بحث فى دلالة المـــادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ ومدى تأثيرها فى اختصاص المحكمة العليا بنظر دعاوى عدم دستورية التشريعات السابقة على دستور سنة ١٩٦٤

المستشار ياقوت العشماوى

مستشار التفويض بالمحكمة العليا

تحديد المشكلة محل البحث :

تنص المـــادة ١٦٦ من دســـتور سنة ١٩٦٤ على أن : « كل ما قررته القوانين والقرارات والأوامر واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور **يبقى نافذا** ومع ذلك يجوز الغاؤها أو تعديلها وفقـــا للقواعد والاجراءات المقررة فى هذا الدستور » . فقد ثار التساؤل عما اذا كانت عبارة « يبقى نافذا » يقصد بها مجرد استمرار العمل بالتشريعات السابقة على الدستور ومن ثم يجوز الطعن عليها بعدم الدستورية اذا كانت مخالفة له أم يقصد بها تجاوز النفاذ الى تحصينها بحيث لا يجوز للمحكمة العليا أن تقضى بعدم دستوريتها اذا استبان لها مخالفتها لأحكام الدستور .

تقســـــيم :

ونقسم الموضوع الى النقاط الآتية :

أولا ـــ السوابق القضائية فى الموضوع .

ثانيا ـــ تحليل الأعمال التحضيرية للمـــادة ١٦٧ من دستور سنة ١٩٢٣ المقابلة للمـــادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ .

ثالثا ـــ نظرية الصحة والبطلان فى مجالات القانون المختلفة .

رابعا ـــ تنازع الدساتير من حيث الزمان .

خامسا ـــ مراتب النفاذ من حيث القوة .

سادسا ـــ النظام العام الدستورى وأثره فى التشريعات المقابلة .

سابعا ـــ اختصـــاص المحكمة العليا مقيد بالقواعد الواردة فى قانون انشائها وبالغاية منها .

ثامنا ـــ القانون الدستورى المقارن .

تاسعا ـــ نتيجة البحث .

المبحث الأول
السـوابق القضـائية

قضت محكمة القضاء الادارى فى الدعوى رقم ٣١٧ لسنة ٩ ق (وقد أشار اليه الدكتور ابو المجد فى رسالته «الرقابة على دستورية القوانين» ص ٦٢٠) بأن المادة ١٩٠ من الدستور (الصادر سنة ١٩٥٦ وهى مطابقة للمادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤) تتعلق فقط ببيان مدى سريان أحكام القوانين والمراسيم والأوامر والقرارات القائمة وقتئذ من حيث الزمان بعد صدور الدستور الجديد أى أن اعمال هذه المادة لا يكون الا بالنسبة للقوانين الصحيحة والنافذة عند صدور هذا الدستور ومن ثم فلا ينطبق على نص غير دستورى . ولكن المحكمة العليا نقضت هذا الحكم واستقر قضاؤها (راجع حكمها فى القضية رقم ١٦١ س ٣ ق بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٩ والقضية رقم ١٧٦٨ س ٢ ق بتاريخ ١٩٥٧/١٢/١٤) على : « أن الدستور أراد أن يضفى حصانة دستورية على حركة التشريع السابقة عليه التى تمت فى عهد الثورة سواء أكانت بالطريق الأصلى أى بمقتضى قوانين ، أم بالطريق الفرعى أى بمقتضى قرارات تنظيمية عامة ، حصانة تعصمها من السقوط أو من المجادلة فى قوة نفاذها لحكمة تتصل بالمصالح العليا للوطن بمراعاة أن تلك القوانين واللوائح انما تمت فى عهد ثورة تستهدف الاصلاح الشامل بشكل وفى أوضاع وظروف استثنائية لا تقاس فيها الامور بمقياس الأوضاع العادية فأضفى عليها تلك الحصانة الدستورية على اعتبار أنها من الادوات التى استعملتها الثورة فى سبيل أوجه الاصلاح الذى قامت من أجله ، وللحكمة عينها حصن الدستور كذلك جميع القرارات التى صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التى تتصل بها وتكون مكملة أو منفذة لها وذلك بمنع الطعن فيها بأى وجه من الوجوه وأمام أية هيئة كانت — وغنى عن البيان أن نصى الدستور المشار اليهما (المادة ١٩٠ ، ١٩١) يسريان على الدعاوى المنظورة باعتبار أن هذا الدستور أصبح القانون الأعلى »(١)

(١) وقد اعترض بعض الفقهاء على قضاء المحكمة العليا فيقرر مثلا الدكتور أحمد كمال أبو المجد فى رسالته ما يأتى (ص ٦٢٠) : « أما استناد المحكمة الى المادة ١٩٠ من الدستور فاستنادا لا نوافقها عليه ذلك ان هذه المادة — كما قرر بحق حكم محكمة القضاء الادارى الذى نقضته المحكمة العليا — تتعلق فقط ببيان مدى سريان احكام القوانين والمراسيم والاوامر والقرارات القائمة وقتئذ من حيث الزمان بعد صدور الدستور الجديد أى أن أعمال حكم هذه المادة لا يكون الا بالنسبة للقوانين الصحيحة والنافذة عند صدور هذا الدستور ومن ثم فلا ينطبق على نص غير دستورى .

ويدعم هذا النظر — والكلام للمؤلف نفسه — مقارنة هذه المادة بالمادة ١٩١ التى تليها مباشرة والتى تقرر أن : « جميع القرارات التى صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التى تتصل بها وصدرت مكملة لها وكذلك كل ما صدر من الهيئات التى أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات وأحكام لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بالغائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه وأمام أية هيئة كانت » فهذه المادة قد حددت على سبيل الحصر أنواع القوانين والقرارات والاحكام والاعمال والتصرفات التى لا يجوز الطعن فيها « ومن هذا يتبين أن هنالك مادتين لكل منهما مجال فالمادة ١٩٠ لها مجال خلاف المادة ١٩١ . ولو أراد الدستور تحصين جميع القوانين وأراد منع القضاء من فرض رقابته عليها ما كانت هنالك حاجة لايراد نصين متتاليين فى موضوع واحد » والواقع أن هذا التدليل الذى ساقته محكمة القضاء الادارى هو وحده المتفق مع أصول التفسير المقررة ولا ندرى كيف استطاعت المحكمة العليا أن تخرج عليه دون أن تسوق لهذا الخروج علة مقنعة .

المبحث الثانى

تحليل الأعمال التحضيرية للمادة ١٦٧ من دستور سنة ١٩٢٣

يستفاد من الاطلاع على الاعمال التحضيرية للمادة ١٦٧ من دستور سنة ١٩٢٣ المقابلة للمادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ ما يأتى :

أ — أن نص النفاذ قصد به مجرد النفاذ لا التحصين :

فقد جاء على لسان المرحوم عبد الحميد بدوى فى لجنة الدستور ما يأتى : لم أحضر تقرير المادة الأخيرة من باب الاحكام الوقتية وقد نص فيها على أن القوانين الحالية تبقى نافذة فى كل مالا يناقض من أحكامها هذا الدستور فقصرتم حكم المادة على القوانين مع أن كثيرا من الامور تنظمها **دكريتات أو لوائح** والنص الحالى يسقط ما ليس بقانون فاذا بقى بصورته الحاضرة سقطت كل المسائل المنظمة **بغير القوانين** بمجرد صدور الدستور .

كما جاء على لسان رئيس اللجنة ما يأتى : « وقد لاحظ حضرة بدوى بك ملاحظة دقيقة اذ قال لو اكتفينا بهذا النص لسقطت من تشريعنا الحالى أحكام كثيرة قررتها مراسيم ولوائح وقرارات لا تناقض فى أحكامها الدستور فى موضوعها ولكنها **تناقضه من جهة الشكل** لأن الدستور رسم طريقة خاصة للتشريع اذ أحال فى مواضيع كثيرة على القانون مع أن التشريع الحالى كان يكتفى فى أمثالها بمرسوم أو قرار أو لائحة كانت تشرع بها الاحكام دون أن توصف بأنها قوانين . فاذا لم تذكر فى النص صراحة سقطت أحكامها حتما عند صدور الدستور » .

وجاء فى تقرير اللجنة العامة للدستور (لجنة الثلاثين) ما يأتى : « نظم الدستور السلطات المختلفة وعلى الخصوص السلطة التشريعية وعدد اختصاصها فلن يشرع بعد صدوره حكم الا وفق قواعده ولكن البلاد فيها تشريع قائم تولت اصداره هيئات غير التى رتبها الدستور . ونظرا لاختلاط السلطتين التشريعية والتنفيذية كانت الأحكام العامة توضع طورا فى صورة قانون وطورا فى صورة مرسوم أو لائحة أو قرار أو غير ذلك من الصور التى هى أدخل فى أعمال السلطة التنفيذية منها فى أعمال السلطة التشريعية . ومهما يكن من اختلاف هذه الصور فان الدستور الذى غير نظام التشريع وأوجب اشتراك الأمة فيه اشتراكا حقيقيا يجب أن يبين الحكم فى هذا التشريع القديم .

وبديهى أن السلطة التشريعية التى أنشأها الدستور تملك التعرض بالمحو والاثبات والتعديل لما تناوله ذلك التشريع القديم . ولكنه من الطبيعى أيضا أنه حتى تتعرض السلطة التشريعية لمثل ذلك يجب أن تبقى الاحكام القديمة على حالها فان فى سقوطها مدعاة للفوضى والاضطراب ، لهذا وضعت

الفقرة الأولى لتثبيت نفاذ(١) تلك الاحكام مؤقتا .. وروعى فى صياغتها أنه اذا اكتفى بالاشارة الى أن القوانين — وحدها — تظل نافذة قصر هذا عن حكاية الحال . فان من الاحكام المنظمة للشئون المصرية والتى هى بمثـابة تشريع ما لم يوصف بأنه قانون كالمراسيم واللوائح والقرارات . ويخشى(٢) أن لم يشر اليها الى جانب القوانين أن يقال بسقوطها عند صدور الدستور . لذلك أضيف الى القوانين تلك الصور المختلفة التى كانت تشرع بها الاحكام العامة فى مصر اتقاء لذلك المحذور . ولكن لمـا كان يخشى من جهة أخرى أن يكون فى الاشارة فى الدستور الى تلك الصور ما يجعل لها قوة لم تكن لها بحسب النظام الذى وضعت فى عهده وجب الاحتياط بالنص على ما يمنع هذا المحذور حتى لا يصبح الباطل منها بحسب النظام القديم صحيحا فى عهد النظام الجديد »(٣) .

كذلك جاء فى كلام اللجنة الاستشارية التشريعية(٤) Le comité consultatif « أن حكم هذه المـادة لا غنى عنه حتى يظل النظام التشريعى كله **واللوائح الحالية** معمولا بها . وان لم ينص على هذا جازت المنازعة فى شرعية عدد لا يحصى من الاجراءات لم تكن شرعيتها موضع شك وقت اصدارها وأن كانت **لا تتمشى اليوم مع القواعد الجديدة** التى قررها الدستور لحكم البلد . فالمبدأ يقضى بأن يظل النظام القديم نافذا وخاضعا لتحفظين أولهما : لا يتعارض تنفيذ القوانين والمراسيم القديمة بمبـادىء الحرية والمساواة التى كفلها الدستور وبناء على ذلك فلا يطبق قانون المطبوعات فى كل ما تعارضت أحكامه مع الضمانات الواردة بالمـادة ١٥ وثانيهما ... » .

ويبين من هذا الاستعراض أن المناقشات التى دارت فى اللجنة العامة لوضع الدستور صريحة وقاطعة فى أن المـادة ١٦٧ هى مادة نفاذ وليست مادة تحصين — وفسروا ذلك بأن مشروع المـادة الاصلى كان ينص على أن « القوانين الحالية تبقى نافذة فى كل مالا يناقض من أحكامهـا هذا الدستور » . وبلغتنا نحن قصدوا أن يقولوا أن المراسيم والأوامر واللوائح والقرارات — وهى ليست بقوانين غير منصوص فى المشروع لاصلى المشار اليه على استمرار نفاذها ومن ثم تكون قد سقطت بطريق الاستنتاج العكسى à contrario . أو على أقل تقدير — لو عبرنا بأسلوبنا عن كلام اللجنة

(١) من الواضح أن عبارة لجنة الثلاثين تفيد النفاذ ولا تفيد تحصين التشريع وجعله يستعصى على الطعن بعدم الدستورية .

(٢) استعمال اللجنة لعبارة « يخشى » تحوط لاحتمال لا ليقين مؤكد الوقوع .

(٣) وفى ذلك اجابة على السؤال الآتى : هل التشريع الذى ولد باطلا فى ظل الدستور القديم ينقلب صحيحا فى ظل الدستور الجديد اذا كان التشريع متفقا معه .

(٤) وهى اللجنة التى أحالت اليها الحكومة مشروع الدستور لصوغه فى القالب القانونى (راجع بيان محمد الشريف فى كتابه على هامش الدستور) وجاء فى كتاب يحيى ابراهيم رئيس الوزراء الى الملك فؤاد فى ١٩٢٣/٤/١٩ ما يأتى : « ولمـا كان نظام التشريع المعمول به فى البلاد يقضى بعرض هذا المشروع (مشروع الدستور) على اللجنة الاستشارية التشريعية قدمته الحكومة الى تلك اللجنة لفحصه فعنيت أكبر عناية بدرسه . وتمحيصه وأدخلت عليه تعديلات خاصة بالشكل القانونى واقترحت بعض نصوص لتقرير حقوق فات وضعها وكان من المتعين أن يشملها الدستور .

الاستشارية التشريعية ـــ مسـكوت عن حكمها ممـا يترتب عليه جواز « المنازعة فى شرعية عدد لا يحصى من الاجراءات لم تكن شرعيتها موضع شك وقت اصدارها » . وقد جاء فى تقرير لجنة الثلاثين ما يأتى : « ... لهذا وضعت الفقرة الاولى لتثبت **نفاذ** تلك الاحكام مؤقتا . وروعى فى صياغتها أنه اذا اكتفى بالاشارة الى أن القوانين ـــ وحدها ـــ تظل نافذة قصر هذا عن حكاية الحال . فان من الاحكام المنظمة للشئون المصرية والتى هى بمثابة تشريع ما لم يوصف بأنه قانون كالمراسيم واللوائح والقرارات ويخشى أن لم يشر اليها الى جانب القوانين أن يقال بسقوطها عند صدور الدستور » وهذا الذى قررته اللجنة العامة للدستور رددته فى عبارات أخرى اللجنة الاستشارية التشريعية التى عهدت اليها الحكومة بمراجعة المشروع من حيث الشكل ، ومن ثم لم تكن تعدو وظيفتها دور الصياغة القانونية ولهذا يجب حمل كلامها على ما يطابق مقصود اللجنة العامة وتنتهى من كل ذلك الى أن نص المـادة ١٦٧ قصد منه مجرد نفاذ التشريعات السابقة .

٢ ـــ أن نص النفاذ لا يصحح التشريعات التى صدرت باطلة :

قال رئيس اللجنة : « وأنا لنخشى أن يكون بعض هذه الأوامر واللوائح والقرارات قد صدر بطريقة غير نظامية فيكون من نتيجة النص عليها فى الدستور ازالة هذا النقص منها فيصبح لها قوة أكثر من قوتها الأصلية ويجب أن تحتاط لذلك بأن يضاف الى النص العبارة الآتية : « ولا يترتب على هذا النص أن يلحق تلك الأحكام من الصحة أو القوة ما لم يكن لها من قبل قانونا » **وبذلك يبقى لنا الحق فى المستقبل فى أن نطعن** فى اللوائح والاوامر السابقة **اذا كانت غير قانونية فى أصلها** . ثم ووفق على النص . وقد صـدر نص المـادة ١٦٧ متضمنا بدلا من هذه الصياغة العبارة الآتية : « كل ما قررته القوانين ... طبقا للأصول والاوضاع المتبعة (١) يبقى نافذا ... » فهذا القيد يفيد أن ما صدر من التشريعات بالمخالفة للاصول والاوضاع المتبعة لا يصححه نص النفاذ .

---

(١) تكرر هذا النص فى الاوامر الملكية الخاصة بسن الدساتير او تعطيلها اذ تنص المـادة ٦ من الامر الملكى رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ بأبطال العمل بدستور سنة ١٩٣٠ وأن يستبدل به دستور آخر على أن « كل ما قررته القوانين والمراسيم والاوامر واللوائح والقرارات من الاحكام وكل ما سن أو اتخذ من قبل من الاعمال والاجراءات **طبقا للاصول والاوضاع التى كانت متبعة** حتى نشر أمرنا رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ وكل ما قررته المراسيم التى اعتبرها قانون نمرة ٢ لسنة ١٩٢٩ فحكم الصحية فى الاحكام يبقى نافذا .. » .

وكل الاحكام وكل ما سن أو أتخذ من الاعمال والاجراءات **طبقا للاصول والاوضاع** التى قررها أمرنا رقم ٤٦ لسنة ١٩٢٨ تبقى لذلك نافذة ... » .

كذلك نص الامر الملكى رقم ٦٧ لسنة ١٩٣٤ بابطال العمل بالنظام المقرر بالامر الملكى رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ وبحل مجلس الشيوخ والنواب فى المـادة (٥) منه على أن يبقى نافذا كل ما قررته القوانين والمراسيم والاوامر واللوائح والقرارات من الاحكام وكل ما سن أو اتخذ من قبل من الاعمـال والاجراءات **طبقا للاصول والاوضاع التى كانت متبعة فى حينها** وكل ما أنفذه الامر الملكى رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ بشرط أن يكون نفاذها متفقا مع ما سبقت الاشارة اليه من مبادىء الحرية والمساواة !!

وهذا القيد (طبقا للاصول والاوضاع التى كانت متبعة) هو تطبيق للقواعد العامة فى نظرية الصحة والبطلان على ما سنشرحه فيما بعد .

٣ ــ أن نص النفاذ لم يقم حائلا دون الرقابة القضائية على دستور التشريعات :

جاء فى كلام اللجنة الاستشارية التشريعية : « وكان نص المـــادة ١٥١ قديمة (التى أصبحت المـــادة ١٦٧) يرمى الى هذا الغرض نفسه غير أنه كان يترتب عليه أن **يترك للسلطة القضائية أمر الرقابة على دستورية تلك القوانين والمراسيم واللوائح وعلى** كافة اجراءات التنفيذ التى اتخذت فى المـــاضى لأن هناك مصلحة ظاهرة فى ألا يجعل النظام الحكومى بأجمعه محلا للمناقشة **وقد خضعت له البلاد الى هذا اليوم** » .

وكلام اللجنة يفيد أن النص الأصلى للمـــادة ١٦٧ (وهو المـــادة ١٥١ قديمة) كان يتضمن قاعدة النفاذ كما كان يتضمن الرقابة الدستورية من جهة السلطة القضائية وقد حذفت الرقابة الدستورية وبقى نص النفاذ لصيانة النظام الحكومى جميعه من المناقشة ومع وضوح كلام اللجنة فانه لم يمنع السلطة القضائية من مناقشة دستورية التشريعات فالقضاء الادارى وقد أنشىء سنة ١٩٤٦ قد اضطلع باستبعاد تطبيق التشريعات المخالفة للدستور ، وعلى ذلك فالسوابق القضائية لم تقم كبير وزن لكلام اللجنة الاستشارية التشريعية أو هى على أقل تقدير لم تجد فيه مانعا يحول بينها وبين عدم تطبيق التشريعات المخالفة للدستور رغم أنه لا يوجد نص صريح(١) لا فى الدستور ولا فى قانون انشائها يخولها ذلك ومن ثم لم يكن نص المادة ١٦٧ من دستور سنة ١٩٢٣ فى رأى تلك الجهات يعتبر نص تحصين بالنسبة للتشريعات السابقة على الدستور وانما كان مجرد نص على النفاذ(٢) .

---

(١) الواقع أن تقرير الرقابة على دستورية القوانين هى من اختصاص الدستور . فاما أن ينص عليها فى صلبه كبعض الدساتير الحديثة وأما أن يحيل فى ذلك الى القانون الذى يرتب جهات القضاء ويحدد اختصاصاتها كالدستور المصرى فاذا صدر قانون بقرار الرقابة القضائية على دستورية التشريعات فهو قانون له أساس من الدستور .

(٢) وهذا كله خاص بدستور سنة ١٩٢٣ . أما الدساتير اللاحقة وخصوصا المـــادتان ١٩٠ ، ١٩١ من دستور سنة ١٩٥٦ فقد اختلف القضاء الادارى فى شأنهما على النحو المشروع تحت عنوان السوابق القضائية .

المبحث الثـالث

نظرية الصحة والبطلان فى مجالات القانون المختلفة

التصرف القانونى فى مجال القانون الخاص والقرار الادارى(١) فى مجال القانون العام والقانون (loi) فى مجال الوظيفة التشريعية هذه الادوات الثلاث تشترك فى الطبيعة القانونية من حيث أنها جميعا ارادة تتجه الى احداث أثر قانونى فالعقد(٢) فى مجال القانون الخاص توافق ارادتين على احداث أثر قانونى والقرار الادارى(٣) هو الارادة الصادرة عن جهة الادارة باحداث أثر قانونى عام أو خاص ، والقانون(٤) هو التعبير عن الارادة العامة (ارادة الشعب) بقصد احداث أثر قانونى هو انشاء القاعدة القانونية . وعلى ذلك يتعين أن تتولد كل هذه الأدوات فى ظل نظام قانونى معين فان جاءت مطابقة له كانت صحيحة . وان وقعت مخالفة له ، كانت باطلة(٥) . وعلى ذلك يمكن تعريف الصحة (validité) بأنها الأثر المترتب على مطابقة التصرف القانونى (سواء فى مجال القانون الخاص أو فى مجال القـانون العام) للنظام القانونى الذى نشأ فى ظله . كما يمكن تعريف البطلان(nullité) بأنه الاثر المترتب على مخالفة التصرف القانونى لذلك النظام(٦) .

---

(١) المقصود بالقرار فى هذا البحث اللائحى أنه التنظيمى العام .

(٢) يعرف الفقهاء العقد فى القانون المدنى بأنه توافق ارادتين على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه وعرفه مشروع القانون المدنى فى المادة ١٢١ منه (وقد حذفت) بأن العقد اتفاق مابين شخصين أو أكثر على انشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو انهائها ومع صحة هذه التعريفات فانها تنطوى على بعض الحقيقة القانونية لان بعض العقود قد يكون لها أثر متعلق بغير الالتزام فقد يترتب عليها نشوء شخص اعتبارى أو نشوء نظام قانونى كعقد الجمعية وكعقد الشركة التى يصبح لها قانون اساسى كأثر للعقد . ولذلك نفضل تعريف العقد بأنه توافق ارادتين على احداث أثر قانونى .

(٣) يعرف الفقه والقضاء الاداريان القرار الادارى بأنه افصاح الادارة عن ارادتها الملزمه بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد احداث مركز قانونى معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة . وهذا التعريف أقرب الى سرد أركان القرار الادارى منه الى التعريف الذى يكشف عن الطبيعة القانونية للقرار وجوهره الحقيقى .

(٤) عرف دستور فرنسا الصادر فى ١٧٩١/٩/٣ مع أثر الثورة القانون فى المـادة (٦) منه فيما يأتى :
(La loi est l'expression de la volonté générale) أصدق تعريف للقانون لانه يكشف عن جوهره الحقيقى ولا يكتفى بتعريفه عن طريق ايراد الآثار المترتبة عليه بأنه مجموعة القواعد العامة المجردة التى لها قوة الالزام .

(٥) واضح أن هذا التعميم مقصود فلا محل للدخول فى تفصيلات أو تعريفات كالتفرقة بين الاجراء الجوهرى والاجراء غير الجوهرى والاثر المترتب على كل منهما كما فى قانون المرافعات لاننا لسنا بصدد بحث نوعى وانما نحن بصدد بحث علم يصل فيه التجريد الى قمته لان هذا هو ما يتفق مع طبيعة البحث المعروض .

(٦) ليس هذا البحث مقصودا للتفرقة بين البطلان والانعدام . فضلا عن ان عدم دستورية أى تشريع هو فى حقيقه نوع من البطلان (null and void, invalid) على ما جرى به اصطلاح المحكمة الفدرالية العليا بالولايات المتحدة الامريكية .

ومقتضى ما تقدم أن الحكم على دستورية تشريع معين يقتضى اجراء مواجهة (confrontation) بين ذلك التشريع وبين النظام الدستورى الذى صـدر التشريع فى ظله . وعلى ذلك فاذا أريد مثلا الحكم على دستورية نصوص الشفعة فى القانون المدنى الصادر سنة ١٩٤٩ تعين اجراء محاكمة تلك النصوص بالقياس الى أحكام دستور سنة ١٩٢٣ لأنه هو الدستور الذى صدر القانون المدنى فى ظله . واذا أريد محاكمة تشريع صدر سنة ١٩٥٩ تعين الاحتكام فى ذلك الى قواعد دستور سنة ١٩٥٨ الذى كان نافذا وقت سن التشريع محل الطعن . وهكذا وعلى ذلك يجب دائما التعرف على الدستور الذى صدر فى ظله التشريع المطعون فيه .

ونتيجة ذلك أنه اذا كان التشريع المطعـون فيه غير دســـتورى بالقياس الى الدستور الذى صدر فى ظله لحقه عيب عدم الدستورية ولا ينقذه من السقوط نص المـادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ ولا محل بعد ذلك لاجراء مواجهة بين ذلك التشريع وبين هذا الدستور الأخير . وقد مر بنا رأى اللجنة العامة لوضع دستور سنة ١٩٢٣ فى هذا الشأن وهو قاطع وصريح فى أن التشريعات غير النظامية (تقصد المخالفة للنظام الدستورى الصادرة فى ظله) لا تكتسب من القوة أو الصحة ما لم يكن لها وقت اصدارها .

المبحث الرابع

تنازع الدساتير من حيث الزمان

غالبا مايكون صدور الدستور الجديد فى أثر ثورة يسقط على أثرها النظام القديم (l'ancien régime) بمبادئه وأيديولوجيته ونادرا ما يكون صدور الدستور الجديد من قبيل الاصلاح الدستورى السلمى الهادىء الذى يبقى على معظم مبادىء النظام القديم ولذلك يثور عند صدور دستور جديد مسألة على جانب عظيم من الأهمية هى **تنازع الدساتير** من حيث الزمان عند الحكم على دستورية تشريع صادر فى ظل الدستور الملغى . وقد مر بنا عند الكلام على نظرية الصحة والبطلان فى مجالات القانون المختلفة أن التشريع الذى يصدر فى ظل دستور قديم لا طبقا للأصول والاوضاع التى أوردها ذلك الدستور يعتبر تشريعا باطلا (أى غير دستورى) بالقياس الى الدستور المذكور . ويعتبر مثل هذا التشريع مشوبا بعيب ميلادى(١) كالجنين الذى يولد ميتا أو مشوها . و فى هذه الحالة لا مجال للحكم على دستورية ذلك التشريع بالقياس الى الدستور الجديد ولا ينقذ هذا التشريع من السقوط نص النفاذ الذى يرد فى الدستور الجديد .

---

(١) المقصود بالعيب الميلادى العيب الذى يصاحب ميلاد التشريع وبذلك يعتبر عيبا أصيلا فى التشريع وهذا بالمقابلة للعيب الطارىء (vice survenant) الذى يطرأ على تشريع صدر صحيحا ويكون طروء البطلان بسبب قاعدة دستورية جديدة تتقرر ويترتب على أثرها سقوط التشريع كما سيرد فى المتن .

أما اذا كان التشريع قد روعيت فى سنه الأصول والأوضاع الدستورية النافذة آنذاك فانه يكون قد ولد صحيحا بالقياس الى الدستور الصادر فى ظله . وفى هذه الحالة يكون ثم مجال للحكم على صحته الدستورية بالقياس الى الدستور الجديد الذى خلف الدستور القديم(١) فاذا كان ذلك التشريع ــ علاوة على مطابقته للدستور القديم ــ لا يتعارض مع الدستور الجديد نجا من السقوط . أما اذا كان متعارضا معه كان ثمة مجال للبحث فى عدم دستوريته فى ضوء أمرين ، الأول مواد النفاذ والتحصين الواردة فى الدستور الجديد . والثانى المبادىء الاساسية التى استحدثها الدستور الجديد على أثر سقوط النظام القديم .

مما تقدم يبين أن العيوب الدستورية التى تلحق التشريع على نوعين :

١ ــ اما عيوب ميلادية أو عيوب أصيلة وهى التى تلحق التشريع من وقت ميلاده وتكون ناشئة من مخالفة النظام الدستورى الذى صدر التشريع فى ظله وولد فى كنفه .

٢ ــ واما عيوب طارئة وهى مخالفة التشريع للمبادىء الجديدة التى استحدثها الدستور الجديد . وسوف نتولى شرح ذلك عند الكلام فى المبحث الخاص بالنظام العام الدستورى .

بقيت مسألة قد تبدو من المسائل المشتبهات وهى ألا يصحح الدستور الجديد تشريعا صدر مخالفا للدستور القديم ولكنه يتوافق مع أحكام الدستور الجديد ؟ الواقع أن الوصول الى حل سليم فى هذه المسألة مرده الى الحل الذى تقرره قواعد تنازع الدساتير فى الزمان فأى الدستورين اذن يكون اليه المرد للحكم على صحة هذا التشريع ؟ أهو الدستور القديم بوصفه الدستور النافذ وقت صدور التشريع أم هو الدستور الجديد بوصفه الدستور الذى تضمن نصا على التشريعات السابقة عليه ؟

أن تطبيق نظرية الصحة والبطلان على التشريع فى الحالة محل البحث يؤدى الى القول بأن الذى يحكم المسألة هو الدستور النافذ وقت سن التشريع أى الدستور القديم واليه وحده يكون المرجع لمعرفة ما اذا كان التشريع صحيحا أم باطلا فاذا اتضح انه باطل فيعتبر أنه صدر مشوبا بعيب ميلادى ومن ثم لا يصححه أى دستور جديد وبذلك لا ينطبق الدستور الجديد لأنه لا يتنازع مع الدستور القديم فى الانطباق على التشريع فى الحالة المعروضة

(١) ومرد ذلك الى أن الارادة العامة الممثلة للأمة فى مجال التشريع اذا صدرت ترتب عليها نشوء قواعد قانونية أو نظام قانونى أو قانون يستمر نافذا فى ظل الدستور الذى صدر فى ظله ويستمر نافذا حتى بعد سقوط الدستور المذكور . ولذلك تنشأ الحاجة الى التعرف على ما اذا كان مناقضا للنظام الدستورى الجديد فيسقط أو مطابقا له فيستمر فى نفاذه . ويتجاوز المجال الزمنى للدستور القديم الى المجال الزمنى للدستور الجديد وهذا هو ما أسميناه : « تنازع الدساتير فى الزمان » لأن سريان الدستور الجديد على قانون سابق عليه معناه أن الدستور الجديد قد أدركت آثاره التشريع السابق وانطبقت عليه فقررت مصيره ، بالبقاء أو بالسقوط . وهذا شبيه بالأثر المباشر للقانون بالنسبة للواقعة القانونية مع ما بين الوضعين من فروق غير خافية أهمها أن الدستورية تقتضى مواجهة بين قاعدتين ، قاعدة قانونية وقاعدة دستورية أما الأثر المباشر للقانون فيتعلق بواقعة قانونية لا بقاعدة قانونية .

ويظل ذلك التشريع معيبا حتى بعد صدور الدستور الجديد . وفى هـذا المعنى قالت لجنة الدستور فى التقرير المقدم منها الى الحكومة : ولكن لما كان يخشى من جهة أخرى أن يكون فى الاشارة فى الدستور الى تلك الصور ما يجعل لها قوة لم تكن لها بحسب النظام الذى وضعت فى عهده وجب الاحتياط بالنص على ما يمنع هذا المحذور حتى **لا يصبح الباطل منها بحسب النظام القديم صحيحا فى عهد النظام الجديد** . وهذا الذى تقرره لجنة الدستور يتفق تمام الاتفاق مع القواعد الخاصة بتنازع الدساتير من حيث الزمان .

المبحث الخامس

مراتب نفاذ النصوص التشريعية من حيث القوة

ان نصوص التشريعات لها ــ من الناحية الدستورية ــ قوة نفاذ(١) واحدة بل أنها على مراتب متفاوتة أو درجات مختلفة وقد يبدو ذلك غريبا لأول وهلة ، ولكن التعمق فى دراسة النصوص الدستورية يؤكد صحة هذه الحقيقة الدستورية فدرجات النفاذ متفاوتة وسوف نبدأ من مرتبة النفاذ العادية ثم نتدرج منها صعودا الى المراتب الأعلى فى القوة على النحو الآتى :

١ ــ المرتبة الاولى : النفاذ العادى :

وهو ما يسميه القانون المدنى تطبيق القانون من حيث الزمان أو من حيث المكان وما يسميه الدستور (م ١٦٣ من دستور سنة ١٩٦٤) بسريان القوانين أو بالعمل بالقوانين فى قوله :

« لا تسرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ومع ذلك . . . » .

ولا نستشهد فى هذا المقام بنص المـادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ لأن هذه المـادة هى محل البحث والاستشهاد بها يعتبر مصادرة على المطلوب ولذلك نرجىء الحديث عنها الى نهاية البحث وآنذاك نتعرف على دلالتها الدستورية وفقا لمـا ننتهى اليه من نتائج .

٢ ــ المرتبة الثانية : النفاذ الذى تمتنع معه المراجعة القضائية :

قد لا يكتفى الشارع الدستورى بالنص على نفاذ تشريعات معينة ولكنه يريد أن يجعل لنفاذها قوة تعصمها من المراجعة القضائية بحيث تستعصى على الطعن فيفرد لذلك نصا خاصا بذلك . ومن هذا القبيل دستور سنة ١٩٥٦ فبعد أن نص فى المـادة ١٩٠ منه على أن : « كل ما قررته القوانين والمراسيم والأوامر واللوائح والقرارات من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى نافذا . . . » نص فى المادة ١٩١ منه على أن :

---

(١) ومن عجب أننا نصادف ظاهرة تفاوت مراتب النفاذ فى الالتزام كما ينظمه القانون المدنى فليست كل الالتزامات من قوة واحدة من حيث قوة النفاذ ولكن لا محل لبيان ذلك فى هذا التقرير لعدم اتصاله بموضوع البحث .

« جميع القرارات التى صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التى تتصل بها وصدرت مكملة أو منفذة لها وكذلك كل ما صدر من الهيئات التى أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات أو أحكام وجميع الاجراءات والأعمال والتصرفات التى صدرت من هذه الهيئات أو من أية هيئة أخرى من الهيئات التى أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم **لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بالغائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه وأمام أية هيئة كانت** » .

ومن الواضح ــ كما تقول محكمة القضاء الادارى بحق ــ أن المــادة ١٩٠ تتعلق فقط ببيان مدى سريان أحكام التشريعات القائمة وقتئذ من حيث الزمان بعد صدور التشريع الجديد أما المادة ١٩١ فتهدف الى تحصــين تشريعات معينة من الطعن . ولا شك أن أفراد مادتين مختلفتين(١) فى دستور واحد يؤكد أن كلا منهما تقرر حكما مختلفا عن الاخرى .

ويخلص لنا من ذلك أن منع الطعن فى تشريع معين يرفع قوة نفاذه الى مرتبة أعلى من مرتبة النفاذ العادى .

٣ ــ المرتبة الثالثة : النفاذ فى قوة النص الدستورى :

وقد يرى الشارع الدستورى أن يمنح التشريع مزيدا من قوة النفــاذ فيضعه فى مرتبة أعلى اذ ينص على أنه فى حكم الدستور أو على أن له صيغة دستورية من ذلك ما نصت عليه المــادة ١٦٨ من دستور سنة ١٩٢٣ حينما قالت : « تعتبر أحكام القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٢ الخاص بتصفية أملاك الخديوى السابق عباس حلمى باشا وتضييق ما له من الحقوق كأن لها صيغة دستورية ... » وما نصت عليه المــادة ١٥٥ من دستور سنة ١٩٣٠ حينما قالت : « تعتبر أحكام القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٢ الخاص بتصفية أملاك الخديوى السابق عباس حلمى باشا وتضييق ماله من الحقوق كان لها صيغة دستورية ... » وأمثال هذه النصوص ترفع النص من قوة نفاذ التشريع العادى الى قوة نفاذ النص الدستورى . ولذلك لا يجوز الطعن عليه بمخالفة الدستور لأن التشريع أصبح جزءا من الدستور وله قوته وليس فى مرتبة أدنى .

٤ ــ المرتبة الرابعة : النفاذ فى قوة النص الدستورى المتنع على التعديل :

وقد يرتفع الشارع الدستورى بالنص الى قمة القوة من ناحية النفاذ فيجعله أقوى من القواعد الاخرى فى الدستور اذ ينص على أنه لا يجوز تنقيحه أو تعديله مثــال ذلك نص المــادة ١٦٨ من دستور سنة ١٩٢٣ والمــادة ١٥٥ من دستور سنة ١٩٣٠ فقد جاء فى نهايتهما العبارة الآتية : « ... ولا يصح اقتراح تنقيحا » . ونص المــادة ١٥٨ من دستور سنة ١٩٢٣ التى تنص على أنه : « لا يجوز احداث أى تنقيح فى الدستور خاص بحقوق مسند الملكية مدة قيام وصاية العرش » .

(١) هذه الظاهرة تكررت فى القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الخاص بالقطاع العام عندما افرد الشارع مادتين هما ٧ ، ٨ منه ورأت المحكمة الادارية العليا ــ بغير حق ــ أنهما يعالجان موضوعا واحدا هو تنفيذ القانون فلا تتضمن المــادة ٨ تفويضا لرئيس الدولة فى اصدار اللائحة رقم ٣٣٠٦ / ١٩٦٦ .

ويستفاد من جميع ما تقدم أن التشريع يتدرج فى قوة نفـــاذه من مجرد السريان الى النفاذ الذى تمتنع معه المراجعة القضائية الى النفاذ فى قوة النص الدستورى ثم أخيرا يصل الى قمة القوة فى النفاذ فتكون له قوة نفاذ النص الدستورى الذى لا يجوز تنقيحه أو تعديله على خلاف سائر القواعد الاخرى فى الدستور والتى يجوز تعديلها .

فمن أى مراتب النفاذ ذلك الذى نصت عليه المـــادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ ؟ الذى نراه بمقارنة مجموع نصوص الدساتير المتعلقة بالنفاذ خصوصا نص المـــادة ١٦٧ من دستور سنة ١٩٢٣ فى ضوء أعمالها التحضيرية أن المـــادة ١٦٦ سالفة الذكر لا تقرر الا مجرد النفاذ العادى الذى يجعل القوانين تسرى فى الزمان بعد صدور الدستور الجديد دون أن يمتد ذلك الى رفع قوة تلك القوانين والتشريعات الى مرتبة أعلى من ذلك . ولن نسوق للتدليل على ذلك الا حجة واحدة نراها حاسمة وتتلخص فى أن الشارع لا ينص على تحصين القوانين السابقة من الطعون الا اذا كان نظام الرقابة على دستورية القوانين معمولا به . وفى هذه الحالة يكون من المنطقى أن يفرد الشارع نصا فى الدستور يحول بموجبه بين التشريعات السابقة وبين الطعن عليها بعدم الدستورية . أما اذا كانت الرقابة على دستورية القوانين غير مسموح بها بل ومستغلقة لم يكن الشارع بحاجة الى نص على منع الطعن على التشريعات السابقة بعـــدم الدســـتورية . ولمـــا كان تقرير اللجنة الاستشارية التشريعية على مشروع الدستور قد جاء به ما يأتى : « وكان نص المـــادة ١٥١ القديمة (حاليا المـــادة ١٦٧ من دستور سنة ١٩٢٣) يرمى الى هـــذا الغرض نفسه غير أنه كان يترتب عليه **أن يترك للسلطة القضائية أمر الرقابة على دستورية** تلك القوانين والمراسيم واللوائح وعلى كافة اجراءات التنفيذ التى اتخذت فى المـــاضى لأن هناك مصلحة ظاهرة فى ألا يجعل النظام الحكومى بأجمعه محلا للمناقشة وقد خضعت له البلاد الى هذا اليوم » ولمـــا كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين قد حذفت وصدرت المـــادة ١٦٧ من دستور سنة ١٩٢٣ خلوا منها لذلك فاذا نصت المـــادة المذكورة على نفاذ التشريعات السابقة فلا يكون من المتصور أن يكون المقصود منها منع الطعن عليها بعدم الدستورية فى الوقت الذى استغلق هذا الطعن كقاعدة عامة وتكون اذن كلمة « النفاذ » فى ذلك النص قد انصرف معناها الى مجرد النفاذ لا الى تحصين تلك التشريعات من الطعن عليها فى وقت لا يجيز النظام الدستورى نفسه الطعن على أى تشريع بعدم دستوريته . ولمـــا كانت هذه الحجة دامغة لذلك لا نرانا فى حاجة الى ايراد مزيد من الاسانيد للتدليل على سلامة هذا الرأى .

ومما تقدم نخلص الى أن عبارة « يبقى نافذا » الواردة فى المـــادة ١٦٧ من دستور سنة ١٩٢٣ يقصد بها مجرد سريان القوانين من حيث الزمان دون أن يمتد ذلك الى تحصينها . ولمـــا كانت المـــادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ قد نقلت عن المـــادة ١٦٧ من دستور سنة ١٩٢٣ دون أن تصاحبها أعمال تحضيرية تدل على أن الشارع الدستورى قصد منها دلالة مغايرة لتلك التى قصدت من المـــادة ١٦٧ القديمة لذلك يكون المقصود واحدا فى

المادتين ويكون من اختصاص المحكمة العليا الفصل فى دستورية القوانين(١) السابقة على دستور سنة ١٩٦٤ دون أن يقف نص المادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ حائلا دون ذلك .

وهنا تثور مسألة على غاية الاهمية وهى أنه لما كان نص المادة ١٦٦ المشار اليه قد نص على أن يبقى نافذا « **كل** » ما قررته القوانين والقرارات والأوامر واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور » وأن كلمة « كل » تفيد استغراق الافراد فهل تنبسط سلطة المحكمة الى القوانين **الثورية** باعتبارها داخلة فى عموم « ما قررته القوانين من أحكام قبل هذا الدستور » أم أنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم دستورية قانون ثورى ؟ ونرجىء الآن الاجابة على هذا السؤال الى المبحث السابع الخاص بالقيد الوارد على اختصاص المحكمة العليا .

المبحث السادس

النظام العام الدستورى

يتضمن الدستور مجموعة من القواعد القائمة على مبادىء عليا ، تعتبر القانون الاساسى للبلاد ويجب على جميع التشريعات التى تصدر أن تكون مطابقة لها . وهذا يثير البحث فى العلاقة بين قواعد الدستور وقواعد النظام العام ولما كانت جميع قواعد الدستور تعتبر من النظام العام لأنها تكون المبادىء العليا لنظام الحكم لذلك فانها تكون ما يمكن تسميته قواعد **النظام العام الدستورى** .

وهى قواعد آمرة بالنسبة الى جميع السلطات وفى مقدمتها الهيئة التشريعية التى عليها النزول عند حكمها فى سن التشريعات كما أن التشريعات الصادرة فى ظل الدستور القديم اذا تصادمت مع قواعد النظام العام الدستورى الجديد فانها تعتبر مخالفة له مما يوجب الحكم بعدم دستوريتها (وهذا ما سبق أن أسميناه بالعيوب الطارئة على التشريع) .

واذا كنا قد انتهينا فيما سلف الى أن المادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ لا تقرر سوى نفاذ التشريعات السابقة عليه دون أن تضفى عليها أية حصانة من الطعن لذلك يجوز للمحكمة العليا أن تقضى بعدم دستوريتها اذا تعارضت مع مبادىء النظام العام الدستورى الذى أرساه دستور سنة ١٩٦٤ . ولقد سبق أن تساءلنا عما اذا كان ذلك يسرى على التشريعات الثورية أسوة بسائر التشريعات ــ وقد سبق أن رأينا أن الاجابة على ذلك متوقفة على نتيجة المبحث السابع .

---

(١) لا شأن لهذا البحث بتفسير معنى « القوانين » التى تختص المحكمة العليا بالنص فى عدم دستوريتها وان كنا نرى أن المقصود بها أخذا بالمعيار الموضوعى دون المعيار الشكلى كل قاعدة عامة مجردة أيا كانت أداة تقريرها قانونا كانت أم قرارا جمهوريا أم قرارا وزاريا أم قرارا صادرا من سلطة محلية أم غير ذلك .

المبحث الســـابع

القيد الوارد على اختصاص المحكمة العليا

أنشئت المحكمة العليا بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ونص قانون انشائها فى المـــادة (٤) منه على أنهـــا تختص « بالفصل دون غيرها فى دستورية القوانين » وبصرف النظر عن المقصـــود بالقوانين التى يدخل فى اختصاص المحكمة الفصل فى دستوريتها وهل هى القوانين وفقا للمعيار الشكلى أو وفقا للمعيار الموضوعى فان عبارة « القوانين » قد وردت مطلقة من كل قيد وعامه غير مخصصة ومن ثم فهى تشمل أى قانون ، وكل قانون ، والقاعدة أن العام يجرى على عمومه وأن المطلق يجرى على اطلاقه مالم يقم دليل التقييد نصا أو دلالةوبالرجوع الى المذكرة الايضاحية للقانون المشارإليه يبين أنه ورد بها ما يأتى : « ولما كان من بين المبادىء التى أعلنها بيان ٣٠ مارس **حماية الثورة فى ظل سيادة القانون** فان تحقيق هذا المبدأ يقتضى تمكين القضاء من المشاركة فى حمل أمانة **حماية الثورة ومبادىء المجتمع فى اطار من الشرعية** باعتباره الميزان الذى يحقق العدل ويعطى لكل ذى حق حقه ويرد أى اعتداء على الحقوق والحريات .

لكل ما تقدم فقد أصبح من اللازم انشاء المحكمة العليا » .

ولمـــا كان قانون المحكمة العليا قد استند فى انشائها الى المـــادة ١٥٣ من الدستور التى تقضى بأن يرتب القانون جهات القضاء ويعين اختصاصاتها « لذلك يكون اختصاص المحكمة العليا ـــ فى مجال رقابة الدستورية على وجه الخصوص ـــ مستندا الى أساس دستورى » الا أن هذا الاختصاص مقيد على نحو ما ذكرته صراحة المذكرة الايضاحية لقانون انشائها بمبدأ « حماية الثورة فى ظل سيادة القانون » أو حماية الثورة فى اطار من الشرعية . الأمر الذى يؤدى حتما الى خروج التشريعات الثورية من نطـــاق رقابة الدستورية لأن فى القول ببسط رقابة المحكمة على هذه التشريعات تعريضا لها ، للحكم بعدم دستوريتها لأنها صدرت فى فترة تصفية النظام الرجعى الاقطاعى القديم ومن ثم يمكن القول بأنها تتعارض مع المبادىء الجديدة للحرية والمساواة التى أرساها الدستور الجديد . وهذه ظاهرة مسلمة فى جميع الدساتير التى تصدر فى أثر الثورة على النحو الذى سيبين فى المبحث الخاص بالقانون الدستورى المقارن . وحماية هذه التشريعات الثورية يقتضى من المحكمة العليا أن تخرج هذه التشريعات من رقابتها . ويكون هذا المسلك فى الحقيقة تطبيقا سليما لنصوص قانون انشاء المحكمة لأن المحكمة تستمد ولايتها من قانون انشائها وبالقدر الذى يخلفه عليها من الولاية والقيود التى يوردها على تلك الولاية ومن هذه القيود مبدأ « حماية الثورة (أى التشريعات الثورية) فى اطار من الشرعية ـــ وقد يقال ان هذا القيد لم يرد به نص فى القانون وهذا صحيح وكان حريا بالمشرع أن يضمن القانون نصا صريحا على هذا ولكن انعدام مثل هذا النص فى صلب القانون لا يغير من الأمر شيئا لأن المذكرة الايضاحية واضحة وقاطعة فى هذا الشأن ويمكن تطبيق هذا القيد استنادا الى المبدأ الاصولى القائل بأن دليل التقييد قد قام لا نصا وانما دلالة.

ويخلص من هذا المبحث أن اختصاص المحكمة العليا مقيد بما يورده قانون انشائها من قيود ومنها ضرورة « حماية الثورة فى اطار من الشرعية » أو « حماية الثورة فى ظل سيادة القانون » مما ينأى بالتشريعات الثورية عن سلطة المحكمة ويجعلها حصينة من الطعن عليها بعدم الدستورية ومن ثم يضفى عليها حصانة دستورية .

المبحث الثــامن
القــانون الدستورى المقــارن

سبق أن انتهينا الى أنه فى تنازع الدساتير من حيث الزمان يكون المرد الى الدستور الذى صدر التشريع فى ظله للحكم على صحته (دستورية) أو بطلانه (عدم دستورية) وأن التشريع الذى يصدر بالمطابقة للدستور النافذ وقت صدوره يعتبر صحيحا ويظل كذلك حتى لو سقط الدستور ولم يصدر دستور جديد ، كما يظل صحيحا اذا صدر دستور جديد وكان التشريع مطابقا له . أما اذا كان متعارضا مع الدستور الجديد لحقه « عيب طارىء » وصار غير دستورى من تاريخ نفاذ الدستور الجديد .

وبتقصى دساتير العــالم المختلفة اتضح لنا صدق القواعد المشار اليها اذ قد اعتدت بها جميع تلك الدساتير بلا استثناء . فقد نصت المــادة ١٨٠ من دستور دولة **الكويت** الصادر فى ١١ من نوفمبر سنة ١٩٦٢ على أن : « كل ما قررته القوانين واللوائح والمراسيم والأوامر والقرارات المعمول بها عند العمل بهذا الدستور **يظل ساريا** ما لم يعدل أو يلغ وفقا للنظام المقرر بهذا الدستور وبشرط الا يتعارض مع نص من نصوصه(١) .

كما نصت المــادة ٢٠٤ من دستور المملكة الليبية الصادر فى ٧ من أكتوبر سنة ١٩٥١ على أن : « جميع القوانين والتشريعات والأوامر والاعلانات المعمول بها فى أى جزء من ليبيا وقت نفاذ هذا القانون **تظل سارية بالقدر الذى لا يتعارض مع أحكام التعديل الدســتورى المستحدث** وذلك الى أن تنقض أو تلغى أو تعدل أو تستبدل بها تشريعات أخرى تسن وفقا للقواعد المبينة فى هذا الدستور» كما نصت المادة٣٤ من الدستور الليبى الصادرفى ١١ من ديسمبر سنة ١٩٦٩ على أن : « **يستمر العمل** بجميع الأحكام المقررة فى القوانين والتشريعات القــائمة **فيما لا يتعارض مع أحــكام هذا الاعلان الدســتورى** » .

وتنص المــادة ٣٧٢ من دستور الهند الصادر فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٩ على أنه : « ١ ــ على الرغم من الغاء هذا الدستور للتشريعات المشار اليها فى المادة ٣٩٥ (وهى قانون استقلال الهند الصادر سنة ١٩٤٧ وقانون

---

(١) قارن هذا القيد بالقيد الوارد فى المــادة ١٢٣ من دستور سنة ١٩٢٣ فى مصر الذى ينص على أن : « كل ما قررته القوانين والمراسيم الخ ... يظل نافذا **بشرط أن يكون نفاذها متفقا مع مبادىء الحرية والمساواة التى يكفلها هذا الدستور ..** » وهذا القيد هو الذى يجعل التشريع المخالف مشوبا بما أسميناه « العيب الطارىء » على التشريع .

حكومة الهند الصادر سنة ١٩٣٥ ــ وكذا كافة القوانين المعدلة أو المكملة لهذا القانون الأخير باستثناء القانون الخاص بالغاء الولاية القضائية للمجلس الخاص الصادر سنة ١٩٤٧) ، ومع مراعاة الاحكام الاخرى لهذا الدستور تظل سارية المفعول كافة القوانين التى كانت سارية قبل بداية العمل بهذا الدستور مباشرة حتى تبدلها أو تلغيها أو تعدلها الهيئة التشريعية المختصة أو سلطة أخرى مختصة » .

ونصت المادة ٤٥ من دستور جمهورية **افريقيا الوسطى** الصادر فى ١٦ من فبراير سنة ١٩٥٩ على أن : « تبقى القوانين واللوائح السابقة لاصدار هذا الدستور **نافذة المفعول** بالنسبة للأحكام **التى لا تخالف** الأحكام المنصوص عليها بعاليه ما لم تلغ أو تعدل بمعرفة السلطة المختصة » .

ونصت المادة ٩٣ من دستور جمهورية **السنغال** الصادر فى ٢٣ من سبتمبر سنة ١٩٦٠ على أن « تظل القوانين واللوائح المعمول بها حاليا والتى **لا تتنافى** مع هذا الدستور **سارية** ما لم تعدل أو تلغ » .

ونصت المادة ٥١ من دستور جمهورية **الكمرون** الصادر فى ٤ من مارس سنة ١٩٦٠ على أن :

« التشريع الناتج عن القوانين والمراسيم واللوائح المطبقة فى الكمرون يوم سريان مفعول هذا الدستور **يبقى معمولا به بالنسبة** لأحكامه التى **لا تتعارض مع أحكام هذا الدستور** ما لم تعدله القوانين أو اللوائح التى تصدرها الحكومة فى اطار اختصاصها » .

ونصت المادة ٧٢ من دستور جمهورية **جابون** الصادر فى ٢١ من فبراير سنة ١٩٦١ على أن :

« تبقى القوانين واللوائح القائمة حاليا **نافذة** ما دامت **لا تتعارض** مع هذا الدستور وطالما لم تعدل أو تلغ » .

ونصت المادة ٧٦ من دستور جمهورية ساحل العاج الصادر فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٦٠ على أن :

« **يظل التشريع المعمول** به حاليا فى ساحل العاج **وفيما لا يتعارض مع هذا الدستور ساريا** وذلك فيما لم يصدر بشأنه نص جديد » .

ونصت المادة ٧٦ من دستور جمهورية **فولتا العليا** الصادر فى ٣٠ من نوفمبر سنة ١٩٦٠ على أن : « **تبقى** التشريعات السارى مفعولها حاليا فى جمهورية فولتا العليا **مطبقة** الا فى حالة اصدار نصوص جديدة وبشرط **عدم مخالفتها** لأحكام هذا الدستور » .

ونصت المادة ٢١ من دستور جمهورية مالى الصادر فى ٢٩ من يناير سنة ١٩٥٩ على أن :

« **تبقى** التشريعات القائمة **معمولا بها** فى حدود **عدم مخالفتها** لهذا الدستور واذا لم تلغ بصفة صريحة » .

ونصت المادة ١٢٣ من القانون الأساسى لجمهورية ألمانيا الاتحادية الصادر فى ٢٣ من مايو سنة ١٩٤٩ على أن : « ١ ــ **يستمر العمل** بالقانون المعمول به قبل أول اجتماع لمجلس النواب فى النطاق الذى **لا يتعارض** فيه مع الدستور » .

وتنص المادة ١٢٨ من الدستور الافغانى الصادر فى ١٩ من سبتمبر سنة ١٩٦٤ على أن : « القوانين التى صدرت قبل تنفيذ هذا الدستور **يستمر العمل بها** على شريطة **ألا تتناقض** مع أحكام هذا الدستور والا تكون القوانين الجديدة قد الغتها » .

وتنص المادة ١٢٨ من دستور المملكة الاردنية الهاشمية الصادر فى ١٩٥٢/١/١ على أن : « جميع القوانين والأنظمة وسائر الأعمال التشريعية المعمول بها فى المملكة الاردنية الهاشمية عند نفاذ هذا الدستور **تبقى نافذة المفعول** الى أن تلغى أو تعدل بتشريع يصدر بمقتضاه » .

وتنص المادة ٩٩ من دستور الجمهورية العراقية المؤقت الصادر فى ٢٩ من نيسان (ابريل) سنة ١٩٦٤ على أن : « **تبقى** التشريعات النافذة قبل صدور هذا الدستور المؤقت **سارية المفعول** ولا يجوز الغاؤها أو تعديلها الا بالطريقة المبينة فى هذا الدستور المؤقت » وهذه المواد جميعها تسير على غرار ما اتبعته المادة ١٩٠ من دستور الجمهورية المصرية المؤقت الصادر فى ٢٣ من يونيه سنة ١٩٥٦ والمادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ .

وهذه النصوص الدستورية جميعا تعتبر تطبيقا صحيحا لقواعد تنازع القوانين فى الزمان ذلك أن التشريع ما دام قد صدر صحيحا فى ظل دستور معين فان الغاء أو سقوط ذلك الدستور ليس من شأنه سقوط التشريع لأن الدستور القديم هو الذى يحكم صحته أو بطلانه ورغم سقوطه فانه يظل نافذا فى مجاله الزمنى من تاريخ سنه حتى تاريخ سقوطه اذ المفروض أنه ليس لسقوطه أثر رجعى .

ولذلك فانه يستمر معمولا بالتشريع حتى فى ظل الدستور الجديد ما دام لا يتعارض التشريع مع أحكامه ويكون نص النفاذ فى الدستور الجديد تحصيل حاصل أو ترديدا لحكم القواعد العامة فى تنازع الدساتير يدل على ذلك ويؤكده تلك الدساتير التى خلت من نص على النفاذ مثل دستور المملكة المغربية الصادر فى ١٤ من ديسمبر سنة ١٩٦٢ والدستور الفرنسى الصادر فى ٤ من أكتوبر سنة ١٩٥٨ ودستور جمهورية غينيا الصادر فى ١٢ من نوفمبر سنة ١٩٥٨ ودستور جمهورية مدغشقر الصادر فى ٢٩ من ابريل سنة ١٩٥٩ وكذلك دساتير الدول الاشتراكية الديمقراطية كالاتحاد السوفيتى والصين ويوغوسلافيا .

ففى هذه الدساتير تظل التشريعات الصادرة فى ظل الدستور القديم نافذة ما لم تتعارض مع مبادىء الدستور الجديد وهذا كله بغير حاجة الى نص فى الدستور الجديد على نفاذها بل أن التشريع السابق يسقط ــ وبغير نص ــ

اذا تعارض المبدأ الذى قام عليه مع مبادىء الدستور الجديد بل ان استمرار نفاذه فى ظل الدستور الجديد هو الذى يحتاج الى نص (١) .

وقد يبدو غريبا القول بأن تشريعا مخالفا للدستور يستمر نافذا فى ظل ذلك الدستور ولكن هذه الغرابة تزول اذا علم أن الانتقال من وضع الى وضع كما يحدث فى حالة الثورة يتم على مرحلتين الاولى تصفية النظـــام القديم ويتم ذلك بتشريع ثورى والثانية بارساء دعائم النظام الجديد على أسس ومبادىء ثابتة مع الاحتفاظ فى نفس الوقت بقوانين التصفية التى صدرت فى المرحلة الأولى والتى تكون منافية لمبادىء الحرية والمساواة التى استحدثها الدستور الجديد .

فدستور الجمهورية التركية الصادر فى ٩ يوليو ســـنة ١٩٦١ ينص فى المـــادة ١٥٣ منه تحت عنوان حماية قوانين الثورة على أنه : « لا يجوز أن يفهم أو يفسر أى حكم من أحكام هذا الدستور بشأن أحكام قوانين الثورة المبينة فيما بعد والنافذة عند الموافقة على هذا الدستور فى الاستفتاء العام والتى تستهدف رفع المجتمع التركى الى مستوى المدنية المعاصرة وحماية صفة العلمانية للجمهورية التركية ، بحيث يجعلها مخالفة للدستور :

١ ـــ قانون توحيد التعليم المؤرخ فى ٣ مارس سنة ١٣٤٠ (١٩٢٤) برقم ٤٣٠ .

٢ ـــ قانون لبس القبعات المؤرخ فى ٢٥ نوفمـــبر ١٣٤١ (١٩٢٥) برقم ٦٧١ .

٣ ـــ القانون المتعلق باغلاق التكايا والزوايا والاضرحة والغاء وظائف الاشراف على الأضرحة وبعض الألقاب الأخرى رقم ٦٧٧ الصـــادر فى ٣٠ نوفمبر ١٣٤١ (١٩٢٥) .

٤ ـــ مبدأ الزواج المدنى المقرر بمقتضى القانون المدنى التركى رقم ٧٤٣ الصادر فى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٦ الذى ينص على أن يجرى عقد الزواج المـــأذون المختص وفقا لحكم المـــادة ١١٠ من هذا القانون .

٥ ـــ قانون قبول الأرقام الدولية المؤرخ فى ٢٠ مايو سنة ١٩٢٨ برقم ١٢٨٨ .

٦ ـــ قانون قبول تطبيق الحروف التركية المؤرخ فى ١ نوفمبر سنة ١٩٢٨ برقم ١٣٥٣ .

٧ ـــ قانون الغاء الالقاب والرتب مثل الأفندى وبك وباشا المؤرخ فى ٢٦ نوفمبر ١٩٣٤ برقم ٢٥٩٠ .

٨ ـــ قانون بتحريم ارتداء بعض الملابس المؤرخ فى ٣ ديسمبر ١٩٣٤ برقم ٢٥٩٦ .

---

(١) كما احتاج سريان التشريعات الثورية فى الجمهورية العربية المتحدة فى ظل الدستور الجديد (سنة ١٩٦٤) الى نص على ذلك فى المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة العليا .

وينص دستور المانيا الاتحادية فى المادة ١٣٩ منه على أن : « النصوص التشريعية الصادرة بشأن « تحرير الشعب الألمانى من مذهب الاشتراكية الوطنية ومن الروح العسكرية » لا تتأثر بأحكام هذا الدستور » كما ينص فى المادة ١١٧ منه على : « . . أن يظل القانون المخالف للفقرة ٢ من المادة ٣ نافذ المفعول الى أن يعدل بما يتلاءم مع هذا النص من الدستور على ألا يمتد العمل به الى ما بعد ٣١ مارس سنة ١٩٥٣ » أما الفقرة ٢ من المادة ٣ المشار اليها فتنص على أن : « الرجال والنساء متساوون فى الحقوق » .

وقد يعفى الشارع الدستورى نفسه من تعداد القوانين المخالفة للدستور الجديد والتى يرى استمرار العمل بها بأن يورد قاعدة عامة كنص المادة ١٦٣ من دستور الجمهورية السورية الصادر قبل الوحدة فى ٥ أيلول (سبتمبر) الذى يقضى « بأن التشريع القائم **المخالف لأحكام هذا الدستور** يبقى نافذا مؤقتا الى أن يعدل بما يوافق أحكام الدستور » وحددت المادة السابقة (١٦٢) سنتين للتوفيق بين التشريع القائم وأحكام الدستور . وهذا النص تطبيق سليم للمبادىء التى شرحناها اذ أن التشريع السابق على الدستور والمخالف له يسقط بحكم الدستور وبغير نص على ذلك . أما التشريع المطابق له فيستمر العمل به وبغير نص على ذلك أيضا . والذى يحتاج الى نص هو استمرار العمل بالتشريع السابق المخالف للدستور .

ومن الطريف أن بعض الدساتير جعلت النفاذ على مراتب متفاوتة من حيث القوة ومصداقا لذلك نص دستور الجمهورية التركية فى المادة ٤ مؤقتة الواردة فى الباب السابع على ما يأتى : « ... أما القوانين التى صدرت منذ ٢٧ مايو سنة ١٩٦٠ أى تاريخ الثورة حتى ٦ يناير سنة ١٩٦١ والتى وضعت ونفذت بقصد انشاء النظام الديمقراطى بكافة ضماناته فيجوز تعديلها أو الغاؤها وفقا للقواعد المعمول بها فى تعديل والغاء قوانين الجمهورية التركية الأخرى . على أنه **لا يجوز اقامة دعوى ابطالها** لعدم دستوريتها أمام المحكمة الدستورية كما لا يجوز الدفع بعدم دستوريتها أمام المحاكم الأخرى » . كما نص دستور ألمانيا الديمقراطية فى المادة ١٤٤ منه على أنه :

« **... لا يجوز الادعاء** بالقوانين والحريات التى نص عليها هذا الدستور **ضد أية قرارات** سارية حاليا أو ستصدر من أجل القضاء على النازية والنزعة العسكرية وتعويض ما ارتكبتا من ظلم » .

ومن هذا القبيل أيضا ما نصت عليه المادة ١٩١ من دستور الجمهورية المصرية سنة ١٩٥٦ (وهى المادة التى أسميناها مادة التحصين) اذ تنص على أنه :

« **لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بالغائها أو التعويض عنها بأى وجه من الوجوه وأمام أية هيئة كانت** » .

المبحث التـــاسع والأخير

نتيجة البحث

نستطيع تلخيص هذا البحث كله فى أن المـــادة ١٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ (وهى المقابلة للمـــادة ١٦٧ من دستور سنة ١٩٢٣) اذ تنص على أن يبقى نافذا كل ما قررته القوانين والقرارات والأوامر واللوائح من أحكام قبل صدور دستور سنة ١٩٦٤ نقصد مجرد استمرار العمل بتلك التشريعات أو استمرار نفاذها فى ظل الدستور الجديد ولا تعنى تقرير حصانة دستورية لها تعصمها من الطعن عليها بعدم الدستورية وفقا لقانون المحكمة العليا . وأن التشريعات السابقة على دستور سنة ١٩٦٤ اذا كانت قد صـــدرت مخالفة للدستور النافذ وقت صدورها لا يصححها نص النفاذ فى دستور سنة ١٩٦٤ ولا يخلع عليها من الصحة أو القوة ما لم يكن لها من قبل .

وأن اختصاص المحكمة العليا بنظر دستورية القوانين ولئن كان اختصاصا شاملا التشريعات كافة الا أنه يخرج منه الفصل فى دستورية التشريعات الثورية نزولا على مبدأ حماية الثورة فى ظل سيادة القانون أو حماية الثورة ومبادىء المجتمع فى اطار من الشرعية كما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة وذلك باعتباره قيدا على اختصاص المحكمة بموجب قانون انشائها ومن ثم تقوم المحكمة على حماية الدســـتور وحماية الثورة فى آن واحـــد » .