

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقى

## حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨

د. أحمد أحمد المواقى (\*)

### مقدمة

إن الدستور هو مجموعة القواعد القانونية التي تتناول تنظيم السلطات المختلفة في الدولة وتوزع بينها مظاهر السلطة بما يضمن عدم تطرفها وافتئاتها على السلطات الأخرى، وتقرر الحقوق والحريات العامة وتوضح ضمانات احترامها<sup>(١)</sup> وتعلو القواعد الدستورية على كافة القواعد القانونية الأخرى أيا كان مصدرها أو محتواها.

ويستند الدستور في إعلاء نصوصه وسموها على إرادة المواطنين التي صاغتها وأملتها، ومن هذه الإرادة تستمد كل سلطة من السلطات الثلاث مشروعيتها وتعمل في الإطار الذي تحدده لها، فلا تكون السيادة لأى سلطة. ويقوم مبدأ الفصل بين السلطات على أن يعهد لكل سلطة من السلطات الثلاث بوظيفة من الوظائف الثلاث (التشريع - التنفيذ - القضاء) وألا

(\*) المدرس بقسم القانون العام بكلية الشريعة والقانون بأسبوط

(١) أستاذنا الدكتور فؤاد محمد النادى: موجز القانون الدستورى المصرى صـ ٧، ومابعدها ويفرق سيادته كذلك بين المعنى المادى أو الموضوعى وبين المعنى الرسمى أو الشكلى وهو بهذا المعنى يتضمن مجموعة القواعد الواردة في الوثيقة الدستورية، وكذا مجموعة القواعد التي يعتبرها نظام من الأنظمة دستوره الرسمى ولو كانت في شكل عرفى.

تمارس أى سلطة منها وظيفة من وظائف السلطات الأخرى إلا على سبيل الاستثناء.

على أن يكمل هذا المبدأ ويتممه مبدأ آخر هو توازن السلطات بحيث لا تطغى سلطة على سلطة أخرى، فلم يكن الفصل بين السلطات يوماً ما فصلاً تاماً ولا كاملاً، وإنما تعاون ورقابة متبادلة.

ويبدو أن التوازن هذا مبدأ عام نجده في العلاقة بين السلطة التشريعية والتنفيذية في النظام البرلماني يبدو في مظاهر كثيرة، ويبلغ قمته في تقرير حق حل البرلمان في مواجهة سلطة البرلمان في سحب الثقة من الوزارة. ومن تطبيقات هذا التوازن في العلاقة بين السلطات تقرير رقابة على دستورية التشريعات التي تصدرها السلطة التشريعية، سواء كانت رقابة سياسية وقائية على نحو ما اشترطه الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ في المادتين ٦١، ٦٢ من أخذ رأى المجلس الدستوري في مشروعات القوانين المكملة للدستور قبل إصدارها للتأكد من مطابقتها للدستور، أو رقابة قضائية لاحقة على النحو الذي منحه الدستور المصري الصادر على ١٩٧١ بأن أناط بالمحكمة الدستورية العليا وحدها الرقابة على دستورية القوانين فيما وصف بأنه أحد التوازنات الهامة والضرورية لحماية الحريات والحقوق الفردية من الاعتداء عليها سواء من جانب السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية بالخروج على المبادئ التي يقرها الدستور.

فالمحكمة الدستورية العليا على هذا النحو - شأنها شأن كافة المحاكم المختصة بالرقابة على دستورية التشريعات - تكتسب مكانة هامة باعتبارها الحكم بين أطراف العملية السياسية وأطراف المجتمع الأخرى.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

ولقد حرص المشرع الدستوري على إنشاء المحكمة الدستورية العليا  
فتناولها في الفصل الخامس من الباب الخامس من دستور ١٩٧١ في المواد  
من ١٧٤ - ١٧٨ وكان من أول اختصاصاتها التي أناطها بها المشرع  
الرقابة على دستورية القوانين واللوائح<sup>(١)</sup> واختار لها طريقة رقابة الإلغاء  
اللاحقة<sup>(٢)</sup>.

وعندما تصدر المحكمة الدستورية العليا حكماً يقضى بعدم دستورية  
نص من النصوص التشريعية فلا يعد تدخلاً في عمل المشرع، ولا يعتبر  
اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات<sup>(٣)</sup>، وإنما هو كما ذكرنا- نوع من

(١) تمارس المحكمة الدستورية العليا وفقاً للقانون الاختصاصات التالية:

- الرقابة على دستورية القوانين واللوائح.
- الفصل في تنازع الاختصاص بين الهيئات القضائية.
- الفصل في تنازع الأحكام.
- تفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين.

راجع في تفصيل ذلك أستاذنا الدكتور فؤاد محمد النادى المرجع السابق، ص ٨١  
ومابعداها.

(٢) أستاذنا الدكتور فؤاد محمد النادى المرجع السابق، ص ٧٣، ومابعداها.  
راجع كذلك د/ رمزي طه الشاعر الوجيز في القانون الدستوري ١٩٩٨،  
ص ١٦٠ ومابعداها.

(٣) رغم أن مقتضى هذه الرقابة أن القضاء الدستوري يعقب على نصوص سنتها  
السلطة التشريعية المنتخبة من الشعب بينما القضاء ليس منتخباً ولا مسئولاً أمام  
الناخبين.

د/ مصطفى عفيفي. رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية ١٩٩٠، ص ٣٨.

راجع في حجج مؤيدى الرقابة على دستورية القوانين ومعارضها.

أستاذنا الدكتور فؤاد محمد النادى المرجع السابق، ص ٧٦، ومابعداها.

التوازن أراحه المشرع الدستوري، ونوع من التوزيع الدستوري للوظيفة التشريعية، شأنه شأن إسناد دور ما لرئيس الدولة في التشريع، وإن كان يتميز عنه بأن دور رئيس الدولة في التشريع يكون استثناء أما دور المحكمة الدستورية العليا فهو متم ومكمل لدور المشرع فالمحكمة الدستورية عندما تفصل في مدى دستورية تشريع ما فإنها تمارس وظيفتها التي اختصها بها المشرع دون غيرها.

ولا تعد أحكام المحكمة الدستورية العليا توجبه للسياسة التشريعية<sup>(١)</sup>، كما أنها لا تتدخل في الملاءمة الواجب تركها للمشرع فهي لا تفرض نصاً بعينه ولا تفرض عليه ما يجب عمله، وإنما تترك السلطة التقديرية كاملة للمشرع في اختيار محتوى التشريع، وكل ما تفعله المحكمة إنها تنبه المشرع إلى ما لا يملك القيام به لمخالفته الدستور، فدور المحكمة الدستورية العليا في حماية توافق التشريعات المختلفة مع الدستور دور متفق عليه مسبقاً وأقره المشرع الدستوري بل والمشرع العادي كذلك.

### الحاجة إلى دور المحكمة الدستورية العليا:

لا شك أن لكل سلطة قوتها التي تحاول أن تظهر بها. وإذا كان المفروض ألا تؤدي السلطة إلى حصول الأشخاص القائمين عليها إلى امتياز أو امتيازات معينة بمناسبة هذه السلطة، فإنه من الضروري وضع القيود التي تحدد حركة السلطة ولذا فقد اقترنت ممارسة السلطة في

(١) المفترض أن المجالس النيابية المنتخبة هي أداة التعبير عن إرادة الأمة.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافق

الدول الديمقراطية بضرورة تقيدها بالخضوع للقانون.

فالخضوع للقانون هو أساس الرقابة على الشرعية الدستورية من خلال تقييم الأعمال التشريعية من قبل جهة قضائية يطعن أمامها في الأعمال التي يحتمل اعتدائها على الحريات والحقوق التي كفلها الدستور، بحيث أصبح التأكد من توافق النظم القانونية مع الدستور هو مهمة المحكمة الدستورية العليا في مصر.

وفي الدول النامية عموماً تتمايز السلطة التنفيذية وتحاول إخضاع السلطة التشريعية، ومع ذلك تحافظ على وجودها بجوارها -مجرد وجود- حفاظاً على المظهر الديمقراطي، ومن الناحية العملية تسيطر عليها ولا تسمح لها بأن توازنها.

ومع نمو مبدأ الخضوع للقانون وإنتشاره فقد صار لازماً أن تعلق القواعد الدستورية، وأن تخضع القواعد القانونية للدستور.

وتبدو نصوص الدساتير تعبر عن اتجاهات معينة ومبادئ وفلسفات يمكن أن يختلف في أمر تفسيرها، فيضع المشرع نصوصاً تشريعية إعمالاً لها بناء على تفسير معين، بينما عند عرض الأمر على القاضي يتبنى تفسيراً مغايراً.

كما أن القاضي قد يفسر نصاً دستورياً على نحو معين في مرحلة من مراحل تطور المجتمع ثم تطراً تغيرات سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية في مرحلة تالية فيعدل عنه القاضي إلى تفسير مغاير مما يضمن للنص

الدستورى صلاحية التطبيق<sup>(١)</sup>.

ولقد بدا دور المحكمة الدستورية العليا في مصر ضرورياً لإقامة التوازن بين مصالح الأفراد الاقتصادية والاجتماعية في مجالات هامة مثل العلاقة بين المالك والمستأجر.

وكذا يعظم دورها في حماية حقوق الأفراد وخاصة في مجال ممارسة الحقوق السياسية والحريات الشخصية.

وقد حاولت المحكمة الدستورية العليا مجتهدة إعمال نصوص الدستور وما استقر في وجدان العالم المتحضر في مجال الحفاظ على حقوق الإنسان وحماية الحريات العامة وطبقت ما توصلت إليه المواثيق والأعراف الدولية والقواعد القانونية التي استقرت في الديمقراطيات المعاصرة مما أكسب المحكمة احترام المجتمع الدولي.

كما لعبت المحكمة الدستورية العليا دوراً كبيراً في الحفاظ على الحقوق والحريات العامة فحالت دون حدوث حالات انحراف تشريعى وصدرت عنها عدة أحكام أعادت بها صياغة العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين أطراف المجتمع.

(١) ويفسر هذا الابقاء على نصوص دستورية في دستور ١٩٧١ عن النظام الاشتراكي رغم تطور المجتمع إلى الاقتصاد الحر والخصخصة، وفي الولايات المتحدة الأمريكية قضت المحكمة العليا مرتين بأن النصوص الخاصة بالفرقة العنصرية في المدارس لا تخالف الدستور. وفي النصف الثاني من القرن العشرين وعندما تطورت المفاهيم والأفكار والمعتقدات حكم بأنها مخالفة للدستور.

د. محمد بدران: أحكام المحكمة الدستورية العليا في الضرائب بين الأثر الرجعى والمباشر الأهرام ٢٧/٧/١٩٩٨).

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقى

كما أقامت المحكمة نوعاً من المواءمة الدستورية قومت بها الأداء التشريعى بما يضمن انطلاق حركة المجتمع فى اتجاهها الصحيح.

### تزايد أهمية دور المحكمة الدستورية العليا:

إن المشرع قد يخرج بحسن نيه على نصوص الدستور ومبادئه لعب في فهم نصوصه أو تأويلها. ولكن ذلك لا يحدث كثيراً. لكن الذى حدث فى مصر فى الفترة الأخيرة فوضى تشريعية من أبرز ملامحها:

#### ١ - إغفال مراعاة الحريات الدستورية:

على مدار فترة طويلة من الزمن أهملت فيها مراعاة الحريات الأساسية فى التشريعات التى غالباً ما كانت فى صورة قرارات جمهورية شكلت إعتداء على حق الملكية الخاصة دون تعويض عادل أو دون تعويض بالمره كالاستيلاء على أموال أسرة محمد على، والقوانين الخاصة بالإصلاح الزراعى، والقوانين الخاصة بإمتداد عقود الإيجار وغيرها.

#### ٢ - قصور فى الخطوات الفنية للعملية التشريعية:

وتمثل ذلك فى مظاهر عديدة منها<sup>(١)</sup>:

(١) راجع فى ذلك:

— التقرير الاستراتيجى العربى ١٩٩٧ مخاطر تقليص دور المحكمة الدستورية العليا  
مركز الدراسات الاستراتيجية ص ٢٧٧ - ٢٧٨.

أ- صدور قوانين أو قرارات بقوانين دون عرضها على الجهات المختصة مثل:

- قسم التشريع بمجلس الدولة.

- مجلس الشورى.

- اللجان التشريعية المختصة.

- إدارة التشريع بوزارة العدل.

ب- إسناد عملية مراجعة التشريعات إلى جهات غير مختصة.

ج- عدم إعطاء الوقت الكافي لدراسة مشروعات القوانين فتصدر متسرة ثم يتبين بعد فترة وجيزة عدم ملاءمتها ويدخل في ذلك عدم أخذ رأى ذوى الشأن بحيث أصبحت القوانين تمثل رأى واضعيها وليس المعنيين بها. ومن ذلك ما تلجأ إليه الحكومة بعرض عدد كبير من التشريعات قبل نهاية الفصل التشريعي وتطالب نظرها على وجه السرعة.

د- لجوء السلطة التنفيذية إلى وسيلة إصدار القرارات بقوانين تطبيقاً للمادة ١٤٧ من الدستور دون توافر شرط الضرورة.

وفى هذه الحالات لا تتم مناقشة مشروعات القرارات بقوانين بالعناية الواجبة وعند عرضها على مجلس الشعب فى أول اجتماع له تتم الموافقة عليها تلقائياً فى غالب الأحوال.

هـ- وصول عدد كبير من رجال الأعمال إلى عضوية المجالس

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

النيابية وتأثيرهم فى العملية التشريعية بما يحقق مصالحهم.

### المحكمة والتعديل التشريعى بالقرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ :

يكمن التعديل الذى أورده القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ فى مسألة الأثر المترتب على حكم المحكمة بعدم دستورية نص تشريعى، وعلى وجه الخصوص ما إذا كان الحكم بعدم دستورية النص التشريعى يطبق بأثر مباشر من تاريخ نشر حكم المحكمة فى الجريدة الرسمية أو يطبق بأثر رجعى يتردد إلى تاريخ العمل بالنص التشريعى.

كما أن القرار بقانون قد أخل بما سبق أن استقر من حجية مطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا.

وهو ما يدفعنا إلى أن نناقش فى المبحث الأول مسألة مضمون الآثار المترتبة على الحكم بعدم الدستورية بصفة عامة ووضع هذه الآثار فى ظل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديله بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨.

ونتناول فى المبحث الثانى الوضع الذى استحدثه القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨م. وعليه ستكون دراستنا على النحو التالى:

المبحث الأول: الآثار المترتبة على حكم عدم الدستورية ووضعها فى ظل المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل صدور

القرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨.

المبحث الثانى: وضع الآثار المترتبة على حكم عدم الدستورية بعد صدور

القرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨.

مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي جامعة الأزهر العدد الثاني عشر

---

ثم نعرض لرأينا حول الموضوع.



حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

---

## المبحث الأول

### الآثار المترتبة على حكم عدم الدستورية ووضعها في ظل المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل صدور القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨

#### المطلب الأول:

مضمون الآثار المترتبة على حكم المحكمة الدستورية العليا  
بعدم دستورية نص تشريعي

لقد لعبت المحكمة الدستورية العليا دوراً متعاضداً خلال الحقبة الأخيرة  
في نضالها للدفاع عن حقوق الأفراد وحرياتهم، ورسم الحدود بين سلطات  
الدولة وحقوق الأفراد وجهوداً ضخمة في إعلاء الدستور ووضع نصوصه  
في مكانتها التي تستحقها.

وقد ترتب على ذلك النشاط المتزايد للمحكمة مع سوء العملية التشريعية  
على النحو السابق بيانه إن زادت عدد الاحكام التي حكم فيها بعدم دستورية  
النصوص التشريعية فبلغت ١٢١ نصاً قانونياً أبطلتهم المحكمة الدستورية  
العليا منذ إنشائها عام ١٩٧٩ وحتى نهاية عام ١٩٩٧ تتضمن ٤٧٢ مخالفة

للدستور، منها ٣٢ نصاً خلال العامين ١٩٩٦، ١٩٩٧<sup>(١)</sup>. ورغم أن عدد القضايا التي رفضت فيها المحكمة الدستورية العليا طعون الطاعنين منتهية إلى تقرير دستورية القانون المطعون فيه تجاوز كثيراً جداً تلك التي قبلت فيها الطعون إنما الذي أثار انتباه المجتمع هي الأحكام القليلة التي انتهت فيها المحكمة إلى عدم دستورية النص القانوني.

ولقد كان طبيعياً مع كثرة أحكام عدم دستورية النصوص أن يثور البحث عن أثر كل حكم من أحكام عدم الدستورية:

أولاً: هل يؤثر على العلاقات القانونية التي تكونت منذ تاريخ العمل بالنص المقضى بعدم دستورية أى أن الحكم يسرى بأثر رجعى.

أو يقتصر أثر حكم عدم الدستورية على المستقبل أى لا يسرى حكم عدم الدستورية إلا بأثر مباشر من تاريخ نشر الحكم فى الجريدة الرسمية. وقد شهدت هذه المسألة جدلاً فقهيّاً كبيراً، كما كان الموقف الذى أتبعته

(١) المصدر: التقرير الاستراتيجي العربي لسنة ١٩٩٧، مخاطر تقليص دور المحكمة الدستورية العليا، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية ص-٢٧٧، مشار إليه فى د. عبد الله ناصف: المرجع السابق هامش ص، ٥٠. راجع فى ذلك أيضاً: د. جمال زهران تعديلات المحكمة الدستورية والاستقلال القضائي مجلة روز اليوسف العدد الصادر فى ١٩٩٨/٧/٢٠ وفيه يشير إلى الموسوعة الدستورية للمستشار د. محمد ماهر أبو العينين وإحصائية أعدها مركز المساعدة القضائية فى مصر أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية ٩٣ نصاً من نصوص القوانين واللوائح خلال ما يقرب من (١٧) عاماً ٦٣.٥% منها (أى ٦٠ نصاً) بعد اعتماد دستور ١٩٧١ مقابل ٣٣ نصاً حكم بعدم دستورتها يرجع صدورهما إلى ما قبل عام ١٩٧١.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

---

المحكمة الدستورية العليا بإقرارها الأثر الرجعى لأحكامها سبباً فى التعديل التشريعى الذى صدر به القرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ والذى سنعرض له بالتفصيل مبينين الوضع قبل التعديل وبعده.

### ثانياً: الأثر المستقبلى لأحكام المحكمة الدستورية العليا:

معنى الأثر المستقبلى لحكم محكمة أنه يوقف تنفيذه لفترة معينة ثم يبدأ سريان الحكم بعد مضى هذه الفترة.

وبالنسبة لأحكام المحكمة الدستورية العليا فى مصر فإنه لا يتصور تطبيق الأثر المستقبلى وذلك لأنه لا تقبل أمامها الدعاوى المقامة بطريقة الدعى الأصلية وهى التى يتصور بالنسبة لها إعمال الأثر المستقبلى.

أما الدعاوى التى تثار فيها المسألة الدستورية بطريقة الدفع من أحد الخصوم أو تحال للمحكمة الدستورية العليا من محكمة الموضوع، فلا يثار بشأنها الأثر المستقبلى وإنما يتعين بالنسبة لها إعمال الأثر الرجعى لأن ذلك هو ما يقتضيه إلزام المشرع محكمة الموضوع وقف النظر فى الدعى لحين البت فى مسألة عدم الدستورية. وعند صدور الحكم بعدم الدستورية يطبق على موضوع الدعى محل النزاع، والقول بعدم تطبيق الأثر الرجعى فى هذه الحالة يتنافى مع المنطق القانونى السليم ومع الغرض من الدفع بعدم الدستورية، فبدونه لا يكون للدفع بعدم الدستورية أى فائدة عملية. وفوق ذلك فإنه يتفق مع مصلحة الخصوم الذين نازعوا فى دستورية النص.

وذلك فى ظل النصوص القائمة قبل التعديل الأخير بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ والذى أورد على ذلك تحفظاً سنعرض له فى حينه.

ثالثاً: مدى الحجية التى تتمتع بها أحكام المحكمة الدستورية العليا:

بمعنى هل يقتصر أثر الحكم على أطراف الدعوى فيما يعرف بالحجية النسبية أما أن أحكامها تتمتع بحجية مطلقة تجاه كافة.

ومقتضى الحجية المطلقة لحكم ما أن يصبح حجه فيما فصل فيه، وعليه يتمتع إعادة نظر النزاع مرة أخرى أمام القضاء سواء أمام نفس المحكمة أو أى محكمة أخرى.

ولا شك أن العلة فى ذلك هى استقرار الأوضاع القانونية كما أن إعادة نظر النزاع من الممكن أن يؤدى إلى صدور أحكام متعارضة. وبالنسبة لأحكام المحكمة الدستورية العليا فكانت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قد نصت فى فقرتها الأولى على أن "أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية.. ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة".

بيد أن هذه الحجية المطلقة تشمل كافة أحكام المحكمة الدستورية العليا أى سواء الصادرة بعدم الدستورية أو تلك الصادرة برفض الطعن بعدم الدستورية<sup>(١)</sup>.

ويتسق هذا الموقف مع طبيعة الدعوى الدستورية ومع نصوص الدستور، كما أن هذا الموقف هو الذى تبنته المحكمة الدستورية العليا.

(١) وتتفق أحكام المحكمة الدستورية العليا فى ذلك مع الأحكام الصادرة عن القضاء الإدارى فى دعوى الإلغاء حيث نصت المادة (٥٢) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ".... على أن الأحكام الصادرة بالإلغاء تكون حجة على كافة" فالأحكام التى تتمتع بحجية مطلقة هى التى يقضى فيها بإلغاء القرار الإدارى أما الأحكام الصادرة برفض الطعن بالإلغاء فهى على العكس تكون حجيتها نسبية.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقى

**أولاً: من ناحية اتساقه مع طبيعة الدعوى الدستورية:**

\* إن الدعوى الدستورية دعوى عينية لا يقتصر أثرها على الخصوم وإنما ينصرف أثرها إلى الكافة وتلزم جميع سلطات الدولة.

\* كما أن الدعوى الدستورية تختصم النصوص المطعون فى دستوريته ذاتها.

\* كما أن الدعوى فى نهاية الأمر إما أن تنتهى بعدم دستورية النص فتنتهى قوة نفاذه، أو تنتهى الدعوى إلى رفض طلب عدم الدستورية وبالتالي يكون الحكم بمثابة شهادة بسلامته من أى عوار دستورى.

**ثانياً: من حيث إتساق الحجية المطلقة مع نصوص الدستور:**

\* ذلك أن المادة ١٧٨ من الدستور نصت على أن تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا فى الدعاوى الدستورية، ولا معنى للنشر ما لم يكن يتمتع الحكم بحجية مطلقة.

\* تتسق الحجية المطلقة مع مركزية الرقابة الدستورية فى مصر حيث نص الدستور على اعتبار المحكمة الدستورية العليا هى المختصة دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين.

\* بل إن الهدف من إنشاء المحكمة الدستورية العليا لا يتحقق بدون تقرير الحجية المطلقة.

**ثالثاً: موقف المحكمة الدستورية العليا من مدى حجية الأحكام الصادرة عنها**

إنتهت المحكمة الدستورية العليا إلى أن لإحكامها حجية مطلقة،

أيا كانت نتيجة الحكم أى سواء قضى بعدم دستورية النص التشريعى أو قضى برفض دعوى عدم الدستورية<sup>(١)</sup>.

وقد خالفت فى ذلك المحكمة الدستورية العليا القضاء السابق للمحكمة العليا والتي كانت تفرق بين النوعين من الأحكام، فلم تعترف بحجية مطلقة إلا بالنسبة للأحكام الصادرة عنها بعدم الدستورية.

أما الأحكام الصادرة برفض دعوى عدم الدستورية فقد اكتفت المحكمة العليا بالنسبة لها بحجية نسبية<sup>(٢)</sup>.

وقد انبنى موقف المحكمة الدستورية العليا على تفسيرها لنص المادة ١/٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا والذي ورد به أن "أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية... ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة".

بينما انبنى موقف المحكمة العليا على تفسير خاص لنص المادة (٣١) من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بشأن الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا والذي كان يقضى بأن تنشر الاحكام الصادرة عن المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء.

حيث اعتبرت المحكمة العليا أن الأحكام التى تكون ملزمة لجميع

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى ١٥/٤/١٩٨٩ فى القضية رقم ٨ لسنة (٧) قضائية (دستورية) مج ٤، ص ١٨٣، ومابعدها.

(٢) راجع حكم المحكمة العليا بتاريخ ٥/٢/١٩٧٧ فى الدعوى رقم ١٦ لسنة (٧) قضائية عليا (دستورية) مج المحكمة العليا، ص ٢، ص ٤٣.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافق

جهات القضاء هي فقط الاحكام الصادرة من المحكمة العليا بعدم الدستورية لأنها فقط التي لها أثر على قوة نفاذ النص التشريعي. وقد اختلف الفقه في تأييد موقف المحكمة العليا أو المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>:

حيث يرى البعض<sup>(٢)</sup> أن اتجاه المحكمة العليا هو الأصح للأسباب الآتية:

١- نص المادة ١/٤٩ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ (ومن قبله نص المادة ٣١ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠) يعنى فقط الأحكام الصادرة بعدم الدستورية لأنها هي التي تأتي بجديد يتمثل في وقف قوة نفاذ النص المقضى بعدم دستوريته وما يترتب عليه من عدم جواز تطبيقه مما استوجب ضرورة نشره. أما الأحكام التي قضى فيها برفض طعن بعدم الدستورية فإنها لا تأتي بجديد فالنص قائم ومطبق وملزم للكافة منذ تاريخ العمل به والحكم الصادر برفض الطعن وبالتالي يؤكد دستوريته فإنه لا يحدد موعداً جديداً

(١) وغنى عن البيان أن الفترة السابقة على إنشاء المحكمة العليا والتي كانت فيها المحاكم في مصر تطبق رقابة الامتناع عن تطبيق النص الذي ترى انه يخالف الدستور، ففي حالة الامتناع عن تطبيق النص على القضية محل الدفع فالحكم أثره نسبي يقتصر على أطراف القضية (راجع في ذلك د/ عاطف البنا: دراسة حول المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم - مرة أخرى.. رد شبهات ومغالطات مقال منشور بجريدة الوفد العدد الصادر يوم ١٩٩٨/٨/٦).

(٢) د/ عبد الله ناصف: حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل دار النهضة العربية ١٩٩٨، ص ٢٨.

لسريانه ولا يضيف شيئاً من الإلزام فليس هناك داع لتقرير حجيته على الكافة.

٢- يجب تفسير نص المادة ١/٤٩ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ في ضوء القواعد المقررة لحجية الأحكام في قانون المرافعات ولا يجب الوقوف عند عمومية النص وإطلاقه<sup>(١)</sup> "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة".

فهناك أحكام تصدر من المحكمة في غير موضوع الدعوى مثل الأحكام الصادرة ببطالان صحف الدعاوى أو بعدم قبولها لانقضاء المصلحة فيها أو لفوات ميعاد رفعها وتكون حجيتها نسبية تقتصر على أطرافها رغم أنها صادرة في دعاوى دستورية فالمحكمة (سواء الدستورية العليا أو المحكمة العليا) لم تطبق النص على إطلاقه بل قيدت النص بما ورد من أحكام قانون المرافعات.

٣- إن نص المادة ١/٤٩ (ومن قبله نص المادة ٣١ من قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا) مأخوذ عن النظام الإيطالي والذي يميز في مسألة الحجية بين الأحكام الصادرة بعدم الدستورية وهذه يمنحها حجية قبل الكافة، والأحكام الصادرة برفض الطعن بعدم الدستورية ولا تحوز إلا حجية نسبية<sup>(٢)</sup>.

(١) حيث ورد النص في عبارات عامة دون تحديد "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة".

(٢) د/ طعيمة الجرف: القضاء الدستوري دراسة مقارنة في رقابة الدستورية ط١، دار النهضة العربية ١٩٩٣، ص٢٨٤.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

٤- أن مقتضى الطعن بعدم الدستورية هو إعادة طرح الموضوع بكامله أمام المحكمة الدستورية لتبت في مدى توافقه مع كافة النصوص الدستورية القائمة دون تقيد بالأسباب التي اثارها الطاعن، وعليه فإنه يتم تمحيص القرار جيداً والبحث عن أى مخالفة للدستور في النص المطعون فيه ولا يتعارض ذلك مع الحجية النسبية.

على النقيض من رأى السابق فقد ذهب رأى فى الفقه<sup>(١)</sup> إلى أن القول بالحجية النسبية بالنسبة لأحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة برفض الطعون بعدم الدستورية سيؤدى إلى مضاعفة عدد الطعون بعدم الدستورية مما يعوق عمل المحكمة الدستورية ويثقل كاهلها.

وقد رد أنصار الرأى الأول على ذلك بأنه يمكن فرض كفالة مالية على من يرفع طعنا بعدم دستورية نص سبق الحكم برفض طعن بشأنه على أن تصدر هذه الكفالة فى حالة رفض الطعن الجديد.

ففرض هذه الكفالة سيضمن عدم رفع طعن جديد إلا بعد التأكد من تغير الظروف التى صدر فى ظلها الحكم السابق أو وجود ظروف جديدة تجعل المحكمة تعدل عن قضائها السابق، كما قيل أيضا بقصر هذا الحق على الخصوم الجدد دون المحاكم ولا شك أن ذلك أمر منتقد حيث يؤدى إلى إختلاف الإجراء فى الحالتين دون مبرر قانونى، كما أنه إذا سلمنا بأهمية الحجية النسبية لأحكام رفض الطعن لإمكانية إثارتها عند تغير الظروف

(١) د/ طعيمة الطرف: القضاء الدستوري دراسة مقارنة فى رقابة الدستورية المرجع

السياسية والاقتصادية الاجتماعية فإن المحاكم أقدر من الأفراد على تبين  
تغير تلك الظروف.

رأينا نؤيد ما انتهى إليه الرأي الأول وخاصة أن النصوص الدستورية  
تتصف بقدر كبير من الثبات بينما قد تتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية  
وحتى السياسية التي تطبق فيها هذه النصوص والقاضي الدستوري عند بحثه  
مدى دستورية نص تشريعي معين أو حتى عند تفسيره عليه دائماً أن يراعي  
الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يمر بها المجتمع: وإذا كان  
القاضي الإداري يعمل على إيجاد ترتيب منطقي للخيارات الاقتصادية  
والسياسية في المجتمع<sup>(١)</sup> وتؤثر أحكامه بالقطع على السطح السياسي<sup>(٢)</sup> فإن  
ذلك يراعيه من باب أولى القاضي الدستوري. وفي حكم للمحكمة الدستورية  
العليا في ١٩٨٥/٥/٤ بشأن تطبيق المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها بما  
يجعل الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للدستور<sup>(٣)</sup> رأت المحكمة أن  
يطبق التعديل بالنسبة للتشريعات التي يتم إقرارها بعد التعديل ولا يسرى  
على التشريعات القائمة وقت التعديل وعللت ذلك بعدم حدوث هزة عنيفة في  
البنیان القانوني في البلاد.

ويدخل في ذلك تغير احكام المحكمة الدستورية العليا عن الأحكام

1) Tanguy: le règlement des conflits en matiere d'urbanisme L.G. D.J. 1979. p. 218.

2) P.WEIL: Le conseil d'etat statuant au contentieux: politique jurisprudentielle ou juris prudence politique? Annales de la faculte de droit d'Aix, 1959 p. 281.

٣) حكمها في الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ ق، دستورية، ٧ لسنة ٩ ق دستورية الجريدة الرسمية العدد (٢٠) بتاريخ ١٦/٥/١٩٨٥، ص ٩٧٧ - ٩٨٨.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافق

السابقة للمحكمة العليا والتي صدرت فى ظل ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية مغايرة إلى حد ما.

وإذا كانت القاعدة أن المحكمة الدستورية العليا تتخلى عن الفصل فى المسائل السياسية، إلا أنه فى الواقع أن معظم المسائل التى تنظرها المحكمة الدستورية العليا تكون على الحدود الفاصلة بين القانون والسياسة ولذا فالذى يحدث عملاً أن المحكمة الدستورية العليا تفصل فى المسائل الدستورية التى تعرض عليها حتى ولو خالطتها ملامح سياسية أو كان قضاؤها يتوافق مع توجه إحدى السلطتين التشريعية أو التنفيذية أو فيه إخراج لأى منهما<sup>(١)</sup>.

ولا شك أن المحكمة الدستورية العليا يمكن أن تمس أحكامها كيان الدولة ككل أو أحد دعوماتها الرئيسية. ومن الممكن أن يؤدى حكم صادر عنها بعدم دستورية قانون معين إلى تقويض نظام الدولة ككل، ولذا نجد المحكمة فى مثل هذه الحالات تلجأ إلى أن تؤثر السلامة تطبيقاً لمقولة أن حماية الدولة مقدمة على حماية القانون"، فالقانون وجد أصلاً لحماية الدولة فإذا تعارضت حماية الدولة مع بقاء القانون ضحى بالقانون، وذلك أياً كان القانون ومصدره عادى أو دستورى وهذا ما طبقته المحكمة الدستورية العليا بالنسبة للحكم الذى انتهت فيه إلى عدم دستورية نص المادة ٥ من قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ الذى أجريت على أساسه انتخابات مجلس الشعب وأنتهت إلى بطلان تشكيل مجلس الشعب إلا أنها لم ترتب

(١) د/ عوض المر: مبدأ الخضوع للقانون جريدة الأهرام العدد الصادر فى ١٩٩٩/٥/٢٨ م.

على ذلك بطلان القوانين التي أصدرها المجلس أو القرارات التي اتخذها<sup>(١)</sup>. كما أنه لا شك أن تقرير الأثر النسبي لأحكام المحكمة الدستورية العليا التي تقضى برفض الطعن بعدم دستورية نص فيه ضمانات أكثر للأفراد حيث يمكن إعادة إثارة المسألة الدستورية من خصوم جدد، خاصة إذا ما تغيرت الظروف السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية التي تراعيها المحكمة في أحكامها.

ويرتبط بحجية أحكام المحكمة الدستورية العليا اعتبارها أحكاماً نهائية غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية ولو بإعادة النظر فيها أمام المحكمة الدستورية العليا ذاتها. حيث نصت المادة ٤٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن "أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن".

فالمحكمة الدستورية العليا هي محكمة أول وآخر درجة في آن واحد ولا يجوز إعادة بحث مسألة الدستورية السابق الفصل فيها.

ويرى عكس ذلك استاذنا الدكتور ماجد الحلو في حالة تأسيس دعوى عدم الدستورية على أسباب أو طعون مغايرة لتلك السابق صدور الحكم لأول مرة بشأنها من المحكمة الدستورية العليا<sup>(٢)</sup>.

ومن نافلة القول أن الحجية المطلقة تمتد إلى قرارات المحكمة

- 
- (١) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٠/٥/١٩ في القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية دستورية المنشور في مجموعة المحكمات الدستورية العليا جـ ٤، ص ٢٥٦.
- (٢) استاذنا الدكتور/ ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري ١٩٨٦ دار المطبوعات الجامعية ص ٣٧٣.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافى

---

التفسيرية<sup>(١)</sup> وليس فقط الأحكام الصادرة فى دعاوى دستورية، فتنتمتع هذه القرارات - الصادرة عنها وفقاً لاختصاصها الثابت بالمادة (٢٦) من القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ - بقوة إلزام عامة مطلقة أستناداً لعموم نص المادة ٤٨ السابق الإشارة إليها.




---

(١) د. مصطفى عفيفى: رقابة الدستورية فى مصر والدول الأجنبية، ط١، ١٩٩٠، ص٢٧٥ وما بعدها.

## المطلب الثاني:

## وضع الآثار المترتبة على حكم عدم الدستورية

## قبل التعديل بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨

أقترب تنظيم المشرع المصرى لمسألة الرقابة القضائية على دستورية التشريعات من عدد من التشريعات المقارنة، وطبقته المحكمة الدستورية العليا على نحو معين ضاق به المشرع ذرعاً فلجأ إلى تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا مما أثار خلافاً كبيراً فى الفقه.

ولذا سنتناول مسألة الآثار المترتبة على أحكام عدم الدستورية فى نصوص التشريع المصرى والمقارن فى فرع أول.

ثم نوضح موقف المحكمة الدستورية العليا من تطبيق هذه النصوص قبل تعديلها فى فرع ثان.

ونؤجل الحديث عن موقف الفقه إلى مرحلة ما بعد التعديل.

## الفرع الأول:

## الآثار المترتبة على أحكام عدم الدستورية

## قبل التعديل فى التشريع المصرى والمقارن

## أولاً: الوضع فى التشريع المصرى

ونتناول فيه بيان هذا التنظيم فى الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ثم نورد نص المذكرة الإيضاحية وتقرير اللجنة

التشريعية حول نص المادة (٤٩) من القانون والمتعلقة بالموضوع.

فلقد وردت الإشارة إلى آثار الحكم بعدم دستورية النص التشريعى فى

المادة ١٧٨ من الدستور الذى جاء على النحو التالى:

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

---

"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 تشريعي من آثار".

ثم جاء هذا التنظيم في القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بشأن المحكمة الدستورية العليا وتناولت أثر الحكم بعدم الدستورية المادة (٤٩) من هذا القانون والتي جاء بها:

"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 خمس 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 بالأدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه".

#### المذكرة الإيضاحية للقانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩:

أوضحت المذكرة الإيضاحية أن القانون المذكور قد بين "أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر

الفقه والقضاء على أن مؤداه عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب وإنما بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم".

#### \* تقرير اللجنة التشريعية:

ذهب تقرير اللجنة التشريعية إلى عدم رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية حيث أنتهى إلى أن مقتضى النص على أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لتاريخ نشر الحكم "إن بطلان النص المخالف للدستور يتم من هذا التاريخ اللاحق للحكم" واستطرد تقرير اللجنة التشريعية بقوله بأنه "ليس فى ذلك أية مخالفة أو تعارض مع نص الدستور، حيث ترك المشرع الدستورى أمر تحديد آثار الحكم بعدم الدستورية للمشرع العادى دون تقييده بقاعدة ما فى هذا الصدد. ومع ذلك فإنه استثناء من القاعدة العامة التى أخذ بها المشروع بشأن الآثر المباشر للحكم بعدم الدستورية قرر بالنسبة للنصوص الجنائية إنه يبطل العمل بالنص الجنائى سواء أكان عقابياً أم متعلقاً بالإجراءات من التاريخ آنف الذكر على أن تعتبر الأحكام الصادرة بالإدانة استناداً إلى النص الباطل دستورياً كأن لم تكن ويتعين على رئيس هيئة مفوضى المحكمة الدستورية العليا تبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه طبقاً لنص

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

المشروع<sup>(١)</sup>.

## ثانياً: الوضع فى التشريع المقارن:

يستفاد من نصوص التشريعات المقارنة فى مسألة الأثر الرجعى أو الأثر المباشر مايلى:

١- أن الدستور اليونانى الصادر عام ١٩٧٥ قد فوض المحكمة الدستورية فى تحديد الأثر الرجعى أو المستقبلى لنفاذ الحكم بعدم الدستورية فنصت م ٤/١٠٠ منه على أن "الأحكام التى تصدر عن المحكمة الدستورية يكون لها أثر مباشر ما لم تحدد المحكمة فى حكمها تاريخاً آخر"<sup>(٢)</sup>.

٢- أن الدستور التركى الصادر ١٩٦١ قد أخذ فى المادة ١٥٢ بالأثر المباشر لأحكام عدم الدستورية، إلا أنه أجاز للمحكمة أن تحدد تاريخاً آخر مستقبلياً لسريان الحكم الصادر بالإبطال بما لا يجاوز سنة من تاريخ نشر القرار فى الجريدة الرسمية<sup>(٣)</sup>.

إلا أنه جزم بالنسبة للأثر الرجعى بعدم جواز "أن يكون لقرار الإبطال أثر رجعى"<sup>(٤)</sup>.

(١) ملحق مضبطة مجلس الشعب الجلسة الثانية فى ١٨/٧/١٩٧٩، ص ٨٨٩ ومابعدها.

1) Provisions of law declared unconstitutional shall be invalid as from the day of publication of the respective judgment, or as from the date specified by the judgment.

(٣) وقريب من ذلك المادة ١٤٠/٥ من دستور النمسا الصادر ١٩٢٠ (المعدل) حيث نص على الأثر الفورى لحكم البطلان إلا إذا حددت المحكمة مهلة لسريان الحكم بحد أقصى ١٨ شهراً.

3) The annulment decision cannot have retroactive effect.

٣- أن الدستور الايطالى الصادر عام ١٩٤٧ قد أقتصر على الاعتداد بالأثر المباشر لبطلان الحكم ولم يفوض المحكمة الدستورية فى تحديد موعد آخر لاحق أو سابق على تاريخ نشر الحكم فجاء نص المادة ١٣٦ على أنه: "إذا اعلنت المحكمة عدم المشروعية الدستورية لنص قانونى أو لنص له شكل القانون فإن هذا النص يوقف نفاذه اعتباراً من اليوم التالى لنشر قرار المحكمة"<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثانى:

#### رأى المحكمة الدستورية العليا فى مسألة الأثر الرجعى والأثر المباشر قبل التعديل

إن نص المادة (٤٩) من القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بشأن المحكمة الدستورية العليا لا يحسم مسألة الأثر الرجعى أو المباشر للحكم ذلك أنه نص على "عدم جواز تطبيقه" أى الامتناع عن التطبيق من تاريخ نشر الحكم فى

- 1) "When the court declares a norm of law, or an act having the force of law, to be unconstitutional, the norme ceases to have effect from the day following the publication of the decision.

راجع:

Constitutions of the countries of the world, oceana publications, inc dobbs ferry new York.

مشار إليه فى: د. عبد الله ناصف حجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، ص ٤١ وما بعدها.

راجع أيضاً: د/ فاروق سيف النصر ٣ أسباب وراء تعديل قانون المحكمة الدستورية جريدة الأهرام المسائى العدد الصادر فى ١٣/٧/١٩٩٨.

د/ فتحى سرور: الأثر الرجعى الأصل: جريدة الأهرام، العدد الصادر فى ١٨/١٢/١٩٩٨.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

الجريدة الرسمية فلا هو صرح بمنع الأثر الرجعى ولا نص صراحة على إعماله. وأمام هذا الغموض كان لجوء المحكمة الدستورية العليا فى تفسير النص إلى المذكرة الإيضاحية التى أشارت إلى ما استقر عليه الفقه والقضاء من أن مؤدى النص تطبيق الحكم الصادر بعدم الدستورية ليس على المستقبل فقط وإنما يطبق أيضاً بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص".

ودرجت المحكمة بناء على ذلك فى أحكامها المتتالية على تطبيق الأثر الرجعى لأحكام عدم الدستورية مؤكدة أن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية أحكام كاشفة عن العيب الدستورى وليست منشئة له فهى تكشف عن العوار الذى لحق النص منذ صدوره. ويمكن القول بأن المحكمة استندت فى قولها بالأثر الرجعى على ماياتى:

#### ١- الغاية من التشريع ومقاصد الدستور:

حيث رأت المحكمة أن المشرع عندما نص فى المادة (٤٩) من قانون المحكمة على عدم جواز تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم أن المشرع قصد من ذلك أن يفقد النص خاصية الإلزام لكن لم يقصد منه أن يكون له أثر مباشر أو ألا يكون له أثر رجعى يرتد إلى العلاقات السابقة على الحكم.

فالقول بالأثر الرجعى فى نظر المحكمة ضرورى لرد الأضرار التى لحقت بالعلاقات السابقة نتيجة لتطبيق النص الذى قضى بعدم دستوريته فكان لزاماً أن ينسحب إبطال النص على هذه العلاقات السابقة ليعيدها إلى الحالة

التي كانت عليها قبل سريان النص الباطل في شأنها<sup>(١)</sup>.

## ٢- الأثر الرجعي هو الذى يتوافق مع المنطق القانون السليم:

ففى رأى المحكمة أن النص الباطل ينعلم فىكون حكم عدم الدستورية نافياً لوجوده منذ ميلاده، فهو باطل ابتداء لا إنتهاء، فانهدام النص القانونى يكون منذ نشأته.

وترى المحكمة أنه لا يتصور أن يكون نشر الحكم هو الحد الزمنى الفاصل بين صحة النص وبطلانه لأن معنى ذلك أن يكون للنص مجالين زمنيين يكون صحيحاً فى احدهما وباطلاً فى الثانى وهذا لا يتصور لأن البطلان لا يتجزأ<sup>(٢)</sup>.

## ٣- المذكرة الإيضاحية:

حيث نصت المذكرة الايضاحية فى تعليقها على نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أن ما أُنقِر فى الفقه والقضاء هو عدم تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته ليس فى المستقبل فحسب وإنما بالنسبة

(١) إذا لم يكن للحكم بعدم الدستورية أثر رجعى فإن التقاضى يكون عملاً عبثياً وجهداً ضائعاً. راجع د/ على فاضل حسن: شهادة حق: الأهرام ١٠/٨/١٩٩٨.

(٢) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٣٠/١١/١٩٩٦، فى القضية رقم ٣٢ لسنة ١٨ قضائية (دستورية) المنشور فى الجريدة الرسمية العدد ٤٩ بتاريخ ١٢/١٢/١٩٩٦ وراجع كذلك حكمها بجلسة ١٩/٥/١٩٩٠ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية (دستورية) المنشور فى مجموعة المحكمة الدستورية العليا الجزء الرابع صفحة ٢٥٦.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

للقوائم والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية أى أعمال الأثر الرجعى.

وهذا بالطبع ما لم يوجد ما يحد من إطلاق الرجعية وذلك مثل الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره وكذلك المستندة إلى تقادم أو قوة الشئ المقضى به<sup>(١)</sup>.

٤- تطبيق حكم عدم الدستورية بأثر رجعى هو الذى يحقق مصلحة الطاعن:

فمصلحة الطاعن الذى دفع بعدم الدستورية لا تتحقق إلا بتطبيق الأثر الرجعى وإلا كان التقاضى غير مجد، أما تطبيق الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية فيعنى تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته على الواقعة محل النزاع. فيلزم القاضى الذى أرجأ تطبيق القانون حين شك فى عدم دستورية أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته.

٥- إن اعمال نص المادة (٤٩) يوجب على قاضى الموضوع تطبيق الأثر الرجعى:

فالقاضى مخاطب بنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا

(١) ويتعلق هذا الاستثناء فقط بأحكام عدم الدستورية المتعلقة بنصوص غير جنائية، أما أحكام عدم الدستورية المتعلقة بنصوص جنائية فيطبق بشأنها الأثر الرجعى فى جميع الأحوال،

وبناء على ذلك فإن جميع الأحكام التى صدرت بالادانته استناداً إلى نص جنائى قضى بعدم دستوريته تعتبر كأن لم تكن ولو كانت أحكاماً بانه.

مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي جامعة الأزهر العدد الثاني عشر

---

وبالتالى فهو ملزم بألا يطبق القانون المقضى بعدم دستوريته على المنازعات التى طرحت عليه فى ظل القانون المقضى بعدم دستوريته.



حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقى

## **المبحث الثانى**

### **الآثار المترتبة على أحكام عدم الدستورية**

### **بعد صدور القرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨**

**دوافع التعديل:**

قامت المحكمة فى الفترة السابقة على إصدار القرار بقانون بنشاط ملحوظ فى حماية حقوق وحريات الأفراد فى مواجهة تشريعات لم يتوافر لها الحد الأدنى من الدراسة والتوازن التشريعى فكثرت حالات الحكم بعدم الدستورية وكانت المشكلة التى أقلقّت الحكومة أكثر هى إعمال المحكمة للأثر الرجعى لأحكامها الصادرة بعدم الدستورية ومن ذلك:

١- حكم عام ١٩٩٠ بعدم دستورية النص الذى إجريت على أساسه انتخابات مجلس الشعب عام ١٩٨٧ وهو نص المادة ٥ مكرر من القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ وتقريرها بطلان تكوين المجلس منذ انتخابه. إلا أن المحكمة أدركت خطورة النتائج المترتبة على ذلك فقررت عدم إسقاط ما أقره المجلس المنحل من قرارات وما اتخذته من إجراءات حتى تاريخ نشر الحكم<sup>(١)</sup>.

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٩٠/٥/١٩ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية دستورية المنشور فى مجلة المحكمة الدستورية العليا ج٤، ص ٢٥٦. وقد رد بعض الفقه عدم استمرار ترتيب الآثار والنتائج غير المباشرة كبطلان القوانين والقرارات التى اتخذها المجلس إلى نظرية الضرورة للملجنة لاستمرار الدولة (د. هشام محمد فوزى: ندوة مركز استقلال القضاء وإحماه مستقبل المحكمة

٢- أحكام بعدم دستورية بعض القوانين الضريبية، مما ترتب عليه ضرورة رد المبالغ التي تم تحصيلها بناء على هذه القوانين ولذا لجأ إلى هذا التعديل في محاولة لتجنب فوضى مالية وانهيار الميزانية وفشل الخطط الخمسية.

ونبين في هذا المبحث نص القرار بقانون والمذكرة الإيضاحية له في مطلب أول.

ثم نبين رأى الفقه في التعديل الصادر بالقرار بقانون من حيث الشكل في مطلب ثان.

ثم نبين رأى الفقه في التعديل من الناحية الموضوعية في مطلب ثالث.

**المطلب الأول:**

### **نص القرار بقانون ومذكرة الإيضاحية**

ونبين فيه نص القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ والاستدراك الصادر بشأنه عن رئاسة مجلس الوزراء في فرع أول

ثم نبين نص المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون في فرع ثان.

### **الفرع الأول:**

**نص القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة**

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

### من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>

بعد أخذ رأى المجلس الأعلى للهيئات القضائية والجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا "يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ النص الآتى:

"ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر أسبق. على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له فى جميع الأحوال إلا أثر مباشر وذلك دون الإخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص".

وبعد صدور القرار بقانون صدر استدراك من رئاسة الوزراء موضحاً بأن هناك خطأ مادى قد وقع فى نص الفقرة الثانية من القرار بقانون وأن الصواب هو

"ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر<sup>(٢)</sup>".

### الفرع الثانى:

(١) صدر فى ١٠/٧/١٩٩٨ ونشر فى الجريدة الرسمية فى العدد ٢٨ مكرر بتاريخ

١٩٩٨/٧/١١ وورد به على أن يعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.

(٢) نشر فى الجريدة الرسمية فى العدد ٢٨ مكرر (٥) الصادر فى ١٢/٧/١٩٩٨.

## المذكرة الايضاحية لقرار رئيس الجمهورية رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>

نصت المادة ١٧٨ من دستور ١٩٧١:

على أنه "تتشر 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 تشريعي من آثار"

وإعمالاً لهذا التفويض نصت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن:  
" أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة".

وتتشر 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 بالادانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا في مجال تفسيرها لنص المادة ٤٩ على أن الحكم بعدم الدستورية 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 لاحكام المحكمة في غير المسائل الجنائية إلى حدوث:

١- صعوبات متعددة في مجال التطبيق يندرج تحتها الاخلال بمراكز قانونية امتد زمن استقرارها.

٢- تحميل الدولة بأعباء مالية تنوء بها خزانها ما يضعفها في مجال تحقيق مهامها التنموية.

وعلاجاً لمشكلات الإطلاق في تطبيق قاعدة الأثر الرجعي في مثل هذه الحالات.

وتحقيقاً للموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية في المجتمع فقد رؤى تعديل حكم الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) بما يحقق الاغراض التالية:

١- تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى ومدى الخطورة التي تلازمها.

٢- تقرير أثر مباشر للحكم بنص القانون إذا كان متعلقاً بعدم دستورية نص ضريبي؛

وذلك لأن تقرير الأثر الرجعي يعنى أن تلزم الدولة برد حصيلة الضريبة التي تكون قد أنفقتها بما يؤدي إلى عجز الدولة عن مواصلة

خططها في مجال التنمية مما يدفع الدولة إلى فرض ضرائب جديدة لتغطية العجز في ميزانياتها فوق أنه يؤدي إلى اضطراب ميزانية الدولة.

٣- استثنى المشروع من ذلك أصحاب الشأن في الخصوم الدستورية - وذلك أياً كانت وسيلة إثارة مسألة بحث الدستورية: الدفع أو الاحالة أو التصدي - وذلك أخذاً بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن الترضية القضائية هي الغاية النهائية لكل خصومة قضائية.

ثم أشارت المذكرة الإيضاحية إلى أن ذلك يشكل مزيجاً من النظم المتبعة في العديد من الدول الأجنبية التي أخذت بمبدأ الرقابة القضائية على دستورية التشريع.

كما أشارت إلى أخذ رأى كل من الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا والمجلس الأعلى للهيئات القضائية وأنها وافقتا على المشروع بالاجماع.

وفي النهاية بينت المذكرة الإيضاحية العلة من استصدار قرار بقانون وفقاً للمادة ١٤٧ من الدستور وعدم استصدار قانون وذلك نظراً لحالة الاستعجال الناجمة عن وجود كثير من الدعاوى المعروضة على المحكمة الدستورية العليا تتعلق بنصوص ضريبية، وأن المحكمة تعقد جلساتها خلال أشهر الصيف جميعها ونظراً إلى أن مجلس الشعب لن ينعقد في دور انعقاده العادي إلا خلال شهر نوفمبر واستنتجت المذكرة من ذلك وجود حالة ضرورة تقتضى الإسراع باستصدار قرار بقانون بهذا التعديل.

**المطلب الثاني:**

**رأى الفقه حول التعديل الصادر بالقرار بقانون**

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

### رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ من الناحية الشكلية

حاولت المذكرة الايضاحية للقرار بقانون أن تبرر اللجوء إلى أسلوب القرار بقانون<sup>(١)</sup> بوجود دعاوى معروضة على المحكمة تتعلق بنصوص ضريبية مطعون بمخالفتها للدستور وسيكون من الخطورة تطبيق الأثر الرجعي بشأنها ولما كان مجلس الشعب لن يعود لدور الانعقاد العادى إلا خلال شهر نوفمبر والمحكمة الدستورية العليا تستمر عقد جلساتها خلال فترة الصيف لذا كان من الضروري فى نظر المذكرة الايضاحية إصدار التعديل فى صورة قرار بقانون.

ولكن معظم الفقه انتقد اللجوء إلى أسلوب القرار بقانون<sup>(٢)</sup> فى التعديل

(١) كانت القرارات بقوانين هى الأداة الرئيسية للتشريع فى بداية الثورة ولعل ذلك كان مبرراً بحرص الثورات باستمرار على إعلاء الشرعية الثورية على الشرعية الدستورية والقانونية حتى لا تقف القوانين عائقاً أمام تحقيق أهداف الثورة وما ارتبط بها من تحولات اقتصادية واجتماعية (مركز المساعدة القانونية لحقوق الإنسان: مسلسل مخالفة الدستور مستمر جريدة الوفد ١٧/٧/١٩٩٨).

(٢) د/ محمد المرغنى: يرى أن هذه تشريعات مكملية للدستور فيجب عدم إصدارها بقرارات بقوانين وإنه يجب تعديل الدستور بحيث تصبح سلطة إصدار القرارات التى لها قوة القانون بالاتفاق بين السلطة التنفيذية واللجان المختصة بالبرلمان (خيوط المؤامرة الحكومية على المحكمة الدستورية العليا جريدة العربى ٢٠/٧/١٩٩٨).  
- د/ عاطف البنا: دراسة حول الشرعية الدستورية وأساس سلطة الحكم جريدة الوفد ١٦/٧/١٩٩٨.

- محمد حامد الجمل: تعديل قانون الدستورية مطعون فى دستوريته جريدة الأهالى العدد الصادر فى ١٥/٧/١٩٩٨.

- د/ محمد عصفور: خيوط المؤامرة الحكومية على المحكمة الدستورية العليا جريدة العربى ٢٠/٧/١٩٩٨. حيث يذكر أن هذه أداة تشريعية مقصورة والقرارات

مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي جامعة الأزهر العدد الثاني عشر

التشريعي كما وجهت انتقادات أخرى من ناحية الشكل يمكن اجمالها فيما يلي:

أ- التعديل الذي أورده القرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ لا يتوافر فيه شرط الضرورة:

إن التشريع مهمة السلطة التشريعية في الأصل ولا يمارسها رئيس الجمهورية إلا استثناء بضوابط محددة نص عليها الدستور، ولقد نظمت المادة ١٤٧ من الدستور ممارسة رئيس الجمهورية لسلطة التشريع بقرارات جمهورية في فترة غياب المجلس التشريعي فاشتترطت لذلك حدوث ما يوجب

الحكومية قرارات إدارية فكيف تعدل اختصاصات المحكمة الدستورية بجرة قلم وهي قوانين مكملة للدستور.

ومن أمثلة التشريعات التي صدرت بقرار بقانون:

- تعديل أحكام قانون الأحوال الشخصية بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩: وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم توافر حالة الضرورة التي تبرر اللجوء إلى إصدار التعديل بقرار بقانون تطبيقاً للمادة ١٤٧ من الدستور.

- القرار بقانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٩٤ بتعديل بعض أحكام القوانين الخاصة بتأمين سلامة الشعب وإلغاء قانون حماية الجهة الداخلية والسلام الاجتماعي وإلغاء بعض مواد قانون حماية القيم من العيب.

- القرار بقانون رقم ٢٢٠ لسنة ١٩٩٤ بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية وفي المقابل فقد اعتبر قلة قليلة من الفقه أن اللجوء إلى أسلوب القرار بقانون هو سلطة تقديرية سياسية يجوز استخدامها لعدم تعريض ميزانيات الدولة وخططها الخمسية إلى الانهيار وحتى لا يتم تغطية نفقات المشروعات بالاستئذانه (فتحي رجب: التعديل وأبعاد المادية والدستورية الأهرام ١٩٩٨/٨/٣).

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

إتخاذ تدابير عاجلة لا تحتل التأخير<sup>(١)</sup>.

ولكن تم إصدار التعديل بعد أيام قليلة من فض الدورة البرلمانية.  
ولم يحدث بعد فض الدورة البرلمانية أن استجدت أية أمور تبرر  
الاستعجال وحتى ما ذكرته المذكرة الايضاحية للقرار بقانون من وجود  
أحكام ستصدر عن المحكمة فى مسائل ضريبية ليس مبرراً للاستعجال وأن  
الأثر الرجعى معمولاً به من عشرين عاماً، وكان يمكن إجراء التعديل قبل  
إنفضاض الدورة البرلمانية أو الانتظار لموعد الدورة الجديدة أو حتى دعوة  
المجلس لانعقاد فى دور انعقاد غير عادى طبقاً للمادة ١٠٢ من الدستور.  
على أية حال كان يجب عرض المشروع على مجلس الشعب ما دام قائماً

(١) راجع فى ذلك د/ أحمد كمال ابو المجد مستقبل القضاء الدستورى فى مصر (١)،  
(٢) الأهرام ١٨، ١٩/٨/١٩٩٨.

— د/ شوقى السيد: حول تعديل قانون المحكمة الدستورية شكلاً ومضموناً الأهرام  
١٩٩٨/٨/١٠.

— محمد شكرى عبد الفتاح: ارفعوا أيديكم عن المحكمة الدستورية جريدة الحقيقة  
١٩٩٨/٨/١٥.

— د/ نعمان جمعة: التشريع مخالف للدستور وعدوان على وظيفة المحكمة جريدة  
الوفد، ١٩٩٨/٧/١٢.

— د/ عاطف البنا: دراسة حول المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم: المرجع  
السابق.

— عبد العزيز محمد: طعنة غادرة للدستور والقانون جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/١٦.

— د/ يحيى الجمل: يرى أنه كان يجب إصداره بقانون عادى وإن كان هناك ضرورة  
يدعى البرلمان جلسة طارئة ويعرض عليه مشروع القانون (خيوط المؤامرة الحكومية  
على المحكمة الدستورية العليا جريدة العربى ١٩٩٨/٧/٢٠).

غير منحل أو موقوف ومن ثم لا يتحقق شرط الضرورة وبالتالي لا محل للاستناد للمادة ١٤٧ من الدستور.

ويكاد يجمع الفقه على أن إصدار القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ لم يكن موفقاً وأنه كان الأولى أن يصدر التعديل المطلوب عن طريق قانون صادر من مجلس الشعب، وذلك لسببين:

أولاً: للمزايا الكثيرة لإصدار التشريع بقانون من مجلس الشعب يأخذ حقه في الدراسة والمناقشة ويعرض على اللجان والجهات المعنية حتى نتجنب "سلق" التشريعات والتي تكون فيما بعد معرضة للطعن عليها لسبب أو لآخر.

ثانياً: لعدم توافر شرط الضرورة الذي تشترطه المادة ١٤٧ من الدستور لإصدار التشريعات بالطريق الاستثنائي المتمثل في قرارات بقوانين وقد ذهب بعض الفقه<sup>(١)</sup> إلى أنه لم يتحقق في هذا القرار بقانون معنى التدابير العاجلة التي لا تحتل التأخير إذ كيف يكون تعديل أحكام قانون هيئة قضائية ما تدبير لا يحتل التأخير؟؟

فالتدبير المقصود هنا في المادة ١٤٧ حسب تفسير ذلك الرأي لا يكون إلا عملاً مادياً مؤقتاً يجب اتخاذه، وتعديل التشريع ليس عملاً مادياً والمادة ١٠٨ من الدستور التي تتكلم عن العمل التشريعي تشترط أن يكون بتقويض من مجلس الشعب.

(١) عبد العزيز محمد: العبث الدستوري... حالة من التلبس بجريدة الوفد

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

والحقيقة أن هذا الرأي فيه مغالطة فالتدبير الواجب اتخاذه ليس هو التعديل التشريعي بالطبع لكنه الإجراءات أو الظروف التي يواجهها هذا التعديل التشريعي وهى هنا القضايا المرفوعة أمام المحكمة الدستورية والمتوقع أن يحكم فيها بعدم دستورية عدد من النصوص الضريبية ومقتضى عدم التعديل هو أعمال المحكمة للأثر الرجعى مما يلزم معه رد هذه المبالغ الضريبية التى سبق تحصيلها وانفاقها على المشروعات المختلفة.

ولقد درجت المحكمة الدستورية العليا على الاعتراف لنفسها بالحق فى التحقق من شرط وجود حالة الضرورة التى تبرر لرئيس الجمهورية التدخل باتخاذ هذه التدابير العاجلة.

ولا شك أن الاعتراف للسلطة التنفيذية (ممثلة فى رئيس الجمهورية) باتخاذ هذه التدابير، رغم أن التشريع أصلاً هو الوظيفة الأصلية للسلطة التشريعية، يرجع إلى حالة الضرورة التى تفرضها مخاطر استثنائية تهدد كيان الدولة وإقرار النظام بها فالاعتراف للسلطة التنفيذية بدور تشريعى هنا هو استثناء على الأصل العام، وهذا الاستثناء منوط بتوافر حالة الضرورة، ولا تستقل السلطة التنفيذية بتقدير حالة الضرورة هذه وإنما تباشرها تحت الرقابة الدستورية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا<sup>(١)</sup>.

(١) وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا "إن توافر حالة الضرورة بضوابطها الموضوعية التى لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها هى علة اختصاصها بمعالجة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة، بل هى مناط مباشرتها لهذا الاختصاص، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها فى الحدود التى رسمها الدستور، ولضمان ألا تتحول هذه الرخص

والعلة في تقرير هذا الحق الاستثنائي في ممارسة سلطة التشريع للسلطة التنفيذية هي الموازنة بين ضرورات احترام مبدأ الفصل بين السلطات الذي يوجب حصر الوظيفة التشريعية في المجلس التشريعي وبين ضرورة الحفاظ على كيان الدولة واستقرارها ومواجهة التزاماتها الدولية في بعض الحالات ولذا تواترت الدساتير المصرية على الاعتراف للسلطة التنفيذية بالتدخل في المجال التشريعي على سبيل الاستثناء لمواجهة هذه الأوضاع الاستثنائية.

#### أخذ رأى الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا:

ورد بالمذكرة الإيضاحية أنه تم أخذ رأى الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا والمجلس الأعلى للهيئات القضائية في هذا المشروع فوافقا عليه بالإجماع.

والحقيقة أن مسألة أخذ رأى الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا والتي جاءت تطبيقاً للمادة ٨١/٣) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ محل نظر ومن شأنها أن توقع المحكمة في حرج شديد وخاصة إذا عرض فيما بعد هذا القرار بقانون على المحكمة للنظر في مدى

التشريعية - وهي من طبيعة استثنائية- إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها وانحرافها" جلسة ١٩٩٥/٧/٣ في القضية ٢٥ لسنة ١٦ ق "دستورية" مجموعة المحكمات ، ص٧، ص٤٥ ومابعداها".

وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية لعدم توافر حالة الضرورة (حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٥/٤ في القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية دستورية).

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

دستوريته.

والرأى فى هذه المسألة أن رأى الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا فى مشروع القرار بقانون وموافقته عليه لا يلزمها فيما بعد ويمكنها أن تقضى بعدم دستوريته لأن هناك فرق فى الحالتين وفى الحالة الأولى كان نظرها للمشروع لأخذ الرأى أما فى الحالة الثانية فهى تنتظر القرار بقانون وهى جالسة بهيئة قضائية فى خصومة حقيقية فلا تلتزم برأىها السابق<sup>(١)</sup>.

ومما يعضد هذه الوجهة من النظر أن القرارات التفسيرية التى تصدرها المحكمة لا تقيدها عند الفصل قضائياً فى منازعة دستورية حول مدى دستورية النص الذى سبق لها تفسيره<sup>(٢)</sup>، بل إننا نرى أن أحكام المحكمة الصادرة بدستورية أحد النصوص التشريعية لا تلزم المحكمة إذا ما تغيرت الظروف وطعن فيه مرة أخرى<sup>(٣)</sup>.

ومما يؤيد عدم ضرورة عرض مشروع القرار بقانون على الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا أن المادة ٣/٨ من قانون المحكمة اشترطت هذا الشرط الشكلى بالنسبة لمشروعات القوانين المتعلقة بالمحكمة ونحن هنا بصدد مشروع قرار بقانون وليس مشروع قانون ولو أراد المشرع أخذ رأى الجمعية العامة كذلك بالنسبة لمشروعات القرارات بقوانين لنص على ذلك

١) د/ أحمد كمال أبو المجد المرجع السابق.

٢) قرار التفسير رقم ٢٠ لسنة ١٧ قضائية تفسير الصادر بجلسة ٢١/١٠/١٩٩٥.

٣) لأن هذه الأحكام لا تتمتع بحجية على الرأى الذى رجحناه فى هذه المسألة بالتمييز بين الاحكام الصادرة بعدم الدستورية وهى وحدها التى تتمتع بحجية مطلقة دون تلك الصادرة برفض الدعوى بعدم الدستورية. راجع، ص ٩ وما بعدها.

صراحة كما نص في المادة (٢٦) من القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على اختصاص المحكمة بتفسير القوانين والقرارات بقوانين.

### أخذ رأى قسم التشريع بمجلس الدولة:

ومن الجهات التي يلزم عرض مشروع القرارات بقوانين عليها قسم التشريع بمجلس الدولة<sup>(١)</sup>.

ويجب ألا يقتصر قسم التشريع على مسألة الصياغة وإنما يبحث مدى توافق المشروع مع الدستور مع مراعاة أنه لو صاغ مجلس الدولة المشروع فإن أى تعديل لابد أن يعاد عرضه على مجلس الدولة ويجب ألا تتجاهل السلطة التنفيذية رأى القسم الاستشاري بمجلس الدولة دون مقتضى<sup>(٢)</sup>.

كما أن المجالس القومية المتخصصة بها خبرات تشريعية ودستورية من الحكمة الاستفادة منها لتلافى الحكم بعدم الدستورية مستقبلاً.

### أخذ رأى مجلس الشورى:

ومن الجهات التي كان يفضل أخذ رأيها فى المشروع مجلس الشورى حيث أن التعديل يتعلق بأحد القوانين المكملة للدستور لاتصاله بأحد الهيئات

(١) ذلك أن المادة ٦٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ تنص على أن "على كل وزارة أو مصلحة قبل استصدار أى قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذى صبغة تشريعية أو لائحة أن تعرض المشروع المقترح على قسم التشريع لمراجعة صياغته ويجوز لها أن تعهد إليه بإعداد هذه التشريعات".

كما تعالج المادة ٦٦ من ذات القانون اختصاص الجمعية العمومية لقسمى الرأى والتشريع بمراجعة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصبغة التشريعية واللوائح.

(٢) عثمان حسين عبد الله: فى المسألة الدستورية، جريدة الوفد ١/٨/١٩٩٨.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافق

### القضائية<sup>(١)</sup>.

ولا شك أن صدور التعديل بالطريق العادى للتشريع عن طريق مجلس الشعب كان سيضمن للمشروع مناقشة هادئة لكافة جوانبه ومن كافة الاطراف المعنية، كما كان سيضمن عرضه على اللجان المتخصصة بما يكفل دراسة كافة آثاره العملية كما أنه كان سيعطى الفرصة لكافة الاتجاهات السياسية للدلاء بدلوها وبما يضمن إثراء المناقشة كما أن صدور التعديل

(١) ويجرى مجلس الشعب على أخذ رأى مجلس الشورى فيما يتعلق بمشروعات القوانين المكملة للدستور دون مشروعات القرارات بقوانين استناداً إلى أن المادة ١٩٥ من الدستور قد اشترطت ذلك فقط بالنسبة لمشروعات القوانين المكملة للدستور، وأيضاً فإن نص المادة ١٤٧ من الدستور صريح في اشتراط عرض مشروعات القرارات بقوانين على مجلس الشعب وليس على مجلس الشورى (راجع مضبطة مجلس الشعب الفصل التشريعى الخامس، دور الانعقاد العادى الأول - المجلد الأول الجلسة الخامسة في ٢٧/٤/١٩٨٧، ص ٢٤٣-٢٤٤).

ولقد ألغت المحكمة الدستورية العليا مؤخراً قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ لعدم استيفائه للنصوص القانونية بعدم عرضه على مجلس الشورى قبل بدء سريانه والعمل به كما تقضى بذلك م ١٩٥ من الدستور باعتباره من القوانين المكملة للدستور وأنهت المحكمة إلى عدم دستورية القانون برمته لذلك العيب الشكلى دون حاجة للغوص فيما اتصل ببعض نصوصه من عيوب دستورية موضوعية.

والجدير بالذكر أنه أثناء مثل هذا البحث للطبع فقد لجأت السلطة التنفيذية بعرض القرار بقانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية على مجلس الشورى. وقد صدر هذا القرار بقانون إذعائاً لحكم المحكمة الدستورية العليا في ٨/٧/٢٠٠٠ بعدم دستورية ما تضمنه القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ من جواز تعيين رؤساء اللجان الانتخاب من غير رجال القضاء

بالطريق العادى كان سيكفل عرضه على قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بما يضمن صياغة أكثر دقة.

كما أن مناقشة مجلس الشعب لمشروعات القوانين تمكن من إدخال أى تعديلات عليها أما فى حالة عرض القرارات بقوانين على المجلس وفقاً للدستور فإنه إما أن يوافق عليها بكاملها أو يرفضها بكاملها لكنه لا يملك تعديلها بالحذف أو الاضافة.

ولذا فقد أجمع الفقه الدستورى على أنه كان من الأفضل اتباع الشكل الطبيعى الأصيل فى إصدار القوانين بعرضها على مجلس الشعب وإلا يصار إلى الطريق الاستثنائى المنصوص عليه فى المادة ١٤٧ من الدستور إلا إذا توفرت حالة الضرورة التى تبرر الاستعجال.

### المطلب الثالث:

**رأى الفقه فى التعديل الصادر بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ من الناحية الموضوعية**

تباينت آراء الفقه حول التعديل الذى أحدثه القرار بقانون رقم ١٦٨ سنة ١٩٩٨ ما بين مؤيد ومعارض، وبين من قال بأنه بعد التعديل ظل الأصل كما هو سريان أحكام عدم الدستورية بأثر رجعى والاستثناء سريانه بأثر مباشر. بينما ذهب آخرون إلى عكس ذلك.

كما أن القرار بقانون قد استثنى المواد الضريبية بحكم خاص. ونعرض فى فرع أول لمدى الأثر الرجعى فى غير المواد الضريبية.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

---

ونعرض فى فرع ثان لأدلة الرأى المعارض للتعديل والذى يرى بأن  
الأثر الرجعى هو الأصل والأثر المباشر هو الاستثناء.  
وفى الفرع الثالث نعرض للرأى المؤيد للتعديل، والذى يرى بأن الاثر  
المباشر هو الأصل ولا يكون الأثر الرجعى إلا استثناء.  
وفى الفرع الرابع نعرض للوضع بالنسبة للنصوص الضريبية.



## الفرع الأول:

### مدى الأثر الرجعى فى غير النصوص الضريبية

حرص بعض الفقه<sup>(١)</sup> أن يفسر القرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بأنه ألغى الأثر الرجعى لأحكام عدم الدستورية الذى كانت تسير عليه المحكمة الدستورية العليا فذكر أنه بعد التعديل أصبحت أحكام عدم الدستورية تسرى كأصل عام بأثر مباشر من اليوم التالى لنشر الحكم أما الوقائع السابقة على نشر الحكم فيطبق عليها النص الذى قضى بعدم دستوريته استقراراً للمراكز القانونية، وذلك ما لم تحدد المحكمة تاريخاً آخر يسرى منه الحكم. وبناء على ذلك ففى هذه الوجهة من النظر فإنه بعد التعديل أصبحت أحكام عدم الدستورية الأصل فيها الأثر المباشر ولا تسرى بأثر رجعى إلا استثناء إذا نص على ذلك الحكم صراحة وأن هذا التاريخ الآخر الذى تحدده

(١) عزيز أنيس: بعد تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا الأثر المباشر "الأصل" والرجعى "استثناء" جريدة الأهرام ١٩٩٨/٧/٣١.

من هذا رأى أيضاً د. نبيل لوقا بباوى: الأثر الرجعى للأحكام الدستورية باطل جريدة الأهرام ١٩٩٨/٨/٥ ويقصر الاستثناء على أحكام الادانة التى تصدر استناداً لنص جنائى قضى بعدم دستوريته ويقيم رأيه على أساس أن الرقابة الدستورية تتم بأسلوب الدفع الفرعى الذى قد يؤدى عملاً لتأخير طرح موضوع عدم الدستورية سنين طويلة مما يؤثر على استقرار المراكز القانونية ويلاحظ على هذا رأى أنه ليس صحيحاً أن الأثر الرجعى قاصر فقط على النصوص الجنائية المقضى بعدم دستوريته، وأن الدفع الفرعى ليس هو السبيل الوحيد للرقابة الدستورية.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقى

المحكمة لا يكون إلا سابقاً<sup>(١)</sup>.

ويستدل هذا الرأى على ذلك بنص التعديل فيرى أن عبارة "ما لم تحدد المحكمة تاريخاً آخر" قاطعة في أن الأثر الرجعى لا يكون إلا بنص فى الحكم.

وعلى النقيض من ذلك ذهب رأى آخر<sup>(٢)</sup> إلى أن الأصل هو انسحاب أثر الأحكام بعدم الدستورية على الماضى واعتبار هذه الأحكام كاشفة للعيوب التى لحقت بالنصوص التشريعية منذ مولدها.

فالقرار بقانون فى هذه الوجهة من النظر - قد قنن ما سبق أن انتهت إليه المحكمة من اعتبار سريان أحكام عدم الدستورية بأثر رجعى هو الأصل واعتبار الأثر المباشر هو الاستثناء والذى سبق أن طبقته المحكمة فلم تعمل الأثر الرجعى بشأن قانون انتخابات مجلس الشعب حفاظاً على الأمن القانونى.

ويقارن هذا الرأى ما ذهب إليه المشرع المصرى بما حدث فى المانيا فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية الالمانية على إجازة الحكم بعدم الدستورية بأثر مباشر فى الحالات التى يترتب فيها على الحكم بعدم

(١) بل ويحدد هذا الرأى المجال الذى يعمل فيه هذا الاستثناء بأنه النصوص التى صدرت واستنفذت آثارها بمجرد صدور العمل بها مثل قوانين صدرت عام ١٩٦٤ بأيلولة بعض الأموال إلى الدولة دون مقابل. فهذه النصوص غير دستورية لمخالفتها نص المادة ٣٦ من الدستور التى لا تجيز المصادرة إلا بحكم قضائى.

(٢) د/ فتحى سرور: الأثر الرجعى الأصل جريدة الأهرام ١٨/١٢/١٩٩٨.

الدستورية إخلال بالاستقرار والأمن القانوني<sup>(١)</sup>.

والحقيقة أنه رغم تأييدنا لاعتبار سريان أحكام عدم الدستورية بأثر رجعي كأصل عام لايحاد عنه إلى التطبيق بأثر مباشر إلا استثناء لأحد الاعتبارات السابق ذكرها وهي:

١- احترام المراكز القانونية التي استقرت لتقادم أو نتيجة لأحكام حازت قوة الشيء المقضي به.

٢- اعتبارات عملية تقدرها المحكمة كاعتبارات الأمن القانوني.

إلا أن نص القرار بقانون - شأنه النص الأصلي للمادة ٣/٤٩ من قانون المحكمة- ليس قاطعاً في القول بسريان أحكام عدم الدستورية بأثر رجعي كأصل أو استثناء.

### موقف المحكمة في حكم بطلان انتخابات مجلس الشعب:

أنتقد البعض<sup>(٢)</sup> موقف المحكمة بشأن بطلان انتخابات مجلس الشعب حيث طبقت الأثر الرجعي ولم ترتب عليه كافة آثاره، فكان يجب عليها أن تنص صراحة في الحكم على بطلان جميع القوانين والقرارات التي صدرت من هذا التشكيل الباطل، ولكنها انتهت إلى أن التشكيل الباطل تصدر عنه قوانين صحيحة، وأن ذلك يعد سياسة وليس قضاء وبالتالي ففي هذه الوجهة

(١) ويضرب لذلك مثلاً بالحكم بعدم دستورية قانون تحديد مرتبات الموظفين والحكم بعدم دستورية قانون تعيين اساتذة الجامعات. حيث قضت المحكمة بسريانهما بأثر مباشر، ثم أضطر المشرع الألماني للتدخل عام ١٩٧٠ لتقنين قضاء المحكمة في هذا الشأن بنص صريح (د/ فتحي سرور: المرجع السابق).

(٢) د/ محمد عصفور: خيوط المؤامرة الحكومية على المحكمة الدستورية العليا جريدة العربي ١٩٩٨/٧/٢٠.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

من النظر فإن المحكمة الدستورية العليا ذاتها مسئولة عن صدور هذا القرار بقانون.

وعلى العكس من ذلك يذهب الرأي الذى نرجحه إلى أن المحكمة طبقت الأثر الرجعى تطبيقاً سليماً على أساس أن الحكم انتهى إلى عدم دستورية النص الذى انتخب مجلس الشعب على أساسه وأعملت المحكمة الأثر الرجعى لذلك الحكم وهو بطلان تشكيل مجلس الشعب منذ بداية انتخابه ولكن المحكمة رأت الوقوف عند هذا الأثر المباشر وعدم ترتيب الآثار والنتائج غير المباشرة ورأت عدم تسلسل النتائج المترتبة على بطلان التشكيل فقررت أن ذلك لا يستتبع حتماً بطلان القرارات والقوانين والإجراءات التى اتخذها المجلس، اعمالاً لنظرية الموظف الفعلى أو المجلس الفعلى التى طبقها القضاء فى فرنسا حيث يعتد بتصرفات الموظف الفعلى الذى لا يعين تعييناً صحيحاً أو يكون تعيينه باطلاً قانوناً<sup>(١)</sup>.

ولا شك أنه لا يمكن مسايرة رأى الأول فيما انتهى إليه تحقيقاً للأمن القانونى ولعدم وجود فراغ تشريعى أو فوضى تشريعية وذلك هو ما يبرر قبول نظرية الموظف الفعلى أو المجلس الفعلى أو الابقاء على هذه التصرفات سليمة استناداً لنظرية الظاهر<sup>(٢)</sup>.

١) د/ عاطف البنا: المشروعية الدستورية.. رد شبهات ومغالطات جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/٢٤، ١٩٩٨/٨/٦.

٢) د. محمد بدران: أحكام المحكمة الدستورية العليا فى الضرائب بين الأثر الرجعى والمباشر جريدة الأهرام ١٩٩٨/٧/٢٧.

## الفرع الثاني:

### الرأى المعارض للتعديل

(ويرى أن الأثر الرجعى هو الأصل والأثر المباشر هو الاستثناء)

وقد استند إلى الاعتبارات الآتية:

- ١- أن الحكم بعدم الدستورية يعنى أن النص ولد مخالفاً للدستور فيكون باطلاً منذ صدوره، فحكم عدم الدستورية بطبيعته كاشف عن العوار الدستورى وليس منشأ له ومن ثم يكون له أثر رجعى<sup>(١)</sup>.
- ٢- أن القول بالأثر المباشر يحصن التطبيقات السابقة على حكم عدم الدستورية وتفقد الرقابة الدستورية جدواها وفعاليتها وتصبح عبثاً لا طائل وراءه<sup>(٢)</sup>.
- ٣- لا يتصور أن يكون نص فى القانون صحيحاً فى حق واحد وغير صحيح فى حق الآخر<sup>(٣)</sup>.
- ٤- أن الأثر الرجعى يطبق على أحكام الالغاء الصادرة عن القضاء

(١) د/ عاطف البنا: دراسة حول المشروعية الدستورية واساس سلطة الحكم جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/١٦.

فعدم رجعية الأحكام أصل من الأصول القانونية أمام المحاكم العادية التى تفصل فى المنازعات بين الأفراد أما المحكمة الدستورية فهى تفصل فى مدى دستورية النص التشريعى منذ نشأته فإذا قضت المحكمة بأنه غير دستورى فيعتبر كذلك من البداية فيكون هو والعدم سواء (عادل صدقى: نظرة إلى تعديل قانون المحكمة الدستورية جريدة الأهرام ١٩٩٨/٨/٥).

(٢) د/ عاطف البنا: المرجع السابق.

(٣) عبد العزيز محمد: طعنة غادرة للدستور والقانون الوفد ١٩٩٨/٧/١٦.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

الإدارى ويطبق كذلك على القضاء الدستورى من باب أولى على أساس أن النص التشريعى المخالف للدستور يكون قد ولد معيباً وحكم المحكمة الدستورية فى ذلك كاشف<sup>(١)</sup>.

وقد تولى بعض الفقه الرد على حجة قياس أحكام عدم الدستورية على احكام الالغاء فى القضاء الإدارى واعتبره قياس فاسد للأسباب الآتية:  
أ- أن موعد دعوى الالغاء قصير (٦٠ يوماً) فقط بينما يمكن أن يتراخى الطعن بعدم الدستورية لعشرات السنين فهو غير مقيد بموعد معين.  
ب- أن القرار الإدارى تصدره جهة الإدارة وغالباً فرد واحد بينما تصدر القوانين عن المجلس التشريعى بأغلبية معينة ولا تشاركه فيها السلطة التنفيذية إلا على سبيل الاستثناء.

ج- إن الرقابة على شرعية العمل الإدارى يرجع فيها إلى العلل المباشرة للأحكام، بينما الرقابة على دستورية نص تشريعى معين فيرجع فيها إلى مقاصد التشريع، وذلك قريب مما يقوله الشرعيون عن قصد الحكم الشرعى وعلة الحكم الشرعى<sup>(٢)</sup>.

ولا شك أن دعوى الالغاء من الممكن أن يتأخر الفصل فيها لعدة سنوات وخاصة إذا اخذنا فى الاعتبار حالات قطع الميعاد وامتداده أو مسألة انعدام اللائحة بسبب مخالفة جسيمة مما يجعلها لا تتحصن بمضى المدة.

(١) د. عاطف البنا: المشروعية الدستورية. رد شبهات ومغالطات جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/٢٤.

(٢) د/ محمد بدران: أحكام المحكمة الدستورية العليا فى الضرائب بين الأثر الرجعى والمباشر المرجع السابق.

كما أنه بالنسبة لصدور القانون عن مجلس تشريعي بأغلبية معينة فذلك لا يمنع من الرقابة التي لا تكاد تعارضها دولة من الدول. أما اختلاف كيفية الوزن والترجيح في حالة الرقابة على شرعية اللائحة ففي جميع الحالات سواء في الرقابة القضائية أو الرقابة الدستورية فحكم القضاء هو القول الفصل في تطبيق القانون بمختلف درجاته<sup>(١)</sup>.

#### ٥- القول بالأثر المباشر يهدر التوازن بين المشروعية الدستورية وبين استقرار المراكز القانونية:

للمسألة الدستورية -شأنها شأن أى خصومة قضائية- طرفان طرف يتمسك بأحكام الدستور وطرف آخر يتمسك بمركز يستند لقانون غير دستوري، والقول بالأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية يعنى تحصين المركز غير المشروع المخالف للدستور وبالمقابل يهمل مراكز قانونية مستمدة من قانون اسمى (وهو الدستور) بما يخالف تدرج القواعد القانونية التي هي أساس مبدأ سيادة القانون.

أما القول بالأثر الرجعي كما كانت تطبقه المحكمة الدستورية العليا فكان يحقق التوازن بين متطلبات الشرعية الدستورية بتطبيق الأثر الكاشف لأحكام عدم الدستورية وفي نفس الوقت لم يكن تطبيق ذلك الأثر الرجعي بصفة مطلقة، وإنما كان يراعى باستمرار استقرار المراكز القانونية بوضع قيود على أعمال الأثر الرجعي تمثلت في احترام المراكز القانونية التي

(١) د/ عاطف البنا: المشروعية الدستورية.. مرة أخرى رد شبهات ومغالطات جريئة الوفد ١٩٩٨/٨/٦.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

تولدت بناء على حجية الأمر المقضى به أو اعمال قواعد التقادم أو لاعتبارات عملية تراعيها المحكمة<sup>(١)</sup>.

## ٦- يترتب على التعديل اعتداء على وظيفة المحكمة واستقلالها

ذلك إن ترك تحديد الأثر الرجعى لاحكام عدم الدستورية للمحكمة يعرضها لضغوط سياسية من السلطة التشريعية أو الحكومة وسيخرج بالمحكمة عن وظيفتها وكونها محكمة شرعية ويضيف لها وظيفة سياسية. فالمحكمة المفروض أن يقف دورها عند إجراء محاكمة قانونية للنص المطعون فيه للوصول إلى مدى مطابقته للدستور، أما أن يسند إلى المحكمة وزن المناسبات وتقدير ملائمة اعمال الأثر الرجعى أو الأثر المباشر فيه اقام للمحكمة فى غير وظيفتها القضائية<sup>(٢)</sup>.

فشغل المحكمة بأمور تتعلق بالمواعمة السياسية وليست تطبيقاً لنصوص قانونية أو دستورية يؤدى إلى تسييس أحكام المحكمة الدستورية العليا<sup>(٣)</sup>.

كما أن جعل أعمال الأثر الرجعى متوقفاً على رأى القاضى يجعله يشعر بأنه يمارس سلطة استثنائية مما يشكل قيداً نفسياً يتقل كاهل القاضى<sup>(٤)</sup>.

(١) د/ عاطف البنا: دراسة حول الشرعية الدستورية وأساس سلطة الحكم جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/١٦.

(٢) د/ عاطف البنا: دراسة حول المشروعية وأساس سلطة الحكم، المرجع السابق.

(٣) مركز المساعدة القانونية لحقوق الإنسان: تعديل قانون المحكمة الدستورية عدوان على الحريات العامة، الوفد ١٩٩٨/٧/٢٠.

(٤) د/ نعمان جمعة: المرجع السابق.

وقد تلاحظ على التعديل الصادر بالقرار بقانون في هذا الخصوص ما يلي:

أ - أن هذا التعديل وإن كان يبدو أنه يوسع من سلطات المحكمة بأن ينص صراحة بأن من سلطاتها تحديد موعد لسريان أحكامها، إلا أنه بلا شك يتعارض مع قاعدة أن الأحكام كاشفة.

ب- كما أن هذا التعديل لم يبين ما هي الضوابط والمعايير التي ستتبعها المحكمة، وأن ترك الأمر لتقدير المحكمة - في غير المواد الضريبية- لتحديد تاريخاً آخرًا غير تاريخ نشر الحكم لم يبين منه هل يقتصر على الماضي أو يمكن للمحكمة أن تحدد تاريخاً مستقبلاً لنفاذ حكمها بعدم الدستورية<sup>(١)</sup>.

ج- من الصعب أن تتأى المحكمة الدستورية بنفسها عن السياسة للأسباب الآتية:

١- المحاكم الدستورية عموماً محاكم سياسية وقانونية في نفس الوقت فنصوص الدستور ليست قانوناً خالصاً ولكنها آمال وأمانى سياسية<sup>(٢)</sup>.

(١) عبد العزيز محمد: طعنة غادرة للدستور والقانون، جريدة الوفد العدد الصادر في ١٦/٧/١٩٩٨.

(٢) راجع في ذلك د. محمد بدران: أحكام المحكمة الدستورية العليا في الضرائب بين الأثر الرجعي والمباشر الأهرام ٢٧/٧/١٩٩٨، ويضرب مثلاً لذلك حكم محكمتنا الدستورية العليا بدستورية خصخصة القطاع العام، فأعملت المحكمة على نصوص الدستور تفسيراً اقتصادياً وسياسياً لتصل إلى تفسير صحيح للدستور في مسيرته السياسية.

ويرد على ذلك د/ عاطف البنا بأنه لا يمكن الاستناد إلى القول بالطبيعة السياسية لأحكام المحكمة الدستورية العليا للتوصل بأن أحكامها منشئة وليست كاشفة،

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

٢- إن المحكمة الدستورية تصدر أحكاماً فى قضايا كبرى تمس الأغلبية العظمى من المواطنين كما أنها تنتظر قضايا تمس سياسات عامة أثارها المسائل القانونية.

٣- إن أصحاب المصالح وجماعات الضغط ستحاول التأثير على أحكام المحكمة الدستورية مما يؤدى إلى تحميل المحكمة باعباء سياسية بدلاً من مراقبة القوانين التى هو أساس عملها<sup>(١)</sup>.

٤- إن المحكمة الدستورية العليا تولى الاعتبارات السياسية على حساب الاعتبارات القانونية حرصاً على المصلحة العامة، وذلك لمواجهة القوانين الغير مدروسة جيداً أو التى تتمكن جماعات الضغط وأصحاب المصالح من تمريرها بما يخدم أهدافها<sup>(٢)</sup>.

وبالتالى لا يكون لها أثر رجعى، وذلك لأن الدستور أكد على أنها هيئة قضائية مستقلة وإن القاضى يمتنع عليه أن تؤثر فى أحكامه أية ميول سياسية وإن كان لاحكامه آثار سياسية كما أن معظم نصوص الدستور تشير إلى الحريات العامة وتحظر تقييدها لكنها لا تبين حدودها وتترك ذلك لنصوص القوانين.

(د/ عاطف البنا: دراسة حول المشروعية الدستورية.. مرة أخرى رد شبهات ومغالطات جريدة الوفد ١٩٩٨/٨/٦).

(١) د/ هشام محمد فوزى: ندوة مستقبل المحكمة الدستورية العليا والرقابة الدستورية فى مصر المركز العربى لاستقلال القضاء واخامة ٦/٣٠ - ١٩٩٨/٧/١ جريدة الشعب فى ١٩٩٨/٨/٤.

(٢) د/ جابر جاد نصار: ندوة "مستقبل المحكمة الدستورية العليا والرقابة الدستورية فى مصر المركز العربى لاستقلال القضاء واخامة ٦/٣٠ - ١٩٩٨/٧/١ جريدة الشعب فى ١٩٩٨/٨/٤.

## ٧- افتقاد التعديل لأية مبررات موضوعية:

حيث ورد بالمذكرة الايضاحية للقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ أن ما دفع إلى إصداره هو ما ترتب على إطلاق المحكمة لقاعدة الأثر الرجعي من إخلال بمراكز وحقوق وأوضاع قانونية استقرت لفترات طويلة. والحقيقة - من وجهة نظر صاحب هذا الرأي- أن المحكمة لم تكن تطبق قاعد الأثر الرجعي بإطلاق وإنما كانت تراعى هذه المراكز والحقوق المستقرة أما للتقادم أو لصدور أحكام تحوز حجية الأمر المقضى به. كما أن المسائل المالية يكفى فيها إعمال قاعدة التقادم حيث مدة التقادم في المسائل المالية ثلاث سنوات<sup>(١)</sup>.

## ٨- التعديل يقلص دور المحكمة:

حيث يمكن للسلطة التنفيذية استصدار تشريعات غير دستورية وتظل مطبقة لفترة معينة إلى أن يحكم بعدم دستوريته بعد فترة قد تطول، حيث لا يسمح في مصر برفع دعوى مباشرة بعدم الدستورية، ومن ثم فإن عدم إعمال قاعدة الأثر الرجعي هنا يؤدي إلى أن تفلت تلك المخالفات الدستورية، ولا تعالج الآثار التي تترتب عليها استناداً إلى قاعدة "اللى فات مات" أو "احنا ولاد النهاردة" مع ما قد يكون من هذه المخالفات الدستورية ما يتعلق بحقوق وحرريات الأفراد<sup>(٢)</sup>.

والحقيقة أن هذا النقد يمكن الرد عليه بسهولة بأن المشرع لم يمنع على المحكمة إعمال الأثر الرجعي، وإنما ترك ذلك لسلطتها التقديرية، ولا يصدق

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

مثل هذا النقد إلا فيما يتعلق بالنصوص الضريبية التي امتنع فيها على المحكمة إعمال الأثر الرجعى لاحكام عدم الدستورية كما سنرى.  
لكن مما لا شك فيه أن قاعدة الأثر المباشر تؤدى إلى انقاص القيمة العملية لاحكام المحكمة حيث سينتهى الأمر إلى إقرار الآثار والنتائج التى تترتب على نصوص ثبت عدم دستوريته<sup>(١)</sup>.

#### ٩- التدخل فى شئون القضاء:

إن ما ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بأنه هناك قضايا معروضة على المحكمة والتي تعقد جلساتها خلال أشهر الصيف وإن ذلك يبرر استعجال إصدار التشريع فى صورة قرار بقانون، هذا يشكل اعترافاً صريحاً بالتدخل فى شئون القضاء والاعتداء على استقلال السلطة القضائية فهو يعد استباقاً لاحكام المحكمة الدستورية العليا فى قضايا منظورة أمامها وهى قضايا تتعلق بعدد من النصوص الضريبية وهذا

(١) د/ أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق.  
- مركز المساعدة القانونية لحقوق الإنسان "تعديل قانون المحكمة الدستورية عدوان على الحريات العامة، الوفد ١٩٩٨/٧/٢٠.  
- د/ محمد المرغنى: ضبط المؤامرة الحكومية على المحكمة الدستورية العليا، جريدة العربى ١٩٩٨/٧/٢٠.

حيث ذهب إلى أن التعديل أفرغ أحكام المحكمة الدستورية من كل قيمة لأن الأثر الرجعى هى المتبقى من رفع الدعوى فكيف يقضى حكم قضائى مثلاً بثبوت عدم شرعية طفل من تاريخ إقامة الدعوى وليس من تاريخ ولادة الطفل فالتشريع يعنى ولادة النص القانونى.

التدخل محظور دستورياً بل ويشكل انحرافاً بسلطة التشريع<sup>(١)</sup>.  
فالمادة (١٦٦) من الدستور تحظر على أية سلطة التدخل في القضايا  
أو في شئون العدالة.  
كما أن ذلك التبرير الذي ساقته المذكرة الإيضاحية يخرج نصوص  
القرار بقانون عن وصف العمومية والتجريد.

#### ١٠ - القول بالأثر المباشر كقاعدة يولد أوضاعاً شاذة وغير منطقية:

ذلك أن من المتصور بعد التعديل أن تقرر المحكمة سريان حكمها بعدم  
الدستورية بأثر مباشر، أو أن تمد أثر الحكم بعدم الدستورية لفترة محدودة  
بعد أن كان قد استقر التشريع لفترة طويلة قبل هذا التاريخ، وفي هاتين  
الحالتين فلا شك أن التشريع المقضى بعدم دستوريته سيكون دستورياً في  
فترة وغير دستوري في فترة أخرى<sup>(٢)</sup>.

وهذا النقد يمكن الرد عليه بسهولة بأن تلك النتيجة (وهي اعتبار النص  
التشريعي دستورياً في فترة وغير دستوري في فترة أخرى) تحدث في ظل  
حالة لا يعمل بها الأثر الرجعي بصفة مطلقة، والمعلوم أن إطلاق الأثر  
الرجعي أمر منتقد ولم تمارسه المحكمة حتى في ظل القانون السابق وإنما  
كانت تستثنى منه حالات عديدة إما لحماية المراكز القانونية التي استقرت  
للتقادم أو تطبيقاً لحجية الشيء المقضى به أو لاعتبارات عملية تراعيها

(١) د/ عاطف البنا: دراسة حول المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم المرجع  
السابق.

(٢) المركز العربي لاستقلال القضاء واحكامه: القانون الجديد إنهاء لدور المحكمة، جريدة  
الوفد العدد الصادر في ١٤/٧/١٩٩٨.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

المحكمة<sup>(١)</sup>.

١١- عدم دستورية تحويل المحكمة الدستورية العليا تحديد الأثر الرجعى  
لاحكامها:

وذلك لأن المادة ١٧٨ من الدستور نصت على أن "... ويحدد القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار" ووفقاً لهذا النص فإن المشرع الدستورى فوض المشرع العادى فى أن يحدد الآثار المترتبة على الحكم بعدم الدستورية ومن بينها تحديد الأثر الرجعى أو المباشر. ومقتضى هذا النص فإن المشرع العادى كان عليه وحده أن يتولى تنظيم هذا الأثر لا أن يفوض فى ذلك المحكمة الدستورية العليا، لأن الدستور لم يفوضه فى تفويض غيره فى تحديد هذه الآثار، وذلك طبقاً للقاعدة المعروفة أنه لا تفويض فى التفويض. والمستقر فى الدساتير المقارنة أنه لا يتم تفويض المحكمة الدستورية فى تحديد الآثار المترتبة على حكمها بعدم الدستورية إلا بنص فى الدستور أو بناء على نص فى الدستور<sup>(٢)</sup>.

١٢- القول بالأثر الرجعى كقاعدة يتعارض مع الشريعة الإسلامية:

وصف البعض ما جرت عليه المحكمة من أعمال الأثر الرجعى أنه خلط بين النصوص المدنية والتجارية والنصوص الجنائية، فبينما المادة

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩/٥/١٩٩٠ فى القضية رقم ١٧ لسنة ٩ ق (دستورية)، راجع ما سبق ص ١٩.

(٢) د/ عبد الله ناصف: عدم دستورية تحويل المحكمة الدستورية العليا تحديد الأثر الرجعى لاحكامها، الأهرام ٢٩/٧/١٩٩٨.

(٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قصرت الأثر الرجعي على النصوص العقابية إذ بالمحكمة تسحبه إلى النصوص المدنية والتجارية<sup>(١)</sup>.  
بينما اعترض بعض الفقه<sup>(٢)</sup> على إعمال الأثر الرجعي استناداً إلى أن النص التشريعي منشور ومعلوم للكافة وواجب النفاذ أما عند الحكم بعدم دستوريته فيجب عدم سحب الحكم على الفترة السابقة على نشر الحكم لأن القاعدة ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾.

وبمعنى آخر ذهب هذا الرأي إلى القول بعدم رجعية الأحكام الصادرة بعدم الدستورية استناداً إلى عدم رجعية القواعد القانونية في الشريعة الإسلامية المبنية على قاعدة ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾.

والحقيقة أن القياس هنا مع الفارق، فالقواعد القانونية غير الأحكام القضائية، فإذا كانت القاعدة بالنسبة للقواعد القانونية هي عدم الرجعية فإن تطبيق النصوص على الوقائع تكون القاعدة فيه الأثر الرجعي لأنه لا يتصور إهدار أحكام الشريعة في فترة من الفترات. فلو تصورنا صدور قانون يبيح زواج المحارم ثم قضت المحكمة الدستورية بعدم دستوريته لمخالفته الشريعة الإسلامية فلا يتصور القول بالأثر الفوري وإلا بقيت الزيجات التي تمت حتى نشر الحكم صحيحة رغم مخالفتها للشريعة الإسلامية.

ويمكن القول بأن نص المادة (٢) من الدستور التي تنص على أن

(١) د/ عادل محمد خير: أحكام الدستورية لا تسمو على الدستور، الأهرام ١٧/٧/١٩٩٨، بل وذكر البعض أن المحكمة خلقت لنفسها اختصاصاً ليس موجوداً في الدستور ولا في القانون. د. نبيل لوقا بباوى: الأثر الرجعي للأحكام الدستورية باطل، الأهرام ٥/٨/١٩٩٨.

(٢) ممدوح طنطاوى: المحكمة الدستورية ورئيس الجمهورية الاخبار ١٩/٧/١٩٩٨.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

الشريعة الإسلامية المصدر الأساسى للتشريع توجب تطبيق الأثر الرجعى  
والأدى القول بغير ذلك إلى تحصين الشذوذ<sup>(١)</sup>.

### ١٣- يترتب على إعمال الأثر المباشر الاخلال بمبدأ المساواة:

يخالف إعمال الأثر المباشر مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون الذى  
تنص عليه المادة ٤٠ من الدستور، كما أنه يخالف مبدأ عام فى القانون وهو  
مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة.

أ- سترتب على إعمال الأثر المباشر للأحكام الصادرة بعدم  
الدستورية، إن الأعباء التى كان يفرضها النص المحكوم بعدم دستوريته  
سيحملها فقط المواطنون الذين طبق عليهم القانون أما العلاقات التى تنشأ  
بعد نشر الحكم بعدم الدستورية سيكون لها معاملة أخرى.

ب- يتحقق عدم المساواة كذلك مما قرره القرار بقانون من استفادة  
المدعى فقط ويهدر حق الآخرين دون ذنب اقترفوه حيث:

\* قد يتعذر عليهم رفع دعوى عدم الدستورية لعدم اقتناع قاضى  
الموضوع بمدى جدية الطعن بعدم الدستورية.

\* قد تنتهى دعاواهم لأسباب إجرائية أو شكلية.

\* قد يرفع بعضهم دعوى بعدم دستورية نص تشريعى معين ويفصل  
فيها بعدم دستورية النص بينما لا يستطيع الآخرون رفع دعاوى لأن  
المحكمة ستقضى فى بقية الدعاوى بعدم القبول لسبق الفصل فيها.

\* قد تتفق الدعاوى فى جزء من النصوص التشريعية وتختلف فى بقية

(١) د/ عاطف البناء: المشروعية الدستورية رد شبهات ومغالطات، الوفد

النصوص ولذا لا يتصور ضم الدعاوى ليصدر بها حكم واحد لتلافى السلبيات السابقة<sup>(١)</sup>.

### الأثر الرجعى والفصل بين السلطات<sup>(٢)</sup>:

لا يمكن القول بأن أعمال الأثر الرجعى يؤدى إلى الاخلال بمبدأ الفصل بين السلطات أو التدخل فى عمل السلطة التشريعية وذلك للاعتبارات التالية:

\* أن مفهوم الفصل بين السلطات ليس الفصل المطلق وإنما مقتضاه التعاون والرقابة المتبادلة بين السلطات.

\* إن المحكمة الدستورية العليا عندما تمارس سلطتها فى رقابة الدستورية فهي إنما تمارس اختصاص مقرر لها بنص الدستور.

\* لو قلنا بأن تطبيق الأثر الرجعى على الحكم بعدم الدستورية يشكل اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية، فإن نفس الشئ يقال لتطبيق الأثر المباشر لحكم عدم الدستورية لأنه يترتب عليه عدم نفاذ النص بالنسبة للمستقبل.

\* إن القضاء الإدارى يفصل فى المنازعات الإدارية ويصدر أحكاماً بالغاء قرارات إدارية ولم يقل أحد بأن ذلك يعد تدخلاً فى عمل الإدارة.

على العكس مما تقدم فإن القول بالأثر المباشر هو الذى يخالف

(١) د/ عاطف البنا: المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم: جريدة الوفد

١٩٩٨/٧/١٦.

(٢) راجع فى ذلك أستاذنا الدكتور فؤاد محمد النادى: موجز القانون الدستورى المصرى، ص٧٦، ومابعداها.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

الدستور لأنه يعنى تحصين نصوص القانون فى الفترة السابقة على الحكم وهذا يخالف نص المادة ٦٨ من الدستور التى تمنع تحصين أى عمل من أعمال السلطات العامة ضد رقابة القضاء وسواء كان التحصين كلياً أو جزئياً<sup>(١)</sup>.

#### الأثر الرجعى والنصوص الجنائية:

كان نص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا قبل تعديله بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ يقرر الأثر الرجعى بصفة مطلقة للقوانين الجنائية حيث كانت تنص فى هذا الشأن على أنه "... فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائى تعتبر الأحكام التى صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه".

ولكن التعديل أغفل هذا التخصيص وجعل النصوص الجنائية متروكة للقاعدة العامة التى هى كما سنرى أعمال الأثر الرجعى ما لم تر المحكمة غير ذلك.

وهذا الإغفال - فى التعديل - للنصوص الجنائية معيب من ناحيتين:  
أولاً: إن فيه انتقاص من ضمانات المتهمين فى قضايا جنائية، فإذا تم معاقبتهم وفقاً لنصوص يثبت عدم دستوريته فاعمال الأثر الرجعى بالنسبة

(١) د/ عاطف البنا: المشروعية الدستورية.. رد شبهات ومغالطات الوفد  
١٩٩٨/٧/٢٤.

لهم تقتضيه قواعد العدالة المطلقة.

ثانياً: إن ترك أمر تقدير الأثر الرجعى للقاضى فى مثل هذه المسائل فيه تحميل له أكثر مما يطيق والخروج به عن وظيفته وخاصة أن هناك من القضايا ماله جوانب سياسية كذلك المتعلقة بقضايا جنائية تنتظر أمام المحاكم العسكرية فإذا فرض أن حكم بعدم دستورية المادة (٦) من قانون الأحكام العسكرية التى تجيز إحالة المتهمين المدنيين فى قضايا جنائية إلى المحاكم العسكرية فسيترتب على ترتيب الأثر الرجعى فى هذه الحالة الإفراج عن المحكوم عليهم جميعاً واعتبار من تم إعدامه منهم فى حكم القتل خارج إطار القانون<sup>(١)</sup>.

وعليه فإن اقحام القاضى الدستورى فى تقدير هذه المواعمت زج به فى قضايا سياسية كان يجب إبعاده عنها بالابقاء على النص السابق على التعديل كما هو.

والجدير بالذكر إن النصوص الجنائية التى كانت تتمتع الاحكام الصادرة بعدم دستوريتهما بأثر رجعى مطلقاً تشمل النصوص العقابية والنصوص الاجرائية كذلك.

(١) المركز العربى لاستقلال القضاء والمحاماه، التعديل يهدد الضمانات الحقيقية للمتهمين

الجنايين والسياسيين جريدة الوفد ١٤/٧/١٩٩٨.

راجع فى ذلك أيضاً ندوة مركز استقلال القضاء والمحاماة بعنوان مستقبل المحكمة

الدستورية العليا والرقابة الدستورية فى مصر بتاريخ ٣٠/٦ - ١/٧/١٩٩٨ جريدة

الشعب ٤/٨/١٩٩٨.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

ويلاحظ بالنسبة للنصوص الجنائية أنه قد يكون منها ما يتعلق بنص ضريبي<sup>(١)</sup>، ونص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا كان يوجب الأثر الرجعى بصفة مطلقة للنصوص الجنائية، وعلى العكس تماماً فإن التعديل الذى أتى به القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ يوجب الأثر المباشر للنصوص الضريبية بصفة مطلقة رغم أن منها ما قد يكون متعلقاً بنص جنائى كما فى حالة:

- الإجراءات المتعلقة بنصوص ضريبية.
- جرائم ترتكب بشأن فرض ضرائب معينة كحالة التهرب الضريبى.

#### تطبيق حديث على الأثر الرجعى:

حكمت المحكمة الدستورية العليا مؤخراً (فى ٣/٦/٢٠٠٠م) بعدم دستورية قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ بجميع نصوصه ومواده لعدم استيفائه للمقومات الشكلية للنصوص القانونية وعدم عرضه على مجلس الشورى قبل بدء سريانه والعمل به كما تقضى بذلك المادة ١٩٠ من الدستور والتي تشترط عرض مشروعات القوانين المكملّة للدستور على مجلس الشورى.

وقالت المحكمة أن العيب الدستورى سالف الذكر يشمل القانون بأكمله مما يتعين معه القضاء بعدم دستوريته برمته دون حاجة إلى الخوض فيما أتصل ببعض نصوصه من عيوب دستورية موضوعية.

(١) د/ عاطف البنا: المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم المرجع السابق.

وعن أثر الحكم يرى د. فتحي سرور رئيس مجلس الشعب<sup>(١)</sup> أن القانون القديم يسرى على جميع الحالات الجديدة التي يجرى تأسيسها من جمعيات ومؤسسات، أما الجمعيات التي وفقت أوضاعها طبقاً للقانون الجديد المقضى بعدم دستوريته فيظل وضعها سليماً لأن توفيق الأوضاع لا يتعارض مع القانون القديم.

بينما رأى د. فتحي نجيب مساعد أول وزير العدل أن الحكم ليس من شأنه المساس بالمراكز القانونية التي اكتسبتها الجمعيات والمؤسسات الأهلية في ظل القانون المقضى بعدم دستوريته أو تلك التي وفقت أوضاعها وفقاً لأحكامه<sup>(٢)</sup>.

والحقيقة في رأينا أن مقتضى إعمال الأثر الرجعي لحكم عدم دستورية قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية أن هذا القانون يلزمه العوار الدستوري منذ صدوره ولما كان هذا القانون المقضى بعدم دستوريته يتضمن مادة بإلغاء القانون القديم فمعنى عدم تطبيقه منذ تاريخ نشر الحكم بعدم دستوريته أن يطبق القانون القديم لأن القانون الذي ألغاه قد حكم بعدم دستوريته وعليه يعاد توفيق أوضاع الجمعيات والمؤسسات التي كانت قد أنشئت أو وفقت أوضاعها وفقاً للقانون المقضى بعدم دستوريته، حيث يعاد توفيق أوضاعها وفقاً للقانون القديم.

(١) جريدة الأهرام العدد الصادر في ٢٠٠٠/٦/٥.

(٢) جريدة الأهرام العدد الصادر في ٢٠٠٠/٦/٥.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقى

### الفرع الثالث:

#### الرأى المؤيد للتعديل فى جوهره

(والذى يرى أن الأثر المباشر هو الأصل والأثر الرجعى هو الاستثناء)

إن إعمال الأثر الرجعى الذى كانت تسير عليه المحكمة الدستورية العليا قبل تعديل نص المادة (٤٩) ترتب عليه إمكانية حدوث هزات قانونية لبعض الأوضاع والمراكز القانونية التى استقرت لفترات طويلة كمستأجر لعين تعاقد عليها لفترة طويلة فى ظل قانون كان يحمى مركزه القانونى كمستأجر مما يجعل إعادة النظر فى قاعدة إعمال الأثر الرجعى أمر طبيعى وتبرره ضرورات عملية رغم أن الأثر الرجعى الذى كانت تأخذ به المحكمة لا يخالف الدستور بل لعله من ناحية التحليل النظرى أكثر منطقية وإنسجاماً مع فكرة الأثر الكاشف للأحكام القضائية وإن العيب الدستورى يكون فى الحقيقة ملازماً للتشريع منذ نشأته<sup>(١)</sup>.

(١) د. أحمد كمال أبو المجد: مستقبل القضاء الدستورى فى مصر جريدة الأهرام العدد الصادر فى ١٨/٨/١٩٩٨ وفى حالة التسليم بأن القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ قد ألغى الأثر الرجعى لسريان الأحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعى كقاعدة إلا إذا رأت المحكمة الدستورية العليا عكس ذلك، فإنه مما لا شك فيه أن الأحكام الصادرة بعدم دستورية نصوص تشريعية فى تاريخ سابق على العمل بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ يطبق عليها الأثر الرجعى لأن القرار بقانون نفسه لا يطبق بأثر رجعى، لأن ذلك كان يحتاج إقراره بأغلبية خاصة تطبيقاً للمادة ١٨٧ من الدستور.

(راجع: زكريا محى الدين شلش: أثر الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة الأهرام ٣١/٧/١٩٩٨).

ويرى جانب من هذا الفقه<sup>(١)</sup> أن التعديل أقرب إلى أن يكون تفسيراً للنص القديم منه إلى إقرار حكم جديد، بل إنه وسع من اختصاصات المحكمة الدستورية العليا فأجاز لها أن تمنح في بعض الحالات أثراً رجعياً لأحكامها خلافاً للقاعدة العامة.

فهذا الرأي مبني على أن النص قبل التعديل كان يرتب على الحكم بعدم الدستورية أثراً مباشراً وليس أثراً رجعياً، وأن التعديل (في هذه الجزئية) لم يأت بجديد في هذا الخصوص سوى التأكيد على هذه الوجهة من النظر.

ويرفض هذا الرأي الاحتجاج بأن الأحكام القضائية تكون كاشفة لوجه الحق وليست منشئة له وذلك لأن الأحكام بعدم الدستورية لها طبيعة خاصة تختلف عن بقية الأحكام:

- فهي ذات طبيعة موضوعية وبالتالي لها حجية مطلقة وليست نسبية بعكس الأحكام القضائية الأخرى لها طبيعة نسبية مقصورة على أطراف النزاع.

- وهي ذات طبيعة عمومية ملزمة لكافة سلطات الدولة والأفراد.

- وقد يتراخى صدور حكم عدم الدستورية إلى عشرات السنين وذلك لأنها ليست مقيدة بمدة معينة فكيف يتم أعمال الأثر الرجعي؟

(١) د/ فوزية عبد الستار: حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا الأهرام ١٩٩٨/٨/٣ في نفس المعنى: د. محمد مجدى مرجان: سلطات المحكمة الدستورية بين التوسيع والتضييق الأهرام ١٩٩٨/٧/٢٩ المحكمة الدستورية والمزايدات الفاشلة جريدة الأخبار ١٩٩٨/٨/٥.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

ولذلك يشبه هذا الرأي أحكام عدم الدستورية بالقوانين من حيث طبيعتها الموضوعية وكونها تسرى على أطراف النزاع وغيرهم ومن حيث عموميتها وكونها ملزمة لكافة الأفراد والسلطات، ويصل بذلك إلى أن منع الأثر الرجعى يكون مقبولا بل ضرورياً ويتفق مع كون دور المحكمة الدستورية العليا هي الرقابة على دستورية نص وليس توقيع جزاء. فتطبيق الأثر الرجعى برد ضرائب سبق تحصيلها نوع من الجزاء المدنى لا تملكه المحكمة.

وإن كنا نتفق مع هذا الرأي فى كون النص بعد التعديل هو فى معظمه تأكيد على النص السابق، إلا أننا نرى أن النص السابق لا يحتمل تفسير الأثر المباشر لاحكام عدم الدستورية ولم يجعلها أبداً القاعدة العامة. وإنما كل ما يفيد ظاهراً نص المادة (٣/٤٩) هو تاريخ الالزام بالحكم والاعتداد به قانوناً بأن يمتنع تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشره فى الجريدة الرسمية. وإما أعمال الأثر الرجعى أو الأثر المباشر فلا يعالجه ظاهراً نص المادة ٣/٤٩ سواء قبل التعديل أو بعد التعديل وإنما يمتد أثره إلى الماضى شأنه شأن الأحكام القضائية وهى تنفذ كقاعدة بأثر رجعى هذا ما أكدته المذكرة الايضاحية والقوانين التى أخذ عنها النص وهذا ما جرى عليه قضاء المحكمة.

أما اعتراض هذا الرأي على كون الاحكام الدستورية تكون كاشفة وليست منشئة لوجه الحق شأنها شأن بقية الاحكام، فيرد عليه بأن الطبيعة الخاصة للاحكام الدستورية هى التى توجب الأثر الكاشف، فهى تكشف عن عيب بلازم النص التشريعى منذ صدوره وهذا ما يطبقه القضاء الإدارى

بخصوص دعوى الإلغاء.

أما مسألة تراخى رفع الدعوى الدستورية إلى فترات طويلة يصعب بعدها تطبيق الأثر الرجعى فإن الضوابط التى وضعتها المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن كفيلة بتدارك ذلك.

واقتراب أو تشبيه أحكام المحكمة الدستورية العليا بالقوانين من حيث عدم أعمال الأثر الرجعى كقاعدة فقد سبق الرد عليه<sup>(١)</sup>.

#### المشروع قصد - قيل التعديل - الأثر المباشر وليس الأثر الرجعى:

ذهب بعض الفقه<sup>(٢)</sup> إلى أن نص المادة ٤٩ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قبل تعديله بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ كان يقرر الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية.

ويستدل على ذلك من ظاهر النص قبل التعديل والذى جاء به "يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم"

فذهب هذا رأى إلى أن قصد المشرع الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية، فكل ما يترتب على حكم عدم الدستورية هو تعطيل تطبيق هذا

(١) راجع، ص٤٢، ٥٣.

(٢) د/ فوزية عبد الستار: حول تعديل قانون احكمة الدستورية العليا، جريدة الأهرام

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

النص مستقبلاً. ويستند هذا الرأي إلى حجتين رئيسيتين:

الأولى: أن ما دفع المحكمة وبعض الفقه إلى القول بالأثر الرجعى هو ما ورد فى المذكرة الايضاحية من أن "الفقه والقضاء قد استقرا على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب وإنما بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة التقادم".

وفى هذه الوجهة من النظر يجب عدم الاستناد إلى ما جاء فى المذكرة الايضاحية لأنها:

\* تتعارض مع صريح نص القانون، والقاعدة أنه عند التعارض لا يلتفت إليها.

\* أن ما ورد فى المذكرة الايضاحية ليس قصد المشرع من التعديل وإنما رأى فقهي.

\* إن المذكرة الايضاحية وقعت فى تناقض فأقرت مراكز قانونية مبنية على نص قضى ببطلانه.

\* إن المذكرة الايضاحية اقتصرت على ذكر حالتين استثناء على الأثر الرجعى وهما الأحكام العامة والتقادم، بينما هناك حالات لا تطبق فيها المحكمة الأثر الرجعى لضرورات عملية مثلما حدث بالنسبة للحكم الذى قضت فيه بعدم دستورية النص الذى اجريت على اساسه انتخابات مجلس الشعب لكنها اعترفت بشرعية القوانين والقرارات والإجراءات التى اتخذها

هذا المجلس.

الثانية: استند هذا الرأي كذلك فيما ذهب إليه من القول بالأثر المباشر لاحكام عدم الدستورية إلى ما ورد من استثناء خاص بالنصوص الجنائية إذ الاحكام الصادرة بشأن عدم دستوريته تطبق بأثر رجعى ومعنى ذلك وبمفهوم المخالفة أن بقية النصوص غير الجنائية - تطبق أحكام عدم الدستورية الخاصة بها بأثر مباشر وهذا مقتضى اعمال مفهوم المخالفة<sup>(١)</sup>.

وهذا رأى يريد تفسير نص المادة ٤٩ من العبارات الواردة به بغض النظر عما تقوله المذكرة الايضاحية.

ومن السهل الرد على رأى السابق حيث أن المذكرة الايضاحية لا يوجد أى تعارض بينها وبين نص القانون فكل ما يستفاد من نص القانون أن النص الذى قضى بعدم دستوريته لا يطبق بالنسبة للمستقبل لكن ليس هناك فى نص القانون ما يمنع من اعمال الأثر الرجعى لحكم عدم الدستورية.

وكون المذكرة الايضاحية تشير إلى رأى الفقه والقضاء فهذا يدل على أن قصد المشرع هو الأخذ بهذا رأى.

ولا يمكن نسبة أى تناقض للمذكرة الايضاحية فهى إنما وضعت

(١) د/ فوزية عبد الستار: المرجع السابق.

ويذكر د/ محمد بدران (أحكام المحكمة الدستورية العليا فى الضرائب بين الأثر الرجعى والمباشر، الأهرام ١٩٩٨/٧/٢٧) أن حجته الرئيسة أن المادة ١٧٨ من الدستور تقضى بأن تقرير الأثر الرجعى من عدمه يحدده مجلس الشعب وليس المحكمة، فالمادة المذكورة تقضى بأن ينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم الدستورية من آثار.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

ضوابط لإعمال الأثر الرجعى ولم تقل أنه مطلق.  
وأخيراً فإن مراعاة المحكمة لاعتبارات عملية لم ترد فى المذكرة  
الايضاحية لا يمنع من الاستناد للمذكرة الايضاحية لأنها لم تحدد حالات  
معينة على سبيل الحصر ولا سبيل لالزام المحكمة أو تقيدها بالحالات  
الواردة فقط فى المذكرة الايضاحية.

أما بالنسبة للحجة الثانية المتعلقة بالقول بمفهوم المخالفة وكونه يستفاد  
منها أن النصوص غير الجنائية تسرى الأحكام الصادرة بعدم دستوريتهـا بأثر  
مباشر فهذا استخلاص محل نظر، وقد يقصد من النص على النصوص  
الجنائية التأكيد عليها لأهميتها، والسكوت عنها لا يعنى المغايرة بالضرورة.  
كما أنه إذا قيل بأن المقصود هو المغايرة فى الحكم فإن المغايرة تكون  
فى مدى الأثر الرجعى، بأن يكون الأثر الرجعى بالنسبة للأحكام الصادرة  
بعدم دستورية النصوص الجنائية بدون استثناء، أما النصوص غير الجنائية  
فيسنتهى من الأثر الرجعى المتعلق بأحكام عدم الدستورية بها المراكز التى  
استقرت بمضى مدة التقادم والمراكز التى استقرت بأحكام نهائية<sup>(١)</sup>.

الاستناد إلى موقف المحكمة العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية:  
وجد رأى فى الفقه<sup>(٢)</sup> يستند إلى النظام المعمول به فى المحكمة العليا،

١) د/ عاطف البناء: المشروعية الدستورية.. رد شبهات ومغالطات، الوفد  
١٩٩٨/٧/٢٤، ١٩٩٨/٨/٦.

٢) د/ محمد بدران: احكام المحكمة الدستورية العليا فى الضرائب بين الأثر الرجعى  
والمباشر القرار خطوة على الطريق الصحيح الأهرام ١٩٩٨/٧/٢٧.

فى الولايات المتحدة الامريكية حيث لا يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعى حتى بالنسبة للأحكام الجنائية ما لم تنص المحكمة فى حكمها على ذلك<sup>(١)</sup>.

وعلى العكس ذهب رأى آخر إلى أنه من الخطأ الاعتقاد بأن القضاء الأمريكى لا يأخذ بالأثر الرجعى لأحكام عدم الدستورية وإنما ما يميز القضاء الأمريكى مايلى:

أ- أنه يكشف أولاً عن حقيقة القانون محل البحث فإذا اكتشف أنه غير دستورى معنى ذلك أنه لم يكن قانوناً فلا مناص من أعمال قاعدة الأثر

وقد ذهب رأى آخر إلى أن القرار بقانون قد أوجد طريقاً ثالثاً بتحويل المحكمة مكانية أن تحدد فى حكمها تاريخاً آخر غير اليوم التالى لنشر الحكم وغير تاريخ صدور النص المحكوم بعدم دستوريته وقد ساعد هذا التعديل على رفع الحرج ومنع الضرر، ففيه توسعة على المحكمة بمنحها سلطة تقديرية حسب ما تراه من ملاءمات واعتبارات (د/ يحيى السيد الصباحى: الرئيس محمد حسنى مبارك يوسع سلطات المحكمة الدستورية العليا اخبار اليوم ١/٨/١٩٩٨).

(١) يضرب البعض مثلاً لذلك بحكم المحكمة بعدم دستورية المادة ٢٩ من القانون ٤٠ لسنة ١٩٧٧ الخاص بإيجار الاماكن والذى تقضى بانتقال العقد إلى ورثة المستأجر الأصلية فقضت بعدم دستورية توريث عقد إيجار الاماكن المستخدمة لغير السكنى من ورش ومحلات تجارية رغم أن هذا النص طبق على آلاف الأسر المصرية لعشرات السنين مع ما هو معروف من مشاركة الأسر المصرية لعائلها فى تجارتها وتصبح مورد رزقهم بعد وفاته فلو طبق بأثر رجعى لالتقى بملايين الورثة فى الشوارع.

(د. نبيل لوقا بباوى: الأثر الرجعى للأحكام الدستورية باطل الأهرام ١٩٩٨/٨/٥).

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

الرجعى.

ب- إن القضاء الأمريكى يحد من الأثر الرجعى بوسائل شبيهه بما اتبعته محكمتنا كنظرية الموظف الفعلى وقاعدة حجية الاحكام النهائية.  
ج- إن القضاء الامريكى يعول إحياناً على حسن نية ذوى الشأن.  
د- يمكن لبعض المحاكم -لأنها تطبق رقابة امتناع- أن تحكم وفقاً لقانون ما لأنها ترى أنه متفق مع الدستور، ثم يحكم بعدم دستوريته فى أحكام لاحقة<sup>(١)</sup>.

وإذا كان القانون يسعى لتحقيق غايتين وهما المصلحة والعدالة وقد تتفق الغايتان ولا مشكلة فى هذه الحالة أما عند عدم اتحادهما فإن المحكمة العليا فى الولايات المتحدة تغلب اعتبارات المصلحة، أما محكمتا الدستورية فتغلب اعتبارات العدالة على اعتبارات المصلحة شأنها فى ذلك شأن المحاكم القانونية العادية، ومن ذلك ما قضت به من عدم دستورية القانون المخالف للدستور منذ لحظة إصداره حتى ولو كان قد صدر من عشرين عاماً كما حدث فى قانون إيجار الأماكن.

ولا شك أن هناك آثار سلبية لا يمكن التقليل من شأنها بالنسبة لإعمال الأثر الرجعى فى مجالين وهما:

أ- القوانين الضريبية حيث تكون قيمة الضرائب قد تم انفاقها على متطلبات التنمية.

(١) د/ عاطف البنا: المشروعية الدستورية .. مرة أخرى رد شبهات ومغالطات جريدة

ب- الحقوق التي لا تكتسب بالتقادم مثل الإيجار.

وفى هذه الوجهة من النظر فإن المحكمة الدستورية العليا كان يجب عليها أن تضع لنفسها قاعدة للأثر الرجعى كما فعلت المحكمة العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية تحقيقاً لغاية دستورية أو تقديرًا لظروف لم تكن موجودة عند إصدار حكمها الأول عام ١٩٩٠ إلا أنها أثرت الانتظار لحين تدخل المشرع بإصدار القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ الذى يرى أنه خطوة على الطريق الصحيح لكن على المحكمة الدستورية العليا وضع الضوابط التى ستتخذ لقرار رجعية احكامها، فليس المشرع وحده صانع السياسات العامة<sup>(١)</sup>.

رأى فى الفقه: أعمال الأثر الرجعى فى غير المواد الجنائية يحتاج إلى أغلبية خاصة:

يستند هذا رأى إلى نص المادة ١٨٧ من الدستور التى تستلزم أغلبية خاصة إذا أريد تطبيق نص ما بأثر رجعى فى غير المواد الجنائية وهى اغلبية أعضاء مجلس الشعب وليست أغلبية الحاضرين. ويستند هذا رأى إلى ذلك للقول بأن المحكمة الدستورية لا تملك أكثر مما تملكه السلطة التشريعية.

فإذا كانت السلطة التشريعية لا تملك بموافقة أغلبية الحاضرين أن تقرر أثر رجعى لقانون ما، فكيف تملك ذلك المحكمة الدستورية، فالدستور اشترط أغلبية خاصة للموافقة على الأثر الرجعى للقوانين فكيف تسمو أحكام

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

المحكمة الدستورية على أحكام الدستور<sup>(١)</sup>.

ولا شك أن هذه الوجهة من النظر تخطط بين تطبيق حكم عدم الدستورية بأثر رجعي وتطبيق تشريع ما بأثر رجعي، فالقوانين لا تقاس عليها أحكام القضاء فيما يتعلق بقاعدة عدم الرجعية، ذلك أن القوانين لا يصح أصلاً إلزام المخاطبين بها إلا بعد إصدارها ونشرها أما الأحكام فالأصل - على العكس - أنها تطبيق للقوانين على الوقائع فهي تطبق القوانين المعمول بها بالفعل فالأصل أن تطبق بأثر رجعي، خاصة قضاء المشروعية الذي يفصل في مدى مطابقة العمل القانوني لنص القاعدة القانونية الأسمى سواء في ذلك أمام القاضي الإداري في دعوى الإلغاء أو أمام القاضي الدستوري في دعوى عدم الدستورية. فالأثر الرجعي للقانون يكون على سبيل الاستثناء أما بالنسبة لأحكام قضاء المشروعية يكون الأثر الرجعي هو الأصل<sup>(٢)</sup>.

(١) د. عادل محمد خير: أحكام الدستورية لاتسمو على الدستور، الأهرام ١٩٩٨/٧/١٧.

ويستند في ذلك إلى حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩١/١٢/٧ في القضية رقم ٤٤ لسنة ١٢ قضائية دستورية التي قضى فيها بعدم دستورية نص قانون مجلس الشعب الذي أجريت على أساسه الانتخابات لكن لم تطبق المحكمة الأثر الرجعي فلم تلغ القرارات والإجراءات التي أصدرها المجلس والواقع أن الاستشهاد بهذا الحكم في غير موضعه حيث طبقت المحكمة الأثر الرجعي المباشر لحكم عدم الدستورية لكنها لم تشأ أن تطبقه إلى مالا نهاية لاعتبارات عملية قدرتها المحكمة حفاظاً على الأمن القانوني.

(٢) د/ عاطف البنا: المشروعية الدستورية.. رد شبهات ومغالطات، الوفد ١٩٩٨/٧/٢٤.

### اقتراحات لعلاج مسألة الرقابة الدستورية:

يرى بعض الفقه أن يطبق نظام الرقابة السابقة على النحو الموجود في فرنسا.

حيث أن الرقابة اللاحقة تؤدي إلى عدم الاستقرار التشريعي وخاصة أنه يطعن بعدم الدستورية بعد عشرات السنين، ومقتضى نظام الرقابة السابقة في فرنسا أن تعرض القوانين على المجلس الدستوري قبل التصديق عليها فإذا كانت مشوبة بعدم الدستورية تعاد للمجلس التشريعي لمعالجة العوار الذي اعتراها. ويمكن تطبيق ذلك في مصر - في نظر هذا الرأي - حتى يتم التأكد من دستورية القانون قبل التصديق عليه من رئيس الجمهورية<sup>(١)</sup>. وفي مواجهة حالات الحكم بعدم الدستورية المتزايدة وما يمكن أن يترتب عليه من زعزعة المراكز القانونية يقترح جانب آخر من الفقه أن تظل الرقابة للمحكمة الدستورية ولكن أن تكون الرقابة سابقة على صدور التشريعات من السلطة التشريعية على أن يتضمن تشكيل المحكمة الدستورية إلى جانب أعلى مستوى من رجال القضاء المتخصصين أساتذة الجامعات في الشأن الدستوري ويمثل فيها رئيس السلطة التشريعية أو من ينوب عنه حتى يتيسر التوصل إلى نتيجة إيجابية ومحددة للتشريعات بعد إقرارها حتى لا يحدث ما حدث مع قانون العدالة الضريبية الذي قضى بعدم دستوريته بعد

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

---

١٢ سنة من صدوره<sup>(١)</sup>.

على خلاف ذلك ينتقد البعض القول بالرقابة السابقة ويرى أنها رقابة  
غرف وجدران مغلقة وأن الرقابة اللاحقة هي الرقابة الحقيقية بعد أن تنتضح  
عيوب القانون عند التطبيق<sup>(٢)</sup>.

كما أن القول بالرقابة السابقة يتعارض مع نصوص الدستور (المادة  
١٧٤ وما بعدها) ولا تتحقق منها الضمانة الدستورية المبتغاة من الرقابة  
القضائية<sup>(٣)</sup>.



(١) د/ سمير الشرفاوى: جريدة الأهرام العدد الصادر في ٥/٦/٢٠٠٠.

(٢) د/ عوض المر: جريدة الأهرام العدد الصادر في ٥/٦/٢٠٠٠.

(٣) سامى فرج يوسف: خواطر دستورية الأهرام ٣/٨/٢٠٠٠م.

## الفرع الرابع:

### الوضع بالنسبة للنصوص الضريبية

ترتب على التعديل الذى أدخله القرار لقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ تقرير الأثر المباشر للحكم بقوة القانون فى جميع الحالات إذا كان الحكم متعلقاً بعدم دستورية نص ضريبى<sup>(١)</sup>.

وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون هذا التعديل بأنه ترتب على سياسة تقرير الأثر الرجعى التى اتبعتها المحكمة تحميل الدولة بأعباء مالية تنوء بها خزانتها حيث أن مقتضى الأثر الرجعى أن تلزم الدولة برد حصيلة الضريبة التى تم تحصيلها من سنوات خلت وتكون بالتالى قد انفقتها فى مشروعاتها، ومن شأن رد هذه المبالغ حدوث اضطراب فى ميزانية الدولة بما قد يؤدى إلى عجز الدولة عن مواجهة خططها التنموية أو لجوئها إلى فرض ضرائب جديدة.

(١) حاول البعض تقسيم سريان أحكام عدم الدستورية بين الأثر المباشر (الأصل) والأثر الرجعى (استثناء) وبالطبع أدخل الأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص الضريبية فى الأصل العام حيث أنها تطبق بأثر مباشر (عزيز أنيس: الأهرام ١٩٩٨/٧/٣١) إلا أنه فوق أن هذه المقابلة ليست دقيقة فإن النصوص الضريبية قد حسم المشرع أمرها بنص صريح ولكن الغريب فى رأى أنه يرى أن الدولة يكون لها أن تستمر فى تحصيل الضريبة ولو قضى بعدم دستورية النص وذلك حتى تاريخ نشر الحكم، فهذا رأى وإن كان تطبيقاً للنص لكن صعب قبوله عملاً.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

وقد انتقد الأثر المباشر للأحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص الضريبية  
بما يلي:

- ١- الأثر المباشر للأحكام الصادرة بعدم دستورية نص ضريبي، وبالتالي منع استرداد ما سبق أن دفعه المواطنون تطبيقاً لنص تشريعي باطل فيه اعتداء على مصالح الأفراد وحقوقهم، وإذا كان هذا الأثر المباشر يحقق مصلحة الدولة بالحفاظ على ميزانيتها، فإنه يفتقد إلى عنصر أساسي في كل تشريع وهو ضرورة الموازنة بين مصلحة الدولة ومصلحة الأفراد فهو يغلب مصلحة الدولة أو مصلحة المواطنين في مجموعهم على مصالح وحقوق الأفراد دافعي الضرائب.
- ٢- كما أن استثناء التشريعات الضريبية من أعمال الأثر الرجعي يخالف مبدأ مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة حيث يترتب عليه فرض تكاليف استثنائية على ضحايا تشريع ضريبي مخالف للدستور.
- ٣- إن هذا التعديل يخالف مبدأ ثباتاً وهو أن الدعوى الدستورية ذات طبيعة عينية وليست شخصية وبالتالي يحتج بالحكم الصادر فيها على الكافة.
- ٤- يخالف التعديل في المواد الضريبية أصل من أصول القانون المدني وهو وجوب رد الالتزام المدفوع إذا زال سبب هذا الالتزام ويرد ما دفع بغير وجه حق<sup>(١)</sup>.
- ٥- لا يمكن اللجوء لتمويل الخزنة العامة بإصدار تشريعات غير

(١) عبد العزيز محمد: العبث الدستوري.. حالة من التلبس جربة الوفد  
١٩٩٨/٧/٢٣.

دستورية أو الامتناع عن رد أموال سبق الاستيلاء عليها دون سند من الدستور فهذا إثراء بلا سبب وإلا كان تطبيقاً للمبدأ اللاخلاقي "الغاية تبرر الوسيلة" الذي نصح به ميكافيللي حكام إيطاليا في القرن السادس عشر ويلومه عليه العالم كله منذ ذلك الوقت<sup>(١)</sup> فكيف يكون لمغتصب مال أن يرفض رده بحجة أنه سيرتبك مالياً!! وعلى العكس لو كان الفرد هو الذي استولى على مال الدولة بدون وجه حق ماذا كانت الدولة فاعلة<sup>(٢)</sup>؟.

٦- أن نزع الملكية للمنفعة العامة والذي هو إجراء مشروع تلتزم الدولة بدفع التعويض عنه والذي اشترط الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطن أن يكون عادلاً ويدفع مقدماً وتشترط المادة ٣٤ من دستور ١٩٧١ ألا تنتزع الملكية إلا مقابل تعويض فكيف يكون نزع الملكية مقابل تعويض ويكون أخذ الأموال نتيجة تشريعات ضريبية غير مشروعة لا يكفل التعويض؟.

٧- إنه إذا كان النص الضريبي لائحة وقضى بعدم دستوريته فإنه سيقصر أثر الحكم بعدم دستوريته على المستقبل حيث سيطبق الحكم بأثر مباشر بينما لو كانت اللائحة الضريبية هذه قد خالفت نصاً قانونياً وطعن فيها بالالغاء فكان سيترتب على حكم الالغاء أثر رجعي رغم أن المخالفة أقل جسامة.

٨- لماذا يمد المشرع هذه الحصانة إلى كافة التشريعات الضريبية بمنع الأثر الرجعي عن احكام عدم الدستورية الصادرة بشأنها رغم أنه قد يكون

(١) د/ حاتم على لبيب جبر: الصواب والخطأ في مفهوم القرار الاھرام ١٩٩٨/٧/٢٧.

(٢) د/ حاتم على لبيب جبر: المرجع السابق.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

منها ما هو فى صالح الخزانة العامة مثل:

- نص ضريبي ينقل عبء الاثبات فى المسائل الضريبية.
- نص تشريع غير دستورى يفرض عقوبة على مخالفة نص ضريبي.
- ٩- إنه فى الفترة السابقة على الحكم فإن الضريبة تكون مفروضة بغير قانون بالمخالفة للأصل الدستورى العام الذى يقضى بعدم جواز فرض ضريبة بدون قانون<sup>(١)</sup>.
- ١٠- عدم اعمال الأثر الرجعى بالنسبة للنصوص الضريبية المقضى بعدم دستوريته مصادرة غير دستورية للأموال:
- إن عدم إرجاع الأموال التى تم تحصيلها كضرائب بموجب نصوص ثبت عدم دستوريته اعمالاً لمبدأ عدم الرجعية يعتبر مصادرة لتلك الأموال ومن ثم إجراء غير دستورى<sup>(٢)</sup>.
- حيث ينص الدستور على أن المصادرة الكاملة للأموال ممنوعة والمصادر الجزئية لا تكون إلا فى إطار القانون وبموجب حكم قضائى.
- ولهذه المصادرة التى يكرسها نص القرار بقانون آثار سلبية على الاقتصاد القومى وجو الاستثمار وخاصة الاستثمار الأجنبى فى مصر.
- ١١- عدم دستورية القرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨:

(١) د/ على فاضل حسن: شهادة حق، الأهرام ١٠/٨/١٩٩٨.  
(٢) د/ عاطف البنا: المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم (جريدة الوفد ١٦/٧/١٩٩٨).

ذهب رأى فى الفقه<sup>(١)</sup> إلى أن الفقرة الأخيرة من القرار بقانون والتى تقرر الأثر المباشر للنصوص الضريبية فيها شبهة المخالفة الدستورية وذلك لأن المحكمة الدستورية العليا فى إقرارها للأثر الرجعى لأحكامها استندت إلى نص المادة ٤٩ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ وإلى عموم نصوص الدستور.

والحقيقة أن شبهة المخالفة الدستورية بالنسبة للقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ واضحة فيما يتعلق بعدم المساواة بين المدعى وغيره من أصحاب الشأن من الممولين الذين سبق تحصيل الضريبة منهم ويمتتع عليهم استردادها بناء على التعديل الذى أورده القرار بقانون بجعل الاحكام الصادرة بعدم دستورية النصوص الضريبية لا تسرى إلا بأثر مباشر من تاريخ نشر الحكم وليس من تاريخ صدور النص المقضى بعدم دستوريته.

رأى آخر فى المسألة الضريبية:

وقد دافع بعض الفقه<sup>(٢)</sup> عن هذا التعديل باعتبار ظروفنا الاقتصادية وإن هذه الأموال التى تم تحصيلها قد تم انفاقها بالفعل فى مشروعات التنمية وإن

(١) زكريا محي الدين شلش: أثر الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة، الاهرام ١٩٩٨/٧/٣١.

(٢) د/ أحمد كمال أبو الجد: مستقبل القضاء الدستورى فى مصر جريدة الاهرام ١٨، ١٩٩٨/٨/١٩.

د/ يحيى الجمل: جريدة العربى ١٩٩٨/٧/٢٠ حيث يرى إننا بلد فقير ونام ونحاول بناء اقتصادنا وإعمال الأثر الرجعى فى بعض القضايا الضريبية يعنى خراب الخزانة العامة.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

تطبيق الأثر الرجعى واستردادها سيشكل هزه اقتصادية عنيفة.  
ولقد ذهب البعض<sup>(١)</sup> بعيداً فافترض أن رد هذه الأموال سيترتب عليه  
فناء الدولة وتذرع بالقول المشهور بأن سلامة الدولة فوق سلامة القانون.  
وذهب آخر<sup>(٢)</sup> إلى أن الغاء الأثر الرجعى بالنسبة للنصوص الضريبية  
يتمشى مع اعتبارات الشرعية الدستورية ومبدأ استقرار المراكز القانونية،  
وهو ما سبق أن طبقته المحكمة الدستورية نفسها عندما قررت شرعية  
التشريعات التى اصدرها مجلس الشعب رغم حكمها بعدم شرعية انتخابات  
المجلس.  
ويضيف هذا رأى بأن تقييد مبدأ رجعية الاحكام الدستورية يتمشى مع  
المستقر فقها وقضاء من أن الاحكام كالعقود لا يستفيد منها ولا يلتزم بها إلا  
أطرافها.  
ولا شك أن ذلك الرأى محل نظر ذلك أن الأحكام الدستورية لها طبيعة  
موضوعية وليست شخصية وهذا ما نصت عليه المادة ٤٩ من قانون إنشاء  
المحكمة صراحة بأنها يحتج بها على الكافة وملزمة لجميع سلطات الدولة.

(١) ممدوح طنطاوى: المحكمة الدستورية ورئيس الجمهورية جريدة الاخبار  
١٩٩٨/٧/١٩. راجع كذلك:

د/ يحيى الجمل: فى الظروف الضرورية فإن المبدأ هو سلامة الدولة فوق كل شىء  
جريدة العربى المرجع السابق).

(٢) د/ على عوض حسن: تقييد مبدأ رجعية الأحكام الدستورية لا يخالف الدستور:  
ويردد ما سبق أن قيل من أن التعديل مستمد من تفويض ثابت بنص الدستور وأن  
الأموال التى تم تحصيلها انفقت على المشروعات الكبرى مثل مترو الانفاق ومحور  
٢٦ يوليو (الأهرام ١٩٩٨/٧/٢٤).

لكن الذى نراه أن الاعتبارات القانونية التى توجب رد هذه المبالغ لا يمكن اغفالها ذلك أن من المبادئ المتعارف عليها مبدأ المساءلة عن الخطأ<sup>(١)</sup> والمادة ١٦٣ من القانون المدنى تنص على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" فالمخطئ يلزم بتعويض المضرور أيا كان سبب الخطأ.

ولكن البعض يعترض على معنى الالتزام هنا باعتراضه على أعمال الأثر الرجعى ويدعى بأن المحكمة الدستورية العليا ليست جهة توقيع جزاء<sup>(٢)</sup> ولكن يمكن الرد عليه بأن الهدف هنا ليس عقاب المخطئ (وهى جهة الإدارة فى تحصيلها أموال بناء على نص باطل) وإنما الهدف هو تعويض المضرور، أو على الأقل إزالة الضرر برد المبالغ التى تم تحصيلها.

"إن العدل أساس الملك" فكيف تبنى دولة اقتصادها على المظالم<sup>(٣)</sup>.

(١) د/ حاتم على لبيب جبر: الصواب والخطأ فى مضمون القرار، الأهرام ١٩٩٨/٧/٢٧.

(٢) د/ فوزية عبد الستار: حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا الأهرام ١٩٩٨/٨/٣.

(٣) وما الفائدة من الاعتراف بالحق وعدم الموافقة على اعادته لصاحبة فذلك يعد مصادرة للحقوق.

د/ محمد لمعى الملاح: قصف المحكمة الدستورية جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/٢٥. ويشير إلى مقولة تشرشل الشهيرة فى الحرب العالمية الثانية عندما اشتكى الاهالى فى إحدى القرى من الضوضاء المنبعثة من مطار حربي وحكم القضاء لمصلحة أهالى القرية وأمر تشرشل بعدم استخدام المطار عندما علم بصدور حكم القضاء، وعندما لاهه رجاله فقال قولته المشهورة "أخسر الحرب ولا يقال إننى لا أنفذ أحكام القضاء".

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقى

ولا شك أن الذين سيتحملون رد هذه المبالغ هم الأفراد فى مجموعهم، وليس الخزنة العامة.

إن القول بأن سلامة الدولة فوق القانون إن هى إلا كلمة حق أريد بها باطل، فلا تحول سلامة الدولة دون رد الدولة ما اغتصبته من أموال الأفراد، ولم تفن الدولة عام ١٩٩٠ عندما ردت الأموال التى تم تحصيلها بناء على القانون السابق، الذى كان يفرض ضريبة على العاملين بالخارج وقضى بعدم دستوريته.

إن الذين أيدوا التعديل بالنسبة للنصوص الضريبية تصوروا أن معنى الأثر الرجعى هو رد كافة الأموال التى سبق تحصيلها لمدة سنوات عديدة، ولكن الواقع أن أعمال قواعد التقادم بالنسبة للمبالغ المالية سيحصر المبالغ المطلوب ردها قانوناً فى المبالغ التى حصلت فى السنوات الثلاث الأخيرة فقط.

### مخالفة مبدأ المساواة:

وردت عبارة "ذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص".

ويلاحظ على هذا النص مايلى:

أ- لم يفهم من النص إذا كان المقصود المدعى فى كل الدعاوى المحكوم فيها بعدم الدستورية، أم فقط المدعى بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالنصوص الضريبية.

ورغم الاعتراض على مسألة التمييز فى الاستفادة بين المدعين فى الدعوى وغيرهم لمخالفتها المادة ٤٠ من الدستور، فإنه يجب تعميم الاستفادة

هنا بالنسبة للمدعين في كل الدعاوى المحكوم فيها بعدم الدستورية وليس فقط المدعين في الدعاوى المتعلقة بنصوص ضريبية<sup>(١)</sup>.

وقد اقترح البعض لتحقيق هذا الغرض إضافة كلمة "كله" بعد كلمة "ذلك" ليصبح نص الفقرة "وذلك كله دون اخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص"<sup>(٢)</sup>.

ونرى أن كلمة "كله" لا تزيل الغموض الموجود، وإنما المحكمة الدستورية العليا لاشك أنها عند التطبيق ستراعى تفسيرها في ضوء المبادئ العامة في الدستور ونعتقد أنها ستختار أن تشمل المدعين بصفة عامة سواء في ذلك الدعاوى المتعلقة بنصوص ضريبية أم غيرها.

ب- بالنسبة لتحديد معنى الاستفادة من الدعوى:

فلا شك أنه يشمل كافة من رفع دعوى عدم الدستورية أو تدخل فيها وإذا طبقنا ذلك على الاستفادة من الحكم بعدم دستورية نص ضريبي فهي تشمل من دفع الضريبة قبل الحكم بعدم دستورية النص الضريبي ورفع الدعوى أو شارك في رفعها فيستفيد:

- من كانت تستحق عليه ضريبة ولم يدفعها لحين نشر الحكم بعدم دستورية النص الموجب لفرض الضريبة.

- أما من دفع الضريبة قبل الحكم بعدم دستورية النص الضريبي ولم يرفع الدعوى فلا يسترد ما دفعه.

(١) قريب من ذلك: عزيز أنيس: بعد تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، الأثر

المباشر "الأصل" والرجعي "استثناء" الأهرام ١٩٩٨/٧/٣١.

(٢) د/ عبد الله ناصف: المرجع السابق، ص-١٢٤.

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

---

- وأما من كان يجب عليه دفع الضريبة ولم يدفعها وحتى لم يرفع دعوى عدم الدستورية فإنه بعد نشر الحكم بعدم دستورية النص الضريبي لا يطالب بدفع الضريبة.

ج- معنى القول باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم الدستورية.:  
إنه لن يحصل على حقه إلا من رفع دعوى، وسيترتب على ذلك رفع آلاف الدعاوى من أصحاب الشأن لاسترداد حقوقهم مما يضاعف عدد القضايا.



## خاتمة

إن الغاية من إنشاء المحكمة الدستورية العليا وأداءها لوظيفتها فى حماية الحقوق والحريات لا تتحقق إلا بإعمال الأثر الرجعى.

وإن تطبيق الأثر الرجعى هو الذى يمكن عن طريقه رفع الظلم الذى يحدثه تطبيق النصوص التى قضى بعدم دستوريته وخاصة ما يتعلق منها بإهدار حقوق الإنسان.

وإذا كانت بعض النظم التى أخذ عنها نظام المحكمة الدستورية العليا يطبق الأثر المباشر كمبدأ عام فإن هذا لا يمنع من القول بالأخذ بالأثر الرجعى فى مصر لأن المعروف أن الديمقراطية فى مصر مازالت وليدة تحتاج إلى رعاية فيجب إعطاء الفرصة للمحكمة الدستورية العليا لمزيد من حماية الحريات والحقوق العامة.

والحقيقة أنه يجب عدم التخوف من تطبيق الأثر الرجعى فإن المحكمة الدستورية العليا تقيده ولا تطلقه، فتقيد به بما استقر من تقادم أو احكام نهائية أو اعتبارات أخرى قانونية أو عملية تراعيها المحكمة.

والمحكمة بتطبيقها للأثر الرجعى ووضع الضوابط المذكورة إنما توازن بين الشرعية الدستورية وحماية المراكز القانونية. فاحترام المشروعية الدستورية وقواعد العدالة تقتضى اعمال الأثر الرجعى. وبوضع الضوابط لحماية الاستقرار تتم المواءمة بين المشروعية والاستقرار.

ولا شك أن المشكلة قد ثارت نتيجة تزايد الاحكام الصادرة بعدم الدستورية، أما إذا تمت مراجعة القوانين جيداً والاعتناء بالعملية التشريعية

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

لنقليل عدد التشريعات المعيبة فإن تطبيق الأثر الرجعى لن يصبح ملحوظاً وخاصة مع تطبيق الضوابط المشار إليها.  
وفى عجلة نعرض لبعض نتائج الدراسة وبعض المقترحات التى نراها فى هذا الصدد.

### أولاً: نتائج الدراسة:

١- إن القرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ أكد على التفسير الذى درجت عليه المحكمة الدستورية العليا والذى يقضى بأن الاحكام الصادرة بعدم الدستورية يكون لها أثر رجعى ينسحب إلى تاريخ صدور النص المقضى بعدم دستوريته وإن جاءت نصوصه غير حاسمة فى هذا المجال إلا أن قصد المشرع الذى وضح جلياً فى المذكرة الايضاحية يؤيد ما سبق أن أقرته المحكمة قبل إصدار القرار بقانون من اعمال الأثر الرجعى مع الحد من إطلاق هذا الأثر الرجعى.

٢- إن التعديل الرئيسى الذى أتى به القرار بقانون هو ما يتعلق بعدم سريان أى حكم بعدم دستورية أياً من النصوص الضريبية إلا بأثر مباشر.  
ويبدو أن هذا التعديل كان الدافع الحقيقى وراء إصدار المشرع للقرار بقانون وذلك حتى لا يترتب على الحكم بعدم دستورية أى نص ضريبى رد أموال الضريبة التى يكون قد تم تحصيلها من الممولين.

ولا شك لدينا فى عدم دستورية هذا التعديل لمخالفته العديد من نصوص الدستور المتعلقة بحماية الملكية الخاصة - كفالة حق التقاضى - المساواة بين الافراد - المساواة بين الدولة والأفراد إذا وجد فى مركز

مماثل.

كما أنه قد يشجع على فرض ضرائب جديدة مع العلم مسبقاً بعدم ردها إذا قضى بعدم دستوريته.

٣- فرق القرار بقانون بين المدعى وغيره من دافعي الضرائب حيث سمح للمدعى فقط باسترداد المبالغ التي سبق له دفعها ويمنع ذلك على الآخرين الذين قد يمتنع عليهم رفع دعوى عدم الدستورية لأي سبب خارج عن إرادتهم. وهذا التعديل يتعارض مع مبدأ المساواة الذي يفرضه الدستور بين المواطنين، إضافة إلى أنه يعاقب المواطنين الملتزمين بدفع الضرائب في موعدها ويكافئ المواطنين غير الملتزمين بسداد الضرائب لأنه سيسقط الحق في مطالبتهم بها بعد نشر الحكم بعدم دستورية النص الضريبي. وفوق ذلك فإن هذه التفرقة ستؤدي إلى حرص الجميع على رفع الدعاوى لاسترداد حقوقهم بما سيثقل كاهل المحكمة.

ولفظ المدعى هنا يتسع ليشمل المدعى في المسائل الضريبية وغيرها كما يتسع ليشمل المستفيد من الحكم بعدم الدستورية في حالة تصدى المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها للدعوى أو الحالات التي تحيل فيها محكمة الموضوع القضية للمحكمة الدستورية للفصل في المسألة الدستورية.

٤- فوض القرار بقانون المحكمة الدستورية العليا في أن تحدد تاريخ سريان حكمها بعدم دستورية نص تشريعي فيما عدا النصوص الضريبية وذلك بإضافة عبارة "ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر" وقد وصف البعض تلك الإضافة بأنها غير دستورية على أساس أن نص المادة ١٧٨ من

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

الدستور قد حدد على وجه الخصوص أن تنظيم ما يترتب على حكم عدم الدستورية يكون بنص القانون، وإن المشرع الدستوري لم يفوض المشرع العادى فى تفويض المحكمة الدستورية العليا فى ذلك وهذا ما درجت عليه الدساتير المقارنة.

والحقيقة أن المحكمة الدستورية العليا كانت تمارس هذا الاختصاص دون النص عليه فى القانون، فهل تملك المحكمة الدستورية العليا أن تمارس من تلقاء نفسها اختصاصاً لا يملك المشرع العادى أن يمنحه إياها؟ بلا تردد فإن الإجابة بالنفى، لأن هذا ما تقتضيه طبيعة عمل المحكمة والعلّة من إنشائها.

٥- إن النص صراحة على الأثر المباشر لاحكام عدم دستورية النصوص الضريبية يستفاد منه عدم اعمال الأثر المستقبلى لأى من أحكام عدم الدستورية، لأنه لو أراد المشرع إعماله لنص عليه صراحة كما نص على الأثر المباشر فى المسائل الضريبية.

٦- إن الاستدراك الذى ورد من وزارة شئون مجلس الوزراء والمتابعة بحدوث خطأ مادى فى نص القرار بقانون بإضافة كلمة "اسبق" بعد عبارة "ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر" وإن كان يوحي بأن المحكمة الدستورية العليا تستطيع أن تحدد لسريان حكمها بعدم الدستورية تاريخاً آخر (غير تاريخ نشر الحكم بالجريدة الرسمية) بأن يكون سابقاً أو لاحقاً لتاريخ نشر الحكم، فإن الراجح هو أن حرية المحكمة فى تحديد تاريخاً آخر، مقصود بها التاريخ الأسبق فقط أى بمنحة أثراً رجعيّاً، حيث لا يقبل من المحكمة أن تحدد لحكمها بعدم الدستورية تاريخاً لاحقاً إلا بنص صريح فى

القرار بقانون كما فعل المشرع بالنسبة للأثر المباشر للنصوص الضريبية.

٧- كان من الأفضل حسم مسألة الآثار المترتبة على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي (ببيان الأثر الرجعي أو المباشر أو المستقبلي) بنص صريح، لأن ترك هذه المسألة لتقدير المحكمة قد يؤدي إلى محاولة التأثير عليها لاعتبارات سياسية أو مالية أو غيرها كما أنه سيخرج قضاء المحكمة عن طبيعته ويجعلها تفصل في ملاءمات واختيارات خارجة عن اختصاصها.

والخلاصة في هذا الشأن أن المستفاد من القرار بقانون هو مايلي:

- أن الأثر الرجعي لأحكام عدم الدستورية هو الأصل على النحو الذي كانت تطبقه المحكمة قبل إصدار القرار بقانون مع وضع الضوابط والقيود التي تحد من إطلاق الأثر الرجعي.
- إن الاستثناء التشريعي الوحيد على الأثر الرجعي هو ما يتعلق بالمواد الضريبية التي لا يجوز تطبيق أحكام عدم الدستورية بشأنها إلا بأثر مباشر.
- إنه لا يجوز للمحكمة أن تحدد لسريان أحكامها بعدم دستورية نص تاريخاً لاحقاً لتاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية.

### ثانياً: المقترحات:

هناك بعض الاقتراحات التي يمكن أن تساهم في تفعيل الرقابة الدستورية على التشريعات في مصر:

١- عدم التسرع في إصدار التشريعات، وأن تأخذ مشروعات القوانين وقتها من الدراسة، وألا يتم "سلق" القوانين حتى لا يطعن فيها بعدم

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد المواقف

الدستورية<sup>(١)</sup>.

وأن تكف الحكومة عن مطالبة المجلس بنظر مشروع قانون ما على وجه الاستعجال ثم يتضح عدم دستوريته.

والغريب أن الحكومة تستعجل عرض مشروع القانون ومناقشته في مجلس الشعب ثم تتراخى في إعداد اللائحة التنفيذية له عدة شهور مما يعطل تنفيذه.

٢- يفضل عرض كل القوانين على مجلس الشورى قبل أن ينظرها مجلس الشعب حتى لا نفاجاً بأنه قانون متعلق بالدستور، ولم يعرض على مجلس الشورى ويقضى بعدم دستوريته من الناحية الشكلية.

٣- عرض مشروعات القوانين والقرارات بقوانين على قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والذي يختص قانوناً بمناقشة ومراجعة المشروعات وإبداء الرأي بشأنها مع جعل ذلك إلزامياً في جميع الحالات سواء كان المشروع مقدماً من الحكومة أو من الأعضاء على أن يكون جزاء عدم العرض البطلان.

٤- إن التشريعات المكملة للدستور كذلك المتعلقة بتنظيم هيئة قضائية كالمحكمة الدستورية العليا يجب إصدارها بالطريقة العادية عن طريق السلطة التشريعية الأصلية وعدم اللجوء بشأنها إلى أسلوب القرار بقانون وخاصة إذا لم تكن حالة الضرورة متوافرة حتى يتسنى عرضها على اللجان

(١) فالملاحظ هو السرعة الظاهرة في موافقة البرلمان على المشروعات التي تقدمها الحكومة وكأن السلطة التشريعية متحدة مع السلطة التنفيذية (د. عوض المر الأهرام ٢٠٠٠/٦/٥).

المختصة ويتم دراستها بعناية.

٥- الغاء الاستثناء الخاص بالنصوص الضريبية من قاعدة اعمال الأثر الرجعى لاحكام عدم الدستورية، بما يسمح برد المبالغ التى يتم تحصيلها بموجب نصوص غير دستورية.

٦- أن يتم دعم استقلال المحكمة الدستورية مالياً، وحبذا لو كانت ميزانيتها لا تترك لمجلس الشعب للموافقة عليها.

٧- إن احترام الجميع لاحكام المحكمة الدستورية العليا وعدم تجاهلها أو الالتفاف حولها يساعد على نجاحها فى إداء مهمتها فى ترسيخ الديمقراطية وكفالة احترام الحقوق والحريات العامة.

والله من وراء القصد



حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموافي

## أهم المراجع

### أولاً: الكتب والمراجع العامة:

- ١- د. رمزي طه الشاعر: الوجيز في القانون الدستوري ١٩٩٨.
- ٢- د. طعيمة الجرف: القضاء الدستوري، دراسة مقارنة في رقابة الدستورية ط١، دار النهضة العربية ١٩٩٣.
- ٣- د. عبد الله ناصف: حجية وأثار احكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، دار النهضة العربية ١٩٩٨.
- ٤- د. فؤاد محمد النادى: موجز القانون الدستوري المصرى.
- ٥- د. ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٦.
- ٦- د. مصطفى عفيفي: رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية ط١، ١٩٩٠.

### ثانياً: المقالات:

- ١- د. أحمد فتحى سرور: الأثر الرجعي الأصل (الأهرام ١٨/١٢/١٩٩٨م).
- ٢- د. أحمد كمال أبو المجد: مستقبل القضاء الدستوري في مصر (١)، (٢) (الأهرام ١٨/٨/١٩٩٨م).
- ٣- د. جابر جاد نصار: مستقبل المحكمة الدستورية العليا والرقابة الدستورية في مصر، ندوة المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة ٦/٣٠ - ١/٧/١٩٩٨م (جريدة الشعب ٤/٨/١٩٩٨م).
- ٤- د. جمال زهران: تعديلات المحكمة الدستورية والاستقلال القضائي (مجلة روز اليوسف - العدد الصادر في ٢٠/٧/١٩٩٨م).
- ٥- د. حاتم على لبيب جبر: الصواب والخطأ في مفهوم القرار (جريدة الأهرام ٢٧/٧/١٩٩٨م).
- ٦- د. زكريا محيى الدين شلش: أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة (جريدة الأهرام ٣١/٧/١٩٩٨م).
- ٧- د. سامي فرج يوسف: خواطر دستورية (جريدة الأهرام ٣/٨/٢٠٠٠م).
- ٨- د. شوقي السيد: حول تعديل قانون المحكمة الدستورية شكلاً ومضموناً (الأهرام ١٠/٨/١٩٩٨م).

٩- عادل صدقي: نظرة إلى تعديل المحكمة الدستورية (جريدة الأهرام ١٩٩٨/٨/٥).

١٠- عادل محمد خير: أحكام الدستورية لا تسمو على الدستور (جريدة الأهرام ١٩٩٨/٧/١٧).

١١- عاطف البنا: دراسة حول المشروعية الدستورية وأساس سلطة الحكم (جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/١٦).

\_\_\_\_\_ : دراسة حول المشروعية الدستورية... رد شبهات ومغالطات (جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/٢٤).

\_\_\_\_\_ : دراسة حول المشروعية الدستورية .. مرة أخرى رد شبهات ومغالطات (جريدة الوفد ١٩٩٨/٨/٦).

١٢- عبد العزيز محمد: طعنة غادرة للدستور والقانون (جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/١٦).

\_\_\_\_\_ : العبث الدستوري .. حالة من التلبس (جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/٢٣).

١٣- عبد الله ناصف: عدم دستورية تخويل المحكمة الدستورية العليا تحديد الأثر الرجعي لأحكامها (جريدة الأهرام ١٩٩٨/٧/٢٩).

١٤- عثمان حسنين عبد الله: في المسألة الدستورية (جريدة الوفد ١٩٩٨/٨/١).

١٥- عزيز أنيس: بعد تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، الأثر المباشر "الأصل" والرجعي "استثناء" (جريدة الأهرام ١٩٩٨/٧/٣١).

١٦- على عوض حسن: تقييد مبدأ رجعية الأحكام الدستورية لا يخالف الدستور (جريدة الأهرام ١٩٩٨/٧/٢٤).

١٧- على فاضل حسن: شهادة حق (الأهرام ١٩٩٨/٨/١٠).

١٨- عوض المر: مبدأ الخضوع للقانون (الأهرام ١٩٩٩/٥/٢٨).

١٩- فاروق سيف النصر: (٣) أسباب وراء تعديل قانون المحكمة الدستورية (جريدة الأهرام المسائي ١٩٩٨/٧/١٣).

٢٠- فتحى رجب: التعديل وأبعاده المادية والدستورية (الأهرام ١٩٩٨/٨/٣).

٢١- فوزية عبد الستار: حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا (الأهرام ١٩٩٨/٨/٣).

حول تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨  
د. أحمد أحمد الموائف

- ٢٢- د. محمد المرغني: خيوط المؤامرة الحكومية على المحكمة الدستورية العليا (جريدة العربي ١٩٩٨/٧/٢٠م).
- ٢٣- د. محمد بدران: أحكام المحكمة الدستورية العليا في الضرائب بين الأثر الرجعي والمباشر (الأهرام ١٩٩٨/٧/٢٧م).
- ٢٤- محمد حامد الجمل: تعديل قانون الدستورية مطعون في دستوريته (جريدة الأهالي ١٩٩٨/٧/١٥م).
- ٢٥- محمد شكري عبد الفتاح: ارفعوا أيديكم عن المحكمة الدستورية (جريدة الحقيقة ١٩٩٨/٨/١٥م).
- ٢٦- د. محمد عصفور: خيوط المؤامرة الحكومية على المحكمة الدستورية العليا (جريدة العربي ١٩٩٨/٧/٢٠م).
- ٢٧- د. محمد لمعي الملاح: قصف المحكمة الدستورية (جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/٢٥م).
- ٢٨- د. محمد مجدى مرجان: سلطات المحكمة الدستورية بين التوسيع والتضييق (الأهرام ١٩٩٨/٧/٢٩م).
- \_\_\_\_\_:
- المحكمة الدستورية والمزيدات الفاشلة (جريدة الأخبار ١٩٩٨/٨/٥م).
- ٢٩- ممدوح طنطاوى: المحكمة الدستورية ورئيس الجمهورية (جريدة الأخبار ١٩٩٨/٧/١٩م).
- ٣٠- د. نبيل لوقا بباوى: الأثر الرجعي للأحكام الدستورية باطل (جريدة الأهرام ١٩٩٨/٨/٥م).
- ٣١- د. نعمان جمعة: التشريع مخالف للدستور وعدوان على وظيفة المحكمة (جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/١٢م).
- ٣٢- د. هشام محمد فوزى: مستقبل المحكمة الدستورية العليا والرقابة الدستورية في مصر، ندوة المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة ٦/٣٠-١٩٩٨/٧/١ (جريدة الشعب ١٩٩٨/٨/٤م).
- ٣٣- د. يحيى الجمل: خيوط المؤامرة الحكومية على المحكمة الدستورية العليا (جريدة العربي العدد الصادر في ١٩٩٨/٧/٢٠م).

٣٤- د. يحيى السيد الصباحى: الرئيس محمد حسنى مبارك يوسع سلطات المحكمة

مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي جامعة الأزهر العدد الثاني عشر

- الدستورية العليا، (جريدة اخبار اليوم ١٩٩٨/٨/١م).
- ٣٥- التقرير الإستراتيجي العربي ١٩٩٧ مخاطر تقليص دور المحكمة الدستورية العليا مركز الدراسات الإستراتيجية.
- ٣٦- مركز المساعدة القانونية لحقوق الإنسان:
- مسلسل مخالفة الدستور مستمر، (جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/١٧م).
  - تعديل قانون المحكمة الدستورية عدوان على الحريات العامة، (جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/٢٠م).
- ٣٧- المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة:
- القانون الجديد إنهاء لدور المحكمة، (جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/١٤م).
  - التعديل يهدد الضمانات الحقيقية للمتهمين الجنائيين والسياسيين (جريدة الوفد ١٩٩٨/٧/١٤م).
- ثالثاً: مراجع باللغة الفرنسية:
- TANGUY: Le règlement des conflits en matiere d'urbanisme L.G.D.J. 1979.
  - P. WEIL: Le conseil d'Etat Statuant au contentieux: politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique? Annales de la faculté de droit d'Aix, 1959.
- رابعاً: مراجع باللغة الإنجليزية:
- Constitutions of the contries of the World, Oceana publications, inc dobbs ferry, New York.