

القضاء الدستوري

دراسة مقارنة

تأليف

المستشار الدكتور

محمد علي سويلم

نائب رئيس محكمة النقض

2020



تصميم الغلاف	اسم الكتاب
قسم الجرافيك بدار المصرية للنشر والتوزيع إخراج داخلي مكتب المصرية للصف والإخراج الفني رقم الإيداع بدار الكتب المصرية: 2018/19692	القضاء الدستوري - دراسة مقارنة المستشار الدكتور محمد علي سويلم

١٤٤١ هـ / ٢٠٢٠ م

حقوق الطبع محفوظة للناسـر - ٢٠٢٠



مصر - القاهرة : ٢٩ شارع عبد الخالق ثروت - وسط البلد
تليفون: ٢٣٩٥٤١٣١ (٠٠٢٠٢) - موبایل: ٠١٢٢٩٦١٩٥٩٩ (٠٠٢)
bookstore64@yahoo.com

تحذير: جميع الحقوق محفوظة للمصرية للنشر والتوزيع وغير
مسموح بإعادة نشر أو إنتاج الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه على
أجهزة استرجاع أو استرداد إلكترونية أو نقله بأية وسيلة أخرى أو
تصويره أو تسجيله على أي نحو بدون أخذ موافقة كتابية مسبقة من
الناسـر.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾ [النساء: ٥٨]

عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ أَحَبَّ النَّاسِ إِلَى اللَّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَأَقْرَبَهُمْ مِنْهُ مَجْلِسًا إِمَامٌ عَادِلٌ وَأَبْعَصَ النَّاسِ إِلَى اللَّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَأَشَدَّهُمْ عَذَابًا إِمَامٌ جَائِرٌ».

[سنن البيهقي: كتاب آداب القاضي، رقم ٢٠٦٦٤؛ سنن الترمذي: كتاب الأحكام، رقم ١٣٧٩].

المقدمة

(أ) الشرعية الدستورية:

إن غاية كل الشعوب هي إقرار مبادئ الشرعية وإعلاء أحكام الدستور في الأنظمة القانونية والسياسية المختلفة والتطلع إلى حياة ديمقراطية يتمتع فيها الأفراد بالحرية في ظل قوانين لا تشوبها شائبة تعكّر على الأفراد صفو التمتع بحرياتهم، أو تفرض عليهم ما هو غير ديمقراطي، أو تحملهم أعباء تحد من التمتع بمزايا الحريات والحقوق المنصوص عليها في صلب الدستور. إذا كانت هذه غاية كل الشعوب فكان لا بد إذن من وسيلة لتحقيق تلك الغاية، ومن أول وأهم الوسائل التي تكفل تحقيق ذلك هي رقابة دستورية القوانين، تلك الرقابة التي تعد ضماناً فعالة لإعلاء أحكام الدستور على ما عداها من أحكام القوانين واللوائح^(١).

(١) الدكتور أحمد فتحي سرور: الرقابة على دستورية القوانين، مجلة هيئة قضايا الدولة - العدد الأول - س ٤٣ - يناير ١٩٩٩، العدد ١٦٩ ص ٣؛ ولسيادته أيضاً: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الأولى، ١٩٩٩ ص ١١٣ وما بعدها؛ الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، ١٩٦٠ ص ٩، ١٠؛ الدكتور جورج شفيق ساري: أصول وأحكام القانون الدستوري، دار النهضة العربية ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ ص ١٢٧ وما بعدها؛ الدكتور شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين - رسالة =

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية «أن الشرعية الدستورية التي تقوم المحكمة الدستورية العليا بمراقبة التقيد بها، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية مطابقة لأحكام الدستور. وتتبوأ هذه الشرعية من البنيان القانوني في الدولة ذراه، وهي كذلك فرع من خضوعها للقانون، بما مؤداه امتناع قيام أي محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بتطبيق نص قانوني يكون لازماً للفصل في ولايتها أو في موضوع النزاع المعروض عليها، إذا بدا لها - من وجهة مبدئية - مصادماً للدستور، ذلك أن وجود هذه الشبهة لديها، يلزمها أن تستوثق ابتداء من صحتها، من خلال عرضها على المحكمة الدستورية العليا، التي عقد لها الدستور دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية^(١).

إن الرقابة على الشرعية الدستورية تفترض دستوراً مدوناً جامداً تصدر أحكامه القواعد القانونية الأدنى مرتبة منها وتعلوها، ذلك أن الدستور يمثل أصلاً - وكلما كان مواكباً لتطور التطور النظم الديمقراطية، هادفاً إلى حماية الحرية الفردية ودعم انطلاقها إلى آفات مفتوحة تكون بذاتها عاصماً من جموح السلطة أو انحرافها - ضمانه رئيسية لإنفاذ الإدارة الشعبية في توجيهها نحو مثلها العلى، وبوجه خاص في مجال إرسائها نظاماً للحكم لا يقوم على هيمنة السلطة وانفرادها بل يعمل على توزيعها في إطار ديمقراطي بين الفروع المختلفة التي تباشرها لضمان توازنها وتبادل الرقابة فيما بينها، وعلى أن يكون بعناصره مستجيباً للتطور، ملتزماً بإرادة الجماهير، مقررراً مسئولية القائمين بالعمل العام أمامها مبلوراً لطلقاتها وملكاتهما، مقيداً بما يحول دون

=دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة أسيوط، طبعة دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ٢٣٢ وما بعدها؛ الدكتور عبد العزيز سالمان: الرقابة الدستورية على اللائحة البرلمانية، مجلة الدستورية، العدد الحادي والعشرون، أبريل ٢٠١٢؛ الدكتور فتحي فكري: وجيز القانون البرلماني في مصر، دراسة نقدية تحليلية، ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ص ١٠؛ الدكتور على الصاوي: مستقبل البرلمان في العالم العربي، دار النهضة العربية ٢٠٠٠؛ المستشار الدكتور عوض المر الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظتها الرئيسية، مركز رينيه، جان دوبي للقانون والتنمية ٢٠٠٣ ص ٥١٠ وما بعدها؛ الدكتور محمود أحمد زكي: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية «آثاره وحجتيه وتنفيذه»، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠٠٥ ص ١؛ الدكتور يسري محمد العصار: نحو دستور جديد يحمي الحريات ويوازن بين السلطات، مجلة الدستورية، العدد التاسع عشر، س ٩ أبريل ٢٠١١ ص ٢٤.

(١) الطعن رقم ١١٢ س ٣٤ ق جلسة ٢ يونيو ٢٠١٣.

اقتحام الحدود المنطقية لحقوقها الثابتة ولحرياتها الأصلية، رادعاً بالجزء كل إخلال بها أو نكول عنها، وكان الدستور فوق هذا يولي الاعتبار الأول لمصالح الجماعة بما يصون مقوماتها ويكفل إنماء قيمتها الاجتماعية والخلقية، بالغاً من خلال ضمانها ما يكون في تقديره محققاً للتكافل بين أفرادها، نابذاً انغلاقها، كافلاً الرعاية للحقائق العلمية، عاملاً على الارتقاء بالفنون على تباين ألونها، مقيماً حرية الإبداع على دعائمها، وكان الدستور بالحقوق التي يقررها، والقيود التي يفرضها - وأيا كان مداها أو نطاقها - لا يعمل في فراغ، ولا يتنظم مجرد قواعد أمرة لا تبديل فيها إلا من خلال تعديلها وفقاً للأوضاع التي تنص عليها، إذ هو وثيقة تقدمية نابضة بالحياة تعمل من أجل تطوير مظاهرها في بيئة بذاتها متخذة من الخضوع للقانون إطاراً لها ولا مناص من الرجوع إليها تغليياً لأحكامها التي تتسم القواعد الآمرة، ولأن الشرعية الدستورية في نطاقها، هي التي تكفل ارتكاز السلطة على الإدارة العامة وتقوم اعوجاجها، ومنها تستمد السلطة فعاليتها، بما يعزز الأسس التي تنهض بها الجماعة ويرعى تقديمها. متى كان ما تقدم، وكان من المقرر أنه سواء كان الدستور قد بلغ غاية الآمال المعقودة عليه في مجال تنظيم العلاقة بين الدولة ومواطنيها، أم كان قد أغفل بعض جوانبها أو تجنبها، فإن الدستور يظل دائماً فوق كل هامة، معتلياً القمة من مدارج التنظيم القانوني باعتبار أن حدوده قيد على كل قاعدة تدنوه بما يحول دون خروجها عليها، وهو ما عقد للدستور السيادة كحقيقة مستقر أمرها في الوجدان والضمير الجمعي، وهي بعد حقيقة مستعصية على الجدل رددتها ديباجة الدستور جمهورية مصر العربية بإعلانها انعقاد عزم الإدارة الشعبية التي منحتة لنفسها على الدفاع عنه وحماية وضمان احترامه، وليس لأحد بالتالي أن يكون لأحكام الدستورية عصياً، ولا أن يعرض عنها إنكاراً لها^(١).

الشرعية الدستورية التي تنهض هذه المحكمة بمسئولية إرساء أسسها وتقرير ضوابطها، تتكامل حلقاتها، ومؤداها أن يكون إعمال النصوص القانونية في نزاع معين، مرتبطاً باتفاقها مع الدستور، وإلا فقد سيادته وعلوه على ما سواه من القواعد القانونية. ولا يجوز بالتالي لأية محكمة

(١) الطعن رقم ٢٣ س ١٥ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ١٤٠.

أو هيئة اختصاصها الدستور أو المشرع بالفصل في خصومة قضائية - وأياً كان موقعها من الجهة أو الهيئة القضائية التي تنتمي إليها - أن تقف من النصوص القانونية التي يبدو لها - من وجهة نظر مبدئية - تعارضها مع الدستور، موقفاً سلبياً، بل عليها إما أن تحيل ما ترتئيه منها مخالفاً للدستور إلى المحكمة الدستورية العليا لتستوثق بنفسها من الشبهة التي ثارت لديها في شأن صحتها، وإما أن تحدد للخصم الذي دفع أمامها بعدم دستورية نص قانوني، وقدرت هي جدية هذا الدفع، مهلة يقيم خلالها دعواه الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا التي اختصاصها الدستور دون غيرها بالفصل في المسائل الدستورية لا استثناء من هذه القاعدة، بل يكون سريانها لازماً في شأن المحاكم جميعها بما فيها محكمة النقض، ذلك أن مراقبتها صحة تطبيق القانون على وقائع النزاع التي استخلصتها محكمة الموضوع، يقتضيها أن تنزل عليها صحيح حكم القانون. ويفترض ذلك ابتداء اتفاق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق مع الدستور مما يقتضي عرضها على المحكمة الدستورية العليا - عند الطعن على صحتها - باعتبار أن الفصل في هذه الصعوبة من مسائل القانون التي لا يخالطها واقع، وهو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض ذاتها^(١).

وحيث إن المقرر أن الدستور هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، ويقرر الحريات والحقوق العامة ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها، ومن ثم فقد تميز الدستور بطبيعة خاصة تضفي عليه السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات وموئله وعماد الحريات الدستورية وأساس نظامها، وحق لقواعده أن تستوى على القمة من البناء القانوني للدولة وتتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الآمرة التي يتعين على الدولة التزامها في تشريعاتها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية، دون أية تفرقة أو تمييز في مجال الالتزام بها، بين السلطات العامة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وإذ كان خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سيادة الدستور أصلاً مقررًا وحكمًا لازماً لكل نظام ديمقراطي سليم، فإنه يتعين على كل سلطة عامة، أيًا كان شأنها وأياً كانت وظيفتها وطبيعتها

(١) الطعن رقم ١٣٧ س ١٨ ق جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ١١٥٤.

الاختصاصات المسندة إليها، أن تنزل على قواعد الدستور ومبادئه وأن تلتزم حدوده وقيوده، فإن هي خالفتها أو تجاوزتها شاب عملها عيب مخالفة الدستور، وخضع - متى انصبت المخالفة على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التي عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا بوصفها الهيئة القضائية العليا التي اختصها دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح بغية الحفاظ على أحكام الدستور وصونها وحمايتها من الخروج عليها^(١).

(ب) مفهوم القضاء الدستوري:

يقصد به ممارسة وظيفة قضائية من قبل هيئة مستقلة لها صفة في الخصومات الدستورية. ولا يمكن للقاضي الدستوري، سواء أكان متخصصاً في هذه المهمة أم غير متخصص، ممارسة قضاء غير القضاء الدستوري^(٢).

ووفقاً لمفهوم «فرومون» يمكن الإشارة لمفهومين للقضاء الدستوري: الأول يجعل من القاضي الدستوري قاضي السلطات العامة الدستورية. فالقاضي يقضي في القضاء الدستوري عندما ينظر في نزاعات السلطات التشريعية والتنفيذية بشكل خاص. بهذا المفهوم يقوم القاضي الدستوري بالعدالة بين السلطات العامة الدستورية، بشكل خاص، في موضوع تطبيق القواعد المتعلقة بالتعيين وبمهام أصحاب الوظائف التشريعية والحكومية. ولا يعتد كثيراً إذا ما كانت القواعد المطبقة ذات طبيعة دستورية أو أنها من طبيعة تشريعية عادية.

والثاني يجعل من القاضي الدستوري القاضي الذي يطبق القاعدة الدستورية. فكل قاض يطبق قاعدة دستورية على نزاع خاضع له يمارس القضاء الدستوري. ويورد مثلاً على ذلك أن محكمة النقض بفرنسا حينما تستدعي المادة ٦٦ من الدستور لتحديد اختصاص الهيئة القضائية في مواد الحرمان من الحريات تكون قد مارست القضاء الدستوري.

للقاضي الدستوري دور في مواجهة الشارع وعمله الذي هو القانون. ففي كل الدول مهمة

(١) الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٩ ق «دستورية» جلسة الثالث من يونيو ٢٠١٧؛ وفي نفس السياق، الطعن رقم ٩ س ٣٤ ق دستورية جلسة ٤ يونيو ٢٠١٦ الجريدة الرسمية العدد ٢٣ مكرر (د) في ١٥ / ٦ / ٢٠١٦ ص ٣.

(2) Michel Fromont: la justice constitutionnelle, Dalloz

القضاء الدستوري السهر على وجوب احترام القانون للقواعد الدستورية، مما بات يُنظر غالباً إلى هذا القضاء وكأنه ينحصر فحسب في الرقابة على القوانين.

والواقع أن هذه المهمة الأساسية للقاضي الدستوري لا تحجب دوره في مواجهة السلطة المكلفة بتطبيق القانون؛ لأن من مهامه أيضاً، إدخال القيم التي يعلنها الدستور، في الحياة اليومية للدولة، في تصرفات الإدارة أو بصدد القيام بالمهام القضائية، و في مجال مواد حقوق الإنسان. وهي حماية لهذه الحقوق مما قد تلحقه بها الهيئات الإدارية والقضائية من أذى.

ومع ذلك، ولتجنب كل تدخل في اختصاص الشارع، فقد حددت سلطات القاضي الدستوري، سواء أكان قاض عادي أم متخصص، في الرقابة على النظامية الداخلية و الخارجية للقانون. في رقابة ما إذا كانت صياغته قد شابها عيب عدم اختصاص، أو عيب إجرائي. ورقابة على مضمون القانون.

والرقابة القضائية هي الضمان الفعال للأفراد؛ إذ يهرعون إلى القضاء عندما تتجاوز السلطة حدود وظيفتها، وتتعسف في استخدامها، وتخرج عن نطاق مبدأ المشروعية، فتتعدى على أو تفتت على حقوقهم وحررياتهم، سواء العامة أم الخاصة وتلحق بهم أضراراً مختلفة.

ويلجأ الأفراد للقضاء الذي يمثل الضمان السليم لكافة الحقوق والحريات الفردية.

ويلاحظ أنه لكي توجد الرقابة القضائية بالمعنى الدقيق الذي يكفل حماية الأفراد في ممارستهم لحقوقهم وحررياتهم يجب أن تكون الهيئة التي تمارس الرقابة لها صفة القضاء، ولا يتحقق ذلك إلا بتوافر الأمور التالية مجتمعة:

(أ) أن تكون الهيئة المكلفة بالرقابة على أعمال الإدارة لها اختصاص في هذا المجال بناء على نصوص القانون.

(ب) أن تسير هيئة الرقابة عند نظرها لما يعرض عليها من منازعات على أسس القواعد والإجراءات التي يبينها الشارع فيما يضعه من قوانين؛ ويعني ذلك ضمان دراسة الدعاوى بصفة جدية، وكذلك كفالة حرية الخصوم في الدفع عن أنفسهم وحقوقهم.

(ج) أن تكون للأحكام التي تصدرها الهيئة المختصة بالرقابة حجية الشيء المقضي به. مما

يعني أن الأحكام القضائية يترتب عليها أثر هام، هو أنها تنهي المنازعات بطريقة حاسمة نهائية، مما لا تجوز معه إثارة هذه المنازعات مرة أخرى أمام القضاء مما يعطي للحكم حجية وقوة خاصة.

وتتضمن حجية الحكم قريتين هامتين، هما: قرينة الحقيقة، ومعناها أن الحكم يصبح عنوان الحقيقة فيما قضى به. وقرينة الصحة، ومعناها أن الحكم يفترض فيه صدوره بناء على إجراءات سليمة، ومن ثم لا تجوز المجادلة فيه بعد ذلك بدعوى أصلية^(١).

ومفاد ذلك، أن رقابة الدستورية تعني التزام جميع من في الدولة من سلطات وعلى رأسها السلطة التشريعية بأحكام الدستور، وقيمة الدساتير ليست في كونها نصوصاً مسطورة داخل الوثيقة الدستورية، وإنما تكمن قيمتها في السمو العملي للدساتير على ما يليها في مرتبة التدرج من نصوص قانونية، ولن يتأتى ذلك إلا إذا التزمت جميع السلطات العامة في الدولة باحترام أحكام الدستور، والامتناع عن مخالفته؛ باعتبار أن الغرض من هذه الرقابة يتمثل في منع مخالفة التشريع للدستور، أو انحراف السلطة التشريعية في استعمال سلطاتها^(٢).

وتعتبر الرقابة القضائية أهم صور الرقابة في الدولة^(٣).

ويلاحظ أن الرقابة القضائية تمتد إلى سلطات الدولة كلها؛ إذ تسري على السلطة التشريعية والتنفيذية والسلطة القضائية.

(١) الدكتور بكر القباني والدكتور محمود عاطف البنا: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، المجلد الأول، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى، ١٩٧٠، ص ٢٣ وما بعدها؛ الدكتور محمد إبراهيم درويش: الإدارة القضائية للعدالة، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، رسالة دكتوراه. كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٦٣٣ الدكتور محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ١٩٧٢، ص ١٦٠-١٦١.

(٢) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الموضوع السابق؛ الدكتور شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ بند (ب) من مقدمة الكتاب؛ الدكتور عبد الرزاق السنهوري: مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، س ٣ يناير ١٩٥٢، ص ٦٩؛ الدكتور عمر حلمي فهمي: القانون الدستوري المقارن، ١٩٩٣-١٩٩٤، ص ١٢٨.

(٣) الدكتور رمضان محمد بطيخ: الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية، دار النهضة العربية ١٩٩٨، ص ٥ وما بعدها.

فبالنسبة للسلطة التشريعية، فالملاحظ أن القضاء في كثير من الدول له حق مراقبة دستورية القوانين للتأكد من مطابقتها لأحكام الدستور، وهو بذلك يراقب عمل السلطة التشريعية، وهو ما يعرف بالرقابة على دستورية القوانين.

وفضلاً عن ذلك، يختص القضاء بنظر الطعون الانتخابية وقرارات إسقاط العضوية والعزل، ويحدث هذا - عادة - بالنسبة لانتخابات الهيئات الإقليمية والبلدية، كما أن القضاء يكون من حقه أحياناً الحكم بالتعويض عن الأضرار التي تسببها بعض القوانين عند تطبيقها وتنفيذها.

وقد يقوم بهذه الرقابة. على السلطة التشريعية. القضاء العادي أو القضاء الإداري أو هما معا، وقد يعهد ببعض أجزاء هذه الرقابة إلى محكمة مركزية تنشأ لهذا الغرض، كما هو الحال في شأن المحكمة الدستورية العليا في مصر ومن قبلها المحكمة العليا.

وبالنسبة للسلطة القضائية ذاتها، فإنها تراقب نفسها بنفسها عن طريق الطعن في الأحكام، سواء بالطرق العادية أم بالطرق غير العادية.

وبالنسبة للسلطة التنفيذية، يراقب القضاء تصرفاتها، ويعمل على توجيهها نحو ضرورة احترام مبدأ المشروعية، وفي ذلك حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين من حيث مطابقتها للقواعد الموضوعية التي نظمها الدستور، إنما تخضع لأحكام الدستور القائم دون غيره، إذ إن هذه الرقابة، إنما تستهدف أصلاً - على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - صون الدستور القائم، وحمايته من الخروج على أحكامه، ذلك أن نصوص هذا الدستور، تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام، التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات، باعتبارها أسمى القواعد الأمرة^(٢).

(١) الدكتور محمد كامل ليلة: المرجع السابق، هامش (١) ص ١٦٠ .

(٢) الطعن ٢٣٢ لسنة ٣٦ ق «دستورية» المحكمة الدستورية العليا جلسة ٦ مايو ٢٠١٧ منشور في الجريدة الرسمية العدد=

(ج) التطور التاريخي للقضاء الدستوري:

في القرن العشرين، إثر التحرر الوطني واستقلال الدول المستعمرة، ومع انتشار موجة الدساتير، عرف القانون الدستوري اتساعاً وعمقاً، وكُرست له المؤلفات، والدراسات، والنقاش الفقهي غير المنتهي إلى اليوم. وأصبحت دروس هذا القانون في الجامعات تُعرّف الأنظمة السياسية والسياسات الرئيسية، والإصلاحات العميقة، وتدرسها وتحللها على ضوء التجربة والواقع. وارتبطت فكرة القضاء الدستوري بشكل وثيق بتطور حركة الدسترة constitutionnalisme التي تهدف إلى إخضاع أعمال السلطات العامة لمجموعة من القواعد القائمة في نص واحد مسمى الدستور، تفرض احترامها على الجميع، وتملك قوة قانونية تعلو على جميع القواعد الأخرى.

وفي نهاية القرن المذكور بدأت دول أوروبا، بعد انهيار المعسكر الاشتراكي، تتبنى في شبه إجماع الديمقراطية المعززة بالقوانين الدستورية. وتعزز مفهوم دولة القانون وحقوق الإنسان ليعرف أوجهاً وأشكالاً متعددة من التطبيق.

بعد الحرب العالمية الثانية انتشر التوجه نحو القضاء الدستوري في ألمانيا الاتحادية وفي إيطاليا. وابتداءً من منتصف السبعينات عرفت الفكرة تقدماً هاماً مع الدساتير الجديدة في اليونان والبرتغال وإسبانيا. ومع اتساع المطالبات بدولة القانون في نهاية القرن العشرين كان لابد من تعزيز القضاء الدستوري الهادف قبل كل شيء إلى السهر على أن تحترم القوانين الدستور والحقوق الأساسية. وظهر ذلك كعنصر أساسي في إجراءات التأطير القانوني للأنظمة السياسية. فالدساتير التي نشأت بعد انهيار الأنظمة الشمولية والدكتاتورية لجأت إلى تبني نظام القضاء الدستوري بصيغ وإجراءات متعددة.

١٩= مكرر أ في ١٥ / ٥ / ٢٠١٧ ص ٥١؛ الطعن ٥٦ لسنة ٣٤ ق «دستورية» جلسة ٢ ديسمبر ٢٠١٧، الجريدة الرسمية العدد ٤٩ مكرر ه في ١١ / ١٢ / ٢٠١٧ ص ٣؛ الطعن رقم ٦١ لسنة ٢١ ق «دستورية»، جلسة ٢ فبراير ٢٠١٨؛ الطعن رقم ١٠ لسنة ٣٥ ق «دستورية» جلسة ٢ مايو ٢٠١٨؛ الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر (ط) في ٦ / ٦ / ٢٠١٨ ص ١٦؛ الطعن رقم ٢١ لسنة ٣٧ ق «دستورية» جلسة ٢ يونيو ٢٠١٨، الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر (ط) في ٦ / ٦ / ٢٠١٨ ص ٥٤.

نجاح القضاء الدستوري جعل منه حالياً، بعد طول معارضة، ضماناً أساسية ضد تغول الحكومات التي أصبحت أجهزة إصدار قرارات، يحاول متخذها الإفلات من الرقابة التي يمثلها، بجدية وفعالية، القضاء الدستوري^(١).

(د) القاضي الدستوري:

تمارس الرقابة الدستورية إما بواسطة المحاكم العادية، أو من قبل هيئة قائمة بشكل خاص لهذه الغاية.

يمكن أن تقام الرقابة بواسطة المحاكم العادية حتى ولو لم ينص الدستور عليها صراحة. فيعود، للقاضي في حالة النزاع، ترجيح القاعدة الأعلى في التدرجية القانونية على القاعدة الأدنى منها مرتبة. وهذا ما يجري عليه العمل في الولايات المتحدة الأمريكية، وتم تقليده في بعض البلدان مثل كندا والهند. وتسمى هذه الرقابة رقابة غير مركزية؛ لأنها لا تمارس بواسطة هيئة وحيدة. ومع ذلك فإن المحكمة الواقعة في قمة التنظيم القضائي تحكم بالدرجة النهائية. وهي التي تحدد التوجهات الأساسية لأحكام القضاء في المواد الجنائية.

رقابة دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية تمارسها محاكم القانون العام، وليس كما هو الحال عليه في الدول الأوروبية تمارس بواسطة قضاء خاص.

والواقع أن التحفظات التي كانت تبديها العديد من الدول، ولمدة طويلة، فيما يتعلق برقابة دستورية القوانين على الطريقة الأمريكية لا يعود فحسب لأنها لا تقر المبدأ التقليدي المتعلق بسيادة القانون، وإنما لأن النموذج الأمريكي لا يرضيها؛ إذ أن المجلس الأعلى Cour Suprême كان حتى عام ١٩٣٦ يعارض كلياً كل المحاولات التشريعية في المجال الاجتماعي أو تنظيم الحياة الاقتصادية.

ويلاحظ أن الرقابة من قبل هيئة قضائية خاصة الواقعة على أعمال الهيئات العليا في الدولة في

(١) الدكتور طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، دراسة مقارنة في رقابة الدستورية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٣ ص ١٣٣ وما بعدها؛ الدكتور يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٩ وما بعدها.

هذه الحالة يجب أن تمارسها شخصيات مختارة لهذه المهمة، تشكل مجلساً يسمى المجلس الدستوري *conseil constitutionnel*. ويمكن أن تستعمل هذه التسمية في معنى أكثر اتساعاً لتشمل أيضاً محاكم مثل المجلس الأعلى *Cour suprême* في الولايات المتحدة الأمريكية. رغم كون مهامها ليست محصورة فحسب بالرقابة الدستورية على القوانين، فإن هذه الرقابة هي المهمة الأكثر أهمية وبروزاً في نشاطها.

ولقد أشار روبر (J. Robert) عضو سابق في المجلس الدستوري الفرنسي، لدور ذلك المجلس دور المجلس الدستوري ليس قول إذا ما كان القانون جيداً أم لا، مفيداً أو أنه غير مناسب. ومهمته ليس إملاء ما يجب على البرلمان عمله⁽¹⁾.

(هـ) أهمية القضاء الدستوري:

يهدف القضاء الدستوري إلى تعزيز أسس وأركان الدولة القانونية القائمة على سيادة القانون والحيلولة دون الخروج على الدستور باعتباره المنظم للقواعد الأساسية الواجبة الاحترام في الدولة وللدفاع عن إرادة الشعب الذي أصدر الدستور وحماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، ولضمان وجود الرقابة على دستورية القوانين لابد من الإيمان بمبدأ المشروعية ووجود قضاء مستقل، وعلى الرغم من أن الرقابة على دستورية القوانين ليست مرتبطة ارتباط السبب بالنتيجة بوجود قضاء دستوري متخصص، فقد توجد الرقابة الدستورية حتى في غير وجود قضاء دستوري؛ فالرقابة السياسية على دستورية القوانين ذات خصوصية فرنسية دعت الظروف السياسية والتاريخية والفلسفية إلى إبعاد القضاء من رقابة الدستورية خشية تغوله على السلطات الأخرى وأصبحت الرقابة السياسية ذات مكانة مرموقة في دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي لعام ١٩٥٨، وأناط مهمة الرقابة إلى هيئة اسمها المجلس الدستوري.

في حين كانت الرقابة القضائية ذات خصوصية أمريكية طوال القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين، رغم عدم وجود قضاء دستوري متخصص، لكن المحكمة العليا الأمريكية التي

(1) RD, publ. 1990, p. 1265 .

هي في قمة التنظيم القضائي أقرت لنفسها حق الرقابة الدستورية منذ عام ١٨٠٣ في الحكم الشهير الذي حكم به القاضي مارشال في القضية المشهورة «ماربوري ضد ماديسون».

وقد خيل للبعض أن فكرة الرقابة الدستورية ولدت في هذه الدولة بالحكم المار بيان، والحقيقة أن هذه الفكرة تستمد جذورها من النظام البريطاني الذي كان يسمح للقاضي برفض قانون يتعارض مع قاعدة حقوقية عليا. بل إن فكرة الرقابة الدستورية كانت معروفة في الأدبيات السياسية، وخصوصاً في الفكر السياسي الفرنسي الذي كان يحظى بتأثير كبير في الولايات المتحدة، غير أن الاجتهاد الأميركي المهم الذي صدر في العام ١٨٠٣، وقضي بعدم تطبيق أي قانون يتعارض مع أحكام الدستور، أسبغ على الفكرة رونقاً خاصاً، وشجع بقية المحاكم على اعتمادها، وحولها مع الزمن إلى نظرية دستورية، وأدخلها في صلب معظم الدساتير الحديثة^(١).

ومفاد ذلك أن عدم تنظيم القضاء الدستوري لا يعني نفي الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح بل إنها تخضع للمبادئ العامة والعرف الدستوري، ولكن التصور المنطقي والتحليل الواقعي هو الذي دفع بالسلطة في العديد من الدول إلى التفكير بخلق هيئة قضائية للرقابة على دستورية القوانين تكون مهمتها العمل على فرز التصرفات التي وضعت في غير السبيل الذي حددته الأحكام القانونية لحدوثها، ومن ثم فإن عملية الرقابة تؤدي إلى تأكيد صحة التصرفات التي أجريت كما حددها القانون لها لتحقيق المشروعية كما تؤدي إلى تحديد التصرفات الخاطئة لإعادة تقييمها ضمن الحدود القانونية وباتت الحاجة إلى وجود هيئة قضائية مستقلة تأخذ على عاتقها النظر في موضوع الرقابة على دستورية القوانين أمر في غاية الأهمية خصوصاً في البلدان النامية؛ إذ الرأي العام ضعيف أو معدوم، والمؤسسات الدستورية ضعيفة والسلطة التنفيذية متسلطة فلا يلائمها لرقابة الدستورية إلا وجود محكمة دستورية تشكل جزءاً من سلطة قضائية تقف على قدم المساواة من السلطتين التشريعية والتنفيذية، فإذا كانت السلطة التنفيذية ذات محتوى سياسي فإن السلطة القضائية تهدف إلى تطبيق القانون بروح الحق والإنصاف

(١) الدكتور محمد المجذوب: القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان، وأهم النظم الدستورية والسياسية في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٢ ص ٨٤، ٨٧.

والعدالة وتغليب حكم الدستور على سائر القوانين والأنظمة واللوائح وهذا ما يعرف بمبدأ سمو الدستور، وعلى هذا الأساس غالباً ما تتقاطع تلك الغايات خصوصاً في المسائل ذات المحتوى السياسي والتي تكون الكلمة الفصل فيها للقضاء، وتتسم تلك العلاقة بالتوتر إذا ما انبثقت الحكومة بطريق غير شرعي كالانقلابات العسكرية؛ إذ تعمل جاهدة لتطويع القضاء لخدمة برامجها وأهدافها في إحكام قبضتها على السلطة، وقد تظهر المشكلة أيضاً في البلدان ذات الحكومات الشرعية إلا أنها تعاني من خلل توازن السلطات وبالأخص إذا ما عمدت دساتيرها إلى تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطين التشريعية والقضائية.

ومفاد ذلك، أن موضوع الرقابة على دستورية القوانين يحتل مكاناً استراتيجياً هاماً بين عناصر العملية التشريعية، مكاناً يجعله يتأثر بها ويؤثر فيها لدرجة تحتم أن يكون مرتبطاً بها ومعها وجوداً وعدماً. وقد حدا ذلك ببعض إلى القول بأن الرقابة تعد بالنسبة للعمليات التشريعية الأخرى بمثابة القلب بالنسبة لبقية أعضاء الإنسان، مما يضيف عليها أهمية خاصة تستحق معها الدراسة والتأصيل^(١).

وفضلاً عن ذلك، فإن وجود جهة تتولى رقابة دستورية القوانين يمثل ضمانة فعالة ضد إساءة تطبيق الدستور نصاً وروحاً، كما أن الأخذ برقابة دستورية القوانين يمثل الجزاء الملائم على مخالفة التشريع العادي للدستور أو الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ويمثل أيضاً ضمانة هامة للحريات التي تقررت في صلب الوثيقة الدستورية أو في ديباجتها^(٢).

(و) القضاء الدستوري في الإسلام:

تعد العدالة من المبادئ الأساسية التي جاء بها الإسلام يقررها بين بني الإنسان، وجاء الأمر به في القرآن الكريم عاماً ليشمل كل مجالاته. فالعدل له مجالات كثيرة وأساليب متنوعة، وهو في كل مجالاته وفي مختلف أساليبه طريق إلى تحرير الإنسانية من الخوف والذل والاستعباد وتحرير

(١) الدكتور رمضان بطيخ: المرجع السابق، ص ٧.

(٢) الدكتور محمود أحمد زكي: المرجع السابق، ص ٢.

الشعوب من الضعف والاستغلال وطريق هام إلى التعايش السلمي بكل أهدافه وأغراضه^(١). فالعدل أساس قوي من أسس الحكم الإسلامي؛ قال تعالى: (يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ ءَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ) [المائدة: ٨]؛ (وَالسَّمَاءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ الْمِيزَانَ ﴿٧﴾ ءَلَّا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ ﴿٨﴾ وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ) [الرحمن: ٧-٩]؛ (لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ) [الحديد: ٢٥].

لقد أمر الإسلام كل حاكم بالعدل وأن لا يتبع الهوى فيضل عن الطريق المستقيم؛ فالعدل هو الطريق الموصل لبقاء الحكم واستمراره والمانع من الثورات والانقلابات والفتن في الداخل، وبين الرسول صلى الله عليه وسلم أن العدل هو طريق الحكم الأفضل وأنه إذا خلا الحكم من العدل اختل النظام وزالت الدولة وانتهى الأمر إلى الدمار^(٢).

قال تعالى: ﴿وَإِذَا أَرَدْنَا أَن نُّهْلِكَ قَرْيَةً أَمَرْنَا مُتْرَفِيهَا فَفَسَقُوا فِيهَا فَحَقَّ عَلَيْهَا الْقَوْلُ فَدَمَرْنَاهَا تَدْمِيرًا﴾ [الإسراء: ١٦]. وسياسة العدل، كما طبقها رسول الله ﷺ في حياته طبقها صحابته بعد مماته، وكان العدل نظاماً للحاكم هيئته وحرمة وللمحكوم حقه ووجوب رعايته وإنصافه، فما الحكم في الإسلام إلا نظام في أكمل ما يكون الناس من الحرية والعدالة والحق. وينقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه حرض المسلمين على أخذ حقهم في الحرية أخذاً كاملاً وطلب منهم أن يأخذوا كل معتد عليهم فيها مهما كانت منزلته في الحكم وألا يسكتوا على ذلك لئلاً تضع حريتهم بالسكوت على من يحاول سلبها منهم، فقد خطب في المسلمين يوماً فقال، «أيها الناس،

(١) الدكتور أحمد الحصري: الدولة وسياسة الحكم في الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨، ص ١٠٥ وما بعدها؛ الدكتور محمد فاروق النبهان: نظام الحكم في الإسلام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٤ ص ٤٥٧ الأستاذ محمد رفيق مؤمن الشويكي: مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، س ٤٢ العدد الأول، مارس ٢٠١٨، ص ٣٨٥.

(٢) الدكتور أحمد الحصري: المرجع السابق، ص ١١٥.

إني ما أرسل إليكم عمالاً ليضربوا أبشاركم، ولا ليأخذوا أموالكم، وإنما أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم وسنتكم. فمن فعل به شيء سوى ذلك فليرفعه إلي، فوالذي نفسي بيده لأقصنه منه».

فوثب عمرو بن العاص فقال: «يا أمير المؤمنين، رأيته إن كان رجل من المسلمين على رعية فأرب بعض رعيته، فإنك لتقصنه منه».

فقال عمر «أي والذي نفس عمر بيده لأقصنه منه، ألا لا تضربوا المسلمين فتذلّوهم، ولا تمنعوهم حقوقهم فتكفروهم ولا تنزلوا بهم الفياض فتضيعوهم. ثم قال: «كيف تستعبدون الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً؟»^(١).

وبين العلماء دستور العدالة الإسلامية في الحكم، فكتب الحسن البصري إلى أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز مصوراً فيه العدالة في الحكم عنده ومتخيلاً صورته الكاملة، فقال «اعلم يا أمير المؤمنين إن الله جعل الإمام العادل قوام كل مائل، ومصدر كل حائل، وصلاح كل فاسد، وقوة كل ضعيف، ونصفة كل مظلوم، ومفرج كل ملهوف».

«والإمام العادل يا أمير المؤمنين، كالأب الحفي على ولده يسعى لهم ويعلمهم كباراً، يكتسب لهم في حياته ويدخر لهم بعد مماته، وهو كالأم الشفيقة البرة الرحيمة، بولدها. . .».

«والإمام العادل يا أمير المؤمنين وصي اليتامى، وخازن المساكين، يربي صغيرهم ويهمون كبيرهم، وهو كالقلب بين الجوانح تصلح به الجوانح بصلاحه وتفسد بفساده، وهو القائم بين الله وبين عباده يسمع كلام الله ويسمعهم وينظر إلى الله ويريههم وينقاد إلى الله ويقودهم. فلا تكن يا أمير المؤمنين فيما ملكك كعبد ائتمنه سيده واستحفظه ماله وعياله فبدد المال وشرذ العيال، فأفقر أهله وفرق ماله. . .»^(٢).

ومفاد ذلك، أن العدالة أو القضاء جزء من كيان الدولة، له قدسية ومكانة عظيمة في

(١) الدكتور أحمد الحصري: المرجع السابق، ص ١١٧.

(٢) الدكتور أحمد الحصري: المرجع السابق، ص ١٢٠، ١١٩.

المجتمع، وهو ضرورة، لا يتصور أن تعيش أمة في أمان واستقرار بدون قضاء يحاول أن يعيد الحقوق إلى أربابها، ويصون الأعراض، ويحفظ الأرواح، ويدافع عن المظلومين، ويدود عن المنكوبين. فإذا اختل ميزان العدل في أمة عشت فيها الظلم وفرخ فيها القهر وأصبح الأمن والاستقرار لاجئين طريدين^(١).

ولا شك أن الرقابة التي يمارسها القضاء الدستوري، سواء كانت رقابة سابقة أم رقابة لاحقة تعد وجهاً رئيسياً من أوجه تحقيق العدالة في المجتمع.

(ز) خطة البحث: اعتمد البحث على منهجية مقارنة بالدساتير العربية والأجنبية أينما دعت الحاجة، ولذلك تم تقسيمه إلى ستة فصول يسبقها فصل تمهيدي لتحديد مفترضات الرقابة على دستورية القوانين.

- فصل تمهيدي مفترضات الرقابة.
- الفصل الأول كفالة احترام الدستور.
- الفصل الثاني اختصاص القضاء الدستوري.
- الفصل الثالث نطاق الدعوى الدستورية.
- الفصل الرابع عيوب دستورية التشريعات.
- الفصل الخامس تحريك الدعوى الدستورية.
- الفصل السادس الخصومة الدستورية.

(١) الدكتور محمد رأفت عثمان: النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ ١٩٩٤، ص ١٦ وما بعدها؛ الدكتور محمد عبد الرحمن البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، الزهراء للإعلام العربي، ١٩٨٧ ص ١٢٥ وما بعدها.

فصل تمهيدي

مفترضات الرقابة

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت الرقابة على المشروعية الدستورية تفترض دستوراً مدوناً جامداً تصدر أحكامه القواعد القانونية الأدنى مرتبة منها وتعلوها، فإن الرقابة الدستورية تفترض أيضاً وجود قضاء مستقل، وهذا يعني أن ثمة مقدمات ضرورية ولازمة لإمكان قيام هذه الرقابة من ناحية أولى وجود دستور، ومن ناحية ثانية الإيذان بمبدأ المشروعية وسيادة القانون، ومن ناحية ثالثة وجود قضاء مستقل^(١). بيد أن ذلك لا يعني أن قيام الرقابة على دستورية القوانين مرهون بالأخذ بنظام الدستور المكتوب، كما لا يمكن القول بأن الأخذ بالنظام الأخير مقدمة تؤدي بالضرورة لنتيجة مؤداها الأخذ برقابة دستورية القوانين، بدليل أن هناك العديد من الدول التي تأخذ بنظام الدستور المكتوب استبعدت صراحة الأخذ بنظام الرقابة على دستورية القوانين، ومنها الدستور البلجيكي الصادر عام ١٨٣١ والدستور البولندي الصادر عام ١٩٢١، إلا أن معظم الدساتير المكتوبة أخذت بنظام الرقابة على دستورية القوانين، وإن اختلفت في بيان أهمية القضاء الدستوري^(٢).

ويقتضي ذلك التعريف بالدستور وسموه، وبيان مبدأ المشروعية وسيادة القانون، والوقوف على مدلول القضاء الدستوري.

ونتناول ذلك في المباحث الثلاثة التالية:

(١) الدكتور يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨ ص ١٣ وما بعدها؛ الطعن رقم ٢٣ س ١٥ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ١٤٠.

(٢) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين، ص ١٠٨؛ الدكتور عثمان خليل: الاتجاهات الدستورية الحديثة، دروس لطلبة دبلوم القانون العام، ١٩٥٥-١٩٥٦ ص ٦٢.

المبحث الأول

فكرة الدستور

تمهيد وتقسيم:

يقتضي الوقوف على ماهية الدستور التعريف به من الناحية الاصطلاحية، وتحديد أشكاله ومضمونه، والغاية المرجوة من صياغته وإعداده، وبيان طبيعة قواعده وتمييزه عما قد يختلط به من مصطلحات. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى بيان مبدأ سمو الدستور كأحد وسائل الدفاع عن الدستور. ونتناول ذلك في المطلبين التاليين.

.....

المطلب الأول

تعريف الدستور

١- ماهية الدستور:

ثمة اعتبارات عديدة ومتنوعة لعبت دورًا هامًا في تعريف الدستور، ولعل أهمها الاعتبار الاقتصادي والاجتماعي والمنطقي والتاريخي والأكاديمية^(١).

وقد أدت هذه الاعتبارات المختلفة إلى وجود معايير مختلفة لتعريف الدستور^(٢).

(١) الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٠، ص ٢٧.

(٢) الدكتور عبد الفتاح ساير داير: القانون الدستوري مجموعة المحاضرات التي ألقيت على طلبة السنة الأولى في الفصل الدراسي الثاني ١٩٥٦/١٩٥٧، ص ٢٧، ٢٨.

(أ) المعيار اللغوي: الدستور في اللغة جمعه دساتير، وهو يأتي بمعان عدة منها: القاعدة التي يعمل بمقتضاها، الوزير على التشبيه بالقاعدة، الإجازة، الدفتر الذي تجمع فيه قوانين الملك وضوابطه أو تكتب فيه أسماء الجند^(١).

ويعني ذلك أن الدستور بالمعاني السابقة كلمة فارسية الأصل مستعربة ومعناها الوزير الكبير الذي يرجع إليه في الأمور وأصله الدفتر الذي يجمع فيه قوانين الملك وضوابطه، فسمي به الوزير؛ لأن ما فيه معلوم أو لأن مثله في الرجوع إليه أو لأنه لا يفتح إلا عنده^(٢).

وبعبارة أخرى تعود جذور هذه الكلمة الفارسية «دستور» إلى اللغة البهلوية القديمة، وهي تتكون من شقين «دست» ومنها اليد أو القاعدة و«ور» ومعناها صاحب، وفي الجملة تعني صاحب السلطة. وكانت تطلق على الوزير المستشار وصاحب المنصب، وغدت بمرور الزمن تعني في اللغة الفارسية المعاصرة «القاعدة» أو «القانون» أو «الترخيص» أو «المرسوم» واستعملها العرب في القديم بمعنى سجل الجند، وبعد ذلك بمعنى مجموعة قوانين الملك^(٣). وهي في اللغة الفرنسية كلمة (constitution)، وتعني التنظيم أو التأسيس أو البناء أو التكوين، وهي مصدر لفعل (constituer)، ومن ثم فهي تتضمن في اللغة الفرنسية معنى النظام الأساسي وكيفية تكوينه وتأسيسه. ومن ثم فإن المعنى اللغوي للدستور يعني النظام الأساسي، وهو بهذا المعنى يتوافر لكل جماعة إنسانية منظمة تخضع في وجودها وفي تنظيمها لقواعد محددة^(٤).

وعلى الرغم من دخول كلمة الدستور إلى اللغة العربية وشيوعها، فإن اللغة الفارسية قد أهملتها واستعاضت عنها بمصطلح «حقوق أساسي» أو القانون الدستوري كما هو دارج في

(١) المنجد في اللغة والإعلام، طبعة جديدة منقحة دار المشرق، بيروت ٢٠٠٣ ص ٢١٤.

(٢) الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: مبادئ القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ٢٠٠١/٢٠٠٢ ص ٣٤٣؛ الدكتور منذر الشاوي: القانون الدستوري «نظرية الدولة» منشورات مركز البحوث القانونية (٣) بغداد ١٩٨١ ص ٩.

(٣) الدكتور محمد المجذوب: القانون الدستوري والتنظيم السياسي في لبنان وأهم النظم الدستورية والسياسية في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٢ ص ٥-٦.

(٤) الدكتور جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، ٢٠٠٧، ص ٧.

اللغة العربية^(١). وقد دلت في اللغة العربية على ذات المعاني التي تدل عليها، سواء في اللغة الفارسية أم في اللغة الفرنسية^(٢).

وقد ربط البعض تعريف الدستور بالوثيقة الدستورية نفسها^(٣).

ويرى البعض أنه على الرغم من كون مصطلح «القانون الأساسي» أصح من الناحية اللغوية من كلمة دستور الفارسية الأصل، إلا أنه يفضل استعمال مصطلح الدستور لإيجازه ودلالته وشيوع استعماله في البلاد العربية، فصار مصطلح الدستور يشعرا بأنه من طبيعة تخالف طبيعة القوانين العادية وتسمو عليها^(٤).

وقد عرف المعجم القانوني الدستور بأنه: «قانون أساسي يعرف حقوق أفراد الأمة وشكل حكومتها وكيفية تكوينها ويضع المبادئ الأساسية لنظامها الداخلي ويوزع المهام على مصالحها ويحددها، ويرسم كيفية ممارسة السلطات العليا فيها ومداها، تطلق الكلمة بوجه عام على كل مرسوم أساسي أو قانون عظيم الأهمية^(٥).

وقد تأثر الفقه الإنجليزي بالمدلول اللغوي للقانون الدستوري، فهذا الأخير يشمل عندهم كل ما يتصل بالدولة في أساسها وفي تكوينها لنظام السلطات العامة فيها ومسألة الجنسية، ولذلك لا يفصل الفقه الإنجليزي بين القانون الدستوري والقانون الإداري، كما أنهم يعالجون السلطة القضائية باعتبارها أحد موضوعات القانون الدستوري^(٦).

(١) الدكتور اسماعيل مرزة: القانون الدستوري، دراسة مقارنة للدستور الليبي ودساتير الدول العربية، الطبعة الثالثة، منشورات دار الملاك بغداد ٢٠٠٤ ص ٢٤-٢٥؛ الدكتور محمد المجذوب: الموضوع السابق.

(٢) الدكتور جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، ٢٠٠٧، ص ٧.

(٣) الدكتور وحيد رأفت والدكتور وايت ابراهيم: القانون الدستوري، ١٩٣٧ ص ٣.

(٤) الدكتور عثمان خليل: القانون الدستوري، الكتاب الأول في المبادئ الدستورية العامة، ١٩٥٦ ص ١٦ وما بعدها.

(٥) المعجم الدستوري، أوليفيه دو هاميل ت ايف ميني، ترجمه منير القاضي مراجعة العميد الدكتور زهير شكر، بدون تاريخ نشر ص ٥٩٦.

(٦) الدكتور حسين عثمان محمد عثمان: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨ ص ٣١٤؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٣٤٦.

ويؤخذ على المعيار اللغوي، من ناحية أولى أن الكلمة تستعمل للدلالة على القواعد الأساسية التي يقوم عليها كل تنظيم من التنظيمات، ابتداء من الأسرة والجمعية والنقابة، وانتهاء بالدستور العام للدولة، وهكذا فإن المدلول اللغوي لكلمة دستور يؤدي إلى تضمين القانون الدستوري لكل ما يتصل بالسلطات العامة في الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية، فضلاً عن القواعد المحددة للجنسية، وهذا ما يتعارض مع الوضع العلمي للدراسات الجامعية، التي لا تتعرض لدراسة القانون الدستوري طبقاً لهذا المعنى^(١).

ومن ناحية ثانية، فإن الاصطلاحات القانونية لا يجوز تفسيرها تفسيراً لغوياً بحتاً؛ لأن لكل علم لغته، ولأن للكلمات الحق في أن يكون لها المعنى الذي جرى عليه لسان العرف، وفي لغة علم القانون لم يجز العرف، بل ولم يعرف قطعياً أن لاصطلاح القانون الدستوري ذلك المعنى الذي يحمله إياه ذلك التفسير اللغوي^(٢).

ومن ناحية ثالثة، فإن المعيار اللغوي يربط بين القانون الدستوري، كمادة مستقلة أو كجزء من علم القانون وبين الدستور كوثيقة، رغم الفوارق المتعددة بينهما^(٣).

(ب) في الفقه: ينحصر البحث في تعريف الدستور في الفقه في معيارين اثنين: المعيار الشكلي أو العضوي والمعيار الموضوعي أو المادي.

أولاً: المعيار الشكلي: يقصد بالدستور طبقاً لمعيار الشكلي القواعد التي تتضمنها الوثيقة

(١) الدكتور عبد الغني بسيوني عبدالله: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري «نظرية الدولة» - الحكومة - الحقوق والحريات العامة - المبادئ العامة للقانون الدستوري - تطور النظام الدستوري المصري - النظام الدستوري وفقاً لدستور ١٩٧١، مطابع السعدني ٢٠٠٤ ص ٤٢٢؛ الدكتور محمد فاروق النيهان: نظام الحكم في الإسلام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٤ ص ٥٢.

(٢) الدكتور عبد الحميد متولي: المفصل في القانون الدستوري، ١٩٥٢، ص ٢٦؛ الدكتورة سعاد الشرفاوي والدكتور عبد الله ناصف: القانون الدستوري والنظام السياسي المصري، تحرير الاقتصاد ودستور سنة ١٩٧١، دار النهضة العربية ١٩٩٣-١٩٩٤ ص ٢٤.

(٣) الدكتور عبد الفتاح ساير داير: المرجع السابق، ص ٣٢؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٣٤٧، ٣٤٨.

المعروفة باسم الدستور. مما يعني أن كل ما تحتوى عليه وثيقة الدستور من قواعد تعتبر قواعد دستورية، وكل قاعدة لا تتضمنها هذا الوثيقة لا تعتبر دستورية^(١).

ويعتمد هذا المعيار على مصدر القواعد القانونية أو الشكل الذي تصدر فيه، وكذلك الإجراءات التي تتبع في وضعها، وفي تعديلها، والتي تختلف بطبيعة الحال عن وضع وتعديل القوانين العادية^(٢).

ويعني ذلك أن القانون الدستوري يتطابق مع مفهوم الدستور^(٣).

وينفرد المعيار الشكلي من ناحية بالوضوح؛ لكونه بسيطاً ومحددًا، ومن ناحية أخرى يمارس الأساس الذي قامت عليه فكرة جمود وسمو الدستور على القوانين العادية؛ باعتبار أن وضع الدستور وتعديله يتطلب إجراءات خاصة بغير الإجراءات التي تتبع في تعديل هذه القوانين، ولذلك لا يستطيع الشارع العادي الخروج عن نصوص الدستور، لسمو قواعده وخضوع القوانين العادية لها^(٤).

وفضلاً عن ذلك، فإن المعيار الشكلي يوفر نوعاً من الجمود؛ باعتبار أنه يتطلب في تعديله ضرورة إتباع إجراءات قانونية أكثر تعقيداً من تلك التي تتبع بالنسبة للقواعد العادية^(٥).

ويؤخذ على هذا المعيار من ناحية أولى أنه يؤدي إلى إنكار وجود دستور في دول الدساتير العرفية غير المكتوبة مثل إنجلترا؛ لعدم وجود وثيقة تضم بين دفتيها القواعد الدستورية للدولة.

(١) ومن أنصار المعيار أو المدلول الشكلي في مصر الدكتور جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، ٢٠٠٧، ص ١٥، ١٣.

(٢) الدكتور ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الأنظمة السياسية في مصر، دار النهضة العربية ١٩٦٩ ص ١٩.

(٣) الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٤٢٣-٤٢٤؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٣٤٩، ٣٥٠.

(٤) الدكتور ثروت بدوي: المرجع السابق، ص ٢٠؛ الدكتور محمد حسين عبد العال: القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٣ ص ١٤؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٣٥٠.

(٥) الدكتور جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، ٢٠٠٧، ص ٩؛ الدكتور محمد حسين عبد العال: القانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٩٢ ص ١٥.

ومن ناحية ثانية، يؤدي إلى إدخال موضوعات غير دستورية في صلب وثيقة الدستور، ومثال ذلك ما تضمنه الدستور السويسري من تنظيم لعملية ذبح الحيوانات، وما تضمنه التعديل الثامن عشر لدستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر سنة ١٩١٩ من تحريم إنتاج الخمر أو نقل المشروبات الكحولية أو استيرادها لأغراض الشرب. فمثل هذه الموضوعات وغيرها تعتبر منبئة الصلة بتنظيم السلطات العامة في الدولة الذي يمثل موضوع الدستور، مما يعتبر إقحاماً لأحكام ليست لها الطبيعة الدستورية في وثيقة الدستور. في حين نجد مسائل لها طبيعة دستورية وتتصل اتصالاً بالنظام الدستوري في الدولة خارج الوثيقة الدستورية، كما في تنظيم أحكام الانتخاب في مصر بمراسيم بقوانين عادية أو بقوانين عادية.

ومن ناحية ثالثة، لا يعطي المعيار الشكلي تعريفاً صحيحاً شاملاً للقانون الدستوري في دول الدساتير المدونة؛ لأن نظام الحكم في أي دولة لا تحدده النصوص المكتوبة في الوثيقة الدستورية فحسب، وإنما تشترك في هذا التحديد قواعد أساسية أخرى ذات طبيعة دستورية، ولكنها موجودة في قوانين عادية أو في قواعد غير مدونة.

ومن ناحية رابعة، يؤدي هذا المعيار إلى إغفال أهمية التطبيق الفعلي للنصوص الدستورية وما يجري عليه العمل من تقاليد دستورية، وكيفية تفسير القواعد الدستورية المنظمة للسلطات العامة.

ومن ناحية خامسة، إهمال دور السلطات غير الرسمية والجماعات والهيئات والأحزاب السياسية في توجيه الحياة الدستورية، وفي تأثيرها على الشؤون السياسية في الدولة.

ومن ناحية سادسة، فإن هذا المعيار لا يقدم تعريفاً محدداً ودقيقاً وموحداً للقانون الدستوري؛ لأنه يختلف من دولة إلى أخرى ومن وقت إلى آخر تبعاً للوثيقة الدستورية^(١).

(١) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا: النظام الدستوري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣ ص ١٦-٢٣؛ الدكتور ثروت بدوي: المرجع السابق، ص ٢٠ وما بعدها؛ الدكتور رمزي طه الشاعر: القانون الدستوري، الرسالة الدولية للطباعة ٢٠٠١-٢٠٠٢ ص ٣١-٣٦؛ الدكتور طعيمة الجرف: القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٤ ص ٥٦-٦٠؛ الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع =

ثانياً المعيار الموضوعي: يعتمد هذا المعيار في تعريف الدستور على المادة أو الموضوع أو المضمون، بصرف النظر عن الشكل أو الإجراءات المتخذة لإصدار قواعده. ومن ثم يتضمن القانون الدستوري جميع القواعد التي لها طبيعة دستورية أيا كان مصدرها، سواء تضمنتها الوثيقة الدستورية أم نظمت بقوانين عادية مثل القواعد المتعلقة بالانتخابات وقواعد الجنسية أم كان مصدرها العرف الدستوري^(١).

ويمكن التمييز بين ثلاثة اتجاهات للمذهب الموضوعي: الأول يغلب على الدستور الطابع التنظيمي للسلطة. فيما يذهب الاتجاه الثاني إلى أن الدستور صناعة الحرية أو تقنية الحرية. أما الاتجاه الثالث فحاول أنصاره التوفيق بين السلطة والحرية^(٢).

الاتجاه الأول: الدستور تقنية السلطة: يهتم أنصار هذا الاتجاه في تعريف الدستور بالسلطة، ويغلب على تعريفهم للدستور الطابع التنظيمي للسلطة^(٣).

فيرى الأستاذ (Marcel Prelot) أن الدستور هو قانون السلطة السياسية أو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد السلطة السياسية وتنظم انتقالها ومزاولتها. كما يذهب الأستاذ «لافيرير» أن الدستور هو الذي يكون موضوعه تكوين الدولة وتنظيمها من الناحية السياسية^(٤).

= السابق، ص ٤٢٥، ٤٢٦؛ الدكتور عبد الفتاح ساير داير: المرجع السابق، ص ٣٤-٣٦؛ الدكتور عمر حلمي: القانون الدستوري المقارن، ٢٠٠٦ ص ٥٠-٥٦؛ الدكتور محمد حسين عبد العال: المرجع السابق، ص ١٥-٢٠؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٣٥٠، ٣٥١؛ الدكتور محمد فاروق النبهان: نظام الحكم في الإسلام، ص ٥٣؛ الدكتور محمود عاطف البنا: القانون الدستوري، مطابع الطوبجي، بدون تاريخ ولا ناشر، ص ٢٨-٣٠.

(١) الدكتور ثروت بدوي: المرجع السابق، ص ٢٤؛ الدكتور فؤاد محمد النادي: موجز القانون الدستوري المصري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، بدون ناشر أو سنة للنشر، ص ٧؛ الدكتور محمد كامل ليلة: القانون الدستوري، دار الفكر العربي، ١٩٧١ ص ١٨-٢٣.

(٢) الدكتور سرهنك حميد البرزنجي: مقومات الدستور الديمقراطي وآليات المدافعة عنه، دار دجلة، الطبعة الأولى ٢٠٠٩ ص ٢٢.

(٣) الدكتور محمد فاروق النبهان: المرجع السابق، ص ٥٤.

(٤) مشار إليها في الدستور للدكتور حسان محمد شفيق، مطبعة بغداد ١٩٨١ ص ٦.

ويرى الأستاذ «موريس دوفرجه» أن القانون الدستوري هو قسم من القانون ينظم المؤسسات السياسية للدولة، دراسة القانون الدستوري إذا هي دراسة المؤسسات السياسية بطابعها القانوني^(١).

وفي **الفقه العربي**، يرى البعض أن الدستور هو «مجموعة القواعد التي تبين الطريقة التي تمارس بها مباشرة القوة الحاكمة من قبل القابضين عليها»^(٢). أو هو عبارة عن «مجموعة القواعد القانونية التي تنظم وسائل الحكم فيه وتبين مدى سلطة الحكام إزاء المحكومين. ومن ثم فهو وسيلة لتقييد سلطة الحكام لأن هؤلاء مكلفون بالتزام أحكامه وعدم الإخلال بها»^(٣). أو هو «مجموعة قواعد خاصة تصدرها غالباً هيئة تأسيسية لتنظيم السلطة في الدولة في سبيل تحقيق هدف معين»^(٤). أو أنه «ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلي الذي يبين نظام الحكم للدولة، وعلى وجه الخصوص يبين كيفية تكوين السلطة التشريعية واختصاصاتها وعلاقتها بغيرها من السلطات»^(٥)، أو أنه «مجموعة القواعد القانونية الخاصة بنظام الحكم في مجتمع سياسي معين في وقت معين»^(٦)، أو أنه مجموعة القواعد التي تنظم مزاوله السلطة السياسية في الدولة، فننظم شكل الدولة الخارجي، والسلطات المختلفة فيها، ووظيفة كل منها، والعلاقات فيما بينها^(٧)، أو أنه عبارة عن «مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة»^(٨)، أو أنه

(١) موريس دوفرجه: المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، الأنظمة السياسية الكبرى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ١٩٩٢ ص ٨.

(٢) الدكتور منذر الشاوي: القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية، مطبعة شفيق بغداد، الطبعة الثانية ١٩٦٦ ص ٧٦.

(٣) الدكتور محمد طه بدوي والدكتور طلعت الغنيمي: النظم السياسية والاجتماعية، دار المعارف بمصر، الطبعة الأولى ١٩٥٨ ص ١٦٥.

(٤) الدكتور إسحاق مرزة: المرجع السابق، ص ٥٩.

(٥) الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية، الجزء الأول - الطبعة الثانية ١٩٦٣ رقم ٥، ص ٢٠-١٩.

(٦) الدكتور عبد الفتاح ساير داير: المرجع السابق، ص ٥٤، ٥٩ وما بعدها.

(٧) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: الدستور المصري ومبادئ الأنظمة السياسية، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٤ رقم ١٤٣ ص ١٣٤-١٣٥.

«مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الدولة بالفرد من الناحية السياسية، أي التي تحدد التنظيم في دولة ما»^(٢).

ويؤخذ على هذا الاتجاه ابتعاده عن حقيقة الوثائق الدستورية المعاصرة التي تعد ضماناً أكيدة للحقوق والحريات العامة عن طريق تخصيصها لفقرات أو مواد أو أبواب تجسد الحقوق الأساسية للإنسان، سواء كانت الحقوق مدنية أو سياسية أو اجتماعية. الخ^(٣).

الاتجاه الثاني: الدستور تقنية الحرية: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الدستور يعتبر عنصر الحرية. ومن هؤلاء «ميركن غتريفتش» في مؤلفه الاتجاهات الجديدة في القانون الدستوري^(٤).

ويؤخذ على هذا الاتجاه مبالغته في مدى الحرية؛ إذ لا توجد حرية طليقة من كل قيد، وإنما يلزم ممارستها في حدود النظام وإلا تحولت إلى فوضى^(٥).

الاتجاه الثالث: الدستور أداة للتوفيق بين الحرية والسلطة: يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أن الدستور أداة للتوفيق بين السلطة والحرية. ومن هؤلاء الفقهاء «هوريو» الذي يرى أن «القانون الدستوري بصورة أساسية أداة للتوفيق بين السلطة والحرية في إطار الدولة»^(٦).

وفي الفقه العربي، يرى البعض أن الدستور «هو مجموعة المبادئ الأساسية المنظمة لسلطات الدولة والمبينة لحقوق كل من الحكام والمحكومين فيها، والواضحة للأصول الرئيسية التي تنظم

(١) الدكتور محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، ١٩٨٧ ص ١٤ وما بعدها؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٣٥٦.

(٢) الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٠ ص ٢٧.

(٣) الدكتور سرهنك حميد البرزنجي: مقومات الدستور الديمقراطي وآليات المدافعة عنه، دار دجلة، الطبعة الأولى ٢٠٠٩ ص ٢٣.

(٤) اندريه هوريو: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، نقله إلى العربية الأستاذة علي مقلد، شفيق حداد، عبد المحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت ١٩٧٤ ص ٤٣.

(٥) الدكتور سرهنك حميد البرزنجي: مقومات الدستور الديمقراطي وآليات المدافعة عنه، دار دجلة، الطبعة الأولى ٢٠٠٩ ص ٢٢.

(٦) اندريه هوريو: المرجع السابق، ص ٤٣.

العلاقات بين مختلف سلطاتها العامة»^(١) أو أنه القواعد القانونية التي تحدد النظام السياسي في الدولة، أي يبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وتنظم سلطاتها العامة والعلاقة فيما بينها من ناحية والعلاقة بين هذه السلطات والأفراد من ناحية أخرى^(٢). أو أنه «مجموعة القوانين التي تنظم قواعد الحكم، وتوزع السلطات، وتبين اختصاص كل منها، وتضع الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد»^(٣)، أو أنه مجموعة القواعد القانونية الخاصة بنظام الحكم في الدولة من الناحية السياسية، والتي تنظم التعايش السلمي بين السلطة والحرية^(٤). أو أن الدستور يهدف إلى إقامة التوازن بين السلطة والحرية^(٥). أو أن القانون الدستوري لا يحمي الحرية الفردية بسبب كونه يرتبط حتماً بالحكومة الديمقراطية الحرة، ولكنه يحميها بسبب موقفه من أصل السياسة في المجتمع^(٦). أو أن موضوع أو مضمون الدستور مزدوج، فهو من ناحية يحدد الأشخاص والهيئات التي تملك التصرف باسم الدولة ويحدد لهم اختصاصاتهم وكيفية ممارستها، ومن ناحية أخرى يحدد الدستور مذهب التنظيم الاجتماعي والسياسي الذي يمثلته الحكام، ومن ثم يحدد فكرة أو فلسفة القانون الذي يجب أن تعمل في إطارها سلطات الدولة^(٧).

ويرى البعض الآخر أن للدستور مدلولان:

مدلول سياسي وآخر قانوني: الأول: مدلول سياسي، ويقصد به مجموعة المبادئ السياسية المتعلقة بنظام الحكم والتي يؤمن بها الشعب في لحظة تاريخية معينة، وهي التي تتعلق بشكل الدولة ونظامها السياسي وتحديد سلطاتها وعلاقة هذه السلطات ببعضها واختصاصات كل منها، وتحديد الحقوق الأساسية للمواطن، وقد تمثل هذا المدلول السياسي في إرهاباته الأولى في

(١) الدكتور عثمان خليل: المرجع السابق ص ١٧ .

(٢) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٨ ص ٣٩٥، ٣٩٩ وما بعدها.

(٣) الدكتور السيد صبري: مبادئ القانون الدستوري، مكتبة عبد الله وهبه بمصر، الطبعة الثالثة ١٣٦٥هـ - ١٩٤٦ ص ١ .

(٤) الدكتور رمزي طه الشاعر: القانون الدستوري ص ٤٠ .

(٥) الدكتور جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، ٢٠٠٧، ص ٢٣ .

(٦) الدكتور طعيمه الجرف: المرجع السابق، ص ٧٠-٧١ .

(٧) الدكتور محمد حسنين عبد العال: المرجع السابق، ص ٢١-٢٢ .

أفكار العقد الاجتماعي التي عرفت في القرن السادس عشر وسادت في القرن السابع عشر، والتي تجسدت بعد ذلك في إعلان الحقوق سنة ١٧٧٦ في الولايات المتحدة الأمريكية، وإعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن سنة ١٧٨٩، وغدا هذا المدلول السياسي معبراً عن الاختيار السياسي للشعب والذي يعكس مختلف القيم التي يعتنقها تحت تأثير درجة النمو السياسي التي يتمتع بها، وتمثل في النهاية مضمون الإرادة السياسية للشعب. ويتوافر هذا المدلول السياسي بالنظر إلى أن السلطة التأسيسية الأصلية التي وضعت الدستور منتخبة من الشعب في النظم الديمقراطية. **المدلول الثاني «المدلول القانوني»** ينصرف إلى النظام القانوني الذي يعبر عن هذه المبادئ متمثلاً في مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي تعبر عن الرؤية القانونية التي يتبناها الشارع الدستوري في التعبير عن الإرادة السياسية للشعب. ويتمثل هذا المدلول القانوني في شكل قاعدي ويعكس حركة الدستورية التي ظهرت في عصر النهضة الأوروبية لكي تضفي الطابع الدستوري لمضمون الإرادة السياسية للشعب. وعلى هذا النحو فإن الدستور كنظام قانوني يحول دون تحكم ممارسات السلطة السياسية من خلال المبادئ القانونية التي يتكون منها هذا النظام. وعلى رأس هذه المبادئ أن الشعب مصدر السلطات، وتأسيس النظام السياسي على الديمقراطية والتعددية الحزبية وحماية الحقوق الأساسية للمواطن، وذلك بالإضافة إلى إقامة تنظيم هيكلي سلطات الدولة يكفل تحقيق التوازن السياسي بين قوى هذه السلطات وتنظيم العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية وترتيب المستويات داخل أجهزة السلطة التنفيذية^(١).

ويرى البعض أن تعريف القانون الدستوري - بالعمومية والتجريد بحيث يشمل على الموضوعات ذات الطابع الدستوري، سواء وردت في صلب الوثيقة المكتوبة أم تقررت في قوانين عادية بمقتضى عرف دستوري - يتغاضى عن حقيقتين هامتين:

الأولى أن هذا التحديد لنطاق القانون الدستوري يفتقد بذاته للحماية اللازمة التي ينبغي أن

(١) أستاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور: منهج الإصلاح الدستوري، مجلة الدستورية، أبريل ٢٠٠٦، العدد التاسع، السنة الرابعة ص ٣؛ ولسيادته أيضاً في نفس الموضوع: دراسة في منهج الإصلاح الدستوري، مطبعة مجلس الشعب ٢٠٠٦ ص ٨-١٣.

تلحق بهذا القانون. **الثانية** أن تقرير الطبيعة الدستورية لتنظيم ما يظل دون أثر في دول الدساتير الجامدة ما لم يقرر الشارع إدراجه ضمن وثيقة الدستور، ويتتهي صاحب هذا الرأي إلى أن تحديد نطاق القانون الدستوري مسألة تخرج عن الاجتهاد الفهمي وتتعلق بالسياسة التشريعية التي تختلف حتماً من دولة لأخرى ومن وقت لآخر وتستعصي عن إمكانية التعميم والوصول إلى قواعد عامة ثابتة تصلح للتطبيق في كل دولة^(١).

وفي نفس الاتجاه يرى البعض أنه إذا كان في مقدور السلطة التشريعية أن تعدّل في أحكام الدستور باتباع نفس القواعد والإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية فإنه لا يوجد تفرقة بين القوانين العادية والقواعد الدستورية^(٢).

ويرى البعض الآخر أن الحقيقة ليست كما يصورها هذا الرأي في مدى إمكانية تعديل القاعدة القانونية وتطلب إجراءات معينة لتعديلها أو عدم تطلب ذلك؛ إذ أنه في الدول ذات الدساتير المرنة لا تثور هذه المسألة؛ إذ تعدّل الوثيقة بنفس الأسلوب الذي تعدّل به القوانين العادية، ولكن يظل هناك فارق في النتائج التي تترتب على الأخذ بأحد المعيارين دون الآخر، ومن ثم لا يعد تعريف القانون الدستوري مسألة تتعلق بالصياغة والجو العام الذي تتم فيه الصياغة أكثر من تعلقه بمعيار شكلي أو موضوعي^(٣).

والواقع أن الرأي المنتقد على جانب كبير من الصحة؛ فإذا أردنا الوقوف على تجربة مصر في وضع دستور ٢٠١٤، وهل كان تعديل كما ذهب العديد من الشراح أم كان وضع دستور جديد؟. والحقيقة أنه كان وضع دستور جديد؛ إذ لم يتم بطريقة تعديل الدستور التي نظمها دستور ٢٠١٢ في المادتين ٢١٧ و ٢١٨ منه، وإنما كان عن طريق لجنة الخمسين المعنية بقرار جمهوري.

(١) الدكتور عمر حلمي فهي: القانون الدستوري المقارن، ٢٠٠٦ ص ٦٨ - ٧٢.

(٢) الدكتور محمد حسين عبد العال: المرجع السابق، ص ١١٨-١١٩؛ الدكتور يحيى الجمل: النظام الدستوري في الكويت، مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشرعة، ١٩٧٠-١٩٧١، ص ١٦-٢٢.

(٣) الدكتور رمزي طه الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣ ص ٦٠.

(ج) في القضاء: انحازت المحكمة الدستورية العليا إلى الاتجاه الثالث؛ فعرفت الدستور بأنه القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم و يحدد السلطات العامة، ويرسم لها وظائفها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، ويقرر الحريات والحقوق العامة، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايته، ومن ثم فقد تميز الدستور بطبيعة خاصة تضفي عليه صفة السيادة والسمو بحسابه كفيل الحريات وموئله وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها، وحق لقواعده أن تستوي على القمة من البناء القانوني للدولة وتتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الآمرة التي يتعين على الدولة التزامها في تشريعها وفي قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية، ودون أي تفرقة أو تمييز - في مجال الالتزام بها - بين السلطات العامة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، ذلك أن هذه السلطات كلها سلطات مؤسسة أنشأها الدستور، تستمد منه وجودها و كيانها، وهو المرجع في تحديد وظائفها، ومن ثم تعتبر جميعها أمام الدستور على درجة سواء، وتقف كل منها مع الأخرى على قدم المساواة، قائمة بوظيفتها الدستورية متعاونة فيما بينها في الحدود المقررة لذلك، خاضعة لأحكام الدستور الذي له وحده الكلمة العليا و عند أحكامه تنزل السلطات العامة جميعاً. والدولة في ذلك إنما تلتزم أصلاً من أصول الحكم الديمقراطي، هو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور، وهو ما حرص الدستور القائم على تقريره بالنص في المادة (٦٤) منه على أن «سيادة القانون أساس الحكم في الدولة»، وفي المادة (٦٥) منه على أن «تخضع الدولة للقانون». ولا ريب في أن المقصود بالقانون في هذا الشأن هو القانون بمعناه الموضوعي الأعم الذي يشمل كل قاعدة عامة مجردة أيّاً كان مصدرها، ويأتي على رأسها، وفي الصدارة منها الدستور بوصفه أعلى القوانين وأسماها. إن خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سيادة الدستور أصل مقرر وحكم لازم لكل نظام ديمقراطي سليم، ومن ثم يكون لازماً على كل سلطة عامة أيّاً كان شأنها وأيّاً

كانت وظيفتها وطبيعة الاختصاصات المسندة إليها، النزول عند قواعد الدستور ومبادئه والتزام حدوده وقيوده، فإن هي خالفتها أو تجاوزتها شاب عملها عيب مخالفة الدستور، وخضع - متى انصبت المخالفة على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التي عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا بوصفها الهيئة القضائية العليا التي اختصها دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين و اللوائح بغية الحفاظ على أحكام الدستور و صونها و حمايتها من الخروج عليها^(١).

٢- الدستور والمصطلحات المتشابهة :

(أ) الدستور والقانون الدستوري: ينكر البعض وجود أية فوارق بين الاصطلاحين، ويرى أن الاختلاف ليس حقيقياً، وأن الفوارق التي ادعى أصحاب المحاولة بوجودها بين الاصطلاحين ليست فوارق حقيقية، بل إنه راجع في جوهره إلى الاختلاف في وجهات النظر، وبالأحرى الناحية التي ينظر من خلالها الفقيه إلى المصطلحين، فالمسألة تختلف عندما ننظر إلى الدستور من الناحية الموضوعية أو الشكلية^(٢).

والواقع أن الدستور يقصد به الوثيقة القانونية التي تصدر عن هيئة معينة طبقاً لإجراءات خاصة، تتضمن القواعد المتعلقة بنظام الحكم في دولة معينة^(٣). وبعبارة أخرى لكلمة الدستور معنيان مختلفان ولو أنها متقاربان: فمن الناحية الموضوعية يقصد بالدستور مجموعة القواعد القانونية الأساسية التي تبين نظام الحكم في البلاد كما هو الحال في تعريف القانون الدستوري. أما من الناحية الشكلية، فيقصد بالدستور ذلك التصرف أو تلك الوثيقة التي تحمل تسمية الدستور، أو ما يرادفه مثل القانون الأساسي^(٤). وإذا كان الدستور هو القانون الأعلى في البلاد المتضمن للقواعد والمبادئ الكفيلة برسم السياسة العامة للدولة وآليات عمل السلطات

(١) الطعن رقم ٣٧ س ٩ ق جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٢٥٦؛ الطعن رقم ١١٦ س ١٨ ق جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ س ٨ ج ١ ص ٧٨٩ .
(٢) الدكتور ثروت بدوي: المرجع السابق، ص ٢٥ .
(٣) الدكتور رمزي طه الشاعر: القانون الدستوري ص ٤٤ .
(٤) الدكتور عبد الحميد متولي: المرجع السابق، ص ١٩-٢٠ .

وصلاحياتها والضمانة للحقوق والحريات العامة، سواء كانت مدونة في وثيقة واحدة أم عدة وثائق أو خارج الوثيقة الدستورية. فإن دراسة الدستور ليست إلا دراسة وتحليل تلك الوثيقة القانونية واستخلاص القواعد القانونية التي تتضمنها. أما القانون الدستوري فهو فرع من فروع القانون العام الداخلي المتأثر بالاعتبارات المختلفة مما أدى إلى ظهور تعريف مختلفة باختلاف المعيار المتبع في تعريفه كالمعيار اللغوي، والتاريخي والشكلي والأكاديمي والموضوعي. وتعريف الدستور وفقاً للمعيار الموضوعي يعد من أفضل المعايير والأكثر قبولاً لدى الفقه الدستوري^(١).

ويرى البعض أن الدستور أضيق نطاقاً من القانون الدستوري؛ لأن القانون الدستوري ينصرف إلى دراسة التنظيمات السياسية في الدول المختلفة، أي الاتجاه المقارن. بينما يقتصر الدستور على دراسة النظام السياسي في دولة محددة وفي زمن معين، أي أنه يتجه إلى الناحية التطبيقية فيقال الدستور المصري أو الانجليزي أو الفرنسي... الخ^(٢).

وهذا الرأي متقد بدوره من ناحيتين: الأولى تطور مضمون الوثيقة؛ إذ لم تعد مقصورة على المسائل المتصلة بنظام الحكم، بل غدت تشمل مسائل أخرى لا تتصل بنظام الحكم، وإنما تتصل بالتنظيم القضائي والمالي وبأهداف سياسية واقتصادية واجتماعية تهدف إلى تحقيقها. فضلاً عن أن التطور الذي لحق الوثيقة الدستورية قد أدى إلى تغفل أحياناً النص على مسائل دستورية هامة، وتركها للقوانين العادية أو للعرف الدستوري. ومن ثم فإن الدستور قد يكون أوسع نطاق من القانون الدستوري، وذلك عندما يشمل النص على موضوعات غير دستورية، وقد يكون أحياناً أخرى أضيق نطاقاً، وذلك حين يغفل النص على موضوعات دستورية بطبيعتها.

الناحية الثانية أن التفرقة بين الدستور والقانون هي في حقيقتها تفرقة بين القانون الدستوري والقانون الدستوري المقارن؛ إذ يهتم الأول بدراسة نظام الحكم في دولة معينة بذاتها، بينما يتناول

(١) الدكتور اسماعيل مرزة: المرجع السابق، ص ٣٠؛ الدكتور محمد كامل ليلة: القانون الدستوري، دار الفكر العربي، ١٩٧١ ص ١٨-٢٣؛ الدكتور نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى ٢٠٠٤ ص ٤٤٥ وما بعدها.

(٢) الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف ١٩٨٠ ص ٨٣.

الثاني دراسة أنظمة الحكم في مختلف الدول. ومن ثم إذا تناولت الدراسة الوثائق القائمة في عديد من الدول، كنا بصدد الدستور المقارن. أما إذا اقتصرنا الدراسة على وثيقة بلد معين، كنا بصدد دراسة الدستور، وكذلك الحال بالنسبة للقانون الدستوري، فحين نتناول دراسة نظم الحكم المطبقة في الدول المختلفة نكون بصدد دراسة للقانون الدستوري المقارن، وحين تقتصر الدراسة على نطاق الحكم في دولة معينة نصبح بصدد دراسة للقانون الدستوري. فهناك اصطلاحاً «الدستور» و«الدستور المقارن»، وأيضاً اصطلاحاً «القانون الدستوري» و«القانون الدستوري المقارن».

وفضلاً عن ذلك، فإن هذه التفرقة تفقد محتواها في الدول ذات الدساتير العرفية؛ لأن دراسة القواعد العرفية هي في نفس الوقت دراسة للقانون الدستوري، في حين تظهر أهمية هذا التمييز في الدول ذات الدساتير المكتوبة عندما يختلف مضمون الوثيقة الدستورية عن القانون الدستوري^(١).

(ب) الدستور والنظام الدستوري (الدستورية): يقصد بالنظام الدستوري ذلك الذي يحقق خضوع السلطة لقواعد تحكم ممارستها، دون أن يكون في استطاعتها الخروج على هذه القواعد.

ومؤدى ذلك أنه يشترط لوصف نظام سياسي في دولة معينة بأنه دستوري وبالأحرى ديمقراطي حر، وجوب توافر الشروط التالية:

أولاً: يتعين أن تكون الحكومة قانونية، يخضع فيها الحكام للقواعد القانونية، ويتقيدون بها في تصرفاتهم ويحترمون تدرجها، وبالتالي لا يجوز أن يخرجوا عليها ما دامت قائمة من الناحية القانونية ولم تلغ بالطرق القانونية. وتطبيقاً لذلك فإن الدولة التي تقوم على الحكم الاستبدادي الذي لا يلتزم الحاكم فيه حدود القانون ولا يخضع لأحكامه، تتنافى مع قيام نظام دستوري بها.

ثانياً: عدم تركيز السلطة في يد الحاكم. ويعني ذلك تقسيم السلطات في الدولة وتوزيعها بين هيئات مختلفة مستقلة «السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية» يحد بعضها من

(١) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٤٤-٤٦.

سلطان الآخر، عن طريق الرقابة المتبادلة بينها والتي تمنع من استبدادها. وتطبيقاً لذلك يعد قيام حكومة مطلقة يتولى فيها الحاكم جميع السلطات أمراً متنافياً مع وجود النظام الدستوري، ولو كان الحاكم خاضعاً في تصرفاته لحكم القانون.

ثالثاً: تطبيق الدستور تطبيقاً سليماً وبصفة مستمرة، بحيث يتم تشكيل وتحديد اختصاصات الحكومة التي تباشر سلطات الحكم المختلفة طبقاً لأحكامه وشروطه. وتطبيقاً لذلك يتنافى قيام الحكومة الفعلية، والتي تشكل على عكس أحكام الدستور أو تباشر اختصاصات لم يمنحها الشارع الدستوري، مع قيام النظام الديمقراطي الحر.

رابعاً: أن يكفل الدستور حقوق الأفراد وحياتهم.

خامساً: أن توجد هيئة قضائية تسهر على احترام الدستور والقانون^(١).

وعلى ذلك يرى الفقه التقليدي الفارق بين القانون الدستوري والنظام الدستوري يتجسد في مدى توافر النظام الديمقراطي، فالأول يقصد به القواعد الخاصة بنظام الحكم في دولة من الدول، سواء كان النظام حراً أم غير حر، بينما يرتبط النظام الدستوري بفكرة النظام الديمقراطي الحر. مما يعني أن دولة معينة قد يكون لديها قانون دستوري، ولكنها قد لا تكون ذات نظام دستوري مادامت لا تقوم على أساس ديمقراطي حر.

بيد أن الاتجاه الحديث في الفقه الدستوري لا يوافق على هذه التفرقة، ويتطلب تطور مفهوم النظام الدستوري بحيث ينطبق على نظام الحكم الذي يسير طبقاً لأحكام الدستور، سواء كان نظاماً ديمقراطياً يتصل بالديمقراطية التقليدية أو الاجتماعية، أم كان نظاماً استبدادياً، ومن ثم لا يصح قصر النظام الدستوري على شكل معين للحكم أو على صورة خاصة من صور التنظيم السياسي. وبالتالي يوجد النظام الدستوري في كل دولة أيا كان نظام الحكم فيها، سواء كان جمهورياً أو ملكياً أو أرسقراطياً أو ديمقراطياً، أو حراً أو تسلطياً، فردياً أو اشتراكياً. مما يعني أنه

(١) الدكتور عبد الفتاح ساير داير: المرجع السابق، ص ٧٦-٧٨؛ الدكتور عمر حوري: القانون الدستوري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠٠٨ ص ٢١، ٢٢؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٣٥٨، ٣٥٩.

لا يوجد فرق بين الدول الديمقراطية والدول غير الديمقراطية فلكل منهما قانون دستوري ونظام دستوري^(١).

والواقع أنه لا يمكن للنظام الاستبدادي أن يكون دستورياً؛ لأن من صفة مثل هذا النظام عدم تقيده بأحكام القانون، ومن ثم فلا يمكن تحقق نظام دستوري في دولة استبدادية؛ لأن هذا النظام لا يعد مشروعاً من حيث الوسيلة والهدف^(٢).

٣- موضوع الدستور:

أثار موضوع الدستور جدلاً بين فقهاء القانون الدستوري، فمنهم من رأى أنه تقنية للسلطة، ومنهم من يجد فيه تقنية الحرية، بينما رأى الآخرون أنه توفيق بين السلطة والحرية، إلا أن المتفق عليه أن الموضوع الأساسي للدستور هو السلطة.

وقد حدد الأستاذ «جورج بيردو» موضوع الدستور بأنه «تنظيم ممارسة السلطة، وبين أن مضمون هذا الموضوع يتمثل في مجموعة القواعد التي تحدد وضع السلطات الحاكمة، وكذلك طبيعة وأهداف نشاطها السياسي»^(٣). ومن ثم فإن موضوع الدستور يكون مزدوجاً، فهو يبين من ناحية الأشخاص أو الهيئات التي تملك اتخاذ القرارات باسم الدولة، ويحدد اختصاصاتهم وكيفية ممارستها.

ويعني ذلك أن الدستور هو الذي يحدد أسس مقاليد السلطة وينظم السلطات من حيث التكوين والاختصاص، ومنه يستمد الامتيازات والسلطات. وبالأحرى هو الذي يحدد من ينوب عن الشعب في ممارسة السلطات الثلاث «التشريعية والتنفيذية والقضائية»، وكيفية تداول السلطة. وهذا يعني أن إرادة الأفراد المنتخبين وفق القواعد المقررة تلزم الدولة، فهو إذا المنظم الأساسي لهذه السلطات وامتيازاتها.

بيد أن الدساتير تختلف بشأن تنظيم أنشطة السلطات العامة، فمنها ما يأتي بالتفصيل، ومنها

(١) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٤٧-٤٨؛ الدكتور عمر حوري: القانون الدستوري، ص ٢٢.

(٢) الدكتور سرهنك حميد البرزنجي: المرجع السابق، ص ٥٢.

(٣) الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٤٣٠.

ما يكفي بالإيجاز، ولكنها في النهاية ترسم حدود وإمكانيات عمل السلطات بما يحقق الصالح العام^(١). ومن ناحية أخرى، يجسد الدستور الفكرة القانونية للدولة، وهذا يعني أن الدستور يحدد الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة.

فمضمون الدستور في فكر الأستاذ «جورج بيردو» لا يقتصر على القواعد التي تتصل بتنظيم السلطات الحاكمة وكيفية ممارستها لوظائفها، وإنما يتضمن فضلاً عن ذلك القواعد التي تحدد الاتجاه الذي يجب أن تعمل من خلال هذه السلطات، وكذلك الأهداف التي يناط بها تحقيقها وذلك في ضوء الاتجاه الذي حدده الدستور.

وعلى هذا الأساس، لا يتحدد مضمون الدستور في تنظيم السلطات الحاكمة في الدولة فحسب، وإنما يشمل كذلك تحديد الأهداف التي تسعى هذه السلطات لتحقيقها، والفلسفة الاجتماعية والسياسية والقانونية التي تعمل في إطارها^(٢). بمعنى أنه يضم القواعد أو الموضوعات التي تحدد الاتجاهات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يجب أن تعمل في ظلها السلطات العامة المختصة^(٣).

وإذا كان أنصار المعيار الموضوعي قد اتفقوا على تضمين الدستور للشق التنظيمي الخاص بتنظيم السلطة وبيان كيفية ممارستها لعملها، فإن جانباً منهم أنكر الطبيعة الدستورية للقواعد المتعلقة بتحديد الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدولة، ويرون أن مضمون القواعد الدستورية يجب أن ينحصر في نطاق السلطة العامة، من حيث تأسيسها وتنظيمها، وتحديد اختصاصاتها، وكيفية ممارستها لوظائفها، وألا يتعدى ذلك إلى المذهب الفكري أو الفلسفي الذي تعتقه الدولة^(٤).

والملاحظ أن الاتجاه العام للدراسات الحديثة هو إبراز النواحي الفلسفية، وهي مجرد مبادئ

(١) الدكتور كمال الغالي: مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، منشورات جامعة دمشق، بلا سنة للنشر ص ١١٩.

(٢) الدكتور حسين عثمان: المرجع السابق، ص ٣٢٨؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٤٣٠، ٤٣١.

(٣) الدكتور إبراهيم شبحا: النظام الدستوري اللبناني، ص ٢٩-٣٠.

(٤) الدكتور ثروت بدوي: المرجع السابق، ص ٢٣؛ الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٤١؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٤٣١.

توجيهية يتناولها شيء من التفصيل والإسهاب. فهي مليئة بالقواعد الموجهة لأنشطة الحكومة ولبناء المجتمع الأفضل، وبيان مركز الفرد ودور المجتمع والأسرة، فضلاً عن المواد التي تتناول الجانب الاقتصادي ووظيفة الملكية الشخصية وحدودها والمستلزمات الواجبة على الدولة توفيرها للمواطنين^(١).

ومفاد ما تقدم أن الفقه الدستوري الحديث يدرج الموضوعات التي تحدد الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية العامة في الدولة ضمن الموضوعات الدستورية من حيث الطبيعة والجوهر؛ باعتبار أن هذه الموضوعات تحدد من ناحية الفلسفة أو السياسة التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، وتعكس من ناحية أخرى الإطار القانوني الذي يجب أن تعيش في ظلّه سائر السلطات العامة^(٢).

٤. **محتوى الدستور:** يتقيد محتوى الدستور بالموضوع الذي يعتمده، ويتضمن هذا الموضوع ثلاث أنواع من القواعد:

النوع الأول: قواعد تناول التنظيم الحكومي: تتناول هذه القواعد الحكومة من حيث التكوين والاختصاص وآليات عملها، وفصل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية عن بعضها، وتوزيعها خاصة في ذات النظام الفيدرالي.

النوع الثاني: قواعد لا علاقة لها بالتنظيم الحكومي: وهي قواعد درجت في الدستور لأهميتها أو لإضفاء الأهمية عليها، وقد تكون هذه القواعد بنظر مجتمع من المجتمعات أو أشخاص آخرين غير جوهرية، لا تستحق إسباغ الصفة الدستورية عليها. ومثال ذلك دستور الاتحاد السويسري الصادر عام ٢٠٠٠ والذي يوجد فيه الكثير من التفاصيل لأمر قد تكون في نظر المجتمعات غير ضرورية أو غير مجدية، ومنها الخاصة بحماية الحيوان (المادة ٨٠)، والمرور العابر لجبال الألب (المادة ٨٤)، والضرائب على استهلاك الوقود ورسوم المرور الأخرى (المادة

(١) الأستاذ عبده عويدات: النظم الدستورية في لبنان والبلاد العربية والعالم، منشورات عويدات، بيروت ١٩٦١ ص ٤١.

(٢) الدكتور ابراهيم شبحا: النظام الدستوري اللبناني، ص ٣٢-٣٣؛ الدكتور محمد حسنين عبد العال: القانون الدستوري، ص ٢١-٢٥.

(٨٦)..... الخ.

النوع الثالث الحقوق والحريات: تصنف هذه الحقوق إلى حقوق سياسية ومدنية واجتماعية واقتصادية وثقافية، وهذه الحقوق والحريات تأخذ صورتين أساسيتين: قيود على الحكومة، وتشمل بصورة عامة عدم المساس بالحريات، والالتزامات على سبيل ضمانات حق العمل والتعليم وحماية الطفولة والشيخوخة^(١).

٥. الغاية من الدستور: شرعت الدساتير لتقييد السلطات عن التهادي في الطغيان، وصيانة الحقوق. وبالتالي لا جدوى من دستور لا تطبقه السلطات الحاكمة. كما أنه لا جدوى من وجود من يحسن تطبيقه إذا كان هذا الدستور ناقصاً ومعيباً.

ويمكن بيان غاية الدستور في النقاط التالية:

أولاً: بيان المثل الوطنية: تتضمن ديباجة الدساتير غالباً مجموعة من المبادئ والقيم والتطلعات التي تجسد المثل الوطنية وأهداف الحكومة. وتطبيقاً لذلك نص الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧ في ديباجته على أن الأمة الأمريكية تسعى إلى أهداف ستة: تشكيل وحدة متكاملة، إقامة العدالة، الاستقرار الداخلي، توفير الدفاع المشترك، تنمية الرفاه العام، صيانة نعمة الحرية. كما أن دستور اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية لسنة ١٩٧٧ كان يناشد بأن يكون الاتحاد السوفيتي مجتمعاً اشتراكياً متنامياً يهدف إلى بناء مجتمع فاضل تنعدم فيه الفوارق الطبقية.

ثانياً: تنظيم هيكلية الحكومة: يعد الدستور مكتوباً يعرف السلطة ويحدد الصلاحيات لكل فرع من فروع السلطة، ويوفر القنوات التي من خلالها يتم حل النزاعات. وتطبيقاً لذلك المواد الأولى والثانية والثالثة من الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧ المبادئ الرئيسية لواجبات الكونجرس، الرئيس، السلطة القضائية. فالكونجرس له سلطة جباية الضرائب والرسوم، ولكنه يحظر عليه فرض ضرائب التصدير، ويسمى الرئيس قائداً أعلى للقوات المسلحة، بيد أنه يتعين عليه أن يأخذ بمشورة الشيوخ فيما يتعلق بإبرام الاتفاقيات. ويوزع الدستور السلطات والمسئوليات بين

(١) الدكتور سرهنك حميد البرزنجي: المرجع السابق، ص ٣٤.

الفروع المختلفة، ويحدد كذلك صلاحية كل فرع.

ثالثاً: مشروعية الحكومة: يتولى الدستور إضفاء المشروعية على الحكومة.

وتبدو أهمية هذه الوظيفة من الناحية العملية على الرغم من أنها رمزية؛ إذ إن الكثير من الأمم في المجتمع الدولي لا تعترف حتى بالدول الجديدة إلا إذا تبنت دستوراً مكتوباً، باعتبار أن الدستور المكتوب يعد رمزاً للديمقراطية والمسئولية.

رابعاً: صيانة الحقوق والحريات العامة: لا يخلو دستور من دساتير دول العالم من النص على كفالة الحقوق والحريات العامة، على الرغم من كون الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هو المنبع الأساسي لهذه الحقوق.

خامساً: تقييد ممارسة السلطة: وهي عبارة عن قيود على الحكومة، وتشمل بصورة عامة عدم المساس بالحقوق والحريات العامة والخاصة، فضلاً عن الالتزامات مثل ضمانات حق العمل والتعليم وحماية الطفولة والشيخوخة.

وفضلاً عن ذلك، فإن هناك من يضيف أهدافاً أخرى للدستور، تتمثل في تعيين أفراد الشعب وطريقة عيشهم، وإعطاء شكل لمؤسسات وإجراءات الحكومة^(١).

٦. طبيعة القاعدة الدستورية: أثار تحديد طبيعة القاعدة الدستورية جدلاً في الفقه الدستوري، وانقسم الجدل بين رأيين أو مذهبين: **الأول:** يمثل مدرسة الشرح على المتون وجانباً من الفقه التقليدي، أنكر على القاعدة الدستورية طبيعة القاعدة القانونية لتخلف عنصر الجزاء منها. فلا وجود للقاعدة القانونية إلا إذا صدرت عن الدولة مقترنة بالجزاء المادي المنظم من قبلها وضرورة فرضها بواسطة أجهزتها؛ باعتبار أن القاعدة ما هي إلا أوامر ونواهي صادرة عن الدولة وتلزم الأفراد باتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء^(٢). **المذهب الثاني:** يمثل مدرسة القانون الطبيعي ومذهب

(١) الدكتور سر هنك حميد البر زنجي: المرجع السابق، ص ٣٤-٣٧.

(٢) الدكتور عثمان خليل عثمان: المرجع السابق، ص ٨ وما بعدها؛ الدكتور محمد آل ياسين: القانون الدستوري، المبادئ = الدستورية العامة، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر، بيروت ١٩٧٣ ص ٢٧، ٢٨.

التطور التاريخي ومذهب الغاية الاجتماعية، والتضامن الاجتماعي للعميد «ديجي»، ومذهب العلم والصياغة للأستاذ «جيني»، وانحاز إليه الرأي الغالب في الفقه الدستوري في مصر، وهو يضيف على القاعدة الدستورية القيمة القانونية؛ وأساس ذلك أنهم لا يشترطون في الجزاء أن يكون مادياً موكلاً إلى السلطة العامة، وإنما يكفيهم رد الفعل المنبثق في حالة مخالفة القاعدة القانونية، والمتمثل في رد فعل الرأي العام، أي أن القاعدة القانونية تحمل في ثناياها عنصر الجزاء، وهذه مسألة حتمية لا يتصور وجود قانون دون جزاء، غير أن الجزاء قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً^(١).

وغالباً ما يظهر الرأي العام رد فعله في مظاهرات. مسيرات. احتجاجات. اجتماعات عامة. اضطرابات..... (الخ)، والقاعدة المخالفة لازالت في طور الإعداد والدراسة والتقنين، مما يؤدي عادة إلى وأد المخالفة في مهدها خشية تفاقم رد الفعل الناجم عنها.

ولا شك أن هذا الدور المزدوج للرأي العام «وقائياً وعلاجياً» يجعله خط الدفاع الأقوى ضد مخالفة الدستور وانتهاك أحكامه^(٢).

٧. العملية الديمقراطية في صياغة الدساتير: تعد صياغة أي دستور مكتوب في الوقت الحاضر من أولويات المنظمات السياسية والمالية والمساعدة والتجارة الدولية، كما تعد هذه الصياغة شرطاً لاستتباب الأمن والسلم. ويعد وجود دستور مكتوب شرطاً للاعتراف من قبل الأمم الأخرى. ولا يكفي أن يتضمن الدستور المبادئ الديمقراطية فحسب، حتى يوصف بأنه ديمقراطي؛ إذ قد وجد الكثير من الدساتير التي تحتوي على مبادئ مثالية وديمقراطية ومواد متعلقة بالحقوق والحريات في ظل الأنظمة الاستبدادية الشمولية، غير أن تطبيقها في الواقع

(١) الدكتور محمد حسنين عبد العال: المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها؛ الدكتور محمد كامل ليلة: المرجع السابق، ص ٢٩-٣٠؛ الدكتور يحيى الجمل: القانون الدستوري ١٩٨٥ ص ٣١ وما بعدها.

(٢) الدكتور فتحي فكري: القانون الدستوري، المبادئ العامة - دستور ١٩٧١، الكتاب الأول المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر ٢٠٠٨/٢٠٠٩ ص ٣٦.

نادرًا. لذا يلزم الأخذ بعين الاعتبار للأسلوب المتبع في إعداد وصياغة الدساتير والظروف التي وضعت فيها، ومدى مشاركة أفراد الشعب، والطابع التشاوري وشفافية العملية الدستورية، فضلاً عن دور المجتمع الدولي الذي ظهر في الآونة الأخيرة في عمليات صياغة الدساتير الوطنية الحديثة (دستور العراق الصادر عام ٢٠٠٥).

والواقع أن الوصف الديمقراطي للدستور يتوقف أو يرتبها بما يتضمنه الدستور من مبادئ وحقوق عندما يدخل حيز التنفيذ.

أولاً: طرق وضع الدساتير: توضع الدساتير بأساليب عديدة ومتنوعة، وتختلف هذه الأساليب باختلاف الظروف والأوضاع المحيطة بهذه النشأة؛ لأن كل دستور يعتبر وليد الظروف الموضوعية التي أحاطت به، سواء بالنسبة لنشأته أم لمضمونه.

وتعود هذه الظروف إلى نظام الحكم الذي يتم وضع الدستور في ظله من ناحية، ومدى التطورات الحضارية والسياسية التي وصل إليها شعب الدولة التي يسن فيها الدستور من ناحية أخرى. ويصنف الفقه الدستوري هذه الأساليب إلى نوعين رئيسيين: الأول أساليب غير ديمقراطية والثاني أساليب ديمقراطية. وأساس هذا التصنيف أن النوع الأول يعبر عن غلبة إرادة الحكام على إرادة الشعوب المحكومة، أو على الأقل اشتراك الإرادتين في وضع الدستور. أما في النوع الثاني فتفوق إرادة الشعب وسيادته على إرادة الحاكم.

النوع الأول الطرق غير الديمقراطية، ويشمل هذا النوع الأول المنحة والعقد، والبيعة الدستورية، واللجان والمجالس غير المنتخبة. أما النوع الثاني والخاص بالطرق الديمقراطية: فيشمل هذا النوع الثاني الجمعية التأسيسية والاستفتاء الدستور ضمن الأساليب الديمقراطية لسن الدساتير، وهناك من يضيف أسلوباً آخر ويتمثل في المعاهدات الدولية^(١).

(١) انظر تفصيلاً للمؤلف تفصيلاً: مبادئ الدستور الديمقراطي، المصرية للطباعة والنشر، ٢٠١٨؛ الدكتور محمد فاروق النبهان: نظام الحكم في الإسلام، ص ٥٥-٥٦.

ثانياً قواعد صياغة الدساتير: يرتبط صياغة الدستور بالعديد من الأحكام والضوابط:

١. دور وأهداف الدستور: فالدساتير لا تلعب نفس الدور في المجتمعات، بل إن دورها يعتمد على عوامل مختلفة، لعل أهمها: التقاليد الوطنية لسيادة القانون، مصادر السلطة، الشرعية في المجتمع، المعرفة ووسائل الاتصالات التي تمكن الشعب لفهم أهداف ومحتويات الدستور، حيوية وتنظيم المجتمع المدني... الخ.

وأساس ذلك أن الدستور يتضمن مفاهيم معيارية إضافية تتعدى الوصف البسيط للوثيقة القانونية المؤسسية التي تهيكل النظام والعلاقات في المجتمع، وهذا المضمون الحر يحتوي خصائص ديمقراطيات السوق الحر وخصوصاً مفاهيم سيادة القانون والمشاركة الديمقراطية وحقوق الإنسان. وتطبيقاً لذلك فإن صياغة دستور جديد للبلاد التي تعيش دوامة الصراعات الداخلية، قد تساعد إلى حد ما في تحقيق السلام والاستقرار من خلال إعادة تنظيم هيكلية الحومة على أساس الظروف المستجدة، وتوزيع السلطات الوطنية والمحلية.

٢. يتوقف نجاح صياغة الدستور على القبول الواسع للجماهير الشعب؛ ولا يتأتى ذلك إلا بتبني مجموعة من القواعد التي تحكم العملية الدستورية في البلاد التي تعيش مرحلة ما بعد النزاع أو المرحلة الانتقالية. ومن هذه القواعد توزيع تفاصيل العملية الدستورية لإضفاء المصدقية والشفافية على العملية الدستورية، وذلك من خلال تمكين الأطراف كافة، وليس فحسب أعضاء الجمعية المنتخبة أو اللجنة الدستورية، بل وسائل الإعلام ومنظمات المجتمع المدني والجمهور بصورة عامة في معرفة تفاصيل العملية الدستورية، وكيفية المساهمة في صنع الدستور.

٣. اعتماد واضعي الدساتير على المبادئ والأسس الخاصة بالحقوق الحريات العامة، والمبادئ الأخرى المتعلقة بالتنظيم الحكومي والعلاقة بين الجهات الحكومية.

٤. التوفيق بين التأثيرات الداخلية والخارجية في العملية الدستورية والدرجة التي استخدم فيها الدستور الأجنبي والنماذج المؤسساتية في السياقات الداخلية. فبالإمكان الاستفادة من التجارب الدستورية للبلدان الأخرى، وهذا ما يحصل في عمليات إعداد الدساتير

الحديثة، ويمثل دستور الولايات المتحدة الأمريكية. في رأي البعض. أهم الصادات الأمريكية.

٥. تخضع صياغة الدساتير لتأثير العديد من الأهداف المعاصرة، أهمها:

أولاً: أن العديد من الصراعات الوطنية الداخلية قد تمت تسويتها منذ نهاية الحرب الباردة. وهي تحتاج إلى نظم دستورية جديدة.

ثانياً: هناك التزام واسع بالديمقراطية وسعى من أجل أن تعكس المؤسسات العامة قيما ديمقراطية في إجراءاتها وتكوينها.

ثالثاً: تعكس العديد من الدساتير أفكاراً جديدة حول تنظيم وبناء الدولة في البلدان التي تتعدد فيها القومية، وتؤكد اعترافها بالمجموعات العرقية ومشاركتها في مؤسسات الدولة والشؤون العامة.

رابعاً: تستلزم الصراعات العنيفة في بعض الدول أحياناً تدخلاً إقليمياً أو دولياً. وتعد التسويات الدستورية غالباً هي النتيجة التي تصل إليها هذه التدخلات أو التسهيلات، وطريقة للخروج من المواجهات.

خامساً: أن زيادة الدور الذي يقوم به الدستور في السياسات الداخلية، تؤدي إلى زيادة أهمية الدور خارجياً؛ نتيجة للشراكة بين الدول والشركات والأسواق والمستهلكين التي تتعمق وتتطور. ومن ثم فإن الأطراف الخارجية أيضاً لديهم اهتمام بدساتير الدول التي يتم العمل معها.

٨- حجم الوثيقة الدستورية: الاتجاه العام للدساتير الحديثة هو التطويل ودرج التفاصيل ودقائق الأمور في بعض الحالات؛ نظراً لتعدد الأمور الحياتية اليومية، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن الكثير من الدول التي تبنت دساتير حديثة قد مرت بحروب ونزاعات، فضلاً عن الطابع الاستبدادي لحكومات هذه الدول، والتركيب السكانية المعقدة، مما تولد عنه عدم الثقة بين الحكومات والجماعات العرقية والقومية ولذلك كانت الغاية من درج التفاصيل والتطويل هو تضمين الحقوق في الدستور في القانون

الأعلى في البلاد، وهذا هو طابع دستور جنوب إفريقيا لعام ١٩٩٦ ودستور العراق الحالي لعام ٢٠٠٥^(١).

أما صغر حجم الوثيقة، وأشهرها الدستور الأمريكي، فقد ذهب الأستاذ «هرمان شواترز» إلى أنه يعتقد الكثيرون أن الدساتير القصيرة هي الأفضل للديمقراطيات الناشئة؛ إذ إن الدستور الأمريكي القصير دام أكثر من مائتي سنة، لا أشاطرهم هذا الرأي، فالقانون الدستور الأمريكي لا يمكن العثور عليه ضمن نصوص الأربع والثلاثين مادة أساسية أو في المواد التعديلية، بل يمكن العثور عليه تقريباً في الخمسمائة وأربعين مجلداً من القرارات التي صدرت من المحكمة العليا الأمريكية القوية والمبنية على أسس متينة خلال ما يزيد عن مائتان وخمسة عشرة عاماً^(٢).

ويتوقع البعض زيادة مواد الدستور القادم عما كان عليه في الماضي؛ ويرجع هذا التوقع إلى ثلاثة أسباب: الأول أفول النظرية التقليدية الحاصرة للوثيقة الدستورية في الكليات دون الجزئيات؛ إذ تبين أن العهود بالجزئيات إلى السلطتين التشريعية أو التنفيذية لم يؤت دوماً بثمار إيجابية، فقد أحاطت التفاصيل بالأصول من كل جانب مما جعل حركتها عسيرة ومتعثرة، فضلاً عن أن بعض الفرعيات تبدلت النظرة إليها، بحيث أصبح ملحاً أن ترتفع معالجتها لمستوى الكليات. الثاني أثر التحول إلى الحكم الديمقراطي في تضخم الوثيقة. يرتبط تحول الدول من الحكم الديكتاتوري إلى الحكم الديمقراطي بتضخم الوثائق، ومن ثم ارتفاع منحنى النصوص المضمومة؛ ويرجع ذلك إلى سبب رئيسي وهو معاناة تلك الدول إبان النظم المستبدية من أوضاع جائرة، وضماناً لطي صفحة الظلم بغير رجعة يتم صياغة مجموعة حلول تحول دون عودة الحقبة الظالمة. وتجسد السلطة التأسيسية في الدستور المستودع الآمن لتلك الحلول، بما يوفره من ثبات واستقرار، ولما له من سمو ومكانة، فضلاً أنه عقب انقشاع سحابة الحكم الديكتاتوري تبدو الحاجة لاحتلال النصوص الخاصة بالحريات مساحة أعرض من الوثيقة الدستورية. الثالث تطور الحياة الإنسانية والحاجة إلى تقنين حريات جديدة، بمعنى أن تطور الحياة يقتضي تدخل

(١) الدكتور سرهنك حميد البرزنجي: المرجع السابق، ص ٦٢ - ٦٩.

(٢) الدكتور سرهنك حميد البرزنجي: الموضوع السابق.

الدولة لتمهد السبل أمام كفالة الحقوق أو الحريات الجديدة. ومن أهم هذه المستجدات، من ناحية أولى الحرص على تسجيل وجود ودور البنك المركزي؛ لما له من دور فعال في توجيه دفعة الاقتصاد على مختلف أصعدته، ومن ناحية ثانية استيعاب حق الترشيح للشباب؛ فالشباب هو عماد الأمم، وحينما ترتفع المعدلات العمرية لحكام البلاد، تفتقد الشعوب الرجاء في إتمام إصلاحات ضرورية أو جديدة، وتتفاقم الأوضاع مع مرور الزمان، إلى أن تحين نقطة الانفجار، وهذا ما حدث في ثورة شباب ٢٥ يناير ٢٠١١، ومن ناحية ثالثة، المعالجة الشاملة لتأثر حق الترشيح بازدواج الجنسية؛ باعتبار أن حق الترشيح من أهم الحقوق السياسية، لما يتيح من مشاركة حقيقية في وضع السياسة العامة للدولة واتخاذ قراراتها، مما يستوجب أن يلقى الاهتمام الكاف، ويتصور أنه يجب أن يؤكد الشارع التأسيسي على الحق في اكتساب الجنسية وفقاً للإجراءات والقواعد المحددة في القوانين العادية، وفي مقدمتها تحقق ازدواج بعلم الدولة وموافقتها، ثم بيان انعكاس الازدواج على الترشيح لأي انتخابات رئاسية أو برلمانية أو حتى لعضوية المجالس المحلية (انظر المادة ٦٢ من دستور روسيا)، ومن ناحية رابعة الاهتمام بأدق التفاصيل المتصلة بالسلطة القضائية؛ نظراً لكون السلطة القضائية ركيزة أساسية للدولة القانونية، وهي الحارس الطبيعي للحقوق والحريات^(١).

وهذا ما حدث في دستور ٢٠١٢ وتعديلاته، سواء عن طريق لجنة الخبراء العشرة أم عن طريق لجنة الخمسين، على النحو المار بيانته.

٩- صياغة الدستور والمشاركة العامة: يجب توسيع نطاق المشاركة الشعبية في عملية إعداد الدساتير؛ ويتأتى ذلك من خلال اعتناق أحد الأساليب الديمقراطية في صياغة الوثائق الوطنية والمتمثلة في انتخاب جمعية تأسيسية، أو اللجوء إلى الاستفتاء الدستوري، وإنما أيضاً من خلال تثقيف جماهير الشعب بما يتضمنه الدستور وتشجيعهم على المشاركة.

(١) الدكتور فتحي فكري: إرهافات دستورية - قراءة في دساتير بعض الدول المتحولة إلى الديمقراطية، مجلة الدستورية، العدد التاسع عشر، السنة التاسعة، أبريل ٢٠١١، ص ٨-١٨؛ الدكتورة سعاد الشراوي: البنك المركزي ... اليد الخفية - سلطة متعددة الأبعاد، ٢٠١١ ص ٩٨.

ويمكن استخلاص حق المشاركة العامة في صياغة الدستور من المعنى العام لمفهوم المشاركة الديمقراطية الواردة في الفقرة (أ) من المادة ٢١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي نصت على أن «لكل فرد الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده». كما تضمنت الفقرة الأولى من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ أن «يكون لكل مواطن، دون أي وجه من وجوه التمييز المذكور في المادة (٢) الحقوق التالية التي يجب أن تتاح له فرصة التمتع بها دون قيود غير معقولة (أ) أن يشارك في إدارة الشؤون العامة، إما مباشرة وإما بواسطة ممثلين يختارون في حرية».

ويرى البعض أن المشاركة الجماهيرية في صياغة الدستور تدخل في صميم إدارة الشؤون العامة للبلاد وأن سياق المادتين السابقتين قد ورد بصورة مطلقة بحيث تتضمن حق المشاركة في صياغة الدستور. وقد بلغ عدد المشاركين في صياغة الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ ما يقرب من ربع مليون مواطن شاركوا في الاجتماعات والندوات وورش العمل المخصصة للمساعدة في إعداد وصياغة الدستور العراقي، على الرغم الصعوبات الأمنية والظروف المعيشية^(١).

١٠- التشاور وشفافية العملية الدستورية: من أهم سمات الديمقراطية الحديثة اتساع نطاق المشاركة الجماهيرية في إعداد الدستور وإحاطتهم بما يتضمنه من مبادئ وأسس وحقوق وحریات عامة، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال التشاور وخلق جو للحوار الديمقراطي. وقد يأخذ هذا الحوار شكل مفاوضات طويلة مستفيضة بين التيارات السياسية والكتل المنخرطة في العملية السياسية، خاصة في الدول التي تمر بمرحلة انتقالية أو مرحلة ما بعد النزاع، كجنوب إفريقيا وتونس ومصر وليبيا.

ومن الناحية العملية، فقد استغرقت صياغة دستور جنوب إفريقيا حوالي سبع سنوات اعتباراً من ١٩٨٩ إلى ١٩٩٦ وأخذت شكل المفاوضات بين الخصوم السياسيين، والمتمثل في (نلسون مانديلا) زعيم المؤتمر الوطني الإفريقي و(بيك ديليو بوتا) رئيس الوزراء للاتفاق حول الإجراءات المتبعة والمبادئ التي يجب أن يشملها الدستور الجديد. إلى أن تم أول انتخابات

(١) الدكتور سرهنك حميد البرزنجي: المرجع السابق، ص ٧١.

برلمانية غير عنصرية في نيسان ١٩٩٤ وبلغت نسبة المشاركة في هذه الانتخابات ٨٦٪، وفي أيار من نفس العام اجتمع البرلمان المنتخب بصفته جمعية تأسيسية منتخبة، وتكفل بإعداد الدستور. وقد تم حشد كافة الإمكانيات للحوار والتفاوض والاتصال بالمواطنين ودعوتهم لإبداء آرائهم، وتم عمل حملات إعلامية مكثفة عن طريق وسائل الإعلام المرئية والمسموعة، وشملت تلك الجهود حوالي نسبة ٧٣٪ من المواطنين. وقد تلقت الجمعية التأسيسية ما بين عام ١٩٩٤ إلى عام ١٩٩٦ حوالي مليون اقتراح من المواطنين وأصحاب المصالح والجمعيات المختلفة. وقد أعدت لجان الجمعية التأسيسية الدستور الجديد وفقاً للمبادئ الأساسية للدستور الانتقالي لعام ١٩٩٤^(١).

١١- دور المجتمع الدولي في صياغة الدستور: يبدو دور المجتمع الدولي واضحاً في صياغة الدساتير الديمقراطية من ناحيتين: الأولى أن غالبية الدساتير تضم عدداً من القواعد الدولية، ومن هذه الأحكام ما يتعلق بقواعد إجراءات عقد المعاهدات، فالمادة ٥٣ من الدستور الفرنسي تنص على ضرورة إجازة للتصديق على بعض المعاهدات والقواعد المتعلقة باستخدام القوات المسلحة. الثانية أن وجود دستور مكتوب ينظم ويحترم الحقوق والحريات الأساسية للإنسان أصبح مطلباً لاكتساب العضوية في الأمم المتحدة أو العضوية في أحد الاتحادات مثل الاتحاد الأوروبي^(٢).

وقد لعب المجتمع الدولي متمثلاً في الأمم المتحدة دوراً في صياغة الدساتير المعاصرة، كما حدث صياغة دستور العراق الصادر عام ٢٠٠٥، سواء عن طريق توفير الدراسات الأكاديمية المستفادة من تجاري الدول الأخرى أم عن طريق الأخذ على عاتقها بتوفير الموارد المالية لطبع ونشر العدد الكاف لمسودة الدستور^(٣).

(١) الدكتور سرهنك حميد البرزنجي: المرجع السابق، ص ٧٢-٧٣.

(٢) الدكتور سرهنك حميد البرزنجي: المرجع السابق، ص ٧٥-٧٦.

(٣) الدكتور سرهنك حميد البرزنجي: المرجع السابق، ص ٧٥-٧٦.

المطلب الثاني

علوية الدستور (الوسائل الوقائية الذاتية)

(أ) تمهيد:

يقصد بالعلوية حظر تعديل الدستور باعتباره أحد أهم الوسائل الآليات الوقائية الذاتية المدافعة عن الدستور، والتي تلعب دورًا أساسيًا في استقرار وثبات الدستور والدفاع عنه؛ وذلك من خلال وضع الإجراءات القانونية المعقدة في صلب الوثيقة الدستورية المقيدة لسلطة التعديل، والتي عليها مراعاتها أثناء محاولة القيام بالتعديلات، والتي تختلف في شكلها ومضمونها عن الإجراءات المتبعة في تعديل القوانين العادية. وهذا ما يطلق عليه الجمود الدستوري أو حظر تعديل الدستور، بحيث يجعل من بعض قواعده، لفترة زمنية معينة أو مؤبدة، بمنأى عن سلطة التعديل^(١).

(ب) ماهية جمود الدستور:

الدستور الجامد هو الذي لا يمكن تعديله بالإجراءات العادية لتعديل القانون العادي، وإنما يستلزم تعديله اتباع إجراءات وشروط أكثر شدة وأكثر صعوبة من إجراءات تعديل القانون العادي^(٢).

والدساتير الجامدة هي التي تحدد إجراءات وشروط تعديلها بنصوص صريحة داخلها،

(١) الدكتور سرهنك حميد البر زنجي: المرجع السابق، ص ٨٥؛ الدكتور طعيمة الجرف: القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٤ ص ١٢٤ وما بعده؛ الدكتور محمد حسنين عبد العال: القانون الدستوري، ص ٩٨.

(٢) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق، ص ٤٤٦؛ الدكتور محسن خليل: المرجع السابق، ص ٨٢ - ٨٣؛ الدكتور منذر الشاوي: القانون الدستوري (نظرية الدستور)، منشورات مركز البحوث القانونية (٤) بغداد ١٩٨١ ص ٣٠ وما بعدها؛ الدكتور يحيى الجمل: النظام الدستوري في الكويت مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة، مطبوعات جامعة الكويت - كلية الحقوق والشريعة ١٩٧٠ - ١٩٧١ ص ٦٦ وما بعدها.

وتتميز هذه الإجراءات الخاصة بطولها النسبي بالمقارنة بتعديل القانون العادي، كما تتميز بأن السلطة التي تتولى التعديل تختلف عن السلطة التشريعية العادية في تشكيلها، فهذه السلطة التي تقرر التعديل في النهاية تسمى السلطة التأسيسية المنشأة، وهي من الناحية الشكلية أعلى مرتبة من السلطة التشريعية العادية التي تضع القوانين.

ومفاد ذلك أن الجمود الدستوري يعني وضع الإجراءات الأشد صعوبة وتعقيداً من إجراءات تعديل القوانين العادية. وتكون هذه المغايرة باسئراط إجراءات معينة أو بشروط خاصة أشد وأصعب من تلك الإجراءات والشروط التي تعدل بها التشريعات العادية.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن سيادة الدستورية - بمعنى تصدره القواعد جميعها - ليس مناطها عناصر مادية قوامها مضمون الأحكام التي احتواها، والتي تنظم بوجه خاص تبادل السلطة وتوزيعها والرقابة عليها، بما في ذلك العلائق بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وكيفية مباشرتهما لوظائفهما، وظلائفهما، ونطاق الحقوق التي يمارسها المواطنون، وكذلك الحريات التي يتمتعون بها، ذلك أن الدستور - محددًا بالمعنى السابق على ضوء القواعد التي انتظمها - هو الدستور منظوراً إليه من زاوية مادية بحتة La Constitution au sens materiel وهي زاوية لا شأن لها بعلو القواعد الدستورية وإخضاع غيرها من القواعد القانونية لمقتضاها وإنما تكون للدستور السيادة، حين تهيمن قواعده على التنظيم القانوني في الدولة لتحمل ذراه ولا يكون ذلك إلا إذا نظرنا إليه من زاوية شكلية La Constitution au sens formel لا تتقيد بمضمون القواعد التي فصلها، وإنما يكون الاعتبار الأول فيها عائداً أولاً إلى تدوينها، وثانياً إلى صدورهما عن الجهة التي انعقد لها زمام تأسيسها L, organe Constituant والتي تعلقو - بحكم موقعها من السلطتين التشريعية والتنفيذية - عليهما معا، وإذ هما من خلقها وينبثقان بالتالي عنها، ويلتزمان دوماً بالقيود التي فرضتها، وبمراعاة أن القواعد التي صاغتها هذه الجهة - وأفرغتها في الوثيقة الدستورية - لا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا وفق الأشكال والأنماط الإجرائية التي حددتها بشرط أن تكون في مجموعها أكثر تعقيداً من تلك التي تنزل عليها السلطة التشريعية إذا عن لها تعديل أو إلغاء القوانين التي أقرتها. ودون ذلك تفقد الوثيقة الدستورية التي تمنحها على الإطلاق الموقع الأسمى La Primaute, Absolue والتي لا

تنفصم الشرعية الدستورية عنها في مختلف تطبيقاتها، باعتبار أن التدرج في القواعد القانونية يعكس لزوماً ترتيباً تصاعدياً بين الهيئات التي أقرتها أو أصدرتها^(١).

ويرى البعض أن هناك صلة قوية بين الدستور الجامد وتدوين الدستور، إلا أن الصلة ليست حتمية؛ لأنه من ناحية توجد دساتير مكتوبة ومرنة في نفس الوقت، ومن ناحية أخرى توجد قواعد دستورية نابعة عن العرف وتتصف بالجمود. ومع ذلك يبقى صحيحاً القول بأن الدستور المكتوب هو من حيث المبدأ دستور جامد، إلا أن درجة الجمود تختلف باختلاف الإجراءات المنصوص عليها في الدستور نفسه^(٢). فقد يتحقق الجمود عن طريق تحديد هيئة أخرى بخلاف الهيئة التي تتولى تعديل القوانين العادية، وهي السلطة التشريعية، وقد يرجع هذا الجمود إلى اشتراط إتباع إجراءات معينة لتعديل الدستور.

وتختلف هذه الشروط والإجراءات من دستور لآخر فقد يشترط اجتماع المجلسين التشريعيين في هيئة مؤتمر عند الأخذ بنظام المجلسين. وقد يشترط لإتمام التعديل أغلبية خاصة أعلى من الأغلبية التي تشترط لتعديل القوانين العادية، وقد يلزم موافقة الشعب على التعديل المقترح عن طريق الاستفتاء الشعبي. ويترتب على اتصاف الدستور بصفة الجمود سريان على جميع نصوص الدستور، بحيث لا يجوز تعديل أي نص من النصوص التي تتضمنها الوثيقة إلا عن طريق الإجراءات والأوضاع المشترط إتباعها لتعديل الدستور، سواء كانت النصوص متعلقة بنظام الحكم أم كانت خاصة بموضوعات أخرى مما يطلق عليها القواعد الغير دستورية بطبيعتها. بيد أن صفة الجمود لا تمتد إلى القواعد الدستورية التي تتضمنها قوانين عادية لم توصف بأنها قوانين دستورية؛ إذ يتم تعديلها بقوانين أخرى تصدر بذات الإجراءات^(٣).

(١) الطعن رقم ١٣ س ١٥ ق جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ رقم الجزء ١ ص ٤٠٨.
 (٢) الدكتور حسين عثمان محمد عثمان: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٨ ص ٣٨٠-٣٨٢؛ الدكتور سعد عصفور: المرجع السابق، ص ٨٥، ٨٧؛ الدكتور محسن خليل: المرجع السابق، ص ٩١؛ الدكتور محمود عاطف البنا: المرجع السابق، ص ٦٨. قارن الدكتور عثمان خليل الذي يرى حتمية التلازم بين التدوين والجمود: القانون الدستوري، الكتاب الأول، ١٩٥٦ ص ٢٧.
 (٣) الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٥٠٦-٥٠٧.

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٨٩ من الباب الرابع عشر المعنون بتعديل الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ على أن يكون اقتراح تعديل هذا الدستور، بناء على اقتراح الوزير الأول، ولأعضاء البرلمان، ويجب الاقتراح على مشروع أو اقتراح التعديل في المجلسين بنصوص موحدة ويصبح التعديل نهائياً إذا أقر في استفتاء عام. ومع ذلك فلا يطرح التعديل في استفتاء عام إذا قرر رئيس الجمهورية عرضه على البرلمان مجتمعاً في هيئة مؤتمر، ولا تتم الموافقة على مشروع التعديل في هذه الحالة إلا إذا أيدته ثلاثة أخماس الأعضاء المشتركين في الاقتراح، ويكون مكتب المؤتمر هو مكتب الجمعية الوطنية. ولا يجوز مطلقاً عرض التعديل أو السير في إجراءاته إذا كان يمس سلامة الوطن، ولا يجوز أن يكون الشكل الجمهوري للحكومة موضوع تعديل^(١).

وهذا التعديل مقيد من حيث غايته ومن حيث موضوعه. فمن حيث غايته، فهو غير جائز إذا ما تضمن أو أدى إلى المساس بسلامة الوطن. ومن حيث موضوعه، لا يجوز أن يتناول التعديل الشكل الجمهوري للحكومة، وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من هذا الدستور أن «فرنسا جمهورية لا تتجزأ علمانية ديمقراطية اجتماعية، ولكن تضمن المساواة أمام القانون لجميع

(1) Article 89

• Modifié par LOI constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet... – art. 45

L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement.

Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale.

Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision.

المواطنين...». ومن ثم لا يجوز اقتراح تغيير شكل الحكومة من حكومة جمهورية إلى حكومة ملكية يصل فيها رئيس الدولة إلى منصبه عن طريق الوراثة لا عن طريق الانتخاب.

والإجراءات التي رسمها النص للتعديل أن الذي يمارسه هو رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير الأول ولأعضاء البرلمان بالتساوي لكل منهما على حدة. ولم يحدد النص عدداً معيناً من أعضاء البرلمان يكون لازماً للتوقيع على الاقتراح بالتعديل، وبعد ذلك يجب أن يناقش الاقتراح بالتعديل، ويصوت عليه في مجلس البرلمان «الجمعية ومجلس الشيوخ» كل منهما على حدة، ثم يعرض مشروع التعديل بعد التصويت عليه على الاستفتاء، ولا يصبح نهائياً إلا إذا تمت موافقة الشعب عليه.

ومن المقرر أنه لا يلزم عرض المشروع على الاستفتاء لتعديل الدستور؛ باعتبار أن النص أورد أسلوباً آخر يمكن عن طريقه إجراء تعديل الدستور في حالة اتفاق رئيس الجمهورية والوزير الأول على عرض مشروع التعديل على مجلس البرلمان «الجمعية ومجلس الشيوخ» منعقلين في هيئة مؤتمر أو جلسة مشتركة، ولكن لا يسري التعديل في هذه الحالة ويعتبر نافذاً إلا إذا وافق عليه أغلبية ثلاثة أخماس الأصوات المشتركة في الاقتراع للمجلسين. وفي هذه الحالة لا يجوز أن يحل تصويت مؤتمر المجلسين محل اقتراح كل مجلس على حده؛ لأن تصويت المؤتمر الذي نص عليه الدستور يحل محل الاستفتاء الذي هو إجراء لاحق يضاف إلى عملية تصويت كل من المجلسين منفرداً^(١).

(ج) مبررات الجمود: طرح الفقه الدستوري تبريران، أحدهما تقليدي، والثاني حديث.

أولاً: التبرير التقليدي: تم طرح هذا التبرير من قبل مفكري الثورة الفرنسية، وقدموا سببين: الأول أن الهدف الأساسي للدستور هو ضمان الحقوق الفردية والتي لا يمكن أن تمس من قبل الشارع العادي، بل من قبل هيئة خاصة، مما يعني ضرورة اختلاف إجراءات تعديل القوانين العادية عن القواعد الدستورية، والتي من خلالها حماية الحقوق الفردية من شرور الشارع

(١) الدكتور حسين عثمان: المرجع السابق، ص ٣٨٣ - ٣٨٤.

العادي. السبب الثاني هو مبدأ سيادة الأمة؛ باعتبار أن استقرار وثبات القواعد الدستورية يتوقف بالدرجة الأولى على تقييد سلطة الشارع العادي، وهذا أفضل ضمانة لسيادة الأمة^(١).

ثانياً: التبرير الحديث: أقام البعض صفة جمود الدستور على أساس طبيعة القواعد الدستورية ذاتها، بمعنى أن المرونة أو جمود الدستور تقوم على أساس العلاقة بين القواعد الدستورية والسلطة العليا في الدولة. أما العلاقة التي تربط الدستور بالسلطة العليا فهي علاقة تدرجية في ظل الدستور الجامد، بينما في ظل الدستور المرن هي علاقة أفقية كون القواعد الدستورية والسلطة العليا في الدولة تكونان في نفس المرتبة أو الدرجة.

ويرى البعض الآخر أن الجمود أملت اعتبارات سياسية وليس طبيعة القواعد الدستورية ذاتها، ومن ثم فهو لا ينحدر من علوية مزعومة للقواعد الدستورية على القواعد القانونية الاعتيادية، بل إن الجمود تفرضه، اعتبارات سياسية تبغي أن تتمتع النصوص الدستورية وما تتضمنه من مكاسب سياسية بالاستقرار والثبات وذلك من خلال منع الشارع العادي من المساس بالدستور عن طريق تعديل قواعده^(٢).

ويربط الأستاذ «يردو» بين الجمود والديمقراطية؛ فالجمود له مغزى سياسي هو تثبيت دعائم الديمقراطية في الدساتير الحديثة^(٣).

(د) مزايا الدساتير الجامدة : يضيفي الجمود على الدستور صفة الثبات؛ وأساس ذلك أن المبادئ الدستورية يجب ألا تخضع لأهواء الأغلبية الحزبية في البرلمان، ومن ثم يجب أن تعلق على ذلك فلا تمس بالتعديل بسهولة. ويجب أن يوضع لتعديلها إجراءات شديدة ترفعها عن الخضوع لهذه الأهواء والرغبات الحزبية الممثلة في البرلمان، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن الدساتير الجامدة تتلاءم مع طبيعة المبادئ الدستورية ذاتها باعتبارها أعلى مرتبة من القوانين العادية، فهذه المبادئ التي تقرر نظام الحكم تعلق القوانين العادية، مما يؤدي إلى القول بأن

(١) الدكتور منذر الشاوي: القانون الدستوري، ٤٠-٤٣.

(٢) الدكتور منذر الشاوي: المرجع السابق، ص ٤٦.

(٣) الدكتور منذر الشاوي: القانون الدستوري، ٤٦-٤٧.

إجراءات تعديلها يجب ألا تتساوى مع إجراءات تعديل القوانين العادية^(١).

وفضلاً عن ذلك، يترتب على جمود الدستور التمييز في الدولة بين الهيئة المؤسسة والهيئات المؤسسة. فالدستور الجامد تضعه سلطة تأسيسية، ويحدد الدستور لكل السلطات في الدولة اختصاصها بحيث يتعين عليها أن تزاوله بنفسها، ولا يجوز لها أن تفوض غيرها في مزاولته مالم يخولها الدستور ذلك صراحة^(٢).

(هـ) صور الجمود : يمكن تقسيم الجمود أو حظر تعديل الدستور إلى صورتين: الحظر الدائم والحظر المؤقت^(٣).

أولاً: الحظر الدائم: يقصد به تحريم تعديل بعض المبادئ الواردة في الدستور بصفة دائمة، وذلك كتحریم تعديل المبادئ المتعلقة بنظام الحكم المقرر في الدستور ومبادئ الحرية والمساواة. ويعني ذلك أن تحريم التعديل على هذا الشكل معناه الحظر الذي يكون له صفة الدوام والإطلاق^(٤).

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٧٥ من الدستور الكويتي الصادر في الحادي عشر من نوفمبر ١٩٦٢ على أن «الأحكام الخاصة بالنظام الأميري للكويت وبمبادئ الحرية والمساواة المنصوص عليها في هذا الدستور، لا يجوز اقتراح تنقيحها، مالم يكن التنقيح خاصاً بقلب الإمارة أو بالمزيد من ضمانات الحرية والمساواة».

ويعني ذلك أنه لا يجوز تعديل نص المادة الرابعة من الدستور التي تبين أسس نظام الحكم في الكويت والتي تنص على أن «الكويت إمارة وراثية في ذرية المغفور له مبارك الصباح، ويعين ولي العهد خلال سنة على الأكثر من تولية الأمير، ويكون تعيينه بأمر أميري بناء على تركية الأمير ومبايعة من مجلس الأمة، تتم في جلسة خاصة بموافقة أغلبية الأعضاء الذين يتألف منه المجلس،

(١) الدكتور عثمان خليل: المرجع السابق، ص ٢٨؛ الدكتور محسن خليل: المرجع السابق، ص ٨٣.

(٢) الدكتور سليمان محمد الطهاوي: النظم السياسية والقانون الدستوري «دراسة مقارنة» ١٩٨٨ ص ١٠٩-١١٠.

(٣) الدكتور جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، ٢٠٠٧، ص ١١٠ وما بعدها.

(٤) الدكتور محسن خليل: المرجع السابق، ص ٨٤-٨٥.

في حالة عدم التعيين على النحو السابق يزكي الأمير لولاية العهد ثلاثة على الأقل من الذرية المذكورة فيبايع المجلس أحدهم ولياً للعهد، ويشترط في ولي العهد أن يكون رشيداً عاقلاً وابناً شرعياً لأبوين مسلمين. وينظم سائر الأحكام الخاصة بتوارث الإمارة قانون خاص يصدر في خلال سنة من تاريخ العمل بهذا الدستور، وتكون له صفة دستورية، فلا يجوز تعديله إلا بالطريقة المقررة لتعديل الدستور». كما تتحصن ضد التعديل أحكام الباب الثالث من الدستور المعنون «الحقوق والواجبات العامة»، والتي تتناول بالتنظيم مسائل الجنسية الكويتية والحريات، كحرية الاعتقاد والرأي والبحث العلمي وحرية الصحافة والطباعة والنشر والمراسلة وحرمة المسكن....» في حين يميز النص التعديل إذا تعلق الأمر بـ «الإمارة»، فيجوز على سبيل المثال تعديل الدستور لاستبدال لفظ «المملكة» بلفظ «الإمارة»، وبالنسبة للباب الرابع من الدستور والمتعلق بالحريات العامة للمواطنين، يجوز التعديل إذا كان الهدف منه إضافة مبادئ جديدة تقوي من حرية المواطنين ومساواتهم ببعضهم، بمعنى أن التعديل الجائر هو التعديل بالإضافة لا التعديل بالحذف، أي التعديل الذي لا يؤدي إلى الانتقاص من مظاهر الحرية والمساواة أو إضعاف ضماناتها، وإنما إلى زيادة مظاهرها وتقوية ممارستها^(١).

ثانياً: الحظر المؤقت: يقصد به الحظر المؤقت. مما يعني عدم جواز اللجوء إلى التعديل خلال فترة محددة من الزمن، أي خلال مدة مؤقتة يستعيد بعدها البرلمان حقه في تعديل الدستور طبقاً للشروط والإجراءات المقررة. ومثال ذلك ما تقرره المادة ٩٤ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦ التي حظرت تعديل الدستور طالما أن قوات أجنبية تحتل إقليم الدولة أو جزء منه.

ويتضمن الحظر المؤقت نوعين: الحظر الكلي والحظر الجزئي.

النوع الأول: الحظر الكلي: يعني أنه لا يجوز اقتراح تعديل أي نص في الدستور كله خلال مدة معينة. وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٧٤ من الدستور الكويتي على أنه «لا يجوز اقتراح تعديل هذا الدستور قبل مضي خمس سنوات على العمل به».

ويكشف الحظر عن رغبة الشارع الدستوري في عدم تعديل أحكامه قبل أن تتضح بصورة

(١) الدكتور حسين عثمان: المرجع السابق، ص ٣٩٠-٣٩٢.

واضحة مزاياه وعيوبه وحتى يمكن سريان أحكامه لفترة تكفي لترسيخها في الأذهان قبل أن يباح اقتراح تعديلها. ولا يسري الحظر على الدستور فحسب، وإنما يسري على مذكرته التفسيرية أيضاً؛ باعتبار أنها تأخذ حكم النص الدستوري ذاته. ومن ثم لا يجوز اقتراح تعديل أحكامها، ما تعلق منها بتفسير الدستور أو ما أضاف أحكاماً جديدة إليه، كما يسري نفس الحظر على القوانين المكملة للدستور، ومنها القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٤ في شأن توارث الإمارة، والتي أسبغ عليه الدستور ذات قوته^(١).

النوع الثاني: الحظر الجزئي: يقصد به أنه لا يجوز اقتراح تعديل بعض نصوص الدستور خلال مدة معينة. وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٧٦ من الدستور الكويتي على أن «صلاحيات الأمير الميينة في الدستور لا يجوز اقتراح تنقيحها في فترة النيابة عنه».

ويعني ذلك أنه في حالة تغيب الأمير عن البلاد، تولى نائبه مباشرة اختصاصاته، وللأمير الحق في تنظيم هذه الاختصاصات، وعلى كل حال لا يجوز طيلة فترة النيابة اقتراح تعديل صلاحيات الأمير الميينة في الدستور.

ويلاحظ أن نائب الأمير هو ولي العهد مالم يتعذر قيامه بهذه المهمة، فإذا لم يكن قد تم اختياره أو تعذر عليه النيابة عن الأمير، لكونه على سبيل المثال غائباً عن الإمارة، عين الأمير نائباً يمارس صلاحياته مدة غيابه، ويتم هذا التعيين بأمر صادر عن الأمير^(٢).

(و) القيمة القانونية للنصوص الجامدة في الدستور: يجب أن نفرق بين الحظر الكلي المؤبد «الجمود المطلق» والحظر الجزئي المؤقت «الجمود النسبي».

بالنسبة للحظر المطلق تجدر التفرقة بين مسألتين: الأولى القيمة السياسية للنصوص الجامدة، والثانية القيمة القانونية لهذه النصوص.

فمن حيث القيمة السياسية أو العملية، الرأي متفق على أن هذه النصوص تعتبر مجردة من

(١) الدكتور حسين عثمان: المرجع السابق، ص ٣٩٢.

(٢) انظر المادة ٦١ من الدستور الكويتي.

كل قيمة؛ باعتبار أنه ضد طبيعة الأشياء، ومجرد حواجز من الورق لا تقوى على مجابهة التطورات السياسية، فإذا حدثت ثورة أو وقع انقلاب أطاح بالدستور. وتطبيقاً لذلك، فإن الدستور الفرنسي لعام ١٧٩١ الذي كان ينص على عدم جواز تعديله قبل مضي عشر سنوات ألغى بعد سنة واحدة من صدوره، وفي مصر ألغي دستور سنة ١٩٣٠ وأعيد العمل بدستور ١٩٢٣ قبل مضي نصف المدة التي كانت محددة فيه وهي عشر سنوات أيضاً^(١).

ومن حيث القيمة القانونية، لا يجوز أن تفرض سلطة قائمة في زمن معين إرادتها على من تخلفها من سلطات مستقبلية أخرى، مما يعني أنه لا يجوز أن تسلب منها حقها في اختيار النظام السياسي الملائم، وهذا ما يناقض مبدأ سيادة الأمة؛ لأن الجمود المطلق يعني تنازل الأمة بصورة نهائية عن حقها في تعديل الدستور ينحسم مع التطورات المستجدة في المجتمع^(٢). وقد أثارت مسألة القيمة القانونية للحظر الجزئي أو الجمود النسبي جدلاً واسعاً في الفقه الدستوري.

فذهب رأي إلى أنه في الظروف والأحوال العادية، تكون لتلك النصوص قيمة قانونية وقوة إلزامية شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية الأخرى، الجميع حكماً ومحكومين، ملزمون بالخضوع لها والعمل على مقتضاها. ومن ثم لا يجوز الإقدام على تعديل الدستور في مجال الأحكام التي نص على عدم قابليتها للتعديل، كما لا يجوز تعديل الأحكام التي منع تعديلها خلال فترة معينة قبل انتهاء هذه الفترة^(٣).

وذهب رأي ثاني إلى أن النصوص التي تحرم تعديل بعض المسائل أو تحرم التعديل خلال فترة معينة إن هي إلا مجرد أمان، ولا قيمة لها من الناحية العلمية أو السياسية ولا من الناحية القانونية، فكل دستور قابل للتعديل والتبديل كسائر القوانين العادية، وأن هذه النصوص باطلة

(١) الدكتور فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية ١٩٧٣ ص ٢٣٢-٢٣٣.

(٢) الدكتور سامي جمال الدين: النظم السياسية والقانون الدستوري، نظرية الدولة وأنظمة الحكم فيها في عصر العولمة السياسية والقانون الدستوري المصري، والشرعية الدستورية منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥ ص ٤٧٢؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٥٠٨.

(٣) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٣٠٧-٣٠٩؛ الدكتور عثمان خليل: المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها؛ الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ص ٤٢٨؛ الدكتور فؤاد العطار: المرجع السابق، ص ٢٣٤.

لسببين: الأول أنها تتعارض مع مبدأ سيادة الأمة، فالدستور تعبير عن سيادة الأمة وتجسيد لها، وللأمة بمقتضى هذه السيادة أن تعدّل أو تبدّل في الدستور في أي وقت تشاء. السبب الثاني أن السلطة التأسيسية التي وضعت الدستور في وقت معين في دولة معينة ليست أعلى من السلطة التأسيسية التي تباشر الدستور فيما بعد، فليس للأولى أن تدعى حق تقييد الثانية في ممارسة اختصاصاتها، حتى ولو كان هذا التقييد خاصاً بمسائل معينة أو بمدة معينة^(١).

وذهب رأي ثالث إلى أن النصوص التي تمنع تعديل الدستور لمدة معينة أو في بعض أجزائه نصوص قانونية لها قوة ملزمة، بيد أنها قابلة للتعديل، شأنها في ذلك شأن النصوص القانونية الأخرى، وبإجراء تعديلها يمكن إسقاط الحظر الوارد فيها على التعديل. ومن ثم يمكن تعديل الدستور خلال المدة التي كان محظوراً فيها ذلك، أو بالنسبة للأحكام أو المسائل التي كان محظوراً تعديلها، مما تحصر القيمة الفعلية لهذه النصوص في كونها تؤدي إلى منع إجراء التعديل إلا بعد رؤية وتفكير واتباع إجراءات أكثر طولاً وأشد تعقيداً^(٢).

وذهب الأستاذ «جورج بيردو» - مؤيداً بجانب من الفقه المصري - إلى التفرقة بين الحظر الموضوعي الذي يتعلق بمنع تعديل بعض قواعد الدستور مؤبداً والحظر الزمني أو الوقتي الذي يرتبط بحظر تعديل الدستور كله أو بعضه لمدة زمنية معينة. ويرى أن الحظر الموضوعي مجرداً من القيمة القانونية، ويعتبر النص المتضمن الحظر باطلاً في ذاته؛ لأنه لا يجوز للسلطة التأسيسية للأمة وقت وضع الدستور أن تقيد السلطة التأسيسية في وقت لاحق في المستقبل. أما الحظر الزمني، فهو مشروع، وله ما يبرره، كما في حظر تعديل دستور الدولة أثناء احتلال إقليمها، فإرادة الأمة تكون معيبة وقت الاحتلال، ومن ثم لا يتصور ممارسة السلطة التأسيسية للأمة^(٣).

-
- (١) الدكتور السيد صبري: المرجع السابق، ص ٢١٥-٢١٨؛ الدكتور محسن خليل: المرجع السابق، ص ص ٨٥-٨٨؛ الدكتور محمود حافظ: الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية ١٩٧٦ .
- (٢) الدكتور ثروت بدوي: المرجع السابق، ص ٩٨؛ الدكتور ماجد راغب الحلو: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠ ص ٤٣٨ .
- (٣) الدكتور محمد حسنين عبد العال: المرجع السابق، ص ١٣٤؛ الدكتور يحيى الجمل: المرجع السابق، ص ٧٠ .

ويفرق البعض الآخر بين السلطة الأصلية والسلطة التأسيسية المنشأة. فالنسبة للسلطة التأسيسية الأصلية التي لم تنظمها نصوص خاصة ولم تتلق اختصاصاتها من نص صريح، وإنما تتدخل لوضع دستور جديد في وقت تكون الدولة فيه خالية تماماً من الدساتير النافذة، تكون النصوص التي تمنع التعديل، بصفة دائمة أو مؤقتة، عديمة القيمة تماماً، فهذه السلطة تتمتع باختصاص مطلق، وهي وحدها التي يصدق بالنسبة لها القول أن هذا النص «الذي يمنع التعديل» يشبه المظاهرات السياسية أو الأمانى المجردة، ويصدق بالنسبة لها ما يقال أن السلطة التأسيسية لا يمكن أن تقيد نفسها بقيود ملزمة؛ لأن إرادة صاحب السلطة التأسيسية اليوم ليست أكبر من إرادته غداً حتى نحرمه من التصرف. أما بالنسبة للسلطة التأسيسية المنشأة، فهي التي خلقها الدستور ومنحها اختصاصاً محدداً، ويجب عليها إن أرادت أن تمارس هذا التعديل أن تتلقاه كما وضعه الدستور وفي نفس الحدود التي أرادها^(١).

(ر) الجُمود في الوثائق الدستورية: سبق إيراد نصوص هذا الآليات الذاتية في كل من فرنسا والكويت. وعلى ذلك نكتفي بعرض للدستور الأمريكي والألماني والمصري.

١- دستور الولايات المتحدة الأمريكية: نصت المادة الخامسة من الدستور الأمريكي على أن «يقترح الكونغرس، كلما رأى ثلثاً أعضاء المجلسين ضرورة لذلك، تعديلات لهذا الدستور، أو يدعو، بناء على طلب الهيئات التشريعية لثلاثي مختلف الولايات، إلى عقد مؤتمر لاقتراح تعديلات، تصبح في كلتا الحالتين، قانونية من حيث جميع المقاصد والغايات، كجزء من هذا الدستور، عندما تصادق عليها الهيئات التشريعية لثلاثة أرباع مختلف الولايات، أو مؤتمرات تعقد في ثلاثة أرباع الولايات أياً كانت وسيلة المصادقة التي يقترحها الكونغرس من بين هاتين، على شرط ألا يؤثر أي تعديل يتم ويقر قبل سنة ألف وثمانمائة وثمانية ١٨٠٨ في أية صورة كانت على العبارتين الأولى والرابعة من

(١) الدكتور سامي جمال الدين: النظم السياسية والقانون الدستوري، نظرية الدولة وأنظمة الحكم فيها في عصر العولمة السياسية والقانون الدستوري المصري، والشرعية الدستورية منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥ ص ٤٧٧؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٥٢٥؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: الدستور المصري ومبادئ الأنظمة السياسية، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٤ رقم ١٦٢ ص ١٥٠-١٥١.

الفقرة التاسعة من المادة الأولى، وألا تحرم أية ولاية، دون رضاها، من حق تساوي الأصوات في مجلس الشيوخ».

والبين أن الشارع الأمريكي وضع الإجراءات والآليات التي تصعب عملية تعديل الدستور، سواء ما تعلق بالاقتراح والتصديق أم منع سلطة التعديل من إجراء التعديلات في بعض النصوص أو المسائل لفترة زمنية معينة. فمن حيث اقتراح التعديل استوجب الدستور موافقة ثلثي أعضاء كل من المجلسين «النواب والشيوخ»، أو بواسطة مؤتمر يدعو إليه ثلثا المجالس التشريعية في الولايات.

ومن حيث تصديق التعديل، فبعد اقتراحه بأحد الأسلوبين السابقين، فإنه يحتاج موافقة المجالس التشريعية لثلاثة أرباع الولايات، أو موافقة المؤتمر في ثلاثة أرباع الولايات. كما استبعد واضعو الدستور أيضاً بعض النصوص من التعديل لفترة زمنية مؤقتة «الخطر الجزئي المؤقت» وذلك من خلال منع الكونجرس من إصدار أي تشريع يمس استيراد أو تجارة العبيد التي كانت شائعة في بعض الولايات الجنوبية الأمريكية حين سنة ألف وثمانمائة وثمانية، بل تم رفع درجة الجمود فيما يتعلق بالحق المتساوي في الاقتراع بين الولايات في المجلس الأعلى «الشيوخ»؛ إذ يتطلب تعديل هذا النص إجماع الولايات، وألا تحرم أية ولاية، دون رضاها، من حق المساواة في التصويت.

وقد اعتبر البعض أن نص المادة الخامسة من الدستور الأمريكي من النصوص الدستورية الجامدة جموداً مطلقاً، لا يجوز المساس به إلا بموافقة جميع الولايات^(١).

ويرى البعض الآخر أنه لا يمكن اعتبار الإجماع وهو إجراء لتصعيب عملية التعديل حظراً أو منعاً دستورياً؛ وذلك لاختلافهما في المضمون والجوهر. فالإجماع يصعب عملية التعديل، لكنه لا يحظرها، أما المنع فيستبعد التعديل أساساً^(٢).

٢- القانون الأساسي الألماني: نصت المادة ٧٩ من هذا القانون على أن «تعديل هذا القانون

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: التاريخ الدستوري للولايات المتحدة الأمريكية، عمان ١٩٩٨ ص ١٦٢ وما بعدها.

(٢) الدكتور سرهنك البر زنجي: المرجع السابق، ص ٢٤٣.

يتطلب موافقة ثلثي أعضاء المجلس النيابي الاتحادي وثلثي الأصوات في المجلس الاتحادي. ولا يجوز إجراء تعديلات على هذا القانون الأساسي من شأنها أن تمس تجزئة الاتحاد إلى دويلات اتحادية أو مشاركة الولايات من حيث المبدأ في عملية التشريع بشكل فعال أو بشكل يمس القواعد الأساسية الواردة في المواد ١، ٢٠.»

وقد تضمنت المادة الأولى ثلاث فقرات: الأولى أن كرامة الإنسان غير قابلة للمساس بها، فاحترامها وحمايتها يمثلان واجباً إلزامياً على جميع سلطات الدولة. الثانية يؤمن الشعب الألماني بعدم المساس والإخلال بحقوق الإنسان كقاعدة أساسية للتعيش ضمن أي مجموعة بشرية، وللسلام والعدالة في العالم. الثالث التزام السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية بالحقوق الأساسية الآتية باعتبارها تشريعاً مباشراً ونافذاً.

وقد أوردت المادة ٢٠ منه أن جمهورية ألمانيا هي دولة فيدرالية ديمقراطية بعدالة اجتماعية. وأن الشعب هو مصدر سلطات الدولة، ويمارس الشعب سلطته من خلال الانتخابات والتصويت، ومن خلال أجهزة خاصة بالسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية. وترتبط وتلتزم السلطة التشريعية بالنظام الدستوري، بينما ترتبط وتلتزم السلطة التنفيذية والسلطة القضائية بالقانون والشرعية. ولكافة المواطنين الألمان الحق في مقاومة أي شعب يعتزم أن يقوم بإزالة هذا النظام إذا تعذر عليهم ذلك بوسائل أخرى^(١).

٣- في مصر: نصت المادة (٢٢٦) من دستور ٢٠١٤ على أن «لرئيس الجمهورية، أو لخمسة أعضاء مجلس النواب، طلب تعديل مادة، أو أكثر من مواد وفي جميع الأحوال، يناقش مجلس النواب طلب التعديل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه، ويصدر المجلس قراره بقبول طلب التعديل كلياً، أو جزئياً بأغلبية أعضائه. وإذا رُفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل حلول دور الانعقاد التالي. وإذا وافق المجلس على طلب التعديل، يناقش نصوص المواد المطلوب تعديلها بعد ستين يوماً من تاريخ

(١) الدكتور سرهنك البر زنجي: المرجع السابق، ص ٢٤٣ - ٢٤٤.

الموافقة، فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتائه عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور هذه الموافقة، ويكون التعديل نافذاً من تاريخ إعلان النتيجة، وموافقة أغلبية عدد الأصوات الصحيحة للمشاركين في الاستفتاء. وفي جميع الأحوال، لا يجوز تعديل النصوص المتعلقة بإعادة انتخاب رئيس الجمهورية، أو بمبادئ الحرية، أو المساواة، ما لم يكن التعديل متعلقاً بالمزيد من الضمانات».

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن الدستور لا يدرج في مفهوم القوانين التي تبشر المحكمة الدستورية العليا الرقابة عليها في نطاق ولايتها المنصوص عليها في صدور المادة ٢٩ من قانونها، ذلك أن الدستور مظهر الإدارة الشعبية وتناجها في تجمعاتها المختلفة المترامية على امتداد النطاق الإقليمي للدولة، ولا يعدو تبنيتها للدستور أن يكون توكيداً لعزمها على أن تصوغ الدولة - بمختلف تنظيماتها - تصرفاتها وأعمالها وفق أحكامها، لاعتباره قاعدة لنظام الحكم فيها، وإطاراً ملزماً لحقوق الجماهير وحرّياتها، وعماداً للحياة الدستورية بكل أقطارها وهو بذلك ضابط لها يحدد ملامحها ويقيم بنيانها، وفق قواعد جامدة لا يجوز تعديلها بإتباع الأوضاع الإجرائية التي تعدل بها القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، بل وفق قواعد شكلية معقدة متزمّنة، هي تلك المنصوص عليها في المادة ١٨٩ من الدستور، بما مؤداه أن النصوص الدستورية تغاير النصوص القانونية في مصدرها ومرتبها، وهي مغايرة لازمة أن تكون الإدارة العلى التي تصدر عنها النصوص الدستورية محددة - إملاء - للقيود التي تعمل السلطان التشريعية والتنفيذية في إطارها ومبلورة لقواعد أمره هي الأحق بالنزول عليها احتكاماً إليها وامثالاً لها وإذ كان الدستور قد أقام كلا من السلطين التشريعية والتنفيذية، مبيناً حدود العلاقة بينهما لتباشر كل منهما ولايتها وفق القواعد التي ضبطها الدستور بها، فإن تأسيس هاتين السلطين على مقتضى أحكام الدستور، يفترض انبثاقها عن قواعده، ويدل على أن النصوص القانونية التي أقرتها السلطة التشريعية أو أصدرتها السلطة التنفيذية - وأيا كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو طبيعة الموضوع الذي تتولاه بالتنظيم - هي في حقيقة تكييفها ومنزلتها، دون القواعد الدستورية أهمية ووزناً، ذلك أن مشروعيتها الدستورية لا تقاس إلا على

ضوء أحكام الدستور، الشكلية منها والموضوعية ومن ثم يكون الدستور مرجعاً نهائياً لصحتها أو بطلانها^(١). وأن ما نصت عليه المادة ١٥٢ من الدستور من أن « لرئيس الجمهورية أن يستفتى الشعب في المسائل العامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا»، لا يخرج عن أن يكون ترخيصاً لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية، على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية، و من ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء - الذي رخص به الدستور وحدد طبيعته والغرض منه - ذريعة إلى إهدار أحكامه أو مخالفتها، كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت في الاستفتاء، لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التي لا يجوز تعديلها إلا وفقاً للإجراءات الخاصة المنصوص عليها في المادة ١٨٩ من الدستور، وبالتالي لا تصحح هذه الموافقة ما قد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور، وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعي أدنى مرتبة من الدستور، فتتقيد بأحكامه، وتخضع بالتالي لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية. هذا فضلاً عن أن النص التشريعي المطعون عليه، قد صدر في شأن يتعلق بحق فئة من المواطنين في مباشرة الحقوق السياسية التي كفلها الدستور، و التي ينبغي على سلطة التشريع ألا تنال منها وإلا وقع عملها مخالفاً للدستور و من ثم لا يكون ذلك النص قد تناول مسائل سياسية تنأى عن الرقابة الدستورية على نحو ما ذهبت إليه الحكومة، ويكون الدفع المبدى فيها بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى - برمته - على غير أساس متعيناً رفضه^(٢).

(ز) نتائج سمو الدستور : تعد دستورية القوانين من أهم النتائج المترتبة على سمو الدستور، وذلك بان تكون كافة القوانين العادية متفقة مع الدستور، بحيث انه يجب أن تصدر القوانين العادية من السلطة التشريعية في نطاق ما تتضمنه القوانين الدستورية من قواعد وأحكام وبذلك يمتنع على القوانين العادية أن تحالف القوانين الدستورية، وأن أي قانون عادي يكون مخالف لقانون دستوري يكون قانوناً باطلاً" وذلك لكونه قانون غير دستوري، أو مخالف لأحكام

(١) الطعن رقم ٢٣ س ١٥ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ١٤٠ .

(٢) الطعن رقم ٥٦ س ٦ ق جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ مكتب فني ٣ رقم الجزء ١ ص ٣٥٣.

الدستور^(١).

وتعد دستورية القوانين نتيجة منطقية لسمو القوانين الدستورية. إذا ما كانت القوانين الدستورية أسمى من القوانين العادية فان هذه الأخيرة لا يصح أن تخالفها ويجب عليها أن تسير ضمن إطار الدستورية^(٢).

ويتضح تأثير سمو الدستور وفاعليته لتحقيق الغاية من وجود الدستور في كونه يتجسد في هذه النتيجة بشكل مباشر من حيث التأثير في أنه وبموجب هذا الأثر تحكم قواعد وأحكام الدستور جميع أوجه النشاط المنظم في الدولة، ويكون ذلك من خلال سريان أثر أحكام الدستور على أوجه النشاط الأخرى في المجتمع والتي لا يحكمها الدستور بشكل مباشر، والتي يجب أن تكون خاضعة له طبقاً لفكرة الدستور وفلسفته في الوصول إلى أهدافه حيث انه من المعلوم إن الدستور يحكم مسائل معينة بشكل مباشر، ألا وهي تلك المسائل التي تدخل ضمن موضوعاته التي تطرقنا إليها فيما تقدم، ولكنه وبموجب مفهوم (دستورية القوانين) سوف يحكم وبشكل غير مباشر جميع أوجه النشاط الأخرى التي تحكمها القوانين العادية وذلك من خلال حكم هذه القوانين نفسها وتسييرها على نحو يتفق مع أحكامه وبذلك يصبح الدستور حاكماً لكل ما موجود في الدولة من حكام ومحكومين وذلك في جميع أوجه النشاط والعلاقات التي تنظم بموجب القانون. وتكون هذه الإمكانية للدستور فعالة من خلال الأثر المترتب على مخالفة الدستور ألا وهو بطلان الأنشطة والقوانين المخالفة. ولكن السؤال الذي يثار هنا هو، هل إن تفعيل دستورية القوانين يحتاج إلى نص صريح في الدستور يشير إلى ذلك؟.

على الرغم من كون بعض الدساتير تذهب إلى الإشارة الصريحة إلى البطلان بالنسبة إلى القوانين التي تصدر مخالفة لأحكامها، فإن اتجاه الفقه يذهب إلى أن تقرير هذا البطلان لا يحتاج إلى وجود مثل هذا النص؛ إذ أنه أمر يتقرر ضمناً" وكنتيجة منطقية لفكرة جمود الدستور المرتبطة

(١) الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله: المبادئ العامة للقانون الدستوري، ص ١٨٦.

(٢) الدكتور محمود محمد حافظ: الوجيز في القانون الدستوري، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٦٤.

بفكرة السمو^(١).

وإذا كانت نتيجة البطلان المترتبة منطقياً على مبدأ سمو الدستور هي الأثر المترتب على حالة عدم الدستورية، سواء تم إقرار ذلك صراحة أم ضمناً^(٢)، نتساءل عن كفاية هذا الحكم لتفعيل دستورية القوانين؟ وكيف يتم تقرير هذا الحكم؟.

الحقيقة أن الكثير من الدول لا تكتفي بجزاء البطلان كنتيجة على عدم دستورية القوانين، بل إنها تذهب إلى إيجاد آلية معينة لتفعيل ذلك وضمان الدستورية ويكون ذلك بالأخذ بآلية الرقابة على دستورية القوانين والتي تتخذ أكثر من صورة أو شكلية باختلاف الدول التي تأخذ بها.

وتتلخص فكرة الرقابة بإيجاد آلية معينة لحماية أحكام الدستور ومراقبة مدى اتفاق القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، ويكون ذلك من خلال هيئات سياسية أو قضائية وقد تكون هذه الرقابة سابقة على صدور القوانين أو قد تكون لاحقة على إصدارها، أي إنها أما أن تكون وقائية أو علاجية. وتعد آلية الرقابة هذه بأنواعها وأشكالها من الوسائل الناجحة لإعمال الدستور. ويختلف مدى نجاحها وفعاليتها بحسب نوعها وإجراءاتها، ومن الدول التي أخذت بها فرنسا والولايات المتحدة وإيطاليا ومصر والكويت والسودان^(٣). و العراق في قانون إدارة الدولة لعام (٢٠٠٤) ودستور عام (٢٠٠٥).

ونخلص من كل ما تقدم إن الدستور قانون، وأنه قانون ذو خصوصية، وتنبع هذه الخصوصية من أهمية أحكامه من الناحية الموضوعية والشخصية؛ إذ إنه من الناحية الموضوعية ينظم مسائل معينة في غاية الأهمية بالنسبة إلى الدولة ومن الناحية الشخصية فإنه يخاطب بأحكامه كل ما موجود في الدولة من أشخاص وعلى رأسهم الحكام وأن هذه الخصوصية لقانون الدستور جعلت أحكامه تمتاز بالسمو والسيادة على كل ما موجود في الدولة وضرورة تفعيل ذلك أعطته

(١) الدكتور ابراهيم عبد العزيز شيجا: المبادئ الدستورية العامة، ص ١٨٦.

(٢) الدكتور محمود محمد حافظ: المرجع السابق، ص ٦٤؛ الدكتور محسن خليل، مرجع سابق، ص ١٢٢.

شكلية معينة لتفعيل ذلك باعتباره الإطار التنظيمي العام لكل ما موجود في الدولة من أنشطة وعلاقات تحتاج إلى تدخل القانون لتنظيمها.

المبحث الثاني

سيادة القانون^(١)

(أ) في الفقه: مبدأ الشرعية وسيادة القانون هو أساس الحكم في الدولة، وهو مبدأ يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده في كافة أعمالها وتصرفاتها بما يصون للشرعية بنائها.

ومبدأ سيادة القانون يعني أن القانون يجب أن يسود داخل الدولة، وأن تعلق أحكامه على جميع الإرادات الموجودة فيها، سواء كانت تلك الإرادات حاكمة أم محكومة^(٢).

ومؤدى الأخذ بفكرة الدولة القانونية تطبيق مبدأ المشروعية وسيطرة حكم القانون، ومن ثم وجوب قيام نظام الحكم في الدولة على أساس سيادة القانون، بمعنى أن يكون القانون هو السيد الأعلى، وإن إرادات الأفراد، مهما علوا في مدارج السلطة، هي إرادات محكومة، فهي إرادات تخضع لحكم القانون^(٣).

(١) انظر المادة ٧٤ من دستور ٢٠١٢؛ تقابل المادة ٩٤ من دستور ٢٠١٤.

نص الفصل التاسع من الدستور الإسباني على أن:

١ - يتقيد المواطنون والسلطات العمومية بالدستور وبباقي النظام القانوني.

٢ - تضطلع السلطات العمومية بمهمة تهيئة الظروف الملائمة حتى يتمتع الفرد والجماعات التي ينتمي إليها بالحرية والمساواة بشكل حقيقي وفعلي. كما تضطلع بمهمة تذليل العقبات التي تقف في وجه الحرية والمساواة أو تقلصها، ومن مهامها أيضاً تسهيل مشاركة كل المواطنين في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية.

٣. يضمن الدستور مبدأ الشرعية وتراتبية التشريعات ونشر القوانين وعدم رجعية القوانين العقابية التي لا تتماشى مع الحقوق الفردية أو تقلصها، كما يضمن الأمن القانوني ومسؤولية السلطات العمومية ومنع تعسفها.

(٢) الدكتور يحيى الجمل: النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية ١٩٧٤ ص ١٤٧.

(٣) الدكتور جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، دار النهضة العربية ١٩٩٦ ص ٢٩٥؛ الدكتور عمرو أحمد

حسبو: القانون الدستوري، دار النهضة العربية ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٢٨٣.

ويفهم القانون بمعناه الواسع، فلا يقتصر معناه على القانون أو التشريع العادي الذي يصدر من السلطات التشريعية، بل يشمل اصطلاح القانون في مفهوم مبدأ سيادة القانون - جميع القواعد القانونية وفي طليعتها القواعد الدستورية، ثم القواعد القانونية البرلمانية (القانون العادي)، وأيضاً اللوائح، وأخيراً المبادئ القانونية العامة التي يكشف عنها القضاء^(١).

ويقصد بنظام الدولة القانونية خضوع الدولة للقانون بما تعنيه من خضوع جميع الأشخاص داخل الدولة، الطبيعية منها والاعتبارية، الخاصة والعامة، الأفراد والهيئات للقواعد القانونية^(٢).

ويعد مبدأ خضوع الدولة للقانون عنصراً من عناصر الدولة القانونية، ومن ثم لا يجوز للدولة أن تتخذ إجراء، سواء كان عملاً مادياً أم قراراً إدارياً، إلا بمقتضى القانون وتنفيذاً للقانون. ومرد ذلك أمرين: الأول هو أنه حتى يتحقق مبدأ خضوع الدولة للقانون يلزم أن تكون الإجراءات الفردية التي تتخذها السلطات العامة فيها منفذة لقواعد عامة مجردة موضوعة سلفاً، وبذلك تسود العدالة والمساواة. الأمر الثاني هو أن القانون في الدول الديمقراطية يصدر عن هيئة منتخبة تمثل الشعب وتمارس السيادة باسمه، وخضوع الإدارة للقانون يحقق لتلك الهيئة المنتخبة الهيمنة على تصرفات الإدارة^(٣).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن «الدستور إذ نص في المادة ٦٥ منه على خضوع الدولة للقانون وإن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات، فقد دل بذلك على أن الدولة القانونية هي التي تنقيد في كافة مظاهر نشاطها - وأياً كانت طبيعة سلطاتها - بقواعد قانونية تعلو عليها وتكون بذاتها ضابطاً لأعمالها وتصرفاتها في أشكالها المختلفة، ذلك أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد، ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها. ولئن صح بأن السلطة لا تعتبر مشروعة ما لم تكن وليدة الإرادة الشعبية

(١) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٨ ص ٧٢١.

(٢) المستشار عبد العزيز سالم: الدولة القانونية ورقابة دستورية القوانين (١)، مجلة الدستورية، العدد السادس عشر، السنة السابعة، أكتوبر ٢٠٠٩ ص ٥٣.

(٣) الدكتور ثروت بدوي: النظم السياسية، دار النهضة العربية ٢٠٠٥ ص ١٥٨.

وتعبيراً عنها، إلا أن انبثاق هذه السلطة عن تلك الإرادة و ارتكازها عليها لا يفيد بالضرورة إن من يارسها مقيد بقواعد قانونية تكون عاصماً من جموحها وضماناً لردّها على أعقابها إن هي جاوزتها متخطية حدودها، و كان حتماً بالتالي أن تقوم الدولة في مفهومها المعاصر - وخاصة في مجال توجيهها نحو الحرية - على مبدأ مشروعية السلطة مقترناً و معززاً بمبدأ الخضوع للقانون باعتبارهما مبدأن متكاملان لا تقوم بدونهما المشروعية في أكثر جوانبها أهمية، ولأن الدولة القانونية هي التي تتوافر لكل مواطن في كنفها الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحرياته، ولتنظيم السلطة وممارستها في إطار من المشروعية، وهي ضمانة يدعمها القضاء من خلال استقلاله وحصانته لتصبح القاعدة القانونية محوراً لكل تنظيم، وحداً لكل سلطة، ورادعاً ضد العدوان^(١).

وقد خلط البعض بين الشرعية والمشروعية، فانتهى إلى أن مبدأ الشرعية في القانون الجنائي الذي يعبر عنه عادة بتعبير «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» هو صورة من صور الشرعية التي تطبق بالنسبة لكافة أنشطة الدولة، والتي يجب أن تلتزم في تصرفاتها بمبدأ الشرعية أو احترام القانون أو مبدأ سيادة القانون، والذي يميز الدولة القانونية عن الدولة البوليسية^(٢).

والواقع أنه تجدر التفرقة بين الشرعية والمشروعية. فالمشروعية تعني خضوع الدولة للقانون، أي التزام جميع أعضاء المجتمع وأجهزة الدولة بالقوانين التي تصدرها السلطة المختصة كأساس لمشروعية أعمال السلطة، مما يكفل احترام حقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة السلطة العامة، وهو مبدأ يسود المجتمع الدولي المعاصر رغم اختلاف بعض الدول في تحديد مضمونه، ويطلق على هذا المبدأ في إنجلترا «حكم القانون»، وفي الولايات المتحدة الأمريكية «الحكومة المقيدة»، وفي مصر وفرنسا «مبدأ سيادة القانون». أما الشرعية الجنائية فيقصد به أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن «الدولة القانونية» - وعلى ما تنص عليه المادة ٦٥ من الدستور - هي التي تتقيد في ممارستها لسلطاتها -

(١) الطعن رقم ٢٢ س ٨ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ٨٩.

(٢) انظر على سبيل المثال الدكتور عبد الأحد جمال الدين: في الشرعية الجنائية، بدون تاريخ، وبدون ناشر، ص ٥٩؛ الدكتور مصطفى فهمي الجوهري: الوجه الثاني للشرعية الجنائية «قرينة البراءة»، دار الثقافة الجامعية ١٩٩٠ رقم ٥٣ ص ٥٢.

أيا كانت وظائفها أو غايتها - بقواعد قانونية تعلق عليها، وتردها على أعقابها إن هي جاوزتها، فلا تتحلل منها، ذلك أن سلطاتها هذه - وأيا كان القائمون عليها - لا تعتبر امتيازاً شخصياً لمن يتولونها، ولا هي من صنعهم، بل أسستها إرادة الجماهير في تجمعاتها على امتداد الوطن، وضبطتها بقواعد آمرة لا يجوز النزول عنها. ومن ثم تكون هذه القواعد قيماً على كل أعمالها وتصرفاتها، فلا تأتيها إلا في الحدود التي رسمها الدستور، وبما يرضى مصالح مجتمعها. إن مضمون القاعدة القانونية التي تعتبر إطاراً للدولة القانونية، تسمو عليها وتقيدها، إنما يتحدد - من منظور المفاهيم الديمقراطية التي يقوم نظام الحكم عليها على ما تقضي به المواد ١ و ٣ و ٤ من الدستور - على ضوء المعايير التي ألزمتها الدول الديمقراطية في ممارستها لسلطاتها، واستقر العمل فيما بينها على انتهاجها باطراد في مجتمعاتها، فلا يكون الخضوع لها إلا ضماناً لحقوق مواطنيها وحرياتهم، بما يكفل تمتعهم بها أو مباشرتهم لها دون قيود جائزة تنال من محتواها أو تعطل جوهرها^(١).

وثمة فوراق بين الدولة القانونية ومبدأ سيادة القانون:

١ - الدولة القانونية تعني خضوع جميع السلطات في الدولة للقانون، ومبدأ خضوع الدولة للقانون هو مبدأ قانوني يهدف إلى حماية صالح الأفراد وحماية حقوقهم ضد تحكم السلطة. أما مبدأ سيادة القانون، فينبع عن فكرة سياسية تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة، وتهدف إلى وضع الجهاز التنفيذي في مركز أدنى بالنسبة للجهاز التشريعي ومنع الأول من التصرف إلا تنفيذاً لقانون أو بتحويل من قانون، وهذه الفكرة السياسية منشؤها أن البرلمان يمثل الإرادة العامة، إرادة الشعب صاحب السيادة.

وحيث إن كل تنظيم في الدولة وكل نشاط يجب أن يصدر عن إرادة الشعب، فإنه ينبغي خضوع السلطة التنفيذية للبرلمان، وكل عمل للسلطة التنفيذية لا يمكن إلا أن يكون تنفيذاً للقانون المعبر عن الإرادة العليا. وهذا الخضوع، أي خضوع الجهاز التنفيذي للجهاز التشريعي لا يقتصر على ما يتعلق بأعمال الإدارة التي تنتج آثاراً خاصة تجاه الأفراد، بل يمتد إلى جميع الإجراءات الإدارية بما فيها تلك التي تخص مجرد التنظيم الداخلي للمرافق الإدارية.

(١) الطعن رقم ٣٦ س ١٨ ق ٨ جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ص ١٠٥٤.

٢- مبدأ خضوع الدولة للقانون أوسع نطاقاً من مبدأ سيادة القانون، فإذا كان الأخير يهدف إلى جعل الجهاز التشريعي - بوصفه منتخباً من الأمة - الجهاز الأعلى في الدولة وأن يجعل إرادته هي الإرادة العليا فيها. ومن ثم فهو لا ينطبق إلا على السلطة التنفيذية، في حين أن نظام الدولة القانونية يقتضي إخضاع جميع السلطات العامة للقانون، فهو لا يقيد السلطات الإدارية فحسب، وإنما يقيد السلطة التشريعية أيضاً.

كما أن مبدأ سيادة القانون يعني خضوع الإدارة للقوانين الشكلية فحسب، في حين أن نظام الدولة القانونية تعني تقييد الإدارة ليس بالقوانين فحسب وإنما أيضاً اللوائح؛ ذلك أنه وفقاً لمبدأ خضوع الدولة للقانون لا يجوز للإدارة أن تلزم الأفراد إلا في حدود القوانين واللوائح المعمول بها، ومن ثم فهي تخضع للوائح الإدارية كما تخضع للقوانين طالما أن تلك اللوائح تبقى معمولاً بها.

٣- مبدأ سيادة القانون خاص بالنظم الديمقراطية؛ إذ يتكون الجهاز التشريعي الذي يقوم بصنع القوانين من نواب عن الأمة يمثلون إرادتها العليا، في حين أن مبدأ الدولة القانونية، كما يرى البعض، يصلح في النظم المختلفة للحكم، سواء كانت ديمقراطية أم دكتاتورية^(١).

ومن أهم ضمانات مبدأ خضوع الدولة للقانون، النص على استقلال القضاء وحصانته؛ فالقضاء بهيئته هو الحصن المنيع الذي يحمي مبدأ سيادة القانون من كل اعتداء، لكن أداء القضاء لهذا الدور القومي يقتضي أن يعترف باستقلال القضاء كسلطة عامة عن باقي سلطات الدولة، وأن يعترف بحصانة القضاة وهذه الحصانة تتفرع عن استقلال القضاء^(٢).

(ب) في قضاء المحكمة الدستورية:

مبدأ خضوع الدولة للقانون - محددًا على ضوء مفهوم ديمقراطي - مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق والضمانات التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولياً لقيام الدولة

(١) الدكتور ثروت بدوي: الدولة القانونية، مجلة إدارة قضايا الدولة، السنة الثالثة، العدد الثالث، يوليو- سبتمبر ١٩٥٩؛ المستشار الدكتور عبد العزيز سلمان: المقال السابق، ص ٥٦-٥٧.

(٢) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق، ص ٧٢٢-٧٢٣.

القانونية وكان لا يجوز أن يكون العمل القضائي موطئاً لشبهة تداخل تجرده وتثير ظلالاً قائمة حول حيده فلا يطمئن إليه متقاضون استرابوا فيه بعد أن صار نائياً عن القيم الرفيعة للوظيفة القضائية وكان النص الطعين قد خول هيئة التحكيم الفصل في طلب ردها لتقول كلمتها في شأن يتعلق بذاتها وينصب على حيادها وكان ذلك مما ينافي قيم العدل ومبادئه وينقض مبدأ خضوع الدولة للقانون ويتتهك ضمانة الحيادة التي يقتضيها العمل القضائي بالنسبة إلى فريق من المتقاضين بينما هي مكفولة لغيرهم فانه بذلك يكون قد خالف أحكام المواد ٤. و ٦٥ و ٦٧ و ٦٨ و ٦٩ من الدستور. إن إبطال هذه المحكمة للنص الطعين يقتضي تدخل السلطة التشريعية لإقرار نص بديل يتلافى العوار الدستوري السابق بيانه إعمالاً للحجية المطلقة التي أسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها في المسائل الدستورية والتي لازمها نزول الدولة بكامل سلطاتها عليها لتعمل بوسائلها وأدواتها - ومن خلال سلطة التشريع أصلياً أو فرعياً كلما كان ذلك ضرورياً - على تطبيقها^(١).

نصوص الدستور لا تتعارض أو تتهادم فيما بينها ولكنها تتكامل في إطار الوحدة العضوية التي تنتظمها من خلال التوفيق بين مجموع أحكامها وربطها بالقيم العليا التي تؤمن بها الجماعة في مراحل تطورها المختلفة. ويتعين دوماً أن يعتد بهذه النصوص بوصفها متألّفة فيما بينها لا تتماحي أو تتآكل بل تتجانس معانيها وتتوافر توجهاتها ولا محل بالتالي لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصادمها ذلك أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها يفترض العمل بها في مجموعها باعتبار أن لكل نص منها مضموناً ذاتياً لا يعزل به عن غيره من النصوص أو ينافيها أو يسقطها بل يقوم إلى جوارها متسانداً معها مقيداً بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التي تجمعها وإذا كان الدستور قد نص في المادة ٦٥ منه على خضوع الدولة للقانون دالاً بذلك على الدولة القانونية هي التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها - وأياً كانت طبيعة سلطاتها - بقواعد قانونية تعلو عليها وتكون بذاتها ضابطاً لأعمالها وتصرفاتها في أشكالها المختلفة، باعتبار أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها ومن ثم

(١) الطعن رقم ٨٤ س ١٩ ق جلسة ٦ نوفمبر ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية س ٩ ج ١ ص ٣٨٥.

فقد أضحى مبدأ خضوع الدولة للقانون مقترناً بمبدأ مشروعية السلطة هو الأساس الذي تقوم عليه الدولة القانونية متى كان ذلك، وكان الدستور يؤكد في المادة ٧٣ منه مسئولية رئيس الجمهورية عن احترام الدستور وسيادة القانون ورعاية الحدود بين السلطات فإنه إذا ما قرر ملائمة إصدار قرار بقانون لمواجهة أحد الأخطار التي أشارت إليها المادة ٧٤ من الدستور فإن هذه السلطة تكون مقيدة بالضوابط المقررة لممارسة هذا الاختصاص التشريعي الاستثنائي وأخصها تلك التي تضمنتها المادة ١٤٧ من الدستور، ذلك أن ما تقرره المادة ٧٤ من سلطات لرئيس الجمهورية لمواجهة الأخطار المشار إليها فيها لا يعني الترخيص في تجاوز الضوابط والخروج على القيود التي تضمنتها مبادئ الدستور الأخرى وفي مقدمتها ألا تمارس السلطة التنفيذية شيئاً من الوظيفة التشريعية إلا على سبيل الاستثناء وفي الحدود الضيقة التي أجاز فيها الدستور ذلك في المادة ١٤٧ منه^(١).

الدولة القانونية هي التي تتقيد في ممارستها لسلطاتها - أيًا كانت وظائفها أو غايتها - بقواعد قانونية تعلو عليها، وتردها على أعقابها إن هي جاوزتها، فلا تتحلل منها، ذلك أن سلطاتها هذه - وأيا كان القائمون عليها - لا تعتبر امتيازاً شخصياً لمن يتولونها، ولا هي من صنعهم، بل أسستها إرادة الجماهير في تجمعاتها على امتداد الوطن، وضبطتها بقواعد أمرة لا يجوز النزول عنها. ومن ثم تكون هذه القواعد قيداً على كل أعمالها وتصرفاتها، فلا تأتيتها إلا في الحدود التي رسمها الدستور، وبما يرمى مصالح مجتمعتها. إن مضمون القاعدة القانونية التي تعتبر إطاراً للدولة القانونية، تسمو عليها وتقيدها، إنما يتحدد - من منظور المفاهيم الديمقراطية التي يقوم نظام الحكم عليها - على ضوء المعايير التي التزمها الدول الديمقراطية في ممارستها لسلطاتها، واستقر العمل فيما بينها على انتهاجها باطراد في مجتمعاتها، فلا يكون الخضوع لها إلا ضماناً لحقوق مواطنيها وحرياتهم، بما يكفل تمتعهم بها أو مباشرتهم لها دون قيود جائزة تنال من محتواها أو تعطل جوهرها^(٢).

(١) الطعن رقم ١٥ س ١٨ ق جلسة ٢ يناير ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية س ٩ ج ١ ص ١٣٣ .

(٢) الطعن رقم ٣٦ س ١٨ ق جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ١٠٥٤ .

المبحث الثالث

القضاء الدستوري

(أ) التعريف بالقضاء:

١- **القضاء في اللغة:** يعني الحكم، والقضاء عمل القاضي. ورجال القضاء الهيئة التي يوكل إليها بحث الخصومات للفصل فيها طبقاً للقوانين. والقضاء: ما يقضي به الله على عباده. والقضية: الحكم، وهي مسألة يتنازع فيها وتعرض على القاضي أو القضاة للبحث والفصل. وقضى قضاء: حكم وفصل. ويقال قضى بين الخصمين، وقضى له، وقضى عليه، وقضى بكذا، فهو قاض. وقاضاه: حاكمه. واقتضى الدين طلبه، واقتضى منه حقه: أخذه. وتقاضاه الدين: طلبه منه. والقاضي: القاطع للأمور المحكم لها، والقاضي من يقضي بين الناس بحكم الشرع. والقاضي من تعينه الدولة للنظر في الخصومات والدعاوى وإصدار الأحكام التي يراها طبقاً للقانون^(١).

٢- **في الاصطلاح:** عرف الفقهاء القضاء بتعاريف تعددت فيه عباراتهم، وانفرد كل منهم تقريباً بما رأى من مقومات التعريف:

فقد عرفه ابن فرحون في كتابه «تبصرة الحكام» والإمام علاء الدين أبو الحسن بن خليل الطرابلسي في كتابه «معين الحكام» باعتباره ما يصدر عن القاضي من القول الذي يقع به الفصل بأنه «الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام».

ومن الفقهاء من نظر إلى ما يترتب على هذا الإخبار من قطع الخصومات، فقال «هو الفصل بين المتخاصمين».

وعرفه الشيخ عميرة الشافعي «بأنه إلزام ممن له» أي ممن له الإلزام في الوقائع الخاصة بحكم

(١) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ ص ٥٠٦.

الشرع لمعين أو غيره، فيخرج بالإلزام المفتي، وبخاصة العامة، ومن ثم كان الحكم بثبوت الهلال مجرد ثبوت؛ لأن الحكم على عام غير ممكن.

وعرف الجمهور القضاء بأنه الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للنزاع بالأدلة الشرعية^(١).

وهذا التعريف شامل تدرج فيه جميع الولايات الخاصة التي يشملها القضاء، وتكون جزءاً منه، كما أن هذا التعريف يمنع دخول الولايات الأخرى التي لا تختص بالقضاء، ولا تدرج تحته، كما منع من دخول الفتيا؛ لأنها ليست للفصل الملزم في الخصومات، ولكنها لبيان حكم الشرع في الواقعة المستفتى فيها على جهة العموم والشمول^(٢).

وبيان ذلك أن الحنفية يعرفون القضاء بأنه «الفصل بين الناس في الخصومات، حسماً للتداعي وقطعاً للنزاع بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة».

وقد أخذ على هذا التعريف بأنه غير مانع؛ إذ قد يدخل فيه الصلح بين الخصمين^(٣).

وعرفه ابن عبد السلام بأنه «إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه»^(٤).

وعند المالكية: عرفه ابن رشد بأنه «حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام»^(٥).

وقال ابن عرفة بأنه «صفة حكمية، توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين».

ويقصد بعبارة «حكمية» اعتبارية، وعبارة «توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي» أي أن

(١) الأحكام في الفتاوى للقرافي.

(٢) الأستاذ إبراهيم نجيب محمد عوض: القضاء في الإسلام، تاريخه ونظامه، القاهرة، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ ص ٧.

(٣) رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، الجزء الخامس، ص ٣٥٢.

(٤) معنى المحتاج، الجزء الرابع، ص ٣٧٢.

(٥) تبصرة الحكام، الجزء الأول، ص ١٢؛ مواهب الجليل، الجزء السادس، ص ٨٦.

هذه الصفة الحكمية توجب إيجاباً شرعياً إمضاء ما حكم به. فخرج به من ليس له تلك الصفة فإنه لا يجب نفوذ حكمه. وقوله «ولو بتعديل أو تجريح»، يريد أنها توجب نفوذ حكمه في كل شيء ولو كان بتعديل أو تجريح، وقوله لا في «عموم المسلمين» أخرج به الإمام أو رئيس الدولة؛ لأن القاضي ليس له قسمة الغنائم ولا تفريق أموال بيت المال، ولا ترتيب الجيوش ولا قتل البغاة ولا الإقطاعات.

والمراد بنفوذ حكمه نفوذ جميع أحكامه، وبهذا يخرج التحكيم، وكذلك تخرج ولاية الشرطة وأخواتها؛ لأنها خاصة ببعض الأحكام، والحسبة فإنها لا خاصة بأحكام السوق.

وعرفه الدردير بأنه «حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده، كدين وحبس، وقتل، وجرح، وضرب، وسب، وترك صلاة، ونحوها، وقذف، وشرب، وزنا، وسرقة، وغصب، وعدالة، وضدها، وذكرورة، وأنوثة، وموت، وحياة، وعقل، وسفه، ورشد، وصغر، وكبر، ونكاح، وطلاق، ونحو ذلك، ليرتب ما ثبت عند مقتضاه أو حكمه بذلك المقتضى»^(١).

ويلاحظ أن الدردير بعد أن أورد هذا التعريف أراد أن يبين معنى عبارة «ليرتب على ما ثبت عند مقتضاه أو حكمه بذلك المقتضى»، فقال: مثاله: لو ثبت عنده دين أو طلاق، فالحكم تارة بالدين أو الطلاق، ليرتب على ذلك: الغرم: أو فراقها، وعدتها، أو يحكم بالغرم أو الفراق «لما ثبت عنده على حسب ما يقتضيه الحال من الرفع له».

وهو تعريف طويل منتقد؛ لأن مبنى التعاريف الاختصار.

وقال القرافي، وهو أحد كبار علماء المالكية - في كتابة الأحكام: «حقيقة القضاء إنشاء إطلاق أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا».

وقوله «إنشاء إطلاق» احتراز من قول من يقول «إن الحكم إلزام، كما إذا رفعت إلى القاضي أرض زال الأحياء عنها، فحكم بزوال الملك فإنها تبقى مباحة، وكذلك الصيد والنحل والحمام البري إذا حيز، ونحو ذلك إذا حكم بزوال ملك الحائز أولاً. فإن هذه الصور كلها إطلاقات وإن

(١) الشرح الصغير، لأحمد الدردير، الجزء الرابع، ص ١٨٥-١٨٦.

كان يلزمها إلزام المالك عند الاختصاص، لكن هذا بطريق الزوم، والكلام إنما هو في المقصود الأول بالذات لا في اللازم؛ لأن الواجب أن ننظر إلى كل حقيقة من حيث هي لا لما يلزمها ويعرض لها. وقوله «أو إلزام» مثل أن يحكم بلزوم الصداق أو النفقة أو نحو ذلك. وقوله: «في مسائل الاجتهاد» احتراز من حكمه على عكس الإجماع فإنه لا عبرة به. وقوله «المتقارب» احتراز عن الخلاف الذي ضعف دليله جداً، فإن القاضي إذا حكم به لا عبرة بحكمه. وقوله «فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا» احتراز من مسائل الاجتهاد في العبادة، ونحوها. فإن التنازع فيها ليس لمصالح الدنيا، بل لمصالح الآخرة^(١).

وينتقد البعض هذا التعريف؛ لأن ولاية إنشاء الأحكام أو الإلزام بها ليست ثابتة للقاضي، بل هي لصاحب الشرع خاصة، ولذلك يقول الفقهاء إن حكم القاضي مظهر للحق وليس مثبتاً له، أي ليس منشأً له. فالإلزام الذي يصدر من القاضي إلزام في ظاهر الأمر فحسب، أي ليس إلزاماً حسيماً، وأما التنفيذ الحسي فهو للسلطة التنفيذية، وهو تنفيذ للإلزام الذي ثبت بخطاب الشارع. ولهذا فالصحيح أن القضاء إخبار وليس إنشاء، والإلزام هو الذي يميز القضاء عن الفتوى، وتشترك الفتوى مع القضاء في أن كل منهما إخبار عن الحكم الشرعي، ولكن الذي يميز القضاء عن الفتوى أن الفتوى إخبار عن الحكم ولا إلزام فيها، أما القضاء فهو إخبار عن الحكم الشرعي على سبيل الإلزام^(٢).

وفي تعريف الشافعية جاء بأنه: «فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى»^(٣). وعرفه بعضهم أيضاً أنه «إلزام من له الإلزام بحكم الشرع».

ويرد على التعريفين أنها غير مانعين؛ لأنها شاملان لرياسة الدولة، والتعريف الأول يشمل حكم المحكم أيضاً.

(١) الأستاذ إبراهيم نجيب محمد عوض: القضاء في الإسلام، تاريخه ونظامه، القاهرة، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥ ص ٥ - ٧.

(٢) الدكتور عبد العال عطوة: محاضرات في علم القاضي والقرائن والنكول عن اليمين والقيافة، ص ١٢؛ الدكتور محمد رأفت عثمان: النظام القضائي في الفقه الإسلامي، مكتبة دار البيان، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ - ١٩٩٤ ص ١٥.

(٣) مغني المحتاج، الجزء الرابع، ص ٣٧١؛ حاشية الشرقاوي على التحرير، الجزء الثاني، الجزء الثاني، ص ٤٩١.

وعرفه الحنابلة، بأنه الحنابلة بأنه الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات^(١). وهناك تعريف آخر في كتب الحنابلة هو: تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات^(٢).

وعرفه الصنعاني بأنه «إلزام ذي الولاية بعد الترافع»، وذكر الصنعاني تعريفاً آخر لغيره من العلماء هو أنه «الإكراه بحكم الشرع في الوقائع الخاصة لمعين أو جهة» ثم بين أن المراد بالجهة كما لو حكم القاضي لبيت المال «الخزانة العامة للدولة» أو عليه^(٣).

وهكذا فالتعاريف كلها تجتمع في أن القضاء هو إلزام المتخاصمين والناس جميعاً بالحكم الشرعي وتنفيذه عليهم.

والقضاء في الاصطلاح يدور معناه على فصل الخصومات، وقطع المتنازعات بحكم شرعي على سبيل الإلزام.

والتعريف المختار أن القضاء هو الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي، بكيفية مخصوصة. ويقصد بهذه الكيفية: طريقة رفع الدعوى إلى القاضي، والأساليب والضوابط التي يلتزم بها القاضي والخصوم في إجراء التقاضي والترافع أمام القاضي، ووسائل الإثبات للحق المدعى به، ووسائل دفع الدعوى، والتي على أساس هذه الوسائل للإثبات والدفع للدعوى يصدر القاضي حكمه الحاسم للنزاع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، هذه الأحكام التي تكون ما يسمى «بالقانون الإسلامي»^(٤).

(ب) أركانه: للقضاء أركان ستة تجمع أجزاء ماهيته وهي:

القاضي - المقضي به - المقضي عليه المقضي فيه - المقضي له - كيفية القضاء.

فالقاضي: هو الحاكم المنسوب للحكم.

(١) كشاف القناع، للبهوتي، الجزء السادس، ص ٢٨٥.

(٢) منتهى الإرادات - للفتوح، الجزء الثاني، ص ٥٧١؛ شرح منتهى الإرادات للبهوتي، الجزء الثالث، ص ٤٥٩.

(٣) سبل السلام، للصنعاني، الجزء الرابع، ص ١١٥.

(٤) الدكتور عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، مكتبة البشائر، الطبعة الثانية ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩، رقم ١٢ ص ١٣.

وبالأحرى هو من عين من قبل السلطات للفصل في الدعاوى والخصومات؛ إذ السلطان أو الحاكم أو رئيس الدولة لا يستطيع أن يقوم بكل هذا.

والمقضي به: هو الحكم الصادر عنه. ويقصد به ما يصدر عن القاضي لحسم النزاع وقطع المخاصمة، وهو إما بإلزام المحكوم عليه بكلام ينطق به القاضي فيقول: حكمت عليك بكذا، وهذا يسمى قضاء إلزام أو استحقاقاً بالفعل، مثل ما يقع من الأحكام من القسمة الجبرية، وإما بمنع الحاكم المنازعة بقوله للمدعي ليس لك حق قبل خصمك بعد عجزك عن الإثبات وحلف المدعي عليه، وهذا يسمى قضاء الترك.

والمقضي عليه: هو المحكوم عليه المُلزم بحكم الحاكم.

وهو من يصدر الحكم ضده والمحكوم عليه في حقوق الشرع من يستوفي منه حقه سواء كان مدعي عليه أم لا، والمحكوم عليه قد يكون واحداً وقد يكون متعدد.

والمقضي به: هو في قضاء الإلزام والاستحقاق ما ألزم به القاضي المحكوم عليه من إيفاء المدعي حقه، وهو في قضاء الترك عبارة عن ترك المدعي المنازعة. وعلى كل فالمحكوم به هو الحق، وهو إما أن يكون خالصاً لله أو للعبد أو مشتركاً بينهما، أحدهما غالب، ويلزم أن يكون الحق المحكوم به معلوماً.

والمقضي له: هو المحكوم له على خصمه بالحق الواجب له عليه.

وبالأحرى هو المدعي بحق له خالصاً أو يغلب فيه حقه، فلا بد من أن يدعي الحق المحكوم به ويطلب له به سواء بنفسه أم بواسطة نائب، وكذا لا بد من أن يكون حاضراً هو أو نائبه. ومن هذا يتبين أن القضاء إنما يكون في حادثة، أي من خصم بدعوى صحيحة، فخرج عن القضاء ما ليس بحادثة وما كان من العبادات^(١).

وكيفية القضاء: تعني طرق الحكم الموصولة إليه^(٢).

(١) حاشية الطحاوي، الجزء الثالث، ص ١٧٣ .

(٢) الدكتور عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضي: القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، رسالة دكتوراه كلية الشريعة=

(ج) تعريف القضاء الدستوري:

يشتمل اصطلاح القضاء الدستوري على معنيين: أولهما: عضوي شكلي، والآخر موضوعي. فمن الناحية العضوية أو الشكلية: يقصد بالقضاء الدستوري المحكمة أو المحاكم التي خصها الدستور - داخل التنظيم القضائي في الدولة - من دون غيرها برقابة دستورية التشريع (قضاء دستوري متخصص). ومن الناحية الموضوعية: يعني القضاء الدستوري الفصل في المسائل الدستورية، وهي المسائل التي تثير فكرة تطابق التشريع مع الدستور، وبهذا المعنى ينصرف الاصطلاح إلى القضاء في هذه المسائل، سواء أصدر من محكمة دستورية متخصصة أم من محكمة أخرى من المحاكم العادية أو الإدارية أو غيرها، وذلك طالما تعلق هذا القضاء بالفصل في مسألة دستورية (قضاء دستوري غير متخصص)^(١).

أولاً: الاتجاه العضوي: وفقاً للاتجاه العضوي فإن مصطلح القضاء الدستوري يعني وجود محكمة أو هيئات قضائية متخصصة بالسهر على احترام علوية الدستور أو أنه الجهة القضائية التي خصها الدستور برقابة الشرعية الدستورية عندما تكون الرقابة مركزية (قضاء دستوري متخصص)^(٢).

أو هو هيئة قضائية خاصة ينشأها الدستور ويحدد صلاحياتها ويضمن بقاءها واستقلال أعضائها، ويعرف أيضاً بأنه هيئة أو سلطة دستورية أوجدتها الإرادة الشعبية في الدستور كغيرها من بقية السلطات وحددت صلاحياتها بشكل حصري وذلك لكي تحافظ بالدرجة الأولى على

= جامعة أم القرى، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤ ص ٤٤-٤٥؛ الدكتور محمد سلام مذكور: القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، ص ١٦- ١٨ ؛ ولسيادته أيضاً: المدخل للفقهاء الإسلاميين، تاريخه ومصادره العامة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦ ص ٣٤٤ وما بعدها.

(١) الدكتور بن سالم جمال: القضاء الدستوري في الدول المغاربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه - في القانون العام، جامعة الجزائر ١ بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، ٢٠١٤ - ٢٠١٥، ص ٥٣، ١٥٧ وما بعدها؛ الدكتور عصمت عبد الله الشيخ: مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٧؛ الدكتور محمد إبراهيم درويش: الإدارة القضائية للعدالة، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٣٩ وما بعدها.

(٢) الدكتور عصمت الشيخ: الموضوع السابق.

احترام قواعد توزيع صلاحيات السلطات وعدم انتهاك أي منها لصلاحيات الأخرى التي خصها بها الدستور^(١).

ويرى العميد «ليون ديكي» بأن القضاء الدستوري مؤداه إنشاء محكمة عليا تتوفر فيها كل ضمانات المعرفة والنزاهة والاستقلال الممكنة ويرفع أمامها من قبل الأطراف المعنية موضوع عدم الدستورية وبكلمة واحدة يكون لهذه المحكمة العليا تقرير دستورية أو عدم دستورية القوانين والمراسيم^(٢).

والاصطلاح على هذا النحو يعكس أمرين، يتحدد وفقاً لهما معناه، أولهما: أن القضاء الدستوري لا ينصرف إلا إلى ما يصدق عليه وصف المحكمة دون غيره، وهو ما يكون مفاده أن كل ما لا يعد محكمة أو جهة قضائية، لا يعد قضاءً دستورياً، حتى ولو انعقد له الاختصاص برقابة دستورية القوانين، وترتيباً عليه إذا كانت المحكمة الدستورية في مصر، أو نظيرتها الإيطالية أو الألمانية، تعد قضاءً دستورياً، بوصفها محاكم، بدقة هذا المعنى، فإن المجلس الدستوري الفرنسي لا يعد قضاءً دستورياً، لأنه ليس محكمة، ولا يشكل تشكيلاً قضائياً خالصاً، ولعل هذا ما أفضى إلى نعت رقبته على دستورية القوانين، بأنها رقابة سياسية لا قضائية^(٣).

وثانيهما: لا تعد أي محكمة قضاءً دستورياً، وإنما يلزم أن تكون مختصة برقابة دستورية القوانين فحسب، فإن خالط هذا الاختصاص، اختصاص آخر بالفصل في منازعات غير دستورية، كالمنازعات المدنية أو الجنائية أو الإدارية ... الخ، فإنه ينحسر عنها وصف القضاء الدستوري. وعلى ذلك لا تعد المحكمة الاتحادية العليا بالولايات المتحدة الأمريكية قضاءً دستورياً محضاً وفق هذا المفهوم، نظراً لأنها ليست قضاءً متخصصاً برقابة دستورية القوانين فحسب، وإنما لانعقاد اختصاصها أيضاً بالفصل في غيرها من المنازعات غير الدستورية^(٤).

(١) ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، ج ٣، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٥، ص ٤٩٠.

(٢) ليون ديكي: دروس في القانون العام، ترجمة الدكتور رشدي خالد، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ١٥٢.

(٣) الدكتور محمد باهي أبو يونس: أصول القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص ٦.

(٤) الدكتور محمد باهي أبو يونس: أصول القضاء الدستوري، ص ٧-٨.

وهذا التحديد لمفهوم القضاء الدستوري على هذا النحو، هو اتجاه ضيق وتقليدي، في ذات الوقت؛ إذ إنه يتطلب استبعاد كل وظائف القضاء الأخرى، عدا الرقابة على دستورية القوانين سواء أكان هذا القضاء في شكل محكمة متخصصة، أم أعلى محكمة في الجهاز القضائي، وعلى ذلك فإنه لا يصدق وصف القضاء الدستوري على المحكمة العليا الأمريكية؛ لأنها تملك اختصاصاً استثنائياً، ضد قرارات المحاكم الفيدرالية الأمريكية، بوصفها محكمة آخر درجة، ولا يصدق - من ناحية أخرى - على المحاكم الأوربية الدستورية المتخصصة، رغم تخصصها بالقضاء الدستوري، وذلك لأنها تمارس اختصاصات أخرى، عدا الرقابة على دستورية القوانين؛ إذ إنها تختص بالقضاء في المنازعات بين الحكومة المركزية والحكومات الإقليمية، كما إنها تختص بمحاكمة بعض أعضاء الحكومة وهو ما يسمى (Impeachment)، إضافة إلى اختصاصات أخرى تدخل في مجالات سياسية. كما أنه يستبعد من مجال انطباقه المحاكم الدستورية التي تمارس، اختصاص الرقابة على مشروعية التشريعات الحكومية إضافة إلى اختصاص الرقابة على دستورية تشريعات السلطة التشريعية، (رقابة المشروعية ورقابة الدستورية) (١).

ثانياً: الاتجاه الموضوعي: يركز على وظيفة القضاء الدستوري، فيعرف بأنه نوع من الولاية القضائية التي تنصب على القوانين الدستورية وبالتالي يضمن توزيع الاختصاص بين التشريع العادي والتشريع الدستوري وكفالة احترام الاختصاص من قبل الهيئات العليا داخل الدولة أو أن القضاء الدستوري هو مجموعة القواعد القانونية المستنبطة من أحكام المحاكم في المجال الدستوري أو هو مجموع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وهي بصدد البحث في مسألة الدستورية عندما تكون الرقابة لامركزية «قضاء دستوري غير متخصص» (٢).

فالقضاء الدستوري من الناحية الموضوعية يعني بشكل أساسي، الفصل في المنازعات الدستورية، وهو اصطلاح ينصرف إلى الاختصاص لا إلى القائم به، بمعنى أنه مفهوم مقصور

(1) F.Rubio Lioriente, Constitutional Jurisdiction as Law – Making, Berlin Heidelberg, Springer – Verlag, 1988, p 156 .

(٢) الدكتور ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٧، ص ١١.

على الفصل في الأنزعة الدستورية، بغض النظر عن طبيعة الجهة القائمة عليه، أي يستوي أن تكون محكمة بحقيق معناها أم جهة غير قضائية تماماً، ولذلك فكما يصدق وصف القضاء الدستوري على المحاكم الدستورية، كالمحكمة الدستورية العليا المصرية، يسلم بالنسبة للمجالس الدستورية، كالمجلس الدستوري الفرنسي؛ إذ كلاهما في مقام هذا المفهوم سواء، قضاء دستوري لا لطبيعتهما، وإنما لاختصاصهما بالفصل في المسائل الدستورية، وكما يصح أن يوصف القضاء الدستوري المتخصص إنفراداً بالفصل في هذه المسائل، يصدق على المحاكم التي ينعقد لها هذا الاختصاص، بجانب ما لها من اختصاص بالفصل في المنازعات غير الدستورية، وبذلك هو يصدق على المحكمة الاتحادية العليا بالولايات المتحدة الأمريكية^(١).

وفي إطار الاتجاه الموضوعي في تعريف القضاء الدستوري فإنه بالإمكان التمييز بين معنيين للقضاء الدستوري، فهناك القضاء الدستوري وفق المعنى العام والقضاء الدستوري وفق المعنى الخاص.

١- القضاء الدستوري وفق المعنى العام: هو ما يعرف بالنموذج الأمريكي، أي يتمثل القضاء الدستوري في محكمة من محاكم القضاء العام وتكون أعلى محكمة في التنظيم القضائي، والمثال الأبرز لهذا الاتجاه هو المحكمة العليا الأمريكية؛ إذ تشاركها بقية المحاكم بجزء من اختصاصها، والأهم، وهو رقابة دستورية القوانين؛ إذ إن جميع المحاكم الأمريكية تمارس الرقابة القضائية على دستورية القوانين في حدود اختصاصاتها، فمحاكم الولايات تراقب دستورية القوانين الصادرة من برلمانات الولايات بالنسبة لدساتيرها، والمحكمة الفدرالية العليا تراقب دستورية القوانين الصادرة من برلمانات الولايات بالنسبة للدستور الفدرالي (المركزي)، كما تراقب دستورية القوانين الفدرالية (المركزية) بالنسبة للدستور الفدرالي، والرقابة الأخيرة (رقابة دستورية القوانين بالنسبة للدستور الفدرالي) هي الأهم لأنها ترتدي طابعاً سياسياً، وتعطي للمحكمة الفدرالية العليا نفوذاً على حكومات الولايات المتحدة^(٢).

(١) الدكتور محمد باهي أبو يونس: المرجع السابق، ص ٨ - ٩.

(٢) الدكتور حسن سيد أحمد اسماعيل: النظام السياسي للولايات المتحدة الأمريكية وانجلترا، دار النهضة العربية، ١٩٧٧، ص ٤٠.

٢- القضاء الدستوري وفق المعنى الخاص: هو ما يعرف بالنموذج الأوربي^(١)؛ إذ يعهد بوظائف القضاء الدستوري إلى محكمة متخصصة غالباً ما تسمى بالمحكمة الدستورية ومثال ذلك المحكمة الدستورية في إيطاليا وألمانيا وأسبانيا وكذلك المحكمة الدستورية العليا المصرية، أو هيئة دستورية كالمجالس الدستورية في فرنسا وفي لبنان. ويرى جانب من الفقه إن إسناد مهمة القضاء الدستوري إلى محكمة دستورية متخصصة، له مزاياه، حيث يتوفر في هذه المحكمة أو الهيئة عنصر الكفاية والتخصص لفحص دستورية القوانين والتثبت من عدم مخالفتها للدستور^(٢).

وهناك اختلاف ملحوظ بين اختصاصات محاكم القضاء الدستوري على النموذج الأمريكي أو المعنى العام للقضاء الدستوري من جهة اختصاصها القضائي العام واختصاصات محاكم القضاء الدستوري على النموذج الأوربي أو المعنى الخاص للقضاء الدستوري، من ناحية اختصاصها بالفصل بمختلف المسائل المتنازع عليها بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، والمحددة بنصوص الدساتير، لكن لا يوجد اختلاف حول اختصاص هذه المحاكم في نظر دستورية التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية^(٣).

ولهذا الاختلاف حقائق تاريخية تعود إلى الفارق الزمني بين نشأة كل من النموذجين، وقد بدأ هذا الاختلاف في الحقيقة بالتناقص مع تطور دور محاكم القضاء الدستوري لا سيما في الدول الانجلوسكسونية كالمحكمة الأمريكية العليا حيث أصبح واضحاً وبشكل جلي ميلها أكثر نحو التخصص في مجال القضاء الدستوري، وذلك تحت ضغط العدد الهائل من القضايا التي تنظرها؛

(١) الدكتور أحمد فتحي سرور: حدود ولاية القضاء العادي في المسألة الدستورية، بحث منشور في مجلة الدستورية، العدد السادس، السنة الثانية، ٢٠٠٤، ص ٣.

(٢) الدكتور نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الأردن، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤، ص ٥٦٤.

(3) Edward McWHINNEY: Supreme courts and judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional review, Netherlands ,Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p 6 .

إذ يصل عددها إلى الآلاف سنوياً؛ لأن باب الطعن مفتوح على مصراعيه دون أية قيود، ولهذا اتجهت المحكمة العليا الأمريكية إلى التخصص، لا سيما بعد تواتر أحكامها في التدخل في اختصاصات أساسية للسلطة التنفيذية، وكذلك السلطة التشريعية، مثال ذلك، التدخل في مجال الانتخابات والقوانين والإجراءات المتعلقة بالعملية الانتخابية، والنظر في شكاوى المواطنين المتعلقة بحقوقهم الدستورية^(١)؛ إذ يلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية بدأت تتحول من الناحية الواقعية - من خلال الزيادة المطردة في نسبة أحكامها الدستورية مقارنة بأحكامها العادية - إلى محكمة دستورية شبه متخصصة، ففي سنة ١٩٢٥، كان ٢٠٪ من مجموع القضايا التي نظرتها المحكمة العليا، والبالغ عددها ٧٩٠ قضية، ذات طبيعة دستورية، وفي سنة ١٩٧٣، زادت هذه النسبة إلى ٤٥٪ من مجموع القضايا البالغ عددها ٤١٨٧ قضية، وفي سنة ١٩٨٤، بلغت هذه النسبة ٥٥٪ من مجموع القضايا التي نظرتها المحكمة، والبالغ عددها ٤٤١٣ قضية^(٢).

وبصفة عامة وعلى سبيل الإجمال، فإن المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية، تختص في كل عام بنظر أكثر من أربعة آلاف طعن، وإنه في الأحوال النادرة تماماً التي تحال فيها أمامها الدعاوى من خلال الاستئناف، تكون ملزمة بإصدار حكمها بالفعل فيها، وإن أسفر الأمر في هذه الحالة عن رجوع الدعاوى من المحكمة العليا إلى المحكمة الأدنى، ويكون للمحكمة العليا السلطة الكاملة في تقدير ما إذا كانت الدعاوى تستحق الفصل فيها، ويسند أمر تلك المهمة إلى لجنة مشكلة من أربعة قضاة^(٣)، تفحص بصورة مختصرة وسائل اللتماسات والطعون بما يسفر في الواقع، عن إمكانية رفض ما يصل إلى نسبة ٩٥٪ منها، وهي نسبة تبدو للوهلة الأولى كبيرة للغاية، وهكذا فإن المحكمة العليا من حيث الواقع، لا تفصل بالفعل وبصفة نهائية، سوى في عدد يتراوح ما بين المائة والخمسين إلى المائتين من الطعون المقدمة إليها سنوياً^(٤). ويتناول معظم هذه القضايا،

(١) Edward McWHINNEY: op cit, p 7 .

(٢) الدكتور عاطف سالم عبد الرحمن: دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي - الاجتماعي - الاقتصادي، ط ١، ٢٠١١-٢٠١٠، ص ٢٨.

(٣) الدكتور بشير علي باز: أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ٢٧.

(٤) الدكتور بشير علي باز: المرجع السابق، ص ٢٦-٢٧.

مسائل تفسير القانون والدستور، أو تفسير قصد الكونجرس من تشريع ذلك القانون، ولكن جزءاً كبيراً من عمل المحكمة العليا، ينحصر في تقرير ما إذا كان قانون ما، أو إجراء تنفيذي ما، يتوافق مع أحكام الدستور^(١). وهكذا أصبحت إجراءات الحكومة وكذلك النزاعات والاختلافات بين السلطات السياسية من صميم اختصاص محاكم القضاء الدستوري سواء كانت على النموذج الأمريكي أم على النموذج الأوروبي^(٢).

وبهذا فإن المعنى الموضوعي لاصطلاح (القضاء الدستوري) أوسع نطاقاً من معناه العضوي أو الشكلي؛ إذ أنه وفقاً لهذا المعنى الأخير فإن القضاء الدستوري لا يوجد إلا مع وجود المحاكم الدستورية المتخصصة، في حين أن القضاء الدستوري وفقاً للمعنى الموضوعي لا يرتبط في وجوده بمثل هذه المحاكم الدستورية، إنما هو قائم مع الفصل القضائي في المسائل الدستورية، بصرف النظر عن الجهة القضائية التي يصدر عنها هذا القضاء.

وتعد رقابة القضاء الدستوري رقابة قانونية تقوم على أساس تدخل جهاز قضائي لإصدار حكم بمدى توافق أو عدم توافق تشريع ما مع أحكام الدستور. وبهذا المنطق فإن عملية الرقابة على الدستورية تدخل بصورة طبيعية في اختصاص القضاء، فما وظيفة القاضي إلا تطبيق القوانين على ما يعرض أمامه من منازعات، وما الحكم في دستورية القانون من عدمه إلا منازعة يختص القضاء ببحثها وهو يفصل فيها وفقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية بمعنى أنه إذا وجد أن النص التشريعي الذي يحتج به يتعارض مع قاعدة أعلى منه في الدستور، فإنه ملزم بإنزال حكم الدستور واستبعاد تطبيق القاعدة المخالفة، فهذا هو ما يمليه منطق العدالة والمشروعية^(٣).

وتمتاز رقابة القضاء الدستوري بكل ما يمتاز به الجهاز القضائي من حياد وبعد عن التيارات السياسية وأهواء الأحزاب، كما أنها تمتاز بوجود قاض متخصص في تطبيق القوانين وله تكوينه

(١) موجز نظام الحكم الأمريكي، منشورات وزارة الخارجية الأمريكية، بلا تاريخ نشر، ص ١١٥.

(2) Edward McWHINNEY, op cit, p 7 .

(٣) الدكتور جابر جاد نصار: الاداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٢٢.

القانوني السليم والعميق وهو أمر لازم لمباشرة هذه المهمة، فالرقابة على دستورية التشريع مهمة ذات طابع فني متميز ينبغي أن يتوافر في من يتولاها معرفة ودراية بالدستور وهي أمور قانونية بحثه^(١). بالإضافة إلى ما يقدمه النظام القضائي من ضمانات للمتقاضين تتمثل بالإجراءات القضائية المتبعة مثل علانية الجلسات وحرية الدفاع وإلزام القاضي بتسيب أحكامه بما يحمي المصالح المختلفة في النزاع المنظور، فضلاً عما يؤكد مبدأ الفصل بين السلطات في شأن استقلال القضاء، وحصانة القضاة، وما هو مقرر لهم من ضمانات تبعد عنهم تدخل السلطات الأخرى ومحاولة تأثيرها على أحكامهم، وعدم إلزامهم بقبول ما تصدره من قوانين وقرارات تخالف الدستور وتخرج على مقتضاه^(٢). فالدستور حين يحدد نطاق اختصاص السلطات العامة الحاكمة، فإن على تلك السلطات الالتزام بهذه الحدود، فإذا حدث وإن تجاوزت المؤسسة التشريعية حدودها فإن السلطة القضائية تعد قيداً دستورياً عليها يقف في وجهها. ويترتب على ذلك أنه إذا ما أصدرت الهيئة التشريعية قانوناً متجاوزاً به سلطتها أو لا يسمح به الدستور فإنه يعد قانوناً باطلاً، وعلى القضاة المستقلين الذين كفل الدستور حيادهم ونزاهتهم أن يعلنوا هذا البطلان^(٣). وهذا البطلان يعد نتيجة حتمية لفكرة الدستور الجامد الذي لا يمكن تعديله بواسطة القوانين العادية. فالقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية والتي تخالف قواعد الدستور الجامد تعد قوانين باطلة، من دون حاجة إلى تقرير ذلك البطلان صراحة في صلب الدستور.

(ج) في قضاء المحكمة الدستورية: أشارت وألمحت بعض أحكام المحكمة الدستورية إلى اصطلاح القضاء الدستوري؛ فقضت «إن الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ كانت تنص على اختصاص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين، ثم نصت المادة ١٧٥ من دستور سنة ١٩٧١ على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح..»

(١) الدكتور عزيّة الشريف: قضاء الدستورية (القضاء الدستوري في مصر) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٨، ص ٨٣.

(٢) الدكتور طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٠٠.

(3) Carr (Robert K.) ; The supreme Court and Judicial Review P. 52, 1942 New York.

وذلك على الوجه المبين في القانون وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي: أولاً - الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح... ومؤدى هذه النصوص أن المشرع أخذ بقاعدة مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح، واختص بها هيئة قضائية مستقلة هي المحكمة العليا - ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا - دون غيرها من الجهات القضائية، وهو اختصاص عام يشمل كافة الطعون الدستورية على القوانين و اللوائح، سواء تلك التي تقوم على مخالفات شكلية للأوضاع و الإجراءات المقررة في الدستور بشأن اقتراح التشريع وإقراره وإصداره، أو التي تنصب على مخالفة أحكام الدستور الموضوعية، وذلك لورود النصوص المشار إليها في صيغة عامة مطلقة، ولأن قصر هذا الاختصاص على الطعون الموضوعية ينتكس بالرقابة القضائية بالنسبة للعيوب الشكلية إلى ما كان عليه الأمر قبل إنشاء القضاء الدستوري المتخصص من صدور أحكام متعارضة يناقض بعضها بعضاً، مما يهدر المحكمة التي تغيها الدستور من تركيز هذه الرقابة في محكمة عليا تتولى دون غيرها الفصل في دستورية القوانين و اللوائح وحماية أحكام الدستور وصونها^(١).

إن نظرية أعمال السيادة، وإن كانت في أصلها الفرنسي قضائية النشأة ولدت في ساحة القضاء الإداري الفرنسي، و تبلورت في رحابه، إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرجع إلى بداية نظامنا القضائي الحديث الذي أقرها بنصوص صريحة في صلب تشريعاته المتعاقبة المنظمة للمحاكم و مجلس الدولة. وآخرها ما ورد في قانوني السلطة القضائية ومجلس الدولة اللذين استبعدا أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري على السواء تحقيقاً للاعتبارات التي تقتضي - نظراً لطبيعة هذه الأعمال - النأي بها عن الرقابة القضائية وذلك لدواعي الحفاظ على كيان الدولة، واستجابة لمقتضيات أمنها في الداخل والخارج ورعاية لمصالحها الأساسية. وقد وجدت هذه الاعتبارات صدى لدى القضاء الدستوري في الدول التي أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين فاستبعدت المسائل السياسية من نطاق هذه الرقابة، وهي صورة

(١) الطعن رقم ٩ س ١ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٨٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ١١.

من أعمال السيادة التي لا تنبسط عليها رقابة القضاء في النظام المصري^(١).

الرقابة القضائية على دستورية القوانين تجد أساساً لها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذي أرساه الدستور، غير أنه يرد على هذا الأصل ما استقر عليه القضاء والفقه من استبعاد «أعمال السيادة» من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية، وإذا كانت نظرية أعمال السيادة في أصلها الفرنسي قضائية النشأة ولدت في ساحة القضاء الإداري و تطورت به قواعدها، إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرجع إلى بداية التنظيم القضائي الحديث الذي أقرها بنصوص صريحة في صلب التشريعات المتعاقبة المنظمة للمحاكم و مجلس الدولة وآخرها ما ورد في قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ وقانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ اللذين استبعدا أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري على السواء. واستبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضي - بسبب طبيعة هذه الأعمال و اتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها في الداخل والخارج - النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية، و ذلك لدواعي الحفاظ على كيان الدولة في الداخل والزود عن سيادتها في الخارج ورعاية مصالحها العليا، وقد وجدت هذه الاعتبارات صدى لدى القضاء الدستوري في الدول التي أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين وبخاصة في المسائل السياسية التي تعد المجال الحيوي و الطبيعي لنظرية أعمال السيادة و استبعادها من نطاق هذه الرقابة^(٢).

(د) خصائص القضاء الدستوري: ينفرد القضاء الدستوري بنوعين من السمات أو

الخصائص، الأولى خصائص موضوعية والثانية خصائص شكلية.

أولاً: الخصائص الموضوعية للقضاء الدستوري: تتمثل الخصائص الموضوعية للقضاء

الدستوري في سمتين رئيسيتين هما: التخصص في النزاعات الدستورية وهذه أهم خصيصة

(١) الطعن رقم ٣ س ١ ق جلسة ٢٥ يونيو ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ١٥٥.

(٢) الطعن رقم ٤٨ س ٤ ق جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية س ٣ ج ١ ص ٢٢.

للقضاء الدستوري والبتات في أحكام وقرارات القضاء الدستوري بحيث لا يمكن الطعن عليها من قبل أي جهة أخرى.

١- التخصيص في القضاء الدستوري: القضاء في أغلب دول العالم ينقسم إلى قضاء عادي وقضاء متخصص، يمثل القضاء العادي بالمحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض أو التمييز، ويختص بنظر كل أنواع المنازعات فيما عدا ما يختص به القضاء المتخصص ويوجد أيضاً القضاء المتخصص، وهو القضاء الدستوري المتمثل بالمحاكم والمجالس الدستورية والقضاء المتخصص يختص بنظر نوع معين من المنازعات المخصصة بنص الدستور والقانون.

والاختصاص هو أهلية المحكمة لرؤية الدعوى بمقتضى القانون واختصاص محكمة ما يعني نصيبها من القضايا التي يجوز لها الفصل فيها. وعلى ذلك تختص محاكم القضاء العادي بنظر كل أنواع المنازعات فيما عدا ما يختص به القضاء المتخصص. أما القضاء الدستوري فهو قضاء متخصص ينفرد بنوع معين من المنازعات وتكون كلمته هي كلمة الفصل في جميع المنازعات الدستورية الداخلة في اختصاصه بفضل حياديته وفهمه الواسع والمقتنع للدستور والذي بموجبه يحرس القضاء الدستوري، الدستور من أي إخلال أو تجاوز^(١).

والتخصص كمبدأ أساسي للقضاء الدستوري يعد في أصله من مبادئ القانون المدني الأوروبي؛ إذ تسود الأنظمة التي تأسست على مبادئ القانون المدني، ففي فرنسا مثلاً توجد محاكم للقضاء المدني ومجلس الدولة الفرنسي، متخصص في القضاء الإداري ويفصل في تنازع الاختصاص بين القانون الخاص والقانون العام (الإداري) وحالياً يوجد المجلس الدستوري وهو متخصص في النزاعات الدستورية وهو هيئة ذات طبيعة قضائية أيضاً، وفي ألمانيا توجد ست محاكم عليا متخصصة ومختلفة منها ما تخصص في القانون الخاص والقانون الإداري والقانون المالي، فضلاً عن المحكمة الدستورية المتخصصة في النزاعات الدستورية.

٢- البتات في أحكام القضاء الدستوري: التنظيم القضائي العام يقوم في مجملته على نظام

(١) الدكتور محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، ٢٥١٤/٢٠٠٤ ص ٣٢٣ وما بعدها.

التقاضي على درجتين سواء ذلك في القضاء المدني أم الجنائي أم الإداري؛ وذلك ضماناً لأن تأتي أحكام القضاء سليمة مطابقة للواقع ومقتضيات العدالة...، بحيث يعد ذلك سمة مميزة لكل التنظيم القضائي، وهذا على عكس ما عليه الحال بالنسبة للقضاء الدستوري؛ إذ تكون أحكامه نهائية وغير قابلة للطعن، بمعنى أن القضاء الدستوري درجة واحدة وأحكامه وقراراته غير قابلة للطعن بأي طريقة من طرق الطعن^(١)، بحيث لا تقبل رداً ولا تعقيباً من أي جهة أياً كانت، أي يتم حسم الأمر مرة واحدة بواسطة قاض متخصص؛ وذلك لأن الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء الدستوري تمتاز بالأهمية البالغة انعكست بدورها على ما يترتب عليها من آثار سواء بالنسبة لحماية مبدأ الشرعية الدستورية في الدولة أم فيما يتعلق بالمحافظة على خصائص القواعد القانونية أو اللائحية العامة والمجردة والملزومة تلك التي تثبت دستورتها أم فيما يتصل بأوضاع ومراكز الأشخاص القانونية العامة والخاصة في المجتمع والمتوقفة (حقوقاً والتزامات) على نوعية الحكم أو القرار الصادر من المحكمة الدستورية بإثبات أو على العكس بعدم إثبات التطابق مع النص الدستوري المعروض أمام المحكمة الدستورية^(٢).

وعلى هذا الأساس يكون البتات في أحكام القضاء الدستوري من السمات المميزة لهذا القضاء فالمادة (١٩٥) من الدستور المصري سنة ٢٠١٤ نصت على أن «تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم...». وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه «وحيث إن المحكمة الدستورية العليا سبق أن حسمت المسألة الدستورية المتعلقة بنص المادة (٢٦) من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ بعد استبدالها بالمرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٢ المطعون عليها، وذلك بحكمها الصادر بجلسة ٢٠١٤/١١/٨ في القضية رقم ١٩٦ لسنة ٣٥ قضائية «دستورية» والذي قضى بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة (٢٦) من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر المستبدلة بالمادة الأولى من المرسوم

(١) الدكتور بشير علي باز: أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ٢٦.

(٢) الدكتور بشير علي باز: المرجع السابق، ص ٢٧.

بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٢ فيها تضمنه من استثناء تطبيق أحكام المادة (١٧) من قانون العقوبات بالنسبة للجريمتين المنصوص عليهما بالفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ذاتها، وقد نُشر هذه الحكم في العدد رقم (٤٥) مكرراً (ب) من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٢/١١/٢٠١٤، كما قضت بجلسة ٢٠١٥/٢/١٤ في القضية رقم ٨٨ لسنة ٣٦ قضائية «دستورية» بعدم دستورية النص المشار إليه في مجال إعماله بالنسبة للجريمة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة ذاتها، وقد نُشر هذا الحكم في العدد رقم (٨) مكرر (و) من الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٥/٢/٢٠١٥. وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان مقتضى نص المادتين (٤٨ و ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولاً فصللاً في المسألة المقضي فيها لا يقبل تأويلاً أو تعقيباً من أية جهة، وهي حجية تحول دون إعادة طرحه عليها من جديد الأمر الذي تضحى معه الخصومة في الدعوى الماثلة منتهية وهو ما يتعين القضاء به^(١).

ثانياً الخصائص الشكلية: تتمثل الخصائص الشكلية في القضاء الدستوري فيما توليه الدساتير من اهتمام بتشكيل محاكم وهيئات القضاء الدستوري أولاً وأيضاً تتمثل في التنوع في عضوية القضاء الدستوري ثانياً.

١- التفرد في التنظيم الدستوري: تنظم قوانين السلطة القضائية للمحاكم على مختلف أنواعها ودرجاتها سواء كانت محاكم للقضاء الإداري أم محاكم القضاء العادي وأخيراً المحاكم الدستورية؛ إذ أن مضمون هذه القوانين يدور حول بيان هيكل هذه السلطة ومكوناته واختصاصاتها وعلاقتها بالسلطات الأخرى وشروط الالتحاق بأحد أفرع هذه السلطة وأوجه التدريب لأعضاء هذه السلطة في مختلف تخصصاتهم وحالات إنهاء العمل فيها بحيث يكون هذا القانون بمثابة الشريعة العامة لكافة فروعها وتدور في فلكها ولا يجوز أن تخرج عنها وتكتفي الدساتير عادة برسم الملامح العامة للتنظيم القضائي في الدولة وتترك بيان تفاصيل ذلك إلى

(١) الطعن رقم ١٦٧ س ٣٦ ق جلسة ٥ سبتمبر ٢٠١٥.

القوانين غير أنها تولي اهتمامها أكثر بتنظيم القضاء الدستوري للمكانة المتميزة التي يحضى بها هذا القضاء وللدور الخطير الذي يضطلع به في تنظيم العملية الدستورية^(١).

لذا يتميز القضاء الدستوري عن سائر جهات القضاء الأخرى بأن الدستور هو الذي يحدد مركز هذا القضاء من حيث وجوده وتنظيمه ووظيفته، فالقضاء الدستوري قضاءً ذا طابع سياسي؛ وذلك بالنظر إلى طبيعة الموضوعات التي يختص بها وهو الأمر الذي ينعكس على طريقته تنظيم هذا القضاء، لهذا فإن تشكيل القضاء الدستوري يواجه مشكلة تحقيق استقلاله وبعده عن مؤثرات السلطة التي تهيمن على اختيار أعضائه ولخطورة ترك موضوع تشكيل محاكم وهيئات القضاء الدستوري في يد السلطة التنفيذية ومع مراعاة صلتها الوثيقة بالسلطة، يكون من الأفضل أن يجد التشكيل موضعه في الدستور نفسه بموجب نصوص صريحة لا غموض فيها^(٢).

وهذا ما فعله الدستور المصري لسنة ٢٠١٤؛ إذ بين في المادة ١٩٣ من الفصل الرابع الخاص بالسلطة القضائية على أن تؤلف المحكمة من رئيس، وعدد كاف من نواب الرئيس. وتؤلف هيئة المفوضين بالمحكمة من رئيس، وعدد كاف من الرؤساء بالهيئة، والمستشارين، والمستشارين المساعدين. وتختار الجمعية العامة رئيس المحكمة من بين أقدم ثلاثة نواب لرئيس المحكمة، كما تختار نواب الرئيس، وأعضاء هيئة المفوضين بها، ويصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية، وذلك كله على النحو المبين بالقانون.

٢- التنوع في العضوية: تقتصر العضوية في محاكم القضاء العادي على القضاة في حين أنه يمكن منح العضوية لغير القضاة في محاكم ومجالس القضاء الدستوري بل ويلاحظ أيضاً أنه في بعض الدول لا تشترط حتى توفر الكفاءة القانونية في أعضاء المحاكم الدستورية؛ إذ كثيراً ما تتدخل الاعتبارات السياسية في اختيار أعضاء المحاكم الدستورية بل إن تشكيل أغلب المحاكم الدستورية في العالم يتم بطرق سياسية سواء عن طريق سلطة سياسية فقد تكون جهة التعيين رئيس الدولة كمصدر أو البرلمان

(١) الدكتور ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، دار المطبوعات الجديدة، ١٩٩٧، ص ١١.

(٢) الدكتور ابراهيم محمد علي: المصلحة في الطعن الدستورية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ للنشر، ص ٧.

كألمانيا وسويسرا؛ إذ يتم تشكيل المحكمة من عناصر مختلفة دون أن يشترط في تلك العناصر توافر الكفاءة القانونية.

وقد تقدم عدد من أعضاء مجلس الأمة الكويتي في بداية دور الانعقاد الأول من الفصل التشريعي باقتراح بقانون بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، ويأتي هذا الاقتراح بعد تجربة امتدت إلى ما يزيد على ستة وثلاثون عاماً من التطبيق العملي للقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء المحكمة الدستورية، وقد تضمنت المادة الثانية من الاقتراح أن «تؤلف المحكمة الدستورية العليا من سبعة أعضاء من الكويتيين، يختار مجلس القضاء الأعلى من غير أعضائه بالاقتراح السري خمسة منهم أصليين، تكون لأحدهم الرئاسة ويكون اثنان احتياطيين، ويختار مجلس الأمة من غير أعضائه في جلسة سرية وبالاقتراع السري عضواً أصلياً وآخر احتياطياً، كما يختار مجلس الوزراء عضواً أصلياً وآخر احتياطياً...».

والملاحظ أن الاقتراح يضيف عناصر غير قضائية لهيئة المحكمة، كما يرفع أعضائها من خمسة إلى سبعة. وعلى الرغم من أن الدستور الكويتي ومذكرته التفسيرية جعلاً اشتراك عناصر غير قضائية ضمن تشكيل المحكمة الدستورية أمراً جوازياً للشارع العادي، إلا أن مراعاة الاعتبارات السياسية في عمل هذه المحكمة تضحى معه مسألة اشراكهم ضرورة لا مفر منها؛ إذ ما أريد لهذه المحكمة دورها على الوجه الأكمل؛ باعتبار أن القضاء الدستوري ليس قضاء قانونياً صرفاً، بل يأخذ الاعتبارات السياسية بالحسبان عند إصداره الأحكام، وهو ما يعرف بالملاءمة السياسية^(١).

ويرى البعض أن في زيادة أعضاء المحكمة، سيؤدي إلى إثراء النقاش وفتح المجال لمزيد من الآراء ووجهات النظر؛ إلا أنه قد تكون مصدر قلق لعدم تحديد الدستور الكويتي لها، مما قد يدفع لفتح الباب أمام الشارع العادي لإمكانية التأثير باتجاهات المحكمة عن طريق زيادة عدد أعضائها أو انقاصه^(٢).

(١) الدكتور عبد الله سعد الرميضي: ملاحظات حول الاقتراح بقانون بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، س ٣٥ العدد الثاني، جماد الآخرة ١٤٣٢هـ يونيو ٢٠١١ ص ٦٠-٦٦.

(٢) الدكتور عادل الطبطبائي: النظام الدستوري في الكويت، الكويت، الطبعة الرابعة، ٢٠٠١ ص ٢٤؛ الدكتور عبد الله سعد الرميضي: المقال السابق، ص ٦٧.

ومن حيث نوعية الأعضاء، فقد أبانت المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي ضم أعضاء من غير القضاة بهدف إطلاع المحكمة على الجوانب السياسية للمسألة المطروحة عليها تمهيداً لاتخاذ القرار المناسب بشأنها، إلا أن قانون إنشاء المحكمة الدستورية الحالي فضل اقتصارها على القضاة. ولا شك أن فتح المجال لغير القضاة سيدعم المحكمة بالمتخصصين إذا ما أحسن اختيارهم، كما أن عمل قضاة المحكمة لا يقتصر على بحث المسائل التي تعرض عليهم من الناحية القانونية البحتة، بل تمتد للنواحي السياسية^(١).

ولا يعد ذلك من ناحية تسييساً للمحكمة الدستورية؛ إذ لا يمكن الحديث عن انحياز لجهة معينة إذا ما كان العنصر القضائي هو الغالب عدداً في التشكيل، كما أن التصويت السري عند اتخاذ قرار للمحكمة يعطي - بمن فيهم غير القضاة - المزيد من الاستقلالية والبعد عن التأثير على قرارهم.

ومن ناحية أخرى، فإن الحجة التي تبنتها المذكرة التفسيرية للدستور، بأن ما يعرض على المحكمة من مسائل هو أمر من أدق المسائل القانونية لا يقدر عليه إلا المتمرسون من رجال القانون، هي حجة على الشارع وليست له؛ لأن اقتصار تشكيل المحكمة على القضاة كان بقصد استبعاد غير المتخصصين بالمسائل القانونية قول يدحضه الواقع. كما أن فتح المجال لغير القضاة يدعم المحكمة بالمتخصصين. وفضلاً عن ذلك، فإن عمل أعضاء المحكمة لا يقتصر على بحث المسائل التي تعرض عليهم من الناحية القانونية البحتة، بل تمتد للنواحي السياسية^(٢).

وفي مصر، نصت المادة الرابعة من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بشأن إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا على أن «يشترط فيمن يعين عضواً بالمحكمة أن تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية، وألا تقل سنه عن خمس وأربعين سنة ميلادية.

(١) الدكتور عبد الله سعد الرميضي: المقال السابق، ص ٦٧-٧٣.

(٢) الدكتور عبد الله سعد الرميضي: المقال السابق، ص ٦٨-٧٣؛ الدكتور فتحي فكري: تعليق على اقتراح بعض أعضاء مجلس الأمة تعديل قانون المحكمة الدستورية في الكويت المقدم في يونيو ١٩٩٣، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، س ١٧ العددان الأول والثاني الرابع مارس - يونيو ١٩٩٣ ص ٣٢٣.

ويكون اختياره من بين الفئات الآتية:

(أ) أعضاء المحكمة العليا الحاليين.

(ب) أعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين ممن أمضوا في وظيفة مستشار أو ما يعادلها خمس سنوات متصلة على الأقل.

(ج) أساتذة القانون الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية ممن أمضوا في وظيفة أستاذ ثنائي سنوات متصلة على الأقل.

(د) المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل.

وتنقسم شروط العضوية إلى قسمين متقابلين: أحدهما خاص بالشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، وهي تلك الواردة بالمادة ٣٨ في بنود خمسة، هي على الترتيب التمتع بجنسية جمهورية مصر العربية وكمال الأهلية من جانب أول، وبلوغ السن المطلوب كحد أدنى للتعين بكل المحاكم الابتدائية والاستئناف والنقض من جانب ثاني، ولقد طرحت الفقرة الأولى من المادة الرابعة هذا الشرط جانباً بتقريرها وجوب ألا تقل سن عضو المحكمة الدستورية العليا عن خمسة وأربعين سنة ميلادية، أي أعلى من السن المقرر لقضاة النقض بستين، والحصول على إجازة الحقوق أو ما يعادلها بشرط اجتياز امتحان المعادلة من جانب ثالث، والتمتع بالأهلية الجنائية والتأديبية من جانب رابع، بعدم سبق الحكم عليه جنائياً أو تأديبياً لأمر مغل بالشرف مالم يكن قد رد إليه اعتباره، وأن يكون محمود السيرة حسن السمعة من جانب خامس.

وأما القسم الآخر من الشروط اللازم توافرها في أعضاء المحكمة الدستورية العليا فقد وزعتها الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون المحكمة بين أمرين: أحدهما متعلق بوجوب بلوغ سن الخامسة والأربعين كحد أدنى للعضوية، والآخر متصل بالفئات التي يتم اختيار أعضاء المحكمة الدستورية العليا من بينهم دون غيرهم على النحو المشار إليه^(١).

(١) الدكتور محمد إبراهيم درويش: الإدارة القضائية للعدالة، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، رسالة=

ويقصد بأحكام العضوية في المحكمة الدستورية العليا كافة الأوضاع والمراكز القانونية التي يشغلها أعضاء المحكمة وما يتمتعون به من حقوق وضمائم وحصانات وامتيازات أو ما يتحملون به من واجبات على امتداد الفترة الزمنية لشغلهم العضوية ابتداء بالتعيين في المحكمة وأداء قسم ممارسة وظائف العضوية وحتى تاريخ انتهاء تلك العضوية لأحد أسبابها المحددة قانوناً^(١).

وقد بين قانون المحكمة الدستورية العليا أن أعضاء المحكمة غير قابلين للعزل ولا ينقلون إلى وظائف أخرى إلا بموافقتهم^(٢). وأن تحدد مراتب وبدلات رئيس المحكمة وأعضائها طبقاً للجدول الملحق بهذا القانون. على أنه إذا كان العضو يشغل قبل تعيينه بالمحكمة وظيفة يزيد مرتبها أو البدل المقرر لها عما ورد في هذا الجدول فإنه يحتفظ بصفة شخصية بما كان يتقاضاه. وفيما عدا ذلك لا يجوز أن يقرر لأحد الأعضاء مرتب أو بدل بصفة شخصية ولا أن يعامل معاملة استثنائية بأية صورة^(٣). ولا يجوز نذب أو إعاره أعضاء المحكمة إلا للأعمال القانونية بالهيئات الدولية أو الدول الأجنبية أو للقيام بمهام علمية^(٤). وتسري الأحكام الخاصة بتقاعد قضاة محكمة النقض على أعضاء المحكمة^(٥). ويسري في شأن عدم صلاحية نائب رئيس المحكمة، وتنحيه ورده ومخاصمته، الأحكام المقررة بالنسبة إلى قضاة محكمة النقض. وتفصل المحكمة الدستورية العليا في طلب الرد ودعوى المخاصمة بكامل نوابها عدا النائب المشار إليه، ومن يقوم لديه عذر، ويراعى أن يكون عدد النواب الحاضرين وتراً بحيث يستبعد أحدث النواب. ولا يقبل رد أو مخاصمة جميع نواب المحكمة أو بعضهم بحيث يقل عدد الباقيين منهم

=دكتوراه -كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٤٦٥-٤٧٢؛ الدكتور مصطفى محمود عفيفي: رقابة الدستورية، المؤتمر العلمي الأول، لكلية الحقوق بجامعة حلوان، بعنوان «دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري»، مارس ١٩٩٨، ص ٣٧-٤١.

(١) الدكتور مصطفى محمود عفيفي: رقابة الدستورية، ص ٤١-٤٣.

(٢) انظر المادة ١١ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

(٣) انظر المادة ١٢ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

(٤) انظر المادة ١٣ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

(٥) انظر المادة ١٤ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

عن سبعة^(١). وتسري الأحكام المقررة في قانون السلطة القضائية بالنسبة للإجازات على أعضاء المحكمة. وتتولى الجمعية العامة للمحكمة اختصاصات المجلس الأعلى للهيئات القضائية في هذا الشأن. ويتولى رئيس المحكمة اختصاصات وزير العدل^(٢). وإذا نسب إلى أحد أعضاء المحكمة أمر من شأنه المساس بالثقة أو الاعتبار أو الإخلال الجسيم بواجبات أو مقتضيات وظيفته يتولى رئيس المحكمة عرض الأمر على لجنة الشئون الوقتية بالمحكمة. فإذا قررت اللجنة - بعد دعوة العضو لسماع أقواله - أن هناك محلاً للسير في الإجراءات ندبت أحد أعضائها أو لجنة من ثلاثة منهم للتحقيق، ويعتبر العضو المحال إلى التحقيق في إجازة حتمية بمرتب كامل من تاريخ هذا القرار. ويعرض التحقيق بعد انتهائه على الجمعية العامة منعقدة في هيئة محكمة تأديبية فيما عدا من شارك من أعضائها في التحقيق أو الاتهام لتصدر - بعد سماع دفاع العضو وتحقيق دفاعه - حكمها بالبراءة أو بإحالة العضو إلى التقاعد من تاريخ صدور الحكم المذكور. ويكون الحكم نهائياً غير قابل للطعن بأي طريق^(٣).

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على التسوية في الحقوق والمزايا بين أعضاء المحكمة الدستورية العليا وبين أقرانهم من أعضاء محكمة النقض الذين يشغلون وظائف متماثلة في مربوطها المادي، واتخذ المشرع القواعد المنظمة للمخصصات المقررة لوظائف القضاء والنيابة العامة أصلاً يجرى حكمه على المخصصات المستحقة لشاغلي الوظائف المقابلة بالمحكمة الدستورية العليا والهيئات القضائية الأخرى ومن ثم يتعين مساواة أعضاء السلطة القضائية بأقرانهم من أعضاء المحكمة الدستورية العليا، وكان ما جاء بنص المادتين ١٢، ١٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا كان قائماً أمام المحكمة الدستورية العليا حينما أقرت مبدأ المساواة بين جميع الهيئات القضائية في التفسير التشريعي الذي أورده بالقرار رقم ٣ لسنة ٨ ق دستورية بتاريخ ١٩٩٠/٣/٣ الذي غدا ملزماً لجميع الأفراد والجهات كقانون مستقر ملزم لها، وإذ التزم

(١) انظر المادة ١٥ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدلة بالقانون رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١.

(٢) انظر المادة ١٧ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

(٣) انظر المادة ١٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعي عليه بما ورد بوجه الطعن يضحى على غير أساس^(١). وأن المعاش المقرر لرئيس محكمة النقض - وهي الدرجة المعادلة لوظيفة رئيس المحكمة الدستورية العليا التي كان يشغلها المستشار الطالب - يتعين تسويته على أساس آخر مربوط الوظيفة التي كان يشغلها أو آخر مرتب أساسي كان يتقاضاه أيهما أصلح له دون التقيد في ذلك بالحد الأقصى لأجر الاشتراك مضروباً في مدة الاشتراك في التأمين مضروباً في جزء واحد من خمسة وأربعين جزءاً، ويربط المعاش بحد أقصى ١٠٠٪ من أجر الاشتراك الأخير مضافاً إليه العلاوات الخاصة - ذلك أن الأجر هو السقف الذي يحكم العلاقة التأمينية بين المؤمن عليه والهيئة القومية للتأمين الاجتماعي، وتضاف بعد ذلك الزيادات المقررة قانوناً، وتحمل الخزنة العامة الفرق بين هذا الحد والحدود القصوى الأخرى المنصوص عليها في قانون التأمين الاجتماعي. لما كان ذلك، وكانت المادة (١٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تقضي بـسريان الأحكام الخاصة بتقاعد مستشاري محكمة النقض على أعضاء المحكمة الدستورية العليا^(٢).

وفي العراق بينت المادة ٩٢ من دستور ٢٠٠٥ تشكيل المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة بالإضافة إلى عدد من الخبراء في الفقه الاسلامي وعدد من فقهاء القانون يتم تحديد عملهم وطريقة اختيارهم بقانون ينظم عمل المحكمة^(٣).

ويلاحظ أن ثمة فارق بين النظام القانوني للقاضي الدستوري في المجالس الدستورية بالنسبة للدول التي تأخذ بالرقابة السياسية والنظام القانوني للقاضي الدستوري على مستوى المحاكم الدستورية^(٤).

(١) الطعن رقم ٣٩٧ س ٨٣ ق جلسة ٢ يوليو ٢٠١٣.

(٢) الطعن رقم ٣ س ٢٨ ق جلسة ١٥ أبريل ٢٠٠٧ مجموعة أحكام الدستورية س ١٢ ج ٢ ص ١٧٠٣.

(٣) الدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٤.

(٤) الدكتور بن سالم جمال: القضاء الدستوري في الدول المغاربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون العام، جامعة الجزائر ١ بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، ٢٠١٤ - ٢٠١٥، ص ١٥٧ وما بعدها.

الفصل الأول

كفالة احترام الدستور

(الرقابة على دستورية القوانين)

١ - تمهيد :

من المسلم به أن لا يكفي لإسباغ صفة الديمقراطية على دستور معين، مجرد توافر المقومات الأساسية والثانوية، وإنما يجب أن يضمن الوسائل الكفيلة بثباته واستقراره. والوسائل القانونية المباشرة تتمثل في الرقابة القضائية والرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، والهيئات المستقلة.

ويعتمد البحث بصفة أساسية على الرقابة على دستورية القوانين كأحدى الوسائل القانونية العملية الفعالة لحماية القواعد الدستورية من انتهاكات السلطة التشريعية.

(أ) ماهية الرقابة: هي التحقق من مخالفة القوانين للدستور، تمهيداً لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر، أو لإلغائها أو الامتناع عن تطبيقها إذا كان قد تم إصدارها^(١).

ويعني ذلك أنه يقصد بالرقابة ضمان احترام تدرج القواعد القانونية في المجتمع، وبعبارة أخرى كفالة اتفاق القواعد الأدنى مع قواعد الدستور التي تعلو قمة هذا التدرج^(٢).

(١) الدكتور سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا حتى نهاية عام ٢٠٠٠ - ٢٠٠١ ص ١٦٦، الدكتور ماجد راغب الحلو: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٠ ص ٤٣٨.

(٢) الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٠، ص ٤٩؛ الدكتور منذر الشاوي: القانون الدستوري (نظرية الدستور)، منشورات مركز البحوث القانونية (٤) بغداد ١٩٨١ ص ٥٥؛ الدكتور يحيى الجمل: رقابة دستورية القوانين «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية ٢٠٠٧، ص ٦؛ وليسيادته أيضاً القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨ ص ٤٣ وما بعدها.

وبيان ذلك أن مبدأ علو الدستور يتطلب أن تحترم السلطات العامة التي أنشأها لاختصاصاته الدستورية، وأن تحترم بصفة عامة نصوص ومبادئ دستور البلاد، لما له من علو وسمو مطلق. ولكن علو الدستور يصبح غير ذي قيمة إذا لم يتحقق نوع من الرقابة العليا على القوانين واللوائح للتحقق من عدم مخالفتها لنصوص الدستور الأعلى، ويجب أيضاً أن يكون للجهة التي تتولى الرقابة سلطة توقيع جزاء الإلغاء للتشريع المخالف للدستور، أو على الأقل الامتناع عن تطبيقه^(١).

ومن المسلم به طبقاً لمبدأ سمو الدستور أن القوانين التي تصدر بالمخالفة لقواعده تعتبر باطلة. بيد أن البحث يثور بشأن الهيئة المختصة بتقرير بطلان القوانين التي تخرج على أحكام الدستور من ناحية، والإجراءات التي يجب السير عليها لتقرير هذا البطلان من ناحية أخرى. وفضلاً عن ذلك يفترض في التشريع العادي الخاضع للفحص من ناحية دستوريته أنه قد صدر مستوفياً لجميع إجراءات إصداره الشكلية المختلفة، وإلا صار معدوماً، ولا يعتد به لو صدر بغير استيفاء هذه الإجراءات^(٢).

ويعني ذلك أن رقابة الدستورية تقتصر على الناحية الموضوعية وليس الناحية الشكلية. فهي تنحصر في رقابة عدم مخالفة القانون للمبادئ والقواعد الموضوعية في الدستور، وليس مخالفة القانون للأشكال والإجراءات الدستورية لوضع الدستور أو صنعه. فإذا صدر قانون ولم يستوف هذه الإجراءات الدستورية لمناقشته وإقراره وإصداره، فهو لم يعد قانوناً، مما تنتفي عنه صفة القانون أصلاً وقيمته، ويجوز للمحاكم الامتناع عن تطبيقه باعتباره عدم أو غير موجود. ومن ثم فمجال رقابة دستورية القوانين هو القانون السليم فحسب من حيث الشكل والإجراءات الدستورية، هذا من ناحية^(٣). ومن ناحية أخرى لا تنشأ الحاجة لرقابة الدستورية في الدستور المرن، وإنما تحصر في نطاق الدساتير الجامدة؛ باعتبار أن الدستور المرن يسوي بين الدستور والقانون العادي في المرتبة، لأن إجراءات تعديلها واحدة. ومن ثم لا تثار مشكلة رقابة

(١) الدكتور ماجد راغب الحلو: المرجع السابق، ص ٤٣٩.

(٢) الدكتور على السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ١٩٧٨ ص ٤٢؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٥٤١.

(٣) الدكتور ابراهيم عبد العزيز شبحا: النظام الدستوري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢٠٧.

دستورية القوانين ولا حاجة إليها أصلاً. أما في الدساتير الجامدة التي تعدل بإجراءات خاصة أكثر شدة وتعقيداً من إجراءات تعديل القانون العادي، ففي ظلها تدعو الحاجة لرقابة دستورية القوانين؛ وذلك نظراً لعلو الدستور من الناحية القانونية الشكلية على القوانين العادية^(١).

(ب) أساس الرقابة: تتعدد الاعتبارات التي تنهض عليها الرقابة على دستورية القوانين، فبعضها ذات اعتبار تاريخي والآخر ذات اعتبار قانوني.

فمن الناحية التاريخية، يعزي البعض الرقابة القضائية وظهورها في شكل دستوري إلى الثورة الفرنسية، غير أن أصولها تعود إلى تاريخ أبعد من ذلك، فقد كانت هذه الفكرة متجسدة في المذاهب والنظريات السائدة قبل تلك الفترة والتي كانت امتداداً لمبادئ العدالة الإنسانية المجسدة في القانون الطبيعي^(٢).

وتظهر هذه الفكرة واضحة في كتابات أرسطو الذي ذهب إلى أن العدل هو القانون الطبيعي، ويتعين أن توضع على أساسه القوانين الصادرة عن إرادة الشارع؛ لأن العدل هو الأساس الذي تستمد منه القوانين قوتها الملزمة، وهو يقتضي إطاعة القوانين التي تضعها الدولة. وأن العلاقة بين القانونين الطبيعي والوضعي تتحدد في أمرين: الأول القانون الطبيعي يقتضي من الأفراد إطاعة القانون الوضعي. الثاني أن الشارع يضع بإرادته القوانين الملزمة للقوانين الملزمة للأفراد، ويتعين أن يلتزم هو الآخر في وضع هذه القواعد بمبادئ القانون الطبيعي الذي يستمد منه القانون الوضعي قوته الملزمة^(٣). كما تظهر فكرة القانون الطبيعي في أفكار «جون لوك» الذي قرر وجود حقوقاً لا يمكن النزول عنها، وأن هناك أعمالاً محظورة القيام بها حتى على الهيئة التشريعية^(٤).

(١) الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٠، ص ٥١-٥٠؛ الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيبعا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق، ص ٥١٤.

(٢) الدكتور محمد المجذوب: القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان، وأهم النظم الدستورية والسياسية في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٢، ص ٨٣.

(٣) الدكتور عبد الرحيم رحيم عبد الله: محاضرات في فلسفة القانون، الطبعة الأولى ٢٠٠٠، ص ٢٤-٢٥.

(٤) جيروم أ. باون و س. توماس دينيس: الوجيز في القانون الدستوري «المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي»، ترجمة = الأستاذ محمد مصطفى غنيم، الطبعة الأولى، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة ١٩٩٨، ص ٤٩.

ومفاد ذلك أن الفكرة السائدة كانت تكمن في أن القانون الأساسي هو شيء يسمو على القوانين أو الأعمال التشريعية العادية، وفي العرف الأنجلو سكسوني، فإن لهذه الفكرة تعود إلى «المجناكارتا» في القرن الثالث عشر^(١).

ومن الناحية القانونية، تجد الرقابة على دستورية القوانين سندها في مبدأ المشروعية، وهو جوهر التفرقة بين الحكومة القانونية والحكومة الاستبدادية.

أي أن المجال الحقيقي والفعلي لهذه الآلية القانونية هو الدولة القانونية التي يكون الدستور فيها في قمة الهرم القانوني، والذي لا يمكن المساس به أو تعديل إلا بذات الإجراءات المرسومة في الدستور، وهي غالباً ما تختلف من حيث الصعوبة والتعقيد عن إجراءات تعديل القوانين العادية^(٢). ومن ناحية أخرى، يرى البعض أن أهداف الدستور المكتوب أن يعين ويحدد سلطات الهيئة التشريعية، وأن السلطة التشريعية لا يمكن أن يسمح لها بأن تصدر قوانين متعارضة مع الدستور إذا ما أريد سيادة الدستور كقانون أعلى^(٣).

(ج) أنواع الرقابة: تختلف هذه الرقابة، سواء من حيث الشكل أم من حيث المضمون، باختلاف الأنظمة الدستورية المقارنة؛ إذ أن بعض الدول قد عهدت بها إلى هيئة سياسية، وتسمى الرقابة في هذه الحالة بالرقابة السياسية على دستورية القوانين، وعهدت دول أخرى إلى القضاء بمهمة الرقابة، وتسمى بالتالي الرقابة القضائية^(٤)، ومنها من صمت عن ذلك تاركة الأمر للرقابة الشعبية واجتهاد القضاء^(٥).

ونتناول في المباحث الثلاثة التالية الرقابة الشعبية والرقابة السياسية والرقابة القضائية.

(١) جيروم أ. باون و س. توماس دينيس: المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) الدكتور يحيى الجمل: النظام الدستوري في الكويت، مع مقدمة دراسة المبادئ الدستورية العامة، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٠-١٩٧١ ص ٧٩.

(٣) الدكتور طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، دراسة مقارنة في رقابة الدستورية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٣ ص ١٣؛ الدكتور محمد المجذوب: المرجع السابق، ص ٨٤.

(٤) الدكتور عادل عمر شريف: قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، طبعة ١٩٨٨ ص ١٨ وما بعدها.

(٥) الدكتور سامي جمال الدين: المرجع السابق، ص ١٦١.

المبحث الأول

الرقابة الشعبية

(أ) **مفهوما:** هي وسيلة لتقويم اعوجاج المجتمع وإصلاحه، وتمثل في أحقيه كل مواطن في إن يقوم بمراقبة عمل السلطة التنفيذية في البلاد والسلطة التشريعية وكذلك بالطبع السلطة القضائية بل ويشارك في إصلاحها «حق النقد البناء». وهي من أهم أنواع الحقوق الإنسانية التي عرفتها البشرية وهي الأصل في قيام الحركات الديمقراطية وكان الإسلام هو الناشئ لهذا الحق. وهي أصل كل الثورات البنائة.

ويكاد لا يختلف اثنان على أن الرقابة الشعبية تعد أداة أساسية من أدوات المشاركة الشعبية في اتخاذ القرار السياسي المتعلق بإدارة شؤون الدولة. وقد منحت دساتير دول العالم المعاصر للمشاركة الشعبية دوراً رائداً في إدارة شؤون الدولة من خلال النص في متنها على أن كل سلطات الدولة تنبثق من الشعب، ومثال ذلك المادة ٢٠ / ٢ من الدستور الألماني لعام ١٩٤٩ والتي نصت على أن «الشعب هو مصدر جميع سلطات الدولة. ويارسس الشعب سلطته من خلال الانتخابات والتصويت، ومن خلال أجهزة خاصة بالسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية. غير أن هناك تفاوتاً في درجة ممارسة الشعب للسلطة. وإذا كان السائد في النظم السياسية المعاصرة هو انتشار نظام الديمقراطية التمثيلية؛ إذ يارسس الشعب دوره في إدارة شؤون الدولة وتسييرها على نحو رئيسي من خلال انتخاب ممثليه في البرلمان (الديمقراطية غير المباشرة) نظراً للصعوبات الفنية والعلمية التي تقف حائلاً في طريق تطبيق نظام الديمقراطية المباشرة، فإن هناك مظاهر للديمقراطية شبه المباشرة يارسسها الشعب في سائر دول العالم، وهي مظاهر تقترب من الديمقراطية المباشرة. وتأتي المشاركة الشعبية إلى التطبيق العملي من خلال عدة أشكال مختلفة يهدف كل منها إلى تحقيق هدف مختلف عن الآخر. فهناك مثلاً الاستفتاء الشعبي Volksbefragung أي أخذ رأي الشعب حول موضوع محدد بدقة. وذلك وفق إجراءات

شكلية محدّدة في القوانين والأنظمة، وهناك شكل آخر من أشكال المشاركة الشعبية يتجلى بالمبادرة الشعبية (الاقتراح الشعبي) Volksbegehren للتوصل إلى قرار شعبي أو لاستصدار قرار برلماني، أما الشكل الثالث فهو القرار الشعبي Volksentscheid الذي يتجلى بأن يقوم الشعب باتخاذ قرار في مسألة عرضت عليه أو اتخاذ قرار بشأن مشروع قانون. وهذه الصورة الأخيرة تختلف عن غيرها من مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة لجهة القوة الملزمة للقرار الشعبي.

(ب) أغراض الرقابة الشعبية: من الصعب القيام بتحديد أغراض الرقابة الشعبية على سبيل الحصر؛ ذلك لأن الرقابة الشعبية بمختلف أدواتها ومصادرها تعد مفهوماً واسع الطيف مقارنة مع غيرها من أنواع الرقابة كالرقابة القضائية أو الرقابة الإدارية. وما يزيد الأمر صعوبة هو أن الرقابة الشعبية تتداخل مع نمط رقابي آخر ذي طبيعة سياسية يطلق عليه الفقه مصطلح الرقابة البرلمانية التي تتجلى بقيام السلطة التشريعية بمراقبة أعمال السلطة التنفيذية من خلال مجموعة من الوسائل أهمها: السؤال والاستجواب والتحقيق وحجب الثقة.

وإذا كانت الرقابة القضائية على أعمال الإدارة تهدف إلى حماية مبدأ المشروعية من خلال الدعاوى التي يرفعها الأفراد المتضررون من تصرفات الإدارة وتستند إلى معيار القانون، فإنها تشترك بهذا الهدف مع شتى أنواع الرقابة الأخرى؛ إذ إن معايير الرقابة واحدة في جميع دول العالم المعاصر، وهي لا تخرج عادة عن ثلاثة معايير أهمها: الرقابة القانونية التي تعني بمشروعية التصرف واتفاقه مع القانون النافذ، والثاني هو رقابة الملاءمة التي تسأل هل هناك انسجام بين الوسائل المستخدمة والهدف المراد تحقيقه، أما المعيار الثالث فيتعامل مع مبدأ الاقتصاد والوفاء في الإنفاق ولا سيما في ظل انخفاض الوسائل والمصادر التمويلية التي تملكها الدولة؛ إذ من الضروري أن يستند أي تصرف إداري إلى العلاقة الشهيرة بين التكلفة والمنفعة.

وليس من الجائز الادعاء بأن هذه المعايير والأغراض هي حكرٌ على الرقابة القضائية أو الرقابة الإدارية الرسمية، بل هي أغراض تسعى إلى تحقيقها باقي الجهات الرقابية ومنها الرقابة الشعبية بمختلف أدواتها ووسائلها. بيد أن أغراض الرقابة الشعبية لا تقتصر على هذه النواحي الفنية الضيقة، بل تعد تجسيداً لمبادئ الديمقراطية وميداناً هاماً لمشاركة الشعب في إدارة شؤون

الدولة حتى لا تكون الدولة حكراً على الحكومة.

كما تعد الرقابة الشعبية واحدة من الضمانات الأساسية لتطبيق القواعد الدستورية وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، وهي من حيث المبدأ ضمانة واقعية تضاف إلى الضمانات القانونية التي تعجز عن توفير الحماية اللازمة للدستور واحترام الأفراد وحررياتهم.

ويمكن الذهاب في أغراض الرقابة الشعبية إلى أبعد من ذلك لكونها وسيلة فعالة تهدف إلى محاربة الفساد وتعزيز الشفافية والنزاهة، إذ من غير المتصور محاربة الفساد من دون مساندة من المواطن وقيامه بواجبه الوطني، آخذين في الحسبان أن هناك تعدداً وتنوعاً لصور مساندة المواطن في حماية الدستور ومبدأ سيادة القانون. لذلك لا بد من التعرف إلى سائر الوسائل والآليات التي يمارس الشعب من خلالها دوره في الرقابة على أعمال الحكومة آخذين في الحسبان أن هذه الوسائل والآليات إنما تختلف من دولة إلى أخرى باختلاف نظامها السياسي وباختلاف ظروفها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتقنية.

(ج) آليات ممارسة الرقابة الشعبية: مهما اختلفت الدول فيما بينها بخصوص الآليات المتبعة في ممارسة الرقابة الشعبية، فإن هناك آليات متبعة في سائر دول العالم المعاصر وهي تعدّ قواسم مشتركة بين الدول، وإذا كان هناك اختلاف بين دولة وأخرى بهذا الشأن فيكون هذا الاختلاف محصوراً في أثر ممارسة الرقابة وفعاليتها والنتائج المترتبة على ذلك. وفيما يلي أهم آليات الرقابة الشعبية:

١- الرأي العام: هو مجموعة آراء المواطنين في المجتمع بخصوص موضوعات معينة تتعلق بمصالحهم العامة والخاصة. وصحيح أنه ليس لرقابة الرأي العام تأثير مباشر في التصرف الإداري «لغياب التركيبة التنظيمية والوظيفية عن الجهة التي تتولى الرقابة مقارنة مع غيرها من أنواع الرقابة الأخرى القضائية أو الإدارية»، لكن مع ذلك تعدّ رقابة الرأي العام في الواقع واحدة من العوامل الرئيسية الكفيلة في ردع الحكام وإجبارهم على احترام الدستور. كما أن لرقابة الرأي العام دوراً فعالاً في الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية ومنعها من التعسف في استعمال السلطة.

ومن المسلم به أن الكشف عن مواطن الضعف في التصرف الحكومي وتوجيه النقد البناء

الذي تتولاه رقابة الرأي العام إنما يعد أداة ديمقراطية مساعدة وهامة من شأنها أن تحرّض المؤسسات المختصة على القيام بممارسة رقابة ومتابعة متوازنة ومستمرة لتصرفات الحكومة. ومما لا شك فيه أن الإدارة العامة ذاتها بإمكانها أن تسهم في أن يكون النقد الذي يوجه إليها مهنيّاً وأن يمارس على نحو أخلاقي؛ إذ ينبغي أن تجعل من سلوكها وتصرفاتها وأسبابها أمراً معروفاً وشفافاً وذلك من خلال عملٍ يحاكي الإعلام والرأي العام. يقول الفيلسوف الألماني كانت «إن النقد أهم أداة بناء عرفها العقل الإنساني فهي تذكره بعدم الكمال، كما أن سببه للتقدم والارتقاء يكون بمعرفته للنقائص والعيوب والتخلي عنها»، والمعانة في الإدارة العربية اليوم أن الأجهزة الإدارية لا تستجيب للنقد الموضوعي.

بيد أن نجاح الرأي العام في ممارسة دور الرقابة إنما هو مشروط بكفالة حرية التعبير عن الرأي نصّاً وعملاً، وعدم الخضوع لمصالح فئات معينة تسخر الإرادة الشعبية والرأي العام لتحقيق أهدافها الخاصة.

ويشارك في تكوين الرأي العام الإعلام واتحادات المصالح والتنظيمات الشعبية ومؤسسات المجتمع الأهلي والأحزاب عن طريق طرح أفكارها والدعوة إليها في مختلف الوسائل التي تقوم الصحافة وسائر وسائل الإعلام السمعية والبصرية في نشرها.

وقد أيد بعض الفقهاء حق مقاومة الطغيان، وإن اختلفوا في تكييفه وذلك حسب النظريات التي قيلت في تحديد الطبيعة القانونية للدستور^(١).

فالفقه الذي يصور الدستور على أساس أنه عقد تم باتفاق الحاكم والشعب، يبرر حق المقاومة إذا خرج الحاكم على أحكام الدستور محل الاتفاق؛ لأن مثل هذا الخروج يبرئ الشعب من طاعته، ومن أنصار هذا الفقه «مارسيل دي بادور» في أواخر القرن العشرين و«هوتمان» و«لانجويه» في القرن السادس عشر.

ويتمثل حق المقاومة لدى فقهاء القرن الثامن عشر في نظرية الحقوق الطبيعية والحريات

(١) انظر المبادئ الدستورية العامة، مع الإشارة لـ «دساتير دول الخليج العربي»، ١٩٨٠، للدكتور عادل الطبطبائي ص ١١٢ .

العامة للأفراد، فإدّام الدستور قد أصبح قاعدة قانونية يفرض الشعب بإرادته الحرة لكفالة حقوقه وضمان حرياته، فقد أصبح له الحق في مقاومة الطغيان باعتبار الدستور حصن هذه الحقوق والحريات كلما حاول الحاكم الخروج على النظام القانوني المقرر.

ويؤيد بعض فقهاء القرن العشرين، حق مقاومة الطغيان كذلك، فيبره «هوريو» على أساس فكرة الدفاع الشرعي؛ إذ يعتبر مقاومة الطغيان عذراً مانعاً من العقاب، ولا يقيد ذلك قاعدة «عدم أحقية الأفراد في اقتضاء حقوقهم بأنفسهم»؛ لأن تطبيق هذه القاعدة مرهون بأن تكفل الدولة النظام فيها وتلتزم بقواعده القانونية، فإذا لم تتوافر للفرد حماية الدولة أو وجد نفسه محتاجاً للحماية ضد طغيان الدولة نفسها، وتوافرت حالة الدفاع الشرعي ضد إساءة استعمال السلطات الحاكمة لاختصاصاتها.

وينتهي البعض الآخر إلى أنه إذا لم يعترف بحق الأفراد في مقاومة الطغيان، فإن الأمر سيتهيء إلى التسليم بمشروعية الحكم الاستبدادي واعتباره عملاً مشروعاً من الناحية العملية على الأقل، ولكن الاستبداد يتنافى مع مبدأ المشروعية.

ويؤيد فقهاء الشريعة الإسلامية مقاومة الطغيان والخروج على طاعة السلطان الجائر؛ وأساس ذلك أن التشريع الإسلامي يلزم الرعية بطاعة الخليفة وتنفيذ أوامره، مادام ينفذ حكم الله، ويسير على هدي نبيه عليه الصلاة والسلام، عند تأدية وظيفته المتمثلة في تطبيق أحكام الدين وتعاليمه وإلزام الناس باتباعها. فإذا خالف الحاكم أوامر الله ورسوله، فلم يحكم في الأمة بما أنزل الله، ولم يقيم العدل، وإنما اتبع هواه، فلا يلزم الأفراد بطاعته^(١).

(١) الدكتور حازم عبد المتعال الصعيدي: النظرية الإسلامية في الدولة، مع المقارنة بنظرية الدولة في الفقه الدستوري الحديث، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٣٩٧ هـ ١٩٧٧، ص ١٣١ - ١٣٣؛ الدكتور سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ١٩٧٤ ص ٣٨٩؛ الدكتور عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ١٩٦٦ ص ٩١٤ وما بعدها؛ الدكتور محمد ضياء الدين الرئيس: النظريات السياسية، ١٩٦٠، ص ٢٩٢؛ الدكتور محمد فاروق النبهان: نظام الحكم في الإسلام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٤ ص ٥٢٧-٥٢٩؛ الدكتور محمد يوسف موسى: نظام الحكم في الإسلام، ١٩٦٣ ص ١٤٦ وما بعدها.

٢- الأحزاب السياسية: تعد الأحزاب اتحادات من المواطنين تمارس وعلى نحو دائم نفوذاً في عملية صنع الإرادة السياسية. وتتجلى مشاركة الأحزاب للشعب في صنع القرار السياسي من خلال الانتخابات البرلمانية، بل توصف الانتخابات البرلمانية في الدول ذات النظام البرلماني بأنها انتخابات حزبية، كما ينبغي تأكيد أن تأثير الأحزاب السياسية في الدولة لا يقتصر على المشاركة في الانتخابات، بل يمتد ليشمل شتى المجالات الممكنة وبصورة خاصة لدى توزيع المناصب، وأيضاً أحزاب المعارضة لها دور أساسي في مسألة الرقابة الشعبية.

وقد نصت المادة ٢١ من الدستور الألماني على أن:

١- تشارك الأحزاب في عملية بناء الإرادة السياسية للشعب، لا قيود على حرية تأسيسها. ويجب أن يستجيب نظام الأحزاب الداخلي للمبادئ الديمقراطية الأساسية كما يجب على الأحزاب أن تقدم حسابات علنية عن مصادر مواردها وثرواتها وأيفية استعمالها.

٢- تعتبر الأحزاب التي تسعى، من خلال أهدافها أو من خلال تصرفات أتباعها، إلى المساس بالنظام الأساسي الديمقراطي الحر أو إزالته أو تهديد آيان جمهورية ألمانيا الاتحادية، تعتبر هذه الأحزاب مخالفة للدستور. تكون المحكمة الدستورية صاحبة القرار في مسألة المخالفة الدستورية الناجمة ومداها.

٣- يتم ترتيب تفاصيل أوفى من خلال قوانين اتحادية.

وباختصار فإن الأحزاب السياسية تعد من المؤسسات الدستورية، وهي المؤسسة الأوفر حظاً من حيث التأثير في السلطة التنفيذية كضمان من الضمانات الشعبية.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه «وحيث أن المادة الرابعة من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ الخاص بنظام الأحزاب السياسية تنص على أنه يشترط لتأسيس أو استمرار أي حزب سياسي ما يلي: (أولاً). (ثانياً) تميز برنامج الحزب وسياساته أو أساليبه في تحقيق هذا البرنامج تميزاً ظاهراً عن الأحزاب الأخرى. (ثالثاً). (رابعاً). (خامساً). (سادساً) عدم انتماء أي من مؤسسي أو قيادات الحزب أو ارتباطه أو تعاونه مع أحزاب أو تنظيمات أو جماعات معادية أو مناهضة للمبادئ المنصوص

عليها في البند (أولاً) من هذه المادة أو في المادة ٣ من هذا القانون أو في المادة الأولى من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ (بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي) المشار إليه أو للمبادئ التي وافق عليها الشعب في الاستفتاء على معاهدة السلام وإعادة تنظيم الدولة بتاريخ ٢٠ أبريل سنة ١٩٧٩. (سابعاً) ألا يكون بين مؤسسي الحزب أو قياداته من تقوم أدلة جدية على قيامه بالدعوة أو المشاركة في الدعوة أو التحريض أو الترويج بأية طريقة من طرق العلانية لمبادئ أو اتجاهات أو أعمال تتعارض مع المبادئ المنصوص عليها في البند السابق. وحيث إن مبنى النعي على البند (ثانياً) من المادة الرابعة من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه، أن البند المذكور إذ اشترط لتأسيس الحزب السياسي أو استمراره التميز الظاهر في برنامج الحزب وسياساته أو أساليبه عن الأحزاب الأخرى مع أن الشروط التي حددتها المادة الرابعة من القانون المشار إليه لتأسيس الأحزاب السياسية هي من الإفاضة والشمول على نحو يجعل "التشابه بين مبادئها وبرامجها وأساليبها أمراً وارداً"، فإن هذا البند المطعون عليه يكون قد انطوى على إخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات العامة وتعارض مع مبدأ تكافؤ الفرص في تأسيس الأحزاب السياسية لما يؤدي إليه من إباحته للبعض وحظره على البعض الآخر بالمخالفة للمادتين ٨، ٤٠ من الدستور. وحيث أن المادة الخامسة من الدستور - المعدلة بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - تنص على أن «يقوم النظام السياسي في جمهورية مصر العربية على أساس تعدد الأحزاب وذلك في إطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصري المنصوص عليها في الدستور وينظم القانون الأحزاب السياسية» وقد تحقق بهذا التعديل تغيير جذري في إحدى ركائز النظام السياسي في الدولة، ذلك أن هذه المادة كانت تنص قبل تعديلها على أن «الاتحاد الاشتراكي العربي هو التنظيم السياسي الذي يمثل بتنظيماته القائمة على أساس مبدأ الديمقراطية تحالف قوى الشعب العاملة من الفلاحين والعمال والجنود والمثقفين والرأسمالية الوطنية.».

وبموجب هذا التعديل يكون الدستور قد استعاض عن التنظيم الشعبي الوحيد ممثلاً في الاتحاد الاشتراكي العربي بنظام تعدد الأحزاب وذلك تعميقاً للنظام الديمقراطي الذي أقام عليه الدستور البنيان السياسي للدولة بما نص عليه في مادته الأولى من أن «جمهورية مصر العربية دولة نظامها اشتراكي ديمقراطي يقوم على تحالف قوى الشعب العاملة.» وبما رددته في كثير

من مواده من أحكام ومبادئ تحدد مفهوم الديمقراطية التي أرساها وتشكل معالم المجتمع الذي ينشده سواء ما اتصل منها بتوكيد السيادة الشعبية -وهي جوهر الديمقراطية- أو بكفالة الحقوق والحريات العامة -وهي هدفها- أو بالاشتراك في ممارسة السلطة -وهي وسيلتها- كما جاء ذلك التعديل انطلاقاً من حقيقة أن الديمقراطية تقوم أصلاً على الحرية وأنها تتطلب -لضمان إنفاذ محتواها- تعدداً حزبياً، بل هي تحتّم هذا التعدد كضرورة لازمة لتكوين الإرادة الشعبية وتحديد السياسة القومية تحديداً حراً واعياً. وحيث أن الدستور إذ نص في مادته الخامسة على تعدد الأحزاب ليقوم على أساسه النظام السياسي في الدولة، فإنه يكون قد كفّل بالضرورة حرية تكوينها وضمان حق الانضمام إليها، إلا أنه لم يشأ أن يطلق الحرية الحزبية إطلاقاً لا سبيل معه إلى تنظيمها، وإنما أراد -حسبنا نصت على ذلك المادة الخامسة منه- أن يكون التعدد الحزبي دائراً في إطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصري المنصوص عليها في الدستور، كما جعل جانب التنظيم التشريعي فيه أمراً مباحاً، إذ عهد إلى القانون تنظيم الأحزاب السياسية، على أن يقف التدخل التشريعي -بناء على هذا التفويض- عند حد التنظيم الذي ينبغي ألا يتضمن نقصاً للحرية الحزبية أو انتقاصاً منها وأن يلتزم بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، فإن جاوزه إلى حد إهدار الحرية ذاتها أو النيل منها أو خرج على القواعد والضوابط التي نص عليها الدستور، وقع القانون -فيما تجاوز فيه دائرة التنظيم- مخالفاً للدستور. وحيث أن الأحزاب السياسية وهي جماعات منظمة تعني أساساً بالعمل بالوسائل الديمقراطية للحصول على ثقة الناخبين بقصد المشاركة في مسئوليات الحكم لتحقيق برامجها التي تستهدف الإسهام في تحقيق التقدم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للبلاد، وهي أهداف وغايات كبرى تتعلق بصالح الوطن والمواطنين، تتلاقى عندها الأحزاب السياسية الوطنية جميعها أو تتحاذى في بعض مناحيها الأمر الذي يجعل التشابه أو التقارب بين الأحزاب السياسية في هذه الأهداف أمراً وارداً، ومن ثم لم يشترط البند ثانياً من المادة الرابعة من قانون الأحزاب المشار إليه أن يقع التميز الظاهر في مبادئ وأهداف الحزب كشرط لتأسيسه أو استمراره وذلك بقصد إفساح المجال لحرية تكوينها، بل جاء الشرط مقصوراً على برنامج الحزب وسياساته وأساليبه التي يسعى بها لتحقيق مبادئ وأهدافه ضماناً للجدية حتى يكون للحزب قاعدة جماهيرية حقيقية تسانده وأن يكون في

وجود الحزب إضافة جديدة للعمل السياسي ببرامج وسياسات متميزة عن الأحزاب الأخرى إثراء للعمل الوطني ودعمًا للممارسة الديمقراطية تبعاً لاختلاف البرامج والاتجاهات المتعلقة بالشئون السياسية والاقتصادية والاجتماعية وتوسعة لنطاق المفاضلة بينها واختيار أصلح الحلول وأنسبها. لما كان ذلك وكان اشتراط تميز برنامج الحزب وسياساته أو أساليبه في تحقيق مبادئ وأهدافه تميزاً ظاهراً عن الأحزاب الأخرى مما يدخل في نطاق التنظيم التشريعي الذي عهد به الدستور إلى القانون، وقد ورد النص عليه في البند (ثانياً) من المادة الرابعة من قانون الأحزاب عاماً مجرداً لينطبق حكمه على جميع الأحزاب السياسية التي صدر القانون منظمًا لها، دون أن يميز في مجال تطبيقه بين حزب وآخر، سواء عند نشوء الحزب أو كشرط لاستمراره الأمر الذي يتحقق به مبدأ تكافؤ الفرص ومبدأ المساواة لدى القانون اللذان قررها الدستور في المادتين ٨، ٤٠، منه، ومن ثم يكون النعي على نص البند المذكور مخالفته هاتين المادتين على غير أساس سليم متعيناً رفضه. وحيث إن النعي على نص البند (سابعاً) من المادة الرابعة من قانون الأحزاب المشار إليه، يقوم على أن البند المذكور إذ اشترط ألا يكون بين مؤسسي الحزب أو قياداته من تقوم أدلة جديده على قيامه بالدعوة أو المشاركة في الدعوة أو التحريض أو الترويج بأية طريقة من طرق العلانية لمبادئ أو اتجاهات أو أعمال تتعارض مع معاهدة السلام بين مصر وإسرائيل التي وافق عليها الشعب في الاستفتاء بتاريخ ٢٠ أبريل سنة ١٩٧٩، يكون هذا البند قد انطوى على مصادرة حرية الرأي بالمخالفة للمادة ٤٧ من الدستور. وحيث أن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها منذ دستور سنة ١٩٢٣ على تقرير الحريات والحقوق العامة في صلبها قصداً من الشارع الدستوري أن يكون لهذه الحريات والحقوق قوة الدستور وسموه على القوانين العادية وحتى يكون النص عليها في الدستور قيدياً على المشرع العادي فيما يسنه من قواعد وأحكام، فتارة يقرر الدستور الحرية العامة ويبيح للمشرع العادي تنظيمها لبيان حدود الحرية وكيفية ممارستها من غير نقص أو انتقاص منها، وطوراً يطلق الحرية العامة إطلاقاً يستعصي على التقييد والتنظيم فإذا خرج المشرع فيما يضعه من تشريعات على هذا الضمان الدستوري، بأن قيد حرية وردت في الدستور مطلقة، أو أهدر أو انتقص من حرية تحت ستار التنظيم الجائز دستورياً، وقع عمله التشريعي مشوباً بعيب مخالفة الدستور. وحيث أن حرية

الرأي هي من الحريات الأساسية التي تختمها طبيعة النظام الديمقراطي وتعد ركيزة لكل حكم ديمقراطي سليم، إذ يقوم هذا النظام في جوهره على مبدأ أن «السيادة للشعب وحده، وهو مصدر السلطات»، وهو ما أكدته الدستور القائم بالنص عليه في المادة الثالثة منه، وقررت مضمونه الدساتير المصرية السابقة عليه بدءاً بدستور سنة ١٩٢٣، ولا شك أن مبدأ السيادة الشعبية يقتضي أن يكون للشعب -مثلاً في نوابه أعضاء السلطة التشريعية- الكلمة الحرة فيما يعرض عليه من شئون عامة، وأن يكون للشعب أيضاً بأحزابه ونقابات وأفراده رقابة شعبية فعالة يمارسها بالرأي الحر والنقد البناء لما تجريه السلطة الحاكمة من أعمال وتصرفات، وفضلاً عن ذلك فإن حرية الرأي تعتبر بمثابة الحرية الأصل التي يتفرع عنها الكثير من الحريات والحقوق العامة الفكرية والثقافية وغيرها وتعد المدخل الحقيقي لممارستها ممارسة جدية، كحق النقد، وحرية الصحافة والطباعة والنشر، وحرية البحث العلمي والإبداع الأدبي والفني والثقافي، وحق الاجتماع للتشاور وتبادل الآراء، وحق مخاطبة السلطات العامة، كما تعد حرية الرأي ضرورة لازمة لمباشرة الحقوق السياسية وإمكان المساهمة بهذه الحقوق العامة في الحياة السياسية مساهمة فعالة كحق تكوين الأحزاب السياسية وحق الانضمام إليها وحق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاء، بل إن قانون الأحزاب السياسية -وقد صدر في سنة ١٩٧٧ قبل تعديل المادة الخامسة من الدستور سنة ١٩٨٠ بالنص فيها على نظام تعدد الأحزاب -حين أراد واضعو القانون المشار إليه أن يقيموا هذا القانون على أساس من الدستور، قد ارتكوا -على ما يبين من مذكرته الإيضاحية وتقرير اللجنة التشريعية عنه- إلى بعض الحريات والحقوق العامة المقررة في الدستور، ومنها حرية الرأي والعقيدة السياسية باعتبار أن حق تكوين الأحزاب يعد حقاً دستورياً متفرعاً عنها ومرتباً عليها، واستناداً إلى أن النظم الديمقراطية تقوم على أساس التسليم بقيام الأحزاب السياسية باعتبارها ضرورة واقعية للتعبير عن اختلاف الرأي الذي تختمه طبيعتها الديمقراطية ولو لم ينص الدستور صراحة على حرية تكوين الأحزاب السياسية وتنظيمها، وإذ كانت حرية الرأي تعد من الدعامات الأساسية التي تقوم عليها النظم الديمقراطية الحرة على ما سلف بيانه، فقد غدت من الأصول الدستورية الثابتة في كل بلد ديمقراطي متحضر وحرصت على توكيدها الدساتير المصرية المتعاقبة، وقررها الدستور القائم

بالنص في المادة ٤٧ منه على أن «حرية الرأي مكفولة، ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو بالكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون، والنقد الذاتي والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطني»، ولئن كان الدستور قد كفل بهذا النص «حرية التعبير عن الرأي» بمدلوله الذي جاء عاماً مطلقاً ليشمل الرأي في مختلف المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية فإنه مع ذلك قد خص حرية الآراء السياسية برعاية أوفي لما لها من ارتباط وثيق بالحياة السياسية وبسير النظام الديمقراطي في طريقه الصحيح، ذلك أن الضمانات التي قررها الدستور بشأن حرية الصحافة واستقلالها في أداء رسالتها وحظر الرقابة عليها أو إنذارها أو وقفها أو إلغائها بالطريق الإداري - حسبما نصت على ذلك المواد ٤٨، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨ من الدستور - إنما تستهدف أساساً كفالة حرية الآراء السياسية باعتبار أن حرية الصحافة هي السياق لحرية الرأي والفكر. وحيث أنه، لما كان حرية التعبير عن الرأي لا يقتصر أثرها على صاحب الرأي وحده، بل يتعداه إلى غيره وإلى المجتمع، ومن ثم لم يطلق الدستور هذه الحرية، وإنما أباح للمشرع تنظيمها بوضع القواعد والضوابط التي تبين كيفية ممارسة الحرية بما يكفل صونها في إطارها المشروع دون أن تجاوزه إلى الإضرار بالغير أو بالمجتمع. وحيث أنه وإن كان من المقرر طبقاً لقواعد القانون الدولي العام، إن المعاهدات الدولية التي يتم إبرامها والتصديق عليها واستيفاء الإجراءات المقررة لنفاذها لها قوتها الملزمة لأطرافها، وأن على الدول المتعاقدة احترام تعهداتها المقررة بمقتضاها طالما ظلت المعاهدة قائمة ونافذة، إلا أن ذلك لا يضيئي على المعاهدة حصانة تمنع المواطنين من مناقشتها ونقدها وإبداء رأيهم فيها، ذلك أن حرية التعبير عن الرأي - بما تشمله من إباحة النقد - هي حرية عامة دستورية مقررة بنص المادة ٤٧ من الدستور، لكل مواطن أن يمارسها في حدودها المشروعة، يؤكد ذلك أن الدستور كفل في المادة ٦٢ منه للمواطن حقوقاً عامة سياسية واعتبر مساهمته في الحياة العامة عن طريق ممارسة تلك الحقوق واجباً وطنياً، ومن هذه الحقوق، حق إبداء الرأي في الاستفتاء، وإذا كان الرأي يحتمل القبول والرفض، فإن هذا النص الدستوري يكون قد أقر للمواطن بحريته التامة في الموافقة أو عدم الموافقة على ما يجري عليه الاستفتاء من أمور، وجاء مؤكداً لحرية التعبير عن رأيه فيما يعرض عليه من مسائل أو يدور حوله من أحداث على النحو الذي تراتح إليه نفسه ويطمئن إليه

وجدانه، ومن ثم لا يجوز أن يكون استعمال المواطن حرية عامة كفلها الدستور، هي حريته في التعبير عن رأيه سبباً في حرمانه من حق أو حرية عامة أخرى قررها الدستور^(١).

٣- وسائل الإعلام: إلى جانب الأحزاب السياسية يوجد عدد كبير من المجموعات المجتمعية التي تشارك في الحياة السياسية للشعب أهمها وسائل الإعلام؛ إذ تؤدي وسائل الإعلام دوراً مهماً في المساهمة في تنبيه الرأي العام من خلال كتابات المفكرين والصحف والفضائيات المرئية والمسموعة والاجتماعات والندوات التي تسهم في إطلاع الجماهير على المشاكل الأكثر إلحاحاً التي يتعرض لها المجتمع، وتكون مراقباً جماعياً لمصلحة الشعب من خلال انتقاد سياسات الحكام وكشف فسادهم وانتهاكهم لسيادة القانون.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه «وحيث إن ضمان الدستور القائم - بنص المادة (٦٥) التي رددت ما اجتمعت عليه الدساتير المقارنة - لحرية التعبير عن الآراء والتمكين من عرضها ونشرها سواء بالقول أو التصوير أو بطباعتها أو بتدوينها وغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها، ذلك أن ما توخاه الدستور من خلال ضمان حرية التعبير - وعلى ما اطرده عليه قضاء هذه المحكمة - هو أن يكون التماس الآراء والأفكار وتلقيها عن الغير ونقلها إليه، غير منحصر في مصادر بذواتها تحد من قنواتها، بل قصد أن تترامى آفاقها، وأن تتعدد مواردها وأدواتها، سعياً لتعدد الآراء، ومحوراً لكل اتجاه، بل إن حرية التعبير أبلغ ما تكون أثراً في مجال اتصالها بالشئون العامة، وعرض أوضاعها تبياناً لنواحي التقصير فيها، فقد أراد الدستور بضمانها أن تهيمن على مظاهر الحياة في أعماق مناباتها، بما يحول بين السلطة وفرض وصايتها على العقل العام، وألا تكون معاييرها مرجعاً لتقييم الآراء التي تتصل بتكوينه ولا عائقاً دون تدفقها، ومن ثم لم يعد جائزاً تقييد حرية التعبير وتفاعل الآراء التي تتولد عنها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها أو من ناحية العقوبة اللاحقة التي تتوخى قمعها؛ إذ يتعين أن ينقل المواطنون من خلالها - وعلانية - تلك الأفكار التي تجول في عقولهم ويطرحونها عزماً - ولو عارضتها السلطة

(١) الطعن رقم ٤٤ س ٧ ق جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٩٨ .

العامة - إحداثاً من جانبهم - وبالوسائل السلمية - لتغيير قد يكون مطلوباً، ومن ثم وجب القول بأن حرية التعبير التي كفلها الدستور هي القاعدة في كل تنظيم ديمقراطي، فلا يقوم إلا بها، ولا ينهض مستويًا إلا عليها؛ وما الحق في الرقابة الشعبية النابعة من يقظة المواطنين المعنيين بالشئون العامة، الحريصين على متابعة جوانبها، وتقرير موقفهم من سلباتها إلا فرع من حرية التعبير ونتاج لها، وهي التي تترد في حقيقتها إلى الحرية الأم وهي الحرية الشخصية التي فطر الله الناس عليها، لا تبديل لخلق الله؛ ومن أجل هذا جعلها الدستور مصونة فلا تمس^(١).

(د) حدودها: هذه الحرية أو الحق يجب ألا تتجاوز حدودها وهي تحقيق الصالح العام، أي أنها غير طليقة بل إنها مقيدة بالألا تتعارض مع القيم الدستورية، والقانون هو آداة التنظيم^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه «وحيث إن الدستور قد تغيا - بنصوصه سائلة الذكر - إرساء أصل عام يعزز للصحافة - تملكاً وإصداراً وممارسة - ضمانات حريتها - من خلال الأطر التي قررها - بما يجعلها طليقة من أية قيود جائرة ترهق رسالتها، أو تحد - بغير ضرورة - من فرص إصدارها أو إضعافها بتقليص دورها في بناء المجتمع وتطويره، وليؤمن من خلالها أفضل الفرص التي تكفل تدفق الآراء والأبناء والأفكار ونقلها إلى القطاع الأعرض من الجماهير، متوخياً دوماً أن يكرس بالصحافة قيمة جوهريّة يتصدرها أن يكون النقاش العام الذي يدور فوق منابرها بديلاً عن الانغلاق والقمع والتسلط، ونافذة لإطلال المواطنين على الحقائق التي لا يجوز حجبها عنهم، ومدخلاً لتعميق معلوماتهم، فلا يجوز طمسها أو تلوينها؛ خاصة في عصر أذن احتكار المعلومة فيه بالغروب، واستحال الحجر عليها، بعد أن تنوعت مصادرها وباتت المعرفة مطلباً ضرورياً لكل الناس، وغدت حرية الأفراد في التعبير والقول أمراً لازماً لتكفل للمواطن نهراً فياضاً بالآراء والمعلومات، ودوراً فاعلاً - من خلال الفرص التي تتيحها - في التعبير عن تلك الآراء التي يؤمن بها، ويحقق بها تكامل شخصيته. ولتؤتي ثمارها في بناء قيم

(١) الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٩ قضائية دستورية، جلسة ٣ يونيو ٢٠١٧ .

(٢) انظر الضوابط التي قنتها القوانين أرقام: ١٧٨ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون الهيئة الوطنية للإعلام، ١٧٩ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون الهيئة الوطنية للصحافة، والقانون رقم ١٨٠ لسنة ٢٠١٨، بإصدار قانون تنظيم الصحافة والإعلام، والمجلس الأعلى لتنظيم الإعلام. والمنشورة في الجريدة الرسمية بالعدد ٣٤ مكرر (ج؛ د؛ هـ) في ٢٧ أغسطس ٢٠١٨ .

الفرد والجماعة، وتنمية روافد الديمقراطية، وتأكيد الهوية المصرية الأصيلة، والتأليف بين منابع التراث وتيارات الحداثة والمعاصرة، وتكريساً لحرية الصحافة - التي كفل الدستور ممارستها - أطلق الدستور قدراتها في مجال التعبير ليظل عطاؤها متدفقاً تتصل روافده دون انقطاع، فلا تكون القيود الجائرة عليها إلا عدواناً على رسالتها يهيئ لانفراط عقدها ومدخلاً للتسلط والهيمنة عليها، وإيذاناً بانتكاسها. ولئن كان الدستور قد أجاز فرض رقابة محدودة عليها فإن ذلك لا يكون إلا في الأحوال الاستثنائية لمواجهة تلك المخاطر الداهية التي حددتها المادة (٧١) منه، ضمناً لأن تكون الرقابة عليها موقوتة زمنياً ومحددة غائياً، فلا تنفلت من كوابحها. ومن ثم، فقد ص-ار متعيناً على المشرع أن يضع من القواعد القانونية ما يصون للصحافة - من حيث التملك أو الإصدار أو الممارسة - حريتها، ويكفل عدم تجاوز هذه الحرية - في الوقت ذاته - لأطرها الدستورية المقررة، بما يضمن عدم إخلالها بما اعتبره الدستور من مقومات المجتمع ومساسها بما تضمنه من حقوق وحریات وواجبات عامة؛ وأصبح الأفراد الطبيعيون أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة بما فيها مؤسسات المجتمع المدني جميعاً مطالبين - في نشر أفكارهم وآرائهم ونتائج إبداعهم - بمراعاة هذه القيم الدستورية، لا ينحرفون عنها، ولا يتناقضون معها، وإلا غدت حرية التعبير وما يقترن بها فوضى لا عاصم من جموحها، وعصفت بشططها ثوابت المجتمع وقيمه ومبادئه^(١).

وحيث إن المادة (٧٣) من الدستور تنص على أن «للمواطنين حق تنظيم الاجتماعات العامة، والمواكب والتظاهرات، وجميع أشكال الاحتجاجات السلمية، غير حاملين سلاحاً من أي نوع، بإخطار على النحو الذي ينظمه القانون». وحيث إن مفاد ذلك أن الدستور قد عني في المادة (٧٣) منه بحق الاجتماع وما يتفرع عنه من حقوق كالحق في تنظيم المواكب والتظاهرات، وجميع أشكال الاحتجاجات السلمية، بحسبان حق الاجتماع هو الملاذ الأمثل والبيئة الأفضل لممارسة حرية التعبير، تتفاعل الآراء من خلاله، وتتلاقى الأفكار وتتصادم عبره، وتنضج المفاهيم وتصل الخبرات عن طريقه، استيلاً لروى أكثر تطوراً، يساهم بها الأفراد في بناء

(١) الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٩ قضائية "دستورية، جلسة ٣ يونيو ٢٠١٧.

مستقبل أكثر إشراقاً لمجتمعاتهم، فحرية التعبير، في مضمونها الحق، تفقد قيمتها إذا جحد المشرع حق من يلودون بها في الاجتماع المنظم، وحجب بذلك تبادل الآراء في دائرة أعرض، بما يحول دون تفاعلها وتصحيح بعضها البعض، ويعطل تدفق الحقائق التي تتصل باتخاذ القرار، وكذلك تشكيل روافد الشخصية الإنسانية التي لا يمكن تنميتها إلا في شكل من أشكال الاجتماع، بل إن حرية القول والصحافة والعقيدة، لا يمكن ضمانها ضماناً كافياً، إلا عن طريق اجتماع تتكفل فيه الجهود للدفاع عن مصالح بذواتها، يكون صونها لازماً لإثراء ملامح من الحياة يراد تطويرها اجتماعياً أو اقتصادياً أو سياسياً، بما يكفل تنوع مظاهرها واتساع دائرتها من خلال تعدد الآراء التي تطرح على مسرحها. وحيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدوها الدستور بضوابط معينة، وكان جوهر السلطة التقديرية يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم، وكان الدستور قد خول المشرع تنظيم الإخطار بممارسة حق تنظيم الاجتماعات العامة والمواكب والتظاهر وجميع أشكال الاحتجاجات، وذلك في إطار سلطته في هذا التنظيم بما يقدر أنه الأنسب لتحقيق مصلحة الجماعة، وتبعاً لذلك؛ حدد المشرع الجهة التي تتلقى الإخطار في قسم أو مركز الشرطة الذي يقع بدائرتها مكان الاجتماع العام أو مكان بدء سير الموكب أو التظاهرة، بحسبان الشرطة هي الجهة المنوط بها عبء اتخاذ التدابير المتعلقة بحماية الاجتماع أو الموكب أو التظاهرة، والمشاركين فيها، وحماية الأرواح والممتلكات الخاصة والعامة، وكيفية درء المخاطر عنها، وتوفير مسارات بديلة للطرق التي تتأثر بإقامتها، ومن ثم فإن تعيين نص المادة الثامنة المطعون فيه قسم أو مركز الشرطة المشار إليه كجهة يوجه إليها الإخطار، يواكب أحكام المادة (٧٣) من الدستور، والمهام التي أوكلها الدستور للشرطة في المادة (٢٠٦) منه في كفالة الطمأنينة والأمن للمواطنين وحفظ النظام العام والآداب العامة واحترام حقوق وحرريات الإنسان، كما أوجب نص المادة الثامنة المطعون فيه تمام الإخطار قبل بدء الاجتماع العام أو الموكب أو التظاهرة بثلاثة أيام عمل على الأقل وبحد أقصى خمسة عشر يوماً، ما لم يكن الاجتماع انتخابياً فقلصت المدة إلى أربع وعشرين ساعة، إتاحة للوقت الكافي الذي تتمكن فيه جهات الأمن

الترتيب للوفاء بالمهام الملقاة على عاتقها، كما أوجب تحقيقاً للغرض ذاته، أن يتضمن الإخطار مكان الاجتماع العام أو مكان وخط سير الموكب أو التظاهرة، وميعاد البدء والانهاء، ونصت المادة ذاتها على ضرورة تضمين الإخطار موضوع الاجتماع العام أو الموكب أو التظاهرة، والغرض منها، والمطالب والشعارات التي يرفعها المشاركون فيها، للوقوف على مدى توافق الاجتماع أو التظاهرة وأحكام الدستور ومقتضيات النظام العام، إذ لا يسوغ إقامة اجتماع أو تظاهرة يكون الغرض منها الحض على التمييز والكرهية ضد طائفة أو جنس، أو ازدراء فئة أو جماعة بعينها، أو التحريض على ارتكاب جرائم، أو مناهضة القيم الديمقراطية، وغني عن البيان أن طلب المشرع لأسماء الأفراد أو الجهة المنظمة للاجتماع العام أو الموكب أو التظاهرة، وصفاتهم، ومحل إقامتهم، ووسائل الاتصال بهم لتسهيل التعرف عليهم والاتصال بهم إذا دعت الحاجة لذلك. ومن ثم يكون التنظيم الذي تخيره المشرع بالنص المطعون فيه قد جاء متفقاً وأحكام الدستور، ولا وجه للمحل، توصلاً إلى عدم دستورية نص المادة المطعون فيه القول بعدم معقولة وجوب تضمين الإخطار الذي يقدمه المنظمون للموكب أو التظاهرة للشعارات التي يرددها المشاركون، حال كون طبيعة التظاهرة أن ينضم لها من يشاء، وأنها تولد شعاراتها بذاتها دون سيطرة من المنظمين؛ فذلك مردود؛ بأن الشعارات المرفوعة في الاجتماع أو التظاهرة هي التعبير الأدق عن موضوعها والغرض منها، والتجسيد الأصدق لأهدافها ومراميها، فالشعار والموضوع صنوان لا ينفكان، بل يمكن القول أن الشعار الذي يرفعه المتظاهرون أو يطلقونه هو البلورة الحية لغايات التظاهرة وأبعادها، ومن ثم كان الوقوف على هذه الشعارات لازماً للوقوف على مدى توافق الاجتماع أو التظاهرة وأحكام الدستور ومقتضيات النظام العام. بيد أن هذا لا يمنع أن يفرز التفاعل العفوي للمشاركين في الاجتماع أو التظاهرة، حين انطلاقهم، شعارات أخرى جديدة، حينها لن يسأل عنها، إن كانت محلاً للتأييم سوى من أطلقها ورددتها من المتظاهرين دون غيرهم عملاً بمبدأ شخصية المسؤولية الجنائية. وحيث إن الدستور حرص على أن يفرض على السلطتين التشريعية والتنفيذية من القيود ما ارتآه كفيلاً بصون الحقوق والحريات العامة، وفي الصادرة منها الحق في الاجتماع والتظاهر السلمي، كيلا تقتحم إحداها المنطقة التي يحميها الحق أو الحرية، أو تتداخل معها، بما يحول دون ممارستها بطريقة فعالة وكان

تطوير هذه الحقوق والحريات وإنفاؤها من خلال الجهود المتواصلة الساعية لإرساء مفاهيمها الدولية بين الأمم المتحدة، مطلباً أساسياً توكيداً لقيمتها الاجتماعية، وتقديراً لدورها في مجال إشباع المصالح الحيوية المرتبطة بها، وعلى ذلك، فعلى خلاف الوثائق الدستورية السابقة على دستور ٢٠١٢، نحا الدستور القائم منحى أكثر تقدماً وديمقراطية في صونه حق الاجتماع السلمي وما يتفرع عنه من حقوق، فسلب المشرع الترخيص في اختيار وسيلة ممارسة هذه الحقوق، وأوجب ممارستها بالإخطار دون غيره من الوسائل الأخرى لاستعمال الحق وممارسته كالإذن والترخيص، ولما كان الإخطار كوسيلة من وسائل ممارسة الحق، هو إنشاء أو إعلام جهة الإدارة بعزم المخطر ممارسة الحق المخطر به، دون أن يتوقف هذا على موافقة جهة الإدارة أو عدم ممانعتها، وكل ما لها في تلك الحالة أن تستوثق من توافر البيانات المطلوبة قانوناً في الإخطار، وأن تقديمه تم في الموعد وللجهة المحددين في القانون، فإذا اكتملت للإخطار متطلباته واستوفى شرائطه قانوناً، نشأ للمخطر الحق في ممارسة حقه على النحو الوارد في الإخطار، ولا يسوغ من بعد لجهة الإدارة إعاقه انسياب آثار الإخطار بمنعها المخطر من ممارسة حقه أو تضيق نطاقه، ولو اعتصمت في ذلك بما يخوله لها الضبط الإداري من مكنتات، فالضبط الإداري لا يجوز أن يتخذ تكأة للعصف بالحقوق الدستورية، فإن هي فعلت ومنعت التظاهرة أو ضيقت من نطاقها، تكون قد أهدرت أصل الحق وجوهره، وهوت بذلك إلى درك المخالفة الدستورية. بيد أن ما تقدم لا يعني أن الحق في الاجتماع أو التظاهر السلمي حق مطلق من رتبة كل قيد، ذلك أن هذين الحقين، وخاصة حق التظاهر السلمي، يمس استعمالهما، في الأغلب الأعم بمقتضيات الأمن بدرجة أو بأخرى، وتتعارض ممارستها مع حقوق وحريات أخرى، بل قد تنحل عدواناً على بعضها، مثل حق الأفراد في التنقل والسكنية العامة، وغيرها، وهو إخلال بغض الطرف عنه، وعدوان يجري التسامح في شأنه، تغليباً لحقي الاجتماع والتظاهر السلمي بحسبانها البيئة الأنسب لممارسة حرية التعبير والتي تمثل في ذاتها قيمة عليا لا تنفصل الديمقراطية عنها، وتؤسس الدول الديمقراطية على ضوئها مجتمعاتها، صوناً لتفاعل مواطنيها معها، بما يكفل تطوير بنائها وتعميق حرياتها، كل ذلك شريطة سلمية الاجتماع والتظاهرات، وتوافقها وأحكام الدستور ومقتضيات النظام العام، وما دام العدوان على الحقوق والحريات الأخرى لم يبلغ قدراً

من الجسامة يتعذر تدارك آثاره، ومن ثم يكون محتماً، التزاماً بالقيم الدستورية التي تعلوها الدولة القانونية، أن يكون القضاء هو المرجع، في كل حالة على حدة، تلجأ إليه جهة الإدارة حين تروم، لأي سبب من الأسباب، وقف سريان الآثار المترتبة على اكتمال المركز القانوني لمنظم الاجتماع أو التظاهرة، الناشئ من تمام الإخطار الصحيح، ليقرر، حينها، القضاء المختص، دون غيره، ما إذا كانت ثمة مصالح وحقوق وحريات أولى بالرعاية، تجيز منع الاجتماع أو التظاهرة السلمية أو تأجيلها أو نقلها أو تعديل مواعيدهما أو تغيير مسار التظاهرة، وذلك على ضوء ما تقدمه جهة الإدارة من دلائل وبراهين ومعلومات موثقة تقتضي ذلك وتبرره. إذ كان ذلك، وكانت الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القرار بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ٢٠١٣ بتنظيم الحق في الاجتماعات العامة والمواكب والتظاهرات السلمية قد خالفت هذا النظر، فمنحت وزير الداخلية ومدير الأمن المختص حق إصدار قرار بمنع الاجتماع أو التظاهرة المخطر عنها أو إرجائها أو نقلها، فإنها تكون بذلك قد مسخت الإخطار إذناً، مما يوقعها في حمة مخالفة المواد (١/١)، (١/٧٣)، (٩٢/٢، ٩٤) من الدستور، ومن ثم يتعين القضاء بعدم دستوريته^(١).

(هـ) آثار ممارسة الرقابة الشعبية: لكي تنتج الرقابة الشعبية هذه آثارها ينبغي أن يكون امتدادها هو امتداد الشعب نفسه، فهي في ردهات المحاكم ومراكز الشرطة وفي المصارف وفي الجامعات وفي المستشفيات وفي المشاريع التنموية وفي حركة المواصلات. وكما هو ملاحظ فإن هذا الانتشار لا يمكن أن يقوم به جهاز، إنها الرقابة الشعبية. إنها محرك فاعل لا يتقيد بأوقات دوام ولا بأشخاص محددين ولا مجال فيه للوساطة والمحسوبية. إنها شبكة شعبية قوية متحركة في كل مكان.

إلا أن هذا مشروط بإعادة هيكلة الرقابة الشعبية وبنائها من خلال اعتماد الآليات التالية:

١ - الرقابة الشعبية ومتابعتها ليس حكراً على أحد.

(١) الطعن رقم ١٦٠ س ٣٦ ق دستورية جلسة ٣ ديسمبر ٢٠١٦، الجريدة الرسمية العدد ٥٠ تابع في ١٥ ديسمبر ٢٠١٦ ص ١٣.

٢- تفعيل الوطنية والمسئولية لنجاح الرقابة الشعبية.

٣- المؤتمرات الشعبية وكل أدوات الإعلام والاتصال وصناديق الشكاوى أداة الكشف المباشر لنتاج الرقابة والمتابعة.

وإذا تحققت هذه الآليات فسوف تظهر مزايا التنفيذ الحقيقي للرقابة الشعبية المباشرة وأهمها انتشار الوعي بالمسؤولية وبتر شروط التسلط والتعسف والفساد.

وقد أظهر البحث أهمية الرقابة الشعبية وجديتها وفعاليتها في التأثير في الحياة العامة في الدولة. من هنا تعدّ الرقابة الشعبية مشروعاً تنموياً ضخماً يحقق جدواه السياسية والاقتصادية والمالية وبالتالي فإن الإنفاق على مشروع كهذا يعد إنفاقاً استثمارياً بامتياز بالنظر إلى العوائد الضخمة التي سيحققها.

(و) ملامح الرقابة الشعبية : هناك الكثير من الدلائل على اعتماد نظام الرقابة الشعبية في مصر، وأول هذه الدلائل هو أحكام الدستور المصري؛ فقد نصت المادة ١٤ من دستور ١٩٢٣ وكذلك المادة ٤٤ من دستور ١٩٥٦ وكذلك ٤٧ من دستور ١٩٧١، والمادة ٦٥ من دستور ٢٠١٤ على أن حرية الفكر والرأي مكفولة. ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه بالقول، أو الكتابة، أو التصوير، أو غير ذلك من وسائل التعبير والنشر. وبالعودة إلى القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون نظام الحكم المحلي يستتج أهم ملامح الرقابة الشعبية:

١- تشمل الرقابة الشعبية مجمل الجهاز الإداري في الدولة وتمارس قبل كل شيء عن طريق المنظمات الشعبية وعن طريق وحدات الحزب.

٢- إن تشكيل المجالس المحلية يفهم بذاته على أنه وسيلة من وسائل الرقابة الشعبية؛ إذ يشارك الشعب من خلال تلك المجالس بالإدارة والاقتصاد والثقافة.

٣- اعتمدت المادة (١٠٩) من قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون نظام الحكم المحلي آليات عديدة للرقابة الشعبية على أعمال الوحدات المحلية أهمها:

التزام المجالس المحلية بتأمين اجتماعات مع المواطنين تناقش من خلالها نتائج أعمالها وأنشطتها، وفسح المجال للمواطنين لمناقشتهم وتقديم الشكاوى والاعتراضات، كما يحق للمنظمات الشعبية انتقاد المجالس المحلية ومكاتبها التنفيذية. ويحق لكل مواطن تقديم الشكاوى والاعتراضات للجهات المعنية وعلى هذه أن تجيبه عن طلبه.

وخلاصة القول أن الشارع المصري تبني أسلوب الديمقراطية الشعبية وقد ظهرت ملامح الأخذ بهذا الأسلوب بأفضل صورها في قانون الإدارة المحلية الذي اعتمد نظام الرقابة الشعبية على أعمال الإدارة المحلية.

وبغض النظر عن الآليات التي اعتمدها قانون الإدارة المحلية لتفعيل الرقابة الشعبية تعدّ الرقابة الشعبية حقاً ومطلباً جماهيرياً وعاملاً مهماً من عوامل التفاعل بين السلطة والمواطنين، ولا يجوز أن ينحصر دور الرقابة الشعبية في ميدان عمل الإدارة المحلية، بل ينبغي أن يمتد ليشمل كل أجهزة الحكم.

فالرقابة الشعبية تجعل من كل مواطن عيناً ساهرة على المصلحة العامة وتضعه أمام مسؤولياته، كما أنها تعدّ إضافة إلى الضمانات القانونية ضمانة واقعية لحماية الدستور واحترام حقوق الأفراد وحياتهم.



المبحث الثاني

الرقابة السياسية

(أ) ماهية الرقابة السياسية: يقصد بها أن تتولى هيئة سياسية فحص القوانين للتحقق من مطابقة القانون للدستور وأحكامه^(١). فينصرف مدلول هذه الرقابة إلى المراجعة ذات الطابع السياسي الذي يغلب على الأعضاء المكلفين بمباشرتها، أي بالتحقق من مدى موافقة أو مخالفة القوانين لأحكام الدستور^(٢).

وتجدر التفرقة بين الرقابة السياسية والرقابة السابقة على صدور القانون؛ فإذا كانت الرقابة السياسية رقابة سابقة دائماً، إلا أن الرقابة السابقة ليست مقصورة على حالات الرقابة السياسية فحسب، بل يمكن أن تقوم في حالة الأخذ بالرقابة القضائية، بل إن غالبية الفقه الدستوري في فرنسا وأحكام مجلس الدولة ومحكمة النقض قد اعتبرت أن المجلس الدستوري الفرنسي هيئة قضائية^(٣).

وتتحقق هذه الرقابة عن طريق منع صدور القانون الذي تثبت مخالفته للدستور، مما يعني أنها رقابة سابقة على صدور القانون، ومن ثم فهي تعد رقابة وقائية^(٤).

ومفاد ذلك أن الهيئة التأسيسية تتميز بأمرين: فهي من ناحية رقابة سابقة على صدور القانون بهدف التحقق من مدى دستوريته، وليست لاحقه على صدور القانون، كما هو حال

(١) الدكتور ابراهيم شيحا: النظام الدستوري اللبناني، ص ٢٠٩؛ الدكتور محسن خليل: المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٢) الدكتور جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، ٢٠٠٧، ص ١٤٦؛ الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية، ص ٥١.

(٣) الدكتور رمزي الشاعر: القانون الدستوري، ص ٢٤٩؛ الدكتور محمد المجذوب: المرجع السابق، ص ٩٣، ٩٤.

(٤) الدكتور رمضان بطيخ: المرجع السابق، ص ٣٣٦.

الرقابة بواسطة هيئة قضائية، وتستهدف هذه الرقابة الحيلولة دون صدور القانون متى ثبتت مخالفته للدستور. ومن ناحية أخرى، تتميز هذه الرقابة السياسية بأن من يتولاها ليس هيئة قضائية تتكون من قضاة، بل يتولى هذه مهمة هذه الرقابة هيئة سياسية، يكون اختيار أعضائها بواسطة السلطة التشريعية أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية^(١).

وتنص الدساتير على كيفية تشكيل الهيئة السياسية، وقد يتم ذلك عن طريق تعيين السلطة التنفيذية أعضاء الهيئة أو السلطة التشريعية، أو تعيين هاتين السلطتين أعضاء هذه الهيئة. وقد يتم التشكيل عن طريق انتخاب الشعب، أو عن طريق الاختيار الذاتي، أي اختيار الهيئة لأعضائها^(٢).

وترتبط الرقابة السياسية بفرنسا؛ إذ قررت الدساتير الفرنسية المتعاقبة أشكالاً مختلفة من تلك الرقابة.

(ب) نشأة الرقابة السياسية: ترجع نشأة الرقابة السياسية *controle politique* على

دستورية القوانين، إلى عهد الثورة الفرنسية عندما أنشأ أول دستور في السنة الثامنة للجمهورية مجلساً "خاصاً" للقيام بهذه المهمة، واستمرت فرنسا في تطبيق الرقابة السياسية حتى اليوم، وقد أخذت بعض الدول بهذه الصورة وخاصة الدول الاشتراكية، وتعد الرقابة السياسية، رقابة وقائية *controle preventif* لأنها سابقة على صدور القوانين، وتعمل على توقي وقوعها في مخالفة الدستور^(٣).

وقد أخذت العديد من الدول عن فرنسا هذه الصورة من الرقابة، مع الاختلاف بين دستور وآخر فأخذ الاتحاد السوفيتي السابق بهذه الرقابة في دستور عام (١٩٧٧)، وجعل الرقابة من اختصاص السلطة التشريعية، كما أخذ دستور ألمانيا الديمقراطية لعام (١٩٤٩)، وبلغاريا في

(١) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق، ٥١٦؛ الدكتور بن سالم جمال: القضاء الدستوري في الدول المغاربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون العام، جامعة الجزائر ١ بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، ٢٠١٤ - ٢٠١٥، ص ٣ وما بعدها.

(٢) انظر في الصعوبات التي تعترض تنظيم الرقابة السياسية، القضاء الدستوري للدكتور طعيمه الجرف، ص ٨٨-٨٩.

(٣) الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله: المرجع السابق، ص ٥٤٢.

دستورها لعام (١٩٤٧)، والصين في دستورها لعام (١٩٥٤)، وقد أناط الدستور الفرنسي الحالي الصادر عام (١٩٥٨)، مهمة الرقابة إلى هيئة أسماها المجلس الدستوري^(١).

وقد دفع فرنسا إلى الأخذ بهذه الرقابة التفسير الذي ساد الفقه الفرنسي في فهم نظرية الفصل بين السلطات، وكذلك بوصف البرلمان هو المعبر عن سيادة الأمة وأن القانون هو التعبير عن هذه الإرادة فهذان الأمران حالا بين فرنسا وبين الأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، وقد ظهرت فكرة الرقابة السياسية على دستورية القوانين أول الأمر خلال إعداد دستور السنة الثالثة للثورة الفرنسية، وكان بين أعضاء الجمعية التأسيسية المناط بها وضع ذلك الدستور الفقيه (سيز sieyes) وقد اقترح هذا الفقيه إنشاء هيئة محلفين دستورية تكون مهمتها رقابة أعمال السلطة التشريعية، ولقي هذا الاقتراح معارضة شديدة ولم يكتب له أن يرى النور^(٢).

وعند إعداد مشروع دستور السنة الثامنة في عهد (نابليون) عاد الفقيه (sieyes) وطرح اقتراحه مرة أخرى واستطاع إقناع واضعو الدستور بسلامة مقترحه وبذلك أنشأ مجلس أطلق عليه المجلس المحافظ le senat conservateur ووفقاً لدستور السنة الثامنة تكون مهمته فحص مشروعات القوانين للتحقق من عدم مخالفتها للدستور، كما أخذت فرنسا بهذه الرقابة في دستور عام (١٨٥٢) وعهد بمهمة الرقابة إلى مجلس الشيوخ، بيد أن كلا المجلسين (المجلس المحافظ، ومجلس الشيوخ) لم يوفقا في هذه المهمة بسبب سيطرة الإمبراطور عليها؛ إذ كان المجلسان أداة بيده^(٣).

وهذه المسألة أثرت أمام القضاء الفرنسي في أكثر من مناسبة ولكن ذلك القضاء سواء

(١) الدكتور مازن ليلو راضي: ضمانات احترام القواعد الدستورية في العراق، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنارك، مرجع سابق www.ao-academy.org

(٢) الدكتور محمد المجذوب: المرجع السابق، ص ٨٨ وما بعدها؛ الدكتور يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية ٢٠٠٨، ص ٤٧.

(٣) الأستاذ حسن ناصر طاهر المحنة: الرقابة على دستورية القوانين، رسالة ماجستير، كلية القانون و العلوم السياسة - الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنارك، ١٤٢٩ هـ ٢٠٠٨، ص ٣٠؛ الاستاذ ديندار شيخاني، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة منشورة في الموقع الالكتروني لمركز قنديل للنشر والإعلام، العدد ٦٥ www.qendil.net.

الإداري أم العادي انتهى دائماً إلى رفض رقابة دستورية القوانين، وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في (١١ أبريل / نيسان ١٨٣٣)، بأن القانون الذي تمت مناقشته وصدر بالطرق المرسومة لا يمكن أن يكون محل مهاجمة أمام المحاكم بدعوى عدم الدستورية، وقد استمرت محكمة النقض الفرنسية دائماً في هذا الاتجاه من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن القضاء الإداري في فرنسا وإن اختص برقابة مشروعية القرارات الإدارية ومدى اتفاقها مع القانون فإنه حكم بعدم قبول الدعاوى التي تستند إلى عدم دستورية القانون.

فالقضاء الفرنسي عندما حجب نفسه عن مراقبة دستورية القوانين، لم يكن مقصراً «في أداء مهمته ولكنه وجد نفسه في مواجهة بعض النصوص التشريعية التي تحول بينه وبين هذه الرقابة، فضلاً» عن بعض الحجج التاريخية والفلسفية، أما من حيث النصوص فقد وجد القضاء الفرنسي أمامه نص المادة (١١) من قانون تنظيم القضاة الصادر عام (١٧٩٠) والتي تمنع المحاكم من أن تشترك على نحو مباشر أو غير مباشر في ممارسة السلطة التشريعية أو أن تعرقل قرارات الهيئة التشريعية أو أن توقف نفاذها وكذلك المادة (١٢٧) من قانون العقوبات التي تؤثم عمل القضاة الذين يتدخلون في ممارسة السلطة التشريعية سواء بإيجاد لوائح تتضمن أحكاماً تشريعية أم بمنع أو إيقاف قانون أو أكثر أم بالتداول فيما إذا كان يجب نشر القوانين أو نفاذها، وفضلاً عن هذين النصين واضحى الدلالة في الحيلولة بين القضاء الفرنسي والنظر في دستورية القوانين، فهناك الحجة التاريخية التي أوجدها تصرفات المحاكم الفرنسية القديمة، والتي كانت تسمى (البرلمانات) قبل الثورة، والتي كانت تعرقل تنفيذ القوانين، بل وتلغي بعض نصوصها مما ولد ميراً من الحذر والريبة لدى رجال الثورة الفرنسية ضد القضاة بوصفهم معوقين وراغبين في التغول على اختصاصات السلطات الأخرى، وأدى هذا كله إلى تيار قوي رافض لإعطاء القضاة حق رقابة دستورية القوانين^(١).

(١) الدكتور رمضان بطيخ: النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية ١٩٩٥ / ١٩٩٦ ص، ص ٣٣٦-٣٤٠؛ الدكتور عادل الطبطبائي: المبادئ الدستورية العامة، ١٩٨٠ ص ١١٩؛ الدكتور محمد حسنين عبد العال: المرجع السابق، ص ١٣٤-١٣٥.

وفي دستور الجمهورية الرابعة لعام (١٩٤٦)، استحدثت الرقابة السياسية على دستورية القوانين، في المواد (٩١ و ٩٣)، وقد تألفت اللجنة الدستورية من ثلاث عشر شخصاً يكون رئيس الجمهورية على رأسهم وعضوان بحكم منصبهما، رئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس الشيوخ، والعشرة أعضاء الباقون هم من يختارهم البرلمان من غير أعضائه، وعلى أساس التمثيل النسبي للأحزاب، وفي الجمهورية الخامسة تبنى الدستور الفرنسي الرقابة على دستورية القوانين أيضاً^(١).

(ج) الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا: استقر القضاء الفرنسي، سواء العادي أم الإداري، على عدم جواز مباشرته لرقابة دستورية القوانين؛ واستند في ذلك على حجج تاريخية وسياسية وفلسفية وقانونية^(٢).

فمن حيث التاريخ، يرجع ذلك إلى السمعة السيئة للبرلمانات القضائية «المحاكم القضائية» التي كانت توجد قبل قيام الثورة؛ إذ كانت هذه البرلمانات دائمة التدخل في أعمال السلطة التشريعية عن طريق إلغاء أو عرقلة تنفيذ ما كان يصدر عنها من قوانين، مما أدى إلى خلق جو من الكراهية تجاه هذه البرلمانات والشعور بالعداء نحوها، ليس من جانب الشعب الفرنسي فحسب، بل ومن جانب رجال الثورة أنفسهم والذين عمدوا إلى وضع نصوص صارمة تحرم على القضاء التدخل في أعمال السلطة التشريعية، مما كان له أبلغ الأثر في خشية المحاكم من مباشرة الرقابة الدستورية.

ومن الناحية السياسية، فقد ذهب الفيلسوف الفرنسي «جان جاك روسو» إلى القول بأن القانون هو مظهر لإرادة الأمة، ولا يمكن أن يوجد رقيب على هذه الإرادة العليا سوى ضمير ممثلي الأمة ومسئولياتهم الأدبية أمامها، ومن ثم لا يكون هناك مبرر لمباشرة القضاء ورقابة دستورية القوانين.

(١) الدكتور جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الدستوري، ٢٠٠٧، ص ١٤٩؛ الدكتور حسان محمد شفيق العاني: الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، مطبعة جامعة بغداد ١٩٨٦ ص ٢٢٢؛ الدكتور محمود عاطف البنا: القانون الدستوري، ص ٨٠-٨٤.

(٢) الدكتور محمد حسنين عبد العال: المرجع السابق، ص ١٣٤-١٣٥؛ الدكتور يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، ص ٥٠.

أما الحجة القانونية، فتعتمد على تفسير رجال الثورة لمبدأ الفصل بين السلطات على أنه يعني استقلال السلطة التشريعية عن السلطة القضائية استقلالاً يحول دون خضوع أي منهما للآخرى. مما يستلزم معه أن يمتنع القضاء عن التدخل في أعمال السلطة التشريعية من خلال رقابة الدستورية، وإلا أهدر المبدأ، وأن وظيفة القضاء تقتصر في رأيهم على الحكم بمقتضى القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، وليس الحكم على هذه القوانين.

وإزاء عدم إقرار القضاء الفرنسي لحقه في رقابة دستورية القوانين، اتجه النظام الفرنسي نحو أسلوب آخر لتحقيق هذه الرقابة^(١).

(أولاً) الاختصاص بالرقابة السياسية: نص الدستور الفرنسي على اختصاص المجلس بالرقابة السياسية على دستورية القوانين، فما هو تشكيل هذا المجلس، وما هو اختصاصه؟.

أولاً: تكوين المجلس الدستوري: يتكون المجلس من نوعين من الأعضاء يغلب عليهم الصفة السياسية:

١- أعضاء بقوة القانون: وهم جميع رؤساء جمهوريات فرنسا السابقين، وتكون عضويتهم لمدى الحياة.

٢- تسعة أعضاء يتم تعيينهم كالتالي: ثلاثة يعينهم رئيس الجمهورية، وثلاثة يعينهم رئيس الجمعية الوطنية، وأخيراً ثلاثة يعينهم رئيس مجلس الشيوخ، ومدة عضوية هؤلاء الأعضاء تسع سنوات غير قابلة للتجديد، على أن يتجدد ثلث الأعضاء التسعة كل ثلاث سنوات.

ويقوم رئيس الجمهورية باختيار رئيس المجلس الدستوري من بين أعضائه التسعة، ويكون صوت رئيس المجلس مرجحاً عند تعادل أصوات الأعضاء في أية مسألة من اختصاص المجلس. ونص الدستور على عدم جواز الجمع بين عضوية المجلس الدستوري وتولي الوزارة أو عضوية البرلمان، وتحدد حالات عدم الجمع الأخرى بقانون أساسي^(٢).

(١) الدكتور رمضان بطيخ: المرجع السابق، ص ٣٣٧-٣٣٨.

(٢) انظر المواد من ٥٦ وحتى ٦٣ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.

وقد أطلق على أعضاء المجلس الدستوري «التسعة العقلاء»؛ لما يتوخى فيهم من قيمة علمية كبيرة. كما أطلق البعض على المجلس «القضاء السياسي»؛ باعتبار أن تكوينه يتم على نحو سياسي، كما أنه يختص بالنظر في مسائل يتسم بعضها بالطابع السياسي، ويتسم البعض الآخر بالطبيعة القضائية، كالنظر في القوانين^(١).

ثانياً: اختصاصات المجلس الدستوري: أوضحت المادة ٦١ من الدستور الفرنسي أن اختصاصات المجلس تتركز في فحص دستورية القوانين والمعاهدات والمنازعات المتعلقة بالانتخابات البرلمانية، وانتخاب رئيس الجمهورية، والاستفتاءات الشعبية. ويجب أن تعرض القوانين العضوية الأساسية ولوائح مجلس البرلمان قبل تطبيقها على المجلس ليقرر مدى مطابقتها للدستور.

ويجوز أن يعرض رئيس الجمهورية أو الوزير الأول، أو رئيس أي من المجلسين النيابيين، القوانين العادية والمعاهدات الدولية على المجلس، لفحص دستورتها قبل إصدارها^(٢).

ومن المقرر طبقاً للتعديل الدستوري الصادر في ٢٩ أكتوبر ١٩٧٤ يجوز لستين نائباً من أعضاء الجمعية أو لستين شيخاً من أعضاء مجلس الشيوخ التقدم بطلب إلى المجلس الدستوري لفحص دستورية قانون من القوانين^(٣).

والملاحظ أن رقابة المجلس لدستورية القوانين تعتبر رقابة سابقة على إصدار القانون، وليست رقابة لاحقة على إصدار القانون وتطبيقه؛ باعتبار أن من خصائص الرقابة الدستورية السياسية أنها تقع في مرحلة إقرار القانون وقبل إصداره، على عكس الرقابة القضائية التي تأتي لاحقة لإصدار القانون وأثناء تطبيقه.

وتجدر التفرقة في هذا الشأن بين القوانين الأساسية والقوانين العادية. فالقوانين الأساسية

(١) الدكتور محسن خليل: المرجع السابق، ١٢٧؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: مبادئ الأنظمة السياسية - النظام البرلماني - النظام الرئاسي - النظام الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٩ رقم ٢٢٨ ص ١٩٥.

(٢) الدكتور جابر جاد نصار: المرجع السابق، ص ١٥٠ وما بعدها.

(٣) الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٥٤٥-٥٤٦.

يجب عرضها على المجلس دائماً قبل إصدارها ونفاذها ليقرر دستوريته أو مخالفتها للدستور. أما القوانين العادية فإن عرضها على المجلس قبل إصدارها يكون جوازياً وليس حتمياً؛ إذ تعرض عليه بناء على طلب رئيس الجمهورية أو الوزير الأول (رئيس الوزراء)، أو رئيس أي من المجلسين النيابيين (الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ). ومنذ تعديل الدستور في ٢٩ أكتوبر ١٩٧٤ أصبح ممكناً لأعضاء الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ اللجوء إلى المجلس الدستوري، بشرط أن يكون الطلب موقعاً من ستين عضواً^(١).

ونصت المادة ٦٢ من ذات الدستور على أنه إذا أعلن المجلس الدستوري عدم دستورية نص من النصوص المعروضة عليه، فلا يجوز إصداره أو تطبيقه. وأن قرارات المجلس الدستوري لا يقبل الطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن، وهي ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الإدارية والقضائية.

ومن المقرر أن القوانين التي يقرها الشعب مباشرة في استفتاء عام، وهذا جائز طبقاً للمادة ١١ من الدستور، لا تخضع لرقابة المجلس الدستوري؛ وأساس ذلك أن المجلس الدستوري أعلن في إحدى قراراته أن اختصاصه قاصر على القوانين التي أقرها البرلمان حسب نص الدستور ولا يجوز له مراقبة القوانين الأخرى التي تقرر في الاستفتاء؛ لأنها تمثل تعبيراً مباشراً عن السيادة الشعبية.

وبجانب هذه الرقابة على دستورية القوانين التي أقرها البرلمان حول الدستور للمجلس اختصاصات أخرى هامة ولها طابع قضائي يغلب على معظمها؛ إذ هو يختص بالفصل في الطعون الخاصة بصحة عضوية مجلس البرلمان: الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. كما يختص أيضاً بالفصل في الطعون الخاصة بعملية انتخاب رئيس الجمهورية، وعملية الاستفتاء الشعبي عند إجراءاته.

والملاحظ أن تلك القوانين التي تقرر في الاستفتاء الشعبي تمثل تعبيراً مباشراً عن السيادة الشعبية، ومن ثم لا يجوز له مراقبتها^(٢).

(١) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق، ٥٢٠-٥٢١.

(٢) الدكتور محسن خليل: المرجع السابق، ص ١٧٢-١٢٨.

كما يختص المجلس برقابة دستورية اللوائح الداخلية لمجلس البرلمان قبل نفاذها، واختصاصه في هذه الحالة إجباري. كما يختص برقابة دستورية المعاهدات الدولية التي تعقدها الحكومة، وقبل التصديق عليها من البرلمان.

وفضلاً عن ذلك يختص المجلس بإبداء الرأي في حالة استخدام رئيس الجمهورية لسلطاته الاستثنائية طبقاً للمادة ١٦ من الدستور؛ إذ جعل الدستور الفرنسي واجباً على رئيس الجمهورية أخذ رأي المجلس الدستوري رسمياً قبل استخدامه للسلطات الاستثنائية، والصفة الرسمية لرأي المجلس معناها نشره في الجريدة الرسمية مما يكون له أثر على الرأي العام^(١).

(ثانياً): تطور الرقابة السياسية (الرقابة اللاحقة): أدخل الشارع الفرنسي تعديلاً على الدستور في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨، فأبقت السلطة التأسيسية على المادة ٦١ من الدستور الخاصة بالرقابة السابقة على القوانين الأساسية والقوانين العادية، مع إضافة الاقتراحات بقوانين الاستفتاءية للرقابة السابقة الوجوبية. واقتصر التعديل إضافة مادة جديدة برقم ٦١-١ تتناول رقابة الدستورية اللاحقة، وهي تعرف في الفقه الفرنسي باسم المسألة الأولية (La question prejudicielle).

ووفقاً لهذه المادة الجديدة، فإنه «في حالة التمسك أثناء دعوى تنظرها إحدى المحاكم، بأن حكماً تشريعياً يتضمن اعتداء على الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، فإنه يجوز عرض هذه المسألة على المجلس الدستوري بناء على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض الذي يفصل فيه خلال مدة محددة، ويحدد قانون أساسي شروط تطبيق هذه المادة»^(٢).

(١) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق، ٥٢١-٥٢٢.

(2) Article 61-1

Créé par LOI constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet... – art. 29

Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'état ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

كما أضيفت المادة ٦٢-٢ من ذات الدستور بالمادة ٣٠ من التشريع الدستوري في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨، والتي نصت على أن «يترتب على الحكم بعدم دستورية حكم (نص) تشريعي استنادًا إلى المادة ٦١-١ إلغاء هذا النص من اعتبارًا من نشر حكم المجلس الدستوري، أو من تاريخ لاحق يحدده هذا الحكم، ويحدد المجلس الدستوري الشروط والقيود التي يجوز وفقًا لها المساس بالآثار التي أحدثها النص»^(١).

وبيان ذلك أن الرئيس الفرنسي السابق «ساركوزي»، وهو ينتمي إلى التيار الديجولي، تقدم بمشروع جديد لتعديل الدستور تضمن عددًا من الإصلاحات من بينها تعديل المادة ٦١ من الدستور بما يوسع من اختصاصات المجلس الدستوري، ويمنح الأفراد حق الدفع بعدم دستورية أحد النصوص التشريعية بمناسبة دعوى قضائية مقامة أمام إحدى الجهات القضائية، وفي حالة قبول القاضي للدفع، فإنه يحيله لمحكمة النقض أو مجلس الدولة على حسب الأحوال، اللذين يملكان إحالته إلى المجلس الدستوري أو رفضه. ويشترط لتحريك هذه الرقابة جدية الدفع

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

NOTA:

La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution a été publiée au Journal officiel du 11 décembre 2009.

(1) Article 62

• Modifié par LOI constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet... - art. 30

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application.

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

بأن النص المطعون فيه قد تضمن اعتداء على أحد الحقوق أو إحدى الحريات الأساسية التي كفلها الدستور. وقد تم إقرار مشروع التعديل الدستوري الجديد بتاريخ ٢٣ يوليو ٢٠٠٨ بالأغلبية التي يتطلبها الدستور، في المؤتمر المشترك للجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. ويتماثل التعديل الجديد لاختصاص المجلس الدستوري مع مشروع الرئيس ميثران الذي تم رفضه عام ١٩٩٠.

ولما كان تطبيق نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، بالإضافة لنظام الرقابة الأولى الذي كان يقتصر على الرقابة السابقة وحدها، يتطلب تعديلاً للقانون الأساسي المنظم للمجلس الدستوري والصادر بتاريخ ٧ نوفمبر ١٩٥٨، فقد أعدت وزارة العدل مشروعاً بتعديل هذا القانون تضمن تنظيمًا لإجراءات تطبيق أسلوب الدفع الفرعي بعدم الدستورية، وقد وافق عليه مجلس الوزراء بتاريخ ٨ إبريل ٢٠٠٩ وأقره البرلمان. وقد بينت دياجة هذا المشروع أن الهدف من توسيع اختصاص المجلس الدستوري ومنحه سلطة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين هو سد ثغرة كانت قائمة قبل إقرار التعديل الدستوري لعام ٢٠٠٨، وكانت تتمثل في أن الدستور يتمتع بحماية قانونية أقل من الحماية التي تتمتع بها المعاهدات وفقاً للمادة ٥٥ من الدستور؛ إذ تملك المحاكم باختلاف أنواعها الامتناع عن تطبيق أي قانون يتعارض مع إحدى المعاهدات، ولكنها لم تكن تملك الحق في الامتناع عن تطبيق القانون الذي يخالف الدستور، إذا كان هذا القانون لم يحكم بعدم دستوريته في ظل نظام الرقابة السابقة التي يمارسها المجلس الدستوري^(١).

(ثالثاً): ضوابط رقابة المجلس الدستوري اللاحقة وفقاً للتعديل الدستوري عام ٢٠٠٨^(٢):

الأول أصحاب الحق في الدفع بعدم الدستورية: يكفل مشروع تعديل القانون الأساسي المنظم للمجلس الدستوري لجميع الأشخاص الحق في الدفع بعدم دستورية نص تشريعي

(١) الدكتور يسري محمد العصار: الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام ٢٠٠٨، مجلة الدستورية، أكتوبر ٢٠٠٩، العدد السادس عشر، السنة السابعة، ص ٤١-٤٢.

(٢) الدكتور صلاح الدين فوزي محمد: الأفراد والدفع بعدم دستورية القوانين في النظام الدستوري الفرنسي، مجلة الدستورية، العدد الخامس والعشرين، السنة السادسة عشرة، ٢٠١٨؛ الدكتور محمد عبد اللطيف: رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا، مجلة الدستورية، أكتوبر ٢٠٠٩، العدد السادس عشر، السنة السابعة، ص ٢٠-٢٥؛ الدكتور يسري محمد العصار: المقال السابق، ص ٤٢-٤٥.

بمناسبة دعوى مرفوعة أمام إحدى الجهات القضائية؛ إذا كان هذا النص يتعدى على أحد الحقوق أو إحدى الحريات الأساسية التي يحميها الدستور. وتشمل عبارة جميع الأشخاص: الأشخاص الطبيعية والمعنوية، سواء كانت أشخاص معنوية عامة مثل الهيئات العامة والمؤسسات العامة ووحدات الإدارة المحلية أم خاصة مثل الشركات والجمعيات والاتحادات. ولا تقتصر عبارة جميع الأشخاص على الوطنيين وحدهم، وإنما تشمل كذلك الأجانب؛ إذ استقرت أحكام المجلس الدستوري على أن الأجانب المقيمين في فرنسا يتمتعون بالحقوق والحريات الأساسية ذات القيمة الدستورية، ما عدا الحقوق التي يقصرها الدستور على الوطنيين وحدهم، مثل الحق في الانتخاب. وتطبيقاً لذلك يجوز لأطراف أي دعوى قائمة أمام إحدى جهات القضاء الدفع بعدم دستورية النص التشريعي المنطبق على الدعوى إذا كان يتعدى على أحد الحقوق أو إحدى الحريات الأساسية.

وفي حالة عدم إبداء أو إثارة الدفع من أحد الخصوم، ثار التساؤل حول مدى جواز إثارة الدفع مباشرة من جانب القاضي أو النيابة العامة مباشرة؟.

ذهب الفقه الفرنسي إلى جواز إثارة الدفع من جانب القاضي أو النيابة العامة مباشرة؛ باعتبار أن الاعتداء على أحد الحقوق الأساسية أو إحدى الحريات العامة من الأمور المتعلقة بالنظام العام.

وفي المقابل، لم يميز مشروع تعديل القانون الأساسي إثارة الدفع من جانب القاضي أو النيابة العامة مباشرة؛ لعدم تعلقه بالنظام العام، مما يفقد النظام الجديد جزءاً كبيراً من الأهمية.

الثاني المصلحة في الدعوى: يشترط لقبول المجلس الدستوري لدعوى الدستورية أن يتم تحريكها بواسطة دفع فرعي يقدم أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام جهة من جهات القضاء، وبشرط أن يستند هذا الدفع إلى أن النص التشريعي المطعون فيه يتضمن اعتداء على أحد الحقوق أو إحدى الحريات الأساسية التي كفلها الدستورية؛ وأساس ذلك أن الشارع لم يجعل مشروع تعديل القانون الأساسي المنظم للمجلس الدستوري من الدعوى الدستورية التي استحدثها التعديل الدستوري لعام ٢٠٠٨ دعوى حسبة متاحة لجميع الأفراد. ومن ثم فإن المصلحة في

هذه الدعوى تتمثل في المنفعة التي تتحقق من الحكم بعدم دستورية النص الذي اعتدى على هذه الحقوق.

ويقيم الشارع صلة بين الدعوى التي أثير بصدد دفع بعدم الدستورية والدعوى الدستورية ذاتها، عن طريق اشتراط أن يكون هذا النص أساساً للدعوى الموضوعية، مما يعني أنه يتعين أن المسألة الدستورية يجب أن تعد مسألة أولية يتعين الفصل فيها أولاً لكي تتمكن المحكمة من الفصل في الدعوى الموضوعية التي أثير بمناسبتها الدفع. ومن ثم فإن الأوجه الأخرى لعدم الدستورية، كأن يصدر تشريع معين دون إتباع الإجراءات التي يوجبها الدستور، لا يمكن إثارتها إلا وفقاً لأسلوب الرقابة السابقة على إصدار القانون، والتي مازالت قائمة، ولم يمس بها التعديل الدستوري الجديد.

الثالث: المحاكم التي يجوز أمامها إثارة المسألة الأولية: التمسك بالمسألة الأولية لن يكون منتجاً أمام جميع المحاكم الفرنسية، ويقتصر أثره طبقاً لتعديل الدستوري على المحاكم التابعة لمجلس الدولة أو محكمة النقض.

ومؤدى ذلك استبعاد المحاكم غير العادية، وكذلك المحاكم غير التابعة للجهتين القضائيتين من نظام المسألة الأولية بعدم الدستورية، ومن هذه المحاكم بشكل خاص محكمة النزاع؛ لأنها لا تفصل في الموضوع، والمحكمة العليا التي تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية، ومحكمة قضاء الجمهورية التي تختص بالفصل في الجرائم التي يرتكبها الوزراء أثناء تأدية وظائفهم.

وقد استبعد مشروع القانون الأساسي محاكم الجنايات من نظام المسائل الأولية؛ نظراً لتشكيلها وضرورة الفصل في المسائل الخاصة بالقانون والإجراءات قبل فتح الدعوى العمومية. غير أن المشروع أجاز إثارة المسألة الأولية في مرحلة التحقيق الجنائي، على أن يتم ذلك أمام غرفة التحقيق.

وقد أجاز مشروع القانون الأساسي إمكانية إثارة المسألة الأولية في أية مرحلة من الإجراءات ولو في مرحلة الاستئناف. كما قرر إمكانية إثارة المسألة الأولية أمام محكمة النقض وأمام مجلس الدولة، سواء بصفتها محكمة أول درجة أم محكمة استئناف أو محكمة نقض.

ويجدر بالذكر أن المجلس الدستور قد رفض الفصل في مسألة الدستورية حين ينظر في منازعات الانتخاب، في ظل نظام الرقابة السابقة، مقررًا أنه ليس له أن يفصل في مطابقة التشريع للدستور. ولم تذكر المادة ٦١-١ شيئًا عن ذلك. وسياق النص الأخير يعني أيضاً استبعاد المجلس الدستوري أيضاً من النظام الجديد.

الرابع نطاق الرقابة المستحدثة: لم يطلق التعديل الدستوري للأفراد حرية التمسك بالقواعد الدستورية، وإنما على العكس حدد لهم طائفة معينة من القواعد الدستورية التي يجوز للخصوص التمسك بها أمام المحاكم، وهذه القواعد هي التي تكفل الحقوق والحريات، وهي تشمل: من ناحية الحقوق التي نصت عليها مقدمة دستور ١٩٥٨ أو وردت في النصوص التي أشارت إليها، وهي: إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩، مقدمة دستور ١٩٤٦، المبادئ الأساسية التي أقرتها القوانين الصادرة في ظل الجمهوريات التي عرفت فرنسا عقب الثورة الكبرى عام ١٧٨٩، وحتى الجمهورية الثالثة قبل صدور دستور الجمهورية الرابعة في عام ١٩٤٦. ومن ناحية أخرى الحقوق التي نصت عليها نصوص دستور ١٩٥٨، ومن أمثلة ذلك: الحق في المساواة، وفي الديمقراطية، وفي الضمان الاجتماعي، وفي استقلال السلطة القضائية وعدم قابلية القضاة للعزل، وحرية الأحزاب، والحريات الفردية، وحق الملكية الخاصة والحصانة البرلمانية.

وقد أثارَت عبارة «حقوق أساسية يكفلها الدستور» نقاشاً في الفقه الفرنسي؛ إذ يرى البعض أن جميع الحقوق التي ينص عليها الدستور تكتسب في الوقت ذاته وصف الحقوق الأساسية، بينما يرى البعض الآخر أن هذه العبارة تكفي للتعبير عن المقصود دون أن يضاف إليها وصف «الأساسية» الذي يعد تزييداً لا مبرر له لأنه لا يضيف شيئاً جديداً.

ومؤدى ذلك أنه لا يجوز للأشخاص القواعد الدستورية التالية:

١- القواعد الدستورية الخاصة بتوزيع الاختصاصات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، والقواعد الدستورية الخاصة بإجراءات القوانين.

٢- القواعد الدستورية الخاصة بالأهداف ذات القيمة الدستورية، على أن هذه القواعد لها صفة موضوعية؛ وأساس استبعاد هذه الطائفة من القواعد الدستورية عدم تعلقها بالحقوق

والحريات. ومن تطبيقات الأهداف الدستورية: حماية النظام العام، والوصول إلى القانون وقابليته للإدراك، وحسن إدارة العدالة، والحق في الحصول على مسكن مناسب.

وقد تعرض هذا الاستبعاد من نطاق المسألة الأولية إلى نقد شديد من جانب من رجال الفقه، فالأستاذ (P. Cassi) يرى أن الأحكام الدستورية المستبعدة تمثل جوهر الدستور، وأن استبعادها ليس له نظير في دساتير الدول الأوربية.

كما توجد علاقة وثيقة بين هذه الأحكام الدستورية وبين الحقوق والحريات العامة^(١).

الخامس محل الرقابة: يقصد بها النصوص القانونية محل الرقابة. فقد أخضع مشروع القانون الأساسي المنظم لرقابة المجلس الدستوري بطريقة الدفع، أي نص قانوني له قيمة التشريع لهذه الصورة من صور الرقابة، ويندرج تحت هذه الرقابة ما يلي:

من ناحية أولى التشريعات التي يصدرها البرلمان، والتي لم تخضع للرقابة المسبقة للمجلس الدستوري، وكذلك التشريعات التي صدرت قبل إنشاء المجلس الدستوري عام ١٩٥٨.

ومن ناحية ثانية اللوائح التفويضية بعد إقرار البرلمان لها.

ومن ناحية ثالثة الأوامر ذات القيمة التشريعية، التي أصدرتها الحكومة استناداً إلى المادة ٩٢ من دستور ١٩٥٨ في الفترة الانتقالية التالية لصدوره، وذلك من أجل إنشاء المؤسسات والتنظيمات السياسية التي نص عليها الدستور، وذلك إلى حين تشكيل البرلمان.

ومن ناحية ثالثة، التشريعات التي يمكن أن تصدرها الحكومة في الفترات التي قد لا توجد فيها سلطة تشريعية، ويطلق عليها فترات اندماج السلطات.

ومؤدى ذلك خروج القوانين والمعاهدات التالية من مجال الرقابة:

١- القوانين التي وافق عليها الشعب في استفتاء عام للرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري؛ إذ إنها تتضمن تعبيراً مباشراً عن إرادة الشعب صاحب السيادة، ويستوي في ذلك أن يكون الاستفتاء قد تم تنظيمه بمبادرة من رئيس الجمهورية حول أي

(١) الدكتور محمد عبد اللطيف: المقال السابق، ص ٢٠-٢١.

موضوع من الموضوعات، وفقاً للمادة ١١ من الدستور، أم بمبادرة من نواب البرلمان، وفقاً لما قرره التعديل الدستوري لعام ٢٠٠٨ أو وفقاً للمادة ٨٩ من الدستور التي أجازت إجراء تعديل دستوري عن طريق الاستفتاء بدلاً من عرض مشروع هذا التعديل على مؤتمر مشترك لنواب الجمعية ومجلس الشيوخ.

٢- القوانين الأساسية: ويقصد بها القوانين الأساسية أو العضوية؛ وأساس استبعادها من مجال الرقابة أنها تعرض بشكل وجوبي على المجلس الدستوري قبل إصدارها لكي يتحقق من مدى مطابقتها للدستور.

٣- المعاهدات الدولية؛ وأساس عدم خضوعها للرقابة بطريق الدفع أنها لا تندرج تحت عبارة «نصوص قانونية لها قيمة التشريع»؛ إذ إنها تتمتع وفقاً لنص المادة ٥٥ من الدستور بقيمة قانونية أعلى قيمة من التشريع، وإن كانت تخضع للرقابة السابقة التي يمارسها المجلس الدستوري؛ إذ تجيز المادة ٥٤ من الدستور إحالتها إلى هذا المجلس قبل التصديق عليها لكي يفحص مدى اتفاقها مع الدستور.

وفضلاً عن ذلك، يشترط مشروع القانون الأساسي لقبول الدفع بعدم دستورية نص تشريعي معين عدم سبق صدور قرار من المجلس الدستوري يؤكد دستورية هذا النص، إلا إذا تغيرت الظروف. مما يعني أن قرار المجلس الدستوري برفض الطعن بعدم دستورية قانون معين لا يمنع من إعادة الطعن بعدم دستوريته في دعاوى أخرى إذا تغيرت الظروف، فهي إذن حجية مشروطة. ومن ثم فإن مشروع القانون قد أسبغ على قرار المجلس الدستوري برفض الدعوى الدستورية حجية نسبية على عكس قراره الصادر بعدم الدستورية الذي يتمتع بحجية مطلقة.

السادس إجراءات الرقابة: من المقرر أنه يتعين إثارة الدفع بعدم الدستورية بمناسبة دعوى مرفوعة أمام إحدى جهات القضاء، ما عدا أمام المحاكم الجنائية، وإن كان يجوز إثارته أمام قاضي التحقيق، وفي هذه الحالة فإنه يرفع إلى غرفة الاتهام بالمحكمة المختصة لكي تنظر فيه وتقرر مصيره. ويجوز تقديم الدفع بعدم الدستورية في أية مرحلة من مراحل التقاضي.

وفي جميع الحالات يتعين تقديم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مستقلة عن صحيفة الدعوى أو الطعن، ويتعين على المحكمة التي أثير أمامها الدفع أن تحيله إلى محكمة النقض إذا كانت تابعة لجهة القضاء العادي، أو لمجلس الدولة، إذا كانت تابعة لجهة القضاء الإداري؛ وذلك إذا قدرت أن النص المطعون فيه بأن يتضمن اعتداء على أحد الحقوق أو إحدى الحريات الأساسية التي كفلها الدستور، يعد أساساً للفصل في موضوع الدعوى أو صحة الإجراءات، ولم يكن الدفع منعدم السند بشكل ظاهر، ويتبين من ذلك أن المحكمة التي يقدم أمامها الدفع لها سلطة تقديرية في صحته والبت فيه، بحيث إذا اتضح لها أنه منعدم الأساس، فإنها تملك رفضه ولا تلتزم بإحالاته لمحكمة النقض أو لمجلس الدولة.

وقد حدد مشروع القانون مهلة قصيرة لمحكمة الموضوع يجب أن تقرر خلالها إما قبول الدفع بعدم الدستورية وإحالاته لمحكمة النقض أو مجلس الدولة، وإما رفضه، هي مهلة ثمانية أيام فحسب. أما إذا كانت المحكمة التي أثير أمامها الدفع مستقلة عن جهتي القضاء العادي والإداري، فإنها تحيله مباشرة للمجلس الدستوري، وكذلك إذ أثير الدفع مباشرة أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة، فإن الإحالة تتم مباشرة من هاتين الجهتين إلى المجلس الدستوري.

ومن المبادئ الهامة التي قررها مشروع القانون الأساسي المنظم لرقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي أنه ألزم المحكمة التي يقدم إليها في وقت واحد دفع بعدم دستورية النص القانوني المتعلق بالدعوى ودفع آخر بمخالفة هذا النص لإحدى المعاهدات، بأن تعطي الأولوية لنظر الدفع بعدم الدستورية؛ بحيث إذا قدرت أن الشرط المحدد لقبوله قد توافرت، فإنها تستمر في السير في الإجراءات المحددة للفصل في هذا الدفع، ومن شأن ذلك أن يقلص مع الوقت من حالات رقابة مدى اتفاق القوانين مع المعاهدات المتعلقة بالحقوق والحريات العامة، مثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ويوسع من حالات الرقابة اللاحقة على دستوريتها، ويعتبر هذا هدفاً أساسياً من أهداف تبني الشارع الفرنسي لنظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين.

وإذا رفضت محكمة الموضوع قبول الدفع بعدم الدستورية لا يجوز لذوي الشأن الطعن استقلالاً في حكمها الصادر برفض الدفع ورفض إحالاته لمحكمة النقض أو لمجلس الدولة،

ولكن يجوز لهم الطعن فيه مع الحكم الصادر في الدعوى ذاتها.

وتتمتع محكمة النقض ومجلس الدولة بسلطة تقديرية في مواجهة الدفع بعدم الدستورية المحال إليهما، سواء أحيل إليهما من إحدى المحاكم التابعة لهما أم تم تقديمه أمامها مباشرة؛ إذ يمكن لهما رفضه بحجة عدم جديته، أو لأي سبب آخر. أما في حالة قبولهما له، فإن عليهما إحالته للمجلس الدستوري خلال مهلة لا تزيد عن ثلاثة أشهر من رفعه إليهما، ويقوم بفحص الدفع بعدم الدستورية، الذي يرفع إلى محكمة النقض من إحدى المحاكم التابعة لها، دائرة خاصة مشكلة من رئيس المحكمة ورؤساء الدوائر بالمحكمة واثنين من المستشارين في الدوائر المعنية بالدفع.

ويترتب على قبول الدفع بعدم دستورية النص القانوني المتعلق بدعوى معينة وقف الفصل في هذه الدعوى؛ باعتبار أن مسألة وقف الفصل في هذه الدعوى تعتبر مسألة أولية ينبغي الفصل فيها أولاً حتى يمكن الحكم في الدعوى، ولا يجوز للمحكمة التي تنظر الدعوى أن تتخذ إجراء فيها ما عدا الإجراءات التحفظية والمستعجلة وكذلك التي من شأنها منع تقييد الحرية الشخصية، وفي الحالات التي يلزم فيها القانون المحكمة بأن تفصل في الدعوى في مدة محددة أو على وجه السرعة، فإنها لا تلزم بوقف السير في الدعوى حتى ولو قبلت دفعا بعدم نص قانوني، وكذلك في الحالة التي يكون فيها الهدف من الدعوى إلغاء إجراء مقيد للحرية الشخصية.

ويلاحظ أن إجراءات الفصل بعدم الدستورية تخضع لمبدأ العلانية والمواجهة، سواء أمام محكمة الموضوع أم أمام محكمة النقض ومجلس الدولة أم أمام المجلس الدستوري ذاته.

وقد حدد مشروع القانون للمجلس مهلة ثلاثة أشهر للفصل في الدفع بعدم الدستورية تبدأ من رفعه. ويتعين إخطار كل من رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ لتقديم ما قد يروونه من أوجه دفاع، ويصدر المجلس الدستوري قراراً مسبب بشأن مدى دستورية نص القانون المطعون فيه، وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية^(١).

السابع آثار الحكم بعدم الدستورية: حددت المادة ٦٢-٢ الدستور الفرنسي المضافة بالمادة

(١) الدكتور يسري محمد العصار: المقال السابق، ٤٤-٤٥.

٣٠ من التشريع الدستوري في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨، آثار الحكم بعدم الدستورية بأنه يترتب على الحكم بعدم دستورية حكم (نص) تشريعي استناداً إلى المادة ٦١-١ إلغاء هذا النص من اعتباراً من نشر حكم المجلس الدستوري، أو من تاريخ لاحق يحدده هذا الحكم، ويحدد المجلس الدستوري الشروط والقيود التي يجوز وفقاً لها المساس بالآثار التي أحدثها النص.

ويعني ذلك أن الأثر الذي يترتب على حكم عدم الدستورية هو إلغاء النص التشريعي بصورة حتمية أو تلقائية، واصطلاح الإلغاء الوارد في النص هو الإلغاء بأثر مباشر، وليس الإلغاء بأثر رجعي؛ وأساس ذلك أن السلطة التأسيسية أثرت الإلغاء بأثر مباشر إعمالاً لمبدأ الأمن القومي، وعلى حساب مبدأ المشروعية.

أما عن الوقت الذي يعتبر فيه التشريع ملغياً، فقد وضع النص القاعدة التي تقضي بأن يكون الإلغاء اعتباراً من تاريخ نشر حكم المجلس الدستوري في الجريدة الرسمية. ويجوز للمجلس أن يحدد تاريخاً آخر للإلغاء النص التشريعي، وهذا التاريخ يكون بالضرورة لاحقاً على تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية. مما يعني أنه يجوز للمجلس إرجاء آثار القضاء بعدم الدستورية انتظاراً لتدخل تشريعي، الأمر الذي يترتب عليه أن يستمر تطبيق النص فترة أخرى من الزمن بواسطة السلطة التنفيذية والمحاكم.

كما أجاز النص للمجلس، أن يقرر حالة بحالة، الأثر الرجعي لعدم الدستورية، وأنه حتى لا يحدث الأثر الرجعي إخلالاً كبيراً بالمراكز القانونية المكتسبة، فيكون للمجلس، حيثئذ أن يضع الضوابط التي يتم وفقاً لها المساس بالآثار التي أحدثها النص التشريعي خلال فترة تطبيقه.

ويتمتع حكم المجلس الدستوري في المسألة الأولية بالحجية المطلقة، أي تكون له الحجية في مواجهة الجميع. ومن لا تقتصر الحجية على أطراف الخصومة الموضوعية؛ وأساس ذلك أن الإلغاء بوصفه جزءاً لعدم الدستورية يعني أن القاعدة التشريعية لا تستبعد من التطبيق على المنازعة التي أثرت فيها المسألة الأولية فحسب، وإنما تستبعد أيضاً من التطبيق على جميع المنازعات أمام القضاء، مما يجعل القانون المحكوم بعدم دستوريته يتوقف عن أن يكون جزءاً من

النظام القانوني^(١).

رابعاً : تقويم الرقابة السياسية في فرنسا: يؤخذ على هذا المجلس من ناحية أولى أنه يغلب على تكوينه الطابع السياسي. ومن ناحية ثانية لا يستطيع المجلس أن يباشر مهمته الرقابية من تلقاء نفسه. ومن ناحية ثالثة لا يجوز للأفراد الطعن أمام المجلس بعدم دستورية مشروعات القوانين المعروضة على البرلمان^(٢).

ولذلك يرى البعض أن نظام الرقابة السياسية من الأنظمة التي قلما أدت دورها؛ ويرجع ذلك إلى عاملين أو سببين: الأول أنه يصعب أن تتوافر لدى الهيئة الحيدة والنزاهة اللازمة للحكم على الأمور دون التأثير بالاتجاهات السياسية أو النزعات الحزبية، لا سيما وأنها غالباً ما تعين بواسطة إحدى السلطات العامة في الدولة في الدولة فتكون في العادة تابعة لها خاضعة لاتجاهاتها. ولذلك حاول الدستور الفرنسي تفادي هذا العيب في طريقة تشكيل المجلس الدستوري بأن أشرك كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ بالتساوي في تعيين أعضائه التسعة الذين يتكون منهم المجلس بالإضافة إلى رؤساء الجمهوريات السابقين الذين يعتبرون أعضاء فيه بحكم القانون. السبب الثاني أن أعضاء هذه الهيئة غالباً ما لا يتوافر لديهم التأهيل القانوني اللازم لإمكان القيام بعملية رقابة دستورية القوانين، وهي عملية قانونية بطبيعتها^(٣).

وعلى ضوء هذه الانتقادات، لا يبعث نظام الرقابة السياسية على الثقة في قدرتها على أداء مهمتها، ولذا لم تكفل بالنجاح في كثير الأحيان، ولم تتمكن من ممارسة اختصاصاتها^(٤). ومن ثم تعد هذه الرقابة غير فعالة وقاصرة عن كفالة الغرض المقصود منها، وهو المحافظة على مبدأ سمو الدستور، وبالتالي حماية هذا الدستور من الخروج على أحكامه. ولذا يستحيل الاجتزاء بهذه

(١) الدكتور محمد عبد اللطيف: المرجع السابق، ص ٢٣-٢٤.

(٢) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٠، ص ٥٧٦؛ الدكتور ثروت بدوي: المرجع السابق، ص ١٠٠؛ الدكتور عبد الحميد متولي:

المرجع السابق، ص ١٩٩؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٥٤٨.

(٣) الدكتور ماجد الحلو: المرجع السابق، ص ٤٤٠.

(٤) الدكتور محمد كامل ليلة: القانون الدستوري، دار الفكر العربي ١٩٧٦ ص ١٣١.

الرقابة أو الاستناد إلى أدواتها المختلفة كبديل عن الرقابة القضائية التي تقوم عليها محكمة عليا تتركز فيها هذه الرقابة^(١).

ومع ذلك، فإن بعض الدساتير الحديثة مازالت تأخذ بها؛ للنظر إلى الهيئة التي تمارس الرقابة السياسية كما لو كانت أعلى مرتبة من السلطة التشريعية، ولذلك يصعب في بعض الدول مجابهة برلمان منتخب هيئة قضائية، بينما قد يتقبل البرلمان أن تمارس هذه الوظيفة هيئة سياسية يسهم هو في تشكيلها. وفضلاً عن ذلك، فقد أثبت المجلس الدستوري في فرنسا وجوده وجدواه في ظل دستور ١٩٥٨ - بعد تعديله في عام ١٩٧٤ - ولم يعد المجلس مؤسسة من مؤسسات نابليون الثالث، بل غدا جهة قضائية ذات تشكيل خاص تصدر أحكاماً لها حجيتها بالنسبة لجميع سلطات الدولة، ويحمي الحقوق والحريات، ويضمن عن طريقه حسن نفاذ الدستور^(٢).

(د) الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية:

١- تاريخ الرقابة: التجربة الأمريكية في الرقابة على دستورية القوانين، من أقدم التجارب وأكثرها ثراءً وأبعدها تأثيراً، وقد ظلت هذه التجربة طوال القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين التجربة الوحيدة في الرقابة على دستورية القوانين، إلى أن بدأت في أوروبا عقب الحرب العالمية الأولى. وبعد ذلك بدأت في الانتشار الواسع في النصف الثاني من القرن العشرين، ويكاد الفقهاء يجمعون على أن الدستور الأمريكي لم ينظم الرقابة على دستورية القوانين ولم يتحدث عن مثل تلك الرقابة صراحة في نص من نصوصه، ولكن في المقابل لا يوجد في نصوص الدستور الأمريكي ما يفهم منه صراحة أو ضمناً الحيلولة بين القضاء ومثل هذه الرقابة، بل إن في الدستور ما يشجع على الأخذ بها ومن ذلك أن المادة (٦ / ٢) من الدستور الأمريكي التي تنص على أن «هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة ستكون هي القانون الأساسي للبلاد والقضاة في كل البلاد سيتقيدون بذلك بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولاية أو قوانينها»^(٣)، فضلاً عن نص المادة (٣)

(١) الدكتور جابر جاد نصار: المرجع السابق، ص ١٥٣؛ الدكتور رمزي طه الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٤٧ وما بعدها؛ الدكتور رمضان بطيخ: المرجع السابق، ص ٣٤٣.

(٢) الدكتور رمزي طه الشاعر: القانون الدستوري، ٢٤٨-٢٤٩.

(٣) المادة ٦/٢ من الدستور الأمريكي الصادر عام ١٧٨٧.

(٢/ من الدستور التي تتحدث عن الاختصاص القضائي التي جاء فيها «أن الوظيفة القضائية تمتد إلى كل القضايا المتعلقة بالقانون أو العدالة التي تثور في ظل هذا الدستور»^(١).

هذان النصان من نصوص الدستور الأمريكي وإن كانا لا ينظمان وسيلة معينة لمراقبة دستورية القوانين إلا إنها بغير شك يفتحان الباب عن طريق التفسير أمام المحاكم للنظر في مدى اتفاق القوانين الصادرة مع الدستور^(٢).

ويعد النظام القضائي الأمريكي أكثر النظم القضائية قوة في العالم، وتنهض أسس هذه القوة على حقيقة أن المحاكم الأمريكية تفسر القانون وأن للمحكمة الحكم النهائي في تفسير الدستور، وقد مارست المحكمة منذ عام (١٨٠٣) سلطة المراجعة القضائية أي سلطة إعلان عدم دستورية أحد القوانين^(٣).

والمقصود بأحد القوانين هو قانون القضاة الاتحادي لعام (١٧٨٩) الذي قضى بعدم دستوريته القاضي (جون مارشال) في القضية المشهورة (ماربوري ضد ماديسون) والذي أصبح قرار الحكم بعدم دستورية القانون سابقة قضائية أخذت المحكمة العليا على عاتقها الرقابة على دستورية القوانين، وتتلخص قضية عدم دستورية قانون (القضاة الاتحادي) أنه عندما خسر الحزب الاتحادي، الديمقراطي حالياً، الانتخابات عام (١٨٠٠) وفاز بها الحزب الجمهوري الذي كان يدعو إلى تقوية سلطات الولايات على حساب السلطة الاتحادية، قلق الاتحاديون على مصير الاتحاد فسارعوا في عام (١٨٠١) قبل تخليهم عن مناصبهم إلى تعيين قضاة يؤمنون بالفكرة الاتحادية وفي مقدمتهم القاضي (مارشال) رئيس المحكمة الاتحادية العليا، وعندما تسلم الرئيس (جيفرسون) مهام منصبه أمر وزير الداخلية (ماديسون) بصرف النظر عن تعيين بعض

(٢) المادة ٣/ ٢ من الدستور الأمريكي الصادر عام ١٧٨٧.

(٣) الدكتور محمد إبراهيم درويش: الإدارة القضائية للعدالة، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٧٤ وما بعدها؛ الدكتور يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

(٤) لاري الويتز: نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ترجمة جابر سعيد عوض، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ١٩٩٦ ط ١ ص ٢١٥.

القضاة الذين لم تصدر أوامر تعيينهم بعد، ومن بينهم القاضي (ماربوري) فأسرع الأخير إلى المحكمة الاتحادية العليا طالباً تطبيق الباب الثالث عشر من قانون القضاة الاتحادي لعام (١٧٨٩) الذي كلف فيه الكونغرس المحكمة الاتحادية العليا بإصدار أوامر إلى الأشخاص العاملين في الخدمة المدنية الأمريكية وطلب (ماربوري) إصدار مثل ذلك الأمر إلى وزير الداخلية، إلا أن المحكمة الاتحادية العليا رفضت طلبه لأنه يخالف الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات، وأعلنت المحكمة استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الباب الثاني من الدستور أن الباب الثالث عشر من قانون القضاة الاتحادي غير دستوري^(١).

ويقتضي ذلك بيان السلطة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية، وطبيعة قرارات المحكمة الاتحادية العليا، وأهم الضوابط التي تنقيد بها المحكمة الاتحادية العليا.

٢- السلطة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية: انيطت السلطة القضائية في الولايات

المتحدة بمحكمة عليا واحدة ومحاكم أدنى درجة يرتأي الكونجرس إنشاءها، ويقضي بذلك من حين لآخر وعملاً بهذا التوجيه قسم الكونغرس الأول البلاد إلى مناطق، وأنشأ محاكم فدرالية لكل منطقة ومن ذلك المنطلق تطورت الهيكلية الحالية للمحاكم الفدرالية لتصبح مؤلفة من المحكمة العليا وإحدى عشر محكمة استئناف وواحد وتسعون محكمة بداية وثلاث محاكم ذات سلطات خاصة ولا يزال الكونغرس يتمتع اليوم بسلطة إنشاء المحاكم الفدرالية أو إلغائها وتحديد عدد القضاة في الجهاز القضائي الفدرالي، ولكنه لا يملك صلاحية إلغاء المحكمة العليا^(٢).

والسلطة القضائية تقيم أعمالها على أساس السلطة الممنوحة لها بموجب الدستور، وتكون السلطة القضائية المفسر النهائي لمواد الدستور، وللتقييد على سلطة الحكومة، وإذا حاول الفرعان السياسيان «الرئيس والكونجرس» التجاوز على الدستور، عندئذ تتدخل السلطة

(١) الدكتور إحسان حميد المرفجي: نظرية الدستور، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق ١٩٩٠، ص ٢٢٠؛ الدكتور إسماعيل مرزة: مبادئ القانون الدستوري والعلم السياسي، دار الملاك للفنون والآداب والنشر، ط ٣ ٢٠٠٤ ص ١٨٣ وما بعدها؛ جاي م. فينلان: النظام القانوني الأمريكي، ترجمة الدكتور أحمد أمين الجمل، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ط ١ ٢٠٠٥ ص ٣٦-٣٩.

(٢) وزارة الخارجية الأمريكية: موجز نظام الحكم الأمريكي، بدون مطبعة أو سنة طبع، ص ١١٢-١١٣.

القضائية وتقضي بعد دستورية القوانين المتعارضة مع نصوص الدستور، كما قال أحد واضعي الدستور فإن السلطة القضائية نفسها لن يكون لها لا سلطة المال ولا سلطة السيف، لا تستطيع تنظيم أي جيش أو قوة شرطة لتطبيق قراراتها كما لن تستطيع منع الموازنات المالية عن الفرعين الآخرين، أن كل ما تستطيع القيام به هو أن تبقى مستقلة سياسياً وحامية لحقوق الشعب إلى درجة تجعل السياسيين والمواطنين على حد سواء يتقيدون بقراراتها إذا كان للسلطة القضائية أن تتكلم دون خوف أو تحيز، وإذا كان لها أن تكون مستقلة فعلاً فيجب أن توجد خارج نطاق سيطرة الفرعين الآخرين للحكم، ولذلك نص الدستور الأمريكي على إنشاء محكمة عليا^(١).

والمحكمة العليا هي المحكمة الأعلى درجة في الولايات المتحدة، وهي الوحيدة التي أنشأها الدستور بالتحديد، ولا يمكن مراجعة أي قرار صادر عن المحكمة العليا أمام أية محكمة أخرى، ويحمي الدستور استقلالية القضاء في نضه على أن القضاة الفدراليين يبقون في مناصبهم ما داموا حسني السلوك، وهذا يعني عملياً حتى الوفاة، أو التقاعد، أو الاستقالة، مع أن القاضي الذي يرتكب عملاً «مخالفاً» للقانون وهو في منصبه يمكن أن يوجه له اتهام برلماني ويحاكم في الكونجرس على غرار ما يحصل بالنسبة إلى الرئيس وسائر المسؤولين في الحكومة الفدرالية، والقضاة الفدراليون يعينهم الرئيس ويخضع لموافقة مجلس الشيوخ، كما أن الكونجرس يحدد رواتب هؤلاء القضاة، ولا يذكر الدستور شيئاً عن مؤهلات قضاة المحكمة العليا، وليس هناك ما يستلزم أن يكون القضاة من المحامين مع أن جميع القضاة الفدراليين وقضاة المحكمة كانوا على الدوام من المحامين، ومنذ إنشاء المحكمة العليا لم يدخل في عضويتها سوى مائة قاض، وكانت هذه المحكمة تتألف من رئيس وخمسة أعضاء وفي السنوات الثمانين التي أعقبت إنشائها بقي عدد أعضاء المحكمة يتبدل إلى أن تحدد عضويتها سنة (١٨٦٩) برئيس وثمانية أعضاء

(٢) فيليب ستروم: دور القضاء المستقل - مقال منشور تحت عنوان «أوراق ديمقراطية» رقم ٦ ص ١ إصدار وزارة الخارجية الأمريكية - مكتب برامج الإعلام الخارجي office of international information programs.us
 department of state «وفليب ستروم» أستاذة في العلوم السياسية في كلية بروكلين - جامعة نيويورك وأستاذة زائرة في القانون الدستوري في جامعة واين . نشرت كتباً ومقالات عديدة حول موضوع الحكومة الأمريكية شملت النظام القضائي الأمريكي وحقوق الإنسان.

ورئيس المحكمة هو المسئول التنفيذي الأعلى فيها^(١).

٣- الاختصاص: تتسم السلطة القضائية في أمريكا بأنها نظام ثنائي (محاكم الولايات، وسلطة قضائية فدرالية)، وتختص محاكم الولايات بالغالبية العظمى من القضايا في البلاد بما في ذلك المتعلقة بالأحوال الشخصية، والقضايا بين المواطنين ومخالفات المرور، بينما تختص المحاكم الفدرالية فحسب بالمخالفات المتعلقة بالقانون الفدرالي أو الدستور، كما أنها تتناول أيضاً القضايا بين المواطنين من ولايات مختلفة ويتكون نظام المحاكم الفدرالي من ثلاث مستويات أساسية هي «محاكم مناطق، ومحاكم الاستئناف، والمحكمة الاتحادية العليا» وهذه المحاكم الدستورية التي تمارس السلطة القضائية، كما نصت عليها المادة الثالثة من الدستور الأمريكي، أما عن اختصاص المحاكم الذي يقصد به سلطة المحكمة، في أن تسمع وتحاكم، وتصدر قرارها في إحدى القضايا، وتختص المحاكم الفدرالية بالنظر في القضايا التي تتناول التأويلات الدستورية والمسائل المتعلقة بالقانون البحري، وكذلك عندما تكون الأطراف المتنازعة أو الخصوم في القضية هم من الولايات أو إحدى الولايات، أو أحد المواطنين في إحدى الولايات يقيم دعوى على ولاية أخرى، وهناك عدة صور من الاختصاص^(٢).

أولاً: الاختصاص المطلق: إن القضايا التي يكون أحد أطرافها «سفيراً»، أو التي تتعلق بجريمة فدرالية مثل الخيانة العظمى، والتجسس، وتزوير العملة، أو التي تتضمن اعتداء على حق الاختراع، أو حق التأليف والنشر، أو قانوناً من قوانين الكونجرس، لا تنظرها إلا المحاكم الفدرالية^(٣).

وللمحكمة الاتحادية العليا ومن خلال سلطتها في المراجعة التشريعية، أن تعلن أيّاً من أعمال الرئيس، أو الكونجرس بأنه غير دستوري على أساس أنه ينتهك الدستور، ولا يمكن رد مثل هذا القرار إلا بموجب تعديل دستوري أو بقرار من المحكمة ذاتها. وتمارس جميع المحاكم الأمريكية بما في ذلك المحاكم الفدرالية في مناسبات معينة، لكن الكلمة الأخيرة في جميع أنحاء

(١) وزارة الخارجية الأمريكية: موجز نظام الحكم الأمريكي، ص ١١٤ - ١١٥.

(٢) لاري الويتز: نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ص ٢٢٠ - ٢٢١.

(٣) لاري الويتز: نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ص ٢٢١.

الولايات المتحدة تختص بها المحكمة الاتحادية العليا^(١).

وقد لعبت المحكمة العليا الأمريكية دورًا بارزًا في فضيحة (وترجيت) عندما أصدرت المحكمة في دعوى الولايات المتحدة ضد الرئيس (ريتشارد نيكسون) أمرًا بطلب تسليم الشرائط المتعلقة بالمحادثات التي دارت بين الرئيس (نيكسون) وسبعة من مساعديه وعلى رأسهم النائب العام، ومن الذين كان قد تم توجيه تهم لهم لعلاقتهم بالسطو على (وترجيت) وقد اعترض (نيكسون) على تسليم الشرائط؛ باعتبار إن محادثات الرئيس تتمتع بالحصانة المطلقة، وقررت المحكمة العليا بالإجماع، بأنه ليس للمحادثات الرئاسية حصانة إذا تعلق الأمر ببينة تثبت ارتكاب جريمة، ولعل مما يحسب للنظام الأمريكي إن أربعة من قضاة المحكمة العليا من الذين أصدروا الحكم تم تعيينهم بواسطة الرئيس (نيكسون) ولم يشفع له تعيينهم وعليه كان لأمر المحكمة العليا الدور البارز في استقالة الرئيس (ريتشارد نيكسون) في (٨/ أغسطس ١٩٧٤)^(٢).

ثانياً: الاختصاص المشترك: يمكن أن تنظر القضايا إما محكمة فدرالية، أو محكمة ولاية، فالقضية التي تتضمن مواطنين من ولايات مختلفة تعرف هذه القضايا بقضايا ازدواج الجنسية، وإذا كانت قيمة الأموال في القضية تزيد عن (٥٠,٠٠٠) خمسون ألف دولار فانه يمكن للمدعي أن يرفع القضية إلى أي مستوى من مستويات المحاكم، فإذا عرضت القضية أمام محكمة ولاية فان المدعى عليه، يمكن أن يحولها إلى محكمة من محاكم المناطق الفدرالية^(٣).

(٢) جابريل إيه الموند .وجي بنجهام باويل الابن: السياسات المقارنة في وقتنا الحاضر - ترجمة هشام عبد الله، الدار الأهلية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٨ ص ٩٥٩.

(٣) للمزيد حول فضيحة (وترجيت) ينظر نبيل أديب عبد الله، (عندما هزمت الصحافة السلطة) مقالة منشورة في صحيفة السودان الدولية والهوية الجامعة، العدد: ٨٣٩ في ١٣/٣/٢٠٠٨ وعلى الموقع الإلكتروني.

<http://www.alsudani.info/index.php?type=38id=2147526764>.

(١) محاكم المناطق، محاكم فدرالية تحكم في (٢٥٠,٠٠٠) مائتي وخمسون ألف قضية كل عام نحو ٨٠٪ من إجمالي عبء القضايا الفدرالية، ويبلغ عدد هذه المحاكم في الولايات المتحدة ٩٤ محكمة منطقة وتقع في مختلف المناطق القضائية في الولايات المتحدة فضلاً عن الأقاليم، واحدة في كل من مقاطعة كولومبيا، وجوام، وبورتوريكو، وجزر فرجين، وتضم ولاية كبيرة مثل كاليفورنيا أربع محاكم مناطق وفي كل ولاية بها محكمة منطقة واحدة على الأقل، ومحاكم المناطق هي المحاكم الفدرالية الوحيدة التي بها هيئة محلفين كبرى التي تقوم بتوجيه الاتهام للأفراد بعد توافر الأدلة

ثالثاً: الاختصاص الأصلي: المحكمة التي تنظر قضية لأول مرة يكون لها الاختصاص الأصلي بالنسبة لهذه القضية، أما المحكمة التي تنظر في قضية مستأنفة من محكمة أدنى فيكون لها الاختصاص الأصلي فحسب، أما محاكم الاستئناف ليس لها إلا الاختصاص الاستئنافي. أما المحكمة الاتحادية العليا فتمتع بكل اختصاصين الأصلي والاستئنافي^(١).

٤- طبيعة قرارات المحكمة الاتحادية العليا: تصدر المحكمة قراراتها دون سماع حجج شفوية، وتصدر المحكمة حكمها مشفوعاً برأي مكتوب غير موقع يطلق عليه (رأي محكمة) يشرح حيثيات القرار، وفي بقية القضايا يقدم المحامون عن الخصوم مذكرات تبرز أحقية القضية، ويسمح لكل طرف بنصف ساعة لعرض قضيته شفهاً، والإجابة على تساؤلات القضاة، وبعد هذه المناقشة الشفهية يجتمع القضاة في اجتماع مغلق لمناقشة القضية والتصويت عليها في النهاية، ثم يتولى رئيس المحكمة كتابة رأي الأغلبية إذا كان متفقاً مع رأيه أو يطلب من أحد القضاة أن يقوم بذلك، أما إذا لم يكن رأي رئيس المحكمة متفقاً مع رأي الأغلبية، يتولى أقدم القضاة كتابة الرأي وقد يحتاج الرأي النهائي لعدة شهور لصياغته، ويمكن للقضاة الآخرين أن يكتبوا رأياً متفقاً عليه، يتفق ورأي الأغلبية ولكن لأسباب قانونية مختلفة، ولا تتفق الآراء المعارضة مع قرار الأغلبية وتعتبر هذه الآراء مهمة لأنها تشكل سوابق يمكن إتباعها في قضايا مماثلة في المستقبل ويمكن لآراء الأقلية أيضاً أن تصبح منطق الأغلبية في قضية مستقبلية، ويعلن القرار النهائي في جلسة علنية وتنشر كل القرارات في الجريدة الرسمية للولايات المتحدة، ومن المفترض أن تتبع المحاكم الأدنى قرارات المحكمة العليا، ويجب على الدوائر والوكالات الحكومية وشركات الأعمال أن تنفذ قرارات المحكمة^(٢).

الكافية التي تبرر المحاكم الجنائية وهيئة محلفين صغرى، لمحكمة المدعى عليهم، ويتراوح عدد القضاة في كل منطقة بين قاضي واحد وسبعة وعشرين قاضياً، ويتوقف ذلك على عدد السكان في المنطقة المعنية، وعادة ينظر قاضي واحد في القضية، إلا أنه في بعض الأحيان تستخدم هيئة من ثلاث قضاة. للمزيد ينظر لاري الويتز - نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية ص ٢٢٢.

(٢) لاري الويتز: نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ص ٢٢١-٢٢٢.

(٢) لاري الويتز: نظام الحكم في الولايات المتحدة الأمريكية، ص ٢٢٧-٢٢٨.

وجدير بالذكر أن المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية لا تملك وسيلة لفرض أحكامها، فإن سلطتها الدستورية تدعمها التقاليد الثقافية الأمريكية الراسخة من حيث احترام السلطة القضائية واحترام سيادة القانون، وهذا الاحترام يدعمه الاعتقاد بأنه عند تطبيق الدستور، فإن قضاة المحكمة العليا لا يقومون مجرد عرض وجهات نظرهم فيما يوجه أحكامهم، فما تستطيع أن تفعله المحكمة في قضية ما مقيدة أما بشي وارد في النص أو الوسيلة التي تم اللجوء إليها لتفسير النص فمثلاً أن الدستور طبقاً لتفسير المحكمة له ينظم سلطة باقي أفرع الحكومة فإن الدستور يقيّد سلطة المحكمة ذاتها^(١).

٥- الضوابط التي تنقيد بها المحكمة الاتحادية العليا: وضعت المحكمة العليا الأمريكية لنفسها ضوابط تنقيد بها في هذه الرقابة حتى لا تتجاوز على اختصاصات السلطة التشريعية من ناحية، وحتى تتجنب الآثار القانونية والسياسية الخطيرة التي قد تترتب على القضاء بعدم دستورية القوانين من ناحية ثانية، وحتى لا تطالب السلطة التشريعية بتقييد اختصاصات المحكمة من ناحية ثالثة، وأهم الضوابط التي تلتزم بها المحكمة الاتحادية العليا في ممارسة الرقابة ما يلي^(٢):

١- عدم تعرض المحكمة للمشكلة الدستورية إلا إذا كان ذلك ضرورياً للفصل في الخصومة الأصلية.

٢- تبني قرينة تقضي بأن الأصل في كل ما يصدر من السلطة التشريعية من قوانين أنه صادر في الحدود التي رسمها الدستور لتلك السلطة، وعلى القضاء عند فحصه لدستورية القوانين أن لا يخرج عن مقتضى القرينة إلا إذا كان التعارض بين القانون والدستور تعارضاً واضحاً وصريحاً، بمعنى ذلك إن المحكمة لا تقضي بعدم الدستورية إلا إذا كان عدم الدستورية هذا فوق مستوى كل شك معقول، وأنه إذا أمكن تفسير القانون

(١) جاي م . فينمان: النظام القانوني الأمريكي، ترجمة الدكتور أحمد أمين الجمل، مطبعة الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥ ص ٢٩ .

(٢) الدكتور فاروق عبد البر: دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات - النسر الذهبي للطباعة - القاهرة ٢٠٠٤، ص ٢٠ .

على أكثر من وجه أن تلتزم هذا التفسير ما دامت عبارة القانون تحتمله.

٣- عدم ممارسة المحكمة على القوانين إلا رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد واستبعاد كل عنصر غير دستوري من هذه الرقابة، فلا تناقش ضرورة التشريع أساسا لفحص دستوريته دون أن تبحث عن بواعثه الحقيقية.

٤- استبعاد المسائل السياسية من نطاق الرقابة على دستورية القوانين.

المبحث الثالث

الرقابة القضائية

(١) ماهيتها: يقصد بها إسناد مهمة التحقق من مدى مطابقة القوانين المختلفة للدستور إلى القضاء^(١).

ويعني ذلك أن يتولى القضاء فحص دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان، للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها لقواعد الدستور، فهذه الرقابة تتميز عن الرقابة السياسية، بأن الذي يقوم بها الهيئة القضائية ذاتها، وهي إما المحاكم المختلفة أو محكمة عليا معينة ينص عليها الدستور. كما تنفرد بأنها رقابة لاحقة على صدور القانون ونفاذه وليست رقابة سابقة على صدور القانون^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا «إن الرقابة القضائية على الدستورية التي تبشرها المحكمة الدستورية العليا إنما تنحصر في إنزال حكم الدستور في شأن النصوص القانونية التي تعرض عليها لقيام شبهة قوية في مخالفتها لقواعده بما مؤداه أن المسائل الدستورية هي جوهر رقابتها وهي التي تجيل بصرها فيها بعد إحاطتها بأبعادها تأكيداً للطبيعة العينية للدعوى الدستورية واستصحاباً لأصل الخصومة فيها ومناطقها مقابلة النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، بالقيود التي فرضها لضمان النزول عليها ومن ثم يكون إهدار هذه

(١) الدكتور جابر نصار: المرجع السابق، ١٥٣-١٥٤ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٥٤٨؛ الدكتور محمد فاروق النبهان: نظام الحكم في الإسلام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٤ ص ٦١-٦٢، الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: مبادئ الأنظمة السياسية، رقم ٢٣١ ص ١٩٨.

(٢) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق، ٥٢٢-٥٢٣. ويرى البعض إخضاع اللائحة الداخلية لمجلس الشعب للرقابة السابقة للمحكمة الدستورية العليا؛ وذلك لتجنب مخالفتها للدستور، وهذا هو الوضع المطبق في فرنسا (الدكتور يسري محمد العصار: نحو دستور جديد يحمي الحريات ويوازن بين السلطات، مجلة الدستورية، العدد التاسع عشر، س ٩ أبريل ٢٠١١ ص ٢٤؛ المستشار الدكتور عبد العزيز سلمان: الرقابة الدستورية على اللائحة البرلمانية، مجلة الدستورية، العدد الحادي والعشرون، أبريل، ٢٠١٢).

النصوص بقدر تعارضها مع الدستور إطاراً وحيداً للخصومة الدستورية، وهو كذلك موضوعها والغاية التي تبتغيها وقضاء المحكمة الدستورية العليا ببطالان هذه النصوص أو صحتها لا يعدو أن يكون تقريراً بتصادمها أو اتفاقها مع الدستور وليس لها بالتالي أن تفصل في غير المسائل التي تثيرها الخصومة الدستورية وبقدر اتصالها بالنزاع الموضوعي^(١).

(ب) **تقويم الرقابة القضائية:** تتسم الرقابة القضائية لدستورية القوانين بالسمات التالية:

١- أنها تتفق وجوهر رقابة دستورية القوانين؛ باعتبار أن جوهر رقابة الدستورية مسألة قانونية، وليست مسألة سياسية، لأنها لا تتعلق بملاءمة القانون للظروف الاجتماعية، وإنما تتصل بمدى مطابقة القانون أو عدم مطابقته لمبادئ ونصوص الدستور بحسبانه القانون الأعلى، مما يوجب أن يختص بها القضاة بما لهم من خبرة قانونية في تفسير القوانين وتطبيقها.

٢- تميز القضاء بالحيدة والاستقلال، مما يوفر ضمانات جدية لبحث دستورية القوانين. أما الرقابة بواسطة هيئة سياسية، فهي لا توفر ضمانات الحيدة والاستقلال؛ باعتبار أن اختيار هذه الهيئة السياسية يرجع إلى البرلمان أو الحكومة، مما يجعلها خاضعة في قراراتها لتأثيرهما، وفي حالة تصور أن هذه الهيئة السياسية منتخبة من الشعب، فتنافس البرلمان وتعطل قوانينه بلا جدوى.

٣- أن القضاء يتبع إجراءات قضائية عادلة في نظر الخصومات تبعث الثقة والاطمئنان لأحكامه، مثل علانية الجلسات، كفاءة حرية الدفاع، وتسبب الأحكام فهذه الضمانات الإجرائية تضمن لرقابة دستورية القوانين مشروعيتها وسلامتها^(٢).

ومع ذلك، ذهب جانب من الفقه إلى القول أن للرقابة القضائية مساوئ عديدة^(٣):

(١) الطعن رقم ٩ س ١٦ ق جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ١٠٦ .

(٢) الدكتور جابر نصار: المرجع السابق، ١٥٥-١٥٦ .

(٣) انظر في الفقه العربي: الدكتور وحيد رأفت: القانون الإداري، القاهرة ١٩٣٨ ص ٣٦٩ .

١- أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تهدر مبدأ الفصل بين السلطات؛ إذ تسمح للسلطة القضائية بالتدخل في عمل السلطة التشريعية.

ويرد على ذلك بأن الفصل التام بين السلطات لا وجود له حتى في ظل النظام الرئاسي، وهو أشد الأنظمة تطبيقاً لهذا المبدأ من حيث الواقع. ومن ثم يلزم وجود نوع من العلاقات المتبادلة بين سلطات الدولة الواحدة حتى تتمكن جميعاً من تحقيق أهداف الدولة والتنسيق بين أعمالها، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن البرلمان إذا احترام أحكام الدستور فيما يتخذ من تشريعات، فلن يضره شيء من رقابة القضاء لدستورية ما يصدر من قوانين.

٢- أن هذه الرقابة تتنافى ووظيفة القاضي الأساسية والتي يجب أن تقتصر على مجرد تطبيق القانون على المنازعات المطروحة أمامه فحسب دون الحكم على هذا القانون. أي أن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون وليس تقييمه أو الحكم عليه، ومن ثم فإن الرقابة تجعل منه سلطة سياسية.

ويرد على ذلك بأن رقابة دستورية القوانين لا تنطوي إلا على تطبيق لقاعدة قانونية أعلى، وهي القاعدة الدستورية، وتغليبها على قاعدة قانونية أدنى، وهي قاعدة القانون العادي. مما يعني أن رقابة الدستورية تعتبر نتيجة طبيعية وحتمية لتدرج التشريع في الدولة وواجب القاضي عند تعارض تشريع أدنى مع تشريع أعلى أن يجعل الغلبة للتشريع الأعلى. ولا يشترط لقيام هذه الرقابة أن ينص الدستور عليها، وإنما تقوم من تلقاء نفسها طبقاً للوضع القانوني السائد في الدولة.

٣- أن هذه الرقابة تمثل مخالفة لمبدأ سيادة الأمة؛ وذلك بإعطائها الفرصة للسلطة القضائية في الاعتداء على البرلمان.

ويرد على ذلك بأن البرلمان في أدائه لمهمته التشريعية ليس له أن يخالف الدستور الذي يمثل إرادة الأمة العليا، وليس في رقابة القضاء على دستورية القوانين إلا إعلاء لإرادة الأمة وسيادتها^(١).

(١) الدكتور رمضان بطيخ: المرجع السابق، ص ٣٤٦-٣٤٨؛ الدكتور ماجد الحلو: المرجع السابق، ص ٤٤١-٤٤٢؛ الأستاذ ميشيل ستيوارت: نظم الحكم الحديثة، ترجمة الأستاذ أحمد كامل ومراجعة الدكتور سليمان محمد الطماوي، دار الفكر العربي ١٩٦٢ ص ١٨٠.

(ج) ضوابط الرقابة (إحالة): يتناول البحث في الفصول التالية نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين من حيث مجال الرقابة ونطاقها وأوجهها وأساليبها والدعوى الدستورية والحكم الصادر فيها وحجته وأثاره.

ونظراً لأن الرقابة القضائية في مصر رقابة لاحقة على صدور القانون، لذلك نبرز فحسب ملامح الرقابة السابقة على دستورية اللوائح البرلمانية؛ باعتبارها رقابة سابقة تحال بطريق معين وخلال أجل محدد، ويمكن إجمالها فيما يلي:

١- أنها رقابة سابقة وليست رقابة لاحقة. وقد كانت المادة (١٧٧) من دستور ٢٠١٢ تتناول الرقابة السابقة؛ إذ نصت على أن «يعرض رئيس الجمهورية أو مجلس النواب مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية وللانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية على المحكمة الدستورية العليا قبل إصدارها، لتقرير مدى مطابقتها للدستور. وتصدر قرارها في هذا الشأن خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ عرض الأمر عليها؛ وإلا عد عدم إصدارها للقرار إجازة للنصوص المقترحة. فإذا قررت المحكمة عدم مطابقة نص أو أكثر لأحكام الدستور وجب إعمال مقتضى قرارها.

ولا تخضع القوانين المشار إليها في الفقرة الأولى للرقابة اللاحقة المنصوص عليها في المادة (١٧٥) من الدستور». وتم حذف هذا النص في دستور ٢٠١٤.

٢- أنها رقابة دستورية وليست رقابة ملاءمة. بمعنى أن المحكمة لا تتعرض للملاءمات التي يستقل بها البرلمان في كيفية تنظيم العمل داخله وكيفية أدائه لوظائفه طالما التزم حدود الدستور.

وهذا الضابط ضابط عام يسري على الرقابة السابقة واللاحقة.

٣- أن الرقابة لا تمارس بطريقة تلقائية وإنما لابد من الإحالة من قبل رئيس الجمهورية أو رئيس البرلمان، ولا تستطيع المحكمة الدستورية العليا أن تبشر رقابتها بغير هذه الإحالة من صاحب الاختصاص.

٤- أنها رقابة مجردة، بمعنى أنها تمارس بعيداً عن أية منازعة أو خلاف بين الأطراف،

- فالطعن الدستوري موجه إلى العمل القانوني المتمثل في نصوص اللائحة الداخلية. وهي في هذا الشأن تختلف عن الرقابة اللاحقة التي تتطلب وجود منازعة موضوعية.
- ٥- أن هذه الرقابة لها آجال محددة يتعين أن تباشر خلالها إعمالاً للنص الدستوري المقرر لها.
- ٦- أن الرقابة تستهدف مطابقة الأحكام التي أوردتها اللائحة لأحكام الدستور (سواء لمجلس الشعب أم لمجلس الشورى).
- ٧- يمكن للمحكمة أن تقرر أن دستورية نص من النصوص يقتضي أن يفسر بتفسير معين تحده المحكمة ويلتزم به المجلس، كما أن لها أن تقرر أن دستورية النص يرتبط بتحفظات محددة تذكرها المحكمة وينفذها المجلس المعني.
- ٨- المحكمة الدستورية لا علاقة لها بصياغة اللائحة الداخلية ولا بالتناسق الداخلي بين نصوصها^(١).



(١) المستشار الدكتور عبد العزيز سلمان: الرقابة الدستورية على اللائحة البرلمانية، مجلة الدستورية، العدد الحادي والعشرون، أبريل ٢٠١٢؛ الدكتور يسري محمد العصار: نحو دستور جديد يحمي الحريات ويوازن بين السلطات، مجلة الدستورية، العدد التاسع عشر، س٩ أبريل ٢٠١١ ص ٢٤.

الفصل الثاني

اختصاص القضاء الدستوري

تمهيد وتقسيم: ينحصر اختصاص المحكمة الدستورية العليا في شأن الرقابة على الشرعية الدستورية، في النصوص التشريعية أيًا كان موضعها ونطاق تطبيقها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها، فكلما كان الطعن موجّهًا إلى قاعدة قانونية بمعناها الفني الدقيق الذي ينصرف إلى النصوص التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي أقرتها السلطة التشريعية، أم تضمنتها التشريعات الفرعية التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها الدستورية، فثم وجه للاختصاص^(١).

وهذا يعني أن للرقابة على دستورية القوانين إطار عام تمارس من خلاله، ولهذا الإطار جانبان: الأول يرتبط بالقوانين التي تخضع لهذه الرقابة، والثاني يتضمن القواعد التي يحتكم إليها عند الفصل في دستورية القوانين، والتي يتحقق بالخروج عليها مناط الرقابة الدستورية.

وتبدو أهمية بحث محل الرقابة في بيان نطاق اختصاص القضاء الدستوري، وكذلك توضيح الآثار المترتبة على ذلك فيما يتعلق باختصاصات جهات القضاء المختلفة.

ويتحقق تحديد محل الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال تحديد التشريعات التي تخضع لهذه الرقابة من ناحية، وحصص المسائل التي تخرج من نطاق هذه الرقابة.

وعلى ذلك، نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في الأول التشريعات التي تخضع للرقابة، وفي الثاني المسائل التي تخرج من نطاق الرقابة.

(١) الطعن رقم ٢٧٦ س ٢٤ ق جلسة ١٣ مارس ٢٠٠٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١١ ج ١ ص ١٥٨٣.

المبحث الأول

التشريعات التي تخضع للرقابة

تمهيد وتقسيم: يمكن تناول هذه التشريعات من خلال آراء الفقه والقضاء.

(أ) في الفقه: تعددت وظائف الدولة الحديثة بتعدد السلطات العامة فيها؛ إذ توجد السلطة التشريعية القائمة على عملية سن القوانين، والسلطة التنفيذية التي تتولى تطبيق وتنفيذ القوانين، كما توجد السلطة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات القضائية.

ولم يعد هذا التخصص الوظيفي بين السلطات الثلاث وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات فصلاً مطلقاً بين هذه السلطات، وإنما تعاون تقتضيه طبيعة تسيير شؤون الدولة. ولهذا التعاون مظاهر مختلفة تتعدد وفقاً لطبيعة نظام الحكم في الدولة، وما إذا كان رئاسياً أو برلمانياً أو مختلطاً.

ويعد من أهم مظاهر التعاون ما يتعلق بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية في مجال سن القوانين؛ إذ قد يسمح النظام الدستوري للسلطة التنفيذية في بعض الحالات بأن تباشر أعمالاً تدخل في اختصاص السلطة التشريعية، كما في إصدار اللوائح التفويضية أو لوائح الضرورة، مما يثير صعوبة في التمييز بين الأعمال التشريعية الصادرة عن البرلمان وتلك الصادرة عن السلطة التنفيذية.

تنازع الفقه معيارين بشأن التمييز بين الأعمال التشريعية الصادرة عن البرلمان وبين اللوائح كأعمال تشريعية صادرة عن السلطة التنفيذية.

أولاً المعيار الشكلي: مفاد هذا المعيار أن يعتد ليس فحسب بالجهة التي أصدرت العمل، وإنما يهتم كذلك بالشكل الذي يصدر فيه هذا العمل والإجراءات التي تتبع عند إصداره^(١).

(١) الدكتور بكر القباني والدكتور محمود عاطف البنا: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، المجلد الأول، مكتبة

ويعني ذلك أن يتم التمييز بين القوانين كأعمال تشريعية صادرة عن البرلمان وبين اللوائح كأعمال تشريعية تصدرها السلطة التنفيذية وذلك بالنظر إلى الجهة مصدرة العمل بصرف النظر عن مضمونه الذي قد يتفق بين عمليين، ومع ذلك يختلفان من حيث سلطة إصدارهما.

ومؤدى ذلك، أن العمل التشريعي الصادر عن البرلمان يعتبر قانوناً، سواء كان منشأً لمراكز قانونية عامة كقوانين تنظيم أوضاع العاملين أم كان مرتبطاً بمراكز قانونية خاصة أو بمجالات فردية كالقوانين الخاصة بمنح التزامات المرافق العامة ومنح الاحتكارات وكقوانين الميزانية. أما العمل التشريعي الصادر عن السلطة التنفيذية بما فيه من قواعد قانونية عامة فيعد بمثابة لائحة، ولا تتعدى قوته القانونية هذه المرتبة أو الدرجة. ومن ثم لا يعد المعيار الشكلي معياراً عضوياً فحسب، وإنما يعتد بالشكل الذي يصدر فيه هذا العمل والإجراءات التي تتبع عند إصداره، لا سيما في الوقت الذي تندمج فيه السلطات^(١).

ويفرق البعض بين المعيار العضوي والمعيار الشكلي؛ فالمعيار العضوي هو الذي ينظر إلى العضو أو الهيئة التي تمارس العمل. بينما يعتمد المعيار الشكلي على الإجراءات التي تتبعها الجهة الصادر عنها العمل، وعلى الشكل الذي يؤدي فيه. والملاحظ أن المعيار الشكلي أوسع نطاقاً من المعيار العضوي؛ لأن العضو هو بعض معاني الشكل، فالشكل كما يشمل الإجراءات التي يمارس فيها النشاط، يشمل كذلك شكل أو صفة العضو الذي صدر عنه النشاط^(٢).

تقدير المعيار الشكلي: يتسم هذا المعيار ببساطته وسهولته في التفرقة بين الأعمال التشريعية.

القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى، ١٩٧٠، ص ٢٠٢ وما بعدها؛ الدكتور سامي جمال الدين: اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢ ص ٢٥.

(١) الدكتور ثروت بدوي: القانون الإداري، دار النهضة العربية ٢٠١٠ ص ١٨، ١٩؛ الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور حسين عثمان محمد حسين: مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ٥٧٥-٥٨١؛ الدكتور محمود عاطف البنا: الرقابة القضائية على دستورية اللوائح، مجلة القانون والاقتصاد، مارس - يونيو ١٩٧٨، العددان الأول والثاني، س ٤٨، ص ١٣٨ وما بعدها؛ ولسيادته أيضاً: الوسيط في القضاء الإداري، الطبعة الثانية، ١٩٩٩ ص ٢٧٣.

(٢) الدكتور القطب محمد طبلية: العمل القضائي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٦٤ ص ١١؛ الدكتور ثروت بدوي: القانون الإداري، دار النهضة العربية ٢٠١٠ ص ١٧-١٩.

ومع ذلك، لم يسلم هذا المعيار من النقد^(١). فقد وجهت إليه ثلاثة مثالب رئيسية: الأول أنه يقوم على مغالطة غير منطقية؛ إذ يفترض لإمكانية تطبيقه فصلاً تاماً بين السلطات، وهذا أمر غير متصور لما هو ضروري من قيام التعاون واستمراره بين السلطات العامة، وفي حالة التداخل يصعب معه الاعتماد على المعيار الشكلي وحده للتمييز بين الأعمال التشريعية؛ نظراً لأن هذه الأعمال قد تختلف من حيث طبيعتها.

ويرى البعض أن النقد يعتبر حجة للمعيار الشكلي لا عليه؛ باعتبار أن تداخل الاختصاصات والوظائف بين السلطات المختلفة يستلزم البحث عن معيار للتفرقة بين مختلف الأعمال التي تصدر عنها، ويستوي في ذلك من الناحية المنطقية الأخذ بالمعيار الشكلي أو بالمعيار الموضوعي. فاختلاف العمل الواحد باختلاف مصدره يعتبر سليماً في منطق المعيار الشكلي، كما أن اختلاف هذا العمل تبعاً لاختلاف جوهره مع اتحاد مصدره يعتبر منطقياً في ضوء المعيار الموضوعي. مما يعني أن النقد المار بيانه غير سليم، ولا ينال مطلقاً من قيمة المعيار الشكلي^(٢).

الثاني صعوبة اتباع المعيار الشكلي في الفترات الانتقالية التي تتركز فيها السلطات، وتندمج فيها وظيفة التشريع مع وظيفة التنفيذ في أيدي السلطة التنفيذية.

ويرد البعض على هذا النقد، بأن المدلول الواسع للمعيار الشكلي يسمح بالتفرقة بين العمل التشريعي الصادر عن البرلمان والعمل التشريعي الصادر عن السلطة التنفيذية بالنظر إلى الأشكال والإجراءات المطلوبة فيهما من الناحيتين الدستورية والقانونية، وليس من خلال الجهة التي أصدرت العمل التشريعي فحسب^(٣).

(١) الدكتور رمزي طه الشاعر: المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٨٣ ص ٣٨-٣٩؛ الدكتور سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة ١٩٩١، ص ١٧٦؛ الدكتور محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، القضاء الإداري، ١٩٧٠ ص ١٣، ١٤؛ الدكتور محمود حافظ: القرار الإداري ١٩٨٥ ص ١٣، ١٤؛ ولسيادته أيضاً: القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية ١٩٩٣ ص ٣٩٠ وما بعدها.

(٢) الدكتور محمود حافظ: الموضع السابق؛ ولسيادته أيضاً: القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، ص ٣٩١.

(٣) الدكتور محمود حافظ: المرجع السابق، ص ١٤ ولسيادته أيضاً: القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، ص ٣٩١.

وفضلاً عن ذلك، فلا مجال أصلاً للاعتداد بهذا النقد في الأنظمة الدستورية التي تضع حدوداً فاصلة لمجالات القانون، ومجالات اللائحة كما هو الحال في دستور فرنسا الصادر عام ١٩٥٨، وأن هذا النقد يتحقق في حالات معينة، هي: سقوط الدستور، أو عدم نفاذه، أو وقف العمل به؛ إذ لا التزام في مثل هذه الحالات بما فرضه الدستور من قواعد للشكل وللإجراءات، ولكن مثل هذه الحالات بما فرضه الدستور من قواعد للشكل والإجراءات، غير أن مثل هذه الحالات ذات طبيعة وقتية، ولا يستساغ التعويل على الاستثناء لهدم القاعدة^(١).

الثالث أن المعيار الشكلي في جوهره معيار سطحي، لا يغوص في أعماق العمل، بل يقف عند شكله الخارجي، ويكتفي بمصدره، ولا يتناول موضوعه وحقيقته، في حين أن صحة التمييز تتطلب البحث في مضمون العمل وجوهره^(٢).

ويرد البعض على هذا النقد، بأن اهتمام المعيار الشكلي بالجهة مصدرة العمل والشكل والإجراءات اللازمة لإصداره دون نظر إلى موضوع العمل وجوهره - ليس معناه سطحية هذا المعيار أو تفاهته، وإنما هو تطبيق سليم لهذا المعيار بمفهومه القائم على فصل السلطات، وتميز الشكل والإجراءات التي يتطلبها الدستور فيما يتم سنه وإصداره من قوانين^(٣).

ثانياً المعيار الموضوعي: مفاد هذا المعيار الاعتماد على طبيعة العمل ذاته وجوهره دون النظر إلى السلطة التي أصدرته أو الشكليات والإجراءات التي اتبعت في إصداره^(٤).

وقد حمل لواء هذا المعيار المدرسة الواقعية كل من «ديجي وجيز وبونار وسل»، وتم التعويل

؛ الدكتور محمود عاطف البنا: المقال السابق، ص ١٣٨ .

(١) الدكتور أنور رسلان: وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ٣٥٦؛ الدكتور حنفي علي جبالي: المسؤولية عن القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٧٨ ص ٩١.

(٢) الدكتور محمود حافظ: القرار الإداري، ص ١٤ ولسيادته أيضاً: القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، ص ٣٩٢.

(٣) الدكتور عادل عمر شريف: قضاء الدستورية «القضاء الدستوري في مصر»، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس، مطابع دار الشعب بالقاهرة ١٩٨٨ ص ١٠١ .

(٤) الدكتور رمزي طه الشاعر: المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، ص ٣٩ .

على القاعدة العامة الموضوعية كأساس لتمييز العمل التشريعي، وأن القانون واللائحة يستويان باعتبار أن كل منهما ينطوي على قاعدة عامة مجردة^(١).

ويعني ذلك أن المراكز القانونية التي يتكون منها البناء القانوني للدولة^(٢)، تخضع في إنشائها وتعديلها وإلغائها للأعمال القانونية التي تصدر عن السلطات المختلفة، وتعتبر بمثابة الأساس الذي يقوم عليه البناء القانوني للدولة، والمحرك المولد لهذه المحرك المولد لهذه المراكز، وتنقسم هذه الأعمال إلى أنواع ثلاثة: الأول العمل المشرع، وهو عمل يتضمن وضع قاعدة عامة يترتب عليها إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني عام أو موضوعي، ومثال ذلك القوانين واللوائح في القانون العام، ونظم الشركات في القانون الخاص. الثاني العمل الشخصي الذاتي، وهو عمل يترتب عليه إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني شخصي، ومثال ذلك العقد. الثالث العمل الشرطي، وهو عمل يصدر في شأن فرد معين، ويترتب عليه إلحاقه بمركز قانوني عام أو موضوعي، وبالتالي ينقل الشخص إلى حالة قانونية لم تكن تنطبق عليه من قبل، ومثال ذلك قرار التعيين في وظيفة عامة، وفي القانون الخاص عقد الزواج^(٣).

ومؤدى ذلك أن جميع الأعمال المشرعة تدخل في الوظيفة التشريعية، ويتمثل ذلك في القوانين واللوائح، لا فرق في ذلك بين القانون البرلماني واللائحة؛ باعتبار أن كل منهما يتضمن

(١) الدكتور محمود حافظ: القضاء الإداري، ص ٣٩٣ وما بعدها.

(٢) يقصد بالمراكز القانونية الحالات التي يوجد فيها الأفراد تجاه القانون، وهي إما عامة أو موضوعية، أي إن مضمونها تحدده قواعد عامة مجردة، ومثال ذلك نظام الوظيفة العامة في القانون العام، ونظام الزواج في القانون الخاص، وإما شخصية أو خاصة، بمعنى أن يتحدد مضمونها بصدد كل شخص على حده، وبالتالي يختلف هذا المضمون من شخص لآخر، ومثال ذلك المراكز الناشئة عن العقود. ومؤدى ذلك أن المراكز العامة تنظم بواسطة القواعد القانونية العامة الملزمة، ويجوز تغييرها في أي لحظة وفقا لمقتضيات الصالح العام، ويسري التعديل بأثر فوري على شاغليها دون حاجة للحصول على موافقتهم، على عكس المراكز الخاصة التي لا يتأتى تعديلها إلا برضاء أصحابها (الدكتور سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص ١٧٦-١٧٧؛ الدكتور محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، ص ٨٨٠؛ الدكتور محمود حافظ: المرجع السابق، ص ١٥).

(٣) الدكتور سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص ١٧٨؛ الدكتور محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، ص ٨٨٨؛ الدكتور محمود حافظ: المرجع السابق، ص ١٤.

قاعدة عامة أو ملزمة^(١). وبعبارة أخرى تعدد وتنوع الأعمال التي تصدرها السلطة التشريعية^(٢). ويرى البعض أن هذا المعيار يعتبر منطقياً؛ لأنه الأقرب إلى حقائق الأمور والأكثر اتفاقاً مع طبيعة الأشياء، فهو يحلل العناصر الأساسية للأعمال القانونية وينظر إلى طبيعتها الداخلية، كما أنه المعيار المعول عليه في الفترات الانتقالية التي تتركز فيها السلطة^(٣).

وفضلاً عن ذلك، فقد غلب دستور ١٩٧١ المعطل، وطبقاً لمادة ١٧٥ منه، المعيار الموضوعي على المعيار الشكلي، حينما سوى في المعاملة من حيث الرقابة القضائية للمحكمة الدستورية بين القوانين التي تصدر من السلطة التشريعية واللوائح^(٤).

(ب) في القضاء:

أولاً في فرنسا: يأخذ الشارع والقضاء الفرنسيان بالمعيار الشكلي بصفة أصلية؛ فقد اعتنق الشارع الفرنسي بالمعيار الشكلي لتحديد طبيعة القرار محل الطعن بسبب تجاوز السلطة؛ إذ نص في قانون مجلس الدولة الصادر في ٢٤ مايو سنة ١٨٧٢ وكذلك في الأمر المنظم لمجلس الدولة والصادر في ٣١ يوليو ١٩٤٥ على أن محل الطعن بسبب تجاوز السلطة هو «الأعمال الصادرة من السلطات الإدارية المختلفة»، فالقرار يكون إدارياً، ومن ثم يصلح محلاً للطعن فيه بواسطة دعوى تجاوز السلطة إذا كان صادرًا من إحدى السلطات الإدارية^(٥).

وعلى هذا الأساس يحكم مجلس الدولة الفرنسي بعدم قبول هذه الدعوى «و الأصوب عدم

(١) الدكتور سليمان الطاوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص ١٧٩ .

(٢) الدكتور فتحي فكري: وجيز دعوى الإلغاء، طبقاً لأحكام القضاء، ٢٠٠٥، ص ٣٨ .

(٣) الدكتور أنور رسلان: المرجع السابق، ص ٣٥٨؛ الدكتور سليمان الطاوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية ١٨٢ - ١٨٣؛ الدكتور محمود حافظ: المرجع السابق، ص ٢٣؛ ولسيادته أيضاً: القضاء الإداري، ص ١٩٩ وما بعدها.

(٤) الدكتور ثروت بدوي: المرجع السابق، ص ١٩، ويرى سيادته في أن الشارع الدستوري في المادة ١٧٥ من الدستور قد أهدر حقيقتين أساسيتين تميزان بين القانون واللائحة؛ فالقانون يختلف عن اللائحة عضويًا وإجراءيًا؛ إذ إنه بينما يصدر القانون عن الجهاز التشريعي تصدر اللائحة من الجهاز الإداري. كما أن القانون يصدر وفق إجراءات وأشكال معينة حددها الدستور ونظمها تنظيمًا دقيقاً، بينما تصدر اللوائح وفقاً لإجراءات إدارية مختلفة تماماً عن الإجراءات التي تصدر بها القوانين، الدكتور ثروت بدوي: الموضع السابق.

(٥) الدكتور أنور رسلان: المرجع السابق، ص ٣٥٩ .

اختصاصه» ضد أعمال السلطة التشريعية، سواء في ذلك القوانين الصادرة من أحد مجلسي البرلمان أم من إحدى لجانه. ويتخذ المجلس نفس الموقف من لوائح الإدارة العامة، وهي اللوائح التنفيذية التي تصدر بناء على دعوته صريحة ترد في صلب القانون، ولا تختلف عن غيرها من اللوائح التنفيذية إلا من حيث الإجراءات؛ إذ يتعين استشارة مجلس الدولة قبل إصدارها، وكذلك بالنسبة للوائح التفويضية، وهي المراسيم بقوانين الصادرة بناء على تفويض من البرلمان بموجب ما يسمى بقوانين السلطات الكاملة، وأخيراً بالنسبة للمراسيم التشريعية للمستعمرات؛ وكان الأساس الذي يستند إليه مجلس الدولة في الحكم بعدم الاختصاص بدعوى تجاوز السلطة المرفوعة ضد تلك اللوائح هو نظرية التفويض التشريعي، فكان يرى أنها تصدر على أثر تفويض السلطة التشريعية من البرلمان إلى الحكومة، ومن ثم تكتسب قوة القوانين، فتكتسب حصانتها وتفلت من رقابة القضاء، ولا يختص بالطعن فيها بالإلغاء.

بيد أن مجلس الدولة عدل عن موقفه على إثر النقد الفقهي الشديد لنظرية التفويض التشريعي، وأخذ يحكم باختصاصه بالطعن الموجه إلى هذه اللوائح بطريقة تدريجية، سواء بالنسبة للوائح الإدارة العامة أم المراسيم التشريعية للمستعمرات أم اللوائح التفويضية. وتطبيقاً لذلك ذهب مجلس الدولة أولاً إلى تقرير اختصاصه بدعوى الإلغاء ضد القرارات الفردية الصادرة تطبيقاً لها منذ عام ١٨٧٢، ثم انتهى أخيراً إلى الحكم باختصاصه بدعوى الإلغاء ضد اللوائح ذاتها ابتداء من سنة ١٩٠٧. مما يعني أن مجلس الدولة بعد أن كان يستبعد من دائرة القرارات الفردية طائفة لوائح الإدارة العامة واللوائح التفويضية ومراسيم المستعمرات، أخذ يحكم باختصاصه بالطعن بصفة عامة في جميع القرارات الإدارية، سواء كانت فردية أم تنظيمية^(١).

ومع ذلك، فقد لجأ القضاء الإداري الفرنسي إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي على سبيل الاستثناء، في بعض الحالات، وهي^(٢):

(١) الدكتور محمود حافظ: القضاء الإداري، ص ٤٠٢.

(٢) الدكتور محمود حافظ: القضاء الإداري، ص ٤٠٣-٤٠٦.

١- اتجهت محكمة التنازع الفرنسية في حكم شهير لها في قضية (Septfond) سنة ١٩٢٣ إلى الاعتراف للمحاكم العادية بالحق في تفسير اللوائح دون القرارات الإدارية الفردية؛ تأسيساً على أن اللوائح تشبه القوانين من حيث أنها تتضمن قواعد عامة مجردة، فهي قوانين من الناحية الموضوعية، ومن المسلم به أن للمحاكم العادية سلطة تفسير القوانين.

٢- رفضت المحاكم الفرنسية الحكم بالتعويض عن الأضرار التي تسببها اللوائح مستندة إلى تشبيهها بالقوانين، وذلك في الفترة التي كانت تأخذ فيها بمبدأ عدم كمسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها القوانين للأفراد.

٣- اعتد القضاء الإداري بالمعيار الموضوعي كأساس للتمييز بين الأعمال المختلفة الصادرة من جهة الإدارة، وهذه الأعمال متعددة ومتنوعة، فمنها الأعمال المادية ومنها القانونية، وهذه الأخيرة قد تكون تعاقدية وقد تكون غير تعاقدية، أي صادرة من جانب الإدارة وحدها، وهذه الأخيرة بدورها قد تكون فردية، وقد تكون تنظيمية أو تشريعية، وقد تكون قضائية. ولما كانت كلها صادرة من هيئة واحدة هي جهة الإدارة فلا مناص من الاعتماد على المعيار الموضوعي للتمييز بين أنواعها المختلفة، ولا جدوى من الاعتماد على المعيار الشكلي.

٤- اعتد قضاء مجلس الدولة ومحكمة التنازع بالمعيار الموضوعي أحياناً في مجال التمييز بين أعمال الإدارة والأعمال الصادرة من هيئات خاصة، وعلى الرغم أن الأصل الأخذ بالمعيار الشكلي، ومؤداه عدم اعتبار الأعمال الصادرة من هيئات خاصة قرارات إدارية، إلا أن مجلس الدولة اعتبر في حكمين شهيرين له في أصدرهما في ٣١ يوليو ١٩٤٢ وفي ٣ إبريل ١٩٤٣ قضية (Monpeurt) وقضية (Bouguen) القرارات الصادرة من لجان تنظيم الإنتاج الصناعي ومن نقابات المهن قرارات إدارية، لكونها صادرة من هذه الهيئات، وهي بصدد مباشرة أو تنفيذ مرفق عام.

وقد اختلف الفقه الفرنسي في تأويل الحكمين البار بيانهما؛ نظراً لغموض موقف مجلس الدولة من طبيعة هذه الهيئات. فذهب الرأي الغالب إلى أن مجلس الدولة يعتبر هذه الهيئات طائفة جديدة من أشخاص القانون العام بالإضافة إلى الطائفتين التقليديتين، وهما الأشخاص

الإقليمية والأشخاص المرفقية. وذهب البعض الآخر إلى تفسير قضاء مجلس الدولة على أساس أنه يستفاد منه اعتبار تلك الهيئات أشخاصاً خاصة مكلفة بتنفيذ مرفق عام، مما يعني اعتبار قراراتها إدارية مبنياً على أساس المعيار الموضوعي أو المادي، وبذلك لم يعد مجلس الدولة يتطلب صدور القرار من إحدى الهيئات أو السلطات الإدارية، حتى يعتبر قراراً إدارياً، وإنما يكفي لاعتباره كذلك، كونه صادراً من هيئة - أي كانت طبيعتها أو نوعها - تسهم في إدارة أو تنفيذ مرفق عام^(١).

ثم أفصح القضاء الإداري عن موقفه بعد حوالي عشرين عاماً، وعدل عن المعيار الشكلي بصفة نهائية في مجال القرارات الصادرة من هيئات معينة تنفيذاً لمرفق عام، فيضفي عليها الصفة الإدارية، وصرح بطبيعة تلك الهيئات، فقرر أنها هيئات خاصة، مستنداً في ذلك إلى موضوع القرار ذاته وهو تنفيذ مرفق عام، وطابع السلطة العامة الذي يتسم به باعتبار مظهرًا من مظاهر امتيازات القانون العام الممنوحة لتلك الهيئات.

والملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي قد بلغ هذه النتيجة بطريقة تدريجية، فبعد أن كان يترك طبيعة الهيئة المصدرة للقرار بدون تحديد، مركزاً الأهمية على صدور القرار تنفيذاً لمرفق عام، صرح أخيراً في حكمين صادرين في ١٣ يناير ١٩٦١ و ٦ أكتوبر ١٩٦١ بطريقة واضحة بإمكان صدور القرارات من هيئات خاصة، طالما أن موضوعها هو تنفيذ مرفق عام^(٢).

ثانياً: في مصر: اختلفت جهتا القضاء العادي والقضاء الإداري في مصر بالنسبة للمعيار الذي تنبته كل جهة في تحديد اختصاصها.

فقد التزمت جهة القضاء الإداري متمثلة في مجلس الدولة المعيار الشكلي في تحديد القرارات الإدارية التي تختص بإلغائها والتعويض عنها، ومن ثم أدرجت في دائرة ولايتها جميع القرارات التنظيمية العامة أياً كان نوعها؛ باعتبارها من القرارات الإدارية من حيث الشكل، مما أدى بهذا القضاء إلى اعتبار الأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية قانوناً، ولو لم تنطو على قواعد عامة

(١) الدكتور محمود حافظ: القضاء الإداري، ص ٤٠٤ - ٤٠٥.

(٢) الدكتور محمود حافظ: القضاء الإداري، ص ٤٠٥ - ٤٠٦.

مجردة، واعتبار الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية قرارات إدارية، وإن كانت في حقيقتها قواعد عامة مجردة^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا أنه «إذا كان نقل المدعي من الجامعة إلى وزارة التربية و التعليم قد نص عليه بالجداول الملحقه بالقانون رقم ٧٠٢ لسنة ١٩٥٥ بفتح اعتمادات إضافية في ميزانيات الدولة و جامعتي إسكندرية و عين شمس للسنة المالية ١٩٥٤/١٩٥٥، فإنه مهما قيل في وصف هذا العمل بأنه من الأعمال الإدارية التي تصدرها سلطة التشريع في صورة قانون، فإن هذه المحكمة لا يسعها إلا تغليب المعيار الشكلي، ومقتضاه ولازمه أن يكون لقانون ربط الميزانية حصانات القانون العادي، لاسيما و أن النقل ذاته قد تم أصلاً بمقتضى القانون رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٥٥ سالف الذكر كما سبق إيضاحه، إذ ورد اسم المدعى في الكشف الملحقه بهذا القانون و من ثم فإن ما ورد في هذه الكشف هو جزء لا يتجزأ من القانون و تدرج في مضمون أحكامه، و لا عبرة بعد ذلك بأن يكون هذا القانون غير منطو على قاعدة عامة مجردة، لأنه يكفي من ناحية الشكل أن يكون صادراً وفقاً للإجراءات الدستورية المتبعة بالنسبة إلى سائر القوانين مما لا يجوز معه الطعن فيه أو التقرير باختصاص القضاء الإداري بالنظر فيما تضمنه من أحكام و من ثم يتعين القضاء بعدم اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر فيما تضمنه القانون رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٥٥ من أحكام أو التعقيب عليها أو الطعن فيها لأي سبب من أسباب عدم المشروعية^(٢).

وقد أورد القضاء الإداري استثناء على هذا الأصل؛ إذ قرر اختصاصه بنظر مسائل العاملين في مجلس الشعب؛ باعتبارها تتعلق بقرارات إدارية لا بأعمال برلمانية، وذلك ترجيحاً للمعيار الموضوعي وخروجاً على المعيار الشكلي^(٣).

(١) الدكتور أنور رسلان: المرجع السابق، ص ٣٥٩-٣٦٠؛ الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ١٠٤-١٠٥؛ الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ص ٣٩.

(٢) الطعن رقم ٦٠٥ س ١٥ ق جلسة ٢١ مارس ١٩٦٥ مجموعة أحكام الإدارية العليا س ١٠ ج ٢ ص ٩٠١.

(٣) الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ص ٤١-٤٣؛ الدكتور محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، ص ٨٩٩؛ الدكتور محمد مرغني خيرى: القضاء الإداري، قضاء التعويض ومبدأ المسؤولية المدنية للدولة والسلطات العامة، ١٩٨٣-١٩٨٤ ص ١٤٤؛ الدكتور محمود حافظ: المرجع السابق، ص ٦٢؛ ولسيادته أيضاً: القضاء الإداري، ص ٤١٤.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري «إن المستفاد من أحكام الفقرات الثانية والثالثة والرابعة والخامسة من المادة الرابعة من قانون إنشاء مجلس الدولة التي تنص تارة على موظفي الحكومة أو مستخدميها «الفقرة الثانية» وتارة أخرى على وظائف الحكومة «الفقرة الثالثة» وطوراً على الموظفين العموميين «الفقرة الرابعة والخامسة» المستفاد من هذه الأحكام أن المقصود من عبارة موظفي الحكومة هم موظفو الدولة العموميون بالمعنى الواسع يدخل فيهم موظفو السلطة التنفيذية المركزية والسلطات اللامركزية والمصلحية والسلطة القضائية والمؤسسات العامة. إن موظفي البرلمان هم من موظفي الدولة العموميين المعنيين بأحكام الفقرات الأربع سالفة الذكر.

أولاً: لأن مدلول كلمة الحكومة في حكم الدستور يدخل تحته كل وحدة من الهيئات الثلاث المعتبرة في الدولة وهي السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية.

وثانياً: لأنه يشترط لاعتبار الشخص موظفاً عمومياً توافر شرطين الأول أن يكون قائماً بعمل دائم والثاني أن يكون هذا العمل في خدمة مرفق عام أو مصلحة عامة. وهذان الشرطان متوفران في موظفي البرلمان.

وثالثاً: لأنه مع الفرض جدلاً بأن المقصود من كلمة الحكومة الواردة في المادة الأولى من الدستور هو ما نصت عليه المواد ٢٣ و ٢٤ و ٢٩ و ٣٠ و ٤٨ من الهيئات المتفرعة عنها ليس هو الدولة Etat, L, بسلطاتها الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية وأن مدلول كلمة الحكومة خاص بالسلطة التنفيذية وحدها فإن موظفي البرلمان هم من موظفي الدولة العموميين الذين يدخل في اختصاص محكمة القضاء الإداري الفصل في المنازعات الخاصة بهم على الوجه المبين آنفاً. إن استقلال كل من مجلسي البرلمان بوضع لائحته الداخلية عملاً بحكم المادة ١١٩ من الدستور وقيام كل مجلس بوضع لائحة داخلية تتضمن استقلاله بشئون موظفيه لا يؤثر في المركز القانوني لموظفي المجلسين وهو أنهم من موظفي الدولة العموميين. إن أعمال البرلمان تنقسم إلى أربعة أقسام القسم الأول: يشمل الأعمال التشريعية المحضة الخاصة بتقرير القوانين والقسم الثاني: يشمل بعض تصرفات أو جب الدستور عرضها على البرلمان للموافقة عليها إما لأهميتها

الخاصة وإما لتأثيرها على أموال الدولة أو لمساسها بالمصالح العامة والقسم الثالث. يشمل الأعمال المتعلقة بالنظام الداخلي لكل مجلس بحقوق الأعضاء وواجباتهم ومكافآتهم وفصلهم وبالمحافظة على النظام في داخل كل مجلس والقسم الرابع. يشمل تصرفات كل مجلس في رقابته للسلطة التنفيذية. إن أعمال القسم الثاني تتضمن ثلاثة أنواع من القرارات النوع الأول.

يتضمن قرارات ذات سلطة كالقرارات الخاصة بإنشاء أو إبطال الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر أعمال الري التي تهم أكثر من مديرية والنوع الثاني. يتضمن قرارات لها مساس بأموال الدولة ومصالحها كالقرارات الخاصة بعقد قرض عمومي (مادة ١/١٣٧ من الدستور) أو القرارات الخاصة بعقود الالتزام والاحتكار التي تتم بين السلطة التنفيذية وبين الغير (مادة ١٣٧ / ٢ من الدستور) أو القرارات الخاصة بالمعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو تحميل خزانتها شيئاً من النفقات أو مساس بحقوق المصريين العامة أو الخاصة (مادة ٤٦/٢ من الدستور) وكذلك القرارات الخاصة بقانون الميزانية أو باعتماد مصروف غير وارد بالميزانية أو زائد عن التقديرات الواردة بها أو القرارات المتعلقة بنقل مبلغ من باب إلى آخر من أبواب الميزانية (مواد ١٣٧/٣ و ١٢٤ و ١٤٣ من الدستور) والنوع الثالث يتضمن قرارات ذات صبغة وصائية كالقرارات الخاصة بترتيب الهيئات المحلية وعلاقاتها بالإدارة المركزية وبالأفراد (المادة ١٢٣ من الدستور).

وجميع القرارات الميينة في هذه الأنواع الثلاثة تصدر من البرلمان في شكل قوانين تختلف عن القوانين التشريعية في طبيعتها وفي القصد منها وهو تطبيق القوانين التشريعية العامة القائمة ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للبرلمان عند إصدارها مجانية قانون قائم فعلاً على عكس الحال في القوانين التشريعية فإنه يجوز للبرلمان عند إقرارها مخالفة أحكام قانون سابق. إن أعمال القسم الثالث تتضمن جميع القرارات التي تصدر من أحد المجلسين أو من رئيسيهما في شئون النظام الداخلي لكل مجلس (مادة ١١٧ من الدستور والمواد ٦٦ - ٧١ من اللائحة الداخلية لمجلس الشيوخ) وكذلك القرارات التي تصدر من أحد المجلسين أو من إحدى لجانهما الدائمة أو المؤقتة أو من هيئة كل مجلس في شئون الأعضاء وفي الأمور الداخلية البحتة المتعلقة بالمجلسين (المواد ٨٠١ و ١١٢ و ١١٨ من الدستور والمواد ٥٦ و ٥٧ و ٥٩ و ٩٤ و ١٢٦ من اللائحة

الداخلية لمجلس الشيوخ). قرارات القسم الرابع: تتضمن الأعمال المتعلقة بعلاقة مجلسي البرلمان بالحكومة وهي بطبيعتها من أعمال السيادة. إن الأعمال التي يقوم بها البرلمان في القسمين الثاني والثالث هي التي تعتبر وحدها أعمالاً برلمانية لصدر بعضها من البرلمان في نطاق اختصاصه الدستوري ولتعلق البعض الآخر بالنظام الداخلي للبرلمان وبعلاقته مع أعضائه. وعلى العكس مما تقدم فإن تعيين موظفي البرلمان وترقيتهم ومنحهم علاوات هو بطبيعته عمل إداري مغاير للأعمال البرلمانية سالفة الذكر.

إن المقصود بالسلطة الإدارية فيما يتعلق بالموظفين العموميين في معنى الفقرتين الأخيرتين من المادتين ٦ و ٣٥ من قانون إنشاء مجلس الدولة هي الهيئة الرئاسية للموظفين المنوط بها إصدار القرارات الإدارية في شئونهم الوظيفية وتشمل هذه الهيئة رئيس مكتب كل مجلس من مجلسي البرلمان بالنسبة إلى شئون موظفيه وخدمته. ولا وجه للتحدي في هذا الصدد بما هو متبع في فرنسا من عدم جواز الطعن في القرارات الإدارية الخاصة بموظفي البرلمان ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي يبني حكمه بعدم قبول الطعن في هذه القرارات على عدم توافر الشرط الثاني من أحكام المادة التاسعة من قانون إنشائه الصادر في ٢٤ من مايو سنة ١٨٧٢ التي تشترط لقبول الطعن في القرارات لمجاوزة حدود السلطة، توافر شرطين الأول: أن يكون موضوعها إدارياً والثاني: أن تصدر من إحدى السلطات الإدارية المختلفة لأن القرارات الإدارية الخاصة بموظفي البرلمان لا تصدر من سلطة إدارية في حكم القانون العام أما قانون مجلس الدولة المصري فهو خلو من هذا النص وقد تضمن على العكس من ذلك أحكاماً تفيد اختصاص المحكمة الإدارية بنظر مسائل الموظفين العموميين بما فيهم موظفي البرلمان مما يؤكد وجهة النظر هذه وأن مجلس الدولة الفرنسي يقضي بعدم قبول الطعن في هذه القرارات تأسيساً على الظاهر من أحكام قانونه لا استناداً إلى نظرية الفصل بين السلطات واستقلال البرلمان، أنه قصر ذلك على الطعون في القرارات الإدارية والبرلمانية التي تصدر من البرلمان فقط محتفظاً بحقه في الفصل في الطلبات الأخرى، وكذلك باختصاصه في تفسير جميع القرارات التي تصدر من البرلمان أيا كان نوعها إدارياً أو برلمانياً كما هي الحال في شأن جميع القرارات التي تصدر من السلطات الإدارية البحتة. إن تقدير الحالة القانونية لموظفي البرلمان المصري على الوجه المبين آنفاً لا يخل بمبدأ فصل

السلطات بل على العكس فانه يدعمه ويعززها، وذلك أن المقصود من هذا المبدأ هو تعاون السلطات الثلاث على القيام بالأعمال الداخلة في اختصاص كل واحدة منها في حدود أحكام الدستور والقانون وعدم اعتداء كل سلطة على حقوق الأخرى المقررة دستورياً فلا يجوز مثلاً للسلطتين التنفيذية والقضائية تقرير القوانين التشريعية أو التصدي للأعمال البرلمانية البحتة التي تصدر من السلطة التشريعية، كما لا يجوز للأخيرة الفصل في المنازعات القضائية وإصدار أحكام فيها أو التدخل في الأمور الخاصة بموظفي الحكومة العموميين عدا موظفي البرلمان أو القيام بعمل من الأعمال الداخلة في النطاق الدستوري للسلطة التنفيذية لا يعني ذلك إهدار أحكام القانون الذي يعتبر موظفي البرلمان من موظفي الدولة العموميين تسرى عليهم القواعد العامة التي تسرى على الموظفين العموميين عموماً. إن القول بإخراج موظفي البرلمان من طائفة الموظفين العموميين الذين يجوز لهم التقاضي في شئونهم أمام مجلس الدولة في حدود أحكام قانونه. هذا القول تخصيص لعموم النص بلا مخصص ولا مسوغ، بل فيه منافاة للعدالة التي تعطى الحق للموظفين وعموماً في الالتجاء إلى مجلس الدولة للمطالبة بحق قرره لهم القوانين واللوائح أو الطعن في قرار إداري صدر مخالفاً للقانون أيًا كانت السلطة التي يتبعونها تنفيذية كانت أو تشريعية أو قضائية. إن مبدأ فصل السلطات لا يعني استئثار كل سلطة بالوظيفة المخولة لها أصالة حتى ولو نص القانون على خلاف ذلك بل معناه تواصل السلطات واتحادها في أداء أعمالها في حدود القوانين فيجوز مثلاً للبرلمان إصدار قرارات إدارية خولته القوانين الحق في إصدارها كما يجوز له طبقاً لأحكام المادة ٩٥ من الدستور الفصل في صحة نيابة أعضائه، وعمله في هذا الشأن قضائي صرف، كما يجوز للسلطة التنفيذية إصدار اللوائح التنفيذية أو التنظيمية التي هي أعمال تشريعية بطبيعتها. وكذلك يجوز لمحكمة القضاء الإداري تقرير قواعد قانونية عامة في أحكامها لها قوة القانون يجب على السلطات الإدارية العاملة مراعاتها والعمل بها في تصرفاتها المستقبلية. لا مقنع فيما يذهب إليه الحاضر عن المدعى عليه من عدم مسئولية الهيئات البرلمانية عن القرارات الإدارية أو التصرفات القانونية العادية التي تصدر منها. أولاً: لأن المجالس النيابية هي مصالح عامة يجوز مقاضاتها أمام المحاكم المدنية أو الإدارية بحسب الأحوال بشأن تصرفاتها القانونية العادية، والقرارات الإدارية التي تصدر منها مخالفة للقانون.

وثانياً: لأنه لا يوجد نص في الدستور أو في أحكام أي قانون آخر يقضى بعدم مسئولية هذه المجالس عن تصرفاتها القانونية العادية أو عن القرارات الإدارية الصرفة التي تصدر منها على خلاف القانون. وثالثاً: لأن البرلمان كغيره من سائر السلطات والأفراد يجب أن يعمل في حدود القانون الذي هو سيد الجميع فإن خالفه في قرار إداري صدر منه أو في تصرف قانوني عادي تم بينه وبين الغير أمكن مقاضاته. ورابعاً - لأنه وإن كان للبرلمان عند ممارسته اختصاصه التشريعي إصدار قانون معدل أو ملغي أو مخالف لقانون قائم إلا أنه يجب عليه احترام القوانين القائمة في التصرفات القانونية التي تتم بينه وبين الغير أو عند إصدار القرارات الإدارية الخاصة بموظفيه ومستخدميه. إذا كانت الدعوى بحسب وصفها القانوني هي منازعة في راتب، جاز التقاضي في شأنها أمام محكمة القضاء الإداري في أي وقت كان مادام الحق في المطالبة لم يسقط طبقاً للقواعد العادية وذلك دون التقيد بالميعاد المنصوص عليه في المادة ٣٥ من قانون إنشاء مجلس الدولة إذ هو مقصور على طلبات إلغاء القرارات الإدارية وحدها، لأن المحكمة تفصل في هذه المنازعات في أصل الحق وفي القانون كما هو الحال في دعاوى التعويض التي ترفع عن قرارات إدارية سابقة على العمل بقانون مجلس الدولة. والمقرر في قواعد القانون الإداري أن مضي المدة السالب أو المسقط ينقطع فيما يتعلق بالديون التي على الحكومة بأحد أسباب أربعة، الأول - التقاضي بشأن الحق المتنازع عليه والثاني - اعتراف الحكومة بهذا الحق والثالث - المطالبة بهذا الحق إدارياً والرابع - بفعل الحكومة إذا ترتب على هذا الفعل عدم تمكين صاحب الحق من المطالبة به قضائياً، والسببان الأول والثاني مأخوذان من القواعد المدنية أم السببان الثالث والرابع فمؤسسان على طبيعة الأعمال الإدارية وعلى سلطة الإدارة فيها بالنسبة إلى دائئها. من شأن تقديم المدعي التظلمات المتكررة إلى مجلس الشيوخ ثم إقرار الأخير ووزارة المالية لحق المدعي في سنة ١٩٤٣ ثم وضع البيان التفصيلي بالتعديلات الواجب إجراؤها في حالة المدعى على ضوء المكاتبات التي دارت بين وزارة المالية وبين مجلس الشيوخ، من شأن كل ذلك قطع المدة المقررة لسقوط الحق في العلاوة المتنازع عليها. إن القواعد المالية التي كان معمولاً بها وقت حلول العلاوة المتنازع عليها في أول أكتوبر سنة ١٩٣٠ كانت تقضى بأن العلاوات الاستثنائية للمستخدمين الخارجين عن هيئة العمال لا تؤثر في علاواتهم العادية «يراجع في ذلك منشور

المالية رقم ١٠ لسنة ١٩٣٤ ملف رقم ف ٢٣٤/٥/٢٤» والفقرة الأخيرة من المادة الخامسة عشرة من هذا المنشور^(١).

وقضت المحكمة الإدارية العليا «إن القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الشعب معدلاً بالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٦. القواعد التنظيمية العامة التي وضعها أو يضعها مكتب مجلس الشعب استناداً إلى المادة (٨١) من لائحة العاملين به تعتبر جزءاً مكماً لأحكام هذه اللائحة و يستمر العمل بها ما لم تلغ أو تعدل وذلك إلى أن يضع مجلس الشعب بناء على اقتراح مكتبه لائحة لتنظيم شئون العاملين بالمجلس تكون لها قوة القانون^(٢).

- القرار الصادر من مجلس تأديب العاملين بمجلس الشعب لا يكون نافذاً إلا بفوات ميعاد التظلم منه - يترتب على تقديم التظلم إلى رئيس مجلس الشعب استمرار عدم نفاذ القرار إلى حين الفصل في التظلم من مجلس التظلمات المشكل طبقاً لأحكام لائحة العاملين بمجلس الشعب والتصديق على قرار مجلس التظلمات من مكتب مجلس الشعب - مؤدى ذلك: اختصاص المحاكم التأديبية دون المحكمة الإدارية العليا بالطعن في قرارات مجلس تأديب العاملين بمجلس الشعب - لا وجه للقول بأن التصديق الإداري المشار إليه هو مجرد إجراء شكلي - أساس ذلك: أن التصديق إجراء جوهري لا ينفذ قرار مجلس التظلمات دون تحقيقه ويترتب على حجية عدم نفاذ قرار مجلس التظلمات^(٣).

أما جهة القضاء العادي، فقد عولت على المعيار الموضوعي في مجال تحديد مفهوم اللوائح؛ وأساس هذه المغايرة أنه لو سار القضاء العادي على نفس درب القضاء الإداري وأخذ بالمعيار الشكلي في تحديد مفهوم اللوائح لامتنع عليه مراقبة مشروعيتها، ووجب عليه أن يترك الأمر لصاحب الاختصاص الأصيل، وهو قضاء أو محاكم مجلس الدولة^(٤).

(١) الطعن رقم ٢٠٠ س ١ ق جلسة ١ ديسمبر ١٩٤٨ مكتب فني س ٣ ج ١ ص ١٠٦ .

(٢) الطعن رقم ٢٦١٥ س ٣١ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٨٩ مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا س ٣٤ ج ١ ص ٥٢٩ .

(٣) الطعن رقم ١٧٨٧ س ٣٣ ق جلسة ١٤ إبريل ١٩٩٠ مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا س ٣٥ ج ٢ ص ١٥٥٣ .

(٤) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ١١٠ .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض إن كلمة «الحكومة» تشمل كل النظم الأساسية للدولة، فيدخل في مدلولها مجلساً البرلمان. وإذن فموظفو هذين المجلسين داخلون في عداد موظفي الحكومة، لا يمنع من ذلك استقلال كل من المجلسين بشئون موظفيه، إذ هذا الاستقلال أمر طبيعي يقتضيه مبدأ فصل السلطات ولكنه على كل حال لا أثر له في الوضع القانوني لموظفيها من حيث إنهم موظفي الحكومة. فإذا فصل أحد هذين المجلسين موظفاً من موظفيه كان لهذا الموظف - كما لسائر موظفي الحكومة - أن يلجأ إلى المحاكم لتعويضه عن هذا الفصل إذا ما وقع مخالفاً للقوانين واللوائح، فإن هذا الفصل لا يخرج عن كونه عملاً إدارياً بحتاً مما يدخل تحت مراقبة المحاكم بحكم المادة ١٥ من لائحة الترتيب، وليس عملاً برلمانياً مما يخرج عن رقابتها لمجرد كونه صادراً من مجلس من مجلسي السلطة التشريعية، أو لمجرد اعتماد هذا المجلس الميزانية المتضمنة إلغاء الوظيفة التي كان يشغلها هذا الموظف، فإن الطبيعة الذاتية للعمل لا يمكن أن تتغير أو أن تختلف بتغير مصدرها أو اختلافه. ثم إنه لا معنى للتفرقة في هذا الخصوص بين ما يصدر من الأوامر الإدارية عن السلطة التنفيذية وما يصدر منها عن أي مجلس من مجلسي السلطة التشريعية، إذ ليس من المقبول أن كون الأمر الإداري صادراً عن أي من المجلسين يكسبه الحصانة البرلمانية ويمنع من المقاضاة عنه، فإن القانون ما دام قائماً فهو واجب الطاعة وليس لأية سلطة أن تخالفه ولو كانت هذه السلطة تملك إلغاءه أو تعديله أو نسخه^(١).

كما أكدت محكمة النقض على المعيار الموضوعي، فقضت أن المناط في اختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل في طلبات التعويض - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو رفعها بصفة أصلية أو تبعية عن قرار إداري مما نص عليه في البنود التسعة الأولى من المادة ١٠ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أو تعلق المنازعة بتصرف قانوني تعبر فيه جهة الإدارة عن إدارتها كسلطة عامة بوسيلة من وسائل القانون العام، أما المنازعات المتعلقة بالأعمال المادية والأفعال الضارة من الجهة الإدارية دون أن تكون تنفيذاً مباشراً لقرارات إدارية أو التي ينسب إلى موظفيها

(١) الطعن رقم ٩٣ س ١٤ ق جلسة ٨ مارس ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية س ٤ ج ١ ص ٥٨٦ .

ارتكابها أثناء أو بسبب تأدية وظائفهم فينعتد الاختصاص بنظرها إلى محاكم القضاء العادي^(١).

ثالثاً قضاء المحكمة العليا: تبنت هذه المحكمة المعيار الموضوعي. وتطبيقاً لذلك قضت إن رقابة دستورية القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يُرسي الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم ولما كان هذا الهدف لا يتحقق على الوجه الذي يعينه المشرع في المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة العليا وفي مذكرته الإيضاحية إلا إذا انبسطت رقابة المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها وسواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية أو كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعاً بل أن هذه المظنة أقوى في التشريعات الفرعية منها في التشريعات الأصلية التي يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص في جميع مراحل إعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية كما أن منها ما ينظم حرية المواطنين وأمورهم اليومية مثل لوائح الضبط يؤيد هذا النظر أن التشريعات الفرعية (كاللوائح) تعتبر قوانين من حيث الموضوع وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدورها من السلطة التنفيذية وهذه الوسيلة أكثر ملائمة لمقتضيات أعمال السلطة التنفيذية وتطورها المستمر ولو انحسرت ولاية المحكمة عن رقابة التشريعات الفرعية لعاد أمرها كما كان إلى المحاكم تقضي في الدفوع التي تقدم إليها بعدم دستورتها بأحكام قاصرة غير ملزمة يناقض بعضها بعضاً وأهدرت الحكمة التي تغيها المشرع بإنشاء المحكمة العليا والتي أفصحت عنها المذكرة الإيضاحية لقانون إنشائها كي تحمل دون سواها رسالة الفصل في دستورية القوانين. إن ما أثير حول طبيعة المحاكم التأديبية مردود بأن المشرع سواء في قانون العاملين المدنيين الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ أو في القانون رقم ١١٧ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية أو غيرها من التشريعات التي تناولت موضوع تأديب العاملين قد عالج هذا الموضوع علاجاً تشريعياً مستهدياً في ذلك التشريعات الجنائية واستبدل بمقتضى

(١) الطعن رقم ٢٤٥٦ س ٥٨ ق جلسة ١٧ مارس ١٩٩٤ مجموعة أحكام النقض س ٤٥ ج ١ ص ٥٠١؛ الطعن رقم ٢١٤٦ س ٥٨ ق جلسة ١٣ نوفمبر ١٩٩٠ س ٤١ ج ٢ ص ٦٦٠.

القانون الآخر بمجالس التأديب التي كانت تتولى تأديب العاملين ويغلب على تشكيلها العنصر الإداري محاكم تأديبية نظمها تنظيمًا قضائيًا وغلب فيها العنصر القضائي لتوفير الثقة والضمانات للعاملين عند محاکمتهم تأديبيًا وقد كان هذا هو الهدف الأصيل من إصدار القانون المذكور لإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاکمات التأديبية ونظرًا لهذا الطابع القضائي الذي أضفاه المشرع على هذه المحاكم التي أخضع أحكامها للطعن أمام المحكمة الإدارية العليا فقد أصبحت ملحقة بالقسم القضائي بمجلس الدولة الذي يتولى اليوم كافة شئونها ومن ثم تعتبر المحاكم التأديبية جهات قضائية في مفهوم المادة ١٥٣ من الدستور. إن المادة ١٥٣ من الدستور الحالي تنص على أن: «يرتب القانون جهات القضاء ويعين اختصاصها»، وقد نقل هذا النص عن المادة ١٧٦ من دستور سنة ١٩٥٦ والمادة ٢١ من دستور سنة ١٩٥٨ ومؤداه ومقتضاه أن يكون ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصها بتشريع صادر من السلطة التشريعية وليس بأداة أدنى من ذلك وليس من شك في أن الأمور التي احتجزها الدستور بنص صريح ليكون التشريع فيها بقانون صادر من السلطة التشريعية لا يجوز تنظيمها أو تعديل أحكامها أو إلغاؤها بأداة تشريعية أدنى من القانون وإلا كانت مخالفة للدستور. إنه في ظل هذا النص من الدساتير المتعاقبة صدر قانون العمل رقم ٩١ سنة ١٩٥٩ وخول العاملين الخاضعين له حق الطعن أمام المحاكم العادية في الجزاءات التي يوقعها أرباب الأعمال عليهم وهذه المحاكم تختص ببحث شروط الجزاء وتراقب سلطة بطلانه ومحوه وغير صحيح بعد ذلك القول بأن اختصاص هذا القضاء يقتصر على المنازعة في الحقوق المالية المترتبة على هذا الجزاء لأن تلك المنازعة لا تكون إلا في الجزاءات المالية والفصل فيها يستلزم وجوباً الفصل أولاً في ماهية الجزاء وكنهه وحدوده حتى يمكن تحديد ما يترتب عليه من آثار مالية تضيف على أساسها حقوق الطرفين هذا بالإضافة إلى اختصاص هذا القضاء صراحة بإلغاء جزاء الفصل عن العمل أن ثبت أنه كان بسبب النشاط النقابي. إنه يبين من مقارنة هذه النصوص المتعلقة بموضوع تأديب العاملين الواردة في القانون رقم ١١٧ سنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاکمات التأديبية المعدل بالقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ وبنصوص قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ما يأتي: أولاً: أنه طبقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ بـسريان قانون النيابة الإدارية المشار إليه على

موظفي المؤسسات العامة والشركات والجمعيات والهيئات الخاصة كان اختصاص الجهات الرئاسية بالمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها مقصوراً على توقيع عقوبتي الإنذار والخصم من المرتب مدى لا تجاوز خمسة عشر يوماً وذلك بالنسبة إلى العاملين الذين تجاوز مرتباتهم خمسة عشر جنيهاً أما العقوبات الأشد فإنها تدخل في اختصاص المحاكم التأديبية دون غيرها وقد عدلت اللائحة من اختصاص المحاكم في هذا الصدد بأن نقلت هذا الاختصاص إلى السلطة الرئاسية في الحدود المبينة بالمادة ٦٠ المشار إليها. ثانياً: أسندت المادة ٦٠ من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام إلى المحاكم التأديبية الاختصاص بنظر الطعون في بعض القرارات التأديبية الصادرة من السلطات الرئاسية بالنسبة إلى هؤلاء العاملين وقد كان هذا الاختصاص منوطاً بجهتي القضاء العادي والإداري - وأياً كان الرأي في شأن الجهة القضائية المختصة بنظر تلك الطعون فإن تعديل اختصاص الجهات القضائية يجب أن يكون بقانون. ثالثاً: منع البند «رابعاً» من المادة ٦٠ سالفه الذكر الطعن في القرارات الصادرة بالبت في تظلمات العاملين وفي أحكام المحاكم التأديبية (عدا الأحكام الصادرة في القرارات التأديبية - الإدارية العليا) بنظر الطعون في أحكام المحاكم التأديبية في هذا الخصوص وهو الاختصاص الممنوح لها طبقاً لنص المادة ٣ من قانون النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية الصادر بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ والمادة ١٥ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩. إن المادة ٦٠ من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام قد عدلت اختصاص جهات القضاء سالفه الذكر بقرار جمهوري ولما كان هذا التعديل لا يجوز إجراؤه بغير القانون تطبيقاً للمادة ١٥٣ من الدستور، ومن ثم يكون نص المادة ٦٠ من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام سالفه الذكر مخالفاً للدستور^(١).

وقضت إن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات التي تتولاها المحكمة العليا طبقاً للمادة الرابعة من قانون إنشائها - وعلى ما استقر قضاؤه - تنبسط على كافة التشريعات على اختلاف أنواعها ومراتبها، سواء كانت تشريعات أصلية صادرة من السلطة التشريعية، أو كانت

(١) الطعن رقم ٤ س ١ ق جلسة ٣ يوليو ١٩٧١ مكتب فني س ١ ج ١ ص ١٥ .

تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري، ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعاً، بل إن هذه المظنة أقوى في التشريعات الفرعية منها في التشريعات الأصلية - التي يتوافر لها من الدراسة والبحث والتمحيص في جميع مراحل إعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية التي تمثل الكثرة من التشريعات - يؤيد هذا النظر أن التشريعات الفرعية (كاللوائح) تعتبر قوانين من حيث الموضوع، وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصدوره من السلطة التنفيذية، ولو انحسرت ولاية المحكمة العليا عن رقابة التشريعات الفرعية لعاد أمرها كما كان إلى المحاكم تقضي في الدفوع التي تقدم إليها بعدم دستوريته بأحكام غير ملزمة يناقض بعضها بعضاً ولأهدرت الحكمة التي تغيها المشرع بإنشاء المحكمة العليا كي تحمل دون سواها رسالة الفصل في دستورية القوانين^(١).

تقدير قضاء المحكمة العليا: أيد البعض اتجاه المحكمة العليا، ورأى أنها أدخلت اللوائح جميعها باعتبارها من الأعمال المشرعة في نطاق ما تمارسه من رقابة دستورية دون نظر إلى جهة إصدارها أو القواعد الإجرائية المتبعة في شأنها، ومن ثم فقد أصبح الاختصاص بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح منحصراً في المحكمة العليا، وممنوعاً على غيرها من جهات القضاء^(٢). ومع ذلك، انتقد البعض هذا الاتجاه فيما يتعلق بامتداد الاختصاص بالرقابة للمحكمة العليا على اللوائح إلى جانب القوانين، للأسباب التالية:

١ - ليس مفاد صحة القول بأن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائماً بالنسبة للتشريعات الأصلية والتشريعات الفرعية جميعها عقد الاختصاص برقابة دستورية هذه الأخيرة للمحكمة العليا؛ باعتبار أن مظنة الخروج هذه قائمة أيضاً بالنسبة للقرارات الإدارية الفردية والعقود الإدارية.

٢ - القول بعدم توافر الدراسة والبحث في اللوائح بالقدر الذي يتوفر للقانون، وحول

(١) الطعن رقم ٨ س ١ ق جلسة ٦ مايو ١٩٧٢ مكتب فني س ١ ج ١ ص ٩٠؛ الطعن رقم ١٤ س ٤ ق جلسة ٣ يناير ١٩٧٦ س ١ رقم الجزء ١ ص ٣٩٥؛ الطعن رقم ٩ س ٥ ق جلسة ٦ نوفمبر ١٩٧٦ س ١ رقم الجزء ١ ص ٤٧٤.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي: تعليق على الحكم الصادر من المحكمة العليا بجلسته ٣ يوليو سنة ١٩٧١ في الدعوى الدستورية رقم ٤ لسنة ١ القضائية، مجلة العلوم الإدارية، السنة ١٣، العدد الثاني، أغسطس ١٩٧١ ص ١٥٦.

تنظيم بعض اللوائح لحريات المواطنين وأمورهم اليومية، وحول أعمال السلطة التنفيذية التي تتطور باستمرار، لا يستدعي عقد الاختصاص للمحكمة العليا بالفصل في دستورية اللوائح مع وجود القضاء الإداري وهو الأقدر بحكم تكوينه وتخصّصه على تفهم نصوص هذه اللوائح، والاستجابة لمقتضيات التطور.

٣- أن اعتبار اللوائح أعمالاً تشريعية من حيث الموضوع، وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل، لا يتسق مع المتبع في النظم التي تقوم على أساس فصل السلطات؛ إذ يعتد بالشكل في تكييف العمل وتحديد نطاقه القانوني.

٤- أن الحكمة التشريعية التي يخشى من تهديدها بصدر أحكام تتناقض حول دستورية اللوائح إذا ترك أمر دستوريته لمختلف المحاكم، ينبغي أن يكون تحقيقها في حدود النص، فالحكم يدور وجوداً وعدمًا مع علته لا حكمته، بل إن مد ولاية المحكمة العليا إلى هذه اللوائح يقلّص اختصاص القضاء الإداري بانتزاع هذه اللوائح من ولايته خروجاً على أحكام قانون مجلس الدولة^(١).

وقد رد أصحاب الاتجاه المؤيد لاتجاه المحكمة العليا على ذلك بما يلي:

١- أنه رغم مخالفة القرارات الإدارية الفردية والعقود الإدارية للدستور، إلا أن المحكمة العليا لم تخضعها للرقابة على الدستورية التي تباشرها أسوة بما اتبعته في شأن اللوائح. وإنما أساس إخضاع المحكمة العليا للوائح - باعتبارها مجموعة من القواعد العامة المجردة - للرقابة هو المعيار الموضوعي الذي تعتبر اللوائح في مفهومه بمثابة قوانين. بينما لا يندرج في مدلول القوانين القرارات الفردية والعقود الإدارية، سواء من حيث الشكل أم من حيث الموضوع، ومن ثم لا تمتد إليها الرقابة على الدستورية.

٢- أن إسناد الولاية في دستورية اللوائح إلى القضاء الإداري بحكم تكوينه وتخصّصه

(١) الدكتور رمزي طه الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ١٩٨٣ ص ٥٤٥؛ الدكتور محمود عاطف البنا: المقال السابق، ص ٢١٨.

يتعارض في حقيقته مع مبدأ مركزية الرقابة الدستورية الذي استهدفه الشارع بإنشاء المحكمة العليا، فضلاً عن أن القضاء الإداري بحكم طبيعته قضاء مشروعية لا قضاء دستورية.

٣- ليس الشكل وحده هو الذي يعتد به في تكييف العمل وتحديد نظامه القانوني في النظم التي تقوم على أساس فصل السلطات، وإنما كثيراً ما يعتد بالموضوع، ويعتمد المعيار الموضوعي، ومن صور ذلك ما اعتقته المحكمة العليا بشأن تحديد المقصود بالقانون وقننه الشارع الدستوري وأكدته قانون المحكمة الدستورية العليا.

٤- أن الشارع يحدد جهات القضاء ويعين اختصاصاتها، وإذا كان قد أنشأ المحكمة العليا وخصها برقابة دستورية القوانين، فإنه يكون قد استهدف مد هذه الرقابة على القوانين من الناحية الموضوعية، وهي تشمل القوانين البرلمانية واللوائح الإدارية^(١).

رابعاً محل الرقابة في قضاء المحكمة الدستورية العليا: تبني الشارع الدستوري في المادة ١٧٥ من دستور ١٩٧١ المعطل نفس اتجاه المحكمة العليا، فنصت على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها».

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا «إن الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ كانت تنص على اختصاص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين، ثم نصت المادة ١٧٥ من دستور سنة ١٩٧١ على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح... وذلك على الوجه المبين في القانون» وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن تختص المحكمة

(١) الدكتور عادل عمر شريف: قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، ١٩٨٨ ص ١٢٦-١٢٧.

الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي: أولاً: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح... ومؤدى هذه النصوص أن المشرع أخذ بقاعدة مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، واختص بها هيئة قضائية مستقلة هي المحكمة العليا - ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا - دون غيرها من الجهات القضائية، وهو اختصاص عام يشمل كافة الطعون الدستورية على القوانين و اللوائح، سواء تلك التي تقوم على مخالفات شكلية للأوضاع و الإجراءات المقررة في الدستور بشأن اقتراح التشريع وإقراره وإصداره، أو التي تنصب على مخالفة أحكام الدستور الموضوعية، وذلك لورود النصوص المشار إليها في صيغة عامة مطلقة، ولأن قصر هذا الاختصاص على الطعون الموضوعية يتكس بالرقابة القضائية بالنسبة للعيوب الشكلية إلى ما كان عليه الأمر قبل إنشاء القضاء الدستوري المتخصص من صدور أحكام متعارضة يناقض بعضها بعضاً، مما يهدر المحكمة التي تغيها الدستور من تركيز هذه الرقابة في محكمة عليا تتولى دون غيرها الفصل في دستورية القوانين و اللوائح و حماية أحكام الدستور و صونها^(١).

وإذ كان البحث في الاختصاص سابق بطبيعته على البحث في شكل الدعوى أو موضوعها و تتصدى له المحكمة من تلقاء ذاتها، و كان الدستور قد عقد الفصل الخامس من بابه الرابع للمحكمة الدستورية العليا، و عهد إليها في المادة ١٧٥ منه - دون غيرها - بتولي الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح على الوجه المبين في القانون، ثم صدر قانون هذه المحكمة مبيناً اختصاصاتها محدداً ما يدخل في ولايتها حصراً، مستبعداً من مهامها ما لا يندرج تحتها، فخلوها اختصاصاً منفرداً بالرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح، و مانعاً أية جهة من مزاحمتها في ذلك، مفصلاً طرائق هذه الرقابة و كيفية أعمالها، و ذلك كله على النحو المنصوص عليه في المواد ٢٥، ٢٧، ٢٩ منه، و هي قاطعة في دلالتها على أن اختصاص المحكمة في مجال الرقابة على الدستورية منحصر في النصوص التشريعية أيّاً كان موضوعها، أو نطاق تطبيقها، أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها. و من ثم فإن محل الرقابة القضائية على الدستورية - على ما استقر عليه قضاء

(١) الطعن رقم ٩ س ١ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٨٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ١١ .

هذه المحكمة - إنما يتمثل في القانون بمعناه الموضوعي الأعم محدداً على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة، سواء وردت هذه النصوص في التشريعات الأصلية التي تقرها السلطة التشريعية، أم في التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها^(١).

وإن التنظيم التشريعي للبنك الأهلي المصري - محدد على ضوء أحكام المادتين ١٥، ١٩ من القرار بقانون رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٦٠ في شأن البنك المركزي المصري والبنك الأهلي المصري، وكذلك المادتين الأولى والثانية من قرار رئيس الجمهورية رقم ٨٧٢ لسنة ١٩٦٥ في شأن بعض الأحكام الخاصة بالبنوك - يدل على أن البنك الأهلي المصري قد غدا شركة مساهمة يضع مجلس إدارة البنك المركزي نظامها الأساسي وتتم إدارتها وفقاً للقواعد المعمول بها في المنشآت المصرفية العادية، دون تقييد بالنظم والقواعد الإدارية والمالية المعمول بها في مصالح الحكومة ومؤسساتها العامة، وهي تزاوّل دون أي قيد، جميع العمليات المصرفية العادية، وذلك بالشروط، وفي الحدود ذاتها، التي تخضع لها البنوك التجارية وفقاً لأحكام القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ بإصدار قانون البنوك والائتمان. ثم صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٤٢٢ لسنة ١٩٧١ بتطوير النظام المصرفي، واختصها بشئون التجارة الخارجية ومباشرة جميع العمليات المصرفية الخاصة بها استيراداً وتصديراً، مع استمرارها في القيام بخدمة شهادات الاستثمار متى كان ذلك، وكانت البنوك التجارية - وعلى ما تنص عليه المادة ١٥ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ في شأن البنك المركزي المصري والجهاز المصرفي - هي تلك التي تقوم بصفة معتادة بقبول ودائع تدفع عند الطلب أو لآجال محددة، وتزاوّل عمليات التمويل الداخلي والخارجي بما يحقق أهداف خطة التنمية وسياسة الدولة ودعم الاقتصاد القومي كما تباشر عمليات تنمية الادخار والاستثمار المالي في الدخل والخارج، بما في ذلك المساهمة في إنشاء المشروعات وما تتطلبه من عمليات مصرفية وتجارية ومالية؛ وكان البنك الأهلي المصري يندرج تحت البنوك التجارية، ويقوم بعملياتها متخذاً شكل شركة مساهمة تباشر نشاطها في إطار القانون الخاص؛ وكان الدستور قد

(١) الطعن رقم ٦٧ س ١٣ ق جلسة ٣ أبريل ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٢٣٦ .

عهد بنص المادة ١٧٥ - إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بتولي الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين في القانون وكان المشرع وبناء على هذا التفويض قد أصدر قانون المحكمة الدستورية العليا مبيناً اختصاصاتها محددًا ما يدخل في ولايتها حصراً مستبعداً من مهامها مالا يندرج تحتها، فحولها اختصاصاً منفرداً بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، مانعاً أي جهة أخرى من مزاحمتها في ذلك، مفصلاً طرائق هذه الرقابة وكيفيةها ومؤكداً أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا - في مجال مباشرتها الرقابة القضائية على الدستورية - منحصر في النصوص التشريعية أيّا كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها؛ متى كان ذلك، فإن محل الرقابة القضائية على الدستورية إنما يتمثل في القانون بمعناه الموضوعي الأعم محددًا على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي تقرها السلطة التشريعية أم تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها التي ناطها الدستور بها^(١).

- إن الدستور قد عهد بنص المادة ١٧٥ - إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بتولي الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين في القانون وكان المشرع وبناء على هذا التفويض - قد أصدر قانون المحكمة الدستورية العليا، مبيناً اختصاصاتها، محددًا ما يدخل في ولايتها حصراً مستبعداً من مهامها ما لا يندرج تحتها فحولها اختصاصاً منفرداً بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح مانعاً أي جهة من مزاحمتها في ذلك مفصلاً طرائق هذه الرقابة وكيفيةها ومؤكداً أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا - في مجال مباشرتها الرقابة القضائية على الدستورية - ينحصر في النصوص التشريعية أيّا كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها، متى كان ذلك فإن محل الرقابة القضائية على الدستورية إنما يتمثل في القانون بمعناه الموضوعي الأعم محددًا على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي تقرها السلطة التشريعية أم تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها التي ناطها الدستور بها.

(١) الطعن رقم ٢٦ س ١٥ ق جلسة ٢ ديسمبر ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٢٢٦ .

وذلك أن ما يميز نصوص هذه التشريعات جميعها أن تطبيقاتها متزامنة ودائرة المخاطبين بها غير متناهية والآثار المترتبة على إبطالها - إذا أهدرتها المحكمة الدستورية العليا - بعيدة في مداها وتدق دائماً ضوابط الرقابة على مشروعاتها الدستورية وتقارنها محاذير واضحة وكان لازماً بالتالي أن يؤول أمر الرقابة القضائية في شأنها إلى محكمة واحدة بيدها دون غيرها زمام إعمالها كي تصوغ بنفسها معاييرها ومناهجها وتوازن من خلالها بين المصالح المثارة على اختلافها وتتولى وحدها بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور بما يكفل تجانسها وتكاملها ويجول دون تفرق وجهات النظر من حولها وتباين مداخل وصور الاجتهاد فيها وهو ما نحاه قانون المحكمة الدستورية العليا^(١).

الدستور قد عهد - بنص المادة ١٧٥ - إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بتولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين في القانون، وكان المشرع - وبناء على هذا التفويض - قد أصدر قانون المحكمة الدستورية العليا، مبيناً اختصاصاتها، محدداً ما يدخل في ولايتها حصراً، مستبعداً من مهامها ما لا يندرج تحتها، فحولها اختصاصاً منفرداً بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، مانعاً أي جهة أخرى من مزاحمتها في ذلك، مفصلاً طرائق هذه الرقابة، وكيفيةها، ومؤكداً أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا - في مجال مباشرتها الرقابة القضائية على الدستورية - منحصر في النصوص التشريعية أي كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها، متى كان ذلك، فإن محل الرقابة القضائية على الدستورية، إنما يتمثل في القانون بمعناه الموضوعي الأعم، محدداً على ضوء النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجردة، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي تقرها السلطة التشريعية، أم تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها^(٢).

- قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الولاية التي تباشرها في مجال الرقابة على الدستورية، إنما تتعلق بالنصوص القانونية أي كان محلها أو موضوعها أو نطاق تطبيقها أو السلطة التي أقرتها

(١) الطعن رقم ٦٢ س ١٧ ق جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٥٩٥.

(٢) الطعن رقم ٣٠ س ١٨ ق جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٥٦٤.

أو أصدرتها، وأن غايتها رد النصوص القانونية المطعون عليها إلى أحكام الدستور تثبتاً من اتفاقها أو اختلافها معها، فلا يتمثل محل هذه الرقابة إلا في القانون بمعناه الموضوعي، محدداً على ضوء كل قاعدة قانونية يرتبط مجال إعمالها بتعدد تطبيقاتها، سواء أقرتها السلطة التشريعية أو أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها. وهو ما يعني انتفاء تخصيصها، فلا تتقيد بحالة بذاتها تستنفذ بها القاعدة القانونية مجال تطبيقها، ولا بشخص معين يستغرق نطاق سريانها. متى كان ذلك، وكان القرار المطعون فيه ينظم تملك العاملين هيئة القطاع العام للتنمية الزراعية وشركاتها، لأراضي زراعية تخصها، فإنه بذلك يكون منصرفاً إليهم في مجموعهم، منظمٌ شروط الحصول عليها من خلال قواعد قانونية مجردة ينحل مضمونها إلى لائحة تنبسط عليها الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة، عملاً بنص المادة ١٧٥ من الدستور^(١).

إن الدستور قد عهد بنص المادة ١٧٥ - إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بتولي الرقابة على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين في القانون. وبناء على هذا التفويض أصدر المشرع قانون هذه المحكمة مبيناً اختصاصاتها، محدداً ما يدخل في ولايتها حصراً، مستبعداً من مهامها ما لا يندرج تحتها، فخولها اختصاصاً منفرداً بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، مانعاً أي جهة من مزاحمتها فيه، مفصلاً طرائق هذه الرقابة وكيفيةها، وذلك ضمناً منه لمركزية الرقابة على المشروعية الدستورية، وتأميناً لاتساق ضوابطها وتناغم معاييرها، وصولاً من بعد إلى بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور، بما يكفل تكاملها وتجانسها. وهو ما نحاه قانون المحكمة الدستورية العليا، مؤكداً أن اختصاص هذه المحكمة - في مجال مباشرتها الرقابة القضائية على الدستورية - ينحصر في النصوص التشريعية أياً كان موضوعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أقرنها أو أصدرتها، فلا تنبسط ولايتها في شأن الرقابة القضائية على الدستورية، إلا على القانون بمعناه الموضوعي باعتباره منصرفاً إلى النصوص القانونية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي أقرتها السلطة التشريعية، أم

(١) الطعن رقم ١٤٤ س ١٨ ق جلسة أول سبتمبر ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٨٠٩.

تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها، وأن تنقبض عما سواها^(١).

قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تقرير اختصاصها ولائياً بنظر دعوى بذاتها، سابق بالضرورة على تثبيتها من توافر شروط اتصال الخصومة القضائية بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها. كذلك فإن حكمها باختصاصها بنظر خصومة بذاتها، لا يمنعها من الفصل في توافر الشرائط التي تطلبها القانون لقبولها، باعتبارها مدخلها للخوض في موضوعها. إن الدستور قد عهد - بنص المادة ١٧٥ - إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بتولي الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين في القانون. وبناء على هذا التفويض أصدر المشرع قانون هذه المحكمة مبيناً اختصاصها، محدداً ما يدخل في ولايتها حصراً، ومستبعداً من مهامها ما لا يندرج تحتها، فحولها اختصاصاً منفرداً بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح مانعاً أي جهة من مزاحمتها فيه، مفضلاً طرائق هذه الرقابة وكيفيتها، وذلك ضماناً منه لمركزية الرقابة على المشروعية الدستورية، وتأميناً لاتساق ضوابطها وتناغم معاييرها، وصولاً من بعد إلى بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور، بما يكفل تكاملها وتجانسها، مؤكداً أن اختصاص هذه المحكمة - في مجال مباشرتها الرقابة القضائية على الدستورية - ينحصر في النصوص التشريعية أياً كان موضوعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها، فلا تنبسط ولايتها في شأن الرقابة القضائية على الدستورية، إلا على القانون بمعناه الموضوعي باعتباره منصرفاً إلى النصوص القانونية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي أقرتها السلطة التشريعية، أم تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها، وأن تنقبض تلك الرقابة - بالتالي - عما سواها^(٢).

الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية؛ ينحصر في النصوص التشريعية أياً كان موضوعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها، فلا تنبسط ولايتها - في هذا المجال - إلا على

(١) الطعن رقم ١١٤ س ١٩ ق جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ١٠٩١.

(٢) الطعن رقم ٩٩ لسنة ٣٣ قضائية "دستورية"، جلسة ٤ مارس ٢٠١٧.

القانون بمعناه الموضوعي باعتباره منصرفاً إلى النصوص التشريعية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي أقرتها السلطة التشريعية، أو تضمنتها التشريعات الفرعية التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود الصلاحيات التي ناطها الدستور بها، وتنقبض - تبعاً لذلك - عما سواها. وحيث إن المادة (٩) من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية - بعد تعديلها بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٩ - قد فصلت أمر تحصيل الرسوم النسبية وحددت قيمتها، ثم صدر الكتاب الدوري رقم ٢ لسنة ٢٠٠٩ عن وزارة العدل مخاطباً القائمين على تنفيذ أحكام هذا القانون، بما لا يعدو أن يكون توجيهاً إدارياً يحمل إحاطة بالتفسير الصحيح لنصوص القانون، ومن ثم لا يعد تشريعاً بالمعنى الموضوعي مما تمتد إليه رقابة المحكمة الدستورية العليا ويخرج - تبعاً لذلك - عن اختصاصها^(١).

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى رفضت المحكمة الدستورية بسط رقابتها على ما عدا اللوائح بالمعنى السابق، كالقرارات الفردية الصادرة من شركات المساهمة. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن "الهيئة المصرية العامة للبترول، وإن كانت من أشخاص القانون العام باعتبارها من الهيئات العامة التي كفل المشرع استقلالها مالياً وإدارياً، إلا أن الجمعية التعاونية للبترول تعمل بوصفها شركة مساهمة من أشخاص القانون الخاص، ويتعلق نشاطها بتطبيق قواعد هذا القانون، وبالوسائل التي ينتهجها. ومن ثم لا يعتبر العاملون فيها موظفين عامين يرتبطون بها بعلاقة تنظيمية، بل يعملون لديها باعتبارها رباً للعمل، ووفقاً للشروط التي يرتضونها، وعلاقتهم بها بالتالي - أياً كان موقعهم - عقدية بطبيعتها، وتحكمها قواعد القانون الخاص. خول الدستور المحكمة الدستورية العليا بنص المادة ١٧٥، أن تباشر - دون غيرها - رقابتها على دستورية القوانين واللوائح وذلك على الوجه المبين في القانون. وبناءً على هذا التفويض، أصدر المشرع قانونها، محددًا نطاق ولايتها في مجال صون الشرعية الدستورية، فاختصها بها دون غيرها، وجعل محلها منصباً على النصوص القانونية أياً كان موضعها، أو نطاق

(١) الطعن رقم ٦٥ س ٢٠ ق جلسة ٦ مارس ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٢٠٤.

تطبيقها، أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها، وغايتها ضمان اتفاق هذه النصوص مع القيم التي احتضنها الدستور، بما مؤداه تعلق رقابتها بالقانون بمعناه الموضوعي الأعم، محدداً على ضوء كل قاعدة قانونية تضمنها تنظيم تشريعي، أصلياً كان أم فرعياً. وإذا كان النزاع الراهن يتعلق بلائحة أقرها مجلس إدارة الجمعية التعاونية للبترو، منظمها بها أوضاع عمالها فيما يتعلق بمرتباتهم وعلاواتهم ومكافأة الميزة الأفضل التي يستحقونها وأسس حسابها، فإن أحكامها -- ويندرج تحتها البند ثالثاً المطعون عليه -- لا تعتبر تشريعاً بالمعنى الموضوعي، ولا تمتد إليها بالتالي الرقابة التي تتولاها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية^(١).

والبين مما سبق أن الرقابة الدستورية في مصر شملت إلى جانب القوانين البرلمانية اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية^(٢).

(١) الطعن رقم ١٠٦ س ١٨ ق جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٩٨٥ .

(٢) الدكتور عادل شريف: المرجع السابق، ص ١٣٢ ؛ الدكتور فتحي فكري: وجيز دعوى الإلغاء، ص ٤٦، ٤٧ .

المبحث الثاني

الدعاوى التي تخرج عن نطاق الرقابة

تمهيد وتقسيم:

من المسلم به أن نجاح القضاء الدستوري في دولة معينة يرتهن بعدم الاحتكاك أو الاصطدام بالسلطات العامة، سواء السلطة التشريعية أم السلطة التنفيذية.

ولا يتأتى ذلك إلا إذا استبعدت المحكمة الدستورية من أمامها العديد من المسائل المطروحة عليها، فلا تتدخل إلا إذا كان تدخلها لازماً لزوماً حتمياً للفصل في النزاع المعروض عليها، ولا تتدخل متى كانت هناك وسيلة أخرى للفصل في الدعوى الموضوعية.

كما أن المحكمة الدستورية لا شأن لها برقابة المشروعية أو ملاءمة التشريع.

وفضلاً عن ذلك، تستبعد المحكمة الدستورية العليا المسائل السياسية من رقابتها.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب، يتناول الأول الرقابة الذاتية، ويتناول الثاني استبعاد رقابة المشروعية، ويتصدى الثالث لمبدأ الملائمة، بينما نفرد الرابع لنظرية الأعمال السياسية.

المطلب الأول

التقيد الذاتي للرقابة الدستورية

١- المبدأ: الأصل أن المحكمة الدستورية العليا لا تتعرض للمسألة الدستورية إلا إذا وجدت ضرورة قصوى تبرر تدخلها؛ ويعد هذا المبدأ نتيجة طبيعية لاعتبار الرقابة على الدستورية جزءاً من الوظيفة القضائية، فالدور الرئيسي للمحكمة هو الوصول إلى حل ما يعرض عليها من الخصومات بتوضيح كلمة القانون، وبالتالي لا يجوز لها أن تتصدى للبحث في دستورية القانون إلا إذا كان هذا البحث مسألة أولية يتوقف الفصل في موضوع الخصومة على الفصل فيها^(١). وتعد القيود الذاتية أساليب فنية تستطيع المحكمة باستعمالها أن تتحكم في نطاق رقابتها الدستورية، وأن تطوع سلطاتها بما يكفل تجنب أي احتكاك وشيك مع غيرها من السلطات العامة^(٢).

وقد طبقت المحكمة العليا أنه يشترط لقبول الطعن بعدم الدستورية توافر مصلحة شخصية للمدعي من طعنه بعدم الدستورية، وإذ لم تكن للمدعى مصلحة في الطعن بعدم دستورية قانون الطوارئ أو الأمر العسكري رقم ٣ لسنة ١٩٦٤ لعدم انطباقهما على التهمة التموينية المنسوبة إليه ومن ثم يتعين القضاء بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة^(٣).

وقضت المحكمة الدستورية العليا إنه من المقرر، أن الرقابة على الشرعية الدستورية، لا

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٠، ص ٤٤١ وما بعدها؛ المستشار الدكتور عبد العزيز سلمان: منهج التقيد الذاتي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، الجزء الأول، مجلة الدستورية، العدد الثاني، السنة الأولى، إبريل ٢٠٠٣؛ الدكتور علي السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية بالإسكندرية، ١٩٧٨، ص ٦٣ وما بعدها؛ الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ٤٦، ٤٧.

(٢) الدكتور عادل شريف: المرجع السابق، ص ١٣٢.

(٣) الطعن رقم ١٨ س ٧ ق جلسة أول إبريل ١٩٧٨ مكتب فني س ١ ج ١ ص ١٧٩.

يستقيم موطناً لإبطال نصوص تشريعية يمكن تأويلها - بمختلف طرق الدلالة المعتمدة - على وجه يعصمها من المخالفة الدستورية المدعى بها، بل يجب - وبوصفها رقابة متوازنة لا يجوز التدخل بها إلا لضرورة ملحة تقتضيها - أن تكون مبررة بدواعيها كي لا يكون اللجوء إليها اندفاعاً، أو الإعراض عنها تراخياً^(١).

٢- القواعد المتفرعة عن القاعدة الكلية: يتفرع عن قاعدة لزوم الفصل في المسألة الدستورية المطروحة على المحكمة الدستورية عدة قيود أخرى، منها:

الأول قرينة الدستورية لصالح التشريع: مفاد القيد أن الأصل هو سلامة التشريع الصادر عن البرلمان، وأن على المدعي إثبات العكس. فجهة الرقابة كثيراً ما تولي احترامها - في مجال فصلها في دستورية القوانين - للسلطة التشريعية من خلال موافقتها على اجتهاداتها وخياراتها؛ تأسيساً على أن هذه السلطة أكثر اتصالاً بآمال مواطنيها وتعبيراً عن احتياجاتهم وأولوياتهم، وأدنى نفاذاً إلى الحقائق التي تلهمها تشريعاتها، وأعمق خبرة بكثير من المسائل التي تتصل ببعض الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية. بما يجعل تقدير السلطة التشريعية في شئون شتى محل اعتبار جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تعبر عن موقفها من السلطة التشريعية تارة بتبنيها نظرية الأعمال السياسية، وتارة أخرى باعتمادها لافتراض مؤداه أن الأصل في النصوص القانونية هو معقوليتها ومطابقتها للدستور. مع ملاحظة أن إيلاء الاعتبار لتقدير السلطة التشريعية أو اجتهاداتها، وإن تحقق في مجال الشؤون الخارجية للدولة أكثر من شئونها الداخلية، إلا أن عدون السلطة التشريعية على السلطة القضائية أو تدخلها في وظائفها يعجل بالفصل في دستورية النصوص التي أقرتها، ولا يبرئها. كما أن ما توليه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من تقدير لاجتهاد وتقييم السلطة التشريعية للنصوص التي أقرتها مرده أن هذه الجهة لا تعتبر مشرعاً أعلى يزن هذه النصوص على ضوء حكمتها أو بواعثها، خاصة في مسائل يتعذر عليها أن تحيط بها، كتنظيم السلطة التشريعية مسائل اقتصادية بطبيعتها توازن في نطاقها بين بدائل متعددة تتزاحم على تقدير الحلول الأفضل. وبالأحرى على جهة الرقابة القضائية أن تزن المسائل التي تطرح

(١) الطعن رقم ٣٥ س ٩ ق جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٣٣١.

عليها بمقاييس منطقية. فما كان منها واقعاً في إطار اختصاص رئيس الجمهورية بإدارة الشؤون الخارجية يظل بعيداً عنها وما كان منها متضمناً عدواناً على حق أو حرية كفلها الدستور تأخذه بحزمها. وما كان منها من أعمال السلطة التشريعية أدخل إلى ملاءمتها، كانحيازها إلى مفاهيم اقتصادية تتعلق بحرية السوق أو بالضريبة الموحدة، أو بشروط استثمار الأموال الأجنبية فيها، ونوع وقدر المزايا التي تمنحها لها، فإن عليها أن تمتنع عن تقييمها من جديد. بيد أن ارتكان جهة الرقابة على الدستورية لتقدير السلطة التشريعية في المسائل التي تنظمها لا يجوز أن يدل على تخليها عن ولايتها، بل يعين أن يكون تبنيها لتقدير السلطة التشريعية منطقياً وملائماً، خاصة في التي تنظمها السلطة التشريعية ولا يكون للدستور نص فيها، بما يجعلها واقعة في نطاق سلطتها التقديرية التي يحكمها أصل مؤداه إطلاقها من القيود التي تفرض عليها، بشرط أن ترتبط التي تقرها - عقلاً - بأهدافها، كما لا يجوز افتراض تطابق النصوص بشأن صور التمييز التي تفرضها السلطة التشريعية بصورة تحكمية متوخية بها تفضيل بعض المراكز القانونية على بعض، كالتمييز بناء على اللون أو العقيدة أو الأصل الاجتماعي أو العرق رغم تماثلها جميعها في العناصر التي تكونها، بل ينبغي أن ينظر إلى كل إخلال بشرط الحماية القانونية المتكافئة باعتباره مخالفاً للدستور^(١).

ويعني ذلك من ناحية أولى أن كل قرينة ينبغي أن تكون لصالح دستورية التشريع الطعين، مالم تنقض هذه القرينة بإقامة دليل قطعي يقضي على كل شك معقول حول دستورتها.

ومن ناحية ثانية، أن المحكمة لا تقضي بعدم الدستورية إلا إذا كان ذلك واضحاً وقطعياً.

ومن ناحية ثالثة، أن المحكمة تتخير للتشريع المطعون بعدم دستوريته التفسير الذي يجعله موافقاً للدستور إذا كان يمكن منحه أكثر من تفسير. أما إذا كان الظاهر من صياغة أحكامه أنها لا تحتل أي لبس في فهم معناها فيجب تفسيرها وفقاً للمعنى الحقيقي لها^(٢).

(١) الدكتور عوض المثر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣م رقم ١١٦ ص ١٥١-١٥٣ .

(٢) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٤٤٧ ؛ الدكتور علي الباز: المرجع السابق، ص ٦٣٥ ؛ الدكتور محمد فرج الفقي: الرقابة على دستورية القوانين في ليبيا، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس، طبعة ١٩٩٨ ص ٢٠٩، ٢٠٨ .

ومؤدى ذلك، أن الأصل أن التشريعات تأتي متفقة مع الدستور، ما لم يثبت بوضوح مخالفتها لقاعدة دستورية، وأن المحكمة الدستورية لا يجوز أن تتدخل لحسم مسألة دستورية ما لم يكن تدخلها لازماً للفصل في النزاع الموضوعي المتصل بها^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا بجلستها المعقودة في ٣ من يوليو ١٩٩٥ في شأن طلب التفسير المقيّد بجدولها تحت رقم ١٩ لسنة ١٧ قضائية «تفسير» قد خلص إلى أن حكم المادة ٤٧ من قانون العمل مقيّد بالفقرة الثالثة من المادة ٤٥ من هذا القانون ليدور في فلكها، وليتحدد مرماء بالتالي على ضوءها. ذلك أن حق العمال في الحصول على شروط عمل منصفة ومرضية، لا ينفصل عن تمتعهم بالأجر العادل دون تمييز لا يتعلق بقيمة العمل، ولا عن حقهم في الحصول على أجازاتهم السنوية، وواجبهم في الانتفاع بها، باعتبار أن النهوض بالعمل يقتضيها، ولأنها تصون قواهم وتكفل حيويتها. ولو جاز القول بأن المادة ٤٧ من قانون العمل، تحول العمال حق الحصول على أجر عن كامل رصيد أجازاتهم هذه أياً كان مقداره لأهدر العمال طاقاتهم من خلال ترحيلها من عام إلى عام، ليكون تجميعها في النهاية مورداً مالياً يعتمدون عليه عند انتهاء خدمتهم. وما لذلك شرع الحق في الإجازة السنوية، ولا هو من مقاصدها. ولا يجوز بالتالي النظر إلى المادة ٤٧ من قانون العمل باعتبار أنها توفر للعامل مقابلاً نقدياً لإجازاته السنوية التي لم يستعملها أياً كان رصيدها. بل يتعين تفسيرها بما يؤكد حق العامل في أن يستعيد طاقاته وقدراته التي استنزفها العمل صوناً للقوة البشرية الإنتاجية من أن تصير بديلاً. ذلك أن النصوص القانونية لا تصاغ من فراغ، ولا يجوز انتزاعها من واقعها محدداً على ضوء المصلحة المقصودة منها، وهي بعد مصلحة اجتماعية يجب أن تدور هذه النصوص معها، ويفترض أن المشرع قد تغياها.

وقد انتهت هذه المحكمة - وعلى ضوء تفسيرها لإرادة المشرع التي قصد إلى تحقيقها بنص المادة ٤٧ من قانون العمل - إلى أن حق العامل في الحصول على أجر عن أيام الإجازة التي يستحقها حال تركه العمل قبل استعمالها - وذلك بالنسبة إلى المدة التي لم يحصل على أجازة عنها

(١) الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ص ٤٦، ٤٧.

- لا يجوز أن يجاوز أجر ثلاثة أشهر. ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن التفسير التشريعي للنصوص القانونية لا يجوز أن يتخذ موطئاً للفصل في دستوريته، تمهيداً لتقرير صحتها أو بطلانها، ذلك أن المادة ٢٦ من قانونها، لا تخولها غير استقصاء إرادة المشرع واستخلاصها «دون تقييم لها» وعلى تقدير أن النصوص القانونية إنما ترد إلى هذه الإرادة وتحمل عليها حملاً تقصياً لدلالاتها، وذلك سواء التأم مضمونها مع أحكام الدستور أم كان منافياً لها^(١).

وحيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة كذلك أن الأصل في النصوص التشريعية هو افتراض تطابقها مع أحكام الدستور، ويتعين - تبعاً لذلك - وإعمالاً لهذا الافتراض، وكشرط مبدئي لإنفاذ محتواه، أن تكون المطاعن الموجهة إلى هذه النصوص جلية في معناها، واضحة في الدلالة على المقصود منها، لا يحيطها التجهيل أو يكتنفها الغموض، وبوجه خاص؛ كلما كان النص التشريعي المطعون فيه مكوناً من عدة أجزاء يقوم كل منها مستقلاً عن الآخر في مضمونه؛ إذ يتعين على الطاعن أن يبين على وجه التحديد أيها وقع في تقديره منافياً لأحكام الدستور، وإلا كان الطعن غير مقبول^(٢).

ويقوي من هذه القرينة أحد أمرين: الأول أن يكون التشريع مقتبساً من تشريع مماثل صادر في ولاية أخرى في الولايات المتحدة الأمريكية، وتكون المحكمة العليا في هذه الولاية قد قضت بدستوريته. الثاني قدم العهد بالتشريع واستقرار المراكز والحقوق استناداً إليه، وهذا القدم وإن لم يمنع القضاء بعدم دستوريته إلا أنه يدفع إلى التردد في القضاء بذلك^(٣).

ويلاحظ أن قرينة الدستورية تتضاءل وتتحول إلى قرينة عكسية إذا كان التشريع يسعى إلى تنظيم مجال يمنع الدستور التدخل فيه أصلاً، وأهم هذه المجالات التشريعات المقيدة لحرية الرأي والتعبير. ومثال ذلك قضية توماس ضد كولين، وتدور وقائعها حول مدى دستورية تشريع صادر في ولاية تكساس يمنع عقد اجتماعات أو الدعوة للانضمام إلى منظمة عمالية مالم

(١) الطعن رقم ٤٧ س ١٨ ق جلسة ١٧ مايو ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٦٣٩ .

(٢) الطعن ١٤٣ س ٣٣ قضائية «دستورية» جلسة ٢ أبريل ٢٠١٦ .

(٣) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٤٥٦-٤٦٠ .

يحصل الداعي على بطاقة أو إذن مسبق يشتمل على بيانات معينة حددها القانون.

وقد أوردت المحكمة في حيثيات حكمها أن هذه القضية تواجه المحكمة من جديد بالواجب الذي يلقيه على عاتقها الدستور، وهو أن تقرر متى تنتهي الحرية الفردية وتبدأ سلطة الدولة، وهذا التحديد، وإن يكن صعباً ودقيقاً بطبيعته، فهو هنا أدق وأصعب؛ حيث يوازن قرينة الدستورية المعتادة ما يمنحه التعديل الأول للحريات الأساسية الواردة فيه من مركز دستوري ممتاز.

وبغض النظر عن مدى التأثير الذي تلقاه هذه الفكرة داخل المحكمة العليا، فلا شك أن المحكمة تنظر بعين الشك والريبة إلى كل محاولة من الحكومة المركزية أو حكومات الولايات لتقييد الحريات الفردية أو تنظيمها على نحو يتضمن انتقاصاً منها، وبذلك تتضاءل قيمة قرينة الدستورية، بل تنعدم في بعض الأحيان، ويصل الأمر في أحيان أخرى إلى أنها تتحول إلى قرينة عكسية^(١).

الثاني مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية على دستورية النصوص التشريعية
إنما تكون بوصفها ملاذاً نهائياً وليس باعتبارها إجراء احتياطياً وعلى ضوء فهمهما لأحكام الدستور^(٢)، وبما يحول دون الانزلاق برقابتها إلى حد اقتحام الحدود تمارس السلطة التشريعية اختصاصاتها الدستورية في دائرتها والتنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يخول المحكمة الدستورية العليا أن تزن بنفسها - وبمعاييرها - ما إذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازماً وما إذا كان إقراره في مناسبة بعينها ملائماً؛ وليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون عليها إلى أحكام الدستور، لا أن تخوض في بواعثها أو تناقش دوافعها^(٣).

(١) الدكتور فتحي فكري: الموضوع السابق؛ الدكتور هشام محمد فوزي: رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٩٨ طبعة مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، ١٩٩٩ ص ٢٧٩-٢٨٠.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، رقم ١٢١ ص ١٦٣.

(٣) الطعن رقم ١٤ س ١٧ ق جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ١٧٦؛ القضية رقم ٤٨ س ٣١ ق جلسة ١٠ يناير ٢٠١٥؛ الطعن رقم ٢٩٧ س ٣٠ ق جلسة أول أغسطس ٢٠١٥.

- الرقابة على الشرعية الدستورية التي تباشرها هذه المحكمة، متوازنة بالضرورة، فلا تميل إندفاعاً بما يؤدي لانفلاتها من كوابحها، ولا تتراخى تخاذلاً بما يعطل أهدافها، بل يجب أن تظل ملاذاً نهائياً، لا إجراءً إحتياطياً، وهو ما يعني أن الحدود التي تمارس السلطان التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها الدستورية في نطاقها لا يجوز اقتحامها، وأن المحكمة الدستورية العليا لا تزن بنفسها - ومن خلال مناهجها الذاتية - ما إذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازماً، وما إذا كان إقراره في مناسبة بعينها ملائماً، إذ ليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون عليها لأحكام الدستور - الشكلية منها والموضوعية - لا أن تخوض في بواعثها أو تناقش دوافعها. ويقتضي اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور - وفي نطاق الموضوع محل التنظيم التشريعي - ألا تنفصل هذه النصوص عن الأغراض التي توخاها المشرع منها، بل يكون إتصال هذه الأغراض - وبافتراض مشروعيتها - بالوسائل إليها، منطقياً، لا واهياً أو مفتعلاً^(١).

- من المقرر أن المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز أن تنصل من اختصاص نيط بها وفقاً للدستور أو القانون أو كليهما وعليها كذلك - وبنفس القدر - ألا تخوض في اختصاص ليس لها، ذلك أن إنكارها لولايتها، أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية كلما كان تصديها لها لازماً، ولو لابتستها صعوبات لها وزنها، أو قارنتها محاذير لها خطرها بيد أن ذلك لا يعني الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى أفاق تجاوز مقتضياتها أو مباشرتها دون قيود تتوازن بها، بل يجب أن تكون هذه الرقابة - ولضمان فاعليتها - محددة طرائقها ومداخلها، جلية أسسها ومنهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تقيد المحكمة الدستورية العليا نفسها بها، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحدها من حركتها، لضمان أن تكون رقابتها على الشرعية الدستورية، منحصرة في حدودها المنطقية، فلا يكون التدخل بها مؤذناً بانفلاتها من كوابحها، بل متوازناً بما يصون موجباتها، ولا يخرجها عن حقيقة مراميها كأدارة تكفل في آن واحد سيادة

(١) الطعن رقم ٩ س ١٨ ق جلسة ٢٢ مارس ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٥٢٢؛ الطعن رقم ١٨ س ١٨ ق جلسة ١٤ يونيو ١٩٩٧ س ٨ ج ١ ص ٦٨٤.

الدستور، ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التقديرية دون عائق وبوصفها ملاذاً نهائياً، وليس باعتبارها إجراء احتياطياً. وعلى ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية نص تشريعي في غير خصومة تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا أن تقرر قاعدة دستورية التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروض عليها وليس لها كذلك، أن تباشر رقابتها القضائية على الشرعية الدستورية، كلما كان ممكناً حمل حكمها في النزاع المطروح على أساس آخر غير الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص المطعون فيه، وكذلك إذا كان الطاعن قد أفاد من مزاياه، أو كانت الأضرار التي رتبها هذا النص، لا تتصل بالمصالح التي تدعيها اتصالاً شخصياً ومباشراً وعليها دوماً - وكشرط أولي لممارستها رقابتها على الشرعية الدستورية - أن تستوثق مما إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المطعون على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته^(١).

الثالث لا تقدم المحكمة الدستورية آراء استشارية، ولا تقضي في أنزعة عقيمة يكون البت فيها غير منتج عملاً: يعني ذلك أنه لا يجوز حسم المسائل الدستورية التي تؤثر في صحة تشريع صادر عن البرلمان أو الكونجرس في غير خصومة، أو بطريقة ودية؛ باعتبار أن التعرض لهذه المسائل والفصل فيها لا يكون إلا كملجأ أخير، وكضرورة حتمية للفصل في نزاع حقيقي وملح وحيوي بحسب طبيعته^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا «إن ما ينعاه أحد الخصوم في نزاع موضوعي - من مخالفة نص قانوني لقاعدة في الدستور - يفترض أمرين أولهما: أن يكون هذا النص لازماً للفصل في ذلك النزاع فإذا لم يكن متعلقاً بالحقوق المدعى بها ومنتجاً في مجال الفصل فيها فقد منعه مغزاه. ثانيهما: أن تكون المطاعن الدستورية المدعى بها في شأن هذا شأن هذا النص لها ما يظاهاها وهو ما يعني جديتها من وجهة نظر مبدئية»^(٣).

(١) الطعن رقم ٣٥ س ٩ ق جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٣٣١.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه - جان دوبي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ١١٤ ص ١٤٩ - ١٥٠.

(٣) الطعن رقم ١٨٦ س ٢١ ق جلسة ٤ نوفمبر ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٧٨٥؛ الطعن رقم ٨٨ س ٢٠ ق جلسة ٩ ديسمبر ٢٠٠١ س ١٠ ج ١ ص ٥٩.

ولا يتصور بالتالي أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم أو نافذة يعرضون من خلالها ألواناً من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لإثباتها أو نفيها بل تبشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها - التي كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحرياتهم وأموالهم - بما يكفل فاعليتها - وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة فلا تقبل عليها اندفاعاً ولا تعرض عنها تراخياً ولا تقتحم بممارستها حدوداً تقع في دائرة عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية بل يجب أن تكون رقابتها ملاذاً أخيراً ونهائياً وأن تدور وجوداً وعدماً مع تلك الأضرار التي تستقل بعناصرها ويكون ممكناً إدراكها لتتكون لها ذاتيتها ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهماً أو متحلاً أو مجرداً IN ABSTRACTO أو يقوم على الافتراض ولا يجوز بالتالي أن يقيم المدعى دعواه الدستورية ليصون بها وكأصل عام حقوق الآخرين ومصالحهم بل ليكفل من خلالها إنفاذ تلك الحقوق التي تعود عليه فائدة حمايتها In concreto .

والتزاماً بهذا الإطار جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا، على أن المصلحة الشخصية المباشرة شرط لقبول الدعوى الدستورية، وأن مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية وذلك بأن يكون الحكم في المسائل الدستورية لازماً للفصل في النزاع الموضوعي^(١).

- الدعوى الدستورية لا تقيمها خصومة لا تزال عناصرها في دور التطور، فلا يكون نضجها مكتملاً Ripeness ولا شأن لها كذلك بنزاع صار الفصل فيه عقيماً مجرداً من كل فائدة Mootness. ولا يجوز بالتالي أن تتعلق الخصومة الدستورية بنصوص قانونية كان تطبيقها متراخياً، فلم يحن بعد أوان إعمالها Pre-inforcement Allegations، ولا بنصوص قانونية طال إهمالها بما يفيد إرادة التخلي عنها بعد نشرها. فإذا كان فرضها لحمل المخاطبين بها على إلزامها، واقعاً قبل نشرها، أخل سريانها في شأنهم بالحقوق والمراكز القانونية التي مستها، فلا يكون رد العدوان عليها عملاً مخالفاً للدستور^(٢).

(١) الطعن رقم ١٤ س ١٦ ق جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٧١٦ .

(٢) الطعن رقم ٣٦ س ١٨ ق جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ١٠٥٤ .

أن الحقوق الدستورية ليس لها قيمة مجردة في ذاتها، وأنه أياً كان دورها أو أهميتها في بناء النظام القانوني للدولة ودعم حرياته المنظمة، فإن تقريرها تغياً دوماً توفير الحماية التي تقتضيها مواجهة الأضرار الناشئة عن الإخلال بها، ولا يتصور - تبعاً لذلك - أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم في الشئون التي تعينهم بوجه عام، ولا أن تكون نافذة يعرضون منها رؤاهم حول حقائق علمية يطرحونها، بل تبأشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها - التي كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحرماهم وحریاتهم وأموالهم - بما يكفل فاعليتها. وشرط ذلك إعماها عن بصر وبصيرة، فلا تُقبل عليها اندفاعاً، ولا تُعرض عنها تراخياً. ولا تقتحم بممارستها حدوداً تقع في دائرة عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولذا ينبغي أن تدور رقابتها وجوداً وعدماً مع الأضرار التي تستقل بعناصرها، ويكون ممكناً إدراكها، ومن ثم كان شرط المصلحة - وتندمج فيه الصفة - من الشروط الجوهرية التي لا تُقبل الدعوى الدستورية في غيبتها^(١).

وأساس ذلك أن لحق التقاضي غاية نهائية يتوخاها، تمثلها الترضية القضائية التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يدعونها. وتندمج هذه الترضية - وبافتراض اتساقها مع أحكام الدستور والقانون - في الحق في التقاضي باعتبارها الحلقة الأخيرة فيه، ولأنها ترتبط بصللة وثقى بالأغراض النهائية التي تستهدفها الخصومة القضائية. ذلك أن هذه الخصومة لا يقيمها ذوو الشأن فيها للدفاع عن مصالح عقيمة نظرية في طبيعتها وخصائصها، وإنما غايتها اقتضاء منفعة يقرها القانون، وبها تتحقق للخصومة القضائية جوانبها العملية، فلا تعمل في فراغ^(٢).

حق التقاضي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يفترض ابتداء و بداهة تمكين كل متقاض من النفاذ ميسراً لا تثقله أعباء مالية ولا تحول دونه عوائق إجرائية وكان هذا النفاذ - بما يعنيه حق كل شخص في اللجوء إلى القضاء وأن أبوابه غير موصده في وجه من يلوذ بها وأن الطريق إليها معبد قانوناً - لا يتعدى كونه حلقة من حلقات التقاضي تكملها حلقتان أخريان لا

(١) الطعن رقم ٢٨٩ س ٣١ ق جلسة ٣ فبراير ٢٠١٣.

(٢) الطعن رقم ٣٧ س ١٨ ق جلسة ٤ أبريل ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٢٦٠.

يستقيم بدونها هذا الحق و لا يكتمل وجوده في غيبة أي منهما ذلك أن قيام الحق في النفاذ إلى القضاء تكمله الحلقة الوسطى في حق التقاضي وهي تلك التي تعكس حيدة المحكمة واستقلالها وحصانة أعضائها والأسس الموضوعية لضمائنها العملية وهي بذلك تكفل بتكاملها المقاييس المعاصرة التي توفر لكل شخص حقاً مكتملاً ومتكافئاً مع غيره في محاكمة منصفة وعلنية تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة ينشئها القانون تتولى الفصل - خلال مدة معقولة - في حقوقه والتزاماته المدنية أو في التهمة الجنائية الموجهة إليه ويتمكن في كنفها من عرض دعواه وتحقيق دفاعه ومواجهة أدلة خصمه رداً وتعقيباً في إطار من الفرص المتكافئة وبمراعاة أن تشكيل المحكمة وأسس تنظيمها وطبيعة القواعد الموضوعية والاجرائية المعمول بها في نطاقها وكيفية تطبيقها من الناحية العملية هي التي تحدد لتلك الحلقة الوسطى ملامحها الرئيسية متى كان ما تقدم وكان حق التقاضي لا تكتمل مقوماته ما لم توفر الدولة للخصومة في نهاية مطافها حلاً منصفاً يمثل التسوية التي يعتمد من يطلبها إلى الحصول عليها بوصفها الرضوية القضائية التي يسعى إليها لمواجهة الاخلال بالحقوق التي يدعيها وكانت هذه الرضوية - وبافتراض مشروعيتها واتساقها مع أحكام الدستور - تندمج في الحق في التقاضي باعتبارها الحلقة الأخيرة فيه ولا ارتباطها بالغاية النهائية المقصودة منه برابطة وثيقة ذلك أن الخصومة القضائية لا تقام للدفاع عن مصلحة نظرية لا تتمحور عنها فائدة عملية وإنما غايتها اقتضاء منفعة بقرها القانون وتحدد على ضوءها حقيقة المسألة المتنازع عليها بين أطرافها وحكم القانون بشأنها واندماج هذه الرضوية في الحق في التقاضي مؤداه أنها تعتبر من مكوناته ولا سبيل لفصلها عنه وإلا فقد هذا الحق مغزاه وآل سراباً. وانكار الحق في الرضوية القضائية سواء بمنعها ابتداءً أو بإقامة العراقيل في وجه اقتضاءها أو بتقديمها متباطئة متراخية دون مسوغ أو بإحاطتها بقواعد اجرائية معينة لا يعدو أن يكون إهدار للحماية التي يفرضها الدستور والقانون للحقوق التي وقع العدوان عليها وانكاراً للعدالة في جوهر خصائصها وأدق توجهاتها وبوجه خاص كلما كان طريق الطعن القضائي لرد الأمور إلى نصابها ممتنعاً أو غير منتج، وكان من المقرر أنه ليس لازماً لإنكار العدالة وإهدار متطلباتها أن يقع العدوان على موجباتها من جهة القضاء ذاتها ذلك أن السلطة التشريعية أو التنفيذية قد تفرض من العوائق ما يحول دون بلوغ الرضوية القضائية سواء عن طريق حرمان

الشخص من اقامة دعواه أو من نظرها في إطار من القواعد الموضوعية وفق الوسائل القانونية السليمة ومن ثم لا يعتبر إنكار العدالة قائماً في محتواه على الخطأ في تطبيق القانون وإنما هو الاخفاق في تقديم الترضية القضائية الملائمة وهو ما يتحقق بوجه خاص إذا كانت الوسائل القضائية المتاحة لا توفر لمن استنفدها الحماية اللازمة لصون حقوقه أو كانت ملاحقته لخصمه للحصول على الترضية القضائية التي يأملها لا طائل من ورائها وبغير اقتران الترضية القضائية بوسائل تنفيذها وحمل المزمين بها على الرضوخ لها فإن هذه الترضية تغدو هباء مشوراً وتفقد قيمتها من الناحية العملية وهو ما يفيد بالضرورة إهدار الحماية التي فرضها الدستور والمشرع - كلاهما - للحقوق على اختلافها وتكريس العدوان عليها وتعطيل دور القضاء المنصوص عليه في المادة ٥٦ من الدستور في مجال صونها والدفاع عنها وإفراغ حق اللجوء إليه من كل مضمون وهو حق عني الدستور بتوكيده في المادة ٦٨^(١).

الرابع لا يجوز للمحكمة الدستورية أن تقرر قاعدة من قواعد القانون الدستوري تكون أوسع نطاقاً مما تتطلبه الوقائع المحددة التي تنطبق عليها: ومن باب أولى لا يجوز تسليط رقبتها على النصوص الدستورية ذاتها^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن النعي على المادتين ٧٦ و ٧٧ من الدستور - اللتان تعرضان لطريقة ترشيح رئيس الجمهورية، ومدة ولايته - إهدارهما للأحكام التي تضمنها بابه الثالث الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة، وما للأحكام التي تضمنها بابه الثالث الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة، وإخلالهما بوجه خاص بمبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور، وكذلك بحق كل مواطن في الانتخاب، والترشيح، وإبداء الرأي في الاستفتاء، لا يعدو أن يكون طلباً بتسليط رقابة المحكمة الدستورية العليا ذاتها، وهو ما يخرج عن ولايتها المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها^(٣).

(١) الطعن رقم ٨١ س ١٩ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١٦٥.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ص ١٥٠.

(٣) الطعن رقم ٢٣ س ١٥ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ١٤٠.

- الرقابة القضائية التي تبشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية لا تستقيم موطئاً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في هاوية المخالفة الدستورية، إذ يتعين دوماً تفسير النصوص المطعون عليها بما يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور جميعاً، بحيث لا يكون وصمها بعدم الدستورية إلا عند تعذر ذلك التفسير وتلك المواءمة. وفي هذه الحالة تكون الرقابة بإنزال حكم الدستور في شأن تلك النصوص المعروضة لقيام شبهة قوية في مخالفتها لقواعده بدءاً بالأحكام الواردة بالنصوص ذات الصلة المباشرة وانتهاءً بتلك التي تقرر المبادئ العامة التي وضعت لتحقيق مصالح الجماعة وتصور مقوماتها، وتكفل إنهاء قيمها الاجتماعية والاقتصادية^(١).

- رقابة هذه المحكمة للنصوص التشريعية المطعون عليها إنما تتغيا ردها إلى أحكام الدستور تغليباً لها على ما دونها و تأكيداً لسموها على ما عداها لتظل الكلمة العليا للدستور باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسي القواعد و الأصول التي يقوم عليها نظام الحكم فيحدد للسلطات التشريعية و التنفيذية و القضائية صلاحياتها و اضعاً الحدود التي تقيد أنشطتها و تحول دون تدخل كل منها في أعمال الاخرى مقررأ الحقوق و الحريات العامة مرتباً ضماناتها. و قد جرى قضاء هذه المحكمة على أن نصوص الدستور تتوخى أن تحدد لأشكال من العلائق السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية مقوماتها و لحقوق المواطنين و حرياتهم تلك الدائرة التي لا يجوز اقتحامها فلا يمكن أن تكون النصوص الدستورية - و تلك غاياتها - مجرد نصوص تصدر لقيم مثالية ترنو الأجيال اليها و إنما قواعد ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدها من آثارها أو إيهانها من خلال تحوير مقاصدها أو الإخلال بمقتضياتها أو الإعراض عن متطلباتها فيجب دوماً أن يعلو الدستور ولا يعلى عليه و أن يسمو ولا يُسمى عليه. و لئن كان صحيحاً أن الرقابة القضائية التي تبشرها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية لا تستقيم موطئاً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في هاوية المخالفة الدستورية، إلا أنه من المسلم أيضاً أنه إذا

(١) الطعن رقم ٣٥ س ٩ ق جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٣٣١؛ الطعن رقم ٧٣ س ١٩ ق جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ س ٨ ج ١ ص ١٠٩٨؛ الطعن رقم ٧٦ س ٢٩ ق جلسة أول أكتوبر ٢٠٠٧ س ١٢ ج ١ ص ٦٥٦.

ما استعصى تفسير النصوص المطعون عليها بما يوائم بين مضمونها و أحكام الدستور فإن وصمها بعدم الدستورية يغدو محتملاً إذ لا يسوغ أن تفسر النصوص القانونية قسراً على وجه لا تحتمله عباراتها ولا يستقيم مع فحواها بقصد تجنب الحكم بعدم دستورتها وإلا انحلت الرقابة الدستورية عبثاً^(١).

الخامس لا يجوز للمحكمة أن تتطرق إلى المسألة الدستورية، ولو رفعت إليها وفقاً للأصول المقررة قانوناً إذا توافر في الدعوى أساس آخر يصلح لفض النزاع فيها^(٢): مؤدى ذلك أنه لا يجوز للمحكمة أن تتساند في حكمها في المسائل الدستورية المطروحة عليها إلى نص في الدستور، كلما كان بوسعها حمل قضائها في هذه المسائل على أسس لا شأن للدستور بها^(٣). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إنه "على ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية نص تشريعي في غير خصومة تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا أن تقرر قاعدة دستورية التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروض عليها وليس لها كذلك، أن تبشر رقابتها القضائية على الشرعية الدستورية، كلما كان ممكناً حمل حكمها في النزاع المطروح على أساس آخر غير الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص المطعون فيه، وكذلك إذا كان الطاعن قد أفاد من مزايده، أو كانت الأضرار التي رتبها هذا النص، لا تتصل بالمصالح التي تدعيها اتصالاً شخصياً ومباشراً وعليها دوماً - وكشرط أولى لممارستها رقابتها على الشرعية الدستورية - أن تستوثق مما إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المطعون على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته^(٤).

- من المقرر أن الرقابة على الدستور التي تبشرها هذه المحكمة لا تعتبر إجراء احتياطياً بل ملاذاً نهائياً وعليها بالتالي ألا تفصل فيما يثيره الطعن على النصوص القانونية المدعى بها إلى أساس آخر يستقيم عقلاً معها ويصححها وكان قرار وزير المالية رقم ٣٨١ لسنة ١٩٨٢ -

(١) الطعن رقم ١١ س ١٣ ق جلسة ٨ يوليو ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٦٦٧.

(٢) الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ص ٤٥.

(٣) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، رقم ١١٥ ص ١٥١.

(٤) الطعن رقم ٣٥ س ٩ ق جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٣٣١.

وحتى وإن صح القول ببطلانه لصدوره بناء على تنظيم باطل ممثلاً في القرار بقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ في شأن التفويض في الاختصاصات - إلا أن قرار وزير المالية يظل محمولاً على نص الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ مكرراً من القانون الجمركي - التي أحال فعلاً إليها - والتي لا يجوز بمقتضاها رفع الدعوى الجنائية في شأن الجرائم المنصوص عليها بفقرتها الأولى إلا بناء على طلب من وزير المالية أو من ينيبه متى كان ذلك فإن الخوض في بطلان القرار بقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ - وهو ما تصوره المدعى سنداً للقرار رقم ٣٨١ لسنة ١٩٨٢ الصادر عن وزير المالية - لا يكون منتجاً^(١).

السادس أن يكون للطاعن موقف قضائي من التشريع المطعون فيه، وهو ما يتحقق إذا كان الطاعن قد لحقه ضرر مباشر أو كان مهدداً بوقوع ضرر عليه «مؤكد ووشيك» من جراء تنفيذ القانون الطعين^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا «أن المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية - وهي شرط لقبولها - مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع؛ وكان من المقرر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتغيّر أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية، أو تصوراتها المجردة، وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة، ويرسم تحوم ولايتها، فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، بما مؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين ألحق بهم النص المطعون فيه، ضرراً مباشراً، سواء أكان هذا الضرر وشيكاً يهددهم، أم كان قد وقع فعلاً، ويتعين دوماً أن يكون الضرر المدعى به، منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها، عائداً في مصدره إلى النص المطعون فيه، ممكناً إدراكه ومواجهته بالترضية القضائية المناسبة. متى كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أنه تم

(١) الطعن رقم ٦ س ١٧ ق جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٥٧٤.

(٢) الدكتور هشام محمد فوزي: المرجع السابق، ص ١٢٢-١٢٥.

القبض على المدعي واعتقاله وتفتيشه وتفتيش مسكنه، فإنه تتوافر للمدعي مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن على ما تضمنه النص المطعون فيه من مكنة القبض على الأشخاص واعتقالهم والترخيص في تفتيش الأشخاص والمساكن دون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية، ويكون الدفع المبدى من هيئة قضايا الدولة قد ورد على غير سند^(١).

- من المقرر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتغيأ أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية، أو تصوراتها المجردة وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة القضائية ويرسم ولايتها فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالقدر اللازم للفصل فيها ومؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء أكان هذا الضرر وشيكاً يتهدهم أم كان قد وقع فعلاً ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عم مجرد مخالفة النص المطعون عليه الدستور مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها ممكنات تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، عائداً في مصدره إلى النص المطعون عليه فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على ما ادعى مخالفته للدستور أو كان من غير المخاطبين بأحكامه أو كان قد أفاد من مزاياه أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبلها ولا يتصور بالتالي أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم في الشئون التي تعينهم بوجه عام، أو أن تكون نافذة يعرضون منها ألواناً من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لإثباتها أو نفيها أو طريقاً للدفاع عن مصالحهم بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها بل تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها - التي كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحرمانهم وحررياتهم وأموالهم - بها يكفل فعاليتها. وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة فلا

(١) القضية رقم ١٧ س ١٥ ق جلسة ٢ يونيو ٢٠١٣.

تقبل عليها اندفاعاً، ولا تعرض عنها تراخياً ولا تقتحم بممارستها حدوداً تقع في دائرة عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذاً أخيراً ونهايياً وأن تدور وجوداً وعدمًا مع تلك الأضرار التي تستقل بعناصرها، ويكون ممكناً إدراكها لتكون لها ذاتيتها ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهماً أو متحلاً أو مجرداً *in abstracto* أو يقوم على الافتراض أو التخمين *Conjectura*. ولازم ذلك أن يقوم الدليل جلياً على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه، وأن يسعى المضرور لدفعها عنه، ولا ليؤمن بدعواه الدستورية - وكأصل عام - حقوق الآخرين ومصالحهم بل ليكفل إنفاذ تلك الحقوق التي تعود فائدة صونها عليه *in concreto*.

والتزاماً بهذا الإطار جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة شرط لقبول الدعوى الدستورية وأن مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية وذلك بأن يكون الحكم في المطاعن الدستورية لازماً للفصل في النزاع الموضوعي^(١).

وحيث إن المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - لا يكفي لتحقيقها أن يكون النص التشريعي المطعون فيه مخالفاً للدستور، بل يجب أن يكون هذا النص بتطبيقه على المدعي قد ألحق به ضرراً مباشراً، وهو ما يتحدد على ضوء توافر عنصرين أوليين يحددان معاً مضمونها، وبدونها مجتمعين لا يجوز لهذه المحكمة أن تبشر رقابتها على دستورية القوانين واللوائح، أولهما: أن يقيم المدعي - وفي حدود الصفة التي اختصم بها النص التشريعي المطعون فيه - الدليل على أن ضرراً واقعياً - اقتصادياً أو غيره - قد لحق به، ويجب أن يكون هذا الضرر مباشراً مستقلاً بعناصره ممكناً إدراكه ومواجهته بالترضية القضائية، وليس ضرراً متوهماً أو نظرياً أو مجهلاً، بما مؤداه: أن الرقابة على

(١) الطعن رقم ٨ س ١٦ ق جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ١٣٩؛ الطعن رقم ١٨ س ١٨ ق جلسة ١٤ يونيو ١٩٩٧ س ٨ ج ١ ص ٦٨٤؛ الدعوى رقم ١٤٤ س ٣١ ق جلسة الثاني من يونيو ٢٠١٨ الجريدة الرسمية ٢٢ مكر ط ٦ يونيو ٢٠١٨.

الدستورية يجب أن تكون موطناً لمواجهة أضرار واقعية بغية ردها وتصفية آثارها القانونية، ولا يتصور أن تقوم المصلحة الشخصية المباشرة إلا مرتبطة بدفعها. ثانيهما: أن يكون مرد الأمر في هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون عليه، فإذا لم يكن هذا النص قد طبق على المدعي أصلاً، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزاياه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون متنتية، ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه عند رفعها^(١).

السابع لا يجوز للمحكمة الدستورية أن تخوض في اختصاص ليس لها^(٢):

من المقرر أنه لا يجوز للمحكمة الدستورية أن تخوض في اختصاص ليس لها، ولا أن تتخلى عن اختصاص نيظ بها؛ باعتبار أن تسلبها من ولايتها أو مجاوزتها لتخومها محظوران دستوريًا، ومن ثم لا يجوز أن ترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لها لازماً، ولو قارنتها محاذير لها خطرهما. كما ينبغي أن تنحصر رقابتها في حدود منطقية، فلا يكون التدخل بها مؤذناً بانفلاتها من كوابحها، بل متوازناً بما يصون موجباتها، ولا يخرجها عن حقيقة مقاصدها، كأداة تكفل في آن واحد سيادة القانون من جهة ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصهما التقديرية دون عائق. وعلى ذلك تكون الضرورة في صورتها المطلقة هي مناط تدخل المحكمة الدستورية العليا برقابتها القضائية، فلا تفصل في دستورية نص تشريعي في غير خصومة أو في خصومة لا تتناقض بشأنها مصالح أطرافها بما يحقق تصادمها، ولا في دستورية نصوص أفاد الطاعن من ثمارها أو لم يلحقه ضرر بسببها، وليس لها أن تفصل في دستورية نصوص قانونية إذا كان بوسعها أن تؤسس حكمها في شأن النزاع المتعلق بها على قاعدة لا نص عليها في الدستور، وعليها في كل حالة ألا تفصل في خصومة دستورية قبل أوانها، ولا أن تنزل

(١) الطعن ١٥٠ لسنة ٣٣ ق «دستورية»، جلسة أول أبريل ٢٠١٧، منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٤ مكرر (أ) في ١٠/٤/٢٠١٧ ص ٤٦.

(٢) الدكتور هشام محمد فوزي: المرجع السابق، ص ١٢٢.

على الخصومة المطروحة عليها قاعدة من الدستور تجاوز باتساعها الحدود التي يقتضيها الفصل في النزاع^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا «أن المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز أن تتصل من اختصاص نيط بها وفقاً للدستور أو القانون أو كليهما وعليها كذلك - وبنفس القدر - ألا تخوض في اختصاص ليس لها، ذلك أن إنكارها لولايتها، أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية كلما كان تصديها لها لازماً، ولو لابتستها صعوبات لها وزنها، أو قارنتها محاذير لها خطرهما، بيد أن ذلك لا يعني الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى أفاق تجاوز مقتضياتها أو مباشرتها دون قيود تتوازن بها، بل يجب أن تكون هذه الرقابة - ولضمان فاعليتها - محددة طرائقها ومداخلها، جلية أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تقيد المحكمة الدستورية العليا نفسها بها، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحد بها من حركتها، لضمان أن تكون رقابتها على الشرعية الدستورية، منحصرة في حدودها المنطقية، فلا يكون التدخل بها مؤذناً بانفلاتها من كوابحها، بل متوازناً بما يصون موجباتها، ولا يخرجها عن حقيقة مراميها كإدارة تكفل في آن واحد سيادة الدستور، ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التقديرية دون عائق وبوصفها ملاذاً نهائياً، وليس باعتبارها إجراء احتياطياً. وعلى ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية نص تشريعي في غير خصومة تعكس بمضمونها حقيقة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا أن تقرر قاعدة دستورية التي يستلزمها الفصل في النزاع المعروض عليها وليس لها كذلك، أن تباشر رقابتها القضائية على الشرعية الدستورية، كلما كان ممكناً حمل حكمها في النزاع المطروح على أساس آخر غير الفصل في المسائل الدستورية التي يثيرها النص المطعون فيه، وكذلك إذا كان الطاعن قد أفاد من مزايده، أو كانت الأضرار التي رتبها هذا النص، لا تتصل بالمصالح التي تدعيها اتصالاً شخصياً ومباشراً وعليها دوماً - وكشرط أولى لممارستها رقابتها على الشرعية

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، مركز رينيه - جان دوبي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ١٢١ ص ١٦١ .

الدستورية - أن تستوثق مما إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المطعون على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته^(١).

- المحكمة الدستورية العليا لا يجوز أن تتصل من اختصاص نيط بها وفقاً للدستور أو القانون أو كليهما. وعليها كذلك ألا تخوض في اختصاص ليس لها، ذلك أن مجاوزتها لولايتها أو تنصلها منها ممتنعان دستورياً، وكان من المقرر كذلك أن لكل من الدعويين الدستورية والموضوعية ذاتيتها ومقوماتها، فلا تختلطان ببعضهما ولا تتحدان في شرائط قبولهما، وكان قضاء هذه المحكمة مطرداً كذلك على أن محكمة الموضوع هي التي تفصل دون غيرها في توافر شروط قبول الخصومة المرددة أمامها، وأنها تستقل كذلك بتكييفها، فلا تنازعها المحكمة الدستورية العليا في شيء من ذلك، وإلا كان موقفها منها افتئاتاً على ولايتها أو تجريحاً لقضاء قطعي صادر عنها. متى كان ذلك، وكان النزاع الموضوعي ينحل في تقدير محكمة الموضوع إلى تظلم المدعية من مقدار الرسوم التي قدرتها عليها مصلحة الشهر العقاري والتوثيق، فإن طعنها في النصوص القانونية التي تتصل بهذا التقدير، مما تقوم به مصلحتها الشخصية المباشرة^(٢).

الثامن: لا تقضي المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص التشريعي إذا كان الطاعن قد أفاد من مزاياه^(٣): هذا يعني أنه ليس للمحكمة أن تفصل في دستورية نصوص قانونية أفاد الطاعن من مزايها أو لم يلحقه ضرر بسببها^(٤).

وحيث إن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتغيا أن تفصل المحكمة في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية، وليس معطياتها النظرية، أو تصوراتها المجردة، وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة القضائية ويجدد نطاقها، فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالقدر اللازم للفصل فيه، ومؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين ينالهم الضرر من جراء

(١) القضية رقم ٣٥ س ٩ ق جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا ج ١ ص ٣٣١.

(٢) الطعن رقم ٦٥ س ١٧ ق جلسة أول فبراير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٣٦٨.

(٣) الدكتور هشام محمد فوزي: المرجع السابق، ص ١٢٣ وما بعدها.

(٤) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، رقم ١١٤ ص ١٥٠.

سريان النص المطعون فيه عليهم، ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون فيه للدستور، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها، ممكناً تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، عائداً في مصدره إلى هذا النص، فإذا لم يكن ذلك النص قد طبق أصلاً على من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزاياه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة، ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعاً لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه عند رفعها. وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان النزاع المطروح على محكمة الموضوع - في ضوء الطلبات الختامية الواردة بصحيفة الدعوى - قد أقيم بناءً على طلب المدعي، بوصفه مدعياً بالحقوق المدنية، باتهامه للمدعى عليه السابع بالسب والقذف، والبلاغ الكاذب، وخيانة الأمانة، واستخدام أساليب الترويع والتخويف، لتعطيل تنفيذ القوانين، والإجراءات القانونية والقضائية واجبة التنفيذ، وكانت النصوص التشريعية المطعون فيها تنتظم حالات حضور المتهم في الجرح التي تقام عليه - سواء الجرح التي تقام عليه بالطريق المباشر بناءً على طلب المدعي بالحق المدني، أو تلك التي تتولى النيابة العامة تحريكها - وتتطلب وجوب حضوره بنفسه في الحالات المحددة قانوناً، وكذلك سقوط الطعن بالنقض المقام من المتهم المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية، أو بتدبير مقيد لها، إذا لم يتقدم للتنفيذ حين الفصل فيه، أو إخلاء سبيله بكفالة أو بدونها، ومن ثم فإن النصوص المطعون فيها لا تخاطب المدعي، باعتباره مدعياً بالحقوق المدنية، وإنما تنطبق فقط على المتهم في الجرح المقامة ضده، مما تنتفي معه صالحتها بالطلبات المطروحة في الدعوى الموضوعية، وبالتالي فإن الفصل في دستوريته لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية، يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني في الدعوى الموضوعية، لتغدو مصلحته في الطعن عليها منتفية، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبول هذه الدعوى^(١).

(١) الطعن ١٢ س ٢٧ قضائية «دستورية» جلسة ٦ فبراير ٢٠١٦.

وفي نفس المعنى الطعن رقم ٢٥ س ٦ ق جلسة أول فبراير ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ١٢٢؛ الطعن رقم ٥٥ س ٤ ق جلسة ٥ سبتمبر ١٩٩٢ س ٥ ج ٢ ص ٢٠.

-إن مفهوم المصلحة الشخصية المباشرة- وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - إنما يتحدد باجتماع شرطين أولهما: أن يقدم المدعي - وفي حدود الصفة التي اختصم بها النص التشريعي المطعون فيه - الدليل على أن ضرراً واقعياً - اقتصادياً أو غيره - قد لحق به. و يتعين أن يكون هذا الضرر مباشراً و مستقلاً بعناصره، ممكناً إدراكه و مواجهته بالترضية القضائية، و ليس ضرراً متوهماً أو نظرياً أو مجهلاً، بما مؤداه أن الرقابة الدستورية يتعين أن تكون موطئاً لمواجهة أضرار واقعية بغية ردها و تصفية آثارها القانونية، و لا يتصور أن تقوم المصلحة الشخصية المباشرة إلا مرتبطة بدفعها. ثانيهما: أن يكون مرد الأمر في هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون عليه، فإذا لم يكن هذا النص قد طبق على المدعي أصلاً، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزايه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، فإن المصلحة الشخصية المباشرة تكون متنتية، ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه عند رفعها^(١).

التاسع: لا تقرر المحكمة الدستورية عدم الدستورية بالنسبة للتشريع المطعون فيه إلا بالنسبة لأجزائه المخالفة للدستور فحسب، إلا إذا كانت بقية أجزائه الصحيحة مرتبطة بها، ولا يمكن أن تقوم بغيرها، ففي هذه الحالة تقضي المحكمة بعدم دستورية التشريع جميعه^(٢):

هذه القاعدة تعرف بفصل نصوص القانون الواحد عن بعضها، بمعنى أن قاعدة فصل

(١) الطعن رقم ٢ س ١٢ ق جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٢٩٨؛ الطعن رقم ١٠ س ١٣ ق جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ س ٦ ج ١ ص ٢٦١؛ الطعن رقم ١٩ س ١٥ ق جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥ س ٦ رقم الجزء ١ ص ٦٠٩؛ الطعن رقم ١٤ س ١٦ ق جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ س ٧ ج ١ ص ٧١٦؛ الطعن رقم ٦٧ س ٢٣ ق جلسة ٧ مارس ٢٠٠٤ س ١١ ج ١ ص ٤٤٦؛ الطعن رقم ٣٣٢ س ٢٣ ق جلسة ٨ مايو ٢٠٠٥ س ١١ ج ١ ص ١٧٥٧؛ الطعن رقم ١٥٥ س ٢٥ ق جلسة ٩ أبريل ٢٠٠٦ س ١١ ج ٢ ص ٢٤١٦؛ الطعن رقم ٣ س ٢٣ ق جلسة ١٣ مايو ٢٠٠٧ س ١٢ ج ١ ص ٤١٢؛ الطعن رقم ٦٣ س ٢٣ ق جلسة ٢٤ أغسطس ٢٠٠٨ س ١٢ ج ٢ ص ١١٨٠؛ الطعن رقم ٥٢ س ٢٣ ق جلسة ٧ مارس ٢٠١٠؛ الطعن رقم ٢٧٣ س ٢٥ ق جلسة ٦ مايو ٢٠١٢؛ الطعن رقم ١٢١ س ٢٩ ق جلسة ١٢ أكتوبر ٢٠١٤.

(٢) الدكتور هشام محمد فوزي: المرجع السابق، ص ٢٦٢، ٢٦٣.

نصوص القانون التي أبطلتها جهة الرقابة على الدستورية عن تلك التي تظل باقية من أجزائه، تفترض لتطبيقها ألا يكون الشارع قد نظر إلى نصوص القانون في مجموعها باعتبار أن وحدة عضوية تضمها بحيث تتبادل أجزاء القانون الاعتماد على بعضها البعض، وبشرط أن يكون بالإمكان بعد إبطال أجزاء القانون المخالف للدستور إعمال باقيها الصحيح كقانون. فهو يعود دائماً إلى إرادة الشارع التي يتحدد على ضوءها ما إذا كان يريد حقاً أن تعمل النصوص المتبقية - واستقلالاً عن غيرها - كقانون، وتعمل في ذلك جهة الرقابة على الدستورية حسن نظرها وحكمتها، وعليها بالتالي أن تؤيد كل قرينة بفصل فروع الشجرة - القانون المطعون فيه - عن جذورها، فإن دلّ قصده على أن النصوص التي تضمنها، إما أن تعمل بكاملها أو تهدر بتمامها، فقد صار متعيناً أن يعامل هذا القانون باعتباره وحدة تتكامل أجزاؤها، وأن تسقط الأجزاء الصحيحة من القانون، بالنظر إلى ارتباطها بالنصوص المعيبة برابطة لا يقبل التجزئة، فلا يكون للقانون - في مجموع نصوصه - من وجود.

وتفترض قاعدة الفصل بين أجزاء القانون، أن يتعلق بمطاعن موضوعية لا شكلية؛ ذلك أن القانون الذي لا تتوافر فيه الأوضاع الشكلية التي نص عليها القانون، لا يعتبر تشريعاً قائماً، بل يزول وجوده بكل أجزائه، وكذلك عيوبه الموضوعية التي لا يتصور معها إمكان فصل أجزائه الصحيحة الباقية عن أجزائه المعيبة الباطلة.

ويرد على هذه القاعدة استثناءان هامين:

الأول: إذا كان ملحوظاً عند إقرار السلطة التشريعية للقانون ترابط أجزائه فيما بينها، واتصالها ببعض، فلا تكون في مجموعها إلا كلا غير منقسم، بما يؤكد وحدتها العضوية، ويجعل من المتعذر فصل أجزاء القانون عن بعضها. ومن ثم أمر يعود الفصل بين نصوص القانون أصلاً إلى إرادة هذه السلطة التشريعية.

الثاني: إذا كان ما بقي من أجزاء القانون الصحيحة بعد فصلها عن أجزائه المعيبة يقصر عن الوفاء بالأغراض التي استهدفها الشارع عند إقرار القانون.

على أن يلاحظ أنه حتى لو أفصح الشارع عن إرادة فصل نصوص القانون عن بعضها إذا

تقرر إبطال بعض أجزائه، فإن شرط إجراء هذا الفصل، ألا يكون قد ظهر لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، ومن خلال علاقة منطقية بين نصوص القانون، أن فصلها عن بعضها غير متصور عقلاً^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن البين من المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه، أن فقراتها الثالثة والرابعة والخامسة، وكذلك مات ورد بفقرتها السادسة والسابعة متعلقاً بهيئة التحكيم المنصوص عليها في الفقرة الثانية - المطعون عليها - تكون في مجموعها وحدة لا تقل التجزئة، وإذ يستحيل عزل بعضها عن بعض، ولا يتصور أن يكون لها وجود إذا حكم بعدم دستورية الفقرة الثانية المطعون عليها فإن ذلك الحكم يكون مستتبعاً لزوماً سقوط الفقرات المشار إليها جميعها^(٢).

ولما كانت نصوص القرار بقانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٦٤ ترتبط بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة، و من ثم فإن عدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة الأولى وإبطال أثرها يستتبع بحكم هذا الارتباط إبطال باقي نصوص القرار بقانون المطعون عليه، بما يستوجب الحكم بعدم دستوريته برمته^(٣).

- أن النصوص التي ينظمها العمل التشريعي لا تعتبر - من زاوية العيوب الموضوعية - مهذرة بتمامها إلا في إحدى حالتين: أولاهما: إذا كان فصل النصوص التي أبطلتها المحكمة عما سواها متعذراً، وكان ملحوظاً عند إقرار المشرع للنصوص جميعها ما بينها من صلة حتمية تجعل ترابطها معاً واتصال أجزائها ببعض، حقيقة قانونية لا مراء فيها. ثانيتهما: إذا كان متعذراً بعد إبطال المحكمة للنصوص المخالفة للدستور، أن تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع، وغاياته. وحيث إنه إذ كان ذلك، وكان إبطال هذه المحكمة نص المادة ٥ من القانون

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية، رقم ١١٧ ص ١٥٣ - ١٥٥.

(٢) الطعن رقم ١٣ س ١٥ ق جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٤٠٨؛ الطعن رقم ١٧٣ س ٢٩ ق جلسة ٥ ديسمبر ٢٠١٥، منشور بالجريدة الرسمية العدد ٥٠ مكرر (هـ) في ١٦ / ١٢ / ٢٠١٥ ص ٣.

(٣) الطعن رقم ١ س ١ ق جلسة ٢ مارس ١٩٨٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ١٦٢.

المطعون عليه مؤداه زوال النصوص الأخرى المرتبطة بها، باعتبار أنها مترتبة عليها، ولا قوام لها بدونها، ولا يتصور إعمالها في غيبتها، وما كان المشرع ليقراها بمعزل عن المادة ٥ المشار إليها أو استقلالاً عنها، فإن أحكام المواد ٦، ١٣، ١٥ من هذا القانون تكون مع مادته الخامسة كلاً لا يتجزأ وتسقط تبعاً لها^(١).

العاشر: تحقيق جهة الرقابة على الدستورية لواقعة النزاع: كثيراً ما يكون الفصل في المسائل الدستورية معلقاً على قرار تتخذه جهة الرقابة على الدستورية في شأن حقيقة واقعاتها، بمعنى أن الفصل في النزاع يتوقف على وقائعها التي يدل ثبوتها على وقوع إخلال بالحق أو الحرية التي كفلها الدستور، فلا يكون تحريها أو استكمال ما نقص من عناصرها إلا عملاً قضائياً واقعاً في الحدود التي نص الدستور عليها.

ويتفرع عن ذلك أمران: أولهما، أنه كلما كان الفصل في المسائل الدستورية معلقاً على واقعاتها، فإن تحقيقها يدخل في ولاية جهة الرقابة على الدستورية، ولو كانت هذه الوقائع ذاتها قد تحرتها جهة غيرها؛ ذلك أن تقرير جهة الرقابة لحكم القانون في شأن واقعة بعينها، يلزمها بأن يكون دليل ثبوتها بيدها هي. ثانيهما أن كل إخلال بالحقوق التي نص عليها الدستور يفترض أن يتعلق بمضمونها وبآثارها القانونية، وأن يكون مرتبطاً بواقعاتها التي يعتبر تحقيقها إجراء ضرورياً لإنفاذ هذه الحقوق وإعطائها معانيها.

ففي مجال الفصل في الطعون الموجهة إلى النصوص القانونية في شأن مخالفتها لشروط الوسائل القانونية السليمة، فإن كل واقعة كان لها أثر في إقناع أعضاء السلطة التشريعية بتأييد القانون أو رفضه، ينبغي على جهة الرقابة على الدستورية أن تحققها، وعليها وفي حد أدنى أن تحقق الأوضاع التي كانت تحيط بإقرار القانون، وإذا كان قد أفلح في دفع المخاطر التي قصد به مواجهتها، فضلاً عن طبيعة ونطاق الأضرار التي يكون قد ألحقها بالذين عارضوه، وإذا كان بإمكان السلطة التشريعية أن تكفل تحقيق الأغراض التي توختها من القانون المطعون عليه بوسائل أكثر معقولة. فإذا ظهر لجهة الرقابة على الدستورية أن القانون المطعون عليه لم يكن

(١) القضية رقم ٣ س ١٠ ق جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ١٠٣.

فاعلاً في مواجهة المخاطر أو الأضرار المستهدفة من سن القانون أو أن القانون ألحق بالمدعين في الخصومة الدستورية وبغيرهم ممن يماثلونهم في مراكزهم القانونية أضراراً لا يستهان بها، ودون ما ضرورة، أو أن الأغراض المشروعة التي توخاها القانون كان يمكن تحقيقها بوسائل أخرى أكثر معقولة، فإن عليها أن تبطل القانون لمخالفته شروط الوسائل القانونية السليمة.

وتطبيقاً لذلك، فإن حق الفرد في الحرية يقوضه أن تقوم السلطة التنفيذية بتعذيبه، فإذا أقر بالواقعة المسندة إليه، فإن تحقيق هذه الواقعة يكون لازماً فيها إذا كان هذا الشخص قد حوكم بطريقة منصفة تتوافر فيها كل ضمانات يقتضيها الدفاع عن حريته الشخصية وأدميته. وبدون هذا التحقيق، لن تستطيع جهة الرقابة على الدستورية الفصل فيما إذا كان العدوان على الحق أو الحرية جوهرياً أم أن القيود عليها اقتضتها الضرورة، ومن طبيعة ثانوية لا ينحدر بها الحق أو الحرية إلى حدود لا تسمح بمباشرته عملاً.

وفضلاً عن ذلك، تولي جهة الرقابة على الدستورية اهتماماً خاصاً بكل واقعة يكون لها أثر حاسم في المحصلة النهائية للحومة الدستورية، فإذا كان القانون المطعون عليه يفرض قيوداً على تداول الخمر بالنظر إلى الآثار الخطيرة المترتبة على الإسكار، وغدا يندرج تحتها الإضرار بالصحة العامة وبالقيم الخلقية في الجماعة، وبتفشي الفقر والعوز والجريمة، وغلبة الفوضى في محيطها، وعلى الأقل على نحو ما، فإن هذا القانون - وبالنظر إلى هذه الوقائع التي يقوم عليها الدليل إحصائياً - لا يكون مخالفاً للدستور^(١).

حادي عشر: رفض نظرية الخطأ المغتفر: تفترض هذه النظرية أن بعض الحقوق التي كفلهما، قد تمسها في مجال تطبيقها مخالفة هيئة يجوز التجاوز عنها باعتباره خطأ مغتفر.

ولكن هذه النظرية معيبة في ركائزها، وفي الآثار القانونية المترتبة عليها في مجال تطبيقها بالنسبة إلى بعض الحقوق، كحق المتهم؛ باعتبار أن ضمان هذه الحقوق بكاملها يعتبر شرطاً جوهرياً لمحاكمته بطريقة منصفة لصلتها الوثقى بإدانته أو براءته، بل إن سكوت الشارع عن بيان مفردات وعناصر هذه الحقوق، يعتبر إغفالاً تشريعياً مستوجباً إبطال القانون. ولا يتصور

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية، رقم ١١٩ ص ١٥٧ - ١٥٩.

بالتالي أن تتحدد دستورية النصوص القانونية التي تخل بهذه الحقوق على ضوء درجة خروجها عليها، وأن يصححها أو يبطلها خطأ يتصل بتطبيقها على ضوء درجته؛ إذ هي مخالفة واحدة لنص في الدستور، لا تدرج مراتبها، وحكمها هو البطلان في كل صورها.

ولا يتصور أن ينحل مفهوم الخطأ المغتفر إلى قاعدة تتصل بكل الحقوق التي كفلها الدستور؛ باعتبار أن القول بإمكان التجاوز عن صور من الخطأ محدود الأثر يفترض رصد هذه الصور في كافة مظان وجودها، وأن يجمعها معيار عام يسعها في كل أحوال تطبيقها، لنحدد على ضوء ما يكون من الخطأ جسيماً فلا يجوز التسامح فيه، وما يعتبر من صورته أقل حدة بما يميز التغاضي عنه. فالخطأ هو المخالفة الدستورية في ذاتها، وهي لا تتجزأ بطبيعتها، ولا تكون متفاوتة في درجتها، وليس لها من أثر سوى إبطال النصوص القانونية التي أصابها عوار مخالفتها للدستور^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، تقتضيها أن تقرر إما صحتها أو بطلانها، وهي إذ تخلص إلى براءتها مما يعيبها دستورياً أو إلى قيام ماخذ عليها لمخالفتها الدستور فإنها لا تقتنع بالمخالفة التي نسبها الخصم إليها، أو التي أثارها محكمة الموضوع في شأنها بل تحيل بصرها في النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها لتحديد على ضوءها توافق النصوص المطعون عليها معها أو تعارضها. وهو ما يعني أن تحديد المخالفة الدستورية المدعى بها سواء من قبل الخصم أو محكمة الموضوع لا يتغيّر إلا تأكيد المطاعن الدستورية من خلال ربطها بما يظاهرها من نواحي العوار في النصوص المدعى مخالفتها للدستور ولا يتصور بالتالي أن يكون عرضها لهذه المخالفة مؤشراً وحيداً أو قاطعاً في شأن نطاق التعارض بين النصوص القانونية المطعون عليها وأحكام الدستور التي تنقيد بها المحكمة الدستورية العليا في مجموعها فلا تعزل نفسها عن وحدتها العضوية وتكامل بنيانها^(٢).

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية، رقم ١٢٠ ص ١٥٩ - ١٦٠.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية، رقم ١١٩ ص ١٥٧ - ١٥٩.

ثاني عشر بحث الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في القوانين جميعها، يعتبر سابقاً بالضرورة على الخوض في اتفاقها أو تعارضها مع الأحكام الموضوعية للدستور: العيوب الشكلية هي تلك التي يكون مبناها مخالفة نص تشريعي للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور سواء في ذلك ما كان منها متعلقاً باقتراح النصوص التشريعية أو إقرارها أو إصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان منها متصلاً بالشروط التي يتطلبها الدستور لممارسة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها في غيبة السلطة التشريعية أو بتفويض منها^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية أن «قضاء هذه المحكمة، قد جرى على أن المناعي الشكلية هي التي تقوم في مبناها على مخالفة نص قانوني للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور، سواء في ذلك ما اتصل منها باقتراح النصوص القانونية أو إقرارها أو إصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان منها منصراً إلى الشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها حال غياب السلطة التشريعية أو بتفويض منها، وكان الاستيثاق من توافر الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في القوانين جميعها، يعتبر سابقاً بالضرورة على الخوض في اتفاقها أو تعارضها مع الأحكام الموضوعية للدستور، فإن الفصل في عوار موضوعي يدل بالضرورة على إستيفاء النصوص القانونية للمطعون عليها لمطالباتها الشكلية بما يخول دون بحثها من جديد. ومتى كان ما تقدم، وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا بجلستها المعقودة في ١٤ يناير ١٩٩٥ في القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ قضائية «دستورية» وكذلك حكمها الصادر بجلستها المعقودة في ٦ إبريل ١٩٩٥ في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية «دستورية» فاصلاً في عوار موضوعي: أولهما فيما انتهى إليه من عدم دستورية نص البند السادس من المادة الثانية من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٣ فيما تضمنه من حظر ترشيح شاغلي وظائف الإدارة العليا لعضوية مجالس إدارة شركات قطاع الأعمال العام التابعة، وثانيهما: فيما قضى به من عدم دستورية ما نصت عليه الفقرة (٥) من المادة ٢١ من قانون شركات قطاع

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية، رقم ١٢٦ ص ١٧١ - ١٧٣؛ الطعن رقم ٢٣ س ١٢ ق جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ١٣١.

الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ من تحديد حد أقصى للمكافأة السنوية التي يتقاضاها أعضاء مجلس الإدارة المنتخبون، وكان هذان الحكمان قد انبثجا على تعارض النصوص المطعون عليها والأحكام الموضوعية في الدستور، فإنها يكونان قد انتهيا إلى موافقتها للدستور شكلاً، تقديراً بأن القانون لا يعد كذلك إلا إذا كان مستوفياً أصلاً للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور فيه، فإذا جاوزها، فإن النصوص التي تضمنها تفقد صفتها كقواعد قانونية، فلا يجوز تطبيقها، ولا يتصور بالتالي الخوض في اتفاقها أو تعارضها - موضوعياً - مع الدستور. وأن النصوص القانونية التي تقرها السلطة التشريعية انحرافاً بها عن مقاصد حدها الدستور، وتنكها بالتالي لأغراض عينها، تفترض أن تكون هذه المقاصد والأغراض من مكوناتها، فلا ينفصل بيانها عنها، بل تشملها المطاعن الموضوعية بالنظر إلى اتساعها لكل عوار لا يرتبط بالأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور في النصوص القانونية وأن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع إقتصادية جاوز الزمن حقائقها، فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بآلية عمياء إلا حرثاً في البحر. فلا يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسياً واقتصادياً. قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها، يعارض تطويعها لآفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلاً لها، بل حائلاً دون ضمانها^(١).

ومن حيث إن استيثاق المحكمة الدستورية العليا من استيفاء النصوص التشريعية المطعون فيها للأوضاع الشكلية المقررة دستورياً في شأن إصدارها، يعد أمراً سابقاً بالضرورة على خوضها في عيوبها الموضوعية. لما كان ذلك، وكانت هذه المحكمة قد سبق أن عرض عليها أمر دستورية بعض نصوص المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٢ المشار إليه بحكمها الصادر بجلسة ٨/١١/٢٠١٤ في القضية رقم ١٩٦ لسنة ٣٥ قضائية «دستورية» والذي قضى «بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة (٢٦) من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر مستبدلة بالمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٢ فيما تضمنه من استثناء

(١) القضية رقم ٧ س ١٦ ق جلسة أول فبراير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٣٤٤.

تطبيق أحكام المادة (١٧) من قانون العقوبات بالنسبة للجريمتين المنصوص عليهما بالفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ذاتها». وذلك لمخالفته للأحكام الموضوعية الواردة في الدستور الصادر عام ٢٠١٤ التي تضمنتها المواد (٩٤) و(٩٦) و(٩٩) و(١٨٤) و(١٨٦) منه مما مؤداه استيفاء هذا المرسوم بقانون للأوضاع الإجرائية المقررة في شأن إصداره، بما يحول دون بحثها من جديد ومن ثم فإن المناعي الشكلية التي نسبها المدعي إلى المرسوم بقانون الطعن تكون غير مقبولة^(١).

- جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن الفصل فيما قد يدعى به أمامها من تعارض بين نص تشريعي وقاعدة موضوعية في الدستور، سواء بتقرير قيام المخالفة المدعى بها أو بنفيها، إنما يعد قضاء في موضوعها منطقياً لزوماً على استيفاء النص المطعون عليه للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور، و مانعاً من العودة إلى بحثها، ذلك أن العيوب الشكلية - وبالنظر إلى طبيعتها - لا يتصور أن يكون بحثها تالياً للخوض في المطاعن الموضوعية، ولكنها تتقدمها، ويتعين على هذه المحكمة بالتالي أن تتحراها بلوغاً لغاية الأمر فيها، ولو كان نطاق الطعن المعروض عليها محدداً في إطار المطاعن الموضوعية دون سواها. ومن ثم تفرض العيوب الشكلية ذاتها على المحكمة دوماً. إذ يستحيل عليها أن تتجاهلها عند مواجهتها لأية مطاعن موضوعية، و الأمر على نقيض ذلك حين يكون الطعن منحصراً في المطاعن الشكلية. إذ يكون قرار المحكمة بشأنها متعلقاً بها وحدها. ولا يعتبر حكمها برفض هذه المطاعن مطهراً للنصوص المطعون عليها من مثالبها الموضوعية، أو مانعاً كل ذي مصلحة من طرحها على المحكمة وفقاً لقانونها. وأياً كانت المطاعن الموجهة إلى النصوص التشريعية، فإن قضاء المحكمة في شأنها - وفي الحدود المتقدمة - إنما يحوز حجية مطلقة في مواجهة الدولة بتنظيماتها المختلفة وبالنسبة إلى الكافة، وهي حجية لا يجوز إهدارها أو المساس بها، و تحول بذاتها دون إعادة عرض النزاع محلها من جديد على هذه المحكمة. قاله انتفاء الأغلبية الخاصة التي تطلبها الدستور في المادة ١٨٧ منه لإقرار رجعية الآثار التي رتبها المادة ٥٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية - و هو النص التشريعي المطعون فيه - لا تعدو أن يكون نعيماً متعلقاً بمطاعن شكلية

(١) الطعن رقم ٧٨ س ٣٦ ق جلسة ١٤ فبراير ٢٠١٥.

صرفه، مقصوداً عليها. وإذ خلاص قضاء هذه المحكمة الصادر بتاريخ ٦ من يونيو سنة ١٩٨٧ في الدعوى رقم ٥١ لسنة ٦ قضائية «دستورية» إلى رفض هذا الوجه من النعي على أساس توافر الأغلبية الخاصة التي قيل بتخلفها بالنسبة إلى النص المطعون فيه، فإن هذا القضاء لا يظهر النص التشريعي المطعون عليه مما قد يكون عالقاً به من مثالب موضوعية، ولا يعتبر مانعاً كل ذي مصلحة من طرحها على هذه المحكمة وفقاً لقانونها. استيفاء النص التشريعي المطعون عليه للشكليات التي تطلبها الدستور لإقرار القوانين رجعية الأثر على ما سلف بيانه، لا يعصمه من الخضوع للرقابة التي تبشرها هذه المحكمة على دستورية القوانين و اللوائح، وذلك كلما كان هذا النص - في محتواه الموضوعي - منطوياً على إهدار لحق من الحقوق التي كفلها الدستور أو يفرض قيوداً عليه تؤدي إلى الانتقاص منه. ذلك أن الدستور يتميز بطبيعة خاصة تضيي عليه السيادة و السمو بحسبانه كفيل الحريات وموثلها، وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها، فحق لقواعده - بالتالي - أن تستوي على القمة من البنيان القانوني للدولة، وأن تلتزم الدولة بالخضوع لأحكامه في تشريعها و قضائها و في مجال مباشرتها لسلطتها التنفيذية. وفي نطاق هذا الالتزام وبمراعاة حدوده، لا يكفي لتقرير دستورية نص تشريعي معين أن يكون من الناحية الإجرائية موافقاً للأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور، بل يتعين فوق هذا أن يكون في محتواه ملتئماً مع قواعد الدستور الموضوعية التي تعكس مضامينها القيم و المثل التي بلورتها الإرادة الشعبية، وكذلك الأسس التي تنتظم الجماعة وضوابط حركتها^(١).

ثالث عشر الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية في شأن المخالفة شكلاً وموضوعاً:

سواء كان إبطال المحكمة للنص القانوني المطعون عليه، مرده إلى شكلية فوتها أم إلى خروجه على حكم موضوعي في الدستور، فإن النص في الحالتين يتجرد من قوة نفاذه، فلا يجوز تطبيقه، خاصة من قبل سلطات الدولة جميعاً بما فيها السلطة القضائية، بل إن الحجية المطلقة التي يحوزها قضاء المحكمة فيما تفصل فيه من المسائل الدستورية تقيد كذلك الناس جميعهم، وبتجريد النص

(١) الطعن رقم ٢٣ س ١٢ ق جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ مشار إليها الطعن رقم ٨٩ س ٣٦ ق دستورية جلسة ٢٤ سبتمبر ٢٠١٦، الجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر في ٣ أكتوبر ٢٠١٦ ص ٢٦.

القانوني المطعون عليه من القوة التي كان يحوزها قبل الحكم بعدم دستوريته ينعلم وجود هذا النص، فلا يبقى موجوداً على صعيد الحياة القانونية بعد زوال كل الآثار التي كان يرتبها، ولا يتصور بعد ذلك تقرير ذلك تقرير بطلان جديد في شأن هذا النص؛ باعتبار أن تقرير بطلان جديد في شأن نص لم يعد موجوداً، مؤداه أن يرد البطلان الجديد على نص قانوني غير قائم، وهو ما لا يتفق مع حكم العقل^(١).

قضاء الحكم يعتبر منصراً إلى المسائل التي فصل فيها صراحة، وكذلك إلى تلك التي ترتبط بها بحكم الاقتضاء العقلي، فلا يكونان إلا كلاً غير منقسم، ويتكاملان بالتالي في شأن بنیان الحكم، والدعائم التي يقوم عليها. وأن المسائل التي لا يقوم قضاء الحكم صحيحاً قبل بحثها، تتقدم غيرها، إذ تمهد لهذا القضاء بوصفها مدخلاً إليه. وكلما كان القانون معيماً شكلاً، غداً منعماً ابتداءً، وإحياءه من رقاد لا يعدو أن يكون جهداً ضائعاً وهواً. ومن غير المتصور أن تحيل المحكمة الدستورية العليا بصرها في قانون يفتقر إلى شكلية لا يقوم بفواتها سويماً على قدميه، بل يكون إستيفاًؤها - وباعتبارها شرطاً لوجوده - لازماً، وإلا كان خوضها في المطاعن الموضوعية غير متعلق بقانون بمعنى الكلمة. وأن قضاء هذه المحكمة - في المسائل التي تناوّلها - يعتبر قاطعاً فيها، مانعاً من إثارة الجدل حولها من جديد، فلا تجوز مراجعتها فيه عملاً بالمادة ٤٨ من قانونها^(٢).

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية، رقم ١٢٧ ص ١٧٤.

(٢) الطعن رقم ٧ س ١٦ ق جلسة أول فبراير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٣٤٤.

المطلب الثاني

رقابة المشروعية

(أ) المبدأ: تخرج رقابة المشروعية عن ولاية المحكمة الدستورية؛ وأساس ذلك أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر الدعوى يجب أن يكون الطعن مبناه عيب دستوري. ومن ثم إذا كان الطعن قائم على غير هذا الأساس، وكان مبناه عدم المشروعية، كالنعي على مخالفة قرار إداري لأحكام القانون، أو كالنعي المبني على وجود تعارض بين عدة تشريعات متساوية في المرتبة فإن ولاية المحكمة الدستورية العليا لا تشملها، ويتعين على المدعي أن يلجأ إلى المحكمة المختصة وفقاً لما تقرره القواعد العامة في شأن تحديد الاختصاص القضائي^(١).

ويقوم هذا المبدأ على أساسين هامين: الأول أن الطعون القائمة على عدم المشروعية والتي لا يختص بها القضاء الدستوري معقود الاختصاص بشأنها للقضاء الإداري. وإذا كان القانون قد حدد جهات القضاء وبين اختصاصاتها، فمن ثم لم يعد من الجائز قانوناً أن تفتت إحدى هذه الجهات على اختصاصات غيرها. الثاني مبدأ تدرج التشريعات وفقاً لأهميتها الذي يصاحبه تدرج في القوة، فكل تشريع يتعين أن يتقيد في موضوعه بالتشريع الأعلى، ويلتزم حدوده، فلا يتأتى - مع ذلك - تصادم التشريع الفرعي مع التشريع الأصلي، كذلك فإن التشريع يمكن أن يلغي تشريعاً من ذات قوته أو أدنى درجة، ولكنه لا يلغي تشريعاً أعلى درجة منه. ومن ثم فإنه وإن صح القول بأن جزاء التعارض بين التشريعات العادية وحكم الدستور هو الحكم بعدم دستوريته، إلا أن إمكانية التعارض فيما بين هذه التشريعات هو أمر مفترض فينسخ اللاحق منها سابقه فيما يتعارض معه، ولكن لا يشكل هذا التعارض مثلباً دستورياً يعتور التشريع، ومن ثم لا يستنهض بذاته ولاية المحكمة الدستورية للنظر فيه^(٢).

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ١٤٦ وما بعدها؛ الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ص ٤٥؛ ولسيادته أيضاً: القانون الدستوري، ص ٢٦٥-٢٦٦؛ الدكتور محمود أحمد زكي: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠٠٤-٢٠٠٥ ص ٣٩٣ وما بعدها.

(٢) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ١٤٩ - ١٥٠؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت =

ويورد البعض تحفظاً على المبدأ، مفاده أن اجتماع عيب عدم المشروعية وعيب عدم الدستورية في التشريع المطعون بعدم دستوريته، وعلى الرغم من الطبيعة الاحتياطية لهذا الأخير، لا يمنع من القضاء بعدم الدستورية؛ وذلك متى كان الفصل في المسألة الدستورية لازماً لزوماً مطلقاً للفصل في الدعوى الموضوعية. ومن ثم إذا كان الفصل في مسألة المشروعية عن طريق محكمة الموضوع غير كاف للفصل في الدعوى المعروضة عليها، كما لو كانت مخالفة قواعد الشرعية التي شابت التشريع المطعون عليه تتعلق بلائحة تحصنت بمضي مواعيد الطعن المقررة، فلا يملك القضاء في هذه الحالة إلغائها، وتقتصر سلطته على التعويض عنها، أو إلغاء القرارات الفردية الصادرة استناداً إليها متى طعن فيها في المواعيد المقررة قانوناً، وكانت هذه اللائحة تتضمن في ذات الوقت مخالفة لأحكام الدستور، مما يكون الفصل في دستوريته أمراً لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية توصل إلى القضاء على هذه المخالفة بحكم يحوز حجية مطلقة، بعد أن غدا ذلك أمراً غير ممكن من خلال رقابة المشروعية التي تؤدي إلى إلغاء هذه اللائحة، وستكون حجية الأحكام فيها نسبية مقصورة على أطراف النزاع^(١). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا إن المادة ٦٠ من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام قد عدلت اختصاص جهات القضاء سالفه الذكر بقرار جمهوري ولما كان هذا التعديل لا يجوز إجراؤه بغير القانون تطبيقاً للمادة ١٥٣ من الدستور، ومن ثم يكون نص المادة ٦٠ من لائحة نظام العاملين بالقطاع العام سالفه الذكر مخالفاً للدستور^(٢).

ويتنقد البعض الآخر هذا المسلك، ويرى أن دستور ١٩٧١ وقانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا قد نصّا على اختصاص المحكمة الدستورية برقابة دستورية اللوائح في الحالة التي تخالف فيها اللائحة أحكام الدستور مباشرة؛ بحيث لا يمتد اختصاص هذه المحكمة إلى رقابة اللائحة في حالة مخالفتها للقانون حتى ولو خالفت الدستور في نفس الوقت أو صدرت مستندة إلى قانون غير دستوري؛ إذ ينعقد الاختصاص في هذه الحالة لجميع المحاكم على اختلاف

=عبد الله الشيخ: مبادئ القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ٢٠٠٢/٢٠٠١ ص ٥٥٩-٥٦٠.

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ١٥٠.

(٢) الطعن رقم ٤ س ١ ق جلسة ٣ يوليو ١٩٧١ - مكتب فني ١ ج ١ ص ١٥.

درجاتها، وتكون الرقابة على اللائحة هي رقابة شرعيتها بالمعنى الضيق، أي رقابة على مخالفتها للتشريع العادي، ولا محل للبحث في دستورية اللائحة لتوسط القانون بينها وبين الدستور. وعلى قاضي الموضوع إذا وجد أن اللائحة تخالف القانون مباشرة وجب عليه أن يبحث مدى مشروعيتها دون أن يحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا. كما يجب أن يطبق هذا حتى ولو كانت اللائحة تخالف الدستور والقانون معاً؛ لأن عيب عدم الدستورية ينبغي أن يكون عيباً ذا صفة احتياطية، لا يلجأ إليه القاضي إلا إذا انعدم عيب عدم المشروعية. وينتهي أنصار هذا الرأي إلى أن مخالفة اللائحة لأحكام الدستور يغلب عليها المخالفة الشكلية، والتي تتمثل في مخالفة الشكل والاختصاص؛ إذ يتضمن الدستور في بعض الحالات القواعد التي تتعلق بتحديد السلطات التي لها الحق في إصدار اللوائح، وكذلك الإجراءات والشكليات المطلوبة لإصدارها. أما المخالفة الموضوعية فتكون غالباً للقانون، الذي تصدر اللائحة تطبيقاً له، ولا تكون للدستور إلا في حالات نادرة؛ نظراً لقلة القواعد الموضوعية التي يقيد بها الدستور السلطات العامة عند وضع اللائحة^(١). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا إنه إذا كان وجه الطعن هو مخالفة أمرين عسكريين لأحكام قانون الطوارئ، فإنه يكون قائماً على عيب عدم المشروعية دون عيب عدم الدستورية، مما يختص بنظره، والفصل فيه القضاء الإداري بمجلس الدولة، ومن ثم يتعين الحكم بعد اختصاص المحكمة العليا بنظره^(٢).

وفي نفس المعنى يرى البعض أنه إذا طرح على القاضي الإداري إلغاء لائحة مخالفة للدستور والقانون في ذات الوقت، فالأصوب إلغاء اللائحة لعدم مشروعيتها؛ لأن الدفع بعدم دستورية اللائحة سيبدو كمسألة أولية غير لازمة للفصل في النزاع^(٣).

والواقع أن الفصل في المسألة الدستورية يتوقف على كونه لازماً لزوماً مطلقاً للفصل في

(١) الدكتور السيد محمد إبراهيم: دستورية القوانين وشرعية اللوائح، تعليق على حكم المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم ٤ لسنة ١ القضائية جلسة ٣ يوليو ١٩٧١، مجلة العلوم الإدارية س ١٣، العدد الثالث، ديسمبر ١٩٧١ ص ١٩١؛ الدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ص ٥٧٦ - ٥٧٧.

(٢) الطعن رقم ٨ س ٧ ق جلسة ٧ مايو ١٩٧٧ مكتب فني ١ ج ١ ص ٥٨.

(٣) الدكتور فتحي فكري: الموضوع السابق.

الدعوى الموضوعية، مما يعني أن مخالفة اللائحة للدستور يتعين أن تكون مخالفة مباشرة^(١).

ويفرق البعض ببراءة بين مخالفة نص تشريعي لآخر، ومجانبة قرار فردي لقاعدة عامة. ففي الحالة الأولى فإن مخالفة نص تشريعي لآخر مماثل مسألة تحسمها قواعد التفسير (الخاص يقيد العام، نسخ الأحدث للأقدم. . . الخ)، وتدخل القاضي الدستوري - إن جاز - يخل بوظيفة المحكمة المختصة بتطبيق القانون، وبدور المحكمة العليا، في النظام الذي تنتمي إليه محكمة النزاع، في توحيد المبادئ القانونية المعمول بها أمامها، ومن ثم لا محل في نطاق الدعوى الدستورية لإثارة مخالفة القانون لقانون آخر، حتى لو كان معاهدة حددت نصوص الدستور مرتبتها بالقوانين البرلمانية. أما في الحالة الثانية، فإن مخالفة قرار فردي لقاعدة عامة (سواء قانون أم لائحة)، فمجاله قضاء المشروعية المنوط بنصوص دستورية بمجلس الدولة، ومن ثم لا يجوز لأي جهة أخرى التطرق إليه. ولا يختلف الحال بالنسبة لتكيب قرار فردي لقاعدة دستورية؛ لأن اختصاص القاضي الدستوري محدد بحدود المخالفات التي تلحق بالقواعد العامة المجردة دون غيرها، مما يخرج الأعمال الفردية من نطاق رقابة الدستورية^(٢).

وفضلاً عن ذلك تخضع لائحة البرلمان للرقابة على دستورية القوانين^(٣).

(ب) المبدأ في قضاء المحكمة العليا: تواترت أحكام المحكمة العليا على عدم اختصاصها بنظر الطعن القائم على عيب عدم المشروعية، والفصل فيه. وتطبيقاً لذلك قضت "إن دعوى عدم الدستورية إنما هي دعوى عينية تستهدف التشريع المطعون بعدم دستوريته وتتوجه أصلاً إلى من أصدره، هذا فضلاً عن أن النيابة تعتبر بحكم القانون من ذوي الشأن في أي دعوى دستورية أي نص عقابي ويجب على قلم كتاب المحكمة إعلانها بالعريضة ومرفقاتها باعتبارها من ذوي الشأن فيها، وقد تم إعلانها فعلاً بواسطة قلم الكتاب. إن مبنى الطعن المدعى في الأمرين

(١) الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٥٦٣-٥٦٤ .

(٢) الدكتور فتحي فكري: القانون الدستوري (المرجع السابق)، ص ٢٦٥-٢٦٦ .

(٣) الدكتور يسري محمد العصار: نحو دستور جديد يحمي الحريات ويوازن بين السلطات، مجلة الدستورية، العدد التاسع عشر، س ٩ أبريل ٢٠١١ ص ٢٤؛ الدكتور عبد العزيز سلمان: الرقابة الدستورية على اللائحة البرلمانية، مجلة الدستورية، العدد الحادي والعشرون، ٢٠١٢ .

العسكريين المطعون فيهما أن نائب الحاكم العسكري العام أو من ينوب عنه بموجب أحكام قانون الطوارئ سألغة الذكر مما يشوبها بعيب عدم الاختصاص ويعيبها بعدم الدستورية. ومن حيث أنه أياً كان القول في صدد تحديد نطاق الاختصاصات المخولة للحاكم العسكري بموجب النصوص المذكورة، وفي مدى دخول المسائل التي نظمها نصوص الأمرين بعدم دستورتها في نطاق الاختصاص المذكور أو قصوره عن تناولها، أياً كان القول في هذا الشأن، فإن عيب عدم الاختصاص المدعى به، إنما يرد على مخالفة الأمرين لأحكام قانون الطوارئ وهي نصوص قانونية يتصل الطعن بمخالفتها بعيب عدم المشروعية لا بعيب عدم الدستورية. ومن حيث إنه يخلص مما تقدم أن الدعوى تقوم على طعن بمخالفة الأمرين العسكريين المطعون فيهما للقانون مما يختص بنظره والفصل فيه للقضاء الإداري بمجلس الدولة^(١).

- إذا كان وجه الطعن هو مخالفة أمرين عسكريين لأحكام قانون الطوارئ، فإنه يكون قائماً على عيب عدم المشروعية دون عيب عدم الدستورية، مما يختص بنظره، والفصل فيه القضاء الإداري بمجلس الدولة، ومن ثم يتعين الحكم بعد اختصاص المحكمة العليا بنظره^(٢).

- إن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات ينحصر مجالها في التحقق من مطابقة أو عدم مطابقة القوانين واللوائح للدستور، فلا تمتد إلى بحث التعارض بين اللوائح والقوانين، ولا بين التشريعات الأصلية والفرعية، ذات المرتبة الواحدة^(٣).

(ج) المبدأ في قضاء المحكمة الدستورية العليا: استقرت أحكام هذه المحكمة على أن ولايتها لا تمتد لبحث حالات التعارض بين اللوائح والقوانين أو التعارض بين التشريعات الأصلية أو الفرعية ذات المرتبة الواحدة. وتطبيقاً لذلك قضت إن مناط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في دستورية القوانين واللوائح أن يكون أساس الطعن هو مخالفة التشريع لنص دستوري، فلا يمتد لحالات التعارض أو التنازع بين اللوائح والقوانين، ولا بين

(١) الطعن رقم ٤ س ٥ ق جلسة ٣ يوليو ١٩٧٦ مكتب فني ١ ج ١ ص ٤٠٣.

(٢) الطعن رقم ٨ س ٧ ق جلسة ٧ مايو ١٩٧٧ مكتب فني ١ ج ١ ص ٥٨.

(٣) الطعن رقم ٩ س ٥ ق جلسة ٦ نوفمبر ١٩٧٦ مكتب فني ١ ج ١ ص ٤٧٤.

التشريعات الأصلية و الفرعية ذات المرتبة الواحدة^(١).

- أن مناط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، أن يكون أساس الطعن هو مخالفة التشريع لنص دستوري، فلا يمتد لحالات التعارض بين اللوائح والقوانين، و لا بين التشريعات ذات المرتبة الواحدة، ومن ثم فإن النعي بمخالفة بعض مواد المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ لبعض نصوص القانون المدني و قانون المرافعات - أيا كان وجه الرأي في قيام هذا التعارض - لا يعدو أن يكون نعيًا بمخالفة قانون لقانون، و هو ما لا يمتد إليه ولاية المحكمة و لا يشكل بذلك خروجاً على أحكام الدستور^(٢).

كما أن الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورية النصوص التشريعية، مناطها مخالفة تلك النصوص لقاعدة تضمنها الدستور؛ و لا شأن لها بالتعارض بين نصين قانونين جمعهما تشريع واحد، أو تفرقا بين تشريعين مختلفين^(٣).

(١) الطعن رقم ٣١ س ٣ ق جلسة ٧ مايو ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ١١٧ .

(٢) الطعن رقم ٢٦ س ٢ ق جلسة ١٩ يونيو ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ١٤٠ .

(٣) الطعن رقم ٢٣٣ س ٢١ ق جلسة ٧ يوليو ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٥٥٤ .

المطلب الثالث

رقابة الملائمة

(أ) المبدأ: الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدها الدستور بقيود محددة، وإن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، ومن ثم فإن تنظيم الشارع لحق من الحقوق ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو ينال منه؛ وأساس ذلك أن الرقابة على دستورية التشريعات التي يمارسها القضاء الدستوري هي رقابة فنية ذات طابع قانوني مجرد، تقتصر على المسائل الدستورية، ولا تمتد إلى المسائل التي تدخل في الاختصاص التقديرى للسلطة التشريعية، ولا إلى ما يتعلق بملائمة التشريع وبواعث إصداره^(١).

وقد اطردت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية على وضع الضوابط التي يمتنع مع قيامها بحث ملاءمة التشريع أو التغلغل في بواعث إصداره أو مناقشة ضرورة التشريع أو عدم ضرورته، وأن تقدير ذلك يقتصر على سلطة التشريع، باعتباره من عناصر السياسة التشريعية التي يمتنع على المحكمة التدخل فيها، كما سارت المحكمة على الابتعاد عن مراقبة ملاءمة التشريع وحكمته؛ باعتبار أن وظيفة الشارع الأصلية هي تقدير ملاءمة التشريع، ومدى صلاحيته للمجتمع، ومن ثم يكون اشتراك القضاء في هذا الأمر بمثابة عدوان وتدخل في أعمال سلطة التشريع، وخروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات، طالما أن التشريع غير ظاهر البعد عن غايته. وفضلاً عن ذلك فقد أثرت تلك المحكمة أن تتخذ من ظاهر النص التشريعي أساساً لفحص دستوريته، ولم تسمح بالبحث عن البواعث الحقيقية للنص بالتجاوز عن ظاهره. ومن ثم إذا كان التشريع في ظاهره وكما يبدو من نصوصه، داخلياً في السلطات التي يسمح بها الدستور للسلطة التشريعية، فإنه لا يجوز البحث وراء نصوصه عن البواعث المشروعة أو غير المشروعة

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ١٥١؛ الدكتور ماجد راغب الحلو: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، ٢٠٠٠ ص ٨٠٨، ٨٠٩.

التي عساها تكون قد دفعت الهيئة التشريعية، أو بعض أعضائها إلى سن التشريع^(١).

ويعني ذلك أن الأصل في سلطة التشريع أنها سلطة تقديرية، وإن كان هناك استثناء يرد على هذا الأصل فمردّه إلى ما يتطلبه الدستور في بعض الأحيان من ضوابط أو يفرضه من قيود محدده. وبعبارة أخرى، فإن الملائمات السياسية لا تمنع من إخضاع التشريع للرقابة الدستورية إذا تعرض لأمر نظمها الدستور، ووضع لها ضوابط محددة، شأن الملكية الخاصة وحق المواطنين في الترشيح وحرية التجارة، فالسلطة التشريعية وإن كان لها مطلق الحرية في تقدير ملاءمة التشريع إلا أنه يقيد من عموم حريتها، ويحد من إطلاقها ما قد يفرضه الدستور من ضوابط وحدود، فمثل هذه الضوابط وتلك الحدود يتعين على السلطة التشريعية التزامها وإلا كان التشريع الصادر عنها مخالفاً للدستور، والمحكمة تتعرض لبيان هذه المخالفة، وتقضي بعدم دستورية التشريع المخالف للدستور ولكنها لا تتعرض بحال لمدى ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره^(٢).

واختصاص القضاء الدستوري بنظر الطعون الدستورية قائم، سواء كان التشريع المطعون فيه صادراً عن سلطة مقيدة أم مبنياً على سلطة تقديرية، فهو قائم بالنسبة للتشريع الصادر عن سلطة مقيدة لمراقبة مدى التزام هذا التشريع للقيود والضوابط الدستورية المقررة، فإن كان ملتزماً بها فلا غبار عليه، وإن كان خارجاً عليها اعتبر تشريعاً غير دستوري، ويحكم في شأنه بذلك. أما بالنسبة للسلطة التقديرية، فإن الاختصاص قائم بالنسبة للتشريعات المبنية عليها للتأكد من أن الشارع يستعمل هذه السلطة التقديرية في إصدار أحكام تنطوي على قواعد عامة مجردة، لا تتضمن إخلالاً بمبدأ المساواة، ولا تحيد عن استهداف الصالح، فإذا سار الشارع على هذا الأساس كان مسلكه سليماً، والقانون الصادر منه مبرئاً من العيوب، وإذا خالف هذا الأصل فإن التشريع يكون غير دستوري، ويتعين أن تقضي به المحكمة^(٣).

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٤٦٠؛ الدكتور علي السيد الباز: المرجع السابق، ص ٦٠٦.

(٢) الدكتور أنور رسلان: وسيط القضاء الإداري، ص ١٢٣ وما بعدها.

(٣) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ١٥٤-١٥٥.

(ب) رقابة الملائمة في قضاء المحكمة العليا: قضت المحكمة العليا «أن الأصل في سلطة التشريع في موضوع تنظيم الحقوق أن تكون سلطة تقديرية ما لم يقيدھا الدستور بقيود ولما كان الدستور لم يعرض لأسباب اكتفاء بتعيين حد أقصى للملكية الزراعية. سلطته في هذا الصدد سلطة تقديرية في نطاق الحد الأقصى المشار إليه ولا ريب أن ترجيح نظام الشفعة عند قيام أسبابه ومنها الجوار والاشتراك في حقوق الارتفاق على مبدأ حرية التصرف استناداً إلى أن الشفعة إذ تجمع بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به في ملكية الشفيع وحده في نطاق الحد الأقصى للملكية الزراعية فإنها تؤدي إلى تطهير الأرض من هذه الحقوق، فضلاً عما يترتب عليها من دفع الضرر عن الجار وتجنب مشكلات المشاركة في حقوق الارتفاق وكافة منازعات الجوار. لا ريب أن ذلك الترجيح يدخل في حدود سلطة المشرع التقديرية التي لم يقيدھا الدستور في هذا الصدد»^(١).

- إن سلطة التشريع في الأصل سلطة تقديرية ما لم يقيدھا الدستور بقيود محددة، وإن المشرع في تنظيمه للنشاط التجاري وللروابط التي تنشأ بين التجار قد شرع نظاماً لدعم الائتمان منها نظام الإفلاس كوسيلة للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن الوفاء بديونه في مواعيد استحقاقها وذلك لتصفية هذه الأموال وبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين توزيعاً عادلاً وفقاً لأحكام القانون - وقد رأى المشرع بسلطته التقديرية التي لم يقيدھا الدستور في هذا الخصوص بأي قيد أن نظام الإفلاس الذي شرع بتنظيم النشاط التجاري الخاص ودعم الائتمان بين التجار يتنافر في طبيعته وقواعده مع نظام شركات القطاع العام التي تملك الدولة رأس مالها كله أو بعضه وتخضع لنظام قانوني خاص يلاءم طبيعة نشاطها في خدمة الصالح العام ومن شأن نظام الإفلاس أن يغل هذه الشركات عن ممارسة نشاطها العام ويصفي أموالها التي تعتبر مثقلة بنوع من الارتفاق لصالح الجمهور ويحول من ثم دون تحقيق أهداف الخطة الاقتصادية والاجتماعية للدولة ومن أجل هذا استثنأها المشرع بنص صريح من الخضوع لنظام الإفلاس تحقيقاً للأهداف المشار إليها وفيما عدا هذه الحالة لا يزال نظام الإفلاس قائماً نافذاً على التجار

(١) الطعن رقم ٣ س ١ ق جلسة ٦ مارس ١٩٧١ مكتب فني ج ١ ص ١.

متى توافرت شروط تطبيقه وهو نظام لا يخالف أي نص من نصوص الدستور^(١).

(ج) رقابة الملائمة في قضاء المحكمة الدستورية: سارت المحكمة الدستورية العليا على نفس درب المحكمة العليا، فقضت أنه وأن كان الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية وأن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها إلا أن هذا لا يعنى إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور - هذا فضلاً عن أن تنظيم المشرع لحق الملكية في إطار وظيفتها الاجتماعية ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو يؤثر على بقائه على نحو ما سلكه النص المطعون عليه، إذ تعرض للملكية الخاصة التي صانها الدستور ووضع لحمايتها حدوداً وقواعد معينة على ما سلف بيانه الأمر الذي يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية^(٢).

الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بقيود محددة، وإن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعنى إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور ومن ثم فإن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الترشيح ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو ينال منه على نحو ما سلكته النصوص المطعون فيها إذ حرمت غير المنتخبين إلى الأحزاب من حق الترشيح، ومن ثم تكون هذه النصوص قد تعرضت لحقوق عامة كفلها الدستور وحرمت منها طائفة من المواطنين، فجاوز المشرع بذلك دائرة تنظيم تلك الحقوق الأمر الذي يحتم إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية^(٣).

ومع ذلك، فقد خرجت المحكمة الدستورية العليا على هذا الأصل في حكمين شهيرين لها، ولأسباب اجتماعية مدت رقابتها إلى ملاءمة التشريع^(٤).

(١) الطعن رقم ٤ س ٢ ق جلسة ١ يوليو ١٩٧٢ مكتب فني ١ ج ١ ص ١٠٨ .

(٢) الطعن رقم ٦٧ س ٤ ق جلسة ٢ فبراير ١٩٨٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ١٢٢ .

(٣) الطعن رقم ١٣١ س ٦ ق جلسة ١٦ مايو ١٩٨٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٣١ .

(٤) انظر ما سيجيء بشأن أوجه عدم دستورية القوانين، وما يتعلق بعيب الانحراف التشريعي.

المطلب الرابع

نظرية الأعمال السياسية

(أ) النظرية: تقوم هذه النظرية على افتراض أن بعض المسائل الدستورية هي بطبيعتها، وبالنظر إلى موضوعها، غير قابلة للفصل فيها؛ لأن موضوعاتها تدخل في ولاية السلطين التشريعية والتنفيذية، أو في ولاية هيئة الناخبين إذا كانت الكلمة الأخيرة فيها لهذه الهيئة أو لإحدى هاتين السلطين وفق قواعد توزيع الاختصاص الدستوري المعمول بها في هذا الشأن^(١).

ويلاحظ البعض أن المحكمة العليا الأمريكية خلقت فكرة قابلية النزاع للفصل فيه قضائياً، وبواسطتها استطاعت أن تمزج بين الاعتبارات الدستورية والسياسية والتي تركز على افتراض أن هناك مسائل سياسية بطبيعتها، ومن خلال موضوعها لا تقبل أن يتم الفصل فيها بواسطة القضاء، وبذلك تكون المحكمة العليا قد أوضحت عن طريق تلك الفكرة - المدى أو المجال الذي يمكن أن تصله سلطتها الدستورية^(٢).

كما لا حظ البعض الآخر أن فكرة الأعمال السياسية في الفقه الدستوري الأمريكي من الأفكار التي لم يصل ذلك الفقه إلى تقديم صورة متكاملة عنها، أو تقديم معيار منضبط لمعرفة، أو تحديدها بشكل حصري بهدف استبعاد بعض الأعمال وعدم إدراجها ضمن تلك المسائل السياسية^(٣).

(١) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا: مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني «مجلس شورى الدولة»، الدار الجامعية، ١٩٩٦ ص ١٥٥؛ الدكتور أنور رسلان: المرجع السابق، ص ١٠٨؛ الدكتور رمضان محمد بطيخ: القضاء الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٩ - ٢٠٠٠ ص ٧٧؛ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٠، ص ٧٦ وما بعدها؛ الدكتور محمود أحمد زكي: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية، ص ٢٥٤ وما بعدها.

(٢) الدكتور محمد فرج: المرجع السابق، ص ٢١٢.

(٣) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٤٨١، ٤٩٥؛ الدكتور على الباز: المرجع السابق، ص ٦٣٤؛ الدكتور محمود أحمد زكي: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية «آثاره وحجته وتنفيذه»، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠٠٥، ٢٥٥.

(ب) أساس النظرية: يرى البعض أن هذه النظرية نتيجة طبيعية وضرورية لبعض المبادئ

الدستورية والاعتبارات العملية التالية^(١):

١- مبدأ الفصل بين السلطات^(٢): حددت الفقرة الثانية من المادة الثالثة من الدستور

الأمريكي اختصاص السلطة القضائية، بالنص على أن: «١- تشمل السلطة القضائية جميع القضايا المتعلقة بالقانون والعدل التي تنشأ في ظل أحكام هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات المعقودة أو التي ستعقد بموجب سلطتها. كما تشمل جميع القضايا التي تتناول السفراء والوزراء المفوضين الآخرين والقناصل وجميع القضايا الداخلة في اختصاص الأميرالية والملاحة البحرية والمنازعات التي تنشأ بين اثنتين أو أكثر من الولايات، (وبين إحدى الولايات ومواطني ولاية أخرى)، وبين مواطني ولايات مختلفة، وبين مواطني نفس الولاية ممن يدعون ملكية أراض بموجب منح من ولايات مختلفة، وبين ولاية أو مواطنيها ودول أجنبية (أو مواطني دول أجنبية أو رعايا أجانب). ٢- تكون للمحكمة العليا صلاحية النظر أساساً في جميع القضايا التي تتناول السفراء والوزراء المفوضين الآخرين والقناصل، وتلك التي تكون فيها إحدى الولايات طرفاً. وفي جميع القضايا الأخرى المذكورة آنفاً، تكون للمحكمة العليا صلاحية النظر فيها استئنافاً، من ناحيتي الوقائع والقانون، مع مراعاة الاستثناءات والأنظمة التي يضعها الكونجرس.»

ويعني ذلك أن عمل السلطة القضائية مقصور على فض المنازعات، والقضاء في الخصومات، وقد استخلصت المحكمة العليا الأمريكية من هذين المصطلحين «القضايا - الخصومات» مجموعة متكاملة من القواعد الضابطة لولاية المحاكم الاتحادية في نظر المسائل التي تطرح عليها؛ باعتبار أن هذين المصطلحين يضمنان مجموعة من القيود المتكاملة والمختلفة. فمن ناحية يحصران دور المحاكم الاتحادية في المسائل التي تقدم إليها في إطار خصومة قضائية، وفي

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٤٨١ وما بعدها.

(٢) الدكتور السيد صبري: حكومة الوزارة، بحث تحليلي لنشأة وتطور النظام البرلماني في إنجلترا، مجموعة رسائل الدكتوراه، المطبعة العالمية ١٣٧٣هـ ١٩٥٣، ص ٢-١٣؛ ولسيادته أيضاً: النظم الدستورية في البلاد العربية، محاضرات على طلبة قسم الدراسات القانونية، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٥٦ ص ٢٤ وما بعدها.

شكل تكون فيه هذه الخصومة قابلة للفصل في موضوعها قضاء. ومن ناحية أخرى، يحددان مهمة السلطة القضائية في إطار التوزيع الثلاثي للسلطة «السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية». وهو توزيع يفترض معه ألا تقحم المحاكم الفيدرالية نفسها، وألا تتدخل في مسائل عهد بها الدستور إلى السلطتين الآخرين، ومن ثم فإن «قابلية النزاع للفصل فيه قضائياً» هو المصطلح الذي توصل إليه الفن القضائي للتعبير عن هذه القيود القضائية المفروضة على تلك المحاكم. وقد جاء استعمال هذه المصطلح نتيجة لعدد من الضغوط من بينها الموازنة بين ملائمة إصدار القرار القضائي في بعض المسائل التي تطرح على الحكومة الاتحادية والصعوبة التي يواجهها الخصوم الذين لم يحصلوا على الحماية القضائية منها.

ومع ذلك، فإن المحكمة بتبنيها مصطلح «قابلية النزاع للفصل فيه قضائياً» تكون قد أوضحت المدى الذي يمكن أن تبلغه سلطتها الدستورية، وأفصحت عن السياسة القضائية التي تبين الحدود التي تنتهي عندها هذه السلطة، والتي لا يجوز أن يسمح للقضاء الاتحادي بممارسة ولايته فيما وراءها، مما يعني أن المحكمة العليا الأمريكية تكون قد مزجت بين الاعتبارات الدستورية والسياسية.

وينتقد البعض الفكرة القائلة بأنه ينبغي على السلطة القضائية أن تنحي نفسها عن فرض رقابتها على أجزاء من الدستور، ولا يجوز أن يستند ذلك إلى نظرية الأعمال السياسية، وأن المحكمة العليا الأمريكية كان بوسعها أن تقيم قضاءها لا على تلك النظرية «الأعمال السياسية»، وإنما على فكرة حاصلها «أن عمل السلطة التشريعية أو عمل السلطة التنفيذية الذي نحتة المحكمة عن رقابتها، إنما يقع داخل الحدود الدستورية التي رسم الدستور في إطارها ولاية هاتين الهيئتين، ومن ثم تصبح المسائل التي أقصتها المحكمة عن رقابتها موافقة للدستور؛ لا لأنها تتأبى بطبيعتها على الخضوع لهذه الرقابة باعتبارها من الأعمال السياسية، ولكن لأن العمل في ذاته يدخل في حدود الولاية الدستورية لأي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية، وهو بذلك موافق للدستور، والمنازعة فيه لا يكون إلا على الصعيد السياسي وبالوسائل السياسية.

ويؤيد البعض الآخر هذا النقد، ويرى أن بعض أجزاء الدستور لا ينبغي أن تكون بمنأى عن الرقابة القضائية، ومع ذلك فإن فكرة الأعمال السياسية لا تفترض بذاتها أن أجزاء من

الدستور معصومة من الرقابة القضائية؛ ذلك أن المحكمة العليا الأمريكية لا تتخلى عن ولايتها في مجال الرقابة عندما تقيم قضاءها على أن الدستور، وإن خول السلطتين التشريعية والتنفيذية حرية العمل في نطاق ولايتهما، إلا أن هذا الدستور ذاته لا يمكن أن يفسر، ويستحيل أن يفسر على نحو تتخلى فيه السلطة القضائية عن الحقوق التي يمكن إنفاذها من خلال الحماية القضائية؛ لأن إنفاذ هذه الحقوق يمكن أن يكون قيداً على عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية، كما يمكن أن يتخذ أساساً للولاية التي تمارسها السلطة القضائية بالتوازي مع ممارسة فروع الحكومة لسلطتها السياسية، ومثل هذا النهج لا يجرد المحكمة سلطتها في تفسير الدستور، ولكنه يجعل بيدها تقرير إذا كان عمل معين صادر من أي من السلطتين التشريعية والتنفيذية يدخل حقاً في ولاية أي من هاتين السلطتين. وما تعني به المحكمة العليا هو الحقوق التي تستطيع المحكمة أن تستخلصها من أحكام الدستور، أو إذا كان من الممكن أن تترجم بعض المبادئ التي تحتويها النصوص الدستورية، التي يثار تطبيقها في نزاع معين إلى قيود دستورية، كتلك المتعلقة بالحرية الفردية التي تستطيع المحكمة أن تستخلص مضامينها، وأن تفرضها في أحكامها، وفي هذه الإطار تأتي المسائل السياسية، والتي تخضع للتحقيق والاختبار السابق، والذي يتمثل فيما إذا كانت بعض أحكام الدستور يمكن أن تستخلص منها قضائياً حقوقاً يمكن تنفيذها قضاءً، ويرتكز مثل هذا الاختبار أو التحقيق على حدود الولاية القضائية؛ لأن فكرة المسائل السياسية هي بالضرورة فرع من فكرة كلية هي قابلية النزاع للفصل فيه قضاءً^(١).

وقد رفض البعض فكرة الأعمال السياسية، وذهب إلى أن نصوص الدستور جميعاً ينبغي احترامها، وأن على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية أن تباشر ولايتها في شأن كل عمل أو إجراء يصدر مخالفاً لها، أيّاً كان محتواه أو الهيئة التي صدر عنها، وإلا جاز التذرع بوجود ثمة مناطق من الدستور لا يجوز لجهة الرقابة القضائية أن تمد بصرها إليها^(٢).

٢- أن بعض المسائل، كالمسائل المتعلقة بالعلاقات الخارجية، تحتاج إلى سياسة موحدة وسريعة، والوسائل القضائية لا تفلح في ذلك.

(1) Henkin "is there apolitical Qustion Doctrine" 85Yale L J .607 (1976)

(2) Henkin "is there apolitical Qustion Doctrine" 85Yale L J .607 (1976)

٣- ثمة مسائل تحتاج إلى موازين خاصة، وعناصر تقدير أو معلومات غير متاحة لدى القضاء، ولا تيسر إتاحتها أمامه.

٤- ثمة مسائل تحتاج المحكمة في إمضاء أو تنفيذ حكمها أو رأيها إلى إقرار غيرها من الهيئات العامة، مما لا تملك معه المحكمة القول الفصل في هذه المسائل.

٥- أحياناً معينة يوجد نص دستوري يعهد بالمسألة صراحة إلى هيئة حكومية أخرى، على الرغم من قانونية هذه المسألة.

وبعرض أحكام المحكمة العليا الأمريكية، يتضح أنها تأخذ بواحد أو أكثر من الاعتبارات الخمسة المارة البيان.

وقد بينت المحكمة الدستورية العليا في مصر إن نظرية أعمال السيادة، وإن كانت في أصلها الفرنسي قضائية النشأة ولدت في ساحة القضاء الإداري الفرنسي، و تبلورت في رحابه، إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرجع إلى بداية نظامنا القضائي الحديث الذي أقرها بنصوص صريحة في صلب تشريعاته المتعاقبة المنظمة للمحاكم و مجلس الدولة. و آخرها ما ورد في قانوني السلطة القضائية و مجلس الدولة اللذين استبعدا أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري على السواء تحقيقاً للاعتبارات التي تقتضي - نظراً لطبيعة هذه الأعمال - النأي بها عن الرقابة القضائية وذلك لدواعي الحفاظ على كيان الدولة، واستجابة لمقتضيات أمنها في الداخل و الخارج و رعاية لمصالحها الأساسية. وقد وجدت هذه الاعتبارات صدى لدى القضاء الدستوري في الدول التي أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين فاستبعدت المسائل السياسية من نطاق هذه الرقابة، وهي صورة من أعمال السيادة التي لا تنبسط عليها رقابة القضاء في النظام المصري^(١).

(ج) خصائص الأعمال السياسية: بينت المحكمة العليا الأمريكية أن الأعمال السياسية تتميز بالخصائص التالية:

(١) الطعن رقم ٣ س ١ ق جلسة ٢٥ يونيو ١٩٨٣ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ١٥٥ .

- ١- يمثل مباشرة المحكمة للعمل تعدي على عمل أحد السلطتين التشريعية أو التنفيذية.
- ٢- غالباً ما يعهد الدستور بسلطة أخرى من سلطات الدولة بالاختصاص بمباشرة ذلك العمل.
- ٣- عدم صلاحية الضوابط القضائية للفصل في المنازعة.
- ٤- تعذر الفصل في المنازعة إلا على أساس انتفاء الاختصاص القضائي.
- ٥- سبق إفصاح مؤسسات حكومية عن رأيها في النزاع.
- ٦- ضرورة التمسك بقرار سياسي سابق^(١).

وأضافت المحكمة العليا في مصر عدة عناصر هامة:

الأول: أنها تتصل بسيادة الدولة في الداخل والخارج ولا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً للتقاضي لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تحويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته دون تحويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات في هذا الصدد، لأن ذلك يقتضي توافر معلومات وعناصر وموازن تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء، وذلك فضلاً عن عدم ملائمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء.

الثاني: الصبغة السياسية البارزة فيها لما يحيطها من اعتبارات سياسية فهي تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم وبما لها من سلطة عليا لتحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها والسهر على احترام دستورها والإشراف على علاقتها مع الدول الأخرى وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج^(٢). وبعبارة أخرى هي الأعمال التي تتخذها الدولة في حدود وظيفتها السياسية للمحافظة على سلامتها وأمنها^(٣).

(1) Erwin Chemerinsky: constitutional law. principles and policies 2006,p. 125 .

وفي نفس المعنى الدكتور محمود محمد حافظ: القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية ١٩٩٣ ص ٤٦.

(٢) الطعن رقم ٢٢ س ٦ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٧٧ مكتب فني ١ ج ١ ص ٣٢.

(٣) الطعن رقم ٥ س ٥ ق جلسة ٣ إبريل ١٩٧٦ مكتب فني ١ ج ١ ص ٤١٤.

(د) معيار الأعمال السياسية:

١- (في الفقه والقضاء):

أولاً: في الفقه: ظهر في الفقه والقضاء معايير ثلاثة لتحديد نطاق أعمال السيادة وتمييزها عن غيرها عن أعمال الإدارة، أولهما معيار الباعث السياسي، وثانيهما معيار طبيعة العمل، وثالثهما هو معيار القائمة القضائية^(١).

والمعيار السياسي، هو الذي قيل به في الفقه والقضاء الفرنسي، وتبعاً له يعتبر العمل الذي قامت به الحكومة عملاً من أعمال السيادة إذا كان الباعث عليه سياسياً أو كان الدافع إلى إصداره دافعاً سياسياً. وتطبيقاً لهذا المعيار إذا كان الدافع إلى إصدار العمل دافعاً غير سياسي عدّ العمل إدارياً وخضع بالتالي لرقابة القضاء. ومن ثم يجب البحث في كل حالة عما إذا كان باعث الحكومة سياسياً أو غير سياسي.

ولم يفلت هذا المعيار من النقد، فهو من ناحية معيار مرن وغير محدد؛ فالعمل الواحد يمكن وصفه بأنه عمل سيادة وحكومة إذا كان الغرض أو الدافع على إصداره غرض سياسي، وبأنه عمل إداري إذا لم تصفه الحكومة بأنه عمل سيادة أو عمل حكومة لانتهاء الغرض السياسي من إصداره. ومن ناحية أخرى فهو معيار بالغ الخطورة؛ لأنه يهدد حقوق الأفراد وحررياتهم بسبب مرونته وعدم تحديده، ومن ثم تستطيع السلطة التنفيذية أن تتهرب من الرقابة القضائية مستتره وراء باعث سياسي وتصفه بأنه باعث سياسي. ونتيجة لهذا النقد عدل مجلس الدولة الفرنسي عن مسلكه السابق، فهجر معيار الباعث السياسي عام ١٨٧٥ في قضية الأمير نابليون مفضلاً اعتناق معيار آخر جديد، وسأيرته في ذلك محكمة التنازع عام ١٨٨١ في قضية «مارجوني»، وكذلك غالبية الفقه الإداري^(٢).

(١) الدكتور ابراهيم عبد العزيز شيجا: مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني، ص ١٦٠ وما بعدها؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٦ ص ٥٦، ٥٧؛ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٠، ص ٧٨-٨٤.

(٢) الدكتور ابراهيم شيجا: المرجع السابق، ص ١٦٢؛ الدكتور أنور رسلان: المرجع السابق، ص ١١٠، ١١١؛ الدكتور =

والمعيار الذاتي معيار موضوعي، هو طبيعة العمل ذاته.

ورأى الفقه أن السلطة التنفيذية تقوم بوظيفتين: الأولى حكومية والثانية إدارية. فالأعمال التي تصدر عنها حينما تمارس وظيفتها الحكومية تعتبر أعمال سيادة. أما الأعمال التي تصدر عنها وهي تمارس وظيفتها الإدارية فتعتبر أعمال إدارة. وتطبيقاً لذلك إذا كانت الأعمال تعد بطبيعتها أعمالاً حكومية لصدورها عن السلطة التنفيذية، وهي تبشر وظيفتها الحكومية عدت أعمال سيادة وكانت بالتالي بمنأى عن أية رقابة قضائية. وأن الوظيفة الحكومية هي التي تتعلق بأمهات الأمور في الدولة والمسائل السياسية التي تتخذ بشأنها القرارات الكبرى والقرارات السياسية التي تؤثر في مستقبل الدولة. مثل إعلان الحرب والانضمام إلى حلف من الأحلاف، مما يعني أن الوظيفة الحكومية تتمثل في إصدار القرارات التي تهم الدولة كوحدة سياسية والمصالح الوطنية.

ورغم ما ينفرد به معيار طبيعة العمل وفقاً لنظرة موضوعية لا نظرة شخصية، مما يضيق من نطاق أعمال السيادة التي تفلت من رقابة المشروعية، لم يفلت من النقد، ولم يكتب له النجاح: فمن ناحية أولى يؤخذ عليه أنه يشوبه قدر كبيراً من الغموض والإبهام وعدم الوضوح؛ إذ يتعذر وضع حد فاصل بين الأعمال الحكومية والأعمال الإدارية. ومن ناحية ثانية، يؤخذ عليه أنه معيار مرن وغير قاطع ولا يصلح لوضع حد فاصل بين الأعمال الحكومية والأعمال الإدارية. ومن ناحية ثالثة هناك كثير من المسائل يمكن اعتبارها في ظروف معينة متصلة بالسياسة العليا في الدولة، وبالتالي يمكن إدخالها ضمن الأعمال الحكومية أو النشاط الحكومي، بينما يمكن اعتبارها في ظروف أخرى مسائل إدارية عادية أو النشاط الإداري، مثل تعيين شخص معين في وظيفة محافظ أو مدير جامعة. لذلك انتهى الفقه والقضاء على أن المعيارين السابقين (المعيار السياسي ومعيار طبيعة العمل) يتسمان بعدم الوضوح والتحديد ويستحيل الوصول عن طريقهما إلى التمييز بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة^(١).

=رمضان بطيخ: المرجع السابق، ص ٨١، ٨٢؛ الدكتور سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية «دراسة مقارنة» مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة السادسة ١٩٩١ ص ١٣٢؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٥٧.

(١) الدكتور ابراهيم شيحا: المرجع السابق، ص ١٦٥-١٦٦؛ الدكتور رمضان محمد بطيخ: المرجع السابق، ص ٨٣-٨٩=

والمعيار الثالث هو القائمة القضائية: هو عبارة عن تجميع قام به الفقه لأحكام القضاء الخاصة بأعمال السيادة وتصنيفها في مجموعات محددة على سبيل الحصر.

ويلاحظ أن القائمة القضائية تعد ذات طبيعة نسبية، فهي وإن تضمنت تحديداً لأعمال السيادة، فإن هذا التحديد لا يتصور ثباته وجوده، بل تبقى قابلة للتغيير والتطور تبعاً لتطور القضاء الدستوري ذاته. وللوقوف على أعمال السيادة يتعين الرجوع إلى القائمة القضائية للوقوف على حقيقة وطبيعة العمل الصادر عن السلطة التنفيذية^(١).

ويمكن تصنيف الأعمال التي تتضمنها القوائم القضائية إلى أربع مجموعات^(٢):

المجموعة الأولى الأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان. وتشمل على ما يلي:

أولاً: الأعمال التي تشترك بمقتضاها السلطة التنفيذية مع البرلمان في أداء وظيفته التشريعية، كقرارات السلطة التنفيذية الخاصة باقتراح القوانين، القرارات التي تصدرها الحكومة بسحب مشروع للقانون كانت قد تقدمت به للبرلمان، القرارات الصادرة من رئيس الدولة بالاعتراض على القوانين بعد إقرارها من البرلمان، والقرارات المتعلقة بإصدار القوانين ونشرها.

ثانياً: الأعمال التي تساهم فيها السلطة التنفيذية في شأن تشكيل البرلمان أو تكوينه، وتشمل: القرارات الصادرة من الحكومة بدعوة الناخبين لانتخاب أعضاء البرلمان، القرارات الصادرة من رئيس السلطة التنفيذية بدعوة البرلمان لدورته العادية أو لدورة استثنائية، القرارات الصادرة بفض دورات انعقاد المجلس العادية وغير العادية، والقرارات الصادرة بحل البرلمان أو بفض دورات انعقاد المجلس العادية أو غير العادية.

المجموعة الثانية: الأعمال التي تتصل بالشئون الخارجية للدولة، أي بعلاقة الحكومة بالدول والهيئات الدولية، وتشمل:

=الدكتور سليمان محمد الطماوي: المرجع السابق، ص ١٣٤؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٥٨.

(١) الدكتور أنور رسلان: المرجع السابق، ص ١١٢-١١٣.

(٢) الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٥٩ وما بعدها؛ الدكتور رمضان محمد بطيخ: الرقابة على أداء الجهاز الإداري، ص ١٣٩.

أولاً: ما تقوم به الدولة استعماراً لسيادتها في المجال الدولي، ومثال ذلك القرار الصادر بالاعتراف بالدول الأخرى أو بإنشاء علاقات مع دول أخرى أو قطعها. . الخ.

ثانياً: الأعمال المتصلة بالنشاط الدبلوماسي للسفارات والقنصليات بالخارج. ومن ذلك الأعمال التي يقوم بها ممثلو الدولة في الخارج المتعلقة بوظائفهم التي لها طابع دبلوماسي.

ثالثاً: الإجراءات الخاصة التي تصدر عن الحكومة في شأن تحديد الإقليم، كالقرار الصادر بضم أراضي جديدة إلى إقليم الدولة.

رابعاً: الأعمال المتعلقة بإتمام المعاهدات، وتشمل جميع الأعمال التي تتعلق بالمعاهدات من مفاوضات وتوقيع وتصديق وتفسير لأحكامها.

المجموعة الثالثة: الأعمال والعمليات الحربية: وتشمل جميع القرارات التي تتخذها الحكومة والسلطات العسكرية والوطنية والتي تكون لها علاقة مباشرة وحتمية بقيادة الحرب والعمليات الحربية، كقرار إعلان الحرب أو إنهائها، الإجراءات الخاصة بسير العمليات الحربية، القرار الصادر باحتجاز السفن الحربية والحجز عليها، واعتقال رعايا الدول الأعداء وإبعادهم وضع أموالهم تحت الحراسة. . الخ.

المجموعة الرابعة: بعض الأعمال الخاصة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي، كقرار إعلان الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ، ووضع القيود الأمنية.

واعتبار هذه الطائفة من الأعمال أعمالاً حكومية محل نقد كبير في الفقه الفرنسي؛ باعتبار أن الإجراءات أو التدابير التي تتخذها الدولة بقصد الحفاظ على سلامتها داخلياً وحماية لأمنها تجد مجالها في نظرية الظروف الاستثنائية، ويعترف القضاء للسلطة التنفيذية حيالها بسلطات واسعة لا تسمح بها الظروف العادية وذلك مع تقرير خضوع تلك الإجراءات للرقابة القضائية. وقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على اعتبار مرسوم إعلان الأحكام العرفية عملاً من أعمال السيادة، ولكنه عدل هذا التكييف في أحكامه الحديثة واعتبره عملاً من الأعمال الإدارية التي يقبل أن تكون محلاً للطعن بإلغائه أمامه. والاستثناء الوحيد الذي يقر به مجلس الدولة، فضلاً عن الفقه الإداري في فرنسا، هو القرار الصادر من رئيس الجمهورية بإعلان تطبيق المادة ١٦ من

الدستور الفرنسي - الخاصة بحالة الضرورة، فهو وحده الذي يعتبر عملاً من أعمال السيادة^(١).

واعتبرت محكمة التمييز الكويتية وضع القيد الأمني من أعمال السيادة، وإن كانت قد وصفته بأنه عمل مادي بحت تتخذه الجهات الأمنية حفاظاً على الأمن العام^(٢).

ورغم أن فكرة القائمة القضائية تعد أفضل وسيلة توصل إليها الفقه حتى الآن لتمييز وتحديد أعمال السيادة؛ فهي تعد معياراً واقعياً وليست معياراً تحكيمياً، لأن كل قرار صادر من السلطة التنفيذية، إنما يبحثه القضاء على حدة مراعيًا في ذلك جميع الظروف والملابسات التي أحاطت به، ثم يقرر بعد ذلك، ما إذا كان من أعمال السيادة أم من أعمال الإدارة، فضلاً عن أن أسلوب القائمة يعد في ذاته أسلوباً مرناً وقابلاً للتعديل، مما يجعله أكثر استجابة لما يطرأ على المجتمع من تغيرات وتطورات.

إلا أنه يؤخذ على فكرة القائمة القضائية أنه لا اتفاق عام من جانب الفقه حول مضمون ومحتوى تلك القائمة؛ لأن ما قد يعتبره البعض من أعمال السيادة قد لا يعتبره البعض الآخر كذلك. وقد يرجع السبب في ذلك إلى تباين تفكيرهم حول هذا العمل، وكذلك طريقة كل منهم في التحليل والاستنباط. فضلاً عن القضاء كثيراً ما يستخدم عبارات وصياغات تحتل أكثر من معنى، مما يؤدي بدوره إلى اختلاف وجهات النظر حول المقصود من هذه العبارات أو تلك الصياغات^(٣).

وعلى كل، فإن فكرة القائمة القضائية هي المعتمدة في الوقت الراهن، لتحديد أعمال السيادة وتمييزها عن أعمال الإدارة^(٤).

(١) الدكتور إبراهيم شبحا: المرجع السابق، ص ١٧٤-١٧٥؛ الدكتور محمود عاطف البنا: المرجع السابق، ص ٧٠-٧٢.

(٢) الدكتور عادل الطبطبائي: القيود الأمنية هل هي من أعمال السيادة أم مجرد أعمال مادية بحتة: تعليق على حكم محكمة التمييز بالطعن رقم ٥٣٩ لسنة ٢٠١٦ مدني (١) الصادر بجلسته ١٠/٧/٢٠١٧، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، س ٤١ العدد الرابع، ديسمبر ٢٠١٧، ص ٥٠٧ وما بعدها.

(٣) الدكتور محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ١٩٧٢ ص ١٠٨؛ الدكتور وحيد رأفت: رقابة القضاء لأعمال الدولة، الطبعة الثانية ١٩٤٢ ص ١٨٩ وما بعدها.

(٤) الدكتور رمضان محمد بطيخ: المرجع السابق، ص ٩١؛ ولسيادته أيضاً: الرقابة على أداء الجهاز الإداري، ص ١٤١.

ثانياً: في القضاء الدستوري:

١- في القضاء المقارن (الأمريكي): اعتبر القضاء المقارن أن بعض المسائل الدستورية لا

تقبل بطبيعتها الفصل قضائياً فيها، واعتبر المسائل التالية ذات طبيعة سياسية:

الأولى: إذا لم تتوافر لقضاة الشرعية الدستورية المعلومات اللازمة للفصل في النزاع، وتعذر

عليهم الحصول عليها.

الثانية: إذا كان ضرورياً توحيد القرار في بعض المسائل، وإحالتها إلى الأفرع السياسية التي

تتولاه بحكم مسئوليتها الأعرض.

الثالثة: إذا لم تكن لديهم معايير أو ضوابط ملائمة يستنهضونها لحل النزاع المطروح عليهم.

والواقع أن المسائل السياسية تحدد صوراً من القيود التي يطرحها الدستور على مباشرة قضاة

الشرعية الدستورية لولايتهم، ومن ثم تعد المسائل السياسية جزءاً من مفهوم أشمل يتصل

بالمسائل التي لا يجوز الفصل قضائياً فيها بوجه عام. وإذا كان قضاة الشرعية الدستورية يتجنبون

الخوض في المسائل السياسية، إلا أن المسائل السياسية لا قيام لها كلما كان الإخلال بقاعدة في

الدستور - كتلك الحماية القانونية المتكافئة - يولد حقاً هؤلاء الذين أضر بهم قانون أهدر هذه

القاعدة أو حد من تطبيقها، ومثال ذلك قضية (Baker V. Carr) والتي تتعلق بتقسيم أجزاء

مشروع الولاية للدوائر الانتخابية المختلفة في عدد سكانها، والتي كان من شأن اختلافها على هذا

النحو، أن صار للناخبين في الدوائر الانتخابية كثافة في عدد سكانها، أصواتاً وزنها أقل من وزن

أصوات الناخبين في الدوائر الأقل في عدد سكانها، بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة بين

هؤلاء وهؤلاء، واعتمد قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية على أساس أن المسائل

السياسية غير القضايا السياسية، وأن من سلطة المحكمة أن تفصل في كافة المسائل التي يطرحها

المتداعون عليها كلما كان أساسها مجاوزة اختصاص مقرر بالدستور، وأن معايير تطبيق شرط

الحماية القانونية المتكافئة فيما بين المواطنين بعضهم وبعض، يسهل إدراكها وتطبيقها، فلا يدخل

النزاع المتعلق بها في نطاق المسائل السياسية^(١).

(1) Pollac (Judicial power and politics of the people), Yale L J 81,88 (1962) see Also,=

وتحليل موقف القضاء المقارن بصفة عامة والقضاء الأمريكي بصفة خاصة يقود إلى القول بأن جهة الرقابة على الدستورية تتحلل أحد وجهات نظر ثلاث:

الأولى: وجهة نظر تقليدية، مؤداها تقيدها بمبدأ الفصل بين السلطات، فهي تلتزم بالفصل مبدئياً بالفصل في كل خصومة تعرض عليها، مالم تفسر المسائل التي تثيرها، بأن الدستور عهد بالفصل فيها إلى السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية.

ويدل على ذلك قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية (Baker V. Carr) في محاولتها لتأصيل المسائل السياسية، من خلال عدد من المعيار التالي، وهو الاختصاص، مؤداه أن يكون الدستور قد اختص بصورة واضحة السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية بالمسألة محل النزاع.

الثانية وجهة نظر تحوطية، مؤداها أن تتوقى بها جهة الرقابة على الدستورية الفصل في موضوع النزاع كلما كان الفصل فيه يقتضيها التخلي عن مبدأ هام أو التضحية بهيتها.

وهناك ثلاثة معايير أبرزتها المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية (Baker V. Carr) في محاولتها لتأصيل المسائل السياسية.

الأول: مسائل يستحيل على جهة الرقابة على الدستورية أن تصدر قراراً بشأنها تستقل به عن السلطتين التشريعية والتنفيذية دون تتجاهل فريضة الاحترام التي ينبغي أدائها لهاتين السلطتين.

الثاني: ألا يكون أمام جهة الرقابة على الدستورية خيار غير الانضمام إلى قرار سياسي صدر فعلاً.

الثالث: رجحان الوقوع في الحرج من جراء صدور أكثر من قرار في موضوع واحد من أكثر من فرع من فروع الحكومة.

الثالثة: وجهة نظر وظيفية، مؤداها التزام جهة الرقابة على الدستورية بأن تولي اعتبارها لكافة العوامل التي تحول دون أدائها لوظيفتها القضائية بالطريقة السليمة. ويندرج تحتها صعوبة

=Bonfield v Carr ;new Light on the Constitutional Guarantee of Republican Government 50 Calif L Review ,245,243-55 (1963).

حصولها على المعلومات الكافية للفصل في الخصومة المطروحة عليها، وضرورة صدور قرار واحد في المسائل موضوعها، والمسئولية الأكبر الملقاة على عاتق السلطة التشريعية أو التنفيذية في شأن هذه المسائل.

وهناك معياران هامين رددتهما المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية (Baker V. Carr) في محاولتها لتأصيل المسائل السياسية.

الأول: مسائل لا تتوافر لجهة الرقابة على الدستورية بشأنها المستويات القضائية التي تمكنها من البصر بها والارتكان إليها لحل النزاع المطروح، ولا تتوافر بالتالي لهذه الجهة معايير واضحة تمسكها بيدها وضوابط قاطعة تستلهمها في حل النزاع.

الثاني: مسائل يستحيل الفصل فيها قضائياً قبل أن تحدد جهة غير قضائية سياستها المبدئية بشأنها.

والجامع لهذه الضوابط أو المعايير التي حددت بها المحكمة العليا الأمريكية مفهوم ونطاق المسائل السياسية التي تخرج عن حدود الوظيفة القضائية، أن هذه المسائل جميعها مستعصية بطبيعتها على الفصل قضائياً فيها لاعتبار كامن فيها؛ لا لأن ثمة مناطق من الدستور ينبغي حجبها عن السلطة القضائية فلا تمد بصرها إليها، وإنما لأن الدستور عهد بالفصل فيها إلى غير السلطة القضائية، فلا يجوز أن تقحم نفسها فيها^(١).

وقد انتقد البعض اتجاه المحكمة العليا الأمريكية، وانتهى إلى أن جهة الرقابة على الدستورية كان يكفيها إما أن تقرر أن المسائل التي تدخل في الولاية المنفردة للسلطة التشريعية والتنفيذية، لا تجوز رقابتها قضائياً، وإما أن تقرر انتفاء مصلحة المدعي في الخصومة الدستورية في الطعن على المسائل التي تراها من طبيعة سياسية، أو تعلن صعوبة تقرير الترضية القضائية الملائمة في شأنها^(٢).

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ٤٦٣، ٤٦٤ ص ٧٥٩-٧٦١.

(2) HEKIN: IS there a (political Question) Doctrine 58 Yale Law Review, 607-17 (1976).

وقد عارض البعض هذا الاتجاه للأسباب التالية^(١):

أولاً: أن السلطة التي ينبغي توزيعها بما يحول دون تنازع الأفرع التي تمارسها أو تنافسها فيما بينها، ولا يجوز أن تتخذ من غموض نصوص الدستور موطئاً لهدم قاعدة الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من ناحية والسلطة القضائية التي تكافئها في وزنها من ناحية أخرى؛ باعتبار أن لكل سلطة ولاية تحدد على ضوء طبيعة وظائفها والأغراض المقصودة من إسنادها إليها، وفي منطقة الفصل هذه، تظهر المسائل السياسية في الأعم من تطبيقاتها، ومما يناقض الوظيفة التي تقوم عليها جهة الرقابة على الدستورية أن تقحم نفسها في مسائل اختصاص الدستور بها السلطة التشريعية أو السلطة القضائية، وفوضهما باتخاذ القرار النهائي فيها.

ثانياً: لئن جاز القول بأن نصوص الدستور تقبل بطبيعتها تنفيذ أحكامها في مواجهة المخاطبين بها، إلا أن نظرية المسائل السياسية، لا تفترض في جهة الرقابة أن تكون - عمياء بالنسبة إلى مناطق الدستور؛ ذلك أن هذه الجهة لا تتخلى عن وظيفتها حين تنظر إلى بعض المسائل الدستورية بوصفها من طبيعة سياسية، ولكنها تقرر فحسب - وفي حدود سلطتها في تفسير الدستور - أن العمل أو الإجراء الصادر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية في موضوع معين، لا يولد حقوقاً يجوز تنفيذها قضائياً، وفرضها بالتالي على هاتين السلطتين، ومن ثم عليها أن تفصل ابتداء فيما إذا كان العمل أو الإجراء الصادر عن إحدهما يدخل في إطار المهام التي اختصها الدستور بها، وقصرها عليها.

ومؤدى ذلك، أن ما ينبغي أن تخوض جهة الرقابة على الدستورية فيه، هو ما إذا كان في استطاعتها أن تترجم مبدأ أو أكثر كامناً وراء نص في الدستور، إلى قيد على السلطة التشريعية أو التنفيذية؛ ذلك أن الإخلال بالقيد هو وحده الذي يقرر الحقوق الفردية التي يجوز طلبها وتنفيذها قضاء من خلال تخريجها على نصوص الدستور بعد تفسيرها. فلا تنفصل نظرية المسائل السياسية في جوهرها عن المسائل التي يجوز الفصل قضائياً فيها، وفي ذلك تحديد لمجال الوظيفة القضائية وتقرير لتخومها. ولذلك قررت المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، رقم ٤٦٦ ص ٧٦١-٧٦٦.

أن الفصل فيما إذا كانت الحكومة القائمة في الولاية هي الحكومة الشرعية أم أن الثوار الذين يحدون سلطتها وينازعون فيها، هم الأجدر بتولي شئونها لا يدخل في اختصاصها، بل ينفرد الكونجرس بالفصل فيه.

ثالثاً: أن الأعمال السياسية لا تعتبر سياسية بناء على درجة أهميتها للسلطة التشريعية أو التنفيذية؛ باعتبار أن المسائل أو الأعمال السياسية غير القضايا السياسية؛ فمن القضايا السياسية أعملت المحكمة العليا الأمريكية رقابتها عليها، عدم مراعاة قواعد تقسيم إحدى الدوائر الانتخابية، على نحو يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة بين الناخبين.

رابعاً: أن مفهوم المسائل السياسية ليست إلا استثناء من أصل خضوع المسائل الدستورية للرقابة على الشرعية، ولا يحول هذا الأصل دون النظر إلى بعض المسائل الدستورية باعتبار أن جهة الرقابة على الدستورية غير مهيأة للفصل فيها بالنظر إلى طبيعتها، كالمسائل الحيوية التي لا يجوز أن يكون للدولة فيها غير صوت واحد، كتلك المتعلقة بإدارة الشئون الخارجية، ولا يتصور بالتالي أن يعدل حكم قضائي من بنیان السياسة الخارجية التي تستقل السلطان التشريعية والتنفيذية برسمها، ولا أن يوجهها بما يضر بمصالحها، خاصة وأن خطأ جهة الرقابة على الدستورية في مجال تقييم هذه المسائل الدستورية، قد يكون فادحاً في تكلفته، وقد يعوق تنفيذ تدابير لها صلة وثيقة بالأمن القومي كإدارة الدولة لعملياتها الحربية.

ولذلك يتعين أن تتقيد جهة الرقابة على الدستورية في هذه الأحوال وما يماثلها أن يكون موقفها قائماً على التحوط، وأن تنظر إلى نفسها، لا باعتبارها جهة قضائية خولها الدستور سلطة الاعتراض على كل قانون، وكل إجراء أو تدبير صدر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية، وإنما بوصفها نقطة التوازن بين سلطتين أخريين منتخبين، لكل منهما اختصاصاتها التي كفلها الدستور، وينبغي أن يتاح لها قدر من حرية التقدير فيما تنفردان به من الشئون، ما فتتاً ملتزمين بحدود الولاية التي حددها الدستور لكل منهما.

خامساً: أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لا تتخلى عن مسؤوليتها في ضرورة ضبط المسائل السياسية، وتقرير ما يندرج تحتها أو يخرج عنها. وهي تعيد ضبطها وحصرها في أضيق

نطاق، خاصة أن عنصر الزمن كثيراً ما يدخل تغييراً على مفاهيمها بما يعدل مما كان مستقراً من ثوابتها، فلا تتسع دائرتها، ولا تتحول المسائل السياسية إلى جوامد تفرضها نفسها على جهة الرقابة على الدستورية، وكأنها الحقيقة التي لا تتبدل، وإنما يظل نطاق المسائل السياسية مرناً منحصراً في حدود منطقية، ونائياً عن معايير جامدة لها قوالبها الصماء التي تصيبها فيها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

وأوضح مثال على ذلك أن تقسيم السلطة التشريعية للدوائر الانتخابية، كان يعامل باعتباره من الحقوق الثابتة التي لا يجوز نقضها، وكان ينظر إلى الطريقة التي نهجتها هذه السلطة لإجراء ذلك التقسيم باعتباره من إطلاقتها، وأن جهة الرقابة على الدستورية مجردة من الوسائل القضائية التي تعيد بها تقسيم هذه الدوائر بما يكفل تناسباً قدر الإمكان بين عدد سكانها والمقاعد المخصصة لها في المجلس ذات الصفة التمثيلية. ولا يجوز لها بالتالي أن تقحم نفسها في أدغال سياسية تنغلق دروبها عليها وتتوه بين أغصانها في تشابكها وتعقدها. وقد تحول هذا المفهوم اليوم من النقيض إلى النقيض؛ إذ صار ثابتاً أن هذه الأدغال لا وجود لها إلا في عقل من يتوهمونها، وأن ما تراه السلطة التشريعية ملائماً من النظم والدوائر الانتخابية، سواء في مضمونها أم في تقسيماتها، مشروط بضمانها للحقوق السياسية لمواطنيها، والتي يندرج تحتها أن تتكافأ أصواتهم في وزنها، وأن يكون لكل دائرة انتخابية عدد من المقاعد في المجالس التمثيلية يتحدد قدر الإمكان بمراعاة عدد سكانها.

سادساً: أن تمييز السلطة التشريعية أو التنفيذية بين مواطنيها، لا يجوز أن يعامل كتعبير عن سياسة اختطتها لا تجوز مناقشتها فيها؛ باعتبار أن كل تمييز غير مبرر لا يدل إلا على تحكمها وتشهيقها، ويستحيل أن يكون عملاً سياسياً.

سابعاً: أن صعوبة الفصل في بعض المسائل الدستورية أو تشابكها في العناصر التي تقوم عليها، لا يحيلها بالضرورة إلى مسائل سياسية تغاير في نوعها - لا في درجتها - غيرها من المسائل الدستورية التي تنفرد جهة الرقابة على الدستورية أصلاً بالفصل فيها، ووعليها بالتالي أن تتخذ قراراتها في كل شأن يتعلق بوظيفتها القضائية، استقلالاً عن السلطين التشريعية والتنفيذية، ولو كان قضاؤها في المسائل الدستورية المطروحة عليها يصادم توجهاً لإحدهما أو يحرجهما.

ثامناً: أن امتناع الفصل قضائياً في المسائل السياسية مرده أن تدخل جهة الرقابة على الدستورية فيها، لن يسعفها في أن تستخلص من نصوص الدستور المدعي مخالفتها لأحكامها، حقوقاً فردية لأصحابها، وأن اقتحام هذه المسائل كثيراً ما يقترن بآثار ضارة عليها أن تتجنبها، ويندرج تحتها أن تتمرد السلطان التشريعية والتنفيذية عليها، فلا تنفذان أحكامها فيما اختصاصهما الدستور بتقريره، ولا يتصور بالتالي أن تصدر جهة الرقابة على الدستورية قراراً سياسياً في موضوع الخصومة التي تنظرها، وإنما تقتصر مهمتها على الفصل بحكم تصدره في المسائل القانونية التي تثيرها هذه الخصومة.

تاسعاً: أن نصوص الدستور لا يجوز أن تفسر بأن رصد كل خروج عليها أمر تتولاه السلطان التشريعية والتنفيذية دون غيرهما في نطاق المحاسبة السياسية، وليس على صعيد المسؤولية القانونية.

وقد سطر البعض بعض الملاحظات الهامة بشأن المسائل السياسية، لعل أهمها^(١):

١- أن السلطة التي تباشرها جهة الرقابة على الدستورية في مجال التفسير النهائي للدستور، هي الضمان القاطع لإنهاء كل جدل حول مضمونه، ومباشرتها لهذه السلطة ليس من شأنه إحراج السلطين التشريعية والتنفيذية أو إحداهما، أو تجريحها، أو منطحتها في طريقة فهمها للدستور؛ إذ لا يجوز أن نفترض توافقاً فيما تراه جهة الرقابة على الدستورية وهاتين السلطين تفسيراً صائباً لأحكامه، فلا يكون أمام هذه الجهة إلا أن تتحمل بمسئوليتها القضائية، فصلاً في المسائل الدستورية التي طرحتها الخصومة القضائية، وبغض النظر عن آثار حكمها.

٢- أن المسائل التي تتصل بإدارة السلطة التنفيذية لشئون علاقتها الخارجية، سواء كان قرارها فيها منفرداً أم بالتعاون مع السلطة التشريعية، لا تعتبر جميعها من المسائل السياسية؛ باعتبار واقعة إبرام معاهدة دولية أو إنهاء العمل بها، وإن صح اعتبارها من المسائل السياسية، إلا أن الفصل في دستورية المعاهدة، سواء من جهة الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها أم

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظها الرئيسية، رقم ٤٦٧ ص ٧٦٦-٧٧١.

من ناحية توافق أحكامها مع مضمون نصوص الدستور، يظل حقاً لجهة الرقابة على الدستورية، كذلك يجوز لهذه الجهة إذا لم يكن قد صدر قرار عن السلطة التشريعية بإنهاء معاهدة أبرمتها أن تفسر الأوضاع التي أحاطتها بعد العمل بها بما يفيد زوال آثارها.

وإذا كان القرار بإنهاء معاهدة دولية مقتضياً تدخلاً من السلطة التشريعية وفقاً للدستور، فإن قرار رئيس الجمهورية بالتحلل منها، يكون مخالفاً لأحكامه يستنهض الولاية التي تباشرها جهة الرقابة في شأن المسائل الدستورية؛ لأن تلك الجهة إنما تطبق قواعد الدستور التي وزع بها الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وهي قواعد لا يحتاج تطبيقها إلى موازين تفتقر إلى السلطة القضائية.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم الاعتداد بكل من الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بجلسة ٢١ يونيو ٢٠١٦ في الدعويين رقمي ٤٣٧٠٩، ٤٣٨٦٦ لسنة ٧٠ «قضائية» والمؤيد بالحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا «دائرة فحص الطعون» بجلسة ١٦ يناير ٢٠١٧ في الطعن رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ «قضائية عليا»، والحكم الصادر من محكمة مستعجل جنوب القاهرة بجلسة ٢ أبريل ٢٠١٧ في الدعوى رقم ١٢١ لسنة ٢٠١٧ «مستعجل القاهرة» المؤيد بالحكم الصادر من محكمة جنوب القاهرة بجلسة ٢٨ مايو ٢٠١٧ في الاستئناف رقم ١٥٧ لسنة ٢٠١٧ «مستأنف تنفيذ موضوعي جنوب القاهرة». وأقامت قضاءها تأسيساً على أن العبرة في تحديد التكليف القانوني لأي عمل تجريه السلطة التنفيذية، لمعرفة ما إذا كان من أعمال السياسة أم لا، وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة، رهن بطبيعة العمل ذاته، فإذا تعلق العمل بعلاقات سياسية بين الدولة وغيرها من أشخاص القانون الدولي العام، أو دخل في نطاق التعاون والرقابة الدستورية المتبادلة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية؛ عدَّ عملاً من أعمال السياسة، وبالبناء على هذا النظر؛ فإن إبرام المعاهدات والتوقيع عليها تعد من أبرز أمثلة هذه الأعمال، وذلك من وجهين: الأول: تعلقها بعلاقة بين السلطة التنفيذية، ممثلة للدولة، وبين سائر أشخاص القانون الدولي العام، من دول ومنظمات دولية، في مراحل التفاوض والتوقيع والتنفيذ، الثاني: وقوعها في مجال الاختصاص المشترك، والرقابة المتبادلة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، فبمقتضى المادة (١٥١) من الدستور يراقب مجلس النواب

السلطة التنفيذية فيما تبرمه من معاهدات، وله أن يوافق أو يرفض ما يدخل منها في اختصاصه بموجب الفقرة الأولى من المادة المذكورة، كما له تقرير ما إذا كانت تلك المعاهدات تتعلق بالفقرتين الثانية والثالثة من المادة ذاتها، فيُحال ما يندرج منها في الفقرة الثانية للاستفتاء، ويمتنع عن الموافقة، بأية صورة، على ما يتعلق منها بالنزول عن شيء من إقليم الدولة أو ما يخالف الدستور، وسلطة البرلمان في ذلك سلطة حصرية لا يشاركه فيها غيره، فإذا ما استنفذ مجلس النواب سلطاته، كان ملاك الأمر، مرة أخرى، لرئيس الجمهورية وحده، بما له من سلطة، إن شاء صدق على المعاهدة، وإن شاء أبى، وذلك كله وفقاً لتقديراته السياسية وما يتطلبه صون المصالح العليا للبلاد. وأنه يمتنع على السلطة القضائية بجميع جهاتها ومحاكمها التدخل في أي من هذه الشؤون جميعها حتى تمامها، فإذا نُشرت المعاهدة وفقاً للأوضاع المقررة في الدستور، وأصبح لها قوة القانون، جاز مراقبتها قضائياً من وجهين، الأول: رقابة استيفائها للشروط الشكلية المقررة في الدستور، الثاني: الرقابة الموضوعية للمعاهدة، وهي رقابة تجب موجباتها في نص الفقرة الأخيرة من المادة (١٥١) من الدستور، التي حظرت مخالفة المعاهدة لأحكام الدستور كافة، وهذه الرقابة القضائية على المعاهدات، من وجهيها، هي رقابة دستورية وليست رقابة مشروعية، وهي، بهذه المثابة، منوطة استثنائاً بالمحكمة الدستورية العليا، لا تشاركها فيها جهة قضائية أخرى أيّاً كانت.

ولذلك فإن توقيع ممثل الدولة المصرية على اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين حكومتي جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية يعد، لا ريب، من الأعمال السياسية، وإذا كان الحكم الصادر في الدعويين رقمي ٤٣٧٠٩، ٤٣٨٦٦ لسنة ٧٠ قضاء إداري «والمؤيد بالحكم الصادر من دائرة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٤٢٣٦ لسنة ٦٢ ق «عليها»، قد خالف هذا المبدأ، بأن قضى باختصاص القضاء الإداري بنظر صحة توقيع ممثل الدولة المصرية على اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين حكومتي جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية، حال كونه ممنوعاً من ذلك، على نحو ما سلف، عدواناً على اختصاص السلطة التشريعية، فإنه يكون خليفاً بعدم الاعتداد به.

وحيث إن المادة (١٩٠) من الدستور تنص على أن «مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة،

يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه.....»، وكان الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٢١ لسنة ٢٠١٧ مستعجل القاهرة المؤيد بالحكم الصادر في الاستئناف رقم ١٥٧ لسنة ٢٠١٧ مستأنف تنفيذ موضوعي جنوب القاهرة قد خالف هذا النظر، وفصل في منازعة تنفيذ موضوعية متعلقة بحكم صادر من المحكمة الإدارية العليا، فإنه يكون قد انتحل اختصاصاً ممتنعاً عليه دستورياً، ويكون، والحال كذلك، حقيقةً بعدم الاعتداد به^(١).

٣- أن اعتبار الأعمال التي خص الدستور بها السلطة التنفيذية أو التشريعية من الأعمال السياسية، لا يتوخى غير ضبط الإيقاع في الدولة، ولا يتصور بالتالي أن يكون التحكم أو انفراط عقد النظام العام من مقوماتها أو نتائجها.

٤- كلما كان الفصل في الخصومة الدستورية متضمناً اختراق عناصر من طبيعة سياسية، خرج موضوعها عن إطار المسائل التي يجوز الفصل قضائياً فيها.

٥ - أن تقرير ما إذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية امتياز وفقاً للدستور، يقتضي أن تفصل جهة الرقابة على الدستورية أولاً فيما إذا كان الدستور قد خولها هذا الامتياز، وعليها بعدئذ أن تحدد مدها؛ لأن الأصل في كل امتياز مقرر بناء على نص في الدستور، هو أن يفسر في حدود ضيقة لضمان خضوع الدولة بكل سلطاتها. وإذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تتذرع بنصوص الدستور للدفاع عن اختصاص كفله الدستور لها، فإن شرط ذلك هو أن تتقيد بالضوابط التي فرضها الدستور عليها للحصول على الحقوق التي يخولها هذا الاختصاص.

وأساس ذلك أن كل امتياز ليس مطلقاً، بل يتعين أن يكون موصوفاً، ومقيداً بالأغراض التي يتوخاها، فإذا جاوزتها السلطة التشريعية، ولو كان قرارها في ذلك بأغلبية ثلثي أعضائها، تعين ردها على أعقابها، وإلزامها بالحدود التي فرضها الدستور على نشاطها، والتي لا يجوز إبدالها من خلال اقتراع السلطة التشريعية على تجاوزها.

(١) الطعن رقم (١٢) س ٣٩ «قضائية تنازع» جلسة ٣ مارس ٢٠١٨، الجريدة الرسمية العدد ٩ مكرر (ج) في ٧ مارس ٢٠١٨.

٦- أن التحوط في مجال الفصل في المسائل الدستورية، وإن ألزم جهة الرقابة على الدستورية بأن لا تنزلق في نزاع شجر بين السلطين التشريعية والتنفيذية، وألا تستبق الفصل فيه قبل أن تنهياً لهما فرص حله بطريقة هادئة، ومن خلال الوسائل السياسية لا القانونية، إلا أن ذلك مشروط بأن لا تحتكم إحداهما في خلافها مع الأخرى، لأحكام الدستور ذاتها من خلال الخصومة الدستورية. وأساس ذلك أن النزاع بين هاتين السلطين - وكلما انحل إلى عدوان من إحداهما على الولاية التي أثبتتها الدستور لشريكها في الحكم - لا يدخل في إطار المسائل السياسية، ولا يعتبر من جنسها.

٧- كلما كانت المعايير التي تطبقها جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل في النزاع المعروض عليها - سواء تعلق الأمر بمضمون هذه المعايير أم بمستوياتها - لا توصلها إلى حل لموضوع الخصومة الدستورية، فإن المسائل التي طرحها هذه الخصومة، تعتبر بناء على هذا الاعتبار وحده من المسائل السياسية.

٨- تفترض المسائل الدستورية في بعض تطبيقاتها، ألا تعيد جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، تقييم قرار صدر عن السلطة التنفيذية أو التشريعية في مسائل اختصاصها الدستور بالحكم عليها. ولكن تظل جهة الرقابة على الشرعية الدستورية مختصة بالفصل فيما إذا كان الدستور قد خول هاتين السلطين أو إحداهما، سلطة اتخاذ هذا القرار؛ لأن حدود هذه السلطة من المسائل التي تفصل هذه الجهة فيها وفقاً للدستور، ولا شأن لها بالتالي بالتقدير السياسي. وتطبيقاً لذلك يتعين النظر إلى إلغاء السلطة التنفيذية لمعاهدة دفاع كانت قد أبرمتها مع إحدى الدول بعد اعترافها بدولة أخرى كممثل وحيد لشعبها باعتباره من المسائل السياسية؛ ذلك أن إلغائها معاهدة الدفاع المشار إليها نتيجة مترتبة بالضرورة على سلطتها في أن تقرر بنفسها أن دولة أجنبية تمثل شعبها، أو التخلي عن اعترافها بشرعيتها.

٩- إذا شرط الدستور لجواز إجراء معين - كالتصديق على معاهدة دولية - تدخل السلطة التشريعية، فإن اتخاذ هذا الإجراء بغير الرجوع إليها يعتبر مخالفاً للدستور، ولا يندرج بالتالي في إطار الأعمال السياسية.

١٠ - طلب الحصول من خلال الخصومة الدستورية على حقوق سياسية يكفلها الدستور، لا يفيد بالضرورة أن المسائل المثارة من طبيعة سياسية.

١١ - من الصعب إن لم يكن من المستحيل وضع معيار عام يشمل جميع صور المسائل السياسية؛ لأن مثل هذا المعيار إن وجد يكون عصياً على التعديل لجموده، وغير ملائم كذلك لمفاهيم المسائل السياسية المتغيرة والمتطورة عناصرها في إطار من التقييم المتواصل للصور التي تندرج تحتها، وإن ظل تكييفها دائراً حول تعذر الفصل قضائياً فيها، إما بناء على نص في الدستور أو لتعارض الفصل فيها وخصائص الوظيفة القضائية التي تفترض التحوط في من جهة، وتوافر الموازين الدقيقة والمعلومات الكافية التي يتهىأ بها الفصل في المسائل الدستورية.

وفي ضوء هذا المعيار العام تتحدد للمسائل السياسية ملامحها الرئيسية، فلا تكون حركتها غير تماوج يتصل بالرقابة على الشرعية الدستورية في توثبها وتراجعها، في اتساعها وانكماشها في ترددتها واندفاعها.

١٢ - أن جهة الرقابة على الدستورية لن تحقق الآمال المعقودة عليها بإسرافها في تطبيق نظرية الأعمال السياسية. ولن ترتبط جرأتها كذلك بغلها يدها عن تطبيقها في حدود منطقية تتوازن بها شروط مباشرتها لوظيفتها القضائية - على ضوء خصائص هذه الوظيفة ومتطلباتها - بالقيود الضرورية التي تفرضها كوابحها، ويقتضيها حذرهما.

١٣ - اضطرد القضاء المقارن على ضابطين يهيمنان على نظرية الأعمال السياسية، هما: ملائمة اتخاذ السلطة التنفيذية أو التشريعية لقرار نهائي في المسائل التي اختصها الدستور بها، وكذلك انتفاء المعايير والموازين التي تفصل السلطة القضائية على ضوئها في المسائل التي طرحها الخصومة الدستورية.

ويعد المعيار الثاني الأكثر منطقية لضبط المسائل السياسية؛ لأن الفصل في الخصومة الدستورية يفترض دائماً أن يتوفر لقضاة الشرعية الدستورية المعلومات الكافية والموازين الدقيقة مستوياتها، الملائمة مداخلها، والتي يتهىأ لهم بها الحكم على أعمال ممارستها السلطة التنفيذية أو التشريعية تقييماً لها.

١٤ - كلما ناهض امتياز مقرر للسلطة التنفيذية إحدى القيم التي احتضنها الدستور، تعين على جهة الرقابة على الدستورية أن توازن بينهما، وأن تصدر حمها على ضوء هذه الموازنة.

ويتناول البحث أبرز هذه الامتيازات للقضاء الأمريكي، وهما:

أولاً : الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية في ضمان سرية أحاديثه مع معاونيه: كان الرئيس الأمريكي «نيكسون» يرتب لإعادة انتخابه رئيساً للجمهورية عن مدة ثانية، وحتى يدعم فرص إعادة انتخابه أمر عدداً من معاونيه باقتحام مقر الحزب الديمقراطي في «وترجيت» ووضع أجهزة التنصت على ما يدور فيه حتى يقف على الصورة الكاملة للخطط التي وضعها هذا الحزب في معركة إعادة الترشيح للرئاسة. وفي ١٧ يونيو ١٩٧٢ كشفت الصحافة عن حقيقة عن هذا الاقتحام. وأسفر التحقيق عن اتهام سبعة أشخاص من معاوني الرئيس بجرائم مختلفة من بينها إعاقة العدالة والتآمر للتدليس على الولايات المتحدة الأمريكية.

وقد أصدرت إحدى المحاكم الأمريكية أمراً يلزم رئيس الجمهورية المذكور بأن يقدم إليها الشرائط التي سجل عليها بعض أحاديثه مع عدد من معاونيه لصلتها باتهام جنائي قائم. ولكن رئيس الجمهورية رفض تنفيذ هذا الأمر، متذرعاً في ذلك أن للسلطة التنفيذية امتيازاتها التي لا يجوز نقضها من خلال هذا الإلزام، حتى لا يفقد معاونيه ثقتهم في سرية مناقشاتهم مع رئيس الجمهورية، فلا يعبرون بصدف عن آرائهم، وإنما يترددون في الإدلاء بها، ويتحفظون من المسؤولية عنها، فلا تتسم هذه الآراء بالموضوعية والتجرد، ولا يخلص رئيس الجمهورية بالنصيحة الصائبة التي يتخذ على ضوءها قراراته ويتحمل المسؤولية عنها.

بيد أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قضت في ٢٤ يوليو ١٩٧٣ بعدم دستورية استخدام الرئيس لسلطته التنفيذية لحجب أجزاء من الأشرطة، وفي ٣٠ من يوليو يتم الكشف عن محتويات الأشرطة كاملة. وفي ٢٨ يناير ١٩٧٤ أدين الرئيس «نيكسون» بتهمة الكذب على الـ (FBI)، وفي الأول من مارس ١٩٧٤ صدر الحكم النهائي في حق المتهمين السبعة في قضية التجسس، وتم الإشارة إلى الرئيس «نيكسون» كمشارك في تلك القضية.

وحسبنا حكم العليا للولايات المتحدة الأمريكية التي قضت أنه مع تسليمها بأن للسلطة

التنفيذية امتيازاتها التي لا يجوز انكارها، إلا أن حكمها كان قاطعاً في أن امتيازات تلك السلطة مقيدة بحدود لا يجوز تخطيها. وقد شيدت قضائها على الدعائم التالية:

الأولى: أن اتخاذ رئيس الجمهورية لقراراته ينبغي أن يقوم على التحليل الموضوعي لعناصرها على ضوء المفاضلة التي يجريها بين الآراء التي يطرحها عليه معاونوه - أيّاً كان مضمونها أو درجة حدتها أو اندفاعها أم مساسها بآخرين - وكذلك بمراعاة حريتهم في أن يبصروه بما يرونه صواباً في المسائل يناقشونها، وهم واثقون من كتمانها حتى لا يسألهم أحد يوماً عنها.

الثانية: أن الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية لضمان سرية أحاديثه مع الدائرة الضيقة لمعاونيه، فلا تنتهبها آذان أو وسائل علمية تريد اختراقها، وإن كفل لرئيس الجمهورية أفضل الوسائل لتحديد خياراته، وتقرير السياسة التي يلتزمها في المسائل القومية، إلا أن هذا الامتياز ينبغي أن يتوازن بمبدأ الخضوع للقانون، وهو مبدأ ظل تاريخياً قاعدة للحياة الأمريكية، خاصة في مجال إدارة العدالة الجنائية التي يحكمها مبدأان هما: أن يردع الجناة فلا يفلتوا من جرائمهم، وأن يطلق سراح الأبرياء حتى لا يعانون.

الثالثة: أن كل واقعة يقوم عليها الاتهام الجنائي يتعين قيام الدليل عليها، وإغفال تحقيقها يضر بالعدالة الجنائية ويهدنها فلا تقوم على ساقها، وعرض واقعة الاتهام بصورة مبتسرة أو إغفال أدلتها أو بعض جوانبها، لا يظهر حقيقتها، ولا يقيم الدليل على عناصرها.

الرابعة: أن لجهة الاتهام حمل الجهة التي لديها دليل يتعلق بالتهمة الجنائية على أن تقدمه إليها لنفي التهمة أو اثباتها. فإذا لم يكن لذلك الدليل صلة بها أو كان لا يجوز القبول به قانوناً، فإن حمل رئيس الجمهورية على تقديمه لا يجوز احتراماً من السلطة القضائية لحقوقه الثابتة في كتمان أحاديثه مع معاونيه، حتى ما كان منها محدود الأهمية؛ لأن أحاديثه قد تتناول عرضاً رؤساء دول أو زعماء بارزين، ويتعين كأصل عام حجبها عن من يريدون اختراقها.

الخامسة: كلما كان امتناع رئيس الجمهورية عن تقديم دليل يفيد في تحقيق الدعوى الجنائية، ولا يتصل بأسرار سياسية يجب الحفاظ عليها، ولا بضرورة يقتضيها الأمن القومي، فإن إخفاءه يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة، ويهدر الوظيفة القضائية في أعماق توجهاتها، ويخل بما

هو مقرر من أن لكل تهمة جنائية واقعتها التي لا يتصور إثباتها أو نفيها إلا من خلال أدلتها. فضلاً عن أن المصلحة الرئيسية لرئيس الجمهورية في كتمان حواراته مع معاونيه لا يجهضها أن تتصل المحكمة الجنائية بجزء محدود منها يرتبط بالاتهام الجنائي برابطة وثقى.

السادسة: أن الذين يعاونون رئيس الجمهورية في المهام المكلف بها، لا يترددون في عرض آرائهم عليه عرضاً أميناً، لمجرد أن بعض جوانبها التي تتصل باتهام جنائي قائم، قد يباط اللثام عنها. وليس لأقوال رئيس الجمهورية وتعليماته وأحاديثه حصانة تمتد إلى كل صورها حتى ما تعلق منها بدعوى جنائية لا يتصور الفصل فيها بغير أدلتها، وإنما يتعين موازنة امتياز رئيس الجمهورية في سرية أقواله وتعليماته وحواراته، بأثر هذه السرية في صورتها المطلقة على قواعد إدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة.

السابعة: إذا كان من الصحيح أن قدراً من السرية يتعين إضافؤه على بعض الوثائق أو على صور من الحوار بقدر تعلق هذه السرية بمصالح جوهرية لها وزنها وصلتها بفعالية نهوض رئيس الجمهورية بمسئوليته الجسام، وكان واجباً على المحاكم جميعاً أن توفر لرئيس الجمهورية كل توقيير على صعيد المهام التي يتولاها، إلا أن من الصحيح كذلك أن إضفاء السرية المطلقة على كل وثيقة تتصل بعمل الرئيس، وكذلك في شأن كل حوار أجراه، هو تعميم غير جائز، لا سيما وأن الدستور لا يكفل هذه السرية.

ثانياً: الامتياز المقرر للبرلمان في مجال الفصل في صحة عضوية أعضائه:

ثار نزاع أمام المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية حول حق المدعو «باول»، وكان نائباً عن دائرته الانتخابية وفقاً للدستور، في الحصول على مقعده في مجلس النواب الأمريكي بعد أن اتهمه المجلس بأنه أتى أفعالاً تعد انحرافاً سلوكياً عن واجباته كعضو فيه، وحرمه بالتالي من هذه العضوية. وقد طالب «باول» بأن تصدر المحكمة العليا الفيدرالية حكماً تقريرياً بأن قرار حرمانه من مقعده يناقض الدستور.

وكان على هذه المحكمة أن تفصل في هذا الطلب على ضوء نص الفقرة الأولى من الفصل الخامس من المادة الأولى من الدستور الأمريكي الفيدرالي التي تجعل كل من مجلس النواب

ومجلس الشيوخ الفيدراليين، قاضياً في مجال الفصل في صحة أعضائه.

وقد اتضح للمحكمة الفيدرالية أن هذه الفقرة إما أن تفسر باعتبار أن المقصود بها هو تحويل السلطة التشريعية الاختصاص بتقرير شروط العضوية ابتداء، ثم النظر في شأن توافرها أو تخلفها فيمن يدعي عضويته بها، وإما أن تفسر من منطلق قصر اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة العضوية على التحقق من استيفاء شروطها المنصوص عليها في المادة الأولى من الدستور الفيدرالي، والتي تنص على أن ثبوت صفة الشخص باعتباره نائباً مناطها أن يكون قد بلغ خمسة وعشرون عاماً، وأن يكون متمتعاً بجنسية الولايات المتحدة الأمريكية مدة لا تقل عن سبع سنوات، وأن يكون عند انتخابه من سكان الولاية التي اختير عنها. وقد انحازت هذه المحكمة إلى أن شروط الفصل في صحة العضوية في السلطة التشريعية لا يحددها إلا الدستور، بما تقتضاه عدم جواز حرمان شخص منها؛ إذا تم انتخابه صحيحاً في الدائرة التي يمثلها، واستوفى شروط العضوية التي صرح الدستور بها.

وذكرت المحكمة الفيدرالية أن ما تقرره «لباول» من حق في أحد مقاعد السلطة التشريعية ليس إلا تفسيراً للدستور، لا يتوخى مناطق السلطة التشريعية أو الدخول في صراع معها؛ لأن هذا التفسير يتصل بمباشرة الوظيفة القضائية التي تقوم في جوهرها على تحديد معاني النصوص القانونية وإعطائها دلالتها من خلال الخصومة القضائية. والقول بأن تفسير المحكمة العليا للدستور، قد يوقعها في حرج تعارض قضائها في شأن الأعمال المطعون عليها مع قرار صدر عن السلطة التشريعية ذاتها، ويتعلق بكيفية فهمها لهذه الوثيقة نفسها، مردود بأن المحكمة العليا هي السلطة النهائية في تفسير أحكام الدستور، ويقتضيها النهوض بمسئوليتها هذه، ألا تتردد في بيان مضمون قواعده ومقاصدها فيما يجوز الفصل فيه قضائياً من المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية وفق ضوابط الرقابة على الشرعية الدستورية ومستوياتها^(١).

٢- في مصر: بينت المحكمة العليا أن الفقه القضاء لم يستطع وضع تعريف أو معيار جمع

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، مركز رينيه - جان دوبي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ٤٦٩ ص ٧٧٤-٧٧٦.

مانع لأعمال السيادة فانهى القول الفصل في شأنها إلى أن القضاء وحده يقرر بسلطته التقديرية ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها، ولقد نهج الشارع المصري هذا النهج حين أغفل عمداً تعريف أعمال السيادة، كما تدل على ذلك التشريعات المتعاقبة المنظمة للمحاكم ولمجلس الدولة؛ إذ اقتصر جميعها على النص على استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والإداري على السواء دون تعريف أو تحديد لهذه الأعمال تاركة ذلك كله للقضاء.

رغم تعذر وضع تعريف جامع مانع لأعمال السيادة فإن أهم ما يميزها عن الأعمال الإدارية العادية هو تلك الصبغة السياسية البارزة فيها لما يحيطها من اعتبارات سياسية فهي تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم وبها لها من سلطة عليا لتحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها والسهر على احترام دستورها والإشراف على علاقتها مع الدول الأخرى وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج. ولقد تضمنت المادة السادسة من القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة والمادة السابعة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ بتنظيم مجلس الدولة أمثلة لأعمال السيادة التي تجريها الحكومة بوصفها سلطة حكم وهى القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالهيئة التشريعية والتدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة والعلاقات السياسية والأعمال الحربية، والفرق واضح بين هذه الأعمال وبين أعمال الإدارة العادية التي تجريها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارة تتولى الإشراف على المصالح اليومية للجمهور ومرافقة العامة. وأن الحكمة في استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء هي أنها تتصل بسيادة الدولة في الداخل والخارج ولا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً للتقاضي لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تحويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لمصالح الوطن وسلامته دون تحويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات في هذا الصدد، لأن ذلك يقتضى توافر معلومات وعناصر وموازن تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء وذلك فضلاً عن عدم ملائمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء. ولما كانت هذه الاعتبارات التي اقتضت استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري قائمة في شأن القضاء الدستوري ومن ثم يتعين استبعاد النظر في هذه الأعمال من ولاية المحكمة العليا دون حاجة إلى نص يقضى بذلك، فهي قاعدة استقرت في النظم القضائية في الدول المتحضرة وغدت

أصلاً من الأصول القضائية الثابتة، وقد جرت جهات القضاء الوطني والمختلط على استبعاد النظر في هذه الأعمال من ولايتها قبل النص على ذلك صراحة في لائحة ترتيب المحاكم المختلطة عند تعديلها سنة ١٩٠٠ في لائحة ترتيب المحاكم الوطنية عند تعديلها سنة ١٩٣٧. أن نظام الطوارئ نظام أجاز الدستور فرضه كلما تحققت أسبابه ودواعيه وأولها وأهمها تعرض الوطن لخطر يهدد سلامته وأمنه أو نشوب حرب أو التهديد بنشوبه أو اضطراب الأمن وذلك لمواجهة هذا الخطر بتدابير استثنائية حددها قانون الطوارئ حفظاً لسلامة الوطن وأمنه. ولما كان القرار الجمهوري بإعلان حالة الطوارئ قد صار في يوم ٥ من يونيه سنة ١٩٦٧ الذي نشبت فيه الحرب بين مصر وسوريا وبين إسرائيل، فإن هذه الحالة تأتي في قمة الأسباب التي تبرر إعلان حالة الطوارئ لمواجهة أخطارها بتدابير استثنائية تكفل حماية الوطن وأمنه وسلامته ودفع الأضرار عنه وذلك إعمالاً للمادة الأولى من قانون الطوارئ الصادر بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨. وعلى مقتضى ذلك يكون القرار المطعون فيه عملاً من أعمال السيادة ومن ثم يخرج النظر فيه عن اختصاص المحكمة العليا^(١).

وبينت المحكمة الدستورية العليا إن أعمال السيادة التي تخرج عن مجال الرقابة القضائية، وإن كانت لا تقبل الحصر والتحديد وكان المرد في تحديدها إلى القضاء ليقدر ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها بحسب ظروف كل حالة على حدة، إلا أن هذه الأعمال يجمعها إطار عام هي أنها تصدر عن الدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة داخلية وخارجية مستهدفة تحقيق المصالح العليا للجماعة، والسهر على احترام دستورها والإشراف على علاقتها مع الدول الأخرى، وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج^(٢).

والواقع أنه كما بينت المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا في مصر أن العبرة في تحديد التكييف القانوني لأي عمل لمعرفة ما إذا كان من أعمال السيادة أم لا هي بطبيعة العمل ذاته فلا تنقيد المحكمة وهي بصدد إعمال رقابتها على دستورية التشريعات بالوصف

(١) الطعن رقم ٢٢ س ٦ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٧٧ مكتب فني ج ١ ص ٣٢.

(٢) الطعن رقم ٣ س ١ ق جلسة ٢٥ يونيو ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا ٢ س ج ١ ص ١٥٥.

الذي يرد بالمذكرات الإيضاحية أو حتى بالوصف الذي يخلعه الشارع على التصرفات والأعمال متى كانت بطبيعتها تتنافر مع هذا الوصف وتنطوي على إهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور وتنظيم علاقاتها الخارجية بينها وبين الدول الأخرى وتأمين سلامتها في الداخل والدفاع عن إقليمها من الاعتداء الخارجي والمرد في ذلك إلى السلطة التقديرية للقضاء وحده^(١).

(هـ) في قضاء المحكمة الدستورية العليا: في البداية ردت المحكمة الدستورية الأعمال السياسية إلى نظرية أعمال السيادة. وتطبيقاً لذلك قضت إن «الرقابة القضائية على دستورية القوانين تجد أساساً لها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذي أرساه الدستور، غير أنه يرد على هذا الأصل ما استقر عليه القضاء والفقه من استبعاد «أعمال السيادة» من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية، وإذا كانت نظرية أعمال السيادة في أصلها الفرنسي قضائية النشأة ولدت في ساحة القضاء الإداري وتطورت به قواعدها، إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرجع إلى بداية التنظيم القضائي الحديث الذي أقرها بنصوص صريحة في صلب التشريعات المتعاقبة المنظمة للمحاكم ومجلس الدولة وآخرها ما ورد في قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ وقانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ اللذين استبعدا أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري على السواء. واستبعد أعمال السيادة من ولاية القضاء إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضي - بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها في الداخل والخارج - النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية، وذلك لدواعي الحفاظ على كيان الدولة في الداخل والخارج والذود عن سيادتها في الخارج ورعاية مصالحها العليا، وقد وجدت هذه الاعتبارات صدى لدى القضاء الدستوري في الدول التي أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين وبخاصة في المسائل السياسية التي تعد المجال الحيوي والطبيعي لنظرية أعمال السيادة واستبعادها من نطاق هذه الرقابة^(٢).

(١) الطعن رقم ٥ س ٥ ق مشار إليه؛ الطعن رقم ٤٨ س ٤ ق جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٢٢ .

(٢) الطعن رقم ٤٨ س ٤ ق جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٢٢ .

والرقابة القضائية على دستورية القوانين تجد أساساً لها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذي أرساه الدستور، غير أنه يرد على هذا الأصل ما استقر عليه القضاء والفقه من استبعاد «أعمال السيادة» من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية، وإذا كانت نظرية أعمال السيادة في أصلها الفرنسي قضائية النشأة ولدت في ساحة القضاء الإداري و تطورت به قواعدها، إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرجع إلى بداية التنظيم القضائي الحديث الذي أقرها بنصوص صريحة في صلب التشريعات المتعاقبة المنظمة للمحاكم و مجلس الدولة وآخرها ما ورد في قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ وقانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ اللذين استبعدا أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري على السواء. واستبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضي - بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها في الداخل والخارج - النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية، و ذلك لدواعي الحفاظ على كيان الدولة في الداخل والذود عن سيادتها في الخارج ورعاية مصالحها العليا، وقد وجدت هذه الاعتبارات صدى لدى القضاء الدستوري في الدول التي أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين وبخاصة في المسائل السياسية التي تعد المجال الحيوي والطبيعي لنظرية أعمال السيادة واستبعادها من نطاق هذه الرقابة^(١).

ثم ما لبث أن اعتنقت المحكمة الدستورية نظرية الأعمال السياسية. وتطبيقاً لذلك قضت إن " القضاء الدستوري - في الدول الآخذة به جرى على استبعاد «الأعمال السياسية» من نطاق ولايته و خروجها بالتالي من مجال رقابته على دستورية التشريع. وقد اختص الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ كلاهما هذه المحكمة دون غيرها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، واستهدفا بذلك ضمان الشرعية الدستورية بصون الدستور القائم و حمايته من الخروج على أحكامه، وترسيخ مفهوم الديمقراطية التي أرساها سواء ما اتصل منه بتوكيد السيادة الشعبية - وهي جوهر الديمقراطية أو بكفالة

(١) الطعن رقم ٤٨ س ٤ ق جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٢٢ .

الحريات والحقوق العامة - وهي هدفها أو بالمشاركة في ممارسة السلطة وهي وسيلتها - وذلك على نحو ما جرت به نصوصه ومبادئه التي تمثل الأصول والقواعد التي يقيم عليها نظام الحكم وتستوي على القمة في مدارج البيان القانوني، ولها مقام الصدارة بين النظام العام. ومن ثم يتعين - باعتبارها أسمى القواعد الآمرة - التزامها، وإهدار ما يخالفها من تشريعات. وإذ كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تجد أساساً لها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة لأحكامه، إلا أنه يرد على هذا الأصل وفقاً لما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا- استبعاد الأعمال السياسية من مجال هذه الرقابة القضائية تأسيساً على أن طبيعة هذه الأعمال السياسية هي بطبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التي قد يخلعها المشرع عليه متى كانت طبيعته وهذه الأوصاف. ذلك أن استبعاد «الأعمال السياسية» من ولاية القضاء الدستوري إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضي - بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها في الداخل أو الخارج- النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا، مما يقتضي منح الجهة القائمة بهذه الأعمال- سواء كانت هي السلطة التشريعية أو التنفيذية - سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً لتحقيقاً لصالح الوطن وسلامته دون تحويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه في هذا الصدد، ولأن النظر فيها والتعقيب عليها يستلزم توافر عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علناً في ساحاته. ومن ثم فالمحكمة الدستورية العليا وحدها هي التي تحدد - بالنظر إلى طبيعة المسائل التي تنظمها النصوص المطعون عليها- ما إذا كانت النصوص المطروحة عليها تعتبر من «الأعمال السياسية» فنخرج عن ولايتها بالرقابة على الدستورية، أو أنها لا تعتبر كذلك، فتبسط عليها رقابتها^(١).

وفي أحدث أحكام المحكمة الدستورية العليا أشارت إلى أعمال السيادة؛ فقضت «أنه من المقرر أن أعمال السيادة التي تخرج عن مجال الرقابة القضائية، وإن كانت لا تقبل الحصر والتحديد وكان المرد في تحديدها إلى القضاء ليقدر ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها

(١) الطعن رقم ١٠ س ١٤ ق جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٣٧٦ .

بحسب ظروف كل حالة على حدة، إلا أن هذه الأعمال يجمعها إطار عام هي أنها تصدر عن الدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة داخلية وخارجية مستهدفة لتحقيق المصالح العليا للجماعة، والسهر على احترام دستورها والإشراف على علاقتها مع الدول الأخرى، وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج. لما كان ذلك، وكان قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٩٨ لسنة ١٩٩٥ بشأن تأمين الحدود الشرقية لجمهورية مصر العربية، قد صدر لتعيين المنطقة المتاخمة للحدود الشرقية لجمهورية مصر العربية، وقيد حق المواطنين في الوجود فيها، كما حظر حفر وإعداد وتجهيز الطرق والممرات والأنفاق بغرض الاتصال بأي دولة أجنبية، ورصد عقوبات جنائية على مخالفة الأفعال الواردة فيه، كما تعرض للاختصاص القضائي بنظر الجرائم المنصوص عليها فيه، متعرضاً بذلك لحرية التنقل، والحرية الشخصية، وأصل البراءة، وشرعية الجرائم والعقوبات، وحق التقاضي، وولاية جهات القضاء، وهي جميعها من الحقوق والمبادئ التي عني الدستور بالنص على صونها، وحرص على عدم المساس بها أو الافتئات عليها، أو الانتقاص منها أو تعطيلها، وبين قواعد وسائل تنظيمها بما لا يمس أصلها وجوهرها، وهو أمر ينبغى على سلطة التشريع التزامه وإلا جاء عملها مخالفاً للدستور. ومن ثم لا يكون ذلك القرار قد تناول أعمال سيادة تنأى عن الرقابة الدستورية على نحو ما ذهبت إليه هيئة قضايا الدولة، ويكون الدفع المبدي منها في هذا الصدد بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى على غير أساس، متعيناً رفضه^(١).

ويلاحظ البعض على أحكام القضاء الدستوري في هذا الشأن الملاحظات التالية^(٢):

١- أن القضاء الدستوري في مصر قد سوى في العديد من أحكامه بين نظرية الأعمال السياسية، ونظرية أعمال السيادة التي لم يتردد في الأخذ بها وتطبيقها في مجال الرقابة القضائية على

(١) الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٣١ ق «دستورية» جلسة ٢ يونيو ٢٠١٨؛ الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر (ط) في ٦ / ٦ / ٢٠١٨ ص ٦٢.

(٢) الدكتور رمضان بطيخ: الرقابة على أداء الجهاز الإداري، ص ١٤١-١٤٦؛ الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ١٦٨-١٧٤؛ الدكتور محمود عاطف البنا: المرجع السابق، ص ٧٤.

دستورية القوانين واللوائح، بل واستعمل التعبيرين أحياناً كمترادفين، واعتمد معيار الطبيعة الذاتية كأساس لتمييز هذه الأعمال وتحديددها، فضلاً عن أسلوب القائمة القضائية. مما يعني أن مجال نظرية أعمال السيادة صار يشمل النصوص التشريعية، ولم يعد مقتصرًا على الأعمال الإدارية.

٢- أن تطبيق نظرية أعمال السيادة في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح أمر محل نظر؛ باعتبار أن نظرية أعمال السيادة وفقاً للحقائق التاريخية الثابتة هي من ابتكار وتشيد مجلس الدولة الفرنسي الذي شيدها لينأى ببعض الأعمال الإدارية التي تصدرها عن الحكومة عن رقابة القضاء، سواء رقابة الإلغاء أم رقابتي الإلغاء والتعويض؛ وذلك استناداً للمبررات التي سبقت في هذا الشأن، لتلافي الاصطدام بالسلطة التنفيذية. فإذا كان الأمر كذلك فإنه لا يكون هناك مجال لإعمال نظرية أعمال السيادة، ولا يسوغ الأخذ بها أمام القضاء الدستوري الذي لا يحكم بإلغاء التشريع أو التعويض عنه، حتى بالنسبة للتشريع الذي يحكم بعدم دستوريته؛ لأن الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية تشريع معين هو سقوط ذلك التشريع، وهذا السقوط وإن كان يقترب عملاً من الحكم الصادر بالإلغاء بالنسبة للقرارات الإدارية، إلا أنه في تكييفه الصحيح لا يعتبر إلغاء.

ومفاد ذلك أن مد نطاق أعمال نظرية السيادة إلى دائرة القضاء الدستوري هو اتجاه لا يستقيم مع الأسس الفنية التي تقوم عليها النظرية، وأن تطبيقها أمام القضاء الدستوري يرجع لاستقرارها في النظام القضائي المصري، لذا اتجه إليها القضاء الدستوري بدلاً من وضع نظرية جديدة قد تكون غريبة على النظام القضائي القائم نظرًا لحدائتها.

٣- الاتجاهات الحديثة للقضاء الدستوري تسير نحو هدم نظرية أعمال السيادة؛ إذ استقر قضاء المحكمة الدستورية على اعتبار القيود التي فرضها الدستور على سلطة التشريع لا يجوز إسقاطها أو التحلل منها تذرعا بنظرية أعمال السيادة أو الأعمال السياسية، فهذه النظرية لا تعمل في تقدير المحكمة، في مجال السلطة المقيدة. مما يعني أن مجال نظرية أعمال السيادة يقتصر في تصور المحكمة الدستورية العليا على مجال السلطة التقديرية للشارع، وهو مجال لا يحتاج الشارع فيه إلى

الاحتماء بهذه النظرية؛ إذ الأصل في السلطة التقديرية للشارع أنها سلطة مطلقة^(١).

٤- يرجح تطبيق نظرية الأعمال السياسية دون نظرية أعمال السيادة كقيد يمتنع معه اختصاص القضاء الدستوري بنظر الدعوى الدستورية، لا سيما وأن أحكام الدستورية العليا الحديثة من ناحية قد نبذت فكرة أعمال السيادة، ومن ناحية أخرى اعتنقت نظرية الأعمال السياسية بديلاً عن فكرة أعمال السيادة.

أولاً: ماهية الأعمال السياسية في ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا:

أن قضاء المحكمة الدستورية العليا، وإن فصل المسائل السياسية عن نظرية أعمال السيادة، إلا أن الضوابط التي أرسنها هذه المحكمة لتحديد ماهية الأعمال السياسية تفتقر إلى الوضوح، وتناقض اتجاه القضاء المقارن في شأن المعايير التي تتحدد على ضوءها هذه الأعمال، وذلك من الوجوه التالي^(٢):

الأول: أن مجرد اتصال بعض الأعمال بالمصلحة السياسية العليا، لا يكفي لاعتبارها من المسائل السياسية.

الثاني: أن المسائل السياسية لا تعتبر كذلك لاحتوائها على عناصر سياسية، ولا لأن جانباً من ملاحظها من طبيعة سياسية، وإنما يتحدد وصفها باعتبارها كذلك، على ضوء عدد من الضوابط التي تتوخى حصر مفهومها في دائرة ضيقة.

الثالث: أن نظرية الأعمال السياسية لا يجوز خلطها بالأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة، والتي تخولها سلطة اتخاذ تدابير من نوع خاص تتسم بالمرونة وبواقعتها وبضرورتها وبقدرتها على أن ترد منها - وبقدر كبير من الحسم - مخاطر من طبيعة استثنائية، ومن ثم تحيطها مشروعية استثنائية من جنسها ترتبط بالضرورة التي اقتضتها.

(١) الطعن رقم ٣ س ١ ق جلسة ٢٥ يونيو ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ١٥٥؛ الطعن رقم ٥٦ س ٦ ق جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ س ٣ ج ١ ص ٣٥٣؛ الطعن رقم ١٣١ س ٦ ق جلسة ١٦ مايو ١٩٨٧ س ٤ ج ١ ص ٣١؛ الطعن رقم ١٠ س ٧ ق جلسة ٤ يونيو ١٩٨٨ س ٤ ج ١ ص ١٢٧.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظها الرئيسية، رقم ٤٧٢ ص ٧٨٠-٧٨١.

وكان منطقياً أن تخول السلطة التنفيذية حرية أكبر في مجال تقدير هذه الأوضاع الاستثنائية، وتقرير الحلول التي تلائمها. كما يخرج من نطاق الرقابة الأعمال السياسية التي لا شأن لها بحرية أكبر يخولها القضاء للسلطة التنفيذية أو التشريعية، وإنما تخرج هذه الأعمال لا لأن تصرفها بقدر كبير من الحرية يوفر الفرص الأفضل لإجرائها، وإنما لأن سلطة اتخاذ القرار النهائي بشأنها يدخل أحياناً في نطاق الاختصاص المنفرد للسلطة التنفيذية أو التشريعية بناء على نص في الدستور، ولا يجوز بالتالي أن تزاوجها جهة الرقابة على الدستورية في تقديم ملاءمة هذا القرار، ولا أن تناقشها في مضمونه وإنما تستقل هاتان السلطتان أو إحداها به وبصفة نهائية.

٤- أن المسائل السياسية لا تتحدد بالنظر إلى نوع المصالح التي تحميها، ولا على ضوء درجة أهميتها، وإنما لاعتبار معين كامن فيها، كأن تكون موازين ومعايير تقييمها ومستوياتها متوافرة لجهة الرقابة على الدستورية. وعلى ضوء هذا المعيار قضت المحكمة الدستورية العليا «أن البين من أحكام القرار المطعون فيه (رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ الذي صدر تكريماً لقادة حرب أكتوبر)، وكذلك ما جاء بصده بتقرير لجنة الأمن القومي والتي تعرض لهما المحكمة الدستورية اللازمة للفصل في اختصاصها - أن ما توخاه هذا القرار بقانون هو أن يكون التكريم مقصوراً على عدد محدود من قادة حرب أكتوبر، يتولون بنص مادته الثانية تقديم المشورة في الشؤون العسكرية ذات الأهمية الخاصة التي يطلب منهم إبداء الرأي فيها، وذلك طوال حياتهم، ودون أن يكون تكليفهم بذلك مؤدياً إلى شغلهم لوظائف محددة داخل الهيكل التنظيمي للقوات المسلحة، ليظل الباب مفتوحاً أمام غيرهم ممن يستحقون الترقى إلى وظائف القيادة بذات القدرة والكفاءة التي توفرت لمن سبقهم من قادة حرب أكتوبر الباقية في ذاكرة التاريخ أبداً. وما تقدم يعني، أن عدداً غير قليل ممن خططوا لحرب أكتوبر وأداروها، وكانوا من كبار قادتها - كقواد الجيوش وقواد الفرق - لم يشملهم بقانون المطعون فيه، وعندما اقتصر التكريم على عدد محدود من بينهم، «رمزاً لجموعهم» ليعهد إليهم دون غيرهم بالمهام التي حددتها المادة الثانية من القرار المشار إليه، وهي مهام مدارها مشورة يقدمونها عند طلبها - في مجال الشؤون العسكرية الهامة التي تدرس فيها وكانوا من خبرائها ولا يعتبر قصرها عليهم ملقياً بظلال من الريبة على من عداهم، أو نافية لأهليتهم، أو إنكاراً لجدارتهم أو تميزهم. وأن إدراج اسم المدعي بين هؤلاء الذين شملتهم

المادة الأولى من القرار بقانون المطعون فيه أو على رأسهم، لا يستقيم إلا من أحد مدخلين أو وفقاً لأحد معيارين أولهما: أن يكون هذا القرار بقانون - محدداً نطاقاً على ضوء الأغراض التي سعى إلى تحقيقها - منصرفاً إلى عدد محدود من القاعدة، وتنظيم جميعاً دائرة واحدة، تكون أقدمية الرتبة العسكرية إطاراً لها وعندئذ يكون الأقدم هو الأحق بالتقرير، ولو لم يكن هو الأجدر بما أداه من جلائل الأعمال إبان تلك الحرب، ثانيهما: أن يكون هذا القرار بقانون، مبعجلاً لكل القادة الذين كان دورهم في العمليات الحربية ظاهراً، بأن كان بلاؤهم في التخطيط لها، أو إعدادها، أو تنفيذها مشهوداً وعندئذ يكون الأجدر هو الحق بالتقدير، ولو لم يكن هو الأقدم. المعيار الأول لا تظاهره أحكام القرار بقانون المطعون فيه، وذلك من جهتين، أولاًهما أن ما توخاه القرار بقانون حقاً وقصد إليه عملاً، هو أن يكون تعظيم عدد من قادة تلك الحرب رمزاً لتقدير كل من قام بدور رائد فيها بما مؤداه أن انحصار التكريم في عدد محدود من بينهم، لا يعني أن من عداهم كانوا أقل شأنًا أو جهداً، ثانيهما: أن كل تكريم يفترض تقييماً موضوعياً يدور حول أعمال بذاتها يكون هو محورها ويتعين بالتالي أن يكون الأساس فيه مقاييس قوامها ما أداه نفر من القادة من أعمال تشهد بتميزهم وتؤكد تفوقهم من دون الآخرين وهو ما يقتضي وزن أعمالهم، وترتيبهم فيما بينهم على ضوءها، ولا يتصور - من ثم - أن يكون مناهل التقدير عائداً إلى أقدمية الدرجة منظوراً إليها استقلالاً عن أية عوامل تتداخل معها أو تقترب منها، إذ لا شأن لأقدميتهم تلك بإقدامهم أو تضحياتهم، وهو ما أكدته تقرير لجنة الأمن القومي والتعبئة القومية، حين أبان عن أن من شملهم التقدير كانوا عوناً لمصر في تحقيق نصرها العظيم من خلال مبادأتهم، وقدراتهم على إدارة العمليات الحربية الحديثة واتخاذ قراراتها السليمة بكفاءة نادرة مع تحملهم لكامل مسؤولياتها، وفقاً لتطوراتها ولم يكن معيار التقييم بالتالي شكلياً أو جامداً. موضوعية التقييم حي وحدها التي تمكن أن يتحقق بها التكافؤ بين المراكز القانونية المتماثلة وهي وحدها التي يتصور أن يكفل المشرع من خلالها نوعاً من المساواة القانونية بين المتماثلين جهداً وعرقاً غير أن إعمال المحكمة الدستورية العليا للمقاييس الموضوعية التي يتحدد وفقاً لضوابطها من يكون أهلاً للتقدير - ومن ثم الحصول على الحقوق المالية التي نص عليها القرار بقانون المطعون عليه - يفترض أمرين، أولهما: أن يتناول التقييم كل الأعمال التي كان لها شأن هام في العمليات الحربية

سواء في مجال الإعداد لها أو إدارتها أو تنفيذها، وهو ما يخرج عن المجال الطبيعي لذلك القرار بقانون إذ توخى ألا يكون التقييم منصرفاً إلى هؤلاء في مجموعهم، ولا محيطاً بغايتهم، بل رمزياً منحصرأ في عدد محدود من بينهم ثانيهما: أن يكون القرار المطعون فيه مفصلاً للعناصر التي تقوم عليها هذه المقاييس الموضوعية، وأن يكون بيد المحكمة الدستورية العليا الوسائل القضائية التي توازن بها بين هذه الأعمال على ضوء تلك المقاييس لتحديد وفقاً لضوابط الأحق والجدر بالتقدير ويؤيد ذلك أن التكافؤ في المراكز القانونية - وهو مناط الحماية التي كفله مبدأ المساواة أمام القانون - يفترض إحداها في العناصر التي تكونها، فإذا كانت تلك العناصر جميعها، دائرة - ابتداء وانتهاء - حول مسار العمليات الحربية، ونتائجها، وقدر إسهام كل من القادة فيها، فإن زمام تقديرها يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا^(١).

وظاهر من هذا الحكم أنه وإن خلا من أية إشارة إلى نظرية الأعمال السياسية، سواء في ماهيتها أم في نطاق تطبيقها، إلا أن بنیان حكمها قام على أحد معايير هذه الأعمال ممثلاً في انتفاء موازين التقدير الموضوعية في شأن المسائل الدستورية التي أثارها الخصومة الدستورية؛ باعتبار أن موضوعها يتعلق بتقييم الأعمال القتالية على امتداد مراحلها، وتحديد قدر إسهام كل من القادة في عملياتها، وجميعها مسائل لا تقبل الفصل قضائياً فيها^(٢).

ومن المقرر طبقاً لنص المادة ١٥١ من دستور مصر لسنة ٢٠١٤ أن المعاهدة الدولية تخضع لذات القواعد التي تحكم الرقابة القضائية التي تبشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن القوانين بمعنى الكلمة التي تقررها السلطة التشريعية، سواء من جهة الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في المعاهدة الدولية، خاصة ما يتعلق منها بأوضاع إبرامها والتصديق عليها ونشرها أم من ناحية اتفاق القواعد التي احتوتها المعاهدة في مضمونها مع قواعد الدستور في محتواها^(٣).

(١) القضية رقم ١٩ س ١٤ ق جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٥٩٧.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظها الرئيسية، رقم ٤٧٢ ص ٧٨٢.

(٣) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظها الرئيسية، رقم ٤٧٣ ص ٧٨٢.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن "الأصل في كل معاهدة دولية - إعمالاً لنص المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تعتبر مصر طرفاً فيها- هو أنها ملزمة لأطرافها - ككل في نطاق إقليمه و يتعين دوماً تفسير أحكامها في إطار من حسن النية وفقاً للمعنى المعتاد لعبارتها، في السياق الواردة فيه" و بما لا يخل بموضوع المعاهدة أو أغراضها". ومن المقرر أن المعاهدة الدولية تعتبر من وجهة نظر أولية كلاً لا ينقسم، ووحدة غير قابلة للتجزئة، أساسها أن التكامل بين نصوصها كان من الأسس الجوهرية التي أدخلتها الدول أطرافها في اعتبارها عند تصديقها على المعاهدة أو انضمامها إليها و دعاها إلى القبول بأحكامها و الإلتزام بمضمونها. غير أن هذا الأصل يقيد منه ما دل عليه العمل بين الدول من أن المعاهدات الدولية في تطورها الراهن لا تتناول بالضرورة أحكاماً مترابطة لا يجوز فصلها عن بعضها البعض، ولا ترمي دوماً إلى معاملتها كوحدة عضوية لا انفصام فيها، ولكنها تواجه أحياناً تنظيمات أكثر تعقيداً موضوعه مصالح مختلفة متعددة جوانبها تستقل كل منها عن غيرها، ولا تنتظمها بالتالي وحدة تجمعها، وإنما تتمايز في مضمونها والأغراض المقصودة من إرسائها عن بعضها البعض، بما يؤكد ذاتية النصوص المنظمة لكل منها، وانفرادها بخصائص مقصورة عليها متعلقة بها وحدها، ليؤول أمر النصوص - المنصرفة إلى كل مصلحة منها على حدة - إلى تنظيم خاص لموضوعها مما يقتضي ألا تعامل المعاهدة الدولية- في هذه الفروض- كوحدة قائمة بذاتها متكاملة في مجموع أحكامها، وبالتالي يكون مرد الأمر في تجزئة نصوص المعاهدة، أو القبول بها في مجموعها إلى إرادة الدول أطرافها محددة على ضوء ما تكون قد أولته من اعتبار لطبيعة وخصائص المسائل التي تناوؤها بالتنظيم، وهو ما رددته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ذلك أن القاعدة الأولية في نطاقها هي وحدة نصوص المعاهدة، وهي وحدة عززتها الفقرة الثانية من المادة ٤٤ منها، وذلك فيما قرره من أن السند الذي تركز إليه إحدى الدول وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية - لنقض معاهدة دولية تكون طرفاً فيها أو الانسحاب منها أو لتعليق تنفيذها- لا يجوز الاحتجاج به وإثارته إلا بالنسبة إلى المعاهدة بأكملها. ومع ذلك إذا كان هذا السند منصرفاً إلى نصوص بذاتها متعلقاً بها وحدها، فإن أثره يقتصر عليها إذا كان ممكناً - في مجال تطبيقها- فصلها عن بقية المعاهدة، وبمراعاة شرطين: أولهما: ألا يكون قبول الدول الملزمة بالمعاهدة، لنصوص التي يراد

فصلها عنها، من الشروط الجوهرية لموافقتها على التقييد بالمعاهدة في مجموع أحكامها. ثانيهما: ألا يكون المضي في تنفيذ النصوص المتبقية من المعاهدة منطوياً على مجافاة للعدالة. وأن البين من الرجوع إلى أحكام اتفاقية التعويضات المبرمة بين الحكومتين المصرية واليونانية - والتي لا ينازع الخصوم في مضمونها - أنها تتناول في «موضوعها» - تقرير التعويضات التي تدفعها حكومة مصر عن الأموال والحقوق و المصالح اليونانية التي مستها القوانين التي عدتها الاتفاقية في مادتها الثانية سواء في مجال التأميم أو في نطاق تدابير الحراسة أو في خصوص الإصلاح الزراعي. وقد حدد الطرفان المتعاقدان - «مقاصدها و أغراضها» - بأنها تتوخى إجراء تسوية نهائية مبرئة لزمة الحكومة المصرية - فور أدائها لتلك التعويضات على النحو المحدد بالاتفاقية - وذلك في مواجهة أية مطالبة يقدمها اليونانيون الذين مستهم القوانين المشار إليها والناشئة عن تطبيقها في حقهم، أو تكون مترتبة عليها. أما عن نطاق التعويضات ومستحققيها وشروط استحقاقها فقد فصلتها الاتفاقية في مادتها الرابعة التي يبين منها أن الأشخاص الطبيعيين اليونانيين وكذلك الأشخاص المعنوية اليونانية يستحقون عن أموالهم و ممتلكاتهم التعويض المقرر بالاتفاقية وفقاً لشروطها و بناء على طلب يقدم منهم أو منها، في حدد مبلغ إجمالي لا يجاوز ٦٥٪ من قيمتها، وعلى أن توزع التعويضات في حساب خاص لا يغل فائدة بقصد تحويلها إلى اليونان. فإذا كان الأشخاص الطبيعيون اليونانيون مقيمين في مصر، فإن قواعد التحويل المنصوص عليها في الاتفاقية تسرى عليهم بمجرد حصولهم على صفة غير المقيم. وتنص الاتفاقية كذلك في مادتها التاسعة على أن تشكل لجنة مشتركة مراقبة تنفيذ الاتفاقية وضمان تطبيق أحكامها - عند الإقتضاء - على وجه مرض. متى كان ذلك، فإن أحكام الاتفاقية في الحدود السالف بيانها تعتبر صفقة واحدة متكاملة العناصر، مترابطة الأجزاء، تتصل حلقاتها ولا تنفصل مكوناتها، ذلك أنها تعكس ما ارتأته الحكومتان المصرية واليونانية نطاقاً لتسوية شاملة ونهائية للتعويضات المستحقة للراعياء اليونانيين عن القوانين الصادرة في شأنهم، و المؤثرة في مصالحهم، سواء في مجال التأميم أو تدابير الحراسة أو الإصلاح الزراعي ليحدد التعويض المقرر بها نطاق حقوقهم، وليكون التعويض الذي قرره بنصوصها منهيًا لكل نزاع حول مقداره، ومبرئاً لزمة الحكومة المصرية في مواجهة الحكومة اليونانية وراعيائها. وإذا كان من المقرر قانوناً أن المعاهدة الدولية يتعين تفسيرها

في إطار من حسن النية، ووفقاً للمعنى المعتاد لعبارتها، في السياق الواردة فيه، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة أو يجاوز أغراضها، وكان أعمال الاتفاقية المصرية اليونانية كوحدة لا تقبل التجزئة تتكامل في مجموع أحكامها، هو الذي يعطيها الفاعلية، ويكفل الوفاء بالأغراض المقصودة منها، فإن حالة جواز تبعض أحكامها تكون فاقدة لسندها، منافية لما قصدته الدولتان المتعاقدتان من إبرامها، ومهددة مفهوم التسوية الشاملة المحدد إطارها ومقدارها توكيلاً لإثارة أي نزاع جديد من حولها. كذلك فإن ادعاء رعية يونانية بأن له أن يختار من أحكام الاتفاقية المصرية اليونانية ما يراه محققاً لمصلحته، إنما ينحل إلى تحويله الحق في تعديل الاتفاقية الدولية، ونقض الأسس التي تقوم عليها أو التغيير فيها، وتكملت بقواعد يختارها، وهو ما لا تملكه إلا الدولتان المتعاقدتان، وبتراضيهما معاً. ومن المقرر وفقاً لقواعد القانون الدولي أن لكل دولة في علاقاتها بالدول الأخرى، السلطة الكاملة التي تؤثر بها - ومن خلال المعاهدة الدولية التي تكون هي طرفاً فيها - في نطاق الحقوق المقررة لمواطنيها سواء كان ذلك في إطار حق الملكية أو في مجال الحقوق الشخصية. وتعتبر هذه السلطة الكاملة موازية لحقها وواجبها في أن توفر الحماية لمواطنيها، وإن كانت الحقوق التي رتبها المعاهدة الدولية وكذلك التزاماتها، لا تسري إلا على الدول أطرافها في العلاقة فيما بينها، ولا يعتبر التنظيم الوارد بها - وأياً كان مضمونه - منصرفاً إلى مواطنيها^(١).

ومؤدى هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا لا تفصل في دستورية المعاهدة الدولية لتقرير صحتها أو بطلانها، إلا بافتراض أن أحكامها لا تثير مسائل سياسية، وإلا كان عليها أن تحكم بعدم اختصاصها بنظرها لاندراجها في إطار المسائل السياسية التي لا يجوز الفصل فيها.

وعلى العكس قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم اختصاصها بنظر الدعوى في دعوى تتلخص وقائعها في أن المدعين كانوا قد أقاموا الدعوى بطلب التعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقتهم من جراء وفاة مورثهم؛ تأسيساً على ثبوت خطأ المدعي عليه الأول - وهو جندي جزائري الجنسية - أثناء قيادته سيارة تابعة لجيش الجزائر بدائرة قسم الجمالية بتاريخ ١٦

(١) القضية رقم ٥٧ س ٤ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ١٥٠.

يونيو سنة ١٩٧٥ حين صدم مورثهم بهذه السيارة، وعلى أنه تابع للمدعى عليه الثاني بصفته، إذ كانت المادة الخامسة من اتفاقية تنظيم اقامة الجيوش العربية في البلد الذي تقضي الضرورات العسكرية بانتقالها إليه التي وافق عليها مجلس الدفاع المشترك في جامعة الدول العربية في ١١ سبتمبر سنة ١٩٦٥ تقضى بخضوع أعضاء القوات الحليفة أصلاً للولاية المطلقة لقضائهم الوطني بالنسبة للجرائم التي يرتكبونها على إقليم الدولة المضيفة وبعدم خضوعهم لولاية القضاء المدني أو لأية إجراءات أخرى في هذه الدولة، وبأن تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم وبين الغير حول الالتزامات التعاقدية أو حول الأضرار التي تلحق بالأشخاص أو الأموال - بصفة عامة - هيئة يشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية، فقد تراءى لمحكمة جنوب القاهرة أن هذه الاتفاقية قد حجبت القضاء المصري عن نظر كافة المنازعات التي تنشأ بين القوات الحليفة وبين المواطنين المصريين، وحرمتهم من التقاضي والالتجاء إلى القاضي الطبيعي بالمخالفة للمادة ٦٨ من الدستور.

ومن ثم، أحالت الدعوى بتاريخ ٧ فبراير سنة ١٩٨٢ إلى هذه المحكمة للفصل في دستورية المادتين الثالثة والخامسة من الاتفاقية المشار إليها باعتبار أن ذلك لازم للفصل في الدعوى الموضوعية. وحيث أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تجد أساساً لها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون الذي أرساه الدستور، غير أنه يرد على هذا الأصل ما استقر عليه القضاء والفقه من استبعاد «أعمال السيادة» من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية، وإذا كانت نظرية أعمال السيادة في أصلها الفرنسي قضائية النشأة ولدت في ساحة القضاء الإداري وتطورت به قواعدهما، إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرجع إلى بداية التنظيم القضائي الحديث الذي أقرها بنصوص صريحة في صلب التشريعات المتعاقبة المنظمة للمحاكم ومجلس الدولة وآخرها ما ورد في قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ وقانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ اللذين استبعدا أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري على السواء. واستبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضي - بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها في الداخل والخارج - النأي

بها عن نطاق الرقابة القضائية، وذلك لدواعي الحفاظ على كيان الدولة في الداخل والزود عن سيادتها في الخارج ورعاية مصالحها العليا، وقد وجدت هذه الاعتبارات صدى لدى القضاء الدستوري في الدول التي أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين وبخاصة في المسائل السياسية التي تعد المجال الحيوي والطبيعي لنظرية أعمال السيادة واستبعادها من نطاق هذه الرقابة.

وحيث إن العبرة في التكييف القانوني لما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها هي بطبيعة هذه الأعمال ذاتها، التي يجمعها إطار عام هي أنها تصدر عن السياسة العليا للدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها مع احترام الحقوق التي كفلها الدستور وتنظيم علاقاتها الخارجية بينها وبين الدول الأخرى وتأمين سلامتها في الداخل والدفاع عن إقليمها من الاعتداء الخارجي والمرد في ذلك إلى السلطة التقديرية للقضاء وحده. وحيث إن البين من الاتفاقية المطعون فيها أنها أبرمت - كما يبين من ديباجة إصدارها - استناداً إلى قرار مجلس ملوك ورؤساء دول الجامعة العربية في دورته الأولى سنة ١٩٦٤ بإنشاء قيادة عربية موحدة لجيوش الدول العربية، وإلى القرار رقم ٢ من قرارات مجلس الدفاع المشترك في دور انعقاده الاعتيادي سنة ١٩٦٥ في شأن تحركات القوات من بلد عربي إلى بلد عربي آخر، ووافق عليها مجلس الدفاع المشترك بجلسته المنعقدة بتاريخ ١١ سبتمبر سنة ١٩٦٥، وقد أوضحت الاتفاقية في مادتها الثانية أن لقوات القيادة الموحدة الأهلية القانونية من حيث التعاقد والتملك والتقاضي، كما قضت في مادتها الثالثة بإعفاء أعضاء القيادة الموحدة من إجراءات السفر والتأشير والتفتيش والرقابة في الدخول والخروج من إقليم الدولة المضيفة وقيود الإقامة والتسجيل وبتزويد أعضاء القيادة بأوامر التحركات الجماعية والفردية الصادرة إليهم من القيادة العربية الموحدة أو من القائد الموفد أو السلطة العسكرية المختصة، وجعلت المادة الخامسة الاختصاص بمحاكمة أعضاء هذه القوات عن الجرائم التي يرتكبونها على إقليم الدولة المضيفة لقضائهم الجنائي الوطني وذلك فيما عدا الجرائم التي ترتكب ضد أمن الدولة المضيفة، كما أعفت هذه القوات من ولاية القضاء المدني في الدولة المضيفة وأسندت الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ بين أعضاء هذه القوات وبين الغير حول الالتزامات

العقدية أو حول الأضرار اللاحقة بالأشخاص أو بالأموال لهيئة يشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية من ثلاث أعضاء يعين الأمين العام للجامعة أحدهم وتعين الدولة المضيفة الثاني ويعين قائد القوات العضو الثالث. وعينت في مادتها السادسة بيان أن الضمانات الواردة بالمادة السابقة إنما تقررت لصالح قوات القيادة الموحدة لمهمتها الرسمية ولصالح جامعة الدول العربية، وليس للصالح الشخصي لأعضاء القوات.

وتضمنت باقي مواد الاتفاقية تحديد واجبات الدولة المضيفة، والمناطق اللازمة للقيادة وللمعسكرات وغيرها من المواقع لإيواء القوات، والمزايا والخصائص التي تتمتع بها هذه القوات، كما نظمت وسيلة تسوية أي خلاف ينشأ من جراء تفسير أو تطبيق أحكام هذه الاتفاقية. لما كان ذلك، وكانت هذه الاتفاقية قد أبرمت - في إطار جامعة الدول العربية - تنظيمًا لأوضاع الدفاع المشترك بين هذه الدول وذلك بعد إنشاء قيادة عربية موحدة لقواتها العسكرية وما يقتضيه ذلك من تنظيم إقامة هذه القوات في البلد الذي تقضي الضرورات العسكرية بانتقالها إليه، وإذ وافقت مصر على هذه الاتفاقية بهدف الحفاظ على كيان الدولة واستجابة لمقتضيات سلامتها وأمنها الخارجي فهي تعد من المسائل المتصلة بعلاقاتها الدولية وتقتضيها السياسة العليا للبلاد وتندرج ضمن أعمال السيادة التي ينبغي أن تنحصر عنها الرقابة القضائية الدستورية^(١).

وما يؤخذ على هذا الحكم هو إسرافه في تطبيق نظرية الأعمال السياسية وبسطها على أحكام الاتفاقية المشار إليها جميعاً، حتى ما تعلق منها بالحقوق المدنية والتي يطلبها المصريون ترتيباً على أضرار ألحقها بهم القوات الحليفة أو أحد رجالها؛ لأن معاقبة أفراد القوات الحليفة - وحفاظاً على تماسكها ودعم قدراتها - أمام محاكمهم الوطنية عن الجرائم التي يرتكبونها في مصر، وإن جاز أن يرتبط بالأغراض النهائية التي توختها هذه الاتفاقية التي تم إبرامها في إطار تدابير الدفاع المشترك بين دول الجامعة العربية، إلا أن الحقوق المدنية التي يطلبها المصريون منهم، لا يداخلها هذا الاعتبار؛ إذ هي محض تعويض عن أضرار ألحقها بهم أحد رجالها، وتقع في نطاق مسئوليتهم المدنية لا الجنائية^(٢).

(١) القضية رقم ٤٨ س ٤ ق جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٢٢.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظتها الرئيسية، رقم ٤٧٥ ص ٧٨٦.

وفي دعوى تلخص وقائعها في أن المدعي - وهو أحد العاملين بالمصرف العربي الدولي للتجارة الخارجية والتنمية - كان قد أقام الدعوى طالباً الحكم بصفة مستعجلة بإيقاف القرار الذي أصدره المصرف بنقله إلى القاهرة، وإعادته إلى مقر عمله بفرع الإسكندرية، وترقيته إلى الشريحة السابعة، وتقليده رئاسة الحسابات بالفرع المذكور، وإلزام المصرف بتعويضه بمبلغ ٣٥٠.٠٠٠ ثلاثمائة وخمسون ألفاً من الجنيهات لقاء ما أصابه من أضرار من جراء قرار نقله. وبجلسة ٨ مارس سنة ١٩٩٢، دفع الحاضر عن المصرف بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى على سند من المادة ١٥ من اتفاقية تأسيس المصرف التي تستبعد تطبيق قانون عقد العمل الفردي على العاملين بالمصرف، فدفع المدعي - بدوره - بعدم دستورية نصوص المواد ٩، ١٢، ١٣، ١٥ من تلك الاتفاقية. وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه، صرحت له باتخاذ إجراءات الطعن بعدم دستورية هذه النصوص، فأقام الدعوى الماثلة طعنًا على المواد سالفة الذكر وعلى قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٧٤ بالموافقة على الاتفاقية المشار إليها. وحيث إن المدعى عليهما الأول والثالث دفعا بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الراهنة تأسيساً على أن اتفاقية تأسيس المصرف المشار إليه وقرار رئيس الجمهورية الصادر بالموافقة عليها يعتبران من أعمال السيادة التي تنأى بحسب طبيعتها أن تكون محلاً للرقابة القضائية، بمقولة أن إنشاء هذا المصرف إنما استهدف بناء الاقتصاد العربي على أساس متين تلبية لمتطلبات التنمية العربية والاقتصادية والاجتماعية، وأن قرار رئيس الجمهورية بالموافقة على هذه الاتفاقية صدر بعد موافقة مجلس الشعب عليها لاندراجها ضمن الاتفاقيات التي حددتها حصراً الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور. وحيث إنه وإن كانت أعمال السيادة في أصلها الفرنسي قضائية المنشأ، إذ ظهرت أول الأمر في ساحة القضاء الإداري الفرنسي، إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرتد إلى بداية التنظيم القضائي الحديث، فقد أقرها المشرع - بنصوص صريحة - في صلب التشريعات المتعاقبة المنظمة للسلطة القضائية، وقد جرى القضاء الدستوري - في الدول الآخذة به - على استبعاد الأعمال السياسية من نطاق ولايته وخروجها بالتالي من مجال رقابته على دستورية التشريع. وحيث إن الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قد اختصا هذه المحكمة دون غيرها بالرقابة القضائية على

دستورية القوانين واللوائح، واستهدفاً بذلك ضمان الشرعية الدستورية بصون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه، وترسيخ مفهوم الديمقراطية التي أرساها سواء ما اتصل منه بتوكيد السيادة الشعبية - وهي جوهر الديمقراطية - أو بكفالة الحريات والحقوق العامة - وهي هدفها - أو بالمشاركة في ممارسة السلطة - وهي وسيلتها - وذلك على نحو ما جرت به نصوصه ومبادئه التي تمثل الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم وتستوي على القمة في مدارج البنيان القانوني ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام. ومن ثم يتعين - باعتبارها أسمى القواعد الأمرة - التزامها، وإهدار ما يخالفها من تشريعات. وإذ كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تجد أساسها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة له، إلا أنه يرد على هذا الأصل - وفقاً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - استبعاد «الأعمال السياسية» من مجال هذه الرقابة القضائية تأسيساً على أن طبيعة هذه الأعمال تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية. وحيث إن العبرة في تحديد التكليف القانوني «للأعمال السياسية» وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - هي بطبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التي قد يخلعها المشرع عليه متى كانت طبيعته تتنافى وهذه الأوصاف، ذلك أن استبعاد «الأعمال السياسية» من ولاية القضاء الدستوري إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضى - بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها في الداخل أو الخارج - النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا، مما يقتضى منح الجهة القائمة بهذه الأعمال - سواء كانت هي السلطة التشريعية أو التنفيذية - سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً لتحقيقاً لصالح الوطن وسلامته، دون تحويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه في هذا الصدد، ولأن النظر فيها والتعقيب عليها يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازين تقدير لا تتاح للقضاء، فضلاً عن عدم ملائمة طرح المسائل علناً في ساحاته. ومن ثم فالمحكمة الدستورية العليا وحدها التي تحدد - بالنظر إلى طبيعة المسائل التي تنظمها النصوص المطعون عليها - ما إذا كانت النصوص المطروحة عليها تعتبر من «الأعمال السياسية» فتخرج عن ولايتها بالرقابة على الدستورية، أم أنها ليست كذلك فتبسط عليها رقابتها. وحيث إنه وإن كانت نظرية «الأعمال السياسية» - كقيد على ولاية القضاء

الدستوري - تجدد في ميدان العلاقات والاتفاقيات الدولية معظم تطبيقاتها بأكثر مما يقع في المجال الداخلي، نظراً لارتباط ذلك الميدان بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا، إلا أنه ليس صحيحاً إطلاق القول بأن جميع الاتفاقيات الدولية - أياً كان موضوعها - تعتبر من «الأعمال السياسية». كما أنه ليس صحيحاً أيضاً القول بأن الاتفاقيات الدولية التي حدتها الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور واستلزمت عرضها على مجلس الشعب وموافقته عليها، تضحى جميعها - وتلقائياً - من «الأعمال السياسية» التي تخرج عن ولاية القضاء الدستوري، ذلك أن كلا القولين السابقين يتناقض والأساس الذي تقوم عليه اعتبارات استبعاد هذه الأعمال من الرقابة القضائية على دستوريتها، وهي اعتبارات ترجع إلى طبيعة الأعمال ذاتها وليس إلى طريقة أو إجراءات إبرامها والتصديق عليها. وحيث إن البين من اتفاقية تأسيس المصرف العربي الدولي ونظامه الأساسي الذي يعتبر - وفقاً لمادتها الأولى - جزاء لا يتجزأ منها، أن حكومات مصر وليبيا وسلطنة عمان اتفقت على تأسيس هذا المصرف وقد انضمت إليهم - حال إبرام الاتفاقية - أحد المواطنين الكويتيين. وقد فتحت الاتفاقية باب الانضمام إليها - وفقاً لمادتها الثانية - للحكومات العربية الأخرى وكذلك للبنوك والهيئات والمؤسسات والشركات العربية وأيضاً للأفراد العرب، وأن هذا المصرف يقوم بالأعمال التجارية التي تقوم بها البنوك التجارية عادة من قبول للودائع وتقديم للقروض وتحرير وتظهير للأوراق المالية والتجارية وتمويل لعمليات التجارة الخارجية وتنظيم للمساهمة في برامج ومشروعات الاستثمار، وأن المصرف يزاوُل أعماله في مجال التجارة الخارجية وفقاً للقواعد والأسس المصرفية الدولية السائدة، وأن يكون للمصرف الشخصية القانونية وله في سبيل تحقيق أغراضه إبرام اتفاقيات مع الدول الأعضاء أو غير الأعضاء وكذلك مع المؤسسات الدولية الأخرى. وله التملك والتعاقد، ويديره مجلس إدارة من ممثلين للمساهمين يتم اختيارهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. وأن مدة المصرف خمسون عاماً، وحدد النظام الأساسي للمصرف أحوال حله وكيفية تصفية أمواله. وحيث إن مؤدى ما تقدم، أن الاتفاقية المشار إليها إنما تتمحور عن إنشاء بنك يقوم بالأعمال التي تقوم بها البنوك التجارية، فلا يسوغ اعتبارها من «الأعمال السياسية» التي تنحصر عنها رقابة القضاء الدستوري، ولا يغير من ذلك ما تضمنته بعض نصوص الاتفاقية من امتيازات معينة

للمصرف أو لموظفيه أو لأموال المساهمين أو المودعين فيه. كما لا يغير من ذلك ما ورد بصدر هذه الاتفاقية بشأن البواعث التي دفعت الحكومات العربية الموقعة عليها إلى تأسيس هذا المصرف. ومن ثم يكون الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الماثلة قائماً على غير أساس واجب الاطراح^(١).

ثانياً: عناصر الأعمال السياسية في ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا:

يمكن إجمال الأسس التي أقامت عليها المحكمة الدستورية العليا نظرية الأعمال السياسية في العناصر التالية:

الأول: أن الرقابة على الدستورية تجدد أساسها - وكأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة لأحكامه، وأنه استثناء من هذا الأصل جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على الأعمال السياسية من مجال رقابتها؛ تأسيساً على أن طبيعة هذه الأعمال تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية، ومن ثم تعتبر الأعمال السياسية كذلك بالنظر إلى طبيعتها، ولا شأن لها بأوصافها التي قد يخلعها الشارع عليها، متى كانت تنافي خصائص هذه الأعمال ومقوماتها.

الثاني: أن استبعاد الأعمال السياسية من ولاية المحكمة الدستورية العليا إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضي - وبسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها في الداخل أو الخارج - النأي بها عن الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا مما اقتضى منح الجهة القائمة بهذه الأعمال، سواء كانت السلطة التشريعية أم التنفيذية - سلطة تقدير أوسع في مداها وأبعد في نطاقها تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته، فلا تراجعها فيها جهة قضائية، خاصة وأن تقصّيها يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازين تقدير لا نتاج لها، فضلاً عن عدم ملائمة طرحها عليها بصورة علنية.

الثالث: أن المحكمة الدستورية العليا هي التي تحدد إذا كانت المسائل التي تنظمها

(١) القضية رقم ١٠ س ١٤ ق جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٣٧٦.

النصوص المطعون عليها تعتبر من المسائل السياسية التي تخرج عن ولايتها أم لا تعتبر كذلك، فتبسط رقابتها عليها.

الرابع: أن نظرية الأعمال السياسية كقيد على ولاية المحكمة الدستورية العليا، تجد معظم تطبيقاتها في ميدان العلاقات والاتفاقات الدولية بأكثر مما يقع في الميدان الداخلي؛ لارتباط الميدان الخارجي بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا.

الخامس: ليس صحيحاً على الإطلاق القول بأن كل معاهدة دولية وأياً كان موضوعها تعتبر من الأعمال السياسية؛ لأن المعاهدات الدولية المنصوص عليها في الدستور المصري عام ٢٠١٤ في المادة ١٥١ والتي يتعين طبقاً للفقرة الأولى منها عرضها على السلطة التشريعية ممثلة في مجلس النواب، والحصول على موافقته عليها، لا تعتبر بناء على مجرد عرضها على المجلس والحصول على موافقته عليها - وعلى ضوء هذا الاعتبار وحده - من الأعمال السياسية؛ ومرد ذلك أن استبعاد بعض الأعمال من مجال الرقابة على الدستورية مرجعه إلى طبيعتها، لا إلى إجراءات القبول بها أو التصديق عليها^(١).



(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظها الرئيسية، رقم ٤٧١ ص ٧٧٩-٧٨٠.

الفصل الثالث

نطاق الدعوى الدستورية

تمهيد وتقسيم:

يقتضي بحث الرقابة على دستورية القوانين من ناحية بيان نطاق الرقابة وإذا كانت تقتصر على نصوص الدستور أم تمتد لتشمل مقدمات الدساتير، وإعلانات الحقوق والمعاهدات الدولية وغيرها، ومن هذه القواعد ماله أهمية خاصة شأن مبادئ الشريعة الإسلامية، مما يقتضي الوقوف على ما إذا كانت تلك القواعد تعتبر فعلاً كلها أو بعضها مرجعاً للرقابة القضائية أم لا. ومن ناحية أخرى بيان المجال أو المدى الزمني للرقابة، وإذا كانت تقتصر على الأحكام التي صدر في ظلها التشريع الطعين أم أحكام الدستور النافذ وقت فحص دستورية التشريع.

ويتناول البحث بيان ذلك في المبحثين التاليين: الأول المدى أو المجال الموضوعي للرقابة، وفي الثاني المدى الزمني للرقابة.

المبحث الأول

المدى الموضوعي للرقابة

تمهيد وتقسيم: عهد الدستور للمحكمة الدستورية العليا دون غيرها رقابة دستورية القوانين واللوائح. وننوه بادئ ذي بدء أن المحكمة الدستورية لا تراقب نصوص الدستور أو تعديل الدستور. وإنما تقتصر رقابتها على القوانين التي يصدرها البرلمان وتضم القوانين المكملة للدستور والقوانين الأخرى^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا «إن الدستور لا يندرج في مفهوم القوانين التي تبشر المحكمة الدستورية العليا الرقابة عليها في نطاق ولايتها المنصوص عليها في صدر المادة ٢٩ من قانونها، ذلك أن الدستور مظهر الإدارة الشعبية وتناجها في تجمعاتها المختلفة المترامية على امتداد النطاق الإقليمي للدولة، ولا يعدو تبنيتها للدستور أن يكون توكيداً لعزمها على أن تصوغ الدولة - بمختلف تنظيماتها - تصرفاتها وأعمالها وفق أحكامها، لاعتباره قاعدة لنظام الحكم فيها، وإطاراً ملزماً لحقوق الجماهير وحرياتهما، وعماداً للحياة الدستورية بكل أقطارها وهو بذلك ضابط لها يحدد ملامحها ويقيم بنيانها، وفق قواعد جامدة لا يجوز تعديلها بإتباع الأوضاع الإجرائية التي تعدل بها القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، بل وفق قواعد شكلية معقدة متزمته، هي تلك المنصوص عليها في المادة ١٨٩ من الدستور، بما مؤداه أن النصوص الدستورية تغاير النصوص القانونية في مصدرها ومرتبها، وهي مغايرة لازمة أن تكون الإدارة العلى التي تصدر عنها النصوص الدستورية محددة - إملاء - للقيود التي تعمل السلطان التشريعية والتنفيذية في إطارها ومبلورة لقواعد أمرة هي الأحق بالنزول عليها احتكاماً إليها وامثالاً لها، وإذ كان الدستور قد أقام كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية، مبنياً حدود العلاقة بينهما لتبشر كل منهما ولايتها وفق القواعد التي ضبطها الدستور بها، فإن تأسيس

(١) الدكتور فتحي فكري: القانون الدستوري، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر، ٢٠٠٨/ ٢٠٠٩ ص ٢٦١-٢٦٢.

هاتين السلطتين على مقتضى أحكام الدستور، يفترض انبثاقها عن قواعده، ويدل على أن النصوص القانونية التي أقرتها السلطة التشريعية أو أصدرتها السلطة التنفيذية - وأيا كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو طبيعة الموضوع الذي تتولاه بالتنظيم - هي في حقيقة تكييفها ومنزلتها، دون القواعد الدستورية أهمية ووزناً، ذلك أن مشروعاتها الدستورية لا تقاس إلا على ضوء أحكام الدستور، الشكلية منها والموضوعية ومن ثم يكون الدستور مرجعاً نهائياً لصحتها أو بطلانها. النصوص الدستورية لا تتعارض أو تتهادم أو تتنافر فيما بينها، ولكنها تتكامل في إطار الوحدة العضوية التي تنتظمها من خلال التوفيق بين مجموع أحكامها وربطها بالقيم العليا التي تؤمن بها الجماعة في مراحل تطورها المختلفة ويتعين دوماً أن يعتد بهذه النصوص بوصفها متألّفة فيما بينها لا تتماحى أو تتآكل بل تتجانس معانيها وتتضافر توجهاتها، ولا محل بالتالي لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصادمها، وذلك أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها، يفترض العمل بها في مجموعها، وشرط ذلك اتساقها وترابطها والنظر إليها باعتبار أن لكل نص منها مضموناً ذاتياً لا ينغزل به عن غيره من النصوص أو ينافيها أو يسقطها، بل يقوم إلى جوارها متسانداً معها، مقيداً بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التي تجمعها. قصر الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا كلاهما، ولايتها - في مجال مراقبة الشرعية الدستورية - على النصوص القانونية دون غيرها، سواء في ذلك تلك التي أقرتها السلطة التشريعية، أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها الدستورية القول بإخضاع الدستور لرقابتها، يجاوز حدود ولايتها ويفوض تحومها. النعي على المادتين ٧٦ و ٧٧ من الدستور - اللتان تعرضان لطريقة ترشيح رئيس الجمهورية، ومدة ولايته - إهدارهما للأحكام التي تضمنها بابه الثالث الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة، وما للأحكام التي تضمنها بابه الثالث الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة، وإخلالهما بوجه خاص بمبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور، وكذلك بحق كل مواطن في الانتخاب، والترشيح، وإبداء الرأي في الاستفتاء، لا يعدو أن يكون طلباً بتسليط رقابة المحكمة الدستورية العليا ذاتها، وهو ما يخرج عن ولايتها المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها^(١).

(١) الطعن رقم ٢٣ س ١٥ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ١٤٠ =

وتثير بعض القواعد التساؤل عما إذا كانت تمتد لها القوة الدستورية من عدمه، فيتلازم الجمع بينها وبين نصوص الدستور. وبعبارة أخرى هل تعد هذه القواعد جزءاً من الدستور أم لا.

وتتنوع هذه القواعد وتتعدد من حيث وجه النظر إليها، فهناك القواعد المشرعة كالقوانين الأساسية والقواعد التي تمت الموافقة عليها في الاستفتاء الشعبي، وبعضها قواعد غير مشرعة، كالعرف والمبادئ القانونية العامة.

وبصفة عامة تشمل هذه القواعد مقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق، والتشريعات التي تمت الموافقة عليها في الاستفتاء الشعبي، والقوانين الأساسية والمعاهدات الدولية، والعرف، والمبادئ القانونية العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية. ونفرد المطالب التالية لتناول هذه القواعد تباعاً.

المطلب الأول

مبادئ الشريعة الإسلامية

(أ) ماهيتها: تقوم مبادئ الشريعة الإسلامية على الأحكام الشرعية التي شرعها الله تعالى لعباده، والحكم الشرعي هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تحييراً أو وضعاً^(١). وقد يكون هذا الحكم تكليفيّاً، وهو ما يقتضي طلب فعل من المكلف، وأثر ذلك إما الوجوب وإما الندب، أو يتطلب كفه عن فعل، وأثر ذلك إما الحرية وإما الكراهة، أو يخير المكلف بين الفعل والكف عنه، وأثر ذلك الإباحة. كما قد يكون هذا الحكم وضعياً، وهو ما يقتضي وضع شيء سبباً لشيء آخر أو شرطاً له، أو مانعاً منه، ومن ثم يتعلق هذا الحكم بوصف الفعل بالصحة أو الفساد أو البطلان، أو يكون الشيء أمانة أو علامة أو شرطاً أو سبباً أو علة لشيء آخر أو مانعاً منه.

والأحكام الشرعية إما أن تكون متعلقة بالعقيدة، أي تدور حول الإيمان بالله وكتبه ورسله واليوم الآخر، وغير ذلك من أحكام العقيدة مما يتناوله علم الكلام أو علم التوحيد، وإما تكون متصلة بالأخلاق كتهذيب النفس، ورسم السلوكيات، والمثل العليا في العلاقات الاجتماعية مما يندرج في علم الأخلاق. وقد تنصب هذه الأحكام على تنظيم ما يصدر عن الناس من أقوال وأفعال وتصرفات. وهذه الأحكام الشرعية العملية التي تعرف باسم الفقه، وهي كما هو ظاهر أخص من الشريعة، ويتشابه معناها الخاص هذا مع مصطلح القانون في العصر الحديث إلى حد كبير^(٢).

ويجتمع مدلول الشريعة ومدلول الفقه في الأحكام الواردة في القرآن الكريم والسنة

(١) الشيخ عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، الطبعة الرابعة مطبعة النصر ١٣٦٩هـ-١٩٥٠ ص ١١٠-١١١؛ الدكتور زكريا البري: أصول الفقه الإسلامي، ١٩٧٧ ص ٢٦٥-٢٦٧؛ الدكتور يوسف قاسم: أصول أحكام الشرعية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٤١١هـ-١٩٩١ ص ٢٧.

(٢) الدكتور صوفي أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٨٥ ص ٢١.

الشريعة، ولكن للشريعة مدلولاً عاماً يستوعب أحكام الدين جميعاً فيما يتصل بالعقيدة والأخلاق وأفعال المكلفين، أما الفقه فيقتصر على الأحكام الشرعية التي تنظم أفعال المكلفين وتصرفاتهم، سواء كانت ثابتة في القرآن والسنة الشريفة أم كانت أحكاماً اجتهادية مستمدة من أدلتها التفصيلية^(١).

بيد أنه أحياناً يستعمل مصطلح الشريعة الإسلامية ويقصد به «الفقه»، وهذا من قبيل إطلاق العام ويراد به الخاص، وهو ما دأب الشارع على اتباعه في العديد من النصوص التشريعية^(٢). وهذا الخلط في استعمال المصطلحات أو الألفاظ، ينبغي ألا يؤثر على معانيها الحقيقية، ومن ثم، فإن مبادئ الشريعة تتحدد بالمعنى الخاص للشريعة، وهو الفقه، وتنصب على الأحكام الشرعية العملية التي تنظم أفعال المكلفين وأقوالهم وتصرفاتهم وما ورد منها بالكتاب الكريم والسنة الشريفة، وما يستنبط منها بالاستناد إلى الأدلة العملية^(٣).

(ب) نطاقها العقيدة والشريعة: للإسلام شعبتان أساسيتان، هما العقيدة والشريعة.

والعقيدة، هي الجانب النظري الذي يطلب الإيمان به أولاً وقبل كل شيء إيماناً لا يرقى إليه شك، ولا تؤثر فيه شبهه، ومن طبيعتها: تضافر النصوص الواضحة على تقريرها، وإجماع المسلمين عليها من يوم أن ابتدأت الدعوة مع ما حدث بينهم من اختلاف بعد ذلك فيما وراءها، وهي أول ما دعا إليه الرسول ﷺ، وطلب من الناس الإيمان به في المرحلة الأولى من مراحل الدعوة، وهي دعوة كل رسول جاء من قبل الله، كما دل على ذلك القرآن في حديثه عن الأنبياء والمرسلين. أما الشريعة، فهي النظم التي شرعها الله أو شرع أصولها ليأخذ الإنسان بها نفسه في علاقته بربه، وعلاقته بأخيه المسلم، وعلاقته بأخيه الإنسان، وعلاقته بالكون، وعلاقته بالحياة^(٤).

(١) الدكتور صوفي أبو طالب: المرجع السابق، ص ٢٢-٢٣.

(٢) الدكتور صوفي أبو طالب: المرجع السابق، ص ٢٣.

(٣) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٢١١.

(٤) الإمام الأكبر محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق الطبعة الرابعة عشرة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ ص ٩-١٠؛ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، دراسة مقارنة، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، ١٤٢٥ هـ ٢٠٠٤ ص ١٣-١٧.

والعقيدة في الإسلام هي الأصل الذي تبنى عليه الشريعة، فتعتبر الشريعة أثرًا يستتبع العقيدة، فلا وجود ولا ازدهار للشريعة إلا في ظل العقيدة، ولذلك فإن الإسلام يحتم تعانقهما بحيث لا تنفرد إحداهما عن الأخرى على أن تكون العقيدة أصلاً يدفع إلى الشريعة، والشريعة تلبية لانفعال القلب بالعقيدة وعليه فمن آمن بالعقيدة وألغى الشريعة أو أخذ بالشريعة وأهدر العقيدة لا يكون مسلماً عند الله، ولا سالكاً في حكم الإسلام سبيل النجاة^(١).

وأساس ذلك كله أن الدين كان ولا يزال المنبع الرئيسي للكثير من المبادئ والقواعد الأخلاقية والقانونية في المجتمعات المختلفة، بل إن الشريعة الإسلامية تعتبر منهجاً متكاملًا، أو كما ذهب الشيخ محمود شلتوت رحمه الله أن الإسلام عقيدة وشريعة، أو أن الإسلام دين ودولة^(٢).

ومفاد ما تقدم أن مبادئ الشريعة الإسلامية وأصولها لا تقتصر على الاهتمام بجانب العقيدة في الإسلام فحسب، وإنما تنظم إلى جانب ذلك جميع ما يتعلق بجانب الشريعة ما يخص منها العبادات وما اتصل منها بالمعاملات^(٣).

(د) مرتبة مبادئ الشريعة: كانت المادة الثانية من دستور ١٩٧١ المعطل تنص على أن «الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع». وتم تعديل الدستور نتيجة للاستفتاء الذي أعلنت نتيجته في ٢٢ مايو ١٩٨٠ وتم إضافة (أل) إلى كلمة «مصدر» وبعد تعطيل دستور ١٩٧١ نتيجة لثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ نصت المادة الثانية من دستور ٢٠١٤ على أن «الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع».

وقد أثار الخطاب في نص المادة الثانية من الدستور جدلاً كبيراً ونقاشاً حاداً في الفقه.

(١) الشيخ محمود شلتوت: الموضوع السابق.

(٢) الأستاذ محمد عبد الفتاح عفيفي: جوانب من عظمة الإسلام المفترى عليه، مركز الكتاب العلمي، مصر ١٤١٥هـ - ١٩٩٥ ص ١٤٢.

(٣) الدكتور عادل شريف: المرجع السابق، ص ٢١٢.

فذهب البعض إلى أن مفاد النص في الدستور على أن مبادئ الشريعة هي المصدر الرئيسي للتشريع أن يركز الاجتهاد، وينحصر في مبادئها لا يعدوها، ولا يتناول غيرها من المصادر، ولذلك يتقيد الشارع في تقنينه الأحكام باستمدادها من الشريعة الإسلامية التي تنفرد بنسبة الأحكام الوضعية إليها، وفي ذلك يتجه رأي الفقه إلى أن النص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي يجعل هذه المبادئ ملزمة للشارع، فيلتزم بالاستنباط منها، ويجب أن تكون التشريعات متفقة معها وإلا تناقضت مع الدستور، وبذلك فلا مجال للظن بأن النص الدستوري قد ورد مورد الإرشاد والتوجيه، وأنه لم يقصد به الإلزام والوجوب، فهذا الظن ينفيه من جهة أن نصوص الدستور بطبيعتها لا تحمل هذا المعنى إلا بقرينة، ومن ناحية أخرى فإن عبارة النص وسياقه يقطعان الطريق على مثل هذه المحاولة^(١).

وذهب رأي ثاني إلى أن نص المادة الثانية غير نافذ بذاته، ويتضمن في حقيقته خطاباً موجهاً إلى الشارع يحثه على إعادة النظر في التشريعات القائمة وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية التي ينبغي أن تصدر التشريعات الجديدة متوافقة معها؛ وأساس ذلك أن الخطاب في النص الدستوري موجهاً إلى الشارع لا إلى الكافة ولا إلى القضاء، فهو خطاب يلفت نظر الشارع إلى وجوب استلزام قواعده في كل ما يعرض من أمور مما تقرره مبادئ الشريعة الإسلامية، مما يعني أن مبادئ الشريعة الإسلامية لا تكون لها قوة إلزام القاعدة القانونية إلا إذا تدخل الشارع وقنها. أما قبل ذلك فإنها تعد مصدراً موضوعياً للتشريع^(٢). ولذلك ذهب رأي في الفقه الدستوري إلى أن نص المادة الثانية من الدستور غير نافذ بذاته، ويحتاج إلى تدخل من الشارع ليحول مبادئ الشريعة الإسلامية - كمصدر موضوعي للتشريع - إلى مضمون أو محتوى تشريعي يمكن أن يلتزم به القاضي^(٣).

-
- (١) الدكتور عوض محمد: دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، الطبعة الثانية ١٩٨٣ ص ٢٩؛ الدكتور سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية ومبادئ شريعة الإسلامية، ص ١٤٨؛ ولسيادته أيضاً: الشريعة الإسلامية ومدى التزام سلطة التشريع باتباع مبادئها على ضوء نصوص دستور ٢٠١٢، المجلة الدستورية، العدد ٢٣، ٢٠١٢.
- (٢) الدكتور صوفي أبو طالب: المرجع السابق، ص ١٧؛ الدكتور عوض محمد: المرجع السابق، ص ١٨.
- (٣) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: موقف الدعاة وموقف ولاية الأمر وأمانة الحكم، مقال بجريدة الأهرام في ٢ يوليو

كما ذهب البعض في نفس الاتجاه إلى القول بأن الحكم الوارد بنص المادة الثانية من الدستور هو حكم تخييري لا وجوبي، ومن ثم يكون للشارع سلطة تقديرية أن يستلهم الأحكام من أية مصادر أخرى يراها أكثر ملائمة لمقتضى الحال، دون أن يكون مقيداً بمبادئ الشريعة الإسلامية التي لا تصلح سبباً للطعن بعدم دستورية التشريعات؛ باعتبار أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا لا يمتد إلى رقابة مطابقة التشريعات لمصادرها الموضوعية^(١).

وعلى عكس ذلك، ذهب البعض إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها قواعد قانونية واجبة النفاذ والإعمال بذاتها فوراً، وبذلك يتعين نفاذها على الفور في شأن جميع التشريعات السابقة واللاحقة على تعديل نص المادة الثانية من الدستور على السواء، بمعنى أن يحكم بعدم مشروعية أو بعدم دستورية ما يتعارض من تلك التشريعات مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

وحجة هذا الرأي أن مسألة النفاذ الذاتي، والأثر المباشر للنص هي مسألة عملية لا تتوقف على إرادة الشارع، وإنما يتم تحديدها من خلال الفقه والقضاء على أسس عملية متفق عليها، مما يتعين طرح أي تخوف مما قد يحدثه هذا النفاذ الذاتي والأثر المباشر من هزات عنيفة أو تضارب في الأحكام والعدالة، وهذا مجرد وهم لم يقم عليه دليل، وأن النفاذ الذاتي والمباشر للنص لا يتعارض مع روح الإسلام وأصوله، وإنما هو يكفل تحقيق هذه الروح. فضلاً عن أن هذا النفاذ لا يمس مبدأ الفصل بين السلطات^(٢).

وذهب رأي ثالث إلى تسويد مبادئ الشريعة الإسلامية ومراعاة أحكام الدستور. ومفاد ذلك أنه وإن نص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إلا أنه مع تقييده لسلطة التشريع بالتزام هذه المبادئ، فإنه لم يعتبرها مصدراً وحيداً للتشريع، وإنما قدمها وأعلاها

١٩٨٥؛ الدكتور فتحي فكري: تعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي مع تقييم بعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة من دستور ١٩٧١، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة ١٨، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٩٤، ص ٢٨٢.

(١) الدكتور أحمد زكي الشيتي: عدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدفع بعدم دستورية القوانين لمخالفتها للشريعة الإسلامية، مقال بمجلة المحاماة، العددان الأول والثاني، س ٦٦ يناير وفبراير ١٩٨٦ ص ٤٧، ٤٨.

(٢) الدكتور سامي جمال الدين: المرجع السابق، ١٥١.

على النصوص التشريعية التي تستنبط منها بطريق الاجتهاد الذي ينحصر نطاقه في الأحكام الظنية، أي غير قطعية الورد أو الأحكام قطعية الثبوت مع ظنية دلالتها، ولا يمتد إلى الأحكام القطعية في ثبوتها وفي دلالتها، وهو اجتهاد يعتمد على الأدلة الشرعية المختلفة، مما يسمح للشارع باقتباس نظم غير معروفة في الشريعة الإسلامية إذا قام الدليل على اعتبارها، وكانت هناك مصلحة في إتباعها، شريطة عدم التعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

وحاصل هذا الرأي مبادئ الشريعة الإسلامية أعلى من النصوص التشريعية ذاتها، مما يعني تقيد سلطة التشريع في اجتهادها بمبادئ الشريعة الإسلامية، فإن خرجت سلطة التشريع عليها كان عملها مخالفاً لنص المادة الثانية من الدستور وإذا كان الشارع يتقيد في اجتهاده بمبادئ الشريعة الإسلامية فإن اجتهاده هذا ينبغي ألا يناقض مبدأ ثابتاً في الدستور، كمبدأ المساواة أو حرية العقيدة أو المسكن... الخ، فمثل هذه المبادئ تقيد الاجتهاد التشريعي وتعتبر قيداً على المادة الثانية؛ إذ لا يجوز تفسيرها بمعزل عن نصوص الدستور الأخرى، وإنما يتعين أن تفسر هذه النصوص جميعاً باعتبارها وحدة متكاملة ومتجانسة^(١).

والواقع أن الرأي الأخير يتفق مع حقيقة وجوه المادة الثانية من الدستور التي تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، مما يعني تقيد سلطة التشريع في اجتهادها بمبادئ الشريعة الإسلامية، فإن خرجت سلطة التشريع عليها كان عملها مخالفاً لنص المادة الثانية من الدستور. ولا نتفق مع هذا الرأي في أنه إذا كان الشارع يتقيد في اجتهاده بمبادئ الشريعة الإسلامية فإن اجتهاده هذا ينبغي ألا يناقض مبدأ ثابتاً في الدستور؛ إذ إن الشريعة الإسلامية ومبادئها تعلق ولا يعلو عليها، فالشريعة تعتبر قيداً على التشريع بصفة مطلقة، فالمساواة والحريات يجب أن تكون في ضوء أحكام ومبادئ الإسلام، فالمبادئ الدستورية لا يجوز تفسيرها بمعزل عن مبادئ الشريعة الإسلامية، وإنما يتعين أن تفسر هذه النصوص جميعاً باعتبارها وحدة متكاملة ومتجانسة؛ وأساس ذلك الحجج التالية:

أولاً: أن اللجنة المشكلة من مجلس الشعب سنة ١٩٧٩ لبحث تعديل بعض أحكام

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٢٢٦-٢٢٨.

الدستور، خاصة المادة الثانية منه، حددت لاجتهاد الشارع نطاقاً وإطاراً ووسائل وأهدافاً. ويتحدد نطاقه في الأحكام الظنية في ثبوتها أو في دلالتها ولا يشمل الأحكام القطعية، وإطاره هو مبادئ الشريعة الإسلامية، ووسائله هي المصادر الشرعية المختلفة، وأهدفه هي تحقيق المقاصد العامة للشريعة الإسلامية دون تقيد باجتهادات السابقين مما يسمح باقتباس النظم المناسبة من الدول الأخرى إذا ثبت صلاحيتها، وقام الدليل على عدم تعارضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وتحقيقها لمقاصدها.

ويقتضي ذلك بيان رأي اللجنة والذي تضمن ما يلي:

١- أن المادة الثانية من مشروع تعديل الدستور، في الصيغة التي سبق أن أقرها المجلس تلزم الشارع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها، مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، وهو ما يكون قطعياً في ثبوته ودلالته ولا مجال للاجتهاد، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن الشارع من التوصل إلى الأحكام اللازمة التي لا تعارض أصول الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة.

٢- أن المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية نوعان: مصادر أساسية هي القرآن والسنة والإجماع والقياس، ومصادر أخرى اختلف الرأي من مذهب إلى آخر اختلف الرأي من مذهب إلى آخر على جواز الاستدلال بها، كالمصالح المرسلة والاستحسان والعرف.

وللشارع أن يعتمد على أي من هذه المصادر، سواء المتفق عليها أم المختلف عليها، لمواجهة الحوادث والنوازل، فالعرف بشرائطه الشرعية والمصالح المرسلة بشرائطها الشرعية مصدران للفقه الإسلامي، وهما يفتحان الباب أم الاجتهاد في استنباط أحكام تتفق مع الأصول والمبادئ الشرعية لمواجهة ما يجد في المجتمع من تطورات فكرية واجتماعية واقتصادية.

وهذه الأحكام التي يتوصل إليها الشارع اجتهاد عن طريق الاعتماد على المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية على اختلافها، لا يمكن أن تكون أحكاماً ثابتة دوماً؛ لأنه من

المتصور أن تتغير من زمان إلى زمان آخر ومن مكان إلى مكان آخر بما يحقق المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، على أن يكون مفهومها أن الاجتهاد وفقاً لنص المادة الثانية من الدستور لا يمكن أن ينحصر فيما كتبه الفقهاء السابقين، فهو ليس اجتهاداً. فمن ناحية، فإن الحوادث والنوازل قد تجد في المجتمع دون أن تدون في مؤلفاتهم، ومن ناحية أخرى، فإن هذا الحصر للشريعة الإسلامية في اجتهادات الفقهاء السابقين أمر لا تقبله نصوص الشريعة الإسلامية وروحها، فهي شريعة مرنة تواجه ما يجد في المجتمع من أحداث من خلال إطار عام ممثلاً في مبادئ الشريعة الإسلامية التي لا يجوز الخروج عليها، وبالارتكاز على المصادر الشرعية التي تستنبط منها الأحكام لكل ما يجد في المجتمع من أحداث وتطورات. أما الأحكام القطعية في ثبوتها ودلالاتها، كالحدود وأنصبة الورثة في الأموال التي يخلفها مورثهم، فلا مجال للاجتهاد فيها، وكل تشريع على عكسها هو نقض لها، وإهدار لما علم من الدين بالضرورة.

٣- أن الأحكام الاجتهادية في الشريعة الإسلامية، هي غير القطعية؛ لأنها ظنية في ثبوتها أو دلالتها أو هما معاً. ومن المسلم به أن الأحكام الاجتهادية تتغير بتغير الزمان والمكان، مما أعطى للفقهاء الإسلامي مرونة وحيوية أمكن معها القول بأن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

٤- أن الدستور إذ نص في المادة ٤٠ على أن المواطنين لدى القانون سواء؛ وإذ نصت المادة ٤٦ من الدستور على أن تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية، وكان التعديل المقترح على المادة الثانية من الدستور يكفل حرية العقيدة لغير المسلمين من أهل الكتاب إعمالاً لمبدأ «لا إكراه في الدين»، كما يكفل المساواة بين المسلمين وغير المسلمين في الحقوق والواجبات العامة إعمالاً لمبدأ «لهم ما لنا وعليهم ما علينا»، وكان من المسلم أنه يتعين تفسير أي نص في الدستور بما يتفق مع باق نصوصه، وليس بمعزل عن أي منها، وكان من المسلمات أيضاً أن مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء تقرر أن غير المسلمين من أهل الكتاب إنما يخضعون في أحوالهم الشخصية لشرائع ملتهم، فإن اللجنة تقرر ما يأتي:

(أ) ليس ثمة شبهة في أن حق تولي الوظائف العامة، وحرية العقيدة، وحرية ممارسة الشعائر الدينية، هي من الحقوق العامة للمصريين التي يتمتعون بها في ظل الدستور، وطبقاً لأحكام القانون، دون أي تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة.

(ب) أن أي انحراف في تفسير أي نص في الدستور بما يخل بمبدأ المساواة، أو حرية العقيدة، أو حرية ممارسة الشعائر الدينية لأهل الكتاب من المصريين، يمثل مخالفة دستورية صريحة، بل ويتعارض القول بمثل هذا التفسير مع واجب الحفاظ على الوحدة الوطنية الذي يلتزم به كل مصري طبقاً لصريح نص المادة ٦٠ من الدستور، ويتناقض مع مراعاة ما أقره الشعب ضمن مبادئ الاستفتاء الذي تم في التاسع عشر من مايو ألف تسعمائة تسعة وسبعون بشأن معاهدة السلام وإعادة بناء الدولة.

والبين من هذا التقرير أنه يثبت الصدارة لمبادئ الشريعة الإسلامية على النصوص التشريعية التي يستنبطها الشارع، مما يعد ترجيحاً لهذه المبادئ على تلك النصوص، وهو المعنى الذي يؤكده الملحق رقم (٣) المرفق بالتقرير فيما تضمنه أن ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع، يحقق لمصر ذاتها العربية، واستقلالها الفكري والحضاري؛ إذ يلزم الشارع بأن يلجأ إلى منهل الشريعة الإسلامية لبحث فيها عن بغيته وأنه بذلك يسد الباب أمام نقل النظم الأجنبية في كافة المجالات التشريعية والسياسية الاجتماعية فيما يخالف أو يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها وأن التعديل المقترح لنص المادة الثانية من الدستور لا يغير من الأمر شيئاً، وإنما يزيل من أذهان البعض أية مظنة في عدم الالتزام بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع في كافة نواحي الحياة.

ثانياً أن ما اتجهت إليه اللجنة في تقريرها المار بيانه من إلزام الشارع الوضعي باستنباط الأحكام التي يتبناها من الشريعة الإسلامية كلما وجد بها حكماً قطعياً في ثبوته ودلالته، وإن لم يجد هذا الحكم كان عليه أن يستنبط من مصادرها الاجتهادية ما يحتاج إليه من أحكام لمواجهة النوازل بما لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية.... هو اتجاه نحو التمكين لمبادئ الشريعة

الإسلامية وتسويدها، وهي مبادئ مرنة نمت وازدهرت زمناً طويلاً، ولبت جميع احتياجات الأمة، إلى أن أقفل باب الاجتهاد مما كان له أثره السيئ الذي تبعه جمود هذه المبادئ^(١).

ويرجع توقف الاجتهاد وجموده إلى أن معظم البلاد العربية توقفت عن العمل على إحياء هذه مبادئ الشريعة الإسلامية وتطويرها، بل واتجهت إلى اقتباس تشريعات من الدول الأجنبية على الرغم من اختلاف المفاهيم البيئية. مما حدا بالشارع الدستوري إلى التدخل للنص في المادة الثانية على اعتبار الشريعة مصدراً رئيسياً للتشريع، ثم النص على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع.

ومؤدى ذلك أنه بعد النص على اعتبار مبادئ الشريعة مصدراً رئيسياً للتشريع، أن المصادر الموضوعية للتشريع لم تعد متكافئة كما كانت من قبل، بل غدت تتدرج فيما بينها إلى درجتين: مصادر رئيسية، وهي مبادئ الشريعة الإسلامية، ومصادر فرعية، ومع ذلك فإن هذا النص جاء عديم الجدوى؛ إذ لم يشر إلى أية مصادر موضوعية أخرى رئيسية كانت أو فرعية^(٢). أما بعد التعديل والنص على اعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع، فهو من ناحية جعل هذه المبادئ مصدراً رسمياً للقانون. ومن ناحية أخرى جعل لها الأولوية بين المصادر الموضوعية، مما يعني أن الشارع أصبح ملزماً بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ابتداءً كلما أراد إصدار تشريع أو تقنين معين، فإن وجد فيه حكماً سنّه أو قننه، وإن لم يجد بحث عن ضالته في غيرها من المصادر. وبالتالي لا يجوز لتشريع وضعي لاحق على صدور الدستور على الأقل، أن يخالف حكماً قطعياً من أحكام الشريعة الإسلامية، وإلا كان النص هدرًا، أي معيب بعيب مخالفة الدستور^(٣).

ثالثاً: عدم تكافؤ مبادئ الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية؛ وأساس ذلك أن التكافؤ بين مصدرين ينتجان القواعد التشريعية غير متصور قانوناً، فالأصل في المصادر الرسمية للقاعدة

(١) الشيخ جاد الحق علي جاد الحق: الفقه الإسلامي، نشأته وتطوره، معهد الدراسات الإسلامية، الطبعة الأولى ١٩٨٨ ص ١٢٩.

(٢) الدكتور سامي جمال الدين: المرجع السابق، ص ١٣٧.

(٣) الدكتور سامي جمال الدين: المرجع السابق، ص ١٣٧-١٣٨.

القانونية هو أن ينتظمها فيما بينها تدرج هرمي، وهذا التدرج ينافي اتحاد المصادر في المرتبة، ويستوجب أن يكون حل التعارض بين قاعدتين قانونيتين من خلال إهدار القاعدة الأدنى والامتناع عن تطبيقها ترجيحاً للقاعدة الأعلى مرتبة.

والملاحظ أن القول بتكافؤ مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية مع النصوص التشريعية أن يكون لسلطة التشريع حرية تعديل تلك المبادئ، دون أن يعتبر ذلك إهداراً لها، بل هو تحديد لمضمونها بالقاعدة التي سنتها سلطة التشريع، وهذا ما يخرج على إرادة الشارع الدستوري وما قصد إليه من تغليب مبادئ الشريعة على النصوص التشريعية التي تخالفها؛ باعتبار أن هذه المبادئ تمثل إطاراً عاماً تتحرك النصوص التشريعية في إطاره، ويستحيل أن تتجاوزه، مما يعني أن مبادئ الشريعة تعلو على الدستور والقانون.

ولا نسلم بما ذهب إليه البعض أن مبادئ الشريعة تعتبر في مرتبة وسطى بين الدستور والقانون، وأنها لا تعلو على النصوص الدستورية ذاتها، وإنما تكون هذه النصوص قيلاً عليها، وأن القوانين تنقيد بهذه المبادئ، وتلتزم بها، وإلا كانت غير دستورية^(١).

ومن باب أولى لا يستقيم القول بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطعن الدستوري القائم على مخالفة التشريع المطعون فيه لمبادئ الشريعة الإسلامية تأسيساً على أن الرقابة الدستورية لا تمتد إلى رقابة مطابقة التشريعات إلا للمصادر الرسمية للتشريع دون مصادره القانونية التي تندرج بينها هذه المبادئ^(٢).

وهذا القول ظاهر في عدم صحته ومردود بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، وبصفتها هذه تتقدم على أي نص وضعي تسنه السلطة التشريعية وتعلو عليه، تحقيقاً لما أرادته الشارع من تغليب هذه المبادئ وتسويدها على النصوص التشريعية والدستورية^(٣).

(١) الدكتور سامي جمال الدين: المرجع السابق، ص ١٥٠.

(٢) الدكتور أحمد زكي الشيتي: المقال السابق، ص ٤٧.

(٣) الدكتور محمد فاروق النبهان: نظام الحكم في الإسلام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٤، ص ٣٠٤-٣٠٧.

رابعاً: أن ما انتهى إليه الرأي الأول أن مفهوم نص المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها هو حصر مصادر التشريع وقصرها على مبادئ الشريعة الإسلامية، مردود عليه بما يلي:

فمن ناحية أولى، أن أحكام الشريعة الإسلامية قد لا تتضمن أحكاماً تفصيلية فيما يستجد من حوادث، وفي هذه الحالة يكون للشارع اعتماداً على المصالح المرسله استمداد أحكام التشريع من غير مبادئ الشريعة الإسلامية، إذا لم يقد الدليل على اعتبار المصالح التي يرمي إلى تحقيقها، وكانت الأحكام التي استمدتها الشارع لا تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وهو ما يفرضه المبدأ الدستوري الذي يقرر أن الإسلام دين الدولة.

ومن ناحية ثانية، فإن مبادئ الشريعة الإسلامية وإن كانت مقدمة على النصوص التشريعية التي تخالفها، إلا أن هذه ليست مصدراً وحيداً ومنفرداً للتشريع. ومن ناحية ثالثة، أن حصر الشريعة الإسلامية في اجتهادات السابقين يؤدي إلى جمودها وعدم تطورها، في حين أنه يتعين أن تتوفر المرونة فيها لمواجهة التطورات الحديثة، وهو ما يتحقق بالإبقاء على مبادئها العامة وهي مرنة بطبيعتها، ودون تقييد بأحكامها الفرعية التي تتغير بتغير الزمان والمكان^(١).

خامساً: أن مؤدى الرأي الثاني من اعتبار حكم المادة الثانية حكماً توجيهياً للسلطة التشريعية يتوقف نفاذه على تدخلها بمراعاة التدرج في تطبيق الشريعة الإسلامية بما يناسب أوضاع المجتمع، يحول دون التسليم به ما هو ثابت من أن الدستور لا يصوغ أحكامه عبثاً، والأصل فيها أنها أمرة، بل إنها أسمى القواعد الأمرة، مما يتعين معه تقييد جميع سلطات الدولة بما فيها السلطة التشريعية فيما يصدر عنها من أعمال بهذه القواعد واحترام مضمونها والتزام مقتضاها فور نفاذها، وإلا كانت هذه الأعمال مخالفة للدستور، ولذلك لا يسوغ اعتبار الحكم الذي تضمنه نص المادة الثانية من الدستور - كما ذهب البعض - من الأحكام التخييرية لا الوجوبية مما يسمح للشارع باستلها م تشريعات من أية مصادر أخرى يراها أكثر ملاءمة لمقتضى الحال^(٢).

وإذا كان هناك رأي في الفقه يذهب إلى أن النفاذ الفوري لمبادئ الشريعة الإسلامية يسري في

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٢٣٤ .

(٢) الدكتور أحمد زكي الشيتي: المقال السابق، ص ٢٣٥ .

شأن التشريعات السابقة على تعديل نص المادة الثانية من الدستور والتشريعات اللاحقة على هذا التعديل^(١).

ولكن المحكمة الدستورية العليا قضت إن مقتضى تعديل المادة الثانية من الدستور هو جعل مبادئ الشريعة الإسلامية قواعد قانونية موضوعية واجبة الأعمال بذاتها و من فورها على ما سبق هذا التعديل من تشريعات بما يوجب نسخ ما يتعارض منها مع تلك المبادئ، فإن هذا القول مردود بما سبق أن عرضت له المحكمة عن حقيقة المقصود من ذلك التعديل، وهو أنه قيد استحدثه الدستور على سلطة المشرع في شأن المصادر التي يستقى منها أحكامه التشريعية وأنه لا يمكن إعماله إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على فرضه دون التشريعات السابقة، كما ينقض ذلك القول ما تضمنته الأعمال التحضيرية لمشروع التعديل على ما سلف إيضاحه من أن المنوط به أعمال القيد المشار إليه هو السلطة المختصة بالتشريع، بالإضافة إلى أن المشرع الدستوري لو أراد جعل مبادئ التشريع الإسلامية من بين القواعد المدرجة في الدستور على وجه التحديد أو قصد أن يجرى أعمال تلك المبادئ بواسطة المحاكم التي تتولى تطبيق التشريعات دون ما حاجة إلى إفراغها في نصوص تشريعية محددة مستوفاة للإجراءات التي عينها الدستور، لما أعوزه النص على ذلك صراحة، هذا فضلاً عن أن مؤدى ما يقول به المدعى من الأعمال المباشرة لمبادئ الشريعة الإسلامية عن طريق تلك المحاكم لا يقف عند مجرد إهدار ما قد يتعارض مع هذه المبادئ من التشريعات السابقة المنظمة لمختلف النواحي المدنية والجنائية والاجتماعية والاقتصادية بل أن الأمر لابد وأن يقترن بضرورة تقضى المحاكم للقواعد غير المقننة التي يلزم تطبيقها في المنازعات المطروحة عليها بدلاً من النصوص المنسوخة مع ما قد يؤدي إليه ذلك من تناقض بين هذه القواعد و يجر إلى تهاتر الأحكام و زعزعة الاستقرار. وأن أعمال المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها - على ما تقدم بيانه، و إن كان مؤداه إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لما يضعه من تشريعات بعد التاريخ الذي فرض فيه هذا الإلزام بما يترتب عليه من اعتباره مخالفاً للدستور إذا لم يلتزم بذلك القيد، إلا أن قصر هذا الإلزام على تلك

(١) الدكتور سامي جمال الدين: المرجع السابق، ص ١٥٠.

التشريعات لا يعني إعفاء المشرع من تبعة الإبقاء على التشريعات السابقة - رغم ما قد يشوبها من تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وإنما يلقي على عاتقه من الناحية السياسية مسئولية المبادرة إلى تنقية نصوص هذه التشريعات من أية مخالفة للمبادئ سالفه الذكر، تحقيقاً للاتساق بينها وبين التشريعات اللاحقة في وجوب اتفاقها جميعاً مع هذه المبادئ و عدم الخروج عليها. ولما كان مبنى الطعن مخالفة المادة ٢٢٦ من القانون المدني للمادة الثانية من الدستور تأسيساً على أن فوائد التأخير المستحقة بموجبها تعد من الربا المحرم شرعاً طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية التي جعلتها المادة الثانية من الدستور المصدر الرئيسي للتشريع، وإذ كان القيد المقرر بمقتضى هذه المادة - بعد تعديلها بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ والمتضمن إلزام المشرع بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية - لا يتأتى إعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه حسبما سلف بيانه، وكانت المادة ٢٢٦ من القانون المدني الصادر سنة ١٩٤٨ لم يلحقها أي تعديل بعد التاريخ المشار إليه، ومن ثم، فإن النعي عليها، وحالتها هذه - بمخالفة حكم المادة الثانية من الدستور وأياً كان وجه الرأي في تعارضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية - يكون في غير محله. الأمر الذي يتعين معه الحكم برفض الدعوى^(١).

سادساً: تؤكد المادة الثانية على رغبة الشارع في تسويد مبادئ الشريعة الإسلامية بتغليها على النصوص التشريعية والدستورية التي تخالفها، وتقديمها على أية مصادر تشريعية أخرى^(٢). ومفاد ما تقدم أن الشارع الدستوري وقد أعلى مبادئ الشريعة الإسلامية وجعلها المنهل الذي تستمد منه النصوص التشريعية أحكامها، وتلتزم سلطة التشريع باتباعه في سننها للنصوص التشريعية، وأي نص يتعارض مع أحكامها يعتبر هدرًا. ومن ثم تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مرجعاً للرقابة القضائية على دستورية التشريعات^(٣).

- (١) الطعن رقم ٢٠ س ١ ق جلسة ٤ مايو ١٩٨٥ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٢٠٩٠ .
(٢) قارن الدكتور سامي جمال الدين ؛ إذ يعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ العامة للقانون التي تحتل مرتبة تعلق القواعد القانونية، وإن لم تصل إلى قوة الدستور: تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، ص ١٥٠؛ وفي نفس الاتجاه الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ٢٣٦.
(٣) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٢٣٧ .

المطلب الثاني مقدمات الدساتير

(أ) ماهيتها:

هي وثيقة غير منفصلة عن الدستور، بل إنها جزء متصل به ومرت بنفس المراحل التي مر بها وضع الدستور وإقراره. ولذلك كان من المنطقي أن تكون لهذه المقدمات قوة الدستور ذاته^(١).

(ب) قيمتها الدستورية:

١- في فرنسا: ثار جدل في الفقه الفرنسي حول القيمة الدستورية لمقدمة دستور ١٩٤٦. ويرجع هذا الجدل إلى أن الدستور قصر رقابة اللجنة الدستورية صراحة على الأبواب العشرة الأولى من الدستور. ومن ثم لم تدخل المقدمة ضمن اختصاص اللجنة الدستورية بالرقابة على مشروعات القوانين^(٢).

فذهب البعض إلى أن تلك المقدمة لم تكن في نظر الشارع الدستوري في مثل مرتبة النصوص الواردة في وثيقة الدستور. ومن ثم لا تلزم البرلمان عند وضع التشريعات.

وذهب البعض الآخر إلى أن مقدمة دستور ١٩٤٦ لها قوة النصوص الواردة في صلب الوثيقة الدستورية؛ باعتبار أنها قد وردت بعد صيغة الإصدار، مما يؤكد أن واضعي الدستور قد أرادوا لها أن تكون في نفس مرتبة نصوص الدستور، فضلاً عن الأهمية التي كان يعلّقها واضعوا الدستور على المبادئ التي تضمنتها المقدمة، وهو ما ظهر من احتدام الجدل حولها في الجمعية التأسيسية^(٣).

(١) الدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ص ٢١١.

(2) Hauriou: Droit constitutionnel et Institutions Politiques, 6eme Ed., Edition Montchrestin, Paris, 1975, p.212-213 et s.

(٣) انظر في عرض هذين المذهبين النظرية العامة للقانون الدستوري، للدكتور رمزي الشاعر، ص ٢١١-٢١٢.

بينما استقر الرأي في فرنسا على اعتبار مقدمة دستور ١٩٥٨ جزءاً من الدستور ومرجعاً للرقابة على مشروعات القوانين التي يباشرها المجلس الدستوري.

وقد أكد هذا الاتجاه الذي أخذ به المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في عام ١٩٧١؛ إذ أعلن عدم مطابقة أحكام مشروع قانون لأحكام الدستور؛ استناداً إلى أن هذا القانون يتناقض مع مبدأ حرية الاجتماع المنصوص عليها في قانون ١٩٠١ والذي أكدته مقدمة دستور ١٩٥٨^(١).

كما أن القضاء الفرنسي قد اعترف لمقدمة دستور ١٩٤٦ بالقيمة القانونية وذلك منذ حكم محكمة السين المدنية الصادر في ٢٢ يناير عام ١٩٤٧؛ إذ قضت بإلغاء الشروط الواردة في وصية سيدة إلى حفيدتها بإلغاء هذه الوصية إليها إذا تزوجت من يهودي؛ استناداً إلى أن هذا الشرط مخالف للفقرة الأولى من مقدمة الدستور التي تؤكد على مبدأ المساواة بين المواطنين. وأكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بحكمها الصادر في ٢٧ مارس ١٩٥٢؛ إذ استندت إلى الفقرة السابعة من مقدمة الدستور، وقررت أن إضراب العمال لا يعتبر بذاته سبباً لفسخ عقد العمل، وانتهى قضاء مجلس الدولة إلى نتائج مماثلة، ومن ذلك الحكم الصادر في ٢٨ مايو عام ١٩٥٤ بإلغاء القرار الصادر باستبعاد بعض المرشحين من مسابقة المدرسة الوطنية للإدارة، بسبب آرائهم السياسية، استناداً إلى الفقرة الخامسة من المقدمة التي تنص على أن لا يضار أحد في عمله أو وظيفته بسبب أصله أو آرائه أو معتقده^(٢).

ومؤدى ذلك هو الاعتراف لمقدمة الدستور بذات القيمة المقررة لنصوص الدستور ذاتها؛ باعتبار ذلك أمراً منطقياً يفرضه الارتباط والتلازم الذي جمع بين هذه المقدمة ونصوص الدستور في جميع مراحلها^(٣).

٢- في مصر: استقر الرأي في مصر على أن لوثيقة إعلان دستور ١٩٧١ والتي تعتبر بمثابة

(١) الدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ص ٢١٢.

(2) C.E 28 Mai 1954 ; Baril et autres; R.D.P. 1954, p. 509, Cocl. Letourneur, note Waline

(٣) الدكتور عادل شريف: المرجع السابق، ص ١٧٨.

مقدمة له، قوة الدستور الذي تصدره واعتبارها بالتالي مرجعاً للرقابة على الدستورية؛ وأساس ذلك أن هذه المقدمة أشارت إلى أهداف النظام السياسي، والبرامج التي تعمل سلطات الدولة على تحقيقها، وأنها قد مرت بجميع المراحل التي مرت بها نصوص الدستور من الإعداد حتى الإصدار. ومن ثم يصير من المنطقي الاعتراف لها بقوة دستورية هي ذات قوة الدستور^(١).

ويفرق البعض بين المبادئ التي ترد في أهداف عامة وتلك التي تتضمنها نصوص محددة واضحة؛ بحيث تقتصر القيمة القانونية على النوع الثاني، مما يعني أن مناط القوة الدستورية لوثيقة إعلان الدستور أن تكون المبادئ التي تتضمنها واضحة ومحددة لا تثير خلاف في مضمونها، وألا تكون محض مبادئ توجيهية لا ترتب مراكز قانونية للأفراد يستطيعون الاحتجاج بها قبل سلطات الدولة، فمثل هذه المبادئ وإن كانت تتضمن أهدافاً سياسية تعمل الدولة على تحقيقها، إلا أنها لا تتمتع بقوة الإلزام الدستورية^(٢).

وفضلاً عن ذلك، يجب ألا تكون المبادئ التي تضمنتها الوثيقة مرددة لنصوص وارده في الدستور ذاته، ففي هذه الحالة فإن المرجع في الرقابة الدستورية يكون النص الدستوري الذي وقعت المخالفة في ظله لا إلى المبدأ المردد لهذا النص في وثيقة إعلان الدستور^(٣).

وقضت المحكمة الدستورية العليا "إن الدستور، وإن فوض السلطة التشريعية في تقرير قواعد منح المعاش - إذا توافر أصل استحقاقه - فإنه ينهض التزاماً على الجهة التي تقرر عليها مترتباً في ذمتها بقوة القانون. وإذا كان الدستور قد خطأ خطوة أبعد في اتجاه دعم التأمين الاجتماعي، حين ناط بالدولة في مادته السابعة عشرة، تقرير معاش يواجه به المواطنون بطالتهم أو عجزهم عن العمل أو شيخوختهم، فذلك لأن مظلة التأمين الاجتماعي، هي التي تكفل

(١) الدكتور سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥، ص ٨٣؛ الدكتور عادل شريف: الموضوع السابق.

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢١٣؛ الدكتور عمر حلمي: القانون الدستوري المقارن، ٢٠٠٦، ص ١٥٥؛ الدكتور عمرو حسبو: القانون الدستوري " دستور ١٩٧١ طبقاً لأحدث التعديلات الدستورية، دار النهضة

العربية، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٨٥؛ الدكتور محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية ١٩٨٧ ص ١٢٠.

(٣) الدكتور عادل شريف: الموضوع السابق.

بمداها واقعاً أفضل يؤمن الموطن في غده، ويرعى موجبات التضامن الاجتماعي التي يقوم عليها المجتمع على ما تقضي به المادة السابعة من الدستور يؤيد ذلك أن الحقوق التي يكفلها نظام التأمين الاجتماعي بصوره لمختلفة، يقتصر أثرها على ضمان ما يعين أسرة المؤمن عليه على مواجهة التزاماتها الحيوية، ولكنها في الوقت ذاته مفترض أولى، وشرط مبدئي، لإسهام المؤمن عليه في الحياة العامة والاهتمام بوسائل النهوض بها، ومراقبة كيفية تصرف شئونها، متحرراً في ذلك من عثرات النهوض بها، مراقبه كيفية تصرف شئونها، متحرراً في ذلك من عثرات النهوض بمسئوليته هذه، وهو ما يتحقق بوجه خاص بوجه خاص إذا ما نزل المشرع باحتياجاته عن حدودها الدنيا التي لا يجوز التفريط فيها، على ما قرره ديباجة دستور جمهورية مصر العربية التي تعتبر مدخلا إليه، وتكون مع الأحكام التي ينظمها كلا غير منقسم Bioc de onstitutionnalite ذلك أن هذا الديباجة - التي تسميها بعض الدساتير العربية «بالتوطئة»، دلالة على اتصالها بالدستور واندماجها في أحكامه - تؤكد أن مكانه الوطن وهيبته وقوته، هي انعكاس لقيمة الفرد وعمله وكرامته، وأن عزته وطبيعته الإنسانية، هي الشعاع الذي هداه، ووجهه إلى التطور الهائل الذي قطعه البشرية في اتجاهها نحو مثلها الأعلى^(١).

(١) القضية رقم ٣٤ س ١٣ ق جلسة ٢٠ يونيو ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٣٠٢.

المطلب الثالث

إعلانات الحقوق

(أ) ماهيتها: هي وثائق تعرفها بعض الدول وتتضمن بصفة أساسية أهدافاً سياسية، وفلسفات اجتماعية، وآمالاً قومية وضوابط لرعاية الأفراد وحمايتهم، أو ما يجب أن يسود المجتمع الجديد من مبادئ سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية حتى يعرف كل فرد حاكمًا كان أو محكومًا، ما يطبقه النظام الجديد وما يستلهمه من فلسفات. والوثيقة التي تتضمن إعلان الحقوق قد تكون وثيقة دولية، كالإعلان العالمي بحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨، وقد تكون وثيقة وطنية مقصورة على دولة بعينها، كإعلان الحقوق الفرنسي الصادر ١٧٨٩، وميثاق العمل الوطني في مصر المعلن في ٣٠ يونيو ١٩٦٢^(١). فهي تنطلق من فكرة أن الإنسان يملك حقوقاً طبيعية لمجرد أنه إنسان، وهذه الحقوق لكونها طبيعية، فلا يمكن التنازل عنها كما لا تسقط بمضي المدة، وبالتالي فهي مقدسة، أي لا يمكن أن تكون محل اعتداء من قبل الحكام أو وكلائهم "السلطات العامة"^(٢).

فهي وثائق لا تنتزع مفاهيمها عنوة، ولا تتساقط نصوصها من مكان مجهول، وإنما تمهد لها أفكار سابقة عليها، وتحرص على تبنيها وتدعو إليها حقائق اجتماعية واقتصادية آمن أصحابها بها وروجوا لها، وجذبوا إليها من يناصرونها، فلا يكون التخلي عن هذه الأفكار إلا فصلاً لوثائق إعلان الحقوق عن الأوضاع التي أحاطتها وأنتجتها. كما أن كل تعديل يرد على الدستور لا يأتي من فراغ بل تدعو إليه ضرورة ملحة تكشفها الأعمال السابقة على إجراء التعديل، وكذلك الأعمال المفضية إليه، فلا يكون التعديل منفصلاً عن جذور ضاربة في الأعماق، هي التي تتحراها جهة الرقابة على الدستورية وتستلهمها في أحكامها^(٣).

(١) الدكتور عادل شريف: المرجع السابق، ص ١٧٩.

(٢) الدكتور منذر الشاوي: القانون الدستوري (نظرية الدستور) منشورات مركز البحوث القانونية (٤) بغداد ١٩٨١، ص ١٤٢.

(٣) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ١٣٠ ص ١٧٩.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا «إن الرقابة على الشرعية الدستورية تفرض دستوراً مدوناً جامداً تصدر أحكامه القواعد القانونية الأدنى مرتبة منها وتعلوها، ذلك أن الدستور يمثل أصلاً - وكلما كان مواكباً لتطور التطور النظم الديمقراطية، هادفاً إلى حماية الحرية الفردية ودعم انطلاقها إلى آفات مفتوحة تكون بذاتها عاصماً من جموح السلطة أو انحرافها - ضمانه رئيسية لإنفاذ الإدارة الشعبية في توجيهها نحو مثلها العلى، وبوجه خاص في مجال إرسائها نظاماً للحكم لا يقوم على هيمنة السلطة وانفرادها بل يعمل على توزيعها في إطار ديمقراطي بين الفروع المختلفة التي تباشرها لضمان توازنها وتبادل الرقابة فيما بينها، وعلى أن يكون بعناصره مستجيباً للتطور، ملتزماً بإرادة الجماهير، مقررراً مسئولية القائمين بالعمل العام أمامها مبلوراً لطلقاتها وملكاتهما، مقيداً بما يحول دون اقتحام الحدود المنطقية لحقوقها الثابتة وحرّياتها الأصلية، رادعاً بالجزاء كل إخلال بها أو نكول عنها، وكان الدستور فوق هذا يولي الاعتبار الأول لمصالح الجماعة بما يصون مقوماتها ويكفل إنماء قيمتها الاجتماعية والخلقية، بالغاً من خلال ضمانها ما يكون في تقديره محققاً للتكافل بين أفرادها، نابذاً انغلاقها، كافلاً الرعاية للحقائق العلمية، عاملاً على الارتقاء بالفنون على تباين ألونها، مقيماً حرية الإبداع على دعائمها، وكان الدستور بالحقوق التي يقررها، والقيود التي يفرضها - وأياً كان مداها أو نطاقها - لا يعمل في فراغ، ولا ينتظم مجرد قواعده آمرة لا تبديل فيها إلا من خلال تعديلها وفقاً للأوضاع التي تنص عليها، إذ هو وثيقة تقدمية نابضة بالحياة تعمل من أجل تطوير مظاهرها في بيئة بذاتها متخذة من الخضوع للقانون إطاراً لها ولا مناص من الرجوع إليها تغليباً لأحكامها التي تتسّم القواعد الآمرة، ولأن الشرعية الدستورية في نطاقها، هي التي تكفل ارتكاز السلطة على الإدارة العامة وتقوم اعوجاجها، ومنها تستمد السلطة فعاليتها، بما يعزز الأسس التي تنهض بها الجماعة ويرعى تقديمها. متى كان ما تقدم، وكان من المقرر أنه سواء كان الدستور قد بلغ غاية الآمال المعقودة عليه في مجال تنظيم العلاقة بين الدولة ومواطنيها، أم كان قد أغفل بعض جوانبها أو تجنبها، فإن الدستور يظل دائماً فوق كل هامة، معتلياً القمة من مدارج التنظيم القانوني باعتبار أن حدوده قيد على كل قاعدة تدنوه بما يحول دون خروجها عليها، وهو ما عقد للدستور السيادة كحقيقة مستقر أمرها في الوجدان والضمير الجمعي، وهي بعد حقيقة مستعصية على الجدل

رددتها ديباجة الدستور جمهورية مصر العربية بإعلانها انعقاد عزم الإدارة الشعبية التي منحتة لنفسها على الدفاع عنه وحماية وضمان احترامه، وليس لأحد بالتالي أن يكون لأحكام الدستورية عصياً، ولا أن يعرض عنها إنكاراً لها^(١).

وعادة لا تريد الثورات أن تجعل المبادئ التي تتضمنها الوثائق الصادرة عنها حبيسة إطار الدولة التي قامت فيها، وإنما تعمل على نشرها في غيرها من الدول حتى تكون هذه الإعلانات وسيلة لتقدم المواطن ورفاهيته وتقديس حقوقه وإعلانها^(٢).

(ب) قيمتها الدستورية: تجدر التفرقة بداية بين الوثائق الدولية والوثائق الوطنية، وبعبارة أخرى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وإعلانات الحقوق الوطنية.

أولاً: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: هو وثيقة نادت بها الجمعية العامة للأمم المتحدة باعتبارها المستوى المشترك الذي ينبغي أن تستهدفه جميع الشعوب والأمم لحماية حقوق الإنسان، وأقرته في العاشر من ديسمبر ١٩٤٨، ووقعت عليه مصر.

والرأي السائد في الفقه الدستوري أن هذا الإعلان ليس له سوى قوة إلزام أدبية، فهو محض توصية لا تقترن بإلزام قانوني. وتطبيقاً لذلك اعتبرت المحكمة الدستورية العليا بحكمها الصادر في الخامس من أكتوبر ١٩٥٠ أن الإعلان العالمي بحقوق الإنسان غير ملزم قانوناً^(٣).

وفي مصر قضت المحكمة العليا إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٤٨ ووقعته مصر لا يعدو أن يكون مجرد توصية غير ملزمة وليست له قيمة المعاهدات الدولية المصدق عليها، وحتى بالنسبة إلى هذه المعاهدات ليست لها قيمة الدساتير وقوتها ولا تتجاوز مرتبتها مرتبة القانون ذاته هذا فضلاً عن أن القرار بقانون المطعون فيه لا يناهض الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فقد نصت المادة ٢٩ منه في فقرتها الثانية على أن الفرد يخضع في ممارسة حقوقه لتلك القيود التي يقررها القانون لضمان

(١) القضية رقم ٢٣ س ١٥ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ١٤٠.

(٢) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شياح: النظام الدستوري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣، ص ١٨٧.

(٣) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ١٧٩-١٨٠.

الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العامة والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي، ومن ثم فإنه متى اقتضت موجبات النظام العام في البلاد والذي يستمد حدود أساساً من الشريعة الإسلامية حظر المحافل البهائية ووقف نشاطها فلا تثريب على هذا الحظر ولا تنافر بينه وبين الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومن ثم يكون هذا الوجه غير قائم على أساس سليم^(١).

ومؤدى ذلك أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لا يعتبر مرجعاً للرقابة الدستورية.

ثانياً: إعلانات الحقوق الوطنية:

١- في الفقه: تنازع قوة إعلانات الحقوق في الفقه اتجاهاً: الأول مؤيد والثاني رافض لهذه القوة.

الاتجاه الأول: ذهب رأي في الفقه إلى تأييد قوة الإلزام لإعلانات الحقوق، ولكن اختلفوا فيما بينهم في تحديد درجة هذه القوة.

فذهب رأي أول إلى اعتبارها في مرتبة تعلو النصوص الدستورية، فهي بمثابة تعبير عن الإرادة العليا للأمة، ووعاء للمبادئ الأساسية الدستورية المستقرة في الضمير الإنساني العالمي والتي يتعين أن يتقيد بها دستور الدولة، مما يعني أن هذه المبادئ تعتبر دستور الدساتير^(٢).

وقد أدى هذا القول ببعض أنصار هذا الاتجاه إلى تقسيم القواعد القانونية إلى ثلاث درجات: القواعد التي تتضمنها إعلانات الحقوق في إعلانها، ثم يليها الدستور، ثم في النهاية القانون العادي. وتبعاً لهذا الرأي ذهب «دوجيه» إلى أن لإعلانات الحقوق قوة عليا، فهي لا تقيد الشارع العادي فحسب، وإنما تقيد أيضاً الشارع الدستوري، ومن ثم فإن إعلان الحقوق يجب أن يحترم ليس فحسب من جانب الشارع العادي، وإنما أيضاً من جانب الشارع الدستوري.

وهذا الرأي مردود؛ من ناحية أولى إذ لا يوجد تبعاً لمبدأ تدرج القوانين سوى درجتان،

(١) الطعن رقم ٧ س ٢ ق جلسة أول مارس ١٩٧٥ مكتب فني ج ١ ص ٢٢٨.

(2) Duguit: Traité de droit constitutionnel, T.3 2è. éd. (A.LF.E), Paris 1923, p.561.

الأولى تحتلها القوانين الدستورية، بينما تحتل الثانية القوانين العادية، فليس هناك ما يعلو الدستور في المرتبة، ومن ثم لا تسمو إعلانات الحقوق على الدستور في المرتبة. ومن ناحية ثانية، إذا كانت السلطة التأسيسية الأصلية - ممثلة في الجمعية الوطنية - هي التي وضعت إعلان الحقوق، فهي التي وضعت أيضاً التي وضعت الدستور، فعلى أي أساس يمكن القول أن إرادة هذه السلطة وهي تضع إعلانات الحقوق أعلى وأقوى من إرادتها ذاتها وهي تضع الدستور. ومن ناحية ثالثة، إذا كان هذا الرأي مقبولاً من الناحية العاطفية لرجال الثورة الفرنسية وهم يضعون إعلان الحقوق، بعد عهد الملكية المطلق وما ساده من انتهاك لحقوق المواطن، فإنه غير مقبول من الناحية القانونية^(١).

وذهب رأي ثان إلى المساواة بين نصوص الدستور ومبادئ إعلانات الحقوق في قوة الإلزام الدستورية؛ لأن هذه المبادئ شأنها شأن نصوص الدستور تعبر عن إرادة السلطة التأسيسية، وتعد جزءاً منها^(٢).

ومن أنصار هذا الرأي الأستاذ «هوريو»، وقد دعم رأيه بثلاث حجج، لعل أهمها^(٣):

١- حجة تاريخية، مفادها إن إعلانات الحقوق كانت تعتبر جزءاً من النظم الدستورية في أواخر القرن الثامن عشر، وهي لازالت تعتبر كذلك في الوقت الراهن، وهذا ما قرره فعلاً الدساتير الفرنسية كدستور ١٧٩١ ودستور ١٩٤٦ ودستور الجمهورية الخامسة الصادر عام ١٩٥٨، فالإعلانات تعتبر جزءاً لا يتجزأ من الأنظمة الدستورية.

٢- أن الولايات المتحدة الأمريكية تعمل على مساواة إعلانات الحقوق بقوة الدساتير ذاتها؛ ذلك أن القضاء يفرض رقابته على دستورية القوانين من ناحية ضرورة مطابقتها ليس فحسب لأحكام الدستور الاتحادي بل كذلك لإعلانات الحقوق السائدة هناك (وتحديداً التعديلات العشرة الأولى التي أدخلت في سنة ١٧٩١ على الدستور الاتحادي والتي اعتبرت بمثابة إعلان للحقوق (Bill of Rights)).

(١) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا: النظام الدستوري اللبناني، ص ١٩٢-١٩٣.

(2) Laferrière (J) : Manuel de droit constitutionnel, 2è. éd Paris 1947, p. 962 et s .

(3) Hauriou, André; Droit Constitutionnel et Institutions Politique, op.cit., p. 185 .

٣- تصوّر البعض - كالعميد «موريس هوريو» Maurice Hauriou - أنه لا يسود في الدولة دستور واحد فحسب، بل هناك في حقيقة الأمر دستوران: الأول هو «الدستور السياسي» La Constitution politique للدولة، وهو الذي يبين نظام الحكم في الدولة ويحكم بالتالي تنظيم ونشاط السلطات العامة، أما الدستور الآخر فهو «الدستور - الاجتماعي» La Constitution sociale للدولة، الذي يقرر أساس النظام الاجتماعي الذي تعيش في ظله الجماعة، والذي يصور على وجه الخصوص طبيعة العلاقة بين الدولة والأفراد؛ وهذا ما تقرره إعلانات الحقوق من مبادئ وأحكام.

فإذا اعتبرنا أن الدستور السياسي للدولة عبارة عن وثيقة قانونية لها الصفة الإلزامية العليا، وجب علينا كذلك أن نعطي هذه الصفة للدستور الاجتماعي، نظراً للقيمة المتعادلة بين هذين الدستورين. لذلك أعطى هذا الجانب من الفقه إعلانات الحقوق قوة قانونية مساوية للدستور ذاته، بحيث تتعادل إعلانات الحقوق مع الدستور في الدرجة والقوة.

ويفرق البعض بين الأحكام الوضعية وبين القواعد التوجيهية. فالأحكام الوضعية صيغت في شكل قواعد قانونية تنشئ مراكز قانونية واضحة الحدود والمعالم. أما القواعد التوجيهية أو المنهجية، فهي التي تعلن في شكل أهداف أو مثل عليا أو توجيهات عامة لا تصلح معاً لأن تكون قواعد قانونية بالمعنى الصحيح.

ومفاد ذلك أن الأحكام الوضعية هي وحدها التي لها قوة إلزام يراها البعض معادلة لقوة إلزام النصوص الدستورية^(١). ويراها جانب من الفقه المصري في مرتبة تعلو عليها^(٢).

واعتبر البعض الآخر أن هذه الإعلانات مساوية في مرتبتها للقوانين العادية؛ باعتبار أن واضعي الدستور لو أرادوا لها قوة النصوص الدستورية لأدرجوها صلب الدستور^(٣).

(1) Hauriou: Droit constitutionnel et Institutions Politiques, p. 212 et s.

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢١٥-٢١٦؛ الدكتور محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، بيروت ١٩٦٨ ص ٢٧؛ الدكتور محمود حافظ: القضاء الإداري، ص ٢٨؛ الدكتور منذر الشاوي: المرجع السابق، ١٤٢-١٥١.

(3) Jeze: Valeur Juridique des declarations des Droits, (R.D.P), Paris, 1913, p. 685 et s.

(الاتجاه الثاني) المعارض للقوة الإلزامية: على عكس الاتجاه الأول أنكر البعض القوة الإلزامية لإعلانات الحقوق، وجردوها من أي قيمة قانونية؛ لأنها تتضمن مبادئ فلسفية وأخلاقية لا تخرج عن كونها تعبيراً عن مثل عليا وأهداف ومبادئ، لا تنشئ مراكز قانونية واضحة المعالم وظاهرة الحدود، ومن ثم لا تكون لهذه القواعد غير قوة إلزام أدبية^(١).

بيد أن هذا الاتجاه مردود لما يتضمنه من تجاهل لطبيعة الجمعيات التأسيسية وطبيعة ما يصدر عنها من أعمال، فالسلطة التأسيسية عندما تتدخل تضع قواعد دستورية لكي تنفذ في الدولة، دون أن تضع فتاوى أو آراء فقهية فلسفية مجردة من أي قيمة إلزامية^(٢).

٢- في القضاء: أيد القضاء الدستوري في مصر الرأي الأخير. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا "إن الميثاق وثيقة عبرت فيها ثورة يوليو سنة ١٩٥٢ عن مبادئها وأهدافها وخطتها الشاملة لتحقيق هذه المبادئ والأهداف - وهو لا يخرج عن كونه دليلاً فكرياً يقود خطى الشعب إلى المستقبل حسبما أفصحت عن ذلك مقدمة دستور سنة ١٩٦٤ - من ثم يتعين لإعطاء ما تضمنه الميثاق من مبادئ - أن تقدم هذه المبادئ في نصوص دستورية تكون هي المرجع عند الفصل في دستورية القوانين - يؤيد هذا النظر أن الشارع عندما أراد أن يجعل لمبدأ جماعية القيادة الذي تضمنه الميثاق قوة دستورية ملزمة أصدر في ٢٧ من سبتمبر سنة ١٩٦٢ إعلاناً دستورياً بشأن التنظيم السياسي لسلطات الدولة العليا مضيفاً مواد جديدة إلى الدستور المؤقت، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لذلك الإعلان - أنه بعد صدور الميثاق أصبح للنضال الوطني للشعب دليلاً عملاً واضحاً كامل مستمد من خلاصة التجربة الوطنية ومن خلاصة الأمل الوطني معاً وأنه أصبح محتماً أن تتلاءم جميع أوضاع العمل الوطني في كل مجالاته مع مبادئ الميثاق وأحكامه وروحه المستلهمة من روح الشعب وإرادته، وأن الميثاق قد حرص في أصوله المختلفة أن يضع للديمقراطية ضماناتها الأكيدة في مقدمتها جماعية القيادة وأنه انتقلاً بذلك كله من مجال المبادئ إلى مجال التنفيذ كان لا بد من إضافة مواد جديدة إلى دستور الحكم

(1) Esmein (A) : Elementes de droit constitutionnel ,8è éd;T.1, (Sirey),Paris 1928,p 591 et s .

(٢) الدكتور ابراهيم عبد العزيز شيجا: النظام الدستوري اللبناني، ص ١٩٣-١٩٤.

المؤقت ... لإعطاء هذه التنظيمات المستمدة من مبادئ الميثاق الذي ارتضاه الشعب قوة الدستور وذلك حتى يتم وضع الدستور النهائي للجمهورية العربية المتحدة. وإن تحديد الملكية الزراعية هو الوسيلة التي اتخذتها الدولة لتحقيق المبدأ الثاني من مبادئ الثورة وهو القضاء على الإقطاع، ومن أجل هذا قد استقر هذا المبدأ في جميع الدساتير التي صدرت بعد قيام الثورة وأولها دستور سنة ١٩٥٦ إذ نصت المادة ١٢ منه على أن «يعين القانون الحد الأقصى للملكية الزراعية بما لا يسمح بقيام الإقطاع» ورددت هذا النص المادة ٣٧ من دستور سنة ١٩٦٤ الذي صدر التشريع المطعون فيه في ظله كما رددته المادة ١٧ من الدستور الحالي - وظاهر من هذه النصوص أن الدستور قد ناط بالمشروع العادي تعيين الحد الأقصى للملكية الزراعية دون أن يقيده في ذلك بأي قيد أو شرط سواء في تعيين الحد الأقصى لهذه الملكية أو في توقيت هذا التعيين - أما تحديد الميثاق لفترة ثماني سنوات من تاريخ صدوره لتعديل الحد الأقصى للملكية الزراعية بأن تكون مائة فدان للأسرة وخمسين فدان للفرد على أن يتم التصرف فيما زاد عن ذلك قبل - إعمال التفويض الذي تضمنه نص المادة ١٧ من دستور سنة ١٩٦٤ دون قيد أو شرط ذلك لأن هذا النص هو الواجب إعماله في هذا الصدد في مجال رقابة دستورية القوانين دون نص الميثاق^(١).

- إن مثل الميثاق فيما أرساه من مبادئ فلسفية عليا وما تضمنه من أهداف كمثل إعلانات الحقوق التي عرفتها الأمم المتقدمة والتي تقترن عادة بالثورات الناجحة فتصدر معلنة مبادئ الحق والحرية والعدالة والمساواة، فضلاً عن أهداف المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويكون صدورها تمهيداً لإعداد دستور مكتوب يستمد أصوله وأحكامه من تلك المبادئ والأهداف، ويكون لهذه الأصول والأحكام التي يتبناها الشارع ويصوغها في نصوص دستورية قوة ملزمة، أما ما عداها من مبادئ وأهداف لم ينقلها الشارع إلى نصوص الدستور فيظل مثلاً علياً ونظريات فلسفية حتى يقتضى الصالح العام للدولة تطبيقها وتنفيذها فينقلها الشارع من مجال المبادئ العامة إلى مجال التنفيذ وذلك بإفراغها في صورة نصوص محددة في صلب الدستور فتكون لها القوة الملزمة على أن تظل تلك المبادئ جميعها مصدراً تفسيرياً

(١) الطعن رقم ٩ س ٤ ق جلسة ٥ أبريل ١٩٧٥ مكتب فني ج ١ ص ٢٥٨ .

لنصوص الدستور وغيره من التشريعات يلجأ إليها لتحديد مدلولها والحكمة التي تغياها الشارع بتقنينها. وإن صيغة الميثاق وتقريره واضحة الدلالة على أن الميثاق يستهدف توجيه أجهزة الدولة القائمة على شئونها، كما يستهدف توجيه الشارع إلى المبادئ والمثل والقيم التي تصلح أساساً لبناء المجتمع كما يستمد منها أحكام الدستور والتشريعات، ولقد دعا الميثاق إلى تقنين كثير من هذه المبادئ في صلب الدستور، واستجاب الشارع لهذه الدعوة منذ أول دستور صدر بعد إعلان الميثاق وهو الإعلان الدستوري بشأن التنظيم السياسي لسلطات الدولة العليا الصادر في ٢٧ من سبتمبر سنة ١٩٦٢. وقد جاء بالمذكورة الإيضاحية لهذا الإعلان تأييداً للمعنى المتقدم ذكره "إن الميثاق حرص في فصوله المختلفة وعلى الأخص في فصله الخامس عن الديمقراطية السليمة على أن يضع للديمقراطية ضماناتها الأكيدة وفي مقدمتها جماعية القيادة وانتقالاً بذلك كله من مجال المبادئ إلى مجال التنفيذ، فقد كان لا بد من إيجاد - المؤسسات الجماعية التي يستند إليها نظام الحكم في الجمهورية العربية المتحدة وتأسيساً على هذا فقد كان لا بد من إضافة مواد جديدة إلى دستور الحكم المؤقت لإعطاء هذه التنظيمات المستمدة من مبادئ الميثاق الذي ارتضاه الشعب قوة الدستور. وبعد انقضاء عامين من صدور الإعلان الدستوري المشار إليه صدر دستور سنة ١٩٦٤ وقد أفصح الشارع في مقدمة هذا الدستور عن تقديره للميثاق فاعتبره دليلاً فكرياً إذ يقول: «وتأكيداً للميثاق الذي اقره مؤتمر القوى الشعبية... ليكون دليلاً فكرياً يقود خطى المستقبل فاستطاع بذلك أن يغني الفكر الثوري بتجربة العمل ليعيد وضع هذا الفكر في خدمة الدافع المستمر والمتواصل نحو تحقيق الأهداف العظمى للنضال الشعبي».

إن قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ يخولها في البند الأول من المادة الرابعة «التي تبين اختصاص المحكمة» سلطة الفصل دون غيرها في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم كما تنص الفقرة الثانية من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ على أنه «إذا كان الطلب متعلقاً بالفصل في دستورية نص قانوني وجب أن تتضمن العريضة بيان هذا النص وأوجه مخالفته للدستور». ويؤخذ من هذين النصين أن المحكمة تتولى رقابة دستورية القوانين من خلال الفصل في الدعاوى التي ترفع إليها بعد الدفع بعدم دستورتها أمام المحاكم، وتستهدف هذه

الرقابة حماية الدستور وصونه وضمان سلامته، ذلك أن المحكمة عند الفصل في هذه الدعاوى تستعرض النص القانوني المطعون فيه، كما تستعرض أوجه مخالفته لأحكام الدستور المقننة في نصوص محددة منضبطة، فإن ثبت أنه مخالف لأي نص من نصوص الدستور قضت بعدم دستوريته وينشر حكمها في الجريدة الرسمية وتنتهي بذلك قوة نفاذ هذا النص، مما يحفز الشارع إلى تصحيح ما شابه من عيب دستوري كي يعود متفقاً مع أحكام الدستور. ولقد نهجت مصر في رقابة دستورية القوانين النهج الذي اتبعته الدول التي أخذت بهذا النظام سواء تولت هذه الرقابة محكمة دستورية خاصة أم تولتها المحاكم العادية عندما يثار أمامها دفع بعدم دستورية قانون يطلب أحد الخصوم تطبيقه على وقائع الدعوى، وتلك الدول ذات دساتير جامدة (مكتوبة) تسهل المقابلة بين نصوصها والنصوص القانونية المطعون فيها لكشف مواطن المخالفات الدستورية فيها. ولقد كان الميثاق بين يدي الشارع عند سن قانون المحكمة العليا وقانون الإجراءات والرسوم أمامها، فلم يقحمه في مجال رقابة دستورية القوانين تقديراً منه للميثاق كوثيقة سياسية عليا تتضمن مبادئ عامة ونظريات فلسفية أقرها المؤتمر القومي للقوى الشعبية لتكون دليلاً للعمل الوطني يقود خطى المستقبل، فهو توجيه للشارع الدستوري والشارع العادي على السواء ولكنه ليس دستوراً ولا قانوناً ولن يكون كذلك إلا إذا صيغت مبادئه في نصوص تشريعية محددة منضبطة تنقل هذه المبادئ من مجال النظر والفكر إلى مجال العمل والتنفيذ^(١).

ومفاد ذلك أن المحكمة العليا جردت الميثاق الوطني من أية قوة إلزامية دستورية، وتؤكد هذا المفهوم بموافقة الشعب في الاستفتاء الذي تم في ٢٠ إبريل ١٩٧٩ على المبادئ المتعلقة بمعاهدة السلام وإعادة تنظيم الدولة والتي تضمنت أن الدستور هو الوثيقة الأساسية الوحيدة التي يقوم عليها نظام الدولة، وتعديله بالأسلوب الدستوري هو الطريق الوحيد للتعبير عن متطلبات مراحل التطور للشعب، مما يعني سقوط ميثاق العمل الوطني وصيرورته مجرد مرجع تاريخي للنظام الدستوري والسياسي المصري^(٢).

(١) الطعن رقم ٢ س ٣ ق جلسة ٥ إبريل ١٩٧٥ مكتب فني ١ ج ١ ص ٢٩٢.

(٢) الطعن رقم ٩ س ٤ ق جلسة ٥ إبريل ١٩٧٥ مكتب فني ١ ج ١ ص ٢٥٨.

على أن الاستهداء بالأعمال التحضيرية لنصوص الدستور وتعديلاتها ووثائق إعلان الحقوق لفهم أحكامها وتحديد غاياتها بصورة تقريبية، ينبغي أن يؤخذ بقدر كبير من الحذر.

فمن ناحية، فقد تناقض هذه الأعمال ما آل إليه أمر هذه النصوص في صياغتها النهائية، وحتى إذا وافقتها، فإن مضامينها وأبعادها، تتأثر غالباً بوجهة النظر الشخصية والسياسية لهؤلاء الذين أقروها، وبما افترضوه من حقائق وأوضاع اقتضتها في منهم، وبما تصوره بعضهم من قيم انفراد بها، ولو عارضه آخرون فيها.

ومن ناحية أخرى، فإن معاني النصوص التي تضمنها الدستور، يمكن كشفها على ضوء ما طرأ على صياغة هذه النصوص من تغيير خلال المراحل المختلفة لتكوينها، خاصة إذا كان من صاغوها قد أدخلوا تعديلاً عليها قبل أن تظهر في صورتها النهائية، سواء بحذفهم لعبارة منها أم بإسقاطهم مصطلحاً أو عبارة قدروا أنها في غير موضعها أم لأنها تبلور توجهها يضيّقون به أو تعطي لعبارة النص معنى لا يرغبون فيه. وبالتالي لا يجوز النظر إلى هذه النصوص باعتبارها من خلق إرادة جازمة أحدثتها في الصورة التي هي عليها؛ إذ هي في واقعها نتاج آراء متفرقة جمعها التوافق في بعض أجزائها أو فارقها التعارض في بعض جوانبها، فلا تبلور هذه الآراء غير المفاهيم التي آمن بها أصحابها في لحظة زمنية معينة كان لها متطلباتها، ولا يجوز بالتالي اعتبارها موقفاً ثابتاً لا ينقض حتى بوصفها وجهة نظر حرصوا عليها أو إملاء بحكم تفسير الدستور.

بيد أن الأعمال التحضيرية للدستور وإعلانات الحقوق وما اتصل بها من الحقائق التاريخية تظل إطاراً خلفياً يقتضي وضعها قدر الإمكان، قريباً من مقاصد الرجال الذين قاموا بتشكيلها، خاصة ما يتعلق بالمخاطر والأضرار الذين أرادوا دفعها أو تجنبها، وبمواطن الخلل في مجتمعهم التي قصدوا تقويمها وبأخطاء الماضي التي عمدوا تجنبها وبمخاوفهم من إحيائها وبالأغراض التي حرصوا على تحقيقها. ومن ثم لا يكون ملائماً إهمال هذه الأعمال التحضيرية أو الحقائق التاريخية من كل جوانبها، خاصة الغامض من نصوص الدستور التي لا تجليها أحياناً إلا مصادر خارجية تعطي لها مناخها ومحيطها الاجتماعي. بل يتعين التحوط في استخلاص نوايا آباء الدستور؛ باعتبار أن التقارير التي تعد عن الدستور بعد إقراره أو الأعمال التحضيرية التي

تعاصره أو تتقدمه كثيراً ما تكون فقيرة في مادتها، فلا تلقي ضوء واضحاً على مقاصد هؤلاء الذين اقترحوا نصوص الدستور أو ناقشوها وأقروها، خاصة وأنهم تطرقوا إلى النصوص من منظور عام، فلا تكون هذه النوايا قاطعة في مواجهة المسائل التفصيلية التي تثيرها الخصومة الدستورية بل قاصرة عن تغطيتها. وربما كان من الأوفق أن تستظهر جهة الرقابة على الدستورية العلاقة بين النصوص المدعى مخالفتها للدستور من جهة، والمخاطر التي قصد آباء الدستور توقيها من جهة أخرى، وكلما كان تطبيق هذه النصوص مؤدياً إلى هذه المخاطر أو كان موطئاً لها، فإن الحكم بعدم دستوريته يكون لازماً. مع مراعاة أن مقاصد آباء الدستور لا تحسم الأوضاع الجديدة التي تعيشها نصوص الدستور، ومن ثم يجب النظر إلى هذه النصوص باعتبارها متطورة بطبيعتها^(١).



(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ١٣٠ ص ١٧٩ - ١٨١ .

المطلب الرابع

القوانين الاستفتاءية

(أ) ماهية الاستفتاء الشعبي: يقصد به عرض موضوع معين على هيئة الناخبين، وهو عادة مشروع دستور أو مشروع قانون، أو معاهدة، أو تقرير المصير، أو أحد التصرفات الهامة التي تتخذها الحكومة. وهو مظهر من مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة^(١).

ويعبر عن الاستفتاء التشريعي بأنه الذي يكون موضوعه قبول أو رفض مشروع قانون يعرض على التصويت الشعبي^(٢). وكان يمكن أن يجري الاستفتاء التشريعي استناداً إلى نص المادتين ٧٤ أو ١٥٢ من دستور ١٩٧١ المعطل.

وقد نصت المادة ٧٤ من ذلك الدستور المعدلة نتيجة للاستفتاء الشعبي الذي جرى يوم ٢٦ من مارس سنة ٢٠٠٧ على أن «لرئيس الجمهورية إذا قام خطر حال وجسيم يحدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر بعد أخذ رأي رئيس مجلس الوزراء ورئيسي مجلسي الشعب والشورى، ويوجه بياناً إلى الشعب، ويجري الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها. ولا يجوز حل مجلسي الشعب والشورى أثناء ممارسة هذه السلطات.

والإجراءات السريعة التي كان يمكن أن يتخذها رئيس الجمهورية، ويتم الاستفتاء الشعبي عليها، قد تشمل على تشريعات^(٣).

وأجازت المادة ١٥٢ من ذلك الدستور لرئيس الجمهورية أن يستفتي الشعب في المسائل

(١) الدكتور رمزي الشاعر: القانون الدستوري، ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ٢١٦؛ الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ١٨٤-١٨٥.

(٢) الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٠ ص ١٩٧؛ الدكتور عبد الحميد متولي: نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٢ ص ١٠١؛ الدكتور عثمان خليل: القانون الدستوري، الكتاب الأول في المبادئ الدستورية العامة، طبعة ١٩٥٦ ص ١٩٩؛ الدكتور محسن خليل: المرجع السابق، ص ٥١٢.

(٣) الدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ص ٥٧٠.

الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا. وهذه المسائل قد تنطوي على مشروعات قوانين.

ونصت المادة ١٥٧ من دستور ٢٠١٤ على أن «لرئيس الجمهورية أن يدعو الناخبين للاستفتاء في المسائل التي تتصل بمصالح البلاد العليا، وذلك فيما لا يخالف أحكام الدستور. وإذا اشتملت الدعوة للاستفتاء على أكثر من مسألة، وجب التصويت على كل واحدة منها».

(ب) الرقابة على القوانين الاستثنائية: ثار جدل في الفقه حول الفصل في دستورية هذه القوانين:

الاتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أن قضاة الشرعية الدستورية لا يراقبون إلا القوانين التي تقرها السلطة التشريعية، ولا شأن لهم بالقوانين التي تم الاقتراع عليها في استفتاء عام، والتي تعتبر في جوهرها تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية.

وأساس هذا الاتجاه أن غاية المراجعة القضائية للقوانين هي مواجهة أعمال السلطة التشريعية، ومراقبة التنفيذ الأمين لعملية تقسيم السلطة من خلال توزيعها فيما بين السلطين التشريعية والتنفيذية اللتين لا تباشران ولاية من نفسيهما، وإنما بتفويض مباشر من الدستور والجمهور، ومن ثم يكون ملائماً مراقبة هاتين السلطين لضمان تقيدهما بالحدود التي فرضها الدستور على اختصاص كل منهما، ولردع انحرافهما فيما إذا جاوزتا إرادة الجمهور وأغفلتا احترامها.

وكذلك القوانين التي تقترح الجماهير مباشرة عليها وتعبّر عن إرادتها دون وسيط، خاصة وأن إخضاع القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية التي تمثل بطريق غير مباشر إرادة الجماهير للرقابة على الدستورية، لا تزال أمراً مختلفاً عليه، فإذا تقرر سحب هذه الرقابة إلى الأعمال التشريعية التي تقرها الجماهير، كان ذلك أكثر إثارة للجدل، لاسيما وأن السيادة الوطنية في الدول الديمقراطية تقتضي أن تفرض الجماهير إرادتها على الكافة^(١).

الاتجاه الثاني، الاتجاه المقابل، يقول أنصاره بأن عدم خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة

(١) انظر في عرض هذا الرأي: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظتها الرئيسية، للدكتور عوض المر، مركز رينيه - جان دوبيو للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ٣٠٥ ص ٤٨١-٤٨٣ .

القضائية على الدستورية محل نظر، للأسباب التالية:

١- تغليب المعايير الشكلية على الموضوعية؛ باعتبار أن القانون سواء صدر بموافقة مباشرة من الجماهير أم من السلطة التشريعية التي تمثلهم بطريق غير مباشر، فإن القانون يتمخض عن قواعد عامة مجردة، ولا شأن لخصائص هذه القواعد أو طبيعتها بطريقة إقرارها.

٢- من غير المنطقي التفرقة بين قوانين أقرتها الجماهير وبين قوانين أقرتها السلطة التشريعية التي أنابتها الجماهير في التعبير عن إرادتها؛ لأن مناط هذا التمييز هو المغايرة بين قوانين تكون تعبيراً مباشراً عن إرادة المجاهير، وقوانين في حقيقتها تعبير غير مباشر عن إرادتها.

٣- أن التفرقة بين قوانين أقرتها الجماهير وأخرى أقرتها السلطة التشريعية مؤداه تقرير نوع من التدرج في طرائق مباشرة السيادة الوطنية، لتكون بعض هذه الطرق أعلى شأنًا من غيرها، وهو ما تنفيه المادة ٣ من الدستور الفرنسي التي تقضي بأن السيادة الوطنية تملكها الجماهير، وأنها تباشرها عن طريق ممثليها أو من خلال الاستفتاء، بما مؤداه تكافؤ هاتين الطريقتين من طرق مباشرة السيادة الوطنية وتعادلهما في الدرجة.

٤- كما أن القول بأن القوانين التي تقرها الجماهير في استفتاء عام من الندرة بمكان لا يؤثر عدم إخضاعها للرقابة على الدستورية، في جوهر هذه الرقابة التي تواجه القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية جميعها في عموم تطبيقاتها؛ مردود بأن الرقابة على الشرعية الدستورية مناطها حقيقة المسائل التي تناوّلها، ولا أثر لكثرتها أو قلتها بالحدود التي ينبغي أن تمتد إليها هذه الرقابة وفق صحيح أحكام الدستور، خاصة وأن الاستفتاء لا ينحصر بطبيعته في مسائل بذواتها، بل يجوز أن يقع على كل موضوع، ولو أقرته الجماهير بالمخالفة للدستور.

٥- أن الأصل في القوانين الاستثنائية أنها تعبير مباشر عن السيادة الشعبية، فإذا لم يرخص الطعن عليها بوصفها كذلك، وأجيز الطعن في القوانين البرلمانية التي تعدلها لصار من حق البرلمان - وهو لا يباشر السيادة الشعبية إلا بطريق غير مباشر - أن ينقض التعبير المباشر لهيئة الناخبين عن هذه السيادة من خلال استفتاء عام تحدّد به هيئة الناخبين في كافة مواقعها مصير المسائل التي تناوّلها.

٦- أن المراجعة القضائية لم تعد تتوخى مجرد ضمان تقيد كل سلطة بالضوابط التي حدد بها الدستور ولايتها، ولكنها لا تنصرف إلى صون حقوق المواطنين وحرياتهم التي قد تخل بها القوانين التي ووفق عليها بالاستفتاء، إذا أنبهم عوار هذه القوانين على هيئة الناخبين.

٧- أن المواطنين لا يوافقون على قانون في استفتاء عام، إلا بافترض ضمان هذا القانون لحقوقهم ولحرياتهم فإذا أخل بها تعين أن تكون المراجعة القضائية طريق تقويم هذا العوار.

٨- أن رئيس الجمهورية قد يعرض على الجماهير مباشرة نصوص قانون يقدر أن جهة الرقابة على الدستورية قد تبطلها لمخالفتها الدستور. فلا يكون طرحها على المواطنين إلا بقصد إسباغ حصانة عليها تحول دون تجريحها بوصفها التعبير المباشر عن السيادة الوطنية التي لا تجوز مناقشتها.

٩- أن التمييز بين القوانين البرلمانية والقوانين الاستثنائية وإخضاع أولاهما دون ثانيتهما للرقابة القضائية على الدستورية مؤداه أن يصير الاستفتاء طريقاً أسهل للعملية التشريعية، وهو كذلك تحييد لقضاء جهة الرقابة على الدستورية عن طريق إخراج القوانين الاستثنائية من محيط ولايتها.

١٠- أن اللجوء إلى الاستفتاء يفترض أن يكون طريقاً استثنائياً، فإذا أكثر رئيس الجمهورية من اللجوء إلى هذا الطريق تفادياً للرقابة على الدستورية، دل ذلك على توجه لإفراغ الرقابة القضائية على الدستورية من محتواها، لاسيما إذا كان الموافق عليه في الاستفتاء مخالفاً للدستور مخالفة مباشرة، كما لو أعاد عقوبة الإعدام التي حظر الدستور فرضها أو نقل ملكية مرافق عامة إلى القطاع الخاص، أو عطل حق المرأة في إجهاض حملها بالمخالفة للدستور^(١).

موقف المحكمة الدستورية: قضت المحكمة الدستورية العليا أن المستفاد من المادة ١٤٧ من الدستور أن الدستور و أن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصاً في اصدار قرارات تكون لها

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظتها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ٣٠٦ ص ٤٨١-٤٨٣.

قوة القانون في غيبة مجلس الشعب إلا أنه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدوداً ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية، منها ما يتعلق بشروط ممارسته ومنها ما يتصل بمآل ما قد يصدر من قرارات استناداً إليه فأوجب لإعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائباً وأن تنهياً خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار أن تلك الظروف هي مناط هذه الرخصة و علة تقريرها، وإذ كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص التشريعي الاستثنائي، فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا - وعلى ما جرى به قضاؤها - تمتد إليهما للتحقق من قيامهما باعتبارهما من الضوابط المقررة في الدستور للممارسة ما نص عليه من سلطات، شأنهما في ذلك شأن الشروط الأخرى التي حددتها المادة ١٤٧، ومن بينها ضرورة عرض القرارات الصادرة استناداً إليها على مجلس الشعب للنظر في إقرارها أو علاج أثارها^(١).

وميزة هذا الاتجاه ضمان سيادة الدستور لتسليط أحكامه على القوانين جميعاً، سواء في ذلك ما كان تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية أم تعبيراً غير مباشر عنها، خاصة وأن الاستفتاء رخصة استثنائية لرئيس الجمهورية، وهو يتقيد في مباشرتها بالحدود التي نص عليها الدستور، ومن ثم لا يجوز أن يكون موضوعها منافياً لأحكامه، ولا التذرع بها لإسقاط نصوص الدستور ذاتها، وإلا كان ذلك تعديلاً لها. فضلاً عن أن إخضاع القوانين التي أقرتها الجماهير مباشرة للرقابة على الدستورية يضيق من مباشرة رئيس الجمهورية لهذه الرخصة الاستثنائية، فلا يلجأ إليها في غير ضرورة تقتضيها^(٢).

(ج) مرتبة التشريعات التي تم الاستفتاء عليها: تعتبر التشريعات التي تمت الموافقة عليها في استفتاء شعبي بمثابة قوانين عادية بالمعنى الفني، ويطبق بشأنها ما يطبق على القوانين بصفة عامة؛ وأساس ذلك أن هذه التشريعات لا تصدر عن الشعب باعتباره سلطة تأسيسية، وإلا كان من

(١) القضيتان رقم ١٣٩، ١٤٠ س ٥ ق جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية س ٣ س ١ ص ٣٣٦.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظها الرئيسية، مركز رينيه - جان دوبي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ٣٠٧ ص ٤٨٣.

شأن هذا الاستفتاء أن يغير من القواعد الواردة في الدستور بغير الإجراءات والضوابط المنصوص عليها فيه، وهو أمر غير مقبول، وإنما تصدر هذه التشريعات عن الشعب كسلطة تشريعية، كما هو معروف في الديمقراطيات شبه المباشرة، فالاستفتاء التشريعي أحد مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة، وتعتبر التشريعات الصادرة نتيجة له قوانين عادية، ومن ثم لا تصل موافقة الشعب في الاستفتاء بمرتبة التشريعات التي شملتها أكثر من المرتبة المقررة للقوانين الصادرة من البرلمان، ولا يضفي الاستفتاء التشريعي حصانة على القوانين التي يتم الاستفتاء عليها، ولا يصحح ما بها من عيوب عدم الدستورية.

وليس في هذا مصادرة لسلطة الشعب أو الحد من سيادته، ولكن تطبيقاً لمبدأ الشرعية ومبدأ سيادة الدستور. فالشعب كسلطة تشريعية يقوم بوظيفته في إطار القواعد التي حددها الدستور، ولا يجوز له أن يتصرف إلا داخل إطار هذه القواعد بحيث إذا خالف هذا الإطار كان تصرفه مشوباً بعيب عدم الدستورية. والقول بغير ذلك يؤدي إلى تعديل الدستور بغير الطريقة التي نص عليها القانون، وهو ما لا يمكن قبوله^(١).

ومؤدى ذلك عدم اعتبار التشريعات التي وافق عليها الشعب في استفتاء تشريعي مرجعاً للرقابة الدستورية^(٢). وذهب البعض إلى إخضاع القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور لرقابة المحكمة الدستورية العليا^(٣).

ويفرق البعض بين نوعين من القرارات في هذا الشأن: الأول قرار اللجوء إلى استخدام المادة ٧٤، فهو عمل من أعمال السيادة وأعمال الحكومة التي لا يجوز الطعن فيها أمام أية جهة قضائية. الثاني القرارات التي يتم الموافقة عليها في الاستفتاء، فهي شأنها شأن القوانين العادية الصادرة عن البرلمان تخضع لمطابقتها لوثيقة الدستور^(٤).

(١) الدكتور سامي جمال الدين: لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، ١٩٨٢ ص ١١٣ وما بعدها.

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٥٧١؛ الدكتور فتحي فكري: القانون الدستوري، الكتاب الأول المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر، ٢٠٠٨/٢٠٠٩، ص ٣٦٣.

(٣) الدكتور محمد فؤاد مهنا: مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٣ ص ٧٣١.

(٤) الدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ص ٥٧٢-٥٧٣.

(د) موقف القضاء:

١- في فرنسا: قرر المجلس الدستوري عدم اختصاصه ببحث دستورية القوانين التي تتم موافقة الشعب عليها في الاستفتاء استناداً إلى أن مثل هذه القوانين تعد تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية، فضلاً عن أن اختصاص هذا المجلس وفقاً لنصوص قانون تنظيمه لا يشمل سوى القوانين التي يقرها البرلمان.

وهذه الحجة غير مفهومة؛ باعتبار أن نص المادة ٦١ من الدستور الفرنسي يخول هذا المجلس الاختصاص بالفصل في دستورية القوانين العضوية وجوباً، والقوانين العادية بصفة جوازيه، ولا يستبعد بالتالي صراحة من نطاق رقابته القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء، إلا أن المجلس أخرجها من ولايته تأسيساً على أن روح الدستور تقتضي حصر هذه الولاية في القوانين التي اقترح البرلمان عليها وأقرها، وأن اختصاص المجلس كمنظم لنشاط كل سلطة في الدولة مؤداه ألا تشمل ولايته التحقق من دستورية القوانين التي تعبر بصورة مباشرة عن السيادة الشعبية. ثم عدل المجل بعد ذلك عن الإشارة إلى روح الدستور كسند لعدم اشتغال ولايته على الفصل في دستورية القوانين الاستثنائية، واكتفى بإخراجها من اختصاصه تأسيساً على أنها تعبير مباشر عن السيادة الشعبية^(١).

كما لم يسلم هذا الاتجاه من النقد، لما يؤدي إليه من تحصين هذه القوانين من الرقابة الدستورية على الرغم مما قد يعترىها من تقييد للحريات يوافق عليها الناخبون دون أن يدركوا حقيقتها^(٢).

وتجدر التفرقة بين مراحل ثلاث في العملية الاستثنائية^(٣):

المرحلة الأولى: ما قبل الاستفتاء، وتنحصر سلطة المجلس بشأنها في مجرد إبداء آراء استشارية في شأن مطابقة أو مخالفة التنظيم الخاص بها للدستور، وذلك حين يؤخذ رأيه فيها.

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، رقم ٣٠٢ ص ٤٧٧.

(2) Hauriou: Droit constitutionnel et Institutions Politiques, p. 219.

(٣) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، رقم ٣٠٣، ص ٤٧٨-٤٧٩.

المرحلة الثانية جريان الاستفتاء، ويراقبها المجلس ويبسط إشرافه عليها عن طريق مفوضين يتم اختيارهم بالاتفاق مع الحكومة، من بين أعضاء السلطة القضائية.

المرحلة الثالثة، ما بعد الاستفتاء، وفيها يفصل المجلس بصفة نهائية في الطعون التي تقدم بشأنها ويعلن نتائجها، فإذا تبين له عدم انتظامها، فإما أن يبقى عليها أو يطلها كلية أو بصفة جزئية. ومن ثم لا يجوز للمجلس أن يفصل في قرار أو إجراء تم في المرحلة التحضيرية لعملية الاستفتاء، وهو ما يعتبره بعض الفقهاء الفرنسيين محل نظر؛ باعتبار أن الطعون الموجهة إلى نتيجة الاستفتاء والتي يختص بالمجلس بالفصل فيها، قد يكون سببها اختلال الاستفتاء في مراحله التحضيرية⁽¹⁾.

٢- في مصر: قضت المحكمة الدستورية أن ما نصت عليه المادة ١٥٢ من الدستور من أن «لرئيس الجمهورية أن يستفتى الشعب في المسائل العامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا»، لا يخرج عن أن يكون ترخيصاً لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية، على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية، ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء - الذي رخص به الدستور وحدد طبيعته والغرض منه - ذريعة إلى إهدار أحكامه أو مخالفتها، كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت في الاستفتاء، لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التي لا يجوز تعديلها إلا وفقاً للإجراءات الخاصة المنصوص عليها في المادة ١٨٩ من الدستور، وبالتالي لا تصحح هذه الموافقة ما قد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور، وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعي أدنى مرتبة من الدستور، فتتقيد بأحكامه، وتخضع بالتالي لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية. هذا فضلاً عن أن النص التشريعي المطعون عليه، قد صدر في شأن يتعلق بحق فئة من المواطنين في مباشرة الحقوق السياسية التي كفلها الدستور، والتي ينبغي على سلطة التشريع ألا تنال منها وإلا وقع عملها مخالفاً للدستور ومن ثم لا يكون

(1) François Lucaire: commentaire à l'article 60 de la constitution "La constitution de la Republic Française, 2ed, Economica, pp.1108-1109.

ذلك النص قد تناول مسائل سياسية تنأى عن الرقابة الدستورية على نحو ما ذهب إلى ذلك الحكومة، ويكون الدفع المبدى فيها بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى - برمته - على غير أساس متعيناً رفضه^(١).

وحاصل القول أن المجمع عليه في الفقه الدستوري أن استفتاء الشعب على القوانين لا يغير من طبيعتها، ولا يضيف عليها حصانة، كما لا يصحح ما بها من عيب عدم الدستورية، ومن ثم فإنها تخضع لرقابة دستورية القوانين شأنها في ذلك شأن القوانين الصادرة من مجلس الشعب^(٢).



(١) الطعن رقم ٥٦ س ٦ ق جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ مجموعة أحكام الدستورية س ٣ ج ١ ص ٣٥٣ .

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٥٧١؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: مبادئ القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ٥٤٩ .

المطلب الخامس

القوانين الأساسية

(أ) ماهية القوانين الأساسية: يقصد بها مجموعة من القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، سواء من تلقاء نفسها أم بتكليف من الشارع الدستوري، والمتعلقة بتنظيم السلطات العامة في الدولة واختصاصاتها وكيفية ممارستها لوظيفتها؛ إذ أنها تتعلق بموضوعات دستورية بحسب طبيعتها وجوهرها^(١).

فهي نوع من القوانين يتميز بتنظيمه لموضوعات متعلقة بالقانون الدستوري. وتصدر هذه القوانين عن البرلمان وفقاً لأحد طريقتين: الأولى طريق التكليف الدستوري، وهو يعني تكليف الشارع الدستوري السلطة التنفيذية بتنظيم موضوعات معينة، تتصل بنظام الحكم في الدولة. ومثال ذلك في فرنسا إحالة دستور ١٩٥٨ في المادة ٦٣ منه إلى القانون لتنظيم اختصاصات المجلس الدستوري. ومثال ذلك في مصر إحالة دستور ١٩٧١ المعطل في المواد ١٧٥ إلى ١٧٨ منه إلى القانون لبيان اختصاصات المحكمة الدستورية العليا والإجراءات التي تتبع أمامها، وكيفية تشكيلها، والشروط الواجب توافرها في أعضائها، وحقوقهم، وحصاناتهم، وكيفية مساءلتهم، وترتيب آثار الحكم بعدم دستورية النص التشريعي. الطريق الثاني هو طريق التدخل التلقائي، كأن تصدر السلطة التشريعية من تلقاء نفسها قانوناً في شأن يتصل بالنظام الدستوري، ومثال ذلك في فرنسا، قانون انتخابات مجلس النواب، وقانون انتخابات مجلس الشيوخ الصادران عام ١٨٧٥، وفي مصر قانون الأحزاب السياسية رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقانون رقم ١٧٧ لسنة ٢٠٠٥^(٢).

(١) الدكتور بكر القباني: دراسة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، بدون تاريخ للنشر، ص ٦١؛ الدكتور عمرو حسبو: القوانين الأساسية المكملة للدستور، دار النهضة العربية ٢٠٠١، ص ٦ وما بعدها؛ الدكتور عمرو فؤاد بركات: القوانين الأساسية، دراسة مقارنة، ١٩٨٨؛ الدكتور محمد عبد الرحمن هلول: القانون الدستوري «النظرية العامة - النظام الدستور المصري» المنصورة - مكتبة الجلاء الجديدة ١٩٨٢ ص ١٠١ وما بعدها.

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢١٧ وما بعدها.

(ب) مرتبة القوانين الأساسية: تتحدد مرتبة ودرجة القوانين الأساسية بالنظر إلى الإجراءات المطلوبة لسنها أو تعديلها.

ففي الدول ذات الدساتير المرنة يكون لهذه القوانين ذات مرتبة النصوص الدستورية؛ باعتبار أن هذه الأخيرة لا يلزم لتعديلها مباشرة إجراءات خاصة تختلف عن تلك المقررة لتعديل القوانين. أما في الدول ذات الدساتير الجامدة، فإن مرتبة هذه القوانين قد تعلو مرتبة القوانين العادية، وإن لم تصل إلى مرتبة النصوص الدستورية، كما هو الحال في فرنسا في ظل دستور ١٩٥٨ الذي يتطلب إجراءات خاصة لسن وتعديل هذه القوانين أشد من تلك المطلوبة في القوانين العادية، ولكنها لا تصل بحال إلى الإجراءات المطلوبة في شأن النصوص الدستورية، وقد تكون مرتبة هذه القوانين هي ذات مرتبة القوانين العادية إذا لم يتطلب الدستور إجراءات خاصة لسنها وتعديلها^(١).

وهذا يعني أن مرتبة القوانين الأساسية تتحدد بالنسبة للوثيقة الدستورية كما يلي:

إذا كان تعديل الوثيقة الدستورية يدخل في اختصاص البرلمان، مع اتباع القواعد والإجراءات اللازمة لوضع وتعديل القوانين العادية، ويكون ذلك بالطبع في ظل دستور مرن، فإنه يكون لوضع القوانين الأساسية في هذه الحالة مكنة التعديل في الوثيقة الدستورية.

- أما إذا كان تعديل الوثيقة يستلزم اتباع إجراءات خاصة، تختلف عن الإجراءات اللازمة لوضع أو تعديل القوانين العادية، ولا يكون ذلك بالطبع إلا في ظل دستور جامد، فيتعين التفرقة بين فرضين:

الأول: إذا كانت الوثيقة تسمح للبرلمان بوضع القوانين الأساسية طبقاً لنفس القواعد والإجراءات اللازمة بالنسبة للقوانين العادية، فيكون للقوانين الأساسية نفس مرتبة القوانين العادية، ومن ثم لا يكون لواضعي القوانين الأساسية مكنة تعديل أو مخالفة الأحكام الواردة في الوثيقة الدستورية.

(1) Hauriou: Droit constitutionnel et Institutions Politiques, p. 1088 .

الدكتور محمد حسنين عبد العال: المرجع السابق، ص ٧٨-٨٣.

الثاني إذا كانت الوثيقة الدستورية توجب على البرلمان بالنسبة لوضع أو تعديل القوانين الأساسية اتباع إجراءات خاصة تختلف عن الإجراءات اللازمة لوضع أو تعديل القوانين العادية، فإن ذلك يجعل للقوانين الأساسية مرتبة أعلى من القوانين العادية، وإن كان ذلك لا يمنع الشارع الدستوري من النص الصريح على أن تكون لتلك القوانين الأساسية في حالات معينة مرتبة تماثل مرتبة الوثيقة الدستورية^(١).

ويرى البعض الآخر أن عرض مشروعات القوانين الأساسية على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها يعطيها مرتبة أعلى من القوانين الأساسية^(٢).

ومؤدى هذا الرأي تقرير اختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة دستورية القوانين التي تحالف القوانين المكملة للدستور باعتبارها من القوانين الأساسية؛ لأن هذه القوانين تعد مصدراً من مصادر القاعدة الدستورية في الدولة، ومن الممكن أن ينصرف اصطلاح «رقابة دستورية القوانين» إلى جميع مصادر القاعدة الدستورية، لا سيما وأن نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا عندما حدد حالات اختصاص هذه المحكمة قد استعمل عبارة «إذا تراءى لإحدى المحاكم عدم دستورية نص في قانون» فيمكن أن يفسر عدم الدستورية بأنه المخالفة لأحد مصادر القاعدة الدستورية، سواء كانت الوثيقة ذاتها أم أحد القوانين الأساسية التي تعتبر في مرتبة أسمى من مرتبة القوانين العادية^(٣).

ولم يسلم هذا التفسير من النقد؛ باعتبار أن عرض مشروع القانون على مجلس الشورى لا صلة له بمرتبة التشريع، وإنما هو قيد شكلي استلزمه الشارع في بعض التشريعات لضمان أن تصاغ أحكامها بعد دراسة متأنية لها، فتخرج أحكامها أكثر إحكاماً وانضباطاً، وأن إغفال هذا القيد - رغم وجوبه في تشريع معين - يستتبع عند الطعن فيه بعد الدستورية إبطال التشريع

(١) الدكتور بكر القباني: المرجع السابق، ص ٦٢-٦٣؛ الدكتور عادل الطبطبائي: المبادئ الدستورية العامة، ١٩٨٠ ص ٣١-٣٢.

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٥٦٧ وما بعدها.

(٣) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٥٦٩ - ٥٧٠.

لمخالفته قاعدة من قواعد الشكل المنصوص عليها في الدستور، دون أن يترتب على ذلك أن يتقرر لهذه التشريعات قوة النصوص الدستورية ذاتها^(١).

وقد مالت أحكام القضاء الدستوري في مصر إلى تأييد الرأي الثاني. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن «حرص الدستور على أن يفصل بصورة قاطعة بين مهمة المجلس وفقاً لنص المادة ١٩٤ من ناحية، وبين الولاية التي يباشرها في إطار المادة ١٩٥ منه من ناحية أخرى، مما مؤداه أن هاتين المادتين لا تختلطان ببعضهما، ولا يجوز القول بامتزاجهما، إذ لو صح ذلك لأدجمهما الدستور في مادة واحدة يكون اختصاص مجلس الشورى في شأن المسائل التي تندرج تحتها محيطاً بها جميعاً، أياً كان نطاق هذا الاختصاص أو الأغراض التي يتوخاها، وهو ما قام الدليل على نقيضه، ذلك أن المادة ١٩٥ من الدستور قوامها أن يؤخذ رأي مجلس الشورى وجوباً في مسائل بذواتها غير التي حددتها المادة ١٩٤ منه، ولها من الأهمية والخطر ما يقتضي أن يكون عرضها عليه كي يقول كلمته فيها، أمراً محتوماً. وتنحصر هذه المسائل في كل اقتراح يكون متعلقاً بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، وكذلك كل مشروع لقانون يكون مكملًا للدستور، و كل معاهدة يكون موضوعها صلحاً أو تحالفاً أو متعلقاً بحقوق السيادة أو من شأنها التعديل في النطاق الإقليمي للدولة، و كل مشروع يتناول الخطة العامة للدولة في مجال التنمية الاجتماعية و الاقتصادية، و كل مشروع قانون يحيله إليه رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى أية موضوعات يحيلها رئيس الجمهورية إليه و تتصل بالسياسة العامة للدولة أو بسياساتها في الشؤون العربية أو الخارجية. و هذه المسائل التي حددتها المادة ١٩٥ من الدستور، يجمعها أن الدستور قدر حيوية المصالح المرتبطة بها، و أن اتخاذ قرار فيها قبل أن يدلي مجلس الشورى برأيه في نطاقها بعد عرضها عليه، تكتنفه محاذير واضحة مرجعها رجحان أن يصدر هذا القرار متسرعاً أو مبتسراً. ومن ثم كان عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها وجوباً باعتبار أن ذلك شكلية جوهرية لا يجوز إهمالها أو التجاوز عنها، بالنظر إلى دقة المسائل التي عينتها المادة ١٩٥ وما

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ١٩٠-١٩١؛ الدكتور عمرو حسبو: القوانين الأساسية المكملة للدستور، ص ١٦٩ وما بعدها.

يقتضيه بحثها من تعمق، وبوجه خاص في جوانبها المتعلقة بالتنمية في مجالاتها المختلفة، وبالحدود الإقليمية للدولة التي تمتد إليها سيادتها، وبالشرعية الدستورية التي ترسي الدولة عليها دعائمها. متى كان ما تقدم، وكانت مشروعات القوانين المكملة للدستور من بين المسائل التي يتعين عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيها قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية الأصلية ممثلة في مجلس الشعب، فإن إقرار السلطة التشريعية لقانون مكمل للدستور دون إتباع هذا الإجراء، لن يقيه من عثرة مخالفته للأوضاع الشكلية التي تطلبها المادة ١٩٥ من الدستور، ولن يرده بالتالي إلى دائرة المشروعية الدستورية في جوانبها الإجرائية، إذ يعتبر القانون الصادر على خلافها مفتقراً إلى مقوماته كإطار لقواعد قانونية اكتمل تكوينها، ويقع من ثم مشوباً بالبطلان^(١).

- إن المادة ١٩٥ من الدستور تنص على أن: يؤخذ رأى مجلس الشورى فيما يلي: ١- ...
٢- مشروعات القوانين المكملة للدستور ٣- ٤- ٥-
٦-

وبيلغ المجلس رأيه في هذه الأمور إلى رئيس الجمهورية ومجلس الشعب.

ومؤدى ذلك - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أن عرض مشروعات هذه القوانين على مجلس الشورى ليقول كلمته فيها لا يكون إلا وجوبياً فلا فكاك منه ولا محيص عنه، ولا يسوغ التفريط أو إغفاله، وإلا تقوض ببيان القانون برمته من أساسه، فإذا تحققت المحكمة من تخلف هذا الإجراء، تعين إسقاط القانون المشوب بذلك العوار الشكلي بكامل النصوص التي تضمنها، ولبات لغواً - بعدئذ - التعرض لبحث اتفاق بعضها مع الأحكام الموضوعية للدستور أو منافاتها له^(٢).

ومؤدى ذلك أن مناط رقابة دستورية التشريعات هو مخالفة التشريع الطعين لنص دستوري لا لنصوص تشريعية أخرى، مما يعني أن المرجع في مباشرة هذه الرقابة من الناحية الفنية هو

(١) الطعن رقم ٧ س ٨ ق جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٦٦٠ .
(٢) الطعن رقم ١٥٣ س ٢١ ق جلسة ٣ يونيو ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٥٨٢ .

أحكام الدستور القائم لا التشريعات المختلفة أيًا كانت مرتبتها، فرقابة دستورية القوانين البرلمانية تقف عند التحقق من مخالفة التشريع للدستور؛ باعتبار أن تعارض أحكام هذه التشريعات مع بعضها يندرج تحت مبدأ المشروعية، ولا يرقى إلى مرتبة المخالفة الدستورية. ومن ثم لا يسوغ اعتبار القوانين الأساسية مرجعاً للرقابة القضائية على دستورية التشريعات؛ باعتبار أنها من ناحية لا تعد جزءاً من الوثيقة الدستورية، ومن ناحية أخرى يتبع في إصدارها نفس الإجراءات التي تتبع في إصدار القوانين العادية^(١).

(١) الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: مبادئ القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ٥٤٩.

المطلب السادس

المعاهدات الدولية

(أ) ماهيتها: هي اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية، وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة، ويستوي في هذه الاتفاقات أن تكون ذات طبيعة سياسية كمعاهدات الصلح أم غير سياسية كمعاهدات التجارة^(١).

وتطبيقاً لذلك عرفت المحكمة الدستورية العليا أن «عبارة المعاهدة الدولية لا تعدو أن تكون مصطلحاً عاماً Ceneric term يمتد إلى كل أشكال الاتفاق الدولي فيما بين دولتين أو أكثر إذا دون هذا الاتفاق سواء في وثيقة واحدة أو أكثر وأياً كان نطاق المسائل التي ينظمها أو موضوعها ومن ثم يندرج تحتها مما يتصل بمفهومها من صور هذا الاتفاق سواء كان عهداً أو ميثاقاً أو إعلاناً أو بروتوكولاً أو نظاماً أو تبادلاً لمذكرتين^(٢).

(ب) مرتبتها: الأصل أن تتحدد مرتبة المعاهدات الدولية داخل الدول التي تكون أطرافاً فيها وفقاً للقواعد التي تحددها دساتير هذه الدول.

وقد اعتبرت بعض الدول، شأن الوضع القائم في فرنسا في ظل الدستور القائم والصادر سنة ١٩٥٨، إلى إسباغ قوة على المعاهدات تعلق قوة القوانين العادية؛ وأساس ذلك أنه وفقاً لنص المادة ٥٣ من الدستور، فإن المعاهدات التي من شأنها تعديل النصوص التشريعية لا يجوز التصديق أو الموافقة عليها إلا بموجب قانون، وطبقاً لنص المادة ٤٤ من الدستور إذا قرر المجلس الدستوري أن تعهداً دولياً يتضمن شرطاً مخالفاً للدستور، فلا يمكن الإذن بالتصديق أو الموافقة عليه إلا بعد تعديل الدستور، ومن ثم فإن القوة الإلزامية للمعاهدات تعلق تلك المقررة

(١) الدكتور جعفر عبد السلام: مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٨٦، رقم ٨٠ ص ٩٧ وما بعدها؛ الدكتور صلاح الدين عامر: مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٥ رقم ٢٤٤ ص ١٨٦ وما بعدها؛ الدكتور محمود سامي جنيته: القانون الدولي العام، الطبعة الثانية ١٩٣٨ رقم ٢٣٩ ص ٤٠٨.

(٢) القضية رقم ٣٠ س ١٧ ق جلسة ٢ مارس ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٥٠٧.

للقوانين إلا أن هذه القوة لا تصل أبداً إلى قوة الدستور^(١).

وفي مصر، نصت المادة ١٥١ من دستور ٢٠١٤ على أن «يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور. ويجب دعوة الناهين للاستفتاء على معاهدات الصلح والتحالف وما يتعلق بحقوق السيادة، ولا يتم التصديق عليها إلا بعد إعلان نتيجة الاستفتاء بالموافقة. وفي جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور، أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة».

والبين من هذا النص أن المعاهدة الدولية بعد استيفاء الإجراءات الدستورية، والأوضاع المطلوبة لإبرامها والتصديق عليها ونشرها تكون لها قوة أو مرتبة القانون العادي. ومن ثم فإن خروج سلطة التشريع عليها، أي على أحكام هذه المعاهدات فيما تصدره من تشريعات، لا يترتب عليه قيام عيب عدم الدستورية^(٢).

(ج) في القضاء الدستوري: اعتبرت المحكمة العليا أن المعاهدات ليست لها قيمة الدساتير وقوتها، ولا تجاوز مرتبتها مرتبة القانون ذاته. وتطبيقاً لذلك قضت إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٤٨ ووقعته مصر لا يعدو أن يكون مجرد توصية غير ملزمة وليست له قيمة المعاهدات الدولية المصدق عليها، وحتى بالنسبة إلى هذه المعاهدات ليست لها قيمة الدساتير وقوتها ولا تجاوز مرتبتها مرتبة القانون ذاته، هذا فضلاً عن أن القرار بقانون المطعون فيه لا يناهض الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فقد نصت المادة ٢٩ منه في فقرتها الثانية على أن الفرد يخضع في ممارسة حقوقه لتلك القيود التي

(١) الدكتور بكر القباني والدكتور محمود عاطف البنا: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، المجلد الأول، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى، ١٩٧٠، ص ٤٤-٤٥؛ الدكتور سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، طبعة ١٩٨٦ ص ٢٤؛ الدكتور وليد محمد عباس: تطور مسؤولية الدولة على أساس الخطأ عن القوانين المخالفة للمعاهدات الدولية دراسة في النظام القانوني الفرنسي، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، س ٤٢ العدد الثاني، يونيو ٢٠١٨ ص ١٤٤-١٤٨.

(٢) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ١٩٣.

يقررها القانون لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العامة والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي، ومن ثم فإنه متى اقتضت موجبات النظام العام في البلاد والذي يستمد حدود أساساً من الشريعة الإسلامية حظر المحافل البهائية ووقف نشاطها فلا تثريب على هذا الحظر ولا تنافر بينه وبين الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومن ثم يكون هذا الوجه غير قائم على أساس سليم^(١).

كما سارت المحكمة الدستورية العليا على ذات النهج، فاعتبرت أحكام الاتفاقية الدولية لمكافحة الاتجار في الأشخاص واستغلال دعارة الغير الموقعة في ليك سكس بتاريخ ٢١ مارس سنة ١٩٥٠ وإن كان لها قوة القانون عملاً بنص المادة ٥٦ من الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة الصادر سنة ١٩٥٨، والمادة ١٥١ من الدستور القائم، إلا أن أحكامها تحيل إلى القوانين و النظم في الدول أطرافها و تتطلب إقرار ما يكون لازماً منها لتفصيل الأحكام التي أجملتها الاتفاقية بمراعاة أغراضها كي تحدد على ضوءها جرائم الفجور والدعارة في أشكالها المختلفة، وتقرر كذلك عقوباتها، إلى غير ذلك من التدابير الاجتماعية و التعليمية و الصحية التي تتصل بمكافحة البغاء في صورته المتعددة و تأهيل ضحاياه^(٢).

ولكن المحكمة الدستورية العليا اعتبرت أن الاتفاقيات الدولية تندرج تحت أعمال السيادة التي تنحسر عنها الرقابة القضائية. ولذلك قضت إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تجد أساساً لها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية و سيادة القانون الذي أرساه الدستور، غير أنه يرد على هذا الأصل ما استقر عليه القضاء والفقه من استبعاد «أعمال السيادة» من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية، وإذا كانت نظرية أعمال السيادة في أصلها الفرنسي قضائية النشأة ولدت في ساحة القضاء الإداري وتطورت به قواعدها، إلا أنها في مصر ذات أساس تشريعي يرجع إلى بداية التنظيم القضائي الحديث الذي أقرها بنصوص صريحة في صلب التشريعات المتعاقبة المنظمة للمحاكم ومجلس الدولة وآخرها ما ورد

(١) الطعن رقم ٧ س ٢ ق جلسة أول مارس ١٩٧٥ مكتب فني ١ ج ١ ص ٢٢٨.

(٢) الطعن رقم ١٣ س ١١ ق جلسة ١٨ إبريل ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ٢٨٥.

في قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ وقانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ اللذين استبعدا أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري على السواء. واستبعد أعمال السيادة من ولاية القضاء إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضى - بسبب طبيعة هذه الأعمال و اتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها في الداخل والخارج - النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية، وذلك لدواعي الحفاظ على كيان الدولة في الداخل والخارج ورعاية مصالحها العليا، وقد وجدت هذه الاعتبارات صدى لدى القضاء الدستوري في الدول التي أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين وبخاصة في المسائل السياسية التي تعد المجال الحيوي والطبيعي لنظرية أعمال السيادة واستبعادها من نطاق هذه الرقابة. والعبرة في التكييف القانوني لما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها هي بطبيعة هذه الأعمال ذاتها، التي يجمعها إطار عام هي أنها تصدر عن السياسة العليا للدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها مع احترام الحقوق التي كفلها الدستور وتنظيم علاقاتها الخارجية بينها وبين الدول الأخرى وتأمين سلامتها في الداخل والدفاع عن إقليمها من الاعتداء الخارجي والمرد في ذلك إلى السلطة التقديرية للقضاء وحده^(١).

بيد أن المحكمة الدستورية ما لبث أن عدلت عن هذا الاتجاه ، واعتبرت أنه وإن كانت نظرية «الأعمال السياسية» - كقيد على ولاية القضاء الدستوري - تجد في ميدان العلاقات والاتفاقيات الدولية معظم تطبيقاتها بأكثر مما يقع في المجال الداخلي، نظراً لارتباط ذلك الميدان بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصلحتها العليا، إلا أنه ليس صحيحاً إطلاق القول بأن جميع الاتفاقيات الدولية - أيا كان موضوعها - تعتبر من «الأعمال السياسية» كما أنه ليس صحيحاً أيضاً القول بأن الاتفاقيات الدولية التي حددتها الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور، واستلزم عرضها على مجلس الشعب وموافقة عليها، تعتبر جميعاً وبصفة تلقائية - من «الأعمال السياسية» التي تخرج عن ولاية القضاء الدستوري، ذلك أن كلا القوانين السابقين

(١) الطعن رقم ٤٨ س ٤ ق جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٢٢٠.

يتناقض والأساس الذي تقوم عليه اعتبارات استبعاد هذه الأعمال من الرقابة القضائية على دستوريته، وهي اعتبارات ترجع إلى طبيعة الأعمال ذاتها، وليس إلى طريقة أو إجراءات إبرامها والموافقة والتصديق عليها^(١).

ومفاد ما تقدم أن المعاهدات الدولية من ناحية لا تعتبر بحال مرجعا للرقابة الدستورية التي تستهدف صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه، بل إن المعاهدات باعتبار أن قوتها الملزمة هي ذات القوة المقررة للقوانين العادية، يتعين أن تخضع للرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا^(٢).

ومن ناحية أخرى لا تعبر المعاهدة من الأعمال السياسية بناء على مجرد تنظيمها للعلاقات الخارجية. ولا شأن للأعمال السياسية بالقواعد الإجرائية التي تحيط بالمعاهدة والمتعلقة بإبرامها أو التصديق عليها أو نشرها وفقاً للأوضاع المقررة^(٣). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إنه وإن كانت نظرية «الأعمال السياسية» - كقيد على ولاية القضاء الدستوري - تجد في ميدان العلاقات و الاتفاقيات الدولية معظم تطبيقاتها بأكثر مما يقع في المجال الداخلي، نظراً لارتباط ذلك الميدان بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا، إلا أنه ليس صحيحاً إطلاق القول بأن جميع الاتفاقات الدولية - أيّا كان موضوعها - تعتبر من «الأعمال السياسية» كما أنه ليس صحيحاً أيضاً القول بأن الاتفاقات الدولية التي حددتها الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور، و استلزمت عرضها على مجلس الشعب وموافقة عليها، تعتبر جميعاً وبصفة تلقائية - من «الأعمال السياسية» التي تخرج عن ولاية القضاء الدستوري، ذلك أن كلا القوانين السابقين يتناقض والأساس الذي تقوم عليه اعتبارات استبعاد هذه الأعمال من الرقابة القضائية على دستوريته، وهي اعتبارات ترجع إلى طبيعة الأعمال ذاتها، وليس إلى طريقة أو إجراءات إبرامها والموافقة والتصديق عليها^(٤).

(١) الطعن رقم ١٠ س ١٤ ق جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٣٧٦.

(٢) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ١٩٤؛ الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ص ٢٦٤-٢٦٥.

(٣) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية، رقم ٢٢٢ ص ٣٣٥.

(٤) الطعن رقم ١٠ س ١٤ ق جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية س ٥ ج ٢ ص ٣٧٦.

وتحديد الأعمال السياسية يكون بالنظر إلى خصائصها وجوهرها. وتطبيقاً لذلك قضت إن البين من اتفاقية تأسيس المصرف العربي الدولي و نظامه الأساسي الذي يعتبر - وفقاً لمادتها الأولى - جزءاً لا يتجزأ منها - أن حكومات مصر و ليبيا و سلطنة عمان اتفقت على تأسيس هذا المصرف وقد انضم إليهم - حال إبرام الاتفاقية - أحد المواطنين الكويتيين. وقد فتحت الاتفاقية باب الانضمام إليها وفقاً لمادته الثانية - للحكومات العربية الأخرى، وكذلك للبنوك والهيئات والمؤسسات والشركات العربية، وأيضاً للأفراد العرب. ويقوم هذا المصرف بالأعمال التجارية التي تقوم بها البنوك التجارية عادة من قبول للودائع وتقديم للقروض وتحرير وتظهير للأوراق المالية والتجارية وتمويل لعمليات التجارة الخارجية وتنظيم للمساهمة في برامج ومشروعات الاستثمار. وهو يزاول أعماله في مجال التجارة الخارجية وفقاً للقواعد والأسس المصرفية الدولية السائدة. وللمصرف الشخصية القانونية، وله في سبيل تحقيق أغراضه إبرام اتفاقيات مع الدول الأعضاء أو غير الأعضاء وكذلك مع المؤسسات الدولية الأخرى. وله التملك والتعاقد، ويديره مجلس إدارة من ممثلين للمساهمين يتم اختيارهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. ومدة المصرف خمسون عاماً. وحدد النظام الأساسي للمصرف أحوال حله وكيفية تصفية أمواله، ومؤدى ذلك، أن الاتفاقية المشار إليها إنما تتمخض عن إنشاء بنك يقوم بالأعمال التي تقوم بها البنوك التجارية، فلا يسوغ اعتبارها من «الأعمال السياسية» التي تنحسر عنها رقابة القضاء الدستوري، ولا يغير من ذلك ما تضمنته بعض نصوص الاتفاقية من امتيازات معينة للمصرف أو لموظفيه أو لأموال المساهمين أو المودعين التي دفعت الحكومات العربية الموقعة عليها إلى تأسيس هذا المصرف^(١).

-أن العبرة في التكييف القانوني لما يعتبر من أعمال السيادة و ما لا يعتبر منها هي بطبيعة هذه الأعمال ذاتها، التي يجمعها إطار عام هي أنها تصدر عن السياسة العليا للدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج مستهدفة لتحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها مع احترام الحقوق التي كفلها الدستور وتنظيم علاقاتها الخارجية بينها وبين الدول الأخرى وتأمين

(١) القضية رقم ١٠ س ١٤ ق جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية س ٥ ج ٢ ص ٣٧٦.

سلامتها في الداخل والدفاع عن إقليمها من الاعتداء الخارجي والمرد في ذلك إلى السلطة التقديرية للقضاء وحده. وحيث إن البين من الاتفاقية المطعون فيها أنها أبرمت - كما يبين من ديباجة إصدارها - استناداً إلى قرار مجلس ملوك ورؤساء دول الجامعة العربية في دورته الأولى سنة ١٩٦٤ بإنشاء قيادة عربية موحدة لجيوش الدول العربية، وإلى القرار رقم ٢ من قرارات مجلس الدفاع المشترك في دور انعقاده الاعتيادي سنة ١٩٦٥ في شأن تحركات القوات من بلد عربي إلى بلد عربي آخر، ووافق عليها مجلس الدفاع المشترك بجلسته المنعقدة بتاريخ ١١ سبتمبر سنة ١٩٦٥، وقد أوضحت الاتفاقية في مادتها الثانية أن لقوات القيادة الموحدة الأهلية القانونية من حيث التعاقد والتملك والتقاضي، كما قضت في مادتها الثالثة بإعفاء أعضاء القيادة الموحدة من إجراءات السفر والتأشير والتفتيش والرقابة في الدخول والخروج من إقليم الدولة المضيفة وقيود الإقامة والتسجيل وبتزويد أعضاء القيادة بأوامر التحركات الجماعية والفردية الصادرة إليهم من القيادة العربية الموحدة أو من القائد الموفد أو السلطة العسكرية المختصة، وجعلت المادة الخامسة الاختصاص بمحاكمة أعضاء هذه القوات عن الجرائم التي يرتكبونها على إقليم الدولة المضيفة لقضائهم الجنائي الوطني وذلك فيما عدا الجرائم التي ترتكب ضد أمن الدولة المضيفة، كما أعفت هذه القوات من ولاية القضاء المدني في الدولة المضيفة وأسندت الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ بين أعضاء هذه القوات وبين الغير حول الالتزامات العقدية أو حول الأضرار اللاحقة بالأشخاص أو بالأموال لهيئة يشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية من ثلاث أعضاء يعين الأمين العام للجامعة أحدهم وتعين الدولة المضيفة الثاني ويعين قائد القوات العضو الثالث. وعُني في مادتها السادسة ببيان أن الضمانات الواردة بالمادة السابقة إنما تقررت لصالح قوات القيادة الموحدة لمهمتها الرسمية ولصالح جامعة الدول العربية، وليس للصالح الشخصي لأعضاء القوات. وتضمنت باقي مواد الاتفاقية تحديد واجبات الدولة المضيفة، والمناطق اللازمة للقيادة وللمعسكرات وغيرها من المواقع لإيواء القوات، والمزايا والحصانات التي تتمتع بها هذه القوات، كما نظمت وسيلة تسوية أي خلاف ينشأ من جراء تفسير أو تطبيق أحكام هذه الاتفاقية. لما كان ذلك، وكانت هذه الاتفاقية قد أبرمت - في إطار جامعة الدول العربية - تنظيمياً لأوضاع الدفاع المشترك بين هذه الدول وذلك

بعد إنشاء قيادة عربية موحدة لقواتها العسكرية وما يقتضيه ذلك من تنظيم إقامة هذه القوات في البلد الذي تقضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه، وإذ وافقت مصر على هذه الاتفاقية بهدف الحفاظ على كيان الدولة واستجابة لمقتضيات سلامتها وأمنها الخارجي فهي تعد من المسائل المتصلة بعلاقاتها الدولية وتقتضيها السياسة العليا للبلاد وتندرج ضمن أعمال السيادة التي ينبغي أن تنحصر عنها الرقابة القضائية الدستورية، ومن ثم يتعين لذلك الحكم بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى^(١). والواقع أن المحكمة الدستورية العليا تباشر رقابتها على كل معاهدة دولية تكون مصر طرفاً فيها من جهتين:

أولاهما من حيث استيفائها للأوضاع الشكلية التي تتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها، فضلاً عن ضرورة موافقة السلطة التشريعية على كل معاهدة تتعلق بالتجارة والملاحة، وأن يكون موضوعها صلحاً أو تحالفاً، أو متضمناً تعديل الحدود الإقليمية للدولة، وكذلك تلك التي تتعلق بحقوق السيادة التي تملكها، أو التي تحمل خزانة الدولة بنفقة غير واردة في الميزانية.

ثانيتهما من حيث اتفاق مضمونها مع الدستور؛ ذلك أن قوة المعاهدة وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من الدستور المصري لعام ١٩٧١، لا تزيد على قوة القانون، فلا تعلوه، وهي تحوز هذه القوة بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، ولا يتصور بالتالي إعفاؤها من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية التي تتناول أصلاً كل قانون بمعنى الكلمة، ولو صدر عن السلطة التشريعية التي تعبر عن إرادة مواطنيها في مجموعهم بحكم صفتها التمثيلية، وبالتالي يكون القانون بمعناه العرفي والمعاهدة المشبهة به في الحكم، سواء في مجال الخضوع للشرعية الدستورية لا تعتبر بحال مرجعاً للرقابة الدستورية التي تستهدف صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه، بل إن المعاهدات باعتبار أن قوتها الملزمة هي ذات القوة المقررة للقوانين العادية، يتعين أن تخضع للرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا^(٢).

(١) القضية رقم ٤٨ س ٤ ق جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية س ٣ ج ١ ص ٢٢.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية، رقم ٢٢٠ ص ٣٣-٣٣٤.

وقد أفرزت هذه الرقابة العديد من المبادئ، لعل أهمها:

أولاً: أن المعاهدة الدولية تعتبر من وجهة نظر أولية كلا لا ينقسم، ووحدة غير قابلة للتجزئة، أساسها أن التكامل بين نصوصها كان من الأسس الجوهرية التي أدخلتها الدول أطرافها في اعتبارها عند تصديقها على المعاهدة أو انضمامها إليها ودعاها إلى القبول بأحكامها والالتزام بمضمونها. غير أن هذا الأصل يقيد منه ما دل عليه العمل بين الدول من أن المعاهدات الدولية في تطورها الراهن لا تتناول بالضرورة أحكاماً مترابطة لا يجوز فصلها عن بعضها البعض، و لا ترمي دوماً إلى معاملتها كوحدة عضوية لا انفصام فيها، ولكنها تواجه أحياناً تنظيمات أكثر تعقيداً موضوعه مصالح مختلفة متعددة جوانبها تستقل كل منها عن غيرها، ولا تتظمها بالتالي وحدة تجمعها، وإنما تتمايز في مضمونها والأغراض المقصودة من إرسائها عن بعضها البعض، بما يؤكد ذاتية النصوص المنظمة لكل منها، وانفرادها بخصائص مقصورة عليها متعلقة بها وحدها، ليؤول أمر النصوص - المنصرف إلى كل مصلحة منها على حدة - إلى تنظيم خاص لموضوعها مما يقتضي ألا تعامل المعاهدة الدولية - في هذه الفروض - كوحدة قائمة بذاتها متكاملة في مجموع أحكامها، و بالتالي يكون مرد الأمر في تجزئة نصوص المعاهدة، أو القبول بها في مجموعها إلى إرادة الدول أطرافها محددة على ضوء ما تكون قد أولته من اعتبار لطبيعة وخصائص المسائل التي تناوّلها بالتنظيم، وهو ما رددته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ذلك أن القاعدة الأولية في نطاقها هي وحدة نصوص المعاهدة، وهي وحدة عززتها الفقرة الثانية من المادة ٤٤ منها، وذلك فيما قرره من أن السند الذي تركز إليه إحدى الدول وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية - لنقض معاهدة دولية تكون طرفاً فيها أو الانسحاب منها أو لتعليق تنفيذها - لا يجوز الاحتجاج به وإثارته إلا بالنسبة إلى المعاهدة بأكملها. و مع ذلك إذا كان هذا السند منصرفاً إلى نصوص بذاتها متعلقاً بها وحدها، فإن أثره يقتصر عليها إذا كان ممكناً - في مجال تطبيقها - فصلها عن بقية المعاهدة، وبمراعاة شرطين: أولهما: ألا يكون قبول الدول المتلزمة بالمعاهدة، لنصوص التي يراد فصلها عنها، من الشروط الجوهرية لموافقتها على التقيد بالمعاهدة في مجموع أحكامها. ثانيهما: ألا يكون المضي في تنفيذ النصوص المتبقية من المعاهدة منطوياً على مخافة للعدالة^(١).

(١) القضية رقم ٥٧ س ٤ ق جلسة ٦ مارس ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية س ٥ ج ٢ ص ١٥٠.

ثانياً لئن كان من المقرر طبقاً لقواعد القانون الدولي العام، أن المعاهدات الدولية التي يتم إبرامها و التصديق عليها واستيفاء الإجراءات المقررة لنفاذها لها قوتها الملزمة لأطرافها، و أن على الدول المتعاقدة احترام تعهداتها المقررة بمقتضاها. طالما ظلت المعاهدة قائمة و نافذة، إلا أن ذلك لا يضيي على المعاهدة حصانة تمنع المواطنين من مناقشتها و نقدها و إبداء رأيهم فيها، ذلك إن حرية التعبير عن الرأي - بما تشمله من إباحة النقد - هي حرية عامة دستورية مقررة بنص المادة (٤٧) من الدستور، لكل مواطن أن يمارسها في حدودها المشروعة، يؤكد ذلك إن الدستور كفل في المادة (٦٢) منه للمواطن حقوقاً عامة سياسية. و اعتبر مساهمته في الحياة العامة عن طريق ممارسة تلك الحقوق واجباً وطنياً، و من هذه الحقوق حق إبداء الرأي في الاستفتاء، و إذ كان الرأي يحتمل القبول والرفض، فإن هذا النص الدستوري يكون قد أقر للمواطن بحريته التامة في الموافقة أو عدم الموافقة على ما يجري عليه الاستفتاء من أمور، و جاء مؤكداً لحيته في التعبير عن رأيه فيما يعرض عليه من مسائل أو يدور حوله من أحداث على النحو الذي ترتاح إليه نفسه و يطمئن إليه وجدانه، و من ثم لا يجوز أن يكون استعمال المواطن لحرية عامة كفلها الدستور هي حريته في التعبير عن رأيه سبباً في حرمانه من حق أو حرية عامة أخرى قررها الدستور^(١).

(١) القضية رقم ٤٤ س ٧ ق جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية س ٤ ج ١ ص ٩٨.

المطلب السابع

العرف الدستوري

(أ) ماهيته: يقصد به أن تجري الهيئات الحاكمة «السلطات العامة» على اتباع نهج معين في شأن من الشؤون المتصلة بنظام الحكم في الدولة دون معارضة غيرها من الهيئات في هذا الشأن، وينشأ عن تكرار السلطات التزامها بهذا النهج على مر الزمان أن تصبح بمثابة القاعدة ويكون لها إلزام القانون^(١). فهو في جوهره قاعدة مطردة أو عادة يقصد بها تنظيم العلاقات بين السلطات الحاكمة بعضها وبعض أو فيما بينها وبين الأفراد، ويكون لها صفة الإلزام في الرأي القانوني للجماعة^(٢).

ويستفاد من التعريفات السابقة أن العرف الدستوري هو عبارة عن « عادة تتصل بشأن من الشؤون الدستورية، درجت إحدى الهيئات الحاكمة في الدولة على استعمالها في ظل دستور مكتوب، وتواتر العمل على كونها ملزمة قانوناً ».

وينبغي عدم الخلط بين مصطلحي «العرف الدستوري» La Coutume Constitutionnelle و«الدستور العرفي» La Constitution Coutumière^(٣):

فالدستور العرفي هو عبارة عن « مجموعة القواعد الناشئة عن العادات والأعراف والتقاليد والسوابق التي لم تدوّن بعد في وثيقة مكتوبة، وهو خاص بالدول التي لا يوجد بها دساتير مكتوبة (كانجلترا مثلاً)، أي ليس لها دساتير بالمعنى الشكلي ». أمّا العرف الدستوري فهو أيضاً « مجموعة من القواعد الناشئة عن العادات والتقاليد والسوابق، ولكن في ظل دستور مكتوب،

(١) الدكتور محسن العبودي: المبادئ الدستورية العامة وتطور الأنظمة الدستورية المصرية، دار النهضة العربية ٢٠٠٩ ص ٤٢.

(٢) الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨١ ص ٤٦.

(٣) الدكتور إبراهيم شبحا: النظم السياسية والقانون الدستوري ص ٦١، ٦٢؛ النظام الدستوري اللبناني، ص ١٠١؛ الدكتور محمود حافظ: الوجيز في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ١٩٩٩، ص ١٢-١٣.

ويكون لهذه القواعد دوراً مفسراً أو مكملًا أو معدلاً لأحكام الدستور، فهو إذن يوجد في بلاد الدساتير المكتوبة بجوار الوثائق الدستورية.

وتبعاً لهذه التفرقة يمكن القول بأن انجلترا لها دستور عرفي، دون أن يكون بها عرف دستوري، وإن الدول ذات الدساتير المكتوبة (أو المدونة) كفرنسا وأمريكا ومصر وسورية ولبنان... الخ، ليس لها دستور عرفي، وإن كان فيها عرف دستوري.

(ب) أركانه: ينهض العرف الدستوري على ركنين: الأول مادي، وهو عبارة عن التصرفات والتطبيقات العملية الصادرة من إحدى الهيئات الحاكمة، وقد يكون هذا التصرف تشريعاً أو عملاً إدارياً أو مجرد تصرف مادي يصدر من هيئة حكومية، كرئيس الدولة أو البرلمان أو الوزارة^(١). ويلزم حتى يتم تكوين الركن المادي للعرف توافر شروط معينة في العادة التي تجري على سنتها هذه السلطات:

١- التكرار؛ إذ يلزم أن يجري التصرف أو الإجراء من جانب السلطات الحاكمة بصورة منتظمة أو متكررة؛ إذ لا تنشأ العادة من مجرد واقعة واحدة أو إجراء واحد.

وقد ذهب البعض إلى عدم ضرورة توافر التكرار في التصرف أو الإجراء لقيام العرف الدستوري؛ إذ قد يقوم العرف استناداً إلى تصرف واحد طالما أنه يعبر عن ضمير الجماعة^(٢).

ويتجه الرأي السائد في الفقه الدستوري إلى اشتراط التكرار بالنسبة للتصرف أو الإجراء «العادة» الصادرة من السلطات الحاكمة^(٣).

(١) الدكتور سليمان محمد الطحاوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، ١٩٨٨ ص ١١٩؛ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٠، ص ٦٢ وما بعدها؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: مبادئ القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ٢٠٠١-٢٠٠٢ ص ٤٣١ وما بعدها.

(٢) الدكتور سعد عصفور: المرجع السابق، ص ٤٣؛ الدكتور طعيمة الجرف: المرجع السابق، ص ١٠٦-١٠٧؛ الدكتور يحيى الجمل: النظام الدستوري في الكويت، ص ٣٦-٣٧.

(٣) الدكتور ابراهيم شيحا: النظام الدستوري اللبناني، ص ١٠٣-١٠٤؛ الدكتور محمد حسين عبد العال: المرجع السابق، ص ٨٧؛ الدكتور محمد كامل ليلة: القانون الدستوري، دار الفكر العربي، ١٩٧١ ص ٣٧-٣٨.

٢- العمومية: يتعين أن تكون العادة عامة، أي يجب أن يسير على هديها ويلتزم بمقتضاها كل من يعينهم الأمر أي من السلطات الحاكمة.

وقد ذهب رأي في الفقه إلى أن العرف لا ينشأ إذ ما اعترض على العادة المتكررة عن إحدى الهيئات^(١)، بينما استلزم البعض الآخر قبول العمل أو الإجراء من جانب جميع السلطات، أي جميع من يعينهم الأمر في الدولة، فضلاً عن عدم اعتراض أفراد الجماعة على السلوك أو الإجراء المكون للعادة، فاعتبر اعتراض الأفراد شأنه في ذلك شأن اعتراض السلطات الحاكمة يكون حائلاً دون قيام العرف الدستوري؛ إذ مؤدى الاكتفاء بموافقة جميع السلطات أن يكون إنشاء القواعد العرفية رهناً بموقف السلطات الحاكمة في الدولة دون المحكومين^(٢).

ويقيد البعض الرأي الأخير بقصر اشتراط موافقة مجموع الأفراد أو عدم اعتراضهم على الحالة التي تمس فيها القاعدة الدستورية مساساً مباشراً بحقوق الأفراد. أما في غير ذلك من الحالات، فإذا تعلقت السابقة العرفية بأعمال إحدى السلطات التي تتصل بعلاقتها غيرها من السلطات في الدولة، فلا ضرورة لتطلب موافقة الأفراد في المجتمع أو عدم اعتراضهم عليها^(٣).

ويترتب على إغفال أي من هذين الشرطين بأن اتبعت إحدى السلطات عرفاً والتزمته في بعض الحالات دون البعض الآخر، أو اعترضت عليه إحدى السلطات، فلا يرتفع هذا الإجراء إلى مرتبة القاعدة الواجبة التطبيق. ويستوي في ذلك أن يكون الإجراء إيجابياً أم سلبياً، أي عن طريق استعمال حق دستوري أو الامتناع عن استعماله.

٣- الاطراد: يقصد به الثبات، بمعنى أن تتبع العادة بصفة منتظمة ومستقرة بدون انقطاع، فيجب أن يتكرر العمل بها من جانب الهيئات الحاكمة بصفة دائمة، فلا تخرج عليها أو تخالفها،

(١) الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ١٩٦٦ ص ٩٠.

(٢) الدكتور إبراهيم شيجا: النظام الدستوري اللبناني، ص ١٠٥-١٠٦؛ الدكتور سعد عصفور: المرجع السابق، ص ٤٢؛ فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٧٣ ص ٢٣٨؛ الدكتور محمد كامل ليلة: الموضوع السابق.

(٣) الدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣ ص ٩٩.

مما يثبت استقرارها ويعززها^(١).

٤-القدم: يقصد به تواتر العمل بالعادة مدة طويلة تكفي للدلالة على ثبوتها واستقرارها، ولا يكفي عنصر الزمن أو المدة، ولذلك يشترط الفقه حدوث التكرار للعادة ولو لمرة واحدة، بمعنى أن العمل بالتصرف أو الإجراء الذي تتضمنه العادة مرتين على الأقل، وبدون ذلك لا يمكن القول بأن ثمة عادة أو عرفاً^(٢).

ويعني ذلك أن يكون قد انقضت مدة على إتباع هذا الإجراء، أي يكون قد استقر ومضت على إتباعه فترة من الزمن تتناسب مع طبيعة الوضع^(٣).

٥-الوضوح: يقصد به البيان، بحيث لا يؤدي الأمر إلى الوقوع في هوة الاضطراب في تفسيرها. ولا يشترط أن يكون العمل موضوع العادة عملاً إيجابياً صادراً عن السلطات العامة في الدولة، فقد يكون عملاً سلبياً، أي مجرد امتناع هذه السلطات عن استعمال السلطات عن استعمال حق من الحقوق الدستورية، شريطة أن لا تكون هذه العادة مخالفة لنص دستوري قائم^(٤).

الركن الثاني معنوي، ويعني أن يتولد في ذهن الهيئات الحاكمة (أي رجال السلطين التنفيذية والتشريعية) والرأي العام، الاعتقاد بأن ما درجت عليه هو تطبيق لقاعدة دستورية ملزمة^(٥).

(ج)أنواعه: العرف الدستوري عدة أنواع: فهو إما مفسر، وإما مكمل، وإما معدل.

(١) الدكتور محمد حسنين عبد العال: المرجع السابق، ص ٨٩.

(٢) الدكتور رمضان محمد بطيخ: النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٥/١٩٩٦، ص ١٠٣.

(٣) الدكتور فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٧٣ ص ٢٣٨.

(٤) الدكتور إبراهيم شيجا: النظام الدستوري اللبناني، ص ١٠٨-١٠٩.

(٥) الدكتور بكر القباني والدكتور محمود عاطف البنا: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، المجلد الأول، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى، ١٩٧٠، ص ٤٥؛ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٠، ص ٦٢ وما بعدها.

١- **العرف المفسر:** يقصد بالعرف المفسر ذلك الذي يقتصر أثره على مجرد تفسير نص غامض أو مبهم من نصوص الدستور بما يجعله قابلاً للتفسير على أكثر من نحو، وذلك عن طريق إيضاح معناه. وبذلك لا ينشئ العرف المفسر قاعدة قانونية جديدة، وإنما يكتفي بتفسير وإيضاح ما تضمنه النص الدستوري من غموض أو لبس وتحديد الإرادة الحقيقية للشارع الدستوري، وبيان نطاقه وكيفية تطبيقه، ومن ثم يلحق العرف المفسر بالنص الدستوري الذي يفسر، فهو يندمج مع النص محل التفسير ويأخذ حكمه، وتكون له قوة النص الدستوري. ومثال العرف الدستوري المفسر ما استقر عليه العمل في فرنسا في ظل دستور ١٨٧٥ من تخويل رئيس الجمهورية سلطة إصدار اللوائح التكميلية؛ استناداً إلى النص الوارد في ذلك الدستور الذي يقرر «رئيس الجمهورية يكفل تنفيذ القوانين»^(١).

ولا يثير العرف المفسر جدلاً في الفقه؛ لأنه لا يخالف الدستور ولا يعدل في أحكامه بالإضافة أو بالحذف، وإنما يقف عند حد تفسير الأحكام الغامضة في نصوصه^(٢).

٢- **العرف الدستوري المكمل:** يقصد به ذلك الذي يقوم على تنظيم مسألة لم تتناولها النصوص الدستورية، وبذلك يفترق العرف المكمل عن سابقه في أنه لا يستند إلى نص في الدستور، وإنما يكمل نقصاً في نصوصه، فهو بذلك لا يفسر قاعدة قانونية وإنما ينشئ قاعدة قانونية جديدة^(٣). ومن أمثلته ما يجري العمل عليه في فرنسا من عدم جواز عقد قرض عمومي إلا إذا صدر قانون يأذن به، فهذه القاعدة كان منصوصاً عليها في ظل دستور سنة ١٨١٥ أما الدساتير اللاحقة فلم تشر إليها، ورغم ذلك سارت الأمور على الأخذ بها.

(١) الدكتور سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥ ص ٤٤-٤٥؛ الدكتور طعيمة الجرف: نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، مكتبة القاهرة الحديثة ١٩٦٦ ص ٩١؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٤٤٠-٤٤٢.

(٢) الدكتور ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص ٦٠.

(٣) الدكتور فؤاد العطار: المرجع السابق، ص ٢٤٠؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٤٤٢-٤٤٣.

ومفاد ما تقدم أن العرف المكمل يخالف العرف التفسيري من ناحيتين: الأولى فهو لا يستند إلى نص في الدستور، وإنما يولد لتكملة نقص في نصوصه. الثاني ينشئ قواعد قانونية جديدة لتنظيم ما أغفلته هذه النصوص^(١).

وقد ذهب الأستاذ «لافير» إلى التفرقة بين صورتين للعرف المكمل: الأولى يقتصر فيها دور العرف على تحديد الكيفية أو الوسائل التي يتم بها تطبيق حكم مقرر في الدستور، ويعد بالتالي من قبيل تفسير الدستور، ويلحق بالعرف المفسر ويأخذ حكمه، ويضيف «لافير» أنه ليس ثمة ما يمنع من التوسع في التفسير إذا كان نص الدستور مقتضياً، ويمكن الاستعانة في ذلك بالعرف السابق على وضع النص، ومثال هذه الصورة أن يقرر الدستور الأخذ بمبدأ الاقتراع العام في تشكيل البرلمان دون أن يبين كيفية تطبيق هذا المبدأ، ودون أن يحدد ما إذا كان الانتخاب مباشراً أو غير مباشر، ودون الإشارة إلى مسألة علانية التصويت أو سرية، في هذه الحالة يجوز للعرف أن يسد هذا الفراغ بتحديد أسلوب الانتخاب وتقرير ما إذا كان التصويت سرىاً أو علنياً، ولكن «لافير» يرى أن الاعتراف بهذا العرف في فرنسا كان نتيجة للاقتضاب الشديد الذي كان عليه دستور ١٨٧٥ وإلى أن الانتخاب المباشر وسرية التصويت كانا من المسائل التي استقرت في العرف قبل دستور ١٨٧٥، ولو كان الشارع الدستور قد أراد العدول عن نظام الانتخاب المباشر أو جعل التصويت علنياً لنص على ذلك صراحة.

الصورة الثانية تتحدد عندما تنشأ قواعد جديدة لا سند لها في الدستور، كأن تمنح إحدى الهيئات اختصاصات جديدة لم تكن مقررة لها في الدستور، مثل هذا العرف يلحق بالعرف المعدل ويأخذ حكمه، ويرى «لافير» أنه غير صحيح وغير ملزم قانوناً؛ لأنه لا يجوز للعرف أن يعدل في أحكام الدستور المكتوب إذا كان الدستور من قبيل الدساتير الجامدة، فالعرف المكمل في هذه الصورة ليس في الواقع إلا عرفاً معدلاً بالإضافة إلى نصوص الدستور المكتوب^(٢).

وفي نفس الاتجاه ذهب جانب كبير في الفقه المصري إلى أن العرف الدستوري يمكن أن ينشأ

(١) الدكتور طعيمة الجرف: الموضع السابق.

(٢) انظر في عرض هذا الرأي، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية للدكتور ثروت بدوي، ص ٦١-٦٢.

في حالتين: الأولى يفترض فيها أن الدستور لم يأت بتنظيم لموضوعه معين، فيأت العرف ليسد هذا النقص ويكمل الفراغ بما لا يتعارض مع نصوص الدستور. الحالة الثانية يفترض أن الدستور قد أتى بتنظيم، ولكن هذا التنظيم جاء متضمناً لبعض جوانب القصور والنقص، فيأتي العرف المكمل ليسد هذا القصور أو النقص^(١).

ويقصر البعض العرف المكمل على الحالة التي يوجد فيها نص مكتوب تصدى لموضوع معين بالتنظيم ولكن في صورة غير كاملة، ويكون دور العرف عندئذ سد النقص الذي اعترى النص، فالعرف يستند حينئذ على نص قائم مثله في ذلك مثل العرف المفسر. أما الحالة الثانية والتي تفترض عدم وجود نص في الدستور، ويقوم العرف حينئذ فينظم الموضوع الذي أغفله الشارع الدستوري، فلا يدخله صاحب هذا الرأي في نطاق العرف المكمل، وإنما يطلق عليه ما يسمى بالعرف المنشئ، وهذا النوع الأخير لا يستند إلى نص دستوري قائم، إنما ينشئ قاعدة قانونية جديدة تسد نقص في الدستور^(٢).

وذهب البعض إلى أن قوة العرف المكمل لا ترقى إلى مرتبة الدستور ذاته، وإنما يكون له قوة التشريعات العادية؛ إذ يمثل هذا النوع في نظرهم الإرادة المفترضة للشارع الدستوري التي لا تصل إلى حد النصوص الدستورية ذاتها^(٣).

ويتجه الرأي السائد في الفقه إلى إلحاق العرف المكمل بالعرف المفسر من حيث الاعتراف لكل منهما بقوة قانونية معادلة للقوة القانونية لنصوص الدستور المكتوب؛ باعتبار أن العرف المكمل ليس إلا نوعاً من العرف التفسيري؛ إذ أنه يفسر في الواقع سكوت الشارع الدستوري عن المسائل التي يقوم ذلك العرف بتنظيمها، ولا يتضمن العرف المكمل مخالفة لنصوص الدستور المكتوب، وإنما يسد نقصاً فيه أو ينظم أموراً أغفلها ذلك الدستور، بالإضافة إلى

(١) الدكتور ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية، ص ٦١-٦٢؛ الدكتور يحيى الجمل: النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة، ١٩٧٤ ص ٣٧ وما بعدها.

(٢) الدكتور عبد الفتاح حسن: النظام الدستوري في الكويت، ١٩٦٨ ص ٤٨.

(٣) الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨١ ص ٤٥.

نصوص الدستور لا تنطوي - كما يذهب «لافرير» - على تعديل له، وإنما تعد تفسيراً لسكوت الشارع الدستوري من ناحية، وتعبيراً عن إرادة الأمة من ناحية أخرى^(١).

وفضلاً عن ذلك، فإن نشوء العرف الدستوري المكمل لا يقف فحسب عند حد حالة سكوت الدستور وإغفاله لتنظيم معين من الموضوعات الدستورية، وإنما ينشأ هذا العرف أيضاً إذا تضمن الدستور تنظيماً لأحد الموضوعات الدستورية، وكان هذا التنظيم مشوباً بالقصور أو النقصان من جانب الشارع الدستوري. فالعرف المكمل يعمل في الحالة الأولى على تنظيم موضوع بأكمله غفل عنه الشارع الدستوري فلم تنظمه الوثيقة الدستورية على الإطلاق، ويعمل في الحالة الثانية على تكملة النقص أو القصور الذي شاب الموضوع الذي نظمته الشارع الدستوري بشكل لا يتسم بالكمال، وفي كلتا الحالتين ينشأ العرف ليسد النقص والقصور في الوثيقة الدستورية، ويكون له ما للقواعد الدستورية^(٢).

٣- العرف المعدل: يقصد بالعرف الدستوري المعدل ذلك الذي يستهدف تعديل حكم ورد في الدستور. وقد يكون التعديل حذفاً أو إضافة.

وقد جرت العادة لدى غالبية الفقه الدستوري على التمييز بين النوعين من العرف المعدل؛ وذلك تبعا للدور الذي يقوم به تجاه النصوص المكتوبة. ويفترض العرف المعدل في حالتيه أن ثمة تنظيماً دستورياً لموضوع من الموضوعات، ثم ينشأ عرف يعدل من ذلك التنظيم على غير ما يقتضيه النص^(٣).

ويكون العرف الدستوري المعدل بالحذف إذا كان الدستور أورد حكماً دستورياً، ولكن

(١) الدكتور ثروت بدوي: المرجع السابق، ص ٦٣؛ الدكتور عبد الحميد: المفصل في القانون الدستوري، ١٩٥٢ ص ١٨٨؛ الدكتور محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، ١٩٨٧ ص ١٩٦-١٩٧.

(٢) الدكتور ابراهيم شيحا: المرجع السابق، ص ١١٦.

(٣) الدكتور ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية، ص ٦٤؛ الدكتور سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، ص ٥٠-٥١؛ الدكتور طعيمة الجرف: القانون الدستوري، ص ١١٦-١١٧؛ الدكتور يحيى الجمل: النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة، ١٩٧٤ ص ٣٦.

جرى العمل على إهمال تطبيقه عن طريق عدم استخدامه، فهو يتحقق بإسقاط حق من الحقوق أو اختصاص من الاختصاصات التي قررها الدستور لهيئة من هيئات الدولة. مما يعني أن العرف المعدل يهدف في هذه الحالة إلى حذف النص الدستوري. ومثال ذلك ما جرى عليه العمل في فرنسا من عدم استعمال رئيس الجمهورية لسلطته في حل مجلس النواب استناداً إلى نصوص دستور سنة ١٨٧٥.

وقد يكون التعديل بالإضافة، مما يعني أن العمل يجري على تحويل سلطة اختصاصاً جديداً لم يقرها الدستور، ومثال ذلك ما جرى عليه العمل من تفويض البرلمان السلطة التنفيذية في مباشرة الوظيفة التشريعية عن طريق مراسيم لها قوة القانون.

والفارق بين النوعين أن العرف المعدل بالإضافة يقوم في ظل نص دستوري قائم ويستهدف بهذه الإضافة تعديل الحكم الدستوري، في حين أن العرف المكمل لا يقوم إلا في حالة سكوت الدستور عن تنظيم أمر معين، فهو بذلك يفسر سكوت الدستور ويكمل ما في نصوصه من نقص^(١).

(د) مرتبة العرف الدستوري: تختلف القيمة القانونية للعرف الدستوري وفقاً لنوعية العرف^(٢).

فالنوع الأول وهو العرف الدستوري المفسر، يعد جزءاً من الدستور، ويأخذ حكمه، وتكون له قوة نصوصه، سواء كان الدستور مرناً أم جامداً^(٣).

ويقرر الفقه أن العرف السابق على صدور الدستور يؤخذ به على أنه وسيلة من وسائل

(١) الدكتور فؤاد العطار: المرجع السابق، ص ٢٤٣-٢٤٤؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٤٤٣ وما بعدها.

(٢) الدكتور ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص ٧٢، ٨٢؛ الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٦٧، ٢٧٢؛ الدكتور محمد كامل ليلة: القانون الدستوري، دار الفكر العربي ١٩٧٠ ص ٤٤، ٥١.

(3) Duverger (M) : Manuel de Droit constitutionnel et de Science politique ,Paris ,1948,p. 201 .

تفسير نصوصه، وذلك أمر بدهي، مالم يكن منافياً للمبادئ العامة التي قام أساسها الدستور الجديد، و مالم ينص هذا الدستور الجديد صراحة على ما ينقضه^(١).

وبالنسبة للنوع الثاني وهو «العرف المكمل»، انقسم الفقه في تحديد قيمته. فذهب الاتجاه الغالب صوب تقرير مشروعيته، وبذلك تكون له ذات القوة المقررة للنصوص الدستورية؛ باعتبار أن العرف المكمل يماثل العرف تماماً؛ لأنه في واقع الأمر يرتكز على تفسير الدستور المدون^(٢).

وذهب فريق ثاني إلى أن العرف المكمل لا يرقى إلى مرتبة التشريع العادي؛ إذ إنه يمثل الإرادة المفروضة للشارع الدستوري التي لا يمكن أن تصل إلى حد النصوص الدستورية ذاتها^(٣).

وتوسط فريق ثالث بين الرأيين؛ ذلك أنه إذا اقتصر العرف على بيان بعض القواعد أو الشروط التي تتصل بنظام نص عليه الدستور، اعتبر العرف مفسراً لا مكملًا ويأخذ بالتالي حكم العرف المفسر. ومثال ذلك إذا قرر الدستور أن يكون الانتخاب على أساس مبدأ الاقتراع العام ويتجه العرف إلى تحديد هذا الاقتراع بأن يتم عن طريق الانتخاب المباشر. أما إذا سكت الدستور عن تنظيم مسألة، سواء من حيث أصولها أم تفصيلاتها، ثم يأتي العرف ليكمل هذا النقص الدستوري، فلا يعتبر العرف مفسراً وإنما معدلاً بالإضافة لنص في الدستور، الأمر الذي يستتبع عدم إجازته، ومن ثم عدم تقرير مشروعيته، ومثال ذلك أن تخول سلطة معينة اختصاصات لم يقرها الدستور، ولا يمكن لهذه السلطة - حتى مع التفسير الواسع للنصوص - أن تمارسها. ولكن لا يوجد مع ذلك نص في الدستور يحرم عليها ممارسة مثل هذا الاختصاص^(٤).

(١) الدكتور طعيمة الجرف: المرجع السابق، ص ٩١.

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ٢٧١ الدكتور طعيمة الجرف: المرجع السابق، ص ٩٢؛ الدكتور فؤاد العطار: المرجع السابق، ص ٢٤٣-٢٤٤.

(٣) انظر في عرض هذه الآراء الدكتور فؤاد العطار: المرجع السابق، ص ٢٤٣-٢٤٤.

(٤) الدكتور ثروت بدوي: المرجع السابق، ص ٧٨؛ الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٧١-٢٧٢؛ الدكتور محمد كامل ليلة: المرجع السابق، ص ٤٨.

ويتفق الرأي الأول مع طبيعة العرف المكمل؛ باعتبار أن الدستور لم يمنع صراحة سلطة معينة من مباشرة هذا الاختصاص، فيكون للعرف الدستوري أن يكمل هذا النقص عند سكوت الشارع الدستوري؛ لأنه لا يجوز أن يفسر هذا السكوت على أنه منع من جانب الشارع الدستوري.

أما النوع الثالث وهو العرف المعدل بالإضافة إلى النصوص الدستوري.

فقد ثار جدل في الفقه حول مشروعيته، وتنازع الرأي اتجاهات ثلاثة:

الاتجاه الأول مشروعية العرف المعدل: ذهب بعض الفقهاء إلى إقرار مشروعية العرف المعدل؛ باعتبار أن هذا العرف تعبير مباشر عن إرادة الأمة، ولما كانت الأمة هي صاحبة السيادة، فيجب أن تكون هي السلطة التأسيسية العليا، ولما كانت القاعدة العرفية تستمد قوتها من هذه السلطة فيجوز لها أن تلغي نصاً دستورياً أو تعدله^(١).

وقد انقسم الفقه -بالنسبة لمرتبة العرف المعدل - إلى فريقين: **الأول**، وهو يمثل الأقلية، يرى أن العرف المعدل له نفس مرتبة النصوص الدستورية؛ واستندوا إلى الاعتبارات العملية في تعديل العرف لأحكام الدستور، وخاصة تلك التي اتصلت بعدم استعمال رئيس الجمهورية الفرنسية الحق في حل مجلس النواب في ظل دستور ١٨٧٥^(٢).

أما الفريق الثاني، وهو يمثل الأغلبية، يرى أنه لا يجوز أن يكون للعرف المعدل نفس قوة ومرتبة النصوص الدستورية؛ واستندوا في ذلك إلى أن اعتبار العرف مساوٍ للدستور يتناقض ومبدأ السيادة الشعبية لأنه من وضع إحدى السلطات الحاكمة وهي سلطة أوجدها الدستور. فضلاً عن أنه يتعارض وأحكام الدستور ذاته التي أوجبت ضماناً في استقراره وثباته ألا يتم تعديل أحكامه إلا وفقاً لقواعد شكلية وإجرائية خاصة، وانتهى هذا الفريق إلى أن للعرف المعدل قوة تعادل القوانين العادية ولكن تقل عن قوة النصوص الدستورية^(٣).

(١) الدكتور سعد عصفور: المرجع السابق، ص ٤٥.

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٨٠.

(٣) الدكتور سعد عصفور: المرجع السابق، ص ٩٣ وما بعدها؛ الدكتور طعيمة الجرف: المرجع السابق، ص ٩٣؛ الدكتور

أما العرف المعدل بالحذف فالرأي السائد في الفقه الدستوري يرفض الاعتراف به ولا يسلم بوجوده؛ باعتبار أن السلطات التي يخولها الدستور للهيئات الحاكمة لا يمكن أن تسقط بعد الاستعمال، لاسيما وأن استعمال الهيئة الحاكمة لسلطاتها الدستورية مرهون بتحقيق مبرراته ودواعيه وفقاً لمطلق تقدير هذه الهيئات، فضلاً عن أن جهود الدستور لا يقتضي ألا يرد على النصوص الدستورية المكتوبة إلغاء إلا بعد إتباع الإجراءات الخاصة بتعديل هذه النصوص^(١).

ومفاد ما تقدم أن العرف المفسر والعرف المكمل والعرف المعدل بالإضافة يعد مصدراً للقانون الدستوري إلى جوار القواعد الدستورية. ومن ثم يصح أن تكون هذه الأعراف مرجعاً للرقابة على دستورية التشريعات؛ بحيث يصح الطعن بعدم الدستورية استناداً إلى مخالفة التشريع المطعون عليه لعرف دستوري قائم^(٢).

الاتجاه الثاني عدم مشروعية العرف المعدل: ذهب جانب كبير في الفقه الدستوري إلى عدم مشروعية العرف الدستوري المعدل؛ لعدة أسباب، من ناحية أولى عدم تمثيه مع السند القانوني، وهو الإرادة المفترضة للشارع، فالعرف المعدل إذ ينصرف أثره إلى إنشاء قواعد تتعارض مع ما أورده الشارع من أحكام يتعارض مع فكرة الدستور المكتوب وخاصة النوع الجامد؛ إذ ينص هذا الدستور على طريقة معينة وأوضاع خاصة لتعديله وسلطة محددة يناط بها أمر هذا التعديل، ومن ثم يتضمن القول بإنشاء عرف معدل لأحكام الدستور انتهاكاً للنصوص الدستورية خاصة المتعلقة بالتعديل، ويمثل في ذات الوقت خرقاً للحصانة التي قصدها الشارع الدستوري للسلطات الجامدة، وإعلاء لإرادة السلطات الحاكمة على إرادة الشعب التي دونت إرادتها في الدستور بعدم جواز تعديله إلا بإجراءات وشروط خاصة.

ومن ناحية ثانية، أن العرف الدستوري تصرف صادر عن هيئة حاكمة وليس صادراً عن عن إرادة الأمة.

عبد الحميد متولي: الفصل في القانون الدستوري، الجزء الأول، ١٩٥٢ ص ١٩٢.

(١) الدكتور ثروت بدوي: الموضع السابق؛ الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٦٥؛ الدكتور محمد كامل ليلة: المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها.

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٧٢؛ الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٢٠٣.

ومن ناحية ثالثة، إذا كانت الأمة هي صاحبة السيادة فإنها لا تبشر هذه السيادة في ظل الديمقراطية النيابية إلا بكيفية خاصة وعن طريق الهيئات التي حددها الدستور.

ومن ناحية رابعة، فإن العرف في إنجلترا - وهي ذات عرف مرن - لا يستطيع أن يعدل أو يلغي قاعدة عرفية دون القانون الصادر من البرلمان^(١).

الاتجاه الثالث التفرقة بين العرف المعدل بالإضافة والعرف المعدل بالحذف:

يرى أنصار هذا الاتجاه وجوب التفرقة بين العرف المعدل بالإضافة والعرف المعدل بالحذف، فالنوع الأول عبارة عن مشروع بل موجود وقائم فعلاً، ولا يمكن إنكاره بسهولة؛ إذ أصبح وجود هذا العرف حقيقة واقعة في الكثير من الأنظمة الدستورية. ولهذا النوع قوة النصوص الدستورية ذاتها، وذلك حتى يكون له أثره المنتج في تعديل النصوص الدستورية، فلو اعتبر في مرتبة أقل من ذلك، كالقوانين العادية، فلا يمكن أن يكون له بدهاء ولا منطقاً أثر في تعديل النصوص الدستورية، لما هو متعارف عليه أنه لا يجوز لقاعدة أدنى أن تعدل قاعدة أعلى منها مرتبة. أما بالنسبة للعرف المعدل بالحذف، فهو في نظر أنصار هذا الرأي، غير مشروع بل وعدم التسليم بوجوده^(٢)، ويضيف البعض أنه حتى مع فرض وجوده من الناحية النظرية، فلا يمكن التسليم له بأية قيمة قانونية؛ إذ لا يستطيع أن يلغي نصاً دستورياً مهما طال أمد عدم استعمال هذا النص، ويتفق غالبية الفقه في أن عدم استعمال حق من الحقوق المقررة في الدستور لصالح هيئة من الهيئات العامة يعد مخالفة صريحة لنصوص الدستور، ومن ثم لا يمكن الاعتراف به في ظل دستور جامد يتطلب إجراءات خاصة لتعديله، وإلا فقد هذا الدستور حصانته وقديسيته، وبالتالي لا يترتب على عدم ممارسة إحدى الهيئات العامة في الدولة اختصاص من اختصاصاتها المخولة لها بمقتضى نص في الدستور نشوء عرف ملزم مقتضاه

(١) انظر في عرض هذا الاتجاه: الدكتور ثروت بدوي: المرجع السابق، ص ٦٥؛ الدكتور عبد الفتاح ساير داير: القانون الدستوري، ١٩٥٩، ص ٢٥٥.

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٦١؛ الدكتور سعد عصفور: المرجع السابق، ص ٩٣؛ الدكتور طعيمة الجرف: القانون الدستوري، ص ١١٦-١١٧؛ الدكتور محمد كامل ليلة: القانون الدستوري، ص ٤٣.

إلغاء أو إسقاط النص المكتوب الذي يقر لها بالاختصاص، مهما طالت المدة التي امتنعت فيها هذه الهيئة عن ممارسة ذلك الاختصاص^(١).

العرف المناقض: يضيف أنصار الاتجاه الثالث نوعاً من العرف المعدل يتضمن مخالفة إيجابية وصريحة لنصوص الدستور ويسمى بالعرف المناقض، ومثال ذلك أن ينص الدستور مثلاً على أن يكون الانتخاب مباشراً، أي على درجة واحدة، ثم ينشأ عرف مقتضاه جعل الانتخاب غير مباشر، أي على درجتين، أو أن ينص الدستور مثلاً على نظام الاقتراع العام وينشأ عرف مقتضاه جعل الاقتراع اقتراعاً مقيداً، بأن يشترط في الناخب أن يكون على قدر من التعليم أو الثروة، ويرى أنصار هذا الرأي أن هذا العرف المناقض غير مشروع؛ لأنه يخالف حكماً صريحاً من أحكام الدستور ويتضمن تعديله بطريقة إيجابية، فهذا العرف يلحق بالعرف المعدل بالحذف في أن كليهما غير مشروع لمخالفة كل منهما لنصوص وأحكام الدستور، وإن تباينت صور هذه المخالفة؛ إذ تكون المخالفة إيجابية في حالة العرف المناقض وتكون المخالفة سلبية في حالة العرف المعدل بالحذف^(٢).

(١) الدكتور إبراهيم شبيحا: المرجع السابق، ص ١٢٢-١٢٧ .

(٢) الدكتور إبراهيم شبيحا: المرجع السابق، ص ١٢٧ .

المطلب الثامن

المبادئ القانونية العامة

(أ) ماهيتها: يقصد بالمبادئ القانونية مجموعة القواعد القانونية التي يمكن استخلاصها من النصوص التشريعية؛ باعتبار أنها المبادئ التي صدر عنها الشارع. وهذا العمل للقاضي يمر بمرحلتين: الأولى مرحلة الاستنباط، وفيها يرتفع القاضي فوق النصوص القائمة ليستنبط منها المبدأ العام صعوداً. المرحلة الثانية التفريغ، وفيها يفرغ القاضي على هذا المبدأ العام قواعد ينزل بها لتطبيقها على الحالة المسكوت عنها، ولا يشرع القاضي في هذه الحالة ولا يخلق القاعدة القانونية خلقاً، وإنما يقتصر دوره على استنباط قاعدة معينة من القواعد القانونية والمبادئ المقررة في القانون الوضعي^(١).

ويوجد نوعان من المبادئ القانونية العامة: الأول يشمل المبادئ المقررة في نصوص مدونة صادرة عن سلطة عامة مختصة، كالمبادئ القانونية التي تنص عليها مجموعات القوانين الجنائية. وتكتسب هذه المبادئ قوتها الإلزامية بصفها مبادئ تشريعية. النوع الثاني يشمل المبادئ القانونية التي لا تستند إلى نص مكتوب صادر عن سلطة عامة مختصة بإصداره، والتي يكون مصدرها القضاء التشريعي، ويجد هذا النوع مصدره الخصب في القضاء الإداري باعتباره قضاءً إنشائياً^(٢).

ومفاد ما تقدم أنه إذا عجزت المصادر المختلفة للقانون الوضعي عن بيان حكمه في مسألة معينة معروضة على القضاء، فلا يقبل أن يتخذ القاضي موقفاً سلبياً يؤدي إلى غل يده في البحث عن القاعدة الواجبة الاتباع والتطبيق على الوقائع المعروضة عليه، وإلا اعتبر منكراً للعدالة، وإنما عليه أن يبحث عن إرادة الشعب والضمير العام للجماعة، فيبحث في المقومات الأساسية

(١) الدكتور سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني - ١- المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، الطبعة السادسة ١٩٨٧، رقم ١٣٩ ص ٣٧٥؛ الدكتور محمد عبد العال السناري: دعوى الإلغاء ودعوى التعويض، دراسة مقارنة، بدون ناشر ولا تاريخ للنشر، ص ٥١٦.

(٢) الدكتور بكر القباني والدكتور محمود عاطف البنا: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة، ص ٤٧؛ الدكتور محمد فؤاد مهنّا: مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف ١٩٧٥ ص ٩٤-٩٥.

والحقائق السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتاريخية والمثل العليا التي يقوم عليها المجتمع والنظم الاجتماعية السائدة في الدولة، ومن جماعها يستنبط القاضي القاعدة القانونية، ثم يقررها في حكمه بإنزالها على الوقائع المعروضة عليه، فتكتسب هذه القاعدة قوة ملزمة وتندرج في المصادر غير المشروعة للقانون الوضعي، وتعد مصدراً من مصادر المشروعية^(١).

(ب) مرتبتها: ذهب الرأي السائد في الفقه إلى معادلة مرتبة هذه المبادئ بمرتبة المصدر الذي جرى استمدادها منه، سواء كان الدستور أم التشريع^(٢). فإذا كان القضاء قد استخلص هذه المبادئ من نصوص الدستور، فإنها تأخذ نفس مرتبة النصوص الدستورية، وفي هذه الحالة لا يجوز للشارع العادي أن يصدر تشريعات تخالف هذه المبادئ وإلا كانت هدرًا، وإذا كان القضاء قد استخلص هذه المبادئ من نصوص التشريع، فلا يجوز للشارع العادي أن يصدر تشريعات تخالفها، وإذا خالفها فلا تعتبر باطلة؛ لأنها على نفس الدرجة. أما إذا كان القضاء قد استخلص هذه المبادئ من قواعد العدالة والقانون الطبيعي ولم يستمدّها من أي نصوص دستورية أو تشريعية، فإنها تكون في مركز وسط بين التشريعات العادية وبين أعمال السلطة التنفيذية، أي في مرتبة أقل من مرتبة التشريعات العادية وفي نفس الوقت تعلو في مرتبتها الأعمال التنفيذية^(٣).

ويرى فريق ثان إلى أن لها قيمة تعلو النصوص الدستورية^(٤).

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: رقابة القضاء على أعمال الإدارة، ١٩٦٣/١٩٦٤ ص ٤٥؛ الدكتور عبد الحميد حشيش: مبادئ القضاء الإداري، المجلد الأول، ١٩٧٧ ص ٦٧؛ الدكتور فؤاد العطار: رقابة القضاء لأعمال الإدارة، الطبعة الأولى ١٩٥٩-١٩٦٠، ص ٤٨.

(٢) الدكتور محمد كامل ليلة: مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، مقدمة القانون الإداري، الطبعة الأولى ١٩٦٨-١٩٦٩، ص ٤٩٧؛ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٠، ص ٧١-٧٤ بعدها؛ الدكتور محمود محمد حافظ: القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، ١٩٩٣ ص ٤١.

(٣) الدكتور محمد عبد العال السناري: المرجع السابق، ص ٥٢١-٥٢٢؛ ولسيادته أيضاً: مبدأ المشروعية على أعمال الإدارة في جمهورية مصر العربية وفرنسا، دراسة مقارنة، بلا ناشر ولا تاريخ للنشر، ص ٦٩-٧٠.

(٤) هوريو: المرجع السابق، ص ٢٦٣.

وذهب فريق ثالث إلى أنها في ذات مرتبة النصوص الدستورية^(١).

وذهب فريق رابع إلى أنها لا تصل إلى مرتبة نصوص الدستور، ولكنها تعلق على مرتبة القوانين العادية^(٢). وذهب فريق خامس إلى أن لها مرتبة القوانين العادية^(٣).

ويري فريق سادس إنها في مرتبة تعلق على اللوائح الإدارية، ولا تصل إلى مرتبة القوانين العادية^(٤).

ومفاد ما تقدم أن هذه المبادئ لا تعد مرجعاً للرقابة القضائية على دستورية التشريعات؛ باعتبارها لا ترقى إلى مرتبة الدستور؛ لأنها قضائية في مصدرها، ولا يلجأ إليها القاضي إلا عندما يخلو المجال من نص تشريعي صريح يمكن أن يطبقه على النزاع القائم. فإذا وجد هذا النص تقيد به القاضي، أي أن مجال إنشاء تلك المبادئ بواسطة القضاء هو حالة سكوت الشارع عن تنظيم مسألة معينة، فإذا عاد الشارع إلى تنظيمها، تعين على القاضي أن يدعن لإرادة الشارع باعتباره المختص أصلاً بإقرار القواعد القانونية، مما يعني أن سلطة القاضي في استمداد المبادئ القانونية العامة تستند إلى موافقة ضمنية أو رضاء مفترض من الشارع يستطيع أن ينقضه في أي وقت بإصدار تشريع على عكس أحكامها^(٥).

(1) Vedel (G) : Droit Administratif, Paris .1968, p. 250 .

(2) الدكتور سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، ص ١٠٣؛ وليسيادته أيضاً: القانون الدستوري والشريعة الدستورية، ص ٥٦-٥٧.

(3) الدكتور محمد كامل ليله: مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، مقدمة القانون الإداري، الطبعة الأولى ١٩٦٨ - ١٩٦٩، ص ٤٩٧؛ الدكتور محمود حلمي: القضاء الإداري - قضاء الإلغاء - القضاء الكامل - إجراءات التقاضي -، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى ١٩٧٥ ص ١٣؛ الدكتور يحيى الجمل: القضاء الإداري، دار النهضة العربية ١٩٨٦ ص ٣٨.

(4) الدكتور محمود حافظ: القضاء الإداري، ١٩٩٣ ص ٤١ وما بعدها.

(5) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٢٠٦-٢٠٧؛ الدكتور محمد فؤاد مهنا: المرجع السابق، ص ٩٧-٩٨؛ الدكتور محمد كامل ليله: مبادئ القانون الإداري، ص ٤٨٥، ٤٨٨.

المبحث الثاني

المدى الزمني للرقابة

(أ) مبدأ الأثر الفوري للقانون: من المسلم به أن التشريع يسري من وقت نفاذه ولا يتناول الماضي؛ إذ ليس للتشريع أثر رجعي. ويعني ذلك أنه متى صدر التشريع وأصبح نافذاً فإنه يسري منذ ذلك الوقت، أي أن القاعدة القانونية تسري من تاريخ نفاذها^(١). وهذا ما يعبر عنه بالأثر المباشر للتشريع. أما ما سبق صدوره من وقائع وتصرفات، فلا يسري عليها التشريع الجديد، وإلا كان ذا أثر رجعي، وهذا ما لا يجوز^(٢).

وتنهض هذه القاعدة على اعتبارات العدالة والمصلحة العامة والمنطق. فمن حيث العدالة، فهي تقضي بأن التشريع لا يسري على ما سبق إصداره من الوقائع والتصرفات، فليس من العدل في شيء أن يأتي الأفراد أفعالاً مباحة أو تصرفات ينشئونها وفق إرادتهم ويرتبون على مقتضاها شئون معاشاتهم، فيصدر تشريع جديد مقررًا لعقوبة تسري على ما أتاه الأفراد في دائرة الأفعال المباحة أو لأحكام تخالف ما اتفقوا عليه منها.

وتقضي المصلحة العامة بالألا يسري تشريع جديد على الماضي؛ حتى لا تضطرب المعاملات ويفقد الناس الثقة والاطمئنان على حقوقهم وتقع الفوضى وتعطل الأعمال، فضلاً عن إضعاف سلطان القانون في نفوس الأفراد نتيجة فقد ثقتهم فيه.

ويقضي المنطق كذلك بالألا يسري تشريع جديد على الماضي، لوجوب نشر التشريع وحمله إلى علم الناس قبل العمل به، فكيف يقال إذن بريان تشريع على وقائع سابقة على نشره. كل هذه الأمور تقضي بوجوب احترام قاعدة عدم سريان القانون على الماضي^(٣).

(١) الدكتور توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول (النظرية العامة للقانون)، الدار الجامعية ١٩٩٣ رقم ٢٠٧ ص ٣٢٣؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة: المبادئ العامة في القانون، معهد الدراسات الإسلامية ١٩٨٦ رقم ١٠٥ ص ١٢٩.

(٢) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاوري والدكتور حشمت أبو ستيت: أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، دار الفكر العربي ١٩٥٢ رقم ١٦٩ ص ٢٢١.

(٣) الدكتور حسن كيره: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، ١٩٦٩ رقم ١٨٥ ص ٣٢٤؛ توفيق حسن فرج: المرجع =

ونظراً لأهمية هذه القاعدة، فقد نصت عليها كل التشريعات. وتطبيقاً لذلك نصت المادة الثانية من القانون المدني الفرنسي على أن «لا يرتب القانون أحكامه إلا بالنسبة للمستقبل، فلا تنسحب أحكامه على الماضي» كما تضمن القانون المدني المصري هذه القاعدة في المواد من ٦ إلى ٩. ويرى البعض أن هذه القاعدة هي من قواعد التفسير، بمعنى أنها تلزم «القاضي» لا الشارع، إلا في القوانين الجنائية فإنها تلزم الشارع^(١).

(ب) طبيعة القاعدة الدستورية: تنقسم القواعد القانونية من حيث قوتها في الإلزام أو من حيث سلطان إرادة الأفراد إزاءها إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة أو مفسرة^(٢).

والقواعد الأمرة أو الناهية هي التي يجبر الأفراد على احترامها، ولا يجوز لهم أن يتفقوا على مخالفة حكمها وكل اتفاق بين الأفراد على مخالفة أحكامها يعتبر اتفاقاً باطلاً لا يعتد به؛ لأن هذا النوع من القواعد يتولى تنظيم مسائل تتعلق بإقامة النظام في المجتمع، ولذلك فإنه لا يصح أن يترك مثل هذا التنظيم لإرادة الأفراد. ومثلها القواعد التي تحرم القتل، فلا يصح الاتفاق على مخالفة أحكامها، وكل اتفاق على مخالفة أحكامها يعد باطلاً لا أثر له.

ولا يعني ذلك أنها ترد دائماً في صيغة الأمر أو النهي، حتى يمكن التمييز بينها وبين القواعد المكملة أو المفسرة، وإنما العبرة بعدم إمكان الاتفاق على مخالفة أحكامها^(٣).

أما القواعد المكملة أو المفسرة، فهي التي يجوز للأفراد أن يخالفوا حكمها؛ إذا ما اتفقوا على مخالفة هذا الحكم كان اتفاقهم صحيحاً. وإذا سكتوا ولم ينصوا على ما يخالف حكمها فإنها تسري عليهم. مما يعني أن القواعد المكملة هي التي تسري على الأفراد ما لم يتفقوا على مخالفة أحكامها.

= السابق، رقم ٢٠٨ ص ٣٢٤؛ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاوري والدكتور حشمت أبو ستيت: المرجع السابق، رقم ١٦٩ ص ٢٢١-٢٢٢؛ الدكتور عبد الله مبروك النجار: أصول القواعد القانونية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥ ص ٣٥٦-٣٥٨.

(١) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاوري والدكتور حشمت أبو ستيت: المرجع السابق، رقم ١٦٩ ص ٢٢٢.

(٢) الدكتور حسن كيره: المرجع السابق، رقم ١٦ ص ٤٠-٤١؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصده: المرجع السابق، رقم ٤٢ ص ٥٢.

(٣) الدكتور توفيق فرج: المرجع السابق، رقم ٤٠ ص ٧٠-٧١.

ومثالها ما يقضي به القانون من أن ثم المبيع يدفع وقت التسليم.

وقد يطلق أيضاً على هذا النوع اسم القواعد المفسرة على أساس أنه إذا سكت الأفراد عن النص على حكم مخالف، فإن هذا السكوت يفسر على أن نية المتعاقدين أرادت تطبيق حكم القاعدة^(١).

وعلى ضوء هذا التقسيم تعد القاعدة الدستورية قاعدة عامة أمرة لما تتضمنه من قواعد وأصول يقوم عليها نظام الحكم في الدولة وترسي الأسس لمقومات المجتمع وعلاقات الأجهزة، والقواعد المتعلقة بالحريات العامة، وهي التي تنص عليها الدساتير عادة، كالحرية الشخصية وحرية العقيدة وحرية الرأي وحرية الانتخاب والترشيح، ولذلك يقع باطلاً التعهد باعتناق أو عدم اعتناق معين، والتعهد بعد الكتابة في الصحف والتعهد بعدم التصويت في الانتخابات أو الترشيح فيها^(٢).

١- (ج) الجدل حول سريان القاعدة الدستورية من حيث الزمان:

١- في الفقه: تنازع الفقه الدستوري رأيان في هذا الشأن. فذهب الرأي الأول إلى الاعتداد بأحكام الدستور النافذ وقت صدوره كمرجع للرقابة على الدستورية. ويعني ذلك أن بحث أمر دستورية التشريع يكون بالنظر إلى مدى استيفائه للشروط والضوابط الشكلية والموضوعية التي يفرضها الدستور الصادر في ظله هذا التشريع. فإذا استوفى التشريع هذه الشروط والضوابط كان مجرداً من عيوب الدستورية، حتى وإن كانت بعض أحكامه أو كلها تتعارض وأحكام الدستور الجديد القائم، لما هو مقرر أن الأصل في القواعد القانونية، سواء كانت دستورية أم عادية، أن تسري بأثر فوري حال ومباشرة من تاريخ نفاذها، ولا تمتد إلى ما قبل هذا التاريخ إلا

(١) الدكتور توفيق فرج: المرجع السابق، رقم ٤١ ص ٧١-٧٢.

(٢) الدكتور حسن كيره: المرجع السابق، رقم ٢٠ ص ٤٦؛ الدكتور صلاح الدين محمد فوزي: المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ١٩٩٥ ص ٥٠٠ وما بعدها؛ الدكتور فتحي فكري: القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة - دستور ١٩٧١، الكتاب الأول المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر ٢٠٠٨/٢٠٠٩ ص ٣١ وما بعدها.

استثناء في حدود ما يقرره الشارع من استثناءات ترد على مبدأ عدم رجعية القوانين. والقول بغير ذلك فيه يؤدي إلى إهدار العدالة وقد ينال من استقرار المعاملات؛ لأن العلاقات والروابط والأوضاع القانونية التي نشأت وترتبت آثارها صحيحة وفقاً لأحكام الدستور الذي صدر في ظله، يكون من المصلحة العامة عدم المساس بها عند نفاذ الدستور الجديد، حتى لا تهتز وتضعف الثقة في القوانين، وحرصاً على استقرار الأوضاع والمراكز القانونية.

وعلى عكس الرأي الثاني ذهب أنصار الرأي الثاني أن أحكام الدستور القائم تكون هي وحدها المرجع الأساسي للرقابة الدستورية؛ باعتبار أن أحكام الدستور الجديد لا يمكن أن تكون بحال ترديداً لأحكام الدستور السابق، وإلا انتفت الحكمة من إصدار الدستور الجديد، وتبعاً لذلك فإن هذا الدستور لا بد وأن يكون قد أتى بقيم وأصول وأحكام مستحدثة وجديدة، تريد السلطة المؤسسة أن يجري العمل بمقتضاها، وهو ما يفصح عن نيتها في العدول عن النظم السابقة، وإبدال النظم المستحدثة التي أوردها الدستور الجديد بها. مما يتعين معه أن تتم الرقابة وفقاً لأحكام الدستور القائم حتى تتساير التشريعات المعمول بها مع الأحكام التي أتى بها الدستور الجديد.

والقول بغير ذلك يعني وجود نظامين متضادين، أحدهما هو الذي كان معمولاً به في ظل الدستور السابق، والآخر هو الذي قام على آثار هذا النظام السابق، وهذا أمر لا يتصور أن يكون الشارع الدستوري قد تقبله^(١).

٢- في القضاء:

أولاً في قضاء المحكمة العليا: أيدت المحكمة العليا الاتجاه الثاني، فقضت إن المادة ١٦٦ من الدستور التي يستند إليها المدعى عليه الأول والحكومة في تأييد هذا الدفع تنص على أن كل ما قرره القوانين والقرارات والأوامر واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى نافذاً ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور وقد تردد

(١) انظر في عرض الرأيين السابقين قضاء الدستورية، القضاء الدستوري في مصر، للدكتور عادل عمر شريف، ص ٢٤١-٢٤٢.

هذا النص في مدلولها ومعناها مع اختلاف يسير في صيغته في الدساتير المتعاقبة منذ سنة ١٩٢٣ ومنها الدستور الصادر في عام ١٩٥٦ الذي تضمن نصين لكل منهما مجال يختلف عن مجال الآخر أولهما نص المادة ١٩٠ هو مطابق لنص المادة ١٦٦ من الدستور الذي تقدم ذكره والثاني نص المادة ١٩١ الذي يقضي بأن جميع القرارات التي صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التي تتصل بها وصدرت مكملة أو منفذة لها وكذلك كل ما صدر من الهيئات التي أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات أو أحكام وجميع الإجراءات والأعمال والتصرفات التي صدرت من هذه الهيئات أو من أي هيئة أخرى من الهيئات التي أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأي وجه من الوجوه وأمام أي هيئة كانت وظاهر من هذين النصين أن لكل منهما مجالاً يختلف عن مجال الآخر وإن المشرع لم يلتزم في دستور سنة ١٩٥٦ موقفاً واحداً من التشريعات السابقة على تاريخ العمل به بل غاير بينهما فيما أسبغه عليها من الحماية فاتخذ بالنسبة إلى بعضها موقفاً اقتضته ضرورة تحصين التشريعات والتدابير والإجراءات الثورية الاستثنائية التي اتخذت في ظروف لا تقاس فيها الأمور بالمقياس العادي وذلك بالنص على عدم جواز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأي وجه من الوجوه وأمام أي هيئة كانت - بينما اتخذ بالنسبة إلى سائر التشريعات الأخرى أسلوباً آخر ينطوي على حماية أدنى من تلك التي أسبغها على التشريعات الثورية الاستثنائية المتقدم ذكرها ذلك بالنص على بقاءها نافذة مع إجازة إلغائها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في الدستور - وهذه المغايرة التي قصد إليها المشرع عند تحديد موقفه من التشريعات السابقة على الدستور قاطعة في الدلالة على أنه إذ تناول موضوع التشريعات السابقة على الدستور في نصين مختلفين في دستور واحد فإن كلا منهما يقرر حكماً يختلف عما يقرره الآخر إنما يستهدف تحصين التشريعات التي حددها على سبيل الحصر في المادة ١٩١ منه دون غيرها من التشريعات التي وقف بالنسبة إليها عند حد النص على استمرار نفاذها وذلك تجنباً لحدوث فراغ تشريعي يؤدي إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير المرافق العامة والعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة للدستور فور صدوره - ولو أن المشروع أراد تحصين التشريعات السابقة على الدستور ضد الطعون القضائية عن ذلك في نص

واحد عام يتناولها كافة ولم يكن في حاجة إلى إيراد نص آخر يفيد ذات المعنى في موضوع واحد. إن المشرع لا يعني بنص المادة ١٦٦ من دستور ١٩٦٤ غير ما عناه بأصله الوارد في المادة ١٩٠ من دستور ١٩٥٦ وهو مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها في ذلك شأن التشريعات التي صدرت في ظل الدستور القائم فليس معقولاً أن تكون التشريعات التي قبل صدر الدستور وعلى الخصوص التشريعات الصادرة قبل قيام الثورة في ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغايرة في أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التي استحدثها الدستور - ليس معقولاً أن تكون هذه التشريعات بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل الدستور وفي ظل نظمه وأصوله المستحدثة مع أن رقابة دستوريته أولى وأوجب. إن القول بان ولاية المحكمة العليا لا تتناول التشريعات السابقة على الدستور إلا إذا صدرت مخالفة للأحكام والأوضاع الدستورية النافذة عند صدورهما وتكون رقابتها لهذه التشريعات على أساس تلك الأوضاع دون أحكام الدستور القائم ذات الدساتير الجامدة تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه - ذلك أن نصوص هذا الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة^(١).

ويرى البعض أن المحكمة أسست قضاءها على الأساسين التاليين: الأول أن رقابة دستورية القوانين تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه؛ باعتبار أن نصوص هذا الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها، وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة. الثاني من غير المعقول ومن غير المتصور أن تكون التشريعات السابقة على الدستور بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات التي تصدر في ظل هذا الدستور، بل إن خضوعها لهذه الرقابة أولى وأوجب؛ لأن التشريعات السابقة صدرت في ظل

(١) الطعن رقم ٣ س ١ ق جلسة ٦ مارس ١٩٧١ مكتب فني ١ ج ١ ص ١ .

نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغايرة في أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التي يأتي بها الدستور الجديد، والتي يتعين أن تتوافق معها التشريعات المستحدثة، ومن ثم يكون خضوع التشريعات السابقة لأحكام الدستور الجديد أولى وأوجب^(١).

وقد استقر قضاء المحكمة العليا على هذا القضاء^(٢).

ثانياً: في قضاء المحكمة الدستورية العليا: استقر قضاء المحكمة الدستورية على ذات نهج المحكمة العليا، فقضت إن المشرع الدستوري أرسى الأحكام الخاصة بالمصادرة بما نص عليه في المادة ٣٦ من دستور سنة ١٩٧١ من أن «المصادرة العامة للأموال محظورة ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي» فنهى بذلك نهياً مطلقاً عن المصادرة العامة، و حدد الأداة التي تتم بها المصادرة الخاصة وأوجب أن تكون حكماً قضائياً وليس قراراً إدارياً، حرصاً منه على صون الملكية الخاصة من أن تصدر إلا بحكم قضائي، حتى تكفل إجراءات التقاضي و ضماناته لصاحب الحق الدفاع عن حقه و تنتفي بها مظنة العسف أو الافتئات عليه، وتأكيداً لمبدأ الفصل بين السلطات على أساس أن السلطة القضائية هي السلطة الأصلية التي ناط بها الدستور إقامة العدالة بحيث تختص دون غيرها من السلطات بالأمر بالمصادرة. لما كان نص المادة ٣٦ المشار إليها إذ حظر تلك المصادرة إلا بحكم قضائي قد جاء مطلقاً غير مقيد، بعد أن عمد المشرع الدستوري سنة ١٩٧١ إلى حذف كلمة «عقوبة» التي كانت تسبق عبارة «المصادرة الخاصة» في المادة ٥٧ من دستور سنة ١٩٥٦ المقابلة للمادة ٣٦ من دستور سنة ١٩٧١، وذلك حتى يجري النص على إطلاقه و يعم حكمه ليشمل المصادرة الخاصة في كافة صورها، فإن النص الذي يميز لوزير الاقتصاد أو من ينيبه أن يأمر بالمصادرة إدارياً يكون مخالفاً للمادة ٣٦ من الدستور، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم دستوريته^(٣).

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٢٤٦-٢٤٧.

(٢) انظر الأحكام الصادرة في الدعاوى أرقام ٢، ٦ لسنة ١ ق بجلسة ٦ نوفمبر ١٩٧١، و ٥ س ١ ق جلسة ٤ ديسمبر ١٩٧١؛ رقم ١١ س ١ ق ١ إبريل ١٩٧٢؛ رقم ١١ س ٥ ق جلسة ٣ إبريل ١٩٧٦؛ رقم ٥ س ٧ ق جلسة أول إبريل ١٩٧٨؛ الدعوى رقم ٣ س ٨ جلسة ٤ مارس ١٩٧٨.

(٣) الطعن رقم ٢٣ س ٣ ق جلسة ١٥ مايو ١٩٨٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ٤٠.

- أن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها منذ دستور سنة ١٩٢٣ على مبدأ صون الملكية الخاصة و عدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء وفي الحدود والقيود التي أوردتها، وذلك باعتبارها في الأصل ثمرة النشاط الفردي وحافزه على الانطلاق والتقدم، فضلاً عن أنها مصدر من مصادر الثروة القومية التي تنميتها و الحفاظ عليها لتؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي. ومن أجل ذلك، حظرت تلك الدساتير نزع الملكية الخاصة جبراً عن صاحبها إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض وفقاً للقانون «المادة ٩ من كل من دستور سنة ١٩٢٣ ودستور سنة ١٩٣٠، والمادة ١١ من دستور سنة ١٩٥٦ والمادة ٥ من دستور سنة ١٩٥٨، والمادة ١٦ من دستور سنة ١٩٦٤ والمادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٧١»، كما نص الدستور القائم صراحة على حظر التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون و مقابل تعويض «المادة ٣٥» و حظر المصادرة العامة للأموال حظراً مطلقاً ولم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي «المادة ٣٦». المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٤ إذ نصت على أيلولة ملكية الأدوية والمستحضرات - التي يتم تصنيعها بالصيدليات تحت أسماء تجارية أو بقصد الاتجار فيها والسابق تسجيلها بوزارة الصحة - إلى المؤسسة المصرية العامة للأدوية والكيماويات والمستلزمات الطبية بدون مقابل، تكون قد خالف حكم المادة ٣٦ من الدستور التي تحظر المصادرة العامة للأموال ولا تجيز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، مما يتعين معه الحكم بعدم دستورتها^(١).

(د) الاستثناءات على القاعدة: الإطلاق ليس من سمات القاعدة السابقة؛ إذ يرد عليها

استثناءان:

الأول أن يكون العيب الدستوري متعلقاً بمخالفة شكلية مناطها أن النص التشريعي المطعون عليه لم يلتزم الإجراءات التي ينص عليها الدستور القائم في شأن اقتراح التشريع وإقراره وإصداره^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن «نص الإعلان الدستوري

(١) الطعن رقم ٨ س ٥ ق جلسة ١ مارس ١٩٨٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٣١٥.

(٢) الطعن رقم ١١ س ١ ق جلسة أول إبريل ١٩٧٢ - مكتب فني ١ ج ١ ص ٧٣؛ الطعن رقم ١ س ٣ ق جلسة ٣ نوفمبر ١٩٧٣ - مكتب فني ١ ج ١ ص ١٢٢.

الصادر في ٢٧/٩/١٩٦٢ بشأن التنظيم السياسي لسلطات الدولة العليا في مادته الثالثة على أن يتولى رئيس الجمهورية إصدار المعاهدات والقوانين والقرارات التي يوافق عليها مجلس الرياسة. ولما كان الثابت في ديباجة القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بحظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها أنه صدر بعد موافقة مجلس الرياسة وقد وقعه رئيس الدولة ونشر في الجريدة الرسمية، فإنه يكون بذلك قد استوفي الشكل الدستوري للقوانين بحيث لا ينال من سلامته ما ينسبه المدعيان إلى بعض أعضاء مجلس الرياسة من أقوال مرسله لم يرقم عليها دليل. المبدأ الدستوري الذي يقضي بعدم سريان أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يرتب عليها أثراً فيما وقع قبلها، وإن كان يستهدف أساساً احترام الحقوق المكتسبة ومراعاة الاستقرار الواجب للمعاملات، إلا أن الدساتير المصرية المتعاقبة منذ دستور سنة ١٩٢٣ حتى الدستور الحالي إذ أجازت للمشرع استثناء من هذا المبدأ أن يقرر الأثر الرجعي للقوانين - في غير المواد الجنائية - وذلك بشروط محددة، تكون قد افترضت بدهة احتمال أن يؤدي هذا الاستثناء إلى المساس بالحقوق المكتسبة وآثرت عليها ما يحقق الصالح العام للمجتمع. ولما كان القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ قد صدر من رئيس الجمهورية بناء على دستور سنة ١٩٥٨ المؤقت والإعلان الدستوري بشأن التنظيم السياسي لسلطات الدولة العليا الصادر في ٢٧/٩/١٩٦٢ الذي عهد بسلطة التشريع مؤقتاً إلى مجلس الرياسة بغير أية قيود، وخول رئيس الجمهورية سلطة إصدار القوانين التي يوافق عليها ذلك المجلس، وكانت ولاية التشريع بذلك قد انتقلت كاملة إلى مجلس الرياسة أثناء فترة الانتقال بحيث يتولاها كما تتولاها السلطة التشريعية بكافة حقوقها في مجال التشريع ومنها رخصة إصدار القوانين بأثر رجعي - طبقاً للمادة ٦٦ من دستور سنة ١٩٥٨ المؤقت - متى اقتضى ذلك الصالح العام، فإن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ إذ نص في مادته الثانية على عدم الاعتماد بالتصرفات التي صدرت من الملاك الأجانب ما لم تكن ثابتة التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ مستهدفاً بذلك الصالح العام - على ما جاء بمذكرته الإيضاحية - رغبة في استقرار المعاملات بالنسبة للعقود التي أبرمت قبل هذا التاريخ، و هو تاريخ الإعلان عن الأحكام التي تضمنها هذا القانون، لا يكون قد خالف المبدأ الدستوري المستقر الذي يجيز على سبيل الاستثناء تقرير الأثر الرجعي لبعض القوانين. أوضحت المادتان

الرابعة و الخامسة من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ المقابل الذي تدفعه الدولة إلى الملاك الأجانب الخاضعين لأحكامه، كما أن حقوق من تعاملوا معهم و لم يعتد بتصرفات هؤلاء الملاك إليهم تحكمها القواعد العامة للعقود بما في ذلك حقهم في الرجوع عليهم بما سدده من ثمن، وبالتالي فإن تقرير الأثر الرجعي لهذا القانون لا يكون قد تضمن أية مصادرة للملكية الخاصة^(١).

الاستثناء الثاني أن تكون صيغة النص الدستوري دالة بذاتها على انصراف حكمه إلى التشريعات التي تصدر بعد العمل به.

ومفاد ذلك أن صيغة النص الدستوري قد تكون دالة بذاتها على انصراف حكمه إلى التشريعات التي تصدر بعد العمل به، بمعنى أن السلطة المؤسسة بوضعها هذا النص تكون قد قصدت إلى إعمال حكمه في شأن ما يصدر من تشريعات في المرحلة التالية للعمل به؛ بحيث تصبح الضوابط والقيود التي يتضمنها النص الدستوري ملزمة للشارع العادي فيما يصدره من تشريعات اعتباراً من تاريخ نفاذ هذا النص. وأبرز مثال على هذه الحالة نص المادة الثانية من الدستور. فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على انصراف نص حكم المادة الثانية من الدستور إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية. أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ، فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام لها لصدورها فعلاً قبله. وتطبيقاً لذلك قضت أن المحكمة الدستورية العليا هي المختصة وحدها بنظر الدعوى الدستورية الماثلة إعمالاً للمادة ١٧٥ من الدستور والمادة [٢٥] من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه - اللتين عقدتا لها دون غيرها ولاية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. أنه عما دفعت به الحكومة أيضاً من عدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة تأسيساً على أن شيخ الأزهر هو الذي يملك وحده تمثيل جامعة الأزهر باعتبارها من الهيئات التي يشملها الأزهر، وأن القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ بشأن إعادة تنظيم الأزهر لم يصف على

(١) الطعن رقم ٧ س ١ ق جلسة ٧ فبراير ١٩٨١ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ١ ج ١ ص ١٦٠؛ الطعن رقم ١٨ س ١ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٨٣ س ٢ ج ١ ص ٧٧.

جامعة الأزهر شخصية اعتبارية تخولها حق التقاضي و تجيز لرئيسها تمثيلها لدى المحاكم، فإنه إذ كانت المادة [٣٩] من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ المشار إليه تنص على أن «يتولى إدارة جامعة الأزهر: (١) مدير جامعة الأزهر (رئيس جامعة الأزهر منذ العمل بالقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٧) (٢) مجلس الجامعة». كما تنص المادة ٤٢ منه على أن «يتولى مدير الجامعة إدارة شؤون الجامعة العلمية و الإدارية والمالية، وهو الذي يمثلها أمام الهيئات الأخرى.... » فإن مؤدى ذلك، أن القانون أسند إلى رئيس الجامعة صفة النيابة عنها في جميع صلاتها بالهيئات الأخرى والتي تدخل في عمومها الهيئات القضائية، وما يتفرع عن هذه النيابة من أهلية التقاضي فيما يتعلق بتلك الصلات ومن بينها التعاقد على شراء معدات لكليات الجامعة وما قد ينشأ عنها من منازعات قضائية، وهو الحال الذي اقتضى اختصاص المدعى بصفته في الدعوى الموضوعية - وترتب على إثارة الدفع بعدم الدستورية فيها - إقامة المدعي بصفته للدعوى الماثلة، ومن ثم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة يكون على غير أساس. أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح - المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا - تستهدف أصلاً صون الدستور القائم و تأكيد احترامه و حمايته من الخروج على أحكامه، وسبيل هذه الرقابة التحقق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور في مختلف نصوصه من ضوابط و قيود ومن ثم فإنه يتعين - عند الفصل فيما يثار في شأن هذه التشريعات من مطاعن تستهدف نقض قرينة الدستورية - استظهار هذه الضوابط و القيود و تحديدها وذلك للتعرف على مدى مخالفة تلك التشريعات لها. أنه يبين من صيغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها على نحو ما سلف - أن المشرع الدستوري أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة - وهي بصدد وضع التشريعات - بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع، وهو ما أشارت إليه اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور في تقريرها إلى مجلس الشعب والذي أقره المجلس بجلسته ١٩ يوليو سنة ١٩٧٩ و أكدته اللجنة التي أعدت مشروع التعديل وقدمته إلى المجلس فناقشه ووافق عليه بجلسته ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٠ إذ جاء في تقريرها عن مقاصد تعديل الدستور بالنسبة للعبارة الأخيرة من المادة الثانية بأنها «تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد

في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة و التي لا تخالف الأصول و المبادئ العامة للشريعة.....». أن سلطة التشريع اعتباراً من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية و بحيث لا تخرج - في الوقف ذاته - عن الضوابط و القيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية. فهي التي يتحدد بها - مع ذلك القيد المستحدث - النطاق الذي تبشر من خلاله المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية التشريعات. لما كان ذلك و كان إلزام المشرع باتخاذ بمبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ، فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلاً من قبله، أي في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائماً واجب الأعمال ومن ثم، فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن أعمال هذا القيد، وهو مناط الرقابة الدستورية. ويؤيد هذا النظر ما أورده اللجنة العامة في مجلس الشعب بتقريرها المقدم بجلسة ١٥ سبتمبر سنة ١٩٨١ والذي وافق عليه المجلس من أنه «كان دستور سنة ١٩٧١ أول دستور في تاريخنا الحديث ينص صراحة على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، ثم عدم الدستور عام ١٩٨٠ لتكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، وهذا يعني عدم جواز إصدار أي تشريع في المستقبل يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، كما يعني ضرورة إعادة النظر في القوانين القائمة قبل العمل بدستور سنة ١٩٧١ وتعديلها بما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية» واستطرد تقرير اللجنة إلى أن «الانتقال من النظام القانوني القائم حالياً في مصر والذي يرجع إلى أكثر من مائة سنة إلى النظام القانوني الإسلامي المتكامل يقتضى الأناة والتدقيق العملي، ومن هنا، فأن تقنين المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي لم تكن مألوفة، أو معروفة، وكذلك ما جد في عالمنا

المعاصر وما يقتضيه الوجود في المجتمع الدولي من صلات وعلاقات ومعاملات، كل ذلك يستأهل الرؤية و يتطلب جهوداً، ومن ثم فإن تغيير النظام القانوني جميعه ينبغي أن يتاح لواضعيه و القائمين عليه الفترة الزمنية المناسبة حتى تجمع هذه القوانين متكاملة في إطار القرآن والسنة وأحكام المجتهدين من الأئمة والعلماء...». إن مقتضى تعديل المادة الثانية من الدستور هو جعل مبادئ الشريعة الإسلامية قواعد قانونية موضوعية واجبة الأعمال بذاتها ومن فورها على ما سبق هذا التعديل من تشريعات بما يوجب نسخ ما يتعارض منها مع تلك المبادئ، فإن هذا القول مردود بما سبق أن عرضت له المحكمة عن حقيقة المقصود من ذلك التعديل، وهو أنه قيد استحدثه الدستور على سلطة المشرع في شأن المصادر التي يستقى منها أحكامه التشريعية وأنه لا يمكن إعماله إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على فرضه دون التشريعات السابقة، كما ينقض ذلك القول ما تضمنته الأعمال التحضيرية لمشروع التعديل على ما سلف إيضاحه من أن المنوط به أعمال القيد المشار إليه هو السلطة المختصة بالتشريع، بالإضافة إلى أن المشرع الدستوري لو أراد جعل مبادئ التشريع الإسلامية من بين القواعد المدرجة في الدستور على وجه التحديد أو قصد أن يجرى أعمال تلك المبادئ بواسطة المحاكم التي تتولى تطبيق التشريعات دون ما حاجة إلى إفراغها في نصوص تشريعية محددة مستوفاة للإجراءات التي عينها الدستور، لما أعوزه النص على ذلك صراحة، هذا فضلاً عن أن مؤدى ما يقول به المدعى من الأعمال المباشرة لمبادئ الشريعة الإسلامية عن طريق تلك المحاكم لا يقف عند مجرد إهدار ما قد يتعارض مع هذه المبادئ من التشريعات السابقة المنظمة لمختلف النواحي المدنية والجنائية والاجتماعية والاقتصادية بل أن الأمر لابد وأن يقترن بضرورة تقضى المحاكم للقواعد غير المقننة التي يلزم تطبيقها في المنازعات المطروحة عليها بدلاً من النصوص المنسوخة مع ما قد يؤدي إليه ذلك من تناقض بين هذه القواعد و يجر إلى تهاثر الأحكام و زعزعة الاستقرار. أن أعمال المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها - على ما تقدم بيانه، وإن كان مؤداه إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لما يضعه من تشريعات بعد التاريخ الذي فرض فيه هذا الإلزام بما يترتب عليه من اعتباره مخالفاً للدستور إذا لم يلتزم بذلك القيد، إلا أن قصر هذا الإلزام على تلك التشريعات لا يعنى إعفاء المشرع من تبعة الإبقاء على التشريعات السابقة - رغم ما قد يشوبها

من تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وإنما يلقي على عاتقه من الناحية السياسية مسئولية المبادرة إلى تنقية نصوص هذه التشريعات من أية مخالفة للمبادئ سالفة الذكر، تحقيقاً للاتساق بينها وبين التشريعات اللاحقة في وجوب اتفاقها جميعاً مع هذه المبادئ وعدم الخروج عليها. ولما كان مبنى الطعن مخالفة المادة ٢٢٦ من القانون المدني للمادة الثانية من الدستور تأسيساً على أن فوائد التأخير المستحقة بموجبها تعد من الربا المحرم شرعاً طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية التي جعلتها المادة الثانية من الدستور المصدر الرئيسي للتشريع، وإذ كان القيد المقرر بمقتضى هذه المادة - بعد تعديلها بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ والمتضمن إلزام المشرع بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية - لا يتأتى إعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه حسبما سلف بيانه، وكانت المادة ٢٢٦ من القانون المدني الصادر سنة ١٩٤٨ لم يلحقها أي تعديل بعد التاريخ المشار إليه، ومن ثم، فإن النعي عليها، وحالتها هذه - بمخالفة حكم المادة الثانية من الدستور وأياً كان وجه الرأي في تعارضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية - يكون في غير محله. الأمر الذي يتعين معه الحكم برفض الدعوى^(١).

- وحيث إن النعي بمخالفة النص الطعين للمادة الثانية من الدستور مردود بأن حكم هذه المادة، وبعد التعديل الدستوري الذي أدخل عليها في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠، يدل، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، على أن الدستور - واعتباراً من تاريخ العمل بهذا التعديل - قد أتى بقيد على السلطة التشريعية مؤداه إلزامها فيما تقرره من النصوص التشريعية بأن تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة الإسلامية بعد أن اعتبرها الدستور أصلاً يتعين أن ترد إليه هذه النصوص أو تستمد منه لضمان توافقها مع مقتضاه، وكان من المقرر أن كل مصدر ترد إليه النصوص التشريعية أو تكون نابعة منه، يتعين بالضرورة أن يكون سابقاً في وجوده على هذه النصوص ذاتها، إذ أن مرجعية مبادئ الشريعة الإسلامية التي أقامها الدستور من مقاييس الشرعية الدستورية تفترض لزوماً أن تكون النصوص التشريعية المدعى إخلالها بتلك المبادئ - وتراقبها فيه هذه المحكمة - صادرة بعد نشوء قيد المادة الثانية من الدستور التي تقاس على مقتضاه، ولما

(١) الطعن رقم ٢٠ س ١ ق جلسة ٤ مايو ١٩٨٥ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية س ٣ ج ١ ص ٢٠٩.

كان هذا القيد هو مناط الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة على دستورية القوانين واللوائح، فإن النصوص التشريعية الصادرة قبل نفاذه، تظل بمنأى عن الخضوع لإحكامه. إذ كان ذلك وكان النص الطعين صادراً قبل نفاذ التعديل الذي أدخل على نص المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠، ولم يلحقه أي تعديل بعد ذلك التاريخ فإن النعي بمخالفته حكمها يكون غير سديد^(١).

والبين من اتجاه المحكمة الدستورية أنها أسست قضاءها على الأسباب التالية:

١- أن ثمة قيوداً يوردها الدستور بغرض صونه وتأكيد احترامه، وأن رقابة دستورية القوانين تهدف إلى التحقق من التزام سلطة التشريع بهذه القيود التي يتعين استظهارها عند إثارة أي طعن يستهدف نقض قرينة الدستورية في إحدى القوانين، وفي نص المادة الثانية أورد الشارع الدستوري قيداً جديداً على سلطة التشريع قوامه إلزام هذه السلطة عند وضع التشريعات بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، ويسري هذا القيد اعتباراً من ٢٢ مايو ١٩٨٠ وهو تاريخ تعديل المادة الثانية من الدستور، ومن ثم تكون السلطة التشريعية مقيدة اعتباراً من هذا التاريخ فيما تسنه من تشريعات بعدم الخروج على أحكام الشريعة الإسلامية، وعدم الخروج على الضوابط المفروضة بموجب نصوص دستورية أخرى والتي يتحدد من واقع القيود والضوابط النطاق الذي تباشر من خلال المحكمة رقابتها على دستورية التشريعات. ومن ثم فإن إلزام الشارع باتخاذ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع لا ينصرف إلا إلى التشريعات اللاحقة لتاريخ فرض الإلزام. أما التشريعات اللاحقة، فإنها تكون بمنأى عن إعماله، وهو مناط الرقابة الدستورية.

٢- أن القيد المستحدث هو خطاب موجه إلى الشارع لمراعاة أحكام الشريعة الإسلامية فيما يسنه من تشريعات، ولو أراد الشارع جعل مبادئ الشريعة من بين القواعد المدرجة في الدستور على وجه التحديد، أو قصد أن يجري إعمال هذه المبادئ بواسطة المحاكم دون إفراغها في نصوص تشريعية محددة لما أعوزه النص على ذلك صراحة. فضلاً عن أن مقتضى هذا الإعمال

(١) الطعن رقم ٤٥ س ٢٢ ق جلسة ١٣ إبريل ٢٠٠٣ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٩٨٣ .

يقترن بضرورة تقصي المحاكم للقواعد غير المكتوبة التي يلزم تطبيقها في المنازعات المطروحة عليها بدلا من النصوص المنسوخة، مما قد يؤدي إلى هجر هذه القواعد وتهاثر الأحكام وزعزعة الاستقرار.

٣- أن المسؤولية التي تقع على عاتق الشارع من جراء الإبقاء على التشريعات السابقة المشوبة بتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، هي مسؤولية سياسية تلقي عليه عبء المبادرة إلى تنقية وتنقيح هذه النصوص دون أن ينال ذلك من دستوريتها. وقد التزمت المحكمة الدستورية العليا السير على هذا القضاء وطبقته في حالات عديدة^(١).

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد، خاصة حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٠ س ١ ق، وأقيم هذا النقد على حجتين أساسيتين^(٢):

١- أن مقطع النزاع فيما تعرضت له المحكمة الدستورية يتجسد فيما إذا كان حكم المادة الثانية من الدستور نافذاً بذاته أم يحتاج لتدخل من سلطة أخرى، فنصوص الدستور منها ما ينفذ بذاته دون الحاجة إلى تدخل من أي سلطة، كما في نص المادة ٦٣ من الدستور فيما تضمنته من أن لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة، ومنها ما يتطلب نفاذه حدوث هذا التدخل لتفصيل إجمالي النص وتوضيح كيفية تطبيقه، ويمكن تصنيف نص المادة الثانية من الدستور إلى هذه النوعية؛ فالنص حين يقرر أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، فإنه يتناول المسؤولية عن التشريع، والتشريع وفقا لنص المادة ٨٦ من الدستور يتولاها مجلس الشعب، أما المحاكم القضائية فإن مهمتها مقصورة تطبيق القانون، ويظل صحيحاً بعد ذلك أن حكم المادة الثانية من الدستور ملزم للقاضي إلزامه للشارع، ولكن صورة حكم الإلزام في خصوص عمل القاضي إنما تعني وهو يطبق القواعد القانونية على اختلاف مراتبها - أن يعلي حكم الدستور ويؤثره على ما سواه، وأن يمتنع عن تطبيق القانون المتعارض في مضمونه مع نصوص الدستور،

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٢٧٠-٢٧٢.

(٢) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: موقف الدعاة وولاة الأمر وأمانة الحكم، المقال المنشور بجريدة الأهرام بتاريخ ٢ يوليو

وهذا على التحقيق هو جوهر سلطة الرقابة التي تبشرها المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين.

وأن نص المادة الثانية من الدستور غير نافذ بذاته؛ لأن عبارة «ومبادئ الشريعة الإسلامية» تحتاج إلى تدخل الشارع ليحول هذه المبادئ إلى مضمون تشريعي محدد، فضلاً عن كونها كلمة غامضة ومجملّة، ويتصور الجدل في تحديد مدلولها.

والقول بغير ذلك يؤدي إلى نتائج غير مقبولة نظرياً وعملياً.

فمن الناحية النظرية، فإن منح القاضي سلطة القضاء بعدم دستورية القوانين لمخالفتها الشريعة الإسلامية في إطار النص المجمل القائم، إنما يعني منح القاضي سلطة استخلاص أحكام الشريعة الإسلامية من مبادئها العامة، ومحكمة هذه القوانين بناء على ما استخلصه من أحكام، مما يعد افتئات على اختصاص السلطة التشريعية.

ومن الناحية العملية، فإذا ترك للقاضي استخلاص أحكام الشريعة من الكتاب والسنة والمراجع الفقهية لوقوع أو انزلق القضية في حرج شديد، ولحق المتقاضين ضرراً أشد، وتعارضت الأحكام بسبب اختلاف وجهات النظر الفقهية، وفي ذلك إساءة بالغة للشريعة الإسلامية.

ومفاد ذلك، أن نص المادة الثانية لا يعتبر حكمه نافذاً بذاته، وإنما يعتبر توجيهاً سياسياً لسلطة التشريع يقتضيها الامتناع عن إصدار تشريعات تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، وأن تعيد النظر فيما هو معمول به من التشريعات القائمة تحقيقاً للانسجام مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

٢- لا يمكن التسليم بما انتهت إليه المحكمة الدستورية أن القيد المستحدث الذي تضمنه نص المادة الثانية من الدستور لا يتأتى إعماله إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على استخدامه دون السابقة عليه؛ باعتبار أن التسليم بهذا المبدأ أن تستمر جميع النصوص المخالفة لأي حكم في الدستور قائمة طالما أنها صدرت قبل نفاذ الدستور، والملاحظ أن ما انتهت إليه المحكمة الدستورية لن يقفل أبواب الطعن في نفس القانون من جديد؛ لما هو مقرر من نسبية أثر الحكم القاضي بدستورية القانون المطعون فيه خلاف للحكم الصادر بعدم الدستورية.

وما انتهت إليه المحكمة الدستورية يجد أساسه في تفرقة أجرتها المحكمة بين النصوص الموضوعية والنصوص التوجيهية. وأن النص الموضوعي يكون نافذاً بذاته فيما تضمنه من أحكام موضوعية، ومثل هذه التشريعات المتعارضة مع النص يستوي في توجيه الطعن ضدها أن تكون صادرة قبل الدستور أو بعد صدوره، ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم ٣ لسنة ١٩٦٣ ق بجلسة السادس من نوفمبر سنة ١٩٧١ من عدم دستورية القرار بقانون رقم ٣١ ل ١٩٦٣ بتعديل المادة ١٢ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ فيما تضمنه من اعتبار القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية بإحالة الموظفين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي من أعمال السيادة، وذلك لتعارضه مع حكم المادة ٦٨ من الدستور فيما تقرره من أن حق التقاضي حق مصون ومكفول، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء^(١). ومفاد ذلك أنه عندما بسطت المحكمة العليا رقابتها على التشريعات السابقة على صدور التشريع إلى جانب التشريعات اللاحقة لصدوره، كان ذلك بصدد نصوص دستورية تقرر أحكاماً موضوعية محددة، تعارضت معها النصوص المطعون بعدم دستورتها.

أما نص المادة الثانية من الدستور، فلا يمكن وصفه بأنه يتضمن حكماً موضوعياً محدداً، ولو أن ذلك النص كان متضمناً لحكم موضوعي - لما أمكن الاحتجاج في مواجهته بدستورية القوانين المتعارضة معه، والاحتجاج بأنها صدرت قبل صدوره، ومن ثم يعتبر هذا النص الدستوري وفق لمضمونه من النصوص التوجيهية الموجهة إلى الشارع لحثه على اتخاذ إجراءات محددة، ولا يتسنى تبعاً لذلك مساواته في الحكم بالنصوص الموضوعية، فلكل من النوعين أحكامه الخاصة به^(٢).

والواقع أن هذا النقد ليس صحيحاً على الإطلاق^(٣). فمن ناحية، فإن التفرقة داخل

(١) الطعن رقم ٢ س ١ ق جلسة ٦ نوفمبر ١٩٧١ مكتب فني ١ ج ١ ص ٣٠.

(٢) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الموضوع السابق.

(٣) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٢٧٦-٢٧٩.

النصوص الدستورية بين النصوص النافذة بذاتها، وتلك التي تحتاج إلى تدخل الشارع لتفصيل ما أجملته من أحكام وتوضيح كيفية تطبيقها هي تفرقة محل نظر؛ باعتبار أن من شأن إعمالها أن تكون القيود الواردة في الدستور مرهونة في تطبيقها بتحديد الشارع العادي، وهذا أمر لا يتفق مع صحيح الواقع والقانون؛ إذ إن للقاعدة الدستورية قوتها الملزمة، والتي بموجبها تعلق على ما سواها من القواعد القانونية، ولو تضمنها تشريع برلماني، ويستحيل مع القوة الإلزامية للقاعدة الدستورية أن يكون محتوى القيود الواردة في الدستور رهنا بتحديد الشارع العادي، وإلا لكان مفاد ذلك أن يفقد القيد طبيعته الدستورية الملزمة.

ومن ناحية أخرى، عدم اتفاق فهم قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنه يعني تحصين مطلق القوانين الصادرة قبل الدستور من الخضوع للرقابة التي تبشرها هذه المحكمة مع ما استقرت عليه أحكام القضاء الدستوري من التسوية في مجال الخضوع للرقابة الدستورية بين مختلف التشريعات والقوانين، سواء السابق منها في صدوره على الدستور القائم أم اللاحق له؛ وذلك للأسس التي أقيم عليها هذا القضاء، وتخلص في أن رقابة دستورية القوانين تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه باعتبار أن نصوص الدستور تمثل دائماً القواعد التي يقوم عليها نظام الحكم، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين مراعاتها، وإهدار ما يخالفها من التشريعات بوصفها أسمى القواعد الآمرة^(١).

٣- أن الحكم الصادر في الدعوى الدستورية له حجية مطلقة على الكافة، سواء صدر بالدستورية أم بعدم الدستورية. ومن ثم لا يصح القول بأن الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية تحوز حجية نسبية لا تمنع من إعادة طرح النزاع من جديد لعيب دستوري آخر غير العيب محل الطعن الأول؛ لأن فيه خلط بين حجية الحكم الصادر برفض دعوى الإلغاء وحجية الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية.

٤- عدم التسليم بفكرة الأحكام التوجيهية لتبرير قضاء المحكمة الدستورية؛ لأن فيه عودة

(١) انظر أحكام المحكمة العليا المشار إليها بالهامش رقم (١) من قضاء الدستورية للدكتور عادل عمر شريف، ص ٢٧٧.

على بدء، وهو إيجاد تفرقة غير مستساغة داخل نصوص الدستور بين النصوص النافذة بذاتها وتلك التي تحتاج إلى تدخل الشارع لإعمالها.

وحاصل القول أن البعض قد ذهب في مجال الرقابة القضائية على دستورية التشريع إلى التعويل على أحكام الدستور القائم، ولا يرجع إلى أحكام الدستور السابق؛ صونا للدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه^(١).

وذهب البعض الآخر إلى تطلب صدور التشريع صحيحاً وفقاً لأحكام الدستور المعمول به وقت صدوره، وأن يستمر صحيحاً وفقاً لأحكام الدستور الجديد الذي تجرى الرقابة في ظله؛ وأساس هذا الرأي أن الوضع الغالب أن تكون عدم الدستورية ناشئة عن مخالفة القانون (أو اللائحة) للدستور القائم عند صدوره، وهذا ما يسمى بعيب عدم الدستورية الأصلي، فإن ذلك لا يمنع أن يكون عدم الدستورية بسبب مخالفة القانون القائم (أو اللائحة) لدستور جديد أو للتعديلات التي وردت على الدستور القائم، وهو ما يسمى بعيب عدم الدستورية الطارئ. وأن عيب عدم الدستورية الناشئ عن المخالفة الشكلية، سواء من حيث الإجراءات أم الاختصاص، لا يمكن إلا أن يكون عيباً أصلياً. فالقانون (أو اللائحة) يجب أن يصدر وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور الذي صدر في ظله، بحيث إذا صدر التشريع سليماً من حيث الشكل، فإنه لا يصبح باطلاً بعد ذلك، حتى ولو اختلفت الشكليات التي يتطلبها الدستور الجديد بالنسبة له أو تغيرت الجهة المختصة بإصداره. أما عيب عدم الدستورية الموضوعية (المخالفة الموضوعية للدستور والانحراف التشريعي)، فقد يكون عيباً أصلياً إذا خالف التشريع الدستور المعمول وقت صدوره، وقد يكون عيباً طارئاً إذا كان التشريع قد صدر موافقاً من الناحية الموضوعية أحكام الدستور القائم، ثم صدر دستور جديد أو تعديل دستوري جعل الأحكام التي تضمنها ذلك التشريع غير متفقة مع أحكامه^(٢).

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ٢٨٠ وما بعدها.

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ص ٦١٨ وما بعدها؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: مبادئ القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ٢٠٠١-٢٠٠٢ ص ٥٣٦.

ويتفق الرأي الثاني وحقيقة النصوص الدستورية وطبيعة الرقابة الدستورية التي تقتضي أن تجرى وفقاً لنصوص الدستور الذي صدر التشريع في ظله صوناً لهذا الدستور من الخروج على أحكامه، فإن هذا الأصل يقتضي أن تظل النصوص التي صدرت صحيحة في ظل دستور معين مطبقة وقائمة طوال مدة العمل بهذا الدستور. فإذا صدر دستور جديد أصبح معه نصوص التشريع غير دستورية، فإنها يجب أن تعتبر كذلك من تاريخ وجود هذا التعارض وهو تاريخ صدور الدستور الجديد؛ لأن التشريع وإن كان قد صدر موافقاً للدستور، إلا أنه لم يعد كذلك من وقت العمل بالدستور المتعارض معه والذي تمت الرقابة وفقاً لأحكامه؛ إذ يجب أن يصدر التشريع صحيحاً وفقاً لأحكام الدستور المعمول به وقت صدوره وأن يستمر صحيحاً وفقاً لأحكام الدستور القائم وقت إعمال الرقابة عليه، وإلا شابه عيب عدم الدستورية مما يستوجب رفع القوة الملزمة عنه. ومن ثم فإن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي كان صحيحاً في ظل الدستور الذي كان موجوداً وقت صدوره، وأضحى باطلاً في ظل الدستور الجديد، هو حكم يرتد إلى تاريخ صدور الدستور الجديد المتعارض مع أحكام التشريع، وليس إلى تاريخ صدور التشريع ذاته، مما يعني أن التشريع في الفترة السابقة على التعارض كان صحيحاً، ولا يجوز تقرير عدم دستوريته خلال تلك الفترة، وتبقى صحيحة جميع الآثار التي ترتبت عليه في فترة صحته.

الفصل الرابع

عيوب دستورية التشريعات

تمهيد وتقسيم:

يمكن تقسيم أوجه الرقابة على دستورية القانون إلى وجهين: الأول الأوجه الشكلية. والثاني الأوجه الموضوعية.

وتتعلق الأوجه الشكلية بإجراءات سن القانون وإصداره . ومن ثم تتعلق هذه الأوجه بشرط الاختصاص وشرط الشكل والإجراءات التي يكون الدستور قد فرضها وأوجب مراعاتها عند وضع القوانين؛ إذ يلزم أن يصدر القانون ممن له ولاية إصداره أو من خوله الدستور سلطة التشريع، فإذا صدر القانون ممن له ولاية إصداره تعين أن يصدر طبقاً للشكل والإجراءات وفي المواعيد المقررة دستورياً لذلك .

أما الأوجه الموضوعية، فتتعلق بالأحكام والقيود الموضوعية التي يتعين على سلطة التشريع التزامها والتقيدها بها حال تنظيمها للحقوق والحريات المختلفة، وأن تتغيا بتشريعاتها تحقيق الصالح العام للجماعة باعتبار المصلحة العامة هي رائدة كل عمل تشريعي. ومن تتعلق هذه الأوجه بعيب المحل والمتمثل بانتهاك التشريع لأحكام الدستور حال تنظيمه للحقوق والحريات الأساسية التي يكفلها الدستور، وعب الانحراف التشريعي، وهو استعمال إحدى السلطات العامة لصلاحياتها بشكل متعمد، لتحقيق هدف آخر غير الذي منحت من أجله تلك الصلاحيات، وعب السبب، هي الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع لصدور القانون^(١).

ونتناول أوجه الإلغاء بالقدر الذي تقتضيه الدراسة^(٢):

(١) الدكتور سامر عبد الحميد العوضي: أوجه عدم دستورية القوانين في النظامين الأمريكي والمصري، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ٢٠٠٨، دار المطبوعات الجامعية ٢٠١٠ ص ٧٧، ١٩٧ وما بعدها.

(٢) الدكتور ماجد راغب الحلو: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٠ ص ٨٠٣ وما بعدها.

المبحث الأول

عيب عدم الاختصاص

(أ) ماهية عدم الاختصاص:

يقصد به مخالفة النص اللائحي أو التشريعي لقواعد توزيع الاختصاص التي وضعها الدستور. فلو صدرت لائحة من رئيس الجمهورية، في غير حالات الضرورة، في مسألة جعل الدستور من اختصاص البرلمان، كمجال الحقوق والحريات العامة، كانت اللائحة مشوبة بعيب عدم الاختصاص. ولو صدر قانون من مجلس الشعب في مسألة خص بها الدستور السلطة التنفيذية، كإصدار القرارات الفردية التنفيذية، كان هذا القانون غير دستوري لعدم الاختصاص^(١).

وبعبارة أخرى يقصد به عدم القدرة على اتخاذ تصرف معين أو مباشرة عمل قانوني معين جعله الشارع من سلطة هيئة أو فرد آخر^(٢). والاختصاص هو القدرة أو الصلاحية القانونية للقيام بعمل معين، سواء كان مصدر ذلك هو الدستور أم القانون أم اللائحة^(٣).

وترتبط فكرة الاختصاص بمبدأ الفصل بين السلطات، وتعتبر وليدة هذا المبدأ الذي يهدف إلى قيام كل سلطة من السلطات الثلاث بأمر محددة على نحو يكفل تحديد المسؤوليات وعدم

(١) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا: مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني، مجلس شورى الدولة، الدار الجامعية ١٩٩٦، ص ٦٠٢.٦٠١؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري، منشأة المعارف ١٩٩٦ ص ٥٧٤، ٥٧٥؛ الدكتور نبيلة عبد الحليم كامل: الرقابة على دستورية القوانين «القضاء الدستوري» دار النهضة العربية ٢٠٠٥ ص ٦٢.

(٢) الدكتور سعد عصفور والدكتور محسن خليل: القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ للنشر، ص ٤٤٠؛ الدكتور طعيمة الجرف: رقابة القضاء لأعمال الإدارة ١٩٧٠ ص ٤٢٨؛ الدكتور ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، ١٩٨٧، ٣٦٣؛ الدكتور محمود سامي جمال الدين: القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٨ ص ٢٠٩؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: قضاء الإلغاء، شروط القبول، أوجه الإلغاء، دار الهدى للطبوعات، ٢٠٠٥ ص ١٦١.

(٣) الدكتور أنور رسلان: وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ ص ٤٧٦.

التداخل والاحتكاك فيما بينها، كما تعد هذه الفكرة أساس القانون العام كله في العصر الحديث^(١).

وثمة ملاحظتان هامتان تجدر الإشارة إليهما: الأولى أن فكرة الاختصاص في المجال الإداري لا تنطبق بتمامها في المجال الدستوري؛ فالاختصاصات الدستورية تجد مصدرها في الدستور مباشرة، ومن ذلك اختصاص رئيس الجمهورية بإبرام المعاهدات، وإعلان الطوارئ، وإعلان الحرب، ومثل هذه الاختصاصات يملكها رئيس الجمهورية وحده، ولا يستطيع أن يفوض غيره في ممارستها باعتبار أن مصدرها المباشر هو الدستور. أما الاختصاصات الإدارية فإن مصدرها المباشر يتردد بين اللائحة والقانون، ويملك المختص بمباشرتها تفويض غيره في ممارستها.

الملاحظة الثانية أن المقصود بالاختصاصات الدستورية هي تلك التي تجد مصدرها المباشر في نصوص الدستور، ومن ثم فإن فكرة الاختصاص في المجال الدستوري تعني ألا يباشر الاختصاص إلا من الجهة التي حددها الدستور لممارسته، ويترتب على ذلك نتيجتان: الأولى لا يجوز لسلطة تستمد مباشرة من الدستور اختصاصاً عهد به الدستور إليها أن تفوض غيرها في ممارسة هذا الاختصاص إلا بناء على نص صريح في الدستور. ومثال ذلك اللوائح التنفيذية التي نظمها دستور ١٩٧١ في المادة ١٤٤ منه والتي نصت على أن «يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين،.... وله أن يفوض غيره في إصدارها...». ويعني ذلك أن الدستور خول رئيس الجمهورية تفويض غيره في إصدار هذه اللوائح. أما إذا لم يتضمن الدستور نصاً خاصاً بالتفويض في مباشرة الاختصاصات الدستورية، وحدث تفويض فيها، فإن هذا التفويض يكون باطلاً ومخالفاً للدستور. ومن ثم لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يفوض غيره في ظل دستور ١٩٧١ في إصدار لوائح الضبط المنصوص عليها في المادة ١٤٥ منه، ولا اللوائح التنظيمية

(١) الدكتور محمد كامل ليلة: الرقابة على الإدارة، الرقابة القضائية، القضاء الإداري، دار النهضة العربية بيروت، ١٩٧٠، ص ١١٥٢؛ الدكتور محمود أبو السعود حبيب: القضاء الإداري قضاء الإلغاء. قضاء التأديب، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٦ ص ١١١.

المنصوص عليها في المادة ١٤٦ منه؛ باعتبار أن هذين النصين قد عقدا لرئيس الجمهورية الاختصاص بإصدار هذه اللوائح، ولم يميز له تفويض غيره في مباشرة هذا الاختصاص^(١).

الثانية أن الحلول في مباشرة الاختصاص الدستوري غير جائز في الأصل، ومع ذلك فإن الدستور يميز استثناء الحلول في الاختصاصات الدستورية في أحوال محددة بعينها.

وينفرد عيب عدم الاختصاص بأنه الوحيد من أوجه الإلغاء الذي يتعلق بالنظام العام؛ إذ للقاضي أن يتصدى له من تلقاء نفسه ولو لم يثيره المدعي كسبب من أسباب الإلغاء، كما وأن التشريع الذي يصدر مشوباً بعيب عدم الاختصاص لا يمكن تصحيحه بتشريع لاحق يصدر من السلطة المختصة، فضلاً عن أنه لا يجوز للبرلمان الاتفاق على تعديل قواعد الاختصاص التشريعي التي رسمها الدستور^(٢)؛ لأن قواعد الاختصاص ليست مقررة لصالح الإدارة فتتنازل عنها كلما شاءت، ولكنها شرعت لتضع قواعد قانونية ملزمة للإدارة تحقيقاً للصالح العام^(٣).

(ب) أساس عدم الاختصاص: إذا كان عيب عدم الاختصاص في المجال الإداري يتمثل في خرق رجل الإدارة لقواعد الاختصاص التي تبينها النصوص التشريعية، سواء تمثلت تلك النصوص في قانون أم في لائحة، فإن أساس هذا العيب في المجال الدستوري يرتكز على مخالفة السلطة المختصة بالتشريع، سواء كان البرلمان أم رئيس الجمهورية في الحالات التي يقرر له فيها الدستور اختصاصات تشريعية، لقواعد الاختصاص التي يرسمها الدستور.

ومفاد ذلك أن أساس فكرة عدم الاختصاص في المجال الإداري يرجع إلى مخالفة رجل الإدارة لقواعد الاختصاص التي تحددها النصوص التشريعية في القوانين واللوائح، وأساسها في المجال الدستوري هو مخالفة السلطة المختصة بالتشريع قواعد الاختصاص والولاية التي يقررها

(١) الدكتور سامي جمال الدين: اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، ١٩٨٢ ص ٣١٤، ٣٧٢؛ الدكتور سعد عصفور: النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف ١٩٨٠ ص ١٢٦، ١٢٨.

(٢) الدكتور سعد عصفور والدكتور محسن خليل: القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ للنشر، ص ٤٤٣-٤٤٥؛ الدكتور محسن خليل: القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، الجزء الأول مبدأ المشروعية - تنظيم الرقابة القضائية - قضاء الإلغاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى ١٩٦٢ ص ٣٥٤.

(٣) الدعوى رقم ١٧٦٧ س ٨ ق جلسة ٢٧ يناير ١٩٥٧ مجموعة أحكام القضاء الإداري س ١١ ص ١٧٢.

الدستور^(١). ويشبه البعض الاختصاص في القانون العام بالأهلية في القانون الخاص؛ إذ يتعلق الأمر بقدرة الفرد في الحالتين على القيام بعمل معين.

والواقع أن ثمة فارق بين الأمرين يتركز من ناحية أولى في اختلاف الهدف في كلا الأمرين، فبينما يكون الهدف من قواعد الاختصاص حماية المصلحة العامة تهدف قواعد الأهلية حماية الشخص ذاته، ومن ناحية ثانية، بينما تكون الأهلية في القانون الخاص هي القاعدة وعدم الأهلية هي الاستثناء، يستند الاختصاص دائماً على القانون الذي يبين حدود إمكان مباشرة العمل القانوني، ومن ناحية ثالثة، فإن سبب عدم الأهلية يتركز في عدم كفاية النضوج العقلي للشخص، بينما يكون الدافع في تحديد الاختصاص هو العمل على التخصص وتقسيم العمل بين أعضاء السلطة الإدارية حتى يتحقق سير العمل وتحديد المسؤولية^(٢).

(ج) عناصر الاختصاص: تنهض فكرة الاختصاص، سواء في المجال الدستوري أم في المجال الإداري، على أربعة عناصر، هي: العنصر الشخصي، والعنصر الموضوعي، والعنصر الزمني، والعنصر المكاني^(٣):

١. العنصر الشخصي: مفاد العنصر الشخصي أن يتولى التشريع أو الإجراء السلطة المختصة به وفقاً لأحكام الدستور.

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٢٩١؛ الدكتور فتحي فكري: وجيز دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء، ٢٠٠٥ ص ٢٢٨؛ الدكتور ماجد راغب الحلو: القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٢ ص ١٦٣؛ الدكتور محمود أبو السعود حبيب: المرجع السابق، ص ١١١ وما بعدها.

(٢) الدكتور فؤاد العطار: القضاء الإداري، دراسة مقارنة لأصول رقابة القضاء على أعمال الإدارة وعملها ومدى تطبيقاتها في القانون الوضعي، قضاء الإلغاء - القضاء الكامل - القضاء التأديبي، دار النهضة العربية ١٩٦٦ - ١٩٦٧ ص ٦٤١-٦٤٣؛ الدكتور محسن خليل: القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، الجزء الأول مبدأ المشروعية - تنظيم الرقابة القضائية - قضاء الإلغاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى ١٩٦٢ ص ٣٥٣-٣٥٤؛ الدكتور محمود حلمي: القضاء الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى ١٩٧٥ ص ١٣٣ هامش ١.

(٣) الدكتور سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص ٣٠١ وما بعدها الدكتور فؤاد العطار: القضاء الإداري، دراسة مقارنة لأصول رقابة القضاء على أعمال الإدارة وعملها ومدى تطبيقاتها في القانون الوضعي، قضاء الإلغاء - القضاء الكامل - القضاء التأديبي، دار النهضة العربية ١٩٦٦-١٩٦٧ ص ٦٤٤ وما بعدها؛ الدكتور محمد كامل ليله: المرجع السابق، ص ١١٥٥-١١٦٥.

والسلطة الأصلية المختصة في دستور ٢٠١٤ هو البرلمان أو «مجلس النواب»؛ فقد نصت المادة ١٠١ من دستور ٢٠١٤ على أن «يتولى مجلس النواب سلطة التشريع...».

كما يختص رئيس الجمهورية بإصدار قرارات لها قوة القانون استناداً إلى نص المادة ١٥٦ من دستور ٢٠١٤^(١).

ومفاد ذلك، أن يتولى التشريع السلطة المختصة به، سواء تمثلت في السلطة التشريعية أم في رئيس الجمهورية. وبالتالي لا تملك سلطة غيرها أن تحل محلها مباشرة، كما أنها لا يجوز لها أن تنزل عنه غيرها، أو تفوضها فيه إلا بنص في الدستور، فإذا صدر تشريع على عكس ذلك كان مشوباً بعيب اغتصاب السلطة مما يصم التشريع بالانعدام، وقد يكون عيب عدم الاختصاص في هذه الحالة ظاهراً، وقد يكون خفياً، كما إذا أقر التشريع من قبل السلطة المختصة بسنه، ثم ظهر أن هذه السلطة قد نشأت على عكس أحكام الدستور، أي شابهها عيب دستوري في تكوينها. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا «أن مؤدى المواد الخامسة مكرراً والسادسة» فقرة ١ «والسابعة عشر» فقرة ١ «من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ المطعون عليها أن المشرع حين نص على أن يكون انتخاب أعضاء مجلس الشعب عن طريق الانتخاب بالقواعد الحزبية وما استتبع ذلك من النص على اعتبار صورة قائمة الحزب الذي ينتمي إليه المرشح المثبت بها إدراجه فيها شرطاً حتمياً لقبول طلب ترشيحه يكون قد قصر حق الترشيح لعضوية مجلس الشعب على المتتمين إلى الأحزاب السياسية المدرجة أسماؤهم بقوائم هذه الأحزاب وحرّم بالتالي غير هؤلاء من ذلك الحق دون مقتض من طبيعته و متطلبات مباشرته. ولما كان حق الترشيح من الحقوق العامة التي كفلها الدستور للمواطنين في المادة ٦٢ منه، ومن ثم فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق ينطوي على إهدار لأصله وإخلال بمبدأي تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون ويشكل بالتالي مخالفة للمواد ٨، ٤٠، ٦٢ من الدستور.

(١) الدكتور سليمان الطهاوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي ١٩٧٩ ص ٦١؛ ولسيادته أيضاً: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص ٣٠٦؛ الدكتور عمر حلمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ١٩٨٠ ص ٢٢١.

الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدھا الدستور بقيود محددة، وإن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارھا، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور و من ثم فإن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الترشيح ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو ينال منه على نحو ما سلكته النصوص المطعون فيها إذ حرمت غير المتتمين إلى الأحزاب من حق الترشيح، و من ثم تكون هذه النصوص قد تعرضت لحقوق عامة كفلھا الدستور و حرمت منها طائفة من المواطنين، فجاوز المشرع بذلك دائرة تنظيم تلك الحقوق الأمر الذي يحتم إخضاعھا لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية. تستهدف الدستور من النص على تعدد الأحزاب العدول عن صيغة التنظيم السياسي الوحيد المتمثلة في الاتحاد الاشتراكي العربي الذي يضطلع بمسؤوليات العمل الوطني في المجالات المختلفة دون أن يجاور ذلك إلى المساس بالحقوق والحريات العامة التي كفلھا الدستور و من بينها حق المواطن في الترشيح المنصوص عليها في المادة ٦٢ منه باعتبار أن نصوص الدستور لا تنفصل عن أهدافھا و يتعين تطبيقھا مترابطة متكاملة^(١).

ورغم أن رئيس الجمهورية قد استعمل سلطته المقررة بنص المادة ١٣٦ من دستور ١٩٧١ وحل مجلس الشعب المشكوك في دستورية تكوينه، وتم تكوين مجلس جديد بمراعاة الأحكام التشريعية المستحدثة التي تضمنھا القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٨٦، وذلك قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا المار بيانه، فإن ذلك لم يغير من واقع أن المجلس المنحل؛ إذ لم يستقم تكوينه مع أحكام الدستور، ويثور معه التساؤل حول دستورية القوانين التي أصدرھا هذا المجلس في الفترة بين تكوينه وحله؟.

ولا شك أن إهدار هذه القوانين يؤدي إلى زعزعة المراكز القانونية والعلاقات المتشابكة التي ترتبت على العمل بهذه القوانين. والأصوب هو تقديم اعتبارات المصلحة والمتمثلة في دواعي المحافظة على الوضع الظاهر، واستقرار المراكز والمعاملات القانونية على غيرها من الاعتبارات، ومقتضى ذلك التسليم بدستورية هذه القوانين.

(١) الطعن رقم ١٣١ س ٦ ق جلسة ١٦ مايو ١٩٨٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ رقم الجزء ١ ص ٣١.

ويشبه البعض هذا الحل بفكرة الموظف الفعلي، التي تعتمد على الظاهر وعدم تكليف الغير بالتحري عن الصفة الفعلية لحائز المركز القانوني متى كان ظاهر الأمور يكفي الاعتقاد بأنه حائز لذلك المركز القانوني، مما يعني أن الأعمال والتصرفات المنسوبة للحائز الظاهر لذلك المركز القانوني صحيحة ونافذة، طالما لم يظهر على وجه ظاهر عكس ذلك^(١).

٢. العنصر الموضوعي: يتصل هذا العنصر بموضوع التشريع ومادته من جهة تحديد الأعمال التي ناطها الدستور بالسلطة التي عهد إليها بمزاولتها. ويعني ذلك أن العنصر الموضوعي في الاختصاص التشريعي يقصد به أن تقوم سلطة التشريع بممارسة اختصاصها في الموضوع الذي أسنده الدستور إليها، وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور لعب اعتور العنصر الموضوعي في الاختصاص^(٢).

والملاحظ أن الدستور الفرنسي الصادر ١٩٥٨ جعل اختصاص السلطة التنفيذية شاملاً لجميع المسائل التي لا يختص القانون بتنظيمها جاعلاً بذلك اختصاص السلطة التشريعية مقيداً واختصاص السلطة التنفيذية بعملية التشريع اختصاصاً عاماً. وعلى العكس، فإن دستور مصر لعام ١٩٧١ قد أجاز للبرلمان حرية التشريع في أي موضوع؛ باعتبار أن تدخله يعد تعبيراً عن الإرادة الشعبية، مما يعني أنه لم يجعل اختصاص السلطة التنفيذية أصيلاً بعملية التشريع، بل جعل دورها بشأن التشريع وارداً على سبيل الحصر؛ إذ قصرها على مسائل محددة عيبتها النصوص الدستورية، كتلك المتعلقة بإصدار اللوائح التنفيذية، ولوائح الضبط الإداري، ولوائح تنظيم المرافق العامة، وفيما عدا هذه السلطة الاستثنائية، تختص السلطة التشريعية بتنظيم أي موضوع تقدر أن تنظمه يحقق المصلحة العامة، ولا يرد على سلطتها هذه قيد سوى التزام الضوابط التي نص عليها الدستور، كقيود على سلطتها في التشريع، مثل عدم رجعية القوانين الجنائية، وحظر

(١) الدكتور سعد عصفور والدكتور محسن خليل: المرجع السابق، ص ٤٥١؛ الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٢٩٦.

(٢) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا: المرجع السابق، ص ٦٠٧؛ الدكتور أنور رسلان: المرجع السابق، ص ٤٧٨؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٥٩٢؛ الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٣٠٧؛ الدكتور ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، ص ٣٧٧ وما بعدها.

المصادرة العامة للأموال، وحظر فرض الحراسة على الأموال الخاصة إلا بحكم قضائي، وعدم جواز الإخلال بتكافؤ الفرص التي تتيحها الدولة للمواطنين.... الخ^(١). وقد سار دستور ٢٠١٢ ودستور ٢٠١٤ على نفس الدرب وجعلا إصدار اللوائح التنفيذية، ولوائح الضبط الإداري، ولوائح تنظيم المرافق العامة من اختصاص رئيس مجلس الوزراء (المواد ١٧٠، ١٧١ و١٧٢ من دستور ٢٠١٤).

ويقتضي بيان العنصر الموضوعي التفرقة بين الاختصاصات التشريعية الأصلية للسلطة التنفيذية والاختصاصات الاستثنائية لهذه السلطة.

فقد ثار جدلاً حول النوع الأول «الاختصاصات الأصلية»، ويشمل اللوائح التنفيذية ولوائح الضبط الإداري ولوائح تنظيم المصالح والمرافق العامة، فذهب رأي إلى أن إصدار أمرها معقوداً للسلطة التنفيذية، ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تمنعها من ممارسة هذا الاختصاص؛ باعتبار أن السلطة التنفيذية تعتبر أصيلة فيه، ولو لم ينص الدستور على اختصاصها بها، وأن تنظيمها يدخل في جوهر الوظيفة التنفيذية، وأن الأعراف الدستورية استقرت على التسليم للسلطة التنفيذية بسلطة إصدارها، وبغير نص صريح على ذلك^(٢).

وعلى العكس استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن الأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع، وإنما يقوم اختصاصها أساساً على إعمال القوانين وتنفيذها، غير أنه استثناء من هذا الأصل، وتحقيقاً لتعاون السلطات وتساندها، فقد عهد الدستور إليها في حالات محددة أعمالاً تدخل في نطاق الأعمال التشريعية، ومن ذلك إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين. تنص المادة ١٤٤ من الدستور على أن «يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين،

(١) الدكتور سامي جمال الدين: اللوائح الإدارية، وضمانة الرقابة الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢ ص ١١٥؛ الدكتور سليمان محمد الطاوي: السلطات الثلاث، ص ١٦٠.

(٢) الدكتور سعد عصفور: النظام الدستوري المصري «دستور سنة ١٩٧١» منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٠ ص ١٢٠-١٢١؛ الدكتور سليمان الطاوي: السلطات الثلاث، ص ١٧١؛ ولسيادته أيضاً: النظم السياسية والقانون الدستوري «دراسة مقارنة» ١٩٨٨ ص ٤٩٥ وما بعدها؛ الدكتور محمد كامل ليلة: مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، مقدمة القانون الإداري، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨/١٩٦٩ ص ٣١٥.

بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه» ومؤدى هذا النص، أن الدستور حدد على سبيل الحصر الجهات التي تختص بإصدار اللوائح التنفيذية فقصرها على رئيس الجمهورية أو من يفوضه في ذلك أو من يعينه القانون لإصدارها، بحيث يمتنع على من عداهم ممارسة هذا الاختصاص الدستوري، وإلا وقع عمله اللائحي مخالفاً لنص المادة المشار إليها. متى عهد القانون إلى جهة معينة بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذه استقل من عينه القانون دون غيره بإصدارها^(١).

و مقتضى اتجاه المحكمة الدستورية أن السلطة التشريعية تستطيع دائماً أن تتناول بالتنظيم أي موضوع بما في إصدار اللوائح التنفيذية، ولوائح الضبط الإداري، ولوائح تنظيم المصالح والمرافق العامة؛ لأنها هي السلطة الأصلية المختصة بالتشريع، وأن الدستور لم يمنعها من التدخل لتنظيم مجالات عهد بها إلى السلطة التنفيذية.

أما النوع الثاني، وهي الاختصاصات الاستثنائية للسلطة التنفيذية، كتلك المتعلقة باختصاص رئيس الجمهورية بإصدار القرارات الخاصة بحماية الوطنية، وضمان سير مؤسسات الدولة في أداء دورها الدستوري واللوائح التفويضية ولوائح الضرورة، فلا يتصور أن تتدخل السلطة التشريعية بنفسها لتحل محل رئيس الجمهورية في مباشرة هذه الاختصاصات التشريعية الاستثنائية؛ إذ الفرض في المادة ٧٤ من دستور ١٩٧١ الخاصة بحماية الوحدة الوطنية وضمان سير مؤسسات الدولة في أداء دورها الدستوري، أن السلطة التشريعية عاجزة عن أن تتخذ بنفسها الإجراءات اللازمة لمواجهة حالة الخطر المحدق بالدولة؛ والفرض في اللوائح التفويضية طبقاً ١٠٨ من ذلك الدستور أن السلطة التشريعية تتخلى لرئيس الجمهورية عن اختصاصاتها التشريعية في الموضوعات المحددة التي جرى بها التفويض، وبمراعاة الأسس التي يقوم عليها؛ والفرض في لوائح الضرورة طبقاً للمادة ١٤٧ من ذلك الدستور أن السلطة التشريعية في حالة غيبة لا تمكّنها من مباشرة اختصاصاتها. ومفاد ذلك أنه في تلك الفروض تنحصر سلطة

(١) الطعن رقم ٥ س ٥ ق جلسة ١٧ مايو ١٩٨٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٣٢٧.

التشريع في رئيس الجمهورية بمراعاة القيود والضوابط التي نص عليها الدستور، ويكون الخروج عليها أو عدم التزاماتها مخالفة دستورية تنال من سلامة العنصر الموضوعي في ممارسة الاختصاص التشريعي^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري أن الدستور وهو مصدر السلطات قد ميز بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فالسلطة التشريعية هي التي تقوم بأعمال التشريع إلا أن لها في بعض حالات عينها الدستور أن تتولى أعمالاً تنفيذية والسلطة التنفيذية هي التي تقوم بأعمال التنفيذ ولها أيضاً أن تتولى أعمالاً تشريعية نص عليها في المادتين ٣٧ و ٤٤ من الدستور ومن ثم لا يجوز لإحدى السلطتين الخروج عن نطاق ما يقضي به الدستور فإذا ما ثبت أن قانوناً أو لائحة أو قراراً صدر على خلاف ما نص عليه الدستور امتنعت المحاكم عن تطبيقه لبطالانه وهذا هو ما جرى عليه القضاء وعليه يكون الدفع بعدم الاختصاص على غير أساس سليم متعيناً رفضه^(٢). وإن العمل الإداري لا يفقد صفته الإدارية ولا يكون معدوماً إلا إذا كان مشوباً بمخالفة جسيمة ومن صورها أن يصدر القرار من فرد عادي أو أن يصدر القرار من سلطة في شأن من اختصاص سلطة أخرى كأن تتولى السلطة التنفيذية عملاً من أعمال السلطة القضائية أو السلطة التشريعية^(٣).

٣. العنصر الزمني: يقصد به أن يكون الدستور قد وضع قيداً زمنياً لممارسة الاختصاص التشريعي، ويتحقق ذلك في فروض عديدة من بينها أن تقرر السلطة التشريعية قانوناً بعد حلها أو انتهاء مدتها، ولو تناول هذا التشريع تنظيم موضوع يدخل أصلاً في اختصاص رئيس الجمهورية، وكذلك أن يصدر رئيس الجمهورية في حالة التفويض التشريعي تشريعاً بعد انتهاء زمن التفويض، ولا يشترط أن يكون هذا الزمن محدداً تحديداً قطعياً، بل يكفي أن يكون قابلاً للتحديد بمراعاة الظروف والملايسات التي صدر فيها التفويض، ومن ذلك أن يتضمن القانون

(١) الدكتور عادل شريف: المرجع السابق، ص ٣١١، ٣١٢.

(٢) الحكم رقم ١٦٦ س ٢ ق جلسة ١٨ أبريل ١٩٥٠ مجموعة أحكام القضاء الإداري س ٤ ج ١ ص ٥٩٤.

(٣) الحكم رقم ١١١٣ س ٥ ق جلسة ١٦ ديسمبر ١٩٥٣ مكتب مجموعة أحكام القضاء الإداري ٨ ج ١ ص ٢٥١.

ضابطاً عاماً يمكن على أساسه تحديد مدة التفويض^(١). كما يعتبر هذا العنصر الزمني متنياً إذا أصدر رئيس الجمهورية قراراً له قوة القانون بعد انتهاء حالة الضرورة التي كان يمكن أن ينبني عليها هذا القرار^(٢).

وأساس ذلك أن من الأمور المسلم بها أن مزاولة الاختصاص الممنوح لأعضاء السلطة التشريعية موقوت بأجل معين ينتهي بانتهاء هذا الأجل؛ إذ لا يتصور أن يكون لرجال السلطة العامة التشريعية اختصاص مؤبد غير محدد بزمان معين^(٣).

ومفاد ذلك أن تحديد الدستور لزمان معين لممارسة سلطة التشريع لاختصاصاتها التشريعية هو في حقيقة الأمر قيد فرضه الدستور على مزاولة هذا الاختصاص مما يتحتم معه إخضاعه لما تتولاه المحكمة الدستورية العليا من رقابة قضائية على دستورية التشريعات^(٤).

٤. العنصر المكاني: درجت الدساتير على أن تحديد عاصمة الدولة مقراً تمارس فيه السلطة التشريعية اختصاصاتها الأصلية المتعلقة بالتشريع؛ فقد نصت المادة (١١٤) من دستور ٢٠١٤ على أن «مقر مجلس النواب مدينة القاهرة. ويجوز له في الظروف الاستثنائية عقد جلساته في مكان آخر، بناءً على طلب رئيس الجمهورية، أو ثلث عدد أعضاء المجلس. واجتماع المجلس على خلاف ذلك، وما يصدر عنه من قرارات، باطل».

ويعني ذلك أن مقر مجلس النواب مدينة القاهرة، وإذا انعقد المجلس خارج العاصمة في غير الظروف الاستثنائية، كان التشريع الصادر منه منعداً. وإذا كان الدستور قد حدد مدينة القاهرة واعتبرها مقراً للمحكمة الدستورية العليا (مادة ١٧٤) إلا أنه لا مجال للقياس بين الحالتين؛ لأن

(١) الدكتور رمضان بطيخ: القضاء الإداري، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٩ - ٢٠٠٠، ص ٤٨٢ وما بعدها؛ الدكتور سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص ٣٣٨ وما بعدها؛ الدكتور ماجد راغب الحلو: لقضاء الإداري ص ٣٨٣.

(٢) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص ٦٠٤؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٥٨٨ وما بعدها.

(٣) الدكتور محسن خليل: المرجع السابق، ص ٣٥٦.

(٤) الدكتور عادل شريف: المرجع السابق، ص ٣١٣.

الأمر يتعلق بأحكام تصدرها هذه المحكمة، لا بقانون تقره السلطة التشريعية، كما أن الدستور لم يمنع صراحة عقد جلسات المحكمة خارج القاهرة، كما فعل بالنسبة لمجلسي الشعب والشورى. ومفاد ما تقدم أن عيب عدم الاختصاص باعتباره أحد عيوب الدستورية يجد مناطه في مخالفة سلطة التشريع لقواعد الاختصاص التي يحددها الدستور، وأن مفهوم هذا العيب في المجال الدستوري يختلف عن مفهومه في المجال الإداري، وأن فكرة الاختصاص في المجالين تقوم على أربعة عناصر تتصل بالنواحي الشخصية والموضوعية والزمنية والمكانية، ويؤدي الخروج على أي من هذه العناصر بصدد ممارسة الاختصاص الدستوري بطلان العمل أو الإجراء الصادر بناء عليه، ومن ثم عدم دستورية التشريع الصادر طبقاً له^(١).

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٣١٤. ٣١٥؛ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٠، ص ٣١١؛ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٠، ص ٣١٢ وما بعدها؛ الدكتور محمود أبو السعود حبيب: القضاء الإداري، دار الثقافة الجامعية ١٩٩٦ ص ١١٨.

المبحث الثاني

عييب الشكل

(أ) المقصود بعييب الشكل:

يقصد به عدم التزام السلطة التشريعية بالقواعد الشكلية والإجرائية التي أجبها الدستور والقوانين المكملة له في إصدار التشريعات، كأن يشترط الدستور أخذ رأي لجنة مشكلة خصيصاً لهذا الغرض؛ لأن الاختصاص الموكل إلى سلطة التشريع في هذا الصدد اختصاص مقيد، فيتعين أن تلتزم هذه السلطة بالقواعد الشكلية والإجرائية التي استلزمها الدستور والقوانين المكملة له؛ باعتبار أن الشارع الدستوري استهدف من النص على هذه القواعد تحقيق المصلحة العامة من جانب ومصالح الأفراد من جانب آخر^(١).

فهو يعني عدم التزام أو مخالفة اللائحة أو القانون للقواعد الدستورية من حيث المظهر الخارجي والإجراءات واجبة الإلتفاع لإصدار اللائحة أو سن القانون^(٢). ومن ذلك بالنسبة للقانون وجوب حضور الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس لصحة انعقاده طبقاً للمادة ١٢١ من دستور ٢٠١٤ وبالنسبة لللائحة وجوب استشارة جهة معينة قبل إصدارها. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه «لما كانت المادة ١٠٧ من الدستور تنص على أن انعقاد مجلس الشعب لا يكون صحيحاً إلا بحضور أغلبية أعضائه، ويتخذ المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة، وكانت المادة ١٨٧ من الدستور تنص على أن أحكام القوانين لا تسرى إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب

(١) الدكتور فؤاد العطار: القضاء الإداري، ص ٦٥٤-٦٥٦.

(٢) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا: المرجع السابق، ص ٦١٣؛ الدكتور رمضان بطيخ: المرجع السابق: المرجع السابق، ص ٥٠٤؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٦٠٠ وما بعدها؛ الدكتور ماجد راغب الحلو: المرجع السابق، ص ٣٨٧؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: المرجع السابق، ص ٢٠٢؛ الدكتور محمود أبو السعود حبيب: القضاء الإداري، ص ١٢٥.

عليها أثر فيما وقع قبلها، و مع ذلك يجوز - في غير المواد الجنائية - النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب. إذ كان ذلك، وكان الإجراء الذي تطلبه الدستور لإقرار الأثر الرجعي للقانون هو إجراء خاص فرضه استثناء من الأصل المقرر في هذا الشأن، انطلاقاً من خطورة الآثار التي تحدثها الرجعية في محيط العلاقات القانونية، فإن الدليل على استيفاء هذا الإجراء يتعين أن يكون جلياً لا يحتمل التأويل، ثابتاً على وجه قطعي، وإذ كان القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٦ المطعون فيه قد ووفق عليه «بالأغلبية» حسبما تدل على ذلك مضبطة الجلسة الخمسين لمجلس الشعب المعقودة صباح الاثنين الموافق ٢١ من إبريل سنة ١٩٨٦، وكانت هذه المضبطة ذاتها قد خلت مما يؤكد أن هذه الأغلبية هي الأغلبية الخاصة التي اشترطتها المادة ١٨٧ من الدستور ممثلة في أغلبية أعضاء المجلس في مجموعهم، لا الأغلبية المطلقة للحاضرين منهم، فإن استيفاء الإجراء الخاص لا يكون قد تم على الوجه الذي يتطلبه الدستور، يؤكد ذلك أن الاقتراح على هذا المشروع قد تم بافتراض انتفاء الأثر الرجعي لمادته الأولى، و هو افتراض يصادم مفهومها، وينقض الأساس الذي تقوم عليه، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم دستوريته^(١).

ولقواعد الشكل أهمية خاصة في القانون الدستوري؛ إذ إن اتباع هذه القواعد يحقق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة على حد سواء، فاتباع البرلمان لهذه القواعد يحول دون صدور قوانين مشبوهة أو ارتجالية مما يعمل على حسن إصدارها، كما وأن قواعد الشكل كثيراً ما تكون في صالح الأفراد مما يؤدي إلى القول بأن في تقريرها ضمانة للأفراد في مواجهة السلطة التشريعية، سواء الأصلية أم الاستثنائية^(٢).

والأصل في القانون هو أن يسرى بأثر مباشر على ما يقع بعد نفاذه، فإذا سرى القانون على وقائع تم تكوينها أو على مراكز قانونية اكتملت عناصرها قبل العمل بأحكامه، فإن هذا القانون

(١) الطعن رقم ٣٠ س ٩ ق جلسة ٧ ديسمبر ١٩٩١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ رقم الجزء ١ ص ٤٦.

(٢) الدكتور محسن خليل: القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، الجزء الأول، مبدأ المشروعية - تنظيم الرقابة القضائية - قضاء الإلغاء، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٦٢ ص ٣٧١.

يكون متضمناً أثراً رجعياً لا يجوز تقريره إلا في المواد غير الجنائية و بعد استيفاء الأغلبية الخاصة التي اشترطتها المادة ١٨٧ من الدستور، كضمانة أساسية للحد من الرجعية و تأكيداً لخطورتها في الأعم الأغلب من الأحوال، إزاء ما تهدره من حقوق و تخل به من استقرار، ويتعين بالتالي أن تصدر القوانين رجعية الأثر عن السلطة التشريعية بأغلبية أعضائها في مجموعهم، وليس بالأغلبية المعتادة المنصوص عليها في المادة ١٠٧ من الدستور وهي الأغلبية المطلقة للحاضرين منهم^(١).

وأن قواعد الشكل التي من شأنها أن تجعل النص غير دستوري هي تلك القواعد الجوهرية التي يمكن أن يؤثر إغفالها في جوهر النص، والقواعد التي ترد في الدستور تكون غالباً من هذا النوع. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن «الإعلان الدستوري الصادر في ٢٧/٩/١٩٦٢ ينص بشأن التنظيم السياسي لسلطات الدولة العليا في مادته الثالثة على أن يتولى رئيس الجمهورية إصدار المعاهدات والقوانين والقرارات التي يوافق عليها مجلس الرياسة. ولما كان الثابت في ديباجة القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بحظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها أنه صدر بعد موافقة مجلس الرياسة وقد وقعه رئيس الدولة ونشر في الجريدة الرسمية، فإنه يكون بذلك قد استوفي الشكل الدستوري للقوانين بحيث لا ينال من سلامته ما ينسبه المدعيان إلى بعض أعضاء مجلس الرياسة من أقوال مرسله لم يقيم عليها دليل^(٢).

ومؤدى هذه الفكرة أن الأشكال والأوضاع التي يفرضها الشارع لا تتقرر اعتباراً، وإنما تنغياً لتحقيق غرض معين يتعين مراعاته وإلا وقع العمل أو التصرف القانوني باطلاً^(٣).

وتنهض فكرة الشكل في المجال الدستوري على حماية الأوضاع والإجراءات الشكلية المنصوص عليها في الدستور، والتي تتصل بالعملية التشريعية من ناحية اقتراح التشريع وإقراره وإصداره بحيث يكون التشريع معيماً متى خرج على الشكل الواجب إتباعه طبقاً لأحكام الدستور في أي مرحلة من هذه المراحل.

(١) الطعن رقم ٣٠ س ٩ ق جلسة ٧ ديسمبر ١٩٩١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ٤٦.

(٢) الطعن رقم ٧ س ١ ق جلسة ٧ فبراير ١٩٨١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١ ج ١ ص ١٦٠.

(٣) الدكتور ماجد راغب الحلو: القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٢ ص ١٤٢ وما بعدها.

(ب) مجال عيب الشكل: ينصرف عيب الشكل في التشريع إلى مخالفة القواعد الشكلية

الإجرائية التي حددها الدستور لسلطة التشريع، لتلتزمها عند سن تشريعاتها.

ويعني ذلك أن البحث في عيب الشكل في التشريع يقتصر على تناول مخالفة القواعد الشكلية الإجرائية المتصلة بالتشريعات البرلمانية، والتشريعات الصادرة عن رئيس الجمهورية في حدود اختصاصه الدستوري ولا يتضمن ما يتصل من هذه القواعد بالتعديلات الدستورية.

١. فمن حيث التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية ينبغي أن تراعى في اقتراحها وإقرارها وإصدارها القواعد الشكلية والإجرائية التي رسمها الدستور، ومن ذلك وجوب حضور الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس لصحة انعقاده طبقاً للمادة ١٢١ من دستور ٢٠١٤، وأن تصدر الموافقة على القوانين بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وبما لا يقل عن ثلث عدد أعضاء المجلس.

كما تصدر القوانين المكملة للدستور بموافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس. وتعد القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية، والنيابية، والمحلية، والأحزاب السياسية، والسلطة القضائية، والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية، والمنظمة للحقوق والحريات الواردة في الدستور، مكملة له (المادة ١٢١ من دستور ٢٠١٤).

٢. ومن حيث اللوائح التي يصدرها رئيس الجمهورية وتكون لها قوة القانون، كلوائح الضرورة أو الطوارئ، ففي هذه الحالة تكون القرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية سليمة ومبرأة من العيوب الدستورية متى التزمت الضوابط الشكلية والحدود الموضوعية التي يفرضها الدستور في شأنها؛ إذ يتعين أن تراعى عند استصدارها شكلية وأوضاع محددة وإلا كانت معيبة ومخالفة للدستور في المادة ١٥٤ من دستور ٢٠١٤ والتي يمارس رئيس الجمهورية اختصاصه بالتشريع استناداً إليها.

٣. ومن حيث الإجراءات الشكلية التي تحيط بالتعديلات الدستورية طبقاً للمادة ١٨٩ من دستور ١٩٧١ (تقابل المادة ٢٢٦ من دستور ٢٠١٤)، فإن التعديل الدستوري باستيفائه إجراءاته يعتبر جزءاً من الدستور، وتكون له مرتبته، ويأخذ حكمه، وفي هذه الحالة لا يتصور أن يطعن

بعدم دستوريته؛ لأن أحكام الدستور تشكل في مجموعها وحدة واحدة لا تتناسخ، ولا تتعارض، على عكس الوضع بالنسبة للتشريعات البرلمانية والتشريعات الصادرة عن رئيس الجمهورية في حدود اختصاصه الدستوري؛ إذ يخضع هذان النوعان من التشريعات للطعن بعدم الدستورية، ويتعين أن يجري سنهما وإصدارهما واستيفاء جميع الإجراءات اللازمة بشأنهما في نطاق الدستور.

مجال عيب الشكل في فرنسا: يبسط مجلس الدولة الفرنسي رقابته على الشكليات ويتحقق من توافرها، ومن ذلك مراعاة إجراءات اقتراح القوانين طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٩، ومراعاة إجراءات المادة ٤٤ المتعلقة بحق الحكومة وأعضاء البرلمان في إدخال التعديلات على مشروعات القوانين، ومن ذلك قرار المجلس الدستوري رقم ٨٦,٢٢٥ الصادر في ٢٣ يناير ١٩٨٧، وقد كان القانون محل الطعن يتعلق ببعض الإجراءات في المجال الاجتماعي بشأن تنظيم الحق في العمل الليلي للنساء، وقد أعلن المجلس الدستوري عدم دستورية المادة ٣٩ من مشروع القانون محل الطعن والتي أدرجتها الحكومة عن طريق التعديل اللاحق المدخل على النص الأصلي الذي أعدته اللجنة التشريعية المختصة، وكان التعديل يهدف إلى تصحيح نص أحد المراسيم المتخذة طبقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور الخاصة بالتفويض بشأن إعداد وتنظيم أوقات العمل، وفي هذا القرار أعلن المجلس الدستوري عدم دستورية التعديلات المقترحة، وأوضح أن التعديلات المدخلة على النص. أثناء المناقشات. يتعين ألا تتجاهل الفقرة الأولى من المادة ٣٩ والفقرة الأولى من المادة ٤٤ من الدستور، وأن يكون ثمة ارتباط بين النص الأصلي والتعديلات المقترحة وإلا كانت متجاوزة للقيود والضوابط المتعلقة بممارسة الحق في التعديل^(١). ولذلك يتحقق المجلس الدستوري من مدى احترام البرلمان للقواعد الإجرائية المتعلقة بمناقشة مشروع القانون، فمن خلال المناقشة البرلمانية يتمكن كل صاحب رأي من الأغلبية والمعارضة أن يبدلي برأيه معلناً عدم موافقته على مشروع القانون المطروح أو يطالب بإدخال بعض التعديلات عليه، وتحت مظلة المناقشة النزيهة يمكن أن يصدر البرلمان قانوناً سليماً^(٢).

(١) الدكتور شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ٣٧٨.

(٢) الدكتور سامر العوضي: المرجع السابق، ص ١٧٧.

(ج) مناط تحقق عيب الشكل: يتحقق عيب الشكل بوقوع المخالفة الإجرائية للأوضاع الشكلية التي حددها الدستور، وعلى ذلك يمكن حصر عيب الشكل في النقطتين التاليتين^(١):

أولاً: أن العيب الإجرائي المتعلق بمخالفة الأوضاع الشكلية التي رسمها الدستور بشأن اقتراح التشريع أو إقراره أو إصداره، لا يتأسس على مخالفة أية أحكام تتردد في نصوص أدنى مرتبة من الدستور: ثار جدل ونزاع في الفقه حول العيب الإجرائي الذي تتحقق به مخالفة الدستور ويترتب عليه بطلان التشريع.

فذهب البعض إلى أن هذا العيب يمكن أن يتحقق عند مخالفة التشريع للقواعد الشكلية الخاصة باقتراح التشريع أو إقراره أو إصداره، سواء وردت تلك القواعد في الدستور أم في أدوات قانونية أخرى أدنى مرتبة^(٢).

وفي المقابل ذهب البعض إلى أن هذا العيب لا يتحقق عن طريق مخالفة التشريع للإجراءات الشكلية، ما لم تكن الأوضاع التي أصابها المخالفة مقررة في ذات الدستور^(٣).

ومرد هذا الجدل القواعد الشكلية الإجرائية المصاحبة لعملية التشريع كما ترد في الدستور، فإنها قد ترد في أدوات قانونية أخرى أدنى مرتبة، ويتمثل اللوائح الداخلية للبرلمان، وفي بعض التشريعات التي قد تتضمن أحكاماً تتعلق باقتراح أو إقراره أو إصداره. ولذلك تجدر التفرقة بشأن القواعد الشكلية بين ما ورد منها في أي من لائحتي البرلمان أو في أدوات قانونية أخرى أقل مرتبة من الدستور، فالقواعد الشكلية أو الإجرائية الواردة في الدستور هي وحدها التي يعول عليها كمرجع في الرقابة الدستورية. أما ما تتضمنه النصوص القانونية الأخرى الأقل مرتبة كنصوص اللوائح الداخلية للبرلمان من قواعد شكلية، في شأن اقتراح النصوص

(١) الدكتور عادل شريف: المرجع السابق، ص ٣٣٠.٣٢٧.

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة نادي القضاة، س ١٩، العدد الأول يناير - يونيو ١٩٨٦ ص ٣٣٠.

(٣) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري المصري ورقابة دستورية القوانين، ١٩٨٥ ص ٤٩٨؛ الدكتور يحيى الجمل القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨ ص ١٩٠.

التشريعية، فإن مخالفتها لا تؤدي إلى عدم الدستورية، على الرغم أن من القواعد الشكلية التي تتضمنها اللوائح البرلمانية ما يعد ترديداً لقاعدة أورها الدستور، وفي هذا الفرض يتعين إرجاع المخالفة الدستورية إلى النص الدستوري ذاته لا إلى النص الوارد في اللائحة الداخلية للبرلمان. ومفاد ذلك أن الرأي الثاني هو الأجدر بالتأييد؛ لأن القواعد القانونية تتفاوت فيما بينها في المرتبة الدستورية، وأن الدستور باعتباره أسمى القواعد الأمرة هو وحده الذي يتعين الاحتكام إليه عن الفصل في صحة التشريع أو بطلانه^(١).

ثانياً: أن التحقق من مخالفة التشريع للأوضاع والإجراءات الشكلية في الدستور تتم على ضوء أحكام الدستور الذي صدر التشريع المعنى في ظله، وليس بالرجوع إلى أحكام الدستور القائم: تجدر التفرقة بين العيوب الموضوعية وغيرها من العيوب. فالرقابة على دستورية القوانين تتم على ضوء أحكام الدستور القائم، وليس بالرجوع إلى الأحكام الدستورية النافذة عند صدور هذه القوانين. أما العيوب (الشكلية) فمن العسير أن تتحدد بالرجوع إلى الدستور القائم؛ باعتبار أن الأوضاع والإجراءات الشكلية تصاحب العملية التشريعية من بدايتها إلى نهايتها، ولا تكون السلطة التشريعية مخاطبة إلا بأحكام الدستور الذي فرض هذه الأوضاع، ومن ثم إذا اتبعتها صار التشريع مبرئاً من العيوب الشكلية وخالياً منها. ولو قيل بتطبيق أحكام الدستور القائم في شأن الأوضاع والإجراءات الشكلية التي فرضها بالمغايرة لأوضاع وإجراءات شكلية كان الدستور النافذ عند سن التشريع المطعون عليه قد قررها، لانتهى الأمر إلى إبطال كل تشريع بالمخالفة للأوضاع الشكلية في الدستور القائم، وهي أوضاع ما كان للسلطة التشريعية التي أقرت التشريع المطعون عليه أن تنقيد بها لخلو الدستور النافذ عند سن التشريع المطعون عليه منها. كما إذا اكتفي الدستور النافذ عند إقرار التشريع المطعون عليه بالأغلبية العادية لإقراره، ثم تطلب الدستور القائم أغلبية خاصة لإقرار مثل هذا التشريع، فلا يقبل العقل والمنطق أن تعمل الأغلبية الخاصة في شأن التشريع الصادر في ظل الدستور السابق لإبطاله.

ومؤدى ذلك، عدم جواز تقرير مخالفة شكلية لم تكن قائمة عند إقرار السلطة التشريعية

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٣٢٨.

للتشريع المطعون عليه، فلا يمكن عقلاً أن يطلب من تشريع صدر في ظل دستور انتهت حياته أن يكون متفقاً مع الإجراءات الشكلية في دستور جديد؛ فلا يتصور مثلاً أن يقيم الدستور الذي صدر في ظله التشريع مجلساً نيابياً واحداً هو صاحب الاختصاص التشريعي ويوافق المجلس الواحد على التشريع بإجراءات صحيحة، ثم يأتي الدستور الجديد فيقيم مجلسين نيابيين، ويطعن على التشريع الصادر في ظل الدستور القديم بأنه لم يمر على المجلسين، فهذا الطعن غير منطقي وغير معقول وغير مقبول^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إنه وإن كان المشرع الدستوري لم يضمن دستور سنة ١٩٥٨ نصاً خاصاً في شأن مبدأ التأميم، إلا أن هذا المبدأ يجد سنده في النص العام الذي ورد في المادة الخامسة من هذا الدستور التي تقضى بأن «الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون وظيفتها الاجتماعية ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة و مقابل تعويض عادل وفقاً للقانون» مما مقتضاه جواز تقييد حق الملكية الخاصة نزولاً على مقتضيات الصالح العام باعتبارها وظيفة اجتماعية ينظم القانون أداءها في خدمة الجماعة بأسرها. وهو ما رددته دستور سنة ١٩٧١ في المادة ٣٢ منه التي جعلت الملكية الخاصة وظيفة اجتماعية وقضت بأن يكون استخدامها بما لا يتعارض مع الخير العام للشعب، وفي المادة ٣٤ التي نصت على أن الملكية مصونة... ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون. وما أكدته ذلك الدستور في المادة ٣٥ من أنه «لا يجوز التأميم إلا للمنفعة العامة وبقانون ومقابل تعويض»^(٢).

- وأن الأصل في الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص التشريعية أنها رقابة شاملة تتناول كافة المطاعن الموجهة إليها أيّاً كانت طبيعتها، وأنها بالتالي لا تقتصر على العيوب الموضوعية التي تقوم على مخالفة نص تشريعي للمضمون الموضوعي لقاعدة واردة في الدستور، وإنما تمتد هذه الرقابة - وبوصفها رقابة مركزية قصرها الدستور والمشرع كلاهما على هذه المحكمة - إلى المطاعن الشكلية التي تقوم في مبناها على مخالفة نص تشريعي

(١) الدكتور يحيى الجمل: المرجع السابق، ص ١٩١ .

(٢) الطعن رقم ١٨ س ١ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية س ٢ ج ١ ص ٧٧ .

للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور سواء في ذلك ما كان منها متصلاً باقتراح النصوص التشريعية أو إقرارها أو إصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان منها متعلقاً بالشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة الاختصاص بإصدارها في غيبة السلطة التشريعية أو بتفويض منها، وذلك لورود النصوص المنظمة لهذه الرقابة في صيغة عامة مطلقة، ولأن قصرها على المطاعن الموضوعية الموجهة إلى النصوص التشريعية، إنما يخرج عيوبها الشكلية عن ولاية هذه المحكمة و يعود بالرقابة عليها إلى رقابة الامتناع عن أعمال النصوص التشريعية المخالفة للدستور، وهي رقابة كانت تفتقر إلى مناهج موحدة في تقرير ضوابطها، إذ كان زمامها بيد المحاكم على اختلافها، وكان لكل منها فهمها الخاص لأحكام الدستور مما أسفر عن تناقض أحكامها في الدعاوى المتماثلة، وأخل بالوحدة العضوية للنصوص الدستورية، وحال دون اتساق مفاهيمها وتجانسها، وهو ما حدا بالدستور وقانون هذه المحكمة إلى إبدالها برقابة البطلان - وبها يفقد النص المحكوم بعدم دستورية قوة نفاذه - لتقوم عليها محكمة عليا تنحصر فيها الرقابة على دستورية النصوص التشريعية جميعها أياً كانت المطاعن الموجهة إليها كي تتولى غيرها صون أحكام الدستور وحمايتها. إن الرقابة التي تبشرها المحكمة الدستورية العليا غايتها أن ترد إلى قواعد الدستور كافة النصوص التشريعية المطعون عليها. وسبيلها إلى ذلك أن تفصل بأحكامها النهائية في الطعون الموجهة إليها شكلية كانت أو موضوعية، وأن يكون إستيثاقها من استيفاء هذه النصوص لأوضاعها الشكلية أمراً سابقاً بالضرورة على خوضها في عيوبها الموضوعية، ذلك أن الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية هي من مقوماتها كقواعد قانونية لا يكتمل كيانها أصلاً في غيبة متطلباتها الشكلية، وذلك خلافاً للعيوب الموضوعية التي تقوم في مبناها على مخالفة النصوص المطعون عليها لقاعدة في الدستور من حيث مضمونها الموضوعي، وهو ما يفترض لزوماً اكتمال أوضاعها الشكلية، وإن شأها عوار موضوعي لخروجها على الأحكام الموضوعية في الدستور. لما كان ذلك، وكان الفصل في التعارض المدعى به بين نص تشريعي وقاعدة موضوعية في الدستور سواء بتقرير قيام المخالفة المدعى بها أو بنفيها، إنما يعد قضاء في موضوعها منطوياً لزوماً على استيفاء النص المطعون عليه للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور و مانعاً من العودة لبحثها، ذلك أن العيوب الشكلية - وبالنظر إلى طبيعتها - لا

يتصور أن يكون بحثها تالياً للخوض في المطاعن الموضوعية، ولكنها تتقدمها، ويتعين على هذه المحكمة بالتالي أن تتحراها بلوغاً لغاية الأمر فيها، ولو كان نطاق الطعن المعروض عليها محدداً في إطار المطاعن الموضوعية دون سواها، و من ثم تفرض العيوب الشكلية نفسها على المحكمة دوماً، إذ لا يتصور أن تتجاهلها عند مواجهتها لأي مطاعن موضوعية، والأمر على نقض ذلك حين يكون نطاق الطعن منحصراً في المطاعن الشكلية، إذ يكون قرار المحكمة بشأنها متعلقاً بها وحدها، ولا يعتبر حكمها برفض هذه المطاعن مطهراً للنصوص المطعون عليها من مثالبها الموضوعية، أو مانعاً كل ذي مصلحة من طرحها على المحكمة وفقاً لقانونها وأياً كانت المطاعن الموجهة إلى النصوص التشريعية، فإن قضاء المحكمة في شأنها - وفي النطاق السالف بيانه - إنما يحوز حجية مطلقة في مواجهة سلطات الدولة جميعها، وبالنسبة إلى الكافة، وهي حجية لا يجوز المساس بها وتعتبر بذاتها مانعة من إعادة عرض النزاع محلها من جديد على هذه المحكمة. إن سبق تصدى المحكمة الدستورية العليا بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٦ مايو سنة ١٩٨٢ في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١ قضائية لنص الفقرة الأولى من المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ منتهية في قضائها - وحجته مطلقة في مواجهة الكافة وسلطات الدولة جميعها - إلى عدم دستوريته، وذلك فيما تضمنته من حظر الطعن في قرارات نقل و ندب رجال القضاء والنيابة العامة أمام الدوائر المختصة بالفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم، وذلك استناداً إلى أن هذا الحظر ينحل إلى حصانة أسبغها القرار بقانون المطعون عليه على قرارات إدارية نهائية بما يحول دون إخضاعها للرقابة القضائية بالمخالفة لنص المادة ٦٨ من الدستور، وكان قضاء هذه المحكمة في تلك الدعوى على النحو المتقدم بيانه، هو فصل في عوار موضوعي يقوم على مخالفة نص تشريعي في قانون السلطة القضائية للمضمون الموضوعي لقاعدة دستورية توفر لكل ذي شأن حق النفاذ إلى القضاء وتسقط موانعه على اختلافها، فإن قضاءها في هذه المخالفة، والقائمة في مضمونها على طعن موضوعي، يكون متضمناً على وجه القطع واللزوم بتحقيقها من استيفاء القرار بقانون الذي اشتمل عليها لأوضاعه الشكلية، إذ لو قام لديها الدليل على تخلفها لسقط هذا القرار بقانون برمته، ولا ممتنع عليها الخوض في اتفاق بعض مواده أو مخالفتها لأحكام الدستور الموضوعية،

الأمر الذي يعتبر معه هذا الوجه من النعي على غير أساس حرياً بالالتفات عنه^(١).

(د) عيب الشكل في القضاء الدستوري المصري: يختص القضاء الدستوري بهذا العيب،

وفصله فيه يعني سلامة التشريع من العيوب الشكلية:

١. أن الولاية المنفردة للمحكمة الدستورية العليا في مصر تشمل المخالفات الشكلية للدستور شأنها في ذلك المخالفات الموضوعية التي يختص هذا القضاء وحده بالفصل فيها. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ كانت تنص على اختصاص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين، ثم نصت المادة ١٧٥ من دستور سنة ١٩٧١ على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح... وذلك على الوجه المبين في القانون» وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي: أولاً - الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح... ومؤدى هذه النصوص أن المشرع أخذ بقاعدة مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، واختص بها هيئة قضائية مستقلة هي المحكمة العليا - ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا - دون غيرها من الجهات القضائية، وهو اختصاص عام يشمل كافة الطعون الدستورية على القوانين واللوائح، سواء تلك التي تقوم على مخالفات شكلية للأوضاع والإجراءات المقررة في الدستور بشأن اقتراح التشريع وإقراره وإصداره، أو التي تنصب على مخالفة أحكام الدستور الموضوعية، وذلك لورود النصوص المشار إليها في صيغة عامة مطلقة، ولأن قصر هذا الاختصاص على الطعون الموضوعية يتكسب بالرقابة القضائية بالنسبة للعيوب الشكلية إلى ما كان عليه الأمر قبل إنشاء القضاء الدستوري المتخصص من صدور أحكام متعارضة يناقض بعضها بعضاً، مما يهدر المحكمة التي تغيها الدستور من تركيز هذه الرقابة في محكمة عليا تتولى دون غيرها الفصل في دستورية القوانين واللوائح وحماية أحكام الدستور وصونها^(٢).

(١) الطعن رقم ٣١ س ١٠ ق جلسة ٧ ديسمبر ١٩٩١ مجموعة أحكام الدستورية س ٥ ج ١ ص ٥٧.

(٢) الطعن رقم ٩ س ١ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٨٢ مجموعة أحكام الدستورية س ٢ ج ١ ص ١١.

ويعد هذا القضاء تحولاً في أحكام الرقابة على الشرعية الدستورية صوناً للدستور وحماية لأحكامه؛ وأساس ذلك أن القضاء المصري قبل إنشاء المحكمة العليا، ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا، أي قبل تقرير مركزية الرقابة في مصر، كان ينظر إلى العيوب الشكلية أن قيامها في شأن قانون أو لائحة يفقد العمل التشريعي صفته، ويجرده من كل قيمة، وبالتالي كان هذا القضاء يتجاهل التشريع المشوب بعيب شكلي، فلا ينظر إليه كقانون من قوانين الدولة، بل يعتبره والعدم سواء، وهو ذات النهج الذي جرت عليه المحاكم حتى في الدولة التي لا تأخذ بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح إلى جانب الدول التي تأخذ بها ومنها والولايات المتحدة الأمريكية، فالعمل التشريعي لا تثبت له صفة هذه إلا إذا كان صادرًا في الحدود التي رسمها الدستور، سواء من حيث الشكل أم من حيث الموضوع^(١). بيد أن المحكمة الدستورية قدرت أن إفلات هذه العيوب الشكلية من الرقابة الدستورية إنما يتكسب بهذه الرقابة بشأن هذه العيوب، ويتعارض مع مركزية الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة، ويجعل أمر الفصل في العيوب الشكلية مترددًا بين جهات القضاء المختلفة، ما يؤدي إلى تعارض الأحكام وعدم توحيد كلمة القانون^(٢).

٢- أن تعرض القضاء الدستوري للمخالفة الموضوعية لأحكام الدستور (عيب المحل والانحراف بالسلطة)، وفصله فيها يفترض سلامة التشريع المطعون عليه من الناحية الشكلية؛ باعتبار أن فصل المحكمة الدستورية في المخالفة الموضوعية يفيد تسليم المحكمة بسلامة التشريع المطعون عليه من المخالفات الشكلية للأوضاع والإجراءات التي رسمها الدستور ويمنعها أن تتعرض بعد ذلك لطعن يتعلق بمخالفة التشريع المطعون عليه للأوضاع والإجراءات التي حددها الدستور في شأن اقتراحه وإقراره وإصداره، فلو انتهت تلك المحكمة في إحدى الدعاوى المطروحة إلى عدم دستورية المصادرة الإدارية، فإن هذا القضاء يمنعها من

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، ص ٢٢٢؛ الدكتور رمزي طه الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري ص ٦١٤؛ الدكتور عثمان خليل: القانون الدستوري، الكتاب الأول في المبادئ الدستورية العامة، ص ٣٩.

(٢) الدكتور عادل شريف: المرجع السابق، ص ٣٣٢-٣٣٣.

البحث في أي طعن يكون موجهاً إلى الأثر الرجعي للتشريع المطعون عليه، باعتبار أن الأغلبية اللازمة لإقرار هذا التشريع لم تتوفر؛ لأن مبنى هذا الطعن ينصب على عدم توافر الأغلبية التي تطلبها الدستور لإقرار الأثر الرجعي، وبالتالي فإن الطعن منصب على عيب شكلي مبناه مخالفة التشريع للأوضاع والإجراءات التي رسمها الدستور في شأن إقراره، والمحكمة تتطرق لبحث الأوضاع الشكلية المقررة في الدستور أولاً وابتداءً قبل أن تتطرق للمخالفات الموضوعية للدستور، مما يعني أن العيوب الشكلية تتقدم العيوب الموضوعية^(١).

(هـ) جزاء مخالفة الشكل: من المقرر أنه إذا خرجت سلطة التشريع عن القواعد الشكلية التي رسمها الدستور لعملية التشريع فيما يتعلق باقتراح التشريع أو إقراره أو إصداره، فإن جزاء البطلان يترتب على هذا الخروج؛ تأسيساً على الطبيعة الآمرة للقواعد الدستورية^(٢).

وقد فرق العلامة الدكتور عبد الرزاق السنهوري بين القواعد الجوهرية والقواعد غير الجوهرية، وبعبارة أخرى فإن الإجراءات الشكلية الواردة في الدستور منها الجوهرية ومنها غير الجوهرية، وأن تحديد الأثر المترتب على قيام العيب الشكلي يتوقف على التفرقة داخل هذه الإجراءات بين الجوهرية منها وغير الجوهرية، بالنظر إلى الغاية في وضع الإجراءات.

وأورد سياته سبع حالات يكون فيها الإجراء جوهرياً، وهي:

١- إذا نظر أحد المجلسين مشروع قانون في غير دور الانعقاد، أو نظره مجلس الشيوخ

(١) الدكتور عادل شريف: المرجع السابق، ص ٣٣٣ - ٣٣٤.

(٢) نظراً للطبيعة الآمرة للقواعد الدستورية، لا مجال للتفرقة بين الشكل الجوهرية والشكل غير الجوهرية الذي ساد فقه القانون والقضاء الإداري، وأن الأول يترتب عليه البطلان، بينما يتخلف البطلان في الشكل غير الجوهرية، واختلاف الفقه والقضاء حول أساس التفرقة. بين معيار النص على الإجراء لاعتباره جوهرياً، ومعيار أن الشكل المقرر لمصلحة الأفراد يعد جوهرياً بينما المقرر لمصلحة الإدارة يعتبر شكلاً ثانوياً، ومعيار درجة جسامته الشكل. انظر تفصيلاً الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا: المرجع السابق، ص ٦١٥؛ الدكتور أنور رسلان: المرجع السابق، ص ٤٨٢ وما بعدها؛ الدكتور رمضان بطيخ: المرجع السابق، ص ٥١٠؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٦١٠ وما بعدها؛ الدكتور ماجد راغب الحلوي: المرجع السابق، ص ٣٩٤؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: المرجع السابق، ص ٢٠٥.٢٠٤؛ الدكتور محمود أبو السعود حبيب: القضاء الإداري، ص ١٣٧.١٣٤؛ الدكتور محمود عاطف البنا: المرجع السابق، ص ٣٧٤ وما بعدها.

ومجلس النواب منحل، كان الاجتماع غير شرعي، ومن ثم يكون التشريع الذي يقره هذا المجلس باطلاً من ناحية الشكل.

٢- إذا اجتمع أحد المجلسين في غير المكان المحدد له وأقر مشروع قانون، كان اجتماعه غير شرعي، وكان التشريع باطلاً من ناحية الشكل.

٣- إذا اجتمع المجلس دون أن تحضر الجلسة أغلبية أعضائه، وأقر تشريعاً، كان التشريع باطلاً من ناحيته الشكلية.

٤- إذا أقر أحد المجلسين مشروع قانون دون أن تسبقه إحالته إلى اللجنة المختصة، كان التشريع باطلاً.

٥- إذا قدم أحد أعضاء مجلس الشيوخ مشروع قانون بإنشاء ضريبة، فأقره البرلمان، كان التشريع باطلاً من ناحية الشكل؛ لأن أعضاء مجلس الشيوخ لا يملكون اقتراح القوانين بإنشاء ضريبة أو زيادتها.

٦- إذا رد الملك (رئيس الدولة) دون تصديق مشروع قانون، ثم أقر البرلمان المشروع مرة ثانية في الدور نفسه بالأغلبية المطلقة، كان التشريع باطلاً من ناحية الشكل؛ لأن الأغلبية الخاصة التي يتطلبها الدستور في هذه الحالة لم تتوافر.

٧- إذا اختلف المجلسان حول مشروع قانون غير الميزانية، واجتمع البرلمان في مؤتمر وأقر المشروع، كان التشريع باطلاً من ناحية الشكل، ويختلط هنا الشكل بالاختصاص؛ لأن المؤتمر غير مختص إلا بأمور معينة أوردها الدستور على سبيل الحصر.

أما الإجراء غير الجوهري، فلا يترتب على الإخلال به إبطال التشريع، وأورد سيادته (الدكتور عبد الرزاق السنهوري) حالات خمس للإجراء غير الجوهري، وهي:

١- إذا تأخرت اللجنة التي أحيل إليها مشروع القانون أكثر من شهر في تقديم تقريرها، لم يكن هذا الأخير موجباً للبطلان.

٢- إذا اقترح أحد أعضاء البرلمان مشروع قانون، ولم يتم إحالته على لجنة الاعتراضات قبل

إحالاته على لجنة الموضوع، كما تقضي بذلك المادة ١٠٣ من دستور ١٩٢٣^(١)، لم يكن موجباً للبطلان.

٣- إذا انعقد أحد المجلسين بهيئة سرية بناء على طلب الرئيس - لا بناء على طلب الحكومة أو عشرة من الأعضاء كما تقضي المادة ٩٨ من دستور ١٩٢٣^(٢)، فقرر المجلس أن تجري المناقشة في جلسة سرية، فالتشريع الذي يقره المجلس في هذه الجلسات السرية لا يكون باطلاً من ناحية الشكل.

٤- إذا أخذ الرأي في مشروع قانون على المبدأ والمواد في وقت واحد، لم يكن هذا موجباً للبطلان.

٥- إذا أقر مجلس النواب مشروع قانون من حيث المبدأ ومن حيث المواد، ثم أخذ الرأي بالاسم على مجموع المشروع في الجلسة ذاتها لا في جلسة تالية، لم يكن هذا موجباً للبطلان.

وأضاف سيادته (الدكتور عبد الرزاق السنهوري) خمس حالات محل للنظر، وهي:

١- إذا قدمت الحكومة مشروع قانون إلى البرلمان، وجب أن تقدمه في صورة مرسوم بمشروع قانون، فيوافق عليه مجلس الوزراء ويمضيه، ثم يقدم بعد ذلك إلى البرلمان لإقراره. ويستخلص هذا الحكم من المادة ٢٨ من دستور ١٩٢٣ والتي تنص على أن «للملك حق اقتراح القوانين»^(٣)، فهل يشترط موافقة مجلس الوزراء بعد تقديم مشروع القانون وإقراره من البرلمان؟.

(١) نصت المادة ١٠٣ من دستور ١٩٢٣ على أن «كل مشروع قانون يقترحه عضو واحد أو أكثر يجب إحالاته إلى لجنة لفحصه وإبداء الرأي في جواز نظر المجلس فيه، فإذا رأى المجلس نظره اتبع فيه حكم المادة السابقة».

(٢) نصت المادة ٩٨ من دستور ١٩٢٣ على أن «جلسات المجلسين علنية على أن كلا منهما يعقد بهيئة سرية بناء على طلب الحكومة أو عشرة من الأعضاء ثم يقرر ما إذا كانت المناقشة في الموضوع المطروح أمامه تجري في جلسة علنية أو لا».

(٣) نصت المادة ٢٨ من دستور ١٩٢٣ على أن «للملك والمجلسي الشيوخ والنواب حق اقتراح القوانين عدا ما كان منها خاصاً بإنشاء الضرائب أو زيادتها فاقتراحه للملك والمجلس النواب».

يجيب الدكتور السنهوري أنه لا يرى هذا واجباً، وقد كان العمل يجري على إرجاع مشروعات القوانين بعد إقرارها من البرلمان إلى مجلس الوزراء للموافقة على رفعها إلى الملك للتصديق عليها حتى يتحقق من ناحية الشكل أن الملك يستعمل سلطة التصديق بواسطة وزرائه، ثم عدل عن ذلك، وغدت مشروعات القوانين ترفع رأساً إلى الملك من رئيس مجلس الوزراء.

٢- إذا أعدت الحكومة مشروع قانون لتقديمه إلى البرلمان، ووضعت من أجل ذلك في صورة مشروع مرسوم، وجب عليها أولاً أن تعرض هذا المشروع على قسم التشريع بمجلس الدولة لصياغته، فإذا هي لم تعرضه، واستصدرت المرسوم بمشروع القانون وقدمته إلى البرلمان فأقره وصدق عليه الملك، فهل يكون باطلاً لعدم عرضه على مجلس التشريع بمجلس الدولة؟. يجيب الدكتور السنهوري باتجاه رأي بعض الفقهاء ببطالان التشريع؛ واستندوا في ذلك إلى أن نص المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة صريح في وجوب أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين، فأى مرسوم بمشروع قانون لم يصغه قسم التشريع يكون باطلاً من ناحية الشكل، فإذا بني على هذا المرسوم الباطل تشريع كان التشريع باطلاً هو أيضاً؛ لأن ما بني على باطل يكون باطلاً، ولا ينال من ذلك أن البرلمان هو صاحب التشريع، وأنه هو الذي وضع المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة، وأوجب بها أن يتولى قسم التشريع صيغة مشروعات القوانين، فله أن يستثني من هذا الحكم العام مشروعاً معيناً أقره هو وإن لم يصغه قسم التشريع؛ لأن ذلك مردود عليه بأن المسلم أنه لا يجوز لجهة تضع قاعدة تنظيمية أن تستثني من حكم هذه القاعدة حالة فردية قبل أن تقوم بتعديل القاعدة بحيث تتسع لهذا الاستثناء. كما لا يقدر في صحة هذا الرأي الزعم بأن القول به يضيف شيئاً لم يقل به الدستور، وأن نصوص الدستور لا تتطلب في التشريع أن يصوغه قسم التشريع بمجلس الدولة بل كل ما يتطلبه هو موافقة البرلمان وتصديق الملك؛ لأن المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة إذ توجب أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين، لا تضيف جديداً على أحكام الدستور، بل هي تؤكد هذه الأحكام وتكفل الدقة في تنفيذها، فإن

الصياغة التي يتولاها قسم التشريع تتوخى كغرض من أهم أغراضها ألا يتعارض التشريع مع الدستور، وهذا التعارض يأباه الدستور ويستنكره، فتكون المادة ٣٥ كفيلة بتنفيذ أحكام الدستور وليس من شأنها أن تضيف على هذه الأحكام شيئاً جديداً.

وعلى العكس يرى الدكتور السنهوري أن التشريع الذي لم يسبق عرضه على قسم التشريع لا يكون باطلاً؛ وأساس ذلك فضلاً عن أن العرض على قسم التشريع واجب، أن المادة ٣٥ صريحة في هذا المعنى وللبرلمان أن يرد المشروع إلى الحكومة لتعرضه على قسم التشريع، ولكن هذا العرض، مع أنه إجراء واجب، ليس بإجراء جوهري حتى يترتب على الإخلال به البطلان؛ لأن الشارع عندما أوجب عرض مشروعات القوانين والقرارات التنظيمية على قسم التشريع، استهدف إقامة رقيب لا على السلطة التشريعية بل على السلطة التنفيذية عندما تقترح مشروع قانون أو عندما تصدر قراراً تنظيمياً، حتى لا تصطدم في مشروع قانونها بالدستور وحتى لا تتعارض في قرارها التنظيمي مع القوانين، ومن ثم كان العرض على قسم التشريع إجراء غير جوهري، لا يعد الإخلال به موجباً لبطلان التشريع. أما العرض على قسم التشريع من حيث هو رقابة على القرارات التنظيمية، فهو إجراء جوهري والإخلال به يترتب عليه بطلان القرار التنظيمي، وعلى هذا استقرت أحكام محكمة القضاء الإداري^(١).

٣- إذا عرض على أحد المجلسين مشروع قانون وجب أخذ الرأي فيه مادة مادة، بهذا الإجراء تقضي المادة ١٠٤ من دستور ١٩٢٣^(٢)، وهو إجراء جوهري، ولكن يسبق هذا مداولة المجلس في المشروع من حيث المبدأ وأخذ الرأي على قبوله أو رفضه من هذه الناحية وحدها. ويجوز أخذ الرأي على المبدأ والمواد في وقت واحد دون أن يكون ذلك موجباً للبطلان، فتقديم الرأي في المبدأ على الرأي في المواد ليس بالإجراء الجوهري. ولكن إذا لم يؤخذ الرأي في المبدأ اطلاقاً ولم يتداول المجلس فيه، لا قبل

(١) الحكم رقم ٥٨٩ س ٤ ق جلسة ٢٦ فبراير ١٩٥٢ مجموعة أحكام القضاء الإداري س ٦ ج ٢ ص ٥١١.

(٢) نصت المادة ١٠٤ من دستور ١٩٢٣ على أنه «لا يجوز لأى المجلسين تقرير مشروع قانون إلا بعد أخذ الرأي فيه مادة مادة. وللمجلس حق التعديل والتجزئة في المواد وفيها يعرض من التعديلات.

مناقشة المواد ولا عند مناقشتها، بل تداول المجلس رأساً في المواد وأقرها مادة مادة، هل يعتبر هذا إجراء جوهري يترتب عليه البطلان؟، قد تكون المسألة محل نظر، وينتهي الدكتور السنهوري إلى أن هذا الإجراء غير جوهري؛ لأن الموافقة على المواد وإقرارها تفترض ضمناً لإقرار المبدأ.

٤- إذا اقترح عضو البرلمان مشروع قانون ورفضه البرلمان، فإن المادة ١٠٦ من الدستور لا تجيز تقديم هذا المشروع ثانية في دور الانعقاد نفسه^(١)، فهل تقديم المشروع في دور انعقاد تال يعتبر إجراء جوهرياً؟ وإذا قدم العضو المشروع ثانية في دور الانعقاد نفسه وأقره البرلمان يكون التشريع باطلاً؟. يرى الدكتور السنهوري عدم ترتب البطلان على هذه المخالفة؛ لأن خطاب المادة ١٠٦ من الشارع الدستوري لعضو البرلمان الذي قدم المشروع، ينهاء فيه عن إضاعة وقت البرلمان في أمر سبق له أن رفضه، ولا يعد الخطاب موجهاً

للبرلمان ينهاء عن إقرار المشروع في دور الانعقاد نفسه إذا كان البرلمان قد رجع عن رأيه في المشروع ورأى إقراره.

٥- إذا أقر البرلمان مشروع قانون ولم يصدق عليه الملك ولكن لم يردده في مدى شهر لإعادة النظر فيه، أو صدق عليه وأصدره ولكن لم ينشر، فإن مشروع القانون يصبح قانوناً بالرغم من عدم نشره، فالنشر في الحالتين ليس بإجراء جوهري، بل ولا بإجراء واجب في قيام القانون، ولكنه إجراء واجب في نفاذه، ومن ثم إذا امتنعت السلطة التنفيذية عن نشر قانون وافق عليه البرلمان وصدق عليه الملك وأصدره، لم يكن هذا القانون نافذاً، ولكن امتناع الحكومة عن نشره يكون أمراً مخالفاً للدستور، ويعتبر هذا الامتناع قراراً إدارياً سلبياً يجوز الطعن فيه بالإلغاء، فإذا هو ألغي رغم عدم نشر القانون، هل يكون القانون نافذاً بمقتضى حكم الإلغاء أم أن النشر الفعلي إجراء جوهري لنفاذ القانون؟. قد يقال أن الحكمة من نشر القانون هو حصول العلم به،

(١) نصت المادة ١٠٦ من دستور ١٩٢٣ على أن «كل مشروع قانون اقترحه عدد الأعضاء ورفضه البرلمان لا يجوز تقديمه ثانية في دور الانعقاد نفسه».

والعلم لا يحصل إلا بالنشر الفعلي، وإذا امتنعت الحكومة عن نشر القانون تكون قد امتنعت عن تنفيذ حكم الإلغاء، ولا يعدل التنفيذ مجرد قيام المحكوم فيها يقتضي التنفيذ فيه عملاً إيجابياً مادياً، ولكن للمحكوم له في هذه الحالة أن يرجع على الحكومة بالتعويض، على أن ثمة رأياً يذهب إلى أن نشر القانون في مضابط البرلمان يعدل نشره في الجريدة الرسمية، وهذا الرأي الأخير من وجهة نظر الدكتور السنهوري محل للنظر^(١).

ولم يسلم التمييز بين القواعد الجوهرية وغير الجوهرية من النقد؛ باعتبار أن القول بإمكان التجاوز عن بعض الإجراءات التي قررها الدستور بمقولة أنه إجراءات غير جوهرية إنما يعني أن هذه الأوضاع والإجراءات لا تعتبر من القواعد الآمرة على الرغم من أن الدستور يتضمنها ويحتويها. والدستور إذا قرر حكماً سواء تعلق بأوضاع شكلية أم اتصل بالموضوع محل التنظيم التشريعي فإن السلطة المؤسسة إنما تعبر بذلك عن أهمية ولزوم تطبيقه، وعدم جواز الخروج عليه بأي حال. ولذلك انتهى البعض إلى أن «كل ما جاء في الدستور يعتبر من الشكليات الأساسية أو الجوهرية التي يترتب البطلان عند مخالفتها أو عدم مراعاتها، وعلى عكس الأحكام التي تتضمنها تشريعات أخرى مثل اللائحة الداخلية للبرلمان التي لا تعدو أن تكون تنظيماً اختيارياً وضعها المجلس بمحض إرادته، وله أن يعدل عنها متى شاء، ومن ثم فإن ما ورد فيها من إجراءات لا يمكن اعتبارها من الشكليات الأساسية التي يترتب البطلان عند عدم مراعاتها»^(٢).

ويلاحظ بادئ ذي بدء أن الشكل يعتبر جوهرياً إذا نص الدستور على ضرورة استيفاء إجراءات شكلية معينة، سواء تم إسقاط الشكل كلية أم تم أدائه على نحو مخالف، وسواء كان

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة نادي القضاء، س ١٩، العدد الأول يناير - يونيو ١٩٨٦، ص ٣٣١، ٣٣٥.

(٢) الدكتور شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة أسيوط، ٢٠٠٠ ص ٣٨٢؛ الدكتور صلاح الدين فوزي: الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية ١٩٩٣ ص ٢٢٨؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: النظم السياسية والقانون الدستوري، ١٩٩٧ ص ٧٩٥؛ الدكتور عبد العزيز محمد سلمان: رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى ١٩٩٥، ص ٣٤٠؛ الدكتور محمد صلاح عبد البديع: الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر، دراسة مقارنة، ٢٠٠٠، ص ٢٨٩؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري ورقابة دستورية القوانين، ص ٤٨٩.

مقررًا للصالح العام أم كان مقررًا لصالح الأفراد، وسواء نص الدستور صراحة على البطلان أم سكت عن تقرير البطلان^(١).

كما يلاحظ أن المادة ٦٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة والتي تقابل المادة ٣٥ من القانون السابق رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ نصت على أن «على كل وزارة أو مصلحة قبل استصدار أي قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذي صفة تشريعية أو لائحة أن تعرض المشروع المقترح على قسم التشريع لمراجعة صياغته، ويجوز لها أن تعهد إليه بإعداد هذه التشريعات»، يترتب على مخالفتها وصم القانون أو القرار الجمهوري عدم المشروعية، إلا أنها لا تصمه بعدم الدستورية؛ إذ ليس في الدستور ما يوجب الالتزام بهذا الإجراء^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا «وحيث إن القول بعدم عرض مشروع قانون تعديل المادة (٢٤) المطعون عليها على مجلس الشورى، غير صحيح، ذلك أن الثابت من مضبطة مجلس الشورى بجلسته المعقودة بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٣١ أن هذا المجلس قد ناقش ذلك المشروع بالفعل بعد أن أحاله إليه السيد رئيس مجلس الشعب، وفقاً للدستور. ومن ناحية أخرى فإن رقابة المحكمة الدستورية العليا مناطها قيام التعارض بين نص قانوني وحكم في الدستور ولا شأن لها بالتناقض بين نصين قانونيين، ومن ثم فإن القول بعدم عرض مشروع القانون على قسم التشريع بمجلس الدولة بالمخالفة لنص المادة (٦٣) من قانون مجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ١٩٧٤ يخرج عن اختصاص هذه المحكمة، أما قالة عدم عرضه على المجلس الأعلى للهيئات القضائية فهي مردودة بأن ما يتضمنه النص لا يتعلق بتنظيم شأن من شئون الهيئات القضائية

(١) انظر في تحديد معيار الإجراء الجوهري والتفرقة بينه وبين الإجراء الثانوي في القانون الإداري: القضاء الإداري للدكتور سعد عصفور والدكتور محسن خليل، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٤٦٧-٤٧٩؛ القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، الجزء الأول، مبدأ المشروعية - تنظيم الرقابة القضائية - قضاء الإلغاء للدكتور محسن خليل، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٦٢ ص ٣٧٣-٣٨٣؛ الدكتور ماجد راغب الحلو: القرارات الإدارية، ص ١٥٥ وما بعدها.

(٢) الدكتور طعيمة الجرف: القضاء الدستوري «دراسة مقارنة في رقابة الدستورية» دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٣ ص ٢٧٣-٢٧٤.

التي يقوم عليها المجلس المذكور حتى يلزم عرضه عليه وفقاً للمادة (١٧٣) من الدستور^(١).

وكان المدعي الأول يعني على القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ والقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٢ المعدل له بالبطلان وعدم الدستورية لمخالفتهما نص المادة ٦٣ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ لخلوهما مما يفيد عرضهما على المجلس المذكور قبل استصدارهما ولأن ضريبة الاستهلاك المقررة بموجبهما يتحقق بها ازدواج في الضريبة. وهو نعي لا يكشف بذاته عن عيب دستوري فيها^(٢).

وهذا يعني أنه لا تفرقة بين شكليات جوهرية وأخرى ثانوية بالنسبة لما يقرره الدستور من إجراءات، فهذه الفكرة وإن وجدت مجالها في القضاء الإداري، فلا مجال لها في القضاء الدستوري؛ لأن جميع الشكليات والإجراءات التي ينص عليها الدستور تعتبر جوهرية يتعين مراعاتها والالتزام بها بدون تمييز أو تفرقة بينها، وتحوز جميعها مرتبة واحدة وأهمية متساوية، ويترتب البطلان على مخالفتها^(٣).

وفضلاً عن ذلك، تنص الدساتير المختلفة على الإجراءات والشكليات التي يجب أن يمر بها لكي يكون صحيحاً، سواء عن طريق السلطة الأصلية، وهي السلطة التشريعية أم عن طريق السلطة التنفيذية عند استخدامها لحقها الاستثنائي في التشريع. وقد نص دستور ١٩٧١ على عدد من القواعد الشكلية والإجرائية التي يجب على السلطة التشريعية مراعاتها في اقتراح القوانين وإقرارها وإصدارها؛ ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٧ منه على أن «لا يكون انعقاد المجلس صحيحاً إلا بحضور أغلبية أعضائه، ويتخذ المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين وذلك في غير الحالات التي تشترك فيها أغلبية خاصة ويجرى التصويت على مشروعات القوانين مادة مادة. ونصت المادة ١١٠ من على أن «يحال كل مشروع قانون إلى إحدى لجان المجلس

(١) الطعن رقم ٧٦ س ٢٩ ق جلسة أول أكتوبر ٢٠٠٧ مجموعة أحكام الدستورية س ١٢ ج ١ ص ٦٥٦.

(٢) الطعن رقم ٤٥ س ٧ ق جلسة ٣ يناير ١٩٨٧ مجموعة أحكام الدستورية س ٤ ج ١ ص ١٥.

(٣) الدكتور رمزي الشاعر: رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، ٢٠٠٤ ص ٦٧٦؛ ولسيادته أيضاً: القضاء الدستوري في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، ٢٠٠٣، ص ٤٧٠-٤٧١.

لفحصه وتقديم تقرير عنه، على أنه بالنسبة إلى مشروعات القوانين المقدمة من أعضاء مجلس الشعب فإنها لا تحال إلى تلك اللجنة إلا بعد فحصها أمام لجنة خاصة لإبداء الرأي في جواز نظر المجلس فيها، وبعد أن يقرر المجلس ذلك». ونصت المادة ١١١ منه على أن «كل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه المجلس لا يجوز تقدمه ثانية في نفس دور الانعقاد». ونصت المادة ١١٥ منه على أنه «يجب عرض مشروع الموازنة العامة على مجلس الشعب قبل ثلاثة أشهر على الأقل من بدء السنة المالية ولا تعتبر نافذة، إلا بموافقته عليها. ويتم التصويت على مشروع الموازنة باباً باباً....» ونصت المادة ٢٠٥ منه على أن «تسري في شأن مجلس الشوري الأحكام الواردة بالدستور في المواد.....، وذلك فيما لا يتعارض مع الأحكام الواردة في هذا الفصل، على أن يباشر الاختصاصات المقررة في المواد المذكورة مجلس الشوري ورئيسه». ونصت المادة (١٩٥) منه على أن «يؤخذ رأي مجلس الشوري فيما يلي:

١- مشروع الخطة العامة للتنمية الاجتماعية والاقتصادية.

٢- مشروعات القوانين التي يحيلها إليه رئيس الجمهورية.

٣- ما يحيله رئيس الجمهورية إلى المجلس من موضوعات تتصل بالسياسة العامة للدولة أو بسياستها في الشئون العربية أو الخارجية. ويبلغ المجلس رأيه في هذه الأمور إلى رئيس الجمهورية ومجلس الشعب.

ومؤدى ذلك أنه كان من الضروري في ظل دستور ١٩٧١- عرض هذه القوانين والمعاهدات على مجلس الشوري قبل إقرارها من مجلس الشعب، وكان يترتب على عدم استطلاع رأي مجلس الشوري في هذه الحالات الإلزامية أن تصبح القوانين غير دستورية (هدراً) على الرغم من إقرارها من مجلس الشعب^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن المادة (١٩٥) من الدستور قبل تعديلها المار

(١) الدكتور رمزي الشاعر: رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، مع دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، ٢٠٠٤ ص ٦٦١-٦٦٣؛ ولسيادته أيضاً: القضاء الدستوري في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، ٢٠٠٣، ص ٤٦٧ وما بعدها.

بيانه كانت تنص على أن يؤخذ رأى مجلس الشورى فيما يلي: ١..... ٢ مشروعات القوانين المكملة للدستور. ٣..... ٤..... ٥..... ٦..... ويبلغ المجلس رأيه في هذه الأمور إلى رئيس الجمهورية ومجلس الشعب. وحيث إن مؤدى ذلك وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن عرض مشروعات هذه القوانين على مجلس الشورى ليقول كلمته فيها لا يكون إلا وجوباً، فلا فكاك منه ولا محيص عنه، ولا يسوغ التفريط فيه أو إغفاله، وإلا تقوض بنيان القانون برمته من أساسه، فإذا تحققت المحكمة من تخلف هذا الإجراء، تعيّن إسقاط القانون المشوب بذلك العوار الشكلي بكامل النصوص التي تضمنها، ولبات لغواً بعدئذ التعرض لبحث اتفاق بعضها مع الأحكام الموضوعية للدستور أو منافاتها لها. وحيث إن الدستور قبل تعديله في ٢٦ مارس سنة ٢٠٠٧ لم يكن يتضمن تحديداً للقوانين المكملة للدستور أو ما يعين على إيضاح معناها، وبلوغاً لهذا التحديد، استقر قضاء هذه المحكمة على أن ثمة شرطين يتعين اجتماعهما معاً لاعتبار مشروع قانون معين مكملًا للدستور، (أولهما) أن يكون الدستور ابتداءً قد نص صراحة في مسألة بعينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقاً لقانون أو في الحدود التي بينها القانون أو طبقاً للأوضاع التي يقررها، فإن هو فعل، دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ في تقديره درجة من الأهمية والثقل لا يجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى، (ثانيهما) أن يكون هذا التنظيم متصلاً بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها، وتلك هي القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تخلو منها في الأعم أية وثيقة دستورية، والتي يتعين كي يكون التنظيم التشريعي مكملًا لها أن يكون محدداً لمضمونها، مفصلاً لحكمها، مبيناً لحدودها. بما مؤداه أن الشرط الأول، وإن كان لازماً كأمر مبدئي يتعين التحقق من توافره قبل الفصل في أية نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يُعد أولاً يُعد مكملًا للدستور، إلا أنه ليس شرطاً كافياً، بل يتعين لاعتبار المشروع كذلك أن يقوم الشرطان معاً متضافرين، استبعاداً لكل مشروع قانون لا تربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصلية، بل يكون غريباً عنها مقحماً عليها. واجتماع هذين الشرطين مؤداه أن معيار تحديد القوانين المكملة للدستور، والتي يتعين أن يؤخذ فيها رأى مجلس الشورى قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية، لا يجوز أن يكون شكلياً صرفاً، ولا موضوعياً بحثاً، بل قوامه مزاجية بين ملامح شكلية، وما ينبغي أن يتصل بها من العناصر

الموضوعية. وحيث إن البين من استقراء الدساتير المصرية المتعاقبة حرصها على النص على كفالة الحق في تكوين النقابات وذلك وفق عبارة نص المادة (٥٥) من دستور سنة ١٩٥٦، ونص المادة (٤١) من دستور سنة ١٩٦٤، وهو الحد الذي جاوزه دستور سنة ١٩٧١ بتقريره مبدأ الديمقراطية النقابية، إذ نص في الفقرة الأولى من المادة (٥٦) منه على أن "إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطي حق يكفله القانون، وتكون لها الشخصية الاعتبارية". ومؤدى ما تقدم أن المشرع الدستوري عنى بأن يكون لأعضاء النقابة الحق في أن يختاروا بأنفسهم وفي حرية قيادتهم النقابية التي تعبر عن إرادتهم وتنوب عنهم، وكذا حقهم في صياغة أنظمة النقابة وبرامجها، وتنظيم إدارتها وأوجه نشاطها في حرية تامة، كذلك فإن الديمقراطية النقابية في محتواها المقرر دستورياً لازماً أن يكون الفوز داخل النقابة بمناصبها المختلفة مرتبطاً بإرادة أعضائها الحرة الواعية، وفاء بأهدافها، وضماناً لتقدمها في الشؤون المختلفة التي تقوم عليها، توكيداً للديمقراطية العمل الوطني في واحد من أدق مجالاته وأكثرها اتصالاً به. وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد تواتر على أن الديمقراطية النقابية التي كرسها، وأقام صرحها نص المادة (٥٦) من الدستور، تحتم أن يكون التنظيم النقابي قائماً وفق مقاييس ديمقراطية يكون القانون كافلاً لها، توكيداً لأهمية وخطورة المصالح التي يمثلها، وعمق اتصالها بالحقوق المقررة قانوناً لأعضائها، فلا ينحاز العمل النقابي لمصالح جانبية لبعضهم محدودة أهميتها، بل يكون تقديماً بالضرورة، متبنياً نهجاً مقبولاً من جموعهم، وقابلاً للتغيير على ضوء إرادتهم. كما وأن الديمقراطية النقابية تعتبر مفترضاً أولياً لوجود حركة نقابية تستقل بذاتيها ومناحي نشاطها، وبها يكون العمل النقابي إسهاماً جماعياً في المجتمع المدني، متى كان هذا العمل منفتحاً لكل الآراء، قائماً على فرص حقيقية لتداولها وتفاعلها، بما يوفق بينها قدر الإمكان أو يبدلها بغيرها، فلا يكون العمل النقابي إملاءً أو التواء، بل تراضياً والتزاماً، وإلا كان مجاوزاً الحدود التي ينبغي أن يترسمها. وحيث عُينت الموائيق الدولية ودساتير الدول المختلفة العربية منها والأجنبية على ترسيخ المفهوم الديمقراطي للنقابات، ودورها في الضمير العالمي والوطني، وتمهيد الطريق أمامها للنهوض بواجباتها في خدمة المجتمع، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة (٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨

من أن «لكل شخص الحق في أن ينشئ وأن ينضم إلى نقابات حماية لمصلحته»، كما نصت المادة (٢٢) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن «لكل فرد حق في حرية تكوين الجمعيات مع الآخرين بما في ذلك حق إنشاء النقابات والانضمام إليها من أجل حماية مصالحه، ولا يجوز أن يوضع من القيود على ممارسته هذا الحق إلا تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن القومي أو السلام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم». وعلى الهدى ذاته، رددت الوثائق الدستورية في عديد من الدول على اختلاف نظمها السياسية وتوجهاتها الاقتصادية وموروثاتها الثقافية مفاهيمًا وأحكامًا قاطعة الدلالة على أن حق تكوين النقابات على أسس ديمقراطية إنما هو من الأصول الدستورية التي لا مرأى فيها. متى كان ما تقدم، فإن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٣ بشأن ضمانات ديمقراطية التنظيمات النقابية المهنية والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٥ المطعون فيه يكون قد توافر في شأنه العنصران الشكلي والموضوعي اللازمان لارتقائه إلى مصاف القوانين المكملة للدستور، التي أوجبت المادة (١٩٥) من الدستور، قبل تعديلها طبقًا لنتيجة الاستفتاء الذي جرى في ٢٦/٣/٢٠٠٧، أخذ رأي مجلس الشورى في مشروعه، وإذ لم يرقم بالأوراق دليل على عرض مشروع القانون المشار إليه على مجلس الشورى، بل ثبت من كتاب أمين عام مجلس الشورى رقم ٨٧ بتاريخ ٢٠٠٤/٨/٣٠ المرفق بالأوراق أنه لم يسبق لمجلس الشورى أن ناقش مشروع القانون المذكور لأخذ رأيه فيه، فإنه يكون مشوبًا بمخالفة نص المادة (١٩٥) من الدستور قبل تعديلها. وحيث إنه لما كان ما تقدم، وكان العيب الدستوري المشار إليه قد شمل القانون المطعون عليه بتمامه، فإن القضاء بعدم دستوريته برمته يكون متعينًا، دون حاجة إلى الخوض فيما اتصل ببعض نصوصه من مظنة انطوائها على عوار دستوري موضوعي. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم دستورية القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٣ بشأن ضمانات ديمقراطية التنظيمات النقابية المهنية المعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٥^(١).

وحيث إنه من المقرر أن التحقق من استيفاء النصوص القانونية لأوضاعها الشكلية يعتبر

(١) الطعن رقم ١٩٨ س ٢٣ ق جلسة ٢ يناير ٢٠١١.

أمراً سابقاً بالضرورة على الخوض في عيوبها الموضوعية ذلك أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية هي من مقوماتها، لا تقوم إلا بها ولا يكتمل بنيانها أصلاً في غيابها، وبالتالي تفقد بتخلفها وجودها كقاعدة قانونية تتوافر لها خاصية الإلزام، ولا كذلك عيوبها الموضوعية، إذ يفترض بحثها - ومناطقها مخالفة النصوص القانونية المطعون عليها لقاعدة في الدستور من زاوية محتواها أو مضمونها - أن تكون هذه النصوص مستوفية لأوضاعها الشكلية، ذلك أن المطاعن الشكلية - وبالنظر إلى طبيعتها - لا يتصور أن يكون تحريها وقوفاً على حقيقتها، تالياً للنظر في المطاعن الموضوعية، ولكنها تتقدمها ويتعين على المحكمة الدستورية العليا أن تتقصاها - من تلقاء نفسها - بلوغاً لغاية الأمر فيها، ولو كان نطاق الطعن المعروف عليها منحصراً في المطاعن الموضوعية دون سواها، منصرفاً إليها وحدها، ولا يحدد قضاء هذه المحكمة برفض المطاعن الشكلية دون إثارة مناع موضوعية يدعي قيامها بهذه النصوص ذاتها، ذلك خلافاً للطعون الموضوعية، ومن ثم يكون الفصل في التعارض المدعى به بين نص قانوني ومضمون قاعدة في الدستور، بمثابة قضاء ضمني باستيفاء النص المطعون فيه للأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور فيه ومانعاً من العودة لبحثها. وحيث إن المادة ١٩٥ من الدستور تنص على أن: - (يؤخذ رأي مجلس الشورى فيما يلي: ١- ... ٢- مشروعات القوانين المكملة للدستور. ٣- ٤- ٥- ٦- ويبلغ المجلس رأيه في هذه الأمور إلى رئيس الجمهورية ومجلس الشعب) ومؤدى ذلك - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أن عرض مشروعات هذه القوانين على مجلس الشورى ليقول كلمته فيها لا يكون إلا وجوبياً، فلا فكاك منه ولا محيص عنه، ولا يسوغ التفريط فيه أو إغفاله، وإلا تقوض ببيان القانون برمته من أساسه، فإذا تحققت المحكمة من تخلف هذا الإجراء، تعين إسقاط القانون المشوب بذلك العوار الشكلي بكامل النصوص التي تضمنها، ولبات لغواً - بعدئذ - التعرض لبحث اتفاق بعضها مع الأحكام الموضوعية للدستور أو منافاتها لها. وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن ثمة شرطين يتعين اجتماعهما معاً لاعتبار مشروع قانون معين مكماً للدستور: (أولهما) : أن يكون الدستور ابتداءً قد نص صراحة في مسألة بعينها على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقاً لقانون أو في الحدود التي بينها القانون أو طبقاً للأوضاع التي يقررها، فإن هو فعل، دل ذلك على أن هذا التنظيم بلغ

في تقديره درجة من الأهمية والثقل لا يجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى. (ثانيهما) : أن يكون هذا التنظيم متصلاً بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها، وتلك هي القواعد الدستورية بتطبيقها التي لا تخلو منها في الأعم أي وثيقة دستورية، والتي يتعين كي يكون التنظيم التشريعي مكماً لها أن يكون محدداً لمضمونها مفصلاً لحكمها مبنياً لحدودها، بما مؤداه أن الشرط الأول وإن كان لازماً كأمر مبدئي يتعين التحقق من توافره قبل الفصل في أي نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يعد أو لا يعد مكماً للدستور، إلا أنه ليس الشرط الوحيد، بل يتعين لاعتبار المشروع كذلك أن يقوم الشرطان معاً متضافرين استبعاداً لكل مشروع قانون لا تربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصلية، بل يكون غريباً عنها مقحماً عليها. واجتماع هذين الشرطين مؤداه أن معيار تحديد القوانين المكملة للدستور، والتي يتعين أن يؤخذ فيها رأي مجلس الشورى قبل تقديمها إلى السلطة التشريعية لا يجوز أن يكون شكلياً صرفاً، ولا موضوعياً بحتاً، بل قوامه مزاجية بين ملامح شكلية، وما ينبغي أن يتصل بها من العناصر الموضوعية، وعلى النحو المتقدم بيانه. وحيث إنه متى كان ما تقدم وكان القانون المطعون فيه قد انصرف حكمه إلى إنشاء الجريمة المشار إليها - وحدد أركانها والعقوبة المقرر جزاء إثباتها لتوقعها المحكمة التي اختصها بنظرها على مقترفها - ومن ثم فإن النص الطعين يكون متعلقاً بالعديد من الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور أخصها الحرية الشخصية ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فضلاً عن تنظيم القانون الطعين لضوابط توقيع العقوبات الأصلية فيها والنصية وسلطة المحكمة في هذا الشأن وهو الأمر وثيق الصلة بولاية القضاء والحق في التقاضي، والتي تدخل جميعها ضمن المسائل التي تتصف بالطبيعة الدستورية الخالصة والتي حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة على تفويض القانون في تنظيمها وهو ما تناوله الدستور الحالي الصادر سنة ١٩٧١ في المواد ٦٦، ٦٧، ٦٨، ١٦٥، ١٦٧ ومن ثم فإنه يكون قد توافر في القانون الطعين العنصران اللذان لا يعتبره من القوانين المكملة للدستور وإذا كان البين من كتاب أمين عام مجلس الشورى رقم ٧٣ بتاريخ ١٨/٥/٢٠٠٥ المرفق بالأوراق أن هذا القانون - بوصفه كذلك - لم يعرض مشروعه على مجلس الشورى لأخذ رأيه فيه، فإنه يكون مشوباً بمخالفة نص المادة ١٩٥ من الدستور. وحيث إنه لما كان ما تقدم وكان العيب

الدستوري المشار إليه قد شمل القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٨ الذي صدر بإضافة الباب السادس عشر إلى قانون العقوبات بعنوان (الترويع والتخويف) (البلطجة) وتضمن هذا الباب المادتين ٣٧٥ مكرر، ٣٧٥ مكرر (١) ونشر هذا القانون بالجريدة الرسمية بالعدد (٨) تابع في ١٩/٢/١٩٩٨ وبدأ العمل به في ٢٠/٨/١٩٩٨ فإن القضاء بعدم دستوريته برمته يكون متعيناً، وذلك دون حاجة إلى الخوض فيما قد يتصل ببعض نصوصه من عوار دستوري موضوعي. «فلهذه الأسباب» حكمت المحكمة بعدم دستورية القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٨ بإضافة باب جديد إلى أبواب الكتاب الثالث من قانون العقوبات^(١).

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد استقر علي أن ثمة شرطين يتعين اجتماعهما معاً لا اعتبار مشروع قانون معين مكماً للدستور: (أولهما) أن يكون الدستور ابتداء قد نص صراحة في مسألة بعينها علي أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقاً لقانون أو في الحدود التي بينها القانون أو طبقاً للأوضاع التي يقررها، فإن هو فعل، دل ذلك علي أن هذا التنظيم بلغ في تقديره درجة من الأهمية والثقل لا يجوز معها أن يُعهد به إلي أداة أدنى. (ثانيهما) أن يكون هذا التنظيم متصلاً بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية علي احتوائها وإدراجها تحت نصوصها، وتلك هي القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تخلو منها في الأعم أية وثيقة دستورية، والتي يتعين كي يكون التنظيم التشريعي مكماً لها أن يكون محدداً لمضمونها مفصلاً لحكمها مبيناً لحدودها، بما مؤداه أن الشرط الأول وإن كان لازماً كأمر مبدئي يتعين التحقق من توافره قبل الفصل في أي نزاع حول ما إذا كان مشروع القانون المعروض يعد أو لا يعد مكماً للدستور، إلا أنه ليس الشرط الوحيد، بل يتعين لا اعتبار المشروع كذلك أن يقوم الشرطان معاً متضافرين استبعاداً لكل مشروع قانون لا تربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصلية، بل يكون غريباً عنها مقحماً عليها. واجتماع هذين الشرطين مؤداه أن معيار تحديد القوانين المكملة للدستور، والتي يتعين أن يؤخذ فيها رأي مجلس الشوري قبل تقديمها إلي السلطة التشريعية لا يجوز أن يكون شكلياً صرفاً، ولا موضوعياً بحثاً، بل قوامه مزاجية بين ملامح شكلية، وما ينبغي أن يتصل بها من العناصر

(١) الطعن رقم ٨٣ س ٢٣ ق جلسة ٧ مايو ٢٠٠٦ مجموعة أحكام الدستورية س ١١ ج ٢ ص ٢٥٢٦.

الموضوعية، علي النحو المتقدم بيانه. وحيث إن المواثيق الدولية قد اهتمت بالنص علي حق الفرد في تكوين الجمعيات ومن ذلك المادة ٢٠ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي تمت الموافقة عليه وإعلانه بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والذي حظر - بنص الفقرة الثانية من المادة ٢٢ - أن يوضع من القيود علي ممارسة هذا الحق إلا تلك التي ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية في مجتمع ديموقراطي لصيانة الأمن القومي أو السلام العام أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم. كما عُنت الدساتير المقارنة بالنص علي هذا الحق في وثائقها، فهو مستفاد مما تضمنه التعديل الأول الذي أدخل علي دستور الولايات المتحدة الأمريكية في ١٥/١٢/١٧٩١ والذي قرر الحق في الاجتماع، ونص عليه صراحة الدستور القائم في كل من: ألمانيا والاردن وتركيا ولبنان وتونس و المغرب والكويت واليمن وسوريا والبحرين والجزائر. و جرت كذلك الدساتير المصرية المتعاقبة - ابتداء من دستور سنة ١٩٢٣، وانتهاء بالدستور الحالي - علي كفالة الحق في تأليف الجمعيات؛ وهو ما نصت عليه المادة ٥٥ من دستور سنة ١٩٧١ بقولها أن «للمواطنين حق تكوين الجمعيات علي الوجه المبين في القانون...».

وحيث إن الدستور حرص علي أن يفرض علي السلطتين التشريعية والتنفيذية من القيود ما ارتآه كفيلاً بصون الحقوق والحريات العامة - وفي الصدارة منها حرية الاجتماع - كي لا تقتحم إحداها المنطقة التي يحميها الحق أو الحرية، أو تتداخل معها، بما يحول دون ممارستها بطريقة فعالة، وكان تطوير هذه الحقوق والحريات وإنهاؤها من خلال الجهود المتواصلة الساعية لإرساء مفاهيمها الدولية بين الأمم المتحضرة، مطلباً أساسياً توكيداً لقيمتها الاجتماعية، وتقديراً لدورها في مجال إشباع المصالح الحيوية المرتبطة بها، وقد واكب هذا السعي وعززه بروز دور المجتمع المدني ومنظماته - من أحزاب وجمعيات أهلية ونقابات مهنية وعمالية - في مجال العمل الجمعي.

وحيث إن منظمات المجتمع المدني - وعلي ماجري عليه قضاء هذه المحكمة - هي واسطة العقد بين الفرد والدولة، إذ هي الكفيلة بالارتقاء بشخصية الفرد بحسبانه القاعدة الأساسية في بناء المجتمع، عن طريق بث الوعي ونشر المعرفة والثقافة العامة، ومن ثم تربية المواطنين علي ثقافة الديموقراطية والتوافق في إطار من حوار حر بناء، وتعبئة الجهود الفردية والجماعية لإحداث

مزيد من التنمية الاجتماعية والاقتصادية معاً، والعمل بكل الوسائل المشروعة علي ضمان الشفافية، وترسيخ قيمة حرمة المال العام، والتأثير في السياسات العامة، وتعميق مفهوم التضامن الاجتماعي، ومساعدة الحكومة عن طريق الخبرات المبدولة، والمشروعات الطوعية علي أداء أفضل للخدمات العامة، والحث علي حسن توزيع الموارد وتوجيهها، وعلى ترشيد الإنفاق العام، وإبراز دور القدوة. وبكل أولئك، تذيع المصادقية، وتتحدد المسؤولية بكل صورها فلا تشيع ولا تنماع، ويتحقق العدل والنصفة وتتناغم قوى المجتمع الفاعلة، فتتلاحم على رفعة شأنه والنهوض به إلى ذرى التقدم. وحيث إن من المقرر أن حق المواطنين في تكوين الجمعيات الأهلية هو فرع من حرية الاجتماع، وأن هذا الحق يتعين أن يتمحضر تصرفاً إرادياً حرّاً لا تتداخل فيه الجهة الإدارية، بل يستقل عنها، ومن ثم تنحل هذه الحرية إلى قاعدة أولية تمنحها بعض الدول - ومن بينها جمهورية مصر العربية - قيمة دستورية في ذاتها، لتكفل لكل ذي شأن حق الانضمام إلى الجمعية التي يرى أنها أقدر علي التعبير عن مصالحه وأهدافه، وفي انتقاء واحدة أو أكثر من هذه الجمعيات - حال تعددها - ليكون عضواً فيها، وما هذا الحق إلا جزء لا يتجزأ من حريته الشخصية، التي أعلي الدستور قدرها، فاعتبرها - بنص المادة ٤١ - من الحقوق الطبيعية، وكفل - أسوة بالدساتير المتقدمة - صونها وعدم المساس بها، ولم يجز الإخلال بها من خلال تنظيمها. وحيث إن ضمان الدستور - بنص المادة ٤٧ التي رددت ما اجتمعت عليه الدساتير المقارنة - لحرية التعبير عن الآراء، والتمكين من عرضها ونشرها سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها أو بتدوينها وغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها، وبدونها تفقد حرية الاجتماع مغزاها، ولا تكون لها من فائدة، وبها يكون الأفراد أحراراً لا يتهيبون موقفاً، ولا يترددون وجلاً، ولا ينتصفون لغير الحق طريقاً، ذلك إن ما توخاه الدستور من خلال ضمان حرية التعبير - وعلي ما اطرده عليه قضاء هذه المحكمة - هو أن يكون التماس الآراء والأفكار وتلقيها عن الغير ونقلها إليه غير مقيد بالحدود الإقليمية علي اختلافها ولا منحصر في مصادر بذواتها تعد من قنواتها، بل قصد أن تتراعى آفاقها، وأن تتعدد مواردها وأدواتها، سعياً لتعدد الآراء، وابتغاء إرسائها علي قاعدة من حيده المعلومات ليكون ضوء الحقيقة مناراً لكل عمل، ومحوراً لكل اتجاه. بل إن حرية التعبير أبلغ ما تكون أثراً في مجال

اتصالها بالشئون العامة، وعرض أوضاعها تبياناً لنواحي التقصير فيها، فقد أراد الدستور بضمائها أن تهيمن مفاهيمها علي مظاهر الحياة في أعماق مناباتها، بما يحول بين السلطة العامة وفرض وصايتها علي العقل العام، وألا تكون معاييرها مرجعاً لتقييم الآراء التي تتصل بتكوينه ولا عائناً دون تدفقها. ومن المقرر كذلك إن حرية التعبير، وتفاعل الآراء التي تتولد عنها، لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة علي نشرها أو من ناحية العقوبة اللاحقة التي تتوخي قمعها. إذ يتعين أن ينقل المواطنون من خلالها -وعلانية - تلك الأفكار التي تجول في عقولهم ويطرحونها عزمًا ولو عارضتها السلطة العامة - إحدائًا من جانبهم - وبالوسائل السلمية - لتغيير قد يكون مطلوباً، ومن ثم وجب القول بأن حرية التعبير التي كفلها الدستور هي القاعدة في كل تنظيم ديمقراطي، فلا يقوم إلا بها، ولا ينهض مستويًا إلا عليها. وحيث إن حق الاجتماع - سواء كان حقاً أصيلاً أم بافتراض أن حرية التعبير تشمل عليه باعتباره كافلاً لأهم قنواتها، محققاً من خلاله أهدافها - أكثر ما يكون اتصالاً بحرية عرض الآراء وتداولها كلما كَوّن أشخاص يؤيدون موقفاً أو اتجاهًا معيناً جمعيةً تحتويهم، يوظفون من خلالها خبراتهم ويطرحون آمالهم ويعرضون فيها كذلك لمصاعبهم، ويتناولون بالحوار ما يؤرقهم، ليكون هذا التجمع المنظم نافذة يطلون منها علي ما يعتمل في نفوسهم، وصورة حية لشكل من أشكال التفكير الجماعي، وكان الحق في إنشاء الجمعيات - وسواء كان الغرض منها اقتصادياً أو ثقافياً أو اجتماعياً أو غير ذلك - لا يعدو أن يكون عملاً اختياريًا، يرمي بالوسائل السلمية إلى تكوين إطار يعبرون فيه عن مواقفهم وتوجهاتهم. ومن ثم فإن حق الاجتماع يتداخل مع حرية التعبير، مكوناً لأحد عناصر الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها بغير اتباع الوسائل الموضوعية والإجرائية التي يتطلبها الدستور أو يكفلها القانون، لازماً اقتضاء حتي لو لم يرد بشأنه نص في الدستور، كافلاً للحقوق التي أحصاها ضماناتها، محققاً فعاليتها، سابقاً علي وجود الدساتير ذاتها، مرتبطاً بالمدينة في مختلف مراحل تطورها، كامناً في النفس البشرية تدعو إليه فطرتها، وهو فوق هذا من الحقوق التي لا يجوز تهيمشها أو إجهاضها. بل إن حرية التعبير ذاتها تفقد قيمتها إذا جحد المشرع حق من يلوذون بها في الاجتماع المنظم، وحجب بذلك تبادل الآراء في دائرة أعرض بها يحول دون تفاعلها وتصحيح بعضها البعض، ويعطل تدفق الآراء التي تتصل

باتخاذ القرار، ويعوق انسياب روافد تشكيل الشخصية الإنسانية التي لا يمكن تنميتها إلا في شكل من أشكال الاجتماع. كذلك فإن هدم حرية الاجتماع إنما يقوّض الأسس التي لا يقوم بدونها نظام للحكم يكون مستنداً إلى الإرادة الشعبية، ومن ثم فقد صار لازماً - وعلي ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - امتناع تقييد حرية الاجتماع إلا وفق القانون، وفي الحدود التي تتسامح فيها النظم الديمقراطية، وترتضيها القيم التي تدعو إليها، ولا يجوز - بالتالي - أن تفرض السلطة التشريعية على حرية الاجتماع قيوداً من أجل تنظيمها، إلا إذا حملتها عليها خطورة المصالح التي وجهتها لتقريرها، وكان لها كذلك سند من ثقلها وضرورتها، وكان تدخلها - من خلال هذه القيود - بقدر حدة هذه المصالح ومداها. وحيث إنه يبين من جميع ما تقدم أن حق المواطنين في تأليف الجمعيات الأهلية، وما يستصحبه - لزوماً - مما سلف بيانه من حقوقهم وحررياتهم العامة الأخرى، هي جميعاً أصول دستورية ثابتة، يباشرها الفرد متآلفة فيما بينها، ومتداخلة مع بعضها البعض، تتساند معاً، ويعضد كل منها الآخر في نسيج متكامل يحتل من الوثائق الدستورية مكاناً سابقاً. وحيث إنه إذ كان ذلك، وكان الدستور قد عهد - بنص المادة ٥٥ - إلى القانون بتنظيم الحق في تكوين الجمعيات، ووضع قواعد ممارسته، وكان القانون الطعين قد احتوي تنظيمًا شاملاً للجمعيات والمؤسسات الأهلية، رسم المشرع من خلاله لحق الأفراد في إنشائها وإدارة وتصريف شئونها وإنقضائها وتصفية أموالها، أطره وأحكام مباشرة، وكان هذا التنظيم قد عرض - بالضرورة - لما يرتبط ويتصل بهذا الحق من حقوقهم العامة في الاجتماع والحرية الشخصية وحرية التعبير عن الرأي، فإن التنظيم الوارد بالقانون المشار إليه يكون متصلاً - من ثم - في جوانبه تلك بهذه الأصول التي ما فتئت الوثائق الدستورية تحرص على إدراج قواعدها الكلية ضمن نصوصها، بما يضيف عليها الطبيعة الدستورية الخاصة؛ فضلاً عما هو مقرر من أن تنظيم ولاية القضاء - والتي تناوّلها القانون المذكور ببعض نصوصه - تدخل ضمن المسائل التي تصنف بهذه الطبيعة أيضاً، متي كان ذلك، فإن القانون المطعون فيه يكون قد توافر في شأنه العنصران الشكلي والموضوعي - المتقدم بيانها - اللازمان لارتقائه إلى مصاف القوانين المكملة للدستور؛ وإذ كان البين من كتاب أمين عام مجلس الشوري رقم ٨٣ بتاريخ ١٩٩٩/١١/٧ المرفق بالأوراق أن هذا القانون - بوصفه كذلك - لم يعرض مشروعه

علي مجلس الشوري لأخذ رأيه فيه، فإنه يكون مشوباً بمخالفة نص المادة ١٩٥ من الدستور. وحيث إنه لما كان ما تقدم، وكان العيب الدستوري المشار إليه قد شمل قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية الصادر بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ بتمامه، فإن القضاء بعدم دستوريته برمته يكون متعيناً، وذلك دون حاجة إلى الخوض فيما اتصل ببعض نصوصه من عوار دستوري موضوعي باستلابه الأنزعة الإدارية الناشئة عنه من مجلس الدولة الذي اختصه الدستور بولاية الفصل فيها باعتباره قاضياً الطبيعي. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم دستورية القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات والأهلية^(١).

(١) الطعن رقم ١٥٣ س ٢١ ق جلسة ٣ يونيو ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية س ٩ ج ١ ص ٥٨٢.

المبحث الثالث

عيب المحل

(أ) ماهية عيب المحل^(١): يتمثل عيب المحل بشأن رقابة الدستورية في مخالفة نص اللائحة أو القانون لقاعدة دستورية مخالفة مباشرة. وبعبارة أخرى يتمثل عيب المحل في مجال المنازعة الدستورية في انتهاك التشريع لأحكام الدستور الموضوعية حال تنظيمه للحقوق والحريات الأساسية التي يكفلها الدستور، ومن ثم يشترط في التشريع لتقرير دستوريته ألا يكون محله مخالفاً للدستور، وذلك بأن تلتزم سلطة التشريع بالقيود والضوابط التي يتطلبها الدستور حال مباشرتها لاختصاصاتها التشريعية، وإلا كان عملها باطلاً لمخالفته لهذه القيود ولمجاوزته حرفية النصوص الدستورية^(٢). ومثال ذلك بالنسبة للقانون أن يصدر قانون يقضي بتحسين القرارات الصادرة تنفيذاً له من رقابة القضاء بالمخالفة للفقرة الثانية من المادة ٩٧ من دستور ٢٠١٤، وذلك أيًا كانت أهمية أو خطورة هذا القانون. وبالنسبة لللائحة أن تصدر لائحة تجيز إجراء التجارب الطبية على المرضى بغير رضاهم الموثق بالمخالفة لنص المادة ٦٠ من نفس الدستور، رغم أن هذه اللائحة قد تستهدف تحقيق التقدم العلمي في مجال العلوم الطبية^(٣).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن المادة (٦٨) من الدستور تنص على أن «التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي،

(١) يقصد بمحل القرار الإداري موضوع القرار أو فحواه المتمثل في الآثار القانونية التي يحدثها القرار مباشرة، وذلك بالتغيير في المراكز القانونية، سواء بالإنشاء أم بالتعديل أم بالإلغاء. انظر تفصيلاً: الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا: المرجع السابق، ص ٦٤٩؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٦٢٠ وما بعدها؛ الدكتور ماجد راغب الحلو: المرجع السابق، ص ٤٠١؛ ولسيادته أيضاً: القرارات الإدارية، ص ١٠١ وما بعدها؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: المرجع السابق، ص ٢٣٤؛ الدكتور محمود أبو السعود حبيب: المرجع السابق، ص ١٥٠.

(٢) الدكتور أنور رسلان: المرجع السابق، ص ٤٨٥؛ الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٥٠٨؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: مبادئ القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ٢٠٠١-٢٠٠٢ ص ٥٦٣-٥٦٥؛ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري) ص ٣٢٠ وما بعدها.

(٣) الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل: الرقابة على دستورية القوانين «القضاء الدستوري» دار النهضة العربية ٢٠٠٥ ص ٦٦.

وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا. ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء «بما مؤداه أن النص الطعين قد خالف حكم هذا النص الدستوري، عندما حظر الطعن على قرارات صادرة من لجنة إدارية أمام القضاء، كما وقع في حمأة مخالفة نص المادة (٤٠) من الدستور عندما أقام تمييزاً في شأن الصادرة في حقهم قرارات من اللجنة المشار إليها حين حظر عليهم الطعن عليها، حال أن هذا الطعن جائز لمن تصدر في حقهم قرارات من اللجان الإدارية الأخرى، بما يكون معه النص المطعون عليه قد خالف أحكام المادتين (٤٠ و ٦٨) من الدستور^(١).

وحيث أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن الناس لا يميزون فيما بينهم في مجال حقهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعي، ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومات القضائية المتماثلة، ولا في فعالية ضمانات حق الدفاع التي يكفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي يدعونها، ولا في اقتضاؤها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها، ولا في طرق الطعن التي تنظمها، بل يجب أن يكون للحقوق عينها قواعد محددة سواء في مجال التداعي بشأنها أو الدفاع عنها، أو استئدائها أو الطعن في الأحكام التي تتعلق بها. إذ كان ذلك، وكانت وحدة الموضوع في القانونين ٢٢ لسنة ١٩٥٥، ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤، وتعلقاً في الحالتين بتقدير قيمة العقارات لأداء مقابل لقيمتها أو استبداء مقابل عن زيادة قيمتها، قد قادت المشرع عند إصداره لهما في تعاصر زمني شديد إلى تنبيه لإجراءات متماثلة نصت عليها أحكامهما، فإن عدول المشرع عما نصت عليه من إجراءات في شأن القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤، بإلغائه لأحكامه وإحلال القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ محله، منتهجاً نهجاً جديداً في شأن الطعن على قرارات لجان تقدير التعويض عن نزع الملكية، بجعله المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار هي الجهة التي يطعن أمامها، وفقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، بما يفتح المجال للطعن على أحكامها أمام محاكم الاستئناف، إذ كان المشرع قد فعل ذلك، تاركاً الأمر في شأن الطعن على تقدير العقارات في شأن مقابل التحسين على حاله السابق مقتصرًا على مرحلة واحدة

(١) الطعن رقم ٥٤ س ٢٣ ق جلسة ٢٢ سبتمبر ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ رقم الجزء ١ ص ٦٢٢ .

يكون الطعن فيها أمام اللجنة المنصوص عليها في المادة الثامنة من القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥، ولتصدر هذه اللجنة قرارات نهائية غير قابلة للطعن عليها أمام القضاء وفقاً لحكم الفقرة الأخيرة منها بالرغم من تماثل المركز القانوني لأصحاب الحق في الطعن في الحالتين حيث كلاهما يتعلق طعنه بتقدير لقيمة عقاره ينبنى على سلطة تقديرية للجنة الإدارية المنوط بها إجراء هذا التقدير، فإن هذا التباين في الحكم يكون قد خلق تمييزاً لفئة من المتقاضين عن فئة أخرى بالرغم من وحدة الموضوع الذي يتقاضون فيه، كما انطوى على إخلال بأصول القواعد الإجرائية لحق التقاضي، وهو ما يعد إخلالاً بمبدأ المساواة في مجال حق التقاضي، بما يوقع النص الطعين في حمأة مخالفة أحكام المادتين (٤٠، ٦٨) من الدستور^(١).

وإذا ما قام المشرع بفرض التحكيم قسراً بقاعدة قانونية أمرة دون خيار في اللجوء إلى القضاء، فإن ذلك يعد انتهاكاً لحق التقاضي الذي كفله الدستور لكل مواطن بنص مادته الثامنة والستين التي أكدت أن اللجوء إلى القضاء للحصول على الترضية القضائية دون قيود تعسر الحصول عليه أو تحول دونها هو أحد الحقوق الجوهرية التي تبنى عليها دولة القانون ويتحقق بها سيادته، ولما كان البين من النصين المطعون عليهما -وهما نص الفقرة الثانية من المادة (١٠) والمادة (٥٢) من قانون سوق رأس المال المشار إليه- أن المشرع أنشأ بموجبهما نظاماً للتحكيم الإلزامي، كجهة بديلة عن القضاء لفض المنازعات بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية وأسبغ على القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم في هذا الشأن قوة تنفيذية، في حين أن المقرر أن التحكيم لا ينزع عن القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداءً إلا إذا كان متولداً عن الإرادة الحرة لأطرافه، بما مؤداه أن اختصاص هيئة التحكيم المنشأة بموجب النصين السالفين بالفصل في المنازعات التي أدخلت جبراً في ولايتها يكون منطوياً بالضرورة على إخلال بحق التقاضي بحرمان ذوي الشأن من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي بغير طريق الاتفاق الإرادي على ذلك وهو ما يخالف المادة (٦٨) من الدستور^(٢).

(١) الطعن رقم ١٩٨ س ٢٠ ق جلسة ١٤ إبريل ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٢٩٦ .

(٢) الطعن رقم ٥٥ س ٢٣ ق جلسة ١٣ يناير ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ رقم الجزء ١ ص ١١٩ .

وأن قانون هيئة قضايا الدولة بتعديلاته وإن عهد بطلبات الإلغاء والتعويض إلى لجنة التأديب والتظلمات بحسبائها هيئة ذات اختصاص قضائي، إلا أن المشرع وقد قدر بنفسه علي ما اتضح من مسلكه إزاء تحديد الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية المتعلقة بأعضاء الهيئات القضائية الأخرى - أن المحاكم وحدها هي الأقدر علي الفصل في هذا النوع من المنازعات بالنظر إلى طبيعتها وعلى ضوء مختلف العناصر التي تلابسها عادة لكي ينال أعضاء هذه الهيئات الترضية القضائية إنصافاً فإن أفراد أعضاء هيئة قضايا الدولة وحدهم بالإبقاء علي اختصاص اللجنة المشار إليها في هذا الشأن يعد إخلالاً بمبدأ المساواة في مجال حق التقاضي رغم توافر مناط إعماله، مكرساً بذلك تمييزاً غير مبرر بينهم وبين أعضاء الهيئات القضائية الأخرى في هذا المجال معطلاً مبدأ خضوع الدولة للقانون، ومن ثم فإنه بذلك يكون قد خالف أحكام المواد ٤٠، ٦٥، ٦٨، ١٦٥، ١٧٢ من الدستور^(١).

وأن الدستور كفّل لكل مواطن . بنص مادته الثامنة والستين . حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي مخوّلاً إياه بذلك أن يسعى بدعواه إلى قاض يكون بالنظر إلى طبيعتها، وعلى ضوء مختلف العناصر التي لا يستها، مهياً دون غيره للفصل فيها، كذلك فإن حق التقاضي غاية نهائية يتوخاها تمثلها الترضية القضائية، التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يطلبونها، فإذا أرهقهم المشرع بقيود تعسر الحصول عليها أو تحول دونها كان ذلك إخلالاً بالحماية التي كفّلها الدستور لهذا الحق وإنكاراً لحقائق العدل في جوهر ملاحظها^(٢).

ومن المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن ملاءمة التشريع و البواعث على إصداره من اطلاقات السلطة التشريعية ما لم يقيدوا الدستور بحدود و ضوابط معينة، و إذ كان ما يقرره المدعي بشأن إغفال المادة الثالثة من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ تنظيم طريق لإشهار صفة المستأجر للأرض الزراعية حتى يتبين من تعامل معه التزامه بالإخطار عن دينه، لا يعدو أن

(١) الطعن رقم ٥ س ٢٢ ق جلسة ٤ أغسطس ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١٣١٣ .

(٢) الطعن رقم ٣٨٠ س ٢٣ ق جلسة ١١ مايو ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١١١٢ .

يكون جديلاً حول ملائمة التشريع و ما قد يترتب عليه من إجحاف بحقوق طائفة من الدائنين، فإن ما ينهه المدعى في هذا الشأن لا يشكل عيباً دستورياً يوصم به النص المطعون فيه و تمتد إليه الرقابة على دستورية القوانين^(١).

ولكن التنظيم التشريعي لحرية من الحريات يجب ألا يصل إلى حد الحرمان منها أو ما يقرب من ذلك بالتشديد في شروط وظروف ممارستها؛ لأن في ذلك إهداراً لهذه الحرية لا يملكه البرلمان مهما أوتي من سلطة تقديرية، وفي ذلك مخالفة للدستور. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن النص الطعين هو من النصوص المنظمة لمباشرة الحق في التقاضي في حالة بعينها إنما يتوجه في خطابه إلى عضو النقابة كشخص طبيعي. انضم إليها استجابة لاختياره الفردي. وصار بعضويته العاملة فيها عضواً بجمعيتها العمومية. فلم يجز له مباشرة حقه في التقاضي إلا إذا شاركه في الموافقة على الطعن في قراراتها أو صحة انعقادها أو في انتخاب رئيس الاتحاد أو عضو مجلس الاتحاد مائة عضو على الأقل ممن حضروا الجمعية العمومية، بما مؤداه تعليق إرادة الشخص الطبيعي في مباشرة حقه في التقاضي على موافقة إرادات أخرى، وهو ما يترتب عليه إهدار إرادة هذا الشخص إذا تجلت منفردة، وهو إهدار لازمته تقويض حقه في التقاضي كما كفله الدستور وهي نتيجة تصم النص الطعين بعدم الدستورية لمخالفته للمواد (٤٠، ٦٥، ٦٨، ٦٩، ١٦٥) من الدستور^(٢).

وحيث إن الأصل في السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق. ومن بينها حق التقاضي المقرر نص المادة (٦٨) من الدستور. هو إطلاقها ما لم يقيدتها الدستور بضوابط معينة، منها أن هذا التنظيم ينبغي ألا يؤدي إلى إجراء تمييز تحكيمي فيما بين أصحاب المراكز القانونية المتكافئة بلا أساس موضوعي يبرره^(٣).

ومؤدى ذلك أنه متى تبين أن التشريع صدر عن طريق السلطة المختصة بذلك وفقاً لأحكام

(١) الطعن رقم ١٣ س ١ ق جلسة ١٦ فبراير ١٩٨٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١ ج ١ ص ١٥١ .

(٢) الطعن رقم ١٩٣ س ٢٣ ق جلسة ١٥ ديسمبر ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٨١٠ .

(٣) الطعن رقم ٢٠١ س ٢٣ ق جلسة ١٥ ديسمبر ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٨١٦ .

الدستور، وأنه روعيت في شأنه الشكليات المتطلبة دستورياً في عملية التشريع في جميع مراحلها، وهي الاقتراح والإقرار والإصدار، فإنه يتبع ذلك التأكد مما إذا كان هذا التشريع قد ترسم الحدود والضوابط الموضوعية التي يفرضها الدستور على السلطة المختصة بالتشريع في مجال ممارستها لاختصاصاتها من عدمه.

ويلاحظ أن سلطة التشريع إما أن تكون تقديرية، وهذا هو الأصل فيها، وإما أن تكون سلطة مقيدة، وهذا هو الاستثناء؛ وذلك جميعه وفقاً للتنظيم الوارد في الدستور، وبالرجوع إلى أحكام دساتير ١٩٧١، ٢٠١٢ و ٢٠١٤ يبين أن سلطة التشريع، وهي بصدد تنظيم موضوع معين، قد تكون سلطة مقيدة وهذا التقييد قد يصل إلى درجة ينعدم فيها تقدير هذه السلطة، حين تتولى تنظيم الموضوع التشريعي، بحيث يكون هذا التقييد مطلقاً، وقد يقتصر التقييد على وضع ضوابط معينة تترسمها السلطة المختصة بالتشريع وهي تمارس اختصاصاتها، وهذا التقييد المحدود الذي لا يطغى كلية على حرية هذه السلطة وهي بصدد مباشرة أعمالها على عكس المنع المطلق الذي يتمتع معه إعمال أي تقدير من جانبها، وهي بصدد تولي عملية التشريع، فإذا لم يفرض الشارع الدستوري هذا المنع المطلق أو التقييد المحدود، فإن سلطة التشريع تكون سلطة تقديرية رجوعاً إلى الأصل فيها^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق بلا معقب عليه في تقديره ما دام أن الحكم التشريعي الذي قرره لتلك الحالات قد صدرت به قاعدة عامة مجردة لا تنطوي على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية ولا تهدر نصاً في الدستور^(٢).

(ب) عيب المحل في قضاء المحكمة العليا الأمريكية: يتسم الدستور الأمريكي على كثرة التعديلات التي أدخلت عليه . بالإيجاز والغموض الشديدين، ورغم ذلك فقد تضمن هذا

(١) الدكتور حنفي علي جبال: المسؤولية عن القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٧، ص ٤٥٢ - ٤٧١؛ الدكتور سليمان الطاوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص ٣٠ وما بعدها، ص ٦٢ وما بعدها؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: قضاء الإلغاء، ص ٢٦٩.

(٢) الطعن رقم ٢٦ س ١ ق جلسة أول يناير ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية س ٢ ج ١ ص ٦٧ .

الدستور عدة نصوص دستورية تمثل قيوداً موضوعية على السلطة التشريعية، سواء على المستوى الاتحادي أم على مستوى الولايات، بحيث إذا خرجت سلطة التشريع فيما تصدره من تشريعات، على أحكامها، كانت هذه التشريعات هدرًا، ومن بين هذه النصوص نصان يتعلق الأول بالوسائل القانونية السليمة، ويرتبط الثاني بالمساواة في الحماية القانونية.

النص الأول إتباع الوسائل القانونية السليمة: تضمن التعديل الدستوري الخامس الصادر سنة ١٧٩١ النص على أنه «يحظر على الحكومة المركزية حرمان أي شخص من حياته أو حريته أو ممتلكاته بغير مراعاة الوسائل القانونية السليمة». كما تضمن التعديل الدستوري الرابع عشر الصادر سنة ١٨٦٨ النص على أنه يحظر على الولايات حرمان أي شخص من حياته أو حريته أو ممتلكاته بغير مراعاة الوسائل القانونية السليمة.

ويرى جانب من الفقه أن شرط مراعاة الوسائل القانونية قد ظهر في البداية كقيود إجرائي لنزاهة إجراءات التحقيق والمحاكمة في المسائل الجنائية والإجراءات الإدارية، ثم تحول بعد ذلك إلى قيد موضوعي ضد تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية، وإن كانت قد تراجعت عن ذلك وقصرته على حماية الحقوق والحريات الفردية^(١).

أولاً: شرط الوسائل القانونية كضمان إجرائي: يتضح هذا الشرط من خلال مبدأ المحاكمة العادلة ومشكلة الإجراءات الإدارية.

(أ) مبدأ المحاكمة المنصفة: تتلخص عناصر المحاكمة العادلة في العناصر التالية^(٢):

١. وجود نص قانوني مفهوم يتضمن تحديداً واضحاً للسلوك غير المشروع.

٢. حياد المحكمة ونزاهتها.

٣. المحاكمة أمام هيئة محلفين.

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين، ص ٢٩١-٢٩٢.

(٢) الدكتور أحمد حامد البدري محمد: الضمانات الدستورية للمتهم في مرحلة المحاكمة الجنائية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢ ص ٤٩ وما بعدها؛ الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٣٠٣، ٢٩٩.

٤. الحق في الدفاع.

٥. عدم جواز إجبار المتهم على الشهادة ضد نفسه أو إكراهه على الاعتراف.

٦. بطلان التفتيش.

(ب) مشكلة الإجراءات الإدارية: يفرق جانب من الفقه والقضاء الأمريكي بين نوعين من

أنواع النشاط الإداري: الأول هو سلطة وضع القواعد التنظيمية العامة، وهي السلطة المعروفة في الفقه والقضاء في فرنسا ومصر بالسلطة اللائحية. ويصف الفقهاء الأمريكيون هذا الجانب من نشاط الإدارة بأن «شبه تشريعي»، ويسلمون بأن الإدارة ليس لها اختصاص عام أصيل بهذه الوظيفة شبه التشريعية، وإنما تملك ذلك بتفويضات خاصة من الهيئة التشريعية. والثاني اختصاص الجهات الإدارية بإصدار الأوامر والقرارات الفردية، أي تلك تتعلق بشخص أو أشخاص معينين بذواتهم أو بأوصافهم، وسلطة الإدارة في ذلك شبيهة بسلطة المحاكم في إصدار الأحكام القضائية، ولذلك يصف الفقهاء هذا الجانب من نشاط الإدارة بأنه نشاط قضائي^(١).

وفيما يتعلق بالنشاط شبه القضائي للإدارة، أي سلطتها في إصدار القرارات والأوامر الإدارية، فمن المسلم به أن شرط الوسائل القانونية السليمة يلزم الإدارة بمراعاة عدالة الإجراءات ونزاهتها، وهي عدالة لا تتحقق في نظر الفقه والقضاء الأمريكيين إلا بمراعاة عنصرين أساسيين في الإجراءات، هما: إعلان الأطراف وسماعهم، وهما أقدم وأول عناصر الوسائل القانونية السليمة^(٢).

وفضلاً عن ذلك، فمن غير المعقول أن تطالب الإدارة بمراعاة هذين الشرطين على النحو الدقيق الذي تتم به الإجراءات أمام المحاكم القضائية؛ ذلك أن مقتضيات الإدارة الصالحة النشيطة قد تدعو أحياناً إلى التجاوز عن هذه الدقة تحقيقاً لأهداف أهم وأكبر من حماية الفرد الذي يتصل بمصالحه نشاط تلك الإدارة.

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٣٠٧.٣٠٥.

(٢) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٣٠٨.

ورغم جهود القضاء الأمريكي في رقابة الإجراءات الإدارية وحرصه على إحاطتها بسياج من المشروعية في ظل الدستور، فإنها كانت دائماً موضع طعن ونقد شديدين من الفقهاء ورجال الأعمال والمشتغلين بالقانون وتضاعفت الحملة عليها بازدياد نشاط الإدارة من أواخر القرن التاسع عشر، وما صاحب ذلك من نشأة اللجان الإدارية المستقلة وتعددتها واطراد نموها، مما أدى إلى صدور قانون الإجراءات الإدارية عام ١٩٤٦، وبصدوره دخلت مشكلة الإجراءات الإدارية مرحلة جديدة فذة في تاريخها، ولم تعد المشكلة الدستورية في شأنها هي مشكلة مراعاة «الوسائل القانونية السليمة» وإنما أصبحت في كثير من الصور مشكلة «تطبيق نصوص هذا القانون على الصور المختلفة للإجراءات الإدارية»^(١).

ثانياً : تحول شرط الوسائل القانونية السليمة إلى قيد موضوعي: تحول شرط مراعاة الوسائل القانونية السليمة إلى قيد موضوعي ضد تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية.

(أ) في التشريعات العمالية : بدأ تدخل الولايات المتحدة في العلاقات العمالية في السنوات الأخيرة من القرن التاسع عشر؛ تأسيساً على ما تملكه الولايات من اختصاصات بوليسية تبيح التدخل في الحقوق والحريات الفردية تدخلاً يستهدف حماية الصحة العامة والأمن والسكينة وتحقيق الرخاء العام.

ويمكن تحديد ذلك في النقاط التالية:

١. **اشتراط حد أقصى لساعات العمل :** ومثال ذلك في القضية المعروضة على المحكمة العليا عام ١٩٠٥، والمعروفة بـ «لوتشنز ضد نيويورك»، بشأن دستورية قانون أصدرته ولاية نيويورك بمنع تشغيل العمال في المخابز أكثر من ستين ساعة أسبوعياً أو عشر ساعات يومياً. وانتهت المحكمة إلى أن القانون المطعون فيه منقطع الصلة بحماية الأغراض التي تزعم الولاية أنه وضع لتحقيقها، وهو يجاوز كل حد معقول لسلطات الولاية البوليسية، ويخل بحرية العمال في التعاقد مخالفاً بذلك شرط الوسائل القانونية السليمة^(٢).

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٣١٠-٣١٤؛ الدكتور سامر العوضي: المرجع السابق، ص ٢٠٦-٢٠٩.

(٢) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٣٠٧.

٢. اشتراط حد أدنى للأجور : تم تطبيق ذلك في قضية «مورهد ضد تيبالدو» عام ١٩٣٦، والتي دار البحث فيها حول قانون أصدرته ولاية نيويورك يضع حدود دنيا لأجور النساء والأطفال في العمل، ويعتمد في تحديد تلك الأجور على قيمة ما يبذل في العمل من جهد. وقضت المحكمة بأغلبية خمسة من أعضائها إلى أربعة بأن أي محاولة لتحديد حد أدنى للأجور لا بد أن تصطدم بشرط الوسائل القانونية السليمة، وتعد مخالفة للدستور^(١).

(ب) تحديد أسعار السلع والخدمات التي تقدمها المشروعات الخاصة: عرضت المشكلة على المحكمة العليا عام ١٨٧٧ في قضية «من» ضد «الينيوي»؛ إذ دار البحث حول دستورية قانون يضع حد أقصى لأجور تخزين الغلال في بعض المخازن الخاصة، وقررت المحكمة أنه ليس في هذا التحديد ما يخالف شرط الوسائل القانونية السليمة^(٢).

ثالثاً: عودة المحكمة العليا للتفسير الضيق لشرط الوسائل القانونية السليمة : يعني ذلك زوال شرط الوسائل القانونية كقيد موضوعي على القوانين في المسائل الاجتماعية والاقتصادية، ثم التوسع في تفسيره لحماية الحقوق والحريات:

(أ) زوال شرط الوسائل القانونية السليمة كقيد موضوعي على القوانين في المسائل الاجتماعية والاقتصادية: ففي المسائل الاجتماعية تقرر دستورية تدخل الدولة في عقود العمل. فقد أصدرت ولاية واشنطن عام ١٩١٣ قانوناً يتضمن إنشاء مكتب إداري يتولى تحديد أجور دنيا للنساء والأطفال، فقضت المحكمة العليا بدستوريته^(٣).

وفي المسائل الاقتصادية، تم تدعيم سلطة الولايات في تحديد أسعار منتجات وخدمات المشروعات الخاصة. فقد قررت المحكمة العليا في «ولاية نبراسكا» عدم دستورية قانون صادر في الولاية يضع حد أقصى للرسوم التي تتقاضاها وكالات التشغيل الخاصة. ولما عرض الأمر على المحكمة العليا عام ١٩٤١ قضت عكس ذلك، وانتهت إلى أنه لا يجوز مطلقاً الاعتماد على

(١) الدكتور سامر العوضي: المرجع السابق، ص ٢١٠-٢١١.

(٢) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٣٣٢.

(٣) الدكتور سامر العوضي: المرجع السابق، ص ٢١٣-٢١٤.

السوابق القضائية؛ لأن القضاء قد هجرها وسار في سلسلة متصلة من أحكامه على عكس ما قضي به ^(١).

(ب) التوسع في تفسير شرط الوسائل القانونية السليمة لحماية الحقوق والحريات الفردية: شمل التوسع من ناحية الحرية الدينية ومن ناحية أخرى حرية التعبير عن الرأي.

أولاً: الحرية الدينية: إذ نص التعديل الدستوري الأول على منع الكونجرس من «سن أي قانون يتضمن اتخاذ دين رسمي معين أو يمنع حرية ممارسة أي عقيدة دينية».

والبين من هذا النص أنه يتناول مشكلة «الحرية الدينية» من جهتين مختلفتين: الأولى منع الدولة من تأسيس أي دين رسمي، والثاني حماية حرية ممارسة العقائد والشعائر الدينية.

ففي شأن فصل الدولة عن الكنيسة، عرضت المحكمة العليا عام ١٩٤٧ لدستورية المزايا والمعاونات التي تقدمها الحكومة ومكاتب التعليم والمدارس والمعاهد التعليمية الدينية؛ إذ أصدرت ولاية نيوجرسي عام ١٩٤١ قانوناً يخول مكاتب التعليم أن تبرم عقوداً لتعويض أولياء أمور التلاميذ عن نفقات نقل أولادهم إلى المدارس ومنها إلى منازلهم، وتشمل الاتفاقيات تلاميذ المدارس العامة والخاصة والمدارس الفنية، وانتهت المحكمة إلى دستورية هذا القانون ^(٢).

كما قضت المحكمة عام ١٩٥٢ بدستورية برنامج ديني أصدرته ولاية نيويورك في قضية زوارش ضد كلوزن؛ تأسيساً على خلو الدستور من نص واحد يلزم الدولة باتخاذ موقف عدواني من الأديان ^(٣).

وفي شأن حرية ممارسة النشاط الديني، أي العقائد والشعائر الدينية: قضت المحكمة العليا عام ١٩٤٣ في قضية «مركوك» ضد بنسلفانيا قضت المحكمة بعدم دستورية الضرائب على بيع المطبوعات الدينية ^(٤). وعندما رفع إليها طعن في قانون أصدرته ولاية «فرجينيا الغربية» وقرار

(١) الدكتور أحمد أبو المجد: المرجع السابق، ص ٣٤٤.

(٢) الدكتور أحمد أبو المجد: المرجع السابق، ص ٣٤٣ و ٣٥٤.

(٣) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٣٥٥، ٣٥٦.

(٤) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٣٥٩.

صادر في ظلّه من مكتب التعليم في الولاية ينص على ضرورة استهلاك اليوم الدراسي بتحية جماعية خاصة للعلم، أيدت الامتناع عن تحية العلم وقضت بعدم دستورية القانون والقرار المطعون عليهما.

ثانياً حرية التعبير عن الرأي: شمل التوسع حرية التعبير في الشوارع والأماكن العامة، وحرية توجيه النقد إلى القضاء.

ففي شأن حرية التعبير في الأماكن العامة، عرضت المحكمة العليا لهذا الحق عام ١٩٤٨ بحكمها في قضية «سايا» ضد «نيويورك» بشأن دستورية لائحة تمنع استعمال مكبرات الصوت في الشوارع والحدائق العامة إلا بعد إذن صريح من رئيس البوليس في المنطقة وانتهت المحكمة إلى عدم دستورتيتها ^(١). وفي قضية «ترمينللو» والتي دار البحث فيها حول دستورية لائحة صادرة في مدينة شيكاغو تتضمن العقاب على كل إخلال بالأمن نتيجة الإدلاء بأقوال أو عبارات من شأنها أن تثير عواطف السامعين أو تبعث الخلاف بينهم على نحو يهدد الأمن والسكينة. وكتب القاضي «دوجلاس» أنه لا يجوز المساس بحرية التعبير إلا إذا خلق استعمالها خطراً قائماً واضحاً بوقوع أضرار أكبر وأبعد مدى من مجرد قلق السامعين أو توترهم أو ديب الخلاق بينهم ^(٢). وفي عام ١٩٤٦ طبقت المحكمة العليا معيار «الخطر القائم الواضح» على حرية نقد القضاء ذاهبة. بإجماع آراء قضاتها إلى أن «نقد أحد القضاة عن طريق الصحافة لا يمكن أن يعد تهديداً لحسن سير العدالة بحيث يبيح الحجر على حرية الرأي في الميدان، رغم أن محكمة الولاية والمحكمة العليا نفسها قد قررتا أن المتهم شوه الوقائع وعرضها بطريقة مغرضة تسعى إلى المحكمة ^(٣).

النص الثاني المساواة في الحماية القانونية: ينص التعديل الدستوري الرابع عشر في نهاية فقرته الأولى على أنه «يمنع على الولايات أن تحرم أي شخص من حقه في المساواة في الحماية القانونية».

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٣٧٢.

(٢) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٣٧٤.

(٣) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٣٨٢.

فقد تطور القضاء الأمريكي في شأن قضية الفصل بين الزوج والبيض في استعمال بعض المرافق. ففي البداية، وفي قضية «بسلي» ضد «فرجسون»، والتي دار البحث فيها حول دستورية قانون صادر في ولاية لويزيانا ينص على ضرورة الفصل بين البيض والزوج في النقل بالسكك الحديدية، قضت المحكمة العليا عام ١٨٩٦ بعدم جواز الفصل عند تحقق المساواة في المزايا. ومنذ صدور ذلك الحكم استقر في قضاء المحكمة العليا مبدأ دستورية الفصل عند تحقق المساواة، وفي عام ١٩٠٨ طبقت المحكمة العليا هذا المعيار الجديد «الفصل عند تحقق المساواة في المزايا» في ميدان التعليم، فقضت في قضية «كلية بريا» أن للولاية أن تمنع هذه الكلية من الجمع بين البيض والزوج في تلقي العلم بها^(١). وفي عام ١٩٥٤ قضت المحكمة العليا بأنه لا موضع في مجال التعليم العام لتطبيق فكرة الفصل مع المساواة؛ لأن الفصل بين البيض والزوج يؤدي بذاته إلى انتفاء المساواة بينهم ويتعارض بذلك مع مبدأ المساواة في الحماية القانونية الواردة في التعديل الرابع عشر^(٢). ويؤيد الاتجاه الحديث للمحكمة مبدأ الحياد العنصري مما يؤدي إلى معارضة كافة وسائل مكافحة التفرقة العنصرية^(٣).

(ج) عيب المحل في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي: يشترط لصحة التشريع في فرنسا وسلامته من شبهة عدم الدستورية ألا يخالف في أحد نصوصه حكماً أو مبدأ ما قرره مفردات الكتلة الدستورية. مما يعني أن التشريع يجب ألا يتناقض مع نص في الوثيقة الدستورية مقدمتها أو يتعارض مع مبدأ وارد في إعلان حقوق الإنسان لعام ١٧٨٩ أو مقدمة دستور ١٩٤٦ أو يخالف أحد المبادئ المنبثقة عن قوانين الجمهورية أو تلك التي اعترفت لها المجلس الدستوري بالقيمة الدستورية، ومثال ذلك ألا يحترم البرلمان مبدأ عند إقراره مشروع قانون أو أن يلجأ إلى منع العمال حق الإضراب بصورة مطلقة مما يترتب عليه إفراغ مبدأ ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد من مضمونه أو أن يصدر تشريعاً يسمع بالمصادرة العامة للأموال مخالفاً بذلك

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٤١٣، ٤١٤ .

(٢) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٤١٦-٤٢١ .

(٣) الدكتور سامر العوضي: المرجع السابق، ص ٢٢٧-٢٣٠؛ الدكتور هشام محمد فوزي: رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، ١٩٩٩، ص ١٥٠-١٥٢ .

قاعدة دستورية تحظر المصادرة العامة للأموال^(١).

ويتعلق هذا العيب عادة بالسلطة التقديرية للشارع؛ حيث لا يكون البرلمان. كقاعدة عامة. مقيداً بأي قاعدة أمرة مسبقاً. وإذا كانت هذه المقولة صحيحة إلى حد بعيد فيما قبل دستور ١٩٥٨، فإن هذا الوضع قد تغير كثيراً بعد صدور هذا الدستور نظراً للثورة القانونية التي أحدثتها في العلاقة بين القانون واللائحة، فضلاً عن الآليات التي أوجدها للحد من سلطة البرلمان عموماً وسلطته التقديرية على وجه الخصوص، بحيث لم يعد الشارع الفرنسي يملك سلطة تقديرية مطلقة في ظل الدستور الحالي؛ إذ التشريع لم يعد تصرفاً تقديرياً للشارع؛ لأن نظرية السيادة البرلمانية لم تعد كما كانت قديماً تهيمن على القانون العام الفرنسي؛ إذ يخضع القانون حال تنظيمه للموضوعات التي تقع في دائرة اختصاصه للقيود والضوابط التي تنظمها المجموعة الدستورية^(٢).

وقد سلم المجلس الدستوري للسلطة التشريعية بسلطتها التقديرية بصدد تنظيمها للأمر التي تقع في دائرة اختصاصاته مع احترامه لخياراته وتقديراته، شريطة ألا ينتهك أحكام الدستور أو يهدر الحقوق والحريات التي يكفلها، بما يشكل مخالفة موضوعية لأحكام الدستور تستوجب الحكم بعدم دستورية التشريعات المعيبة. وتطبيقاً لذلك لم يسلط المجلس رقابته على تقديرات المشرع وملاءمتها بشأن الحالات التي يباح فيها الإجهاض، وإنما حصر رقابته في التحقق من أن هذا التنظيم لا يصل إلى إهدار أحد الحقوق أو المبادئ التي تحويها المجموعة الدستورية، ومنها حق الجنين في الحياة، وانتهى المجلس إلى أن القانون محل الطعن لا يتضمن أي مخالفات دستورية، سواء لنصوص الدستور أم لإعلان الحقوق ومقدمة دستور ١٩٤٦^(٣).

(د) عيب المحل في مصر: تناول الفقه المصري عيب المحل من خلال بحث حدود سلطة الشارع، بصدد مباشرة التنظيم التشريعي، وتدرجها فيما بين الانعدام والتقييد والإطلاق، فقد

(١) الدكتور سامر العوضي: المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(٢) الدكتور شعبان أحمد رمضان: المرجع السابق، ص ٣٨٧-٣٨٨.

(٣) الدكتور شعبان أحمد رمضان: المرجع السابق، ص ٣٨٩-٣٩٠.

يتولى الدستور صراحة تحديد نطاق موضوع معين تحديداً كاملاً، بحيث يحرم الشارع من أية سلطة تقديرية، أو تصبح حريته مقيدة بما يفرضه الدستور من ضوابط محددة، ونتناول ذلك تباعاً:

١. السلطة المنعقدة للشارع: القيود التي يفرضها الدستور على سلطة التشريع وهي بصدد مباشرة اختصاصاتها تتسع وتضيق وفقاً لطبيعة الموضوع محل التنظيم التشريعي ونوعيته، وقد يصل التقييد الذي يفرضه الشارع الدستوري على تنظيم موضوع معين إلى الدرجة التي تنعدم فيها حرية سلطة التشريع إزاء تنظيمه؛ لأن الدستور ذاته يتولى تحديد نطاق هذا الموضوع وإطاره^(١).

أولاً: مبدأ الشرعية الجنائية: نصت المادة ٩٥ من دستور ٢٠١٤ على أن «العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون».

ومفاد هذا النص أن تنعدم سلطة الشارع الجنائي فيما شمله النص، ومن ثم لا يجوز له أن يصدر تشريعاً يخل بمبدأ شخصية العقوبة، أو يتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية، أي مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، أو يسمح بتوقيع العقوبة دون صدور حكم قضائي بتوقيعها، وكذلك لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إنه من المقرر أن الأصل في الجريمة، أن عقوبتها لا يتحملها إلا من أدين كمسئول عنها، وهي عقوبة يجب أن تتوازن وطأتها مع طبيعة الجريمة موضوعها، بما مؤداه أن الشخص لا يزر غير سوء عمله، وأن جريمة الجريمة لا يؤاخذ بها إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، وأن «شخصية العقوبة» وتناسبها مع الجريمة محلها مرتبطان بمن يعد قانوناً «مسئولاً عن ارتكابها». ومن ثم تفترض شخصية العقوبة - التي كفلها الدستور بنص المادة ٦٦ شخصية المسؤولية الجنائية، وبما يؤكد تلازمها. ذلك أن الشخص لا يكون مسئولاً عن

(١) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: قضاء الإلغاء، ص ٢٤٦ وما بعدها.

(٢) الدكتور أحمد حامد البدرى: الضمانات الدستورية، ص ١٤، ١٨٨ وما بعدها.

الجريمة ولا تفرض عليه عقوبتها، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها. ولئن كان ما تقدم يعبر عن العدالة الجنائية في مفهومها الحق، ويعكس بعض صورها الأكثر تقدماً، إلا أن ذلك ليس غريباً عن العقيدة الإسلامية، بل أكدتها قيمها العليا، إذ يقول تعالى - في محكم آياته - «قل لا تسألون عما أجرمنا ولا نسأل عما تفعلون» فليس للإنسان إلا ما سعى، وما الجزاء الأوفى إلا صنو عمله، وكان وليد إرادته الحرة، متصلاً بمقاصدها^(١).

- الأصل في النصوص العقابية أن تصاغ في حدود ضيقة narrowly tailored تعريفاً بالأفعال التي جرمها المشرع، وتحديداً لماهيتها، لضمان ألا يكون التجهيل بها موطئاً للإخلال بحقوق كفلها الدستور للمواطنين كتلك التي تتعلق بحرية عرض الآراء وضمان تدفقها من مصادرها المختلفة وكذلك بالحق في تكامل الشخصية وأن يؤمن كل فرد ضد القبض أو الاعتقال غير المشروع ولئن جاز القول بأن تقدير العقوبة وتقرير أحوال فرضها مما يدخل في إطار تنظيم الحقوق ويندرج تحت السلطة التقديرية للمشرع إلا أن هذه السلطة حدها قواعد الدستور ولازمها ألا تكون النصوص العقابية شباكاً أو شراكاً يلقيها المشرع متصيداً باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو لا يبصرون مواقعها كذلك فإن الأصل في الجريمة، أن عقوبتها لا يتحمل بها إلا من أدين كمسئول عنها وهي بعد عقوبة يجب أن تتوازن «وطأتها» مع طبيعة الجريمة موضوعها بما مؤداه أن الشخص لا يزر غير سوء عمله؛ وأن جريرة الجريمة لا يؤاخذ بها إلا جناتها ولا ينال عقابها إلا من قارفها وأن شخصية العقوبة، وتناسبها مع الجريمة محلها مرتبطتان بمن يعد قانوناً «مسئولاً عن ارتكابها» ومن ثم تفترض شخصية العقوبة. التي كفلها الدستور بنص المادة ٦٦ شخصية المسؤولية الجنائية وبما يؤكد تلازمهما، ذلك أن الشخص لا يكون مسئولاً عن الجريمة ولا تفرض عليه عقوبتها إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها^(٢).

إن استقرار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في مفاهيم الدول المتحضرة، دعا إلى توكيده بينها. ومن ثم وجد صداه في عديد من المواثيق الدولية، من بينها الفقرة الأخيرة من المادة ١١

(١) الطعن رقم ٥٩ س ١٨ ق جلسة أول إبريل ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٢٨٦.

(٢) الطعن رقم ٤٩ س ١٧ ق جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٧٣٩.

من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والفقرة الأولى من المادة ١٥ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة ٧ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان. وتردد هذا المبدأ كذلك في دساتير عديدة، يندرج تحتها ما تنص عليه المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية من أنه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون الذي ينص عليها، وما تقرره كذلك المادة ١٨٧ من هذا الدستور التي تقضي بأن الأصل في أحكام القوانين هو سريانها اعتباراً من تاريخ العمل بها، ولا أثر لها فيما وقع قبلها إلا بنص خاص تقره أغلبية أعضاء السلطة التشريعية في مجموعهم^(١). الدستور إذ نص في المادة ٦٦ على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، قد دلّ على أن الأصل هو أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها - ومن خلال قانون بالمعنى الضيق تقره وفقاً للدستور - تحديد الجرائم وبيان عقوباتها. وليس لها بالتالي أن تتخلى كلية عن ولايتها هذه، بأن تعهد بها بأكملها إلى السلطة التنفيذية، وإن كان يكفيها وفقاً لنص المادة ٦٦ من الدستور أن تحدد إطاراً عاماً لشروط التجريم وما يقارنها من جزاء، لتفصل السلطة التنفيذية بعض جوانبها، فلا يعتبر تدخلها عندئذ في المجال العقابي إلا وفقاً للشروط والأوضاع التي نظمها القانون، بما مؤداه أن النصوص القانونية وحدها - بعموميتها وانتفاء شخصيتها *la Portee generale et impersonnelle* هي التي يدور التجريم معها، ولا يتصور أن ينشأ بعيداً عنها. ولا يعني ذلك أن للسلطة التنفيذية مجالاً محجوزاً تنفرد فيه بتنظيم أوضاع التجريم، فلا زال دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ومحدداً على ضوء قوانينها، فلا تتولاه بمبادرة منها لا سند لها من قانون قائم^(٢).

ثانياً: أصل البراءة: نصت المادة ٩٦ من دستور ٢٠١٤ على أن «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. وينظم القانون استئناف الأحكام الصادرة في الجنايات. وتوفر الدولة الحماية للمجنى عليهم والشهود والمتهمين والمبلغين عند الاقتضاء، وفقاً للقانون».

ومفاد هذا النص أن تنعدم سلطة الشارع وهو بصدد التعرض لأصل البراءة، فلا يجوز له

(١) الطعن رقم ٤٨ س ١٧ ق جلسة ٢٢ فبراير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٤١١؛ الطعن رقم ٨٤ س ١٧ ق جلسة ١٥ مارس ١٩٩٧ س ٨ ج ١ ص ٤٦١.

(٢) الطعن رقم ٢٤ س ١٨ ق جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٧٠٩.

اعتبار المتهم مذنباً حين إثبات العكس، ولا يجوز له أن يخل بضمانات توفير المحاكمة العادلة، وضمانات الدفاع، أو بحق المتهم في توفير مدافع عنه^(١). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن افتراض براءة المتهم، لا يعدو أن يكون استصحاباً للفطرة التي جبل الإنسان عليها، وشرطاً لازماً للحرية المنظمة يكرس قيمها الأساسية التي لا يتصور أن تنفصل الجماعة عنها. وهو كذلك وثيق الصلة بالحق في الحياة، وبدعائم العدل التي تقوم على قواعدها النظم المدنية والسياسية جميعها. ومن ثم كان أصل البراءة جزءاً من خصائص النظام الاتهامي Accusatorial system لازماً لحماية الحقوق الرئيسية التي كفلتها المادة ٦٧ من الدستور لكل متهم، مرددة بها نص المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والفقرة الثانية من المادة ١٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، بما مؤداه أن هذه البراءة لا يجوز تعليقها على شرط يحول دون إنفاذ محتواها، ولا تعطيلها من خلال اتهام يكون متهاوياً، ولا نقضها سواء بإعفاء النيابة من التزامها بالتدليل على صحة اتهامها، أو عن طريق تدخلها هي أو غيرها للتأثير دون حق في مسار الدعوى الجنائية ومحصلتها النهائية. بل إن الإخلال بها - وباعتبارها مبدأً بديهياً - An Axiomatic Precept يعد خطأ لا يغتفر A prejudicial Error مستوجباً نقض كل قرار لا يتوافق معها. إن أصل البراءة يعتبر بذلك جزءاً لا يتجزأ من محاكمة تتم إنصافاً باعتباره متسانداً مع عناصر أخرى تشكل مقوماتها، وتمثل في مجموعها حداً أدنى من الحقوق اللازمة لإدارتها، ويندرج تحتها أن يكون لكل من المتهم وسلطة الاتهام، الوسائل عينها التي يتكافأ بها مركزيهما سواء في مجال دحض التهمة أو إثباتها، وهى بعد حقوق لا يجوز الحرمان منها أو تهيمشها سواء تعلق الأمر بشخص يعتبر متهماً أو مشتبهاً فيه. وقد أقرتها الشرائع جميعها - لا لتظل المذنبين بحمايتهم - وإنما لتدرأ بمقتضاها وطأة الجزاء المقررة للجريمة التي خالطتها شبهة ارتكابها بما يحول دون القطع بوقوعها من أسند إليهم الاتهام بإتيانها، إذ لا يعتبر هذا الاتهام كافياً لهدم أصل البراءة، ولا مثبتاً لواقعة تقوم بها الجريمة، ولا حائلاً دون التدليل عليها، بل يظل هذا الأصل قائماً إلى أن ينقض من خلال حكم قضائي صار باتاً بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر

(١) الدكتور أحمد حامد البدرى: الضمانات الدستورية، ص ١٤٣-١٧٤ وما بعدها.

وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها - بكل مكوناتها - كان نقياً متكاملًا^(١).

ثالثاً: كفالة حق التقاضي: نصت المادة ٩٧ من دستور ٢٠١٤ على أن «التقاضي حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة».

ومفاد هذا النص أنه يمتنع على السلطة التشريعية منعاً مطلقاً أن تخل فيما تصدره من تشريعات، بحق التقاضي من حيث صونه وكفالاته للجميع، ومن حيث التجاء الأفراد إلى القاضي الطبيعي، كما يمتنع على هذه السلطة إقصاء أي عمل أو قرار إداري من الرقابة القضائية وتحصينه^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن الدستور كفّل لكل مواطن - بنص مادته الثامنة والستين - حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي مخولاً إياه بذلك أن يسعى بدعواه إلى قاض يكون بالنظر إلى طبيعتها، وعلى ضوء مختلف العناصر التي لا يستها، مهيناً دون غيره للفصل فيها، كذلك فإن حق التقاضي غاية نهائية يتوخاها تمثلها الترضية القضائية، التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يطلبونها، فإذا أرهقهم المشرع بقيود تعسر الحصول عليها أو تحول دونها كان ذلك إخلالاً بالحماية التي كفّلها الدستور لهذا الحق وإنكاراً لحقائق العدل في جوهر ملامحها^(٣).

إن الأصل وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات، هو أن انتقاد القائم بالعمل أو من كان مضطرباً بأعبائه، يعتبر أمراً مباحاً بشروط من بينها إثبات الناقد لحقيقة كل فعل أسنده إليه. وقد نظم قانون الإجراءات الجنائية في الفقرة الثانية من المادة ١٢٣ منه، الكيفية التي يتم بها هذا الإثبات، وذلك بإلزامه المتهم - المكلف بالحضور إلى المحكمة مباشرة وبدون تحقيق سابق - بأن يقدم خلال الخمسة الأيام التالية لإعلان تكليفه بالحضور، بياناً بالأدلة على

(١) الطعن رقم ٢٩ س ١٨ ق جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ١٠٤٢ .

(٢) الدكتور أحمد حامد البدري: الضمانات الدستورية، ص ٣٩٧ وما بعدها.

(٣) الطعن رقم ٣٨٠ س ٢٣ ق جلسة ١١ مايو ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١١١٢ .

صحة كل فعل أسنده إلى القائم بالعمل العام، وإلا سقط في تقديم الدليل. وليس أدعى إلى إعاقة الحوار الحر المفتوح من أن يفرض النص المطعون عليه، قيوداً باهظة على الأدلة النافية لتهمة التعريض بالسمعة - في أقوال تضمنها مطبوع - إلى حد يصل إلى إهدار الحق في تقديمها، ذلك أن زوال الحق في تقديم الدليل على هذا النحو لا بد أن يعقد ألسنة المعنيين بالعمل العام خوفاً، إذ هم اخفقوا في بيانه خلال ذلك الميعاد الذي ضربه المشرع، وهو ميعاد بالغ القصر. وعبئاً على هذا النحو من الثقل لا بد أن يكون مثبطاً لعزائم هؤلاء الحريصين على إظهار نواحي القصور في الأداء العام، بل ولو كانت صحيحة في واقعها، وذلك خوفاً من سقوط الحق في تقديم الدليل عليها. يؤيد ذلك أن السقوط المقرر بالنص التشريعي المطعون فيه، هو مما لا تترخص محكمة الموضوع في تقديره، بل يعتبر مترتباً بحكم القانون تبعاً لقيام موجب، بما مؤداه أنه إذا ما حكم بهذا السقوط، عوامل الناقد باعتباره قاذفاً في حق القائم بأعباء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة و لو كان نقده واقعا في إطارها، متوخياً المصلحة العامة، كاشفاً عن الحقيقة دائماً، مؤكداً لها في كل جوانبها و جزئياتها، مقروناً بحسن النية، مجرداً عن غرض التجريح أو التهوين من مركز القائم بالعمل العام. و هو ما ينحدر بالحق في النقد العام إلى منزلة الحقوق المحدودة الأهمية، و يخل بتعدد الآراء التي يتعين أن يشتمل عليها امتياز الحوار العام. كما ينال من ضمانات الدفاع التي لا تقتصر قيمتها العملية على مرحلة المحاكمة، بل تمتد مظلتها كذلك و ما يتصل بها من أوجه الحماية إلى المرحلة السابقة عليها، و هي بعد ضمانات كفلها الدستور من خلال إلزامه الدولة بأن تعمل على تقرير الوسائل الملائمة التي تعين بها المعوزين على صون حقوقهم و حرياتهم، و هي أكثر ما تكون لزوماً في مواجهة القيود التي تقوض الحرية الشخصية أو تحد منها، و كذلك كلما ترتب على فواتها سقوط الحق في تقديم الدليل عند الفصل في اتهام جنائي بما يصادم المفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة. و يناقض بالتالي القواعد المبدئية التي لا تقوم المحاكمة المنصفة بدونها، و التي تعكس في جوهرها نظاماً متكامل الملامح يتوخى صون الحق في الحياة، والحرية، والشخصية المتكاملة. و من ثم يكون النص المطعون فيه مخالفاً لأحكام المواد ٤١، ٤٧، ٦٧، ٦٩ من الدستور^(١).

(١) الطعن رقم ٣٧ س ١١ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ١٨٣.

وقد انتقد البعض هذا الحكم؛ لأنه يسمح للقاذف في حق الموظف العام أن يباشر هذا الفعل ويداه خاليتان من الدليل، وينتظر حتى تجرى المحاكمة فيبحث عن الدليل حتى انتهاء المحاكمة، وهذا بلا شك يهبط بالحماية المقررة للموظف العام إلى أدنى مستوياتها، ويجعله عرضة لكثير من الاتهامات الكيدية التي تمس سمعة الموظف والوظيفة مما يخل بالثقة العامة في الدولة وأجهزتها، ولا ينال من ذلك ما قررته المحكمة أن النص المطعون فيه ينكر حرية النقد؛ لأن تلك الحرية لا تمارس إلا وفقاً للقانون وفي حدوده، كما نص على ذلك في المادة ٤٨ من دستور ١٩٧١^(١).

رابعاً: حق الدفاع: نصت المادة ٩٨ من دستور ٢٠١٤ على أن «حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول. واستقلال المحاماة وحماية حقوقها ضمان لكفالة حق الدفاع. ويضمن القانون لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء، والدفاع عن حقوقهم».

ومفاد هذا النص أنه لا يجوز للشارع أن ينال من كفالة حق الدفاع، وتحويل المتهمين أمر مباشرته، سواء بأنفسهم أم عن طريق من يوكلونهم عن أنفسهم^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن «ما تنص عليه المادة ٦٧ من الدستور، من افتراض براءة المتهم إلى أن يدان عن الجريمة المتهم بارتكابها وفق قواعد منصفة لا تخل بحقه في الدفاع، مؤداه أن القواعد الإجرائية التي ينظم بها المشرع الفصل في هذا الاتهام، ينبغي أن تؤمن لكل متهم ما يتصل بها من الحقوق الموضوعية، فلا تنال منها أو تؤثر في جريانها، أو تقيد من تكاملها، باعتبار أن غايتها ضمان أن يتحرر الفرد من طغيان السلطة أو إساءة استعمالها في إطار من الحرية المنظمة. وليس ثمة قاعدة أكثر ثباتاً وأعمق نفاذاً من ضرورة أن يكون الاتهام متضمناً تعريفاً كافياً بالتهمة، محددًا لأدلتها، ومقروناً بفرصة كافية يمكن على ضوءها أن يعرض المتهم وجهة نظره بشأنها. وإذا كان من غير المقبول أن يدان شخص عن جريمة لم يتهم بارتكابها، فإن هذا المبدأ يعمل بالقوة ذاتها في شأن كل اتهام بلا دفاع. ولا يتصور أن يكون الدفاع فعالاً بغير مهلة معقولة

(١) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: الدستور المصري فقها وقضاء، الطبعة التاسعة ١٩٩٦ ص ٢٠١.

(٢) الدكتور أحمد حامد البدرى: الضمانات الدستورية، ص ٢٧٢ وما بعدها.

لإعداده، ولا بغير إنباء المتهم بالشهود الذين أعدتهم سلطة الاتهام إثباتاً لدعواها، لإمكان مواجهتهم وتجريحهم، ولا بحرمانه من الوسائل الإلزامية التي يؤمن بها مثول شهود لمصلحته ينتقيهم وفق اختياره ودون قيد، أيا كان موقعهم من الجهة التي يرأسونها أو يقومون بعمل فيها، ولا أن يكون فقره سبباً لإنكار هذا الحق عليه، ولا أن يرد عن الاطلاع على الوثائق التي قدمتها سلطة الاتهام ومناقشتها، ولا أن يعزل عن الاتصال بمحاميه بطريق مباشر أو غير مباشر، وسواء كان ذلك في مرحلة الفصل قضائياً في الاتهام، أو قبلها، أو عند الطعن في محصلتها النهائية، وإلا صار حق الدفاع محدود القيمة *Of little worth*. إن حق الدفاع وثيق الصلة بالدعوى الجنائية من زاوية تجلية جوانبها، وتصحيح إجراءاتها ومتابعتها، وعرض المسائل الواقعية والقانونية التي تؤيد مركز المتهم بما يكفل ترابطها، والرد على ما يناهضها، وبيان وجه الحق فيما يكون هاماً من نقاطها، وعلى الأخص من خلال المفاضلة بين بدائل متعددة ترجيحاً لأعمقها اتصالاً بها، وأقواها احتمالاً في مجال كسبها، مع دعمها بما يكون لازماً من الأوراق التي توثقها. ولن يكون بلوغ العدل ميسراً أو يصل إلى منتهاه، في إطار اتهام جنائي يتسم بالتعقيد، أو بتداخل العناصر التي يقوم عليها، إذا كان الحق في الدفاع غائباً، يتسم بالتعقيد، أو بتداخل العناصر التي يقوم عليها، إذا كان الحق في الدفاع غائباً، أو مقصوراً على مرحلة الاتهام أو كيفية الفصل فيه، دون مراحل التحقيق التي يكون التركيز فيها - لا على جريمة لا زال أمر وقائعها وبواعثها مشوباً بالغموض - وإنما على شخص محدد مشتبه فيه بارتكابها، محاطاً من الجهة التي تتولاها بأسئلتها، وتحفظها عليه^(١).

٢. **السلطة المقيدة للشارع:** قد تضيق القيود التي يفرضها الشارع الدستوري على سلطة التشريع، فتكون حرية سلطة التشريع في التنظيم مقيدة بضوابط دستورية محددة، وهي بصدد ممارستها لاختصاصاتها^(٢).

وقد قسم الدكتور عبد الرزاق السنهوري الضوابط بها ترسمه من سلطة محددة في عملية

(١) الطعن رقم ٦٤ س ١٧ ق جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ رقم الجزء ١ ص ١١٠٨.

(٢) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا: المرجع السابق، ص ١١٢ وما بعدها؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: قضاء الإلغاء، ص ٢٦٩ وما بعدها.

التشريع على ضوء النصوص التي تتضمنها إلى طائفتين : الأولى تتعلق بالحريات العامة والحقوق العامة، والثانية تتعلق بغيرها من الحقوق^(١). ويعتبر من الضوابط والقيود المتعلقة بالحريات العامة والحقوق العامة ما نصت عليه المادة (٥٣) من دستور ٢٠١٤ "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر. التمييز والحض على الكراهية جريمة، يعاقب عليها القانون. تلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز، وينظم القانون إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض. ويعني ذلك أن حق المصريين في المساواة أمام القانون حق عام مطلق لا يجوز للشارع تقييده، أو تحديده، على عكس النص الدستوري، وإلا كان التشريع مخالفاً لنص الدستور. وما نصت عليه المادة ٦٤ من دستور ٢٠١٤ أن «حرية الاعتقاد مطلقة. وحرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية، حق ينظمه القانون». ومفاد هذا النص أن أي تشريع يفرض ديناً أو مذهباً معيناً على الأفراد، أو يقيد من حرية إقامة الشعائر الدينية في حدود النظام العام أو الآداب والعادات المرعية يعتبر مخالفاً للدستور. وما نصت عليه المادة ٦٣ من ذات الدستور أنه «يحظر التهجير القسري التعسفي للمواطنين بجميع صوره وأشكاله، ومخالفة ذلك جريمة لا تسقط بالتقادم». وعلى ضوء هذا النص فإن التشريع الذي يبيح إبعاد المصري خارج البلاد، أو يعوق عودته ورجوعه إليها يكون مخالفاً للدستور. وكذلك ما نصت عليه المادة ٩٥ من ذات الدستور أن «العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون». وعلى ضوء هذا النص لا يجوز إسناد الفعل لغير فاعله، ولا يجوز أن يقرر القانون أثراً رجعياً في مجال الجريمة والعقوبة، وإلا كان مخالفاً للدستور.

أما الضوابط والقيود غير المتعلقة بالحريات والحقوق العامة، فمنها ما نصت عليه المادة

(١) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهاوري : مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة، مجلة القضاة، س ٢٩، العدد الأول يناير - يونيو ١٩٨٦ ص ٣٤٨-٣٥٥.

الثانية من دستور ٢٠١٤ أن الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع. ومؤدى هذا النص أن التشريع الذي يجعل دين الدولة غير الإسلام، أو يجعل لغة غير العربية هي اللغة الرسمية، أو ينال من اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع يكون مخالفاً للدستور. وما نصت عليه المادة ٩١ من ذات الدستور أن للدولة أن تمنح حق اللجوء السياسي لكل أجنبي اضطهد بسبب الدفاع عن مصالح الشعوب أو حقوق الإنسان أو السلام أو العدالة. وتسليم اللاجئين السياسيين محظور، وذلك كله وفقاً للقانون. ومؤدى ذلك أن التشريع الذي يسمح بتسليم اللاجئين السياسيين يكون مخالفاً للدستور. وما نصت عليه المادة ١٦٦ من ذات الدستور أنه يحدد القانون مرتب رئيس مجلس الوزراء، وأعضاء الحكومة، ولا يجوز لأي منهم أن يتقاضى أي مرتب، أو مكافأة أخرى، ولا أن يزاوّل طوال مدة توليه منصبه، بالذات أو بالواسطة، مهنة حرة، أو عملاً تجارياً، أو مالياً، أو صناعياً، ولا أن يشتري، أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة، أو أي من أشخاص القانون العام، أو شركات القطاع العام، أو قطاع الأعمال العام، ولا أن يؤجرها، أو يبيعها شيئاً من أمواله، ولا أن يقايضها عليه، ولا أن يبرم معها عقد التزام، أو توريد، أو مقالة، أو غيرها ويقع باطلاً أي من هذه التصرفات. ويتعين على رئيس مجلس الوزراء، وأعضاء الحكومة تقديم إقرار ذمة مالية عند توليهم وتركهم مناصبهم، وفي نهاية كل عام، وينشر في الجريدة الرسمية. وإذا تلقى أي منهم، بالذات أو بالواسطة، هدية نقدية، أو عينية بسبب منصبه، أو بمناسبته، تؤول ملكيتها إلى الخزانة العامة للدولة، وذلك كله على النحو الذي ينظمه القانون». وعلى ضوء هذا النص فإن التشريع الذي يميز مزاولة أو ممارسة أو إتيان أيًا من هذه المحظورات يكون مخالفاً للدستور. وتشمل هذه المسائل كذلك الأمور التي تطلب دستور ٢٠١٤ أن يتم تنظيمها بقانون، كالأحزاب السياسية (مادتان ٥، ٧٤)، والجنسية المصرية (مادة ٦)، والفصل من الوظيفة العامة بغير الطريق التأديبي (مادة ١٤)، والإضراب السلمي (المادة ١٥)، والتأميم (مادة ٣٥)، والهجرة (مادة ٦٢)، والعفو الشمل (مادة ١٥٥)، وتحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها وطريقة تشكيلها والأحكام المتصلة بشؤون أعضائها (مادة ١٨٤)، والتعبئة العامة (مادة ٢٠٢)، والقضاء العسكري (مادة ٢٠٤)، فهذه الأمور لا يجوز تنظيمها بأداة أدنى من القانون، وإذا تم تنظيمها بقانون، فلا يجوز أن ينال

من أصل الحقوق التي كفلها الدستور، ولا أن يجد من ممارستها^(١). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا إن المادة ١٥٣ من الدستور الحالي تنص على أن: «يرتب القانون جهات القضاء ويعين اختصاصها»، وقد نقل هذا النص عن المادة ١٧٦ من دستور سنة ١٩٥٦ والمادة ٢١ من دستور سنة ١٩٥٨، ومؤداه ومقتضاه أن يكون ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصها بتشريع صادر من السلطة التشريعية وليس بأداة أدنى من ذلك وليس من شك في أن الأمور التي احتجزها الدستور بنص صريح ليكون التشريع فيها بقانون صادر من السلطة التشريعية لا يجوز تنظيمها أو تعديل أحكامها أو إلغاؤها بأداة تشريعية أدنى من القانون وإلا كانت مخالفة للدستور^(٢).

والواقع أن حرية التعبير عن الرأي وحق الترشيح من النماذج التي تدل على تقييد حرية الشارع، ففي حرية التعبير عن الرأي طبقاً لنص المادة ٦٥ من دستور ٢٠١٤ يتعين على القانون الذي يصدر بتنظيم حرية الرأي أن يلتزم بكفالتها، وأن يمكن الناس من التعبير عن آرائهم، ونشرها قولاً وكتابة وتصويراً، وأي طريق آخر ملائم. وفي حق الترشيح طبقاً للمادة ٨٧ من ذات الدستور تتقيد السلطة التشريعية، وهي بصدد بيان أحكام الانتخاب والاستفتاء، بوجوب إجرائها تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية، ولا تستطيع أن تسند عملية الإشراف لغيرهم، وإلا زالت حكمته، وتخلفت الغاية المقصودة منه.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن الدستور القائم أورد في مادته الثامنة والثمانين نصاً غير مسبوق لم تعرفه الدساتير المصرية من قبل إذ نص على أن «يحدد القانون الشروط الواجب توافرها في أعضاء مجلس الشعب و يبين أحكام الانتخاب والاستفتاء على أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية مما يقطع أن المشرع الدستوري احتفاء منه بعملية الاقتراع بحسابها جوهر حق الانتخاب أراد أن يخضعها لإشراف أعضاء من هيئة قضائية ضماناً لمصداقيتها و بلوغاً لغاية الأمر منها باعتبار أن هؤلاء هم الأقدر على ممارسة هذا الإشراف

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٣٥٢-٣٥٥.

(٢) الطعن رقم ٤ س ١ ق جلسة ٣ يوليو ١٩٧١ مكتب فني ارقم الجزء ١ ص ١٥.

بما جبلوا عليه من الحيدة وعدم الخضوع لغير ضمائرهم وهو ما تمرسوا عليه خلال قيامهم بأعباء أمانتهم الرفيعة حتى يتمكن الناخبون من اختيار ممثليهم في مناخ تسوده الطمأنينة على انه لكي يؤتى هذا الإشراف أثره فإنه يتعين أن يكون إشرافاً فعلياً لا صورياً أو متحلاً وإذ كانت عملية الاقتراع تجري وفقاً لأحكام القانون. في اللجان الفرعية فقد غدا لزاماً أن تحاط هذه العملية بكل الضمانات التي تكفل سلامتها وتجنبها احتمالات التلاعب بنتائجها تدعيها للديمقراطية التي يحتل منها حق الاقتراع مكاناً علياً بحسبائها كافلاً لحرية الناخبين في اختيار ممثليهم في المجالس النيابية لتكون السيادة للشعب باعتباره وحده وصدر السلطات وفقاً للمادة الثالثة من الدستور. مفاد نص المادة ٨٨ من الدستور أمران أولهما إن المشرع الدستوري فوض المشرع العادي في تحديد الشروط الواجب توافرها في عضو مجلس الشعب كما فوضه أيضاً في بيان أحكام الانتخاب والاستفتاء وكل منهما يتضمن مراحل متعددة و ثانيهما أنه يشترط بنص قاطع الدلالة لا يحتمل لبساً في تفسيره أن يتم الاقتراع وهو مرحلة من مراحل الانتخاب والاستفتاء تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية فليس ثمة تفويض من الانتخاب والاستفتاء تحت إشراف أعضاء من هيئة فليس ثمة تفويض من الدستور للمشرع العادي في هذا الشأن وإنما يتعين عليه أن يلتزم بهذا القيد الدستوري. ومن المقرر أن عبارة النص تؤخذ على معناها اللغوي ما لم يكن لها مدلول اصطلاحى يصرفها إلى معنى آخر وإذا كان لا خلاف على أن الاقتراع هو تلك العملية التي تبدأ بإدلاء الناخب بصوته لاختيار من يمثله بدءاً من تقديمه بطاقته الانتخابية وما يثبت شخصيته إلى رئيس لجنة الانتخابات، مروراً بتسلمه بطاقة الانتخاب، وانتهاء بإدلائه بصوته في سرية لاختيار أحد المرشحين، أو العدد المطلوب منهم وإيداع هذه البطاقة صندوق الانتخاب ثم فرز الأصوات لإعلان النتيجة بما يطابق إرادة الناخبين فإنه لا يتم ولا يبلغ غايته إلا إذا أشرف عليه أعضاء من هيئة قضائية. لما كان ذلك وكان معنى الإشراف على الشيء أو الأمر - لغة - على ما يبين من الجزء الأول من المعجم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية الطبعة الثالثة صفحة ٤٩٨ كالاتي «أشرف عليه : تولاه وتعهده وقاربه. وأشرف الشيء له : أمكنه» وإذا لم يكن للفظ الإشراف دلالة اصطلاحية تحالف دلالتها اللغوية. فقد بات متعيناً أن المشرع الدستوري عند إقراره نص المادة ٨٨ من الدستور منظوراً في ذلك لا إلى إرادته المتوهمة أو المفترضة بل إلى إرادته

الحقيقية التي كشفت عنها الأعمال التحضيرية على ما تقدم قد قصد إلى إمساك أعضاء الهيئة القضائية تقديراً لحيدتهم ونأيهم عن العمل السياسي بكافة صوره بزمam عملية الاقتراع فلا تغفل من بين أيديهم بل يهيمنون عليها برمتها بحيث تتم خطواتها متقدمة الذكر كلها تحت سمعهم وبصرهم. على ضوء ما تقدم، فإن الأهداف التي رمى إلى بلوغها بما تطلبه في المادة ٨٨ من أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية تتحصل بجلاء. وفق صريح عباراتها و طبيعة الموضوع الذي تنظمه و الأغراض التي يتوخى تحقيقها من هذا الإشراف وما تكشف عنه الأعمال التحضيرية السالف الإشارة إليها. في إرساء ضمانة أساسية لنزاهة الانتخابات عن طريق ضمان سلامة الاقتراع و تجنب احتمالات الانحراف به عن حقيقته وهي أهداف تدعم الديمقراطية وتكفل مباشرة حق الانتخاب سليماً غير منقوص أو مشوه، موفياً بحكمة تقريره التي تتمثل. على ما تقدم في أن تكون السيادة للشعب باعتباره وحده مصدر السلطات، وهي بالتالي ضمان لحق الترشيح الذي يتكامل مع حق الانتخاب و بهما معا تتحقق ديمقراطية النظام. وإذ يقوم النص الدستوري سالف الذكر على ضوابط محددة لا تغفل بها متطلبات إنفاذه و مقتضيات إعماله، فقد تعين على المشرع عند تنظيمه حق الانتخاب أن ينزل عليها و ألا يخرج عنها مؤداه ضرورة أن يكفل هذا التنظيم لأعضاء الهيئات القضائية الوسائل اللازمة و الكافية لبسطهم إشرافاً حقيقياً و فعلاً على الاقتراع، ولا محاجة في القول بتعذر رئاسة أعضاء الهيئات القضائية للجان الفرعية لعدم كفاية عددهم ذلك انه إذا ما تطلب الدستور أمراً فلا يجوز التذرع بالاعتبارات العملية لتعطيل حكمه بزعم استحالة تطبيقه سيما و أنه لم يستلزم إجراء الانتخابات في يوم واحد، وإلا غدا الدستور بتقريره هذه الضمانة عابثاً، ولانحلت القيود التي يضعها سراًباً. استوجب النص الطعين عقد رئاسة اللجان العامة في جميع الأحوال لأعضاء من هيئة قضائية، إلا انه يسمح برئاسة اللجان الفرعية التي يجري الاقتراع أمامها لغيرهم فأصبح الاقتراع يتم بمنأى عن اللجنة العامة، دون أن يكفل المشرع لهذه اللجنة. التي يرأسها عضو الهيئة القضائية. الوسيلة اللازمة والكافية لتحقيق الإشراف الحقيقي على الاقتراع، ومن ثم، يضحى النص المطعون عليه، قاصراً عن الوفاء بما تطلبه الدستور من إشراف أعضاء من هيئات قضائية على الاقتراع مهذباً بذلك ضمانة رئيسية تتعلق بحقي الترشيح و الانتخاب. إن إجراء انتخابات

مجلس الشعب بناء على نص تشريعي قضى بعدم دستوريته، يؤدي إلى بطلان تكوينه منذ انتخابه، إلا أن هذا البطلان لا يترتب عليه البتة إسقاط ما أقره ذلك المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات خلال الفترة السابقة على تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من المصلحة، ومن ثم تبقى نافذة ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم يصدر من هذه المحكمة إن كان لذلك وجه آخر غير ما بني عليه هذا الحكم^(١).

٣- السلطة التقديرية للشارع: قد تترك الدساتير للسلطة التشريعية قدراً من حرية التقدير بصدد ممارسة معظم مهامها التشريعية، فإذا لم يكن ثمة انعدام أو تقييد لحرية سلطة الشارع في الموضوع محل التنظيم التشريعي كانت سلطة التشريع سلطة تقديرية باعتبارها الأصل في التشريع وتقييدها هو الاستثناء^(٢).

ويقصد بالسلطة التقديرية التي يملكها الشارع في هذه الحالات، حرية المفاضلة بين بدائل أو خيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يهدف إليه، دون أن يفرض عليه الدستور سبيلاً معيناً يجب عليه اتباعه، أو توجيهاً محدداً يتعين عليه التزامه، فمجلس النواب يكون له سلطة تقديرية عندما يكون له حرية تنظيم موضوع معين واختيار البدائل المطروحة باعتباره ممثلاً للشعب. وإذا كان الشارع يملك سلطة تقديرية كاملة في تنظيم الموضوعات التي تتضمنها التشريعات التي يصدرها، إلا أن هذه السلطة التقديرية تكون في إطار التنظيم ولا تتعداه إلى المساس بأصل الحق أو الحرية موضوع التنظيم التشريعي، حتى يكون بمنأى عن مخالفة الدستور^(٣).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية أن "موضوع تنظيم الحقوق، وإن كان يدخل في

(١) الطعن رقم ١١ س ١٣ ق جلسة ٨ يوليو ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٦٦٧ .

(٢) الدكتور حنفي علي جبالي: المسؤولية عن القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٧، ص ٤٥٩ وما بعدها ؛ الدكتور عصام البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٥٨.

(٣) الدكتور رمزي الشاعر: رقابة دستورية القوانين، ص ٦٩٦.

نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع وفق أسس موضوعية، ولا اعتبارات يقتضيها الصالح العام، إلا أن هذا التنظيم يكون مجانباً أحكام الدستور، منافياً لمقاصده، إذا تعرض للحقوق التي تناولها، سواء بإهدارها، أو بالانتقاص منها متى كان ذلك، وكان القانون المطعون فيه، قد أكد _ بعنوانه وحقيقته مضمونه _ أنه توخى بمادته لأولى تعديل الشروط التي تطلبها المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ لقيام الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير، مقيداً بذلك من نطاق تطبيقها، ومحدثاً تغييراً جوهرياً في عناصر هذا الحق، ومخلاً بالتالي بالمركز القانون للمؤمن عليهم الذين عناهم هذا القانون، وعلق حقهم في الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير على استيفاء الشروط التي تطلبها، والتي يعد ذلك القانون مصدراً لها، وكان التعديل في هذا المركز _ الذي نشأ مكتملاً مستوفياً لعناصره جميعها قبل نفاذ القانون المطعون فيه - مؤداه الحتمي حرمان فئة من المؤمن عليهم من المزايا التأمينية التي كفلها لهم القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ قبل تعديل مادته الأولى، ويتمحض بالتالي عدواناً على حقوقهم الشخصية التي تسعى الدستورية إلى صونها، فإن القانون المطعون فيه، يكون قد جاوز نطاق السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، وذلك من خلال اقتحام المجال الذي يؤكد جوهراً، ويكفل فعاليتها^(١).

وقد أرست المحكمة الدستورية المبدأ الرئيسي في هذا الشأن؛ فقضت أن الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بقيود محددة، وأنه وإن كانت الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، ومن ثم فإن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الترشيح ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو ينال منه على نحو ما سلكته المادتان (١/٧٧)، (١/٨٦) من قانون نظام الحكم المحلي إذ حرمتا غير المدرجة أسماؤهم في القوائم الحزبية من حق الترشيح، ومن ثم فقد تعرضتا لحقوق عامة كفلها الدستور وحرمتا منها طائفة من المواطنين، فجاوز المشرع بذلك دائرة تنظيم تلك الحقوق الأمر الذي يحتم

(١) الطعن رقم ٣٤ س ١٣ ق جلسة ٢٠ يونيو ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٣٠٢.

إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية^(١).

وبينت كيفية إعمال الشارع لسلطته التقديرية، فقضت أن الاصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بضوابط محددة تعتبر تحملاً لها لا يجوز اقتحامها أو تخطئها ويتمثل جوهر هذه السلطة. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة. في المفاضلة بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها وفق تقديره لتنظيم موضوع الأغراض التي يتوخاها. وكلما كان التنظيم التشريعي مرتبطاً منطقياً بهذه الأغراض وبافتراض مشروعيتها. كان هذا التنظيم موافقاً للدستور^(٢).

ويرى البعض أن المحكمة الدستورية العليا قد راقبت السلطة التقديرية للشارع عندما اتضح لها أن ما أورده من تنظيم يعصف بحق من الحقوق أو ينال منه^(٣). وتطبيقاً لذلك قضت أنه لما كان حق الترشيح من الحقوق العامة التي كفلها الدستور للمواطنين في المادة (٦٢) منه وفقاً لما سبق بيانه، ومن ثم فإن حرمان طائفة معينة من هذا الحق ينطوي على إهدار لأصله وإخلال بمبدأي تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون ويشكل بالتالي مخالفة للمواد ٨، ٤٠، ٦٢ من الدستور. وحيث إنه لا يقدح في هذا النظر ما ذهب إليه الحكومة من أن الدستور لم يقيد المشرع في حرية المفاضلة بين نظام الانتخاب الفردي ونظام الانتخاب بالقائمة وأن اختيار المشرع لنظام الانتخاب بالقائمة هو مما يدخل في نطاق سلطته التقديرية بما لا معقب عليه في ذلك من المحكمة الدستورية العليا التي لا يجوز أن تحل نفسها محل المشرع في هذا التقدير، ذلك أنه وإن كان الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بقيود محددة، وكانت الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، ومن ثم فإن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الترشيح ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو

(١) الطعن رقم ١٤ س ٨ ق جلسة ١٥ أبريل ٩٨٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ص ١٩١.

(٢) الطعن رقم ٢ س ٢٠ ق جلسة ٥ أغسطس ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٦٨٨.

(٣) الدكتور رمزي الشاعر: رقابة دستورية القوانين، ص ٦٩٨ هامش (٢).

ينال منه على نحو ما سلكته النصوص المطعون عليها إذ حرمت غير المدرجة أسماؤهم في القوائم الحزبية من حق الترشيح ومن ثم تكون هذه النصوص قد تعرضت لحقوق عامة كفلها الدستور وحرمت منها طائفة من المواطنين فجاوز المشرع بذلك دائرة تنظيم تلك الحقوق الأمر الذي يحتم إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية. وحيث أنه لا ينال كذلك مما تقدم ما أثارته الحكومة من أن مباشرة الحقوق السياسية ومن بينها حق الترشيح أصبح غير جائز إلا من خلال الانتماء إلى الأحزاب السياسية بعد تعديل المادة الخامسة من الدستور ونصها على أن النظام السياسي يقوم على أساس تعدد الأحزاب السياسية، ذلك أن الدستور إنما يستهدف من النص على تعدد الأحزاب العدول عن صيغة التنظيم السياسي الوحيد التي كانت متمثلة في الاتحاد الاشتراكي العربي الذي اضطلع بمسؤوليات العمل الوطني في المجالات المختلفة دون أن يجاوز ذلك إلى المساس بالحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور ومن بينها حق المواطن في الترشيح المنصوص عليه في المادة ٦٢ منه باعتبار أن نصوص الدستور لا تنفصل عن أهدافها ويتعين تطبيقها مترابطة متكاملة^(١).

(١) الطعن رقم ٢٣ س ٨ ق جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ رقم الجزء ١ ص ٢٠٥.

المبحث الرابع

عيب الانحراف التشريعي

(١) ماهيته: يقصد به استهداف النص لغاية غير تلك التي يرمي الدستور إلى تحقيقها، وهي المصلحة العامة أو أحد أطراف جوانبها على وجه التخصيص. ويطلق على هذا العيب أيضاً انحراف السلطة، أو التعسف في استعمال السلطة أو إساءة استعمال السلطة^(١). وتطبيقاً لذلك قد يصدر القانون معيماً بعبء الغاية، كأن يستهدف الانتقام من الخصوم السياسيين للأغلبية البرلمانية، أو يرمي إلى تحقيق منافع شخصية لبعض الأنصار أو الأعوان؛ لأن البرلمان غير منزه عن الهوى. كما قد تصدر اللائحة معيبة بهذا العيب، كأن تصدر ابتغاء تحقيق مصلحة خاصة لبعض الأفراد من ذوي السلطة والجاه^(٢).

ومفاد ذلك من ناحية أن عيب الانحراف بالسلطة يدور مع السلطة التقديرية للشارع، فمنطقة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هي المنطقة التي يكون فيها للشارع سلطة تقديرية^(٣). وتحقق السلطة التقديرية بأن يترك الدستور للشارع حرية اختيار البدائل التي يراها أولى بتحقيق الأغراض التي يستهدفها ذلك التنظيم، ومن ثم فإن العيب الذي نحن بصدد إنمائه هو عيب غائي، يتصل بوجه المصلحة العامة التي يجب أن يستهدفها كل تشريع باعتبارها غاية نهائية له، بحيث يمكن القول أنه إذا لم يستهدف التشريع هذه الغاية، بأن صدر لتحقيق أغراض أخرى منبئة الصلة بالمصلحة العامة كقصد الانتقام أو الكيد أو تحقيق منفعة لشخص معين

(١) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا: المرجع السابق، ص ٦١٣؛ الدكتور رمضان بطيخ: المرجع السابق، ص ٥٣٣؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٦٦٠ وما بعدها؛ الدكتور ماجد راغب الحلو: المرجع السابق، ص ٤٠٦؛ ولسيادته أيضاً: القرارات الإدارية، ص ١٣٤ وما بعدها؛ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري) ص ٣٣١ وما بعدها؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: المرجع السابق، ص ٢٢٧؛ الدكتور محمود أبو السعود حبيب: المرجع السابق، ص ١٥٧.

(٢) الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل: المرجع السابق، ص ٧٧ وما بعدها.

(٣) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٣٦٨-٣٦٩؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٧ ص ٨٠٩.

بالذات كان تشريعاً معيباً بعبء انحراف السلطة أو بعبء التعسف أو بإساءة استعمال هذه السلطة^(١). ومن ثم ليس للمحكمة الدستورية الحق في مراقبة السلطة التشريعية من ناحية ملاءمة التشريع الذي أصدرته أو البواغث التي دفعته إلى إصداره، ولكن يتعين أن تضع نصب عينيها الغاية النهائية، وهي المصلحة العامة أو الهدف الذي خصصه الدستور، حتى لا يصبح التشريع الذي تصدره باطلاً^(٢).

والأصل هو السلطة التقديرية في التشريع، والسلطة المحدودة هي الاستثناء فإذا كانت سلطة الشارع محدودة فلا يستطيع بتشريع أن يخل على سبيل المثال بالمساواة الواجبة بين المصريين جميعاً، ولا يجوز له أن ينص على إبعاد المصري من بلاده، ولا يبيح المصادرة العامة للأموال، ولا أن يبسط الرقابة على الصحافة، ولا أن يجيز المصادرة الإدارية للصحف في غير وقاية النظام الاجتماعي، ولا أن يرخص للوزير في استئجار شيء من أملاك الحكومة....، فإذا جاوزها الشارع كان التشريع باطلاً لمخالفته المباشرة للدستور. وفيما عدا هذا التقييد تكون سلطة الشارع سلطة تقديرية، وهذه السلطة تكاد تستغرق النشاط التشريعي، وفي هذا النطاق الواسع يمكن أن يقع الانحراف في التشريع، وهو بطبيعة الحال أوسع بكثير من منطقة مخالفة التشريع^(٣).

ومن ناحية أخرى فإن فكرة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية تقترب من ركن الغاية في القرار الإداري^(٤).

(١) الدكتور رمضان بطيخ : النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية ١٩٩٥-١٩٩٦ ص ٤٣٩-٤٤٠؛ الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ص ٢٩٣؛ الدكتور سامي جمال الدين: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، ١٩٩١ ص ١٧٠ - ١٧١.

(٢) الدكتور عبد الغني بسيوني : المرجع السابق، ص ٨١٠.

(٣) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري: الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري: مخالفة التشريع والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة القضاة، السنة التاسعة عشرة، العدد الأول يناير - يونيو ١٩٨٦، ص ٣٦١-٣٦٢؛ الدكتور محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، معياره وطبيعته في الفقه والقضاء وفقاً لأحكام القانون المدني المصري المصري، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٩، رقم ١١٧ ص ١٢٥.

(٤) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري: المقال السابق، ص ٣٦٣؛ الدكتور عصام البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٤٨١ وما بعدها=

ورغم أن الغاية مسألة نفسية تتصل بنية واضعي النص، إلا أن الظروف والأدلة الخارجية يمكن أن تكشف عنها^(١).

وتجدر التفرقة بين بواعث التشريع من ناحية، وغايته من ناحية أخرى^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن القول بأن الممول الذي يحقق ربحاً عن نشاطه التجاري أو الصناعي يلزم اعتباراً من سنة ١٩٦٥ بدفع ضرائب يبلغ مجموع عبئها - بالنسبة لما زاد على عشرة آلاف جنيه - ١٢٤٪ من الإيراد غير سديد، ذلك أن سعر الضريبة العامة على الإيراد طبقاً للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٥ يصل إلى ٩٥٪ على الشريحة الأخيرة وحدها التي تزيد على عشرة آلاف جنيه، كما أن مجموع عبء ضريبة الأرباح التجارية والصناعية وما كان يحصل إلى جانبها من ضرائب إضافية آنذاك يبلغ ٢٩,٢٪ من الربح الخاضع للضريبة، وعلى ذلك فإن الممول إذا ما أدى الضريبة النوعية وملحقاتها فإن ما يسدده يخصم من وعاء إيراده العام ويبقى له ٧٠,٨٪ من صافي ربحه، وهذا الصافي هو الذي يخضع للضريبة العامة على الإيراد بنسب متزايدة لا تبلغ ٩٥٪ إلا على ما زاد على عشرة آلاف جنيه. أما إذا تقاعس الممول عن أداء الضريبة النوعية المستحقة عليه فإنها لا تخصم من الوعاء العام ويخضع بالتالي ربحه بالكامل للضريبة العامة على الإيراد وفق شرائحها المتصاعدة التي لا تصل إلى ٩٥٪ إلا على الشريحة الأخيرة على ما سلف بيانه، ويبقى للممول حتى بالنسبة لتلك الشريحة ٥٪ من أرباحه، وتظل الضريبة النوعية التي استحققت عليه ولم يسدها ديناً ضريبياً في ذمته يخصم عند أدائه، وبالتالي فإنه سواء أدى الممول الضريبة النوعية المستحقة عليه أو لم يؤديها فإن الضريبة العامة على الإيراد لا تستغرق الوعاء برمته^(٣).

=الدكتور محمد شوقي السيد: التعسف في استعمال الحق، معياره وطبيعته في الفقه والقضاء وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٩، رقم ١١٧ ص ١٢٥.

(١) الدكتور ماجد راغب الحلوي: النظم السياسية والقانون الدستوري (المرجع السابق)، ص ٨٠٦ - ٨٠٨.

(٢) الدكتور رضا عبد الله حجازي: الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١، ص ٢٧٦؛ الدكتور محمد حسنين عبد العال: فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٧١ ص ٣٦٢ وما بعدها.

(٣) الطعن رقم ٦ س ١ ق جلسة ٩ مايو ١٩٨١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١ ج ١ ص ١٧٩.

وقد يرى البعض أنه قد يبدو لأول وهلة أن هذه التفرقة غير دقيقة؛ باعتبار أن الغاية المستهدفة من التشريع تندرج تحت البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، وتعتبر جزءاً منها. بيد أن هذا التناقض سرعان ما يزول بالوقوف على قصد القضاء الدستوري في مصر من تقرير حرية السلطة التشريعية في تقدير البواعث التي حملتها على إقرار تشريع معين لا يعني أن تتحلل من التزام المصلحة العامة كنطاق وحد نهائي لسلطانها في التشريع، ومن ثم يكون للسلطة التشريعية في هذا النطاق وحده، وفي إطاره أن توازن، حال تصديها لتنظيم موضوع معين، بين مختلف الاعتبارات التي يقتضيها هذا التنظيم وحريتها في إجراء هذه الموازنة حرية مطلقة باعتبارها متصلة ببواعث التشريع لا قيد عليها في تقديرها^(١).

ويقترّب من ذلك التمييز بين سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، وهو ما يعتبر عيباً قصدياً في تشريعاتها يتصل بالأغراض التي توختها من وراء تبنيها لها، وبين خطئها في تقدير واقعة أو سوء فهمها لأوضاع قام القانون عليها، أو قصد تنظيمها؛ لأن خطئها في التقدير، سواء كان بيناً أم محدوداً، هو خطأ في تقييم مداخل العملية التشريعية ذاتها، وهو بالتالي غير مقصود. ولا يعتبر كذلك إساءة استعمال السلطة؛ إذ هو الخروج قصداً عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية، وتخريفاً لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تخالطها، وهي أغراض يتعين تجنبها بالنظر إلى صون الدستور وتقرير الحماية الكاملة لأحكامه، لا يتحقق بدون التقيد بالأغراض التي تربط قواعده ببعضها، وتضمها إلى بعض في إطار وحدة عضوية واحدة تجمعها.

فلا يتصور أن تكون السلطة التقديرية التي يملكها الشارع في موضوع تنظيم الحقوق، مفلّته ضوابطها، متحررة من كوابحها؛ لأن حدها قواعد الدستور التي تقيد من إطلاقها وتعتبر تخوماً لها تحد من حركتها. وهذه القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية في مجال التقدير مردها أنه من المفترض في كل قانون أن يكون منطوياً على تقسيم للأعباء التي يلقيها على البعض أو المزاي التي يمنحها لفريق دون آخر، وشرط موافقة هذا القانون للدستور، ولو أقر في نطاق

(١) الدكتور عادل شريف: المرجع السابق، ٣٧٢؛ الدكتور يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨ ص ٢٠٨-٢٠٩ وما بعدها.

سلطة التقدير التي يملكها الشارع - ألا تنفصل النصوص القانونية المنطوية على هذا التقسيم عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي تتوخاها، بالوسائل إليها منطقياً، وليس واهياً. وبالتالي تكون هذه النصوص وسائل منطقية لتحقيق هذه الأغراض، فإذا انفصم اتصالها بها وجب إبطالها. ويفترض دائماً في الأغراض التي يتغاهاها الشارع أن توافق مقاصد الدستور، وإلا سقط ما كان غير مشروع منها^(١).

كما لا يجوز الخلط بين إساءة استعمال السلطة وبين عدوان الشارع على حقوق المواطنين وحررياتهم من خلال تنظيمها؛ ذلك أن الدستور حين يعهد إلى الشارع بتنظيم موضوع معين، فإنه لا يخول الشارع أكثر من بيان الحدود المنطقية التي يمارس المواطنون فيها حقوقهم وحررياتهم التي كفلها الدستور، ومن ثم إذا تغول الشارع عليها، سواء بإهدارها أم بانتقاصها من أطرافها، فإنه يكون قد جاوز بذلك حدود سلطته في تنظيمها، وفي ذلك مخالفة مباشرة لنصوص الدستور، سواء كان هذا الانتقاص من الحرية أو الحق جسيماً أم كان محدوداً، فإن هذا الانتقاص يعد عدواناً على الحماية التي تصورها الدستور وكفلها هذا الحق أو لتلك الحرية، وهذه الحماية هي التي يحرص الدستور عليها ليعطي حقوق المواطنين وحررياتهم قيمتها الحقيقية^(٢).

ومفاد ذلك أن الشارع إذا جاوز حدود التنظيم الذي رسمه الشارع الدستوري، بأن توسل من خلاله إلى هدم الحق أو الحرية التي يحميها الدستور، أو اتخذ من تنظيم أيها ذريعة للانتقاص من الحق أو الحرية، فإن هذا التشريع لا يكون معيباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة، وإنما يكون معيباً بالمخالفة المباشرة للنص المطعون عليه لأحكام الدستور. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، وأن الرقابة على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، و من ثم فإن

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، مركز رينيه، جان دوى للقانون والتنمية، الإسكندرية، ٢٠٠٣ رقم ٩٢٧ ص ١٣٨١.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، رقم ٩٥٢ ص ١٤١٠، ١٤١١.

تنظيم المشرع لحق المواطنين في الانتفاء إلى الأحزاب السياسية، و مباشرتهم لحقوقهم السياسية، ينبغي ألا يعصف بهذه الحقوق أو يؤثر على بقائها على نحو ما سلكه النص المطعون عليه، إذ تعرض لحقوق عامة كفلها الدستور، و حرم فئة من المواطنين منها حرماناً مطلقاً و مؤبداً على ما سلف بيانه مجاوزاً بذلك دائرة تنظيم تلك الحقوق، الأمر الذي يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية^(١).

وتجدر التفرقة بين مقاصد تشريعية لا تناقض الدستور ومقاصد تشريعية تخالفه : فالمقاصد التشريعية التي لا تخالف الدستور لا يجوز للجهة القضائية أن تتدخل فيها ولا أن تناقشها باعتبارها واقعة في نطاق سلطة التقدير التي يملكها الشارع في موضوع تنظيم الحقوق، وهي سلطة لا يجوز للجهة القضائية أن تزن بمقاييسها الخاصة السياسة التي اتبعها الشارع في موضوع معين، ولا أن تخوض في ملاءمتها، ولا أن تنحل للقواعد القانونية التي أقرها غير حقيقة أهدافها، ولا أن تحل خياراتها محل انتقاء السلطة التشريعية لوسائلها في تنظيم هذا الموضوع؛ لأن السلطة التشريعية يكفيها - باستثناء القيود التي يفرضها الدستور - أن تبشر اختصاصاتها مستلهمه في ذلك كافة الأغراض التي يقتضيها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التي حددتها وسائل منطقية تصلها بها^(٢).

وأساس ذلك أن التقدير في نطاق السلطة التشريعية مؤداه مفاضلتها بين بدائل مختلفة وأغراض متعددة، وحسبها في اختيار هذه الوسائل أن تكون غير مخالفة للدستور، وفي الموازنة بين الأغراض المختلفة، أن تلتئم جميعها وأغراض يقرها الدستور، ولا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تخوض فيما هو مشروع من الوسائل أو الأغراض.

أما المقاصد التشريعية المناقضة لأغراض الدستور وغاياته، فهي أغراض محظورة لا يجوز للشارع أن يستهدفها، وإلا كان القانون مشوباً بإساءة استعمال السلطة^(٣). وتطبيقاً لذلك قضت

(١) الطعن رقم ٥٦ س ٦ ق جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٣٥٣.

(٢) الطعن رقم ٣ س ١٦ ق جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٥٢٦.

(٣) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية، رقم ٩٢٩ ص ١٣٨٢-١٣٨٣.

المحكمة الدستورية العليا أنه «وحيث إن الدستور حرص على أن يفرض على السلطتين التشريعية والتنفيذية من القيود ما ارتآه كفيلاً بصون الحقوق والحريات العامة على اختلافها، كي لا تقتحم إحداها المنطقة التي يحميها الحق أو الحرية، أو تتداخل معها، بما يحول دون ممارستها بطريقة فعالة. ولقد كان تطوير هذه الحقوق والحريات وإنائها من خلال الجهود المتواصلة الساعية لإرساء مفاهيمها الدولية بين الأمم المتحضرة، مطلباً أساسياً توكيداً لقيمتها الاجتماعية، وتقديراً لدورها في مجال إشباع المصالح الحيوية المرتبطة بها، ولردع كل محاولة للعدوان عليها. وفي هذا الإطار تزايد الاهتمام بالشئون العامة في مجالاتها المختلفة، وغدا عرض الآراء المتصلة بأوضاعها، وانتقاد أعمال القائمين عليها مشمولاً بالحماية الدستورية، تغليباً لحقيقة أن الشئون العامة، وقواعد تنظيمها وطريقة إدارتها، ووسائل النهوض بها، وثيقة الصلة بالمصالح المباشرة للجماعة، وهي تؤثر بالضرورة في تقدمها، وقد تتكس بأهدافها القومية، متراجعة بطموحاتها إلى الوراء. ويتعين بالتالي أن يكون انتقاد العمل العام من خلال الصحافة أو غيرها من وسائل التعبير وأدواته، حقاً مكفولاً لكل مواطن، وأن يتم التمكين لحرية عرض الآراء وتداولها بما يحول - كأصل عام - دون إعاقتها، أو فرض قيود مسبقة على نشرها. وهي حرية يقتضيها النظام الديمقراطي، وليس مقصوداً بها مجرد أن يعبر الناقد عن ذاته، ولكن غايتها النهائية الوصول إلى الحقيقة، من خلال ضمان تدفق المعلومات من مصادرها المتنوعة، وعبر الحدود المختلفة، وعرضها في آفاق مفتوحة تتوافق فيها الآراء في بعض جوانبها، أو تتصادم في جوهرها، ليظهر ضوء الحقيقة جلياً من خلال مقابلتها ببعض. وقوفاً على ما يكون منها زائفاً أو صائباً، منطقياً على مخاطر واضحة، أو محققاً لمصلحة مبتغاة. ومن غير المحتمل أن يكون انتقاد الأوضاع المتصلة بالعمل العام تبصيراً بنواحي التقصير فيه، مؤدياً إلى الأضرار بأية مصلحة مشروعة. وليس جائزاً بالتالي أن يكون القانون أداة تعوق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة. أو مواطن الخلل في أداء واجباتها. ذلك أن ما يميز الوثيقة الدستورية، ويحدد ملامحها الرئيسية، هو أن الحكومة خاضعة لمواطنيها، ولا يفرضها إلا الناهبون. وكلما نكل القائمون بالعمل العام - تحاذلاً أو انحرافاً - عن حقيقة واجباتهم مهدرين الثقة العامة المودعة فيهم، كان تقويم اعوجاجهم حقاً وواجباً مرتبطاً ارتباطاً عميقاً بالمباشرة الفعالة للحقوق التي

ترتكز في أساسها على المفهوم الديمقراطي لنظام الحكم، ويندرج تحتها محاسبة الحكومة ومساءلتها، وإلزامها مراعاة الحدود والخضوع للضوابط التي فرضها الدستور عليها. ولا يعدو إجراء الحوار المفتوح حول المسائل العامة، أن يكون ضماناً لتبادل الآراء على اختلافها، كي ينقل المواطنون علانية تلك الأفكار التي تجول في عقولهم -ولو كانت السلطة العامة تعارضها- إحداثاً من جانبهم -وبالوسائل السلمية- لتغيير قد يكون مطلوباً. ولئن صح القول بأن النتائج الصائبة هي حصيلة الموازنة بين آراء متعددة جرى التعبير عنها في حرية كاملة، وإنها في كل حال لا تمثل انتقاء من السلطة العامة لحلول بذاتها تستقل بتقديرها وتفرضها عنوة، فإن من الصحيح كذلك أن الطبيعة الزاجرة للعقوبة التي توقعها الدولة على من يخلون بنظامها، لا تقدم ضماناً كافياً لصونه، وأن من الخطر فرض قيود ترهق حرية التعبير بما يصد المواطنين عن ممارستها، وأن الطريق إلى السلامة القومية إنما يكمن في ضمان الفرص المتكافئة للحوار المفتوح، لمواجهة أشكال من المعاناة -متباينة في أبعادها- وتقرير ما يناسبها من الحلول النابعة من الإرادة العامة. ومن ثم كان منطقياً، بل وأمرأً محتوماً أن ينحاز الدستور إلى حرية النقاش والحوار في كل أمر يتصل بالشئون العامة، ولو تضمن انتقاداً حاداً للقائمين بالعمل العام. إذ لا يجوز لأحد أن يفرض على غيره صمتاً ولو كان معزراً بالقانون، ولأن حوار القوة إهدار لسلطان العقل، وحرية الإبداع والأمل والخيال. وهو في كل حال يولد رهبة تحول بين المواطن والتعبير عن آرائه، بما يعزز الرغبة في قمعها، ويكرّس عدوان السلطة العامة المناوئة لها، مما يهدد في النهاية أمن الوطن واستقراره. وحيث إنه على ضوء ما تقدم، فإن انتقاد القائمين بالعمل العام -وإن كان مريراً- يظل متمتعاً بالحماية التي كفلها الدستور لحرية التعبير عن الآراء بما لا يخل بالمضمون الحق لهذه الحرية، أو يجاوز الأغراض المقصودة من إرسائها. وليس جائزاً بالتالي أن تفترض في كل واقعة جرى إسنادها إلى أحد القائمين بالعمل العام، أنها واقعة زائفة، أو أن سوء القصد قد خالطها. كذلك فإن الآراء التي تم نشرها في حق أحد ممن يباشرون جانباً من اختصاص الدولة، لا يجوز تقييمها منفصلة عما توجه المصلحة العامة في أعلى درجاتها من عرض انحرافاتهم، وأن يكون المواطنون على بينة من دخائلها. ويتعين دوماً أن تتاح لكل مواطن فرصة مناقشتها واستظهار وجه الحق فيها. وحيث إن الدستور القائم حرص على النص في المادة ٤٧ منه على أن حرية

الرأي مكفولة، وأن لكل إنسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون، وكان الدستور قد كفل بهذا النص حرية التعبير عن الرأي بمدلول جاء بها ليشمل التعبير عن الآراء في مجالاتها المختلفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، إلا أن الدستور -مع ذلك- عُني بإبراز الحق في النقد الذاتي والنقد البناء باعتبارهما ضمانين لسلامة البناء الوطني، مستهدفاً بذلك تأكيد أن النقد -وإن كان نوعاً من حرية التعبير- وهي الحرية الأصل التي يرتد النقد إليها ويندرج تحتها - لا أن أكثر ما يميز حرية النقد - إذا كان بناء - أنه في تقدير واضعي الدستور ضرورة لازمة ليقوم بدونها العمل الوطني سوياً على قدميه. وما ذلك إلا لأن الحق في النقد - وخاصة في جوانبه السياسية - يعتبر إسهاماً مباشراً في صون نظام الرقابة المتبادلة بين السلطين التشريعية والتنفيذية، وضرورة لازمة للسلوك المنضبط في الدول الديمقراطية، وحائلاً دون الإخلال بحرية المواطن في أن «يعلم»، وأن يكون في ظل التنظيم بالغ التعقيد للعمل الحكومي، قادراً على النفاذ إلى الحقائق الكاملة المتعلقة بكيفية تصرفه. على أن يكون مفهوماً أن الطبيعة البناءة للنقد -التي حرص الدستور على توكيدها- لا يراد بها أن ترصد السلطة التنفيذية الآراء التي تعارضها لتحدد ما يكون منها في تقديرها موضوعياً، إذ لو صح ذلك لكان بيد هذه السلطة أن تصدر الحق في الحوار العام. وهو حق يتعين أن يكون مكفولاً لكل مواطن وعلى قدم المساواة الكاملة. وما رمى إليه الدستور في هذا المجال هو ألا يكون النقد منظوياً على آراء تنعدم قيمها الاجتماعية، كتلك التي تكون غايتها الوحيدة شفاء الأحقاد والضغائن الشخصية، أو التي تكون منظوية على الفحش أو محض التعريض بالسمعة. كما لا تمتد الحماية الدستورية إلى آراء تكون لها بعض القيمة الاجتماعية، ولكن جرى التعبير عنها على نحو يصادر حرية النقاش أو الحوار، كتلك التي تتضمن الحض على أعمال غير مشروعة تلابسها مخاطر واضحة تتعرض لها مصلحة حيوية. إذا كان ذلك فإن الطبيعة البناءة للنقد، لا تفيد لزوماً رصد كل عبارة احتواها مطبوع، وتقييمها -منفصلة عن سياقها- بمقاييس صارمة. ذلك أن ما قد يراه إنسان صواباً في جزئية بذاتها، قد يكون هو الخطأ بعينه عند آخرين. ولا شبهة في أن المدافعين عن آرائهم ومعتقداتهم كثيراً ما يلجأون إلى المغالاة، وأنه إذا أريد لحرية التعبير أن تتنفس في المجال الذي لا يمكن أن تحيا بدونه، فإن قدراً من التجاوز يتعين

التسامح فيه. ولا يسوغ بحال أن يكون الشطط في بعض الآراء مستوجباً إعاقته تداولها. وحيث إن الحماية الدستورية لحرية التعبير - في مجال انتقاد القائمين بالعمل العام - غايتها أن يكون نفاذ الكافة إلى الحقائق المتصلة بالشئون العامة، وإلى المعلومات الضرورية الكاشفة عنها، متاحاً، وألا يحال بينهم وبينها اتقاء لشبهة التعريض بالسمعة^(١).

وكما يتقيد التقدير في عمل السلطة التشريعية بنوع الأغراض التي يتوخاها، فإن هذا التقدير يتقيد كذلك بحقيقة أن الشارع حين يوازن ويفاضل بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها على تنظيم موضوع معين، فإنه يختار من بينها أنسبها لفحواها، وأحراها بتحقيق الأغراض التي يستهدفها، وأقلها تقييداً للحرية، وأكفلها لأكثر المصالح ثقلًا في مجال ضمانها، شريطة مشروعية هذه البدائل جميعها، واتصالها بالحقوق محل التنظيم، وأنها أداة ضمان هذه الحقوق، وطريق الوصول أليها، ولا يجوز بالتالي تنظيم الحقوق لغير مصلحة واضحة لها اعتبارها^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا "إن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منظوياً على تقسيم أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض، أو عن طريق المزايا أو الحقوق التي يكفلها لفئة دون غيرها إلا أن اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع موضوعاً محدداً عن أهدافها ليكون اتصال الأغراض التي توخاها بالوسائل إليها منطقياً وليس واهياً أو واهناً بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً. ومرد ذلك أن المشرع لا ينظم موضوعاً معيناً مجرداً أو نظرياً بل يتغيا بلوغ أغراض بعينها تعكس مشروعاتها إطاراً لمصلحة عامة لها اعتبارها يقوم عليها هذا التنظيم متخذاً من القواعد القانونية التي أقرها مدخلاً لها فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها تحكيمياً ومنهياً عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور^(٣).

(١) الطعن رقم ٤٢ س ١٦ ق جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٧٤٠.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية، رقم ٩٣٠ ص ١٣٨٣-١٣٨٤.

(٣) الطعن رقم ٥ س ٨ ق جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٣٤٧.

ومن المقرر أن الرقابة على الشرعية الدستورية التي تبشرها المحكمة الدستورية العليا، متوازنة بالضرورة، فلا تميل إندفاعاً بما يؤدي لانفلاتها من كوابحها، ولا تتراخى تخاذلاً بما يعطل أهدافها، بل يجب أن تظل ملاذاً نهائياً، لا إجراءً احتياطياً، وهو ما يعني أن الحدود التي تمارس السلطان التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها الدستورية في نطاقها لا يجوز اقتحامها، وأن المحكمة الدستورية العليا لا تزن بنفسها - ومن خلال مناهجها الذاتية - ما إذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازماً، وما إذا كان إقراره في مناسبة بعينها ملائماً، إذ ليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون عليها لأحكام الدستور - الشكلية منها والموضوعية - لا أن تخوض في بواعثها أو تناقش دوافعها. ويقتضي اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور - وفي نطاق الموضوع محل التنظيم التشريعي - ألا تنفصل هذه النصوص عن الأغراض التي توخاها المشرع منها، بل يكون اتصال هذه الأغراض - وبافتراض مشروعيتها - بالوسائل إليها، منطقياً، لا واهياً أو مفتعلاً^(١).

وأساس ذلك أن نصوص الدستور في غاياتها تعتبر قيداً على السلطة التقديرية التي يملكها الشارع في موضوع تنظيم الحقوق. مما يعني أن الدستور وإن خول الشارع أن يحدد للنصوص القانونية وجهتها النهائية، وأن يصوغ قوالبها وفقاً للأغراض التي حددها، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون هذه الأغراض التشريعية موافقة لأغراض يكفل الدستور لها الحماية. فإن كان يناهضها، فإن خوض جهة الرقابة على الدستورية في حقيقة هذه الأغراض يكون واجباً، وعليها أن تبطل النصوص المخالفة للدستور؛ لأن عمل الشارع يعتبر انحرافاً عن الحدود التي كان يتعين أن يلتزمها في مباشرة سلطته التقديرية^(٢).

(ب) حالات الانحراف التشريعي: أورد الدكتور عبد الرزاق السنهوري فروضاً خمسة

(١) الطعن رقم ١٦ س ١٥ ق جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٤٩٤؛ الطعن رقم ٣ س ١٦ ق جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ س ٦ رقم الجزء ١ ص ٥٢٦؛ الطعن رقم ٩ س ١٨ ق جلسة ٢٢ مارس ١٩٩٧ س ٨ رقم الجزء ١ ص؛ الطعن رقم ٢٥٩ س ٢٥ ق جلسة ١٢ يونيو ٢٠٠٥ س ١١ رقم الجزء ٢ ص ١٨٨٥؛ الطعن رقم ٤١ س ٢٦ ق جلسة ٢ يونيو ٢٠١٣.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية، رقم ٩٣١ ص ١٣٨٤.

يمكن أن يتوافر فيها الانحراف التشريعي:

١. الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معياراً موضوعياً: فالتشريع بطبيعته قاعدة عامة مجردة، وهو ما يميز القرار الإداري. وتطبيقاً لذلك إذا وضع البرلمان تشريعاً معيناً وهو يعلم أنه لن يطبق في الواقع إلا على حالة فردية واحدة، كأن يصدر تشريعاً بمناسبة قضية منظورة أمام القضاء ولا ينطبق إلا عليها، وهو ما يسمى «بشخصنة التشريعات»، أو أن يصدر تشريعاً بحل جهة قضائية بقصد التخلص من أعضائها، ثم إعادة تشكيلها بعد ذلك بفترة قصيرة، فإن مثل هذا التشريع يكون معيماً بعبء الانحراف في استعمال السلطة التشريعية. ومعيار الانحراف في هذا الفرض موضوعي بحت؛ إذ لا يتطلب الأمر الكشف عن النوايا المستترة التي اقترنت بهذا التشريع، ويكفي أنه لم ينطبق إلا على حالة فردية بالذات. ويقرب من هذا الفرض أن يصدر تشريع عام مجرد في مناسبة قضية معينة منظورة أمام القضاء، ويكون التشريع لا ينطبق إلا على هذه القضية بالذات، فإذا كان هذا واضحاً وقت إصدار البرلمان للتشريع، كان التشريع في حقيقته وجوهره قراراً إدارياً فردياً أصدره البرلمان في صورة تشريع عام، وهذا ما يجعله مشوباً بعبء الانحراف في استعمال السلطة التشريعية^(١).

٢. مجاوزة التشريع للغرض المخصص له: إذا كان من النادر أن يحدد الدستور للتشريع غرضاً معيناً، إلا أن ذلك أمراً متصوراً، ومن ذلك نص المادة ١٥ من دستور ١٩٢٣ التي تحظر على الشارع أن يجعل للإدارة حق إنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بالطريق، إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي. مما يعني أن وقاية النظام الاجتماعي تعتبر الغاية المخصصة لأي تشريع يوضع لمصادرة الصحف بالطريق الإداري. ومن ثم إذا صدر تشريع يبيح مصادرة الصحف لأسباب لا تدخل في وقاية النظام الاجتماعي، وإن كانت تدخل في حفظ الأمن والنظام العام كان التشريع مجاوزاً لغايته المخصصة، واعتبر هذا التشريع باطلاً بسبب انحراف السلطة التشريعية عن الغاية المخصصة التي رسمت للتشريع. ومعيار الانحراف موضوعي بحت؛ إذ يكفي الثبوت من أن الأسباب التي أجاز فيها الشارع المصادرة الإدارية للصحف أو منع

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٣٦٤-٣٦٦.

الاجتماعات، وإن كانت قد نسبت إلى وقاية النظام الاجتماعي، تجاوز من ناحية موضوعية محضة هذه الدائرة المحدودة، حتى يكون التشريع باطلاً لما شابه من الانحراف^(١).

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٥٥ من دستور ١٩٢٣ أن «لا يجوز لأية حال تعطيل حكم من أحكام هذا الدستور إلا أن يكون ذلك وقتياً في زمن الحرب أو أثناء قيام الاحكام العرفية وعلى الوجه المبين في القانون. وعلى أي حال لا يجوز تعطيل انعقاد البرلمان متى توافرت في انعقاده الشروط المقررة بهذا الدستور». وقد حصر النص ثلاث حالات يمكن فيها إعلان هذه الأحكام، اثنتان منهما وردتا في قانون الأحكام العرفية الصادر في ٢٦ يونيو ١٩٢٣ والثالثة وهي حالة مؤقتة وردت في قانون مكمل صدر في ١٣ مايو ١٩٤٨ بمناسبة الحرب الفلسطينية، والبين من سن هذه الحالات تمكين السلطة القائمة على إجراء هذا الحكم من المحافظة على الأمن والنظام العام وتأمين سلامة الجيوش وضمان تموينها وحماية طرق مواصلاتها، وقد عدت المادة الثالثة من قانون الأحكام العرفية المشار إليه الاختصاصات الاستثنائية التي تخول للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية، وأودت في النهاية «أنه يجوز لمجلس الوزراء أن يضيق دائرة الحقوق المتقدمة المخولة للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو أن يرخص لها باتخاذ أي تدبير آخر مما يقتضيه صون الأمن والنظام العام في كل الجهة التي أجريت فيها الأحكام العرفية أو في بعضها». وهذا يعني أن صون الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين، هي الغايات المخصصة لقوانين الأحكام العرفية، وهي في الوقت ذاته الحدود التي تقف عندها هذه القوانين ولا يصح أن تتجاوزها، ومالم يضيف الشارع حالة جديدة يميز فيها إعلان الأحكام العرفية غير الحالات الثلاث المشار إليها، يجب عليه أن يلتزم في كل تشريع يصدره لتنظيم الأحكام

العرفية، وفي أي تعديل أو إضافة لقانون الأحكام العرفية المشار إليه، هذه الغايات المخصصة، ولا يجاوزها إلى غيرها من الغايات ولو كانت تهدف إلى المصلحة العامة. والمشرع وإن كان يستعمل سلطة تقديرية في تحديد دائرة الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين،

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٧١، ٧٣.

فإن احرف في استعمال هذه السلطة التقديرية، وأضاف إلى الاختصاصات المخولة للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية اختصاصات أخرى لا تدخل في هذه الغايات المخصصة تحت زريعة أنها تدخل فيها، كأن أجاز للسلطة العرفية القبض على المتهمين في جرائم يزعم أنها تتصل بالأمن والنظام العام أو بحاجات الحرب والتموين، وهي لا تتصل بها، أو أجاز لها تقييد الحريات بدعوى أن التقييد قصد به تحقيق هذه الغايات، وكان التقييد بعيد المدى إلى حد يجاوز الحاجة، كان تشريعه متخبطاً للغاية المخصصة التي رسمت له، ومن ثم مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية. ومعيار الانحراف موضوعي محض؛ إذ يكفي الثبت من أن الاختصاصات الجديدة التي أعطيت للسلطة التشريعية، وتحت ستار أنها تصون الأمن والنظام العام وتمد حاجات الحرب والتموين، إنما تجاوز في حقيقتها، ومن ناحية موضوعية محضة، هذه الغايات^(١).

٣. كفالة الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية: تعد بعض الحقوق والحريات العامة ذات طابع مطلق، مما يعني أنه لا يقبل التقييد أو التنظيم، كالحق في المساواة، وحظر المصادرة العامة للأموال، وحرية الاعتقاد المطلقة، فإذا صدر تشريع يقيدها، كان هذا التشريع باطلاً بطلاناً لمخالفته لنصوص الدستور. والبعض الآخر يملك الشارع تنظيمها بقصد تمكين الأفراد من استعمالها، وذلك متى خول الشارع في شأنها سلطة تقديرية ليقوم بهذا التنظيم، على ألا ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور، وهو كفالة هذه الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية. كحق تولي الوظائف العامة وحرية الرأي، وحق الاجتماع، فالتشريع الذي يخل مبدأ المساواة بين المصريين، فيفتح باب الوظائف العامة للأجانب دون قيد، أو بقيود ليس من شأنها أن تجعل تولي الأجانب للوظائف ليس أمراً استثنائياً، أو التشريع الذي يضع قيوداً على حرية القيام بالشعائر الدينية بحيث ينتقص منها انتقاصاً خطيراً، أو التشريع الذي ينتقص من حرية الرأي أو يقيّد حرية الصحافة تقييداً خطيراً، والتشريع الذي ينقض من حرية الاجتماعات العامة أو ينتقص منها انتقاصاً خطيراً - في كل هذه الأحوال أو المخالفات التشريعية يعد

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٣٦٧-٣٦٨.

التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية^(١).

٤. احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض: يحرص الدستور على صون الحقوق المكتسبة، ولا يسمح في غير ضرورة، وإذا كان الأصل في التشريع أن يسري بأثر فوري ولا يسري على الماضي حماية للحقوق المكتسبة، فإنه يجوز على سبيل الاستثناء تقرير الأثر الرجعي للقانون، ولكن بالقدر الذي تدعو إليه الضرورة، ويعني ذلك أن الإسراف في تقرير الأثر الرجعي يعد انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية، كأن يصدر تشريعاً يستر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعي، ومن ذلك التشريع الصادر الفرنسي الصادر في ٩ يوليو ١٩٠٧ الذي كان يقضي باستثناء طائفة محدودة من مجندي سنة ١٩٠٣، وهم الذين لم يطيعوا الأوامر التي صدرت لهم في ٢١ يونيو ١٩٠٧ من الانتفاع بالتسريح المبكر، أو أن يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره، كأن يزيد البرلمان في مقدار ضريبة في تفسيره يضعه للتشريع الذي ينشئ هذه الضريبة ويكون التفسير في حقيقته تعديلاً للتشريع، أو يطيل مدة التقادم في قوانين إحدى الضرائب بعد أن تكون المدة الأصلية قد انقضت؛ لأنه في هذه الحالة تكون المدة الأصلية قد انقضت وسقطت الضريبة عن الممولين، مما يعيد الضريبة بأثر رجعي بعد سقوطها ويمس بحقوق الممولين المكتسبة، ويكفي للتثبت من هذا الانحراف الرجوع إلى مدة التقادم الأصلية والتثبت من أنها كانت قد انقضت قبل صدور التشريع الذي أطالها، وأن الشارع لم تكرهه قوة القاهرة على تحشيم الممولين هذا العنت، ومن ذلك القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٤ و ٢٩ لسنة ١٩٤٨ اللذان أطالا مدة التقادم بالنسبة إلى طائفة من الضرائب المفروضة على رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح الصناعية والتجارية والتي استحققت في أول سبتمبر ١٩٣٨ إلى آخر ديسمبر ١٩٤٤، أو يعني السلطات العامة من المسؤولية عن أعمال صدرت قبل صدور القانون، ومن ذلك المرسوم بقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٥ والقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٤٧ عقب الأحكام العرفية التي أعلنت في مناسبة الحرب العالمية الثانية وصدر قانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ عقب الأحكام العرفية التي أعلنت في مناسبة حرب فلسطين، وفي كل هذه القوانين نص على عدم جواز سماع أية دعوى أو

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٣٦٩، ٣٧٣.

طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن على أي عمل أمرت به أو تولته السلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية»، فمثل هذه التشريعات جميعاً يشوبها انحراف بالسلطة التشريعية^(١).

ويلاحظ الدكتور السنهوري أن ثمة تعارض دستوري بين قانون الأحكام العرفية وقانون التضمنيات، يجب تجنبه بتفسير قانون التضمنيات تفسيراً يزيل هذا التعارض. فقانون التضمنيات لا شك له أثر رجعي؛ إذ هو يعني من المسؤولية عن أعمال وقعت قبل صدوره، وقد ترتب هذه الأعمال حقوق مكتسبة نشأت قبل صدور قانون التضمنيات، فأتى هذا القانون لإهدارها عن طريق عدم جواز سماع الدعوى فيها، والأثر الرجعي في التشريع أمر بغض في ذاته، ولكن الدستور يجيزه استثناء للضرورة على الوجه المبين في المادة ٢٧ من دستور ١٩٢٣، والمادة ١٨٧ من دستور ١٩٧١ والمادة ٢٢٥ من دستور ٢٠١٤، فيجب أن يقدر بقدر هذه الضرورة ولا يجاوزها، وإلا كان مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية. وقياس مشروعية الأثر الرجعي في قوانين التضمنيات بمقياس الضرورة هو أيضاً التزام بمعيار موضوعي، كسائر المعايير الموضوعية المشار إليها في الصور المختلفة للانحراف^(٢).

وعلى هدي ما تقدم يمكن تقسيم الأعمال غير المشروعة التي يأتيها القائم على إجراء الأحكام العرفية إلى طوائف ثلاث^(٣):

الأولى أعمال يأتيها مجاوزاً حدود الاختصاصات الاستثنائية. فهو يستعمل سلطة محددة، فيجاوز حدودها أو حدود اختصاصه، ولا يمكن القول بأنه تعمد الانحراف عن المصلحة العامة بسوء نية؛ وذلك لسببين: الأول هو نص قانون التضمنيات ذاته، فهو يعني من المسؤولية عن الأعمال التي أمرت بها أو تولتها السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٣٧٤-٣٨٤.

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٣٨١.

(٣) الدكتور أحمد شوقي محمود: نظام الحكم في السودان، في ظل دستور ١٩٧٣، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٨٥، ص ٢٢٦-٢٤٤؛ الدكتور حقي إسماعيل بربوتي: الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ، دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والأنجلو أمريكي، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨١، ص ٤٥١ وما بعدها؛ الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٣٨١.

«عملاً بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية»، ولا يدخل في هذه الأعمال ما جاوز فيه القائم على إجراء الأحكام العرفية السلطة المخولة له أو ما انحرف فيه عن المصلحة العامة عمداً عن سوء قصد، والثاني هو الدستور، فهو يأبى أن تجرى الأحكام العرفية على غير ضابط، فحتم تقييدها مقدماً بتشريع سابق. فإذا خرجت الأحكام العرفية عن هذا التقييد الدستوري ولم تلتزمه في إجراءاتها، فترتبت مسئوليتها، ثم صدر قانون يعفيها من هذه المسئولية أصبحت الأحكام العرفية متحررة من كل قيد على عكس ما أمر به الدستور. والتشريع الذي يميز الخروج على الحظر الدستوري عن طريق الإعفاء من المسئولية هو تشريع باطل لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية. فإذا أضيف إلى ذلك أن هذا التشريع مس بأثر رجعي حقناً مكتسبة، وأن المساس بهذه الحقوق أمر استثنائي لم يجزه الدستور إلا بقدر الضرورة، والضرورة منتفية، بل إن وجودها يتعارض مع الدستور الذي يأبى إطلاق الأحكام العرفية دون قيد، وأن القانون الانجليزي ذاته لا يبيح الإعفاء من المسئولية عن الأعمال التي تصدر بسوء نية لدافع غير المصلحة العامة، مما يقطع بأن الأعمال غير المشروعة التي يأتيها الحاكم العسكري مجاوزاً فيها حدود اختصاصه، تترتب عليها مسئوليته ولا يعفيه قانون التضمنات من هذه المسئولية.

الطائفة الثانية عبارة عن أعمال يأتيها القائم على إجراء الأحكام العرفية غير مجاوز فيها هذه الحدود، ولكنه يعتمد الانحراف عن المصلحة العامة بسوء نية، ويلحق بسوء النية الخطأ الجسيم باعتبار أنه قرينة على سوء النية. وحكم هذه الطائفة هو حكم الطائفة الأولى، فيكون مسئولاً، ولا يعفيه قانون التضمنات من هذه المسئولية.

الطائفة الثالثة تشمل الأعمال غير المشروعة التي يأتيها الحاكم العسكري ولا يعتمد الانحراف عن المصلحة العامة، ولكنه يضر بالغير عن خطأ غير مقصود، وهذه الأعمال هي التي يمكن الإعفاء منها بقانون التضمنات؛ لأن الحاكم العسكري لم يرد بهذه الأعمال أن يجاوز القيود التي وردت في قانون الأحكام العرفية، بل هو لم يجاوزها فعلاً، ولكنه وهو يمارس اختصاصاته ملتزماً حدودها بالغ في استخدام سلطته التقديرية عن حسن نية فأضر بالغير. فأراد الشارع أن يحميه؛ لأنه لم يقصد بعمله إلا المصلحة العامة، وإن كان قد أخطأ فخطؤه مغتفر، فإذا أعفاه تشريع في هذا الحالة من المسئولية، لم يكن هذا التشريع مخالفاً لروح الدستور، ولا يزال هو ملتزماً

حدود هذا التقييد. وإذا كان هذا التشريع قد مس حقوقاً مكتسبة، فيبرر ذلك بضرورة قائمة وهي عدم إمكان تجنب الخطأ في هذه الظروف الدقيقة، على عكس تعمد الانحراف أو مجاوزة حدود السلطة، فلا يمكن أن تقوم ضرورة لتبريرهما^(١).

ويسجل الدكتور السنهوري ملاحظتان هامتان : الأولى أن القرارات التي يصدرها الحاكم العسكري ويخطئ فيها عن حسن نية، إذا كان يعني من المسؤولية للاعتبارات المشار إليها، إلا أن الأعمال تبقى غير مشروعة، ومن ثم تبقى قرارات باطلة، بمعنى أن الإعفاء من المسؤولية لا يحولها إلى قرارات صحيحة، وجل ما يترتب عليه هذا الإعفاء هو حرمان من تصيبه بضرر من حق التعويض. **الملاحظة الثانية** أنه حتى في الحرمان من حق التعويض، ليس ثمة ما يدعو إلى مصادرة حق المواطنين في التقاضي بمنع سماع الدعوى، وإنما السبيل إلى منع طلب التعويض هو وضع قاعدة موضوعية - لا قاعدة إجرائية - تقضي بأن لا مسؤولية على الحاكم العسكري إذا هو أخطأ في تقديره عن حسن نية، وعند ذلك يسمع القاضي الدعوى، فإذا ثبت عنده أن الحاكم العسكري كان حسن النية قضى برفضها، لا بعدم جواز سماعها ولا بعدم قبولها. وعلى كل لو تقيّد القاضي بنص قانون التضمينات وأراد الحكم بعدم جواز سماع الدعوى، لا يمكنه ذلك حتى يتثبت من أن الحاكم العسكري لم يجاوز اختصاصاته، وأن خطأه كان غير مقصود، وفي هذه الحالة يستوي من الناحية العملية أن يقضي برفض الدعوى أو بعدم جواز سماعها، وإن كان القضاء بالرفض هو الحكم الصحيح^(٢).

٥. مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي تسيطر عليه: يرى الفقيه «ديجي» أن الدولة تخضع لقاعدة قانونية أعلى منها، لا تملك لها خلقاً ولا تستطيع مخالفتها؛ إذ إن القانون لم تخلقه الدولة، بل هو شيء خارج عنها، كما أن فكرة القانون هي فكرة مستقلة كل الاستقلال عن الدولة، والقاعدة القانونية تفرض طاعتها على الدولة كما تفرض طاعتها على الأفراد، ومن ثم لا يكون التشريع صحيحاً لمجرد موافقته لنصوص الدستور، بل يجب فوق ذلك أن يتفق مع

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٣٨٢-٣٨٣.

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٣٨٤.

القانون الأعلى الذي يحكم نصوص الدستور ذاتها^(١).

ولم يساير الدكتور السنهوري العميد «ديجي» في رأيه على إطلاقه، وإن كان يرى أن ثمة مبادئ عليا تسود الدستور المصري وتهيمن على جميع أحكامه، وهذه المبادئ العليا هي روح الدستور التي تستخلص استخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة، ومتى تم استخلاصها، كان على الشارع أن يلتزمها في تشريعاته، وأن يتجنب الانحراف عنها فيما له من سلطات تقديرية، ومن هذه المبادئ: استقلال القضاء، فإذا صدر تشريع ييسط إشرافاً على القضاء يكون من شأنه أن ينتقص من استقلاله، كان هذا التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، والبطالان هنا ليس لأن التشريع خالف نصاً صريحاً من نصوص الدستور فيما تكون هذه السلطة التشريعية سلطة محددة، بل لأنه يتعارض مع المبادئ العليا للدستور في أمر يتمتع فيه البرلمان بسلطة تقديرية، فالعيب الذي يلحق التشريع في هذه الحالة ليس هو عيب مخالفة الدستور مخالفة مباشرة، بل هو عيب الانحراف في استعمال السلطة، ومنها كذلك مبدأ الحصانة البرلمانية، فإذا صدر تشريع لا يجرد عضو البرلمان من حصانته، ولكنه يجرمه من اعتناق مذهب معين أو القول برأي معين، تحكماً من أغلبية البرلمان في أقليتهم، ففي هذه الحالة يكون التشريع باطلاً، لا لمخالفته الدستور مخالفة مباشرة، بل لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، ومنها أيضاً مبدأ الفصل بين السلطات، فإذا أصدر البرلمان يكل فيه إلى السلطة التنفيذية أن تحدد بلائحة مقدار رسوم فرضها هذا التشريع، وكانت الرسوم تخفي ضرائب حقيقية سترها البرلمان تحت وصف أنها رسوم، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، وكانت اللائحة الصادرة بناء عليه باطلة لصدورها من جهة غير مختصة^(٢).

نقد نظرية الانحراف التشريعي: حاول العلامة الدكتور السنهوري توسيع نطاق الرقابة على دستورية القوانين، بحيث لا تقف السلطة التي أوكل إليها مهمة الرقابة «المحكمة الدستورية

(1) Duguit: traité de droit constitutionnel, 2eme ed, Paris 1923, p.33.

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٣٩٦-٤٠٢.

العليا» عند حد المخالفة الواضحة للنصوص الدستورية، بل تتعدى ذلك إلى البحث عن بواغث التشريع وملاءمته.

بيد أن هذه المحاولة البناء قد تعرضت للنقد الشديد من جانب الفقه المصري، ولعل أهم ما يأخذه عليها الفقهاء، ما يراه البعض أنه يتعين أن تستبعد من مجال التشريع فكرة «السلطة المقيدة»، وإذا كان الشارع مقيداً بنصوص الدستور، ولكن لا يعني ذلك أن سلطته مقيدة، فسلطته في الابتداع لا يلاشيها القيد الدستوري. والتحليل الدقيق للأمثلة المتعددة التي ذكرها الدكتور السنهوري يؤدي إلى اعتبارها غير مشروعة لمخالفة الدستور، لا للانحراف بالسلطة وأن معظم ما اعتبرته النظرية معايير موضوعية للانحراف هي في حقيقتها ضوابط للعمل التشريعي إذا خالفها التشريع شابه عيب مخالفة الدستور وليس مجرد عيب الانحراف^(١).

فالرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها لا يمكن أن يوصف بأنه معيار موضوعي للانحراف، وإنما هو إعمال لفكرة مخالفة القانون في أبسط صورها؛ لأن تصرف البرلمان إما أن يكون بحسب طبيعته الموضوعية قانوناً فيعامله القضاء على هذا الأساس، وإما أن يكون قانوناً فيعامله القضاء على أساس طبيعته الحقيقية.

أما القول بمجاوزة التشريع للغرض المخصص الذي رسم له، فلا يتصور أن يخصص الدستور للتشريع غرضاً معيناً، وإذا كان ذلك ممكناً فإن تجاوز تلك الغايات لا يعد انحرافاً بالسلطة، وإنما يعتبر خروجاً على النص الدستوري الذي حدد للشارع هذه الغايات.

كما أن كفالة الحقوق والحريات في حدودها الموضوعية، لا تثير بدورها فكرة الانحراف؛ إذ أن مجرد النص على كفالة هذه الحقوق في صلب الدستور، وتحويل الشارع سلطة تنظيمها، يعني بالضرورة أن هذا التنظيم لا يجوز أن يصل إلى إهدار الحق، وبذلك يكون الإهدار مخالفاً للنص الدستوري الذي يقرر هذه الحقوق، ولا يحتاج الأمر إثارة فكرة الانحراف.

(١) الدكتور محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية ١٩٥٧ ص ١٤٠، ١٣٩.

وأيضاً، فإن عدم احترام الحقوق المكتسبة والمساس بها في غير ضرورة، فإن كان الدكتور يميز استثناء تقرير الأثر الرجعي لبعض القوانين، فإن تقدير مبررات الالتجاء لهذا الاستثناء، تعد في هذا الفرض من اطلاقات السلطة التشريعية. وإذا كان من المتصور من الناحية النظرية إثارة فكرة الانحراف التشريعي في هذه الحالة، فإن إعمالها من الناحية التطبيقية يعد أمراً عسيراً؛ باعتبار أن في هذا تجاوز لنطاق النصوص الدستورية المحددة مما يعتبر من الملاءمات، لا يمكن التسليم بأن الإسراف في تقدير الأثر الرجعي يعد انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية؛ لأن المفروض أن القضاء يباشر الرقابة بصدد تشريع معين، ولا يتصور أن ييسط هذه الرقابة على مسلك الشارع بصدد عدة تشريعات متباينة، وأقصى ما يمكن القول به في هذا الإسراف أن أنه سياسة تشريعية خاطئة أو مجافية لروح الدستور، وهي مجافة يجب اللجوء في تصحيحها إلى الوسائل السياسية دون إقحام القضاء الدستوري.

وأخيراً، يجب طرح المبادئ العليا التي تهيمن على نصوص الدستور كميّار لدستورية القوانين؛ لأنها على خطورتها وأهمية تقيد السلطات العامة بها، لا تزال تفتقر إلى الحدود الموضوعية المنضبطة التي تجعل قيام القضاء على تطبيقها أمراً مقبولاً أو مأمون العاقبة^(١).

ويرى البعض الآخر أن النظرية أقيمت على أساس أحكام نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية وعلى ما بين النظريتين من اختلاف في الجوهر وفي الدرجة، فالسلطة التشريعية تملك التشريع أصلاً واختصاصاتها في هذا الشأن مطلقة، والقيد لا يرد إلا بصفة استثنائية وفي حدود معينة، فحرية البرلمان في التشريع أبعد من أن تقاس على حرية الإدارة في التنفيذ، ولذلك فإن السلطة التشريعية يجب أن تتقيد بالنصوص الواردة في الدستور، لا بأحكامها الصريحة فحسب، بل بأحكامها الضمنية، وعلى هذا الأساس يمكن اعتبار معظم الحالات التي أوردها السنهاوي غير مشروعة لمخالفة الدستور لا للانحراف. وإذا ثبت أن الدستور لم يفرض قيداً

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٥٩٢-٥٩٧؛ الدكتور رمزي الشاعر: رقابة دستورية القوانين، ص ٧٠٦-٧٠٧؛ الدكتور عبد الحميد متولي: المرجع السابق، ص ٦٦٤؛ الدكتور محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع، المطبعة العالمية ١٩٥٧ ص ١٣٩، ١٤٠.

صريحاً أو ضمناً، فمن المصلحة أن تترك حرية تقدير الأهداف لممثل الأمة تحت رقابة الأمة، ومن ثم إذا جاز رقابة الانحراف من جانب السلطة التشريعية، فيجب ترك تحقيق تلك المهمة لهيئة سياسية يشكلها الدستور لنفسه، وتقضي فيها لا على ضوء الاعتبارات القانونية المجردة، وإنما على هدي الاعتبارات السياسية والاجتماعية والاقتصادية^(١). وإلا لأدت الرغبة في الحكم على أهداف التشريع إلى منزلق خطر وتعقيدات وإشكالات لا حصر لها^(٢).

ويضيف رأي آخر أن الفروض الخمسة لنظرية الانحراف ليست إلا تطبيقات مباشرة «لنظرية مخالفة القانون»، ولا يحتاج الأمر مطلقاً إلى إثارة فكرة الانحراف. وإذا كان عدداً من الحالات التي أوردها الدكتور السنهوري تثير المشكلة لنطاق الرقابة وتحديد مداها ومدى بسطها على الغاية أو الغرض الحقيقي من التشريع؛ لأن الهيئة التشريعية قد تستتر وراء أحد الاختصاصات المسلم بها أو المنصوص عليها صراحة في الدستور لتمارس نشاطاً آخر يمنعه الدستور صراحة أو ضمناً، كأن يصدر تشريعاً يستر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعي أو أن يصدر تشريع يعدل تشريعاً سابقاً بحجة تفسيره. مما يتعين معه ضرورة بسط الرقابة على القوانين لمنع هذا التحايل بأن تقوم جهة الرقابة بتخطي ظاهر التشريع والبحث عن طبيعته الحقيقية التي هدف إليها الشارع للأسباب التالية:

١. أن إجازة هذا التحايل تقضي على القيمة الحقيقية للقيود الدستورية وتفتح باباً خطيراً أمام الشارع للعدوان على حقوق الأفراد، وهو في مأمن من رقابة القضاء، مادام يخفي عدوانه هذا وراء ستار من اختصاصاته المشروعة.

٢. أن بسط الرقابة على هذا النوع ليس إلا استعانة طبيعية بسلطة القضاء في تفسير النصوص القانونية، فإذا ظهر له مضمونها الحقيقي انتقل بعد ذلك إلى البحث عن مدى توافقه مع النصوص الدستورية.

٣. أن هذه الصورة من صور المخالفات التشريعية ليس مما يسهل التعويل في تصحيحها على

(١) الدكتور سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص ٤٢، ٤٤ .

(٢) الدكتور محمد كامل ليلة : القانون الدستوري، دار الفكر العربي، ١٩٧١، هامش (١) ص ١٧٣-١٧٤ .

الوسائل السياسية؛ باعتبارها مخالفات مستترة ظاهرها الصحة وباطنها الفساد، ومن ثم احتاج الأمر إلى خبرة القضاء ودرايته ليكشف عن حقيقتها، ويرد الأمر فيها إلى نصابه الدستوري^(١).

ويضيف رأي ثالث أنه في الفروض الخمسة لا يتوافر عيب الانحراف التشريعي إلا في الفرضين الأول والثاني، في حين تشكل باقي الفروض مخالفة مباشرة لنصوص الدستور^(٢).

ويرى البعض - وبحق - أن بالرغم من الانتقادات التي وجهت إلى نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، فإن ثمة حالات لا تدخل تحت إطار المخالفة الصريحة أو الضمنية للدستور، وإنما يحتاج الأمر بشأنها إلى بحث عن الغاية أو الغرض الحقيقي من التشريع؛ إذ قد تستتر السلطة التشريعية وراء أحد اختصاصاتها المسلم بها أو المنصوص عليها في الدستور لتمارس نشاطاً لاخر يمنعه الدستور صراحة أو ضمناً، ومثال ذلك أن يصدر تشريع يستر عقوبة ذات أثر رجعي أو أن يصدر تشريع يعدل أحكام تشريع سابق بحجة تفسيره، وفي هذه الحالة من الضروري أن تقوم الجهة الموكل إليها الرقابة على دستورية القوانين بتخطي ظاهر التشريع، باحثة عن الطبيعة الحقيقية التي هدف إليها الشارع القانوني^(٣).

(ج) معيار الانحراف التشريعي:

١. المعيار الذاتي (الشخصي): ذهب رأي في الفقه المصري إلى عيب الانحراف يتحدد وفقاً لمعيار ذاتي، بمعنى أنه عند قيام القاضي الدستوري بتكوين عقيدته عن وجود الانحراف التشريعي، فإن سائر أدلة الإثبات تعتبر من أدواته في إثبات هذا الانحراف، وأن الطبيعة السياسية لعملية صدور القانون والتي تتمثل في إصدار القانون تلبية لمطلب جماهيري معين برعت أعضاء الحزب وسبق مناقشة القانون. عندما كان مشروعاً. في أوراقه ولجان الحزب، ثم المناقشات البرلمانية التي تتم قبل التصويت عليه، كل هذه الأمور تتعلق في المقام الأول بالتطور

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٥٩٤-٥٩٦.

(٢) الدكتور سامر العوضي: المرجع السابق، ص ٢٨٢.

(٣) الدكتور رمزي الشاعر: رقابة دستورية القوانين، ص ٧٠٨.

التاريخي للنص المطعون فيه بعدم الدستورية وعلى صاحب الادعاء بوجود الانحراف أن يثبت ذلك بكافة وسائل الإثبات التي تتساند فيما بينها لتكوين عقيدة القاضي الدستوري، وإذا كان القاضي الإداري مقيداً بأوراق الدعوى ليثبت منها الانحراف بالسلطة، فإن أوراق الدعوى الدستورية تتضمن سائر مراحل التطور التشريعي، فمثلاً قد يكون من وسائل الإثبات ما يصرح به رئيس حزب الأغلبية في البرلمان عن الأسباب الحقيقية لصدور قانون ما؛ لأن في هذا التصريح كشفاً عن الغرض الحقيقي من النص التشريعي بوصف أن النص التشريعي وجد أولاً في لجان الحزب المختلفة وصدقت عليه الهيئة البرلمانية للحزب قبل عرضه في البرلمان. ومن ثم لم يكن الطابع السياسي لعملية إصدار التشريع بعائق للقاضي عن إمكانية استنباطه للغرض الحقيقي من التشريع، فهو في هذا المجال يشبه نظيره المدني عندما يبحث عن سوء النية أو حسنها ونظيره الجنائي عندما يبحث عن القصد الجنائي، ففي جميع هذه الحالات يكون البحث نفسياً لا يملك إزاءه القاضي سوى القرائن المختلفة^(١).

٢. المعيار الموضوعي: على عكس المعيار أو الرأي السابق، اتجه الرأي السائد في الفقه الدستوري إلى أن عيب الانحراف في استعمال السلطة لا يتحدد وفقاً لمعيار شخصي، بل على ضوء معيار موضوعي يستمد من دلائل مادية تكشف عن هذا الانحراف، وتتمثل بصفة أساسية في جميع الوثائق التي واكبت إعداد التشريع المطعون عليه بعدم الدستورية للانحراف في استعمال السلطة التشريعية، أو صاحب إصداره كتقارير اللجان البرلمانية التي تبين الأسس التي يقوم عليها مشروع القانون المعروض، ومبرراته الواقعية والقانونية، والأغراض التي يستهدفها، والوسائل التي يتغياها في تحقيقها، وكالمذكرة الإيضاحية التي ترافق القانون بعد إقراره من السلطة التشريعية^(٢).

وتقدير الدلائل متروك للمحكمة الدستورية العليا التي ينبغي أن تقيمها باعتبارها متساندة متكاملة، ولا تنظر إلى وثيقة منها منفصلة عن غيرها، أو منعزلة عن سياقها مستلهمة في ذلك

(١) الدكتور محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية، دار النهضة العربية ١٩٨٧ ص ٣٦٦، ٣٦٧.

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٣٦٢ وما بعدها.

فهما لفكرة المصلحة العامة، والتزامها بتحريرها حتى تسلم النصوص القانونية من شائبة الانحراف الذي يتعين أن تتجرد منه جميع التشريعات؛ لأن المصلحة العامة يجب دائماً أن تكون رائدها وهدفها^(١).

ويعد التزام المحكمة بمعيار موضوعي في تطبيق فكرة الانحراف أمر حتمي؛ إذ يستحيل عليها، بل ولا يجوز لها أن تنقصى النوايا الذاتية لأعضاء السلطة التشريعية؛ وذلك لأمرين: الأول أن المحكمة الدستورية العليا لا تجري تحقيقاً في شأن عمل يتعلق بالسلطة التشريعية، ولكن مهمتها الأساسية التي أولاهها الدستور إياها تقتصر على فرض رقابتها القضائية على دستورية القوانين واللوائح وفق ضوابط موضوعية لا تنحرف بالمحكمة عن مهمتها الأصلية التي عبر عنها أحد رؤسائها بقوله «إن للرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة على دستورية القوانين واللوائح «حدوداً لا يجوز تجاوزها، وأنها المحكمة» لا تقتحم منطقة مباشر فيها السلطان التشريعية والتنفيذية اختصاصاتها التشريعية التقديرية، ولا تستهدف مزاحمة أيهما في ولايته الدستورية، أو الانتقاص منها، وإنما الأمر في هذه الرقابة مرده إلى القيود التي فرضها الدستور، والحقوق التي كفها باعتبار أن هذه القيود، وتلك الحقوق هي محل الرقابة القضائية ومناطقها، تلك الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة أمينة على مسئوليتها، متفهمة لراميها، مقيدة بضوابطها مستجيبة لمطالباتها^(٢).

الأمر الثاني أن قرينة الدستورية تفترض تطابق النصوص التشريعية المطعون عليها مع أحكام الدستور، بل إنه يمكن القول بأن كل قرينة ممكنة يتعين أن تكون لصالح التشريع المطعون عليه، مالم تنقض هذه القرينة بدليل قطعي يكون نافياً بذاته على وجه الجزم. لدستورية النص المطعون عليه، وبالتالي لا يجوز مع قيام هذه القاعدة أن تباشر المحكمة ولايتها بطريقة غير مسئولة، تجعلها تتحرى الأغراض الشخصية للسلطة التشريعية التي يفترض تمثيلها للأمة في مجموعها، بل إن هذه المهمة وهي أعمال المعايير الذاتية في شأن عيب الانحراف في استعمال

(١) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٧٠٩ وما بعدها؛ الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٣٧٣.

(٢) المستشار محمد علي بليغ: تقديم الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، ص ٥.

السلطة التشريعية يستحيل عملاً؛ باعتبار أن عملية إقرار القوانين تسبقها، وتعاصرها مراحل معقدة يستحيل الوقوف على حقيقة نواياها الذاتية التي تؤخذ تشريعاً بعينه^(١).

وقد التزمت المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا بإعمال المعيار الموضوعي في شأن عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية. وتطبيقاً لذلك انتهت المحكمة العليا في الطعن في دستورية القانون رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء قرار وزارة التربية والتعليم بمعادلة شهادة مدرسة المساحة بشهادة الفنون والصناعات نظام حديث إلى نفي قيام عيب الانحراف في التشريع المطعون بعدم دستوريته، وأقامت دعائم حكمها على أساس موضوعي يتلخص في أن اللجنة التي شكلت قبيل القانون لبحث موضوع التعادل بين شهادة مدرسة المساحة وشهادة مدرسة الفنون والصناعات (نظام حديث) انتهت إلى أن قرار اللجنة التي شكلت سنة ١٩٤٩ لتقدير شهادة مدرسة المساحة من الناحيتين الثقافية والمادية، قد بني على أساس المشاهدة العملية، ولم يبن على أساس المقارنة بين المدرستين من نواح البرامج وخطط الدراسة ونظمها ومواردها ومسوغات الالتحاق بها، ومؤهلات مدرسيها، في حين أنه ظهر من البحث الأوجه ألا وجه للمقارنة بين المدرستين، للاختلاف المبين بينهما من كافة النواحي، كما أن قرار وزير التربية والتعليم قد بني على أن مدة الدراسة بالمدرسة تتراوح في جملتها بين ثلاث سنوات وأربع سنوات تعقبها مدة تمرين أقلها سنة، مع أنه لم يحدث في تاريخ المدرسة أن زادت مدة الدراسة بها على سنة واحدة، بل كانت تتراوح بين ثلاثة شهور وبين سنة، وقد تعقبها سنة تمرين أصلاً، وقد خلصت اللجنة إلى أن «قرار وزير التربية والتعليم الصادر في ٢٨ يناير سنة ١٩٥٠ بمعادلة شهادة مدرسة المساحة بشهادة الفنون والصناعات (نظام حديث) قد قام على وقائع ثبت فيما بعد على وجه قاطع عدم صحتها، ومجافاتها للحقائق الثابتة، فانتفت بذلك الأسباب التي قام عليها التعادل، وقد تنبى الشارع نتائج بحث هذه اللجنة، كما يبين من المذكرة الإيضاحية للقانون المطعون فيه، ومن ثم يكون النعي على هذا القانون بعبء الانحراف لا يقوم على أساس سليم»^(٢).

(١) الدكتور عادل عمر شريف: القضاء الدستوري، ص ٣٧٤.

(٢) الطعن رقم ٢ س ٣ ق جلسة ٧ يونيو ١٩٧٥ مكتب فني ١ رقم الجزء ١ ص ٣١٤.

وقضت المحكمة الدستورية العليا إن القرار رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ بشأن تأميم بعض الشركات والمنشآت بعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة الأولى منه على تأميم الشركات والمنشآت المبنية بالجدول المرفق به و من بينها الشركة المصرية المتحدة للملاحة البحرية، حرص في مادته الثانية على تعويض أصحاب المشروعات المؤممة و بين كيفية أداء التعويض إليهم فنص على أن «تتحول أسهم الشركات ورؤوس أموال المنشآت المؤممة إلى سندات إسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة...» كما أفصح المشرع في المذكرة الإيضاحية للقانون عن مقاصده واعتبارات المصلحة العامة التي تغيها من إصداره فأشار إلى أن الهدف من التأميم هو توسيع قاعدة القطاع العام بحسبانه ضرورة قومية لتوجيه الاقتصاد القومي توجيهاً مؤثراً و مفيداً لخطة التنمية بما يكفل المضي بها قدماً نحو الغايات المقصودة منها مما يقتضى حشد القوى الفنية والإمكانات المادية اللازمة لها - دون ترك أعبائها و تمويل احتياجاتها للقطاع الخاص الذي قد يتجه بجهوده وفق الاحتياجات التي تملئها مصالحه الخاصة و في ذلك ما قد يقيم العثرات أمام خطة التنمية لما كان ذلك، فإن ما ذهب إليه المدعون من أن ذلك القرار بقانون إذ قضى بتأميم الشركة المملوكة لهم لم يستهدف الصالح العام وأن تأميمها قد تم بغير مقابل بما ينطوي على مصادرة للملكية الخاصة التي كلفها الدستور يكون غير سديد. ما أثاره المدعون بشأن الإجراءات التنفيذية اللاحقة على تأميم الشركة و أيلولة ملكيتها إلى الدولة سواء ما تعلق منها بصدر قرار جمهوري بإدماجها في شركة أخرى ثم العدول عن هذا الإدماج أو بصدر قرار بتصفيته ذلك أن هذه المطاعن - أيأ كان وجه الرأي فيها - لا تعدو أن تكون نعيأ على كيفية تطبيق القانون وإجراءات تنفيذه، وجدلاً حول مدى مشروعية هذه الإجراءات مما لا يجوز التعرض له أمام هذه المحكمة إذ لا يشكل عيباً دستورياً يوصم به هذا القانون و تمتد إليه رقابتها^(١).

(د) نطاق مراقبة الانحراف التشريعي: من المقرر أن قضاء المحكمة الدستورية ليس قضاء مشروعية وليس قضاء ملائمة^(٢). فهو من ناحية ليس قضاء مشروعية؛ إذ لا تختص المحكمة

(١) الطعن رقم ١٨ س ١ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ رقم الجزء ١ ص ٧٧.

(٢) قارن الدكتور رمزي الشاعر الذي يعتبرها قضاء مشروعية وليس قضاء ملائمة، رقابة دستورية القوانين، ص ٧٠٩.

الدستورية إلا برقابة دستورية القوانين واللوائح، ومن ثم لا يثار اختصاص المحكمة الدستورية إلا بصدد عيب دستوري، سواء عيب شكلي أم موضوعي^(١). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تقرير اختصاصها ولائياً بنظر دعوى بذاتها، سابق بالضرورة على تثبيتها من توافر شروط اتصال الخصومة القضائية بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها. وحيث إن الاختصاص المنفرد والمعهود به إلى المحكمة الدستورية العليا في مجال الرقابة القضائية الدستورية. وفقاً لقانونها. يتحدد حصراً بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، أي النصوص الواردة بالتشريعات الأصلية التي سنتها السلطة التشريعية وتلك التي تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها التي ناطها الدستور بها، وأن تنحسر. بالتالي. عما سواها. وحيث إن الدستور. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة. لا يندرج في مفهوم التشريعات التي تباشر المحكمة الدستورية العليا الرقابة عليها في نطاق ولايتها المنصوص عليها في المادة (٢٩) من قانونها، ذلك أن الدستور هو المرجع النهائي لصحة أو بطلان القوانين واللوائح، عن طريق قياس مشروعيتها الدستورية على ضوء أحكامه. وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان النص الطعين في الدعوى الراهنة. على ما سلف بيانه. هو نص المادة (٩٩) من الدستور، مما لا يدخل في دائرة القوانين واللوائح التي تختص بها المحكمة الدستورية العليا بالرقابة الدستورية عليها، فإنه يتعين القضاء بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى الماثلة^(٢).

ومن ناحية أخرى، فهو ليس قضاء ملائمة؛ إذ لا يمتد اختصاص المحكمة إلى بحث ملائمة إصدار التشريع من عدمه، طالما أن الشارع قد التزم الضوابط والحدود الشكلية والموضوعية المنصوص عليها بصلب الدستور، فلا مجال لمراقبته فيما يتعلق بهذه الملائمة^(٣). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا ملائمة التشريع و البواعث على إصداره من إطلاقات السلطة

(١) الدكتور محمود أحمد زكي: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية آثاره وحجتيه وتنفيذه، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠٠٥، ص ٣٨٦ وما بعدها؛ الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل: المرجع السابق، ص ٦٦ وما بعدها.

(٢) الطعن رقم ٨٩ س ٢٢ ق جلسة ١٦ فبراير ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ص ٩٢٠.

(٣) الدكتور رمزي الشاعر: رقابة دستورية القوانين، ص ٧٠٩؛ الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٥٥، ١٥٤.

التشريعية ما لم يقيدھا الدستور بحدود و ضوابط معينة، و إذ كان ما يقرره المدعى بشأن إغفال المادة الثالثة من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ تنظيم طريق لإشهار صفة المستأجر للأرض الزراعية حتى يتبين من تعامل معه التزامه بالإخطار عن دينه، لا يعدو أن يكون جديلاً حول ملائمة التشريع و ما قد يترتب عليه من إجحاف بحقوق طائفة من الدائنين، فإن ما ينعاه المدعى في هذا الشأن لا يشكل عيباً دستورياً يوصم به النص المطعون فيه و تمتد إليه الرقابة على دستورية القوانين^(١).

بيد أن المحكمة الدستورية العليا خرجت على هذا الأصل مرتين، وتدخلت في وزن وتقدير الاعتبارات الاجتماعية التي تحيط ببعض التشريعات^(٢).

الأول قضت فيه إن الرقابة على الشرعية الدستورية . وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا . تتناول . بين ما اشتمل عليه . الحقوق التي كفلها الدستور، وأهدرها النص المطعون فيه ضمناً؛ سواء كان الإخلال بها مقصوداً ابتداءً أم كان قد وقع عرضاً. وإن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد كذلك، على أن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠- من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل . ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلائها باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان إذ هي عصية على التعديل، ولا يجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على

(١) الطعن رقم ١٣ س ١ ق جلسة ١٦ فبراير ١٩٨٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١ رقم الجزء ١٥١١ .

(٢) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر - الجزء الثاني - أولاً: تقييم دور المحكمة في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع في المجال الاجتماعي، مجلة الدستورية، العدد الثاني، السنة الأولى، أبريل ٢٠٠٣ ص ١٠ وما بعدها.

مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها. ذلك أن المادة الثانية من الدستور، تقدم على هذه القواعد أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية إذ هي إطارها العام، وركائزها الأصلية التي تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها وإلا اعتبر ذلك تشهيراً وإنكاراً لما علم من الدين بالضرورة ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها بدلالاتها أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها. وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيمياً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتمدة شرعاً، ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها ملتزماً ضوابطها الثابتة متحريراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كإعلاء صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال. وإن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد كذلك، على أن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية . بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ . من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل . ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتل تأويلاً أو تبديلاً.. وإن البين من استقراء الأحكام التي بسطها الفقهاء في شأن النفقة . سواء كان سببها عائداً إلى علائق الزوجية، أم إلى القرابة في ذاتها - وأياً كان نوعها - بما في ذلك ما يقوم من صورها بين الأصول والفروع أنهم اختلفوا فيما بينهم في عديد من مواضعها، إما لحفاء النصوص المتعلقة بها من جهة اتساعها وتعدد تأويلاتها وإما لتباين طرائقهم في استنباط الأحكام العملية - في المسائل الفرعية والجزئية التي يدور الاجتهاد حولها - من النصوص وأدلتها، والترجيح بينها عند تعارضها، اختياراً لأصحبها وأقواها وأولاها، وهو ما يفيد أن النفقة بمختلف صورها وفي مجمل أحكامها وفيما خلا مبادئها الكلية - لا يتنظمها نص قطعي يكون فاصلاً في مسائلها. وإن النفقة

شريعاً في الإردار على الشيء بما فيه بقاؤه وهي في أصل اشتقاقها تعد هلاكاً لمال من جهة المنفق، ورواجاً لحال من جهة المنفق عليه ويشمل مصطلحها كل صورها من إنفاق على إنسان أو حيوان أو طير أو زرع، لأن فيها معنى إخراج مال لإيفائهم حاجتهم وصونها. ولا ينال من ذلك قول اللغة أيضاً، بأنها ما ينفقه الإنسان على عياله ونحوهم فإنه بيان لحقيقة مدلولها، وعلى تقدير أن مسكن الصغير من مشمولاتها. وإذا كان الأصل أن يقوم الزوج بالإنفاق على زوجته ليوفر لها احتياجاتها ويعينها على التفرغ لواجباتها جزاء لاحتباسها لمصلحة تعود عليه؛ وكان من المقرر كذلك أن للزوجة أن تأخذ من مال زوجها - إذا منعها مؤنتها - ما يكفيها هي وأولادها منه معروفاً وبغير إذنه وكانت علاقة المرء بذوي قرباه - من غير أبنائه - تقوم على مجرد الصلة - ولو لم تكن صلة محرمية - إلا أن الولد ليس إلا زرع أبيه، بل هو من كسبه وجزئه، وبعض منه وإليه يكون منتسباً فلا يلحق بغيره. وهذه الجزئية أو البعضية مرجعها إلى الولادة، وليس ثمة نفع يقابلها ليكون فيها معنى العوض، ومن ثم كان اختصاص الوالد بالإنفاق على صغاره أصلاً ثابتاً لا جدال فيه، بحسبان أن قرابتهم منه مفترض وصلها محرم قطعها بالإجماع ولأن نفقتهم من قبيل الصلة، بل هي من أبوابها، باعتبار أن الامتناع عنها مع القدرة على إيفائها - حال ضعفهم وعجزهم عن تحصيل حوائجهم - مفض إلى تفويتها، فكان الإنفاق عليهم واجباً، فلا تسقط نفقتهم بفقر آبائهم ولا يتحللون منها. بل عليهم مولاة شئون أبنائهم العاجزين عن القيام بما يكفل إحياءهم وصون أنفسهم، مما يهلكها أو يضيعها. وهم كذلك مسئولون عن تكميل نفقتهم، إذا كانوا يتكسبون وما برحوا عاجزين عن إتمامها، فلا يمنعهم الآباء ما يستحقون إعمالاً لقوله تعالى (وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) ولقوله عليه الصلاة والسلام «كفي بالمرء إثماً أن يضيع من يعول» ذلك أن نفقتهم تقتضيها الضرورة وبقدر ما يكون لازماً منها لضمان كفايتهم على ضوء ما يليق بأمثالهم فلا تكون إقتاراً ولا سرفاً زائداً عما اعتاده الناس ولا تستطيل بالتالي إلى ما يجاوز احتياجاتهم عرفاً. بل إن من الفقهاء من استدل على وجوبها على الآباء من أنهم كانوا في الجاهلية يقتلون أولادهم خوفاً من الإملاق وما كانوا ليخافوه لو لا أن نفقتهم عليهم فنهاهم الله تعالى عن قتلهم. ومن ثم قيل بأمرين: أولهما: أن الإخلال بنفقتهم يكون مستوجباً حبس من قصر في أدائها ممن التزم بها، باعتبار أن فواتها ضياع لنفس بشرية سواء في بدنها أو عقلها أو

عرضها. ثانيهما: أنه إذا كان للصغار مال حاضر، فإن نفقتهم تكون في أموالهم ولا شأن لأبيهم بها، فإذا كان ما لديهم من مال لا يكفيها؛ أو لم يكن لديهم مال أصلاً اختص أبوهم من دونهم بتكملتها، أو بإيفائها، فلا يتحمل غيره بعبئها. وإن المدعى لا ينازع في أصل الحق في نفقة صغاره، ولا في شروط استحقاقها ولا أن نفقتهم غير مقدرة بنفسها، بل بكفايتها وإنما تثور دعواه الدستورية حول مشروعية القيود التي فرضها النص المطعون فيه على كل مطلق قولاً بأن هدفها الحد من الحق في الطلاق وأن إعنتها يتمثل في إلزامهم إسكان صغارهم من مطلقاتهم بدلاً عن أجرة المسكن التي كان العمل بها جارياً قبل نفاذ النص المطعون فيه بما مؤداه أن «عينه» نفقتهم لا مبلغها هي مدار دعواه هذه، وأن الفصل في دستورية النص المطعون فيه يتحدد على ضوئها؛ ونطاق تطبيقها. وإن إنكار حق صغار المطلق في اقتضاء نفقتهم تمكيناً، مردود أولاً: بأن القاضي وإن كان يقدرها في ظل العمل بأحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (المادتان ٥، ٦ منها ومذكرتهما الإيضاحية) مبلغاً نقدياً يشمل عناصرها جميعاً بما فيها السكنى إلا أن من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن أية قاعدة قانونية ولو كان قد استقر عليها أمداً لا تحمل في ذاتها ما يعصمها من العدول عنها، وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكماً شرعياً قطعياً في وروده ودلالته - وتكون في مضمونها أرفق بالعباد وأحفل بشئونهم وأكفل لمصالحهم الحقيقية التي تشرع الأحكام لتحقيقها وبما يلائمها، فذلك وحده طريق الحق والعدل، وهو خير من فساد عريض. ومن ثم ساء الاجتهاد في المسائل الاختلافية التي لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها. وليس الاجتهاد إلا جهداً عقلياً يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية وهو بذلك لا يجوز أن يكون تقليداً محضاً للأولين أو افتراء على الله كذباً بالتحليل أو التحريم في غير موضعيهما أو عزوفاً عن النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم. وإعمال حكم العقل فيما لا نص فيه توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية إذ هي غير منغلقة على نفسها ولا تضيضي قدسية على أقوال أحد من الفقهاء في شأن من شئونها ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدالها بغيرها. وأن الآراء الاجتهادية ليس لها - في ذاتها قوة ملزمة متعددة

لغير القائلين بها ، ولا يجوز بالتالي اعتبارها شرعاً ثابتاً منفرداً لا يجوز أن ينقض وإلا كان ذلك نهيًا عن التأمل والتبصر في دين الله تعالى وإنكاراً لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد بل إن من الصحابة من تردد في الفتيا تهيّبا. ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالإتباع من اجتهاد غيره. وربما كان أضعف الآراء سنداً أكثرها ملائمة للأوضاع المتغيرة ولو كان مخالفاً لأقوال استقر عليها العمل زمنًا ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية وربطها بمصالح الناس عن طريق الأدلة الشرعية - النقلية منها والعقلية - حق لأهل الاجتهاد فأولى أن يكون هذا الحق ثابتاً لولي الأمر يستعين عليه في كل مسألة بخصوصها - بما يناسبها - بأهل النظر في الشؤون العامة، إخماداً للثائرة وبما يرفع التنازع والتناحر ويبطل الخصومة على أن يكون مفهوماً أن اجتهادات السابقين لا يجوز أن تكون مصدراً نهائياً أو مرجعاً وحيداً لاستمداد الأحكام العملية منها، بل يجوز لولي الأمر أن يشرع على خلافها وأن ينظم شؤون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله مستلهماً في ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة هي التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها، وهي بعد مصالح لا تتناهى جزئياتها، أو تنحصر تطبيقاتها ولكنها تتحدد - مضموناً ونطاقاً - على ضوء أوضاعها المتغيرة. وليس ذلك إلا إعمالاً للمرونة التي تسعها الشريعة الإسلامية في أحكامها الفرعية والعملية المستجيبة بطبيعتها للتطور، والتي ينافيها أن يتقيد ولي الأمر في شأنها بآراء بذاتها لا يريم عنها أو أن يقعد باجتهاده بصدددها، عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعاً قد جاوزتها. وتلك هي الشريعة الإسلامية في أصولها ومنابتها، متطورة بالضرورة نابذة الجمود لا يتقيد الاجتهاد فيها - وفيما لا نص عليه - بغير ضوابطها الكلية، وبما لا يعطل مقاصدها. وإن كلمة النفقة عند إطلاقها تفيد انصرافها إلى مشتملاتها مما تقوم بها من طعام وكسوة وسكنى أو هي - على قول الحنابلة - مؤنة الشخص خبزاً وأدمًا وكسوة وسكنًا وتوابعها، باعتبارها من الحوائج الأصلية للمنفق عليه. والأصل فيها أن تكون عيناً فلا يصار حق الصغار بشأنها إلى ما يقابلها نقداً - باعتباره عوضها أو بدلها - إلا إذا كان استيفاء أصلها متعذراً. وليس معروفاً أن يكون إنفاق الوالد على صغاره تمليكاً معلوم القدر والصفة، بل يتعين أن يكون تمكيناً يعينهم على أمر حوائجهم ليوفيهما دون زيادة أو نقصان وهذا الأصل قائم على

الأخص في مجال العلاقات الزوجية لقوله عليه الصلاة والسلام «أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكتسون» وهو مقرر كذلك في الزكاة لوقوعها في عين أموالها لقوله عز وجل (خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا). واستصحاباً لهذا الأصل لا تخرج المطلقة من مسكنها طوال عدتها، سواء كان طلاقها من زوجها رجعيًا أم بائنًا؛ ذلك أن طلاقها رجعيًا يعني أن علاقة الزوجية لا تزال قائمة وأن بقاءها في بيته قد يغريه بإرجاعها إليه استئنافاً لحياتها فإن كان طلاقها منه بائنًا فإن مكثها في منزل الزوجية يكون استبراء لرحمها لا استثناء من ذلك في الحالتين إلا أن تأتي عملاً فاحشاً. وقد أحال الله تعالى المؤمنين في كفاراتهم إلى عاداتهم قائلاً (إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ). متى كان ذلك، وكان الحق هو الحسن شرعاً والباطل هو القبيح شرعاً فإن تقرير حق الصغار في نفقتهم من خلال إبدال مبلغها بعينيها، لا يكون التواء عن الشرع ولا ضللاً يقابل الحق ويضاده. وإن كلمة النفقة عند إطلاقها تفيد انصرافها إلى مشتملاتها مما تقوم بها من طعام وكسوة وسكنى أو هي - على قول الحنابلة - مؤنة الشخص خبزاً وأدمًا وكسوة وسكنًا وتوابعها، باعتبارها من الحوائج الأصلية للمنفق عليه. والأصل فيها أن تكون عيناً فلا يصار حق الصغار بشأنها إلى ما يقابلها نقداً - باعتباره عوضها أو بدلها - إلا إذا كان استيفاء أصلها متعذراً. وليس معروفاً أن يكون إنفاق الوالد على صغاره تملكاً معلوم القدر والصفة، بل يتعين أن يكون تمكيناً يعينهم على أمر حوائجهم ليوفيها دون زيادة أو نقصان وهذا الأصل قائم على الأخص في مجال العلاقات الزوجية لقوله عليه الصلاة والسلام: «أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكتسون» وهو مقرر كذلك في الزكاة لوقوعها في عين أموالها لقوله عز وجل (خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا).

واستصحاباً لهذا الأصل لا تخرج المطلقة من مسكنها طوال عدتها، سواء كان طلاقها من زوجها رجعيًا أم بائنًا؛ ذلك أن طلاقها رجعيًا يعني أن علاقة الزوجية لا تزال قائمة وأن بقاءها في بيته قد يغريه بإرجاعها إليه استئنافاً لحياتها فإن كان طلاقها منه بائنًا فإن مكثها في منزل الزوجية يكون استبراء لرحمها لا استثناء من ذلك في الحالتين إلا أن تأتي عملاً فاحشاً.

وقد أحال الله تعالى المؤمنين في كفاراتهم إلى عاداتهم قائلاً (إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا

تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ). متى كان ذلك، وكان الحق هو الحسن شرعاً والباطل هو القبيح شرعاً فإن تقرير حق الصغار في نفقتهم من خلال إبدال مبلغها بعينيها، لا يكون التواء عن الشرع ولا ضللاً يقابل الحق ويضاده. وأن الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين كثيراً ما قرروا أحكاماً متوخين بها مطلق مصالح العباد جلباً لنفعهم أو دفعاً لضررهم أو رفعاً للحرَج عنهم، باعتبار أن مصالحهم هذه لا تنحصر جزئياتها وأنها تتطور على ضوء أوضاع مجتمعاتهم وليس ثمة دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها. وإذ لم يعد للنفوس - من ذاتها - زاجر يردعها عن إنكار حق الصغار في نفقاتهم أو المطل في أدائها - فيما إذا كان قدرها محدداً مبلغاً من النقود - مما قد يحمل حاضنتهم على التردد بهم على ذويها قبلونهم على مضض أو يصدونهم، يضيقون بهم ذرعاً أو يعرضون عنهم بما يهدد حياتهم وعقولهم وأعراضهم فقد بات حقاً وواجباً، أن يتدخل المشرع لرد ما قدره ظلماً بيناً وأن يعيد تنظيم الحقوق بين أطرافها مبيناً طرق اقتضاها مستلهاً أن الأصل في الضرر أن يزال فلا يتفاقم وأن الضرر لا يكون قديماً فلا يتقادم وأن القرابة القريبة ينبغي وصلها والقبول بأهون الشرين في مجالها توفياً لأعظمهما. ومن ثم قدر المشرع - بالنص المطعون فيه - أن ينقل حق هؤلاء الصغار من نفقة يفرضها القاضي مبلغاً من النقود، إلى عين محقق وجودها، هي تلك التي كانوا يشغلونها مع أبوهم قبل طلاق أمهم ليظل حقهم متصلاً بها لا يفارقونها، إلا إذا بوأهم أبوهم مسكناً مناسباً بديلاً عنها. ولا منافاة في ذلك للشريعة الإسلامية سواء في مبادئها الكلية أو مقاصدها النهائية بل هو أكفل لدعم التراحم والتواصل بين أفراد الأسرة الواحدة، بما يرفع جوهر علاقتهم ببعضهم ببعض فلا يقوض بنيانها. وإن عينية النفقة على ما تقدم، لا تفيد لزوماً انتفاء القيود اللازمة لضبطها، ولا تحول بالتالي دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية في شأن مضمون الحقوق التي خولها النص المطعون فيه لصغار المطلق وحاضنتهم للفصل في اتفاقها مع الدستور أو خروجها عليه. وإن الفقرتين الأولى والثانية من النص المطعون فيه، صريحتان في استقلال الصغار مع حاضنتهم بمسكن الزوجية فيما إذا تقاعس المطلق عن أن يعد لهم مسكناً ملائماً يضمهم جميعاً. بيد أن ربط هاتين الفقرتين ببعضهما يدل على تبيينها تمييزاً تحكيمياً بين فئتين من المطلقين؛ ذلك أنه بينما تلتزم إحداها - إذا كان سكن الزوجية مؤجراً - أن توفر لصغارها من مطلقاتهم - مع حاضنتهم - مسكناً مناسباً

خلال فترة زمنية لا تتجاوز على الإطلاق عدة مطلقاتهم، وإلا ظل الصغار من دون أبيهم شاغلين مسكن الزوجية لا يخرجون منه إلا بعد انتهاء مدة حضانتهم بأكملها فإن أخراهما - التي يكون مسكنها غير مؤجر - يكفيها أن توفر لصغارها مع حاضنتهم مسكناً مناسباً فيئثون إليه، ولو كان ذلك بعد انتهاء عدة مطلقاتهم لا يتقيدون في ذلك بزم من معين. وإن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منطوياً على تقسيم أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض، أو عن طريق المزايا أو الحقوق التي يكفلها لفئة دون غيرها إلا أن اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع موضوعاً محدداً عن أهدافها ليكون اتصال الأغراض التي توخاها بالوسائل إليها منطقياً وليس واهياً أو واهناً بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً. ومرد ذلك أن المشرع لا ينظم موضوعاً معيناً مجرداً أو نظرياً بل يتغيا بلوغ أغراض بعينها تعكس مشروعيته إطاراً لمصلحة عامة لها اعتبارها يقوم عليها هذا التنظيم متخذاً من القواعد القانونية التي أقرها مدخلاً لها فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها تحكيمياً ومنهياً عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور. وما قرره النص المطعون فيه من تمييز بين فئتين من المطلقين لا يعدو أن يكون تقسيماً تشريعياً لا يقيم علاقة منطقية بين الأسس التي يقوم عليها والنتائج التي ربطها المشرع بها بل توخي هذا التمييز - وعلى ما يبين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقودة في أول يوليو ١٩٨٥ - فرض قيود واقعية على الطلاق كي لا يكون إسرافاً فجاء بذلك نافياً لكل علاقة مفهومة بين طبيعة الرابطة القانونية التي ارتبط بها المطلق في شأن مسكن الزوجية - إجارة كانت أم إعارة أم ملكاً أن انتفاعاً أم حق استعمال أم غير ذلك من العلائق القانونية - وبين التزام هذا المطلق بأن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكناً مناسباً وأبوهم كبديل عن مسكن الزوجية ذلك أن حق الصغار وحاضنتهم ليس متعلقاً بعين المكان الذي كان يظلمهم مع أبيهم قبل الطلاق بل يقوم حقهم منحصراً في مكان يهجعون إليه يكون مناسباً شرعاً لأمثالهم فلا يكون إعدادة مقيداً بزم من معين. وإذا كان تنظيم الحقوق لا يجوز لغير مصلحة واضحة يقوم الدليل على اعتبارها وكان من غير المتصور أن يكون أمر المطلق رهقاً سواء من خلال تنظيم تشريعي جائز، أو عن طريق إساءة الصغار أو حاضنتهم - استعمال حقهم في النفقة إضراراً

بأبيهم؛ وكان من المقرر أن مسكناً يتيها لهم من أبيهم سواء قبل انتهاء عدة مطلقة أو بعدها هو ما تقوم به مصلحتهم في النفقة التي لا يجوز ربطها على الإطلاق بما إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً أو غير مؤجر، إذ لا شأن لذلك بحق الصغار في نفقتهم؛ ولا هو من مقاصدها. متى كان ما تقدم؛ وكان الآباء المطلقون - في علاقاتهم بأبنائهم - تتماثل مراكزهم القانونية فيما بين بعضهم البعض؛ وكان النص المطعون فيه، قد مايز بينهم في نطاق هذه العلائق - بأن حد من حقوقهم في إعداد مكان ملائم لسكنى صغارهم إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً مع بسطها إن كان غير مؤجر؛ فإن هذا التمييز لا يكون منطقياً قائماً بالتالي على غير أسس موضوعية ومنهياً عنه دستورياً ذلك أن أشكال التمييز التي يناهضها مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون؛ وإن تعذر حصرها إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكيمية من الحقوق التي كفلها الدستور أو القانون أو كلاهما بما في ذلك تلك التي ترعى ببناء الأسرة ولا تفرقها وتصون قيمها وترسيها على دعائم من الخلق والدين ضمناً لتراحمها وتناصفها. وإذا كان الأصل المقرر شرعاً أن مؤنة الحضانة تكون في مال المحضون فإن لم يكن للمحضون مال فعلى من تلزمه نفقته؛ وكان هذا الأصل مردداً بنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - المشار إليه - التي تقضي بأنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه؛ وكان حق الصغار في الإنفاق عليهم يتوخى إحياءهم وليس حقاً لحاضنتهم عوضاً عن احتباسها لشئونهم وكان الأصل في نفقتهم أنهم عاجزون بدونها عن تحصيل حوائجهم وأن استيفاءهم لها بقدر كفايتهم يعد معروفاً، وأن تأسيسها على حاجتهم يثبتها على أبيهم حتى مع اختلافهم ديناً؛ وكان استواء آباء الصغار مع أمهاتهم في الولادة؛ لا يسقط نفقتهم عن آبائهم، بل ينفردون بها؛ إلا أن الحق في طلبها مقيد دوماً بأن يكون تحصيلها حائلاً دون هلاكها أو ضياعهم ولا كذلك أن يكون للصغير فضل من مال؛ ذلك أن الإنفاق عليه من مال غيره لا يكون إلا تفصيلاً فلا تكون نفقته واجباً على أحد ولا يجوز طلبها بالتالي شرعاً من أبيه طلباً لازماً يحتم أدائها فقد انتفي موجبها ولم يعد اقتضاؤها ضرورة يختل بفواتها نظام الحياة. ولئن جاز القول بأن الأبوين قد يفيضان بأموالهما على أبنائهم صوتاً لأموالهم التي بين أيديهم مما قد يبددها أو ينتقص منها إلا أن حدهما على أبنائهم بما فطرا عليه لا ينتقص قاعدة شرعية أو ينحيتها ويبدلها بغيرها بل تظل

نفقتهم في أموالهم بقدر كفايتهم. وإن كان الأصل أن سكنى الصغار - عينا - حق، وأنها جزء من نفقتهم بمدلولها لغة وعرفاً؛ وكان النص المطعون فيه يكفلها للصغار من مال أبيهم ولو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه - وينقلون إليه تبعاً لها - فإنه يكون بذلك مرهقاً - ودون مقتض - من يطلقون زوجاتهم - ولو كان الطلاق لضرورة لها موردها شرعاً مفضياً إلى وقوعهم كارهين في الحرج ليكون إعناتهم منافياً للحق والعدل، ومشقتهم بديلاً عن التيسير عليهم ليقترن الطلاق بالبأساء والضراء التي لا مخرج منها. وما لذلك تشريع الأحكام العملية التي ينبغي أن تستقيم بها شئون العباد ومصالحهم إذ لا يجوز أن يكون عبؤها فادحاً من خلال تكليفاتها ولا مضمونها عتواً مجافياً لرحمة فتح الله تعالى أبوابها للمؤمنين بل هوناً وقواماً وهو ما عبر عنه ابن عابدين في حاشيته (رد المحتار على الدر المختار) التي أورد فيها أن أبا حفص حين سئل عمن لها إمساك الولد وليس لها مسكن أفاد بأن على أبيهم سكنها جميعاً وهو ما يعنى عند ابن عابدين أن الصغار لا يحتاجون إلى مسكن من أبيهم إذا كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه يأويها مع المحضونين، ليكون انتقاهم معها أرفق بالجانبين وهو ما ينبغي عليه العمل. ما قرره أبو حفص مما تقدم - وكذلك من خرج عليه - لا يعدو أن يكون اجتهداً وكان الاجتهاد في المسائل الخلافية ممكناً عقلاً ولازماً ديانة ومفتوحاً بالتالي فلا يصد اجتهداً ولا يقابل اجتهداً على صعيد المسائل التي تنظم الأسرة بغيره إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها وبما لا يناقض كمال الشريعة أو يخل بروح منهاجها وكان ما ذهب إليه البعض من أنه إذا اختار ولي الأمر رأياً في المسائل الخلافية فلائنه يترجح، مردود بأن الترجيح عند الخيار بين أمرين، لا يكون إلا بإتباع أيسرهما ما لم يكن إثماً، فلا يشرع ولي الأمر حكماً يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسراً لتكون معيشتهم ضنكاً وعوجاً بل يتعين أن يكون بصيراً بشئونهم بما يصلحها فلا يظلمون شيئاً وكان من المقرر أن سكنى صغار المطلق ضرورة ينبغي أن تقدر بقدرها وكان ثابتاً كذلك أن من مقاصد الخلق جلب منافعهم ودفع المضار عنهم وأن صلاحهم في تحصيل مقاصدهم فلا يكون بعضهم على بعض عتياً ولا تكون أفعالهم ضراوة فيما بينهم وكان حقاً قوله عليه السلام: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم» وكانت الحنيفية السمحة هي مدار الدعوة التي قام بتبليغها إلى الناس جميعهم (وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ) وكان اقتضاء الصغار مسكناً من

أبيهم - مع إمكان إيوائهم في مسكن لحاضنتهم تسكنه فعلاً - مؤجراً كان أم غير مؤجر - ليكون لهم مهاداً ليس تعلقاً بما يكون واجباً على أبيهم ولا اجتناباً من جهتهم لشر يتناهون عنه، بل إعراضاً عما ينبغي أن يكون عليه المؤمنون من المسامحة واللين فقد تعيّن ألا يكون دينهم إرهاباً لعلاقاتهم ببعض ولا مقيماً عوائق تتعقد دروبها وتنغلق مسالكهم إليها، ليكون لهم مخرجاً من حرجهم فلا يقترن - ظلماً أو هضماً - بما يأتون أو يدعون مصداقاً لقوله تعالى (مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ) (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ) (يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا). متى كان ذلك وكان القرآن فصلاً لا هزلاً وكان اختصاص صغار المطلق من مطلقة مع حاضنتهم - بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها تقيم فيه وهو ما يقع بوجه خاص إذا لم تكن حاضنتهم هي المطلقة نفسها بل أمها أو أختها أو خالتها - يعني أن حاضنتهم هذه - وقد تهبأ مسكن لها مع زوجها وأولاده - إما أن تنقل هؤلاء معها إلى مسكن المحضونين نابذة مسكنها لأمر انعقد عليه عزمها وإما أن تتردد معها إلى مسكن المحضونتين نابذة مسكنها لأمر انعقد عليه عزمها وإما أن تتردد بين مسكنها ومسكنهم فلا تمنحهم كل اهتمام ولا توفر لحضانتهم متطلباتها من التعهد والصون والتقويم وإما أن تقيم مع محضونيتها - من دون أسرتها ليتصدع بنايها، ولا يعدو ذلك كله أن يكون عبثاً توخي فرض قيود واقعية على الطلاق لا تجوز شرعاً تقديراً بأن مسكن الزوجية لا يجوز أن يكون مقراً للمحضونين إذا كان لحاضنتهم مسكن يأويهم تقيم هي فيه وليس لازماً أن يكون مملوكاً لها، ذلك أن حق الصغار في السكن ينتقل من مسكن أبيهم إلى مسكن حاضنتهم أيّا كان شكل العلاقة القانونية التي تربط بها في شأن هذه العين ودون إخلال بحقوقها في أن تقضى لها وللصغار أجراً مناسباً عن إيوائهم في مسكنها باعتباره من مؤنتهم. والنص المطعون فيه - محدداً نطاقاً في الحدود التي خلص إليها قضاء المحكمة الدستورية العليا على النحو المتقدم لا يعطل الحق في الطلاق ذلك أنه كفل لصغار المطلق وحاضنتهم حقوقاً تقتضيها الضرورة وبقدرها لتكون نفقتهم كافلة لمقوماتها لا تنتقص من مشتملاتها ولا يكون جريان آثارها وإنفاذ الحقوق المتعلقة بها متراجهاً. ووقوعها في الحدود التي يقتضيها الشرع ينفي تعويقها الطلاق أو إهدارها الحق فيه لأمرين: أولهما: أن الأصل في الحقوق التي يأذن المشرع بممارستها أو يبين أسسها أنها تتكامل

فيا بينها ولا تتآكل بل تعمل جميعها في إطار وحدة عضوية تتلاقى توجهاتها وتتوافق مصالحها ثانيهما: أن الطلاق كان دائماً ملاذاً نهائياً للرجل ولا يلجأ إليه إلا باعتباره باباً للرحمة في مجال علاقة زوجية غدا صدعها غائراً عميقاً. ولم يكن مطلقاً بغياً من الرجل على المرأة لقوله تعالى: (فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً) فلا يكون الفراق بين الزوجين ظلماً أو حقاً، بل معروفاً وانتصافاً لا ينال من الحقوق التي جر إليها، ولا يسقط عن المطلق تبعاتها وتلك الشريعة الإسلامية قوامها العدل والرحمة وجوهرها دعوة إلى البر والإحسان لا تتناهى ومما يناقض وسطيتها أن يكون الصغار ضحايا لنزق آبائهم يمنعونهم ما يستحقون. وإن ما قرره المدعى من أن المطلق - إذا ما كان مالكا قانوناً لمسكن الزوجية - فإن اختصاص صغاره من مطلقته بهذا المسكن من دونه إنما يجرد ملكيته من بعض عناصرها إخلالاً بالحماية التي كفلها الدستور لها بالمادة ٣٤ مردود: بأن الملكية في إطار النظم الوضعية التي تراوح بين الفردية وتدخل الدولة لم تعد حقاً مطلقاً ولا هي عصية على التنظيم التشريعي وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها. ومن ثم ساء تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية، وهي وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ ولا تفرض نفسها تحكماً، بل تملئها طبيعة الأموال محل الملكية والأغراض التي ينبغي رصدها عليها، محددة على ضوء واقع اجتماعي معين، في بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها. وفي إطار هذه الدائرة وتقيداً بتخومها يفاضل المشرع بين البدائل ويرجح على ضوء الموازنة التي يجريها، ما يراه من الصالح أجدر بالحماية وأولى بالرعاية وفقاً لأحكام الدستور، مستهدياً في ذلك بوجه خاص بالقيم التي تنحاز إليها الجماعة في مرحلة بذاتها من مراحل تطورها وبمراعاة أن القيود التي يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها لا تعتبر مقصودة بذاتها بل غايتها خير الفرد والجماعة. ولا تعارض الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية ما تقدم ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها إلى الله تعالى، أنشأها وبسطها وإليه معادها ومرجعها مستخلفاً فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبدونها أو يستخدمونها إضراراً يقول تعالى: (وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ).

وليس ذلك إلا نهيًا عن الولوغ بها في الباطل وتكليفاً لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها، وهي مقاصد بنافيتها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثاً أو

إسرافاً أو عدواناً أو متخذاً طرائق تناقض مصالح الجماعة أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار وكان لولى الأمر بالتالي أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يحول دون الإضرار إذا كان ثأراً محضاً يزيد من الضرر ولا يفيد إلا في توسيع الدائرة التي يمتد إليه وأن يرد كذلك الضرر البين الفاحش. ومتى كان اختصاص صغار المطلق بمسكن الزوجية، مقيداً بتراخيه في أن يوفر لهم مسكناً بديلاً عنه، فإن استقلالهم به يغدو متصلاً بنفقتهم مترتباً على الإخلال بإيفائها بعد أن غص أبوهم بصره عن إحياء صغاره ليكون استمرارهم في شغل مسكن الزوجية عائداً في مصدره المباشر إلى نص القانون وعلى ضوء الموازنة التي أجراها المشرع بين مصلحة المطلق في أن يظل مقيماً بهذا المسكن من دون صغاره ومصلحتهم في البقاء فيه من دونه مرجحاً - في نطاق سلطته التقديرية في مجال تنظيم الحقوق - ثانيتهما باعتبار أن تفويتها يلحق بصغاره مضاراً لا حد لها، ولأن الأضرار حين تتزاحم فإن اختيار أهونها دفعاً لأعظمها خطراً وأفدحها أثراً يكون لازماً وواقعاً فيه نطاق الوظيفة الاجتماعية للملكية التي يحدد ولي الأمر إطارها وتوجهاتها. وإن إعمال الفقرة الثالثة من النص المطعون فيه - محدد إطاره على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - يفترض أن المطلق قد تراخى عن أن يعد مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقة رغم قيام الدليل على أنهم لا يملكون مالا حاضراً يدبرون منه سكناهم وليس لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ويأويهم تبعاً لها - فإن اختصاصهم - من دون أبيهم - بمسكن الزوجية يكون لازماً. والبين من الأعمال التحضيرية لهذه الفقرة - حسبما تضمنتها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقودة في أول يوليو سنة ١٩٨٥ - أن حكمها لم يكن وارداً في مشروع القانون المعروض بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية وإنما اقترحها أحد أعضاء هذا المجلس تخيراً للحاضنة بين الاستقلال مع الصغار بمسكن الزوجية وبين أن يقدر القاضي لها وللمحزونين أجر مسكن مناسب وكان ذلك من المشرع بحسبان أنها قد تؤثر الانتقال مع الصغار إلى ذويها طالباً لملاذهم وعونهم وقد يكون لها مسكنها ويريحها أن تظل فيه بافتراض أن انتقالها منه إلى مسكن الزوجية قد يؤذيها أو يرهقها وقد يروعها بما يقوض سكينتها وصفاء نفسها فيما إذا كان أهل المطلق أولى بأس شديد فلا تخلص إزاء اضطرابها لمحزونيتها ولا تمنحهم من اهتمامها ما يستحقون ولا تعينهم على قضاء حوائجهم بما يكفيها فإن اختيارها أحد هذين البديلين - مسكن

الزوجية أو أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها - لا يكون مناقضاً أحكام الدستور - ومن بينها مادته الثانية - باعتباره مقرر المصلحة لها اعتبارها وإهمالها يلحق الضرر بها وبمحضونيتها^(١).

والحكم الثاني التي خرجت فيه المحكمة الدستورية وراقبت الملاءمة التشريعية، قضت فيه أن

« المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر المستأجر تنص على أنه «مع عدم الإخلال بحكم المادة ٨ من هذا القانون، لا ينتهي عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين، إذا بقى فيها زوجته أو أولاده أو أي من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك. وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر نسباً أو مصاهرة حتى الدرجة الثالثة، يشترط لاستمرار عقد الإيجار، إقامتهم في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه العين، أو مدة شغله للمسكن أيتها أقل. فإذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجاري أو صناعي أو مهني أو حرفي، فلا ينتهي العقد بوفاة المستأجر أو تركه العين، ويستمر لصالح ورثته وشركائه في استعمال العين بحسب الأحوال. وفي جميع الأحوال يلتزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم الحق في الاستمرار في شغل العين. ويلتزم هؤلاء الشاغلون بطريق التضامن بكافة أحكام العقد». والبين من النص المطعون عليه - فيما قرره من أحكام تتعلق بالأعيان المؤجرة لأغراض السكنى - أنه فيما عدا الزوجة التي يستمر لصالحها عقد إيجار زوجها بعد تخليه عن العين المؤجرة أياً كانت مدة إقامتها مع زوجها فيها، فإن غيرها من أقرباء هذا المستأجر مصاهرة لا يبقون في هذه العين بعد تخلي مستأجرها الأصلي عنها - وبوصفهم مستأجرين أصليين لها - إلا بشرطين أولهما: أن تكون قرابتهم بالمصاهرة لهذا المستأجر حتى درجة معينة، هي الدرجة الثالثة. وثانيهما: ألا تكون إقامتهم في العين التي كان يشغلها عرضية أو عابرة أو مؤقتة، بل مستقرة لا يتخللها انقطاع غير عارض، وأن تقترن بنية الاستيطان، فلا يشوبها غموض أو يداخلها خفاء، توقياً لللباس أمرها وانبهاً المقصود منها على المؤجر. ويجب دوماً أن تستغرق إقامتهم فيها - بأوصافها تلك - زمناً محدداً لا تقل عنه، حتى يمكن الاحتجاج بها على المؤجر ومجاوبته بها. إذ يجب وفقاً للنص المطعون فيه، أن يكون

(١) الطعن رقم ٥ س ٨ ق جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ رقم الجزء ١ ص ٣٤٧.

هؤلاء الأقرباء قد أقاموا بها - متخذين منها - وحتى تاريخ التخلي عنها - سكناً على وجه الاعتیاد لمدة تستطیل على الأقل إلى سنة سابقة على تخلي المستأجر الأصلي عنها، أو لمدة تماثل المدة التي شغل خلالها هذه العين، آتيتها أقل. ولا ينحصر نطاق الطعن المائل فيما قرره المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه، من استمرار عقد إيجار العين للسكنى، لصالح أقرباء المستأجر الأصلي مصاهرة حتى الدرجة الثالثة رغم تخلي هذا المستأجر عنها، وإنما يمتد هذا النطاق كذلك إلى الأحكام «ذاتها» التي تبناها نص المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر لصالح هذه الفئة «عينها». وإن الدستور - إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة، وتكيدا لإسهامها في صون الأمن الاجتماعي - كفل حمايتها لكل فرد - وطنياً كان أو أجنبياً - ولم يجز المساس بها إلا سبيل الاستثناء، وفي الحدود التي يقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائدة - في الأعم من الأحوال - إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال، وحرص بالعمل المتواصل على إنائها، وأحاطها بما قدره ضرورياً لصونها، مبعداً بها الطريق إلى التقدم، كافلاً للتنمية أهم أدواتها، محققاً من خلالها إرادة الإقدام، حاجعاً إليها لتوفر ظروفاً أفضل لحرية الاختيار والتقرير، مطمئناً في كنفها إلى يومه وغده، مهيمناً عليها ليختص دون غيره بمسارها ومنتجاتها وملحقاتها، فلا يرده عنها معتد، ولا يناجز سلطته في شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها، ليعتصم بها من دون الآخرين، وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التي تعينها على أداء دورها، وتقيها تعرض الأغيار لها سواء بنقضها أو بانتقاصها من أطرافها ولم يعد جائزاً بالتالي أن ينال المشرع من عناصرها، ولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها، أو يقيد من مباشرة الحقوق التي تتفرع عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية، ويكون العدوان عليها غصباً، وافتتاتاً على كيانها أدخل إلى مصادرتها. ومن المقرر كذلك أن حق الملكية من الحقوق المالية التي يجوز التعامل فيها وبقدر اتساع قاعدتها تعدد روافدها، وتنوع استخداماتها، لتشكل نهراً يتدفق بمصادر الثروة القومية التي لا يجوز إهدارها أو التفريط فيها أو بعثرتها تبديداً لقيمتها، ولا تنظيمها بما يخل بالتوازن بين نطاق حقوق الملكية المقررة عليها، وضرورة تقييدها نأياً لها عن

الانتهاز، أو الإضرار بحقوق الآخرين ذلك أن الملكية _ في إطار النظم الوضعية التي تزواج الفردية وتدخل الدولة _ لم تعد حقاً مطلقاً، ولا هي عصية على التنظيم التشريعي وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشرع بعناصرها ومن ثم ساغ تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية وهي وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكماً، بل تملئها طبيعة الموال محل الملكية، والأغراض التي ينبغي رصدها عليها، محددة على ضوء واقع اجتماعي معين في بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها. وفي إطار التوازن المفترض بين حق الملكية والقيود عليها، يفاضل المشرع بين البدائل ويرجح على ضوء الموازنة التي يجريها، ما يراه من المصالح أجدر بالحماية، وأولى بالرعاية وفقاً لأحكام الدستور مستهدياً في ذلك بوجه خاص بالقيم التي تنحاز إليها الجماعة في مرحلة بذاتها من مراحل تطورها، وبمراعاة أن القيود التي يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها، ولا تعتبر مقصودة لذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة. وإن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تبديل فيها، ولا تناقض ما تقدم، ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها إلى الله تعالى، أنشأها وبسطها، وإليه معادها ومرجعها، مستخلفا فيها عبادة الذين عهد عليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال، لا يبدونها أو يستخدمونها إضراراً بقول تعالى: (وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَحْلِفِينَ فِيهِ) وليس ذلك إلا نبياً عن الولوج بها في الباطل تكليفاً لولي الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها وهي مقاصد ينافيها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثاً، أو إسرافاً، أو عدواناً، أو متخذاً طرائق تناقض مصالح الجماعة، أو تخل بحقوق للغير، أولى بالاعتبار. ولولي الأمر بالتالي أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يحول دون الإضرار إذا كان ثاراً محضاً يزيد من الضرر، ولا يفيد إلا في توسع الدائرة التي يمتد إليها، وإن يرد كذلك الضرر البين الفاحش، فإذا ترحم ضرران، كان تحمل أهونها لازماً، اتقاء لأعظمهما ويندرج تحت ذلك القبول بالضرر الخاص لرد ضرر عام. وينبغي - من ثم - أن يكون لحق الملكية إطار محدد تتوازن فيه المصالح ولا تتنافر ذلك خلافة، وهي باعتبارها كذلك تضبطها وظيفتها الاجتماعية التي تعكس بالقيود التي تفرضها على الملكية، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها وهي حدود يجب التزامها، لأن العدوان عليها يخرج الملكية عن دائرة الحماية التي كلفها الدستور لها. والأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم

الحقوق، وأنها سلطة تقديرية ما لم يفرض الدستور على ممارستها قيوداً لا يجوز تخطيها، لضمان أن يكون الانتفاع بتلك الحقوق مقيداً وفعالاً، وكانت الحماية التي كلفها الدستور الحق الملكية في مادته الثانية والثلاثين، مناطقها تلك الملكية التي لا تقوم على الاستغلال، ولا يتعارض استخدامها مع الخير العام لمجموع المواطنين ولا تنافي مقاصدها الأغراض التي تملئها وظيفتها الاجتماعية، وكان المشرع - في مجال تنظيم العلائق الإيجارية - وإن قرر من النصوص القانونية ما ارتآه محققاً التوازن بين أطرافها، إلا أن هذا التوازن لا يجوز أن يكون صورياً أو متحلاً أو سراباً، بل يجب أن يعكس حقيقة قانونية لا ممارسة فيها، ليكون التنظيم التشريعي لحقوق المؤجرين والمستأجرين في دائرتها منصفاً لا متحيفاً، متعمقاً الحقائق الموضوعية، وليس متعلقاً بأهدافها الشكلية. ولا يجوز إن يعدل المشرع من إطار العلائق الإيجارية، بما يمثل افتتاناً كاملاً على حقوق أحد أطرافها أو انحرافاً عن ضوابط ممارستها، وإلا آل أمر النصوص التي أقرها إلى البطلان من خلال مباشرة الرقابة القضائية على دستوريتها، ذلك أن القيود التي يفرضها المشرع على حق الملكية، ولا يجوز أن تكون مدخلاً لإثراء مستأجر العين وإفقار مالكيها، ولا أن يحصل المستأجر من خلالها على حقوق لا يسوغها مركزه القانوني في مواجهة المؤجر، وإلا حض تقريرها على الانتهاز، وكان قرين الاستغلال. والأصل لأن يتحقق التضامن بين المؤجر والمستأجر من الوجهة الاقتصادية، وإلا كان لكل منهما حرباً على الآخر يتهياً الفرص لأكل حقه بالباطل ولا يجوز بالتالي أن يميل ميزان بينهما لتكون الحقوق المقررة لأحدهما إجحافاً وإعناتاً وقهراً، وليس من المتصور أن يكون مغبون الأمس - وهو المستأجر - غائباً، ولا أن يكون تدخل المشرع شططاً وقلباً للموازن ترجيحاً لكفته أكثر ثقلًا، وليحل الصراع بين هذين العاقلين بدلاً عن اتصال التعاون بينهما. وقد نظم المشرع بالنص المطعون فيه، العلاقة الإيجارية في بعض جوانبها، كافلاً - بالشروط التي حددها - استمرار أقرباء المستأجر الأصلي مصاهرة حتى الدرجة الثالثة، في السكنى بالعين المؤجرة التي كان يشغلها هذا المستأجر، ثم تخلى نهائياً عنها، بقصد عدم العودة إليها، منهياً بذلك الإجارة التي ارتبط بها. ويندرج هذا تحت التشريعات الاستثنائية التي تدخل بها المشرع لمواجهة الأزمة المتفاقمة الناشئة عن قلة المعروض من الأماكن المهيأة للسكنى. إلا أن الطبيعة الاستثنائية لتلك التشريعات - التي لا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس عليها -

والتي درج المشرع على تنظيم العلاقات التجارية من خلالها، واعتبر أحكامها من النظام العام لإبطال كل اتفاق على خلافها، وليضمن سريانها بأثر مباشر على عقود الإجارة القائمة عند العمل بها - ولو كانت مبرمة قبلها - لا تعصمها من الخضوع للدستور، ولا تخرجها من مجال الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص القانونية جميعها. بل يجب اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها، وأن يكون مناط سلامتها هو اتفاقها مع أحكام الدستور. ويجب بالتالي أن تقدر الضرورة الموجهة لهذا التنظيم الخاص بقدرها، وأن تدور معها وجوداً وعدمًا تلك القيود التي ترتبط بها وترتد إليها، لاعتبارها مناط مشروعيتها، وعلة استمرارها. ومن المقرر كذلك، أن حق مستأجر العين في استعمالها، مصدره العقد دائماً، ولا زال هذا الحق - حتى مع قيام هذا التنظيم الخاص وتحديد أبعاده بقوانين استثنائية - حقاً شخصياً يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينه لقاء أجراً معلوماً، وليس حقاً عينياً ينحل إلى سلطة مباشرة على العين المؤجرة ذاتها، يمارسها مستأجرها دون تدخل من مؤجرها. ولازم ذلك أن يكون بقاء مستأجر العين فيها، مرتبطاً بضرورة شغلها بوصفها مكاناً يأويه هو وأسرته. فإذا تخلى عنها تاركاً لها، وأفصح بذلك عن قصده إنهاء الإجارة التي كان طرفاً فيها زايلاً، الأحكام الاستثنائية التي بسطها المشرع عليها لحمايتها، ولم يعد لغيره إحياء حق أصبح منقضيًا، ذلك أن عدم لا يولد نبتاً. وأن تخلي مستأجر العين الأصلي عنها يعنى هجرها نهائياً، وكان ينبغي بالتالي أن يكون هذا التخلي مبرراً لقيام حق المؤجر في طلب إخلالها بعد انقطاع اتصال هذا المستأجر بها، ولأن القيود الاستثنائية التي نظم بها المشرع العلاقات التجارية إبان أزمة الإسكان، غايتها الحد من تصاعدها وغلواء تفاقمها. وهي بعد ضرورة تقدر بقدرها، ولا يجوز أن تتجاوز دواعيها. وأثر المشرع بالنص المطعون فيه، أن يمنح - بالشروط التي حددها - ميزة استثنائية يقتحم بأبعاده حق الملكية، انتهاكاً لمجالاتها الحيوية التي لا يجوز أن يمسه المشرع إخلالاً بها. ذلك أن منفعة العين المؤجرة تتقل بموجبها من مستأجرها الأصلي إلى غيره من أقربائه بالمصاهرة حتى الدرجة الثالثة، ليحل هؤلاء محل المستأجر الأصلي في العين التي كان يشغلها - لا بناء على تعاقد تم بينها مثلما هو الأمر في شأن التأجير من الباطن أو التنازل عن الإجارة - بل بقوة القانون. وهى بعد ميزة يتعذر أن يكون

المتعاقدان الأصليان قد قصدا إلى تقريرها ابتداءً، أو أنها عبراً - صراحة أو ضمناً - عن تراضيها عليها. ذلك أن إرادتيهما - حقيقية كانت أم مفترضة - لا يمكن أن تحمل على اتجاهها أو انصرافها إلى إقحام أشخاص على العلاقة الإيجارية هم غرباء عنها، ومعاملتهم كأصلاء فيها وإن كانوا دخلاء عليها. وليس من المتصور أن يكون مؤجر العين - وهو يملكها في الأعم من الأحوال - قد عطل مختاراً - ونهاياً - الحقوق التي تتصل باستعمالها واستغلالها، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر. وأن الأقرباء بالمصاهرة الذين تؤول إليهم منفعة العين المؤجرة وفقاً للنص المطعون فيه، يتحايلون عادة مع مستأجرها الأصلي متربصين بالمؤجر ختلاً، ومتخذين انتهازاً من إقامتهم فيها للمدة التي تطلبها المشرع، موطئاً لإبقائها تحت سيطرتهم لا ينتزعها منهم أحد، بل تتصل أيديهم بها تعاقباً عليها، ليكون بعضهم لبعض ظهيراً، فلا ينفكون عنها أو يبرحونها. ومن ثم يكون الاصطناع طريقهم للتسلط عليها والإنفراد بها من دون مؤجرها. كذلك ينقلب هؤلاء الأقرباء - بعد تخلي المتعاقد على الإجارة عنها - إلى مستأجرين أصليين للعين التي كان يشغلها. فإذا هجرها هؤلاء بعدئذ بقصد تركها وعدم العودة إليها، كان لمن شاركوهم سكنها بالشروط التي بينها النص المطعون فيه - أن يطلبوا تحرير عقد إيجار بأسمائهم - وبوصفهم كذلك مستأجرين أصليين لها - ليترد اتصال أجيالهم بها لا يفارقونها، ولو بعد العهد على العقد الأول. فلا ترد لصاحبها أبداً - ولو كان في أسس الاحتياج إليها - ما ظل زمامها بيد من يتداولونها لا يتحولون عنها. وليس ذلك إلا تعظيماً لحقوقهم، يكاد أن يلحقها بالحقوق العينية التي يباشر صاحبها بموجبها - ووفقاً للقانون - سلطة مباشرة على شيء معين، ليستخلص منه فوائده دون وساطة أحد، وهو ما يناقض خصائص الإجارة باعتبار أن طرفيها في اتصال دائم طوال مدتها، مما اقتضى ضبطها تحديداً لحقوقها وواجباتها، وهي فوق هذا، تقع على منفعة الشيء المؤجر - لا على ملكيته - ولا ترتب للمستأجر غير الحقوق الشخصية يباشرها قبل المدين. وإن النص المطعون فيه ينحدر كذلك بحقوق المؤجر، إلى مرتبة الحقوق محددة الأهمية، مرجحاً عليها مصالح لا تدانيها، ولا تقوم إلى جانبها، أو تتكافأ معها، ومآل حمايتها، حرمان مؤجر العين منها حرماناً مؤبداً ترتباً على انتقال منفعتها إلى الغير انتقالاً متتابعاً متصللاً ممتداً في أغوار الزمن، وهو بعد انتقال لا يعتد بإرادة المؤجر في معدنها الحقيقي. بل يقوم في صورته الأكثر

شيوعاً على التحايل على القانون، والتدليس على المؤجر، وهو ما يعد التواءاً بالإجارة عن حقيقة مقاصدها، وإهداراً لتوازن لا يجوز أن يختل بين أطرافها، وإقحاماً لغرباء عليها انحرافاً عن الحق، ونكولاً عن الصالح العام. وينحل النص المطعون فيه، إلى عدوان على الملكية من خلال نقض بعض عناصرها. وهو بذلك لا يندرج تحت تنظيمها، بل يقوم على إهدار كامل للحق في استعمالها واستغلالها، ملحقاً بالمؤجر وحده الضرر البين الفاحش، فقد أنشأ هذا النص حقوقاً مبتدأة - بعيدة في مداها - منحها لفئة بذاتها من أقرباء المستأجر الأصلي، اختصها دون مسوغ، واصطفها في غير ضرورة، بتلك المعاملة التفضيلية التي تقدم المنفعة المجلوبة على مخاطر المفسد ودراء عواقبها، حال أن دفع المضرة أولى اتقاء لسوءاتها وشرورها. ولأن الأصل حين تتزاحم الأضرار على محل واحد، أن يكون تحمل أخفها لازماً، دفعاً لأفدحها. و كان ينبغي - من ثم - أن يترسم النص المطعون فيه، تلك الضوابط التي تتوازن من خلالها العلائق الإيجازية بما يكون كافلاً لمصالح أطرافها، غير مؤد إلى تتوازن من خلالها القيم التي تؤمن بها، وترعى استقرارها وهي حدود ما كان يجوز أن يتخطاها المشرع، وإلا كان يجوز إن يتخطاها المشرع، وإلا كان النص المطعون فيه - بالصيغة التي أفرغ فيها - بفتح للتحايل على القانون أبوا ينفذ الانتهاز منها دون عائق ويتحقق ذلك كلما دعا مستأجر العين الأصلي - وقد أضمر نية التخلي عنها - من يطمئن إليه أو يؤثره من أقربائه الذين عينهم النص المطعون فيه - وبالشروط التي حددها - لسكنائها مدة محدودة قد لا تربو على المدة التي ظل خلالها شاغلاً لها مهما بلغ قصرها، ليكتمل بفواتها حق هؤلاء الأقرباء في الاستقلال بها، مع إقصاء المؤجر دوماً عنها ما يخل بالحدود التي ينبغي أن يتم تنظيم الملكية في نطاقها. والحكم بعدم دستورية النص المطعون فيه، يعني سقوط الأحكام التي أحالت إليه، وتضمنتها المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر^(١).

وذهب البعض إلى أن مسلك المحكمة الدستورية العليا يمكن أن يستخلص منه أمرين:
الأول أن المحكمة قد شيدت بناء قانونياً ودستورياً شديد التماسك لتتمكن من مواجهة هذا

(١) الطعن رقم ٦ س ٩ ق جلسة ١٨ مارس ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ رقم الجزء ١ ص ٥٤٢ .

التناقض بين مصالح المؤجرين والمستأجرين مستخدمة فيه كل ما امتد إليه نظرها من المبادئ القانونية وفي مقدمتها ضرورة احترام حقوق الملكية التي كفلها الدستور، وضرورة احترام المصدر التعاقدى لحقوق كل من المستأجرين والمؤجرين، وطبيعة التأقيت الملازم لعقد الإجارة في القانون والشرعية الإسلامية على السواء. وفوق هذا كله، وقبله أن السلطة التقديرية للشارع في مثل هذه الأمور، لا يمكن أن تغل يد المحكمة عن بسط رقابتها على ممارسة تلك السلطة. الثاني أن هذا القضاء يمثل رجعة للدعوات التي ارتفعت منذ سنوات قليلة منادية بوضع قيود على سلطة المحكمة، من شأن الأخذ بها أن تتراجع الفرص الحقيقية لحماية الشرعية الدستورية، وتراجع معها فرص حماية سائر الحقوق والحريات التي قررتها نصوص الدستور^(١).

(هـ) طبيعة عيب الانحراف: من المسلم به أنه المحكمة الدستورية تبحث مدى دستورية القانون المطعون فيه على ضوء المخالفة المباشرة للدستور فحسب دون الرجوع إلى عيب الانحراف بسلطة التشريع الذي يعتبر عيباً خفياً أو مستتراً، والذي يمكن أن يعتبر بدوره في نظر المحكمة الدستورية عيباً احتياطياً أيضاً شأنه شأن التعسف في استعمال السلطة الإدارية^(٢).

ومؤدى ذلك أنه إذا ثبت للمحكمة الدستورية أن المخالفة المباشرة المدعى بها قائمة على أساس، فلا يجوز لها أن تخوض في بحث انحراف السلطة التشريعية في استعمال سلطتها؛ وذلك لسببين: الأول أن المخالفة المباشرة تكفي بذاتها لإبطال النصوص التشريعية المطعون عليها، فإذا ما ثبت للمحكمة قيام هذه المخالفة، فإن بحثها بعد ذلك في مسألة الانحراف في استعمال السلطة يعتبر تزييداً يعيب الصياغة الفنية للحكم. **السبب الثاني** أن المحكمة الدستورية تباشر رقابة قضائية غاية في الخطورة على أعمال السلطة التشريعية، ويتعين عليها في ممارستها لهذه الرقابة

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر - الجزء الثاني - أولاً: تقييم دور المحكمة في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع في المجال الاجتماعي، مجلة الدستورية، العدد الثاني، السنة الأولى، أبريل ٢٠٠٣ ص ١٤ .

(٢) الدكتور أنور رسلان: المرجع السابق، ص ٤٩٠؛ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ١٩٩٠، ص ٣٣١-٣٣٣؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين، ١٩٨٥ ص ٥١٢، ٥٩٣.

أن تمضي فيها بحذر وبكثير من الأناة والتبصر، ولما كان عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية متصلاً بوجه المصلحة العامة، التي يجب أن يستهدفها كل تشريع باعتبارها غاية نهائية له، وكان ثبوت هذا العيب يعني أن السلطة التشريعية الممثلة للأمة في مجموعها لم تلتزم في تشريع معين وجه المصلحة العامة، بل جاوزتها متتكة إطارها منحرفة عن حدودها، فإن إبطال هذا التشريع لعيب الانحراف إنما يصم السلطة التشريعية بأنها انحرفت عن وجه المصلحة العامة، وأنها في حقيقة الوضع غير أمينة على مسؤولياتها. أما المخالفة المباشرة بين نص تشريعي معين، وبين حكم وارد في الدستور، فإن وقوع السلطة التشريعية فيها يعزي إلى غموض النصوص الدستورية ذاتها وخفاء معناها، أو قابليتها للتأويل، ومن ثم فإن إبطال تشريع معين لهذه المخالفة، لا يعني بالضرورة أن السلطة التشريعية غير أمينة على مسؤوليتها، بل ربما كان وقوعها في مثل هذه المخالفة بعد بحث متعمق منها للنصوص الدستورية، ومقابلة بين هذه النصوص ونصوص التشريع الذي أقرته^(١).

ومفاد ذلك أن الطبيعة الاحتياطية لهذا العيب تقل كثيراً من أهميته العملية، وهو ما يظهر بصفة خاصة من ناحيتين: الأولى أن المخالفة المباشرة لنصوص الدستور، سواء من ناحية الأوضاع الشكلية التي فرضها الدستور على الشارع فيما يقره من القوانين أم من ناحية اتفاق مضمونها ومضمون نصوص الدستور، تتقدم دوماً الأغراض المخالفة للدستور التي قد يستلهمها الشارع فيما يقره من القوانين. الناحية الثانية أن دائرة سوء استعمال السلطة كثيراً ما تتداخل مع دائرة المخالفة المباشرة للقواعد الموضوعية الواردة في الدستور، بما يجمعها ببعض في آن واحد، ليكون القانون - في مضمونه - مخالفاً للدستور ومشوباً في الوقت ذاته بسوء استعمال السلطة.

فالقيود التي يفرضها الشارع على حرية التعبير بقصد مطاردة خصوم سياسيين، تعتبر مخالفة للدستور من جهة إخلالها بحرية التعبير التي كفلها الدستور، وكذلك من جهة توخيها لغرض غير مشروع، مثلها في ذلك مثل القيود التي يرهق بها حرية الاجتماع بقصد حرمان فئة من

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٣٨٢، ٣٨٣.

المواطنين من دخول اجتماع معين أو لإرهابهم حتى لا يدخلوه؛ باعتبار أن هذه القيود تناقض الدستور من ناحية مساسها بجوهر هذه الحرية وانتقاصها لها من أطرافها، وهي كذلك مخالفة للدستور من ناحية أن السلطة التي أقرتها خالطها غرض غير مشروع تحدت به بواعثها في تنظيم هذه الحرية. وكذلك الأمر في شأن كل حق أو حرية ينظمها الدستور إذا اختلط فيها العدوان على أيهما، بغرض غير مشروع^(١). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن ما نصت عليه المادة الخامسة من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ في البند (أ) منها من حظر الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق أو الأنشطة السياسية لكل من حكم بإدانتهم في الجناية رقم ١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعي العام الخاصة بمن شكلوا مراكز قوى بعد ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ ينطوي على عقوبة جنائية قررها القانون المشار إليه لتلحق حتماً المحكوم بإدانتهم في تلك الجناية تحقيقاً لما تغياه المشرع من هذا القانون و أفصح عنه في مذكرته الإيضاحية و هو استبعاد مراكز القوى التي أدانتها محكمة الثورة من ممارسة أي نشاط سياسي. لما كان ذلك، وكان الثابت من صورة الحكم في الجناية رقم ١ لسنة ١٩٧٢ مكتب المدعي العام المرفقة بالأوراق أن الأفعال التي حكم بإدانتهم المتهمين فيها وقعت خلال سنة ١٩٧١ قبل صدور القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية و السلام الاجتماعي الذي عمل به تاريخ نشره في ٣ يونيو سنة ١٩٧٨. ومن ثم فإن العقوبة الجنائية التي من تضمنتها المادة الخامسة من القانون المشار إليه في البند (أ) منها تكون قد فرضت عن فعل سابق على نفاذ القانون الذي قررها بالمخالفة للمادتين ٦٦ و ١٨٧ من الدستور، مما يتعين معه الحكم بعدم دستورية هذا البند^(٢).

وواضح من الحكم تأكيد الطابع الاحتياطي لعب الانحراف التشريعي الذي توافر في صورة من أخطر صور الانحراف التشريعي، ألا وهي صدور التشريع لكي ينطبق على أشخاص معينين بذواتهم، بما يفقده أهم خصائص التشريع وهي صفة العموم والتجريد^(٣).

كما قضت أنه إذا كان النص المطعون فيه قد أهدر الحد الأدنى للمعاش عن الأجر المتغير

(١) الدكتور عوض المر: المرجع السابق، رقم ٩٤١ ص ١٣٩٧-١٣٩٨.

(٢) الطعن رقم ٤٩ س ٦ ق جلسة ٤ إبريل ١٩٨٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ رقم الجزء ١ ص ١٩.

(٣) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٣٨٥، ٣٨٦.

بالنسبة إلى هؤلاء الذين بلغوا سن التقاعد قبل أول يوليو ١٩٨٧، وكان اقتضاء هؤلاء ذلك الحد الأدنى قد أضحى حقاً ثابتاً لهم، والتزاماً مترتباً في ذمة الجهة المدنية على ما سلف البيان، وكان حقهم هذا من الحقوق الشخصية التي تعد من الأموال التي كفل الدستور تأمينها من العدوان، فإن نكول المادة الأولى من القانون المطعون فيه عن إيفائها، بعد استقرارها دينا في ذمة الملتزم بها، يكون عملاً مخالفاً لنص المادة الرابعة والثلاثين من الدستور. متى كانت هذه المحكمة قد انتهت إلى عدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ بتعديل المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧، وكانت مادته الثانية تتناول الأثر الرجعي لهذا القانون بنصها على سريان أحكامه اعتباراً من أول يوليو ١٩٨٧، فإنها تسقط تبعاً لإبطال مادته الأولى، إذ لا يتصور وجودها مستقلة عنها بالنظر إلى ارتباطها ارتباطاً لا يقبل التجزئة^(١).

والبين أن المحكمة الدستورية تقديرًا منها للطابع الاحتياطي لعيب الانحراف التشريعي، قضت بعدم دستورية القانون محل الطعن لمخالفته لنص المادتين ٣٤، ٤٠ من الدستور رغم توافر الانحراف الذي يتمثل في صدور هذا القانون بمناسبة دعوى منظورة أمام القضاء ولكي يطبق على أشخاص بذواتهم - هم المحالين إلى المعاش في الفترة من أول إبريل ١٩٨٤ إلى ٣٠ يونيو ١٩٨٧ - ولتجاوزه حدود التفسير التشريعي بتعديله لأحكام قانون سابق، مما يصمه بالانحراف، ولو لم يكن عيب الانحراف التشريعي عيباً احتياطياً لكان بمقدور المحكمة أن تقضي بعدم دستورية القانون الطعين لهذا العيب^(٢).

ومؤدى ذلك أنه إذا استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على الأخذ بعيب الانحراف التشريعي، فإن هذا العيب يعتبر آخر العيوب التي يجب أن يتم بحثها لدى دستورية التشريع، وذلك بالنظر إلى طبيعته الخفية والاحتياطية التي تستلزم تقديم غيره من عيوب الدستورية عليه، فهو الباب الأخير الذي يطره القاضي الدستوري للثبوت من عدم مخالفة التشريع للدستور، وهذه الطبيعة الاحتياطية لعيب الانحراف التشريعي توجب على المحكمة الدستورية، عند

(١) الطعن رقم ٣٤ س ١٣ ق جلسة ٢٠ يونيو ١٩٩٤ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية س ٦ رقم الجزء ١ ص ٣٠٢.

(٢) الدكتور شعبان أحمد رمضان: المرجع السابق، ص ٤٣٤، ٤٣٥.

الدفع أمامها بتوافره، ألا تخوض في بحثه إلا إذا لم تسعفها المطاعن الشكلية أو الموضوعية الموجهة إلى النص المطعون فيه في تقرير عدم دستوريته^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية أنه «وحيث إن ما ينعاه المدعي كذلك من أن قضاة الإفلاس لا يتربصون الحكم برد وبطلان سند الدين المطعون بتزويره، ولا يتقيدون بهذا الحكم بعد صدوره مما يمثل انحرافاً من السلطة التشريعية في استعمال سلطتها، مردود أولاً: بأن الفصل في دستورية النصوص القانونية المدعي مخالفتها للدستور، لا يتصل بكيفية تطبيقها عملاً؛ ولا بالصورة التي فهمها بها القائمون على تنفيذها؛ وإنما مرد اتفاقها مع الدستور أو خروجها عليه، إلى الضوابط التي فرضها على الأعمال التشريعية جميعها. ومردود ثانياً: بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض في عملها، بل يعتبر مثلباً احتياطياً، وعيباً قصدياً يتعين أن يكون الدليل عليه واشياً بتنكبها الأغراض المقصودة من تأسيسها؛ واستتارها بالتالي وراء سلطتها في مجال تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون عملها إلا انحرافاً عنها^(٢).

(و) **جزاء عيب الانحراف التشريعي:** يعد الجزء واحداً في التشريع المخالف للدستور والتشريع المنطوق على انحراف في استعمال السلطة التشريعية، فكلا التشريعين باطل، وهذا هو أيضاً شأن القرار الإداري، فهو باطل إذا خالف القانون أو انطوى على تعسف.

بيد أن التشريع غير الدستوري يختلف عن القرار الإداري الباطل، إذا رفعت دعوى الإلغاء بطريق مباشر أمام القضاء، ففي القرار الإداري الباطل، سواء كان القرار فردياً أو تنظيمياً، تكون محكمة القضاء الإداري مختصة وتقضي بالإلغاء. أما في التشريع غير الدستوري، فالمحكمة غير مختصة، وتختص به المحكمة الدستورية لا بدعوى إلغاء أصلية بل عن طريق الدفع الفرعي بشروط معينة^(٣).

(ز) **إثبات الانحراف:** يكون إثبات الانحراف بطريق الدليل الداخلي، وهو الوسيلة

(١) الدكتور رمزي الشاعر: رقابة دستورية القوانين، ص ٧١٢.

(٢) الطعن رقم ١٢١ س ١٨ ق جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية س ٨ ج ٢ ص ١٢١٨.

(٣) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا: المرجع السابق، ص ٦٧٣ الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٤٠٧ - ٤٠٨.

المأمونة، كما هو الأمر في إثبات التعسف في استعمال السلطة الإدارية. وهنا تظهر أهمية الأسباب التي يبني عليها التشريع، فهي الدليل الداخلي الأول الذي يمكن الحصول عليه في غير مشقة، وتختلف أسباب التشريع عن أسباب القرار الإداري في أن الأولى تتمخض طريقة لإثبات الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، أما أسباب القرار الإداري فتختلط تارة بمخالفة القانون وأخرى بالتعسف في استعمال السلطة الإدارية^(١).

وترتبط أسباب التشريع بالغاية منه؛ إذ تكشف الأسباب عن الغاية التي قصد الشارع تحقيقها، ويتلمس تلك الأسباب في نصوص التشريع بذاته عندما يتم تحصيلها نصاً نصاً للوقوف من خلال هذه النصوص، وفي تضاعيف العبارات والأساليب، الغاية من التشريع. كما تتلمس الأسباب على وجه أيسر وأوضح في ديباجة التشريع إذا كان للتشريع ديباجة، ففيها يذكر الشارع الأسباب التي حملته على إصدار التشريع والغاية التي يهدف إلى تحقيقها. وإذا لم تكف نصوص التشريع وديباجته لبيان الأسباب، يمكن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية، ويتحقق ذلك بالبحث عنها في المذكرة الإيضاحية التي تقترن عادة بمشروع القانون الذي يقدم إلى السلطة التشريعية، ثم التقارير التي تقدمها اللجان البرلمانية، وكذلك مناقشات الأعضاء في المجلسين وفي البيانات التي تلقيها الحكومة في شأن التشريع المقترح^(٢).

وإذا كان مجاوزة السلطة يتصل في الأعم بالنوايا التي أضمرها الشارع وحدد على ضوءها مضمون النصوص القانونية المطعون عليها، وكان التحقق من هذه النوايا من الصعوبة بمكان، وكان الشارع قلماً يعلن عن نواياه الحقيقية التي غفلها بالنصوص القانونية الظاهر صحتها، إلا أن تعمقها يظل واجباً على الجهة القضائية يلزمها ببلوغ غاية الأمر بشأنها. ويقوم واجبها في ذلك لا من خلال النظر في هذه النصوص؛ لأن الفرض أن الشارع أخفي نواياه الحقيقية بشأنها

(١) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا: المرجع السابق، ص ٦٦٩ وما بعدها؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٦٧٤ وما بعدها؛ الدكتور ماجد راغب الحلو: المرجع السابق، ص ٤١٨؛ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري)، ص ٣٣٩-٣٤٠؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: قضاء الإلغاء، ص ٣٤١؛ الدكتور محمود أبو السعود حبيب: المرجع السابق، ص ١٦٩ وما بعدها.

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: المقال السابق، ص ٤٠٥، ٤٠٦؛ الدكتور محمد حسنين عبد العال: الموضع السابق.

وألبسها غير ثوبها الدال على حقيقة وجهتها، وإنما عن طريق النظر في كافة الأوضاع التي لا يستلزمها ما كان منها سابقاً عليها، أو معاصراً لخلقها، وما اتصل من حوار داخل السلطة التشريعية بالرجوع إلى مضابطها، وما استقام من كافة القرائن التي تشي بنوايا الشارع التي أبطنها؛ ويتحقق ذلك بالرجوع إلى الخلفية التاريخية للنصوص المطعون عليها مصحوبة بالأغراض السياسية الانتهازية التي تبنتها الأغلبية البرلمانية وقت إقرارها لها، والعجلة المريبة في تمريرها، والهدف على سرعة إصدارها، وأقوال المسؤولين الذي برروها بها، وبطريقة تنفيذها، وغير ذلك من ظروف الحال التي تدل على حقيقة وجهتها.

وقد يؤكد تداعي الأحداث أن الشارع خلط الأغراض المخالفة للدستور بأغراض ظاهرها الصحة، ليحقق خفية بالنصوص القانونية التي أقرها ما عجز علانية عن إنفاذه. وقد يعتمد الشارع إلى انتهاج سياسة بعينها في نطاق قوانين متعاقبة أقرها لتنظيم موضوع معين لتحيط هذه السياسة بتلك القوانين جميعها بما يجعلها خارجة من رحمها وموصومة بها في كل حلقاتها. مما مؤداه أن تتظاهر السلطة التشريعية بتقيدها بنصوص الدستور في غاياتها، ولكنها تدلس عليها من خلال نوايا مستترة تبطنها، وتصوغ تشريعاتها على ضوءها. وبالتالي تكون تشريعاتها محض تعبير عن تبنيها أهدافاً مخالفة للدستور، وإقرارها لها على هذا النحو مؤداه انحرافها في استعمال سلطتها التشريعية، والذي يعد عيباً غائباً يرتبط بالأغراض المخالفة للدستور التي خرج من رحمها^(١). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن النص المطعون فيه - بالصيغة التي أفرغ فيها - ليس إلا حلقة في اتجاه عام تبناه المشرع أمداً طويلاً في إطار من مفاهيم جائزة لا يمكن تبريرها منطقياً ولو أجهد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها، وكان ذلك بكل المقاييس ظلماً فادحاً للمؤجرين ما برح المستأجرون يرجحون عليهم مصالحهم، متدثرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها - في كثير من جوانبها - حدود الاعتدال، فلا يكون مجتمعهم معها إلا متهاوياً عمداً، متحيفاً حقوقاً ما كان يجوز الإضرار بها، نائياً بالإجارة عن حدود متطلباتها، وعلى الأخص ما تعلق منها بتعاون طرفيها اقتصادياً واجتماعياً، حتى لا يكون

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية، رقم ٩٣٢، ٩٥٤ ص ١٣٨٥، ١٤١١-١٤١٢.

صراعهما - بعد الدخول في الإجارة - إطاراً لها^(١).

وفي الأحوال التي يتخذ القانون في ظاهره سمناً مخالفاً لحقيقة النوايا التي أبطنتها السلطة التشريعية ووجهتها لإقراره، بما جعل القانون بريئاً في مظهره ملوثاً واقعاً في مقاصده، يتعين على جهة الرقابة على الدستورية أن تردّها على أعقابها وأن تبطل كل قانون اقترن بها على تقدير مجاوزة هذا القانون لحدود استعمال السلطة، سواء كان خروج الشارع ظاهراً أم مستتراً. وحتى لو اختلط غرض مشروع بغرض غير مشروع في إقرار هذا القانون، ومن ثم لا يجوز القول بأن الغرض غير المشروع يتعين أن يكون ماثلاً في القانون من كل جوانبه، ولا أن يكون أثر هذا الغرض في تكوين نصوص القانون جوهرياً أو رئيسياً، وإنما تتحقق مجاوزة السلطة من خلال تضمينه للغرض غير المشروع لو كان جانبيّاً، مما يقطع بأن عيب الانحراف في استعمال السلطة يعتبر عيباً قصديّاً^(٢).

(١) الطعن رقم ١٤٩ س ١٨ ق جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية س ٨ ج ١ ص ٩٤٩ .

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية، رقم ٩٣٣ ص ١٣٨٥ - ١٣٨٦ .

المبحث الخامس

عيب السبب

(أ) ماهية السبب: يقصد بسبب النص الحالة الواقعية أو القانونية الدافعة لإصداره^(١).

(ب) شروط السبب: يجب أن يتوافر في السبب شرطان: الأول أن يكون موجوداً، والثاني أن يكون دستورياً. ومن المنطقي أن يستند القانون إلى سبب يبرر إصداره، سواء تمثل السبب في حالة واقعية أو قانونية، وذلك رغم أن الدستور يترك للشارع عادة سلطة تقديرية واسعة في اختيار السبب الذي يصدر على أساسه التشريع. وتطبيقاً لذلك فإذا صدر قانون بتخفيض مرتبات الموظفين رغم عجزها عن مواكبة الأسعار أو الوفاء بالحاجات الأساسية للموظفين، فإن مثل هذا القانون يفقد إلى السبب الذي يبرره ويتصف بعدم الدستورية. أما إذا صدر هذا القانون برفع مرتبات الموظفين المنتمين إلى دين أو جنس أو أصل معين، كان سبب القانون وهو عدم كفاية المرتبات غير دستوري لمخالفة مبدأ المساواة بين المواطنين. وإذا سن البرلمان قانوناً بالموافقة على إعلان حالة الطوارئ، رغم أن رئيس الجمهورية لم يعرض عليه ذلك، كان القانون غير دستوري لانعدام الحالة القانونية التي تمثل عنصر السبب في القانون. أما إذا وافق البرلمان على إعلان حالة الطوارئ بناء على طلب الرئيس، ولكن لمدة غير محددة، فإن سبب القانون يكون موجوداً ولكنه غير دستوري لمخالفة نص المادة ١٤٨ من دستور ١٩٧١. كما أن لائحة الضرورة مثلاً سببها قيام حالة واقعية تتمثل في خطر داهم يستلزم المواجهة السريعة، فإذا لم يوجد هذا الخطر صدرت اللائحة باطلة لانعدام سببها، فإذا وجد الخطر ولكنه غير مستوف لما اشترطه الدستور من حيث درجة الجساماة والاستعجال، كان سبب اللائحة موجوداً ولكنه غير دستوري. ولذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن نصوص الدستور لا تتعارض أو تتهدم

(١) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيجا: المرجع السابق، ص ٦٢٥؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٦٣٠ وما بعدها؛ الدكتور ماجد راغب الحلو: المرجع السابق، ص ٤٢١؛ ولسيادته أيضاً: القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٢ ص ١٠٨؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: المرجع السابق، ص ٢٦٩؛ الدكتور محمود أبو السعود حبيب: القضاء الإداري، ص ١٧٣.

فيما بينها ولكنها تتكامل في إطار الوحدة العضوية التي تتظمها من خلال التوفيق بين مجموع أحكامها وربطها بالقيم العليا التي تؤمن بها الجماعة في مراحل تطورها المختلفة. ويتعين دوماً أن يعتد بهذه النصوص بوصفها متآلفة فيما بينها لا تتماهى أو تتآكل بل تتجانس معانيها وتتوافر توجهاتها ولا محل بالتالي لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصادمها ذلك أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها يفترض العمل بها في مجموعها باعتبار أن لكل نص منها مضمونا ذاتياً لا ينغزل به عن غيره من النصوص أو ينافيها أو يسقطها بل يقوم إلى جوارها متسانداً معها مقيداً بالأغراض النهائية و المقاصد الكلية التي تجمعها وإذا كان الدستور قد نص في المادة ٦٥ منه على خضوع الدولة للقانون دالاً بذلك على الدولة القانونية هي التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها - وأياً كانت طبيعة سلطاتها بقواعد قانونية تعلق عليها وتكون بذاتها ضابطاً لأعمالها و تصرفاتها في أشكالها المختلفة، باعتبار أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة و لصالحها ومن ثم فقد أضحي مبدأ خضوع الدولة للقانون مقترناً بمبدأ مشروعية السلطة هو الأساس الذي تقوم عليه الدولة القانونية متى كان ذلك، وكان الدستور يؤكد في المادة ٧٣ منه مسئولية رئيس الجمهورية عن احترام الدستور وسيادة القانون ورعاية الحدود بين السلطات فإنه إذا ما قرر ملائمة إصدار قرار بقانون لمواجهة أحد الأخطار التي أشارت إليها المادة ٧٤ من الدستور فإن هذه السلطة تكون مقيدة بالضوابط المقررة لممارسة هذا الاختصاص التشريعي الاستثنائي و أحصها تلك التي تضمنتها المادة ١٤٧ من الدستور، ذلك أن ما تقرره المادة ٧٤ من سلطات لرئيس الجمهورية لمواجهة الأخطار المشار إليها فيها لا يعني الترخيص في تجاوز الضوابط و الخروج على القيود التي تضمنتها مبادئ الدستور الأخرى و في مقدمتها ألا تمارس السلطة التنفيذية شيئاً من الوظيفة التشريعية إلا على سبيل الاستثناء وفي الحدود الضيقة التي أجاز فيها الدستور ذلك في المادة ١٤٧ منه. وأن السبب الذي حدا برئيس الجمهورية لإصدار القرار بقانون الطعين لا يشكل بذاته حالة ضرورة تدعو رئيس الجمهورية إلى مباشرة سلطته التشريعية الاستثنائية المقررة بالمادة ١٤٧ من الدستور فإن هذا القرار و قد صدر اختلافاً مع هذه المادة و على خلاف الأوضاع المقررة فيها يكون مشوباً بمخالفة الدستور. ولا ينال مما تقدم قالة أن مجلس الشعب وقد أقر القرار بقانون المطعون فيه

فإنه بذلك يكون قد طهره مما شابته من عيوب دستورية ذلك أن إقرار مجلس الشعب له لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صدوره. كما أنه ليس من شأن هذا الإقرار في ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعي جديد يدخل في زمرة القوانين التي يتعين أن يتبع في كيفية اقتراحها و الموافقة عليها و إصدارها القواعد والإجراءات التي حددها الدستور في هذا الصدد و ألا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون^(١).

أما اللوائح التفويضية فسببها قيام حالة قانونية تتمثل في صدور قانون التفويض من البرلمان. فإذا صدرت لائحة تفويضية رغم عدم صدور قانون التفويض الذي تقوم على أساسه كانت اللائحة باطلة لعدم السبب. فإذا صدرت اللائحة التفويضية مع وجود قانون التفويض ولكنها خالفت الأسس التي يجب أن تقوم عليها، كانت اللائحة باطلة لعدم دستورية السبب^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن السلطة التشريعية إذ تفوض رئيس الجمهورية في مباشرة اختصاصها بتنظيم موضوع معين تنظيمًا تشريعيًا وإن جاز في الحدود وطبقاً للشروط التي بينها المادة ١٠٨ من الدستور إلا أن هذا التفويض لا يجوز أن ينقل ولايتها التشريعية بأكملها، أو في جوانبها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية وإلا كان التفويض مخالفاً للدستور. كذلك فإن رئيس الجمهورية إذ ينظم المسائل التي فوض فيها على ضوء القواعد التي تحكمها وفقاً لقانون التفويض فذلك بصفة استثنائية باعتبار أن هذا الاختصاص ينصب على تقرير قواعد قانونية تسنها السلطة التشريعية أصلاً وفقاً للدستور، وهو ما يعني أن يتقيد رئيس الجمهورية - فيما فوض فيه - بالحدود الضيقة التي تفرضها الطبيعة الاستثنائية لاختصاص يتولاه عرضاً، وعند الضرورة في أعلى درجاتها ولمدة محددة وإلا كان مخالفاً للدستور^(٣).

هذا، وقد حفلت مؤلفات القضاء الإداري ببيان أسباب القرار الإداري، وهي أن يكون

(١) الطعن رقم ١٥ س ١٨ ق جلسة ٢ يناير ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ رقم الجزء ١ ص ١٣٣ .
(٢) الدكتور أحمد شوقي محمود: نظام الحكم في السودان، في ظل دستور ١٩٧٣، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٨٥، ص ١٩٧-٢٠٤.

(٣) الطعن رقم ١٨ س ٨ ق جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ رقم الجزء ١ ص ٤٢٤ .

قائماً وموجوداً حتى تاريخ صدور القرار، وأن يكون السبب مشروعاً، أي صحيحاً طبقاً لقانون، وأن يكون محدداً بوقائع ظاهرة يقوم عليها^(١).

(ج) سلطة اختيار السبب: يختلف مدى التزام الإدارة بإصدار القرار في حالة وجود السبب حسب مدى السلطة التقديرية التي تتمتع بها على النحو التالي:

ففي الحالات التي يكون للإدارة فيها سلطة تقديرية، يكون لها أن تصدر القرار أو لا تصدره حسب ما يترأى لها. ومثال ذلك عند ظهور وباء تستطيع الإدارة أن تصدر قراراً بمنع الدخول والخروج بالنسبة للمنطقة الموجودة، وقد ترى أنه من الأفضل لاعتبارات أخرى. كحالة الذعر التي يمكن أن تترتب عليه - ألا تصدر مثل هذا القرار. أما في الحالات التي تكون فيها سلطة الإدارة مقيدة، فإن وجود السبب يجعل الإدارة ملزمة بإصدار القرار. كما إذ ألزم القانون الإدارة بمنح ترخيص معين لكل من تتوافر فيه شروط محددة، ففي هذا الفرض لا تملك الإدارة إلا أن تصدر القرار منح هذه الرخصة^(٢).

والفارق واضح بين القرار الإداري والقانون في مدى ما يتمتع به رجل الإدارة السلطة التشريعية من سلطات وتقدير. فالسلطة التقديرية سواء بالنسبة للقرار الإداري أم للقانون، تكمن في هذا الركن، وإذا كان القضاء الإداري قد مد رقابته إلى مجال الملائمة المتروك للإدارة نتيجة للدور الإنشائي للقضاء الإداري، فإن الوقائع لا تلعب نفس الدور في نطاق القضاء الدستوري، ولا يعتبر القضاء الدستوري قضاء إنشائياً؛ إذ لا يمكن السماح للقاضي الدستوري بأن يتدخل في مجال متروك أصلاً لسلطة الشارع التقديرية، فيرغمه تحت ستار تكييف الوقائع على الانقياد لتكييفه هو أو أن يوائم بين محل القانون وسببه وتلك منطقة الملاءمة المحظور التدخل فيها^(٣).

(١) الدكتور رمضان بطيخ: القضاء الإداري، ص ٥٦٤-٥٦٥؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٦٣٣ - ٦٣٤؛ الدكتور ماجد راغب الحلو: المرجع السابق، ص ٤٢١؛ الدكتور محمود أبو السعود حبيب: القضاء الإداري، ص ١٧٥-١٧٦.

(٢) الدكتور ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٩ ص ٥١٢.

(٣) الدكتور سامي جمال الدين: الموضع السابق؛ الدكتور محمد ماهر أبو العينين: المرجع السابق، ص ١٩٢، ١٩٣.

ومؤدى ذلك أن رقابة السبب في القانون في حالة السلطة المقيدة للشارع حيث ينص الدستور على وصف معين للوقائع التي يجب أن تدفع إلى صدور القانون، وتعد هذه الرقابة لركن السبب رقابة موضوعية للتثبت من عدم مخالفة القانون للشروط المحددة في الدستور، ولا يجوز للقاضي الدستوري في غير هذه الحالات أن يراقب وجود الوقائع الدافعة لإصدار القانون أو تكييفها أو تبريرها، ومن ثم يمتنع على القاضي الدستوري التدخل في نطاق الملائمة^(١).

(١) الدكتور محمد ماهر أبو العينين: المرجع السابق، ص ١٩٨؛ الدكتور محمد حسين عبد العال: الموضوع السابق .

الفصل الخامس

طرق تحريك الدعوى الدستورية

تمهيد وتقسيم: يوجد أسلوبان أساسيان من أساليب أو أنواع الرقابة على دستورية القوانين في العالم، هما: الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية والرقابة عن طريق الدفع.

المبحث الأول

الدعوى الأصلية

١ - ماهيتها: يقصد بهذه الرقابة أن يقوم صاحب الشأن المتضرر من قانون معين برفع دعوى أصلية أمام المحكمة المختصة يطلب فيها الحكم بإبطاله لمخالفته لأحكام الدستور. ومن ثم فهي وسيلة هجومية تتم دون انتظار لتطبيق القانون على صاحب الشأن^(١).

ويعني ذلك أن هذا النوع يتمثل في مبادرة من صاحب الشأن برفع دعوى أمام المحكمة المختصة للمطالبة بإلغاء قانون مخالف للدستور، دون أن ينتظر حتى يطبق عليه. ويترتب على رفع الدعوى طرحها على المحكمة المختصة للتحقق من المخالفة، فإذا ثبتت المخالفة قضت بإعلان هذا القانون وإلغائه. ولذلك تسمى هذه الرقابة أيضا برقابة الإلغاء. ويكون الحكم الصادر في هذه الحالة ذو حجية عامة ومطلقة، أي يسري في مواجهة كافة واعتبار القانون المحكوم بإلغائه كأن لم يكن، سواء من حيث تاريخ صدوره أم بالنسبة للمستقبل فحسب، مما يحول دون عرض النزاع مرة أخرى، ولو بصدد مسألة فرعية يحكمها هذا القانون^(٢).

(١) الدكتور رمضان بطيخ النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٦/١٩٩٥ ص ٣٥٧؛ الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل: الرقابة على دستورية القوانين «القضاء الدستوري» دار النهضة العربية ٢٠٠٥ ص ٣ وما بعدها.

(٢) الدكتور جابر نصار: المرجع السابق، ص ١٥٨ وما بعدها؛ الدكتور رمزي الشاعر: القضاء الدستوري في مملكة البحرين، دراسة مقارنة، ٢٠٠٣ ص ٣٥٦؛ الدكتور ماجد الحلو: النظم السياسية والقانون الدستوري (المرجع السابق)، ص ٤٤٢.

وقد أجازت المادة ١٩ من اقتراح مجلس الأمة الكويتي في بداية دور الانعقاد الأول من الفصل التشريعي الثالث عشر باقتراح بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، للأفراد الطعن بدستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة عن طريق دعوى ترفع أمام المحكمة الدستورية بشكل مباشر وذلك بنصها «مع عدم الإخلال بحكم المادة السابقة، يجوز لذوي الشأن من غير مجلس الأمة أو مجلس الوزراء الطعن بعدم دستورية قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة بدعوى أصلية، وفقاً لما هو مقرر بهذا القانون».

والاقتراح يبيح لكل من أصابه ضرر من التشريع لمخالفته الدستور اللجوء مباشرة للمحكمة الدستورية. ويعد هذا توجه إيجابي؛ باعتبار أن له دلالة أرحب ليشمل كل من له شخصية قانونية، سواء كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، ما دامت له مصلحة الطعن بدستورية تشريع.

ويترتب على هذا الاقتراح إلغاء لجنة فحص الطعون التابعة للمحكمة الدستورية التي لا تزال محل نقد شديد؛ إذ يرى البعض أن إنشاء مثل هذه اللجنة أدى إلى الإخلال بمبدأ المركزية في الرقابة على دستورية التشريعات الذي ينتهجه الدستور الكويتي؛ إذ لا يملك الفرد إلا الدفع لدى المحاكم العادية إذا ما أصابه ضرر من جراء تشريع غير دستوري، ولها رفض الدفع إذا ما رأت عدم جديته، ولا يتبقى للفرد إلا طرق باب لجنة فحص الطعون التي منحها قانون إنشاء المحكمة الدستورية الكلمة الفصل في تقدير مدى جدية الدفع، وينتهي هذا الرأي إلى أن عضوين من أعضاء المحكمة الدستورية - وفق تشكيل لجنة فحص الطعون وطريقة إصدارها لقراراتها - يستطيعان منع الأفراد من الوصول إلى المحكمة الدستورية؛ باعتبار أن قرار اللجنة بهذا الشأن نهائي غير قابل للطعن^(١).

ويعد هذا الاقتراح بقانون انتصار لحكم الدستور؛ وذلك بإزالة شبهة عدم الدستورية الخاصة بطعون الأفراد في القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣، بإباحته للأفراد الطعن مباشرة أمام المحكمة الدستورية. ومع ذلك أورد قידين على هذا الحق: الأول الكفالة المالية، فالأقترح رفع

(١) الدكتور عادل الطبطبائي: المحكمة الدستورية الكويتية تكوينها، اختصاصها، إجراءاتها (دراسة تحليلية مقارنة)، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، ٢٠٠٥ ص ٣٤٠.

قيمة الكفالة المالية إلى ألف دينار، وتودع خزينة المحكمة عند تقديم صحيفة الطعن، على أن تصادر بقوة القانون إذا ما قضي بعدم قبول الطعن شكلاً أو رفضت موضوعاً. ومن شأن رفع قيمة الكفالة تقليص عدد الطعون. القيد الثاني اشتراط أن تكون صحيفة الطعن موقعة من محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة الدستورية. ولا ريب أن هذا الشرط يعطي الطعن المزيد من الجدية^(١).

وقد تبنت المحكمة الدستورية الكويتية موقفاً متشدداً من مفهوم الطعن المباشر منذ عام ١٩٧٣ وحتى عام ٢٠٠٧؛ إذ اعتبرت الطعن مباشراً إذا أُشير إليه في صحيفة الطعن الموضوعية، أو قدم مباشرة إلى المحكمة الدستورية أو لجنة فحص الطعون مباشرة، أو أبداه الطاعن قبل أن يبدي خصمه دفاعه بعد في الدعوى الموضوعية^(٢).

بيد أن المحكمة الدستورية اعتنقت مفهوماً آخر للطعن المباشر عام ٢٠٠٧؛ إذ اعتبرت الدفع بعدم الدستورية هو دفع موضوعي يجوز إبدائه في أي حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز للمدعي إبدائه في صحيفة دعواه^(٣).

ومرد هذا التغير الجذري في قضاء المحكمة الدستورية أنها لم تعد تعتمد على الدفع الشكلي كوسيلة لتجنب الخوض في غمار مسألة عدم الدستورية، وإنما أصبحت تقبل الطعن شكلاً، ثم تقوم بفحص الطعن من الناحية الموضوعية، توصلًا إلى قبوله أو رفضه.

ويقصد بالتحول Revirement Jurisprudence تبني القاضي الدستوري حل جديد ومغاير للحل الذي كان يبناه في القضايا المماثلة، التي سبق له الحكم فيها.

(١) الدكتور عبد الله سعد الرميضي: ملاحظات حول الاقتراح بقانون بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، س ٣٥ العدد الثاني، جماد الآخرة ١٤٣٢هـ يونيو ٢٠١١ ص ٨٠-٨٤.

(٢) الدكتور عادل الطبطبائي: مفهوم الطعن المباشر في النظام الدستوري الكويتي: دراسة تطبيقية في أحكام المحكمة الدستورية الكويتية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، س ٢٣ العدد الأول، ذو الحجة ١٤١٩هـ مارس ١٩٩٩ ص ٢٨ وما بعدها.

(٣) الدكتور عادل الطبطبائي: تحول في مفهوم المحكمة الدستورية الكويتية للطعن المباشر، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، س ٣٦ العدد الثاني، شعبان ١٤٣٢هـ يونيو ٢٠١٢ ص ١٥؛ ولسيادته أيضاً: المحكمة الدستورية الكويتية تكوينها، اختصاصها، إجراءاتها (دراسة تحليلية مقارنة)، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، ٢٠٠٥ ص ٢٦٣-٢٨٧.

وقد تبنت المحكمة الدستورية الإيطالية هذا الحل عندما بينت في أسباب حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ مارس ١٩٦٠ «أنه ليس من المعقول أن تجد الهيئة التي ناط بها الدستور كفالة دستورية القوانين، أنها مكرهة على أن تطبق قوانين غير دستورية، بدعوى أنه لم يطعن فيها غيرها لديها»^(١).

ولا يعد ذلك توسعة في الرقابة على الدستورية، مما قد يثير حساسية الشارع العادي، أو قد يؤدي إلى سيطرة القضاء الدستوري، وتحول دوره من الجانب القانوني إلى الجانب السياسي^(٢).

ويشترط للقول بوجود تحول قضائي توافر العناصر التالية^(٣):

١- يجب أن يكون كل من الحكم القديم والحكم الجديد متناقضين: وهذا يعني أن يكون ثمة تناقض بين الحكم القديم والحكم الجديد، رغم وحدة الموضوع أو المسألة، وإذا كان المبدأ القديم واضحاً لا غموض فيه، فإن ذلك يجب أن يتوافر بالنسبة للمبدأ الجديد. ومن ثم لا يعتبر تحولاً مجرد لجوء القاضي الدستوري إلى تطوير حيثيات حكمه الجديد وأسبابه، مادام يستند إلى حيثيات وأسباب كانت موجوده في أحكامه السابقة، وهو بذلك يطور في قضائه دون أن يخالف المبادئ المستقر عليها.

٢- يجب أن يكون التحول القضائي نابعاً من إرادة القاضي وغير مفروض عليه: وثمة فرضان لا يعتبر التعديل نابعاً من إرادة القاضي: الأول إذا كان هناك تعديل دستوري وجب على القاضي الدستوري تطبيقه، ولا يستطيع أن يخالف الشارع الدستوري. الفرض الثاني إذا وجدت محكمة عليا يخضع لها القضاء الدستوري، ولا يملك مخالفة

(١) المستشار محمد السيد زهران: الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س ١٤، العدد الأول، ١٩٧٠، ص ١٢٠، ١٣٨، ١٤٠، ١٥٧.

(٢) الدكتور علي الباز: الرقابة على دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية العربية والأجنبية، رسالة دكتوراه، ٢٠٠١، ص ٥٦٠-٥٦٣.

(٣) الدكتور عبد الحفيظ الشيمي: التحول في أحكام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٢٥-٢٩؛ الدكتورة عزيزة الشريف: دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٥، ص ٢١٤ وما بعدها.

أحكامها، كما هو الحال في المحاكم الدولية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي تلزم أحكامها القضاء الدستوري في الدول الموقعة على ميثاق إنشاء هذه المحكمة. وتطبيقاً لذلك إذا تحول المجلس الدستوري الفرنسي عن أحكامه السابقة نزولاً على رأي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فلا نكون بصدد تحول حقيقي في قراراته.

٣- التأكيد القضائي اللاحق على حكم التحول: وهذا يعني استمرار القضاء واستقراره على المبدأ الجديد، وأنه لم يكن مجرد حالة فردية أو استثنائية. فالقوانين التي كان ينظر إليها في الماضي باعتبارها استجابة معقولة لآمال الجماعة التي عايشتها، قد تنقضها اليوم احتياجاتها الجديدة أو تنحيتها ببدائل وحلول أكثر معقولة من تلك التي تبنتها هذه القوانين من قبل.

ولا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تعزل نفسها عن المفاهيم المتغيرة للقيم وكأنها بعيدة عن إدراكها.

كما أنه ليس من مستساغاً أن تظل السوابق القضائية عصية على التعديل بالرغم من أن الذين صاغوها هم قضاة من البشر يصيبون ويخطئون، فلا تكون أعمالهم جميعاً تعبيراً عن حقيقة لا تتبدل.

ولا يليق بقضاة لا يعيشون الأوضاع التي عاصرها الأقدمون أن ينقلوا عنهم بعد موتهم الأفكار الرجعية ذاتها التي روج أسلافهم لها في عهود مختلفة والتي كان لها أسوأ أثر في تشكيل القواعد الدستورية وتطويرها^(١).

وقد استبعد الشارع المصري الطعون المباشرة التي تقدم إليها من الأشخاص الاعتبارية أو الأشخاص الطبيعيين عن طريق الدعوى الأصلية. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا "إن ما قرره المدعي من أن شرط المصلحة غير لازم في الدعوى الدستورية، ولا دليل عليه من قانون المحكمة الدستورية العليا، مردود بأن هذا الشرط - محددًا على ضوء عنصرين اللذين

(١) الدكتور عوض المر: المرجع السابق، ص ١٧٧-١٧٨.

لا يقوم إلا بهما في مجال الرقابة القضائية على الدستورية النصوص القانونية - من الشروط الجوهرية التي لا تقبل الدعوى الدستورية في غيتها، وهو بعد شرط مندمج في قانون المحكمة الدستورية العليا بما نص عليه في مادته الثامنة والعشرين من أنه، فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل، تسرى على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التي تقدم إلى المحكمة، الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة، والأوضاع المقرر أمامها «متى كان ذلك، وكان نص المادة الثالثة من قانون المرافعات فيها مصلحة قائمة يقرها القانون أو مصلحة محتملة بالشروط التي بينها، وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن الدستور أفرد هذه المحكمة بتنظيم خاص في الفصل الخامس من الباب الخامس الخاص بنظام الحكم حين ناط بها - في المادة ١٧٥ - مباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وكذلك ولاية تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين بالقانون، مستهدفاً بذلك أن يفوض المشرع في أن يحدد القواعد الموضوعية والإجرائية التي تباشر المحكمة الدستورية العليا من خلالها - وعلى ضوئها - الرقابة القضائية على دستورية النصوص التشريعية، وكان قانون هذه المحكمة قد نظم بالمادتين ٢٧، ٢٩ منه الطرائق التي لا يقبل الدعوى الدستورية إلا بولوجها، وكان البين من هاتين المادتين أن كليهما لا تخولان الأشخاص الاعتبارية أو الأشخاص الطبيعيين الطعن في النصوص التشريعية بالطريق المباشر، ذلك أن أولاهما تخول المحكمة الدستورية العليا - حين يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصها نص في قانون أو لائحة يتصل بالنزاع المطروح عليها، أن تحكم بعدم دستورية بعد اتخاذ الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية وعملاً بثنائيتها يجوز لمحكمة الموضوع أن تحيل من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا أي نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا تراءى لها مخالفته للدستور ولها كذلك أن ترخص للخصم الذي دفع أمامها بعدم دستورية نص تشريعي، وقدرت الدلائل على جدية دفعة، أن يقيم دعواه الدستورية خلال أجل ثلاثة أشهر وبذلك يكون قانون المحكمة الدستورية العليا، قد استبعد بدلالة هاتين المادتين الطعون المباشرة التي تقدم إليها من الأشخاص الاعتبارية أو الأشخاص الطبيعيين عن طريق الدعوى الأصلية التي لا تتصل المسالة الدستورية

التي تطرحها بأية منازعة موضوعية، بل تستقل تماماً عنها، مبتغية بذلك إبطال النصوص التشريعية المطعون عليها إبطالاً مجرداً استهدافاً لمصلحة نظرية صرفه، وهي مصلحة نظرية صرفه، وهي مصلحة لا يجوز الارتكان إليها لقبول الدعوى الدستورية، التي يجب أن تتمثل محصلتها النهائية في اجتناء منفعة يقرها القانون^(١).

وحيث إنه عن طلب المدعي إعادة الدعوى للمرافعة والتصريح له باتخاذ إجراءات الطعن بعدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ المشار إليه، فإن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، مناطها اتصالها بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها، وذلك إما بإحالة هذه المسائل إليها مباشرة من محكمة الموضوع لتقول كلمتها فيها، وإما من خلال دفع بعدم دستورية نص قانوني يبيده الخصم أثناء نظر النزاع الموضوعي وتقدر محكمة الموضوع جديته لترخص بعدئذ لهذا الخصم - وخلال أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر - برفع دعواه الدستورية في شأن النصوص التي تناوّلها هذا الدفع، ولم يجز المشرع - بالتالي - الدعوى الأصلية التي ترفع مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا سبيلاً للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية، وهذه الأوضاع الإجرائية تعد من النظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية التي تغياها المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي حددها؛ لما كان ذلك، وكان طلب المدعي القضاء بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ إنما ينحل إلى دعوى أصلية بعدم دستوريته بما يناقض طريقى الدفع والإحالة اللذين استلزمتهما - دون الدعوى المباشرة - المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا للتداعي فيما يطرح عليها من مسائل دستورية، فإن هذا الطلب يكون غير مقبول لرفعه إلى هذه المحكمة بالمخالفة لقانونها^(٢).

-إن المشرع قد نظم بالمادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا المسائل التي تعرض

(١) الطعن رقم ١٠ س ١٣ ق جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٢٦١.

(٢) الطعن رقم ٢٣٠ س ٢٠ ق جلسة ٨ يونيو ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٦٣٧.

على هذه المحكمة من خلال محكمة الموضوع، وهي قاطعة في دلالتها على أن النصوص التشريعية التي يتصل الطعن عليها بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً، هي تلك التي تطرح عليها بعد دفع بعدم دستورتها يديه خصم أمام محكمة الموضوع وتقدر هي جديته، أو إثر حالتها اليها مباشرة من محكمة الموضوع لقيام شبهة قوية لديها على مخالفتها لأحكام الدستور، وأنه في كلتا الحالتين يتعين أن يكون الحكم الصادر في الدعوى الدستورية مؤثراً فيما تنتهي إليه محكمة الموضوع في شأن الطلبات الموضوعية المرتبطة بها، فإذا لم يكن له بها من صله، كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة. والأمر كذلك إذا كانت الدعويان الموضوعية و الدستورية تتوجهان كلتاهما لغاية واحدة ممثلة في مجرد الطعن على بعض النصوص التشريعية بغية تقرير عدم دستورتها، ذلك أن هاتين الدعويتين تكونان عندئذ متحدتين محلاً، لاتجاه أولاهما إلى مسألة وحيدة ينحصر فيها موضوعها هي الفصل في دستورية النصوص التشريعية التي حددتها وهي عين المسألة التي يقوم بها موضوع الدعوى الدستورية، واتحاد هاتين الدعويتين في محلها، مؤداه أن محكمة الموضوع لن يكون لديها ما تحيل فيه بصرها بعد أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية النصوص المطعون عليها سواء بتقرير صحتها أو بطلانها، و بالتالي لن يكون الحكم الصادر عن هذه المحكمة لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية، إذ ليس ثمة «موضوع» يمكن إنزال القضاء الصادر في المسألة الدستورية عليه. من المقرر قانوناً أن المصلحة الشخصية المباشرة، هي شرط قبول الدعوى الدستورية، وأنه مما ينافيها الطعن في النصوص التشريعية بالطريق المباشر من خلال دعوى أصلية تقوم بذاتها منفصلة عن أي نزاع موضوعي، ذلك أن مناط المصلحة في الدعوى الدستورية أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها. لما كان ذلك، وكان ما تنغياه الدعوى الأصلية بعدم الدستورية لا يعدو تقرير حكم الدستور مجرداً في شأن النصوص التشريعية، بما مؤداه إنتفاء إرتباطها بأي طلبات موضوعية و استقلالها عنها، و كان الطلب الاحتياطي الذي قدمه المدعي إلى محكمة الموضوع و إجابته إليه يقوم على دفع بعدم دستورية بعض النصوص التشريعية التي تم بموجبها خفض أجرة الأماكن، في حين يقوم طلبه الأصلي

على عدم الاعتداد بالآثار التي رتبها تلك النصوص في شأن هذا الحفض، و كان الطلبان الأصلي والاحتياطي منفصلين عن أي نزاع موضوعي، فان الخصومة المطروحة على محكمة الموضوع تستنفد موضوعها بالنسبة إلى كل من الطلبين تبعاً للحكم في الدعوى الدستورية هذا بالإضافة إلى أن دعوى الموضوع - في النزاع الماثل - إنما تتمحض عن نزاع مع هذه النصوص ذاتها بقصد إهدارها وإسقاط الآثار القانونية المترتبة عليها، وتحل بالتالي إلى دعوى أصلية بعدم دستورتها، رفعت إلى هذه المحكمة بالمخالفة لنص المادة ٢٩ من قانونها، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(١).

ويرى البعض الأخذ بأسلوب الدعوى الأصلية، ولكن بواسطة السلطات العامة وحدها أو ممثليها دون أن يسمح بذلك للأفراد؛ ويبرر ذلك بالفائدة الوقائية التي يمكن جنيها من وراء صدور حكم بعدم دستورية نص غير دستوري قبل البدء في تطبيقه، فضلاً عن تلبية ذلك لمضمون مبدأ الرقابة التبادلية بين السلطات العامة^(٢).

٢- خصائصها: تتميز الرقابة بطريق الدعوى الأصلية بالسماة التالية:

فهي من ناحية أولى، تعد دعوى مبتدأة يقوم صاحب الشأن بتوجيهها بصفة مستقلة ضد قانون معين للحكم بإلغائه نظراً لمخالفته للدستور. ومن ناحية ثانية تعد دعوى مباشرة تهاجم القانون بطريق مباشر ناعيةً عليه خروجه على أحكام الدستور. ومن ناحية ثالثة، تعد دعوى موضوعية، وذلك على عكس القاعدة العامة في الدعاوى القضائية، وهي كونها شخصية؛ لأن الطاعن لا يختصم شخصاً معيناً، وإنما يرفع دعواه ضد قانون معين. ومن ناحية رابعة تتميز هذه الرقابة بالحسم والفاعلية؛ إذ يتم حسم النزاع حول دستورية القانون مرة واحدة وبشكل نهائي بحيث يقفل الباب في المستقبل أمام أية دعوى أخرى يمكن أن تثار بشأن الحالات الفردية التي يحكمها هذا القانون الذي فصلت المحكمة المختصة بشأن دستوريته، مما يؤدي إلى تحقيق الوحدة القانونية في الدولة^(٣).

(١) الطعن رقم ٣٥ س ١١ ق جلسة أول فبراير ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ١٥٨.

(٢) الدكتور مصطفى محمود عفيفي: رقابة الدستورية، المؤتمر العلمي الأول، لكلية الحقوق بجامعة حلوان، بعنوان «دور

المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري»، مارس ١٩٩٨، ص ٨١.

(٣) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق، ص ٥٧٧.

ونظراً لأهمية هذه الطريقة، فإن الاتجاه الغالب في الدول التي تأخذ بها هو جعلها مركزية، أي تركيز سلطة البت في دستورية القوانين في يد محكمة واحدة، دون بقية المحاكم في الدولة. بيد أن الدساتير التي قررت مركزية الرقابة تختلف فيما بينها بالنسبة للجهة التي يعهد إليها بهذه المهمة، فمنها ما جعل هذا الاختصاص للمحكمة العليا في النظام القضائي العادي، ومنها ما أناط هذه المهمة بمحكمة دستورية متخصصة^(١).

٣- أنواع الرقابة بطريق الدعوى الأصلية: تأخذ هذه الرقابة أحد صورتين، فقد تكون سابقة على صدور القانون وقد تكون لاحقة عليه.

النوع الأول الرقابة السابقة: هي الرقابة التي تباشر في مرحلة تكوين القانون، أي أنها تتم في مرحلة اقتراح وسن القانون، ومثال ذلك ما هو مقرر في السويد؛ إذ لا يعرض الاقتراح بمشروع قانون ما على البرلمان إلا بعد موافقته لأحكام الدستور^(٢).

والوضع الغالب أن تتم هذه الرقابة بعد سن القانون وقبل إصداره. وإذا كان رئيس الدولة هو الذي يتولى إصدار القانون بعد سنه من قبل السلطة التشريعية، فيكون هو المختص بتحريك هذه الرقابة إذا رأى وجهاً لذلك. فقد يرى إحالتها إلى محكمة مختصة تحدد الدساتير عادة للتبث من دستورية القانون قبل إصداره؛ إذ يتوقف مصير القانون على ما سوف تنتهي إليه هذه المحكمة في هذا الشأن. ومثال ذلك ما تقرره بعض دساتير دول أمريكا اللاتينية، كدستور كولومبيا لسنة ١٩٢٨ ودستور بنما لسنة ١٩٠٤ وكذلك دستور أيرلندا الحرة لسنة ١٩٣٧ الذي خول لرئيس الجمهورية بعد استشارة مجلس الدولة، في أن يحيل القانون قبل إصداره إلى المحكمة العليا للنظر في دستوريته. فإن قضت بهذه الدستورية أمكن أن تستكمل الإجراءات اللازمة لنفاذه، وإن قضت بعدم الدستورية امتنع على رئيس الدولة إصداره^(٣).

(١) الدكتور سامي جمال الدين: القانون الدستوري على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥ ص ١٥٦؛ الدكتور عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص ٥٥١.

(٢) الأستاذ ميشيل ستيوارت: المرجع السابق، ص ١١٠.

(٣) الدكتور رمضان بطيخ: المرجع السابق، ص ٣٥٨ - ٣٥٩.

النوع الثاني الرقابة اللاحقة: هي التي تمارس بعد صدور القانون، وبعد استكمال كافة الإجراءات اللازمة لنفاذه. فهي تفترض صدور القانون وأنه يمكن الطعن في دستوريته عن طريق دعوى ترفع أمام القضاء المختص، فإذا تحقق عدم دستوريته حكم بإلغائه. وتطبيقاً لذلك قررت بعض الدول للأفراد حق الطعن مباشرة أمام المحكمة الدستورية المختصة. ومن ذلك الدستور الإسباني الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٧٨ الذي خول للمواطنين حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية التي أنشأها الدستور للطعن في القوانين التي تتضمن انتهاكاً لحقوقهم وحرياتهم المقررة لهم دستورياً. في حين اعتنقت بعض الدول الرقابة بطريق الدعوى الأصلية، إلا أنها حرمت على الأفراد حق مباشرة هذه الرقابة وقصرته على بعض السلطات أو الهيئات العامة في الدولة. ومثال ذلك دستور سوريا الصادر عام ١٩٥٠ الذي كان يقصر حق الطعن أمام المحكمة العليا في القوانين غير الدستورية على رئيس الجمهورية وربع أعضاء مجلس النواب^(١).

والواقع أن حرمان الأفراد من استعمال هذا الحق يقلل كثيراً من أهميته كوسيلة لحماية حقوقهم وحرياتهم الدستورية؛ باعتبار أن السلطة العامة التي يناط بها الطعن في دستورية القوانين، قد تجد من مصلحتها عدم إثارة الطعن في قانون ما حتى وإن كان ينتقص من حقوق وحريات الأفراد، طالما أنه يحقق رغباتها وأهدافها. فضلاً عن أن المحكمة الدستورية تتحول في مثل هذه الحالة، إلى مجرد هيئة تحكيم لفض المنازعات بين السلطات العامة في الدولة بدلاً من أن تكون حارسة على الدستور وحامية لحقوق الأفراد وحرياتهم التي كفلها لهم هذا الدستور^(٢).

٤- أنواع الهيئات القضائية «المحاكم المختصة»: يوجد اتجاهان رئيسيان في هذا الشأن: الأول يطلق عليه لامركزية الرقابة، والثاني يطلق عليه مركزية الرقابة.

الاتجاه الأول: لا مركزية الرقابة: يقصد به جعل الرقابة من اختصاص جميع المحاكم. وهذا ما تنتهجه بعض الدساتير؛ باعتبار أن هذه الرقابة لا تعدو أن تكون جزءاً من الوظيفة الأصلية للسلطة القضائية، والتي تتمثل في التكيف، أي إنزال حكم القانون على واقعة الدعوى، فمن

(١) الدكتور رمزي طه الشاعر: المرجع السابق (القانون الدستوري)، الرسالة الدولية للطباعة ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص ٢٥٥-٢٥٦.

(٢) الدكتور رمضان بطيخ: المرجع السابق، ص ٣٦٠.

طبيعة عمل المحاكم مهما كانت درجتها، تعيين القانون الواجب التطبيق عند تعارض القوانين، فإذا تعارض قانون عادي مع نص دستوري وجب عليه الفصل في النزاع المطروح. ومثال الدستور الأمريكي، فلا تختص المحكمة العليا وحدها بالفصل في الطعن بدستورية القوانين، وإنما تملك هذه السلطة جميع الجهات القضائية على اختلاف درجاتها، سواء في الولايات المختلفة أم في الحكومة المركزية.

وفي حالة مباشرة جميع المحاكم لرقابة الدستورية، يكون لأي من الخصوم في أية دعوى قضائية، أيدت أثناء نظرها بعدم دستورية أية قاعدة قانونية يستند الطرف إليها الآخر ويريد من القاضي تطبيقها في المنازعة المطروحة عليه، ومن ثم يتعين على المحكمة قبل أن تحكم فيها أن تفصل أولاً في هذه المسألة المبدئية التي لا يمكن بدونها حسمها أن تصدر هذا الحكم. ولذلك يمكن القول أنه في النظام اللامركزي لرقابة الدستورية، يكون حق تحريك هذه الرقابة مخولاً لجميع أطراف الدعوى القضائية، وأن الطريق الطبيعي لذلك هو طريق إبداء الدفع الأولية والمبدئية، دون حاجة إلى نص خاص يميز الدفع بعدم الدستورية، ولذلك يطلق على هذا الطريق أسلوب الدفع^(١).

ومن البديهي أن الرقابة اللامركزية تفترض أن هناك دعوى قضائية يراد تطبيق أحد القوانين فيها، ولكن لوجود شبهه في عدم دستوريته، يتم الدفع بذلك أثناء نظر الدعوى بهدف عدم تطبيقه فيها، وبالتالي فإن الرقابة في هذه الحالة لا تكون إلا رقابة لاحقة على صدور ونفاذ القانون؛ إذ لا محل لها إلا بمناسبة تطبيقه^(٢).

الاتجاه المركزي: يقصد به جعل الرقابة في يد محكمة واحدة أو جهة قضائية واحدة.

وللشارع أن يختار بين مباشرة هذه الرقابة على دستورية القوانين إما قبل إصدارها فكون

(١) الدكتور سامي جمال الدين: القانون الدستوري على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥ ص ١٥٥.

(٢) الدكتور سامي جمال الدين: القانون الدستوري على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥ ص ١٥٧.

رقابة سابقة وقائية مثل الرقابة السياسية أو أن تتم مباشرتها بعد إصدارها ونفاذها فتكون رقابة لاحقة علاجية مثل الرقابة القضائية اللامركزية، وفي الحالة الأولى لا يتصور أن يكون الحق في تحريك الرقابة مخولاً لغير السلطات العامة، بمعنى أنه لن يكون من حق الأفراد ذلك؛ لانعدام مصلحتهم من الطعن في عمل قانوني لم يكتمل بعد، ولم يدخل بالتالي في البناء القانوني للدولة، ولذلك فالغالب أن يخول رئيس الدولة، وهو المختص بإصدار القانون والذي أقسم على احترام الدستور، الحق في طلب فحص دستورية القانون من المحكمة المختصة قبل أن يصدره، فإذا وجدت المحكمة أنه متفق مع قواعد الدستور، تعين عليه إصداره، أما إذا أعلنت المحكمة عدم دستوريته، امتنع عليه السير في إجراءات إصداره، وبذلك أخذت دساتير ١٩٠٤ في بنما و١٩٣٧ في إيرلندا.

وقد تكون الوقاية خير من العلاج، وهو ما يميز هذا الأسلوب الذي يحول دون صدور قوانين مخالفة للدستور بما يكفل استقرار المراكز القانونية بعد العمل بها، إلا أنه نع ذلك منتقد للغاية من جانب من الفقه؛ لأن هذه الرقابة لا يحركها الأفراد، وإنما جهات سياسية من المحتمل تقاعسها - عمداً أو إهمالاً - عن ذلك، مما يؤدي إلى انتفاء فاعلية هذه الرقابة، ومن الناحية التطبيقية فإن مواطن عيب عدم الدستورية وأوجه مخالفة القوانين لأحكام الدستور ومبادئه لا تظهر إلا من خلال التطبيق العملي وفي ضوء الآثار التي أحدثتها في مجال تطبيقها، ولذلك يفضل الفقه في الرقابة القضائية على دستورية القوانين أن تكون لاحقة على إصدار ونفاذ القوانين، وبمناسبة تطبيقها، وفقاً لما أظهره العمل من مثالبها الدستورية، لتكون الرقابة من خلال ما هو قائم وليس ما هو مفترض، وفي هذه الحالة يمكن تحويل الأفراد الحق في تحريك رقابة الدستورية، سواء بطريق مباشر أم بطريق غير مباشر، كما يمكن من خلال الرقابة المركزية أن يتم حسم المنازعة الدستورية بصورة قاطعة نهائية بأحكام ملزمة. وفضلاً عن ذلك فإنه يلزم في أسلوب الرقابة السابقة أن تتم خلال مدة معينة تلي إقرار البرلمان له وتسبق إصداره، على حين أنه في الرقابة اللاحقة لا يتصور أن تكون هناك مدة زمنية معينة يتعين أن تتم خلالها مباشرة تلك الرقابة؛ لأنها ترتبط عملاً بتطبيق القانون المشوب بعيب عدم الدستورية، ومن ثم يمكن التمسك به كلما أريد تطبيق ذلك القانون، وليس ثمة ما يحول دون تحديد مواعيد معينة لرفع

الدعوى في حالة الأخذ بأسلوب الرقابة المركزية عن طريق الدعوى الأصلية، وهو الأمر غير المتصور حالة اتباع أسلوب الرقابة المركزية عن طريق الدفع^(١).

بيد أن الدول لم تتبع أسلوباً واحداً في تحديد الجهة القضائية المركزية. وإنما اتبعت طريقتين: **الأول** أن يعهد بمهمة الفصل في دستورية القوانين إلى المحكمة العليا في النظام القضائي «محكمة النقض أو التمييز»، بحيث تقوم هذه المحكمة برقابة الدستورية إلى جانب اختصاصاتها القضائية. ومثال ذلك سويسرا؛ إذ عهد دستور الاتحاد السويسري لسنة ١٨٧٤ إلى المحكمة الاتحادية بالإضافة إلى اختصاصاتها القضائية بمهمة رقابة دستورية القوانين الصادرة عن مجلس الولايات وإلغاء ما يكون مخالفاً منها للدستور الاتحادي أو لأي من دساتير الولايات. وبذات الاتجاه أخذ أيضاً دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر عام ١٩٧١؛ إذ تختص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في المنازعات التي تثور بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد، سواء فيما بينها أم فيما بينها وبين حكومة الاتحاد، ببحث دستورية القوانين، تفسير أحكام الدستور، مساءلة الوزراء وكبار موظفي الاتحاد المعيّنين بمرسوم، الجرائم التي لها مساس مباشر بمصالح الاتحاد، تنازع الاختصاص بين الهيئات القضائية. . . . وأية اختصاصات أخرى^(٢). **الطريق الثاني** إنشاء محكمة خاصة يسند إليها دون غيرها مهمة الفصل في مدى اتفاق القانون المطعون فيه أو عدم اتفاقه مع الدستور، ومثال ذلك دستور مصر لسنة ١٩٧١ والذي نص في المادة ١٧٤ على إنشاء المحكمة الدستورية العليا. ونفاذاً لهذا الدستور المعطل صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا وعهد إليها دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وكذلك تفسير النصوص القانونية^(٣).

ويفضل البعض الاتجاه المركزي في الرقابة، على أن يعهد بالرقابة إلى محكمة دستورية

(١) الدكتور سامي جمال الدين: القانون الدستوري على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥ ص ١٥٨-١٥٩.

(٢) انظر المادة ٩٩ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر عام ١٩٧١.

(٣) الدكتور رمضان بطيخ: المرجع السابق، ص ٣٦١-٣٦٢؛ الدكتور رمزي طه الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٥٢-٢٥٣.

متخصصة؛ باعتبار أن وضع هذه المحكمة خارج نطاق السلم القضائي من شأنه أن يقضي على كثير من المشاكل التي يثيرها تعرض السلطة القضائية لأعمال السلطة التشريعية، لاسيما في ظل الأنظمة التي تقوم على الفصل التام بين السلطات في الدولة، أو التي تجعل للسلطة التشريعية السيطرة على باقي السلطات في الدولة^(١).

والواقع أنه إذا كان هذا الكلام يصح في ظل الأنظمة الديمقراطية المتحضرة، فإنه لا يصلح في ظل الدول الاستبدادية والدول البوليسية؛ فقد كانت المفاضلة بين أسلوب المركزية واللامركزية في تنظيم الرقابة موضوع مناقشة المؤتمر الدولي للقانون العام الذي عقد في باريس في ٢٠ أكتوبر ١٩٢٨ وشارك فيه عدد كبير من فقهاء القانون الدستوري، ومنهم (دوجي وبارتلي وجيز والفقيه الإسباني مارين والفقيه السويسري فليتز). وأيد دوجي النظام اللامركزي محذراً من خطورة تخصيص محكمة واحدة قد تتحول إلى هيئة سياسية تضاف إلى الهيئات السياسية الأصلية وتكون مصدراً لإشكالات سياسية ودستورية كثيرة. كما فضل «بارتلي» أن يعهد بالرقابة إلى المحاكم العادية تجنباً للصعوبات التي تواجه تخصيص محكمة واحدة لذلك^(٢).

٥- تقدير الرقابة بطريق الدعوى الأصلية: لهذه الرقابة بعض المميزات، عليها بعض المثالب.

فمن حيث المميزات، تتميز هذه الطريقة بأنها، من ناحية تركيز سلطة الرقابة في محكمة واحدة، ومن ثم يصبح الحكم الصادر منها حاسماً للنزاع ليس بالنسبة للخصوم فحسب، وإنما بالنسبة لكافة المحاكم في الدولة، مما يضمن توحيد كلمة القانون في الدولة. ومن ناحية أخرى، في حالة إنشاء محكمة دستورية عليا تختص، دون غيرها، بمباشرة الرقابة، بأنها تتيح فرصة مشاركة عنصر سياسي للعناصر القضائية في تشكيل هذه المحكمة، مما يوافق بين الاعتبارات السياسية التي فهماً خاصاً للمشكلة الدستورية وبين الاعتبارات القانونية التي تتطلب قضاة متخصصين في المسائل القانونية. فضلاً عن أن مثل هذا التشكيل يحقق استفادة لا تنكر من مزايا

(١) الدكتور رمزي طه الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٥٤.

(٢) الدكتور رمزي طه الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٥٣-٢٥٤.

التخصص في التخصص في المسائل الدستورية.

ومن حيث المثالب، فإن إسناد مهمة الرقابة إلى محكمة معينة في المجتمع دون غيرها، قد يحولها إلى هيئة سياسية يتسم عملها بالتسلط والدكتاتورية؛ إذ سوف تعتبر ذاتها قوة هائلة في المجتمع ذات نفوذ ضخم في مواجهة السلطات العامة الأخرى، مما قد يترتب عليه وقوع الاصطدام بين هذه المحكمة وتلك السلطات. وهذا ما حدث بين المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية وبين الرئيس «فرانكلين روزفلت» بسبب اعتراض هذه المحكمة على القوانين التي استهدف هذا الأخير من ورائها إنعاش وتنمية الاقتصاد الأمريكي. مما يعني أنه في ظل هذه الأوضاع قد يتحول النظام السياسي إلى نظام حكومة القضاة. وفي هذا كل الخطر على النظام الديمقراطي، بل وعلى فكرة خضوع الحاكم للقانون^(١).

(١) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٥٣-٢٥٤ وليسيادته أيضاً: رقابة دستورية القوانين، ص ١٢٧؛ الدكتور رمضان بطيخ: المرجع السابق، ص ٣٦٣-٣٦٤؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: مبادئ الأنظمة السياسية، رقم ٢٣٣ ص ١٩٩؛ الدكتور محمود أحمد زكي: الحكم الصادر في الدعوى الدستورية "آثاره وحجته وتنفيذه، في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا حتى إبريل ٢٠٠٤، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠٠٤/٢٠٠٥ ص ٢١٩؛ الدكتور نبيلة عبد الحليم كامل: الرقابة على دستورية القوانين "القضاء الدستوري" دار النهضة العربية ٢٠٠٥ ص ٧ وما بعدها.

المبحث الثاني

الدفع الفرعي

(أ) ماهيته: يقصد بهذه الطريقة الدفاع وليس الهجوم؛ باعتبار أن إثارتها لا تكون إلا بمناسبة نزاع معروض أمام القضاء. فطريق الدفع الفرعي يفترض أن هناك نزاعاً ما مطروحاً أمام محكمة جنائية أو مدنية أو إدارية، وهناك قانون معين مطلوب تطبيقه في هذا النزاع، فيدفع الخصم بعدم دستورية ذلك القانون. وفي هذه الحالة إذا وجد القاضي أن الدفع جدياً وأن القانون يخالف الدستور حقيقة، فلا يقضي بإلغاء هذا القانون، وإنما يمتنع عن تطبيقه في القضية المعروضة. ولكن يبقى القانون قائماً وموجوداً، بل ويمكن لمحكمة أخرى أن تطبق ذات القانون في قضية أخرى إذا لم يدفع بعدم دستوريته أو إذا وجدت المحكمة أن القانون دستوري. ومن ثم تعد طريقة الدفع طريقة دفاعية تستهدف استبعاد تطبيق القانون في قضية معينة فحسب، ولا تستهدف إلغائه وإعدامه من الوجود^(١).

وبناء على ما تقدم، تفرق الرقابة بطريق الدفع عن تلك التي يباشرها القضاء عن طريق الدعوى الأصلية في النقاط التالية:

١- في صورة الدعوى الأصلية يتخذ صاحب الشأن صفة هجومية، فيلجأ مباشرة إلى القضايا طالباً الحكم بإلغاء القانون. أما في صورة الدفع، فينتظر صاحب الشأن حتى يطبق القانون عليه، أي يمس مركزاً قانونياً له، وعندئذ ينازع هذا الشخص في صحة هذا القانون ن طريق الدفع بعدم دستوريته.

٢- في صورة الدعوى الأصلية إذا ثبت للقاضي عدم دستورية القانون، أي مخالفة القانون للدستور، فإنه يحكم بإلغاء القانون، وبالتالي يعدمه، ولا يجوز إعادة تطبيقه بعد ذلك. أما في صورة الدفع، فيظل القانون قائماً، ويمتنع القاضي فحسب عن تطبيقه، ويجوز تطبيقه على حالات

(١) الدكتور فؤاد العطار: المرجع السابق، ص ٢٦٤؛ الدكتور ابراهيم عبد العزيز شيحا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق، ٥٢٦؛ الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل: المرجع السابق، ص ٩ وما بعدها.

أخرى، كما يجوز للقضاء أن يعدل عن رأيه الأول في نزاع آخر.

٣- يجوز الحكم الصادر في الدعوى الأصلية حجية عامة ومطلقة، أي يسري على الكافة، ومن ثم لا يجوز إعادة تطبيقه مرة أخرى. في حين أن الحكم الصادر عن طريق الدفع يجوز حجية نسبية، أي يقتصر أثره على النزاع المعروض.

٤- عدم تعارض اختصاص القضاء عن طريق الدفع مع مبدأ الفصل بين السلطات؛ وأساس ذلك أنه إذا جاز القول بأن القاضي حين يقضي بإلغاء قانون في الدعوى الأصلية يعتدي على اختصاص السلطة التشريعية، فهذا القول مردود في الرقابة عن طريق الدفع؛ باعتبار أن المحكمة تقوم بهذا الاختصاص الذي يدخل في صميم وظيفتها القضائية، فالقاضي لا يقضي بإلغاء قانون ولا يأمر بوقف تنفيذه حتى يقال أنه يعتدي على اختصاص السلطة التشريعية، وغاية الأمر أنه إذا تعارض قانون عادي ونص دستوري، وجب عليه، بحكم وظيفته القضائية - أن يتصدى لهذه الصعوبة، وأن يفصل فيها على حكم مقتضى أصول هذه الوظيفة وفي حدودها الدستورية المرسومة لها، فيطرح القانون جانباً ويغلب عليه القانون الدستوري ويطبقه بحسبانه القانون واجب الإتيان^(١).

(ب) أساسه: لا تحتاج طريقة الدفع الفرعي، بما يتضمنه من امتناع القاضي عن تطبيق القانون المخالف للدستور، إلى نص خاص ليقررها؛ لأنها تتصل بطبيعة عمل القاضي أيا كان نوع المحكمة أو درجتها. فالقاضي إذا وجد أن الخصم على حق، وأن القانون مخالف فعلاً للدستور، فهو باعتباره قاضياً يجب أن يغلب حكم الدستور الأعلى ويستبعد تطبيق القانون المخالف للدستور؛ لأن النص الأعلى يقدم على النص الأدنى عند تعارضهما. ولذلك أخذت بها المحاكم الأمريكية في الولايات المتحدة رغم عدم نص الدستور الأمريكي عليها، وكذلك أخذت بها المحاكم في مصر منذ عام ١٩٤٨ رغم صمت دستور ١٩٢٣^(٢).

(١) الدكتور فؤاد العطار: المرجع السابق، ص ٢٦٤-٢٦٥.

(٢) الدكتور علي الباز: المرجع السابق، ص ٥٠٣؛ الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق، ص ٥٢٧.

(ج) أساليب رقابة دستورية القوانين: يختص القضاء الأمريكي أساساً برقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع، ورغم أن هذا الأسلوب هو الأكثر أهمية وشيوعاً للرقابة في الولايات المتحدة، إلا أنه ليس هو الأسلوب الوحيد؛ إذ يوجد بجواره أسلوبان قضائيان آخران، هما: الأمر القضائي والحكم التقريري^(١).

أولاً: أسلوب الدفع الفرعي: هو الأسلوب العادي والأكثر شيوعاً وأهمية في الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، مما يعني أن رقابة الدستورية لا تثور في صورة دعوى أصلية مبتدأه ضد القانون، وإنما تثور في صورة دفع فرعي أثناء خصومة مدنية أو جنائية أو غيرها أمام إحدى المحاكم وإذا ثبت لقاضي الخصومة أن القانون مخالف للدستور فهو لا يلغي القانون، وإنما يمتنع عن تطبيقه في شأن هذا النزاع. ومن ثم يبقى القانون قائماً، ويجوز لأية محكمة أخرى أن تعود فتطبقه في منازعة أخرى^(٢).

ويرجع الفضل في إظهار مبدأ «دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية» إلى المستر «جون مارشال» وقت أن كان يشغل وظيفة رئيس قضاة المحكمة الاتحادية العليا، فهو أول من أثار فكرة دستورية القوانين، وذلك عام ١٨٠٣ حين أبدع في صياغة حكمه الشهير في قضية «ماربورى ضد مايسون». وقبل ذلك التاريخ كان القضاء يقصر على تطبيق القوانين التي تصدرها المجالس التشريعية دون أن يتصدى لمسألة دستورية.

وتنهض فكرة الدستورية على أساس أن السيادة للدستور باعتباره القانون الأعلى للدولة، فهو وحده الذي يقرر مدى ما لكل سلطة من السلطات من اختصاص، وبالتالي فإن استعمال هذه السلطات لوظائفها يجب أن يقوم على أساس احترام كل منها للمبادئ التي أقرها الدستور.

ومؤدى ذلك ألا تقتصر رقابة القضاء على مطابقة العمل الإداري للقانون، بل تتناول أيضاً مطابقة القانون لأحكام الدستور؛ وأساس ذلك هو مبدأ الشرعية وما يستتبعه من وجوب الأخذ بفكرة تدرج القوانين من حيث مصدرها، بمعنى أنه إذا عرض نزاع على القضاء، يتطلب الفصل

(١) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: مبادئ الأنظمة، رقم ٢٣٦ ص ٢٠٢.

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٥٧.

فيه تطبيق قانون ونص دستوري متعارضين، تعين على القاضي أن يطبق القانون الأعلى، وأن يستبعد من دائرة التطبيق الأدنى^(١).

الضوابط القضائية لبحث دستورية القوانين في أمريكا: لا تعد سلطة القضاء في بحث دستورية القوانين طليقة من قيد، بل تخضع لضوابط أجملتها المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في حكم لها عام ١٩٣٦، فيما يلي:

١- لا يجوز للقضاء أن يبحث عيب القانون ومخالفته للدستور إلا عند تطبيق أحكامه على نزاع معين معروض في صورة خصومة قضائية، ومن ثم لا يجوز له أن يبدي رأيه على سبيل الإفتاء.

٢- لا يجوز للقضاء أن يتعرض لعيب مخالفة أحكام الدستور إلا إذا اقتضى الفصل في النزاع ذلك. أما إذا أمكن نظر النزاع على أساس آخر، كأن يجتمع عيب آخر مع عيب مخالفة أحكام الدستور، وجب على القضاء أن يقتصر في نظر النزاع على العيب الأول، فيقضي بإلغاء القرار المطعون فيه بسببه لا بسبب عيب مخالفة أحكام الدستور، ومن ثم يكون هذا العيب الأخير ذا صفة احتياطية، لا يتعرض له القاضي إلا إذا انعدمت العيوب الأخرى.

٣- لئن كان القضاء يختص برقابة دستورية القوانين، فإنه لا بقضي بذلك من تلقاء نفسه، وإنما بناء على طلب الخصوم، وفي هذه الحالة يجب أن يكون ذلك في المجال وبالقدر الذي يسمح بالفصل في الخصومة المطروحة أمامه. وبناء على ذلك لا يجوز للقضاء أن ينظر عيب مخالفة القانون لأحكام الدستور بطريق الدعوى الأصلية، وإنما بشكل دفع فرعي في نزاع مطروح.

٤- يجب أن يكون القرار الصادر تطبيقاً للقانون المعيب قد أضر بحق للطاعن، وإلا فلا وجه للتعرض له.

٥- لا يجوز استبعاد القانون من نطاق التطبيق على النزاع، إلا إذا ثبت على وجه اليقين أنه مخالف للدستور، فإذا قام شك في دستوريته، كان على القضاء أن يطبق القانون؛ إذ أن الأصل أن يصدر القانون على مقتضى أحكام الدستور ما لم يثبت العكس.

(١) الدكتور فؤاد العطار: ص ٢٦٦-٢٦٧.

٦- لا تقضي المحكمة بإلغاء القانون وإنما تمتنع عن تطبيقه، ومن ثم يظل القانون قائماً، فيصح لمحكمة أخرى تطبيقه إذا رأت أنه دستوري، مالم يكن الحكم صادراً من المحكمة الاتحادية العليا^(١).

ثانياً: أسلوب الأمر القضائي: الأمر القضائي هو إجراء يسمح بأن يهاجم القانون قبل تطبيقه عليه باعتباره غير دستوري. ويعني ذلك أن للفرد الذي قد يلحقه ضرر من قانون معين أن يلجأ إلى القضاء طالباً إصدار أمر قضائي بوقف تنفيذه لعدم دستوريته. وفي هذه الحالة، على المحكمة أن تتحقق من دستورية هذا القانون أو عدم دستوريته. فإذا تحققت من عدم دستوريته أصدرت إلى الموظف المختص بتنفيذ هذا القانون أمراً قضائياً بالامتناع عن تنفيذه. وهذا هو المظهر السلبي لصورة الأمر القضائي. على أن هذا الأمر القضائي قد يبدو أيضاً في صورة ايجابية إذا كان القانون قد نفذ، ففي هذه الحالة يصدر القاضي إلى الموظف المختص أمراً قضائياً بإتيان عمل معين لصالح الشخص الذي استصدر الأمر القضائي، ومثال ذلك أن يأمر الموظف بأن يرد إلى الممول ما يكون قد دفعه من ضريبة دون وجه حق^(٢).

ويتميز أسلوب الأمر القضائي عن أسلوب الدفع بعدم الدستورية، في أنه أسلوب هجومي يكاد يياثل طريقة الدعوى الأصلية بعدم دستورية القانون، كما يتميز بأنه أسلوب وقائي؛ لأن الفرد قبل أن ينطبق عليه القانون المدعى بعدم دستوريته، يبادر بادعائه طالباً أمر بعدم التنفيذ. أما في أسلوب الدفع فقد يكون القانون طبق فعلاً ولا يكون أمام الفرد إلا طلب التعويض عن الضرر نتيجة تطبيق قانون غير دستوري. ومن ثم يتيح أسلوب الأمر القضائي كطريقة وقائية لكل مواطن المبادرة بمنع الإخلال والمساس بحقوقه إزاء قانون غير دستوري يضر بها، حتى قبل وقوع هذه الإخلال^(٣).

ثالثاً: أسلوب الحكم التقريري: هو الوسيلة الثالثة لرقابة دستورية القوانين في الولايات

(١) الدكتور رمزي الشاعر: القانون الدستوري، ص ٢٥٧-٢٥٨؛ الدكتور فؤاد العطار: المرجع السابق، ٢٦٧-٢٦٩.

(٢) الدكتور فؤاد العطار: المرجع السابق، ص ٢٦٩؛ الدكتور محمود أحمد زكي: المرجع السابق، ص ٢٣٠ وما بعدها.

(٣) الدكتور علي السيد الباز: المرجع السابق، ص ١٧٧-١٧٩؛ الدكتور إبراهيم عبد العزيز شبحا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق، ص ٥٣١.

المتحدة الأمريكية، وهي أحدث أسلوب للرقابة؛ إذ استخدم في القرن العشرين بعد تردد قضائي، وكانت محاكم الولايات المتحدة أسبق في استخدام هذا الأسلوب، ثم أخذت به المحكمة الاتحادية العليا منذ عام ١٩٣٦. ومفاد هذا الأسلوب أنه حين يقوم الموظف المختص بتنفيذ قانون على أحد الأفراد، يعترض هذا الشخص على التنفيذ استناداً إلى عدم دستورية القانون المراد تنفيذه، ويستتبع ذلك أو يوقف الموظف المختص تنفيذ القانون، ويطلب إلى هذا الشخص الحصول على حكم تقريري في دستورية هذا القانون أو عدم دستوريته. وعلى ضوء هذا الحكم يحدد الموظف موقفه من القانون، فإذا قضى الحكم بدستورية القانون، استمر الموظف. وعلى العكس من ذلك إذا قضى بعدم دستوريته امتنع عن تنفيذه^(١).

والفارق بين هذا الأسلوب وأسلوب الأمر القضائي هو أنه في أسلوب الحكم التقريري يكون تنفيذ القانون قد بدأ فعلاً أو على وشك التنفيذ. أما في أسلوب الأمر القضائي، فالقانون لم يطبق بعد وإنما توقياً من تطبيقه يلجأ الفرد الذي سيضار منه للقضاء طالباً منع تنفيذه، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن المحكمة في الحكم التقريري لا تصدر أمراً قضائياً لعدم وجود نزاع قضائي أصلي، فالمحكمة تبدو وكأنها حكما بين الفرد والموظف المختص في نزاع إداري بينهما، ويبدو حكمها وكأنه أقرب إلى الاستشارة القانونية رغم الزاميتها^(٢).

ويبدو أن الأسلوب الأول هو أهم هذه الأساليب وأكثرها شيوعاً وأكثرها فاعلية في التحديد الدقيق لدستورية أو عدم دستورية القانون، ألا وهو أسلوب الدفع الفرعي أو رقابة الامتناع^(٣).

(د) سلطات الهيئات القضائية: تختلف السلطات التي تمنحها الدساتير للهيئات القضائية بالنسبة للقانون غير الدستوري، فقد تقف هذه السلطات عند مجرد إهمال القاضي لحكم القانون

(١) الدكتور فؤاد العطار: المرجع السابق، ص ٢٦٩-٢٧٠؛ الدكتور محمود أحمد زكي: المرجع السابق، ص ٢٣٥ وما بعدها.

(٢) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق، ص ٥٣٢؛ الدكتور علي السيد الباز: المرجع السابق، ص ١٨١-١٨٢.

(٣) الدكتور إبراهيم عبد العزيز شيحا والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق، ص ٥٣٣.

غير الدستوري والامتناع عن تطبيقه في القضية المعروضة أمامه، وقد يكون من حق الهيئة القضائية أن تصدر أمراً قضائياً أو حكماً تقيرياً، وقد يجيز النظام الدستوري للقاضي أن يلغي القانون غير الدستوري. وبعبارة أخرى، تنقسم الرقابة تبعاً للأثر المترتب عليها إلى رقابة الإلغاء ورقابة الامتناع، وقد سبق تناول رقابة الامتناع تفصيلاً عند الحديث عن وسائل الرقابة، لذا نكتفي بعرض رقابة الإلغاء.

(هـ) أساليب الرقابة في مصر:

نصت المادة ٢٧ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بشأن إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليه وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية.

ونصت المادة ٢٩ من ذات القانون على أن تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:

(أ) إذا تراءى لأحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى إمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

والبين من هذين النصين أن وسائل الرقابة الدستورية أو تحريكها أمام المحكمة الدستورية العليا تشمل الدفع الفرعي، والإحالة من محكمة الموضوع، واستعمال المحكمة الدستورية سلطة التصدي. مما يعني أن الشارع المصري لا يعرف الدعوى الدستورية المباشرة.

وتتحرك الرقابة القضائية لدستورية القوانين بصفة عامة إما بطريق الدعوى الأصلية التي

تهاجم مباشرة النص المدعى بعدم دستوريته أو بطريق الدفع الفرعي الذي يثير المسألة الدستورية من خلال نزاع مطروح على قاضي النزاع الموضوع.

والنظام الذي عرفت به مصر القاضي الدستوري المتخصص لم يفرغه واضعه بإطلاق في أحد هذين القالبين، إنما أخذ من هذه الصيغة وتلك ليضع نظاماً وجه الدعوى فيه غالب، ولكنه منضبط سبيلها بواسطة تستبعد صورتها المتمثلة في الطعن المباشر بعدم الدستورية من قبيل المتقاضين، فلا تصل بالتالي إلى قاضيها إلا من خلال نزاع مطروح أمام قاضي النازعة الموضوعية أو أمام القاضي الدستوري نفسه.

ومؤدى ذلك أن قانون المحكمة الدستورية حدد أوضاع التداعي بالدعوى الدستورية بأحد طريقتين: الأول من خلال نزاع موضوعي معروض على محكمة الموضوع، وذلك بأحد سبيلين أما الإحالة أو الدفع الفرعي بعدم الدستورية. الثاني من خلال تصدي القاضي الدستوري بصفته هذه ومباشرة لمسألة دستورية تعرض له بمناسبة ممارسته لاختصاصاته الأصلية^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن «قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن ولايتها في الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع الإجرائية المقرر في المادة (٢٩) من قانونها - سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو ميعاد رفعها - لتعلق ذلك بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغيا به المشرع المصلحة العامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية، ومن ثم فإن إقامة الدعوى الدستورية دون تصريح من محكمة الموضوع، وإقامتها متجاوزة حدود ما صرحت به وقدرت الجدية في شأنه، يدخل في نطاق الدعوى الدستورية المباشرة التي يتعين عدم قبولها. لما كان ذلك وكان المدعي قد دفع بعدم دستورية المواد (٩٨، ١٠٦، ١١١) من قانون السلطة القضائية واقتصر في تقدير الجدية وتصريح محكمة الموضوع له بإقامة الدعوى الدستورية على نص المادتين (٩٨، ١١١) المشار إليها، فإن نطاق الدعوى يتحدد بهذين النصين دون المادة (١٠٦) التي شملتها صحيفة دعواه،

(١) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية في المسائل الدستورية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢ ص ٤٠٩ - ٤١١.

والتي تضحى إقامة الدعوى في شأنها بمثابة دعوى مباشرة يتعين عدم قبولها^(١).

- عهد الدستور - بنص مادته الخامسة والسبعين بعد المائة - إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بمهمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين في القانون. وبناء على هذا التفويض أصدر المشرع قانون هذه المحكمة، مبيناً اختصاصاتها، محدداً ما يدخل في ولايتها حصراً. فحولها - في المادة ٢٥ - اختصاصاً منفرداً بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، مانعاً أي جهة قضائية من مزاحمتها فيه، مفصلاً في المادتين ٢٧، ٢٩ - طرائق هذه الرقابة وكيفيةها، وذلك ضماناً منه لمركزية الرقابة على الشرعية الدستورية، وصولاً من بعد إلى بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور، بما يكفل تكاملها وتجانسها^(٢).

١- الدفع الفرعي: من المقرر أنه إذا دفع احد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

ويعني ذلك أن لكل ذي شأن في الدعوى الموضوعية أن يطعن بعدم دستورية النص واجب التطبيق على واقعة الدعوى، ويكون الدفع أمام المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، فإذا رأت هذه المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً (حتمياً) لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن^(٣).

ويتعين صدور التصريح من المحكمة ذاتها، ومن ثم لا يعتد بالتصريح الصادر من هيئة

(١) الطعن رقم ١ س ٢٢ ق جلسة ١٦ فبراير ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٩٠٩ .

(٢) الطعن رقم ١٥٦ س ١٨ ق جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٤١٣ .

(٣) الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: مبادئ القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ٢٠٠١/٢٠٠٢، ص ٥٧٠ .

مفوضي الدولة بمناسبة تحضير المنازعة الإدارية^(١).

واتصال المحكمة الدستورية العليا بالنزاع الدستوري عن طريق الدفع كان قائماً أمام المحكمة العليا، ولم يستحدثه الشارع كما هو الحال بالنسبة لأسلوبي الإحالة والتصدي.

ويتعين بداية أن يقدر قاضي النزاع جدية الدفع بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، وهذا الوصف ثمرة لضابطين: الأول أن تكون النصوص المثار عدم دستورتها منتجة، أي يمكن تطبيقها على الدعوى الأصلية، وبانتفاء تلك الإمكانية تنتفي الجدية.

ويقصد بهذا الشرط أن تكون مسألة الدستورية متعلقة بنصوص قانون من القوانين أو لائحة من اللوائح التي يمكن تطبيقها على الدعوى الموضوعية على أي وجه من الوجوه، وأن الحكم بعدم الدستورية يفيد منه صاحب الشأن في الدعوى المنظورة. بمعنى أن يكون لمن دفع بعدم الدستورية مصلحة في الدفع. ومن ثم إذا اتضح للقاضي أن القانون أو اللائحة المطعون بعدم دستورتها لا تتصل بالنزاع المعروض عليه قرر رفض الدفع بعدم الدستورية واستمر في نظر الدعوى الموضوعية دون التفات لمسألة الدستورية، كما يجب على القاضي أن يرفض الدفع بعدم الدستورية إذا اتضح له أن من تقدم به قد أجيب طلباته وانتفت مصلحته في الدفع.

الثاني أن ينطوي الدفع على احتمال بالقضاء بعدم دستورية النصوص المدعى بمخالفتها للدستور. مما يعني أنه لا يلزم أن ترجح كفة عدم دستورية النصوص محل الدفع؛ باعتبار تبني مبدأ مركزية الرقابة، ولو توسعت المحكمة المرفوع أمامها الدعوى الأصلية في تقدير جدية الدفع، لأدى ذلك إلى مشاركة تلك المحكمة للقاضي الدستوري في دوره بغير سند. ومن ثم تتوافر الجدية إذا تحقق القاضي من أن الدفع ليس وسيلة لتعطيل الفصل في موضوع الدعوى، والسعي للإضرار بالخصم نتيجة هذا التعطيل، أي أنه ليس دفعاً كيدياً^(٢).

(١) الدكتور فتحي فكري: القانون الدستوري، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر، ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩ ص ٢٧٧.

(٢) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: دراسات في القانون الدستوري، ١٩٨٧ ص ١٤٢؛ الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ص ٢٧٧ وما بعدها؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٥٧٨ ٥٧٠.

ويتعين تفسير الشك في جانب عدم الدستورية^(١). أما إذا ثبت للقاضي على وجه اليقين أنه لا شبهة في دستورية القانون أو اللائحة، فإن من حقه أن يرفض الدفع وأن يفصل في الموضوع وإذا رفضت محكمة الموضوع الدعوى الأصلية الدفع بعدم الدستورية، فلذوي الشأن الطعن على حكمها أمام الدرجة الأعلى^(٢).

وإذا اتفقت محكمة الطعن مع القضاء الأدنى في عدم جدية الدفع، أغلقت السبل أمام صاحب الشأن لبلوغ ساحة المحكمة الدستورية العليا^(٣).

ويلاحظ أن تقدير قاضي النزاع قد يكون صريحاً أو ضمناً. ويعتبر قراراً ضمناً بقبول الدفع، إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي إلى أن يقدم المدعي ما يدل على رفع دعواه الدستورية^(٤).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن الثابت من الأوراق أن المدعية في الدعوى الماثلة قدمت صحيفة تدخلها أمام محكمة الموضوع وتمسكت فيها بعدم دستورية النصوص المطعون عليها - وصرحت لها محكمة الموضوع - بعد أن قدرت جدية الدفع - بإقامة الدعوى الدستورية - فأقامتها ومن ثم فإن تصريح المحكمة لها بإقامة الدعوى الدستورية، يكشف عن أنها رأت أن القضاء في دستورية النصوص الطعينة أمر لازم للفصل في موضوع طلبات التدخل المطروحة عليها، بما يعد معه ذلك التصريح بقبول ضمني لتدخلها ومن ثم فإنها تعد من ذوى الشأن الذين أجازت لهم المادة (٢٩/ ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا إقامة الدعوى الدستورية بطريق الدفع الفرعي ومن ثم فإن دعواها تكون مقبولة. ومن ناحية أخرى فإنه لما كان البطلان الناشئ عن عدم مراعاة إجراءات الإعلان هو بطلان نسبي غير متعلق بالنظام العام، فلا يملك التمسك به - ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة - إلا من شرع

(١) المستشار الدكتور عبد العزيز سالم: دور محكمة الموضوع في رقابة الدستورية، مجلة الدستورية، العدد الثامن، ص ٤٥.

(٢) الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٥٧٧.

(٣) الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ص ٢٧٩.

(٤) الطعن رقم ٤٧ س ١٧ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٢٢٣؛ جلسة ١٢ فبراير ٢٠٠٦ المجموعة الرسمية (ج ١١)، المجلد الثاني ٢٢٤١.

ذلك البطلان لمصلحة المدعى عليها السادس والسابع لم يمثلًا ويدفعا بطلان إعلانها بصحيفة الدعوى فإن الدفع المبدي من الهيئة يكون غير قائم على أساس متعيناً الالتفات عنه^(١).

- أن نطاق الدعوى الدستورية التي أتاح المشرع للخصوم إقامتها يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي أثير أمام محكمة الموضوع، وفي الحدود التي تقدر فيها تلك المحكمة جديته، وذلك عملاً بنص البند (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩. إذ كان ذلك، وكان الدفع بعدم الدستورية الذي أبدته الشركة المدعية أمام محكمة الموضوع قد ورد على المادة (٢٣) من قانون الجمارك آنف البيان، وهو ما اقتصر على التصريح بإقامة الدعوى الدستورية، فإن ما تضمنته الدعوى الماثلة من طعن على غير النص التشريعي الذي تعلق به التصريح الصادر من محكمة الموضوع، يعتبر مجاوزاً للنطاق الذي تحدد به المسألة الدستورية التي تدعي هذه المحكمة للفصل فيها، بما مؤداه انتفاء اتصال الدعوى - في شقها الخاص بالطعن على منشور مصلحة الجمارك رقم ١٤٤ الصادر في ٢٧/٤/١٩٩٤ - بهذه المحكمة اتصالاً مطابقاً للأوضاع التي رسمها قانونها، والتي لا يجوز الخروج عليها بوصفها ضوابط جوهرية فرضها المشرع لمصلحة عامة حتى ينتظم التقاضي في المسائل الدستورية وفقاً لها، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة إلى هذا المنشور، وذلك دون حاجة للتعرض لما إذا كان موضوعه مما يجوز الطعن عليه بعدم الدستورية من عدمه^(٢).

- ولئن كان المشرع - في المادة (٢٩/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا - قد رسم طريقاً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم إقامتها وربط بينه وبين الميعاد المحدد لرفعها، دالاً بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين - علي ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من مقومات الدعوى الدستورية، فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته، ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر، وكانت هذه الأوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل منها بطريق رفع الدعوى

(١) الطعن رقم ٥٠ س ٢٢ ق جلسة ١٥ ديسمبر ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٧٦١.

(٢) الطعن رقم ١٥٩ س ٢٠ ق جلسة ١٣ أكتوبر ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٦٥٩.

أو بميعاد رفعها - تتعلق بالنظام العام باعتبارها أشكالاً جوهرية في التقاضي تغيا بها المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها وفي الموعد الذي حدده، وكانت المدعية قد أقامت دعواها الدستورية الماثلة خلال الموعد الذي حددته محكمة الموضوع بعد تقديرها لجدية الدفع بعدم الدستورية، إلا إن الثابت من الأوراق أنها عادت وتنازلت أمام محكمة الموضوع عن دفعها بعدم الدستورية، بما مؤداه سقوط هذا الدفع، وإهدار كافة الآثار القانونية المترتبة عليه، مما يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى الماثلة^(١).

- حيث إن المشرع قد رسم طريقاً معيناً لرفع الدعوى الدستورية، بما نص عليه في المادة (٢٩/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ من إتاحة الفرصة للخصوم بإقامتها إذا قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية، على أن يكون ذلك خلال الأجل الذي تضربه محكمة الموضوع وبها لا يجاوز ثلاثة أشهر، فدل بذلك على أنه أعتبر الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية، فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته، ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر، وهذه الأوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها - إنما تتصل بالنظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية في التقاضي التي تغيا المشرع بها مصلحة عامة، حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها المشرع وفي الموعد الذي حدده، وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنه بفوات هذا الميعاد دون رفع الدعوى فإن الدفع بعدم الدستورية يعتبر كأن لم يكن، بما مؤداه عدم قبول الدعوى الدستورية التي تقام بعد انتهاء الميعاد. وحيث إنه متى كان ذلك، وكانت محكمة الموضوع - بعد تقديرها جدية الدفع المبدي من المدعي بجلسة ١٩٩٩/٨/٧ - قد أجلت نظر الدعوى لجلسة ١٩٩٩/١٠/١٦ وصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية، غير أنه تقاعس عن رفعها حتى الثالث من نوفمبر سنة ١٩٩٩، أي بعد فوات

(١) الطعن رقم ٢١٦ س ٢٠ ق جلسة ١٣ يناير ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١٥٠.

الميعاد، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم قبول الدعوى الراهنة^(١).

- وحيث إن قضاء المحكمة قد جرى على أن مناط ولايتها بالرقابة الشرعية الدستورية، هو اتصالها بالمسائل الدستورية المطروحة عليها وفقا للأوضاع المنصوص عليها في المادة (٢٩) من قانونها، وذلك إما بإحالتها إليها مباشرة من محكمة الموضوع إذ تراءى شبهة عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، وإما من خلال دفع بعدم دستورية نص تشريعي يبيده أحد الخصوم وتقدر تلك المحكمة جديته وتأذن لمبديه بعدئذ وخلال أجل لا يجاوز ثلاثة أشهر برفع دعواه الدستورية في الحدود التي قدرت فيها جدية دفعه، ولم يحجز المشرع - بالتالي - إقامة دعوى أصلية أو مباشرة كسبيل للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية. وهذه الأوضاع الإجرائية تعد من النظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية التي تغيا بها المشرع مصلحة عامة حتى ينظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي حددها. وحيث إنه تأسيسا على ما تقدم، وإن كان الثابت بالأوراق أن المدعين أبدوا الدفع بعدم الدستورية النص سالف الذكر بجلسة ٢٠٠١/٨/٢ فقرر المجلس التأجيل لجلسة ٢٠٠١/٩/٦ للرد على الدفوع التي أبداهها الحاضر عن المحالين وسماع الشهود دون صدور قرار منه بالإذن بإقامة الدعوى الدستورية تقديرا لجدية الدفع المبدي أمامه. متى كان ذلك - دون خوض فيما إذا كان هذا المجلس يعد هيئة ذات اختصاص قضائي من عدمه - فإن هذه الدعوى في حقيقتها تغدو دعوة أصلية بعدم الدستورية، أقيمت بالمخالفة لطريقي الدفع والإحالة الذين استلزمهما القانون للتداعي في المسائل الدستورية، بما يوجب والحال كذلك القضاء بعدم قبولها^(٢).

- إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مناط ولايتها بالرقابة الشرعية الدستورية هو اتصالها بالمسائل الدستورية المطروحة عليها، وفقا للأوضاع منصوص عليها في المادة (٢٩) من قانونها، وذلك إما بإحالتها إليها مباشرة من محكمة الموضوع إذا ما رأت شبهة عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في نزاع، وإما من خلال دفع بعدم دستورية نص مماثل يبيده

(١) الطعن رقم ٢١٢ س ٢١ ق جلسة ١٣ إبريل ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١٠٢٧.

(٢) الطعن رقم ٢٤١ س ٢٣ ق جلسة ١٢ يناير ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٩٠٤.

أحد الخصوم وتقدر تلك المحكمة جديته وتأذن لمبديه بعدئذ وخلال أجل لا يجاوز ثلاثة أشهر برفع دعواه الدستورية في الحدود التي قدرت فيها جدية دفعه، ولم يجز المشرع - بالتالي - الدعوى الأصلية المباشرة سبيلاً للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية، وهذه الأوضاع تعد من النظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية التي تغيا بها المشرع بها مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي حددها، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن المدعى أبدى دفعه بعدم دستورية النصين المار بيانها بجلسة ٢٠٠١/١/٤، فقررت محكمة الموضوع تأجيل نظر النزاع إلى جلسة لاحقة، دون قرار منها بالإذن بإقامة الدعوى الدستورية بعد تقديرها لجدية الدفع المبدي أمامها، إلا أن المدعي قد سارع إلى رفع الدعوى الدستورية الماثلة، فإنه يكون بذلك قد أقام دعوى أصلية بعدم الدستورية، بالمخالفة لطريقي الدفع والإحالة، الذين حصر فيهما القانون التداعي في المسائل الدستورية، ويتعين والحال كذلك القضاء بعدم قبولها^(١).

٢- الإحالة من محكمة الموضوع: من المقرر أنه إذا تراءى لأحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، **أوقفت** الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

ويعني ذلك أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لا يدفع أمامها بعدم دستورية النص، وإنما تقدر هي عدم دستوريته، وفي هذه الحالة توقف الدعوى، وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا.

ويعد هذا الوضع منطقيًا؛ باعتبار أن دور القاضي في تطبيق القانون يتضمن استبعاد النص الأدنى المخالف لنص أعلى. وإذا تراءى للقاضي عدم دستورية نص في قانون أو لائحة، من غير المقبول أن يلزم بتطبيقه لمجرد دفع الخصومة بعدم دستوريته^(٢).

(١) الطعن رقم ٩٣ س ٢٣ ق جلسة ٦ يوليو ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١١٤٧.

(٢) الدكتور رمزي طه الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ص ٥٨٧.

وإحالة النزاع الدستوري إلى المحكمة الدستورية قد ترد من قاضي أول درجة أو محكمة الطعن، أيا كانت درجتها. وبالأحرى فإن عدم التفات محكمة أول درجة إلى مخالفة النص اللازم للفصل في النزاع الدستوري، أو تقديرها لدستوريته، لا يحول دون قاضي الطعن واللجوء إلى الإحالة كما يبيتها الفقرة الأولى من المادة ٢٩/ (أ). إلا أنه نظراً لمركزية رقابة الدستورية في مصر، فإن المحاكم لا يمكنها أن تفصل في المسألة الدستورية بنفسها، وعليها - إذا عنت لها - إحالتها إلى جهة الاختصاص (المحكمة الدستورية العليا) (١).

ومن المقرر أن الإحالة التي نظمها المادة السابعة، ليست هي الإحالة الواردة في المادة ١١٠ مرافعات، والتي تلزم المحكمة عند القضاء بعد اختصاصها إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة، وتلزم المحكمة المحال إليها بنظرها. وتطبيقاً لذلك قضي. إن "الدعوى الدستورية، لا ترفع إلا بطريق الإحالة إليها من محكمة الموضوع إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون لازماً للفصل في النزاع، أو بناء على دفع يثار أمام محكمة الموضوع تقدر المحكمة المذكورة جديته، و من ثم فإن الدعوى الدستورية إذا وردت إلى هذه المحكمة بالمخالفة لهذه الأوضاع، فإنها لا تكون قد اتصلت بالمحكمة اتصالاً مطابقاً للأوضاع القانونية، وبالتالي تكون غير مقبولة، ولا يغير من ذلك أن الدعوى قد أحيلت إلى هذه المحكمة بعد قضاء محكمة جنوب القاهرة بعدم اختصاصها ولائياً بنظرها، استناداً إلى المادة (١١٠) من قانون المرافعات المدنية و التجارية التي توجب على المحكمة عند القضاء بعدم اختصاصها أن تحيل الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة، وتلتزم المحكمة المحال إليها بنظرها، ذلك أن قانون المحكمة الدستورية العليا، قانون خاص يحكم الدعاوى والطلبات التي تدخل في ولاية هذه المحكمة ويحدد الإجراءات التي ترفع بها فلا يجوز اللجوء إلى قانون المرافعات وعلى ما تقضى به المادة (٢٨) من قانونها إلا فيما لم ينص عليه فيه، وبشرط ألا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها (٢).

(١) الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ص ٢٧٤.

(٢) الطعن رقم ٤٠ س ٧ ق جلسة ٣ يناير ١٩٨٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٩.

وقد أورد البعض عدة ملاحظات بالنسبة لطريقي الإحالة أو الدفع: **الأولى** اعتبار الحكومة من ذوي الشأن في الدعوى الدستورية لا يمثل عائق أمامها في الدفع بعدم دستورية بعض النصوص القانونية. **الثانية** الدفع الجدي أو الإحالة قد يطرحها أمام المحكمة الدستورية العليا، كقاضي موضوع لا جهة رقابة الدستورية. **الثالثة** جواز الإحالة أو الدفع لأول مرة أمام محكمة القانون، وهذا ما أكدته أحكام المحكمة الدستورية العليا^(١)، وقضت على عكسه محكمة النقض واعتبرت الطعن بعدم الدستورية لا يتعلق بالنظام العام. **الرابعة** امتناع الفصل في النزاع الموضوعي عقب قبول الدفع أو الإحالة حين حسم النزاع الدستوري. أن تخلف البيانات الواجب توافرها في الدعوى الدستورية يؤدي إلى عدم قبولها^(٢).

وتطبيقاً للقواعد السابقة قضت المحكمة الدستورية العليا إن المادتين ٣٤، ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا قد أوجبتا أن تقدم الطلبات وصحف الدعاوى إلى هذه المحكمة بإيداعها قلم كتابها الذي يقوم بقيدها في يوم تقديمها في السجل المعد لذلك كما تطلبت المادة ٣٤ سالف الذكر أن تكون تلك الطلبات والصحف موقعاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو من هيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل، مما مفاده أن المشرع قد رأى - نظراً لطبيعة المحكمة الدستورية العليا و الدعاوى و الطلبات التي تختص بنظرها - أن يكون رفعها إليها عن طريقة تقديمها إلى قلم كتابها - مع مراعاة ما نص عليه القانون من أوضاع معينة تطلبها في كل من الدعاوى و الطلبات التي تختص بها المحكمة - ولم يشتر المشرع من ذلك إلا ما نصت عليه المادة ٢٩ (أ) من جواز أن تحيل إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي - أثناء نظر إحدى الدعاوى - الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون لازماً للفصل في النزاع و ذلك للنظر في هذه المسألة الدستورية. لما كان ذلك، و كانت الإجراءات التي رسمها قانون المحكمة الدستورية العليا لرفع الدعاوى و الطلبات التي تختص بالفصل فيما يتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في

(١) الطعن رقم ٢٣ س ١٤ ق جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ يناير ١٩٨٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ١٧٤.

(٢) الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ص ٢٨٥-٣٠١.

التقاضي تعيياً به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي أمام المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها، و كانت الدعوى الماثلة - إشكالاً في تنفيذ حكم هذه المحكمة في الدعوى رقم ٥٣ لسنة ٣ قضائية دستورية - لا يشملها الاستثناء الذي نصت عليه المادة ٢٩ (أ) سالفه الذكر لعدم تعلقها بنص في قانون أو لائحة تراءى لمحكمة الموضوع عدم دستوريته و كان لازماً للفصل في النزاع المطروح عليها، و كان صحائفها قلم كتابها، فغن الدعوى الماثلة - و قد أحيلت مباشرة من القضاء المستعجل اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً، مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(١).

- إن البين من المادتين ٣٤ و ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا أن الأصل المقرر قانوناً هو أن تقدم الطلبات و صحف الدعاوى إلى هذه المحكمة بإيداعها قلم كتابها الذي يقوم بقيدها في يوم تقديمها في السجل المعد لذلك و يجب أن تكون هذه الطلبات و الصحف - فوق هذا - موقعاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو من هيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل، و أن يرفق بالطلب في أحوال تنازع الاختصاص القضائي صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع التنازع في شأنهما، وإلا كان الطلب غير مقبول. مما مفاده أن المشرع قد ارتأى - بالنظر إلى خصائص الدعاوى والطلبات التي تدخل في ولاية المحكمة الدستورية العليا - أن يكون رفعها إليها عن طريق تقديمها إلى قلم كتابها، مع مراعاة الشروط و الأوضاع الأخرى التي يتطلبها القانون في شأنها. و ليس ثمة استثناء يرد على هذا الأصل عدا ما جاء بالمادة ٢٩ البند (أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا التي تخول كل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أن تحيل من تلقاء نفسها - و في خصوص إحدى الدعاوى المطروحة عليها - الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون لازماً للفصل في النزاع المعروض عليها. لما كان ذلك، وكانت الإجراءات التي رسمها قانون المحكمة الدستورية العليا لرفع الدعاوى و الطلبات التي تختص بالفصل فيها - و على ما تقدم - تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تعيياً به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي أمام

(١) الطعن رقم ١ س ١٢ ق جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ٣٩٧.

المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها، وكانت الدعوى الماثلة لا يشملها الاستثناء الذي نص عليه البند (أ) من المادة ٢٩ سالفه البيان لعدم تعلقها بنص في قانون أو لائحة تراءى لمحكمة الموضوع عدم دستوريته، وكان لازماً للفصل في النزاع المطروح عليها، وكان الأصل - الذي يتعين مراعاته في الدعاوى التي تقام أمام هذه المحكمة للفصل في أحوال تنازع الاختصاص القضائي - هو إيداع صحائفها قلم كتابها طبقاً لما سلف بيانه، فإن الدعوى الماثلة - وقد أحيلت مباشرة من المحامي العام لنيابة أسيوط الكلية إلى هذه المحكمة - لا تكون قد اتصلت بها اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً، مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(١).

- إذ رفعت الدعوى الماثلة إلى المحكمة الدستورية العليا بعد أن قضت محكمة الموضوع بعدم اختصاصها ولائياً بنظرها وبإحالتها إليها، وكان طريق الإحالة على هذا الوجه يغير ويناقض طريقي الدفع والإحالة اللذين استلزمت المادة ٢٩ من قانونها، النفاذ من أحدهما، للتداعي في المسائل الدستورية أمامها، فإن الدعوى القائمة لا تكون قد اتصلت بهذه المحكمة اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً^(٢).

- قانون المحكمة الدستورية العليا، وإن نص في البند (ب) من المادة ٢٩، على أنه إذا قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع المثار أمامها بعدم دستورية نص تشريعي، أجلت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، وكان البند (أ) من المادة ٢٩ من هذا القانون قد حتم على المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي - كل من نطاق الدعوى الموضوعية التي تنظرها - أن تقرر وقفها وإحالة أوراقها مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا بغير رسوم وذلك إذا تراءى لها عدم دستورية نهص تشريعي لازم للفصل فيها، إلا أن تأجيل الدعوى الموضوعية في الحالة الأولى لا يختلف - في مضمونه أو مرماه - عن وقفها في الحالة الثانية، ذلك أن تأجيل الدعوى في حالة الدفع الفرعي غايته أن تستوثق المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي من أن الخصم

(١) الطعن رقم ٣ س ١٤ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٤٧٥ .

(٢) الطعن رقم ١١ س ١٥ ق جلسة ٦ ديسمبر ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٩٤ .

الذي أثار هذا الدفع أمامها، قد أقام دعواه الدستورية في الميعاد المحدد لها، ليمتنع عليها بعدئذ الفصل في النزاع الموضوعي، وهو اعتبار منتف بصدد الإحالة المباشرة المنصوص عليها في البند (أ) من المادة ٢٩ المشار إليها، تأسيساً على أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي توافر التي لديها شبهة مخالفة نص تشريعي للدستور هي التي تحيل - من تلقاء نفسها - هذا النص إلى المحكمة الدستورية العليا لتجلية أمره ولا يتصور بعدئذ إلا أن تقرر وقف الدعوى المنظورة أمامها كأثر ترتب وجوباً على إحالتها لأوراقها إلى المحكمة الدستورية العليا مما مؤداه أن تأجيل الدعوى الموضوعية وكذلك وقفها يتحدان معاً في نتيجة بذاتها، هي أن يكون الفصل في النزاع الموضوعي معلقاً وجوباً على قضاء المحكمة الدستورية العليا، ومتراحياً بالضرورة إلى حين صدوره^(١).

- إذ كانت الدعوى الدستورية الماثلة لم تتصل بالمحكمة الدستورية العليا عن طريق الإحالة إليها مباشرة من محكمة الموضوع وفقاً لحكم البند (أ) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، فإن سبيل إقامتها من خصم لا يتأتى إلا بولوج الطريق المنصوص عليه بالبند (ب) من المادة ٢٩ من هذا القانون الذي ينظم الدفع الفرعي طريقاً لاختصاص النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، وكان البين من الأوراق - على سلف البيان - أن المدعي في الدعوى الماثلة لم يكن قد دفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية أحكام القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ المطعون عليه، ولا يتصور بالتالي أن تكن محكمة الموضوع قد قدرت الدلائل على جدية دفعه، أو أنها خولته رفع دعواه الدستورية خلال أجل محدد وكان قرار السيد المستشار رئيس دائرة التسويات بمحكمة القضاء الإداري، بوقف الدعوى الموضوعية إلى أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الدعوى المقامة أمامها بعدم دستورية أحكام القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١، لا يقوم مقام تقدير جدية الدفع - بافتراض إبدائه - ولا يرقى إلى مرتبة التصريح للمدعى برفع الدعوى الدستورية، بل يفيد الفصل في النزاع الموضوعي إلى أن تدلي المحكمة الدستورية العليا بكلمتها في الدعوى المطروحة عليها بعدم دستورية هذا القانون، بعد تحققها من توافر شروط

(١) الطعن رقم ٩٣ س ١٢ ق جلسة ٥ مارس ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٢١٣.

قبولها وفقاً للأوضاع المقررة أمامها، وكانت شروط اتصال الدعوى الماثلة بالمحكمة الدستورية العليا متخلفة بتمامها لرفعها إليها عن غير طريق الدفع الفرعي بالمخالفة لأحكام البند (ب) من المادة ٢٩ من قانونها على ما تقدم، فإن هذه الدعوى تنحل إلى طعن مباشر في أحكام القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ من خلال الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي لا يجوز قبولها لمنافاتها الأوضاع المقررة بقانون المحكمة الدستورية العليا ولا إخلال في ذلك بحق التقاضي أو إهدار لفاعليته، إذ هو حق غير مطلق يجوز أن يخضع لضوابط لا تقيد بماهيتها أو بأبعادها من جوهره ولا تدخل شروط قبول الدعوى التي ينظم بها المشرع الحق فيها لمصلحة مشروعة تقتضيها، في إطار القيود التي تنال من هذا الحق أو تعطل جدواه^(١).

- إن ولاية المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية، لا تقوم إلا باتصالها بها اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة في المادة ٢٩ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ وذلك إما بإحالة الأوراق إليها من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي للفصل في المسألة الدستورية وإما برفعها من أحد الخصوم بمناسبة دعوى موضوعية دفع فيها الخصم بعدم دستورية نص تشريعي لازم للفصل فيها وقدرت محكمة الموضوع جدية المطاعن الدستورية المنسوبة إليه؛ وكانت هذه الأوضاع الإجرائية تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغيّأ به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها؛ وكان البين من محاضر جلسات الدعوى الموضوعية أن محكمة الموضوع قد قررت - من تلقاء نفسها - بجلستها المعقودة في ١٢/١/١٩٩٥ التصريح للمدعى برفع الدعوى الدستورية ودون ثمة دفع في هذا الخصوص من جانبه؛ فإن هذه الدعوى لا تكون قد اتصلت بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(٢).

- ولاية المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية - وعلى ما جرى به قضاؤها لا

(١) الطعن رقم ١١ س ١٤ ق جلسة ٤ يونيو ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٢٩٥ .

(٢) الطعن رقم ١٨ س ١٧ ق جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٦٨٠ .

تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة في نص المادة ٢٩ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وذلك إما بإحالة الأوراق إليها - وفق نص البند أ من هذه المادة - من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي للفصل في المسألة الدستورية، وإما برفعها من أحد الخصوم - وفق نص البند ب من تلك المادة - بمناسبة دعوى موضوعية دفع فيها الخصم بعدم دستورية نص تشريعي، وقدرت محكمة الموضوع جدية دفعه، وهذه الأوضاع الإجرائية تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تعيها به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها، وكان اتخاذ هذه الطرق أو تلك لرفع الدعوى الدستورية - إزاء نص تشريعي واحد - هو مما يدخل في مطلق تقدير محكمة الموضوع، فلها أن تكلف الخصم بإقامة دعواه الدستورية أو أن تعمل الرخصة المخولة لها بمقتضى البند أ من المادة ٢٩ فتحيل الأوراق إلى هذه المحكمة لتفصل في مدى دستورية النص التشريعي موضوع الدفع، والذي تراهى لها - على ما تعترضه من أسباب - عدم دستوريته: ومن المقرر أن المحكمة الدستورية العليا لا تعتبر جهة طعن فيما يصدر عن محكمة الموضوع من قضاء^(١).

- الدعوى الماثلة اتصلت بهذه المحكمة عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع التي تراهى لها من وجهة مبدئية عدم دستورية نصوص المواد سالفه الذكر فأحالت الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا - وفقاً للبند أ من المادة ٢٩ من قانونها - لتقول فيها كلمتها الفاصلة فلا اعتداد - من ثم - بما قرره أحد الخصوم أمام هذه المحكمة بقصر الدعوى الراهنة على بعض النصوص المحالة من محكمة الموضوع ولا يغير من هذه النتيجة أن يكون هذا الخصم قد سبق له أن دفع أمام تلك المحكمة بعدم دستورية ذات النصوص ذلك انه إذا كان جائزاً في الدعوى الدستورية التي يقيمها الخصم إثر دفع بعدم الدستورية قدرت محكمة الموضوع جديته - وفقاً للبند ب من المادة ٢٩ المشار إليها - أن يترك الخصومة فيها كلياً أو في شق منها فان ذلك لا يجوز في الدعوى

(١) الطعن رقم ١٩٢ س ١٩ ق جلسة ٥ سبتمبر ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٥٣ .

الدستورية المحالة إلى هذه المحكمة مباشرة من محكمة الموضوع^(١).

- البين من المادتين ٣٤، ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن الأصل المقرر قانوناً، هو أن تقدم الطلبات وصحف الدعاوى إليها، وذلك بإيداعها قلم كاتبها الذي يقوم بقيدها في يوم تقديمها في السجل المعد لذلك ويجب أن تكون هذه الطلبات والصحف _ فوق هذا _ موقعاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها، أو من عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل، وأن يرفق بالطلب المنصوص عليه في المادتين ٣١، ٣٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا، صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع التنازع أو التناقض في شأنهما، وإلا كان الطلب غير مقبول مما مفاده أن المشرع قد قدر - بالنظر إلى خصائص الدعاوى والطلبات التي تدخل في ولاية المحكمة الدستورية العليا - أن يكون رفعها إليها عن طريق تقديمها إلى قلم كاتبها - مع مراعاة الشروط والأوضاع الأخرى التي يتطلبها القانون في شأنها وليس ثمة استثناء يرد على هذا الأصل عدا ما قرره البند (أ) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، والتي تخول كل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، أن تحيل من تلقاء نفسها - وفي خصوص إحدى الدعاوى المطروحة عليها - الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة، يكون لازماً للفصل في النزاع المعروض عليها لما كان ذلك، وكانت الإجراءات التي رسمها قانون المحكمة الدستورية العليا لرفع الدعاوى والطلبات التي تختص بالفصل فيها - وعلى ما تقدم - تتعلق بالنظام العام، باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغيا به المشرع مصلحة عامة، حتى ينتظم التداعي أمام المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها، وكانت الدعوى الراهنة، ولا يشملها الاستثناء المنصوص عليه بالبند "أ" من المادة ٢٩ السالف بيانها، لعدم تعلقها بدستورية نص في قانون أو لائحة، فإنها إذ أحيلت مباشرة من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية العليا، لا تكون قد اتصلت بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، ويكون الحكم بعدم قبولها متعين^(٢).

(١) الطعن رقم ٢١٥ س ١٩ ق جلسة ٢ أكتوبر ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٣٦٣ .

(٢) الطعن رقم ١١ س ١٥ ق جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٨٨٢ .

٣- التصدي: للمحكمة الدستورية في جميع الأحوال أن تقضي بعدم دستورية، أي نص في قانون أو لائحة، يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليه، وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية^(١).
ومفاد ذلك أن رخصة التصدي تتلخص في النقاط التالية^(٢):

الأولى أنها لا تمارس إلا أثناء مباشرة المحكمة اختصاصاتها، وهو حق تباشره المحكمة من تلقاء نفسها، ولا يقدم إليها في صورة دفع بعدم دستورية النص؛ لأن الدفع لا يقدم إلا إلى محكمة الموضوع، ولا تعتبر المحكمة الدستورية محكمة موضوع؛ باستثناء طلبات أعضاء المحكمة الدستورية العليا طبقاً لنص المادة ١٦ من قانون إنشائها^(٣).

وبمفهوم المخالفة لا تملك المحكمة مزاولة تلك الرخصة خارج نطاق اختصاصاتها المحددة قانوناً.

الثانية لا يعني مباشرتها للدفع أنها قطعت بعدم دستورية النص محل التصدي. بل تقدر من وجهة نظر مبدئية مخالفة النصوص التي تتصدى لها للدستور، وعليها بمجرد قيام هذه الشبهة لديها، أن تحيلها إلى هيئة المفوضين بها حتى تعد هذه الهيئة تقريرها في شأن اتفاقها أو تعارضها مع الدستور، ثم تفصل المحكمة الدستورية العليا بعد اتصالها بهذا التقرير، في بطلان النصوص القانونية التي أحالتها إلى هيئة المفوضين أو صحتها^(٤).

(١) يقتصر تناول التصدي في هذا الموضوع كطريق من طرق تحريك الدعوى الدستورية. ويتناوله البحث بشي من التفصيل في الفصل السادس بشأن إجراءات الخصومة الدستورية.

(٢) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤١٠-٤١٥؛ الدكتور فتحي فكري: القانون الدستوري: المرجع السابق، ص ٣٠٢ وما بعدها؛ الدكتور محمد عبد العال السناري والدكتور عصمت عبد الله الشيخ: المرجع السابق، ص ٥٨٨ وما بعدها؛ الدكتور يسري العصار: التصدي في القضاء الدستوري، ١٩٩٩ ص ٦١ وما بعدها.

(٣) نصت المادة ١٦ من قانون إنشاء المحكمة الدستورية العليا على أن «تختص المحكمة دون غيرها بالفصل في الطلبات الخاصة بالمرتبات والمكافآت والمعاشات بالنسبة لأعضاء المحكمة أو المستحقين عنهم، كما تختص بالفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم وكذلك طلبات التعويض المترتبة على هذه القرارات...».

(٤) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ٤٢١ ص ٦٩٤-٦٩٥.

الثالثة أن قضاء المحكمة الدستورية العليا جرى على أن استعمالها لحق التصدي يكفي فيه أن تقوم صلة فحسب بين النص المعروض عليها والنص الآخر، ولم تشترط أن يكون النص الذي يمتد إليه حق التصدي لازماً للفصل في موضوع النزاع المعروض عليها؛ وذلك حتى لا تضيق من مجال مباشرة استعمالها لحق التصدي، فالإكتفاء بمجرد قيام صلة بين نصين يعطي المحكمة سلطة أوسع في مجال استعمالها لهذا الحق.

الرابعة استهدف الشارع من تقرير حق التصدي المزيد من الضمانات الشرعية في مجال الدستورية.

الخامسة يقترب التصدي من الطعن بالنقض لمصلحة القانون.

السادسة أكدت المحكمة الدستورية العليا على أنه يشترط لإعمال رخصة التصدي أن يكون النص الذي يرد عليه الحق متصلاً بنزاع مطروح أمام هذه المحكمة. وإذا كانت المحكمة الدستورية توسعت في مرحلة أولى، واكتفت بالتماثل بين النص المرفوع بشأنه النزاع أمام المحكمة ونص تشريعي آخر لتشريع في مباشرة رخصتها في التصدي^(١). إلا أنها عادت وقيدت الرخصة (التصدي) باتصال النصوص محل التصدي بالخصومة الأصلية، بحيث يكون الفصل في دستوريتهما مؤثراً في محصلتها النهائية^(٢).

وبالأحرى أن تتصل الخصومة الأصلية المطروحة عليها بنص آخر يؤثر في المصلحة النهائية للخصومة الأصلية، ومن ثم تقوم علاقة حتمية بين أصل وفرع؛ فالأصل هو الخصومة المطروحة بداية على المحكمة الدستورية العليا للفصل في موضوعها، والفرع هو النص الآخر الذي عرض لها بمناسبة النظر في الخصومة الأصلية بشرط أن يكون من شأن الفصل في دستورية هذا النص التأثير في المصلحة النهائية للخصومة الأصلية، وهو ما دل عليه قانون المحكمة الدستورية العليا بضرورة أن يتصل النص القانوني العارض بالنزاع المطروح أصلاً عليها، فإذا لم

(١) الطعن رقم ١٠ س ١ ق جلسة ١٦ مايو ١٩٨٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ٥٠.

(٢) الطعن رقم ٢ س ١٥ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٢٤١.

يكن للنص العارض بالنزاع المطروح عليه من أثر على الخصومة الأصلية، فإن الفصل في دستوريته يتجرد من كل فائدة عملية وفقاً لنص المادة ٢٧ من قانونها^(١).

ويرى البعض أن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم قبول الدعوى الدستورية لعدم توافر شروطها، لا يمنعها من أن تتصدى لعدم الدستورية إذا ظهر لها أن شبهة عدم الدستورية واضحة في النص، لاسيما وأن الشارع استعمل عبارة «بمناسبة ممارسة اختصاصها» مما يعتبر رغبة منه في التوسع في حالات التصدي، ولو أراد التضييق لاستعمل اصطلاح «أثناء» بدلاً من اصطلاح «بمناسبة»^(٢).

ولم يسلم هذا الرأي من النقد؛ تأسيساً على عدم اتصال المحكمة بالنزاع في حالة عدم قبولها، وعدم طرحها عليها وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً، مما يؤدي في النهاية إلى الحكم بعدم قبولها، ومتى ثبت عدم وجود نزاع، فلا سبيل والحال هذه أن تعمل المحكمة رخصة التصدي^(٣).

السابعة عدم تقييد التصدي بميعاد، مما يعني أن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا من خلال استعمالها لحق التصدي لا تتقيد بزمان أو ميعاد معين، شأنها في ذلك شأن الإحالة التي تتم بها المسألة الدستورية من محكمة الموضوع.

الثامنة اتخاذ إجراءات تحضير الدعوى الدستورية بإحالتها لهيئة المفوضين، وعلى تلك الهيئة أن تودع بعد تحضير الموضوع تقريراً تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثارة ورأي الهيئة فيه مسبقاً^(٤).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن «إعمال المحكمة الدستورية العليا لرخصة التصدي المقرر لها طبقاً لنص المادة (٢٧) من قانونها - على ما جرى به قضاءها - رهن بأن

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ٤٢١ ص ٦٩٤.

(٢) الدكتور رمزي طه الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ص ٥٩٩.

(٣) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤١٤، ٤١٥.

(٤) الدكتور فتحي فكري: المرجع السابق، ص ٣٠٩؛ الدكتور يسري العصار: المرجع السابق، ص ١٠٠، ١٠١.

يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلاً بالنزع المطروح عليها، فإذا انتفي قيام النزاع أمامها، فلا يكون لرخصة التصدي سند يسوغ إعمالها^(١).

- من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إعمالها الرخصة المقررة لها طبقاً لنص المادة (٢٧) من قانونها، منوط بأن يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلاً بنزع مطروح عليها فإذا انتفي قيام النزاع أمامها، كما هو الحال في طلب التفسير الراهن الذي انتهت المحكمة إلى عدم قبوله، فإنه لا يكون لرخصة التصدي سند يسوغ إعمالها. وحيث إنه عن طلب التدخل الانضمامي، فإنه وقد خلصت المحكمة إلى عدم قبول الدعوى الماثلة فإن مقتضى ذلك وبحكم اللزوم القضاء بعدم قبول ذلك الطلب^(٢).

- تصدى المحكمة الدستورية العليا لدستورية النصوص القانونية التي تتصل بنزع معروض عليها وفقاً لنص المادة ٢٧ من قانونها، يفترض أن تثير هذه النصوص لديها - ومن وجهة نظر مبدئية - شبهة مخالفتها للدستور، لتحيلها بعدئذ إلى هيئة المفوضين بها لتحضير المسائل الدستورية التي تثيرها. ولا كذلك مناص المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية، ذلك أن قصر التقاضي في المسائل التي فصل فيها الحكم على درجة واحدة - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - يدخل في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، ولا يناقض الدستور^(٣).

- قضاء هذه المحكمة في شأن المادة ٢٧ من قانونها، التي تخولها الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، ويتصل النزاع المعروض عليها، مؤداه أن مناط تطبيقها يفترض وجود خصومة أصلية طرح أمرها عليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانون إنشائها، وأن ثمة علاقة منطقية تقوم بين هذه الخصومة، وما قد يثار عرضاً من تعلق الفصل في دستورية بعض النصوص القانونية بها. ومن ثم تكون الخصومة

(١) الطعن رقم ١ س ٢٣ ق جلسة ١٠ مارس ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١٢٤٦.

(٢) الطعن رقم ١ س ٢٢ ق جلسة ١٦ مارس ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١٣٢٤.

(٣) الطعن رقم ١٩ س ١٩ ق جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٢١٠.

الأصلية هي المقصودة بالتداعي أصلاً، والفصل في دستورية النصوص القانونية التي تتصل بها عرضاً، مبلوراً إطاراً للخصومة الفرعية التي تدور مع الخصومة الأصلية وجوداً وعدماً، فلا تقبل إلا معها. وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة التي لا تعرض لدستورية النصوص القانونية التي تقوم عليها الخصومة الفرعية إلا بقدر اتصالها بالخصومة الأصلية، وبمناسبتها. وشرط ذلك أن يكون تقرير بطلان هذه النصوص أو صحتها مؤثراً في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية أيا كان موضوعها أو أطرافها، بما مؤداه أن مباشرة هذه المحكمة لخصمتها المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها، شرطها أولاً: استيفاء الخصومة الأصلية لشرائط قبولها. وثانياً: اتصال بعض النصوص القانونية عرضاً بها. وثالثاً: تأثير الفصل في دستوريته في محصلتها النهائية^(١).

(و) رقابة الإلغاء: قد تخول بعض الأنظمة الدستورية للقضاء سلطة الحكم بإلغاء المخالف لأحكام الدستور، وحكم الإلغاء في هذه الحالة ذو حجية عامة ومطلقة، بحيث يكون ملزماً للجميع، ويؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية القانون بصفة نهائية، مما لا يسمح بطرح النزاع مرة أخرى أمام القضاء.

وهذه الصورة من صور الرقابة، إما أن تكون رقابة إلغاء سابقة، أي تمارس على مشروعات القوانين قبل استكمال إصدارها من رئيس الدولة، أو تكون رقابة إلغاء لاحقة تمارس على القوانين النافذة^(٢).

(١) رقابة الإلغاء السابقة: تباشر هذه الرقابة في مرحلة اقتراح وسن القوانين، مما يعني أنها تمارس على مشروعات القوانين قبل إصدارها من قبل رئيس الدولة، وذلك عن طريق إحالتها إلى المحكمة المختصة لبيان مدى مطابقتها للدستور. وتطبيقاً لذلك يقوم المجلس القانوني الذي يتكون من قضاة المحكمة العليا في السويد بدور فعال في هذه المرحلة، فالأقتراحات الخاصة بالتشريعات الجديدة لا تعرض على البرلمان إلا بعد أن يستشار مجلس الدولة بشأنها مع المجلس القانوني، وتعتبر هذه المشاورات جزءاً من عملية سن القوانين.

(١) الطعن رقم ٢ س ١٥ ق جلسة ٠٤ يناير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٢٤١.

(٢) الدكتور محمود عاطف البنا: المرجع السابق، ص ١٨-٨٧؛ الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٥٦.

بيد أن الوضع الغالب أن تباشر هذه السلطة بعد سن القانون وقبل إصداره؛ وأساس ذلك أن القوانين التي يقرها البرلمان يلزم أن ترسل إلى رئيس الدولة ليقوم بإصدارها، وقد يرى رئيس الدولة إحالة القانون إلى محكمة خاصة تحدد لها بعض الدساتير للتحقق من دستورية القانون قبل إصداره. ويارس القضاء هذه السلطة نتيجة لطلب رئيس الدولة في بعض الدساتير، ونتيجة لطلب المجلس التشريعي في البعض الآخر، ونتيجة لطلب أي من كليهما في البعض الثالث، وذلك على العكس من الإلغاء اللاحق للقانون، والذي قد يارس نتيجة للطعن الذي يقدم من الأفراد^(١).

وقد كانت المادة رقم ١٧٧ من دستور ٢٠١٢ تتناول الرقابة السابقة؛ إذ نصت على أن «يعرض رئيس الجمهورية أو مجلس النواب مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية ولانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية على المحكمة الدستورية العليا قبل إصدارها، لتقرير مدى مطابقتها للدستور. وتصدر قرارها في هذا الشأن خلال خمسة وأربعين يوما من تاريخ عرض الأمر عليها؛ وإلا عُدم إصدارها للقرار إجازة للنصوص المقترحة. فإذا قررت المحكمة عدم مطابقة نص أو أكثر لأحكام الدستور وجب إعمال مقتضى قرارها. ولا تخضع القوانين المشار إليها في الفقرة الأولى للرقابة اللاحقة المنصوص عليها في المادة (١٧٥) من الدستور.

وتم حذف هذا النص في إعداد دستور ٢٠١٤ على الرغم من أن فرنسا لم تحذف الرقابة السابقة للمجلس الدستوري، بل أضافت إليه في تعديلات ٢٠٠٨ الرقابة اللاحقة^(٢).

(٢) رقابة الإلغاء اللاحقة: في هذه الصورة لا تمارس الرقابة على مشاريع القوانين، بل إنها تمارس على القوانين بعد صدورها عن طريق دعوى أصلية يطعن من خلالها بعدم دستورية القانون الصادر، وللمحكمة في حال تأكدها من ذلك صلاحية إلغاء القانون المخالف للدستور.

(١) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٦٠.

(٢) محمد علي سويلم: مبادئ الإصلاح الدستوري، دراسة مقارنة في دساتير العالم المعاصر في ضوء الفقه والقضاء الدستوري، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٥، ص ٦٧٦.

ولم تمنح دساتير بعض الدول للأفراد الطعن في دستورية القوانين وإنما أعطت حق الطعن إلى هيئة عامة، كما أن دساتير دول أخرى استلزمت أن يكون رفع الدعوى إلى المحكمة المختصة نتيجة لتكليف من المحكمة المختصة التي تنظر الدعوى لأطرافها برفع دعوى عدم الدستورية.

ويعد حرمان الأفراد من استعمال هذا الحق تقليلاً من أهميته كضمان لحماية الدستور؛ لأن الهيئة العامة التي يناط بها الطعن في دستورية القانون قد تجد من مصلحتها عدم إثارة الطعن مادام القانون يتفق مع رغباتها^(١).

ويلاحظ أن غالبية الدساتير أعطت السلطة الممنوحة بإلغاء القانون إلى محاكم ذات مكانة مرموقة في الدولة، سواء كانت محاكم عادية أم ذات تشكيل خاص، كالمحكمة الدستورية العليا في مصر والتي تتميز عن باقي الهيئات القضائية العادية في الدولة^(٢).

(١) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٢٥٩ .

(٢) الدكتور سعد عصفور: المرجع السابق، ص ٧٥-٧٨ .

الفصل السادس

الخصومة الدستورية

تمهيد وتقسيم: يقتضي الوقوف على الخصومة الدستورية بيان المقصود بها من ناحية أولى وبيان خصائص هذه الخصومة وما تنفرد به من إجراءات من ناحية ثانية، وبيان الحكم الصادر فيها والأثر المترتب عليه من ناحية ثالثة. وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، نتناول في الأول الخصومة القضائية وفي الثاني خصائص الدعوى الدستورية وإجراءاتها، وفي الثالث الحكم الصادر فيها، وفي الرابع الأثر المترتب على الحكم.

المبحث الأول

ماهية الخصومة

(أ) الخصومة لغة واصطلاحاً:

الخصومة لغة: النزاع والجدل.

خصم: الخصومة: الجدل. خاصمه خصاماً ومخاصمة فخصمه يخصمه خصماً: غلبه بالحجة، والخصومة الاسم من التخاصم والاختصام. والخصم: معروف، واختصم القوم وتخاصموا، وخصمك: الذي يخاصمك، وجمعه خصوم، وقد يكون الخصم للإثنين والجمع والمؤنث. وفي التنزيل العزيز: وهل أتاك نبأ الخصم إذ تسوروا المحراب؛ جعله جمعاً لأنه سمي بالمصدر^(١).

وفي اصطلاح فقه المرافعات: يعرف البعض الخصومة بأنها الحالة القانونية التي تنشأ من رفع الدعوى إلى القضاء ويترتب عليها حقوق والتزامات للخصوم وعليهم، وهذه الحالة هي التي تقتضي قيام الخصوم وقيام المحكمة بالإجراءات المؤدية إلى الفصل في الدعوى^(٢).

(١) لسان العرب: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور) دار صادر، سنة النشر: ٢٠٠٣، الجزء الخامس، ص ٨٤.

(٢) الدكتور ابراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، ١٩٧٤ رقم ٤٨؛ الدكتور عبد المنعم الشرقاوي: شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الأول، ١٩٥٦ رقم ٢٢ ص ٢٦.

ومفاد هذا الاتجاه هو التمييز بين الدعوى والقضية والخصومة. فالدعوى هي الوسيلة التي يخولها القانون لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حقه أو حمايته، بالأحرى هي وسيلة حق أو سلطة في الحصول على حكم في الموضوع المدعى به. بينما الخصومة ليست حقاً، وإنما تعد مجموعة من الإجراءات التي تتخذ في الدعوى من وقت المطالبة القضائية إلى حين الحكم فيها أو إنهاؤها بغير حكم. ويترتب على هذا التمييز أن الخصومة قد تزول وتنقضي لأي سبب من الأسباب، وتظل الدعوى مع ذلك قائمة لا تتأثر بزوال أو بانقضاء الخصومة، وبالتالي يكون لصاحب الحق في الدعوى رفع الدعوى من جديد بإجراءات جديدة للمطالبة بما يدعيه^(١). أما القضية فهي مجموعة من الإجراءات التي تتخذ منذ رفع الدعوى حتى الحكم فيها، وهذه الإجراءات تستهدف فض النزاع بين طرفي الخصومة^(٢).

بينما يجمع البعض بين النظريتين فيرى الخصومة مجموعة من الأعمال والمراكز القانونية المرتبطة بغرض تطبيق إرادة القانون في حالة معينة - بالنسبة إلى مال يدعى حماية القانون له - بواسطة أعضاء من القضاء العادي. فتطلق كلمة «الخصومة» على النزاع عندما يعرض على القضاء، وتطلق كلمة الخصومة على النزاع ذاته، فتعرف بأنها الحالة القانونية التي تنشأ منذ عرض النزاع على القضاء. كما تطلق على النزاع في مظهره، فالخصومة تظهر في صورة سلسلة من الأعمال المختلفة بوجوب القانون القيام بها لتصل الخصومة إلى نهايتها^(٣).

ويرى البعض الآخر تكامل النظريتين^(٤).

(١) الدكتور أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ٢٠٠٣ رقم ٣٥٨ ص ٥٦٣؛ الدكتور رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثامنة ١٩٦٨-١٩٦٩ رقم ٧٤ ص ١٠٨؛ الدكتور محمود محمد هاشم: قانون القضاء المدني، الجزء الأول قواعد التنظيم القضائي، الطبعة الثانية ١٩٩٠-١٩٩١ رقم ٣٠٠ ص ٥٠٢.

(٢) الدكتور عبد العزيز عامر: شرح قانون المرافعات الليبي، المكتبة الوطنية، بنغازي ليبيا، ١٩٧٦ رقم ٨٣ ص ١٠٩.

(٣) الدكتور أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٨٦ رقم ١١٢ ص ٨٧؛ الدكتور عبد المنعم الشرقاوي: شرح المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٥٠ رقم ٢٢٢ ص ٣٤٣؛ الدكتور فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، طبعة نادي القضاة، ١٩٩٧ رقم ٨ ص ٣٧-٣٨؛ الدكتور محمد حامد فهمي: المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٤٠ رقم ٤١٢ ص ٤٥٨.

(٤) الدكتور أحمد مسلم: التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، الجزء الثاني ١٩٦٠، ص ٦٩.

ونؤثر تعريف الخصومة بأنها مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة، يقوم بها الخصوم أو ممثلوهم والقاضي وأعوانه، وفقاً لنظام معين يرسمه قانون المرافعات، تبدأ بالمطالبة القضائية وتسير بغرض الحصول على حكم في الموضوع^(١).

(ب) **الخصومة في قضاء المحكمة الدستورية العليا:** أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى الخصومة القضائية بصفة عامة في العديد من أحكامها، ولعل أحدث هذه الأحكام ما أشارت فيه إلى أنه « . . . وحيث إن الأصل في الخصومة القضائية ألا تكون نفقاتها عبئاً إلا على من صار ملزماً بها بمقتضى حكم نهائي، ذلك أن الحقوق المتنازع عليها يظل أمرها قلقاً قبل الفصل نهائياً في الخصومة القضائية، فإذا صار الحكم الصادر بشأنها نهائياً، غدا حائزاً لقوة الأمر المقضي، مؤكداً للحقيقة الراجحة التي قام عليها والتي لا تجوز المماراة فيها، منطوياً على قاعدة موضوعية لا تجوز معارضتها بعلتها ولا نقضها ولو بالإقرار أو اليمين، لازماً تنفيذه إعمالاً لمبدأ الخضوع للقانون، فلا يجوز تعديل الحقوق التي قررها ولا الآثار التي رتبها، ما دام هذا الحكم قائماً. بل إن الامتناع عن تنفيذه من قبل الموظفين العموميين المكلفين بذلك، يعد جريمة معاقبا عليها وفقاً لأحكام الدستور. . . وحيث إن حق الدفاع الذي كفلته المادة (٩٨) من الدستور - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وثيق الصلة بالخصومة القضائية من زاوية تجلية جوانبها؛ وتقويم مسارها؛ ومتابعة إجراءاتها؛ وعرض حججها بما يكفل تساند دعائمها، والرد على ما يناهضها؛ وإدارة دفاع مقتدر بياناً لوجه الحق فيما يكون مهماً من المسائل التي تثيرها الخصومة القضائية، وعلى الأخص من خلال المفاضلة بين بدائل متعددة ترجيحاً لأكثرها اتصالاً بها، وأقواها احتمالاً في مجال كسبها، مع دعمها بما يكون منتجاً من الأوراق. وكان التقاضي على درجتين - وكلما كان مقررراً بنصوص قانونية أمرة - يعني أن للخصومة القضائية مرحلتين لا تبلغان نهايتها إلا بعد الفصل استئنافياً فيها؛ ومن ثم، فإن حق الدفاع ينسبط بالضرورة على هاتين المرحلتين باعتبارهما متكاملتين ومحددتين للخصومة القضائية محصلتها الختامية في شأن الحقوق المتنازع عليها؛ بما

(١) الدكتور وجدي رغب فهمي: مبادئ القضاء المدني «قانون المرافعات»، دار الثقافة الجامعية، الطبعة الثانية ١٩٩٩، ص ٣٧٣.

لازمه إن مصروفاتها لا يجوز أن يتحملها غير من خسر نهائياً هذه الحقوق. وحيث إن إرساء دعائم الحق والعدل، وإن كان هدفاً نهائياً ووحيداً للوظيفة القضائية، إلا أن المشرع وازن بين دورها الأصيل في مجال إيصال الحقوق إلى أصحابها دون نقصان، وبين أن يتخذها البعض مدخلاً للإرهاق من يطلبون هذه الحقوق وإعناتهم، انحرافاً بالخصومة القضائية عن مسارها، بما يؤكد مجاوزتها الأغراض التي شرع من أجلها حق التقاضي، الذي كفلته المادة (٩٧) من الدستور للكافة، وكان لازماً بالتالي ألا تكون مصروفاتها عبئاً على من أقامها، كلما كان محققاً فيها. فإذا خسر دعواه ابتدائياً، ظل النضال من أجل الحقوق التي طلبها ممتداً إلى المرحلة التي تليها، باعتبار أن التقاضي على درجتين، يعتبر أصلاً ينتظم التداعي في أعم الأحوال وأغلبها. وبغير استفادتهما معاً، يظل مصير الحقوق المدعي بها متردداً بين ثبوتها وانتفائها؛ ولا يكون مسار الخصومة القضائية مكتملاً ولا محددًا مراكز أطرافها، ومن يكون منهم متحملاً بمصروفاتها. . . وحيث إن ذلك مؤداه: أن للخصومة القضائية خاتمتها الطبيعية التي تبلغها عند الفصل نهائياً في الحقوق المتنازع عليها. واقتضاء مصروفاتها قبل استقرار الحق فيها - وذلك في غير الأحوال التي يلزم فيها القانون استثناء من سعى بالخصومة القضائية إلى غير وجهتها، منحرفاً بها عن أهدافها بمصروفاتها، ولو صار كاسباً لدعواه - إنما يعرض الملاحقين بها لمخاطر لا يستهان بها، يندرج تحتها تحصيلها قبل أوانها جبراً وإدارياً باعتبارها ديناً مجرد ذمهم المالية - التي لا تتناول إلا مجموع الحقوق التي يملكونها والديون التي يتحملون بها - من بعض عناصرها الإيجابية، فلا يكون اقتطاعها منها بحق، بل عبئاً سلبياً واقعاً عليها دون سند، مما يخل بالأحكام التي تضمنتها المادتان (٣٣، ٣٥) من الدستور اللتان تمدان الحماية المقررة بهما إلى الأموال جميعها، لا تمييز في ذلك بين ما يكون منها من قبيل الحقوق الشخصية أو الحقوق العينية أو حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية. . . . (١).

وبينت المحكمة أن استقلال السلطة القضائية وإن كان لازماً لضمان موضوعية الخضوع

(١) الطعن ٥٦ لسنة ٣٤ ق دستورية جلسة ٢ ديسمبر ٢٠١٧، الجريدة الرسمية العدد ٤٩ مكر (هـ) في ١١ / ١٢ / ٢٠١٧ ص ٣. وفي نفس المعنى الطعن رقم ١٢٩ س ١٨ ق جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ١٠٧٧.

للقانون ولحصول من يلودون بها على الترضية القضائية التي يطلبونها عند وقوع عدوان على حقوقهم وحررياتهم. إلا أن حيدة تلك السلطة عنصر فاعل في صون رسالتها لا تقل شأنًا عن استقلالها بما يؤكد تكاملها ذلك أن استقلال السلطة القضائية يعني أن تعمل بعيداً عن أشكال التأثير الخارجي التي توهن عزائم رجالها فيميلون معها عن الحق إغواء، ترغيباً أو ترهيباً فإذا كان انصرافهم عن انفاذ الحق تحاملاً من جانبهم على أحد الخصوم وانحيازاً لغيره، كان ذلك منافياً لضمانة التجرد عند الفصل في الخصومة القضائية ولحقيقة أن العمل القضائي لا يجوز أن يثير ظلالاً قائمة حول حيده فلا يطمئن إليه متقاضون داخلهم الريب فيه بعد أن صار نائياً عن القيم الرفيعة للوظيفي القضائية. يؤكد ذلك: أولاً: أن استقلال السلطة القضائية، وحيدتها ضمانتان تنصبان معا على إدارات العدالة بما يكفل فعاليتها، وهما متلازمتان، واذ جاز القول - وهو صحيح - بأن الخصومة القضائية لا يستقيم الفصل فيها حقاً وعدلاً اذا خالطتها عوامل تؤثر في موضوعية القرار الصادر بشأنها، فقد صار أمراً مقضياً أن تتعادل ضمانتا استقلال السلطة القضائية وحيدتها في مجال اتصاها بالفصل في الحقوق انتصافاً لتكون لهما معا القيمة الدستورية ذاتها. فلا تعلو إحدهما على أخراها أو تجبها بل تتضامان تكاملاً، وتتكافآن قدرًا. ثانياً: أن ضمانة الفصل انصافاً في المنازعات على اختلافها وفق نص المادة ٦٧ من الدستور، تمتد بالضرورة إلى كل خصومة قضائية، أيًا كانت طبيعية موضوعها - جنائياً كان أو مدنياً أو تأديبياً - أو متعلقة بإخلال عضو هيئة قضائية بالثقة والاعتبار اللازمين لاستمراره في عمله القضائي، أو متصلة بضعف أدائه ونزوله عن المستوى المقبول. إذ أن التحقيق في هذه الخصومات وحسمها إنما يتعين اسناده إلى جهة قضاء أو هيئة قضائية منحها القانون الفصل فيها بعد أن كفل استقلالها وحيدتها وأحاط الحكم الصادر فيها بضمانات التقاضي التي يندرج تحتها حق كل خصم في عرض دعواه، وطرح أدلتها، الرد على ما يعارضها على ضوء فرص يتكافأ أطرافها فيها جميعاً، ليكون تشكيلها وقواعد تنظيمها وطبيعة النظم المعمول بها أمامها وكيفية تطبيقها عملاً، محدداً للعدالة مفهوماً تقديمياً يلتئم مع المقاييس المعاصرة للدولة المتحضرة. ثالثاً: أن حق التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، مؤداه أن لكل خصومة - في نهاية مطافها - حل منصفاً يمثل الترضية القضائية التي يقتضيها رد العدوان على الحقوق المدعى بها، وتفترض هذه الترضية ان يكون

مضمونها موافقا لأحكام الدستور، وهي لا تكون كذلك إذا كان تقريرها عائداً الى جهة أو هيئة تفتقر الى استقلالها أو حيدها أو هما معاً ذلك أن هاتين الضمانتين - قد فرضهما الدستور على ما تقدم - تعتبران قيداً على السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق. ومن ثم يلحق البطلان كل تنظيم تشريعي للخصومة القضائية على خلافهما. رابعاً: أن إعلان المبادئ الأساسية في شأن استقلال القضاء التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها الصادرين في ١٩٨٥/١/٢٩ و ١٩٨٥/١٢/١٣ قد أكد أن المنازعات التي تدخل في اختصاص السلطة القضائية ينبغي الفصل فيها بطريقة محايدة وعلى ضوء وقائعها ووفقاً لحكم القانون بشأنها مع تجرد قضائها من عوامل التأثير والتحريض، وكذلك من كل صور الضغوط أم التهديد أو التدخل غير المشروع - مباشراً كان أم غير مباشر - وأياً كان مصدرها أو سببها^(١).

- أن التقاضي متى تقرر على درجتين فإن مصير الحقوق المدعى بها يظل متردداً بين ثبوتها وانتفاءها ولا يكون مسار الخصومة القضائية مكتملاً ولا محددًا لمراكز أطرافها ولا مبيناً من يكون منهم ملزماً بمصروفاتها إلا بصدور الحكم المنهي للخصومة من محكمة الدرجة الثانية، ومن ثم فإن خصومة الاستئناف هي بحسب الأصل امتداد لخصومة أول درجة عن ذات الحق المتداعي في شأنه بما مؤداه أن الخصومة القضائية لا تبلغ خاتمتها الطبيعية إلا عند الفصل نهائياً في الحقوق المتنازع عليها طبقاً لما قضى به الحكم في الاستئناف^(٢).

واعترفت التظلم من أمر الاعتقال خصومة قضائية؛ فقضت أن «التظلم من أمر الاعتقال إنما يشكل «خصومة قضائية» تدور بين السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه وأحقيتها في اتخاذ تدبير الاعتقال وفقاً لقانون حالة الطوارئ و بين المعتقل - أو غيره - الذي يتظلم من أمر الاعتقال على أساس عدم مشروعيته أو إنتفاء المبرر للاشتباه في المعتقل أو عدم توفر الدلائل على خطورته على الأمن و النظام العام، و تفصل المحكمة في هذه الخصومة بقرار مسبب خلال أجل محدد حتى إذا ما صدر قرار المحكمة بالإفراج عن المعتقل كان لوزير

(١) الطعن رقم ١٥١ س ٢١ ق جلسة ٩ سبتمبر ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٧٤٤.

(٢) الطعن رقم ١٠٦ س ١٩ ق جلسة أول يناير ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٤٣٧.

الداخلية - باعتباره المسئول عن الأمن العام و طبقاً للفقرتين الخامسة و السادسة من المادة ٣ مكرراً سالفه الذكر - أن يطعن على هذا القرار خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره و يحال الطعن إلى دائرة أخرى خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ تقديمه على أن يفصل فيه خمسة عشر يوماً من تاريخ الإحالة و ألا وجب الافراج عن المعتقل فوراً و يكون قرار المحكمة في هذه الحالة واجب النفاذ. كما نصت الفقرة الأخيرة من تلك المادة على أنه «في جميع الأحوال يكون لمن رفض تظلمه الحق في أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضى ثلاثون يوماً من تاريخ رفض التظلم» وذلك لمواجهة تغير الظروف التي قد تبرر استمرار الاعتقال من عدمه. لما كان ذلك جميعه، فإن التظلم من أمر الاعتقال يعد «تظلاً قضائياً» أسند اختصاص الفصل فيه إلى جهة قضاء وفقاً لما تقضي به المادة ٧١ من الدستور، ومن ثم يكون القرار الذي تصدره محكمة أمن الدولة العليا «طوارئ» في هذا التظلم - وما يثور في شأنه من نزاع - قراراً قضائياً نافذاً بعد استنفاد طريق الطعن أو إعادة النظر فيه على ما سلف بيانه^(١).

واعترت الرد خصومة؛ فقضت أن نعي المدعي على نص المادتين (١٥٧)، (١٥٨) مكرراً من قانون المرافعات بمخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية - على سند من أن المشرع ميز بين القاضي المطلوب رده و بين طالب الرد فلم يجز استجواب القاضي أو توجيه اليمين الحاسمة له - إنما يندرج تحت عموم المادة (٤٠) من الدستور فيما نصت عليه من أن المواطنين لدى القانون سواء، و هو مردود بأن القاضي المطلوب رده لا يعتبر طرفاً ذا مصلحة شخصية مباشرة في خصومة الرد التي لا تتعلق موضوعها بحقوق ذاتية لأطرافها يجري إثباتها ونفيها وفقاً لقواعد حددها المشرع سلفاً ويتكافأ مركز الخصوم في مجال تطبيقها و على الأخص فيما يتعلق بالأدلة التي يجوز تقديمها وتقدير كل دليل منها، و إنما تقوم خصومة الرد أساساً على تمسك أحد الخصوم في الدعوى الموضوعية بمخالفة القاضي المطلوب رده - حال نظر تلك الدعوى - للقواعد التي فرضها المشرع لضمان تجربته، و بعده عن الميل، نأياً بالعدالة عن أن تتطرق إليها شبهة مما لأة أحد الخصوم أو الانحياز لمصلحته كي يظل القضاء صمام أمن يعرعى العدالة و لا

(١) الطعن رقم ٥٥ س ٥ ق جلسة ١٦ يونيو ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٨٠.

يتصور - والحالة هذه - أن تكون للقاضي المطلوب رده مصلحة في مخالفة هذه القواعد أو التحلل منها، ولهذا لم يجز المشرع إستجوابه أو توجيه اليمين إليه مكتفياً بتمكينه من إبداء رأيه و ملاحظاته في شأن ما أثير من وقائع حتى لا يتخذ طلب الرد سبيلاً للنيل من كرامته بغير حق، فإذا ما صدر الحكم في هذه الخصومة برد القاضي امتنع عليه الطعن إتساقاً مع الطبيعة الخاصة لتلك الخصومة بالنسبة له، و دفعاً لأي شبهة حول قيام مصلحة للقاضي المحكوم برده في الاستمرار في نظر الدعوى. و متى كان الأمر كذلك، و كانت المساواة التي نصت عليها المادة (٤٠) من الدستور تستهدف عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية، و كان المركز القانوني للقاضي المطلوب رده يختلف عن المركز القانوني لطالب الرد في خصوص هذه الخصومة، فإن الإخلال بمبدأ المساواة لا يكون قائماً على أساس. و يتعين - تبعاً لذلك - رفض ما أثاره المدعي بشأن الإخلال بمبدأ سيادة القانون الذي رتبته على الإخلال بمبدأ المساواة^(١).

- من المقرر أن **خصومة الرد** تثير ادعاء فرعياً عند نظر الخصومة الأصلية مداره أن قاضيتها أو بعض قضاتها الذين يتولون الفصل فيها قد زايلتهم الحيدة التي يقتضيها العمل القضائي ومن ثم كان لخصومة الرد خطرهما ودقتها سواء بالنظر إلى موضوعها أو الآثار التي تنجم عنها ولا شأن لها بالتالي بنطاق الخصومة الأصلية المرددة بين أطرافها ولا بالحقوق التي يطلبونها فيها ولا بإثباتها أو نفيها بل تستقل تماماً عن موضوعها فلا يكون لها من صلة بما هو مطروح فيها ولا بشق من جوانبها ولا بالمسائل المتفرعة عنها أو المعارضة عليها بل تعتصم خصومة الرد بذاتها لتكون لها مقوماتها الخاصة بها بما مؤداه استقلال خصومة الرد عن الخصومة الأصلية في موضوعها وإن ظل للحكم الصادر في أولاهما أثره وانعكاسه على ثانيتهما ولو بعد الفصل فيها بحكم نهائي^(٢)

وقد أشارت في العديد من أحكامها إلى الخصومة الدستورية بصفة خاصة، فقضت «أن الخصومة في الدعوى الدستورية - وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية - إنما توجه إلى النصوص

(١) الطعن رقم ١٧ س ٥ ق جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ١٧٧.

(٢) الطعن رقم ٨٤ س ١٩ ق جلسة ٦ نوفمبر ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٣٨٥.

التشريعية المدعى مخالفتها للدستور»^(١).

وأن الخصومة القضائية لا تقام للدفاع عن مصلحة نظرية لا تتمحض عنها فائدة عملية^(٢).

وأساس ذلك أن الحقوق التي تستمد وجودها من النصوص القانونية يلزمها بالضرورة - ومن أجل إقتضاها - طلب الحماية التي يكفلها الدستور أو المشرع لها باعتبار أن مجرد النفاذ إلى القضاء في ذاته لا يعتبر كافياً لضمانها، وإنما يتعين أن يقترن هذا النفاذ دوماً بإزالة العوائق التي تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة عن العدوان عليها، و بوجه خاص ما يتخذ منها صورة الأشكال الإجرائية المعقدة، كي توفر الدولة للخصومة في نهاية مطافها حلاً منصفاً يقوم على حيطة المحكمة واستقلالها، ويضمن عدم استخدام التنظيم القضائي كأداة للتمييز ضد فئة بذاتها أو للتحامل عليها، و كانت هذه التسوية هي التي يعمد الخصم إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التي يطلبها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها، فإن هذه الترضية - وبافتراض مشروعيتها واتساقها مع أحكام الدستور - تندمج في الحق في التقاضي وتعتبر من متمماته لارتباطها بالغاية النهائية المقصودة منه برابطة وثيقة، و آية ذلك أن الخصومة القضائية لا تقام للدفاع عن مصلحة نظرية لا تتمحض عنها فائدة عملية، و لكن غايتها طلب منفعة يقرها القانون، و تتحدد على ضوءها حقيقة المسألة المتنازع عليها بين أطرافها و حكم القانون بشأنها، وذلك هو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا بما جرى عليه قضاؤها من أن الدستور أفصح بنص المادة الثامنة و الستين منه عن ضمان حق التقاضي كمبدأ دستوري أصيل، مردداً بذلك ما قرره الدساتير السابقة ضمناً من كفالة هذا الحق لكل فرد - وطنياً كان أم أجنبياً - باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية الحقوق التي يتمتع بها قانوناً، و رد العدوان عليها^(٣).

وأن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يتغيماً أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في

-
- (١) الطعن رقم ٢٦ س ٤ ق جلسة ٧ مارس ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ١٨٥؛ الطعن رقم ٦٥ س ٤ ق جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ س ٥ ج ١ ص ٣٠٧؛ الطعن رقم ٧٢ س ١٧ ق جلسة ٨ نوفمبر ٢٠١٤.
- (٢) الطعن رقم ٥٧ س ٤ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ رقم الجزء ٢ ص ١٥٠؛ الطعن رقم ٩٨ س ٤ ق جلسة ٥ مارس ١٩٩٤؛ الطعن رقم ١ س ١٥ ق جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ س ٦ ج ١ ص ٢٧٧.
- (٣) الطعن رقم ٨ س ٨ ق جلسة ٧ مارس ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ٢٢٤.

الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية وهو كذلك يقيد مباشرتها لولايتها في شأن هذه الخصومة فلا تفصل في غير المسائل الدستورية التي يؤثر الحكم فيها على النزاع الموضوعي ويتحدد مفهوم هذا الشرط باجتماع عنصرين أولهما: أن يقيم المدعي - وفي حدود الصفة التي اختصم بها النص المطعون عليه - الدليل على أن ضرراً واقعياً قد لحق به سواء أكان هذا الضرر الذي يتهدهد وشيكاً أم كان قد وقع فعلاً ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر مباشراً منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون فيه للدستور مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها ممكناً تصوره ومواجهته بالترضية القضائية تسوية لآثاره. ثانيهما: أن يكون هذا الضرر عائداً إلى النص قد طبق أصلاً على من ادعى مخالفته للدستور أو كان من غير المخاطبين بأحكامه أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبلها^(١).

وأن الأوضاع الاجرائية التي تطرح الخصومة الدستورية من خلالها تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً حدده المشرع لمصلحة عامة غايتها أن ينتظم التداعي في المسائل الدستورية وفقاً للقواعد الاجرائية التي رسمها^(٢).

إن المشرع - في مجال إنفاذ حق التقاضي - غير مقيد بأشكال إجرائية محددة تمتد إلى المنازعات جميعها حتى مع اختلاف موضوعها ذلك أن التنظيم الاجرائي للخصومة القضائية لا يمكن أن يعكس أنماطاً جامدة موحدة لإطار الفصل فيها وإلا كان ذلك إغراقاً في الشكليات ولو كان عقمها بادياً، وانحيازاً لتحجر قوالبها وتزمتها ولو كان مصادماً لحقائق الأشياء نافياً ما بين أوضاعها من تغاير وهو ما يأباه التنظيم الاجرائي للخصومة القضائية إذ يتعين دوماً أن يفاضل المشرع بين صور هذا التنظيم ليختار منها ما يكون مناسباً لخصائص المنازعات التي يتعلق بها ومتطلباتها إجرائياً لتعدد الأشكال التي يقتضيها إنفاذ حق التقاضي وبما لا إخلال فيه بأبعاده

(١) الطعن رقم ٤١ س ١١ ق جلسة ٨ أكتوبر ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٧٥٨.

(٢) الطعن رقم ١ س ١٢ ق جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ رقم الجزء ١ ص ٧٨٥.

التي كفلها الدستور وعلى الأخص من زاوية ضماناته الرئيسية التي تمثل إطاراً حيوياً لصون الحقوق على اختلافها يرد العدوان عنها على ضوء قواعد قانونية يكون إنصافها حائلاً دون تحيفها على أحد^(١).

وإذ زال عنصر المنازعة في الخصومة، انتفت المصلحة في الفصل في دعوى التنازع على الاختصاص المرفوعة بشأنها^(٢).

وأبرزت الفارق بين الخصومة الدستورية والخصومة الموضوعية؛ فقضت أن الدعوى الدستورية تستقل بذاتها ومقوماتها وموجباتها عن الدعوى الموضوعية، فلا تندرجان في بعضهما، ولا تتحدان في أسس الفصل في كل منهما، ذلك أن الخصومة الدستورية، غايتها الفصل في التعارض المدعى به بين نصوص قانونية أقرها المشرع أو أصدرتها السلطة التنفيذية من جهة، وقاعدة في الدستور من جهة أخرى. ولا كذلك الخصومة الموضوعية التي تطرح في جوانبها الأكثر شيوعاً نزاعاً حول حقوق يدعى الإخلال بها، ويكون إثباتها أو نفيها، مدار النضال بين أطرافها. متى كان ذلك، وكان الدفع بالتقادم المسقط للحق، يقتضي ابتداء تحديد ما إذا كان الحق المدعى به قد نشأ صحيحاً وفقاً للقانون، وما إذا كانت المدة التي عينها المشرع لسقوطه قد اكتمل مداها بدءاً من التاريخ المحدد لسريانها، أم أن عارضاً اعترافها مستوجباً وقفها أو انقطاع جريانها. وجميعها من الشروط التي تنفرد محكمة الموضوع بتحقيقها والفصل فيها، ولا شأن لها بالتالي بالخصومة الدستورية التي تنفصل في موضوعها وبواعثها عنها، والتي يدور النزاع فيها حول ما إذا كان التعويض المستحق قانوناً عن الأراضي الزراعية المستولى عليها، يعتبر موافقاً أو مخالفاً للدستور^(٣).

من المقرر أن لكل من الدعويين الموضوعية والدستورية ذاتيتها ومقوماتها ذلك أنها لا تختلطان ببعضها ولا تتحدان في إجراءات أو شرائط قبولهما بل تستقل كل منهما عن الأخرى في

(١) الطعن رقم ٣٢ س ١٦ ق جلسة ٢ ديسمبر ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٢٤٠.

(٢) الطعن رقم ١ س ٤ ق جلسة ٢١ يونيو ٩٨٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٤٥٠؛ الطعن رقم ١٠ س ٤ ق جلسة ٢١ مايو ١٩٨٩ س ٤ ج ١ ص ٤٨٩.

(٣) الطعن رقم ٢٨ س ٦ ق جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٣٨١.

شكلها وموضوعها، كما أن الفصل في شروط اتصال الدعوى الموضوعية بمحكمة الموضوع وفقاً للأوضاع المقررة أمامها ليس من بين المهام التي ناطها المشرع بالمحكمة الدستورية العليا وإنما تنحصر ولايتها فيما يعرض عليها من مسائل دستورية لتقرر صحة النصوص المطعون عليها وبطلانها بعد تثبيتها من اتصال الدعوى الدستورية بها بإجراء صحيح وفقاً للأوضاع المقررة في قانونها وليس لجهة قضائية أخرى أن تنازعها ذلك أو تحل محلها فيه^(١).

- قضاء هذه المحكمة في شأن المادة ٢٧ من قانونها، التي تخولها الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، ويتصل النزاع المعروف عليها، مؤداه أن مناط تطبيقها يفترض وجود خصومة أصلية طرح أمرها عليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانون إنشائها، وأن ثمة علاقة منطقية تقوم بين هذه الخصومة، وما قد يثار عرضاً من تعلق الفصل في دستورية بعض النصوص القانونية بها. ومن ثم تكون الخصومة الأصلية هي المقصودة بالتداعي أصلاً، والفصل في دستورية النصوص القانونية التي تتصل بها عرضاً، مبلوراً إطاراً للخصومة الفرعية التي تدور مع الخصومة الأصلية وجوداً وعدماً، فلا تقبل إلا معها. وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة التي لا تعرض لدستورية النصوص القانونية التي تقوم عليها الخصومة الفرعية إلا بقدر اتصالها بالخصومة الأصلية، وبمناسبتها. وشرط ذلك أن يكون تقرير بطلان هذه النصوص أو صحتها مؤثراً في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية أي كان موضوعها أو أطرافها، بما مؤداه أن مباشرة هذه المحكمة لخصمتها المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها، شرطها أولاً: استيفاء الخصومة الأصلية لشروط قبولها. وثانياً: اتصال بعض النصوص القانونية عرضاً بها. وثالثاً: تأثير الفصل في دستورتها في محصلتها النهائية^(٢).

ووضحت الارتباط اللازم بين الخصومتين؛ فقضت أن طلب نقابة الصحفيين الفصل في دستورية النصوص القانونية التي عينتها، من خلال أعمال المحكمة الدستورية العليا لخصمتها

(١) الطعن رقم ٢٥ س ٢٢ ق جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ رقم الجزء ١ ص ٩٠٧.

(٢) الطعن رقم ٢ س ١٥ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٢٤١.

في التصدي المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها - مردود بأن الين من هذه المادة، أنها تخولها الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها ويتصل بالنزاع المعروض عليها ومن ثم يكون مناط تطبيقها اتصال النصوص القانونية التي تتصدى للفصل في دستورتها بنزاع لازال قائماً أمامها ولا يتصور أن يطرح نزاع عليها وبوصفها هيئة قضائية - إلا إذا اتخذ شكل الخصومة القضائية التي تتناقض من خلالها مصالح أطرافها فلا نزاع أمام القضاء بلا خصومة بقيمها مدعى الحق لطلبه بعد إنكاره. ولا يستقيم معنى الخصومة القضائية بالتالي إلا إذا تنازع أطرافها الحقوق موضوعها سواء لإثباتها أو نفيها. وهذه الخصومة القضائية هي التي يجب أن تتصل بها النصوص القانونية التي تدعى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورتها إعمالاً لنص المادة ٢٧ من قانونها وبشرط أن يكون تقرير صحتها أو بطلانها مؤثراً في المحصلة النهائية لهذه الخصومة أيّاً كان موضوعها أو أطرافها فمن خلال تلك الخصومة وبمناسبتها - تباشر المحكمة الدستورية العليا - عرضاً - رقابتها على الشرعية الدستورية لتلك النصوص التي تتصل بالنزاع المعروض عليها ومن ثم تقوم علاقة بين فرع وأصل: بين النصوص العرضية المدعى مخالفتها للدستور والخصومة القضائية الأصلية التي تتصل هذه النصوص بها التي ما كان الفصل في دستورتها وفقاً لنص المادة ٢٧ المشار إليها - ليثور أصلاً لولا قيام تلك الخصومة أمامها واتصالها بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها ومن ثم ترتبط هذه النصوص بالخصومة الأصلية وتدور معها وجوداً وعدماً فلا تقبل إلا معها وتزول بزوالها وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا^(١).

وبينت طبيعة الخصومة الدستورية وموضوعها؛ فقضت بأن الخصومة الدستورية عينية بطبيعتها، ذلك إن قوامها مقابلة النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، بالقواعد التي فرضها على السلطين التشريعية والتنفيذية لإلزامهما بالتقيد بها في ممارستها لاختصاصاتها الدستورية ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية، وأهي بالأحرى محلها، وهي لا تبلغ غايتها إلا بإهدار تلك النصوص بقدر تعارضها مع الدستور

(١) الطعن رقم ٢ س ١٧ ق جلسة ٢١ أكتوبر ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٨٢١.

وقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأنها، يجوز تلك الحجية التي تطلق آثارها في مواجهة الدولة على امتداد تنظيماتها وتعدد مناحي نشاطها وكذلك بالنسبة إلى الأغيار جميعهم ومن ثم لا تنحصر آثار أحكامها فيمن يكون طرفاً في الخصومة الدستورية، سواء باعتباره خصماً أصيلاً أو منضماً بل يكون سريانها من عداهم التزاماً مترتباً في حقهم بحكم الدستور^(١).

وأبرزت ماهية الخصومة الدستورية؛ إذ قضت أن الدعوى الدستورية ينبغي أن تؤكد - بماهية الخصومة التي تتناولها - التعارض بين المصالح المثارة فيها، بما يعكس حدة التناقض بينها، ويلبور من خلال تصادمها ومجابهتها لبعض، حقيقة المسألة الدستورية التي تدعى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها. فكان لزاماً بالتالي أن يكون للخصم الذي أقامها مصلحة واضحة في استخلاص الفائدة التي يتوقعها منها، باعتبارها الترضية القضائية التي يرد بها عن الحقوق التي يدعيها مضر فعلية أصابتها أو تهددها، من جراء إعمال النص التشريعي المطعون عليه، وترتيبه لآثار قانونية بالنسبة إليه^(٢).

ووضحت نطاق الخصومة الدستورية؛ فقضت أن العبرة في تحديد نطاق الخصومة على المحكمة هو بالطلبات الختامية في الدعوى، وكان الثابت أن المدعي حدد طلباته في مذكرته الختامية المقدمة بجلسة. ، بطلب تعيين المحكمة التأديبية لوزارة الصحة وملحقاتها بمجلس الدولة جهة مختصة بنظر النزاع، فإن هذا الطلب وحده يكون الكاشف عن نطاق الخصومة الماثلة، والمحدد لصورتها النهائية، وبه يتحدد موضوعها^(٣).

وحددت غاية الخصومة الدستورية؛ فقضت أن الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها لن يحقق للمدعي فائدة عملية، وكانت هذه الفائدة هي المقصودة بالخصومة الدستورية باعتبار أن الحصول عليها يعكس الترضية القضائية التي يرد المدعى بها عدواناً على الحقوق التي كفلها الدستور، وأضرار من جراء الإخلال بها، فإن مصلحته بالفصل فيها، تكون قد انتفت^(٤).

(١) الطعن رقم ١٩ س ١٥ ق جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٦٠٩.

(٢) الطعن رقم ١ س ١٥ ق جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٢٧٧.

(٣) الطعن رقم ١ س ٢٣ ق جلسة ١٠ مارس ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١٢٤٦.

(٤) الطعن رقم ١ س ١٧ ق جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٣٨٨.

(ج) طبيعة الخصومة القضائية: تعتبر الخصومة وحدة رغم تعدد أعمالها.

أولاً: وحدة الخصومة: تعتبر الخصومة وحدة رغم تعدد أعمالها. ولا تنفي هذه الوحدة أن يعد كل إجراء من إجراءاتها عملاً قانونياً قائماً بذاته. فالقانون ينظم العناصر اللازمة لكل إجراء على حدة، وأثره القانوني، والجزاء الذي يترتب على مخالفته.

بيد أن الخصومة - وهي مجموعة من الإجراءات القضائية- تعد مع ذلك وحدة قانونية^(١).

(أ) أساس هذه الوحدة هي وحدة الغاية؛ إذ تتجه إجراءات الخصومة جميعاً مع تعددها وتنوعها واختلاف أشخاصها ومضمونها نحو غاية واحدة هي العمل القضائي. فالمطالبة القضائية وسائر ما يقوم به المدعي أو المدعى عليه أو ممثلوهم من إجراءات، وكذلك ما يقوم به القاضي وأعوانه من إجراءات، إنما ينظمه القانون كوسائل للعمل القضائي وتتضافر جميعاً لحسن أداء العمل القضائي، حتى يأتي صحيحاً وعادلاً.

(ب) المظاهر (التنظيمية) الفنية لوحدة الخصومة: ينظم القانون الخصومة كوحدة قانونية، بحيث يؤدي كل إجراء من إجراءاتها دوراً معيناً في هذه الوحدة، فبالمطالبة القضائية تبدأ الخصومة، أما الحكم في الموضوع فيؤدي إلى انقضائها. وهو ينظم عوارض الخصومة، فيضع قواعد وقفها وانقطاعها وسقوطها وانقضائها بالتقادم وتركها.

وتبدو وحدة الخصومة من ناحية موضوعها، وهو الدعوى أو الدعاوى المرتبطة التي تثار فيها؛ إذ يعمل القانون كقاعدة على تركيز موضوع الخصومة وأشخاصها، فلا يسمح بإحداث تغيير في موضوعها أو في أشخاصها إلا في حدود معينة؛ وذلك ضماناً لوحدة الخصومة.

ومن المظاهر العملية لوحدة الخصومة أفراد ملف واحد لكافة أوراقها، وقيدتها في سجل المحكمة تحت رقم معين واحد، لا يتعدد بإجراءاتها.

وعلى ذلك يجدر التمييز بين ظاهرتين قانونيتين متميزتين: الخصومة وهي وحدة مركبة من مجموعة الإجراءات، والإجراء القضائي وهو العمل القانوني الذي تتكون منه الخصومة.

(١) الدكتور وجدي رغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، ص ٣٨٠-٣٨١.

ثانياً: الجدل حول طبيعة الخصومة:

ذهبت نظرية قديمة مهجورة إلى اعتبار الخصومة عقد أو شبه عقد. وقد انتقدت هذه النظرية؛ باعتبار أنه وإن صح القول بأن للمدعي إرادة تتمثل في رفع الدعوى والالتجاء إلى القضاء فإنه يتعذر القول بوجود إرادة للمدعي عليه فهو محمول على الالتجاء إلى القضاء. والصحيح أن الالتزامات الناشئة عن رفع الدعوى ليس مردها إلى عقد قضائي وإنما هي علاقة قانونية بحثة من صنع الشارع وإرادته وهي إرادة تبدو في اتباع الإجراءات والأشكال التي ألزم الخصوم بها^(١).

وقد اتجه الرأي الغالب في الفقه الحديث إلى اعتبار الخصومة القضائية وحدة قانونية بالرغم من تكوينها من مجموعة من الأعمال المتنوعة لكنهم اختلفوا حول تحديد الطبيعة القانونية لهذه الوحدة. وتبعاً لذلك ظهرت عدة اتجاهات تبحث في الطبيعة القانونية لهذه الأعمال، حيث ذهب البعض إلى اعتبار الخصومة القضائية حالة قانونية في حين يرى البعض فيها سوى رابطة قانونية. بينما اتجه رأي آخر إلى اعتبارها وحدة قانونية تتكون من عمل قانوني مركب.

(أ) الخصومة القضائية رابطة قانونية:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الخصومة القضائية ليست إلا رابطة قانونية إجرائية تقوم بين القاضي والخصوم أو بين الخصوم وأنفسهم^(٢). وهي رابطة مستقلة ومركبة، ومن القانون العام؛ فهي أولاً رابطة متسقة؛ لأنها تستقل من ناحية عن الدعوى ومن ناحية أخرى عن الحق الموضوعي.

فالرابطة الإجرائية لها شروط خاصة تختلف عن شروط الدعوى؛ إذ بينما توجد الأولى دائماً بتقديم الطلب، فإن تقديم الطلب لا يعني دائماً وجود الحق في الدعوى للمدعي.

(١) الدكتور مصطفى كمال كيرة: قانون المرافعات الليبي دار صادر، بيروت، ١٩٧٠، ص ٤٦٩-٤٧٠.

(٢) الدكتور ابراهيم نجيب سعد: المرجع السابق، رقم ٢٣٤ ص ٥٤٧؛ الأستاذان محمد وعبد الوهاب العشماوي: قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الثاني ١٩٥٨ رقم ٦٢٩ ص ٢٦.

والرابطة الإجرائية غير الرابطة الموضوعية محل النزاع - وتكون الثانية موضوع الأولى، وتخضع الرابطة الإجرائية للقانون الإجرائي بينما تخضع الرابطة الموضوعية للقانون الموضوعي. وهي ثانياً من روابط القانون العام؛ لأنها ترمي إلى غرض عام هو تطبيق القانون على الحالة المعروضة، ومصدرها قواعد تنظم مرفقاً عاماً، هو مرفق القضاء.

وهي ثالثاً رابطة مركبة؛ لأنها تخول لهم حقوق وتفرض عليهم واجبات إجرائية متعددة. وتختلف هذه الرابطة عن كل من الحق في الدعوى والحق الموضوعي محل النزاع^(١).

وقد ثار جدل بين أقطاب هذه النظرية حول أساس اعتبار الخصومة رابطة قانونية. فذهب غالبيتهم إلى أن المضمون الأساسي للرابطة الإجرائية هو واجب القاضي الفصل في طلبات الخصوم، ويتصل به وجوب اتخاذ كل ما يلزم لأدائه، كسماع الشهود، والنظر في أدلة الإثبات. . . الخ. وهذا الواجب يقع على القاضي في مواجهة الدولة، وجزاؤه مسئولية القاضي الجنائية والمدنية. أما الحق الأساسي في الرابطة فهو الحق الذي للخصوم في إثارة النزاع ويتصل به الحق في القيام بجمع الأعمال الإجرائية اللازمة لدفع الخصومة والسير فيها. وذهب البعض الآخر إلى أن المضمون الأساسي للرابطة الإجرائية هو سلطة القاضي باعتباره ممثلاً للدولة في تطبيق القانون على الحالة المعروضة، وهي سلطة القاضي في مواجهة الخصوم. ويقابل هذه السلطة واجب الخصوم في الخضوع للحكم الذي سينطق به القاضي^(٢).

بيد أن هذه النظرية قد وجهت لها عدة انتقادات ومن أهمها من ناحية أنها تنظر للخصومة كأثر للمطالبة القضائية مع أن المطالبة القضائية تعد من أعمال الخصومة بل تعد العمل الأول فيها.

والحقيقة أن هذه النظرية كغيرها من النظريات لا تعرف الخصومة ذاتها، وإنما المركز القانوني للخصوم والقاضي، الذي ينشأ ببدء الخصومة عن طريق المطالبة القضائية^(٣).

(١) الدكتور فتحي والي: نظرية البطلان، رقم ١١ ص ٤٢.

(٢) الدكتور فتحي والي: نظرية البطلان، رقم ١٢ ص ٤٢ - ٤٣.

(٣) الدكتور وجدي رغب فهمي: مبادئ القضاء المدني «قانون المرافعات»، دار الثقافة الجامعية، الطبعة الثانية ١٩٩٩، ص ٣٨٢.

ومن ناحية أخرى فإن اعتبار الخصومة رابطة قانونية يقتضي ذلك أن تصبح مراكز الأطراف متقابلة؛ فإذا كان لأحد الخصوم حق يجب أن يقابله التزام الخصم الآخر أو القاضي. في حين تكون المراكز الإجرائية في الخصومة غير متقابلة فالقاضي يقع عليه واجب الفصل في الدعوى ويرجع ذلك الى سلطته العامة ولا يقع عليه أي التزام اتجاء الخصم الآخر.

وأن الواجب الذي يقع على الخصم لا يعد التزاماً قبل الخصم الآخر بل لا يعدو ذلك أن يكون مظهراً من مظاهر خضوعه لسلطة الدولة. وأن ما يسمى بحق الدفاع لا يقابله التزام على عاتق القاضي أو الخصم؛ اذ نجد هذا الحق يتكون من مجموعة من المكونات التي يخولها القانون لصاحبه.

والخلاصة هي أن ما ينشأ بين الخصوم أو فيما بينهم وبين القاضي لا يعد رابطة قانونية بالمعنى الفني وإنما مجرد علاقات تقوم بين مجموعة من الأشخاص تربطهم غاية معينة^(١).

٢- الخصومة القضائية عمل قانوني مركب:

ينظر أنصار هذا الاتجاه إلى الخصومة القضائية باعتبارها مجموعة الأعمال الإجرائية يضطلع بها أشخاص مختلفون كالقاضي وأعدائه والخصوم والغير.

وتتوالى هذه الأعمال المختلفة بشكل منظم تتجه جميعاً إلى غاية واحدة وهي الفصل في موضوعها طبقاً لما يقرره القانون.

وتتميز الخصومة القضائية بوحدة الغاية؛ لأن كل الاعمال القانونية التي تتكون منها تتجه إلى غاية واحدة، وهي تطبيق القانون، وبالرغم من تعدد أعمالها فإنها وفي النهاية تكون عملاً قانونياً مركباً.

وتتميز أيضاً بتتابع أعمالها زمنياً ومنطقياً فيعتبر العمل السابق مقدمة ضرورية ومنطقية لما يليها لتنتج في النهاية أثراً قانونياً واحداً يعتبر أثراً مباشراً للحكم القضائي^(٢).

(١) الدكتور فتحي والي: نظرية البطلان، رقم ١٧ ص ٥٠.

(٢) الدكتور فتحي والي: نظرية البطلان، رقم ٢٠ ص ٥٤.

ويقصد بالعمل القانوني المركب الإجراء الذي لا يمكن أن يحقق النتيجة التي يهدف إليها إلا أن يتضافر في سبيل ذلك أكثر من عمل واحد، فتشترك مجموعة من الأعمال القانونية لترتيب أثر قانوني واحد فلا يستطيع واحد منها أن يتجه وحده لترتيب الأثر القانوني. والفقه يميز بين أنواع مختلفة من الأعمال القانونية المركبة ومنها العمل التابعي فهو يتكون من عدة أعمال تتابع زمنياً ومنطقياً^(١).

وترتيباً على ما سبق يمكن أن نصل إلى النتيجة التالية التي يميل إليها أغلب الفقه الحديث وهي: أن الخصومة القضائية باعتبارها عملاً قانونياً مركباً يتكون من عدة أعمال تتميز بتتابعها زمنياً ومنطقياً بعضها يقوم بها القاضي وأعوانه والبعض الآخر يقوم بها الخصوم أو الغير. فتتابع هذه الأعمال فيما بينها تتابعاً زمنياً ومنطقياً فيعد كل عمل منها مقترباً بالعمل الذي يليه وتهدف كل هذه الأعمال مجتمعة لإنتاج أثر قانوني نهائي هو الحكم في موضوعها وهي في النهاية تتكون من عمل قانوني مركب^(٢).

ولم تسلم هذه النظرية من النقد:

فمن ناحية فالخصومة مجموعة من الأعمال القانونية، وليست عملاً قانونياً واحداً. والعمل القانوني المركب ينبغي أن يتكون من عدة أعمال متجانسة ومتكاملة. أما الخصومة فتتكون من أعمال مختلفة بل ومتناقضة من حيث أشخاصها ومضمونها، فلا يقبل القول على سبيل المثال أن المطالبة القضائية والدفع ببطالان المطالبة والحكم ببطالانها تعد عملاً قانونياً واحداً، وإنما هي وسائل متنوعة لغاية واحدة، هي صدور العمل القضائي صحيحاً وعادلاً.

ومن ناحية أخرى، لا تخضع الخصومة لنظام العمل القانوني، فالقانون يرتب على العمل القانوني أثراً قانونية معينة، ويرتب على مخالفة القانون بطالانه، أي عدم انتاجه لهذه الآثار، وهو ما لا ينطبق على الخصومة.

أولاً فالخصومة كوحدة لا ترتب بذاتها أثراً قانونياً، فإذا انتهت بحكم في الموضوع، فإن

(١) الدكتور فتحي والي: نظرية البطالان، رقم ٢١ ص ٥٥.

(٢) الدكتور فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ١٩٩١ رقم ١٩٢، ص ٢٩١-٢٩٢.

الآثار التي تترتب على هذا الحكم ليست آثاراً للخصومة، بل آثاراً للعمل القضائي الذي صدر عن طريق الخصومة، أما إذا انقضت بطريق آخر كالصلح أو السقوط فإنها لا تترتب أي أثر قانوني.

ثانياً الخصومة كوحدة لا تكون صحيحة أو باطلة، وإنما ترد حالة الصحة والبطان على الإجراء القضائي، ولا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الخصومة كلها، إنما يلحق البطلان فحسب بالإجراءات اللاحقة المترتبة عليه، فإذا صدر حكم في الموضوع بناء على الإجراء الباطل، فإنه يكون باطلاً وهذا يؤدي إلى بطلان العمل القضائي بأكمله. أما إذا لم يصدر حكم في الموضوع فإن البطلان لا يتعدى الإجراء الباطل والإجراءات اللاحقة المترتبة عليه، مع ملاحظة أن بطلان المطالبة القضائية يؤدي إلى بطلان كافة إجراءات الخصومة؛ لأنها الإجراءات الافتتاحي لها^(١).

٣- الخصومة شكل للعمل القضائي: ذهب البعض إلى أن الأساس الحقيقي لوحدة

الخصومة هي وحدة الغاية، فالخصومة هي مجموعة الأعمال التي ينظمها القانون لأداء العمل القضائي، مما يعني أن ما يجمع أعمال الخصومة هي أنها وسيلة ينظمها القانون للعمل القضائي، وبالأحرى فإنها تمثل من الناحية الفنية الشكل القانوني لهذا العمل.

وأساس ذلك أن وظيفة العمل القضائي أو القضاء الموضوعي هي حماية الحقوق عن طريق اليقين القانوني. ولذا يزود القانون هذا العمل بحجية الأمر المقضي التي تفرض احترام وجود الحق المقضي به وتحول دون المنازعة فيه. وحتى يكفل القانون عدالة القاضي، فإنه يحيط أداء هذا العمل بضمانات شكلية عديدة يهدف بها إلى معرفة حقيقة الوقائع المعروضة عليه وتمكينه من تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً عليها. وليست الخصومة إلا مجموعة من الإجراءات التي يحقق بها القانون هذه الضمانات. فالشارع يفرض على القاضي أن يراعي خطوات معينة - هي إجراءات الخصومة في أداء العمل القضائي، مما يعني أنها مجرد شكل قانوني لهذا العمل^(٢).

(١) الدكتور وجدي رغب فهمي: مبادئ القضاء المدني «قانون المرافعات»، دار الثقافة الجامعية، الطبعة الثانية ١٩٩٩، ص ٣٨٣-٣٨٤.

(٢) انظر: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، ١٩٧٤، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، للدكتور وجدي رغب فهمي ص ٦٤٨ - ٦٤٩، ٦٢٧ - ٦٣٠.

ومؤدى ذلك أن الخصومة تجدد وحدتها الفنية في اعتبارها عنصراً من عناصر العمل القضائي، ومن ثم لا ترتب أثراً قانونياً بذاتها، وإنما تترتب الآثار على العمل الكلي النهائي الذي تتجه إليه، وهو العمل القضائي. فإذا انتهت بغير صدور العمل القضائي، لا ترتب أثراً لأنها ليست عملاً قانونياً قائماً بذاته. ولكن يؤثر عدم انتظامها في العمل القضائي، فيؤدي إلى بطلانه؛ لأنها عنصر من عناصر هذا العمل.

وبالأحرى تعتبر الخصومة هي الشكل القانوني العام للقضاء الموضوعي، أي الذي يجب اتباعه إلا في الحالات التي ينص فيها القانون على اتباع إجراءات أخرى، مثل تلك التي يجب فيها اتباع إجراءات أوامر الأداء^(١).

(د) أشخاص الخصومة الدستورية: الخصومة ظاهرة مركبة من حيث أشخاصها أيضاً، فلا ينفرد شخص واحد بها بل مجموعة من الأشخاص، هم: الخصوم من ناحية، والقاضي وأعوانه من ناحية أخرى.

(١) الخصوم: وهم أطراف الخصومة. والصورة البسيطة للأطراف المدعى والمدعى عليه، ومثال الإجراءات التي يقوم بها المدعي المطالبة القضائية، بينما يباشر المدعى عليه إجراءات لإبداء دفوعه.

وقد يتعدد المدعون أو المدعى عليهم في خصومة واحدة منذ بدايتها، ومثال ذلك الدعوى التي يرفعها الورثة للمطالبة بحق المورث أو الدعوى التي يرفعها المستأجر بتخفيض الأجرة في مواجهة ملاك العمارة على الشيوع.

وقد يحدث أن تبدأ الخصومة بمدعى واحد ومدعى عليه واحد ويتعدد الأطراف أثناء سيرها عن طريق تدخل الغير في الخصومة أو اختصاصه.

ويشترط لقبول التدخل في الدعوى الدستورية أن يكون المتدخل خصماً أصيلاً أو منضماً أو متدخلاً في الدعوى الموضوعية. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه "وحيث إنه

(١) الدكتور وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، ص ٣٨٤-٣٨٥.

عن طلب التدخل الانضمامي في الدعوى، فطبقاً لنص المادة (١٢٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم، أو طالباً الحكم لنفسه بطلب يرتبط بالدعوى، وذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، أو بطلب يقدم شفاهة في الجلسة، ويثبت في محضرها. وفي الدعوى الدستورية، فإن شرط قبول التدخل فيها أن يكون مقدماً ممن كان طرفاً في الدعوى الموضوعية التي يؤثر الحكم في المسألة الدستورية على الحكم فيها، فإذا كان طالب التدخل غير ممثل في تلك الدعوى فلا يعتبر من ذوي الشأن في الدعوى الدستورية، ولا يقبل تدخله. لما كان ذلك، وكان طالب التدخل قد سبق وأن تدخل في دعوى الموضوع منضماً إلى المدعى عليهم فيها، وطالباً الحكم برفضها، وقبلت محكمة الموضوع تدخله، وبعد إقامة الدعوى الدستورية طلب التدخل فيها خصماً منضماً إلى المدعى عليهم، وصرحت له هذه المحكمة باتخاذ الإجراءات، فأودع طلب تدخله قلم كتاب المحكمة طالباً الحكم بقبوله ورفض الدعوى. ومن ثم، يكون طلب التدخل قد استوفي أوضاعه القانونية المقررة، مما يتعين معه القضاء بقبوله^(١).

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه يشترط لقبول التدخل الإنضمامي طبقاً لما تقضي به المادة (١٢٦) من قانون المرافعات، أن يكون لطالب التدخل مصلحة شخصية ومباشرة في الانضمام لأحد الخصوم في الدعوى، ومناطق المصلحة في الانضمام بالنسبة للدعوى الدستورية، أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين مصلحة الخصم الذي قبل تدخله في الدعوى الموضوعية المثار فيها الدفع بعدم الدستورية، وأن يؤثر الحكم في هذا الدفع على الحكم فيما أبداه هذا الخصم أمام محكمة الموضوع من طلبات. لما كان ذلك، وكان الثابت أن أيّاً من طالبي التدخل في الدعوى الدستورية الراهنة، لم يكن طرفاً أصيلاً أو متدخلًا في الدعوى رقم ٥٥٩ لسنة ٢٠٠٠ أحوال كلي الإسكندرية سالفة الذكر، ولم تثبت لأيهما تبعاً لذلك صفة الخصم التي تسوغ اعتباره من ذوي الشأن في الدعوى الدستورية، فإنه لا تكون لهما مصلحة في الدعوى الماثلة، مما يتعين معه الحكم بعدم قبول تدخلهما^(٢).

(١) الطعن رقم ٢٢ س ٢٨ ق جلسة ١٠ يناير ٢٠١٥ .

(٢) الطعن رقم ١٦٨ س ٢٢ ق جلسة ٧ مارس ٢٠٠٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١١ ج ١ ص ٤٣٧ .

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه يشترط لقبول التدخل الانضمامي طبقاً لما تقضي به المادة (١٢٦) من قانون المرافعات، أن يكون لطالب التدخل مصلحة شخصية ومباشرة في الانضمام لأحد الخصوم في الدعوى. ومناطق المصلحة في الانضمام بالنسبة للدعوى الدستورية أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين مصلحة الخصم المتدخل وذلك في ذاتها الدعوى الموضوعية التي أثير الدفع بعدم الدستورية بمناسبةها، وأن يؤثر الحكم في هذا الدفع على الحكم فيها، لما كان ذلك، وكان الثابت أن الهيئة طالبة التدخل لم تكن طرفاً أصيلاً ومتدخلاً في الدعوى الموضوعية، ولم يثبت لها تبعاً لذلك صفة الخصم التي تسوغ اعتبارها من ذوي الشأن في الدعوى الدستورية، فإنه لا تكون لها مصلحة في الدعوى الراهنة، ويتعين لذلك الحكم بعدم قبول تدخلها^(١).

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه يشترط لقبول التدخل الانضمامي طبقاً لما تقضي به المادة (١٢٦) من قانون المرافعات، أن يكون لطالب التدخل مصلحة شخصية ومباشرة في الانضمام لأحد الخصوم في الدعوى، ومناطق المصلحة في الانضمام بالنسبة للدعوى الدستورية، أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين مصلحة الخصم قبل تدخله في الدعوى الموضوعية المثار فيها الدفع بعدم الدستورية، وأن يؤثر الحكم في هذا الدفع على الحكم فيما أبداه هذا الخصم أمام محكمة الموضوع من طلبات. لما كان ذلك، وكان الثابت أن طالب التدخل في الدعوى الدستورية الراهنة لم يكن طرفاً أصيلاً أو متدخلاً في الدعوى رقم ٣١١١ لسنة ٢٠٠١ أحوال كلي القاهرة سالفه الذكر، فلم يكن له صفة الخصم التي تسوغ اعتباره من ذوي الشأن في الدعوى الدستورية، فلا تكون له مصلحة فيها، مما يتعين معه عدم قبول تدخله^(٢).

وحيث أنه يشترط لقبول التدخل الانضمامي طبقاً لما تقضي به المادة (١٢٦) من قانون المرافعات - وفقاً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أن يكون لطالب التدخل مصلحة شخصية ومباشرة في الانضمام لأحد الخصوم في الدعوى، ومناطق المصلحة في الانضمام بالنسبة للدعوى الدستورية أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين مصلحة الخصم الأصيل أو الذي قبل تدخله في

(١) الطعن رقم ١٧٩ س ٢٢ ق جلسة ٦ يونيو ٢٠١٠.

(٢) الطعن رقم ١٠٣ س ٢٤ ق جلسة ٩ يناير ٢٠٠٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١١ ج ١ ص ١٢٧٩.

الدعوى الموضوعية المثار فيها الدفع بعدم الدستورية وأن يؤثر الحكم في هذا الدفع على الحكم فيما أبداه هذا الخصم أمام محكمة الموضوع من طلبات. لما كان ذلك، وكان كل من طالبي التدخل في الدعوى الماثلة لم يكن خصماً أصيلاً أو متدخلًا في الدعوى الموضوعية المقامة من المدعي، ولم تثبت لأي منهما - تبعاً لذلك - صفة الخصم التي تسوغ اعتبارهما من ذوي الشأن في الدعوى الدستورية؛ فإنه لا تكون لهما مصلحة في الدعوى الراهنة، ومن ثم يتعين الحكم بعدم قبول تدخلهما^(١).

ويترتب على اعتبار الشخص طرفاً في الخصومة أن يكتسب مركزاً قانونياً إجرائياً، يتضمن مجموعة من الحقوق الإجرائية، أهمها حقوق الدفاع، كما يتضمن مجموعة من الواجبات الإجرائية مثل عبء الحضور وعبء الإثبات^(٢).

(٢) القاضي: يقصد به العضو القضائي. ولهذا المفهوم دلالة خاصة أمام المحكمة الدستورية؛ فهو يشمل أولاً المحكمة التي تطرح أمامها المطالبة القضائية، ويشمل ثانياً القاضي الدستوري أو المحكمة الدستورية التي ترفع أمامها الدعوى الدستورية خلال الأجل المقرر. ويعتبر القاضي شخصاً أساسياً من أشخاص الخصومة؛ لأنه لا خصومة بلا قاض، وهو يقوم بإجراءات فيها، وإن لم يكن طرفاً من أطرافها.

ويباشر القاضي في الخصومة سلطته القضائية العامة، ويكون الخصوم إزاءها في مركز الدفاع. ولكن هذا لا يمنع أن سلطته مقيدة بحسب الأصل بقواعد قانون المرافعات، فضلاً عما يتقيد به القاضي الدستوري من ضوابط وقواعد إجرائية، كوجوب رفع الدعوى الدستورية خلال الأجل المقرر. ولذا يجوز للخصوم التمسك أمامه بالقيود المقررة لمصلحتهم أو للمصلحة العامة، كوجوب توقيع محامي مقبول على صحيفة الدعوى الدستورية طبقاً للمادة ٣٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

ومثال الإجراءات التي يقوم بها القاضي ما يصدره من أحكام لتنظيم سير الخصومة وتحقيق الدعوى.

(١) الطعن رقم ١٨ س ٣٧ ق جلسة أول مارس ٢٠١٥.

(٢) الدكتور وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، ص ٣٧٥.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن «الولاية التي أثبتتها المشرع للمحكمة الدستورية العليا دون غيرها، والتي اختصها بموجبها بالفصل في التنازع السلبى على الاختصاص، غايتها أن يكون لكل خصومة قضائية قاضي يعود إليه أمر نظرها، بقصد إنهاء النزاع موضوعها، ضماناً لفعالية إدارة العدالة بما يكفل إرساء ضوابطها واستيفاء متطلباتها، وتوكيداً لحق كل فرد في النفاذ إلى القضاء نفاذاً ميسراً، لا تثقله أعباء مالية، ولا تقيدته عوائق إجرائية - على ما تقضى به المادة ٦٨ من الدستور - وسعياً لإيصال الحقوق إلى أصحابها من خلال محكمة محايدة ينشئها القانون، وتتوافر لاستقلالها وقواعد عملها، الأسس الموضوعية التي يتمكن كل مواطن في كنفها من عرض دعواه، وإبداء دفاعه، ومواجهة الحجج التي يدلي بها خصمه - رداً وتعقيباً- في إطار من الفرص المتكافئة»^(١).

-مناطق قبول طلب الفصل في التنازع على الاختصاص وفقاً للبند ثانياً من المادة ٢٥ من قانون هذه المحكمة هو أن تطرح الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، ولا تتخلى إحداها عن نظرها أو تتخلى كليهما عنها، وكان فض التنازع السلبى على الاختصاص يتوخى أن يكون لكل خصومة قضائية قاضٍ يمحس جوانبها إنهاء للنزاع موضوعها فلا يبقى معلقاً الى غير حد بما يعرض للضياع الحقوق المدعى الإخلاء بها ويقوض الأغراض التي يتوخاها حق التقاضي باعتباره مدخلاً للفصل إنصافاً في الحقوق المتنازع عليها ضماناً لتقديم الترضية التي تعود بها هذه الحقوق الى أصحابها فقد صار متعيناً أن ترد هذه المحكمة الخصومة القضائية المتسلب من نظرها إلى جهة قضائية تكون قواعد الاختصاص الولائي التي رسمتها السلطة التشريعية في مجال توزيعها لهذا الاختصاص بين جهات القضاء على اختلافها قد أولتها دون غيرها سلطاناً مباشراً عليها»^(٢).

أن الدستور دل بنص المادة ٦٨ منه - وفقاً لما اطرده عليه قضاء هذه المحكمة - على وجوب أن يكون لكل خصومة قضائية قاضيه ولو كانت الحقوق المتنازع عليها من طبيعة مدنية، وألقى

(١) الطعن رقم ٥ س ١٥ ق جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٩١٨.

(٢) الطعن رقم ١٣ س ١٨ ق جلسة ٦ ديسمبر ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٥٣٠.

على عاتق الدولة التزاماً يقتضيها أن توفر لكل فرد - وطنياً كان أم أجنبياً - نفاذاً ميسراً إلى محاكمها يكفل الضمانات الأساسية اللازمة لإدارة العدالة إدارة فعالة وفقاً لمستوياتها في الدول المتحضرة وكانت الحقوق التي تستمد وجودها من النصوص القانونية يلزمها بالضرورة - ومن أجل اقتضاءها - طلب الحماية التي يكفلها الدستور أو المشرع لها باعتبار أن مجرد النفاذ إلى القضاء، لا يعتبر كافياً لضمانها وإنما يجب أن يقترن هذا النفاذ دوماً بإزالة العوائق التي تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة عن العدوان عليها، وبوجه خاص ما يتخذ منها صورة الاشكال الاجرائية المعقدة كي توفر الدولة للخصومة في نهاية مطافها حلاً منصفاً يقوم على حيطة المحكمة واستقلالها، ويضمن عدم استخدام التنظيم القضائي كأداة للتمييز ضد فئة بذاتها أو للتحامل عليها وكانت هذه التسوية هي التي يعتمد الخصم إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التي يطلبها لمواجهة الاخلال بالحقوق التي يدعيها، فإن هذه الترضية - وبافتراض مشروعيتها واتساقها مع أحكام الدستور - تندمج في الحق في التقاضي وتعتبر من متمماته^(١).

وحيث إنه من المقرر كذلك أن لكل مواطن حق اللجوء إلى قاض يكون بالنظر إلى طبيعة الخصومة القضائية، وعلى ضوء مختلف العناصر التي لا بد منها، مهياً للفصل فيها، وهذا الحق مخول للناس جميعاً، فلا يميزون فيما بينهم في ذلك، وإنما تتكافأ مراكزهم القانونية في مجال سعيهم لرد العدوان على حقوقهم، فلا يكون الانتفاع بهذا الحق مقصوراً على بعضهم، ولا منصرفاً إلى أحوال بذاتها ينحصر فيها، ولا محملاً بعوائق تخص نفرأ من المتقاضين دون غيرهم، بل يتعين أن يكون النفاذ إلى ذلك الحق، منضبطاً وفق أسس موضوعية لا تمييز فيها، وفي إطار من القيود التي يقتضيها تنظيمه، ولا تصل في مداها إلى حد مصادرته^(٢).

(٣) أعوان القضاة: يستعين القضاء بمجموعة من الهيئات والأشخاص في عمله القضائي، وينظم القانون مشاركة هؤلاء الأعوان للخصوم والقاضي في إجراءات الخصومة. ويشمل الكتاب والمحضرين والخبراء والمحامين.

(١) الطعن رقم ١٥٢ س ٢٠ ق جلسة ٣ يونيو ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٦٢٧.

(٢) الطعن رقم ١٧٧ س ٢٧ ق جلسة ٩ مايو ٢٠١٥.

وحسبنا هؤلاء الأعوان أمام المحكمة الدستورية العليا؛ إذ من المقرر أن يقيد قلم الكتاب المحكمة الدستورية العليا قرارات الإحالة الواردة إلى المحكمة والدعوى والطلبات المقدمة إليها في يوم ورودها أو تقديمها في سجل يخص لذلك. وعلى قلم الكتاب إعلان ذوي الشأن عن طريق قلم المحضرين بالقرارات أو الدعوى أو الطلبات سألقة الذكر في مدى خمسة عشر يوماً من ذلك التاريخ. وتعتبر الحكومة من ذوي الشأن في الدعوى الدستورية^(١).

ولكل من تلقى إعلاناً بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات. ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانتهاء الميعاد المين بالفقرة السابقة. فإذا استعمل الخصم حقه في الرد كان للأول التعقيب بمذكرة خلال الخمسة عشر يوماً التالية^(٢).

ولا يجوز لقلم الكتاب أن يقبل بعد انقضاء المواعيد المينة في المادة السابقة أوراقاً من الخصوم، وعليه أن يحرر محضراً يثبت فيه تاريخ تقديم هذه الأوراق واسم مقدمها وصفته^(٣). ويعرض قلم الكتاب ملف الدعوى أو الطلب على هيئة المفوضين في اليوم التالي لانقضاء المواعيد المينة في المادة (٣٧).

وتتولى الهيئة تحضير الموضوع، ولها في سبيل ذلك الاتصال بالجهات ذات الشأن للحصول على ما يلزم من بيانات أو أوراق، كما أن لها دعوة ذوي الشأن لاستيضاحهم ما ترى من وقائع وتكليفهم بتقديم مستندات ومذكرات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق في الأجل الذي تحدده. ويجوز للمفوض أن يصدر قراراً بتغريم من يتسبب في تكرار تأجيل الدعوى مبلغاً لا يجاوز عشرين جنيهاً ويكون قراره في هذا الشأن نهائياً، كما لا يجوز له إقالته من هذه الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذراً مقبولاً^(٤).

(١) المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

(٢) المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

(٣) المادة ٣٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

(٤) المادة ٣٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

ويحدد رئيس المحكمة خلال أسبوع من إيداع التقرير تاريخ الجلسة التي تنظر فيها الدعوى أو الطلب. وعلى قلم الكتاب إخطار ذوي الشأن بتاريخ الجلسة بكتاب مسجل بعلم الوصول. ويكون ميعاد الحضور خمسة عشر يوماً على الأقل ما لم يأمر رئيس المحكمة في حالة الضرورة وبناء على طلب ذوي الشأن بتقصير هذا الميعاد إلى ما لا يقل عن ثلاثة أيام. ويعلن هذا الأمر إليهم مع الإخطار بتاريخ الجلسة^(١).

ويقبل للحضور أمام المحكمة المحامون المقبولون للمرافعة أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا. ويكون الحاضر عن الحكومة من درجة مستشار على الأقل بهيئة قضايا الدولة^(٢).

وتحكم المحكمة في الدعاوى والطلبات المعروضة عليها بغير مرافعة. فإذا رأت ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع محامي الخصوم وممثل هيئة المفوضين، وفي هذه الحالة لا يؤذن للخصوم أن يحضروا أمام المحكمة من غير محام معهم. وليس للخصوم الذين لم تودع بأسمائهم مذكرات وفقاً لحكم المادة (٣٧) الحق في أن ينيبوا عنهم محامياً في الجلسة. وللمحكمة أن ترخص لمحامي الخصوم وهيئة المفوضين في إيداع مذكرات تكميلية في المواعيد التي تحددها^(٣).

ومن أهم أعوان القضاء المحامون. وهم يمثلون الخصوم في الخصومة. ولا يعتبر المحامي طرفاً في الخصومة ولو كان نائباً في الخصومة عن أحد الخصوم؛ باعتبار أنه يقدم مساعدة فنية للخصم الذي يوقع على صحيفة دعواه أو ينوب عنه في الخصومة، وتظل صفته الأساسية في الخصومة أنه من أعوان القضاء؛ لأنه يعين القاضي على أداء رسالته في تطبيق القانون. ولذا لا تعتبر القواعد المنظمة لهذه المعاونة مقررة للمصلحة الخاصة للخصم، بل تعد مقررة للمصلحة العامة ومتعلقة بالنظام العام، مما يجيز للمحكمة أن تقضي ببطالان الإجراءات من تلقاء نفسها عند مخالفتها^(٤).

(١) المادة ٤١ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٢) المادة ٤٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

(٣) المادة ٤٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

(٤) الدكتور وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، ص ٣٧٦.

المبحث الثاني

خصائص الخصومة الدستورية وإجراءاتها

تمهيد وتقسيم: يقتضي البحث بيان الدعوى الدستورية وسماها من ناحية، ومن ناحية أخرى بيان إجراءاتها، وتتناول ذلك في المطلبين التاليين.

المطلب الأول

سمات الخصومة الدستورية

تتميز الدعوى الدستورية بالسمات التالية:

١ - الخصومة الدستورية دعوى قضائية^(١): يعني ذلك أنها تخضع فيما يتعلق بإجراءات رفعها واتصالها بالمحكمة الدستورية العليا لأحكام وقواعد قانونية محددة، ليست بالضرورة الأحكام والقواعد التي تخضع لها غيرها من الدعاوى القضائية، سواء التي ينظرها القضاء العادي أم تلك التي يختص بها القضاء الإداري، وإنما تختلف الأحكام والقواعد التي تخضع لها الدعوى الدستورية عن غيرها من الدعاوى وفقاً لما تمليه طبيعة الأوضاع أمام القضاء الدستوري، لذلك يتم اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى بأحد طرائق ثلاثة حددها الشارع، وهي إما الدفع الفرعي أو الإحالة من محكمة الموضوع أو التصدي، فإذا أقيمت بغير إحداها كانت الدعوى غير مقبولة.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مناط ولايتها بالرقابة الشرعية الدستورية هو اتصالها بالمسائل الدستورية المطروحة عليها، وفقاً للأوضاع منصوص عليها في المادة (٢٩) من قانونها، وذلك إما بإحالتها إليها مباشرة من محكمة الموضوع إذا ما رأت شبهة عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في نزاع، وإما من

(١) الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل: الرقابة القضائية على دستورية القوانين «القضاء الدستوري»، دار النهضة العربية ٢٠٠٥، ص ٥١.

خلال دفع بعدم دستورية نص مماثل يبيده أحد الخصوم وتقدر تلك المحكمة جديته وتأذن لمبيده بعدئذ وخلال أجل لا يجاوز ثلاثة أشهر برفع دعواه الدستورية في الحدود التي قدرت فيها جديته دفعه، ولم يجز المشرع - بالتالي - الدعوى الأصلية المباشرة سبيلاً للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية، وهذه الأوضاع تعد من النظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية التي تغيا بها المشرع بها مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي حددها، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن المدعي أبدى دفعه بعدم دستورية النصين سالف الذكر بجلسة ٢٠٠١/١/٤، فقررت محكمة الموضوع تأجيل نظر النزاع إلى جلسة لاحقة، دون قرار منها بالإذن بإقامة الدعوى الدستورية بعد تقديرها لجديته الدفع المبيد أمامها، إلا أن المدعي قد سارع إلى رفع الدعوى الدستورية الماثلة، فإنه يكون بذلك قد أقام دعوى أصلية بعدم الدستورية، بالمخالفة لطريقي الدفع والإحالة، الذين حصر فيهما القانون التداعي في المسائل الدستورية، ويتعين والحال كذلك القضاء بعدم قبولها^(١).

كما أن إقامة الدعوى الدستورية دون تصريح من محكمة الموضوع، وإقامتها متجاوزة حدود ما صرحت به وقدرت الجدية في شأنه، يدخل في نطاق الدعوى الدستورية المباشرة التي يتعين عدم قبولها^(٢).

و البين من المادتين ٣٤، ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن الأصل المقرر قانوناً هو أن تقدم الطلبات وصحف الدعاوى إلى هذه المحكمة بإيداعها قلم كتابها الذي يقوم بقيدها - يوم تقديمها - في السجل المعد لذلك، وأن تكون هذه الطلبات والصحف - فوق هذا - موقعاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها، أو من عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل، وأن يرفق بالطلب المنصوص عليه في المادتين ٣١، ٣٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع التنازع أو التناقض في شأنهما وإلا كان الطلب غير مقبول مما مفاده أن المشرع قد ارتأى - بالنظر إلى خصائص الدعاوى والطلبات التي تدخل في

(١) الطعن رقم ٩٣ س ٢٣ ق جلسة ٦ يوليو ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١١٤٧.

(٢) الطعن رقم ١ س ٢٢ ق جلسة ١٦ فبراير ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٩٠٩.

ولاية المحكمة الدستورية العليا - أن يكون رفعها إليها عن طريق تقديمها وليس ثمة استثناء يرد على هذا الأصل عدا ما قرره المادة ٢٩ البند (أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا التي تخول كل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أن تحيل - من تلقاء نفسها - أوراق الدعوى المطروحة عليها إلى المحكمة الدستورية العليا إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون لازماً للفصل في موضوع النزاع المعروض عليها. لما كان ذلك؛ وكانت الإجراءات التي رسمها قانون المحكمة الدستورية العليا لرفع الدعاوى والطلبات التي تختص بالفصل فيها - وعلى ما تقدم - تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغيّياً به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي أمام هذه المحكمة وفقاً لقانونها؛ وكانت الدعوى الماثلة لا يشملها الاستثناء الذي نص عليه البند (أ) من المادة ٢٩ سالفه البيان لعدم تعلقها بالفصل في دستورية نص في قانون أو لائحة على ما سلف بيانه فإن الدعوى الماثلة - وقد أحيلت مباشرة من محكمة الموضوع إثر قضائها بعدم اختصاصها ولائياً بنظرها - لا تكون قد اتصلت بهذه المحكمة اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة أمامها مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(١).

وتعد الأوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أم بميعاد رفعها - تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغيّياً به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية^(٢).

٢- ليست دعوى حسبة: مما يقتضي أن يتوافر للطاعن بها مصلحة شخصية مباشرة. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن الطعن في دستورية القوانين ليس من قبيل دعوى الحسبة لأن مناط قبولها - على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - أن تتوافر للطاعن بها مصلحة شخصية مباشرة^(٣).

٣- اتصال المحكمة بالدعوى بالطريق الذي رسمه القانون. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة

(١) الطعن رقم ١١ س ١٧ ق جلسة ٢١ أكتوبر ٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٨٧١ .

(٢) الطعن رقم ٣٥٤ س ٢٣ ق جلسة ١٦ فبراير ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٩٣٥ .

(٣) الطعن رقم ١٠ س ٥ ق جلسة ٣ ديسمبر ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ١٩٣ .

الدستورية العليا أنه يتضح من استقراء النص الطعين أن مجلس التأديب الابتدائي لأعضاء هيئة التدريس والعاملين بالمعهد يغلب علي تشكيله العنصر الإداري ولم يتضمن القانون إلزامه باتباع الإجراءات التي تتحقق بها ضمانات التقاضي أمامه، ومن ثم فإن هذا المجلس لا يعدو أن يكون مجرد لجنة إدارية ولا تعتبر قراراته - بالتالي - أعمالاً قضائية ولا يغير من ذلك اشتراك أحد رجال مجلس الدولة في عضويته والنص علي وجوب إخطار عضو هيئة التدريس أو العامل بالتهم المنسوبة إليه ودعوته للحضور وأن يكون قرار المجلس مسبباً إذ لا يكفي ما تقدم لإضفاء الصفة القضائية عليه أو علي أعماله طالما أنه لم تتوافر له باقي العناصر الرئيسية للعمل القضائي علي نحو ما سلف بيانه ومن ثم فإن مجلس التأديب المشار إليه لا يعدو جهة قضائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي مما عنته المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا وبالتالي لا تكون الدعوى الماثلة قد اتصلت بهذه المحكمة طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(١).

-البين من أحكام لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل في ١٩٥٥/١/٤ معدلة بالقرار الصادر في ١٩٥٥/١٢/٢٩ أنها اختصت في المادة ٢ منها دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة الابتدائية بالنظر في مسائل عدة تتعلق بالمأذونين، كتقسيم المأذونيات، وتعيين المأذونين ونقلهم وقبول استقالتهم، كما يشتمل هذا الاختصاص تأديبهم عن الأعمال المخالفة لواجبات وظائفهم، وأعطت لها - عند ثبوت المخالفة - الحق في توقيع بعض العقوبات التي عدتها المادة ٤٣ من ذات اللائحة، والتي تتمثل في الإنذار والوقف عن العمل والعزل من الوظيفة. ولما كانت تلك الدائرة حال مباشرتها اختصاص تأديب المأذونين لا تنعقد بصفتها القضائية، وإنما بوصفها سلطة رئاسية لهم تملك قبلهم ما تملكه السلطات الرئاسية تجاه مرؤوسيه من إصدار قرارات توقيع العقوبات التأديبية عليهم، وآية ذلك أن القرارات الصادرة منها بعزل المأذونين تأديبياً تخضع - وعلى ما تنص عليه المادة ٤٦ من اللائحة المشار إليها، للتعديل أو الإلغاء من قبل وزير العدل والذي يعد - بهذه المثابة - سلطة تصديق بالنسبة للدائرة المذكورة

(١) الطعن رقم ١٣٣ س ٢٢ ق جلسة ٤ أغسطس ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١٠٤٩ .

تختص بالتعقيب على بعض قراراتها الصادرة بشأن المأذونين، ومن ثم فلا تعد هذه القرارات أحكاماً قضائية. وإذا كان اختصاص دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة الابتدائية بنظر تأديب المأذونين قد نيط بها إعمالاً لأحكام لائحة المأذونين الصادرة بقرار من وزير العدل، ولم يصدر قانون بإسناد هذا الاختصاص إليها، وكان بعض ما تصدره من قرارات في شأن هؤلاء المأذونين تخضع للتعديل والإلغاء من الوزير، فإن الدائرة المشار إليها حال مباشرتها هذا الاختصاص لا تعد جهة قضائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي مما عنته المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا^(١).

٤- لا يجوز إلغاء قرار الإحالة المحرك للدعوى الدستورية؛ لتعلقها بالمحكمة الدستورية العليا قبل هذا الحكم واتصالها بها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المقررة في قانونها. ولذلك قضت المحكمة الدستورية إنه متى كان إعمال نصوص الدستور السابق بيانها يقتضي ألا تعاق المحكمة الدستورية العليا بقرار من محاكم الموضوع عن مباشرة ولايتها التي لا يجوز لها أن تتخلى عنها وإلا كان ذلك منها تحريفاً لاختصاصها وإهدار لموقعها من البناء القانوني للنظام القضائي في مصر وتصل من مسئوليتها التي أولاهها الدستور أمانتها فإن الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا - وهي محكمة موضوع في مفهوم المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا - فلا تنفك عنها هذه الصفة حتى مع كونها محكمة طعن - وإن قضي بإلغاء قرار الإحالة المحرك للدعوى الدستورية الراهنة إلا أن تعلقها بالمحكمة الدستورية العليا قبل هذا الحكم واتصالها بها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المقررة في قانونها والتزامها دستورياً بأن تقول كلمتها فيها يقتضي أن تنحي أي عقبة - ولو كانت قانونية - وأن تمضي في نظرها وترفض الطلبات والدفع المثار وتفصل فيما تعرضه من مسائل دستورية غير عابئة بذلك الحكم لما يشكله من عدوان علي ولايتها في الرقابة القضائية علي الشرعية الدستورية التي اختصها الدستور بها ولتفصل المحكمة المحلية في طلب إلغاء القرار المطعون فيه - الذي مازال مطروحاً عليها - علي ضوء قضاء هذه المحكمة في الدعوى الماثلة ذلك أن بحث محكمة الموضوع لمشروعية القرار محل طلب الإلغاء

(١) الطعن رقم ١٣٧ س ٢٠ ق جلسة ٤ مارس ٢٠٠٠ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٤٩٠ .

الذي لم تنفك عنه بقضاء حاسم منها يقتضي أن تقول المحكمة الدستورية العليا أولاً كلمتها في شأن ما أثارته محكمة الموضوع من شبهات حول دستورية نص القانون الذي صدر ذلك القرار استناداً إليه وبالتالي فإن مصلحة المدعي في الدعوى الراهنة وبقدر اتصالها بطلب الإلغاء المطروح في الدعوى الموضوعية تكون قائمة^(١).

- هيئة مفوضي الدولة بمجلس الدولة لا تعد محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بالمعنى الذي قصده المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا - اعتبار التصريح الصادر منها برفع الدعوى الدستورية لغواً عديم الأثر غير منتج في اتصال الدعوى بهذه المحكمة بإجراء صحيح. الثابت من الأوراق أن المدعي قد أقام الدعوى الماثلة بناء على تصريح من هيئة مفوضي الدولة بمجلس الدولة، باتخاذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية وذلك إبان مرحلة تحضير الدعوى الموضوعية، وكانت تلك الهيئة - رغم اعتبارها إحدى الجهات التي تتألف منها القسم القضائي بمجلس الدولة وفقاً لحكم المادة ٣ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ إلا أنها لا تعد محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بالمعنى الذي قصدت إليه المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن اختصاصها يقتصر أصلاً - وفقاً لحكم المادة ٢٧ من قانون مجلس الدولة المشار إليه - على تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة وإيداع تقرير فيها يحدد المفوض فيه وقائعها والمسائل القانونية التي يثيرها النزاع ويبدى رأيه فيه مسبقاً. وقضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن المنازعة الإدارية لا تعتبر مطروحة على محكمة القضاء الإداري للفصل فيها إلا بعد أن تتولى هيئة مفوضي الدولة بها تحضيرها وتهيئتها للمرافعة وإعداد تقرير بشأنها ثم عرض الأوراق جميعها بعد إيداع هذا التقرير على رئيس المحكمة ليحدد للدعوى تاريخاً معيناً لنظرها، بما مؤداه أن المنازعة الإدارية لا تعتبر أثناء تحضيرها، معروضة على محكمة القضاء الإداري للفصل فيها، ومن ثم فإن افتراض صدور قضاء عنها في شأنها - خلال مرحلة التحضير - صريحاً كان أم ضمناً - يعتبر لغواً^(٢).

(١) الطعن رقم ٢٥ س ٢٢ ق جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٩٠٧.

(٢) الطعن رقم ١٩٨ س ١٩ ق جلسة ٦ مارس ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٢٠٠.

وإذا أصدرت محكمة الموضوع إجراءً أو حكماً بعد اتصال الخصومة بالمحكمة الدستورية العليا كان عملها هدرًا. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه وحيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن اتصال الخصومة الدستورية بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، يعني دخولها في حوزتها لتهيمن عليها وحدها، فلا يجوز بعد انعقادها أن تتخذ محكمة الموضوع إجراءً أو تصدر حكماً يحول دون الفصل في المسألة الدستورية التي قدرت جدية ما آثاره ذوو الشأن بخصوصها، بل عليها أن تترقب قضاء المحكمة الدستورية العليا فيها -باعتباره كاشفاً عن النصوص القانونية التي ينبغي تطبيقها في النزاع الموضوعي- وإلا صار عملها مخالفاً للمواد ٦٥، ٦٨، ١٧٥ من الدستور، بما ينحدر به إلى درجة الانعدام^(١).

ومع ذلك إذ قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع، وصرحت للمدعي برفع الدعوى الدستورية، فأقام دعواه. ثم أصدرت محكمة الموضوع حكماً في الدعوى - بعد أن مضت في نظرها- بتطبيق المدعى عليها من المدعي طلقة بائلة للخلع، وركنت في أسباب حكمها، إلى أن النص المطعون عليه أمامها، قد سبق أن قضت المحكمة الدستورية العليا برفض الطعن بعدم دستوريته، وهو ما يحمل محكمة الموضوع على الفصل في الدعوى مع رفض الدفع بعدم الدستورية. وحيث إن المحكمة الدستورية العليا قد سبق لها أن حسمت المسألة المثارة بحكمها الصادر بجلسة ٢٠٠٢/١٢/١٥، في القضية رقم ٢٠١ لسنة ٢٣ قضائية «دستورية»، والذي قضى برفض الدعوى، ونشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية بعددها رقم ٥٢ «تابع» الصادر في ٢٠٠٢/١٢/٢٦. وإذ كان مقتضى نص المادتين ٤٨، ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة للدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصلاً في المسألة المقضي فيها، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته مما يتعين معه القضاء بعدم قبول الدعوى. وحيث أن الأصل متى أقيمت الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، ودخلت هذه الدعوى في حوزتها، أن تتربص محكمة الموضوع قضاء المحكمة

(١) الطعن رقم ٨ س ٢٦ ق جلسة ٨ يونيو ٢٠٠٨.

الدستورية العليا في الدعوى الدستورية، إلا أنه - وعلى ما اطرده عليه قضاء هذه المحكمة - لمحكمة الموضوع أن تنحي دعفاً فرعياً بعد تقديرها لجديته إعمالاً لقضاء صادر من المحكمة الدستورية العليا بصفة أو بطلان النص التشريعي الذي كان مطعوناً عليه أمامها في النزاع الموضوعي المعروض عليها على نحو ما لجأت إليه محكمة الموضوع في الدعوى الماثلة، وهو ما يدخل في اختصاصها، ومن ثم يقع صحيحاً لا تثريب عليه^(١).

فإذا فصلت محكمة الموضوع رغم إحالة الدعوى للمحكمة للدستورية العليا، كان لهذه الأخيرة أن تبسط رقابتها وتفصل في الخصومة الدستورية. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه وحيث إن البين من الأوراق أن المحكمة الابتدائية - بعد تقديرها لجديته الدفع المثار من المدعين، وتصريحها لهم باتخاذ إجراءات رفع الدعوى الدستورية ثم رفعها بالفعل، عادت لنقض قرارها هذا، ثم مضت في نظر دعواهم وحكمت فيها بجلسة ١٩٩٨/٧/٣٠، وهو ما يعتبر عدواناً من جانبها على الولاية التي أثبتتها الدستور للمحكمة الدستورية العليا. ذلك أن الأصل المقرر قانوناً - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها إليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، يعني دخولها في حوزتها لتهيمن عليها وحدها، فلا يجوز بعد انعقادها، أن تتخذ محكمة الموضوع إجراء أو تصدر حكماً يحول دون الفصل في المسائل الدستورية التي تثيرها. ذلك أن الدفع بعدم الدستورية الذي طُرح أمام محكمة الموضوع، كان محركاً للخصومة الدستورية، وعليها بعد تقديرها لجديته، وتعلق المسائل الدستورية التي أثارها بالمحكمة الدستورية العليا، أن تترصد قضاءها فيها باعتباره فاصلاً في موضوعها، كاشفاً عن النصوص القانونية التي ينبغي تطبيقها في النزاع الموضوعي، بما مؤداه - أنه فيما عدا الأحوال التي تنتفي فيها المصلحة في الخصومة الدستورية بقضاء من المحكمة الدستورية العليا، أو التي ينزل فيها خصم عن الحق في دعواه الموضوعية من خلال تركها وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات، أو التي يتخلل فيها عن دفع بعدم الدستورية سبق لها تقدير جديته، أو التي يكون عدول محكمة الموضوع فيها

(١) الطعن رقم ١٦٣ س ٣١ ق جلسة ١٣ نوفمبر ٢٠١١.

عن تقديرها لجدية دفع بعدم الدستورية، مبناه إعمالها للآثار المترتبة على قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص ذاتها التي قام عليها هذا الدفع سواء بتقرير هذه المحكمة لصحتها أو بطلانها- فإن على محكمة الموضوع أن تلتزم قضاءها بتقدير جدية الدفع فلا تنحيه، وإلا كان ذلك نكولاً من جانبها عن التقيد بنص المادة ١٧٥ من الدستور التي تحول المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح؛ وتسليطاً لقضاء أدنى على قضاء أعلى بما يناقض الأسس الجوهرية التي يقوم التقاضي عليها؛ وتعطيلاً للضمانة المنصوص عليها في المادة ٦٨ من الدستور وما يتصل بها من حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسائل الدستورية التي اختصها الدستور بها، بوصفها قاضيتها الطبيعي؛ ولأن القواعد التي ينظمها الدستور، هي التي يتعين ترجيحها في النزاع الموضوعي، إذا عارضتها قاعدة قانونية أدنى نزولاً على مبدأ خضوع الدولة للقانون على ما تقضي به المادة ٦٥ من الدستور. متى كان ذلك، وكان إنفاذ نصوص الدستور السابق بيانها، يقتضي ألا تعاق المحكمة الدستورية العليا بقرار من محكمة الموضوع، عن مباشرة ولايتها التي لا يجوز لها أن تتخلى عنها، وإلا كان ذلك منها تحريفاً لاختصاصها، وإهداراً لموقعها من البنيان القانوني للنظام القضائي في مصر، وتنصلاً من مسئولياتها التي أولاها الدستور أمانتها؛ وكان الحكم الصادر من محكمة الموضوع في النزاع الماثل، وإن ترتب عليه انحسار ولايتها بشأنه، إلا أن تعلق الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا قبل هذا الحكم ووفقاً لقانونها، والتزامها دستورياً بأن تقول كلمتها فيها، يقتضيها إسباغ الولاية من جديد على محكمة الموضوع لتفصل في النزاع الذي كان مطروحاً عليها على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا الراهن، ودون تقيد بالحكم الصادر عنها في النزاع الموضوعي^(١).

٥- الاختصاص (المركزي) للمحكمة الدستورية بالدعوى^(٢): أحدثت المواد ١٧٤ إلى ١٧٨ من دستور ١٩٧١ جهة للرقابة على الشرعية الدستورية، هي المحكمة الدستورية العليا،

(١) الطعن رقم ١٢٦ س ٢٠ ق جلسة ٢ أكتوبر ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٣٤٨.

(٢) الدكتور يحيى الجمل: الرقابة الدستورية بين محكمتي النقض والدستورية العليا، مجلة المحكمة الدستورية، العدد السادس، س ٢، أكتوبر ٢٠٠٤ ص ١٥.

وأحاطت بالقواعد الرئيسية لتنظيمها، من خلال تحديده لطبيعتها ونطاق ولايتها، وضوابط تشكيلها، وشروط تعيين أعضائها وحقوقهم وحصانتهم، وعدم قابليتهم للعزل، وجواز مساءلتهم تأديبياً، وقواعد نشر أحكامها وقراراتها في الجريدة الرسمية. وقد سار الشارع الدستوري على نفس الدرب في دستور ٢٠١٢ في المواد رقم ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨ وتعديلاته في ٢٠١٤ في المواد ١٩١، ١٩٢، ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥.

وتتركز ملامح الرقابة المركزية للمحكمة الدستورية العليا في الضابط التالية^(١):

الأول: حرص الدستور على أن تكون المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية قائمة بذاتها، كافلاً من خلال استقلالها أن تدير وحدها كل شأن من شئونها، وأن تستقل في تصرفها، دون تدخل من أي جهة أيّاً كان موقعها.

الثاني: حرص الشارع على فصل المحكمة الدستورية العليا عن غيرها من المحاكم، دالاً على دورها المتميز، وأنها لا تعتبر جزءاً من السلطة القضائية، فأفرد لها دستور ١٩٧١ فصلاً خاصاً، كما أفرد لها دستور ٢٠١٢ و ٢٠١٤ فرعاً خاصاً.

وقد استهدف الشارع الدستوري بفصلها عن السلطة القضائية، تحقيق أمرين هامين: أولهما أن تكون أحكامها في الدعاوى الدستورية وكذلك قراراتها بتفسير النصوص تفسيراً تشريعياً، ملزمة للسلطة القضائية بكل فروعها، ومحاكمها أيّاً كانت طبيعة المنازعة التي تفصل فيها، ومما يناهض موقعها من السلطة القضائية، أن تكون جزءاً منها؛ لأن الجزئية تفيد اشتقاق الفرع من الأصل.

ثانيهما: أن المحكمة الدستورية تفصل - دون غيرها - وفقاً لنصوص المواد ٢٥، ٣١، ٣٢ من قانونها فيما قد يثور من تنازع على الاختصاص بين أكثر من جهة قضائية، وكذلك فيما قد يقع من تعارض بين حكمين نهائيين صادرين من جهتين قضائيتين مختلفتين.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن "مناطق قبول طلب الفصل في النزاع

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظها الرئيسية، مركز رينيه - جان دوبي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ١٤٨ ص ٢١٥-٢١٧.

الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين طبقاً للبند ثالثاً من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا هو أن يكون أحد الحكمين صادراً من أي جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي و الآخر من جهة أخرى منها و أن يكون قد حسم النزاع في موضوعه، و تناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معا - وليس من بين هاتين الجهتين المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن هذه المحكمة - و بوصفها الهيئة القضائية العليا - هي التي تفصل بأحكامها النهائية التي لا يجوز الطعن فيها في حالة التناقض بين حكمين نهائيين، وهي التي تعين أحقهما به، اعتباراً طرفاً في هذا التناقض أو إقحامها على النزاع المتعلق به، مردوداً أولاً بأن ولايتها في المسائل التي تدخل في اختصاصها هي ولاية منفردة لا مزاحمة فيها، وقولها في شأنها هو القول الفصل، وليس لها بالتالي أن تنقض قضاء صادراً عنها، ولا أن تراجعها فيه أي جهة ولو كانت قضائية، ومن ثم تصبح أحكامها عvisية على الرجوع عنها بما لا يجوز معه اعتبارها حداً للتناقض المنصوص عليه في البند ثالثاً من المادة ٢٥ من قانونها، وإلا ساء تغليب قضاء جهة أخرى عليها. ومردود ثانياً: بأن هذه المحكمة حين تبشر اختصاصها بالفصل في التناقض المدعى به بين حكمين نهائيين صادرين عن جهتين ونظرتها الموضوعية حين تقول كلمتها في هذا النزاع، و شرط ذلك ألا تكون أحكامها طرفاً فيها. ومردود ثالثاً: بأن المشرع اختص هذه المحكمة بالفصل في دعوى التناقض المنصوص عليها في البند ثالثاً من المادة ٢٥ من قانونها. ولو صح القول بأن أحكامها يمكن أن يقوم بها هذا التناقض، لاستحال أن يكون تشكيلها - عند الفصل فيه - مقصوراً على قضاتها صوتاً لأحكام الدستور التي ينافيها أن تكون الجهة التي اسند إليها المشرع ولاية الفصل في نزاع معين فصلاً قضائياً هي ذاتها المعتبرة خصماً فيه، ولأضحى متعيناً بالتالي أن يكون الفصل في التناقض المدعى به موكولاً إلى محكمة قائمة بذاتها تستقل بتشكيلها عن المحكمة الدستورية العليا، أو على الأقل ألا تكون الغلبة فيه لقضاتها. ومردود رابعاً بأن هذه المحكمة حين تفصل في النزاع القائم في شأن تنفيذ حكمين نهائيين، فإنها تفاضل بينهما طبقاً لقواعد الاختصاص التي قام المشرع بتوزيعها بين الجهات القضائية المختلفة تحديداً لولاية كل منها، وليس من بين هذه الجهات، المحكمة الدستورية العليا التي تخرج عن محيطها بعد أن أفرد لها الدستور فصلاً مستقلاً عن السلطة القضائية هيئاتها المختلفة و محاكمها المتعددة،

بما مؤداه عدم جواز اعتبار هذه المحكمة جهة قضاء في تطبيق أحكام البند ثالثاً من المادة ٢٥ من قانونها^(١).

-قيام التنازع على الاختصاص وفقاً لحكم البند ثانياً من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، ومباشرتها اختصاصها بالفصل فيه، لا يجعل منها طرفاً في هذا التنازع ولا يقحمها على النزاع المتعلق به والقول بغير ذلك مردود أولاً: بأن المحكمة الدستورية العليا هي الهيئة القضائية العليا التي تفصل بأحكامها النهائية في حالة التنازع على الاختصاص إيجابياً كان هذا التنازع أو سلبياً. ولايتها في المسائل التي تدخل في اختصاصها هي ولاية منفردة لا مزاحمة فيها، وقولها في شأنها هو القول الفصل، وليس لها بالتالي أن تنقض بيدها قضاء صادراً عنها، ولا أن تراجعها فيه أية جهة ولو كانت قضائية. ومن ثم حق لأحكامها النهائية أن تكون عصية على العدول عنها بما لا يسوغ معه اعتبارها حداً في مجال التنازع على الاختصاص المنصوص عليه في البند «ثانياً» من المادة ٢٥ من قانونها، وإلا ساغ تغليب قضاء لجهة أخرى عليها. ومردود ثانياً: بأن هذه المحكمة حين تباشر اختصاصها بالفصل في التنازع المدعى به بين جهتين قضائيتين، فإنها تقوم بدور الحكم بينهما، وهو ما يفترض بداهة حيدتها ونظرتها الموضوعية حين تقول كلمتها في هذا النزاع، وشرط ذلك ألا تكون أحكامها طرفاً فيه، ومردود ثالثاً: بأن المشرع اختص هذه المحكمة بالفصل في دعوى التنازع المنصوص عليها في البند «ثانياً» من المادة ٢٥ من قانونها. ولو جاز القول بأن أحكامها يمكن أن يقوم بها هذا التنازع لإستحالة أن يكون تشكيلها - عند الفصل فيه - مقصوراً على قضاتها صوناً لأحكام الدستور التي ينافيها أن تكون الجهة التي أسند إليها الفصل في نزاع معين فصلاً قضائياً هي ذاتها المعتبرة خصماً فيه، ولأضحى متعيناً بالتالي أن يكون الفصل في التنازع المدعى به موكولاً إلى محكمة قائمة بذاتها تستقل بتشكيلها عن المحكمة الدستورية العليا، أو على الأقل ألا تكون الغلبة فيه لقضاتها، ومردود رابعاً: بأن هذه المحكمة حين تفصل في النزاع القائم حول الاختصاص، فإنها تركز إلى قواعد توزيعه بين الجهات القضائية المختلفة تحديداً لولاية كل منها، وهي قواعد

(١) الطعن رقم ٢ س ١٢ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ٤٠٥.

فوض الدستور - في المادة ١٦٧ منه - المشرع في إقرارها و ليس من بين هذه الجهات المحكمة الدستورية العليا التي تخرج عن محيطها بعد أن أفرد لها الدستور فصلاً مستقلاً عن السلطة القضائية هيئاتها المختلفة ومحاكمها المتعددة، بما مؤداه عدم جواز اعتبار هذه المحكمة جهة قضائية في تطبيق أحكام البند «ثانياً» من المادة ٢٥ من قانونها^(١).

وأن قضاء المحكمة الدستورية العليا بتعيين الجهة القضائية المختصة يعني إسباغ الولاية من جديد على الجهة التي عينتها كي تفصل في الخصومة التي نحتها عن نظرها غير مقيدة بحكمها السابق بعدم اختصاصها بالفصل فيها ولو كان هذا الحكم قد صار نهائياً^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن تعيين الجهة القضائية المختصة في أحوال تنازع الاختصاص - إيجابياً كان هذا التنازع أم سلبياً - إنما يتم وفقاً للقواعد التي أقرها المشرع في شأن توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية المختلفة، والتي حدد بها ولاية كل منها إعمالاً للتفويض المخول له بمقتضى نص المادة ١٦٧ من الدستور في شأن تحديد الهيئات القضائية، وتعيين اختصاصاتها، وتنظيم طريقة تشكيلها^(٣).

الثالث: أن المحكمة الدستورية العليا وإن لم تكن جزءاً من السلطة القضائية بمحاكمها المختلفة، إلا أنها تفصل في خصومة من طبيعة قضائية، سواء في المسائل الدستورية التي تطرح عليها أم في خصومة التنازع أو التناقض أم في منازعة تنفيذ تتصل بها وفقاً لنص المادة ٥٠ من قانونها.

الرابع: أن الشارع وإن عهد إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالفصل في خصومة التنازع أو التناقض، وكذلك في خصومة التنفيذ على ما تنص عليه المواد ٣١ و ٣٢ و ٥٠ من قانونها، فضلاً عن كل طلب يقدم إليها وفقاً لنص المادة ٣٣ من هذا القانون لتفسير النصوص

(١) الطعن رقم ٨ س ١٣ ق جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٤٥٦.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ١٤٨ ص ٢١٦.

(٣) الطعن رقم ٣ س ١٣ ق جلسة ٢٠ مارس ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٥٠٣.

القانونية تفسيراً تشريعياً، إلا أن ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية وفقاً لنص المادتين ٢٧ و ٢٩ من ذلك القانون، تبلور أهم اختصاصاتها، ودائرة الضوء التي تحيط بها، ومن ثم حرص نص المادة ١٧٥ من دستور ١٩٧١ والمادة ١٩٢ من دستور ٢٠١٤ على تقريره بصورة صريحة لا خفاء منها، حتى تظل المحكمة الدستورية العليا في مأمن من عدوان السلطة التشريعية على ولايتها في أكثر مجالاتها أهمية.

الخامس: أن الدستور وإن اختص المحكمة الدستورية العليا وأفردها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، إلا أن توليها لهذا الاختصاص لا يكون إلا على الوجه المبين في القانون. أي وفقاً للأوضاع والإجراءات التي رسمها القانون الصادر بإنشاء المحكمة الدستورية العليا.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية أن الدستور قد عهد - بنص مادته الخامسة والسبعين بعد المائة - إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بمهمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين في القانون، وبناء على هذا التفويض، أصدر المشرع قانون هذه المحكمة، مبيناً اختصاصاتها، محدداً ما يدخل في ولايتها حصراً. فحولها - في المادة ٢٥ - اختصاصاً منفرداً بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، مانعاً أي جهة قضائية من مزاحمتها فيه، مفصلاً في المادتين ٢٧، ٢٩ - طرائق هذه الرقابة وكيفيةها، وذلك ضماناً منه لمركزية الرقابة على الشرعية الدستورية، وصولاً من بعد إلى بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور، بما يكفل تكاملها وتجانسها^(١).

- وإن البحث في الاختصاص سابق بطبيعته على الخوض في شكل الدعوى أو موضوعها، وتواجه المحكمة الدستورية العليا من تلقاء ذاتها وقد عقد الدستور الفصل الخامس من بابه الرابع للمحكمة الدستورية العليا، وعهد إليها في المادة ١٧٥ - دون غيرها - بتولي الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين في القانون، ثم صدر القانون المنظم لأوضاعها مبيناً اختصاصاتها، محدداً ما يدخل في ولايتها حصراً، مستبعداً من مهامها ما لا يندرج تحتها، فحولها الاختصاص المنفرد بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح،

(١) الطعن رقم ٧٩ س ١٩ ق جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٤٣٦ .

مانعاً أي جهة مزاحمتها فيه، مفصلاً طرائق هذه الرقابة وكيفية إعمالها وذلك كله على النحو المنصوص عليه في المواد ٢٥، ٢٧، ٢٩ منه، وهي قاطعة في دلالتها على أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا في مجال الرقابة على الدستورية منحصر في النصوص التشريعية أيا كان موضوعها، أو نطاق تطبيقها، أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها ذلك أن هذه النصوص هي التي تتولد عنها مراكز قانونية عامة مجرد وما يميزها كقواعد قانونية هو أن تطبيقاتها مترامية، ودوائرها المخاطبين بها غير متناهية، والآثار المترتبة على إبطالها - إذا أهدرتها هذه المحكمة لمخالفتها الدستورية، وتقارنها محاذير واضحة وكان لازماً بالتالي أن يؤول أمر هذه الرقابة إلى محكمة واحدة بيدها وحدها زمام إعمالها كي تصوغ بنفسها معاييرها ومناهجها، وتوازن من خلالها بين المصالح المثارة على اختلافها، وتتولى دون غيرها بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستورية بما يكفل تكاملها وتجانسها، ويحول دون تفرق وجهات النظر من حولها، وتباين مناحي الاجتهاد فيها^(١).

وقضت محكمة النقض إنه لما كان نص المادة ١٧٥ فقرة أولى من الدستور والمادة ٢٩ من قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أن المحكمة الدستورية العليا هي المنوط بها دون غيرها مهمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين فلا يكون لغيرها من المحاكم الامتناع عن تطبيق نص في القانون لم يقض بعد دستوريته وإنما إذا تراءى لها ذلك في دعوى مطروحة عليها تعين وقفها وإحالتها للمحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية^(٢).

٦- مقومات الخصومة الدستورية: قضت المحكمة الدستورية العليا "إن المشرع في المادة ٢٩/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قد رسم طريقاً معيناً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم إقامتها، وربط بينه وبين الميعاد المحدد لرفعها، فدل بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية، فلا ترفع إلا

(١) الطعن رقم ١٢ س ١٥ ق جلسة ٣ ديسمبر ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٣٨٠.

(٢) الطعن «مدني» رقم ١١٧ س ٦٩ ق جلسة ٣٠ مارس ٢٠٠٠ مجموعة أحكام النقض س ٥١ ج ١ ص ٥٢١.

بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته، ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع محكمة الموضوع تحديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر، وهذه الأوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل فيها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها - إنما تتعلق بالنظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية في التقاضي التي تغيا المشرع بها مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها القانون في الموعد الذي حدده، ومن ثم فإن ميعاد الثلاثة أشهر الذي فرضه المشرع على نحو أمر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، أو الميعاد الذي تحدده محكمة الموضوع في غضون هذا الحد الأقصى، يعتبر ميعاداً حتمياً يتعين على الخصوم الالتزام به لرفع الدعوى الدستورية قبل انقضائه، وإلا كانت غير مقبولة^(١).

- إن رسم المشرع في المادة (٢٩/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ طريقاً معيناً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم إقامتها، وربط بينه وبين الميعاد المحدد لرفعها، فدل بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية، فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته، ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر، وهذه الأوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها - إنما تتعلق بالنظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية في التقاضي التي تغيا المشرع بها مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها المشرع في الموعد الذي حدده، ومن ثم فإن ميعاد الثلاثة أشهر الذي فرضه المشرع على نحو أمر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، أو الميعاد الذي تحدده محكمة الموضوع في غضون هذا الحد الأقصى، يعتبر ميعاداً حتمياً يتعين على الخصوم الالتزام به لرفع الدعوى الدستورية قبل انقضائه، وإلا كانت غير مقبولة^(٢).

(١) الطعن رقم ١١ س ١٧ ق جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٢٢٨ .

(٢) الطعن رقم ٢٢٤ س ٢١ ق جلسة ٣ نوفمبر ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٤٣ .

٧- يتحدد نطاق الخصومة الدستورية التي أتاح المشرع للخصوم إقامتها بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي أثير أمام محكمة الموضوع، وفي الحدود التي تقدر فيها تلك المحكمة جديته، وذلك عملاً بنص البند (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، إذ كان ذلك، وكان الدفع بعدم الدستورية الذي أبداه المدعون أمام محكمة الموضوع قد انصب على قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٩ لسنة ١٩٩٤، الذي اقتصر عليه التصريح بإقامة الدعوى الدستورية، إلا أن الطلبات الختامية في صحيفة الدعوى الدستورية قد تضمنت طعناً بعدم دستورية نص الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ المشار إليه، وأضاف المدعون بمذكرتهم المقدمة بجلسة ٢٠٠٢/٣/١٠ طلباً آخر بعدم دستورية نص المادة السابعة من القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١، والتي لم يشملها جميعاً الدفع بعدم الدستورية والإذن برفع الدعوى، ومن ثم فإن نطاق الدعوى الماثلة يتحدد بقرار رئيس الجمهورية المشار إليه دون غيره، بما مؤداه انتفاء اتصال الدعوى - في شقها الخاص بالطعن على نص الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ ونص المادة السابعة من القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ - بهذه المحكمة اتصالاً مطابقاً للأوضاع التي رسمها قانونها، والتي لا يجوز الخروج عليها بوصفها ضوابط جوهرية فرضها المشرع لمصلحة عامة حتى ينتظم التقاضي في المسائل الدستورية وفقاً للقواعد التي حددها، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة إليها^(١).

- جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المشرع رسم في البند (ب) من المادة ٢٩ من قانونها طريقاً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم مباشرتها وربط بينه وبين الميعاد المحدد لرفعها فدل بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر وهذه الأوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى أو بميعاد رفعها - تتعلق بالنظام العام

(١) الطعن رقم ٣٢ س ٢٠ ق جلسة ١٤ إبريل ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٢٦٢ .

باعتبارها أشكالاً جوهرية في التقاضي تعيها المشرع مصلحة عامة حتى ينظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها وفي الموعد الذي حدده وإلا كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة. لما كان ذلك وكان المستأنف ضده لم يدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية النصوص التشريعية التي أثار شبهة مخالفتها للدستور أمام هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا لأول مرة وبالتالي لم تصرح له محكمة الموضوع - بعد تقديرها لجدية دفعه - بإقامة الدعوى الدستورية بشأن تلك النصوص فان ذلك يعد اختصاصاً لها بصورة مبتدأة تنحل إلى طعن عليها بالطريق المباشر وبصفة أصلية وهو ما لا يجوز قانوناً إذ لم يجز المشرع الدعوى الأصلية طريقاً للطعن بعدم دستورية النصوص القانونية ومن ثم لا يعدو الطعن على النصوص المشار إليها - على الوجه المتقدم - أن يكون تجريحاً لها بقصد إهدار آثارها بغير الطريق الذي رسمه قانون المحكمة الدستورية العليا مما يتعين معه القضاء بعدم قبول الدعوى بالنسبة إليها^(١).

٨- الخصومة الدستورية دعوى عينية: مما يعني أنها تعتبر مخصصة للقانون المطعون عليه، وتستهدف التشريع المطعون بعدم دستوريته، وتوجه أصلاً إلى من أصدره^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إنه ولئن كان صحيحاً أن الخصومة الناشئة عن الدعاوى الدستورية عينية بطبيعتها، وأن للأحكام التي تصدر فيها حجية مطلقة تتعدى أطرافه إلى السلطات قاطبة وإلى الناس أجمعين، إلا أنه يبقى صحيحاً - في الوقت ذاته، وبالدرجة عينها - أن الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية ليست آراء مجردة غايتها إثراء الفكر القانوني، وإنما هي تصدر بقصد إعمال آثارها، وهو ما تتولاه محكمة الموضوع عند فصلها في النزاع الماثل أمامها على ضوء ما قضت به المحكمة الدستورية العليا فإذا ادعى أحد الخصوم أمام محكمة الموضوع - ولو لم يكن خصماً في الدعوى الدستورية - غموض حكم صادر عن هذه المحكمة أو انبهامه وقدرت محكمة الموضوع لزوم إعمال أثر هذه الحكم على النزاع المطروح عليها كان لها أن تمنح الخصم أجلاً يطلب خلاله من المحكمة الدستورية العليا تفسيره، ولمحكمة الموضوع كذلك وقد

(١) الطعن رقم ٣٥ س ١٩ ق جلسة ٤ نوفمبر ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٧٩٠.

(٢) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤١٩.

حولتها المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الحق في أن تحيل إلى هذه المحكمة النصوص القانونية التي يترأى لها عدم دستورتيتها واللازمة للفصل في النزاع الموضوعي المعروف عليها، أن تطلب من تلقاء نفسها ذلك التفسير من المحكمة الدستورية العليا، بحسبان أن غموض قضاءها يثير خلافاً حول معناه ويعوق بالتالي مهمة محكمة الموضوع في شأن إعمال أثره على الواقع المطروح عليها^(١).

وحيث إن الخصومة في الدعوى الدستورية، وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية، قوامها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور؛ تحرياً لتطابقها معها إعلاءً للشرعية الدستورية، ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الدعوى الدستورية أو هي بالأحرى محلها، وإهدارها بقدرتها تراها مع أحكام الدستور هي الغاية التي تبتغيها هذه الخصومة، وأن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في تلك الدعوى يقتصر نطاقها على النصوص التشريعية التي كانت مثاراً للمنازعة حول دستورتيتها، وفصلت فيها المحكمة فصلاً حاسماً بقضائها، ولا تمتد إلى غير تلك النصوص، حتى لو تطابقت في مضمونها، كما أن قوة الأمر المقضي لا تلحق سوى منطوق الحكم وما يتصل به من الأسباب اتصالاً حتمياً بحيث لا تقوم له قائمة إلا بها^(٢).

ومع ذلك، فإن عينية الدعوى الدستورية لا تفيد - لزوماً - التحلل في شأنها من شرط المصلحة الشخصية المباشرة أو أن هذا الشرط يعتبر منفكاً عنها، إذ لو صح ذلك - وهو غير صحيح - لجاز الطعن على النصوص التشريعية المدعى مخالفتها للدستور عن طريق الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي لا تعدو في حقيقتها أن تكون نزاعاً مع النصوص التشريعية المطعون عليها بقصد بيان حكم الدستور مجرداً في شأنها واستقلالاً عن أية منازعة موضوعية ترتبط بالدعوى الأصلية بها، وهو ما يتعارض وقانون المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن

(١) الطعن رقم ١ س ١٨ ق جلسة ٣ إبريل ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١١٦٤.

(٢) الطعن رقم ٣ لسنة ٣٩ ق «منازعة تنفيذ» جلسة ٧ أبريل ٢٠١٨ الجريدة الرسمية العدد ١٥ مكرر وفي ١٦ / ٤ / ٢٠١٨ ص ٨٩؛ الطعن ٢٧ لسنة ٣٧ ق «منازعة تنفيذ» جلسة ٥ مايو ٢٠١٨ الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر ب في ١٣ / ٥ / ٢٠١٨ ص ١١٦.

الدستور أفرد المحكمة الدستورية العليا بتنظيم خاص حدد قواعده في الفصل الخامس من الباب الخامس المتعلق بنظام الحكم، فناط بها دون غيرها- في المادة ١٧٥ منه- مباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح. كما اختصاصها بولاية تفسير النصوص التشريعية «وذلك كله على الوجه المبين في القانون». وإعمالاً لهذا التفويض- الذي يستمد أصله من الدستور- حدد قانون المحكمة الدستورية العليا القواعد الموضوعية و الإجرائية التي تباشر هذه المحكمة - من خلالها وعلى ضوءها - الرقابة القضائية على دستورية النصوص التشريعية، فرسم لاتصال الدعوى الدستورية بهذه المحكمة طرائق بذاتها حددتها تفصيلاً و بيّنتها حصراً المادتان ٢٧ و ٢٩ من قانون هذه المحكمة باعتبار أن ولوجها وإقامة الدعوى الدستورية من خلالها، من الأشكال الإجرائية الجوهرية التي لا تجوز مخالفتها كي يتتظم التداعي في المسائل الدستورية في إطارها ووفقاً لأحكامها^(١).

- يجوز إبداء الدفع بعدم الدستورية أمام أية محكمة وفي أية حالة كانت عليها الدعوى. جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا، على أن الشرعية الدستورية التي تقوم بمراقبة التقيد بها، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية المطعون عليها أمامها مطابقة لأحكام الدستور. ذلك أن لهذه الشرعية - في موقعها من البنيان القانوني في الدولة - مقام الصدارة وإنفاذها وبلوغ مقاصدها فرع من خضوع الدولة - بكافة تنظيماتها - للقانون والتزامها بمضمونه وفحواه ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، إعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمته للدستور من وجهة مبدئية قوامها ظاهر الأمر في المطاعن الدستورية الموجهة إليه دون انزلاق إلى أغوارها، وذلك أن قيام هذه الشبهة لديها، يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ٢٩ من قانونها، لتتولى دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية المطروحة عليها، متقصية أبعادها، محيطة بجوانبها، متعمقة دخالها، بالغة ببحثها منتهاه، بما مؤداه أنه لا يجوز لأية جهة تتولى الفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها، أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام

(١) الطعن رقم ٣ س ١٤ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٤٧٩.

الدستورية، ولا أن تنحيها جانباً، بل يتعين عليها أن تنزل القواعد الدستورية المنزلة الأعلى التي تبوؤها، وإلا آل أمر الإعراض عنها إلى إعمالها لنصوص تشريعية لأزمة للفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها، ولو داخلتها شبهة ترجح مخالفتها للدستور بخروجها على زواجه ونواحيه وهو ما يناقض سيادة القانون - والدستور على القمة من مدارجه - ويخل كذلك بضرورة أن تكون الشرعية الدستورية راسية أساسها، تتكامل عناصرها، وتتواصل حلقاتها دون حلقاتها دون انقطاع، وينقض من جهة أخرى دور المحكمة الدستورية العليا في مباشرة رقابتها على هذه الشرعية، بوصفها أمانة عليها حافظة لها، غير مجاوزة لتخومها، لتفرض بأحكامها كلمة الدستور على المخاطبين بها، فلا ينسلخون منها أو يجيدون عنها. متى كان ذلك، وكان الدفع بعدم دستورية نص تشريعي يطرح بالضرورة - ومن أجل الفصل في هذا الادعاء - ما بين القانونية من تدرج، يفرض عند تعارضها، وإهدار القاعدة الأدنى تغليباً للقاعدة التي تعلوها، وكان من المقرر - وعلى ما سلف البيان - أن القواعد الدستورية تحتل من القواعد القانونية مكاناً علياً، لأنها تتوسد منها المقام الأسمى كقواعد أمرة لا تبديل فيها إلا بتعديل الدستورية ذاته، فإن الدفع بعدم الدستورية لا يكون من قبيل الدفوع الشكلية أو الإجرائية، بل يتغياً في مضمونه ومرماه مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها وتوكيداً لصلتها الوثقى بالنظام العام، وهي أجدر قواعده وأولاها بالإعمال، بما مؤداه جواز إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى، وأمام أية محكمة آيا كان موقعها من التنظيم القضائي الذي يضمها^(١).

إن الدفع بعدم الدستورية ليس من الدفوع التي يخالطها واقع، ولا تعتبر المجادلة فيه مجادلة موضوعية مما تستقل بتقديرها محكمة الموضوع. وإنما ينحل إلى ادعاء بمخالفة نص تشريعي لحكم في الدستور، وهو ادعاء لا يرتبط الفصل فيه بأية واقعة تكون محكمة الموضوع قد حققته. ومن ثم تجوز إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة النقض - التي تعتبر من المحاكم التي عنتها المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، والتي يجوز إثارة مثل هذا الدفع أمامها - ذلك أن

(١) الطعن رقم ٢٣ س ١٤ ق جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ١٧٤ .

إعراضها عن بحثه على ضوء ظاهر الأمر فيه، بمقولة أن رقابتها منحصرة في مسائل القانون وحدها، مؤداه أن يكون مرجعها في هذه الرقابة إلى النصوص التشريعية المعمول بها عند الفصل في الطعن المعروض عليها، ولو كانت معيبة في ذاتها لمخالفتها للدستور. وهو ما يؤول إلى إنزالها لهذه النصوص دوماً على الواقعة التي حصلها الحكم المطعون فيه أياً كان وجه تعارضها مع الدستور. و يناقض ذلك دون ريب التزامها بالخضوع بالقانون - والدستور في مدارجه العليا - وبضرورة أن تكون الشرعية الدستورية متكاملة حلقاتها، وأن تكون لأحكام الدستور الصدارة على ما دونها في المرتبة. و محصلة ما تقدم، أن طبيعة الرقابة التي تباشرها محكمة النقض على محكمة الموضوع، لا تحول بذاتها دون إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها، بل إن إجالتها لبصرها في هذا الدفع، يعكس جوهر رقابتها القانونية، ويعتبر أوثق اتصالاً بها، ذلك أن تقرير ما إذا كان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته يعد لازماً أو غير لازم للفصل في الحقوق المدعى بها، وكذلك ما إذا كان التعارض الذي يثيره الدفع بين هذا النص و حكم في الدستور، يعد - من وجه مبدئية - مفتقراً إلى ما يظاھرهُ أو مرتكناً إلى ما يبرره، كلاهما من مسائل القانون التي يدخل الفصل فيها في ولاية محكمة النقض التي عهد إليها المشرع بمراقبة صحة تطبيقهم على الوقائع التي خلص إليها الحكم المطعون فيه^(١).

٩- الخصومة الدستورية دعوى قائمة بذاتها، ومستقلة عن الموضوع؛ باعتبار أنها تعالج موضوعاً مغايراً لموضوعها، ومن ثم فإن المحكمة الدستورية العليا لا تعتبر جهة طعن بالنسبة

(١) الطعن رقم ١٠٢ س ١٢ ق جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٣٤٣. (قارن) حكم محكمة النقض بدائرتها المدنية والذي قضت فيه أنه لما كان من المقرر أنه لا يجوز التحدي أمام محكمة النقض بدفاع جديد لم يسبق طرحه أو التمسك به أمام محكمة الموضوع إلا إذا كان منصباً على سبب قانوني متعلق بالنظام العام، و كانت عناصره الواقعية مطروحة عليها، و كان النص في المادة ٢٩/ب من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ - سالف البيان على أنه إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة و رأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت الدعوى و حددت لمن آثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد أعتبر الدفع كأن لم تكن . يدل على أن الدفع بعدم دستورية القوانين غير متعلق بالنظام العام و من ثم لا يجوز للمحكمة أن تعرض له من تلقاء نفسها (الطعن رقم ٢٠٣٤ س ٥٦ ق جلسة ٢٦ مارس ١٩٨٩ مجموعة أحكام النقض س ٤٠ ج ١ ص ٨٥٠) .

إلى محكمة الموضوع صاحبة ولاية الفصل في الدعوى الأصلية وما يتصل بها من دفع.

ويتفرع عن هذا الاستقلال أن الدعوى الدستورية التي تقام عن طريق الدفع الفرعي لا يشترط لقبولها تأجيل الدعوى الموضوعية، وفقاً لنص المادة ٢٩ فقرة (ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا؛ لأن هذا التأجيل هو نتيجة لتقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية وضرورة الفصل فيه قبل الحكم في الدعوى الأصلية مما يقتضي تأجيلها، حتى تحسم المحكمة الدستورية النزاع بشأن مسألة الدستورية، ولا يعتبر شرطاً لقبول الدعوى الدستورية. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن المحكمة الدستورية العليا ليست جهة للطعن بالنسبة إلى محكمة الموضوع، وإنما هي جهة ذات اختصاص أصيل حدده قانون إنشائها، ولئن كانت الدعوى الدستورية لا ترفع إلا بعد دفع يثار أمام محكمة الموضوع أو بطريق الإحالة منها إلى المحكمة الدستورية العليا على ما سلف بيانه، إلا أنها متى رفعت إلى هذه المحكمة فأنها تستقل عن دعوى الموضوع لأنها تعالج موضوعاً مغايراً لموضوع الدعوى الأصلية الذي يتصل به الدفع بعدم الاختصاص، ومن ثم تكون محكمة الموضوع دون المحكمة الدستورية العليا - هي صاحبة الولاية في الفصل فيه، ولا يعرض أمر الاختصاص على هذه المحكمة إلا حيث يكون هناك تنازع على الاختصاص بين جهات القضاء أو نزاع قائم بشأن تنفيذ حكمين نهائين متناقضين صادرين من جهتين من تلك الجهات، و يطلب إليها تعيين الجهة المختصة بنظر النزاع أو تحديد أي الحكمين المتناقضين أولى بالتنفيذ و ذلك تطبيقاً للبندين ثانياً و ثالثاً من المادة ٢٥ من قانون إنشاء المحكمة^(١).

١٠- توقف الفصل في الخصومة الموضوعية على الحكم في الخصومة الدستورية: مؤدى نص

الفقرة (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ أن محكمة الموضوع وإن كان لها تقدير جدية الدفع بعدم دستورية نص تشريعي، إلا أنها إذا قدرت ذلك تلتزم بتأجيل نظر الدعوى الموضوعية، وتحديد أجل لرفع الدعوى الدستورية في ميعاد لا يجاوز ثلاثة أشهر فإن رفعت في الموعد المحدد يصبح لازماً على محكمة الموضوع أن

(١) الطعن رقم ٤٧ س ٣ ق جلسة ١١ يونيو ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ١٢٧ .

تتقرب قضاء المحكمة الدستورية العليا - باعتباره كاشفاً عن النصوص القانونية التي ينبغي تطبيقها في النزاع الموضوعي - ولا يجوز لها قبل ذلك أن تفصل في الدعوى الموضوعية إلا إذا تنازل مبدي الدفع عن دفعه بعدم الدستورية، أو اعتبر الدفع بعدم الدستورية كأن لم يكن لعدم رفع الدعوى الدستورية، أو أعملت آثار حكم للمحكمة الدستورية العليا فصل في أمر دستورية النص المطعون عليه، وفيما عدا الحالات المتقدمة على محكمة الموضوع أن تلتزم قضاءها بتقدير جدية الدفع فلا تنحيه فإن خالفت ذلك وقضت في الدعوى المطروحة عليها دون أن توافر أي من الحالات السالف ذكرها فإن قضاءها هذا لا يكون له ثمة أثر قانوني على ولايتها في أن تعيد الفصل في تلك الدعوى على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا في المسألة المطعون بعدم دستوريته^(١).

الأصل أنه متى أقيمت الدعوى الدستورية أمام محكمة الدستورية العليا، دخلت هذه الدعوى في حوزتها، لتهمين عليها وحدها، ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أن تنقض قرارها الصادر بإحالة مسألة دستورية إليها، أو أن تنحى الدفع الفرعي المثار أمامها بعد تقديرها لجديته، بل يجب عليها أن تتربص قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية باعتباره فاصلاً في موضوعها، كاشفاً عن صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها، ملزماً محكمة الموضوع بإعمال أثره في النزاع المعروض عليها، ذلك أن الدستور عقد الفصل الخامس من بابه الرابع لبيان طبيعة المحكمة الدستورية العليا ونطاق ولايتها، وكيفية تشكيلها، والشروط التي يتعين توافرها في أعضائها، وحقوقهم وحصانتهم، وقواعد مساءلتهم تأديبياً، وما يتصل كذلك بنشر أحكامها في الجريدة الرسمية، مقيماً بذلك الركائز اللازمة لضمان فعالية دورها على أسس ثابتة. وإذ نص الدستور في المادة ١٧٥ منه على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على النحو المبين في القانون، وكان قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، قد

(١) الطعن رقم ١٥٥ س ٢٠ ق جلسة ١٣ يناير ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١٤١؛ الطعن رقم ٢٠ س ٣٨ ق دستورية، الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر (ط) في ٦ / ٢٠١٨ ص ٧٨.

أولاًها دون غيرها الاختصاص بمباشرة هذه الرقابة في الأحوال وبالشروط التي فصلها في المادتين ٢٧، ٢٩ منه، وكان الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا كلاهما، قد توخيا بذلك أن يكون أمر هذه الرقابة منعقداً لمحكمة واحدة زمام إعمالها، لتصوغ بنفسها معاييرها ومناهجها، فقد أضحى ممتنعاً - وفيما عدا الأحوال التي تنتفي فيها المصلحة في الدعوى الدستورية، أو التي ينزل فيها الخصم عن دعواه الموضوعية من خلال ترك الخصومة فيها وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، أو التي يتخلى فيها خصم عن دفع بعدم الدستورية كان قد أبداه، أو التي تنحي فيها محكمة الموضوع دعواً فرعياً بعد تقريرها لجديته، إعمالاً من جانبها لقضاء صادر عن المحكمة الدستورية العليا بصحة أو بطلان النص التشريعي الذي كان مطعوناً عليه أمامها في النزاع الموضوعي المعروض عليها وهو ما يدخل في اختصاصها - مواءمة النظر الدعوى الموضوعية قبل أن تفرض المحكمة الدستورية العليا - من خلال رقابتها على دستورية النصوص المطعون عليها - القاعدة القانونية التي يجب تطبيقها وفقاً للدستور على النزاع الموضوعي ومن ثم يكون اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، حائلاً بالضرورة دون الفصل في الدعوى الموضوعية، ومانعاً بذاته من متابعتها، إلى أن تصدر المحكمة الدستورية العليا حكمها في المسألة الدستورية، وهو ما يفيد لزوماً تعليق الفصل في أولاهما على ثانيتهما^(١).

ومؤدى ذلك أن تأجيل الدعوى الموضوعية وكذلك وقفها يتحدان معاً في أن يكون الفصل في النزاع الموضوعي معلقاً وجوباً على قضاء المحكمة الدستورية. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية قانون المحكمة الدستورية العليا، وإن نص في البند (ب) من المادة ٢٩، على أنه إذا قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع المثار أمامها بعدم دستورية نص تشريعي، أجلت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، وكان البند (أ) من المادة ٢٩ من هذا القانون قد حتم على المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي - كل من نطاق الدعوى الموضوعية التي تنظرها - أن تقرر وقفها

(١) الطعن رقم ٩٣ س ١٢ ق جلسة ٥ مارس ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٢١٣ .

وإحالة أوراقها مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا بغير رسوم وذلك إذا تراءى لها عدم دستورية نهض تشريعي لازم للفصل فيها، إلا أن تأجيل الدعوى الموضوعية في الحالة الأولى لا يختلف - في مضمونه أو مرماه - عن وقفها في الحالة الثانية، ذلك أن تأجيل الدعوى في حالة الدفع الفرعي غايته أن تستوثق المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي من أن الخصم الذي أثار هذا الدفع أمامها، قد أقام دعواه الدستورية في الميعاد المحدد لها، ليمتنع عليها بعدئذ الفصل في النزاع الموضوعي، وهو اعتبار منتف بصدد الإحالة المباشرة المنصوص عليها في البند (أ) من المادة ٢٩ المشار إليها، تأسيساً على أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي توافر لديها شبهة مخالفة نص تشريعي للدستور هي التي تحيل - من تلقاء نفسها - هذا النص إلى المحكمة الدستورية العليا لتجلية أمره ولا يتصور بعدئذ إلا أن تقرر وقف الدعوى المنظورة أمامها كأثر ترتب وجوباً على إحالتها لأوراقها إلى المحكمة الدستورية العليا، مما مؤداه أن تأجيل الدعوى الموضوعية وكذلك وقفها يتحدان معاً في نتيجة بذاتها، هي أن يكون الفصل في النزاع الموضوعي معلقاً وجوباً على قضاء المحكمة الدستورية العليا، ومتراحياً بالضرورة إلى حين صدوره^(١).

١١- تنازل المدعي عن الدفع بعدم الدستورية: ولئن كان المشرع - في المادة (٢٩/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا - قد رسم طريقاً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم إقامتها وربط بينه وبين الميعاد المحدد لرفعها، دالاً بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين - علي ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من مقومات الدعوى الدستورية، فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته، ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر، وكانت هذه الأوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل منها بطريق رفع الدعوى أو بميعاد رفعها - تتعلق بالنظام العام باعتبارها أشكالاً جوهرية في التقاضي تغيا بها المشرع مصلحة عامة حتى يتنظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها وفي الموعد الذي حدده، وكانت المدعية قد أقامت دعواها الدستورية

(١) الطعن رقم ٩٣ س ١٢ ق جلسة ٥ مارس ١٩٩٤ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٢١٣ .

الماثلة خلال الموعد الذي حددته محكمة الموضوع بعد تقديرها لجدية الدفع بعدم الدستورية، إلا إن الثابت من الأوراق أنها عادت وتنازلت أمام محكمة الموضوع عن دفعها بعدم الدستورية، بما مؤداه سقوط هذا الدفع، وإهدار كافة الآثار القانونية المترتبة عليه، مما يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى الماثلة^(١).

(١) الطعن رقم ٢١٦ س ٢٠ ق جلسة ١٣ يناير ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١٥٠؛ الطعن رقم ٥٣ س ١٢ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ س ٦ ج ١ ص ١٥٠ .

المطلب الثاني

إجراءات الخصومة الدستورية

١- تمهيد: تتلخص إجراءات الدعوى الدستورية في اتصال المحكمة بها بالطريق الذي رسمه القانون، ورفع الدعوى خلال الميعاد المحدد لرفعها، وتوقيع الأوراق من محام مقبول أمام المحكمة وإيداع الأوراق وقيدها قلم كتاب المحكمة، واستيفاء صحيفتها أو قرار الإحالة لبيانات معينة، والاعلان والتعقيب وتهيئة الدعوى للفصل فيها.

الأول: اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً: حدد الشارع طرق اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا في المادتين ٢٧، ٢٩ من قانون هذه المحكمة. واتصال الدعوى الدستورية بقاضيها قد يمر بطريق قضاء الموضوع، وقد يكون تصدى القاضي الدستوري مباشرة للمسألة الدستورية مثار البحث هو طريقه.

وطرق التداعي المرسومة قانوناً، عبّر هذا الطريق أو ذاك، هي التي حددها قانون المحكمة الدستورية على سبيل الحصر، فلا يعد مضافاً إليها كطرق قائمة بذاتها إثارة المسائل الدستورية من خلال المنازعات الموضوعية المناطة بالمحكمة الدستورية العليا بنص المادة ١٦ من قانونها، أو بطريق الارتباط غير القابل للتجزئة بمسائل دستورية مطروحة أصالة على محكمتها.

أولاً: الاتصال بالدعوى من خلال قضاء الموضوع: الجهة المقصودة بقضاء الموضوع هي التي أناط بها الشارع ولاية إنزال حكم القانون على ما يطرح أمامها من خصومات، فتفصل فيها، وعبر ضمانات وإجراءات محددة قانوناً، بحكم حائز للحجية يصبح بها عنواناً للحقيقة فيما خلص إليه^(١).

(أ) الجهة القضائية وفقاً للتحديد العام:

١- مدلول الجهة القضائية: لا ينصرف مدلول الجهة القضائية إلى المحاكم القضائية التقليدية

(١) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٤٢٦-٤٢٧.

فحسب، وإنما يشمل أيضاً الهيئات التي ينشئها الشارع مضيفاً عليها الصفة القضائية ومنيطاً بها ولاية القضاء في مجالات معينة، وبكافة أنواع هذه أو تلك، لذا جمع نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بين هذه الصور وتلك حين عيّن قضاء الموضوع بالمحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن "جهة القضاء أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، هي تلك التي تستمد ولايتها من القانون محدد لاختصاصها، يكون مبيناً لإجراءات نظر الخصومة أمامها، مفصلاً لضمائنها القضائية، ومقيداً أحكامها بأن تصدر على أساس قاعدة قانونية محددة سلفاً، لتكون عنواناً للحقيقة، متى حازت قوة الأمر المقضي بما مؤداه أن الجهات والهيئات التي تتنازع الاختصاص فيما بينها - إيجابياً كان هذا التنازع أم سلبياً - هي تلك التي منحها المشرع ولاية القضاء في نزاع معين، وتتوافر لقرارتها القضائية في شأن هذا النزاع، خصائص الأحكام ومقوماتها، وترقى بالتالي إلى مرتبتها، باعتبارها من جنسيتها، وكان نهوض المحكمة الدستورية العليا لفض التنازع بين هذه الجهات والهيئات، أو بين بعضها البعض، يقتضيها إعمال القواعد الآمرة التي حدد بها المشرع - بتفويض من المادة ١٦٧ من الدستور - ولاية كل منها، باعتبار أن ما يدخل في اختصاص كل جهة أو هيئة من بينها، يعتبر محجوزاً لها وموقوفاً عليها، فقد وجب الارتكان إلى هذه القواعد لإسناد الخصومة القضائية التي وقع التنازع على الاختصاص بصدها، إلى أحق هذه الجهات أو الهيئات بالفصل فيها^(١).

وأن جهة القضاء هي الجهة التي تقوم بولاية القضاء، والهيئة ذات الاختصاص القضائي في مفهوم المادة ٢٥ سالف الذكر هي كل هيئة خولها المشرع سلطة الفصل في خصومة بحكم تصدره بعد إتباع الإجراءات القضائية إلى يحددها القانون، وهي جميعاً جهات قضائية متعددة في نظامنا القضائي خصها المشرع بالفصل في خصومات «موضوعية» ونظم الاختصاص فيما بينها على هدي من أحكام الدستور بحيث إذا تنازعت فيما بينها حول الاختصاص، كانت المحكمة الدستورية العليا هي وحدها صاحبة الولاية في حسم هذا التنازع وتعيين الجهة القضائية المختصة،

(١) الطعن رقم ٨ س ١٥ ق جلسة ٤ يونيو ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٨٥٦.

وذلك باعتبارها هيئة قضائية مستقلة وقائمة بذاتها وخارجة عن هذه الجهات القضائية^(١).

الدستور عقد الفصل الرابع من بابه الخامس الخاص بنظام الحكم للسلطة القضائية، ونص في المادة ١٦٥ على أن السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون وفي المادة ١٦٧ على أن «يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم» وفي المادة ١٧٢ على أن «مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى» وفي المادة ١٧٣ على أن يقوم على شئون الهيئات القضائية مجلس أعلى يرأسه رئيس الجمهورية. ويحدد القانون طريقة تشكيله واختصاصه وقواعد سير العمل فيه، ويؤخذ رأيه في مشروعات القوانين التي تنظم شئون الهيئات القضائية». فدل بذلك على مفارقتها - في الاصطلاح - بين السلطة القضائية من جهة، وبين الهيئات القضائية من جهة أخرى والهيئات ذات الاختصاص القضائي من جهة ثالثة. فالأولى: هي إحدى سلطات الدولة الثلاث، وتقوم على ولاية القضاء، وتستقل بشئون العدالة، في مقابلة السلطين التشريعية والتنفيذية. وأما الثانية فجامعها أنها هيئات تسهم في سير العدالة، ويقوم على شئونها المشتركة، وينسق بينها مجلس أعلى يرأسه رئيس الدولة وقد فوض الدستور المشرع في بيان طريقة تشكيله واختصاصاته بما لا يخل باستقلال هذه الهيئات، ولا يتعارض واختصاصات مجالسها الخاصة، فضلاً عن لزوم أخذ رأيه في مشروعات القوانين المنظمة لشئونها، وطبقاً لقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩، يضم هذا المجلس في عضويته رئيس المحكمة الدستورية العليا ورئيس محكمة النقض ورئيس مجلس الدولة ورئيس هيئة قضايا الدولة ورئيس هيئة النيابة الإدارية. وأما الثالثة: فهي الهيئات التي خولها المشرع ولاية الفصل في خصومات محددة، وبأحكام تصدرها بعد اتباع الاجراءات القضائية، وفي إطار من ضمانات التقاضي، فهي جهات ذات اختصاص قضائي استثنائي^(٢).

(١) الطعن رقم ٢ س ٥ ق جلسة ١٦ يونيو ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٤١٥.

(٢) الطعن رقم ١٩٣ س ١٩ ق جلسة ٦ مايو ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٥٤٨.

- أن التمييز بين الأعمال القضائية وبين غيرها من الأعمال التي تلتبس بها، وإنما يقوم على مجموعة من العناصر قد لا تتحدد بها ضوابط هذا التمييز على وجه قطعي ولكنها تعين على إبراز الخصائص الرئيسية للعمل القضائي ولما يعد جهة القضاء، ومن بينها أن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين يفترض أن يكون اختصاص هذه الجهة محددًا بقانون وليس بأداة تشريعية أدنى، وأن يغلب على تشكيلها العنصر القضائي الذي يلزم أن تتوفر في أعضائه ضمانات الكفاية والحيدة والاستقلال، وأن يعهد إليها المشرع بسلطة الفصل في خصومة بقرارات حاسمة لا تخضع لمراجعة أية سلطة غير قضائية، دون ما إخلال بالضمانات القضائية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها، والتي تقوم في جوهرها على إتاحة الفرص المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها، وتمحيص ادعاءاتهم على ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفاً، ليكون القرار الصادر في النزاع مؤكداً للحقيقة القانونية مبلوراً لمضمونها في مجال الحقوق المدعى بها أو المتنازع عليها^(١).

- أن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين يفترض أن يكون اختصاص هذه الجهة محددًا بقانون وأن يغلب على تشكيلها العنصر القضائي الذي يلزم أن تتوفر في أعضائه ضمانات الكفاية والحيدة والاستقلال وأن يعهد إليها المشرع بسلطة الفصل في خصومة بقرارات حاسمة ودون إخلال بالضمانات القضائية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها والتي تقوم في جوهرها على إتاحة الفرص المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها وتمحيص ادعاءاتهم على ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفاً ليكون القرار الصادر في النزاع مؤكداً للحقيقة القانونية مبلوراً لمضمونها في مجال الحقوق المدعى بها أو المتنازع عليها^(٢).

- أن البين من استقراء أحكام القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ المشار إليه أن المشرع قد ناط بالجنة المنصوص عليها في المادة الثامنة من هذا القانون، اختصاص الفصل في الطعن في قرارات تقدير مقابل التحسين وراعى في تشكيل هذه اللجنة أن تكون برئاسة رئيس المحكمة

(١) الطعن رقم ١٣٧ س ٢٠ ق جلسة ٤ مارس ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٤٩٠.

(٢) الطعن رقم ١٣٣ س ٢٢ ق جلسة ٤ أغسطس ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١٠٤٩.

الابتدائية، وحرص على تقرير ضمانات التقاضي وإجراءاته أمامها من إعلان ذوي الشأن وسماع دفاعهم، وعدم اشتراك من تكون له أو لذويه مصلحة في النزاع، وصدور القرار مسبباً (المواد ٧، ٨، ٩ من هذا القانون)، ومن ثم تعتبر هذه اللجنة هيئة ذات اختصاص قضائي في تطبيق أحكام المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩^(١).

- أن التمييز بين الأعمال القضائية وبين غيرها من الأعمال التي تلتبس بها، وإنما يقوم على مجموعة من العناصر قد لا تتحدد بها ضوابط هذا التمييز على وجه قطعي ولكنها تعين على إبراز الخصائص الرئيسية للعمل القضائي ولما يعد جهة القضاء، ومن بينها أن إسباغ الصفة القضائية على أعمال أية جهة عهد إليها المشرع بالفصل في نزاع معين يفترض أن يكون اختصاص هذه الجهة محددًا بقانون وليس بأداة تشريعية أدنى، وأن يغلب على تشكيلها العنصر القضائي الذي يلزم أن تتوافر في أعضائه ضمانات الكفاية والحيدة والاستقلال، وأن يعهد إليها المشرع بسلطة الفصل في خصومة بقرارات حاسمة لا تخضع لمراجعة أية سلطة غير قضائية، دون ما إخلال بالضمانات القضائية الرئيسية التي لا يجوز النزول عنها، والتي تقوم في جوهرها على إتاحة الفرص المتكافئة لتحقيق دفاع أطرافها، وتمحيص ادعاءاتهم على ضوء قاعدة قانونية نص عليها المشرع سلفاً، ليكون القرار الصادر في النزاع مؤكداً للحقيقة القانونية مبلوراً لمضمونها في مجال الحقوق المدعى بها أو المتنازع عليها. والبين من أحكام لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل في ١٩٥٥/١/٤ معدلة بالقرار الصادر في ١٩٥٥/١٢/٢٩ أنها اختصت في المادة ٢ منها دائرة الاحوال الشخصية بالمحكمة الابتدائية بالنظر في مسائل عدة تتعلق بالمأذونين، كتقسيم المأذونيات، كتقسيم المأذونيات، وضم أعمال مأذونية إلى أخرى، وإجراء الامتحان للمرشحين للمأذونية وتعيين المأذونين ونقلهم وقبول استقلالهم، كما يشتمل هذا الاختصاص تأديبهم عن الأعمال المخالفة لواجبات وظائفهم، وأعطت لها - عند ثبوت المخالفة - الحق في توقيع بعض العقوبات التي عدتها المادة ٤٣ من ذات اللائحة، والتي تتمثل في الإنذار والوقف عن العمل والعزل من الوظيفة. ولما كانت تلك الدائرة حال مباشرتها اختصاص تأديب المأذونين لا تنعقد

(١) الطعن رقم ١٢ س ٨ ق جلسة ٤ يونيو ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ١٣٤.

بصفتها القضائية، وإنما بوصفها سلطة رئاسية لهم تملك قبلهم ما تملكه السلطات الرئاسية تجاه مرؤوسيه من إصدار قرارات توقيع العقوبات التأديبية عليهم، وآية ذلك أن القرارات الصادرة منها بعزل المأذونين تأديبياً تخضع - وعلى ما تنص عليه المادة ٤٦ من اللائحة المشار إليها، للتعديل أو الإلغاء من قبل وزير العدل والذي يعد - بهذه المثابة - سلطة تصديق بالنسبة للدائرة المذكورة تختص بالتعقيب على بعض قراراتها الصادرة بشأن المأذونين، ومن ثم فلا تعد هذه القرارات أحكاماً قضائية. وإذا كان اختصاص دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة الابتدائية بنظر تأديب المأذونين قد نيط بها إعمالاً لأحكام لائحة المأذونين الصادرة بقرار من وزير العدل، ولم يصدر قانون بإسناد هذا الاختصاص إليها، وكان بعض ما تصدره من قرارات في شأن هؤلاء المأذونين تخضع للتعديل والإلغاء من الوزير، فإن الدائرة المشار إليها حال مباشرتها هذا الاختصاص لا تعد جهة قضائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي مما عنته المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا^(١).

- قاله أن اللجان القضائية التي عهد إليها المشرع بمقتضى نص المادة الثالثة عشرة المطعون عليها، بالفصل في المسائل التي ناطها بها، تعد لجناً إدارية لا يلتئم تكوينها ومفهوم القاضي الطبيعي، مردود بما جرى عليه قضاء المحكمة العليا في القضية المقيدة بجدولها برقم ٩ لسنة ٧ قضائية «دستورية» ثم هذه المحكمة في القضية المقيدة بجدولها برقم ٤ لسنة ٨ قضائية «دستورية» من أن هذه اللجان تعد جهة قضائية اختصاصها المشرع بالفصل دون سواها في المنازعات الناشئة عن قوانين الإصلاح الزراعي، وأن قراراتها تعتبر بالتالي أحكاماً قضائية يجوز الطعن فيها - وعملاً بنص المادة الثالثة عشرة المشار إليها - أمام المحكمة الإدارية العليا التي لا تنحصر ولايتها في مجال نظر الطعون المعروضة عليها في مجرد تطبيق صحيح حكم القانون في شأنها، ولكنها تمتد إلى تقدير ما إذا كان الدليل في شأن الوقائع المتنازع عليها، مستمداً من أصول لها مصدرها من الأوراق، محمولاً عقلاً عليها، ومنتجاً في إثباتها^(٢).

(١) الطعن رقم ١٣٧ س ٢٠ ق جلسة ٤ مارس ٢٠٠٠ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٤٩٠.

(٢) الطعن رقم ٢٤ س ١٥ ق جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٢٣٣.

- لما كانت القرارات التي تصدرها اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي، وهي تمارس عملاً قضائياً أسنده إليها المشرع، تعتبر بحسب طبيعتها أحكاماً قضائية وليست قرارات إدارية، وكان مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي إذ يباشر - في صدد اعتماده قرارات هذه اللجنة - ما اختص به بنص صريح في القانون، فإن ما يتولاه في هذا الشأن يتداخل مع عمل اللجنة، وهو عمل قضائي على ما سلف بيانه، بحيث تلحق الصفة القضائية ما يصدره المجلس من قرارات^(١)

- إخلال أحد أعضاء هيئة قضايا الدولة بالثقة والاعتبار اللذين ينبغي توافرهما فيه أو بواجبات وظيفته أو مقتضياتها يعتبر ذنباً إدارياً مؤخذاً عليه قانوناً وإسناده إليه ينبغي أن يكون مسبقاً بتحقيق متكامل لا يقتصر على بعض عناصر الاتهام بل يحيط بها جميعاً ويمحص أدلتها مع ضمان الفرص الكافية التي يقتضيها سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق فلا يكون التحقيق مبتسراً أو مجرداً من ضمان موضوعيته بل وافياً أميناً وكلما استكمل التحقيق عناصره وكان واضحاً بأن للتهمة معينها من الأوراق كان عرضه لازماً على الجهة التي أولاهها المشرع مسئولية الفصل فيه بشرطين أولهما أن تكون قضائية في تشكيلها وضماناتها. ثانيهما: ألا يكون من بين أعضائها من اتصل بإجراء سابق على توليها لمهامها سواء كان تحقيقاً أو اتهاماً ذلك أن عضو الهيئة القضائية يتولي وظيفة لها خطرهما أوثق اتصالاً برسالتها وادعاء الإخلال بها يكون سقيماً إذا كان بغير دليل نائباً عما يعتبر غيياً فلا يتسم بالاندفاع أو التحامل^(٢).

- البين من قوانين الهيئات القضائية المختلفة أن المشرع بعد أن جمع الدستور بينها في إطار مجلس أعلى واحد يقوم على شئونها ويتولى التنسيق بينها وضع لأعضائها قواعد موحدة تنظم شئونهم الوظيفية وحصنهم بضمانة عدم القابلية للعزل كما حظر عليهم الاشتغال بالعمل السياسي بكافة صوره، مساوياً بذلك بينهم في الحقوق والواجبات، ونظم مساءلتهم تأديبياً على نحو يكفل للخصومة التأديبية - في مجال العمل القضائي - خصوصيتها ودقائقها التي ينافيها أن يطرح أمرها على غير أهلها لتظل خفاياها وراء جدران مغلقة فلا يهتك سترها، فعهد بولاية

(١) الطعن رقم ٩ س ١ ق جلسة ٧ فبراير ١٩٨١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١ ج ١ ص ١٧٢.

(٢) الطعن رقم ١٦٢ س ١٩ ق جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١١٠٣.

التأديب إلى «مجلس» أو «لجنة» خاصة مشكلة من أعضاء يمثلون من الهيئة التي ينتمون إليها أعلى مواقعها توكيداً لأولويتهم في مجال البصر بأمورها، وضماناً لاستقلالهم بشئون أعضائها وتقديراً بأن الدستور لا يحول - وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة - دون أن يعهد المشرع بالفصل في الدعوى التأديبية - في مجال العمل القضائي - إلى هيئة ذات اختصاص قضائي^(١).

- لئن فوض الدستور - بمقتضى المادة ١٨٣ - المشرع في تنظيم القضاء العسكري وبيان اختصاصاته، إلا أنه قيد هذا التفويض - بنص غير مسبق - بأن يكون ذلك التنظيم في حدود المبادئ الواردة في الدستور، وإذ كان الدستور بما نص عليه في المادة ٦٨ من أن لكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، قد دل - علي ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - علي أن هذا الحق في أصل شرعته هو حق للناس كافة تتكافأ فيه مراكزهم القانونية في سعيهم لرد لعدوان علي حقوقهم دفاعاً عن مصالحهم الذاتية، وأن الناس جميعاً لا يميزون فيما بينهم في مجال حقهم في النفاذ إلى قاضيه الطبيعي، ولا في نطاق القواعد الإجرائية أو الموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية ولا في مجال التداعي بشأن الحقوق المدعي بها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروطها، إذ ينبغي دوماً أن يكون للخصومة الواحدة قواعد موحدة سواء في مجال اقتضاها أو الدفاع عنها أو الطعن في الأحكام التي تصدر فيها، وكان مجلس لدولة - بنص المادة ١٧٢ من الدستور - هو قاضي القانون العام في المنازعات الإدارية، ما فتى قائماً عليها، باسطاً ولايته علي مختلف أشكالها وتعدد صورها، لما كان ما تقدم وكانت المادة ٦٥ من الدستور تنص علي أن تخضع الدولة للقانون، وأن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات، وكان الدستور قد أكد في المادة ١٦٥ أن المحاكم هي التي تتولى السلطة القضائية، فإنه إذا ما قدر المشرع ملاءمة إسناد الفصل في بعض الخصومات استثناء إلى إحدى الهيئات ذات الاختصاص القضائي فإن سلطته في هذا الشأن تكون مقيدة بعدم خروج علي نصوص الدستور، وعلي الأخص تلك التي تضمنتها المواد ٤٠، ٦٨، ١٦٥، ١٧٢ بل يتعين عليه التأليف بينها في مجموعها، وبما يحول دون تناقضها فيما بينها أو تهادمها، ومن ثم فلا يجوز - علي ما اطرده عليه

(١) الطعن رقم ٥ س ٢٢ ق جلسة ٤ أغسطس ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١٣١٣.

قضاء هذه لمحكمة - إيلاء سلطة القضاء في منازعات بعينها إلى غير قاضيه الطبيعي إلا في أحوال استثنائية تكون الضرورة في صورتها الملجئة هي مدخلها، وصلتها بالمصلحة العامة - في أوثق روابطها - مقطوعاً بها، ومبرراتها الحتمية لا شبهة فيها، وهذه العناصر جميعها ليست بمنأى عن الرقابة القضائية لهذه للمحكمة، بل تخضع لتقييمها، بما لا يخرج نص أي من المادتين (٦٨ و ١٧٢) من الدستور عن أغراضها التفافاً حولها، بل يكون لمضمونها مجاله الطبيعي الذي حرص المشرع الدستوري علي عدم جواز إهداره، ذلك أن ما يقرره الدستور في المادة ١٦٧ لا يجوز اتخاذه موطئاً لاستنزاف اختصاص لمحاكم أو التهوين من تخصيص الدستور بعضها بمنازعات بذواتها باعتبارها قاضيه الطبيعي وصاحبة الولاية العامة بالفصل فيها. الأنزعة الإدارية فيما يصدر في شأن طلاب المعاهد العسكرية من قرارات إدارية ما اتصل منها بتحصيلهم الدراسي، أو ما تعلق باجتيازهم لما يعقد لهم من اختبارات، إنما تتماثل في طبيعتها وتتحد في جوهرها مع المنازعات الخاصة بإقرائهم طلاب الجامعات والمعاهد العليا التابعة لوزارة التعليم أو الخاضعة لإشرافها فهي صنوها، والدراسة هي لبها ومحورها جميعاً، وهؤلاء وأولئك يدعون فيها بصفة واحدة بكونهم طلاباً، وكان يلزم إعمالاً للأصل المقرر بنص المادة ١٧٢ من الدستور أن ينعقد الاختصاص بنظرها جميعاً - دون تفرقة - لمحاكم مجلس الدولة باعتباره قاضيه الطبيعي، إذ كان ذلك فإن النص الطعين إذ أفرد المنازعات المتعلقة بطلاب المعاهد العسكرية بنظام قضائي خاص يشد عن نظام التداعي الأصلي في شأن المنازعات الإدارية قاضية، منحياً ما بين هذه النظائر - المتحدة معطياتها - من توافق، مفترضاً تحالفها فيما بينها، إنما يخل بما يتعين قيامه من قواعد موحدة في شأنها عامة، ويخص هذا الفريق من الطلاب - دون مجموعهم - بالتنظيم المطعون فيه - مع أنهم - في عمومهم - إزاء حق التقاضي فيما ينشأ عن دراستهم من أنزعه، ذوو مراكز قانونية متماثلة. إن ما تغياه المشرع - بالنص الطعين - من توحيد القواعد التي تسري علي الطعن في القرارات الإدارية الصادرة في القوات المسلحة، لا يقوم دليلاً علي أن واقعاً قائماً، بات ضرورة ملجئة، أوجبت - تحقيقاً للصالح العام - انتزاع الاختصاص بنظر المنازعات التي عنها من مجلس الدولة المعقود له أصلاً ولاية القضاء فيها باعتباره قاضيه الطبيعي وإسناده استثناء إلى اللجنة المشار إليها، خاصة وأن طلاب المعاهد العسكرية لا يندرجون قبل تخرجهم منها ضمن

الضباط العاملين في لقوات المسلحة، بما مؤداه أن أنزعتهم الإدارية إنما تزيلها وتنفك عنها تلك الطبيعة الخاصة التي أملت أن تختص تلك اللجنة - دون غيرها - بنظر منازعات أولئك الضباط في القرارات الإدارية المتعلقة بشئونهم الوظيفية والانضباطية، ومن ثم فإن قياس أولاهم علي أخراهما هو قياس في غير محله^(١).

-الأصل في التحكيم - على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة المالأة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية. ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن اليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها وذلك سواء كان موضوع الحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق إذ يحدد طرفاه - وفقاً لأحكامه - نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما والتي ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها وهما يستمدان من اتفاقهما على التحكيم التزامهما بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد الحكام منه سلطانهم ولا تولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة وبهذه المثابة فان التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان ذلك أن مقتضاه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي انصب عليها استثناء من أصل خضوعها لولايتها^(٢).

-التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان، ذلك أن مقتضاه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي انصب عليها، استثناء من أصل خضوعها لولايتها، وعلى تقدير أن

(١) الطعن رقم ٢٢٤ س ١٩ ق جلسة ٩ سبتمبر ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س في ٩ ج ١ ص ٧٠٩؛ الطعن رقم ٨٩ س ٢١ ق جلسة ٤ أغسطس ٢٠٠١ س ٩ ج ١ ص ١٠٥٥.

(٢) الطعن رقم ٨٤ س ١٩ ق جلسة ٦ نوفمبر ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٣٨٥.

المحكمين يستمدون ولايتهم عند الفصل فيها، إما من اتفاق يكون سابقاً على قيام النزاع، أو لاحقاً لوجوده. خصومة التحكيم لا يتم الفصل فيها إلا بقرار يعتبر منهاياً لها، مكفولاً بتنفيذه بوسائل قضائية في طبيعتها. فلا يتمحض توصية يكون نفاذها معلقاً على قبول أطرافها لها، بل ينحل أمراً مقضياً بعيداً عن أن يكون توفيقاً بين وجهات نظر يعارض بعضها بعضاً متوخياً تقريبها فيما بينها. ولاية التحكيم لا تستنھضها قاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، بل مردها إلى الإرادة التي يفصح عنها اتفاق التحكيم، سواء كان موضوعه نزاعاً قائماً أو محتملاً. فإذا لم يكن ثمة اتفاق أصلاً، أو كان الاتفاق باطلاً قانوناً، أو كان محدداً نطاق المسائل التي يشملها التحكيم، ولكن الهيئة التي تتولاه جاوزتها، كان فصلها في النزاع المعروض عليها، غير جائز. ولا كذلك اللجان المنصوص عليها في المادة ١٥٧ من قانون التأمين الاجتماعي، ذلك أن تشكيلها ومباشرتها لمهامها يستند إلى قاعدة قانونية أمرة، يكون بها نص القانون مصدراً مباشراً لإنشائها وتوليها لوظائفها. ولا تصدر هذه اللجان قراراً فاصلاً نهائياً في الحقوق التي يطلبها المؤمن عليهم منها وفقاً لقانون التأمين الاجتماعي، بل يتمحض عملها عن مساع حميدة تبذلها من أجل تسويتها ودياً، فلا يحمل المؤمن عليهم على قبول نتائجها^(١).

- أن الفصل في الدعوى التأديبية المقامة ضد أحد محضري المحاكم الابتدائية معقود بنص الفقرة الثانية من المادة ١٦٧ من قاوم السلطة القضائية لمجلس التأديب باعتباره هيئة ذات اختصاص قضائي يشارك فيه رئيس المحكمة الابتدائية الذي أجازت له المادة ١٦٨ أن تقام هذه الدعوى بناء على طلبه وكان الاصل ألا يطلب إقامتها قبل أن يستكمل التحقيق مجراه وأن يكون قد جال بصره فيه بعد عرضه عليه مرجحاً - على ضوء اعتقاده - ما إذا كان بنيانه متماسكاً أو متهدماً منتهاً من ذلك إلى المضي في الدعوى التأديبية أو التخلي عنها وكان ذلك لا يعدو أن يكون رأياً مؤثراً في موضوعية تلك الخصومة وحائلاً دون تأسيسها على ضمانة الحيدة التي لا يجوز اسقاطها عن أحد المتقاضين لتسعهم جميعاً على تباينهم^(٢).

(١) الطعن رقم ١٤٥ س ١٩ ق جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٤٢٣.

(٢) الطعن رقم ١٣٣ س ١٩ ق جلسة ٣ أبريل ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٢٣٧.

ما لا يدخل في عداد الهيئات القضائية:

-الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، تستمد اختصاصها من المادة ٦٦ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، التي تنص على أن تختص هذه الجمعية العمومية بإبداء الرأي مسبباً في المسائل والموضوعات الآتية:

[أ] . -- . [ب] . --- . [ج] . --- . [د] المنازعات التي تنشأ بين الوزارات، أو بين المصالح العامة، أو بين المؤسسات العامة، أو بين الهيئات المحلية، أو بين هذه الجهات وبعضها البعض، وكان من المقرر أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع - لا تعتبر في ممارستها لهذا الاختصاص، جهة قضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي، ذلك أن ما يصدر عنها في المسائل التي اختصاصها البند [د] من المادة ٦ قانون مجلس الدولة بنظرها، لا يعدو أن يكون رأياً في مجال الإفتاء، لا تنعقد به خصومة بين طرفين، ولا يلزم للفصل في المنازعة التي يتعلق هذا الرأي بها، مراعاة حد أدنى من إجراءات التقاضي أو ضماناته الرئيسية.

وآية ذلك أن قانون مجلس الدولة، قد فصل فصلاً كاملاً بين الوظيفة القضائية التي تتولاها محاكم مجلس الدولة دون غيرها، وبين مهام الإفتاء، ومراجعة النصوص القانونية التي عهد بها إلى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الأحوال التي عينها، وكان الفصل بين هاتين الوظائفيتين، مؤداه أنها لا تتداخلان مع بعضهما، ولا تحل إحداها محل الأخرى، أو تقوم مقامها، وكان لا ينال مما تقدم ما قرره قانون مجلس الدولة من أن الآراء التي تبديها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المنازعات التي نص عليها البند [د] من المادة ٦٦ من هذا القانون، إنما تقيّد الجهات والهيئات الإدارية المعتبرة طرفاً فيها، ذلك أن الصفة الإلزامية لآرائها في تلك المنازعات، تعني إنفاذها جبراً على الجهات والهيئات التي وقع الخلف بينها، وحملها على النزول على مقتضاها، وغايتها ألا ينقلب النزاع إلى خصومة مستعمرة تتعقد إجراءاتها، ويطول أمدها، ويتبدد معها الجهد والمال في غير طائل، ولأن الجهات والهيئات التي عناها [د] من المادة ٦٦ من ذلك القانون، جميعها من أفرع السلطة التنفيذية أو من أدوات النهوض بالمرافق العامة وتسييرها، وليس لأياً أن تتحلل من التزامها بالخضوع للقانون، محدداً على ضوء الآراء المحايدة تصدر عن

الجمعية العمومية المشار إليها، لو لم تكن لها خصائص الأحكام ومقوماتها، بسبب عدم تعلقها بالوظيفة القضائية^(١).

- أن النيابة العامة إذ تمارس سلطة التحقيق، ولا تعتبر جهة قضاء ولا هيئة ذات اختصاص قضائي المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، ذلك أن المشرع يعني في هذا النص أن يكون النزاع مطروحاً أمام جهتين من جهات الحكم تستمد كليهما ولاية القضاء من قانون محدد لاختصاصها مبين لإجراءات و ضمانات التقاضي أمامها، ويصدر الحكم على أساس قاعدة قانونية حاسماً للخصومة بحيث يعتبر عنواناً للحقيقة فيما قضى به متى حاز قوة الأمر المقضي، وليس هذا شأن النيابة العامة عند مباشرتها سلطة التحقيق، ذلك أن ما تجرّبه في هذا الخصوص - وأن كان يعد عملاً قضائياً - إلا أنه لا يجعل منها جهة من جهات الحكم التي تستقل وحدها بالفصل في الدعوى الجنائية عند رفعها إليها^(٢).

- مؤدى المادة ٨٤ من قانون المحاماة أن اللجنة المشكلة طبقاً لها يخلو تشكيلها من العنصر القضائي وأن المشرع لم يقرر لها كيانه ذاتياً مستقلاً عن النقابة الفرعية وأن أعضاءها - بحكم موقعهم على القمة من تنظيمهم النقابي - إنما ينظرون المنازعة بشأن تقدير أتعاب المحاماة في كنف نقابتهم التي تعني أساساً بالمصالح المهنية الخاصة لأعضائها وأن المشرع لم يكفل لطرح النزاع على هذه اللجنة الضمانات الجوهرية للتقاضي التي ينطوي تحتها حق كل خصم في عرض دعواه وطرح أدلتها والرد على ما يعارضها على ضوء فرص يتكافأ أطرافها فيها جميعاً بل فرض على هذه المنازعة نهجاً اجرائياً حائفاً فقصر اللجوء إليها على المحامي وأوصد بابه على موكله فلم يجز له أن يعرض - ابتداء - ظلامته عليها إذا ما اقتضت مصلحته ذلك بل عليه أن يترصد الطلب الذي يتقدم به المحامي حين يشاء كي يطرح عليها أقواله الأمر الذي يخل بالتوازن الذي تفرضه علاقة الوكالة القائم بينهما إجحافاً بمصلحة الموكل وترجيحاً لمصلحة المحامي عليها كما أرق المشرع الحق في اللجوء مباشرة إلى المحكمة المختصة في شأن الأتعاب محل الخلاف بما

(١) الطعن رقم ٨ س ١٥ ق جلسة ٤ يونيو ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٨٥٦؛ الطعن رقم ١٩٨ س ١٩ ق جلسة ٦ مارس ١٩٩٩ س ٩ ج ١ ص ٢٠٠.

(٢) الطعن رقم ١١ س ٤ ق جلسة ٣ مايو ١٩٨٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٤٤٤.

استلزمه من أن تكون اللجنة قد تقاعست عن الفصل في موضوع الطلب - بقرار مسبب - خلال ستين يوماً قبل ولوجهاما طريق التقاضي إذا كان ذلك وكانت اللجنة في مباشرتها لعملها المنوط بها لا تبدو مبرأة من امتزاجه بالعمل النقابي مما يثير الريب حول حيديتها ويزعزع ضمانة الاستقلال التي كان ينبغي أن تحيط بأعضائها بما لا تستقيم معه غيريتها في مواجهة أطراف المنازعة فان هذه اللجنة لا تعتبر - إزاء المنازعة التي اختصها المشرع بالفصل فيها - هيئة ذات اختصاص قضائي ومن ثم فإن قرارها في هذه المنازعة لا يصدق عليه وصف القرار القضائي بما يخرجها - بالتالي - من مفهوم القاضي الطبيعي^(١).

- دار الإفتاء لا تعتبر جهة قضاء ولا هيئة ذات اختصاص قضائي، ذلك أن ما يصدر عنها من فتاوى ليس فصلاً في خصومة قضائية، بل هو مجرد رأي لا تتوافر فيه خصائص الأحكام التي تستقل بها جهات القضاء والهيئات ذات الاختصاص القضائي، ولا يرقى بالتالي إلى مرتبتها. وهو رأي غايته بيان الحكم الشرعي بمقتضى الأدلة الشرعية في المسألة المستفتى عنها. لما كان ذلك، فإن أحد حدى التناقض المسوق في الدعوى لا يتحقق فيه مناط طلب الفصل في النزاع المبني على تناقض الأحكام طبقاً لما يقضي به البند ثالثاً من المادة [٢٥] من قانون المحكمة الدستورية العليا. ويكون الطلب غير مقبول^(٢).

-وقضت المحكمة العليا أن القرار الصادر من مجلس المراجعة (بشأن تحديد القيمة الإيجارية للوحدات السكنية)، وهو من هيئة إدارية ذات اختصاص قضائي إذ يغلب في تشكيله العنصر الإداري ولا يتبع الاجراءات القضائية في نظر التظلمات التي يختص بنظرها، فإنه قرار إداري يخضع للطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة ومن ثم ينتفي شرط التنازع على الاختصاص^(٣).

- كما قضت إن قرار لجنة تحقيق ديون الخاضعين للحراسة لا يصلح وجهاً لتحقيق به صورة التنازع التي ينعقد بها اختصاص المحكمة العليا ذلك أن هذه اللجنة لا تعدو أن تكون جهازاً تابعاً أو معاوناً للحارس العام ولا يتعدى دورها مجرد الدراسة والبحث لاستخلاص الأسباب

(١) الطعن رقم ١٥٣ س ١٩ ق جلسة ٥ يونيو ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٢٨٤.

(٢) الطعن رقم ٤ س ٨ ق جلسة ٢ يناير ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٤٣٤.

(٣) الطعن رقم ٢ س ٢ ق جلسة ٤ مارس ١٩٧٢ - مكتب فني ج ١ ص ٥٦.

القانونية التي تجيز الاعتداد بالدين أو عدم الاعتداد به توطئة لعرضها على الحارس العام الذي يترخص في الاخذ بما انتهت اليه اللجنة أو اطراحه بمقتضى ما تخوله نيابته القانونية عن الخاضعين للحراسة من سلطات في اقرار الديون أو انكارها ولم يخلع الشارع على هذه اللجنة ولاية الفصل في منازعات بقرارات حاسمة للخصومة طبقاً لإجراءات وضمانات محددة ومن ثم فلا يصدق عليها وصف الهيئة ذات الاختصاص القضائي في مفهوم المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية^(١).

٢- يستوي أن تكون الدعوى الموضوعية مطروحة أمام محاكم أول درجة أم أمام الدرجات الأعلى التي يتضمنها نظام الطعن القضائي بطرقه العادية وغير العادية. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه متى كان إعمال نصوص الدستور السابق بيانها يقتضي ألا تعاق المحكمة الدستورية العليا بقرار من محاكم الموضوع عن مباشرة ولايتها التي لا يجوز لها أن تتخلي عنها وإلا كان ذلك منها تحريفاً لاختصاصها وإهدار لموقعها من البنيان القانوني للنظام القضائي في مصر وتنصل من مسئوليتها التي أولاهها الدستور أمانتها فإن الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا - وهي محكمة موضوع في مفهوم المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا فلا تنفك عنها هذه الصفة حتي مع كونها محكمة طعن - وإن قضى بإلغاء قرار الإحالة المحرك للدعوى الدستورية الراهنة إلا أن تعلّقها بالمحكمة الدستورية العليا قبل هذا الحكم واتصالها بها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المقررة في قانونها والتزامها دستورياً بأن تقول كلمتها فيها يقتضي أن تنحي أي عقبة - ولو كانت قانونية - وأن تمضي في نظرها وترفض الطلبات والدفع المثار وتفصل فيما تعرضه من مسائل دستورية غير عابئة بذلك الحكم لما يشكله من عدوان علي ولايتها في الرقابة القضائية علي الشرعية الدستورية التي اختصها الدستور بها وتفصل المحكمة المحلية في طلب إلغاء القرار المطعون فيه - الذي مازال مطروحاً عليها - علي ضوء قضاء هذه المحكمة في الدعوى الماثلة ذلك أن بحث محكمة الموضوع لمشروعية القرار محل طلب الإلغاء الذي لم تنفك عنه بقضاء حاسم منها يقتضي أن تقول المحكمة الدستورية العليا أولاً كلمتها في شأن ما أثارته محكمة الموضوع من شبهات حول دستورية نص القانون الذي صدر ذلك القرار

(١) الطعن رقم ٧ س ٤ ق جلسة ٣ أبريل ١٩٧٦ مكتب فني ج ١ ص ٢٠٥ .

استناداً إليه وبالتالي فإن مصلحة المدعي في الدعوى الراهنة وبقدر اتصالها بطلب الإلغاء المطروح في الدعوى الموضوعية تكون قائمة^(١).

وأساس ذلك من ناحية، الشرعية الدستورية. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن الشرعية الدستورية التي تقوم المحكمة الدستورية العليا على مراقبة التقيد بها، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية مطابقة لأحكام الدستور، و تنبؤاً هذه الشرعية من البنيان القانوني في الدولة القمة من مدارجه، وهي فرع من خضوع الدولة للقانون و التزامها بضوابطه. ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة اختصاصها المشرع بالفصل في نزاع معين فصلاً قضائياً- وأياً كان موقعها من الجهة القضائية التي تنتمي إليها- إعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذ بدا لها مصادمته للدستور من جهة مبدئية. ذلك أن قيام هذه الشبهة لديها يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا التي تتولى دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية، لتقول كلمتها القاطعة فيها، بما مؤداه أنه كلما بدا لأية جهة أو هيئة أولاهها المشرع سلطة الفصل في الخصومة بأكملها أو في بعض جوانبها، أن التعارض المدعى به أمامها بين النص التشريعي الأدنى والقاعدة الدستورية التي تحتل مرتبة الصدارة بين قواعد النظام العام، محمولاً على أسس تظاهره من وجهة مبدئية غير متعمقة دخائل المطاعن الدستورية، فلا يجوز لهذه الجهة أو الهيئة، أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام الدستور، وأن تنحيها جانباً، بل يتعين عليها- ولو كان بحثها منحصراً في مسائل القانون دون غيرها - إما أن تحيل بنفسها ما ارتأته من تعارض بين نص تشريعي وقاعدة دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا ليكون قضاؤها في شأن هذا التعارض قولاً فصللاً، وإما أن توفر للخصم الذي دفع أمامها بعدم دستورية نص تشريعي، وكان دفعه جدياً، مكنة عرض دعواه على المحكمة الدستورية العليا عن طريق تخويلها إياه حق رفعها إليها خلال الأجل الذي تحدده^(٢).

جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا، على أن الشرعية الدستورية التي تقوم بمراقبة التقيد

(١) الطعن رقم ٢٥ س ٢٢ ق جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٩٠٧.

(٢) الطعن رقم ١٠٢ س ١٢ ق جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٣٤٣.

بها، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية المطعون عليها أمامها مطابقة لأحكام الدستور. ذلك أن هذه الشرعية - في موقعها من البنيان القانوني في الدولة - مقام الصادرة وانفاذها وبلوغ مقاصدها فرع من خضوع الدولة - بكافة تنظيماتها - للقانون والتزامها بمضمونه وفحواه ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، إعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمته للدستور من وجهة مبدئية قوامها ظاهر الأمر في المطاعن الدستورية الموجهة إليه دون انزلاق إلى أغوارها، وذلك أن قيام هذه الشبهة لديها، يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ٢٩ من قانونها، لتتولى دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية المطروحة عليها، متقصية أبعادها، محيطة بجوانبها، متعمقة دخالها، بالغة ببحثها منتهاه، بما مؤداه أنه لا يجوز لأية جهة تتولى الفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها، أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام الدستورية، ولا أن تنحيها جانباً، بل يتعين عليها أن تنزل القواعد الدستورية المنزلة الأعلى التي تتبوؤها، وإلا آل أمر الإعراض عنها إلى إعمالها لنصوص تشريعية لأزمة للفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها، ولو داخلتها شبهة ترجح مخالفتها للدستور بخروجها على زواجه ونواحيه وهو ما يناقض سيادة القانون - والدستور على القمة من مدارجه - ويخل كذلك بضرورة أن تكون الشرعية الدستورية راسية أساسها، تتكامل عناصرها، وتتواصل حلقاتها دون حلقاتها دون انقطاع، وينقض من جهة أخرى دور المحكمة الدستورية العليا في مباشرة رقابتها على هذه الشرعية، بوصفها أمينة عليها حافظة لها، غير مجاوزة لتخومها، لتفرض بأحكامها كلمة الدستور على المخاطبين بها، فلا ينسلخون منها أو يحددون عنها^(١).

ومن ناحية أخرى، طبيعة الدفع بعدم الدستورية الذي يستهدف فض التعارض بين النص التشريعي الأدنى والنص التشريعي الأعلى. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه وكان الدفع بعدم دستورية نص تشريعي يطرح بالضرورة - ومن أجل الفصل في هذا الادعاء - ما بين القانونية من تدرج، يفرض عند تعارضها، وإهدار القاعدة الأدنى تغليباً للقاعدة التي

(١) الطعن رقم ٢٣ س ١٤ ق جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ١٧٤.

تعلوها، وكان من المقرر - وعلى ما سلف البيان - أن القواعد الدستورية تحتل من القواعد القانونية مكاناً علياً، لأنها تتوسد بعدم المقام السمي كقواعد أمرة لا تبديل فيها إلا بتعديل الدستورية ذاته، فإن مضمونه ومرماه، مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها وتوكيداً لصلتها الوثقى بالنظام العام، وهي أجدر قواعده وأولاهها بالإعمال، بما مؤداه جواز إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى، وأمام أية محكمة أيا كان موقعها من التنظيم القضائي الذي يضمها^(١).

٣- تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن الدفع بعدم الدستورية ليس من الدفوع التي يخالطها واقع، ولا تعتبر المجادلة فيه مجادلة موضوعية مما تستقل بتقديرها محكمة الموضوع. وإنما ينحل إلى ادعاء بمخالفة نص تشريعي لحكم في الدستور، وهو ادعاء لا يرتبط الفصل فيه بأية واقعة تكون محكمة الموضوع قد حققتها. ومن ثم تجوز إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة النقض - التي تعتبر من المحاكم التي عنتها المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، والتي يجوز إثارة مثل هذا الدفع أمامها - ذلك أن إعراضها عن بحثه على ضوء ظاهر الأمر فيه، بمقولة أن رقابتها منحصرة في مسائل القانون وحدها، مؤداه أن يكون مرجعها في هذه الرقابة إلى النصوص التشريعية المعمول بها عند الفصل في الطعن المعروف عليها، ولو كانت معيبة في ذاتها لمخالفتها للدستور. وهو ما يؤول إلى إنزائها لهذه النصوص دوماً على الواقعة التي حصلها الحكم المطعون فيه أيا كان وجه تعارضها مع الدستور. ويناقض ذلك دون ريب التزامها بالخضوع بالقانون - و الدستور في مدارجه العليا - وبضرورة أن تكون الشرعية الدستورية متكاملة حلقاتها، وأن تكون لأحكام الدستور الصدارة على ما دونها في المرتبة. ومحصلة ما تقدم، أن طبيعة الرقابة التي تبشرها محكمة النقض على محكمة الموضوع، لا تحول بذاتها دون إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها، بل إن إجالتها لبصرها في هذا الدفع، يعكس جوهر رقابتها القانونية، ويعتبر أوثق اتصالاً بها، ذلك أن تقرير ما إذا كان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته يعد لازماً أو غير لازم للفصل في الحقوق المدعى بها،

(١) الطعن رقم ٢٣ س ١٤ ق جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ مشار إليه.

وكذلك ما إذا كان التعارض الذي يثيره الدفع بين هذا النص و حكم في الدستور، يعد - من وجه مبدئية - مفتقراً إلى ما يظاھرہ أو مرتكناً إلى ما يبرره، كلاهما من مسائل القانون التي يدخل الفصل فيها في ولاية محكمة النقض التي عهد إليها المشرع بمراقبة صحة تطبيقهم على الوقائع التي خلص إليها الحكم المطعون فيه^(١).

-الشرعية الدستورية التي تنهض هذه المحكمة بمسئولية إرساء أسسها وتقرير ضوابطها، تتكامل حلقاتها، ومؤداها أن يكون إعمال النصوص القانونية في نزاع معين، مرتبطاً باتفاقها مع الدستور، وإلا فقد سيادته وعلوه على ما سواه من القواعد القانونية. ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة اختصاصها الدستور أو المشرع بالفصل في خصومة قضائية - وأيا كان موقعها من الجهة أو الهيئة القضائية التي تنتمي إليها - أن تقف من النصوص القانونية التي يبدو لها - من وجهة نظر مبدئية - تعارضها مع الدستور، موقفاً سلبياً، بل عليها إما أن تحيل ما ترتئيه منها مخالفاً للدستور إلى المحكمة الدستورية العليا لتستوثق بنفسها من الشبهة التي ثارت لديها في شأن صحتها، وإما أن تحدد للخصم الذي دفع أمامها بعدم دستورية نص قانوني، وقدرت هي جدية هذا الدفع، مهلة يقيم خلالها دعواه الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا التي اختصاصها الدستور دون غيرها بالفصل في المسائل الدستورية لا استثناء من هذه القاعدة، بل يكون سريانها لازماً في شأن المحاكم جميعها بما فيها محكمة النقض، ذلك أن مراقبتها صحة تطبيق القانون على وقائع النزاع التي استخلصتها محكمة الموضوع، يقتضيها أن تنزل عليها صحيح حكم القانون. ويفترض ذلك ابتداء اتفاق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق مع الدستور مما يقتضي عرضها على المحكمة الدستورية العليا - عند الطعن على صحتها - باعتبار أن الفصل في هذه الصعوبة من مسائل القانون التي لا يخالطها واقع، وهو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض ذاتها^(٢).

٤- العبرة في تحديد طبيعة العمل هي بوقت صدوره، وليس بما يجد من بعد على طبيعته^(٣).

(١) الطعن رقم ١٠٢ س ١٢ ق جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٣٤٣.

(٢) الطعن رقم ١٣٧ س ١٨ ق جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ١١٥٤.

(٣) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢ ص ٤٤٩.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا إن المقصود بالهيئة ذات الاختصاص القضائي كل هيئة خولها القانون سلطة الفصل في الخصومة بحكم تصدره بعد إتباع الإجراءات القضائية. قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٦٨ - الصادر استناداً إلى القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة والقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ برفع الحراسة عن أموال وممتلكات بعض الأشخاص قد صدر من رئيس الجمهورية بوصفه رئيساً للسلطة التنفيذية ومن ثم فهو قرار إداري وليس قراراً قضائياً صادراً من هيئة ذات اختصاص قضائي ولا يغير من طبيعته أن يكون الاختصاص بفرض الحراسة ورفعها قد آل فيما بعد إلى جهة قضائية^(١).

(ب) وسيلتا التداعي: يتحقق الاتصال بالدعوى الدستورية من خلال قضاء الموضوع بأحد طريقين: إما الإحالة أو الدفع.

ولا يتطلب من قاضي الموضوع أن يصل في قناعته بعدم دستورية النص المشوب بالعوار الدستوري إلى درجة اليقين بعدم الدستورية؛ باعتبار أن طبيعة مرحلة محكمة الموضوع ونطاق ولاية قاضيها تقتضي الاكتفاء في هذا الشأن بأن يكون تصادم النصوص التشريعية المطعون فيها مع أحكام الدستور المدعى مخالفتها بادياً أمامها من وجهة نظر أولية لا تسبر أغوارها ولا تعتبر منبئة عن كلمة فاصلة في شأن اتفاقها مع أحكام الدستور أو خروجها عليها. ومن وجهة نظر مبدئية قوامها ظاهر الأمر في المطاعن الدستورية الموجهة إليه (النص المطعون بعد دستوريته) دون خوض في أعماقها، وأن تقدر أن ودود مثل هذا التصادم محمول على أسس تظاهره من وجهة نظر مبدئية غير متعمقة في المطاعن الدستورية؛ باعتبار أن مجرد قيام الشبهة لديها كاف لأن يقوم التزام محكمة الموضوع بأن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية، شريطة أن تكون شبهة المخالفة الدستورية قوية حتى تضي على المسألة الدستورية جديتها المستنهضة لنظر قاضيها^(٢).

(١) الطعن رقم ٩ س ٤ ق جلسة ٤ مايو ١٩٧٤ مكتب فني س ١ ج ١ ص ١٠٦.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية، ص ٤٥٠-٤٥٢.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن تنحصر ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال الرقابة القضائية التي تبشرها على دستورية القوانين واللوائح، في إنزال حكم الدستور على النصوص القانونية التي تطرح عليها، وتثور شبهة قوية في شأن مخالفتها لقواعده، سواء أحيلت إليها هذه النصوص مباشرة من محكمة الموضوع، أو عرضها عليها أحد الخصوم بعد تقدير محكمة الموضوعية لجدية دفعة بعدم دستورتها بما مؤداه أن المسائل الدستورية دون غيرها هي جوهر رقابتها، وهي التي تحيل بصرها فيها بعد وهو ما أضفي على الدعوى الدستورية طبيعتها العينية، باعتبار أن قوامها مقابلة النصوص التشريعية المدعى مخالفتها للدستور، بالقيود التي فرضها لضمان النزول عليها ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها، هي موضوع الدعوى الدستورية، أو هي بالأحرى محلها وإهدارها بقدر تعارضها مع أحكام الدستور، وهي الغاية التي تبتغيها هذه الخصومة وقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن هذه النصوص هو القاعدة الكاشفة عن صحتها أو بطلانها ولا يجوز بالتالي أن تناول هذه المحكمة في مجال تطبيقها للشرعية الدستورية، غير المسائل التي تدور حولها الخصومة في الدعوى الدستورية، إلا بالقدر الذي يكفل اتصال الفصل فيها، بالفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها، والمطروحة أمام محكمة الموضوع^(١).

ومؤدى ذلك أن تقدير محكمة الموضوع لجدية مطاعن عدم الدستورية يعد نوعاً من التقييم المبدئي لمضمون هذه المطاعن وسلامة أسسها، ولا يعتبر فصلاً فيها بقضاء قطعي، بل يعود الأمر في شأنها إلى المحكمة الدستورية العليا^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت هذه الأخيرة أن ما ينهيه أحد الخصوم في نزاع موضوعي - من مخالفة نص قانوني لقاعدة في الدستور - يفترض أمرين أولهما: أن يكون هذا النص لازماً للفصل في ذلك النزاع فإذا لم يكن متعلقاً بالحقوق المدعى بها ومنتجاً في مجال الفصل فيها فقد منعه مغزاه. ثانيهما: أن تكون المطاعن الدستورية المدعى بها في شأن هذا شأن هذا النص لها ما يظاهرها وهو ما يعني جدتها من وجهة نظر مبدئية. ولئن كان

(١) الطعن رقم ٥ س ١٤ ق جلسة أول يناير ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٧٩١.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية، ص ٤٥٢-٤٥٣.

الفصل في اتصال النص المطعون فيه بالنزاع الموضوعي من مسائل القانون التي لا ترخص فيها إلا أن تقدير محكمة الموضوع جدية المطاعن الموجهة إليه هو مما يدخل في نطاق سلطتها التقديرية التي تبشر من خلالها نوعاً من التقييم المبدئي لمضمون هذه المطاعن وسلامة أسسها فإذا لم تقل محكمة الموضوع كلمتها في شأن جديتها - قبل رفع الدعوى الدستورية - دل ذلك على نفيها تلك الجدية التي يعد تسليمها بها شرطاً أولياً لاتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا فإذا قام الدليل على أن محكمة الموضوع لم تفصل في جدية الدفع بعدم الدستورية المثار أمامها ولم تصرح لمن ابداه بإقامة دعواه الدستورية - مثلما هو الحال في الدعوى الراهنة - فإن هذه الدعوى لا تكون قد اتصلت بالمحكمة وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها^(١).

وأن تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعد دستورية نص قانوني لازم للفصل في النزاع المعروض عليها، لا يتعمق المسائل الدستورية التي يثيرها هذا النزاع، ولا يعتبر فصلاً فيها بقضاء قطعي، بل يعود الأمر في شأنها إلى المحكمة الدستورية العليا لتزن وفقاً لمقاييسها جوهر المطاعن الدستورية وأبعادها، تحديداً لصحتها أو فسادها. وإذا تفصل محكمة الموضوع في دفع مثار أمامها بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، فإن قرارها في هذا الصدد إما أن يكون صريحاً أو مستفاداً ضمناً من عيون الأوراق. ويعتبر قراراً ضمناً بقبول الدفع، إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي إلى أن تقدم المدعية ما يدل على رفع دعواها الدستورية^(٢).

إن الشرعية الدستورية التي تقوم المحكمة الدستورية العليا على مراقبة التقيد بها، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية مطابقة لأحكام الدستور، وتتواءم هذه الشرعية من البنيان القانوني في الدولة القمة من مدارجه، وهي فرع من خضوع الدولة للقانون والتزامها بضوابطه. ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة اختصاصها المشرع بالفصل في نزاع معين فصلاً قضائياً - وأياً كان موقعها من الجهة القضائية التي تنتمي إليها - أعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذ بدا لها مصادمته للدستور من جهة مبدئية. ذلك أن قيام هذه الشبهة لديها

(١) الطعن رقم ١٨٦ س ٢١ ق جلسة ٤ نوفمبر ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٧٨٥.

(٢) الطعن رقم ٤٧ س ١٧ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٢٢٣.

يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا التي تتولى دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية، لتقول كلمتها القاطعة فيها، بما مؤداه أنه كلما بدا لأية جهة أو هيئة أو لها المشرع سلطة الفصل في الخصومة بأكملها أو في بعض جوانبها، أن التعارض المدعى به أمامها بين النص التشريعي الأدنى و القاعدة الدستورية التي تحتل مرتبة الصدارة بين قواعد النظام العام، محمولاً على أسس تظاهره من وجهة مبدئية غير متعمقة دخائل المطاعن الدستورية، فلا يجوز لهذه الجهة أو الهيئة، أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام الدستور، و أن تنحيا جانباً، بل يتعين عليها- و لو كان بحثها منحصراً في مسائل القانون دون غيرها - إما أن تحيل بنفسها ما ارتأته من تعارض بين نص تشريعي و قاعدة دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا ليكون قضاؤها في شأن هذا التعارض قولاً فصللاً، و إما أن توفر للخصم الذي دفع أمامها بعدم دستورية نص تشريعي، وكان دفعه جدياً، مكنة عرض دعواه على المحكمة الدستورية العليا عن طريق تخويلها إياه حق رفعها إليها خلال الأجل الذي تحدده^(١).

- أن الشرعية الدستورية التي تقوم بمراقبة التقيد بها، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية المطعون عليها أمامها مطابقة لأحكام الدستور. ذلك أن لهذه الشرعية - في موقعها من البنيان القانوني في الدولة - مقام الصدارة و انفاذها و بلوغ مقاصدها فرع من خضوع الدولة - بكافة تنظيماتها - للقانون و التزامها بمضمونه و فحواه و لا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، أعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمته للدستور من وجهة مبدئية قوامها ظاهر الأمر في المطاعن الدستورية الموجهة إليه دون انزلاق إلى أغوارها، وذلك أن قيام هذه الشبهة لديها، يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ٢٩ من قانونها، لتتولى دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية المطروحة عليها، متقصية أبعادها، محيطة بجوانبها، متعمقة دخائلها، بالغة ببحثها منتهاه، بما مؤداه أنه لا يجوز لأية جهة تتولى الفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها، أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام الدستورية، و لا أن تنحيا جانباً، بل

(١) الطعن رقم ١٠٢ س ١٢ ق جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٣٤٣.

يتعين عليها أن تنزل القواعد الدستورية المنزلة الأعلى التي تتبوءها، وإلا آل أمر الإعراض عنها إلى إعمالها لنصوص تشريعية لأزمة للفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها، ولو داخلتها شبهة ترجح مخالفتها للدستور بخروجها على زواجره ونواهيه وهو ما يناقض سيادة القانون - والدستور على القمة من مدارجه - ويخل كذلك بضرورة أن تكون الشرعية الدستورية راسية أساسها، تتكامل عناصرها، وتتواصل حلقاتها دون حلقاتها دون انقطاع، وينقض من جهة أخرى دور المحكمة الدستورية العليا في مباشرة رقابتها على هذه الشرعية، بوصفها أمانة عليها حافظة لها، غير مجاوزة لتخومها، لتفرض بأحكامها كلمة الدستور على المخاطبين بها، فلا ينسلخون منها أو يحدون عنها. متى كان ذلك، وكان الدفع بعدم دستورية نص تشريعي يطرح بالضرورة - ومن أجل الفصل في هذا الادعاء - ما بين القانونية من تدرج، يفرض عند تعارضها، وإهدار القاعدة الأدنى تغليباً للقاعدة التي تعلوها، وكان من المقرر - وعلى ما سلف البيان - أن القواعد الدستورية تحتل من القواعد القانونية مكاناً علياً، لأنها تتوسد بعدم المقام السمي كقواعد آمرة لا تبديل فيها إلا بتعديل الدستورية ذاته، فإن مضمونه وممراته، مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور ترجيحاً لها على ما عداها وتوكيداً لصلتها الوثقى بالنظام العام، وهي أجدر قواعده وأولاه بالإعمال، بما مؤداه جواز إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى، وأمام أية محكمة أيا كان موقعها من التنظيم القضائي الذي يضمها^(١).

ويلاحظ أن تقدير قاضي الموضوع لمدى جدية المسألة الدستورية ليس اشتراكاً مع قاضي الدستورية في التقرير في أمرها، ولا مساس فيه من ثم بمبدأ مركزية الرقابة الدستورية، فلكل مجاله والمجالان لا يختلطان^(٢).

ولا يرتبط صحة الاتصال القانوني بدعوى الدستورية بسلامة اختصاص محكمة الموضوع بنظر النزاع الموضوعي أو استيفاء الدعوى الموضوعية لشرائط قبولها، ولا تملك المحكمة الدستورية أن تحسم هذا الأمر الذي يعد من اختصاص محكمة الموضوع وحدها.

(١) الدكتور عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد: الرقابة على دستورية القوانين ١٩٩١، ص ١٩٩-٢٠٠.

(٢) الطعن رقم ٢٣ س ١٤ ق جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ١٧٤.

وأساس ذلك أنه من المقرر أن لكل من الدعويين الموضوعية والدستورية ذاتيتها ومقوماتها ذلك أنها لا تختلطان ببعضها ولا تتحدان في إجراءات أو شرائط قبولهما بل تستقل كل منهما عن الأخرى في شكلها وموضوعها كما أن الفصل في شروط اتصال الدعوى الموضوعية بالمحكمة الموضوع وفقاً للأوضاع المقررة أمامها ليس من بين المهام التي ناطها المشرع بالمحكمة الدستورية العليا وإنما تنحصر ولايتها فيما يعرض عليها من مسائل دستورية لتقرر صحة النصوص المطعون عليها وبطلانها بعد تثبتها من اتصال الدعوى الدستورية بها بإجراء صحيح وفقاً للأوضاع المقررة في قانونها وليس لجهة قضائية أخرى أن تنازعها ذلك أو تحل محلها فيه. وجرى قضاء هذه المحكمة علي أن اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها إليها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانونها يعني دخولها في حوزتها لتهمين عليها وحدها فلا يجوز بعد انعقادها أن تتخذ محكمة الموضوع إجراء أو تصدر حكماً يحول دون الفصل في المسائل الدستورية التي تثيرها ذلك أن قضاءها بوقف الدعوى المطروحة أمامها وبإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستورية ما استظهرت تطبيقه من نصوص قانونية - ثارت لديها شبهة عدم دستوريته - علي المنازعة المطروحة أمامها يعد محركاً للخصومة الدستورية وعلي محكمة الموضوع بعد أن تعلقت المسائل الدستورية التي أثارها قرار الإحالة بالمحكمة الدستورية العليا أن تربص قضاءها فيها باعتبارها فاصلاً في موضوعها كاشفاً عن النصوص القانونية الصحيحة التي يتعين تطبيقها في النزاع الموضوعي بما مؤداه أنه - فيما عدا الأحوال التي تنتفي فيها المصلحة في الخصومة الدستورية بقضاء من المحكمة الدستورية العليا أو التي ينزل فيها خصم عن الحق في دعواه الموضوعية من خلال تركها وفقاً لقواعد قانون المرافعات أو التي يتخلى فيها عن دفع بعدم الدستورية سبق لمحكمة الموضوع تقدير جديته أو التي يكون عدول محكمة الموضوع فيها عن تقديرها لجدية دفع بعدم الدستورية أو قرارها بالإحالة مبناه إعمالها للأثار المترتبة علي قضاء للمحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص ذاتها التي قام عليها الدفع أو انبنى عليها قرار الإحالة سواء بتقرير هذه المحكمة لصحتها أو بطلانها - فإن علي محاكم الموضوع - علي اختلاف درجاتها - أن تلتزم قضاءها بالإحالة فلا تنحيه وإلا كان ذلك نكولاً من جانبها عن التقيد بنص المادة ١٧٥ من الدستور التي تحول المحكمة

الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتسليطاً لقضاء أدنى علي قضاء أعلي بما يناقض الأسس الجوهرية التي يقوم التقاضي عليها وتعطيلاً للضمانة المنصوص عليها في المادة ٦٨ من الدستور وما يتصل بها من حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسائل الدستورية التي اختصها الدستور بها بوصفها قاضيتها الطبيعي ولأن القواعد التي يتنظمها الدستور هي التي يتعين ترجيحها دائماً متى عارضتها قاعدة قانونية أدنى نزولاً علي مبدأ خضوع الدولة للقانون^(١).

- إن المحكمة الدستورية العليا ليست جهة للطعن بالنسبة إلى محكمة الموضوع، وإنما هي جهة ذات اختصاص أصيل حدده قانون إنشائها، ولئن كانت الدعوى الدستورية لا ترفع إلا بعد دفع يثار أمام محكمة الموضوع أو بطريق الإحالة منها إلى المحكمة الدستورية العليا على ما سلف بيانه، إلا أنها متى رفعت إلى هذه المحكمة فإنها تستقل عن دعوى الموضوع لأنها تعالج موضوعاً مغايراً لموضوع الدعوى الأصلية الذي يتصل به الدفع بعدم الاختصاص، ومن ثم تكون محكمة الموضوع دون المحكمة الدستورية العليا - هي صاحبة الولاية في الفصل فيه، ولا يعرض أمر الاختصاص على هذه المحكمة إلا حيث يكون هناك تنازع على الاختصاص بين جهات القضاء أو نزاع قائم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرين من جهتين من تلك الجهات، و يطلب إليها تعيين الجهة المختصة بنظر النزاع أو تحديد أي الحكمين المتناقضين أولى بالتنفيذ وذلك تطبيقاً للبندين ثانياً وثالثاً من المادة ٢٥ من قانون إنشاء المحكمة^(٢).

ولا يترتب على إرجاء الفصل في الدعوى الموضوعية لحين الفصل في الدعوى الدستورية أي أثر بشأن قبول الدعوى الدستورية. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن "ولاية محكمة الموضوع تنحصر بالضرورة في المسائل التي ناطها المشرع بها، ولا تمتد إلى ما يدخل - بنص الدستور أو القانون - في ولاية جهة أخرى، وإلا كان ذلك عدواناً عليها. وليس من بين المهام التي اختص المشرع بها محكمة الموضوع، الفصل في توافر الشروط التي تطلبها قانون

(١) الطعن رقم ٢٥ س ٢٢ ق جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٩٠٧.

(٢) الطعن رقم ٤٧ س ٣ ق جلسة ١١ يونيو ١٩٨٣ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ١٢٧.

المحكمة الدستورية العليا لاتصال الدعوى الدستورية بها وفقاً للأوضاع المقررة أمامها. ذلك أن هذه الأوضاع - التي يتصل تطبيقها بالنظام العام - إنما تتناول التنظيم الإجرائي للخصومة التي تطرح عليها، وهي بذلك وثيقة الاتصال بشروط قبولها، ومن بينها المصلحة في الدعوى الدستورية، ومناطقها أن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلب الموضوعي المرتبط بها. ولا كذلك تقدير محكمة الموضوع جديد الدفع بعدم الدستورية المثار أمامها، إذ لا تتعلق هذه الجدية بالشروط التي يتطلبها المشرع لانعقاد الخصومة القضائية، ولكنها تتصل بالدلائل التي تقوم معها شبهة قوية على مخالفة النص التشريعي المطعون عليه للدستور، وهي شبهة يجب أن تتحراها المحكمة الدستورية العليا لتقرير صحتها أو فسادها. كذلك فإن قضاء محكمة الموضوع وقف الدعوى الموضوعية بعد إحالتها لأوراقها مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، أو تصريحها لمن أثار الدفع أمامها برفع دعواه الدستورية، لا يعد فصلاً في شرائط قبولها بل هو إرجاء للفصل في النزاع الموضوعي إلى أن تقول المحكمة الدستورية العليا كلمتها في المطاعن الموجهة إلى النص التشريعي المدعي مخالفته للدستور. وإذ ترتبص محكمة الموضوع قضاء المحكمة الدستورية العليا على هذا النحو، فذلك لتباشر ولايتها بعد صدوره، بإعمال أثره على النزاع الموضوعي المعروض عليها^(١).

ولا تملك محكمة الموضوع بعد اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا فعلاً ودخولها في حوزتها، وفيما عد بعض حالات استثنائية يكون فيها لمحكمة الموضوع معاودة نظر الدعوى الموضوعية بغير انتظار لحكم الدستورية دواعيه، أن ترجع عن تقديرها لجدية المسألة المثارة، والتي كانت سنداً لإحالتها إلى قاضي الدستورية أو الترخيص برفعها إليه، وتوالي نظر الدعوى الموضوعية بعد تأجيلها أو إيقافها وقبل الفصل في الدعوى الدستورية.

وأساس ذلك من ناحية، انحسار سلطان قاضي الموضوع عن المسألة الدستورية، وذلك بعدما استنفد مرحلته بتقديره لجديتها ودخولها من بعده في حوزة المحكمة الدستورية العليا، مما يستتبع، كقاعدة وفيها خلا بعض استثناءات محدودة على النحو المار بيانه، وجوب انتظاره لفصل

(١) الطعن رقم ١ س ١٥ ق جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٢٧٧.

قاضي الدستورية فيما رفع لنظره، فلا يستساغ بطبيعة الحال التسليم بجدية المسألة الدستورية ومن ثم توقف الفصل في الدعوى الموضوعية على وجه الفصل في الدعوى الدستورية وألا تغل في نفس الوقت يد محكمة الموضوع عن الفصل في الدعوى الموضوعية لحين البت في المسألة الدستورية وما دامت دعواها قد صادف رفعها صحيح أحكام القانون.

ومن ناحية أخرى، فإن الفعالية الواجبة لأحكام الدستورية تتعارض مع موالاة محكمة الموضوع نظر الدعوى الموضوعية وفصلها فيها استباقاً لصدور الحكم في الدعوى الدستورية، مما يفقد هذا الحكم حال صدوره أي قيمة عملية ويجبط أثره؛ إذ لن يجد محلاً من نزاع موضوعي قائم يمكن أن تنزل آثاره عليه، وهو ما يمثل أيضاً وبذاته اعتداء على ولاية المحكمة الدستورية العليا وإهداراً للغاية من رقابة الدستورية التي أناطها بها وحدها الدستور والقانون، وتسليطاً لقضاء أدنى على قضاء أعلى بما يناقض الأسس الجوهرية التي ينهض التقاضي عليها؛ وتعطيلاً للضمان الدستورية الخاصة باللجوء إلى المحكمة الدستورية في المسائل الدستورية التي اختصها الدستور بها، بوصفها القاضي الطبيعي؛ ولأن القواعد التي ينظمها الدستور هي التي يتعين ترجيحها دائماً متى عارضتها قاعدة قانونية أدنى نزولاً على مبدأ خضوع الدولة للقانون^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن الأصل إنه متى أقيمت الدعوى الدستورية أمام محكمة الدستورية العليا، دخلت هذه الدعوى في حوزتها، لتهمين عليها وحدها، ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أن تنقض قرارها الصادر بإحالة مسألة دستورية إليها، أو أن تنحي الدفع الفرعي المثار أمامها بعد تقديرها لجديته، بل يجب عليها أن تتربص قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية باعتباره فاصلاً في موضوعها، كاشفاً عن عن صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها، ملزماً محكمة الموضوع بإعمال أثره في النزاع المعروض عليها، ذلك أن الدستور عقد الفصل الخامس من بابه الرابع لبيان طبيعة المحكمة الدستورية العليا ونطاق ولايتها، وكيفية تشكيلها، والشروط التي يتعين توافرها في أعضائها، وحقوقهم وحصانتهم، وقواعد مساءلتهم تأديبياً، وما يتصل كذلك بنشر أحكامها في

(١) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية، ص ٤٦٠-٤٦١-٤٦٤-٤٦٦.

الجريدة الرسمية، مقيماً بذلك الركائز اللازمة لضمان فعالية دورها على أسس ثابتة. وإذ نص الدستور في المادة ١٧٥ منه على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على النحو المبين في القانون، وكان قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، قد أولاهما دون غيرها الاختصاص بمباشرة هذه الرقابة في الأحوال وبالشروط التي فصلها في المادتين ٢٧، ٢٩ منه وكان الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا كلاهما، قد توخيا بذلك أن يكون أمر هذه الرقابة منعقداً لمحكمة واحدة زمام إعمالها، لتصوغ بنفسها معاييرها ومناهجها، فقد أضحي ممتنعاً - وفيما عدا الأحوال التي تنتفي فيها المصلحة في الدعوى الدستورية، أو التي ينزل فيها الخصم عن دعواه الموضوعية من خلال ترك الخصومة فيها وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، أو التي يتخلى فيها خصم عن دفع بعدم الدستورية كان قد أبداه، أو التي تنحي فيها محكمة الموضوع دعواً فرعياً بعد تقريرها لجديته، إعمالاً من جانبها لقضاء صادر عن المحكمة الدستورية العليا بصحة أو بطلان النص التشريعي الذي كان مطعوناً عليه أمامها في النزاع الموضوعي المعروض عليها وهو ما يدخل في اختصاصها - موالاة النظر الدعوى الموضوعية قبل أن تفرض المحكمة الدستورية العليا - من خلال رقابتها على دستورية النصوص المطعون عليها - القاعدة القانونية التي يجب تطبيقها وفقاً للدستور على النزاع الموضوعي، ومن ثم يكون اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، حائلاً بالضرورة دون الفصل في الدعوى الموضوعية، ومانعاً بذاته من متابعتها، إلى أن تصدر المحكمة الدستورية العليا حكمها في المسألة الدستورية، وهو ما يفيد لزوماً تعليق الفصل في أولاهما على ثانيتهما^(١).

جري قضاء هذه المحكمة على أن اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها إليها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانونها يعني دخولها في حوزتها لتهمين عليها وحدها فلا يجوز بعد انعقادها أن تتخذ محكمة الموضوع إجراء أو تصدر حكماً يحول دون الفصل

(١) الطعن رقم ٩٣ س ١٢ ق جلسة ٥ مارس ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٢١٣ .

في المسائل الدستورية التي تثيرها ذلك أن قضاءها بوقف الدعوى المطروحة امامها وبإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستورية ما استظهرت تطبيقه من نصوص قانونية - ثارت لديها شبهة عدم دستورتها - علي المنازعة المطروحة أمامها يعد محركاً للخصومة الدستورية وعلي محكمة الموضوع بعد أن تعلقت المسائل الدستورية التي أثارها قرار الإحالة بالمحكمة الدستورية العليا أن ترصد قضاءها فيها باعتبارها فاصلاً في موضوعها كاشفا عن النصوص القانونية الصحيحة التي يتعين تطبيقها في النزاع الموضوعي بما مؤداه أنه - فيما عدا الأحوال التي تنتفي فيها المصلحة في الخصومة الدستورية بقضاء من المحكمة الدستورية العليا أو التي ينزل فيها خصم عن الحق في دعواه الموضوعية من خلال تركها وفقاً لقواعد قانون المرافعات أو التي يتخلى فيها عن دفع بعدم الدستورية سبق لمحكمة الموضوع تقدير جديته أو التي يكون عدول محكمة الموضوع فيها عن تقديرها لجدية دفع بعدم الدستورية أو قرارها بالاحالة مبناه إعمالها للأثار المترتبة علي قضاء للمحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص ذاتها التي قام عليها الدفع أو انبني عليها قرار الإحالة سواء بتقرير هذه المحكمة لصحتها أو بطلانها - فإن علي محاكم الموضوع - علي اختلاف درجاتها - أن تلتزم قضاءها بالاحالة فلا تنحيه وإلا كان ذلك نكولاً من جانبها عن التقيد بنص المادة ١٧٥ من الدستور التي تحول المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية علي دستورية القوانين واللوائح وتسليطاً لقضاء أدنى علي قضاء أعلى بما يناقض الأسس الجوهرية التي يقوم التقاضي عليها وتعطيلاً للضمانة المنصوص عليها في المادة ٦٨ من الدستور وما يتصل بها من حق اللجوء إلي المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسائل الدستورية التي اختصها الدستور بها بوصفها قاضيتها الطبيعي ولأن القواعد التي يتنظمها الدستور هي التي يتعين ترجيحها دائماً متى عارضتها قاعدة قانونية أدنى نزولاً علي مبدأ خضوع الدولة للقانون^(١).

ومن تطبيقات المحكمة الدستورية للحالات المستثناة أن "الأصل أنه متى أقيمت الدعوى الدستورية أمام محكمة الدستورية العليا، دخلت هذه الدعوى في حوزتها، لتهيمن عليها وحدها،

(١) الطعن رقم ٢٥ س ٢٢ ق جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٩٠٧.

ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أن تنقض قرارها الصادر بإحالة مسألة دستورية إليها، أو أن تنحي الدفع الفرعي المثار أمامها بعد تقديرها لجديته، بل يجب عليها أن تترصد قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية باعتباره فاصلاً في موضوعها، كاشفاً عن صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها، ملزماً محكمة الموضوع بإعمال أثره في النزاع المعروض عليها، ذلك أن الدستور عقد الفصل الخامس من بابه الرابع لبيان طبيعة المحكمة الدستورية العليا ونطاق ولايتها، وكيفية تشكيلها، والشروط التي يتعين توافرها في أعضائها، وحقوقهم وحصانتهم، وقواعد مساءلتهم تأديبياً، وما يتصل كذلك بنشر أحكامها في الجريدة الرسمية، مقيماً بذلك الركائز اللازمة لضمان فعالية دورها على أسس ثابتة. وإذ نص الدستور في المادة ١٧٥ منه على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على النحو المبين في القانون، وكان قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، قد أولاه دون غيرها الاختصاص بمباشرة هذه الرقابة في الأحوال وبالشروط التي فصلها في المادتين ٢٧، ٢٩ منه وكان الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا كلاهما، قد توخيا بذلك أن يكون أمر هذه الرقابة منعقداً لمحكمة واحدة زمام إعمالها، لتصوغ بنفسها معاييرها ومناهجها، فقد أضحي متمنعاً - وفيما عدا الأحوال التي تنتفي فيها المصلحة في الدعوى الدستورية، أو التي ينزل فيها الخصم عن دعواه الموضوعية من خلال ترك الخصومة فيها وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، أو التي يتخلل فيها خصم عن دفع بعدم الدستورية كان قد أبداه، أو التي تنحى فيها محكمة الموضوع دعواً فرعياً بعد تقريرها لجديته، إعمالاً من جانبها لقضاء صادر عن المحكمة الدستورية العليا بصحة أو بطلان النص التشريعي الذي كان مطعوناً عليه أمامها في النزاع الموضوعي المعروض عليها وهو ما يدخل في اختصاصها - موالاة النظر الدعوى الموضوعية قبل أن تفرض المحكمة الدستورية العليا - من خلال رقابتها على دستورية النصوص المطعون عليها - القاعدة القانونية التي يجب تطبيقها وفقاً للدستور على النزاع الموضوعي ومن ثم يكون اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، حائلاً بالضرورة دون الفصل في الدعوى الموضوعية، ومانعاً بذاته من متابعتها، إلى أن

تصدر المحكمة الدستورية العليا حكمها في المسألة الدستورية، وهو ما يفيد لزماً تعليق الفصل في أولاهما على ثانيتهما. وأن الدعوى الدستورية وإن كانت تستقل بموضوعها عن الدعوى الموضوعية، باعتبار أن أولاهما تتوخى الفصل في التعارض المدعى به بين نص تشريعي، وقاعدة في الدستور، في حين تطرح ثانيتهما - في صورها الأغلب وقوعاً - الحقوق المدعى بها في نزاع موضوعي يدور حول إثباتها أو نفيها، إلا أن هاتين الدعويتين لا تنفكان عن بعضهما من زاويتين: أولاهما: أن المصلحة في الدعوى الدستورية - وهي شرط لقبولها - مناط ارتباطها بالمصلحة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية مؤثراً في الطلب الموضوعي المرتبط بها، ثانيهما: أن الفصل في الدعوى الموضوعية متوقف دوماً على الفصل في الدعوى الدستورية. ولا يعدو استباق الفصل في الدعوى الموضوعية، أن يكون هدماً للصلة الحتمية والعضوية بينها وبين الدعوى الدستورية، وذلك أن قانون المحكمة الدستورية العليا حول المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي السلطة الكاملة التي تقدر بها «ابتداء» الدلائل على جدية المطاعن الدستورية الموجهة إلى النصوص التشريعية، فإذا جاز لها «انتهاء» أن تفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها قبل الفصل في الدعوى الدستورية التي ارتبط بها هذا النزاع، لكان قضاؤها فيه، دالاً على تطبيقها - في النزاع المعروض عليها - للنصوص التشريعية التي ثارت لديها شبهة مخالفتها للدستور، والتي لا تزال المطاعن الموجهة إليها منظورة أمام محكمة الدستورية العليا لتقرير صحتها أو بطلانها وليس ذلك إلا عدواناً على ولايتها متضمناً تسليطاً لقضاء أدنى على أحكام المحكمة الدستورية العليا التي تصدر التنظيم القضائي في جمهورية مصر العربية. وما قرره المحكمة الدستورية العليا من صلة حتمية بين الدعويتين الدستورية والموضوعية، لازمها أن يكون قضاؤها في أولاهما مؤثراً في النزاع الموضوعية المرتبط بها، ومقتضاها أن يكون هذا النزاع قائماً عند الفصل في الدعوى الدستورية، وإلا فقد الحكم الصادر فيها جدواه، بعد أن لم يعد ثمة موضوعية يمكن إنزال قضاء المحكمة الدستورية العليا عليه وهو ما ينحدر بالرقابة على الشرعية الدستورية إلى مرتبة الحقوق النظرية محدودة الأهمية التي لا ترجى منها فائدة عملية، ويعطل سيادة الدستور باعتباره موئل الحياة الدستورية وقاعدة بنائها، مهيمناً على حقوق المواطنين وحرياتهم، كافلاً لها، ذلك أن مظهر هذه السيادة في مجال

الرقابة القضائية على الدستورية، هو إهدار النصوص القانونية المخالفة للدستور بما يحول دون تطبيقها في نزاع موضوعي، وتلك مهمة لا تقوم بها إلا محكمة الدستورية العليا، إذ هي التي خولها الدستور والمشرع كلاهما اختصاص تجريد النصوص القانونية التي تخل بأحكامه من قوة نفاذها وإذ كان الطعن بعدم الدستورية يدور حول حقوق وأوضاع سابقة على الفصل في الدعوى الدستورية، وكان ما يتوخاه الطاعن من إبطال النص التشريعي المطعون عليه، هو إلغاء آثاره كي لا يطبق في النزاع الموضوعي، فإن حرمان الطاعن - وبسبب الفصل في الدعوى الموضوعية قبل الدعوى الدستورية - من الحصول على هذه الترضية القضائية - بعد قيام موجبها - يعتبر إهداراً للغاية النهائية لحق التقاضي الذي حرص الدستور في المادة ٨٦ منه على ضمانه للناس كافة، وسلكه في إطار الحقوق العامة، ويناقض كذلك خضوع السلطة القضائية بأفرعها المختلفة للقانون - والدستور في أعلى مراتبه - مسقطاً دورها في حماية الحقوق والحريات العامة التي نص الدستور في مادته الخامسة والستين، على أن حصانة القضاء واستقلاله، ضمانان أساسيان لصونها. وإذ خلص قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية» وهو يحوز حجية مطلقة فيما فصل فيه - إلى أن النظام الانتخابي الذي تضمنته المادة ٥ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦، قد أخل بحق المستقلين في الترشيح على قدم المساواة، وعلى أساس من تكافؤ الفرص مع باقي المرشحين من الممتنمين إلى الأحزاب السياسية، إخلالاً أدى إلى التمييز بين هاتين الفئتين في المعاملة القانونية، وفي الفرص المتاحة للفوز بالعضوية، وآل بالتالي إلى بطلان تكوين مجلس الشعب منذ انتخابه، ودون أن يستتبع هذا البطلان إسقاط ما أقره هذا المجلس من قوانين، أو يمس الإجراءات التي اتخذها حتى تاريخ نشر ذلك الحكم في الجريدة الرسمية، وكان ما تقدم يعني أن مجلس الشعب - الذي سن النصوص المطعون عليها - لم يعد قائماً، وأن إسباغ بطلان جديد في شأن هذا المجلس، لا يجوز دستورياً، ذلك البطلان لا يتنوع بالمخالفة الدستورية التي تؤدي إليه، ولا يتعدد - من ثم - بتعدد روافده، أو بتمايز أوجهه فيما بينها، بل تتحد جميعها في كونها مفضية إلى بطلان من نوع واحد سواء في طبيعته أو درجته أو مداه، بما مؤداه امتناع تقرير بطلان على بطلان. وأن مضي محكمة الموضوع في نظر الجناية موضوع الاتهام، وإدانة المتهم عن

ارتكابها، ومعاقبته بمقتضى أحكام القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩ بتعديل بعض أحكام القرار بقانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها، باعتباره تشريعاً نافذاً لا يبطل ببطلان تكوين المجلس النيابي الذي أقره ولا عوار فيه بالتالي من الناحية الشكلية التي اقتصر عليها الدفع بعدم الدستورية الذي كان قد أثير أمامها، فإن ذلك منها لا يعدو أن يكون إعمالاً من جانبها للآثار المترتبة على قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية «دستورية» الأنف بيانها، وهو ما يدخل في ولايتها، باعتبار أنها تختص دون غيرها بإعمال آثار الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، في شأن النزاع الموضوعي المطروح عليها^(١).

وتلتزم محاكم الموضوع قضاءها بالإحالة فلا تنحيه وإلا كان ذلك نكولاً من جانبها عن التقيد برقابة المحكمة الدستورية العليا علي دستورية القوانين واللوائح وتسليطاً لقضاء أدنى علي قضاء أعلى بما يناقض الأسس الجوهرية التي يقوم التقاضي عليها وتعطيلاً لضمانة حق اللجوء إلي المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسائل الدستورية التي اختصاصها الدستور بها بوصفها قاضيتها الطبيعي.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها إليها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانونها يعني دخولها في حوزتها لتهيمن عليها وحدها فلا يجوز بعد انعقادها أن تتخذ محكمة الموضوع إجراء أو تصدر حكماً يحول دون الفصل في المسائل الدستورية التي تثيرها ذلك أن قضاءها بوقف الدعوى المطروحة أمامها وبإحالة الأوراق إلي المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستورية ما استظهرت تطبيقه من نصوص قانونية - ثارت لديها شبهة عدم دستورتها - علي المنازعة المطروحة أمامها يعد محركاً للخصومة الدستورية وعلي محكمة الموضوع بعد أن تعلقت المسائل الدستورية التي أثارها قرار الإحالة بالمحكمة الدستورية العليا أن تترصد قضاءها فيها باعتباره فاصلاً في موضوعها كاشفاً عن النصوص القانونية الصحيحة التي يتعين تطبيقها في النزاع

(١) الطعن رقم ٩٣ س ١٢ ق جلسة ٥ مارس ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٢١٣.

الموضوعي بما مؤداه أنه - فيما عدا الأحوال التي تنتفي فيها المصلحة في الخصومة الدستورية بقضاء من المحكمة الدستورية العليا أو التي ينزل فيها خصم عن الحق في دعواه الموضوعية من خلال تركها وفقاً لقواعد قانون المرافعات أو التي يتخلى فيها عن دفع بعدم الدستورية سبق لمحكمة الموضوع تقدير جديته أو التي يكون عدول محكمة الموضوع فيها عن تقديرها لجدية دفع بعدم الدستورية أو قرارها بالإحالة مبناه إعمالها للآثار المترتبة علي قضاء للمحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص ذاتها التي قام عليها الدفع أو انبنى عليها قرار الإحالة سواء بتقرير هذه المحكمة لصحتها أو بطلانها - فإن علي محاكم الموضوع - علي اختلاف درجاتها - أن تلتزم قضاءها بالإحالة فلا تنحيه وإلا كان ذلك نكولاً من جانبها عن التقيد بنص المادة ١٧٥ من الدستور التي تحول المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية علي دستورية القوانين واللوائح وتسليطاً لقضاء أدنى علي قضاء أعلى بما يناقض الأسس الجوهرية التي يقوم التقاضي عليها وتعطيلاً للضمانة المنصوص عليها في المادة ٦٨ من الدستور وما يتصل بها من حق اللجوء إلي المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسائل الدستورية التي اختصاصها الدستور بها بوصفها قاضيتها الطبيعي ولأن القواعد التي ينتظمها الدستور هي التي يتعين ترجيحها دائماً متى عارضتها قاعدة قانونية أدنى نزولاً علي مبدأ خضوع الدولة للقانون^(١).

وإذا أصدرت محكمة الموضوع حكماً، فإنه وإن ترتب عليه انحسار ولايتها بشأنه، وإن صار نهائياً، عد ذلك عدواناً على ولاية المحكمة الدستورية في الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن الأصل المقرر قانوناً أن اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها إليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها يعني دخولها في حوزتها لتهمين عليها وحدها فلا يجوز بعد انعقادها أن تتخذ محكمة الموضوع كان محرراً للخصومة الدستورية وعليها بعد تقديرها لجديته وتعلق المسائل الدستورية التي أثارها بالمحكمة الدستورية العليا أن تتربص قضاءها فيها باعتباره فاصلاً في موضوعها كاشفاً عن النصوص القانونية التي ينبغي تطبيقها في النزاع الموضوعي بما مؤداه - أنه فيما عدا الأحوال التي

(١) الطعن رقم ٢٥ س ٢٢ ق جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٩٠٧.

تنفي فيها المصلحة في الخصومة الدستورية بقضاء من المحكمة الدستورية العليا أو التي ينزل فيها خصم عن الحق في دعواه الموضوعية من خلال تركها وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات أو التي يتخلل فيها عن دفع بعدم الدستورية سبق لها تقدير جديته أو التي يكون عدول محكمة الموضوع فيها عن تقديرها لجدية دفع بعدم الدستورية مبناه إعمالها للآثار المترتبة على قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص ذاتها التي قام عليها هذا الدفع سواء بتقرير هذه المحكمة لصحتها أو بطلانها - فإن على محكمة الموضوع أن تلتزم قضاءها بتقدير جدية الدفع فلا تنحيه وإلا كان ذلك نكولاً من جانبها عن التقيد بنص المادة ١٧٥ من الدستور التي تخول المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتسلطاً لقضاء أدنى على قضاء أعلى بما يناقض الأسس الجوهرية التي يقوم التقاضي عليها وتعطيلاً للضمانة المنصوص عليها في المادة ٦٨ من الدستور وما يتصل بها من حق اللجوء الى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسائل الدستورية التي اختصها الدستور بها بوصفها قاضيتها الطبيعي ولأن القواعد التي ينظمها الدستور هي التي يتعين ترجيحها في النزاع الموضوعي إذا عارضتها قاعدة قانونية أدنى نزولاً على مبدأ خضوع الدولة للقانون على ما تقضي به المادة ٥٦ من الدستور. وإنفاذ نصوص الدستور السابق بيانها يقتضي ألا تعاق المحكمة الدستورية العليا بقرار من محكمة الموضوع عن مباشرة ولايتها التي لا يجوز لها أن تتخلل عنها وإلا كان ذلك منها تحريفاً لاختصاصها واهداراً لموقعها من البناء القانوني للنظام القضائي في مصر وتنصلاً من مسؤولياتها التي أولاها الدستور أمانتها وكان الحكم الصادر من محكمة الموضوع في النزاع الماثل وإن ترتب عليه انحسار ولايتها بشأنه إلا أن تعلق الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا قبل هذا الحكم ووفقاً لقانونها والتزامها دستورياً بأن تقول كلمتها فيها يقتضيها إسباغ الولاية من جديد على محكمة الموضوع لتفصل في النزاع الذي كان مطروحاً عليها على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا الراهن ودون تقيد بالحكم الصادر عنها في النزاع الموضوعي^(١).

(١) الطعن رقم ١٢٦ س ٢٠ ق جلسة ٢ أكتوبر ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٣٤٨.

متي كان إعمال نصوص الدستور السابق بيانها يقتضي ألا تعاق المحكمة الدستورية العليا بقرار من محاكم الموضوع عن مباشرة ولايتها التي لا يجوز لها أن تتخلى عنها وإلا كان ذلك منها تحريفاً لاختصاصها وإهدار لموقعها من البنيان القانوني للنظام القضائي في مصر وتنصل من مسؤوليتها التي أولاها الدستور أمانتها فإن الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا - وهي محكمة موضوع في مفهوم المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا فلا تنفك عنها هذه الصفة حتي مع كونها محكمة طعن - وإن قضي بإلغاء قرار الإحالة المحرك للدعوى الدستورية الراهنة إلا أن تعلقها بالمحكمة الدستورية العليا قبل هذا الحكم واتصالها بها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المقررة في قانونها والتزامها دستورياً بأن تقول كلمتها فيها يقتضي أن تنحي أي عقبة - ولو كانت قانونية - وأن تمضي في نظرها وترفض الطلبات والدفوع المثارة وتفصل فيما تعرضه من مسائل دستورية غير عابئة بذلك الحكم لما يشكله من عدوان علي ولايتها في الرقابة القضائية علي الشرعية الدستورية التي اختصها الدستور بها ولتفصل المحكمة المحلية في طلب إلغاء القرار المطعون فيه - الذي مازال مطروحا عليها - علي ضوء قضاء هذه المحكمة في الدعوى الماثلة ذلك أن بحث محكمة الموضوع لمشروعية القرار محل طلب الإلغاء الذي لم تنفك عنه بقضاء حاسم منها يقتضي أن تقول المحكمة الدستورية العليا أولاً كلمتها في شأن ما أثارته محكمة الموضوع من شبهات حول دستورية نص القانون الذي صدر ذلك القرار استناداً إليه وبالتالي فإن مصلحة المدعي في الدعوى الراهنة وبقدر اتصالها بطلب الإلغاء المطروح في الدعوى الموضوعية تكون قائمة^(١).

وقد ذهب رأي إلى أن الحكم الصادر بإيقاف الدعوى الموضوعية أثراً للإحالة أو لتقدير جدية الدفع الفرعي ورفع صاحبه لدعواه الدستور في الميعاد المقرر لذلك جائز الطعن عليه استقلالاً بغير ما ضرورة لا انتظار صدور حكم الموضوع؛ وأساس هذا الرأي أن حكمة القاعدة المتمثلة في عدم تقطيع أوصال القضية الواحدة وتفريق نظر مسائلها بين درجات التقاضي المختلفة، لا تتوافر في حالة الطعن على حكم وقف الدعوى؛ إذ يستهدف المحافظة على وحدة

(١) الطعن رقم ٢٥ س ٢٢ ق جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٩٠٧.

القضية ومواصلة سيرها وتعجيل الفصل فيها من قبل قاضيتها، وذلك على عكس حالة رفض الدفع الفرعي بعدم الدستورية، ومن ثم مواصلة نظر الدعوى الموضوعية وعدم إرجاء الفصل فيها؛ إذ تبقى القاعدة العامة واجبة الأعمال فيها بما يعني أن صاحب الشأن لن يستطيع الطعن في حكم الرفض إلا مع طعنه في الحكم الصادر إن جاء لغير صالحه واختار مهاجمته بطرق الطعن المقررة قانوناً^(١).

ولكن إذا كانت المحكمة الدستورية العليا تستمد ولايتها في الرقابة القضائية علي الدستورية من نصوص الدستور مباشرة وإذ كان قانون هذه المحكمة - بتفويض من الدستور - قد رسم لاتصالها بالدعوى الدستورية طرقاً ثلاثة - علي سبيل الحصر - من بينها الإحالة بحكم من محكمة الموضوع بعد وقف الدعوى المطروحة عليها فإن ذلك الحكم - حال صدوره - لا يعكس صورة نمطية من صور الحكم بوقف الدعوى تعليقاً المنصوص عليه في قانون المرافعات والذي يجوز الطعن فيه علي استقلال قبل صدور الحكم المنهي للخصومة الموضوعية بتمامها إذ أن أحكم قانون المرافعات لا تسري - كأصل عام - إلا بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة اختصاص هذه المحكمة بالرقابة علي دستورية النصوص التشريعية ولازم ذلك أن الحكم الصادر من محكمة الموضوع بوقف الدعوى الموضوعية وإحالة أوراقها إلي هذه المحكمة للفصل في دستورية نص تشريعي يمتنع الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون المنظم له بما مؤداه أن المحكمة الدستورية العليا يتحتم عليها وجوباً النظر في دستورية هذا النص والفصل فيه ولو ثبت لديها أن حكم الوقف قد طعن فيه أو أنه قد ألغى أمام محكمة الطعن - رغم عدم جواز ذلك - وإلا كانت متسلبة من اختصاص نيط بها ولرانت شبهة إنكار العدالة علي تسلبها هذا^(٢).

١-الإحالة: يقصد به أن تحيل محكمة أو جهة قضائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي من تلقاء نفسها، ما يتصل بالنزاع المطروح عليها من النصوص اللازمة للفصل فيه - والتي تقدر من

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٣٩٠-٣٩٥.

(٢) الطعن رقم ٢٥ س ٢٢ ق جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٩٠٧.

وجهة مبدئية مخالفتها للدستور - إلى المحكمة الدستورية العليا، لتفصل في صحتها أو إبطالها، بما مؤداه أن إحالتها مباشرة هذه النصوص إلى المحكمة الدستورية العليا، شرطها لزومها للفصل في نزاع مطروح عليها، وقيام شبهة تخالطها بأن عواراً دستورياً قد شابها. وهي تفصل في هذه الشبهة وفق ما يدل عليه ظاهر الأمر في النصوص المار بيانها، فلا تتعمق أغوارها.

وتمثل هذه الصورة تطبيقاً مباشراً وحيّاً لمبدأ الخضوع للقانون؛ لأن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لا تتوخى من إحالتها المباشرة للنصوص التي تقدر بصفة أولية مخالفتها للدستور، غير طلب تحديد القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في النزاع المعروض عليها، وهي قاعدة تحددها المحكمة الدستورية بنفسها، وتقيد الجهة المحيلة بها، ومن ثم لا يكون تطبيقها من الجهة المحيلة غير إنفاذ القانون.

وقد يكون المرد في تقرير الإحالة إلى عدم تبين خصوم الدعوى الموضوعية أنفسهم لأوجه المخالفة الدستورية التي شابت النصوص القانونية المراد تطبيقها على دعواهم، وتنبه محكمة الموضوع في نفس الوقت لشبهتها. وقد تستشعر المحكمة أيضاً تعمد الخصم عدم الدفع بعدم الدستورية، رغم تبينه لأوجه المخالفة الدستورية، رغبة منه في عدم إطالة أجل الفصل في الدعوى الموضوعية أو لأي سبب آخر. ففي مثل هذه الأحوال لا تستطيع المحكمة غض النظر عن شبهة عدم الدستورية حال قيامها، وذلك إعلاء لمقتضيات الشرعية الدستورية^(١).

بيد أن اختيار محكمة الموضوع الإحالة سبيلاً للفصل في المسألة الدستورية لا يرتفع بالضرورة بموقف سلبي للخصم من هذه المسألة، فقد يكون موقفهم منها إيجابياً بدفعهم بعدم الدستورية ليكون بذلك سلوك طريق الدفع الفرعي متاحاً أمام محكمة الموضوع، ومع ذلك تقدر المحكمة ملائمة رفع الدعوى الدستورية بطريق الإحالة وليس بطريق الدفع^(٢).

وتطبيقاً لذلك المحكمة الدستورية العليا أن ولايتها في الدعاوى الدستورية - وعلى ما جرى به قضاؤها لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة في نص المادة ٢٩ من قانونها

(١) الدكتور وهيب عياد سلامة: أسلوب إصدار المحكمة الدستورية العليا لأحكامها، ١٩٩٢ ص ٢٥.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٤٧٧.

الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وذلك إما بإحالة الأوراق إليها - وفق نص البند (أ) من هذه المادة - من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي للفصل في المسألة الدستورية، وإما برفعها من أحد الخصوم - وفق نص البند (ب) من تلك المادة - بمناسبة دعوى موضوعية دفع فيها الخصم بعدم دستورية نص تشريعي، وقدرت محكمة الموضوع جدية دفعه، وهذه الأوضاع الإجرائية تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغيّاً به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها، وكان اتخاذ هذه الطرق أو تلك لرفع الدعوى الدستورية - إزاء نص تشريعي واحد - هو مما يدخل في مطلق تقدير محكمة الموضوع، فلها أن تكلف الخصم بإقامة دعواه الدستورية أو أن تعمل الرخصة المخولة لها بمقتضى البند (أ) من المادة ٢٩ فتحيل الأوراق إلى هذه المحكمة لتفصل في مدى دستورية النص التشريعي موضوع الدفع، والذي تراءى لها - على ما تعترضه من أسباب - عدم دستوريته^(١).

وأن مناط قبول الدعوى الدستورية، هو أن يكون نص القانون أو اللائحة المعروض على المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستوريته لازماً للفصل في النزاع في الدعوى الموضوعية التي أثّرت المسألة الدستورية بمناسبتها، بأن يكون من شأن الحكم في هذه المسألة أن يؤثر في الحكم في دعوى الموضوع^(٢). وصلة الربط بين هاتين الدعويتين الموضوعية والدستورية هي بالتحديد التي تكوّن جوهر شرط المصلحة كشرط لازم لقبول الدعوى الدستورية^(٣).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن «الأصل إنه متى أقيمت الدعوى الدستورية أمام محكمة الدستورية العليا، دخلت هذه الدعوى في حوزتها، لتهمين عليها وحدها، ولا يجوز بالتالي لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أن تنقض قرارها الصادر بإحالة مسألة دستورية إليها، أو أن تنحي الدفع الفرعي المثار أمامها بعد تقديرها لجديته، بل يجب عليها أن تتربص قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية باعتباره فاصلاً في موضوعها، كاشفاً عن صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها، ملزماً محكمة الموضوع بإعمال أثره في

(١) الطعن رقم ١٩٢ س ١٩ ق جلسة ٥ سبتمبر ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٥٣.

(٢) الطعن رقم ٦١ س ٤ ق جلسة ٢٣ أبريل ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٨٤.

(٣) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٤٧٩.

النزاع المعروض عليها، ذلك أن الدستور عقد الفصل الخامس من بابه الرابع لبيان طبيعة المحكمة الدستورية العليا ونطاق ولايتها، وكيفية تشكيلها، والشروط التي يتعين توافرها في أعضائها، وحقوقهم وحصانتهم، وقواعد مساءلتهم تأديبياً، وما يتصل كذلك بنشر أحكامها في الجريدة الرسمية، مقيماً بذلك الركائز اللازمة لضمان فعالية دورها على أسس ثابتة. وإذ نص الدستور في المادة ١٧٥ منه على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على النحو المبين في القانون، وكان قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، قد أولاهما دون غيرها الاختصاص بمباشرة هذه الرقابة في الأحوال وبالشروط التي فصلها في المادتين ٢٧، ٢٩ منه وكان الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا كلاهما، قد توخيا بذلك أن يكون أمر هذه الرقابة منعقداً لمحكمة واحدة زمام إعمالها، لتصوغ بنفسها معاييرها ومناهجها، فقد أضحي ممتنعاً - وفيما عدا الأحوال التي تتفي فيها المصلحة في الدعوى الدستورية، أو التي ينزل فيها الخصم عن دعواه الموضوعية من خلال ترك الخصومة فيها وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، أو التي يتخلل فيها خصم عن دفع بعدم الدستورية كان قد أبداه، أو التي تنحي فيها محكمة الموضوع دفعاً فرعياً بعد تقريرها لجديته، إعمالاً من جانبها لقضاء صادر عن المحكمة الدستورية العليا بصحة أو بطلان النص التشريعي الذي كان مطعوناً عليه أمامها في النزاع الموضوعي المعروض عليها وهو ما يدخل في اختصاصها - مواءمة النظر الدعوى الموضوعية قبل أن تفرض المحكمة الدستورية العليا - من خلال رقابتها على دستورية النصوص المطعون عليها - القاعدة القانونية التي يجب تطبيقها وفقاً للدستور على النزاع الموضوعي، ومن ثم يكون اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، حائلاً بالضرورة دون الفصل في الدعوى الموضوعية، ومانعاً بذاته من متابعتها، إلى أن تصدر المحكمة الدستورية العليا حكمها في المسألة الدستورية، وهو ما يفيد لزماً تعليق الفصل في أولاهما على ثانيتهما^(١).

نطاق الإحالة: يتحدد نطاق الدعوى الدستورية المتصلة بمحكمتها بطريق الإحالة بالنصوص المحالة.

(١) الطعن رقم ٩٣ س ١٢ ق جلسة ٥ مارس ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ س ٢١٣.

فمن ناحية لا يقبل ما يجاوزها. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه وحيث إن محكمة الموضوع قد أحالت إلى المحكمة الدستورية العليا نص البند (ب) من المادة (٩) من القرار المشار إليه للفصل في دستوريته، فإن نطاق الطعن المائل يتحدد بهذا البند وينحصر فيه، ويتحصل وجه النعي الذي تأخذه هذه المحكمة على ذلك النص في أنه ينحل إلى تنظيم لائحي يقرر عقوبات جنائية عن أفعال أثمها دون أن يكون ذلك بتشريع صادر عن مجلس الشعب أو رئيس الجمهورية، ومن ثم يكون مخالفاً للدستور^(١).

وحيث إن نطاق الدعوى الدستورية المقامة بطريق الإحالة من محكمة الموضوع بتحديد النص التشريعي الذي تراءى لها وجود شبهة مخالفته للدستور، ومن ثم فإن نطاق الدعوى المائلة ينحصر في عجز الفقرة من المادة - فيما نصت عليه من ، والذي ارتأت محكمة النقض مخالفته للدستور، على الوجه المتقدم^(٢).

وحيث إن البين من نص المادة ٢٩ من قانون هذه المحكمة أن المشرع رسم طريقاً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم مباشرتها وربط بينه وبين الميعاد المحدد لرفعها، فدلّ بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية، فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته، ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر. وهذه الأوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها، تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغياً به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها وفي الموعد الذي حدده، وإلا كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة، وإذ كانت محكمة الموضوع لم تصرح للمدعي برفع الدعوى الدستورية في شأن النصوص التشريعية التي طعن عليها بعدم الدستورية في مرحلة التحضير أمام هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا، فإن دعواه في شأنها تكون منظوبة على طعن مباشر فيها. متى كان

(١) الطعن رقم ٢١ س ١١ ق جلسة ٦ أبريل ١٩٩١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٣٢٤.

(٢) الطعن رقم ٤٩ س ٢٢ ق جلسة ٣ فبراير ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤٩ ج ١ ص ٨٥٧.

ذلك، وكانت ولاية هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بها وفقاً للأوضاع التي رسمها قانونها وليس من بينها طريق الدعوى الأصلية، فإن ما أثاره المدعى في شأن هذه النصوص لا يعدو أن يكون نزاعاً معها بقصد إهدار آثارها ارتكن فيه إلى غير الوسائل التي عينها قانون هذه المحكمة لرفع الدعوى الدستورية بالمخالفة لنص المادة ٢٩ من قانونها، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة إليها^(١).

ومن ناحية أخرى، لا يقبل الاقتصار على بعض النصوص المحالة؛ وذلك حتى وإن كان الخصم الذي يطلب ذلك قد دفع هو نفسه بعدم دستورية ذات النصوص المحالة واختارت محكمة الموضوع مع ذلك أن ترفع المسألة الدستورية إلى قاضيتها بطريق الإحالة وليس بطريق الدفع الفرعي؛ لأنه في مثل هذه الحالة ستكون أحكام الإحالة هي الواجبة التطبيق، وهي على عكس نظام الدفع الفرعي وحسبما جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا، لا تجيز ترك الخصومة الدستورية كلياً أو جزئياً^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن الدعوى الماثلة اتصلت بهذه المحكمة عن طريق الاحالة من محكمة الموضوع التي تراءى لها من وجهة مبدئية عدم دستورية نصوص المواد سالفة الذكر فأحالت الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا - وفقاً للبند أ من المادة ٢٩ من قانونها - لنقول فيها كلمتها الفاصلة فلا اعتداد - من ثم - بما قرره أحد الخصوم أمام هذه المحكمة بقصر الدعوى الراهنة على بعض النصوص المحالة من محكمة الموضوع ولا يغير من هذه النتيجة أن يكون هذا الخصم قد سبق له أن دفع أمام تلك المحكمة بعدم دستورية ذات النصوص ذلك أنه إذا كان جائزاً في الدعوى الدستورية التي يقيمها الخصم أثر دفع بعدم الدستورية قدرت محكمة الموضوع جديته - وفقاً للبند ب من المادة ٢٩ المشار إليها - أن يترك الخصومة فيها كلياً أو في شق منها فإن ذلك لا يجوز في الدعوى الدستورية المحالة إلى هذه المحكمة مباشرة من محكمة الموضوع^(٣).

(١) الطعن رقم ٦٨ س ١٣ ق جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٩٠.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٤٨١.

(٣) الطعن رقم ٢١٥ س ١٩ ق جلسة ٢ أكتوبر ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٣٦٣.

ويتحقق اتصال المسألة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا في حالة الإحالة بمجرد صدور قرار قاضي الموضوع بها، وهو في ذلك غير مقيد بميعاد^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها إليها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانونها يعني دخولها في حوزتها لتهمين عليها وحدها فلا يجوز بعد انعقادها أن تتخذ محكمة الموضوع إجراء أو تصدر حكماً يحول دون الفصل في المسائل الدستورية التي تثيرها ذلك أن قضاءها بوقف الدعوى المطروحة أمامها وبإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستورية ما استظهرت تطبيقه من نصوص قانونية - ثارت لديها شبهة عدم دستورتها - علي المنازعة المطروحة أمامها يعد محرراً للخصومة الدستورية^(٢).

قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها إليها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانونها، يعني دخولها في حوزتها لتهمين عليها وحدها، فلا يجوز بعد انعقادها أن تتخذ محكمة الموضوع إجراءً وتصدر حكماً يحول دون الفصل في المسائل الدستورية التي تثيرها، وعلى محكمة الموضوع أن تترصد قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية حتى تنزل قضاءها على وقائع الدعوى الموضوعية، بما مؤداه أنه - فيما عدا الأحوال التي تنتفي فيها المصلحة في الخصومة الدستورية بقضاء من المحكمة الدستورية العليا، أو التي ينزل فيها خصم عن الحق في دعواه الموضوعية من خلال تركها وفقاً لقواعد قانون المرافعات، أو التي يتخلى فيها عن دفع بعدم الدستورية سبق لمحكمة الموضوع تقدير جديته، أو التي يكون عدول محكمة الموضوع فيها عن تقديرها لجدية دفع بعدم الدستورية أو قرارها بالإحالة مبناه إعمالها للآثار المترتبة على قضاء للمحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص ذاتها التي قام عليها الدفع أو انبنى عليها قرار الإحالة، فإن على محاكم الموضوع -

(١) الدكتور رمضان بطيخ: النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، الطبعة الأولى ١٩٩٥ / ١٩٩٦، ص ٤٣٠-٤٣١؛ الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤٠٩.

(٢) الطعن رقم ٢٥ س ٢٢ ق جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٩٠٧.

على اختلاف درجاتها- أن تتربص قضاء المحكمة الدستورية العليا، وإلا كان قضاؤها نكولاً من جانبها عن التقيد بنص المادة (١٧٥) من الدستور التي تخول المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتسليطاً لقضاء أدنى على قضاء أعلى بما يناقض الأسس الجوهرية التي يقوم التقاضي عليها، وتعطيلاً للضمانة المنصوص عليها في المادة (٦٨) من الدستور، وما يتصل بها من حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسائل الدستورية التي اختصها الدستور بها، بوصفها قاضيتها الطبيعي، ومن ثم فلا يكون لقضاء محكمة الموضوع- بعد تقديرها لجدية الدفع وإقامة الدعوى الدستورية بالفعل بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وإحالتها إلى محكمة القضاء الإداري بطنطاً- أي أثر على استمرار نظر الدعوى الدستورية والفصل فيها^(١).

٢- الدفع الفرعي: مؤداه أن يثير أحد الخصوم في الدعوى التي تنظرها أمر مخالفتها للدستور، وعلى المحكمة أن تقرر إذا كان منعه ظاهر البطلان، أو قائماً على شبهة لها أساسها، فإذا تبين لها توافر هذه الشبهة -كان منعه جدياً لترخص المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي بعد ذلك للخصم الذي أثار المسألة الدستورية - وخلال المدة التي تحددها، والتي لا يجوز أن تزيد على ثلاثة أشهر - برفع الدعوى الدستورية التي يختصم بها النصوص المطعون عليها، فإذا لم يقدّم دعواه خلال الميعاد المحدد لها، اعتبر الدفع بقوة القانون كأن لم يكن، وعديم الأثر بالتالي. وكلما كانت المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، تزيد على الأشهر الثلاثة، وجب خفضها إلى ما لا يجاوزها؛ لأن هذه المدة تعتبر حداً زمنياً نهائياً مقررّاً بقاعدة أمره نص عليها البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية، فلا يجوز الخروج عليها. وعلى الخصم الذي أثار الدفع بعدم دستورية النصوص المطعون عليها، أن يتقيد بالميعاد الذي حددته المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، ولو كان أقل من الأشهر الثلاثة المشار إليها؛ لأن هذا الخصم لا يفاضل بين المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة، وميعاد الأشهر الثلاثة المقرر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، ليختار من

(١) الطعن رقم ٥ س ١٦ ق جلسة ١٢ فبراير ٢٠٠٦ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ١١ ج ٢ ص ٢٢٤١.

بينهما المدة الأطول، وإنما هو ميعاد واحد، هو الذي حددته تلك المحكمة أو الهيئة مقيدة به نفسها والخصوم على سواء. ولا يعني ذلك أن عليها أن ترفض كل طلب يقدمه الخصم بزيادة ميعاد حدته ابتداءً؛ إذ يجوز لها دوماً أن تمنحه مهلة جديدة تضيفها إلى المهلة الأولى، شريطة ألا يزيداً معاً على الأشهر الثلاثة المشار إليها، وأن يكون قرارها بعد الميعاد، قد صدر عنها قبل انتهاء المهلة الأولى حتى تتداخل معها وتعتبر امتداد لها^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن قانون المحكمة الدستورية العليا، الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، إعمالاً لحكم المادة (١٧٥) من الدستور قد حدد في المادة (٢٩) منه المطعون عليها الطريقين لرفع الدعوى الدستورية، أولهما أن يبدي الدفع بعدم الدستورية أمام أية محكمة - في منزلتها الهيئات ذات الاختصاص القضائي - أثناء نظرها لنزاع معين، فإذا قدرت المحكمة جدية الدفع، أذنت لصاحب الشأن أن يرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا خلال أجل لا يجاوز ثلاثة أشهر، وثانيهما أن يتراءى لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، شبهة عدم دستورية نص لازم للفصل في النزاع المطروح عليها، فتوقف الدعوى وتحيل الأوراق بغير الرسوم إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في المسألة الدستورية، فإذا استقامت الدعوى الدستورية بأي من الطريقين، فإن المحكمة الدستورية العليا يكون لها الحق في التصدي لأي نص في قانون أو لائحة مما لم تطرحه الدعوى الدستورية، ولكنه يتصل بالنزاع المطروح عليها، لتقضى بعدم دستوريته، وهو الحق المخول لها بموجب المادة (٢٧) من قانونها^(٢).

- رسم المشرع طريقاً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم إقامتها وربط بينه وبين الميعاد المحدد لرفعها فدل بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية فلا ترفع إلا بعد ابداء دفه بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر وهذه

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظها الرئيسية، مركز رينيه - جان دوبي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ٤١٩ ص ٦٨٥.

(٢) الطعن رقم ١٢٣ س ٢٢ ق جلسة ١٢ يناير ٢٠٠٣ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٨٦٨.

الأوضاع الاجرائية - سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها - إنما تتعلق بالنظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية في التقاضي التي تغياّ المشرع بها مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها القانون وفي الموعد الذي حدده ومن ثم فإن ميعاد الاشهر الثلاثة الذي فرضه المشرع على نحو أمر كحد اقصى لرفع الدعوى الدستورية أو الميعاد الذي تحدده محكمة الموضوع - في غضون هذا الحد الأقصى - هو ميعاد حتمي يتعين على الخصوم الالتزام به لرفع الدعوى الدستورية قبل انقضائه وإلا كانت غير مقبولة^(١).

ومؤدى ذلك أنه إذا اتصلت المحكمة الدستورية العليا بالدعوى بغير الطرائق الذي رسمها وحددها الشارع، فإن الدعوى تكون غير مقبولة. وتطبيقاً لذلك قضي أنه وحيث إن قضاء المحكمة قد جرى على أن مناط ولايتها بالرقابة الشرعية الدستورية، هو اتصالها بالمسائل الدستورية المطروحة عليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في المادة (٢٩) من قانونها، وذلك إما بإحالتها إليها مباشرة من محكمة الموضوع إذ تراءى شبهة عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، وإما من خلال دفع بعدم دستورية نص تشريعي ييديه أحد الخصوم وتقدر تلك المحكمة جديته وتأذن لمبديه بعدئذ وخلال أجل لا يجاوز ثلاثة أشهر برفع دعواه الدستورية في الحدود التي قدرت فيها جدية دفعه، ولم يجز المشرع - بالتالي - إقامة دعوى أصلية أو مباشرة كسبيل للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية. وهذه الأوضاع الإجرائية تعد من النظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية التي تغياّ بها المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي حددها. وحيث إنه تأسيساً على ما تقدم، وإن كان الثابت بالأوراق أن المدعين ابدوا الدفع بعدم الدستورية النص سالف الذكر بجلسة ٢٠٠١/٨/٢ فقرر المجلس التأجيل لجلسة ٢٠٠١/٩/٦ للرد على الدفوع التي أبداهها الحاضر عن المحالين وسماع الشهود دون صدور قرار منه بالإذن بإقامة الدعوى الدستورية تقديراً لجدية

(١) الطعن رقم ٧٩ س ٢٠ ق جلسة ٣ فبراير ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٨٥٢؛ الطعن رقم ٨٥ س ٢٢ ق جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ س ٩ ج ١ ص ٩٣٦؛ الطعن رقم ٢٢١ س ٢١ ق جلسة ٧ يوليو ٢٠٠١ س ٩ ج ١ ص ١٠٠٩؛ الطعن رقم ٣٥ س ١٩ ق جلسة ٤ نوفمبر ٢٠٠٠ س ٩ ج ١ ص ٧٩٠.

الدفع المبدي أمامه. متى كان ذلك - دون خوض فيما إذا كان هذا المجلس يعد هيئة ذات اختصاص قضائي من عدمه - فإن هذه الدعوى في حقيقتها تغدو دعوة أصلية بعدم الدستورية، أقيمت بالمخالفة لطريقي الدفع والإحالة الذين استلزمهما القانون للتداعي في المسائل الدستورية، بما يوجب والحال كذلك القضاء بعدم قبولها^(١).

(أ) إبداء الدفع:

أولاً: يتعين الدفع بعدم الدستورية واضحاً وليس مبهماً، معيّناً بالتحديد وبغير تجهيل النصوص التشريعية المدعى بعدم دستوريتهما والنصوص الدستورية المدعى بمخالفتها وأوجه هذه المخالفة؛ وذلك حتى تتوافر لمحكمة الموضوع العناصر الكافية لتناول هذا الدفع بعد إبدائه.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن الدفع بعدم الدستورية لا يستنهض ولاية محكمة الموضوع لتقدير جديته، إلا إذا ورد على نص أو نصوص بذاتها عينها المدعى وحددها باعتبارها نطاقاً لدفعه، متضمناً تحديد أبعاده، كي تجيل محكمة الموضوع بصرها في النصوص المطعون عليها لتقدير جدية المطاعن الموجهة إليها من وجهة نظر أولية لا تسير أغوارها، ولا تعتبر منبئة عن كلمة فاصلة في شأن اتفاقها مع أحكام الدستور أو خروجها عليها. وإذا كان التجهيل بالنصوص التشريعية المطعون عليها، لا يتضمن تعريفاً بها يكون محدداً بذاته لماهيتها، وكاشفاً عن حقيقة محتواها، وكان هذا التحديد لازماً لزوماً حتماً لجديتها، فإن خلو الدفع بعدم الدستورية من بيانها، ثم التصريح للمدعي برفع الدعوى الدستورية ترتیباً عليه، مؤداه أن هذا التصريح قد ورد على غير محل، إذ يتعين دائماً لاتصال هذه الدعوى بالمحكمة الدستورية العليا عن طريق الدفع الفرعي، ألا يكون هذا الدفع مبهماً، وأن يكون تقدير محكمة الموضوع لجديته تالياً لبيان مضمونه، وهو ما قام الدليل على نقيضه، ومن ثم لا تكون الدعوى الدستورية قد اتصلت بالمحكمة وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، ويتعين بالتالي الحكم بعدم قبولها^(٢).

(١) الطعن رقم ٢٤١ س ٢٣ ق جلسة ١٢ يناير ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٩٠٤.

(٢) الطعن رقم ٤٠ س ١٣ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٢١٢.

فإذا رفعت الدعوى الدستورية في غيبة أي دفع بهذا الخصوص أمام محكمة الموضوع غاب عنها شرط الاتصال القانوني بالمحكمة الدستورية العليا، وكانت من قبيل الطعن المباشر بعد الدستورية، والذي لم يجزه الشارع طريقاً من طرق الاتصال القانوني بالدعوى الدستورية، وكذلك إذا كان الدفع مبهماً ومفتقراً إلى الوضوح الكافي واللازم لتقدير مدى جديته^(١).

وحيث إن مؤدى نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ولايتها في الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة في هذه المادة، وذلك إما بإحالة الأوراق إليها من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي للفصل في المسألة الدستورية، وإما برفعها من أحد الخصوم بمناسبة دعوى موضوعية مقامة دفع فيها الخصم بعدم دستورية نص تشريعي وقدرت محكمة الموضوع جدياً دفعه فرخصت له في رفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، وهذه الأوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها - تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغياً به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها وفي الموعد الذي عينه، لما كان ذلك وكان المدعي الأول لم يدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية قانون التجمهر، فإن دعواه الدستورية لا تكون قد اتصلت بالمحكمة طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً. وبالتالي تكون غير مقبولة^(٢).

وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى، على أن المشرع قد رسم في البند (ب) من المادة ٢٩ من قانونها طريقاً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم إقامتها، وربط بينه وبين الميعاد المحدد لرفعها، فدل بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية، فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته، ولا تقبل إلا بعد رفعها خلال الأجل الذي ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بما لا يجاوز ثلاثة أشهر، وكان من

(١) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٤٨٦-٤٨٧.

(٢) الطعن رقم ١ س ٩ ق جلسة ٢٩ أبريل ١٩٨٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٢٢٨.

المقرر أن هذه الأوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو تعلق بميعاد رفعها - جميعها من النظام العام باعتبارها أشكالاً جوهرية في التقاضي تغيّ بها المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها، وفي الموعد الذي حدده، وكان المدعي لم يدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية هاتين المادتين، بل أثار شبهة مخالفتها للدستور - ولأول مرة - أمام هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا، فإن ذلك منه يعد اختصاصاً لهاتين المادتين بصورة مبتدأه تنحل إلى طعن عليهما بالطريق المباشر - وبصفة أصلية - وهو ما لا يجوز قانوناً، إذ لم يجز المشرع الدعوى الأصلية طريقاً للطعن بعدم دستورية النصوص القانونية. وإلا أهدر شرط المصلحة الشخصية المباشرة، وهو مناط قبول الخصومة الدستورية، ومفترض اتصالها بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها^(١).

-ولاية المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة في المادة ٢٩ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وذلك إما بإحالة الأوراق إليها من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي للفصل في المسألة الدستورية، وإما برفعها من أحد الخصوم بمناسبة دعوى موضوعية دفع فيها الخصم بعدم دستورية نص تشريعي، وقدرت محكمة الموضوع جدية دفعه. وهذه الأوضاع الإجرائية تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغيّ به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها. إذ كان الدفع بعدم الدستورية قد اقتصر على المادتين ٢٣١، ٢٣٢ من القانون المدني دون المواد ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨، ٢٢٩ منه، فإن الطعن على هذه المواد الأخيرة، لا يكون قد اتصل بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً ويتعين الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة إليها. كما أنه لما كان المدعي لم يضمن صحيفة دعواه الدستورية طعنًا على نص المادة ٢٣١ من القانون المدني والتي دفع بعدم دستوريته أمام محكمة الموضوع، فإن

(١) الطعن رقم ٢٦ س ١٥ ق جلسة ٢ ديسمبر ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٢٢٦.

الفصل في دستورية هذه المادة لا يكون مطروحاً على المحكمة الدستورية العليا، ومن ثم يتحدد نطاق المسألة الدستورية بنص المادة ٢٣٢ من القانون المدني، التي دفع بعدم دستورتها أمام محكمة الموضوع وأوردها بصحيفة دعواه الدستورية^(١).

ولا يغير من ذلك أن يأتي الدفع بعدم الدستورية المثار لأول مرة أمام المحكمة الدستورية العليا في معرض نظر المحكمة لمسألة دستورية محالة من محكمة الموضوع ومادام قرار هذه الأخيرة بالإحالة لم يشملها. ولا يغير من ذلك أيضاً أن تكون محكمة الموضوع قد صرحت من تلقاء نفسها برفع الدعوى الدستورية بغير أن يدفع الخصم بعدم الدستورية، أو تكون قد أوقفت الدعوى تربصاً بفصل المحكمة الدستورية العليا في دعوى دستورية حال رفعها من المدعي مباشرة^(٢).

-أن ولاية المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة في المادة ٢٩ من قانون المحكمة الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وذلك إما بإحالة الأوراق إليها من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي للفصل في المسألة الدستورية، وإما برفعها من أحد الخصوم بمناسبة دعوى موضوعية دفع فيها الخصم بعدم دستورية نص تشريعي و قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه فرخصت له في رفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، وهذه الأوضاع الإجرائية تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغياً به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها. إذ كان ذلك، وكان البين من محاضر جلسات الدعوى الموضوعية أن محكمة الموضوع قد قررت - من تلقاء نفسها - بجلسة ١٩ ابريل سنة ١٩٩٠ التصريح للمدعية برفع الدعوى الدستورية، ودون ثمة دفع في هذا الخصوص من جانبها، ومن ثم فإن هذه الدعوى، لا تكون قد اتصلت مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً، مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(٣).

(١) الطعن رقم ١٢ س ١٤ ق جلسة ٥ سبتمبر ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٤٠.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٤٨٩٦-٤٩٠.

(٣) الطعن رقم ٧٩ س ١٢ ق جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ٢٦.

-إذا كانت الدعوى الدستورية الماثلة لم تتصل بالمحكمة الدستورية العليا عن طريق الإحالة إليها مباشرة من محكمة الموضوع وفقاً لحكم البند (أ) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، فإن سبيل إقامتها من خصم لا يتأتى إلا بولوج الطريق المنصوص عليه بالبند (ب) من المادة ٢٩ من هذا القانون الذي ينظم الدفع الفرعي طريقاً لاختصاص النصوص القانونية المدعي مخالفتها للدستور، وكان البين من الأوراق - على ما سلف البيان - أن المدعي في الدعوى الماثلة لم يكن قد دفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية أحكام القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ المطعون عليه، ولا يتصور بالتالي أن تكون محكمة الموضوع قد قدرت الدلائل على جدية دفعه، أو أنها خولته رفع دعواه الدستورية خلال أجل محدد وكان قرار السيد المستشار رئيس دائرة التسويات بمحكمة القضاء الإداري، بوقف الدعوى الموضوعية إلى أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الدعوى المقامة أمامها بعدم دستورية أحكام القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١، لا يقوم مقام تقدير جدية الدفع - بافتراض إبدائه - ولا يرقى إلى مرتبة التصريح للمدعي برفع الدعوى الدستورية، بل يفيد إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي إلى أن تدلي المحكمة الدستورية العليا بكلمتها في الدعوى المطروحة عليها بعدم دستورية هذا القانون، بعد تحققها من توافر شروط قبولها وفقاً للأوضاع المقررة أمامها، وكانت شروط اتصال الدعوى الماثلة بالمحكمة الدستورية العليا متخلفة بتمامها لرفعها إليها عن غير طريق الدفع الفرعي بالمخالفة لأحكام البند (ب) من المادة ٢٩ من قانونها على ما تقدم، فإن هذه الدعوى تنحل إلى طعن مباشر في أحكام القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ من خلال الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي لا يجوز قبولها لمنافاتها الأوضاع المقررة بقانون المحكمة الدستورية العليا. ولا إخلال في ذلك بحق التقاضي أو إهدار لفعاليته، إذ هو حق غير مطلق يجوز أن يخضع لضوابط لا تقيد بباهيتها أو بأبعادها من جوهرية ولا تدخل شروط قبول الدعوى التي ينظمها المشرع الحق فيها لمصلحة مشروعة تقتضيها، في إطار القيود التي تنال من هذا الحق أو تعطل جدواه^(١).

-أن تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم دستورية نص قانوني معين، يفترض إجالتها

(١) الطعن رقم ١١ س ١٤ ق جلسة ٤ يونيو ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٢٩٥.

لبصرها فيه بعد فهمها لحقيقته ووقوفها على أبعاده. ويقتضي ذلك أن تقابل - بصفة مبدئية - بين هذا النص والنصوص الدستورية المدعى مخالفتها، مستظهره من ذلك نطاق التناقض بين مضمونه وأحكامها.

ولا يجوز بالتالي أن يكون تقدير محكمة الموضوع جدية دفع مثار أمامها، منفصلاً عن تعارض تتحراه مبدئياً بين النصوص القانونية المطعون عليها ومواقع بطلانها من أحكام الدستور. وحيث إن المدعين وإن أثاروا لأول مرة - بمذكرتهم التي قدموها إلى محكمة الموضوع في ١٦/١/١٩٩٦ - مخالفة نص المادة ٣٣ من قانون العاملين بالقطاع العام الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨، للمادتين ٨، ٦٨ من الدستور، وكانت محكمة الموضوع - بعد إبداء المدعين لدفعهم هذا - لم تمض في نظر الدعوى الموضوعية، ولكنها حجزتها للحكم في ١٤/٢/١٩٩٦. وبجلستها هذه أعادتها للمرافعة استثناءً منها لنظرها في ٢١/٤/١٩٩٦. وبهذه الجلسة، قررت تأجيلها إلى ١٨/٦/١٩٩٦ ليقم المدعون قبل حلولها دعواهم الدستورية، وكان ما تقدم مؤداه أن محكمة الموضوع لم تفصح عن تقديرها لجدية الدفع المطروح عليها إلا بتاريخ ٢١/٤/١٩٩٦. وإذا أقام المدعون الدعوى الماثلة قبل انتهاء الأجل الذي حددته محكمة الموضوع لرفعها - وعلى التحديد في ١٦/٦/١٩٩٦ - فإن النعي بعدم قبولها شكلاً، يكون فاسداً^(١).

ثانياً: يجب إبداء الدفع من أحد الخصوم وبمناسبة دعوى موضوعية، أي أمام محكمة الموضوع؛ حتى تقوم صلة الربط بين مصلحته في الدعوى الموضوعية ومصلحته في الدعوى الدستورية، ويقدر في هذا الإطار مدى جدية هذا الدفع. ومن ثم إذا رفعت الدعوى الدستورية من غير الخصم في الدعوى الموضوعية، كانت غير مقبولة لعدم رفعها بالأوضاع المقررة قانوناً^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن ولاية المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة في المادة ٢٩

(١) الطعن رقم ٦٢ س ١٨ ق جلسة ١٥ مارس ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٤٨٨.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٤٨٦-٤٨٧؛ الدكتور محمد نصر الدين كامل: اختصاص المحكمة الدستورية العليا، ١٩٨٩ ص ١٠.

من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وذلك إما بإحالة الأوراق إليها من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي للفصل في المسألة الدستورية، وإما برفعها من أحد الخصوم بمناسبة دعوى موضوعية دفع فيها الخصم بعدم دستورية نص تشريعي وقدرت المحكمة جدية دفعه. وهذه الأوضاع الإجرائية تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغيا به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسألة الدستورية بالإجراءات التي رسمها^(١).

- مجلس التأديب الابتدائي لأعضاء هيئة التدريس والعاملين بالمعهد يغلب علي تشكيله العنصر الإداري ولم يتضمن القانون إلزامه باتباع الإجراءات التي تتحقق بها ضمانات التقاضي أمامه ومن ثم فإن هذا المجلس لا يعدو أن يكون مجرد لجنة إدارية ولا تعتبر قراراته - بالتالي - أعمالاً قضائية ولا يغير من ذلك اشتراك أحد رجال مجلس الدولة في عضويته والنص علي وجوب إخطار عضو هيئة التدريس أو العامل بالتهم المنسوبة إليه ودعوته للحضور وأن يكون قرار المجلس مسبباً إذ لا يكفي ما تقدم لإضفاء الصفة القضائية عليه أو علي أعماله طالما أنه لم تتوافر له باقي العناصر الرئيسية للعمل القضائي علي نحو ما سلف بيانه ومن ثم فإن مجلس التأديب المشار إليه لا يعدو جهة قضائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي مما عنته المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا وبالتالي لا تكون الدعوى الماثلة قد اتصلت بهذه المحكمة طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(٢).

ولاية المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة في المادة (٢٩) من قانونها، وذلك إما بإحالة الأوراق إليها من إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي للفصل في المسألة الدستورية، وإما برفعها من أحد الخصوم بمناسبة دعوى موضوعية

(١) الطعن رقم ٨٠ س ١٢ ق جلسة ٤ يوليو ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ١٥؛ الطعن رقم ١٩٢ س ١٩ ق جلسة ٥ سبتمبر ١٩٩٨ س ٩ ج ١ ص ٥٣.

(٢) الطعن رقم ١٣٣ س ٢٢ ق جلسة ٤ أغسطس ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١٠٤٩.

مقامة، دفع فيها الخصم بعدم دستورية نص تشريعي، و قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه، فرخصت له في رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا، وهذه الأوضاع الإجرائية - سواء ما إتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها - تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغيّا به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية. لما كان ذلك، وكان المدعي الثاني لم يختصم أمام محكمة الموضوع، ولم ترخص له في رفع الدعوى الدستورية، فإن دعواه الدستورية لا تكون قد رفعت إلى المحكمة الدستورية العليا طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً، ومن ثم تكون غير مقبولة بالنسبة إليه. وإذا كانت محكمة الموضوع قد قصرت نطاق الدفع بعدم الدستورية على القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٢، فمن ثم تكون الدعوى غير مقبولة بالنسبة لقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٦٠ لسنة ١٩٨٢^(١).

إن المشرع - بما نص عليه البند "ب" من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا - قد دلّ على أن الدعوى الدستورية لا ترفع من الخصم إلا بعد إيداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته، ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر، وهذه الأوضاع الإجرائية تتعلق بالنظام العام باعتبارها أشكالاً جوهرياً تغيّا بها المشرع مصلحة عامة قوامها انتظام التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها وفي الموعد الذي حدده، إذ كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن المدعي الثالث وحده - دون المدعين الآخرين - هو الذي اتهم في الدعوى الموضوعية وأثار الدفع بعدم دستورية القرار المطعون فيه، فإن دعوى المدعين الأول والثاني والرابع لا تكون قد اتصلت بهذه المحكمة وفقاً للأوضاع التي نص عليها قانونها، ويتعين بالتالي الحكم بعدم قبولها^(٢).

يشترط لقبول التدخل الانضمامي طبقاً لما تقضي به المادة (١٢٦) من قانون المرافعات أن

(١) الطعن رقم ٤٥ س ٧ ق جلسة ٣ يناير ١٩٨٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ١٥.

(٢) الطعن رقم ٤٣ س ٧ ق جلسة ٧ مارس ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ٢١٤.

يتم التدخل طبقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى و أن يكون لطالب التدخل مصلحة شخصية ومباشرة في الإنضمام لأحد الخصوم في الدعوى، ومناطق المصلحة في الإنضمام بالنسبة للدعوى الدستورية أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين مصلحة الخصم الذي قبل تدخله في الدعوى الموضوعية المثار فيها الدفع بعد الدستورية و أن يؤثر الحكم في هذا الدفع على الحكم فيما أبداه هذا الخصم أمام محكمة الموضوع من طلبات. لما كان ذلك و كان طالب التدخل في الدعوى الماثلة لم يتدخل في أي من الدعويين الموضوعيتين المقامتين من المدعين و لم تثبت له بالتالي صفة الخصم التي تسوغ إعتباره من ذوي الشأن في الدعوى الدستورية الذين تتوافر لهم المصلحة في تأييدها أو دحضها و من ثم يكون طلب تدخله غير مقبول. ولا ينال من ذلك ما أثاره المدعون و طالب التدخل في شأن عدم دستورية النصوص الإجرائية في قانون المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن هذه المحكمة إنما تستمد ولايتها في الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح من المادة "١٧٥" من الدستور التي تنص على أن تتولى المحكمة هذه الرقابة على الوجه المبين في القانون و على أن ينظم القانون الإجراءات التي تتبع أمامها، و إذ كان ما أورده قانون المحكمة الصادر بناء على هذا التفويض من النص على الإحالة - في شأن بعض الإجراءات المتبعة أمام المحكمة - إلى قانون المرافعات المدنية و التجارية بما لا يتعارض و طبيعة اختصاصها و الأوضاع المقررة أمامها و من بيان لطرق رفع الدعوى الدستورية إليها، مما يدخل في نطاق الملاءمة التي تستقل السلطة التشريعية بتقديرها دون أي مساس بحق التقاضي، فإنه يتعين إطراح ما أثاره المدعون و طالب التدخل في هذا الصدد^(١).

ثالثاً إذا تنازل صاحب الدفع بعدم الدستورية عن دفعه، سقط هذا الدفع وأهدر ما ترتب عليه^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه لئن كان المشرع - في المادة ٢٩ / ب من قانون المحكمة الدستورية العليا - قد رسم طريقاً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم إقامتها، وربط بينه وبين الميعاد المحدد لرفعها، وإلا بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين، من

(١) الطعن رقم ١٣١ س ٥ ق جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٨٨.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٤٩١.

مقومات الدعوى الدستورية، فلا ترفع إلا بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين، من مقومات الدعوى الدستورية، فلا ترفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته، ولا يقبل إلا إذا رفعت خلال الجل الذي ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر، وكانت هذه الوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أو بميعاد رفعها - تتعلق بالنظام العام باعتبارها أشكلاً جوهرياً في التقاضي تغيا بها المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها، وفي الموعد الذي حدده، وكان المدعي قد أقام دعواه الدستورية الماثلة خلال الموعد الذي حددته محكمة الموضوع بعد تقديرها لجدية دفعة بعدم الدستورية، إلا أن الثابت من الأوراق أنه عاد وتناول أمام محكمة الموضوع عن دفعه بعدم الدستورية بما مؤداه سقوط هذا الدفع وإهدار كافة الآثار القانونية المترتبة عليه، ويتعين - والحالة هذه - الحكم بعدم قبول الدعوى الماثلة^(١).

أن اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها إليها وفقاً للقواعد وطبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانونها يعني دخولها في حوزتها لتهيمن عليها وحدها، فلا يجوز بعد انعقادها أن تتخذ محكمة الموضوع إجراء أو تصدر حكماً يحول دون الفصل في المسائل الدستورية التي تثيرها. ذلك أن قضاءها بوقف الدعوى المطروحة أمامها وبإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستورية ما استظهرت تطبيقه من نصوص قانونية - ثارت لديها شبهة عدم دستوريته - على المنازعة المطروحة أمامها؛ يعد محركاً للخصومة الدستورية، وعلى محكمة الموضوع بعد أن تعلقت المسائل الدستورية التي أثارها قرار الإحالة بالمحكمة الدستورية العليا أن تتربص قضاءها فيها باعتباره فاصلاً في موضوعها كاشفاً عن النصوص القانونية الصحيحة التي يتعين تطبيقها في النزاع الموضوعي، بما مؤداه أنه - فيما عدا الأحوال التي تنتفي فيها المصلحة في الخصومة الدستورية بقضاء من المحكمة الدستورية العليا، أو التي ينزل فيها خصم عن الحق في دعواه الموضوعية من خلال تركها وفقاً لقواعد قانون المرافعات، أو التي يتخلل فيها عن دفع بعدم الدستورية سبق لمحكمة الموضوع تقدير جديته، أو التي يكون عدول محكمة الموضوع فيها عن تقديرها لجدية دفع بعدم الدستورية أو قرارها بالإحالة مبناه إعماها

(١) الطعن رقم ٥٣ س ١٢ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ١٥٠.

للآثار المترتبة على قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص ذاتها التي قام عليها الدفع أو انبنى عليها قرار الإحالة، سواء بتقرير هذه المحكمة لصحتها أو بطلانها - فإن على محاكم الموضوع - على اختلاف درجاتها - أن تلتزم قضاءها بالإحالة، فلا تنحيه وإلا كان ذلك نكولاً من جانبها عن التقيد بنص المادة (١٧٥) من الدستور التي تخول المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتسليطاً لقضاء أدنى على قضاء أعلى بما يناقض الأسس الجوهرية التي يقوم التقاضي عليها، وتعطيلاً للضمانة المنصوص عليها في المادة (٦٨) من الدستور وما يتصل بها من حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسائل الدستورية التي اختصاصها الدستور بها، بوصفها قاضيتها الطبيعي، ولأن القواعد التي ينتظمها الدستور هي التي يتعين ترجيحها دائماً متى عارضتها قاعدة قانونية أدنى نزولاً على مبدأ خضوع الدولة للقانون على ما تقضي به المادة (٦٥) من الدستور. وأن المحكمة الدستورية العليا تستمد ولايتها في الرقابة القضائية على الدستورية من نصوص الدستور مباشرة. وإذا كان قانون هذه المحكمة - بتفويض من الدستور - قد رسم لاتصالها بالدعوى الدستورية طرقاً ثلاثة - على سبيل الحصر - من بينها الإحالة بحكم من محكمة الموضوع بعد وقف الدعوى المطروحة عليها، فإن ذلك الحكم - حال صدوره - لا يعكس صورة نمطية من صور الحكم بوقف الدعوى تعليقاً المنصوص عليه في قانون المرافعات، والذي يجوز الطعن فيه على استقلال قبل صدور الحكم المنهي للخصومة الموضوعية بتمامها، إذ أن أحكام قانون المرافعات لا تسري - كأصل عام - إلا بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة اختصاص هذه المحكمة بالرقابة على دستورية النصوص التشريعية. ولازم ذلك أن الحكم الصادر من محكمة الموضوع بوقف الدعوى الموضوعية، وإحالة أوراقها إلى هذه المحكمة للفصل في دستورية نص تشريعي، يمتنع الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون المنظم له، بما مؤداه، أن المحكمة الدستورية العليا، يتحتم عليها وجوباً النظر في دستورية هذا النص؛ والفصل فيه، ولو ثبت لديها أن حكم الوقف قد طعن فيه، أو أنه قد ألغى أمام محكمة الطعن - رغم عدم جواز ذلك - وإلا كانت متسلبة من اختصاص نيظ بها، ولرانت شبهة إنكار العدالة على تسلبها هذا^(١).

(١) الطعن رقم ٢٥ س ٢٢ ق جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٩٠٧ .

(ب) تقدير الدفع وآثاره:

١- يشترط أن يكون الدفع جدياً؛ وذلك حتى ينتج الدفع بعدم الدستورية أثراً إيجابياً في رفع الدفع الدستورية، طبقاً لنص الفقرة (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا. وتعد هذه الجدية شرطاً أولياً لاتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا؛ وعلة الشرط هي قطع الطريق على دفع عدم الدستورية التي لا يراد منها سوى تعطيل سير الدعوى الموضوعية، وعدم إثقال القاضي الدستوري بدعاوى تسويقية^(١).

ومحكمة الموضوع هي التي تقدر مدى جدية شبهة عدم الدستورية المنسوبة إلى النصوص المدفوع بعدم دستورتيتها من خلال مقابلة تجربتها «بصفة مبدئية» بين هذه النصوص وأحكام الدستور المدعي مخالفتها. ومن ثم ترجيحها لمنطقية المطاعن الموجهة إليها، وهي في ذلك تستقل بتقديرها؛ لأن الأمر مما يدخل في نطاق سلطتها التقديرية التي تبشر من خلالها نوعاً من التقييم المبدئي لمضمون هذه المطاعن «مطاعن عدم الدستورية» وسلامة أسسها^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع المثار أمامها بعدم دستورية النص المطعون فيه لا يقيم بذاته شرط المصلحة في الدعوى الدستورية الماثلة، وذلك لسببين: (أولهما): أن لكل من الدعوى الموضوعية والدعوى الدستورية ذاتيتها ومقوماتها، فلا تختلطان ببعضهما، لا تتحدان في شرائط قبولهما، بل تستقل كل منهما عن الأخرى سواء في موضوعها أو في مضمون الشروط المتطلبة قانوناً لقبولها. فبينما تطرح أولاهما الحقوق - المدعى بها - إثباتاً ونفيًا، فإن الدعوى الدستورية تتوخى الفصل في التعارض المدعى به بين نص تشريعي وقاعدة دستورية. و(ثانيهما): ليس من بين المهام التي اختص المشرع بها محكمة الموضوع، الفصل في توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى الدستورية، ومن بينها

(١) الدكتور زكي محمد النجار: القانون الدستوري، الطبعة الأولى، ١٩٩٥ ص ١٤٥؛ الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٣٩٤-٣٩٥؛ الدكتور علي السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين، ١٩٧٨ ص ٥٥٦-٥٥٧؛ الدكتور عبد العظيم عبد السلام: الرقابة على دستورية القوانين، ١٩٩١، ص ٢٠٢-٢٠٣.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٤٩٣-٤٩٤.

شرط «المصلحة»، ومناطها - كما تقدم - أن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلب الموضوعي المرتبط بها. لا كذلك تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية المثار أمامها، إذ لا تتعلق هذه الجدية بالشروط التي يتطلبها المشرع لقبول الدعوى الدستورية، ولكنها تتصل بالدلائل التي تقوم معها شبهة قوية على مخالفة النص التشريعي المطعون عليه، وهي شبهة يتعين أن تتحراها المحكمة الدستورية العليا لتقرير صحتها أو فسادها^(١).

ولئن كان الفصل في اتصال النص المطعون فيه بالنزاع الموضوعي من مسائل القانون التي لا ترخص فيها إلا أن تقدير محكمة الموضوع جدية المطاعن الموجهة إليه هو مما يدخل في نطاق سلطتها التقديرية التي تباشر من خلالها نوعاً من التقييم المبدئي لمضمون هذه المطاعن وسلامة أسسها فإذا لم تقل محكمة الموضوع كلمتها في شأن جديتها - قبل رفع الدعوى الدستورية - دل ذلك على نفيها تلك الجدية التي يعد تسليمها بها شرطاً أولياً لاتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا فإذا قام الدليل على أن محكمة الموضوع لم تفصل في جدية الدفع بعدم الدستورية المثار أمامها ولم تصرح لمن أبداه بإقامة دعواه الدستورية - مثلما هو الحال في الدعوى الراهنة - فإن هذه الدعوى لا تكون قد اتصلت بالمحكمة وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها^(٢).

وتبحث محكمة الموضوع أولاً مدى لزوم أو جدوى النص التشريعي المدعى مخالفته للدستور للفصل في النزاع المعروض؛ لتعرج بعد ذلك على بحث مدى قوة المطاعن الموجهة إلى النص التشريعي^(٣).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن ما ينعاه أحد الخصوم في نزاع موضوعي - من مخالفة نص قانوني لقاعدة في الدستور - يفترض أمرين أولهما: أن يكون هذا النص لازماً للفصل في ذلك النزاع فإذا لم يكن متعلقاً بالحقوق المدعى بها ومنتجاً في مجال الفصل

(١) الطعن رقم ٣٧ س ١٧ ق جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٧٥.

(٢) الطعن رقم ١٨٦ س ٢١ ق جلسة ٤ نوفمبر ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٧٨٥.

(٣) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٤٩٥.

فيها فقد منعاه مغزاه. ثانيهما: أن تكون المطاعن الدستورية المدعى بها في شأن هذا شأن هذا النص لها ما يظاهرها وهو ما يعني جديتها من وجهة نظر مبدئية^(١).

أن المشرع رسم طريقاً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم مباشرتها، وربط بينه وبين الميعاد الذي حدده لرفعها، فدل بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته. ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده، بحيث لا يجاوز ميعاد الثلاثة أشهر الذي فرضه المشرع على نحو أمر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، وإذا كان البين من ملف الدعوى الموضوعية أن المدعي ضمن صحيفتها دفعاً بعدم دستورية النصوص القانونية المطعون عليها لتعارضها مع مواد الدستور التي حددها، وكانت محكمة الموضوع قد منحتة أجلاً لرفع الدعوى الدستورية وهو ما يفيد بالضرورة تقديرها جدية هذا الدفع ولزومه للفصل في الدعوى الموضوعية المطروحة عليها، فإن الدعوى الراهنة تكون قد اتصلت بهذه المحكمة وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في البند (ب) من المادة (٢٩) من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، ويكون الدفع بعدم قبولها على غير أساس متعين الرفض^(٢).

مؤدى نص المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا أن المشرع لم يجز الدعوى الأصلية سبيلاً للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية، وإنما اشترط قيام دعوى موضوعية أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وأن يكون هناك نص في قانون أو لائحة ترى محكمة الموضوع أنه لازم في الفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها، ويتراءى لها عدم دستوريته أو يدفع أحد الخصوم بعدم الدستورية. وإذا كان المقرر أن ولاية المحكمة الدستورية العليا لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة في المادة (٢٩) من قانونها. فمن ثم وتحقيقاً لما تغياه المشرع في هذا الشأن فإنه يجب أن تستقل دعوى الموضوع بطلبات غير مجرد الحكم بعدم دستورية نصوص قانونية معينة وإلا كانت هذه الدعوى في

(١) الطعن رقم ١٨٦ س ٢١ ق جلسة ٤ نوفمبر ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٧٨٥.

(٢) الطعن رقم ١٤ س ٨ ق جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ١٩١.

حقيقتها دعوى دستورية رفعت بغير الطريق الذي رسمه القانون. لما كان ذلك، وكان ما تغياه المدعون من دعواهم الموضوعية التي أقاموها أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية هو مجرد الطعن بعدم دستورية بعض مواد قانون العقوبات، ولا ينال من ذلك أن التصوير المسوق في دعوى الموضوع هو أنها دعوى بطلب عدم التعرض للمدعين بتلك النصوص، ذلك أن هذا الطلب لا يعدو أن يكون نزاعاً مع هذه النصوص بقصد إهدارها، ومن ثم فهو في حقيقته دعوى بعدم دستورية تلك المواد رفع إلى المحكمة على خلاف حكم المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، وتكون الدعوى الدستورية غير مقبولة^(١)

٢- انتهاء محكمة الموضوع في بحثها لمدى جدية الدفع بعدم الدستورية إلى انتفائها سيعني رفضاً للترخيص لصاحب الدفع برفع الدعوى الدستورية، وسيعد رفعها في مثل هذه الحالة مباشرة وبرغم غياب التصريح بذلك مخالفة لأوضاع التداعي المقررة قانوناً ولن تصادف قبولاً، وعلى العكس من ذلك سيكون تحققها من جدية الدفع مصحوباً بترخيصها لصاحبه برفع دعواه الدستورية.

ويترب على ذلك أمران: الأول يكون تقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع وتصريحها ترتيباً على ذلك برفع الدعوى الدستورية متحققاً بدلائل كافية مثبتة لإرادة المحكمة في هذا الشأن. ومن ثم إذا لم تقل محكمة الموضوع كلمتها في شأن جديتها (ادعاءات عدم الدستورية) دل ذلك على نفيها تلك الجدية التي يعد تسليمها بها شرطاً أولياً لاتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن «... وإذ ارتأى المدعي أن ثمة تنازاعاً إيجابياً على الاختصاص بين محكمة الأربعين الجزئية التي تنظر الدعوى رقم... لسنة... وبين محكمة بندر ثاني طنطا للأحوال الشخصية التي تنظر الدعوى رقم... لسنة... المشار إليهما فقد أقام الدعوى الماثلة. وحيث إن البند ثانياً من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا

(١) الطعن رقم ٩٢ س ٦ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٦٨.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٤٩٧ - ٤٩٨.

الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ينص على اختصاص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالفصل في تنازع الاختصاص بتعين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي. وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل إحداها عن نظرها أو تخلت كليهما عنها. كما تنص المادة ٣١ من ذات القانون على أن لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى في الحالة المشار إليها في البند «ثانياً» من المادة ٢٥، ويجب أن يبين في الطلب موضوع النزاع، وجهات القضاء التي نظرتة وما اتخذته كل منها في شأنه. ويترتب على تقديم الطلب وقف الدعاوى القائمة المتعلقة به حتى الفصل فيه. وحيث إن مناط قبول دعوى الفصل في تنازع الاختصاص - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تطرح الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، ولا تتخل إحداها عن نظرها أو تتخل كليهما عنها، بما مؤداه أن فض تنازع الاختصاص القضائي الذي تنعقد لهذه المحكمة ولاية الفصل فيه، هو ذلك الذي يقوم بين أكثر من جهة من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، فإذا كان واقعاً بين محكمتين تابعتان لجهة قضائية واحدة، كان لمحاكم هذه الجهة وحدها ولاية الفصل فيه وفقاً للقواعد المعمول بها في نطاقها. وحيث إن التنازع الماثل - وبفرض وجوده - لا يعتبر قائماً بين جهتين من جهات القضاء في تطبيق أحكام البند «ثانياً» من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا باعتباره مردداً بين محكمة الأربعين الجزئية بالسويس، ومحكمة بندر ثاني طنطا الجزئية للأحوال الشخصية. وهما تابعتين لجهة قضائية واحدة هي جهة القضاء العادي؛ فإن الدعوى الماثلة تكون غير مقبولة^(١).

وحيث إن المشرع في المادة ٢٩/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا رسم طريقاً معيناً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم إقامتها، وربط بينه وبين الميعاد المحدد لرفعها، فدل بذلك على اعتبار هذين الأمرين من مقوماتها، فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته، ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع بمحكمة

(١) الطعن رقم ٨ س ١٩ ق جلسة ٥ يونيو ١٩٩٩ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١١٧٨.

الموضوع تحديده، بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر، وهذه الأوضاع الإجرائية- سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى أو بميعاد رفعها- تتعلق بالنظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية في التقاضي التي تغيا بها المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها وفي الموعد الذي حدده، ومن ثم فإن ميعاد الأشهر الثلاثة الذي فرضه المشرع على نحو أمر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، أو الميعاد الذي تحدده محكمة الموضوع في غضون هذا الحد الأقصى، هو ميعاد حتمي يتعين على الخصوم الالتزام بإقامة الدعوى الدستورية قبل انقضائه، وإلا اعتبر الدفع كأن لم يكن وكانت الدعوى غير مقبولة. متى كان ذلك، وكان المدعيان قد دفعا أمام محكمة الموضوع بجلستها المنعقدة في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٩٧ بعدم دستورية المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ سالف البيان فصرحت محكمة الموضوع لهما برفع الدعوى الدستورية في أجل غايته الرابع من مارس سنة ١٩٩٧ إلا أنهما تراخيا في إيداع صحيفتها قلم كتاب هذه المحكمة حتى الثاني عشر من مايو سنة ١٩٩٨، فإن دفعهما بعدم الدستورية يعتبر كأن لم يكن بما يحول بين المحكمة الدستورية العليا ومضيها في نظر الدعوى الماثلة، ولا يغير من ذلك تأجيل محكمة الموضوع الدعوي الموضوعية إلى جلسة ١٣ مايو سنة ١٩٩٧ للقرار السابق إذ أن ذلك يتمحض ميعاداً جديداً لا يعتد به، ومن ثم يكون متعيناً القضاء بعدم قبول الدعوى. وحيث إنه لا ينال من النتيجة المتقدمة أن محكمة الموضوع عادت لتقرر بجلسة ٢٧ مارس سنة ١٩٩٧ تأجيل نظر الدعوى لجلسة ١٥ مايو سنة ١٩٩٧ لتنفيذ قرارها السابق، إذ أن ذلك يتمحض ميعاداً جديداً لا يعتد به لوروده على غير محل بعد أن اعتبر الدفع المبدي أمامها بعدم دستورية النصين المشار إليهما كأن لم يكن بانقضاء الميعاد الذي حددته أصلاً لاتخاذ إجراءات الطعن بعدم دستوريتهما.

وحيث إنه بالنسبة للطعن بعدم دستورية المادة الثالثة من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٦ المشار إليه فإن الثابت من الأوراق أن المدعين قد أبدوا دفعهما بعدم دستورية هذا النص أمام محكمة الموضوع لأول مرة بجلسة ٢٧/٣/١٩٩٧، فقررت المحكمة بذات الجلسة تأجيل نظر النزاع لتنفيذ القرار السابق، ولم يشر قرارها إلى تقديرها لجدية الدفع بعدم دستورية هذا النص، وتصريحها لمبدييه باللجوء إلى طريق الطعن بعدم الدستورية، ولا يغير من ذلك أن قرارها الذي

أصدرته بجلستها السابقة على ١٩٩٧/٣/٢٧ تضمن تصريحاً للمدعين برفع الدعوى الدستورية، إذ أن ذلك القرار السابق - حسبما هو ثابت من محضر الجلسة - إنما انصب فقط على نصوص أخرى لم يكن من بينها نص المادة المشار إليها، ومن ثم تكون الدعوى الماثلة في شقها الخاص بالطعن على تلك المادة قد أقيمت دون سبق تقدير من محكمة الموضوع لجدية الدفع بعدم دستوريته، وبغير تصريح منها، فتتحل في هذا الشق إلى دعوى دستورية أصلية بالمخالفة لنص المادة ٢٩/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا، مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(١).

ولا يلزم أن يكون إفصاح محكمة الموضوع عن إرادتها في شأن الدفع بعدم الدستورية صريحاً، وإنما يمكن أن يكون ضمناً مادام قاطعاً في دلالاته؛ وأساس ذلك أن محكمة الموضوع في تقديرها لجدية مطاعن عدم الدستورية إنما تقف عند مجرد الشبهة المرجحة لها دون تعمق في بحث المسألة الدستورية وبغير حسم قطعي لموضوعها؛ إذ الحسم والقطع من صميم عمل المحكمة الدستورية العليا^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن «تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم دستورية نص قانوني لازم للفصل في النزاع المعروض عليها، لا يتعمق المسائل الدستورية التي يثيرها هذا النزاع، ولا يعتبر فصلاً فيها بقضاء قطعي، بل يعود الأمر في شأنها إلى المحكمة الدستورية العليا لتزن وفقاً لمقاييسها جوهر المطاعن الدستورية وأبعادها، تحديداً لصحتها أو فسادها. وإذ تفصل محكمة الموضوع في دفع مثار أمامها بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، فإن قرارها في هذا الصدد إما أن يكون صريحاً أو مستفاداً ضمناً من عيون الأوراق. ويعتبر قراراً ضمناً بقبول الدفع، إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي إلى أن تقدم المدعية ما يدل على رفع دعواها الدستورية^(٣)».

الدفع بعدم الدستورية المبدي من المدعية أمام محكمة الموضوع انصب على مخالفة

(١) الطعن رقم ٧٥ س ١٩ ق جلسة ٦ مارس ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١٩٤.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٥٠١.

(٣) الطعن رقم ٤٧ س ١٧ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٢٢٣.

المادتين ٢١ و ٢٦ من القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر للدستور. وليس متصوراً - في مجال تقدير جديته - أن تتعمق محكمة الموضوع المسائل الدستورية التي طرحتها المدعية عليها، ولا أن تفصل فيها بقضاء قطعي يكون منهياً لولاية المحكمة الدستورية العليا التي يعود إليها وحدها أمر الفصل في بطلان النصوص القانونية أو صحتها، بعد أن تسلط عليها ضوابط الرقابة على الشرعية الدستورية، وتزنها على ضوء مناهجها ومعاييرها. تقدير محكمة الموضوع جدية المطاعن الدستورية المثار أمامها، ليس لازماً أن يكون صريحاً، حسبها أن يكون قرارها في هذا الشأن ضمناً.

ويعتبر كذلك تعليقها الفصل في النزاع الموضوعي على البت في المسائل التي اتصل بها^(١).

ومن الإمارات القاطعة على عدم جدية الدفع بعدم الدستورية مضي محكمة الموضوع في نظر الدعوى الموضوعية. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه «لما كان ذلك فإن «المسألة الدستورية» لا تندرج ضمن مدلول «الموضوع الواحد» الذي قد يثار بشأن التنازع على الاختصاص في مفهوم المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، ذلك بأن الدستور هو الذي عين في المادة ١٧٥ منه المحكمة الدستورية العليا مختصة دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، وبالتالي فإن الاختصاص بالمسألة الدستورية لا يصح أن يكون محلاً للتنازع بين الجهات القضائية المتعددة، إذ تلتزم كل جهة قضائية - وفقاً للمادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا - إذ ما دفع خصم أمامها بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت جدية هذا الدفع، أن تمنح هذا الخصم أجلاً ليرفع خلاله الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا وأن تترئ في الفصل في الدعوى الموضوعية حتى يفصل في الدعوى الدستورية التي انبثقت من دعوى الموضوع، كما تلتزم هذه الجهة إذا تراءى لها أثناء نظر الدعوى الموضوعية عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أن توقف الدعوى وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية. وحيث إن الثابت من وقائع الدعوى أن المدعي قد أقام الدعوى الدستورية رقم ١٧ لسنة ٥ ق أمام المحكمة الدستورية العليا بطلب

(١) الطعن رقم ٦٥ س ١٧ ق جلسة أول فبراير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٣٦٨.

الحكم بعدم دستورية المواد ١٥٧ و ١٥٨ و ١٥٨ مكرر من قانون المرافعات بعد أن صرحت له بذلك محكمة الموضوع في دعوى الرد رقم ١٣ لسنة ١٩٨٢، وأنه دفع في دعوى رد أخرى رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ أمام محكمة الجيزة الابتدائية بعدم دستورية ذات المواد المشار إليها ورتب على ذلك دفعاً بعدم اختصاص محكمة الموضوع بنظر الدعوى، فإن محكمة الموضوع إذ تمضي في نظر دعوى الرد الأخيرة متمسكة باختصاصها بنظرها بالرغم من الدفع بعدم دستورية المواد سالفة الذكر، تكون قد اعتبرت أن هذا الدفع غير جدي^(١).

وفيد شطب الدعوى الموضوعية أن محكمة الموضوع لم تقدر جدية الدفع بعدم الدستورية؛ باعتبار أن تقدير جدية الدفع والترخيص في رفع المسألة الدستورية، يفترض بدهاة بقاء الدعوى الموضوعية قائمة لكي يعود عليها من بعد أثر الفصل في الدعوى الدستورية.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه «...» وحيث أقام المدعي الدعوي رقم لسنة تنفيذ مدني بندر الزقازيق منازعاً في استحقاقها، وقضى بجلسته... برفض دعواه، واستأنف الحكم أمام محكمة الزقازيق الابتدائية بالاستئناف رقم لسنة... مدني مستأنف بندر الزقازيق، وأثناء نظر استئنافه دفع بعدم دستورية المنشورين رقمي ٣٩ / ٨٢، ٨٤ / ٩ الصادرين من مصلحة الضرائب على الاستهلاك، وطلب التصريح له بإقامة الطعن طبقاً للمادة ٢٩ / ب من قانون المحكمة الدستورية العليا، فأجلت المحكمة المذكورة الاستئناف لجلسة ١٨ من مايو لسنة ١٩٩١ للاطلاع وتبادل المذكرات في الدفع والموضوع، وبجلسة ١٨ من مايو لسنة ١٩٩١ قررت شطب الاستئناف، ثم أقام المدعي دعواه الماثلة. وحيث إن الدستور أفرد المحكمة الدستورية العليا بتنظيم خاص حدد قواعده في الفصل الخامس من الباب الخامس المتعلق بنظام الحكم، فناطقها دون غيرها - في المادة ١٧٥ - مباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، كما اختصاصها بولاية تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون. وحيث إنه إعمالاً لهذا التفويض - الذي يستمد أصله من الدستور - حدد قانون المحكمة الدستورية العليا القواعد الموضوعية والاجرائية التي تباشر هذه المحكمة - من خلالها

(١) الطعن رقم ٢ س ٥ ق جلسة ١٦ يونيو ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٤١٥.

وعلى ضوءها - الرقابة القضائية على دستورية النصوص التشريعية، فرسم لاتصال الدعوى الدستورية بهذه المحكمة طرائق بذاتها فصلتها وبينتها المادتان (٢٧) و (٢٩) من قانون هذه المحكمة باعتبار أن ولوجها وإقامة الدعوى الدستورية - من خلالها من الأشكال الاجرائية الجوهرية التي لا تجوز مخالفتها كي ينتظم التداعي في المسائل الدستورية - في إطارها ووفقاً لأحكامها. وحيث إن المشرع نظم بالمادة (٢٩) المشار إليها المسائل الدستورية التي تعرض على هذه المحكمة من خلال محكمة الموضوع، وهي قاطعة في دلالتها على أن النصوص التشريعية التي يتصل الطعن عليها بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً، هي تلك التي تطرح عليها بعد دفع بعدم دستورتها يديه خصم أمام محكمة الموضوع وتقدر هي جديته، أو أثر إحالتها إليها مباشرة من محكمة الموضوع لقيام دلائل لديها على مخالفتها لأحكام الدستور، ولم يجز المشرع بالتالي الدعوي الأصلية سبيلاً للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية^(١).

بيد أن تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعد دستورية نص قانوني لازم للفصل في النزاع المعروض عليها، لا يتعمق المسائل الدستورية التي يثيرها هذا النزاع، ولا يعتبر فصلاً فيها بقضاء قطعي، بل يعود الأمر في شأنها إلى المحكمة الدستورية العليا لتزن وفقاً لمقاييسها جوهر المطاعن الدستورية وأبعادها، تحديداً لصحتها أو فسادها. وإذ تفصل محكمة الموضوع في دفع مثار أمامها بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، فإن قرارها في هذا الصدد إما أن يكون صريحاً أو مستفاداً ضمناً من عيون الأوراق. ويعتبر قراراً ضمناً بقبول الدفع، إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي إلى أن تقدم المدعية ما يدل على رفع دعواها الدستورية^(٢).

ويشترط للاعتداد بهذه الإمارة للتعبير الضمني أن تتوافر الدلائل على أن محكمة الموضوع حين قررت إرجاء الفصل في الدعوى الموضوعية، كان مطروحاً عليها كافة العناصر الواجبة لتقدير الجدية. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه «... وإذ كان البين من ملف

(١) الطعن رقم ٥٩ س ١٣ ق جلسة أول يناير ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ١٢٤.

(٢) الطعن رقم ٤٧ س ١٧ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٢٢٣.

الدعوى الموضوعية أن المدعي ضمن صحتها دفعاً بعدم دستورية النصوص القانونية المطعون عليها لتعارضها مع مواد الدستور التي حددها، وكانت محكمة الموضوع قد منحتة أجلاً لرفع الدعوى الدستورية وهو ما يفيد بالضرورة تقديرها جدية هذا الدفع و لزومه للفصل في الدعوى الموضوعية المطروحة عليها، فإن الدعوى الراهنة تكون قد اتصلت بهذه المحكمة وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في البند (ب) من المادة (٢٩) من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، ويكون الدفع بعدم قبولها على غير أساس متعين الرفض^(١).

فإذا كان الدفع مبهماً ومجهلاً بالنصوص التشريعية والدستورية المدعى تصادمها، كان التصريح برفع الدعوى الدستورية وارداً على غير محل. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه «يستنهض الدفع بعدم الدستورية ولاية محكمة الموضوع لتقدير جديته، إلا إذا ورد على نص أو نصوص بذاتها عينها المدعي و حددها باعتبارها نطاقاً لدفعه، متضمناً تحديد أبعاده، كي تحيل محكمة الموضوع بصرها في النصوص المطعون عليها لتقدير جدية المطاعن الموجهة إليها من وجهة نظر أولية لا تسير أغوارها، ولا تعتبر منبئة عن كلمة فاصلة في شأن اتفاقها مع أحكام الدستور أو خروجها عليها. وإذا كان التجهيل بالنصوص التشريعية المطعون عليها، لا يتضمن تعريضاً بها يكون محدداً بذاته لماهيتها، وكاشفاً عن حقيقة محتواها، وكان هذا التحديد لازماً لزوماً حتماً لجديتها، فإن خلو الدفع بعدم الدستورية من بيانها، ثم التصريح للمدعي برفع الدعوى الدستورية ترتيباً عليه، مؤداه أن هذا التصريح قد ورد على غير محل، إذ يتعين دائماً لاتصال هذه الدعوى بالمحكمة الدستورية العليا عن طريق الدفع الفرعي، ألا يكون هذا الدفع مبهماً، وأن يكون تقدير محكمة الموضوع لجديته تالياً لبيان مضمونه، وهو ما قام الدليل على نقيضه، ومن ثم لا تكون الدعوى الدستورية قد اتصلت بالمحكمة وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، ويتعين بالتالي الحكم بعدم قبولها^(٢).

ومن باب أولى فإن تقدير محكمة الموضوع جدية المطاعن الدستورية المثارة أمامها، ليس

(١) الطعن رقم ١٤ س ٨ ق جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ١٩١.

(٢) الطعن رقم ٤٠ س ١٣ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٢١٢.

لازماً أن يكون صريحاً، بل حسبها أن يكون قرارها في هذا الشأن ضمناً. ويعتبر كذلك تعليقها الفصل في النزاع الموضوعي على البت في المسائل الدستورية التي اتصل بها^(١).

(ج) رفع الدعوى خلال الأجل المضروب: لا تقبل الدعوى الدستورية إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر.

قواعده:

أولاً: يعد منح الخصم أجلاً لرفع الدعوى الدستورية متى قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه التزام عليها. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن مؤدى هذه النصوص أن مناط قيام النزاع الإيجابي على الاختصاص أن تكون الدعوى عن موضوع واحد قد طرحت أمام جهتين من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي ولم تتخل أحدهما عن نظرها، وإذا كانت جهة القضاء هي الجهة التي تقوم بولاية القضاء والهيئة ذات الاختصاص القضائي في مفهوم المادة ٢٥ سالفه الذكر هي كل هيئة خولها المشرع سلطة الفصل في خصومه بحكم تصدره بعد اتباع الإجراءات القضائية التي يحددها القانون، وهي جميعاً جهات قضائية متعددة في نظامنا القضائي خصها المشرع بالفصل في خصومات «موضوعية» ونظم الاختصاص فيما بينها على هدى من أحكام الدستور بحيث إذا تنازعت فيما بينها حول الاختصاص، كانت المحكمة الدستورية العليا هي وحدها صاحبة الولاية في حسم هذا النزاع وتعيين الجهة القضائية المختصة، وذلك باعتبارها هيئة قضائية مستقلة وقائمة بذاتها وخارجة عن هذه الجهات القضائية. لما كان ذلك فإن «المسألة الدستورية» لا تندرج ضمن مدلول «الموضوع الواحد» الذي قد يثار بشأن النزاع على الاختصاص «في مفهوم المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، ذلك بأن الدستور هو الذى عين في المادة ١٧٥ منه المحكمة الدستورية العليا مختصة دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، وبالتالي فإن الاختصاص بالمسألة الدستورية لا يصح أن يكون محلاً للنزاع بين الجهات القضائية المتعددة، إذ تلتزم كل جهة قضائية -وفقاً للمادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا -إذ ما دفع خصم أمامها بعدم دستورية نص في

(١) الطعن رقم ٦٥ س ١٧ ق جلسة أول فبراير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٣٦٨.

قانون أو لائحة ورأت جدية هذا الدفع، أن تمنح هذا الخصم أجلاً ليرفع خلاله الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا وأن تترث في الفصل في الدعوى الموضوعية حتى يفصل في الدعوى الدستورية التي انبثقت من دعوى الموضوع، كما تلتزم هذه الجهة إذا تراءى لها أثناء نظر الدعوى الموضوعية عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أن توقف الدعوى وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية^(١).

ثانياً: ميعاد الأشهر الثلاثة الذي فرضه المشرع كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية أو الميعاد الذي تحدده محكمة الموضوع - في غضون الحد الأقصى - هو ميعاد حتمي يتعين على الخصوم الالتزام بإقامة الدعوى الدستورية قبل انقضائه وإلا كانت غير مقبولة. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن المشرع رسم طريقاً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم إقامتها وربط بينه وبين الميعاد المحدد لرفعها فدل بذلك على أنه اعتبر الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية فلا ترفع إلا بعد ابداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته ولا تقبل إلا إذا رفعت خلال الأجل الذي ناط المشرع بمحكمة الموضوع تحديده بحيث لا يجاوز ثلاثة أشهر وهذه الأوضاع الإجرائية - سواء ما اتصل منها بطريقة رفع الدعوى الدستورية أم بميعاد رفعها - إنما تتعلق بالنظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية في التقاضي التي تغيا بها المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بالإجراءات التي رسمها القانون وفي الموعد الذي حدده، ومن ثم فإن ميعاد الأشهر الثلاثة الذي فرضه المشرع على نحو أمر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية أو الميعاد الذي تحدده محكمة الموضوع - في غضون الحد الأقصى - هو ميعاد حتمي يتعين على الخصوم الالتزام بإقامة الدعوى الدستورية قبل انقضائه وإلا كانت غير مقبولة يؤيد حتمية هذا الميعاد أن فواته مؤداه اعتبار الدفع بعد الدستورية كأن لم يكن وامتناع قبول الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا لعدم اتصالها بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها بما يحول دون مضيها في نظرها^(٢).

(١) الطعن رقم ٢ س ٥ ق جلسة ١٦ يونيو ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٤١٥.

(٢) الطعن رقم ٨٥ س ٢٢ ق جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٩٣٦.

أن ميعاد الثلاثة أشهر الذي فرضه المشرع على نحو أمر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية طبقاً لنص الفقرة (ب) من المادة ٢٩ المشار إليها يعتبر ميعاداً حتمياً يقيد محكمة الموضوع والخصوم على حد سواء، فإن هي تجاوزته أو سكتت عن تحديد أي ميعاد فيتعين على الخصوم أن يلتزموا برفع دعواهم الدستورية قبل انقضاء هذا الحد وإلا كانت دعواهم غير مقبولة^(١).

ثالثاً: لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تمنح الخصم الذي أثار المسألة الدستورية مهلة جديدة تجاوز بها حدود الميعاد الذي ضربته ابتداء لرفع الدعوى الدستورية ما لم يكن قرارها بالمهلة الجديدة قد صدر عنها قبل انقضاء الميعاد الأول فاذا كان قد صدر عنها بعد فواته غداً ميعاداً جديداً منقطع الصلة به وبمجرداً قانوناً من كل أثر^(٢).

رابعاً: أن المهلة التي تمنحها محكمة الموضوع لرفع الدعوى الدستورية، لا تجوز زيادتها إلا من خلال مدة جديدة تضيفها إلى المدة الأصلية قبل انقضائها، بما يكفل تداخلها معها، وبشرط ألا تزيد المدتان معاً - قديمتهما وجديدهما - على الأشهر الثلاثة التي فرضها المشرع كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، فلا يجاوزه من يقيمها، ولا محكمة الموضوع التي ترخص برفعها^(٣).

خامساً: قانون المحكمة الدستورية العليا لا يطرح خيارين يفاضل بينهما المدعي في الدعوى الدستورية، أحدهما الميعاد الذي حددته محكمة الموضوع لرفعها، وثانيهما المهلة الزمنية النهائية التي لا يجوز لها أن تتخطاها في تحديدها لهذا الميعاد، إنما هو ميعاد واحد يتعين أن يتقيد به المدعي في الدعوى الدستورية، هو ذلك الذي عينته محكمة الموضوع لإقامتها بما لا يجاوز مدة الأشهر الثلاثة المشار إليها. يؤيد حتمية هذا الميعاد أن فواته مؤداه اعتبار الدفع بعدم الدستورية كأن لم يكن، وامتناع قبول الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا لعدم اتصالها بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، بما يحول دون مضيها في نظرها. ولا يجوز لمحكمة

(١) الطعن رقم ٤ س ٥ ق جلسة ٢١ أبريل ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٦٣.

(٢) الطعن رقم ١١١ س ١٩ ق جلسة ٥ أغسطس ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٦٨٤؛ الطعن رقم ٧٩ س ٢٠ ق جلسة ٣ فبراير ٢٠٠١ س ٩ ج ١ ص ٨٥٢؛ الطعن رقم ٢٢١ س ٢١ ق جلسة ٧ يوليو ٢٠٠١ س ٩ ج ١ ص ١٠٠٩.

(٣) الطعن رقم ١٥٢ س ١٨ ق جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٣٦٥.

الموضوع كذلك، أن تمنح الخصم الذي أثار المسألة الدستورية مهلة جديدة تجاوز بها حدود الميعاد الذي ضربته ابتداء لرفع الدعوى الدستورية ما لم يكن قرارها بالمهلة الجديدة قد صدر عنها قبل انقضاء الميعاد الأول. فإذا كان قد صدر عنها بعد فواته، غدا ميعاد جديداً منقطع الصلة به، ومجرداً قانوناً من كل أثر^(١).

ومؤدى ذلك أن معيار الاعتداد بالمهلة الجديدة أو اطراحها، هو اتصالها بالمدة الأصلية، وفي هذه الحالة تتداخل معها وتصبح جزء منها وامتداد لها، أو انفصالها عنها بأن يتم تحديد هذه المهلة بعد انتهاء المدة الأصلية، إذ تغدو عندئذ منبئة الصلة بها، وغير مندجة فيها، وغريبة عنها، ولا يجوز - بالتالي - التعويل على القرار الصادر بها، وذلك كله شريطة أن تفصح الأوراق عن اتجاه إرادة محكمة الموضوع اتجاهاً قاطعاً وجازماً إلى منح الخصم تلك المهلة، وبما يخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا^(٢).

سادساً اعتداد المحكمة الدستورية العليا بالمهلة الجديدة التي تضيفها محكمة الموضوع إلى مدة سابقة عليها كانت قد عينتها لرفع الدعوى الدستورية، مشروط بالألا يكون الميعاد الأول زائداً على الأشهر الثلاثة التي ضربها قانون المحكمة الدستورية العليا ليقيم المدعى خلالها دعواه الدستورية، فإذا جاوزها، فلا يتصور أن تتصل به مدة جديدة أيا كان زمنها^(٣).

سابعاً إن ميعاد الثلاثة أشهر الذي فرضه المشرع على نحو أمر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية طبقاً لنص الفقرة (ب) من المادة ٢٩ المشار إليها يعتبر ميعاداً حتمياً يقيد محكمة الموضوع و الخصوم على حد سواء، فإن هي تجاوزته أو سكتت عن تحديد أي ميعاد فيتعين على الخصوم أن يلتزموا برفع دعواهم الدستورية قبل انقضاء هذا الحد وإلا كانت دعواهم غير مقبولة^(٤).

(١) الطعن رقم ١٢ س ١٨ ق جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٩٠١؛ الطعن رقم ٢٧ س ٢٠ ق جلسة أول أغسطس ١٩٩٩ س ٩ ج ١ ص ٣٣٥.

(٢) الطعن رقم ٢٠٠ س ١٩ ق جلسة ٥ ديسمبر ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٨١.

(٣) الطعن رقم ٢ س ١٨ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١٦٢.

(٤) الطعن رقم ٤ س ٥ ق جلسة ٢١ أبريل ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٦٣.

ثامناً ميعاد الأشهر الثلاثة الذي فرضه المشرع على نحو أمر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، أو الميعاد الذي تحدده محكمة الموضوع في غصون هذا الحد الأقصى، هو ميعاد حتمي يتعين على الخصوم الالتزام بإقامة الدعوى الدستورية قبل انقضائه، وإلا اعتبر الدفع كأن لم يكن وكانت الدعوى غير مقبولة^(١).

والأصل في المواعيد التي يضر بها المشرع لرفع الدعوى أو الطعن، أنها لا تفترض. ذلك أن قوامها قواعد أمرة لا يجوز التحلل منها، وهي بطبيعتها وبالنظر إلى خصائصها، ومواعيد سقوط يزول بفواتها الحق في الخصومة أيًا كانت المرحلة التي قطعتها. كذلك فإن أعمال المحكمة الدستورية العليا للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية في شأن ما يعرض عليها من الدعاوى والطلبات، مشروط بآلا يكون قانونها متضمناً لنص خاص يحكمها، وأن يكون تطبيقها في شأنها غير مناقض لطبيعة المسائل التي يدخل في ولايتها، والأوضاع المقررة أمامها^(٢).

تاسعاً يقع جزاء السقوط بقوة القانون دون حاجة إلى الحكم به، شريطة أن ثبت علم صاحب الشأن بالأمر المجري لمدة السقوط. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن مناط سريان الميعاد، وترتيب الآثار المترتبة على انقضائه في حق صاحب الشأن، أن يثبت علمه به - حقيقة أو حكماً - وبالأمر الذي يعتبره القانون مجرياً للميعاد. ولا يغير مما تقدم، ما تنص عليه المادة ١٧٤ مكرراً من قانون المرافعات - والمضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الذي عمل به من أول أكتوبر سنة ١٩٩٢ - من اعتبار قرارات فتح باب المرافعة في الدعوى إعلاناً للخصوم الذين حضروا إحدى الجلسات، أو قدموا مذكرة بدفاعهم، وذلك ما لم ينقطع تسلسل الجلسات لأي سبب من الأسباب بعد حضورهم أو تقديمهم للمذكرة وذلك أن هذا النص - بفرض سريانه عند تحديد ميعاد رفع الدعوى الدستورية - لا يطبق على الإجراءات التي تمت صحيحة قانون قبل تاريخ العمل به^(٣).

(١) الطعن رقم ١٠٢ س ٢٠ ق جلسة أول أغسطس ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٣٤٠.

(٢) الطعن رقم ٤ س ١٤ ق جلسة ٢١ يناير ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٩٣٤.

(٣) الطعن رقم ٢٠ س ٨ ق جلسة ٨ يناير ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ١٣٣.

عاشراً يتم حساب ميعاد رفع الدعوى الدستورية وفقاً لقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن قانون المرافعات المدنية والتجارية، قد نص في المادة ١٥ على أنه إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعاداً مقدراً بالأيام، أو بالشهور، أو بالسنين، فلا يحسب منه يوم الإعلان أو حدوث الأمر المعبر في نظر القانون مجرياً للميعاد، وكان البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ينص على أنه إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن آثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن وكان ميعاد الأشهر الثلاثة المنصوص عليه بالبند السابق محدداً على نحو أمر كحد أقصى ومقيداً للخصوم ومحكمة الموضوع على سواء حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية وفقاً للأوضاع وخلال الميعاد المقرر قانوناً، وكان ثابتاً من الأوراق - أن المدعية بعد التصريح لها برفع دعاوها الدستورية في ٧ يوليو سنة ١٩٦٤ أقامت بإيداع صحيفتها قلم كتاب هذه المحكمة في الثامن من أكتوبر سنة ١٩٩٤ وكان ميعاد الأشهر الثلاثة - المحدد كحد أقصى لرفعها - لا يبدأ إلا من اليوم التالي لحصول الأمر المعبر قانوناً مجرياً للميعاد - وهو التصريح المتقدم الصادر عن محكمة الموضوع باتخاذ إجراءات الطعن بعدم بعد الدستورية - وكانت نهاية هذه الأشهر عطلة رسمية فإن الميعاد المقرر قانوناً لرفع الدعوى الدستورية يمتد إلى أول يوم عمل بعدها إنقذاً لنص المادة ١٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية ويكون الدفع بعدم قبول الدعوى الدستورية لرفعها بعد الميعاد على غير سند^(١).

ويضاف إلى ميعاد رفع الدعوى المقرر من قبل محكمة الموضوع ميعاد مسافة في الحدود المنصوص عليها في المادتين ١٦ و ١٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية يعوض الخصم المصرح له برفعها عما يكون قد من طول المسافة الفاصلة بين موطنه ومقر المحكمة الدستورية

(١) الطعن رقم ٣٣ س ١٦ ق جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٣٩٣.

العليا، وبحيث يكون مجمل الميعاد الأصلي والمضاف إليه للمسافة - ميعاداً واحداً متعيناً التزامه قانوناً.

والغاية من إضافة ميعاد للمسافة - طبقاً للمادة ١٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية - هو تمكين الخصم من الاستفادة الكاملة بالميعاد المقرر لصالحه دون أن يفقد جزء منه بسبب طول المسافة بين المكان الذي ينتقل منه والمكان الذي يجب الوصول إليه، بما مقتضاه وجوب إتمام الإجراء الذي يتطلبه القانون خلال الموعد المقرر أصلاً مضافاً إليه ميعاد المسافة بحيث يتكون من مجموعهما معاً ميعاد واحد هو الذى يتعين التزامه، فإذا انتهى هذا الميعاد دون استكمال الإجراء زال كل أثر لميعاد المسافة^(١).

حادي عشر يترتب على تقديم طلب الإعفاء من رسوم الدعوى قطع الميعاد المحدد لرفعها. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه لما كانت الفقرة الأخيرة من المادة (٥٤) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على أنه «و يترتب على تقديم طلب الإعفاء قطع الميعاد المحدد لرفع الدعوى بعدم الدستورية»، وكان الثابت أن المدعي قدم طلب الإعفاء في ١٣ مايو سنة ١٩٨٤ قبل انتهاء ميعاد رفع الدعوى الدستورية، وهذا من شأنه أن يقطع الميعاد بحيث تبدأ مدة جديدة في السريان اعتباراً من اليوم التالي ليوم ١٠ يوليو سنة ١٩٨٤، وهو تاريخ صدور القرار بالإعفاء من الرسوم على أن تكون هذه المدة ماثلة للمدة التي سبق أن حددتها المحكمة في قرارها المؤرخ ١٥ مارس سنة ١٩٨٤، لما كان ذلك، و كان المدعي قد أودع صحيفة الدعوى الدستورية بعد زوال سبب الانقطاع في ١١ أكتوبر سنة ١٩٨٤ متجاوزاً بذلك تلك المدة الماثلة فإن الدعوى الدستورية تكون قد رفعت بعد انقضاء الأجل المحدد لرفعها خلاله، و من ثم يتعين الحكم بعدم قبولها^(٢).

ثاني عشر اقتران منح محكمة الموضوع للخصم مبدي الدفع بعدم الدستورية أجلاً لرفع دعواه الدستورية بتأجيلها لنظر الدعوى الموضوعية؛ للاستيثاق من أن الخصم قد أقام الدعوى

(١) الطعن رقم ٢٧ س ٢٠ ق جلسة أول أغسطس ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٣٣٥.

(٢) الطعن رقم ١١٥ س ٦ ق جلسة ٦ مارس ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٧٦.

الدستورية في الميعاد المحدد لها. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن الطعن في دستورية القوانين ليس من قبيل دعوى الحسبة لأن مناط قبولها - على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - أن تتوافر للطاعن بها مصلحة شخصية مباشرة، و من جهة أخرى فإن المشرع لم يلزم محكمة الموضوع بوقف الدعوى الموضوعية إذا رأت جدية الدفع بعدم الدستورية ثم كلفت الطاعن برفع الدعوى الدستورية خلال ميعاد تحدده بحيث لا يتجاوز الحد الأقصى المقرر في الفقرة [ب] من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليها من قبل وهو ثلاثة أشهر^(١).

- أن محكمة الموضوع إذ ترخص لمن أثار الدفع بعدم الدستورية -بعد تقديرها لجديته - برفع الدعوى الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، فإن هذا الترخيص لا يلزمها سوى بتأجيل الدعوى الموضوعية المنظورة أمامها، وبالتالي لا يكون وقفها شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، ولا يغير من هذا النظر أن تستعوض محكمة الموضوع في حالة بذاتها وفي حدود سلطتها التقديرية عن تأجيل الدعوى الموضوعية المطروحة عليها، بوقفها لأن ذلك منها لا يعدو أن يكون تربصاً بقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورية النصوص التشريعية المطعون عليها، وهي عين النتيجة التي قصد المشرع إلى بلوغها من وراء تأجيل الدعوى الموضوعية إثر التصريح برفع الدعوى الدستورية^(٢).

ثانياً التصدي: يقابل حق المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي جميعاً، في أن تحيل بنفسها المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، حق هذه الأخيرة، وعلى ما تنص عليه المادة ٢٧ من قانونها - في التصدي لدستورية أي نص قانوني يعرض بمناسبة ممارستها لاختصاصها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها.

ويقصد بهذه الرخصة التصدي التي تباشره المحكمة الدستورية العليا في شأن كل نزاع معروض عليها، سواء تعلق الأمر بمباشرتها لولايتها في مجال فض النزاع على الاختصاص أو التناقض بين الأحكام النهائية وفقاً للمادتين ٣١، ٣٢ من قانونها، أو على صعيد فصلها في

(١) الطعن رقم ١٠ س ٥ ق جلسة ٣ ديسمبر ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ١٩٣.

(٢) الطعن رقم ٢٥ س ١١ ق جلسة ٢٧ مايو ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ٣٦٤.

الخصومة الدستورية المطروحة عليها وفقاً لنص المادة ٢٩ من هذا القانون، على النحو المشار إليها في سبل تحريك الدعوى الدستورية.

شروطه:

الأول إعمال المحكمة الدستورية العليا للرخصة التقديرية في التصدي المنصوص عليها في المادة (٢٧) من قانونها رهين بأن يتصل النص الذي يجرى التصدي لبحث دستوريته بالنزاع المطروح، وأن يعرض هذا النص للمحكمة بمناسبة ممارسة اختصاصها، فإن كانت المحكمة غير مختصة أصلاً بالدعوى فلا مجال لإعمال رخصة التصدي^(١).

الثاني تصدى المحكمة الدستورية العليا لدستورية النصوص القانونية التي تتصل بنزاع معروض عليها وفقاً لنص المادة ٢٧ من قانونها، يفترض أن تثير هذه النصوص لديها - ومن وجهة نظر مبدئية - شبهة مخالفتها للدستور، لتحيلها بعدئذ إلى هيئة المفوضين بها لتحضير المسائل الدستورية التي تثيرها. ولا كذلك من نص المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية، ذلك أن قصر التقاضي في المسائل التي فصل فيها الحكم على درجة واحدة - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - يدخل في إطار السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق، ولا يناقض الدستور^(٢).

الثالث الاتصال بالنزاع المطروح على المحكمة الدستورية العليا في إطار ممارستها لاختصاصها. وهذا يعني أن إعمال المحكمة الدستورية لتلك الرخصة التقديرية «التصدي» رهين بأن يكون النص الذي يجرى التصدي لبحث دستوريته، وأن يعرض هذا النص للمحكمة بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، وإلا فلا مجال لإعمال رخصة التصدي؛ باعتبار أنه في غيبة مثل هذا الاتصال بالنزاع المطروح على المحكمة الدستورية، فإن الحكم بعدم دستورية النصوص التشريعية تصدياً ينحل إلى دعوى أصلية بعدم دستوريته رفعت إلى المحكمة بالمخالفة لقانونها^(٣).

(١) الطعن رقم ١ س ١٠ ق جلسة ٦ أبريل ١٩٩١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٥٧٥.

(٢) الطعن رقم ١٩ س ١٩ ق جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٢١٠.

(٣) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤١١.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه لا محل لما طلبته المدعية من أعمال هذه المحكمة لرخصة التصدي لعدم دستورية القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون حماية القيم من العيب والقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء المجلس الأعلى للهيئات القضائية، عملاً بالمادة ٢٧ من قانون المحكمة والتي تنص على أنه «يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية»، وذلك إن أعمال الرخصة المقررة للمحكمة طبقاً للمادة المذكورة، منوط بأن يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلاً بنزاع مطروح عليها، فإذا انتفي قيام النزاع أمامها - كما هو الحال في الدعوى الراهنة والتي انتهت المحكمة من قبل إلى عدم قبولها - فإنه لا يكون لرخصة التصدي سند يسوغ أعمالها^(١).

الرابع وجود خصومة قضائية، مقتضاه أن المسألة الدستورية البادية عرضاً مشروطة خصومتها ومن ثم إمكانية التصدي لها بقيام منازعة «المناسبة»، أي المنازعة الأصلية، واستيفائها مقومات وشروط صحتها، فتدور بذلك الخصومة الفرعية مع الخصومة الأصلية وجوداً وعدماً، فلا تقبل إلا معها وتزول بزوالها.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن قضاء هذه المحكمة في شأن المادة ٢٧ من قانونها، التي تخولها الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، ويتصل النزاع المعروض عليها، مؤداه أن مناط تطبيقها يفترض وجود خصومة أصلية طرح أمرها عليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانون إنشائها، وأن ثمة علاقة منطقية تقوم بين هذه الخصومة، وما قد يثار عرضاً من تعلق الفصل في دستورية بعض النصوص القانونية بها. ومن ثم تكون الخصومة الأصلية هي المقصودة بالتداعي أصلاً، والفصل في دستورية النصوص القانونية التي تتصل بها عرضاً، مبلوراً إطاراً للخصومة الفرعية التي تدور مع الخصومة الأصلية وجوداً وعدماً، فلا تقبل إلا معها. وهو ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة

(١) الطعن رقم ٩٧ س ٤ ق جلسة ٤ يونيو ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ١١٥.

التي لا تعرض لدستورية النصوص القانونية التي تقوم عليها الخصومة الفرعية إلا بقدر اتصالها بالخصومة الأصلية، وبمناسبتها. وشرط ذلك أن يكون تقرير بطلان هذه النصوص أو صحتها مؤثراً في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية أي كان موضوعها أو أطرافها، بما مؤداه أن مباشرة هذه المحكمة لرخصتها المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها، شرطها أولاً: استيفاء الخصومة الأصلية لشرائط قبولها. وثانياً: اتصال بعض النصوص القانونية عرضاً بها. وثالثاً: تأثير الفصل في دستورتها في محصلتها النهائية^(١).

- أن التفسير التشريعي للنصوص القانونية، لا يجوز أن ينزلق إلى الفصل في دستورتها، ذلك أن المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا، لا تخولها غير استصفاء إرادة المشرع من خلال استخلاصها دون تقييم لها وعلى أساس أن النصوص القانونية إنما ترد دوماً إلى هذه الإرادة، وتحمل عليها حملاً، سواء كان المشرع حين صاغها مجانباً الحق أم منصفاً، وسواء أكان مضمونها ملتئماً مع أحكام الدستور أم كان منافياً لها. ولا يتصور بالتالي أن يكون طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، متضمناً أو مستنهضاً الفصل في دستورتها لتقرير صحتها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور، فما لذلك تقرر التفسير التشريعي، سواء في الأسس التي يقوم عليها، أو الأغراض التي يتوخاها. وحيث إن البين من نص المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن تطبيقها مشروط بشرطين: أولهما: أن يكون للنصوص القانونية المراد تفسيرها، أهمية جوهرية - لا ثانوية أو عرضية - تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي تنظمها ووزن المصالح المرتبطة بها، فإذا كان دورها في تشكيل العلاقات الاجتماعية موضوعها، محدوداً، فلا يجوز تفسيرها. بما مؤداه أن النصوص القانونية التي لا تنحصر آفاقها، بل يكون مداها مترامياً، هي وحدها التي يجوز تفسيرها إذا صدر بها قانون أو قرار بقانون، لينحصر هذا الاختصاص عما دونها شكلاً وموضوعاً. ثانيهما: أن تكون هذه النصوص - فوق أهميتها - قد أثار تطبيقها فيما بين القائمين على إنفاذ أحكامها، خلافاً حاداً يتعلق بمضمونها أو آثارها. ويقتضي ذلك أن يكون خلافهم حولها مستعصياً على التوفيق، متصلاً بتلك النصوص عند

(١) الطعن رقم ٢ س ١٥ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٢٤١.

إعمالها، مؤدياً إلى تعدد تأويلاتها، لتختل وحدة المعايير اللازمة لضبطها، بما يؤول عملاً De Facto إلى التمييز فيما بين المخاطبين بها، فلا يعاملون وفقاً لقاعدة قانونية استقر مضمونها، بل كان تطبيقها متفاوتاً، بما يخل بمساواتهم أمام القانون De jure. وهي مساواة يجب ضمانها بين الذين تتماثل مراكزهم القانونية. وحيث إنه على ضوء هذين الشرطين، لا تنسحب ولاية المحكمة الدستورية العليا - في مجال التفسير التشريعي - إلى نصوص قانونية تتدنى أهميتها، ولا إلى نصوص ظل تطبيقها - وحتى تقديم طلب التفسير إليها - متراحياً، ولو كان الجدل حول معناها أو غاياتها ممتداً إلى قاعدة عريضة من المواطنين، عميقاً في وجدانهم، مثيراً لاهتمامهم، أو كان جدلاً يقوم على التنظير والتأصيل، أو يطرح تصوراً مجرداً في شأن الأبعاد المحتملة لتطبيقها، أو يعرض لجوانبها السلبية وانعكاسها على حرية التعبير التي كفلها الدستور، إذ لا يتصل ذلك كله بدخولها حيز التنفيذ الفعلي، ولا باختبارها من خلال تطبيق يكون مُظهرًا للخلاف حول معناها، أو كاشفاً عن استقرار مفهومها، ومستثيراً بالتالي ولاية المحكمة الدستورية العليا، أو نافياً لها. وحيث إنه متى كان ذلك، وكانت النصوص القانونية المطلوب تفسيرها - ومع التسليم بأهميتها بالنظر إلى ارتباطها المباشر بحرية التعبير عن الآراء التي لا يتصور قيام النظام الديمقراطي بدونها - لم يجر تطبيقها منذ صدورها، وحتى تقديم طلب تفسيرها إلى المحكمة الدستورية العليا - بل ظل تنفيذها خامداً Dormant provisions. ولم يثر بالتالي خلاف بشأنها تأتي من إعمالها - بالمعنى المقصود في قانون المحكمة الدستورية العليا - فإن طلب التفسير المائل يكون غير مقبول. وحيث إنه عن طلب الفصل في دستورية النصوص القانونية التي عينتها نقابة الصحفيين - من خلال إعمال المحكمة الدستورية العليا لرخصتها في التصدي المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها - فإن البين من هذه المادة، أنها تخولها الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، «ويتصل بالنزاع المعروف عليها». ومن ثم يكون مناط تطبيقها، اتصال النصوص القانونية التي تتصدى للفصل في دستوريته، بنزاع لازال قائماً أمامها. ولا يتصور أن يطرح نزاع عليها - وبوصفها هيئة قضائية - إلا إذا اتخذ شكل الخصومة القضائية التي تتناقض من خلالها مصالح أطرافها. فلا نزاع أمام القضاء بلا خصومة يقيمها مدعي الحق لطلبه بعد إنكاره. ولا يستقيم معنى الخصومة القضائية

بالتالي، إلا إذا تنازع أطرافها الحقوق موضوعها سواء لإثباتها أو نفيها. وهذه الخصومة القضائية، هي التي يجب أن تتصل بها النصوص القانونية التي تدعى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستوريتها إعمالاً لنص المادة ٢٧ من قانونها؛ وبشرط أن يكون تقرير صحتها أو بطلانها مؤثراً في المحصلة النهائية لهذه الخصومة أياً كان موضوعها أو أطرافها. فمن خلال تلك الخصومة - وبمناسبتها - تبشر المحكمة الدستورية العليا - عرضاً - رقابتها على الشرعية الدستورية لتلك النصوص. ومن ثم تقوم علاقة بين فرع وأصل: بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، والخصومة القضائية التي تتصل هذه النصوص بها، والتي ما كان الفصل في دستوريتها - وفقاً لنص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا - ليثور أصلاً، لولا قيام تلك الخصومة أمامها، واتصالها بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، ومن ثم تعكس هذه النصوص خصومة فرعية، تتصل بالخصومة الأصلية، وتدور معها وجوداً وعدمًا، فلا تقبل إلا معها، وتزول بزوالها، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا التي لا تعرض لتلك النصوص التي تقوم عليها الخصومة الفرعية إلا بقدر اتصالها بالخصومة الأصلية وبمناسبتها. وقضاؤها فيها معاً، لا يكون إلا بحكم يصدر عنها بعد تقديم الخصوم لأدلتهم الواقعية والقانونية في إطار من الفرص المتكافئة. ولا كذلك الأمر في شأن طلب التفسير المقدم إليها من وزير العدل، ذلك أن مضمون هذا الطلب، والأغراض التي يتوخاها، ينحصر في مجرد استخلاص إرادة المشرع التي أقام على ضوءها النصوص القانونية محل التفسير، ابتغاء حمل هذه النصوص على تلك الإرادة، فلا تناقضها، ليتحدد مضمونها بالرجوع إليها، وتقيداً بها. شأن التفسير التشريعي الصادر عن المحكمة الدستورية العليا إعمالاً للمادة ٢٦ من قانونها، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية فيما تراه مبهماً من النصوص القانونية المعمول بها تبعاً لخباء إرادة المشرع والتباسها على القائمين بتطبيقها. فكلاهما لا يثير نزاعاً من نوع الخصومة القضائية، ولا يندرج تحت مفهومها، بل ينفصل تماماً عن مقوماتها ويستقل عنها، ذلك أن الخصومة القضائية، تعكس بذاتها حدة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضماناتها، وعن طريق القضاء انفراداً، وباعتبارها - في صورتها الأعم - أداة لتقرير الحق الموضوعي محل الحماية القضائية من خلال الأعمال التي تكونها. كذلك لا تقوم الخصومة

القضائية لتأمين مصالح مجردة، بل توجهها المصلحة الشخصية المباشرة باعتبار أن غايتها اجتناء تلك المنفعة التي يقرها القانون، والتي تمثل الترضية القضائية التي يطلبها المدعى أو يتوقعها. والأمر على نقيض ذلك في التفسير التشريعي، ذلك أن الأصل فيه هو أن تتولاه السلطة التشريعية بنفسها إذا استبان لها أن من يقومون بتطبيق النصوص القانونية، ينحلون لها غير المعاني التي قصد إليها المشرع. فإذا عهدت السلطة التشريعية بمهام التفسير هذه لغيرها، فإنها تقيدتها بالشروط التي تفرضها لإجرائه. وليس لازماً بحال أن تكون هذه الجهة قضائية في تكوينها. وأيا كانت الجهة التي تتولى التفسير التشريعي وتقوم عليه، فإن إرادة المشرع التي شكل على ضوءها النصوص القانونية محل التفسير، هي مدار ولايتها، ذلك أن عملها ينحصر في استكناها، ولا يكون تحريها إلا عملاً مجرداً يتم وفق ضوابط موضوعية مردها إلى عبارة النص ودلالاتها، والأغراض المقصودة منها، ودون إخلال بالأوضاع التي لا يستهان بها، وبمراعاة موضعها من سياق النصوص التي تتكامل معها محددة معناها ومرماها، ليخرج التفسير التشريعي بذلك عن معنى الخصومة القضائية التي تثير بالضرورة - وبطبيعتها - نزاعاً بين أخصام تتعارض مصالحهم، وتتنافر توجهاتهم. وحيث إن ما تقدم مؤداه، أنه فيما خلا الشروط التي قيد بها قانون المحكمة الدستورية العليا اختصاصها في مجال التفسير التشريعي - كتلك التي تعلق بأهمية النصوص القانونية التي تتولى تفسيرها، وإثارها خلافاً حول تطبيقها يقتضي تدخلها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيداً لمدلولها - فإن المحكمة الدستورية العليا تحل محل السلطة التشريعية ذاتها في مباشرتها لمهمتها هذه، وهي بذلك تلتزم بضوابطها في مجال هذا التفسير، فلا يكون تدخلها بالتفسير التشريعي تحريفاً للنصوص القانونية عن معناها إفساداً لمقاصدها. وهي كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتباره مسألة أولية يقتضيها الفصل في خصومة قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير الحقوق المدعى بها أو نفيها، بل يستقل تماماً عنها، باعتبار أن مبناه، صون النصوص القانونية مما يُلَبَس معانيها بغيرها لضمان أن يستقيم تطبيقها في مواجهة المخاطبين بها، فلا تعدد تأويلاتها. ومن ثم كان هذا التفسير ملزماً للناس أجمعين، نافذاً في شأن السلطات العامة والجهات القضائية علي اختلافها. وليس لإحداها بالتالي أن تقحم على القاعدة القانونية التي فسرتها المحكمة الدستورية العليا «عناصر جديدة» تعدل من محتواها، أو تنال من جوهرها، أو

تردها إلى غير الدائرة التي تعمل في نطاقها. بل يكون قرار المحكمة الدستورية العليا في شأن هذه النصوص، محدداً لدالاتها تحديداً جازماً لا تعقيب عليه، ولا رجوع فيه، ليندمج هذا القرار في تلك النصوص باعتباره جزءاً منها لا ينفصل عنها. ومن ثم يترد إلى تاريخ العمل بها، ليكون نفاذها - على ضوء التفسير التشريعي لمضمونها - لازماً منذ سريانها. وحيث إن الطلب المائل المقدم من وزير العدل يتوخى أمرين: أولهما تفسير بعض النصوص التي تضمنها القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٥ بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات والاجراءات الجنائية، والقانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٠ بإنشاء نقابة الصحفيين. وثانيهما استنهاض اختصاص المحكمة الدستورية العليا في مجال استعمال رخصتها المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها، وذلك بتصديها لدستورية النصوص القانونية التي حددتها نقابة الصحفيين. وحيث إن السياق المنطقي لهذين الطلبين، يفترض أن يكون ثانيهما تالياً لأولهما ومرتباً عليه، ذلك أن الفصل في دستورية النصوص القانونية يقتضى ابتداء تحديد مضمونها. وهو ما تتولاه المحكمة الدستورية العليا من خلال تفسيرها تفسيراً تشريعياً وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة ٢٦ من قانونها، بما مؤداه أن الفصل في دستوريته لا يعرض لها كخصومة أصلية تستقل بذاتيها، بل بوصفها خصومة فرعية تتصل بطلب التفسير التشريعي وفقاً لنص المادة ٢٧ من هذا القانون، وهو ما يعني أن طلب التفسير التشريعي هو الأصل، وأن الفصل في دستورية بعض النصوص ذات الصلة بالنصوص المراد تفسيرها، لا يتأتى إلا تبعاً. وإذا كان طلب التفسير التشريعي - محدداً على ضوء الخصائص التي ينفرد بها - لا يقيم خصومة قضائية يتنازع أطرافها حقوقاً يطلبونها أو يجحدونها، ولا يتم الفصل فيه على ضوء طلباتهم الختامية التي تؤيدها وسائل دفاعهم التي يتكافؤون في أسلحتها Equality of arms، وكان إعمال المحكمة الدستورية العليا للرخصة المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها، يقتضيها أن تتحقق من قيام تلك الصلة بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، والنزاع المعروض عليها، وكان معنى النزاع - وعلى ما تقدم - يقابل الخصومة القضائية التي لا يندرج تحتها طلب التفسير، فإن مباشرتها لرخصتها هذه، لا يكون لها من سند يسوغ إعمالها^(١).

(١) الطعن رقم ٢ س ١٧ ق جلسة ٢١ أكتوبر ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٨٢١.

من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن دستور سنة ١٩٧١ وسد بمقتضى نص المادة (١٧٥) منه، والمقابلة لنص المادة (١٩٢) من الدستور الحالي، للمحكمة الدستورية العليا وحدها سلطة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، كما حرص على أن يفوض السلطة التشريعية في أن تنظم كيفية مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها هذه، دون أن تنال من محتواها، وفي حدود هذا التفويض، صدر قانون المحكمة الدستورية العليا مفصلاً القواعد الإجرائية التي تباشر من خلالها، وعلى ضوءها، رقابتها على الشرعية الدستورية، فرسم لاتصال الخصومة الدستورية بها طرائق بذاتها حددتها المادتان (٢٧) و(٢٩) من هذا القانون باعتبار أن ولوجها من الأشكال الجوهرية التي ينبغي إتباعها حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية في إطارها وبمراعاة أحكامها، فلا يتحلل أحد منها، وباستقراء هاتين المادتين يتبين أن أولاهما تخول المحكمة الدستورية العليا أن تعمل بنفسها نظرها في شأن دستورية النصوص القانونية التي تعرض لها بمناسبة ممارسة جميع اختصاصاتها، وذلك بعد اتخاذ الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية، بينما لا تثار دستورية النصوص القانونية، عملاً بثانيتها، إلا من أحد مدخلين: فإما أن تمنح محكمة الموضوع خصماً، أثار أمامها دفعا بعدم دستورية نص قانوني لازم للفصل في النزاع المعروض عليها، وبعد تقديرها لجدية مناعه، أجلاً لا يجاوز ثلاثة أشهر يقيم خلالها الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، وإما أن تحيل بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا نصوصاً قانونية يثور لديها شبهة مخالفتها الدستور، ولا يتصور في المنطق السديد، ولوج المحكمة الدستورية العليا أحد المدخلين المنصوص عليهما في المادة (٢٩) من قانونها، لتمارس اختصاصها المنفرد برقابة دستورية ما يعرض لها من نصوص بمناسبة مباشرة عملها القضائي، ذلك أن علة ما ورد بهذه المادة هو امتناع الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على أي من جهات القضاء خلا المحكمة الدستورية العليا، فكان لزاماً، إذا ما عرض لأي من محاكم هذه الجهات، بمناسبة مباشرتها لعملها، شبهة عدم دستورية نص قانوني، أن تسعى لاستنهاض ولاية المحكمة الدستورية العليا؛ إما إحالة وإما تصريحاً للخصوم بإقامة الدعوى الدستورية، ثم توقف من بعد الدعوى المعروضة عليها، حتى يأتيها قول المحكمة الدستورية العليا الفصل في شأن ما ارتأته من مظنة عدم الدستورية، وهو ما لا يسوغ القول به في

شأن المحكمة الدستورية العليا، إذ تملك ممارسة اختصاصاتها بالرقابة الدستورية مباشرة أثناء نظرها أي من الدعاوى المعروضة عليها، لتفصل في دستورية ما عرض لها من نصوص وفي موضوع الدعوى بحكم واحد، ومن ثم؛ تكون رخصة التصدي هي الوسيلة الوحيدة لممارسة المحكمة الدستورية العليا اختصاصها بالفصل في دستورية النصوص التي تعرض لها أثناء نظرها للدعاوى المعروضة عليها، وترتيباً على ما تقدم، ينحل الدفع المبدي بعدم الدستورية في الدعوى المعروضة، في حقيقته، طلباً من المدعي يتغياً حث المحكمة الدستورية العليا على استعمال رخصة التصدي، المخولة لها بمقتضى نص المادة (٢٧) من قانونها، هذا وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أن إعمالها لرخصة التصدي المنصوص عليها في المادة (٢٧) من قانونها، التي تخولها الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المعروض عليها، يفترض وجود خصومة أصلية طرح أمرها عليها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانون إنشائها، وأن ثمة علاقة منطقية تقوم بين هذه الخصومة وما قد يثار عرضاً من تعلق الفصل في دستورية بعض نصوص القانون بها، فإذا لم تستوف الخصومة الأصلية شرائط قبولها ابتداءً، فلا مجال لإعمال رخصة التصدي. متى كان ذلك، وكانت المحكمة قد انتهت في قضائها إلى عدم قبول الدعوى المعروضة، فإن طلب مباشرة المحكمة لسلطتها في التصدي المقرر لها بالمادة (٢٧) من قانونها لا يكون له محل^(١).

وبالأحرى أن التفسير التشريعي للنصوص لا يجوز أن ينزلق إلى الفصل في دستورتها. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا «أن التفسير التشريعي للنصوص القانونية لا يجوز أن ينزلق إلى الفصل في دستورتها ذلك أن المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا، لا تخولها غير استصفاء إرادة المشرع واستخلاصها بطريق الدلالة المختلفة دون تقييم لها وعلى تقدير أن النصوص القانونية إنما ترد إلى هذه الإرادة وتحمل عليها حملاً تفصيلاً لدلالاتها وذلك سواء التأم مضمونها مع أحكام الدستور أم كان منافياً لها ولا يجوز بالتالي - من خلال طلب

(١) الطعن ٢٧ لسنة ٣٧ ق «منازعة تنفيذ» جلسة ٥ مايو ٢٠١٨، الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر في ١٣ / ٥ / ٢٠١٨ ص ١١٦؛ الطعن ١٢ لسنة ٣٨ ق «منازعة تنفيذ» جلسة ٥ مايو ٢٠١٨، الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر في ١٣ / ٥ / ٢٠١٨ ص ١٤٦.

تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً- أن تثار الخصومة الدستورية بشأنها ولو عن طريق إعمال المحكمة الدستورية العليا لسلطتها المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها التي تخولها التعرض لدستورية النصوص القانونية التي تتصل بنزاع مطروح عليها^(١).

ولم يسلم هذا المسلك من النقد؛ باعتبار أن المحكمة الدستورية العليا ربطت استعمال رخصة التصدي بدائرة النزاع بمعناه الفني الدقيق، رغم اتصال المسألة الدستورية المعروضة أصالة على تلك المحكمة في إطار ممارستها لاختصاصاتها المناطة بها^(٢). فضلاً عن أن المحكمة ذاتها عندما ردت في حكم سابق لها طلب تصدي قدم إليها من خلال طلب أصلي بتفسير تشريعي استندت في ذلك إلى عدم استيفاء الطلب الأصلي لشرائط قبوله وليس لطبيعة خاصة به لا تستجيب للتصدي^(٣).

الخامس عرضية اتصال النصوص القانونية محل التصدي بالمنازعة الأصلية، أي من خلال المنازعة الأصلية تباشر المحكمة الدستورية العليا عرضاً رقابتها على الشرعية الدستورية لتلك النصوص التي تتصل بالنزاع المعروض عليها. فتكون بذلك الخصومة الأصلية هي المقصودة بالتداعي أصلاً، والفصل في دستورية النصوص القانونية التي تتصل بها عرضاً مبلوراً للخصومة الفرعية.

السادس تأثير الفصل في المسألة الدستورية العرضية في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية، مما يقتضي وجود علاقة منطقية بين الخصومة الأصلية وما قد يثار من تعلق الفصل في دستورية بعض النصوص القانونية بها. ولكن لا يشترط توقف الفصل في المسألة الأصلية على المسألة الفرعية؛ باعتبار أن الشارع استعمل عبارة «يتصل بالنزاع» بصدد رخصة التصدي، بينما استعمل تعبير «لازم للفصل في النزاع» بصدد الإحالة من محكمة الموضوع^(٤).

(١) الطعن رقم ١ س ١٧ ق جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٨٠٣.

(٢) الدكتور عبد العزيز سالم: رقابة دستورية القوانين، ١٩٩٥ ص ٣٢٣.

(٣) الطعن رقم ١ س ٥ ق «تفسير» جلسة ١١ يونيو ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ٢٢٣.

(٤) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٥٧١-٥٧٣.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن النص في الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة المشار إليه على أن «تختص إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا دون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها رجال مجلس الدولة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم وذلك عدا النقل والندب متى كان مبنى الطلب عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة»، فإنها تماثل في حكمها الفقرة الأولى من المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والمعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٣ فيما نصت عليه من أن «تختص دوائر المواد المدنية والتجارية لمحكمة النقض دون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها رجال القضاء والنيابة العامة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم وذلك عدا النقل والندب متى كان مبنى الطلب عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة»، الأمر الذي دعا المحكمة إلى أعمال رخصة التصدي المتاحة لها طبقاً للمادة ٢٧ من قانونها فيما يتعلق بهذه المادة الأخيرة لاتصالها بالنزاع المطروح عليها على ما سلف بيانه. ولما كان من المقرر أن من سلطة المشرع إسناد ولاية الفصل في بعض المنازعات الإدارية- التي تدخل أصلاً في اختصاص مجلس الدولة طبقاً لنص المادة ١٧٢ من الدستور- إلى جهات أو هيئات قضائية أخرى متى اقتضى ذلك الصالح العام وإعمالاً للتفويض المخول له بالمادة ١٦٧ من الدستور في شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها، وكان مفاد المادتين ٨٣/١ من قانون السلطة القضائية و١٠٤/١ من قانون مجلس الدولة المشار إليهما أن المشرع قد رأى استناداً إلى سلطته التقديرية أن ينتزع ولاية الفصل في طلبات رجال القضاء والنيابة العامة ومجلس الدولة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم من ولاية القضاء الإداري، فحجبه بذلك عن نظر جميع هذه المنازعات واسندها إلى دوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض بالنسبة لرجال القضاء والنيابة العامة وإلى إحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا بالنسبة لرجال مجلس الدولة- دون غيرها- باعتبار أن هاتين المحكمتين هما قمة جهتي القضاء العادي والإداري، فإن هذه الدوائر تكون وحدها هي القاضي الطبيعي المختص بالفصل في كافة المنازعات الإدارية الخاصة بأعضاء هاتين الجهتين القضائيتين لما لها من قدرة على الاحاطة

بشئون أعضائها وكفاية البت في أمرها. لما كان ذلك وكان المشرع في المادتين ١/٨٣ من قانون السلطة القضائية و١/١٠٤ من قانون مجلس الدولة إذ استبعد بعد ذلك القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بنقل وندب رجال القضاء والنيابة العامة ومجلس الدولة من ولاية تلك الدوائر، فإنه يكون قد حصن هذه القرارات من الرقابة القضائية وحال بين أعضاء هاتين الجهتين القضائيتين وبين الالتجاء بشأنها إلى قاضيهم الطبيعي الذي حدده في صدر هاتين المادتين على ما سلف بيانه، مخالفاً بذلك ما تقضي به المادة ٦٨ من الدستور التي تنص على أن «التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي.....» ويحظر النص في القوانين على تخصيص أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء»^(١).

اتباع إجراءات تحضير الدعاوى الدستورية: يعتبر تحضير الدعوى إجراء عام بالنسبة لكافة طرق التداعي بدعوى الدستورية، ومن ثم فإن المحكمة حين تقرر التصدي لمسألة دستورية لا تمضي مع ذلك إلى الفصل فيها مباشرة، وإنما يتعين عليها إحالتها أولاً إلى هيئة المفوضين لتحضير الدعوى التي تأخذ بعد ذلك مسارها المرسوم حتى الفصل فيها^(٢).

ثالثاً الاتصال بالدعوى الدستورية من خلال منازعات المادة ١٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا وبطريق الارتباط:

١- المسائل المثارة من خلال منازعات المادة ١٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا:

البين من المادة ١٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ أنها اختصاصها دون غيرها بالفصل في المسائل التي حددتها حصراً باعتبارها أولى من غيرها ببحثها وإصدار حكم فيها، لتعلقها بأعضائها والمستحقين عنهم في الشئون التي تعنيهم مباشرة، وقوامها الطلبات الخاصة بمرتباتهم ومكافآتهم ومعاشاتهم وكذلك القرارات الإدارية النهائية الصادرة في أي شأن من شئونهم سواء تعلق الأمر بطلب إلغائها أم بالتعويض عنها، وتفصل المحكمة الدستورية في المسائل بوصفها محكمة موضوع تقصياً للعناصر الواقعية للنزاع

(١) الطعن رقم ١٠ س ١ ق جلسة ١٦ مايو ١٩٨٢ - مكتب فني ٢ ج ١ ص ٥٠.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٥٧٤-٥٧٥.

المعروض عليها. وما يتصل بها من القواعد القانونية التي ينبغي تطبيقها في شأن هذا النزاع. وعليها قبل الخوض فيها، أن تفصل في المسائل الدستورية التي يطرحها الخصم عليها من خلال دفع بعدم الدستورية تقدر جديته^(١).

وقد تثير المحكمة الدستورية المسألة الدستورية بنفسها كمحكمة موضوع عل النحو المار بيانه، وقد تثار من خلال دفع يبيده الخصم خلال نظرها النزاع الموضوعي يعني به على النص الواجب التطبيق عدم دستوريته.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا «أن البين من المادة ١٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ أنها اختصاصها دون غيرها بالفصل في المسائل التي حددتها حصراً باعتبارها أولى من غيرها ببحثها وإصدار حكم فيها، لتعلقها بأعضائها والمستحقين عنهم في الشئون التي تعنيهم مباشرة، وقوامها الطلبات الخاصة بمرتباتهم ومكافآتهم ومعاشاتهم وكذلك القرارات الإدارية النهائية الصادرة في شأن من شئونهم سواء تعلق الأمر بطلب إلغائها أم بالتعويض عنها وفي كل ذلك تفصل المحكمة الدستورية العليا في تلك المسائل بوصفها محكمة الموضوع تقصياً للعناصر الواقعية للنزاع المعروض عليها وما يتصل بها من القواعد القانونية التي ينبغي تطبيقها في شأن هذا النزاع وعليها قبل الخوض فيه أن تفصل في المسائل الدستورية التي يطرحها الخصم عليها من خلال دفع بعدم الدستورية تقدر جديته فإذا خلا قضاؤها من تقديرها لجدية دفع الدستورية أثير أمامها فإن عرض المسائل الدستورية التي يتصل هذا الدفع بها لا يكون مطروحاً عليها ذلك أن الأوضاع الاجرائية التي تطرح الخصومة الدستورية من خلالها تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً حدده المشرع لمصلحة عامة غايتها أن ينتظم التداعي في المسائل الدستورية وفقاً للقواعد الاجرائية التي رسمها^(٢).

ومؤدى ما تقدم أن المسائل الدستورية المنبثقة عن منازعات الموضوع المختصة بنظرها

(١) الطعن رقم ١ س ١٩ ق جلسة ٥ فبراير ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١٣٤٨.

(٢) الطعن رقم ١ س ١٢ ق جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٧٨٥.

المحكمة الدستورية العليا - كقاضي موضوع - بالتطبيق للمادة ١٦ من قانونها، تتصل بذات المحكمة كقاضي دستورية إعمالاً عادياً للمادة ٢٩ من قانونها وبمراعاة خصوصيات الحال بالنسبة لبعض إجراءاتها، وما اتصل بالمادة ٢٩ من قانون المحكمة على هذا النحو يخرج عن نطاق رخصة التصدي المنصوص عليها بالمادة ٢٧ ولا يختلط بها. قد يأتي التصدي في مرحلة لاحقة إذا كانت المنازعات الدستورية هنا بمناسبة ارتأت من خلالها المحكمة الدستورية العليا عدم دستورية نص قانوني أو لائحي^(١).

٢- المسائل الدستورية بطريق الارتباط:

يتحقق نطاق الدعوى الدستورية بنطاق الدفع بعدم الدستورية المثار أمام محكمة الموضوع، وبالقدر وفي الحدود التي تقدر فيها جديته، وكانت المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها ارتباطها عقلاً بالمصلحة التي يقوم بها النزاع الموضوعي، وذلك بأن يكون الحكم في المسائل الدستورية لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها^(٢).

وأساس ذلك من ناحية أن الأصل في النصوص القانونية التي تنظمها وحدة الموضوع، هو امتناع فصلها عن بعضها، باعتبار أنها تكون فيما بينها وحدة عضوية تتكامل أجزاؤها، وتتضافر معانيها وتتحد توجهاتها، ليكون نسيجاً متآلفاً^(٣).

ومن ناحية أخرى أن «المحكمة لا تتناول بقضائها مسائل دستورية طرح أمرها عليها إلا إذا كان فصلها فيها لازماً. ولا كذلك أن تكون النصوص المطعون عليها قد أصابها عوار مخالفتها لقانون قائم، إذ يعتبر عيبها عندئذ متعلقاً بمشروعيتها، كافياً وحده لطلب إلغائها أمام جهة القضاء الإداري، فلا تقوم مع وجوده، مصلحة في الفصل في دستورتها. وكلما كان موضوع

(١) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ٥٦٥-٥٧٩.

(٢) الطعن رقم ٣٤ س ١٥ ق جلسة ٢ مارس ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٥٢٠؛ الطعن رقم ٧٧ س ١٩ ق جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ س ٨ ج ١ ص ١١٦٥.

(٣) الطعن رقم ١٤ س ١٦ ق جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٧١٦.

الخصومة الدستورية متعلقة بدستورية ضريبة فرضها المشرع، فإن نصوص الدستور التي تنظم قوالبها الشكلية، وكذلك تلك التي تتعلق بأسسها الموضوعية، تعتبر جميعها - بكامل مشتملاتها - مثارة في تلك الخصومة، فلا تنفصل عنها. جرى قضاء هذه المحكمة على أن قانونها وإن تطلب أن تتضمن صحيفة الدعوى الدستورية بياناً بأوجه مخالفة النصوص المطعون عليها لأحكام الدستور تحديداً لمواقع بطلانها، إلا أن ذلك لا يفيد بالضرورة أن يكون عرضها لمناحي مخالفتها للدستور مباشراً، وإنما يكفي أن يكون تعيينها غير مباشر، من خلال نظرة كلية تحيط بعناصر النزاع في مجموعها، مع ربطها بالخصومة الدستورية من جهة مقاصدها، وما دار من جدل حول موضوعها^(١).

وقد تثير المحكمة الدستورية المسألة الدستورية بنفسها كمحكمة موضوع، وقد تثار من خلال دفع يديه الخصم خلال نظرها النزاع الموضوعي ينعي به على النص الواجب التطبيق عدم دستوريته.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا "أنه وحيث إن البين من قرار الإحالة، أن محكمة الموضوع، تراءى لها أن المادة ٧٥ من قانون نظام الإدارة المحلية، لازم تطبيقها في النزاع الموضوعي، وأن ما نصت عليه من انتخاب أعضاء المجالس الشعبية المحلية عن طريق الجمع بين نظامي الانتخاب بالقوائم الحزبية والانتخاب الفردي، يناقض أحكام الدستور على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩ مايو ١٩٩٠ في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية بعدم دستورية نص المادة الخامسة مكرراً من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب، ذلك أن هذين النصين - في تقدير محكمة الموضوع - متماثلان، ويتعلقان بنطاق مباشرة المواطنين لحقوقهم السياسية، مما يرجح ضبطهما بميزان واحد إعمالاً لمبدأ المساواة أمام القانون.

وحيث إن الأصل في النصوص الدستورية، أنها تفسر بافتراض تكاملها باعتبار أن كلا منها لا ينزل عن غيره، وإنما تجمعها تلك الوحدة العضوية التي تستخلص منها مراميها، ويتعين بالتالي التوفيق بينها، بما يزيل شبهة تعارضها ويكفل اتصال معانيها وتضامنها، وترابط توجهاتها

(١) الطعن رقم ٥٨ س ١٧ ق جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٩٦٧.

وتساندها، ليكون ادعاء تماحيها لغوا، والقول بتآكلها بهتاناً؛ وكان مضمون الحقوق السياسية التي يثيرها النزاع الراهن، إنما يتحدد على ضوء اتصال هذه الحقوق بمبدأ تكافؤ الفرص، وبإعمال مبدأ المساواة أمام القانون، ودون إخلال بالمقومات الأساسية للمجتمع التي تعمل الأحزاب في نطاقها، والتي نظمها الباب الثالث من الدستور، وعلى الأخص مايتعلق منها بالتضامن الاجتماعي؛ متى كان ذلك، فإن أحكام المواد ٧، ٨، ٤٠، ٦٢ من الدستور، يتعين النظر إليها في مجموعها باعتبارها وحدة يقتضيها الفصل في النزاع الماثل. وحيث إن هذا النزاع، وإن انصب لفظاً على المادة ٧٥ مكرراً من قانون نظام الإدارة المحلية، إلا أن المناعي التي بينها الحكم المحيل تدور في حقيقتها - وبالنظر إلى ما قصده هذا الحكم منها - حول خصائص النظامين الانتخابيين اللذين قام عليهما تكوين المجالس الشعبية المحلية، قولاً بتعارض النصوص التي انتظمتها، للدستور. ومن ثم تكون النصوص القانونية المتصلة بهذين النظامين هي مدار الطعن، وهي التي يتحدد على ضوءها حقيقة المسائل الدستورية التي تدعى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها.. وانتهت إلى أنه حيث إنه متى كان ذلك، تعين الحكم بإبطال المواد ٣، ١٠، ٣٩، ٤٧، ٥٩، ٦٦، ٧٥ مكرراً من قانون نظام الإدارة المحلية المشار إليه، لمخالفتها أحكام المواد ٧، ٨، ٤٠، ٦٢ من الدستور^(١).

وحيث إن المدعية كانت متهمة جنائياً في جريمة تقاضي مبالغ خارج نطاق عقد الإيجار [خلو رجل]؛ وكانت المادتان ٢٦ و ٧٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، قد نظمتا هذه الجريمة ذاتها: أولاهما بحظرها تقاضي هذا الخلو، وثانيتهما بتقريرها لجزاء جنائي على مخالفة هذا الحظر، فإن التنظيم التشريعي لهذه الجريمة - وباعتبارها تمثل مبالغ تقاضاها المؤجر خارج نطاق عقد الإيجار - يشتمل على هذين الأمرين معاً. لا ينال من ذلك أن يكون الدفع المثار من المدعية أمام محكمة الموضوع، قد اقتصر على نص المادة ٢٦ من هذا القانون، ذلك أن الاتهام تعلق باقتضاها لخلو الرجل، وغايتها من الطعن بعدم دستورية مواده، ألا تلاحقها سلطة الاتهام بعقوبة هذه الجريمة المنصوص عليها

(١) الطعن رقم ٢ س ١٦ جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٤٧٠.

في المادة ٧٧ من هذا القانون، ومن ثم تعتبر مادتا ٢٦ و ٧٧، محددين لنطاق دعواها الدستورية، ومرتبطتين بالنزاع الموضوعي^(١).

إن نطاق الدعوى الدستورية التي تقام عن طريق الدفع وفقاً للبند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا إنما يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي أبداه خصم أمام محكمة الموضوع وفي الحدود التي تقدر فيها جديته وكانت المسائل الدستورية التي تقضي محكمة الموضوع بإحالتها مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا عملاً بالبند أ من المادة ٢٩ من قانونها لازماً أن تبين النصوص القانونية التي تقدر مخالفتها للدستور ونطاق التعارض بينهما وأن يكون قضاؤها هذا دالاً على اتجاهها إلى عرض المسائل الدستورية التي ارتأتها - مباشرة - على المحكمة الدستورية العليا استنهاضاً لولاياتها بالفصل فيها لتحديد على ضوء قضائها القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في النزاع الموضوعي وكان المقرر كذلك أن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يقوم ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في النزاع الموضوعي وذلك بأن يكون الحكم الصادر في المسائل الدستورية مؤثراً في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن هيمنتها على الخصومة الدستورية وتوجيهها لإجراءاتها وبمراعاة ما قصده المدعى منها يقتضيها أن تدخل في نطاق المسائل الدستورية التي تدعى للفصل فيها، ما يكون من النصوص القانونية مرتبطاً ارتباطاً لازماً بالنصوص المطعون عليها وكان من المقرر أن كل اتهام بجريمة يعني أن مرتكبها قد أتى فعلاً معاقباً عليه قانوناً وكانت جريمة القاء المخلفات في المجاري المائية التي نسبتها النيابة العامة إلى المدعي تفترض تحريم المشرع لهذا الفعل من خلال العقوبة التي فرضها على من أتاها، وكان المدعي وإن دفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية المادتين الأولى والثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ في شأن حماية مجرى النيل والمجاري المائية من التلوث ثم قصر دعواه الدستورية على النعي على مادته الثانية وحدها مخالفتها للدستور، إلا أن نطاق الطعن أمام هذه المحكمة ينبغي أن يتحدد بالمادتين ٢ و ١٦ من هذا القانون باعتبارهما متضامتين

(١) الطعن رقم ٨٤ س ١٧ ق جلسة ١٥ مارس ١٩٩٧ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٤٦١.

ذلك أن الأفعال التي حظرها المشرع بنص المادة الثانية من ذلك القانون لم تنتقل إلى دائرة التجريم إلا بنص مادته السادسة عشرة^(١).

وكان النزاع الموضوعي متعلقاً بديون استحققتها الجهة المصرفية قبل المنظمة النقابية العمالية «المدعى عليها الرابعة»؛ وكان قانون النقابات العمالية - بالنصوص التي تضمنها، والتي تحول دون تحصيل هذه الجهة لديونها - قد أعاققتها عن الرجوع بها على المنظمة النقابية العمالية، فإن هذه النصوص هي التي يتحدد بها نطاق الخصومة الدستورية؛ وكذلك إطار المسائل التي تُدعى هذه المحكمة للفصل فيها. وحيث إن المادة ٥٤ من قانون النقابات العمالية الصادر بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦ تنص في فقرتيها الأولى والثانية على ما يأتي: - فقرة أولى: مع مراعاة الأحكام الواردة في هذا القانون واللوائح والأنظمة الأساسية الصادرة تنفيذاً له، تعتبر أموال المنظمات النقابية أموالاً عامة «بصفة خاصة» فيما يتعلق بتطبيق أحكام قانون العقوبات. فقرة ثانية: ولا يجوز الحجز على مقار المنظمات النقابية أو الأثاثات أو المعدات أو الأموال اللازمة لمباشرة نشاطها". وحيث إن مؤدى هاتين الفقرتين مترابطتين، أنه فيما عدا ما ورد في قانون النقابات العمالية من أحكام خاصة في شأن أموالها، كتلك التي تنص على عدم جواز الحجز على الأموال اللازمة لمباشرة نشاطها؛ فإن أصلاً يحيط بأموال هذه المنظمات وينبسط عليها، يقتضي اعتبارها من الأموال العامة - لا في مجال تطبيق أحكام قانون العقوبات وحدها - ولكنها تكون كذلك في غير ذلك من صور الحماية التي تتعلق بها. وحيث إن المدعي وإن طعن بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٥٤ من قانون النقابات العمالية، إلا أن ربطها بالفقرة الأولى من هذه المادة، يُلور إطار الحماية التي كفلها هذا القانون لأموالها، ويتعين بالتالي قراءتهما معاً^(٢).

ولا يعني الارتباط بالضرورة القضاء بعدم الدستورية، وإنما النظر إلى المواد المثارة جميعها لتقرير صحتها أو بطلانها على ضوء تكامل أحكامها.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا "إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي

(١) الطعن رقم ٣٤ س ١٥ ق جلسة ٢ مارس ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٥٢٠.

(٢) الطعن رقم ٣٧ س ١٨ ق جلسة ٤ أبريل ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٢٦٠.

شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناتها ارتباطها عقلاً بالمصلحة التي يقوم بها النزاع الموضوعي، وذلك بأن يكون الحكم في المسائل الدستورية لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المتصلة بها. وحيث إن المدعين، وإن نعوأ على المادتين ١٤ و ١٥ من القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أسرة محمد علي المصادرة، مخالفتها للدستور، ابتغاء تجريدتهما من قوة نفاذهما في مجال سريانهما في شأن أموال اكتسبها أشخاص من غير أسرة محمد علي، أو كانوا من أعضائها لكنهم تلقوا أموالهم عن غير طريقها؛ وكانت مناعيهم هذه تجمعها بنص المادة ١١ من هذا القانون وحدة لا تتجزأ، تقديراً بأن اللجنة العليا المنصوص عليها فيها، هي التي تسلط رقابتها على أعمال اللجنة الابتدائية - المنصوص بمقتضى المادة العاشرة على تشكيلها - سواء بتأييد قراراتها الصادرة في نزاع يتعلق بالأموال المصادرة أو بتعديلها أو بإلغائها؛ وكان قرار اللجنة العليا في ذلك مما لا يقبل الطعن فيه؛ وكان قضاء هذه المحكمة في شأن دستورية المادتين ١٤ و ١٥ المطعون عليهما - فيما لو خلص إلى بطلانها - لن يزحزح الحصانة المانعة من الطعن التي أسبغتها المادة ١١ من هذا القانون على قرارات اللجنة العليا، فقد صار متعيناً النظر إلى هذه المواد جميعها لتقرير صحتها أو بطلانها على ضوء تكامل أحكامها^(١).

ويلاحظ أن إسقاط النصوص التشريعية المرتبطة برابطة لا تقبل التجزئة بالنصوص المقضي ببطلانها وكنتيجة تبعية لهذا الإبطال، لا يمثل في ذاته طريقة تداعي قائمة بذاتها، وإنما مجرد أثر من آثار حم صادر بعدم الدستورية في خصومة مقامة أصلاً وفق أوضاعها^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن «النصوص التي ينتظمها العمل التشريعي لا تعتبر - من زاوية العيوب الموضوعية - مهددة بتمامها إلا في إحدى حالتين: أولاهما: إذا كان فصل النصوص التي أبطلتها المحكمة عما سواها متعزراً، وكان ملحوظاً عند إقرار المشرع للنصوص جميعها ما بينها من صلة حتمية تجعل ترابطها معاً، واتصال أجزائها ببعض، حقيقة قانونية لا مرأء فيها. ثانيتهما: إذا كان متعزراً بعد إبطال المحكمة للنصوص

(١) الطعن رقم ١٣ س ١٠ ق جلسة ١١ أكتوبر ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١٠٦٤.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٦٠٨.

المخالفة للدستور، أن تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع، و غاياته^(١).

الثاني توقيع الأوراق من محام مقبول أمام المحكمة: نصت المادة ٣٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه «يجب أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا موقعاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بإدارة قضايا الحكومة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال.....».

ويعني ذلك أن الشارع تطلب في جميع الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا أن تكون موقعة من محام مقبول أمامها، وقد حددت المادة ٤٣ من القانون المحامين المقبولين للحضور أمام المحكمة بأنهم «المحامون المقبولون للمرافعة أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا» أو عضو بإدارة قضايا الحكومة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال وأن يرفق بالطلب المنصوص عليه في المادتين ٣١، ٣٢ صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع في شأنهما التنازع أو التناقض وإلا كان الطلب غير مقبول. وفي ذلك ما يدل على مدى أهمية الدعاوى والطلبات التي تختص المحكمة بنظرها على النحو الذي أدى إلى تطلب مباشرته بواسطة محامين متمرسين بعملهم ترمساً رفيعاً، ويعتبر هذا الإجراء إجراء «جوهرياً» يتصل بالنظام العام، ومن شأن تخلفه بطلان صحيفة الدعوى وهو ما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن المادتين ٣٤ و ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا قد أوجبتا أن تقدم الطلبات وصحف الدعاوى إلى هذه المحكمة بإيداعها قلم كتابها الذي يقوم بقيدها في يوم تقديمها في سجل خاص كما تطلبت المادة ٣٤ سالفة الذكر أن تكون تلك الطلبات و الصحف موقعاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بإدارة قضايا الحكومة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال، مما مفاده أن المشرع قد رأى - نظراً لطبيعة المحكمة الدستورية العليا و الدعاوى والطلبات التي تختص بنظرها - أن يكون رفعها إليها عن طريق تقديمها إلى قلم كتابها - ومع مراعاة ما نص عليه القانون من

(١) الطعن رقم ٣ س ١٠ ق جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ١٠٣ .

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٥٩٢ .

أوضاع معينة تطلبها في كل من الدعاوى و الطلبات التي تختص بها المحكمة - و لم يستثن من ذلك إلا ما نصت عليه المادة ٢٩ [أ] من جواز أن تحيل إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي - أثناء نظرها إحدى الدعاوى - الأوراق إلى المحكم الدستورية العليا إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون لازماً للفصل في النزاع و ذلك للنظر في هذه المسألة الدستورية. لما كان ذلك في النزاع و ذلك للنظر في هذه المسألة الدستورية. لما كان ذلك، و كانت الإجراءات التي رسمها قانون المحكمة الدستورية العليا لرفع الدعاوى والطلبات التي تختص بالفصل فيها تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً تغيا به المشرع مصلحة عامة حتى يتنظم التداعي أمام المحكمة الدستورية العليا بحيث إذا لم ترفع هذه الدعاوى أو الطلبات إلى هذه المحكمة وفقاً لتلك الإجراءات والأوضاع، فأنها لا تكون قد اتصلت بالمحكمة اتصالاً مطابقاً للقانون. مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(١).

وأساس ذلك ضمان جدية الدعوى الدستورية وسلامة عرض أوجه وأسانيد المخالفة الدستورية. ولذلك يترتب على تخلفه عدم قبول الدعوى الدستورية^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن المادة ٣٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تنص على أنه يجب أن تكون الطلبات و صحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا موقعاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو هيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال. . . . «. إذ كان ذلك، وكان التوقيع على صحيفة الدعوى الدستورية من محام مقبول للحضور أمام هذه المحكمة هو وحده الذي يضمن جدية الدعوى، وما يقتضيه إعداد صحيفتها من عرض للأوجه التي تقوم عليها المخالفة الدستورية و ما يكون لكل منها من الحجج القانونية ظهيراً: و استيفاء غير ذلك من البيانات التي تطلبها المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا لتحديد نطاق المسألة الدستورية التي تدعى هذه المحكمة للفصل فيها. لما كان ذلك، و كانت صحيفة الدعوى الماثلة

(١) الطعن رقم ٢ س ٥ ق جلسة ٧ إبريل ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٣٩٥.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٨١٠.

خلواً من هذا التوقيع المعترف من الشروط التي يتعين توافرها لقبول الدعوى الدستورية بوصفه اجراء جوهرياً لا ينتظم التداعي في المسائل الدستورية بتخلفه، فإن هذا الإغفال -و أياً كان سببه - يستتبع الحكم بعدم قبول الدعوى^(١).

ومفاد ما تقدم أن الدعوى لا تكون مقبولة أمام المحكمة الدستورية العليا ما لم توقع صحيفتها من محام مقبول للحضور أمام المحكمة الدستورية العليا.

الثالث ارفاق صور رسمية من الحكمين: نصت المادة ٣٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه «يجب أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا وأن يرفق بالطلب المنصوص عليه في المادتين ٣١، ٣٢ صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع في شأنهما التنازع أو التناقض وإلا كان الطلب غير مقبول».

ويقصد بالصور الرسمية الصورة الرسمية كما حددها قانون الإثبات، وذلك بأن تكون صوراً تنفيذية للأحكام التي يثار تنازعها أو تناقضها، أو تكون صوراً رسمية من ذات المحاكم التي أصدرت هذه الأحكام. إذا كان ذلك وكان الثابت أن صورة حكم المحكمة التأديبية بالإسكندرية في الطعين رقمي ٨٨، ٩٥ لسنة ٣٧ ق - ثاني الحكمين المدعى تنازعهما - هي مجرد صور ضوئية لصورة طبق الأصل من الحكم، فإن الصورة تكون غير رسمية وفقاً للتحديد الوارد بأحكام قانون الإثبات، ومن ثم فإن الطلب المائل يكون قد تخلف عن شرائط قبوله الشكلي، أحد الشروط الجوهرية التي استلزمها المادة (٣٤) من قانون المحكمة الدستورية العليا، بما يتعين معه القضاء بعدم قبوله^(٢).

وبعبارة أخرى أن المقرر وفقاً لقضاء المحكمة الدستورية العليا أن هاتين الصورتين لا بد أن تشملًا بمقوماتها علي عناصر الحكمين موضوع التناقض وأن يقدماً معاً عند رفع الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا باعتبار أن ذلك يعد إجراء جوهرياً تغياً مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي في المسائل التي حددها قانون المحكمة الدستورية العليا وفقاً لأحكامه فإذا لم يرفق

(١) الطعن رقم ٥٥ س ١٣ ق جلسة ١٨ إبريل ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ٣٠٤ .

(٢) الطعن رقم ٤ س ٢٣ ق جلسة ١٦ مارس ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١٣٠٣ .

بالطلب إلا صورة رسمية من أحد طرفي التناقض فإن الحكم بعدم قبول دعواه يكون متعينا^(١).

وأنه يتعين دائماً أن ترفق بطلب الفصل في التنازع عند تقديمه إلى المحكمة الدستورية العليا - صورة رسمية لكل من الحكمين حدي التنازع، «تكون بذاتها مشتملة على مقوماته بأكملها متضمنة عناصره جميعها»، فإذا قدم المدعي أحدهما، أو كليهما، في وقت لاحق، كان الطلب غير مقبول^(٢).

وليس ثمة استثناء يرد على هذا الأصل عدا ما قرره البند (أ) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، والتي تحول كل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، أن تحيل من تلقاء نفسها - وفي خصوص إحدى الدعاوى المطروحة عليها - الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة، يكون لازماً للفصل في النزاع المعروض عليها لما كان ذلك، وكانت الإجراءات التي رسمها قانون المحكمة الدستورية العليا لرفع الدعاوى والطلبات التي تختص بالفصل فيها - وعلى ما تقدم - تتعلق بالنظام العام، باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغياً به المشرع مصلحة عامة، حتى ينتظم التداعي أمام المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها، وكانت الدعوى الراهنة، ولا يشملها الاستثناء المنصوص عليه بالبند (أ) من المادة ٢٩ السالف بيانها، لعدم تعلقها بدستورية نص في قانون أو لائحة، فإنها إذ أحيلت مباشرة من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية العليا، لا تكون قد اتصلت بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، ويكون الحكم بعدم قبولها متعينا^(٣).

وإذا لم يرفق المدعى بصحفية دعواه - صورة رسمية من كل من الحكمين اللذين يقرر أن نزاعاً قام بشأنها وهو إجراء أوجبه القانون فإنه يترتب على إغفاله عدم قبول الدعوى بحيث لا يغني عنه أي إجراء آخر^(٤).

(١) الطعن رقم ٣٤ س ٢١ ق جلسة ٤ أغسطس ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١٢٨٨ .

(٢) الطعن رقم ٩ س ١٣ ق جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٨١٠ .

(٣) الطعن رقم ١١ س ١٥ ق جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٨٨٢ .

(٤) الطعن رقم ٦ س ٢ ق جلسة ٧ نوفمبر ١٩٨١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ٢٣١ .

الرابع أن تكون صحف الدعاوى مصحوبة بما يثبت سداد الرسوم والكفالات:

نصت المادة ٥٣ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بشأن إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا على أن «يفرض رسم ثابت مقداره خمسة وعشرون جنيهاً على الدعاوى الدستورية. ويشمل الرسم المفروض جميع الإجراءات القضائية الخاصة بالدعوى شاملة إعلان الأوراق والأحكام. ويجب على المدعي أن يودع خزانة المحكمة عند تقديم صحيفة هذه الدعوى كفالة مقدارها خمسة وعشرون جنيهاً. وتودع كفالة واحدة في حالة تعدد المدعين إذا رفعوا دعواهم بصحيفة واحدة. وتقضي المحكمة بمصادرة الكفالة في حالة الحكم بعدم قبول الدعوى أو رفضها. ومع مراعاة حكم المادة التالية لا يقبل قلم الكتاب صحيفة الدعوى إذا لم تكن مصحوبة بما يثبت هذا الإيداع».

ونصت المادة ٥٤ من ذات القانون على أن «يعفي من الرسم كله أو بعضه ومن الكفالة كلها أو بعضها من يثبت عجزه عن الدفع بشرط أن تكون الدعوى محتملة الكسب. ويفصل رئيس هيئة المفوضين في طلبات الإعفاء وذلك بعد الاطلاع على الأوراق وسماع أقوال الطالب وملاحظات قلم الكتاب ويكون قراره في ذلك نهائياً. ويترتب على تقديم طلب الإعفاء قطع الميعاد المحدد لرفع الدعوى بعدم الدستورية».

ويلاحظ أن الأحكام الخاصة برسوم الدعاوى تخص الدعاوى المرفوعة بطريق الدفع. أما تلك المرفوعة بطريق الإحالة، فتكون بغير رسوم.

وتقضي المحكمة بمصادرة الكفالة حال الحكم في الدعوى بعدم قبولها أو رفضها، وكذلك الحال حسبما جرى عليه قضائها إذا قضي بعدم الاختصاص بنظر الدعوى. ولا محل لمصادرة الكفالة في غير هذه الفروض^(١).

وبالنسبة لمصروفات الدعوى، فإن أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية تحمل المصاريف للخصم المحكوم عليه في الدعوى، مع إمكانية تحميلها جزئياً للمحكوم له، أو

(١) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٨١٤.

تقسيمها بين الخصوم في أحوال معينة. وتقضي المحكمة بهذه المصاريف من تلقاء نفسها^(١).

وإذا كان السبب اللاحق يحقق للمدعي ما أراد به سلوكه سبيل الدعوى الدستورية، فلا محل لتحميله بالمصاريف أو مصادرة كفالاته. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه وحيث إنه بالنسبة لمصروفات الدعوى، فإن المحكمة ترى فيما طرأ على الدعوى الموضوعية من تطور بعد أن قام المدعى برفع دعواه الدستورية - على ما سلف بيانه - ما يبرر عدم إلزامه بمصروفاتها^(٢).

لما كان المستهدف من هذه الدعوى هو الفصل في مدى دستورية المادتين الخامسة مكرراً والسادسة فقرة (١) من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣، وقد سبق لهذا المحكمة أن قضت بعدم دستورية هذين النصين على ما سلف بيانه، وكان قضاؤها هذا له حجية مطلقة حسمت الخصومة بشأن عدم دستورية هذين النصين حسماً قاطعاً مانعاً من نظر أي طعن يثور من جديد بشأنهما، فإن المصلحة في الدعوى الماثلة بالنسبة للطعن عليهما تكون قد انتفت وبالتالي يتعين الحكم بعدم قبول الدعوى. وحيث إن الثابت من وقائع الدعوى أن المدعى أقام دعواه الماثلة قبل صدور الحكم في الدعوى السابقة بعدم دستورية المادتين المشار إليهما ومن ثم يتعين إلزام الحكومة بمصروفات الدعوى^(٣).

أما إذا كان السبب اللاحق مرده صدور حكم حائز للحجية في ذات المسألة الدستورية في قضية أخرى برفض الدعوى، فإن المحكمة تحمل المدعي المصاريف. وكذلك لو ترك المدعي الخصومة.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه وحيث إن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية - وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري - تكون لها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حجية

(١) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٨١٥.

(٢) الطعن رقم ٣١ س ١ ق جلسة ١١ يونيو ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ١٢٣.

(٣) الطعن رقم ٨ س ٧ ق جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ١٨٣.

مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة سواء أكانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس. لما كان ذلك وكانت محكمة الموضوع قد طلبت الفصل في مدى دستورية المادة السابعة من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٦ بحظر شرب الخمر وقد سبق لهذه المحكمة أن قضت برفض الدعوى بعدم دستوريته على ما سلف بيانه، وكان قضاؤها هذا له حجية مطلقة حسمت الخصومة بشأن هذا النص حسماً مانعاً من نظر أي طعن يثور من جديد بشأنه فإن المصلحة في الدعوى الماثلة بالنسبة للطعن على هذه المادة تكون متفية، وبالتالي يتعين الحكم بعدم قبولها. «لهذه الأسباب» حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى^(١).

- حيث أن المدعي قرر ترك الخصومة في الدعوى ووافق المدعى عليهم على ذلك، ومن ثم يتعين إجابة المدعي إلى طلبه مع إلزامه بالمصروفات عملاً بالمواد ١٤١، ١٤٢، ١٤٣ من قانون المرافعات. لهذه الأسباب حكمت المحكمة بإثبات ترك المدعى للخصومة، وألزمته المصروفات، ومبلغ ثلاثين جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة^(٢).

وإذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى أو برفضها في شق منها وبعدم الدستورية في شق آخر، فإنها لا تقسم المصاريف، وإنما تحمل الحكومة المصاريف وأتعاب المحاماة. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه «... بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ١٦٧، والمادة ١٦٨ من قانون السلطة القضائية الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، وذلك فيما تضمنته من أن يشترك في مجلس تأديب محضري المحكمة الابتدائية رئيس المحكمة الذي طلب إقامة الدعوى التأديبية، وبرفض ما عدا ذلك من طلبات، وألزمت الحكومة المصروفات، ومبلغ مائة جنية مقابل أتعاب المحاماة»^(٣).

(١) الطعن رقم ٦١ س ٤ ق جلسة ٢٣ أبريل ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٨٤.

(٢) الطعن رقم ١١ س ١٢ ق جلسة ٦ يوليو ١٩٩١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ١٢.

(٣) الطعن رقم ١٣٣ س ١٩ ق جلسة ٣ أبريل ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٢٣٧.

الخامس إيداع الأوراق وقيدھا قلم كتاب المحكمة: نصت المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن «يقيد قلم الكتاب قرارات الإحالة الواردة إلى المحكمة والدعاوى والطلبات المقدمة إليها في يوم ورودھا أو تقديمھا في سجل يخصص لذلك.....».

ويعني ذلك أن يقيد قلم الكتاب قرارات الإحالة الواردة إلى المحكمة والدعاوى والطلبات المقدمة إليها في يوم ورودھا أو تقديمھا في سجل يخصص لذلك. وأن يعلن ذوي الشأن عن طريق قلم المحضرين بالقرارات أو الدعاوى أو الطلبات سالفه الذكر في مدى خمسة عشر يوماً من ذلك التاريخ. فإذا لم تودع صحيفة الدعوى الدستورية وتقيّد في السجل الخاص بذلك في قلم كتاب المحكمة وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً كانت غير مقبولة^(١).

وإذا كان انعقاد الخصومة في الدعوى الدستورية يتم بإيداع وقيد صحيفة الدعوى أو قرار الإحالة حسب الأحوال في المواعيد المقررة قانون، فإن إعلان هذه الصحيفة ومرفقاتها لذوي الشأن يعد إجراء مستقلاً تتولاه المحكمة من تلقاء نفسها في سبيل تحضير الدعوى وتهيئتها للفصل فيها، ولا شأن للخصم بمباشرته، ومن ثم لا يعتبر هذا الإعلان ركناً لقيام الخصومة أو شرطاً لصحتها، وبالتالي لا يؤدي بطلان إعلان صحيفة الدعوى ومرفقاتها إلى أي من ذوي الشأن إلى بطلان إقامة الدعوى ذاتها مادامت قد أقيمت صحيحة وفي الميعاد القانوني بإجراء سابق^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن المشرع قد رأى - نظراً لطبيعة المحكمة الدستورية العليا و الدعاوى و الطلبات التي تختص بنظرها - أن يكون رفعها إليها عن طريق تقديمها إلى قلم كتابها - و مع مراعاة ما نص عليه القانون من أوضاع معينة تطلبها في كل من الدعاوى و الطلبات التي تختص بها المحكمة - و لم يستثن من ذلك إلا ما نصت عليه المادة ٢٩ [أ] من جواز أن تحيل إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي - أثناء نظرها إحدى الدعاوى - الأوراق إلى المحكم الدستورية العليا إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤٣٤ .

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٥٩١ .

لائحة يكون لازماً للفصل في النزاع و ذلك للنظر في هذه المسألة الدستورية. وهذه الإجراءات التي رسمها قانون المحكمة الدستورية العليا لرفع الدعاوى و الطلبات التي تختص بالفصل فيها تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً تغيا به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي أمام المحكمة الدستورية العليا بحيث إذا لم ترفع هذه الدعاوى أو الطلبات إلى هذه المحكمة وفقاً لتلك الإجراءات و الأوضاع، فأنها لا تكون قد اتصلت بالمحكمة اتصالاً مطابقاً للقانون. مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(١).

إن البين من المادتين ٣٤ و ٣٥٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا أن الأصل المقرر قانوناً هو أن تقدم الطلبات و صحف الدعاوى إلى هذه المحكمة بإيداعها قلم كتابها الذي يقوم بقيدها في يوم تقديمها في السجل المعد لذلك و يجب أن تكون هذه الطلبات و الصحف - فوق هذا - موقعاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو من هيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل، وأن يرفق بالطلب في أحوال تنازع الاختصاص القضائي صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع التنازع في شأنهما، وإلا كان الطلب غير مقبول.

مما مفاده أن المشرع قد ارتأى - بالنظر إلى خصائص الدعاوى و الطلبات التي تدخل في ولاية المحكمة الدستورية العليا - أن يكون رفعها إليها عن طريق تقديمها إلى قلم كتابها، مع مراعاة الشروط و الأوضاع الأخرى التي يتطلبها القانون في شأنها. وليس ثمة استثناء يرد على هذا الأصل عدا ما جاء بالمادة ٢٩ البند (أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا التي تحول كل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أن تحيل من تلقاء نفسها - وفي خصوص إحدى الدعاوى المطروحة عليها - الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا إذا تراءى لها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون لازماً للفصل في النزاع المعروض عليها. لما كان ذلك، وكانت الإجراءات التي رسمها قانون المحكمة الدستورية العليا لرفع الدعاوى و الطلبات التي تختص بالفصل

(١) الطعن رقم ٢ س ٥ ق جلسة ٧ إبريل ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٣٩٥؛ الطعن رقم ١٩ س ٩ ق جلسة ١ إبريل ١٩٨٩ س ٤ ج ١ ص ٤٨١؛ الطعن رقم ٣ س ١٤ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ س ٥ ج ٢ ص ٤٧٥؛ الطعن رقم ١١ س ١٥ ق جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ س ٦ ج ١ ص ٨٨٢.

فيها- و على ما تقدم - تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغيّاً به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي أمام المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها، وكانت الدعوى الماثلة لا يشملها الاستثناء الذي نص عليه البند (أ) من المادة ٢٩ سالفه البيان لعدم تعلقها بنص في قانون أو لائحة تراءى لمحكمة الموضوع عدم دستوريتها، و كان لازماً للفصل في النزاع المطروح عليها، و كان الأصل - الذي يتعين مراعاته في الدعاوى التي تقام أمام هذه المحكمة للفصل في أحوال تنازع الاختصاص القضائي - هو إيداع صحائفها قلم كتابها طبقاً لما سلف بيانه، فإن الدعوى الماثلة - و قد أحيلت مباشرة من المحامي العام لنيابة أسبوط الكلية إلى هذه المحكمة - لا تكون قد اتصلت بها اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً، مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(١).

وكانت الاجراءات التي رسمها قانون المحكمة الدستورية العليا لرفع الدعاوى والطلبات التي تختص بالفصل فيها - وعلى ما تقدم - تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي تغيّاً به المشرع مصلحة عامة حتى ينتظم التداعي أمام هذه المحكمة وفقاً لقانونها؛ وكانت الدعوى الماثلة لا يشملها الاستثناء الذي نص عليه البند "أ" من المادة ٢٩ سالفه البيان لعدم تعلقها بالفصل في دستورية نص في قانون أو لائحة على ما سلف بيانه فإن الدعوى الماثلة - وقد أحيلت مباشرة من محكمة الموضوع إثر قضائها بعدم اختصاصها ولائياً بنظرها - لا تكون قد اتصلت بهذه المحكمة اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة أمامها مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها. ولا يخل بما تقدم أن تكون الدعوى القائمة قد أحيلت إلى المحكمة الدستورية العليا من إحدى المحاكم استناداً إلى المادة ١١٠ من قانون المرافعات التي توجب على المحكمة التي تقضي بعد اختصاصها بنظر الدعوى المطروحة عليها أن تحيلها بحالتها إلى المحكمة ذات الاختصاص بالفصل فيها على أن تلتزم المحكمة المحال إليها بنظرها ذلك أن قانون المحكمة الدستورية العليا - وعلى ما جرى عليه قضاؤها - قانون خاص حصر الدعاوى والطلبات التي تدخل في ولايتها، وأرسى القواعد التي تحكمها، وبين الإجراءات الواجب اتباعها عند رفعها - فلا يجوز بالتالي

(١) الطعن رقم ٣ س ١٤ ق جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٤٧٥ .

اللجوء إلى القواعد العامة التي تضمنها قانون المرافعات الا فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون المحكمة الدستورية العليا وبشرط ألا يتعارض إعمالها وطبيعة اختصاصها والأوضاع المقررة أمامها وذلك على ما تقتضي به المادة ٢٨ من قانونها^(١).

السادس استيفاء صحيفتها أو قرار الإحالة لبيانات معينة: نصت المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة، بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة.

ويعني ذلك أن الشارع تطلب في الدعوى الدستورية، سواء أحييت من محكمة الموضوع أم رفعت بطريق الدفع الفرعي أن يتضمن قرار إحالتها أو صحيفتها بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، إلى جانب النص الدستوري المدعى بمخالفته مع توضيح أوجه هذه المخالفة، وإلا قضي بعدم قبول الدعوى الدستورية؛ نظراً لجوهرية هذه البيانات، ودورها في بيان جدية الدعوى، وتحديد موضوعها وأبعادها، سواء تم إغفال البيانات كلها أم بعضها.

ومؤدى ذلك أن الدعوى الدستورية، سواء حركها قرار صدر عن محكمة أم عن هيئة ذات اختصاص قضائي، تحيل به مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا النصوص القانونية التي ظهر لها مبدئياً مخالفتها للدستور، أم كان الطريق إلى رفعها تصريح بإقامتها صدر عن محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بعد دفع أبداه خصم أمامها بعدم دستورية نصوص قانونية يلزم تطبيقها في النزاع المعروف عليها، وقدرت هي جديته - فإن كل من القرار الذي يحيل المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا وكذلك صحيفة الدعوى التي يرفعها خصم إليها، يجب أن تتضمن بياناً بالنصوص القانونية المطعون عليها، ونصوص الدستور المدعى بمخالفتها، ومواطن التعارض بينها؛ باعتبار أن الخصومة الدستورية هي الطريق إلى إرساء الشرعية الدستورية التي تتوخى أصلاً صون حقوق المواطنين وضمان حرياتهم، ويتعين بالتالي ضمان جديتها. ولذلك تفترض هذه الخصومة أن يكون موضوعها محددًا تحديداً واضحاً، وأن يكون لأطرافها - بما فيهم الحكومة المعتمدة بقوة

(١) الطعن رقم ١١ س ١٧ ق جلسة ٢١ أكتوبر ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٨٧١.

القانون طرفاً ذا شأن فيها - حق الدفاع عن مصالحهم وإبداء وجهة نظرهم في شأن النصوص القانونية المطعون عليه.

وتبدو أهمية بيان النصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى مخالفتها من ناحية في تمكين الخصوم في الدعوى الدستورية من إبداء دفاعهم في المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية، ومن ناحية أخرى قيام هيئة مفوضي المحكمة الدستورية بتحضير المسائل المطروحة عليها، ثم إبداء تقريرها مشتملاً على جوانبها الواقعية ورأيها في أبعادها القانونية والدستورية^(١).

والغاية من هذا الشكل الإجرائي هو من ناحية أولى اشتغال الصحافة أو قرار الإحالة على سبب الدعوى الدستورية بحسبانه أحد البيانات الجوهرية اللازمة لتوافرها فيهما؛ وباعتبار أن هذه البيانات تنبئ عن جدية هذه الدعاوى ويتحدد بها موضوعها^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن ما تغياه قانون المحكمة الدستورية العليا، بنص مادته الثلاثين، هو ألا تكون صحيفة الدعوى الدستورية أو قرار الاحالة الصادر من محكمة الموضوع مجهلاً بالمسائل الدستورية المطروحة على هذه المحكمة ضماناً لتعيينها تعيناً كافياً، فلا تثير خفاء في شأن مضمونها، أو اضطراباً حول نطاقها، ليتمكن ذو الشأن جميعاً - ومنهم الحكومة - من اعداد دفاعهم ابتداءً ورداً وتعقيباً في المواعيد التي حددها المادة ٣٧ من ذلك القانون و لتتولى هيئة المفوضين - بعد انقضاء تلك المواعيد - تحضير الدعوى، ثم إعداد تقرير يكون محدداً للمسائل الدستورية المثارة ورأيها فيها مسبباً ومن ثم فإنه يكفي لتحقيق تلك الغاية أن يكون تعيين هذه المسائل ممكناً، ويتحقق ذلك كلما كان بيان عناصرها منبئاً عن حقيقتها. يؤكد ما تقدم أن هذه المحكمة في رقابتها على الدستورية، لا تقف عند حد النص الدستوري الذي نسب إلى النص التشريعي الطعين مخلفته، بل إنها تحيل بصرها في النصوص

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ٤١٩ ص ٦٨٥.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٧٩٦.

الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها، لتحديد على ضوءها توافق ذلك النص أو تعارضه مع أحكام الدستور مجتمعة وهو ما يعني أن الغاية من هذا الاجراء الشكلي لا تعدو أن تكون ضمان اشتغال الصحافة أو قرار الاحالة على «سبب الدعوى الدستورية» بحسبانه أحد البيانات الجوهرية اللازمة توافرها فيها^(١).

ومن ناحية ثانية، تمكين أصحاب الشأن من تبين كافة جوانبها ليتسنى لهم في ضوء ذلك تحديد ملاحظاتهم وردودهم وتعقيهم عليها في المواعيد المقررة لذلك. وأيضا تمكين هيئة مفوضي الدولة بالمحكمة الدستورية العليا من تحضير موضوع الدعوى وتحديد المسائل الدستورية والقانونية المثارة فيها على ضوء ما ورد في هذا الخصوص بقرار الإحالة أو صحيفة الدعوى أو تعقيبات ذوي الشأن، ومن ثم إبداء الرأي مسبقاً فيها^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا «إن المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تنص على أنه "يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته و النص الدستوري المدعى لمخالفته وأوجه المخالفة» ومؤدى ذلك أن المشرع أوجب لقبول الدعاوى الدستورية أن يتضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى ما نصت عليه المادة ٣٠ سالفه الذكر من بيانات جوهرية تنبئ عن جدية هذه الدعاوى و يتحدد بها موضوعها، وذلك مراعاة لقرينة الدستورية لمصلحة القوانين، و حتى يتاح لذوى الشأن فيها و من بينهم الحكومة - الذين أوجبت المادة ٣٥ من قانون المحكمة إعلانهم بالقرار أو الصحيفة - أن يتبينوا كافة جوانبها، و يتمكنوا في ضوء ذلك من إبداء ملاحظاتهم و ردودهم و تعقيهم عليها في المواعيد التي حددتها المادة ٣٧ من ذات القانون، بحيث تتولى هيئة المفوضين بعد انتهاء تلك المواعيد تحضير الموضوع و تحديد المسائل الدستورية و القانونية المثارة و تبدي فيها رأياً مسبقاً وفقاً لما تقضي به المادة ٤٠ من قانونه

(١) الطعن رقم ٣٥ س ٢١ ق جلسة أول يناير ٢٠٠٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٤٥٧.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٧٩٩.

المحكمة الدستورية العليا المشار إليه^(١).

يتعين وفقاً لنص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة، بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته و النص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، و كان ما تغياه المشرع بنص المادة المشار إليها - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو أن يتضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى البيانات الجوهرية التي تكشف بذاتها عن ماهية المسألة الدستورية التي يعرض على هذه المحكمة أمر الفصل فيها و كذلك نطاقها، بما ينفي التجهيل بها، كي يحيط كل ذي شأن - و من بينهم الحكومة التي يتعين إعلانها بقرار الإحالة أو بصحيفة الدعوى إعمالاً لنص المادة ٣٥ من قانون المحكمة - بجوانبها المختلفة، و ليتاح لهم جميعاً - على ضوء تعريفهم بأبعاد المسألة الدستورية المطروحة عليها - إبداء ملاحظاتهم و ردودهم و تعقيباتهم في المواعيد التي حددها المادة ٣٧ من القانون ذاته، بحيث تتولى هيئة المفوضين - بعد انقضاء هذه المواعيد - تحضير الموضوع المعروض عليها، وإعداد تقرير يشمل على زواياه المختلفة، محدداً بوجه خاص المسائل الدستورية و القانونية المتصلة بها، و رأي الهيئة في شأنها وفقاً لما تقضى به المادة ٤٠ من ذلك القانون^(٢).

ومن ناحية ثالثة، تمكين المحكمة الدستورية العليا نفسها من مباشرة رقابتها الدستورية؛ إذ يقتضيها ذلك بطبيعة الحال الوقوف على النصوص المتعارضة وأوجه التعارض بينها.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن الأصل في النصوص التشريعية هو افتراض تطابقها مع أحكام الدستور، و يتعين بالتالي إعمالاً لهذا الافتراض و كشرط مبدئي لإنفاذ محتواه أن تكون المطاعن الموجهة إلى هذه النصوص جلية في معناها، واضحة في الدلالة على

(١) الطعن رقم ١٦ س ٢ ق جلسة ٣ أبريل ١٩٨٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ٢٤؛ الطعن رقم ١٣ س ١٧ ق جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ س ٧ ج ١ ص ٦٨٣ .

(٢) الطعن رقم ٦٢ س ١٣ ق جلسة ٥ سبتمبر ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٣١؛ الطعن رقم ٤٧ س ١٧ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ س ٨ ج ١ ص ٢٢٣ .

المقصود منها لا يحيطها التجهيل أو يكتنفها الغموض، و بوجه خاص كلما كان النص التشريعي المطعون فيه مكوناً من عدة أجزاء يقوم كل منها مستقلاً عن الآخر في مضمونه، إذ يتعين على الطاعن أن يبين على وجه التحديد أيها وقع - في تقديره - منافعاً لأحكام الدستور و إلا كان الطعن غير مقبول، ومتى كان ذلك وكان ما ينعاه المدعيان على الفقرة الثانية من المادة الأولى من القرار بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧١ لا يتضمن تحديداً قاطعاً لما قصده المدعيان من مخالفة حكمها للدستور، إذ لم يعرفا بما وقع من أجزاء مضمونها مناقضاً لقواعده، مما يعجز هذه المحكمة عن مباشرة رقابتها القضائية على دستوريتها، الأمر الذي يغدو معه الطعن بالنسبة إليها غير مقبول، وهو ما يتعين الحكم به^(١).

ومن ناحية رابعة، يعد استيفاء قرار إحالة المسألة الدستورية أو صحيفة الدعوى بها للبيانات الجوهرية المحددة بالمادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا أحد الشروط الجوهرية لقبول الدعوى الدستورية، مما يميز هذه المحكمة بشيء من المرونة بغير وقوف على حرفية النص؛ باعتبار أن كل شكلية ولو كانت جوهرية فرضها الشارع لمصلحة عامة حتى ينتظم التداعي وفقاً لحكمها، لا يجوز فصلها عن دواعيها، وإلا كان القول بها إغراقاً في التقيد بضوابطها وانحرافاً عن مقاصدها. وفي إطار دواعي شكلية البيانات وحكماتها اكتفي في استيفائها بأن تكون النصوص المتعارضة وأوجه المخالفة الدستورية «قابلة للتعيين» وليست بالضرورة معينة تعييناً صريحاً ومباشراً^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه وحيث إن الحكومة دفعت بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أن قرار الإحالة جاء خلواً من بيان النص الدستوري المدعى بمخالفته خروجاً على ما توجبه المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا. وحيث إنه يبين من قرار الإحالة أن المحكمة استظهرت النصين الواجب تطبيقهما على واقعة الدعوى وهما المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلتين بمقتضى

(١) الطعن رقم ٨ س ٨ ق جلسة ٧ مارس ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ٢٢٤.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٧٩٦.

المادتين الثانية والثالثة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وقد تراءى للمحكمة عدم دستورية هذا التشريع في جملته لمخالفة المادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور إذ لم يستند رئيس الجمهورية في إصداره إلى تفويض من مجلس الشعب يخوله هذه السلطة، كما أنه لم تتوافر عند إصداره في غيبة مجلس الشعب ظروف توجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير. لما كان ذلك، وكان ما أورده قرار الإحالة واضح الدلالة في بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة- على النحو الذي يتحقق به ما تغياه المشرع- في المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، فإن الدفع بعدم قبول الدعوى يكون في غير محله متعيناً رفضها^(١).

كل شكلية - ولو كانت جوهرية فرضها المشروع لمصلحة عامة حتى ينتظم التداعي وفقاً لحكمها - لا يجوز فصلها عن دواعيها، وإلا كان القول بها إغراقاً في التقيد بضوابطها، وانحرافاً عن مقاصدها^(٢).

- ما توخته المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا - على النحو المتقدم - يعتبر متحققاً كلما تضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى ما يعين على تحديد المسألة الدستورية، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر. إذ ليس لازماً للوفاء بالأغراض التي استهدفتها المادة ٣٠ المشار إليها أن يتضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى تحديداً مباشراً و صريحاً للنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، و النص الدستوري المدعى بمخالفته و أوجه المخالفة، بل يكفي أن تكون المسألة الدستورية التي يراد الفصل فيها قابلة للتعيين، و ذلك بأن تكون الوقائع التي تضمنها قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى - في ترابطها المنطقي - مفضية إليها جلية في دلالة الإفصاح عنها^(٣).

(١) الطعن رقم ٢٨ س ٢ ق جلسة ٤ مايو ١٩٨٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ١٩٥.

(٢) الطعن رقم ٤٧ س ١٧ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٢٢٣.

(٣) الطعن رقم ٦٢ س ١٣ ق جلسة ٥ سبتمبر ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٣١.

-إن ما تغياه قانون المحكمة الدستورية العليا بنص المادة ٣٠ هو ألا يكون قرار الإحالة الصادر عن محكمة الموضوع أو صحيفة الدعوى الدستورية مجهلاً بالمسائل الدستورية التي تدعي هذه المحكمة للفصل فيها ضمناً لتحديدتها تحديداً كافياً فلا تثير خفاء في شأن مضمونها أو اضطراباً حول نطاقها ليتمكن ذوو الشأن جميعاً - ومن بينهم الحكومة - من إعداد دفاعهم - ابتداء ورداً وتعقيباً - في المواعيد التي حددتها المادة ٣٧ من هذا القانون ومن ثم تتولى هيئة المفوضين - بعد انقضاء هذه المواعيد - تحضير الموضوع المعروض عليها ثم إعداد تقرير يكون محدداً للمسائل الدستورية والقانونية المثارة ورأيها فيها مسبباً وكان لا يشترط لتحقيق الأغراض التي توخاها المشرع بنص المادة ٣٠ المشار إليها، أن تكون المسائل الدستورية التي تطرح عليها محدد مضمونها ونطاقها تفصيلاً بل يكفي أن يكون تعيينها ممكناً ويقع ذلك كلما مضمونها ونطاقها تفصيلاً بل يكفي أن يكون تعيينها ممكناً ويقع ذلك كلما كان بنيان عناصرها منبثاً - من خلال ترابطها المنطقي واتصال أجزائها - عن حقيقتها^(١).

-من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن المادة (٣٠) من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ إذ نصت على أنه يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعي بمخالفته، وأوجه المخالفة فإن مؤدى ذلك أن المشرع أوجب لقبول الدعوى الدستورية أن يتضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى بياناً للنص التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية، وبياناً للنص الدستوري المدعي بمخالفته، وأوجه هذه المخالفة، وذلك لأن هذه البيانات الجوهرية هي التي تنبئ عن جدية الدعوى وبها يتحدد موضوعها، حتى يتاح لذوي الشأن - ومن بينهم الحكومة التي تعتبر خصماً في الدعوى الدستورية بحكم القانون - أن يتبينوا كافة جوانب المسألة الدستورية المعروضة بما ينفي التجهيل عنها.

وحيث إن قرار الإحالة، محل الدعوى المعروضة، قد ورد مجهلاً من إيضاح النص

(١) الطعن رقم ١٣ س ١٧ ق مشار إليه.

الدستوري المدعى مخالفته، وأوجه تلك المخالفة، ومن ثم، فإن ذلك القرار يكون قد افتقد إلى البيانات الجوهرية التي استوجبتها نص المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا، وهو ما يتعين معه القضاء بعدم قبول الدعوى، ولا يغني عن ذلك ما أورده القرار من أسباب تتصل بتعييب موضوعي للسياسية التشريعية التي انتهجها المشرع عند تقريره لنص المادة (١٠٧) مكرراً) من قانون العقوبات، إذ إنه فضلاً عن خلو الأسباب من النص الدستوري المدعى مخالفته، فإن هذه الأسباب لم تفصح عن أوجه العوار وجوهر المثالب الدستورية التي ارتأتها المحكمة مفضية إلى عدم دستورية النص المحال^(١).

ضوابط البيان (لنصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى مخالفته):

الأول لم يرسم الشارع شكلاً أو قالباً جامداً لصياغة البيان، ومن ثم يعتبر البيان مستوفياً أغراضه، ولو تحقق بطريق غير مباشر؛ باعتبار أن لكل خصومة قضائية وقائعها التي تحدد صورتها الإجمالية وحقيقة مقاصدها على ضوء اتصال أجزائها ببعض وتربطها في سياق يجمعها، ومنها تستخلص المحكمة الدستورية العليا، وعلى ضوء نظرتها الموضوعية لبيان الخصومة الدستورية ومراميها، أبعاد المسائل الدستورية المثارة فيها. ومن ثم لا يشترط لتحقيق الأغراض التي توخاها الشارع من المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية أن تتحدد المسائل الدستورية التي تطرح عليها في مضمونها ونطاقها تفصيلاً، بل يكفي أن يكون تعيينها ممكناً، ويتحقق ذلك كلما كان بيان عناصرها، ومن خلال تربطها المنطقي واتصال أجزائها، دالاً عن حقيقتها. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن ما تغياه قانون المحكمة الدستورية العليا بنص المادة ٣٠ هو ألا يكون قرار الاحالة الصادر عن محكمة الموضوع أو صحيفة الدعوى الدستورية مجهلاً بالمسائل الدستورية التي تدعى هذه المحكمة للفصل فيها ضماناً لتحديدتها تحديداً كافياً فلا تثير خفاء في شأن مضمونها أو اضطراباً حول نطاقها ليمكن ذو الشأن جميعاً - ومن بينهم الحكومة - من إعداد دفاعهم - ابتداء ورداً وتعقيباً - في المواعيد التي حددها المادة

(١) الطعن ١٦ لسنة ٣١ ق "دستورية" جلسة أول أكتوبر ٢٠١٦؛ الطعن رقم ٣٦ س ٣٦ ق دستورية - جلسة ٢ يونيو ٢٠١٨، الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر (ط) في ٦ / ٦ / ٢٠١٨ ص ٧٤.

٣٧ من هذا القانون ومن ثم تتولى هيئة المفوضين - بعد انقضاء هذه المواعيد - تحضير الموضوع المعروض عليها ثم إعداد تقرير يكون محددًا للمسائل الدستورية والقانونية المثارة ورأيها فيها مسبباً وكان لا يشترط لتحقيق الأغراض التي توخاها المشرع بنص المادة ٣٠ المشار إليها، أن تكون المسائل الدستورية التي تطرح عليها محدد مضمونها ونطاقها تفصيلاً بل يكفي أن يكون تعيينها ممكناً ويقع ذلك كلما مضمونها ونطاقها تفصيلاً بل يكفي أن يكون تعيينها ممكناً ويقع ذلك كلما كان بنیان عناصرها منبثاً - من خلال ترابطها المنطقي واتصال أجزائها - عن حقيقتها^(١).

الثاني الغرض من تحديد المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أو الخصم للمخالفة الدستورية المدعى بها، هو تأكيد جدية المطاعن الدستورية من خلال ربطها بما يظاهاها من نواحي العوار في النصوص المدعى مخالفتها.

ويفترض الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية تقييمها وفق أحكام الدستور جميعها، ولا تنقيد المحكمة الدستورية بمواطن التعارض التي حددها المدعى في الخصومة الدستورية فيما بين النصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى مخالفتها.

وأساس ذلك أن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، تقتضيها أن تقرر إما صحتها أو بطلانها، وهي إذ تخلص إلى براءتها مما يعيبها دستورياً أو إلى قيام مأخذ عليها لمخالفتها الدستور فإنها لا تقتنع بالمخالفة التي نسبها الخصم إليها، أو التي أثارها محكمة الموضوع في شأنها بل تحيل بصرها في النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها لتحديد على ضوءها توافق النصوص المطعون عليها معها أو تعارضها. وهو ما يعني أن تحديد المخالفة الدستورية المدعى بها سواء من قبل الخصم أو محكمة الموضوع لا يتغيا إلا تأكيد المطاعن الدستورية من خلال ربطها بما يظاهاها من نواحي العوار في النصوص المدعى مخالفتها للدستور، ولا يتصور بالتالي أن يكون عرضها لهذه المخالفة

(١) الطعن رقم ١٣ س ١٧ ق جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٦٨٣.

مؤشراً وحيداً أو قاطعاً في شأن نطاق التعارض بين النصوص القانونية المطعون عليها وأحكام الدستور التي تنقيد بها المحكمة الدستورية العليا في مجموعها فلا تعزل نفسها عن وحدتها العضوية وتكامل بنائها^(١).

الثالث أن يكون قرار الإحالة من المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي إلى المحكمة الدستورية العليا جازماً منبثقاً عن اتجاهها إلى إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي حتى تتبين حكم الدستور في شأن النصوص القانونية التي أحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا على ضوء ما قام لديها من شبهة مخالفتها للدستور.

الرابع أن تجهيل الخصومة الدستورية بنصوص الدستور المدعى مخالفتها لا يعني بالضرورة خلوها من بياناتها التي تطلبها القانون؛ باعتبار أن المسائل الدستورية التي تثيرها قد تدل بطريق غير مباشر على هذه النصوص وتحدد مواقعها. فالخصم الذي يدعي مناقضة النصوص القانونية المطعون عليها لقواعد الشريعة الإسلامية المقطوع بمصدرها ودلالاتها، يحيل بالضرورة إلى نص المادة الثانية من الدستور المصري، وإن أغفل الإشارة إليها. والذي يطالب بحقه في الأجر العادل، يركن بالضرورة إلى نصوص الدستور التي تنظم حق العمل؛ باعتبار أن الحق في الأجر عن عمل معين، إنما يتولد عن أداء هذا العمل. والذي ينازع في دستورية ضريبة فرضها القانون، يحيل ضمناً إلى قواعد الدستور التي تضبطها، خاصة ما تعلق منها بالعدالة الاجتماعية كأساس لنظامها... الخ.

ويفترض بالتجهيل بالمسائل الدستورية أو ببعض جوانبها، أن يكون بيانها قد غمض فعلاً بما يحول عقلاً دون تجليتها، فإذا كان إعمال النظر في شأنها - وعلى الأخص من خلال الرباط المنطقي للوقائع المؤدية إليها - يفصح عن حقيقتها، وما قصد إليه الطاعن حقاً من إثارتها، فإن القول بمخالفة نص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، يكون لغواً^(٢).

ومن المقرر أنه لا يلزم أن يكون تعيين النصوص الطعينة مباشراً وإنما يكفي لتحديدتها أن

(١) الطعن رقم ١٣ س ١٧ ق مشار إليها.

(٢) الطعن رقم ٦٥ س ١٧ ق جلسة أول فبراير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٣٦٨.

يكون المدعي - أو حكم الاحالة - قد أبان عنها ولو بطريق غير مباشر لما كان ذلك وكان المدعون في الدعوى الموضوعية يطالبون بمساواتهم بأعضاء مجلس الادارة المعنيين في مجال استحقاق مكافأة العضوية وكانت الفقرة الرابعة من المادة ٢١ من قانون شركات قطاع الاعمال العام هي التي تحول دون اجابتهن إلى طلبهم باعتبار أنهم أعضاء منتخبون في مجلس ادارة احدى شركات هذا القطاع التي يملك رأس مالها بالكامل الشركة القابضة للصناعات الغذائية فإن الأحكام التي تضمنتها هذه الفقرة تكون هي محل الخصومة الدستورية وبها وحدها يتحدد نطاق الدعوى الماثلة دون النص الوارد بحكم الاحالة^(١).

-النصوص القانونية المطعون عليها، ليس لازماً أن يكون تعيينها مباشراً، وإنما يكفي لتحديدتها أن يكون المدعى قد أبان عنها بطريق غير مباشر، وكان المدعي قد نازع بدعواه الموضوعية في مقدار التعويض المقدر عن الأراضى المستولى عليها «وفقاً للضرية العقارية المربوطة بها»، فإن النصوص القانونية التي حدد بها المشرع مقدار هذا التعويض والأحكام التي تنظمه، تكون هي محل الخصومة الدستورية، وبها يتحدد نطاق المصلحة الشخصية المباشرة فيها^(٢).

الخامس أن الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لخلوها من بياناتها المنصوص عليها في المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية يتعين أن ينحصر في الأحوال التي لا يستطيع فيها عقلاً تحيد موضوعها بما لا تجهيل فيه؛ وذلك للاعتبارين التاليين: الأول أن الإغراق في الشكلية كثيراً ما يتخذ ذريعة للتخلص من الخصومة الدستورية التي تعتبر أكثر وسائل الحماية القانونية فعالية في مجال تأمين حصول الأفراد على حقوقهم وضمان حرياتهم التي كفلها الدستور. الاعتبار الثاني أن الأصل في العمل الإجرائي أن يكون صحيحاً، ولو نص القانون على البطلان جزاء تخلفه، إذا قام الدليل من الأوراق على تحقق الغاية المقصودة من هذا العمل. مما يعني ضرورة النظر إلى الدعوى الدستورية باعتبارها مستوفية لبياناتها التي حددها القانون، كلما كان تحديد عناصرها

(١) الطعن رقم ١٣٨ س ٢١ ق جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٩٤٤.

(٢) الطعن رقم ٢٤ س ١٥ ق جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٢٣٣.

الواقعية والقانونية واستفراغ كل جهد في مجال تقييمهما، كافلاً البصر بحقيقتها، وتجلية مقاصدها بما يحقق الأغراض التي توختها المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا^(١).

وتطبيقاً لذلك قضي إنه «يتعين وفقاً لنص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة، بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته و النص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، وكان ما تغياه المشرع بنص المادة المشار إليها - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو أن يتضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى البيانات الجوهرية التي تكشف بذاتها عن ماهية المسألة الدستورية التي يعرض على هذه المحكمة أمر الفصل فيها وكذلك نطاقها، بما ينفي التجهيل بها، كي يحيط كل ذي شأن - ومن بينهم الحكومة التي يتعين إعلانها بقرار الإحالة أو بصحيفة الدعوى إعمالاً لنص المادة ٣٥ من قانون المحكمة - بجوانبها المختلفة، وليتاح لهم جميعاً - على ضوء تعريفهم بأبعاد المسألة الدستورية المطروحة عليها - إبداء ملاحظاتهم وردودهم وتعقيباتهم في المواعيد التي حددتها المادة ٣٧ من القانون ذاته، بحيث تتولى هيئة المفوضين - بعد انقضاء هذه المواعيد - تحضير الموضوع المعروض عليها، وإعداد تقرير يشمل على زواياه المختلفة، محددًا بوجه خاص المسائل الدستورية والقانونية المتصلة بها، ورأي الهيئة في شأنها وفقاً لما تقضي به المادة ٤٠ من ذلك القانون^(٢).

وإن البيانات التي أوجبتها المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا هي بيانات جوهرية تنبئ عن جدية الدعاوى الدستورية ويتحدد بها موضوعها، وذلك مراعاة لقرينة الدستورية لمصلحة القوانين فإذا لم يبين النص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، تكون الدعوى غير مقبولة في هذا الشق من الطعن^(٣).

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظها الرئيسية، مركز رينيه - جان دبوي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣ رقم ٤٢٠ ص ٦٨٦-٦٨٩.

(٢) الطعن رقم ٦٢ س ١٣ ق جلسة ٥ سبتمبر ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٣١.

(٣) الطعن رقم ١٢ س ٨ ق جلسة ٤ يونيو ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ١٣٤؛ الطعن رقم ٦٢ س ١٣ ق جلسة ٥ سبتمبر ١٩٩٢ س ٥ ج ٢ ص ٣١؛ الطعن رقم ٣١ لسنة ٣٢ ق «دستورية» جلسة ٢ يونيو ٢٠١٨، الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر (ط) في ٦ / ٦ / ٢٠١٨ ص ٤٠.

ومؤدى نص المادة ٣٠ أن المشرع أوجب لقبول الدعاوى الدستورية أن يتضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى ما نصت عليه المادة سالفة الذكر من بيانات جوهرية تنبئ عن جدية هذه الدعاوى و يتحدد بها موضوعها، و ذلك مراعاة لقرينة الدستورية لمصلحة القوانين، فإذا خلت صحيفة الدعوى الدستورية من بيان النص الدستوري المدعى بمخالفته، و لم تتضمن أي بيان عن أوجه المخالفة الدستورية التي تعيب النص و تضمنت عبارات عامة مرسلة لا تكشف بذاتها عن أي وجه من هذه الوجوه، تكون صحيفة الدعوى قد جاءت قاصرة عن بيان ما أوجبه المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا - على ما سلف بيانه - و بالتالي تكون الدعوى الدستورية غير مقبولة^(١).

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن ما تغياه قانونها بنص المادة (٣٠) منه، من وجوب أن تتضمن صحيفة الدعوى الدستورية أو قرار الإحالة بياناً بالنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنصوص الدستورية المدعى مخالفتها وأوجه هذه المخالفة؛ هو ألا تكون صحيفة الدعوى أو قرار الإحالة مجهلاً بالمسائل الدستورية المطروحة على هذه المحكمة، ضماناً لتعيينها تعييناً كافياً، فلا تصير خفاء في شأن مضمونها، أو اضطراباً حول نطاقها، ليتمكن ذوو الشأن جميعاً من إعداد دفاعهم ابتداء ورداً وتعقيباً في المواعيد التي حددتها المادة (٣٧) من ذلك القانون، ولتتولى هيئة المفوضين بعد ذلك تحضير الدعوى، وإعداد تقرير يكون فيه تعيين هذه المسائل ممكناً، ويتحقق ذلك كلما كان بيان عناصرها منبأ عن حقيقتها. وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان حكم الإحالة قد أوضح أن النص المحال يصادر - على النحو السالف البيان - الحق في حق التقاضي بحجبه محاكم مجلس الدولة عن مباشرة اختصاصها بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه قبل الفصل في موضوع الدعوى، ومن ثم يكون حكم الإحالة قد تضمن بياناً للنص التشريعي الذي قامت لدى محكمة الموضوع شبهة عدم دستوريته، كما تضمن النصوص الدستورية المدعى مخالفتها وأوجه تلك المخالفة، وتبعاً لذلك؛ تكون الدعوى

(١) الطعن رقم ١٥ س ١٠ ق جلسة ٤ مايو ١٩٩١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٣٤٦؛ وانظر الطعن رقم ١٣١ س ٥ ق جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٨٨.

الدستورية الراهنة قد اتصلت بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً مطابقاً لما تقضي به المادتان (٢٩/ أ) و (٣٠) من قانون هذه المحكمة، ويكون الدفع بعدم قبولها قائماً على غير سند، مما يتعين طرحه^(١).

السادس اقتضاء الشارع تضمين صحيفة الدعوى أو قرار الإحالة بياناً للنص القانوني المدعى مخالفته للدستور والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه التعارض بينهما لا يمنع من استظهار أسباب أخرى لعدم دستورية النص، سواء من قبل الخصوم أم من قبل المحكمة الدستورية العليا نفسها؛ لأن الحكم سيكون نهائياً وملزماً لجميع سلطات الدولة ولكافة، مما يلزم أن يكون حاسماً وقاطعاً في أمر دستورية النصوص المدعى بعدم دستورتها^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا أنه ومن حيث إن المادة الثانية من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ إذ نصت على أنه «يتعين أن تتضمن صحيفة دعوى الدستورية بيان النص القانوني وأوجه مخالفته الدستور» فهي لم تحظر إبداء أسباب إضافية أو تمنع استظهار أوجه مخالفة للدستور لم تتضمنها صحيفة الدعوى فلا يحال بين المحكمة أو المدعي وبين استظهار أسباب أخرى غير ما تضمنته صحيفة الدعوى، وللمحكمة أن تبسط رقابتها كاملة في هذا الشأن، ذلك أن الحكم بالدستورية من قبل المحكمة وهو ملزم لجميع جهات القضاء يعني سلامة التشريع من جميع الوجوه وبراءته من جميع المثالب وأسباب البطلان وهو ما لا سبيل إليه إن قيل بقصر الدعوى على الأسباب المعلنة بصحيفتها ومن ثم فإن هذا الدفع يكون غير قائم على أساس^(٣).

السابع لا تقف المحكمة عند حد النص الدستوري الذي نسب إلى النص التشريعي الطعين مخالفته، بل إنها تحيل بصرها في النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها.

(١) الطعن ١٠ لسنة ٣٦ قضائية «دستورية» جلسة ٥ مارس ٢٠١٦ (قضاء غير منشور)؛ الطعن رقم ٣٦ س ٣٦ ق دستورية جلسة ٢ يونيو ٢٠١٨، الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر (ط) في ٦ / ٦ / ٢٠١٨ ص ٧٤.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٨٠٨ - ٨٠٩.

(٣) الطعن رقم ٧ س ٢ ق جلسة أول مارس ١٩٧٥ - مكتب في ١ ج ١ ص ٢٢٨.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا أنه وحيث إنه عن الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم اشتغال حكم الإحالة على البيانات التي تطلبها نص المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، المبدى من الهيئة العامة للاستعلامات، فهو مردود بأن ما تغياه قانون المحكمة الدستورية العليا بنص المادة (٣٠) من قانونها، هو ألا تكون صحيفة الدعوى الدستورية أو قرار الإحالة الصادر من محكمة الموضوع مجهلاً بالمسائل الدستورية المطروحة على هذه المحكمة ضماناً لتعيينها تعييناً كافياً، فلا تثير خفاءً في شأن مضمونها أو اضطراباً حول نطاقها، ليتمكن ذوو الشأن جميعاً من إعداد دفاعهم ابتداءً ورداً وتعقيباً في المواعيد التي حددتها المادة (٣٧) من ذلك القانون، ولتتولى هيئة المفوضين بعد انقضاء تلك المواعيد تحضير الدعوى، ثم إعداد تقرير يكون محدداً للمسائل الدستورية المثارة ورأيها فيها مسبباً، ومن ثم يكفي لتحقيق تلك الغاية أن يكون تعيين هذه المسائل ممكناً، وتحقق ذلك كلما كان بيان عناصرها منبثاً عن حقيقتها، ويؤكد ما تقدم، أن هذه المحكمة في رقابتها على الدستورية لا تقف عند حد النص الدستوري الذي نسب إلى النص التشريعي الطعين مخالفته، بل إنها تحيل بصرها في النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها، لتحديد على ضوءها توافق ذلك النص وتعارضه مع أحكام الدستور مجتمعة، وهو ما يعنى أن الغاية من هذا الإجراء الشكلي لا تعدو أن تكون ضمان اشتغال الصحيفة أو قرار الإحالة على سبب الدعوى الدستورية بحسبانه أحد البيانات الجوهرية اللازم توافرها فيهما^(١).

السابع الاعلان والتعقيب:

١- الإعلان: نصت المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن «يقيد قلم الكتاب قرارات الإحالة الواردة إلى المحكمة. . . . وعلى قلم الكتاب إعلان ذوي الشأن عن طريق قلم المحضرين بالقرارات أو الدعاوى أو الطلبات سالفة الذكر في مدى خمسة عشر يوماً من ذلك التاريخ. وتعتبر الحكومة من ذوي الشأن في الدعاوى الدستورية».

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن اعتبرت المادة ٣٥ من قانون المحكمة

(١) الطعن رقم ٥٦ س ٢٥ ق جلسة ٧ مايو ٢٠٠٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١١ ج ٢ ص ٢٥٧٥.

الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الحكومة من ذوى الشأن في الدعوى الدستورية الواجب إعلانهم بصحيفتها وهذا الاجراء قد تحقق فعلاً باختصاص رئيس الجمهورية في الدعوى الماثلة بحكم كونه - إلى جانب رئاسة الدولة - متولياً للسلطة التنفيذية عملاً بالمادة ١٣٧ من الدستور وإعلان هيئة قضايا الدولة بحسبانها النائبة قانوناً عن الدولة بجميع سلطاتها بصحيفة هذه الدعوى كما تحققت الغاية من هذا الاجراء بإبداء تلك الهيئة دفاعها رداً على المطاعن الدستورية المثارة فيها^(١).

ونصت المادة ٣٦ من ذات القانون على أن يعتبر مكتب المحامي الذي وقع على صحيفة الدعوى أو الطلب محلاً مختاراً للطالب ومكتب المحامي الذي ينوب عن المطلوب ضده في الرد على الطلب محلاً مختاراً له، وذلك ما لم يعين أي من الطرفين لنفسه محلاً مختاراً لإعلانه فيه.

٢- **التعقيب:** نصت المادة ٣٧ من ذات القانون على أن لكل من تلقى إعلاناً بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات. ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانتهاء الميعاد المبين بالفقرة السابقة. فإذا استعمل الخصم حقه في الرد كان للأول التعقيب بمذكرة خلال الخمسة عشر يوماً التالية.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن البيانات التي أوجبتها المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا - وعلى ما جرى به قضاؤها - هي بيانات جوهرية تنبئ عن جدية الدعاوى الدستورية ويتحدد بها موضوعها، وذلك مراعاة لقرينة الدستورية لمصلحة القوانين و حتى يتاح لذوى الشأن فيها - ومن بينهم الحكومة - الذين أوجبت المادة (٣٥) من قانون المحكمة إعلانهم بقرار الإحالة أو صحيفة الدعوى أن يتبينوا كافة جوانبها ويتمكنوا بذلك من إبداء ملاحظاتهم وردودهم وتعقيهم عليها في المواعيد التي حددتها المادة (٣٧) من ذات القانون بحيث تتولى هيئة المفوضين بعد انتهاء تلك المواعيد تحضير الموضوع و تحديد المسائل الدستورية والقانونية المثارة وتبدي فيها رأيها مسبقاً وفقاً لما تقضي به المادة (٤٠) من قانون

(١) الطعن رقم ٤٠ س ١٩ ق جلسة ٦ يناير ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٨٢٣.

المحكمة. لما كان ذلك وكان المدعي في طعنه بعدم دستورية البند (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا، لم يبين النص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، ومن ثم تكون الدعوى غير مقبولة في هذا الشق من الطعن^(١).

وأضافت المادة ٣٨ من ذات القانون على أنه «لا يجوز لقلم الكتاب أن يقبل بعد انقضاء المواعيد المبينة في المادة السابقة أوراقاً من الخصوم، وعليه أن يحجر محضراً يثبت فيه تاريخ تقديم هذه الأوراق واسم مقدمها وصفته».

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن «النص في المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة»، مؤداه، أن المشرع قد أوجب لقبول الدعوى الدستورية أن تتضمن صحيفة الدعوى ما نصت عليه المادة سالفه الذكر من بيانات جوهرية تنبئ عن جدية الدعوى ويتحدد بها موضوعها، وذلك مراعاة لقرينة الدستورية لمصلحة القوانين، وحتى يتاح لذوى الشأن فيها - ومن بينهم الحكومة - الذين أوجبت المادة ٣٥ من قانون المحكمة إعلانهم بالصحيفة، أن يتبينوا كافة جوانبها ليتمكنوا على ضوء ذلك من ابداء ملاحظاتهم وردوهم وتعقيباتهم في المواعيد التي حددتها المادة ٣٧ من ذلك القانون، بحيث تتولى هيئة المفوضين - بعد انتهاء تلك المواعيد - تحضير الموضوع وتحديد المسائل الدستورية المثارة وتبدي فيها رأياً مسبباً وفق ما تقضي به المادة ٤٠ من القانون المشار إليه. لما كان ذلك، وكانت صحيفة الدعوى الماثلة قد خلت تماماً من إيضاح النص الدستوري المدعى بمخالفته، فإنها بذلك تكون قد جاءت قاصرة عن بيان ما أوجبه المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا على ما سلف بيانه، وبالتالي يكون الدفع بعدم قبول الدعوى موافقاً لصحيح حكم القانون^(٢).

(١) الطعن رقم ١٢ س ٨ ق جلسة ٤ يونيو ١٩٨٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ١٣٤؛ الطعن رقم ١٠ س ١٠ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ س ٥ ج ١ ص ١١٩.

(٢) الطعن رقم ١٠ س ١٠ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ مشار إليها؛ الطعن رقم ٤٧ س ١٧ ق جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٢٢٣.

الثامن تهيئة الدعوى للفصل فيها:

١- إعداد الدعوى: نصت المادة ٣٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن «يعرض قلم الكتاب ملف الدعوى أو الطلب على هيئة المفوضين في اليوم التالي لانقضاء المواعيد المبينة في المادة (٣٧). وتتولى الهيئة تحضير الموضوع، ولها في سبيل ذلك الاتصال بالجهات ذات الشأن للحصول على ما يلزم من بيانات أو أوراق، كما أن لها دعوة ذوي الشأن لاستيضاحهم ما ترى من وقائع وتكليفهم بتقديم مستندات ومذكرات تكميلية وغير ذلك من إجراءات التحقيق في الأجل الذي تحدده. ويجوز للمفوض أن يصدر قراراً بتغريم من يتسبب في تكرار تأجيل الدعوى مبلغاً لا يجاوز عشرين جنيهاً ويكون قراره في هذا الشأن نهائياً، كما لا يجوز له إقالته من هذه الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذراً مقبولاً».

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن المدعى أرسل بطريق البريد إلى المستشار المفوض بعد انتهاء تحضير الدعوى مذكرة رقم ١٤ ملف الدعوى طلب فيها الحكم بعدم الاعتداد بالحكمين الصادرين من محكمة النقض في الطعن رقم ١٨ لسنة ٢٩ قضائية ثم في الطعن رقم ٤٦ لسنة ٥١ قضائية أحوال شخصية، و الاعتداد بالحكم الصادر من المحكمة الشرعية العليا في الدعوى رقم ٣٣١ تصرفات سنة ١٩٣٣/٣٢، و إذ كان ما يثيره المدعي في هذه المذكرة من طلبات مغايرة لطلباته الأصلية في الدعوى يعتبر بمثابة دعوى جديدة ثم ترفع إلى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى أمام المحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها في المادة ٣٤ من قانون هذه المحكمة و التي توجب أن تكون الطلبات و صحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة موقعاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها، و كانت هذه المذكرة غير موضع عليها من محام مقبول للحضور أمام المحكمة، كما أنها لم تقدم إلى المحكمة و إنما أرسلها المدعي إلى المستشار المفوض بهيئة المفوضين التي تتولى تحضير موضوع الدعوى على الوجه الذي بيته المادة ٣٩ من قانون المحكمة و التي لا تحيز تقديم طلبات جديدة أو إضافية لهيئة المفوضين، لما كان ذلك، فإنه يتعين الالتفات عما جاء بتلك المذكرة^(١).

(١) الطعن رقم ١ س ٥ ق جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٣٨٠.

وحيث إن طلب الحاضر عن المدعى عليهم الحكم بانقطاع سير الخصومة ترتيباً على وفاة المدعى عليه الأول، مردود أولاً بأن من المقرر عملاً بالمادتين ٣٩ و ٤٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن هيئة المفوضين بها تستكمل تحضير موضوع النزاع المعروض عليها، بمجرد إيداعها تقريراً تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثارة فيه، ورأيها بشأنها؛ وكان ما توخاه قانون هذه المحكمة من ألا يحدد رئيسها جلسة لنظر الدعوى أو الطلب قبل أن تتولى هيئة المفوضين بها تحضيره، هو أن تستجلي بنفسها مختلف العناصر التي تقوم عليها الخصومة القضائية، وأن تمحص أوراقها وأدلتها، وأن تكافئ بين أطرافها في مجال فرص الدفاع التي تتيحها وفقاً للقانون، فلا يكون النزاع بعد انتهائها من تحضيره إلا مهياً للفصل فيه. ومردود ثانياً: بأن قانون المحكمة الدستورية العليا يفترض مضيقاً في نظر النزاع المعروض عليها بعد إيداع هيئة المفوضين لتقريرها على ضوء ما هو قائم من الأوراق المتصلة بالنزاع، فجعل الأصل - وعلى ما تقضي به المادة ٤٤ من قانون هذه المحكمة - هو أن تحكم في الدعاوى والطلبات المعروضة عليها بغير مرافعة؛ ولم يجز لها أن تأذن بالمرافعة الشفوية إلا لضرورة تقدرها؛ ولا أن ترخص للخصوم أو لهيئة المفوضين بتكميل مذكراتهم إلا استثناء؛ كاشفاً بذلك عن استكمال الخصومة القضائية لمقوماتها بمجرد الانتهاء من تحضيرها، وعلى الأخص في المسائل الدستورية التي تتسم بعينيتها باعتبار أن مدارها هو الفصل في اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور أو مخالفتها لأحكامه. ومردود ثالثاً: بأن المدعى عليه الأول كان ماثلاً عن طريق موكله أثناء تحضير النزاع أمام هيئة المفوضين، ويفترض فيه أنه عرض عليها وجهة نظره بكامل أبعادها^(١).

وحيث إنه عن الدفع المبدي من الطالب بعدم دستورية بعض نصوص قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة، فإن المحكمة ترى من خلال تقييمها المبدي لمضمون المطاعن الدستورية التي أبداه الطالب أن لها ما يظاهرها، الأمر الذي ترى معه هذه المحكمة إحالة المسألة الدستورية التي أبداه الطالب إلى هيئة المفوضين لتحضيرها وإعداد تقرير بشأنها. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة: أولاً: بوقف تنفيذ قرار محافظ القاهرة رقم ١٠ لسنة ١٩٩٩ فيما

(١) الطعن رقم ١٥٦ س ١٨ ق جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٤١٣.

تضمنه من حل جمعية رابطة النادي الاجتماعي لمستشاري المحكمة الدستورية العليا وأيلولة أموالها إلى الجمعية العامة للتكافل الاجتماعي، وتعيين مصفٍ لها. ثانياً: إحالة الدعوى إلى هيئة المفوضين لإعداد تقرير بالرأي القانوني في موضوع طلبي الإلغاء والتعويض عن القرار المطعون فيه. ثالثاً: إحالة المسألة الدستورية التي أبداها الطالب إلى هيئة المفوضين لتحضيرها وإعداد تقرير بشأنها^(١).

-تنص المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أنه «يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة» ومؤدى ذلك أن المشرع أوجب لقبول الدعاوى الدستورية أن يتضمن قرار الإحالة وصحيفة الدعوى ما نصت عليه المادة (٣٠) سالفة الذكر من بيانات جوهرية تنبئ عن جدية هذه الدعاوى ويتحدد بها موضوعها، حتى لا يكون هذا القرار أو تلك الصحيفة منطويين على التجهيل بالمسائل الدستورية التي تدعي هذه المحكمة للفصل فيها، ضماناً لتحديدتها تحديداً كافياً يبلور مضمونها ونطاقها، فلا تثير - بباهيتها أو مداها - خفاء يحول دون إعداد ذوي الشأن جميعاً - ومن بينهم الحكومة - لدفاعهم بأوجهه المختلفة خلال المواعيد التي حددتها المادة (٣٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا، بل يكون بيانها لازماً لمباشرة هيئة المفوضين - بعد انقضاء هذه المواعيد - لمهامها في شأن تحضير جوابها ثم إبدائها رأياً محايداً فيها يكشف عن حكم الدستور والقانون وفقاً لما تقضي به المادة (٤٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه، لما كان ذلك، وكانت المدعية قد دفعت أمام محكمة شمال القاهرة الابتدائية بعدم دستورية استيلاء وزير النقل والمواصلات على عين النزاع، وأقامت دعواها الدستورية الراهنة على سند من قولها بمخالفة القانون المطعون فيه لأحكام المواد (٤ و ٣٢ و ٣٤ و ٦٥) من الدستور، بيد أن صحيفة هذه الدعوى لم تتضمن بيان أي من القانون أو النص التشريعي المطعون فيه، ومن ثم تكون صحيفة هذه الدعوى قد جاءت

(١) الطعن رقم ٢ س ٢١ ق جلسة ٥ يونيو ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١٣٣٣.

قاصرة عن بيان ما أوجبه المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا - على ما سلف بيانه - وبالتالي تكون الدعوى الدستورية غير مقبولة^(١).

حيث إنه عن الدفع المبدي من هيئة قضايا الدولة بعدم قبول الدعوى بقالة خلو صحتها من بيان النصوص الدستورية المدعى بمخالفتها وأوجه هذه المخالفة، فهو مردود، ذلك أن ما تغياه قانون المحكمة الدستورية العليا بنص المادة (٣٠) منه من وجوب أن تتضمن صحيفة الدعوى الدستورية بياناً بالنصوص الدستورية المدعى بمخالفتها وأوجه المخالفة، هو ألا تكون صحيفة الدعوى مجهلة بالمسائل الدستورية المطروحة على هذه المحكمة، ضماناً لتعيينها تعييناً كافياً، فلا تثير خفاءً في شأن مضمونها، أو اضطراباً حول نطاقها، ليتمكن ذوو الشأن من إعداد دفاعهم ابتداءً ورداً وتعقيباً في المواعيد التي حددتها المادة (٣٧) من ذلك القانون، ولتتولى هيئة المفوضين بعد ذلك تحضير الدعوى، وإعداد تقرير يكون محدداً للمسائل الدستورية المثارة ورأيها فيها مسبباً، ومن ثم فإنه يكفي لبلوغ تلك الغاية أن يكون تعيين هذه المسائل ممكناً، ويتحقق ذلك كلما كان بني-ان عناصرها منبأ عن حقيقتها^(٢).

- ما نصت عليه المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا، من أن القرار الصادر من محكمة الموضوع بإحالة مسألة دستورية بذاتها إلى هذه المحكمة للفصل في مطابقة النصوص القانونية التي تثيرها للدستور، أو خروجها عليه، وكذلك صحيفة الدعوى التي يرفعها إليها خصم للفصل في بطلان النصوص المطعون عليها أو صحتها، يتعين أن يتضمن بيان النصوص القانونية المدعى بمخالفتها للدستور ومواقع بطلانها، إنما يتغيا ألا يكون هذا القرار، أو تلك الصحيفة منطويين على التجهيل بالمسائل الدستورية التي تدعى هذه المحكمة للفصل فيها؛ ضماناً لتحديدتها تحديداً كافياً يبلور مضمونها ونطاقها، فلا تثير -بماهيته أو مداها - خفاء يحول دون إعداد ذوي الشأن جميعاً - ومن بينهم الحكومة - لدفاعهم بأوجهه المختلفة خلال المواعيد التي حددتها المادة (٣٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا، بل يكون بيانها لازماً لمباشرة هيئة

(١) الطعن رقم ٢٠٩ س ١٩ ق جلسة ٩ ديسمبر ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١٠٢.

(٢) الطعن رقم ١٠٥ س ٢٣ ق جلسة ١٠ أبريل ٢٠٠٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١١ ج ١ ص ١٦٨٣.

المفوضين -بعد انقضاء هذه المواعيد -لمهامها في شأن تحضير جوانبها، ثم إبدائها رأياً محايداً يكشف عن حكم الدستور والقانون بشأنها^(١).

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن ما تغياه قانونها بنص المادة (٣٠) منه، من وجوب أن تتضمن صحيفة الدعوى الدستورية أو قرار الإحالة بياناً بالنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه هذه المخالفة، هو ألا تكون صحيفة الدعوى أو قرار الإحالة مجهلاً بالمسائل الدستورية المطروحة على هذه المحكمة؛ ضماناً لتعيينها تعييناً كافياً؛ فلا تصير خفاءً في شأن مضمونها، أو اضطراباً حول نطاقها، ليتمكن ذوو الشأن جميعاً من إعداد دفاعهم ابتداءً ورداً وتعقيماً في المواعيد التي حددتها المادة (٣٧) من ذلك القانون، ولتتولى هيئة المفوضين بعد ذلك تحضير الدعوى وإعداد تقرير يكون فيه تعيين هذه المسائل ممكناً، ويتحقق ذلك كلما كان بنيان عناصرها منبثاً عن حقيقتها^(٢).

٢-إبداء الرأي: نصت المادة ٤٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن «تودع هيئة المفوضين بعد تحضير الموضوع تقريراً تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثارة ورأي الهيئة فيها مسبقاً. ويجوز لذوي الشأن أن يطلعوا على هذا التقرير بقلم كتاب المحكمة ولهم أن يطلبوا صورة منه على نفقتهم».

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن «النص في المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه "يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة"، مؤداه أن المشرع أوجب لقبول الدعاوى الدستورية أن يتضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى ما نصت عليه المادة سالفة الذكر من بيانات جوهرية تنبئ عن جدية هذه الدعاوى و يتحدد بها موضوعها، و ذلك

(١) الطعن رقم ٣٣ س ٢٣ ق جلسة ٤ مايو ٢٠٠٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٢ ج ١ ص ١٠٢٠؛ الطعن رقم ٨ س ٣٦ ق جلسة ٢١ سبتمبر ٢٠١٤.

(٢) الطعن ١٤٣ س ٣٣ قضائية «دستورية» جلسة ٢ أبريل ٢٠١٦.

مراعاة لقرينة الدستورية لمصلحة القوانين، و حتى يتاح لذوي الشأن ومن بينهم الحكومة - الذين أوجبت المادة (٣٥) من قانون المحكمة إعلانهم بالقرار أو الصحيفة - أن يتبينوا كافة جوانبها و يتمكنوا في ضوء ذلك من إبداء ملاحظاتهم و ردودهم و تعقيهم عليها في المواعيد التي حددتها المادة (٣٧) من القانون ذاته، بحيث تتولى هيئة المفوضين بعد انتهاء تلك المواعيد تحضير الموضوع و تحديد المسائل الدستورية و القانونية المثارة و تبدي فيها رأياً مسبقاً وفقاً لما تقضي به المادة (٤٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا^(١).

وأبرزت بعض الأحكام أن رأي هيئة المفوضين يكون محايداً، فقضت أن مؤدى ذلك أن المشرع أوجب لقبول الدعاوى الدستورية أن يتضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى ما نصت عليه المادة (٣٠) السالفة الذكر من بيانات جوهرية تنبئ عن جدية هذه الدعاوى ويتحدد بها موضوعها، حتى لا يكون هذا القرار أو تلك الصحيفة منظويين على التجهيل بالمسائل الدستورية التي تدعى هذه المحكمة للفصل فيها، ضماناً لتحديدتها تحديداً كافياً يبلور مضمونها ونطاقها، فلا تثير - بماهيتها أو مداها - خفاءً يحول دون إعداد ذوي الشأن جميعاً لدفاعهم بأوجهه المختلفة خلال المواعيد التي حددتها المادة (٣٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا، بل يكون بيانها لازماً لمباشرة هيئة المفوضين - بعد انقضاء هذه المواعيد - لمهامها في شأن تحضير جوانبها ثم إبدائها رأياً محايداً فيها يكشف عن حكم الدستور والقانون وفقاً لما تقضي به المادة (٤٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا^(٢).

وهذا التحديد الدقيق الذي تطلبه المشرع للنصوص التشريعية الطعينة هو ما تفرضه أيضاً مقتضيات المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية، والتي تستوجب توجيه الطعن بعدم الدستورية إلى نص تشريعي محدد أضرير الطاعن من جراء تطبيقه عليه، ويكون من شأن

(١) الطعن رقم ١٥ س ١٠ ق جلسة ٤ مايو ١٩٩١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٣٤٦؛ الطعن رقم ٢٠٩ س ١٩ ق جلسة ٩ ديسمبر ٢٠٠١ س ١٠ ج ١ ص ١٠٢؛ الطعن رقم ٢٠٩ س ١٩ ق جلسة ٩ ديسمبر ٢٠٠١ س ١٠ ج ١ ص ١٠٢؛ الطعن رقم ١٥ س ٢٤ ق جلسة ٩ مايو ٢٠٠٤ س ١١ ج ١ ص ٧٦٤؛ الطعن رقم ٢٦٥ س ٣٠ ق جلسة ٩ مايو ٢٠١٥.

(٢) الطعن رقم ٥٨ س ٢٣ ق جلسة ٢ سبتمبر ٢٠٠٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٢ ج ١ ص ٦٣٧.

إبطاله تحقيق مصلحة للطاعن في دعواه الموضوعية التي أثير فيها الطعن بعدم دستورية ذلك النص. ولكل ذلك، فإن النعي المجلد بعدم الدستورية على أحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المشار إليه، ودون بيان مدى انطباق كل حكم من هذه الأحكام في شأن الطاعن، وأثر القضاء في شأن دستوريته على طلباته في الدعوى الموضوعية، لا يكون في حقيقته إلا طعنًا عامًا مجهلاً ومتميعاً، لا يتحقق معه التحديد الكافي اللازم للبيانات الجوهرية اللازمة لقبول الدعوى الدستورية، ولا تتوافر بتجهيله هذا المصلحة الشخصية المباشرة للمدعي في دعواه. ومن ثم، فإن النعي على كامل أحكام هذا القانون بعدم الدستورية، وقد اتسم بالتجهيل، وكذلك العجز عن إظهار البيانات الجوهرية التي تطلبها القانون، وعدم توافر المصلحة الشخصية المباشرة فيه؛ يكون، والحال هذه، غير مقبول^(١).

وأن التقارير التي تعدها الهيئة (هيئة المفوضين) - فيما يعرض عليها من مسائل - لا تعتبر من قبيل قضاء الحكم، وليس من شأنها أن تؤثر في العقيدة التي تطمئن إليها المحكمة فيما تفصل فيه، أو أن توجهها وجهة بذاتها، أو تقديمها فيما تخلص إليه. وإنما مرد الأمر إلى قناعتها هي على ضوء ما تراه كاشفاً عن حكم الدستور والقانون. وليس لجهة بالتالي أن تبدل ما تراه حقاً، أو أن تؤثر في اتجاهها، أو أن تفرض عليها تصوراً يناقض مفهومها للحقائق الموضوعية والحلول القانونية التي تستخلصها بنفسها. وإنما كلمتها هي القول الفصل، والحقيقة الراجحة التي يقوم عليها قضاؤها، عائدة - في منابقتها واتصال حلقاتها - إليها. والتقارير التي تعدها هيئة المفوضين بها لا تعدو أن تكون أحد عناصر بحثها، بل هي تنحيها إذا بدأ لها افتقارها إلى الدعامة التي تحملها^(٢).

٣- تحديد جلسة: نصت المادة ٤١ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن «يحدد رئيس المحكمة خلال أسبوع من إيداع التقرير تاريخ الجلسة التي تنظر فيها الدعوى أو الطلب. وعلى قلم الكتاب إخطار ذوي الشأن بتاريخ الجلسة بكتاب

(١) الطعن رقم ١٥ س ٢٤ ق جلسة ٩ مايو ٢٠٠٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١١ ج ١ ص ٧٦٤.

(٢) الطعن رقم ٢ س ١٢ ق طلبات رجال القضاء جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ٢ ص ٣٩٣.

مسجل بعلم الوصول. ويكون ميعاد الحضور خمسة عشر يوماً على الأقل ما لم يأمر رئيس المحكمة في حالة الضرورة وبناء على طلب ذوي الشأن بتقصير هذا الميعاد إلى ما لا يقل عن ثلاثة أيام. ويعلن هذا الأمر إليهم مع الإخطار بتاريخ الجلسة».

استهدف الشارع ألا يحدد رئيس المحمة الدستورية العليا جلسة لنظر الدعوى أو الطلب قبل أن تتولى هيئة المفوضين بها تحضيره.

وقد استبعد الشارع تطبيق قواعد الحضور والغياب أمام المحاكم العادية والمقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية على الدعاوى والطلبات المطروحة على المحكمة. ومن ثم لا يوصف الحكم الصادر عن المحكمة بأنه حضوري أو غيبي؛ باعتبار أن نظام المرافعات أمام المحكمة الدستورية العليا يقوم أساساً على المرافعات التحريية^(١).

٤- المرافعة: نصت المادة ٤٤ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن «تحكم المحكمة في الدعاوى والطلبات المعروضة عليها بغير مرافعة. فإذا رأت ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع محامي الخصوم وممثل هيئة المفوضين، وفي هذه الحالة لا يؤذن للخصوم أن يحضروا أمام المحكمة من غير محام معهم. وليس للخصوم الذين لم تودع بأسمائهم مذكرات وفقاً لحكم المادة (٣٧) الحق في أن ينيبوا عنهم محامياً في الجلسة. وللمحكمة أن ترخص لمحامي الخصوم وهيئة المفوضين في إيداع مذكرات تكميلية في المواعيد التي تحددها».

وهذا يعني أن الأصل أن تحكم المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى والطلبات المعروضة عليها بغير مرافعة.

ولم يجز لها الشارع أن تأذن بالمرافعة الشفوية إلا لضرورة تقدرها، وألا يكون ترخيصها للخصوم أو لهيئة المفوضين بتكميل مذكراتهم إلا استثناء كاشفاً بذلك عن استكمال الخصومة القضائية لمقوماتها بمجرد الانتهاء من تحضيرها، وفي هذه الحالة لا يؤذن للخصوم أن يحضروا

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤٢٤ .

أمام المحكمة من غير محام معهم. وليس للخصوم الذين لم تودع بأسمائهم مذكرات وفقاً لحكم المادة (٣٧) الحق في أن ينيبوا عنهم محامياً في الجلسة. وللمحكمة أن ترخص لمحامي الخصوم وهيئة المفوضين في إيداع مذكرات تكميلية في المواعيد التي تحددها.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية «أن هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا تستكمل تحضير موضوع النزاع المعروض عليها، إيداعها تقريراً تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثارة فيه، ورأيها بشأنها، وكان ما توخاه قانون هذه المحكمة من ألا يحدد رئيسها جلسة لنظر الدعوى أو الطلب قبل أن تتولى هيئة المفوضين بها تحضيره، هو أن تستجلي بنفسها مختلف العناصر التي تقوم عليها الخصومة القضائية، وأن تمحص أوراقها وأدلتها، وأن تكافئ بين أطرافها في مجال فرص الدفاع التي تتيحها وفقاً للقانون، فلا يكون النزاع بعد انتهائها من تحضيره إلا مهياً للفصل فيه. ذلك أن قانون المحكمة الدستورية العليا يفترض مضيقاً في نظر النزاع المعروض عليها بعد إيداع هيئة المفوضين لتقريرها على ضوء ما هو قائم من الأوراق المتصلة بالنزاع، فجعل الأصل - وعلى ما تقضي به المادة ٤٤ من قانون هذه المحكمة - هو أن تحكم في الدعاوى والطلبات المعروضة عليها بغير مرافعة، ولم يجز لها أن تأذن بالمرافعة الشفوية إلا لضرورة تقدرها، ألا يكون ترخيصها للخصوم أو هيئة المفوضين بتكميل مذكراتهم إلا استثناء كاشفاً بذلك عن استكمال الخصومة القضائية لمقوماتها بمجرد الانتهاء من تحضيرها، وعلى الأخص في المسائل الدستورية التي تتسم بعينيتها باعتبار أن مدارها هو الفصل في اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور أو مخالفتها لأحكامه^(١).

وحيث إن الثابت من مطالعة أوراق القضية رقم ١٨٨ لسنة ٢٧ قضائية دستورية أن الإدارة القضائية بالمحكمة الدستورية العليا - قسم الجلسات - قد قامت بإخطار المدعي في ٢٧/١١/٢٠٠٥ بالجلسة المحددة لنظر دعواه بكتاب مسجل بعلم الوصول على موطنه المبين بصحيفة الدعوى وتسلمه في ١/١٢/٢٠٠٥ وذلك وفقاً للمادة ٤١ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩. ومن ثم فلا محل لما يثيره المدعي من

(١) الطعن رقم ١٥٦ س ١٨ ق جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٤١٣.

عدم إعلانه وفقاً لقانون المرافعات. ولا تثريب على المحكمة إن هي قضت في الدعوى بغير سماع مرافعة المدعي بعد أن أبدى دفاعه ودفعه أمام هيئة المفوضين، ذلك أن الأصل وفقاً للمادة ٤٤ من قانون المحكمة المشار إليه، أن المحكمة تحكم في الدعاوى والطلبات المعروضة عليها بغير مرافعة. إلا إذا رأت ضرورة لذلك^(١).

ومن المقرر طبقاً للمادة ٤٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا أن يجب حضور أحد أعضاء هيئة المفوضين جلسات المحكمة ويكون من درجة مستشار على الأقل.

ومن المقرر طبقاً للمادة ٤٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا أن يقبل للحضور أمام المحكمة المحامون المقبولون للمرافعة أمام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا. ويكون الحاضر عن الحكومة من درجة مستشار على الأقل بهيئة قضايا الدولة.

٥- عوارض الخصومة: تسري قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية بشأن انقطاع سير الخصومة وتركها، وتعديلها. مع ملاحظة أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن ترك الخصم للخصومة الدستورية وتعديله فيها محله التداعي بطريق الدفع الفرعي وليس بطريق الإحالة أو بطريق التصدي.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية أنه إذ كان الثابت في الأوراق أن المدعية توفيت إلى رحمة الله ولم تنته الدعوى بعد للحكم في موضوعها ومن ثم يتعين الحكم بانقطاع سير الخصومة عملاً بنص المادة ١٣٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية^(٢).

ولكن إذا تحققت وفاة الخصم بعد تهيئة الدعوى للحكم باستكمال كافة مراحلها وتمكنه قبل وفاته من إبداء وجهة نظره من خلالها، فلا يستتبع ذلك الحكم بانقطاع سير الخصومة. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية أن هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا تستكمل تحضير موضوع النزاع المعروض عليها، إيداعها تقريراً تحدد فيه المسائل الدستورية والقانونية المثارة

(١) الطعن رقم ١ س ٢٨ ق جلسة ٤ مايو ٢٠٠٨.

(٢) الطعن رقم ١٣ س ١٠ ق جلسة ١٠ يوليو ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٩٥؛ الطعن رقم ٢٥ س ١٥ ق جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ س ٧ ج ١ ص ٣٤٥.

فيه، ورأيها بشأنها، وكان ما توخاه قانون هذه المحكمة من ألا يحدد رئيسها جلسة لنظر الدعوى أو الطلب قبل أن تتولى هيئة المفوضين بها تحضيره، هو أن تستجلي بنفسها مختلف العناصر التي تقوم عليها الخصومة القضائية، وأن تمحص أوراقها وأدلتها، وأن تكافئ بين أطرافها في مجال فرص الدفاع التي تتيحها وفقاً للقانون، فلا يكون النزاع بعد انتهائها من تحضيره إلا مهياً للفصل فيه. ذلك أن قانون المحكمة الدستورية العليا يفترض مضيها في نظر النزاع المعروض عليها بعد إيداع هيئة المفوضين لتقريرها على ضوء ما هو قائم من الأوراق المتصلة بالنزاع، فجعل الأصل - وعلى ما تقضي به المادة ٤٤ من قانون هذه المحكمة - هو أن تحكم في الدعاوى والطلبات المعروضة عليها بغير مرافعة، ولم يجز لها أن تأذن بالمرافعة الشفوية إلا لضرورة تقدرها، ألا يكون ترخيصها للخصوم أو هيئة المفوضين بتكميل مذكراتهم إلا استثناء كاشفاً بذلك عن استكمال الخصومة القضائية لمقوماتها بمجرد الانتهاء من تحضيرها، وعلى الأخص في المسائل الدستورية التي تتسم بعينيتها باعتبار أن مدارها هو الفصل في اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور أو مخالفتها لأحكامه^(١).

لما كان المدعي الثاني قد أبدى طلباته الختامية في الدعوى الماثلة في جلسات المرافعة المحددة لنظرها على النحو الثابت بمحاضرها قبل أن يقدم وكيله إعلام الوراثة الذي يثبت وفاته فان دعواه تكون قد تهيأت للفصل فيها اعمالاً لحكم المادتين ١٣٠ و ١٣١ من قانون المرافعات^(٢).

أما إذا توفي الخصم قبل رفعها فإنها تعتبر منعدمة بالنسبة له. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية حيث إن الثابت من الأوراق أن المدعى عليه الثاني قد توفي بتاريخ ١٦ أكتوبر ١٩٨٢، أي قبل رفع دعوى التنازع الماثلة - وكان من المقرر أن الخصومة لا تقوم إلا بين أطرافها من الأحياء - فإنه يتعين اعتبار الخصومة معدومة بالنسبة إليه^(٣).

-وحيث إن المدعي قرر أمام المحكمة الدستورية العليا بترك الخصومة في الدعوى الماثلة،

(١) الطعن رقم ١٥٦ س ١٨ ق جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ٢ ص ١٤١٣.

(٢) الطعن رقم ٢٢٩ س ١٩ ق جلسة ١٢ مارس ٢٠٠١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٨٧٠.

(٣) الطعن رقم ١٣ س ٩ ق جلسة ٢٩ أبريل ١٩٨٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٤٨٥.

لما كان ذلك وكان الين من نص المادتين ١٤١ و ١٤٢ من قانون المرافعات أن أولاهما تنص على أن يكون ترك الخصومة بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو وكيله مع اطلاع خصمه عليها، أو بإبدائه شفويًا في الجلسة وإثباته في المحضر، كما تنص ثانيهما على ألا يتم الترك بعد إبداء المدعى عليه طلباته إلا بقبوله ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه على الترك إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى أو ببطالان صحيفة الدعوى أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من المضي في سماع الدعوى. وحيث إن دلالة هاتين المادتين أن المشرع وازن بهما بين حق المدعى في التخلي عن دعواه إذا عن له النزول عن متابعتها لمصلحة يقدرها، وبين حق المدعى عليه في الاعتراض على نزول المدعي عنها إصراراً من جانبه على موالاة نظرها والمضي فيها، فرجح حق المدعى عليه في الفصل في الدعوى على حق المدعي في التخلي عنها كلما أفصح المدعى عليه عن اتجاه إرادته إلى متابعتها، ويكون ذلك كلما كان نزول المدعى عن دعواه قد تم بعد ابداء المدعى عليه لدفعه أو لطلباته التي لا يتوخى بها إخراج الخصومة من حوزة المحكمة التي تنظرها بما يحول بينها وبين سماعها، متى كان ذلك، وكان حق المدعى عليه في الاعتراض على نزول المدعي عن دعواه مشروطاً بأن تكون دفعه وطلباته التي أبداها قبل هذا النزول لا يقصد بها إعاقة المحكمة عن الفصل في الخصومة المقامة أمامها، وكان استيفاء هذا الشرط يفترض بداهة وبالضرورة أن تكون هذه الخصومة منعقدة لها داخلية في نطاق اختصاصها الولائي، فإن اعتراض المدعى عليه على نزول المدعي عن دعواه لا يكون له محل كلما كانت قواعد هذا الاختصاص تحول بذاتها دون الفصل في الخصومة التي أقامها المدعي^(١).

-قانون المرافعات قد نظم هذا الموضوع في المواد ١٤١ وما بعدها، والتي تسرى في شأن الدعاوى الدستورية وفقاً للمادة ٢٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا، وعلى ما جرى به قضاؤها، وذلك على تقدير أن ترك الخصومة هو نزول من المدعي عنها، وتحل منه عن كافة إجراءاتها، مؤداه - متى وقع ممن يملكه وقبله المدعى عليه - إلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة

(١) الطعن رقم ٩ س ١٤ ق جلسة أول يناير ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٨٠١.

على قيامها، فيعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفعها^(١).

من المقرر أن نزول أحد الخصوم عن بعض طلباته، يعتبر تعديلاً لها، وليس تركاً للخصومة، إذ يفترض تركها التخلي عنها برمتها دون حكم في موضوعها بما مؤداه إلغاء إجراءاتها بتامها وزوال كل الآثار المترتبة على قيامها، ليعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل بدئها، فلا يكون لطلباتهم ودفعهم من أثر، وكان من المقرر كذلك أن للخصوم - وإلى ما قبل قفل باب المرافعة في الدعوى - أن يعدلوا طلباتهم، فلا يبقى ماثلاً منها إلا ما يكون محدداً لصورتها النهائية^(٢).

-الدعوى الماثلة اتصلت بهذه المحكمة عن طريق الاحالة من محكمة الموضوع التي تراءى لها من وجهة مبدئية عدم دستورية نصوص المواد سالفه الذكر فأحالت الاوراق إلى المحكمة الدستورية العليا - وفقاً للبند أ من المادة ٢٩ من قانونها - لتقول فيها كلمتها الفاصلة فلا اعتداد - من ثم - بما قرره أحد الخصوم أمام هذه المحكمة بقصر الدعوى الراهنة على بعض النصوص المحالة من محكمة الموضوع ولا يغير من هذه النتيجة أن يكون هذا الخصم قد سبق له أن دفع امام تلك المحكمة بعدم دستورية ذات النصوص ذلك أنه اذا كان جائزاً في الدعوى الدستورية التي يقيمها الخصم أثر دفع بعدم الدستورية قدرت محكمة الموضوع جديته - وفقاً للبند ب من المادة ٢٩ المشار إليها - أن يترك الخصومة فيها كلياً أو في شق منها فإن ذلك لا يجوز في الدعوى الدستورية المحالة إلى هذه المحكمة مباشرة من محكمة الموضوع^(٣).

ولا يجوز ترك الخصومة من وكيل الخصم الذي لم يُفوض تفويضاً خاصاً في الترك. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية حيث إنه لما كانت المادة ١٤١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية يجرى نصها على أنه يكون ترك الخصومة بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو بيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله مع إطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفويّاً في

(١) الطعن رقم ٣٤ س ٩ ق جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٥٦١.

(٢) الطعن رقم ٢٢ س ١٨ ق جلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ١٩٥.

(٣) الطعن رقم ٢١٥ س ١٩ ق جلسة ٢ أكتوبر ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٣٦٣.

الجلسة وإثباته في المحضر، وكانت المادة ٧٠٢ من القانون المدني تنص على أنه (١) لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء. (٢) (٣) والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري. وكان من المقرر، تبعاً لذلك، أن محض توكيل المحامي في المرافعة أمام القضاء لا يعني توكيله في ترك الدعوى، ومن ثم فلا يجوز ترك الخصومة من وكيل الخصم الذي لم يُفوض تفويضاً خاصاً في الترك، ولما كان توكيل وكيل المخاصم لا يخوله ترك الدعوى، ومن ثم تقضي المحكمة بعدم قبول الترك، وتمضي، بالبناء على ذلك، في نظر المخاصمة^(١).

٦- صلاحية ورد ومخاصمة أعضاء المحكمة: نصت المادة ١٥ على أن «يسري في شأن عدم صلاحية نائب رئيس المحكمة، وتنحيه ورده ومخاصمته، الأحكام المقررة بالنسبة إلى قضاة محكمة النقض. وتفصل المحكمة الدستورية العليا في طلب الرد ودعوى المخاصمة بكامل نوابها عدا النائب المشار إليه، ومن يقوم لديه عذر، ويراعى أن يكون عدد النواب الحاضرين وتراً بحيث يستبعد أحدث النواب. ولا يقبل رد أو مخاصمة جميع نواب المحكمة أو بعضهم بحيث يقل عدد الباقيين منهم عن سبعة».

وتفصل المحكمة الدستورية العليا في طلب الرد ودعوى المخاصمة بكامل أعضائها ما عدا العضو المشار إليه. ومن يقوم لديه عذر، ويراعى أن يكون عدد الأعضاء الحاضرين وتراً، بحيث يستبعد أحدث الأعضاء ولا يقبل رد أو مخاصمة جميع نواب المحكمة أو بعضهم بحيث يقل عدد الباقيين منهم عن سبعة^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية «أنه وحيث إن المادة الثالثة من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على أنه «تسرى أحكام المادتين ١٥

(١) الطعن رقم ٢ س ٣٤ ق جلسة ١٣ نوفمبر ٢٠١٢.

(٢) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص ٨٣٣-٨٣٧.

و ١٦ من القانون المرافق على الدعاوى والطلبات المتعلقة ببرد ومخاصمة أعضاء المحكمة العليا. وتفصل المحكمة الدستورية العليا دون غيرها في جميع هذه الدعاوى والطلبات فإن مؤدى ذلك أن المشرع قد اختص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في الدعاوى المتعلقة بعدم صلاحية أعضاء المحكمة العليا وكذلك مخاصمتهم إذ المقصود من دعاوى (رد) هؤلاء الأعضاء الواردة بالنص سالف الذكر هي الدعاوى المتعلقة بما كان يمنع أعضاء المحكمة العليا من سماع الدعوى لعدم صلاحيتهم لنظرها وذلك وقت ان كانت المحكمة العليا قائمة تمارس اختصاصها قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وليس المراد بدعاوى الرد في نص المادة الثالثة من هذا القانون هو حق الخصوم في الدعوى في التمسك بتنحية القاضي عن نظرها لقيام سبب من أسباب الرد المنصوص عليها في المادة ١٤٨ من قانون المرافعات وهو حق لم يعد له محل بالنسبة لأعضاء المحكمة العليا بعد إلغائها. وإذ قضت المادة الثالثة المشار إليها بسريان حكم المادة ١٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا على الدعاوى المتعلقة بعدم صلاحية أعضاء المحكمة العليا ومخاصمتهم على ما سلف بيانه، وكانت المادة ١٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا قد نصت في فقرتها الأولى على أنه تسرى في شأن عدم صلاحية عضو المحكمة وتنحيه ورده ومخاصمته، الأحكام المقررة بالنسبة إلى مستشاري محكمة النقض..... فإن الدعوى التي ترمي إلى بطلان قضاء عضو المحكمة العليا - وكذلك عضو المحكمة الدستورية العليا بسبب عدم صلاحيته لنظر الدعوى والفصل فيها، تخضع لذات الأحكام المقررة في قانون المرافعات بالنسبة إلى مستشاري محكمة النقض. وحيث إن المادة ١٤٦ من قانون المرافعات قد بينت -على سبيل الحصر- أحوال عدم صلاحية القاضي ثم تلتها المادة ١٤٧ لتنص على أنه يقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم. وإذا وقع هذا البطلان في حكم صادر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى فإن مفاد ذلك أن قيام حالة من أحوال عدم الصلاحية لدى القاضي من شأنه أن يعرض عمله أو قضاؤه للبطلان الذي لا يكون التمسك به أصلاً إلا عن طريق الطعن في الحكم بطرق الطعن المقررة ووفقاً للإجراءات والمواعيد التي رسمها القانون وذلك نائياً عن المساس بحجية الأمر المقضي، إلا أنه لما كانت أحكام محكمة

النقض أحكاماً بآلة لا سبيل للطعن عليها بأي طريق باعتبار أنها خاتمة المطاف في الخصومة أمامها، فقد رأى المشرع -زيادة في الأصطيان والتحوط لسمعة القضاء واستثناء من هذا الأصل العام - أن يجيز في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من قانون المرافعات -للخصم إذا وقع بطلان مرجعه عدم الصلاحية في حكم صادر من محكمة النقض أن يطعن فيه أمام المحكمة طالباً إلغائه ونظر الطعن من جديد أمام دائرة أخرى. وحيث إنه يبين من نص المادة ١٣ من قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ - وهي تماثل نص المادة ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا - أن أحكام المحكمة العليا وقراراتها نهائية غير قابلة للطعن مما مؤداه أنها أحكام بآلة لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن احتراماً لحجيتها وبالنظر إلى وظيفة تلك المحكمة وما أسند إليها من اختصاصات، غير أنه يستثنى من هذا الأصل الدعاوى المتعلقة بمخاصمة أعضائها وعدم صلاحيتهم وهي تخضع للأحكام المقررة في قانون المرافعات بالنسبة إلى مستشاري محكمة النقض على ما تقدم بيانه، ومن ثم يجوز -وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من هذا القانون -إذ وقع بطلان في حكم صادر من المحكمة العليا لسبب من أسباب عدم الصلاحية، أن يطعن الخصم في هذا الحكم بأن يطلب إلغاؤه وما يترتب على ذلك من وجوب إعادة النظر في موضوع الدعوى التي صدر فيها ذلك الحكم. وإذ عهدت المادة الثالثة من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا -إلى هذه المحكمة - دون غيرها -ولاية الفصل في الدعاوى المتعلقة بالطعن في أحكام المحكمة العليا لسبب عدم صلاحية أعضائها على ما سلف بيانه، فإن مقتضى ذلك أنه ينبغي رفع هذا الطعن إلى المحكمة الدستورية العليا ذاتها وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً أمامها^(١).

إن الدستور ينص في المادة (١٧٤) منه على أن «المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية، مقرها مدينة القاهرة» وفي المادة (١٧٥) منه على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون ويعين القانون

(١) الطعن رقم ٢ س ٥ ق جلسة ٧ أبريل ١٩٨٤ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ٣ ج ١ ص ٣٩٥.

الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها». كما نص في المادة الأولى من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية، مقرها مدينة القاهرة. وفي المادة الثالثة من القانون ذاته على أن تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من الأعضاء. وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء ويرأس جلساتها رئيسها أو أقدم أعضائها وعند خلو منصب الرئيس أو غيابه أو وجود مانع لديه يقوم مقامه الأقدم فالأقدم من أعضائها في جميع اختصاصاته». كما نص في المادة (١٥) على أن «تسرى في شأن عدم صلاحية عضو المحكمة، وتنحيه ورده ومخاصمته، الأحكام المقررة بالنسبة إلى مستشاري محكمة النقض. وتفصل المحكمة في طلب الرد ودعوى المخاصمة بكامل أعضائها عدا العضو المشار إليه ومن يقوم لديه عذر، ويراعى أن يكون عدد الأعضاء الحاضرين وتراً بحيث يستبعد أحدث الأعضاء. ولا يقبل رد أو مخاصمة جميع أعضاء المحكمة أو بعضهم بحيث يقل عدد الباقيين منهم عن سبعة». وفي المادة (٢٨) على أن «فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل، تسرى على قرارات الإحالة والدعوى والطلبات التي تقدم إلى المحكمة الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها». كما تنص المادة (٥١) من القانون ذاته على أن تسرى على الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة، فيما لم يرد به نص في هذا القانون، القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة تلك الأحكام والقرارات^(١).

وحيث إن المدعي دفع بعدم صلاحية أعضاء الدائرة الذين أصدروا الحكم في القضية رقم ١٧٤ لسنة ٢٧ قضائية «دستورية» للفصل في القضية الماثلة، وذلك تأسيساً على أنه سبق لهم إبداء الرأي في الحجج ذاتها والأسانيد التي يُقيم عليها المدعي دعواه الماثلة، مما يُفقدتهم صلاحية نظرهما عملاً بنص البند (٥) من المادة (١٤٦) من قانون المرافعات وما استقر عليه قضاء النقض.

(١) الطعن رقم ١ س ٢٧ ق جلسة ٨ مايو ٢٠٠٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١١ ج ٢ ص ٣٢٥٧.

وحيث إن هذا الدفع مردود، ذلك أن ما نص عليه قانون المرافعات في البند (٥) من المادة (١٤٦) - من أن يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى، أو كتب فيها ولو كان ذلك قبل اشتغاله بالقضاء، أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً، أو كان قد أدى شهادة فيها - يقتضي أن تكون الخصومة التي يُمنع القاضي من نظرها ويكون غير صالح للفصل فيها مُرددة بين الخصوم ذاتهم ويستدعى الفصل فيها إبداء الرأي في الحجج والأسانيد التي أثرت في الخصومة السابقة بحيث تعتبر الخصومة التي يُمنع القاضي من نظرها استمراراً لها وعودة إليها، وإبداء القاضي رأيه أو اشتراكه في حكم صدر في دعوى مماثلة، لا يصلح أن يكون سبباً لعدم الصلاحية متى كانت تلك الدعوى تختلف في خصومها وموضوعها عن الدعوى المطلوب منع القاضي من نظرها وسماعها، فالأصل أن يكون سبق الإفتاء أو الترفع أو الكتابة أو النظر أو الشهادة في الخصومة ذاتها وبين الخصوم أنفسهم، فإن كان في خصومة أخرى فإنه لا يصلح أن يكون سبباً لعدم الصلاحية ولو كانت مشابهة أو مرتبطة. متى كان ذلك وكانت الدعوى الماثلة تتعلق بالطعن على نص البند (٥) من المادة الخامسة من قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢، في حين أن موضوع الدعوى رقم ١٧٤ لسنة ٢٧ قضائية «دستورية» كان الطعن على نص البند (٥) من المادة (٧٥) من قانون نظام الإدارة المحلية الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩، ومن ثم فإن كلا من الدعويين المذكورتين تختلفان موضوعاً، كما أن النصين وإن تشابها حكماً إلا أن لكل منهما مجال إعمال ونطاق تطبيق يختلف عن الآخر. ومردود أيضاً بأن الدستور قد عهد - على ما تنص عليه المادة (١٧٥) منه - إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها - الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين بالقانون، وكان المشرع - بناءً على هذا التفويض - قد أصدر قانون المحكمة الدستورية العليا، مبيناً اختصاصاتها، محدداً ما يدخل في ولايتها حصراً، فحولها اختصاصاً منفرداً بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، مانعاً أية جهة أخرى من مزاحمتها في ذلك، ومن ثم فإن انفراد المحكمة الدستورية العليا بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح يقتضيها أن تفصل بهيئتها المشكلة على النحو المحدد بقانونها في القضايا المقامة أمامها طعنًا على أي قانون أو لائحة أو على أي نص ورد بأيها، حتى ولو كانت

هذه القضايا متشابهة أو تتعلق بالنص التشريعي المطعون عليه ذاته، وكل ما في الأمر أنها إذا كانت قد أصدرت قضاءً سابقاً في النص التشريعي المطعون بعدم الدستورية - بعدم الدستورية أو برفض الدعوى طعناً عليه - حاز هذا القضاء حجية مطلقة في مواجهة كافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة - والمحكمة الدستورية العليا من بينها - باعتباره قولاً فصللاً في المسألة المقضي فيها وذلك نزولاً على حكم المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا. أما إذا كان النص التشريعي المطعون عليه لم يتناوله سَبَقُ قضاء منها، فلا تملك المحكمة أن تتسلب من اختصاصها بنظر الطعن عليه، إذ هي وحدها - دون غيرها - الجهة المختصة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح^(١).

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة ٤٩٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية تنص على أن ترفع دعوى المخاصمة بتقرير في قلم كتاب محكمة الاستئناف التابع لها القاضي أو عضو النيابة العامة يوقعه الطالب أو من يوكله في ذلك توكيلاً خاصاً، وعلى الطالب عند التقرير أن يودع خمسمائة جنيه على سبيل الكفالة، وكانت المادة ٤٩٦ من ذات القانون تنص على أنه تحكم المحكمة في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها وذلك بعد سماع الطالب أو وكيله والقاضي أو عضو النيابة المخاصم حسب الأحوال وأقوال النيابة العامة إذا تدخلت في الدعوى. وإذا كان المخاصم مستشاراً بمحكمة النقض تولت الفصل في جواز قبول المخاصمة إحدى دوائر هذه المحكمة في غرفة مشورة، كما تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن تسري في شأن عدم صلاحية عضو المحكمة، وتنحيته ورده ومخاصمته، الأحكام المقررة بالنسبة إلى مستشار بمحكمة النقض. وكان الثابت أن وكيل المخاصم قد أقام المخاصمة بمقتضى التوكيل رقم ١١٢٣ ب لسنة ٢٠٠٨ قليب، وهو توكيل عام لا يبيح له إقامة دعوى المخاصمة، ومن ثم تكون دعواه قد افتقدت شرطاً من شروط قبولها؛ مما يتعين معه عدم قبولها^(٢).

(١) الطعن رقم ٢٠١ س ٢٧ ق جلسة ٣ فبراير ٢٠٠٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٢ ج ١ ص ٨٦٦.

(٢) الطعن رقم ٢ س ٣٤ ق جلسة ١٣ نوفمبر ٢٠١٢.

-من المقرر أن دعوى المخاصمة تستهدف تقرير مسؤولية القاضي أو أعضاء الدائرة المخاصمة عما يقع منهم من خطأ مهني جسيم أثناء أو بمناسبة تأدية عملهم القضائي، ومن آثارها بطلان التصرف والتعويض عنه، ومن أجل ذلك حدد قانون المرافعات المدنية والتجارية قواعد وإجراءات المخاصمة، فأوجب في المادة (٤٩٥) منه رفع الدعوى بتقرير في قلم كتاب المحكمة يشتمل على بيان أوجه المخاصمة وأدلتها، وأن تودع معه الأوراق المؤيدة لها، وتنظر الدعوى في غرفة مشورة بعد تبليغ القاضي المخاصم بصورة من تقرير المخاصمة ليتبين كافة أوجهها وأدلتها، وليتمكن من إبداء رده وملاحظاته تعقيماً عليها، كما نصت المادة (٤٩٦) من هذا القانون على أن «تحكم المحكمة في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها وذلك بعد سماع الطالب أو وكيله والقاضي أو عضو النيابة حسب الأحوال. . . .» ونصت المادة (٤٩٩) من القانون ذاته معدلة بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ على أنه «إذا قضت المحكمة بعدم جواز المخاصمة، أو برفضها حكمت على الطالب بغرامة لا تقل عن أربعمئة جنيه ولا تزيد على أربعة آلاف جنيه وبمصادرة الكفالة مع التعويضات إن كان لها وجه، وإذا قضت بصحة المخاصمة حكمت على القاضي أو عضو النيابة المخاصم ببطلان تصرفه وبالتعويضات والمصاريف. . . .» بما مؤداه أن قيام الخصومة في دعوى المخاصمة وانعقادها لا يكون إلا بين أطرافها الأحياء، فلا يصح اختصاص ميت فيها، إذ لا تنشأ الخصومة القضائية في دعوى المخاصمة ولا تنعقد في حالة توجيهها إلى خصم متوفٍ، ويترتب على اختصاصه فيها اعتبار الخصومة بالنسبة إليه معدومة ولا ترتب أثراً. متى كان ذلك، وكان الثابت أن المخاصم قد وجه دعواه الماثلة إلى الهيئة التي أصدرت الحكم محل المخاصمة، ومن بينها السيد المستشار. . . . نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا، الذي توفي بتاريخ ٢٠/٢/٢٠٠٨، قبل إيداع تقرير المخاصمة بتاريخ ٢٢/٥/٢٠٠٨، فإن الخصومة في الدعوى لا تكون قد انعقدت في شأنه، بما لازمه وجوب اعتبار الخصومة معدومة بالنسبة له، ولا يغير من ذلك تنازل المخاصم اللاحق بجلسة ٦/٧/٢٠٠٨ عن اختصاصه، بوصفه إجراءً من إجراءات المرافعات، يتعين لإنفاذه أن يرد على خصومة قائمة في حقه طبقاً لأحكام القانون، بما يتعين معه القضاء باعتبار الخصومة في الدعوى معدومة بالنسبة للسيد المستشار. . . . نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا. وحيث إنه عن طلب هيئة قضايا

الدولة الحكم بانتهاء الخصومة في الدعوى لاستنفاد المحكمة سلطتها كاملة بصدور الحكم في موضوع الدعوى رقم ١ لسنة ٢٩ قضائية «مخاصمة» بجلسة ٢٠٠٨/٢/١٠ منهياً للنزاع على أصل الحق الذي رفعت به، فإنه مردود، بأن البين من النصوص الحاكمة للدعوى المخاصمة في قانون المرافعات، أن الفصل فيها يمر بمرحلتين، الأولى: وتفصل فيها المحكمة في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها طبقاً لنص المادتين (٤٩٥، ٤٩٦) من قانون المرافعات، والثانية: وتتولى فيها المحكمة النظر في موضوع المخاصمة والفصل فيها طبقاً لنص المادتين (٤٩٧، ٤٩٩) من القانون ذاته، وتبدأ هذه المرحلة بعد الحكم بجواز المخاصمة في المرحلة الأولى. متى كان ذلك، وكان الحكم الصادر في الدعوى رقم ١ لسنة ٢٩ قضائية «مخاصمة» بجلسة ٢٠٠٨/٢/١٠ قد اقتصر على القضاء بعدم جواز المخاصمة لعدم جواز تجزئتها، وقيام المخاصم بتوجيه دعواه إلى ستة أعضاء من الهيئة التي أصدرت الحكم محل المخاصمة، دون اختصاص السيد المستشار/..... نائب رئيس المحكمة وأحد أعضاء هذه الهيئة، ولم يتصد هذا الحكم للفصل في تعلق أوجه المخاصمة التي أثارها المخاصم واشتمل عليها تقريرها بهذه الدعوى، كما لم يفصل في موضوعها، ومن ثم فإن طلب الهيئة لا يقوم على أساس صحيح يبرره، متعيناً رفضه. وحيث إن المخاصمة الراهنة تقوم على نسبة الخطأ المهني الجسيم للسادة المستشارين المخاصم ضدهم، وذلك من وجهين، الأول: أن الحكم موضوع المخاصمة صدر بالمخالفة لحجية الأمر المقضي به الثابتة لمنطوق الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٠٠٠/٧/٨ في الدعوى رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» والأسباب المكملة له، والثاني: أن هذا الحكم اعتنق تفسيراً لنص المادة (٨٨) من الدستور - قبل تعديلها طبقاً لنتيجة الاستفتاء الذي أجري بتاريخ ٢٦/٣/٢٠٠٧ - لا يتفق مع إرادة المشرع الدستوري وما قصده منه، ولا مع ما خلصت إليه المحكمة بحكمها الصادر في الدعوى سالفة الذكر. وحيث إن ذلك مردود:

أولاً: أن الخطأ المهني الجسيم كأحد الأحوال التي يجوز معها مخاصمة القضاة طبقاً لنص المادة (٤٩٤) من قانون المرافعات، هو الذي يوصف بالخطأ الفاحش الذي لا ينبغي أن يتردى فيه القاضي، ولا يفرق هذا الخطأ في جسامته عن الغش سوى كونه أوتى بحسن نية، فهو يمثل

أعلى مدارج الخطأ الذي ينطوي على أقصى درجات الإهمال في أداء الواجب، أي أنه الخطأ الذي يكون ارتكابه نتيجة غلط فاضح أو إهمال مفرط، ما كان القاضي ليقع فيه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي. ثانياً: - أن مقتضى نص المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن لقضائها في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصلاً في المسألة المقضي فيها، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعتها، وترد هذه الحجية على منطوق الحكم وأسبابه المكمل له، والمرتبطة به ارتباطاً وثيقاً ولازماً للنتيجة التي انتهى إليها، كما يقتصر نطاق هذه الحجية على النصوص التشريعية التي كانت مثاراً للمنازعة حول دستوريته وفصلت فيها المحكمة فصلاً حاسماً بقضائها، أما ما لم يكن مطروحاً على المحكمة ولم تفصل فيه بالفعل، فلا تمتد إليه تلك الحجية. متى كان ذلك، وكانت الهيئة المخاصم ضدها قد حددت بحكمها محل المخاصمة نطاق كل الخصومة التي كانت مطروحة على المحكمة في الدعوى رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» والحجية الثابتة للحكم الصادر فيها، بنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤) من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ - قبل تعديله بالقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠ ثم بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ - فيما تضمنه من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية، وما ورد بمدونات هذا الحكم المتصلة بهذا النص، وذلك في مجال إعماله بالنسبة للانتخابات التشريعية دون غيرها، بالنظر لموضوع النزاع والمسائل الدستورية التي كانت مثارة أمام المحكمة وفصل فيها حكمها، والتي تختلف عن نطاق الخصومة في الدعوى رقم ٧٦ لسنة ٢٩ قضائية «دستورية» الصادر فيها الحكم محل المخاصمة، الذي تحدد بنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤) من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بعد تعديله بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٢ في مجال إعماله بالنسبة لعملية الاستفتاء على التعديلات الدستورية دون غيرها من عمليات الانتخابات والاستفتاءات الأخرى، ومن ثم يكون ما خلص إليه الحكم موضوع المخاصمة في هذا الشأن قائماً على اعتبارات تكفي لحمله على ما انتهى إليه، وتكون مخالفة المخاصم له في خصوص تحديد نطاق الحجية الثابتة لهذا الحكم محض خلاف حول مسألة قانونية القول الحاسم فيها للمحكمة، بما يخرج عن نطاق الخطأ المهني الجسيم كما حددته المادة (٤٩٤) من قانون المرافعات، ولا يصح -

بالتالي - سبباً لإقامة دعوى المخاصمة قبل السادة المستشارين المخاصم ضدهم. ثالثاً: - أن المحكمة الدستورية العليا بحكم موقعها من الدستور، الذي وسدته لها المادة (١٧٥) منه، باعتبارها الحارسة على أحكامه، والقوامة على الشرعية الدستورية، هي التي لها القول الفصل في تفسير نصوص الدستور، وتحديد مضامين وأطر الحقوق والحريات التي كفلها، والواجبات والالتزامات التي قررها، وبيان مقاصد المشرع الدستوري من كل منها، منظوراً في شأنها إلى أن نصوص الدستور ككل لا يتجزأ هي عماد البناء القانوني للدولة، والذي تستمد منه شرعيتها، وبغيرها تتهادم أركانها وتتقوض، ولذلك كان أمراً مقضياً أن يكون ما تستظهره هذه المحكمة من نصوص الدستور هو التفسير الصحيح لها، بلا معقب عليها فيه، متى كان ذلك، وكان الثابت أن ما خلصت إليه الهيئة المخاصم ضدها بحكمها محل المخاصمة من تحديد لمضمون نص المادة (٨٨) من الدستور، واستنباط الأحكام التي يحتويها - على ما تقدم ذكره - جاء بعد أن جالت ببصرها في باقي أحكام الدستور ذات الصلة بالمسألة المطروحة عليها، وأخصها نص المادة (١٨٩) منه، التي تناول الأحكام الخاصة بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، وتحديد نطاق تطبيق كل منها، مراعية التوفيق بينها، بما يقيم أحكامها دون تصادم أو تهادم، وبالتالي فإن ما انتهت إليه في هذا الخصوص يخرج عن دائرة الخطأ المهني الجسيم الذي عنته المادة (٤٩٤) من قانون المرافعات. وحيث إنه في ضوء ما تقدم جميعه، يتبين أن المخاصمة الراهنة، وما بنيت عليه من أوجه في غير محلها، ولا تقوم على سند صحيح من القانون، مما يقتضي الحكم بعدم جوازها^(١).

وحيث إن المدعي دفع بعدم صلاحية السيد المستشار/.....، رئيس المحكمة الدستورية العليا السابق، لنظر الدعوى، بحسابه من أصدر القرار بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ٢٠١٣ المشار إليه، إبان تقلده رئاسة الجمهورية خلال المرحلة الانتقالية، وكذا عدم صلاحية السادة المستشارين أعضاء المحكمة الدستورية العليا كافة لنظر الدعوى، لقيام المودة بينهم وبين المستشار/.....، مما قد يؤثر على حيديتهم، ويجعلهم أميل لمؤازرته، والتأكيد على صحة ما ذهب إليه عند إقرار القرار بقانون، المتضمن النصين المطعون فيهما، وإصداره. وحيث إنه لما

(١) الطعن رقم ١ س ٣٠ ق جلسة ٢٤ أغسطس ٢٠٠٨.

كان السيد المستشار/ ، رئيس المحكمة الدستورية العليا السابق، قد تقاعد قبل أولى الجلسات المحددة لنظر الدعوى المطروحة، فإن الخصومة تغدو منتهية بالنسبة لطلب الحكم بعدم صلاحيته لنظرها. وحيث إنه عن الدفع بعدم صلاحية السادة أعضاء المحكمة الدستورية العليا كافة لنظر الدعوى، فإنه ينحل، في حقيقته، إلى طلب رد هيئة المحكمة بكاملها، وإن تمسك المدعي بعدم صلاحية هيئة المحكمة، ذلك أن المدعي قد شيد طلبه بعدم الصلاحية على ما قرره من قيام المودة بين الهيئة ورئيسها السابق، مصدر القرار بقانون المطعون فيه، على نحو يمنعها - في ظنه - من القضاء في الدعوى المعروضة بغير ميل أو هوى، وكان قيام المودة بين القاضي وأحد الخصوم، لا يندرج ضمن أسباب عدم الصلاحية الواردة حصراً في المادة (١٤٦) من قانون المرافعات، بل هو سبب من أسباب الرد الواردة في المادة (١٤٨) من القانون ذاته، والتي تنص على أنه "يجوز رد القاضي لأحد الأسباب الآتية:

- ١- إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها، أو إذا جدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم، أو لزوجته بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه.
- ٢- إذا كان لمطلقة التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضي بقصد رده.
- ٣- إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان هو قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته، أو كان تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده.

٤- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل. لما كان ذلك، وكان التكييف الصحيح لطلب المدعي الوارد في صحيفة دعواه الدستورية، الذي ما انفك متمسكاً به في جلسات المرافعة، هو طلب رد كامل أعضاء هيئة المحكمة الدستورية العليا، وكان قانون المرافعات قد أوجب في المادة (١٥٣) حصول الرد بتقرير يودع قلم كتاب المحكمة التي يتبعها القاضي المطلوب رده، يوقعه الطالب نفسه، أو وكيله المفوض فيه

بتوكيل خاص يرفق بالتقرير، على أن يشتمل الرد على أسبابه، وأن يرفق به ما قد يوجد من أوراق أو مستندات مؤيدة له؛ فضلاً عن إيداع طالب الرد كفالة مقدارها ثلاثمائة جنيه، وكان المدعي قد تنكب السبيل الذي حدده قانون المرافعات لرد القضاة، فضلاً عن رده أعضاء المحكمة الدستورية العليا كافة، وهو الأمر المحظور بموجب نص الفقرة الأخيرة من المادة (١٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، والتي تنص على أن ولا يقبل رد أو مخاصمة جميع أعضاء المحكمة أو بعضهم بحيث يقل عدد الباقيين منهم عن سبعة، ومن ثم يكون طلب الرد غير مقبول^(١).

وحيث إن المادة (٤٩٥) من قانون المرافعات الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ مستبدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ تنص على أن: «تُرفع دعوى المخاصمة بتقرير في قلم كتاب محكمة الاستئناف التابع لها القاضي أو عضو النيابة يوقعه الطالب أو من يوكله في ذلك توكيلاً خاصاً، وعلى الطالب عند التقرير أن يودع خمسمائة جنيه على سبيل الكفالة. ويجب أن يشتمل التقرير على بيان أوجه المخاصمة وأدلتها وأن تودع معه الأوراق المؤيدة لها. وتعرض الدعوى على إحدى دوائر محكمة الاستئناف بأمر من رئيسها بعد تبليغ صورة التقرير إلى القاضي أو عضو النيابة وتُنظر في غرفة المشورة في أول جلسة تعقد بعد ثمانية الأيام التالية للتبليغ. ويقوم قلم الكتاب بإخطار الطالب بالجلسة». كما تنص المادة (٤٩٦) من القانون ذاته على أن: «تحكم المحكمة في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها وذلك بعد سماع الطالب أو وكيله والقاضي أو عضو النيابة المُخاصم حسب الأحوال وأقوال النيابة العامة إذا تدخلت في الدعوى. وإذا كان القاضي المُخاصم مستشاراً بمحكمة النقض تولت الفصل في جواز قبول المخاصمة إحدى دوائر هذه المحكمة في غرفة المشورة». وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مقتضى نص المادة (٢٩/ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يتحدد نطاق الدعوى الدستورية التي أتاح المشرع للخصوم إقامتها، بنطاق الدفع

(١) الطعن رقم ١٦٠ س ٣٦ ق دستورية جلسة ٣ ديسمبر ٢٠١٦، الجريدة الرسمية العدد ٥٠ تابع في ١٥ ديسمبر ٢٠١٦ ص ١٣.

بعدم الدستورية الذي أثير أمام محكمة الموضوع مرتبطاً بالطلبات الموضوعية وفي الحدود التي تقدر فيها تلك المحكمة جديته. لما كان ذلك، وكان المدعي يهدف إلى تمكينه من إبداء دفاعه على قدم المساواة مع خصومه في دعوى المخاصمة، وذلك بعدم إلزامه ببيان أوجه المخاصمة وأدلتها وإيداع الأوراق المؤيدة لها؛ قبل نظر الدعوى بشأن جواز قبولها، وعدم تقييده في دفاعه أثناء نظرها بتلك الأوجه، وكان نص كل من الفقرة الثانية من المادة (٤٩٥) والفقرة الأولى من المادة (٤٩٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المشار إليه يحولان - في نظر المدعي - دون تحقيق ذلك الأمر، فإن المصلحة الشخصية المباشرة للمدعي تتحقق بالطعن بعدم دستورية هذين النصين بحسبان أن الفصل في دستوريتها سيكون له انعكاس على الدعوى الموضوعية، وبهما وحدهما يتحدد نطاق الدعوى الدستورية. وحيث إن المدعي ينعي على النصين المطعون فيهما - محددتين نطاقاً على النحو المتقدم - مخالفتها لنصي المادتين (٤٠) و(٦٩) من دستور سنة ١٩٧١، على سند من أن هذين النصين قد حرماه من إبداء دفاعه على قدم المساواة مع خصومه فيها، وذلك بإلزامه ببيان أوجه المخاصمة وأدلتها وإيداع الأوراق المؤيدة لها؛ قبل نظر الدعوى بشأن جواز قبولها، ووجوب تقييده في دفاعه أثناء نظرها بتلك الأوجه، فلا يجوز له أن يقرر سواها أو أن يودع أي أوراق أو مستندات أخرى غير ما أودعه عند رفع الدعوى، ومايزا بذلك بينه وبين القضاة المخاصمين فيها الذين يحق لهم إبداء دفاعهم مُحرراً من كل قيد، والمطالبة بالتعويض عن طريق الطلب العارض، وتقديم ما يشاءون من أوراق ومستندات لتدعيم الأدلة على توافر أركان المسؤولية في شأن المدعي، دون أن يتاح له الرد على تلك الأوراق والمستندات؛ بالرغم من وحدة طبيعة الدعوى وتكافؤ المراكز القانونية للمتداعين فيها، وبذلك يقيم النص المطعون فيه تمييزاً تحكيمياً غير مبرر، وهو ما يُعد إخلالاً بمبدأ المساواة وتقييداً لحق الدفاع. وحيث إن الرقابة الدستورية على القوانين، من حيث مطابقتها للقواعد الموضوعية التي تضمنها الدستور، إنما تخضع لأحكام الدستور القائم دون غيره، إذ أن هذه الرقابة إنما تستهدف أصلاً - على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه، وأن نصوص هذا الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصادرة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها

أسمى القواعد الآمرة. وحيث إنه بالبناء على ما تقدم، فإن هذه المحكمة تباشر رقابتها على النصوص المطعون عليها في ضوء أحكام الدستور المعدل الصادر سنة ٢٠١٤. وحيث إن مفاد نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية في شأن إجراءات وشروط مخاصمة القضاة السالف بيانها؛ أن المشرع قد أفرد دعوى مخاصمتهم بإجراءات وقواعد خاصة بهدف تحقيق ضمانات أدائهم أعمالهم؛ وتوفير الحماية اللازمة لهم من الادعاءات الكيدية التي تتغيا مجرد المساس بكرامتهم وهيبتهم والتشهير بهم، مما يتعين معه وجوب قصر مخاصمتهم على ما يقومون به من أعمال قضائية، فلا يتسع نطاقها لغير ذلك مما يباشره خارج هذه الأعمال، وإلا كانت المخاصمة سبيلاً لحصار القاضي في كل ما يتصل بتصرفاته وينقلب القصد من الحماية إلى الاستباحة فيضيع الأمان وينمحي استقلال القضاء، مما حدا بالمشرع إلى تقرير الالتزام بأحكام تلك الإجراءات والقواعد الخاصة بدعوى المخاصمة، ومن بينها أن الفصل فيها يتم على مرحلتين؛ أولاًها: مرحلة الفصل في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها، وثانيتهما: مرحلة الفصل في موضوعها - إذا قُضي بجواز المخاصمة - إما برفضها، أو بصحتها ومن ثم؛ بطلان تصرف القاضي والحكم عليه بالتعويضات والمصاريف. وقد حدد المشرع حالات وأسباب المخاصمة على سبيل الحصر، ومن بينها ارتكاب الغش أو الخطأ المهني الجسيم، والمقصود بالغش هو ارتكاب القاضي الظلم عن قصد بدافع المصلحة الشخصية أو الكراهية لأحد الخصوم أو محاباة الطرف الآخر، أما الخطأ المهني الجسيم فهو الخطأ الذي ينطوي على أقصى ما يمكن تصوره من الإهمال في أداء الواجب، ويكون ارتكابه نتيجة غلط فادح ما كان لينساق إليه لو اهتم بواجبه الاهتمام العادي، أو يكون بسبب إهماله إهمالاً مفرطاً يعبر عن خطأ فاحش مثل الجهل الفاضح بالمبادئ الأساسية للقانون، ومن ثم لا يُعتبر خطأ مهنيّاً جسيماً فهم القاضي للقانون على نحو معين ولو خالف فيه إجماع الشراح والفقهاء، ولا تقديره لواقعة معينة أو إساءة الاستنتاج أو الخطأ في استخلاص الوقائع أو تفسير القانون أو قصور الأسباب، وعليه يخرج من نطاق هذا الخطأ كل رأي أو تطبيق قانوني يخلص إليه القاضي بعد إمعان النظر والاجتهاد في استنباط الحلول للمسألة القانونية المطروحة ولو خالف في ذلك أحكام القضاء وآراء الفقهاء. وبذلك يكون المشرع قد وازن بين حق القاضي في توفير الحماية له؛ فلا يتحسب في قضائه سوى وجه

الحق ولا يمتد وجدانه من مظنة النيل منه، وبين حق المتقاضي في الاطمئنان إلى أن قاضيه مقيد بالعدل في حكمه، فإن جنح عنه لم تُغلق الأبواب في وجهه، بل له أن يسلك طريق الخصومة التي يدين بها قضاءه ويبطل أثره، وكل ما تقدم يجد حده في أن القضاء ولاية تقدير وأمانة تقرير، وأن مجرد الخلاف أو الخطأ لا يسقط بهما منطق العدل وإنما يسقطه الجور والانحراف في القصد، ولهذا رتب المشرع على القضاء بعدم جواز المخاصمة أو رفضها الحكم على طالب المخاصمة بالغرامة ومصادرة الكفالة مع التعويضات إن كان لها وجه، وفي مقابل ذلك رتب على القضاء بصحة المخاصمة الحكم على القاضي المخاصم ببطلان تصرفه وإلزامه بالتعويضات والمصاريف. وحيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مؤدى نص المادة (٤٩٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية أن المشرع قد أوجب رفع دعوى المخاصمة بتقرير في قلم كتاب المحكمة، يشتمل على بيان أوجه المخاصمة وأدلتها، وأن تودع معه الأوراق المؤيدة لها، وتُنظر الدعوى في غرفة مشورة بعد تبليغ القاضي المخاصم بصورة من التقرير حتى يُتاح له أن يتبين كافة أوجهها وأدلتها، ليتمكن على ضوء ذلك من إبداء رده وملاحظاته وتعقيبه عليها، كما يتضح بجلاء من نص المادة (٤٩٦) من القانون ذاته أن الفصل في دعوى المخاصمة في مرحلتها الأولى، وهي مرحلة الفصل في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها، لا يكون إلا على أساس ما يرد في تقرير المخاصمة والأوراق المودعة معه، ولا يجوز بالتالي في هذه المرحلة إبداء طلبات جديدة أو استحداث أوجه مخاصمة لم يتضمنها التقرير، أو تقديم أو قبول أوراق أو مستندات غير التي أودعت معه؛ وإلا تعين الالتفات عن أوجه المخاصمة الجديدة التي لم يسبق إبدائها بتقرير المخاصمة على أساس عدم اتصالها بالمحكمة بالطريق الذي رسمته أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية على النحو السالف البيان. وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن مبدأ المساواة أمام القانون يتعين تطبيقه على المواطنين كافة، باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيدها ممارستها، وأضحى هذا المبدأ - في جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، بل يمتد مجال أعمالها كذلك إلى تلك التي كفها المشرع

للمواطنين في حدود سلطته التقديرية، وعلى ضوء ما يرتأيه محققاً للصالح العام. إذ كان ذلك، وكان من المقرر أيضاً أن صور التمييز المجافية للدستور، وإن تعذر حصرها، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور أو القانون، وذلك سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انتقاص آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة بين المؤهلين للانتفاع بها، بما مؤداه أن التمييز المنهي عنه دستورياً هو ما يكون تحكيمياً، ذلك أن كل تنظيم تشريعي لا يعتبر مقصوداً لذاته، بل لتحقيق أغراض بعينها يُعتبر هذا التنظيم ملبياً لها، وتعكس مشروعية هذه الأغراض إطاراً للمصلحة العامة التي يسعى المشرع لبلوغها متخذاً من القواعد القانونية التي يقوم عليها هذا التنظيم سبيلاً إليها. إذ أن ما يصون مبدأ المساواة ولا ينقض محتواه؛ هو ذلك التنظيم الذي يقيم تقسيماً تشريعياً ترتبط فيه النصوص القانونية التي يضمها بالأغراض المشروعة التي يتوخاها، فإذا قام الدليل على انفصال هذه النصوص عن أهدافها، أو كان اتصال الوسائل بالمقاصد واهياً، كان التمييز انفلاتاً وعسفاً، فلا يكون مشروعاً دستورياً. وحيث إن الأصل في سلطة المشرع في تنظيمه لحق التقاضي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنها سلطة تقديرية، جوهرها المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم لاختيار أنسبها لفحواه، وأحراها بتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وأكفلها للوفاء بأكثر المصالح وزناً، وليس من قيد على مباشرة المشرع لهذه السلطة إلا أن يكون الدستور ذاته قد فرض في شأن مباشرتها ضوابط محددة تعتبر تخوماً لها ينبغي التزامها، وفي إطار قيامه بهذا التنظيم لا يتقيد المشرع باتباع أشكال جامدة لا يريم عنها، تفرغ قوالبها في صورة صماء لا تبدل فيها، بل يجوز له أن يغير فيما بينها، وأن يقدر لكل حال ما يناسبها، على ضوء مفاهيم متطورة تقتضيها الأوضاع التي يباشر الحق في التقاضي في نطاقها، وبما لا يصل إلى إهداره، ليظل هذا التنظيم مرناً، فلا يكون إفراطاً يطلق الخصومة القضائية من عقلاها انحرافاً بها عن أهدافها، ولا تفريطاً مجافياً لمطالباتها، بل بين هذين الأمرين قواماً، التزاماً بمقاصدها، باعتبارها شكلاً للحماية القضائية للحق في صورتها الأكثر اعتدالاً. وحيث إنه من المقرر كذلك - في قضاء هذه المحكمة - أن لكل مواطن حق اللجوء إلى قاض يكون بالنظر إلى طبيعة الخصومة القضائية، وعلى ضوء مختلف العناصر التي لا يستهان بها

للفصل فيها، وهذا الحق مخول للناس جميعاً، فلا يتمايزون فيما بينهم في ذلك، وإنما تتكافأ مراكزهم القانونية في مجال سعيهم لرد العدوان على حقوقهم، فلا يكون الانتفاع بهذا الحق مقصوراً على بعضهم، ولا منصرفاً إلى أحوال بذاتها ينحصر فيها، ولا محملاً بعوائق تخص نفراً من المتقاضين دون غيرهم، بل يتعين أن يكون النفاذ إلى ذلك الحق، منضبطاً وفق أسس موضوعية لا تميز فيها، وفي إطار من القيود التي يقتضيها تنظيمه، ولا تصل في مداها إلى حد مصادرته. وحيث إن حق الدفاع أصالةً أو بالوكالة قد كفله الدستور، باعتبار أن ضمانه الدفاع لا يمكن فصلها أو عدلها عن حق التقاضي، ذلك أنها يتكاملان ويعملان معاً في دائرة الترضية القضائية التي يُعتبر اجتناؤها غاية نهائية للخصومة القضائية، فلا قيمة لحق التقاضي ما لم يكن متسانداً لضمانه الدفاع، مؤكداً لأبعادها، عاملاً من أجل إنفاذ مقتضاها. كذلك لا قيمة لضمانه الدفاع بعيداً عن حق النفاذ إلى القضاء، وإلا كان القول بها وإعمالها واقعاً وراء جدران صامتة؛ يؤيد ذلك أن الحقوق التي يكفلها الدستور أو القانون تتجرد من قيمتها العملية إذا كان من يطلبها عاجزاً عن بلوغها من خلال حق التقاضي، أو كان الخصوم الذين تتعارض مصالحهم بشأنها لا يتماثلون فيما بينهم في أسلحتهم التي يشعرونها لاقتضاها. ولا يعدو أن يكون إنكار ضمانه الدفاع أو انتقاصها إخلالاً بالحق المقرر دستورياً لكل مواطن في مجال اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وليس النزول عليها إلا تأكيداً للحق في الحياة والحرية، حائلاً دون اقتحام حدودهما، وذلك سواء أكان إنكار ضمانه الدفاع أو تقييدها متصلاً بحق كل شخص في أن يعرض بنفسه وجهة نظره في شأن الواقعة محل الداعي، وأن يبين حكم القانون بصددتها، أم كان منسحباً إلى الحق في أن يقيم باختياره محامياً يطمئن إليه خبرته وملكاته، ويراه - لثقتة فيه - أقدر على تأمين المصالح التي يتوخى حمايتها، ليكون الدفاع عنها فعالاً، محيطاً بالخصومة القضائية التي تتناولها، نائياً بالانحذار بمتطلباتها إلى ما دون مستوياتها الموضوعية التي يملئها التبصر وتفرضها العناية الواجبة. وحيث إن الدستور القائم قد حرص في مادتيه (١٨٤) و(١٨٦) على النص على أن السلطة القضائية مستقلة، وأن القضاة مستقلون غير قابلين للعدل، ولا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون، فدل بذلك على حماية استقلال القاضي من ناحية، والحيلولة كذلك دون أن يكون العمل القضائي وليد نزعة شخصية غير متجردة، ومن ثم تكون حيده القاضي شرطاً لازماً

دستورياً لضمان ألا يخضع في عمله لغير سلطان القانون، وذلك على أساس أن طبيعة العمل القضائي تستوجب تحصيل عمل القاضي بحسب الأصل، وهو حكم عام لا يُراد به إضافة ميزة شخصية للقاضي، بل يُراد به توفير مناخ من الحرية في عمله ينأى به عن اتخاذ قراره القضائي في ظل مخافة المساءلة عنه، أو تهيب سطوة الخصوم ونفوذهم، وقد استعاض عنها المشرع بأن أوجب على القاضي إيداع المبررات التي ارتكن إليها في أسباب حكمه أو قراره، وهي تخضع للطعن وفقاً للمنهج الذي نظمته المشرع، وأتاح لمن تضرر منها أن يلجأ إلى الطعن على هذا الحكم أو القرار سالكاً هذه السبل؛ إذ لو كان كل قرار يتخذه القاضي في دعوى منظورة أمامه يعرضه إلى المساءلة عنه، لما جرؤ قاض على الانتصاف لحق مطروح عليه، بل قعد عن ذلك مخافة تعرضه للمساءلة القضائية عنه. وحيث إن المشرع قد تغيا من النصين المطعون فيهما تحقيق التوازن بين أمرين؛ أولهما: ألا تكون مخاصمة القضاة مداخلًا إلى التشهير بهم دون حق، وإيذاء مشاعرهم إعناتاً، أو التهوين من قدرهم عدواناً، أو لمنعهم من نظر قضايا بذواتها توكياً للفصل فيها كيداً ولدداً، وثانيهما: صون حق المتقاضي بضمان ألا يفصل في الدعوى قضية داخل عملهم غش أو تدليس أو غدر أو خطأ مهني جسيم؛ مما يؤدي إلى مملأة أحد أطرافها والتأثير بالتالي في حيدتهم، فلا يكون عملهم انصرافاً إلى تطبيق حكم القانون في شأنها، بل تحريفاً لمحتواه، ومن ثم أجاز المشرع مخاصمتهم سبيلاً لإبطال ما شاب عملهم من جور وانحراف في القصد عن منطق العدل لأحد الأسباب المشار إليها، وليحول دونهم وموالة نظر الدعوى التي قام سبب مخاصمتهم بمناسبةها، وكان حتماً مقضياً؛ تبعاً لذلك، أن يكفل المشرع، في إطار التوفيق بين هذين الاعتبارين وبما يوازن بينهما، تنظيمًا لدعوى المخاصمة لا يجاوز الحدود التي ينبغي أن تُبشر في نطاقها، ولا يكون موطئاً إلى تعطيل الفصل في النزاع الأصلي إذا كان قيد النظر، أو نكايَةً في قضاته بعد الفصل فيه، وفي سبيل ذلك؛ عمد المشرع إلى إرساء هذا التوازن بتنظيمه إجراءات دعوى المخاصمة عن طريق رفعها بتقرير في قلم كتاب المحكمة، يشتمل على بيان أوجه المخاصمة وأدلتها، وأن تودع معه الأوراق المؤيدة لها، وتُنظر الدعوى في غرفة مشورة بعد تبليغ القاضي المخاصم بصورة من التقرير حتى يُتاح له أن يتبين كافة أوجهها وأدلتها، ليتمكن على ضوء ذلك من إبداء رده وملاحظاته وتعقيبه عليها، كما حرص المشرع على ألا يكون الفصل في

دعوى المخاصمة في مرحلتها الأولى، وهي مرحلة الفصل في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها، إلا على أساس ما يرد في تقرير المخاصمة والأوراق المودعة معه، ولا يجوز بالتالي في هذه المرحلة إبداء طلبات جديدة أو استحداث أوجه مخاصمة لم يتضمنها التقرير، أو تقديم أو قبول أوراق أو مستندات غير التي أودعت معه؛ وإلا تعين الالتفات عن أوجه المخاصمة الجديدة التي لم يسبق إبدائها بتقرير المخاصمة على أساس عدم اتصالها بالمحكمة بالطريق الذي رسمته أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية على النحو السالف البيان، مما يمثل، في مجموعه، قاعدة موضوعية تتفق مع الطبيعة الخاصة لدعوى المخاصمة؛ تغيا بها المشرع ألا تكون هذه الدعوى وسيلة للكيد وترويع القضاة لفترة قد تطول حين إعداد الدليل أمام المحكمة، وحتى لا يقدم على إقامتها إلا من تتوافر تحت أيديهم أسباب حقيقية وأدلة كافية على ما يدعونه، كي لا يطول أمد المرحلة الأولى لدعوى المخاصمة، وهي مرحلة استكشاف جدية الدعوى، فتتال من حجية العمل القضائي المُخاصم لأجله وتزعزع من استقراره، مما يتناقض مع الطبيعة الخاصة لهذه الدعوى وما تستلزمه من وجوب سرعة الفصل فيها؛ حتى لا تظل سيقاً مسلطاً على القاضي المُخاصم في يد رافع الدعوى إذا ما تراخى، سواء عن عمد أو إهمال، في إعداد الأدلة لزمن قد يطول؛ مما مؤداه اهتزاز الشعور العام بالعدالة بغير مقتض ومن ثم فإن النصين المطعون فيهما؛ وإن مايزا في هذا الصدد بين طرفي الخصومة الخاضعين لأحكامهما، إلا أن هذا التمييز؛ وقد شُيد على أساس القاعدة الموضوعية السالفة البيان، فإنه ينهض تمييزاً مبرراً غير قائم على أساس تحكيمي. وحيث إنه لما كان ما تقدم، وكان المشرع بتقريره النصين المطعون فيهما، قد أعمل سلطته التقديرية في شأن التنظيم الإجرائي للخصومة في دعوى مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة، بأن وضع للحماية القضائية للمتقاضين فيها نظاماً للتداعي يقوم على أساس نوع المنازعة، مما مؤداه ربط هذا التنظيم الإجرائي للخصومة في مجمله بالغايات التي استهدفها المشرع من هذا التنظيم، والتي تتمثل في تحقيق التوازن بين طرفيها - على النحو السالف البيان - عن طريق تنظيم إجراءات تقديم الأوراق والمستندات المتضمنة الأدلة التي تقوم عليها دعوى المخاصمة وما يستلزمه ذلك من حسم المنازعة فيها بالسرعة التي تتفق مع الطبيعة الخاصة لها التي يُعتبر الزمن عنصراً جوهرياً في حسمها، وعاملاً أساسياً لاستقرار المراكز القانونية المتعلقة بها، مع عدم

الإخلال - في الوقت ذاته - بكفالة الضمانات الأساسية لكل من حق التقاضي وحق الدفاع، ولا بأركانها التي كفلها الدستور، بما يكفل لأي من المتقاضين عرض منازعته ودفاعه ودفعه على قاضيه الطبيعي، متمتعاً بفرص متكافئة في ممارسة حقه في الدفاع الذي كفله له الدستور بنص المادة (٩٨) منه، بما يجعل للخصومة في هذا النوع من المنازعات حلاً منصفاً يرد العدوان على الحقوق المدعى بها فيها، وفق أسس موضوعية لا تقيم في مجال تطبيقها تمييزاً منهاً عنه بين المخاطبين بها، مما يتفق مع سلطة المشرع في المفاضلة بين أكثر من نمط لتنظيم إجراءات التقاضي، دون التقييد بقالب جامد يحكم إطار هذا التنظيم، ومن ثم تكون المغايرة التي اتبعها المشرع في تنظيمه لإجراءات التقاضي في دعوى المخاصمة وفقاً للنصين المطعون فيها، على أساس اختلاف المركز القانوني لكل من طرفيها وقصد المشرع في إحداث التوازن بينهما على النحو الذي يتفق مع طبيعتها، قائمة على أسس مبررة تستند إلى واقع مختلف يرتبط بالأغراض المشروعة التي توخاها، وبالتالي تنتفي حالة الإخلال بمبدأ المساواة أو تقييد حق الدفاع. وحيث إنه متى كان ما تقدم فإن النصين المطعون فيهما لا يخالفان أحكام المادتين (٥٣ و ٩٨) من الدستور، كما لا يخالفان أية أحكام أخرى فيه، مما يتعين معه القضاء برفض هذه الدعوى^(١).

التاسع فيما لم يرد بشأنه نص: نصت المادة ٢٨ من قانون المحكمة الدستورية على أن «فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل تسري على قرارات الإحالة والدعوى والطلبات التي تقدم إلى المحكمة الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها».

ويعني ذلك أن المرجع في تحديد إجراءات الدعوى الدستورية بصفة عامة يكون بالرجوع إلى الأحكام التي تضمنها الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون المحكمة الدستورية العليا، وفي حالة عدم وجود نص بها يجوز الرجوع في ذلك إلى أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية باعتباره القانون المنظم بوجه عام للقواعد الإجرائية، ولأن أحكام هذا القانون - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية - إن هي إلا مجرد تطبيق لقواعد العدالة والمنطق المجرد في سير الإجراءات

(١) الطعن رقم ١٧٨ س ٣٢ ق جلسة ١٤ فبراير ٢٠١٥، الجريدة الرسمية، العدد ٨ مكرر (و) في ٢٥ فبراير ٢٠١٥، ص ٣٠.

القضائية بوجه عام، ويشترط ألا يتعارض أعمال أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية مع طبيعة اختصاص المحكمة الدستورية العليا والأوضاع المقررة أمامها، وهذه أمور تقدرها المحكمة في كل حالة على حدة مراعية في ذلك السمات العامة التي يجب أن تتسم بها إجراءات الدعوى الدستورية، وهي^(١):

١- يجب أن يكون طابعها التبسيط والسرعة في الحسم والبعد عن الإطالة والتعقيد بما يكفل سرعة الفصل فيما يعرض على المحكمة من دعاوى أو طلبات.

٢- يتعين أن تتصف هذه الإجراءات بالإيجابية؛ بحيث يكون للمحكمة وللجهاز القضائي الذي يعاونها دور إيجابي في توجيهها حتى تتجرد من اللدد والإعنات إذا ما ترك لذوي الشأن الهيئة عليها والتحكم في سيرها.

٣- يتعين أن يفسح المجال أمام المحكمة الدستورية لابتكار النظريات، وابتداع الحلول المناسبة في خصوص سير الإجراءات أمامها، فلا تنقيد بنصوص جامدة تلتزمها، بل تطلق لها حرية إرساء القواعد وتقرير الإجراءات الملائمة لطبيعة الأوضاع التي تحكم المسائل الداخلة في ولايتها بوصف أن قضاءها ليس مجرد قضاء تطبيقي، بل يتميز بأنه قضاء إنشائي.

وفضلاً عن ذلك، فإذا كان الأصل أن للمحكمة الدستورية السلطة التقديرية في اللجوء إلى أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً لما تقدره، فيما لم يرد بشأنه نص، فقد حظر عليها الشارع اللجوء في بعض الحالات. ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٥ من قانون المحكمة الدستورية إن «لا تسري على الدعاوى والطلبات المعروضة على المحكمة قواعد الحضور أو الغياب المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية». ومن ثم لا يوصف الحكم الصادر عن المحكمة بأنه حضوري أو غيابي؛ وذلك لانفراد نظام النظام الإجرائي المعمول به في المحكمة بنظام المرافعات التحريرية من خلال تبادل المذكرات والمستندات، وبصدور الحكم بغير مرافعة شفوية^(٢).

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤٢٣.

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ٦٠١.

كما نصت المادة ٤٤ من ذات القانون السابق على أن «تتحكم المحكمة في الدعاوى والطلبات المعروضة عليها بغير مرافعة. فإذا رأت ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع الخصوم وممثل هيئة المفوضين، وفي هذه الحالة لا يؤذن للخصوم أن يحضروا أمام المحكمة من غير محام معهم. وليس للخصوم الذين لم تودع بأسمائهم مذكرات وفقاً لحكم المادة (٣٧) الحق في أن ينيبوا عنهم محامياً في الجلسة. وللمحكمة أن ترخص لمحامي الخصوم وهيئة المفوضين في إيداع مذكرات تكميلية في المواعيد التي تحددها».

ومفاد ذلك ألا تسري على الدعوى الدستورية قواعد الحضور والغياب المتبعة أمام المحاكم العادية، والمقررة بأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية. ومن ثم يقوم قضاء المحكمة الدستورية العليا بدور كبير في تحديد إجراءات الدعوى الدستورية، والأوضاع المتصلة بها متمتعاً في ذلك بحرية واسعة لا يتقيد معها إلا بالأحكام الواردة في الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون المحكمة الدستورية العليا^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن «قانون المحكمة الدستورية العليا قانون خاص يحكم الطلبات و الدعاوى التي تدخل في ولاية هذه المحكمة، و يحدد الإجراءات التي ترفع بها، فلا يجوز اللجوء إلى قانون المرافعات، و على ما تقضي به المادة (٢٨) من قانونها، إلا فيما لم ينص عليه فيه، و بشرط ألا يتعارض و طبيعة اختصاص المحكمة و الأوضاع المقررة أمامها^(٢)».

- إن ما قرره المدعى من أن شرط المصلحة غير لازم في الدعوى الدستورية، ولا دليل عليه من قانون المحكمة الدستورية العليا، مردود بأن هذا الشرط - محدد على ضوء عنصرين اللذين لا يقوم إلا بهما في مجال الرقابة القضائية على الدستورية النصوص القانونية - من الشروط الجوهرية التي لا تقبل الدعوى الدستورية في غيتها، وهو بعد شرط مندمج في قانون المحكمة الدستورية العليا بما نص عليه في مادته الثامنة والعشرين من أنه، فيما عدا ما نص عليه في هذا

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤٢٤، ٤٢٥ .

(٢) الطعن رقم ١ س ٧ ق جلسة ٧ مارس ١٩٨٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٣٧٣ .

الفصل، تسرى على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات التي تقدم إلى المحكمة، الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة، والأوضاع المقرر أمامها متى كان ذلك، وكان نص المادة الثالثة من قانون المرافعات فيها مصلحة قائمة يقرها القانون أو مصلحة محتملة بالشروط التي بينها، وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن الدستور أفرد هذه المحكمة بتنظيم خاص في الفصل الخامس من الباب الخامس الخاص بنظام الحكم حين ناط بها - في المادة ١٧٥ - مباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وكذلك ولاية تفسير النصوص التشريعية وذلك ولاية تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين بالقانون، مستهدفاً بذلك أن يفوض المشرع في أن يحدد القواعد الموضوعية والإجرائية التي تباشر المحكمة الدستورية العليا من خلالها - وعلى ضوءها - الرقابة القضائية على دستورية النصوص التشريعية، وكان قانون هذه المحكمة قد نظم بالمادتين ٢٧، ٢٩ منه الطرائق التي لا يقبل الدعوى الدستورية إلا بولوجها، وكان البين بمن هاتين المادتين أن كليهما لا تخولان الأشخاص الاعتبارية أو الأشخاص الطبيعيين الطعن في النصوص التشريعية بالطريق المباشر، ذلك أن أولاهما تخول المحكمة الدستورية العليا - حين يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصها نص في قانون أو لائحة يتصل بالنزاع المطروح عليها، أن تحكم بعدم دستورية بعد اتخاذ الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية وعملاً بثنائتهما يجوز لمحكمة الموضوع أن تحيل من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا أي نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها إذا تراءى لها مخالفته للدستور ولها كذلك أن ترخص للخصم الذي دفع أمامها بعدم دستورية نص تشريعي، وقدرت الدلائل على جدية دفعه، أن يقيم دعواه الدستورية خلال أجل ثلاثة أشهر وبذلك يكون قانون المحكمة الدستورية العليا، قد استبعد بدلالة هاتين المادتين الطعون المباشرة التي تقدم إليها من الأشخاص الاعتبارية أو الأشخاص الطبيعيين عن طريق الدعوى الأصلية التي لا تتصل المسألة الدستورية التي تطرحها بأية منازعة موضوعية، بل تستقل تماماً عنها، مبتغية بذلك إبطال النصوص التشريعية المطعون عليها إبطالاً مجرداً استهدفاً لمصلحة نظرية صرفه، وهي مصلحة نظرية صرفه، وهي مصلحة لا يجوز الارتكان إليها لقبول الدعوى الدستورية، التي يجب أن تتمثل

محصلتها النهائية في اجتناء منفعة يقرها القانون^(١).

- الحاضر عن المدعي أقر بمحضر الجلسة بتركه الخصومة في الدعوى، وأودع سند وكالة موثقاً يبيحه هذا الإقرار، كما قرر الحاضرون عن المدعي عليهم بعدم ممانعتهم في ترك المدعي للخصومة، ومن ثم فقد تعين إثبات هذا الترك، وذلك عملاً بأحكام المادة ٢٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا، والمادتين ١٤١، ١٤٢ من قانون المرافعات^(٢).

- لا يجوز اللجوء إلى القواعد العامة التي تضمنها قانون المرافعات إلا فيما لم يرد به نص خاص في قانون المحكمة الدستورية العليا وبشرط ألا يتعارض أعمالها مع طبيعة اختصاصها والأوضاع المقررة أمامها وذلك على ما تقضى به المادة ٢٨ من قانونها^(٣).

- من المقرر أن المحكمة بما لها من هيمنة على الدعوى هي التي تعطيها وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح، متقصية في سبيل ذلك طلبات المدعى فيها مستظهرة حقيقة مراميها وأبعادها. ومتى انعقدت الخصومة أمام المحكمة واستوفي كل خصم دفاعه وحجزت المحكمة الدعوى للحكم انقطعت صلة الخصومة بها ولم يبق أهل اتصال بالدعوى إلا بالقدر الذي تصرح به المحكمة وتصبح الدعوى في هذه المرحلة - مرحلة المداولة وإصدار الحكم - بين يدي المحكمة لبحثها والمداولة فيها ولا يجوز لها طبقاً لنص المادة ١٦٨ من قانون المرافعات والتي تسرى في شأن الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا إعمالاً للمادة ٢٨ من قانونها أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه أو تقبل أوراقاً أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلاً^(٤).

حيث إن المادة (٥١) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تنص على أن «تسرى على الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة، فيما لم يرد به نص

(١) الطعن رقم ١٠ س ١٣ ق جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٢٦١.

(٢) الطعن رقم ٦٣ س ١٩ ق جلسة ٥ سبتمبر ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٥١.

(٣) الطعن رقم ٦ س ١٩ ق جلسة ٣ أكتوبر ١٩٩٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١١١٩.

(٤) الطعن رقم ١ س ٢٠ ق جلسة أول أغسطس ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ١١٨٧.

في هذا القانون القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة تلك الأحكام والقرارات» وتنص المادة (١٩٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه «يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام، ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية». وحيث إنه وإن كانت المادة (٤٨) من قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على أن «أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن» إلا أنه لما كانت دعوى التفسير لا تعد طريقاً من طرق الطعن في الأحكام ولا تمس حجيتها، وإنما تستهدف استجلاء ما وقع فيما قضى به الحكم المطلوب تفسيره من غموض أو إبهام للوقوف على حقيقة ما قصدته المحكمة بحكمها حتى يتسنى تنفيذ الحكم بما يتفق وهذا القصد دون المساس بما قضى به الحكم المفسر بنقص أو زيادة أو تعديل، ومن ثم فإن القواعد المقررة في قانون المرافعات بشأن دعوى التفسير تسري على الأحكام والقرارات الصادرة من هذه المحكمة^(١).



(١) الطعن رقم ١ س ٢٧ ق جلسة ٧ مايو ١٩٨٤ ٢٠٠٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١١ ج ٢ ص ٣٢٤٩.

المبحث الثالث

الحكم في الخصومة الدستورية

تمهيد وتقسيم: تجدر التفرقة بداية بين الفحص المبدئي للطعون والحكم في دعوى الدستورية.

(أ) الفحص المبدئي للطعون (الدعوى الدستورية): صدر القانون رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨.

وبمقتضى هذا القانون عدّل التشريع المنظم للمحكمة الدستورية العليا بإضافة مادة جديدة برقم ٤٤ مكرراً.

وتنص المادة المار بيانها على أنه استثناء من حكم المادة (٤١) من هذا القانون تنعقد المحكمة في غرفة مشورة لنظر الدعاوى التي تحال إليها من رئيس المحكمة والتي ترى هيئة المفوضين أنها تخرج عن اختصاص المحكمة أو أنها غير مقبولة شكلاً أو سبق للمحكمة أن أصدرت حكماً في المسألة الدستورية المثارة فيها. فإذا توافرت إحدى الحالات المتقدمة أصدرت المحكمة قراراً يثبت في محضر الجلسة مع إشارة موجزة لسببه، وإلا أعادتها هيئة المفوضين لإعداد تقرير في موضوعها.

و قد كشفت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨، المعدة من وزارة العدل، عن مبررات التعديل حاصرة إياها في تزايد أعداد القضايا التي ترد إليها (المحكمة الدستورية العليا) وتدفع الطعون عليها، وأن كثيراً منها ينصب على نصوص سبق أن فصلت المحكمة في المسألة الدستورية المثارة فيها، فضلاً إلى أن عدداً، غير يسير، من هذه الطعون يخرج عن اختصاص المحكمة، مما لازمه من وجوب التدخل التشريعي لمجابهة تلك الأمور، واستحداث آلية جديدة تتيح للمحكمة سرعة الفصل في مثل هذه الدعاوى، رفعاً للعبء عن كاهل المحكمة الدستورية العليا، بحيث تتفرغ لمسئولياتها الجسام، ولا تنشغل بغير الهام من الأمور.

ومن المقرر أن يقتصر تطبيق القانون رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨ على ثلاثة فروع:

الأول: الدعاوى التي تخرج من اختصاص المحكمة.

الثاني: الدعاوى غير المقبولة شكلاً.

الثالث: الدعاوى التي سبق للمحكمة الدستورية أن أصدرت حكماً في المسألة الدستورية المثارة فيها.

ويرى البعض إن التعديل يعد عقبة بشكل أو آخر أمام تطور قضاء المحكمة الدستورية العليا؛ باعتبار أن مفاد النص أن هيئة المفوضين إذا قدرت أنها تقابل أحد الفروض سالفة الذكر ستعد تقريراً يدور حول هذه الجزئية فحسب. ويحال الأمر إلى رئيس المحكمة تمهيداً لعرضه على المحكمة الدستورية منعقدة في غرفة المشورة لتصدر في الموضوع قراراً يثبت في محضر الجلسة مع إشارة موجزة لأسبابه.

وهذا النظام الإجرائي يوصد الأبواب أمام الإشكاليات التي يطرحها الطعن، والتي قد تكون هناك حاجة لمراجعة قضاء المحكمة الدستورية العليا فيها، أو إرساء مبدأ يواكب ما استجد في شأنها.

ويكفي الإشارة إلى تطور قضاء المحكمة الدستورية العليا في خصوص عدم قبول الطعون ضد النصوص السابق رفض عدم دستوريته؛ إذ بعد أن كانت المحكمة تعمم مبدأ عدم قبول الدعاوى الموجهة لنص سبق رفض عدم دستوريته، سواء أكان ذلك لأسباب شكلية أم موضوعية، عادت وحصرت عدم قبول الدعاوى على فرض الطعن لأسباب موضوعية؛ باعتبار أن الاقتصار على الأسباب الشكلية لا يعني بحث العيوب الموضوعية، وبالتالي تظل فرصة مهاجمة النص من هذه الزاوية ممكنة ومتاحة^(١).

ويرى البعض الآخر أن تبني الشارع المصري لنظام الفحص المبدئي للدعاوى المقامة أمام المحكمة الدستورية العليا بمقتضى القانون رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨ يعد خطوة إيجابية على الطريق الصحيح، وأن هذا النظام مطبق في القضاء الدستوري في القانون المقارن، سواء في ظل أسلوب الرقابة الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية أو المباشرة أم في ظل أسلوب الدفع الفرعي. وسوف

(١) الدكتور فتحي فكري: تأكيد السياسة التشريعية تجاه المحكمة الدستورية العليا، (تعليق على القانون رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨)، مجلة الدستورية، العدد الخامس عشر، س ٤، إبريل ٢٠٠٩، ص ٢٦؛ ولسيادته أيضاً القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة دستور ١٩٧١، الكتاب الأول المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر، ٢٠٠٨/٢٠٠٩ ص ٣١١.

يؤدي الفحص المبدئي لهذه الدعاوى إلى تصنيفها واستبعاد تلك التي تخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية أو تكون غير مقبولة شكلاً أو سبق للمحكمة أن أصدرت حكماً في المثارة فيها ، بحيث يخفف العبء عن كاهل المحكمة وتتفرغ لنظر الدعاوى الجديرة فعلاً بالعرض عليها والفصل في موضوعها ، ويمكن لشارع أن يضع ضوابط على أسلوب الدعوى الأصلية أو المباشرة، مثل اشتراط المصلحة لدى رافع الدعوى، وتحديد ميعاد لرفعها يترتب علي انقضائه عدم جواز الطعن بعدم دستورية التشريع إلا من خلال دفع فرعي بمناسبة نزاع موضوعي أمام إحدى المحاكم^(١) .

والواقع أن نظام الفحص المبدئي عرفه الشارع المصري والمقارن ، فقد عرفت فرنسا نظام الفحص المبدئي للطعون بالنقض منذ عام ١٧٩٠؛ إذ أنشأ القانون قسمين بمحكمة النقض: أحدهما للنقض، والثاني لفحص العرائض. ويختص القسم الثاني بفحص الطعون المقدمة للمحكمة مدنية كانت أو جنائية لتقرير مدى قبولها من عدمه، وذلك بحكم يصدر في جلسة لا يلتزم بدعوة الأطراف لحضورها. وإذا أصدر قسم فحص العرائض قراراً بقبول الطعن فإنه يحيله إلى قيم النقض دون التزام بتسبيب قراره، إنما إذا أصدر قراراً بعدم قبول الطعن فإنه يلتزم بتسبيبه، ويجب أن يؤسس قراره إما على عدم توافر شرط من الشروط الشكلية اللازمة لقبول الطعن، وإما على عدم قيامه على أسباب جدية. وفي عام ١٧٩٢ ألغى الشارع الفرنسي الفحص المبدئي للطعون الجنائية التي ترفع أمام محكمة النقض وقصر هذا النظام على الطعون المدنية. وفي سنة ١٩٤٧ أوقف الشارع الفرنسي هذا النظام للطعون بالنقض بجميع صورها، ثم أعاد النظام مرة أخرى عام ١٩٧٩ نظراً للضرورات العملية وزيادة الطعون، فتم إنشاء غرفة مصغرة «أوده» أو دائرة من ثلاثة أعضاء داخل كل دائرة من دوائر محكمة النقض تختص بفحص الطعون التي تقدم أمام هذه الدائرة وإصدار حكم بعدم قبول الطعن الذي لا يتوافر فيه أحد الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون أو لا يكون قائماً على أسباب جدية من الناحية الموضوعية، أو حكم بقبول

(١) الدكتور يسري محمد العصار: تعليق على القانون ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الفحص الأولي للدعاوى أمام المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية، العدد الخامس عشر، س ٤، إبريل ٢٠٠٩، ص ٣٥؛ ولسيادته أيضاً: الفحص الأولي للدعاوى والطعون أمام المحكمة العليا، دراسة مقارنة للجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في الكويت والأنظمة المماثلة، مجلة الحقوق جامعة الكويت، س ٢٢، العدد الثاني، ص ١٤٥ وما بعدها.

الطعن وإحالته إلى الدائرة العادية للفصل فيه، وذلك دون أن تقوم بدعوة الخصوم أمامها. ومنذ عام ١٩٨١ اكتسبت دائرة فحص الطعون اختصاصاً جديداً هو إصدار حكم فاصل في موضوع الطعن بالنقض إذا قدرت الدائرة أنه طعن بسيط لا يتطلب الفصل فيه سوى تطبيق أحد المبادئ التي استقرت عليه أحكام محكمة النقض، كما غدت الإجراءات أمام دائرة فحص الطعون حضورية وألزمها القانون بدعوة أصحاب الشأن للحضور أمامها قبل الفصل في الطعن^(١).

وفي مصر، نصت المادة العاشرة من القانون - رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض على أن تنظر دائرة فحص الطعون الطعن بعد أن يتلو المستشار تقريره ولها سماع محامي الطاعن والنيابة العامة وتكون النيابة آخر من يتكلم. وتسري القواعد المقررة لنظر الطعن أمام دائرتي المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية على الطعن أمام دائرة فحص الطعون. وإذا رأت دائرة فحص الطعون أن الطاعن جدير بالعرض على دائرة المواد المدنية والتجارية أو دائرة الأحوال الشخصية إما لأن الحكم المطعون فيه مرجح نقضه وإما لأن الفصل في الطعن يقتضي تقرير مبدأ قانوني لم يسبق لمحكمة النقض تقريره قررت إحالته إليها، وإذا رأت بإجماع الآراء أنه غير مقبول شكلاً أو باطلاً أو غير جدير بالعرض حكمت برفضه، ويكتفي بذكر القرار أو الحكم بمحضر الجلسة. وتبين الدائرة في محضر الجلسة بإيجاز وجه النظر إذا كان الحكم صادراً بالرفض. ويجوز أن تكون الإحالة مقصورة على بعض أسباب الطعن. وفي حالة الحكم بالرفض تحكم الدائرة بإلزام الطاعن بمصروفات الطعن وتصادر الكفالة حتماً ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر بالرفض بأي طريق من طرق الطعن.

وقد نتج عن تطبيق هذا النظام تكرار الجهد وإطالة إجراءات التقاضي؛ لأن الطعن كان ينظر أولاً أمام دائرة فحص الطعون، وبعد ذلك أمام الدائرة العادية في حالة قبوله، ولذلك فقد استبدل به الشارع نظاماً جديداً، وأصبحت الطعون تعرض على المحكمة في غرفة المشورة، وتقضي المحكمة بعدم قبول الطعن إذا تخلف فيه أحد شروط القبول، مثل الميعاد والصفة والمصلحة، أو كانت إجراءاته باطلة، أو لم يكن مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو

(١) الدكتور يسري محمد العصار: المقال السابق، ص ٢٨.

تأويله، أو وجود بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، أو يكون الحكم قد فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق صدوره بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي. ولا تلتزم المحكمة بالتسبب لقرارها بعدم قبول الطعن. ويكفي أن تثبت قرارها في محضر الجلسة مع إشارة موجزة إلى سببه. ويعد قرار المحكمة في هذا الشأن حكماً قضائياً قطعياً تتوافر العناصر الشكلية والموضوعية للعمل القضائي، وإن كان يلاحظ أن محكمة النقض منعقدة في غرفة المشورة لا تقضي بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه؛ لأن نظر هذا الطلب لا يكون إلا في جلسة علنية وبعد دعوة الخصوم^(١).

وقد طبق الشارع المصري هذا النظام أمام المحكمة الإدارية العليا منذ عام ١٩٥٥، بينما طبقه الشارع الفرنسي على الطعون المقدمة أمام مجلس الدولة باعتباره محكمة نقض اعتباراً من ١٩٨٧. وتتكون لجنة فحص الطعون المحكمة الإدارية العليا من ثلاثة مستشارين، وهي تعتبر محكمة ذات تشكيل خاص وولاية قضائية خاصة مميزة عن الدوائر الموضوعية بالمحكمة وتنظر هذه الدائرة الطعن بعد سماع إيضاحات ذوي الشأن ومفوض الدولة إذا رأى رئيس الدائرة لزوماً لذلك، وذلك على عكس المتبع في فحص الطعون بمحكمة النقض المصرية التي تتولى فحص الطعون في غرفة المشورة دون دعوة الخصوم للحضور أمامها. أما في فرنسا فإن الإجراءات حضورية أمام لجنة فحص الطعون بمحكمة النقض.

وقد أعفى الشارع المصري لجنة فحص الطعون بالمحكمة الإدارية العليا من التسبب التفصيلي لقرارها بعدم قبول الطعن واكتفي بإلزامها ببيان وجهة نظرها في محضر الجلسة، وتلتزم محكمة النقض في فرنسا بتسبب أحكامها بعدم قبول الطعن في مرحلة الفحص المبدئي تسبباً عادياً، كما هو متبع في الأحكام القضائية.

وحدد القانون لدائرة فحص الطعون حالتين لقبول الطعن وإحالاته إلى المحكمة الإدارية العليا، هما: أن يكون الطعن مرجح القبول أو أن يتطلب الفصل فيه تقرير مبدأ قانوني جديد، كما هو الحال بالنسبة لمحكمة النقض.

(١) الدكتور يسري العصار: المقال السابق، ص ٢٨، ٢٩.

ويشترط لرفض الطعن صدور قرار من لجنة الطعون، بإجماع الآراء، وذلك في ثلاث حالات: الأولى عدم استيفاء الطعن لأحد الشروط الشكلية، مثل الميعاد والمصلحة والصفة وتوقيع صحيفة الطعن من محام مقبول أمام المحكمة الإدارية العليا، وحالة كون الطعن غير جدير بالعرض على المحكمة كأن تكون نتيجته معروفة مقدماً لابتناؤه على أسس تخالف قضاء مستقرّاً للمحكمة الإدارية العليا. ويعتبر الحكم الصادر من الدائرة حكماً نهائياً لا يقبل الطعن بأي طريق إلا عن طريق رفع دعوى أصلية ببطالانه أمام الدائرة ذاتها، وتملك اللجنة وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بناء على طلب ذوي الشأن.

وكان مجلس الدولة الفرنسي يعتبر حتى عام ١٩٨٧ محكمة من درجة واحدة تصدر أحكاماً نهائية في بعض الدعاوى، ويطعن أمامه بالاستئناف في أحكام المحاكم الإدارية، فضلاً عن اختصاصه بنظر الطعون بالنقض ضد الأحكام النهائية الصادرة عن بعض المحاكم الإدارية المتخصصة، مثل محكمة المحاسبات والمحكمة التأديبية لمخالفات المالية.

وفي عام ١٩٨٧ أنشأ الشارع عدداً من محاكم الاستئناف الإدارية ومنحها الاختصاص بنظر الطعون الموجهة ضد أحكام المحاكم الإدارية، وأصبح يجوز الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة في أحكام محاكم الاستئناف الإدارية. وأنشأ الشارع لجنة من ثلاثة مستشارين لفحص الطعون بالنقض المقدمة لمجلس الدولة، وأوجب عرض جميع الطعون أولاً على رئيس اللجنة ومنحه الحق في إحالتها مباشرة إلى القسم القضائي بمجلس الدولة للفصل فيها وإصدار حكم نقض بشأنها، وذلك في الحالة التي يقدر فيها رئيس اللجنة عدم وجود حاجة لعرضها على اللجنة، أما إذا قدر أن الطعن يحتاج إلى فحص مبدئي لتقرير مدى قبوله فإنه يعرض هذا الطعن على اللجنة لتتولى فحصه وإصدار قرار بشأنه. وفي هذه الحالة تنعقد اللجنة في جلسة علنية، ويجوز للأطراف تقديم مذكرات إضافية إلى اللجنة، ملاحظاتهم الشفوية، ثم يقدم مفوض الحكومة تقريره إلى اللجنة، وتحكم فيه اللجنة إما بقبوله وإحالة إلى القسم القضائي بمجلس الدولة للفصل فيه، متى قدرت أنه مقبول شكلاً وقائماً على أسباب جدية، وإما أن ترفضه بقرار مسبب تسبباً موجزاً. وحدد الشارع حالتين لرفض الطعن: الأولى عدم توافر أحد الشروط اللازمة لقبوله،

والثانية هي عدم قيامه على أسباب جدية، ويعد قرار اللجنة حكماً قضائياً نهائياً، وإن كان يجوز إعادة النظر فيه بطريق الالتماس.

وفضلاً عن ذلك، توجد لجان فحص العرائض بالمحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا، ودائرة فحص الدعاوى والطعون بمحكمة التحكيم في بلجيكا، ولجان فحص الطعون بالمحكمة الدستورية في إسبانيا، ولجنة الفحص الأولي للدعاوى أمام المحكمة الاتحادية السويسرية، والفحص الأولي للطعون أمام المحكمة الدستورية في إيطاليا^(١).

(ب) الحكم في دعوى الدستورية: الحكم القضائي بصفة عامة هو قرار صادر عن محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء كان صادراً في موضوع الدعوى أم في شق منها أم في مسألة فرعية^(٢).

والحكم الصادر في الدعوى الدستورية هو حكم قضائي صادر في دعوى قضائية، ومن ثم يخضع لقواعد نظرية الأحكام في قانون المرافعات المدنية والتجارية شأنه شأن أي حكم قضائي، وذلك فيما لا يتعارض وطبيعة واختصاص المحكمة الدستورية العليا والأوضاع المقررة أمامها، وفيما لا يخرج عن الأحكام التي وضعها الشارع لتنظيم الحكم في الدعوى الدستورية^(٣).

وبعد إعداد القضية للفصل فيها، وبعد تحديد تاريخ ومكان انعقاد الجلسة، يتصدى القاضي للفصل في الدعوى الدستورية، أي يحكم فيها.

(١) الدكتور يسري محمد العصار: المقال السابق، ص ٢٩ - ٣٥.

(٢) الدكتور أحمد خليل: أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية ٢٠٠٠، ص ٣٩٣، ٣٩٤؛ الدكتور عبد الباسط جميعي والدكتور محمد محمود إبراهيم: مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد والقوانين المعدلة له، دار الفكر العربي، ١٩٧٨ ص ٦٠١؛ الدكتور عبد العزيز عامر: شرح قانون المرافعات الليبي، المكتبة الوطنية، بنغازي ليبيا، ١٩٧٦ ص ٣٩٠؛ الدكتور عبد الدكتور عبد المنعم الشرقاوي والدكتور عبد الباسط جميعي: شرح قانون المرافعات الجديد (القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨)، دار الفكر العربي، ١٩٧٥ - ١٩٧٦ ص ٥٢٦ وما بعدها؛ الدكتور محمد شتا أبو سعد: قانون الإجراءات المدنية السودانية معلقاً عليه، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ١٩٨٥ ص ٤٤٢؛ الدكتور محمود محمد هاشم: إجراءات التقاضي والتنفيذ، مطبعة المدني، بدون تاريخ للنشر، ص ١٩٠ وما بعدها؛ الدكتور وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني «قانون المرافعات»، دار الثقافة الجامعية، الطبعة الثانية ١٩٩٩ ص ٦٩٩.

(٣) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤٥٢، ٤٥٣.

ويبدأ القاضي الدستوري بالتصدي لشروط قبول الدعوى، قبل أن يتعرض لموضوع المخالفة المدعاة؛ باعتبار أنه لا يمكنه بحث موضوع الدعوى إلا بعد أن يتأكد له توافر هذه الشروط، وإذا لم تتوافر وجب عليه الحكم بعدم قبولها دون التعرض للموضوع على نحو ما سنبينه.

وتنظر المحكمة الطعون في جلسة علنية، إلا إذا قررت أن تكون الجلسة سرية، إذا كان ذلك ضرورياً مراعاة للمصلحة أو النظام العام أو الآداب العامة.

وتحكم المحكمة في الدعوى بغير مرافعة شفوية، إلا إذا رأت ضرورة لذلك، فلها في هذه الحالة سماع أطراف النزاع وذوي الشأن أو محاميهم، كما أن للمحكمة أن تطلب مذكرات في الميعاد الذي تحدده؛ وأساس ذلك أن مثل هذه الدعاوى تعتمد على الحجج القانونية التي تحتاج إلى مذكرات مكتوبة مؤسّسة ومدعمة بالرأي القانوني وأسانيده^(١).

وتنظر المحكمة في المنازعة أو الطعن حتى ولو لم يحضر أمامها الخصوم، وذلك بعد أن تتحقق من صحة إعلانهم بتاريخ اجتماع المحكمة ومكانه؛ وأساس ذلك هو قيام إجراءات التقاضي أمام المحكمة الدستورية العليا على مبدأ المرافعات التحريرية في مواعيد محددة، يستطيع ذوو الشأن فيها أن يقدموا مذكراتهم كتابة مع مستنداتهم^(٢).

فإذا رأت ضرورة المرافعة الشفوية فلها سماع الخصوم وممثل هيئة المفوضين، وفي هذه الحالة لا يؤذن للخصوم أن يحضروا أمام المحكمة من غير محام معهم. وليس للخصوم الذين لم تودع بأسمائهم مذكرات وفقاً لحكم المادة (٣٧) الحق في أن ينيبوا عنهم محامياً في الجلسة. وللمحكمة أن ترخص لمحامي الخصوم وهيئة المفوضين في إيداع مذكرات تكميلية في المواعيد التي تحددها (المادة ٤٤ من قانون المحكمة الدستورية).

ولا تسري على الدعاوى والطلبات المعروضة على المحكمة قواعد الحضور أو الغياب المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية (المادة ٤٥). لذلك لا يوصف حكم المحكمة أنه حضوري أو غيابي.

(١) الدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ص ٦٦٢ .

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: الموضع السابق.

ومن المقرر طبقاً للمادة ٤٧ من قانون المحكمة الدستورية أن تفصل المحكمة من تلقاء نفسها في جميع المسائل الفرعية الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها؛ وأساس ذلك هو أن المحكمة الدستورية هي أعلى جهة قضائية في الدولة، وأن أحكامها وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن^(١).

كما تفصل المحكمة دون غيرها في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها. وتسري على هذه المنازعات الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها. ولا يترتب على رفع المنازعة وقف التنفيذ ما لم تأمر المحكمة بذلك حتى الفصل في المنازعة (المادة ٥٠).

وتصدر أحكام المحكمة وقراراتها باسم الشعب (المادة ٤٦).

وتعد أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن (المادة ٤٨).

وتسري على الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة فيما لم يرد به نص في هذا القانون القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة تلك الأحكام والقرارات (المادة ٥١).

ومن المقرر أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة.

وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها.

ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر أسبق، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر

(١) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٦٦٣ .

الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كان لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه (المادة ٤٩ مستبدلة الفقرة الثالثة منها بالقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨).

ويرى البعض أن على المحكمة الدستورية العليا، وهي بصدد إصدارها لأحكامها في الدعوى الدستورية أن تستعين بالقواعد المقررة في الباب التاسع (الخاص بالأحكام) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص في قانون إنشاء المحكمة، وفي الحدود التي لا تسمح بحدوث تعارض مع طبيعة الحكم في الدعوى الدستورية^(١).

١. الفصل في الدعوى: الأصل أن للمحكمة الدستورية حرية الفصل في الدعوى بالقبول أو بعدم القبول أو بانتهاء الخصومة لسابقة الفصل فيها أو بالرفض... الخ.

ويلاحظ أنه إذا مارس القاضي، سلطته في الرقابة على دستورية القوانين، فلا يتصور أن تطلق يده في هذا المجال، بحيث يترك الأمر لاجتهاده، بل لا بد من وضع قواعد ثابتة وضوابط أكيدة، تحكم خطوات القاضي عند مباشرته لهذا الاختصاص الخطير؛ لأن القاضي إذا تجاوز في رقابته الحد اللازم لحماية الحقوق والحريات دستورياً، لشكل ذلك التجاوز انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وتبعاً لذلك فكرة الدولة القانونية ذاتها، ولا بد أن يدرك القاضي هذه الحقيقة «أنه وإن كان القضاء بالفعل هو «حامي الحقوق والحريات، فهو ليس خصماً للشارع ولا عدواً له... ولا يجوز أن ينصب نفسه وصياً عليه.

وتختلف الرقابة الدستورية عن أنواع الرقابة التي تمارسها المحاكم نظراً لما تثيره تلك الرقابة من مشاكل سياسية، بدأ بالانتقادات الموجهة إلى القضاء الدستوري المتخصص، وما يثيره من اعتراضات، خاصة مساسه بمبدأ الفصل بين السلطات، وانتهاء بفكرة أعمال السيادة^(٢).

كما تختلف طريقة تفسير الدستور عن طريق الفقه المعتاد في بحث النوايا والجري وراء البواعث ومستوى الأعمال التحضيرية مثلاً، بل ينبغي أن تستهدف اعتبارات سياسية وأخرى

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤٥٤.

(٢) الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل: المرجع السابق، ص ٥٦، ٥٥.

اجتماعية واقتصادية في ظل المصلحة العليا للجماعة؛ لأن الدستور وثيقة لتنظيم كل هذا، ويتناول الجماعة السياسية من أساسها كمجتمع سياسي له حكامه وسلطاته، وفيه أفراد ورعاياه، وله مدارجه ومعارجه مالا واقتصاداً وتعاوناً أو انعزلاً وهكذا، فلا يكتف القاضي تلك النصوص بمعانيه وضوابطه المعتادة في تفسير النصوص الأخرى، بل يجب عليه استichاء أفكار وضوابط مختلفة كثيراً، وأن يستصحبها دائماً وإياه بما لا يجعل الدستور أداة جامدة معطلة الوثوب مع قفزات الجماعة أو يجعله آلة صماء لا تجاري أوضاع الحكام وأفكار الجماعة السياسية وأهداف هذه الجماعة ككل. وعلى القاضي في هذه الحالة ألا يستوحي أهداف نفسه وآمال قلبه وأحلام ضميره، حتى لا ينقل سلطان الحكم من يد غيره إلى يده مستتراً وراء هذا القناع الخلاب بما يؤدي إليه مثل ذلك من اعتراك في ميادين السلطان واضطراب في موازين التعاون وخلل في تحريك الأداة، وبعد عن إدراك الهدف^(١).

ويجدر بالذكر أن القضاء الدستوري استقر على عدة مبادئ، أهمها:

١. أن نصوص الدستور تمثل القواعد التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة وإهدار ما يخالفها من تشريعات.

٢. أن الرقابة القضائية التي عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا تهدف الحفاظ على مبادئه وصون أحكامه من الخروج عليها.

٣، أن الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، والرقابة القضائية على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملائمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور. خضوع هذه التشريعات لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية.

(١) الدكتور ابراهيم شحاتة: وصيتي لبلادي «الأعمال الكاملة»، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠٠١؛ جريدة ميدان مصر، العدد الثالث، السنة الأولى أبريل / مايو ٢٠١٢، ص ٧٠؛ الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظتها الرئيسية، مركز رينيه. جان دبي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣، رقم ٦٦، ٦٧ ص ٧٦-٧٩.

ويرى البعض أن هذه المبادئ على وضوحها، لا تكفي لتحديد مدى سلطات القاضي الدستوري، فالأمر يختلف إذا كان الشارع الدستوري قد منح الشارع العادي، سلطة تقديرية أو قيد هذه السلطة^(١).

(أولاً) الحكم بالقبول وعدم القبول: يتعين للحكم بقبول الدعوى الدستورية أن يكون لرافعها فيها مصلحة، ويجب التقيد بنطاق الإحالة.

وفضلاً عن ذلك فقد سبق بيان إجراءات رفع الدعوى واتصال المحكمة بها بالطريق الذي رسمه القانون، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة. كأن تكون أحييت عن طريق الدفع الفرعي أو الإحالة من محكمة الموضوع أو بطريق التصدي، ورفع الدعوى خلال الميعاد القانوني، والتوقيع على الأوراق من محام مقبول أمامها وإيداع وقيد الأوراق قلم كتابها، واستيفاء صحيفتها للبيانات المطلوبة قانوناً. كما أن الحكم بعدم قبول أو عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لم يصبح متوقفاً أمام المحكمة الدستورية بعد الأخذ بنظام الفحص المبدئي والذي يشمل نطاقه الدعاوى التي سبق للمحكمة الدستورية أن أصدرت فيها حكماً في المسألة الدستورية المثارة. طبقاً للقانون رقم ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨. لذلك نقصر البحث على نقطتين: الأولى التقيد بنطاق الإحالة، والثانية المصلحة في الدعوى الدستورية.

١. التقيد بنطاق الإحالة: تتقيد المحكمة الدستورية بنطاق الدفع الذي أثير أمام محكمة الموضوع وفي الحدود التي تقدر فيها جديته، وكذا بنطاق الإحالة من محكمة الموضوع، فإذا اقتصر المدعي في دفعه بعدم الدستورية لدى تلك المحكمة على مواد محددة من قانون معين، أو حددت محكمة الموضوع هذه المواد في قرار إحالتها، فإن الدعوى الدستورية تتعلق فحسب بهذه المواد دون غيرها من النصوص القانونية التي تضمنها هذا القانون، ولا تمتد بالتالي إلى نص قانوني آخر، وتغدو بذلك الدعوى الدستورية غير مقبولة لعدم اتصال هذه المادة بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً مطابقاً للأوضاع. وتطبيقاً لذلك قضي إنه إذا كان الحكم الصادر من محكمة الموضوع بجلسة ١٩٩٩/٧/٣١، قد جاء قاطعاً في المادتين اللتين قدرت المحكمة بشأنها جدية

(١) الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل : المرجع السابق، ص ٥٧ .

الدفع المثار من المدعي هما المادتين (٣١، ٩٦) من قانون الضرائب على الدخل سالف الذكر، ولذا كان التصريح بإقامة الدعوى الدستورية متعلقاً بهما وحدهما، إلا أن طلبات المدعي في صحيفة دعواه الدستورية تضمنت طعناً بعدم دستورية المادة (٩٥) من القانون المذكور دون أن يكون قد دفع بذلك أمام محكمة الموضوع فلم يشملها تصريح المحكمة. لما كان ذلك، وكان نطاق الدعوى الدستورية التي أتاح المشرع للخصم إقامتها يتحدد. وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة. بنطاق الدفع الذي أثير أمام محكمة الموضوع وفي الحدود التي تقدر فيها جديته، وإذ كان الثابت، أن المدعي اقتصر في دفعه بعدم الدستورية لدى تلك المحكمة على المادتين (٣١، ٩٦) من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ فصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية في هذا النطاق، فان الدعوى الماثلة تتعلق فقط بهاتين المادتين دون غيرها من النصوص القانونية التي تضمنها هذا القانون، ولا تمتد بالتالي إلى نص المادة (٩٥) سالف الذكر، وتغدو بذلك الدعوى الدستورية غير مقبولة لعدم اتصال هذه المادة بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً مطابقاً للأوضاع المنصوص عليها في المادة (٢٩/ب) من قانونها، ولا ينال مما تقدم من طلبه المدعي من القضاء بسقوط حكم المادة (٩٦) من القانون المذكور كأثر للحكم بسقوط المادة (٩٥)، لأن هذا الطلب يستوجب بدءاً اتصال المحكمة الدستورية العليا بنص المادة (٩٥) اتصالاً صحيحاً، وهو ما تخلف في هذه الدعوى، الأمر الذي يتعين معه القضاء بعدم قبول الدعوى بأكملها^(١).

٢. المصلحة في الدعوى الدستورية:

(أ) في الفقه: المصلحة في الدعوى هي الفائدة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء، وهي من ناحية الباعث على رفع الدعوى، ومن ناحية أخرى الغاية المقصودة^(٢).

وذهب البعض إلى أن المصلحة تتوافر بشروط ثلاثة: أولاً وجود حق أو مركز قانوني، ثانياً

(١) الطعن رقم ٦٦ س ٢١ ق جلسة ٩ يونيو ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٤٠٥.

(٢) الدكتور أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الطبعة السادسة ١٩٩٠، ص ١٠٠؛ الدكتور عادل الطبطبائي: شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، مجلة الحقوق، س ٢٤، العدد الأول، مارس ٢٠٠٠، ص ١٥.

وقوع اعتداء على هذا الحق أو المركز، ثالثاً توافر الصفة. ومن ثم لا تعتبر المصلحة شرطاً سابقاً على وجود الدعوى، ولم تضيف إليه جديداً^(١).

وذهب البعض الآخر إلى اعتبار المصلحة شرطاً لقبول الدعوى، وأن تكون مصلحة قانونية؛ أي تستند إلى حق أو مركز قانوني، تهدف إلى حمايته، وبشرط ألا تخالف النظام العام أو الآداب، سواء كانت مادية أم أدبية، ويجب أن تكون هذه المصلحة شخصية ومباشرة؛ ويتحقق ذلك عندما ترفع من صاحب الحق المطلوب حمايته أو من يقوم مقامه، كما يشترط أن تكون قائمة وحالة؛ أي أن يكون رافع الدعوى قد أصيب بضرر حال مادي أو أدبي في الحق أو المركز القانوني الذي تحميه الدعوى، أما الضرر المحتمل، فلا يكفي في الأصل لقبول الدعوى، ويستثنى من ذلك ما قرره المادة الثالثة من قانون المرافعات^(٢).

وقد انحاز قانون المرافعات إلى الرأي الثاني وأكدت المادة الثالثة منه على ضرورة توافر المصلحة في الدعوى، وإلا كانت غير مقبولة.

ويقصد بالمصلحة الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى إذا حكم بطلانها.

وتنفرد الدعوى الدستورية عن غيرها من الدعاوى بصفة عامة في مجال تحديد شرط المصلحة بأن الحق الذي تحميه الدعوى الدستورية هو حق يكفله الدستور، وأن الاعتداء الواقع عليه هو عمل للشارع يتجسد في نصوص القانون أو اللائحة المطعون بعم دستوريته. وبوقوع الاعتداء تنشأ المصلحة التي تحول صاحب الحق اتخاذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، وتتولى المحكمة الدستورية تقدير أمر هذه المصلحة توافراً وزوالاً غير مقيدة بأحكام قانون المرافعات، وإنما تتمتع في ذلك بالحرية اللازمة التي تفرضها طبيعة الدعوى الدستورية، وطبيعة اختصاص تلك المحكمة، والأوضاع المقررة أمامه^(٣).

(١) الدكتور فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية ١٩٩٠، رقم ٣٥ ص ٦٣.

(٢) الدكتور عبد المنعم الشراقوي: نظرية المصلحة في الدعوى، الطبعة الأولى ١٩٤٧ ص ٤٢؛ الدكتور عبد المنعم الشراقوي والدكتور عبد الباسط جمبجي: المرجع السابق، رقم ١٩ ص ٢٥.

(٣) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤٣٨؛ الدكتور عبد العزيز محمد سلمان: منهج التقيد الذاتي في قضاء المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثاني، مجلة الدستورية، السنة الثانية، العدد السادس أكتوبر ٢٠٠٤ ص ٤٢-٤٣.

ويعني ذلك، ضرورة وجود المصلحة. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن ما ذهب إليه المدعى من أن الطعن في دستورية النصوص القانونية غير مقيد بشرط المصلحة في الخصومة الدستورية مردود بأن الدستور وإن اختص المحكمة الدستورية العليا بنص المادة ١٧٥ بمباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين على اختلافها ليظل رقابتها ونطاقها بعيداً عن تدخل السلطة التشريعية بعد أن أثبتت لها بنص صريح لا يحتمل تأويلاً وكان ذلك من الدستور إيماناً بخطر الرسالة التي تقوم عليها وعظم تبعاتها وإدراكاً لحقيقة دورها كجهة قضائية أولها تقويم ما يصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية من أعمال تشريعية تناقض القيود التي فرضها إلا أن الدستور حرص بنص المادة ١٧٥ ذاتها على أن يفوض السلطة التشريعية في أن تنظم كيفية مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها هذه دون أن تنال من محتواها وفي حدود هذا التفويض صدر قانون المحكمة الدستورية العليا مفصلاً القواعد الإجرائية التي تباشر من خلالها وعلى ضوءها رقابتها على الشرعية الدستورية فرسم لاتصال الخصومة الدستورية بها طرائق بذاتها حددتها المادتان ٢٧ و ٢٩ من هذا القانون باعتبار أن ولوجها من الأشكال الجوهرية التي ينبغي إتباعها حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية في إطارها وبمراعاة أحكامها فلا يتحلل أحد منها. واستقراء هاتين المادتين يدل على أنها نبذتا الطعن في النصوص القانونية بالطريق المباشر ذلك أن أولاهما تحول المحكمة الدستورية العليا أن تعمل بنفسها نظرها في شأن دستورية النصوص القانونية التي تعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها وبعد فلا يكون تصديها لدستورية هذه النصوص من تلقاء نفسها إلا طريقاً يوازن بين سلطتها هذه وسلطة محكمة الموضوع في أن تحيل مباشرة إليها النصوص القانونية التي تقدر مخالفتها للدستور وعملاً بثانيتها لا تثار دستورية النصوص القانونية إلا من أحد مدخلي ذلك أن محكمة الموضوع إما أن تمنح خصماً آثار أمامها دفعاً بعدم دستورية نص قانوني لازم للفصل في النزاع المعروض فيها وبعد تقديرها لجدية منازعيه . أجلاً لا يجاوز ثلاثة أشهر يقيم خلالها الخصومة الدستورية أمام المحكمة الدستورية، وإما أن تحيل بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا دستورية نصوص قانونية يثور لديها شبهة مخالفتها للدستور. وتفصح هذه الطرائق جميعها عن استبعادها الدعوى الأصلية أسلوباً للطعن المباشر في دستورية النصوص القانونية ذلك أن تطبيق المادتين

٢٧، ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا يفترض دوماً قيام نزاع أثار مسائل دستورية تتصل بالقاعدة القانونية التي ينبغي إعمالها في شأنه ليكون الفصل في هذه المسائل سابقاً بالضرورة على الفصل في هذا النزاع وذلك على خلاف الدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي تفصل المسائل الدستورية التي طرحها عن أية منازعة موضوعية على تقدير أن الغرض المقصود منها لا يعدو إبطال النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، إبطالاً مجرداً. الأصل المقرر بنص المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية هي ألا تقبل أية دعوى لا تكون لرافعها فيها مصلحة قائمة يقرها القانون أو مصلحة محتملة بالشروط التي بينها وقد أحال قانون المحكمة الدستورية العليا بنص مادته الثانية والعشرين إلى أحكام قانون المرافعات جميعها كافلاً سريانها على الدعاوى والطلبات التي تقدم إليها بشرط ألا يكون قانونها متضمناً لتنظيم خاص على خلافها وألا يكون تطبيقها منافياً لطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها وكلا الشرطين متفيان في نطاق المصلحة الشخصية المباشرة التي يعد توافرها من الشروط الجوهرية التي لا تقبل الدعوى الدستورية في غيبتها باعتبارها متصلاً بالحق فيها مبلوراً فكرة الخصومة القضائية التي تثيرها مؤكداً حدة التناقض بين مصالح أطرافها منفصلاً دوماً عن مجرد مطابقة النصوص القانونية المطعون عليها للدستور أو مخالفتها لأوامره ناهياً عن النظر في المسائل الدستورية التي طرحها خصم عليها من مفهوم مجرد لا يتصل بمصلحة شخصية مباشرة غايتها الحصول على منفعة يقرها القانون. يتغيّر شرط المصلحة الشخصية المباشرة أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية أو تصوراتها المجردة وهو لذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة القضائية ويرسم تخوم ولايتها فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي ومؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسه الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم سواء أكان هذا الضرر وشيكاً يتهدهدهم أم كان قد وقع فعلاً. إذا لم يكن النص المطعون فيه قد طبق أصلاً على من أدعى مخالفته للدستور أو كان من غير المخاطبين بأحكامه أو كان قد أفاد من مزايه أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعى أية

فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه عند رفعها. ولا يتصور بالتالي أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم أو نافذة يعرضون من خلالها ألواناً من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لإثباتها أو نفيها بل تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها التي كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحراباتهم وأموالهم بما يكفل فاعليتها وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة فلا تقبل عليها اندفاعاً، ولا تعرض عنها تراخياً ولا تقتحم بممارستها حدوداً تقع في دائرة عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية بل يجب أن تكون رقابتها ملاذاً أخيراً ونهائياً وأن تدور وجوداً وعدمياً مع تلك الأضرار التي تستقل بعناصرها ويكون ممكناً إدراكها لتكون لها ذاتيتها ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهماً أو متتحلاً أو مجرداً In Abstracto أو يقوم على الافتراض Conjectural ولا يجوز بالتالي أن يقيم المدعى دعواه الدستورية ليصون بها وكأصل عام حقوق الآخرين ومصالحهم بل ليكفل إنفاذ تلك الحقوق التي تعود عليه فائدة حمايتها In Concreto. شرط المصلحة الشخصية المباشرة أكثر ما يكون اتصالاً بالصلة الحتمية بين الدعويين الموضوعية والدستورية وقوامها أن يكون الحكم في المسائل الدستورية لازماً للفصل في مسألة كلية أو فرعية يتردد حولها النزاع الموضوعي المرتبط بها. أحكام الدستور، وإن كانت تعلو القواعد الآمرة جميعها بما يحول قانوناً دون الاتفاق على خلافها إلا أن الاحتجاج بقواعد الدستور من خلال حق التقاضي يفترض قيام خصومة قضائية يستنهض لها المدعى القاعدة الدستورية الآمرة التي تراحم تطبيقها مع قاعدة تدنوها، لتغليبها عليها، ولا يتصور أن يتم ذلك إلا إذا كانت تلك الخصومة مستوفية ابتداء لشروط قبولها وتندرج الصفة والمصلحة تحتها. ذلك أن سمو القاعدة الدستورية واعتلاءها موقعاً يتسنى القواعد الآمرة لا يجوز أن يختلط بالشروط التي يتطلبها المشرع لقبول الخصومة الدستورية التي تستنهضها والتي تتعلق ابتداء وانتهاء بالحق في الدعوى باعتباره منفصلاً عن الحق موضوعها وهو ما يعني أن القاعدة القانونية التي يطبقها القاضي في النزاع الموضوعي أيا كان فحواها وبغض النظر عن مرتبتها أو مداها. لا تقبل شرط المصلحة الشخصية المباشرة بل يكون إعمال هذه القاعدة مرتبطاً بتوافره. إن ما ذهب إليه المدعى من أن لكل مواطن صفة في عرض

النصوص القانونية التي يراها مخالفة للدستور على المحكمة الدستورية العليا ومصلحة مفترضة في طلب إبطالها تأكيداً من المواطنين لاحترامهم الدستور إبراء لذمتهم؛ لا يعدو أن يكون انتقالاً بالرقابة القضائية على الشرعية الدستورية إلى مرحلة لم يبلغها بعد. وكأصل عام. التطور الراهن للتنظيم المقارن لإبعاد هذه الرقابة بالنظر إلى دقتها وخطورة المسائل التي تتناولها. وليس لها كذلك من سند في قانون المحكمة الدستورية العليا. ولئن صح القول بأنه لا يجوز أن تعزل المحكمة الدستورية العليا نفسها عن إرادة المواطنين في دفاعهم عن الدستور وأنها القاضي الطبيعي لكل منازعة من طبيعة دستورية إلا أن هذه المحكمة لا تزال مقيدة بقانونها ما ظل قائماً. إن ما قرره المدعي من أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يعتبر منافياً لقيم الدستور العليا ومن بينها نص المادة ٦٨ التي تكفل لكل مواطن اللجوء إلى قاضيه الطبيعي؛ مردود بأن اقتضاء المشرع شرط المصلحة الشخصية المباشرة تنظيماً لحق التقاضي. وبما لا يعطل هذا الحق أو يقيد دون مسوغ. يعتبر واقعاً في نطاق سلطته التقديرية، وإن تعين أن توازن المحكمة الدستورية العليا في إعمالها لهذا الشرط بين التضييق من مجال رقابتها على الشرعية الدستورية اعتسافاً، أو بسطها إفراطاً ليكون موقفها بين ذلك قواماً^(١).

(ب) في القضاء الدستوري:

١. في قضاء المحكمة العليا: قضت المحكمة العليا إنه يشترط لقبول الطعن بعدم الدستورية توافر مصلحة شخصية للطاعن ويتحقق ذلك إذا كان التشريع لمطعون فيه بتطبيقه على الطاعن يتعارض مع الدستور ومن ثم فإن مصلحة الطاعن في الطعن على قانون الطوارئ تتحدد بأحكام هذا التشريع التي طبقت في شأنه^(٢).

ويشترط لقبول الطعن بعدم الدستورية توافر مصلحة شخصية للمدعي من طعنه بعدم الدستورية، وإذا لم تكن للمدعي مصلحة في الطعن بعدم دستورية قانون الطوارئ أو الأمر العسكري رقم ٣ لسنة ١٩٦٤ لعدم انطباقها على التهمة التموينية المنسوبة إليه، ومن ثم يتعين

(١) الطعن رقم ٤٠ س ١٧ ق جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٦١٥ .

(٢) الطعن رقم ٨ س ٧ ق جلسة ٧ مايو ١٩٧٧ - مكتب فني ١ ج ١ ص ٥٨ .

القضاء بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة^(١).

إنه وإن كانت المادة ٤٧ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ قد تضمنت إلغاء النص المطعون فيه، غير أن هذا الإلغاء لا يحول دون النظر والفصل في الطعن بعدم دستوريته، ذلك أن الأصل في تطبيق القاعدة القانونية أنها تسري على الوقائع القانونية التي تتم في ظلها - أي خلال الفترة من تاريخ العمل بها حتى تاريخ إلغائها، فإذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية جديدة، فإن القاعدة الجديدة تسري من الوقت المحدد لنفاذها ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من القاعدتين القانونيتين، ومن ثم فإن المراكز القانونية التي نشأت وترتبت آثارها في ظل أي من القانونين - القديم أو الجديد تخضع لحكمه، فما نشأ منها وترتبت آثاره في ظل القانون القديم يظل خاضعاً له، وما نشأ من مراكز قانونية وترتبت آثاره في ظل القانون الجديد يخضع لهذا القانون وحده. وإنه بتطبيق هذه القواعد على واقعة الدعوى يبين أن قرار مجلس المراجعة المطعون فيه أمام محكمة القضاء الإداري قد صدر وترتبت آثاره بالنسبة إلى المدعين في ظل القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢، ومن ثم يكون المركز القانوني الذي ترتب على هذا القرار خاضعاً لذلك القانون. ولما كان القانون المشار إليه يقضى في الفقرة السادسة من المادة الخامسة منه بأن القرار الصادر من مجلس المراجعة بالفصل في التظلم من قرار لجنة التقدير غير قابل للطعن فيه أمام أية جهة - وهي الفقرة المطعون بعدم دستوريته - ومن ثم تكون للمدعين مصلحة شخصية مباشرة في الطعن بعدم دستورية ذلك النص الذي يحول دون نظر دعواهم أمام محكمة القضاء الإداري^(٢).

٢. في قضاء المحكمة الدستورية: قضت المحكمة الدستورية العليا أنه إذ كان الدفع بعدم الدستورية الذي أثاره المدعي أمام محكمة الموضوع، وقدرت جديته، قد انصب على أحكام القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩ دون غيرها، وكان المقرر - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن منط المصلحة في الدعوى الدستورية - وهي شرط لقبولها - أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين

(١) الطعن رقم ١٨ س ٧ ق جلسة أول إبريل ١٩٧٨ - مكتب فني ١ ج ١ ص ١٧٩.

(٢) الطعن رقم ٥ س ١ ق جلسة ٤ ديسمبر ١٩٧١ - مكتب فني ١ ج ١ ص ٥٠.

المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة بها، والمطروحة أمام محكمة الموضوع^(١).

نطاق الدعوى الدستورية التي أتاح المشرع للخصوم إقامته يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي أثير أمام محكمة الموضوع، وفي الحدود التي تقدر فيها تلك المحكمة جديته وذلك عملاً بالبند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩. شرط المصلحة الشخصية المباشرة يتغيا أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية، وهو كذلك يقيد تدخلها في هذه الخصومة فلا تفصل في غير المسائل الدستورية التي يؤثر الحكم فيها على النزاع الموضوعي. ومن ثم يتحدد مفهوم شرط المصلحة باجتماع عنصرين: - أولهما: - أن يقيم المدعي الدليل على أن ضرراً واقعياً - اقتصادياً أو غيره - قد لحق به، سواء أكان مهدداً بهذا الضرر، أم كان قد وقع فعلاً. ويتعين دوماً أن يكون الضرر المدعى به مباشراً، منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون فيه للدستور، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها، ممكناً تصوره، ومواجهته بالترضية القضائية تسوية لآثاره. ثانيهما: - أن يكون هذا الضرر عائداً إلى النص المطعون فيه، وليس ضرراً متوهماً أو منتحلاً أو مجهلاً، فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، أو كان النص المذكور قد ألغى بأثر رجعي وبالتالي زال كل ما كان له من أثر قانوني منذ صدوره، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبلها^(٢).

المصلحة الشخصية المباشرة: من المتعين أن يكون الحكم الصادر في الدعوى الدستورية

(١) الطعن رقم ٢٦ س ١٣ ق جلسة ٥ يوليو ١٩٩٣ مجموعة أحكام الدستورية س ٦ ج ١ ص ٤٣؛ الطعن رقم ٢٥ س ٢٨ جلسة ٧ نوفمبر ٢٠١٠، مجلة الدستورية، العدد التاسع عشر، س ٩، أبريل ٢٠١١ ص ٧١؛ الطعن رقم ٧٣ س ٢٨ جلسة ٥ ديسمبر ٢٠١٠، مجلة الدستورية، العدد التاسع عشر، ص ٧٥.

(٢) الطعن رقم ٢١٩ س ١٩ ق جلسة أول أغسطس ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٣٤٣.

لازماً للفصل في مسألة كلية أو فرعية تدور حولها الخصومة في الدعوى الموضوعية - إذا لم يكن لها بها صلة كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة. إن المشرع نظم بالمادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المسائل الدستورية التي تعرض على هذه المحكمة من خلال محكمة الموضوع: وهي قاطعة في دلالتها على أن النصوص التشريعية التي يتصل الطعن عليها بالمحكمة الدستورية العليا اتصالاً مطابقاً للأوضاع المقررة قانوناً، هي تلك التي تطرح عليها بعد دفع دستوريته يديه أحد الخصوم أمام محكمة الموضوع وتقدر هي جديته، أو إثر إحالتها إليها مباشرة من محكمة الموضوع لقيام شبهة قوية لديها على مخالفتها لأحكام الدستور. وفي كلتا الحالتين يتعين أن يكون الحكم الصادر في الدعوى الدستورية لازماً للفصل في مسألة كلية أو فرعية تدور حولها الخصومة في الدعوى الموضوعية، فإذا لم يكن له بها صلة، كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة، وهو ما اطرده عليه قضاء هذه المحكمة بتوكيدها أن المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، وأن مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة بها المطروحة أمام محكمة الموضوع^(١).

. إن نطاق الدعوى الدستورية التي تقام عن طريق الدفع وفقاً للبند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا إنما يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي أبداه خصم أمام محكمة الموضوع وفي الحدود التي تقدر فيها جديته وكانت المسائل الدستورية التي تقضي محكمة الموضوع بإحالتها مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا عملاً بالبند أ من المادة ٢٩ من قانونها لازماً أن تبين النصوص القانونية التي تقدر مخالفتها للدستور ونطاق التعارض بينهما وأن يكون قضاؤها هذا دالاً على اتجاهها إلى عرض المسائل الدستورية التي ارتأتها. مباشرة. على المحكمة الدستورية العليا استنهاضاً لولاياتها بالفصل فيها لتحديد على ضوء قضائها القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في النزاع الموضوعي، وكان المقرر كذلك أن المصلحة الشخصية المباشرة. وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية. مناطها أن يقوم ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في النزاع

(١) الطعن رقم ٢٧ س ١٩ ق جلسة ٢ مايو ١٩٩٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٩ ج ١ ص ٢٧٠.

الموضوعي وذلك بأن يكون الحكم الصادر في المسائل الدستورية مؤثراً في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن هيمنتها على الخصومة الدستورية وتوجيهها لإجراءاتها وبمراعاة ما قصده المدعى منها يقتضيها أن تدخل في نطاق المسائل الدستورية التي تدعى للفصل فيها، ما يكون من النصوص القانونية مرتبطاً ارتباطاً لازماً بالنصوص المطعون عليها وكان من المقرر أن كل اتهام بجريمة يعني أن مرتكبها قد أتى فعلاً معاقباً عليه قانوناً وكانت جريمة إلقاء المخلفات في المجاري المائية التي نسبتها النيابة العامة إلى المدعي تفترض تجريم المشرع لهذا الفعل من خلال العقوبة التي فرضها على من أتاه، وكان المدعى وإن دفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية المادتين الأولى والثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ في شأن حماية مجرى النيل والمجاري المائية من التلوث ثم قصر دعواه الدستورية على النعي على مادته الثانية وحدها مخالفتها للدستور، إلا أن نطاق الطعن أمام هذه المحكمة ينبغي أن يتحدد بالمادتين ٢ و ١٦ من هذا القانون باعتبارهما متضامتين ذلك أن الأفعال التي حظرها المشرع بنص المادة الثانية من ذلك القانون لم تنتقل إلى دائرة التجريم إلا بنص مادته السادسة عشرة^(١).

— من المقرر قانوناً أن المصلحة الشخصية المباشرة، هي شرط قبول الدعوى الدستورية، و أنه مما ينافيها الطعن في النصوص التشريعية بالطريق المباشر من خلال دعوى أصلية تقوم بذاتها منفصلة عن أي نزاع موضوعي، ذلك أن مناه المصلحة في الدعوى الدستورية أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة في الدعوى الموضوعية، و ذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها. لما كان ذلك، وكان ما تنغيه الدعوى الأصلية بعدم الدستورية لا يعدو تقرير حكم الدستور مجرداً في شأن النصوص التشريعية، بما مؤداه انتفاء ارتباطها بأي طلبات موضوعية و استقلالها عنها، وكان الطلب الاحتياطي الذي قدمه المدعى إلى محكمة الموضوع و إجابته إليه يقوم على دفع بعدم دستورية بعض النصوص التشريعية التي تم بموجبها خفض أجرة الأماكن، في حين يقوم طلبه الأصلي

(١) الطعن رقم ٣٤ س ١٥ ق جلسة ٢ مارس ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٥٢٠ .

على عدم الاعتداد بالآثار التي رتبها تلك النصوص في شأن هذا الخفض، وكان الطلبان الأصلي والاحتياطي منفصلين عن أي نزاع موضوعي، فإن الخصومة المطروحة على محكمة الموضوع تستنفذ موضوعها بالنسبة إلى كل من الطرفين تبعاً للحكم في الدعوى الدستورية هذا بالإضافة إلى أن دعوى الموضوع - في النزاع الماثل - إنما تتمحض عن نزاع مع هذه النصوص ذاتها بقصد إهدارها وإسقاط الآثار القانونية المترتبة عليها، و تنحل بالتالي إلى دعوى أصلية بعدم دستوريته، رفعت إلى هذه المحكمة بالمخالفة لنص المادة ٢٩ من قانونها، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(١).

(ج) تقدير اتجاه القضاء الدستوري: يتضح من عرض أحكام القضاء الدستوري في مصر، وبصفة خاصة قضاء المحكمة الدستورية النتائج التالية^(٢):

١. أن توافر المصلحة الشخصية المباشرة لرافع الدعوى شرطاً لقبولها، ويتحقق هذا الشرط إذا كان التشريع المطعون فيه بتطبيقه على الطاعن يتعارض مع أحكام الدستور، ويلزم أن يطبق هذا التشريع على الطاعن أو تترتب بمقتضاه آثار قانونية بالنسبة له، فإذا لم يحدث شيئاً من ذلك فإن المصلحة في الطعن بعدم الدستورية تكون منتفية وغير متحققة.

٢. مناط المصلحة، أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وأن يكون من شأن الحكم في المسألة الدستورية أن يؤثر فيما أبدي من طلبات في دعوى الموضوع، فإذا كان ارتباط المصلحة في الدعويين غير قائم، أو كان الحكم في الدعوى الدستورية ليس من شأنه التأثير على الطلبات الموضوعية أمام محكمة الموضوع، فإن المصلحة في الدعوى الدستورية تكون منعدمة، وتكون الدعوى غير مقبولة.

ومفاد ذلك، هو كون المصلحة قائمة ومحملة شرط لقبول الدعوى، ويتحقق ذلك بأن

(١) الطعن رقم ٣٥ س ١١ ق جلسة أول فبراير ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٥ ج ١ ص ١٥٨ .

(٢) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤٣٨-٤٤٤؛ الدكتور عبد العزيز محمد سلمان: المقال السابق، ص ٤٣؛ الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل: الرقابة القضائية على دستورية القوانين «القضاء الدستوري»، دار النهضة العربية ٢٠٠٥، ص ٥٤، ٥٥ .

يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة بها المطروحة على محكمة الموضوع.

وهذا الشرط الذي يحدد للخصومة الدستورية نطاقها، يتغيّر أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العلمية، وليس من معطياتها النظرية، أو تصوراتها المجردة، وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة القضائية، فلا يمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالقدر اللازم للفصل فيه. مما يعني ضرورة أن يقيم الدليل على أن ضرراً واقعياً قد لحق به، أو يكون هذا الضرر عائداً إلى النص المطعون فيه، فإذا كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه أو كان من غير المخاطبين بأحكامه دلّ ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة؛ ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الحالة لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبلها^(١).

٣. لا تقتصر المصلحة الشخصية المبررة لرفع الدعوى الدستورية على المصلحة المادية، وإنما تشمل كذلك المصلحة الأدبية، مما يعني كفاية المصلحة الأدبية لقبول الدعوى الدستورية. أما المصلحة النظرية، فلا تكفي لقبول الدعوى الدستورية.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن من المقرر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتغيّر أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية أو تصوراتها المجردة، وهو كذلك يقيد تدخلها، فلا تفصل في غير المسائل الدستورية التي يؤثر الحكم فيها على النزاع الموضوعي. ومؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية إذا رفعها إليها غير الأشخاص الذين أضر بهم النص المطعون فيه، سواء أكان هذا الضرر اقتصادياً أم غيره، وشيكاً يتهدد بهم، أم كان قد وقع فعلاً. ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون فيه للدستور مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها،

(١) الطعن رقم ٥س ٣١ قضائية دستورية جلسة ٢ يناير ٢٠١١، مجلة الدستورية، العدد التاسع عشر، س ٩، أبريل ٢٠١١ ص ٦٦.

ممكناً تصوره ومواجهته بالترضية القضائية تسوية لآثاره، عائداً في مصدره المباشر إلى النص المطعون فيه. فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على من أدعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة، ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها، لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عمّا كان عليه قبلها. الدعوى الدستورية - وقد تحدد نطاقها - فقد غدا لازماً التقيد بحدودها واستبعاد ما عداها من النصوص التي لا شأن لها بالنزاع الموضوعي أصلاً، وإنما عرضها المدعى على هذه المحكمة بصورة مجردة استظهاراً لحكم الدستور بشأنها، مجاوزاً بذلك بها حدود ولايتها التي لا تتدخل بها إلا بوصفها ملاذاً نهائياً، مرتبطاً وجوداً وعدمًا بتلك الأضرار التي يكون إيقاعها بالمدعى مفوتاً عليه مصلحة مشروعة يبتغيها، فلا يكون الضرر في إطارها متوهماً أو متحلاً. أن مصلحة المدعى، محض مصلحة نظرية غايتها إعمال النصوص التي تضمنها الدستور إعمالاً مجرداً تعبيراً في الفراغ عن ضرورة التقيد بها. وما إلى ذلك قصد المشرع بالخصومة الدستورية التي أتاحها للمتداعين ضماناً لمصالحهم الشخصية المباشرة، فلا تعارضها أو تعمل بعيداً عنها. ولا يتصور بالتالي أن تكون هذه الخصومة نافذتهم التي يعرضون من خلالها ألواناً من الصراع - طبقاً كان أم مذهبياً - لا شأن لها بنزاعهم الموضوعي، ولا أن يكون هدفها استشارة للحوار حول آراء يؤمنون بها أو حقائق يطرحونها لإثباتها أو نفيها. وإنما شرطها اتصال المسائل الدستورية موضوعها بالحقوق المدعى بها في النزاع الموضوعي. وما قرره المدعى من أن النص المطعون فيه لا يتضمن حداً أقصى للأجور - وبفرض صحته - مؤداه ألا تتقيد المزاي التي يطلبها في دعواه الموضوعية بهذا الحد، وهو ما يحقق مصلحته فيها^(١).

٤. لا يؤثر تعديل الطاعن لطلباته في الدعوى الموضوعية بعد رفع الدعوى الدستورية على مصلحته في الدعوى الأخيرة متى كان الفصل فيها من شأنه التأثير على طلباته الموضوعية التي لا زالت مطروحة أمام محكمة الموضوع. أما إذا اتخذ هذا التعديل صورة التنازل عن الحق الشخصي

(١) الطعن رقم ٧ س ١٦ ق جلسة أول فبراير ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٣٤٤.

المدعى به في الدعوى الموضوعية، فإن المصلحة في الدعوى الدستورية تنتفي؛ لعدم لزوم الفصل فيها بعد إحداث التنازل أثره. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن " . وأن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية _ مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم الصادر في المسألة الدستورية مؤثراً في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع، فإذا لم يكن بها من صلة. كانت الدعوى الدستورية غير مقبولة متى كان ذلك، وكانت المدعى عليها الثالثة قد طلبت ابتداء تطبيقها من زوجها استناداً للفقرة الثانية من المادة ١١ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، التي تحولها حق التطلق من زوجها إذا تزوج عليها، ملحقاً بها من جراء ذلك ضرراً مادياً أو معنوياً ثم عن لها - بعد أن دفع زوجها بعدم دستورية هذه الفقرة - أن تركز في طلبها التفريق بينهما إلى نص المادة ٦ من ذلك المرسوم بقانون تأسيساً على إضراره بها، مما يجعل دوام العشرة بين أمثالهم أمراً مستحيلاً، متى كان تقدم، فإن إبطال النص التشريعي المطعون عليه في الدعوى الدستورية التي أقامها الزوج، لن يعود عليه بأية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه بعد الفصل في هذه الدعوى، عما كان عليه بآية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه بعد الفصل في هذه الدعوى، عما كان عليه عند رفعها، بعد أن عدلت المدعية عليها الثالثة طلباتها في الدعوى الموضوعية على النحو سالف البيان، بما مؤداه اعتبار الخصومة منتهية^(١).

٥. أن الحكم في الدعوى الدستورية، سواء بالقبول أم بالرفض يحول دون رفعها من جديد عن ذات النص التشريعي؛ إعمالاً للحجية المطلقة للأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية، وتكون الدعوى الجديدة غير مقبولة، وتقضي فيها المحكمة غالباً باعتبار الخصومة منتهية.

٦. المصلحة شرط لقبول الدعوى ابتداء، وأن تظل قائمة حتى يتم الفصل في الدعوى الدستورية، ومن ثم إذا زالت قبل ذلك فإن الخصومة تعتبر منتهية؛ وأساس ذلك أن الخصومة

(١) الطعن رقم ١١ س ١١ ق جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٢٥٧ .

التي يجوز قبولها هي الخصومة القائمة والمستمرة والتي يؤثر الفصل فيها في الخصومة التي يدعيها أطرافها، فلا تكون هذه الخصومة غير خصومة حقيقية تتعلق بمصالح جوهرية لا يفيض الخلاف حولها إلا بإنزال حكم الدستور عليها، وهي بذلك لا تتناول واقعة فرضية، ومن ثم لا يكفي لقبول الخصومة الدستورية أن يكون موضوعها حياً وقت رفعها، بل يتعين لجواز نظرها أن يظل هذا الموضوع قائماً حتى الفصل فيها، فإذا خبا وانطفأ في مرحلة من مراحلها بعد أن كان ملتهباً، دل ذلك على أن تغييراً طرأ على واقعتها أو على حكم القانون بشأنها، وأن من شأن هذا التغيير ألا تبقى لرافعها مصلحة في اجتناء الفائدة العملية التي يتوقعها منها، لتصير الخصومة منقضية بعد زوال عنصر النزاع منها. وبالتالي يفترض انقضاء الخصومة الدستورية في هذه الصورة أن يصير الفصل فيها عقياً غير منتج بالنظر إلى طروء أحداث عليها كان من أثر متابعتها من الناحية الزمنية، تجريدها من كل فائدة. فالنزول عن حق الطعن في الحكم بعد نشوء هذا الحق يجرّد خصومة الطعن من موضوعها، فلا يبقى بعد هذا النزول شيء للفصل فيه، كما أن التصالح في شأن الحقوق المتنازع عليها بعد طلبها من خلال الخصومة القضائية يعتبر منهيها لها، وحائلاً دون اقتضاها عن طريقها، بما مؤداه أن الصورة التي تكون عليها الخصومة عند الفصل فيها هي التي تحدد مصيرها انتهاء، ولا يكفي أن تتوافر المصلحة الشخصية والمباشرة في المدعي في الخصومة الدستورية وقت رفعها ابتداء، وإنما يتعين أن تظل كذلك عند الفصل فيها^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إنه «لما كانت الفقرة ١٢ من المادة ٨ من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بنظام الأحزاب السياسية المعدلة بالقرار بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩ والتي أشركت أعضاء من مجلس الشعب في تشكيل الدائرة الأولى للمحكمة الإدارية العليا - المطعون بعدم دستوريته - قد عدلت بعد رفع الدعوى بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨١ الذي استبدل بهذا التشكيل تشكيلاً جديداً يضم إلى أعضاء المحكمة عدداً مماثلاً من الشخصيات العامة بدلاً من أعضاء مجلس الشعب، و كان هذا التعديل قد أحدث أثره فور نفاذ القانون رقم

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحمها الرئيسية، مركز رينيه - جان دوبي للقانون والتنمية، ٢٠٠٣م، ص ٤١٠-٦٦٢.

٣٠ لسنة ١٩٨١ باعتباره - في هذا الخصوص - من القوانين المنظمة لإجراءات التقاضي التي تسرى بأثر فوري على ما لم يكن قد فصل فيه من دعاوى أو تم من إجراءات قبل تاريخ العمل بها إعمالاً لحكم المادة الأولى من قانون المرافعات، فحل بذلك التشكيل الجديد محل التشكيل الملغى من موضوع الطعن، ومن ثم تكون مصلحة المدعى في دعواه الراهنة قد زالت، وتكون الخصومة الماثلة قد أصبحت غير ذات موضوع، الأمر الذي يتعين معه الحكم باعتبارها منتهية^(١).

شرط قبول الدعوى الدستورية، أن تتوافر للمدعى مصلحة شخصية مباشرة في دعواه وقت رفعها، وأن تستمر تلك المصلحة حتى الحكم فيها، و مناط هذه المصلحة ارتباطها بمصلحته في الدعوى الموضوعية التي أثير الدفع بعدم الدستورية بمناسبتها والتي يؤثر الحكم فيه على الحكم فيها. وإذا انتهت الدعوى الجنائية إلى حكم بات ببراءة المدعى من التهمة التي نسبت إليه، فإنه تنتفي مصلحته في الدعوى الدستورية مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها^(٢).

بيد أن الأصل ليس من سمات هذه القاعدة «المصلحة شرط ابتداء وانتهاء»، إذ يرد عليها استثناءات عديدة^(٣):

أولاً: أن الفصل في الخصومة الدستورية لا يعتبر عقيباً إذا كان ثمة أساس معقول للقول بأن الأضرار التي رتبها النصوص المطعون عليها، قد تعود بعد انقطاعها ليتعرض ثانية لها المدعي في هذه الخصومة بما يؤكد رجحان تكرارها، شريطة أن تكون هذه الأضرار قصيرة مدتها إلى حد كبير، بحيث يستحيل الفصل نهائياً في الخصومة الدستورية قبل زوالها أو انقطاعها. وتطبيقاً لذلك فإن المرأة التي تطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التي تمنعها من إجهاض نفسها، يفترض أن تكون حاملاً عند رفعها لدعواها الدستورية، فإذا قيل بأن الحكم في دعواها قد صار عقيباً بعد ولادتها لطفلها قبل الفصل فيها، لكان ذلك إنكاراً لحقيقة أن مدة الحمل لا تستطيل

(١) الطعن رقم ٨ س ٢ ق جلسة ٥ ديسمبر ١٩٨١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ٥. وفي نفس المعنى الطعن رقم ٤٦ س ٣٤ ق دستورية، الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر (ط) في ٦ / ٦ / ٢٠١٨ ص ٦٨.
(٢) الطعن رقم ١٣ س ٩ ق جلسة ٢ مارس ١٩٩١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٣٠٨.
(٣) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظتها الرئيسية، رقم ٤١٠ ص ٦٦٢-٦٦٣.

حتى الفصل نهائياً في دستورية النصوص القانونية المانعة من الإجهاض. فضلاً عن احتمال حملها من جديد قائم دوماً، فلا يعتبر حق المرأة في الاجهاض منقضيّاً بولادة طفلها - حياً أو ميتاً -؛ إذ هو من الحقوق المتجددة في كل مرة يتم إخصابها فيها. والقول بغير ذلك يعني أن تتربص حملاً جديداً حتى تقبل دعواها الدستورية الثانية التي لن يكون حظها بالنسبة إليها أوفر من حظها في دعواها الأولى؛ لأن حملها لابد أن ينتهي بولادة طفلها قبل الفصل في دعواها الثانية، فلا تتوافر لديها أية وسيلة ملائمة تصون من خلالها ما تراه من حق لها في إجهاض نفسها، لتدور المرأة الحامل في حلقة مفرغة، ولا نهاية منها إلا إذا نظرنا إلى المرأة باعتبارها مهياة بطبيعتها لأن تحمل كلما جامعها رجل، وأن حملها بالتالي متجدد بالضرورة لتقوم مصلحتها في الخصومة الدستورية بحملها الأول وحده، ولو صار هذا الحمل منتهياً؛ ذلك أن مضار النصوص القانونية التي حرمتها من حق الإجهاض، تظل باقية على تقدير أن مجرد احتمال وقوع حمل جديد وتكراره بالتالي يرد للخصومة الدستورية أنفاسها، ويعيدها إلى الحياة.

ثانياً أن يكون المدعي من أفراد طبقة بذاتها، كأن يكون طبيباً أو مهندساً أو محامياً أو حرفياً ويدخل بذلك في عموم هذه الطبقة أو تلك. وقد يكون المدعي كذلك أحد أفراد هيئة الناخبين ليصير واحداً من مجموعهم وداخلاً في طبقتهم، فإذا حدد الشارع لأفراد هذه الطبقة جميعهم شروطاً تنظم شأنهم من شئوهم فإن استيفاء المدعي في الخصومة الدستورية لهذه الشروط بعد رفعها مع استمرار تخلفها في الباقي من أفراد طبقتهم لا يجعل دعواه منقضية؛ باعتبار أن المدعي يمثل أفراد طبقتهم في مجموعهم، فهو من بينهم، فلا يكون إلا ممثلاً لهؤلاء الذين ينتمون إلى هذه الطبقة ذاتها، ولا زالوا مضارين من بقاء الشروط المطعون عليها لعدم استيفائهم لها، فلا يعتبر نزاعهم مع هذه الشروط منتهياً، بل حياً وقائماً؛ لإخلالها بالحقوق التي يطلبونها.

ثالثاً أن إلغاء الشارع للنصوص المطعون عليها بعد تطبيقها في شأن المدعي لا يجعل دعواه الدستورية منتهية؛ وأساس ذلك أن الأضرار التي رتبها هذه النصوص في حقه خلال فترة سريانها، لا يجوز إهمالها، بل يتعين إزالتها بكاملها، وهذه القاعدة ذاتها هي التي يتعين تطبيقها، ولو كان الإجراء الذي نازع المدعي في الخصومة الدستورية في مطابقتها للدستور عملاً صادراً عن الجهة الإدارية؛ ذلك أن توقفها عن المضي فيه اختياراً لا يحول دون الفصل في دستوريته، مالم

يقم الدليل على انتفاء كل توقع معقول لتكراره، فإذا كان احتمال عودتها إلى الإجراء أو القول بمخالفته للدستور بعد توقفها اختياراً عن المضي فيه لا زال قائماً فإن الخصومة الدستورية التي تنازع في دستورية هذا الإجراء لا تنقضي. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن إلغاء المشرع قاعدة قانونية بذاتها لا يحول دون الطعن عليها بعدم الدستورية من قبل من طبقت عليه خلال فترة نفاذها وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة إليه يتحقق بإبطالها مصلحته الشخصية المباشرة؛ ذلك أن الأصل في القاعدة القانونية هو سريانها على الوقائع التي تتم في ظلها وحتى الغائها، فإذا ألغيت هذه القاعدة، وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى، فإن القاعدة الجديدة تسري من الوقت المحدد لنفاذها ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها، وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من القاعدتين - دونها إخلال بمبدأ رجعية النص الجنائي الأصح للمتهم فيما لو توافرت ضوابط أعمال هذا المبدأ - متى كان ذلك وكان المركز القانوني للمدعي نشأ مكتملاً في ظل العمل بنص المادة (٧٢) من قانون البيئة قبل استبدالها بالقانون ٩ لسنة ٢٠٠٩، ومن ثم يظل خاضعاً لحكم تلك المادة قبل هذا الاستبدال^(١).

رابعاً أن الخصومة الدستورية في المسائل الجنائية لا تعتبر عقيمة ولو كان المدعي فيها قد نفذ الحكم الذي دانه بالعقوبة الجنائية، كلما قام الدليل على أن لهذه العقوبة آثار جانبية تلازمها وتقارنها؛ إذ يظل للمدعي مصلحة محققة في إنهاء هذه الآثار التي يندرج تحتها حرمانه من مباشرة الحقوق السياسية أو من تقلد الوظائف العامة أو أن يكون مخالفاً، أو النظر إلى الجريمة التي دين بسببها كسابقة في دعوى جنائية لاحقة.

خامساً أن الخصومة لا تعتبر منتهية، ولو أبدل الشارع النصوص القانونية المطعون عليها بنصوص جديدة تحل محلها، كلما كان زوال النصوص القديمة مع الآثار التي رتبها واقعاً بأثر مباشر؛ ذلك أن الأصل هو سريان القاعدة القانونية اعتباراً من وقت نفاذها وحتى الغائها، فإذا أحل الشارع محلها قاعدة جديدة تعين تطبيقاً اعتباراً من التاريخ المحدد لسريانها، وإهمال القاعدة القديمة من وقت الغائها، فلا تتداخل القاعدتان الجديدة والقديمة في زمن تطبيقها؛ لأن كل

(١) الطعن رقم ١٧٣ س ٢٩ ق جلسة ٥ ديسمبر ٢٠١٥، منشور بالجريدة الرسمية العدد ٥٠ مكرر (هـ) في ١٦ / ١٢ / ٢٠١٥ ص ٣.

منهما مجالاً زمنياً لسريانها، فلا تندثر الأضرار التي ألحقها النصوص القديمة بالمدعي في الخصومة الدستورية خلال زمن العمل بها.

سادساً كما يفترض شرط بقاء الخصومة الدستورية حية وقت الفصل فيها، ألا تنظر جهة الرقابة على الدستورية في خصومة لا شأن لها بالحقوق بالحقوق المدعي فيها.

٨. إذا أمكن الفصل في النزاع الموضوعي دون التعرض لمسألة الدستورية، فيجب الفصل فيها دون التطرق إلى إثارة عيب عدم الدستورية؛ لأن هذا العيب احتياطي لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة.

٩. لا تتعرض المحكمة الدستورية العليا لدستورية النصوص التشريعية أو اللائحية إلا بالقدر الضروري الذي يتعلق بالمسألة الموضوعية. أما النصوص أو أجزاء النصوص التي لا تتعلق بطلبات المدعي في الدعوى الموضوعية، فلا تعرض لها المحكمة الدستورية لعدم انعكاسها على الطلبات الموضوعية، مما تنتفي معه مصلحة الطاعن في الطعن عليها^(١).

١٠. أن مجرد الإحالة لا يعني أن المصلحة متوافرة، ولا يغني المحكمة الدستورية عن بحثها^(٢). ويعني ذلك أنه لا تلازم بين الإحالة من جانب محكمة الموضوع وتوافر شرط المصلحة^(٣).

١١. نطاق شرط المصلحة: ثار هذا الموضوع جدلاً في الفقه. فذهب رأي إلى أن المصلحة لا يشترط توافرها إلا عند مباشرة الرقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي، دون أحوال مباشرتها عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع، أو من خلال مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرخصة التصدي^(٤).

وذهب رأي آخر إلى أن المصلحة الشخصية المباشرة مطلوب توافرها في الدعاوى

(١) الطعن رقم ٨٠ س ٢٥ ق جلسة ٤ يوليو ٢٠٠٤ .

(٢) الطعن رقم ٣١٥ س ١٩ قضائية دستورية جلسة ٣ أكتوبر ١٩٩٩؛ الطعن رقم ١٦٠ س ٢٧ ق جلسة ٢ يونيو ٢٠١٨ الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرّر في ٦ يونيو ٢٠١٨ .

(٣) المستشار الدكتور عبد العزيز محمد سلمان: المقال السابق، ص ٤٤ .

(٤) الدكتور محمد عبد السلام مخلص: نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء، ١٩٨١ ص ٢٣٩ .

الدستورية التي تتصل بولاية المحكمة الدستورية عن طريق الدفع، أو عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع، أو عن طريق التصدي^(١).

وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا الرأي الثاني، فقضت إنه يشترط لقبول الدعوى الدستورية توافر المصلحة فيها، ومناطق ذلك أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية وأن يكون من شأن الحكم في المسألة الدستورية أن يؤثر فيما أبدى من طلبات في دعوى الموضوع، وإذ كان المستهدف من الدعوى الدستورية الماثلة - التي تحركت بطريق الإحالة من محكمة الموضوع - هو الفصل في مدى دستورية المادة ٢٢٦ من القانون المدني، وكان المدعيان قد نزلا عن طلب الفوائد القانونية الذي كانا قد أبدياه أمام محكمة الموضوع وأثبت هذا النزول في مذكرة و كيلهما المقدمة إلى هيئة المفوضين و في إقراره و محاميه بذلك بجلسات التحضير، لما كان ذلك، وكان النزول عن الحق الشخصي المدعى به عملاً قانونياً يتم بالإرادة المنفردة و ينتج أثره في إسقاطه، و بالتالي فإنه يترتب على تنازل المدعين عن طلب الفوائد القانونية انتفاء مصلحتهما في الفصل في مدى دستورية المادة ٢٢٦ من القانون المدني الخاصة بالفوائد القانونية إذ لم يعد ذلك لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية^(٢).

وفضلاً عن ذلك، فقد سارت المحكمة الدستورية العليا المصرية على خطى المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية فقيدت نفسها بمجموعة من الضوابط تلتزمها في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، يمكن إجمالها في^(٣):

١ - عدم تعرض المحكمة للمشكلة الدستورية إلا إذا كان ضرورياً للفصل في الخصومة الأصلية.

٢ - أن يقيم المدعي وفي حدود الصفة التي اختصم بها النص المطعون عليه، الدليل على أن ضرراً «واقعياً» قد الحق به، ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشراً «منفصلاً» عن مجرد مخالفة النص

(١) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤٤٣، ٤٤٤ .

(٢) الطعن رقم ٣١ س ٢ ق جلسة ٣ ديسمبر ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ١٧٧ .

(٣) الدكتور فاروق عبد البر: دور المحكمة الدستورية العليا المصرية في حماية الحقوق والحريات، ص ٢٢ - ٢٥ .

المطعون فيه للدستور مستقلاً" بالعناصر التي يقوم عليها ممكناً تصوره ومواجهته بالترضية القضائية تسوية لآثاره. وهذا يعني أن الخصومة لا يتحقق معناها إلا إذا كان جوهرها نزاع محدد ومجسم شأن هذا لنزاع شأن الخصومة التي يختلقها أطرافها ويتوافقون على تدبيرها لإعطائها صورة تدل على حقيقتها.

وأساس ذلك أن الخصومة في هذه الصورة لا تعد خصومة حقيقية، ولو كان موضوعها يثير مسائل بالغة الأهمية، أو كان لها من تماسكها وصلابتها ما يؤهل لبحثها وإصدار حكم فيها، أو من عمقها ما يفرضها بقوة على الأوضاع القائمة في بلد ما. يؤيد ذلك أن قضاة الشرعية الدستورية لا يعينهم الفصل في خصومة دستورية لأغراض تتعلق بالتأصيل لأغراض أكاديمية يقتضيها النظر في العلوم وتعمق أغوارها، وليس من وظيفتهم إصدار أحكام لا تزيد قيمتها عن مجرد إعلان حكم الدستور في الهواء، وهم لا يفصلون كذلك في طعون تتعلق بنصوص قانونية لم تلحق بالمدعين في الخصومة الدستورية - وبصفتهم الشخصية - أية مضار واقعية، ولا في نصوص قانونية لن تخل بأية حقوق يملكونها.

ومؤدى ذلك أنه لا يجوز النظر في أية خصومة دستورية لا يجاوز هدفها مجرد تقرير حقائق علمية غير اهتمام الباحثين في علم القانون، ولا في خصومة دستورية لم تلحق بالحقوق الشخصية للمدعين فيها أضرار فعلية، سواء في ذلك ما يكون منها داهماً أو وشيكاً قائماً أو مظنوناً على خطر الوجود محققاً أو راجحاً أنياً أو مستقبلاً؛ باعتبار أن ولاية قضاة الشرعية الدستورية تنحصر في الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها خصومة حقيقية لا تتوافق فيها مصالح أطرافها، وإنما تتسم بحدتها وتضادها وتحالفها إلى حد الصدام بينها، بما يجعل أطرافها غرماء يتنابدون فيما قصدوه منها، ولا يتوافقون في أهدافهم بشأنها. ولا تعتبر الخصومة حقيقية تلك التي يطرحها أفراد بقصد شكوكهم حول دستورية بعض القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية إذا لم يكن لهذه القوانين من شأن بحقوق شخصية يدعونها، ويناجزون خصومهم في سعيهم لطبها وتوكيدها^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية «أنه من المقرر أن شرط المصلحة الشخصية

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظها الرئيسية، رقم ٤١٣ ص ٦٦٦-٦٦٩ .

المباشرة، يتغياً أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية، أو تصوراتها المجردة. وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة القضائية، ويرسم تخوم ولايتها، فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالقدر اللازم للفصل فيها. ومؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء أكان هذا الضرر قد وقع فعلاً أم كان وشيكاً بتهديدهم. ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها، ممكناً تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، عائداً في مصدره إلى النص المطعون عليه. فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزاياه، أو كان الاخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها، لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبلها ولا يتصور بالتالي أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم في الشئون التي تعنيهم بوجه عام، ولا أن تكون نافذة يعرضون منها ألواناً من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لإتيانها أو نفيها، أو طريقاً للدفاع عن مصالحهم بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها بل تبأشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها. التي كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحرمانهم وحریاتهم وأموالهم. بما يكفل فعاليتها. وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة، فلا تقبل عليها اندفاعاً، ولا تعرض عنها تراخياً. ولا تقتحم بممارستها حدوداً تقع في دائرة عمل السلطين التشريعية والتنفيذية، بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذاً أخيراً ونهائياً، وأن تدور وجوداً وعدمًا مع تلك الأضرار التي تستقل بعناصرها، ويكون ممكناً إدراكها، لتكون لها ذاتيتها. ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهماً أو متحلاً أو مجرداً *in abstracto* أو يقوم على الافتراض أو التخمين *conjectural* ولازم ذلك أن الدليل جلياً على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه، وأن يسعى المضرور لدفعها عنه، لا ليؤمن بدعواه الدستورية - وكأصل

عام - حقوق الآخرين ومصالحهم، بل ليكفل إنقاذ تلك الحقوق التي تعود فائدة صونها عليه in concreto والتزاماً بهذا الإطار، جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة شرط لقبول الدعوى الدستورية، وأن مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم في المطاعن الدستورية لازماً للفصل في النزاع الموضوعي^(١).

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية - وهي شرط لقبولها - مناطها - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يؤثر الحكم في المسألة الدستورية على الطلبات المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع، يستوي في شأن توافر المصلحة أن تكون الدعوى قد اتصلت بالمحكمة عن طريق الدفع أو عن طريق الإحالة، والمحكمة الدستورية العليا هي وحدها التي تتحرى توافر شرط المصلحة في الدعاوى الدستورية للتثبت من شروط قبولها، بما مؤداه أن الإحالة من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية العليا لا تفيد بذاتها توافر المصلحة، بل يتعين أن يكون الحكم في المطاعن الدستورية لازماً للفصل في النزاع المثار أمام محكمة الموضوع، فإذا لم يكن للفصل في دستورية النصوص التي ثارت بشأنها شبهة عدم الدستورية لدى محكمة الموضوع انعكاس على النزاع الموضوعي؛ فإن الدعوى الدستورية تكون غير مقبولة^(٢).

٣- أن يكون هذا الضرر عائداً" إلى النص المطعون فيه ، وليس ضرراً «متوهماً» أو متحلاً «أو مجهولاً»، فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً" على من ادعى مخالفته للدستور أو كان من غير المخاطبين بأحكامه أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها ولا يعود عليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة، والمصلحة الشخصية المباشرة شرط ضروري لقبول الدعوى الدستورية.

(١) الطعن رقم ٢٥ س ١٦ ق جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٧ ج ١ ص ٤٥.

(٢) الطعن ١٠ س ٣٦ قضائية «دستورية» جلسة ٥ مارس ٢٠١٦.

وهذا يعني أنه لا يجوز لأية خصومة أن تسبق أو أن الفصل فيها، وكما أن الجهة القضائية لا يجوز أن تقدم مشورتها في شأن المسائل التي تطرح عليها لأخذ رأيها فيها على أساس أن ولايتها تنحصر في الفصل في كل خصومة قضائية توافرت شروط اتصالها بها وفقاً لقانونها، لتصدر فيها حكماً لا ينتقض، فإن منعها من الفصل في مسائل لم يكتمل نضجها مرده أن مثل هذه الخصومة لن يكون لها من أثر على حق أو التزام لرافعها.

ويتعين بالتالي - وكشرط مبدئي للفصل في الخصومة الدستورية - أن تستكمل هذه الخصومة عناصر النزاع المثارة، ليدل اجتماع هذه العناصر على أن هذا النزاع ليس متوهماً ولا منتحلاً، وإنما يمثل خصومة محتدمة بين أطرافها، فلا يكون توقيت عرض الخصومة على الجهة القضائية غير تحديد لما إذا كان الفصل فيها مواتياً أو أن نضجها لم يتهياً بعد، شأن الخصومة القضائية في ذلك شأن الثمار التي لا يأكلها أحد قبل أن يحين قطفها. ومن ثم لا تتحدد الصورة الكاملة لعناصر النزاع في الخصومة القضائية إلا على ضوء زمن رفعها، سواء كان مرور الزمن ضرورياً لتحديد اكتمال عناصر النزاع أو تخلفها، أو لتحديد حد التفاهم التي بلغتها^(١).

ويترتب على ذلك النتائج التالية^(٢):

الأولى أن الخصومة الدستورية التي يجوز الفصل قضائياً فيها هي التي تطرح عدواناً حكومياً فعلياً على حق أو حرية كفلها الدستور إذا كان المدعي أضراراً من جراء هذا العدوان، فإذا قام موضوع الخصومة الدستورية على احتمال وقوع هذا العدوان، فإن القول به يكون فرضاً جدلياً قد لا يتحقق على الإطلاق، ولأن جهة الرقابة القضائية لا تفصل في المسائل الدستورية ما لم يكن ذلك ضرورياً لأبعد حد، فإن عليها ألا تفصل في خصومة لم يحن أو أن رفعها، سواء لتعلقها بمسائل مجردة أم غير محددة بصورة كافية أم بأحداث مستقبلية قد لا تتحقق بالصورة المتوقعة لها، أو قد لا تتحقق على الإطلاق.

الثانية أنه يجب الوقوف على طبيعة المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية للنظر في

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظتها الرئيسية، رقم ٤١٥ ص ٦٧١.

(٢) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، رقم ٤١٦، ٤١٧، ٤١٨ ص ٦٧٢-٦٨٠.

مواتاة الفصل فيها، فما يكون منها بعيد الاحتمال أو قائماً على محض الصدفة أو على فروض جدلية يعرضها أصحابها في صورة مجردة، مؤداه أن الخصومة التي تطرحها تستبق أوان الفصل فيها، ويتعين دوماً أن تنظر في احتمال بنیان الخصومة، إلى كافة ملامحها، وليس إلى بعضها دون بعض. فقد يتعلق الطعن بعدد من النصوص يكون الفصل فيها موافقاً، وعندئذ تقتصر الخصومة عليها. فما أضر من هذه النصوص بحق أو بمصلحة الطاعن يجوز الفصل فيه، وما كان من هذه النصوص غير مؤثر في هذا الحق أو تلك المصلحة، فإن الفصل في دستوريتها يكون محظوراً.

الثالثة تتقيد جهة الرقابة على الدستورية بشرط أوان الخصومة حتى في مجال انتقائها لنوع الترضية القضائية التي توفرها لرافعها، فلو أن شخصاً كان قد قبض عليه ثم أطلق سراحه، فإن الخصومة التي يرفعها لتوقي احتمال القبض عليه من جديد تكون قبل أوانها، ولا يجوز قبولها لتعلقها بتصور مستقبلي يقوم على التخيل. كما أن النصوص القانونية التي يتحدد على ضوءها إذا كان شخص معين يعتبر مختلفاً عقلياً، لا يجوز الطعن بمخالفتها للدستور قبل بدء تطبيقها في حقه، وكذلك الأمر في شأن كل ضرر يكون تصورياً. وإذا أدين شخص بأكثر من عقوبة عن جريمة معينة، وكانت إحداها تناقض الدستور، فإن الطعن عليها يكون مقبولاً، ولو كان المحكوم عليها مودعاً في أحد السجون لتنفيذ العقوبة التي لا نزاع في دستوريتها.

الرابعة يشترط للقول باستواء الخصومة الدستورية على قدميها ورفعها في أوانها أن تدل النصوص المطعون عليها - بأثرها - على تدخلها فعلاً في شأن يخص رافعها، فإن لم يكن من شأن النصوص المطعون عليها تحقيق هذا الأثر، فإن الحكم الصادر فيها لن يتعلق بغير مسائل مجردة في طبيعتها، ولن يتصل بالتالي بحقوق يطلبها أفرادها كأثر مباشر لإخلال النصوص المطعون عليها بها؛ وآية ذلك أن قضاة الشرعية الدستورية لا يباشرون وظيفتهم القضائية إلا من خلال خصومة قضائية تحدد موضوعها بصورة جلية لا خفاء فيها، وتتغيا رد عدون على حق أو حرية ظاهرة أبعاده، فلا يكون الإخلال بالحق أو بالحرية تصورياً نظرياً أو توقعياً فرضياً، بل تدخلاً قائماً في هذا الحق أو تلك الحرية بما يخل بصورة قطعية بمصالح أصحابها. وبغير ذلك لا تبلور الخصومة بين أطرافها ما شجر بينهم من نزاع حقيقي، وإنما تكون واقعاتها غير متطورة بدرجة كافية في مواجهة أطرافها، ونطاق المسائل التي تطرحها ليشوبها التجهيل بالنظر إلى قصور مكوناتها أو توقعها في

صورة مجردة، وبالتالي فلا يكون ميلاد الخصومة مكتملاً.

وأساس ذلك أن الأصل في كل خصومة قضائية أن يكون لها من نضجها ما يؤهل للفصل فيها؛ باعتبار أن كل خصومة تفترض الجزم بواقعاتها وبنطاق المسائل التي تطرحها للفصل فيها، وتعلقها بالضرورة بعدوان قائم على أحد الحقوق التي يكفلها الدستور، وبالتالي إذا لم يكن ثمة إخلال بها، وإنما كان التدخل في شئون رافعها بالعمل أو الإجراء المطعون عليه تصوراً يقوم على التخيل أو يتوخى مواجهة مجرد إحباط أو توهم أو ارتعاش من طبيعة شخصية، فإن الفصل في دستورية هذا العمل أو الإجراء لا يكون مقبولاً، ولا دالاً على مخاطر فعلية تضر بالحق المدعى به كأثر للتدخل بالعمل أو بالإجراء في نطاقه ولو اقتصر المدعى على أن يطلب من قضاة الشرعية الدستورية أن يصدروا حكماً تقريرياً في شأن الحقوق المتنازع عليها يثبتها لأحد الخصمين دون الآخر؛ لأن الأحكام التقريرية وإن جاز تشبهها بالآراء الاستشارية من جهة عدم جواز تنفيذها جبراً، إلا أن هذه الأحكام تفارق تلك الآراء في تعلقها بخصومة فعلية تتناقض من خلالها مصالح أطرافها، لتحسم الحقوق المتنازع فيها بينهم، ولا يتصور بالتالي أن تصدر تلك الأحكام في خصومة فرضية لا شأن لها بنزاع استحكم بين أطرافها.

الخامسة يتجلى ضابط التمييز فيما إذا كانت النصوص الدستورية قائمة على عناصر مكتملة أم أن أوان الفصل فيها لم يحن بعد على، في التفرقة بين نصوص قانونية قائمة بذاتها وبين نصوص قانونية لا تخل بحقوق المخاطبين بها قبل تطبيقها في حقهم؛ باعتبار أن النصوص القانونية النافذة بذاتها هي التي يكون مجرد سريانها كافلاً لإجراء آثار تناقض مصالح المخاطبين بها ولو لم يجر تطبيقها في حقهم، وهو ما يتحقق في النصوص التي تأمر المخاطبين بها بأداء أفعال معينة أو الامتناع عن أفعال تنهاهم عن القيام بها، وإلا وقع عليهم الجزاء المقرر بها؛ باعتبار أن مجرد إقرار الشارع لهذا النوع من النصوص يرتد سلباً على حقوق المخاطبين والتزاماتهم من خلال المخاطر الداهية التي تلحق بهم إذا لم يمثلوا لها، فالنصوص العقابية تجرم الأفعال أو صور الامتناع التي حددتها والمخالفون لها يعاقبون جنائياً عن كل فعل أو امتناع لا يتقيدون بحكمها، ومثل هذه النصوص يجوز الطعن عليها من خلال الخصومة الدستورية، ولو لم يجر تطبيقها في حق أحد المخاطبين بها؛ لأن مجرد وجود هذه النصوص وشخصها في مواجهتهم يلحق بهم أفدح

المخاطر التي تنال من حقوقهم وحرياتهم، ومن ثم لا يتصور أن يتربص هؤلاء توجيه اتهام إليهم بالخروج عليها وارتكابهم بالتالي لجريمة منعهم الشرور من الإقدام عليها، حتى تقبل الخصومة الدستورية التي يحددون بها دستورية هذه النصوص. بل إن النصوص الجنائية التي لم يجر تطبيقها في حق المخاطبين بها لمدد طويلة من الزمن يجوز الطعن عليها بمخالفتها للدستور. كما أن القيود التي يفرضها القانون على الملكية والتي تحمل أصحابها أعباء اقتصادية باهظة تكلفتها، يجوز الاستباق إلى دفعها من خلال الخصومة الدستورية، ولو لم يجر تطبيق هذه القيود في شأنهم^(١).

(١) وفي نفس السياق قضت المحكمة الادارية العليا، بأن نصوص الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٢ والمعدل في عام ٢٠١٤ من حيث نفاذها تنقسم إلى طائفتين الطائفة الأولى: تشمل النصوص التي تنفذ بذاتها دون حاجة إلى تدخل من المشرع، بحسبان أن طبيعة هذه النصوص لا تحتاج إلى مزيد من بيان بوضع قواعد وأحكام وضوابط تفصيلية زمن أمثلتها ما نص عليه الدستور في مادته الأولى من أن « جمهورية مصر العربية دولة ذات سيادة موحدة لا تقبل التجزئة ولا ينزل عن شج منها نظامها جمهوري ديمقراطي يقوم على أساس المواطنة وسيادة القانون » وما نص عليه في مادته الرابعة من إن « السيادة للشعب وحده يارسها ويحميها وهو مصدر السلطات ويصون وحدته الوطنية التي تقوم على مبادي المساواة والعدل وتكافؤ الفرص بين جميع المواطنين وذلك على الوجه المبين في الدستور. اما الطائفة الثانية: وتشمل النصوص الدستورية التي تنفذ بذاتها بل لابد من تدخل من المشرع العادي لبيان القواعد والأحكام والضوابط التفصيلية اللازمة لوضع النص الدستوري موضع التنفيذ الفعلي وهذه الطائفة تشمل معظم نصوص الدستور، وآية ذلك ان المشرع الدستوري عادة ما يحيل إلى المشرع العادي أمر تنظيمها بعبارة (وفقاً لما ينظمه القانون وعلى النحو الذي ينظمه القانون أو ما شابهها) ومن أمثلة ذلك ما نص عليه الدستور في المادة (١٩٧) من تحويل هيئة النيابة الادارية سلطة توقيع الجزاءات التأديبية؛ إذ يتبين بما يدع مجالاً للشك أنها تدخل ضمن طائفة النصوص الدستورية التي لا تنفذ بذاتها لأنه قد خول هيئة النيابة الادارية سلطة توقيع الجزاءات التأديبية عن المخالفات المالية والادارية وتلك التي تحال إليها وتختص بالتحقيق فيها، إلا ان النص الدستوري جعل انفاذ تلك السلطة في توقيع الجزاءات التأديبية رهيناً بصدر قانون ينظم هذا الأمر حيث أورد المشرع الدستوري بخصوصه عبارة (وذلك كله وفقاً لما ينظمه القانون) .

ومؤدي ما تقدم ولازمه أنه لا يسوغ تطبيق الأحكام محل المادة ١٩٧ من الدستور إلا بعد استجابة المشرع وتدخله منه بإفراغ ما تضمنه هذا النص النص الدستوري في نص تشريعي محدد ومنضبط، أي نقله إلى مجال العمل والتنفيذ بحيث يلتزم الكافة بمقتضاه منذ من التاريخ الذي تحده السلطة التشريعية لسريان أحكامه، وعلى أن يتضمن هذا التشريع تحديد من يملك توقيع الجزاءات التأديبية من أعضاء هيئة النيابة الإدارية وكذا تحديد الجزاءات التأديبية وأنواعها وحدودها الدنيا والقصوى في كل حالة على حده بحيث يتم إقرار نظام قانوني متكامل لتوقيع الجزاءات التأديبية، وإذ لم يصدر حتي تاريخه ثمة قانون بتنظيم اختصاص هيئة النيابة الادارية بتوقيع الجزاءات التأديبية وفقاً لأحكام المادة ١٩٧ من الدستور، وبالتالي يتعين على هيئة النيابة الادارية الالتزام بما حددته التشريعات المعمول بها حالياً وخصوصاً أحكام القانون رقم ١١٧ =

وكذلك إذا صدر قانون يفرض عقوبة جنائية على أولياء أمور الطلبة الذين لا يلحقون أبنائهم بالتعليم العام، فإن من شأن سريان هذا القانون أن ينغلق التعليم الخاص أمام الأبناء، وأن تغلق معاهد هذا التعليم أبوابها في وجههم فلا يدخلها أحد منهم. ومؤدى ذلك أن مجرد صدور هذا القانون منطوقاً على قدر من المخاطر يتهدد بسببها القائمون على شئون التعليم الخاص، وهي مخاطر لا يدفعونها إلا من خلال الخصومة الدستورية يرفعونها لانتهاء وجود ذلك القانون، خاصة أنهم يظلوا مهددين بالعقوبة التي فرضها، ولو لم يتم اتهامهم جنائياً، ولا يجوز القول بأن صدور هذا الاتهام يعتبر شرطاً مفترضاً مبدئياً لقبول الخصومة الدستورية التي يسعون من خلالها إلى إبطال النصوص التي ألزمتهم بإلحاق أبنائهم بالتعليم العام؛ إذ لو جاز ذلك لوجب عليهم تربص الدعوى الجنائية وترقبها حتى إذا داهمتهم طرحوا مناعيمهم على هذه

= لسنة ١٩٥٨ سألته البيان بها من اختصاصات لها في مجال التحقيق وعدم إصدار أية قرارات أو إجراءات أو تنظيم يمس توقيع الجزاءات التأديبية من قريب أو بعيد وذلك حين صدور التشريع المنوه عنه سلفاً عملاً بحكم المادة ١٩٧ من الدستور، وهذه المثابة يتعين علي هيئة النيابة الالتزام بالتحقيق في المخالفات الإدارية والمالية المنسوبة للموظفين والعاملين محل اختصاصها علي أن تمارس الجهة الادارية المختصة اختصاصها التأديبي المنصوص عليه قانوناً في ضوء التحقيقات التي أجرتها النيابة الادارية والتصرف فيه في ضوء السلطة التقديرية الممنوحة لها في هذا الشأن إما بتوقيع الجزاء الذي تراه مناسباً أو بحفظ الاوراق أو أن تطلب من هيئة النيابة الادارية إحالة العامل الذي تم التحقيق معه الي المحكمة التأديبية المختصة.

ولا يغير من هذه النتيجة ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٧ من قانون الخدمة المدنية الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٨ لسنة ٢٠١٥ من اختصاص النيابة الادارية دون غيرها بالتحقيق مع شاغلي وظائف الادارة العليا وكذا التحقيق في المخالفات المالية التي يترتب عليها ضياع حق من الحقوق المالية للوحدة أو المساس به وكذلك التحقيق في المخالفات الأخرى التي تحال إليها ويكون لها بالنسبة لهذه المخالفات السلطات المقررة للسلطة المختصة في توقيع الجزاءات والحفظ ؛ إذ أن ذلك لا يعدو أن تكون ترديداً لنص الدستور المعدل في عام ٢٠١٤ دون أن تطرق لوضع قواعد لتحديد السلطة المختصة بتوقيع الجزاءات التأديبية. وانتهت إلى الحكم بانعدام قرارات الجزاء الصادرة عن لجان تأديب هيئة النيابة الادارية - وأنه يتعين علي هيئة النيابة الالتزام بالتحقيق في المخالفات الادارية والمالية المنسوبة للموظفين والعاملين محل اختصاصها علي أن تمارس الجهة الادارية المختصة اختصاصها التأديبي المنصوص عليه قانوناً في ضوء التحقيقات التي أجرتها النيابة الادارية والتصرف فيه في ضوء السلطة التقديرية الممنوحة لها في هذا الشأن اما بتوقيع الجزاء الذي تراه مناسباً أو بحفظ الاوراق أو أن تطلب من هيئة النيابة الادارية إحالة العامل الذي تم التحقيق معه الي المحكمة التأديبية المختصة (حكم المحكمة الادارية العليا - دائرة فحص الطعون - الدائرة الرابعة في الطعن رقم ٥٨٩٣ لسنة ٦٣ ق ع جلسة ٢١ أبريل ٢٠١٨).

النصوص أثناء نظر الدعوى الجنائية - وكدفاع فيها - وهو ما لا يتصور تكليفهم به؛ باعتبار أن تحوطهم لحقوقهم التي كفلها الدستور، يتقدم ترقبهم الإخلال بها، ويتعين بالتالي على جهة الرقابة على الدستورية أن تتعامل مع النصوص المشار إليها باعتبارها نافذة من وقت صدورها، ولو لم يصدر اتهام جنائي في شأن من تمسهم هذه النصوص. وعلى هذه الجهة أن تنظر إلى الخصومة الدستورية - في الصور المار بياها - بافتراض نضجها وتكامل عناصرها؛ لأنه مما يجافي العقل والمنطق والعدل حمل الأشخاص الذين أثار قانون ما في حقوقهم والتزاماتهم على مخالفة هذا القانون والتعرض للعقوبة التي فرضها، كشرط للجوئهم إلى جهة الرقابة على الدستورية للحصول منها على حكم بطلان هذا القانون.

والقول بغير ذلك يعني تخيير المخاطبين بالقانون بين ارتكاب الأعمال التي حظرها أو تحملهم الجزاء على مخالفتها بما يوقعهم في حرج لا يرد عنهم إلا بالخصومة الدستورية التي يرفعونها بمجرد صدور القانون.

ويرى بعض الفقهاء أن النصوص النافذة بذاتها لا تنحصر في النصوص الجنائية، وإنما تتوافر لغيرها من النصوص إذا كان من شأنها التأثير في مباشرة في حقوق الأفراد وحرياتهم الخاصة، بما يرتد سلباً عليها، سواء كان هذا القانون مدنياً أم كان جنائياً⁽¹⁾.

السادسة يتوافر للخصومة عناصر نضجها ولو كان موضوعها الفصل في دستورية قانون يحظر على المدرسين - بالعقوبة التي فرضها - تدريس مادة بذاتها، ولو كان هذا القانون مهماً مدة طال زمنها، وكان ثابتاً كذلك أن اتهاماً لم يوجه إلى المخاطبين بهذا القانون؛ تأسيساً على أن القوانين الجنائية تشرع سيفها في وجه المخالفين لها كلما قرر المدعي العام تطبيقها من خلال اتهام جنائي يوجهه إلى العصاة، فلا يفصل بين حرياتهم من جهة وتقييدها من جهة أخرى غير رغبة المدعي العام التي لا يجوز معها القول بأن القوانين الجنائية التي لم يحجر تطبيقها لا تمثل غير مخاطر يتوهمها الخاضعون لأحكامها.

(1) Norman Redlich; Bernard Schwartz; Johan Attanasio: "Understanding Constitutional Law" 1995, pp 24-28.

السابعة في حالة تعدد عناصر الخصومة الدستورية إذا كان نضجها كاملاً في أحد عناصرها أو بعضها دون غيرها، فإن هذه العناصر وحدها هي التي تحدد ملامح الخصومة الدستورية التي يجوز النظر في قبولها، إذا كان شرط وحدة موضوع الخصومة الدستورية لا يختل نتيجة فصل العناصر التي اكتمل نضجها عن سواها من عناصر هذه الخصومة.

وإذا تعلقت المسائل الدستورية في الخصومة بأكثر من نص، فإذا كان الطعن في أحدهما مقبولاً بالنظر إلى اكتمال عناصر الخصومة القضائية بالنسبة إليه، فإن باقية لا يعتبر كذلك تبعاً أو بالضرورة؛ لأن الأصل في الترضية القضائية هو تعلقها بأضرار قام الدليل عليها، ولا محل بالتالي لتقرير ترضية قضائية قبل أوانها، وكذلك التي تتوخى أضرار مستقبلية تخيلية.

الثامنة قد لا تكتمل للخصومة الدستورية ملامحها إلا بتحقيق واقعة معينة تعطيها حيويتها وتنتهي بها ضوابط الفصل فيها. وقد يكون من المحقق حدوث الواقعة التي يرتبط بها الضرر المدعى به، ومع ذلك قد ترجى جهة الرقابة على الدستورية الفصل في الخصومة الدستورية حتى تستبين أفضل ملامح هذا الضرر في زمن لاحق.

والقاعدة أنه كلما كان الضرر قائماً على مجرد احتمال قد يقع في المستقبل البعيد، فإن الطعن على النصوص القانونية المدعى تعلق هذا الضرر بها، يكون مستقبلاً أو ان الفصل فيه.

وأساس ذلك أنه من غير الجائز الفصل في المسائل الدستورية قبل أن تتحقق الآثار السلبية للنصوص القانونية المطعون عليها، والتي يضار الطاعن بها، ومجرد تصور هذه الأضرار أو حتى توقعها ليس كافياً؛ باعتبار أن سلطة الفصل في دستورية النصوص القانونية لا تجوز مباشرتها قبل وقوع تدخل فعلي يخل بالحقوق والمصالح التي يدعيها أطرافها، فإذا لم تمة تدخلا أصلاً، أو كان القول بوجوده تحزيراً، أو كانت الأضرار المدعى بأن التدخل قد رتبها محددة تحديداً عاماً بما يجعل بحقيقتها، وبنسبتها إلى من يدعون أنها قد أصابتهم في مصالحهم، فإن الخصومة تكون منعقدة قبل أوانها؛ لأن الأضرار التي يدعون أنها قد لحقت بهم تبلور صعوبة يطمعون في دفعها، فلا يكون بيان ماهيتها بما يزيل كل غموض حولها ويؤكد ذاتيتها، إلا ضرورة يقتضيها الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها.

كما أن المسائل الدستورية التي يطرحها الطعن على هذه النصوص ينبغي عرضها بما يجليها، ويكفل اتساقها مع عناصر الخصومة الدستورية المحددة لموضوعها؛ باعتبار أن النصوص القانونية لا تناقض الدستور في كل تطبيقاتها، وإنما ينحصر على جوانبها التي أضير الطاعن منها، فلا يكون تصويبها إلا من خلال خصومة دستورية لا تتحد وقائعها، ولا المصالح المثارة فيها مع غيرها، وإنما يكون لوقائعها ذاتيتها ولنوع المصالح المراد حمايتها بها خصائصها، فلا يكون بيانها وإيضاحها - سواء في طبيعتها أم في أبعادها - خافياً.

بيد أن ذلك لا يعني مثول وحلول واقعة المضار التي تنتجها النصوص المطعون عليها بجميع عناصرها، وإنما يكفي أن تكون مخاطر حدوثها حقيقية.

وقد تكون المسائل الدستورية المثارة من خلال الخصومة الدستورية من طبيعة قانونية صرفه، فلا تطورها أو من عناصرها أية واقعة مادية مستقبلية. وقد تكون الطبيعة القانونية هي الغالبة في المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية، فلا يكون إرجاء الفصل فيها حتى تتطور عناصرها الواقعية ضرورياً ولو كان أكثر فائدة، ولئن كان الأصل في الخصومة الدستورية أن يرتبط نضجها بعامل الزمن، وكان تكامل ملاحظها قد يتحقق في بدئها، إلا أن أحداثاً لاحقة قد تعمق النزاع المطروح فيها وتزيده حدة، وقد تنهيه في بعض جوانبه أو بصورة كاملة، فلا يكون الفصل في المسائل الدستورية في زمن لاحق إلا ضرورة يقتضيها أن تنهياً للخصومة الدستورية أسبابها التي تحتم الفصل فيها.

وقد يترتب على إرجاء الفصل في الخصومة الدستورية تعريض رافها لمخاطر معينة، وبقدر حدتها ومداهها، وتقرر جهة الرقابة على الدستورية ضرورة الفصل فيها أو التراخي في نظرها.

وفي النظم الاتحادية، تحرص المحكمة الفيدرالية على إيجاد نوع من التجانس في علاقتهم بمحاكم الولايات الأعضاء في الاتحاد، فلا تفصل في دستورية نصوص قانونية مطعون أمامها، قبل أن تقول محكمة الولاية كلمتها في شأن اتفاقها أو اختلافها مع الدستور، فقد تفسر محكمة الولاية النصوص المطعون عليها بما يوفقها مع الدستور، فلا تقوم حاجة من بعد لعرضها مرة ثانية على المحكمة الفيدرالية، ما لم تكن مخالفتها للدستور ظاهرة من وجهها بما يلزم المحكمة

الفيدرالية العليا عندئذ بالفصل في دستوريته دون أن ترتب قضاء محكمة الولاية في شأنها.

٤- انتفاء مفهوم الخصومة في مجال الآراء الاستشارية: يعني ذلك أنه لا يدخل في مفهوم

الخصومة القضائية الدعوة التي توجهها السلطة التشريعية أو التنفيذية إلى جهة الرقابة على الدستورية طلباً لرأيها في المسائل التي تعرضها إحداها عليها، وذلك أيّا كان قدر أهمية السؤال المطروح عليها أو نوع المصالح التي يتصل بها.

وأساس ذلك أن مثل هذه الدعوة لا تعدو أن تكون طلباً للفتيا في مسائل بذواتها، وقد يكون لهذه المسائل من تعقدها وغموض جوانبها ما يدعو السلطة التشريعية أو التنفيذية إلى التردد في اتخاذ قرار فيها حتى تعرضها على جهة قضائية محايدة، لها من وزنها وعمق اجتهادها في المسائل التي تطرح عليها ما يدعو إلى احترامها والقبول برأيها في المسائل التي تناولتها بإفتائها، وبمراعاة أن الآراء التي تبديها هذه الجهة القضائية المحايدة - في المسائل التي تطرح عليها - لا تعتبر حكماً صادراً في خصومة، بل محض آراء لا تتوافر لها قوة اليقين القضائي، ولا تصدر إلا في مسائل مجردة بطبيعتها، ولا يفترض أن يتعلق موضوعها بأشخاص تتناحر مصالحهم أو تتفرق اتجاهاتهم.

وقد أرسل الرئيس الأمريكي «جورج واشنطن» رسالة إلى رئيس المحكمة الدستورية طلب تفسير معاهدات وقوانين الولايات المتحدة التي تتعلق بمسائل القانون الدولي الناشئ عن حروب الثورة الفرنسية، فرفض رئيس المحكمة إجابته إلى طلبه.

كما ينتفي مفهوم الخصومة القضائية عن الآراء الاستشارية التي تبديها الجهة القضائية؛ باعتبار أن الذي يطلب هذه الفتيا السلطة التشريعية أو التنفيذية، وهي التي تسلط الضوء على المسائل موضوعها، وهي تعرضها بالطريقة التي تراها، وقد تعمد إلى إخفاء بعض عناصرها أو تحويرها، حتى تصدر هذه الآراء بما يوافق وجهة النظر التي تدعيها، وبما ينفي حيدتها في عرضها لأبعاد هذه المسائل التي تلون بأهوائها وتوجهها مصالحها، وهي بذلك لا تعطي لتلك المسائل حقيقة ثوبها، لكنها تشكل قسماتها في الصورة التي تريدها لها. فلا تعبر الآراء التي تبديها جهة الرقابة على الدستورية في شأنها، عن صحيح القانون، وإنما تكون آراء مفرطة في واقعاتها، وفي النصوص القانونية التي تحكمها، فضلاً عن إبدائها لهذه الآراء بطريقة غير قضائية، وفي نطاق لا

يتصل بأداء الوظيفة القضائية.

وأساس ذلك من ناحية أولى أن جهة الرقابة على الدستورية لا تختص بإبداء الآراء الاستشارية؛ لأن ولايتها تنحصر في الفصل في الخصومة القضائية التي تتصل بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها قانوناً، وبالتالي يكون إبداءها لهذا الآراء انحرافاً عن حدود ولايتها.

ومن ناحية ثانية، فإن الخصومة القضائية التي تختص جهة الرقابة على الدستورية بنظرها، لا تتحدد وقائعها، ولا نطاق الحقوق المتنازع عليها بعمل منفرد من أحد أطرافها، وإنما تفصل الجهة القضائية في الخصومة التي يستحكم النزاع بين أطرافها والتي يطرحونها بصورة جادة تدل على تناقض مصالحهم بشأنها، فلا تفصل الجهة القضائية في غير الخصومة.

ومن ناحية ثالثة، فإن مؤدى الوظيفة القضائية التي تباشرها جهة الرقابة على الدستورية أن تفصل علانية في المسائل التي تناوّلها الخصومة القضائية، وفي ضوء من تكافؤ أطرافها في أسلحتهم، ومواجهتهم لبعض في دفاعهم وعرض أدلتهم، فلا يكون لها الفصل في الحقوق التي تناوّلها الخصومة القضائية واقعاً وراء جدران أحكم إغلاق أبوابها، ولا من زاوية وجهة نظر منفردة تخص أحد أطرافها دون غيره.

ومن ناحية رابعة، فإن استقلال جهة الرقابة على الدستورية على السلطتين التشريعية والتنفيذية، ينافيه أن يكون القبول بالآراء التي تبديها هذه الجهة - حتى وإن جاز لها أبدائها - معلقاً على موافقة السلطة التي طبتها. وتعتبر هذه الآراء كذلك تقريراً لحكم القانون في مسائل لم تطرح على الجهة القضائية بصورة قاطعة تحيط بكافة مكوناتها، ولا بالأوجه المختلفة لأركانها التي لا يكشفها غير تنازع المصالح وتطاحناتها من خلال الخصومة الدستورية.

ومن ناحية خامسة، فإن إرهاب جهة الرقابة على الدستورية بالآراء التي تبديها في غير خصومة، يزيد من أعبائها، وقد يصرفها عن مهامها الأساسية، وقد يشوه عملها ويظهره في صورة قائمة، سيما وأن هذه الجهة لا تستخلص بنفسها عناصر المسائل التي يتعلق بها رأيها، وإنما تستقل السلطة التي عرضتها بتحديداتها، فلا يكون اتصال جهة الرقابة على الدستورية بهذه العناصر موضوعياً، ولا إدراكها لها بصيراً بحقائقها، وإنما يتخذ النزاع الصورة التي رسمتها به

السلطة التنفيذية أو التشريعية بما يجعل بيانها لأبعاده تعبيراً عن موقفها من هذا النزاع، وتصويراً لآرائها التي لا شأن لها ببيان حكم القانون في المسائل التي تطرحها على جهة الرقابة على الدستورية لأخذ رأيها فيه.

ومن ناحية سادسة، فإن تعلق الخصومة القضائية بالحكم لا بالفتيا، يعد موقفاً ثابتاً لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في الأعم من الدول؛ لأن الآراء الاستشارية التي تبديها هذه الجهة للسلطة التي طلبتها منها في غير خصومة، لا تبلور غير قراءتها الحرفية لنصوص الدستور بغض النظر عن زمن تطبيقها، فلا تقف على حقيقة الأوضاع المتغيرة والمتطورة التي يعايشها مجتمعها، ولا تزن بالقسط تصارع المصالح وتنافسها التي يتجاذبها أطرافها؛ لأن الآراء الاستشارية لا تصدر في غير واقعاتها التي صورتها وشكلتها السلطة التي طلبتها، فلا يصححها أحد في طرحها لها، ولا يطرح من الوقائع أو الدلائل ما يناقضها.

ومن ناحية سابعة، فإن الخصومة التي يستحكم النزاع بين أطرافها ويطرحونها بصورة جادة تدل على تناقض مصالحهم، هي التي يتم الفصل فيها من خلال حكم قضائي، ولا يعتبر اتفاق أطرافها فيما بينهم حول حكم القانون بشأنها منشأً لخصومة ودية، ولا طلباً لآراء استشارية تستر وراء الخصومة القضائية. وبالتالي يكون شرط الخصومة حائلاً دون أن تقدم الجهة القضائية إجابات عن أسئلة توجه إليها، ولو كانت من طبيعة دستورية، وليس للجهة القضائية أن توجه نصحاً للحكومة فيما ينبغي عليها أن تفعل أو لا تفعل، وذلك أياً كان قدر السؤال المطروح عليها أو نوع المصالح التي يتعلق بها^(١).

٤- استبعاد المسائل السياسية من نطاق الرقابة على دستورية القوانين (إحالة): سبق تناول

المسائل السياسية تفصيلاً في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا المؤلف.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد يرفع الشخص خصومة قضائية تتوافر فيها كل الشرائط التي يقتضيها الدستور والشارع في شأن مقوماتها وأوضاعها التي يتهى بها موضوعها للفصل فيه، بيد أن موضوع هذه الخصومة قد يثير مسائل سياسية بطبيعتها لا يجوز معها إصدار حكم في موضوع

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، رقم ٤١٨، ص ٦٨١-٦٨٤.

النزاع؛ لأن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية لا تمتد إلى مسائل يتعذر الفصل قضائياً، وتمثل الشئون الخارجية النطاق الأكبر لتطبيق نظرية الأعمال السياسية، على تقدير أن قضاة الشرعية الدستورية يتجنبون الفصل في الطريقة التي تدار بها هذه الشئون؛ نظراً لاتصالها بالسياسة الوطنية وتعدد العناصر التي تدخل في تركيبها وتشعبها.

وعلى هذا الأساس يدخل تقدير ملاءمة التفويض الصادر من السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية في إطار المسائل السياسية، ويندرج كذلك في نطاقها مباشرة السلطة التنفيذية لامتيازاتها التي اختصها الدستور بها، كقرارها بأن ممثلي الدولة الأجنبية المعتمدين لديها هم الذين أنابتهم دولهم عنها في تمثيلها، وأن المعاهدة التي أبرمتها مع إحدى الدول الأجنبية قد وقعها ممثلها، وليس لجهة الرقابة على الدستورية أن تجحد اعترافها باستقلال إحدى الدول أو أنها تباشر سيطرة فعلية على إقليمها، ولا أن تنازعها في قرارها بأن حرباً اضطرم أوارها وتدور رحاها بين دولتين أو أكثر، أو أن أعمالاً عدائية قائمة بينهما، ولا أن تخوض في قرارها بأن إحدى الدول التي كانت ترتبط معها بمعاهدة ثنائية لم تعد تمثل شعبها، وأن جديداً قد حل محلها، ولا أن تناقشها في الكيفية التي تدير بها علاقتها السياسية.

وتعتبر القرارات التالية من الأعمال السياسية:

١- قرار تكوين قوة نظامية، سواء صدر بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية أم بموافقة السلطة التشريعية، وسواء تعلق الأمر بإعداد هذه القوة أم تجهيزها أو تدريبها أم تعلق بمعايير التحقق من كفاءتها، بما يقيم بنائها ويكفل نهوضها بمسؤوليتها.

٢- قرار الدخول في معاهدة دولية، سواء بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية أم بمشورة السلطة التشريعية وموافقتها.

٣- قرار السلطة التنفيذية بإلغاء معاهدة دولية، ولو كان الدخول فيها مشروطاً بموافقة السلطة التشريعية.

٤- قرار السلطة التنفيذية رفض الترخيص بالطيران فوق إقليمها لجهة أجنبية. كلما بني الرفض على تقارير قدمتها إليها الأجهزة الأمنية، وهي تقارير لا يجوز للجهة القضائية أن تحل

نفسها محل السلطة التنفيذية فيما يتعلق بتقييم هذه التقارير التي تتسم بسرية معلوماتها وحساسيتها، ويتعذر كشفها لجهة الرقابة، كما أن الاطلاع عليها، تكتنفه محاذير كثيرة ينبغي توقيها، كذلك يرتبط رفض هذا الترخيص بعوامل كثيرة يتعذر التنبؤ بها، ويعود النظر فيها إلى المسؤولين عن تحقيق أمن شعوبهم، فضلاً عن منح هذا الترخيص أو حجبها يتصل بالطريقة التي تدير بها السلطة التنفيذية علاقتها الخارجية^(١).

(ثانياً) الحكم بعدم الاختصاص: ويتحقق ذلك إذا كان النص الطعين لا يعتبر تشريعاً بالمفهوم الموضوعي. وتطبيقاً لذلك قضت «الهيئة المصرية العامة للبترو، وإن كانت من شخاص القانون العام باعتبارها من الهيئات العامة التي كفل المشرع استقلالها مالياً وإدارياً، إلا أن الجمعية التعاونية للبترو تعمل بوصفها شركة مساهمة من أشخاص القانون الخاص، ويتعلق نشاطها بتطبيق قواعد هذا القانون، وبالوسائل التي ينتهجها. ومن ثم لا يعتبر العاملون فيها موظفين عامين يرتبطون بها بعلاقة تنظيمية، بل يعملون لديها باعتبارها رباً للعمل، ووفقاً للشروط التي يرتضونها، وعلاقتهم بها بالتالي - أيّاً كان موقعهم - عقدية بطبيعتها، وتحكمها قواعد القانون الخاص. خول الدستور المحكمة الدستورية العليا بنص المادة ١٧٥، أن تبأشر - دون غيرها - رقابتها على دستورية القوانين واللوائح وذلك على الوجه المبين في القانون. وبناءً على هذا التفويض، أصدر المشرع قانونها، محدداً نطاق ولايتها في مجال صون الشرعية الدستورية، فاختصها بها دون غيرها، وجعل محلها منصباً على النصوص القانونية أيّاً كان موضعها، أو نطاق تطبيقها، أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها، وغايتها ضمان اتفاق هذه النصوص مع القيم التي احتضنها الدستور، بما مؤداه تعلق رقابتها بالقانون بمعناه الموضوعي الأعم، محدداً على ضوء كل قاعدة قانونية تضمنها تنظيم تشريعي، أصلياً كان أم فرعياً. وإذ كان النزاع الراهن يتعلق بلائحة أقرها مجلس إدارة الجمعية التعاونية للبترو، منظماً بها أوضاع عمالها فيما يتعلق بمرتباتهم وعلاواتهم ومكافأة الميزة الأفضل التي يستحقونها وأسس حسابها، فإن أحكامها - ويندرج تحتها البند ثالثاً المطعون عليه - لا تعتبر تشريعاً بالمعنى الموضوعي، ولا تمتد إليها بالتالي الرقابة

(١) الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، رقم ٤٥٨، ص ٧٥٣-٧٥٥.

التي تتولاها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية. وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان النزاع الراهن يتعلق بلائحة أقرها مجلس إدارة الجمعية التعاونية للبتول، منظمًا بها أوضاع عملها فيما يتعلق بمرتباتهم وعلاواتهم ومكافأة الميزة الأفضل التي يستحقونها وأسس حسابها؛ فإن أحكامها - ويندرج تحتها البند ثالثاً المطعون عليه - لا تعتبر تشريعاً بالمعنى الموضوعي، ولا تمتد إليها بالتالي الرقابة التي تتولاها هذه المحكمة في شأن الشرعية الدستورية. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى^(١).

وحيث إن من المقرر أن البحث في اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر دعوى أو طلب سابق بالضرورة على الخوض في شرائط قبولها أو الفصل في موضوعهما، وتواجهه المحكمة من تلقاء ذاتها. وحيث إن نص المادة (١٧٧) من الدستور السابق الصادر في ٢٥ ديسمبر سنة ٢٠١٢، كان قد عهد إلى المحكمة الدستورية العليا الاختصاص بالرقابة السابقة على مشروعات القوانين المنظمة لمباشرة الحقوق السياسية وللاختصاص بالرقابة السابقة والمحلية، إلا أن الدستور الحالي الصادر في ١٨ يناير سنة ٢٠١٤، قد ألغى بنص المادتين (١٩٢) و(٢٤٦) منه هذا الاختصاص، وقصر ولاية المحكمة الدستورية العليا في رقابة دستورية القوانين واللوائح على الرقابة اللاحقة دون غيرها، بما مؤداه أن الطلب المطروح بشأن تقرير مدى مطابقة مشروع قانون مجلس النواب لمقتضى قرار المحكمة المشار إليه، والذي يرتبط بالرقابة السابقة - التي ألغيت بمقتضى الدستور الحالي - ويعد فرعاً منها، يخرج عن ولاية هذه المحكمة أو أي جهة أخرى، مما يتعين معه القضاء بعدم اختصاص المحكمة بنظر هذا الطلب^(٢).

(ثالثاً) الحكم باعتبار الخصومة منتهية (أو بعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل في المسألة الدستورية):

حيث أن المحكمة الدستورية العليا قد سبق لها أن حسمت المسألة الدستورية المثارة في الدعوى الراهنة بحكمها الصادر في ٢٠٠٠/٣/٤ في القضية رقم ١٨١ لسنة ١٩ قضائية

(١) الطعن رقم ١٠٦ س ١٨ ق جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٨ ج ١ ص ٩٨٥.

(٢) الطلب المقيد بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٥ س ٣٥ ق «رقابة سابقة» جلسة ١١ أبريل ٢٠١٥، الجريدة الرسمية - العدد ١٦ مكرر (ج) ٢٢ أبريل ٢٠١٥، ص ٣٨.

«دستورية»، حيث قضت برفض الدعوى لموافقة النص لأحكام الدستور، وقد نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بعددها الصادر في ٢٠/٣/٢٠٠٠. ولما كان مقتضى أحكام المادتين (٤٨ و ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولاً فصلًا في المسألة التي فصل فيها، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد، فإن الخصومة في الدعوى الماثلة تكون غير مقبولة لسابقة الفصل في المسألة الدستورية محل الدعوى^(١).

حيث إن هذه المحكمة سبق أن حسمت المسألة الدستورية المثارة في الدعوى الراهنة بحكمها الصادر بجلسته ١٠/٢/٢٠٠٢ في القضية رقم ١٨٢ لسنة ٢١ قضائية «دستورية» القاضي برفض الدعوى طعنًا على نص المادة (٧٢) المشار إليه، وإذ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بعددها رقم (٩ تابع) بتاريخ ٢٨/٢/٢٠٠٢، وكان مقتضى أحكام المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة وبالنسبة للدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصلًا في المسألة التي المقضي فيها، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد، ومن ثم فإن الدعوى الماثلة تكون غير مقبولة^(٢).

إن هذه المحكمة سبق لها وأن حسمت المسألة الدستورية المثارة في الدعوى الماثلة، وذلك بحكمها الصادر في الدعوى رقم ٦ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية» بجلسته ١٤/٤/٢٠٠٢ والذي قضى «بعدم دستورية نص الفقرة الرابعة من المادة (١٧) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما تضمنه من قصر استمرار عقد الإيجار على الزوجة المصرية وأولادها من زوجها المستأجر غير المصري عند انتهاء إقامته بالبلاد فعلاً أو حكماً دون الزوج المصري وأولاده من زوجته غير

(١) الطعن رقم ١٤٨ س ٢١ ق جلسة ١٧ أغسطس ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية س ١٠ ج ١ ص ١١٨٧.

(٢) الطعن رقم ١٨٣ س ٢١ ق جلسة ١١ مايو ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية س ١٠ ج ١ ص ١١٠٨.

المصرية». وإذ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٧/٤/٢٠٠٢ في العدد رقم ١٧ (تابع). وكان مقتضى نص المادتين (٤٨ و ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته، فإن الخصومة في الدعوى الماثلة - وهي عينية بطبيعتها - تغدو منتهية^(١).

حسنت المحكمة الدستورية العليا الأمر في شأن نص المادة (٥٢) من قانون رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٣/١/٢٠٠٢ بحكمها الصادر في القضية رقم ٥٥ لسنة ٢٣ قضائية «دستورية» والذي قضى بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (١) والمادة (٥٢) من القانون المشار إليه وسقوط المواد (٥٣ و ٥٥ و ٥٦ و ٥٧ و ٥٨ و ٥٩ و ٦٠ و ٦١ و ٦٢) من القانون ذاته والمادتين (٢١٠ و ٢١٢) من قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون رأس المال المشار إليه. وإذ نشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية بعددها رقم ٤ (تابع) بتاريخ ٢٤/١/٢٠٠٢ وكان مقتضى أحكام المادتين (٤٨ و ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة، وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصلاً لا يقبل تعقيباً من أي جهة كانت، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه، أو إعادة طرحه عليها من جديد فإن الخصومة في الدعوى الراهنة تكون منتهية^(٢).

(رابعاً) قبول الدعوى ورفضها: الفرض في الحكم بقبول الدعوى أن يثبت للمحكمة عدم دستورية النص المطعون عليه؛ سواء لعيب شكلي أم عيب موضوعي على التفصيل السابق^(٣). أما الحكم برفض الدعوى، فهو يقتضي أن يثبت للمحكمة. رغم استيفاء الدعوى لشرائط قبولها من الناحية الإجرائية والشكلية - سلامة وصحة النص الطعين.

(١) الطعن رقم ١٨٨ س ٢٠ ق جلسة ١٧ أغسطس ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية س ١٠ ج ١ ص ١١٩٠ .

(٢) الطعن رقم ٣٧٥ س ٢٣ ق جلسة ٦ يوليو ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية س ١٠ ج ١ ص ١١٦٩ .

(٣) الدكتور نبيلة عبد الحليم كامل: المرجع السابق، ص ٥٨ .

المبحث الرابع الأثر المترتب على الحكم

(أ) نص القانون: نصت المادة ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن «أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن». كما نصت المادة ٤٩ من ذات القانون على أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة. وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها. ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر أسبق، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كان لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه (الفقرة الثالثة مضافة بالقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨).

ومفاد هذين النصين: أولاً أن أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا باتة وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق، وثانياً أنه ما لم تحدد المحكمة الدستورية العليا تاريخاً آخر لنفاذ أحكامها، فإن الأصل أن قضاءها بعدم الدستورية المتعلق بنص غير جنائي - عدا النصوص الضريبية - يكون له أثر رجعي ينسحب إلى الأوضاع والعلاقات التي اتصل بها ويؤثر فيها، حتى ما كان منها سابقاً على نشره في الجريدة الرسمية، ما لم تكن الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي بات قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه «حيث إن هذه المحكمة سبق لها أن حسمت المسألة الدستورية المثارة في هذه الدعوى بحكمها الصادر بجلسته ٢٠٠٢/١١/٣ في

(١) الطعن رقم ١٩٢ س ٢١ ق جلسة ١٢ يناير ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٨٩٨.

القضية رقم ٧٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، وكان محل الطعن فيها نص الفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، وقضى ذلك الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه، فيما لم يتضمنه من النص على انتهاء عقد الإيجار الذي يلتزم المؤجر بتحريره لمن لهم الحق في شغل العين بانتهاء إقامة آخرهم بها سواء بالوفاة أو بالترك، ورفض ماعدا ذلك من طلبات وهذا قضاء برفض الطعن على نص الفقرة الأولى من المادة (٢٩) سالف الذكر وبدستوريته وبتحديد اليوم التالي لنشر هذا الحكم تاريخاً لإعمال أثره، وفي تفصيل ذلك أشار الحكم في أسبابه إلى أنه «... . إذ كان ذلك فإن المحكمة ترى إعمال الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانونها، وتحدد لسريان هذا الحكم تاريخاً آخر هو اليوم التالي لنشره، بما مؤداه أن جميع العقود التي أبرمت قبل هذا التاريخ إعمالاً لحكم الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، وتنزل منزلتها الوقائع التي ترتب عليها قيام التزام المؤجر بتحرير عقود إيجار، فتعد عقوداً قائمة حكماً حيث كان يجب تحريرها وتظل قائمة ومنتجة لكافة آثارها القانونية وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) المشار إليها" وإذ نشر ذلك الحكم في الجريدة الرسمية بعددها رقم ٤٦ بتاريخ ١٤/١١/٢٠٠٢، وكان مقتضى نص المادتين ٤٨، ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة وبالنسبة إلى الدولة وسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصللاً في المسألة المقضي فيها، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد، فإن الخصومة في الدعوى الماثلة تغدو منتهية^(١). وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص من النصوص التشريعية يأخذ أثرها أحد صور ثلاث:

الصورة الأولى، هي الامتناع عن تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته دون التعرض لوجود النص نفسه، وهذا ما كان عليه العمل في مصر قبل وجود القضاء الدستوري، وهو ما عليه العمل والتطبيق في الولايات المتحدة الأمريكية.

(١) الطعن رقم ١٩٥ س ٢٤ ق جلسة ١٤ ديسمبر ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١١ ج ١ ص ١٦١.

الصورة الثانية، هي أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي يؤدي إلى إلغاء النص التشريعي نفسه أو إلغاء القانون كله إذا حكم بعدم دستوريته كله، وهذا ما يجري عليه العمل في إيطاليا.

الصورة الثالثة، وهي تقترب من ناحية أثرها العملي من الصورة الثانية، وهي التي أخذ بها الشارع المصري حالياً؛ باعتبار أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي وفقاً لما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا يؤدي إلى إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته، وهو ما يؤدي إلى فقد قيمته العملية في التطبيق، فيصبح وكأنه غير موجود^(١).

ويرى البعض أن النص التشريعي الذي يحكم بعدم دستوريته، يبقى قائماً من الناحية النظرية؛ لأن المحكمة الدستورية لا تملك ولاية النطق بإلغائه، إلا أنه بسبب الحجية المطلقة التي يتمتع بها الحكم بعدم دستورية تشريع ما فإنه يفقد قيمته القانونية، مما يلزم جميع جهات القضاء بالامتناع عن تطبيقه^(٢).

ويضيف البعض الآخر أن إلغاء قوة نفاذ القانون أو النص المقضي بعدم دستوريته، يتساوى عملاً مع الإلغاء بعد أن سقط هذا النص من مجال التطبيق، وفقاً للتحديد الذي رسمه المشرع، بحيث لا يكون بوسع أية جهة تطبيقه على عكس حكم المحكمة الدستورية الصادر بعدم دستوريته^(٣).

(أ) حكم المحكمة الدستورية غير قابل للطعن: يستفاد من نص المادة ٤٨ من قانون المحكمة أن الشارع أراد أن يجعل القضاء الدستوري، ممثلاً في المحكمة الدستورية العليا، درجة واحدة، أحكامها وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن.

وقد أراد الشارع بذلك أن يحسم الأمر، مرة واحدة، بواسطة محكمة متخصصة، وبالأحرى محكمة مركزية، وهو ما يؤكد على أهمية الرقابة الدستورية المركزية التي عرفها النظام المصري،

(١) الدكتور عادل الطبطبائي: شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، ص ٦٢-٦٣؛ الدكتورة عزيزة حامد الشريف: أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة، المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان (دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري) - مصر، مارس ١٩٩٨، ص ٢٠٨.

(٢) الدكتور طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، دراسة مقارنة في رقابة الدستورية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٣ ص ٢٩٠-٢٩١.

(٣) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤٧٠.

منذ إنشاء القضاء الدستوري المتخصص^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه «إن المحكمة الدستورية العليا سبق أن قضت بحكمها الصادر بجلسة ١٧ مايو ١٩٨٦ في القضية رقم ٥ لسنة ٥ قضائية «دستورية» بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٨٢ فيما تضمنته من استبدال عبارة «المحافظ المختص» بعبارة «وزير الإسكان» الواردة بالفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وذلك تأسيساً على مخالفتها لنص المادة ١٤٤ من الدستور لانطوائها على تعديل للاختصاص الدستوري بإصدار اللوائح التنفيذية الذي سبق وأن عين القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من له الحق في ممارسته فحصره في وزير الإسكان والتعمير الذي يستقل منذ العمل بهذا القانون بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذ الفقرة الثانية من مادته الأولى. إذ كان ذلك، وكان قضاء هذه المحكمة في هذا النطاق له حجية مطلقة حاسمة للخصومة بشأن دستوريتهما حسماً قاطعاً مانعاً من نظر أي طعن يثور من جديد بشأنها، فإن المصلحة في هذا الشق من الدعوى الماثلة تكون قد انتفت و يتعين الحكم بعدم قبولها^(٢).

وأساس ذلك أن المحكمة الدستورية العليا، لا تعتبر جهة طعن في الأحكام الصادرة عن جهات القضاء، أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، ولا تمتد ولايتها بالتالي إلى مراقبة سلامة تطبيقها للقانون، وإنما يقتصر بحثها _ في مجال فض النزاع المدعى به على الاختصاص _ على إعمال القواعد التي تقوم بتوزيع الاختصاص الولائي بين مختلف الجهات القضائية والهيئات ذات الاختصاص القضائي _ والتي ضبطها المشرع بتفويض من المادة ١٦٧ من الدستور _ لتحدد المحكمة الدستورية العليا على ضوءها، أيها أحق بإسناد ولاية الفصل في الخصومة إليها، وأحراها بمواجهة موضوعها^(٣).

ويفرق البعض بشأن نهائية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بين ما إذا كانت المحكمة

(١) الدكتور يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٢١٧.

(٢) الطعن رقم ١٣ س ٨ ق جلسة أول إبريل ١٩٨٩ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ١٦٥.

(٣) الطعن رقم ١٠ س ١٥ ق جلسة ٤ يونيو ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٦ ج ١ ص ٨٦٧.

قد قضت بعدم دستورية القانون أو قضت بدستوريته. ففي الحالة الأولى الحكم الصادر بعدم الدستورية يصبح الحكم نهائياً، ويصير حجة على الكافة؛ لأن حجتيه مطلقة، ومن ثم يصبح بحث دستورية هذا النص غير مقبول، بأية طريقة من الطرق. أما في الحالة الثانية، أي إذا قضت المحكمة بأن النص دستوري، لا يعتريه عيب عدم الدستورية، فليس ثمة ما يمنع من الطعن بعدم الدستورية تأسيساً على أسباب أو طعون مغايرة لتلك التي أقيم عليها الطعن للمرة الأولى، أمام المحكمة الدستورية^(١).

بيد أن عدم القابلية للطعن لا تحول دون مراجعة الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في ثلاث حالات: الأولى تصحيح الأخطاء المادية الواردة في منطوق الحكم، والثانية طلب تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام، الثالثة دعوى إغفال بعض الطلبات^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أنه «وحيث إن المادة (٥١) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تنص على أن «تسري على الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة، فيما لم يرد به نص في هذا القانون القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة تلك الأحكام والقرارات وتنص المادة (١٩٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه «يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام، ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى. ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية».

وحيث إنه وإن كانت المادة (٤٨) من قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على أن «أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن»، إلا أنه لما كانت دعوى التفسير لا تعد طريقاً من طرق الطعن في الأحكام ولا تمس حجيتها، وإنما تستهدف استجلاء ما وقع فيها قضي

(١) الدكتور نبيلة عبد الحليم كامل: المرجع السابق، ص ٨٧، ٨٨.

(٢) الدكتور أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، ١٩٩٣؛ الدكتور طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، ص ٢٩٩-٣٠٠.

به الحكم المطلوب تفسيره من غموض أو إبهام للوقوف على حقيقة ما قصدته المحكمة بحكمها حتى يتسنى تنفيذ الحكم بما يتفق وهذا القصد دون المساس بما قضى به الحكم المفسر بنقص أو زيادة أو تعديل، ومن ثم فإن القواعد المقررة في قانون المرافعات بشأن دعوى التفسير تسري على الأحكام والقرارات الصادرة من هذه المحكمة.

وحيث إن المستقر في قضاء هذه المحكمة أن مناط إعمال نص المادة (١٩٢) من قانون المرافعات سالف الذكر، أن يكون محل طلب التفسير ما وقع في منطوق الحكم، أو أسبابه المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً جوهرياً مكوناً لجزء منه مكملاً له، من غموض أو إبهام يثير خلافاً حول فهم المعنى المراد منه، أما إذا كان قضاء الحكم واضحاً جلياً لا يشوبه غموض ولا إبهام، فإنه لا يجوز الرجوع إلى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للعدول عن الحكم أو المساس بحجتيه. كما استقر قضاؤها على أنه يتعين استظهار دعوى التفسير على أساس ما قضى به الحكم المطلوب تفسيره إن كان ثمة وجه في الواقع والقانون لذلك، دون التجاوز إلى تعديل ما قضى به. لما كان ذلك وكان الحكم المطلوب تفسيره - في الدعوى الماثلة - قد جاء واضحاً في تحديد موضوع المسألة الدستورية التي فصل فيها، صريحاً فيما خلص إليه، قائماً على أسس ودعائم جلية تتصل بمبادئ دستورية مترابطة، كما ورد منطوقه واضحاً لم يشبه ثمة غموض أو إبهام، ومن ثم فلا يوجد ما يستوجب تفسيره، ويكون ما تطلبه الشركة المدعية من تفسير لقضاء هذا الحكم في غير محله لتجاوز ما تثيره نطاق موضوع الدعوى التي فصل فيها، الأمر الذي يتعين معه رفض الدعوى^(١).

وحيث إن المادة (٥١) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تنص على أن تسرى على الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة، فيما لم يرد به نص في هذا القانون، القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة تلك الأحكام والقرارات. وتنص المادة (١٩٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أن يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو

(١) الطعن رقم ١ س ٢١ ق جلسة ١٣ مارس ٢٠٠٥ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١١ ج ٢ ص ٣٠٦٧.

إبهام، ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية. وحيث إنه وإن كانت المادة (٤٨) من قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على أن «أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن». إلا أنه لما كانت دعوى التفسير لا تُعد طريقاً من طرق الطعن في الأحكام ولا تمس حجيتها، وإنما تستهدف استجلاء ما وقع فيما قضى به الحكم المطلوب تفسيره من غموض أو إبهام للوقوف على حقيقة ما قصده المحكمة بحكمها حتى يتسنى تنفيذ الحكم بما يتفق وهذا القصد دون المساس بما قضى به الحكم المفسر بنقص أو زيادة أو تعديل، ومن ثم فإن القواعد المقررة في قانون المرافعات بشأن دعوى التفسير تسرى على الأحكام والقرارات الصادرة من هذه المحكمة.

وحيث إن المستقر في قضاء هذه المحكمة أن مناط إعمال نص المادة (١٩٢) من قانون المرافعات السالف الذكر، أن يكون محل طلب التفسير ما وقع في منطوق الحكم -أو أسبابه المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً جوهرياً مكوناً لجزء منه مكماً له، سواء كان الحكم في الدعوى الدستورية قد قضى بعدم دستورية النص الطعين أو برفض الدعوى أو بعدم قبولها، أما إذا كان قضاء الحكم واضحاً جلياً لا يشوبه غموض أو إبهام، فإنه لا يجوز الرجوع إلى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للعدول عن الحكم أو المساس بحجتيه. كما استقر قضاؤها على أنه يتعين استظهار دعوى التفسير على أساس ما قضى به الحكم المطلوب تفسيره إن كان ثمة وجه في الواقع أو القانون لذلك، دون التجاوز إلى تعديل ما قضى به. لما كان ذلك وكان الحكم المطلوب تفسيره - في الدعوى الماثلة - جاء واضحاً في تحديد موضوع المسألة الدستورية التي فصل فيها، صريحاً فيما خلص إليه، قائماً على أسس ودعائم جلية تتصل بمبادئ دستورية مترابطة، كما ورد بمنطوقه - وما ارتبط به من أسباب - واضحاً جلياً لم يشبه أي غموض أو إبهام، ومن ثم لا يوجد ما يستوجب تفسيره، ويكون ما تطلبه الشركة المدعية من تفسير لقضاء هذا الحكم - سواء ما ورد بالمنطوق أو الأسباب المرتبطة به ارتباطاً لا يقبل التجزئة - في غير محله، الأمر الذي يضحى معه طلبها - في هذا النطاق - غير مقبول^(١).

(١) الطعن رقم ٢ س ٣١ ق جلسة ٣١ يوليو ٢٠١١.

وحيث إن المادة (٥١) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تنص على أن تسرى على الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة فيما لم يرد به نص في هذا القانون القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة تلك الأحكام والقرارات وتنص المادة (١٩٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه "يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام، ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ويسري عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية. وحيث إنه وإن كانت المادة (٤٨) من قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على أن «أحكام المحكمة وقراراتها نهائية غير قابلة للطعن» إلا أنه لما كانت دعوى التفسير لا تعد طريقاً من طرق الطعن في الأحكام ولا تمس حجيتها، وإنما تستهدف استجلاء ما وقع فيما قضى به الحكم المطلوب تفسيره من غموض أو إبهام للوقوف على حقيقة ما قصده المحكمة بحكمها حتى يتسنى تنفيذ الحكم بما يتفق وهذا القصد دون المساس بما قضى به الحكم المفسر بنقص أو زيادة أو تعديل، ومن ثم فإن القواعد المقررة في قانون المرافعات بشأن دعوى التفسير تسري على الأحكام والقرارات الصادرة من هذه المحكمة. وحيث إن المستقر في قضاء هذه المحكمة أن مناط إعمال نص المادة (١٩٢) من قانون المرافعات السالف الذكر، أن يكون محل طلب التفسير ما وقع في منطوق الحكم، أو أسبابه المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً جوهرياً مكوناً لجزء منه مكماً له، من غموض أو إبهام يثير خلافاً حول فهم المعنى المراد منه، أما إذا كان قضاء الحكم واضحاً جلياً لا يشوبه غموض ولا إبهام، فإنه لا يجوز الرجوع إلى المحكمة لتفسير هذا القضاء حتى لا يكون التفسير ذريعة للعدول عن الحكم أو المساس بحجتيه، لما كان ذلك وكان الحكم المطلوب تفسيره - في الدعوى الماثلة - قد انتهى إلى عدم قبول الدعوى، وكان لا خفاء في منطوقه ولا في الدعائم التي قام محمولاً عليها فإنه يتعين الحكم بعدم قبول الدعوى^(١).

(١) الطعن رقم ٣ س ٣١ ق جلسة ١١ أبريل ٢٠١٠.

-الثابت أن حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في الدعوى رقم ٥٣ لسنة ٣ قضائية «دستورية» بتاريخ ١٥ أبريل سنة ١٩٨٩ قد تعقب طلبات المدعية فيها، وما استهدفته من تلك الدعوى بالفصل في دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة، و في مدى دستورية المادتين الثانية و السادسة. وقضت المحكمة - استنادا إلى الأسباب التي أوضحتها الحكم المشار إليه - بعدم قبول الدعوى، ومن ثم فإن الدعوى الماثلة - وعلى ضوء وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح - لا تندرج في أحوال الإغفال التي نص عليها قانون المرافعات المدنية والتجارية في المادة (١٩٣) منه وتعتبر في حقيقتها طعناً في الحكم الصادر من هذه المحكمة في الدعوى المشار إليها، بالمخالفة لنص المادة (٤٨) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ التي تقضي بأن أحكام المحكمة و قراراتها نهائية و غير قابلة للطعن، الأمر الذي تكون معه الدعوى غير مقبولة^(١).

(ب) **الحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية:** مفاد نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية أنه خروجاً على المبدأ العام في قانون المرافعات، من حيث نسبية آثار الأحكام بين الخصوم أنفسهم وفي نفس الموضوع، أضفى الشارع على حكم المحكمة الدستورية العليا، حجية مطلقة، بمعنى أن أثره لا يقتصر على أطراف الدعوى، وإنما للحكم حجية على جميع سلطات الدولة وكافة الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين.

ويتفق الأثر المطلق مع هدف الشارع من إنشاء المحكمة الدستورية العليا، وجعلها صاحبة الاختصاص في الرقابة على دستورية القوانين^(٢).

نطاق الحجية المطلقة: ثار نزاع وجدل فقهي وقضائي حول اعتبار الحجية تقتصر على الأحكام الصادرة بعدم الدستورية أم تمتد لتشمل الأحكام الصادرة برفض الدعوى.

ذهب البعض إلى التفرقة بين الأحكام الصادرة بعدم الدستورية والأحكام الصادرة برفض

(١) الطعن رقم ١ س ١١ ق جلسة ٢ فبراير ١٩٩١ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٤ ج ١ ص ٥٤٩.

(٢) الدكتور نبيلة عبد الحليم كامل: المرجع السابق، ٨٨، ٨٩.

الدعوى، وقصر نطاق الحجية المطلقة على النوع الأول دون الثاني من الأحكام، بمعنى أن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية تكون حجيتها مطلقة؛ إذ لا يقبل الادعاء بدستوريتها، طالما شابها عيب من العيوب، مما ينفي عنها تلك الصفة، وبين الأحكام الصادرة برفض الدعوى فتكون حجيتها نسبية؛ إذ يمكن الطعن عليها لأسباب ووجوه طعن مغايرة لتلك التي صدر الحكم بناء عليها^(١).

واستند هذا الرأي على دعامين أو حجتين: الأولى فنية والثانية عملية.

فمن الناحية الفنية، فإن الهدف من إنشاء القضاء الدستوري هو «الحفاظ على مبادئ الدستور وصون أحكامه من الخروج عليه»، وهو الأمر الذي دفع بالشارع الدستوري إلى تقرير مركزية الرقابة الدستورية، ولكن هذا الهدف لا يمكن بلوغه، على الوجه الأفضل، إذا أغلق الباب أمام الأفراد، أن يلوذوا بالقضاء الدستوري لمجرد صدور حكم سابق من المحكمة الدستورية بأن النص المراد تطبيقه عليهم سبق أن قضت المحكمة بدستوريته. فالدعوى الدستورية مع التسليم بطبيعتها الخاصة، هي مثل سائر الدعاوى، فيما يتصل بالطعن عليها والأسباب التي يستند إليها هذا الطعن؛ إذ ينهض على اجتهد الأفراد من متخصصين (المحامون) أو الأفراد أصحاب الشأن وعلى وجهة نظر القاضي الذي يفصل في الدعوى. وقد يخطئ محام، ويفوته أوجه طعن صحيحة في القانون، والمحكمة مقيد بوجه الطعن، فيدفع بعدم دستوريته استناداً إلى أوجه طعن غير كافية، فإذا قضت المحكمة بعدم دستوريته تحصن النص القانوني ربما على غير الواقع، لمجرد خطأ أو لبس وقع فيه محام غير محترف.

ومن الناحية العملية، فالحزب الحاكم غالباً هو حزب الأغلبية، وقد يحرص البرلمان على إصدار قانون مشوب بعدم الدستورية، لتحقيق مأرب سياسي للحزب، وتحسباً لإلغائه من جانب المحكمة الدستورية العليا، إذ أثر نزاع جدي في الموضوع، يفتعل بعض أعضاء حزب

(١) ؛ الدكتور عادل الططباي: شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، ص ٦٢-٦٣ ؛ الدكتور محمد السيد زهران: الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س١٤، العدد الأول، يناير / مارس ١٩٧٠ ص ١٤٠ وما بعدها؛ الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل: المرجع السابق، ص ٩١-٩٤ .

الأغلبية نزاعاً حول دستورية القانون، ولكنهم في نعيمهم عليه، لا يستندون إلى الأسباب الحقيقية، ويصلون إلى رفض الطعن والقضاء بدستورية القانون، فيكون قد تحصن بصفة نهائية وبالمخالفة لمبدأ المشروعية.

وقد أيدت المحكمة العليا هذا القضاء^(١).

وقد ذهب الرأي السائد في الفقه إلى القول بأن أحكام المحكمة الدستورية، سواء كانت صادرة لتؤكد الصفة الدستورية للنص المطعون عليه، أو لتنفي عنه هذه الصفة، فإنها جميعها تحظى بالحجية المطلقة؛ واستند أنصار هذا الرأي على حجتين: الأولى أنه في مجال القضاء الإداري، إنه من المقرر أن الحكم برفض دعوى إلغاء قرار إداري هو حكم له حجية نسبية، أي أن حجة على أطرافه فحسب، ولا تمتد الحجية إلى غيرهم، بمعنى أن من لم يكن طرفاً في تلك الخصومة التي انتهت برفض دعوى إلغاء القرار الإداري، لا يوجد ما يحول بينه وبين رفع دعوى من جديد يطلب فيها إلغاء ذات القرار الإداري الذي حكم برفض إلغائه في دعوى سابقة بين أطراف آخرين، في حين أن الحكم بإلغاء قرار إداري هو حكم له حجية مطلقة بالنسبة للكافة؛ لأنه لا يتصور أن يكون القرار منعدماً وغير منعدم في نفس الوقت، فمن المسلم به أن إلغاء القرار الإداري هو إلغاء له في مواجهة الأفراد جميعاً، ومن هنا كان الحكم بالإلغاء ذا حجية مطلقة. بيد أن ذلك لا يعني أن تعامل الدعوى الدستورية - باعتبارها دعوى عينية شأنها شأن دعوى الإلغاء، وبمعنى آخر أن يعامل النص التشريعي معاملة القرار الإداري؛ لأن القرار قد يكون صحيحاً بالنسبة للفرد، ولا يكون صحيحاً في الوقت نفسه بالنسبة لفرد آخر، ولكن النص التشريعي العام المجرد يلحق العيب في ذاته إن وجد ذلك العيب، ويبرأ من العيب عندما ينتفي ذلك العيب.

الحجة الثانية أن المحكمة الدستورية العليا قد أيدت بوضوح أن الأحكام الصادرة منها لها حجية مطلقة قبل الكافة، وتلتزم بها جهات القضاء، سواء انتهت إلى عدم دستورية النص

(١) الطعن رقم ٨ س ٣ عليا مشار إليه بالنظرية العامة للقانون الدستوري للدكتور رمزي الشاعر، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ١٩٨٣، ص ٦٠٨.

المطعون فيه أم إلى دستوريته^(١). وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا الاتجاه الأخير، سواء بالنسبة للأحكام الصادرة بعدم دستورية النص الطعين، أم بالنسبة لرفض الدعوى.

فبالنسبة لعدم دستورية النص قضت «إن هذه المحكمة سبق لها وأن حسمت المسألة الدستورية المثارة في الدعوى الماثلة، وذلك بحكمها الصادر في الدعوى رقم ٦ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية» بجلسة ٢٠٠٢/٤/١٤ والذي قضى «بعدم دستورية نص الفقرة الرابعة من المادة (١٧) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما تضمنه من قصر استمرار عقد الإيجار على الزوجة المصرية وأولادها من زوجها المستأجر غير المصري عند انتهاء إقامته بالبلاد فعلاً أو حكماً دون الزوج المصري وأولاده من زوجته غير المصرية». وإذ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٧/٤/٢٠٠٢ في العدد رقم ١٧ (تابع). وكان مقتضى نص المادتين (٤٨ و ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته، فإن الخصومة في الدعوى الماثلة - وهي عينية بطبيعتها - تغدو منتهية^(٢).

- حسمت المحكمة الدستورية العليا الأمر في شأن نص المادة (٥٢) من قانون رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة بتاريخ ١٣/١/٢٠٠٢ بحكمها الصادر في القضية رقم ٥٥ لسنة ٢٣ قضائية «دستورية» والذي قضى بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (١٠) والمادة (٥٢) من القانون المشار إليه وسقوط المواد (٥٣ و ٥٥ و ٥٦ و ٥٧ و ٥٨ و ٥٩ و ٦٠ و ٦١ و ٦٢) من القانون ذاته والمادتين (٢١٠ و ٢١٢) من قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون رأس المال المشار إليه. وإذ نشر هذا الحكم

(١) الدكتور رمزي طه الشاعر: المرجع السابق، ص ٦٠٨؛ الدكتور طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، ص ٢٨٩؛ الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤٦٥؛ الدكتور عوض المر: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، رقم ١٠٥ ص ١٣٧ وما بعدها.

(٢) الطعن رقم ١٨٨ س ٢٠ ق جلسة ١٧ أغسطس ٢٠٠٣ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١١٩٠.

بالجريدة الرسمية بعددها رقم ٤ (تابع) بتاريخ ٢٤/١/٢٠٠٢ وكان مقتضى أحكام المادتين (٤٨) و (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصلاً لا يقبل تعقيماً من أي جهة كانت، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه، أو إعادة طرحه عليها من جديد فإن الخصومة في الدعوى الراهنة تكون منتهية^(١).

- حيث أن المحكمة الدستورية العليا سبق أن قضت بجلسته ١٩٩٩/٦/٥ في القضية رقم ١٥٣ لسنة ١٩ ق «دستورية» بعدم دستورية الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٨٤) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣. وبسقوط كل من فقرتها الثالثة والمادة (٨٥) من هذا القانون. ونشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بالعدد رقم ٢٤ تاريخ ١٧/٦/١٩٩٩. وإذ كانت الخصومة في الدعوى الماثلة تتعلق بذات النصوص التشريعية التي سبق أن قضت هذه المحكمة بعدم دستورتها في الدعوى السابقة، وكان مقتضى المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولاً فصلاً لا يقبل تأويلاً ولا تعقيماً من أية جهة كانت، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته، فإن الخصومة في الدعوى الراهنة تكون منتهية^(٢).

وحيث إن هذه المحكمة سبق لها أن حسمت المسألة الدستورية المثارة في الدعوى الماثلة بحكمها الصادر بجلستها المعقودة في ١٢/٣/٢٠٠٦ في القضية رقم ١٢٠ لسنة ٢٧ قضائية «دستورية» والذي قضى بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة (٥٦) من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ المعدل بالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٨٠ وذلك فيما نصت عليه من عدم جواز الحكم بوقف تنفيذ العقوبة. وقد نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية في العدد رقم (١٣) مكرر بتاريخ ٥/٤/٢٠٠٦، وكان مقتضى نص المادتين (٤٨ و ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية

(١) الطعن رقم ٣٧٥ س ٢٣ ق جلسة ٦ يوليو ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١١٦٩.

(٢) الطعن رقم ١٤٧ س ٢١ ق جلسة ١٦ فبراير ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٩٣١.

العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصلاً في المسألة المقضي بها، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته، الأمر الذي تغدو معه الخصومة في الدعوى الماثلة منتهية^(١).

وحيث إن المحكمة الدستورية العليا سبق أن حسمت المسألة الدستورية المتعلقة بنص المادة (٢٦) من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ بعد استبدالها بالمرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٢ المطعون عليها، وذلك بحكمها الصادر بجلسة ٢٠١٤/١١/٨ في القضية رقم ١٩٦ لسنة ٣٥ قضائية «دستورية» والذي قضى بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة (٢٦) من القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر المستبدلة بالمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٢ فيها تضمنه من استثناء تطبيق أحكام المادة (١٧) من قانون العقوبات بالنسبة للجريمتين المنصوص عليهما بالفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ذاتها، وقد نُشر هذه الحكم في العدد رقم (٤٥) مكرراً (ب) من الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠١٤/١١/١٢، كما قضت بجلسة ٢٠١٥/٢/١٤ في القضية رقم ٨٨ لسنة ٣٦ قضائية «دستورية» بعدم دستورية النص المشار إليه في مجال إعماله بالنسبة للجريمة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة ذاتها، وقد نُشر هذا الحكم في العدد رقم (٨) مكرر (و) من الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠١٥/٢/٢٥. وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان مقتضى نص المادتين (٤٨) و(٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولاً فصلاً في المسألة المقضي فيها لا يقبل تأويلاً أو تعقيباً من أية جهة، وهي حجية تحول دون إعادة طرحه عليها من جديد الأمر الذي تضحى معه الخصومة في الدعوى الماثلة منتهية وهو ما يتعين القضاء به^(٢).

(١) الطعن رقم ٥٠ س ٢٨ ق جلسة ١١ فبراير ٢٠٠٧.

(٢) الطعن رقم ١٦٧ س ٣٦ ق جلسة ٥ سبتمبر ٢٠١٥.

وبالنسبة لحجية الحكم بالرفض؛ قضت إنه «حيث إن هذه المحكمة سبق أن حسمت المسألة الدستورية المثارة في الدعوى الراهنة بحكمها الصادر بجلسة ٢٠٠٢/٢/١٠ في القضية رقم ١٨٢ لسنة ٢١ قضائية «دستورية» القاضي برفض الدعوى طعنًا على نص المادة (٧٢) المشار إليه، وإذ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بعددها رقم (٩ تابع) بتاريخ ٢٨/٢/٢٠٠٢، وكان مقتضى أحكام المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة وبالنسبة للدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصلًا في المسألة التي المقتضى فيها، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد، ومن ثم فإن الدعوى الماثلة تكون غير مقبولة^(١).

وحيث إن المحكمة الدستورية العليا قد حسمت الأمر في شأن هذا النص بقضائها الصادر بتاريخ ٤/٨/٢٠٠١ في القضية رقم ٥٥ لسنة ٢٢ قضائية «دستورية» والذي قضى برفض الدعوى، ونشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بالعدد رقم ٣٣ تاريخ ١٦ أغسطس سنة ٢٠٠١. وحيث إنه تأسيساً على ما تقدم، وإذ كان مقتضى أحكام المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة، وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصلًا لا يقبل تعقياً من أية جهة كانت، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه، أو إعادة طرحه عليها من جديد، فإن الدعوى الراهنة تكون غير مقبولة^(٢).

وحيث إن هذه المحكمة سبق لها أن حسمت المسألة المثارة في الدعوى الراهنة بحكمها الصادر بجلستها المعقودة في ١٤ ابريل سنة ٢٠٠٢ في القضية رقم ٢٠٣ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية»، والذي قضى برفض الطعن بعدم دستورية نصوص المواد سالفه الذكر، وأسست قضائها - فيما يتعلق بالمادة الخامسة المطعون فيها فيما قرره من أثر رجعي للقانون رقم ٦ لسنة

(١) الطعن رقم ١٨٣ س ٢١ ق جلسة ١١ مايو ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ١١٠٨.

(٢) الطعن رقم ٣ س ٢٤ ق جلسة ١٣ إبريل ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٩٦٧.

١٩٩٧ - على أن هذا القانون - وهو تشريع في غير المواد الجنائية - قد توافر في حقه الشرط الذي استلزمته المادة (١٨٧) من الدستور بضرورة موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب على سريان أحكامه بالنسبة إلى الماضي، وقد نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٧/٤/٢٠٠٢ العدد ١٧ تابع. وكان مقتضى المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصلاً لا يقبل تأويلاً ولا تعقياً من أي جهة كانت، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو السعي إلى نقضه من خلال إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته، ومن ثم فإن الدعوى الراهنة تكون غير مقبولة^(١).

- حيث إن النص في المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - مقروءة على هدي الأحكام الصادرة من المحكمة بعدم دستورية بعض أجزاء منها - تنص في الفقرة الأولى منها على أنه «لا ينتهي عقد إيجار السكن بوفاة المستأجر أو تركه العين إذا بقى فيها زوجه أو أولاده أو أي من والديه الذين كانوا معه حتى الوفاة أو الترك» وتنص في فقرتها الأخيرة على أن «وفي جميع الأحوال يلتزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم الحق في الاستمرار في شغل العين، ويلتزم هؤلاء الشاغلون بطريق التضامن بكافة أحكام العقد» بينما تنص المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير الأماكن على أنه «لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية: أ- ب- ج- إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن مكان المؤجر أو أو وذلك دون إخلال بالحالات التي يميز فيها القانون للمستأجر تأجير المكان مفروشا أو

(١) الطعن رقم ٧٠ س ٢١ ق جلسة ١٣ إبريل ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٩٩٩؛ الطعن رقم ١٤٧ س ٢٢ ق جلسة ١٣ إبريل ٢٠٠٣ س ١٠ ج ١ ص ١٠٢٣؛ الطعن رقم ٥١ س ٢٠ ق جلسة ١٦ مارس ٢٠٠٣ س ١٠ ج ١ ص ٩٣٩؛ الطعن رقم ٥١ س ٢٣ ق جلسة ١٦ فبراير ٢٠٠٣ س ١٠ ج ١ ص ٩١٥.

أو تركه لذوى القربى وفقاً لأحكام المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧. وحيث إن المحكمة سبق أن حسمت المسائل الدستورية المثارة في هذه الدعوى، بحكمها الصادر بجلسة ٢٠٠٢/١١/٣ في القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٩ ق «دستورية»، الذي قضى برفض الطعن على المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ وبدستورية هذا النص، ثم بحكمها الصادر بذات الجلسة في القضية رقم ٧٠ لسنة (١٨) ق «دستورية» والذي قضى بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) المشار إليها، فيما لم يتضمنه من النص على انتهاء عقد الإيجار الذي يلتزم المؤجر لتحريره لمن لهم الحق في شغل العين بانتهاء إقامة آخرهم بها، سواء بالوفاة أو الترك، ورفض ما عدا ذلك من طلبات، وإذ نشر هذين الحكمين في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٠٢/١١/١٤ في العدد رقم (٤٦) لسنة ٤٥، وكان مقتضى أحكام المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولاً فصللاً لا يقبل تأويلاً ولا تعقيباً من أي جهة كانت، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد، فإن الخصومة في الدعوى الماثلة تغدو منتهية^(١).

حيث إن المحكمة الدستورية العليا سبق أن تعرضت لمدى دستورية النص المذكور - مع غيره من نصوص القانون المشار إليه - بقرارها الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٢٦ ثم بحكمها الصادر في القضية رقم ١٨٨ لسنة ٢٧ قضائية «دستورية» بجلسة ١٥ يناير سنة ٢٠٠٦ والذي قضت فيه برفض الدعوى بالنسبة للنص المطعون عليه، أي اتفاقه مع أحكام الدستور، وبذلك فإن هذه المحكمة تكون قد حسمت المسألة المثارة في الدعوى الماثلة، وإذ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٠٦/١/١٨ العدد ٢ مكرر، وكان مقتضى نصي المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة، وبالنسبة للدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولاً فصللاً لا يقبل تأويلاً ولا تعقيباً من أي جهة كانت، وهي حجية تحول

(١) الطعن رقم ٣٦ س ١٥ ق جلسة ١٢ يناير ٢٠٠٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٠ ج ١ ص ٨٥٤.

بذاتها دون المجادلة فيه وإعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته، ومن ثم فإن الدعوى الراهنة تكون غير مقبولة^(١).

وحيث إن المحكمة الدستورية العليا سبق لها أن حسمت المسألة الدستورية المتعلقة بهذا النص - محدداً نطاقه على النحو المتقدم- وذلك بحكمها الصادر بجلسة ٢٠٠٠/٦/٣ في الدعوى رقم ١٤٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» القاضي برفض الدعوى، وإذ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بعددها رقم ٢٤ بتاريخ ٢٠٠٠/٦/١٧، وكان مقتضى المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة إلى الدولة وسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصلًا في المسألة المقضي فيها، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه، أو إعادة طرحه عليها من جديد، فإن الدعوى الماثلة تكون غير مقبولة^(٢).

- حيث إن هذه المحكمة سبق لها أن حسمت المسألة الدستورية المثارة في الدعوى الماثلة بحكمها الصادر بجلسة ٢٠٠٤/٦/٦ في الدعوى رقم ٢٨٣ لسنة ٢٣ قضائية «دستورية» القاضي برفض الدعوى، وإذ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بعددها رقم ٢٦ تابع (ب) بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٢٤، وكان مقتضى نص المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة وبالنسبة إلى الدولة وسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصلًا في المسألة المقضي فيها، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد، مما يتعين معه القضاء بعدم قبول الدعوى^(٣).

وحيث إن نطاق الدعوى، بما يحقق مصلحة المدعى، ينحصر في نص المادتين (١ و ٣٢) من قانون الضريبة العامة على المبيعات، ذلك أنه في حالة القضاء ببطلانها يزول سند توقيع الحجز

(١) الطعن رقم ١٩٨ س ٢٧ ق جلسة ٢٧ أغسطس ٢٠٠٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١١ ج ٢ ص ٢٧٣٤ .

(٢) الطعن رقم ٢٦٨ س ٣٠ ق جلسة ٨ نوفمبر ٢٠٠٩ .

(٣) الطعن رقم ١٥ س ٣٢ ق جلسة ٢ أكتوبر ٢٠١١ .

الإداري وما ترتب عليه من آثار. وحيث إن هذه المحكمة قد سبق لها أن حسمت المسألة الدستورية المثارة في هذه الدعوى وذلك بقضائها الصادر في القضية رقم ٩٠ لسنة ٢١ قضائية «دستورية» بجلسة ٢٠٠٥/٧/٣١ برفض الدعوى، والمنشور في الجريدة الرسمية بعددها رقم ٣٤ (تابع) بتاريخ ٢٠٠٥/٨/٢٥. وكان مقتضى نص المادتين (٤٨ و ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته^(١).

وعلى ذلك يحوز قضاء المحكمة الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، سواء صدر الحكم بعدم الدستورية أم برفض الدعوى، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا أن الدستور عهد - بنص المادة (١٧٥) منه - إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها - الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين بالقانون، وبناءً على هذا التفويض - صدر قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، مبيناً اختصاصاتها، محدداً ما يدخل في ولايتها حصراً، فحولها اختصاصاً منفرداً بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، مانعاً أية جهة أخرى من مزاحمتها في ذلك، ومن ثم فإن انفراد المحكمة الدستورية العليا بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح يقتضيها أن تفصل بهيئتها المشكلة على النحو المحدد بقانونها في القضايا المقامة أمامها طعنًا على أي قانون أو لائحة أو على أي نص ورد بأيهما، حتى ولو كانت هذه القضايا متشابهة أو تتعلق بالنص التشريعي المطعون عليه ذاته، وكل ما في الأمر أنها إذا كانت قد أصدرت قضاءً سابقاً في النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته - بعدم الدستورية أو برفض الدعوى طعنًا عليه - حاز هذا القضاء حجية مطلقة في مواجهة كافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة - والمحكمة الدستورية العليا من بينها - باعتباره قولاً فصلًا في المسألة المقضي فيها وذلك نزولاً على حكم المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا. أما إذا كان النص التشريعي المطعون عليه لم يتناوله سبق قضاءٍ منها، فلا تملك المحكمة أن تتسلب من اختصاصها بنظر الطعن عليه،

(١) الطعن رقم ٣٢ س ٢٩ ق جلسة ١٥ يناير ٢٠١٢ .

إذ هي وحدها - دون غيرها - الجهة المختصة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح^(١).

والواقع إن الاتجاه الأول جدير بالتأييد؛ للحجج البراعة التي قدمها أنصاره، وفضلاً عن ذلك فإن الواقع العملي في مصر يقتضيه، لا سيما بعد صدور القانون ١٨٤ لسنة ٢٠٠٨ بشأن الفحص المبدئي للطعون في الدعاوى التي تخرج من اختصاص المحكمة، و الدعاوى غير المقبولة شكلاً، والدعاوى التي سبق للمحكمة الدستورية أن أصدرت حكماً في المسألة الدستورية المثارة فيها؛ باعتبار أن التوسع في نطاق تطبيق الفحص المبدئي سوف يقلص دور المحكمة الدستورية، بل يعد تسيساً لها.

(ج) الأثر الكاشف للحكم بعد الدستورية: مفاد نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية أن الحكم الصادر بعدم دستورية نص من النصوص، لا يؤدي بذاته إلى إلغاء، وإنما يقتصر أثره إلى إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته.

وقد استقر الرأي في الفقه والقضاء الدستوري على ذلك، سواء في عهد المحكمة العليا أم في ظل المحكمة الدستورية العليا، بما يعني إلغاء قوة نفاذ النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته^(٢). وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا إن «الفقرة الأولى من المادة ١٧٥ من الدستور قد نصت على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين و اللوائح. . .»، كما قضت المادة ١٧٨ من الدستور بأن «تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية» ونصت المادة ٤٩ / ١ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن «أحكام المحكمة في الدعوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة» - ومؤدى ذلك أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية - وهي بطبيعتها دعاوى

(١) الطعن رقم ٢٠١ س ٢٧ ق جلسة ٣ فبراير ٢٠٠٨ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ١٢ ج ١ ص ٨٦٦؛ الطعن رقم ٢٠٢ س ٢٧ ق جلسة ٢٨ سبتمبر ٢٠٠٨ س ١٢ ج ٢ ص ١٢٠١.

(٢) الدكتور نبيلة عبد الحليم كامل: المرجع السابق، ص ٩٤.

عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري - تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة و تلتزم لها جميع سلطات الدولة، سواء أكانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس، وذلك لعموم نصوص المادتين ١٧٥، ١٧٨ من الدستور و المادة ٤٩ / ١ من قانون المحكمة المشار إليها، و لأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اختصت بها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد إلى الحكم بعد دستورية النص فتلغى قوة نفاذه وإلى تقرير دستوريته و بالتالي سلامته من جميع العيوب و أوجه البطلان^(١).

ويرى البعض أن الحكم بعدم الدستورية يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته، ولكنه لا يلغي هذا النص الذي يبقى قائماً من الناحية النظرية المجردة حتى يلغيه الشارع، وإن كان سيفقد قيمته العملية من الناحية التطبيقية؛ لأن جميع المحاكم ستمتنع عن تطبيقه إعمالاً للحجية المطلقة للحكم الصادر بعدم الدستورية^(٢).

ويضيف البعض الآخر أن إلغاء قوة نفاذ النص المقضي بعدم دستوريته، يتساوى عملاً مع الإلغاء بعد أن سقط هذا النص من مجال التطبيق وفقاً للتحديد الذي رسمه الشارع، بحيث لا يكون بوسع أية جهة تطبيقه خلافاً لحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بعدم دستوريته^(٣).

(د) النطاق الزمني لتنفيذ الحكم: تجدر التفرقة بين الوضع قبل تعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، والوضع بعد تعديله بصدر القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ .

أولاً: الوضع قبل صدور القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨: المقصود من نص المادة ٤٩، كان ترتيب آثار الحكم بالنسبة للماضي أو المستقبل، بدءاً من اليوم التالي لنشر الحكم.

(١) الطعن رقم ٤٩ س ٣ ق جلسة ٥ نوفمبر ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية العليا س ٢ ج ١ ص ١٧٢؛ الطعن رقم ١٣٦ س ٥ ق جلسة ١٧ مارس ١٩٨٤ س ٣ ج ١ ص ٤٩؛ الطعن رقم ٤٣ س ٥ ق جلسة ٦ إبريل ١٩٨٥ س ٣ ج ١ ص ١٨٩.

(٢) الدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ص ٥٤٧، ٦١٣ .

(٣) الدكتور عادل عمر شريف: المرجع السابق، ص ٤٧٠ .

واحتدم الجدل في الفقه، قبل تعديل نص المادة ٣/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، حول أثر الحكم بعدم دستورية النص، فذهب الرأي الراجح فقهاً وأيدته المحكمة الدستورية العليا، إلى تأييد الأثر الكاشف للحكم، بمعنى أن النص منذ إصداره، حتى فحص دستوريته من جانب المحكمة الدستورية، لا يتغير مضمونه، ولا تتبدل أحكامه، فهو مشوب بعدم الدستورية منذ إصداره، والحكم الصادر من المحكمة لا يفعل أكثر من كشف عدم الدستورية^(١).

واستند هذا الرأي على العديد من الحجج، أهمها:

١. عبارات المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المحكمة الدستورية العليا المقدم من الحكومة جاءت حاسمة في سريان الأحكام القاضية بعدم الدستورية بأثر رجعي.
٢. أن الأحكام القضائية كاشفة لا منشئة، فهي تكشف عن العوار الدستوري الذي لا بس النص منذ صدوره، ومقتضى ذلك عدم سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ وجود النص المقضي بمخالفته للوثيقة الدستورية.
٣. أن التمسك بعدم رجعية الأحكام بعدم الدستورية يولد وضعاً لا يسوغ منطقياً؛ إذ القصد من الرقابة الدستورية إفادة الخصم، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي، لأصبح لزاماً على قاضي الموضوع أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته مما يأباه المنطق القانوني السليم ويتعارض مع الغرض من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق لمبدي الدفع فائدة عملية، مما يجعل الحق في التقاضي بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد ومجرداً من مضمونه.

(١) الدكتور بكر القباني: دراسة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية ٢٣٩؛ الدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري، ص ٦١٣، ٤١٤؛ الدكتور شعبان أحمد رمضان: المرجع السابق، ٦٣٥؛ الدكتور طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، دراسة مقارنة في رقابة الدستورية، دار النهضة العربية ١٩٩٣، ص ٢٩٣؛ الدكتور عمر فؤاد بركات: مبادئ القانون الدستوري ١٩٨٩، ص ١٧٧؛ الدكتور فتحي فكري: القانون الدستوري الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر، ٢٠٠٨/٢٠٠٩ ص ٣٢٨ وما بعدها؛ الدكتور محمد عبد اللطيف: إجراءات القضاء الدستوري، ١٩٨٩ ص ٢٥٥؛ الدكتور مصطفى محمود عفيفي: رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية ١٩٩٠، ص ٢٨٩؛ الدكتور محمود أحمد زكي: المرجع السابق، ص ٥٠٨ وما بعدها عبد الله ناصف: حجية وأثار أحكام الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية ١٩٩٨.

٤. أن نص المادة ٤٩ يؤكد الأثر الرجعي، على عكس ما ذهب إليه أنصار نظرية الأثر المباشر.

٥. أن نص المادة ٤٩ مستمدة من المادة ١/١٣٦ من الدستور الإيطالي، والتي تنص على أنه «إذا قضت المحكمة (الدستورية) بعدم دستورية نص في قانون أو له شكل القانون، فإن النص يتوقف نفاذه من اليوم التالي لنشر الحكم».

بينما ذهب رأي مرجوح إلى أن الحكم بعدم الدستورية يعد منشئاً لحالة عدم الدستورية، وليس كاشفاً عنها؛ باعتبار أنه لا أثر رجعي لإعماله^(١)؛ واستند هذا الرأي على الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، فالفقرة الأولى منها واضحة في أن الأحكام بعدم الدستورية تطبق من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية، ومن ثم لا محل لإعمال أثرها على الماضي، وأية ذلك ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة ٤٩ من الرجعية بالنسبة للأحكام الجنائية، ولو كانت الأحكام بعدم الدستورية تسري بأثر رجعي ما كان الشارع بحاجة إلى هذه الفقرة. وفضلاً عن ذلك فإن تقرير اللجنة التشريعية لقانون المحكمة الدستورية يعضد ويؤكد هذا التفسير.

وذهب رأي ثالث إلى حصر الأثر الرجعي في العلاقات السابقة محل المقاضاة، بمعنى أنه إذا لم تكن العلاقات السابقة محلاً للتقاضي، فلا شأن للنص المقضي بعدم دستوريته بها، أما إذا كانت تلك العلاقات محلاً لتقاض، ويطلب من المحكمة تطبيق القانون عليها، فإن المحكمة التي تفصل في النزاع يتعين عليها أن تعمل أثر الحكم بعدم الدستورية^(٢).

وحسباً للخلاف حول هذا الموضوع، قضت المحكمة الدستورية، أن الأمر المترتب بعدم الدستورية لا يقتصر على المستقبل وإنما يمتد إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم

(١) الدكتور محمد حسنين عبد العال: القانون الدستوري، ١٩٩٢، ص ١٦٢؛ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: القانون الدستوري، ١٩٩٦، ص (ج)، (و) وما بعدها.

(٢) الدكتور يحيى الجمل: القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٢٢٢ وما بعدها؛ الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل: المرجع السابق، ص ٩٩.

بعدم الدستورية، ويستثن من الأثر الرجعي الحقوق والمراكز القانونية التي استقرت عند صدوره. بيد أن الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ليس مطلقاً، وإنما يستثن منه، حسب ما أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي به أو انقضائه بالتقادم. مما يعني أن الأمر يتوقف على ما إذا كانت العلاقات القانونية السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية مطروحة أو غير مطروحة أمام القضاء. فإذا لم تكن تلك العلاقات محلاً للتقاضي، فلا شأن للنص المقضي بعدم دستوريته بها، أما إذا كانت تلك العلاقات محلاً للتقاضي، ويطلب من المحكمة تطبيق القانون عليها، فإن المحكمة التي تفصل في النزاع يتعين عليها أن تعمل أثر الحكم بعدم الدستورية. فإذا كان هناك حكماً قضائياً باتاً حائزاً لقوة الأمر المقضي، صدر قبل الحكم بعدم الدستورية، فإن ذلك حتى لو كان قد اعتمد على النص المقضي بعدم دستوريته، يصير حكماً واجب الاحترام. أما إذا كانت محكمة الموضوع لم تفصل بعد في النزاع، فإنها تتقيد بالحكم الدستوري الذي قضى بعدم الدستورية^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن «المبدأ الدستوري الذي يقضي بعدم سريان أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يرتب أثراً على ما وقع قبلها، وأن كان يستهدف أساساً احترام الحقوق المكتسبة و مراعاة الاستقرار الواجب للمعاملات، إلا أن الدساتير المصرية المتعاقبة منذ دستور سنة ١٩٢٣ حتى الدستور الحالي إذ أجازت للمشرع استثناء من هذا المبدأ أن يقرر الأثر الرجعي للقوانين - في غير المواد الجنائية - وذلك بشروط محددة تكون قد افترضت بداهة احتمال أن يؤدي هذا الاستثناء إلى المساس بالحقوق المكتسبة وآثرت عليها ما يحقق الصالح العام للمجتمع، و لما كان الثابت من مضبطة الجلسة السادسة والستين لدور الانعقاد الأول للفصل التشريعي الثالث لمجلس الشعب المنعقد صباح يوم ١٢ أبريل سنة ١٩٨٠. و التي تم فيها الاقتراح على مشروع القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠. محل الطعن بعد مناقشة أحكامه، أنه قد توافرت لهذا القانون - و هو تشريع في غير المواد الجنائية - ما تتطلبه

(١) الدكتور نبيلة عبد الحليم كامل: المرجع السابق، ص ٩٥، ٩٦؛ الدكتور محمود أحمد زكي: المرجع السابق، ص ٤٩٩.

المادة ١٨٧ من الدستور من موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب على سريان أحكامه بالنسبة للماضي، وإذ كان القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠. قد قضى في الفقرة الثانية من البند (د) من المادة ١٢ منه بأن يعمل بأحكام تعديل المادة ١٩ من قانون التأمين الاجتماعي وإضافة المادة ٣. مكرراً اعتباراً من أول سبتمبر سنة ١٩٧٥ وذلك بالنسبة لمن انتهت خدمته لغير بلوغ سن التقاعد أو العجز أو الوفاة اعتباراً من أول يناير سنة ١٩٨٠. مستهدفاً بذلك الصالح العام الذي ارتأت السلطة التشريعية تحقيق هذا النص له، وهو تجنب استغلال طائفة ممن انتهت خدمتهم - بعد إحالة مشروع القانون إلى مجلس الشعب - للوضع السابق الذي قصد هذا المشروع تلافيه حماية لصناديق التأمين و من ثم لا يكون النص المطعون عليه قد خالف المبدأ الدستوري الذي يميز على سبيل الاستثناء تقرير الأثر الرجعي لبعض القوانين - ويكون ما ينعاها عليه المدعيان في هذا الشأن على غير أساس^(١).

وقضت محكمة النقض إن «مفاد نص المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة - عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ومن ثم فإنه لا يمس - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا - بالحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت من قبل بحكم حاز قوة الأمر المقضي، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد صدر بتاريخ ٥ مايو ١٩٨٤ من محكمة استئناف القاهرة ومن ثم يكون قد حاز قوة الأمر المقضي تبعاً لعدم جواز الطعن فيه بطرق الطعن الاعتيادية وذلك من قبل نشر حكم المحكمة الدستورية العليا القاضي بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من قانون المحاماة في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٥/٦/١٩٩٢ ويضحي صدور هذا الحكم ونشره غير ماس بحق المطعون عليه الرابع في الشقة موضوع النزاع^(٢).

ويلاحظ أنه إذا لم تقرر الرجعية فستجد محكمة الموضوع نفسها ملزمة بتطبيق النصوص

(١) الطعن رقم ١١٤ س ٥ ق جلسة ٦ إبريل ١٩٨٥ مجموعة أحكام الدستورية س ٣ ج ١ ص ١٧٦ .

(٢) الطعن (مدني) رقم ١٩٨٠ س ٥٤ ق جلسة ٣١ يناير ١٩٩٣ مجموعة أحكام النقض س ٤٤ ج ١ ص ٣٨٣ .

المقضي بعدم دستوريته على النزاع المعروض عليه؛ لأنها تتعلق بوقائع سابقة على الحكم بعدم الدستورية، وتلك نتيجة شاذة يأبأها المنطق، وتتعارض مع الحكمة من رقابة الدستورية^(١).

كما يلاحظ البعض أن الشارع والقضاء إذ استثنيا من الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية «الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت قبل صدوره، فإنه أورد استثناء من الاستثناء قرره المذكرة الإيضاحية؛ إذ نصت على أنه إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت أحكاماً باتة»^(٢).

ويعد هذا المسلك فيما يتعلق بالأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية، متفقاً والقضاء الدستوري المستقر في شأن الأثر الرجعي للقوانين. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية إن «تنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية... ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة. وتنشر الأحكام.. في الجريدة الرسمية. ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشره. ومفاد هذا النص أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية - وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري - تكون لها حجية مطلقة ولا يقتصر أثرها على الخصوم في تلك الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وكذلك جميع سلطات الدولة، كما أن مؤدى عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون - لا يقتصر على المستقبل فحسب، وإنما ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم»^(٣).

(١) الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ٦١٥؛ الدكتور محمد السيد زهران: المقال السابق، ص ١٤١.

(٢) الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل: المرجع السابق، ص ٩٦.

(٣) الطعن رقم ٤٨ س ٣ ق جلسة ١١ يونيو ١٩٨٣ مجموعة أحكام الدستورية س ٢ ج ١ ص ١٤٨.

الأصل في الأحكام القضائية، أنها كاشفة و ليست منشئة، إذ هي لا تستحدث جديداً و لا تشيئ مراكزاً أو أوضاعاً لم تكن موجودة من قبل، بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء و ترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بياناً لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره، و ما إذا كان هذا النص قد جاء موافقاً للدستور و في حدوده المقررة شكلاً و موضوعاً، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية و يستمر نفاذه، أم أنه صدر متعارضاً مع الدستور فينسلخ عنه وصفه و تنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره. و فضلاً عن ذلك فإن المشرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أما أي من جهات القضاء، إما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم، و أوجب على الجهة القضائية - عند الشك في عدم الدستورية - وقف الدعوى أو تأجيلها انتظاراً لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسألة المثارة إنما كان ينبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضى بعدم الدستورية و هي منازعات تدور كلها حول علاقات و أوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي، لأصبح لزماً على قاضي الموضوع - الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته - أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته مما يأباه المنطق القانوني السليم و يتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية و لا يحقق لمبدي الدفع أية فائدة عملية، مما يجعل الحق في التقاضي - وهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور في المادة (٦٨) منه للناس كافة - بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد و مجرداً من مضمونه، الأمر الذي ينبغي تنزيه المشرع عن قصد التردي فيه. و بالإضافة إلى ذلك فإن النص في المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية، هو خطاب تشريعي موجه لجميع سلطات الدولة وللکافة للعمل بمقتضاه، و لما كان قاضي الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعي فإنه يكون متعيناً عليه عملاً بهذا النص ألا ينزل حكم القانون المقضي بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل،

وذلك يؤكد قصد المشرع في تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية و يؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات و أوضاع نشأت في ظل القانون الذي قضى بعدم دستوريته. وقد أعملت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد إسقاط حجية الأمر المقضي لتعلقها بالإدانة في أمور تمس الحريات الشخصية. أما في المسائل الأخرى - غير الجنائية - فيسري عليها كذلك الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، ما لم يكن للعلاقات و الأوضاع السابقة عليه أساس قانوني آخر ترتكن إليه و يحد من إطلاق الرجعية عليها، و هو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا في تعليقها على نص المادة (٤٩) منه، حيث جاء بها أن القانون تناول أثر الحكم بعدم دستورية نصفي قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة و استقر الفقه و القضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب و إنما بالنسبة إلى الوقائع و العلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم. أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن و لو كانت أحكاماً باتة»^(١).

إن قانون المحكمة الدستورية العليا - ضمناً لصون الحرية الشخصية التي كفلها الدستور واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها عدواناً - قد نص في المادة ٤٩ منه، على أنه إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، فإن أحكام الإدانة الصادرة استناداً إليه، تعتبر كأن لم تكن. وهو ما يعني سقوطها بكل آثارها، ولو صار الطعن فيها ممتنعاً، لتفارقها قوة الأمر المقضي التي قارنتها. وتلك هي الرجعية الكاملة التي أثبتتها قانون المحكمة الدستورية العليا لأحكامها الصادرة بإبطال النصوص العقابية. وهي بعد رجعية لا قيد عليها ولا عاصم منها، بل يكون أثرها جارفاً لكل عائق على خلافها، ولو كان حكماً باتاً. فإذا كان قضاء المحكمة

(١) الطعن رقم ٣٧ س ٩ ق جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ مجموعة أحكام الدستورية س ٤ ج ١ ص ٢٥٦ .

مبطلاً لنص غير جنائي، فإن أثره الرجعي يظل جارياً ومنسحباً إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثراً فيها، حتى ما كان منها سابقاً على نشره في الجريدة الرسمية، ما لم تكن الحقوق والمراكز التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناءً على حكم قضائي توافر فيه شرطان: أولهما: أن يكون باتاً وذلك باستنفاده لطرق الطعن جميعها: ثانيهما: أن يكون صادراً قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا، ومحمولاً على النصوص القانونية عينها التي قضى بطلانها^(١).

ومفاد ذلك أن المحكمة الدستورية العليا استقرت خلال المرحلة السابقة على صدور القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ على أن الأحكام الصادرة منها بعدم الدستورية، أو برفض الطعن تسري بأثر رجعي لتجرد النص المقضي بعدم دستوريته من قوته التنفيذية من تاريخ صدوره، على أن يستثنى من هذا الأثر الحقوق والمراكز القانونية التي تكون قد استقرت عند صدور الحكم الدستوري بحكم حائز لقوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم.

وقضت محكمة النقض أنه «لما كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بتاريخ ٧ من فبراير سنة ١٩٩٨ بعدم دستورية نص المادة ٢١ من القانون رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٥٤ في شأن المحال الصناعية والتجارية وغيرها من المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة التي كانت تنص على عدم جواز الطعن بطريق المعارضة في الأحكام الصادرة في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام ذلك القانون أو القرارات المنفذة له وكانت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تنص على أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة... ويترب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، فإذا كان الحكم متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن...» وكان البين من ذلك النص أن المشرع قد أعمل قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص تشريعي - وهي نتيجة حتمية للطبيعة الكاشفة لذلك الحكم - على إطلاقها إذا ما تعلق الحكم بنص جنائي دون تفرقة بين النصوص العقابية أو الإجرائية ورتب على أعمال تلك

(١) الطعن رقم ٢٢ س ١٨ ق جلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٩٦ مجموعة أحكام الدستورية س ٨ ج ١ ص ١٩٥ .

القاعدة اعتبار أن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن ولو كانت أحكاماً باتة. لما كان ذلك، وكان حكم المحكمة الدستورية المذكور قد نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٩ / ٢ / ١٩٩٨ فإنه إعمالاً لأثره الرجعي الكاشف قد أضحى الطعن بطريق المعارضة جائزاً في الأحكام الصادرة في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام القانون رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٥٤ سالف الذكر، ولا محل للقول بأن طرق الطعن في الأحكام ينظمها القانون القائم وقت صدور الحكم محل الطعن وأن المادة ٢١ من القانون الأخير - التي كان معمولاً بها وقت صدور الحكم المطعون فيه - كانت لا تجيز الطعن بطريق المعارضة في الأحكام الصادرة في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام ذلك القانون، ذلك بأن الحكم بعدم دستورية نص المادة ٢١ من القانون المذكور وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - كشف عن عيب خالط النص منذ إصداره أدى إلى انعدامه منذ ميلاده بما ينفي صلاحيته لترتيب أي أثر من تاريخ نفاذه^(١).

وكانت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تنص على أن «أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لتاريخ نشره، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه، ومن ثم فإن حكم المحكمة الدستورية سالف الذكر، يعد بمثابة تشريع ناسخ لحكم الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ من القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ بتعديل بعض أحكام قانون الزراعة رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦، وتعتبر هذه الفقرة ملغاة ضمناً مما يخرج الواقعة التي كانت مؤثمة بمقتضاها عن نطاق التجريم ما دام السند التشريعي في تجريمها قد ألغى لأنه لا جريمة ولا

(١) الطعن رقم ١٠٨٢٣ س ٦٥ ق جلسة ١٨ فبراير ٢٠٠٤ مجموعة أحكام النقض س ٥٥ ص ١٧٥. وفي نفس المعنى الطعن رقم ١٧٨٧١ س ٦٠ ق جلسة ٢ يونيو ١٩٩٨ س ٤٩ ج ١ ص ٧٦٠.

عقوبة إلا بنص، كما يبين من نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا أن المشرع قد أعمل فكرة الأثر الرجعي إعمالاً كاملاً إذا تعلق الحكم بعدم الدستورية بنصوص جنائية حتى ولو كانت الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة استناداً إليها أحكاماً بآتة. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد دان الطاعن استناداً إلى الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ المقضي بعدم دستوريته وكانت الواقعة كما حصلها الحكم لا تخضع لأي نص تجريمي آخر، وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا -سالف الذكر- يتحقق به معنى القانون الأصح بالنسبة للطاعن واجب تطبيقه مادامت الدعوى الجنائية المرفوعة عليه ما زالت قائمة لم يفصل فيها بحكم بات عملاً بالفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات. لما كان ذلك، وكانت المادة ٣٥ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ تخول لمحكمة النقض أن تنقض الحكم من تلقاء نفسها لمصلحة المتهم، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه والقضاء بإلغاء الحكم المستأنف وبراءة الطاعن عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٣٩ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض سالف البيان، وذلك دون حاجة إلى بحث أوجه الطعن^(١).

وأساس الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية النص الجنائي تجرده من الوجود القانوني فلا يكون الفعل مؤثماً جنائياً وتنحسر عنه صفة عدم المشروعية. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض أنه «من حيث إنه وإن كانت المادة الخامسة مكرراً من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ قد أوجبت على المطلق أن يعلن مطلقة بوقوع الطلاق الواقع في غيبتها وإعلان على يد محضر لشخصها أو في محل إقامتها وقضت على عقابه في حالة المخالفة بالعقوبة الواردة بالمادة ٢٣ مكرراً من ذات القانون سالف البيان - إلا أنه بعد صدور الحكم المطعون فيه - قضت المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٢ ق «دستورية» وبتاريخ ٤ من مايو سنة ١٩٨٥ بعدم دستورية القرار بقانون ٤٤ سنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية وتم نشر الحكم بالجريدة الرسمية في ١٦ من مايو سنة ١٩٨٥ وأنه لما كان ذلك

(١) الطعن رقم ٥٨٦١ س ٦٢ ق جلسة ١٩ ديسمبر ٢٠٠١.

وكانت المادة ٤٩ من القانون ٤٨ سنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا. قد نصت في فقرتها الرابعة على أنه إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن. وعلى ذلك فإن الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا. بعدم دستورية القرار بقانون ٤٤ سنة ١٩٧٩ ومن بين أحكامه النص الذي - عوقب الطاعن بمقتضاه - يعد غير دستوري ومن ثم فإنه بإنكار القيمة القانونية لنص التجريم يتجرد من الوجود القانوني فلا يكون الفعل مؤثماً جنائياً ومن ثم لا تكون له الصفة المشروعة ويتعين لذلك نقض الحكم المطعون فيه وإلغاء الحكم المستأنف وبراءة الطاعن مما أسند إليه^(١).

واشترطت محكمة النقض لاعتبار إلغاء أو نسخ نص التجريم قانون أصلح للمتهم ألا يكون قد فصل في الدعوى الجنائية بحكم بات عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات. وتطبيقاً لذلك قضت أنه «وكانت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تنص على أن «أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة، وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحته عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه»، ومن ثم فإن حكم المحكمة الدستورية العليا سالف الذكر يعد بمثابة تشريع ناسخ لأحكام المواد ٥، ٦، ١٣، ١٥ من المرسوم بقانون ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المشتريين والمشتبه فيهم والمعدل بالقوانين أرقام ١٥٧ لسنة ١٩٥٩ و ١١٠ لسنة ١٩٨٠ و ١٩٥٠ لسنة ١٩٨٣ - والتي عوقب الطاعن بمقتضاها - وتعتبر هذه المواد بعدم

(١) الطعن رقم ٣٠٠ س ٥٨ ق جلسة ٢٠ فبراير ١٩٨٩ مجموعة أحكام النقض س ٤٠ ج ١ ص ٢٦٢؛ الطعن رقم ٢٥٩٧ س ٥٩ ق جلسة ٢٨ مارس ١٩٩١ س ٤٢ ج ١ س ٥٣٩؛ الطعن رقم ١٤١٢٥ س ٦١ ق جلسة ٢٥ مارس ٢٠٠٢ س ٥٣ ص ٥١٧.

جواز تطبيقها ملغاة ضمناً مما يخرج الواقعة المنسوبة إلى الطاعن من نطاق التجريم مادام السند التشريعي في تجريمها قد ألغى لأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. لما كان ذلك، وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا سالفة الذكر يتحقق به معنى القانون الأصلح بالنسبة للطاعن وجب تطبيقه مادامت الدعوى الجنائية المرفوعة عليه مازالت قائمة لم يفصل فيها بحكم بات عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات وكانت المادة ٣٥ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ تخول لمحكمة النقض أن تنقض الحكم من تلقاء نفسها لمصلحة المتهم فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه والقضاء بإلغاء الحكم المستأنف وبراءة الطاعن عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٣٩ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض المشار إليه وذلك دون حاجة لبحث سائر أوجه الطعن^(١).

لما كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بتاريخ الأول من فبراير سنة ١٩٩٧ في الدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية دستورية بعدم دستورية ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٩٥ من قانون العقوبات وكذلك بسقوط الفقرة الثانية منها والتي كانت تتضمن معاقبة رئيس تحرير أو المحرر المسئول عن القسم الذي حصل فيه نشر. لما كان ذلك، وكانت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قد نصت على أن: أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة. ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن.... لما كان ذلك فإن الفعل المسند إلى الطاعن قد أضحى بمنأى عن التأثيم إذ أنه لم يكن فاعلاً أصلياً في الجريمة المدعى بارتكابها وإنما ادعى المطعون ضده (المدعى بالحقوق المدنية) مسؤوليته الجنائية عنها باعتباره رئيساً لتحرير الجريدة ارتكناً إلى نص المادة ١٩٥ من قانون العقوبات وهو ما قضت المحكمة الدستورية بعدم

(١) الطعن رقم ١٨١٩٢ س ٦٠ ق جلسة ٦ يونيو ١٩٩٣ مجموعة أحكام النقض س ٤٤ ج ١ ص ٥٥٨.

دستوريته في الدعوى الدستورية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية بما مفاده بطريق اللزوم أنه لا جريمة يمكن إسناد فعلها إليه بما ستوجب مسؤوليته عنها. لما كان ذلك، وكان قضاء المحكمة الدستورية سالف الإشارة إليه واجب التطبيق على الطاعن باعتباره أصلح له مادامت الدعوى الجنائية المرفوعة عليه لم يفصل فيها بحكم بات عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات، ولما كانت الدعوى حسبما حصلها الحكم المطعون فيه لا يوجد فيها من دليل قبل الطاعن سوى مسؤوليته المفترضة فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه والقضاء بإلغاء الحكم المستأنف وببراءة الطاعن عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٣٩ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩^(١).

ويرى البعض أن مسلك المحكمة الدستورية العليا بشأن تقييد إطلاق الأثر الرجعي للأحكام الدستورية في حالة وجود حقوق أو مراكز قانونية استقرت بانقضاء مدة تقادم أو بموجب حكم بات، ينطوي على تعطيل لمبدأ المشروعية في هاتين الحالتين، وهو من أوجه القصور في نظام الرقابة الدستورية الحالي^(٢).

والواقع أن مسلك المحكمة الدستورية يتفق وصحيح القانون، والقول بغير ذلك يعني المساس بالحقوق المكتسبة، وينطوي على زعزعة وعدم استقرار للمراكز القانونية وتأييد للمنازعات^(٣).

ثانياً الوضع بعد صدور القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨:

(أ) موقف الفقه من التعديل: انقسم الرأي حول أثر الحكم بعدم دستورية النص بعد صدور تعديل نص المادة ٤٩/٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا، فذهب الرأي الراجح فقها وأيدته المحكمة الدستورية العليا، إلى تأييد الأثر الكاشف للحكم، بينما ذهب رأي مرجوح إلى

(١) الطعن رقم ١٠١٠٣ س ٦٠ ق جلسة ١٩ فبراير ١٩٩٨ مجموعة أحكام النقض س ٤٩ ج ١ ص ٢٦٩.

(٢) الدكتور إبراهيم محمد حسنين: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٠، ص ٦٨٦-٦٩١.

(٣) الطعن رقم ٤٨ س ٣٨ ق دستورية جلسة ٢ يونيو ٢٠١٨ الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر (ط) في ٦ / ٦ / ٢٠١٨ ص ١٠٥.

أن الحكم بعدم الدستورية يعد منشئاً لحالة عدم الدستورية، وليس كاشفاً عنها؛ باعتبار أنه لا أثر رجعي لإعماله. فقد تبنى الشارع الرأي المرجوح، فتم تعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ المستبدلة بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ على أن «ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر أسبق، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص».

وقد بررت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون، التعديل الذي أتى به على النحو التالي «تنص المادة ١٧٨ من الدستور على أن تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية، والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية، وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص من آثار».

وبهذا النص يكون الدستور قد فوض الشارع في تحديد الآثار التي تترتب على صدور حكم بعدم دستورية أي نص تشريعي.

وإعمالاً لهذا التفويض نصت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة. وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها. ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه.

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا، في مجال تفسيرها لنص المادة (٤٩) من قانونها - على أن الحكم الذي تصدره بعدم دستورية نص تشريعي يكون له أثر يمتد إلى الماضي برجعية تحكم الروابط السابقة على صدور الحكم كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة.

وقد أدى الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي لأحكام المحكمة - في غير المسائل الجنائية - إلى صعوبات متعددة في مجال التطبيق يندرج تحتها الإخلال بمراكز قانونية امتد زمن استقرارها، وتحميل الدولة بأعباء مالية تنوء بها خزانتها بما يضعفها في مجال تحقيق مهامها التنموية والنهوض بالخدمات والمرافق العامة التي تمس مصالح المواطنين في مجموعهم.

وعلاجاً لمشكلات الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في مثل هذه الحالات، التي كشفت عنها التجربة، وتحقيقاً للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع، والحفاظ على أمنه اجتماعياً واقتصادياً، وهي أمور يرتبط كل منها بالآخر برابطة وثقى، فقد رؤي تعديل حكم الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بما يكفل الأغراض الآتية:

أولاً تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها، وقدر الخطورة التي تلازمها.

ثانياً تقرير أثر مباشر للحكم بنص القانون إذا كان متعلقاً بعدم دستورية نص ضريبي، ذلك أن إبطال المحكمة لضريبة لأثر رجعي مؤداه أن ترد حصيلتها التي أنفقتها - في مجال تغطية أعبائها. إلى الذين دفعوها من قبل - بما يعجزها عن مواصلة تنفيذ خططها في مجال التنمية، ويعوقها عن تطوير أوضاع مجتمعتها، ويحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز في موازنتها، وتلك جميعها آثار خطيرة تهدم من خلال حدوثها الأوضاع القائمة، وتضطرب بها موازنة الدولة فلا تستقر مواردها على حال.

ثالثاً وحسباً لأي خلاف في شأن ما إذا كان الأثر المباشر للأحكام الصادرة ببطلان نص ضريبي ينسحب إلى ذي المصلحة في الخصومة الدستورية أم ينحسر عنه، فقد نص المشرع على أنه سواء أثرت المسألة الدستورية عن طريق الدفع أو عن طريق الإحالة أو التصدي، فإن الفائدة العملية للخصومة الدستورية يتعين أن يجنيها كل ذي شأن فيها من أطرافها، ضماناً لفعالية حق التقاضي، ولأن الرضوية القضائية هي الغاية النهائية لكل خصومة قضائية على ما جري به قضاء هذه المحكمة.

وقد أخذ الشارع في كل ما تقدم بمزيج من النظم المتبعة في العديد من الدول الأجنبية التي تعتنق مبدأ الرقابة القضائية على دستورية التشريع، مع الانحياز إلى أكثر أحكامها احتراماً للحقوق والحريات.

وقدم البعض اقتراحات - قبل نشر القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ - بقصد تقليص دور المحكمة الدستورية العليا. فذهب اقتراح أول بجعل قضاء المحكمة على درجتين بدلاً من درجة واحدة، وقد رفض هذا الاقتراح؛ باعتبار أن الدستور والقانون جعلاً اختصاص المحكمة الدستورية العليا، هي محكمة أول وآخر درجة، لا استئناف، ولا نقض لأحكامها^(١).

والاقتراح الثاني، تقدم به أحد نواب الحزب الوطني بمجلس الشعب، ومفاده عدم سريان حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بعدم الدستورية إلا بعد عرضه على مجلس الشعب ليقرر مدى ملائمة سريانه.

وهذا الاقتراح يعد خطيراً يهدف إلى إعطاء مجلس الشعب حق رفض أو تعطيل أحكام المحكمة الصادرة بعدم الدستورية، وقد رفض مجلس الشعب هذا الاقتراح بعد أن تنكر له الجميع، ومنهم أعضاء الحزب الوطني ذاته واستهجنته العامة ورجال القانون خاصة^(٢).

والاقتراح الثالث، يرى ترك تحديد أثر الحكم بعدم الدستورية للشارع بعد صدور الحكم؛ بحيث يصدر الشارع في كل حالة، وبعد صدور الحكم بعدم الدستورية.

وهو اقتراح يباثل في خطورته الاقتراح السابق، ويزيد عليه في خطورته أنه يتطلب في كل حالة صدور قانون بتحديد أثر الحكم بعدم الدستورية، وقد رفض هذا الاقتراح^(٣).

والاقتراح الرابع، يقضي بتحويل المحكمة الدستورية حق تحديد آثار بعض أحكامها الصادرة بعدم الدستورية عن طريق إضافة عبارة مالم تحدد المحكمة تاريخاً آخر لسريانه بأثر

(١) المستشار عوض المر: حديث منشور بجريدة المصور، بتاريخ ١٧ يوليو ١٩٩٨، ص ٢٧ ورفض سيادته هذا الاقتراح؛ ولسيادته الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملاحظها الرئيسية، رقم ١٠٥ ص ١٣٧ وما بعدها.

(٢) الدكتور محمود أحمد زكي: المرجع السابق، ص ٥٥٧.

(٣) الدكتور محمود أحمد زكي: المرجع السابق، ص ٥٥٨.

رجعي إلى نهاية الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، وهو الاقتراح لاقى قبولاً^(١)، وتم إصداره بالفعل.

وعقب صدور التعديل، انقسم الفقه، فذهب رأي إلى دستورية التعديل، خاصة، وأنه تم إعمالاً للسلطة التي خولها الدستور استثناء لرئيس، كما أنه لا توجد ثمة مخالفة في موضوع التعديل لنصوص الدستور^(٢).

واستند هذا الرأي على حجتين: الأولى أن الرجعية قاصرة على القوانين الصادرة بأغلبية الأعضاء الذين يتشكل منهم البرلمان. بمعنى أن الرجعية يتحدد نطاقها بالقوانين التي تصدر من مجلس الشعب بالأغلبية المنصوص عليها في المادة ١٨٧ من الدستور، فكيف للمحكمة الدستورية، وهي سلطة ليست تشريعية، أن تملك ما تملكه أغلبية أعضاء مجلس الشعب، لو فرضنا أنها سلطة تشريعية، وهي في الحقيقة كذلك؛ حيث ينطوي حكمها بعدم الدستورية لنص في القانون على قانون آخر يلغي هذا النص.

الحجة الثانية، الزعم بأن الرجعية تناقض الاستقرار والأمن القانوني، وأن القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ يوفر الأمن القانوني، وذلك بعدم زعزعة المراكز التي تكونت في ظل القانون وقبل أن يقضى بعدم دستوريته.

وقد فند الرأي الراجح هاتين الحجتين: فمن ناحية فقد وقع الرأي السابق في مغالطة؛ باعتبار أنه تأثر بمفاهيم خاطئة وقديمة عفى عليها الزمن عن مبدأ الفصل بين السلطات، مفاهيم لا تقبل أصلاً أي رقابة قضائية على أعمال المشرع، بينما المسلم به أن الفصل بين السلطات لا يعني الفصل التام، وإنما معناه توزيع وظائف الحكم على هيئات منفصلة تباشر كل منها وظيفتها

(١) الدكتور عبد الله ناصف: حجية وآثار أحكام الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية ١٩٩٨، ص ٩٩.

(٢) الدكتور عماد النجار: الاستقرار القانوني ودور المحكمة الدستورية، جريدة الأهرام - عدد ٢٥ سبتمبر ١٩٩٨؛ الأستاذ عادل محمد خير: أحكام الدستورية لا تسمو على الدستور، جريدة الأهرام، عدد ١٧ يوليو ١٩٩٨؛ الدكتور علي عوض: تقييد مبدأ رجعية الأحكام الدستورية لا يخالف الدستور، جريدة الأهرام، عدد ٢٤ يوليو ١٩٩٨؛ الدكتورة فوزية عبد الستار: حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، جريدة الأهرام، عدد ٣ أغسطس ١٩٩٨.

الدستورية منعاً لتركيز السلطة وما يستتبعه من استبداد. والسلطة القضائية وظيفتها الفصل في الخصومات حتى لو تعلق بأعمال السلطات الأخرى، وأن منطق من يدعي أن الأثر الرجعي يعتدي على اختصاص المشرع وعلى الفصل بين السلطات، يقود إلى القول بتحقيق الاعتداء حتى لو كان للحكم أثر فوري فحسب؛ لأن الحكم هنا أيضاً يبطل القانون وينهي نفاذه.

ومن ناحية أخرى، فقد أبعدت الأعمال التحضيرية عن دائرة الرجعية المراكز القانونية التي اكتملت شروط التقادم في شأنها، أو المؤسسة على أحكام باتة، مما ينفي شبهة زعزعت استقرار والأمن القانونيين^(١).

وذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى أن المبررات التي ساقتها المذكرة الإيضاحية، غير مقنعة، لاسيما أن أغلب ما قيل بها، كان يحققه الاستثناء الوارد على الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، ألا وهو عدم المساس بالحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدور الحكم بحكم حاز قوة الأمر المقضي به أو بانقضاء مدة التقادم. والمبرر الحقيقي هو المبرر الثاني المتعلق بعدم رجعية أي حكم دستوري قضي بعدم دستورية نص ضريبي؛ إذ بينت المذكرة الإيضاحية إن إبطال المحكمة لضريبة بأثر رجعي مؤداه أن ترد حصيلتها، التي أنفقتها في مجال تغطية أعبائها، إلى الذين دفعوها من قبل...». وينتهي أنصار هذا الرأي إلى رد الأموال التي جبتها الحكومة بناء على نص غير دستوري، وهو الحكم الصحيح قانون ودستورياً، مما يغدو معه التعديل نفسه غير دستوري، سواء من الناحية الشكلية أم من الناحية الموضوعية؛ للأسباب التالية^(٢):

أولاً فمن الشكلية: فإن هذا القرار بقانون تخلف بشأنه كافة الشروط المطلوبة لإصدار لوائح الضرورة، إعمالاً لنص المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١، كما أنه يخالف نص المادة ١٩٥ من ذات الدستور التي أوجبت أخذ رأي مجلس الشورى في بعض القوانين، ومنها مشروعات القوانين المكملة للدستور؛ باعتبار أن القانون المنظم للمحكمة الدستورية العليا يعد من القوانين المكملة للدستور وتعديله يعد كذلك، ومن ثم فإن عدم عرض هذا التعديل قبل (إصداره) على مجلس

(١) الدكتور فتحي فكري: القانون الدستوري، ص ٣٤٦، ٣٥٢.

(٢) الدكتورة نبيلة عبد الحليم كامل: المرجع السابق، ١٠٠-١٠٢.

الشورى يصم التعديل بأكمله بعدم الدستورية لمخالفته لإجراء نص عليه وأوجبه الدستور. وفضلاً عن ذلك، فإنه يمثل تدخلاً في شئون العدالة والقضايا، وهو أمر حظره الدستور صراحة. ويمكن إجمال أوجه النقد الشكلية في النقاط التالية^(١):

١. **شخصنة القوانين:** يعني ذلك أن التعديل صدر بمناسبة واقعة هي في ذاتها، تدل على أن الشارع أصر على أن يضرب بأحكام الدستورية عرض الحائط؛ إذ صدر القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٨٩ بفرض ضريبة على مرتبات العاملين المصريين بالخارج، وقضي بعدم دستوريته في عام ١٩٩٣، وبدلاً من أن تشرع الحومة في تنفيذ هذا الحكم وما يترتب عليه من آثار، استصدرت من مجلس الشعب قانوناً آخر هو القانون رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٩٤ بفرض ضريبة على أجور ومرتبات العاملين المصريين في الخارج، وقضي مرة ثانية بعدم دستورية هذا القانون، ولقي نفس مصير سابقه. مما يتضح معه أن تعديل المادة ٣/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية، جاء معاصراً لحجز الدعوى الدستورية التي قضي فيها للمرة الثانية بعدم دستورية فرض ضريبة على أجور العاملين المصريين في الخارج، وقد أرادت الحكومة توخي آثار الحكم والتزامها برد ما سبق أن حصلته بنص قانوني، مررته من مجلس الشعب، لرفع التزامها، برد الأموال بموجب قانون غير دستوري، من المصريين في الخارج.

ويعد هذا الوضع خطيراً؛ لأن الحكومة إذا أرادت، يمكنها عن طريق الحزب الحاكم أو حزب الأغلبية، أن تستصدر من القوانين غير دستورية، ما تشاء، وأن تفرض بها ضرائب على المصريين، فإذا طعن على هذه القوانين بعدم دستوريتهما، لا يغير من الأمر شيئاً؛ إذ تحتفظ

(١) المستشار سعيد الجمل: القرار يلغي مهمة المحكمة الدستورية ويفقد الثقة في قراراتها، جريدة الوفد، بتاريخ ٢٧ يوليو ١٩٩٨؛ الدكتور فتحي فكري: اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية ١٩٩٨، ص ٣٧؛ ولسيادته أيضاً: تعديل المحكمة الدستورية العليا في حاجة إلى تعديل، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٧١ سنة ٢٠٠١ ص ٦٨-٩٨؛ المستشار فهد درويش: مدى دستورية تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، جريدة الأهرام بتاريخ ٢٨ أغسطس ١٩٩٨؛ الدكتور محمد عصفور: خيوط المؤامرة الحكومية على المحكمة الدستورية العليا، تحقيق الأستاذ عفيفي جلال، جريدة العربي، بتاريخ ٢٠ يوليو ١٩٩٨؛ الدكتور نعمان جمعة: التشريع مخالف للدستور وعدوان على وظيفة المحكمة، جريدة الوفد بتاريخ ١٢ يوليو ١٩٩٨.

الحكومة بما حصلته من ضرائب بناء على قانون غير دستوري. مما يؤدي إلى الافتئات على حقوق وحريات المواطنين، وعلى المبادئ القانونية والدستورية المستقرة، وأهمها «عدم جواز فرض ضريبة إلا بقانون»، وقد كان الشارع الدستوري، يقصد قانون صحيح، وليس قانون غير دستوري.

٢. التعديل يخالف الدستور لتخلف شرط حالة الضرورة^(١).

٣. التعديل يؤدي إلى التدخل في شئون العدالة؛ فإذا كان للقانون أن ينظم القضاء ويبين اختصاصاته، إلا أنه ممنوع دستورياً من التدخل في القضايا المعروضة للتأثير في أحكام القضاء والالتفاف حولها، وهذا التدخل والالتفاف هو ما فعله الشارع بالتعديل الأخير واعترفت به المذكرة الإيضاحية صراحة^(٢).

٤. يؤدي التعديل إلى إفراغ الرقابة على دستورية القوانين من مغزاها وجدواها ومحتواها؛ باعتبار أن الأثر الرجعي للأحكام الدستورية يفرضه المنطق القانوني، وتفرضه اعتبارات الفاعلية، فالنص غير الدستوري ولد مخالفاً للدستور، فيكون هدرًا منذ صدوره؛ لأن النص المشوب بعدم الدستورية يلحقه هذا العيب من أول يوم، واعتبارات فاعلية الرقابة على دستورية القوانين وجدواها تحتم أن يكون للحكم أثراً رجعياً.

٥. النص الأصلي (قبل تعديله) يحقق التوازن بين المشروعية والاستقرار والتعديل يهدره

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: مستقبل القضاء الدستوري في مصر (٢) جريدة الأهرام، عدد ١٩ أغسطس ١٩٩٨ ؛ الدكتور جابر جاد نصار: الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة على دستورية القوانين، ١٩٩٩، ص ١٥٥، ١٦٥ ؛ الدكتور محمد شوقي السيد: حول تعديل قانون المحكمة الدستورية ... شكلاً ومضموناً، جريدة الأهرام، عدد ١٠ أغسطس ١٩٩٨ ؛ الدكتور محمد عبد الواحد الجميلي: آثار الحكم الصادر بعدم الدستورية، ٢٠٠١ ص ٩٨ وما بعدها؛ الدكتور محمود عاطف البنا: المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم، جريدة الوفد، عدد ١٦ يوليو ١٩٩٨ ص ٥ .

(٢) الدكتور جابر جاد نصار: ممارسة مجلس الشعب لاختصاصه التشريعي والرقابي على دستورية القوانين في مصر «ورقة مقدمة إلى المؤتمر العلمي» مستقبل دور المحكمة الدستورية في الرقابة الدستورية في مصر المنعقد في ٣٠ يونيو إلى ١ يوليو ١٩٩٨ بالمركز العربي لاستقلال القضاة والمحاماة ص ٢١؛ الدكتور عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف: المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠١ ص ٧٢٧ ؛ الدكتور محمود عاطف البنا: الموضوع السابق.

ويهدمه؛ إذ استقر قضاء المحكمة الدستورية على أن الحكم بعدم الدستورية يكون له أثر رجعي يمتد إلى الروابط السابقة على صدوره كنتيجة حتمية على ما أقرت به المذكرة الإيضاحية للتعديل، ولطبيعته الكاشفة على العوار الدستوري الذي أصاب النص التشريعي منذ صدوره.

٦. التعديل يغير وظيفة المحكمة الدستورية العليا؛ باعتبار أن التعديل استهدف، على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية، تحويل هذه المحكمة سلطة تقرير أثر رجعي لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى بمراعاة العناصر المحيطة بها، وقدر الخطورة التي تلازمها، مما يعني أن المحكمة لن تقتصر وظيفتها على إجراء محاكمة قانونية للنص المطعون فيه فترده إلى نصوص الدستور ومبادئه لتحكم بدستوريته أو بعدم دستوريته، وإنما يطلب منها أن تمارس عملاً تشريعياً أو سياسياً بوزن وتقدير الملائمات والظروف ومدى الخطورة. . . الخ مما يعد إقحاماً للمحكمة في غير وظيفتها وإخلالاً بمبدأ المساواة^(١).

٧. يؤدي النص إلى شذوذ ومفارقات، منها على سبيل المثال:

(أ) أن الأثر الرجعي التلقائي للحكم الصادر بعدم دستورية قانون، كان يحقق المساواة بين المواطنين، ويفيد منه الكافة، تطبيقاً للحجية المطلقة للحكم الدستوري. أما الآن، فإن النص يفرق بين من طبق عليهم القانون قبل صدور الحكم، وبعد صدوره، فإذا قيل أن المحكمة هي صاحبة الخيار، في تحديد موعد سريان الحكم بعدم الدستورية، فإن ذلك سيترتب عليه التفرقة في أثر الحكم الدستوري بين حال وأخرى، ويخل بالحجية المطلقة للحكم^(٢).

وهذا يعني أن التعديل يتضمن اعتداء على مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون.

(ب) يؤدي التعديل إلى مفارقات غير مقبولة من الناحية المنطقية، منها أن الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية واجب وإطلاق «دون قيد» في النصوص الجنائية، بينما التعديل ممنوع

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المقال السابق، ص ١٠؛ الدكتور عبد الله ناصف: حجية وآثار أحكام الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، ١٩٩٨ ص ٨٠، ٨١؛ الدكتور محمود عاطف البنا: المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم، مقال بجريدة الوفد، بتاريخ ١٦ يوليو ١٩٩٨.

(٢) الدكتورة نبيلة كامل: الموضوع السابق.

وبإطلاق (دون استثناء) بالنسبة للنصوص الضريبية، رغم تقارب المراكز القانونية والآثار في المجالين في أحيان؛ إذ يحمل الأفراد في الحالين بأعباء تمس حريتهم وأموالهم، وهو ما أشارت إليه المحكمة الدستورية العليا في أحكامها، ولذلك قربت بينهما في المبادئ التي تحكمهما، ويأتي التعديل ليقيم مفارقة وهوة سحيقة بينهما دون مسوغ، ويزيد الصعوبة أن النص الضريبي قد يقتزن بعقوبة جنائية^(١).

(ج) أن اللائحة الإدارية قد تفرض أعباء مالية، كالرسم أو الضريبة المحلية، وقد يلغيتها القضاء الإداري، ويكون الإلغاء بأثر رجعي، بينما لو خالفت اللائحة أو القانون الضريبي الدستور، فإن الإلغاء لا يكون بأثر رجعي، وإنما يقتصر الحكم بعدم الدستورية على المستقبل فحسب، رغم أن المخالفة هنا أشد وأكثر جسامة لتعلقها بمخالفة أحكام الدستور^(٢).

٧. يؤدي التعديل إلى مصادرة غير دستورية للأموال؛ إذ إن الدستور نص على حظر المصادرة للأموال العامة، وأن المصادرة الجزئية لا تكون إلا بحكم قضائي، والنص الجديد يمنع دافعو الضرائب، إذا حكم بعدم دستورية نص القانون سند الدفع، من استرداد ما دفعوه دون وجه حق، مما يشكل مصادرة للأموال العامة بغير حكم قضائي وبالمخالفة لنص الدستور^(٣).

لذلك، أكد البعض أنه كان من الأفضل أن يصدر ذلك التعديل بالطريق العادي، وأن الدلالة السياسية لصدور التعديل بقرار جمهوري بعد فض الدورة البرلمانية بأسبوع واحد، دلالة تفتح الباب لغير ضرورة للشك في الهدف الحقيقي من إصداره في غيبة مجلس الشعب^(٤).

والواقع أن النص ينطوي على كثير من المخالفات الدستورية، وليس فحسب بالطريق الذي صدر به النص المعيب، على النحو المار بيانه.

ثانياً من الناحية الموضوعية: ذهب الرأي الغالب في الفقه إلى عدم موافقة التعديل للدستور

(١) الدكتور محمود أحمد زكي: المرجع السابق، ص ٥٥٤.

(٢) الدكتور محمود عاطف البنا: المقال السابق.

(٣) الدكتور محمود عاطف البنا: المقال السابق.

(٤) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: مستقبل القضاء الدستوري في مصر (٢) جريدة الأهرام بتاريخ ١٩ أغسطس ١٩٩٨.

من الناحية الموضوعية؛ لأسباب عديدة، أهمها:

١. أن تفويض الشارع الدستوري للقانون بتنظيم آثار حكم المادة (١٧٨) من الدستور، لا يجوز معه لمجلس الشعب أن يعود، ويفوض المحكمة في تحديد أثر الحكم الدستوري بالنسبة للمسائل غير الضريبية؛ إذ لا تفويض في التفويض. وبعبارة أخرى لم يجز الدستور للمشرع تفويض غيره في تحديد أثر الحكم بعدم الدستورية^(١).

٢. إقحام المحكمة الدستورية في مسائل سياسية وتشريعية؛ باعتبار ما يخوله التعديل من سلطة تقديرية للمحكمة الدستورية بالنسبة للأحكام غير الضريبية، مما يعد مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات، خروجاً على طبيعته ووظيفة المحكمة الدستورية العليا^(٢).

٣. الإخلال بمبدأ المساواة؛ باعتبار أن التعديل قصر الاستفادة من الأثر الرجعي على رافع الدعوى بمفرده، رغم أن غيره قد يكون تمسك بالدفع وأبداه أمام محكمة الموضوع، لكن المحكمة ارتأت عدم جديته.

٤. التدخل في شئون العدالة. وهذا ما اتضح من الكلمة التي ألقاها وزير العدل أمام مجلس الشعب بمناسبة عرض التعديل على المجلس^(٣).

وقبل نشر القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ نادى العديد من الأصوات باقتراح تعديل نص الفقرة الثالث من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية.

ويرى البعض الآخر الإبقاء على التعديل مع تخليصه من المثالب التالية:

(١) الدكتور عبد الله ناصف: المرجع السابق، ص ١٠١ - ١٠٢ .

(٢) الدكتور أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ١٩٩٩ ص ٣٣٠؛ الدكتور صبري السنوسي: آثار الحكم بعدم الدستورية، مجلة اتحاد الجامعات العربية، العدد السادس، ص ٣٧٧؛ الدكتور محمد عبد الواحد الجميلي: المرجع السابق، ص ٩٠ .

(٣) الأستاذ عبد العزيز محمد: العبث الدستوري - حالة من التلبس، مقال بجريدة الوفد بتاريخ ٢٣ يوليو ١٩٩٨؛ الأستاذ عصام الإسلامبولي المحامي: هل التعديل الأخير لقانون المحكمة الدستورية العليا دستوري؟ مقال بجريدة الأهرام بتاريخ ١٢ أغسطس ١٩٩٨؛ الدكتور عاطف البنا: الموضوع السابق؛ الدكتور محمود أحمد زكي: المرجع السابق، ص ٥٦٣ وما بعدها.

١. أن مؤدى الأثر المباشر للحكم الدستوري الصادر في المواد الضريبية هو عدم رد المبالغ التي يكون الأفراد قد دفعوها في الماضي بناء على النص الضريبي الذي قضى بعدم دستوريته، أي حرمان دافعي الضرائب من استرداد المبالغ التي سبق لهم أن دفعوها دون وجه حق، وهذا الحرمان يمثل عدواناً على الملكية الخاصة حظره الدستور.

٢. أن التعديل ينطو على حظر ضمني لحق الأفراد في التقاضي للمطالبة بالمبالغ التي سبق لهم أن دفعوها دون وجه حق، مما يجعله مخالفاً للمادة ٦٨ من دستور ١٩٧١.

٣. أن التعديل يخول السلطة التشريعية حق الخروج على أحكام الدستور في المسائل الضريبية؛ فهو يجعلها لا تتقيد بها، بل يتيح لها أن تعتمد إلى الخروج عليها لجني المال، وهي آمنة مطمئنة إلى أن تشريعاتها الضريبية التي يتم التحصيل بموجبها ستظل بمنجاة من الأثر الرجعي فيما لو قضى بعدم دستوريته، وأنها لن ترد ما حصلته من ضرائب نتيجة تطبيق هذه التشريعات المخالفة للدستور. وليس ذلك إلا دعوة صريحة لهدم الدستور في المسائل الضريبية.

٤. الإخلال بمبدأ المساواة؛ إذ يميز التعديل في شأن الأثر الرجعي في المواد غير الجنائية وغير الضريبية؛ فهو من ناحية أولى يجعل الأثر الرجعي لبعض الأحكام - الجنائية - مطلقاً، بحيث يرتد إلى تاريخ صدور النص المقضي بعدم دستوريته، في حين يميز للمحكمة أن تجعل لبعض آخر من الأحكام - غير الضريبية - أثراً رجعياً أقرب من تاريخ صدور النص متى تراءى لها ذلك، وفي هذا تمييز بين المخاطبين بالنص يرتب مضاراً للبعض، ومزايا للبعض الآخر نتيجة اختلاف تاريخ سريان الأحكام السابقة بالنسبة لكل منهما^(١).

ومن ناحية ثانية، يميز نص التعديل في المواد الضريبية بين الأفراد؛ لأنه يجعل للأحكام الصادرة بعدم دستورية نص ضريبي أثراً في نفس الوقت: الأول أثر مباشر بالنسبة لغير رافع الدعوى؛ إذ تسري الأحكام بأثر مباشر على غير رافع الدعوى الدستورية من اليوم التالي لنشر الحكم. ويترتب على ذلك أنه لا يحق لغير رافع الدعوى الدستورية استرداد المبالغ الضريبية التي سبق له أن دفعها بناء على نص غير دستوري. الأثر الثاني، أثر رجعي بالنسبة لرافع الدستورية؛ إذ

(١) الدكتور عبد الله ناصف: المرجع السابق، ص ١٥.

تسري الأحكام بالنسبة له بأثر رجعي، ومن ثم يحق له استرداد المبالغ الضريبية التي دفعها قبل الحكم بعدم الدستورية اعتباراً من تاريخ العمل بالنص المقضي بعدم دستوريته. مما يعني التمييز بين الأفراد، والإخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون، والتي حرص الدستور ذاته على النص عليه^(١).

ومن ناحية ثالثة، يميز التعديل بين الدولة والأفراد؛ إذ يعطي مركزاً متميزاً للدولة على الأفراد في الحقوق المالية، فإذا كان الفرد كان مديناً للدولة بالضريبة فإن الدولة تقتضيها منه منذ تحقق الواقعة المنشئة للضريبة، أما إذا كان الفرد قد أدى إلى الدولة مبلغاً غير مستحق، ثم قضى بعدم دستورية النص الذي تم الأداء على أساسه، فإنه يستحيل عليه أن يسترد ما دفعه بغير وجه حق، وفي هذا تمييز وتفريق بين المدينين، فالدولة المدينة لا تتحمل برد ما سبق أن حصلته من مبلغ الضريبة بدون وجه حق، أما الفرد المدين بالضريبة فيتحملها بكامل مبلغها.

٥. انعدام الأثر الرجعي في المواد الضريبية يمثل عقاباً للمواطنين الملتزمين الذين سارعوا إلى دفع الضريبة احتراماً للقانون الضريبي القائم إلى أن يقضى بعدم دستوريته؛ لأن الأصل في القانون هو الصحة، أي صحة مطابقته للدستور إلى أن يثبت العكس بحكم من المحكمة الدستورية العليا، والتزام الأفراد بالقانون فضيلة لا يجوز معاقبتهم. وفي المقابل يمثل النص ثواباً للمواطنين الذين تحلفوا عن دفع الضريبة، ولم يحترموا القانون الذي قررها حتى صدر حكم المحكمة بعدم دستوريته، فأصبحوا معفيين من دفعها^(٢).

(ب) موقف المحكمة الدستورية من التعديل: رغم أن الرأي الغالب في الفقه الدستوري اتجه إلى مخالفة التعديل للدستور، سواء من الناحية الشكلية أم من الناحية الموضوعية. إلا أن المحكمة الدستورية العليا مالت إلى تأييد رأي مرجوح في الفقه وقضت برفض الطعن على دستورية التعديل. وتطبيقاً لذلك قضت «أن الاستفادة من نص المادة (١٤٧) من الدستور، أن لرئيس الجمهورية اختصاصاً في إصدار قرارات لها قوة القانون في غيبة مجلس الشعب، إلا أن

(١) الدكتور عبد الله ناصف: المرجع السابق، ص ١٥ وما بعدها.

(٢) الدكتور محمود أحمد زكي: المرجع السابق، ص ٥٧٩-٥٨٢.

الدستور رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدوداً ضيقة تفرضها طبيعته، فأوجب لإعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائباً، وأن تعرض خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجعتها بتدابير لا تحتل التأخير إلى حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار أن تلك الظروف هي مناط هذه الرخصة وعلة تقديرها، كما أوجبت الفقرة الثانية من المادة المذكورة عرض هذه القرارات بقوانين على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان قائماً، أو في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته. تقدير قيام الضرورة لا يخضع لمعيار ثابت، وإنما يتغير بتغير الظروف، وكانت الظروف قد اقتضت الإسراع بإصدار القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ لضرورات ملحة قوامها تحقيق توازن بين مصالح اقتصادية جوهرية للمجتمع واعتبارات العدالة، ومن ثم يكون لرئيس الجمهورية إذا أصدر التشريع المذكور لم يجاوز سلطته في هذا الصدد. لما كان ذلك، وكان النص في المادة (١٤٧/٢) من الدستور يقضي بعرض هذه القرارات بقوانين على مجلس الشعب، فإن الأمر يختلف بين ما إذا كان المجلس في عطلة السنوية العادية التي تتخلل دورتي انعقاد متتابعين بذات الفصل التشريعي، أو إذا كان المجلس غير قائم سواء بالحل أو بوقف جلساته، ففي الحالة الأولى يتعين العرض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور القرارات بقوانين، وفي الحالة الثانية يجب عرضها في أول اجتماع للمجلس. إذا كان القرار المطعون فيه قد صدر أثناء العطلة السنوية لمجلس الشعب، بما يقتضي عرضه على المجلس أثناء المدة المشار إليها، وهو العرض الذي يتم بإيداع القرارات بقوانين المجلس وإحالتها إلى اللجان المختصة لدراستها على أن تكون لها الأولوية على ما عداها من الأعمال وفقاً لنص المادة (١٧٣) من اللائحة الداخلية للمجلس، وإذا كان الثابت من مضبطة الجلسة الثامنة لمجلس الشعب في دور الانعقاد العادي الرابع المعقودة يوم ١٩٩٨/١٢/٥ والتي تضمنت مناقشات الخاصة بالقرار بقانون الطعين، أن ذلك القرار بقانون قد صدر بتاريخ ١٩٩٨/٧/١٠ وأودع بمجلس الشعب في ١٩٩٨/٧/١١ وأحيل إلى لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بذات التاريخ، وهو ما يتحقق به بدء العرض على المجلس، فإنه يكون قد استوفي أوضاعه التي يفرضها الدستور ويكون النعي في غير محله حرياً بالرفض. مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في المادة (٤٠) من الدستور - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - ليس مبدأً تلقينياً جامداً منافياً للضرورة العملية، ولا

هو بقاعدة صماء تتأبى على صور التمييز المبرر، وإذ جاز للدولة أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائماً من تدابير لتنظيم موضوع محدد أو توقيماً لخطر تقدر ضرورة رده، كان دفعها للضرر الأكبر بالضرر الأقل لازماً، إلا أن ذلك لا ينبغي أن يكون مبرراً لمسلك ينطوي على تمايز تعسفي بين المواطنين، ومن ثم يمكن أن تباين في المراكز بين مراكز لا تتحدد معطياتها، أو تتباين فيما بينها في الأسس التي تقوم عليها. إذا كان نص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا بعد تعديلها، جاء قاطعاً في أن الحكم بعدم دستورية أي نص ضريبي يرتب أثراً مباشراً فقط، إلا أن النص المذكور قرّن ذلك بعدم الإخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بهذا الشأن، بما مؤداه إطلاق صفة المدعي لتشمل كل من اتصلت دعواه مستوفية أوضاعها القانون بالمحكمة الدستورية العليا وقد صدور الحكم بعدم دستورية ذلك النص، وهو الإطلاق الذي يعصم النص من عدم الدستورية، وبذلك أن المشرع قد مارس حقه في المغيرّة بين مراكز اختلفت أسس قيامها، واتخذ ما يراه كفيلاً بدرء أخطار تهدد مقومات المجتمع الاقتصادية. إذا كان الدستور يؤسس النظام الضريبي على العدالة الاجتماعية ووفقاً للمادة (٣٨)، إلا أن هذه العدالة تتوخى بمضمونها التعبير عن القيم والمصالح الاجتماعية السائدة في مجتمع معين خلال فترة زمنية محددة، ومن ثم تتباين معانيها ومراميها تبعاً لتغير الظروف والأوضاع، ويتعين بالتالي أن تتوازن علائق الأفراد ومصالحهم، بمصالح المجتمع في مجموعه، توصلاً إلى عدالة حقيقية تتفاعل مع الواقع وتتجلى قوة دافع لتقدمه، وإذا كان العدل مهيماً على الضريبة التي تتوافر لها قواها الشكلية وأسسها الموضوعية، فإن ذلك يشكل ضمانة توافر الحماية القانونية التي كفله الدستور للمواطنين جميعاً. وينبغي على ما تقدم أن ما اتخذه المشرع من تعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا كان سبيل للحفاظ على مصالح الجماعة ومن ثم تنفي عنه قالة مخالفة الدستور. مفهوم العدل لا يمكن أن يبقى مطلقاً ثابتاً، ولكنه يتصف بالمرونة والتغير طبقاً لمعايير الواقع الاجتماعي، وهو بذلك لا يعدو أن يكون نهجاً منبسطاً على أشكال الحياة، وازناً بالقسط الأعباء التي يفرضها المشرع على المواطنين. مبدأ تكافؤ الفرص الذي تكفله الدولة للمواطنين كافة وفقاً لنص المادة (٨) من الدستور يتصل في مضمونه - على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - بالفرص التي تتعهد الدولة بتقديمها، فلا يثور إعماله إلا عند التزامها عليها، وغاية الحماية الدستورية لتلك الفرص

هي تقرير أولوية في مجال الانتفاع بها لتحديد وفقاً لأسس موضوعية يقتضيها الصالح العام، بما مؤداه أن إعمال هذا المبدأ في نطاق تطبيق القرار بقانون المطعون فيه يكون منتفياً، إذ لا صلة له بفرض يجرى التزاحم عليها. الملكية الخاصة التي كفل الدستور صونها ليست حقاً مطلقاً وإنما تباشر وظيفة اجتماعية ينظم القانون أدائها، حتى تعمل في خدمة الاقتصاد القومي، وتلتزم بمراعاة المصلحة العامة عند مباشرة المكينات التي ينتجها حق الملكية. إن الاعتداء الذي يمنع الدستور وقوعه على الحرية الشخصية، هو كل ما من شأنه تقييدها أو المساس بها في غير الحالات التي يقرها القانون، فإن القرار بقانون الطعين إذ لم ينطو على إخلال بمفهوم العدل، أو إهدار لمبدأ تكافؤ الفرص، كما نأى عن التعدي على الحرية الشخصية أو الملكية الخاصة، فلا يعد النعي عليه بمخالفة الدستور أي أساس^(١).

كما قضت تطبيقاً لهذا التعديل (المحكمة الدستورية العليا) إنه إذا كان الدستور يؤسس النظام الضريبي على العدالة الاجتماعية ووفقاً للمادة (٣٨)، إلا أن هذه العدالة تتوخى بمضمونها التعبير عن القيم والمصالح الاجتماعية السائدة في مجتمع معين خلال فترة زمنية محددة، ومن ثم تتباين معانيها ومراميها تبعاً لتغير الظروف والأوضاع، ويتعين بالتالي أن تتوازن علائق الأفراد ومصالحهم، بمصالح المجتمع في مجموعه، توصلنا إلى عدالة حقيقية تتفاعل مع الواقع وتتجلى قوة دافع لتقدمه، وإذا كان العدل مهيمناً على الضريبة التي تتوافر لها قوالبها الشكلية وأسسها الموضوعية، فإن ذلك يشكل ضمانة توافر الحماية القانونية التي كفلها الدستور للمواطنين جميعاً. وينبغي على ما تقدم أن ما اتخذه المشرع من تعديل الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا كان سبيل للحفاظ على مصالح الجماعة ومن ثم تنتفي عنه حالة مخالفة الدستور^(٢).

وحيث إن مفاد نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه، معدلاً بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ - وفقاً لما جرى عليه قضاؤها - أنه ما لم تحدد هذه المحكمة تاريخاً لنفاذ أحكامها، فإن الأصل أن قضاءها بعدم الدستورية المتعلق بنص غير جنائي - عدا النصوص الضريبية - يكون له أثر رجعي ينسحب إلى الأوضاع والعلائق التي

(١) الطعن رقم ٧٦ س ٢٢ ق جلسة ٧ يوليو ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية س ١٠ ج ١ ص ٤٩٣.

(٢) الطعن رقم ٧٦ س ٢٢ ق جلسة ٧ يوليو ٢٠٠٢ مجموعة أحكام الدستورية س ١٠ ج ١ ص ٤٩٣.

يتصل بها ويؤثر فيها، حتى ما كان سابقاً على نشره بالجريدة الرسمية، ما لم تكن الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناءً على حكم قضائي بات صدر قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا^(١).

وقد بينت محكمة النقض حدي الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص قانوني معين؛ إذ قضت أن الحكم بعدم دستورية نص قانوني أو لائحة تعلقه بالنظام العام. أثره. عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشره. انسحاب أثره الرجعي على الوقائع والمراكز القانونية السابقة على صدوره. التزام المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها بإعماله. الاستثناء. الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت بحكم بات أو بانقضاء مدة التقادم قبل صدوره. المادة ٣/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديلها بالقرار بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨^(٢).

- وإذا صدر الحكم بعدم دستورية ضريبة الأرض الفضاء في الطعن رقم ٥ لسنة ١٠ ق دستورية والمنشور بتاريخ ١٩٩٣/٧/٨ فإنه يترتب عليه بطريق اللزوم ألا يعتد بهذه الضريبة في أي نزاع لاحق على نشر الحكم حتى وإن كانت المراكز القانونية سابقة عليه، ما دام قد أدرك النزاع قبل استقرارها بالتقادم أو بحكم بات ولا يغير من ذلك صدور القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية باستثناء الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص ضريبي من الأثر الرجعي والعيني المقررين للأحكام بعدم الدستورية باعتبار أن هذا القانون لا يطبق إلا من تاريخ نفاذه ولا ينسحب حكمه على تلك الأحكام الصادرة قبل نفاذه التي تظل محكومة بالأثر الرجعي طبقاً للأصل العام الذي يسرى على الحكم بعدم الدستورية^(٣).

(سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ)

(١) الطعن ١٥ لسنة ٣٨ ق «منازعة تنفيذ» المحكمة الدستورية العليا جلسة ٤ فبراير ٢٠١٧ منشور في الجريدة الرسمية العدد ٦٤٢ مكرر ب في ١٥ / ٢ / ٢٠١٧ ص ٩٤.

(٢) الطعن رقم ٦١٠ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢١ يوليو ٢٠٠٣.

(٣) الطعن رقم ١٤٧٧ س ٦٧ ق جلسة ٢٦ يونيو ٢٠٠٢.

الفهرس

٥.....	المقدمة.....
٥	(أ) الشرعية الدستورية.....
٩	(ب) مفهوم القضاء الدستوري.....
١٣.....	(ج) التطور التاريخي للقضاء الدستوري.....
١٤.....	(د) القاضي الدستوري.....
١٥.....	(هـ) أهمية القضاء الدستوري.....
١٧.....	(و) القضاء الدستوري في الإسلام.....

فصل تمهيدي

٢١.....	مفترضات الرقابة.....
٢١.....	تمهيد وتقسيم.....
٢٢.....	المبحث الأول: فكرة الدستور.....
٢٢.....	تمهيد وتقسيم.....
٢٢.....	المطلب الأول: تعريف الدستور.....
٥٢.....	المطلب الثاني: علوية الدستور (الوسائل الوقائية الذاتية).....
٥٢.....	(أ) تمهيد.....
٥٢.....	(ب) ماهية جمود الدستور.....
٧١.....	المبحث الثاني: سيادة القانون.....
٧٨.....	المبحث الثالث: القضاء الدستوري.....

الفصل الأول

١٠٥.....	كفالة احترام الدستور (الرقابة على دستورية القوانين).....
١٠٩.....	المبحث الأول: الرقابة الشعبية.....
١٢٩.....	المبحث الثاني: الرقابة السياسية.....
١٥٨.....	المبحث الثالث: الرقابة القضائية.....

الفصل الثاني

١٦٣	اختصاص القضاء الدستوري
١٦٤	المبحث الأول: التشريعات التي تخضع للرقابة
١٩٥	المبحث الثاني: الدعاوى التي تخرج عن نطاق الرقابة
١٩٦	المطلب الأول: التقيد الذاتي للرقابة الدستورية
٢٢٨	المطلب الثاني: رقابة المشروعية
٢٣٤	المطلب الثالث: رقابة الملائمة
٢٣٨	المطلب الرابع: نظرية الأعمال السياسية

الفصل الثالث

٢٨٧	نطاق الدعوى الدستورية
٢٨٨	المبحث الأول: المدى الموضوعي للرقابة
٣٠٥	المطلب الثاني: مقدمات الدساتير
٣٠٩	المطلب الثالث: إعلانات الحقوق
٣٢١	المطلب الرابع: القوانين الاستثنائية
٣٣٠	المطلب الخامس: القوانين الأساسية
٣٣٦	المطلب السادس: المعاهدات الدولية
٣٤٦	المطلب السابع: العرف الدستوري
٣٦٠	المطلب الثامن: المبادئ القانونية العامة
٣٦٣	المبحث الثاني: المدى الزمني للرقابة

الفصل الرابع

٣٨٥	عيوب دستورية التشريعات
٣٨٦	المبحث الأول: عيب عدم الاختصاص
٣٩٨	المبحث الثاني: عيب الشكل
٤٣١	المبحث الثالث: عيب المحل
٤٦٢	المبحث الرابع: عيب الانحراف التشريعي
٥١٨	المبحث الخامس: عيب السبب

الفصل الخامس

- طرق تحريك الدعوى الدستورية ٥٢٣
- المبحث الأول: الدعوى الأصلية ٥٢٣
- المبحث الثاني: الدفع الفرعي ٥٣٩

الفصل السادس

- الخصومة الدستورية ٥٦٩
- المبحث الأول: ماهية الخصومة ٥٦٩
- المبحث الثاني: خصائص الخصومة الدستورية وإجراءاتها ٥٩٧
- المطلب الأول: سمات الخصومة الدستورية ٥٩٧
- المطلب الثاني: إجراءات الخصومة الدستورية ٦٢٤
- المبحث الثالث: الحكم في الخصومة الدستورية ٧٨٥
- المبحث الرابع: الأثر المترتب على الحكم ٨٣٦
