جامعة القاهرة
كلية الحقوق
قسم القانون العام

انحـــراف السلطة التأسيسيـة

(دراسة مقارنـة)

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من

أيمن عيد السيد السعدني

المدرس المساعد بقسم القانون العام

لجنة المناقشة والحكم

الأستاذ الدكتور/ صـبري محمـد السنـوسـي (مشرفًا ورئيسًا)

أستاذ القانون العام – بكلية الحقوق جامعة القاهرة
وعميد الكلية

الأستاذ الدكتور/ رجـب محمـود طاجـن (عضوًا)

أستاذ القانون العام – بكلية الحقوق جامعة القاهرة
ووكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث

المستشار الدكتور/ عبد العزيز محمد سالمان (عضوًا)

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا

(٢٠٢٠م)

انحـــراف السـلطـة التأسـيـسـيـة

(دراسة مقارنـة)

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من

أيمن عيد السيد السعدني

المدرس المساعد بقسم القانون العام

لجنة المناقشة والحكم

الأستاذ الدكتور/ صـبري محمـد السنـوسـي — **(مشـرفًا ورئيسًا)**

أستاذ القانون العام - بكلية الحقوق جامعة القاهرة
وعميد الكلية

الأستاذ الدكتور/ رجـب محمـود طاجـن — **(عضـوًا)**

أستاذ القانون العام - بكلية الحقوق جامعة القاهرة
ووكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث

المستشار الدكتور/ عبد العزيز محمد سالمان — **(عضـوًا)**

نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا

(٢٠٢٠م)

بسم الله الرحمن الرحيم

«وعلَّمك ما لم تكن تعلم..

وكان فضلُ الله عليك عظيمًا»

صدق الله العظيم

الإهـــداء

إلى من هم لي في الحياة حياة.. أبي وأمي..

إليكما أنحني حبًّا وامتنانًا..

وإلى رفيقة الدرب وقرة العين.. زوجتي الحبيبة..

بارك الله لي فيها..

شكر وعرفان

في الوقت الذي نصحني فيه كثيرون بعدم خوض غمار هذه الدراسة؛ وذلك لدقتها الشديدة، ولما يحيط بطريقها من صعوبات، كان أستاذي معالي العميد الأستاذ الدكتور/ **صبري محمد السنوسي** هو الذي قد دعمني وشجعني بنظرته الثاقبة إلى خوضها، ثم أرشدني ووجهني بفكر الأستاذ، وغمرني بفضله وسعة صدره بروح الأب.

أستاذي.. إن أبوَّتك الحانية عليَّ، ومساندتك وتشجيعك لي، كان لها أعظم الأثر في نفسي، وسيظل صنيعك معي طوقًا في عنقي ما بقي في الحياة متسَع، ومهما أسهبتُ في الحديث فلن أوفِّيك حقك، ولكن الله هو الذي يملك الجزاء الأوفى والشكر الحسن، فجزاك الله عني كل خير.

ثم كان أن حَظِيَ هذا البحث انتهاءً بأن تفضَّل أستاذان جليلان بالاشتراك في لجنة المناقشة والحكم؛

فأتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى سعادة الأستاذ الدكتور/ **رجب محمود طاجن**.. وكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث، فقد أفدتُ إفادة كبيرة من مؤلَّفه «قيود تعديل الدستور»، ووجود سيادته في لجنة المناقشة فيه إثراء للبحث والباحث معًا.

كما أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى سعادة المستشار الدكتور/ **عبد العزيز محمد سالمان**.. نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا، فمن ثراء هذا البحث أن يكون قاضٍ كبيرٌ من الهيئة التي أُنيط بها حماية الدستور عضوًا في لجنة المناقشة.

فجُمع للبحث بذلك بين تنظير الفقه، وتطبيق القضاء، وهذا من كرم الله وتوفيقه.

مقدمة

أولاً: موضوع الدراسة:

الانحراف عيب ملازم للطبيعة البشرية؛ ولذلك فإن أي عمل يمكن أن يشوبه الانحراف، سواء أكان هذا العمل صادرًا من فرد عادي أم من إحدى السلطات في الدولة، فالانحراف متصوَّر وقوعه من شخص يستعمل حقه، ولكنه يَتعسف في استعماله، ومتصوَّر وقوعه من رجل الإدارة الذي يُصدر قرارًا إداريًّا ينحرف به عن تحقيق المصلحة العامة ويتغيَّا من إصداره أغراضًا خاصة، ومتصوَّر وقوعه كذلك من السلطة التشريعية وهي بصدد سنِّها للقوانين، وأخيرًا فليس مستبعدًا أن يصيب الانحراف عمل السلطة التأسيسية التي تقوم بوضع الدستور أو تعديله.

ولهذا تتعدد أوجه الرقابة على الانحراف بالسلطة ما بين رقابة قضائية وإدارية وسياسية ورقابة الرأي العام، ولكن تظل الرقابة القضائية أكثر أوجه الرقابة فاعلية والدعامة الأساسية التي تقوم عليها دولة القانون، فهناك الرقابة القضائية في مجال الانحراف بالسلطة الإدارية ويمارسها القاضي الإداري، وهناك الرقابة القضائية في مجال الانحراف بالسلطة التشريعية ويمارسها القاضي الدستوري.

ولكن الأمر في مجال الانحراف بالسلطة التأسيسية دقيق للغاية؛ لأنه لا يمكن عمليًّا إيكال النظر فيما يصدر عن السلطة التأسيسية الأصلية إلى جهة قضائية ما، فالرقابة القضائية في هذا الخصوص مستبعدة؛ لأن سلطة التأسيس الأصلية سلطة مطلقة، ومع ذلك فإن انعدام تلك الرقابة لا يمنع من القول بإمكانية انطواء الدستور على نص أو أكثر يشوبه الانحراف بسلطة التأسيس، كما أن انعدامها لا يحول دون أوجه الرقابة الأخرى كرقابة الرأي العام، ولا ننسى أن تلك الرقابة الأخيرة هي التي أسقطت دستور ٢٠١٢.

أما الرقابة القضائية على السلطة التأسيسية المنشأة أو سلطة تعديل الدستور، فهي رقابة ممكنة، وذلك في ضوء قيود تعديل الدستور، وفي ضوء أن السلطة التأسيسية المنشأة أدنى من سلطة التأسيس الأصلية؛ ومن ثم فإن عدم احترامها لقيود تعديل الدستور يمثل انحرافًا في استعمال السلطة لخروجها عن القيود التي وضعتها السلطة التأسيسية الأصلية، ولهذا فقد اتجهت كثير من الدول إلى تقرير الرقابة على التعديلات الدستورية من قِبل القضاء الدستوري.

فهرس المحتويات

مقدمة ٦

أولًا: موضوع الدراسة ٦

ثانيًا: أسباب اختيار الموضوع ٧

ثالثًا: إشكالية الدراسة ٩

رابعًا: هدف الدراسة ١٠

خامسًا: نطاق الدراسة ١١

سادسًا: منهج الدراسة ١١

سابعًا: خطة الدراسة ١٣

فصل تمهيدي: في تحديد المصطلحات والمفاهيم ١٤

أولًا: ماهية السلطة التأسيسية ١٦

ثانيًا: معنى كلمة دستور ٢٠

ثالثًا: أساليب وضع الدستور ٢٤

رابعًا: المقصود بانحراف السلطة التأسيسية ٣٤

الباب الأول: الانحراف في تشكيل الجمعيات التأسيسية ٤٥

الفصل الأول: أوجه الانحراف في تشكيل الجمعيات التأسيسية لدساتير ما قبل ثورة يناير ٢٠١١ ..... ٥١

المبحث الأول: الجمعية التأسيسية لدستور ١٩٢٣ ..... ٥٢

المبحث الثاني: الجمعية التأسيسية لدستور ١٩٥٦ ..... ٥٥

المبحث الثالث: الجمعية التأسيسية لدستور ١٩٧١ ..... ٥٨

الفصل الثاني: أوجه الانحراف في تشكيل الجمعية التأسيسية لدستور ٢٠١٢ ..... ٦١

المبحث الأول: الجمعية التأسيسية الأولى لدستور ٢٠١٢ ..... ٦٥

المبحث الثاني: الجمعية التأسيسية الثانية لدستور ٢٠١٢ ..... ٧٠

المطلب الأول: تحصين الجمعية التأسيسية الثانية ضد رقابة القضاء الإداري ٧٢

المطلب الثاني: تحصين الجمعية التأسيسية الثانية ضد رقابة أية جهة قضائية ٧٩

المبحث الثالث: تحليل نصوص الإعلانات الدستورية المتعلقة بتشكيل الجمعية التأسيسية لدستور ٢٠١٢ ..... ٨١

الفصل الثالث: أوجه الانحراف في تشكيل الجمعية التاسيسية لدستور ٢٠١٤ ..... ٨٨

المبحث الأول: تشكيل لجنة الخبراء ٩٠

المبحث الثاني: تشكيل لجنة الخمسين ٩٣

الباب الثاني: مظاهر انحراف السلطة التأسيسية الأصلية ١٠٠

الفصل الأول: النصوص التي تُثير شبهة انحراف السلطة التاسيسية في دساتير ما قبل ثورة يناير ٢٠١١ ..... ١٠٢

المبحث الأول: النصوص التي تُثير شبهة انحراف السلطة التأسيسية في دستور ١٩٢٣ ..... ١٠٣

المبحث الثاني: النصوص التي تُثير شبهة انحراف السلطة التأسيسية في دستور ١٩٣٠ ..... ١٠٦

المبحث الثالث: النصوص التي تُثير شبهة انحراف السلطة التأسيسية في دستور ١٩٥٦ ..... ١١٠

المبحث الرابع: النصوص التي تُثير شبهة انحراف السلطة التأسيسية في دستور ١٩٧١ ..... ١١٦

الفصل الثاني: النصوص التي تثير شبهة انحراف السلطة التاسيسية في دستور ٢٠١٢ ..... ١٢٩

المبحث الأول: الإشكاليات المرتبطة بالمواد المتعلقة بتطبيق الشريعة الإسلامية ١٣٢

أولًا: النص على ضرورة أخذ رأي هيئة كبار العلماء بالأزهر فيما يتعلق بالشئون المتعلقة بالشريعة ١٣٦

ثانيًا: تفسير المادة (٢١٩) لمبادئ الشريعة الإسلامية ١٤٠

ثالثًا: هل كانت هناك حاجة من الأساس إلى المادة (٢١٩)؟ ١٤٨

المبحث الثاني: الاعتداء على المحكمة الدستورية العليا وتقليص اختصاصاتها ١٥١

المطلب الأول: تحديد عدد أعضاء المحكمة الدستورية في المادتين (١٧٦، ٢٣٣) ١٥٢
المطلب الثاني: تقليص اختصاصات المحكمة الدستورية في ظل المادتين (١٧٥، ١٧٧) ١٦٣
المبحث الثالث: حرمان فئة من المواطنين من حقوقهم دون صدور حكم قضائي ١٦٩
الفصل الثالث: النصوص التي تثير شبهة انحراف السلطة التأسيسية في دستور ٢٠١٤ ..... ١٨٢
المبحث الأول: شكل الدولة ونظامها السياسي ١٨٤
المبحث الثاني: الإشكاليات التي تخلقها بعض نصوص الدستور ١٩٠
المبحث الثالث: إشكاليات تشكيل الحكومة ٢٠٤
المبحث الرابع: إشكاليات التوازن بين سلطات رئيس الجمهورية وسلطات مجلس النواب ٢١٤
المبحث الخامس: محاذير المنهج التفصيلي في الصياغة ٢٢٤
الباب الثالث: انحراف سلطة تعديل الدستور ٢٣٢
الفصل الأول: انحراف سلطة تعديل الدستور عن قيود التعديل ٢٣٥
المبحث الأول: قيود تعديل الدستور الإجرائية ٢٣٧
المطلب الأول: الخلاف الفقهي حول السلطة المختصة بتعديل الدستور ٢٣٨
المطلب الثاني: إجراءات تعديل الدستور ٢٤٠
المطلب الثالث: الإجراءات الخاصة بتعديل دستور ٢٠١٤ ..... ٢٤٥
المبحث الثاني: القيود الزمنية والموضوعية الواردة على سلطة تعديل الدستور ٢٥٠
المطلب الأول: القيود الزمنية والموضوعية الواردة على سلطة تعديل الدستور ٢٥١
المطلب الثاني: القيمة القانونية للنصوص التي تحظر تعديل الدستور ٢٥٤
المطلب الثالث: القيود الزمنية والموضوعية في دستور ٢٠١٤ ..... ٢٦١
المبحث الثالث: بعض النصوص التي تثير شبهة انحراف سلطة تعديل الدستور ٢٧٥

الفصل الثاني: مدى إمكانية الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية ٢٨٦

المبحث الأول: الرقابة القضائية على سلطة تعديل الدستور ٢٩١

المطلب الأول: الأساس القانوني للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية ٢٩٢

المطلب الثاني: المبررات الداعمة للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية ٣٠٢

المطلب الثالث: موقف القضاء الدستوري من الرقابة على التعديلات الدستورية ٣١٠

المبحث الثاني: مدى تطهير الاستفتاء الدستوري للعمل الدستوري المشوب بالانحراف ٣١٩

المطلب الأول: بين الاستفتاء الدستوري والاستفتاء السياسي ٣٢٠

المطلب الثاني: آليات جدية الاستفتاء الدستوري ٣٢٤

المطلب الثالث: موقف المحكمة الدستورية العليا من رقابة القوانين الاستفتائية ٣٢٩

الخاتمة ٣٣٢

المصادر والمراجع ٣٣٧

فهرس المحتويات ٣٤٨

مستخلص

تناولت الدراسة موضوع "انحراف السلطة التأسيسية"، وقد جاءت في مقدمة، وفصل تمهيدي، وثلاثة أبواب، وخاتمة. وبينت الدراسة كيف انتقلت فكرة الانحراف من القانون المدني إلى القانون الإداري ثم إلى القانون الدستوري، وأكدت إمكانية وقوع الانحراف من السلطة التأسيسية، سواء من السلطة التأسيسية الأصلية أثناء وضع الدستور أم من السلطة التأسيسية المنشأة أثناء تعديله. ولما كان الانحراف لا يكون فقط في عمل هذه السلطة عند وضع الوثيقة أو تعديلها، وإنما قد يكون كذلك في طريقة تشكيلها ـ كان لزامًا أن تتناول الدراسة طرق وضع الدساتير وأثر كل طريقة منها على الانحراف الذي قد يلحق بالوثيقة الدستورية، وقامت بالتطبيق على الجمعيات التأسيسية التي وضعت الدساتير المصرية. ثم بعد ذلك تناولت الدراسة مختلف الوثائق الدستورية في مصر؛ ببيان النصوص التي تثير شبهة انحراف السلطة التأسيسية. ثم تناولت سلطة تعديل الدستور والقيود التي تَرِد على عملها، وأنها إن خالفت هذه القيود تكون قد انحرفت بسلطتها. وأكدت الدراسة أخيرًا على أن الاستفتاء الدستوري لا يمكن أن يُطهِّر النصوص المنحرفة من العيوب. وخلصت الدراسة إلى أن الدساتير لا ينبغي أن تُكتَب فقط تعبيرًا عن أفكار سامية مجردة عن الحرية والديمقراطية وحقوق الإنسان، دون أن تعبر عن واقع المواطنين السياسي والاجتماعي والاقتصادي، حتى لا تنفصل الوثيقة الدستورية عن واقع الحياة، فيلجأ الشعب إلى تغييرها بالطرق غير القانونية.

الكلمات الدالة:

انحراف السلطة التأسيسية ـ السلطة التأسيسية الأصلية ـ وضع الدستور ـ سلطة تعديل الدستور ـ الجمعية التأسينية ـ الرقابة القضائية ـ الاستفتاء الدستوري.