

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشروع

أ. بن شهرة العربي
المركز الجامعي تيسمسيلت

ملخص:

إن موضوع السلطة التقديرية للمشرع من بين أهم مواضيع القانون الدستوري التي شغلت بال الفقه وامتدت آثارها إلى القضاء فهي اليوم أصبحت ضرورة لقيام المشرع بالوظائف المسندة إليه دستوريا. فبدونها لا يمكن له أن يقوم بعملية التنظيم و سن القوانين فهي تكاد تستغرق النشاط التشريعي إلا أن التخوف والتغول على حقوق وحرريات المواطنين والعمل على الانتقاص منها عند تنظيمها وعلى هذا الأساس ظهرت رقابة القاضي الدستوري في اطار الرقابة على دستورية القوانين بغية حماية الحقوق والحريات وذلك من خلال ابتداء آليات قانونية يعمل من خلالها القاضي الدستوري على توسيع نطاق الرقابة ليمتد إلى مجال السلطة التقديرية ومن بين أهم هذه الآليات مبدأ الوسائل القانونية السليمة وتقنية الخطأ الظاهر في التقدير وكلاهما يقوم من خلالهما القاضي بعملية التفسير و التقدير إن كانت السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع جاءت في اطار المعقولة.

الكلمات المفتاحية: الرقابة القضائية، السلطة التقديرية، المشرع، الرقابة الدستورية ... الخ .

Abstract:

The issue of the discretionary power of the legislator is one of the most important topics of the constitutional law that has preoccupied the jurisprudence and spread its effects to the judiciary. Today it became necessary for the legislator to carry out the functions entrusted to him constitutionally. Without it can not be the process of regulation and enact laws, it almost takes legislative activity, but the fear and encroach on the rights and freedoms of citizens and work to reduce them when organized and on this basis appeared censorship of the constitutional judge in the framework of the control of the constitutionality of laws in order to protect rights and freedoms, Through the creation of legal mechanisms through which the constitutional judge to expand the scope of control extends to the area of discretion and the most important of these mechanisms the principle of sound legal means and error technique apparent in the assessment, both through the judge the process of interpretation and appreciation The discretion enjoyed by the legislator was within reasonableness.

Keywords: judicial oversight, discretionary authority, legislator, constitutional oversight, etc.

مقدمة:

يحتل الدستور باعتباره حجر الزاوية في قيام دولة القانون المرتبة الأولى في التدرج القانوني، وهو يعلو على غيره من القواعد القانونية، لذا يلزم أن تأتي كافة الأعمال الصادرة عن السلطات العامة مطابقة لأحكامه، إعمالاً لمبدأ سمو الدستور الذي يرتبط بمبدأ الشرعية.

ونتيجة لهذه الأهمية التي يتمتع بها الدستور، فيجب أن يتم تنفيذه وإلا فلن يكون له معنى، فلا أهمية للدستور إن جاز لسلطات الدولة وأجهزتها انتهاك حرمة نصوصه دون جزاء. وعلى هذا الأساس تعتبر الرقابة على دستورية القوانين، وبلا خوف، في مقدمة الوسائل الفنية التي ابتكرها العلم الدستوري لحماية مبدأ الشرعية، فضلاً عن ذلك فإنه يجب على السلطات جميعاً أن تلتزم حدود الدستور، خاصة السلطة التشريعية باعتبارها السلطة القائمة على تنظيم الحقوق والحريات، وباعتبارها ممثلة للإرادة الشعبية، فلا يجب عليها إذا الخروج عن تلك الحدود والضوابط التي وضعها الدستور.

إلا أنه، وفي المقابل لا يعني هذا أن تمارس السلطة التشريعية وظيفتها بصورة آلية، إذ يتعين أن تتمتع عند ممارسة اختصاصاتها بقسط من الحرية حت تتمكن من مواجهة كل المستجدات التي يفرضها الواقع اليومي المعاش وعملها التقدم الذي تشهده الإنسانية في جميع مناحي الحياة.

وفي طار إقامة هذا التوازن بين ضرورة أن تعمل السلطة التشريعية كغيرها من السلطات في إطار قواعد الشرعية الدستورية، وبين ما يتطلبه الواقع اليومي من ضرورة تمتعها بقسط من الحرية، نشأت فكرة السلطة التقديرية، فهذه الأخيرة تعني حرية التدخل الممنوحة لسلطة ما في ممارسة اختصاصاتها القانونية دون الوقوف على إرادة سلطة أخرى، فتعمل على الاختيار والمفاضلة بين الحلول والبدائل المطروحة عليها، على أن يتم اختيار أفضل الحلول في إطار الضوابط الدستورية المفروضة، وهذا ما تعمل عليه السلطة التشريعية باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل في تنظيم مواضيع الحقوق والحريات التي يتمتع بها المواطن .

وإذا كان تتمتع السلطة التشريعية بجانب من حرية التقدير أمر مسلماً في جميع النظم الدستورية المقارنة، فإن سلطاتها هذه ليست مطلقة، لأنه وبحسب تعبير بعض الفقه، فإن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة، فهذه الأخيرة تؤدي إلى الانحراف والخروج عن الضوابط المحددة دستورياً، وانطلاقاً من ذلك كان لابد من خضوعها لرقابة القضاء الدستوري.

ومن هنا يمكن القول بأن السلطة التقديرية للمشرع تعد من أهم مواضيع القانون الدستوري، إن لم تكن أهمها وأدقها على الإطلاق، حيث لم تحظ أية نظرية بدراسة شاملة من جانب الفقه الدستوري مثلما حظيت به السلطة التقديرية، فهي اليوم تمثل عصب الحياة للنشاط التشريعي الذي يقوم به البرلمان .

فإن كان الفقه والقضاء الدستوريين قد استقرا على أن السلطة التقديرية هي أمر لازم للسلطة التشريعية في عصرنا الحاضر كضرورة لا غنى عنها لتحقيق والوصول إلى التشريع المفيد المحقق للمصلحة العامة، فقد استقرا كذلك على أن تجاوزها حدود سلطتها التقديرية هو أمر خطير يؤدي إلى عواقب وخيمة تضر بالمصلحة العامة .

وانطلاقاً من هذا الطرح كان لابد من خضوع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة القاضي الدستوري في ظل وجود جانب من الفقه يرفض إقحام القضاء في هذا المجال، نظراً لما يشكله من خطر على النظام الدستوري القائم في حد ذاته.

وعلى هذا الأساس طرحنا إشكال مفاده: **ما هي صور رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع؟**

ومن أجل الإجابة عن هذا الإشكال ارتأينا معالجة هذا الموضوع ضمن مبحثين كالتالي:

المبحث الأول بعنوان أحكام عامة حول السلطة التقديرية للمشرع وهو بدوره قسمناه إلى مطلبين، حيث تناولنا في المطلب الأول مفهوم السلطة التقديرية للمشرع والتمييز بينها وبين الاختصاص المقيد، وفي المطلب الثاني موقف الفقه من رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، ومبررات هذه السلطة التقديرية .

أما في المبحث الثاني تناولنا الآليات الفنية للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، وهو بدوره كذلك قسمناه إلى مطلبين اثنين، حيث تطرقنا في المطلب الأول لمبدأ الوسائل القانونية السليمة، وضمن المطلب الثاني الخطأ الظاهر في التقدير .

المبحث الأول:

أحكام عامة حول السلطة التقديرية للمشرع

إن السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع تكاد تستغرق النشاط التشريعي، فهي تعتبر الأصل والقيود هو الاستثناء، وهذا عكس السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة، فهذه الأخيرة تخضع للقانون والدستور، وبالتالي تكون مقيدة في كثير من الأحيان، بينما سلطة المشرع التقديرية لا تخضع سوى لأحكام الدستور فقط، وأن نصوص هذا الأخير تكون دائماً مرنة وفضفاضة تترك مساحات كبيرة لعمل المشرع .

وعلى هذا الأساس أردنا ضمن هذا المبحث التعرف على مفهوم السلطة التقديرية للمشرع، والفرق بينها وبين الاختصاص المقيد (المطلب الأول)، ومبررات السلطة التقديرية الممنوحة للمشرع وموقف الفقه من الرقابة القضائية عليها (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للمشرع والتمييز بينها وبين الاختصاص المقيد

ذهب الفقه الدستوري المقارن إلى اعتبار السلطة التقديرية للمشرع على أنها تتمثل في المفاضلة التي يقوم بها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدّر ويعتبر أنها أنسب لمصلحة الجماعة، وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله بالتنظيم⁽¹⁾ .

وفي هذا الإطار يختلط مفهوم السلطة التقديرية بهذا المعنى ببعض المفاهيم الأخرى كالاختصاص المقيد .

الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للمشرع

يقصد بها تمتع السلطة أو الهيئة التي تمارس نشاطا معيناً بقسط من حرية التقدير و هي بصدد ممارسة معظم اختصاصاتها القانونية، وإذا كانت السلطة تعني التحكم والسيطرة، إلا أن الدولة القانونية التي يخضع الجميع فيها لحكم القانون لا تعرف تحكما من أي نوع بين مختلف السلطات حتى بالنسبة للهيئة التأسيسية التي تضع الدستور وتحدد شكل الدولة و طبيعة نظام الحكم. إذ يتعين عليها كذلك أن تتقيد بضرورة الالتزام بالمثل و القيم العليا للجميع، وإلا انقلبت إلى سلطة تحكمية.

و قد عرف كذلك بعض الفقه هذه السلطة التقديرية على أنها: "حرية المشرع في تنظيم أو عدم تنظيم موضوع ما، وحرية في المفاضلة بين البدائل و الخيارات المطروحة بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يريده، دون أن يفرض عليه طريقا بذاته يجب عليه إتباعه."⁽²⁾

وإن نطاق التقدير الذي يمارسه البرلمان فيما يقره من قوانين يفترض لجوازه دستوريا أن يفاضل المشرع وفق أسس منطقية بين بدائل تتراوح جميعها على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وأن جميعها يدور في إطار المصلحة العامة، فلا تطرح هذه البدائل غير حلول منطقية و قانونية ينظر المشرع فيها ليختار أقلها تقييدا للحقوق والحريات التي ينظمها وأعمقها اتصالا بالأغراض التي تستهدفها وبالمصالح التي تعطيها فاعليتها، ومن ثم لا يكون مناط التقدير انحرافا أو التواء، وإنما هو أعمال حكم العقل في شأن حلول مختلفة تتنازع جميعها على الموضوع محل التنظيم، ليعطيها المشرع حقا من التنظيم الموضوعي المجرد من مظاهر الافتعال. بمعنى آخر فإنه يجب لصحة تقدير المشرع أن يحدد الأغراض أو الاهداف النهائية التي يريد تحقيقها من وراء التشريع المزمع إصداره، وأن تكون كذلك الوسائل التي استعملها لتحقيق تلك الأهداف متسقة عقلا ومنطقا مع مقاصد المشرع، فلا يختار بديلا من البدائل المتاحة، والذي يكون من شأنه انتقاص حقوق الأفراد وانتهاكها تحت ستار هذا التنظيم .

وقد عرفت في هذا الإطار المحكمة الدستورية العليا المصرية السلطة التقديرية للمشرع على أنها : "المفاضلة بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها وفق تقديره لتنظيم موضوع محدد" (3) .

أما الفقيه الفرنسي "بوكيل" فيعرف السلطة التقديرية للمشرع على أنها "حرية الاختيار الممنوحة لسلطة ما في ممارسة اختصاصاتها" (4) .

وإذا كانت السلطة التقديرية للإدارة توجد عندما تتمتع الإدارة بقسط من حرية التقدير حال مباشرة اختصاصاتها القانونية، فإن السلطة التقديرية للمشرع توجد أيضا عندما يستطيع تنظيم أي مسألة دون أن يفرض عليه الدستور طريقة لتدخله، أو يلزمه بالتدخل بصورة معينة، أو يملي عليه شروطا معينة تقيد من سلطاته، بحيث تكون له الكلمة الأخيرة في تنظيم المسألة محل تدخله، دون تعقيب من أي من السلطات في الدولة .

وعلى هذا الأساس هناك كذلك من الفقه من يقوم بتعريف السلطة التقديرية للمشرع على العناصر التالية (5):

أولا/ حرية الاختيار بين البدائل المتاحة:

يمكن القول بأن السلطة التقديرية للمشرع تجدد سندها في سكوت نصوص الدستور ذاته عن إلزام المشرع باتخاذ مسلك معين دون سواه، ومن ثم الإقرار له بحق الاختيار بين عدة إجراءات أو وسائل أو بدائل ممكنة يجمع بينها أنها متوافقة مع مبادئ الدستور، وهو ما يعني أن السلطة التأسيسية ارتأت أن تقديرها مقدما لأمر ما، و وضع قاعدة دستورية تحيط به من شأنه عدم تحقيق المصلحة المرجوة في أرقى صورها، وأن تحقيق هذه المصلحة يكون أقرب إذا ما تركت أمر الخيار بين عدة بدائل للمشرع بحسبانه الأكثر اتصالا بالواقع، ويكون الهدف من منح المشرع هذه السلطة التقديرية هو تمكينه من القيام بأعبائه على النحو الذي يحقق الصالح العام حسب تقديره، وهو ما يجعل جوهر الوظيفة التشريعية هو السلطة التقديرية، ومن ثم لا بد من احترامها وإفساح المجال لها .

ثانيا/ اتفاق أغراض التشريع مع اهداف الدستور:

الأصل أن المشرع في كل قاعدة تشريعية بينها إنما يستهدف تحقيق أغراض معينة يكون قصده قد انصرف إليها، وتعتبر هذه الأغراض بمثابة الدوافع التي دفعت لإصدار هذه القاعدة التشريعية، والمفترض كذلك في المشرع أنه لا يستهدف غير تلك الأغراض التي يأذن الدستور بها، أو تلك التي لا يعارضها، وأنه لا يجوز له مطلقا حال مباشرته لاختصاصاته أن تكون له غاية أخرى غير تحقيق الصالح العام. فلا يكفي أن يصدر التشريع مراعيًا لما جاء في الدستور من قواعد وقيود ومتوافقا معها، وإنما يجب أيضا أن يكون هذا التشريع متلائما مع روح الدستور، وما استهدفه من مقاصد وغايات .

وإذا كان المشرع له من السلطة التقديرية ما يتيح له الابتكار والمبادأة، وله أن يختار حال قيامه بتنظيم إحدى الموضوعات من البدائل المتاحة أمامه ما يراه كفيلا بتحقيق الأغراض التي يبتغي تحقيقها من وراء التنظيم، إلا أن

سلطته هذه ليست مطلقة، إذ تعد المصلحة العامة قيда غائيا عليهم، فعليه ألا ينحاز لغرض غير مشروع، فإن أخفى هدفا غير مشروع فيما سنه من قواعد قانونية، لزم القول بمخالفتها للدستور، ولو كان يعمل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق، لأن هذه السلطة تحددها قواعد الدستور .

ثالثا/ التناسب بين الإجراء والغرض:

إذا ما اختار المشرع أحد الحلول أو البدائل المطروحة أمامه، صار هو الإجراء الذي يتدخل به لضبط الموضوع محل التنظيم، وكان الغرض من اتخاذ هذا الإجراء هو تحقيق الصالح العام وتوافر له بذلك عنصران من عناصر السلطة التقديرية، وهما الإجراء والغرض منه⁽⁶⁾، إلا أنه، وعلى فرض توافق هاذين العنصرين مع مبادئ الدستور، فإن ذلك لا يعد كافيا لكون ما أتاه يتفق مع الضوابط القانونية، إلا إذا اتفق الإجراء، والذي هو في هذا النطاق، التشريع مع الغاية والغرض المراد الوصول إليه وتحقيقه. وهو على العموم تحقيق الصالح العام من خلال تكريس وضمان الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في صلب الدستور.

إذا فالتناسب يتعلق في جوهره بالتقدير الذي يجريه المشرع للعلاقة أو الصلة بين النص التشريعي ومحل أو موضوعه أي الأثر القانوني الذي يراد إحداثه من وراء إصداره⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: التمييز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد

قلنا من قبل أن الأصل في السلطة التشريعية أنها سلطة تقديرها ما لم تكن هناك ضوابط و قيود ينص عليها الدستور تؤدي إلى انعدام أو تقييد حرية السلطة التشريعية، و السلطة التقديرية تعني أن للبرلمان حرية المفاضلة بين بدائل و خيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يريده، دون أن يفرض عليه طريق بذاته يجب إتباعه، أو توجيه محدد يتعين عليه التزامه.

والسلطة التشريعية تكاد تستغرق النشاط التشريعي و ليس ثمة مسؤولية على المشرع في تنظيم أي موضوع على وجه معين دون وجه آخر، ولا يقيد في ذلك إلا فكرة المصلحة العامة، باعتبارها هدفا لكل عمل تشريعي وكذلك لكل عمل إداري حتى لا يقع في انحراف في استعمال السلطة⁽⁸⁾.

إلا أن المشرع الدستوري قد يرى أن ثمة حالات تقتضي أن تكون سلطة المشرع فيها مقيدة، وهذا ما نجده كذلك في مجال الحقوق والحريات، حيث يرى المشرع الدستوري أن بعض الحريات يعمل على تنظيمها بنفسه دون أن يترك أمر تنظيمها إلى المشرع. وربما ذلك يرجع إلى التخوف من سوء تنظيم المشرع العادي لهذه الحقوق، في أن ينتقص من أطرها الدستورية، وإما أن هذه الحقوق تكون لها علاقة بنظام الحكم في الدولة ومؤسساتها الدستورية خاصة الحريات السياسية كحق الانتخاب والترشح، وحرية إنشاء الأحزاب السياسية والانضمام إليها. بالإضافة إلى وجود صورة أخرى من الاختصاص المقيد، وهي تلك الحالات التي لا يخرج فيها المشرع الدستوري على نحو يقيد

سلطة المشرع العادي، ومن قبيل ذلك التقييد مثلا العقوبة شخصية، لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون. ويترتب على ذلك أن المشرع العادي لا يستطيع أن يعاقب الأبناء بجريمة الآباء، ولا أن يقرر عقوبة إلا بموجب نص قانوني، ولا يوقع عقوبة بموجب قرار إداري، ولا يمكنه أن يميز الأثر الرجعي للقوانين الجنائية .

إذا فالمقصود بالسلطة المقيدة للمشرع، أن يتدخل المشرع الدستوري و يملّي التصرف الواجب الإتباع من طرف البرلمان حتى دون التفكير أو التردد.

و نفس الشيء نجده لدى الإدارة عندما يلزمها القانون بوجوب التصرف على نحو معين، فيحدد لها الظروف والوقائع التي يجب توافرها لإمكان مباشرة العمل الإداري، و تحدد نوع العمل الذي يتعين على الإدارة القيام به، ويحدد الهدف الذي ينبغي عليها العمل من أجل تحقيقه⁽⁹⁾.

غير أن الفقه يرى أن الأعمال و التصرفات الصادرة من طرف جميع السلطات مهما كانت تشريعية أو تنفيذية وحتى القضائية، لا ينبغي أن تصنف إلى طائفتين. أعمال و تصرفات تقديرية و أخرى مقيدة، بحيث تكون أركان العمل أو التصرف إما مقيدة أو تقديرية، لأن هناك طائفة ثالثة من القرارات، و لعل هي الأهم على الإطلاق لأن العمل يتضمن في جوانبه التقدير و التقييد في نفس الوقت، أو بالأحرى ينصب التقدير على بعض الأركان أو أحدهما دون البعض الآخر، دون أن يكون هناك تعارض أو تناقض في مثل هذه القرارات.

المطلب الثاني: مبررات السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع و موقف الفقه من فكرة الرقابة القضائية عليها
إن كانت فكرة السلطة التقديرية للإدارة مرتبطة ارتباطا وثيقا بالقانون الإداري باعتبار هذا الأخير أنه قانون متطور ومرن، فهذا التطور و هذه المرونة تسمح للإدارة بالتحرك بحرية من أجل المرافق العمومية و تصريف شؤون المواطنين، وهذا أكبر مبرر ارتكز عليه الفقه الإداري في تبريره للسلطة التقديرية للإدارة. و يمكن تصور نفس الطرح في مجال القانون الدستوري حيث تترك الأحكام الدستورية كذلك حرية كبيرة أو مساحة واسعة للمشرع من أجل القيام باختصاصاته، بحيث أصبحت فكرة السلطة التقديرية للمشرع لها مكانة بين الفقه والقضاء الدستوريين، إلا أن الاختلاف الفقهي الذي لازال قائما لحد الساعة يتمثل في الاختلاف وعدم الاتفاق على فكرة فرض رقابة قضائية على هذه السلطة.

الفرع الأول: مبررات السلطة التقديرية للمشرع

الأمر المسلم به أن السياسة التشريعية التي تنتهجها السلطة القائمة على التشريع تتأثر بالأوضاع السياسية والاقتصادية و الاجتماعية السائدة في المجتمع بذاته ، و هو ما يؤدي إلى الاقرار لها بسلطة تقديرية تمكنها من أن

تقوم بأعبائها على النحو الذي يحقق النفع العام في أنسب صورة و حسب تقديرها ذلك أن ملائمة إصدار التشريعات لظروف الحال لا يمكن تقديرها مقدما و بطريقة عامة بل يكون ذلك عن طريق الاتصال بالواقع. و على هذا الأساس يمكن إيراد اعتبارين في منح المشرع الدستوري للمشرع العادي السلطة التقديرية، يرجع إلى طبيعة العلاقة الدستورية بينهما.

أولا/ الاعتبار الفني :

يرى غالبية الفقه أن التقدير الذي يتمتع به المشرع يتمثل في حرية المفاضلة و الاختيار بين عدة بدائل وخيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يهدف إليه، دون أن يفرض الدستور على المشرع طريقا بذاته يجب عليه إتباعه ، أو توجيهها محددات يتعين عليه التزامه⁽¹⁰⁾. وهذا ينتج من خلال الصياغة التي يعتمد عليها المشرع الدستوري في وضع الأحكام و النصوص الدستورية. فهذه الأخيرة قد تكون صياغتها مرنة منفتحة غير جامدة تستطيع مواكبة كل المستجدات و التطورات التي يمر بها المجتمع. و لعل هذا ما جعل أن الوثائق الدستورية لها خصوصية التقدم و التطور. وهذا يعتبر عاملا فنيا من خلاله يجد المشرع العادي مجالا واسعا في أعمال مختلف تقديراته للأمور المطروحة عليه من خلال إيجاد حتى الصياغة التشريعية السليمة و الصحيحة أي أن تكون القوانين التي يسنها في إطار سلطته التقديرية أكثر وضوحا و تحديدا و أن تكون كذلك قابلة للتوقع المشرع، إذا نستطيع أن نقول كذلك أن السلطة التقديرية مرتبطة بالسياسة التشريعية التي هي من خصوصيات البرلمان، باعتباره هذه الأخيرة مثلة الإدارة العامة أي الإرادة الشعبية، فكلما كانت هناك تشريعات واضحة الدلالة و سهل الوصول إليها و إدراكها إنما يدل على تمتع المشرع بمساحة واسعة من حرية التصرف و الملاءمة. و هذا كله يصب في مصلحة إثبات الأمن القانوني الذي أصبح من المبادئ العامة ذات الصبغة الدستورية و يعتبر كمرجعية لرقابة القاضي الدستوري على مدى دستورية القوانين⁽¹¹⁾.

ثانيا/ الاعتبار العملي:

إنه من المقرر أن الحقوق و الحريات العامة للأفراد في تطور مستمر، و هو ما يقتضي ضرورة التدخل دائما من جانب السلطة المختصة إما لتنظيم حقوق جديدة أو لتعديل شروط التمتع بحقوق قائمة أصلا، من المعلوم أن ذلك أيسر و أسهل للمشرع العادي الذي يستطيع سن أي قانون جديد أو تعديل أي قانون قائم أو إلغائه، وذلك على خلاف المشرع الدستوري خاصة في ظل تعقد إجراءات تعديل الدساتير الجامدة و هي السائدة في العصر الحديث، فإذا كانت استحالة قيام المشرع العادي و هو يضع القواعد المنظمة للمجتمع بالتنبؤ بحصر جميع المشاكل التي قد تواجه الإدارة، ووضع الحلول المناسبة لها، فقد افتضت تحديده للضوابط والأطر العامة، مع تحويل الإدارة سلطة تقديرية واسعة تتصرف فيها بشيء من الحرية، بحكم اتصالها بالواقع اليومي وبالمشكلات التي تستطيع حلها بما لديها من إمكانيات فنية مناسبة وملاءمة، أفلا يكون من الأجدى بالمشرع الدستوري وضع الإطار العام والضوابط الكلية

التي تحكم ممارسة هذه الحقوق والحريات العامة، وترك امر تنظيمها تفصيليا للمشرع العادي الذي يستطيع دوما التدخل في تنظيمها بطريقة قد تكون اسرع مما يستطلعها المشرع الدستوري، وهو ما لا شك فيه يضمن أكبر فعالية للجهاز التشريعي للدولة من ناحية، وصيانة حقوق الأفراد وحرياتهم من ناحية أخرى⁽¹²⁾.

الفرع الثاني: موقف الفقه من فكرة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع

وصلنا إلى أن السلطة التقديرية حقيقة يفرضها واقع السلطة التشريعية كأداة تعبير عن الإرادة الوطنية، تختص دون سائر السلطات بتنظيم الروابط الاجتماعية بين الأفراد، وضمان ممارسة حقوقهم وسط عالم متغير يشهد حركة تطوير يومية تحتاج لكم هائل من التشريعات لمواجهتها، لا يجدي معها تقييد سلطات المشرع أو إعاقته عن ملاحقة هذا التطور.

ونظرا لأهمية السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع انقسم الفقه الدستوري إلى اتجاهين اثنين، اتجاه يرفض فكرة خضوع هذه السلطة إلى رقابة القاضي الدستوري، واتجاه ثاني عكس الأول، يرى ضرورة خضوع هذه السلطة إلى الرقابة القضائية.

أولا/ الاتجاه الفقهي الرافض لفكرة الرقابة القضائية على سلطة المشرع التقديرية:

لعل وجود اتجاه فقهي يرفض فكرة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية لم يكن محصور في المجال الدستوري، وإنما وجد من قبل في المجال الإداري، حيث اتجه بعض الفقه مؤيدا لحرية التقدير المطلقة دون رقابة لجهة إدارية خاصة في مجال التأديب⁽¹³⁾، بل أكثر من ذلك ففي المجال الدستوري أن فكرة الرقابة على دستورية القوانين في حد ذاتها كانت قد لقيت معارضة كبيرة، خاصة في أوساط الفقه الدستوري الفرنسي. وذلك لعدة اعتبارات وحجج منها التاريخية والدستورية، والسياسية وحتى القانونية، خاصة أنها تتعارض مع مبدأ سيادة الأمة ومبدأ الفصل بين السلطات، وأن هذه الرقابة تدخل القاضي الدستوري إلى مجال الملائمات السياسية، مما قد يجعلها في مواجهة السلطات السياسية، ويؤثر على عمله ومصداقيته.

فإن كان هذا هو حال الرقابة على دستورية القوانين بصفة عامة، كيف يكون الحال بالنسبة للرقابة على تقديرات السلطة التشريعية، خاصة وكما قلنا من قبل أن هذه السلطة التقديرية مرتبطة بالسياسة التشريعية للبرلمان وأن هذه السياسة التشريعية كذلك مرتبطة بالسياسة العامة المرسومة والمحددة من طرف الدولة. فبرنامج أو مخطط عمل الحكومة مرتبط بتنفيذه بوجود قوانين وتنظيمات، هذه الأخيرة التي تصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية وعلى هذا الأساس إن كان بإمكان القاضي الدستوري الوقوف أمام هذه القوانين فهذا سوف يؤدي إلى عرقلة تنفيذ برنامج الحكومة أو على الأقل سوف تضطر الحكومة إلى القيام بإجراء تعديلات على برنامجها و سياستها العامة. وفق ما يراه القاضي الدستوري، و هذا يعتبر فعلا مواجهة حقيقية بين السلطة التنفيذية و القاضي الدستوري خاصة إن كانت تلك

القوانين متعلقة بالإصلاحات الاقتصادية و الاجتماعية، مما قد يؤدي بالحكومة إلى الضغط على البرلمان أو حتى استعمال أغليبيتها البرلمانية من أجل إجراء تعديلات دستورية تمس في الصميم استقلالية القاضي الدستوري .لأن هذا الأخير -وكما حدث فعلا في النظام الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية في عهد حكم الرئيس روزفلت- يعتبر قد تدخل في نطاق السياسة وأصبح يمارس أمور الحكم داخل الدولة و لو بطريقة غير مشروعة. لعل هذه هي أكبر التحديات التي تقف أمام القاضي الدستوري في إعمال رقابته على المشرع سلطة المشرع التقديرية وهذا هو الأمر الذي يتخوف منه الدستوري. حتى في الوقت الراهن، حتى لا نقول أن الاتجاه الفقهي المعارض لهذه الرقابة هو اتجاه كلاسيكي.

ثانيا/ الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة بسط الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع:

لعل الاعتراضات التي تحدثنا عنها و المتعلقة بالفقه الفرنسي في شأن رقابة القضاء الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع والرقابة على دستورية القوانين بصفة عامة قد أصبحت من التاريخ، خاصة بعد إلغاء رجال الثورة الفرنسية محاكم البرلمانات منذ نجاح الثورة. (14)

وكان لا بد على القاضي الدستوري مساهمة التطور الحاصل في عالم القانون العام. و ما منحه هذا القانون من صلاحيات واسعة لمختلف السلطات والهيئات الدستورية باعتبارها تقوم بوظائف لها علاقة بالحقوق والحريات الأساسية للمواطن.

وباعتبار السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع أصبحت من أهم وسائله في القيام بالأعباء الملقة عللا عاتقه لأنها تجعله متحررا نوعا ما في التدخل وفي اختيار فحوى قراره، غير أن هذه السلطة التي يمتلكها المشرع لا تناقض حقيقة أن للقوانين التي يقرها أهدافا تتوخاها، ووسائل يعتمد عليها في تحقيقها. وانطلاقا من هنا يباشر القاضي الدستوري رقابته على هاذين الأمرين معا، فالأغراض التي يستهدفها القانون قد تناقض حكما في الدستور، والوسائل التي يلجأ إليها لتحقيق هذه الأغراض هي النصوص القانونية التي يقرها. فإذا اختل تناسبها بصورة ظاهرة مع حقيقة الأغراض التي تتوخاها كان القانون مخالفا للدستور (15).

و تلك هي نظرية الخطأ الظاهر التي تتناول جوهر السلطة التقديرية التي يباشرها المشرع، من خلال عملية عقلية تجريها جهة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، غايتها أن تتحقق بنفسها مما إذا كانت المصلحة التي حمل المشرع النصوص القانونية عليها، حقيقة أو منتحلة، قائمة أو متوهمة، وكذلك ما إذا كانت الوسائل التي انتهجت إلى تحقيقها منطقية أو غير ملائمة، ضرورية أو مجاوزة لحدود الاعتدال و المعقولة .

إذا من خلال هذا وجدت الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع في أهم عناصرها والتي هي رقابة التناسب على التشريع، باعتبار القوانين ليست سوى وسائل وأغراض يستعين بها المشرع بغية تحقيق الأهداف ذات المصلحة العامة،

وعلى هذا الأساس نلاحظ أن هذه الرقابة قد انتقلت من القضاء الإداري إلى القضاء الدستوري، وبنفس الطرق والكيفيات .

وانطلاقاً من هذا التطور الحاصل في مجال رقابة الدستورية ذهب الفقه وبدأ يبحث عن مبادئ وطرق ونظريات وأفكار أخرى من أجل توسيع نطاق رقابة القاضي الدستوري على السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع، منها كذلك نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار⁽¹⁶⁾.

المبحث الثاني:

الآليات الفنية للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع.

نتناول ضمن هذا المبحث الآليات الفنية التي يعتمد عليها القاضي الدستوري لتنظيم مسألة إخضاع السلطة التقديرية للمشرع لرقابة قضائية فعالة، تكفل حماية الدستور وضمان حقوق الأفراد وحرياتهم، وتعتبر هذه الآليات من إبداع القاضي الدستوري لأنها تمثل في نفس الوقت توسع النطاق الرقابة على دستورية القوانين. و على هذا الأساس سوف نتناول مبدأ الوسائل القانونية السليمة بالدراسة (ضمن المطلب الأول)، ثم آلية الخطأ الظاهر في التقدير (ضمن مطلب ثان).

المطلب الأول: الوسائل القانونية السليمة.

اختلف الفقه في إعطاء تسمية موحدة لهذا المبدأ، فهناك من يطلق عليه تسمية "مبدأ الوسائل القانونية السليمة" بشرط الواجب قانوناً ويفضل آخرون تسميته "بالإجراء القانوني المناسب"، في حين ذكر آخرون أنه يسمى بالإجراءات القانونية الأصولية"، و ذهب آخرون إلى تسميته "بالمحاكمة الشرعية" و فضل البعض مصطلح "الإجراء القانوني المشروع"⁽¹⁷⁾.

الفرع الأول: تعريف مبدأ الوسائل القانونية السليمة:

في البداية تجدر الإشارة إلى أن هذا المبدأ ليس له تعريف ثابت و محدد، و حتى أن القاضي الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية لم يهتم بوضع تعريف، حيث ذهبت المحكمة العليا بقولها إن "نصي التعديلين الخامس و الرابع عشر من الدستور الأمريكي قد قررا ضمانات لحقوق الأفراد المواطنين بموجب مبدأ الوسائل القانونية المناسبة و الذي لم يسبق إن كان له محتوى أو مفهوم ثابت و محدد دقيقاً، و ذلك لكونه أوسع و أكثر من تضعه في تعريف قصير يطبق على كل قضية، و أن مفهومه يجب أن يكون من خلال تحديد العلاقة مع القواعد الأساسية التي تحدد اختصاصات السلطة التشريعية".

إلا أن هناك من الباحثين من أعطى لمبدأ الوسائل القانونية السليمة تعريفاً بناءً على ما ورد في أحكام المحكمة العليا الأمريكية فكان كالتالي "مبدأ القواعد الشرعية حسب تقريره بالدستور، يعني دعوى تقام ويتم التصرف فيها

طبقا للشكليات و المراسيم الخاصة من ارتكاب إثم أو تحديد صفة المالك في المسائل الجنائية، أو القواعد القانونية و الإجراءات السليمة هي عبارة عن مجموعة من الإجراءات القانونية التي نبعت من تلك القواعد والمبادئ التي أرسيت من نظمنا القانونية لتأكيد وحماية الحقوق الخاصة، ولكفالة صحة وسلامة هذه الإجراءات القانونية يجب أن توجد محكمة مختصة بنظر المنازعات المتعلقة بهذه الحقوق". (18)

وقد حاول البعض تعريفه بتلخيصه في كلمة واحدة، وهي " العدالة" والمعنى المقصود هنا هو العدالة في الاجراءات والعدالة في المعاملة، والمساواة أمام القانون و المساواة أمام المرافق العامة وفي تولي الوظائف العامة، والمساواة في الواجبات العامة إلى غير ذلك من المبادئ الأخرى التي تجسد العدالة ، وقد عرفه البعض الآخر بأنه "الضمانات الواجب مراعاتها في محاكمة منصفة بلوغا إلى إصدار حكم عادل في منطوقه نفي في إجراءاته".

وإذا ما انتقلنا إلى المحكمة الدستورية العليا المصرية فإننا نجد أنها تستخدم تعبير الوسائل القانونية السليمة مرادفا لمصطلح " المحاكمة المنصفة" والتي عرفت بها بأنها "تعكس نظاما متكامل الملامح يتوخى بالأسس التي يقوم عليها صون كرامة الإنسان و حماية حقوقه وحرياته الأساسية، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها". (19)

وقد اتجه بعض الفقه في مصر إلى القول بأن هذا المبدأ مع غموضه لم يكن بالنسبة للقضاء أكثر من تعبير عام عن "مبدأ الشرعية"، "الحكومة المقيدة" حيث ترك الدستور تفسيره و تحديد نطاقه للمحكمة العليا وحدها، جاعلا منها بذلك عنصرا إيجابيا فعالا من عناصر توجيه الحياة السياسية والاجتماعية في الولايات المتحدة الأمريكية .

الفرع الثاني: ضوابط مبدأ الوسائل القانونية السليمة

عندما يتدخل المشرع من تنظيم مسألة معينة مستخدما سلطته التقديرية، فإنه يهدف إلى تحقيق غاية محددة تندرج في إطار المصلحة العامة باعتبار أن التشريعات ليست مجرد نصوص مقصودة لذاتها، بل هي وسائل تتحقق من خلالها أغراض بعينها، عهد المشرع الدستوري للمشرع العادي لتحقيقها، ولكي تتحقق تلك الأهداف بصورة مكتملة، يتعين على المشرع إيجاد قدر من المعقولة (التناسب) أو (التقارب) بين التشريع ومحلله واستخدام الوسائل المشروعة لتحقيق الأهداف التي دعت له للتدخل.

إذا من خلال ما ذكر أعلاه يمكن اعتبار فكرة " المعقولة " كمعيار لمبدأ الوسائل القانونية السليمة، فهي جوهر هذا المبدأ. فهي قائمة على أساس اتخاذ الاجراءات المناسبة والسليمة في أي عمل أو تصرف صادر عن إحدى السلطات العامة بغية تحقيق المصلحة العامة التي يقوم عليها المجتمع، وعليه فالحلل التي يصل إلى تحقيقها المشرع من وراء سن للقوانين تكون مقبولة من طرف المجتمع - راضي عنها - لأنها لا تخرج عن قيمه وأفكاره ومعتقداته الاجتماعية.

إذا فإذا تدخل المشرع العادي من خلال تنظيم أحد الحقوق أو إحدى الحريات في إطار سلطته التقديرية وفرض بعض الضوابط تجعل من الحق أو الحرية صعبة المنال والتحقيق، فإن هذه الضوابط لا تتفق مع حكم العقل والمنطق وطبائع الأشياء و الأمور ذات الصلة بالحياة الاجتماعية التي يتعين على المشرع إتباعها في تنظيم مختلف شؤونها، بما يتفق ويتناسب مع ظروف المجتمع واحتياجاته وحتى خصوصياته، مما يجعل التشريع مخالفا لمبدأ الوسائل القانونية السليمة لعدم قيامه على أسباب معقولة، فهذا التشريع غريب عن المجتمع الذي ولد فيه لا يتناسب مع ظروفه وقوامه.

لكن هناك سؤال تم طرحه من طرف الفقه الدستوري مفاده: هل ثمة ضوابط حاكمة للمعقولة ذاتها بوصفها المعيار أو الضابط الأصلي لمبدأ الوسائل القانونية السليمة⁽²⁰⁾، يتعين أن تركز إليها جهة الرقابة على الدستورية، أم أن الأمر مرده إلى قناعة القضاة أعضاء هذه الجهة طبقا لمعتقداتهم ووزنهم الشخصي للأمر، طبقا لما يعنقونه من آراء وفلسفات؟⁽²¹⁾

إن المتتبع للقضاء الدستوري يتوصل إلى أنه يعتنق ضوابط محددة تبين ما إذا كان مسلك المشرع في تنظيمه للحقوق والحريات العامة للأفراد يتسم بالمعقولة من عدمه.

ومن هذا المنطلق فإن جهة الرقابة على دستورية القوانين تعتمد على ثلاثة ضوابط تستطيع من خلالها وزن موقف المشرع لبيان كون التنظيم الذي تناوله الحق أو الحرية يتسم بالمعقولة أم لا، ومن ثم يصادر هذا الحق أو الحرية أو ينتقص من أطرافها دون إتباع مبدأ الوسائل القانونية السليمة.⁽²²⁾

وهذه الضوابط هي أولا ارتباط الأهداف أو المقاصد أو الغايات التي يرمي إليها المشرع من وراء هذا التنظيم بالوسائل التي وضعها لبلوغ تلك الغايات وإلا كان التنظيم مجافيا للمعقولة، أما الضابط الثاني فهو الموازنة بين العبء الذي ألقاه التنظيم التشريعي على عاتق الأفراد والمزايا أو الفوائد التي عادت عليهم، أي الموازنة بين المصالح المتنافسة، أما الضابط الثالث فهو خاصية اليقين، وما قد يلجأ إليه المشرع أحيانا بفرض قرائن قانونية قاطعة.

الفرع الثالث: نطاق تطبيق مبدأ الوسائل القانونية السليمة

إن التطرق إلى نطاق تطبيق مبدأ الوسائل القانونية السليمة معناه توضيح مسألة ما إذا كان قيда وضمانا إجرائيا على عاتق السلطات العامة في الدولة لدى إجراء المحاكمات الجنائية للأفراد، أو التعدي على أملاكهم، أي باعتباره قيда على الوسيلة التي تنال بها من حياة الأفراد وحرياتهم بموجب القانون، أم أنه قيد موضوعي يتصل بالجماعة التي يتعين كفالتها للحقوق والحريات العامة للأفراد يعمل على حمايتها وكفالتها في المجالات الاقتصادية والاجتماعية.

أولا/ مبدأ الوسائل القانونية السليمة بوصفه قيда إجرائيا:

كان مبدأ الوسائل القانونية السليمة منذ نشأته ولا يزال تعبيراً عن ضرورة تحقيق مستوى معين من النزاهة والعدالة في الإجراءات المؤدية إلى تطبيق القانون، وذلك في المسائل الجنائية والمدنية والإدارية على حد سواء. وتبعاً لهذا فإن نطاق تطبيق المبدأ يتحدد بوصفه قيداً على الوسيلة التي تتيح للسلطات العامة في الدولة التعرض لحياة الآخرين وحرياتهم وممتلكاتهم، ومن ثم يبدو القيد والضمان ماثلاً في المحاكمات الجنائية والإجراءات الإدارية. (23)

1- مبدأ المحاكمة العادلة (المنصفة):

لهذه المحاكمات أصول وإجراءات يتعين إتباعها والالتزام بها من أجل الوصول إلى الحقيقة والتي تمثل في نفس الوقت مصالح المجتمع القائمة، وذلك بغية تطبيق العقاب على الشخص الذي ثبتت إدانته بعد المرور من خلال عناصر ومراحل المحاكمة العادلة وذلك بإتباع إجراءات سليمة ونقية ومن هذه العناصر نجد مثلاً:

أ- وجود نص قانوني يتضمن تحديداً دقيقاً للسلوك الغير مشروع :

ليس التجريم عملية منفصلة لا ضابط لها، فإذا كان الأفراد يسعون في الأرض ابتغاء تحقيق مصالحهم الشخصية، فيتعين عليهم مراعاة مصالح الآخرين، على اعتبار أنهم ينضون تحت لواء كيان اجتماعي موحد يضمهم، ومن ثم كان حتماً أن تخضع قواعد التجريم والعقاب في القانون، لتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها وتحديد العقوبات المقررة لها، سواء من حيث نوعها أو مقدارها، كل ذلك من اختصاص المشرع، وليس للقاضي شأن بذلك. وهذا بطبيعة الحال يستوجب أن تكون النصوص العقابية واضحة و محددة لأن غموضها يعني انفلاتاً من ضوابطها و يعيد تأويلاتها، فلا تكون الأفعال التي منعها المشرع أو طلبها محددة بصورة يقينية، بل شباكاً يلقيها المشرع متصيداً باتساعها أو إخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها، لأن عدم إيضاح النصوص العقابية وتحديدتها بما يحسم كل جدل من شأنه أن " يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما متطلبات فيها، فلا تقدم للمخاطبين بها إخطاراً معقولاً بما ينبغي عليهم أن يدعوه أو يأتوه من الأفعال التي نهام المشرع عنها أو طلبها منهم." و لعل أوضح تحديد لهذا الشرط (العنصر) ما قرره المحكمة العليا بنفسها في عام 1948 من أن " التشريع إذا كان ناقصاً و غير محدد في عباراته و في المدلول الذي يمكن أن يفسر به بحيث يقصر عن تحديد الأعمال التي يعاقب عليها فإنه يكون مخالفاً لشرط الوسائل القانونية السليمة."

ب- حياد المحكمة و نزاهتها:

حيث قررت المحكمة هذه القاعدة عام 1927 بقولها: "أن مما يخالف التعديل الدستوري الرابع عشر و يحرم المتهم من حقه بغير مراعاة الوسائل القانونية السليمة أن توضع حريته و مصالحه تحت رحمة قاضي له مصلحة شخصية مباشرة في تقرير إدانته ذلك المتهم و الحكم عليه." كما قررت كذلك المحكمة ألا يقع قضائها أو هيئة

المحلفين التي يجري أمامها المحاكمة تحت تأثير ضغط شعبي داخل المحكمة أو خارجها، و إن وقوع مثل هذا الضغط يعد إخلالا بشرط الوسائل القانونية السليمة.

-ج- المحاكمة أمام هيئة محلفين:

نص التعديل الدستوري الخامس على أنه " في مواد الجنايات يجب أن يوجه الاتهام أمام هيئة محلفين كبرى" كما نص التعديل السادس على أن المتهم في جميع المواد الجنائية يجب أن يحاكم علنية سريعة الإجراءات أمام هيئة محلفين محايدة مختارة من بين سكان الإقليم الذي وقعت الجريمة في دائرته.

-د- الحق في الدفاع:

سلمت المحكمة منذ عام 1932 بأن حق المتهم في الحصول على معونة محام للدفاع عنه، وهو الحق الذي نص عليه التعديل السادس، يعد من الحقوق و الضمانات الأساسية، و بالتالي يعتبر من أهم عناصر مبدأ الوسائل القانونية السليمة، وفي عام 1937 أكدت المحكمة نفس المعنى مشيرة هذه المرة إلى أن هذا الضمان يعد من العناصر الضرورية للحرية المنظمة.

-و- بطلان التفتيش الغير قانوني:

حيث نص التعديل الرابع على أنه " لا يجوز الإخلال بحرمة الأشخاص والمساكن، ويجب حمايتها من التفتيش ولا اتصالها بصميم الحرية الشخصية، إذ أنه إجراء خطير يستهدف التنقيب عن دليل الجريمة في جسم المتهم أو ملابسه، أو دابته أو ما يحمله من أمتعة.

واتضح من مراجعة الكثير من أحكام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه المشكلة أنها تميل إلى التفرقة بين التفتيش غير الجائر، أي الغير المأذون به مقدما، أو الذي يتجاوز حدود الإذن و بين الوسائل الغير مشروعة التي تصاحب هذا التفتيش وتقع على المتهم فترى في الأخرى وحدها خروجاً على شرط الوسائل القانونية السليمة.

2- مشكلة الاجراءات الإدارية:

إن شرط الوسائل القانونية السليمة يعبر في جانبه الإجرائي عن تلك المراحل الإجرائية و التي تمثل الضمانات الأساسية لحماية حقوق المواطنين عند تطبيق القانون عليهم، فهذه الإجراءات تعطي الحق لصاحبه وترد عنه مختلف الاعتداءات الحاصلة. خاصة إن كانت هذه الإجراءات لها قدر من العدالة و النزاهة، و على هذا الأساس يقال " بأن الإجراءات هي الأخت التوأم للحرية."

ومن المناسب أن نذكر هنا بأن معظم الشراح الأمريكيين و أحكام القضاء قد عملوا على التمييز بين نوعين من أنواع النشاط الإداري. (24)

1- سلطة وضع القواعد التنظيمية العامة و هي السلطة المعروفة في الفقه و القضاء في فرنسا و مصر بالسلطة اللائحية:

و يصفه الشراح الأمريكيين هذا الجانب من نشاط الإدارة بأنه "شبه تشريعي" و يسلمون بأن الإدارة ليس لها اختصاص عام أصيل بهذه الوظيفة، و إنما تملك ذلك بتفويض خاص من الهيئة التشريعية.

ب- اختصاص الجهات الإدارية بإصدار الأوامر و القرارات الفردية:

أي التي تتعلق بشخص أو أشخاص معينين بذواتهم أو بأوصافهم، و سلطة الإدارة في ذلك شبيهة بسلطة المحاكم في إصدار الأحكام القضائية لذلك يطلق الشراح الأمريكيين على هذا الجانب من الإدارة بأنه "شبه قضائي". أما بالنسبة للنشاط اللائحي أو التنظيمي للإدارة فالمشكلة الدستورية بشأنه هي مشكلة التفويض التشريعي، و مدى جوازه و الضوابط التي يجب أن يتم في نطاقها، أما النشاط الشبه القضائي أي سلطتها في إصدار الأوامر و القرارات الإدارية، فمن المسلم به أن شرط الوسائل القانونية السليمة يلزم الإدارة بمراعاة عدالة لا تتحقق في نظر الفقه و القضاء الأمريكيين إلا بمراعاة عنصرين أساسيين من الإجراءات هما إعلان الأطراف و سماعهم، و هما أول و أقدم عناصر الوسائل القانونية السليمة.

ثانيا/ مبدأ الوسائل القانونية السليمة بوصفه قيداً موضوعياً:

إن التعديل الدستوري "الرابع عشر" أضحى قيداً على سلطة الولايات المكونة للاتحاد إذ أعتبر حقيقة لفترة جديدة من الحياة الدستورية الأمريكية، إذ أصبح مبدأ الوسائل القانونية السليمة الوسيلة المثلى و المفضلة، للطعن على تدخل الولايات في سير الحياة الاقتصادية و الاجتماعية، فضلاً عن استخدام المحكمة العليا في الولايات المتحدة أ. له في حماية الحقوق و الحريات الفردية⁽²⁵⁾

و كان ذلك واضحاً في عام 1890 حيث عبرت المحكمة بوضوح كامل عن استجابتها لهذا الاتجاه. فقضت بعدم دستورية قانون صادر عن ولاية مينيسوتا يقيم لجنة إدارية للإشراف على أجور النقل بالسكك الحديدية، و مراجعة ما تراه غير عادل من هذه الأجور، و بنت المحكمة هذه النتيجة على أساس أن التشريع يمنح هذه اللجنة سلطة نهائية في تقدير الأجور، و ينزع عن المحاكم بذلك حقها في إعادة فحص قراراتها، و بهذا تحرم الشركات من حقها في عرض مشاكلها على القضاء في ظل الإجراءات القانونية السليمة التي يكفلها نظام التقاضي، و ختمت المحكمة تدليلها بقولها "إن تقدير معقولة الأجور في السكك الحديدية مسألة قضائية تحتاج إلى الوسائل القانونية السليمة للبت فيها، فإذا حرمت الشركة من مساهمة المحاكم في هذا التقرير فقد تعرضت في الواقع للحرمان من ملكيتها بغير مراعاة الوسائل القانونية السليمة."⁽²⁶⁾

لكن اهتمام المحكمة العليا بمبدأ الوسائل القانونية السليمة و حصره فقط في مجال التشريعات الاقتصادية و الاجتماعية جلب إليها نقد من طرف بعض الفقه بل حتى من بعض أعضاء المحكمة في حد ذاتها، لأن هذا الاهتمام فتح المجال للحكومة المركزية و الولايات قدرا كبير من حرية التصرف بموجب السلطة التقديرية التي يمتلكها كل منهما دستوريا ،مقابل التوسع في تفسير هذا المبدأ حينما يتصل الأمر بحماية الحقوق و الحريات الفردية، لكن الحال لم يبقى على حاله فقد تخلت المحكمة عن " الإجراء الاقتصادي و الاجتماعي الواجب " و كان ذلك على إثر التصادم الذي حدث بينها و بين الرئيس الأمريكي " فرنكلين روزفلت " على إثر قضائها بعدم دستورية الكثير من القوانين التي كانت تستهدف معالجة الأوضاع الاقتصادية الناشئة عن الأزمة الاقتصادية العالمية في سنوات الكداس الكبير (1929-1933) و هو البرنامج المعروف « **new deal** » ، إذ قضت المحكمة بدستورية تدخل الدولة في علاقات العمل.

و لم يبقى هذا التغير عند هذا الحد بل تم التوسع في تفسير مبدأ الوسائل القانونية السليمة من طرف المحكمة وذلك لحماية الحقوق و الحريات الفردية و كان ذلك في مجالات عديدة لها علاقة بالحرية الشخصية مثل الحرية الدينية .

المطلب الثاني: آلية الخطأ الظاهر في التقرير (في القضاء الدستوري).

لعل من أهم الآليات التي ابتدعتها القضاء الإداري الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة هي فكرة الخطأ الظاهر في التقدير و التي من خلالها استطاع القاضي الإداري مد رقابته إلى التكييف الذي تجريه الإدارة في بعض المسائل التي كان يعتبرها خارجة عن نطاق هذه الرقابة. (27)

و لعل هذا ما حل بالقاضي الدستوري إلى الأخذ بهذه الفكرة إلى مجال القضاء الدستوري و تطبيقها في مجال المنازعات الدستورية، و بغية فهم مضمون فكرة الخطأ الظاهر في المجال الدستوري، أردنا التعرض لها أولا من ناحية مفهومها في مجال القضاء الإداري، و بعد ذلك مفهومها في مجال القانون الدستوري.

الفرع الأول: مفهوم الخطأ الظاهر في التقدير في مجال القضاء الإداري.

حظيت هذه الفكرة باهتمام الفقه الإداري و الدليل على ذلك هو مختلف المفاهيم و التعاريف التي وضعها بغية توضيح هذه الفكرة، فقد عرف بعض الفقه الخطأ الظاهر في التقدير على أنه " أداة تحليل تسمح للقاضي الإداري برقابة أكثر فاعلية لتقديرات الإدارة في المسائل الفنية و العلمية الدقيقة، و إنه يقع على وصف الفعل ولا يتصل بمادياته (أي الوقائع) ، و قد ابتكر القاضي الإداري لمد رقابته على وصف الوقائع، و لمراجعة الإدارة في تقديراتها التي كانت تفلت من الرقابة القضائية. " كما عرفه مفوض الحكومة brabant في تقريره المقدم في قفية Lambert بأنه "...و يكون الخطأ ظاهرا عندما تسيء الإدارة عن عمد أو غير عمد استخدام الحرية التي تتمتع

بها، و تتجاوز حدود المعقولة. " كما عرفه جورج فدال بأنه " الخطأ الجسيم الظاهر الجلي الذي لا يحتاج إلى متخصص لتأكيده. " و كما عرفه كذلك الفقيه Kam بأنه " الخطأ الذي لا يثير في نفس القاضي أدنى شك في وجوده، ما تطرق إليه الشك افتقد صفته كخطأ بين و يفسر الشك لصالح الإدارة. "(28)

إذا فالخطأ الظاهر في الواقع هو عبارة عن حد جديد من الحدود المفروضة على سلطة الإدارة التقديرية، فهو يساهم في توسيع المشروعية و رقابة القضاء على أعمال الإدارة و تقديرها للوقائع، بمعنى أن التكييف و التقدير هما محل الرقابة القضائية في فكرة الخطأ الظاهر، و بذلك هي فكرة علاجية يستهدف القضاء منها علاج ما كشف عنه التطبيق العملي للرقابة القضائية على أعمال الإدارة من عيوب.

إذا فالخطأ الظاهر هو أداة فنية من خلالها يعمل القاضي الإداري على بسط رقابته على السلطة التقديرية الإدارة فيما يتعلق بعنصري السبب والحل في القرار الإداري، بحيث إذا جاء تقدير الإدارة واضح الاختلال مجاوزا الحد المعقول كان مشوباً بخطأ ظاهراً في التقدير. (29)

الفرع الثاني: مفهوم الخطأ الظاهر في المجال الدستوري.

تمثل فكرة الخطأ الظاهر في المجال الدستوري و سيلة و آلية يتمكن من خلالها القاضي الدستوري من مراجعة تقدير المشرع للوقوف على مدى تحقيق الأغراض التي استهدفها فإذا كان المشرع انطلاقاً من سلطته التقديرية يملك حرية المفاضلة بين الحلول و البدائل الموضوعية المطروحة عليه لاختيار أنسبها للوفاء بمتطلبات المسألة محل التشريع، إلا أنه ليس مطلق التقدير إذ يخضع تقديره للرقابة القضائية للتحقيق من مدى ملاءمة القواعد التي يقرها للأغراض التي استهدفها وعلى ذلك لم يعد المشرع حراً في التقدير إلا بشرط أن يكون تقديره غير مشوب بعدم الملاءمة الظاهرة أو عدم التناسب الظاهر، فإذا تبين لجهة الرقابة أن تقديره قد شابه خطأ ظاهراً، يمكن إدراكه بسهولة دون حاجة لمتخصص بطل القانون وأوجب نقضه. (30)

وقد عرف الفقه الدستوري الخطأ الظاهر بأنه " الخطأ الذي يمكن إدراكه دون حاجة إلى متخصص، أو الإنكار الخطير للمنطق وحسن الإدراك بحيث يبصره غير المتخصص "(31)

و بذلك يرى الفقه الدستوري أن المشرع أيا كانت السلطة التي يمارس في إطارها اختصاصه التشريعي يتعين عليه أن يختار الحل الأكثر توافقاً لتنظيم المسألة التي تدخل لتسويتها و يخضع للرقابة متى شاب تقديره خطأ ظاهراً أدى إلى المساس بمبدأ دستوري، أو عدم التوافق الواضح بين الأغراض التي استهدفها ووسائل تحقيقها، ولم يعد المشرع بذلك يملك حق سن أي قانون في أي وقت يشاء بالصورة و الكيفية التي يراها ، بعد أن تعمق مفهوم الرقابة و اتسعت عناصرها لتشمل إلى جانب عناصر الرقابة التقليدية كالاختصاص و الشكل و الاجراء و الحل و الغاية رقابة الخطأ الظاهر كأحد عناصر الحد الأدنى للرقابة.

يتضح مما سبق أن القاضي الدستوري يمكنه عن طريق هذه التقنية أن يدخل رقابة التناسب وذلك بأن يضع المصلحة العامة في جانب من الميزان، ويضع في الجانب الآخر الانتهاكات للمبدأ الدستوري، وحسب النتيجة سيكون حكم القاضي عما إذا كانت هذه الانتهاكات غير متناسبة أم لا حسب التفسير الذي توصل إليه المشرع، ومن ثم يحكم بتوافق القانون مع الدستوري لهذه التقنية أن يراقب التناسب أو عدم التناسب بين النص الدستوري و التشريع الذي ينظم المسألة محل الانتهاك.

وبعد أن بينا مفهوم الخطأ الظاهر في التقدير في المجال الدستوري نأتي إلى تحديد معياره وكيفية إثباته ضمن نفس المجال.

أولاً/ معيار الخطأ الظاهر في التقدير.

طرح الفقه الدستوري تساؤلاً مفاده: هل أن مدى الخطأ و جسامته يعد شرطاً لازماً لقيام الخطأ الظاهر؟⁽³²⁾ إنه بالنظر إلى التقارب بين المنازعة الإدارية و المنازعة الدستورية فهذا قد سهل على الفقه الدستوري من خلال اللجوء إلى موقف القاضي الإداري، باعتبار أن فكرة الخطأ الظاهر هي من إبداع مجلس الدولة الفرنسي، فذهب هذا الفقه إلى أنه و بالرجوع إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي يتبين أنه اعتنق معياراً موضوعياً في تقدير الخطأ الظاهر لا يعتمد على حسن نية الإدارة أو سوءها من ناحية، ولا يكون متروكاً لمحض تقدير القاضي من ناحية أخرى، بل يقوم على عناصر موضوعية يستخلصها القاضي من أوراق الملف، كما اتجه بعض الفقه إلى الأخذ بدرجة جسامته الخطأ كمعيار خاص بفكرة الخطأ الظاهر و هو الخطأ الواضح و الجسيم الذي يلاحظه حتى الإنسان العادي الغير متخصص لتعارضه مع المنطق السليم.

كما أخذ جانب آخر كذلك بعدم المعقولة فذهبوا إلى أن الإدارة تقع في خطأ ظاهر إذا اتجهت و هي بصدد مباشرة سلطتها التقديرية إلى أبعد من الحدود المعقولة في الحكم الذي تحمله على عناصر الملاءمة.

و بهذا استعان الفقه الدستوري في تحديد معيار الخطأ الظاهر في التقدير في المجال الدستوري و قد أخذ بالمعيار الموضوعي بما سوف يساعد على ضبط الفكرة و عدم ترك المجال مفتوح لجهة الرقابة في بسط تكهناتها. إذ يعتمد القاضي الدستوري على العناصر الموضوعية الموجودة في القانون ذاته، مثل الرجوع إلى أسباب التشريع للتحقق من الأغراض التي استهدفها المشرع و مدى ارتباطها بالنصوص المحمولة عليها وكذلك الاستعانة بالديباجة و الأعمال التحضيرية و كذا تقارير اللجان و المناقشات البرلمانية، فإذا ما انتهى إلى وجود خطأ ظاهر في تقدير المشرع أدى إلى عدم الملاءمة الظاهرة بين المصلحة التي استهدفها ووسائل تحقيقها قضى بعدم دستورية القانون.

ثانيا/ إثبات الخطأ الظاهر في التقدير:

إن إثبات الخطأ الظاهر في التقدير يتم من خلال الاعتماد على العناصر الموضوعية، هذه الأخيرة التي تبين إن كانت توجد صلة قوية و متينة بين الوسائل التي اعتمد عليها المشرع و الغايات التي استهدفها من وراء التشريع، فإن كانت هناك صلة منطقية و معقولة كان التشريع سليما مستهدفا فعلا الصالح العام، و إن كان عكس ذلك أي أنه لا توجد أية صلة بين التشريع و الغاية النهائية من وراءه كان التشريع باطلا لوقوع المشرع في خطأ ظاهر في التقدير، و في هذا الإطار يمكن الاعتماد على الوسائل الخارجية في اثبات الخطأ الذي وقع فيه المشرع منها مثلا الأعمال التحضيرية للقانون والمناقشات البرلمانية و أعمال اللجان البرلمانية و تدخلات أعضاء البرلمان، و كذا الوسائل الداخلية وتتمثل في التشريع في حد ذاته أي ترابط نصوصه الداخلية أي هل يشكل وحدة عضوية متجانسة أم أن نصوصه متفرقة ومتضاربة وكذا الرجوع إلى ديباجة القانون باعتبارها الطرح التشريعي.

خاتمة:

إن منح السلطة التقديرية للمشرع مفاده حرته في إجراء المفاضلة بين البدائل و الخيارات المطروحة بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يهدف إليه دون أن يفرض الدستور عليه طريقا بذاته يجب إتباعه، أو توجيهها محددات يتعين التزامه، إذا فهذه السلطة ملازمة لعمل المشرع عند تنظيمه للحقوق و الحريات، فهي مناط عمله و مصدر إلهامه في التنظيم و هي تكاد تستغرق النشاط التشريعي كأملة باعتبارها الأصل و القيد هو الاستثناء، على عكس ما هو موجود في الجانب الإداري ، فسلطة الإدارة التقديرية هي الاستثناء و القيد هو الأصل و هذا يعود إلى أن الإدارة مقيدة بالقوانين بالإضافة إلى الأحكام الدستورية و المبادئ العامة للقانون هذا من جهة، و من جهة ثانية فهي دائمة الاحتكاك مع المواطنين في إطار تقديم الخدمات العامة لأجل إتباع حاجاتهم اليومية، فعلى هذا الأساس كبلت بمجموعة من القوانين جعلت سلطتها التقديرية في تقلص دائم.

إلا أن السلطة التي يتمتع بها المشرع يمنحها له الدستور في حد ذاته هذا الأخير الذي يحمل المبادئ و القواعد العامة، تاركا مسألة التنظيم التفصيلي للمشرع العادي، و هذا ما يظهر من خلال الصياغة القانونية للأحكام الدستورية، و هذا كله في إطار تحقيق المصلحة العامة .

إلا أن هذه السلطة التقديرية ليست بسلطة تحكمية وتسلطية وإنما هي سلطة قانونية تخضع في الرقابة إلى القاضي الدستوري إن استعملت في غير الأهداف والغايات التي من أجلها وجدت، ولعل الرقابة الدستورية التي يقوم بها القاضي الدستوري تعتبر أهم ضمانة في رد هذه السلطة إلى دائرة المشروعية، من خلال آليات وتقنيات قانونية أصبحت ضرورية لإجراء الرقابة القضائية على السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع.

ومن بين هذه الآليات القانونية نجد مبدأ الوسائل القانونية السليمة وتقنية الخطأ الظاهر في التقدير، حيث عمل من خلالها القاضي الدستوري على نطاق التقدير الذي يتمتع به المشرع. ومراقبة إن وقع المشرع العادي في حرمة المساس بالحق أو الحرية.

فأما عن مبدأ الوسائل القانونية السليمة فإن معيارها العام هو المعقولية، وهذه الأخيرة ضوابط ثلاثة يستطيع من خلالها القاضي الدستوري وزن موقف المشرع لبيان ما إذا كان التنظيم الذي قدره للحق أو الحرية يتسم بالمعقولية أم لا، وهذه الضوابط هي ارتباط الوسائل بالغايات التي يرمي إليها المشرع، والموازنة بين العبء الذي ألقاه القانون على عاتق الأفراد والمزايا أو الفوائد التي عادت عليهم أي الموازنة بين المصالح المتنافسة، أما الضابط الثالث فهو خاصية اليقين.

أما معيار الخطأ الظاهر في التقدير في القانون الدستوري يكمن في تحقق التوافق بين السبب والمحل في التشريع مع الدستور أو أحد مبادئه.

الهوامش:

- 1- إيناس كمال كمال، "حدود وضوابط السلطة التقديرية للمشرع وأسس الرقابة عليها"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2016، ص 17.
- 2- عماد محمد محمد أبو حليلة، "الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية 2014، ص 37.
- أيضا: عبد الرزاق السنهوري، "مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية"، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، جانفي 1952، ص 6.
- أيضا: محمد ماهر أبو العينين، "الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية"، الكتاب الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة 2013، ص 23.
- 3- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية المؤرخ في 2001/04/07، القضية رقم 152، للسنة 22 قضائية، دستورية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2001/04/19، العدد 16 ص 581.
- 4- عبد المجيد إبراهيم سليم، "السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010، حيث يرى سيادته أن المشرع مقيد دائما باعتبارات العدل والمصلحة العامة وأحكام الدستور وغاياته، فكل تدخل تشريعي يتعين أن يتوافق مع قواعد المشروعية، لأن حرية التقدير لا تعني التحكم أو السيطرة، فهي حرية المفاضلة بين الحلول المطروحة لكي يختار من بينها المشرع ما يراه أنسب للوفاء بمتطلبات المسألة محل التنظيم.
- 5- وليد محمود محمد ندا، "دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الحريات الأساسية، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة 2015، ص 126 وما يليها.
- أيضا: جمعة عبد الفضيل الصادق، "فكرة الضرورة في قضاء مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 126 وما يليها.

6- حسين محمد مصلح محمد، "دور المحكمة الدستورية العليا في تحقيق التوازن بين الحرية الشخصية ومقتضيات المصلحة العامة"، شركة ناس للطباعة، الطبعة الأولى، القاهرة 2016، ص 152 .

أيضا : عاطف سالم عبد الرحمان، "دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي، الاجتماعي، الاقتصادي"، الرحمة للطباعة، الطبعة الأولى، القاهرة 2010/2011، ص 172 .

أيضا: جورجي شفيق ساري، "رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري"، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 16 وما يليها .

7- ثروت عبد العال، "السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا"، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص 111 وما يليها. أيضا: حازم بيومي المصري، "تغير الظروف السياسية وأثرها على قرارات الدولة السليمة"، دار النهضة العربية، القاهرة 2014، ص 24 وما يليها.

ونحن نرى بدورنا أن التناسب معناه النظر في الأسلوب الأمثل لتحقيق النتائج المراد بلوغها، أي أن التناسب يتعلق بالنتائج، وعلى هذا الأساس فإن رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري تمارس في مجال الحقوق والحريات والمبادئ الدستورية، فالحق والحرية يمثلان المجال الحيوي الذي يجري فيه القاضي الدستوري رقابته على التناسب.

8- أحمد محمد أمين محمد، "حدود السلطة التشريعية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظامين المصري والفرنسي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص 132 .

أيضا: عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، "المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص 130 وما يليها .

أيضا: عبد الحفيظ علي الشيمي، "نحو رقابة التعديلات الدستورية"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة 2006، ص 101 .

9- سيف ناصر علي الحيمي، "السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها في الجمهورية اليمنية، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2016، ص 42 وما يليها . ويضيف سيادته ضمن الصفحة 43 (على الهامش) على أن هناك من يخلط بين مصطلح الاختصاص المقيد والسلطة المقيدة، حيث أن التقدير هو أحد امتيازات السلطة العامة يمنحها القانون العام لهيئة أو سلطة تقوم بتقديم الخدمات أو تدير مرفق عام كمرفق التشريع مثلا، لذا نقول "سلطة"، أما عندما ينعدم ويختفي التقدير نكون أمام اختصاص فقط لأن القانون يتدخل ويحدد عناصر ومجالات التدخل وحتى الغايات الواجب تحقيقها، كذلك الاختصاص المقيد هو الاختصاص المحدد لجهة الإدارة، وكذا المشرع العادي وذلك في إطار الصياغة الجامدة للقواعد القانونية بالمعنى الواسع، والتي تلزم الإدارة والمشرع باتخاذ قرار معين، أو الامتناع عنه حال توافر شروط معينة.

ونحن بدورنا في هذا المجال نرى أنه، سواء كنا أمام سلطة تقديرية أو مقيدة، فهذا دليل على تكريس دولة القانون والحق. فكما تكون السلطة التقديرية رحمة من القانون لبقية الهيئات والمؤسسات والسلطات للقيام بأعباء وظيفتها وحسن تصرفها، فإن التقييد كذلك هو حماية وضمانة كبرى لحقوق المواطن ضد تعسف السلطات وتلك الهيئات، وهذا ما يذكر بالمقولة المشهورة التي مفادها: "إن كانت السلطة المطلقة مفسدة مطلقة، فإن التقييد نوع من الفساد."

- 10- جابر محمد حجي، " السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2011، ص 353 .
- أيضا: عصام عبد الوهاب البرزنجي، "السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1970، ص 61 .
- أيضا: فاتن حميد ناصر الذيابات، "الحدود الدستورية للسلطة التشريعية"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2016، ص 121.
- 11- حسين أحمد مقداد، "مبدأ الأمن القانوني كأساس لعمل القاضي الدستوري، دراسة تأصيلية مقارنة"، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة حلوان، القاهرة، العدد 29، ديسمبر 2013، ص 675 . أيضا: مروان محمد محروس المدرس، "رقابة القضاء الدستوري على الصياغة التشريعية"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، أبحاث المؤتمر العلمي السنوي الرابع، (القانون أداة للإصلاح والتطوير)، الجزء الأول، العدد 02، ماي 2017 . أيضا: خالد جمال أحمد حسن، "ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، أبحاث المؤتمر العلمي السنوي الرابع، (القانون أداة للإصلاح والتطوير)، الجزء الأول، العدد 02، ماي 2017.
- 12- عماد محمد محمد أبو حليلة، المرجع السابق، ص 43.
- 13- حسان عبد الله يونس الطائي، "التطورات القضائية في الرقابة على مبدأ التناسب في القرارات التأديبية، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 2015، ص 470.
- ونحن نرى من جانبنا أن الفقه الإداري في هذا المجال يمكن تقسيمه إلى اتجاهين:
- الاتجاه الأول وهو الفقه الكلاسيكي: والذي يرى أنه لا يمكن للقاضي الإداري بسط رقابته على التقدير الذي تجر به الإدارة، وهو يرى أن هناك اعتبارات أوجبت منح السلطات الإدارية قدرا من التصرف لمواجهة متطلبات الحياة الإدارية في سير المرافق العامة، بما فيها من تعقيد، وقد جاء هذا الفقه ببعض المبررات والحجج هي:
- أ- إن أعمال السلطة التقديرية أمر يتعلق بالواقع وليس بالقانون، ومن ثم ليس للقضاء فرض رقابة على الجوانب الموضوعية المتعلقة بالموضوع محل النزاع، كتناسب العقوبة التأديبية مع المخالفة المرتكبة، وإنما تقتصر هذه الرقابة على الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني لها.
- ب- إن القاضي الإداري لا يمكنه مد رقابته إلى تقدير الإدارة لأن ليست لديه الخبرة الكافية، كما هو الحال بالنسبة للإدارة، وعلى ذلك فالقاضي الإداري مهما وضع أمامه من معلومات أو مهما قام بالأبحاث، فإنه لا يستطيع أن يكون صورة مطابقة للحالة التي تعرض عليه أثناء وقوعها، لأنه عادة ما يكون بعيدا من حيث الزمان والمكان عن الظروف التي أحاطت بالإدارة عند ممارستها لسلطتها التقديرية، ومن أنصار هذا الاتجاه الفقهي نجد كل من "أوبي"، "دراقوا"، "ديكال فالين".
- الاتجاه الثاني وهو الفقه المعاصر: ينادي هذا الفقه بضرورة خضوع سلطة الإدارة التقديرية لرقابة القضاء إذا ما خرجت بتقديرها عن أي حد معقول، حيث يرد هذا الجانب الفقهي على المبررات التي جاء بها الفقه الكلاسيكي حين ذهب إلى أن تناسب العقوبة التأديبية مع المخالفة المرتكبة هو أمر تستقل بتقديره سلطة التأديب (الإدارة) دون معقب عليها من القضاء غير مقنعة، إذ أن غالبية

الفقه الفرنسي الحديث لم يقتنع بأن تصل حرية التقدير للإدارة إلى حد التفاوت الواضح أو الصارخ في فرض العقوبات التأديبية، ومن فقهاء هذا الاتجاه نجد: "ولتر"، "خان"، "أودن"، "بريان" ... الخ.

ونحن بدورنا نؤيد خضوع التقدير الذي تجر به الإدارة إلى رقابة القاضي الإداري، لأنه من غير المعقول أن تتوسع سلطات الإدارة التقديرية دون أن تكون هناك رقابة قضائية تمتد نطاقها إلى هذه السلطة التي قد تتعسف بها الإدارة في ضرب حقوق الأفراد، وهذا ما يعمل على تحقيق الفعالية والضمان في مجال العمل الإداري، ولعل رقابة التناسب تعتبر من أهم إبداعات القضاء في هذا المجال إذا ما خرجت الإدارة عن كل معقول نتيجة إصدارها لقراراتها الإدارية التي لها علاقة بحقوق وحرريات الأفراد (مجال الوظيفة العامة).

14- محمد رفعت عبد الوهاب، "رقابة دستورية القوانين"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008، ص 59.

15- سامر عبد الحميد محمد العوضي، "أوجه عدم دستورية القوانين في النظام الأمريكي والمصري، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2008، ص 331.

وقد ظهرت نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في قضاء الدستورية للمرة الأولى في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في 19، 20 جانفي 1981 بشأن قانون الأمن والحرية بشكل ضمني، ثم استعملها المجلس صراحة في قراره الصادر في 16 جانفي 1982 بشأن الرقابة على قانون التأميم، ثم تواترت أحكام المجلس الدستوري بعد ذلك في نفس الاتجاه، وكانت قضية إقليم *nouvelle Calédonie* المتعلقة بتقسيم الدوائر الانتخابية للإقليم من أهم القضايا التي تعرض فيه المجلس الدستوري إلى عدم دستورية القانون المتعلق بهذا التقسيم بسبب عدم التناسب الظاهر بين ممثلي كل دائرة وعدد سكانها .

16- محمد عبد النبي حسنين محمود، "نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في إطار القانون العام، دراسة مقارنة في النظام الإسلامي والنظم الوضعية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 2005، ص 365 وما يليها . أيضا: زكي محمد النجار، "فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة 1997، ص 298 وما يليها.

أيضا: ياسر محمود محمد أحمد الصغير، "الدور الإنشائي للقضاء الإداري، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 2015، ص 382 وما يليها.

17- حسب رأينا الشخصي أن اختلاف هذه التسميات منطلقه عدم وجود تعريف محدد و واضح لهذا المبدأ، لأنه يحتوي ويتضمن عدة أفكار ومعان تدور بين المشروعية والملاءمة في نفس الوقت. وعلى هذا الأساس يمكن تفسير هذا المبدأ في إطار حماية حقوق وحرريات المواطنين باتخاذ الإجراء - سواء كان قانونا أو قرارا إداريا - المناسب حتى لا يتم ضرب الحقوق والحرريات الأساسية للمواطنين، وحتى يتم معالجة المسائل المتعلقة بها بمهذوء وروية.

وأما عن أساس ظهور هذا المبدأ، فقد ظهر في القانون الإنجليزي القديم، وأن هذا المبدأ ليس إلا مرادفا لعبارة قانون البلاد التي ورد ذكرها لأول مرة في العهد الأعظم عام 1215 حيث تعهد الملك جون لرعاياه في الفقرة التاسعة والعشرين من هذا العهد بأن أحدا منهم "لا يؤخذ أو يحبس أو يجرم من حريته أو ينفي، أو تمس حياته إلا بعد أن يسأل عما نسب إليه أمام جماعة من نظرائه، ويحكم عليه وفقا لقانون البلاد"، وكانت للمستعمرات الإنجليزية بأمريكا تأثير كبير على القواعد القانونية التي أقرت في تلك المستعمرات، إذ شرعت المستعمرات عقب استقلالها عن التاج البريطاني في وضع دساتيرها الجديدة، وقد صدر الدستور الاتحادي خاليا من النص على هذا المبدأ، إلا أنه تضمنه في التعديلات التي أدخلت على الدستور الأمريكي بعد ذلك من خلال التعديلات الخامس والرابع

- عشر. أحمد كمال أبو المجد، "الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري"، دار النهضة العربية، القاهرة 1960، ص 288، 289 .
- 18- عماد محمد محمد أبو حليلة، المرجع السابق، ص 246.
- 19- حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم (3) لسنة (10) ق.د. بجلسة 1993/01/2 منشور في الجزء الخامس، المجلد الثاني، قاعدة رقم (10)، ص 103.
- 20- و في هذا الإطار نلاحظ أن جوهر المعقولية ذاتها يتمثل في وجوب اتفاق ما يفرضه المشرع من قواعد و ضوابط مع طبائع الأشياء في اتصالها بالواقع، حتى لا تنفصم عنه، بما يحيلها إلى نصوص لا تنبض بالحياة الأمر الذي يفقدها التناغم و التناسب مع الحقائق الكائنة في حياة الناس و يؤدي إلى عدم معقوليتها.
- 21- عماد محمد محمد أبو حليلة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع المرجع السابق، 252.
- 22- نفس المرجع، ص 252.
- 23- أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص 293 و ما يليها . أيضا: سامر عبد الحميد محمد العوضي، أوجه عدم دستورية القوانين في النظام الأمريكي و المصري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2008، ص 199 و ما يليها.
- 24- أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص 308 و ما يليها.
- 25- كانت هناك أسباب كثيرة في تغير اتجاه المحكمة العليا الأمريكية العليا الأمريكية نحو مبدأ الوسائل القانونية السليمة إذ لم يعد مجرد قيد إجرائي، بل تحول إلى قيد موضوعي يتعين مراعاته، ومن بين تلك الأسباب ما طرأ على الحياة الاقتصادية و الاجتماعية التي عرفت الولايات المتحدة الأمريكية عقب الحرب الأهلية، حيث ظهرت ثورة صناعية عارمة عمت البلاد دفعت بأصحاب الأموال و المشاريع الاقتصادية الكبرى إلى البحث عن وسيلة تحفظ ممتلكاتهم ضد تعسف الولايات أو الحكومة المركزية إذ فرض عليهم اللجوء إلى القضاء للدفاع عنها، إذ كان سندهم مبدأ دستوريا، هذا بالإضافة إلى سيطرة الحزب الجمهوري على مقاليد الحكم في تلك الفترة، و ما ترتب عليه من تعيين بعض القضاة في المحكمة العليا بدلا من القضاة المحافظين، فكان الأعضاء الجدد من الحزب الجمهوري و الذين كانوا يؤمنون بالأفكار و المبادئ التي تنادي بضرورة تقوية الحكومة المركزية و ضرورة حماية الحقوق و الحريات الفردية.
- 26- أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص 323 و ما يليها . و يضيف الفقه أن المحكمة العليا تابعت السير على نفس النهج الجديد و الذي عبرت عنه من خلال أحكامها "بالإجراء الاقتصادي الواجب"، وقد تعرضت لعدد كبير من القضايا بهذا الخصوص متعلقة بعدة مسائل اقتصادية منها المتعلقة بتحديد ساعات العمل وأجور العمال وتحديد أسعار السلع والمنتجات ..إلخ.
- 27- إن آلية الخطأ الظاهر في التقدير ابتدعتها مجلس الدولة الفرنسي بغية مد نطاق رقابته إلى بعض المسائل التي تعتبر خارجة عن نطاق رقابة القضاء، و ذلك نظرا إلى طبيعتها الفنية والعلمية ، إما لأنها تتعلق بمسائل لها علاقة بالمصالح العليا للدولة، فأصبحت مواضع هذه المسائل تخضع لرقابة القاضي الإداري من ناحية تكييفها القانوني .
- راجع في هذا الخصوص للدكتور يعقوب يوسف الحمادي القضاء ومراقبة السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، طبعة 2012، منشأة المعارف، ص 236 .

- أنظر كذلك بهذا الخصوص للدكتور بشير علي باز، دور القاضي الإداري في الرقابة على القرارات الفنية و العلمية للطلاب، دراسة مقارنة الطبعة الأولى 2017، مكتبة الوفاء القانونية بالإسكندرية، ص 84 و ما يليها.
- 28- أما الفقه العربي فقد تم إعطاء تعريف للخطأ الظاهر من طرف الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأنه "حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، و غير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها " كما عرفه البعض على أنه كذلك " عيب يشوب التكييف الذي تجرته الإدارة للوقائع المتخذة كسبب لإلغاء القرار الإداري، و يبدوا بينا و جسيما على نحو يتعارض مع القطرة السليمة و تتجاوز به الإدارة حدود المعقولة في الحكم الذي تحمله على الوقائع، و يكون سببا لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب ".
- 29- خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة و الجريمة في مجال التأديب، طبعة 2009، دار الجامعة الجديدة للنشر، 128
- 30- عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة طبعة 2010، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية ص 674.
- 31- زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 201 .
- 32- تم طرح نفس السؤال في مجال القضاء الإداري في إطار البحث عن معيار للخطأ الظاهر في التقدير، ووقع اختلاف بين الفقه الإداري، فمنهم من يرى أن معيار الخطأ الظاهر هو درجة جسامته الخطأ، و منهم من يرى أن معياره يتمثل في المعقولة، و آخر يرى أن معياره يكمن في عدم الكفاية الإدارية في تقدير الوقائع محل المعالجة، إلا أن الجانب الأعم من الفقه يرى أن هناك معيار موضوعي للكشف الخطأ الظاهر من خلال الاطلاع على ملف الدعوى و تفحص الأوراق وكذا إتباع القرائن.