المبادئ الدستورية الضمنية
دراسة مقارنة

القاضي الدكتور
محمد صلاح جبر
المستشار بمجلس الدولة
2024م

مقدمة البحث

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد :

لقد أتى على القانون الدستورى حين من الدهر لم يكن شيئا مذكورا حيث شب الأخير فى دوحة القانون الإدارى وترعرع فى ساحته ، وامتزجا معاً فى بوتقة واحدة ـ تحت مسمى القانون العام ـ حتى لا يكاد الناظر أن يميز بينهما أو أن يضع بينهما حدوداً معلومة ، وظل الأمر على هذا النسق ردحاً غير قليل من الزمان ، ومع تولى جيزو وزارة المعارف الفرنسية فى عهد الملك لويس فليب بدأت تتضح معالم هذا الفرع من القانون ، وبدأت خصوصيته فى الإبانة والظهور ، واتخذ هذا التميز المظهر الرسمي حالما قرر جيزو إنشاء كرسي لتدريس القانون الدستورى بكلية الحقوق جامعة باريس بمقتضى الأمر الصادر فى 22 أغسطس 1834م [(1)] .

فهاهنا وحسب استقلت القاعدة الدستورية رسمياً عَمَّا يخالطها وبدأت تتشكل ملامحها ويتفيأ ظلالها ، حتى إذا أخذت القاعدة الدستورية زخرفها وازينت تحدد لتلك القاعدة مصادرها التى تستقى منها والتى بات الفقه يردها إما إلى النص المكتوب (التشريع) ، وإما إلى العادات المستقرة (العرف) ، واتجه الفقه صوب دراسة ما يندرج ضمن القاعدة الدستورية ويصطبغ بها ، وما ليس من جلدتها ، وغدت تلك القاعدة تتسع مع مرور الدهور وتوالى العصور ، فكم من مبادئ لم تكن من بنيتها بيد أنه ومع تغير الظروف والأحوال التى يمر بها نظام قانونى معين أرخى عليها هذا النظام الصفة الدستورية ، فتم لتلك القاعدة ثراؤها ، واتسعت للناظر إلى غياباتها مد بصره .

وإذا كان الفقه الدستورى منذ نعومة أظفاره قد تراضى على أن المصادر الرسمية للقواعد الدستورية تنحصر فى التشريع والعرف ـ كما أسلفنا ـ فإن الضرورات العملية قد اقتضت أن ينضم لهذين المصدرين مصدر آخر وهو ما نعرج عليه فى هذه الدراسة تحت مسمى المبادئ الدستورية الضمنية .

فمنذ أن خطت البشرية خطواتها الأولى نحو التنظيم القانونى وجد الأفراد فى الوثائق التى تسمى الدساتير متسعاً للتنفيس عمّا يختلج فى صدورهم لنبذ مظاهر

---

(1) إبان اندلاع ثورة يوليو عام 1830م وما تبعها من نتائج تمثلت فى سقوط الملك شارل العاشر ، واختيار لويس فليب (دوق أورليان) ملكاً على فرنسا ، ومواكبة لهذه التغيرات أقر مجلس النواب الفرنسي بعض المبادئ التى تتصل بنظام الحكم ، ومن بينها أن الملك يتولى العرش استناداً للإرادة الشعبية ، وبذلك بدأ النظام الملكى الدستوري فى الظهور ، وكان من أهم خصائصه مشاركة البرلمان للملك فى حكم فرنسا ، ولما كان جيزو (وزير المعارف) من أعوان الملك لويس فليب الحاكم الجديد لفرنسا ، ومن المتحمسين لحكمه ، وأول من دعى لسياسته ودعمه ، فقد أنشأ أول كرسي للقانون الدستوري بجامعة باريس عام 1834م ، ووضع برنامجاً لدراسته يهدف إلى شرح أحكام الدستور الذى تبوأ الملك لويس فليب الحكم بناءً على أحكامه ، إضافةً إلى شرح الحقوق والحريات الفردية الواردة به ، وكان الغرض الغير معلن من تقرير هذه الدراسة هو كسب الرأى العام الفرنسي وتدعيم الملك لويس فليب فى النظام الجديد الذى ولجته فرنسا ، والذى عرف باسم النظام البرلماني الأورليانى نسبة إلى الملك لويس فليب دوق أورليان . وتجدر الإشارة إلى أنه تم إلغاء هذا الكرسي عام 1852م مع قيام الإمبراطور لويس نابليون ، وعاد القانون الدستورى من جديد إلى أحضان القانون العام ليشمل الأخير القانون الإدارى والدستوري ، ثم أعيد مرة أخرى مع قيام الجمهورية الثالثة وتقرر فى قسم الدكتوراة عام 1882م وفى قسم الليسانس عام 1889م .

الدكتاتورية والعصف بالحقوق والحريات التى مورست عليهم زمنا ليس بالقليل ، وظلت غصة فى حلوقهم حتى أُذِنَ لهم باعتلاء رَكب الديمقراطية .

وارتكزت الديمقراطية على عدة مبادئ شفت صدور الرعية من أغلال الماضى البغيض أيام كانوا مجردين من كل حق ممنوعين من ثمة حرية .

ومن أهم هذه المبادئ مبدأ المساواة التى درجت معظم الدساتير على تسطيرها مع اختلاف فى مضمونها حسبما يسود المجتمع من أيديولوجية ، وكذلك مبدأ تكافؤ الفرص ، والحق فى الحياة ، والحق فى التقاضى وكفالة حق الدفاع ، والحق فى التعبير عن الرأى ، والحق فى التعليم ، والحق فى تولى الوظائف العامة ، وحرية الاعتقاد ، وحرية ممارسة الشعائر الدينية ، وحرية الإبداع ، فمثل هذه الحقوق والحريات أطردت الدساتير على تأكيدها وتحصينها بسياج منيع من الحماية الدستورية .

وإذا كانت الدساتير على هذا النحو تعد ـــ وبحق ـــ ملاذاً آمناً للحقوق والحريات بيد أن هذه الأخيرة ليست قوالب جامدة لا زيادة فيها ولا نقصان ، بل هى متطورة ومتجددة ، ومتميزة بكونها شديدة الحساسية ومتأثرة بعوامل الزمان ، والمكان ، والفلسفات التى تسود مجتمع من المجتمعات .

ولا أدل على اعتبار الحقوق والحريات متجددة ومتطورة مما تقوم به الدول بين الفينة والأخرى من خلال وثائقها الدستورية من تقرير حق جديد ينبغى أن ينعم به الأفراد . وحتى مع عدم تعديل الوثيقة الدستورية ، فإن الدستور يتعين أن يجارى الواقع السياسي والاجتماعى والاقتصادي والدولى ، وعلى القضاء الدستورى أن يتعاطى مع الدستور في ظل كل هذه المتغيرات التي تعبرها الجماعة الإنسانية وأن يستخلص المبادئ الدستورية من كافة مصادر المجموعة الدستورية وكذلك من قيم المجتمع العليا [1] .

فكم من الحقوق والحريات التى لم تكن ذا قيمة دستورية تذكر فى ظل نظام دستوريٍ منصرم ، وما أن اندثر هذا النظام وقام على أنقاضه نظام آخر تتلاطمه أمواج أيديولوجية جديدة غدت هذه الحقوق والحريات تنتظمها قاعدة دستورية صريحة فى النظام الدستورى الجديد .

بل إن ثمة حقوق وحريات وإن لم يجر النص عليها صراحةً إلاّ أنه يمكن استخلاصها استخلاصاً من روح الدستور وفلسفته تحت مسمى المبادئ ذات القيمة الدستورية أو المبادئ الدستورية الضمنية .

إذن وعلى نحو ما سلف فإننا أمام نوعين من الحقوق ، الأولى : حقوق وحريات ينتظمها نصوص دستورية صريحة ، وأخرى حقوق وحريات يستنبطها القاضى الدستورى من روح الدستور وأيديولوجيته.

---

(1) Louis Favoreu, "Bloc de constitutionnalité" in "Dictionnaire constitutionnel, sous la direction de Olivier DUHAMEL et Yves MENY , paris, P.U.F. 1992 .

وللتدليل على صحة ما نقول من خلال القواعد الدستورية التى أقرت الحقوق والحريات فى النظام الدستورى المصرى يمكننا أن نلحظ العديد من الحقوق والحريات التى تم إدراجها وثيقة الدستور الحالى فى حين أنه لم يجر النص عليها إطلاقاً فى الدساتير السابقة عليه ولم يكن فى المكنة اعتبارها مبادئ دستورية يمكن للقاضى أن يدفع عنها متوشحاً بوشاح المشروعية حال تصديه للفصل فى دستورية القوانين ، وأخرى لم يجر النص عليها صراحة ورغم ذلك اعتدّ بها القاضى وأسبغ عليها الصفة الدستورية وهو ما يطلق عليه مسمى المبادئ الدستورية الضمنية .

ومن قبيل المبادئ الدستورية الضمنية نورد منها على سبيل المثال لا الحصر ، ثلة من الحقوق والحريات لم يجر النص عليها صراحةً فى الدستور الحالي ورغم ذلك يمكن إدراجها تحت مسمى المبادئ الدستورية الضمنية متى استوفت شرائطها والتى يأتى فى مقدمتها إقرار القضاء لها ، ومنها حرية التعاقد ، وحرية الزواج ، والحق فى اختيار الزوج .

فالمبادئ الدستورية لم تعد قاصرة على تلك المدونة فى الوثيقة ومسطرة بين دفتيها بل غدت تتسع لتشمل ثمة مبادئ أخرى اعترفت لها المحكمة الدستورية العليا بالقيمة الدستورية مستخدمة فى ذلك سلطتها فى التفسير حال قيامها بالفصل فيما يعرض لها من أنزعة دستورية ، وبات لزاماً على المشرع العادى أن يرعها حق رعايتها تعويلاً على قيمتها الدستورية وإلا هوى فى آتون المخالفة الدستورية ، ومن هذه المبادئ وعلى نحو ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا الحق فى الزواج الذى يتميز عن الحق فى اختيار الزوج وإن كان كلاهما ينبثق من بوتقة الحق فى الخصوصية وحرمة الحياة الخاصة .

ولقد وقر فى يقين غالبية الفقه ـ مؤيداً بأحكام القضاء [1] . أن الدستور لم يعد ذلك الكتاب المسطور ذو الكلمات الصماء المكبلة عن مجاوزة الزمان ، والتى تترفع عن مجاراة الواقع الذى تعبره الجماعة الإنسانية .

وبات مسلماً لدى هذا الجانب من الفقه أن الدستور كائن حىّ يتأثر بالمتغيرات الدستورية التى تتم فى الواقع دون أن تجاريها السلطة التأسيسية بالتعديل اللازم ، ومن غير المعقول أن نمنع القاضى ونلزمه حيال كل متغير بالوقوف على المعنى الحرفى للنصوص الصريحة . فالمأمول دوما فى النصوص الدستورية أن يتفيأ ظلالها مستغرقةً كافة المتغيرات والمستجدات الحادثة فى الواقع الدستورى .

فالمبادئ التى يقوم عليها الدستور يتعين أن تكون بطبيعتها منفتحة على المستقبل بمختلف تطوراته وتحتوى على أفكار محددة مثل المساواة ، والعدالة ، والكرامة الإنسانية وهذه الأفكار يتم التعبير عنها وفقاً لمفاهيم تختلف من زمن إلى آخر . وكم من ألفاظ أو عبارات ترد فى الدستور ويتحدد معناها فى ضوء القيم التى تنبثق من حضارة

(1) أنظر فى ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 23 لسنة 15 قضائية ، تاريخ الجلسة 5 / 2 / 1994م ، وكذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 4 لسنة 25 قضائية ، تاريخ الجلسة 13 / 2 / 2005م .

المجتمع ، والتى لا يمكن تثبيت معناها فى كلمات ، فالتوجه نحو المستقبل هو جوهر الدستور ، وتشهد على ذلك الطبيعة المتميزة لقواعده [1] .

فالدستور على حد تعبير جانب من الفقه [2] لا يمكن تغييره بسهولة ، شأنه فى ذلك شأن أي تشريع ، إذ لا ينتهى مفعوله فى زمن محدد لانتهاء الصلاحية ، بل إن حياة الدستور تكمن فى التطور الكامن فى استمراره والأداة الطبيعية لهذا التطور هو القضاء الدستورى ، والتعديل الدستورى هو الأداة الاستثنائية للإصلاح .

وقد أطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن الدستور وثيقة تقدمية نابضة بالحياة ؛ فلا تصد عن التطور آفاقه الرحبة [3] .

فالقضاء الدستورى من خلال إعمال سلطته فى التفسير ـ والذى يعد مفترضا أوليا لإجراء الرقابة على دستورية التشريعات في خضم ما يعرض له من أنزعة ـ قد يستجلى مبادئ ضمنية يجرى استلهامها من النصوص الدستورية الصريحة والمسطرة في أي من مصادر المجموعة الدستورية ، التي ينهض للزود عنها ، ورد كل عدوان يحيق بها من خلال تقرير عدم دستورية كل ما يخالفها ، مستعينا فى استخلاصها بالأيديولوجية التى انبثقت عنها النصوص الدستورية المكتوبة ابتداءً .

إذن ـ وعلى نحو ما أسلفنا ـ فإننا أمام مصدر دستورى متميز يرتكز عليه القاضى الدستورى حال تصديه للفصل فى دستورية ما يعرض عليه من نصوص تشريعية ، ولا يقل هذا المصدر فى أهميته عن التشريع والعرف ، فتشكل هذه المصادر المتعددة المجموعة الدستورية التى تدير رحى النظام الدستورى .

ونظراً لأهمية هذا المصدر فى المجموعة الدستورية وما يقوم به من دور رائد فى سد ثغرات النصوص المكتوبة ، وما عجز العرف عن مجاراته على نحو يجبر النقص الذى اعترى النصوص المكتوبة في بلد من البلدان ، فإننا نتناول فى هذه الدراسة أهمية هذه المبادئ وشروط قيامها فى فصلٍ أول ، على أن نتبع ذلك بفصل آخر نتناول فيه أهم تطبيقات هذه المبادئ فى ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا فى مصر وقرارات المجلس الدستوري فى فرنسا وذلك على النسق التالى :

الفصل الأول : أهمية المبادئ الدستورية الضمنية وشروطها .

المبحث الأول : أهمية المبادئ الدستورية الضمنية .

المطلب الأول : تعاظم الدور الإيجابى للقاضى الدستورى.

المطلب الثانى : تأكيد الحقوق والحريات .

المطلب الثالث : سد ثغرات النصوص الدستورية المكتوبة .

المبحث الثاني : شروط المبادئ الدستورية الضمنية .

---

(1) أحمد فتحى سرور ، منهج الإصلاح الدستورى دار النهضة العربية القاهرة 2006م ص 167 - 168.
ويراجع في هذا المعنى في الفقه الفرنسي :
Olivier Duhamel , et Yves Mény , Dictionnaire constitutionnel, l^er éd., p.u.f., 1992,p.210.

(2) أحمد فتحى سرور ، ذات المرجع السابق ص 168- 169

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 32 لسنة 40 قضائية ، تاريخ الجلسة 2019/12/7م .

المطلب الأول : اتفاق المبادئ الدستورية الضمنية مع النصوص الدستورية المكتوبة
المطلب الثانى : اتفاق المبادئ الدستورية الضمنية مع مبادئ الشريعة الإسلامية.
المطلب الثالث : اتفاق المبادئ الدستورية الضمنية مع أيديولوجية الدستور.
المطلب الرابع : تقرير القاضي للصفة الدستورية.
الفصل الثانى : تطبيقات المبادئ الدستورية الضمنية .
المبحث الأول : المبادئ الدستورية الضمنية فى مجال الحقوق والحريات .
المطلب الأول : الحق فى الحياة.
المطلب الثانى : حرية الزواج والحق في اختيار الزوج.
المطلب الثالث : حرية التعاقد .
المبحث الثانى : المبادئ الدستورية الضمنية فى مجال التجريم والعقاب .
المطلب الأول : عدم جواز ازدواج العقوبة عن الفعل الواحد .
المطلب الثانى : تناسب العقوبة وتفريدها .
المطلب الثالث : رجعية القانون الأصلح للمتهم.

الفصل الأول
أهمية المبادئ الدستورية الضمنية وشروطها

نتناول فى هذا الفصل أهمية المبادئ الدستورية الضمنية وما يمكن أن يترتب عليها من نتائج في المضمار الدستوري حال التعويل عليها من قبل القاضي الدستوري واتخاذها معياراً يزن به مدى دستورية التشريعات التى تعرض عليه ، ثم نعرج على بيان شروط الأخذ بهذه المبادئ وذلك فى مبحثين على النحو التالى :

المبحث الأول
أهمية المبادئ الدستورية الضمنية

تتبدى أهمية المبادئ الدستورية الضمنية فى المضمار الدستورى من خلال ما تمارسه تلك المبادئ من تأكيد للحقوق والحريات التى ما فتئت الدساتير تنص عليها بين دفتيها منذ أن خط الأمريكيون دستورهم بأيديهم وتسارعت معظم الدول إلى محاكاة التجربة الدستورية الأمريكية فهرعت إلى إصدار الوثائق الدستورية التى تحمى حقوق الأفراد وحرياتهم وتمنعهم عسف السلطة وتعصمهم من توغلها وشططها ، فتمخض عن هذه الحركة الكبرى فى الزود عن الحقوق والحريات الفردية ميلاد إعلان حقوق الإنسان والمواطن فى فرنسا سنة 1789م حيث حوى هذا الأخير بين عضديه جملة من الحقوق والحريات الفردية التى اعتبرت نبراساً يستضيء به المشرعون حال سنهم للحقوق والحريات التى ينبغى أن ينعم بها الإنسان لمجرد كونه إنساناً .

كما برزت أهمية المبادئ الدستورية الضمنية من خلال تأكيدها للدور الإيجابى للقاضى الدستورى ، ذلك الدور الذى ظل محروماً منه ردحاً غير قليلٍ من الزمان بدعوى أن ممارسة القاضى لهذا الدور يحيله من كونه قاضٍ إلى ممارسته لوظيفة تشريعية ، الأمر الذى يعد تكأة للمساس باختصاصات باقى السلطات الأخرى وتسييس المحاكم ، ولما كانت هذه الحجج لم تصمد فى مواجهة الرياح العاتية التى انطلقت من عرين المؤيدين لهذا الدور الإيجابى للقاضى الدستورى ــ على نحو ما سنبينه ــ فإن التعويل على فكرة المبادئ الدستورية الضمنية يعزز هذا الدور الإيجابى الذى يطلع به القاضى الدستورى .

يضاف إلى هذه وتلك ما تلعبه المبادئ الدستورية الضمنية من أهمية فى مضمار النقص الدستورى ، فثغرات الوثيقة الدستورية والتى تكشف عنها الوقائع اللامتناهية يجعل من الأخذ بفكرة المبادئ الدستورية الضمنية أمراً ملحا لا مناص منه ، لهذا كله فإننا نبرز أهمية تلك المبادئ في مطالب ثلاثة على النحو التالى :

المطلب الأول : تعاظم الدور الإيجابى للقاضى الدستورى .

المطلب الثانى : تأكيد الحقوق والحريات .

المطلب الثالث : سد ثغرات النصوص الدستورية المكتوبة .

المطلب الأول
تعاظم الدور الإيجابى للقاضى الدستورى

لا ريب أن استلهام القاضى الدستورى لتلك المبادئ الضمنية التى تنبعث من ثنايا النصوص الصريحة لتعانق الأيديولوجية التى انبثقت عنها الوثيقة الدستورية فتصادف فى هذه الأخيرة سندها فى النظام الدستورى قاطبةً وتجد فيها التكأة التى حدت بالقاضى الدستورى أن يضمنها المجموعة الدستورية التى يضعها فى اعتباره حال تصديه للفصل فى دستورية ما يعرض له من نصوص تشريعية ، كل هذا أدى إلى تعاظم الدور الإيجابى الذى ما فتئ القاضى الدستورى يمارسه زمنا ليس بالقليل .

ودور القاضي حيال المبادئ الدستورية هو دور كاشف ، حيث ينهض القاضي لاستنطاق النصوص الصريحة الواردة فى أصلاب الدساتير لينتزع من ثناياها مبادئ ضمنية ويمط عنها اللثام ثم يرخى عليها ستره ويعترف بها كمبادئ دستورية لا تقل فى قيمتها عن تلك النصوص الصريحة التى تولدت عنها . فالقاضى ينهض ابتداءً لاستنباط تلك المبادئ من خلال النصوص الصريحة ويتبع ذلك بإيجاد صياغة مناسبة تكافئ قيمة المبدأ الدستورى الضمنى الذى تم الكشف عنه ، وهو إذ يثب لهذا الدور فإنه لا يقوم بذلك إلا إيمانا منه بالدور الإيجابى الذى نيط به .

ويراد بالدور الإيجابى عدم الوقوف على المعنى الحرفى للنصوص ، بل على القاضي أن يقلب النصوص على كافة أوجهها سابرا أغوارها متقصيا مراميها متفحصا لها على كافة أوجهها مستشرفا آثار تطبيقها حتى يرنو إلى ذلك التفسير السديد الذى يوفق به بين غاية المشرع الدستورى من النص ابتداء والتطورات الحادثة في الواقع الدستورى والتي تتطلب نصوصا دستورية نابضة بالحياة لا تصد عن التطور آفاقها الرحبة .

فالقضاء الدستورى من خلال تفسيره للنصوص الدستورية قد يستجلى مبادئ ضمنية من داخل الدستور نفسه . وقد أدى تطور القضاء الدستورى وممارسة الرقابة الدستورية إلى مراجعة كثير من القيم الدستورية المنصوص عليها فى الدستور نفسه والتوسع فى تحديد المبادئ والقواعد الدستورية بما يتجاوز الكلمات الواردة فى نصوص الدستور . والمحكمة الدستورية فى تفسيرها المرن للنصوص الدستورية تتوخى إرادة السلطة التأسيسية الأصلية التى وضعتها من خلال سلطتها التقديرية بإعطاء هذه النصوص تفسيراً يتفق مع آفاق التغيير الذى يمر به المجتمع فتحيى معانى هذه النصوص فى ضوء المعطيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية لحظة تطبيقها ، تكفل بذلك حياة مستمرة للدستور ولا تحصره فى حقبة الماضي[1] .

ولا يجوز الخلط بين دور القاضي في استنباط المبادئ الدستورية الضمنية ، ودوره في استنباط المبادئ العامة للقانون ، فدور القاضي في الحالتين هو دور كاشف وليس منشىء إلا أن القاضي يستنبط المبادئ الدستورية الضمنية من النصوص

(1) أحمد فتحى سرور مرجع سابق ص 166.

الدستورية الصريحة وبما يتفق مع أيديولوجية الدستور وفلسفته ، بينما يستنبط القاضي المبادئ العامة للقانون من ضمير الجماعة وروح التشريع العام .

كما يجب عدم الخلط بين الدور الإيجابى وما يعرف بالدور الإنشائى ، فالأخير يقوم على الابتكار الذى من خلاله ينشئ القاضي قواعد جديدة لا تؤازرها النصوص المكتوبة [1] حتى ولو لم تتعارض معها ، إلا أنها لا تجد سندها فيما هو مسطر من نصوص المجموعة الدستورية ، وتناول هذا الدور يخرج عن نطاق بحثنا ، أما الدور الإيجابى الذى هو مناط البحث فيقوم على استنباط القاضي من النصوص الصريحة ما تتحمله هذه النصوص من مبادئ ضمنية تتوهج من الأيديولوجية التي انبثقت عنها الوثيقة ، بل إن القاضي من خلال هذا الدور يجلى المبادئ الضمنية من خلال استعراض النصوص الصريحة ثم يعاد عرض هذه المبادئ على نصوص المجموعة الدستورية قاطبة فما تعارف منها وءاتلف نهض القاضى حينها يضمنها مرجعيته في الرقابة على دستورية التشريعات المختلفة ، وما تنافر منها واختلف عمل القاضي على تنحيته إذ لا يسوغ له حينها أن يسبغها بالصفة الدستورية .

وفى شأن التفسير المنشئ ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن المجلس الدستوري ومن خلال تفسيره للنصوص الدستورية حالما يفصل في دستورية القوانين التي تعرض له يمكنه مد نطاق تطبيق أحد الضوابط المحدودة فى موضوعها ، والتوسع في تفسير النصوص الواردة في المجموعة الدستورية ليصل إلى افتراضات غير منصوص عليها صراحة فى النصوص[2] .

ويلاحظ أن الفقه الفرنسي خلط كثيرا حال معالجته لدور المجلس الدستورى في إرساء المبادئ ذات القيمة الدستورية بين الدور الإيجابى ، والدور الإنشائى ، إذ ذهب جانب كبير من هذا الفقه إلى تأييد دور المجلس في ممارسة الدور الإنشائى ، وبذلك يكون الفقه الفرنسي قد جاوز حد الإجازة للمجلس الدستورى للاطلاع بدوره في الكشف عن المبادئ ذات القيمة الدستورية والتي يجرى استلهامها من نصوص المجموعة الدستورية ، حالما صرح للمجلس بممارسة دور إنشائى خلاق في هذا المضمار[3] .

فالمجلس الدستورى ووفقا لما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي لا يقف عند حدود المعنى الحرفى للنصوص الواردة في أصلاب المجموعة الدستورية ، وإنما تعدى

---

(1) يراجع في الدور الإنشائى للقاضى الدستورى على وجه الخصوص :

- Pierre Avril, Les conventions de la constitution, éd. P.u.f. 1997.p 58 et s.
- Mauro cappelletti, le pouvoir des juges, éd., Economica, 1990,p.30.

(1) Alexis Essono Ovono , Théorie de l'interprétation et pouvoir créateur du juge constitutionnel français , Thèses Toulouse , 2000, P 184

(2) Dominique Rousseau, Ya T- il trop de constitutionnalité des lois en France ? in , la constitutionnalisation des branches du droit, collection droit public positif, éd., Economica, 1998,p.22ets.

هذا الدور إلى مرحلة إنشاء مبادئ ذات قيمة دستورية يتعين على القوانين أن تأتى متسقة معها[1] .

وبعيدا عن الخوض في مشروعية الدور الإنشائى للقاضى الدستورى ، فإنه وفى نطاق الدور الإيجابى فقد أكد العديد من رجال الفقه الفرنسي على أهمية الدور الذى يمارسه المجلس الدستورى في إماطة اللثام عن المبادئ ذات القيمة الدستورية والتي تنضح من بوتقة المجموعة الدستورية التي يتولى المجلس رعايتها من خلال الرقابة الدستورية التي عهد الدستور أمانتها للمجلس[2] .

وإذا كان للدور الإيجابى كل هذه الأهمية فإن الفقه لم يشأ أن يتفق على مشروعية هذا الدور للقاضى الدستورى ففى خضم الحديث عن هذا الدور الإيجابى تجلى الخلاف بين فقه تقليدىّ ينكر حق القاضى فى الاطلاع بهذا الدور وفقهٍ حديث ينادى بتعزيز الدور الإيجابى للمحاكم الدستورية .

ولقد كان لكلٍ من الفقهين حججه وأسانيده التى تزرع بها منحاً أو منعاً وهو ما نجلِّيه فيما هو آت : -

الفقه التقليدى : أنكر أنصار الفقه التقليدى على القاضى الدستورى القيام بأى دور إيجابى حال قيام الأخير بتفسير النصوص الدستورية فى مضمار ما يعرض له من أقضية ، فالقاضى وفقاً لهذا النظر ينبغى أن يلتزم حدود النص الدستورى متقيداً به متوخياً إرادة السلطة التأسيسية التى وضعته أو عدلته دون أن يعدل عن المعنى المراد من النص ابتداءً إلى معنى آخر ، أو أن يضيف للنص الدستورى ما ليس من جلدته .

ومن بين الحجج التى ساقها أنصار هذا الاتجاه للتدليل على صحة ما مالوا إليه ما يلى :

1- الاعتراف للقاضى بالدور الإيجابى من شأنه أن يحيل القاضى إلى سلطة تأسيسية موازية للسلطة التى وضعت النص وصاغته حال سن الوثيقة ، فيجمع القاضى حينها بين سلطتين أحدهما تأسيسية من خلال إعمال قواعد التفسير ، وأخرى قضائية وهى التى سُمِّيَت له ابتداءً .

2- من شأن هذا الدور الإيجابى تمكين القاضى من سن قواعد دستورية لم تشأها السلطة التأسيسية . إذ لو أرادتها الأخيرة لما منعها مانع من أن تدرجها الوثيقة الدستورية .

(3) Sophie de cacquera, le conseil constitutionnel et les réglements des assemblées, éd., Economica,2001.p.79.

(4) Dominique Rousseau, la justice constitutionnelle, en Europe. éd, Montchrestien 4e éd., 1996, p. 9.

3-التخوف من تحكم القاضى وتوسع سلطته التقديرية على نحو يهدد استقلال السلطات ويقوض من مشروعية القضاء الدستورى ويهدر مبدأ الفصل بين السلطات [1] .

الفقه الحديث : نتيجةً لعدم مجاراة النصوص المكتوبة للتطورات الدستورية التى تمرّ بها المجتمعات نظراً لصعوبة تعديل غالبيتها وإحاطتها بقدر كبير من الحصانة ظهر هذا الفقه منادياً بضرورة الاعتراف للقاضى الدستورى بهذا الدور متوسماً فيه سد الثغرات الدستورية التى تتبدى من خلال التطبيق العملى للنصوص الصريحة .

1- اعتبار الدستور كائن حىّ يتأثر بالمتغيرات الدستورية التى تتم فى الواقع دون أن تجاريها السلطة التأسيسية بالتعديل اللازم ، ومن غير المعقول أن نمنع القاضى الدستورى ونلزمه حيال كل متغير بالوقوف على المعنى الحرفى للنصوص الصريحة .

2- المبادئ التى يقوم عليها الدستور هى بطبيعتها منفتحة على المستقبل بمختلف تطوراته وتحتوى المبادئ على أفكار محددة مثل المساواة ، والعدالة ، والكرامة الإنسانية ، وهذه الأفكار يتم التعبير عنها وفقاً لمفاهيم تختلف من زمن إلى آخر . وكم من ألفاظ أو مصطلحات تنبثق من حضارة المجتمع ، والتى لا يمكن تثبيت معناها فى كلمات ، فالتوجه نحو المستقبل هو جوهر الدستور ، وتشهد على ذلك الطبيعة المتميزة لقواعده [2] .

3- من شأن التفسير الإيجابى للقاضى الدستورى أن يجبر النقص الذى تجلى إبان التطبيق العملى للنصوص الصريحة . ولا يحاج في ذلك بأن الدستور الذى لا يفى بحاجات الجماعة ينبغى تعديله أو استبداله بدستور آخر يعبر عن هذه الحاجات الجديدة .

فالدستور وعلى حد تعبير جانب من الفقه لا يمكن تغييره بسهولة ، شأنه فى ذلك شأن أى تشريع ، إذ لا ينتهى مفعوله فى زمن محدد لانتهاء الصلاحية ، بل إن حياة الدستور تكمن فى التطور الكامن فى استمراره والأداة الطبيعية لهذا التطور هو القضاء الدستورى ، والتعديل الدستورى هو الأداة الاستثنائية للإصلاح [3] .

واستطرد هذا الجانب من الفقه قائلاً أنه قد ظهرت فى هذه الآونة مفاهيم جديدة تحت عنوان العولمة والأنظمة القانونية فوق الوطنية وكل هذه المفاهيم لا تمثل فحسب تحدياً فى مواجهة المشرعين ، بل تمثل تحدياً فى مواجهة القضاة الدستوريين الذين وثق بهم الدستور للقيام بمهامهم فى جميع الظروف لضمان تكيف التشريعات مع الدستور . ويتوقف على الإجابة عن هذه التحديات لا مجرد تحديد شكل النظم الوطنية المختلفة ، بل يتوقف كذلك على الدور الذى يقوم به المجتمع فى المستقبل وربما لعدة أعوام مقبلة.

ومن جانبنا نشايع ما ذهب إليه أنصار الفقه الحديث من ضرورة تعزيز الدور الإيجابى للقضاء الدستورى لقوة حججهم ، ولا محل لما أبداه أنصار الفقه التقليدى من

---

(1) Tarek Fathy El-Sayed ABO EL-WAFA,Le role politique du juge constitutionnel, étude comparé des systèmes constitutionnels français et égyptien, Thèse Sorbonne, 2005, p. 60

(2) أحمد فتحى سرور مرجع سابق ص 168.

(3) ذات المرجع السابق ص 169.

التخوف من المساس بالفصل بين السلطات وغير ذلك ، بحسبان أن ميلاد القواعد الضمنية وكما قدمنا ينبغى أن يحاط ببضع ضمانات أولاها أنها تصدر أولاً وقبل كل شيء عن قاض بكل ما تحمله الكلمة من معانى التجرد والبعد عن الميل والتحكم فضلاً عن تمتعه بالحنكة والدراية القانونية التى تجلى أمام بصيرته توافر القاعدة الضمنية فيقدم أو انتفاء شرائطها فيحجم ، فمن مقتضيات هذه الدراية عصمة القاضى من الشطط فلا يحمل الوثيقة الدستورية فوق طاقتها بدعوى قيام مبدأ ضمني .

فضلا عن أنه لا صحة لما ذهب إليه أنصار الفقه التقليدي من أن إسناد هذا الدور للقاضى من شأنه ومن خلال إعمال سلطته في التفسير أن يحمله على العدول عن المعنى المراد من النص ابتداءً إلى معنى آخر ، أو أن يضيف للنص الدستورى ما ليس من جلدته ، بحسبان أن القاضي من خلال هذا الدور لا يمكنه العدول عن المعنى المراد من النص ابتداء لأن من شروط المبادئ الدستورية الضمنية أن تأتى متفقة مع النصوص الدستورية الصريحة التى كرستها المجموعة الدستورية ، فإذا وقع الخلاف بينهما فلا مشروعية للمبدأ الضمنى ، كما أنه لا صحة للقول بأن القاضي يمكنه من خلال هذا الدور أن يضيف للنص الدستورى ما ليس من جلدته ، فلو حدث ذلك فإنه لا يمكن نعته بالدور الإيجابى ، وإنما نكون بصدد دور إنشائى ، وقد سبقت التفرقة بين الدورين بما بينهما من فرق كبير .

وقد بات مسلما لدى الفقه الفرنسي أن النصوص التي لها قيمة دستورية لا تستخلص من وثيقة الدستور فقط ، وإنما تستبغ المبادئ التي يستقر عليها المجلس الدستورى بالصفة الدستورية ، إذ المجلس بما له من سلطة في مجال الرقابة الدستورية يستطيع مد نطاق هذه الرقابة إلى مبادئ غير واردة صراحة في الدستور [1] .

ويمكننا هاهنا أن نستضيء بما ذكره رئيس المحكمة الدستورية العليا فى مصر فى افتتاحية موسوعة المبادئ التى قررتها المحكمة الدستورية العليا حيث يذكر سيادته أن" الرقابة على دستورية القوانين واللوائح التى أسندها الدستور والقانون لهذه المحكمة ، إنما تنتظم المشروعية فى أعلى مدارجها ، وأن إرساء هذه المشروعية وتثبيت دعائمها وأركانها عملية متواصلة مع اتصال الأيام والسنين ، لا ينقطع جريانها واستمرارها ، ولا يجوز بحال أن تتعثر خطاها ، ذلك أن إقامة هذه المشروعية على دعائمها الدستورية ، وإن كانت تقع فى المقام الأول على عاتق هذه المحكمة وكافة مؤسسات الدولة ، فإنها تعد مسؤولية كل مواطن ، فتلك المشروعية تعد صمام أمنه ، وهى التى تمهد أمامه الطريق لتحقيق الآمال العظيمة التى يتطلع إليها بما يعود بالنفع على أهله وعشيرته وبما يعود بالنفع والمصلحة والخير على المجتمع المصرى بأكمله [2] .

---

(1) Francois luchaire: la protection constitutionnelle des droits et libertés, 1987.

(2) كلمة المستشار رئيس المحكمة الدستورية العليا فى افتتاحية مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الدستورية العليا فى أربعين عاماً من عام 1969م حتى عام 2009م .

واستطرد سيادته مبيناً منهج المحكمة فى أداء دورها الرقابى واستلهامها المبادئ الدستورية من تراثٍ عريض من المواثيق الدستورية والقضاء الدستورى المقارن والمعاهدات الدولية ، وأنها تعمل على تطوير هذا التراث الدستورى والإضافة إليه بالقول أنه " ولقد كان منهاج المحكمة فى أداء مهمتها تعبيراً عن إيمانها بأن تراثاً عريضاً فى شأن الشرعية الدستورية ماثل أمامها من خلال القضاء الدستورى والمواثيق والمعاهدات الدولية ، فلا يجوز إهداره أو إغفاله ، ذلك أنه ما كان لأى علم من العلوم أن يتقدم إلا باعتباره بنياناً من تراكم الجهود ، كل يفيد من عمل سلفه واجتهاده ، مضيفاً إليه أو مطوراً له ".

ويذكر سيادته أن " الرقابة القضائية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا فى شأن الشرعية الدستورية لا تستقيم موطناً لإبطال نصوص قانونية يحتمل تأويلها على نحو يجنبها الوقوع فى هاوية المخالفة الدستورية ، ولقد ألزمت المحكمة نفسها دوماً بتفسير النصوص المطعون فيها بما يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور جميعها ، بحيث لا يكون وصمها بعدم الدستورية إلا عند تعذر ذلك التفسير وتلك المواءمة ".

وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى القضاء بأن " الدستور يمثل أصلا وكلما كان مواكبا لتطور النظم الديموقراطيه ، هادفا إلى حماية الحرية الفردية ودعم انطلاقها إلي آفاق مفتوحة تكون بذاتها عاصماً من جموح السلطة أو إنحرافها ضمانة رئيسية لإنفاذ الإرادة الشعبية في توجهها نحو مثلها الأعلى وبوجه خاص فى مجال ارسائها نظاما للحكم لايقوم على هيمنة السلطة وانفرادها ، بل يعمل على توزيعها فى اطار ديموقراطى بين الأفرع المختلفة التى تباشرها لضمان توازنها وتبادل الرقابة فيما بينها ، وعلى ان يكون بعناصره مستجيباً للتطور، ملتزماً إرادة الجماهير، مقرراً مسئولية القائمين بالعمل العام أمامها ، مبلورا لطاقاتها وملكاتها ، مقيداً بما يحول دون اقتحام الحدود المنطقية لحقوقها الثابته ولحرياتها الأصيلة ، رادعاً بالجزاء كل إخلال بها أونكول عنها ، وكان الدستور فوق هذا يولي الاعتبار الأول لمصالح الجماعة بما يصون مقوماتها ، ويكفل انماء قيمها الاجتماعية والخلقية ، بالغا من خلال ضمانها ما يكون في تقديره محققاً للتكافل بين أفرادها ، نابذاً انغلاقها ، كافلاً الرعاية للحقائق العلمية ، عاملاً علي الارتقاء بالفنون علي تباين ألوانها ، مقيماً حرية الإبداع علي دعائمها ، وكان الدستور بالحقوق التي يقررها ، والقيود التي يفرضها وأيا كان مداها أو نطاقها لايعمل في فراغ ، ولا ينتظم مجرد قواعد آمرة لاتبديل فيها إلا من خلال تعديلها وفقاً للأوضاع التي ينص عليها ، إذ هو وثيقة تقدمية نابضة بالحياة ، تعمل من أجل تطوير مظاهرها في بيئة بذاتها متخذة من الخضوع للقانون إطاراً لها ، ولا مناص من الرجوع اليها تغليبا لأحكامها التى تتسنم القواعد الآمره ، ولان الشرعية الدستورية فى نظاقها هي التي تكفل ارتكازالسلطةعلي الإرادة العامة ، وتقوم اعوجاجها ،ومنها تستمد السلطة فعاليتها ، بما يعزز الأسس التي تنهض بها الجماعة ويرعى تقدمها 0 متى كان ماتقدم ، وكان من المقرر أنه سواء كان الدستور قد بلغ غاية الآمال المعقودة عليه فى مجال تنظيم العلاقة بين الدولة ومواطنيها ، أم كان قد أغفل بعض جوانبها أو تجنبها ، فإن الدستور يظل دائماً فوق كل هامة ، معتلياً القمة من مدارج التنظيم القانونى

باعتبار أن حدوده قيد علي كل قاعدة تدنوه بما يحول دون خروجها عليها،وهو ما عقد للدستورالسيادة كحقيقة مستقر أمرها فى الوجدان والضمير الجمعى ، وهى بعد حقيقة مستعصية على الجدل رددتها ديباجة دستور جمهورية مصر العربية بإعلانها انعقاد عزم الإرادة الشعبية التي منحته لنفسها علي الدفاع عنه وحمايته وضمان احترامه " [1] .

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " النصوص الدستورية لايجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها، فلايكون تبنيها والإصرار علىها، ثم فرضها بآلية عمياء إلا حرثاً فى البحر. بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسيا واقتصاديا . ، وأن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها، يعارض تطويعها لآفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلاً لها، بل حائلاً دون ضمانه " [2] .

أضف لهذا كله ما استقر عليه الفقه من المغايرة فى المفاهيم التى تعبر عن الحقوق والحريات التى تتضمنها وثيقة الدستور ، فحق من الحقوق إذا ما أطلق اليوم أريد به مفهوم آخر يغاير ما يفهم منه غداً ويمكننا أن نستدل على ذلك بمبدأ المساواة ، فالمتتبع لهذا المبدأ عبر الدساتير المصرية المختلفة يلحظ المغايرة فى المعنى المتبادر منه ، حيث جاء النص على هذا المبدأ فى جميع هذه الدساتير بيد أنه ومع صدور دستور 1971م اكتسى هذا المبدأ ثوباً جديداً واتخذ أبعاداً أخرى إيجابية حيث كانت المساواة فى ظل دستور 1923م محض مساواة نظرية بحسبان أن النظام الذى كان سائداً آنذاك كان هو النظام الرأسمالى الحرّ والذى ترتب عليه تفاوت كبير بين الطبقات ، وزادت هذه الفوارق نتيجة للسياسة الحارسة للدولة وعدم تدخلها لحماية الأفراد وتحقيق العدالة الاجتماعية [3] .

وفى ظل دستور 1971م اكتسب هذا المبدأ بعداً إيجابياً تخلت فيه الدولة عن دور الدولة الحارسة وغدت تتدخل فى شتى المجالات لحماية الطبقات الدنيا فى المجتمع والعمل على تذويب الفوارق بين الأفراد بحسبان أن الفلسفة التى كانت سائدة إذ ذاك كانت تقوم على الفكر الاشتراكى بما يعنيه ذلك من تحقيق العدالة الاجتماعية والاهتمام بكافة طبقات المجتمع سيما الفقيرة منها والتى يمثلها القطاع العريض من الفلاحين والعمال.

واستناداً لفكرة المبادئ الدستورية الضمنية سعت المحاكم والمجالس الدستورية إلى تفسير النصوص المكتوبة بما يلائم الواقع السياسي والاجتماعى والاقتصادى ، دون حاجة إلى تدخل المشرع الدستورى فى الوثيقة الدستورية تعديلاً أو إلغاءً .

واستطاعت المحكمة الدستورية العليا فى مصر أن تستنبط الكثير من المبادئ الدستورية الضمنية والتى لم ينص عليها المشرع الدستورى صراحةً ففى تناولها للحق فى الزواج قضت المحكمة بأنه " .....إلا أن هذا الدستور لا يعرض البتة للحق فى

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 23 لسنة 15 قضائية ، تاريخ الجلسة 1994/2/5م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 7 لسنة 16 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/2/1م .
(3) يراجع في ذلك محمد رفعت عبدالوهاب القانون الدستورى دار الجامعة الجديدة 2007م ص 335 وما بعدها .

الزواج ، ولا للحقوق التى تتفرع عنه كالحق فى اختيار الزوج . بيد أن إغفال النص على هذه الحقوق لا يعنى إنكارها ، ذلك أن الحق فى الخصوصية يشملها بالضرورة باعتباره مكملاً للحرية الشخصية التى يجب أن يكون نهجها متواصلاً ليوائم مضمونها الآفاق الجديدة التى تفرضها القيم التى أرستها الجماعة وارتضتها ضوابط لحركتها ، وذلك انطلاقاً من حقيقة أن النصوص الدستورية لا يجوز فهمها على ضوء حقبة جاوزها الزمن ، بل يتعين أن يكون نسيجها قابلاً للتطور ، كافلاً ما يفترض فيه من اتساق مع حقائق العصر " [1] .

إذن نستطيع أن نقرر أن المحكمة الدستورية العليا في مصر أسبغت القيمة الدستورية على مجموعة من المبادئ التى استمدتها من روح الدستور وأيديولوجيته وإن لم يأت النص عليها صراحةً ، الأمر الذى أعانها على تطوير تراثها الدستورى والإضافة إليه من خلال إعمالها لقواعد التفسير الإيجابى ، ومن هذه الحقوق والحريات ـ على نحو ما سنبينه ـ حرية الزواج والحق في اختيار الزوج ، وحرية التعاقد ، ومبدأ التناسب بين المخالفة والعقوبة ، وعدم جواز معاقبة الشخص على الفعل الواحد أكثر من مرّة .

فالأصل فى النصوص الدستورية أنها تؤخذ باعتبارها متكاملة ، و أن المعانى التى تتولد عنها يتعين أن تكون مترابطة فيما بينها بما يرد عنها التنافر أو التعارض . هذا بالإضافة إلى أن هذه النصوص إنما تعمل فى إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجا متآلفا متماسكا بما مؤداه أن يكون لكل نص منها مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص استقلالا لا يعزلها عن بعضها البعض ، و إنما يقيم منها فى مجموعها ذلك البنيان الذى يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم تفسر النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها ، و لا أن ينظر إليها بوصفها هائمة فى الفراغ ، أو باعتبارها قيما مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعى ، و إنما يتعين دوما أن تحمل مقاصدها بمراعاة أن الدستور وثيقة تقدمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية و إنما تمثل القواعد التى يقوم عليها ، و التى صاغتها الإرادة الشعبية ، إنطلاقة إلى تغيير لا تصد عن التطور آفاقه الرحبة[2] .

يزكى هذا النظر أن المحكمة الدستورية العليا ـ حال رقابتها للدستورية ـ لا تقف على المعنى الحرفى لنصوص الدستور وإنما تتوخى مقاصد وغايات المشرع الدستورى رائدها في ذلك إعمال رقابة مثلى للدستورية وأن تأتى التشريعات العادية واللائحية متسقة مع الدستور نظما وروحا ، ومن ذلك قضاؤها بأنه " إن غموض مضمون النص العقابي مؤداه أن يحال بين محكمة الموضوع وبين إعمال قواعد منضبطة تعين لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا خفاء فيه، وهي قواعد لا ترخص فيها وتمثل إطاراً لعملها لا يجوز تجاوزه، ذلك أن الغاية التي يتوخاها الدستور

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 23 لسنة 16 قضائية ، تاريخ الجلسة 1995/3/18م.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 22 لسنة 8 قضائية ، تاريخ الجلسة 1992/1/4م .

هي أن يوفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حرياته في إطار من الضوابط التي قيدها بها. ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التي تفرضها القوانين الجزائية، محددة بصورة يقينية لأنها تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لها كي يدفعوا عن حقهم في الحياة، وكذلك عن حرياتهم تلك المخاطر التي تعكسها العقوبة. ولقد كان غموض القوانين الجزائية مرتبطاً من الناحية التاريخية بإساءة استخدام السلطة، وكان أمراً مقضياً أن يركن المشرع إلى مناهج جديدة في الصياغة لا تنزلق إلى تلك التعبيرات المرنة أو الغامضة أو المتميعة المحملة بأكثر من معنى والتي تنداح معها دائرة التجريم بما يوقع محكمة الموضوع في محاذير واضحة قد تنتهي بها - في مجال تطبيقها للنصوص العقابية - إلى ابتداع جرائم لا يكون المشرع قد قصد حقيقة إلى إنشائها، وإلى مجاوزة الحدود التي اعتبرها الدستور مجالاً حيوياً لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها "[1].

كما قضت بأنه " القيود التى يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها لاتعتبر مقصودة لذاتها ، بل غايتها خير الفرد والجماعة . وينبغى من ثم ، أن يكون لحق الملكية إطار محدد ، تتوازن فيه المصالح ولاتتنافر، ذلك أن الملكية خلافة ، وهى باعتبارها كذلك تضبطها وظيفتها الاجتماعية التي تعكس بالقيود التى تفرضها على الملكية ، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها ، وهى حدود يجب التزامها ، لأن العدوان عليها ، يخرج الملكية عن دائرة الحماية التى كفلها الدستور لها . وحيث إن القيود التى فرضها النص المطعون فيه على أموال المخاطبين بأحكامه ، ليس مدخلها الاتفاق ، بل مصدرها نص القانون . وهى بعد لاتقتصر على حرمانهم من إدارة أموالهم بل تتعداها إلى منعهم من التعامل فيها ، وتمتد منهم إلى أولادهم القصر وزوجاتهم بالشروط التى بينها . وفى كل ذلك تنال هذه القيود من ملكيتهم ، وتقوض أهم خصائصها لتكون - فى مضمونها وأثرها - صورة من صور الحراسة يفرضها المشرع عليها - بعيدا عن صدور حكم قضائى بها - بالمخالفة لنص المادة 34 من الدستور التى تقضى بأن الملكية الخاصة مصونة ، ولايجوز فرض الحراسة عليها إلا بحكم قضائى . ذلك إن ماتوخاه الدستوربنص المادة 34 ، هو أن تكون الملكية لأصحابها يباشرون عليها كل الحقوق المتفرعة عنها ، لتظل أيديهم متصلة بها، لاتغل عنها، ولاتُرَد عن حفظها وإدارتها ، بل يحيط ذووها بها، وبأشكال من التعامل يقدورن ملاءمة الدخول فيها . وإذا جاز استثناء أن تفرض قيود على الأموال موضوعها ، فلايكون ذلك إلا بنص خاص ، وعند الضرورة ، وفى أحوال بذواتها ، من بينها أن يكون فرض هذه القيود فى شأن بعض الأموال ، متصلا بوظيفتها الاجتماعية ، أو لقيام مخاطر فى شأنها تختلف فيما بينها فى درجتها وحدتها . ومن ثم كان تقييمها عملا قضائيا، وكان دفعها كذلك لازما . وعلى الأخص من خلال تعيين محكمة الموضوع لأمين عليها يتولى حفظها وإدارتها صونا وإنماء لها . ويتعين بالتالى أن تتناول الحراسة - ومن خلال الخصومة القضائية وإجراءاتها - أشياء يتهددها خطر عاجل

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 3 لسنة 10 قضائية ، تاريخ الجلسة 1993/1/2م .

توقيا لضياعها أو تلفها أو تبديد ريعها ، لتكون وديعة عند الأمين عليها يبذل فى شأن رعايتها العناية التى يبذلها الشخص المعتاد ، ثم يردها - مع غلتها المقبوضة - إلى ذويها بعد استيفاء الحراسة لأغراضها . بما مؤداه أن الحراسة - بالنظر إلى طبيعتها ومداها - لا تعدو أن تكون إجراء تحفظيا لا تنفيذيا ، وأن الخطر العاجل الذى يقتضيها يعتبر شرطا موضوعيا متطلبا لفرضها ، وأن صفتها الوقتية تحول دون استمرارها بعد زوال مبرراتها ، وأن الحكم بها لا يمس أصل الحقوق المتنازع عليها، ولا يعتبر قضاء بإثباتها أو نفيها، وأن توقيعها يخول الحارس انتزاع الأموال محلها من حائزها وتسليمها مع توابعها - ولو لم ينص الحكم عليها - ليباشر فى شأنها - لامجرد الأعمال التحفظية - بل كل الأعمال التى تلائم طبيعتها وظروفها ، وتقتضيها المحافظة عليها وإدارتها بما فى ذلك رد المخاطر عنها وتوقيها قبل وقوعها . وحيث إن الحراسة - على ضوء مقاصد الدستور ، وبمراعاة ماتقدم - تعتبر تسلطا على الأموال المشمولة بها فى مجال صونها وإدارتها فلا يكفى لفرضها مجرد أمر عن عريضة يصدر فى غيبة الخصوم ، بل يكون توقيعها فصلاً فى خصومة قضائية تقام وفقا لإجراءاتها المعتادة ، وتباشر علانية فى مواجهة الخصوم جميعهم ، وعلى ضوء ضماناتها القانونية التى تتكافأ معها مراكزهم وأسلحتهم ، لتكون خاتمها - إذا توافر الدليل على قيام الخطر العاجل فى شأن أموال بذاتها - تعيين حارس قضائى عليها ، يكون نائبا عن أصحابها ، يباشر سلطته عليها فى الحدود التى يبينها الحكم الصادر بفرضها ، فلا يجاوزها أيا كان نطاقها، وهو مايعنى أن تدخل القاضى لايكون إلا لضرورة ، وبقدرها ، وأن فرض قيود على بعض الأموال عن طريق حراستها، لايكون إلا من خلال الخصومة القضائية فصلاً فى جوانبها ، وإلا كان تحميل المال بها - في غيبتها - عملا مخالفا لنص المادة 34 من الدستور " [1] .

كما قضت بأنه " وحيث إن الدستور قد حرص في العديد من مواده على التأكيد على مبدأ مساواة المرأة بالرجل، فاعتمد بمقتضى نص المادة (4) مبدأ المساواة إلى جانب مبدأي العدل وتكافؤ الفرص، أساسا لبناء المجتمع وصيانة وحدته الوطنية، كما ساوى بينهما طبقا لنص المادة (6) في مجال منح الجنسية المصرية الأصلية للأبناء، فاعتبر الجنسية حقا لمن يولد لأب مصري أو لأم مصرية، وجعل بمقتضى نص المادة (11)، كفالة تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التزاما دستوريا على عاتق الدولة، وحظر بموجب نص المادة (53) التمييز بينهما في مجال حقوقهم وحرياتهم، على أساس الجنس، بما مؤداه: تكامل نصوص الدستور المتقدمة جميعا واتجاهها لتحقيق الأغراض عينها التي رصدها المشرع، لتجمعها جميعا تلك الوحدة العضوية التي تقيم بنيانها نسيجا متضافرا، غايته تحقيق مقاصد الدستور، في إقامة المساواة بين أبناء الوطن الواحد رجالهم ونسائهم، دون تمييز لأي سبب، والذي اعتبر الدستور اقترافه جريمة يعاقب عليها القانون، كما ألزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز،

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 26 لسنة 12 قضائية ، تاريخ الجلسة 1996/10/5م .

وأوجب إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض، وليغدو تحقيق ذلك هدفا أسمى لكل تنظيم يسنه المشرع يتناول هذه المسألة، وضابطا لصحته من زاوية دستورية، إذ من المقرر أن النصوص القانونية التي ينظم بها المشرع موضوعا محددا لا يجوز أن تنفصل عن أهدافها، ذلك أن كل تنظيم تشريعي لا يصدر عن فراغ، ولا يعتبر مقصودا لذاته، بل مرماه إنفاذ أغراض بعينها يتوخاها، وتعكس مشروعيتها إطارا للمصلحة العامة التي أقام المشرع عليها هذا التنظيم باعتباره أداة تحقيقها، وطريقة الوصول إليها [1] .

وحيث إنه نتيجة للدور الهام الذى تقوم به الدساتير في الآونة الحديثة من إرساء دعائم النظم القانونية لدى دول العالم الحديث برزت الفكرة القائلة بأن للدساتير مكان الصدارة داخل النظام القانوني ، وهذه المكانة السامية التي تشغلها الدساتير هي نتيجة طبيعية كونها ـ أي الدساتير ـ تمثل النظام الأساسى الذى تستمد منه قوانين الدولة أصولها ، إذ يتعين أن تأتى القوانين متسقة تماما مع النصوص الدستورية نظما وروحا ، ورغم تسليم الفقه بتلك المكانة للدساتير إلا أن غالبيتهم يرى أنها لا تقتصر فقط على موادها المسطرة ، بحسبان أن تلك النصوص المسطرة تتصف في الأعم الأغلب بالاقتضاب نظرا لصياغتها صياغة توجيهية في كثير من الأحيان ، مما يؤدى إلى حدوث فجوة بين النص المكتوب والواقع الدستورى ، الأمر الذى يولد منعطفاً جديداً تكون فيه الصدارة لفكرة المبادئ الدستورية الضمنية .

ويعرف الفقه الدستوري الكتلة الدستورية على أنها مجموعة من القوانين المكملة للدستور ، بالإضافة إلى المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية ، هذه القواعد والمبادئ منها ما هو محدد في نص الدستور ذاته ، ومنها ما نجد جذوره في مبادئ عامة ذات قيمة دستورية مستقاة إما من إعلانات الحقوق على مختلف مصادرها ، أو من الاتفاقات والمعاهدات الدولية ، مما يجعلنا نواجه كتلة دستورية ذات أبعاد متحركة ، ليس لجهة تفسير مضمون قواعدها فقط ، بل لجهة تحديد إطارها أيضا ، الأمر الذي يفرض معه خصوصية النظرة إلى هذه الكتلة، ما بين دولة وأخرى[2] .

ففي النظام الدستورى المغربي نجد أن المجلس الدستوري هناك لا يجد بداً من ارتكازه على كل مكونات المجموعة الدستورية ، بمعنى أنه لا يقتصر فى رقابته للدستورية على نصوص الدستور الصريحة بالدرجة الأولى ، ولكنه يتكئ أيضا على القوانين الأساسية بشكل صريح ويجعلها من بين الركائز الرئيسية لموضوع الرقابة الدستورية ، بحيث يستوجب اتفاق التشريعات العادية مع ما تضمنته القوانين الأساسية المكملة للدستور من نصوص وأحكام . وهو ما ذهبت إليه الغرفة الدستورية في قرارها رقم 14 الصادر بتاريخ 3 مايو 1979، حين اعتبرت أن القانون التنظيمي للمالية منبثق عن الدستور ويعد مكملاً له ، وهو الأمر الذي سار عليه المجلس الدستوري المغربى أيضا من خلال قراره رقم 786 الصادر بتاريخ 2 مارس 2010م ، يضاف إلى ذلك اعتداد المجلس الدستوري بالمبادئ الدستورية الضمنية التى خلع عليها

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 131 لسنة 39 قضائية ، تاريخ الجلسة 2019/4/6م .

(2) مقال الدكتور عبدالحق بالفقيه منشور على شبكة الإنترنت www.ouazzaneyes.com

المجلس قيمة دستورية تعادل قيمة النصوص الصريحة دون أن يرد النص عليها صراحةً فى الدستور المغربى ، ومن ثم اعتد بها فى رقابته لدستورية القوانين .

بمعنى آخر، إذا كان الدستور والقوانين التنظيمية فى النظام الدستورى المغربى يعدان من أهم العناصر المؤسسة للمجموعة الدستورية ، إلا أن إمعان النظر فى قرارات المجلس الدستوري يكشف عن أنه يرتكز من ناحية أخرى على القرارات التي اتخذها سابقا والتى استدعى فيها مبادئ أخرى اعترف لها بالقيمة الدستورية . فإقرار أي تشريع جديد من قبل المجلس الدستوري يفترض أولا مطابقته للدستور، ومطابقته كذلك للقوانين التنظيمية التي تعتبر مكملة للدستور، كما يستلزم أيضا اتفاقه مع الاجتهادات السابقة للمجلس الدستوري في مضمار الرقابة الدستورية .

ونخلص بالقول أن عقبات تفحص وفهم المقاصد والأبعاد الدستورية الكبرى تفرض في البداية مواجهة المصدر المرجعي الواجب الاحتكام إليه من ضمن هذه الكتلة الدستورية [1] .

ونتيجة لذلك فإن المجموعة الدستورية المغربية باتت تتسع لتضم بين عضديها النصوص الدستورية الصريحة ، والقوانين الأساسية المكملة للدستور ، والاجتهادات التى أرساها المجلس الدستورى المغربى وهو ما أسميناه المبادئ الدستورية الضمنية .

وقد ترتب على ذلك اعتراف المجلس الدستورى المغربى بمجموعة من المبادئ وإسباغ القيمة الدستورية عليها وإن لم يجر النص عليها صراحةً تحت مسمى المبادئ ذات القيمة الدستورية (المبادئ الدستورية الضمنية) ، وجعلها مساوية تماماً للمبادئ الدستورية الصريحة .

وفى فرنسا لم يقف المجلس الدستورى حال رقابته لدستورية القوانين عند حدود النصوص الواردة فى المرجعيات الدستورية المكتوبة والمنصوص عليها فى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789م ، ومقدمة دستور 1946م ، ونصوص دستور 1958م ، ومقدمته ، وميثاق البيئة الصادر سنة 2004م بل تجاوز المجلس الدستورى الفرنسي هذه النصوص المكتوبة ليعترف لبعض المبادئ بالقيمة الدستورية وإن جرى الفقه الفرنسى على تسميتها بالمبادئ ذات القيمة الدستورية .

ففى قرار المجلس الدستورى الفرنسى الصادر بجلسة 27 ديسمبر سنة 1973م اعتبر هذا المجلس لأول مرّة مبدأ المساواة قاعدة ذات قيمة دستورية .

ومن ذلك أيضا إسباغ المجلس الدستورى للصفة الدستورية على الحق فى الكرامة الإنسانية ، فهذا الحق نصت عليه مقدمة دستور عام 1946 ، ولم يجر إدراجه ضمن نصوص دستور عام 1958م كل هذا لم يمنع المجلس الدستوري من إسباغ الصفة الدستورية على الحق فى الكرامة الإنسانية ، وإعلائه إلى مصاف المبادئ ذات القيمة الدستورية ، ففي أحد قرارات المجلس ذهب إلى أن الكرامة الإنسانية تعتبر من ضمن الحقوق الشخصية التي لا يجوز التنازل عنها [2] .

---

(1) ذات المرجع السابق مقال الدكتور عبدالحق بالفقيه .

(2) Décision du Conseil Constitutionnel, n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 sue la Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et

فالمجلس الدستورى ومن خلال رقابته للدستورية ، قرر عدم دستورية كل نص يقوض من مبدأ الكرامة الإنسانية ، وأن لجسد الإنسان حرمة فى عدم المساس به ، ويقرر جانب من الفقه أن لتفسير النصوص الدستورية من قبل المجلس الدستورى الأثر فى تطوير المجتمع [1] .

وهكذا يتلاحظ أن المجلس الدستوري لم يقتصر فى رقابته للدستورية على تلك النصوص الواردة فى المجموعة الدستورية ، وإنما استخدم سلطته فى التفسير ، وأسبغ الصفة الدستورية على مبادئ أخرى غير منصوص عليها صراحة فى الدستور .

وفى الولايات المتحدة الأمريكية استطاعت المحكمة الفيدرالية العليا فى غير تفسير لها لأحكام الدستور الأمريكى أن تستنهض الكثير من المبادئ الدستورية الجديدة التى لم يجر النص عليها صراحةً على نحو جعل الفقه الدستورى الأمريكى يعتبر ذلك بمثابة تعديل غير رسمى لأحكام الدستور .

كما استخلصت المحكمة الدستورية فى النمسا ما يسمى بالمبادئ الدستورية العامة وخاصةً مبدأ المساواة ، واستخلصت من بعض القواعد الدستورية حقوقاً لم ترد فيها صراحةً مثل حق استرداد الملكية فى حالة فشل نزعها ، وتوسعت المحكمة الدستورية النمساوية فى استخلاص مرجعيتها الدستورية ، فاستحدثت ما يسمى باقتصاديات الوسائل وحسن الإدارة والملاءمة لتحقيق الأهداف لكى تصل إلى الحكم بعدم دستورية قانون ضريبى نص على عدد كبير من الإعفاءات الضريبية يقتضى تطبيقها أن تنفق الإدارة مبالغ باهظة على الإيرادات والمصروفات فى هذا المجال مما يتناقض مع فاعلية الإدارة ، ولا يحقق بذلك ما أسمته بقواعد اقتصاديات الوسائل وحسن إدارة وملاءمة الأهداف ، ولا يتفق مع المقتضيات الدستورية للفاعلية المثلى[2] .

---

produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal [archive], 27 juillet 1994 « la dignité est considérée comme partie intégrante des droits de la personnalité, qui sont inaliénables «

(3) Décision du Conseil Constitutionnel n° . 2004-498 du 29 juillet 2004 " Loi relative à la bioéthique.

(2) أحمد فتحى سرور مرجع سابق ص 171.

المطلب الثانى
تأكيد الحقوق والحريات

إن من أهم فوائد ارتكان القاضى للمبادئ الدستورية الضمنية ـ حال تصديه للفصل فى دستورية ما يعرض له من تشريعات ـ العمل على تأكيد الحقوق والحريات .

وقد استطاع المجلس الدستورى في فرنسا أن يوظف المبادئ ذات القيمة الدستورية التي يستخلصها من نصوص المجموعة الدستورية الصريحة [1] فى التأكيد على الحقوق والحريات وصونها ، والتقرير بعدم دستورية كل نص يقوضها .

وهو ما حدا بجانب من الفقه الفرنسي إلى التأكيد على أن الدور الذى يمارسه المجلس الدستورى في الكشف عن المبادئ ذات القيمة الدستورية يساعد إلى حد بعيد في حماية الحقوق والحريات الفردية [2] .

والدستور على هذا النحو غدا عملا نابضا بالحياة ، وعلى القضاء الدستورى أن يستلهم من نصوصه ما يعزز حقوق الإنسان وحرياته ، إذ القول بغير ذلك يجعل الدستور عملا مغلقا على نفسه لا يتأثر بالمتغيرات الحادثة في الواقع العملى . بل على القاضي الدستورى أن يفسر النصوص الدستورية بما يلائم به بين النصوص المكتوبة والواقع المعاصر بمتغيراته السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، يدفعه إلى ذلك دفعا صعوبة تعديل الدستور حيال كل متغير ، فيعوض القاضي هذا النقص بتفسير النصوص الدستورية تفسيرا يتلاءم مع آفاق الحاضر [3] .

واستطاع المجلس الدستوري من خلال رقابته للدستورية إسباغ الصفة الدستورية على العديد من الحقوق والحريات ، ومن ذلك المبدأ المتعلق بالحق في الإضراب في الإذاعة والتليفزيون[4] وكذلك المبدأ الخاص باستمرارية القطاع العام Poursuite du secteur public ، والمبدأ الخاص بتمركز الإعلام المرئى والمسموع [5].

وفى مصر أخذت المحكمة الدستورية العليا على عاتقها أمانة صون الحقوق والحريات وتأكيدها وتدعيمها ، ومن ذلك قضاؤها بأنه " وحيث إن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها - منذ دستور سنة 1923 - على تقرير الحريات والحقوق العامة فى صلبها قصدًا من المشرع الدستورى أن يكون النص عليها فى الدستور قيدًا على المشرع العادى فيما يسنه من قواعد وأحكام وفى حدود ما أراده الدستور لكل منها، فإذا خرج المشرع فيما يقرره من تشريعات على هذا الضمان الدستورى، وعن الإطار الذى عينه الدستور له، بأن قيد حرية أو حقًّا أو أهدر أو انتقص من أيهما تحت

---

(1) Dmitri Georges lavroff, le Droit constitutionnel de la Ve République, 3e éd., Dalloz,1999, p.244 et s . , Jean Rivero , le conseil constitutionnel et les libertés, 2e éd., Economica, 1987.

(2) Dmitri Georges lavroff, le Droit constitutionnel de la Ve République, 3e éd., Dalloz,1999, p.254 ets .

(3) Olivier Duhamel , et Yves Mény , Dictionnaire constitutionnel, 1er éd., p.u.f., 1992,p.210.

(4) Décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1979.

(5) Décision du Conseil constitutionnel du 18 septembre 1986.

ستار التنظيم الجائز دستوريًّا، وبالمخالفة للضوابط الحاكمة له، وقع عمله التشريعى فى حومة مخالفة أحكام الدستور " [1].

كما قضت بأنه " وحيث إن الدستور نص في المادة (94) منه على خضوع الدولة للقانون وأن استقلال القضاء، وحصانته، وحيدته، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات، كما أكد على هذه المبادئ في المادتين (184) و(186)، فقد دل على أن الدولة القانونية هي التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها - وأيا كانت طبيعة سلطاتها - بقواعد قانونية تعلو عليها وتكون بذاتها ضابطا لأعمالها وتصرفاتها في أشكالها المختلفة، ذلك أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازا شخصيا لأحد، ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها؛ ولأن الدولة القانونية هي التي يتوافر لكل مواطن في كنفها الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحرياته، ولتنظيم السلطة وممارستها في إطار من المشروعية، وهي ضمانة يدعمها القضاء من خلال استقلاله وحصانته لتصبح القاعدة القانونية محورا لكل تنظيم، وحدا لكل سلطة، ورادعا ضد كل عدوان"[2].

كما قضت بأنه " وحيث إن ما نصت عليه المواد (4، 53، 97، 98) من الدستور القائم الصادر سنة 2014 - وتردد حكمها فى الدساتير المصرية السابقة - من أن المواطنين لدى القانون سواء، وهم متساوون فى الحقوق والحريات العامة، وأن حق التقاضى من الحقوق العامة المكفولة للكافة، وأن حق الدفاع مكفول، مؤداه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الناس كافة لا يتمايزون فيما بينهم فى مجال حقهم فى اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى، ولا فى نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التى تحكم الخصومة عينها، ولا فى فعالية ضمانة الدفاع للحقوق التى يطلبونها، ولا فى اقتضائها، وفق مقاييس واحدة عند توافر شروط طلبها، ولا فى طرق الطعن التى تنظمها، بل يجب أن يكون للحقوق ذاتها قواعد موحدة، سواء فى مجال التداعى بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استئدائها، أو الطعن فى الأحكام الصادرة فصلاً فيها، ولا يجوز بالتالى أن يعطل المشرع إعمال هذه القواعد فى شأن فئة بذاتها من المواطنين، ولا أن يقلص دور الخصومة القضائية التى يعتبر ضمان الحق فيها والنفاذ إليها طريقًا وحيدًا لمباشرة حق التقاضى، ولا أن يجرد هذه الخصومة من الترضية القضائية التى يعتبر إهدارها أو تهوينها إخلالاً بالحماية التى يكفلها الدستور القائم للحقوق جميعها، وأكد عليها بما نص عليه فى المادة (92) منه، بأن " الحقـــــــــــوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً ولا انتقاصًا. ولا يجوز لأى قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيدها بما يمس أصلها وجوهرها "" [3].

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 160 لسنة 37 قضائية ، تاريخ الجلسة 2018/6/2م .

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 102 لسنة 36 قضائية ، تاريخ الجلسة 2018/10/13م .

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 116 لسنة 22 قضائية ، تاريخ الجلسة 2017/5/6م .

كما قضت بأنه " وحيث إن منازعة التنفيذ - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - قوامها أن التنفيذ لم يتم وفقا لطبيعته، وعلى ضوء الأصل فيه، بل اعترضته عوائق تحول قانونا - بمضمونها أو أبعادها- دون اكتمال مداه، وتعطل تبعا لذلك، أو تقيد اتصال حلقاته وتضاممها، بما يعرقل جريان آثاره كاملة دون نقصان. ومن ثم، تكون عوائق التنفيذ القانونية هي ذاتها موضوع منازعة التنفيذ أو محلها، تلك المنازعة التي تتوخى في ختام مطافها إنهاء الآثار المصاحبة لتلك العوائق، أو الناشئة عنها، أو المترتبة عليها، ولا يكون ذلك إلا بإسقاط مسبباتها وإعدام وجودها، لضمان العودة بالتنفيذ إلى حالته السابقة على نشوئها. وكلما كان التنفيذ متعلقا بحكم صدر عن المحكمة الدستورية العليا، بعدم دستورية نص تشريعي، فإن حقيقة مضمونه، ونطاق القواعد القانونية التي يضمها، والآثار المتولدة عنها في سياقها، وعلى ضوء الصلة الحتمية التي تقوم بينها، هي التي تحدد جميعها شكل التنفيذ وصورته الإجمالية، وما يكون لازما لضمان فعاليته. بيد أن تدخل المحكمة الدستورية العليا - وفقا لنص المادة (50) من قانونها الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979 - لهدم عوائق التنفيذ التي تعترض أحكامها، وتنال من جريان آثارها كاملة، في مواجهة الأشخاص الاعتباريين والطبيعيين جميعهم، دون تمييز، بلوغا للغاية المبتغاة منها في تأمين حقوق الأفراد وصون حرياتهم، يفترض ثلاثة أمور، أولها: أن تكون هذه العوائق- سواء بطبيعتها أو بالنظر إلى نتائجها- قد حالت فعلا أو من شأنها أن تحول دون تنفيذ أحكامها تنفيذا صحيحا مكتملا، أو مقيدة لنطاقها. ثانيها: أن يكون إسناد هذه العوائق إلى تلك الأحكام، وربطها منطقيا بها ممكنا، فإذا لم تكن لها بها من صلة، فإن خصومة التنفيذ لا تقوم بتلك العوائق، بل تعتبر غريبة عنها، منافية لحقيقتها وموضوعها. ثالثها: أن منازعة التنفيذ لا تعد طريقا للطعن في الأحكام القضائية، وهو ما لا تمتد إليه ولاية هذه المحكمة "[1].

كما استقر قضاؤها على أنه " وحيث إن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون المنصوص عليه بالمادة (40) من دستور سنة 1971 – وهو ذات النص الوارد بالمادة (21) من الإعلان الدستورى الصادر فى 30 مارس سنة 2011 – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، بحسبانه ركيزة أساسية للحقوق والحريات على اختلافها وأساسًا للعدل والسلام الاجتماعى ، غايته صون تلك الحقوق والحريات فى مواجهة صور التمييز التى تنال منها أو تقيد ممارستها ، باعتباره وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة التى لا تمييز فيها بين المراكز القانونية المتماثلة ، وبمراعاة أن الحماية المتكافئة أمام القانون التى أعتد الدستور بها ، لا تتناول القانون من مفهوم مجرد ، وإنما بالنظر إلى أن القانون يتغيا بالنصوص التى يتضمنها تحقيق أغراض بذاتها من خلال الوسائل التى حددها ، وكلما كان القانون مغايرًا بين أوضاع أو مراكز قانونية أو أشخاص لا تتحد واقعًا فيها بينها ، وكان تقديره فى ذلك قائمًا على أسس موضوعية ، مستهدفًا غايات لا نزاع فى مشروعيتها ، وكافًلا وحدة القاعدة القانونية فى شأن أشخاص تتماثل ظروفهم

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 21 لسنة 41 قضائية ، تاريخ الجلسة 2019/10/5م ، وكذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 44 لسنة 41 قضائية ، تاريخ الجلسة 2020/8/8م .

بما لا يجاوز متطلبات تلك الغايات ، كان واقعًا فى إطار السلطة التقديرية التى يملكها المشرع " [1] .

كما قضت بأنه " وحيث إنه عما ينعاه المدعي عن مخالفة النص المطعون فيه لمبدأ المساواة المقرر بالمادة (53) من الدستور، فلما كان هذا المبدأ - في جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، بل يمتد مجال إعمالها كذلك إلى تلك التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية، وعلى ضوء ما يرتأيه محققا للصالح العام؛ وبمراعاة أن الحماية المتكافئة أمام القانون التي اعتد الدستور بها لا تتناول القانون من مفهوم مجرد، وإنما بالنظر إلى أن القانون تعبير عن سياسة محددة أنشأتها أوضاع لها مشكلاتها، وأنه تغيا بالنصوص التي تضمنها تحقيق أغراض بذاتها من خلال الوسائل التي حددها، وكلما كان القانون مغايرا بين أوضاع أو مراكز أو أشخاص لا تتحد واقعا فيما بينها، وكان تقديره في ذلك قائما على أسس موضوعية، مستهدفا غايات لا نزاع في مشروعيتها، وكافلاً وحدة القاعدة القانونية في شأن أشخاص تتماثل ظروفهم بما لا يجاوز متطلبات تلك الغايات، كان واقعا في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع ولو تضمن تمييزا، ولا ينال من المشروعية الدستورية أن تكون المساواة التي توخاها وسعى إليها بعيدةً حسابيا عن الكمال"[2].

كما قضت بأنه " حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن استقلال السلطة القضائية، وإن كان لازمًا لضمان الخضوع للقانون ، ولحصول من يلوذون بها على الترضية القضائية التى يطلبونها عند وقوع عدوان على حقوقهم أو حرياتهم ، إلا أن حيدتها عنصر فاعل فى صون رسالتها لا يقل شأنًا عن استقلالها ، بما يؤكد تكاملهما . وحيث إن الدستور قد كفل استقلال السلطة القضائية واستقلال القضاة ، فى المادتين (165 و166) توقيًا لأى تأثير محتمل قد يميل بالقاضى انحرافًا عن ميزان الحق ، إلا أن الدستور نص كذلك على أنه لا سلطان على القضاة فى قضائهم لغير القانون ، وهذا المبدأ الأخير لا يحمى فقط استقلال القاضى ، بل يحول كذلك دون أن يكون العمل القضائى وليد نزعة شخصية غير متجردة ، ومن ثم تكون حيدة القاضى شرطًا لازمًا دستوريًا لضمان ألا يخضع فى عمله لغير سلطان القانون. وحيث إن الحق فى رد قاض بعينه عن نظر نزاع محدد ، وثيق الصلة بحق التقاضى المنصوص عليه فى المادة (68) من الدستور ، ذلك أن مرد النفاذ إلى القضاء لا يعتبر كافيًا لصون الحقوق التى تستمد وجودها من النصوص القانونية ، بل يتعين دومًا أن يقترن هذا النفاذ ، بإزالة العوائق التى تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة من العدوان عليها ، كى توفر الدولة للخصومة فى نهاية مطافها حلاً منصفًا يقوم على حيدة المحكمة واستقلالها ، ويعكس بمضمونه التسوية التى يعمد الخصم إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التى يطلبها "[3] .

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 273 لسنة 25 قضائية ، تاريخ الجلسة 2012/5/6م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 180 لسنة 24 قضائية ، تاريخ الجلسة 2014/7/6م .
(3) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 272 لسنة 24 قضائية ، تاريخ الجلسة 2010/7/4م .

فالحقوق والحريات ليست رقماً ثابتاً أو مادةً جامدةً ، بل هى متجددة ومتطورة وشديدة التأثر بعامل الزمان والمكان والبيئة الاجتماعية والسياسية . وأمام هذا التطور الذى تدور فى رحاه الحقوق والحريات تقف النصوص الدستورية الصريحة عاجزةً عن تأمين الحماية الكافية للحقوق والحريات التى لم يجر النص عليها صراحةً بين دفتى الدستور ، الأمر الذى يدفع القاضى الدستورى لإيجاد صياغة مناسبة يؤمن بها لهذه الحقوق والحريات الحماية الكافية ، ويوطد أمامها السبيل لوجود شرعىّ يضمن لها البقاء والصمود عن طريق استخلاصها من روح الدستور وفلسفته العامة ، ولعله يجد فى فكرة المبادئ الدستورية الضمنية ضالته ، ويبلغ بها غايته .

وبمراجعة النظام الدستورى المصرى يتضح وبجلاء أن المحكمة الدستورية العليا وعلى مدار اضطلاعها بمهمتها فى رقابة دستورية القوانين أماطت اللثام عن العديد من المبادئ الدستورية وبصفة خاصة تلك التي تتصل بالحقوق والحريات والتي لم ينص المشرع الدستورى عليها بصورة صريحة ، ومن ذلك الحق في الزواج وحرية التعاقد .

ومنهج القاضي الدستورى فى شأن استنباط المبادئ الدستورية الضمنية ساعد المشرع الدستورى كثيراً وبخاصة حال تدخل السلطة التأسيسية الأصلية أو المشتقة لسن دستور جديد أو لتعديل دستور قائم ، حيث عنيت السلطتين بترجمة المبادئ الدستورية الضمنية التى جرى التقرير بها من قبل القاضي الدستورى إلى مبادئ صريحة وواضحة ، سيما بعد أن أثبتت فاعليتها فى النظام الدستورى.

فكم من الحقوق والحريات التي لم يتم النص عليها صراحة في وثيقة الدستور ورغم ذلك اعتدّ بها القاضى الدستورى وأسبغ عليها الصفة الدستورية فيما أسميناه بالمبادئ الدستورية الضمنية ، وذلك من خلال تمعن النصوص الدستورية الصريحة وتقصى مراميها وتفحص مضامينها مع الأخذ فى الاعتبار تكاملها وتجانسها وانصهارها فى بوتقةٍ واحدة يكمل بعضها بعضاً .

المطلب الثالث
سد ثغرات النصوص الدستورية المكتوبة

من عظيم الثمار التى يمكن جَنيُها حال التعويل على المبادئ الدستورية الضمنية كمصدر دستوري ذلك الدور الفاعل فى سد ثغرات النصوص الدستورية المكتوبة ، الأمر الذى يحل كثيراً من التعقيدات التى تشوب الواقع الدستورى وما يقع فيه من إحداثيات ويعتريه من مستجدات .

ونظرا لما يؤديه هذا المصدر الدستورى من دور رائد في ملء الفراغ الدستورى الذى يصعب مجاراته بالتعديل اللازم ، فقد أكد الفقه الفرنسي على ضرورة تعزيز دور المجلس الدستورى في مضمار استنباط المبادئ ذات القيمة الدستورية [1] .

واستنباط القاضي لتلك المبادئ يجرى من خلال إعمال رقابته لدستورية التشريعات ، فمن خلال إعمال هذه الرقابة يتجلى للقاضى مجموعة من المبادئ الجديرة بالحماية التى ترتفع بها إلى مصاف الدستورية [2] .

وفى معرض الرد على ما قد يدور فى خلد البعض من أنه يمكن للنظام الدستورى أن يجبر النقص الذى اعترى النصوص المكتوبة باستدعاء العرف الدستورى ، نقول إنه لا يخفى على ذى لب ما للعرف من أهمية عظمى فى المضمار الدستورى ، فكثير من القواعد ترد فى أصلها إلى العرف هو مبتدأها ومنشأها ، فالسيل العرم من المبادئ الدستورية المكتوبة كان فى الأصل قاعدة عرفية حتى إذا أخذت هذه القاعدة زخرفها وازينت وظن أهلها أنهم لا فكاك لهم عنها تَدَلَّت من دوحة الخيرة وتوشحت بالإلزام وعانقت الوثيقة الدستورية لتجد سبيلها إلى التسطير .

وهذه المكانة التي يتبؤها العرف هي التي حدت بالمشرع الدستورى أن يسكت عن تنظيم بعض المسائل من خلال الوثيقة الدستورية استنادا إلى أن العرف لم يجر على ذلك ، ويمكننا أن نستلهم هذا المسلك من المشرع الدستورى في مصر في ضوء حكم المحكمة الدستورية العليا حين قضت بأنه " ويبين مما سلف أن الدستور لم يتناول بالحصر والتحديد كل ما يعتبر هيئة قضائية وإنما خول القانون هذا التحديد ، يؤيد ذلك ما ورد بمحاضر اجتماع اللجنة التحضيرية للدستور (لجنة نظام الحكم الاجتماع الثالث عشر بتاريخ 1971/6/27 والاجتماع الرابع عشر فى 1971/6/28) بشأن الضمانات الدستورية للقضاه وتحديد المقصود بالهيئات القضائية ، إذ ظهر اتجاه إلى تحديدها فى الدستور بمسمياتها : القضاء العادى والنيابة العامة ومجلس الدولة وإدارة قضايا الحكومة ، والنيابة الإدارية ، بيد أنه عدل عن هذا الاتجاه تقديراً بأن العرف لم يجر به ، بحسبانه من الأمور المتروكة للتشريع العادى كما يبين أن الدستور قنن قيام المجلس الأعلى للهيئات القضائية دستورياً والذى كان قائماً قبل صدور الدستور وذلك بموجب قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 82 لسنة 1969 ومن بين أعضائه رئيس المحكمة

---

(1) Olivier Duhamel , et Yves Mény , Dictionnaire constitutionnel, 1er éd., p.u.f., 1992,p.210.

(2) يراجع في هذا الشأن على وجه الخصوص :

Roland Debbasch, droit constitutionnel, , 3e éd., Juris – classeur, 2002, p.41 et s, et b. 196 et s.

الدستورية العليا ،رئيس محكمة النقض ، رئيس مجلس الدولة ، رئيس هيئة قضايا الدولة ورئيس هيئة النيابة الإدارية" [1] .

بيد أن العرف ومع كل هذه الأهمية لا يمكن أن يكون مسعفاً للواقع الدستورى الذى ينتابه سرعة التغيير والتبديل التى لا طاقة للعرف على مجاراتها ، سيما إذا علمنا أن للعرف أركاناً لابد من قيامها حتى تؤتى القاعدة العرفية أُكُلَها ، ويكتمل بنيانها ، وهذه الأركان يعوذها لقيامها حفنة من الشرائط وسريانها حيناً من الدهر .

فمما لا شك فيه أن الوقائع غير متناهية ــ وبخاصة فيما يتعلق منها بالجانب الدستورى ــ والنصوص الدستورية متناهية ، واللامتناهى لا يمكن معالجته بالمتناهى ، لذا لزم القول بضرورة توافر مصدر آخر بخلاف النصوص المكتوبة يعمل على حل طلاسم هذا السيل العرم من الوقائع التى لا تتناهى.

لهذا كله تلعب المبادئ الدستورية الضمنية التى يستلهمها القاضى ــ على نحو ما قدمنا ــ من الفلسفة العامة للدستور دوراً رائداً لا يمكن إغفاله حيث تعيين القاضى على حل المنازعات التى تعرض له وتعمل على إنقاذه من أن ينفذ إلى حومة إنكار العدالة .

فإن قالة عجز النظام الدستورى عن مجاراة الواقع تغدو مرتكنةً لا إلى أساس إن همّ إلى استدعاء المبادئ الدستورية الضمنية وسعى سعياً حسيساً على إدخالها حيز المجموعة الدستورية [2] لتنصهر فى بوتقتها وتشكل معها وبها سداً منيعاً وسنداً قوياً وقادراً على معالجة الوقائع بما لديه من بحر المبادئ الزاخر صريحةً كانت أو ضمنية .

ومهما يكن من أمر الدساتير المجملة أو المفصلة فهذه الأخيرة مهما فُصِّلت أحكامها وبَرَزَت دقائقها تبقى النصوص الدستورية المكتوبة مكبلة وعاجزة عن مجاراة الواقع الدستورى الشديد الحساسية حتى وإن بدا لواضعيها أنه قد غدا كل صغير وكبير مستطر ، لهذا كله كان البحث ضرورياً عن مصدر آخر يولى إليه القاضى الدستورى وجهه من أجل تأمين حياة دستورية أفضل للمخاطبين بأحكام الدستور .

ولقد بات مسلما لدى القضاء الدستورى أن الدستور وثيقة تقدمية نابضة بالحياة؛ فلا تصد عن التطور آفاقه الرحبة ، حيث ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى القضاء بأنه " استمساكا بما استقر عليه قضاء هذه المحكمة من أن عينية الدعوى الدستورية لا تعني اعتبار هذا الشرط منفكا عنها؛ بل هو مناط قبولها، فلا يكفي أن يتوافر عند رفعها، بل يتعين أن يظل قائما إلى حين الفصل فيها، توكيدا لمبدأ حاصله، أن المصلحة الشخصية المباشرة هي شرط ابتداء، واستمرار لقبول الدعوى الدستورية. واستظهارا لهذا الشرط في إطاره ذاك؛ وبمراعاة أن الدعوى رقم 48 لسنة 17 قضائية "دستورية"

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 26 قضائية ، تاريخ الجلسة 2004/3/7م ، وكذلك حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 3 لسنة 26 قضائية ، تاريخ الجلسة 2004/3/7م .

(2) تطلق المجموعة الدستورية ويراد بها مجموعة المصادر التي تشكل مرجعية القاضي الدستورى فيما يفصل فيه من أنزعة ، يراجع في اتساع حجم المجموعة الدستورية على وجه الخصوص عيد أحمد الغفلول فكرة النظام العام الدستورى وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية دار النهضة العربية ص 32 وما بعدها ، عوض المر الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية مركز رينية جان دبوى للقانون والتنمية 2003م ص 441 وما بعدها ، عادل عمر شريف قضاء الدستورية رقابة الدستوية في مصر دار الشعب طبعة 1988م ص 176 وما بعدها ، هنرى روسيون المجلس الدستورى ترجمة محمد وطفة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع الطبعة الأولى 2001م ص 57 وما بعدها .

- الصادر فيها الحكم المطلوب الاستمرار في تنفيذه - قد صادفها، أثناء نظرها، صدور القانون رقم 4 لسنة 1996 بشأن سريان أحكام القانون المدني على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها، والأماكن التي انتهت عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها، فقد أقامت المحكمة منطوق قضائها بعدم قبول الدعوى على دعامات رئيسية؛ لا قوام لهذا المنطوق دونها، وتكون معه كلا واحدا لا يقبل التجزئة؛ مدادها الدستور؛ نصا وروحا؛ لحمتها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وسداها "صون الحرية الشخصية؛ وبنيتها تقدير "الضرورة الاجتماعية" التي أملتها سياسة تشريعية، يتعين على المحكمة استنباط مقاصدها؛ ورصد غاياتها، متلائمة معها، ملتزمة بها؛ غير قاصرة على مفاهيم حرفية عفا عليها الزمن، بمنهجية تأخذ في اعتبارها دوما، أن الدستور وثيقة تقدمية نابضة بالحياة؛ فلا تصد عن التطور آفاقه الرحبة "[1] .

وحيث إن الأصل في النصوص الدستورية أنها تؤخذ باعتبارها متكاملة، وأن المعاني التي تتولد عنها يتعين أن تكون مترابطة فيما بينها بما يرد عنها التنافر أو التعارض. هذا بالإضافة إلى أن هذه النصوص إنما تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجا متآلفا متماسكا بما مؤداه : أن يكون لكل نص منها مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص استقلالا لا يعزلها عن بعضها البعض، وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ولا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها، ولا أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ، أو باعتبارها قيما مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي، وإنما يتعين دوما أن تحمل مقاصدها بمراعاة أن الدستور وثيقة تقدمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية وإنما تمثل القواعد التي يقوم عليها والتي صاغتها الإرادة الشعبية، انطلاقة إلى تغيير لا يصد عن التطور آفاقه الرحبة[2] .

كما استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنه " وحيث إنه ولئن كان ما تقدم، إلا أن الدستور فوق هذا يولي الاعتبار الأول لمصالح الجماعة، بما يصون مقوماتها، ويكفل إنماء قيمها الاجتماعية، والخلقية والدينية، بالغا، من خلال ضمانها، ما يكون، في تقديره، محققا للتكافل بين أفرادها، نابذا انغلاقها، وإهدارها، في الوقت ذاته، كافلا الرعاية للحقائق العلمية، عاملا على الارتقاء بالفنون، على تباين ألوانها، مقيما حرية الإبداع على دعائمها، وكان الدستور بالحقوق التي يقررها، والقيود التي يفرضها - وأيا كان مداها أو نطاقها - لا يعمل في فراغ، ولا ينتظم مجرد قواعد آمرة، لا تبديل فيها إلا من خلال تعديلها، وفقا للأوضاع التي ينص عليها، إذ هو وثيقة تقدمية، نابضة بالحياة، تعمل من أجل تطوير مظاهرها، في بيئة بذاتها، لها مقوماتها الاجتماعية،

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 22 لسنة 40 قضائية ، تاريخ الجلسة 2019/1/5م .

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 166 لسنة 37 قضائية ، تاريخ الجلسة 2019/2/2م .

والخلقية، والدينية النابعة من ذاتيتها، متخذة من الخضوع للقانون إطارا لها، ملتزمة إرادة الجماهير "[1] .

ويمكننا أن نستلهم منهج المحكمة الدستورية العليا في استنباط المقاصد ورصد الغايات ، الأمر الذى أعانها على الكشف عن العديد من المبادئ ذات القيمة الدستورية ، مما يعزز جانب الحرية الشخصية ، ويصون الضرورات الاجتماعية ، من خلال عدم الوقوف على المعنى الحرفى للنصوص ، ومن ذلك قضاؤها بأنه " قد أقامت المحكمة منطوق قضائها "بعدم قبول الدعوى" على خمس دعامات رئيسية؛ لاقوام لهذا المنطوق دونها وتكون معه كلاً واحدا لا يقبل التجزئة؛ مدادها الدستور؛ نصا وروحا؛ لحمتها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات،وسداها "صون الحرية الشخصية"؛ وبنيتها تقدير "الضرورة الاجتماعية" التى أملتها "سياسة تشريعية" يتعين على المحكمة استنباط مقاصدها؛ ورصد غاياتها،متلائمة معها،ملتزمة بها؛ غير قاصرة على مفاهيم حرفية عفا عليها الزمن،بمنهجية تأخذ فى اعتبارها دوما أن الدستور وثيقة تقدمية نابضة بالحياة؛ فلا تصد عن التطور آفاقه الرحبة . وحاصل تلك الدعامات : أولا: أن ثمة قاعدتين تجريان معا وتتكاملان: أولاهما: أن مجال سريان القانون الجنائى ينحصر أصلا في الأفعال اللاحقة لنفاذه . وثانيتهما : سريان القانون اللاحق على وقائع كان يؤثمها قانون سابق كلما كان القانون الجديد أكثر يسراً. وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه أن الثانية فرع من الأولى ونتيجة حتمية لها. وكلتاهما معا تعتبران امتداداً لازما لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، ولهما معا القيمة الدستورية ذاتها . ثانيا : أن صون الحرية الشخصية التى كفلها الدستور بنص المادة 41 منه هى التى تقيم قاعدة "القانون الأصلح للمتهم" وترسيها؛ ومن ثم يحل القانون الجديد. وقد صار أكثر رفقا بالمتهم وأعون على صون الحرية الشخصية التى اعتبرها الدستور حقا طبيعيا لايمس- محل القانون القديم؛ فلا يتداخلان، بل ينحى ألحقهما أسبقهما؛ إعلاءً للقيم التى انحاز إليها القانون الجديد؛ بعد أن صار أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحرياتهم. ثالثا : أن القوانين الجزائية التى تُقارن ببعضها تحديدا لأصلحها للمتهم؛ تفترض اتفاقها جميعا مع الدستور. وتزاحمها على محل واحد؛ وتفاوتها فيما بينها فى عقوباتها يقتضى ألا تُغَلِب المحكمة من صور الجزاء التى تتعامد على المحل الواحد؛ إلا تلك التى تكون فى محتواها أو شرائطها أو مبلغها أقل بأسا من غيرها؛ وأهون أثراً. رابعا : أن الضرورة الاجتماعية التى انطلق منها الجزاء المقرر بالقانون القديم وتولد عنها،قد اسقطتها فلسفة جديدة- تبناها المجتمع فى طور أكثر تقدما- قوامها حرية التعاقد؛ فلايكون الجزاء الجنائى- وقد لابس القيود التى فرضها القانون القديم على هذه الحرية- إلا منهدماً بعد العمل بالقانون الجديد. خامسا : أن إعمال الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم يعتبر ضمانة جوهرية للحرية الشخصية؛ تبلورها السياسة العقابية الجديدة للسلطة التشريعية

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 54 لسنة 37 قضائية ، تاريخ الجلسة 2019/7/6م .

التى تتحدد على ضوء فهمها للحقائق المتغيرة للضرورة الاجتماعية؛ وهى بعد ضرورة ينبغى أن يحمل عليها كل جزاء جنائى؛ وإلا فقد علة وجوده" [1] .

وفى فرنسا أخذ المجلس الدستورى على عاتقه تفسير النصوص الدستورية المكتوبة على نحو يعالج به الفراغ الدستورى ، ومن أبرز ما سيق للتدليل على هذا المسلك من قبل المجلس الدستورى المبدأ الذى أرساه المجلس والمتضمن عدم جواز تعديل الدستور أثناء فترة استخدام رئيس الجمهورية لصلاحياته وسلطاته التي تضمنتها المادة (16) من الدستور[2] ، فالدستور بموجب نص المادة (7) منه [3] حظر صراحة إجراء أي تعديل على نصوص الدستور في حالة خلو منصب رئيس الجمهورية والحكمة من هذا الحظر أن رئيس الجمهورية في النظام الدستورى الفرنسي له مكانة سامية إذ هو حامى حمى الدستور والضامن للاستقلال الوطنى وسلامة البلاد ، وهو المعبر عن الشعب الفرنسي لذا آثر المشرع الدستورى عدم جواز تعديل الدستور حالة خلو منصب رئيس الجمهورية لكل هذه الاعتبارات ، وبمناسبة تفسير المجلس لنصوص الدستور حال رقابته للدستورية أضاف قيدا جديدا لم يرد صراحة ضمن نصوص الدستور ، وهو عدم جواز تعديل الدستور فترة استخدام رئيس الجمهورية لصلاحياته وسلطاته التي تضمنتها المادة (16) منه [4] ، وبذلك يكون المجلس قد أسبغ على هذا القيد الصفة الدستورية رغم عدم وروده صراحة ضمن نصوص الدستور .

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 1 لسنة 19 قضائية ، تاريخ الجلسة 1998/10/3م .

(2) Article 16 "Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. Il en informe la Nation par un message.Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.Le Parlement se réunit de plein droit.L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée" .

(3) Article 7 "……Il ne peut être fait application ni des articles 49 et 50 ni de l'article 89 de la Constitution durant la vacance de la Présidence de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du Président de la République et l'élection de son successeur.".

(1) Francois Goguel, les Institutions politiques Française cours à l'institut d'études Politiques de paris, 1967 – 1968, p.672 et ss .

المبحث الثاني
شروط المبادئ الدستورية الضمنية

نتناول فى هذا المبحث الشروط التى يجب توافرها لإمكانية القول بقيام المبادئ الدستورية الضمنية وانبثاقها من النصوص الدستورية الصريحة على نحوٍ يجعلها تشكل مرجعاً للقاضى الدستورى حال تصديه للفصل فى دستورية القوانين، وللقاضي الإداري والعادي حال تصديهما للفصل فيما يزلف في اختصاصهما.

ولما كانت النصوص الدستورية الصريحة تعد هى الركيزة الأساسية والمرجعية الأولى التى يملي فيها القاضى الدستورى ليزن من خلالها مدى دستورية ما يعرض له من نصوص تشريعية فإن راعت هذه الأخيرة النصوص الدستورية الصريحة حق رعايتها استبغت بوصف المشروعية الدستورية وإلا هوت فى دركٍ سحيق من اللادستورية ، لهذا كله لزم القول بضرورة عدم مخالفة المبدأ الدستوري الضمني المراد إقراره للنصوص الدستورية الصريحة .

وإذا كان المشرع الدستورى المصرى قد عوّل على مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء فجعلها المصدر الرئيسى للتشريع وفقاً لنص المادة الثانية من الدستور المصرى الحالى ، وعلى هدى هذا النص أطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على ضرورة موافقة القوانين لمبادئ الشريعة الإسلامية ، فإن انسلخ المشرع العادى عن عباءة الشريعة الإسلامية سقط منتجه فى حمأة اللادستورية ، لهذا كله يتوجب أن ينصهر المبدأ الدستوري الضمني الذي وثب القاضي للكشف عنه والمبتغى إقراره فى دوحة الشريعة الإسلامية الغراء ، وأن يوافق مبادءها القيمة .

ولما كنا بصدد الحديث عن مبادئ دستورية ضمنية تنضحها القواعد الدستورية الصريحة وتنبعث من روحها فقد غدا لزاماً أن تتجرع هذه المبادئ وتتشبع من أيديولوجية الدستور وتترعرع فى ساحتها لا تقارفها أو تفارقها ، والقول بغير ذلك ينافى المنطق القويم بحسبان أن معارضة المبدأ الضمني للأيديولوجية التى انبثقت عنها الوثيقة الدستورية يحيلها إلى مبادئ من نظام آخر توازى المبادئ الصريحة ولا تتكاتف معها ، ولا يعزب عن ناظر ما يمارسه القضاء من دور رائد فى إماطة اللثام عن تلك المبادئ الضمنية ، الأمر الذى يضفى عليها الصفة الرسمية ويجعل من إمكانية التعاطي معها أمراً سائغاً ، لما كان ذلك فإن شروط إقرار المبادئ الدستورية الضمنية لا تخرج فى مجملها عن أربعة شروط تنحصر في اتفاقها مع النصوص الدستورية المكتوبة ، واتفاقها مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، واتفاقها مع أيديولوجية الدستور ، وتقرير القاضي للصفة الدستورية . ومن ثم فإننا نتناول كل من هذه الشروط فى مطلب مستقل على النحو التالى :

المطلب الأول : اتفاق المبادئ الدستورية الضمنية مع النصوص الدستورية المكتوبة

المطلب الثانى : اتفاق المبادئ الدستورية الضمنية مع مبادئ الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث : اتفاق المبادئ الدستورية الضمنية مع أيديولوجية الدستور

المطلب الرابع : تقرير القاضي للصفة الدستورية.

المطلب الأول

اتفاق المبادئ الدستورية الضمنية مع النصوص الدستورية المكتوبة

يلزم لإقرار المبدأ الدستوري الضمني ألا يخالف نصاً دستورياً مكتوباً ، بحسبان أن النصوص الدستورية المكتوبة تعد تعبيراً عن إرادة المشرع الدستورى الصريحة ، ومن ثم لا يجوز التعرض لتلك الإدارة الصريحة بالتأويل أو التفسير الذى يخرجها عن مضمونها ويحيلها إلى معنى آخر يغاير ما تغاياه المشرع الدستورى منها ابتداءً .

ولما كانت المرجعيات الدستورية باتت تتسع لتحوى بين عضديها ليس فقط الدستور بالمعنى الشكلى الذى ينسحب على الوثيقة الدستورية وحدها وإنما باتت تشمل كذلك مقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق في الدول التي يوجد بها هذه الإعلانات ، فإن المبدأ الدستورى الضمنى مطالبا أن يأتي متسقا ليس فقط مع نصوص الوثيقة الدستورية وحدها وإنما مع نصوص المجموعة الدستورية قاطبة .

وعليه لا يتصور الاعتراف بالقيمة الدستورية متى كانت هنالك مخالفة لنص ورد في مقدمة الدستور أو إعلان الحقوق . وتكون الغلبة هاهنا للنص المكتوب لا ريب في ذلك .

وتتكون المجموعة الدستورية في فرنسا من عدة مصادر بات المجلس الدستورى مطالبا بأن يرد عنها كل عدوان من خلال رقابته للدستورية ، وهذه المصادر هي دستور 1958م ، ومقدمته ، ومقدمة دستور 1946م ، وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789م ، وميثاق البيئة لعام 2004م .

وفى مصر تتكون المجموعة الدستورية من وثيقة الدستور ، ومقدمته ، ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء ، وعليه لا يتصور الاعتراف بالصفة الدستورية متى كان هنالك مخالفة لأى من النصوص المكتوبة .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في غير قضاء لها على أن مناط رقابتها للدستورية أن يكون النص المطعون فيه مخالف لحكم ورد في الدستور ، ومن ذلك قضاؤها بأنه " وحيث إن الرقابة على دستورية القوانين من حيث مطابقتها للقواعد الموضوعية التي نظمها الدستور، إنما تخضع لأحكام الدستور القائم دون غيره، إذ إن هذه الرقابة تستهدف أصلا - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه، ذلك أن نصوص هذا الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام، التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات، باعتبارها أسمى القواعد الآمرة. متى كان ذلك، وكانت المناعي التي تضمنها حكم الإحالة على النص المحال تندرج تحت المطاعن الموضوعية التي تقوم في مبناها على مخالفة نص تشريعي لقاعدة في الدستور من حيث محتواها الموضوعي، ومن ثم فإن هذه المحكمة تباشر رقابتها القضائية على دستورية النص المذكور - الذي ما زال قائما ومعمولا بأحكامه -

من خلال أحكام الدستور الحالي الصادر سنة 2014 باعتباره الوثيقة الدستورية السارية "[1].

كما قضت بأنه " وحيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، ويقرر الحريات والحقوق العامة ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها، ومن ثم فقد تميز الدستور بطبيعة خاصة تضفي عليه السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات وموئلها وعماد الحريات الدستورية وأساس نظامها، وحق لقواعده أن تستوي على القمة من البناء القانوني للدولة وتتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الآمرة التي يتعين على الدولة التزامها في تشريعاتها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية، دون أية تفرقة أو تمييز في مجال الالتزام بها، بين السلطات العامة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية. وإذ كان خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سيادة الدستور أصلا مقررا وحكما لازما لكل نظام ديمقراطي سليم، فإنه يتعين على كل سلطة عامة، أيا كان شأنها وأيا كانت وظيفتها وطبيعة الاختصاصات المسندة إليها، أن تنزل على قواعد الدستور ومبادئه وأن تلتزم حدوده وقيوده، فإن هي خالفتها أو تجاوزتها شاب عملها عيب مخالفة الدستور، وخضعت - متى انصبت المخالفة على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التي عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا بوصفها الهيئة القضائية العليا التي اختصها دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، بغية الحفاظ على أحكام الدستور وصونها وحمايتها من الخروج عليها[2] .

وقد ارتكزت المحكمة الدستورية العليا فى رقابتها للدستورية لا على نصوص الدستور المرقومة فقط ، وإنما اعتمدت كذلك على ما ورد في ديباجة الدستور ، ومن ذلك قضاؤها بأنه " ولما كانت المادة (6) من الدستور تشيد النظام السياسي للدولة على أساس المواطنة التي تسوى بين جميع المواطنين في الحقوق والواجبات العامة، واحترام حقوق الإنسان وحرياته؛ حفاظا على الوحدة الوطنية التي أكدتها المادة (5) من الدستور، وحرص على حمايتها المبدآن "خامسا وسابعا" من ديباجة الدستور "[3] .

كما قضت بأنه " وحيث إن المواد (94/ 2، 184، 186) من الدستور القائم - التي تردد حكمها في المواد (65، 165، 166) من دستور سنة 1971، وديباجة الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ 13/ 2/ 2011، والمادتين (46، 47) من الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ 30/ 3/ 2011 – إذ نصت على أن "وتخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء، وحصانته، وحيدته، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات"، فقد دلت على أن الدولة القانونية هي التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها – وأيا كانت طبيعة سلطتها – بقواعد قانونية تعلو عليها، وتكون بذاتها ضابطا لأعمالها وتصرفاتها في أشكالها المختلفة، ذلك أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازا شخصيا لأحد، ولكنها

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 39 لسنة 39 قضائية ، تاريخ الجلسة 2019/3/2م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 105 لسنة 35 قضائية ، تاريخ الجلسة 2019/5/4م .
(3) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 3 لسنة 35 قضائية ، تاريخ الجلسة 2013/5/25م .

تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها، ولأن الدولة القانونية هي التي يتوافر لكل مواطن في كنفها الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحرياته، وفيها يكون تنظيم السلطة وممارستها في إطار من المشروعية، وهي ضمانة يدعمها القضاء من خلال استقلاله وحصانته، لتصبح القاعدة القانونية محورا لكل تنظيم، وحدا لكل سلطة، ورادعا ضد كل عدوان، ومن المقرر أيضا في قضاء هذه المحكمة أن مبدأ خضوع الدولة للقانون، مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته، ويندرج تحتها طائفة الحقوق الوثيقة الصلة بالحرية الشخصية، ومن بينها ألا يكون الجزاء – جنائيا كان أو تأديبيا أو مدنيا – مفرطا، بل يتعين أن يكون متناسبا مع الفعل المؤثم ومتدرجا بقدر خطورته"[1] .

كما جرى قضاؤها على أنه " حيث إن الدستور إذ عهد بنص المادة (122) منه إلى المشرع بصوغ القواعد القانونية التي تتقرر بموجبها على خزانة الدولة، المرتبات والمعاشات والتعويضات والإعانات والمكافآت، على أن ينظم حالات الاستثناء منها والجهات التي تتولى تطبيقها، فذلك لتهيئة الظروف التي تفي باحتياجات المواطنين الضرورية، وتكفل مقوماتها الأساسية التي يتحررون بها من العوز، وينهضون معها بمسئولية حماية أسرهم والارتقاء بمعاشها، بما مؤداه: أن التنظيم التشريعي للحقوق التي كفلها المشرع في هذا النطاق، يكون مجانباً أحكام الدستور، منافياً مقاصده، إذا تناول هذه الحقوق بما يهدرها أو يفرغها من مضمونها. ولازم ذلك أن الحق في المعاش - إذا توافر أصل استحقاقه وفقاً للقانون - إنما ينهض التزاماً على الجهة التي تقرر عليها. وهو ما تؤكده قوانين التأمين الاجتماعي - على تعاقبها - إذ يبين منها أن المعاش الذي تتوافر بالتطبيق لأحكامها شروط اقتضائه عند انتهاء خدمة المؤمن عليه وفقاً للنظم المعمول بها، يعتبر التزاماً مترتباً بنص القانون في ذمة الجهة المدينة. وإذا كان الدستور قد خطا بمادته السابعة عشرة خطوة أبعد في اتجاه دعم التأمين الاجتماعي، حين ناط بالدولة، أن تكفل لمواطنيها خدماتهم التأمينية بما في ذلك تقرير معاش لمواجهة بطالتهم أو عجزهم عن العمل أو شيخوختهم في الحدود التي يبينها القانون، فذلك لأن مظلة التأمين الاجتماعي التي يمتد نطاقها إلى الأشخاص المشمولين بها، هي التي تكفل لكل مواطن الحد الأدنى من المعاملة الإنسانية التي لا تُمتهن فيها آدميته، وتحفظ له في الوقت ذاته كرامته التي هي انعكاس طبيعي لكرامة الوطن على ما تقرره ديباجة الدستور والتي تُعد مدخلاً إليه وتُكَوِّن مع الأحكام التي ينتظمها كلاً غير منقسم"[2] .

نخلص مما سبق أنه كى يصطبغ المبدأ الضمنى بالصفة الدستورية يتعين أن يأتي متسقا مع النصوص الصريحة أينما وجدت سواء وردت في وثيقة الدستور أو في مقدمته أو في إعلان للحقوق ، ويترتب على ذلك أن مخالفة المبدأ الضمنى لأى من

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 53 لسنة 31 قضائية ، تاريخ الجلسة 2017/11/4م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 20 لسنة 27 قضائية ، تاريخ الجلسة 2008/6/8م .

محتوى هذه المصادر المسطرة لا يمكن أن يسبغه بالصفة الدستورية ، حتى ولو توافرت فيه باقى الشروط .

المطلب الثانى

اتفاق المبادئ الدستورية الضمنية مع مبادئ الشريعة الإسلامية

لا يكفى لإقرار المبدأ الدستورى الضمنى أن يأتي متسقا مع النصوص الدستورية المكتوبة سواء وردت في مقدمة الدستور أو في مواده المرقومة ، وإنما يتعين كذلك ألا يخالف المبدأ الذى يراد الكشف عنه حكما من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء .

ففي مصر غدا لزاما على المشرع العادى واللائحى الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية فيما يسنه من تشريعات ، وإلا وصم ما أنتجه بأنه غير دستورى ، لمخالفته المادة الثانية من الدستور والتي تنص على أنه " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع".

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على ذلك في غير قضاء لها ، ومن ذلك قضاؤها بأنه " وحيث إنه عن النعي بمخالفة النص المطعون فيه لحكم المادة الثانية من الدستور، وما قضت به من اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، فهو غير سديد - ذلك أن حكمها هذا، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية التزامه فيما يصدر عنها من تشريعات، بحيث لا يجوز أن تخالف النصوص التشريعية الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعًا، لكونها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معًا. ذلك أنها خاضعة للاجتهاد وتنحصر دائرته فيها وهي بحكم طبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان بما يضمن مرونتها وحيدتها ومواجهتها لما يستجد من نوازل، وبما يسمح بتنظيم شئون العباد على نحو يكفل مصالحهم المعتبرة شرعًا، ولا يعطل، بالتالي شئون معيشتهم. وتبعاً لذلك كان الاجتهاد سائغًا في المسائل الاختلافية التي لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينتقص من كمال الشريعة ومرونتها، طالما كان واقعًا في إطار الأصول الكلية للشريعة ولا يجاوزها، ومستخلصًا عن طريق الأدلة الشرعية النقلية والعقلية على نحو يكفل صدق المبادئ العامة للشريعة "[1] .

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه " وحيث إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حكم المادة الثانية من دستور سنة 1971 - منذ تعديلها في 22 من مايو سنة 1980، والذي رددته الدساتير المتعاقبة حتى دستور سنة 2014 - يدل على أن الدستور – واعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل - قد أتى بقيد على السلطة التشريعية، يلزمها فيما تقره من النصوص القانونية، بألا تناقض أحكامها مبادئ الشريعة الإسلامية في أصولها الثابتة - مصدرا وتأويلاً - والتي يمتنع الاجتهاد فيها، ولا يجوز الخروج عليها، أو

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 96 لسنة 31 قضائية ، تاريخ الجلسة 2015/6/13م .

الالتواء بها عن معناها. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها، وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها. وإذا كان الاجتهاد في الأحكام الظنية، وربطها بمصالح الناس عن طريق الأدلة الشرعية – النقلية منها والعقلية – حقا لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق مقررا لولي الأمر، ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تضفي قدسية على آراء أحد من الفقهاء في شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها، وإبدال غيرها بها، بمراعاة المصلحة الحقيقية التي لا تناقض المقاصد العليا للشريعة. فالآراء الاجتهادية لا تجاوز حجيتها قدر اقتناع أصحابها بها، ولا يساغ بالتالي اعتبارها شرعا مقررا لا يجوز نقضه، وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر في دين الله تعالى، وإنكارا لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد. ومن ثم، صح القول بأن اجتهاد أحد الفقهاء ليس بالضرورة أحق بالإتباع من اجتهاد غيره، وربما كان أضعف الآراء سندا، أكثر ملاءمة للأوضاع المتغيرة، ولو كان مخالفًا لأقوال استقر عليها العمل زمنًا. وعلى ذلك، ينظر ولي الأمر في كل مسألة بخصوصها بما يناسبها، وبمراعاة أن يكون الاجتهاد دوما واقعا في إطار الأصول الكلية للشريعة، لا يجاوزها، ملتزما ضوابطها الثابتة، متحريا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد الكلية للشريعة، بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال، مستلهما في ذلك كله حقيقة أن المصالح المعتبرة هي تلك التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة ومتلاقية معها. "[1] .

كما قضت بأنه " قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على أن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية – بعد تعديلها فى سنة 1980م – من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، أنه لا يجوز لنص تشريعى يصدر أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها معاً ، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يمتنع الاجتهاد فيها لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية ثوابتها التى لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً . والأحكام غير القطعية فى ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معاً ، فإن باب الاجتهاد يتسع فيها لمواجهة تغير الزمان والمكان ، وتطور الحياة وتنوع مصالح العباد ، وهو اجتهاد وإن كان جائزاً أو مندوباً عند أهل الفقه ، فهو بذلك أوجب لولى الأمر ليواجه ما تقتضيه مصلحة الجماعة درءًا لمفسدة أو جلباً لمنفعة أو درءًا وجلباً للأمرين معاً .لما كان ذلك ، وكان المشرع قد تحرى بتنظيمه أوضاع التجارة البحرية ومسئوليات أشخاص الملاحة البحرية ، تحقيق المصلحة العامة ، والتوفيق والتناسب بين الواجبات والمسئوليات المحددة لكل منهم أخذاً بالنظريات العامة فى القانون وما تضمنته الأعراف والاتفاقيات الدولية ، وما اضطردت عليه أحكام القضاء ، فإنه يكون قد سعى موضوعياً إلى تحقيق العدل والمساواة ، فى اجتهاد سائغ فى أمور وضعيه لا تندرج تحت قاعدة كلية أو جزئية من قواعد الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة "[2] .

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 6 لسنة 34 قضائية ، تاريخ الجلسة 2016/3/5م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 25 لسنة 28 قضائية ، تاريخ الجلسة 2010/11/7م .

ومن جماع من سلف فإنه يتعين أن يكون المبدأ الضمنى متفقا مع مبادئ الشريعة الإسلامية حتى يمكن للقاضى أن يسبغه بالصفة الدستورية .
وباستقراء منهج المحكمة الدستورية العليا في استخلاص المبادئ الدستورية الضمنية يبين وبجلاء ـ مدى حرصها على رد هذه المبادئ لأحكام الشريعة الإسلامية ، ومن ذلك إرسائها للحق في الزواج ، وحرية التعاقد ، وتقريرها لمبدأ التناسب بين الجريمة والجزاء وغير ذلك من المبادئ على نحو ما سنبينه حال تناولنا لتطبيقات المبادئ الدستورية الضمنية .

المطلب الثالث

اتفاق المبادئ الدستورية الضمنية مع أيديولوجية الدستور

يشير مصطلح الأيديولوجية إلى مجموعة الأفكار والقناعات السائدة في مجتمع من المجتمعات ، والتي يسير في فكلها المشرع حالما يقوم بوضع التشريعات ، حيث تأتى هذه التشريعات تعبيرا عن الأفكار والقناعات الموجودة في المجتمع .

ويقرر جانب من الفقه أن الأيديولوجية تعنى مجموعة من الأفكار الأساسية التى تنبثق من العقائد والقيم المتصلة بتراث حضارى معين ، لتصور بصفة شاملة ما هو كائن وما سيكون ، وترسم بذلك إطار حركة الجماعة السياسية وتحدد لهم معالم أهدافها[1] ، ويذهب البعض إلى أن الأيديولوجية تعنى الفكر المذهبى الذى يسيطر على أحكام الدستور ، أو بعبارة أخرى فإنها تعنى مجموعة الأفكار الأساسية فى الفلسفة السياسية التى استقرت فى هذا الدستور[2] .

فكل فكرة سياسية أو أيديولوجية أو مذهب عقائدي معين إنما يكشف في حقيقته عن أن هناك أهدافا حقيقية كامنة أو داخلية يراد لها أن تتحقق في الواقع[3] .

فلكل دولة دستور يتولد من عامل الصراع بين القوى السياسية المختلفة ، وما ينتج عن ذلك من تجارب فى شأن نظام الحكم وأمور السياسة يحفظها العرف وتحوطها التقاليد بالقداسة والاحترام ، غير أن هذا الدستور الذى يتولد من طبيعة الأشياء ويستمد قوته من عنصر القدم واتصاله بالموروثات والتقاليد ، لابد وأن يكون دستوراً وصفياً محضاً يتجرد عن كل قيمة قانونية محددة .فالدستور الذى هو نظام قانونى للدولة لا يقف عند هذا الحد الوصفى للحياة السياسية الدارجة والمستقرة . إنه فى الواقع يمثل حركة ثورية لأنه يخلق النظام السياسى الجديد ويخلق معه النظام القانونى الذى

---

(1) رمزى الشاعر النظام الدستورى المصرى دار النهضة العربية طبعة 1996م ص 266.

(2) مصطفى أبو زيد فهمى الدستور المصرى طبعة 2012ص 222 ، مصطفى أبو زيد فهمى الدستور المصرى ورقابة دستورية القوانين طبعة 1985م ، ص 200.

(3) ربيع أنور فتح الباب الصراعات الإنسانية والسياسية في الفكر الوضعي والديانات السماوية الجزء الأول ، العوامل الشخصية والاجتماعية في الصراعات الإنسانية والسياسية نظرة تحليلية الطبعة الأولى 1993م دار النهضة العربية ص 194 ، محمد عبدالشفيع عيسى نظرات تاريخية في الخبرة السياسية العربية والإسلامية المقارنة (نحو مساهمة في النظرية السياسية) مقال منشور في مجلة السياسة الدولية العدد 164 أبريل 2006م ص 26 ، أنور عبدالملك نهضة مصر (تكوين الفكر والأيديولوجية في نهضة مصر الوطنية) رسالة دكتوراة مقدمه من المؤلف لجامعة السوربون باريس 1969م ترجمة حمادة إبراهيم ووجيه عبدالمسيح ، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1980م ص 537 ، صلاح الدين فهمى عبدالغني مرجع سابق ص 318 - 319 .

تستوحيه الجماعة فى المستقبل . فكأنه يمثل نقطة بدء فى حياة الجماعة ، ولذلك كان حتماً فيه أن تتدخل إرادة الإنسان فى خلقه وفى صياغته وإقراره [1] .

والدستور يعد تعبيراً عن الأيديولوجية قبل أن يكون تنظيماً للسلطة والحرية . فالفكر المذهبى الذى يدين به الدستور يؤثر أبلغ التأثير فيما يضعه من تنظيم للسلطة وتنظيم للحرية . بل إن تأثير الأيديولوجية فى الدستور يبلغ فى كثير من الأحيان حداً يغدو معه من المستحيل أن تفسر نصوص الدستور بغير الرجوع إلى مبادئ الأيديولوجية التى صدر فى ظلها[2] .

والأيديولوجية كمصطلح استخدمه لأول مرة الفيلسوف " دي تراسي" فى مطلع القرن التاسع عشر بمعنى علم الأفكار ، وكشيء مقابل للعالم المحسوس وربما مناقض له ، وبعد مدة طويلة من سوء الاستعمال أحيا كارل ماركس استخدام التعبير بمعنى مجموعة الأفكار والمعتقدات التى تسود مجتمعا ما بفعل الظروف الاقتصادية والسياسية القائمة ، وذلك فى كتابه الأيديولوجية الألمانية عام 1829م والذي انتقد فيه المفكرين الألمان الذين أقاموا للأفكار والبناء الفوقي سلطاناً خاصاً ومستقلاً عن الحقائق الاقتصادية والعلاقات الاجتماعية المترتبة عليها [3].

ويقرر البعض أن الأيديولوجية هى كلمة من أصل يوناني ومكونة من مقطعين الأول "أديو" بمعنى ما هو متعلق بالفكر ، والمقطع الثانى "لوجو" بمعنى علم ، فالأيديولوجية فرع من الدراسات الإنسانية التي تبحث فى طبيعة الفكر ونشأة الصور العقلية عند الإنسان ، ويقصد بالدراسة الأيديولوجية " أن الباحث يعنى بالفكرة المجردة عن الموضوع ولا يُشغل الباحث بالحقائق المادية الجزئية ، والأيديولوج هو الباحث النظري الذي يهتم بالصور الفكرية النابعة من جوهر الموضوع لا من ناحية التطبيق العملي ، لهذا كثيرا ما تطابق الأيديولوجية المثالية باعتبار أن الفكرة الجوهرية هى الصورة المثالية لفكرة من الأفكار ، وقد شاع استخدام كلمة أيديولوجية بهذا المعنى فى البحوث السياسية والقومية فى الوقت الحاضر[4].

ويلاحظ أن أيديولوجية مجتمع من المجتمعات لا تنبعث وحدها ، وإنما هى وليد طبيعي لمجموعة من العوامل الداخلية كالعقائد الدينية والرأى العام والثورات والحركات الإصلاحية ، وأخرى خارجية كالحروب والنزاعات الدولية ، فضلا عن أن اشتراك الدولة فى المنظمات الدولية ودخولها فى معاهدات ثنائية أو متعددة الأطراف من أهم عوامل تكوين الأيديولوجية لديها .

---

(1) طعيمة الجرف القانون الدستوري الناشر مكتبة القاهرة الحديثة بدون تاريخ ص 38-39.

(2) رمزى الشاعر الأيديولوجيات وأثرها فى الأنظمة السياسية المعاصرة دار النهضة العربية طبعة 2005م ص 8.

(3) عبدالوهاب الكيالي موسوعة السياسة الجزء الأول المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت الطبعة الثالثة 1990م ص 421. ويراجع أيضا في هذا الشأن نعمان الخطيب الأحزاب السياسية ودورها فى أنظمة الحكم المعاصرة دار الثقافة للنشر والتوزيع القاهرة 1983م ص167 ، عبدالله العروي ـ مفهوم الأيديولوجيا ـ الناشر المركز الثقافي العربي ـ الطبعة الثانية 2012م ص 3 وما بعدها ، يوسف كرم ومراد وهبة ويوسف شلالة المعجم الفلسفي مكتبة يوليو القاهرة بدون تاريخ ص 18 وما بعدها .

(4) أحمد عطية الله القاموس السياسي دار النهضة العربية القاهرة الطبعة الثالثة 1968م ص 161.

فالعامل الأيديولوجي يكون أقوى ما يكون وضوحا فى الدستور ذاته ، فالدستور تنظيم للسلطة بكل وسائلها ، وتنظيم للحرية بكل أنواعها ومتطلباتها ، ولذلك فإنه قبل أن يصدر لابد أن يكون لدى واضعيه والقوى الشعبية التى وافقت عليه تصور واضح لما يجب أن تكون عليه الدولة [1] .

وترتد الأيديولوجيات في أغلبها إلى أيديولوجية تحررية تكرس للحرية الفردية وتحصر دور الدولة في نطاق الأمن والحراسة ، وأخرى اشتراكية تسعى إلى إلغاء الملكية الفردية وتلفظ فكرة الدولة الحارسة وتنادى بتدخل الدولة في شتى الميادين وأن تتولى دفة القيادة ، وثالثة دينية تقوم على فلسفة إحدى الديانات وتستمد من تعاليمها ضوابط إيقاع المجتمع .

وأيا ما كان الأمر فإن قيام المبدأ الدستوري الضمني يتوقف على كون الأخير نتاجا للأيديولوجية السائدة داخل المجتمع غير منبت الصلة عنها أو مجافي لها ، حتى يصطبغ المبدأ الضمنى بشيمة الدستورية ، وينضم جنبا إلى جنب مع المبادئ الصريحة يشكل معها وبها المجموعة الدستورية التى يتعين على القاضي أن يزود عنها في خضم رقابته للدستورية .

فلا يمكن أن نتصور ـ فى ظل وجود هذا الشرط أن يضحى مبدأ حرية التملك مبدأً دستوريا ضمنيا فى ظل نظام دستورى ماركسي ، يموج فيه المجتمع بالأفكار الماركسية التى لا تقيم وزنا للملكية الفردية .

كما أنه لا يمكننا أن نتصور اعتبار حق الدولة في التأميم من المبادئ الدستورية الضمنية فى ظل مجتمع يعتنق الأيديولوجية التحررية ، ويقبع بكامله فى أروقة المذهب الفردي ، فى حين أنه يمكن تقبل ذلك فى ظل مجتمع يقوم على الأيديولوجية الاشتراكية ، وما تمليه من ضرورة تدخل الدولة في النشاط الفردي .

---

(1) صلاح الدين فهمى عبدالغني أثر الواقع السياسي فى تفسير النصوص الدستورية رسالة دكتوراة حقوق عين شمس ص 325 .

المطلب الرابع
تقرير القاضي للصفة الدستورية

لا يكفي لإسباغ الصفة الدستورية على المبدأ الضمني موافقته للنصوص الدستورية الصريحة أو المشرعة ، واتفاقه مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، واستلهامه من أيديولوجية النظام الدستوري ، وإنما يتعين فوقاً عن ذلك ضرورة تقرير القاضى للصفة الدستورية للمبدأ الضمنى ، فهذا التقرير من جانب القاضي بمثابة الصكّ الذى يثبت وجود هذا المبدأ فى المضمار الدستوري ، وينبنى على هذا التقرير أن تصطف المبادئ الضمنية إلى جوار المبادئ الصريحة جنباً إلى جنب لتشكل معها وبها المجموعة الدستورية داخل النظام الدستوري .

والقاضى ـ وكما ذكرنا آنفا ـ في تقريره للصفة الدستورية للمبادئ الدستورية الضمنية فإن دوره حيال هذه المبادئ هو دور كاشف يقوم من خلاله بالكشف عن هذه المبادئ بحسبانها موجودة بالفعل دون تدخل القاضي ، وإنما تدخله فقط للكشف عنها وإثبات وجودها ومنحها الصيغة التي تكافئها .

واشتراط تقرير القاضى للصفة الدستورية للمبدأ الضمني يثير فى الأذهان مجموعة من التساؤلات ، لعل أهمها صفة القاضي الذي يعتد بتقريره للصفة الدستورية للمبدأ الضمني حتى ينخرط هذا الأخير ضمن المجموعة الدستورية ، وما إذا كان يشترط فيه أن يكون قاضياً دستورياً يقضي فى الأنزعة الدستورية ، أم يكفي فيه كونه قاضياً بغض الطرف عن نوعية الأنزعة التى يقضي فيها دستوريةً كانت أو إدارية أو جنائية أو مدنية أو غيرها ، بمعنى آخر هل هذا التقرير محجوز للقاضى الدستورى دون غيره وأن تخلف الصفة الدستورية عن القاضي لا يؤمن للمبدأ الضمني الحماية الكافية لكى ينبت فى المضمار الدستوري ومن ثم الانخراط ضمن المجموعة الدستورية ، أم يكفى لتوافره صدور هذا التقرير من قاضٍ أيا كان مجال تخصصه أو نوعية المنازعات التى يفصل فيها .

كما يثور التساؤل عن الحكم الذى يعتمد من خلاله القاضي المبدأ الضمنى هل يكفى وجود حكم قضائى ابتدائياً كان أو نهائياً ، أم يتعين كونه نهائياً باتاً ، وما هو الحلّ لو صدر حكم الدرجة الأولى متضمناً التقرير بالمبدأ الضمني ثم جرى نقض الحكم بعد ذلك ، كما يثور التساؤل عن القيمة القانونية للتقارير التى تعدها هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا وهيئة مفوضي الدولة بمجلس الدولة ، ومذكرات الدفاع التى تعدها هيئة قضايا الدولة ، والنيابة الإدارية حالة ما لو تضمنت تلك التقارير أو المذكرات مبدأً ضمنياً فهل تعد هذه التقارير أو المذكرات كافية بذاتها لتأمين الصفة الدستورية للمبدأ الضمنى من عدمه .

فعن صفة القاضي نرى أنه لا يلزم لاعتماد الصفة الدستورية للمبدأ الضمني أن يجرى التقرير به من لدن القاضي الدستورى ، فالقرار الصادر من القاضي بالمعنى الواسع أيا كان مجال تخصصه أو نوعية المنازعات التى يفصل فيها كافٍ بذاته لإسباغ الصفة الدستورية على المبدأ الضمني ، فالحكم الصادر من محكمة إدارية أو من محكمة اقتصادية أو عمالية يفيد فى هذا المضمار ، وحجتنا فى ذلك أن المبادئ

الدستورية ليست قصراً فى تطبيقها على المحاكم الدستورية ، وإنما يتعين على القاضي أيا كان مجال تخصصه أن ينفذ إلى المبادئ الدستورية فيطبقها على ما يقضى فيه من أنزعة ويقدمها على ما عداها من مبادئ أُخرى ، بحسبانها تعلو على ما عداها فى سلم التدرج القانوني ، وهو إذ يطبق المبادئ الدستورية الصريحة يستجلي فى ضوئها مبادئ أخرى ضمنية يعمل على تأطيرها وتحديد ملامحها ورسم حدودها فى النظام الدستورى .

ويمكننا أن نستدل على ذلك بالعديد من المبادئ الدستورية الضمنية التى استلهمها القاضي الإدارى من فلسفة النظام الدستورى وروحه وإن لم يجر النص عليها صراحةً فى الوثيقة الدستورية ، ومن ذلك إضفاء الصفة الدستورية على الحق فى الشكوى ـ وهى بعد لم ترد صراحةً ضمن النصوص الدستورية المكتوبة ـ حيث قضى بأنه " حق الشكوى يكفله القانون ويحميه الدستور ـ لممارسة هذا الحق شروط و أوضاع فى مقدمتها أن تكون السلطة المختصة التى تملك رفع الظلم ورد الحق إلى أصحابه ـ إذا وجهت الشكوى إلى غير الجهات الأصلية المختصة أو اندفعت فى عبارات جارحة تكيل الاتهامات بغير دليل فإنها ذاتها تكون قد ضلت سبيلها و أخطأت هدفها و فقدت سندها المشروع وانقلبت إلى فعل شائن و تصرف معيب غير مشروع ـ لا يجوز للموظف أن يتخذ من شكواه ذريعة للتطاول على الرؤساء أو تحديهم أو التمرد عليهم ليسخّر هذا الحق الدستوري فى غير ما شرع له "[1] .

وهذا الموقف الذى نتبناه هو ما أفصحت عنه المحكمة الإدارية العليا والتى تتربع على قمة القسم القضائي لمجلس الدولة حين قضت بأنه " تطبيق القواعد الدستورية ليس منوطاً فقط بالمحكمة الدستورية العليا ، فالقاضى المختص يُعمل أحكامها فيما يعرض عليه من أقضية ، فيراعى فى حكمه ما حوته من قيم العدل والمساواة وتكافؤ الفرص وكفالة الحريات العامة ورعاية الحرمات ـ وأن تفسير القاعدة الدستورية لإعمال حكمها على الواقعة المطروحة أمام القاضى هو فرع عن تطبيقه لها ولازم لإصدار حكمه ـ لا يسوغ القول بأن تفسير القاضى لقاعدة قانونية وردت فى الدستور أمر يقتضى دوما الرجوع إلى المحكمة الدستورية العليا لاستجلائه "[2] .

ومتى كان الحكم الذى اعتمد القاضي فى ثناياه المبدأ الدستوري وعول عليه فى أسبابه وصولاً إلى منطوقه قد صدر من محكمة لا ينظم القانون الطعن على أحكامها ـ كالمحكمة الدستورية العليا فى مصر ـ فإنه لا تثور ثمة مشكلة بشأن هذا الحكم والاعتداد به فى تأمين الصفة الدستورية للمبدأ الضمني ، وإنما المشكلة تثور حالما يصدر هذا الحكم من محكمة ينظم القانون الطعن على أحكامها كما لو صدر من محكمة إدارية وجرى الطعن عليه أمام محكمة القضاء الإداري أو صدر من محكمة القضاء الإدارى

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 599 لسنة 28 قضائية عليا الصادر بجلسة 1985/6/1م السنة الثلاثون مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى الجزء الثانى ص 1219 القاعدة رقم 181 .

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 13846 لسنة 59 قضائية عليا الصادر بجلسة 21 أبريل 2013م الدائرة الحادية عشرة موضوع المبدأ رقم (43) مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا فى شأن الأحزاب السياسية والانتخابات الرئاسية والبرلمانية من أول يوليو 2011م حتى آخر سبتمبر 2016م ص 454 .

وجرى الطعن عليه أمام المحكمة الإدارية العليا ، أو صدر الحكم من محكمة الجنايات وجرى الطعن عليه أمام محكمة النقض .

ونرى أن الحكم الذي جرى التقرير من خلاله بالصفة الدستورية للمبدأ الضمني يعتد به حتى ولو جرى الطعن عليه بعد ذلك أمام المحكمة الأعلى ، ففى هذه الحالة الأخيرة يتعين التريث وانتظار قرار محكمة الطعن ، فإذا انتهت الأخيرة إلى تأكيد ما انتهت إليه محكمة أول درجة وتأييد الحكم ورفض الطعن كان هذا بمثابة تأكيد منها لما خلصت إليه محكمة أول درجة فى شأن إسباغ الصفة الدستورية على المبدأ الضمني ، وإذا ما جرى نقض الحكم وتم إلغاؤه من جانب محكمة الطعن وقررت إعادته لمحكمة أول درجة للحكم فيه بهيئة مغايرة أو تصدت هى للحكم فيه ـ فى الأحوال التى يجيز فيها القانون ذلك ـ فهاهنا يتعين علينا دراسة أسباب الحكم الصادر فى الطعن وصولاً إلى ما إذا كان حكم أول درجة قد تم إلغاؤه لأسباب تعود للمبدأ الضمني الذى استندت إليه محكمة أول درجة أو لأسباب أخرى ، ففى الحالة الأولى لا يمكن اعتماد الصفة الدستورية للمبدأ الضمني ، وما دون ذلك فإن الصفة الدستورية تبقى قائمة ما دام الحكم الصادر في الطعن قد ارتكز على أسباب أخرى ليس من بينها المبدأ الضمني الذي جرى اعتماده .

وإذا كانت مسألة الحجية ذات بال فى مضمار إماطة اللثام عن المبادئ الدستورية الضمنية فإن التقارير الصادرة من هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا وهيئة مفوضي الدولة بمجلس الدولة ، والمذكرات التى تعدها هيئة قضايا الدولة والنيابة الإدارية لا يمكن التعويل عليها فى إسباغ الصفة الدستورية على المبدأ الضمني بحسبانها تتجرد من كل حجية ، ولا تعدو أن تكون مجرد آراء استشارية غير ملزمة لجهات القضاء ، وإن كانت بلا ريب آراء لها وجاهتها من الناحية القانونية .

الفصل الثانى
تطبيقات المبادئ الدستورية الضمنية
فى ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا
وقرارات المجلس الدستوري

يتجلى دور المحكمة الدستورية العليا المصرية يرادفها في ذلك المجلس الدستوري الفرنسي فى إرساء العديد من المبادئ الدستورية الضمنية والتى جرى استخلاصها من روح الدستور القائم وفلسفته ، واستلهامها استلهاماً من النصوص الدستورية الصريحة التى تحتملها ، والتى اعتُد بها واعتبرت مرجعا للرقابة الدستورية ، واتُخذت معياراً يقاس به مدى دستورية النصوص التشريعية حال الاطلاع بمهمة رقابة الدستورية ، وإننا إذ نستعرض أهم المبادئ الدستورية الضمنية التى أرستها المحكمة الدستورية العليا في مصر والمجلس الدستوري في فرنسا نجد أنها ترد فى معظمها إلى دائرتين الأولى : دائرة الحقوق والحريات ، والثانية : دائرة التجريم والعقاب ، ولذا فإننا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى :

المبحث الأول : المبادئ الدستورية الضمنية فى مجال الحقوق والحريات .
المبحث الثانى : المبادئ الدستورية الضمنية فى مجال التجريم والعقاب .

المبحث الأول

المبادئ الدستورية الضمنية فى مجال الحقوق والحريات

للمحكمة الدستورية العليا باع كبير فى صون الحقوق والحريات الدستورية ، ولم تقف هذه الحماية على حد تأمين الحقوق والحريات المنصوص عليها صراحة في الدستور بل أدت المحكمة دورا رئداً في إماطة اللثام عن حقوق وحريات ضمنية لم يجر النص عليها صراحة فى المجموعة الدستورية ، وهو ذات ما عليه الحال في فرنسا حيث عرج المجلس الدستوري على إسباغ الصفة الدستورية على مجموعة من الحقوق والحريات لم ينص عليها صراحة فى المجموعة الدستورية الفرنسية ، واستخلصها المجلس استخلاصاً من أيديولوجية النظام الدستوري ، وفيما يلى نتناول أهم هذه الحقوق التى سعت المحكمة الدستورية العليا والمجلس الدستورى إلى تأكيدها ، وذلك فى مطالب أربعة على النحو التالي :

المطلب الأول : الحق في الحياة
المطلب الثانى : حرية الزواج والحق فى اختيار الزوج
المطلب الثالث : حرية التعاقد

المطلب الأول
الحق في الحياة

خلق الإنسان خليفة في الأرض يعمرها ويحفظها ويعبد بارئها وخالقها ، ولكى تؤدى هذه المهمة العظمى بث الله تعالى في الإنسان الروح ليعيش بين جنبات البسيطة معمرا لها وفق ما أرده الله سبحانه وتعالى . ولا ريب أن أداء هذه المهمة يستأهل الحفاظ على حياة الإنسان وعدم الاعتداء عليها أو تقويضها أو العبث بها ، ومن هنا جاءت شريعة الإسلام مؤكدة على أن مقاصد الشريعة خمس أولها حفظ النفس .

وفى الإطار الدستورى نجد أن الحقوق والحريات التي قام الدستور صائنا لها ليس لها أهمية تذكر دون وجود المعني بالتزود بها وهو الإنسان أو الفرد ، فلا مجال للحديث عن الحق في التملك أو حرية الزواج دون التأكيد على حق الإنسان في الحياة ابتداء .

ورغم أهمية هذا الحق لدرجة جعلت الكثيرين يقررون أنه ذو قيمة فوق دستورية إلا أن الوثائق الدستورية لا تنص عليه صراحة ، وإنما يستفاد منها ضمنا بدلالة الإشارة ، فالدستور الذى تضمن النص على حق الإنسان في الكرامة ، وحقه في الحياة الآمنة يحوى بين عضديه من باب أولى حق الإنسان في أن تحفظ عليه حياته فلا تسلب منه ولا تستباح لأى سبب كان .

وهذه الأسباب وغيرها هو ما حدا بالمحكمة الدستورية العليا في مصر للتأكيد في غير قضاء لها على حق الإنسان في الحياة بحسبانه من الحقوق ذات الأهمية القصوى في المضمار الدستورى ، ومن ذلك قضاؤها بأنه " وكان مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد، من المبادئ التي رددتها النظم القانونية على اختلافها، ويعتبر جزءاً من الحقوق الأساسية التي تضمنها الاتفاقيات الدولية لكل إنسان، ويخل إهداره بالحرية الشخصية التي يعتبر صونها من العدوان، ضمانة جوهرية لآدمية الفرد ولحقه في الحياة، ذلك أن الجريمة الواحدة لا تزر وزرين. وباستيفاء من ارتكبها للعقوبة المقدرة لها - وهي عقوبة لا يفرضها المشرع جزافاً، وإنما يفرد لكل جريمة العقوبة التي يقدر أنها مناسبة لها - فإن الحق في القصاص يكون قد بلغ غاية الأمر فيه. وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء مفهوم ديموقراطي مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في مادته الحادية والأربعين واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا تمس، ومن بينها ألا تكون العقوبة الجنائية التي توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة في ذاتها أو ممعنة في قسوتها، أو منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية السليمة، أو متضمنة معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد، وكان الاشتباه في صورتيه المشار إليهما بنص المادة 5 المطعون عليها لا يعتبر فعلاً اتخذ مظهراً خارجياً ملموساً، ولا هو يقيد الحرية الشخصية بمراعاة الوسائل القانونية المتوافقة مع أحكام الدستور في جوانبها الموضوعية والإجرائية، أو يلتزم

الضوابط التي أرستها هذه المحكمة في شأن المحاكمة المنصفة، ومن بينها افتراض البراءة كحقيقة مستعصية على الجدل تمليها الشرعية الجنائية، وكان الاشتباه في الصورة التي يقوم فيها على أحكام الإدانة السابقة، يتمحض عن معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد، فإن المادة 5 المشار إليها تكون مخالفة لأحكام المواد 41، 66، 67 من الدستور "[1].

كما استقر قضاؤها على أن " إدانة المتهم بالجريمة إنما تعرضه لأخطر القيود على حريته الشخصية وأكثرها تهديدا لحقه فى الحياة ، و هى مخاطر لا سبيل إلى توقيها إلا على ضوء ضمانات فعلية توازن بين حق الفرد فى الحرية من ناحية ، و حق الجماعة فى الدفاع عن مصالحها الأساسية من ناحية أخرى ، و يتحقق ذلك كلما كان الاتهام الجنائى معرفا بالتهمة ، مبينا طبيعتها ، مفصلا أدلتها و كافة العناصر المرتبطة بها ، و بمراعاة أن يكون الفصل فى هذا الاتهام عن طريق محكمة مستقلة و محايدة ، ينشئها القانون ، و أن تجرى المحاكمة علانية ، و خلال مدة معقولة ، و أن تستند المحكمة فى قرارها بالإدانة - إذا خلصت إليها - إلى موضوعية التحقيق الذى تجريه ، و إلى عرض متجرد للحقائق ، و إلى تقدير سائغ للمصالح المتنازعة ، و تلك جميعها من الضمانات الجوهرية التى لا تقوم المحاكمة المنصفة بدونها ، و من ثم كفلها الدستور فى المادة 67 منه ، و قرنها بضمانتين تعتبران من مقوماتها و تندرجان تحت مفهومها ، هما افتراض البراءة من ناحية ، و حق الدفاع لدحض الاتهام الجنائى من ناحية أخرى ، و هو حق عززته المادة 69 من الدستور و ذلك بنصها على أن حق الدفاع بالإصالة أو بالوكالة مكفول"[2].

كما استقر قضاؤها على أنه " إن دور ضمانة الدفاع فى تأمين حقوق الفرد و حرياته يبدو أكثر لزوماً فى مجال الإتهام الجنائى ، بإعتبار أن الإدانة التى قد يؤول إليها قد تفصل من الناحية الواقعية بينه و بين الجماعة التى ينتمى إليها، منهية - أحياناً - آماله المشروعة فى الحياة، و يتعين بالتالى أن يكون حق النيابة العامة فى تقديم أدلة الإتهام موازناً بضمانة الدفاع التى يتكافأ بها مركز المتهم معها - فى إطار النظام الاختصامى للعدالة الجنائية - كى يتمكن بوساطتها من مقارعة حججها ، و دحض الأدلة المقدمة منها. و لقد غدا أمراً مقضياً أنه إذا كان حق الدفاع - فى هذا المجال - يعنى فى المقام الأول حق المتهم فى سماع أقواله، فإن حق الدفاع يغدو سراباً بغير اشتماله على الحق فى سماعه عن طريق محاميه، ذلك أن ما قد يبدو واضحاً فى الأذهان لرجال القانون، يكون شائكاً محاطاً بغلالة كثيفة من الغموض بالنسبة إلى غيرهم أياً كان حظهم من الثقافة، و بوجه خاص إزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الإتهام، و خفاء جوانبها المتعلقة بالقواعد التى تحكم الأدلة، بما يعزز الاقتناع بأنه بغير معونة المحامى الذى يقيمه الشخص بإختياره، وكيلاً عنه إذا كان قادراً على الوفاء

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 3 لسنة 10 قضائية ، تاريخ الجلسة 1993/1/2م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 13 لسنة 12 قضائية ، تاريخ الجلسة 1992/2/2م .

بأتعابه، أو معونة من تندبه المحكمة له إذا كان معسراً، فإنه قد يدان بناء على أدلة غير متعلقة بواقعة الاتهام أو غير جائز قبولها "[1] .

وقضت المحكمة كذلك بأن " لكل جزاء جنائى أثراً مباشراً يرتد إلى طبيعته ، يتمثل فى حرمان الشخص من حقه فى الحياة أو من حريته أو من ملكه ، وكان منطقياً بالتالى ، أن تقيم الدول المتحضرة تشريعاتها الجزائية وفق أسس ثابتة ، تكفل بذاتها إنتهاج الوسائل القانونية السليمة سواء فى جوانبها الموضوعية أو الاجرائية ، لضمان ألا تكون العقوبة أداة عاصفة بالحرية ، تقمعها أو تقيدها بالمخالفة للقيم التى تؤمن بها الدول الديموقراطية فى إرتباطها بالمقاييس المعاصرة لمفهوم الجزاء ، ومن خلال ما يعكسها من مظاهر سلوكها على إختلافها ، وكان لازماً على ضوء هذا الاتجاه ، أن تقرر الدساتير التقدمية القيود التى إرتأتها على سلطة المشرع فى مجال التجريم ، تعبيراً عن إيمانها بأن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها فى غير ضيرورة تمليها مصلحة إجتماعية لها إعتبارها ، واعترافاً منها بأن الحرية فى أبعادها الكاملة لا تنفصل عن حرمة الحياة ، وأن الحقائق المريرة التى عايشتها البشرية على إمتداد مراحل تطورها ، تفرض نظاماً متكامل الملامح يكفل للجماعة مصالحها الحيوية ، ويصون ـ فى إطار أهدافه ـ حقوق الفرد وحرياته الأساسية ، بما يحول دون إساءة إستخدام العقوبة ، تشويها لأغراضها . كذلك فإن العقوبة التى يفرضها المشرع فى شأن جريمة حدد أركانها ، تبلور مفهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التى تستهدفها ، والتى لا يندرج تحتها رغبة الجماعة أو حرصها على إرواء تعطشها للثأر والانتقام ، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم تكفيراً عما أتاه ، وإن أمكن القول إجمالاً بأن ما يعتبر جزاء جنائياً ، لا يجوز أن يقل فى مداه عما يكون لازماً لحمل الفرد على أن ينتهج طريقاً سوياً ، لا تكون الجريمة مدخلاً إليه ،ولا يكون إرتكابها فى تقديره ـ إذا ما عقد العزم عليها ـ أكثر فائدة من تجنبها"[2] .

كما جرى قضاؤها على أنه " وحيث إنه عن النعي بانتهاك النص التشريعي المحال للحق في الحرية الشخصية بالمخالفة لنص المادة (54) من الدستور القائم، على قول من أنه لكل إنسان أن يحمي حياته على النحو الذي يرى ملاءمته، وأن حزام الأمان قد يحول في الحوادث الجسام دون تيسير خروج قائد السيارة المنكوبة منها وصولا إلى عدم دستورية تأثيم الامتناع عن هذا الالتزام، فإنه غير سديد، ذلك أن المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن ضمان الحرية الشخصية لا يعني غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها، ذلك أن صون الحرية الشخصية يفترض بالضرورة إمكان مباشرتها دون قيود جائرة تعطلها وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة وتسوغها ضوابط حركتها، ذلك أن الدستور أعلى قدر الحرية الشخصية، فاعتبرها من الحقوق الطبيعية الكامنة في النفس البشرية الغائرة في أعماقها، والتي لا يمكن فصلها عنها، ومنحها بذلك الرعاية الأوفى والأشمل توكيدا

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 6 لسنة 13 قضائية ، تاريخ الجلسة 1992/5/16م .

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 37 لسنة 15 قضائية ، تاريخ الجلسة 1996/8/3م .

لقيمتها، وبما لا إخلال فيه بالحق في تنظيمها، وبمراعاة أن القوانين الجنائية قد تفرض على الحرية الشخصية - بطريق مباشر أو غير مباشر - أخطر القيود وأبلغها أثرا، ويتعين بالتالي أن يكون إنفاد القيود التي تفرضها القوانين الجنائية على الحرية الشخصية رهنا بمشروعيتها الدستورية، ويندرج تحت ذلك أن تكون محددة بصورة يقينية لا التباس فيها، ذلك أن هذه القوانين تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لها كي يدافعوا عن حقهم في الحياة، وكذلك عن حرياتهم، التي تعكسها العقوبة، ومن ثم كان أمرا مقضيا أن تصاغ النصوص العقابية بما يحول دون انسيابها أو تباين الآراء حول مقصدها أو تقرير المسألة الجنائية في غير مجالاتها، عدوانا على الحرية الشخصية التي كفلها الدستور. متى كان ذلك، وكان الثابت بأن المشرع بما له من سلطة تقديرية يفاضل بها بين البدائل المختلفة تحقيقا للصالح العام، راعي تعاظم مخاطر حوادث السير في الطريق العام، ومبلغ الأضرار العائدة فيه على حياة الأفراد والصحة العامة، والسلامة العامة، ومبلغ الأضرار المترتبة عليها سواء في حاضر ومستقبل المواطنين أو في تبعاتها المالية والصحية، فأوجب على قائد السيارة ومن يجلس بجواره أن يستخدم حزام الأمان أثناء السير في الطريق بالسيارة، مراعيا في ذلك الحفاظ على سلامته من المخاطر الجسيمة التي قد يتعرض لها كأثر لحوادث الطريق، متخذا في سبيل ذلك من النص المحال - في النطاق المحدد سلفا - التزاما قانونيا متبوعا بعقوبة عن الامتناع عن اتباعه، فإن هذا القيد الذي قرره المشرع يهدف إلى تحقيق الصالح العام. لما كان ذلك، وكان المشرع قد صاغ هذا القيد على نحو واضح جلي لا لبس فيه ولا غموض محددا على نحو قاطع شخص الملتزم به، وهو قائد السيارة أيا كان نوعها، معينا شروط إعمال هذا القيد من أن يكون السائق في وضع السير في الطريق، موضحا الركن المادي، لهذه الجريمة في صورة الامتناع عن استخدام حزام الأمان أثناء السير في الطريق، كاشفا عن الركن المعنوي لهذه الجريمة التي تقع - شأنها في ذلك شأن عموم الجرائم التنظيمية - إما بالعمد وإما بالإهمال في صورتين بديلتين تقوم الجريمة بإحداهما، فإن النص المحال في هذا الإطار يكون قد وافق صحيح أحكام الدستور في التجريم، وقد خلا من قالة الاعتداء على الحرية الشخصية "[1] .

كما قضت بأنه " وحيث إن الحق في المعاش - إذا توافر أصل استحقاقه وفقا للقانون - ينهض التزاما على الجهة التي تقرر عليها. وهو ما تؤكده قوانين التأمين الاجتماعي - على تعاقبها - إذ يتبين منها أن المعاش الذي تتوافر - بالتطبيق لأحكامها - شروط اقتضائه، عند انتهاء خدمة المؤمن عليه وفقا للنظم المعمول بها، يعتبر التزاما مترتبا بنص القانون في ذمة الجهة المدينة. وإذا كان الدستور قد خطا بمادته السابعة عشرة خطوة أبعد في اتجاه دعم التأمين الاجتماعي، حين ناط بالدولة، أن تكفل لمواطنيها خدمات التأمين الاجتماعي بما في ذلك تقرير معاش لمواجهة بطالتهم أو عجزهم عن العمل أو شيخوختهم في الحدود التي بينها القانون، وكذا اعتباره أموال التأمينات والمعاشات أمواله خاصة، وجعلها وعوائدها حقا للمستفيدين منها لتعود

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 31 لسنة 32 قضائية ، تاريخ الجلسة 2018/6/2م .

ثمرتها عليهم دون غيرهم، بما يكفل لكل مواطن المعاملة الإنسانية التي لا تمتهن فيها آدميته، والتي توفر لحريته الشخصية مناخها الملائم، ولضمانة الحق في الحياة أهم روافدها، وللحقوق التي يمليها التضامن بين أفراد الجماعة التي يعيش في محيطها، مقوماتها، بما يؤكد انتماءه إليها، وتلك هي الأسس الجوهرية التي لا يقوم المجتمع بدونها، والتي تعتبر المادة (8) من الدستور الحالي مدخلا إليها "[1] .

كما استقر قضاؤها على أنه " إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الدستور إذ ناط بالدولة ـ وفقاً لمادته السابعة عشرة ـ أن تكفل لمواطنيها خدماتهم التأمينية ـ الاجتماعية منها والصحية ـ بما فى ذلك تقرير معاش لمواجهة بطالتهم وعجزهم عن العمل أو شيخوختهم " فى الحدود التى بينها القانون " ، فذلك لأن مظلة التأمين الاجتماعى التى يمتد نطاقها إلى الأشخاص المشمولين بها ، هى التى تكفل لكل مواطن الحد الأدنى من المعاملة الإنسانية التى لا تمتهن فيها آدميته ، والتى توفر لحريته الشخصية متطلباتها ولضمانه الحق فى الحياة أهم روافدها ، بما يكفل إنتماءه للجماعة التى يعيش فى محيطها ، ويصون مقوماتها . متى كان ذلك ، وكان مناط طلب الإنتفاع بالخدمات الاجتماعية والصحية التى عينها المشرع ، أن يكون القانون الصادر بها قد فصلها مبيناً كذلك شروط إستحقاقها ليكون سريانها على الأشخاص المشمولين بها لازماً عند تحققها ، وكان القانون الصادر فى شأن صندوق الخدمات الصحية والاجتماعية لأعضاء الهيئات القضائية التى حددها ، قد جاء مجهلاً بنوعها ونطاقها وشروط طلبها ، فإن قالة إهدار النص المطعون فيه للمادة 17 من الدستور ، لا يكون لها من محل[2] .

كما قضت المحكمة الدستورية العليا كذلك بأن " الحق فى التنمية ـ وعلى ما تنص عليه المادة الأولى من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية ـ وثيق الصلة بالحق فى الحياة وكذلك بالحق فى بناء قاعدة اقتصادية تتوافر أسبابها وعلى الأخص من خلال اعتماد الدول ـ كل منها فى نطاقها الإقليمى ـ على مواردها الطبيعية ليكون الانتفاع بها حقاً مقصوراً على أصحابها وقد أكد الاعلان الصادر فى 4/12/1986 عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى شأن التنمية 128/41 أهميتها بوصفها من الحقوق الانسانية التى لا يجوز النزول عنها وأن كل فرد ينبغى أن يكون مشاركاً إيجابياً فيها ، بإعتباره محورها ، واليه يرتد عائدها وأن مسئولية الدول فى شأنها مسئولية أولية تقتضيها أن تتعاون مع بعضها البعض من أجل ضمانها وإنهاء معوقاتها ، وأن تتخذ التدابير الوطنية والدولية التى تيسر الطريق إلى التنمية بما يكفل الأوضاع الأفضل للنهوض الكامل بمتطلباتها وعليها أن تعمل ـ فى هذا الإطار ـ على أن تقيم نظاماً اقتصادياً دولياً جديداً يؤسس على تكافؤ الدول فى سياستها وتداخل علائقها وتبادل مصالحها وتعاونها وهذه التنمية هى التى قرر المؤتمر الدولى لحقوق الانسان المنعقد

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 2 لسنة 40 قضائية ، تاريخ الجلسة 2018/7/7م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 29 لسنة 15 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/5/3م .

فى فيينا خلال الفترة من 14 الى 25 يونيو 1993 ارتباطها بالديموقراطية ويصون حقوق الإنسان واحترامها وأنها جميعاً تتبادل التأثير فيما بينها ، ذلك أن الديموقراطية اساسها الارادة الحرة التى تعبر الأمم من خلالها عن خياراتها لنظمها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وإسهامها المتكامل فى مظاهر حياتها على اختلافها كذلك فإن استيفاء التنمية لمتطلباتها ـ وبإعتبارها جزءاً لا يتجزأ من حقوق الإنسان لا يقبل تعديلاً أو تحويلاً ـ ينبغى أن يكون إنصافاً لكل الأجيال لتقابل احتياجاتها البيئية والتنموية وعلى تقدير أن الحق فى الحياة وكذلك صحة كل إنسان يتعرضان لأفدح المخاطر من جراء قيام البعض بالإغراق غير المشروع لمواد سمية أو لجواهر خطرة أو لفضلائهم ونفايتهم ومن ثم يدعو المؤتمر الدول جميعها لأن تتعاون فيما بينها من أجل مجابهة هذا الاغراق غير المشروع ، وأن تقبل التقيد بكل معاهدة دولية معمول بها فى هذا المجال وتنفيذها تنفيذاً صارماً " [1] .

وقضت المحكمة الدستورية العليا كذلك بأنه " وحيث إنه بالبناء على ما تقدم، فإن هذه المحكمة تباشر رقابتها على النصين المطعون عليهما في ضوء الأحكام التي تضمنها الدستور القائم الصادر 2012 وحيث إن المدعين ينعون على النصوص المطعون فيها إهدارها الحماية المقررة لحق الملكية الخاصة، وإخلالها بمبدأي المساواة والعدل بين أفراد المجتمع فضلاً عن مخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية، ومن ثم جاءت تلك النصوص مصادمة لأحكام المواد (2، 32، 34، 38، 40، 119) من دستور عام 1971 وحيث إنه لما كانت الملكية في إطار النظم الوضعية، التي تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة، لم تعد حقا مطلقا، ولا هي عصية على التنظيم التشريعي، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدستور وإن كفل حق الملكية الخاصة، وأحاطه بسياج من الضمانات التي تصونها، وتدرج كل عدوان عليها، إلا أنه في ذلك كله لم يخرج عن تأكيده على الدور الاجتماعي لحق الملكية، حيث يجوز تحميلها ببعض القيود التي تقتضيها أو تفرضها وظيفتها الاجتماعية، طالما لم تبلغ هذه القيود مبلغاً يصيب الحق في جوهره أو يعدمه جل خصائصه؛ لما كان ذلك، وكان المشرع قد استهدف من النصوص الطعينة الحفاظ على العقارات، باعتبارها ثروة قومية، يجب العمل على إطالة عمرها، بترميمها وتعهدها بالصيانة، بما يصونها، مما قد تتعرض له من احتمالات السقوط أو الانهيار المفاجئ، الذي يعرض الأرواح والأموال للخطر، محققاً بذلك مصلحة المالك على المدى البعيد، ببقاء ملكه قائماً لآماد طويلة، دون قصر الأمر على معادلة ضيقة بين تكلفة الترميم والإصلاح، وغلة العقار، في لحظة زمنية محدودة، كما أن المشرع، وقد ناط بالجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم فحص المباني، وتحديد ما يلزم لها من صيانة وترميم، بما لها من حيدة وخبرة فنية، وإتاحته الطعن في قراراتها أمام القضاء، لا يكون قد قصد إلى مصادرة إرادتهم، أو قدم مصلحة على أخرى، وإنما هدف إلى الحث على سرعة اتخاذ قرار الترميم والإصلاح، فضلاً عن أن المشرع حرص على توزيع أعباء الترميم والصيانة بين المالك وشاغلي العقار،

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 34 لسنة 15 قضائية ، تاريخ الجلسة 1996/3/2م .

بنسب معينة، وفقاً لتاريخ إنشائه، وهو بذلك يكون قد أقام توازناً بين مصلحة المالك في الحفاظ على ملكه، وتعهده بالصيانة والترميم، ومصلحة شاغلي العقار من المستأجرين في استيفاء حقوقهم في منفعة العقار، بما يؤدي في النهاية إلى تحقيق الصالح العام، الأمر الذي يصون الملكية ويحفظها على أصحابها، ويكفل في الوقت ذاته أداءها لوظيفتها الاجتماعية، ومن ثم فإن النعي بإهدار حق الملكية الخاصة يكون على غير أساس "[1] .

المطلب الثانى
حرية الزواج والحق فى اختيار الزوج
Liberté de mariage

تعد حرية الزواج وكذا الحق فى اختيار الزوج من المبادئ التى أغفلتها الوثيقة الدستورية ، فلم يعن المشرع الدستورى بالنص عليها صراحةً بين دفتى الدستور ، بيد أن المحكمة الدستورية العليا قد اعترفت لهذا الحق بقيمة دستورية غدا بها معياراً للرقابة على دستورية التشريعات المختلفة .

فمتى أهدر المشرع العادى هذا المبدأ ـ حال سنه للتشريعات المختلفة ـ وشرع لما يناقضه وصم ما خطه بيده بكونه غير دستورى لمغايرته لمبدأ دستورى ضمنى اعترفت له المحكمة الدستورية العليا بقيمة دستورية وهو حرية الزواج وما يتفرع عنه من الحق فى اختيار الزوج والحق فى تكوين الأسرة.

ولقد استوفى الحق فى الزواج كمبدأ دستورى شروط إعمال المبادئ الدستورية الضمنية والتى عرضنا لها سلفاً ، فهو من ناحية جاء متوافقاً مع نصوص الدستور القائمة بل ونابعاً منها ، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا حالما أماطت اللثام عن العلاقة الوثقى بين حرية الزواج وحرمة الحياة الخاصة ، فضلاً عن الترابط بينها وبين الحرية الشخصية والحق فى الخصوصية على نحو يجعل من غير الجائز الفصل بين حرية الزواج وحرمة الحياة الخاصة وما يتبعها من صون الحق فى الخصوصية ، أو التدخل تشريعياً فى العلائق الزوجية للحد من فرص الاختيار إلا لمصلحة جوهرية لها ما يظاهرها .

فقد جرى قضاؤها على أن " الحرية الشخصية أصل يهيمن على الحياة بكل أقطارها ، لا قوام لها بدونها ، إذ هى محورها وقاعدة بنيانها ، ويندرج تحتها بالضرورة تلك الحقوق التى لا تكتمل الحرية الشخصية فى غيبتها ومن بينها الحق فى الزواج وما يتفرع عنه من تكوين أسرة وتنشئة أفرادها وكلاهما من الحقوق الشخصية التى لا تتجاهل القيم الدينية أو الخلقية أو تقوض روابطها ، ولا تعمل كذلك بعيداً أو انعزالاً عن التقاليد التى تؤمن بها الجماعة التى يعيش الفرد فى كنفها ، بل تعززها وتزكيها وتتعاظم بقيمتها بما يصون حدودها ويرعى مقوماتها ، وإذ كان الزوجان يفضيان لبعضهما البعض بما لا يأتمنان غيرهما عليه ، ولا يصيخان سمعاً لغير نداءاتهما ، ويتكتمان أخص دخائل العلائق الزوجية لتظل مكوناتها بعيداً عن إطلال

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 230 لسنة 25 قضائية ، تاريخ الجلسة 2013/6/2م .

الآخرين عليها ، وكان امتزاجهما يتم فى وحدة يرتضيانها يتكاملان من خلالها ويتوجان بالوفاء جوهرها ، ليظل نبتها مترامياً على طريق نمائها ، وعبر امتداد زمنها ، وكانت علاقة الزوجية بأوصافها تلك تعد نهجاً حميماً ونبعاً صافياً لأدق مظاهر الحياة وأبلغها أثراً فإن الزواج يكون فى مضمونه ومرماه عقيدة لا تنفصم عراها أو تهن صلابتها ، وتصل روابطها فى خصوصيتها إلى حد تقديسها . ولا يجوز التدخل تشريعياً فى العلائق الزوجية للحد من فرص الاختيار التى تنشئها ، وتقيمها على أساس من الوفاق والمودة ، وذلك مالم تكن القيود التى فرضها المشرع على هذا الاختيار عائدة فى بواعثها إلى مصلحة جوهرية لها ما يظاهرها ، تسوغ بموجباتها تنظيم الحرية الشخصية بما لا يهدم خصائصها ، ذلك أن تقييد الحرية الشخصية لغير مصلحة جوهرية لا يغتفر ، وبوجه خاص إذا أصابها فى واحد من أهم ركائزها بأن تعرض دون مقتض لحق من يريد الزواج فى اختيار من يطمئن إليه ، ويقبل طواعيةً عليه ، ليكونا معاً شريكين فى حياة ممتدة تكون سكناً لهما ويتخذان خلالها أدق قراراتها وأكثرها ارتباطاً بمصائرها ، وبما يصون لحياتهما الشخصية مكامن أسرارها وأنبل غاياتها "[1] .

كما أكدت المحكمة على أن خلو الدستور المصرى من النص على حرية الزواج أو الحقوق التى تتفرع عنها كالحق فى اختيار الزوج ، لا يعنى إنكارها بحسبان أن الحق فى الخصوصية يشملها بالضرورة باعتباره مكملاً للحرية الشخصية ـ ومن ثم فإن المحكمة على هذا النحو قد طرقت باب المبادئ الدستورية الضمنية واعتدت بها فى مرجعيتها لرقابة دستورية القوانين ، فقضت بأن " نص المشرع الدستورى على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون ثم فرع عن هذا الحق حقاً آخر وهو الحق فى صون الرسائل البريدية والبرقية والهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال تقديراً لحرمتها ، فلا يصادرها أحد أو ينفذ إليها من خلال الاطلاع عليها إلا بأمر قضائى يكون مسبباً ومحدوداً بمدة معينة وفقاً لأحكام القانون إلا أن هذا الدستور لم يعرض البتة للحق فى الزواج ولا للحقوق التى تتفرع عنه كالحق فى اختيار الزوج . بيد أن إغفال النص على هذه الحقوق لا يعنى إنكارها ذلك أن الحق فى الخصوصية يشملها بالضرورة باعتباره مكملاً للحرية الشخصية التى يجب أن يكون نهجها متواصلاً ليوائم مضمونها الآفاق الجديدة التى تفرضها القيم التى أرستها الجماعة وارتضتها ضوابط لحركتها ، وذلك انطلاقاً من حقيقة أن النصوص الدستورية لا يجوز فهمها على ضوء حقبة جاوزها الزمن ، بل يتعين أن يكون نسيجها قابلاً للتطور كافلاً ما يفترض فيه ،اتساقاً مع حقائق العصر "[2] .

وإذا كان الحق فى الزواج قد جاء متوافقاً مع النصوص الصريحة للدستور المصرى ، فإنه من ناحية أخرى جاء متفقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ونابعاً من سراجها المنير ـ بحسبان أن الأسرة هى أساس المجتمع قومها الدين والأخلاق والوطنية ، وأن الحق فى اختيار الزوج هو مدخلها باعتباره طريق تكوينها ، وقد

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 23 لسنة 16 قضائية ، تاريخ الجلسة 1995/3/18م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 23 لسنة 16 قضائية ، تاريخ الجلسة 1995/3/18م .

تواترت الأدلة من الكتاب والسنة على حق الإنسان في الزواج فمن الكتاب قال تعالى " وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ" [1]

وقال تعالى " وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"[2] .وقال تعالى " وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهْهُنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ "[3] .

وقال عز وجل " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُون " [4] .

وهو من سنن المرسلين ، قَالَ تَعَالَى :" وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً "[5] . ومن السنة الشريفة حَدِيثِ عَبدِاللهِ بنِ عَمرٍو رضي اللهُ عنهما: أَنَّ النَّبِيَّ صلى اللهُ عليه وسلم قَالَ: "الدُّنْيَا مَتَاعٌ، وَخَيْرُ مَتَاعِ الدُّنْيَا الْمَرْأَةُ الصَّالِحَةُ"[6] .

وقد وصفت المرأة الصالحة في حديث أَبِي هُرَيرَةَ رضي اللهُ عنه قَالَ: "قِيلَ لِرَسُولِ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم: أَيُّ النِّسَاءِ خَيْرٌ؟ قَالَ: الَّتِي تَسُرُّهُ إِذَا نَظَرَ وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَ، وَلَا تُخَالِفُهُ فِيمَا يَكْرَهُ فِي نَفْسِهَا وَمَالِهِ"[7] .

وما رواه أبو هريرة رضى الله تعالى عنه وأرضاه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " حَقٌّ على الله عَوْنُ مَنْ نَكَحَ الْتِماسَ العَفافِ عَمَّا حَرَّمَ الله "[8] .

وعن أبي هريرة- رضى الله تعالى عنه وأرضاه قال : قالَ النَبيُّ صَلَّىٰ الله عَلَيهِ وَسَلَم: "تَزَوَّجُوا فإنِّي مُكاثِرٌ بِكُمُ الأُمَمَ وَلَا تَكُونُوا كرهبانية النصارى "[9] . وقالَ النَبيُّ صَلَّىٰ الله عَلَيهِ وَسَلَم " النِّكَاحُ سُنَّتِي فَمَنْ لَمْ يَعْمَلْ بِسُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي وَتَزَوَّجُوا فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَمَنْ كانَ ذَا طَوْلٍ فَلْيَنْكِحْ وَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَعَلَيْهِ بِالصِّيَامِ فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وجاء"[10] .

---

(1) سورة البقرة الآية 235.
(2) سورة النساء الآية 3.
(3) سورة النور الآية 32.
(4) سورة الروم الآية 21 .
(5) سورة الرعد الآية 38.
(6) رواه مسلم فى الصحيح .
(7) رواه النسائى فى السنن .
(8) فى صحيح الجامع ٣١٥٢.
(9) حديث صحيح عن أبي أمامة صحيح الجامع ٢٩٤١.
(10) حديث صحيح عن عائشة رضي الله عنها صحيح الجامع ٦٨٠٧.

وقد ارتكزت المحكمة الدستورية العليا على الشريعة الإسلامية فى إرسائها لحرية الزواج ، ومن ذلك قضاؤها بأن " الزواج مستقر الأنفس وقاعدة أمنها وسكنها، ولا قوام لقوة الأسرة وتراحمها بعيدًا عنه إذا التزم طرفاه بإطاره الشرعى ، وتراضيا على انعقاده ، ذلك أن الزواج شرعًا ليس إلا عقدًا قوليًا يتم ممن هو أهل للتعاقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين فى مجلس العقد، وبشرط أن تتحقق العلانية فيه من خلال شاهدين تتوافر لهما الحرية والبلوغ والعقل، يكونان فاهمين لمعنى العبارة ودلالتها على المقصود منها ، ومن الفقهاء من يقول بأن للمرأة البالغة العاقلة أن تباشر الزواج لنفسها، ذلك أن الله تعالى أسنده إليها بقوله عز وجل " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ " وقال عليه السلام " الأيم أحق بنفسها من وليها . والبكر تستأذن من نفسها"[1] .

كما أكدت المحكمة أن الحق فى تكوين الأسرة لا ينفصل عن الحق فى صونها ، فقضت بأنه " أورد الدستور وفى إطار المقومات الأساسية للمجتمع التى تنتظم المصريين جميعاً ، فلا يتوجهون لغيرها أو ينعزلون عنها ـ أحكاماً رئيسية ترعى الأسرة المصرية ـ سواء فى خصائصها أو على صعيد الأفراد الذين يكونونها ـ هى تلك التى فصلتها النصوص الدستورية ، وقد دل على أن الحق فى تكوين الأسرة لا ينفصل عن الحق فى صونها على امتداد مراحل بقائها ، لتأمينها بما يخل بوحدتها ، أو يؤثر سلباً فى ترابطها ، أو فى القيم والتقاليد التى تنصهر فيها ، بل يزكيها كافلاً لبنيانها تراحما أوثق ، ولأطفالها إشرابهم مبادئها ، ومعاونتهم على صون أعراضهم وعقولهم وأموالهم وأبدانهم وعقيدتهم مما ينال منها أو يقوضها وكذلك اختيار أنماط من الحياة يتعايشون معها ، فلا تتفرق الأسرة التى تضمهم وهى بنيان مجتمعهم ولا تتنصل من واجباتها قبلهم ، بل تتحمل مسؤوليتها عنهم صحياً وتعليمياً وتربوياً .بل إن الأسرة فى توجهاتها لا تعمل بعيداً عن الدين ولا عن الأخلاق أو الوطنية ، ولكنها تنميها ـ وعلى ضوء أعمق مستوياتها وأجلها شأناً ـ من خلال روافد لا انقطاع لجريانها ، ويتصدرها إرساء أمومتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها ، والتوفيق بين عمل المرأة فى مجتمعها وواجباتها فى نطاق أسرتها وبمراعاة طابعها الأصيل بوصفها الوحدة الأولى التى تصون لمجتمعها تلك القيم والتقاليد التى تؤمن بها ، وتثبيتاً لها وتمكيناً منها "[2] .

أضف إلى ما سلف أن الحق فى الزواج وما يتفرع عنه من الحقوق الأخرى لم ينسلخ عن أيديولوجية الدستور المصرى والتى تقوم فى أساسها على الاعتراف بالحرية الفردية ولذا أكدت المحكمة الدستورية العليا على أن حق اختيار الزوج مرتبط ارتباطاً وثيقاً بخواص الحياة العائلية ، فضلا عن كونه من العناصر التى تؤثر فى تكامل الشخصية الإنسانية باعتباره مبلوراً لإرادة الاختيار فيما هو لصيق بذاتية كل فرد ، فقضت المحكمة الدستورية العليا بأن " حق اختيار الزوج لا يمكن أن يكون منفصلاً عن خواص الحياة العائلية ، أو واقعاً وراء حدودها إذ يتصل مباشرةً بتكوينها ، وهو كذلك من العناصر التى تؤثر فى تكامل الشخصية الإنسانية باعتباره مبلوراً لإرادة

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 23 لسنة 16 قضائية ، تاريخ الجلسة 1995/3/18م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 74 لسنة 17 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/3/1م .

الاختيار فيما هو لصيق بذاتية كل فرد ، وكاشفاً عن ملامح توجهاته التى يستقل بتشكيلها ، ولا يعدو إنكاره أن يكون إخلالاً بالقيم التى تقوم عليها الحرية المنظمة . وهو كذلك يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة ، وما يتوخاه من صون الحرية الشخصية بما يحول دون تقييدها بوسائل إجرائية ، أو وفق قواعد موضوعية لا تلتئم وأحكام الدستور التى تمتد حمايتها كذلك إلى ما يكون من الحقوق متأصلاً بالحرية الشخصية مرتبطاً بمكوناتها ، توقياً لاقتحام الدائرة التى تظهر فيها الحياة الشخصية فى صورتها الأكثر تآلفاً وتراحماً "[1] .

وفى ذات المضمار أكدت المحكمة على أن اختيار الزوج يعد مدخلا للحق في تكوين الأسرة والذى يعد من الحقوق وثيقة الصلة بالحرية الشخصية ، فقضت بأن " الحق فى تكوين الأسرة ـ واختيار الزوج مدخلها ـ من الحقوق التى كفلها الدستور ، وذلك أن هذا الحق وثيق الصلة بالحرية الشخصية ، وهى الحرية الأصل التى تهيمن على الحياة بكل أقطارها ، ولا تكتمل الشخصية الإنسانية فى غيبتها ، وهو كذلك من الحقوق الشخصية التى لا تتجاهل القيم الدينية ، أو تقوض روابطها أو تعمل بعيداً عنها ، أو تتقرر انعزالاً عن التقاليد التى تؤمن بها الجماعة التى يعيش الفرد فى كنفها ، بل تزكيها وتتعاظم بقيمتها بما يصون حدودها ويرعى مقوماتها ، ذلك أن الزوجين ومن خلال الأسرة التى كوناها يمتزجان فى وحدة يرتضيانها ، يتكاملان بها ويتوجان بالوفاء جوهرها ليظل نبتها متراميا على طريق نمائها وعبر امتداد زمنها ، مؤكداً حق الشريكين فيها فى أن يتخذ من خلالها أدق قراراتهما وأوثقها ارتباطاً بمصائرهما ، بما يصون لحياتهما الشخصية أعمق أغوارها ، فلا يقتحم المشرع متغولا على أسرارها وأنبل غاياتها ، وإلا كان ذلك عدواناً ينال من الدائرة التى تظهر فيها الحياة العائلية فى صورتها الأكثر تآلفاً وتراحماً . والحق فى تكوين الأسرة محدود على النحو المتقدم لا ينفصل بالضرورة عن الحق فى صونها على امتداد مراحل بقائها " لتأمينها بما يخل بوحدتها أو يؤثر سلباً فى ترابطها أو فى القيم والتقاليد التى تنصهر فيها ، وبما يكفل تنشئة أطفالها وتقويمهم ، وتحمل مسؤولياتهم صحياً وتعليمياً وتربوياً ، فلا تتفرق الأسرة التى تضمهم جميعاً ـ وهى الوحدة الأساسية لمجتمعها ـ بدداً ولا يكون التعاون بين أفرادها هامشياً أو مرحلياً أو انتقائياً ، بل عريضاً وفعالاً ، ليظل اتصالهم ببعض ، كافلاً لدمجهم فى محيطها وإشرابهم مبادئها وتقاليدها التى لا زال الدين يشكلها فى الأعم بمظاهرها وعلى الأخص فى مجال اختيار أنماط الحياة التى يتعايش معها أفراد الأسرة الواحدة ، ويرتضونها طريقاً لتوجهاتهم بما يصون أعراضهم وعقولهم وأموالهم وأبدانهم وعقيدتهم مما ينال منها أو يقوضها ، وكلما كان التنظيم التشريعى لبنيان الأسرة ملتئماً مع الدين والأخلاق والوطنية نابعاً من ضرورة إسهامها فى الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية على تباين مستوياتها ، فإن قودها لها يكون واقعاً حياً منبئاً حقاً وعدلاً عن إطار تقدمىّ لمجتمعها "[2] .

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 23 لسنة 16 قضائية ، تاريخ الجلسة 1995/3/18م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 33 لسنة 15 قضائية ، تاريخ الجلسة 1995/12/2م .

كما قضت المحكمة بأن " المشرع الدستورى نص على أن الأسرة أساس المجتمع وأن قوامها الدين والأخلاق والوطنية ، وأن الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد ـ هو ما ينبغى الحفاظ عليه وتوكيده وتنميته فى العلائق داخل مجتمعها ، وأن الأمومة والطفولة قاعدة لبنيان الأسرة ورعايتها ضرورة لتقدمها ، .....، وأن المجتمع مقيد كذلك بضرورة التمكين للقيم المصرية الأصيلة ، وبصون الأخلاق وحمايتها ، وبأن يكون للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية ـ محدد موقعها ودورها على ضوء أعمق مستوياتها وأرفعها شأناً ـ روافد لا انقطاع لجريانها "[1] .

وإذا كان الدستور قد نص على أن الأسرة أساس المجتمع فإن قيامها لا يكون إلا بطريق الزواج ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

ولقد جاء منهج المحكمة الدستورية العليا فى هذا السياق متسقاً مع الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، والموقع عليها فى روما بتاريخ 1950/11/4م من الدول الأعضاء فى مجلس أوروبا ، وهو الأمر الذى نوهت عنه المحكمة ذاتها حينما قضت بأنه " تنص المادة (8) من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية على حق كل شخص فى ضمان الاحترام لحياته الخاصة ولحياته العائلية . ولا يجوز لأى سلطة عامة التدخل فى مباشرة هذا الحق إلا وفقاً للقانون ، وفى الحدود التى يكون فيها هذا التدخل ضرورياً فى مجتمع ديمقراطى لضمان الأمن القومى أو سلامة الجماهير أو رخاء البلد اقتصادياً ، أو لتوقى الجريمة أو انفراط النظام أو لصون الصحة أو القيم الخلقية أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم . ويجب أن يقرأ هذا النص متصلاً ومترابطاً بالمادة (12) من هذه الاتفاقية التى نص على أن لكل الرجال والنساء عند بلوغهم سن الزواج الحق فيه ، وكذلك فى تأسيس أسرة وفقاً لأحكام القوانين الوطنية التى تحكم مباشرة هذا الحق ، وبمراعاة أمرين أولهما : أن جوهر الحق فى الزواج ليس إلا اجتماعاً بين رجل وامرأة فى إطار علاقة قانونية يلتزمان بها ، ولأيهما بالتالى أن يقرر الدخول فيها أو الإعراض عنها . ثانيهما : أن الحقوق المنصوص عليها فى المادتين (8 ، 12) من تلك الاتفاقية ـ وعملاً بمادتها الرابعة عشرة ـ لا يجوز التمييز فى مباشرتها لاعتبار يقوم على الجنس أو العرق أو اللون أو اللغة أو العقيدة أو الرأى السياسى أو الأصل القومى أو الاجتماعى أو المولد أو الثروة أو الانتماء إلى أقلية عرقية أو بناءً على أى مركز آخر"[2] .

وفى فرنسا يلاحظ أن الدستور الفرنسي لم ينص صراحة على حرية الزواج أو الحق في اختيار الزوج رغم النص على حرمة الحياة الخاصة في إعلان الحقوق الصادر عام 1789م ، ورغم ذلك اعتد المجلس الدستوري بحرية الزواج وأضفى عليها الصفة الدستورية ، باعتبارها إحدى الحريات الدستورية الضمنية التى يجب أن يرعها البرلمان والحكومة فيما يشرعان له من نصوص .

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 33 لسنة 15 قضائية ، تاريخ الجلسة 1995/12/2م .

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 23 لسنة 16 قضائية ، تاريخ الجلسة 1995/3/18م .

وقد أكد المجلس الدستوري القيمة الدستورية لحرية الزواج في غير قرار له [1] ومن ذلك قراره باعتبار حرية الزواج جزء من الحرية الشخصية المنصوص عليها في المادتين الثانية والرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر عام 1789م .

وقد أتيح للمجلس الدستوري الرقابة على نصوص القوانين وميزان مدى دستوريتها بالنظر إلي حرية الزواج في العديد من القرارات التي صدرت عنه ، خاصة فيما يتعلق بالنصوص التي تحول دون استخدام الزواج لغايات التحايل ، وقد أتيح للمجلس كذلك التقرير بعدم دستورية بعض نصوص القوانين على أساس مخالفتها لمبدأ حرية الزواج[2] .

ففى ظل صمت الكتلة الدستورية (المجموعة الدستورية فى فرنسا) عن التصريح بالقيمة الدستورية لحرية الزواج والحق فى اختيار الزوج ، وجد المجلس الدستوري نفسه مضطرا للتصدى لتلك المسألة ففي قراره رقم 93-325 DC المؤرخ في 13 أغسطس / آب 1993 قرر المجلس أن "مبدأ حرية الزواج هو أحد مكونات الحرية الفردية" الذي تحميه المادتان الثانية والرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789م .

وفى هذا يقرر المجلس الدستورى أن :

((le principe de la liberté du mariage est une composante de la liberté individuelle » protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789)).

ويلاحظ أن المجلس الدستورى في تكريسه لحرية الزواج ـ كإحدى الحريات الدستورية التي يتعين على البرلمان والحكومة رعايتها فيما يشرعانه من قوانين ولوائح ـ يربط بينها وبين الحرية الفردية المؤطرة بنص المادة 66 من دستور الجهورية الخامسة الحالي الصادر عام 1958م ، فالحرية الفردية من وجهة نظر المجلس الدستورى تحوى بين عضديها حرية الذهاب والإياب والحق في الخصوصية ومنها أيضا حرية الزواج والحق في اختيار الزوج ، وهذا التأويل من قبل المجلس الدستورى يوارى سوءة الكتلة الدستورية التي باتت عاجزة عن تأمين هذه الحرية المهمة بنص صريح ، بما ينطوى عليه من سد لثغرات النصوص الدستورية المكتوبة [3] .

---

(1) Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC ; Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC ; Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC ; Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC.

(2) Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, cons. 105 à 107 ; décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, cons. 94 à 97.

(3) Cc, déc. no 2012-261 QPC, 22 juin 2012 . Cc, déc. no 2012-261 QPC, op. cit., cons. 5; Cc, déc. no 2012-260 QPC, op. cit., cons. 4. Cc, déc. no 2006-542 DC, op. cit., cons. 4; Cc, déc. no 2012-261 QPC, op. cit., cons. 5. 35. Cc, déc. no 2012-260 QPC, op. cit., cons. 4.

ومع تعدد قرارات المجلس الدستورى التى تناولت حرية الزواج بات مسلما أن حرية الزواج غدت عنصرا من عناصر الحرية الشخصية ، التى تتناولها المادتان الثانية والرابعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789م[1] .

ويلاحظ أن المجلس الدستورى رغم اعترافه بالقيمة الدستورية لحرية الزواج إلا أنه أجاز تقييد هذه الحرية في بعض الحالات وبصفة خاصة حالما يتعلق الأمر بما يسمى بالزواج الوهمى أو الزواج الاحتيالى المعروف بمسمى الزواج الأبيض أو الرمادى ، إذ ذهب المجلس بخصوص هذا الزواج إلى أن الأمر متروك للسلطة التقديرية للمدعي العام وصولا إلى التعرف على مدى صحة هذا الزواج وجديته من عدمه ، وأكد المجلس على حق النيابة العامة فى تعليق أو إلغاء حفل الزفاف ، وأكد المجلس أن على النيابة العامة ضرورة التحقق قبل البدء فى اتخاذ أى إجراء[2] .

وفى قرار آخر أكد المجلس الدستوري على أن حرية الزواج يمكن تأطيرها وتقييدها بشرط أن تكون هذه القيود الواردة على الحرية الدستورية لها ما يبررها غير فالتة من عقالها[3] وإلا انحلت عدوانا على الحرية التى باتت تستبغ بالصفة الدستورية .

وفى ذات المضمار ذهب المجلس فى قرار له إلى دستورية القيود التى أوردها قانون الخامس من آذار عام 2007م رائده فى ذلك أن الزواج ليس عملاً شخصيًا بحتًا ، وإنما هو عمل تشاركى اجتماعى يترتب عليه مجموعة من الآثار التى تتصل بغير المتزوجين ومنها على سبيل المثال إعلان ولادة طفل ، والاعتراف به ، وإعمال السلطة الأبوية المتعلقة بالأطفال ، وإعلان اختيار أو تغيير اسم الطفل ، فضلا عن أن للزواج نتائج هامة ليس فقط على الصعيد الشخصي لما يرتبه من حق الإرث ، لكل هذه الاعتبارات يجوز المجلس الدستورى تأطير حرية الزواج بما يناسب الآثار المترتبة عليها .

(1) Le conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 2003-484 du 20 novembre 2003, rappelé que la liberté matrimoniale est un principe à valeur constitutionnelle protégé aux articles 2 et 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789.

(2) Décision du Conseil constitutionnel du 20 novembre 2003.

(3) Décision du Conseil constitutionnel du 29 juin 2012.

المطلب الثالث
حرية التعاقد
Liberté de contracter

تعتبر حرية التعاقد من أهم المبادئ التى أضفت عليها المحكمة الدستورية العليا قيمة دستورية بحسبانها من الحريات التى تتكامل بها الحرية الشخصية ، فالحرية الشخصية لا تقتصر على تأمينها ضد مختلف صور العدوان البدنى بل تمتد لتظل بفروعها حماية هذه الحرية فى جانبها المعنوى والذى لا يعنى هاهنا سوى أن يكون للفرد حرية الاختيار وسلطة التقرير التى يتعين أن يمتلكها كل فرد لا يشاطره فيها أحد.

وتجد حرية التعاقد سندها الدستورى فى كونها وثيقة الصلة بالحق فى الحرية وحماية الخصوصية ، فهى فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية ، فإنها وثيقة الصلة بالحق فى الملكية وذلك بالنظر إلى الحقوق التى ترتبها العقود فيما بين أطرافها ، أيا كان الدائن بها أو المدين بأدائها ، بيد أن هذه الحرية التى لا يكفلها انسيابها دون ضابط ، ولا انسلاخها من كل قيد عليها ، ولا علوها على مصالح ترجحها ، وإنما يدنيها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها لا تعطلها تلك القيود التى تفرضها السلطة التشريعية عليها بما يحول دون انفلاتها من كوابحها ، ويندرج تحتها أن يكون تنظيمها لأنواع من العقود محدداً بقواعد آمرة تحيط ببعض جوانبها ، غير أن هذه القيود لا يسعها أن تدهم الدائرة التى تباشر فيها الإرادة حركتها ، فلا يكون لسلطانها بعد هدمها من أثر .

أضف إلى ما سلف أن حرية التعاقد لم يعن المشرع الدستور بالنص عليها صراحةً بين طيات الوثيقة الدستورية ، وإنما استمدت هذه الحرية صفتها الدستورية من تقرير المحكمة الدستورية بهذه الصفة بعد توافر شروط إعمال المبادئ الدستورية الضمنية بالنسبة لها ، والتى عرجنا على سردها سلفاً ، فحرية التعاقد لا تنفصم عن النصوص الدستورية المشرعة والتى أكدت على الحق فى الخصوصية وحماية الحرية الشخصية ، فضلاً عن التأكيد على حرية التملك والحق فى الملكية ، ومن ناحية أخرى فهى إحدى القواعد التي كرستها الشريعة الإسلامية الغراء حيث أرست مبدأ الحرية الشخصية ومنحت للفرد الحق فى التملك .

ولذا لم يك مستغرباً أن ترسى المحكمة الدستورية العليا الحق فى ممارسة هذه الحرية بحسبانها من ناحية أولى تعتبر قاعد أساسية يقتضيها الدستور صوناً للحرية الشخصية ، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا حين قضت بأن " حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صوناً للحرية الشخصية التى تمتد حمايتها إلى إرادة الاختيار ، وسلطة التقرير التى ينبغى أن تتوافر لكل شخص ، وهى بذلك تتصل اتصالاً وثيقاً بحق الملكية الذى قد يكون هو أو بعض من الحقوق التى تنبثق عنه محلاً للتعاقد ، ومجالاً لإعمال إرادة الاختيار ، وسلطة اتخاذ القرار فى شأن هذا التعاقد ، بما يغدو معه

التدخل بنص آمر يخالف ما تعاقد عليه صاحب حق الملكية أو أحد الحقوق المتولدة عنه منطوياً بالضرورة على مساس من مقومات الأصل فيها كمالها "[1] .

ومن ناحية أخرى فهى وثيقة الصلة بالحق فى الملكية ، فضلا عن أنها تعد حقاً طبيعياً ولازماً لكل إنسان ، مع جواز فرض قيود عليها وفق أسس موضوعية تكفل متطلباتها دون زيادة أو نقصان ، فقضت بأن " حرية التعاقد هى وثيقة الصلة بالحق فى الملكية وقاعدة أساسية يقتضيها الدستور صوناً للحرية الشخصية . وهذه الحرية التى تعتبر حقاً طبيعياً ولازماً لكل إنسان يستحيل وصفها بالإطلاق ، بل يجوز فرض قيود عليها وفق أسس موضوعية تكفل متطلباتها دون زيادة أو نقصان فلا تكون حرية التعاقد بذلك إلا حقاً موصوفاً لا يدنيها من أهدافها إلا قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها ، بين تمردها على كوابحها والحدود المنطقية لممارستها بين مروقها مما يحد من اندفاعها ، وردها إلى ضوابط لا يمليها التحكم . وفى إطار هذا التوازن تتحدد دستورية القيود التى يفرضها المشرع عليها . فإذا ساغ للسلطة التشريعية استثناءً أن تتناول أنواعاً من العقود لتحيط بعض جوانبها بتنظيم آمر ، فإن ذلك لابد وأن يكون مستنداً إلى مصلحة مشروعة "[2] .

كما أكدت المحكمة الدستورية العليا على أنه متى انطوى التشريع على تقييد لحرية الفرد فى التعاقد في نطاق الملكية الخاصة أو أحد مقوماتها دون ضرورة اجتماعية معتبرة فلا مناص من تقرير عدم دستوريته ، فقضت بأن " إيراد المشرع لقاعدة آمرة تنال من حرية المتعاقدين فيما كانت الملكية الخاصة أو أحد مقوماتها محلاً للتعاقد ، يصبح مرهوناً فى مشروعيته الدستورية بما إذا كانت هناك ضرورة اجتماعية ملحة قامت لتبرر إيراد مثل هذه القاعدة الآمرة من عدمه ، فإذا انتفت مثل هذه الضرورة غدت القاعدة الآمرة عدواناً ـ سواءً ما تعلق بكامل حق الملكية أو بعنصر من مقوماتها ـ إن كان ما تضمنته سلباً لإرادة المالك فى كل أو بعض ما تعاقد عليه "[3].

واستقرت المحكمة ـ فى إطار رقابتها للنصوص التشريعية المتصلة بحرية التعاقد ـ على جواز تنظيم بعض العقود استثناءً استناداً إلى مصلحة مشروعة وأكدت على عدم جواز إنهاء السلطة التشريعية لعقود صحيحة أبرمت بين أطرافها وفق أحكام القوانين المعمول بها وأن تدخلها على هذا النحو يلزم اقترانه بالتعويض العادل ، فقضت بأن " حرية التعاقد فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية ، فإنها كذلك وثيقة الصلة بالحق فى الملكية وذلك بالنظر إلى الحقوق التى ترتبها العقود فيما بين أطرافها ، أيا كان المدين بأدائها ، ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها فى مجال الصحة والأمن ودعم آدابها ورخائها العام ، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها ، كتلك التى تدعو للحرية وتنظمها ، أو تعرقل دون حق تدفق التجارة فى سوق مفتوحة تحكمها قوانين العرض والطلب ، وكانت السلطة التشريعية ، وإن ساغ لها استثناءً أن

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 221 لسنة 24 قضائية ، تاريخ الجلسة 2005/3/13م .

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 16 لسنة 17 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/6/7م ، وكذلك حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 68 لسنة 19 قضائية ، تاريخ الجلسة 2005/7/31م .

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 3 لسنة 23 قضائية ، تاريخ الجلسة 2003/4/13م .

تتناول أنواعاً من العقود لتحيط بعض جوانبها بتنظيم آمر يكون مستنداً إلى مصلحة مشروعة ، إلا أن هذه السلطة ذاتها لا يسعها إنهاء العمل بعقود صحيحة دخل أطرافها فيها ، وفق أحكام القوانين المعمول بها عند إبرامها ، ما لم يكن تدخلها على هذا النحو مقترناً بتعويض يقابل الحقوق التى رتبتها ، ويتكافأ معها "[1] .

كما قضت بأن " حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صوناً للحرية الشخصية التى لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن ، بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار ، وسلطة التقرير التى يملكها كل شخص ، فلا يكون بها كائناً يُحمل على ما لا يرضاه ، بل بشراً سوياً . بيد أن حرية التعاقد هذه التى تعتبر فى القضاء المقارن حقاً طبيعياً ، ولازماً كذلك لكل إنسان تطويراً لإرادة الخلق والإبداع ، وانحيازاً لطرائق فى الحياة يختارها ، ويكون بها أكثر اطمئناناً لغده يستحيل وصفها بالإطلاق ، بل يجوز فرض قيود عليها وفق أسس موضوعية تكفل متطلباتها دون زيادة أو نقصان ، فلا تكون حرية التعاقد بذلك إلا حقاً موصوفاً ، ذلك أن الحرية الشخصية لا يكفلها انسيابها دون عائق ، ولا جرفها لكل قيد عليها ، ولا علوها على مصالح ترجحها ، وإنما يدنيها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها ، بين تمردها على كوابحها والحدود المنطقية لممارستها ، بين مروقها مما يحد من اندفاعها ، وردها إلى ضوابط لا يمليها التحكم . وفى إطار هذا التوازن تتحدد دستورية القيود التى يفرضها المشرع عليها ، تقديراً بأن الحرية الشخصية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضرورياً لتنظيمها ، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتضٍ "[2] .

وأكدت المحكمة على أن إعمال هذه الحرية لا يعنى أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائى فى تكوين العقود وتحديد الآثار التى ترتبها ، فتبقى للمشرع سلطة رسم حدود للإرادة لا يجوز أن يتخطاها سلطانها ، فقضت بأن " حرية التعاقد - وأيا كان الأصل الذى تتفرع عنه أو ترد إليه - لا تعنى على الإطلاق أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائى فى تكوين العقود ، وتحديد الآثار التى ترتبها . ذلك أن الإرادة لا سلطان لها فى دائرة القانون العام ، وقد يورد المشرع فى شأن العقود - حتى ما يكون واقعاً منها فى نطاق القانون الخاص - قيوداً يرعى على ضوئها حدوداً للنظام العام لا يجوز اقتحامها ، وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لشكلية ينص عليها . وقد يعيد إلى بعض العقود توازناً اقتصادياً اختل فيما بين أطرافها . وهو يتدخل إيجابياً فى عقود بذاتها محوراً من التزاماتها انتصافاً لمن دخلوا فيها من الضعفاء ، مثلما هو الأمر فى عقود الإذعان والعمل ، لا زال يقلص من دور الإرادة فى عقود تقرر تنظيماً جماعياً ثابتاً كتلك التى تتضمن تنظيماً نقابياً ، بما مؤداه أن للمشرع أن يرسم للإرادة حدوداً لا يجوز أن يتخطاها سلطانها ، ليظل دورها واقعاً فى إطار دائرة منطقية تتوازن فى

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 16 لسنة 17 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/6/7م .

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 16 لسنة 17 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/6/7م ، وكذلك حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 144 لسنة 20 قضائية ، تاريخ الجلسة 2000/3/4م .

نطاقها بدواعى العدل وحقائق الصالح العام ، ومن ثم لا تكون حرية التعاقد ـ محددة على ضوء هذا المفهوم حقاً مطلقاً ، بل موصوفاً ، فليس إطلاق هذه الحرية وإعفاؤها من كل قيد ، بجائز قانوناً ، وإلا آل أمرها سراباً أو انفلاتاً .ومؤدى ما تقدم أن ضمان الحرية لا يعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها ، ذلك أن الحرية تفيد بالضرورة مباشرتها دون قيود جائرة وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التى تقتضيها مصالح الجماعة وتسوغها ضوابط حركتها"[1] .

ومع تأكيد المحكمة الدستورية العليا على أن للمشرع الحق فى التدخل لرسم حدود حرية التعاقد إلا أنها لم تجز فرض أية قيود يتم بها دهم الدائرة التى تباشر فيها الإرادة حركتها أو أن يتم تقويضها ، فقضت بأن " حرية التعاقد فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية ، فإنها كذلك وثيقة الصلة بالحق فى الملكية وذلك بالنظر إلى الحقوق التى ترتبها العقود فيما بين أطرافها ، أيا كان المدين بأدائها ، ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها فى مجال الصحة والأمن ودعم آدابها ورخائها العام ، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها ، كتلك التى تدعو للحرية وتنظمها ، أو تعرقل دون حق تدفق التجارة فى سوق مفتوحة تحكمها قوانين العرض والطلب ، وكانت السلطة التشريعية ، وإن ساغ لها استثناءً أن تتناول أنواعاً من العقود لتحيط بعض جوانبها بتنظيم آمر يكون مستنداً إلى مصلحة مشروعة ، إلا أن هذه السلطة ذاتها لا يسعها أن تدهم الدائرة التى تباشر فيها الإرادة حركتها ، فلا يكون لسلطانها بعد هدمها من أثر ، ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملاً فى تكوين العقود وتحديد الآثار التى ترتبها ، بل يجوز أن يتدخل المشرع لِيُحَمِّلها ببعض القيود التى لا يجوز الاتفاق على خلافها ، بيد أن القيود التى يفرضها المشرع لا يمكن أن تعطل أبداً إعمال هذه الحرية إلا أن الدائرة المنطقية التى تعمل الإرادة الحرة فى نطاقها ـ والتى توازن انفلاتها بضرورة ضبطها بدواعى العدل وبحقائق الصالح العام ـ لا يجوز اغتيالها بتمامها ، وإلا كان ذلك إنهاءً لوجودها ، ودحراً كاملاً للحرية الشخصية فى واحد من أكثر مجالاتها تعبيراً عنها ، ممثلاً فى إرادة الاختيار استقلالاً عن الآخرين ، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها ويؤكد فعاليتها "[2] .

وفى هذا السياق نقرر أن القيود الاستثنائية التى فرضها المشرع على الإرادة بالنسبة لبعض العقود لا يمكن أن تنفى أو تقوض حرية التعاقد بحسبانها الأصل الأصيل والركن الركين فى شتى التصرفات القانونية ، وفى شأن عقود الإيجار قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " الأصل فى الروابط الإيجارية ، أن الإرادة هى التى تنشئها ، فإذا جردها المشرع من كل دور فى مجال تكوين هذه الروابط وتحديد آثارها ، كان تنظيمها آمراً منافياً لطبيعتها ، ومن البديهى أن القيود التى فرضها المشرع على الإجارة اقتضتها أزمة الإسكان ، وضرورة التدخل لمواجهتها بتدابير استثنائية تعتبر من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها ، وقد أصابها بهذا التنظيم الخاص فى كثير من جوانبها ،

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 8 لسنة 16 قضائية ، تاريخ الجلسة 1995/8/5م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 35 لسنة 17 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/8/2م ، وكذلك حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 56 لسنة 18 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/11/15م .

مقيداً عمل الإرادة فى مجالها ، وعلى الأخص فى مجال تحديد الأجرة وامتداد العقد بقوة القانون ، إلا أن الإجارة تظل ـ حتى مع وجود هذا التنظيم الخاص ـ تصرفاً قانونياً ناشئاً عن حرية التعاقد التى أهدرتها النصوص المطعون فيها من خلال إنفاذها التبادل بقوة القانون فى شأن الأعيان التى تعلق بها ، فلا تكون الإجارة عقداً يقوم على التراضى بل إملاءً يناقض أسسها ويقوضها"[1] .

ومن ثم فإن التنظيم الخاص لعقد الإيجار ، لا يغير بأى حال من الأحوال من اعتباره تصرفاً قانونياً ناشئاً عن حرية التعاقد ، باعتبارها أحد روافد الحرية الشخصية ، وهو ما أكدته المحكمة حينما قضت بأن " القيود التى فرضها المشرع على الإجارة ، واقتضتها أزمة الإسكان وحدة ضغوطها ، وضرورة التدخل لمواجهتها بتدابير استثنائية ، تعتبر من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها ، وقد أصابها التنظيم الخاص فى كثير من جوانبها ، مقيداً عمل الإرادة فى مجالها ، وعلى الأخص فى مجال امتداد العقد بقوة القانون ، إلا أن الإجارة تظل ـ حتى مع وجود هذا التنظيم الخاص ـ تصرفاً قانونياً ناشئاً عن حرية التعاقد ، وهى أحد روافد الحرية الشخصية التى كفلها الدستور فوقاً عن كونها متفرعة عن الحق فى الملكية ، لتحيطها من جوانبها المختلفة المبادئ التى أقامها الدستور صوناً للحقوق والحريات التى احتضنها ، وقيداً على كل تنظيم يتناول أياً منها ، أو يمسها فى أحد عناصرها " [2] .

وإمعاناً فى تأكيد هذا المعنى سالف البيان أكدت المحكمة على أن إعمال النصوص القانونية التى اقتضتها الضرورة مرهون بتوافر موجباتها وبقدرها ، وأن التدابير الاستثنائية فى مجال العلائق الإيجارية لا تعتبر حلاً نهائياً لمشكلاتها ، كما أكدت المحكمة على ضرورة عدول المشرع عنها عند زوال مبرراتها ، والاعتداد بحرية التعاقد بوصفها الأصل العام فى شتى التعاقدات ، فقضت بأن " الأصل فى النصوص القانونية التى اقتضتها الضرورة أن يكون إعمالها مشروطاً بتوافر موجباتها وبقدرها . ولا يجوز بالتالى أن تعتبر التدابير الاستثنائية التى تدخل المشرع فى مجال العلائق الإيجارية ـ من أجل ضبطها ـ حلاً نهائياً ودائماً لمشكلاتها ، فلا يتحول المشرع عنها ، بل عليه أن يعيد النظر فيها ، وأن يعدل عنها عند زوال مبرراتها ، وأن تخلى هذه التدابير عندئذٍ مكانها لحرية التعاقد بوصفها الحرية الأصل فى العقود جميعها ، وكلما قدر المشرع إنهاء التدابير الاستثنائية التى كان قد فرضها فى شأن الأعيان المؤجرة ، دل ذلك على أن شروط التعاقد لتأجيرها أضحت عملاً اتفاقياً يكفى لانعقاده أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتيهما مع تطابقهما "[3] .

ومن جماع ما سلف نستخلص أن المحكمة الدستورية العليا تستوجب لتدخل المشرع العادى لتنظيم حرية التعاقد ضرورة توافر مجموعة من الشروط وهى :

أولاً : أن يكون المشرع مدفوعاً حال تدخله لتنظيم حرية التعاقد بتحقيق الصالح العام .

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 71 لسنة 19 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/10/4م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 187 لسنة 20 قضائية ، تاريخ الجلسة 2003/11/3م .
(3) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 78 لسنة 17 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/2/1م .

ثانياً : أن يبادر إلى رفع القيود التى استدعاها ابتداءً متى تسنى له ذلك وتهيئة الظروف .

ثالثاً : ألا ينطوى تدخله بالتنظيم على ما يدهم هذه الحرية أو يقوض ممارستها .

ولقد تواترت الأدلة الشرعية على تأكيد حرية الإنسان فى التعاقد ومنها قوله تعالى " وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا"[1] .

ولفظ الحِلّ يدل على إطلاق العنان للفرد فى أن يفعل أو لا يفعل ، وإن فعل فلا جناح عليه ، والبيع من العقود فدل على إطلاق حرية الإنسان فى التعاقد . وقوله تعالى " وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذا كِلْتُمْ وَزِنُواْ بِالقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً"[2] .

ومن السنة النبوية ما رواه البخارى فى صحيحه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال " رحم الله رجلا سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى " .

وجه الدلالة من الحديث : أن النبى ﷺ دعا للسمح من الناس حال كونه بائعاً أو مشترياً واستخدم لفظة "إذا" التى تدل على التخيير وإطلاق الحرية للإنسان فى أن يبيع أو لا يبيع ، وأن يشترى أولا يشترى . مما يدل على تقرير حرية الفرد فى التعاقد .

وفي فرنسا أكد المجلس الدستوري في قراره الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 2000م[3] ، على القيمة الدستورية لحرية التعاقد Liberté de contracter بقوله : " وقد تضمنت المادة الرابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حرية التعاقد " . والنتيجة التي تترتب على ذلك أن المشرع إذا ما رغب في تنظيم شروط الدخول في التعاقد يجب عليه احترام حرية التعاقد ، ولا يقيدها إلا في حدود المصلحة العامة، أو حماية النظام العام. ولعل أهمية قرار المجلس الدستوري المشار إليه تكمن في أنه جعل حرية التعاقد مبدأ دستوريا مستقلا ، فقد كرس لمبدأ غائب عن الوثيقة الدستورية وإن توارى فى فلسفة النظام الدستورى وأيديولوجيته العامة على نحو مكن المجلس من استخلاصه ضمنا ، كما وسع المجلس الدستوري من هذه الحماية لإنشاء العقود على اختلاف أنواعها .

---

(1) سورة البقرة الآية 275.

(2) سورة الإسراء الآية 35.

(4) Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC, D. 2001. 1766, obs. D. Ribes ; GADS 2010. n° 110-111 ; GAJF, 5 éd. 2009. n° 7 ; RDSS 2001. 89, obs. P.-Y. Verkindt ; RTD civ. 2001. 229, obs. N. Molfessis ; Rec. p. 176.

المبحث الثانى
المبادئ الدستورية الضمنية فى مجال التجريم والعقاب

تعد الدائرة الخاصة بالتجريم والعقاب من أهم المجالات التى أبدعت فيها المحاكم والمجالس الدستورية رغبة منها فى تأمين أكبر قدر من الحماية للأشخاص ، وقد كان للمحكمة الدستورية العليا فى مصر والمجلس الدستورى فى فرنسا دورا رائدا فى هذا المضمار ، ومن ثم فإننا نتناول فى هذا المبحث تطبيقات لبعض المبادئ الدستورية الضمنية التى أرستها المحكمة الدستورية العليا المصرية ، وكذا المجلس الدستوري الفرنسي فى مجال التجريم والعقاب ، وذلك في مطالب أربعة على النحو التالى :

المطلب الأول : عدم جواز ازدواج العقوبة عن الفعل الواحد
المطلب الثانى : تناسب العقوبة وتفريدها
المطلب الثالث : رجعية القانون الأصلح للمتهم

المطلب الأول
عدم جواز ازدواج العقوبة عن الفعل الواحد
Le non-cumul des peines.

أقرّ المشرع الدستورى المصرى وهو بصدد إرسائه لسيادة القانون العديد من المبادئ الهامة فى مجال التجريم والعقاب فنصت المادة (59) من الدستور الحالي على أنه " العقوبة شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " .

والبين من هذا النص أن المشرع الدستورى فى دائرة التجريم والعقاب قد أرسى مجموعة من المبادئ وهى مبدأ شخصية العقوبة ، ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، ومبدأ قضائية العقوبة ، ومبدأ عدم رجعية القوانين العقابية .

ويعنى مبدأ شخصية العقوبة ألا يكتوى بنيرانها سوى من قارف الفعل الذى أثمه المشرع ، بينما يرمى مبدأ الشرعية إلى عدم جواز العقاب إلا على فعل جرمه القانون وبعقوبة خطها المشرع بيده بنصوص صريحة لا تحتمل ثمة تأويل ، وفى ذات السياق فإن مبدأ قضائية العقوبة الذى تضمنه النص الدستورى سالف الإيراد لا يعنى سوى أن العقوبة على الفعل المجرم لا يوقعها سوى قاضٍ وفقاً لأحكام القوانين الإجرائية التى تنظم عمل المحاكم وجهات القضاء سواءً أكانت المخالفة جنائية أو تأديبية أو مدنية ، أما مبدأ عدم رجعية القوانين العقابية فيراد به سريان القانون العقابى بأثر فورى ، فلا يسوغ عقاب شخص ما عن فعل اقترفه قبل صدور القانون المجرم له ونفاذه .

ولما كانت القواعد سالفة الإيراد قد تضمنتها النصوص الدستورية بصيغة صريحة وصارت فى فلكها القوانين العقابية إلا أن المحكمة الدستورية العليا وفى سبيل تأكيدها للحقوق والحريات التى قام الدستور صائناً لها استلهمت من أيديولوجية النظام الدستورى وفلسفته بعض المبادئ الدستورية الضمنية ، واتخذت منها معياراً تقيس به مدى دستورية النصوص المعروضة ، وكان من بين ما أرسته المحكمة فى هذا السياق مبدأ عدم جواز ازدواج العقوبة عن الفعل الواحد .

ونعنى بمبدأ عدم جواز ازدواج العقوبة ألا يجرى معاقبة الشخص عن الفعل الواحد المؤثم الذى قارفه أكثر من مرَّة واحدة .

فإذا جرى النص التشريعى على إقرار عقوبتين لسلوك إجراميّ واحد اعتبر هذا النص غير دستوريّ ، ومرد عدم الدستورية هاهنا هو المبدأ الدستوري الضمني والذي يقضى بعدم جواز ازدواج العقوبة .

وفى سبيل إرسائها لهذا المبدأ قررت المحكمة الدستورية العليا أن هذا المبدأ يرتكز على تأكيد للحرية الشخصية ، كما يعد صوناً لحرمة الحياة الخاصة للأشخاص فضلاً عن كونه يعتبر ضمانة أساسية لكرامة المواطن وحقوقه الأساسية .

فخضوع الدولة للقانون يعنى عدم إخلال تشريعاتها بالحقوق الأساسية لكل إنسان ، وهذا يرتب بالضرورة ألا تكون العقوبات التى توقع على الأشخاص مهينة أو ممعنة فى القسوة ، وعدم جواز معاقبة الشخص عن فعل واحد مرتين ، لما يرتبه ذلك من

اعتداءٍ على آدمية الفرد وحقه فى الحياة ، وإهدار للحرية الشخصية التى يكفلها الدستور.

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن " مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد من المبادئ التى رددتها النظم القانونية على اختلافها - ويعتبر جزءاً من الحقوق الأساسية التى تضمنتها الاتفاقيات الدولية لكل إنسان ، ويخل إهداره بالحرية الشخصية التى يعتبر صونها من العدوان ضمانة جوهرية لآدمية الفرد ولحقه فى الحياة ، ذلك أن الجريمة الواحدة لا تزر وزرين ، وباستيفاء من ارتكبها للعقوبة المقدرة لها ، وهى عقوبة لا يفرضها المشرع جزافاً ، وإنما يفرد لكل جريمة العقوبة التى يرتئيها مناسبةً لها ، فإن الحق فى القصاص يكون قد بلغ غاية الأمر فيه . وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء مفهوم ديمقراطى ، مؤداها ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التى يعتبر التسليم بها فى الدول الديمقراطية مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية ، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة ، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التى كفلها الدستور ، واعتبرها من الحقوق الطبيعية التى لا تمس ، ومن بينها ألا تكون العقوبة الجنائية التى توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة فى ذاتها أو ممعنة فى قسوتها ، أو منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية السليمة ، أو متضمنة معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد "[1] .

كما قضت أيضاً بأن " الجريمة فى مفهومها القانونى تتمثل فى الإخلال بنص قانونى ، ووقوعها لا يكون إلا بفعل أو امتناع يتحقق به هذا الإخلال ، والجريمة الواحدة لا تتعدد أو تنقسم بالفعل الواحد ، فقد صار ممتنعاً أن يكون التحرش بالمتهم إيذاء سياسة جنائية تُؤمَن عواقبها أو تستمد دوافعها من نصوص الدستور ، بل هى فى حقيقتها عدواناً على الحرية الشخصية التى كفلها ، مرتقياً بأهميتها إلى حد إدراجها فى إطار الحقوق الطبيعية الأسبق من نشأة الدول بكل تنظيماتها ، حتى عند من يقولون بأن عقداً اجتماعياً قد انتظمها مع المقيمين فيها ، وأنهم نزلوا لها بمقتضاه عن بعض حقوقهم لتمارسها بما يحقق مصالحهم فى مجموعها ، كذلك فإن امتناع معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها ، يفترض ألا تكون بصدد جريمتين لكل منهما خصائصهما ، ولو تتابعتا من حيث الزمان ، أو كانتا واقعتين فى مناسبة واحدة ، والعبرة عند القول بوجود جريمتين هى بحقيقتهما ، لا بأوصافهما التى خلعها المشرع عليهما "[2] .

وتطبيقا لهذا المبدأ انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية الاشتباه فى الصورة التى يقوم فيها على أحكام إدانة سابقة بحسبانه ينطوى فى ذاته على معاقبة للشخص مرتين عن فعل واحد ، الأمر الذى يهدر مبدأ خضوع الدولة للقانون ، حيث جرى قضائها على " ضرورة انتهاج الدولة للوسائل القانونية السليمة ومن بينها عدم معاقبة الشخص عن الفعل الواحد أكثر من مرة ، فالاشتباه لا يعتبر فعلاً ، وهو مقيد

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 3 لسنة 10 قضائية ، تاريخ الجلسة 1993/1/2م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 24 لسنة 18 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/7/5م .

للحرية الشخصية دون مراعاة الوسائل القانونية المتوافقة مع أحكام الدستور ، ويناقض افتراض البراءة ، الاشتباه فى الصورة التى يقوم فيها على أحكام الإدانة السابقة يتمخض عن معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد "[1] .

والمحكمة الدستورية العليا بإقرارها لمبدأ عدم جواز ازدواج العقوبة بالنسبة للشخص عن الفعل الواحد لم تذهب بعيداً عن السياسة الجنائية التى أكدتها والتى تقوم على اعتبار العقاب فى حد ذاته ضرورة اجتماعية ، ومن ثم يتعين أن يكون الفعل المجرم والمطلوب فرض عقاب على إتيانه من الأفعال الممتهنة من منظور المجتمع الذى يسعى إلى اجتثاثها من جذورها ، ومن ثم فإن شبهة اللادستورية تنسلخ عن الجزاء الجنائى متى تقرر الأخير لضرورة اجتماعية لها ما يظاهرها .

وفى هذا الاتجاه تقول المحكمة أن " القانون الجنائى وإن اتفق مع غيره من القوانين فى سعيها لتنظيم علائق الأفراد فيما بين بعضهم البعض ، وعلى صعيد صلاتهم بمجتمعهم ، إلا أن هذا القانون يفارقها فى اتخاذه الجزاء الجنائى أداة لحملهم على إتيان الأفعال التى يأمرهم بها ، أو التخلى عن تلك التى ينهاهم عن مقارفتها ، وهو بذلك يتغايا أن يحدد من منظور اجتماعى ، مالا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوكهم ، بما مؤداه : أن الجزاء على أفعالهم لا يكون مخالفاً للدستور ، إلا إذا كان مجاوزاً حدود الضرورة التى اقتضتها ظروف الجماعة فى مرحلة من مراحل تطورها ، فإذا كان مبرراً من وجهة اجتماعية انتفت عنه شبهة المخالفة الدستورية "[2] .

ومن هذا المنطلق يتعين أن يكون الجزاء معتدلاً لا إفراط فيه ولا تفريط ، على نحو يقيم التوازن بين مصلحة الجماعة فى صون حدودها ومبادئها وتقاليدها وعدم الخروج على مصالحها من ناحية ، ومن ناحية أخرى مرعاة حقوق الإنسان ، ولا يكون ذلك كذلك إلا بعدم الغلو فى إنزال العقاب على الجناة إلى الحد الذى من شأنه أن ينطوى على إهدار لكرامة الإنسان وحريته الشخصية مما يورده مهالك اللادستورية ، ويعد مبدأ عدم جواز ازدواج العقوبة تطبيقاً لهذه السياسة .

فالقانون الجنائى يغاير بقية القوانين فى كونه يتخذ من العقوبة أداة لتقويم ما لا يجوز التسامح فيه اجتماعياً من مظاهر سلوكهم ، وشرط ذلك أن يكون الجزاء الجنائى حائلاً دون الولوغ فى الإجرام ، ملبياً ضرورة أن يتهيأ المذنبون لحياة أفضل مستلهماً أوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها ، نائياً بعقابهم عن أن يكون غلواً أو تفريطاً بما يفقد فاعلية القواعد التى تدار العدالة الجنائية على ضوئها ، ويتعين بالتالى أن يكون الجزاء الجنائى محيطاً بهذه العوامل جميعاً ، وأن يصاغ على هديها ، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره " [3] .

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 3 لسنة 10 قضائية ، تاريخ الجلسة 1993/1/2م .

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 145 لسنة 18 قضائية ، تاريخ الجلسة 2000/6/3م .

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 2 لسنة 20 قضائية ، تاريخ الجلسة 2000/8/5م .

فالجزاء الجنائى له غاية مبتغاة وهى تحقيق الردع العام والخاص فحالما يصل الجزاء إلى حد تحقيق هذه الغاية فلا يسوغ للسلطة التشريعية التمادى فيه إلى حد يبعده عن الغاية التى رنا إليها ، وهذا الاعتبار هو الحد بين الدستورية واللادستورية .

فثمة اعتبارات عينتها المحكمة الدستورية العليا حال رقابتها للجزاء ينبغى أن يلتحف بها كى ينجو الجزاء من السقوط في حمأة اللادستورية ، وتنحصر هذه الاعتبارات فى :

(1) أن يرمى إلى صون مصلحة الجماعة ومبادئها وتقاليدها وعدم الخروج عليها .

(2) أن يكون الهدف من تقرير الجزاء تقويم مالا يجوز التسامح فيه اجتماعياً من مظاهر السلوك .

(3) كون الجزاء الجنائى حائلاً دون الولوغ فى الإجرام .

(4) أن يتغايا تهيئة المذنبين لحياة أفضل .

(5) أن يراعى الجزاء أوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها

(6) أن يكون معتدلاً دون غلو أو تفريط .

(7) ألا ينطوى على إهدار لكرامة الإنسان .

وبإمعان النظر فى هذه الشروط سالفة الإيراد يتضح أن مبدأ عدم جواز ازدواج العقوبة عن الفعل الواحد ليس سوى تطبيقا لهذه الشروط ، بحسبان أن إهدار هذا المبدأ والسماح بازدواج العقوبة أيا كان نوعها مدنية أو تأديبية أو جنائية لا يخرج عن كونه غلواً فى إنزال العقاب ، وتجاوزاً للحد الدستورى الذى أماطت المحكمة الدستورية العليا عنه اللثام ، مما يسقط معه الجزاء فى حومة اللادستورية .

وفى شأن توافر هذه الاعتبارات قضت المحكمة بأن " الجزاء الجنائى يتعين أن يكون محاطاً بهذه العوامل جميعاً وأن يصاغ على ضوئها ، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره ، وكلما استقام الجزاء على قواعد يكون بها ملائماً ومبرراً ، فإن إبدال المحكمة الدستورية العليا لخياراتها محل تقدير المشرع فى شأن تقرير جزاء أو تحديد مداه ، لا يكون جائزاً دستورياً "[1] .

وينبغى أن يكون معلوماً أن مبدأ عدم جواز ازدواج العقوبة عن الفعل الواحد والذى لم يعلنه المشرع الدستورى صراحةً وإنما استخلصه القاضي استخلاصاً من روح الدستور وفلسفته - يرمى إلى عدم جواز إنزال عقوبتين من ذات الجنس ، فلا يسوغ تطبيق عقوبتين تأديبيتين على الموظف المخالف ، ولا يقف حائلاً دون إنزال عقوبة جنائية وأخرى تأديبية متى انطوت الجريمة الجنائية على مخالفة تأديبية ، فهذا مما لا ازدواج فيه ، بحسبان أن كلا من العقوبتين ينتوى الحفاظ على مصلحة معينة بذاتها .

وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقةً فى مضمار الأخذ بمبدأ عدم جواز ازدواج العقوبة عن الفعل الواحد ، فاستعراض العقوبات التى قررتها الشريعة الإسلامية يتضح

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 24 لسنة 18 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/7/5م .

منـه وبجـلاء مـدى التـزام الشـريعة الإسـلامية بهـذا المبـدأ ، فالقتـل العمـد عقوبتـه القـود مصداقاً لقول الله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ "[1] ، والسرقة حدها قطع اليد مصداقاً لقوله تعالى " وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ " [2] ، وفى جميع هذا لم تجمع الشريعة على الجانى عقوبة أخرى من ذات جنس العقوبة المقررة ، وفى هذا ما فيه من تقرير لمبدأ عدم جواز ازدواج العقوبة عن الفعل الواحد .

وفي فرنسا أسبغ المجلس الدستوري في القرار رقم 82-143 الصادر في 30 يوليو 1982م ، على مبدأ عدم جواز الجمع بين العقوبات في مواد الجنايات والجنح الأهمية القصوى حيث يتعين على المشرع العادي أو اللائحي أن يتثبت من عدم مخالفته حال سنه للتشريعات المختلفة ، وهو ما يقال له عدم جواز عقاب الفرد عن ذات الجرم مرتين Le non-cumul des peines باعتباره يشكل مبدأ دستوريا[3] ، بحيث لا يمكن للقانون الخروج عليه ، وإلا خالف بذلك المجموعة الدستورية ، ولكن من الممكن الجمع بين الجزاءات الجنائية والإدارية في حدود مبدأ التناسب، الذي استنبطه المجلس الدستوري من المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في عام 1789م .

(1) سورة البقرة الآية 178 .
(2) سورة المائدة الآية 38.
(4) n° 82-143 DC du 30 juillet 1982 (Blocage des prix et des revenus, cons. 13.

المطلب الثانى
تناسب العقوبة وتفريدها
principe de proportionnalité des péines et crimes. L'individualisation des peines

يعتبر مبدأى تناسب العقوبة وتفريدها من أهم المبادئ التى أرست المحكمة الدستورية العليا دعائمها وفيما يلى نتناول كليهما :

نعنى بمبدأ التناسب بين العقوبة والجريمة أن يكون العقاب المفروض للجريمة متوازياً معها ، داهماً لخطرها دون غلو أو تفريط .

فإذا كان المشرع العادى محروما من أن يؤثم أفعالا فى غير ضرورة اجتماعية ، فإنه ممنوعاً كذلك من أن يقرر عقوبة بما يجاوز قدر هذه الضرورة ، فالجزاء الجنائى ينبغى أن يكون معتدلاً لا غلواء فيه ، وإلا انجرف ساعتها فى درك سحيق من اللادستورية ، التى مردها حالئذٍ مخالفة الجزاء لمبدأ التناسب الذى أقامت المحكمة الدستورية العليا أوده ، واستنهضته من أيديولوجية النظام الدستورى على مراحل تطوره وتتابع أحقابه .

فالجزاء يتعين أن يكون متناسباً مع الأفعال التى أثمها المشرع أو حظرها ، وينبنى على عدم تناسب الجزاء الجنائى مع خطورة الأفعال التى أثمها المشرع الحكم بعدم دستورية النص التشريعى الذى انبرى عن هذا المبدأ وفسق عن رطبته ، بحسبان أن مقتضى ذلك ولازمه العدوان على الحرية الشخصية.

ولقد أضفت المحكمة الدستورية العليا على هذا المبدأ الصفة الدستورية بعد أن تفيأت ظلاله واستوفى شروط إعمال المبادئ الدستورية الضمنية ، حيث يجد هذا المبدأ أساسه فى النصوص الدستورية التى تتبنى كرامة الإنسان وحريته الشخصية ، كما انبثق هذا المبدأ من أيديولوجية النظام الدستورى القائم وفلسفته وروحه ، فقضت بأنه " جرى قضاء هذه المحكمة على أن شرعية الجزاء ـ جنائياً كان أم مدنياً ـ مناطها أن يكون متناسباً مع الأفعال التى أثمها المشرع ، أو حظرها أو قيد مباشرتها ، فالأصل فى العقوبة هو معقوليتها ، فكلما كان الجزاء الجنائى بغيضاً أو عاتياً أو كان متصلاً بأفعال لا يسوغ تجريمها ، أو كان مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التى يكون معها متناسباً مع خطورة الأفعال التى أثمها المشرع ، فإنه يفقد مبررات وجوده ، ويصبح تقييده للحرية الشخصية اعتسافاً"[1] .

ومن ناحية أخرى استقام هذا المبدأ على قواعد الشرع الحنيف وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا حين ذهبت إلى أن " الأصل فى الجريمة ، أن عقوبتها لا يتحمل بها إلا من أدين كمسئول عنها ، وهى عقوبة يجب أن تتوازن وطأتها مع طبيعة الجريمة موضوعها ، بما مؤداه : أن الشخص لا يزر غير سوء عمله ، وأن جريرة الجريمة لا يؤاخذ بها إلا جناتها ، ولا ينال عقابها إلا من قارفها ، وأن شخصية العقوبة وتناسبها مع الجريمة محلها مرتبطان بمن يعد قانوناً مسئولاً عن ارتكابها ، ومن ثم

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 114 لسنة 21 قضائية ، تاريخ الجلسة 2001/6/2م .

تفترض شخصية العقوبة التى كفلها الدستور ـ شخصية المسئولية الجنائية وبما يؤكد تلازمها . ذلك أن الشخص لا يكون مسئولاً عن الجريمة ، ولا تفرض عليه عقوبتها إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها . ولئن كان ما تقدم يعبر عن العدالة الجنائية فى مفهومها الحق ، ويعكس بعض صورها الأكثر تقدماً ، إلا أن ذلك ليس غريباً عن العقيدة الإسلامية بل أكدتها قيمها العليا إذ يقول تعالى فى محكم آياته " قل لا تسألون عما أجرمنا ولا نسأل عما تعملون " فليس للإنسان إلا ما سعى " ، وما الجزاء الأوفى إلا صنو عمله ، وكان وليد إرادته الحرة ، متصلاً بمقاصدها "[1] .

ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا وهى فى سبيل توكيدها لهذا المبدأ استندت فى ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية التى أكدت على ضرورة التناسب بين الجزاء والفعل المؤثم ، فقد جاءت الأدلة الشرعية تترا مؤكدة هذا المبدأ ومنها قوله تعالى " وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ "[2] .

وقوله تعالى " وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ "[3] وقوله تعالى " وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ "[4] .

ومن السنة النبوية الشريفة ما رواه النعمان بن بشير رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال " من بلغ حداً فى غير حدٍ فهو من المعتدين "[5] .

وينسحب هذا المبدأ على أى نوع من أنواع العقوبة ـ يستوى فى ذلك أن تكون العقوبة مدنية أو تأديبية أو جنائية ، فالجزاء فى كلٍ يتعين أن يأتى متوازناً مع الجريرة التى قارفها الشخص .

ويعد مبدأ تفريد العقوبة من متلازمات الحرية الشخصية التى يفرضها فلسفة النظام الدستورى القائم ، وينضح هذا المبدأ من ذات الدائرة التى بلج منها مبدأ تناسب العقوبة ، فينصهران معاً فى بوتقة واحدة ويشكلان بمجموعهما سراجاً منيراً تتزين به الحرية الشخصية التى قام الدستور صائناً لها .

ويطلق مبدأ تفريد العقوبة أو الجزاء ويراد به المغايرة فى المعالجة الجنائية بين المتهمين وفقاً لمجموعة من الاعتبارات ، وعدم جواز معاملتهم فى الجريمة بوصفهم نمطاً واحداً .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أن مشروعية العقوبة من الناحية الدستورية مشروط بأن يباشر كل قاض سلطته فى مجال التدرج بها وتجزئتها تقديراً لها فى الحدود المقررة قانوناً ، فقضت بأنه " لا تجوز معاملة المتهمين بوصفهم نمطاً ثابتاً ، أو النظر إليهم باعتبار أن صورة واحدة تجمعهم لتصبهم فى قالبها ، بما مؤداه أن الأصل فى العقوبة هو تفريدها لا تعميمها ، وتقرير استثناء من هذا الأصل ـ أيا كانت

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 59 لسنة 18 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/2/1م .
(2) سورة الشورى الآية 40.
(3) سورة البقرة الآية 179.
(4) سورة المائدة الآية 45.
(5) رواه البيهقى .

الأغراض التى يتوخاها ـ مؤداه أن المذنبين جميعهم تتوافق ظروفهم ، وأن عقوبتهم يجب أن تكون واحدة لا تغاير فيها ، وهو ما يعنى إيقاع جزاءٍ فى غير ضرورة بما يفقد العقوبة تناسبها مع وزن الجريمة وملابساتها ، وبما يقيد الحرية الشخصية دون مقتضٍ ، ذلك أن مشروعية العقوبة من زاوية دستورية مناطها أن يباشر كل قاضٍ سلطته فى مجال التدرج بها وتجزئتها تقديراً لها فى الحدود المقررة قانوناً . فذلك وحده الطريق إلى معقوليتها وإنسانيتها جبراً لآثار الجريمة من منظور موضوعى يتعلق بها وبمرتكبها "[1] .

وتطبيقاً لذلك أكدت المحكمة على أن سلطة القاضى فى مجال وقف تنفيذ العقوبة فرع من تفريدها ، فقضت بأن " السلطة التى يباشرها القاضى فى مجال وقف تنفيذ العقوبة ، فرع من تفريدها ، والتفريد لا ينفصل عن المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية ، ويتصل بالتطبيق المباشر لعقوبة فرضها المشرع بصورة مجردة ، شأنها فى ذلك شأن القواعد القانونية جميعها ، وكان إنزالها " بنصها " على الواقعة الإجرامية " محل التداعى ، ينافى ملاءمتها لكل أحوالها ومتغيراتها وملابساتها ، فإن سلطة تفريد العقوبة ـ ويندرج تحتها الأمر بإيقافها ـ هى التى تخرجها من قوالبها الصماء ، وتردها إلى جزاء يعايش الجريمة ومرتكبها ، ويتصل بهما اتصال قرار . وتفريد عقوبة الغرامة ـ وهو أكثر مرونة من تفريد العقوبة السالبة للحرية ـ يجنبها عيوبها باعتباره كافلاً عدالتها ، ميسراً تحصيلها ، حائلاً دون أن تكون وطأتها على الفقراء أثقل منها على الأغنياء ، وكان فرض تناسبها فى شأن جريمة بذاتها إنصافاً لواقعها وحال مرتكبها يتحقق بوسائل متعددة يندرج تحتها أن يفاضل القاضى ـ وفق أسس موضوعية ـ بين الأمر بتنفيذها أو إيقافها ، فإذا سلب القاضى هذه السلطة ، انطوى ذلك على إخلال بخصائص الوظيفة القضائية ، وقوامها فى شأن الجريمة محل الدعوى الجنائية ، تقدير العقوبة التى تناسبها ، باعتبار أن ذلك يعد مفترضاً أولياً متطلباً دستورياً لصون موضوعية تطبيقها"[2] .

كما قضت المحكمة بأن " تفريد عقوبة الغرامة هو أكثر مرونة من تفريد العقوبة السالبة للحرية ـ يجنبها عيوبها باعتبارها أثقل على الفقراء منها على الأغنياء وكان فرض تناسبها فى شأن جريمة بذاتها ، إنصافاً لواقعها وحال مرتكبها ، يتحقق بوسائل متعددة ، يندرج تحتها أن يفاضل القاضى ـ وفق أسس موضوعية ـ بين الأمر بتنفيذها أو إيقافها ، وكان المشرع قد سلب القاضى هذه السلطة بالفقرة الأولى من المادة (157) ، فإنه بذلك يكون قد أخل بخصائص الوظيفة القضائية ، وقوامها فى شأن الجريمة محل الدعوى الجنائية ، تقدير العقوبة التى تناسبها ، باعتبار أن ذلك يعد مفترضاً أولياً ومتطلباً دستورياً لصون عدالة تطبيقها ـ ولا يجوز للدولة فى مجال مباشرتها لسلطة فرض العقوبة صوناً لنظامها الاجتماعى ـ أن ينال من الحد الأدنى لتلك الحقوق التى لا يطمئن المتهم فى غيابها إلى محاكمة تتم إنصافاً ، غايتها إدارة العدالة الجنائية إدارة

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 24 لسنة 18 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/7/5م .

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 24 لسنة 18 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/7/5م .

فعالـة وفقـاً لمتطلباتهـا التـى بينهـا الدسـتور ، وكـان مـن المقـرر أن شخصـية العقوبـة وتناسبها مع الجريمة محلها مرتبطتان بمن يكون قانوناً مسئولاً عن ارتكابها على ضوء دوره فيها ، ونواياه التى قارنتها ، وما نجم عنها من ضرر ، ليكون الجزاء عنها موافقاً لخياراته بشأنها . متـى كـان ذلك وكـان تقدير هذه العناصر جميعها ، داخـلاً فـى إطـار الخصائص الجوهرية للوظيفة القضـائية ، فـإن حرمـان من يباشرون تلك الوظيفة من سلطتهم فـى مجـال تفريـد العقوبـة بمـا يـوائم بـين الصـيغة التـى أفرغت فيهـا ومتطلبـات تطبيقها فى كل حالة بذاتها ، مؤداه بالضرورة أن تفقد النصـوص العقابيـة بواقعها ، فلا تنضـب بالحيـاة ، ولا يكـون إنفاذهـا إلا عمـلاً يعزلهـا عـن بيئتهـا دالاً علـى قسـوتها أو مجاوزتها حد الاعتدال ، جامداً فجاً منافياً لقيم الحق والعدل"[1].

ومن أروع ما قيل فى شأن تفريد العقوبة مـا جـاء فـى الأثـر أن رجـلاً سـأل الإمـام الشافعيّ رحمه الله تعـالى فقـال : زنـا خمسـة أفـراد بـامرأة .. فوجـب علـى أولِهـم القتـل .. وثانيهم الرجم .. وثالثِهم الحد .. ورابعِهم نصفُ الحدِّ ..وآخرهم لا شيء عليه ؟ فأجاب : استحل الأولُ الزنا فصار مرتدًا فوجب عليه القتل .. والثـاني كـان محصـناً .. والثالـثُ غيرَ محصنٍ .. والرابعُ كان عبداً .. والخامسُ مجنونـاً.. فـدل هـذا علـى اعتنـاق الشـريعة الإسلامية لمبدأ تفريد العقوبة .

واعتبـر الشـافعيُّ رحمـه الله تعـالى أن مسـتحل الزنـا مـن المحـاربين فـى الأرض فوجب عليـه حد القتـل مصـداقاً لقولـه تعـالى " إِنَّمَـا جَـزَاءُ الَّـذِينَ يُحَـارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُـولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّـعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ" [2] ، وأمـا الثانى فقد قارف الذنب وهو محصـن فوجب عليـه الرجم عمـلاً بقولـه ﷺ عن عُبَـادَةَ بْـنِ الصَّـامِتِ قَالَ : " قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : (خُذُوا عَنِّي خُذُوا عَنِّـي قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَـةٍ وَنَفْـيُ سَنَةٍ وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّـبِ جَلْدُ مِائَـةٍ وَالرَّجْمُ) [3] .وأما الثالث فقد قارف الذنب وهو غير محصن فعقوبتـه الجلد مصداقاً لقولـه تعـالى " الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ " [4] ، وأمـا الرابـع فقد قارف الذنب حال كونه عبداً فوجب عليه نصف الحد مصداقاً لقولـه تعـالى فـى حـق الإماء " فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَـةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَـا عَلَـى الْمُحْصَـنَاتِ مِـنَ الْعَـذَابِ "[5]. وأما الأخير فلا شـيء عليـه لكونـه غير أهل للتكليف مصداقاً لقول النبـى الكـريم ﷺ " "رفـع القلـم عن ثلاثـة عن النـائم حتـى يستيقظ ، وعـن الصـبي حتـى يبلـغ ، وعـن المجنون حتى يعقل " [6] .

---

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 49 لسنة 22 قضائية ، تاريخ الجلسة 2001/2/53م .
(2) سورة المائدة الآية 33.
(3) رواه مسلم 1690.
(4) سورة النور الآية 2.
(5) سورة النساء الآية 25 .
(6) رواه الإمام أحمد في مسنده .

وفي فرنسا كرَّسْ المجلس الدستوري لمبدأ تناسب العقوبة والجرم principe de proportionnalité des péines et crimes. بمناسبة قراره رقم 89-260 الصادر في 28 يونية 1989م ، وكذلك في القرار الصادر في 30 ديسمبر 1997م ، باعتباره مبدأ دستوريا ، ومما جاء في قرار المجلس الصادر في عام 1989م بمناسبة النظر في الطعن بعدم دستورية القانون الذي دعم سلطات الجزاء للجنة عمليات البورصة ، حيث وضع المجلس التحفظ الذي مفاده (إن مبدأ التناسب يعني خلال كافة مراحل الإجراءات ألا تتجاوز القيمة الإجمالية للجزاءات التي يحتمل أن تصدرها اللجنة القيمة الأعلى لأحد الجزاءات المقررة) [1] .

وكذلك عول المجلس الدستوري في قراراته على مبدأ تفريد العقوبات L'individualisation des peines ولكنه وفي ذات الوقت لم يعط لهذا المبدأ قيمة دستورية [2] . ففي قرار المجلس الدستوري الصادر في 20 يناير 1981م ذكر في حيثياته أنه " إذا كان التشريع الفرنسي قد أفسح مجالا هاما لتفريد العقوبات إلا أنه لم يعطها طابع المبدأ المنفرد والمطلق الذي يسمو بصورة ضرورية وفي كافة الحالات على المبادئ الأخري للعقوبة الجنائية ، وعلى هذا النحو وبافتراض أن مبدأ تفريد العقوبات يمكن اعتباره بمثابة أحد المبادئ الأساسية التي أقرت بها قوانين الجمهورية إلا أنه لا يمكن أن يشكل عقبة أمام المشرع حينما يدع للقاضي أو للسلطات المكلفة بتحديد طرق تنفيذ العقوبات سلطات تقدير واسعة ، وتحديد القواعد التي تضمن العقوبة الفعالة للجرائم " .

بيد أن لجنة التحقيق التي أنشأت في 4 مارس 2004م بشأن موضوع العود في الجرائم الجنائية، أكدت في تقريرها على أنه وإن لم يكرس المجلس الدستوري لمبدأ تفريد العقوبات إلا أنه من الممكن استنباط هذا المبدأ ذاته من قرارات المجلس الدستوري الصادرة في شأن ضرورة العقوبة [3] .

---

(6) n° 89-260 du 28 juillet 1989, cons. 22 et 23 – principe rappelé depuis en des termes identiques, n° 97-395DC du 30 décembre 1997, Loi de finances pour 1998, cons. 41, à propos d'une amende fiscale destinée à sanctionner la délivrance d'une fausse facture). "le principe de proportionnalité impliqu, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues".

(7) CC. n° 80-127DC du 20 janvier 1981, Loi dite « Sécurité et liberté », où le grief tiré de la violation de ce principe est rejeté.

(1) « Dans un certain nombre de décisions, le Conseil a tiré du principe de nécessité des peines l'interdiction des peines « automatiques ». Il en est ainsi en matière de reconduite à la frontière puisque le Conseil a considéré que le fait que « tout arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction de territoire pour une durée d'un an sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté, sans possibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée [...] ne répond pas aux exigences de l'article 8 de la déclaration de 178935. » De même, dans sa décision 99-410 DC du 15 mars 1999, le Conseil a-til sanctionné le caractère automatique de la déchéance des droits civils et politiques consécutive à une déclaration de faillite par le juge commercial. Par ailleurs, le juge constitutionnel a fait usage d'une réserve d'interprétation rendant conforme une disposition qui, à défaut aurait été déclarée contraire à la Constitution du fait de

ولـم يشـأ المجلـس الدسـتوري الفرنسـي أن يسـبغ مبـدأ تفريـد العقوبـة بالصـفة الدستورية إلي أن جاء هذا التكريس في حينه وبصورة طبيعية في قراره رقم 2005-520 الصادر في 22 يوليو 2005 بشأن القانون الخاص بسير جلسة التصديق على مثول المتهم أمام المحكمة على أساس الاعتراف المسبق بالإثم plaider-coupable. ففي هذا القرار أوضح المجلس الدستوري أن القانون الجديد لم يغفل مبدأ تفريد العقوبات، المنصوص عليه في المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادرعام 1789م .

المطلب الثالث
رجعية القانون الأصلح للمتهم
la réroactivité de la loi pénale plus douce

تفادياً للآثار التى تحدثها الرجعية فى محيط العلائق القانونية ، واحتراماً للحقوق المكتسبة ومراعاة لاستقرار المراكز القانونية فإن الأصل الأصيل والركن الركين فى مختلف القوانين هو عدم إعمالها بأثر رجعىّ ، وعلى هذا الهدى نصت المادة 225 من الدستور المصري الحالي على أنه " ..... ولا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية والضريبية النص فى القانون على خلاف ذلك ، بموافقة أغلبية ثلثى أعضاء مجلس النواب " .

وتأكيداً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " المبدأ الدستورى الذى يقضى بعدم سريان أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يرتب لها أثراً على ما وقع قبلها ، وإن كان يستهدف أساساً احترام الحقوق المكتسبة ومراعاة الاستقرار الواجب للمعاملات ، إلا أن الدساتير المصرية المتعاقبة منذ دستور سنة 1923م حتى الدستور الحالى إذ أجازت للمشرع استثناءً من هذا المبدأ أن يقرر الأثر الرجعى للقوانين فى غير المواد الجنائية ـ وذلك بشروط محددة ، تكون قد افترضت بداهةً

---

l'automaticité de la peine, en considérant « que les peines prévues par ces articles, qui peuvent être prononcées pour un montant ou une durée inférieure par le juge, ne sont pas entachées de disproportion manifeste [NB : contrairement à ce qu'indique le rapport parlementaire, il ne s'agit toutefois pas d'une réserve d'interprétation : cf ; décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996,Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique, cons. 27, à propos du délit d'outrage aggravé]. L'incise du juge constitutionnel, soulignant que le juge conserve la possibilité de prononcer des peines inférieures, mérite d'être relevée et atteste de l'importance que le pouvoir d'appréciation du juge revêt à ses yeux. Comme l'a indiqué à la mission le professeur Jean Pradel, il ressort de l'analyse de cette jurisprudence que, si l'individualisation des peines ne relève pas explicitement de la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il ne semble pas infondé de considérer qu'elle possède néanmoins une telle valeur tant l'interdiction continue et répétée des peines automatiques par le juge constitutionnel et son attention quant au respect du principe de nécessité et de proportionnalité des peines tendent à s'assurer de l'individualisation de la peine et de son exécution » (Rapport n° 1718, enregistré à l'Assemblée nationale le 7 juillet 2004.

احتمال أن يؤدى هذا الاستثناء إلى المساس بالحقوق المكتسبة ، وآثرت عليها ما يحقق الصالح العام للمجتمع "[1] .

فالقاعدة هى عدم رجعية القوانين ، والاستثناء هو جواز تطبيقها على وقائع نشأت قبل العمل بها متى نص القانون الجديد على ذلك شريطة موافقة ثلثى أعضاء مجلس النواب ، وأن يكون ذلك فى غير المواد الجنائية أو الضريبية ، فمتى تعلق الأمر بتطبيق مواد جنائية أو ضريبية فلا يسوغ إعمال الأثر الرجعى للقانون حتى ولو وافق ثلثى أعضاء مجلس النواب على ذلك ، بحسبان أن المشرع الدستورى قد استثنى من ذلك القوانين التى تتناول مادة جنائية أو ضريبية .

إذن فالأصل العام الذي دأبت الأنظمة القانونية على إنفاذه وبخاصة فى نطاق القوانين الجزائية يقوم على وجوب السريان الفورى للقواعد القانونية ، وترجمتها النصوص الدستورية إلى تحريم رجعية القوانين ، فنص الدستور المصرى الحالى فى المادة (95) منه على أنه " .....ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " فأرسى المشرع الدستورى بذلك عدم جواز تطبيق النصوص الجزائية إلا على ما يقع فى ظلها من أفعال محرمة .

بيد أن المحكمة الدستورية العليا وفى إطار تأكيدها للحقوق والحريات الفردية قد استنهضت مبدأً جديداً لم ينص عليه المشرع الدستورى صراحة إلا أنها استخلصته استخلاصا من روح الدستور وأيديولوجيته وهو ما أسمته المحكمة برجعية القانون الأصلح للمتهم .

واعتبرت المحكمة هذا المبدأ ضرورة حتمية يقتضيها صون الحرية الفردية مؤداه انتقال القانون الجديد بالفعل من منطقة التجريم إلى منطقة الإباحة ـ وهى الأصل ـ وذلك بسبب تغير فلسفة المجتمع ، وانتفاء الضرورة الاجتماعية التى اقتضت التجريم .

وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا فى غير قضاء لها ، فقضت بأنه " لئن كان الدستور لا يتضمن بين أحكامه مبدأ رجعية القوانين الأصلح للمتهم إلا أن القاعدة التى يرتكز عليها هذا المبدأ تفرضها قواعد الدستور التى تقرر أن الحرية الشخصية حق طبيعى وأنها مصونة لا تمس ، ذلك أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، وما اتصل به من عدم جواز تقرير رجعية النصوص العقابية ، غايته حماية الحرية الفردية وصونها من العدوان عليها فى إطار من الموازنة بين موجباتها من ناحية ، وما يعتبر لازماً لحماية مصلحة الجماعة والتحوط لنظامها العام من ناحية أخرى . وفى إطار هذه الموازنة وعلى ضوئها تكون رجعية القانون الأصلح للمتهم ضرورة حتمية يقتضيها صون الحرية الفردية بما يرد عنها كل قيد غدا تقريره مفتقراً إلى أية مصلحة اجتماعية . ويتحقق ذلك بوجه خاص حين ينتقل القانون الجديد بالفعل كلية من منطقة التجريم إلى دائرة الإباحة ـ وهى الأصل ـ مقرراً أن ما كان مؤثماً لم يعد كذلك ، وأن الفلسفة التى كان القانون القديم ينطلق منها معاقباً على كل فعل يناقضها ، قد أسقطتها فلسفة جديدة اعتنقتها الجماعة فى واحد من أطوار تقدمها بما مؤداه : انتفاء الضرورة

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 114 لسنة 5 قضائية ، تاريخ الجلسة 1985/4/6م .

الاجتماعية الكامنة وراء إنفاذ أحكامه ، ويتعين بالتالى ـ وكلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاع إلى حالها قبل التجريم ـ أن ترد إلى أصحابها الحرية التى كان القانون القديم ينال منها ، وأن يرتد هذا القانون بالتالى على عقبيه إعلاءً لقيم القانون الجديد "[1] .

وأكدت المحكمة أن رجعية القانون الأصلح للمتهم لا تخل بالنظام العام فقضت بأنه " لا تخل رجعية القانون الأصلح للمتهم بالنظام العام ، بل هى أدعى إلى تثبيته بما يحول دون انفراط عقده ، على تقدير أن إعماله منذ صدوره أكفل لحقوق المخاطبين بالقديم وأصون لحرياتهم "[2] .

وبينت المحكمة شرائط إعمال هذا المبدأ الدستورى الضمنى فقضت بأن " القوانين الجزائية التى تقارن ببعض تحديداً لأصلحها للمتهم ، تفترض اتفاقها جميعاً مع الدستور ، وتزاحمها على محل واحد ، وتفاوتها فيما بينها فى عقوباتها ، فلا تغلب من صور الجزاء التى تتعامد على المحل الواحد إلا تلك التى تكون فى محتواها أو شرائطها أو مبلغها أقل بأساً من غيرها وأهون أثراً "[3] .

ومن خلال ذلك فإن سلطة القاضى فى إعمال هذا المبدأ مرهونة بتوافر شروط ثلاثة هى :

1ـ اتفاق جميع القوانين العقابية مع الدستور فإن جاء بعضها متفقاً مع أحكام الدستور والبعض ليس كذلك ، تعين الالتفات عن هذه الأخيرة ، وإنفاذ النصوص العقابية المتفقة مع الدستور شكلا ومضموناً ، وإلا سقط القاضى فى حومة المخالفة الدستورية ، وغدا حكمه مفتقراً إلى أساس قانونيّ سليم .

2ـ أن يكون المحل الذى ترد عليه النصوص العقابية المختلفة واحداً فى جميع الأحوال ، فإن تعدد محل العقاب فلا نكون بصدد إعمال مبدأ الرجعية بحسبان أن كل فعل مؤثم ينفرد بعقوبة تغاير ما هو مقرر لغيره من الأفعال الأخرى المجرمة قانوناً .

3ـ أن تتفاوت النصوص العقابية فيما تقره من الجزاء ، فإن جاءت متفقة فيما بينها على ماهية الجزاء وشدته وأثره فلا وجه لإعمال مبدأ الرجعية .

والأساس الذى ينطلق منه مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم هو الاعتداد بتغير الفلسفة التى تتبناها القوانين المتعاقبة ، فالفلسفة التى يقوم عليها قانون من القوانين والتى تتطلب حماية مصلحة معينة وتقرير العقاب على انتهاكها قد تتغير بتغير الظروف والأحوال الأمر الذى يستدعى تدخل المشرع لتغيير العقاب المقرر سلفاً للاعتداء على هذه المصلحة إما بتخفيف وطأته أو بالانتقال بالفعل من منطقة الحظر إلى دائرة الإباحة .

وهذا الأساس الذى أشرنا إليه هو ما حدا بالمحكمة الدستورية العليا إلى الحكم باعتبار قانون الإيجارات الجديد رقم 4 لسنة 1996م قانوناً أصلح للمتهم ، فقضت بأن " القانون رقم 136 لسنة 1981م ، وإن اشترط لتطبيق العقوبة التى كان القانون رقم

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 12 لسنة 13 قضائية ، تاريخ الجلسة 1992/11/7م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 12 لسنة 13 قضائية ، تاريخ الجلسة 1992/11/7م .
(3) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 48 لسنة 17 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/2/22م .

49 لسنة 1977م قد فرضها فى شأن تقاضى المؤجر لمقدم إيجار ، أن يكون الحصول عليه بما يجاوز أجرة سنتين ، إلا أن القانون اللاحق وهو القانون رقم 4 لسنة 1996م أعاد من جديد تنظيم هذا الموضوع فى شأن الأماكن التى حددتها مادته الأولى ، مقرراً سريان قواعد القانون المدنى دون غيرها فى شأن تأثيرها واستغلالها ، وملغياً كل قاعدة على خلافها ، مؤكداً بذلك استئثار أصحابها بها ، لتخرج هذه الأماكن بذلك من نطاق التدابير الاستثنائية التى درج المشرع على فرضها فى مجال العلائق الإيجارية ، فلا يكون تأجيرها إلا وفق الشروط التى تتطابق بشأنها إرادة مؤجريها مع من يتقدمون لطلبها ، ولو كان من بينها تقاضى المؤجر مقدم إيجار أيا كانت المدة التى يمتد إليها ، وهو ما يعن أن الضرورة الاجتماعية التى انطلق منها الجزاء المقرر بالقانون القديم وتولد عنها ، قد أسقطتها فلسفة جديدة تبنتها الجماعة فى واحد من أطوار تقدمها ، قوامها حرية التعاقد ، فلا يكون الجزاء الجنائى وقد لابس القيود التى فرضها القانون القديم على هذه الحرية ـ إلا منهدماً بعد العمل بالقانون الجديد . إن القانون اللاحق تغايا أن يعيد العلائق الإيجارية إلى الأصل فيها فلا تحكمها إلا حرية التعاقد التى يلازمها بالضرورة أن يكون المتعاقدان على شروطهما التى يناقضها أن يكون الاتفاق على تعجيل الأجرة ـ وهو جائز قانوناً فى شأن الأماكن التى ينظمها القانون الجديد سبباً لتجريم اقتضائها والأفعال التى أثمها القانون السابق بالشروط التى فرضها ، هى ذاتها التى أطلق القانون الجديد الحق فيها ، فلا يكون امتداده إليها إلا ضماناً لصون الحرية الشخصية التى منحها الدستور الرعاية الأوفى والأشمل توكيداً لقيمتها ، بل إن هذا القانون ـ وباعتباره أصلح للمتهم ـ يعتبر متمتعاً بالقوة ذاتها التى كفلها الدستور لهذه الحرية ، فلا يكون القانون السابق حائلاً دون جريانها ، بل منجرفاً بها . إن التجريم المقرر بالقانون السابق ، ارتبط بتدابير استثنائية قدر المشرع ضرورة اتخاذها خلال الفترة التى ظل فيها هذا القانون نافذاً . فإذا دل القانون اللاحق على انتفاء الضرورة الاجتماعية التى لا يكون الجزاء الجنائى مبرراً مع فواتها ، فإن هذا القانون يكون أكثر ضماناً للحرية الشخصية التى كفل الدستور صونها "[1] .

وفى ذات المضمار قضت المحكمة بأن " قضاؤها باعتبار القانون رقم 4 لسنة 1996م أصلح للمتهم ـ قد انبنى على التطبيق المباشر للقواعد الدستورية التى تناولتها ـ فإن حكمها باعتبار هذا القانون كذلك ، يكون متمتعاً بالحجية المطلقة التى أسبغها المشرع على أحكامها الصادرة فى المسائل الدستورية ، وملزماً بالتالى للناس كافة وكل سلطة فى الدولة ، بما فى ذلك جهات القضاء على اختلافها " [2] .

وبعرض هذا المبدأ على القواعد التى تبنتها الشريعة الإسلامية فى مجال التجريم والعقاب يبين أن الشريعة الإسلامية أخذت بهذا المبدأ ، ويدلل على ذلك انحيازها الواضح للإنسان وكرامته وحرصها الشديد على صون حقوقه وحرياته ، بل ودرأ التهمة عنه ما استطاعت لذلك سبيلاً ، وكيف لا وقد بعث الله نبى الإسلام ـ ﷺ ـ رحمة

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 48 لسنة 17 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/2/22م .
(2) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 84 لسنة 17 قضائية ، تاريخ الجلسة 1997/3/15م .

مهداة فقال تعالى " وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ " [1] ، وقوله ـ صلوات ربي وسلامه عليه فيما روته السيدة عائشة رضي الله عنها وأرضاها أن النبي ﷺ قال "إن الرفق لا يكون في شيء إلا زانه ولا ينزع من شيء إلا شانه"[2] .

وفي فرنسا أولى المجلس الدستوري مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم la réroactivité de la loi pénale plus douce رعاية خاصة ، ففي الواقع وبحسب الفقرة الثانية من المادة 112-1 من التقنين العقابي فإن القانون العقابي الأصلح للمتهم يطبق بأثر فوري على ذات الوقائع التي ارتكبت قبل سريان تطبيقه ، طالما لم يصدر فيها حكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي ، فالأمر يتعلق إذن بمبدأ رجعية القانون العقابي الأصلح [3] . وهذا المبدأ لم يرد عليه نص صريح في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، وإذا كان هذا المبدأ قد ورد النص عليه في المادة 15-1 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، إلا أن هذا المبدأ لا يتعلق سوي بالعقوبات وليس بالتجريم ، كما أقرت به محكمة عدل الاتحاد الأوروبي باعتباره أحد المبادئ العامة لقانون الاتحاد الأوروبي .

أما المجلس الدستوري فقد أعطي لهذا المبدأ قيمة دستورية بمناسبة قراره الصادر في 19-20 يناير 1981م . وبهذه المناسبة قرر المجلس الدستوري عدم دستورية النصوص التي استبعدت هذا المبدأ ، وقد استند في قراره على أن "عدم تطبيق القانون الجديد الأكثر مرونة على الوقائع التي ارتكبت في ظل القانون السابق يسمح للقاضي أن يحكم بالعقوبات المنصوص عليها في القانون السابق والتي بحسب تقدير المشرع لم تعد ضرورية "[4] .

---

(1) سورة الأنبياء الآية 107.

(2) صحيح مسلم .

(1) On a pu souligner que « le principe de l'application immédiate ne doit pas, en théorie, être confondu avec la rétroactivité de la loi moins sévère, dite rétroactivité in mitius. Si ce principe revient à appliquer la loi nouvelle à des personnes condamnées avant l'entrée en vigueur de celle-ci, il est selon l'article 112-4 du code pénal « sans effet sur la validité des actes accomplis conformément à la loi ancienne …(F. Stasiak, De l'art d'interpréter la loi, AJ Pénal ; 2006, p. 210.

(2) Décision n° 80-127DC du 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (Sécurité et liberté), cons. 75.

الخاتمة

عرضنا في هذه الدراسة لمصدر من أهم مصادر القانون الدستورى اقتضته ظروف الواقع الدستوري الذي تعبره الأنظمة القانونية وهو ما تناولناه تحت مسمى المبادئ الدستورية الضمنية ، وهو فى نظرنا مصدر متميز عن باقى مصادر القانون الدستوري ، فلا يمكن إدراجه تحت ما يعرف بالمصادر المكتوبة لأنها ـ أي المبادئ الدستورية الضمنية ـ فى حقيقتها ليست مشرعة من خلال وثيقة مكتوبة أو إعلان للحقوق أو مقدمة دستور ، وإنما يجرى استلهامها من مختلف هذه المصادر ، فضلاً عن عدم إمكانية إدراجه تحت مسمى العرف الدستوري لما يتطلبه الأخير من شرائط يصعب تحققها .

وعرجنا بداية على بيان أهمية المبادئ الدستورية الضمنية ، وكيف أن الأخذ بها في النظام الدستوري يعزز الدور الإيجابى للقاضي وبخاصة الدستورى ، وذلك من خلال تفسيره للنصوص الدستورية في مضمار ما يعرض له من أنزعة دستورية ، بحسبان أن التفسير يعد مفترضا أوليا للفصل في المنازعات ، وأن إحاطة القاضي بمعانى النصوص ضرورة لازمة لإنزالها على الوقائع ، فضلاً عن أن الاعتداد بالمبادئ الدستورية الضمنية يؤكد الحقوق والحريات التى قامت الدساتير صائنة لها ، يضاف إلى ذلك الدور الفاعل الذى تقوم به هذه المبادئ في سد ثغرات النصوص الدستورية المكتوبة والتي مهما فصلت السلطة التأسيسية أحكامها وأجلت دقائقها تبقى ـ أي النصوص الدستورية المكتوبة ـ عاجزة عن مجاراة الواقع الدستورى الذى يحتاج دائما إلى نصوص دستورية نابضة بالحياة ، واتبعنا ذلك ببيان الشروط التى يلزم توافرها لقيام المبادئ الدستورية الضمنية وهى اتفاقها مع النصوص الدستورية المكتوبة ، واتفاقها مع مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء ، واتفاقها مع أيديولوجية الدستور ، وتقرير القاضي للصفة الدستورية للمبدأ الضمنى وذلك في إطار ما يمارسه القاضي من دور كاشف ، وأن هذا التقرير يكفى صدوره من قاض أيا كان تخصصه أو نوعية المنازعات التى يقضي فيها ، فلا يشترط الصفة الدستورية في القاضي ، بحسبان أن القاضي أيا كان مجال تخصصه يتعين عليه أولا أن يولى وجهه شطر نصوص الدستور ويقدمها على ما عداها ، واتبعنا ذلك ببيان بعض تطبيقات المبادئ الدستورية الضمنية في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر والمجلس الدستوري في فرنسا وبخاصة فى مجال الحقوق والحريات ، وفي مجال التجريم والعقاب ، ورأينا كيف أن المحكمة الدستورية العليا في مصر ، والمجلس الدستوري في فرنسا قد استطاعا باجتهادهما المطلق أن يكشفا اللثام عن مجموعة من المبادئ الدستورية الضمنية لم يجر النص عليها صراحة فى وثيقة الدستور ولا في غيرها من المصادر الدستورية الأخرى ، بيد أنهما قد أسبغا على هذه المبادئ القيمة الدستورية ، وترتب على ذلك تقرير عدم دستورية كل نص تشريعى يعمل على تقويض المبادئ الدستورية الضمنية ، وذلك من خلال أداء المحكمة الدستورية العليا والمجلس الدستورى لرسالتهما السامية فى رقابة الدستورية .

والله سبحانه وتعالى الهادى إلى سواء السبيل

المصادر والمراجع

أولاً : المراجع العربية :

1- أحمد عطية الله القاموس السياسي دار النهضة العربية القاهرة الطبعة الثالثة 1968م .
2- أحمد فتحى سرور منهج الإصلاح الدستورى دار النهضة العربية القاهرة 2006م .
3- أنور عبدالملك نهضة مصر (تكوين الفكر والأيديولوجية في نهضة مصر الوطنية) رسالة دكتوراة مقدمه من المؤلف لجامعة السوربون باريس 1969م ترجمة حمادة إبراهيم ووجيه عبدالمسيح ، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1980م .
4- ربيع أنور فتح الباب الصراعات الإنسانية والسياسية في الفكر الوضعي والديانات السماوية الجزء الأول ، العوامل الشخصية والاجتماعية في الصراعات الإنسانية والسياسية نظرة تحليلية الطبعة الأولى دار النهضة العربية 1993م.
5-رمزى الشاعر النظام الدستورى المصرى دار النهضة العربية طبعة 1996م .
6- رمزي الشاعر الأيديولوجيات وأثرها فى الأنظمة السياسية المعاصرة دار النهضة العربية طبعة 2005م .
7- صلاح الدين فهمى عبدالغني أثر الواقع السياسي فى تفسير النصوص الدستورية رسالة دكتوراة حقوق عين شمس .
8- طعيمة الجرف القانون الدستوري الناشر مكتبة القاهرة الحديثة بدون تاريخ .
9- عادل عمر شريف قضاء الدستورية رقابة الدستوية في مصر دار الشعب طبعة 1988م .
10- عبدالحق بالفقيه منشور على شبكة الانترنت www.ouazzaneyes.com .
11- عبدالله العروي ـ مفهوم الأيديولوجيا ـ الناشر المركز الثقافي العربي ـ الطبعة الثانية 2012م .
12- عبدالوهاب الكيالي موسوعة السياسة الجزء الأول المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت الطبعة الثالثة 1990م .
13- عوض المر الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية مركز رينية جان دبوى للقانون والتنمية 2003م .
14- عيد أحمد الغفلول فكرة النظام العام الدستورى وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية دار النهضة العربية .
15- فتحى فكرى إرهاصات دستورية ـ قراءة فى دساتير بعض الدول المتحولة إلى الديمقراطية مجلة الدستورية ، العدد التاسع عشر ـ السنة التاسعة أبريل 2011م .
16- محمد رفعت عبدالوهاب القانون الدستورى دار الجامعة الجديدة طبعة 2007م .
17- محمد عبدالشفيع عيسى نظرات تاريخية في الخبرة السياسية العربية والإسلامية المقارنة (نحو مساهمة في النظرية السياسية) مقال منشور في مجلة السياسة الدولية العدد 164 أبريل 2006م .
18- مصطفى أبو زيد فهمى الدستور المصرى طبعة 2012م .
19- مصطفى أبو زيد فهمى الدستور المصرى ورقابة دستورية القوانين طبعة 1985م .
20- موريس دوفرجيه دساتير فرنسا ، ترجمة أحمد حسيب عباس مراجعة الدكتور السيد

صبري وزارة الثقافة والإرشاد القومي الطبعة الثانية 1971م .
21- نعمان الخطيب الأحزاب السياسية ودورها فى أنظمة الحكم المعاصرة دار الثقافة للنشر والتوزيع القاهرة 1983م .
22- هنرى روسيون المجلس الدستورى ترجمة محمد وطفة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع الطبعة الأولى 2001م .
23- يوسف كرم ومراد وهبة ويوسف شلالة المعجم الفلسفي مكتبة يوليو القاهرة بدون تاريخ .

ثانياً : المراجع الفرنسية :

1- Alexis Essono Ovono , Théorie de l'interprétation et pouvoir créateur du juge constitutionnel français , Thèses Toulouse , 2000.
2- D. Ribes ; GADS 2010. n° 110-111 ; GAJF, 5 éd. 2009. n° 7 ; RDSS 2001. 89, obs. P.-Y. Verkindt ; RTD civ. 2001. 229, obs. N. Molfessis ; Rec.
3- Dmitri Georges lavroff, le Droit constitutionnel de la Ve République, 3e éd., Dalloz,1999.
4- Dominique Rousseau, la justice constitutionnelle, en Europe. éd, Montchrestien 4e éd., 1996.
5- Dominique Rousseau, Ya T- il trop de constitutionnalité des lois en France ? in , la constitutionnalisation des branches du droit, collection droit public positif, éd., Economica, 1998.
6- F. Stasiak, De l'art d'interpréter la loi, AJ Pénal ; 2006.
7- Francois Goguel, les Institutions politiques Française cours à l'institut d'études Politiques de paris, 1967 – 1968 .
8- Francois luchaire: la protection constitutionnelle des droits et libertés, 1987.
9- Jean Rivero , le conseil constitutionnel et les libertés, 2e éd., Economica, 1987.
10- Louis Favoreu, "Bloc de constitutionnalité" in "Dictionnaire constitutionnel, sous la direction de Olivier DUHAMEL et Yves MENY , paris, P.U.F. 1992 .
11- Mauro cappelletti, le pouvoir des juges, éd., Economica, 1990.
12- Olivier Duhamel , et Yves Mény , Dictionnaire constitutionnel, 1er éd., p.u.f., 1992.
13- Pierre Avril, Les conventions de la constitution, éd. P.u.f. 1997.

14- Rapport n° 1718, enregistré à l'Assemblée nationale le 7 juillet 2004.
15- Roland Debbasch, droit constitutionnel, , 3e éd., Juris – classeur, 200.
16- Sophie de cacquera, le conseil constitutionnel et les réglements des assemblées, éd., Economica,2001.
17- Tarek Fathy El-Sayed ABO EL-WAFA,Le role politique du juge constitutionnel, étude comparé des systèmes constitutionnels français et égyptien, Thèse Sorbonne, 2005.