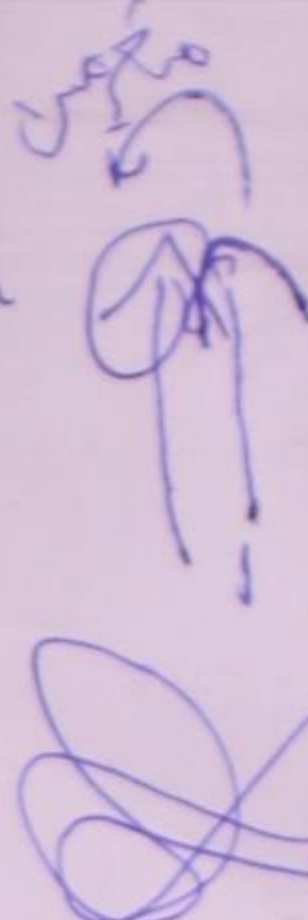


T05-01095

T05-01143 Nema



~~010-001~~



237



517

215
209



T08-00759

جامعة بنها

كلية الحقوق

الرقابة القضائية على دستورية التشريعات

في الفقه الإسلامي والنظم الدستورية المعاصرة

إعداد الباحث

مسعد محمد علي خطيب

إشراف وعضوية

السيد الأستاذ الدكتور / محمد الشافعي ابوراس

أستاذ القانون العام بالكلية والعميد الأول لها

رئيسا ومشرفا

السيد الأستاذ الدكتور / الشحات ابراهيم منصور

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية والوكيل للكلية لشئون التعليم والطلاب

عضوا ومشرفا

السيد الأستاذ الدكتور / حمدي علي عمر

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة الزقازيق

عضوا ومناقشا

السيد الأستاذ الدكتور / رشدي شحاته ابوزيد

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة حلوان

عضوا ومناقشا

جامعة بنها

كلية الحقوق

الرقابة القضائية على دستورية التشريعات

في الفقه الإسلامي والنظم الدستورية المعاصرة

إعداد الباحث

مسعد محمد علي خطيب

إشراف وعضوية

السيد الأستاذ الدكتور / محمد الشافعي ابوراس

أستاذ القانون العام بالكلية والعميد الأول لها

رئيسا ومشرفا

السيد الأستاذ الدكتور / الشحات ابراهيم منصور

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية والوكيل للكلية لشؤون التعليم والطلاب

عضوا ومشرفا

السيد الأستاذ الدكتور / حمدي علي عمر

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة الزقازيق

عضوا ومناقشا

السيد الأستاذ الدكتور / رشدي شحاته ابوزيد

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق - جامعة حلوان

عضوا ومناقشا

((شكر وإهداء))

نفاذا لما عليه الباحث من معتقد ثابت بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لم يشكر الناس لم يشكر الله . فانه ونظرا لما عليه المذكور ميلادا ومنشأ علميا في ذلك وعمليا بشقية المهني . كقضاء واقف والاجتماعي كمتزوج ويعول وما يحيط ذلك جميعه من أمور حياتية متباينة . كل ذلك في محاولة من القيام بها في إطار يحسبه صاحبة من الخلق والدين اقرب وان اختلفت الآراء من سنن البشر .

إزاء ما تقدم وفي معتركه وانبثاقا من معتقده وتطبيقا له : فانه يؤكد بانه مدين لكافة من حوالية حتى المسئ منهم له فصبر . فكانت المثوبة . وما كانت الأخرى لضعف بشرى أو لهول ما عرض له . فانه يسأل صاحبة العفو منه وعنه . ولاسيما ذوى الأرحام نسبا ومصاهرة . الذى هو بهم ولهم . بعضهم لبعض . القريب منهم والبعيد . الأصل منهم والفرع لهم . الأحياء منهم والأموات . وكذلك ذوى الرحم العلمى . فالعلم رحم بين أهله . والذين لهم الفضل في تقديم وإخراج ذلك البحث .

البعيد منهم الدشار إليهم بمراجعة أو لم يشر إليه دون قصد من باحثة المذكور له أو غير المذكور له . كل ذلك لإدراكه أن من بركة العلم إسناد القول الى قائمة . ولهم جميعا العفو والمثوية عن ذلك . وأيضا القريب منهم صاحب الفضيلة .

- السيد الأستاذ الدكتور / محمد الشافعى ابو رأس - أستاذ القانون العام بالكلية والعميد الأول لها

(مشرفا ورئيسا)

- السيد الأستاذ الدكتور / الشحات ابراهيم منصور - أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية والوكيل بالكلية لشئون التعليم والطلاب

(عضوا ومشرفا)

والذى تفضل كلا منهما بالقبول لى وبالإشراف على الرسالة . وما صاحب ذلك من تويه وإرشاد . وجهد يعجز المقام عن ذكره على مدر ذلك البحث . الى أن أصبح على هيئته . ومن قبل ذلك التقرير بصلاحيته . ابتداء فجزى الله كلا منها عنا وعن الإسلام خير الجزاء .

- السيد الأستاذ الدكتور / حمدى على عمر - أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة الزقازيق والذت تفضل بالقبول لمناقشة هذه الرسالة .

- السيد الأستاذ الدكتور / رشدى شحاته ابو زيد - أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة حلوان والذى تفضل بالقبول لمناقشة هذه الرسالة .

الى هؤلاء جميعا وأولئك الذين اخصهم بالذكر عرفانا . وهم والدتى وزوجتى وأولادى واخواتى . ومن قبل ذلك وأولئك أهدي ذلك العمل الى روح والذى تنمده الله برحمته . عسى من ولد صالح يكن شافعا لرحمة ربه به . والى كل دارس ومتخصص ومنفذ . لما احتواه ذلك البحث كل فى تخصصه من رجال التشريع والقضاء والقانون والشرطة .

سائلا ربى المثوبة والتوفيق لنا ولهم فى الدنيا والاخرة . انه نعم المولى ونعم النصير . وصلاة وسلاما على المبعوث رحمة للعالمين . كما ينبغى لجلاله وجهة وعظيم سلطانه . يارب العالمين آمين آمين .

الباحث

الحمد لله على نعمة الإسلام وكفى لمرونته المحببة إلى النفس البشرية العاقلة والمبرء من الجمود المنسب له زعماً وزوراً. فالذنب كل الذنب لا دخل له فيه. وإنما للبعض ممن تجمدوا وتحجروا من المسلمين. فالتصقت التهمة بالإسلام دون الجامدين من هؤلاء ، إذ كيف يكون الإسلام جامداً وهو الصالح لكل زمان ومكان؟! وكيف يكون جامداً!!! وهو المعترف بالعقل. كضرورة من ضروريات مشروعيته بل ومقدس له. وهو في ذلك وحيد بين الأديان جميعاً سماويها وأراضيها^(١) وصلاة وسلاماً على محمد (ص) القائل في الحديث الصحيح " ما أكتسب رجل مثل فضل عقل يهدي صاحبه إلى هدى ، ويرده عن ردى ، وما تم إيمان عبداً ولا استقام دينه. حتى يكمل عقله. وقوله "ص" أيضاً في ذلك : لكل شيء دعامة ودعامة المؤمن عقله ، فبقدر عقله تكون عبادته ، أما سمعتم قول الفجار في النار : لو كنا نسمع أو نعقل ما كنا في أصحاب السعير " ؟ وقوله "ص" كذلك : أول ما خلق الله العقل ، فقال له أقبل فأقبل ثم قال له أدبر فأدبر ، ثم قال له عز وجل : وعزتي وجلالي ما خلقت خلقاً أكرم على منك بك أخذ. وبك أعطى. وبك أثيب. وبك أعاقب. ومن ثم فكان حقاً سيد ولد آدم ولا فخر. ففي الوقت الذي احتفظ الإسلام فيه بالعقل الإنساني بمكانته السامية لا يفتأ يذكره بقوة الخالق وعظمته في آيات عديدة. فصلاة وسلاماً عليه. لبيان ابتداء وتشريعه ابتداءً والفصل قضاءً والتنفيذ عملاً ومسلكاً. كما أمره به ربه .

ثم أما بعد :

أولاً : فإن موضوع " الرقابة القضائية على دستورية التشريعات " ^(٢) نظراً لأهميته العملية في تنظيم أحوال المخاطبين به من الأفراد والسلطات العامة في المجتمع التشريعية والتنفيذية والقضائية تحقيقاً للتوازن المبتغى بين السلطة

(١) أ.د. مصطفى الشكعة - بمؤلفة اسلام بلا مذاهب - طبعة جديدة - الناشر الدار المصرية اللبنانية - ٢٢ ربيع الآخر سنة ١٤١٢ هـ الموافق ١٩ أكتوبر : تشرين أول " سنة ١٩٩٢ ص ٤٩ .

(٢) وليس معنى ذلك اختزالاً لدولة القانون ، الباب الرابع من الدستور ، فهي الاسمي من مجرد سيادة التشريع خاصة اذا كان أمر التشريع يقع في قبضه الدولة التنفيذية . ولهذه الاخيرة كانت الدراية أ.د/ محمد نور فرحات - بحث بعنوان : الاصلاح الدستوري - العدد العاشر لمجلة الدستورية السنة الرابعة - اكتوبر سنة ٢٠٠٦ ص ٣٠ .

محتويات الدراسة

مقدمة البحث وأهميته ونوافعه :	ص ١
الموضوع بعنوان : " الرقابة القضائية على دستورية التشريعات فى الفقه الاسلامى والنظم الدستورية المعاصرة وتعليقاتها "	ص ١
باب تهيئدى : ويشتمل على :	ص ٣
المبحث الأول : الرقابة القضائية فى الفقه الاسلامى وسمو القاعدة الدستورية والفصل بين السلطات	ص ٤
المبحث الثانى : الرقابة الدستورية المعاصرة وطرق اعمالها	ص ٣٢
المبحث الثالث : الفقه الاسلامى والرقابة الدستورية وطرق عملها	ص ٤٢
والبيان فى قسمين :	
القسم الأول : " الرقابة القضائية على دستورية التشريعات فى الفقه الاسلامى وتعليقاتها "	ص ٤٥
الباب الأول : الفقه الاسلامى والرقابة القضائية على دستورية التشريعات فقها وعملا	ص ٤٦
الفصل الأول : الفقه الاسلامى يجيز فكرة الرقابة القضائية على دستورية التشريعات فقها وعملا	ص ٤٧
الفصل الثانى : الفقه الاسلامى لا يجيز فكرة الرقابة القضائية على دستورية التشريعات والدليل فقها وعملا	ص ٥٣
الفصل الثالث : الفقه الاسلامى والرأى الراجح بإجازة الرقابة القضائية على دستورية التشريعات والدليل	ص ٦٠
الباب الثانى : الرقابة القضائية على دستورية التشريعات فى تطبيقاتها إجراءات واختصاصا ومحلا ومرجعية	من ص ٧٥
الفصل الأول : الفقه الاسلامى وكيفية تحريك الرقابة القضائية الإجرائية والنوعية على دستورية التشريعات إجراءات واختصاصا	ص ٧٥
المبحث الاول : الفقه الاسلامى والرقابة القضائية الاجرائية على دستورية التشريعات	ص ٧٦

- المطلب الأول :** دعوى الحسبة والرقابة القضائية على دستورية التشريعات ص ٧٧
- المطلب الثاني :** المصلحة ودعوى الدستورية ص ٩٠
- المطلب الثالث :** المفاضلة بين الرأيين والراجح والدليل ص ١١٠
- المبحث الثاني :** الفقه الاسلامي والرقابة القضائية النوعية على دستورية التشريعات ص ١١٥
- المطلب الأول :** الفقه الاسلامي والرقابة القضائية الجماعية ص ١١٥
- المطلب الثاني :** الفقه الاسلامي والرقابة القضائية الخاصة (التخصيصية) ص ١١٧
- الفصل الثاني :** الرقابة القضائية على دستورية التشريعات في تطبيقاتها ص ١٢٢
- المبحث الأول :** الفقه الاسلامي والرقابة القضائية الإجرائية على دستورية التشريعات الجوانب الإجرائية ص ١٢٧
- المطلب الأول :** الدستور النافذ في الفقه الاسلامي المرجع في الرقابة ص ١٢٧
- المطلب الثاني :** الادلة على ان مرجع الرقابة على التشريع هو الدستور النافذ ص ١٢٨
- المطلب الثالث :** المفاضلة بين الآراء والراجح والدليل ص ١٢٨
- المبحث الثاني :** الفقه الاسلامي والرقابة القضائية النوعية . على دستورية التشريعات والاختصاص القضائي ص ١٣٥
- المطلب الأول :** الفقه الاسلامي والدستور القائم مرجع الرقابة ص ١٣٥
- المطلب الثاني :** الادلة على مرجعية الرقابة للدستور القائم ص ١٣٨
- المبحث الثالث :** المفاضلة بين الآراء والراجح واسانيده ص ١٤٠
- المطلب الأول :** الرد على القائلين باعتبار الدستور النافذ وقت صدور التشريع مرجع الرقابة ص ١٤٤
- المطلب الثاني :** الرد على مرجعية الدستور القائم في الرقابة القضائية على دستورية التشريعات ص ١٤٧
- المطلب الثالث :** المفاضلة بين الآراء والراجح ص ١٥١
- الفصل الثالث :** مصادر القاعدة الدستورية المنوط بالرقابة على دستورية التشريعات . حمايتها وتدرجها " مرجعية الرقابة " ص ١٨٧
- المبحث الأول :** أدلة الإحكام الشرعية كمصدر للقاعدة الدستورية المنوط بالرقابة القضائية حمايتها ص ١٨٨
- المبحث الثاني :** تدرج أدلة الإحكام الشرعية كمصدر للقاعدة الدستورية المنوط بالرقابة القضائية على دستورية التشريعات . حمايتها ص ١٩١

المطلب الأول : أثر تدرج الأدلة ونوعها عضويا ص ١٩١

المطلب الثانى : نتائج ربط الحكم باعتقاد المخاطبين به ص ٢٠٣

الباب الثالث : السلطة التأسيسية والسلطة التشريعية فى الفقه الاسلامى المنوط بها وضع التشريع محل

الرقابة على دستوريته والرأى ص ٢١١

الفصل الأول : السلطة التأسيسية والتشريع محل الرقابة القضائية على دستوريته ومحل الرقابة حدودا

وقيودا وضوابط ص ٢١١

البحث الأول : ماهية السلطة التأسيسية فى الاسلام والمقارنة ص ٢١٣

المطلب الأول : ماهية السلطة التأسيسية فى الاسلام ص ٢١٣

المطلب الثانى : المقارنة بين السلطة التأسيسية فى الفقه الاسلامى والنظم الدستورية

المعاصرة ص ٢١٣

المبحث الثانى : الطبيعة الدستورية للسلطة التأسيسية فى الاسلام ص ٢١٤

الفصل الثانى : السلطة التشريعية والتشريع محل الرقابة القضائية على دستوريته " محل الرقابة صدورا

..... ص ٢١٥

المبحث الأول : الطبيعة الدستورية للسلطة التشريعية فى الفقه الاسلامى ص ٢١٥

المبحث الثانى : التشكيل العضوى للسلطة التشريعية فى الفقه الاسلامى ص ٢١٧

الفصل الثالث : القيود والضوابط التى ترد على أعمال السلطة التأسيسية والتشريعية فيما يصدر عنها

من التشريع محل الرقابة القضائية على دستوريته والرأى " محل الرقابة قيودا وضوابط

..... ص ٢١٨

المبحث الأول : القيود التى ترد على سلطة التشريع الصادر عن السلطة التأسيسية

والسلطة التشريعية كمحل للرقابة القضائية على دستوريته

والرأى ص ٢١٩

المطلب الأول : تعريف القيود التى ترد على سلطة التشريع نصوصا من الكتاب او السنة

..... ص ٢١٩

المطلب الثانى : سلطة المجلس التشريعى ازاء القيود الواردة على اعماله ص ٢٢٠

المبحث الثانى : الضوابط التى ترد على سلطة التشريع الصادر عن السلطة التأسيسية والسلطة

التشريعية كمحل للرقابة القضائية على دستورية الرأى ص ٢٢٠

المطلب الأول : ماهية وتعريف الضوابط التى ترد على سلطة التشريع وطبيعتها الغير واردة بنص

فى القرآن او السنة ص ٢٢١

المطلب الثانى : سلطة المجلس التشريعى ازاء الضوابط التى ترد على اعماله والغير وارده
بالنصوص من مصادرها الاصلية ص ٢٢٢

القسم الثانى : الرقابة القضائية على دستورية التشريعات فى النظم الدستورية المعاصرة الأمريكية
والمصرية ص ٢٢٦

الباب الأول : النظام الدستورى الأمريكى والرقابة القضائية على دستورية التشريعات ص ٢٢٩

الفصل الأول : النظام الدستورى الأمريكى والرقابة القضائية على دستورية التشريعات قضاء وفقها
والرأى ص ٢٣١

المبحث الأول : الاسانيد القضائية الاجرائية للرقابة على دستورية التشريعات امام المحكمة
العليا والرأى ص ٢٣٢

المطلب الاول : اسلوب الدفع الفرعى ص ٢٣٣

المطلب الثانى : اسلوب الامر القضائى - او اوامر المنع ص ٣٣٨

المطلب الثالث : اسلوب الاحكام التقريرية ص ٢٤١

المبحث الثانى : الفقة والرقابة على دستورية التشريعات والرأى ص ٢٤٣

المطلب الاول : ايجابيات الرقابة على دستورية التشريعات ص ٢٤٣

المطلب الثانى : الفقة وسلبيات الرقابة على دستورية التشريعات ص ٢٤٧

الفصل الثانى : تحريك الرقابة القضائية على دستورية التشريعات الاجرائية والنوعية والمؤثرات
الدستورية والواقعية والفقهية على ذلك ص ٢٤٩

المبحث الاول : تحريك الرقابة القضائية على دستورية التشريعات اجرائيا /
احالة ص ٢٥٢

المبحث الثانى : تحريك الرقابة القضائية على دستورية التشريعات نوعيا والمؤثرات الدستورية
والواقعية والفقهية على تحديدها ص ٢٥٢

المطلب الاول : الرقابة القضائية على دستورية التشريعات نوعيا والطبيعة الحامدة للدستور
الامريكى ص ٢٥٣

المطلب الثانى : الرقابة القضائية على دستورية التشريعات نوعيا وواقعية الاتحاد الفدرالى
الامريكى ص ٢٥٦

المطلب الثالث : الرقابة القضائية على دستورية التشريعات نوعيا والتأثير الفقهى فى
ذلك ص ٢٥٧

المبحث الثالث : تحريك الرقابة القضائية على دستورية التشريعات نوعيا والمحكمة العليا
امريكا ص ٢٦٣

المطلب الاول : الاتحاد المركزى او الفيدرالى والرقابة القضائية النوعية على دستورية
التشريعات ص ٢٦٣

المطلب الثانى : المحكمة العليا والاتجاهات الحزبية والقاعدة المراد حمايتها والرقابة على

دستورية التشريع ص ٢٦٤

المطلب الثالث : النتائج العملية لاتجاه المحكمة العليا فى رقابتها القضائية على دستورية

التشريع ص ٢٦٥

الفصل الثالث : النظام الدستورى الأمريكى والقاعدة الدستورية المنوط بالرقابة القضائية

على دستورية التشريعات (المدى الزمنى لتلك الرقابة موضوعيا) - محل

الحماية ص ٢٧٢

المبحث الاول : القضاء الدستورى الأمريكى والقاعدة الدستورية المراد حمايتها بموجب

الرقابة القضائية على دستورية التشريعات فى حالاتها العادية ص ٢٧٤

المبحث الثانى : القضاء الأمريكى والقاعدة الدستورية المراد حمايتها بموجب الرقابة على

دستورية التشريعات فى الحالات الاستثنائية ص ٢٨٣

المطلب الاول : القضاء الأمريكى ووسائل السلطة التنفيذية فى الاعفاء لتشريعاتها من الرقابة

على دستوريتها ص ٢٨٤

المطلب الثانى : الدور التشريعى للرئيس الأمريكى فى الظروف

الاستثنائية ص ٢٨٧

المطلب الثالث : القضاء الأمريكى والرعاية على دستورية التشريعات

الضرورية ص ٢٩٢

الباب الثانى : النظام الدستورى فى مصر والرقابة القضائية على دستورية

التشريعات ص ٢٩٩

الفصل الاول : النظام الدستورى فى مصر والرقابة القضائية على دستورية التشريعات

..... ص ٢٩٩

الفصل الثانى : النظام الدستورى فى مصر وكيفية تحريك الرقابة القضائية على دستورية التشريعات

الإجرائية والنوعية " إجراءات واختصاصا " ص ٢٩٩

المبحث الاول : الرقابة على دستورية التشريعات فى مصر قبل انشاء المحكمة العليا

..... ص ٣٠٠

المطلب الاول : موقف الفقه المصرى من مسألة الرقابة على دستورية

التشريعات ص ٣٠١

المطلب الثانى : القضاء المصـرى فى رقابته على دسـتورية
التشـريعات ص ٣٠٥

المبحث الثانى : الرقابة على دستورية التشريعات فى مصر بعد انشاء المحكمة
العليا ص ٣١٣

المطلب الاول : المحكمة العليا ص ٣١٤

المطلب الثانى : الرقابة على دستورية القوانين فى ظل المحكمة الدستورية العليا م ٤٨
لسنة ١٩٧٩ ص ٣٢٥

الفصل الثالث : النظام الدستوري فى مصر وكيفية تحريك الرقابة على دستورية التشريعات الاجرائية
والنوعية ص ٣٣٠

المبحث الاول : طرق تحريك دعوى الدستورية امام المحكمة الدستورية العليا
اجرائيا ص ٣٣٠

المطلب الاول : تحريك دعوى الدستورية عن طريق الدفع الفرعى ص ٣٣١

المطلب الثانى : تحريك دعوى الدستورية عن طريق الاحالة ص ٣٣٢

المطلب الثالث : تحريك دعوى الدستورية عن طريق المحكمة الدستورية ذاتها (حق
التصدى) ص ٣٣٦

المبحث الثانى : طرق تحريك دعوى الدسـتورية امام المحكمة الدستورية العليا
نوعيا ص ٣٤٥

الفصل الرابع : النظام الدستوري فى مصر والمادة الثانية من الدستور فى مصر سنة ١٩٧١ والمعدل
سنة ١٩٨٠ والمدى الزمنى لها كقاعدة دستورية منوط بالرقابة القضائية على دستورية

التشريعات وحمائتها " محل الحماية " ص ٣٤٨

المبحث الاول : الطبيعة القانونية للمادة الثانية من الدستور والصادر سنة ١٩٧١ م وتعديله سنة
١٩٨٠ م فقها - قضاء والرأى الراجح والدليل ص ٣٤٩

المطلب الاول : الدستور النافذ وقت صدور التشريع كمرجع للرقابة ص ٣٥٣

المطلب الثانى : الاخذ بأحكام الدستور القائم كمرجع للرقابة الدستورية ص ٣٥٥

المطلب الثالث : المفاضلة بين الرأىين والراجح والدليل ص ٣٥٦

المبحث الثانى : أثر الطبيعة القانونية للمادة الثانية من الدستور على الرقابة القضائية على
دستورية التشريعات فقها وقضاء والرأى ص ٣٧٨

المطلب الأول : الفقة وقضاء المحكمة والطبيعة القانونية لنص م (٢) من

الدستور ص ٣٧٩

المطلب الثانى : الرد على النقد من الاتجاه المؤيد للمحكمة وأثر الطبيعة القانونية لنص م (٢)

من الدستور ص ٣٨١

المطلب الثالث : القضاء الدستورى والمدى الزمنى للرقابة الدستورية وأثر الطبيعة القانونية

للمادة (٢) من الدستور ص ٣٨٤

المبحث الثالث : مناقشة الرأي الراجح وأسانيده بشأن أثر الطبيعة القانونية للمادة الثانية

(فقها وقضاء) ومرجعيتها ص ٣٨٦

المطلب الأول : المقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية ونطاقها وتقنياتها دستوريا فى

مصر ص ٣٨٧

المطلب الثانى : دلالة النص فى الدستور ومبادئ الشريعة الاسلامية هى المصدر الرئيسى

للتشريع فى مصر ص ٣٩٤

المطلب الثالث : القضاء الدستورى المصرى ومرجعية الرقابة ومداهها ص ٤٠٨

الخلاصة : ص ٤٥٥

التوصيات : ص ٤٦٤

قائمة المراجع : ص ٤٧٧

فهرست المحتويات : ص ٤٩٦