# الفصل الثالث
# شروط الدفع بالحجية المطلقة

## لأحكام دعاوي الدستورية [1]

**تمهيد وتقسيم:**

سبق القول أن الأحكام التي تحوز الحجية هي الأحكام القطعية الموضوعية الصادرة في موضوع الدعوي الدستورية سواء انتهت إلي عدم الدستورية أم بدستورية التشريع المطعون عليه، وبالتالي رفض الدعوي الدستورية علي هذا الأساس.

والأثر السلبي للحجية – كما سبق بيانه – مقتضاه أن تمتنع المحكمة الدستورية العليا أن تعاود النظر مرةً أخري في مدي دستورية التشريع أو النص التشريعي المطعون عليه (في قانون أو لائحة)

كما يمتنع علي محاكم الموضوع والجهات ذات الاختصاص القضائي أن تنظر في دفع يُثار أمامها بشأن دستورية تشريع أو نص تشريعي أو أن تحيله إلي المحكمة الدستورية العليا للنظر في مدي دستوريته مرةً أخري.

كما يمتنع علي الناس جميعاً وكافة سلطات الدولة إثارة عدم دستورية تشريع أو نص تشريعي مرةً أخري.

كل ذلك طالما أن المحكمة الدستورية فصلت بحكم موضوعي قطعي في مسألة دستورية هذا النص أو ذاك التشريع.

فإذا ما تم مخالفة ما سبق يتم الدفع بالحجية أي بسبق الفصل في الدعوي أو بعدم جواز نظر الدعوي لسبق الفصل فيها، وهذا الدفع من النظام العام كما سبق بيانه.

إلا أن هنالك شرطين للدفع بالحجية المطلقة لأحكام دستورية القوانين واللوائح.

**هذان الشرطان:**

أحدهما: قاسم مشترك بين الأحكام القضائية العادية وأحكام دعاوي الدستورية.

**والآخر:** تستقل به الأحكام الصادرة في دعاوي الدستورية دون غيرها من الأحكام القضائية الأخري.

ومن الأجدر أن نتناول أولاً مبحثاً تمهيدياً نبين فيه شروط الدفع بالحجية في مجال الأحكام القضائية العادية وفقاً لما جاء بقانون المرافعات المدنية والتجارية، بالمقارنة مع أحكام دعاوي دستورية التشريعات، ثم نتعرض لشرطي الدفع بحجية أحكام دعاوي الدستورية.

**وذلك علي النحو التالي:**

---

[1] ينفرد الباحث بسبق التعرض لشروط الدفع بالحجية المطلقة لأحكام دعاوي دستورية القوانين واللوائح.

## المبحث التمهيدي
## شروط الدفع بالحجية في مجال الأحكام العادية
### مقارنة بأحكام دعاوي الدستورية

وفيه نتناول الآتي:

المطلب الأول: شروط الدفع بالحجية في مجال الأحكام القضائية العادية.

المطلب الثاني: شروط الدفع بالحجية في مجال أحكام دعاوي الدستورية.

## المطلب الأول
## شروط الدفع بالحجية في مجال الأحكام العادية [1]

شروط الدفع بالحجية أو بسبق الفصل في الدعوي، نصت عليها الفقرة الثانية من المادة ١٠١ من قانون الاثبات بقولها:" ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم، وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً "

أي يلزم توافر اتحاد أو وحدة: الخصوم والموضوع وسبب الدعويين:

الدعوي السابقة: التي تم الفصل فيها بحكم قطعي موضوعي.

الدعوي التالية: أو الدعوي اللاحقة التي يُثار فيها الدفع.

**ونتعرض لتلك الشروط وفقاً للآتي:**

### الفرع الأول
### وحدة الخصوم

أي أن خصوم الدعوى الجديدة هم خصوم الدعوى السابقة، فإذا ما تخلف هذا الشرط امتنع الدفع، لأن حجية الأحكام نسبية تقتصر على أطراف الخصومة ولا تمتد إلى الغير.

والمقصود بوحدة الخصوم اتحادهم بصفاتهم لا بأشخاصهم، لأن الحكم الذي يصدر في دعوى يرفعها الوكيل يحوز الحجية بالنسبة للأصيل، وإذا حُكم على شخص بصفته الشخصية ؛ فإن حجية هذا الحكم لا تحول بين هذا الخصم وبين رفع دعوى جديدة تتناول موضوع الدعوى السابقة بصفته نائباً عن غيره، وذلك لأنه لم يكن خصماً في الدعوى الجديدة.

والحجية لا تكون على الخصوم وحدهم وإنما على خلفهم العام " الورثة " وخلفهم الخاص، وفيما عدا ذلك لا حجية ؛ فلا تسري الحجية في مواجهة الغير، وليس للغير أن يتمسك بهذه الحجية، كما لا يمكن التمسك بها ضده، ومن أحكام النقض في ذلك:

"لما كان الحكم المطعون فيه قد صدر من محكمة ابتدائية استئنافية وكان لا يجوز وفقاً للمادة ٢٤٩ من المرافعات[2] – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – الطعن بالنقض في هذا الحكم – إلا إذا كان قد

---

[1] يراجع في ذلك أكثر: أد / محمد سعيد عبد الرحمن ـ المرجع السابق ـ ص ٣٧٦ وما بعدها .

[2] تنص المادة ٢٤٩ من المرافعات على: "للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي – أيا كانت المحكمة التي أصدرته – فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي".

**فصل** في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر **بين الخصوم أنفسهم** وحاز قوة الأمر المقضي"[1]

و "يشترط في الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها عملاً بالمادة ١٠١ من قانون الإثبات أن يكون الحكم السابق الذي **فصل** في ذات النزاع **بين الخصوم أنفسهم** قد حاز قوة الأمر المقضي [2]

## الفرع الثاني
## وحدة الموضوع

بأن يكون موضوع الدعوى الجديدة هو نفس موضوع الدعوى السابقة، وموضوع الدعوى هو الشيء المطالب به أو الميزة القانونية التي يطلب المدعي تحقيقها من خلال رفع دعواه، علي أنه هناك قواعد تدخل في هذا الأمر:

أ ـ العبرة بالطلبات التي قُدمت في الدعوى وفُصل فيها الحكم، فإذا أغفل القاضي الفصل في بعض الطلبات فإن حكمه في غيرها لا يحوز الحجية بشأنها، ومن ثم يمكن رفع دعوى جديدة دون إمكانية الدفع بعدم القبول لسابقة الفصل فيها.

ب ـ الحجية في شيء معين تشمل الشيء وما يتفرع عنه، فإذا ما حُكم برفض دعوى الملكية لا يجوز رفع الدعوى الجديدة للمطالبة بريع أو فوائد.

ج ـ الحكم في الكل يعد حكماً فاصلاً في كل جزء من أجزائه، فمن يطالب بملكية أعيان ورُفضت دعواه، فلا يمكنه رفع دعوى جديدة بملكية عين من هذه الأعيان أو جزء منها.

## الفرع الثالث
## وحدة السبب

سبب الدعوي هو مجموعة الوقائع أو الأسانيد القانونية التي يتمسك بها المدعي كسبب لدعواه فهي المصدر القانوني للحق المدعي به، فالمطالبة بتسليم المبيع سببه عقد البيع، ومطالبة الدائن مدينه بالدين سببه عقد القرض.

وفي دعوي الملكية قد يكون السبب هو التقادم الطويل المكسب للملكية أو العقد أو الشفعة أو الميراث أو غيرها من أسباب كسب الملكية في العقارات، وفي المنقول تعتبر الحيازة سند ملكية المنقول، من هنا كانت قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ودعاوي التعويض سببها العمل غير المشروع أو القرار غير المشروع أو المسئولية التقصيرية أو العقد، ودعاوي الإلزام سببها العقد أو سندات الدين أو غيرها، فإذا رفع المدعي دعواه بملكية عقار مستنداً إلي التقادم الطويل، فخسر دعواه، لا يجوز رفع دعوي تالية بملكية العقار ذاته استناداً إلي التقادم الطويل ولو بأدلة جديدة، ويكون الجزاء هو عدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها، ولكن يجوز له ذلك استناداً لسبب آخر كعقد البيع أو الشفعة أو غيرها دون أن يُدفع ضده بسبق

---

[1] جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٣ في الطعن رقم ١١٩٩ لسنة ٤٨ ق، وجلسة ١٩٨٤/١٢/١ في الطعن رقم ١١٥٨ ق

[2] جلسة ١٩٨٥/٤/١٨ في الطعن رقم ١٢٥ لسنة ٤٧ ق، وجلسة ١٩٩١/٧/٢٩ في الطعن رقم ٦٨ لسنة ٥٦ ق، وجلسة ١٩٩١/٥/٣ في الطعن رقم ١٧٢٤ لسنة ٥٥ ق، وجلسة ١٩٩٤/٣/٣١ في الطعن رقم ٣٨ لسنة ٥٩ ق.

الفصل في الدعوي.

هذه هي شروط الدفع بالحجية مجتمعة، فإذا ما تخلف أحد هذه الشروط بين الدعويين، فلا حجية للحكم السابق بالنسبة للخصومة الجديدة ويمتنع الدفع بالحجية.

## المطلب الثاني
## شروط الدفع بالحجية المطلقة في أحكام الدستورية

أما بالنسبة لأحكام دعاوي الدستورية – مقارنة بالأحكام القضائية العادية - فإن الشرط الوحيد من شروط الدفع بالحجية هو وحدة الموضوع.

وعلي ذلك يكون هذا الشرط دون غيره هو القاسم المشترك بين أحكام دعاوي الدستورية والأحكام القضائية الأخري، **وبالتالي لا اعتداد بالآتي:**

١- اتحاد الخصوم لا بأشخاصهم ولا بصفاتهم.

٢- اتحاد السبب.

إلا أن السبب في دعوي دستورية القوانين واللوائح يحتاج إلي وقفة وتأمل:

- من حيث مفهومه في مجال دعاوي الدستورية.
- ومذهب الفقه الدستوري بشأنه.
- وكذلك موقف المحكمة الدستورية العليا.

**وذلك فيما يلي....**

### الفرع الأول
### مفهوم السبب في مجال دعاوي الدستورية

ويُطلق علي السبب في مجال دعاوي الدستورية " مبني الطعن" وهو مجموعة الأسانيد أو المبررات التي يستند إليها الطاعن ( في حالات الدفع الفرعي ) وقرار الإحالة من محاكم الموضوع ( في حالات الإحالة) للتدليل علي شبهة مخالفة النص أو التشريع (قانون أو لائحة) للدستور.

وفي الجملة: هي **أوجه المخالفات الدستورية** المنسوبة للنص أو للتشريع.

فيقول الطاعن أن النص مخالف لمادة أو لمواد الدستور ( ويُسمي هذه المواد) وأوجه المخالفة ومواضعها علي النحو الذي تقضي به المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، والتي تنص علي: **" يجب أن يتضمن القرار الصادر بالاحالة إلي المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوي المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة ؛ بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعي بمخالفته وأوجه المخالفة "**

إذاً سبب الطعن بيان جوهري لا بد منه، سواء في صحف الدعاوي أو في قرارات الإحالة من قبل محاكم الموضوع أو الجهات ذات الاختصاص القضائي، وعدم بيانه يرتب عدم قبول الدعوي الدستورية.

فإذا رُفعت الدعوي بالطعن بعدم دستورية نص تشريعي سببه مخالفته مواد دستورية محددة، وقضت

المحكمة بالرفض، ثم طّعن عليه مرةً أخري في دعوي تالية بالادعاء مخالفته لمواد دستورية أخري غير تلك السابقة في الدعوي الأولي، كان الجزاء هو عدم قبول الدعوي الثانية أو عدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها، لأن المحكمة الدستورية لا تتقيد بأسباب الطعن الوارادة في الدعوي ولا بمواد الدستور المدعي مخالفتها، وإنما هي ملزمة ببحث كافة المخالفات الدستورية، فإذا توصلت في حكمها إلي رفض الدعوي أي رفض الدفع بعدم الدستورية، يفترض أنها قد عرضت النص المطعون عليه لكافة النصوص الدستورية، ولم تجد ثمة مخالفة لها.

وعلي ذلك فإن لزوم بيان سبب الدعوي الدستورية، لا يلزم معه ضرورة توافره عند الدفع بالحجية في الدعوي التالية (الجديدة) التي يثار فيها هذا الدفع.

والقول بضرورة اتحاد السبب في الدفع في دعاوي دستورية القوانين واللوائح، مؤداه أن التشريع أو النص التشريعي الواحد سيظل باقياً امام المحكمة الدستورية العليا سنوات عديدة للنظر في مدي توافقه مع جميع مواد الدستور.

**والخلاصة:**

- أن السبب في الدعوي الدستورية يتعلق دائماً بمواد الدستور المدعي مخالفتها.
- أن وحدة الموضوع تتعلق دائماً بالنص أو بالتشريع المطعون عليه.

## الفرع الثاني
## السبب في مذهب الفقه الدستوري

يكاد يجمع الفقه الدستوري علي أن القاضي الدستوري لا يتقيد بسبب الطعن، وأن النص أو التشريع يُعرض علي المحكمة الدستورية العليا لتصفية النزاع حول دستوريته مرةً واحدةً، **من ذلك:**

- أن الحجية المطلقة تؤدي إلي تصفية النزاع حول دستورية القانون **مرةً واحدةً وبصفة نهائية**[١]

- أن القاضي الدستوري عندما يفصل في المسألة الدستورية إنما يحسم أمر الدستورية **لمرة واحدة وللأبد** ؛ من كافة الجوانب و يغطي كافة الاحتمالات التي يمكن أن تُطرح في هذا الخصوص، وبحيث لا يبقي شئ بعد ذلك لغير خصوم الدعوي المقضي فيها يمكن أن يقدموه في دعاوي أخري بشأن النص المحسوم أمر دستوريته [٢]

ـ المحكمة الدستورية عندما تباشر اختصاصها بالرقابة علي دستورية القوانين، لا تنظر إلي أوجه الطعن أو الأسباب التي استند إليها أصحاب الشأن، وإنما تنظر إلي مسألة الدستورية بصورة مجردة تماماً عن سبب الطعن في هذا النص [٣]

---

[١] أ.د/ رمزي الشاعر: النظرية العامة ـ مرجع السابق ص ٢٩٦، ورقابة الدستورية ـ مرجع سابق ص ٥٣٢ وما بعدها.

[٢] أ.د/ محمد فؤاد عبد الباسط ـ ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، دون ناشر ولا تاريخ للنشر، مكتبة الحقوق بجامعة الاسكندرية ص ٨٦٢ .

[٣] أ. د/ صلاح الدين فوزي: الدعوي الدستورية مرجع سابق ص ٣، والمحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ـدار النهضة العربية ١٩٩٥ ص ٥٤٩

ـ القاضي الدستوري ـ باعتباره قاض الدستور ـ لا يكتفي بفحص الأسباب التي استند عليها الخصوم في دعواهم ؛ بل يتجاوزها إلي غيرها من الأسباب التي يمكن أن تعيب القانون الطعين، وبهذه الطريقة يصبح القانون محل الطعن وقد خضع لرقابة كاملة من قبل القاضي الدستوري، مما يستحيل معه أن يأتي خصوم آخرين بأسباب أخري جديدة لم يتعرض لها القاضي [١]

ـ كل من الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة سواء بإثبات الدستورية أو علي العكس بنفيها، تعد مانعة بصفة نهائية من إعادة بحث مسألة الدستورية السابق الفصل فيها **لمرة واحدة** [٢]

ـ إنما يملك القاضي الدستوري كذلك إثارة مطاعن جديدة في التشريع أو اللائحة المعروضين عليه لا يكون المدعي الذي رفع الدعوي الدستورية قد استند إليها [٣]

## الفرع الثالث
## سبب الدعوي في قضاء المحكمة الدستورية العليا

*القاعدة لدي المحكمة أنها لا تكتفي بالسبب المطروح عليها وإنما تجيل ببصرها إلي أسباب أخري قد تحيط بالتشريع أو النص المطعون عليه، ويؤكد ذلك كله ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية:*

*".... وكان الأصل أن تتوخي المحكمة الدستورية العليا ـ من خلال رقابتها هذه – تقرير قيام المخالفة الدستورية أو نفيها علي ضوء الوحدة العضوية للنصوص الدستورية، بما يكفل اتساقها وتكاملها فيما بينها، وكان بحثها هذا يقتضيها ألا تقف عند النصوص الدستورية التي قال المدعي أو محكمة الموضوع بمخالفتها، بل عليها أن تستوثق من اتفاق أو تعارض النصوص المطعون عليها مع الدستور، منظوراً إليه في مجموع أحكامه، فلا تتقيد بنص منها دون غيره، بل تجيل بصرها فيها جميعاً، وعليها – بالتالي – أن تقيِّم المخالفة الدستورية- إذا ثبت صحتها – علي ما يتصل بها من أحكام الدستور، ولو كانت غير التي حددها حكم الإحالة الصادر من محكمة الموضوع"* [٤]

و *"...أن هذه المحكمة في رقابتها علي الدستورية* ***لا تقف عند حد النص الدستوري الذي نُسب إلي النص التشريعي مخالفته، بل أنها تجيل بصرها في النصوص الدستورية جميعاً علي ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها، لتحدد علي ضوئها توافق ذلك النص أو تعارضه مع أحكام الدستور مجتمعة...."*** [٥]

و *"... إن قضاء هذه المحكمة. ... يحوز حجية مطلقة قبل الكافة في المسألة التي فصل فيها، وهي حجية تمنع من إعادة إثارة الجدل حول تلك المسألة، فلا يجوز مراجعتها فيها* ***مهما تنوعت صورها أو تغير سببها*** *عملاً بنص المادتين ٤٨ و ٤٩ من قانون هذه المحكمة. ..."* [٦]

**وعلي ما تقدم ووفقاً لما جاء بهذا المبحث التمهيدي، نلخص إلي الآتي:**

**أولاً:** لزوم سبب الدعوي الدستورية مجاله إجراءات قبول الدعوي، ولا يعد ـ بالتالي – من شروط الدفع بالحجية في دعاوي دستورية القوانين واللوائح.

---

[١] أ.د/ رفعت عيد ـ الدعوي الدستورية ـ مرجع سابق ص ٤٩٣ .

[٢] أ.د/ مصطفي عفيفي ـ المرجع السابق ص ٢٧٥ .

[٣] في ذلك أ.د/ يسري العصار ـ التصدي في القضاء الدستوري ـ دار النهضة العربية ـ طبعة ١٩٩٩ ص ٧ وما بعدها .

[٤] من حكم جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ في الدعوي رقم ١٦ لسنة ١٥ ق "دستورية" المجموعة، الجزء ٦ ٤٩٤، حكم جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ في الدعوي رقم ٥٧ لسنة ٤ ق "دستورية"المجموعة، الجزء ٢/٥ ص ١٥

[٥] من حكم جلسة أول يناير ٢ في الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٢١ ق "دستورية"المجموعة، الجزء ٩ ص ٤٥٧

[٦] من حكم جلسة ٢٤/٧/٤ في الدعوي رقم ١٥٤ لسنة ٢٤ ق "دستورية" الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ تابع (أ) بتاريخ ٢٤/٧/١٥، وحكم جلسة ٩ يناير ٢٥ في الدعوي رقم ١٦ لـ ٢٤ ق "دستورية" المجموعة، الجزء ١١ /١ ص ١٢٨٦

**ثانياً:** شرط **"وحدة الموضوع"** هو الوحيد من بين الشروط الأخري الذي يمكن إعماله في مجال حجية أحكام دعاوي دستورية القوانين واللوائح، ولكن مع الأخذ في الاعتبار اختلاف مجال "موضوع الدعوي" في أحكام دعاوي الدستورية عنه في مجال الأحكام القضائية العادية.

**غير** *أن لأحكام دعاوي الدستورية - وكما سبق القول - شرط آخر تستقل به ألا وهو:* **سبق صدور الحكم من القضاء الدستوري** *وحده دون غيره، فيلزم أن يكون صادراً من القضاء الدستوري.*

**ولقد رأي الباحث التعرض لهذا الشرط بايجاز لسببين:**

١- تعلق هذا الشرط بأركان الحكم الأساسية.

٢- صدور أحكام من جهات قضائية أخري في مجال دستورية القوانين واللوائح بالافتئات علي القضاء الدستوري، ولا حجية لها علي الإطلاق ؛ لا مطلقة ولا حتي نسبية.

*وعلي ما تقدم يكون شرطا الدفع بالحجية المطلقة لأحكام دعاوي الدستورية هما:*

**الأول**: سبق صدور الحكم من القضاء الدستوري.

**الثاني**: وحدة الموضوع "اتحاد نطاق الطعن في الدعويين السابقة واللاحقة"

ونتعرض لهذين الشرطين علي النحو الآتي:

المبحث الأول: سبق صدور حكم من القضاء الدستوري.

المبحث الثاني: وحدة الموضوع "اتحاد نطاق الطعن في الدعويين السابقة واللاحقة"

## المبحث الأول
## سيق صدور حكم من القضاء الدستوري

**نبحث فيه الآتي:**

المطلب الأول: الاختصاص الولائي (الوظيفي) للمحكمة الدستورية العليا.

المطلب الثاني: اعتياد محكمة النقض وبعض المحاكم في الإفتئات علي اختصاص القضاء الدستوري.

## المطلب الأول
## الاختصاص الولائي (الوظيفي) للمحكمة الدستورية العليا

نتعرض لحصر ومركزية الرقابة الدستورية وشموليتها للقضاء الدستوري دون غيره، وذلك في التشريع، وفي القضاء.

### الفرع الأول
### مركزية الرقابة الدستورية في التشريع

كما سبق القول أنه – وقبل إنشاء المحكمة العليا بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩، كان الجدل محتدماً في الفقه والقضاء حول حق المحاكم في ممارسة دور الرقابة علي دستورية القوانين، حتي انتهي هذا الجدل بحكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٤٨/٢/١٠، ومنذ هذا التاريخ نشأت الرقابة القضائية علي دستورية القوانين، لكن هذه الرقابة كانت مجرد رقابة "امتناع" عن تطبيق النص المخالف للدستور.

وهذه الرقابة كانت مباحة لجميع المحاكم أياً كان نوعها أو درجتها في السلم القضائي، وبعد إنشاء المحكمة العليا أصبحت رقابة الدستورية مقصورةً علي المحكمة العليا ثم المحكمة الدستورية العليا.

**ففي زمن المحكمة العليا:**

جاء بقانون المحكمة رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بالفقرة الأولي من المادة الرابعة: "تختص المحكمة العليا بما يأتي: الفصل دون غيرها في دستورية القوانين... "

**وجاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة العليا رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩:**

...وقد بينت المادة الرابعة من المشروع اختصاص المحكمة العليا بما يشمل المسائل الآتية: انفرادها **دون غيرها** من المحاكم بالفصل في دستورية القوانين، وذلك في حالة ما إذا دُفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم في أثناء نظر دعوى مرفوعة أمامها، حتى لا يُترك أمر البت في مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما جرى عليه العرف القضائي في الجمهورية العربية المتحدة، وحتى لا تتباين وجوه الرأي فيه" [1]

**وفي شأن المحكمة الدستورية العليا:**

جاءت مركزية الرقابة علي دستورية القوانين واللوائح أيضاً نصّية في الدستور وفي التشريع علي

---

[1] أحكام وقرارات المحكمة العليا – المستشارين/ ياقوت العشماوي، عبد الحميد عثمان – الجزء الأولى في الدعاوى الدستورية – الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٢ ص ٢

النحو التالي:

نصت المادة ١٧٥ من دستور ١٩٧١ ( وهي ذات المادة الواردة في دستور ٢٠١٢ وهي تقابل المادة ١٩٢ من دستور ٢٠١٤ ) على أن: "المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة، مقرها مدينة القاهرة، تختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها "

إذاً بنص دستوري عهد المشرع الدستوري إلى المحكمة الدستورية العليا وحدها دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، لا يزاحمها فيه مزاحم من آية جهة قضائية أخرى.

كما نصت الفقرة أولاً من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على: "تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي: أولاً: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح "

وجاء بتقرير اللجنة التشريعية لمجلس الشعب عن مشروع قانون إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩:

"تختص المحكمة الدستورية العليا وفقاً لما يقرره قانون تنظيمها بما يلي:

١ـ الانفراد بالرقابة القضائية علي دستورية القوانين واللوائح دون غيرها من المحاكم.

٢ـ تفسير النصوص التشريعية.

٣ـ الاختصاصات الأخري التي يحدها القانون.

*والاختصاصات المقصورة على المحكمة* **دون غيرها**:

الرقابة علي دستورية القوانين واللوائح، للمحكمة في هذا الصدد دون غيرها من المحاكم أن تقضي بعدم دستورية أي نص قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح"[١]

**وجاء بالمذكرة الايضاحية لمشروع قانون المحكمة الدستورية العليا آنف الذكر:**

"وتأكيداً لأهمية الدور الذي أسبغه الدستورعلى المحكمة الدستورية العليا لتحقيق الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح مع توحيد مفهوم نصوص الدستور بما يحقق استقرار الحقوق ؛حرص القانون على أن يكون لهذه المحكمة **دون غيرها** القول الفصل فيما يثور من منازعات حول دستورية القوانين واللوائح، سواء أكانت قوانين عادية صادرةً من السلطة التشريعية، أم تشريعات لائحية فرعية صادرةً من السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري، وسواء أكانت هذه اللوائح عادية أم لوائح لها قوة القانون" [٢]

---

[١] النشرة التشريعية – العدد الثامن أغسطس ١٩٧٩ – مرجع سابق ص ٣٥٦٨، ص ٣٥٧٤

[٢] المرجع السابق ص ٣٥٨٥

*وعليه فقد جاء تأكيد مركزية الرقابة الدستورية عند استخدام المشرع الدستوري، وكذلك المشرع العادي لفظ* **"دون غيرها"**

بما يعني أن مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح منوطة بالمحكمة الدستورية العليا وحدها دون آية جهة أخرى أياً كانت، وكذلك الأمر بالنسبة للمحكمة العليا، والتي كانت الفاصل الزمني في انتهاء عصر رقابة "الامتناع" وبدء عصر "مركزية" الرقابة.

وفي زمن رقابة الامتناع - حيث غابت فيه نصوص الرقابة - كان يسوغ لأي محكمة أن تمارس حقها في رقابة دستورية التشريعات ؛ فإذا ما تبين لها أن قانوناً ما (باعتباره القانون الأدني) يخالف الدستور باعتباره ( القانون الأسمي ) أن تمتنع عن تطبيقه علي الواقعة المعروضة لها، علي أن يكون حكمها في تلك المسألة الدستورية ذا حجية نسبية قاصرة علي الدعوي المحكوم فيها وعلي الخصوم وحدهم دون غيرها.

أما وقد جاء زمن الرقابة المركزية النصّية، في يد القضاء الدستوري وحده دون غيره، فلا يحل من بعد لأي جهة قضائية أيا كانت درجتها أو نوعها أن تمارس هذه الرقابة.

**شمولية الرقابة الدستورية المركزية:**

رقابة القضاء الدستوري ( المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا) هي رقابة شاملة، أي تشمل جميع المخالفات الدستورية سواء مخالفات الأوجه الشكلية التي تطلبها الدستور في التشريع، وسواء مخالفة الدستور موضوعياً، وهذا واضح وجليّ من النصوص سواء النص الدستوري أو التشريع العادي ؛ فقد جاءت النصوص مطلقة بما يفيد شمولية القضاء الدستوري لجميع المخالفات الدستورية الشكلية والموضوعية.

**وعلي ما تقدم:**

*تكون مركزية الرقابة الدستورية وشموليتها منعقدةً للقضاء الدستوري وحده دون غيره، وهذه قاعدة دستورية، وبالتالي فهي قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام، لا يجوز الاتفاق علي مخالفتها أو النزول عنها، وتقضي بها المحاكم من تلقاء نفسها دون حاجة إلي دفع أو دفاع، وأن القضاء الدستوري هو صاحب الاختصاص الوظيفي أو الولائي في الرقابة علي دستورية القوانين واللوائح بلا منازع من أية جهة كانت.*

## الفرع الثاني
## تطبيقات القضاء
### بشأن مركزية الرقابة الدستورية

وإن كان الاختصاص الولائي (الوظيفي) للقضاء الدستوري - وحده دون غيره - في الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح أمر حسمه القانون فضلاً عن الدستور، فمن الأهمية أن نلقي ضوءاً علي أحكام القضاء الدستوري في هذا الشأن، **فمن أحكام المحكمة الدستورية العليا:**

*"... وكان الدستور قد عقد الفصل الخامس من بابه الخامس للمحكمة الدستورية العليا، وعهد إليها بالمادة ١٧٥ منه دون غيرها بتولي الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين في القانون، ثم صدر القانون المنظم لأوضاعها مبيناً اختصاصاتها، محدداً ما يدخل ولايتها حصراً، مستبعداً*

من مهامها ما لا يندرج تحتها، مخولها الاختصاص المنفرد بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، **مانعاً أي جهة من مزاحمتها فيه**، مفصلاً طرائق هذه الرقابة وكيفية إعمالها، وذلك كله على النحو المنصوص عليه في المواد ٢٥، ٢٧، ٢٩ منه، وهي قاطعة في دلالتها على أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا في مجال الرقابة على الدستورية. .... وكان لزاماً بالتالي أن يؤول أمر هذه الرقابة إلى **محكمة واحدة** بيدها زمام إعمالها، كي تصوغ بنفسها معاييرها ومناهجها، وتُوازن من خلالها بين المصالح المثارة على اختلافها، **وتتولى دون غيرها** بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور ،بما يكفل تكاملها وتجانسها، ويحول دون تفرق وجهات النظر من حولها وتباين مناحي الاجتهاد فيها" [١]

و "... إن الشرعية الدستورية التي تقوم المحكمة الدستورية العليا بمراقبة التقيد بها، غايتها ضمان أن تكون النصوص التشريعية المطعون عليها أمامها مطابقة لأحكام الدستور، ذلك أن لهذه الشرعية ــ في موقعها من البنيان القانوني مقام الصدارة، وإنفاذها وبلوغ مقاصدها ــ فرع من خضوع الدولة بكافة تنظيماتها للقانون والتزامها بمضمونه وفحواه، ولا يجوز – بالتالي – لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي إعمال نص تشريعي لازم للفصل في النزاع المعروض عليها ؛ إذا بدا لها مصادمته للدستور من وجهة مبدئية، قوامها ظاهر الأمر في المطاعن الدستورية الموجهة إليه **دون انزلاق إلى أغوارها**، وذلك أن قيام هذه الشبهة لديها، **يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ٢٩ من قانونها لتتولى دون غيرها الفصل في المسائل الدستورية المطروحة عليها...** [٢]

و "... الدستور قد عهد بنص مادته الخامسة والسبعين بعد المائة إلى المحكمة الدستورية العليا – **دون غيرها** – بمهمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين في القانون، وبناءً على هذا التفويض أصدر المشرع قانون هذه المحكمة، مبنياً اختصاصاتها، محدداً ما يدخل في ولايتها حصراً، فخولها في المادة ٢٥ اختصاصاً **منفرداً** بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، **مانعاً أي جهة قضائية من مزاحمتها فيه**، مفصلاً في المادتين ٢٧ و ٢٩ طرائق هذه الرقابة وكيفيتها، وذلك ضماناً منه **لمركزية الرقابة على الشرعية الدستورية** " [٣]

**وفي شأن شمولية الرقابة الدستورية بحيث تشمل العيوب الشكلية والعيوب الموضوعية معاً:**

في حكم للمحكمة الدستورية العليا ـ ومنذ باكورة أحكامها ـ رداً علي دفع **المدعي** أمام هيئة المفوضين بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر الدعوي، قولاً منه بأن ما يعيبه علي القرار بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ هو انعدامه لعدم استكماله مقوماته الشكلية كقانون، وهو ما يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا الذي يقتصر علي نظر الطعون الدستورية الموضوعية، وبحث مدي مخالفة التشريعات من حيث موضوعها لأحكام الدستور، وأنه اضطر إلي رفع دعواه الماثلة تنفيذاً لحكم محكمة الموضوع التي كيَّفت دفاعه خطأ بأنه يتضمن طعناً بعدم دستورية هذا القرار بقانون، **فردت المحكمة الدستورية العليا علي هذا بقولها:**

---

[١] من حكم جلسة ٤ مايو ١٩٨٥ في الدعوى رقم ٢ لسنة ١ ق "دستورية" المجموعة– الجزء ٣ ص ٢٩، وحكم جلسة ٧ مارس ١٩٩٢ في الدعوى رقم ٨ لسنة ٨ ق "دستورية" المجموعة – الجزء ١/٥ ص ٢٢٤ ،وحكم جلسة ٥ مارس ١٩٩٤ في الدعوى رقم ٩٣ لسنة ١٢ ق "دستورية" المجموعة، الجزء ٦ ص ٢١٣

[٢] من حكم جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ في الدعوى رقم ٢٣ لسنة ١٤ ق "دستورية" المجموعة، الجزء ٦ ص ١٧٤

[٣] من حكم جلسة ٦ يونيه ١٩٩٨ في الدعوى رقم ٧٩ لسنة ١٩ ق "دستورية"المجموعة ،الجزء ٨ ص ١٤٣٦

وكذلك أحكام المحكمة الدستورية العليا في الدعاوي الآتية: ٢١ لسنة ٢٧ ق "دستورية" جلسة ٣ /٢٨/٢، ٣ لسنة ٢٥ ق "طلبات أعضاء" جلسة ٢٨/٤/٦، ١٤٧ لسنة ١٩ ق "دستورية" جلسة ٢٨/٥/٤، ١٢٥ لسنة ٢٩ ق "دستورية" جلسة ٢٨/٦/٨، ١٣٥ لسنة ٢٩ ق "دستورية" جلسة ٢٨/٦/٨، ٢٢ لسنة ١٩ ق "دستورية" جلسة ٢١٢/٤/١

*"وحيث أن هذا الدفع غير سديد ذلك أن نص المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ كانت تنص علي علي اختصاص المحكمة العليا دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين، ثم نصت المادة ١٧٥ من دستور ١٩٧١ علي أن تتولي المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية علي دستورية القوانين واللوائح. .. وذلك علي الوجه المبين في القانون، وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ علي: "تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي: أولاً: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح "*

*مؤدي هذه النصوص المشار إليها أن المشرع أخذ بقاعدة مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح واختص بها هيئة قضائية مستقلة هي المحكمة العليا، ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا* ***دون غيرها*** *من الجهات القضائية،* ***وهو اختصاص عام يشمل كافة الطعون الدستورية على القوانين واللوائح ،سواء تلك التي تقوم على مخالفات شكلية للأوضاع والإجراءات المقررة في الدستور بشأن اقتراح التشريع وإقراره وإصداره، أو التي تنصب على مخالفة أحكام الدستور الموضوعية، وذلك لورود النصوص المشار إليها في صيغة عامة مطلقة، ولأن قصر هذا الاختصاص على الطعون الموضوعية ينتكس بالرقابة القضائية بالنسبة للعيوب الشكلية إلى ما كان عليه الأمر قبل إنشاء القضاء الدستوري المتخصص من صدور أحكام متعارضة يناقض بعضها بعضاً، مما يهدر الحكمة التي تغياها الدستور من تركيز هذه الرقابة في محكمة عليا تتولى دون غيرها الفصل في دستورية القوانين واللوائح وحماية أحكام الدستور وصونها"*** [1]

## المطلب الثاني
## اعتياد محكمة النقض وبعض المحاكم
### في الافتئات علي اختصاص القضاء الدستوري

يبدو أن محكمة النقض - وكذلك بعض المحاكم - لم تتخلص بعد من زمن رقابة الامتناع الذي انقضي عهده منذ صدور قانون المحكمة العليا رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩، فمارست الرقابة الدستورية أيام المحكمة العليا، ومازالت تمارسها في زمن المحكمة الدستورية العليا، بل وتصرّعلي غصب اختصاصات وسلطات المحكمة الدستورية العليا في رقابة دستورية القوانين واللوائح، ويساندها في ذلك بعض الفقه.

وعلي هذا نستعرض بعض أحكام النقض وحكم للمحكمة الإدارية العليا وكذلك حكم لمحكمة القضاء الإداري، ونستعرض كذلك لبعض آراء الفقه تجاه مسلك محكمة النقض، ومحكمة القضاء الإداري، ثم نتعرض لموقف الباحث في هذه المسألة.

## الفرع الأول
## أحكام القضاء
## بشأن التعرض بالفصل في المسائل الدستورية

**أولاً: محكمة النقض:**

تؤكد الهيئة العامة لمحكمة النقض - في حكم لها - بأن المحكمة الدستورية العليا هي المختصة – دستورياً وقانونياً، أي بموجب حكم الدستور وحكم القانون – بالفصل وحدها في دستورية القوانين

---

[1] من حكم جلسة ٦ فبراير ١٩٨٢ في الدعوى رقم ٩ لسنة ١ ق "دستورية"المجموعة – الجزء ٢ ص ١١

واللوائح، من ذلك:

"وحيث إن النص في المادة ١٧٥ من الدستور على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون. ... والنص في المادة ١٧٨ منه 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" [1]

ومع ذلك فإن لمحكمة النقض أحكاماً تخالف ذلك، سواء في زمن المحكمة العليا أو بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا، ونشير إلي بعضها، علي النحو التالي:

**في زمن المحكمة العليا:**

"أنه لما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمى، صاحب الصدارة ؛ فكان على ما دونه من التشريعات النزول عند أحكامه، فإذا تعارضت هذه وتلك، وجب التزام أحكام الدستور، وإهدار ما سواها، ويستوي في ذلك أن يكون التعارض سابقاً أو لاحقاً على العمل بالدستور، فإذا ما أورد الدستور نصاً صالحاً بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سنّ تشريع أدنى، لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به، **ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة قد نُسخ ضمناً بقوة الدستور نفسه**، لما كان ذلك، وكان ما قضى الدستور في المادة ٤٤ من صون حرمة المسكن وحظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون، إنما هو حكم قابل للإعمال بذاته فيما أوجب في هذا الشأن من أمر قضائي مسبب، ذلك بأنه ليس يجوز - البتة - للمشرع من بعد أن يهدر أياً من هذين الضمانين – الأمر القضائي والمسبب – اللذين قررهما الدستور لصون حرمة المسكن، فيسنّ قانوناً يتجاهل أحد هذين الضمانين أو كليهما وإلا كان هذا القانون على غير سند من الشرعية الدستورية، أما عبارة "وفقاً لأحكام القانون" الواردة في عجز هذا النص فإنما تعني أن دخول المساكن أو تفتيشها لا يجوز إلا في الأحوال المبينة في القانون، من ذلك ما أفصح عنه المشرع في المادة ٤٥ من قانون الإجراءات الجنائية سالفة البيان من حظر دخول المسكن إلا في الأحوال المبينة في القانون أو في حالة طلب المساعدة من الداخل أو ما شابه ذلك، وأن ما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن "كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحاً ونافذاً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور" فإن حكمها لا ينصرف بداهة إلا إلى التشريع الذي لم يعتبر ملغياً أو معدلاً بقوة نفاذ الدستور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من المشرع، ومن ثم يكون تسبيب الأمر بدخول المسكن أو تفتيشه إجراء لا مندوحة عنه منذ

---

[1] طعن مدني رقم ٧٧٧ لسنة ٦١ ق هيئة عامة جلسة ١٩٩٩/٥/١٨، وطعن مدني رقم ١٢٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٣/١٣ طعن مدني رقم ٢٣٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٦/١، وكذلك الطعن الجنائي رقم ١٩٧٢٤ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٤/٩/٢، والطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢/١/٣(أحوال شخصية)

العمل بأحكام الدستور دون تربصّ صدور قانون أدنى، ويكون ما ذهبت إليه النيابة العامة من نظر مخالف غير سديد" [1]

*وفي نهاية حكمها اعتبرت محكمة النقض أن المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية منسوخاً ضمناً بقوة الدستور نفسه منذ العمل بأحكامه.*

**في زمن المحكمة الدستورية العليا:**

**(١)** سبق وأن قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية التي كانت تجيز لمأمور الضبط القضائي تفتيش منزل المتهم استناداً إلى حالة التلبس وحدها دون حاجة إلى صدور إذن مسبب من سلطة التحقيق، وذلك في الدعوى رقم ٥ لسنة ٤ ق دستورية بجلسة ٢/ ٦/ ١٩٨٤ وذلك لمخالفة هذا النص لنص المادة ٤٤ من الدستور.

ومع ذلك تصدر محكمة النقض حكماً **لاحقاً** على حكم المحكمة الدستورية العليا "باعتبار حكم المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية منسوخاً ضمناً بقوة الدستور: فقالت:

"... لما كان الدستور قد نص في المادة ٤٤ منه علي أن: ( للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون) وهو نص عام مطلق لم يرد عليه ما يخصصه أو يقيده، مما مؤداه أن هذا النص الدستوري يستلزم في جميع أحوال تفتيش المساكن صدور الأمر القضائي المسبب، وذلك صوناً لحرمة المسكن. ..

فلا يسوغ القول باستثناء حالة التلبس في حكم هذين الضمانين قياساً علي إخراجهما من حكمهما في حالة تفتيش الشخص أو القبض عليه لأن الاستثناء لا يقاس عليه، كما أن القياس محظور لصراحة نص المادة ٤٤ سالفة البيان ووضوح دلالته...

لما كان مفاد ما قضي به نص المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية من تخويل مأمور الضبط القضائي الحق في إجراء تفتيش مسكن المتهم في حالة التلبس بجناية أو جنحة دون أن يصدر له أمر قضائي مسبب ممن يملك سلطة التحقيق يخالف نص المادة ٤٤ من الدستور علي النحو سالف البيان *فإن حكم المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية منسوخاً ضمناً بقوة الدستور نفسه منذ العمل بأحكامه دون تربصّ صدور قانون أدنى* " [2]

**(٢)** "أنه من المقرر أن الدستور هو القانون الوضعي الأسمى صاحب الصدارة، فإن على ما دونه من التشريعات النزول عند أحكامه، فإذا ما تعارضت هذه وتلك، وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها ؛ فإذا ما أورد الدستور نصاً صالحاً بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سنّ تشريع أدنى لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به، **ويعتبر الحكم المخالف له في هذه الحالة ـ سواء كان سابقاً أو لاحقاً على العمل بالدستور ـ قد نُسخ ضمناً بقوة الدستور نفسه**، لما هو مقرر أنه لا يجوز لسلطة أدني في مدارج التشريع

---

[1] من حكم نقض جنائي جلسة ١٩٧٥/٣/٢٤ في الطعن رقم ٢ لسنة ٤٥ ق

[2] نقض جنائي رقم ٢٥٨٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ٢/ ١١/ ١٩٨٥، وفي السياق ذاته، يراجع حكمي النقض رقمي: نقض جنائي رقم ١٤١ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٩١/٢/١، ونقض جنائي جلسة ١٩٨٩/١٢/٢١ الطعن رقم ١٥٨ لسنة ٥٩ ق

أن تلغي أو تعدل أو تخالف تشريعاً صادراً من سلطة أعلي.... لما كان ذلك، فإن ما قضى به الدستور في المادة ٤١ منه من عدم جواز القبض والتفتيش في غير حالة التلبس إلا بأمر يصدر من القاضي المختص أو النيابة العامة وفقاً لأحكام القانون، يكون حكماً قابلاً للإعمال بذاته....

أن من المقرر أن مفاد ما قضى به نص المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية من تخويل مأمور الضبط القضائي الحق في تفتيش الشخص إذا ما قامت ضده أثناء تفتيش منزل المتهم قرائن قوية على أنه يخفي معه شيئاً يفيد في كشف الجريمة، دون أن يصدر أمر قضائي ممن يملك سلطة إصداره، أو تتوافر في حقه حالة التلبس ؛ يخالف حكم المادة ٤١ من الدستورعلي السياق المتقدم، **فإن نص المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية تعتبر منسوخة ضمناً بقوة الدستور نفسه من تاريخ العمل بأحكامه**، دون تربصً صدور قانون أدنى ولا يجوز الاستناد إليها في إجراء القبض والتفتيش منذ ذلك التاريخ" [1]

**(٣) وفي حكم لمحكمة النقض ضمّ بين دفتيه جميع الأحكام السابقة:**

"... ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٧٥ من الدستور القائم بقولها **"تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون"** ولا جدال أنه على ضوء النص الدستوري سالف البيان فإن اختصاص المحكمة الدستورية العليا المنفرد بالحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أو إلى دستوريته لا يشاركها فيه سواها، وحجية الحكم في هذه الحالة مطلقة تسري في مواجهة الكافة.

على أنه في ذات الوقت للقضاء العادي التأكد من شرعية أو قانونية الأدنى بالتثبت من عدم مخالفته للتشريع الأعلى، فإن ثبت له هذه المخالفة اقتصر دوره على مجرد الامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى دون أن يملك إلغائه أو القضاء بعدم دستوريته وحجية الحكم في هذه الحالة نسبية قاصرة على أطراف النزاع دون غيرهم، ويستند هذا الاتجاه إلى أن القضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون على حد سواء، غير أنه حين يستحيل تطبيقها معاً لتعارض أحكامها، فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون إعمالاً لقاعدة تدرج التشريع من حيث منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى كما يؤيد هذا النظر ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا بأنه لا شأن للرقابة الدستورية بالتناقض بين قاعدتين قانونيتين من مرتبة واحدة أو مرتبتين مختلفتين، كما لا يمتد اختصاص المحكمة لحالات التعارض بين اللوائح والقوانين ولا بين التشريع ذات المرتبة الواحدة، وإن هذا القول مجرد امتداد لما انعقد عليه الإجماع من حق المحاكم في رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتها وما جرى عليه قضاء محكمة النقض من الامتناع عن تطبيق اللائحة المخالفة للقانون بينما يختص القضاء الإداري بإلغاء هذه اللائحة، ومن غير المقبول أن يقرر هذا الحق للقضاء العادي بينما يمنع من رقابة مدى اتفاق القوانين

---

[1] نقض جنائي في الطعن رقم٢٦٥ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/٩/١٥، ومعظم الكتابات تكاد تذكر هذا الحكم تحت رقم ٢٦٥، انظر علي سبيل المثال: أ.د/ أحمد فتحي سرور- المجلة الدستورية - العدد السادس، السنة الثانية أكتوبر ٢٤ ص ٩، وصحته هو المبين عاليه أي رقم ٢٦٥، هكذا ورد بالمجموعة الجنائية برقم ١١ ص ٧٣

مع قواعد الدستور وعدم مخالفته له، فهذان النوعان من الرقابة القضائية ليسا إلا نتيجتين متلازمتين لقاعدة تدرج التشريع، وليس من المنطق – بل يكون من المتناقض – التسليم بإحدى النتيجتين دون الأخرى، فما ينسحب على التشريع الفرعي من تقرير رقابة قانونية أو شرعيته، ينبغي أن ينسحب ذلك على التشريع العادي بتخويل المحاكم حق الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، فضلاً عن أن تخويل المحاكم هذا الحق يؤكد مبدأ الفصل بين السلطات، لأنه يمنع السلطة التشريعية من أن تفرض على السلطة القضائية قانوناً تسنّه على خلاف الدستور وتجبرها بذلك على تطبيقه، مما يخلّ باستقلالها ويحدّ من اختصاصها في تطبيق القواعد القانونية والتي على رأسها قواعد الدستور، ويؤكد هذا النظر أيضاً أن الدستور في المادة ١٧٥ منه أناط بالمحكمة الدستورية العليا حق تفسير النصوص التشريعية وأوضحت المذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا حق جهات القضاء الأخرى في هذا الاختصاص بقولها "كما أن هذا الاختصاص لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى جميعاً في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها ما دام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا "فرغم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير الملزم للكافة ؛ فإن المشرع لم يسلب هذا الحق من المحاكم ما دام لم يصدر قرار بالتفسير من المحكمة الدستورية العليا أو من السلطة التشريعية وهو ذات الشأن بالنسبة لامتناع المحاكم عن تطبيق القانون المخالف للدستور ما دام لم يصدر من المحكمة الدستورية العليا حكماً بدستورية النص القانوني أو عدم دستوريته، لما كان ذلك، وكان قضاء هذه المحكمة – محكمة النقض – قد جرى على أنه لما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمى صاحب الصدارة على ما دونه من تشريعات التي يجب أن تنزل على أحكامه ؛ فإذا تعارضت هذه مع تلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها يستوي مع ذلك أن يكون التعارض سابقاً أم لاحقاً على العمل بالدستور. لما هو مقرر من أنه لا يجوز لسلطة أدنى في مدراج التشريع أن تلغى أو تعدل أو تخالف تشريعاً صادراً من سلطة أعلى ؛ فإذا فعلت السلطة الأدنى ذلك تعين على المحكمة أن تلتزم تطبيق التشريع صاحب السمو والصدارة ألا وهو الدستور وإهدار ما عداه من أحكام متعارضة معه أو مخالفة له إذ تعتبر منسوخة بقوة الدستور ذاته، هذا وقد أيدت المحكمة العليا هذا الاتجاه بطريق غير مباشر وذلك عندما قضت محكمة النقض بتاريخ ٢٤/ ٣/ ١٩٧٥ باعتبار المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية تخالف نص المادة ٤٤ من الدستور واعتبرتها منسوخة بقوة الدستور [1]

ثم جاءت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢ من يونيو سنة ١٩٨٤ وقضت بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية في القضية رقم ٥ لسنة ٤ ق دستورية، ولم تذهب المحكمة الدستورية

---

[1] أي الحكم في الطعن رقم ٢ لسنة ٤٥ ق " السالف بيانه".

العليا إلى القول بأن قضاء محكمة النقض السابق جاوز اختصاصه أو فيه اعتداء على سلطة المحكمة العليا التي كانت قائمة قبل المحكمة الدستورية العليا وبذات الاختصاص، كما صدر بتاريخ ١٥ من سبتمبر١٩٩٣ حكم آخر لمحكمة النقض باعتبار المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية منسوخة بقوة الدستور لمخالفتها المادة ٤١ منه، ولم يصدر حكم المحكمة الدستورية العليا بعد في هذا الشأن.

وخلاصة ما سلف إيراده أنه في الأحوال التي يرى فيها القضاء العادي أن القانون قد نسخه الدستور بنص صريح، لا يعتبر حكمه فاصلا في مسألة دستورية، ولا يحوز هذا الحكم بذلك سوى حجية نسبية في مواجهة الخصوم دون الكافة، لما كان ما تقدم، وكان قضاء محكمة النقض قد جرى أيضاً على أن الشرعية الإجرائية سواء ما اتصل منها بحيدة المحقق أو بكفالة الحرية الشخصية والكرامة البشرية للمتهم ومراعاة حقوق الدفاع، أو ما اتصل بوجوب التزام الحكم بالإدانة بمبدأ مشروعية الدليل وعدم مناهضته لأصل دستوري مقرر، جميعها ثوابت قانونية أعلاها الدستور والقانون وحرص على حمايتها القضاء ليس فقط لمصلحة خاصة بالمتهم وإنما بحسبانها في المقام الأول تستهدف مصلحة عامة تتمثل في حماية البراءة وتوفير اطمئنان الناس إلى عدالة القضاء فالغلبة للشرعية الإجرائية ولو أدى إعمالها لإفلات مجرم من العقاب لاعتبارات أسمى تغياها الدستور والقانون "[1]

*وفي نهاية حكمها اعتبرت محكمة النقض الفقرة الثانية من المادة الثانية من القرار رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ بشأن الكسب غير المشروع* **منسوخة**، *لأنها فرضت على المتهم إثبات مصدر مشروع لثروته، فإن عجز عن ذلك افترضت إدانته، وهو ما ما يناقض قرينة البراءة المنصوص عليها في المادة ٦٧ من الدستور.*

**ملاحظات علي هذا الحكم:**

- لم تكتف محكمة النقض بغصب اختصاص المحكمة الدستورية العليا، وإنما أعطت تصريحاً للمحاكم الأخري الأدني بحقها في رقابة دستورية القوانين واللوائح.

- لم تقصر محكمة النقض علي رقابة الدستورية من حيث الشكل- **الذي هو مسلم به تماماً لدي محكمة النقض** - وإنما أيضاً من حيث الموضوع بحجة أن الحكم لا يكون له سوي حجية نسبية، وأنها مجرد رقابة إمتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور.

- التذرع بأن محكمة النقض سبق لها التعرض للرقابة في زمن المحكمة العليا ولم تعترض علي ذلك ؛ بل وأيدت قضاء النقض بطريق غير مباشر، ولم تعترض كذلك المحكمة الدستورية العليا حين قضت بنسخ إحدي النصوص عام ١٩٩٣.

- التذرع بحق المحاكم في الرقابة الدستورية قياساً علي حقها في تفسير النصوص التشريعية، طالما لم يصدر قراراً من المحكمة الدستورية العليا بالتفسير الملزم.

---

[1] نقض جنائي رقم ٣٣٤٢ لسنة ٧ ق جلسة ٢٤/٤/٢٨، ونظراً لتناول هذا الحكم لمسألة الرقابة ببعض التفاصيل عن سابقيه، فقد رأينا نقل أجزاءً كثيرةً منه، وعليه فقد جاء مطولاً بعض الشئ.

**ثانياً: المحكمة الإدارية العليا:**

*في حكم هام للمحكمة الإدارية العليا يستحق الإشادة، وفي عصر المحكمة العليا: فقالت:*

". . الشارع قد قصر سلطة الفصل في دستورية القوانين للمحكمة العليا، وذلك في حالة ما إذا دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم في أثناء نظر دعوى مرفوعة أمامها، حتى لا يترك أمر البت في مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستوياتها حسبما جرى عليه العرف القضائي في الجمهورية العربية المتحدة، وحتى لا تتباين وجوه الرأي فيه ـ المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ المشار إليه ـ قد رأي الشارع الدستوري إقرار هذا النظام التشريعي لرقابة دستورية القوانين، وإسناد الرقابة الدستورية إلي جهة قضائية عليا تتولي الفصل فيها دون غيرها، فنص في دستور سنة ١٩٧١علي إنشاء المحكمة الدستورية العليا كهيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها وناط بها دون غيرها سلطة الرقابة القضائية علي دستورية القوانين واللوائح، ونص علي أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بشأنها، ومنها اختصاصها دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين، وذلك حتي يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا (المواد ١٧٤ و ١٧٥ و ١٩٢ من الدستور) وبناءً علي ما تقدم تكون المحكمة العليا حالياً ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا ـ عند إنشائها ـ هي الجهة القضائية المختصة دون غيرها بالفصل فيما يثار أمام الجهات القضائية من دفوع بعدم دستورية القوانين، ويكون ممتنعاً علي المحاكم الأخري التصدي للفصل في هذه الدفوع الدستورية ولو كان ذلك بطريق الإمتناع عن تطبيق القوانين المطعون عليها دستورياً، *لأن هذا الإمتناع يتضمن في حقيقته قضاء بعدم الدستورية مما يخالف أحكام الدستور والقانون اللذين عهدا بالرقابة الدستورية علي القوانين للمحكمة العليا، وقصر عليها هذا الاختصاص لتتولي سلطة الفصل فيه دون غيرها* " [1]

**إلا أنها خالفت أيضاً ذلك:**

ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا ـ في زمن المحكمة العليا ـ تعرضت فيه لبحث دستورية نص تشريعي:

". ...أنه عن الطلب الذي تقدم به الطاعن لإعادة الطعن إلي المرافعة ليتمكن من الطعن أمام المحكمة العليا بعدم دستورية المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة سالفة الذكر، فأنه لا جديد فيه، ذلك أن الدستور وإن كفل في المادة ٦٨ منه حق التقاضي لكل مواطن إلا أنه لم يتطلب أن يكون التقاضي علي أكثر من درجة واحدة، وإنما ترك للقانون – علي ما يبين من نص المادتين ١٦٥ و ١٦٧ منه.....

إذ نصت المادة ١٦٥ علي أن " السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم علي اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون" وقضت المادة ١٦٧ علي أن "يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها" وليس صحيحاً ما ذهب إليه الطاعن من أن المادة ١٦٥ المذكورة أوجبت أن يكون التقاضي علي أكثر من درجة، ذلك أن هذه المادة لم ترد في مقام تحديد درجات التقاضي، وأن يكون ذلك علي درجات، وإنما وردت بصدد إفصاح عن أن المحاكم بأنواعها ودرجاتها المختلفة هي وحدها التي تتولي ممارسة السلطة القضائية....

وإذ نصت المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة سالفة الذكر علي اختصاص إحدي دوائر المحكمة

---

[1] الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٧٨/٥/١٦

الإدارية العليا دون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها رجال مجلس الدولة، فإنها صدرت دون ثمة مخالفة لأحكام الدستور بما لا يجوز معه النعي بأن أحكامها لا تقبل الطعن، وإذا كان الأمر كذلك *فإن الادعاء بأن قصر التقاضي - بالنسبة لمنازعات رجال مجلس الدولة - على درجة واحدة يتنافي مع مبدأ المساواة الذي قرره الدستور في المادة ٤٠ منه ويصبح ولا أساس له..."* [١]

وهكذا... فقد تعرضت المحكمة الإدارية العليا لبحث دستورية نص ١٠٤ من قانون مجلس الدولة المشار إليها ،حيث ردت علي الدفع بعدم دستوريته، وانتهت فيه إلي عدم مخالفته للدستور، ولكن تحت ستار الرد علي مدي جدية الدفع.

**ثالثاً: محكمة القضاء الإداري**

في حكم لمحكمة القضاء الإداري افتأتت به على اختصاص المحكمة الدستورية العليا، وكان عن طلب وقف تنفيذ قرار مجلس التأديب بفصل أحد طلاب الجامعة لمدة شهر وفي الموضوع بإلغائه، حيث أن المادة ١٨٤ من قانون تنظيم الجامعات رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ تقضي على:**"لا يجوز الحكم بوقف تنفيذ قرارات مجلس تأديب الطلاب أو مجلس التأديب الأعلى قبل الفصل في الموضوع"** فقررت المحكمة:

"أن النص حجب المحكمة التصدي للشق العاجل من الدعوى إزاء ما يتضمنه من الانتقاص من حق التقاضي المكفول دستورياً، وحرمان الطالب من الحماية الوقتية العاجلة التي يحققها طلب وقف التنفيذ، والتي نظمها قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في المادة ٤٩[٢] وهو قانون المحكمة ينتقص من اختصاصها المحدد بالقانون المنظم لها ويحجبها عن مباشرة هذا الاختصاص، **فإن النص بهذا النظر يتعارض مع أحكام الدستور وقانون مجلس الدولة.**

*إذا كان المشرع قد اختص المحكمة الدستورية العليا بالحكم بعدم دستورية النصوص التشريعية بما يترتب على ذلك من آثار أخصّها إعدام هذا النص في الماضي والحاضر والمستقبل، فإن هذا الاختصاص لا يحجب هذه المحكمة من حقها في الامتناع عن تطبيق النص سالف الذكر لما شابه من تصادم ظاهر مع الدستور وأحكام قانون مجلس الدولة، ولما يحيط بواقع الدعوى من ملابسات وظروف الاستعجال"* [٣]

## الفرع الثاني
## آراء الفقه

جلّ الفقه الجنائي والدستوري اعترض علي قيام بعض المحاكم برقابة الدستورية المحجوز أساساً للقضاء الدستوري، ولم يخالفه في ذلك إلا البعض:

**أولاً:الآراء التي انتقدت جهات القضاء في التعرض لمسألة الدستورية:**

*الرأي الأول:* " نحن يجب أن ننتقد مثل هذا الاتجاه الذي يعيد إحياء رقابة الامتناع التي سبق أن أخذت

---

[١] الطعن رقم ٣٩ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٧٤/٣/٢٣

[٢] تنص المادة ٤٩ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على: "لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه، على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى، ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها.

[٣] من حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٥١٩١ لسنة ٦١ ق بجلسة ٢٧/٣/١١ مجموعة المبادئ الصادرة من محكمة القضاء الإداري – دائرة منازعات الطلبة أكتوبر ٢٦ – يونيه ٢٧ ص ١٩٩

بها المحاكم المصرية علي أثر حكم مجلس الدولة بتاريخ ١٩٤٨/٢/١٠ ولكن الأمر والوضع القانوني أصبح الآن مختلفاً تماماً،لأن الوضع في الماضي لم يتضمن وجود محكمة عليا مركزية لرقابة الشرعية الدستورية. .... هذا خط أحمر لا يجوز تخطيه في ظل النظام الحالي لرقابة الدستورية بأسلوب مركزي في مصر بواسطة المحكمة الدستورية العليا دون غيرها"[١]

*الرأي الثاني:* بعد استعراضه لبعض أحكام النقض في تعديها علي المحكمة الدستورية العليا في شأن الرقابة الدستورية، وموقف النظم القانونية المقارنة، انتهي إلي:

- "إذا تعارض نص الدستور مع تشريع لاحق، يقع هذا التشريع في حومة عدم الدستورية الأمر الذي يجعل المسألة الدستورية تدخل في ولاية المحكمة الدستورية وحدها دون غيرها تطبيقاً للدستور ولقانون المحكمة الدستورية العليا. . ولا مجال للتأكيد علي ما جري عليه قضاء المحاكم العادية من قبل، من حيث الامتناع عن تطبيق التشريع المخالف، لأن الاختصاص بالرقابة الدستورية حسّمه الدستور وقانون المحكمة الدستورية العليا الصادر سنة ١٩٧٩ حين أعطي هذا الاختصاص للمحكمة الدستورية العليا وحدها دون غيرها" [٢]

*الرأي الثالث:* " إذا أخذنا بهذه الوجهة من النظر التي اتجه إليها حكم النقض ؛ فإننا لا بد عائدون إلي نوعين متجاورين من رقابة الدستورية معاً - وفي وقت واحد:

أ- رقابة امتناع تقوم بها كل المحاكم علي اختلاف أنواعها ودرجاتها تأسياً بحكم محكمة النقض.

ب - ورقابة تؤدي في - حالة الحكم بعدم الدستورية - إلي إعدام النص المخالف للدستور ووقف نفاذه، وهذه الرقابة تقوم بها المحكمة الدستورية العليا وحدها دون غيرها.

وهذا معناه أننا سنصبح بالنسبة لموضوع الرقابة في وضع بالغ الغرابة، حيث نجمع بين النقيضين المركزية واللامركزية في أمر بالغ الأهمية، وقد كانت مهمة التطور الذي حدث هي منع التشتت، ووضع أمر الرقابة كله بكل صوره في يد محكمة واحدة هي المحكمة الدستورية العليا انفاذاً لحكم الدستور في المادة ١٧٥ منه " [٣]

*الرأي الرابع:* بمناسبة حكم محكمة القضاء الإداري سالف البيان:

" وبرغم صراحة النصوص ووضوحها في هذا الصدد تميل الجهات القضائية إلي مشاركة المحكمة الدستورية العليا في مباشرة أخص وظائفها ؛ رقابة دستورية القوانين واللوائح، فمنذ فترة برز في قضاء النقض" تكنيك" النسخ الضمني، ومن خلال هذا المنفذ سمح القاضي العادي لنفسه باستبعاد نصوص القوانين المزعوم مخالفتها لأحكام الدستورية...

وقد أبنّا في دراسة سابقة تعارض قاعدة النسخ الضمني مع مبدأ مركزية الرقابة، فاستبعاد القاعدة الأعلي للأدني يفترض تناقضهما، ويصعب التوصل لهذا الاستخلاص بدون تحديد نطاق النص

---

[١] أستاذنا الدكتور/ محمد رفعت عبد الوهاب - مقال سيادته بمجلة الدستورية، عدد مارس ٢٩ ص ٨

[٢] أ.د / أحمد فتحي سرور، مجلة الدستورية المرجع السابق ص ١ وما بعدها .

[٣] أ.د/ يحيي الجمل - مجلة الدستورية - نفس المرجع السابق ص ١٧

الدستوري، ومداه ومقابلته بالقانون العادي وهي مهمة مقصورة علي المحكمة الدستورية العليا، ولم تكد رياح الجدل التي أثارتها فكرة النسخ الضمني في القضاء العادي تهدأ قليلاً، حتي واجهتنا عاصفة انطلقت هذه المرة من مجلس الدولة مفادها استبعاد القاضي لنص القانون المتصادم مع الدستور في حالة الاستعجال" [1]

*الرأي الخامس:*

"الجدير بالذكر أن الحالات التي استعملت فيها المحكمة العليا[2] النسخ الضمني لنص سابق بنص ناسخ لاحق هي دوماً متعلقة بنص دستوري، أي هي في حقيقتها رقابة علي دستورية القانون اللاحق، وهو ما يثير التساؤل حول العلاقة بين المحكمتين العليتين النقض والدستورية، ورصد نوع من الحساسية بينهما، أدي إلي تصدي محكمة النقض لبحث دستورية النصوص تحت ستار النسخ الضمني بدلاً من إحالة الأمر إلي المحكمة الدستورية" [3]

**ثانياً: الرأي المؤيد لمحكمة النقض:**

( كان بمناسبة حكم النقض السابق باعتبار أن المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية منسوخة ):

"...والذي **نراه أن ما قضت به محكمة النقض هو الصحيح**، لأن المقام مقام نسخ أي إلغاء للنص يجب على المحاكم أن تقضي به من تلقاء نفسها، وليس مقام دفع بعدم الدستورية يجب أن ترفع الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا ؛ ذلك بأن اللجوء إلى القضاء الدستوري مرهون بوجود نص قانوني نافذ يدعى أحد الخصوم أو ترى محكمة الموضوع أنه مخالف للدستور، ولا سبيل لكف هذا النص عن السريان إلا أن يصدر من القضاء الدستوري حكماً يقضي بعدم دستوريته، أما حيث يكون النص قد ألغى بنص يماثله أو يعلوه مرتبة ؛ فلا وجه لعرض أمره على المحكمة الدستورية للقضاء بعدم دستوريته ؛ بل يجب على أي من المحاكم التي يطلب منها تطبيقه أن تقرر نسخه بناء على دفع يدفع به أمامها أو من تلقاء نفسها، وإذا كانت النتيجة بالنسبة للمادة ٤٧ واحدة فإن **حكم محكمة النقض من حيث التأصيل القانوني هو الصحيح،** وهذا من حسن الحظ لأن التناقض بين الحكمين ـ وإن لم يقع من الناحية الواقعية ـ فقد كان من الممكن أن يقع من الناحية النظرية [4]

ويستند هذا الرأي إلي:

- الأمر يتعلق بنسخ القاعدة المخالفة للدستور.
- عدم وجود دفع بعدم الدستورية أمام محكمة النقض.

---

[1] أ.د/ فتحي فكري– المجلة الدستورية – العدد السادس عشر– السنة السابعة أكتوبر ٢٩ ص ٣٢ وما بعدها.

[2] يقصد بالمحكمة العليا ـ تبعاً لهذا الرأي ـ هو محكمة النقض، فالكثير من رجال الفقه ورجال القانون عموماً ـ كانوا ومازالوا ـ يطلقون علي محكمة النقض المحكمة العليا، وليس المقصود المحكمة العليا التي حلت محلها المحكمة الدستورية العليا، لزم وجب التنويه منعاً من اللبس أو اللغط.

[3] مستشار دكتور/ مصطفي سعفان ـ المجلة الدستورية ـ العدد الرابع ـ السنة الأولي أكتوبر ٢٣ ص ١.

[4] أ.د / عوض محمد عوض – التفتيش في ضوء أحكام النقض – مطابع السعدي ٢٧، هامش ص ١.

## الفرع الثالث
## موقف الباحث

قبل التعرف علي موقف الباحث ؛ من الأهمية بمكان أن نتساءل:

**ماهو الجزاء المترتب علي مخالفة قواعد الاختصاص الولائي أو الوظيفي ؟**

نجيب علي هذا السؤال من خلال فقه المرافعات ومحكمة النقض:

**أولاً: فقه المرافعات:**

السائد في فقه المرافعات المدنية والتجارية أن صدور حكم من محكمة غير مختصة ولائياً أو وظيفياً يعتبر هذا الحكم منعدماً، ولا يوصف الحكم بالانعدام إلا إذا لحق بأركانه عيب جسيم أو فقد ركن من أركانه [١]

فالركن الأول في الحكم هو صدوره من جهة قضائية وأن تكون هذه الجهة مختصة ولائياً بإصداره، أي تكون المحكمة التي أصدرت الحكم لها سلطة في إصداره من حيث الولاية أو الوظيفة، وهذا أمر متعلق بالنظام العام، *ومن الآراء الفقهية في ذلك:*

*الرأي الأول:* " إذا كانت الدعوى المطروحة على المحكمة تخرج عن حدود ولاية الجهة التي تتبعها، بأن كانت تندرج في ولاية جهة قضائية أخرى، وجب عليها أن تحكم بانتفاء ولايتها، وبإحالة الدعوى إلى الجهة صاحبة الولاية إعمالاً لنص المادة ١١٠ مرافعات، فإذا أصدرت حكماً بالمخالفة لقواعد توزيع الولاية كان هذا الحكم صحيحاً وقائماً ويرتب كافة آثار الأحكام بالنسبة لمحاكم الجهة التي أصدرته، ولكنه يعد حكماً منعدماً لا يحوز الحجية " [٢]

*الرأي الثاني:* "القرارات الصادرة من الهيئات القضائية المتخصصة في غير ما تختص به، فتكون هي والعدم سواء" [٣]

*الرأي الثالث:* "يجب أن تكون جهة القضاء التي أصدرت الحكم لها الولاية في الحكم التي أصدرته، فإذا لم تكن للمحكمة ولاية، لم يكن لحكمها حجية الأمر المقضي، ومن ثمَ لا تثبت حجية الأمر المقضي لحكم صدر من محكمة مدنية أو مجلس ملى في مسالة تدخل في ولاية المحاكم الشرعية، ولا لحكم صدر من محكمة شرعية أو مجلس ملى في مسألة تدخل في ولاية المحاكم الوطنية، ولا لحكم صدر من محكمة مدنية في مسألة تدخل في ولاية القضاء الإداري. على أنه إذا صدر الحكم من محكمة لا ولاية لها كانت له – مع ذلك – حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى هذه المحكمة أو إلى غيرها من محاكم الجهة ذاتها، ولكن لا حجية للحكم بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى " [٤]

*الرأي الرابع:* "قواعد الاختصاص الوظيفي من النظام العام، وتصدق هذه القاعدة على توزيع الاختصاص الوظيفي على الهيئات القضائية، والجهات القضائية، والمحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي وعلى أحكام الاختصاص الوظيفي وشروط إعماله، وتفريعاً على هذا يعتبر من النظام العام اختصاص جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري وغيرهما من الجهات القضائية، واختصاص المحاكم المستقلة كالمحكمة الدستورية العليا " [٥]

---

[١] وقد سبق لنا التعرض لأركان الحكم في الفصل السابق.
[٢] أ.د/ محمد سعيد عبد الرحمن – المرجع السابق – ص ٢٢
[٣] أ.د/ أحمد أبو الوفا – التعليق علي نصوص قانون الاثبات – مرجع سابق – ص ٢٨١
[٤] مستشار دكتور/ عبد الحميد الشواربي – حجية الأحكام المدنية والجنائية – منشأة المعارف ١٩٨٦ص ٢٣ وما بعدها.
[٥] أ.د/ أمنية مصطفى النمر- مرجع سابق ص ٤٣٤

**ومن جماع هذه الآراء:**

أن المحكمة الغير مختصة ولائياً (مخالفة قواعد الاختصاص الوظيفي) يكون حكمها منعدماً أمام الجهة صاحبة الولاية، ولكنه ـ رغم ذلك ـ له حجيته أمام المحكمة التي أصدرته وغيرها من المحاكم الأخري عدا المحاكم صاحبة الاختصاص الولائي، فإذا أصدرت محكمة مدنية حكماً في مسألة من اختصاص القضاء الإداري، كان هذا الحكم صحيحاً ويولد كافة آثاره ومنها الحجية أمام المحكمة التي أصدرته وأمام غيرها من محاكم القضاء المدني أياً كانت، إلا أنه يعد معدوماً لدي جهات محاكم القضاء الإداري، علي الرغم من أن مسائل الاختصاص الوظيفي من النظام العام.

**ثانياً: محكمة النقض:**

" إن توزيع ولاية القضاء بين المحاكم المختلفة التي عهد إليها الشارع بالفصل في الخصومات هو من النظام العام، فلا يملك الخصوم الاتفاق ولا التراضي على خلافه، ومن الواجب على المحاكم الالتفات عنه من تلقاء نفسها، وكل قضاء في خصومة تصدره محكمة ليس لها ولاية عليها، لا تكون له حرمة ولا حجية في نظر القانون" [١]

و"متي كان الحكم صادراً من محكمة خارج حدود ولايتها، فإن قبوله أو تنفيذه ليس من شأن أيهما أن يسبغ عليه قوة الأمر المقضي، بل إن هذا الحكم يعتبر كأنه لم يكن، بحيث يكون للمحكمة ذات الولاية إذا ما رفع إليها النزاع أن تنظر فيه كأنه لم يسبق عرضه على القضاء" [٢]

و"لمحكمة الموضوع إذا احتُج لديها بحكم شرعي نهائي، أن تبحث ما إذا كان الحكم قد صدر في حدود ولاية المحاكم الشرعية ؛ فتثبت له الحجية، أو لم يصدر في حدود هذه الولاية، فيكون معدوم الحجية" [٣]

و"الدفع بعدم الاختصاص الولائي، اعتباره مطروحاً علي محكمة الموضوع ولو لم يُدفع به أمامها، تعلقه بالنظام العام ،عدم سقوط الحق في إبدائه والتمسك به ولو تنازل عنه الخصوم، جواز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض إذ لم يسبق طرحه علي محكمة الموضوع" [٤]

**الملاحظ علي قضاء النقض:**

ـ قواعد الاختصاص الوظيفي أو الولائي من النظام العام.

ـ مخالفة هذه القواعد: يكون الحكم معدوم الحجية.

*مع الأخذ في الاعتبار أن موقف محكمة النقض بأن الحكم له حجية أمام المحكمة التي أصدرته، كان قبل صدور قبل صدور قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ العمل به، لأن المادة ١١٠ منه أوجبت*

---

[١] نقض مدني جلسة ١٩٤٦/٢/٢٨ طعن رقم ٤٦ سنة ١٥ق

[٢] نقض مدني جلسة ١٩٥/٢/٢٢ في الطعنين رقمي ١٤٢ و ١٣٨ لسنة ١٦ ق، ونقض مدني جلسة ١٩٦٧/٥/٢ – السنة ١٨ ص ٩٣١، ونقض مدني جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ – السنة ١٩ ص ٤٧٥

[٣] نقص مدني جلسة ٢/٣/ ١٩٦٩ – السنة ٢ ص ٤٦٣

[٤] نقض مدني جلسة ١٩٩/٥/٣١طعن رقم ١١٧ لسنة ٥٨ ق

*علي المحكمة بعدم الحكم بعدم اختصاصها أن تحيل الدعوي إلي الجهة القضائية المختصة.*

*من هنا نلاحظ تغييراً في موقف محكمة النقض بعد عام ١٩٦٨ باعتبار الحكم الصادر من جهة غير مختصة ولائياً معدوماً.*

*مؤدي ذلك أنه بعد صدور قانون المرافعات الجديد: أن الحكم الصادر من جهة غير مخنصة ولائياً بإصداره يكون منعدماً.*

**ثالثاً: الرأي في نظر الباحث:**

**أولاً:** إذا سلمنا ـ جدلاً ـ بصحة هذا المنطق من أن الحكم المعدوم يتولد عنه حجية أمام جهة القضاء التي أصدرته، ولا حجية له أمام الجهات صاحبة الولاية، فيمكن قبول هذا المنطق في مجال الأحكام القضائية العادية، فهي في كل الأحوال ذات حجية نسبية قاصرة على خصوم الدعوى فيها دون غيرهم، أما هذا المنطق لا يمكن قبوله في مجال الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية لما لها من حجية مطلقة في مواجهة كافة الناس والدولة بكافة سلطاتها وتنظيماتها.

**ثانياً:** أن اجتهاد الفقه والقضاء في رأيهما المتقدم لعدم وجود نص تشريعي يحكم مسألة الحجية عند عدم اختصاص المحكمة ولائياً، بينما في مجال الأحكام الدستورية في شأن دستورية القوانين واللوائح فإن النص الدستوري في المادة ١٧٥ (دستور ١٩٧١) قد حسم المسألة بالنص صراحة بأن المحكمة الدستورية العليا هي **وحدها دون غيرها** المختصة برقابة دستورية القوانين واللوائح، فضلاً عن نص المادة ٢٥/ أولاً من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والمادة الرابعة من قانون المحكمة العليا رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩.

مفاد ذلك كله انعدام الأحكام الصادرة في مسألة دستورية القوانين واللوائح ما لم تكن صادرة من القضاء الدستوري (المحكمة العليا أو المحكمة الدستورية العليا) سواء في شأن العيوب الشكلية أو العيوب الموضوعية لوضوح النص الدستوري وجلائه فضلاً عن إطلاقه، وتعد مثل هذه الأحكام منعدمة تماماً ولا حجية لها لا أمام جهات المحكمة التي أصدرتها، ولا أمام القضاء الدستوري.

**ثالثاً:** القول بأن حجية الحكم مثل هذه الأحكام ؛ هي حجية نسبية أمام المحكمة التي أصدرته وجهات المحاكم التابعة لها، فهو قول يظاهره الباطل، لأن اتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعاوى الدستورية – عدا حالة التصدي – يكون عن طريق محاكم الموضوع والجهات القضائية، فإذا مارست كل محكمة من محاكم الموضوع النظر في مسألة دستورية القوانين واللوائح وتمتع حكمها بهذه الحجية النسبية وسواء بالدفع أمامها من قبل الخصوم، أو إثارة المسألة الدستورية من تلقاء نفسها، وأن الحكم قاصر علي نسخ القاعدة أو النص التشريعي وليس إلغائه، وسلمنا بصحة ذلك.

**النتيجة: لن تمارس المحكمة الدستورية العليا اختصاصها الأصيل في رقابة دستورية القوانين واللوائح، فسوف تحجب محاكم الموضوع عنها هذا الاختصاص الدستوري، وبالتالي تكون قد خالفت الدستور ذاته، خاصة وأن المحاكم الأدنى لابد وأنها سوف تتأسى بمحكمة النقض، فلسوف تتبع سبيلها.**

**رابعاً:** أن قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ منح للمحاكم والهيئات ذات

الاختصاص القضائي حق ممارسة الرقابة بالفعل علي دستورية القوانين واللوائح، فقد جاء بنص المادة٢٩:

*الفقرة (أ):* إذا تراءي لإحدي المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص ـ أثناء نظر إحدي الدعاوي ـ عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع. ..

*الفقرة (ب):* إذا دفع أحد الخصوم ـ أثناء نظر دعوي أمام إحدي المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي ـ بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي. ..

مفاد ذلك أن محاكم الموضوع والهيئات ذات الاختصاص القضائي إذا تبين لها شبهة عدم الدستورية ( الفقرة أ ) وجدية الدفع (فقرة ب) أنها تمارس الرقابة الدستورية بالفعل، وكل ما في الأمر أن عليها إحالة المسألة للمحكمة الدستورية العليا، حتي يكون الفصل والكلمة الأخيرة للمحكمة الدستورية العليا في مسألة الدستورية.

**خامساً:** قياس محكمة النقض حقها ـ هي وغيرها من المحاكم ـ في الرقابة الدستورية علي حقها ولغيرها من المحاكم في تفسير النصوص التشريعية جنباً إلي جنب المحكمة الدستورية العليا، هو قياس ظاهره الفساد لاختلاف التفسيرعن الرقابة الدستورية، فضلاً علي أن الأمر قد حُسم بالنصوص الدستورية وكذلك النصوص التشريعية ـ كما سبق بيانه ـ مما يجعل معه القياس ممتنعاً.

**سادساً:** ورداً علي الرأي المؤيد لمحكمة النقض آنف البيان من عدم وجود دفع بعدم الدستورية فيه تجاهل واضح للفقرة الأولي من نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بأنه "**إذا تراءي لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر الدعوي، عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوي، وأحالت الأوراق بغير رسوم إلي المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية** "

وبالتالي كان يجب علي محكمة النقض عند استشعارها شبهة عدم دستورية النص أن تحيل الدعوي للمحكمة الدستورية العليا لا أن تفصل في دستوريته. وهذا أمر علي سبيل الوجوب والالزام لا علي سبيل الندب والاختيار.

**سابعاً وأخيراً:** أما تذرع محكمة النقض بأنها قد سبق لها أن مارست هذا الاختصاص في زمن المحكمة العليا، والأخيرة لم تعترض علي ذلك، وكذلك الحال بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا ؛ فهذا قول لا يصح من محكمة كبري مثل محكمة النقض، فالمقام مقام نصوص دستورية وقانونية واضحة بتولي القضاء الدستوري وحده الرقابة الشاملة علي دستورية القوانين واللوائح، ومن غير الجائز الاستناد إلي أن سكوت المحكمة العليا وكذلك المحكمة الدستورية العليا يُفسرعلي أنه تسليم منها بغصب اختصاصاتها.

**وعلى ما تقدم:**

*فإن الحكم الصادر من المحاكم أياً كانت درجتها في مسألة دستورية القوانين واللوائح المحجوزة دستورياً وقانونياً للمحكمة الدستورية العليا ومن قبلها المحكمة العليا، هو* **حكم منعدم** *لا حجية له ولا حرمة له ؛ لا أمام الجهة التي أصدرت ولا في مواجهة القضاء الدستوري، لوجود نص دستوري واضح، فضلاً*

*عن قانون المحكمة العليا وقانون المحكمة الدستورية العليا والسبيل الوحيد للمحاكم هو إحالة المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية – لتفصل فيها – ولا مناص من ذلك وهو طريق إلزامي بموجب الدستور والقانون، وإلا نكون قد خالفنا الدستور نفسه.*

*وعليه. . ما كان لمحكمة النقض أو لغيرها أن تستبيح لنفسها أن تراقب دستورية القوانين أو اللوائح ولو تحت ستار أن أحكام المحكمة الدستورية لها حجية مطلقة وتلغي النص المقضي عليه بعدم الدستورية، في حين أن حكمها له حجية نسبية وقاصر علي نسخ النص دون إلغائه، وتحت ستار آخر وهو بحث جدية الدفع، كما فعلت المحكمة الإدارية العليا، وهذه ردة غير محمودة إلي زمن ما قبل القضاء الدستوري.*

**وأخيراً. ..** *لا يمكن الدفع بالحجية أو بسبق الفصل في مسألة دستورية القوانين أو اللوائح إلا في حالة واحدة هي صدور الحكم من القضاء الدستوري وحده، دون غيره.*

**هذا عن الشرط الأول للدفع بالحجية المطلقة، وهو سبق صدور الحكم من القضاء الدستوري دون غيره، وإلا كان الحكم لا وجود له من أصله.**

## المبحث الثاني
## وحدة الموضوع
## "اتحاد نطاق الطعن"

وفيه ندرس:

المطلب الأول: ماهية اتحاد نطاق الطعن.

المطلب الثاني:شرط اتحاد نطاق الطعن في قضاء المحكمة الدستورية العليا.

المطلب الثالث: تحديد نطاق الطعن وتطبيقاته في قضاء المحكمة الدستورية العليا.

**وذلك علي النحو التالي:**

### المطلب الأول
### ماهية اتحاد نطاق الطعن

اتحاد نطاق الطعن تقابل في الدعاوي القضائية العادية "وحدة الموضوع" وموضوع الدعوي الدستورية هو النصوص التشريعية المطعون عليها، أو هي بالأحري محلها، **كما تقول المحكمة الدستورية العليا:**

*"... من المقرر قانوناً أن الدعوى الدستورية تندرج تحت الدعاوى العينية التي تقوم في جوهرها علي مقابلة النصوص التشريعية بأحكام الدستور، تحرياً لتطابقها معها إعلاءً للشرعية، **ومن ثمَ تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الدعوى الدستورية أو هي بالأحرى محلها** "*[1]

و *"... وحيث إن من المقرر أن الخصومة في الدعوى الدستورية - وهي بطبيعتها من الدعاوى العينية – قوامها مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور، تحرياً لتطابقها معها إعلاءً للشرعية، **ومن ثمَ تكون هذه النصوص ذاتها هي موضوع الدعوى الدستورية أو هي بالأحرى محلها،** وإهدارها بقدر تهاترها مع أحكام الدستور هي الغاية التي تبتغيها هذه الخصومة"*[2]

واتحاد نطاق الطعن يعني أن النص التشريعي الذي فصلت فيه المحكمة بشأنه سواء بدستوريته أم بعدم دستوريته في الدعوي السابقة ؛ هو ذاته أو عينه النص المطعون عليه في الدعوي اللاحقة أو الجديدة المثار فيها الدفع بالحجية أو بسبق الفصل فيها.

فإذا اتحد نطاق موضوع الطعن في الدعوى السابقة مع الدعوى اللاحقة ؛ يلزم الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، وعلي المحاكم جميعها والهيئات ذات الاختصاص القضائي أيضاً ألا تقبل دفوع مثارة بشأن ذات المسألة وفي ذات النطاق، وعلى المحكمة الدستورية العليا أن تقضي بذلك ولو من تلقاء نفسها إعمالاً للحجية المطلقة لأحكامها الصادرة في الدعاوى الدستورية، وباعتبار أن هذا الدفع من النظام العام.

---

[1] من حكم جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ في الدعوي رقم ٣ لسنة ١٤ منازعة تنفيذ – المجموعة – الجزء ٢/٥ ص ٤٧٩ ، وحكم جلسة ١٩ يونيه ١٩٩٣ في الدعوي رقم ٧ لسنة ١٤ منازعة تنفيذ، المجموعة، الجزء ٢/٥ ص ٥٢٣

[2] من حكم جلسة ١٤ مارس ٢١ في الدعوى رقم ٢٤ لسنة ٣١ ق "منازعة تنفيذ"، وبذات الجلسة في الدعوي رقم ٢٥ لسنة ٣١ "منازعة تنفيذ"، وكذلك جلسة ٢١/٩/٢٦ في الدعوي رقم ٨ لسنة ٣٨ ق "منازعة تنفيذ"

فإن اختلف محل الطعن لم يكن هناك مدعاة للدفع بالحجية المطلقة.

وتُعبرّ المحكمة الدستورية العليا عن اتحاد النطاق أحياناً بألفاظ: ذاتها أو عينها.

**ومن أحكامها فيما يتعلق بلفظ (عينها):**

*"وحيث أن هذه المسألة الدستورية هي **عينها** التي سبق أن حسمتها هذه المحكمة بحكمها الصادر بجلستها المعقودة في الخامس عشر من نوفمبر ١٩٩٧ في القضية رقم ١٢٤ لـ ق دستورية، والمنشور بالجريدة الرسمية في ١٩٩٧/١١/٢٧ والقاضي منطوقه بعدم دستورية نص المادة ٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ وإذا كان هذا الحكم قولاً فصلاً لا يقبل تأويلاً ولا تعقيباً من آية جهة كانت، ومن ثمَ باتت الخصومة في شأن النص المطعون فيه منتهية فلا رجعة إليها "* [١]

و *"... وحيث إن المسألة الدستورية المثارة في الدعوى الماثلة ـ محدداً نطاقها على ما تقدم هي **عينها** التي سبق أن حسمتها المحكمة الدستورية العليا بحكمها الصادر بجلستها المعقودة في ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ ق دستورية..."* [٢]

**ومن أحكامها فيما يتعلق بلفظ (ذاتها):**

*" وقد سبق لهذه المحكمة أن تناولت **ذات النص** وأصدرته في شأنه حكمها بجلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ في الدعوى رقم ٧ لـ ٨ ق دستورية منتهية إلى موافقة النص المطعون عليه أحكام الدستور..."* [٣]

و *"... وحيث أن المحكمة الدستورية العليا سبق لها أن قضت في الدعوي رقم ٣٥ دستورية بجلسة ١٩٩٤/٨/١٤ برفض ما أثير فيها من مطاعن كانت تتوخي إبطال نص المادة ١١ مكرراً من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ آنفة البيان بمقولة مصادرته للحق في تعدد الزوجات أو تقييد الحق فيه، وانتهت المحكمة إلي أن ذلك النص لا يعارض التعدد، ولا ينظر إليه باعتباره ذريعة إلي حرام، ولا يرمي كذلك إلي بلوغ غاية بذاتها يكتنفها الإثم أو يتصل به، وإذا أَشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بتاريخ أول سبتمبر ١٩٩٤، وكانت الخصومة في الدعوي الماثلة **تتعلق بذات النص التشريعي** الذي قضت المحكمة الدستورية العليا برفض ما أثير في شأنه من مطاعن موضوعية في الدعوي رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية دستورية المشار إليها. .."* [٤]

---

[١] من حكم جلسة أول أغسطس ١٩٩٨ في الدعوى رقم ١١٧ لسنة ١٨ ق دستورية المجموعة – الجزء ٩ ص ٣١

[٢] من حكم جلسة ٥ سبتمبر ١٩٩٨ في الدعوى رقم ٥٤ لسنة ١٨ ق "دستورية" المجموعة الجزء ٩ ص ٤٦
وبذات الجلسة: في الدعوى رقم ١٩٢ لسنة ١٩ ق دستورية، والدعوي ١٧٦ لسنة ١٩ ق "دستورية"
وكذلك حكم جلسة ٢١ مايو ١٩٩٨ في الدعوى رقم ٩٩ لسنة ١٩ ق "دستورية"، حكم جلسة ٤ أبريل ١٩٩٨ في الدعوى رقم ١٧٩ لسنة ١٩ ق "دستورية"، وحكم جلسة ٥ ديسمبر ١٩٩٨ في الدعوى رقم ٣ لسنة ٢ ق "دستورية، وحكم جلسة ٥ فبراير ٢ في الدعوى رقم ٦٣ لسنة ٢ ق "دستورية"، وحكم جلسة ٥ أغسطس ٢ في الدعوى رقم ١٩٦ لسنة ٢ ق "دستورية"

[٣] من حكم جلسة ٨ يناير ١٩٩٤ في الدعوى رقم ٢ لسنة ٨ ق "دستورية" المجموعة – الجزء ٦ ص ١٣٣
، وحكم جلسة ٢١ أكتوبر ١٩٩٥ في الدعوى رقم ٢١ لسنة ١٧ ق "دستورية" المجموعة، الجزء ٧ ص ٢١٩

[٤] من حكم جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ في الدعوي رقم ٣٧ لسنة ١٦ ق "دستورية"، وحكم جلسة ٢ أكتوبر ١٩٩٩ في الدعوى رقم ٧ لسنة ١٩ ق "دستورية" المجموعة الجزء ٩ ص ٣٧٨، وحكم جلسة الأول من أبريل ٢ في الدعوي رقم ١٢٩ لسنة ٢ ق "دستورية" المجموعة، الجزء ٩ ص ٥١٩، وحكم جلسة ٤ مايو ٢٨ في الدعوى رقم ١٢٣ لسنة ٢٦ ق "دستورية" الجريدة الرسمية ،العدد ٢ مكرر بتاريخ ٢٨/٥/١٩

## المطلب الثاني
## شرط اتحاد نطاق الطعن
### في قضاء المحكمة الدستورية العليا

**بشأن لزوم اتحاد نطاق الطعن، تقول المحكمة الدستورية العليا:**

*"... وحيث إن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة – يقتصر نطاقها على النصوص التشريعية التي كانت مثاراً للمنازعة حول دستوريتها وفصلت فيها المحكمة فصلاً حاسماً بقضائها، **أما ما لم يكن مطروحاً على المحكمة ولم تفصل فيه بالفعل فلا تمتد إليه تلك الحجية.."*** [1]

و *"...وحيث إن المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة منها في الدعاوى الدستورية يقتصر نطاقها على النصوص التشريعية التي كانت مثاراً للمنازعة حول دستوريتها وفصلت فيها المحكمة فصلاً حاسماً بقضائها **ولا تمتد إلى غير تلك النصوص حتى ولو تطابقت في مضمونها..."*** [2]

و " . ..الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في تلك الدعوى **يقتصر نطاقها** على النصوص التشريعية التي كانت مثاراً للمنازعة حول دستوريتها، ***وفصلت فيها المحكمة فصلاً حاسماً بقضائها***، ولا تمتد إلى غير تلك النصوص، حتى ولو تطابقت في مضمونها، كما أن قوة الأمر المقضي لا تلحق سوى منطوق الحكم وما هو متصل بهذا المنطوق من الأسباب اتصالاً حتمياً بحيث لا تقوم له قائمة إلا بها" [3]

## المطلب الثالث
## تحديد نطاق النص التشريعي وتطبيقاته

رقابة دستورية القوانين واللوائح تنصب أساساً علي قواعد تشريعية واردة في النص التشريعي المطعون عليه، لأن النص التشريعي هو مجرد وعاء لقاعدة تشريعية أو مجموعة من القواعد التشريعية، وبمعني آخر: أن القواعد التشريعية توضع في إطار ؛ هذا الإطار يسمي النص التشريعي.

علي أن النص التشريعي الواحد قد يتضمن قواعد متعددة، فيقتصر الحكم بالفصل في قاعدة واحدة دون غيرها، من هنا يلزم أن يكون نطاق الحكم في الطعن السابق التي فصل فيه القضاء الدستوري هو ذاته نطاق الطعن اللاحق حتي يمكن التمسك بالدفع بالحجية المطلقة.

وتحديد نطاق القاعدة التشريعية من المسائل ذات الأهمية الكبري في مجال الحجية المطلقة لأحكام دعاوي دستورية القوانين واللوائح، ولهذا نتعرض للآتي:

- مفهوم تحديد نطاق القاعدة التشريعية.
- تطبيقات هامة للمحكمة الدستورية العليا بشأن تحديد نطاق القاعدة التشريعية.

---

[1] من حكم جلسة ٦ مايو ٢ في الدعوى رقم ١٩٣ لسنة ١٩ ق "دستورية" المجموعة، الجزء ٩ ص ٥٤٨، وحكم جلسة ٢ ديسمبر ٢ في الدعوى رقم ٢٢٧ لسنة ٢١ ق "دستورية" المجموعة، الجزء ٩ ص ٧٩٦، وحكم جلسة ٦ يولية ٢٨ في الدعوى رقم ٧٧ لسنة ٢٢ ق دستورية الجريدة الرسمية العدد ٣ مكرر في ٢٧/٧/٢٦

[2] من حكم جلسة ٢٩/٦/٧ في الدعوى رقم ٢١ لسنة ٣ ق "منازعة تنفيذ"، وحكم جلسة ٢٩/٦/٧ في الدعوى رقم ١٨ لسنة ٣ ق "منازعة تنفيذ"، وحكم جلسة ٢٩/٦/٧ في الدعوى رقم ١٧ لسنة ٣ ق "منازعة تنفيذ"، وحكم جلسة ٢٩/٦/٧ في الدعوى رقم ١٦ لسنة ٣ ق "منازعة تنفيذ"، وحكم جلسة ٢٩/٦/٧ في الدعوى رقم ١٩ لسنة ٣ ق "منازعة تنفيذ"

[3] من حكم جلسة ١٤ مارس ٢١ في الدعوى رقم ٢٤ لسنة ٣١ ق "منازعة تنفيذ"

## الفرع الأول
## تحديد نطاق القاعدة التشريعية

نطاق القاعدة القانونية يعني محلها أي مجالها أو حيزها، فقد يحتوي النص التشريعي المطعون عليه (قانون أو لائحة) علي قاعدة قانونية واحدة، وقد يحتوي علي عدد من القواعد التشريعية، والقواعد التشريعية قد تُفهم من ظاهر النص أو من دلالة النص عليها، وقد تُستخلص من روح النص أو من فحواه.

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

**وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي لهذه الفقرة:**

*". .. والإشارة إلي روح النص أو فحواه أفضل في هذا المقام من إشارة المادة الثالثة من التقنين المدني الايطالي الصادر في سنة ١٩٣٨ إلي نية المشرع، فهذه النية أمر مستتر؛ يُفترض وجوده في الغالب قد لا يطابق الحقيقة في كثير من الأحيان، وقد لا يُتاح الوقوف عليه في أحيان أخري ؛ فالواقع أن النص متي خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها، وأصبح للظروف الاجتماعية – في* **تحديد نطاقه ومراميه** *– شأن يجاوز في خطره تلك النية التي تقدم ذكرها"* [١]

وعلي ذلك فإن النص التشريعي قد يتضمن قاعدةً قانونيةً واحدةً، فيمكن تسميته بالنص البسيط، وقد يحتوي أكثر من قاعدة قانونية وهنا يسمي بالنص المركب، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخري فإن القواعد القانونية قد تكون قواعد مباشرة تُفهم من المعني الظاهر القريب للنص، وهذا هو المقصود من **"لفظها"** المشار إليه في الفقرة الأولي من نص المادة الأولي من القانون المدني.

وقد تكون قواعد غير مباشرة مستخلصةً من روح النص، وهذا هو المقصود من **"فحواها"** المشار إليه في الفقرة المشار إليها.

وبهذا يكون النص هو الشئ أو الإطار المادي المحسوس، بينما الوصول إلي فهم القواعد (المباشرة) واستخلاص أو استنباط (القواعد غير المباشرة ) منه هو العمل الفكري أو المعنوي.

ولكن بشرط أن يكون استخلاص المعاني من نص تشريعي لا من مصادر القانون الأخري كالعرف أو المبادئ العامة للقانون، أو قواعد العدالة أو ما يسمي بالمصادر الاحتياطية للتشريع[٢]

ذلك لأن نص الفقرة الأولي من المادة الأولي من القانون المدني المشار إليها اقتصرت – بشأن استنباط القواعد القانونية من فحوي النصوص- علي النصوص التشريعية دون غيرها.

وتتولي المحكمة الدستورية العليا – عند رقابتها لدستورية القوانين واللوائح - تفسير النص التشريعي وتحديده للحكم عليه - بعدئذ – في مدي اتفاقه أو تعارضه مع الدستور[٣]

---

[١] أ.د/ أحمد محمد ابراهيم - القانون المدني – الطبعة الأولي ١٩٦٤، دار المعارف، ص ٤

[٢] أما بالنسبة للشريعة الاسلامية حيث كانت من المصادر الاحتياطية للتشريع عند صدور التقنين المدني عام ١٩٤٨، أصبحت عند صدور دستور ١٩٧١ مصدراً رئيسياً له، وأخيراً في تعديل ٢٢ مايو ١٩٨ غدت المصدر الرئيسي للتشريع، ومن ثم يجوز استنباط القواعد القانونية من روح وفحوي نصوص الشريعة الاسلامية كالنصوص التشريعية تماماً.

[٣] وشأن المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد كغيرها من المحاكم التي يحق لها تفسير النص التشريعي عند القيام بالفصل في الدعاوي المعروضه عليها، ومن ثم فإن قيام المحكمة الدستورية العليا بمثل هذا التفسير يكون له الحجية النسبية القاصرة علي الدعوي التي تنظرها، وليس كالتفسير الملزم الذي تختص به وفقاً للمادة ٢٦ من قانونها ؛ فالأخير حجيته مطلقة بنص المادة ٤٩ من قانونها.

**جملة ما تقدم:**

يمكن القول أن النص التشريعي الواحد:

- قد يحتوي علي قاعدة قانونية واحدة، ويسمي بالنص البسيط، وقد يحتوي علي أكثر من قاعدة قانونية، ويسمي بالنص المركب.

- والقواعد القانونية إما أن تكون مباشرة وهي التي يُفهم معناها من اللفظ الظاهري القريب لعبارات النص، وإما أن تكون غير مباشرة أي قواعد ضمنية وهي التي تُستخلص من روح النص.

علي أنه يُشترط في مسألة استخلاص القواعد القانونية من روح النص أو من فحواه:

١- أن نكون بصدد نص تشريعي أي مصدره التشريع، لا بصدد مصادر أخري.

٢- عدم تجاوز إرادة المشرع، بأن لا يكون استخلاص تلك القواعد مقطوع الصلة بالنص.

## الفرع الثاني
## تطبيقات هامة للمحكمة الدستورية العليا
## في شأن تحديد نطاق الطعن

هذا ويقتصر البحث – بطبيعة الحال علي النص المركب وكذلك القواعد القانونية الغير مباشرة والقواعد الضمنية، وذلك دون النص البسيط والقواعد القانونية المباشرة والصريحة فمثل هذه النصوص وتلك القواعد ليست بحاجة للتدليل عليها.

**أولاً: أمثلة بشأن النص المركب:**

**(١) ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣بشأن تقدير أتعاب المحامي عند عدم وجود عقد بينه وبين موكله:**

"ويدخل في تقدير الأتعاب أهمية الدعوي والجهد الذي بذله المحامي والنتيجة التي حققها، وملاءة الموكل وأقدمية درجة قيد المحامي، ويجب ألا تزيد الأتعاب علي عشرين في المائة وألا تقل عن خمسة في المائة من قيمة ما حققه المحامي من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير"

هذه الفقرة حوّت علي قاعدتين:

**الأولي:** يلزم الاعتداد – عند تقدير أتعاب المحامي - بالآتي:

أهمية الدعوي والجهد الذي بذله المحامي والنتيجة التي حققها، وأقدمية درجة قيد المحامي.

**الثانية:** ملاءة الموكل، وألا تزيد الأتعاب علي عشرين في المائة وألا تقل عن خمسة في المائة من قيمة ما حققه المحامي من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير"

**طُعن علي المادة ٨٢ المشار إليها بكاملها، فردّت المحكمة:**

*"..... وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة – وهي شرط لقبول الدعوي الدستورية – مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة في الدعوي الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها، والمطروحة علي محكمة الموضوع.*

*وحيث إنه لا مصلحة للمدعيين في الطعن علي الفقرة الأولي من المادة ٨٢ من قانون المحاماة الصادر*

*بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣، ولا علي الفقرتين الثانية والرابعة منها....*

*فإن ما قررته الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ المشار إليها من أنه لا يجوز أن تقل أتعاب المحامي عن ٥ % من قيمة ما حققه من فائدة لموكله في العمل موضوع التقدير ؛ مؤداه أنه أياً كان مقدار الجهد الذي بذله المحامي في أداء هذا العمل ؛ فإن الحدود الدنيا لأتعابه لا يجوزأن تقل عن ٥ % من الفائدة التي حققها ؛ وهو ما يخرج بتقييم الأعمال التي تباشرها عن الأسس الموضوعية التي يجب أن تكون قواماً لها....*

***فلهذه الأسباب***

*حكمت المحكمة: بعدم دستورية ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة ٨٢ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ من الاعتداد بملاءة الموكل كأحد العناصر التي تدخل في تقدير أتعاب محاميه، وكذلك فيما قررته من ألا تقل الأتعاب المستحقة عن ٥ % من قيمة ما حققه من فائدة لموكله في العمل موضوع طلب التقدير، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة"* [١]

**وعليه:** فقد انتهت المحكمة إلي عدم دستورية القاعدة الثانية دون الأولي، ومن ثم فإنه عند الطعن علي القاعدة الأولي لا يمكن الدفع بسبق الفصل في الدعوي لاختلاف محل الطعن أو لعدم اتحاد محل الطعن مع الحكم السابق.

**(٢) الفقرة (د) من المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١:**

في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، والتي تنص على: لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر، ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية:

- إذا ثبت بحكم قضائي نهائي أن المستأجر استعمل المكان المؤجر، أو سمح باستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو في أغراض منافية للآداب العامة، فهذه الفقرة نصت على أربع حالات يحق فيها للمؤجر إخلاء المكان من المستأجر وهي:

١- استعماله بطريقة مقلقة للراحة. ٢- استعماله بطريقة ضارة بسلامة المبنى.

٣- استعماله بطريقة ضارة بالصحة العامة. ٤- استعماله في أغراض منافية للآداب العامة.

فهذه فقرة واحدة، ولكنها تحتوي علي حالات أربع.

*وبالفعل طبقت المحكمة الدستورية العليا نطاق الطعن بشأن هذه الفقرة، فقالت:*

*"... وحيث إن هذه المحكمة سبق وأن قضت في القضية رقم ١٠٨ لسنة ٢٠ قضائية دستورية بجلسة ٢٠٠٥/٨/٣١ برفض الدعوى بالطعن بعدم دستورية ذات النص المطعون عليه ذاته، إلا أن ذلك كان قاصراً – تبعاً للمصلحة وتحديد النطاق في الدعوى المشار إليها – على* ***حالة استعمال العين بطريقة ضارة بالمبنى، بينما الحالة المعروضة تدور حول تغيير المستأجر النشاط المبين بالعقد دون موافقة المؤجر، واستخدام العين المؤجرة بطريقة مقلقة للراحة وضارة بالصحة العامة،*** *وهي تختلف عن تلك التي قضت فيها المحكمة من قبل، بما يستلزم بحث مدى دستورية النص في نطاق الحالة الواقعية المعروضة والمناعي التي أحالت من أجلها محكمة الموضوع الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا..."* [٢]

---

[١] من حكم جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ في الدعوي رقم ٢٣ لـ ١٤ ق "دستورية" المجموعة- الجزء ٦ ص ١٧٤

[٢] من حكم جلسة ٢٨/٥/٤ في الدعوي رقم ١٢٣ لسنة ٢٦ ق "دستورية"الجريدة الرسمية، العدد ٢ مكرر في٢٨/٥/١٩

**(٣) الفقرة الأولي والفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧):**

**<u>بالنسبة للفقرة الأولى:</u>** من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن تأجير الأماكن تنص علي : " مع عدم الإخلال بحكم المادة ٨ من هذا القانون لا ينتهي عقد إيجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين ؛ إذا بقي فيها زوجته أو أولاده أو أي من والديه الذين كانوا يقيمون معه حتي الوفاة أوالترك، وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر نسباً أو مصاهرةً حتي الدرجة الثالثة يشترط لاستمرار عقد الإيجار ؛ إما إقامتهم في المسكن مدة سنة علي الأقل سابقة علي وفاة المستأجر أو تركه العين أو مدة شغله للمسكن أيتهما أقل "

**فهذه الفقرة الواحدة تحتوي علي الكثير من الحالات، وهي:**

- استمرار عقد الإيجار لصالح زوجة المستأجر وأولاده ووالديه المقيمون معه – بدون اشتراط مدة إقامة معينة - حتي وفاته أو تركه العين المؤجرة.

- استمرار عقد الإيجار لصالح أقارب المستأجر الأصلي نسباً حتي الدرجة الثالثة.

- استمرار عقد الإيجار لصالح أقارب المستأجر الأصلي مصاهرةً حتي الدرجة الثالثة حتي وفاته أو تركه للعين المؤجرة.

ولكن بشرط أن أن تكون مدة إقامة هؤلاء (أقاربه نسباً ومصاهرةً) معه سنة علي الأقل قبل الوفاة أو ترك العين المؤجرة أو مدة شغل المستأجر الأصلي للعين المؤجرة أيتهما أقل.

فأي طعن علي أي من هذه الحالات لا يحصّن معه الحالات الأخري من الطعن عليها رغم أن هذه الحالات تشملها فقرة واحدة.

وهذا ما طبقته المحكمة الدستورية العليا بالفعل:

فقد طُعن علي **حالة المصاهرة** فقط دون غيرها ( أقارب المستأجر بالمصاهرة حتي الدرجة الثالثة)

و" حكمت المحكمة: بعدم دستورية ما تضمنته المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من استمرار عقد إيجار المسكن عند ترك المستأجر الأصلي له لصالح أقاربه بالمصاهرة حتي الدرجة الثالثة"[١]

ثم طُعن بعد ذلك علي **حالة النسب** ( أقارب المستأجر نسباً حتي الدرجة الثالثة)

ونظرت المحكمة الدستورية العليا الدعوي، وحكمت بعدم دستورية هذه الحالة أيضاً [٢]

**<u>وكذلك الأمر بالنسبة للفقرة الثانية:</u>** التي تنص علي:

" فإذا كانت العين المؤجرة لمزاولة نشاط تجاري أو صناعي أو مهني أو حرفي ؛ فلا ينتهي عقد الإيجار بوفاة المستأجر أو تركه العين، ويستمر العقد لصالح ورثته وشركائه في استعمال العين بحسب الأحوال"

---

[١] في الدعوي رقم ٦ لسنة ٩ ق "دستورية" جلسة ١٨ مارس ١٩٩٥، الجريدة الرسمية العدد رقم ١٤ بتاريخ ١٩٩٥/٤/٦

[٢] في الدعوي رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "دستورية" بجلسة ١٩٩٧/٨/٢، الجريدة الرسمية العدد ٣٣ في ١٩٩٧/٨/١٤

فطّعن علي **حالة الشركاء** ( شركاء المستأجر في النشاط التجاري أو الصناعي أو المهني أو الحرفي) وحكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذه الحالة [١]

ثم طّعن لاحقاً علي **حالة الورثة** ( ورثة المستأجر) وحكمت المحكمة بعدم دستوريتها[٢]

**ثانياً: أمثلة بشأن القواعد الضمنية:**

**(١) الفقرة الأولي من المادة ٢١٠ "ً من قانون الإجراءات الجنائية:**

والتي تنص علي:" للمدعي بالحقوق المدنية الطعن في الأمر الصادر من النيابة العامة بألا وجه لإقامة الدعوي، إلا إذا كان صادراً في تهمة موجهة ضد موظف أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ما لم تكن من الجرائم المشار إليها في المادة ١٢٣ من قانون العقوبات"

**من القراءة الأولي لهذه الفقرة أنها تضمنت قاعدة واحدةً مباشرةً (صريحة) وهي:**

جواز الطعن من المدعي بالحقوق المدنية في قرار النيابة العامة بألا وجه لإقامة الدعوي الجنائية ضد المتهم، بشرط ألا يكون هذا القرار صادراً في تهمة موجهة ضد موظف أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ما لم تكن من الجرائم المشار إليها في المادة ١٢٣ من قانون العقوبات ؛ أي الجرائم التي نصت عليها المادة ١٢٣ عقوبات يجوز الطعن في القرار بألا وجه لإقامة الدعوي الجنائية ولو كان المتهم من الموظفين العموميين[٣]

**ولكن عند التأمل، يمكن استنباط واستخلاص قواعد أخري غير مباشرة (ضمنية) من روح أو فحوي هذه الفقرة، وهي:**

**الأولي**: *تقرير حصانة خاصة للموظفين العموميين والمكلفين بخدمة عامة.*

**الثانية**: *قصر حق الطعن علي قرار النيابة العامة بألا وجه لإقامة الدعوي الجنائية علي المدعي بالحق المدني دون المتهم.*

**الثالثة**: *عدم مساواة المجني عليه مع المدعي بالحق المدني في الطعن علي قرار النيابة بألا وجه لإقامة الدعوي الجنائية.*

**وعليه تكون هذه الفقرة قد تضمنت قاعدةً واحدةً مباشرةً (صريحة) وثلاثة قواعد غير مباشرة (ضمنية)**

*فإذا حكم في طعن علي إحداها لا يمكن – في حالة الطعن علي القواعد الأخري - التمسك بالدفع بعدم*

---

[١] في الدعوي رقم ٤ لسنة ١٥ ق "دستورية" بجلسة ١٩٩٦/٧/٦، الجريدة الرسمية العدد ٢٨ في ١٩٩٦/٧/١٨

[٢] في الدعوي رقم ٤٤ لسنة ١٧ ق "دستورية" بجلسة ١٩٩٧/٢/٢٢، الجريدة الرسمية العدد ١ في ١٩٩٧/٣/٦

[٣] تنص المادة ١٢٣ من قانون العقوبات علي: "يُعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف الأوامر الصادرة من الحكومة أو أحكام القوانين واللوائح أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم أو وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة أو من أية جهة مختصة.
كذلك يُعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي امتنع عمداً عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من انذاره علي يد محضر؛ إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلاً في اختصاص الموظف"

*جواز نظر الدعوي لسبق الفصل فيها لاختلاف الطعن محلاً ونطاقاً، وهو ما حدث بالفعل:*

طُعن علي هذه الفقرة ثلاث مرات:

**الأول: علي القاعدة الأولي:**

وذلك في الدعوى رقم ١٩ لسنة ٨ ق دستورية بجلسة ١٨ إبريل ١٩٩٢ لمخالفتها المواد ٣، ٦٤، ٦٥ من دستور ١٩٧١، وفيها حكمت المحكمة برفض الطعن وبالتالي دستورية هذه الفقرة، *ومؤدي هذه القاعدة: عدم مساواة الموظفين العموميين والمكلفين بخدمة عامة بغيرهم من المواطنين في حالة ارتكابهم الجرائم عدا الجرائم المنصوص عليها في المادة ١٢٣ عقوبات*

**الثاني: علي القاعدة الثانية:**

وذلك في الدعوى رقم ١٦٣ لسنة ٢٦ ق دستورية بجلسة ٢ /١٢/ ٢٠٠٧ لمخالفتها المواد ٨، ٤٠، ٦٥، ٦٧، ٦٨، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧ من دستور ١٩٧١، وفيها حكمت المحكمة بعدم دستورية هذه الفقرة، *وكان محل الطعن في هذه المرة علي قاعدة:* **عدم مساواة المتهم بالمدعي بالحق المدني في الطعن علي قرار النيابة العامة بألا وجه لإقامة الدعوي الجنائية:**

**الثالث: علي القاعدة الثالثة:**

وذلك في الدعوي رقم ١٤١ لسنة ٢٧ ق دستورية بجلسة ٢٠٠٩/١/٤ لمخلفتها المواد ٨ و ٤٠ و ٦٤ و ٦٥ و ٦٧ و ٦٨ من دستور ١٩٧١، وفيها حكمت المحكمة بالرفض وبالتالي دستورية هذه الفقرة، وكان محل الطعن هذه المرة علي قاعدة: **عدم مساواة المجني عليه مع المدعي بالحق المدني في الطعن علي قرار النيابة بألا وجه لإقامة الدعوي الجنائية**

**(٢) نص الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ علي:**

" واستثناءً من حكم المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يجوز للمحامي أو لورثته التنازل عن حق إيجار مكتب المحاماة لمزاولة مهنة أو حرفة غير مقلقة للراحة أو مضرة بالصحة "

هذا النص يتضمن قاعدتين:

**الأولي: قاعدة مباشرة (صريحة) وهي:**

يجوز للمحامي أو لورثته التنازل عن إيجار مكتب المحاماة **للغير** دون إعمال حكم المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، والتي تقرر استفادة مالك العقار (المؤجر) بنسبة ٥٠ % من القيمة المعروضة للتنازل.

**الثانية: قاعدةغير مباشرة (ضمنية) وهي:**

جواز التنازل بين **المحامين أنفسهم** عن ايجار مكتب المحاماة دون استفادة المالك من نسبة ٥٠ % من القيمة المعروضة للتنازل (المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١)

فإذا طُعن علي احداهما ثم طُعن في دعوي لاحقة علي الأخري لم يجز التمسك بالدفع بعدم جواز نظر الدعوي لسبق الفصل فيها.

وهذا ما حدث فعلاً وصرحت به المحكمة الدستورية العليا، حيث طُعن علي القاعدة الأولي ثم طُعن علي القاعدة الثانية

**الحكم الأول: عن القاعدة الأولي (التنازل للغير):**

*"....وكان الدفع الذي أبداه المدعي أمام محكمة الموضوع منحصراً في هذا النطاق وحده، فإن مصلحته الشخصية إنما تتحدد بالمسألة الدستورية المتصلة بالنزاع الموضوعي، وهي المتعلقة بنزول المحامي أو ورثته عن حق إيجار مكتب المحاماة لمزاولة غيرها من المهن الحرة أو لممارسة حرفة غير مقلقة للراحة أو مضرة بالصحة، **ومن البدهي أن انحصار الطعن الماثل في النطاق المتقدم لا يعني أن ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من قانون المحاماة من أحكام تتجاوز هذا النطاق وتتعداه قد أضحى مطهراً مما قد يكون عالقاً بها من مثالب موضوعية إذ يزال مجال الطعن فيها مفتوحاً لكل ذي مصلحة. .."*** وانتهت المحكمة بعدم دستورية هذه القاعدة [1]

**الحكم الثاني: عن القاعدة الثانية (التنازل بين المحامين أنفسهم):**

*"... وكانت المحكمة قد سبق لها أن قضت في الدعوي رقم ٢٥ لسنة ١١ ق دستورية بجلسة ٢٧ مايو ١٩٩٢ بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من قانون المحاماة المشار إليه، وذلك فيما ١٩٨٣ فيما قررته من جواز نزول المحامي أو لورثته عن إيجار مكتبه لمزاولة غير المحاماة من المهن الحرة أو لمباشرة حرفة غير مقلقة للراحة أو مضرة بالصحة، وما يرتبه هذا النص من آثار قانونية علي التنازل المشار إليه، وقد نُشر الحكم في الجريدة الرسمية في ١٩٩٢/٦/١٥ ،**وكان من المقرر أن قضاء هذه المحكمة في تلك الدعوى - وفي حدود ما فصلت فيه فصلاً قاطعاً- إنما يحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة للدول بكامل سلطانها وعلى امتداد تنظيماتها المختلفة وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو السعي إلى نقضه من خلال إعادة طرحه على هذه المحكمة لمراجعته. ...."***

وانتهت المحكمة بالحكم بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ فيما قررته من استثناء التنازل فيما بين المحامين بعضهم البعض في شأن الأعيان المؤجرة المتخذة مقراً لمزاولة مهنة المحاماة من الخضوع لحكم المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلقة بين المؤجر والمستأجر،"[2]

**(٣) وقد تكون القاعدة الغير مباشرة (الضمنية) قاعدة سلبية، من ذلك**

**(أ) تنص المادة ٢٦ من قانون هيئة قضايا الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣:**

"تُنظم اللائحة الداخلية الأحكام الخاصة بتأديب أعضاء هيئة قضايا الدولة والعقوبات التي يجوز توقيعها هي: الإنذار– اللوم – العزل.

وتُقام الدعوي التأديبية من وزير العدل بناءً علي طلب رئيس الهيئة.

ولا يقدم هذا الطلب إلا بناءً علي تحقيق جنائي أو بناءً علي تحقيق إداري يتولاه أحد وكلاء الهيئة بانتداب من وزير العدل بالنسبة إلي المستشار ؛ أو مستشار من إدارة التفتيش الفني بالنسبة لغيرهم من الأعضاء "

---

[1] حكم جلسة ٢٧ مايو ١٩٩٢ في الدعوي رقم ٢٥ لـ ١١ ق "دستورية" الجريدة الرسمية العدد ٢٤ في ١٩٩٢/٦/١٥

[2] من حكم جلسة ٣ ديسمبر ١٩٩٤ في الدعوي رقم ٣ لسنة ١٥ ق دستورية، المجموعة، الجزء ٦ ص ٣٨٦

فقد قدّرت المحكمة الدستورية العليا أن الفقرة الثالثة لم تتضمن قاعدةً هامة ألا وهي: **وجوب سماع أقوال العضو في مرحلة التحقيق:**

*"..... وحيث إن ضمان الدستور لحق الدفاع ؛ قد تقرر باعتباره أحد الأركان الجوهرية لسيادة القانون، كافلاً للخصومة القضائية عدالتها، وبما يصون قيمها، ويندرج تحتها ألا يكون الفصل فيها بعيداً عن أدلتها، أو نابذاً الحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأوراق وأقوال الشهود ؛ فلا يكون بنيان الخصومة متحيفاً حقوق أحد من الخصوم ؛ بل مكافئاً بين فرصهم في مجال إثباتها أو نفيها ؛ استظهاراً لحقائقها، واتصالاً بكل عناصرها.*

*متي كان ذلك ؛ وكان نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من قانون الهيئة قد خلا مما يحتم سماع أقوال العضو المحال للتحقيق، فإن مضمونه يكون دائراً في الفراغ، ولا يجوز أن ينبني عليه اتهام...*

***فلهذه الأسباب***

*حكمت المحكمة:*

***أولاً:.....***

***ثانياً:*** *بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من القانون المشار إليه، وذلك* ***فيما لم يتضمنه من وجوب سماع أقوال العضو في مرحلة التحقيق***

***ثالثاً:*** *برفض ماعدا ذلك من الطلبات، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيها مقابل أتعاب المحاماة"* [1]

**(ب) نص المادة ٢٣٦ من قانون التجارة السابق** والتي جاء فيه: "ولا يُقبل التظلم من الأوامر التي تصدر عن مأمور التفليسة إلا في الأحوال المبينة في القانون، ويُرفع التظلم في الأحوال المذكورة للمحكمة الابتدائية"

فهذا النص لم يذكر - لا من قريب ولا من بعيد – أن يكون مأمور التفليسة من بين أعضاء المحكمة التي تنظر هذا التظلم، ولكن المحكمة الدستورية العليا ترآءي لها أن النص غير حاسم بمنع جواز أن يكون مأمور التفليسة من بين أعضاء محكمة التظلم، وهذا يندرج تحت القواعد الضمنية التي قد تفترضها المحكمة الدستورية العليا في النص المطعون عليه.

فجاء حكم المحكمة بجلسة ١٩٩٦/٦/١٥ في الدعوي رقم ٣٤ لسنة ١٦ ق "دستورية" بعدم دستورية هذا النص فيما لم يتضمنه من عدم جواز أن يكون مأمور التفليسة من بين أعضاء المحكمة التي تنظر التظلم من الأوامر التي تصدر عن مامور التفليسة [2]

**غاية الأمر:**

لكي يمكن التمسك بالدفع بسبق الفصل في الدعوي الدستورية يلزم أن تكون نطاق الحكم في الدعوي

---

[1] من حكم جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ في الدعوي رقم ١٦٢ لسنة ١٩ ق "دستورية" الجريدة الرسمية، العدد ١٢ في ١٩٩٨/٣/١٩، حيث كان الطعن قاصراً علي نص المادة ٢٥ من قانون هيئة قضايا الدولة المشار إليه، إلا أن المحكمة رأت أن هذه المادة مرتبطة بالمادة ٢٦ من ذات القانون، حيث حكمت بعدم دستورية المادة ٢٥ فيما تضمنته بالآتي:
١- أن يرأس لجنة التأديب والتظلمات رئيس الهيئة.
٢- أن تفصل اللجنة المشار إليها في الخصومة التأديبية ولو كان من بين أعضائها من شارك في التحقيق أو الاتهام.
وذلك في البند **(أولاً)** من المنطوق المذكور أعلاه.

[2] الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ في ١٩٩٦/٦/٢٧

السابقة هو ذاته نطاق الطعن في الدعوي التالية المثار فيها الدفع.

**وعلي ما تقدم:**

فإنه يشترط في التمسك بالدفع بالحجية المطلقة للحكم الصادر في دعاوي دستورية التشريعات، ومن ثم الدفع بعدم قبول الدعوي التالية أو بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها:

**- سبق صدور الحكم من القضاء الدستوري.**

**- اتحاد نطاق الطعن في الدعويين السابقة واللاحقة.**