مبدأ التناسب كضابط لعملية تقييد الحقوق الدستورية

د.عصام سعيد عبد العبيدي
أستاذ القانون العام المساعد
جامعة الشارقة/كلية القانون

Principle of proportionality as a criterion for the process of restricting constitutional rights

Dr. Essam Saeed Abdul Obeidi
Assistant Professor in Public Law
University of Sharjah / College of Law

المقـــدمـــة

أولاً: أهمية البحث:

يعد مبدأ التناسب من المبادئ الدستورية العامة المهمة لعدة أسباب: الأول أنه يضبط عملية التقييد التشريعي للحقوق الدستورية، فالمشرع يملك سلطة تقديرية قائمة ابتداءً لغرض تنظيم الحقوق الدستورية وتقييدها تحقيقاً للمصلحة العامة أو ملاءمةً للأسباب السياسية الاجتماعية والاقتصادية الدافعة لإصدار التشريع، لذا فإن هذا التنظيم أو التقييد لابد وأن تحكمه ضوابط موضوعية لكي لا تتحول السلطة التقديرية للمشرع إلى سلطة مطلقة وتحكمية، والثاني أن القضاء الدستوري هو المسئول عن رقابة التناسب من خلال وظيفته في الرقابة على دستورية القوانين، وعند قيامه بهذه الرقابة فإنه يتصدى للتناسب بين محل التشريع وغرضه دون التعرض للتناسب بين محل التشريع وسببه، وهذا يعني أن القاضي الدستوري تحكمه ضوابط موضوعية عند توليه هذه الرقابة لكي لا يحل تقديره الشخصي محل تقدير المشرع من جهة وحتى لا يقع المشرع تحت الوصاية أو الهيمنة القضائية من جهة أخرى مما قد يؤدي إلى هدم مبدأ الفصل بين السلطات، كما يمكن القول أن الهدف العام من تطور رقابة القاضي

الدستوري على أعمال المشرع هو التوسع دائماً من نطاق المشروعية وتضييق السلطة التقديرية للمشرع بقصد كفالة الموازنة بين حماية الحقوق الدستورية من جهة وتمكين المشرع من تحقيق أغراضه التي تزداد تعقداً في الدولة الحديثة من جهة أخرى، إذ يمثل التوازن المشكلة الأساسية في القانون الدستوري، بحسب أن هذه المشكلة ليست ستاتيكية بل ديناميكية دائماً، يحركها القاضي الدستوري متأثراً بكل العوامل القانونية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية المحيطة بها.

ثانياً: هدف البحث:

يهدف البحث إلى بيان مفهوم مبدأ التناسب وعناصره في القانون الدستوري، كما يهدف إلى بيان دور القاضي الدستوري في الرقابة على التناسب (من خلال وظيفته في الرقابة على دستورية القوانين) وذلك لغرض حماية الحقوق الدستورية من انتهاك المشرع عند تقييده أو تنظيمه لهذه الحقوق، ويهدف البحث أيضاً إلى تحقيق التوازن بين القضاء الدستوري والمشرع من جهة وبين المصلحة العامة وحقوق الأفراد من جهة أخرى .

ثالثاً: مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث الرئيسية في التساؤلات التالية:

١- ما المقصود بالتناسب ؟

٢- ما أهمية مبدأ التناسب ؟ وما هو الأساس الذي يقوم عليه ؟

٣- ما هي صور التناسب ؟ أو ما هي عناصره ؟

٤- وما هي حدود سلطة المشرع في تنظيمه أو تقييده للحقوق والحريات ؟

٥- ما هي حدود رقابة القاضي الدستوري على التناسب ؟

٦- ما هي أسس تقييد الحقوق والحريات ؟

رابعاً: فرضية البحث:

يساعد مبدأ التناسب على تشخيص الانتهاكات التشريعية للحقوق الدستورية ويحدد طرق معالجتها لغرض الحد من حالات الاستبداد التشريعي .

خامساً: منهجية البحث:

لقد اتبعنا في كتابة البحث المنهج التحليلي والمقارن وذلك بتحليل ومقارنة النصوص الدستورية والآراء الفقهية والأحكام القضائية واستنباط الأحكام منها .

سادساً: خطة البحث:

لقد عالجنا البحث من خلال خطة بحث رئيسية تتناول بالإضافة إلى المقدمة والخاتمة مبحثين رئيسين: يتعلق المبحث الأول بمفهوم التقييد التشريعي للحقوق الدستورية ومبدأ التناسب وينقسم إلى مطلبين يتضمن المطلب الأول مفهوم التقييد التشريعي للحقوق الدستورية ويتضمن المطلب الثاني مفهوم مبدأ التناسب، ويتعلق المبحث الثاني بعناصر رقابة التناسب في القانون الدستوري ويتضمن اربعة مطالب يتعلق المطلب الأول بالغرض المناسب ويتعلق المطلب الثاني بالارتباط العقلاني (الملاءمة) ويتعلق المطلب الثالث بالضرورة ويتعلق المطلب الرابع برقابة التناسب بالمعنى الضيق (الموازنة) .

المبحث الأول

مفهوم التقييد التشريعي للحقوق الدستورية ومبدأ التناسب

وينقسم إلى مطلبين يتعلق المطلب الأول بمفهوم التقييد التشريعي للحقوق الدستورية ويتعلق المطلب الثاني بمفهوم مبدأ التناسب .

المطلب الأول

مفهوم التقييد التشريعي للحقوق الدستورية

تتأرجح سلطة المشرع بين التقدير والتقييد في تنظيمه للحقوق الدستورية وذلك بحسب ما يفرض عليه الدستور من حدود أو ضوابط يتعين عليه الالتزام بها، ويقصد بالسلطة التقديرية للمشرع" حرية المشرع في تنظيم أو عدم تنظيم موضوع ما وحريته في المفاضلة بين البدائل والخيارات المطروحة بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يتغياه – بحسبانه برلماناً منتخباً – دون أن يفرض عليه طريقاً بذاته يجب عليه إتباعه أو توجيهاً

محدداً يتعين عليه التزامه" [١]، وهذا يعني أن المشرع العادي يتمتع بسلطة تقديرية في حالة عدم وجود قيد دستوري مسبق عليه في المسألة محل التنظيم، أما في حالة وجود مثل هذا القيد فإن سلطته تصبح مقيدة في ذلك، ولإعطاء صورة أكثر وضوحاً عن حدود سلطة المشرع في تنظيم الحقوق الدستورية فإنه ينبغي التمييز بين الحقوق المطلقة والحقوق النسبية، فالحقوق من حيث الأصل هي نسبية أي يمكن تنظيمها وتقييدها من قبل المشرع، فغني عن البيان أن إطلاق العنان للحقوق والحريات العامة بشأن ممارستها قد يفضي إلى نوع من الفوضى والاضطراب، يسود معه بالموازاة المساس بالمصلحة العامة أو النظام العام، فمن اللزوم والحال هذه أن تنظم الحقوق على نحو تصان معه المصلحة العامة بحيث يصبح الحق بذاته ممكناً وعملياً، وهذا يعني أن التنظيم التشريعي للحقوق والحريات هو الذي يوفر لها إمكانية الوجود الواقعي بحيث تكون قابلة للتطبيق والممارسة عملياً[٢] .

وهكذا يتبين الوضع الدستوري للحقوق والحريات النسبية في عدة حالات: الحالة الأولى: أن يصرح الدستور بفقرة القيود العامة التي تنطبق على جميع الحقوق والحريات ومثال ذلك ما نص عليه دستور اتحاد جنوب أفريقيا لعام ١٩٩٦ في المادة ٣٦ فقرة ١ بأنه يمكن تقييد وثيقة الحقوق بواسطة القانون فقط إلى المدى الذي يكون فيه هذا التقييد معقولاً (REASONABLE) ومبرراً (JUSTIFIABLE) في مجتمع مفتوح وديمقراطي يقوم على الكرامة الإنسانية والمساواة والحرية مع وجوب الأخذ بنظر الاعتبار كل الحقائق الموضوعية التي تتضمن:

١- طبيعة الحق

٢- أهمية الغرض من التقييد

---

(١) د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٠٠، ص٣٨٨ .

(٢) حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٢ – ٢٠١٣، ص٨٤ .

٣- طبيعة ومدى القيد

٤- العلاقة بين القيد والغرض

٥- أقل الوسائل تقييداً لتحقيق الغرض

ونص الميثاق الكندي للحقوق والحريات لعام ١٩٨٢ في المادة الأولى على أنه يضمن هذا الميثاق بألا تخضع الحقوق والحريات المنصوص عليها فيه، إلا لقيود معقولة يصفها القانون على أنها مبررة في المجتمع الديمقراطي الحر .

كما نص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة ٤٦ بأنه لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناءً عليه على أن لا يمس ذلك التحديد أو التقييد جوهر الحق أو الحرية .

ويتضح لنا من هذه النصوص ما يأتي:

١- إن دستور جنوب أفريقيا والميثاق الكندي أكثر دقة وتفصيلاً من الدستور العراقي في بيان حدود سلطة المشرع في تقييد الحقوق والحريات فمن جهة حدد كل من دستور جنوب أفريقيا والميثاق الكندي القانون كأداة لتقييد الحقوق والحريات أما الدستور العراقي فقد سمح أيضاً للسلطة التنفيذية بناءً على تخويل من القانون بتقييد الحقوق الدستورية، فضلاً عن ذلك أن دستور جنوب أفريقيا بين الشروط الموضوعية الواجب احترامها من قبل المشرع إلا أنه لم يصرح بمبدأ التناسب لكنه يفهم ضمناً من تعداد هذه الشروط ولاسيما العلاقة بين القيد والغرض وأقل الوسائل تقييداً لتحقيق الغرض، أما الدستور العراقي فقد أورد عبارة القيود العامة مجملة مكتفياً بعبارة" على أن لا يمس ذلك التحديد أو التقييد جوهر الحق أو الحرية" بحيث تحتاج من وجهة نظرنا إلى تفصيل دقيق كي لا تسمح للمشرع والقاضي الدستوري بسلطة تقديرية تحكمية عند تفسير وتطبيق هذه الفقرة .

٢- لقد اتفق الميثاق الكندي للحقوق والحريات ودستور جنوب أفريقيا على أن مراقبة القيود التشريعية على الحقوق الدستورية تتضمن مرحلتين الأولى وجود قيد على الحق والثانية أن يكون هذا القيد معقولاً و مبرراً في مجتمع ديمقراطي حر، مع

الفارق أن دستور جنوب أفريقيا قد حدد المعايير الموضوعية لكي يكون القيد مبرراً أما الميثاق الكندي فلم يحدد ذلك، علماً أن معقولية القيد ما هي إلا عنصر من عناصر مبدأ التناسب بمفهومه الواسع .

أما الحالة الثانية للحريات النسبية فهي أن تورد الوثيقة الدستورية كل حق من الحقوق الدستورية المعنية مع بيان القيود التي تتعلق بكل حق على حدة، كالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠ ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٩ من الاتفاقية بأنه: ١- لكل شخص الحق في حرية الفكر والضمير والدين ... ٢- لا يجوز وضع قيود على حرية إظهار الدين أو المعتقدات غير تلك المنصوص عليها في القانون والتي تشكل تدابير ضرورية في المجتمع الديمقراطي للأمن العام أو حماية النظام أو الصحة أو الأخلاق العامة أو حماية حقوق الغير وحرياته، ومثال ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٠ من الاتفاقية بأن: ١- لكل شخص الحق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حرية الرأي وحرية تلقي أو نقل المعلومات أو الأفكار ... ٢- يجوز إخضاع ممارسة هذه الحريات وما تشمله من واجبات ومسئوليات لبعض المعاملات أو الشروط أو القيود أو العقوبات المنصوص عليها في القانون والتي تشكل تدابير ضرورية في المجتمع الديمقراطي للأمن الوطني أو سلامة الأراضي أو السلامة العامة أو حماية النظام أو منع الجريمة أو لحماية الصحة أو الأخلاق أو لحماية سمعة الغير وحقوقه أو لمنع الكشف عن معلومات سرية أو لضمان سلطة القضاء ونزاهته .

ومثالها في القانون الأساسي الألماني لسنة ١٩٤٩ ما نصت عليه المادة ١١ فقرة ٢ بأنه لا يجوز تقييد حرية التنقل إلا بقانون أو بناءً على قانون، وفقط في الحالات التي لا تتوفر فيها المقومات الأساسية للحياة بشكل كافٍ والتي تشكل عبئاً خاصاً للعامة، أو التي يكون التقييد فيها ضرورياً لدفع خطر يهدد كيان الاتحاد أو إحدى ولاياته، أو لمكافحة انتشار الأوبئة، أو لمواجهة الحوادث المفجعة أو الكوارث الطبيعية أو لحماية الأحداث من الإهمال الجسيم أو يلزم فيها الوقاية من وقوع جرائم، ومثالها في الدستور المصري لعام ٢٠١٤ نص المادة ٣٥ بأن الملكية الخاصة

مصونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون، أما في النظام الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، فلم يتضمن الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧ قيوداً صريحة على الحقوق الدستورية إنما قيوداً ضمنية وهذا ما قد يفسر بأن هذه الحقوق مطلقة ومثالها ما نص عليه التعديل الأول بأنه لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص ... أو يحد من حرية التعبير أو الصحافة، وعلى الرغم من ذلك قام القضاء الأمريكي بتحديد معنى ونطاق الحقوق من خلال عبارة" ما لم" ومثاله قراءة المحكمة الاتحادية العليا للتعديل الأول بطريقة فاعلة ومؤثرة بذكرها بأن الكونغرس لا يمكنه أن يحد من حرية التعبير ما لم يكن ذلك ضرورياً لمصلحة الحكومة الإجبارية أو الملحة [١] .

لكن المشكلة الرئيسية تظهر عندما تتسع السلطة التقديرية للمشرع في الحالة التي يحيل فيها الدستور إلى المشرع أمر تنظيم الحقوق دون بيان حدودها على نحو صريح ومثال ذلك ما ورد في المادة ٦ من الدستور المصري لعام ١٩٧١ (الملغي) بأن الجنسية المصرية ينظمها القانون، والمادة ١٧ من الدستور ذاته بأن تكفل الدولة خدمات التأمين الاجتماعي والصحي ومعاشات العجز عن العمل والبطالة والشيخوخة للمواطنين جميعاً وذلك وفقاً للقانون، فهل يجوز في هذه الحالات أن يورد المشرع القيود على الحقوق الدستورية ؟ وبعبارة أخرى هل التنظيم يشمل القيد ؟ و هل يوجد معيار فاصل بين تنظيم الحق وتقييده ؟

لقد انقسم الفقه بخصوص ذلك إلى **اتجاهين: الأول** يذهب إلى سهولة وضع معيار فاصل بين تنظيم الحق وتقييده **والثاني** يذهب إلى صعوبة وضع معيار فاصل بين تنظيم الحق وتقييده:

(1) STEPHEN GARDBAUM , LIMITING CONSTITUTIONAL RIGHTS , UCLA LAW REVIEW|,VOL . 54 , 2007 , P.800-801: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=971024

الاتجاه الأول: سهولة وضع معيار فاصل بين تنظيم الحق وتقييده: على الرغم من اتفاق أنصار هذا الرأي على إمكانية وضع معيار فاصل بين تنظيم الحق وتقييده إلا أنهم اختلفوا في طبيعة ومضمون المعيار، فقد ذهب جانب من الفقه إلى تحديد المعيار الموضوعي للتنظيم بأنه ما لا يتضمن عدواناً على الحرية، ووضح بأن وقوع هذا العدوان يكون إذا تبين على وجه موضوعي معنى أن الحق العام الذي ينظمه التشريع قد أصبح بعد هذا التنظيم منتقصاً من أطرافه بحيث لا يحقق الغاية التي قصد الدستور إليها وذلك بأن يرد على ذات الحق وإنما أجاز أن يرد على كيفية استعماله[١].

ومع ذلك فقد تم انتقاد هذا الرأي لأنه يصعب وضع معيار حاسم يمكن استخدامه بدقة في رسم الحد الفاصل بين التنظيم والقيد (أي الانتقاص)، ولا يبرأ من هذا المعيار الذي أتى به الفقيه السنهوري للتمييز بين التنظيم والتقييد والذي حاول أن يعتبر أن التنظيم يرد على كيفية استعمال الحق ولا يرد على الحق ذاته، في حين أن التقييد ينتقص الحق بحيث يهدر الغاية التي قصد إليها الدستور من كفالته، وأن الأخذ بهذا المعيار تشوبه عدة انتقادات منها:

١- إن الدساتير قلما تتضمن حدوداً موضوعية على الحرية حتى يمكن التفرقة بين التنظيم الذي يرد على كيفية استعمالها وبين القيد الذي ينتقص منها أو يرد على جوهرها، ومن ثم ليس من السهولة التقرير بأن التشريع قد تجاوز و التزم النطاق الدستوري المرسوم للحرية

٢- إن الحريات ذاتها شيء مجرد لا يمكن الإحساس به إلا عندما تبرز إلى الوجود في صور استعمالها، فهي أقرب إلى القيم منها إلى القواعد المنضبطة ومن ثم يستحيل وضع صيغ جامدة ومحددة لها، وإنما تختلف صيغتها وصور التعبير عنها وما يعتبر جوهرياً فيها وما لا يعد كذلك باختلاف الأزمنة والظروف، وقد

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير ١٩٥٢ – ووارد بملحق خاص في كتاب الانحراف التشريعي للدكتور ماهر أبو العينين، الجزء الأول، ٢٠٠٦، ص٩٦١ وما بعدها .

يترتب على ممارسة المشرع ولايته في التنظيم الانتقاص فعلاً من الحرية دون أن يقصد في الأصل تقييدها .

٣- أن صور استعمال الحرية هي التي تبرز مظهرها وتضع الحرية موضع التنفيذ العملي، ومن ثم يكون من شأن التنظيم بيان النطاق الحقيقي للحرية، لأنه يتناول صور استعمالها ويحددها، ولو كان صحيحاً القول بأن التنظيم لا يقيد الحرية أحياناً لكان دائماً مجرد عمل كاشف، وكان مدى الحرية قبل تنظيمها متطابقاً مع مداها بعد تنظيمها وهو أمر غير صحيح، لأنه في الغالب يكون التنظيم عملاً منشئاً ويدخل الكثير منه في دائرة الافتئات الممنوع [١].

كما استند جانب آخر من الفقه إلى معيار الإضرار بالمجتمع بحيث يجوز للمشرع أن يتناول الحقوق والحريات بالتنظيم وأنه يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، ولكن سلطته في الحظر تقف عند حد الأفعال الضارة بالمجتمع، أما إذا كان النشاط لا يلحق الضرر بالمجتمع فليس للمشرع أن يتناوله بالمنع، فضلاً عن ذلك أنه حتى لو كان المشرع يستطيع بسهولة الادعاء بأنه صاحب الحق في تحديد الأنشطة التي يراها ضارة بالمجتمع وهو ما يعني في نهاية الأمر أن سلطته في تنظيم الحريات مطلقة، إلا أن ذلك مردود بأن المشرع في جميع الأحوال مقيد بتحقيق المفهوم الديمقراطي للحرية بحيث لا يستطيع تجاوزه وإلا لحقته رقابة القاضي الدستوري[٢] ومع ذلك فقد تم انتقاد هذا المعيار لأن الإضرار بالمجتمع فكرة مرنة ومختلفة باختلاف الزمان والمكان [٣].

---

(١) د. محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية بالقاهرة، ١٩٥٧، ص ١٣٨ – ١٤١ – د. جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٣٨٦.

(٢)أ.د. وجدي ثابت غبريال، حماية الحرية في مواجهة القانون، منشور في مجلة مصر المعاصرة، السنة الثمانون، العددان ٤١٧، ٤١٨، يوليو – أكتوبر ١٩٨٩، ص ٢٢٩ وما بعدها .

(٣)اد. عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانونين المصري والفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص٣٣٧ .

الاتجاه الثاني: صعوبة وضع معيار فاصل بين تنظيم الحق وتقييده: لقد ذهب جانب من الفقه إلى أن منح المشرع سلطة تنظيم الحريات يعني منحه سلطة تقييدها أي بمعنى آخر تخويله سلطة الانتقاص منها، وأن المشرع ليس عليه سوى قيد عدم إلغاء الحرية أو غيره من القيود التي يرسمها الدستور، فضلاً عن ذلك أن سلطة المشرع في تقييد الحرية أو الانتقاص منها لا يمكن مراقبتها من قبل القاضي الدستوري وإلا خرج عن حدود رقابته من رقابة المشروعية إلى رقابة الملاءمة أي رقابة السياسة التشريعية التي تخرج عن وظيفة القضاء [١].

لا بل ذهب رأي آخر من الفقه إلى أنه من الصعوبة وضع حد فاصل بين تنظيم الحرية وتقييدها أو انتقاصها يمكن بإعماله التقرير على سبيل الجزم بأن المشرع قد تجاوز حد التنظيم المشروع ودخل في نطاق آخر هو نطاق التقييد غير المشروع للحرية، وإزاء هذه الصعوبة فإن العبرة في الوضع الدستوري الفعلي للحريات هو بالتشريعات المنظمة أو المقيدة للحريات، وأن المدى الحقيقي للحرية هو ما يكون خارج نطاق التنظيمات والقيود المفروضة على الحريات، وأن العمل التشريعي حين يرسم الحدود الحقيقية للحريات يكون تابعاً في ذلك للأفكار السائدة في المجتمع، وأنه حتى إذا كان هناك استلزام لتعديل دستوري لتقييد حرية ما، أو حتى في ظل وجود رقابة قضائية على دستورية القوانين، فإن كثيراً ما تتضمن التشريعات المنظمة للحريات تقييداً كان يجب أن يصدر به تعديل دستوري، وقد لا تفلح الرقابة على دستورية القوانين في رد العدوان التشريعي على الحرية، فرغبة القضاء في حماية الحرية، مهما بلغ من أهميتها وأثرها، لا يمكن أن تقف طويلاً أمام تصميم مشرع قوي [٢].

ونحن نؤيد أنه يصعب وضع معيار فاصل بين تنظيم الحق وتقييده فتنظيم الحق يقصد به ترتيب ممارسته حتى يكون ضمن نسق معين بما يتفق مع المصلحة العامة،

---

(١)اد. عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، دار الطالب للنشر والثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٥٦، ص ٦٦٧ .

(٢)اد. محمد عصفور، المصدر السابق، ص٩٠ –اد. جابر محمد حجي، مصدر سابق، ص٣٩٠

وذلك لا يمكن أن يكون إلا بفرض بعض القيود التنظيمية على الحق المعني، والقيد لا يعني سوى إعاقة ممارسة الحق والتضييق منها [1]، لذا فالمشكلة تتعلق في الحقيقة بخطورة القيد وأهميته، ويقع على القاضي الدستوري مهمة التحقق من خطورة القيد ومدى تناسبه مع الغرض المنشود وذلك من خلال وظيفته في الرقابة على دستورية القوانين .

هذا وينبغي ملاحظة أن معرفة الحقوق المطلقة يكون إما بتصريح المشرع الدستوري أو في الحالة التي لا يرد فيها تنظيم أو قيد أو استثناء دستوري على الحق أو الحرية، ومثالها كما نص الدستور المصري لعام ٢٠١٤ في المادة ٥١ بأن" الكرامة حق لكل إنسان، ولا يجوز المساس بها، وتلتزم الدولة باحترامها وحمايتها" وكذلك المادة ٥٢ من الدستور ذاته التي تشير إلى حق الإنسان في التحرر من التعذيب بحيث نصت على أن" التعذيب بجميع صوره وأشكاله جريمة لا تسقط بالتقادم" والمادة ٦٤ من الدستور ذاته التي نصت على أن" حرية الاعتقاد مطلقة" وكذلك ما نصت عليه المادة ٩٢ فقرة ١ من الدستور ذاته بأن" الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً ولا انتقاصاً" .

وبذلك يتضح أهمية التمييز بين الحقوق النسبية والحقوق المطلقة، فرقابة التناسب تتعلق بالحقوق النسبية التي يرد عليها التنظيم أو القيد أو الاستثناء للتحقق من

(١)القد نص الدستور المصري لعام ٢٠١٤ في المادة ٩٢ فقرة ٢ بأن" ولا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيدها بما يمس أصلها وجوهرها"، وكذلك نص المادة٤٦ من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ بأن" ... على أن لا يمس ذلك التحديد أو التقييد جوهر الحق أو الحرية"، ويمكن القول أن صياغة النصين غير دقيقة بحيث تثير اللبس فكيف لا يمس القيد جوهر الحرية ؟ إذا علمنا أن تقييد ممارسة الحقوق تعني إعاقتها والتضييق منها أي الانتقاص من مضمونها أو جوهرها، فالمشكلة الحقيقية تتعلق بمدى القيد وخطورته وأهميته بحيث لا ينبغي أن يلغي أو يعطل أو يضيق إلى حد خطير من جوهر الحق أو أصله وهو ما يخضع لتفسير القاضي الدستوري لذا كان من الأولى أن يكون النص كالآتي:" ولا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيدها بما يبلغي أصلها أو جوهرها، أو ينتقص منها إلى حد خطير".

مدى التناسب بين القيد والغرض، أما الحقوق الدستورية المطلقة، التي لا يرد عليها تنظيم أو قيد أو استثناء فتكون قابلة للتطبيق المباشر دون تدخل المشرع، لذا فإنها لا تتعلق برقابة التناسب .

المطلب الثاني

مفهوم مبدأ التناسب

ترجع الأصول الفكرية لمبدأ التناسب إلى فكرة العدالة التوزيعية التي ترجع جذورها إلى المفكر اليوناني أرسطو، فعندما بدأ أرسطو في تحديد بعض مظاهر العدالة فإنه استخدم اصطلاحاً جديداً لهذا الغرض هو المساواة، فالعدالة هي المساواة، ومن وجهة نظره هناك صورتان للعدالة لابد من مراعاتهما في كل مجتمع هما: العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية، أما العدالة التوزيعية فهي خاصة بتوزيع الثروات والمزايا المعنوية وكل المزايا الأخرى المتاحة على أفراد المجتمع بما يستحقه كل فرد، والمساواة التي تحكم العدالة التوزيعية ليست هي المساواة الحسابية ولكنها مساواة تناسبية أو جبرية، ويترتب على ذلك أن العدالة التوزيعية تكون قد تحققت رغم وجود فروق بين أفراد المجتمع، فالعدالة التوزيعية لا تأبى أن توجد مساواة وكذلك عدم مساواة بين مواطن ومواطن، ولكن إذا كانت العدالة التوزيعية لا تقتضي المساواة الحسابية المطلقة بين المواطنين إلا أنها تأبى عدم المساواة المطلقة بينهم، فالفروق بين المواطنين يجب أن تكون معقولة على أساس الاعتدال وهو الوسط بين نقيضين[١]، وهذا يعني أنه من الواجب على المشرع أن يراعي الاعتدال في التوزيع ولا يستجيب إلا إلى المطالبات المعقولة، وبخصوص العدالة التبادلية التي تحكم العلاقات بين الناس فإنها مكملة للعدالة التوزيعية، بحيث لا تظهر الفائدة منها إلا بعد أن تكون العدالة التوزيعية قد تحققت بالفعل، كما أن الفائدة من العدالة التوزيعية لا تستمر إلا عن طريق العدالة

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص١٤١.

التبادلية، مع ضرورة ملاحظة أن المساواة في العدالة التبادلية هي مساواة حسابية مطلقة [١].

ولتوضيح مبدأ التناسب الهندسي عند أرسطو نبين بأنه إذا كان هناك شخصان" أ" و" ب" تقاسم شيئين" ج" و" د" وكان الشخصان متماثلان من حيث درجة الاستحقاق وكانت قيمة" ج" مساوية لقيمة" د"، فإن العدالة تقتضي أن يتم التقسيم وفقاً للمعادلة التالية: أ، ب = ج، د وبالنظر إلى مبدأ التوزيع العادل فإنه يتعين أن يحصل" أ" على" ج" كلها وأن يحصل" ب" على" د" كلها بحيث تصبح الوضعية بعد التقسيم على النحو التالي: (أ + ج)، (ب + د) = أ، ب وهذا يعني أن وضعية كل طرف بالنسبة للطرف الآخر بعد التوزيع ظلت كما كانت عليه قبل التوزيع، بمعنى أن أي أحد لم يحقق مكاسب على حساب الآخر، وهذه هي العدالة التوزيعية التي تقوم على مبدأ التناسب الهندسي الذي تمثل حصيلته الحد الوسط بين الزيادة والنقصان في الحصة التي يستحقها كل طرف، فلا إفراط ولا تفريط، ومعنى ذلك أن الشخص غير العادل هو الذي يرغب في الحصول على أكثر مما يستحق وفقاً لمبدأ التناسب الهندسي [٢].

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

(١) د. سمير عبد السيد تناغو،، ص١٤٢.

(٢) أحمد أغبال، مفهوم العدالة عند أرسطو:
http://sophia.over-blog.com/article-17001785.html

والمفهوم الوسيط للدفاع الذاتي المتناسب والمفهوم الحديث لتوازن المصالح [١].

كما لعبت الحركة التنويرية في القرن الثامن عشر دوراً مهماً في تطور مفهوم التناسب وذلك بتجسيد نظرية العقد الاجتماعي من زاوية أن العقد المبرم بين الشعب والحاكم كان الهدف منه هو تقييد سلطة الحكام بمنحهم سلطات يمارسونها لتحقيق مصلحة الشعب وليس لتحقيق مصالحهم الشخصية [٢].

ولقد اختلف الفقهاء في تعريف مبدأ التناسب وتحديد العناصر التي يقوم عليها التعريف في القانون الدستوري، إذ ذهبت فئة قليلة من الفقه الدستوري إلى تعريف التناسب بأنه " التوافق بين التشريع الصادر من المجلس التشريعي ومدى المعالجة القانونية للواقع الذي صدر التشريع من أجله، والآثار التي تترتب على التطبيق بحيث يتحقق للتشريع التناسب بين سبب التشريع ومحله" [٣].

لكن يذهب أغلبية الفقهاء إلى تعريف التناسب بأنه" العلاقة بين الوسائل التي يختارها المشرع والغايات التي يتوخاها وراء تدخله" [٤] أو" العلاقة العادلة بين الوسائل المقيدة للحقوق والغرض المشروع" أو" العلاقة العادلة بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة" [١].

---

(1) ERIC ENGLE , THE HISTORY OF THE GENERAL PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: AN OVERVIEW , VOL.X:1, 2012 , P.5: http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=062021004021122116109001127124019091102008050058026054101090107024087008024112005095018061040055106006002002064108120126002118106016000058010127017118112093090015040087032111127116094000007124124009121015005085004082066106067083001003082006070066110&EXT=pdf

(٢) ينظر نظرية العقد الاجتماعي: د. سام سليمان دلة، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، ط١، جامعة الشارقة، ٢٠١٤، ص١٠٠-١٠١ .

(٣) هالة أحمد سيد أحمد المغازي، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية الشخصية، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٣٩٠ .

(4) GRANT HUSCROFT , BRADLEY W. MILLER , GREGOIRE WEBBER , PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW , CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS , 2014 , P.4: https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2014-13_Webber.pdf

ويتضح لنا من هذه التعريفات ما يأتي:

١- إن تعريف التناسب في القانون الدستوري بأنه العلاقة بين سبب التشريع ومحله لا يمكن قبوله لدى معظم الفقهاء ولاسيما إذا علمنا أن هناك فرق بين رقابة القضاء الإداري الذي تمتد يده لمراقبة سبب القرار الإداري وكذلك علاقته بركن المحل، ورقابة القضاء الدستوري التي لا تمتد إلى ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره لأن ذلك كله مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق [٢].

٢- إن التناسب في القانون الدستوري يتضمن العلاقة المعقولة أو العادلة بين المحل والغرض فإذا تحققت هذه العلاقة كان التشريع متناسباً، وإذا لم تتحقق كان التشريع غير متناسباً ومن ثم مخالفاً للدستور .

٣- وبذلك فإنه يمكن القول بوجود منطقة محرمة على القاضي الدستوري بحيث لا يمكن أن يراقب التناسب بين المحل والسبب، إلا أن التحريم على القاضي الدستوري في الدخول إلى هذه المنطقة يجعل سلطة المشرع التقديرية مطلقة وتحكمية مما يؤثر في إعمال مبدأ المشروعية بشكل عام وحماية الحقوق الدستورية بشكل خاص، لذلك من وجهة نظرنا يمكن للقاضي الدستوري أن يراقب هذه المنطقة من خلال إعمال آلية عدم التناسب أو الخطأ الظاهر في التقدير [٣] .

---

(1) MARIUS ANDREESCU , PROPORTIONALITY – ACONSTITUTIONAL PRINCIPLE , P.10: http://uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_13_2010/01andreeescu.pdf

(٢) د. عبد العزيز محمد سالمان، قيود الرقابة الدستورية، دار نهضة القانون، القاهرة، ص١٢٣.

(٣)القد عرف الدكتور محمود سلامة جبر الخطأ البين أو الظاهر في التقدير تعريفاً دقيقاً وشاملاً في القانون الإداري إذ تم تعريفه بأنه" عيب يشوب تكييف الإدارة وتقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري ويبدو بيناً وجسيماً على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع ويكون سبباً لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب": د.

وهكذا تطور مبدأ التناسب إلى أن أصبح من المبادئ الدستورية العامة والذي يستعمل كمعيار فاعل في تقدير مشروعية تدخل سلطات الدولة في تقييد ممارسة الحقوق والحريات [١].

وكذلك يساعد مبدأ التناسب في ضبط حدود السلطة التقديرية للمشرع في تنظيم وتقييد الحقوق والحريات، وهو يشكل في الوقت ذاته تبريراً قوياً لاستخدام القاضي الدستوري لرقابته على السلطة التقديرية للمشرع .

وعندما يستعمل القضاء الدستوري معيار التناسب فإنه بذلك يقيم جسراً بين صنع القرار في المحاكم وصنع القرار في الهيئة التشريعية، فالتناسبية تدعو إلى مشاركة تداولية فيما يتعلق بالحقوق الدستورية، إذ قد يحقق التناسب إذعاناً أكثر من قبل المشرع والإدارة للقيم الدستورية من خلال وضع ضابط للقرار المصنوع لكي يكون مقبولاً من قبل صانعي القرار الآخرين [٢].

كما يعد التناسب مبدأً أو مذهباً يتم من خلاله جلب متطلبات العدالة وذلك من خلال الانسجام العظيم مع قانون الحقوق الدستورية، فالعدالة ليست مترادفة مع القانون بل هي توفر الطريقة النقدية لتقييم القانون في المجتمع [٣].

ومن الجدير بالملاحظة أن الدساتير الوطنية لا تنص في الغالب على التناسب، ومع ذلك قد أعتبره القضاء جزءاً من مفهوم الدولة القانوني بوصفه مبدأ من المبادئ القانونية العامة [٤] ومن الدساتير النادرة التي صرحت بالتناسب دستور رومانيا لسنة ٢٠٠٣ في المادة ٥٣ التي نصت على أن" ١- ممارسة بعض الحقوق والحريات قد

خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٧٢٢.

(1) MARIUS ANDREESCU , OP.CIT , P.10

(2) VICKI C. JACKSON , CONSTITUTIONAL LAW IN AN AGE OF PROPORTIONALITY , THE YALE LAW JOURNAL , 2015 , P. 3144: http://www.yalelawjournal.org/pdf/h.3094.Jackson.3196_fteiok9v.pdf

(3) IBID , P. 3147

(4) MARIUS ANDREESCU , OP.CIT , P.10

تقيد فقط بالقانون، وفقط إذا فرضت حسب الحالة من أجل الدفاع عن الأمن الوطني، والنظام العام والصحة العامة والأخلاق العامة وفي حقوق وحريات المواطنين وفي سير التحقيق الجنائي وفي تجنب عواقب الكوارث الطبيعية أو عواقب الكوارث أو النكبات الفائقة الخطورة . ٢- يمكن الأمر بالتقييد فقط إذا كان ذلك ضرورياً في مجتمع ديمقراطي، يجب أن يكون الإجراء متناسباً والحالة التي دعت لها، وأن يطبق دون تمييز ودون المساس أو انتهاك الحق أو الحرية الشخصية" .

المبحث الثاني

عناصر رقابة التناسب في القانون الدستوري

لتوضيح العلاقة بين رقابة الدستورية ورقابة التناسب ينبغي أن نوضح اختلاف الفقه الدستوري حول امتداد الرقابة الدستورية إلى ملاءمة التشريع، ويمكن رد ذلك إلى اتجاهين رئيسيين: **الاتجاه الأول:** يذهب إلى أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي رقابة مشروعية ولا يجوز لها أن تتناول ملاءمة التشريعات؛ لأن وظيفة القضاء الدستوري تنحصر في مجرد التحقق من مطابقة النص التشريعي المطعون فيه مع النصوص الدستورية فيحكم بمطابقته أو عدم مطابقته دون أن يتعرض للبحث في ملاءمة التشريع أو الخوض في ماهية البواعث أو الوقائع التي دفعت المشرع إلى إصدار التشريع ودون التعرض للبحث في ضرورة هذا التشريع لتحقيق الأهداف التي توخاها المشرع فهذه المسائل تدخل ضمن عناصر الملائمة التي تستقل السلطة التشريعية بتقديرها، وليس للقضاء أن يتناول بالمراجعة التقدير الذي تجريه السلطة التشريعية في هذا المجال وإلا كان ذلك تجاوزاً منه لحدود اختصاصاته الدستورية واعتداءً في الوقت ذاته على اختصاصات السلطة التشريعية [١].

(١) د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، ١٩٦٠، ص٤٦٠-٤٦١ – د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٣٠.

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى القول بإمكانية مد رقابة القضاء إلى ملاءمة التشريع مع ضرورة ملاحظة أن الفقهاء المؤيدين له اختلفوا إلى حد ما في تبرير رأيهم بصدد هذه الرقابة، فمنهم من يذهب إلى أن الرقابة القضائية تمتد إلى ملاءمة التشريع للوقائع أو الظروف الاقتصادية والاجتماعية استناداً إلى دليل إثبات واضح عبر عنه الفقيه ريفيرو (J. RIVERO) بأنه يتمثل بالمنطلق الابتدائي لكل نشاط يتعلق بإنشاء قاعدة قانونية حيث أن القاعدة التي تصاغ من قبل المشرع تكون محصلة لدراسة الوقائع (LES FAITS) ولبذل الجهود فيما يتعلق بالتصور المستقبلي للواقعة، وعلى هذا الأساس فإن القاعدة القانونية تنطوي إذن في بعض عناصرها على مسائل واقعية معينة بشكل يكفي أن يأخذها القاضي بنظر الاعتبار عند إصداره للأحكام القضائية المتعلقة بمدى مطابقة هذه القاعدة مع أحكام الدستور، فضلاً عن ذلك فإن المشرع عندما يتجنب هذه القاعدة فإن ذلك لا يعني أكثر من تجنبه مخاطر الوقوع في خطأ بتقدير الظروف الواقعية ،ومما يدعم هذا القول في الفقه والقضاء الدستوري الايطالي ما يسمى لديهم بمذهب القانون الناشط أو الحي الذي يرجع في الحقيقة إلى أصل اجتماعي مما يسمح للقاضي الدستوري بالقيام بالتفسير الموحد للقانون عند تقرير دستورية هذا القانون الحي وذلك بالكشف عن تأثير الواقع الاجتماعي في القوانين لتقدير مرونة النص أو فاعليته من خلال الواقع الاجتماعي، وهكذا فإن القاضي الدستوري عندما يباشر هذه الرقابة فإنه لا يقوم بتعديل مضمون القانون الخاضع للرقابة كما أنه لا يقوم بإحلال تقديره الشخصي محل تقدير المشرع لأن القاضي الدستوري لا يقوم بهذا التقدير ابتداءً فالتقدير التشريعي قائم وموجود أصلاً ثم يأتي القاضي ليباشر رقابته الموضوعية على هذا التقدير الموجود وفي الحدود التي جرى فيها من جانب المشرع [١].

(1) JEAN JACQUES PARDINI , LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE ET LES FAITS , UNIVERSITY DE TOULON , 2000, P.17-19:
http://www.conseil-constitutionnelle.fr/cahiers/ccc8/ref.htm#1

كما يذهب رأي مؤيد للاتجاه الثاني إلى أنه إذا كانت ضرورة التشريع أو عدم ضرورته تخرج من نطاق رقابة الدستورية باعتبارها تعد ترخيصاً دستورياً للمشرع في التدخل لتنظيم موضوع معين في الوقت الذي يراه مناسباً، إلا أنه إذا تدخل المشرع وسن تشريعه الذي ينظم مسألة محددة فإن تقديره في المفاضلة بين البدائل المختلفة واختيار إحداها يخضع للرقابة الدستورية للوقوف على مدى تحقيق الحل الذي اختاره المشرع للمصلحة العامة أو مدى وفائه للمتطلبات التي تقتضيها هذه المصلحة في خصوص الموضوع الذي تناوله المشرع بالتنظيم وتلك هي منطقة التناسب أو الخطأ البين في التقدير، فحتى لو استهدف المشرع غايات المصلحة العامة فإن تشريعه يكون معيباً بالخطأ البين في التقدير إذا تبين وكان ظاهراً أن الغايات التي استهدفها أدنى في اولويات الرعاية من غايات قومية أسمى وأجدر بالرعاية، وهكذا يتجه هذا الرأي إلى أن الخطأ البين في التقدير في ساحة القضاء الدستوري لا يستهدف أكثر من التأكيد على رقابة الملاءمة بين اختيار الحلول من جانب المشرع عندما تصطدم بمبدأ دستوري ومن دون التعرض لرقابة تقدير الأسباب أو الوقائع المادية الدافعة لإصدار التشريع ومن ثم فإنها لا تتعارض مطلقاً مع مبدأ فصل السلطات بل أن رقابة الخطأ البين في التقدير في نطاق القانون الدستوري تعد ممارسة للوظيفة القضائية في نطاقها المحدد دون تجاوز في ذلك لا بل أن هذه الرقابة تعد تكريساً لمبدأ الفصل بين السلطات ما دام هذا المبدأ لا يعد مبدأ قانوني مجرد بل يعد قاعدة من قواعد فن السياسة، كما أن الفصل بين رقابة المشروعية الدستورية والرقابة السياسية ورقابة الملاءمة في معرض فحص دستورية القوانين أمر لا يخلو من إبهام لأن الاعتبارات السياسية أصل والاعتبارات القانونية تابعة لهذا الأصل فقامت بينهما صلة متينة الأواصر تجعلهما مختلطين أو متقاربين تماماً والدليل على ذلك هو كون حالات الدستورية كلها ذات طبيعة سياسية في التشريع عموماً [١].

(١) د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ط١، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص ٤٨٤-٤٩٢ .

فضلاً عن ذلك أن السلطة التقديرية للمشرع كأية سلطة أخرى ليست سلطة مطلقة بل هي سلطة قانونية تهدف إلى التوصل إلى البديل الملائم والأكثر تحقيقاً للمصلحة العامة، فإن لم تسفر ممارسة تلك السلطة عن تحقيق الملاءمة المشار إليها فإنه يمكن القول بأن مباشرة المشرع لسلطته التقديرية لم تتم على النحو المقرر دستورياً ولذلك يعمل القضاء على الحد منها من خلال الاستعانة بمبادي أو معايير دستورية كمبدأ التناسب ومعيار المعقولية والغلط البين وما شابه ذلك من معايير بحيث تنتقل هذه الأمور من دائرة الملاءمة السياسية إلى نطاق المشروعية الدستورية باعتبارها من الجوانب القانونية المحيطة بالسلطة التقديرية للمشرع [١].

ونحن نؤيد الرأي الثاني نظراً للحجج التي استند إليها مع ضرورة ملاحظة أن العلاقة بين رقابة الدستورية ورقابة التناسب هي أن الرقابة الثانية تعد جزءاً من الرقابة الأولى طالما أن التناسب يعد من المبادئ الدستورية التي يتعين على القاضي الدستوري حمايتها ومراقبتها في مواجهة السلطة التقديرية للمشرع حتى لا تنقلب إلى سلطة تحكمية، وهذا يعني أنه يقع على القاضي الدستوري مهمة التحقق من توافر عناصر التناسب في التشريع من خلال وظيفته بالرقابة على دستورية القوانين، بحيث إذا تخلف عنصر واحد من هذه العناصر يحكم القاضي بعدم دستورية التشريع، مما يدل على وجود علاقة وثيقة بين مبدأ التناسب والرقابة الدستورية، فمبدأ التناسب يبقى نظرياً ما لم تمتد إليه حماية القاضي الدستوري من خلال الرقابة على دستورية القوانين، فضلاً عن أن التناسب يعد من المبادئ الدستورية التي يجب على المشرع أن يحترمها عند سن القوانين أو تعديلها وإلا تعرض القانون للحكم بعدم الدستورية على أساس عدم التناسب، فعندما يراقب القاضي الدستوري دستورية التشريع على أساس مبدأ التناسب فإنه في الحقيقة يراقب العلاقة بين عنصرين من عناصر التشريع وليس عنصراً واحداً فقط، فقد استقر الفقه والقضاء الدستوري تقريباً على رقابة التناسب بين المحل والغرض

(١) د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٦٨-١٦٩ .

في التشريع، أما رقابة التناسب بين المحل والسبب (أي الوقائع) فإنها لم تتبلور بعد بشكل كافٍ في أحكام القضاء الدستوري خشية الخوض في الملاءمات التشريعية، مع العلم بأن المجلس الدستوري الفرنسي قد استخدم مصطلح عدم التناسب البين بشكل مرادف لمصطلح الخطأ البين في التقدير، حيث أعلن هذا المجلس في بعض قراراته ومنها القرار الصادر في ١٥ يناير ١٩٧٥ بأن المادة ٦١ من الدستور لا تمنح المجلس سلطة عامة في التقدير كالتي تكون للبرلمان، بل أنها تمنحه فقط اختصاصاً بإعلان مطابقة أو عدم مطابقة النص التشريعي للدستور، وهذا يعني أن المجلس أقر بأنه لا يمكن أن يحل تقديره محل تقدير البرلمان وأنه يرفض أن يمد رقابته على ملاءمة التشريع [١] وعلى الرغم من ذلك فرض المجلس الدستوري الفرنسي رقابته على التقدير التشريعي من خلال معيار الخطأ البين أو الظاهر في التقدير، حيث لا يمكن للمجلس أن يعلن عن عدم دستورية القانون في هذه الحالة إلا إذا وقع في خطأ بين أو واضح في التقدير، ولكي يكون الخطأ بيناً لا بد أن يصل إلى حد من الجسامة أو الفداحة بدرجة مفرطة فيها، ونظراً لحساسية هذا المصطلح لدى البرلمان لأنه يرتبط دائماً بتقدير الوقائع فإن المجلس قد استبدله في بعض القضايا بمصطلح عدم التناسب البين على الرغم من أن الرقابة في كلتا الحالتين تحمل تقريباً نفس المعنى، وبالرغم من لجوء المجلس الدستوري الفرنسي إلى معيار الخطأ البين في التقدير في بداية الثمانينات من القرن العشرين إلا أنه لم يقرر عدم دستورية أي قانون لهذا السبب ومثال ذلك قراره الصادر في ١٦ / ١ / ١٩٨٢ الخاص بالتأميم الذي قرر المجلس فيه أن التقدير الذي قام به المشرع في هذه الحالة بالنسبة لضرورة التأمينات لا يمكن مع غياب الخطأ البين أن يكون غير دستوري [٢] ومع ذلك فقد أعلن في منتصف الثمانينات ضمن قراره في ٨ آب ١٩٨٥ عدم دستورية أحد التشريعات لعدم التناسب البين، إذ أشار المجلس في قراره إلى أن صفة المواطنة يجب تطبيقها بالتمام وأن

(1) DOMINIQUE CHAGNOLLAUD , DRIOT CONSTITUTIONNEL CONTEMPORAIN , SIREY , DALLOZ , PARIS , 1999 , P.362
(2) JEAN JACQUES PARDINI , OP.CIT , P.20

الامتثال للمادة الثالثة فقرة (٣) من الدستور يستلزم مراعاة المبدأين الآتيين: ١- أن يتم تمثيل أعضاء المجلس المحلي بالاستناد إلى القواعد الديموغرافية الجوهرية (أي التوازن الإحصائي) ٢- إذا لم يكن من المستطاع أن يكون التمثيل متناسباً مع عدد السكان فإنه يجب عدم التحول أو الابتعاد عن هذا التناسب إلا في حدود ما تتطلبه المصلحة العامة التي تبرره وبشرط أن تكون على نحو محدد، وهذه الحدود قد تم التجاوز عليها بصورة واضحة من قبل البرلمان بما يشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة [١] وقد أكد المجلس أيضاً في قراره الصادر فيا٦ ديسمبر ١٩٩٠ على أن" الوسائل أو النماذج التي تم التمسك بها من قبل القانون لم تكن غير متناسبة بصورة واضحة مع الغاية المرجوة منه"[٢] .

ولقد فرض المجلس الدستوري الفرنسي أيضاً رقابته على التناسب بين المحل والسبب في بعض القضايا النادرة وفي مجالات محدودة، إذ ذهب المجلس في قراره الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٧ إلى عدم دستورية الغرامة الضريبية الناجمة عن إخفاء دخل الممول لأنها تنطوي على عدم تناسب ظاهر، فنظراً لأن مبلغ الغرامة متساوٍ مع الدخل المخفي فإنه يكشف في كثير من الأحوال عن عدم تناسبه الظاهر مع الفعل الذي أتاه المتهم، كما أشار المجلس الدستوري أيضاً في قراره المرقم ٤١١ لسنة ١٩٩٩ إلى أنه عند عدم وجود تناسب ظاهر بين الجريمة والعقوبة المترتبة عليها فإنه ليس للمجلس الدستوري أن يحل تقديره الشخصي محل تقدير المشرع فيما يتعلق بضرورة العقوبات المترتبة على الجرائم[٣]، فضلاً عن ذلك قرر المجلس الدستوري الفرنسي عدم دستورية فرض الجزاء بطريقة أوتوماتيكية، إذ يترتب هذا الجزاء بقوة القانون ولو لم

(١) د. داؤد الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، رسالة دكتوره مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، ١٩٩٢، ص٤٦٦-٤٦٨ .

(2) DOMINIQUE CHAGNOLLAUD , OP.CIT , P. 362

(٣) أ.د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠١، ص١٤٩-١٥٠ – د. محمد محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، ط١، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، ١٩٩٩، ص٢٢٩ .

ينطق به القاضي بحيث تكون العقوبة واحدة ولا تتغير مهما اختلفت ظروف المحكوم عليهم من حيث الوقائع والشخصية، والمثال البارز على ذلك قرار المجلس في ٢٧ تموز ٢٠٠٠ الذي أشار فيه إلى أن فقدان اكتساب الجنسية الفرنسية، الذي يترتب على قرار الإبعاد أو القرار الخاص بالتبليغ في محل الإقامة، يعد جزاءً غير متناسب مع الوقائع أو الأسباب التي ترتكز عليها مثل هذه الإجراءات من خلال تجاهل المادة ٨ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ [١] .

ويمكن القول أن رقابة التناسب التي يقوم بها القاضي الدستوري بين المحل والغرض تعد أداة منهجية وبنية تحليلية حيث تعد الطريقة النظامية التي يتم من خلالها التأكيد على الاحتياج إلى تبرير عقلاني للقيد الوارد على الحق المحمي دستورياً من خلال فحص عدة عناصر، وهذه العناصر يمكن تقسيمها إلى أربعة مطالب يتعلق المطلب الأول بالغرض المناسب ويتعلق المطلب الثاني بالارتباط العقلاني (الملاءمة) ويتضمن المطلب الثالث: الضرورة أما المطلب الرابع فيتضمن رقابة التناسب بالمعنى الضيق (الموازنة):

المطلب الأول

الغرض المناسب

يعد الغرض المناسب مرحلة لتقييم صحة الإجراء التشريعي، مع ضرورة ملاحظة بأنه ليس كل غرض يمكن أن يبرر القيد الوارد على الحق الدستوري [٢] فوفقاً لهذا العنصر تتم الإجابة على السؤال الذي مفاده فيما إذا يمكن تقييد الحق المعني في المسألة لتعزيز القيمة التي يتضمنها الإجراء التشريعي [٣] وهذا يعني أن هذا الإجراء لا

(1) JEAN JACQUES PARDINI , OP.CIT\, P.20
(2) AHARON BARAK , PROPORTIONALITY 1: CONSTITUTIONAL RIGHTS AND THEIR LIMITATIONS , 2012 , P.245
(3) ALEC STONE SWEET AND JUD MATHEWS , PROPORTIONALITY BALANCING AND GLOBAL CONSTITUTIONALISM , 47 COLUM . J. TRANSNAT L , 2008 , P.75

يتضمن فحص طبيعة القيد، الوسائل المستعملة، أو العلاقة بين المنافع والأضرار ولهذا لا يتضمن هذا العنصر مسألة الموازنة .

ولكي يكون غرض الإجراء التشريعي مناسباً فهو يتطلب أساس دستوري، وهذا الأساس إما أن يكون صريحاً أو ضمنياً في النص الدستوري [١].

وقد يوجد الغرض الصريح في فقرة القيود العامة أو الخاصة أو بشكل حق مطلق كما بينا ذلك سابقاً، أما الغرض الضمني فهو صحيح دستورياً، كالغرض الصريح، والذي يمكن استنباطه من مبادئ الديمقراطية وحكم القانون كحرية الانتخابات العادلة وفصل السلطات والنظام العام وغير ذلك .

وقد بينت المحكمة الاتحادية العليا الكندية في قضية (OAKES) لعام ١٩٨٦ بأن الغرض من الإجراء التشريعي ينبغي أن يحدد بأنه ذو أهمية كافية [٢] وبشكل مختلف عن المحكمة الدستورية الألمانية التي تتطلب بألا يكون الغرض محظوراً بواسطة الدستور، ومع ذلك في كلتا الدولتين نادراً ما يفشل الإجراء التشريعي في هذه المرحلة [٣].

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد بينت المحكمة الاتحادية العليا بأن الغرض من الإجراء التشريعي ينبغي أن يكون مشروعاً في بعض القضايا أو أن الغرض ينبغي أن يتمثل بمصلحة حكومية إجبارية أو ملحة لكي يتم تبرير تقييد الحقوق الدستورية[٤].

هذا وينبغي ملاحظة بأنه يوجد فرق واضح بين رقابة الغرض المناسب ورقابة الانحراف التشريعي، فانعدام الغرض المناسب عيب موضوعي للتأكد من وجود

(1) AHARON BARAK , OP.CIT , P.246, 251
(2) STEPHEN GARDBAUM , OP.CIT , P.831
(3) DIETER GRIMM , PROPORTIONALITY IN CANADIAN AND GERMAN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE , 57 U. TORONTO L.J. , 2007 , P.383,388: https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/grimm-2007-proportionality-in-canadian-and-german-constitutional-jurisprudence.pdf
(4) STEPHEN GARDBAUM , OP.CIT , P. 846-848

المصلحة المشروعة أو المهمة أو الملحة من عدمها، أما الانحراف التشريعي فهو عيب ذاتي وشخصي الغرض منه الكشف عن سوء نية المشرع[١]، ومع ذلك فإن انعدام الغرض المشروع قد يخفي وراءه أغراض شخصية وذاتية تكشف عن سوء نية السلطة التشريعية مما يوقعها في عيب الانحراف التشريعي .

المطلب الثاني

الارتباط العقلاني (الملاءمة)

يكون هنالك ارتباط عقلاني بين الإجراء التشريعي والغرض عندما يساهم الإجراء بشكل حقيقي أو مفيد أو مهم في تحقيق الغرض،اوهذا يعني أنه لا يتطلب أن يساهم الإجراء بشكل كامل في تحقيق الغرض، فحتى إذا كان الإسهام جزئياً في تحقيق الغرض، فإنه ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار طالما لم يكن هامشياً أو مهملاً أو لم يفشل في المساهمة لتحقيق الغرضا[٢] فالمتطلب هنا هو أن يعزز الإجراء التشريعي بشكل كافٍ الأغراض المقصودة مما يعني أنه يملك بعض الآثار الايجابية على تحقيق الغرض دون أن يصل إلى الحد الأدنى الذي ليس لديه أي تأثير من الناحية العملية[٣].

ويمكن القول أن مسألة كون الإجراء يعزز بشكل مهم الأغراض المقصودة يعد فحصاً واقعياً يعتمد على مسائل عملية باعتبار قدرة الوسائل المستعملة بواسطة القانون (الذي يقيد الحق) في تعزيز أو تحقيق الغرض المناسب [٤].

ويذهب الفقيه الدستوري (ROBERT ALEXY) بأن هذا العنصر يتطلب أيضاً منع تبني الوسائل التي تعيق تحقيق مبدأ واحد على الأقل من دون تعزيز مبدأ أو غرض قد تم اعتماده، فإذا ما تم تبني الوسائل M لتعزيز المبدأ P1، فإنها لا تعد

(١)د. خالد سيد محمد حماد، المصدر السابق، ص٥٧١.

(2) BERNHARD SCHLINK , PROPORTIONALITY , THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW , 2012 , P.473, 723ا

(3) AHARON BARAK , OP.CIT , P.305

(4) BERNHARD SCHLINK , OP.CIT , P. 473

ملائمة لهذا الغرض لكونها تعيق تحقيق المبدأ P2، وبعد ذلك لا توجد أعباء تقع على المبدأين P2 , P1 إذا تم إهمال الوسائل M، لكن توجد أعباء على المبدأ P2 إذا تم اعتماد الوسائل M، والمثال على انتهاك الملاءمة موجود في قرار المحكمة الدستورية الألمانية، باعتبار أن القانون الذي يتطلب بأنه ليس فقط على الأشخاص الذين يقدمون طلباً للحصول على رخصة الصيد العامة أن يجتازوا اختبار الاقتناص بل وأيضا على الأشخاص الذين يطلبون بشكل خاص رخصة الصيد بواسطة الباز، إذ احتجت المحكمة بأن اختبار الاقتناص للصيادين بواسطة الباز هو ليس ملائماً لتعزيز الممارسة المناسبة لتلك النشاطات المقصودة بواسطة المشرع، لذلك لا يوجد سبب موضوعي واضح لانتهاك الحرية العامة في التصرف للصياد الذي يستعمل الباز، كحق مضمون بواسطة المادة (٢) فقرة (١) من القانون الأساسي[1] التي تنص على أن" لكل شخص الحق في حرية تنمية شخصيته، طالما أنه لا ينتهك حقوق الآخرين ولا يخل بالنظام الدستوري ولا القانون الأخلاقي" .

كما بينت المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، في قضية مجلس الصيدلة لولاية نورث داكوتا ضد شركة مخازن أدوية سنايدر لسنة ١٩٧٣، معيار رقابة العقلانية الدنيا الذي يتطلب أن تكون للتشريع علاقة عقلانية مع المصلحة الحكومية المشروعة وأن لا يفرض أعباء غير عقلانية على الأفراد، حيث أيدت المحكمة في هذه القضية دستورية قانون للولاية يتطلب أن يقتصر طلب ترخيص لصيدلية ما على مَن يكونوا صيادلة أو شركات تكون أغلبية أسهمها مملوكة بواسطة صيادلة، علماً أنه في قضية شركة ليجيت ضد بالدريوج لسنة ١٩٢٨قد أبطلت المحكمة الاتحادية العليا تشريعاً مماثلاً للغاية إلا أن مبدأ قضية ليجيت قد الغي في قضية مخازن أدوية سنايدر، حيث كان باستطاعة المجلس التشريعي لولاية نورث داكوتا أن يستنتج وبصورة منطقية أنه كان هنالك بعض العلاقة العقلانية بين الوسيلة

(1) ROBERT ALEXY , CONSTITUTIONAL RIGHTS AND PROPORTIONALITY , REVUS 22, 2014, P. 52-53: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426876

التشريعية والغاية، وذلك بأن لا يمكن أن تكون الصيدليات مملوكة لأولئك الذين لا يعرفون فنياً شيئاً عنها وكان الأمر كذلك حتى وإن كانت الوسيلة والغاية لا تتطابقان تماماً، وهكذا فإن هذا المعيار يجسد مراعاة كبيرة للتقدير التشريعي ما دام من الصعوبة على الطاعن أن يثبت عدم توافر رابطة عقلانية بين الوسيلة التشريعية والغاية التي يهدف إلى تحقيقها [١].

كما طبقت المحكمة الاتحادية العليا للولايات المتحدة الأمريكية معيار الرقابة المتوسطة الذي يفرض على التشريع أن تكون له علاقة جوهرية لتحقيق المصالح الحكومية الجوهرية أو المهمة وأن لا يضع جوهرياً عبئاً أكبر مما هو ضروري لتحقيق تلك المصالح، ومثال ذلك في قضية (CRAIG V. BOREN)السنة ١٩٧٦ إذ حكمت المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون لأحدى الولايات يميز بين الجنسين لمصلحة الإناث، إذ حدد هذا القانون حداً أدنى لعمر الذكور يمنع تحته بيع الكحول لهم، فعلى الرغم من أن الولاية كان لها مصلحة مهمة في سلامة حركة المرور إلا أنها فشلت في إثبات أن التفرقة بين الجنسين كانت تتصل بصورة جوهرية بهذا الهدف المهم [٢].

كما قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر في سنة ١٩٩٥ بتوافر هذا الضابط ومن ثم الحكم برفض الدعوى بشأن الطعن بعدم دستورية نصوص المواد ١٠ و ١٥ و١٦ من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين حيث قضت بأن" الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منطوياً على تقسيم أو تصنيف أو تمييز من

---

(١) جيروم أ. بارون و س. توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري – المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي –، ترجمة محمد مصطفى غنيم، ط٢، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ١٩٩٨، ص١٥٧–١٥٨ .

(2) GERARD J.CLARK , AN INTRODUCTION TO CONSTITUTIONAL INTERPRETATION , SUFFOLK UNIVERSITY LAW SCHOOL , 2002 , P.22-23: http://www.suffolk.edu/documents/Law%20Faculty/coninterpretationgclark.pdf

خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا التي يمنحها لفئة دون غيرها ويتعين دوماً لضمان اتفاق هذا التنظيم مع الدستور، أن تتوافر علاقة منطقية بين الأغراض المشروعة التي اعتنقها المشرع في موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقاً لبلوغها، فلا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع عن أهدافها بل يجب أن تعد مدخلاً إليها [١].

وقضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في سنة ١٩٩٦ بعدم الدستورية لتخلف الصلة المنطقية بين النص المطعون فيه والأغراض المستهدفة مثال ذلك ما قضت به الحكم بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ١٢٤ مكررا من قانون الجمارك الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣، وذلك فيما نصت عليه من أنه" ولا يترتب على الصلح رد البضائع المضبوطة في الجرائم المشار إليها، وإنما يجوز رد وسائل النقل والمواد التي استخدمت في التهريب"، حيث قضت المحكمة بأنه" ولئن جاز القول بأن الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية يفاضل المشرع من خلالها بين بدائل متعددة مرجحاً من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها، إلا أن الحدود التي يبلغها هذا التنظيم لا يجوز بحال أن تجاوز – بمداها –متطلباتها المنطقية" [٢].

المطلب الثالث

الضرورة

أن فحص الضرورة يقوم على افتراض مفاده أن الإجراء التشريعي الذي يفرض القيد على الحق الدستوري يتم تطلبه فقط في الحالة التي لا يمكن فيها تحقيق غرض الإجراء بأية طريقة أخرى [٣] لكن عند وجود وسائل أخرى تتدخل بشكل أقل تقييداً للحق المحمي دستورياً، فعندئذٍ لا تملك الدولة أن تستعمل أكثر من الوسائل الأقل تقييداً

(١) د. جابر محمد حجي، مصدر سابق، ص٤٥٧-٤٥٨ .

(٢) د. جابر محمد حجي، مصدر سابق، ص٤٥٨-٤٥٩ .

(3) AHARON BARAK , OP.CIT , P.317

عندما تخدم هذه الوسائل مصالح المواطنين بشكل أفضل[١]، وهذا يعني أن قيمة الحكم القضائي تتضمن تحديد فيما إذا الوسائل البديلة تكون هي الأقل تقييداً من عدمها .

فالإجراء البديل يجب أن يعمل واقعياً بدقة بنفس طريقة الإجراء الأصلي، وهكذا فإن هذا الفحص لا يتطلب من الوسائل البديلة أن تكون أقل تدخلاً أو تقييداً طالما أنها لا يمكن أن تحقق الغرض إلى نفس المدى الذي تحققه الوسائل المختارة بواسطة الإجراء الأصلي [٢] وهذا يعني من وجهة نظرنا أن الوسائل البديلة يجب أن تكون قادرة على تنفيذ غرض القانون (الأصلي) بنفس مستوى القوة والفعالية، فإذا لم يوجد مثل هكذا وسائل بديلة فإن الوسائل الأصلية تبدو هي الضرورية للغرض في فحص الضرورة، وبشكل مشابه فإن الإجراء البديل يجب أن يحقق واقعياً نفس الغرض الخاص، ويمكن أن نضرب مثالاً مفترضاً على ذلك بأن لاصقة التحذير الموجودة على علبة السجاير لا تخدم نفس الغرض كالإجراء الذي يمنع التدخين، على الرغم من أنها تعد بلا شك أقل الوسائل تقييداً لكنها لا يمكن أن تخدم كوسائل بديلة لأنها لا تحقق الغرض المقصود من الإجراء الأصلي الذي يمنع الناس من أن يكونوا قادرين على التدخين.

ومن الجدير بالملاحظة أن فحص الضرورة يتضمن خطوتين:

١- يجب أن يتم اتخاذ قرار بشأن ما إذا كان البديل هو متطابق في جميع النواحي مع الإجراء الأصلي، بحيث يكون الاختلاف بين الإجراء الأصلي والبديل هو فقط كون الحق المعني في المسألة مقيداً إلى مدى أقل [٣] .

٢- فيما إذا الوسائل البديلة سوف تقيد الحق المعني في المسألة إلى درجة أقل، وهذا يعني أن الفحص يتطلب مقارنة أثر الإجراء الأصلي على الحق المعني في المسالة مع أثر الإجراء البديل على الحق المعني في المسألة ذاتها، فالفحص

(1) BERNHARD SCHLINK , OP.CIT , P.724- ALEC STONE SWEET AND JUD MATHEWS , OP.CIT, P.95
(2) AHARON BARAK , OP.CIT , P.321, 324
(3) IBID , P.325

يتضمن نطاق القيد، آثاره، دوامه وإمكانية حدوثه[١] ومثال على ذلك أن القيد قصير المدة يكون أقل تقييداً للحق من القيد طويل المدة .

ومثال على ذلك قرار المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا بشأن الحلوى، وبصورة خاصة الحلوى التي على شكل أرانب عيد الفصح وبابا نويل التي تتكون من الرز المنتفخ، فمن أجل حماية المستهلك من الاتخاذ الخاطئ لحلويات الرز المنتفخ من أن تكون منتجات شكولاتة، فإن تحريم حلويات الرز المنتفخ تعد قضية، إذ احتجت المحكمة بأن حماية المستهلك يمكن تحقيقها بأثر متساوٍ لكن بطريقة أقل حدة بواسطة واجب العلامة التجارية ولذلك قررت المحكمة بأن التحريم ينتهك مبدأ الضرورة وبالتالي يعد غير متناسب [٢]

كما طبقت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية معيار الرقابة الصارمة التي تتطلب في التشريع أن تكون له علاقة مباشرة أو ضرورية لتحقيق مصالح حكومية إجبارية أو ملحة وأن يوجد أقل الوسائل من حيث التقييد لفعل ذلك، ومثال ذلك في قضية (ROE V.WADE)السنة ١٩٧٣ حيث مارست المحكمة الاتحادية العليا هذه الرقابة لحماية حق الخصوصية المتعلق بالإجهاض وفقاً لفقرة الوسائل القانونية السليمة الواردة في التعديل الرابع عشر، إذ أبطلت المحكمة قانوناً للولاية يمنع الإجهاض إلا لإنقاذ حياة الأم، فمع تسليم المحكمة بالطابع الأساسي للحق في الإجهاض فإن قيود الولاية لا يمكن تبريرها إلا بمصلحة ملحة للولاية، فقد انتهت المحكمة إلى توسيع نطاق الإجهاض إلا أنها لم تسلم بكونه حقاً مطلقاً مقررة في ذلك أن للولاية مصلحة ملحة في صحة الأم تسمح بتنظيم معقول لعمليات الإجهاض بعد الأشهر الثلاثة الأولى فقط لأنه قبل تلك المدة تكون الوفيات التي تترتب على الإجهاض أقل عدداً من الوفيات التي تحدث أثناء الولادة الطبيعية مما يعني أن للمرأة حقاً في الإجهاض خلال فترة

(1) IBID ,P.326
(2) ROBERT ALEXY , OP.CIT , P.54

الثلاثة أشهر الأولى من دون أي قيد، كما أن للولاية خلال الثلاثة أشهر الأخيرة من الحمل أن تمنع حدوث عملية الإجهاض [١].

فضلاً عن ذلك لقد أحيل إلى المجلس الدستوري الفرنسي في ١٠ آذار ٢٠١١ قانون التوجيه والتخطيط لحماية الأمن الداخلي، وكان يهدف هذا القانون إلى وضع وسائل تحول دون الإذاعة على الشبكات الإلكترونية (INTERNET) صوراً تنطوي على فساد أخلاقي وأعمال أخرى ضارة بالأمن الداخلي للبلاد، ولم يتعلق الأمر بخطأ بين في التقدير في نظر المجلس الدستوري حسب تقدير الطاعنين، وإنما حكم المجلس بعدم دستورية نصوص محدودة في القانون، لأنها خالفت الدستور حينما عهدت إلى هيئات خاصة بمراقبة الطرق العامة بوسائل إلكترونية لحماية الأمن الداخلي، وهي مهام سيادية بالأمن العام لا يجوز للسلطة العامة التخلي عنها إلى أفراد أو هيئات خاصة، لكن هذا الحكم فيه فقرة ذات أهمية وتتصل بحدود الرقابة الدستورية على وسائل المشرع لبلوغ الغاية التشريعية التي يتوخاها القانون، ففي هذه الفقرة يؤكد المجلس الدستوري الفرنسي بعض المبادئ المهمة في رقابته لدستورية القوانين" وحيث أن المجلس الدستوري لا يملك سلطة عامة في التقرير والقرار من ذات طبيعة سلطة البرلمان عما إذا كانت الأغراض التي حددها المشرع في القانون كان من الممكن الوصول إليها بوسائل وطرق أخرى، طالما أن الوسائل التي استقر عليها القانون لا تتلاءم بصورة واضحة مع الغرض أو الأغراض المتوخاة من التشريع، ومن ثم فإن المشرع حينما وضع في القانون المطعون فيه منظومة من شأنها أن تمنع وصول الجمهور للمواقع الإلكترونية التي بها صوراً إباحية تضر بالأطفال القصر، فهو بذلك – أي المشرع – لم يرتكب أي خطأ بين في التقدير"[٢]، ففي هذا القرار بين المجلس

(1) SUSAN WELCH AND OTHERS , UNDESTANDING AMERICAN GOVERNMENT , THIRD EDITION , WEST PUBLISHING COMPANY , AMERICA UNITED STATES , 1995 , P.455

(٢) د. عماد محمد محمد أبو حليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص٨٠٩–٨١٠ .

الدستوري بأنه لا يراقب عنصر الضرورة في التشريع لأنه لا يملك سلطة عامة في التقرير، لكنه في الوقت ذاته أجاز لنفسه رقابة الخطأ البين في التقدير، فبمفهوم المخالفة لهذا الحكم أنه من الممكن أن يعاب على القانون بالخطأ البين في التقدير، إذا لم تكن الوسائل التي قررها المشرع – على العكس – تمثل في مجموعها وسائل ومنظومة ليس لها أية فاعلية أو لا تتلاءم على نحو واضح بالعمل على حل المشكلة أو الواقعة التي حدت بالمشرع إلى سن القانون .

المطلب الرابع

رقابة التناسب بالمعنى الضيق (الموازنة)

ويتضمن فحص العلاقة بين غرض الإجراء التشريعي والوسائل المختارة لتحقيقه، فرقابة التناسب بالمعنى الضيق تعني فحص غرض القوانين بالمقارنة مع الحق الدستوري [١] فهي تتعلق بتحديد مقبولية نتيجة الإجراء عندما نقارن أثرها على الحق المعني في المسألة بواسطة الموازنة بين المنافع المتحصلة من خلال الإجراء والأضرار التي سوف يعاني منها الحق المعني في المسألة [٢] والمثال الافتراضي على ذلك عندما يسمح القانون للشرطة باستخدام القوة المميتة لمنع سرقة الملكية، فهذا القانون يخدم الغرض المناسب (منع السرقة)، وله علاقة عقلانية مع ذلك الغرض (تعزيز الغرض المناسب)، وضروري لتعزيز الغرض المقصود (إطلاق النار عند عدم وجود وسائل أخرى)، لكن أهمية حق الملكية بالنسبة للأذى المتسبب على حق الحياة يعد غير متناسب [٣].

والمثال القضائي على ذلك قرار المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا الذي يتعلق بالتنازع التقليدي بين حرية التعبير وحق الشخصية (الوجود الشخصي، الهوية الذاتية)، وذلك فيما يخص المنشورات التهكمية التي نشرتها مجلة (TITANIC) حيث

(1) AHARON BARAK , OP.CIT , P.344
(2) IBID , P.368
(3) BERNHARD SCHLINK , OP.CIT , P.724 - DIETER GRIMM, OP.CIT , P.396

وصفت استدعاء ضابط احتياط مشلول شلل سفلي، والذي أتم مسؤولياته بنجاح، إلى الخدمة الفعلية بأنه كمن ولد مقتولاً أو في طبعة لاحقة كمقعد، وهذا ما دفع محكمة الاستئناف العليا بأن تحكم ضد المجلة، حيث أمرت المجلة بدفع تعويض للضابط، ثم قامت المجلة برفع شكوى دستورية والتي بموجبها وازنت المحكمة الدستورية الاتحادية بين حرية التعبير المتعلقة بالمجلة وفقاً للمادة ٥ فقرة (١-١) من القانون الأساسي والحق الشخصي العام للضابط وفقاً للمادة ٢ فقرة (١) بالارتباط مع المادة ١ فقرة (١) من القانون الأساسي، ولهذا الغرض بينت المحكمة بأن قوة التدخل بهذه الحقوق كانت قد حددت، فحكم التعويض قد تم التعامل معه بأنه يمثل تدخل جدي أو خطير بحرية التعبير، هذا الاستنتاج قد برر من خلال الحجة التي مفادها بأن منح التعويض قد يؤثر بمستقبل المجلة في الإنتاج، فوصف الضابط بأنه كمن" ولد مقتولاً" يقع في سياق المنشورات التهكمية للمجلة، وهنا تم وصف بعض الأشخاص بأنهم يملكون كنية أو لقب منذ الولادة بطريقة هزلية قابلة للاعتراف بها أو أنها تشكل تورية تافهة من باب التلاعب بالألفاظ، وهكذا لا يمكن رؤية الضرر الجدي أو الخطير أو غير القانوني على حق الشخصية، حيث أن التدخل بالحق في الشخصية تم التعامل معه على أنه معتدل وذو قوة ثانوية، قياساً بمنح التعويضات من قبل المجلة الذي تم وصفه بأنه تدخل جدي وخطير بحرية التعبير، لهذا قررت المحكمة الدستورية الاتحادية بأنه غير متناسب ومخالف للدستور [1].

كما طبقت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية رقابة التناسب بالمعنى الضيق في مجالات عديدة منها فقرة التجارة الكامنة التي تظهر في حالة غياب تشريع الكونغرس عن تنظيم مسألة من المسائل المتعلقة بالتجارة بين الولايات، ففي هذه الحالة فإن للولايات الحق في أن تشرع في هذا المجال ضمن حدود معينة، فهذه الفقرة تحد من سلطة الولاية في التنظيم (عند سكوت الكونغرس)، إذ أن سلطة الولاية يجب أن تتحدد بطبيعة تنظيم الولاية باستخدام المعيار الذي مفاده أنه حين ينظم قانون الولاية بدون

(1) ROBERT ALEXY , OP.CIT , P.56

تمييز تحقيق مصلحة محلية عامة مشروعة ويكون تأثيرها على التجارة بين الولايات عارضاً فقط فإنه سوف يؤيد، أما إذا لم يكن القانون تمييزياً فإن فحص الموازنة يأتي هنا في هذه الحالة والذي بموجبه ينبغي على تشريع الولاية الذي يفرض عبئاً على التجارة بين الولايات أن يتضمن علاقة عقلانية بين هدف الولاية المشروع والوسائل المختارة لتحقيق هذا الهدف، فوفقاً لهذا المعيار يكون القانون صحيحاً ما لم يكن العبء المفروض على التجارة بين الولايات أعظم وزناً قياساً بالمصلحة التي تعود للولاية [١]، ففي قضية كاسيل ضد الشركة الموحدة لطرق الشحن (KASSEL V. CONSOLIDATED FREIGHT WAYS CORP OF DELAWARE 1981) قررت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية عدم دستورية قانون لولاية آيوا الذي كان يمنع بشكل عام استخدام الشاحنات ذات المقطورة المزدوجة، التي يبلغ طولها خمسة وستين قدماً، داخل الولاية، ومع أن الولاية عرضت أدلة أمان جوهرية لتأييد القانون في المحكمة فإن مصلحة سلامة الولاية وصفت من قبل المحكمة بأنها مصلحة وهمية لأن قانون الولاية أضعف بصورة بارزة المصلحة الفدرالية في نقل كفء وآمن بين الولايات، فقد تم فحص الأدلة العملية بدقة بحيث كان قانون ولاية آيوا يتطلب استخدام عدد أكبر من شاحنات أصغر تجري قيادتها خلال آيوا وتجبر الشاحنات الأكبر على أن تقطع مسافات أكبر لكي تلتف حول ولاية آيوا، وهذا يعني أن نصوصاً متنوعة في هذا القانون كانت تفيد سكان ولاية آيوا فقط وتفرض أعباء إضافية ثقيلة على الولايات المجاورة [٢] .

(1) JOEL CORCORAN AND GARRETT EPPS , CONSTITUTIONAL LAW 1 , 1997, P.35-36:
http://www.comitia3.uoregon.edu/~outlines/outlines/conlawj.html

(٢) جيروم أ. بارون و س. توماس دينيس، مصدر سابق، ص١١٥-١١٦ .

الخاتمة

أولاً: النتائج:

١- يعرف مبدأ التناسب في القانون الدستوري بأنه" العلاقة العادلة بين الوسائل أو القيود التي يختارها المشرع والغايات التي يتوخاها وراء تدخله"

٢- يعد مبدأ التناسب من المبادئ الدستورية العامة، الذي له أهمية كبيرة في تحقيق العدالة الدستورية ولاسيما أنه يضبط عملية التقييد التشريعي للحقوق الدستورية، إذ يملك المشرع سلطة تقديرية واسعة في تنظيم الحقوق وتقييدها بحيث تظهر الحاجة لوجود ضابط دستوري يحد من سلطة المشرع التقديرية حتى لا تتحول إلى سلطة تحكمية تمس بجوهر الحقوق الدستورية أو أصلها، وعلى الرغم من أهمية مبدأ التناسب إلا أن الدساتير الوطنية لا تنص عليه في الغالب حيث يعد من استنباط القاضي الدستوري .

٣- يصعب وضع معيار فاصل بين تنظيم الحق وتقييده، ومع ذلك فإن تنظيم الحق يقصد به ترتيب ممارسته من قبل المشرع حتى يكون ضمن نسق معين بما يتفق مع المصلحة العامة، وذلك لا يمكن أن يكون إلا بفرض بعض القيود التنظيمية على الحق المعني، أما القيد فلا يعني سوى إعاقة ممارسة الحق والتضييق منها لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة واحترام حقوق الغير، فالمشكلة تتعلق في الحقيقة بأهمية القيد ومدى خطورته على الحقوق والحريات، ويقع على القاضي الدستوري مهمة التحقق من خطورة القيد ومدى تناسبه مع الغرض المنشود من خلال وظيفته في الرقابة على دستورية القوانين .

٤- يتكون مبدأ التناسب بمفهومه الواسع في القانون الدستوري من أربعة عناصر وهي: الغرض المناسب للقيد (المصلحة المشروعة أو المهمة أو الملحة)، الارتباط العقلاني بين القيد والغرض (أي الملاءمة)، ضرورة القيد، والموازنة بين المنافع والأضرار .

ثانياً: التوصيات:

١- نقترح أن ينص الدستور على مبدأ التناسب والعناصر التي يتألف منها في فقرة القيود العامة بحيث يكون النص كالآتي: "يمكن تقييد الحقوق والحريات بواسطة القانون فقط إلى المدى الذي يكون فيه هذا القيد معقولاً ومبرراً في مجتمع مفتوح وديمقراطي، مع وجوب الأخذ بنظر الاعتبار كل الحقائق الموضوعية التالية:

أ- طبيعة الحق

ب- أهمية الغرض من التقييد

ت- طبيعة ومدى القيد

ث- العلاقة بين القيد والغرض

ج- أقل الوسائل تقييداً لتحقيق الغرض

ح- التناسب بين المنافع الناتجة من القيد أو الإجراء التشريعي والأضرار التي تلحق بالحق أو الحرية ذات العلاقة"

٢- ضرورة أن يقوم القاضي الدستوري، من خلال وظيفته بالرقابة على دستورية القوانين، بالتحقق من توافر جميع هذه العناصر في الإجراء التشريعي الذي يقيد الحقوق والحريات، بحيث إذا تخلف عنصر واحد من هذه العناصر يحكم القاضي بعدم دستورية التشريع، فضلاً عن ضرورة أن يمد القاضي الدستوري رقابته على التوافق بين المحل والسبب من خلال آلية الخطأ البين في تكييف أو تقدير أهمية الوقائع وذلك لغرض إرساء دعائم دولة القانون الديمقراطية .

المصادر

أولاً: المصادر العربية:

١- أحمد أغبال، مفهوم العدالة عند أرسطو:
http://sophia.over-blog.com/article-17001785.html
٢- د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠١ .
٣- د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة العربية، ١٩٦٠ .
٤- د. جابر محمد حجي، السياسة القضائية للمحكمة الدستورية العليا دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢ .
٥- جيروم أ. بارون و س. توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري – المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي –، ترجمة محمد مصطفى غنيم، ط٢، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، ١٩٩٨.
٦- حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٢-٢٠١٣.
٧- د. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.
٨- د. داؤد الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، رسالة دكتوره مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، ١٩٩٢.
٩- د. سام سليمان دلة، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، ط١، جامعة الشارقة، ٢٠١٤ .
١٠- د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥ .

١١- د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٩.

١٢- د. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، أطروحة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٠٠.

١٣- د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ط١، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.

١٤- د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير ١٩٥٢ .

١٥- د. عبد الحفيظ الشيمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانونين المصري والفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠١

١٦- د. عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، دار الطالب للنشر والثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٥٦.

١٧- د. عبد العزيز محمد سالمان، قيود الرقابة الدستورية، دار نهضة القانون، القاهرة.

١٨- د. عماد محمد محمد أبو حليمة، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.

١٩- د. فاروق عبد البر، دور المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤.

٢٠- د. محمد محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، ط١، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، ١٩٩٩ .

٢١- د. محمد عصفور، مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية بالقاهرة، ١٩٥٧.

٢٢- هالة أحمد سيد أحمد المغازي، دور المحكمة الدستورية العليا في حماية

الشخصية، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٢٣- د. وجدي ثابت غبريال، حماية الحرية في مواجهة القانون، منشور في مجلة مصر المعاصرة، السنة الثمانون، العددان ٤١٧، ٤١٨، يوليو – أكتوبر ١٩٨٩.

ثانياً: المصادر الأجنبية:

1- STEPHEN GARDBAUM , LIMITING CONSTITUTIONAL RIGHTS , UCLA LAW REVIEW\,VOL . 54 , 2007: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=971024
2- ALEC STONE SWEET AND JUD MATHEWS , PROPORTIONALITY BALANCING AND GLOBAL CONSTITUTIONALISM , 47 COLUM . J. TRANSNAT L , 2008 .
3- AHARON BARAK , PROPORTIONALITY 1: CONSTITUTIONAL RIGHTS AND THEIR LIMITATIONS , 2012 .
4- BERNHARD SCHLINK , PROPORTIONALITY , THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW , 2012
5- DIETER GRIMM , PROPORTIONALITY IN CANADIAN AND GERMAN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE , 57 U. TORONTO L.J. , 2007: https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/grimm-2007-proportionality-in-canadian-and-german-constitutional-jurisprudence.pdf
6- DOMINIQUE CHAGNOLLAUD , DRIOT CONSTITUTIONNEL CONTEMPORAIN , SIREY , DALLOZ , PARIS , 1999.
7- ERIC ENGLE , THE HISTORY OF THE GENERAL PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: AN OVERVIEW , VOL.X:1, 2012: http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=062021004021122116109001127124019091102008050058026054101090107024087008024112005095018061040055106006002002064108120126002118106016000058010127017118112093090015040087032 1

111271160940000071241240091210150050850040820661060670830010030820060700661 10&EXT=pdf

8- GRANT HUSCROFT , BRADLEY W. MILLER , GREGOIRE WEBBER , PROPORTIONALITY AND THE RULE OF LAW , CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS , 2014: https://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2014-13_Webber.pdf

9- GERARD J.CLARK , AN INTRODUCTION TO CONSTITUTIONAL INTERPRETATION , SUFFOLK UNIVERSITY LAW SCHOOL , 2002: http://www.suffolk.edu/documents/Law%20Faculty/coninterpretationgclark.pdf

10- JEAN JACQUES PARDINI , LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE ET LES FAITS , UNIVERSITY DE TOULON , 2000: http://www.conseil-constitutionnelle.fr/cahiers/ccc8/ref.htm#1

11- JOEL CORCORAN AND GARRETT EPPS , CONSTITUTIONAL LAW 1 , 1997: http://www.comitia3.uoregon.edu/~outlines/outlines/conlawj.html

12- MARIUS ANDREESCU , PROPORTIONALITY – ACONSTITUTIONAL PRINCIPLE: http://uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_13_2010/01andreeescu.pdf

13- ROBERT ALEXY , CONSTITUTIONAL RIGHTS AND PROPORTIONALITY , REVUS 22, 2014: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426876

14- SUSAN WELCH AND OTHERS , UNDESTANDING AMERICAN GOVERNMENT , THIRD EDITION , WEST PUBLISHING COMPANY , AMERICA UNITED STATES , 1995 .

15- VICKI C. JACKSON , CONSTITUTIONAL LAW IN AN AGE OF PROPORTIONALITY , THE YALE LAW JOURNAL , 2015: http://www.yalelawjournal.org/pdf/h.3094.Jackson.3196_fteiok9v.pdf

المـلخـص:

يعد التناسب مبدأً عاماً من مبادئ القانون الدستوري وله صلة ضرورية في حماية الحقوق الدستورية من الانتهاك، فقد يلجأ المشرع إلى تقييد هذه الحقوق تحقيقاً للمصلحة العامة، خاصة إذا علمنا أن للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق والحريات، وأن هذه السلطة لابد لها من ضابط قانوني يحكمها حتى لا تنقلب إلى سلطة تعسفية تصادر الحقوق الدستورية، وأن رقابة القاضي الدستوري على التناسب تساعد بلا شك على رسم حدود موضوعية ضابطة للقيود والحلول المقترحة من جانب المشرع تحقيقاً للهدف المنشود، وأن هذه الرقابةاتمتد لمراقبة التناسب بين المحل (القيد أو الوسيلة أو الحل) والغرض (المصلحة العامة) فقط ولا تمتد إلى مراقبة التناسب بين محل التشريع وأسبابه أودوافعه السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، وأن القاضي الدستوري عندما يراقب التناسب لا يحل تقديره الشخصي محل تقدير المشرع، بل يمارس سلطته التقديرية الموضوعية لمراقبة تقدير المشرع القائم ابتداءً لكي يمنع استبداده التشريعي من جهة ويحمي الحقوق الدستورية من جهة أخرى، فضلاً عن أن مبدأ التناسب يساعد على الدخول في محاورة أو مناظرة بين المشرع والقاضي لإرساء دعائم الدولة الدستورية .

ABSTRACT:

The proportionality, is a general principle of constitutional law and has a necessary connect in protecting the constitutional rights of the violation, the resort legislature to restrict these rights in the public interest, especially if we know that the legislature has discretionary authority to regulate the rights and freedoms, and that this power must be subjected to a legal limit ruled so as not to turn to the arbitrary power to confiscate constitutional rights, and that the constitutional judge control of proportionality undoubtedly help to draw objective limis of the restrictions and proposed solutions on the part of the legislator investigating the desired objective, And that this control extends to observe the proportionality between the subject (restrict or the means or solution) and purpose (public interest) only and does not extend to control of proportionality between the subject of legislation and its political, social or economic causes and motives , and constitutional judge when controlling proportionality does not solve the appreciation Profile appreciated legislator but exercise his discretion substantive control estimate based legislator starting in order to prevent the legislative tyranny on the one hand and protecting the constitutional rights on the other hand as well as it helps to engage in dialogue or debate between the legislator and the judge to build the foundations of constitutional state .