذا كان مناط قبول الدعوى الدستورية متعلقاً بوجود المصلحة، فإن إلغاء النص بتعديله من قبل المشرع أو بحذفه لا يحول دون قبول الدعوى الدستورية، ذلك أن إلغاء التشريع وحلول آخر يعني سريان الأخير من وقت نفاذه ووقف العمل بالتشريع الطعين من وقت الإلغاء، فمتى ثبت أن المدعي بعدم الدستورية قد وقع عمله وترتبت آثاره في ظل القانون الملغى فإنه تكون له مصلحة

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 9 لسنة 41 قضائية، 9 أكتوبر 2021، برئاسة سعيد عمرو. (ش.ق.ش | ر.م 1199308)

<sup>2</sup> محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 96.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 97.

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 1 لسنة 37 قضائية، 24 فبراير 2015، ر. عبدالوهاب عبدالرزاق. (ش.ق.ش | ر.م 368535)

شخصية مباشرة، وبغير ذلك لا تقوم المصلحة، وهو ما انتهت إليه المحكمة الدستورية إذ قضت بأن "التعديل والإلغاء لا يحولان دون قبول الطعن بعدم الدستورية من المدعين اللذين طبقت عليهما تلكا المادتان خلال فترة نفاذهما وترتبت بمقتضاهما آثار قانونية بالنسبة لهما، بحيث تتوافر لهما بذلك مصلحة شخصية في الطعن المائل<sup>1</sup>". كما قضت في حكم لاحق بأن "إلغاء النص المطعون عليه، لا يحول دون الفصل في الطعن بعدم دستوريته ممن طبق عليهم خلال فترة نفاذه وترتبت بمقتضاه آثار قانونية بالنسبة إليهم، طالما لم يسقط التشريع اللاحق تلك الآثار<sup>2</sup>".

### الفرع الثاني- عدم جواز الرقابة على ملاءمة التشريع

مؤدى هذا القيد أن تراقب المحكمة التشريعات الطعينة رقابة دستورية خالصة من كل العناصر غير الدستورية، فلا تُحاكُم التشريع لغير ميزان الدستور، ويترتب على ذلك امتناع الرقابة على ضرورة التشريع أو عدم ضرورته لتعلق ذلك بظروف الواقع لا بمطلوب الدستور، كما يترتب على هذا القيد امتناع الرقابة على الحكمة من التشريع، فلا تصدر المحكمة أحكامًا تقويمية على مدى صلاحية التشريع للظروف الاجتماعية والسياسية<sup>3</sup>. ويأتي هذا القيد في الفقه ضمن تعبير آخر وهو التزام المحكمة بالرقابة داخل الدستور لا خارجه<sup>4</sup>، ومقتضى ذلك أن يكون ميزانها هو الدستور فإن حاكمت النص للظروف الخارجية أيًا كان مجالها فإنها تراقب التشريع بميزان لا علاقة له بالدستور، وهو ميزان الملاءمة الذي لا اختصاص لها بإقامته.

وإذا كان هذا القيد يُدرج ضمن القيود الذاتية على الرقابة الدستورية استيرادًا عن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، إلا أنه في كل من مصر وقطر يعدُّ قيدًا قانونيًا كشف القضاء عنه

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 114 لسنة 5 قضائية، 6 أبريل 1985، برئاسة محمد علي بليغ. (ش.ق.ش| ر.م 36477)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 22 لسنة 8 قضائية، 1992، ر. عوض محمد المر، حكم سابق.

<sup>3</sup> أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مرجع سابق، ص 461.

<sup>4</sup> رائد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 163.

ولم ينشئه، فقد عُهدَ للمحكمة الدستورية العليا مهمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، ولم يعهد إليها برقابة ملاءمة القوانين واللوائح، وإذا كان سكوت المشرع ليس دليلاً على حظر رقابة الملاءمة بالضرورة إلا أن ثبوت الاختصاص التشريعي - بما يشمل من تقدير الملاءمة التشريعية - للسلطات الأخرى يعني أن يكون تقدير الملاءمة من وظائف المشرع كأصلٍ عام، بما يجعل النص بتحويل المحكمة بالرقابة الدستورية نصاً حاصراً للاختصاص.

ومن قبل ذلك، كان نص إنشاء اختصاص المحكمة العليا قاصراً على منحه اختصاص الفصل في دستورية القوانين دون ملاءمتها<sup>1</sup>، وقد عبّرت المحكمة عن وعيها بالفارق بين الدستورية والملاءمة إذ قضت أنه "وإن كانت الرقابة القضائية على دستورية التشريع لا تمتد إلى ملاءمة إصداره.. إلا أن ذلك لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون تقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور والتي يتعين التزامها وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور"<sup>2</sup>.

في هذا المقطع جعلت المحكمة من الدستور حداً للرقابة الدستورية، فما خرج عن نطاق الدستور كان من مسائل الملاءمة، وقد عززت ذلك في حكمٍ آخر قضت فيه بأن "الدفع بأن إصدار القانون المشار إليه هو من الملاءمات المتروكة للمشرع توصلنا إلى عدم اختصاص المحكمة العليا بالنظر في مدى دستوريته، مردود بأنه وإن كانت المحكمة لا تختص بالنظر في ملاءمة إصدار التشريع من عدمه إلا أنها تختص ببيان مدى مطابقتها أحكامه للدستور دون تعرض لملاءمة إصداره"<sup>3</sup>.

ولم يختلف هذا الوعي لدى المحكمة الدستورية العليا، بل تأكد وتعزز، فقد جابهت دفع الحكومة التي كانت تحاول الحد من الرقابة الدستورية من بوابة حظر الرقابة على الملاءمة. كان ذلك في

---

<sup>1</sup> المادة 4، القانون رقم 81 لسنة 1969 بشأن إصدار قانون المحكمة العليا.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 5 لسنة 5 قضائية، 1976، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 5 لسنة 7 قضائية، 1 أبريل 1978، برئاسة بدوي إبراهيم حمودة. (ش.ق.ش| ر.م. 54063)

العديد من القضايا حين دفعت الحكومة بحظر الرقابة على الملاءمة لإثبات عدم اختصاص المحكمة بنظر النص الطعين، فردت المحكمة على الحكومة دفعها إذ قضت في إحدى المرات أنه "لا ينال مما تقدم، ما ذهبت إليه الحكومة من أن تقدير التعويض المستحق يعد من الملاءمات التي يستقل بها المشرع، ذلك أن القانون المطعون فيه قد تعرض للملكية الخاصة التي صانها الدستور، ووضع لحمايتها ضوابط وقواعد محددة الأمر الذي يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية<sup>1</sup>"، فهنا، بينت المحكمة أن النص الطعين قد مس نصاً دستورياً، بما يجعل رقابتها عليه رقابة دستورية وليس لها علاقة برقابة الملاءمة.

وفي قضية أخرى تتعلق بالرقابة الدستورية على الغاية تحديداً، قضت المحكمة بأنه "لا ينال مما تقدم ما ذهبت إليه الحكومة من... أن تقدير التعويض ابتداءً أو تعديله يعد من الملاءمات السياسية التي يستقل بها المشرع دون تعقيب، ذلك أن المحكمة لا تتقيد بالوصف الذي يخلعه المشرع على القواعد التي يبينها متى كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف وتنطوي على إهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور، وإذ كانت المحكمة قد انتهت إلى أن النص.. لا يقوم على تعديل التعويض المستحق عن التأميم، وإنما يستهدف مصادرة ملكية السندات المستحقة لأصحاب المشروعات.. فإنه يكون قد تعرض للملكية الخاصة التي صانها الدستور ووضع لحمايتها ضوابط وقواعد محددة، الأمر الذي يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية<sup>2</sup>". فهنا حاولت الحكومة التذرع بالملاءمات السياسية لتخرج النص من رقابة المحكمة، بيد أن المحكمة قرنت النص الطعين بالنص الدستوري الذي يدور في فلكه لتعقد اختصاصها الدستوري بنظره<sup>3</sup>، وهذا المقطع يكشف أن

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 12 لسنة 5 قضائية، 2 يناير 1988، برئاسة ممدوح مصطفى. (ش.ق.ش | ر.م 36555)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 1 لسنة 1 قضائية، 3 مارس 1985، برئاسة محمد علي بليغ. (ش.ق.ش | ر.م 36476)

<sup>3</sup> ومثلما يبدو أن المحكمة في هذا الجزء طبقت معيار الخفاء في الفرض المتعلق بالفجوة بين التعبير التشريعي والمقصد التشريعي، كما طبقت معيار البناء في فرض مخالفة الغايات اللازمة عن النص على تمكين الحق في الملكية.

المحكمة تفصل بدقة موضوع الملاءمة عن موضوع الدستورية بعدستها الخاصة لا بعدسة المشرع. ولم تنفك المحكمة عن التفريق بين الملاءمة والدستورية حتى في أحكامها الحديثة، فقد قضت في معرض تأصيل الرقابة على المصلحة العامة أن "ملاءمات التشريع هي من أخص مظاهر السلطة التقديرية للمشرع العادي ما لم يقيد الدستور بحدود وضوابط يتعين على المشرع التزامها، وإلا عد مخالفا الدستور، ومن ثم يكون من حق المشرع العادي أن يستقل بوضع القواعد القانونية التي يراها محققة للمصلحة العامة متى كان في ذلك ملتزما بأحكام الدستور وقواعده<sup>1</sup>". ففي هذا المقطع تقضي المحكمة بأن حدود الملاءمة تقف عند حدود الدستور.

وهو ما وضّحته في أحدث أحكامها إذ قضت بأن "السلطة التشريعية، ولاسيما عند تصديها لتنظيم المصالح القانونية التي تنعكس بآثارها على المصالح الاقتصادية الجوهرية للدولة، الحق في سن القوانين التي تستهدف الدفاع عن المصالح التي تتبناها، وأن تقرر لها حماية خاصة، تدرأ بها عن الدولة المخاطر التي تحيق بها جراء عدم التدخل بتنظيمها، مستهدفة بذلك تحقيق المصلحة العليا للبلاد. واختصاص السلطة التشريعية في هذا الشأن لا يقيد إلا الالتزام بأحكام الدستور، ولا تمتد ولاية هذه المحكمة إلى مناقشة ملاءمة إصدار التشريع ولا وزن البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، مادامت تشريعاتها لا تتعارض مع أحكام الدستور<sup>2</sup>".

على أنّ مفهوم المخالفة لعبارات المقطع الأنف تقتضي امتداد ولاية المحكمة إلى مناقشة ملاءمة التشريع إذا تعارض مع الدستور، ويعد ذلك من صميم اختصاصها. وفعلاً، لم تجد المحكمة حرجاً في الرقابة على الملاءمة متى كانت امتداداً للرقابة على الدستورية، فإذا تبين لها اختلال وجه من أوجه التشريع لم تمتنع عن بيان خلل الملاءمة تدعيماً لموقفها في عدم الدستورية التشريع.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 161 لسنة 26 قضائية، 7 أبريل 2018، ر. عبد الوهاب عبدالرزاق. (ش.ق.ش| ر.م. 399592)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 120 لسنة 36 قضائية، 14 يناير 2023، برئاسة بولس إسكندر. (ش.ق.ش| ر.م. 1211619)

وما يدور في بعض الكتابات الفقهية حول ممارسة المحكمة الدستورية العليا رقابة الملاءمة هو من هذا القبيل، فلقد عدّ البعض حكمها بعدم دستورية النص الذي ألزم المطلق بتوفير مسكن للمطلقة الحاضنة وأبنائها خلال العدة؛ من قبيل الرقابة على الملاءمة، لكنّ فحص الملاءمة في هذه القضية كان تابعاً لفحص الدستورية، حيث خالف النص مبدأ الحرية الشخصية وأحكام الشريعة، ولذلك بعد أن بيّنت المحكمة عدم دستورية النص؛ دعمت موقفها ببيان عدم ملاءمة النص كذلك، وهذا مؤدى قضائها بأن "الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، والرقابة القضائية على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور<sup>1</sup>".

وكذلك الحال بشأن حكمها بعدم دستورية النص الذي قرر أيلولة ملكية الأدوية والمستحضرات السابق تسجيلها بالصيدليات إلى المؤسسة العامة للأدوية، فقد عدّ البعض حكمها في هذه القضية من قبيل الرقابة على الملاءمة<sup>2</sup>، لكن تقدير الملاءمة كان تابعاً لحكمها بعدم الدستورية لمخالفة الغايات اللازمة من حفظ الحق في الملكية، وليس من حكم في أحكام المحكمة الدستورية العليا يعرض لتشريع سلمت عناصره الخمسة ثم يخضع لميزان الملاءمة، ذلك أنها مقيدةً أبداً بالرقابة على الدستورية دون الملاءمة، ولا تكون رقابتها على الملاءمة إلا رقابةً تابعة للرقابة الدستورية.

### الفرع الثالث - التزام المحكمة بالجزاء القانوني للانحراف الغائي

كتب السنهوري مقالته في فترة الرقابة الدستورية اللامركزية على التشريعات، حيث لم يكن ثمة نص في الدستور يؤسّس تلك الرقابة، ولهذا حين تحدّث عن جزاء الانحراف الغائي استمرّ في إجراء

<sup>1</sup> عادل الطيببائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مرجع سابق، ص 542، 544.

<sup>2</sup> عاطف سالم عبدالرحمن، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي الاجتماعي الاقتصادي، مرجع سابق، ص 168. وكذلك: عبدالرحمن كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 595.

عمليته القياسية مقرراً وحدة الجزاء في التشريع المخالف للدستور والتشريع المنطوي على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، فكلاهما باطل شأنهما في ذلك "شأن القرار الإداري، فهو باطل إذا خالف القانون أو انطوى على تعسف".<sup>1</sup>

وقد لاحظ فرقاً جوهرياً بين التشريع غير الدستوري والقرار الإداري الباطل، ففي الأخير تختص محكمة القضاء الإداري بإلغاء القرارات الإدارية، "أما في التشريع غير الدستوري فالمحكمة غير مختصة، ولا توجد هيئة أخرى تختص بذلك، ولا يمكن أن توجد هذه الهيئة إلا إذا وجد نص في الدستور ينشئ محكمة عليا تكون مختصة بالنظر في دستورية القوانين".<sup>2</sup>

إزاء هذه المشكلة قدم السنهوري حلاً وسطاً مؤداه أن الدستور المصري ما دام خلواً من إنشاء محكمة عليا للنظر في دستورية التشريعات، وخلواً من حظر القضاء العادي من النظر في الدستورية، "فلا يجوز لأي محكمة مصرية أن تقضي في دعوى أصلية بإلغاء تشريع غير دستوري، ولكن يجب على كل محكمة أن تمتنع عن تطبيق التشريع الذي يتعارض مع الدستور إذا دفع أمامها بعدم دستوريته، لأن الدستور هو الأولي بالتطبيق".<sup>3</sup> وهو حلٌ مستورد عن نظام الرقابة في الولايات المتحدة، حيث استقر العمل به هنالك قبل أكثر من مئة عام من كتابة السنهوري مقالته. كان ذلك الحل سديداً في فترة الرقابة الدستورية اللامركزية التي شهدتها مصر، فهو حلٌ يقوم على فكرة التدرج التشريعي والتي تقتضي سمو الدستور على بقية التشريعات، فإذا تعارضت مع الدستور كانت أولوية التطبيق للدستور عليها، وامتنع القضاء عن إنفاذها. أما اليوم- في ظل الرقابة المركزية- اختلف الحال، إذ بات جزاء التشريع محدداً بالنص الصريح الذي رتب على الحكم بعدم

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص114.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

<sup>3</sup> عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص114-116.



دستورية التشريع "عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر<sup>1</sup>" ولهذا ارتأينا العرض لمسألة الجزاء ضمن القيود التشريعية، لأن القضاء قد بات مقيدًا بالجزاء الذي فرضه القانون للحكم بعدم الدستورية.

وبموجب النص الآنف، فإن الأصل هو عدم النفاذ الفوري للنصوص التي ثبت عدم دستوريته، وليس عدم النفاذ الرجعي، بيد أن المحكمة تتمتع بسلطة تقديرية في أعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية مثلما يشير الاستثناء في آخر الفقرة، وفي بيان غايات هذا النص قررت المذكرة الإيضاحية لقانون تعديل الفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا أنه "علاجاً لمشكلات الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في مثل هذه الحالات، التي كشفت عنها التجربة، وتحقيقاً للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع، والحفاظ على أمنه اجتماعياً واقتصادياً، وهي أمور يرتبط كل منها بالآخر برابطة وثقى، فقد رؤيَ تعديل حكم الفقرة الثالثة من المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 بما يكفل تحقيق الأغراض الآتية: أولاً- تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها، وقدر الخطورة التي تلازمها. ثانياً - تقرير أثر مباشر للحكم بنص القانون إذا كان متعلقاً بعدم دستورية نص ضريبي، ذلك أن إبطال المحكمة لضريبة بأثر رجعي مؤداه أن ترد حصيلتها التي أنفقتها- في مجال تغطية أعبائها- إلى الذين دفعوها من قبل بما يعجزها عن مواصلة تنفيذ خططها في مجال التنمية، ويعوقها عن تطوير أوضاع مجتمعها، ويحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز في موازنتها، وتلك جميعها آثار خطيرة تهدم من

---

<sup>1</sup> المادة 49، قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979. المادة 28، قانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا. وقد أضاف قانون تعديل هذه المادة في مصر تعبير "أسبق" في آخر العبارة "ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخًا آخر أسبق".

خلال حدثها الأوضاع القائمة، وتضطرب بها موازنة الدولة فلا تستقر مواردها على حال<sup>1</sup>. ويتضح من ذلك أن السلطة التقديرية للمحكمة في تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية مُحَوَّطٌ بقيدتين: **القيد الأول - عدم جواز رجعية الأحكام بعدم دستورية التشريعات الضريبية:** إذ قضى القانون بأن "الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص<sup>2</sup>". وهذا القيد لا نظير له في التشريع القطري، وربما عاد ذلك لحدثة التشريعات الضريبية في النظام القطري.

**القيد الثاني - وجوب أعمال الأثر الرجعي في التشريعات الجنائية:** إذ قضى القانون بأنه "إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه<sup>3</sup>". والحال لا يختلف في قانون إنشاء المحكمة الدستورية القطري.

ويرى جانب من الفقه أن النص الذي يثبت به عيب الانحراف الغائي ينبغي أن يكون منعديماً، بحيث يمتد أثر الإلغاء بأثر رجعي إلى تاريخ صدوره، ونحن نوافق هذا الرأي في النصوص التي يثبت فيها عيب إساءة استعمال السلطة، أما ثبوت الانحراف الغائي مجرداً فترك فيه السلطة التقديرية للقضاء بحسب كل نص.

---

<sup>1</sup> المذكرة الإيضاحية، القانون رقم 168 لسنة 1998 بشأن تعديل الفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا.

<sup>2</sup> المادة 49، قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979.

<sup>3</sup> المادة 49، قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979. المادة 28، قانون رقم 12 لسنة 2008 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا.

## المطلب الثاني

### مراجعة الضوابط الذاتية للرقابة الدستورية

يراجع هذا المطلب بقية القيود التي استوردت عن النظم الأخرى، تلك التي لا تجد سنداً في الدستور أو في قانون المحكمة الدستورية العليا، حيث ننظر في مدى صحة ذلك الاستيراد ومدى موافقته لخصوصية النظامين المصري والقطري، كما ننظر في موقف القضاء المصري والتشريع القطري من كل قيد. ولما كانت تلك القيود تتعلق باحترام القرينة الدستورية، وعدم جواز الرقابة على البواعث، وعدم جواز الرقابة على أعمال السيادة، فسوف نناقش القيود الثلاثة ضمن ثلاثة فروع.

#### الفرع الأول- احترام القرينة الدستورية

تعني القرينة بالمعنى القانوني استنباط أمر مجهول من أمر معلوم<sup>1</sup>، وتعبير آخر هي استخلاص أمر غير ثابت من أمر ثابت<sup>2</sup>. فهي إذن ثبوت واقعة ما ثبوتاً ظنياً من ثبوت واقعة أخرى ثبوتاً قطعياً لغلبة تحقق الأولى كلما تحققت الثانية.

ومصطلح "قرينة الدستورية" لا يخرج عن هذه الدلالة، فالتزام القضاء بقرينة الدستورية مؤداه أن يفترض توافق التشريع الطعين مع الدستور على أساس الواقعة الثابتة من أن القانون هو تعبير عن إرادة الشعب، وأن الدستور هو الآخر تعبير عن إرادة الشعب كذلك، فالمنطق يقضي - غالباً - أن إرادة الشعب الأدنى لن تخالف إرادته الأسمى، وعليه فسلامة القانون من مخالفة الدستور هي الأصل فيما يصدر عن السلطة التشريعية، ولا يحيد القضاء الدستوري عن هذا الأصل إلا بقيام الدليل القاطع على أن القانون فيه مخالفة دستورية.

<sup>1</sup> راند الأيزرجاوي، القرينة ودورها في الإثبات في المسائل الجزائية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2010 - 2011، ص13. وكذلك: سمير الجمال، شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المحاضرة الرابعة، جامعة دمياط، ص1.

<sup>2</sup> مقال: آية الوصيف، تعريف ومفهوم القرينة حسب القانون، موقع: استشارات قانونية مجانية، حمامة نت، 2017.

<https://www.mohamah.net/>

هذه هي الفكرة العامة التي تقوم على أساسها قرينة الدستورية، وتطبيقها يرتهن بثلاثة لوازم:

**اللازم الأول-** أن الأصل في التشريع السلامة من العيب، تمامًا كما هو الحال بالنسبة لقرينة البراءة في المواد الجنائية والمواد المدنية، فالأولى تقتضي أن الأصل في الإنسان البراءة من كل جرم، والثانية تقتضي أن الأصل في الإنسان براءة الذمة، وكما أن المتهم لا يكفي لإدانته وجود أدلة راجحة تُسندُ الجرم إليه وتدحض قرينة البراءة وإنما لا بد من توافر أدلة يقينية يُعدّل بها عن هذا الأصل، فكذا لا يكفي رجحان الأدلة على مخالفة الدستور للحكم بعدم الدستورية، بل ينبغي أن تكون الأدلة قطعية لهدم تلك القرينة<sup>1</sup>.

**اللازم الثاني-** تجنّب الحكم بعدم الدستورية ما لم تكن المخالفة واضحة بما لا يدع مجالاً معقولاً لاحتمال دستورية التشريع<sup>2</sup>، فهذه القرينة تفترض أن التشريع عند صدوره يكون موافقاً للدستور متسقاً مع حدوده، وعلى المدّعي أن يُقيم الدليل على خلاف ذلك، فلا يكون للقاضي الدستوري الحكم بعدم الدستورية ما لم تكن المخالفة واضحة لا تحتمل الشك في دستورية النص الذي قضت بعدم دستوريته. وهو ما يعني أن القاضي الدستوري منوط بحماية الحدود الدستورية الواضحة دون الحدود الدستورية غير الواضحة<sup>3</sup>.

**اللازم الثالث-** عند تعدّد التفسيرات بشأن النص الطعين، يجب على القاضي أن يختار التفسير الذي يجعل النص التشريعي موافقاً للدستور ويستبعد التفسيرات الأخرى<sup>4</sup>، ولا يجوز اختيار تفسير يؤدي للحكم بعدم الدستورية ما دام النص وفق تعبيراته يحتمل تفسيراً بريئاً من مخالفة النصوص

<sup>1</sup> عيد أحمد، قرينة الدستورية أساس لعمل لقاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، مج25، ع48، 2011، ص177.

<sup>2</sup> جيمس تاير، أصل ونطاق العقيدة الأمريكية للقانون الدستوري، البيانات بالأجنبية: ص144.

James Bradley Thayer, **The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law**, Harvard Law Review, Vol. 7, No. 3. P. 129-144. (1893)

<sup>3</sup> عيد أحمد الحسان، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مرجع سابق، ص175.

<sup>4</sup> هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر، مرجع سابق، ص609.

الدستورية، فتنازع التفسيرات يوجب على القضاء الدستوري- وفق قرينة الدستورية- أن يُعمل التفسير الذي يُبقي على التشريع ويتفادى التفسير الذي يؤدي إلى الحكم بعدم دستوريته.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا في مصر لم تسلّم باللوازم الأنفة، وإنما وطّنت هذا المفهوم، ولهذا سنتحدث في هذا الفرع عن مدى مناسبة تطبيق القرينة في القضاء الدستوري في مصر أو قطر أولاً، ثم نمضي ثانياً في بيان موقف القضاء الدستوري في مصر من قرينة الدستورية: أولاً- مدى مناسبة تطبيق قرينة الدستورية في القضاء الدستوري في مصر أو قطر: إن إعمال قرينة الدستورية بما تقتضيه من تقييد القضاء عند ظاهر النص؛ يشرّع للمشرّع الباب واسعاً في تفويض الحقوق والحريات ضامناً عدم إبطال تلك التشريعات على يد القضاء، الأمر الذي يزعزع مكانة الدستور، لأن المشرع بذلك ينازع الدستور في سمو حين يتعلق الأمر بالمخالفات الخفية<sup>1</sup>، فهذه القرينة تجعل الدستور يسمو على التشريع في حدود المخالفات الظاهرة فحسب، أما إن تعلّق الأمر بالمخالفات الخفية فإن إرادة المشرع تسمو على الدستور.

وإذا كان مدار الوظيفة الرقابية للقضاء الدستوري مقتصرًا على إبطال المخالفات الظاهرة فإن مثل هذه الوظيفة لا تحتاج إلى الخبرة القضائية، إذ يمكن لكلّ ذي عقل أن يرى التعارض بين نصّين حين يكون ظاهرًا، فهذا القيد يُججّم دور القضاء الدستوري، فيجعل الحد الأدنى للرقابة حدًا أقصى لها، ويجعل الأرضية التي تنطلق منها الرقابة الدستورية سقفًا نهائيًا لا تجوز مجاوزته، وهكذا تصبح الرقابة الدستورية عملاً خاملاً، في الوقت الذي ينبغي أن تكون فيه عملاً فاعلاً؛ يصب في تطوير التشريع عبر تمحيص العلاقة بين التشريعات وبين الدستور<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> راند القنديل، الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 151.

<sup>2</sup> ثروت عبدالعال أحمد، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 108-109. إذ يقول: العدالة الدستورية ليست معصوبة العينين على النحو الذي تقتصر فيه وظيفة القاضي الدستوري على مجرد مقابلة النصوص، إذ لو كان الأمر بهذه البساطة لما كانت هناك حاجة لإنشاء جهاز قضائي مختص بالرقابة، بل إن جهاز الحاسب يمكنه القيام بهذه المهمة عند برمجته لذلك.

ويزداد الإشكال عمقاً بالنظر إلى إلزام القضاء الدستوري بتبني التفسير الذي يجعل التشريع موافقاً للدستور في الوقت الذي قد يترجّح لديه تفسيرٌ آخر ينطوي على مخالفة دستورية، فذلك لا يعدو أن يكون انحيازاً مُسبقاً لصالح التشريع الطعين يتعارض مع مقتضيات العدالة القضائية. فاللازم الثالث- بصفة خاصة- يلغي كل قيمة عملية للرقابة على الغاية، خصوصاً في التشريعات التي تتعدد فيها احتمالات الغايات الفعلية بين احتمالات مشروعة وأخرى غير مشروعة، إذ لا يملك القضاء إلا أن ينحاز لصالح الاحتمال المشروع.

إن شيوع قيد قرينة الدستورية في كتابات العديد من الباحثين العرب هو من آثار استيراد المبادئ القانونية من الأنظمة الأخرى وإسقاطها على واقع البلاد العربية دون مراعاة لفارق السياق، فقرينة الدستورية هي من مبتكرات العقل الغربي الذي أنشأها لتتناسب مع معطيات واقعه. ذلك أن السلطة التشريعية في السياق الغربي هي- في الغالب- امتدادٌ حقيقي لإرادة الشعب، ولهذا وجد فقهاء الغرب أساساً منطقيًا لجعل موافقة التشريعات للدستور هي الأصل، فإذا كان الشعب هو الذي وافق على الدستور، وهو الذي يختار المشرعين الذين يمثلونه، فإن التشريع هو تعبير عن إرادة الشعب، وفي الغالب لن تخالف إرادة الشعب الأدنى إرادة الشعب الأسمى، فتكون اللوازم الثلاثة منطقية، إذ افتراض صحة التشريع مبني على حقيقة صدور التشريع عن ممثل الشعب، وهو ما يمكن أن يسوّغ منطقيًا وقوف القضاء عند حد المخالفات الظاهرة لأن ممثلي الشعب هم من الشعب ولن يخالفوا إرادة منتخبهم في الغالب، كما قد يسوغ التزام القضاء بالتفسير الذي يجعل النص مشروعاً<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> كانت هذه الفكرة أحد الأسس الثلاثة التي بنتها المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية دعماً لقيد احترام قرينة الدستورية، وإلى جانبها ضرورة احترام المشرعين، وكذلك التقوى المؤسسي للسلطة التشريعية على المحاكم. يُنظر: أندرو هيسيك، إعادة التفكير في قرينة الدستورية، البيانات بالأجنبية:

Andrew Hessick, **Rethinking the Presumption of Constitutionality**, Notre Dame Law Review, Vol. 85, Iss. 4. P. 1447, 1461, 1469 (2010).

وحتى نفهم وجه معقولية إعمال قرينة الدستورية في سياقها، ينبغي أن نعود إليه، فلقد نشأت نظرية قرينة الدستورية في الولايات المتحدة على يد الفقيه جيمس تاير كرّد فعل على نظرية القاضي مارشال في الرقابة الدستورية، حيث أصل مارشال لاختصاص القضاء العادي بالرقابة الدستورية في حكمه الشهير رغم خلو الدستور الأمريكي من أي ذكرٍ لها، فكان المشهد العام أن السلطة القضائية قد تجاوزت حدود اختصاصها واعتدت على اختصاص السلطة التشريعية كونها منحت نفسها اختصاصًا لم يمنحها الدستور إياه صراحةً، ولم تمنحها إياه السلطة التشريعية، وهو الأمر الذي أثار جدلاً واسعاً في حينها، كانت من آثاره نشوء نظرية قرينة الدستورية كحلٍ وسط للموازنة بين اختصاصات السلطة القضائية بفحص الدستورية واختصاصات السلطة التشريعية في وضع التشريعات التي تعبر عن إرادة الشعب دون أن يمتنع القضاء عن تطبيقها<sup>1</sup>. وهكذا يتّضح أن السياق الذي نشأت فيه هذه القرينة يتّسم بخصوصيتين لا مثيل لهما في سياقنا:

**الخصوصية الأولى** - أن التشريع في ذلك السياق تعبيرٌ عن إرادة ممثلي الشعب، وأن الدستور من قبله تمثيلاً للإرادة الشعبية، وأن السلطة التشريعية مسؤولة أمام الشعب لا أمام القضاء<sup>2</sup>، وهذا هو الأمر الثابت الذي استتبط منه الفقه الأمريكي الأمر غير الثابت والمتمثل في أن التشريع يوافق الدستور في الغالب، وبذلك تأسست قرينة الدستورية، وهي تدور وجوداً وعدمًا مع أساسها.

لهذا لم يناد أحدٌ هنالك بإعمال قرينة الدستورية في مجال الأعمال الإدارية، إذ الأمر الثابت المتمثل في كون التشريع تعبيراً عن إرادة الشعب ينعلم بالنسبة للتشريعات الإدارية، فهذه الأخيرة تصدر تعبيراً عن الإرادة الحكومية، وإذا كان السياق الأمريكي عرف قرينةً أخرى للأعمال الحكومية تسمى

---

<sup>1</sup> جيمس تاير، أصل ونطاق العقيدة الأمريكية للقانون الدستوري، مرجع أجنبي سابق.

<sup>2</sup> جون أوشيه وويليام سنوديركير، القرينة الدستورية، البيانات بالأجنبية:

John O'Shea & William Sondericker, **Presumptions of Constitutionality**, Catholic University Law Review, Vol. 2, Iss. 2. P. 101, 104. (1952)

قرينة المشروعية Presumption of Regularity التي تقوم على افتراض موافقة أعمال السلطة التنفيذية للقانون؛ فإن هذه الأخيرة تختلف عن قرينة الدستورية في أساسها، فهي تقوم على أساس أن الحكومة مسؤولة فيما يصدر عنها أمام ممثلي الشعب بموجب مبدأ الفصل بين السلطات<sup>1</sup>، أما قرينة الدستورية فتقوم على أساس أن ممثلي الشعب مسؤولون أمام الشعب نفسه فيما يصدر، إلى جانب أن الفقه الأمريكي قد استنكر بشدة أخذ المحكمة العليا بقرينة المشروعية واستشكلوا عليها عدم توضيح أساس هذه القرينة ومعياريها والأحوال التي تنطبق فيها<sup>2</sup>.

ولهذا، من العجيب أن نجد المحكمة الإدارية العليا في مصر تُضفي قرينة الدستورية على اللوائح، فقد استبعدت التفسير المخالف واعتمدت التفسير الموافق للدستور في تفسير عبارة "المراكز الإسلامية في الخارج"<sup>3</sup> على سندٍ من استقامة هذا القرار على قرينة الدستورية<sup>4</sup>. ولكن، ما الأساس الذي بنت عليه المحكمة أن اللوائح تصدر موافقةً للدستور؟ لا جواب تبديه المحكمة لذلك. والذي يبدو أن المحكمة قد تبنت حلاً لمشكلة لم تواجهها قط، وهي مشكلة مخالفة القضاء للإرادة الشعبية، فكان تطبيق ذلك الحل لمشكلة غير موجودة؛ موجدًا لمشكلة أكبر، وهي منح القرارات الإدارية امتياز الانحياز القضائي المُسبق، وهذه نتيجة طبيعية لانتزاع الأفكار من سياقات أخرى وتطبيقها في سياق أجنبي عنها دون توطين لها، فحين ننظر لسياق كلٍ من مصر وقطر، نجد أن أساس حماية الإرادة الشعبية الذي بُنيت عليه قرينة الدستورية في أمريكا؛ لا وجود له.

<sup>1</sup> اسم المؤلف غير مذكور، قرينة المشروعية في الرقابة الدستورية على السلطة التنفيذية، البيانات بالأجنبية:

**The Presumption of Regularity in Judicial Review of the Executive Branch**, Harvard Law Review, Vol. 131, Iss. 8. P. 2431, 2436. (2018)

<sup>2</sup> المرجع نفسه. وكذلك: آرام جافور وستيفن بلات، حول قرينة المشروعية، البيانات بالأجنبية:

Aram Gavoor & Steven Platt, **In Search of the Presumption of Regularity**, Florida Law Review, Vol. 74. P. 729, 771. (2022)

<sup>3</sup> المادة 1، قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 579 لسنة 1992.

<sup>4</sup> المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 41768 لسنة 57 قضائية، 6 يناير 2018، برئاسة أحمد أبو العزم. (ش.ق.ش. | ر.م. 430423)



ذلك أن التشريع في مصر - وفق التعديلات الدستورية الأخيرة - أصبح تعبيراً مباشراً عن الإرادة الحكومية، بل إن التعديلات الدستورية جعلت الدستور نفسه امتداداً لتلك الإرادة، لاسيما فيما تضمّنه من جمع الصلاحيات في يد رئيس الجمهورية، ولا يلغي ذلك أن مجلس النواب ما يزال منتخباً بالاقتراع العام السري المباشر، فلقد سبقت التعديلات الدستورية تعديلات تشريعية أُجريت عن طريق السلطة التنفيذية بما لرئيس الجمهورية من سلطة إصدار قرار بقانون، فصدر قرار الرئيس بإصدار القانون رقم 45 لسنة 2014 بإصدار قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية، ثم تبعه قرار الرئيس بإصدار القانون رقم 36 لسنة 2014 بإصدار قانون مجلس النواب.

فهذان التشريعان قد صدرا عن رئيس الجمهورية بصفته المؤقتة، وهو ما يكفي لاستنباط كونه صادراً عن إرادة الحكومة لا إرادة الشعب. ثم يتعزّز هذا الاستنباط حين نلقي نظرةً على نصوص التشريعين من جهة وعلى التعديلات الدستورية التي جرت عام 2019 من جهة ثانية، فبالرغم من أن قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية جعل تشكيل أعضاء اللجنة العليا للانتخابات مكوّناً من تشكيل قضائي في معظمه، إلا أن التعديل الدستوري الذي جعل لرئيس الجمهورية تعيين رؤساء الجهات والهيئات القضائية قد أودى بكلّ قيمة يحملها نص القانون، إذ إن ذلك يعني أن لجنة الانتخابات ستكون ذات تشكيل حكومي، لأن القضاة الذين ستشكّل منهم إما معينون من الحكومة، أو يتبعون قاضياً معيّناً من الحكومة، وإذ ثبت أن قانون الانتخاب يعبّر عن إرادة الحكومة فإن ذلك يختصر الطريق لإثبات أن التشريعات الصادرة عن مجلس النواب تصدر كذلك تعبيراً عن تلك الإرادة، فلن يصل لذلك المجلس رأي يخالف رأي الحكومة.

والحال لا يختلف كثيراً في قطر، فقد تقدم القول بأن الدستور وإن حصل على توافق شعبي إلا أن ظروف صدوره ومضامين نصوصه تعكس إرادة حكومية في المقام الأول. ويمكن استخلاص ذلك من نصوص الدستور نفسه التي تمنح الحكومة ثلث مقاعد مجلس الشورى بما يعادل خمسة عشر

مقعدًا، إذ إن هذه المقاعد حصّةً خالصةً لمن يتولى السلطة التنفيذية، يُعيّن بها من شاء، وبذلك يصفو للتعبير عن الإرادة الحكومية في مجلس الشورى ما يُعادل الثلث، والثلثُ كثير، ولا يخفى ما لذلك من تأثير على ما يصدر عن تشريعات من المجلس<sup>1</sup>.

ثم لو تأملنا في آلية انتخاب الثلثين الآخرين، نجد أنه لا يمكن ضمان تعبيرهما عن إرادة الشعب، ذلك أن الآلية الانتخابية تخضع لرقابة حكومية صرفة، فلقد أنشأ قانون الانتخابات لجنة الناخبين وأحال تشكيلها ونظامها لقرار يصدر من الوزير<sup>2</sup>، وصدر هذا القرار استجابة للقانون، لينص على تشكيل اللجنة من خمسة ممثلين عن وزارة الداخلية، وأربعة ممثلين عن المجتمع المدني يختارهم الوزير، وجعل القانون رئاسة اللجنة ونيابتها من بين الممثلين عن الإدارة<sup>3</sup>، وهو ما يعني أن اللجنة تسيطر عليها الرقابة الحكومية<sup>4</sup>، ولا مدخل فيها إلى الرقابة القضائية، وغالبًا ما سيكون الممثلون الأربعة موظفون في الدولة بما يجعل لجنة الانتخابات لجنة حكومية، وهذه اللجنة تختص بتلقي طلبات قيد الناخبين وفحصها وإدراج من توافرت فيه شروط الناخب في جداول الناخبين<sup>5</sup>، وهو ما يعني اختصاصها باستبعاد من لم تتوافر الشروط فيهم ولو لم ينص التشريع على ذلك صراحةً. ثم لو انتقلنا للنظر في قرار تشكيل لجنة المرشحين نجد الأمر لا يختلف كثيرًا، فمن بين تسعة أعضاء لا نجد إلا قاضيًا واحدًا ومن محكمة الاستئناف لا التمييز، مقابل خمسة ممثلين عن الوزارة من بينهم الرئيس ونائبه، ومحام عام بالنيابة العامة، وممثل عن اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان وممثل عن المجتمع المدني يختاره الوزير<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> فصل في ذلك الدكتور حسن السيد في مؤلفه: المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، ط4، مرجع سابق، ص160.

<sup>2</sup> المادة6، قانون نظام انتخاب مجلس الشورى رقم 6 لسنة 2021.

<sup>3</sup> المادة2، قرار تشكيل لجنة الناخبين ونظام وضوابط عملها رقم 58 لسنة 2021.

<sup>4</sup> حسن السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، ط4، مرجع سابق، ص178.

<sup>5</sup> المادة3، قرار تشكيل لجنة الناخبين ونظام وضوابط عملها رقم 58 لسنة 2021.

<sup>6</sup> المادة2، قرار تشكيل لجنة المرشحين وضوابط عملها رقم 59 لسنة 2021.

وليس بعد هذا الإيضاح مدخلٌ للشك في أن التشريع صادر عن إرادة حكومية لا عن إرادة شعبية، فكل هذه القرائن المجتمعة تجعل اليقين متحققًا بكون التشريع في السياقين المصري والقطري هو تعبير عن إرادة الحكومة قد تتفق معه إرادة الشعب وقد تخالفه. وبذلك لا أساس لقرينة الدستورية في سياقنا لنقوم عليه، فإذا كانت القرينة مفادها أن القانون يصدر موافقًا للدستور لثبوت أن الدستور تعبير عن إرادة الشعب أولًا ولثبوت أن البرلمان ممثلٌ عن الشعب ومسؤولٌ أمامه ثانيًا ولثبوت أن التشريع امتداد لإرادة الشعب ثالثًا، فإن هذه الثلاثية لا يثبت منها شيء في واقع البلاد العربية الحالي، بل ويثبت النقيض بما لا يمكن معه أن تقوم قرينة الدستورية دون مجافاة العدالة.

**الخصوصية الثانية-** أن أساس الرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية هو أساس قضائي، وليس أساسًا دستوريًا كما هو الحال في كلٍ من مصر وقطر<sup>1</sup>، وهذا الفارق ينعكس على طبيعة النظام الدستوري نفسه، ففي أمريكا يعدّ نظام الرقابة لا مركزيًا لأن السلطة القضائية على اختلاف درجاتها تملك فحص الدستورية في النصوص التي تعرض عليها في نزاعات قائمة، ومن ثمّ فإنّ الجهة التي تراقب الدستورية هي جهة موازية للسلطة التشريعية في ميزان المؤسسات الدستورية، فيكون لمبدأ الفصل بين السلطات وجه قوي، لكن النظام الرقابي في مصر وقطر هو نظام مركزي، فقد أنشئت سلطة مستقلة تقوم على هذه المهمة، ولم يترك أمر الرقابة الدستورية لاجتهاد القضاء العادي أو القضاء الإداري بل حُسم بنصٍ دستوري، والمحكمة الدستورية العليا تعدّ جهة قضائية مستقلة عنهما ولا تتبعهما حتى يقال أن القضاء يعتدي على السلطة التشريعية.

وهنا يبرز الفارق بجلاء بين دور القضاء الدستوري في البلدان التي تكون فيها القوانين امتدادًا للإرادة الشعبية، وبين دوره في البلاد التي تكون فيها القوانين امتدادًا للإرادة الحكومية، ففي الأولى

---

<sup>1</sup> جيمس تاير، أصل ونطاق العقيدة الأمريكية للقانون الدستوري، مرجع أجنبي سابق، ص 129.

يكون القضاء رقيباً على ممثلي الشعب، ولهذا يُنادى بالتخفّف والحذر، وفي الثانية يكون القضاء رقيباً على الأدوات الشعبية للحكومة إن صح التعبير، ولهذا ننادي بالثبّت والنظر.

وفي سياق الرقابة الدستورية على الغاية تحديداً، يكون مؤدى هذه القرينة أن يفترض القضاء اتفاق التشريع مع المصلحة العامة في الدستور بمجرد صدور التشريع، وهذا الافتراض ضربٌ من الانحياز المُسبق يطعن في مبدأ الحياد الذي يجب أن يسلكه القضاء في النظر في النزاعات عموماً بما في ذلك النزاعات الدستورية، ذلك أن تغليب حسن الظن بالمشرع بدلاً من تغليب حسن النظر ليس في صالح الميزان الدستوري والمصالح العامة، والمشكلة أن هذا القيد لا يجعل دور القضاء في حماية الدستور سلبياً فحسب، بل إنه ينزع عن المحكمة الدستورية ثوب القضاء، ليلبسها ثوب المحاماة، فتغدو المحكمة موكّلةً للدفاع عن التشريع بدل أن تكون رقيباً عليه، الأمر الذي يتناقض مع الدور المنوط بالقضاء الدستوري، فصول الدستور لا يكون بمدارة المخالفات التشريعية بغضّ البصر ومحو الأثر، بل يكون بالفحص الدقيق والتتقيب العميق للوقوف على حقيقة العلاقة بين نص التشريع والدستور، وإلزام القضاء الدستوري بقرينة كهذه هو تعطيلٌ لدوره، وهو يستبطن مبدأ سموّ المشرع بدل سمو الدستور.

ليس معنى ما مضى أن يفترض القضاء بأن التشريع مجاني للمصلحة العامة، فهذا المسلك هو الآخر مرفوض تماماً لأنه قائم على انحياز مضاد، لكن المراد ألا يفترض القاضي أمراً قبل أن ينظر في النزاع المعروف عليه، فإذا نظر فيه وفحص النص الطعين؛ ومدّ نظره في الدفوع والأدلة، كان له أن يبني من الافتراضات ما قام عليه الدليل وصولاً إلى الحكم السليم، فالمطلوب هو النظر الموضوعي للأدلة دون انحياز للتشريع أو ضده، بحيث يعرض القاضي النص الطعين على الدستور للنظر حقيقةً في مدى توافقه مع التشريع دون مجاملة السلطات الأخرى.

ثانيًا - موقف القضاء الدستوري في مصر من القرينة الدستورية: أخذت المحكمة العليا بها دون تحديد مضمونها ودون سرد اللوزام الثلاثة التي تأسست في السياق الأمريكي، فقضت بأن "القضاء الدستوري في الدول التي أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين أخذ بقرينة الدستورية لمصلحة القوانين التي تعني أن الأصل في التشريعات أن تكون صادرة في الحدود التي رسمها الدستور وأن هذه القرينة تقوى كلما تقادم العهد على التشريع المطعون فيه وكلما نشأت للأفراد مراكز قانونية في ظله، وهذا شأن القرار المطعون فيه..<sup>1</sup>" ويظهر من هذا الحكم أن المحكمة العليا قد اكتفت باللائم الأول فحسب، وأجرت القرينة على تشريع حكومي؛ ما يجعل غياب سند قرينة الدستورية أجلى وأظهر، ولا نجد حكمًا آخر في قضائها يشير لهذا القيد.

أما المحكمة الدستورية العليا فقد كانت على وعيٍ بالفارق بين سياقَي المُرسَلِ والمُستقبَلِ، فصحيحٌ أن المحكمة الدستورية العليا في مصر أخذت بالقرينة الدستورية، لكنّها لم تسلّم بالمفهوم الأمريكي لهذا المبدأ، كما أنها لم تسلّم بالمفهوم الذي أخذت به المحكمة الإدارية في الحكم الذي سبقت الإشارة إليه، بل أعادت توطين قرينة الدستورية بما يتناسب مع سياق النظام القانوني في جمهورية مصر العربية، حيث صاغت مفهومًا آخر لقرينة الدستورية يخالف تمامًا ذلك المفهوم الذي تقدّم، إذ لم تقف عند حدود المخالفة الظاهرة، كما لم تأخذ بالتفسير الموافق حين يترجّح لها أن المعنى الذي أراده المشرّع هو المعنى المخالف<sup>2</sup>. فقد فارقت المحكمة اللازم الثالث بصراحة في حكمٍ سديد،

---

<sup>1</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 22 لسنة 6 قضائية، 5 فبراير 1977، برئاسة بدوي إبراهيم حمودة. (ش.ق.ش | ر.م 54025)

<sup>2</sup> انتبه لذلك الدكتور ثروت عبدالعال أحمد، إذ يقول: "إن المحكمة الدستورية العليا لم تعد تأخذ بما تعنيه قرينة الدستورية لمصلحة التشريع سواء فيما يتعلق بالحكم بعدم الدستورية إلا في حالة التعرض الواضح والصريح أو فيما يتعلق بتحاشي الحكم بعدم الدستورية إذا أمكن تفسير التشريع غير الدستوري تفسيرًا يجعله موافقًا لأحكام الدستور، وبذلك جردت المحكمة قرينة الدستورية من كل قيمتها، ولم يعد ينظر إليها في قضاء المحكمة إلا على أنها قرينة بسيطة لا تعني سوى أن الأصل هو سلامة التشريع وأن مجرد الطعن عليه بعدم الدستورية لا يترتب عليه وقف تنفيذه أو وقف العمل به، وأن التشريع يظل رغم الطعن به نافذًا ومعمولًا به إلى أن تقضي المحكمة الدستورية بعدم الدستورية." يُنظر مؤلفه: السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 49-50، وما بعدها.

حيث دفعت الحكومة بأن قرينة الدستورية لمصلحة القوانين تقتضي أن تُحمل التشريعات على المعنى الذي يحول دون إبطالها متى احتملت ذلك المعنى، فكان رد المحكمة بالغ الاتزان إذ قضت بأنه "لئن كان صحيحًا أن الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية لا تستقيم موطئًا لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلًا يجنبها الوقوع في هاوية المخالفة الدستورية، إلا أنه من المسلم أيضًا أنه إذا ما استعصى تفسير النصوص المطعون عليها بما يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور، فإن وصمها بعدم الدستورية يغدو محتمًا؛ إذ لا يسوغ أن تفسر النصوص القانونية قسرًا على وجه لا تحتمله عباراتها ولا يستقيم مع فحواها بقصد تجنب الحكم بعدم دستورتها؛ وإلا انحلت الرقابة الدستورية عبثًا<sup>1</sup>". ففي هذا الحكم أبت المحكمة أن تأخذ بالتفسير الذي يجعل النص موافقًا للدستور رغم وجوده، وذلك لأن التفسير المخالف هو الذي ترجح في عقيدتها، واعتبرت أن أخذها بالتفسير الموافق يجعل من الرقابة عبثًا، وقد أصابت.

وإلى جانب إعراضها عن اللزم الثالث؛ أعرضت المحكمة عن اللزم الثاني، فقد رفضت الوقوف عند ظاهر التشريع لإدراكها بأن تحوير مقاصد الدستور أو تهميشها أو الإخلال بها احتمال وارد، والتحوير لا يكون ظاهرًا. ومع ذلك، فإن المحكمة في أحكامٍ أخرى أخذت باللزم الأول الذي يفترض أن ما يصدر من السلطة التشريعية موافق للدستور من حيث الأصل. ويمكن القول بأن قرينة الدستورية وفق مفهوم المحكمة الدستورية العليا في مصر تقترن بلازمين:

**1- عدم جواز وقف تنفيذ التشريع لمجرد الطعن عليه بعدم الدستورية:** أسست المحكمة هذا اللزم إثر مطالبة المدعي بوقف تنفيذ نص من القانون وقرارين لائحيين، فالتفتت عن ذلك الطلب على أساس أن "الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 11 لسنة 13 قضائية، 2000، ر. محمد ولي الدين جلال، حكم سابق.

للدستور ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها متراجخا، بل يكون إنفاذها واعتبارا من تاريخ العمل بها لازما ولا يجوز بالتالي أن يكون مجرد الطعن عليها موقفا لأحكامها أو مانعا من فرضها على المخاطبين بها، ذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية العليا إذا ما قام الدليل لديها على مخالفتها للدستور، فإن هي انتهت إلى براءتها من العيوب الشكلية والموضوعية، كان ذلك استصحابا لأصل صحتها لتزول الشبهة التي كانت عالقة بها. ولازم ذلك أن النصوص التشريعية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز بحال وقف تنفيذها، بل يجب إعمال آثارها كاملة دون انقطاع يوقف سريانها<sup>1</sup>. " ففي هذا المقطع أثبتت المحكمة اعترافها باللائم الأول مما مضى فحسب، وهو أن الأصل في النصوص التشريعية صحتها، لكنها لم تعترف بالالتزام بالظاهر ولا باعتماد التفسير الموافق للدستور، ولقد رتبت المحكمة على لازم الصحة لازما آخر يقضي بعدم جواز وقف تنفيذ التشريع لمجرد الطعن عليه بعدم الدستورية<sup>2</sup>.

ولئن كان المفهوم الذي تبنته المحكمة أخف وطأة من المفهوم السابق لقرينة الدستورية، إلا أن الاعتراف باللائم الأول لا يجد سنداً كذلك لا في الدستور ولا في قانون المحكمة الدستورية العليا، فليس الأصل في التشريعات صحتها، وإنما الأصل في التشريعات نفاذها، فنفاذها هو المطلوب صحت أم لم تصح، وأصل نفاذ التشريع بمجرد صدوره- وبصرف النظر عن صحتها- مبعوث بتحقيق مقتضيات الاستقرار التشريعي ودواعي مبدأ الأمن القانوني<sup>3</sup>، فمجرد صدور التشريع ليس دليلاً أبداً على صحته، إذ ليس في الدستور ما يثبت للصحة بمجرد الصدور، بل إن النص على إنشاء القضاء الدستوري قائم في الأساس على احتمال عدم صحة التشريع.

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 1 لسنة 15 قضائية، 1994، ر. عوض محمد المر.

<sup>2</sup> ثروت عبدالعال أحمد، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص50.

<sup>3</sup> عبدالله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني، مرجع سابق، ص41-47، 74-78. وكذلك: هلال الخلفي، صياغة الأدوات التشريعية في دولة قطر، مرجع سابق، ص151.

2- شرط توضيح وجه المخالفة لقبول الدفع الدستوري: حيث قضت محكمة النقض لدى نظرها

في أحد الدفوع بعدم الدستورية بأن "الأصل في النصوص التشريعية هو افتراض تطابقها مع أحكام الدستور أي حملها على قرينة الدستورية، ويتعين بالتالي إعمالاً لهذا الافتراض وكشرط مبدئي لإنفاذ محتواه أن تكون المطاعن الموجهة إلى هذه النصوص جلية في معناها واضحة الدلالة على المقصود منها لا يحيطها التجهيل أو يكتنفها الغموض إذ يتعين على من أثار هذا الدفع أن يبين على وجه التحديد ما وقع منها منافياً لأحكام الدستور<sup>1</sup>."

وهذا لازم منطقي، ليس لأن الأصل في التشريعات صحتها، ولكن لأن الرقابة الدستورية تستهدف حماية الدستور، ولأنّ البيّنة على من ادّعى، فمن يدعي عدم دستورية التشريع يدّعي بأن الدستور قد انتُهك، فيجب عليه إذن أن يقيم الدليل على ادّعائه، وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه، وسبيل هذه الرقابة التحقق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور في مختلف نصوصه من ضوابط وقيود ومن ثم فإنه يتعين - عند الفصل فيما يثار في شأن هذه التشريعات من مطاعن تستهدف نقض قرينة الدستورية- استظهار هذه الضوابط والقيود وتحديدها وذلك للتعرف على مدى مخالفة تلك التشريعات لها<sup>2</sup>."

ومن قبل ذلك كرّس قانون المحكمة الدستورية العليا- في كلٍ من مصر وقطر- هذا الأمر بالنص على وجوب تضمين قرار الإحالة للمحكمة أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها بيان النص التشريعي الطعين أولاً والنص الدستوري المدّعى بمخالفته ثانياً وأوجه المخالفة ثالثاً<sup>3</sup>، فينبغي على الطاعن

<sup>1</sup> محكمة النقض، الطعن رقم 61510 لسنة 73 قضائية، 20 نوفمبر 2005، برئاسة مجدي الجندي. (ش.ق.ش|ر.م 127938)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 20 لسنة 1 قضائية، 4 مايو 1985، برئاسة محمد علي بليغ. (ش.ق.ش|ر.م 36943)

<sup>3</sup> المادة 30، قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979. المادة 15، قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا رقم 12 لسنة 2008.



أن يحدد النص التشريعي الذي أثار جدلاً في تنفيذه بما يشكك بدستوريته أولاً، ثم يُعيّن النص أو النصوص الدستورية التي يخالفها النص التشريعي ثانياً، ثم يحدد وجه المخالفة الدستورية وطبيعتها سواءً أكانت مخالفة موضوعية أو مخالفة إجرائية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني- عدم جواز الرقابة على بواعث التشريع

جاء هذا القيد قرينَ قيد عدم جواز الرقابة على الملاءمة في مؤلف الفقيه المرحوم أحمد كمال أبو المجد، حيث وضع عنواناً يجمع الأمرين معاً مفاده "عدم امتداد الرقابة إلى بواعث التشريع أو ملاءمته"<sup>2</sup>، فهو من مبتكرات المحكمة العليا في الولايات المتحدة التي دخلت إلى النظام المصري من بوابة الفقه، ومؤدى هذا القيد ألا تباشر المحكمة إلا رقابة فنية ذات طابع قانوني تستبعد على إثرها جميع العناصر غير الدستورية. ومن تحليل الفقيه المرحوم لأحكام المحكمة العليا وجد أن عدم الرقابة على البواعث مؤاده ثلاثة أمور: أولها، أن المحكمة لا تناقش مدى ضرورة التشريع. ثانيها: أن المحكمة لا تراقب ملاءمة التشريع أو الحكمة منه. وثالثها: أن المحكمة لا تتجاوز ظاهر التشريع بحثاً عن الدوافع الحقيقية.

بالنسبة للأمر الثاني فهو متعلقٌ بقيد عدم جواز الرقابة على الملاءمة، والذي مضى شرحه، أما بالنسبة للأمرين الأول والثالث، فهما منطقيان في سياق نشأتها، ورغم ذلك لم تلتزم بهما المحكمة العليا في الولايات المتحدة على أطراد، بل خالفت هذه القاعدة في العديد من المناسبات ونظرت في بواعث التشريع بحثاً عن الغايات الفعلية، لاسيما عند نظرها في التشريعات الضريبية.

إن الفروقات بين نظام المحكمة العليا في الولايات المتحدة ونظام القضاء الدستوري في كلٍ مصر وقطر؛ تحول دون استيراد هذه القاعدة وتطبيقها على هذين الأخيرين دون حياذ عن مقتضيات

<sup>1</sup> عيد أحمد الحسان، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مرجع سابق، ص 176.

<sup>2</sup> أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مرجع سابق، ص 460.

المنطق والعدالة الدستورية، فمعالجة القضايا في رحاب المحكمة العليا بالولايات المتحدة لا تتفصل عن الاتجاهات السياسية والاجتماعية لقضاتها، وهو ما يجعل لتلك المعالجات طابعاً فلسفياً يتجاوز حدود النصوص القانونية مستغرقاً في فلسفتها الفكرية، بما يكون معه وضع قيود كهذه منطقياً، لأن بواعث القضاة قد تؤثر على أحكامهم بالمقدار ذاته، فهم لا يتعاملون مع النصوص فحسب، بل مع النصوص والأفكار التي تتجاذبها الشخوص. وإذا كانت شخصية القضاة تظهر في بعض أحكام القضاء الدستوري في مصر، إلا أن توجهاتهم السياسية والاجتماعية لا تكون مُعلنةً بالوضوح الذي تكون عليه في قضاء المحكمة العليا، فظهور الشخصية لا يتعدى حدود التفسير الدستوري، وهذا الفارق ناتج عن الاختلاف بين النظامين ابتداءً.

وفكرة الباعث قديمة قدم القانون المدني، ثم تفرعت مجالاتها بفرع مجالات القانون، وفي ذلك يقول السنهوري "ليست نظرية الباعث خصبة في نطاق القانون المدني والقانون الخاص بوجه عام، بل هي أيضاً خصبة في نطاق القانون العام، فنظرية التعسف في استعمال السلطة في القانون الإداري - وهي التي بني على غرارها نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني - إنما هي تطبيق لفكرة الباعث... وإذا جاز أن يقال بالتعسف في استعمال السلطة الإدارية تطبيقاً لفكرة الباعث، ألا يجوز أن يقال بالتعسف في استعمال السلطة التشريعية تطبيقاً للفكرة ذاتها؟"<sup>1</sup>

من أجل ذلك، ما يتردد لدى الفقهاء من إجراء هذا القيد في النظام المصري لا يستند لأساس سليم، وإنما هو استيراد عشوائي لم تُراعَ فيه الفوارق بين السياقين الأمريكي والعربي، ونستعيد هنا ما مضى بيانه من أن القضاء الدستوري لا يراقب البواعث إلا في حدود اتصالها بعناصر التشريع، فالرقابة على البواعث تأتي امتداداً للرقابة على السبب أو الغاية، ولا يجوز أن تأتي استقلالاً عنهما.

---

<sup>1</sup> عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نسخة مصورة، 2007، ص370، هامش 1.

وللرقابة على البواعث خصوصية أكبر في موضوع الرقابة الدستورية على الغاية، فقد ثبت ارتباط الغايات بالأسباب وبالبواعث ارتباطاً وثيقاً، حتى إن السنهوري دمجهما معاً، بل جعل معرفة الأسباب- ومن باب أولى البواعث- طريقاً لمعرفة الغايات الفعلية، وخطورة إطلاق القول بعدم امتداد الرقابة على البواعث تكمن في أن ذلك قد يمنع من الرقابة على الغايات في أحوال كثيرة، وهو قول مرفوض، لمخالفته صريح الدستور الذي جعل مجال الرقابة الدستورية ممتداً للتشريع كلاً، بكافة عناصره، بأسبابه وما خالطها من بواعث وغاياته وما خالطها من مقاصد.

ويكمن أساس مشكلة استيراد هذا القيد في المساواة التامة بين مفهوم الملاءمة ومفهوم البواعث، رغم الاختلاف الكبير بينهما<sup>1</sup>، ففي تفسير قاعدة عدم النظر في البواعث شري في الفقه أن هذه القاعدة تقتضي منع القضاء الدستوري من النظر في البواعث المشروعة وغير المشروعة التي تدفع الهيئة التشريعية أو بعض أعضائها لسن القانون، وذلك على سندٍ من أن القضاء الدستوري هو قضاء دستورية وليس قضاء ملاءمة، فمن الممتنع عليه أن يخوض في بواعث التشريع لأن البواعث من الملاءمات المتروكة للمشرع لا سبيل للقضاء الدستوري عليها.

وهذا الكلام غير دقيق، إذ البواعث تتعلق بالدوافع الخفية وهذه لا تقدير فيها للمشرع فسلطة المشرع في التقدير تنصب على الأسباب المشروعة، فإذا أثرت البواعث على الأسباب بأن حلت محلها كان لزاماً أن يقف القضاء الدستوري لذلك وقفة الحامي للدستور، فغير صحيح أن "عيب الانحراف لا علاقة له ولا صلة له بالبواعث التي تدفع المشرع إلى سن قانون ما في وقت معين أو عدم سنه، لأنها من الملاءمات التي تركت للمشرع ولا تكون خاضعة لرقابة دستورية أو قضائية. وهذا عكس الغايات من التشريع التي تكون خاضعة لرقابة القضاء الدستوري حال انحرافها عن غاية المصلحة

---

<sup>1</sup> نعيد التذكير بأن الملاءمة تتعلق بمدى تطابق التشريع مع الظروف المحيطة به في الواقع. بينما البواعث تعني الدوافع الخفية التي تدفع المشرع للتدخل التشريعي.

العامّة للجماعة إلى غايات أخرى خلافاً لتلك المصلحة<sup>1</sup>، إذ الصحيح أن عيب الانحراف الغائي كثيراً ما يتصل بالبواعث ويتعلق بها، خصوصاً في الأحوال التي يتخذ فيها صورة إساءة استعمال السلطة، وأما الملاءمات، فهي التي تخرج عن نطاق الدستورية وتتعلق بظروف الواقع في شتى المجالات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، فوجب التنويه لذلك.

غير أن بعض الباحثين فرّقوا بين البواعث والغايات، ورأوا بأن "القضاء يميز بين البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقرار تشريع معين وبين الغاية النهائية التي تستهدفها من سنّها لهذا التشريع على هذا الوجه الذي أقرّ به... فبينما تتجو البواعث من الرقابة القضائية على الدستورية فإن الغاية النهائية للتشريع تخضع لهذه الرقابة"<sup>2</sup>. وهذا الفارق محل نظر، فلقد راقبت المحكمة الدستورية العليا البواعث في العديد من المناسبات، وفيما يلي نعرض أولاً موقف المحكمة العليا من الرقابة على البواعث، ثم نعرض موقف المحكمة الدستورية العليا ثانياً.

**أولاً- موقف المحكمة العليا من الرقابة على البواعث:** يبدو أن المحكمة العليا قد تأثرت بتلك الموجة الفقهية، فرغم اختصاصها المركزي بالرقابة على التشريع قررت في أوائل أحكامها أن ولايتها لا تمتدّ إلى "البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره لأن ذلك كله مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق"<sup>3</sup>. فلم تراقب المحكمة العليا البواعث التشريعية قط، وهي من هذا الباب تحديداً رفضت الرقابة على الانحراف الغائي حين انتهت في أحد أحكامها بأن "لا وجه للقول بأن القانون المطعون فيه قد صدر مشوّباً بعيب الانحراف استناداً إلى أن مؤهل خريجي مدرسة المساحة يتساوى مع شهادة الفنون والصنائع (نظام حديث)، إذ فضلا عن عدم

<sup>1</sup> محمد الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، دار الثقافة، 2021، ص 79.

<sup>2</sup> عادل عمر الشريف، القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق، ص 371. أشرف إسماعيل عزب، حدود رقابة الدستورية، مرجع سابق، ص 587.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 11 لسنة 1 قضائية، 1 أبريل 1972، برئاسة بدوي إبراهيم حمودة. (ش.ق.ش| ر.م 54124)

صحة هذا القول، فقد قضت المحكمة العليا بأن ولاية المحكمة لا تمتد إلى مناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، لأن ذلك كله مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق<sup>1</sup>.

لكن في مرحلة لاحقة اختلف استعمالها لتلك المصطلحات، حيث مايزت بين البواعث والملاءمات، وذلك حين دفعت الحكومة في إحدى القضايا بأن "القانون المطعون فيه، إذ استهدف الحيلولة بين الرجعية وبين القضاء على مكاسب الشعب التي حققتها القوانين الاشتراكية التي صدرت قبل حركة الانفصال وبعدها، يعتبر بهذا الوصف من الملاءمات المتروكة للمشرع ولا تمتد إليها رقابة المحكمة العليا وليس لها أن تناقش ضرورة إصدار التشريع أو بواعثه<sup>2</sup>". ففي الردّ على هذا الدفع؛ لم تقرّ المحكمة العليا ما أبدته الحكومة من عدم الرقابة على البواعث، واقتصرت على إقرار عدم الرقابة على الملاءمة، فقضت بأنه "لا يمكن القول بأن إصدار القانون المطعون فيه هو من الملاءمات المتروكة للمشرع توصلًا للقول بعدم اختصاص المحكمة بالنظر في مدى دستوريته، لأنه ولئن كانت المحكمة لا تختص... بالنظر في ملاءمة إصدار التشريع من عدمه إلا أنها تختص ببيان مدى مطابقة أحكامه للدستور دون تعرض لملاءمة إصداره" وهذا السكوت عن الباعث - رغم إثارته من قبل الحكومة في دفعها - يوحي بوعي المحكمة باختلاف الملاءمات عن البواعث، ولأن القضية تعلقت بالملاءمات دون البواعث فقد أعرضت المحكمة عن الشق الآخر من دفع الحكومة.

**ثانيًا - موقف المحكمة الدستورية العليا من الرقابة على البواعث:** كانت المحكمة الدستورية العليا أكثر دقة في هذه المسألة، فرفضها الرقابة على البواعث كان مقتصرًا على الرقابة المجردة للبواعث، أما حين تكون البواعث على صلة بأسباب التشريع أو غاياته فحينها تجوز الرقابة على البواعث،

<sup>1</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 2 لسنة 3 قضائية، 1975، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 5 لسنة 7 قضائية، 1978، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.

بل تجب، لأن مهمتها تتعلق بالرقابة على التشريع كلاً، فإذا اتصلت البواعث بالغايات، فإنها تراقب الأولى امتداداً لاختصاصها بالرقابة على الثانية.

يمكن التدليل على ذلك باستحضار الدقة البالغة التي غمرت عبارات المحكمة الدستورية العليا في أولى أحكامها، حيث قضت بأن "ملاءمة التشريع والبواعث على إصداره من إطلاقات السلطة التشريعية ما لم يقيدوا الدستور بحدود وضوابط معينة<sup>1</sup>"، وهو ما يفهم به أن الدستور يحكم التشريع بضوابط معينة ينبغي على المشرع التزامها، بما يقتضي وجود حالات تستدعي الرقابة على البواعث حين تنتهك تلك القيود.

وهذا الاستثناء الأخير هو بيت القصيد، فلو قارنا هذه القاعدة بالقاعدة التي صاغتها المحكمة العليا لانكشف الفارق، إذ الرقابة على الملاءمة أو البواعث تأتي في عقيدة المحكمة الدستورية العليا كفرع عن الرقابة الدستورية ولا يجوز أن تباشرها المحكمة بالموازاة للرقابة الدستورية، لكنها لا تمنع من فحص البواعث متى كانت امتداداً للرقابة الدستورية.

لهذا بعد بضعة أحكام بسطت المحكمة رقابتها على البواعث دون حرج، وذلك لما بدا لها اتصال المسألة الدستورية ببواعث التشريع، فقضت بأن "الرغبة في تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم ما استجد من تغييرات في نواحي المجتمع وإن جاز أن تندرج في مجال البواعث والأهداف التي تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقاً لإصلاح مرتجى إلا أنه لا تتحقق بها الضوابط المقررة في الفقرة الأولى من المادة 147 من الدستور، ذلك أن تلك الأسباب تفيد أنه لم يطرأ - خلال غيبة مجلس الشعب - ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التي تحل بها

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 13 لسنة 1 قضائية، 1980، ر. أحمد مدوح عطية، حكم سابق.

رخصة التشريع الاستثنائية التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية<sup>1</sup>. "ففي هذا الحكم وجدت المحكمة أن الباعث المتمثل في الرغبة في تعديل القوانين بعد طول أمد قد حل محل السبب التشريعي، على الرغم من عدم توافر السبب الذي حدده الدستور لإصدار مثل هذا التشريع، ما جعلها تقضي بعدم الدستورية لاختلال سبب التشريع.

ثم بعد عدة أعوام عادت المحكمة لمراقبة البواعث إثر اتصالها بمصالح غير مشروعة، فقضت بأنه "وإن صح القول بأن الضريبة في بواعثها هي ما يستقل المشرع بتقديره، إلا أن رجعية الضريبة ينال منها- ومن زاوية دستورية- أن تركز الدولة في تقريرها إلى مصلحة غير مشروعة، أو أن تتوخى- من خلال الأغراض التي تعمل الضريبة على بلوغها- تحقيق مصلحة مشروعة، ولكن النصوص التشريعية التي تدخل بها المشرع لإشباعها لا تربطها بها صلة منطقية<sup>2</sup>". فهذا المقطع يفيد أن البواعث يمكن الرقابة عليها من زاوية دستورية متى أفضت لمصلحة غير مشروعة، أو متى انبثت عن المصالح المشروعة التي ينبغي أن ترتبط بها<sup>3</sup>.

لكن في مرحلة متأخرة استُعِيدَت صياغة المحكمة العليا، حيث حُذِفَ القيد الضابط، لتنتهي المحكمة الدستورية العليا إلى أن "الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق هو إطلاقها، باعتبار أن جوهرها تلك المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم التشريعي<sup>4</sup>". ووقفت عند هذا الحد دون الاستثناء الذي رددته المحكمة الدستورية العليا مرارًا، بأن يسري ما مضى "ما لم يقيد بها الدستور بحدود و ضوابط معينة".

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 28 لسنة 2 قضائية، 1985، ر. محمد علي بليغ، حكم سابق.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 23 لسنة 12 قضائية، 1993، ر. عوض المر، حكم سابق.

<sup>3</sup> وأكدت على ذلك إذ قضت بأن "التدخل تشريعيًا في علائق الزواج للحد من فرص الاختيار التي تنشئها وتقيمها على أساس من الوفاق والمودة، وذلك ما لم تكن القيود التي فرضها المشرع على هذا الاختيار عائدة في بواعثها إلى مصلحة جوهرية لها ما يظاهاها". المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 23 لسنة 16 قضائية، 18 مارس 1995، برئاسة عوض المر. (ش.ق.ش| ر.م. 36727)

<sup>4</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 152 لسنة 27 قضائية، 13 مايو 2007، برئاسة ماهر البحيري. (ش.ق.ش| ر.م. 288415)

لكن تلك الكبوة في الصياغة لم تمنع المحكمة من الرقابة على البواعث في تلك الفترة سيراً على نهجها المطرد، فقضت في حكم آخر بأن "قانون الضريبة العامة، وإن توخى حماية المصلحة الضريبية للدولة باعتبار أن الحصول على إيرادها هدف مقصود منه ابتداءً، إلا أن مصلحتها هذه ينبغي موازنتها بالعدالة الاجتماعية بوصفها مفهوماً وإطاراً مقيداً لنصوص هذا القانون، فلا يكون دين الضريبة متمخضاً عقاباً بما يخرجها عن بواعثها الأصلية والعرضية، ويفقدها مقوماتها<sup>1</sup>".

واستعادت المحكمة الصياغة الدقيقة في حكم أحدث من سابقه، منتهيةً إلى أن "مناط رقابتها على دستورية النصوص التشريعية، هو مدى اتفاقها أو مخالفتها لأحكام الدستور، ولا تمتد ولايتها لمناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، لكون ذلك مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق، كما لا شأن لهذه المحكمة بالسياسة التشريعية التي يستتسبها المشرع لتنظيم أوضاع بعينها، كلما كان تنفيذها من خلال النصوص القانونية لا تناقض حكماً في الدستور<sup>2</sup>". فالقيد الأخير يعني بمفهوم المخالفة أن السياسة التشريعية والملاءمة وبواعث التشريع متى كانت تتطوي على مناقضة لحكم من أحكام الدستور فإن ولاية المحكمة تمتد للرقابة عليها.

ولقد أدى هذا المعنى القاضي عوض المر بقوله: لئن صح القول - وهو صحيح - بأن الفصل في دستورية التشريعات لا يتصل ببواعثها إلا أن ذلك يفترض بالضرورة ألا تكون الأغراض التي يستهدفها المشرع منافية لمقاصد الدستور سواء في ذلك تلك التي تتصل بالمفهوم الشامل للمصلحة العامة أو المفهوم المخصص لغايات بعينها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 9 لسنة 28 قضائية، 4 نوفمبر 2007، برئاسة ماهر البحيري. (ش.ق.ش|ر.م. 297701)

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 88 لسنة 32 قضائية، 13 يناير 2018، ر. عبد الوهاب عبدالرزاق. (ش.ق.ش|ر.م. 408567)

<sup>3</sup> عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مرجع سابق، ص 1400.



## الفرع الثالث - الرقابة على أعمال السيادة

نشأ هذا القيد في كنف المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية لتقادي الصدام مع السلطات الأخرى بعدما أثبتت لنفسها اختصاص الرقابة الدستورية دون نص صريح في الدستور، حيث رأت المحكمة أن الأخذ بهذه النظرية نتيجة طبيعية وضرورية للعديد من المبادئ الدستورية والاعتبارات العملية، مثل مبدأ فصل السلطات، ومثل حاجة بعض المسائل إلى سياسة موحدة وعاجلة لا تفلح الوسائل القضائية في تحقيقها<sup>1</sup>.

وقد سهّل انتقال هذا القيد لأروقة القضاء المصري؛ شيوعه في النظام الفرنسي الذي بُني النظام القانوني المصري عليه في كثير من نواحيه، على أنّ المشرع المصري لم يكتف بالسير على منوال القضاء الفرنسي الذي استبعد أعمال السيادة استبعاداً قضائياً، بل بادر إلى النص على ذلك في قانوني السلطة القضائية ومجلس الدولة المصري<sup>2</sup>. وفي تأريخ ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن "نظرية أعمال السيادة وإن كانت في أصلها الفرنسي قضائية النشأة أرسى القضاء قواعدها ونظّم أحكامها إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرجع إلى بداية التنظيم القضائي الحديث، واستقر أمرها في التشريعات المتعاقبة المنظمة للقضاء حتى انتهت إلى المادة 17 من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 1972 والمادة 11 من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مرجع سابق، ص 480.  
<sup>2</sup> قبلئذ، كانت لائحة المحاكم المختلطة عام 1905 تنص على منع المحاكم من النظر في أعمال السيادة، وكذلك لائحة ترتيب المحاكم الأهلية عند تعديلها عام 1937. ويقول الدكتور عبدالحفيظ الشيمي في معنى الكلام الذي في المتن أن "هذه النظرية في القانون الفرنسي نظرية قضائية ترجع إلى سياسة مجلس الدولة وحتى يومنا هذا لم يصدر قانون ليقنن هذه النظرية، بينما تعتبر هذه النظرية في القانون المصري نظرية قانونية وجدت مع القوانين الأولى المنظمة للسلطة القضائية ومجلس الدولة." ينظر: عبدالحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية، مرجع سابق، ص 597.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 22 لسنة 6 قضائية، 7 مايو 1977، برئاسة بدوي إبراهيم حمودة. (ش.ق.ش | ر.م. 54047) ولقد أكدت المحكمة ذلك في: القضية رقم 3 لسنة 1 قضائية، 25 يونيو 1983، برئاسة فتحي عبدالصبور. (ش.ق.ش | ر.م. 36429)

ثمّ في فترةٍ لاحقة تسرّبت تلك النصوص إلى التشريع القطري مع إضافةٍ خلت منها نصوص التشريع المصري، ليقضي قانون السلطة القضائية في قطر بأنّ ليس للمحاكم النظر في أعمال السيادة ومسائل الجنسية لا بطريق مباشر ولا بطريق غير مباشر<sup>1</sup>، وبهذه القاعدة عملت محكمة التمييز القطرية في المجال الإداري، فحين طُعن على القرار السلبي بعدم منح الجنسية القطرية للطاعنة رغم اكتسابها الجنسية بقوة القانون لمرور أكثر من خمس سنوات على إبداء رغبتها بكسب الجنسية القطرية بسبب زواجها من الطاعن، قضت محكمة الموضوع بعدم اختصاصها الولائي لخروج مسائل الجنسية عن ولاية المحاكم، وحين وصلت القضية لمحكمة التمييز انتهت لتأييد حكم محكمة الموضوع واعتبار مسائل الجنسية من أعمال السيادة، على سندٍ من "جواز استبعاد بعض الأعمال من مجال الرقابة القضائية وولاية القضاء لاعتبارات سياسية قد تقتضيها دواعي الحفاظ على كيان الدولة في الداخل، والذود عن سيادتها في الخارج، ورعاية مصالحها العليا، وهذه الأعمال المستثناة لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً للتقاضي، وتحوّل السلطة التنفيذية في شأنها سلطة تقديرية أوسع مدى، وأبعد نطاقاً، تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات في هذا الصدد، باعتبار أن ذلك يقتضي توافر معلومات وعناصر وموازن تقدير مختلفة قد لا تتاح للقضاء، وهو ما اصطلح على تسميته بأعمال السيادة<sup>2</sup>". وتعقيباً على هذا الحكم، ينبغي لفت الانتباه لمسألتين أساسيتين:

1- أن إخراج مسألة من الرقابة القضائية لا يمنح السلطة التنفيذية سلطة تقديرية واسعة المدى، وإنما يمنحها سلطة مطلقة، والسلطة المطلقة هي سلطة خارج القانون وليست داخله، فينبغي الوعي بتبعات هذا الإخراج وحقيقة مآله.

<sup>1</sup> المادة 13، قانون السلطة القضائية رقم 10 لسنة 2003. يقابلها في الجديد: المادة 19، قانون السلطة القضائية رقم 8 لسنة 2023.  
<sup>2</sup> محكمة التمييز، الطعن رقم 555 لسنة 2018 قضائية، 19 فبراير 2019، برئاسة عبدالله السعدي. (ش.ق.ش | ر.م. 1185634)

2- أن عدم إتاحة معلومات وعناصر لموازنة المسائل المعروضة على القضاء لا ينبغي أن يكون سبباً لإخراج المسألة من ولايته، بل ينبغي أن يكون سبباً لطلب تلك المعلومات وتمكين القضاء منها ليتمكن من إقامة حكمه على أساس متين.

وقد واجهت المحكمة الدستورية العليا في مصر المسألة ذاتها، لكنّها أحسنت إذ رفضت استبعاد مسائل الجنسية من ولاياتها عندما دفعت الحكومة بأن مسائل الجنسية من أعمال السيادة، حيث ردّت على الحكومة دفعها لما تبين لها أنّ "غلبة الطابع القانوني لرابطة الجنسية وتنظيمها من خلال التشريع الذي يحكم نشأتها وزوالها وآثارها يخرجها من الأعمال السياسية، ويتعين معه أن يخضع للرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على سائر التشريعات لتتحقق من مدى اتفاهه مع أحكام الدستور أو مخالفته لها<sup>1</sup>".

وهذا هو الصواب، ذلك أن مسألة الجنسية تتأثر بها طائفة من الحقوق والحريات الأساسية، فتعطيل الحق في الجنسية دون وجه حق يعني تعطيل العديد من الحقوق الأساسية للفرد، عوضاً عن كونه يذهب بغاية دستورية لازمة عن النص على الحق في التقاضي مقتضاها تمكين الأفراد من انتصاف عادل أمام القضاء في كلّ أمرٍ يمسه.

من أجل ذلك نجد في النص الذي أخرج مسائل الجنسية من ولاية القضاء شُبّهة دستورية واضحة، ونختلف في ذلك مع القاضي حمد الطويل الذي أقرّ النص على ما هو عليه<sup>2</sup>، فهذا النص من حيث النتيجة النهائية يُفضي إلى الحيلولة دون غاية تمكين الأفراد من حق التقاضي في هذه المسائل، فتُغلق أبواب القضاء في وجوههم ولا يجدون سبيلاً للانتصاف<sup>3</sup>، وفي ذلك مناقضة

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 166 لسنة 24 قضائية، 7 نوفمبر 2010، برئاسة فاروق أحمد سلطان. (ش.ق.ش| 326414)

<sup>2</sup> حمد الطويل، دعوى عدم دستورية القوانين واللوائح في التشريع القطري، مرجع سابق، ص 297.

<sup>3</sup> حسن عبدالرحيم السيد، تحصيل القرارات المتعلقة بالجنسية القطرية: آثاره ومدى دستوريته، كلية أحمد بن محمد العسكرية للعلوم الإدارية والقانونية، مج 3، ع 1، 2017، ص 43.

صريحة لمقتضى النص على كفالة الحق في التقاضي للناس كافة، فنص الدستور على أن "يبين القانون إجراءات وأوضاع ممارسة هذا الحق"<sup>1</sup> لا يعني أبداً الذهاب بأصل ذلك الحق في طائفة من المسائل، فذلك التفويض الدستوري ليس من شأنه أن يهدر أصل الحق في التقاضي كما هو حال النص الذي عليه الكلام. ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل يتجاوزه في بعض القرارات إلى نتائج أشد ضرراً، فالقرار الصادر بسحب الجنسية أو إسقاطها يعصف بجميع الحقوق والحريات المكفولة للمواطن في الدستور، وعلى رأسها الحقوق السياسية وتمتعه بالمساواة وتكافؤ الفرص بينه وبين غيره من المواطنين، وكذلك حقه في التعليم والرعاية الصحية والضمان الاجتماعي والحماية في الخارج وتقلد الوظائف العامة والتملك والرفاه الذي تحققه الدولة للمواطنين<sup>2</sup>، وهذه النتائج تتعارض مع المقتضيات الدستورية من تمكين الحقوق الأنفة لكافة المواطنين. كما أن هذا النص يفضي إلى تحصين أعمال السلطة التنفيذية من رقابة القضاء، بما يتعارض مع النص الذي يكفل احترام الدستور<sup>3</sup> وكذلك النص الذي يجعل الشعب مصدراً للسلطات<sup>4</sup>.

وقد أشار جانب من الفقه المصري إلى أن نص المادة 11 من قانون مجلس الدولة ونص المادة 17 من قانون السلطة القضائية باستبعادهما أعمال السيادة ينطويان على شبهة دستورية، على أساس مخالفتها مبدأ سيادة القانون وما يقتضيه من وجوب خضوع الدولة لأحكام القانون، وكذلك مخالفته حظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء<sup>5</sup>، وهو رأيٌ شديد خصوصاً مع عدم انضباط هذا المفهوم وسيولة مدلوله.

---

<sup>1</sup> المادة 135، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>2</sup> حسن عبدالرحيم السيد، تحصين القرارات المتعلقة بالجنسية القطرية: آثاره ومدى دستوريته، مرجع سابق، ص33.

<sup>3</sup> المادة 57، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>4</sup> المادة 59، الدستور الدائم لدولة قطر 2004.

<sup>5</sup> ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، مرجع سابق، ص378، 379.

ولقد طُعن على دستورية المادة 17 من قانون السلطة القضائية التي تحول دون النظر في أعمال السيادة، فأبَت المحكمة القضاء بعدم دستورتيتها، حيث قضت بأن "ما ينعاه المدعي من مخالفة هذا الحظر للدستور مردود، بأن أعمال السلطة التنفيذية التي تعتبر بطبيعتها مستعصية على موازين التقدير القضائي التي يقتضيها الفصل في صحتها أو بطلانها، ينبغي ألا تباشر السلطة القضائية رقابتها عليها، لا لأنها فوق الدستور أو القانون بما يحول دون خضوع الجهة التي أصدرتها لكل أشكال مسؤوليتها عنها، وإنما لأن ضوابط ومعايير الفصل في مشروعيتها، لا تنهياً للسلطة القضائية بكل أفرعها، وفيما وراء دائرة هذه الأعمال التي تستقل هذه السلطة بتحديد ما يندرج تحتها، فإن رقابتها التي تدخل في عموم ولايتها، لا يجوز إجهاضها<sup>1</sup>".

وتسويغ هذا الحكم مهم من ناحيتين: الأولى، أنه لم يجعل النص الطعين سبباً للسلطة المطلقة للسلطة التنفيذية في أعمال السيادة، بل أكد على خضوعها للدستور والقانون ولكن ليس للجهات المحظورة وإنما لأفرع أخرى. ثانيها، أن مفهوم المخالفة من عبارة أن الفصل في بعض أعمال السلطة التنفيذية لا ينهياً للسلطة القضائية بكل أفرعها يشير إلى أنه ينهياً لبعض الأفرع القضائية، مثل القضاء الدستوري. غير أن هذا الحكم يتجاهل أمراً مهماً، وهو أن أهم طريق لوصول النزاع الدستوري إلى المحكمة هو طريق الدفع الفرعي، وإذا كان قضاء الموضوع غير مختص بنظر أعمال السيادة، فإن دفع الخصوم أمامه بعدم دستورية نص يرتبط بعمل سيادي لن يؤول فيه الحكم لتقدير جدية الدفع بل سيؤول لرفض الدعوى لعدم الاختصاص، فثمة شبهة حقيقية في هذا النص. وهذا النص لا يمكن أن يكون مقبولاً إلا إذا قرر المشرع طريقاً آخر للطعن على أعمال السيادة، فإذا كان الزعم أن تلك الأعمال تخضع لتقديرات وموازين لا تنهياً للقضاء فإن الواجب التشريعي

---

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 39 لسنة 17 قضائية، 6 يونيو 1998، عوض المر. (ش.ق.ش|ر.م 382309)

إنشاء جهة خاصة تُمكن من الاطلاع على تلك الموازين وتقديرها، أو أي سبيل آخر يراه المشرع، المهم ألا تترك هذه الأعمال بلا رقابة، لأن تركها بلا رقابة يعني إخراجها من النظام القانوني، وإخراجها من النظام القانوني يعني أنها تسمو على الدستور ولا يسمو عليها.

وتبدو خطورة استبعاد أعمال السيادة في سياق الرقابة على الغاية في عدم انضباطها، بما يجعلها عذراً مطّاطاً يُستدعى بصفةٍ مزاجية لاستبعاد بعض الأعمال من الرقابة القضائية، وقد تقدم القول أن مفهوم المصلحة العامة عصي على الضبط، فإذا اقترن بأعمال السيادة بأن ادّعي وجود مصلحة سياسية تخرج المسألة من رقابة القضاء؛ كان ذلك إهداراً لوجه الرقابة القضائية، فالواجب أن يراقب القضاء جميع المصالح التي يتضمنها النص ويعرضها على ميزان الدستور، يستوي في ذلك أن تكون مصلحة سياسية أو غير ذلك.

وفيما يلي نعرض لموقف كل من قضاء المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا من مسألة استبعاد أعمال السيادة من رقابة القضاء، فنرصد التوجهات والتحولات:

**أولاً- موقف المحكمة العليا من الرقابة على أعمال السيادة:** خلا قانون إنشاء المحكمة العليا من نصٍ يحظر النظر في أعمال السيادة، إلا أن هذه النظرية ولجت إلا قضائها من بوابة الدفع الحكومية مثلما سوف نرى، وقد انتبهت المحكمة العليا لسعة هذا المفهوم، حيث لم يستطع القضاء والفقه وضع تعريف أو معيار جامع مانع لأعمال السيادة فانتهى القول الفصل في شأنها إلى القضاء وحده يقرر بسلطته التقديرية ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها<sup>1</sup> وقد وجدت المحكمة في سكوت المشرع عن تحديد مدلول أعمال السيادة سنداً لاختصاصها بتحديد مدلول هذا المفهوم، فلقد "نهج الشارع المصري هذا النهج حين أغفل عمداً تعريف أعمال السيادة، كما تدل

---

<sup>1</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 22 لسنة 6 قضائية، فبراير 1977، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.

على ذلك التشريعات المتعاقبة المنظمة للمحاكم ولمجلس الدولة، إذ اقتصر جميعها على النص على استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والإداري على السواء دون تعريف أو تحديد لهذه الأعمال تاركة ذلك كله للقضاء<sup>1</sup>.

وكانت المحكمة العليا منذ البداية قد وضعت معيارا عاما لأعمال السيادة قررت فيه أن تُعدّ "الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم من قبيل أعمال السيادة والأعمال التي تقوم بها بوصفها سلطة إدارة أعمالاً إدارية"<sup>2</sup>، كما أرجعت تكييف التشريعات إليها دون اعتداد بما قد يسبغه المشرع من أوصاف على تصرفات الحكومة، لتقضي بأن "العبرة في تحديد التكييف القانوني لأي عمل تجريه السلطة التنفيذية لمعرفة ما إذا كان من أعمال السيادة أو عملاً إدارياً هي بطبيعة العمل ذاته فلا تنقيد المحكمة وهي بصدد أعمال رقابتها على دستورية التشريعات بالوصف الذي يخلعه الشارع على تصرفات الحكومة وأعمالها متى كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف وتنطوي على إهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور"<sup>3</sup>.

على أساس ذلك أبطلت المحكمة العليا القرارات التي أسبغت وصف أعمال السيادة على القرارات الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو بفصلهم بغير الطريق التأديبي، حيث وجدت أن النتيجة النهائية لإسباغ هذا الوصف هو تحصين هذه القرارات وسلب القضاء ولاية النظر في الطعون التي توجه إليها رغم أنها من صميم الأعمال الإدارية التي تجريها الحكومة عند إشرافها على المرافق العامة، ولهذا قضت بعدم دستورية القانون الذي عدّ قرارات الفصل بغير الطريق التأديبي من أعمال السيادة<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 6 لسنة 1 قضائية، 1971، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.

<sup>3</sup> الحكم نفسه.

<sup>4</sup> الحكم نفسه.

وفي قضية أخرى رفضت المحكمة دفع الحكومة بأن تفويض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون يرتفع إلى مرتبة الأعمال السياسية التي لا تخضع لرقابة هذه المحكمة، حيث قضت بأن هذا الدفع "مردود بأن التفويض نظام وُضِعَ الدستور أساسه ورسم حدوده وضوابطه فوجب لذلك أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الحدود والضوابط وإلا كان مخالفا للدستور ومن ثم فإن رقابة هذه المحكمة تنبسط عليه<sup>1</sup>". كما رفضت في قضية أخرى دفع الحكومة بعدم جواز الرقابة على القانون الذي حظر الطعن على قرارات رئيس الجمهورية باعتقال الأفراد، حيث وجدت أن ذلك "ليس له أي سند من القانون، لأن الأمور التي يتناولها هذا القانون بالتنظيم، لا تعتبر - أيا كان المعيار الذي يتخذ أساسا للحكم عليها - من أعمال السيادة في شيء<sup>2</sup>".

وطوال فترة ولاية المحكمة العليا للاختصاص الدستوري تجنبت اعتبار أي عمل حكومي عملاً من أعمال السيادة أو الأعمال السياسية، باستثناء قرارات رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ، وحتى هذه القرارات لم ترتض المحكمة امتداد صفة أعمال السيادة لما يترتب عليها من أعمال، فقضت بأنه "لئن صح أن قرار رئيس الجمهورية الصادر بإعلان حالة الطوارئ مما يدخل في نطاق الأعمال السياسية التي تتحسر عنها الرقابة القضائية باعتباره من الأعمال التي تتخذها الدولة في حدود وظيفتها السياسية للمحافظة على سلامتها وأمنها، فإن هذا الوصف لا يصدق على التصرفات والتدابير والأوامر والقرارات التي تتخذها الجهات القائمة على تنفيذ الأوامر الصادرة بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص والتي حصنتها المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 99 لسنة 1963 ضد الطعن... وهذه التصرفات والقرارات والإجراءات تندرج في دائرة أعمال الحكومة العادية وليست من قبيل التصرفات والأعمال التي تتخذها الدولة في نطاق وظيفتها

<sup>1</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 9 لسنة 4 قضائية، 1975، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 5 لسنة 7 قضائية، 1978، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.



السياسية للمحافظة على سلامتها وأمنها ولا تعتبر من أعمال السيادة<sup>1</sup>. وعلى أساس ذلك قضت بعدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية فيما تضمنه من عدم سماع الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن على الأعمال التي تولتها الجهات القائمة على تنفيذ الأوامر الصادرة بفرض الحراسة على الأموال والممتلكات. وهكذا يتضح أن المحكمة العليا وضعت القواعد الأساسية لهذه النظرية مع ميل واضح للحدّ من نطاقها، حيث كرّست معياراً عاماً لتحديد أعمال السيادة، وجعلت مهمة تكييف الأعمال السيادية من صميم اختصاصها، وحاولت في تطبيقاتها أن تتقاضي إلحاق ذلك الوصف بالعديد من الأعمال تجنّباً لإخراجها من حدود اختصاصها.

ثانياً - موقف المحكمة الدستورية العليا من الرقابة على أعمال السيادة: لحسن الحظ، نجا قانون المحكمة الدستورية العليا من النص على استبعاد أعمال السيادة من ولايته، غير أن المدّ الفرنسي لم يفارق بعض أحكامها، فسارت على منوال المحاكم الفرنسية مستبعدة طائفة من الأعمال من الرقابة القضائية تحت ذريعة التقيد بعدم الرقابة على أعمال السيادة، ودعم هذا التوجّه ما ورد في قانوني السلطة القضائية ومجلس الدولة اللذين استبعدا أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري، بالرغم من خلو قانون المحكمة الدستورية العليا من نصٍ مماثل، حيث رأت المحكمة الدستورية العليا في بداياتها أن اعتبارات الحفاظ على كيان الدولة والاستجابة لمقتضيات أمنها قد وجدت "صدى لدى القضاء الدستوري في الدول التي أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين فاستبعدت المسائل السياسية من نطاق هذه الرقابة، وهي صورة من أعمال السيادة التي لا تنبسط عليها رقابة القضاء في النظام المصري<sup>2</sup>". وهذا الاستيراد عن النظم الأخرى لم يكن موقّفاً، لاختلاف تلك الأنظمة عن النظام المصري في المرحلة التي صدر الحكم خلالها.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، القضية رقم 5 لسنة 5 قضائية، 1976، ر. بدوي إبراهيم حمودة، حكم سابق.  
<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 3 لسنة 1 قضائية، 1983، ر. فتحي عبدالصبور، حكم سابق.

وقد مضت المحكمة الدستورية العليا على منوال المحكمة العليا في إثبات اختصاصها بتحديد ما يُعدُّ من أعمال السيادة، لكنها سلكت في إعمال هذه النظرية مسلكاً آخر غير الذي سلكته المحكمة العليا، فهجرت معيار التفريق بين سلطة الإدارة وسلطة الحكم، واعتمدت معياراً آخر يقضي بأن "هذه الأعمال يجمعها إطار عام هي أنها تصدر عن الدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة داخلية وخارجية مستهدفة تحقيق المصالح العليا للجماعة، والسهر على احترام دستورها والإشراف على علاقتها مع الدول الأخرى، وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج".<sup>1</sup>

ويبدو أن هذا المعيار قد استُوحِيَ من نص قانون مجلس الدولة بشأن تحديد أعمال السيادة، إذ قضى "بعدم قبول الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقات الحكومة بمجلس البرلمان وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة وعن العلاقات السياسية والمسائل الخاصة بالأعمال الحربية وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة".<sup>2</sup> فلا يخفى التشابه الكبير بين معيار المحكمة وهذا النص، وإذا كان بعض الفقه قد وجد بأن المحكمة الدستورية العليا تحصر مجال نظرية أعمال السيادة أو الأعمال السياسية في أمرين فقط وهما علاقة الحكومة بالبرلمان وعلاقة الحكومة بالسلطات الأجنبية<sup>3</sup>، فإننا لم نجد في تطبيقاتها ما يثبت هذا الحصر، والغالب أن هذا الحصر مأخوذ من نص القانون الآنف أو من قضاء المجلس الدستوري في فرنسا. ومن الملاحظ أن المحكمة الدستورية العليا قد توقفت عن توجه المحكمة العليا في اعتبار قرارات رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ من قبيل أعمال السيادة، فقد بسطت رقابتها عليها في مناسبات عديدة، أما النقاش حول تكييف بعض الأعمال فقد انحصر في طائفتين:

---

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> المادة 6، قانون إنشاء مجلس الدولة رقم 112 لسنة 1949.

<sup>3</sup> عبدالحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية، مرجع سابق، ص 617.

**الأولى- الاتفاقيات الدولية:** قضت المحكمة في بادئ الأمر بعدم اختصاصها بفحص دستورية اتفاقية تنظيم إقامة الجيوش العربية في البلد الذي تقتضي الضرورات العسكرية بانتقالها إليه<sup>1</sup>، وأسست حكمها في ذلك بأن دولة مصر إذ وافقت على هذه الاتفاقية "بهدف الحفاظ على كيان الدولة واستجابة لمقتضيات سلامتها وأمنها الخارجي فهي تعد من المسائل المتصلة بعلاقاتها الدولية وتقتضيها السياسة العليا للبلاد وتندرج ضمن أعمال السيادة التي ينبغي أن تتحسر عنها الرقابة القضائية الدستورية<sup>2</sup>". لكنّها في قضية لاحقة سعت لتقليص هذه الطائفة، حيث انتهت إلى أنه "ليس صحيحا إطلاق القول بأن جميع الاتفاقيات الدولية أيا كان موضوعها أو الاتفاقيات الدولية التي حددتها الفقرة الثانية من المادة 151 من الدستور من الأعمال السياسية، ذلك أن كلا القولين مناقض للأساس الذي تقوم عليه اعتبارات استبعاد هذه الأعمال من الرقابة القضائية على دستورتها، والتي ترجع إلى طبيعة الأعمال ذاتها وليس إلى طريقة وإجراءات إبرامها والتصديق عليها<sup>3</sup>". وعليه انتهت إلى أن "الاتفاقية الدولية بإنشاء المصرف العربي الدولي تتمحض عن إنشاء بنك يقوم بالأعمال التي تقوم بها البنوك التجارية، فلا يسوغ اعتبارها من الأعمال السياسية<sup>4</sup>؛" لتبسط بعدئذ رقابتها على النصوص التي طُعن عليها.

وفي إحدى قضايا التنازع قريبة العهد، دفع أحد المدّعين بعدم دستورية اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين حكومتي جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية، فوجدت المحكمة أن هذا الدفع قد تجاوز الطرق القانونية لتحريك النزاع الدستوري، وأنه "يتغيا حث المحكمة الدستورية على استعمال رخصة التصدي" لكنّها رفضت استعمال رخصة التصدي لعدم وجود مسوّغه، حيث رأت أن "إعمال

---

<sup>1</sup> وافق عليها مجلس الدفاع المشترك في جامعة الدول العربية في 11 سبتمبر سنة 1965.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 48 لسنة 4 قضائية، 21 يناير 1984، برئاسة فتحي عبدالصبور. (ش.ق.ش | ر.م. 36454)

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 10 لسنة 14 قضائية، 19 يونيو 1993، برئاسة محمد أبو العينين. (ش.ق.ش | ر.م. 36675)

<sup>4</sup> الحكم نفسه.

المحكمة الدستورية العليا الرخصة المقررة لها بمقتضى نص المادة (27) من قانونها، منوط بأن يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلاً بالنزاع المطروح عليها، وترتبط ممارسة هذه الرخصة في مجال الفصل في تناقض الأحكام.. بطبيعة ذلك الاختصاص، القائم حسمه على قواعد الاختصاص الولائي، والنصوص الحاكمة له، والتي يتحدد بها إطار ممارسة هذه الرخصة في هذا الشأن، وإذ انتهت المحكمة فيما تقدم إلى عدم الاعتداد بالحكمين المشار إليهما، وذلك إعمالاً لنص المادة<sup>1</sup>.. التي تضمنت قاعدة آمرة، بمقتضاها لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة.. وبالتالي لا يكون هناك مسوغ لإعمال سلطتها في التصدي<sup>2</sup>."

وكان أولى بالمحكمة أن تتصدى لدستورية اتفاقية ترسيم الحدود تلك، إعلاءً لكلمة الدستور الذي نص صراحةً على عدم جواز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة، حيث تضمنت تلك المعاهدة المخالفتين معاً، والقضية كانت في وضع مثالي لتعمل المحكمة سلطتها في التصدي، لأن النزاع كان يتعلق بالتنازع بين حكمين متناقضين، إذ انتهى القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا إلى اختصاصه بالرقابة على ذلك التوقيع بحسابه وإن لم يكن قراراً إدارياً إلا أنه مما يندرج في عموم المنازعات الإدارية، بينما أنكر الحكم الصادر من جهة القضاء العادي عن محكمتي استئناف القاهرة وجنوب القاهرة ذلك الاختصاص بمقولة أن ذلك التوقيع يعد من أعمال السيادة التي يُحجب نظرُها جهات القضاء كافة.

ولقد انتهت المحكمة إلى أن توقيع "ممثل الدولة المصرية على اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين حكومتي جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية يعد، لا ريب، من الأعمال السياسية" وإذ كان حكم القضاء الإداري "قد خالف هذا المبدأ، بأن قضى باختصاص القضاء الإداري بنظر

<sup>1</sup> المادة 11، قانون مجلس الدولة الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 47 لسنة 1972.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 12 لسنة 39 قضائية، 3 مارس 2018، برئاسة حنفي الجبالي. (ش.ق.ش| ر.م. 398791)

صحة توقيع ممثل الدولة المصرية على اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين حكومتي جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية، حال كونه ممنوعاً من ذلك، على نحو ما سلف، عدواناً على اختصاص السلطة التشريعية، فإنه يكون خليفاً بعدم الاعتداد به<sup>1</sup>. وكانت تلك فرصة مواتية بحق لإعمال سلطة التصدي، لأن تكييف التوقيع بأنه من الأعمال السياسية لا يمنع القضاء الدستوري من فحص دستوريته متصدياً لشبهة دستورية واضحة، خصوصاً وأنها تتصل بنزاع موضوعي قائم والحكم بعدم الدستورية مؤثر فيه، كما كان بمقدور المحكمة الدستورية أن تعتمد تكييف القضاء الإداري للمسألة فتجعل معالجة ذلك الخرق الصريح بيد القضاء الإداري.

**الثانية- قرار رئيس الجمهورية بدعوة الشعب للاستفتاء:** رفضت المحكمة الدستورية العليا في بداياتها دفع الحكومة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى<sup>2</sup> على أساس أن التشريع الطعين وليد استفتاء شعبي استهدف تأمين سلامة الدولة ونظامها السياسي وتحقيق مصلحتها السياسية في حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي بما يجعله من الأعمال السياسية التي تنحسر عنها رقابة القضاء، حيث وجدت المحكمة أن هذا الدفع مردود بأن سلطة رئيس الجمهورية في استفتاء الشعب لا يجوز أن تتخذ ذريعة لإهدار أحكام الدستور، وأن الموافقة الشعبية "لا تصحح ما يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور وإنما تخضع هذه النصوص التشريعية لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية<sup>3</sup>".

لكن المحكمة قد تحوّلت عن قضاءها السابق في إحدى منازعات التنفيذ، حيث قضت بأن "قرار رئيس الجمهورية رقم 404 لسنة 1990 بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس

<sup>1</sup> الحكم نفسه.

<sup>2</sup> كان النص الطعين قد حرم فئة من المواطنين حرماناً مطلقاً ومؤبداً من مباشرة الحقوق السياسية أو الانتماء لأحد الأحزاب السياسية. يُنظر: الفقرة 1، المادة 4، القانون رقم 33 لسنة 1978 بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 56 لسنة 6 قضائية، 1986، ر. محمد علي بليغ، حكم سابق.

الشعب، إذ يتعلق باستطلاع رأي هيئة الناخبين التي تمثل القاعدة الشعبية في أمر يتصل بممارسة سلطة الحكم، يعتبر من الأعمال السياسية التي لا معقب عليها من القضاء<sup>1</sup> ثم أردفت على ذلك قولها: "أما عن الدفع بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية سالف الذكر فإن النظر فيه يفترض ابتداء خضوع هذا القرار - بطبيعته ومنظوراً إليه في ذاته - لرقابة القضاء وهو ما يتأبى عليه وفقاً لما سلف بيانه وبذلك ينتفي اختصاص المحكمة بنظر الدعوى<sup>2</sup>".

وقد حاول المدعي أن يطعن على هذا الحكم ويعيد إثارة النزاع الدستوري من خلال رفع دعوى أخرى على أساس أن الحكم الآنف قد أغفل بعض طلباته الختامية، ونازع المدعي في صحة الدعامة التي بُني عليها الحكم الآنف، لأن "نظرية أعمال السيادة مخالفة في مضمونها لمبادئ الشريعة الإسلامية ولأحكام الدستور، وليس في قانون المحكمة الدستورية العليا ما يمنعها من النظر في المسائل التي تدخل في أعمال السيادة لخلوه من نص مماثل لذلك الذي ورد في المادة 17 من قانون السلطة القضائية والمادة 11 من قانون مجلس الدولة." وهذا الدفع وإن كان صحيحاً في مضمونه إلا أنه وصل إلى المحكمة بغير الطريق القانوني لإثارة النزاع الدستوري، إذ لا يجوز الطعن على أحكام المحكمة الدستورية العليا، ولهذا، انتهت المحكمة إلى أن ما أبداه المدعي "ينحل إلى طعن في ذلك الحكم بالمخالفة للمادة 48 من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 التي تنص على أن "أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن"، فمن ثم فقد أضحي متعيناً الحكم بعدم قبول الدعوى.

كان ذلك موقف القضاء الدستوري من هذا القيد، ومن الجدير بالذكر أن الفقه في مصر شبه مجمع على رفض تطبيق فكرة أعمال السيادة، لعدم انضباط فكرة أعمال السيادة ولتعارضها مع وظيفة

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم 4 لسنة 12 قضائية، 9 أكتوبر 1990، برئاسة ممدوح مصطفى. (ش.ق.ش. | ر.م. 36642)

<sup>2</sup> الحكم نفسه.

المحكمة الدستورية العليا في حماية الدستور، ونحن نشاطر الفقه ذلك الرفض، ليس لتلك الأسباب فحسب، وإنما لسبب أكثر أهمية، وهو غياب المعطيات الواقعية- التي سوّغت للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية الأخذ بهذا القيد- في كلٍ من مصر وقطر، ذلك أننا نختلف مع الرأي الذي وجد بأن قضاء المحكمة الدستورية العليا- باعتماده نظرية أعمال السيادة رغم تعارضها مع الدستور الذي يمنع تحصين أي عمل من رقابة القضاء ومخالفتها للنص الذي يمنح المحكمة ولاية عامة بالرقابة الدستورية- "يتسم بالواقعية وذلك لتوافر نفس الاعتبارات التي تبنتها المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية لكي تمنع رقابتها على بعض القضايا ذات الطابع السياسي الخالص"<sup>1</sup> فهذا الرأي محل نظر، لأنّ أهم اعتبار بُني عليه هذا القيد في قضاء الولايات المتحدة لا وجود له في القضاء المصري، وهو غياب السند الدستوري المنشئ للرقابة الدستورية، حيث نشأت الرقابة هنالك نشأة قضائية، بينما كان منشأ المحكمتين العليا والدستورية العليا دستوريًا لا قضائيًا، إلى جانب ما تقدّم ذكره من تأثير التوجهات الفكرية والفلسفية للقضاة في أحكام المحكمة العليا خلافًا للحال في مصر وقطر، ومن ثم فإن الاعتبارات بين السياقين ليست نفسها أبدًا.

من أجل ذلك فإن الرقابة الدستورية تمتد إلى جميع الأعمال طالما تعلق الأمر بمسألة دستورية، يستوي بعد ذلك أن يكون العمل سياديًا أو غير ذلك، ولا يحول دونها سوى تعلق العمل السيادي بالملاءمة فهنا تتحسر الرقابة ليس لأن العمل سيادي بل لعدم اختصاص القضاء برقابة الملاءمة، ذلك أن الفيصل في تقييد القضاء الدستوري هو النص المنشئ له، وما دام النص قد كتب الرقابة الدستورية على التشريع عمومًا فإن الاستبعاد الذاتي لأعمال السيادة لا يعدو أن يكون لوثًا من ألوان التخلي عن الاختصاص، وهو مرفوض دستوريًا.

---

<sup>1</sup> عبدالحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية، مرجع سابق، ص 623.

## الخاتمة

الحمد لله على التمام، وعلى بلوغ الختام، فقد طرقت هذه الرسالة مشكلة خروج التشريع عن الدستور فيما يبتغيه من غايات، ووضعت الرقابة الدستورية على الغاية حلاً لهذه المشكلة، فبيّنت جذورها التاريخية وأصولها النظرية، وحددت تفاصيلها العملية بدءاً برسم نطاق المشكلة، وصولاً إلى تأصيل معايير قضائية تبعث في الحلّ المقترح روح الكفاءة العملية.

ويَعَسُرُ الإحاطة بجميع نتائج هذه الأطروحة لكثرتها وتشعبها، ونستفيد من تبويبها فنمرّ تطوّافاً على النتائج الجوهرية في كل بابٍ من أبوابها الأربعة، علّ تلك النتائج تكون نوافذ مفتوحة إما لردم فجوة بين التنظير والتدبير، أو سدّ ثغرة في حمى التفكير، أو قدح فكرة للتطوير. ثم بعدئذٍ نسرد ما يعنّ في الذهن من توصيات بخصوص هذا الموضوع.

**نتائج الباب الأول** - تعلق هذا الباب بتحديد المفاهيم الأساسية للأطروحة تمهيداً لما بعده، فعرض لمفهوم الرقابة على سلطة التشريع وما يتصل به من مفاهيم، كما عرض لمفهوم الغاية وما يرتبط به من مفاهيم، وخلص الباب إلى نتائج عديدة، نوجزها فيما يلي:

- إنّ طبيعة سلطة التشريع تختلف باختلاف نطاق القيود القانونية المفروضة عليها، حيث تكون سلطة التشريع في أقصى مستوياتها حين تكون سلطة مطلقة، بينما تكون في أدنى مستوياتها حين تكون سلطة منعدمة، وتكون سلطة مقيدة كلما كانت القيود المفروضة أكبر من المتروكة للمشرع، وتكون سلطة تقديرية متى كانت المساحة المتروكة أكبر من القيود المفروضة.

- توجد سلطة التشريع المطلقة خارج القانون، ولا يمكن أن توجد داخله إلا وجوداً شكلياً، لأن مناط السلطة المطلقة هو التحرر من كل قيد، والقانون قيدٌ بطبيعته. أما سلطة التشريع المنعدمة فقد توجد خارج القانون كما قد توجد داخله، ويرجع أساسها خارج القانون لإطلاق سلطة صاحب السيادة ممثلاً في الحاكم على نحوٍ تنعدم معه سلطة الشعب في التشريع وفي كافة المجالات، أما أساس



السلطة المنعدمة داخل القانون، فهو ثبوت النص بمنع سلطةٍ ما من التدخل في موضوع معين في كافة مسائله ولو كان التدخل لزيادة الضمانات.

- توجد السلطان المقيدة والتقديرية داخل القانون حصراً، فلا وجود لهما خارجه، وفي المجال الدستوري تتحدّد طبيعة سلطة المشرع من حيث التقييد والتقدير بحسب النص الدستوري، فكلما أُلزم الدستور المشرع باتباع مسلكٍ بعينه أو التزام سبب بعينه أو اختيار محلٍ معين أو استهداف غاية بعينها؛ كلما كانت سلطة المشرع مقيدة، وكلما ترك الدستور تنظيم الأمر دون قيد فإن المشرع تثبت له سلطة تقديرية تقف حدودها عند عموم القيود الدستورية.

- في كلٍ من مصر وقطر أخضع الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا القوانين واللوائح للرقابة الدستورية بموجب النصوص الصريحة، ولكن، ثمة تشريعات ووثائق كانت محل نقاش فقهي، وقد انتهينا إلى ضرورة خضوع القوانين اللاحقة على الدستور، والقوانين المستتقى عليها شعبياً، والتشريعات الاستثنائية، والمعاهدات الدولية، والقوانين المكملة للدستور، والقوانين ذات الصفة الدستورية للرقابة الدستورية.

- تتبسط الرقابة الدستورية على عناصر التشريع الخمسة- الاختصاص والإجراءات والشكل والسبب والمحل والغاية- وتختلف الرقابة الدستورية بحسب طبيعة سلطة المشرع في كل عنصر، فحيث تكون السلطة مقيدة يراقب القضاء مدى التزام المشرع بالقيود الدستورية، وحيث تكون سلطة المشرع تقديرية يراقب القضاء مدى التزام المشرع بالحدود التقديرية للدستور. وقد ثبت أن القضاء الدستوري في مصر قد بسط رقابته الدستورية على كل عنصر من العناصر الخمسة، وتبين أن سلطة المشرع في الاختصاص والشكل والإجراءات هي سلطة مقيدة في معظمها باستثناء هامش يسير. أما سلطة المشرع بشأن السبب والمحل والغاية فهي متراوحة بين التقدير والتقييد.

- سكتت التشريعات في النظامين المصري والقطري عن مدى خضوع الوثائق الدستورية للرقابة الدستورية، وتحديدًا الدستور والتعديلات الدستورية، وبعد التفريق بينهما ثبت وجود خمسة اختلافات جوهرية تحول دون التسوية بين الدستور والتعديل الدستوري من حيث الخضوع للرقابة الدستورية، فسلطة وضع الدستور تباشرها سلطة سياسية واقعية مستقلة مطلقة تستمد شرعيتها من غلبة صاحب السيادة ولا تكون إلا في غيبة الدستور، بينما سلطة تعديل الدستور هي سلطة قانونية مقيدة تابعة تستمد شرعيتها من النص الدستوري ولا تكون إلا بصدد دستور نافذ. وعليه، فإن الدستور لا يخضع للرقابة الدستورية لأنه معيار الرقابة فلا يكون محلاً لها أبداً، أما التعديلات الدستورية فهي تشريعات مُنشأة وليست تشريعاً معيارياً كما هو حال الدستور، فيخضع للرقابة الدستورية.

- تجري الرقابة الدستورية على التعديلات الدستورية وفق العناصر الخمسة كذلك، وتحدد النصوص الدستورية طبيعة سلطة تعديل الدستور في كل عنصر من العناصر الخمسة، وباستقراء الدستوريين المصري والقطري بدا أن سلطة تعديل الدستوري فيما يتعلق بالاختصاص والشكل والإجراءات سلطة مقيدة في معظم نواحيها، أما سلطة تعديل الدستور فيما يتعلق بالسبب والمحل والغاية فهي سلطة تقديرية واسعة، فيما عدا قيود محددة وردت في كل دستورٍ على حدة. وتلتزم سلطة تعديل الدستور بالقيود الشكلية والموضوعية فيما تقرره من التعديلات الدستورية، ولا يُضمن التزامها بغير إخضاع تلك التعديلات للرقابة الدستورية، وإلا أُفِرغَتْ تلك النصوص من غاياتها.

- إن الغاية التشريعية هي النتيجة النهائية الكلية للقاعدة القانونية، ولها بهذا المعنى جانبان، أحدهما يقبع في تصور المشرع، والآخر يقبع في حقيقة الواقع، وعند تعارض الجانبين التصوري والواقعي فإن العبرة بهذا الأخير. والنتيجة النهائية التي ينبغي على التشريع تحقيقها هي المصلحة العامة، غير أن مفهوم هذه الأخيرة تتنازعه مختلف الاتجاهات الفكرية تنازعاً يسحبه ذات اليمين

وذات الشمال، ما يجعل مفهوم المصلحة العامة نسبيًا بطبيعته، فهو يختلف باختلاف الرؤى الفكرية ومعطيات الواقع وظروف الزمان والمكان.

- إن البحث في مفهوم المصلحة العامة في النظامين المصري والقطري يجزّ الحديث لتاريخ المصلحة العامة في السياق الغربي، لأن أنظمة القانون في العالم العربي ليست امتدادًا لتاريخها الذاتي، وإنما هي مستوردةٌ عمّا انتهى إليه الغرب بعد تحولات عديدة لم يشهد التاريخ العربي مثيلاً لها، وقد تبين أن مفهوم المصلحة العامة في السياق الغربي قد مرّ بثلاثة تحولات تزامنت مع تحوّل موارد الحياة واختلاف ظروف المعيشة. في المرحلة الأولى كان مفهوم المصلحة العامة يعني تمكين القدرات، بما يجعل المصلحة الجماعية أجدر من المصلحة الفردية، ثمّ في المرحلة الثانية أصبح مفهوم المصلحة العامة يعني تمكين الإيرادات بما يجعل للمصالح الفردية اعتبارها دون إهدار للمصلحة الجماعية، ثم في المرحلة الثالثة أصبح مفهوم المصلحة العامة يعني تمكين الرغبات بما يجعل المصلحة الفردية أولى من المصلحة الجماعية.

- رغم أن التاريخ العربي لم يشهد أيًا من تلك التحولات الثلاثة على مرّ تاريخه الذي بدأ بظهور الإسلام؛ إلا أن الدساتير العربية قد تبنت مفهوم المصلحة العامة وفق المرحلة الثانية والتي كانت المصلحة العامة فيها تعني تمكين الإيرادات، ويرجع ذلك إلى تزامن ظهور الدساتير الغربية مع التحول الثاني للمصلحة العامة وشيوع الفلسفة الليبرالية آنذاك، فنتيجةً لوجود الأجنبي في المنطقة العربية باختلاف تمثّلاته؛ انتقلت تلك المضامين بحمولاتها الأيدولوجية للدساتير العربية، مع وضع نصّ مُعترَب في معظم الدساتير العربية يقرر الشريعة الإسلامية كمرجعية للتشريع.

- كان الفقه الإسلامي قبل ذلك بقرون عديدة قد أصل مسألة غاية التشريع تأصيلًا علميًا متينًا على هديّ من الفلسفة الإسلامية، وقد وُضعت ثلاث نظريات تتكامل فيما بينها لتأصيل هذه المسألة، أولها نظرية المقاصد التي عُنيت بتحديد كليات الشريعة وفق نصوص الوحي، وثانيها

نظرية المصلحة المرسله والتي تفتح باب الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص، وثالثها نظرية اعتبار المال التي تفحص عواقب الأمور للتحقق من نجاعة المصالح المرسله. غير أن هذا الجهد الفقهي الذي كان امتدادًا للوعي العربي الإسلامي قديمًا لم يلق حاضنة سياسية تتبناه في دساتيرها، ولم يحظ بتوطین له وفق السياق المعاصر، إذ استشرى منطق التقليد على منطق التجديد.

- حاول باحثو القانون ضبط معيار المصلحة العامة في القانون، وجرت خمس محاولات أساسية، أولها أن معيار المصلحة العامة هو أمن المجتمع واستقراره، وثانيها أن المعيار هو تحقيق العدل، وثالثها أن المعيار هو تقدم المجتمع، ورابعها أن المعيار هو الحرية، وخامسها أن المعيار هو تقسيم المصلحة العامة بحسب المجالات، وباختبار كفاءة تلك المعايير في ضبط مفهوم المصلحة العامة ظهر أن جميعها لا يصلح، لاشتراكها في صفة النسبية، فجميع هذه المفاهيم قد تجمع تحت مظلتها الشيء ونقيضه، ما ينفي عنها الكفاءة المعيارية لضبط مفهوم المصلحة العامة.

- إن مقتضيات المعيار الضابط للمصلحة العامة في القانون يستدعي - بعد تحديد سياق الزمان والمكان - أمرين جوهريين، أولهما: الانطلاق من مرجعية محددة تنطق بمعتقداتها وقيمها مضامين الدستور في تجانس فيما بينها، وليس بنصٍ دخيل يقرّر مرجعية تتنافر مع بقية نصوص الدستور التي تعبّر عن مرجعية أخرى. وثانيهما: إعداد سياسة تشريعية عامة تحدد توجهات المشرع الغائية، وتكون مبنية على قراءة فاحصة للواقع وتحديد الاحتياجات وتوظيف الإمكانيات.

- إن مفهوم الغاية التشريعية يشترك مع تسع مفاهيم أساسية، وقد جرى تحرير كل مفهوم على حدة، فالغاية التشريعية: هي النتيجة النهائية الكلية للتشريع. والغرض التشريعي: هو النتيجة النهائية التصورية للتشريع. والهدف التشريعي: هو النتيجة النهائية الواقعية للتشريع. والقصد التشريعي: هو النتيجة النهائية الفعلية للتشريع. أما الدافع التشريعي: هو كل حالة تدفع المشرع لإصدار التشريعي. والسبب التشريعي: هو الحالة الدستورية أو الواقعية التي تدفع المشرع للتدخل. والباعث التشريعي:

هو الحالة الخفية التي تدفع المشرع لإصدار التشريع. والنية التشريعية: هي الدافع الحقيقي لإصدار التشريع. وحكمة التشريع: هي مجموع الغايات والدوافع التي اعتقد المشرع حسننها وفق تقديره. أما روح التشريع: هو مجموع المقاصد المستخلصة من نصوص التشريع مجتمعة أو منفردة.

- إن فكرة الرقابة تقوم على وجود القيد، وحيث ينتفي القيد تنتفي الرقابة. وتخلو الدساتير من قيود صريحة على عنصر الغاية، لكن غياب القيود الصريحة على الغاية لا يعني غياب القيود الواضحة، وقد ثبت للفقهاء أن قاعدة الأهداف المخصصة في المجال الإداري لا تنطبق في المجال الدستوري إلا على حالات نادرة، أما في الحالات الغالبة التي لا تنطبق فيها قاعدة تخصيص الأهداف؛ سعينا لتأسيس قاعدة الأهداف اللازمة سدًا لتلك الثغرة في نظرية الانحراف الغائي. ويقتضي إعمال قاعدة الأهداف اللازمة خطوتين من القضاء الدستوري، تقوم الأولى على استخلاص الغايات اللازمة عن النصوص الدستورية، بينما تقوم الخطوة الثانية على إخضاع الغاية التشريعية لحكم الغايات اللازمة المستخلصة. وقد أخذ القضاء الدستوري في مصر بمضمون قاعدة الغايات اللازمة في العديد من أحكامه، كما أن في الفقه إشارات مهمة حول ذلك.

- قرّر القضاء في كل من مصر وقطر بأن غاية التشريع هي المصلحة العامة، غير أن الأحكام القضائية قد خلت من تعريف ذلك المفهوم، لكن تتبع أحكام القضاء الدستوري يكشف عن نهج اطرّد على استخلاص وجه المصلحة العامة تمهيدًا للرقابة عليها، سواء لإثبات توافق تلك المصلحة مع الدستور، أو لإثبات تعارضها معه. أما القضاء القطري فقد نهج على استخلاص المصلحة العامة من التشريع كذلك، بيد أن جميع الأحكام كان الاستخلاص فيها تمهيدًا لإثبات توافق تلك المصلحة مع الدستور وليس تمهيدًا للرقابة على الغاية. وقد اعترف القضاء في كل من مصر وقطر بتمتع المشرع بسلطة تقديرية واسعة، غير أن القضاء المصري حرص على التأكيد بأن السلطة التقديرية لا تعني إطلاق سلطة المشرع، بل يظل محكومًا بالحدود الدستورية.

**نتائج الباب الثاني-** دار هذا الباب حول النشأة التاريخية للرقابة الدستورية على الغاية، فعرض للجذور الأولى للرقابة على الغاية في كلٍ من مصر وقطر، منتقلاً إلى امتدادات تلك الجذور في المجال الدستوري حين أثمرت بمقالة السنهوري، كما عرض للجوانب النظرية لعيب الغاية من حيث تحرير اصطلاحه ومفهومه وخصائصه وتمييزه عن غيره، وفيما يلي موجز لأهم النتائج:

- نشأت الرقابة على الغاية في مصر نشأة إدارية، وكان أول ظهور لها على يد المحاكم المختلطة، حيث راقبت عنصر الغاية في قرارات الحكومة المصرية، وفحصت النتائج النهائية من حيث مدى اتفاقها مع اللوائح والقوانين التي كان معمولاً بها في فترة الامتيازات الأجنبية. وبينما سلك القضاء المختلط نهجاً مطرداً في فحص غايات القرارات الإدارية؛ لم يحسم القضاء الوطني موقفه بشأن قبول هذا النوع من الرقابة حتى عام 1942، وهو العام الذي تزامن مع صدور قانون استقلال القضاة، ويظهر أن السبب وراء اختلاف موقف القضاء المختلط عن القضاء الوطني، هو أن هذا الأخير لم يكن يتمتع بأي ضمانات تجعله مستقلاً عن الحكومة المصرية، بخلاف القضاء المختلط الذي كان يتمتع بأقصى ضمانات الاستقلال.

- إن الحسنة الوحيدة لقضاء المحاكم المختلطة فيما يتعلق بالرقابة على الغاية؛ هي أن اعتماد الدول ذات الامتيازات الأجنبية لهذا النوع من الرقابة يكشف عن فاعليته في حماية حقوق وحرريات الأفراد من تعسف الإدارة، فلقد كانت الحكومات الأجنبية تمنع محاكمها الوطنية من الرقابة على الغاية من أعمال الإدارة حتى لا تُجابه قراراتها بالإلغاء، لكنها في الوقت نفسه صدّرت فكرة الرقابة على الغاية لمصر حتى تضمن لمواطنيها أعلى درجة من الحماية في الخارج؛ كيما تتال تأييدهم لها في الداخل، وهذا خير دليل على نجاعة الرقابة على الغاية- من حيث المبدأ- في تقويض جماع السلطات حين تشطّ فيما تبتغيه من غايات.

- لم تثر مسألة الرقابة الدستورية على الغاية في المحاكم المختلطة بسبب غياب دستور جامد، فشرط الرقابة الدستورية هو وجود دستور جامد، وحيث غاب الشرط غاب المشروط، وحتى بعد صدور النظام الأساسي لمصر عام 1882 لم يكن هذا الدستور ملزمًا للمحاكم المختلطة بشيء، ففضلاً عن كونه ليس دستورا جامدا؛ كانت المحاكم المختلطة تخضع لتشريعات خاصة بعيداً عن التشريعات الوطنية. ويمكن القول عمومًا بأن تأخر تقرير الرقابة على الغاية في المجال الدستوري عن المجال الإداري يرجع لأسبقية الأول على الأخير، إذ إن مسألة الرقابة الدستورية بعمومها لم تثر في المحاكم المصرية إلا بعد صدور دستور 1923.

- إن ملامح الرقابة على الغاية في قطر مرّت بمرحلتين، فقبل استقلالها عام 1971؛ ظهر ملمحان لهذا النوع من الرقابة، أولهما احتمال اعتماد القضاء الأجنبي في قطر للرقابة على الغاية كما اعتمده القضاء المختلط في مصر، ولكن مع تعذر الوصول لتلك الأحكام امتنع التحقق من قيام هذا الاحتمال. والملح الثاني هو صدور قانون إنشاء لجنة التظلمات الإدارية عام 1963، فقد منح هذا القانون للجنة صلاحية طلب المستندات والبيانات، وهذه الصلاحية تتم عن اختصاص اللجنة في فحص مشروعية الغايات التي تُبنى القرارات الإدارية عليها، خصوصًا وأن هذه اللجنة مرؤوسة من قبل رئيس محكمة العمل، ما يجعلها شبه قضائية، غير أن الجزم بذلك غير ممكن لتعذر الاطلاع على قرارات تلك اللجنة. أما بعد استقلالها، هناك بادرتان تتم عن حضور الرقابة على الغاية في الوعي القضائي آن ذلك، أولهما، أن القضاء الشرعي امتنع عن الامتثال للتشريعات التي تخالف الشريعة الإسلامية في غاياتها، وأعلى مقاصد الشريعة الإسلامية على ما سواها. والبادرة الثانية وهي الأهم: صدور حكم للمحكمة الابتدائية العدلية يقرر بطلان أحد القرارات الإدارية لعبي في الغاية، تمثل في جعل قرار نقل أحد الموظفين مقتنًا بعقوبة تأديبية.

- بخلاف النشأة القضائية للرقابة الإدارية على الغاية؛ نشأت الرقابة الدستورية على الغاية نشأة فقهية، ولكن على يد الفقهاء القضاة، فبعد أن حسم المجلس الدستوري الجدل حول مدى جواز اختصاص القضاء بالرقابة الدستورية في حالة الفراغ الدستوري لصالح الجواز؛ تحول النقاش الفقهي إلى سؤال كيفية إعمال الرقابة الدستورية على التشريعات البرلمانية، فثار سؤال حول مدى جواز الرقابة على غايات التشريع من جهة، وسؤال آخر حول كيفية إعمال الرقابة الدستورية على الغاية. هنا، جاءت مقالة السنهوري ليقدم من خلالها إجابات عن الأسئلة الأربعة، فحسم سؤال مدى جواز الرقابة الدستورية استناداً لحكم المجلس الدستوري 1948. وحسم سؤال كيفية الرقابة على التشريع عموماً من خلال قياس التشريع البرلماني على التشريع الإداري، جاعلاً من مخرجات القضاء الإداري جواباً على سؤال الكيفية فيما يتعلق بكل عنصر. ثم حسم سؤال جواز الرقابة على الغاية بتأسيس نظرية الانحراف في المجال الدستوري كمرحلة ثالثة لنظرية التعسف. وحسم أخيراً سؤال كيفية الرقابة الدستورية على الغاية باعتماد المعيار الموضوعي واستبعاد المعيار الذاتي، وذلك من خلال تأصيل خمس فروض عملية للكشف عن عيب الغاية، كما حدّد الأدوات التي من خلالها يستظهر القضاء مقاصد المشرع.

- عالج السنهوري موضوع الرقابة الدستورية بعدسة القوانين وليس بعدسة الرقابة، وهذه الزاوية مفهومة في بحثه الذي كان يرتجي منه حل مشكلة واقعية في المقام الأول، لكن استمرار الباحثين في النظر للموضوع من هذه الزاوية الحاصرة لم يكن موفقاً، فبعد انتقال النظام المصري من الرقابة اللامركزية إلى نظام الرقابة المركزية كان الواجب على الباحثين أن يصحّحوا زاوية النظر فيجعلوا الرقابة الدستورية على الغاية هي المحور، ويتفرع عنها انحراف القوانين أو اللوائح أو حتى التعديلات الدستورية، ولم يصحح زاوية النظر إلى موضوع الانحراف الغائي من الفقهاء سوى قلّة، كان على رأسهم الدكتور عبدالرحمن كحيل.



- عدّ السنهوري نظرية الانحراف في المجال الدستوري مرحلة من مراحل تطور نظرية التعسف، فالمرحلة الأولى تتمثل في نظرية تعسف استعمال الحق في القانون المدني، والثانية تتمثل في الانحراف في المجال الإداري، والثالثة تتمثل في نظرية الانحراف في المجال الدستوري. وقد انتهينا إلى أن العلاقة بين النظريات الثلاث ليست علاقة تطوّر أو تمرّح، وإنما هي علاقة أصلٍ وفرع، فالنظريات الثلاث هي فروع لأصلٍ واحد هو نظرية التعسف المعروفة في الفقه المدني، وقد أحسن فقهاء القانون الإداري توصيف العلاقة فيما بين هذه النظريات، فهي إعادة توظيف لنظرية واحدة في مجالات مختلفة، وليست مراحل تطورية.

- رغم أن فضل السبق قد ثبت للسنهوري في السياق العربي، إلا أن القول بأنه سابق في طرق المسألة حتى على قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية هو قولٌ غير دقيق، فبنتبع أحكام هذه الأخيرة ظهر بأنها في أولى أحكامها في نهايات القرن التاسع عشر قد تداولت مصطلح إساءة استعمال السلطة، والأهم من ذلك، أن السوابق القضائية والإرث الفقهي لها يظهر اعتمادها على نظام خاص للرقابة الدستورية على الغاية، وهو ما يُعرف بنظام "الرقابة المتدرجة Tiered Scrutiny"، ويتكون من ثلاث درجات للرقابة على الغاية، الرقابة المحدودة Limited Scrutiny، والرقابة الوسيطة Intermediate Scrutiny، والرقابة الصارمة Strict Scrutiny.

- جوبهت مقالة السنهوري في جوهر الفكرة في مرحلة الرقابة اللامركزية باعتراف شديد، وقد استند الاتجاه المعارض للرقابة الدستورية إلى أربع حجج، أولها: أن التقدير والتقييد غير متصور بالنسبة للسلطة التشريعية، وتحليل هذه الحجة ظهر أنها لا تصمد أمام نصوص الدستور التي تجعل سلطة المشرع متراوحةً بين التقييد والتقدير. والثانية: تناقض التقييد مع واجب المشرع العادي في التجاوب مع مقتضيات التطور، وقد اتضح بمناقشة هذه الحجة أن التناقض منتقب، إذ القيود الدستورية فيها قدرٌ من المرونة، ولا تتناقض بأي وجه مع دور المشرع في مواكبة التطور، تمامًا

كما أن الإدارة والقضاء ملزمون بمواكبة مقتضيات التطور ومقيدون في الوقت ذاته بالحدود الدستورية. والثالثة: أن الفارق بين السلطتين الإدارية والتشريعية فارق في الدرجة والجوهر، وقد تبين أن الفارق في الدرجة دون الجوهر بدليل أن بعض الدول تسند تنظيم مسألة معينة للسلطة التشريعية، في حين تسندها دول أخرى للسلطة التنفيذية، فلو كان الفارق في الجوهر لما صحّ مثل هذا التباين في إسناد الموضوع الواحد لسلطتين مختلفتين، فهو فارق في الدرجة فحسب. والرابعة: أن الرقابة على الغاية تجعل القاضي مشرعا فوق المشرع، وقد اتضح أن هذا الاعتراض مبني على افتراض خاطئ مؤداه أن الرقابة على الغاية منفصلة عن الرقابة الدستورية، وما هي كذلك، فهي جزء من الرقابة الدستورية على التشريع، وهي لا تساوي بأي حال الرقابة على الحكمة التشريعية، فهذه الأخيرة مرفوضة، لانطباق ذلك الاعتراض عليها.

- يمكن إيجاز الحجج الأساسية لتأييد الرقابة الدستورية على الغاية في أربع حجج أساسية، أولها: ثبوتها بموجب الدستور والقانون، فلقد قررا اختصاص القضاء الدستورية على رقابة القوانين واللوائح، وإذ لم تستثن تلك النصوص أي عنصر من عناصر التشريع فإن الرقابة الدستورية ممتدة إلى عناصر التشريع الخمسة بما في ذلك الغاية، إذ القول بعدم اختصاص الرقابة على الغاية من التشريع يحتاج لنص صريح بعد ثبوتها بموجب عموم النص الذي لم يخصص، ولا يجوز للقضاء أن يتقيد ذاتيا بذلك، وإلا عد متخليًا عن اختصاصه المسند له دستوريا وتشريعيا. والحجة الثانية أن اختصاص القضاء بالرقابة على الغاية يترتب على مبدأ سمو الدستور، فمقتضى هذا المبدأ أن يسمو الدستور كله بصريحه ومضمونه، إذ السمو لا يتجزأ فمخالفة النتائج النهائية للوازم الغائية تساوي مخالفة النصوص الصريحة للدستور، فكلاهما انتهاك لمبدأ سمو الدستور. أما الحجة الثالثة، فهي أن اختصاص القضاء الدستوري بالتفسير يجعل اختصاصه بالرقابة على الغاية من باب أولى، إذ لا يتصور أن يتنامى لعلم القضاء بموجب تفسير النصوص توحيّ المشرع مقاصد غير

مشروعة ثم يطالب بغض طرفه عنها، فتلك صورة من صور إنكار العدالة. أما الحجة الرابعة، فهي أن تاريخ رفض الرقابة على الغاية من قبل الدول الأجنبية في الداخل مع تصديرها لمواطنيها في الخارج عبر القضاء المختلط هو خير شاهدٍ على جدواها، لأن مسعى الحكومات الأجنبية هو توفير أعلى الضمانات لمواطنيها في الخارج حتى تتال تأييدهم في الداخل، وفي الوقت نفسه لم تقبل إقرار هذا النوع في بلدانها لئلا تتقوض سلطاتها.

- عبّر الفقه عن عيب الغاية بألفاظ عديدة، أكثرها شيوعاً تعبير "الانحراف التشريعي" وهذا التعبير له دلالتان، دلالة واسعة مدعومةً بالبنية اللغوية للتعبير يكون بموجبها كل خروج عن الدستور هو انحراف تشريعي سواء تعلق بعنصر الغاية أو بأي عنصر آخر من عناصر التشريع. وثمة دلالة أخرى ضيقة مدعومة بالاستعمال الفقهي لهذا المصطلح، حيث يعني الانحراف التشريعي بموجبها خروج المشرع عن الدستور فيما يستهدفه من غايات تحديداً. وظاهرٌ أن مدلول الأخير لا يتكافأ لغوياً مع الدالّ، فالانحراف التشريعي لغوياً أوسع في الدلالة من الخروج عن الدستور في عنصر الغاية، ولردم الفجوة بين الدال والمدلول، ارتأينا التعبير عن عيب الغاية بتعبير "الانحراف الغائي" ليصبح الدال مطابقاً لمدلوله المتمثل في خروج المشرع عن الدستور في عنصر الغاية.

- اعتنى القضاء الدستوري في مصر بفكرة الرقابة الدستورية في وقت مبكر، أما عنايته بالمصطلحات الشائعة لتلك الفكرة مثل الانحراف في استعمال السلطة وإساءة استعمال السلطة فقد كان في مرحلة متأخرة، وأول حكمٍ طَبّق فكرة الرقابة الدستورية على الغاية بحذافيرها هو حكم محكمة القضاء الإداري عام 1952، إذ تعرّض لهذه المسألة من بوابتي التفسير القضائي ومبدأ سمو الدستور، وكانت أحد أسانيد الحكم بعدم دستورية النص الطعين تتمثل في مخالفة النتيجة النهائية لغاية دستورية لازمة. أما ظهور المصطلحات المعبرة عن الفكرة فقد كان في البداية نتيجة

تضمنين تلك المصطلحات في الدفوع التي طعنتم في التشريعات على أساس الانحراف أو الإساءة، إلى حين الحكم الشهير عام 2012 الذي أورد تعبير الانحراف التشريعي من تلقاء نفسه.

- لم يُعرّف القضاء الدستوري في مصر مصطلح الانحراف التشريعي أو مصطلح الانحراف في استعمال السلطة حتى هذه اللحظة، لكنّه عزّف مصطلح سوء استعمال السلطة بأنه مثلب احتياطي وعيب قصدي يتعين أن يكون الدليل عليه واشيا بتتكبها الأغراض المقصودة من تأسيسها واستقرارها بالتالي وراء سلطتها في مجال تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا انحرافاً عنها. والفرق بين الانحراف والإساءة هو أن الأخير لا يكون إلا عمدياً، بينما الثاني قد يكون عمدياً وقد يكون بغير عمد، والإشكال الذي جرى أن معظم الباحثين قد أسقطوا تعريف المحكمة الدستورية العليا لمصطلح سوء استعمال السلطة وأجروه على مصطلح آخر، هو مصطلح الانحراف في استعمال السلطة، وقد ثبت عدم صحة ذلك الإسقاط لأن الأول أخص من الثاني، فكل إساءة لاستعمال السلطة هي انحراف بالضرورة، لكن ليس كل انحراف إساءة.

- ترتب على ذلك الإسقاط الخاطئ أن عيب الغاية انحصر في أحوال سوء النية، وغض الفقه طرفه تماماً عن الأحوال التي يكون فيها عيب الغاية ناشئاً رغم حسن النوايا. وقد انجر هذا الخلل في التعريف على الخصائص التي عيّنت لعيب الغاية، فقليل أنه لا يكون إلا خفياً، وأنه لا يكون إلا عمدياً، لكن البحث قد دلنا على أن الانحراف الغائي قد يكون ظاهراً كما قد يكون خفياً، وأنه قد يكون غير عمدي كما يكون عمدياً. كما ترتب على ذلك الخلل في التعريف ذهاب الكثيرين للقول بأن الرقابة على الغاية لا تكون إلا رقابة احتياطية. غير أن البحث قد كشف عن أن الرقابة على الغاية هي رقابة أصلية بدليل حكم المحكمة العليا الشهير الذي عدّ الرقابة على الانحراف التشريعي رقابةً أصلية وليست رقابة احتياطية.

- يمتاز عيب الغاية عن أربعة عيوب أخرى قد تختلط معه، فعيب الغاية يعني خروج المشرع عن الدستور فيما يستهدفه من غايات، ويسمى "الانحراف الغائي" وهو يختلف عن عيب السبب الذي يحمل مصطلح "الخطأ الظاهر في التقدير" كما يختلف عن عيب "عدم التناسب" الذي يعني عدم توافق محل التشريع مع سببه أو غايته أو كليهما، ويختلف عن عيب "عدم الملاءمة" والذي يعني عدم التوافق بين التشريع والظروف المحيطة به، ويختلف أخيراً عن عيب "إساءة استعمال السلطة" والذي يشير إلى الانحراف الغائي في صورته العمدية حصراً.

**نتائج الباب الثالث** - تعلق هذا الباب بنطاق الرقابة الدستورية على الغاية من التشريع، فأعاد تعيين مناطق الانحراف الغائي عن الدستور بين التقييد والتقدير، ووضع فروضاً لوقوع الانحراف الغائي في كل منطقة. كما بيّن مجالات الانحراف الغائي من حيث مصدر التشريع، وكذلك من حيث طبيعة التشريع، وفيما يلي موجز لأهم نتائج هذا الباب:

- شاعت في الفقه فرضية مفادها أن "الانحراف لا يُتصور في غير منطقة السلطة التقديرية" وهذه الفرضية نشأت عن تصوّرين، الأول هو التصور السنهوري، والثاني هو التصور الطماوي. بالنسبة للتصور الأول؛ قسّم السنهوري سلطة المشرع إلى مقيدة وتقديرية، ثم وضع الاختصاص والشكل والإجراءات والمحل في منطقة السلطة المقيدة، ووضع الغاية بعد دمج السبب بها في منطقة السلطة التقديرية، بحيث يكون خروج المشرع عن الدستور في منطقة التقييد "مخالفة للدستور" ويكون خروج المشرع عن الدستور في منطقة التقدير "انحرافاً غائياً". وأساس الإشكال في هذا التصور يتمثل في التوزيع الحدي لعناصر التشريع على المنطقتين، في حين أن الدستور يجعل سلطة المشرع في كلّ عنصر متراوحةً بين التقدير والتقييد، إلى جانب اللبس في التسمية، فقد عبّر عن مفهومين مختلفين دلاليّاً بمصطلحات متداخلة دلاليّاً، وهو ما أدى لالتباس التمييز بين ما سمّاه مخالفة للدستور وبين ما سمّاه انحرافاً تشريعياً.

- بالنسبة للتصوّر الثاني فهو مستوحى من التصور الطماوي للمسألة في المجال الإداري، ويقوم كذلك على تقسيم سلطة المشرع إلى منطقتين مقيدة وتقديرية، لكن توزيع عناصر التشريع يختلف، فالاختصاص والشكل والإجراءات والغاية في منطقة التقييد، بينما المحل والسبب في منطقة التقدير. وقد سُحِبَ هذا التصور إلى المجال الدستوري. ويكمن الإشكال الأساسي في هذا التصور بأن مقدماته لا تتصل منطقيًا بالنتيجة، فالمقدمة التي تقرّر أن سلطة المشرع في الغاية لا تكون إلا سلطة مقيدة؛ والمقدمة التي تقرّر أن الانحراف عيبٌ غائي حصرًا؛ تتناقضان بمجموعهما مع النتيجة القائلة بأن الانحراف الغائي لا يُتصوّر في غير منطقة التقدير، إذ النتيجة المنطقية لتينك المقدمتين هي أن الانحراف لا يمكن أن يقع.

- خلص تحليل الآراء في موضوع منطقة الانحراف الغائي إلى تصوّر بديل، يقوم على الإقرار بتقسيم سلطة المشرع إلى تقديرية ومقيّدة، لكنّ التوزيع يختلف، فسلطة المشرع في جميع عناصر التشريع تتراوح بين التقييد والتقدير، بما في ذلك عنصر الغاية، ففي منطقة التقدير نجد العناصر الخمسة بنسبٍ متفاوتة، وكذلك في منطقة التقييد. ولما كان عيب الانحراف متعلّقًا بعنصر الغاية وكانت سلطة المشرع في الغاية تتراوح بين التقييد والتقدير، فإن الانحراف الغائي متصور في منطقة تقييد الغايات تمامًا كما هو متصور في منطقة تقدير الغايات. وقد خلص تحرير موضوع الغاية إلى نتيجة مهمّة، وهي أن الانحراف الغائي في منطقة التقدير لا يثور إلا إذا تعارضت مصلحتان مشروعتان، أما إذا كانت أحد المصلحتين المتعارضتين غير مشروعة فإن الحديث يكون عن الانحراف الغائي في منطقة التقييد.

- في منطقة التقدير هناك فرضان، فقد يقع الانحراف الغائي بحسن نية وقد يقع بسوء نية. فالانحراف الغائي بحسن نية في منطقة التقدير ينشأ كلّما تعارضت المصلحة الفعلية في التشريع مع المصلحة المتروكة، وكانت المصلحة الأولى في ميزان الدستور هي المصلحة المتروكة، وحينها

يكون أساس هذا الفرض هو الاعتقاد الخاطئ بأولوية مصلحة ما على مصلحة أولى منها دستوريًا، ولا توجد مصلحة خفية أو شكلية في هذا الفرض. أما الانحراف الغائي بسوء نية في منطقة التقدير؛ فينشأ لدى تعارض مصلحتين مشروعيتين، أحدهما شكلية والأخرى متروكة، وتكون الشكلية هي الأولى في ميزان الدستور لكنّها تُساق لإخفاء مصلحة غير مشروعة تكون هي الفعلية، فأساس هذا الفرض هو إخفاء المصلحة الفعلية غير المشروعة بستر المصلحة الشكلية المشروعة.

- في منطقة التقييد هناك فرضان كذلك، فقد يقع الانحراف الغائي بحسن نية وقد يقع بسوء نية. وينشأ الانحراف الغائي في منطقة التقييد بحسن نية؛ متى استهدف المشرع مصلحة غير مشروعة على حساب مصلحة مطلوبة دستوريًا، ويكون أساس هذا الفرض هو الاعتقاد الخاطئ بمشروعية مصلحة ما لا وزن لها في الاعتبار الدستوري، أو الاعتقاد الخاطئ بأولوية مصلحة مقبولة دستوريًا على مصلحة مطلوبة في ميزان الدستور. بينما ينشأ الانحراف الغائي في منطقة التقييد بسوء نية؛ متى استهدف المشرع مصلحة خفية غير مشروعة على حساب مصلحة مطلوبة دستوريًا، ويكون أساس هذا الفرض هو إخفاء الغاية الفعلية غير المشروعة إما خلف اختصاص تقديري، أو خلف اختصاص منتحل.

- تتعدد مجالات الانحراف الغائي بحسب مصدر التشريع، حيث يقع الانحراف الغائي عن الدستور في مجال القوانين وفي مجال اللوائح وفي مجال التعديلات الدستورية، ولا يُتصوّر وقوعه لدى وضع الدساتير ولا في الإعلانات الدستورية ولا في الدساتير المؤقتة، لأن جميع هذه الوثائق تصدر خارج النظام القانوني، فليس من دستورٍ قائم عند صدور تلك الوثائق حتى يُقال بانحرافها عن الدستور، كما أن تلك الوثائق لا تصدر عن سلطة قانونية مقيّنة، وإنما تصدر عن سلطة واقعية مطلقة، ولا رقابة على السلطة المطلقة، ومن ثم تخرج هذه الوثائق من اختصاص القضاء الدستوري لانتهاء علاقتها بالدستور.

- إن القول بأن أساس الرقابة على الانحرافات الغائية في الوثائق الدستورية هو مخالفتها لغايات الإرادة الشعبية وإن صحَّ منطقيًا لا يصح عمليًا، فالدستور هو أداة التعبير عن الإرادة الشعبية، وحيث لا دستور، تكون إرادة الشعب غير محسومة، فالقول بوجود الرقابة الدستورية على تلك الوثائق من حيث مدى انحراف عن الإرادة الشعبية؛ يقتضي أن تكون هذه الإرادة معلومة، والعلم بها يقتضي الإفصاح عنها بنصوص مكتوبة، وهو ما يتعذر في غالب أحوال الفراغ الدستوري، والقضاء الدستوري غير مخوّل بحفظ إرادة المجتمع إلا بقدر ما ينص الدستور عليها، وإذ ليس من دستور يُرْتَهَنُ إليه في تحديد الإرادة الشعبية فلا مجال للحديث عن الرقابة الدستورية على هذه الوثائق الثلاثة؛ الدساتير، والإعلانات الدستورية، والدساتية المؤقتة.

- بحسب طبيعة التشريع يجد الانحراف الغائي مرتعًا في المجالين الإيجابي والسلبي للتشريع، ويعني الانحراف الغائي الإيجابي خروج التشريع الأدنى عن الدستور فيما يبتغيه من غايات، وهو المشهور. أما الانحراف الغائي السلبي، فيعني امتناع التشريع الأدنى عن تحقيق الغايات المطلوبة دستوريًا. وهذا الأخير لا يُتصور وقوعه إلا في منطقة السلطة المقيدة، أما في مجال السلطة التقديرية فلا يُتصور، ويتخذ الانحراف الغائي السلبي صورًا عديدة، أشهرها تداولًا في الفقه صورة "الإغفال التشريعي" وصورة "التسلب من الاختصاص".

- ينشأ الإغفال التشريعي نتيجة ترك المشرع إدراج قاعدة تشريعية في التنظيم التشريعي على نحوٍ يحول دون الوفاء بالمتطلبات الدستورية، واتصال هذا العيب بعنصر الغاية يكون إما بإغفال التشريع لغاية دستورية مطلوبة، أو يكون بإغفال مسألة تتعلق بأحد عناصر التشريع الأخرى على نحوٍ يؤثر في غاية مطلوبة دستوريًا، وقد جرى منهج المحكمة الدستورية العليا على محاكمة الإغفال التشريعي للغايات الدستورية في أحكامها المتعاقبة التي جرى تفصيل خمسٍ منها في هذه الأطروحة. أما في السياق القطري فقد ظهر عيب الانحراف الغائي السلبي بصورة الإغفال التشريعي



في العديد من التشريعات القطرية، مثل إغفال عرض تفاصيل مشروع الموازنة على مجلس الشورى وقصر الأمر على إحالة إجمالي الأبواب والقطاعات الرئيسية للمشروع، وكذلك بعض المواد في تشريعات الموارد البشرية.

- يقع التسلب من الاختصاص لدى امتناع المشرع عن مباشرة اختصاصه لصالح سلطة أخرى، حيث يتألف من شقين؛ شق إيجابي يتمثل في التشريع الذي يتضمن التنازل عن الاختصاص، وشق سلبي يتمثل في الامتناع عن مباشرة الاختصاص، وهذا الأخير هو جوهر الانحراف الغائي السلبي في هذه الصورة. ويتصل هذا العيب بعنصر الغاية في الأحوال التي يسكت فيها الدستور عن مسألة التفويض فلا يجيزها ولا يحظرها، فسكوت المشرع عن ذلك يمنح المشرع سلطة التقديرية في تفويض المسألة كجزء من التنظيم، لكن غاية المشرع في تنظيم هذه المسألة من قبل المشرع تشكل قيداً عليه. ولقد عالج القضاء الدستوري عيب التسلب من الاختصاص من بوابة الغاية في العديد من أحكامه التي جرى بيانها في الأطروحة. أما في السياق القطري فقد توصل البحث إلى انطواء العديد من التشريعات على هذا العيب، مثل بعض التشريعات التي تنازلت عن تنظيم بعض مسائل الحق في التقاضي، والتشريعات التي تنازلت عن تنظيم بعض مسائل فرض الضريبة، والتنازل عن اختصاص التجريم.

**نتائج الباب الرابع-** اشتمل هذا الباب على الجوانب العملية للرقابة الدستورية على الغاية، حيث تضمن مناقشة المعايير الفقهية، واستخلاص المعايير القضائية لإثبات الانحراف الغائي، كما عرض لأدوات القضاء الدستوري من حيث الوسائل التي تعينه على استخلاص مقاصد التشريع الطعين، ومن حيث الضوابط التي يتقيد بها، ونوجز نتائج هذا الباب فيما يلي:

- لقد انقسم الفقه في معيار إثبات الانحراف الغائي إلى ثلاثة اتجاهات، فهناك من نادى بالمعيار الموضوعي، وهناك من نادى بالمعيار الذاتي، وهناك من نادى بمعيار مزدوج يجمع بينهما. وقد

تبيّن أن الاختلاف بين هذه الاتجاهات ناشئ عن عدم تحديد مفهوم كلٍ من الذاتية والموضوعية وعدم تحديد مناطهما، فلقد ناقش البعض الذاتية والموضوعية كمعيار لتحديد وسائل الرقابة، بينما ناقشها البعض كمعيار لتحديد نتائج الرقابة، والفارق بين الأمرين كبير. وفي تحديد مفهومهما انتهينا إلى أن الذاتية تتعلق بكل ما انطلق من عناصر لا تتسم بالعمومية والتجريد، أما الموضوعية فتتعلق بكل ما انطلق من عناصر تتسم بالعمومية والتجريد. ثمّ بشأن المناط، انتهينا إلى أنه على مستوى وسائل الرقابة على الغاية لا يُقبل سوى المعيار الموضوعي، أما على مستوى النتائج فإن النتائج الذاتية تكون مقبولة متى كانت حصيلة وسائل موضوعية.

- وضع السنهوري خمسة فروض لبناء المعيار الموضوعي، وقد تلقفها الفقه بالنقد الشديد، وبعد مناقشة تلك الفروض الخمسة وما ورد عليها من اعتراضات، توصلنا إلى عدم كفاية تلك الفروض في تأصيل المعيار الموضوعي لإثبات عيب الانحراف الغائي، فبعضها يستحيل تحقيقه في الواقع، مثل الفرض الأول الذي يقتضي إثبات عدم انطباق التشريع إلا على حالة واحدة، وبعضها يحتاج لمزيد تأصيل وتمحيص، مثل فرض مجاوزة الغرض المخصص، وبعضها يصلح كمعيار للكشف عن عيب المحل ولا يصلح كمعيار للكشف عن عيب الغاية، مثل الفروض الثلاثة الأخيرة، لكنّ بعض الأمثلة التي ساقها السنهوري كانت تنطوي على عيب الانحراف الغائي بالفعل مثل التشريع الذي يستر عقوبةً مقنّعة ذات أثر رجعي، ومثل التشريع اللاحق الذي يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره، وقد أيده بعض النقاد بشأنها.

- نشأ المعيار الذاتي ردّاً على رفض السنهوري للمعيار الذاتي، فقد رفض السنهوري المعيار الذاتي على مستوى نتائج الرقابة الدستورية على الغاية، وذلك استناداً لأربع حجج جرى تفنيدها في الأطروحة تباعاً. وفي المقابل؛ أنكر المؤيدون للمعيار الذاتي المعيار الموضوعي بحسبان أن أي محاولة لإضفاء الطابع الموضوعي على عيب الانحراف الغائي لن تصادف نجاحاً في الواقع. وقد

ظهر أن الفارق بين الفريقين فارق في المنطلق والاتجاه، فالمعيار الموضوعي ينطلق من النتائج النهائية للقانون بحثاً عن الغاية الفعلية على نحوٍ قد تتكشف معه النوايا انكشافاً عرضياً لا أصلياً؛ بينما المعيار الذاتي يقوم على الانطلاق من النوايا أصالةً بحثاً عن الغاية الفعلية.

- ارتكز أنصار المعيار الذاتي على إبراز العناصر الذاتية في عيب الغاية، غير أن هذا النهج لاستبدال الذاتية بالموضوعية غير سديد، فالنوايا ليست من عناصر التشريع الخمسة، ولا يجوز للقضاء أن يراقبها ما لم تتصل بأحد عناصر التشريع اتصالاً يؤثر في تكوينه، كما يؤخذ على المعيار الذاتي افتقاره لفروضٍ تبيّن كيفية إعماله، وحصراً الانحراف الغائي في العمدي منه، أي فيما يشكّل عيب إساءة استعمال السلطة، بما لا يعين على كشف حالات الانحراف الغائي غير العمدي حينما يكون المشرع حسن النية.

- خلص البحث في المعايير الفقهية إلى عدم كفاية المعيار الموضوعي الذي ساقه السنهاوري، وعدم فاعلية المعيار الذاتي لعدم وضوحه، فولّينا الفكرَ شرط الأحكام القضائية للقضاء الدستوري في مصر؛ باحثين في طبيّاتها عن معايير عملية للكشف عن عيب الانحراف الغائي، وقد تطلّب ذلك تمحيص التكوين الداخلي لعنصر الغاية، فبدأ أن النظر إلى الغاية التشريعية يختلف للغاية باختلاف المستوى الذي يُنظر إليه منه، إذ تتكون الغاية التشريعية من خمس مستويات فأولاً مستوى الوجود، وثانياً مستوى الأساس، وثالثاً مستوى البناء، ورابعاً مستوى الخفاء، وخامساً مستوى الموازنة. وبعد استقراء عشرات الأحكام القضائية؛ جرى استخلاص معايير عملية للكشف عن الانحراف الغائي في كل مستوى، وسيقت الشواهد القضائية لفروض كلّ معيار، فتأصّلت بذلك خمسة معايير قضائية لإثبات عيب الانحراف الغائي، هي: معيار الوجود، ومعيار الأساس، ومعيار البناء، ومعيار الخفاء، ومعيار الموازنة، وتحت كل معيار قمنا بصياغة قواعد موضوعية ضمن فروض محددة لتكون ميزاناً عادلاً للكشف عن مختلف صور الانحراف الغائي.

- يعتمدُ معيار الوجود على فحص الحد الأدنى لالتزام المشرع بالمصلحة العامة، حيث يبحث القضاء عما إذا كان التشريع يستهدف أي مصلحة عامة أم لا، فإذا ظهرت له المصلحة العامة انتقل لفحصها بميزان المعايير الأخرى؛ وإن عُدت وصم التشريع بالانحراف الغائي. وضمناً لكفاءة هذا المعيار وضعنا مجموعة من الفروض التي إذا قام أحدها حكم القضاء بعدم دستورية التشريع لانعدام المصلحة العامة فيه، وهي سبعة فروض: أولها؛ سكوت المشرع عن المصلحة العامة مع تعذر الوقوف عليها. وثانيها؛ إذا كان إلغاء التشريع لا يحول دون تحقيق الغاية المرجوة منه. وثالثها؛ إذا كان التشريع مُصمماً بما يعطل المصلحة المفترضة منه. ورابعها؛ إذا كانت النتائج النهائية محصورة في فروض لا يحقُّ أيًا منها المصلحة العامة. وخامسها؛ انقطاع الصلة بين مضمون التشريع والغاية المعلنة منه. وسادسها- إذا بنيت المصلحة العامة في التشريع على افتراضٍ لا دليل عليه. وسابعها- قرينة الانحراف الغائي السلبي.

- يعتمد معيار الأساس على وجود مصلحة مشروعة يستهدفها التشريع الطعين، وبموجبه يتحقق القضاء من سلامة العناصر التي بُنيت عليها تلك الغاية المشروعة، فهذه الأخيرة هي آخر عناصر التشريع وجوداً، وهي مبنية على أربعة عناصر تسبقها في الوجود، فإذا ثبت اختلال أحدها وُصمت الغاية المشروعة بالانحراف الغائي بالتبعية، ويحكم القاضي بعدم الدستورية لوجود انحرافٍ غائي بالتبعية إذا قام أحد الفروض الآتية: أولها؛ إذا بُنيت الغاية المشروعة على اختصاص معيب. وثانيها؛ إذا بُنيت الغاية المشروعة على إجراءات وأشكال معيبة. وثالثها؛ إذا بُنيت الغاية المشروعة على سببٍ معيب. ورابعها؛ إذا بُنيت الغاية المشروعة على محلٍ معيب.

- يعتمد معيار البناء على فحص الغاية في ذاتها، لا على مستوى وجودها ولا على مستوى أساسها، وإنما على مستوى بنائها، حيث يبحث القضاء عما إذا كانت النتائج النهائية الواقعية للتشريع الطعين تتوافق مع الغايات الدستورية أم لا، وينكشف الانحراف الغائي وفق معيار البناء

إذا قام أحد فرضين: الأول؛ إذا تعارضت الغاية مع قاعدة تخصيص الأهداف المحددة. وهذا الفرض مطوّر عن الفرض الثاني في نظرية السنهوري، حيث جرى تقسيم الأهداف المخصصة إلى أهداف محدّدة وأهداف متعددة، ومعيار البناء يكشف عن معارضة الأهداف المحددة فحسب، لأن سلطة المشرع فيها تكون مقيدة، أما عند معارضة أحد الأهداف المتعددة فإن المعيار الذي يكشف عن عيب الانحراف هو معيار الموازنة، لأن سلطة المشرع تكون سلطة تقديرية. أما الفرض الثاني؛ إذا تعارضت الغاية مع قاعدة الأهداف اللازمة.

- يعتمد معيار الخفاء على البحث فيما وراء النتائج النهائية الظاهرة للتشريع، حيث يجيب القضاء عما إذا كان ظاهر الغاية التشريعية يتفق مع باطنها، وعيب الغاية على مستوى الخفاء قد يرجع لسوء نية المشرع كما قد يرجع لحسن نيته، حيث يقوم الانحراف الغائي بسوء نية على مستوى لدى قيام أحد خمسة فروض: أولها؛ إذا اجتمعت العديد من المثالب في التشريع مع عدم خفائها على المشرع. ثانيها؛ إذا ثبت أن التشريع جزء من سلسلة من التشريعات غير الدستورية. ثالثها؛ إذا اختلف التعبير التشريعي عن القصد التشريعي اختلافاً مؤثراً. رابعها؛ إذا صمّم التشريع لتخليص الدولة من التزاماتها الدستورية. خامسها؛ إذا ساد عنصر المباغته في التشريع. ويقوم الانحراف الغائي بحسن نية على مستوى الخفاء بقيام أحد ثلاثة فروض: أولها؛ إذا اختلف التعبير التشريعي عن الواقع التشريعي اختلافاً مؤثراً. ثانيها؛ إذا بنيت المصلحة العامة على افتراضات وهمية وأهملت افتراضات واقعية. ثالثها؛ إذا هيمنت الغايات العرضية/الجانبية على الغايات الأصلية.

- يعتمد معيار الموازنة على إخضاع عملية المفاضلة بين المصالح المشروعة لميزان الدستور، فوفق هذا المعيار يبحث القضاء عما إذا كانت عملية التوازن المصلحي التي أجراها المشرع تتوافق مع الترتيب الدستوري للمصالح أم تتعارض معه. وثمة فرق في التعامل مع تعارض المصالح المتفاوتة في ميزان الدستور، وبين تعارض المصالح المتساوية في ميزان الدستور. فبالنسبة لتعارض

المتفاوتة ثمة أربع فروض يتحقق بها عيب الانحراف الغائي على مستوى الموازنة، أولها؛ إذا قَدّم التشريع مصلحة خاصة على مصلحة خاصة أولى منها دستوريًا. وثانيها؛ إذا قدم التشريع مصلحة عامة على مصلحة عامة أولى منها دستوريًا. وثالثها؛ إذا قَدّم التشريع مصلحة خاصة على مصلحة أولى منها دستوريًا. ورابعها؛ إذا قَدّم التشريع مصلحة خاصة على مصلحة عامة أولى منها دستوريًا. أما بالنسبة لتعارض المصالح المتساوية دستوريًا، فيجري التفريق بين فرضين؛ الأول؛ إذا ثبت أن المصلحتين المتنازعتين في التشريع يمكن الجمع بينهما، فحينها يثبت عيب الانحراف الغائي على مستوى الموازنة. الثاني؛ إذا ثبت أن المصلحتين المتنازعتين في التشريع لا يمكن الجمع بينهما، فحينها يسلم التشريع ويكون حسم الأمر لسلطة المشرع التقديرية.

- تسبق عملية الكشف عن الانحراف الغائي عملية تحديد الغايات الفعلية، حيث يبحث القضاء عن النتائج النهائية الفعلية للتشريع الطعين تمهيدًا لإخضاعها للمعايير القضائية للرقابة على الغاية. ويكون استخلاص مقاصد التشريع إما بواسطة الدليل الداخلي أو بواسطة الدليل الخارجي، ويتعلق الطريق الأول بالوسائل النصية، حيث يبحث القضاء عن الغايات الفعلية في التشريع نفسه أولاً؛ شاملاً النص الطعين وما جاوره من نصوص أخرى وديباجة التشريع وعنوانه، كما يبحث ثانيًا في الأعمال التحضيرية؛ شاملةً المذكرة الإيضاحية، ومناقشات أعضاء البرلمان، وتقارير اللجان البرلمانية، والبيانات الحكومية. أما الطريق الثاني فيتعلق بالوسائل الواقعية، وهو طريق تتجدد معالمه بتجدد المعطيات، وفيه يلجأ القضاء في استخلاص الغايات الفعلية إلى القرائن الظرفية، والقرائن الزمنية، والتطور التاريخي للتشريع، وقرينة الوقائع المتغيرة، وقرينة المعرفة الثابتة.

- شاع في الفقه ضرورة التزام القضاء الدستوري بالقيود الذاتية الأربعة المعروفة للرقابة الدستورية، ولقد عدنا خطوةً للوراء بحثًا عن جذور فكرة القيود الذاتية لتحديد مدى صحّة تطبيقها مع السياقين المصري والقطري، فظهر أن الفقيه المرحوم أحمد كمال أبو المجد قد استوردها من النظام الأمريكي

للنظام المصري في فترة الرقابة اللامركزية عام 1960، حيث كان لذلك الاستيراد مسوغات عملية تدعم صلاحيته، غير أن النظام المصري قد تحول من الرقابة اللامركزية إلى الرقابة المركزية، ورغم هذا التحول الجوهري بقي الفقه يردد ضرورة التزام القضاء بالقيود الذاتية رغم زوال الظروف التي تسوّغها. وبعد تمحيص المسألة ظهر أن القيود الذاتية لا تلزم نظام الرقابة المركزي في شيء، بل تعارضه، لأن فكرة القيود الذاتية تدور وجودا وعدما مع أنظمة الرقابة التي تفتقر لسند صريح بإنشائها، وإعمال القيود الذاتية في الأنظمة التي تركز في اختصاصها لنصوص صريحة لا يكون إلا لونها من ألوان التخلي عن الاختصاص.

- تتمثل القيود الذاتية الشائعة في أربعة قيود، أولها عدم التعرض للنزاع الدستوري ما لم يكن لازماً للفصل في النزاع الموضوعي. وثانيها احترام القرينة الدستورية، وثالثها عدم امتداد الرقابة إلى بواعث التشريع أو ملاءمته، ورابعها استبعاد المسائل السياسية من نطاق الرقابة. وبعد البحث عن أسانيد هذه القيود في النظامين المصري والقطري، ظهر أن النظامين يعترفان بالقيدين الأول والثالث، ويخلوان من أيّ سندٍ لإعمال القيد الثاني والرابع. وعلى أساس ذلك، جرى تقسيم ضوابط الرقابة الدستورية على الغاية إلى ضوابط تشريعية، وضوابط ذاتية، فأما التشريعية فهي التي تجد لها سنداً في نصوص الدستور أو النصوص المنشئة للقضاء الدستوري، وأما القيود الذاتية فهي التي يقررها القضاء بنفسه على نفسه حين ينشئ اختصاص الرقابة الدستورية دون سندٍ صريح من الدستور أو القانون.

- تتمثل الضوابط التشريعية للرقابة على الغاية في كلٍ من مصر وقطر في ثلاثة أمور: أولها لزوم الفصل في النزاع الدستوري للفصل في النزاع الموضوعي، فهذا القيد يجد سنده في القوانين المنشئة للقضاء الدستوري في كلا النظامين. والثاني: عدم جواز الرقابة على ملاءمة التشريع وهذا القيد يجد سنده في النص الدستوري الذي حدد اختصاص المحكمة الدستورية العليا في الرقابة

الدستورية ولم يمنحها اختصاصًا برقابة الملاءمة. والثالث: التزام المحكمة بالجزاء القانوني للانحراف الغائي، والمتمثل بالإلغاء الفوري دون الرجعي للنصوص المحكوم بعدم دستورتها كأصلٍ عام. أما الضوابط الذاتية فتتمثل في احترام القرينة الدستورية، وعدم جواز الرقابة على البواعث، وعدم جواز الرقابة على أعمال السيادة.

- بالنسبة لاحترام القرينة الدستورية فهي لا تجد لها سندًا من الدستور ولا القانون ولا حتى الأحكام القضائية، فقد خلت التشريعات القانونية من اعتراف بهذا القيد، أما قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر فقد أعاد توطين مفهوم "القرينة الدستورية" بما يتلاءم مع ظروف واقع النظام المصري، فلم يعترف باللوازم الثلاثة لهذه القرينة، فإذا كانت لوازم القرينة الدستورية في النظام الأمريكي تتمثل في أن الأصل في التشريع دستوريته، وأن على القضاء تجنب الحكم بعدم الدستورية ما لم تكن المخالفة واضحة، وأن على القضاء اختيار التفسير الذي يجعل القانون دستوريًا عند تعدد التفسيرات؛ فإن المحكمة الدستورية العليا قد قصرت مفهوم القرينة الدستورية في قضائها على اللازم الأول فحسب، وأبت بصراحة أن تأخذ باللازمين الثاني والثالث. ثم بالنسبة لعدم جواز الرقابة على البواعث، فهذا القيد هو الآخر لا دليل عليه، غير أن الأصل هو عدم الجواز على البواعث لخروجها عن تكوين التشريع في الأصل العام، فإذا ما حلت البواعث محل السبب التشريعي فإن القضاء يبسط رقابته عليها من خلال رقابته على عنصر السبب، وكذلك الحال حين تؤثر البواعث على الغايات فإن القضاء يراقب البواعث في هذه الحالة امتدادًا لرقابته على عنصر السبب. أما بالنسبة لعدم جواز الرقابة على أعمال السيادة، فليس من نص في الدستور ولا في القانون يقيد القضاء الدستوري بهذا القيد، ولهذا فإن القضاء غير محظور من الرقابة على أعمال السيادة إلا إذا تعلقَت المسألة المتنازع عليها بالملاءمة دون الدستورية.



**التوصيات** - إن قيمة النتائج الماضية تتأني باستخلاص مجموعة من التوصيات على هديها، ولعلّ هذه التوصيات تستهدف ثلاثة مجالات أساسية: الفقه والتشريع والقضاء، وعلى ذلك يجري تقسيمها: **أولاً- التوصيات الفقهية**، لا يزال الفقه رافداً لمخرجات القضاء بما يثيره من مشكلات وما يطرحه من حلول؛ حتى ينضب نبع الفقه بريح التكرار دون تمحيص، وقد غلب هذا النهج في كثير من الكتابات الحديثة التي تناولت هذا الموضوع على نحوٍ أضرّ به، وإذ لا يزال الأمل منعقدًا على تعميق المسألة، نوصي بما يلي:

- مراعاة التمييز بين مفهوم الغاية التشريعية وبقية المفاهيم التسعة التي تشترك معه، ومراعاة التمييز بين مفهوم الانحراف الغائي وما قد يختلط به، ومراعاة التمييز بين الذاتية والموضوعية عند تعلّقها بوسائل الرقابة وعند تعلّقها بنتائج الرقابة، فكثيرٌ من الخلافات الفقهية في موضوع هذه الأطروحة مردّها لعدم اتحاد الأفهام بشأن تلك المصطلحات.

- تصحيح زاوية النظر للرقابة الدستورية على الغاية، فلئن نظر السنهوري للمسألة من زاوية التشريعات البرلمانية حصراً فذلك لأن الرقابة في سياقه كانت لامركزية، أما في السياق المعاصر حيث تحوّلت الرقابة إلى رقابة مركزية فإن زاوية النظر للمسألة ينبغي أن تتسق مع ذلك التحول، فنُدْرَسُ المسألة من زاوية اختصاص القضاء الدستوري، لتشمل بذلك الرقابة الدستورية على الغايات إن في القوانين أو اللوائح أو حتى التعديلات الدستورية.

- العناية بمفهوم الانحراف الغائي في منطقة السلطة المقيدة دون حصره في منطقة السلطة التقديرية، فذلك الحصر قد ضيقٌ واسعاً، فحجب تمحيص النظر في فروض الانحراف التي تثور في منطقة التقييد، وقد ثبت اختلاف فروض الانحراف التي تقع في منطقة التقييد عن تلك التي تقع في منطقة التقييد، ومن ثمّ لا يصحّ غضّ الطرف عن ذلك.

- تشوير الأحكام القضائية لاستخراج حلول واقعية، ففي أحكام القضاء المصري- لاسيما فترة رئاسة القاضي عوض المر- كنوزٌ معرفية، وحلولٌ فذةٌ لكثير من المشكلات في المجال الدستوري، غير أنها تحتاج لجهدٍ فقهي يؤصلها على هديٍ من المنطق القانوني السليم.

- النظر إلى المنتجات القانونية الغربية بمنطق المساءلة والاختبار، لا بمنطق التسليم والإقرار، فاعتبار الاختلافات الكثيرة بين السياقين- المُستورد إليه والمستورد منه- بالغ الأهمية، فقد تكون الفكرة القانونية مناسبةً للسياق التي نشأت فيه، غير أن صحتها في ذلك السياق لا تعني صحتها في غيره بالضرورة، وهو ما يستدعي التأني في قبول تلك الأفكار ودراسة الواقع المراد تطبيقه فيها جيّدًا قبل اجترار تلك الأفكار إليه.

- تمكين الباحثين من الوصول إلى أحكام القضاء الشرعي والقضاء العدلي والقضاء الأجنبي في تاريخ دولة قطر، وهذه التوصية لمن يهّمه توطيد التاريخ القضائي عمومًا والدستوري خصوصًا في دولة قطر، إذ لا يمكن للباحثين أن يُمعنوا في هذه الناحية بغير تمكينهم من الوصول للوثائق القضائية في تلك الحقبة، فمن شأن إتاحة الوصول إلى تلك الأحكام أن تكشف عن جذور عميقة للحلول المقترحة من قبل الباحثين، وأن تسهم في تفسير بعض المشكلات التي قد تواجه القضاء، فما فروع الحاضر إلا امتداد لجذور الماضي.

**ثانيًا- التوصيات القضائية،** إن القضاء هو الضامن الأول لتفعيل الرقابة الدستورية على الغاية، وقد رأينا كيف أن السياسة القضائية الرشيدة في تسعينيات القرن المنصرم قد خلقت فارقًا جوهريًا في هذا الموضوع، فوضعت الأصول النظرية لفروض المعايير الخمسة التي جرى استخلاصها، ووطّنت مفهوم القرينة الدستورية، وأحسنّت التعامل مع العديد من الموضوعات الشائكة، غير أنها اليوم- وبكل أسف- قد تراجعت عن دورها الفعّال، وإدّاك نوصي بما يلي:

- استعادة الدور الإنشائي لقضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر من خلال تطوير فروض المعايير القضائية بما يستجد في الواقع من مشكلات، دون الوقوف عند تكرار ما خلصت إليه المحكمة فيما مضى. إلى جانب تأصيل الفارق بين منطقتي التقدير والتقييد في العنصر الخمسة، فصحيح أن المحكمة قد أسست لاختلاف سلطة المشرع بين منطقتي التقييد والتقدير بشكل عام، غير أن بيان ذلك في كل عنصر من عناصر التشريع ما يزال يحتاج مزيد تأصيل في الأحكام القضائية.

- الاستمرار في التفريق بين مصلح إساءة استعمال السلطة ومصطلح الانحراف التشريعي، ونقادي اللبس الذي وقع في الأحكام الحديثة للقضاء الإداري نتيجة استعمال المصطلحين على وجه الإبدال فيما بينهما، والمبادرة إلى وضع تعريف قضائي لمصطلح الانحراف الغائي على غرار التعريف الموضوع لمصطلح إساءة استعمال السلطة، لأن ترك مصطلح الانحراف الغائي بلا تعريف قد أوهم الفقه بأنه تعبير آخر لمصطلح إساءة استعمال السلطة، فحبذا لو درى هذا اللبس بتقرير أن الانحراف الغائي ينطبق على كل خروج عن الدستور في الغايات التشريعية، سواء كان بحسن نية من المشرع أو بسوء نية.

- عدم تجاهل الدور الحقيقي للقضاء الدستوري في أنظمة الرقابة المركزية، والمتمثل في حماية الدستور وضمان نفاذه، وهو ما يستدعي إعادة النظر في فكرة القيود الذاتية، إذ ليس للقضاء الدستوري المركزي أن يتقيد بما لم يقيد به الدستور به، ولهذا، حتى فيما يتعلق بالمفهوم الذي وضعته المحكمة الدستورية العليا في مصر الذي اقتصر على لازم صحة القوانين؛ نوصي المحكمة بأن تقف من النصوص الطعينة وقفةً موضوعية محايدة، وأن تقف عند افتراض نفاذها دون افتراض صحتها، ثم إذا طعن عليه وضعته المحكمة في ميزان الدستور لتتظر في مدى صحته من عدمها، لأن افتراض صحتها ابتداءً يعني الانحياز إليها بغير دليل أو سند.

- مراجعة محاكم الموضوع في دولة قطر لموقفها الرافض لرقابة الامتاع، والمبادرة إلى إعلاء كلمة الدستور بما لتلك المحاكم من سلطة التفسير وما يوجبه عليها القسم الدستوري من احترام الدستور، إذ لا يُؤدّى ذلك القسم بغير إعمال القانون الأسمى عند تعارض النصوص التشريعية، ولها في ذلك أن تعتمد القيود الذاتية التي اعتمدها المحكمة العليا في الولايات المتحدة لتفادي الصدام مع السلطات الأخرى.

- مبادرة المحكمة الدستورية العليا في دولة قطر لدى تفعيلها بترسيخ الرقابة الدستورية على الغاية في أولى أحكامها تمامًا كما فعل السنهوري عند تقلّده منصب رئاسة مجلس الدولة، فهذه المبادرة من شأنها أن توطّد دعائم الرقابة الدستورية على الغاية وأصولها في أحكام متعاقبة، تجعل من خلالها غايات التشريع وجهًا لا غنى عنه في فحص الرقابة الدستورية. ونوصي بالاستفادة من التجربة المصرية، بحيث يتدارك القضاء اللبس الذي وقع في استعمال المصطلحات من خلال التفريق منذ البداية بين المصطلحات الأساسية في هذه المسألة، لاسيما التفريق بين الانحراف الغائي وإساءة استعمال السلطة.

**ثالثاً- التوصيات التشريعية،** إذا كان دور الفقه يكمن في تطوير الحل وتعميقه، وكان دور القضاء كامناً في إنزال ذلك الحل منزل الواقع من خلال أحكامه، فإن دور المشرع يكمن في تلافى وقوع المشكلة من أساسها، ولذلك نوصي بما يلي:

- دراسة فكرة السياسة التشريعية لاعتمادها في النظام القانوني لكل من مصر وقطر من كافة نواحيها الموضوعية والإجرائية، بحيث يُكفّف المشرع بتحديد الأولويات والغايات التشريعية والإعلان عنها على مسمعٍ ومرأى من المُكلّفين بالقانون، وذلك من خلال تحديد المشكلات الواقعية ووضع الحلول التشريعية المقترحة، فمن شأن ذلك أن يرسم تصوّرًا للأفراد وكذلك الفقه والقضاء عن الاتجاهات الغائية للمشرعين.

- توجيه المناقشات التشريعية نحو النتائج الواقعية المترتبة على مشروعات القوانين أو طلبات التعديلات الدستورية، وإحاطة المعنيين بالتصويت بهذه النتائج بوضوح حتى يكون قرارهم في إقرار المقترحات والطلبات أو رفضها مبنياً على وعي بغاياتها.

- تكليف اللجان النوعية بتقديم تصوّر عن غايات التشريع فيما ترفعه من تقارير بشأن مشروعات القوانين بحيث تبين النتائج النهائية للتشريع على نحو لا لبس فيه، لتتهيأ مناقشة تلك المشاريع على بينة، ولتكون سنداً للقضاء في استخلاص النتائج النهائية للتشريع فيما لو طعن عليه لاحقاً. ونوصي المشرع القطري بمراجعة النصوص التي ثبت- في الباب الثالث- انطوائها على عيب الانحراف الغائي السلبي، سواء في صورة الإغفال التشريعي أو التسلب من الاختصاص.

- حفظ القسم الدستوري الذي ينص على احترام الدستور والقانون ومصالح الشعب وأداء العمل البرلماني بصدق وأمانة، وذلك من خلال بذل الوسع في التحقق من سلامة النتائج النهائية لمشاريع القوانين قبل إقرارها، والنّوء عن التحايل على ذلك القسم، والبعيد عن اعتماد تشريعات تستهدف مصالح تتعارض مع مصالح أفراد الشعب عن سوء نية.

- استيعاب الأحكام القضائية التي تحكم على تشريع ما بالانحراف الغائي، فلا تُنأز الحفائظ في الهيئة التشريعية إثر ذلك، فليس هذا الحكم طعناً في المشرع، وإنما هو حكم على واقع التشريع، ويحدث أن يغفل أهل التشريع عن بعض أجزائه، ولا صير، لكنّ تلافياً ذلك من قبل القضاء هو واجب لا ينبغي وضع الحواجز دونه، وإذ كان المشرع والقضاء يقفان معاً لإعلاء الدستور، فالواجب أن تُقرأ تلك الأحكام وتُحتوى على هدى من هذه المهمة المشتركة.

والحمد لله رب العالمين

## قائمة المصادر والمراجع

### المراجع باللغة العربية:

- إبراهيم الحمود، المالية العامة للدولة: دراسة تأصيلية مع الإشارة لمالية دولة الكويت، ج1، الكويت، ط8، 2020/2019.
- إبراهيم الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2016.
- إبراهيم العدل المرسي، القضاء المختلط في أقاليم مصر في النصف الثاني من القرن التاسع عشر: دراسة تاريخية لمحكمة المنصورة المختلطة، مجلة كلية الآداب، جامعة المنصورة، العدد14، 1993.
- إبراهيم المهدي، الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام الدستوري القطري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- ابن النجار(ت1246)، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط2، ج3، 1997.
- ابن تيمية (ت728)، تحقيق: علي العمران ومحمد شمس، تنبيه الرجل العاقل على تمويه الجدل الباطل، دار عطاءات العلم، بيروت، ط3، 2019.
- ابن منظور (ت711هـ)، لسان العرب، مؤسسة الكتب الثقافية، دار صادر، ط3، ج7، بيروت، 1955.
- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة آل سلمان، دار ابن عفان، القاهرة، ج3، ط1، 1997.
- أبو الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام هارون، دار الجيل، بيروت، ج1، 1991.
- أبو عبدالله الزركشي (ت794)، البحر المحیط في أصول الفقه، دار الكتبي، عمان، ج8، 1994.
- أبو منصور (ت370هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج6، 2001.
- أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط2، 1992.
- أحمد العمادي، مراجعة أحكام محكمة التمييز القطرية وتصحيحها، دار الوند، قطر، 2021.
- أحمد أمين، حدود السلطة التشريعية: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظامين المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2001.
- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ط2، 2000.
- أحمد كمال أبوالمجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1960.

- أحمد محمد حسب النبي، الدور السياسي للقاضي الدستوري: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2017.
- أحمد مختار بمساعدة فريق عمل، معجم الصواب اللغوي، عالم الكتاب، القاهرة، ج1، 2008.
- أحمد مختار عبدالحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ج3، 2008.
- آدم أبو القاسم أحمد إسحق، الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية: دراسة تأصيلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر/ الإمارات، 2014.
- أدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، دار العلم للملايين، بيروت، ج2، 1971.
- أشرف إسماعيل عذب، حدود رقابة الدستورية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011.
- أفلاطون، القوانين لأفلاطون، ترجمه للإنجليزية: تيلور، ونقله للعربية: محمد ظاظا، مطابع الهيئة العامة المصرية العامة للكتاب، 1986.
- أفين عبدالرحمن، الصياغة الدستورية وأثرها على تفسيرات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، مجلة جامعة دهوك، مج23، ع2، 2020.
- إمار دريدجر، تفسير القوانين: النص والسياق والتفسير المقاصدي، ترجمة: محمد سراج وأحمد ضبش، مركز نهوض، بيروت، 2021.
- أمنة الخاطر ومهند مختار نوح، الدور التشريعي للسلطة التنفيذية في ظل الدستور القطري - دراسة مقارنة، QScience Vol. 2020(1), Art.4، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، 2020.
- أناس المشيشي، القوانين التي ترتب أحكامها صفة دستورية في التشريع القطري، المجلة الدولية للقانون، مج10، ع2، 2021.
- أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ترجمة: علي مقلد وشفيق حداد وعبدالمحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1977.
- أيمن بشري أحمد، دور القانون في حماية المصلحة العامة، المؤتمر الدولي الثالث: حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أكتوبر 2019.
- بدر الدين الزركشي، تنشيف المسامع بجمع الجوامع، حققه: سيد عبدالعزيز وعبدالله ربيع، مكتبة قرطبة، ج3، 1998.
- بدران بن لحسن، وحسين نعيم الحق، وسارة الصلابي، تطبيق "احتراز" القطري بين حق الخصوصية ومطلب التعافي المجتمعي: مقارنة أخلاقية شرعية قانونية، المجلة العربية للآداب والدراسات الإنسانية، المؤسسة العربية للتربية والعلوم والآداب، مصر، مج7، ع26، أبريل 2023.

- النبالي عبدالوهاب، مضامين الدساتير العربية في القرن العشرين، المجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد2، 2017.
- ثروت عبدالعال أحمد، أثر تعديل المادة 76 من الدستور على نظام الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- ثروت عبدالعال أحمد، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- جابر حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، ط1، 2012.
- جان جاك روسو، في العقد الاجتماعي أو مبادئ القانون السياسي، ترجمة: عبدالعزيز لبيب، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، 2011.
- جورجي شفيق ساري، رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، مجلة البحوث الثانونية والاقتصادية، العدد66، أغسطس 2018.
- حامد جواد محمد، دور المحكمة الاتحادية العليا بالتفسير: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2023.
- حسن السيد، تحقق الحالة الاستثنائية كشرط لإصدار المراسيم بقوانين، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، 2017.
- حسن حسين البراوي، المدخل لدراسة القانون القطري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- حسن عبدالرحيم السيد، الأدوات القانونية للتصدي لجائحة فيروس كورونا المستجد (كوفيد-19) في دولة قطر، المجلة الدولية للقانون، مج10، ع3، 2021، عدد خاص بمؤتمر "القانون في مواجهة الأزمات العالمية: الوسائل والتحديات"، كلية القانون، جامعة قطر.
- حسن عبدالرحيم السيد، الاستفتاء كأسلوب لشرعنة الاستبداد، مقالة منشورة في جريدة الشرق، قطر، 28 فبراير 2012.
- حسن عبدالرحيم السيد، المحكمة الدستورية العليا والرقابة على دستورية القوانين واللوائح في ضوء القانون القطري: دراسة مقارنة، مذكرة لطلبة الماجستير، قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة قطر، خريف 2023.
- حسن عبدالرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، دار نشر جامعة قطر، ط4، 2022.
- حسن عبدالرحيم السيد، المدخل لدراسة القانون الدستوري القطري، كلية القانون، جامعة قطر، ط2، 2017.
- حسن عبدالرحيم السيد، تحصين القرارات المتعلقة بالجنسية القطرية: آثاره ومدى دستوريته، كلية أحمد بن محمد العسكرية للعلوم الإدارية والقانونية، مج3، ع1، 2017.
- حسين محمد البجانة، التطورات السياسية والدستورية في دول الخليج العربية 1820-2004، دار الكونز الأدبية، بيروت، 2005.



- حمد الطويل، دعوى عدم دستورية القوانين واللوائح في التشريع القطري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2016.
- حنان محمد القيسي، النظرية العامة في القانون الدستوري، المركز القومي للإصدارات الحديثة، القاهرة، 2015.
- خالد الزعبي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان، 1996.
- ديتر جريم، أصل وتطور إنشاء الدستور، ترجمة: عبدالسلام إسماعيل، برنامج حكم القانون بمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، 2020.
- الدين ميرغني، القانون الدستوري، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1977.
- رأفت حنفي غنيمي، بدء انهيار نظام الامتيازات الأجنبية مصر: دراسة لإعادة تشكيل مجلس بلدي الإسكندرية عام 1935م، المجلة التاريخية المصرية، الجمعية التاريخية المصرية، مج24، 1977.
- رائد صبار الازيرجاوي، القرينة ودورها في الإثبات في المسائل الجزائية: دراسة مقارنة في القانونين الأردني والعراقي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2010-2011.
- رائد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- رائد نعيم العشي، المحكمة الدستورية العليا وحماية الحريات الأساسية، مركز الدراسات العربية، مصر 2021.
- رجب محمد السيد، الانحراف الدستوري وأثره على ممارسة الحقوق والحريات العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
- رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور: دراسة في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- رشيد بنعياش، المصلحة العامة أساس وجود الدولة، المجلة لمغربية للسياسات العمومية، ع22، 2017.
- رعد الجده، مساهمة في دراسة مجلس الشورى في قطر، درا دجلة، عمان، 2023.
- رعد ناجي الجده، التأطير الدستوري لرئيس الدولة والوزارة في دولة قطر، دار دجلة، عمان، 2023.
- رمزي الشاعر، الأيدولوجية التحررية وأثرها في الأنظمة السياسية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مج17، ع1، يناير 1975.
- رمزي الشاعر، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، مطبعة أول، البحرين، 2003.
- رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري: دراسة تحليلية لدستور 2014 المعدل 2019 مقارنة بالساتير السابقة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.
- رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، مطابع دار التيسير، القاهرة، 2004.
- رمضان بطيخ ومنى رمضان، النظم السياسية والدستورية: دراسة نظرية وعملية في الوثائق المصرية من سنة 1805 إلى 2016 ميلادي، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، 2017.

- رمضان خضر شمس الدين، الحماية القانونية للمصلحة العامة في ضوء التشريع والفقهاء والقضاء، المؤتمر الدولي الثالث: حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أكتوبر 2019.
- رمضان دسوقي شعبان، رقابة القضاء الدستوري على الإغفال التشريعي: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2022.
- رمضان عيسى أحمد، الانحراف التشريعي: العراق أنموذجاً، دار المسلة، بيروت، 2020.
- روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة: صلاح دباغ، مركز نهوض للدراسات والبحوث، بيروت، 2021.
- رومان خليل رسول، اختصاص القضاء الدستوري برقابة الانحراف التشريعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018.
- زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- سارة علي الصلابي، الرقابة الدستورية بطريق الامتناع في القانون القطري والمقارن، دار الوتد، قطر، 2021.
- سجى فالح حسين، دور القضاء في معالجة الانحراف التشريعي، كلية الإمارات للعلوم التربوية، العدد 39، 2019.
- سعيد الفشتالي، التكييف القانوني عند القاضي الإداري، موقع العلوم القانونية، 2013، <https://www.marocdroit.com>
- سليم ياسين، الدستور العراقي الأول لسنة 1925: دراسة تاريخية، مجلة أبحاث ميسان، مج 6، ع 11، 2009.
- سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، مدينة نصر، 1996.
- سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، ط 6، 1999.
- سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ج 1، 1977.
- سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة: الانحراف بالسلطة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2014.
- سمير حامد الجمال، شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الفقرة الثانية، المحاضرة الرابعة، كلية الحقوق، جامعة دمياط.
- سنبل عبد الجبار عباس، الانحراف التشريعي بين النصوص القانونية ورقابة الدستورية، مجلة الأطروحة، دار الأطروحة للنشر العلمي، مج 4، ع 8، 2019.
- شادي عبدالبديع، حدود رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.
- شاريهان جميل مخامرة، تدويل الدساتير، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2016.
- شعبان أحمد رمضان أحمد، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2000.
- شهاب الدين القرافي (هـ 684هـ)، نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق: عادل عبدالموجود، مكتبة نزار مصطفى، ج 3، 1995.

- الشوكاني (ت1250)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق أحمد عزو، دار الكتاب العربي، ط1، ج2، 1999.
- صبيح العطواني، الانحراف التشريعي كعيب من عيوب المشروعية الدستورية: دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل، مج30، ع6، 2022.
- صديق سهام، الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية عليه، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي، مج4، ع2، 2019.
- صفاء شكر محمود، الانحراف بالسلطة التقديرية للإدارة: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017.
- طارق البشري، القضاء المصري وعلاقته بالحكومات المتعاقبة، منتدى الحوار، مكتبة الإسكندرية، 2004.
- طارق نافع الحمداني، قطر من النشوء إلى قيام الدولة الحديثة، الوراق للنشر، بيروت، 2012.
- طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة: قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- عادل الطببائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية: دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2000.
- عادل جلال، دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون: دراسة تحليلية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2017.
- عادل عمر شريف، قضاء الدستورية في مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1988.
- عاطف سالم، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي الاجتماعي الاقتصادي: دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة، لا يوجد بيانات ناشر، 2010-2011.
- عباس العبودي، تاريخ القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط4، 2014.
- عبدالجبار الجبوري، القانون ابن الحياة: جدلية الربط بين التشريع والقانون والحياة، دار الفارابي، بيروت، 2013.
- عبدالحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة، القاهرة، ط2، 2012.
- عبدالحفيظ الشيمي، رقابة الإغفال التشريعي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- عبدالحفيظ الشيمي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- عبدالحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- عبدالحamid متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج1، ط5، 1974.
- عبدالحamid متولي، أنظمة الحكم في الدول النامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2، 1992.

- عبدالرحمن أسامة كحيل، الانحراف التشريعي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.
- عبدالرحمن شرفي، قيم وتقالييد القضاء: دراسة تأصيلية مقارنة، المكتب الفني، محكمة التمييز، المجلس الأعلى للقضاء، قطر، 2020.
- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نسخة مصورة، 2007.
- عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة3، يناير 1952.
- عبدالرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة نوري، السنة6، العدد1، 1936.
- عبدالسلام ذهني بك ووايت إبراهيم، مجموعة رسائل الأنظمة الدستورية والإدارية والقضائية المقارنة، مطبعة الاعتماد، 1934.
- عبدالعزیز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، سعد سمك للمطبوعات القانونية، 2011.
- عبدالفتاح حسين العدوي، الديمقراطية وفكرة الدولة، مؤسسة سجل العرب، 1964.
- عبدالفتاح محمد إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011.
- عبدالكریم الشاوي، آثار الإغفال التشريعي ورقابة المحكمة الاتحادية العليا، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020.
- عبدالله فاضل حامد، مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية، دار قنديل، 2016.
- عبدالمجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2010.
- عبدالملك الجويني (ت 478هـ)، التلخيص في أصول الفقه، تحقيق: عبدالله العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ج2، 1431هـ / 2009م.
- عبدالملك الجويني (ت 478هـ)، البرهان في أصول الفقه، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ج2، 1997.
- عبدالمنعم عبدالحميد شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، 2001.
- عثمان خليل وسليمان الطماوي، موجز القانون الدستوري: المبادئ العامة والدستور المصري، دار الفكر العربي ط4، 1951-1952.
- عثمان خليل، القانون الدستوري، مطبعة مصر، القاهرة، 1956.
- عز الدين بن عبدالسلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، 1991.
- عصام إبراهيم خليل إبراهيم، حدود السلطة التقديرية للمشرع الدستوري: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021.

عصام سعيد عبدالعبيدي، مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، مج8، ع29، 2019.

عضد الدين الإيجي، شرح مختصر المنتهى الأصولي، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ج3، 2004.

علي أبوديالك، مساهمة السياسة التشريعية في تحسين الوضع الاقتصادي، مقالة قصيرة منشورة على: <https://www.oecd.org/>

علي الأبياري (ت616)، التحقيق والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه، تحقيق: علي الجزائري، دار الضياء، الكويت، ج1، 2013.

علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر: مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1978.

علي الباز، النظام الدستوري والسياسي الكويتي: تطوره الدستورية والسياسية منذ نشأة الدولة وحتى نفاذ دستورها الدائم (1756-1963)، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2008.

علي حميد كاظم الشكري، غاية القانون كأساس فلسفي لاستقرار المعاملات، رسالة دكتوراه، جامعة كربلاء، كربلاء، 2014.

علي محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، ج4، 1402هـ/1981-1982م.

علي هادي عطية الهلالي، المستنير في أحكام الدساتير، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016.

عليان بوزيان، عيب الانحراف بالسلطة التأسيسية: ظاهرة الانحراف الدستوري: دراسة مقارنة، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، مج05، ع01، 2019.

عليان بوزيان، مظاهر الانحراف الدستوري ومدى الرقابة عليه بين الدستور الجزائري والقضاء الدستوري المقارن، كلية القانون، دار نشر جامعة قطر، 2019.

عماد أبو الحسن، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، المجلة الجنائية القومية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، 2003.

عماد الدين عبدالله الوقاد، الانحراف بالسلطة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2007.

عمار بوضياف، الوسيط في النظرية العامة للقانون: مع تطبيقات لتشريعات عربية، دار الثقافة، عمّان، 2010.

عواد حسين العبيدي، تأويل النصوص في القانون: دراسة موازنة بالفقه الإسلامي ومعزة بالتطبيقات القضائية، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، 2019.

- عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه، القاهرة، 2003.
- عيد أحمد الحسان، قرينة الدستورية كأساس لعمل القاضي الدستوري، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج25، ع48، 2011.
- غاي بيخور، ترجمة: رشا جمال، مدونة السنهوري القانونية: نشوء القانون المدني العربي المعاصر (1932-1949)، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2009.
- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008.
- فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- فتحي فكري، القانون الدستوري: المبادئ الدستورية العامة-دستور 2014 وتعديل 2019، الكتاب الأول، 2020.
- فخر الدين الرازي (ت 606 هـ)، المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، ج3، ط3، 1997.
- فرج محمد البوشي، الأخلاق والقانون في الفكر الفلسفي اليوناني القديم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية- كلية الحقوق، العدد: 55، مايو 2022.
- فريدريك باستيا، ترجمة: منبر الحرية، القانون، الأهلية للتشر والتوزيع، عمان، 2021.
- كامل السعيد، النظرية العامة للقضاء الدستوري: دراسة تحليلية تأصيلية توصيفية توجيحية مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2017.
- كرار الجبوري، مدى رقابة الملاءمة التشريعية في القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2020.
- كريم ولي الدين، الرقابة على التعديلات الدستورية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2020.
- اللورد كرومر، ترجمة: صبري محمد حسن، مصر الحديثة، مج1، المركز القومي للترجمة، صدر: 1908، تُرجم: 2011.
- ليث أحمد، النظام القضائي المصري: دراسة في تطوره التاريخي 1875-1955، مجلة الجامعة العراقية، مج1، ع5، 2023.
- ماجد راغب الحلو، دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014.
- ماجد راغب، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987.
- مبارك المصري، غاية القانون والقيم الحضارية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، حوليات كلية الشريعة، ع5، 2016.
- مبارك الهاجري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.

مبارك الهاجري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين: الحالة والتطبيقات العملية في دولة قطر 2008-2020، دار الكتب القطرية، 2020.

مبارك بن خليفة العسيري، القضاء القطري في الماضي والحاضر، دولة قطر، 2006.

محمد أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013.

محمد الحسيني الزبيدي (ت1205هـ)، تاج العروس جواهر القاموس، دار الهداية، ج24، 1431هـ/2009-2010م.

محمد الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، دار عطاءات العلم، الرياض، 2019.

محمد الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، دار الثقافة، 2021.

محمد الطاهر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ج2، 2004.

محمد حاتم البيات، أساسيات النظام القضائي القطري: ماضيه وحاضره، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج25، العدد1، 2009.

محمد رفعت عبدالوهاب وإبراهيم شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998.

محمد سليمان الأحمد، الهندسة التشريعية، مركز البحوث القانونية، كوردستان، 2022.

محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.

محمد صلاح عبدالبديع السيد، قضاء الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

محمد طه الحسيني، الوسيط في القضاء الدستوري، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، ج3، ط1، 2021.

محمد طه حسين الحسيني، مبادئ القانون الدستوري، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016.

محمد عصفور، ثغرات في سيادة القانون، مجلة الطليعة، مؤسسة الأهرام، العدد12، السنة10، 1974.

محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية، القاهرة، ج1، 1957.

محمد علي سليمان، الرتب المدنية، 2012، <https://www.masress.com/almesryoon/173704>

محمد فوزي نويجي، المبادئ الدستورية العامة، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020.

محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1967.

محمد محمد عبده إمام، فكرة المصلحة العامة وتعلقها بالنظام العام في القانون الإداري، المؤتمر الدولي الثالث: حماية المصلحة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج4، أكتوبر2019.

محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ج2، 2006.

محمد نسيب أرزقي ومحمد الجرياء وعصام بن سعيد، القانون الدستوري السعودي: دراسة قانونية تطبيقية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2011.

محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، عالم الكتب، القاهرة، 1989.

محمد نوري، جريمة إساءة استعمال السلطة في التشريعين العراقي والأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2018.

محمود الطائي، انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية: دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ج1/ج2، 2018.

محمود فريد عبداللطيف، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين النظرية والتطبيق: دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية، الجيزة، 2018.

مختار الشيباني، جريمة إساءة استعمال السلطة في القانون الليبي، مجلة أبحاث قانونية، جامعة سرت، ع12، 2021.

مرتضى معاش، الحاجة إلى القانون، مجلة النبأ، العددان: 21، 22، السنة الرابعة، 1419هـ/ يوافق 1998-1999م.

مروان المدرس، رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مج41، ع1، 2017.

مريد يوسف الكلاب، مبادئ القانون الدستوري والعلوم السياسية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018.

مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، ط10، 2014.

مصطفى عفيفي، رقابة الدستورية، المؤتمر العلمي الأول: دور المحكمة الدستورية اعليا في النظام القانوني المصري، جامعة حلوان، 1998.

المعتز منصور ونجيب عمر عوينات، المرجعيات الفكرية لسيادة السلطة السياسية للدولة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، ع15، يوليو 2020.

مكي عبدالمجيد، العقد الاجتماعي: الأسس النظرية وأبرز المنظرين، مجلة أهل البيت، العدد1، (سنة النشر غير مذكورة).

مناف الجنابي، رقابة القاضي الدستوري على الامتناع التشريعي: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2022.

منذر الشاوي، الإنسان والعدالة، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2016.

منذر الشاوي، الإنسان والقانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2015.

منذر الشاوي، فلسفة الحياة السياسية، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2015.

منذر الشاوي، فلسفة الدولة، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، ط2، 2013.

مهند نوح وعبدالحفيظ الشيمي، القانون الإداري في ضوء القانون القطري، كلية القانون، جامعة قطر، 2019.

موفق صبري شوكت، الرقابة على دستورية القوانين: أنواعها ورأي الفقه فيها، مجلة كلية الجامعة، مج5، ع1، 2022.



- نايف بن نهار، لماذا تنهار الأخلاق الغربية بهذه السرعة؟، موقع مؤسسة وعي للأبحاث والدراسات، 8 أغسطس 2023.
- نايف بن نهار، من العلمانية إلى الخلقانية، مؤسسة وعي للدراسات والأبحاث، الدوحة، 2022.
- نجلاء محمد عبدالجواد، تأثير المحاكم المختلطة على النشاط الاقتصادي في مصر خلال الفترة 1875-1922، مجلة كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة قناة السويس، العدد 18، 2016.
- نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- نهى عثمان الزيني، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، - لا يوجد بيانات ناشر، -، 1986.
- نور نوزاد، الانحراف التشريعي ومدى مساسه بمبدأ المشروعية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2022.
- هشام فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر: مع تحليل الأحكام الدستورية في البلدين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- هلال الخليفي، صياغة الأدوات التشريعية في دولة قطر: الأصول والمبادئ والمعايير، دار الكتب القطرية، قطر، 2021.
- هند اسكندر عمّون، تاريخ مصر، مطبعة المعارف، مصر، 1913.
- هيلين توار، تدويل الدساتير الوطنية، ترجمة: باسل يوسف، بيت الحكمة، بغداد، 2004. مراجعة الكتاب: سندس عباس حسن، كتب وقرارات، مجلة المستقبل العربي، مج 27، ع 311، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2005.
- وائل محمد الوادفي محمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين بفرنسا، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية، 2019.
- وائل منذر البياتي، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية: دراسة مقارنة، المركز العربي للأبحاث والدراسات، ص 2020.
- وحيد رأفت ووايت إبراهيم، القانون الدستوري، المطبعة العصرية، مصر، 1937.
- وليد محمود ندا، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الأساسية: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
- يحيوي حمزة، مقتضيات الصياغة الدستورية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري لسنة 2020، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج 7، ع 2، 2022.
- يزن خلوق ساجد، السلطة التشريعية وصنع السياسة العامة في النظام البرلماني، دارالأكاديميون، عمان، 2019.
- يوسف الزمان، السلطة القضائية في دولة قطر، ورقة قُدمت في لقاء الإثنين (4)، 30 مايو 2011.
- يوسف عبدالفتاح، رقابة المحكمة الدستورية العليا على السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2019.
- يوسف محمد عبيدات، معالم التنظيم السياسي المعاصر في قطر: دراسة تحليلية لأحكام النظام الأساسي المؤقت المعدل للمحاكم 1972-1984، لا يوجد بيانات ناشر، 1984.

## المراجع باللغات الأجنبية:

أرام جافور وستيفن بلات، حول قرينة المشروعية، البيانات بالأجنبية:  
Aram Gavoor & Steven Platt, **In Search of the Presumption of Regularity**, Florida Law Review, Vol. 74. (2022)

إروين كيميرينسكي، اختبار الأساس العقلاني دستوري، البيانات بالأجنبية:  
Erwin Chemerinsky, **The Rational Basis Test Is Constitutional**, Georgetown Journal of Law & Public Policy, Vol. 14, Issu. 2. (2016)

اسم المؤلف غير مذكور، قرينة المشروعية في الرقابة الدستورية على السلطة التنفيذية، البيانات بالأجنبية:  
**The Presumption of Regularity in Judicial Review of the Executive Branch**, Harvard Law Review, Vol. 131, Issu. 8. (2018)

ألفريد ريج، التفسير القضائي للقواعد المكتوبة، البيانات بالأجنبية:  
Alfred Rieg, **Judicial Interpretation of Written Rules**, Louisiana Law Review, Vol.40, No.1, (1979)

أموس موريس، قانون نابليون والعالم الحديث، البيانات بالأجنبية:  
Amos Maurice, **The Code Napoléon and the Modern World**, Journal of Comparative Legislation and International Law, Vol. 10, No. 4. (1928) JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/753418>. Accessed 3 Jun. 2022.

أندرو هيسيك، إعادة التفكير في القرينة الدستورية، البيانات بالأجنبية:  
Andrew Hessick, **Rethinking the Presumption of Constitutionality**, Notre Dame Law Review, Vol. 85, Issu. 4. (2010)

أندريا بوراتي، الدستورية الغربية، البيانات باللغة الأجنبية:  
Andrea Buratti, **Western Constitutionalism**, Springer Nature Switzerland, Switzerland, Ch1, (2019)

إيريك لاجرسبيتز، مفهوم السلطة، فصل من كتاب: المرايا المعاكسة، البيانات بالأجنبية:  
Eerik Lagerspetz, **The Concept of Authority**, Chapter in Book: **The Opposite Mirrors**. Law and Philosophy Library, Vol 22. (1995), Springer, [https://doi.org/10.1007/978-94-017-3409-7\\_4](https://doi.org/10.1007/978-94-017-3409-7_4)

برينتون جاسبر، المحاكم المختلطة في مصر، البيانات بالأجنبية:

Brinton Jasper, **The Mixed Courts of Egypt**, The American Journal of International Law, Vol. 20, No. 4. (1926) JSTOR, <https://doi.org/10.2307/2188689>. Accessed 3 Jun. 2022.

جوزيف راز، سلطة القانون: مقالات عن القانون والأخلاق، البيانات بالأجنبية:

Joseph Raz, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, Oxford University Press, New York, (1979)

جوليان جو، نمذجة الدولة: دساتير ما بعد الاستعمار في آسيا وأفريقيا، بيانات المرجع باللغة الأجنبية:

Julian GO, **Modeling the State: Postcolonial Constitutions in Asia and Africa**, Southeast Asian Studies, Vol. 39, No. 4. (2002)

جون أوشيه وويليام سنوديركير، القرينة الدستورية، البيانات بالأجنبية:

John O'Shea & William Sondericker, **Presumptions of Constitutionality**, Catholic University Law Review, Vol. 2, Issu. 2. (1952)

جيكوب ليفي، دساتير بلا عقود اجتماعية، بيانات المرجع بالأجنبية:

Jacob Levy, **Constitutions Without Social Contracts**, Political Theory, Vol. 37, No. 2. (2009) JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/25655472>. Accessed 5 July 2023.

جيمس تاير، أصل ونطاق العقيدة الأمريكية للقانون الدستوري، البيانات بالأجنبية:

James Bradley Thayer, **The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law**, Harvard Law Review, Vol. 7, No. 3. (1893)

راندال كيلسو، مراجعة هيكل الأساس العقلاني والمعقولي، البيانات بالأجنبية:

Randall Kelso, **The Structure of Rational Basis and Reasonableness review**, Southern Illinois University Law Journal, Vol 45. No.3. (2021)

سوزان سريدهار، الدساتير والعقود الاجتماعية، فصل من كتاب: دليل روتليدج لفلسفة القرن الثامن عشر، البيانات بالأجنبية:

Aaron Garrett, **The Routledge Companion to Eighteenth Century Philosophy**, Routledge, London, (2014) Ch25, Susanne Sreedhar, **Constitutions and Social Contracts**.

غابرييل ويلنر، المحاكم المختلطة في مصر: دراسة حول استخدام القانون الطبيعي والإنصاف، البيانات بالأجنبية:

Gabriel Wilner, **The Mixed Courts of Egypt: A Study on The Use of Natural Law and Equity**, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 5, No. 2. (1975)

فرانك إيستربروك، التفسير القانوني والسلطة القضائية، البيانات بالأجنبية:

Frank Easterbrook, **Legal Interpretation and the Power of the Judiciary**, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 7, No. 87. (1984)

فيليب كولسيوس، انتقام لوشنر: الرقابة المتدرّجة وقبول الذاتية القضائية، البيانات بالأجنبية:

Phillip Closius, **Lochner's Revenge: Tiered Scrutiny and the Acceptance of Judicial Subjectivity**, University of Cincinnati Law Review Rev, Vol. 90, Issu. 3. (2022)

كتاب "النظم" لجوستيان، البيانات باللغة الأجنبية:

TIT. 1, 3, The Enactments of Justinian, **The Institutes**, (S. P. Scott, The Civil Law, II, Cincinnati, 1932.) [https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/just1\\_Scott.htm#XXVI](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/just1_Scott.htm#XXVI)

كرايبتس بيير، محاكم مصر، البيانات بالأجنبية:

Crabitès Pierre, **The Courts of Egypt**, American Bar Association Journal, Vol. 11, No. 8. (1925) JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/25709330>. Accessed 3 Jun. 2022.

ليندا كولي، سلطات الكتابة: بريطانيا وأمريكا والدساتير، البيانات باللغة الأجنبية:

Linda Colley, **Empires of Writing: Britain, America and Constitutions**, Law and History Review, Vol. 32, No. 2. (2014) JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/43670703>. Accessed 7 July 2023.

ماثيو هابولد، الاختصاص القضائي خارج الحدود البريطانية في الخليج 1913-1971: تحليل لنظام المحاكم البريطانية: Matthew Happold, **British extra-territorial jurisdiction in the Gulf 1913-1971: an analysis of the system of British courts**, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 48, Issu. 1. (2008)

مارتن وودوارد، الأعمال القانونية: الجوانب القضائية للحكم البريطاني في الخليج، البيانات الأجنبية:

Martin Woodward, **Legal Business: The Judicial Aspects of British Rule in the Gulf**, Qatar Digital Library, (2017) <<https://www.qdl.qa/en/legal-business-judicial-aspects-british-rule-gulf>> [27Oct 2022]

مارتي كلاين، حرب أمريكا على الجنس: الهجوم على القانون والرغبة والحرية، البيانات باللغة الإنجليزية:

Marty Klein, **America's War on Sex: The Attack on Law, Lust and Liberty**, Preger, USA, (2012)

مارك هويل، المحاكم المختلطة في مصر 1875-1949: دراسة حول تطورها وعملها وتأثيرها على القانون المصري بعد الحرب، البيانات بالأجنبية:

Mark Hoyle, **The Mixed Courts of Egypt 1875-1949: A Study of Their Development and Operation and Ther Influence on Post- War Egyptian Law**, Submitted for the Degree of Doctor of Philosophy, University of London. (1983), ProQuest LLC (2018)

مارك هويل، المحاكم المختلطة في مصر: تقييم الذكرى السنوية، البيانات بالأجنبية:

Mark Hoyle, **The Mixed Courts of Egypt: An Anniversary Assessment**, Arab Law Quarterly, Vol. 1, No. 1. (1985) JSTOR, <https://doi.org/10.2307/3381673>. Accessed 3 Jun. 2022.

ماك كالوم جيرالد سي، النية التشريعية، البيانات باللغة الإنجليزية:

Gerald C. Mac Callum, Jr, **Legislative Intent**, The Yale Law Journal, Vol. 75, No. 5. (1966). JSTOR, <https://doi.org/10.2307/794933>. Accessed 9 July 2023.

مايكل جيرهاردت، السماح للكونغرس بأن يكون الكونغرس: تعليق على مستويات الرقابة في فقه السلطات المتعددة، البيانات بالأجنبية:

Michael Gerhardt, **Letting Congress Be Congress: A Comment on Tiers of Scrutiny in Enumerated Powers Jurisprudence**, University of Chicago Law Review Online, Vol. 80, Issu. 1. (2013)

هيو جيبونز، الغاية من القانون، البيانات باللغة الأجنبية:

Hugh Gibbons, **The Purpose of Law**, Franklin Pierce Law Center, Hugh Gibbons 2002. File: PurposeLaw.pdf from [www.biologyoflaw.org](http://www.biologyoflaw.org) July 2013.

وكالة الاتحاد الأوروبي للحقوق الأساسية، الحق في المشاركة السياسية للمصابين بأمراض الصحة العقلية وذوي الإعاقة الفكرية:

European Union Agency for Fundamental Rights, **The right to political participation of persons with mental health problems and persons with intellectual disabilities**, Printed in Belgium, 2010.

## مراجع شبكة الإنترنت:

موقع: شبكة قوانين الشرق: [/https://www.eastlaws.com](https://www.eastlaws.com)

موقع: الميزان: [/ https://www.almeezan.qa](https://www.almeezan.qa)

موقع: المجلس الأعلى للقضاء، <https://www.sjc.gov.qa/ar/pages/default.aspx>

موقع: وعي للدراسات والأبحاث، [/https://wa3efoundation.net](https://wa3efoundation.net)

موقع: المكتبة الشاملة، [/https://shamela.ws](https://shamela.ws)

موقع: العلوم القانونية، <https://www.marocdroit.com>

موقع: محاماة نت، <https://www.mohamah.net/>

موقع: الشيخ يوسف القرضاوي، <https://www.al-qaradawi.net/node/4041>

موقع: مدونات الجزيرة، <https://www.aljazeera.net/blogs>

موقع: المكتبة الرقمية، -[http://dlibrary.mediu.edu.my/cgi-bin/koha/opac-](http://dlibrary.mediu.edu.my/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=67988)

[detail.pl?biblionumber=67988](http://dlibrary.mediu.edu.my/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=67988)

موقع: ويكي مصدر، <https://ar.wikisource.org/wiki/>

موقع: المنظومة، [/http://mandumah.com](http://mandumah.com)

موقع: معرفة، <https://search.emarefa.net/ar>

موقع: قوانين الغرب الدولية، [/https://www.westlawinternational.com](https://www.westlawinternational.com)