الفصل الرابع
أثر الحكم بعدم الدستورية
بين الفورية والرجعية

تمهيد وتقسيم:

بداية نشير بأن الحكم بالدستورية ورفض الدعوي علي هذا الأساس لا صلة له بهذا الأثر، فلا يتصور أن يثير هذا الحكم مثل هذه المشكلة.

ويُقصد بالأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية هو سريان الحكم بعدم الدستورية من حيث الزمن، فهل يسري الحكم بأثر فوري أم بأثر رجعي؟

وهذ الأثر هو أخطر الآثار التي يخلفها الحكم بعدم الدستورية، بل هي أخطر المسائل علي الاطلاق، ولا نبالغ إذا ما قلنا أن الحكم بعدم الدستورية - في هذه المسالة – يُوصف بأخطر الأحكام القضائية قاطبة لارتباط ذلك بزمن وميعاد هدم قاعدة تشريعية عاشت بين الناس وتعايش معها الناس ردحاً من الزمن، استقرت أوضاعهم ومراكزهم القانونية المختلفة في ظل تلك القاعدة، فهل تُهدم تلك القاعدة التشريعية التي احتواها النص فور صدور الحكم بعدم دستوريتها أم منذ العمل بها ؟

أما الأثر الفوري أو المباشر للحكم بعدم الدستورية:

فهو سريان الحكم بعدم دستورية النص التشريعي بأثر مباشر أي من اليوم التالي لنشره بالجريدة الرسمية، حيث يسري على المستقبل فحسب ولا يرتد إلى الماضي، فيكون النص التشريعي منتجاً لكافة آثاره منذ العمل به وحتي نشر الحكم بعدم دستوريته في الجريدة الرسمية، وبذلك تصبح جميع المراكز القانونية والحقوق المكتسبة بمنأى عن هذا الحكم.

أما الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية:

فهو سريان الحكم بعدم الدستورية على التشريع منذ صدوره أو العمل به، وبالتالي فإن الحكم بعدم دستوريته يسري على الماضي ويؤثر على المراكز القانونية والحقوق المكتسبة التي نشأت وتحققت في ظله، فهو بذلك يرتد إلى الوراء فضلاً عن إعمال آثاره في المستقبل.

وعليه فإن الحكم بعدم الدستورية الفوري له أثر أحادي فقط، فهو يعمل في المستقبل دون الماضي.

أما الحكم بعدم الدستورية الرجعي له أثر ثنائي فهو يسري علي الماضي والمستقبل معاً.

ومن نافلة القول :

أن الحكم بعدم الدستورية لا يثير أي مشكلات- من حيث الأثر الزمني في الدول التي تأخذ بنظام الرقابة السياسية السابقة على إصدار القوانين، فإذا ما تبين أن التشريع يخالف الدستور- كما سبق القول- **نكون دائماً أمام ثلاثة فروض:**

الفرض الأول: أن يكون التشريع بأكمله مخالفاً للدستور، فلا يمكن إصداره بالكامل.

الفرض الثاني: أن يكون التشريع مخالفاً للدستورية مخالفة جزئية مع إمكانية فصل المواد المخالفة،

حيث يتم إصدار الجزء الغير مخالف أو المواد الغير مخالفة، واستبعاد المواد المخالفة أو الجزء المخالف.

الفرض الثالث: أن يكون التشريع مخالفاً للدستور مخالفة جزئية مع عدم إمكانية الفصل بين المواد المخالفة والمواد الغير مخالفة للدستور، هنا لا يمكن إصدار التشريع بالكامل.

ومن الأهمية بمكان- وقبل تناول هذا الموضوع في مصر- أن نتعرض له في بعض الدول الأجنبية وفي بعض البلاد العربية والتي تأخذ بنظام الرقابة اللاحقة بالطبع.

ثم نتعرض له في مصر، وذلك في **مرحلتين:**

الأولى: قبل تعديل نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ سنة ١٩٧٩.

الثانية: بعد هذا التعديل الصادر بموجب القرار بالقانون رقم ١٦٨ سنة ١٩٩٨.

ونتعرض كذلك لموقف الباحث.

وعلى هذا نتناول الآتي:-

المبحث الأول: الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية في بعض الدول.

المبحث الثاني: الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية في مصر.

المبحث الثالث: موقف الباحث.

وذلك وفقاً للآتي...

المبحث الأول
الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية
في بعض الدول

نتناول فيه :

المطلب الأول : الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية في بعض الدول الأجنبية.

المطلب الثاني: الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية في بعض الدول العربية.

المطلب الأول
الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية
في بعض الدول الأجنبية

تتبنى بعض الدول الأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية في حين تتبنى دولاً أخرى الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية.

الفرع الأول: الدول الأجنبية ذات الأثر الفوري.

الفرع الثاني: الدول الأجنبية ذات الأثر الرجعي.

الفرع الأول
الدول الأجنبية ذات الأثر الفوري

من الدول الأجنبية التي تأخذ بالأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية كل من فرنسا، والنمسا، وأسبانيا، واليونان، وتركيا، ونشير كذلك لبعض الدول الاشتراكية.

أولاً: في فرنسا:-

فرنسا من الدول التي تعتنق الرقابة السياسية السابقة على إصدار التشريع، حيث يتولي المجلس الدستوري مسئولية رقابة الدستورية.

وبالتالي فلا تثار عندهم مشكلة الأثر الفوري أو الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، لأن عدم الدستورية يؤدي إلى عدم إصدار القانون وعدم تطبيقه، وكأن القانون لم يصدر.

ولكن- وكما سبق القول- فإنه في عام ٢٠٠٨ في الثالث والعشرين من يوليو صدر تعديل تحت مسمى التعديل الرابع والعشرين الفرنسي بموجب التشريع رقم ٧٢٤، وذلك بإضافة مادة جديدة إلي الدستور برقم ١/٦١ تتناول الرقابة اللاحقة وتعرف باسم المسألة الأولية.

وتنص هذه المادة علي :"في حالة التمسك - أثناء دعوى تنظرها إحدى المحاكم - بأن حكماً تشريعياً يتضمن اعتداءً على الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، فإنه يجوز عرض هذه المسألة على المجلس الدستوري بناءً على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض، الذي يفصل فيها خلال مدة محددة ويحدد قانون أساسي شروط تطبيق هذه المادة"

وقد حددت المادة ١/٦٢ من الدستورالأثر المترتب علي عدم دستورية هذه الحالة بقولها:

"يلغى الحكم الذي يصرح بعدم دستوريته على أساس نص المادة ١/٦١ اعتباراً من تاريخ نشر قرار

المجلس الدستوري أو من تاريخ آخر يحدده هذا القرار، ويحدد المجلس الدستوري الشروط والحدود التي يمكن فيها إعادة النظر في الآثار التي رتبها هذا الحكم، وقرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طعن، فهي ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الإدارية والقضائية" [1]

وعلى هذا فإن أثر الحكم في فرنسا- في مجال الرقابة اللاحقة، وبعد التعديل الأخير المنوه عنه:

الأصل: أنه يسري بأثر فوري مباشر ولا يرتد إلى الماضي.

الاستثناء: يجوز للمجلس الدستوري أن يحدد تاريخاً آخر لسريان أثر الحكم.

وإذا أعطى المجلس للحكم أثراً رجعياً فعليه أن يحدد شروط وحدود تلك الآثار.

ثانياً: النمسا:

تنص المادة ١٤٠ فقرة (٥) من دستور النمسا لعام ١٩٢٠ على:-

" القرار الذي تبطل به المحكمة الدستورية قانوناً أو جزءاً من قانون لعدم دستوريته، يُلزم المستشار الاتحادي أو حاكم الإقليم المعنى بنشر هذا البطلان فوراً وذلك تطبيقاً للفقرة الرابعة، ويسري هذا البطلان من يوم نشره، إلا إذا حددت المحكمة الدستورية مهلة بسريان هذا القانون أو الجزء من القانون الملغي، وفي حالة عدم التحديد لا يجوز أن تزيد هذه المهلة على ١٨ شهراً "

إذن الأصل هو سريان الحكم بعدم الدستورية فوراً، بل يجوز للمحكمة الدستورية أن تعطي مهلة للقانون أو الجزء المحكوم بعدم دستوريته للسريان لمدة أخرى لاحقة- بعد الحكم بعدم دستوريته - لا تزيد عن ١٨ شهراً [2]

وعلي ذلك يجوز للمحكمة أن تحدد لآثار حكمها تاريخاً لاحقاً عليه.

ثالثاً: أسبانيا:

طبقاً للمادة ١٦١ من دستور أسبانيا الصادر سنة ١٩٧٨ وكذلك المادة ٤٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر سنة ١٩٧٩ فإن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية لا يكون لها أثر رجعي بل أثر مباشر.

ومع ذلك يسري الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي- استثناءً- في حالة الحكم بعدم دستورية نص جنائي يقرر عقوبة ما أو نص إداري يقرر جزاءً ما، بما يؤدي إلى إلغاء العقوبة الجنائية أو الجزاء الإداري أو

---

[1] أ.د/ محمد محمد عبد اللطيف- مجلة الدستورية- سابق الإشارة ص ٢٤، أ.د/ يسري محمد العصار- نفس العدد ١٦ لسنة السابعة أكتوبر ٢٩ ص ٤٣ وما بعدها.

[2] في هذا: أ.د/ محمد محمد عبد اللطيف- إجراءات القضاء الدستوري - مرجع سابق ص ٢٥، أ.د/ محمد صلاح عبد البديع- الحكم بعدم الدستورية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر- دار النهضة العربية- الطبقة الأولى ٢ص ٣٢، مستشار دكتور/ عبد الله ناصف- مرجع سابق ص ٤٢، وكذلك:

Beguin : Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale D'ALLMAGNE, Éd. Économica, 1982 , p. 219 et s

حفظها أو بما يُفضي إلى الانقضاء أو الحد من المسئولية المترتبة في ظلها [١]

إذاً الأصل سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر فوري مباشر، والاستثناء سريانه بأثر رجعي بشأن العقوبات الجنائية أو الجزاء الإداري إذا كان في صالح المتهم.

رابعاً: اليونان:

وفقاً لنص الفقرة الرابعة من المادة ١٠٠ من دستور اليونان الصادر سنة ١٩٧٥، والتي تنص على:"الأحكام التي تصدر عن المحكمة الدستورية يكون لها أثر مباشر ما لم تحدد المحكمة في حكمها تاريخاً آخر" [٢]

خامساً: تركيا:

تنص المادة ١٥٣ من الدستور التركي الصادر سنة ١٩٦١ على:

"قرارات المحكمة الدستورية نهائية، وتصدر المحكمة قراراتها بالإلغاء مسببة كتابة.

على أن القانون أو النظام الداخلي الذي قررت المحكمة الدستورية إبطاله من جراء مخالفته للدستور يقف سريان مفعوله من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، وفي حالات الضرورة يجوز للمحكمة الدستورية أن تصدر قراراً منفصلاً بالتاريخ الذي يصبح فيه حكم الإبطال سارياً، ولا يجوز أن يتجاوز هذا التاريخ مدة سنة من تاريخ نشر القرار في الجريدة الرسمية.

وتُنشر قرارات المحكمة الدستورية في الجريدة الرسمية فوراً، وتلتزم بها أجهزة الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية والسلطة الإدارية والأشخاص الطبيعيين والأشخاص المعنوية" [٣]

إذاً ومن خلال النص السابق يتضح الآتي:-

الأصل أن الحكم بعدم الدستورية له أثر فوري وليس رجعي، ويجوز للمحكمة- في حالة الضرورة- أن تعطي للقانون المقضي عليه بعدم الدستورية مهلة لاحقة للسريان لا تتجاوز سنة من تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية.

سادساً: في بعض الدول الاشتراكية[٤] :

في بولندا نص الدستور البولندي الصادر سنة ١٩٩٧ في المادة ١٩٠ علي أن حكم المحكمة الدستورية

---

[١] أ.د/ مصطفى عفيفي- مرجع سابق ص ١٧١، أ.د/ محمد صلاح عبد البديع- المرجع السابق ص ٣٤.

[٢] أ.د/ محمد محمد عبد اللطيف – المرجع السابق ص ٢٥١، مستشار دكتور/ عبد الله ناصف- المرجع السابق ص ٤٤،ويراجع أيضاً: موسوعة الدساتير العالمية المترجمة إلى اللغة الإنجليزية والصادرة عن مؤسسة:
Oceane Publications. Inc. Dobbs Ferry, New York.
بعنوان : دساتير دول العالم:
Constitutions of the countries of world.
(**المصدر**: مستشار دكتور/ عبد الله ناصف- المرجع السابق ص ٤٤)

[٣] مستشار- دكتور/ عبد الله ناصف- المرجع السابق ص ٤٣، وكذلك: موسوعة الدساتير العالمية المترجمة إلى اللغة الإنجليزية والمشار إليها

[٤] يراجع في ذلك كل من : أ.د/ محمد محمد عبد اللطيف المرجع السابق ص ٢٥١، أ.د/ أحمد فتحي سرور – الحماية الدستورية – مرجع سابق ص ٣٣٦ و ما بعدها.

يُعمل به من تاريخ نشره، ويجوز للمحكمة أن تحدد تاريخاً آخر لانقضاء القوة الإلزامية للتشريع، ويقرر القانون للبرلمان سلطة رفض الحكم أو إلغاء القانون، وبالتالي فإنه اعتباراً من تاريخ إلغاء القانون من البرلمان تسري حجية الحكم وذلك في الحالة التي يقرر فيها البرلمان الموافقة على الحكم.

أما في يوغسلافيا وتشيكوسلوفاكياً [١] فيلتزم المجلس النيابي المختص بمطابقة القانون للدستور خلال ستة أشهر، وإذا انقضت هذه المدة دون صدور قانون جديد، فإن القانون المحكوم بعدم دستوريته يتوقف عن السريان.

ووفقاً لما سبق فإن بولندا تقرر الأثر الفوري للحكم بعدم الدستورية في حالة قبول البرلمان للحكم، مع جوار رفض البرلمان للحكم من حيث المبدأ.

وفي يوغوسلافيا وتشيكو سلوفاكيا فإن المجلس النيابي يلتزم بالحكم، وعليه في خلال ستة أشهر أن يصدر قانون جديد يتفادى أوجه عدم الدستورية السابقة، فإذا انقضت هذه المادة دون صدور هذا القانون، فإن الحكم بعدم الدستورية يتوقف عن السريان وبأثر فوري.

الفرع الثاني
الدول الأجنبية ذات الأثر الرجعي

وهي :الولايات المتحدة، إيطاليا، ألمانيا والبرتغال.

أولاً: الولايات المتحدة الأمريكية:

النظرية السائدة في الفقه والقضاء الأمريكيين أن الحكم بعدم الدستورية لا يبطل القانون ولا يلغيه، وأن الحكم بعدم الدستورية معناه أن القانون المحكوم عليه بمخالفته للدستور لم يكن قانوناً بالمعنى الفني، والنتيجة الحتمية لهذا التصوير السابق هو القول بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، فيعتبر القانون منعدم القيمة لا من وقت صدور الحكم بعدم دستوريته وإنما من وقت صدور القانون ذاته [٢]

ثانياً: إيطاليا:

تنص المادة ١٢٦ من دستور إيطاليا الصادر سنة ١٩٤٧ على:

"إذا أعلنت المحكمة عدم المشروعية الدستورية لنص قانوني أو نص له شكل القانون، فإن هذا النص يتوقف نفاذه اعتباراً من اليوم التالي لنشر قرار المحكمة" [٣]

كما تنص المادة ٣٠ من القانون الإيطالي رقم ٨٧ لسنة ١٩٥٣ على أن النصوص التي يقضي بعدم دستوريتها لا يجوز تطبيقها من اليوم التالي لنشر الحكم [٤]

---

[١] وذلك قبل انفصال التشيك عن سلوفاكيا، وقبل تقسيم يوغوسلافيا إلى دويلات (الصرب- الجبل الأسود- البوسنة والهرسك- كرواتيا- سلوفينيا).

[٢] في ذلك :- أ.د/ أحمد كمال أبو المجد- مرجع سابق ص ٢٢ وما بعدها، أ.د/ عزيزة الشريف- دراسة في الرقابة على دستورية التشريع- الكويت- مطبوعات جامعة الكويت طبعة ١٩٩٥ ص ٢٣٥ وما بعدها، وكذلك:
Wagner: op. cit., p. 367.

[٣] مستشار دكتور/ عبد الله ناصف- مرجع سابق ص ٤٢

[٤] أ.د/ صبري محمد السنوسي- مرجع سابق ص ١١، وكذلك:
Crisafulli:op.,cit ., P.114, et s.

والبين من ظاهر هذين النصين أن النصوص المحكوم عليها بعدم الدستورية يعني عدم جواز تطبيقها من اليوم التالي لنشر الحكم، وهذا يوحي بأن أثر الحكم مباشراً، إلا أن الفقه الإيطالي ذهب إلى تفسير هذه العبارة بما يسمح بسريان الحكم علي الوقائع السابقة على صدوره بجانب عدم سريان هذا القانون في المستقبل، وكذلك فإن المحكمة الدستورية اعتنقت الأثر الكاشف لأحكامها في حالات الدفع الفرعي من جانب الأفراد، بما يجعل أثر الحكم يمتد إلى الوقائع السابقة عليه، وبالتالي يكون للحكم أثر رجعياً [1]

ثالثاً: ألمانيا الاتحادية:

وفقاً للمادة ٧٨ من قانون المحكمة الدستورية الاتحادية يترتب على عدم الدستورية إلغاء النص الغير دستوري، وفي بعض الحالات تكتفي المحكمة بتقرير عدم الدستورية.

والقاعدة أن الإلغاء يحدث أثر رجعياً يسرى على الماضي، والحكم الصادر ليس إلا كاشفاً عن عدم الدستورية، وذلك لأن الفكر التقليدي الألماني يُرتب على الإلغاء أثر رجعياً بحكم القانون، والقاضي الدستوري لا يفعل سوى أن **"يقرر"** أو **"يكشف"** عن عدم المطابقة بين القاعدة الأدنى والقاعدة الأعلى، ويحدث الإلغاء بأثر رجعي من وقت حدوث هذا التعارض أو التصادم.

وأن الإلغاء بأثر رجعي قائم أيضاً في حالة إلغاء القرارات الإدارية، غير أن المشرع قد يتدخل أحياناً عن طريق التصحيح التشريعي فيصيب الأثر الرجعي بالشلل، وتظل قيمة الإلغاء للمستقبل وليس للماضي. [2]

رابعاً: البرتغال:

وفقاً للمادة ٢٨٢ من الدستور البرتغالي، فإن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية تبدأ من وقت سريان القاعدة التي قضي بعدم دستوريتها، ومع ذلك فقد وردت عدة استثناءات على هذه القاعدة ورد بعضها في الدستور، وقد تخرج المحكمة الدستورية على هذه القاعدة لاعتبارات راجعة للاستقرار القانوني أو لاعتبارات العدالة والمصلحة العامة ذات الأهمية غير العادية. [3]

---

[1] في ذلك:- أ.د/ محمد محمد عبد اللطيف- مرجع سابق ص ٢٥٥، أ.د/ صبري محمد السنوسي المرجع السابق ص ١٢، أ.د/ محمد صلاح عبد البديع- المرجع السابق ص ٢١ وما بعدها (مشيراً إلى أ.د/ محمد السيد زهران- الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا- مجلة إدارة قضايا الحكومة ١٩٧- العدد الأول ص ١١ وما بعدها)

[2] أ.د/ محمد محمد عبد اللطيف - المرجع السابق ص ٢٥٢ وما بعدها.
Lassalle : op.cit.,p.13,et

[3] المرجع السابق ص ٢٥٥.

المطلب الثاني
الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية في بعض الدول العربية

الدول العربية التي تأخذ بنظام الرقابة السياسية السابقة على إصدار القانون لا تثور فيها مشكلة الأثر الفوري أو الرجعي، وهذا هو الحال في كل من دول المغرب العربي مثل المغرب وتونس والجزائر، أما الدول التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية مثل الإمارات والكويت والبحرين، وكذلك نظام الرقابة السياسية اللاحقة على إصدار القانون مثل لبنان؛ فإن مشكلة سريان الحكم بعدم الدستورية من حيث الفورية والرجعية هو ما يمكن تصورها في هذه البلاد، وهو ما يقتصر عليه البحث.

وذلك وفقاً للآتي:

أولاً :في لبنان:

الرقابة في لبنان سياسية يمارسها المجلس الدستوري ولكنها رقابة لاحقة على إصدار القانون، أما إذا قرر المجلس الدستوري اللبناني عدم دستورية القانون كلياً أو جزئياً، هنا تبرز الحجية العينية المطلقة أوضح ما تكون، فهو يتمتع بحجية عينية مطلقة إزاء كافة السلطات والكافة، سيما وأن الفقرة الثانية من المادة ٢٢ من قانون إنشاء المجلس نصت صراحة على أنه إذا قرر المجلس الدستوري أن النص موضوع المراجعة مشوب- كلياً أو جزئياً- بعيب عدم الدستورية فإنه يقضي بإبطاله بقرار معلل، وأن النص يعتبر كأن لم يصدر، أي بأثر رجعي منذ صدوره، ولا يجوز لأي جهة الاحتجاج به [١]

ويستفاد من ذلك أن الحكم بعدم الدستورية في لبنان له أثر رجعي يرتد إلى وقت صدور النص الذي قضي بعدم دستوريته.

ثانياً : في الإمارات العربية:

لم تتطرق النصوص الدستورية لأثر الحكم بعدم الدستورية سواء بأثر مباشر أم بأثر رجعي، وبالتالي لا مفر من اللجوء إلى القواعد العامة في هذا الصدد، ووفقاً لتلك القواعد تعد الأحكام ذات طبيعة كاشفة أي أنها تفصح عن العيب الذي لابس النص منذ صدروه، والطبيعة الكاشفة للأحكام مؤداها سريان أثرها بأثر رجعي، وهكذا يتعين اعتبار القانون غير موجود منذ صدوره [٢]

ثالثاً : في الكويت:

وفقاً للفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ من الدستور الكويتي في حالة تقرير المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون أو لائحة يعتبر كأن لم يكن، فإن مقتضى هذا النص أن الحكم الصادر بعدم الدستورية حكم ذو أثر رجعي، فمعنى ذلك أن التشريع الباطل لمخالفته للدستور يكون باطلاً منذ وجوده وليس من تاريخ إقامة الدعوى بعدم الدستورية، لأنه منذ وجوده كان مخالفاً للدستور [٣]

---

[١] أستاذنا الدكتور/ محمد رفعت عبد الوهاب- رقابة دستورية القوانين مرجع سابق ص ٣٦٨ وما بعدها.

[٢] في ذلك: المستشار/ خالد عبد الله عبد الرزاق النقبي- الرقابة على دستورية القوانين، طبعة ٢٧ بدون ناشر، المصدر: كلية الحقوق جامعة الإسكندرية.

[٣] أ.د/ رمزي الشاعر- رقابة الدستورية- مرجع سابق ص ٢١٢.

رابعاً : في البحرين :

نصت المادة ١٠٦ من دستور مملكة البحرين ٢٠٠٢ في فقرتها الثانية على أن "يكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أثر مباشر، ما لم تحدد المحكمة لذلك تاريخاً لاحقاً، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي ؛ تعتبر الأحكام الصادرة بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم يكن..."

وجاء في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٣١ من قانون المحكمة الدستورية على أنه:

"ويكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة في جميع الأحوال أثر مباشر.

ويمتنع تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم الثاني لنشر الحكم ما لم تحدد المحكمة تاريخاً لاحقاً لذلك، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن، ويقوم الأمين العام بتبليغ المدعي العام بالحكم فور النطق به لتنفيذ ما يقتضيه"[١]

إذن البحرين- في مجال الرقابة اللاحقة - تطبق الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية ؛ بل ويكون للمحكمة أن تحدد لسريان الحكم تاريخاً لاحقاً، ويستثنى من ذلك الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة فيكون لها أثر رجعي يرتد إلى وقت صدور النص المحكوم عليه بعدم الدستورية[٢]

وعلى ما تقدم :

فإن كل من لبنان والكويت والإمارات تأخذ بنظام الأثر الرجعي لأحكام عدم الدستورية، بينما البحرين تأخذ بنظام الأثر المباشر لأحكام عدم الدستورية باستثناء الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة استناداً للنص المقضي بعدم دستوريته، حيث يكون لها أثر رجعي يرتد إلى وقت صدور هذا النص.

---

[١] أ.د/ رمزي الشاعر- المرجع السابق ص ٢٥٢ وما بعدها.

[٢] مع ملاحظة أن هذا النص – على ما سنراه لاحقاً - يشبه إلى حد كبير نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر.

المبحث الثاني
الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية في مصر

تمهيد وتقسيم:

الحكم بعدم دستورية النصوص الجنائية لا جدال فيه بأن أثره الزمني رجعي، وذلك بموجب نص الفقرة الرابعة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، حيث جاء فيها بالنص :" **فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي؛ تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بالمحكمة بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه**" وهذه الفقرة ثابتة كما هي فلم يتناولها التعديل بثمة شئ.

وجلّ الفقه يرى ذلك، لكن البعض يبدو أنه يجعل الفقرة الرابعة هي جزء من الفقرة الثالثة، ومن ثم يشملها التعديل، وإن لم يصرح بذلك، **من ذلك :**

١-"أما فيما يتعلق بالحكم بعدم دستورية أحد النصوص الجنائية فقد كانت المادة ٤٩ – قبل تعديلها – تنص على أن هذه الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى هذا النص كأن لم تكن ويقوم رئيس هيئة المفوضين بإبلاغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه، أما التعديل الجديد أهدر العديد من الضمانات الخاصة بالمحكوم عليهم في قضايا جنائية... " [١]

٢- " قواعد السريان الزماني لحكم عدم الدستورية وفق نص المادة ٣/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا مقروءة بحسب التعديل الوارد بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ أنها تتضمن إجمالاً:

- أثراً مباشراً وجوبياً في المسائل الضريبية - أثراً رجعياً وجوبياً وكاملاً في المسائل الجنائية
- أثراً رجعياً في المسائل الأخرى كأصل عام" [٢]

لكن الجدال والخلاف قائم ولا يزال- سواء قبل التعديل أم بعده - كان بشأن الفقرة الثالثة من المادة المشار إليها.

وعليه. ..نتناول الأثر الزمني في مصر قبل التعديل التشريعي الصادرعام ١٩٩٨ بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ علي نص الفقرة الثالثة المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وبعده – فيما يتعلق بالنصوص الغير جنائية - وموقف القضاء الدستوري وآراء الفقه في كل من المرحلتين، وفقاً للآتي:

المطلب الأول : الأثر الزمني قبل التعديل.

المطلب الثاني: الأثرالزمني بعد التعديل.

---

[١] يراجع مقال المستشار الدكتور/ عبد الله ناصف سيادته بجريدة الأحرار بتاريخ ١٩٩٨/٨/١٤ ومشار إليه في مؤلفه سالف الإشارة ص ٢٨٥ وما بعدها.

[٢] أ.د/ محمد فؤاد عبد الباسط – مرجع سابق ص ١٤١

المطلب الأول
الأثرالزمني قبل التعديل

حيث نتعرض للنص التشريعي، وما صاحبه من تقرير لجنة التشريعية بمجلس الشعب، والمذكرة الإيضاحية للقانون والمقدمة من وزارة العدل، وكذلك موقف المحكمة الدستورية العليا، وآراء الفقه.

الفرع الأول
النص التشريعي

جاء بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الآتي: **"يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم "**

تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الشعب بشأن هذا النص:

جاء بتقرير اللجنة التشريعية عن مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ **بخصوص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ ما يلي:**

"ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ومقتضى ذلك أن بطلان النص المخالف للدستور **يتم من هذا التاريخ اللاحق للحكم**، وليس في ذلك أية مخالفة أو تعارض مع نص الدستور، حيث ترك المشرع الدستوري أمر تحديد آثار الحكم بعدم الدستورية للمشرع العادي دون تقييده بقاعدة ما في هذا الصدد...

وعلي ما تقدم فإن النص الوارد في المادة ٣/٤٩ يقرر **الأثر المباشر** للحكم بعدم الدستورية كقاعدة عامة، والاستثناء هو الأثر الرجعي في حالة الأحكام الصادرة بالإدانة استناداً لنص جنائي قُضي بعدم دستوريته ؛ فإن الحكم يرتد إلى وقت صدور هذا النص، وهذا هو ما جاء بتقرير اللجنة التشريعية [1]

المذكرة الإيضاحية للنص:

المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، والصادرة عن **وزير العدل جاء بالفقرة ١٠ منها:-**

"تناول القانون 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 في المستقبل فحسب ؛ وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص**، على أن يُستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم.

أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي ؛ فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت أحكاماً باتة"

---

[1] النشرة التشريعية - مرجع سابق - الإشارة إليه- ص ٣٥٧٨.

ولعلّ ما ترمى إليه المذكرة الإيضاحية بقولها " وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه على أن مؤداه..... إلخ" مقصدها هو المادة ٣٠ من القانون الإيطالي رقم ٨٧ لسنة ١٩٥٣، حيث ذكرنا من قبل أن ظاهر النص يوحي بأن للحكم أثر مباشر وليس رجعياً، إلا أن الفقه الإيطالي ذهب إلى تفسيرها بما يسمح بسريان الحكم على الوقائع السابقة على صدوره، وكذلك فإن المحكمة الدستورية الإيطالية اعتنقت الأثر الكاشف لأحكامها في حالات الدفع الفرعي من جانب الأفراد بما يجعل للحكم أثراً رجعياً.

وبذلك تكون المذكرة الإيضاحية المقدمة من وزارة العدل قد قررت أثراً رجعياً للنصوص غير الجنائية، ويُستثني من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم.

الفرع الثاني
موقف المحكمة الدستورية العليا

المحكمة الدستورية العليا تعتنق الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، وفي هذا تواترت أحكامها:

*"... أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية- وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري - تكون لها حجية مطلقة ولا يقتصر أثرها على الخصوم في تلك الدعاوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وكذلك جميع سلطات الدولة، **كما أن مؤدى عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم- وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون- لا يقتصر على المستقبل فحسب وإنما ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم، على أن يُستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت حين صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم"*** [1]

و *"....وحيث أن الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة، إذ هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره، **الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حكمية لطبيعة الكاشفة** - بياناً لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه - **منذ صدوره**، وما إذا كان هذا النص جاء موافقاً للدستور وفي حدوده المقررة شكلاً وموضوعاً، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية، ويستمر نفاذه، أم أنه صدر متعارضاً مع الدستور فينسلخ عنه وصفه، وتنعدم قيمته **بأثر ينسحب إلى يوم صدوره**، وفضلاً عن ذلك فإن المشرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام أي من جهات القضاء، إما من تلقاء نفسها أو بطريقة الدفع الفرعي من أحد الخصوم، وأوجبت على الجهة القضائية- عند الشك في عدم الدستورية- وقف الدعوى أو تأجيلها انتظاراً*

---

[1] من حكم جلسة ١١ يونيه ١٩٨٣ في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ٣ ق دستورية المجموعة، الجزء ٢ ص ١٤٨

لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسألة المثارة، إنما كان يبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أُثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضى بعدم الدستورية، وهي منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة- بالضرورة- على الحكم بعدم الدستورية، **فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي لأصبح لزاماً على قاضي الموضوع- الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته- أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته، مما يأباه المنطق القانوني السليم، ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية، ولا يحقق لمبدي الدفع أية فائدة عملية**، مما يجعل الحق في التقاضي- وهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور في المادة ٦٨ منه للناس كافة- بالنسبة للمسألة الدستورية - غير مجدٍ ؛ مجرداً من مضمونه، الأمر الذي ينبغي تنزيه المشرع عن قصد التردي فيه، وبالإضافة إلى ذلك فإن النص في المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية، وهو خطاب تشريعي موجه لجميع سلطات الدولة وللكافة للعمل بمقتضاه، ولما كان قاضي الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعي فإنه يكون متعيناً عليه- عملاً بهذا النص- ألا ينزل حكم القانون المقضي بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل، وذلك يؤكد قصد المشرع في تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت في ظل القانون الذي قضي بعدم دستوريته، وقد أعملت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد إسقاط حجية الأمر المقضي لتعلقها بالإدانة في أمور تمسّ الحريات الشخصية، فنصت على أنه "فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي؛ تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن" **أما في المسائل الأخرى غير الجنائية فيسري عليها كذلك الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على ما سلف بيانه، ما لم تكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانوني آخر ترتكن إليه ويحد من إطلاقه الرجعية عليه، وهو ما أفصحت عند المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا في تعليقها على نص المادة ٤٩ منه.."** [1]

إذاً البين من أحكام المحكمة سالفة البيان أنها تقرر الأثر الرجعي في غير النصوص الجنائية، ومبررات ذلك لديها:

---

[1] من حكم جلسة ١٩٩/٥/١٩ في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ من دستورية- المجموعة الجزء ٤ص ٢٥٦ ،وحكم جلسة ٣ /١١/ ١٩٩٦ في الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٨ ق دستورية -المجموعة- الجزء ٨- ص ١٩٥، ويراجع كذلك أحكام المحكمة في الدعاوي التالية: ١٦ لسنة ٣ ق دستورية جلسة ١٩٨٢/٦/٥، المجموعة ج ٢ ص ٦٦ ، ٧ لسنة ١٤ ق منازعة تنفيذ جلسة ١٩٩٣/٦/١٩، المجموعة ج ٥ / ٢ ص ٥٣، ٢٥ لسنة ١٦ ق دستورية جلسة ١٩٩٥/٧/٣، المجموعة ج ٧ ص ٩٣ ،٢ لسنة ١٦ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/٢/٣، الجريدة الرسمية العدد ٤٩ في ١٩٩٦/١٢/١٢، ٤ لسنة ١٧ ق دستورية جلسة ١٩٩٦/٥/٤، المجموعة ج ٧ ص ٦٢٥، ١٣٢ لسنة ١٨ ق دستورية جلسة ١٩٩٨/١/١٣، الجريدة الرسمية، العدد ٣ في ١٩٩٨/١/١٥.

١- الاستناد إلى قاعدة أن الأحكام بطبيعتها كاشفة وليست منشئة.

٢- سريان الحكم بأثر فوري لا يستفيد منه المدعي رافع الدعوى الدستورية.

٣- تفسير المادة ٣/٤٩ من خلال الاعتماد على المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قانون إنشائها والمقدمة من وزير العدل.

علي أن يُستثني من هذا الأثر الرجعي العلاقات والمراكز القانونية التي استقرت بحكم قضائي حائز لقوة الأمر المقضي أو انقضاء مدة تقادم.

الفرع الثالث
آراء الفقه

الفقه منقسم في هذه المسألة بين اتجاهين: أحدهما يؤيد الأثر الرجعي، والآخر يؤيد الأثر الفوري المباشر، وذلك علي النحو التالي:

الاتجاه الأول: المؤيد للأثر رجعي [١] ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى الآتي:-

١- أن عبارات المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المحكمة الدستورية العليا المقدم من وزير العدل نصت على الأثر الرجعي لأحكام المحكمة الدستورية العليا سواء بشأن النصوص العقابية أو النصوص الغير عقابية.

٢- أن الأصل في الأحكام القضائية عموماً أنها كاشفة وليست منشئة، فهي لا تستحدث جديداً، ولا تنشأ أوضاعاً أو مراكز قانونية لم تكن قائمة من ذي قبل، وعلة ذلك أن الحكم بعدم الدستورية يكشف عن العوار الدستوري في النص المعيب منذ صدوره، ومن ثم يكون لزاماً أن يرتد ذلك إلى يوم صدور هذا القانون لا من يوم نشر الحكم بعدم الدستورية.

٣- نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا يجد مصدره التاريخي في نص المادة ٣٠ من القانون الإيطالي رقم ٨٧ لسنة ١٩٥٣ مما يوجب تفسير النص في إطار هذا المصدر التاريخي، ولقد استقر الفقه والقضاء في إيطاليا على عدم قصر التطبيق على الوقائع والمراكز القانونية التي تتكون بعد نشر الحكم بعدم الدستورية ؛ وإنما يمتد ذلك إلى الوقائع والمراكز القانونية قبل الحكم [٢]

---

[١] في هذا الاتجاه:-
أستاذنا الدكتور/ محمد رفعت عبد الوهاب- رقابة دستورية القوانين- مرجع سابق ص ٢٩٥ وما بعدها، أ.د/ مصطفي أبو زيد فهمي – مرجع سابق ص ٤٩٢ **(علماً أن سيادته عدل لاحقاً عن هذا الرأي، وكما سنري بشأن الأثر الفوري)** ، أ.د/ رمزي الشاعر- رقابة الدستورية- مرجع سابق ص ٥٦٨، أ.د/ يحيى الجمل- القضاء الدستوري في مصر، مرجع سابق ص ٢١٨، أ.د/ محمد محمد عبد اللطيف- مرجع سابق ٢٥٥ وما بعدها،
أ.د/ ماجد راغب الحلو - القانون الدستوري- طبعة ٢٨ دار الجامعة الجديدة، ص ٤٣، أ.د/ بكر القباني- القانون الدستوري- دار النهضة العربية- دون تاريخ للنشر ص ٢٣٩ وما بعدها، أ.د/ محمد صلاح عبد البديع، قضاء الدستورية، مرجع سابق ص ٤٢٨ وما بعدها، مستشار دكتور/ محمد ماهر أبو العنين- مرجع سابق ص ٢٣٢ وما بعدها، مستشار دكتور/ عادل شريف عمر- مرجع سابق ص ٤٧٢ وما بعدها، مستشار دكتور/ عبد الله ناصف- مرجع سابق ص ٥٦ وما بعدها، أ.د/ صبري محمد السنوسي- مرجع سابق ص ١١، أ.د/ صلاح الدين فوزي- الدعوى الدستورية ص ٣ وما بعدها، أ.د/ رفعت عيد- مرجع سابق ص ٤٩٨

[٢] انفرد بذلك : أ.د رمزي الشاعر- رقابة الدستورية ص ٥٧٣ مستنداً سيادته في ذلك إلى أهمية المصدر التاريخي في تفسير القاعدة الدستورية.

٤- القول بعدم سريان الحكم بأثر رجعي مفاده أن قاضي الموضوع سوف يضطر لتطبيق النص المحكوم عليه بعدم الدستورية، باعتبار أن الحكم بعدم الدستورية له أثر مباشر، ولأن الوقائع المعروضة على قاضي الموضوع الذي دُفع أمامه بعدم الدستورية أو أحال المسألة الدستورية للمحكمة الدستوري هي بطبيعتها سابقة على الحكم بعدم الدستورية مما يأباه المنطق السليم ولن يستفيد المدعي- رافع الدعوى الدستورية من دفعه.

هذه هي مجمل أسانيد الفقه أصحاب الاتجاه المؤيد للأثر الرجعي بعدم الدستورية في مجال النصوص الغير عقابية، والتي يمكن ردها أيضاً إلي :

١- الاستناد إلى قاعدة أن الأحكام بطبيعتها كاشفة وليست منشئة.

٢- سريان الحكم بأثر فوري لا يستفيد منه المدعي رافع الدعوى الدستورية.

٣- تفسير المادة ٣/٤٩ من خلال الاعتماد على المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قانون إنشائها والمقدمة من وزير العدل.

٤- أهمية المصدر التاريخي للنص للوقوف علي حقيقته وجلاء غموضه.

وتخفيفاً من قاعدة الرجعية يرى هذا الاتجاه أن قيدا الأثر الرجعي- وكما جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المحكمة الدستورية العليا- سالف الذكر- هما التقادم والحكم الحائز لقوة الأمر المقضي به.

وعلي ذلك يكون هذا الاتجاه قد حذا حذو المحكمة الدستورية العليا شبراً شبراً ؛ فيما عدا الاستناد إلي المصدر التاريخي.

الاتجاه الثاني : المؤيد للأثر المباشر الفوري[١]:

الحكم بعدم الدستورية في مجال النصوص الغير عقابية له أثر فوري مستقبلي، ولا يرتد إلى الماضي بأي حال من الأحوال من ذلك :

١- " أرى أن الحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية العليا وعدم تقرير الحجية النسبية التي تقتصر على أطراف النزاع والدعوى المطروحة فقط، وإلزام السلطات العامة والكافة بالحكم وعدم جواز تطبيق نص القانون الغير دستوري **من اليوم التالي لنشر الحكم** يؤدي إلى القول بأن حكم المحكمة الدستورية العليا هو في حقيقة الأمر إلغاء للقانون غير الدستوري وإن كان المشرع لم يقرر ذلك صراحة" [٢]

٢- "وضوح عبارات المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا وضوح الشمس في رابعة النهار

---

[١] ومن أنصار هذا الاتجاه:
أ.د/ محسن خليل مرجع سابق ص ٤٧٨، أ.د/ مصطفى أبو زيد فهمي- الدستور المصري فقهاً وقضاءً- الطبعة التاسعة دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ١٩٩٦- تمهيد ومقدمة هذا الكتاب، أ.د/ سليمان الطماوي- النظم السياسية والقانون الدستوري- دار الفكر العربي ١٩٨٨ ص ٣٩٣، أ.د/ مصطفى محمود عفيفي- مرجع سابق ص ٢٧٦ ،
أ.د/ محمد عبد العال السناري- الشريعة الإسلامية وضوابط رقابة دستورية القوانين \في مصر- عالم الكتب- ١٩٨٦ ص ٢٢، مستشار دكتور/ عبد الحميد الشواربي- والمستشار/ محمد محمود المصري- مؤلف مشترك- دستورية القوانين في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف ١٩٨٦ ص ١٨

[٢] أ.د/ محسن خليل- المرجع السابق ص ٤٧٨

لا تسمح على الإطلاق بأي خطأ في التفسير، أو تجعل ثمة مجال في التأويل... وليس ثمة اجتهاد لأحد إذا كان النص نفسه شديد الوضوح، والاجتهاد لا يكون إلا مع النص المشوب بالغموض " [1]

٣- " يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ومعنى ذلك أن أحكام المحكمة في هذا المجال **"منشئة"** وليست كاشفة فليس لها أثر رجعي" [2]

٤- "بالاستناد إلى ما ورد بتقرير اللجنة التشريعية لمجلس الشعب حيث أن عدم جواز تطبيق النص المقضي عليه بعدم الدستورية من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم ليس فيه أي معارضة مع نص الدستور على أن يستثنى من ذلك الأثر الرجعي النصوص الجنائية سواء العقابية أم تلك التي تتعلق بالإجراءات، فتعتبر الأحكام الصادرة بالإدانة استناداً إلى النص الباطل دستورياً كأن لم تكن " [3]

وعلى ذلك فإن ملخص أسانيد اتجاه الأثر الفوري يتحدد في الآتي:-

١- وضوح النص ولا اجتهاد مع النص شديد الوضوح حيث يقرر النص الأثر المباشر بقوله "عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم..."

٢- بالاستناد إلى تقرير اللجنة التشريعية لمجلس الشعب عن مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، فيما يتعلق بالمادة ٤٩ من هذا القانون.

٣- أن الحكم بعدم الدستورية ليس كاشفاً وإنما هو حكم منشئ.

المطلب الثاني
الأثر الزمني للحكم بعدم الدستورية بعد التعديل

نتناول ما يلي:

الفرع الأول: نصّ التعديل التشريعي للفقرة الثالثة من المادة ٤٩.

الفرع الثاني : الأثر الزمني بعد التعديل في الفقه.

الفرع الثاني: الأثر الزمني بعد التعديل في قضاء المحكمة الدستورية العليا.

الفرع الأول

نص التعديل التشريعي

بالقرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨

في الأول من يوليه لعام ١٩٩٨ صدر تعديلاً للفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على النحو التالي:

يُستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

---

[1] أ.د/ مصطفى أبو زيد فهمي- المرجع السابق ص (د) وص (هـ) مما هو جدير بالذكر أن سيادته كان من أنصار الرجعية، كما هو وارد عند تناول آراء أنصار الرجعية.

[2] أ.د/ سليمان الطماوي المرجع السابق في موضعين من مؤلفة ص ٣٩٣ وص ٥٦٥، أ.د/ مصطفى عفيفي- المرجع السابق ص ٢٧٦.

[3] مستشار دكتور/ عبد الحميد الشواربي والمستشار/ محمد محمود - المرجع السابق ص ١٨

النص الآتي: **"ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر أسبق، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعي من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص"** [1]

هذا .. وقد نشر استدراك لهذا التعديل على النحو التالي:

"وقع خطأ مادي في الفقرة الثانية من القرار بقانون المشار إليه بيانه الآتي:

"ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر أسبق..."

والصواب هو"ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر. . لذا لزم التنويه"[2]

أي أن كلمة **"أسبق"** كانت زائدةً، فتم حذفها بموجب هذا الاستدراك [3]

وعلى هذا وبعد التعديل نكون - في مجال الأثر الزمني أمام نوعين من النصوص:

أولاً: نصوص ضريبية: وهذه حُسم أمرها، بأن لها أثر فوري مباشر بنص التعديل، يسري على المستقبل ولا يرتد إلى الماضي، مع استنفادة المدعي رافع الدعوى الدستورية، والخصوم المدخلين فيها، وكذلك المستفيد من الدعوى الدستورية في حالتي **"الإحالة"** من جانب محاكم الموضوع" [م ٢٩ (أ) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩] و**"التصدي"** طبقاً لنص المادة ٢٧ من القانون المشار إليه.

ثانياً: باقي النصوص التشريعية الأخرى: أيا كانت تلك النصوص:

١- أبقي التعديل علي ذات العبارة السابقة قبل التعديل "عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية" كقاعدة عامة، والاستثناء أنه **رخصّ للمحكمة الدستورية تحديد تاريخ سريان الحكم الصادر بعدم الدستورية**.

<u>والسؤال : إذا لم يحدد الحكم هذا التاريخ، هل يكون للحكم أثررجعي على النحو السابق قبل التعديل كما استقر على ذلك أحكام المحكمة الدستورية العليا وكذلك الكثير من الفقه، أم يسري بأثر فوري مباشر؟</u>

نستطلع آراء الفقه وأحكام المحكمة الدستورية العليا، في التالي:

---

[1] صدر هذا القرار بقانون بتاريخ ١ يوليه ١٩٩٨، الجريدة الرسمية العدد ٢٨ مكرر (ب) في ١٢ يوليه ١٩٩٨

[2] الجريدة الرسمية نفس العدد السابق

[3] هذا التعديل أثار خلافاً في الفقه حول مدي دستوريته، فقد قال البعض بعدم دستوريته، وقال البعض الآخر بدستوريته، إلا أن المحكمة الدستورية العليا حسمت الأمر بدستوريته بموجب حكمها الصادر في الدعوي رقم ٧٦ لسنة ٢٢ ق، المجموعة، الجزء ١ ص ٤٩٣ فقطعت بذلك قول كل خطيب.

الفرع الثاني
الأثر الزمني للحكم بعد التعديل في الفقه

الفقه أيضاً بين اتجاهين ؛ فريق يعتنق الأثر الرجعي، وفريق يعتنق الأثر الفوري، ونبين ذلك على النحو التالي:

أولاً:الآراء المؤيدة للأثر الرجعي في غير النصوص الضريبية وفي الجنائية:

الرأي الأول:

"الأصل العام أن الحكم بعدم الدستورية له أثر رجعي على الماضي، فالنص المحكوم بعدم الدستورية يعتبر إذاً باطلاً ليس فقط من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم دستوريته، بل منذ صدوره، ومع ذلك يعطي النص سلطة تقديرية للمحكمة الدستورية العليا للاستثناء من الأثر الرجعي وتقرير أثر مباشر لبعض الأحكام بعدم الدستورية"[1]

الرأي الثاني:

"الأثر الرجعي هو القاعدة التي يفرضها نص المادة ٤٩ قبل تعديلها وبعده، خاصة إذا قارننا بين النص الذي نُشر في الجريدة الرسمية يوم صدور التعديل والاستدراك الذي نشر في اليوم التالي، لذلك فلقد كان النص عند نشره - أول مرة - يقضي بعدم تطبيق الحكم من اليوم التالي للنشر ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخاً آخر أسبق، وهو ما يدل على أن المشرع قد جعل القاعدة هي الأثر المباشر للحكم، وأجاز للمحكمة أن تتغاضى عن هذا الأثر المباشر وتحدد تاريخاً أسبق لتطبيق أثر الحكم، وبمعنى آخر لتجعل للحكم أثر رجعياً.

إلا أن الاستدراك حذف كلمة "أسبق" من النص فدّل بذلك على أن المشرع قد أراد الإبقاء على ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا من تطبيق للأثر الرجعي على الأحكام التي تصدر منها بعدم دستورية قانون أو لائحة"[2]

الرأي الثالث: بمناسبة اعتراضه على الآراء بأن للأحكام في غير المواد الضريبية أثر مباشر والاستثناء أن تحدد المحكمة تاريخاً آخر لسريان حكمها، يقول هذا الرأي:

"ولكننا نرى أن هذا الرأي لم يصادف الحقيقة. .. لأن المذكرة الإيضاحية لمشروع القرار بقانون سلّمت بصحة ما انتهى إليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في مجال تفسيره لنص المادة ٣/٤٩ من أن "الحكم الذي يصدر بعدم دستورية نص تشريعي يكون أثر يمتد إلى الماضي برجعية تحكم الروابط السابقة على صدور الحكم كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، وبيّنت المذكرة الإيضاحية أن الإطلاق في تطبيق الأثر الرجعي قد أدى إلى صعوبات متعددة. .. وأنه علاج لمشكلات إطلاق الأثر الرجعي رأى المشرع تخويل المحكمة تقرير أثر غير رجعي لحكمها أي تقرير أثر غير مطلق لحكمها، وهو ما يعني أن الأصل في

---

[1] أستاذنا الدكتور/ محمد رفعت عبد الوهاب – رقابة الدستورية، مرجع سابق ص ٣١

[2] أ.د/ رمزي الشاعر – دستورية القوانين ص ٥٧١ وما بعدها

الأحكام الصادرة بعدم الدستورية في المواد غير الضريبية هو الأثر الرجعي المطلق، والاستثناء ما يحدده الحكم من تاريخ آخر لسريان أثره"[١]

الرأي الرابع:

"مؤدى القرار بقانون ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ هو الإبقاء على الأثر الرجعي قاعدةً عامة في تحديد السريان الزماني لحكم عدم الدستورية، مع إيراد الأثر المباشر كاستثناء على هذه القاعدة وجوباً في المسائل الضريبية ورخصة في غيرها للمحكمة الدستورية العليا"[٢]

هذه الآراء – إذن - تري أن الأصل هو الأثر الرجعي مع تقييده بالحقوق والمراكز التي استقرت بحكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي أو انقضاء مدة تقادم كما هو الحال في النص الأصلي قبل التعديل، والاستثناء ما لم يحدد الحكم أثر مباشر وهذا هو الجديد في التعديل.

ثانياً:الآراء المؤيدة للأثر الفوري:

الرأي الأول:

"هذا التعديل في الواقع رغم أنه – ظاهرياً - يبدو أنه لم يمسّ القاعدة الأساسية النابعة من الطبيعة الكاشفة للحكم والمتعلقة بسريان الحكم بأثر رجعي وفقاً لما سبق تناوله وتوضيحه، إلا أنه في حقيقة الأمر يقر بالأثر المباشر للحكم النابع من الطبيعة المنشئة للحكم، ويبدو ذلك من أكثر من ناحية كما يلي:

- أعطى المشرع للمحكمة الدستورية العليا سلطة أو رخصة في تحديد تاريخ سريان الحكم. ..
- الأحكام الصادرة في مجال النصوص الضريبية لا يكون لها إلا أثر مباشر"[٣]

الرأي الثاني:

"من المنطقي أن يكون للبطلان أثراً فورياً وليس رجعياً، فالعلائق القانونية التي قامت منذ صدور القانون وهو صحيح في إجراءاته وشكله وصادر من الجهة المختصة بإصداره هي علائق قانونية صحيحة تمت في إطار ظاهر مطابقة القانون للدستور، ولا يجوز وفقاً للنظريات القانونية المتعلقة بالوضع الظاهر أن تهتز هذه العلائق أو ترتبك بصدور الحكم بعدم دستورية النص التشريعي، ومن هنا كان الأثر الفوري للحكم الصادر بعدم الدستورية وجاهته وقوته إزاء استقرار الأوضاع القانونية. .. فإن التعديل في نظرنا أعطى للمحكمة فرصة ذهبية لاستعمال سلطتها في تحديد الأثر الفوري لأحكامها، والذي نرى أنه يجب أن يطال جميع التشريعات أو النصوص التي تقضي للمحكمة بعدم دستوريتها لأسباب لا تتعلق بعيب الاختصاص أو الشكل والإجراءات[٤]

---

[١] مستشار دكتور/ عبد الله ناصف – مرجع سابق ص ١١٢

[٢] أ.د/ محمد فؤاد عبد الباسط – مرجع سابق هامش ص ١٣ وما بعدها

[٣] أ.د/ صبري محمد السنوسي – مرجع سابق ص ١٣٣ وما بعدها

مع ملاحظة: أن سيادته جعل للحكم طبيعتين الأولى: كاشفة بما يعني سريانه بأثر رجعي، والثانية منشئة بما يعني سريانه بأثر فوري، ولا يمكن تصور ذلك في الحكم الواحد وهو الحكم بعدم الدستورية.

[٤] مستشار دكتور/ محمد ماهر أبو العينين – مرجع سابق ص ٥٦٨ وما بعدها

الرأي الثالث: رغم معارضته للتعديل إلا أنه يقرر:

"ومن جانبنا نرى أن التعديل الحالي بتقريره للأثر المباشر الفوري للحكم الصادر بعدم الدستورية كقاعدة عامة يتعارض والأصول القانونية المستقرة بشأن طبيعة الدعوى الدستورية والهدف منها[1].

الرأي الرابع:"استهدف التعديل تغيير اتجاه المحكمة في تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، والتي كانت تسير عليه استناداً إلى المذكرة الإيضاحية. . وجاء هذا التعديل ليقرر ما يلي:

١- الأصل هو الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة.

٢- يجوز للحكم أن يحدد لسريان الحكم بعدم الدستورية تاريخاً آخر.

٣- الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر. ..

وفي الحقيقة أن التعديل جاء انتصاراً لرأي مرجوح في الفقه لإقرار الأثر المباشر لأحكام المحكمة الدستورية العليا[2]

الفرع الثاني
منهج المحكمة الدستورية العليا
بشأن الأثر الزمني بعد التعديل

المحكمة الدستورية العليا- في أحكام لها- تصرّ أيضاًعلى الرجعية الكاملة لأحكام عدم الدستورية.

نقرأ ذلك من أحكامها الآتية:

و "..... وحيث إن المقرر أن قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي يعد كاشفاً عما به من عوار دستوري، مما يؤدي إلي زواله وفقده قوة نفاذه منذ بدء العمل به، فيسري هذا القضاء علي الوقائع والعلاقات السابقة علي صدور الحكم بعدم الدستورية والتي اتصل بها النص وأثر فيها، ما لم تكن الحقوق والمراكز التي يرتبط بها قد استقر أمرها - قبل قضاء هذه المحكمة - بناء علي حكم قضائي بات. [3]

و *"... وحيث إن مفاد نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ أنه ما لم تحدد المحكمة تاريخا آخر لنفاذ أحكامها، فإن الأصل أن قضاءها بعدم الدستورية المتعلق بنص غير جنائي – عدا النصوص الضريبية - يكون له أثر رجعي ينسحب إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها و يؤثر فيها،*

---

[1] أ.د/ شعبان أحمد رمضان – الوسيط في الأنظمة السياسية والقانون الدستوري – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية ٢٩، ص ٥١٣

[2] أ.د/ جابر جاد نصار – الأداء التشريعي لمجلس الشعب – مرجع سابق ص ١٥٩ وص ١٦١، ويذكر أن سيادته من أشد المعارضين للتعديل ومن أنصار الرجعية، إلا أن ذلك لم يمنع سيادته من الإقرار بأن التعديل استهدف الأثر المباشر لأحكام عدم الدستورية في مجال النصوص الغير جنائية والنصوص الغير ضريبية.

[3] من حكم جلسة ٩ سبتمبر ٢ في الدعوى رقم ٢ لسنة ٢ ق "طلبات أعضاء" المجموعة –الجزء ٩ ص ١٣٦١، و حكم جلسة ٧ يوليو ٢١ في الدعوى رقم ٧ لسنة ٢٢ ق "طلبات أعضاء"– المجموعة – الجزء ٩ ص ١٣٧٤ ،وحكم جلسة ٣ نوفمبر٢٢ في الدعوى رقم ٧ لسنة ١٨ ق دستورية – المجموعة – الجزء ١ ص ٦٨٢.

حتى ما كان منها سابقا على نشره في الجريدة الرسمية، ما لم تكن الحقوق و المراكز القانونية التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي بات صدر قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا...." [1]

و *"... مفاد نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا أنه ما لم تحدد المحكمة تاريخا آخر لنفاذ أحكامها، فإن الأصل أن قضاءها بعدم الدستورية المتعلق بنص غير جنائي – عدا النصوص الضريبية - يكون له أثر رجعي ينسحب إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها و يؤثر فيها، حتى ما كان منها سابقا على نشره في الجريدة الرسمية، ما لم تكن الحقوق و المراكز القانونية التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي بات صدر قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا"* [2]

ولغيرها من الأحكام، فإن المحكمة الدستورية العليا ترى أن التعديل لم يأت بجديد بالنسبة للنصوص الغير جنائية وكذلك الغير ضريبية، فيما يتعلق بالأثر الرجعي لأحكامها بعدم الدستورية، مع تقييد الأثر الرجعي بالمراكز والحقوق التي استقرت إما بناءً علي حكم قضائي بات أو انقضاء مدة التقادم.

خلاصة القول :

فيما يتعلق بالأثر الزمني في شأن التعديل - **في حالة سكوت الحكم عن تحديد تاريخ سريانه** - قد استحوذ علي ذات الخلاف الفقهي الذي كان قائماً قبل التعديل، ففريق يري أن التعديل لم يأت بجديد، ومن ثم فإن الأثر الرجعي هو الأثر المعتبر علي أن يُستثني من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز القانونية التي استقرت بناءً علي حكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم، وفريق يري أن الأثر الفوري المباشر هو المعتبر، وأما المحكمة الدستورية العليا فقد انحازت إلي جانب فريق أنصار الرجعية.

كل ذلك ما لم يحدد الحكم تاريخاً لسريانه.

---

[1] من حكم جلسة ١٢ يناير ٢٣ في الدعوى رقم ١٩٢ لسنة ٢١ ق دستورية المجموعة، الجزء ١ ص ٨٩٨، وحكم جلسة ١٣ يناير ٢٨ في الدعوي رقم ٧٨ لسنة ٢٥ ق دستورية

[2] من حكم جلسة ٧ يونية ٢٩ في الدعوي رقم ١٥ لسنة ٣ ق "دستورية" ويراجع كذلك الأحكام الآتية:
- ٣ لسنة ٢١ ق "منازعة تنفيذ" جلسة ٢١/٨/٤ ، ٩ لسنة ٢٢ ق "طلبات أعضاء" جلسة ٢٢/٢/١ .
- ٨ لسنة ٢٢ ق "طلبات أعضاء" جلسة ٢٢/٢/١ ، ١٥٤ لسنة ٢١ ق "طلبات أعضاء" جلسة ٢٣/٣/١٦.
-٣ لسنة ٢٣ ق دستورية جلسة ٢٣/٤/١٣ ، ١٧٥ لسنة ٢٦ ق دستورية جلسة ٢٧/١/١٤.

المبحث الثالث
موقف الباحث من مشكلة الأثر الزمني

الباحث من أنصار الفورية أي أن أثر الحكم بعدم الدستورية له أثر فوري مباشر، وليس له أثر رجعي ، سواء قبل أوبعده، أي أن بعد التعديل في حالة إذا لم يحدد الحكم تاريخاً لسريانه وفقاً لما جاء به التعديل طبعاً، وفي غير النصوص الضريبية يكون للحكم بعدم الدستورية أثر فوري مباشر.

ويستند الباحث في ذلك إلي :

فشل محاولات التقليل من الآثار الرجعية بتقييدها بالتقادم أو الحكم القضائي الحائز لقوة الأمر (في حالات) أو الحكم البات (في حالات أخري)، ولوضوح عبارة "اليوم التالي" والتي هي "موطن الخلاف" والوارد بالفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، بالاضافة إلي تطبيق القواعد العامة بشأن سريان إلغاء النصوص التشريعية بأثر مباشر فوري وليس بأثر رجعي، وذلك أن الحكم بعدم الدستورية هو - في حقيقته – إلغاء للقواعد التشريعية المحكوم بعدم دستوريتها، أو علي الأقل هو إلغاء لقوة نفاذها، والأمر في نهاية المطاف هو إلغاء للقواعد التشريعية.

وأخيراً. .. أن أنصار الرجعية استندوا إلي أسباب معينة يمكن الرد عليها.

والأمر يحتاج إلي تفصيل بعض الشئ، فنتناول الآتي:

المطلب الأول : مدي نجاح محاولات الحدّ من الأثر الرجعي.

المطلب الثاني : قواعد وأصول تفسير النصوص التشريعية.

المطلب الثالث : سريان إلغاء النصوص التشريعية.

المطلب الرابع : الرد علي أسانيد أنصار الرجعية.

وذلك علي النحو التالي:

المطلب الأول
مدي نجاح محاولات الحدّ من الأثر الرجعي

تمهيد:

المحكمة الدستورية العليا – يساندها كثير من الفقه – استمسكت بما جاء بالمذكرة الإيضاحية المقدمة من وزارة العدل بشأن التخفيف من وطأة الأثر الرجعي وذلك باستثناء الأوضاع والمراكز القانونية الي استقر أمرها بأحد الأمرين:

- إما الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي، وفي أحيان أخري الحكم البات.
- أو التقادم.

وبالنسبة للحكم القضائي الحائز لقوة الأمر أو الشئ المقضي:

الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي هو الحكم النهائي الذي لا يقبل الطعن عليه بطرق الطعن العادية، وإن كان يجوز الطعن عليه بطرق الطعن الغير عادية (التماس إعادة النظر والنقض)

وعلي ذلك فهو يشكل استثناءً حتي وكان قابلاً للطعن عليه بالتماس إعادة النظر وبالنقض.

بينما **الحكم البات** لا يقبل الطعن عليه بأي طريق كان عادي أو غير عادي.

فإذا اشترط في الحكم لأن يشكل استثناءً أن يكون باتاً ؛ استنفاذه جميع طرق الطعن عليه عادية أو غير عادية ؛ فهذا مما يختل معه في نهاية المطاف ميزان المساواة بين المواطنين للاختلاف الكبير بين هذين النوعين من الأحكام القضائية.

وعلي هذا فإن الفارق بينهما شاسع جداً.

بالنسبة للتقادم:

أي المدد المنصوص عليها في مختلف التشريعات سواء المسقطة للحقوق أو المكسبة لها، وهي كثيرة، منها: الطويل (١٥ سنة) والخمسي (خمس سنوات) والثلاثي (ثلاث سنوات) والحولي (سنة واحدة).

وبشأن وقف سريان التقادم تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني: **"لا يسري التقادم كلما وُجد مانع يتعذر معه علي الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً".**

ومن أحكام النقض بشأن وقف التقادم:

"النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني على أنه لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً، مفاده -على ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون

المدني - أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل[١] معه على الدائن أن يطالب بحقه في الوقت المناسب ولو كان المانع أدبياً، ولم ير المشرع إيراد الموانع على سبيل الحصر ؛ بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضي به العقل" [٢]

و " التقادم يقف كلما استحال على صاحب الحق مادياً أو قانونياً أن يطالب بحقه، فهو يقف بالنسبة إلى كل صاحب حق حالت بينه وبين المطالبة بحقه القوة القاهرة أو انقضاء الدين انقضاءً يمنعه من المطالبة بدينه ما بقى سبب الانقضاء قائماً"[٣]

والسوال المطروح : هل يعد النص المحكوم عليه بعدم الدستورية من "الموانع" في مفهوم نص المادة ١/٣٨٢ مدني؟

هذا... ما سوف نتبيّنه من الأحكام القضائية.

ولما كان الحكم بعدم الدستورية يلغي قواعد تشريعية تطبقها المحاكم سواء العادية أو الإدارية، فكان

---

[١] يلاحظ أن النص القانوني في المادة ١/٣٨٢ مدني ورد به لفظ "يتعذر" أما الأعمال التحضيرية حسبما ورد بقضاء النقض ورد فيه لفظ "يستحيل" وبين اللفظين بُعد كبير في ترتيب المعاني وبالتالي الآثار، لأن الاستحالة شيء أشد وأقوى وأعنف من "العذر"

[٢] نقض جلسة ١٩٧٧/٦/٧ في الطعن رقم ٣٥ لسنة ٤ ق

[٣] نقض ١٩٤٦/١/٣ طعن ١٣٧ لسنة ١٤ ق، ونقض جلسة ١٩٧٧/٦/٧ في الطعن رقم ٣٥ لسنة ٤ ق، والطعن رقم ٤٦٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/١/١٩

ينبغي أن نستعرض أيضاً موقف لكل من المحكمة الإدارية العليا وموقف النقض بشأن قيدي الأثر الرجعي (التقادم والحكم القضائي الحائز لقوة الأمر المقضي)

الفرع الأول
موقف المحكمة الدستورية العليا بشأن قيود الأثر الرجعي

ترددت وتأرجحت أحكام المحكمة الدستورية العليا بشأن قيدي الأثر الرجعي لأحكامها سواء قبل التعديل أم بعده ؛ فتارةً تستثني الأثر الرجعي لأحكامها الأوضاع والمراكز القانونية التي استقرت بالأحكام القضائية التي تحوز قوة الأمر المقضي، ثم تغالي في الأمر فتشترط أن تكون هذه الأحكام باتة، على الرغم ما بينهما – وكما سبق بيانه - من فارق جوهري جسيم وخطير.

وبشأن التقادم في بداية عهدها أخذت به، ثم أغفلته تماماً، وأخيراً تجعل النص الغير دستوري مانعاً من موانع **"التقادم"** في مفهوم نص المادة ١/٣٨٢ من القانون المدني.

كل هذا. .. مع مراعاة أن أحكام المحكمة الدستورية العليا تصدر من دائرة واحدة، وليست من دوائر متعددة كمحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا.

وذلك على النحو التالي:

(١) التقادم مع الاكتفاء بالأحكام القضائية التي تحوز قوة الأمر المقضي:

"... وحيث أن المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قد نظمت في فقرتيها الثالثة والرابعة الآثار التي تترتب على الحكم بعدم دستورية نص "ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن....."، وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أن مؤدى عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي للنشر ليس عدم تطبيقه في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية ،على أن يُستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره **بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة تقادم..."** [١]

(٢) إغفال التقادم مع اشتراط أن يكون الحكم القضائي باتاً :

"... وحيث إن قانون المحكمة الدستورية العليا – ضماناً لصون الحرية الشخصية التي كفلها الدستور واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها عدواناً – قد نص في المادة ٤٩ منه، على أنه إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، فإن أحكام الإدانة الصادرة استناداً إليه، تعتبر كان لم تكن، وهو ما يعني سقوطها بكل آثارها ولو صار الطعن فيها ممتنعاً، لتفارقها قوة الأمر المقضي التي قارنتها، وتلك هي الرجعية الكاملة التي أثبتها قانون المحكمة الدستورية العليا لأحكامها الصادرة بإبطال النصوص

---

[١] من حكم جلسة ٥ يونيه ١٩٨٢ في الدعوي رقم ١٦ لسنة ٣ ق "دستورية"

العقابية، وهي بعد رجعية لا قيد عليها ولا عاصم منها، بل يكون أثرها جارفاً لكل عائق على خلافها ولو كان حكماً باتاً، فإذا كان قضاؤها مبطلاً لنص غير جنائي، فإن أثره الرجعي يظل جارياً، ومنسحباً إلى الأوضاع و العلائق التي اتصل بها مؤثراً فيها، حتى ما كان منها سابقاً على نشره في الجريدة الرسمية **ما لم تكن تلك الحقوق والمراكز التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي توافر فيه شرطان: أولهما: أن يكون باتاً** وذلك باستنفاذه لطرق الطعن جميعها، **ثانيهما:** أن يكون صادراً قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا ومحمولاً على النصوص القانونية عينها التي قضي ببطلانها [1]

و "... وحيث إن من المقرر أن قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي يعد كاشفاً عما به من عوار دستوري مما يؤدي إلى زواله وفقده قوة نفاذه منذ بدء العمل به، فيسري هذا القضاء على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية، والتي اتصل بها النص مؤثراً فيها، **ما لم تكن الحقوق والمراكز التي يرتبط بها قد استقر أمرها قبل قضاء هذه المحكمة – بناءً على حكم قضائي بات"** [2]

(٣)عودة مرةً أخرى للحكم الحائز لقوة الأمر المقضي ولكن مع إغفال التقادم:

"... وحيث إن مقتضى حكم المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، هو عدم تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته على الوقائع اللاحقة لليوم التالي لتاريخ نشر الحكم الصادر بذلك، وكذلك على الوقائع السابقة على هذا النشر **إلا ما استقر من حقوق ومراكز صدرت بشأنها أحكام حازت قوة الأمر المقضي**، أو إذا حدد الحكم الصادر بعدم الدستورية تاريخاً آخر لسريانه...." [3]

(٤) عودة مرةً أخري للحكم البات وأيضاً مع إغفال التقادم:

"... وحيث إن مفاد نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ أنه ما لم تحدد المحكمة تاريخاً آخر لنفاذ أحكامها، فإن الأصل أن قضاءها بعدم الدستورية المتعلق بنص غير جنائي – عدا النصوص الضريبية – يكون له أثر رجعي ينسحب إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها ويؤثر فيها حتى ما كان منها سابقاً على نشره بالجريدة الرسمية، **ما لم تكن الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي بات** صدر قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا... [4]

---

[1] من حكم جلسة ٣ نوفمبر في الدعوي رقم ٢٢ لسنة ١٨ ق "دستورية"الجريدة الرسمية، العدد ٤٩ في ١٩٩٦/١٢/١٢
[2] من حكم جلسة ٩ سبتمبر ٢ في الدعوى رقم ٢ لسنة ٢ ق "طلبات أعضاء" المجموعة ،الجزء ٩ ص١٣٦١
[3] من حكم جلسة ٢٢/١١/٣ في الدعوى رقم ٧ لسنة ١٨ ق "دستورية" المجموعة، الجزء العاشر ص ٦٨٢
[4] من حكم جلسة ١٢ يناير ٢٣ في الدعوى رقم ١٩٢ لسنة ٢١ ق "دستورية" المجموعة ،الجزء العاشر ص ٨٩٨

(٥)عودة مرةً ثالثة للحكم الحائز لقوة الأمر المقضي ومع إغفال التقادم:

"... وحيث إن مقتضى حكم المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ – بعد تعديلها بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ هو عدم تطبيق النص المقضي بعدم دستوريته على الوقائع اللاحقة لليوم التالي لتاريخ نشر الحكم الصادر بذلك. وكذلك على الوقائع السابقة على هذا النشر إلا ما استقر من حقوق ومراكز صدرت بشأنها ***أحكام حازت قوة الأمر المقضي،*** *أو إذا حدد الحكم الصادر بعدم الدستورية تاريخاً آخر لسريانه...."* [١]

(٦) عودة مرةً ثالثة إلى الحكم القضائي البات، مع إغفال للتقادم:

"... وحيث إنه لما كان ما تقدم، وكان مفاد نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ أنه ما لم تحدد المحكمة تاريخاً آخر لنفاذ أحكامها، فإن الأصل أن قضاءها بعدم الدستورية المتعلق بنص غير جنائي – عدا النصوص الضريبية - يكون له أثر رجعي ينسحب إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها و يؤثر فيها، حتى ما كان منها سابقاً على نشره في الجريدة الرسمية، ما لم تكن الحقوق و المراكز القانونية التي ترتبط بها ***قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي بات صدر قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا"*** [٢]

(٧) وفي أحكام لها صرحت المحكمة الدستورية العليا بإلغاء التقادم من قيد الأثر الرجعي بل واعتبرته مانعاً من الموانع القانونية، هذا مع اشتراط أن يكون الحكم القضائي باتاً، نقرأ ذلك في الآتي:

"... وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي يعد كاشفاً عما به من عوار دستوري مما يؤدي إلى زواله وفقده قوة نفاذه منذ بدء العمل به، فيسري هذا القضاء على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم الدستورية و التي اتصل بها النص مؤثراً فيها، ما لم تكن الحقوق والمراكز التي يرتبط بها قد استقر أمرها – قبل قضاء هذه المحكمة – بناءً على ***حكم قضائي بات.*** *لما كان ذلك، وكان النص المحكوم بعدم دستوريته قد حجب عن الطالب أصل حقه في الحصول على المقابل النقدي لرصيد أجازاته الاعتيادية فيما جاوز الشهور الثلاثة المنصوص عليها، فإن مؤدى ذلك أحقية الطالب في هذا المقابل عن رصيد الأجازات التي حرم منها بسبب مقتضيات العمل،* ***ودون الاحتجاج في مواجهته بالتقادم*** *طالما كان النص قائماً..."* [٣]

مما سبق فإن المحكمة الدستورية العليا لم يستقر لها قرار بشأن قيدي الأثر الرجعي (الحكم القضائي والتقادم)

---

[١] من حكم جلسة ١٣ أبريل ٢٣ في الدعوى رقم ٤ لسنة ٢٣ ق "دستورية" المجموعة، الجزء العاشر ص ٩٧

[٢] من حكم جلسة ١٤ ديسمبر ٢٨ في الدعوي رقم ٧ لسنة ٢٩ ق "منازعة تنفيذ" وحكم جلسة ٧ يونية ٢٩ في الدعوي رقم ١٥ لسنة ٣ ق "منازعة تنفيذ"(وبذات الجلسة في الدعوي رقم ١٢ لسنة ٣ ق "منازعة تنفيذ"

[٣] من حكم جلسة ١ فبراير ٢٢ في القضية رقم ٨ لسنة ٢٢ ق "طلبات أعضاء" وبذات الجلسة في الدعوي رقم ٩ لسنة ٢٢ ق "طلبات أعضاء" وفي ذات المعنى (حكمها في القضية رقم ٤ لسنة ٢١ ق "طلبات أعضاء" جلسة ٢١/٢/٣)

- فبالنسبة للحكم القضائي:

لا يمكن أن نقول أنها قد تحولت من الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي إلي الحكم البات، ولكنها تارةً تكتفي بالحكم الحائز لقوة الأمر المقضي، ثم تشترط في الحكم أن يكون باتاً، ثم تارة تعود إلى الحكم الحائز بقوة الأمر المقضي، وهذا التأرجح كان في أوقات متقاربة جداً.

- وبالنسبة للتقادم:

فهي في بداية الأمر اعترفت بالتقادم، ثم تجاهلته تماماً، ثم صرحت بعدم الاعتراف به، بل وجعلته مانعاً من الموانع القانونية التي تحول بين الدائن والمطالبة بحقه في مفهوم نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني السالف بيانها.

الفرع الثاني
موقف المحكمة الإدارية العليا من قيود الأثر الرجعي

في البداية يمكن القول أن المحكمة الإدارية العليا جعلت من التقادم مانعاً يحول بين الدائن والمطالبة بحقه ؛

فبمناسبة حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤[١] **قالت المحكمة الإدارية العليا:**

"القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ كان بمثابة **عقبة، وكان حائلاً** دون استمرار تلك السندات في ذمة أصحابها، ونقلها جبراً إلي ذمة الدولة المدينة أصلاً بقيمتها بما يشبه اتحاد الذمة المقرر في المادة ٣٧٠ من القانون المدني[٢] وإذ زال سبب اتحاد الذمة بالقضاء بعدم دستورية القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤؛ فإنه يتعين الاعتداد بما كان قائماً في ١٩٦٤/٣/٢٣ من حيث عودة استحقاق سندات التعويض بشروطها"[٣]

وبعد ذلك أيدت المحكمة الدستورية العليا بشأن رجعية الحكم بعدم الدستورية، فقد استقرت علي قيدي الأثر الرجعي وهما **التقادم والحكم الحائز لقوة الأمر المقضي، مع تصريحها بأن النص الغير دستوري لا يشكل مانعاً يحول بين صاحب الحق والمطالبة بحقه، نقرأ ذلك في الآتي:**

"الحكم بعدم دستورية نص مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن **يُستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم. ..**ولا وجه للقول بأن التقادم لا يسري إلا بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية

---

[١] حكم جلسة ٢٥ يونيه ١٩٨٣ في الدعوي رقم ٣ لسنة ١ ق دستورية، الجريدة الرسمية، العدد ٢٧ في ١٩٨٣/٧/٧

[٢] تنص المادة ٣٧ من القانون المدني علي : " (١) إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلي دين واحد ؛ انقضي هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة. (٢) وإذا زال السبب الذي أدي لاتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي ؛ عاد الدين إلي الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلي ذوي الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن"

[٣] الطعن رقم ٣٣٤٥ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٥

النص المحدد للضريبة بحسبانه كان يشكل مانعاً قانونياً من المطالبة بهذا الرسم، إذ لم يكن هناك ما يحول مادياً وقانونياً دون المطالبة بهذه الحقوق، وولوج طريق الطعن بعدم الدستورية من قبل ذوي الشأن حتى يتسنى لهم الحصول على ما يرونه من حقوق"[١]

و "..... استقرّ قضاء هذه المحكمة على أن الحكم بعدم دستورية نص ؛ مؤداه عدم تطبيق هذا النص ليس في المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على **أن يُستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم**، فإن كان الحق المطالب به قد انقضى بالتقادم قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا انتفى بشأنه مجال إعمال الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية"[٢]

الفرع الثالث
موقف محكمة النقض من الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية

ترددت وتضاربت أيضاً محكمة النقض بشأن أثر الحكم بعدم الدستورية، بين الفورية والرجعية.

نقرأ ذلك من أحكامها:

(١) تبني بعض الدوائر بمحكمة النقض الأثر الفوري:

"النص في المادة ١٧٨ من الدستور على أنه "تُنشر 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" وفي المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا على أنه "تُنشر في الجريدة الرسمية قرارات تفسير النصوص القانونية وكذلك منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين، وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء" مفاده أن نشر تلك الأحكام قُصد به علم الكافة بها، وأن هذا العلم يُفترض بمجرد حصول هذا النشر، **وأنه يترتب على هذه الأحكام عدم نفاذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستوريتها من تاريخ نشر هذه الأحكام في الجريدة الرسمية وتكون ملزمة لجميع جهات القضاء منذ هذا التاريخ**، ولما كان ذلك وكان الحكم الصادر من المحكمة العليا في الدعوى رقم ٣ لسنة ٤ عليا دستورية بعدم دستورية نص المادة ١١٧ من القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ بشأن عدم جواز نظر كافة الجهات القضائية لدعاوى التعويض المشار إليها بالنص، قد نُشر في ١٩٧٤/٥/١٩ بالعدد ١٩ من الجريدة الرسمية فإن دعوى المطعون ضدهما بالتعويض وقد رُفعت في ١٩٧٧/٢/١٧، قد رُفعت قبل اكتمال مدة التقادم الثلاثي، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة لا يكون قد خالف القانون أو أخطا في تطبيقه"[٣]

---

[١] من حكم جلسة ٢١/١٢/٨ في الطعن رقم ٨٢٨٩ لسنة ٤٥ ق، حكم جلسة ٢١/١٢/٢٢ في الطعن رقم ٧٦٤ لسنة ٤٤ ق

[٢] من حكم جلسة ٢٣/٥/١٧ في الطعن رقم ٨٨٥٢ لسنة ٤٥ ق، وكذلك الأحكام في الطعون الآتية: الطعن رقم ٤٤٧٩ لسنة ٤٦ جلسة ٢٣/١١/٨، الطعن رقم ٢٦٥ لسنة ٤٦ جلسة ٢٣/١١/٢٢، الطعن رقم ٥٥٧٥ لسنة ٤٧جلسة ٢٤/٦/١٩،الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٤٧ جلسة ٢٤/٧/٤

[٣] نقض مدني جلسة ١٩٨/٣/٢٧ في الطعن رقم ١٨٤ لسنة ٤٨ ق، ونقض مدني جلسة ١٩٨١/٣/١٨ في الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٤٧ ق، ونقض مدني جلسة ١٩٨٥/١/١٣ في الطعن رقم ٣٧ لسنة ٥١ ق، ونقض مدني جلسة ١٩٨٩/٣/٢٦ في الطعن رقم ٢٣٤ لسنة ٥٦ ق.

(٢) تبني بعض الدوائر بمحكمة النقض الأثر الرجعي ولكن مع الأخذ بالحكم القضائي الحائز لقوة الأمر المقضي فقط دون التقادم كقيد وحيد علي الأثر الرجعي:

"مفاد نص المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، ومن ثم فإنه **لا يمسّ – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا – بالحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت من قبل بحكم حاز قوة الأمر المقضي"**[١]

(٣) تبني بعض الدوائر بمحكمة النقض الأثر الرجعي والحكم القضائي الحائز لقوة الأمر المقضي وكذلك التقادم كقيدين علي الأثر الرجعي:

و " يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، إلا أن عدم تطبيق النص – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – **لا ينصرف إلى المستقبل فحسب إنما ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يُستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم. .....** [٢]

(٤) تبني بعض الدوائر بمحكمة النقض الأثر الرجعي والاكتفاء بالحكم البات كاستثناء وحيد للأثر الرجعي دون التقادم:

"مفاد نص المادة (٤٩) من قانون هذه المحكمة، أن الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية لا تنحصر حجيتها في خصوم الدعوى الدستورية، بل تمتد إلى الدولة بكافة أفرعها وتنظيماتها، ويتم إعمال أثرها على الناس كافة دون تمييز، فلا يجوز تطبيق النصوص الدستورية المحكوم بعدم دستوريتها اعتباراً من اليوم التالي لنشر الأحكام الصادرة بشأنها في الجريدة الرسمية، ولا يعني هذا أن لهذه الأحكام أثراً مباشراً لا تتعداه، خاصة إذا كان قضاؤها مبطلاً لنص غير جنائي، بل إن أثره الرجعي يظل جارياً ومنسحباً إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها، مؤثراً فيها حتى ما كان منها سابقاً على نشره في الجريدة الرسمية، **بافتراض أن النص الباطل منعدم ابتداءً لا انتهاءً**، فلا يكون قابلاً للتطبيق أصلاً منذ أن **نشأ معيباً** ما لم تكن الحقوق والمراكز التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناءً على حكم قضائي توافر فيه شرطان: أولهما: **<u>أن يكون باتاً</u>** وذلك باستنفاده لطرق الطعن جميعها، وثانيهما: أن يكون صادراً قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا ومحمولاً على النصوص القانونية عينها التي قضى ببطلانها"[٣]

---

[١] نقض مدني جلسة ١٩٩٣/١/٣١ في الطعن رقم ١٩٨ لسنة ٥٢ ق، ونقض مدني ١٣٤٨ في الطعن رقم لسنة ٥ ق جلسة ١٩٨٤/٤/٢٩، ونقض جلسة ١٩٨٩/٦/٢٤ في الطعن رقم ٧٩ لسنة ٥٥ "أحوال شخصية"ونقض مدني في الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٣

[٢] طعن مدني جلسة ١٩٩/٦/١٤ لسنة ٤١ في الطعن رقم ٦٤٦ لسنة ٥٨ ق، وطعن مدني جلسة ١٩٩١/٣/٣١ في الطعن رقم ١٦٣ لسنة ٥٨ ق، وطعن مدني جلسة١٩٩٣/١٢/٢ في الطعن رقم ٣٦٧٨ لسنة ٥٨ ق، وطعن مدني جلسة ١٩٩٦/٣/١٢ في الطعن رقم ٢٣٩٣ لسنة ٦١ ق، وطعن مدني جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤ في الطعن رقم ٨٣٧ لسنة ٦٢ ق.

[٣] نقض مدني بجلسة ١٩٩٧/٥/٢٩، الطعن رقم ٢٤٨٩ لسنة ٥٦ ق، ونقض مدني بجلسة ١٩٩٩/٤/٤، الطعن رقم ٣١٤١ لسنة ٦٤ ق، ونقض مدني بجلسة ١٩٩٩/٥/٢٣، الطعن رقم ٣٢٦٤ لسنة ٦٤ ق.

(٥) موقف الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض:

إزاء تضارب دوائر محكمة النقض بشأن الحكم القضائي ؛ هل يكتفي بالحكم الحائز لقوة الأمر المقضي أم يلزم أن يكون الحكم باتاً، رأت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية – في طعن أُحيل إليها - الأخذ بالحكم القضائي **البات** وليس الحائز لقوة الأمر المقضي، فقررت :

وحيث إن الدائرة المختصة رأت بجلستها المعقودة بتاريخ ١٩٩٨/١٢/١٠ إحالة الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ لتضارب الأحكام في شأن إعمال الأثر المترتب على صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص لازم للفصل في الطعون المنظورة أمام محكمة النقض، إذ ذهبت بعض الأحكام إلى أن هذا الأثر لا ينسحب إلى الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبت بموجب حكم نهائي سابق في صدوره على نشر الحكم بعدم الدستورية، ولو أدرك هذا الحكم الأخير النزاع أمام محكمة النقض، بينما ذهبت أحكام أخرى إلى إعمال أثر ذلك الحكم على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض. . وحيث أن النص في المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، المعدلة بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ على أنه:. .....

وهذا الحكم ملزم لجميع سلطات الدولة وللكافة، ويتعين على المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها أن تمتنع عن تطبيقه على الوقائع والمراكز القانونية المطروحة عليها، حتى ولو كانت سابقة على صدور هذا الحكم بعدم الدستورية باعتباره قضاءً كاشفاً عن عيب لحق النص منذ نشأته، **بما ينفي صلاحيته لترتيب أي أثر من تاريخ نفاذ النص**، ولازم ذلك أن الحكم بعدم دستورية نص في القانون من اليوم التالي لنشره ؛ لا يجوز تطبيقه ما دام قد أدرك الدعوى أثناء نظر الطعن أمام محكمة النقض، وهو أمر متعلق بالنظام العام تعمله محكمة النقض من تلقاء نفسها **لما كان ذلك، فإنه يتعين العدول عن هذا الرأي والأخذ بالرأي الأول، وإعمال ذلك الحكم اعتباراً من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض"**[1]

(٦) وأخيراً. ..تحللت بعض الدوائر بمحكمة النقض نهائياً من الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية:

"... الحكم بعدم الدستورية لا ينفي أن هذا النص كان له **وجود فعلي** ظهر – خلال الفترة من تاريخ نفاذه إلى تاريخ الحكم بعدم دستوريته – بمظهر النص القانوني الصحيح واجب الاتباع ؛ فانخدع به بعض الأفراد وباشروا تصرفاتهم على هذا الأساس ؛ فوقعوا في الغلط بحسن نية نتيجة لخطأ المشرع، وفي هذه الحالة ينتج النص غير الدستوري أثراً عرضياً على التصرفات القانونية بمقدار تأثيره على إرادة الأفراد الذين خدعهم وجوده، وهو واقع يتعين اعتباره عند تقييم هذه التصرفات تمهيداً لتطبيق النص القانوني الصحيح المتفق مع الدستور باعتباره وحده هو الواجب التطبيق، وهذا ما درج عليه المشرع فرغم أنه من

---

[1] نقض رقم ٧٧٧ لسنة ٦١ هيئة عامة جلسة ١٩٩٩/٥/١٨

المفترض علم الكافة بالقانون على وجهه الصحيح، فقد اعتد بالجهل به في تقديره لصحة الإرادة للغلط في القانون، كما أعفت المادة ١٦٧ من القانون المدني الموظف من المسئولية عن عمله الذي أضر بالغير إذا كان تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس يعتقد أن طاعته واجبة متى كان يعتقد مشروعية العمل غير المشروع الذي وقع منه، كما راعى حسن النية لاستقرار التعامل حين حمى المتعاملين مع صاحب الوضع الظاهر، كما جرى قضاء هذه المحكمة على أن النصوص المانعة من التقاضي تعتبر من أسباب وقف التقادم في الفترة من تاريخ نفاذها لحين الحكم بعدم دستوريتها ،لأنها أثرت على إرادة المخاطبين بأحكامها فمنعتهم من المطالبة بحقوقهم رغم انعدامها ،لأن امتناع تطبيق النصوص لا يمنع من اعتبارأثر وجودها على إرادة المخاطبين بها"[١]

ويبدو أن محكمة النقض حذت في ذلك حذو القضاء الأمريكي بوصف القانون غير الدستوري بالموظف الفعلي وفقاً لفقهاء القانون العام، والتعويل على حسن نية ذوي الشأن وضرورة مراعاة ذلك [٢]

(٧) موقف محكمة النقض من اعتبار النص الغير دستوري مانعاً يوقف التقادم:

في بداية الأمر رأت محكمة النقض أن النص الغير دستوري من الموانع التي تُوقف التقادم في مفهوم نص الفقرة الأولي من المادة ٣٨٢ من القانون المدني، ثم عدّلت عن ذلك وقررت أنه ليس من الموانع التي يترتب عليها وقف التقادم:

- النص الغير دستوري مانع يوقف التقادم، ومن أحكامها في ذلك:

" النص في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني على أنه " لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً" مفاده – وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني – أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم كلما استحال على صاحب الحق – مادياً أو قانونياً – أن يطالب بحقه، فهو يقف بالنسبة لكل صاحب حق حال بينه وبين المطالبة بحقه قوة قاهرة، وكان **القرار بقانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٦٤ يعتبر مانعاً قانونياً** يستحيل معه على أصحاب الشركات والمنشآت المؤممة المطالبة بحقوقهم بالنسبة للتعويضات التي تجاوز خمسة عشر ألف جنيه، والتي استولت عليها الدولة، فإن **التقادم بالنسبة لها يكون موقوفاً** منذ العمل بهذا القرار بقانون، وإذ

---

[١] من حكم جلسة ١٩٩٩/١/٤ في الطعن رقم ١١٦ لسنة ٦٧ ق مدني، ومن حكم جلسة ١٩٩٩/١/٢٥ في الطعن رقم ٢٣ لسنة ٦٨ ق مدني، ومن حكم جلسة ٢/١/٢٤ في الطعن رقم ٢١٢٣ لسنة ٦٣ ق مدني ،والحكمان الأخيران لم يتم نشرهما حتى الآن، ومشار إليهما في كثير من المراجع، ومنها : مؤلف أ.د/ عصام أنور سليم - مرجع سابق ص ٢٢٣ وما بعدها.

ومع تقديرنا لمحكمة النقض في التخفيف من غلواء الرجعية وآثارها البغيضة، إلا أننا لا نرى صحة ما استندت إليه بقولها أن الأفراد حسني النية قد انخدعوا في النص الغير دستوري، لأن هذا يخالف قرينة الدستورية التي تصاحب النص منذ صدوره إلى يقضي فيه بعدم الدستورية بحكم من المحكمة الدستورية العليا، فالنص – قبل الحكم بعدم دستوريته – هو نص صحيح نافذ ينتج آثاره كاملة، وبالتالي فلا حاجة لمحكمة النقض بالقول بأن النص الغير الدستوري قد انخدع فيه الناس خلال فترة نفاذه.

[٢] أ.د/ أحمد كمال أبو المجد – المرجع السابق هامش ص ٢٢٤

قضت المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١ لسنة ١ ق دستورية بتاريخ ١٩٨٥/٣/٢ بعدم دستورية القرار بقانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٦٤ بتعويض أصحاب الأسهم ورؤوس أموال الشركات والمنشآت التي آلت ملكيتها للدولة وفقاً لأحكام القانون ١١٦ لسنة ١٩٦١ تعويضاً إجمالياً. .....فإنه يترتب على حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية القرار بقانون ١٣٤ لسنة ١٩٦٤ انفتاح باب المطالبة بالتعويضات التي تجاوز خمسة عشر ألف جنيه، وذلك اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية في ١٩٨٥/٣/٢١ ولا يكون الحق في المطالبة بها قد سقط بالتقادم باعتبار أن القانون المشار إليه – وقد حدد تعويضاً إجمالياً لا يجاوز خمسة عشر ألف جنيه – كان يحول بين أصحاب الحقوق والمطالبة بما جاوز هذا المقدار، ممتنعاً عليهم قانوناً المطالبة بحقوقهم قبل المطعون ضدهم، **فيعتبر مانعاً في حكم المادة ٣٨٢ من القانون المدني يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه** – وبالتالي – يكون تقادم الحق في التعويض الناشئ عن القرار بقانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ موقوفاً منذ ١٩٦٤/٣/٢٤ تاريخ العمل بقانون ١٣٤ لسنة ١٩٦٤ فلا تجري مواعيد سقوط الحق خلال فترة سريانه، فتستأنف سيرها بمجرد زوال سبب الوقف بنشر الحكم بعدم الدستورية في الجريدة الرسمية في ١٩٨٥/٣/٢١ [١]

و "جرى قضاء هذه المحكمة على أن **النصوص المانعة من التقاضي تعتبر من أسباب وقف التقادم** في الفترة من تاريخ نفاذها لحين الحكم بعدم دستوريتها، لأنها أثرت على إرادة المخاطبين بأحكامها فمنعتهم من المطالبة بحقوقهم رغم انعدامها، لأن امتناع تطبيق النصوص لا يمنع من اعتبار أثر وجودها على إرادة المخاطبين بها"[٢]

- النص الغير دستوري ليس بمانع يترتب عليه وقف التقادم، ومن أحكامها في ذلك:

"وحيث إن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وفي بيان ذلك تقول، إن دعوى المطالبة بالمقابل النقدي لرصيد الأجازات تعد من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل التي تسقط بالتقادم الحولي المنصوص عليه بالمادة ١/٦٩٨ من القانون المدني، ولما كان المطعون ضدهم أحيلوا إلى المعاش خلال السنوات من ١٩٨٩ حتى ١٩٩٣ ولم يرفعوا دعواهم إلا في ١٩٩٧/١٢/٢٣ بعد انقضاء أكثر من سنة على انتهاء عقود عملهم، مما يكون معه الحق في رفع الدعوى قد سقط بالتقادم الحولي، وإذ خالف الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

---

[١] طعن مدني رقم ٣٦٨٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٢، طعن مدني رقم ٢٣٩٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٣/١٢، طعن مدني رقم ٣٨٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٦/١٨، طعن مدني رقم ٨٣٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤، طعن مدني رقم ١٣٣٧ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٦

[٢] من حكم جلسة ١٩٩٩/١/٤ في الطعن رقم ١١٦ لسنة ٦٧ ق مدني، حكم جلسة ١٩٩٩/١/٢٥ في الطعن رقم ٢٣ لسنة ٦٨ ق مدني، حكم جلسة ٢/١/٢٤ في الطعن رقم ٢١٢٣ لسنة ٦٣ ق مدني " سابقة الاشارة"

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه من المقرر – وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – أن سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بالتقادم بانقضاء سنة تبدأ من تاريخ انتهاء العقد عملاً بأحكام المادة ٦٩٨ من القانون المدني إنما راعى الشارع فيه استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على حد سواء، وهو يسرى على دعاوى المطالبة بالأجور، كما يسري على المطالبة بالمقابل النقدي عن رصيد الأجازات باعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل. لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أن المطعون ضدهم انتهت خدمتهم خلال الفترة من ١٩٨٩/٨/٢٣ حتى ١٩٩٣/٦/٣٠ ولم يرفعوا الدعوى بالمطالبة بالمقابل النقدي عن رصيد إجازتهم الاعتيادية التي لم يحصلوا عليها قبل انتهاء خدمتهم إلا في ١٩٩٧/١٢/٢٣ بعد مضي أكثر من سنة من تاريخ انتهاء العقد ؛ فإن الحق في إقامة الدعوى يكون قد سقط بالتقادم الحولي المنصوص عليه في المادة ٦٩٨ من القانون المدني، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم الابتدائي فيما انتهى إليه من رفض الدفع بالتقادم الحولي على قول منه أن الدعاوى رُفعت قبل فوات مدة التقادم منذ نشر حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٥ من قانون العمل فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن"[1]

وعلى ما تقدم :

فإن محكمة النقض في مجال إعمال أثر الحكم بعدم الدستورية

- تبني دوائر للأثر الفوري، وأخري للأثر الرجعي.

- عند تبني الأثر الرجعي مرة يُقيد بالحكم القضائي الحائز لقوة الأمر المقضي، وأخرى باشتراط أن يكون الحكم القضائي باتاً.

- عندما تقيد الأثر الرجعي، بالحكم البات تتجاهل تماماً قيد التقادم، فهي بذلك تُقرن دائماً التقادم مع الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي دون الحكم البات.

- وأخيراً: تحللت المحكمة كلية من الأثر الرجعي.

- تضارب أحكام محكمة النقض بشأن النص غير الدستوري من حيث اعتباره من الموانع التي يترتب عليها وقف التقادم.

المحصلة النهائية لهذا العرض :

التأرجح الواضح والتناقض الصارخ في مواقف المحاكم العليا(النقض والدستورية العليا والإدارية العليا) بشأن وسيلتي تقييد الأثر الرجعي والتخفيف من حدّته.

نتيجته الحتمية : فشل محاولات التقليل من الآثار العملية السيئة والباهظة جداً لمبدأ الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، مما يلقي بظلال كثيفة حول جدوي وعلة التمسك بالأثر الرجعي أصلاً.

---

[1] حكم جلسة ٢٦/١٢/٢٨ في الطعن رقم ١٦٤٦ لسنة ٧٤ ق، والطعن رقم ٤٤١٩ لسنة ٧٥ ق جلسة ٢٦/٢/٢٣

المطلب الثاني
قواعد وأصول تفسير النصوص التشريعية

نتناول ذلك في الفقه وفي قضاء النقض، وفي قضاء المحكمة الدستورية العليا، ثم نتعرض لنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ علي ضوء ما توصل إليه الفقه والقضاء.

الفرع الأول
في الفقه

ما تنص عليه الفقرة الأولي من المادة الأولي من القانون المدني :" **تسري النصوص التشريعية علي جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها "**

ونتعرض لآراء الفقه بشأن تفسير النص التشريعي، وفقاً لما يلي[١]:

النص التشريعي المطلوب تفسيره أو محل التفسير إما أن يكون نصاً غير معيب أو نصاً معيباً.

(١) النص غير المعيب (النص السليم):

يكون النص غير معيب بأن يكون واضحاً، فإذا كان اللفظ الذي استعمله المشرع لا خلاف في معناه، وجب الأخذ بهذا المعنى ولا يجوز تركه بدعوى أن الحكم القانوني غير عادل أو أن هناك حكماً أعدل منه، فليس هذا من مهمة المفسر في شيء، بل عليه أن يترك ذلك للمشرع يعدّل تشريعه بما تقتضيه الظروف.

واللفظ يفسر بحسب معناه اللغوي والاصطلاحي، إذ توجد ألفاظ لها معنى في الاصطلاح غير المعنى اللغوي مثل "دفع" أو "قيد" أو "حلول" وغيرها؛ فيؤخذ بالمعنى الاصطلاحي، والقاعدة الشرعية : "العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"[٢]

والنص غير المعيب "النص السليم" يقتصر دور المفسر – بشأنه – على استخلاص المعنى الذي يستفاد من ألفاظه وعباراته أو ما يشير إليه عن طريق دلالته أي من فحواه وروحه.

ثانياً: النص المعيب [٣]

العيوب التي قد تلحق بالنص: الخطأ أو النقص أو الغموض أو التعارض.

(١) الخطأ: أي الخطأ المادي نتيجة سهو من المشرع، **مثال:**

ما تنص عليه المادة ١/٦٧٦ من القانون المدني:

---

[١] في هذا: أ.د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، أ.د/ أحمد حشمت أبو ستيت، مؤلف مشترك بعنوان أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون – مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ١٩٣٨ ص ٢ وما بعدها.
- أ.د/ توفيق حسن فرح – المدخل للعلوم القانونية ١٩٦٦ – ١٩٦٧ بدون ناشر، ص ٢١ وما بعدها.
- أ.د/ عبد المنعم البدراوي – مبادئ القانون، مكتبة سيد عبد الله وهبة ١٩٧٧ ص ١٤ وما بعدها.
- أ.د/ مصطفى محمد الجمال، وأ.د/ عبد الحميد محمد الجمال – مؤلف مشترك، مرجع سابق ص ٢٦٢ وما بعدها.
- أ.د/ محمد سامي عبد الصادق – مرجع سابق ص ٣٧ وما بعدها.

[٢] أ.د/ عبد الرزاق السنهوري ، أ.د/ أحمد حشمت أبو ستيت – المرجع السابق ص ٢٤ وهامش ذات الصفحة، أ.د/ عبد المنعم البدراوي ص ١٤٣

[٣] أ.د/ عبد الرزاق السنهوري، أ. د/ أحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٢٤ وما بعدها ،أ.د/ محمد سامي عبد الصادق ص ٣١٧ وما بعدها، أ.د/ عبد المنعم البدراوي ص ١٤٨ وما بعدها.

"تسري أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء ولو كانوا مأجورين بطريقة العمالة. ..."

فقد سقط سهواً حرف "الواو" بين كلمة "التجاريين" و"الجوابين"

(٢) النقص: وهو إغفال لفظ في النص بحيث لا يمكن فهم حكمه إلا بتكملة هذا النص، مثال ذلك:

ما كانت تنص عليه المادة ١٥١ من القانون المدني القديم "كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعليه بتعويض الضرر".

ففعل الغير جاء مطلقاً بحيث يشمل الفعل الخطأ والفعل الغير خطأ، ولهذا تدارك المشرع هذا النقص في المادة ١٦٣ من القانون الجديد فنص على "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

(٣) الغموض:

الغموض هو عدم وضوح دلالة اللفظ، بأن يكون في هذه الدلالة خفاءً يحتاج إلى نظر وتأمل، مثل لفظ **"الليل"** الواردة في قانون العقوبات الذي يشدد عقوبة السرقة ليلاً. فهل يُفهم من كلمة "الليل" فترة الظلام فقط أم الليل الفلكي من غروب الشمس إلى شروقها ؟ ولكن بالرجوع إلى التشديد يرجح المعنى الأول أي الفترة الذي يسود فيها الظلام، لأن ظرف الظلام هو الذي يشجع على ارتكاب جريمة السرقة.

(٤) التعارض:

أي أن يصطدم نص مع نص آخر سواء في تشريع واحد أو في تشريعات مختلفة. فماذا يكون الحكم؟

إذا وقع التعارض بين تشريعات متفاوتة في الدرجة، يُغلّب التشريع الأقوى، وإذا وقع بين تشريعات متساوية في الدرجة فإن التشريع اللاحق يُغلّب على التشريع السابق.

أما إذا كان التعارض بين نصوص متساوية في الدرجة وصادرة في وقت واحد، أو تعارض أجزاء من نص مع بقية أجزائه ،يلزم الاستعانة بطرق التفسير الخارجية وهي:

١- حكمة التشريع:

وهي الغاية أو الهدف الذي يرمي إليه المشرع من وضع تشريع معين، ولهذا فإن معنى النص يتحدد على ضوء الغاية منه أو الدافع إليه.

٢- الأعمال التحضيرية:

أي الوثائق والمذكرات الإيضاحية "التفسيرية" التي دارت حول القانون حين إعداده، لأنها كثيراً ما تبين الغرض الذي قصده المشرع من النص ؛ بل ونية المشرع لما لم ينص عليه.

٣- المصدر التاريخي للتشريع:

أي إزالة إبهام النصوص بالرجوع إلى المصدر التاريخي للنص القانوني، ولعل أبرز ذلك هو الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للأحكام المستمدة منها، وإلى القانون المدني الفرنسي لتفسير بعض أحكام القانون المدني، باعتبار أن معظم قواعد القانون المدني مستمد من القانون المدني الفرنسي.

٤- تقريب النصوص:

يمكن تفسير النصوص الغامضة بتقريبها من النصوص التي تحكم المسائل المتشابهة أو المتعارضة، وبذلك يسهل التعرف على الأحكام القانونية ؛ فقد يأتي النص مطلقاً في موضع ثم يقيد في موضع آخر، وقد يأتي عاماً في صدد موضوع معين ثم يخصصه المشرع في موضع آخر"[١]

"الغموض يكون بتحمل أحد ألفاظ النص أو مجموع عبارته أكثر من معنى واحد. .. يستطيع المفسر أن يفهم معنى اللفظ الغامض بتقريبه من باقي ألفاظ النص كما يستطيع أن يجلو غموض النص كله بتقريبه من النصوص الأخرى، وذلك لأن الألفاظ المختلفة في النص الواحد والنصوص المختلفة في النظام التشريعي الواحد مرتبطة بعضها ببعض وتوضح بعضها البعض[٢]

<u>وعلى ما تقدم:</u>

- النص إما أن يكون سليماً غير معيب، وإما أن يكون غير سليم (معيباً)، وعيوب النص هي : الخطأ والنقص والغموض والتعارض.

- عند التعارض بين نصوص متساوية في الدرجة وصادرة في وقت واحد، يلزم الاستعانة بطرق التفسير الخارجية وهي:

- حكمة التشريع. - الأعمال التحضيرية.

- المصدر التاريخي للتشريع. - تقريب النصوص.

الفرع الثاني
في القضاء

نتناول في ذلك موقف محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا.

محكمة النقض:

"لا محل للاجتهاد إزاء صراحة نص القانون الواجب التطبيق"[٣]

و "القاعدة العامة أنه متي كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها ؛ فإنه يجب أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة الشارع، ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أياً كان الباعث علي ذلك "[٤]

"من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى، فإن البحث

---

[١] هذه هي طريق التفسير الخارجية للنص المعيب عند عيب "التعارض" إلا أن أ.د/ توفيق فرج يضيف حالة خاصة وهي النص الفرنسي كإحدى طرق التفسير الخارجية حيث كانت القوانين توضع في مصر باللغة الفرنسية أولاً ثم تترجم بعد ذلك إلى اللغة العربية.

[٢] أ.د/ سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – الجزء الأول – الطبعة السادسة ص ٣٥٧

[٣] نقض جنائي في الطعن رقم ١٣٤٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦/١/١١

[٤] نقض جنائي في الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦/٣/١٥

عن حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له محل"[1]

و"متى كان النص واضحاً جلي المعنى قاطعاً في الدلالة على المراد منه، فإنه لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملته، لأن البحث في حكمة التشريع ودواعيه إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه. ... ذلك أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكمتها، ومن ثم فلا يجوز إهدار العلة والأخذ بالحكمة عند وجود نص واضح سليم"[2]

ويستفاد من ذلك:

- لا اجتهاد مع النص الواضح المعني أو الصريح في دلالته.
- النصوص تدور مع علتها لا مع حكمتها.
- عند وضوح النص (أي وجود نص سليم) لا يجوز البحث عن حكمة النص ودواعيه، لا البحث في مصدره التاريخي، وبالتالي فإن البحث عن حكمة النص وكذلك الاستهداء بمصدره التاريخي لا يكون إلا في حالة غموض النص (أي وجود نص معيب)

ثانياً: موقف المحكمة الدستورية العليا:

نشير بداية أنه لم يصدر تفسير ملزم من المحكمة الدستورية العليا بشأن الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ على النحو المتبع وفق نص المادة ٢٦ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، وإن ما توصلت إليه المحكمة من الأخذ بالمذكرة الإيضاحية – رغم وضوح النص – هو محض اجتهاد من عنديانها ليس إلا.

وبعد... نتعرض لموقف المحكمة الدستورية العليا في تفسير النصوص التشريعية بصفة عامة، وذلك من خلال أحكامها الصادرة سواء في مجال اختصاصها بالتفسير الملزم وفقاً للمادة ٢٦ من قانونها، أو بعيداً عنها:

"... وحيث إن الأصل في النصوص التشريعية، هو ألا تُحمل على غير مقاصدها، وألا تُفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها، أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها، أو يعتبر تشويها لها سواءً بفصلها عن موضوعها أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها، ذلك أن المعاني التي تدل عليها هذه النصوص والتي ينبغي الوقوف عندها، هي تلك التي تعتبر كاشفة عن حقيقة محتواها، مفصحة عما قصده المشرع منها، مبينة عن حقيقة وجهته وغايته من إيرادها، ملقية الضوء على ما عناه بها، ومرد ذلك أن النصوص التشريعية لا تصاغ في الفراغ، ولا يجوز انتزاعها من واقعها محدداً بمراعاة المصلحة المقصود منها، وهي بعد مصلحة اجتماعية يتعين أن تدور هذه النصوص في فلكها، ويفترض دوماً أن المشرع رمى إلى

---

[1] نقض مدني جلسة ١٩٧٤/١/١ المجموعة رقم ٤٥ ص ١١٤، ونقض مدني جلسة ١٩٧٧/٤/٦ في الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٣ ق.

[2] نقض جنائي جلسة ١٩٦٨/٢/١٩ المجموعة – رقم ١٩ ص ٢٣٣، ونقض جنائي جلسة ١٩٦٧/٢/١٩ المجموعة، السنة ٨ رقم ٢٤٧ ص ٢٨٦،ونقض جنائي جلسة ١٩٧٣/٤/٢٢ المجموعة – رقم ٢٤ ص ٥٣١ ،ونقض مدني جلسة ١٩٧٤/١/٢٩ المجموعة – رقم ٢٥ ص ١١٦٥، ونقض مدني جلسة ١٩٩٣/١/٣١ في الطعن رقم ١٨١ لسنة ٣٩ ق.

بلوغها متخذاً من صياغته للنصوص التشريعية سبيلاً إليها، ومن ثم تكون هذه المصلحة الاجتماعية غاية نهائية لكل نص تشريعي وإطاراً لتحديد معناه، وموطئاً لضمان الوحدة العضوية للنصوص التي ينتظمها العمل التشريعي بما يزيل التعارض بين أجزائها، ويكفل اتصال أحكامها وتكاملها وترابطها فيما بينها، لتغدو جميعها منصرفة إلى الوجهة عينها التي ابتغاها المشرع من وراء تقريرها...." [1]

و "من المقرر أنه في مجال استظهار المقاصد التي رمى المشرع إلى بلوغها من وراء إقراره حكماً معيناً ؛ فإن العبارة التي صاغ المشرع بها النص التشريعي - في سياقها ومحددةً على ضوء طبيعة الموضوع محل التنظيم التشريعي والأغراض التي يتوخاها - هي التي يتعين التعويل عليها ابتداءً، ولا يجوز العدول عنها إلى سواها، إلا إذا كان التقيد بحرفيتها يناقض أهدافاً واضحة مشروعة سعى إليها المشرع..." [2]

و "... إعمال هذه المحكمة لسلطتها في مجال التفسير التشريعي يقتضيها ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع ؛ بل عليها أن تستظهر هذه الإرادة، وألا تخوض فيما يجاوز تحريها لماهيتها بلوغاً لغاية الأمر فيها، مستهدية في ذلك بالتطور التاريخي للنصوص القانونية التي تفسرها تفسيراً تشريعياً، وكذلك بالأعمال التحضيرية الممهدة لها، سواء كانت هذه الأعمال قد سبقتها أو عاصرتها ؛ باعتبار أن ذلك كله مما يعينها على استخلاص مقاصد المشرع التي يفترض في النص محل التفسير أنه يعكسها معبراً بأمانة عنها، ذلك أن الأصل في النصوص التشريعية هو ألا تحمل على غير مقاصدها، وألا تفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها، أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها، أو يعتبر تشويهاً لها سواء بفصلها عن موضوعها أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها، ذلك أن المعاني التي تدل عليها هذه النصوص والتي ينبغي الوقوف عندها، هي تلك التي تعتبر كاشفة عن حقيقة محتواها، مفصحة عما قصده المشرع منها، مبينة عن حقيقة وجهته وغايته من إيرادها، ملقية الضوء على ما عناه بها" [3]

"... وحيث إن من المقرر أن عبارة النص تؤخذ على معناها اللغوي ما لم يكن لها مدلول اصطلاحي يصرفها إلى معنى آخر. .. [4]

ويمكن بلورة هذه الأحكام في الآتي:

١- إذا كان النص واضحاً فلا حاجة إلى تفسيره، بل ويصبح التفسير ممتنعاً.

---

[1] الطلب رقم ١ لسنة ١٥ ق "تفسير" جلسة ١٩٩٣/١/٣ المجموعة الجزء ٢/٥ ص ٤١٧ وما بعدها.
[2] من حكم جلسة ٢ يونيه ١٩٩٤ في الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٣ ق "دستورية" المجموعة الجزء السادس ص ٣٢
[3] الطلب رقم ١ لسنة ١٧ ق "تفسير" جلسة ١٩٩٥/٧/٣ المجموعة ج٧ ص ٨٣
[4] من حكم جلسة ٨ يوليو ٢ في الدعوى رقم ١١ لسنة ١٣ ق "دستورية" الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ مكرر في ٢/٧/٢٢، ويراجع كذلك : الطلب رقم ٢ لسنة ١٧ ق "تفسير" جلسة ١٩٩٥/١/٢١ المجموعة، الجزء ٧ ص ٨٢١ ، الطلب رقم ١ لسنة ٢٤ ق "تفسير" جلسة ٢٣/٨/١٧ المجموعة، الجزء ١ ص ١٤٣١

٢- عند لزوم التفسير ؛ يلزم التقيد بإرادة المشرع ومقاصده، والوقوف على الغاية من التشريع.

٣- عدم جواز تفسير عبارات النص بما يخرجها عن معناها الأصلي أو الالتواء بها عن سياقها.

٤- جواز الأخذ بالمصدر التاريخي للنص وكذلك الأعمال التحضيرية بشرط الالتزام بمقاصد المشرع، وبما لا يخرج عن معني العبارة، سواء بفصلها عن موضوعها أو بمجاوزة الأغراض المقصودة منها.

٥- إذا كان الالتزام الحرفي بعبارات النص يخالف مقاصد المشرع يلزم العدول عنه.

٦- الأصل في تفسير النص هو المعني اللغوي، ما لم يكن له مدلول يصرفه إلي المعني الاصطلاحي.

٧- الإلتزام بالوحدة العضوية للنص، وقوفاً علي إرادة المشرع الحقيقية لا المفترضة ولا المتوهمة.

مع ملاحظة:

أن أحكام المحكمة الدستورية العليا دائماً تحفل – عند التفسير - بضرورة التقيد والالتزام بإرادة المشرع ومقاصده والأغراض التي يسعي إليها من التشريع.

بناءً على ما تقدم فإن النص القانوني إما أن يكون سليماً أو يكون معيباً.

فهل نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ – في ضوء ما سبق من آراء الفقه وأحكام القضاء - هو نص سليم أم هو نص معيب؟ وهو ما نتعرض علي النحو التالي.

الفرع الثالث
وضع نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩
علي ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء

نقرأ الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ لنري أهو نص سليم أم معيب :

"ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم "

فعبارة **"من اليوم التالي لنشر الحكم"** هي محط البحث والفحص والدراسة في شأن الأثر الزمني، فهل نص هذه العبارة سليم أم معيب؟

ندرس المسألة من فرضين:

الفرض الأول: النص سليم غير معيب:

فهي تعني اليوم اللاحق على يوم نشر الحكم، و**"التالي"** عكس **"السابق"** على يوم نشر الحكم و**"التالي"** لفظ يطلق على ما يأتي **"بعده"** بالقطع لا على ما يأتي **"قبله"**.

ومن ثم يكون للحكم بعدم الدستورية أثراً مباشراً فورياً لا يمكن أن يرتد إلى الوراء أبداً، وأزعم أن المشرع كان يقصد بذلك - أي بعبارة (من اليوم التالي):

١- عدم سريان الحكم بعدم الدستورية من يوم صدور هذا الحكم من المحكمة الدستورية العليا.

٢- عدم سريان الحكم بعدم الدستورية ابتداءً من يوم نشر الحكم في الجريدة الرسمية، وإنما من اليوم التالي لنشر الحكم في الجريدة الرسمية.

٣- لا يمكن بأي حال من الأحوال سريان الحكم بعدم الدستورية بأثر رجعي يرتد إلى أي يوم سابق على اليوم الذي تم فيه نشر الحكم بعدم الدستورية.

وعلى ما تقدم فإن عبارة النص دالة على معناه وواضحة بحيث لا تحتاج إلى استنتاج.

ذلك أن " وضوح عبارات المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا وضوح الشمس في رابعة النهار لا تسمح على الإطلاق بأي خطأ في التفسير، أو تجعل ثمة مجال في التأويل... وليس ثمة اجتهاد لأحد إذا كان النص نفسه شديد الوضوح، والاجتهاد لا يكون إلا مع النص المشوب بالغموض "[1]

والأدلة علي ذلك، من نصوص دستورية وقانونية، ومن أحكام المحكمة الدستورية العليا ذاتها:

الدليل الأول : نصوص دستورية وقانونية:

"عبارة اليوم التالي" وردت في العديد من النصوص الدستورية والتشريعية، ولم نر أحد قد توقف عندها، أو رأي أنها غامضة، ودونما إثارة أي مناعي حولها، من ذلك ما يلي :

(١) ما نصت عليه المادة ١٨٨ من دستور ١٩٧١ على:

"تُنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ويُعمل بها **من اليوم التالي** لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر".

(وهي تقابل نص المادة ٢٢٣ من دستور ٢٠١٢، والمادة ٢٢٥ من دستور ٢٠١٤)

(٢) وردّ لفظ **"اليوم التالي"** في عدة تشريعات، من ذلك علي سبيل المثال:

- ما تنص عليه المادة (٦) من قانون إصدار قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ : "يُنشر هذا القانون بالجريدة الرسمية، ويُعمل به اعتباراً **من اليوم التالي** لتاريخ نشره" (الجريدة الرسمية، العدد ١٣ في ١٩٨٣/٣/٣١)

- ما تنص عليه المادة (٥٨) من القانون رقم ١٧٤ لسنة ٢٠٠٥ بتنظيم الانتخابات الرئاسية :"يُنشر هذا القانون بالجريدة الرسمية، ويُعمل به اعتباراً **من اليوم التالي** لتاريخ نشره"**(الجريدة الرسمية، العدد ٢٦ مكرر في ٢٠٠٥/٧/٢)**

- ما تنص عليه المادة (٢٥) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ المعدل بالقانون رقم ١٧٦ لسنة ٢٠٠٥ في شأن مجلس الشوري: "يُنشر هذا القانون بالجريدة الرسمية، ويُعمل به اعتباراً **من اليوم التالي** لتاريخ نشره"**(الجريدة الرسمية، العدد ٢٦ مكرر في ٢٠٠٥/٧/٢)**

ولو أراد المشرع المغايرة والعدول عن اليوم التالي لنشره، لفعل ذلك، والدليل علي ذلك ما نص عليه المشرع في القوانين الآتية:

---

[1] أ.د/ مصطفى أبو زيد فهمي- المرجع السابق ص (د) وص (ه) "وقد سبق الإشارة إلي ذات الموضع ومن ذات المصدر"

(أ) سريان القانون أو القرار بقانون **من يوم نشره** بالجريدة الرسمية، أي في ذات يوم النشر، وذلك بعبارة:

" يُنشر هذا القانون بالجريدة الرسمية، ويُعمل به من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية" من ذلك:

- المادة (٩) من القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية، وكذلك المادة ٨ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة **(الجريدة الرسمية، العدد ٤٠ في ١٩٧٢/١٠/٥)**

- المادة (٤٢) من قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ **(الجريدة الرسمية، العدد ٣٩ في ١٩٧٢/٩/٢٨)**

- المادة (٣٣) من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بنظام الأحزاب السياسية **(الجريدة الرسمية، العدد ٢٧ في ١٩٧٧/٧/٧)**

(ب) سريان القانون أو القرار بقانون في تواريخ لاحقة علي نشره، وذلك بعد فترة زمنية معينة، من ذلك:

- القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ حيث نصت المادة (٢) من مواد إصداره علي :"علي وزير العدل تنفيذ هذا القانون، **ويُعمل به ابتداءً من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩"(الوقائع المصرية، العدد ١٠٨ مكرر في ١٩٤٨/٧/٢٩)**

- قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠، حيث نصت المادة (٢) من مواد إصداره علي :"علي وزير العدل تنفيذ هذا القانون، **ويُعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية" (الوقائع المصرية، العدد ٩٠ في ١٩٥١/١٠/١٥)**

- قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، حيث نصت المادة (٤) من مواد إصداره علي :"يُنشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، **ويُعمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره"(الجريدة الرسمية، العدد ١٩ في ١٩٦٨/٥/٩)**

- قانون المحكمة الدستورية العليا (ذاته) رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، حيث نصت المادة (١٠) من مواد إصداره علي :" يُنشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، **ويُعمل به بعد أسبوعين من تاريخ" (الجريدة الرسمية العدد ١٣٦ في ١٩٧٩/٩/٦)**

(ج) بل إن المشرع أحياناً قد يري سريان بعض القوانين (الغير جنائية) بأثر رجعي أي يسري علي الماضي[1] من ذلك : المادة الرابعة من مواد إصدار القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٧٣ ببعض الأحكام الخاصة بأعضاء النيابة الإدارية، حيث نصت علي :"يُنشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، **ويُعمل به اعتباراً من ٥ أكتوبر ١٩٧٢" (الجريدة الرسمية، العدد ٣٤ في ١٩٧٣/٨/٢٣)**

([1]) وهذا جائز دستورياً، حيث نصت المادة (١٨٧) من دستور ١٩٧١ (تقابل المادة ٢٢٣ من دستور ٢١٢). علي :"لا تسري أحكام القوانين إلا علي ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون علي خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب"

الخلاصة إذاً:

أن عبارة " **عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم** " تعني سريان الحكم ابتداءً من اليوم التالي **"اللاحق"**علي يوم النشر في الجريدة الرسمية أي وفق العبارة الدارجة "ثاني يوم النشر"

فهي بذلك تعني الأثر الفوري المباشر، والمتراخي إلي ما بعد يوم النشر، ولا تعني بأي حال من الأحوال الأثر الرجعي، ولم يلحقها أي خطأ أو نقص أو غموض أو تعارض.

الدليل الثاني : احكام المحكمة الدستورية العليا:

التعديل أعطي لها رخصة تحديد تاريخ إعمال أثر الحكم بعدم الدستورية، ونفاذاً لتلك الرخصة، نقرأ أحكاماً للمحكمة حكمت فيها بالأثر المباشر لأحكامها، وذلك بعبارة "اليوم التالي لنشره" من ذلك:

"....*ولما كان ذلك وكان إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية. ... مؤداه إحداث خلخلة اجتماعية واقتصادية مفاجئة، تصيب فئات عريضة من القاطنين بوحدات سكنية تساندوا في إقامتهم بها إلى حكم هذا النص قبل القضاء بعدم دستوريته، وهي خلخلة تنال من الأسرة في أهم مقومات وجودها المادي، وهو المأوى الذي يجمعها وتستظل به، بما تترتب عليه آثار اجتماعية تهز مبدأ التضامن الاجتماعي الذي يقوم عليه المجتمع وفقاً لما نصت عليه المادة السابعة من الدستور، إذ كان ذلك فإن المحكمة ترى إعمال الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانونها، وتحدد لسريان هذا الحكم تاريخاً آخر* **هو اليوم التالي** *لنشره*"[١]

و "....*وحيث إن هذه المحكمة تقديراً منها للآثار المالية التي ستترتب على الأثر الرجعي للقضاء بعدم دستورية النص المطعون عليه فإنها تقرر إعمال الرخصة المخولة لها بنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٩ وتحدد* **اليوم التالي** *لنشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية تاريخاً لسريانه*" [٢]

و "*حفاظاً على استقرار المراكز القانونية. .. تحدد لسريان هذا الحكم إعمال أثره تاريخاً آخر هو* **اليوم التالي** *لنشره*"[٣]

ومن خلال تلك الأحكام وغيرها هل يُجادل أحد في أن المقصود من عبارة"اليوم التالي" هو الأثر الفوري المباشر من اليوم التالي لنشر الحكم ؟!!

وهل كانت المحكمة الدستورية العليا تقصد باليوم التالي الأثر الرجعي أم الأثر الفوري؟!!

الفرض الثاني: النص معيب غير سليم:

وعيوب النص – وكما رأينا - هي الخطأ والنقص والغموض والتعارض، فهل في تلك العبارة خطأ أو نقص أو غموض أو تعارض ؟

---

[١] من حكم جلسة ٢٢/١١/٣ في الدعوى رقم ٧ لسنة ١٨ ق "دستورية"

[٢] من حكم جلسة ٨ /٦/ ٢٨ في الدعوى رقم ٢ لسنة ٢٧ ق "دستورية"

[٣] من حكم جلسة ٢١/٣/١٤ في الدعوى رقم ١٢٨ لسنة ٣ ق "دستورية"

انصار الرجعية أنفسهم - سواء من الفقه أو من خلال أحكام المحكمة الدستورية العليا السابق بيانها - لم يثيروا هذا الأمر، فلم يقل أحد منهم أنه نص معيب، فبالرجوع إلي كتابات الفقه وكذلك أحكام المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن، يتلاحظ أنهم فقط رأوا - في إطار تأييدهم لمبدأ الرجعية - أن النص يعارض فقط ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون في شأن الفقرة الثالثة من المادة ٤٩، التي أقرت بمبدأ رجعية الحكم بعدم الدستورية علي أن يُستثني من ذلك الحقوق والمراكز التي استقرت بحكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي، أو بانقضاء مدة تقادم.

وعلي هذا يكون النص - لديهم - معيباً في هذه النقطة ليس إلا.

وفي الجملة:

أنهم يرون أن العيب الوحيد الذي يمكن اسناده لهذا النص هو تعارضه **"الظاهري"** مع ما جاء بالمذكرة الإيضاحية، لأن النص قرر الأثر الفوري، في حين أن المذكرة الإيضاحية قررت الأثر الرجعي.

وهذا أمر مردود عليه في الآتي :

وقبل الردّ، نودّ أن نشير إلي أن الأعمال التحضرية – في شأن قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ومن بينه نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ هما:

- المذكرة التفسيرية الصادرة من اللجنة التشريعية لمجلس الشعب، وهذه المذكرة كانت في جانب الأثر المباشر.

- المذكرة الإيضاحية الصادرة من وزير العدل، وهذه كانت في جانب الأثر الرجعي [1]

وهذه وتلك لا يتم التصويت عليها من المجلس، وإنما يقتصر التصويت علي النص التشريعي في صياغته النهائية فقط دون غيره، فقرار المجلس النيابي يكون علي النص المقدم لأعضائه، ولا يتم التصويت – وبلا خلاف- لا علي المذكرة التفسيرية ولا علي المذكرة الإيضاحية.

ومن نافلة القول :

أن المذكرات الإيضاحية لأي مشروع قانون تُقدم من وزارة العدل بغرض طلب الموافقة عليه ليس إلا، وبالتالي فإنها تُعرض قبل بدء التصويت علي مشروع النص أو أو مشروع القانون.

وبعد هذا الإيضاح نتناول الآتي:

- رأي الفقه بشأن المذكرات الإيضاحية للقوانين بصفة عامة.
- رأي الفقه بشأن المذكرة الإيضاحية للفقرة الثالثة من المادة ٤٩.

أولاً:الآراء الفقهية المختلفة حول المذكرة الإيضاحية للقوانين بصفة عامة:

الرأي الأول:"الرجوع إلى هذه الأعمال يجب أن يقترن بشيء من الحيطة والحذر، ذلك أنها كثيراً ما تتضمن اجتهادات شخصية لواضعيها دون أن تعبر بالضرورة عن وجهة النظر التي يكون المشرع قد انحاز إليها بالفعل"[2]

---

[1] ويراجع ما جاء بنص المذكرتين في بداية هذا المبحث.

[2] أ.د/ مصطفى محمد الجمال، أ.د/ عبد الحميد محمد الجمال – المرجع السابق ص ٢٨٤ وما بعدها

الرأي الثاني: في شأن المذكرة الإيضاحية يقول:"يلاحظ أنه كثيراً ما يلجأ إليها القضاة وفقهاء القانون، ولكنها تقف عند حد كونها وسيلة مساعدةً وليست ملزمة للمفسر، فله ألا يتقيد بما جاء بها دون تثريب"[١]

الرأي الثالث:"ويجب أن نلاحظ أن الأعمال التحضيرية ؛ وإن ساعدتنا في تفسير النصوص التشريعية وإعانتنا في التعرف على قصد الشارع، إلا أنها مهما كانت لا ترتفع إلى مرتبة التشريع ولا تعد جزءً منه أو مكملة له، ولهذا فإن ما يرد في الأعمال التحضيرية لا يعد ملزماً للقاضي، متى وجد أن النص لا يمكن أن يتماشى مع ما جاء في الأعمال التحضيرية أو المذكرة الإيضاحية للقانون. ففي كثير من الأحيان تكون المذكرة الإيضاحية للقانون متضمنة اجتهاداً شخصياً من جانب واضعيها في تفسير النصوص وفي استخراج الأحكام منها، وهو اجتهاد قد يخطئهم التوفيق فيه في بعض الأحيان [٢]

الرأي الرابع:"ينبغي الحذر في الاستعانة بالأعمال التحضيرية لأنها كثيراً ما تتضمن آراء فردية خاصة بأصحابها يثيرونها أثناء مناقشتهم عند نظر مشروعات القوانين وفي اللجان المختلفة"[٣]

الرأي الخامس:"مهما يكن من قيمة الأعمال التحضيرية فإنها لا تعتبر جزءً من التشريع، بل هي شيء خارج عنه يجوز فيه الخطأ، فإذا رأى المفسر رأياً خاطئاً مسجلاً في الأعمال التحضيرية ؛ فإنه لا يتقيد به عند التفسير بل يتركه إلى الرأي الصحيح الواجب الأخذ به طبقاً للتشريع الذي أمامه"[٤]

الرأي السادس:"اللجوء إلي الأعمال التحضيرية يحكمه قاعدتان :

الأولي : أنه يحظر اللجوء إلي الأعمال التحضيرية إذا كان النص واضحاً لا يحتاج إلي تفسير...

الثانية: أن الأعمال التحضيرية غير ملزمة للقاضي، فالذي يلزم القاضي هو إرادة المشرع الواردة في النص التشريعي..... ونعتقد أنه قد آن الأوان لاعادة النظر في هذه الفكرة خصوصاً بعد أن أصاب الأعمال التحضيرية انحدار في قيمة ما تحتويه من أفكار وما تعبر عنه من آراء"[٥]

ما سبق من هذه الآراء يبلور الآتي:

١- الحيطة والحذر عند الأخذ بالأعمال التحضيرية عموماً والمذكرة الإيضاحية خصوصاً.

٢- تعارض المذكرة الإيضاحية مع النص يلزم معه عدم الأخذ بما جاء بالمذكرة الإيضاحية.

٣-الأعمال التحضيرية عموماً ليست جزءاً من التشريع.

٤- وأخيراً...المذكرة الايضاحية الغرض منها الموافقة علي مشروع القانون، وقد يتم حدوث تغيير عليه، وتبقي المذكرة الايضاحية كما هي.

---

(١) أ.د/ محمد سامي عبد الصادق – المرجع السابق ص ٣١٨

(٢) أ.د/ عبد المنعم البدراوي – المرجع السابق ص ١٥٥

(٣) أ.د/ توفيق فرج – المرجع السابق ص ٢٢٦

(٤) أ.د/ عبد الرزاق السنهوري، د/ أحمد حشمت أبو ستيت – المرجع السابق ص ٢١٣

(٥) أ.د/ حسام الدين كامل الأهواني – أصول القانون، طبعة ١٩٨٨، بدون تحديد جهة للنشر ص ٢٧٧ وما بعدها.

وأزعم أن هذا ما تم حصوله مع نص المادة ٤٩، فقد طلبت وزارة العدل "الأثر الرجعي" على النحو السابق إيراده على مشروع القانون، ولكن القانون صدر بالأثر الفوري، ولكن –وبطبيعة الحال - بقيت المذكرة الايضاحية كما هي.

وتقول محكمة النقض في شأن الأعمال التحضيرية :

"القاضي مطالب أولاً بالرجوع إلى نص القانون ذاته وإعماله على واقعة الدعوى في حدود عبارة النص، فإذا كانت واضحة الدلالة فلا يجوز الأخذ بما يخالفها مما يرد في الأعمال التحضيرية ومن بينها المذكرات التفسيرية المرافقة للقانون وتغليبها على عبارة النص لخروج ذلك عن مراد الشارع"[١]

ثانياً : رأي الفقه بشأن المذكرة الإيضاحية للفقرة الثالثة من المادة ٤٩:

الرأي الأول:

"ليس في نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا غموض أو إبهام، حيث يحرم على أية محكمة كائنة من كانت أن تطبق النص المقضي بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية ؛ فهذا هو المعنى الحرفي المتبادر عقلاً ومنطقاً من نص المشرع في المادة ٤٩ المذكورة في فقرتها الثالثة على أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيق من اليوم التالي لنشر الحكم. .. النص إذاً واضح فلا يصح – وفقاً للفقه الفرنسي والمصري – الالتفاف على معناه برجوع إلى أعمال تحضيرية وإسباغ حجية عليها لوياً للحقائق... أما المذكرة الإيضاحية ؛ أية مذكرة إيضاحية، فحتى لو كانت واضحة الوضوح الشديد فهي ليست نصاً من النصوص التشريعية بل إنها ليس لها قيمة قانونية إلا بقدر وجاهة منطقها وحُجتها، لأنها لا تعدو أن تكون تعبيراً عن رأي واضعها"[٢]

الرأي الثاني:

"نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا واضح كل الوضوح في فقراته الأربعة، ولا يدع مجالاً علي الإطلاق للاجتهاد، لكن المحكمة الدستورية العليا فعلت غير ذلك، فقد عمدت إلي الاجتهاد مع الوضوح الشديد للنص، وأرادت أن ترجع إلي المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا، وهنا نقف برهة لنتساءل:

"إذا تعددت المذكرات الايضاحية للقانون ؛ مذكرة وضعتها وزارة العدل، وهي تقترح نصوص القانون، فتجعل لها المعني الذي أرادته يجري علي نحو معين، ومذكرة أخري وضعتها اللجنة التشريعية بمجلس الشعب وهي تبحث القانون وتوصي المجلس بالموافقة عليه بالمعني الذي أرادته.

---

[١] نقض جنائي جلسة ١٩٥٩/٦/٩ المجموعة - رقم ١ ص ٦٣٩، ونقض جنائي جلسة ١٩٦/٢/١٦ المجموعة - رقم ١١ ص ١٦٨

[٢] أ.د/ عصام أنور سليم: مرجع سابق هامش ص ١٤٩ وهامش ص ١٥

فأي المذكرتين الايضاحتين تعتبر معبرةً عن رأي المشرع الذي هو مجلس الشعب وليس وزارة العدل؟

لا شك أنها المذكرة التي وضعتها اللجنة التشريعية بمجلس الشعب، وقد وجدت المحكمة الدستورية العليا أمامها المذكرتين الايضاحتين ففعلت غير ذلك تماماً: تجاهلت مذكرة اللجنة التشريعية بمجلس الشعب وأخذت بمذكرة وزارة العدل"[1]

وما سبق بيانه أن المذكرة الإيضاحية المقدمة من وزارة العدل قد تعارضت معارضةً واضحةً وصارخةً مع نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ أيا كان وصف هذا التعارض "ظاهري" أم "خفي".

وبالتالي كان يجب إهمال ما جاء بها، وتعين الأخذ بما يتفق مع النص وهو تقرير اللجنة التشريعية هذا عند الفرض بأن نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ به غموض.

خلاصة ما تقدم بشأن: تفسير عبارة "من اليوم التالي لنشر الحكم":

أولاً : أنها عبارة واضحة شديدة الوضوح، ومن ثم فإنها من النصوص السليمة.

ثانياً: ولو فرضنا – جدلاً – أنها من النصوص المعيبة فإن تفسيرها على ضوء ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لوزارة العدل التي عارضت النص معارضةً واضحةً وشديدةً هو تفسير خاطئ جداً وقياس فاسد، حيث توجد المذكرة التفسيرية للجنة التشريعية بمجلس الشعب وهي من الأعمال التحضيرية أيضاً، والأولى هو الأخذ بها دون غيرها لاتفاقها مع النص.

ثالثاً: **التعارض** الذي يعيب النص، وكما سبق بيانه – هو أن يصطدم نص مع نص آخر سواء في تشريع واحد أو في تشريعات مختلفة، إذا وقع التعارض بين تشريعات متفاوتة في الدرجة، يغلب التشريع الأقوى، وإذا وقع بين تشريعات متساوية في الدرجة فإن التشريع اللاحق يغلب على التشريع السابق.

وإذا كانت المذكرة الايضاحية – وبلا خلاف فقهي – **لا تعد أصلاً نصاً**، كما أنها **سابقة وبالضرورة على النص**، لأنها توضح ما جاء بالنص وتطلب من المشرع الموافقة عليه.

فكيف يقال بوجود "تعارض" بعد كل ذلك؟!!

رابعاً : وأخيراً. ... **أن** المشرع استخدم لفظاً متداولاً ومتعارفاً عليه في الصياغة القانونية ومنذ سنين طويلة وهو **" من اليوم التالي"** للنشر.

المطلب الثالث
في إلغاء التشريع

سبق وأن تعرضنا في الفصل الأول من هذا الباب إلي أن أثر الحكم بعدم الدستورية علي النص– عند الكثيرين- يعني إلغاء هذا التشريع أو النص التشريعي المطعون عليه، **فهل يكون هذا الإلغاء بأثر رجعي أم بأثر فوري؟**

---

[1] أ.د/ مصطفي أبو زيد فهمي – المرجع السابق – ص (ه)

يري فقه الشريعة العامة أن الإلغاء لا يكون – بأي حال من الأحوال- إلا بأثر فوري، من ذلك:

١- "إلغاء التشريع أو نسخه هو وقف العمل به نهائياً، أو تجريده من القوة الملزمة **بالنسبة إلى المستقبل**

سواء أكان ذلك للاستغناء عنه نهائياً أم كان لاستبدال غيره"[١].

٢- "الإلغاء لا يرد إلا على تشريع قد استكمل شروط صحته أركانه الجوهرية ؛ فيأتي الإلغاء لا ليطعن في صحة التشريع وإنما لإنهاء العمل به إما لعدم الحاجة إليه أو لاستبدال غيره من التشريعات، **ولذلك لا يؤثر الإلغاء في صحة تطبيق التشريع الملغي أي أن الإلغاء ليس له أثر رجعي**"[٢]

وفي ذلك تقول محكمة النقض:

"إذا رأى الشارع إلغاء القاعدة المقررة بقانون، فإن ذلك لا يبرر الخروج عنها بالنسبة للوقائع السابقة على هذا الإلغاء بل هو تأكيد بالتزام العمل بها في النطاق المنصوص عليه بالتشريع السابق"[٣]

و "الأصل في صدد سريان القانون من حيث الزمان أن إلغاء قاعدة قانونية وحلول قاعدة قانونية أخرى محلها يترتب عليه – إذا تعلقت القاعدتان بأوضاع قانونية تكونت في لحظة واحدة – **أن تسري القاعدة الجديدة بأثر فوري منذ نفاذها**، ويقف في ذات الوقت سريان القاعدة القانونية القديمة بغير تنازع بين القاعدتين، أما إذا كانت الأوضاع القانونية لا تتكون إلا خلال فترة زمنية متداخلة بين قاعدتين قانونيتين فانه يتعين في سبيل فض التنازع بينهما أن **يُمتنع** تطبيق القاعدة القانونية الجديدة **بأثر رجعي** يمسّ الوضع المتكون في الماضي طبقاً للقاعدة القانونية القديمة، كما يمتنع استمرار تطبيق القاعدة القانونية القديمة بأثر ممتد على الوضع الذي قد تكوّن بعد إلغائها، وذلك كله ما لم يورد المشرع أحكاماً تقرر رجعية القاعدة القانونية الجديدة، أو امتداد للقاعدة القانونية القديمة، أو أن تكون المسألة التي مسّها التشريع تدخل في عموم إحدى مسائل القانون الخاص التي عُنيّ المشرع بتنظيم التنازع الزمني من القوانين بشأنها في المجموعة المدنية أو مجموعة قانون المرافعات"[٤]

ولا يمكن – من خلال ما تقدم - أن يكون إلغاء القاعدة التشريعية وفقاً للقواعد العامة بأثر رجعي، وإنما بأثر فوري وهذا هو الأصل في سريان إلغاء القواعد القانونية.

وكان حرياً بالفقه القائل بإلغاء التشريع المحكوم عليه بعدم الدستورية أن يكون في أول الصفوف المؤيدة بالأثر الفوري المباشر للحكم بعدم الدستورية، ذلك لأن :

---

[١] د/ سليمان مرقس – المرجع السابق ص ٢٢٤

[٢] المستشار/ محمود عزمي البكري – موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني – المجلد الأول – دار محمود للنشر والتوزيع ص ٢٦٣

[٣] نقض مدني جلسة ١٩٦٥/١/٢٦ طعن رقم ٣٧٥ لسنة ٣ ق

[٤] نقض جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ – مجموعة المكتب الفني – السنة ١٧ ص ١٥١٩

"**البطلان** يكشف عدم صحة العمل القانوني بالنص **منذ تكوينه**، فيجرده من جميع الآثار القانونية منذ وجوده، بخلاف **الإلغاء** فإنه ينتج أثره منذ **تقريره** أي إنشائه"[1]

الخلاصة إذاً:

أن إلغاء التشريع يسري بأثر فوري مباشر، ولا يرتد للوراء، وهو ما ينسحب علي الحكم بعدم الدستورية الذي هو في حقيقته إلغاء للتشريع أو للنص التشريعي، أو هو إلغاء لقوة نفاذه عند القائلين بإلغاء قوة نفاذه.

ففي الحالتين تكون النتيجة واحدة بما يجعل هذا **"الإلغاء"** يسري بأثر فوري وليس بأثر رجعي.

وعلى ما تقدم ومن خلال هذه المعطيات السابقة إيرادها نستطيع أن نصل إلى النتائج الآتية:

أولاً: محاولات المحكمة الدستورية العليا وكذلك محكمة النقض في التقليل من آثار الرجعية، وذلك باستثناء الأوضاع والمراكز القانونية التي استقرت بالأحكام القضائية سواء الحائزة لقوة الأمر المقضي أو الباتة وكذلك التقادم ؛ لم تصمد كثيراً، فضلاً عن تزعزع الثقة فيها والتأرجح الواضح بشأنها، مما ينتهي بنا – ودون تردد - إلى القول بفشل هذه المحاولات وعدم جدواها.

ثانياً: أن نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بشأن الأثر الزمني للحكم بعدم دستورية النصوص واللوائح في غير المواد الجنائية وفي غير المواد الضريبية هو نص سليم غير معيب، ومن ثم يُمتنع معه – **وفقاً للقواعد الأصولية في التفسير** - اللجوء إلى طرق التفسير الخارجية، وبصفة خاصة الأعمال التحضيرية كما سبق بيانه، لخطورة اللجوء إلى الأعمال التحضيرية ومن بينها المذكرة الإيضاحية المقدمة من وزارة العدل، وإذا كانت المذكرة الإيضاحية في شأن الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ **قد تعارضت** مع النص فيلزم استبعادها تماماً، ولأن الأحكام تدور مع علتها لا مع حكمتها، فإن ما أخذ به أنصار الرجعية وكذلك المحكمة الدستورية العليا بالأثر الرجعي كان خطأ تاريخياً كبيراً.

ثالثاً: إذا كان الحكم بعدم الدستورية يعني إلغاء النص التشريعي المحكوم عليه بعدم الدستورية عند الكثيرين، أو في أقل الأحوال يعني إلغاء قوة نفاذه، فإن إلغاء التشريع – وكما سبق بيانه – لا يمكن أن يكون بأثر رجعي، وإنما بأثر فوري ومباشر وحتى تتوازن الأمور دون إحداث اضطرابات أو قلاقل.

بالإضافة إلي ما تقدم:

أن من الأدلة الدامغة علي تفضيل الفورية "الأثر المباشر" مفهوم **"الأمن القانوني"**، والتي سبق التعرض لها، فإنها لابد وأن تصبّ في صالح الفورية، حماية لإستقرار الحقوق والأوضاع القانونية ، ومبدأ التوقع المشروع للأفراد، ولا نغالي إذا ما قلنا أن القول بالآثر الرجعي يجعل منظومة الأمن القانوني في مهب الريح أو كعصف مأكول.

---

[1] أ.د/ فتحي سرور - الحماية الدستورية- مرجع سابق ص ٣٤

المطلب الرابع
في الرد على أسانيد أنصار الرجعية

أسانيد أنصار الرجعية – وكما سبق بيانه – تتلخص في الآتي:

- تعارض نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ مع المذكرة الايضاحية للقانون.

- تطبيق الحكم بأثر فوري معناه عدم استفادة المدعي رافع الدعوي الدستورية من الحكم.

- الأحكام القضائية هي بطبيعتها أحكام كاشفة.

- المصدر التاريخي للمادة ٤٩.

أما من حيث **السند الأول** بشأن تعارض النص مع ما جاء بالمذكرة الإيضاحية، فقد تم الرد عليه بما فيه الكفاية، وقد ثبت فساد الاستناد إليها على النحو السابق بيانه.

وبالتالي ينحصر الرد على باقي الأسانيد الثلاثة الأخري.

وذلك علي النحو الآتي:

الفرع الأول
في الرد علي عدم استفادة المدعي من الحكم

وقد استند أنصار الرجعية من الفقه - وسايرتهم المحكمة الدستورية العليا في ذلك -على أن سريان الحكم بأثر فوري يؤدي إلى أن يقوم قاضي الموضوع بتطبيق القانون غير الدستوري على وقائع الدعوى، باعتبار أن الوقائع هي بالضرورة سابقة على رفع الدعوى، وبالتالي فهو سابقة على الحكم في الدعوى الدستورية، وهذا يؤدي إلي عدم استفادة المدعى رافع الدعوى الدستورية من دعواه الدستورية، وهذه نتيجة يأباها المنطق، **وفي أحكام عديدة – وكما رأينا - تقول المحكمة الدستورية العليا :**

"المشرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام أي من جهات القضاء، إما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم، وأوجب على الجهة القضائية – عند الشك في عدم الدستورية – وقف الدعوى أو تأجيلها انتظاراً لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسألة المثارة، إنما ***كان يبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضي بعدم الدستورية، وهي منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي، لأصبح لزاماً على قاضي الموضوع – الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته – أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته، مما يأباه المنطق القانوني السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق لمبدي الدفع أية فائدة عملية"*** [1]

---

[1] من حكم جلسة ١١ يونيه ١٩٨٣ في الدعوي رقم ٤٨ لسنة ٣ ق "دستورية" وكذلك حكم المحكمة جلسة ١٩٩/٥/١٩ في الدعوي رقم ٣٧ لسنة ٩ ق "دستورية"

وهذا مردود عليه بالآتي:

(١) أن قاضي الموضوع هو من أول المخاطبين بالحكم بعدم الدستورية في مجال نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ بشأن عدم جواز تطبيق النص غير الدستوري، وإذا امتنع عن الفصل في الدعوى على ضوء ما جاء بحكم المحكمة الدستورية العليا، فقد خالف هذا النص الصريح، وبالتالي يكون قد خالف القانون نصاً، أمّا أنه سيُطبق النص غير الدستوري فهو من قبيل الافتراض النظري، ولأنه – فوق ذلك - ملزم بحكم المحكمة الدستورية العليا وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٤٩ بشأن الحجية المطلقة للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في دعاوى الدستورية ؛ فقد تعين عليه الامتناع عن تطبيق النص الذي حُكم عليه بعدم الدستورية، وهي حجية مفروضة عليه فرضاً.

(٢) أن قاضي الموضوع هو بالفعل يمارس رقابة دستورية القوانين من حيث المبدأ سواء بالدفع أمامه بعدم الدستورية إعمالاً للفقرة (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا أو بنظام الإحالة إعمالاً للفقرة (أ) من المادة ٢٩ المشار إليها فقد قامت لديه في الحالتين شبهة عدم الدستورية، فإذا فصلت المحكمة الدستورية العليا في الدعوى وانتهت إلى عدم الدستورية أصبحت شبهة عدم الدستورية قد تحولت من "الشبهة" وتدرجت وارتقت إلى مرحلة "اليقين" بعدم الدستورية، والمنطق - وبحكم المجرى العادي للأمور - سيقوم قاضي الموضوع بتطبيق حكم المحكمة الدستورية العليا انتصاراً لرأيه المبدئي حول عدم دستورية النص.

(٣) وفي جميع الدعاوي القضائية أياً كانت ؛ القاضي ينزل حكم القانون علي وقائع الدعوي، وهذه الوقائع هي - بالضرورة – سابقة علي رفع الدعوي، ولم يُنص علي ضرورة استفادة المدعي من دعواه.

(٤) اشتراط المصلحة في الدعوى الدستورية، ولأنه لابد من أن يكون الفصل في الدعوى الدستورية مؤثراً بالضرورة على وقائع الدعوى الموضوعية، وكم من الدعاوى التي حكمت فيها المحكمة الدستورية بانتفاء المصلحة إذا ما تحقق لديها عدم تأثير الفصل في الدعوى الدستورية على الوقائع المعروضة في الدعوى الموضوعية ؛ يلزم معه - وبالضرورة - أن قاضي الموضوع ملزم بالامتناع عن تطبيق النص غير الدستوري والفصل في الدعوى المعروضة عليه على أساس ذلك.

والقول بغير ذلك يجعل شرط المصلحة في الدعوى الدستورية بلا قيمة ويصبح والعدم سواء.

(٥) الدول الأخري ذات الأثر الفوري مثل فرنسا والنمسا وأسبانيا والبحرين وغيرها، لم تثار عندهم مشكلة عدم استفادة المدعي من الدعوي الدستورية، ولم ير المشرع في تلك الدول ضرورة النص " علي استفادة المدعي من دعواه الدستورية"

(٦) وأخيراً. ...بعد تعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بإعطاء المحكمة الدستورية العليا رخصة تحديد أثر للحكم، وذلك عندما نص التعديل على **"ما لم يحدد الحكم تاريخاً آخر"** وقد طبقت المحكمة الدستورية العليا هذه الرخصة بالفعل وهي التي تعتنق مبدأ الرجعية، وذلك بتطبيق

آثار فورية (أثر مباشر) للحكم بعدم الدستورية **وفي غير النصوص الضريبية**، فمراجعة بعض أحكامها في ذلك، نجدها تنبه في أحكام بضرورة استفادة المدعي "رافع الدعوي الدستورية" من الحكم، وفي أحكام أخري لم تفعل من ذلك:

- حكم بضرورة استفادة المدعي من الدعوي الدستورية:

بمناسبة الحكم بعدم دستورية البند (٢) من الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٤ بشأن زيادة المعاشات:

*"وحيث إن هذه المحكمة تقديراً منها للآثار المالية التي ستترتب على الأثر الرجعي للقضاء بعدم دستورية النص المطعون عليه ؛ فإنها تقرر إعمال الرخصة المخولة لها بنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٩ وتحدد **اليوم التالي لنشر هذا الحكم في** الجريدة الرسمية تاريخاً لسريانه وذلك **دون إخلال باستفادة المدعين** من الحكم الصادر بعدم دستورية النص المطعون عليه"* [١]

في هذا الحكم تنبيه على محكمة الموضوع بضرورة استفادة المدعين من الحكم بعدم دستورية النص المطعون عليه.

وفي حكم آخر لم تنبه علي ضرورة استفادة المدعي من الدعوي الدستورية :

*"... وحيث إن إعمال الأثر الرجعي للحكم بعدم دستورية نص الفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من لائحة العاملين بالهيئة المطعون فيها سيؤدي إلى المساس بالمراكز القانونية للعاملين الذين أفادوا من هذا النص إبان فترة سريانه، ومن ثم فإن المحكمة إعمالاً للرخصة المخولة لها بمقتضى نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ وحفاظاً على استقرار المراكز القانونية لهؤلاء العاملين ؛ تحدد لسريان هذا الحكم وإعمال أثره تاريخاً آخر **هو اليوم التالي لنشره"*** [٢]

في هذا الحكم لم تذكر المحكمة شيئاً عن ضرورة إفادة المدعي من الحكم بعدم الدستورية.

فهل معنى ذلك: أن قاضي الموضوع سيكون مضطراً لتطبيق النص المقضي بعدم دستوريته وأن المدعي – بالتالي لن يستفيد من دعواه الدستورية؟؟!!!

---

[١] من حكم جلسة ٨ يونيه ٢٨ في الدعوى رقم ٢ لسنة ٢٧ ق "دستورية"

[٢] من حكم جلسة ١٤ مارس ٢١ في الدعوى رقم ١٢٨ لسنة ٣ ق "دستورية"

الفرع الثاني
في الرد علي الأحكام القضائية أحكام كاشفة لا منشئة

(١) ليست جميع الأحكام القضائية العادية من طبيعة كاشفة، فإلي جانب الأحكام الكاشفة توجد الأحكام المنشئة أيضاً:

- الحكم المنشئ أو المعدل هو الذي يقرر إنشاء أو تعديل أو إنهاء حق أو مركز قانوني موضوعي، ومن أمثلته: الحكم بالشفعة الذي ينقل ملكية العقار المشفوع فيه للشفيع، الحكم بتعديل الالتزام التعاقدي بسبب الاستغلال (م ١٢٩ مدني) أو بسبب الظروف الطارئة (م ١٤٧ مدني). . وكذلك الحكم بالفسخ القضائي والحكم بالتطليق والحكم بالإفلاس والحكم بحل جمعية [١]

- ومن ذلك أيضاً : القرار الصادر بتوقيع الحجر للعته.

" القرار الصادر بتوقيع الحجر للعته – بوصفه منشئاً الحالة المدنية – له حجية مطلقة، يسري في حق الناس جميعاً، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بحجية ذلك القرار ؛ فلا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"[٢]

(٢) كما أنه من الضرورة بمكان أن نتمسك بالطبيعة المنشئة للحكم بعدم الدستورية ، ذلك :

"لأن الأحكام المنشئة هي بطبيعتها الوحيدة التي تحوز الحجية المطلقة، لأن إنشاء مراكز قانونية موضوعية أو تعديلها أو إنهائها يكون نافذاً في مواجهة الكافة " [٣]

وبالتالي فإن الحجية المطلقة محجوزة فقط للأحكام المنشئة دون الأحكام الكاشفة.

(٣) الأحكام القضائية العادية ذات الأثر الكاشف هي في نهاية المطاف تؤثر علي مراكز قانونية فردية ألا وهم الخصوم فيها وحدهم دون أن تتجاوز غيرهم، بينما الحكم بعدم الدستورية يهدم قاعدةً قانونية هي قاعدة عامة كانت تحكم سلوكيات أفراد المجتمع كله، ونظم الناس جميعهم أوضاعهم وأحوالهم وفقاً لهذه القاعدة، **فكيف يُقاس هذا بذاك؟!**

(٥) المشرع هو الذي يحدد طبيعة الحكم (منشئة أو كاشفة) في جميع الأحوال، وطالما أن المشرع جعل للحكم بعدم الدستورية طبيعة منشئة ؛ فلا يصح الجدل في ذلك، وإنما ينبغي التقيد بما نص عليه المشرع.

وإذا كان المشرع قد نص في الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ على:"عدم جواز تطبيق النص المقضي عليه بعدم الدستورية من اليوم التالي لنشر الحكم"

فقد أراد المشرع أن يجعل للحكم بعدم الدستورية طبيعة منشئة تبدأ من اليوم التالي لنشر الحكم في

---

[١] في ذلك أ.د/ نبيل إسماعيل عمر– النظام القانوني للحكم القضائي مرجع سابق ص ١٧٥ وما بعدها، أ.د/ محمد سعيدعبد الرحمن ص ٧٤ وما بعدها.

[٢] نقض مدني جلسة ١٩٧٤/١/١ في الطعنين رقمي ٥٣ و ٥٧ لسنة ٣٨ ق

[٣] أ.د/ محمد سعيد عبد الرحمن – المرجع السابق ص ٧٨

الجريدة الرسمية، ويلزم التقيد بهذه الإرادة لمساسها بالسلطة التقديرية للمشرع.

وعلى ما تقدم فإن الإستناد إلى أن جميع الأحكام القضائية أنها أحكام كاشفة في غير محله، وأن الحكم بعدم الدستورية هو من طبيعة منشئة يترتب معه سريانه بأثر فوري، لأن من آثار الحكم المنشئ أن تسري أحكامه بأثر فوري لا رجعي[1]

الفرع الثالث
في الرد على المصدر التاريخي للمادة ٤٩

فقد قال أنصار الرجعية علي أن المادة ٤٩ منقولة من القانون الإيطالي، وأن الفقه والقضاء في إيطاليا قد استقرا على عدم قصر تطبيق هذا النص على الوقائع والمراكز القانونية التي تتكون بعد نشر الحكم بعدم الدستورية، وإنما يمتد ذلك إلى الوقائع والمراكز القانونية قبل الحكم[2]

وهذا القول مردود عليه بالآتي:

(١) اللجوء إلى المصادر التاريخية للنص ليس معناه البحث عن منبع وموطن النص الأصلي، وإنما – وكما سبق بيانه - الأحداث والوقائع والظروف التي صاحبت إصداره.

(٢) اللجوء إلى المصدر التاريخي للنص باعتباره من طرق التفسير الخارجية لا يكون إلا حين يكون بالنص "تعارضاً" أو "تناقضاً" بين أجزاءه أي نكون بصدد "نص معيب بعيب التعارض" كما سبق بيانه ولم يقل بذلك أحد، وإنما أثاروا فقط تعارضه مع المذكرة الايضاحية، وبالتالي فإن اللجوء إلى طرق التفسير الخارجية - وفقاً للقواعد العامة للتفسير- يصبح ممتنعاً.

(٣) النص الإيطالي الوارد في المادة ٣٠ من القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٥٣ ليس معناه صلاحية تطبيقه لزوماً عندنا لاختلاف الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية من بلد لآخر، فضلاً عن – وكما سبق القول – أن القانون الإيطالي يسمح بالطعن بعدم الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية وذلك بالنسبة للسلطات العامة المركزية أو الإقليمية، وهو الأمر المفتقد في قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر فمن غير المسموح إقامة الدعوى الأصلية المباشرة بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر.

وعلي هذا فقد تناولنا بالرد علي حجج وأسانيد أنصار الرجعية.

علي أن المحكمة الدستورية العليا – وفي صدد انحيازها للأثر الرجعي – كثيراً ما تردد عبارة:" ليس مفهوماً أن تكون واقعة النشر حداً فاصلاً بين الدستورية وعدم الدستورية فيكون النص دستورياً قبل النشر ويكون غير دستوري بعد النشر" فتقول:

وليس مفهوماً أن تكون واقعة نشر الأحكام الصادرة بعدم دستورية بعض النصوص الدستورية – في

---

[1] أ.د/ نبيل إسماعيل عمر – المرجع السابق ص ١٧٦، وأ.د/ محمد سعيد عبد الرحمن ص ٧٧

[2] أ.د/ رمزي الشاعر – رقابة الدستورية ص ٥٧٣، وقد سبق الإشارة إلى رأي سيادته عند تناول الآراء المؤيدة للأثر الرجعي قبل التعديل، وسيادته هو الوحيد الذي انفرد بهذا السند، نفاذاً لما جاءت به المذكرة الايضاحية للمادة ٤٩.

ذاتها – حداً زمنياً فاصلاً بين صحتها وبطلانها، فلا يكون النص الباطل منعدماً إلا اعتباراً من اليوم التالي لهذا النشر، و القول بذلك مؤداه أن يكون التقاضي جهداً ضائعاً و عملاً عبثياً، وأن للنص القانوني الواحد مجالين زمنيين، يكون صحيحاً في أحدهما، و باطلاً في ثانيهما، حال أن بطلان النصوص القانونية لا يتجزأ، ويستحيل أن ينقلب العدم وجوداً، ولا أن يكون مداه متفاوتاً أو متدرجاً، فالساقط لا يعود أبداً[1]

وهذا بدوره مردود عليه:

أن الأصل في النص التشريعي أنه دستوري أي مطابقاً للدستور وفقاً لمبدأ **"قرينة الدستورية"** وإلي أن يصدر حكماً من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته، فيكون الحكم الصادر منها بعدم الدستورية هو **"الحد الفاصل"** بين الدستورية وعدم الدستورية، وأما النشر فهو مرتبط بالعلم بالحكم ولا علاقة له بدستورية أو عدم دستورية النص.

وفي الجملة: الحكم بعدم الدستورية هو ذاته الحد الفاصل بين دستورية النص وعدم دستوريته وليس واقعة النشر التي هي أصلاً إجراء تبعي للحكم.

وعلى ما تقدم تكون أسانيد أنصار الرجعية لا أساس لها من الصحة، وأنها تعمل في النظريات والافتراضات وأن بينها وبين الواقع العملي أمداً بعيداً.

وأزعم أنه لو كانت المحكمة الدستورية العليا قد التزمت صحيح نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ وتطبيقها لمبدأ الأثر الفوري للأحكام الصادرة بعدم الدستورية:

- ما كانت هناك حاجة إلى التعديل الأخير الوارد بالقرار بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨.

- ما كانت هناك حاجة إلى اللجوء إلى التقادم أو الحكم البات أو الحائز لقوة الأمر المقضي كعلاجات للأثر الرجعي.

وعلي ما تقدم:

يكون الأثر الفوري المباشر – في نظر الباحث – هو الأولي بالاتباع، لاتفاق ذلك مع النص، الذي يعكس إرادة المشرع، وأياً كان وجه الرأي حول رفضه أو تأييده.

وأخيراً. ... فإن فاتورة الأثر الرجعي باهظة التكاليف ؛ فهي تهدم الاستقرار القانوني في المجتمع فتصبح المراكز القانونية للأشخاص قلقة ومضطربة ومهددة لأنها نشأت واستقرت في ظل واقع قانوني يفترض فيه سلامته وصحته، ورتب عليها الناس أوضاعهم وحياتهم، فكيف يُفاجئون - وبالأحري يُباغتوا- بوضع آخر لم يكن في حسبانهم، ليس في الاستقبال ،وإنما وضع يرتد إلي الماضي، وعملياً لن يجدي معهم نفعاً – حماية لمراكزهم هذه – قيدا الأثر الرجعي (التقادم والحكم القضائي باتاً أو غير بات)

---

[1] من حكم جلسة ١١ يونيه ١٩٨٣ في الدعوي رقم ٤٨ لسنة ٣ ق "دستورية"