

الفصل الثالث

أثر الحكم بعدم الدستورية علي السياسة التشريعية

تمهيد وتقسيم:

السياسة التشريعية مصطلح من شقين :

الأول: السياسة ، وسياسة الدولة هي ببساطة شديدة : فن إدارة الدولة داخلياً وخارجياً. داخلياً : بالقيام علي رعاية وإدارة مصالح أفرادها في الداخل وحفظ وحماية كيانها. وخارجياً: بتنظيم وإدارة علاقاتها مع الدول الأخرى.

الثاني: التشريعية: وهي مجموعة القواعد التشريعية التي تحتويها القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، وكذلك اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية.

وعلي هذا فإن السياسة التشريعية تعني : "مجموعة القوانين واللوائح التي تسنها الدولة لتنظيم العلاقة بينها وبين الأفراد من ناحية، وبين الأفراد فيما بينهم من ناحية أخرى، وذلك في كافة مناحي الحياة (الاجتماعية والاقتصادية والسياسية) وكذلك المعاهدات التي تنظم علاقة الدولة مع غيرها من الدول" (١)

فتشمل بذلك التشريعات المدنية والجنائية والاقتصادية والتجارية والمالية والضريبية والأحوال الشخصية والإدارية. .. إلخ، وأخيراً المعاهدات الدولية.

وعلي ما تقدم:

فإن السياسة التشريعية غايتها حفظ كيان الدولة و رعاية أفرادها والقيام علي مصالحهم، ووسيلتها التشريعات المتمثلة في القوانين واللوائح التي تصدرها (٢)

والحكم بعدم الدستورية يهدم قواعد تشريعية سواء في قانون أو لائحة كانت سارية في الدولة لحين من الدهر، قام الأفراد – علي ضوء هذه القواعد – بضبط سلوكهم وبتوفيق أوضاعهم ومصلحتهم، مما يؤكد معه أثر الحكم بعدم الدستورية علي وسائل السياسة التشريعية بما يؤدي – تبعاً لذلك - إلي عرقلة أو تعطيل أهدافها أو التأثير السلبي عليها.

فإلي أي حد يبلغه تأثير الحكم بعدم الدستورية علي تلك السياسة؟

للإجابة نتناول الآتي:

المبحث الأول: أثر الحكم بعدم الدستورية ومشكلة الفراغ التشريعي.

المبحث الثاني : الأثر القاعدي للحكم بعدم الدستورية.

المبحث الثالث : أثر الحكم بعدم الدستورية وظاهرة الأمن القانوني.

وذلك وفقاً لما يلي

المبحث الأول

أثر الحكم بعدم الدستورية ومشكلة الفراغ التشريعي

الحكم بعدم الدستورية يعني إلغاء النص التشريعي أو أن إلغاء قوة نفاذه باختلاف بين الفقه والقضاء

كما سبق وأن رأينا، والأمر سيان وليس شتان، لأن النتيجة واحدة بين إلغاء النص وإلغاء قوة نفاذه، وذلك

(١) بل إن بعض الفقه الإسلامي يري أن السياسة هي القانون ذاته، حيث يقول ابن النجيم (من فقهاء المذهب الحنفي) في "البحر الرائق" "تم رُسِمَت السياسة بأنها القانون الموضوع لرعاية الآداب والمصالح وانتظام الأموال"

المصدر: أ.د/ جابر عبد الهادي سالم – ترسيخ العمل بالسياسة الشرعية- مرجع سابق ص ٤٥
(٢) وفي الفقه الإسلامي تُسمى السياسة التشريعية بالسياسة الشرعية، والهدف والغاية واحد في كل منهما، وكذلك فإن الوسيلة واحدة وهي التشريعات، ولكن الاختلاف بينهما هو في مصدر تلك التشريعات ؛ أما مصدر التشريعات في السياسة التشريعية هو التشريعات الوضعية التي هي من صنع البشر، بينما مصدر التشريعات في السياسة الشرعية هي التشريعات المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع وغيرها من مصادر الفقه الإسلامي الأخرى .
يراجع في ذلك أكثر: أ.د/ جابر عبد الهادي سالم – المرجع السابق ص ٢٥ وما بعدها.

بمنع تطبيق القاعدة أو القواعد التي احتواها ذلك النص. ولكن:

هل يترتب على هذا المنع إحداث فراغ تشريعي؟ وهل يلزم على المشرع - حينئذ - أن يسدّ هذا الفراغ بإصدار تشريع بديل يتفادى العوار الدستوري؟

وهل معنى إلزام المشرع بإصدار هذا التشريع البديل أنه يحمل اعتداءً من جانب السلطات القضائية (ممثلة في المحكمة الدستورية العليا) على السلطة التشريعية بما يصيب مبدأ الفصل بين السلطات إصابة مباشرة تؤدي إلى انهياره وهدمه؟

نبحث المسألة في القضاء وفي الفقه ونتعرض كذلك لموقف السلطة التشريعية إزاء النصوص التشريعية المقضي عليها بعدم الدستورية، وأخيراً موقف الباحث.

وعلي ذلك نتناول فيه الآتي:

المطلب الأول: موقف القضاء.

المطلب الثاني: موقف الفقه.

المطلب الثالث: موقف السلطة التشريعية.

المطلب الرابع: موقف الباحث.

المطلب الأول

موقف القضاء

نتعرض لموقف المحكمة الدستورية العليا وموقف محكمة النقض، وأخيراً لموقف محكمة القضاء الإداري.

الفرع الأول

المحكمة الدستورية العليا

نستطلع رأي المحكمة الدستورية العليا من خلال بعض أحكامها، حيث قالت:

"إن إبطال المحكمة الدستورية العليا لنص المادة ٥٠ من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ والتي لا تجيز الطعن في الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم - إلا بطريق إعادة النظر - يعني أن هذا الحظر يناقض الدستور، وهو ما يفيد - لزوماً - انفتاح طريق الطعن فيها تصويماً لأخطائها القانونية، إعمالاً لآثار الحكم الصادر في المسائل الدستورية، ولو كان إنفاذ هذه الآثار يقتضي تدخلاً تشريعياً لتحديد الجهة التي تفصل في هذا الطعن وكيفية تشكيلها، ذلك أن الحجية المطلقة التي أسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها في المسائل الدستورية لازمها تقيد الناس أجمعين بمضمونها ونزول الدولة بكامل سلطاتها وتنظيماتها عليها، لتعمل بوسائلها وأدواتها - من خلال السلطة التشريعية كلما كان ذلك ضرورياً - على تطبيقها...." (١)

و "إبطال المحكمة الدستورية العليا لنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٤ بإنشاء نقابة

(١) حكم جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ في الدعوى رقم ٩ لسنة ١٦ ق "دستورية" المجموعة - الجزء السابع ص ١٦

المهنة الفنية التطبيقية يعنى زوال القيود التي أحاط بها المشرع الطعن في قرارات الجمعية العمومية للنقابة الفرعية وانفتاح طريق الطعن فيها دون قيد لتفصل محكمة الموضوع في المناعي الموجهة إليها على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا والتزاماً بأبعاده باعتبارها جهة الاختصاص بإعمال أثره في النزاع الموضوعي المعروض عليها^(١)

و "وحيث إن الحجية المطلقة التي أسبغها قانون هذه المحكمة على أحكامها في المسائل الدستورية لازمها نزول الدولة بكامل سلطاتها وتنظيماتها عليها لتعمل بوسائلها وأدواتها – من خلال السلطة التشريعية كلما كان ذلك ضرورياً – على تطبيقها؛ وإذ كان القضاء بعدم دستورية النص الطعين يعنى أن الحظر الذي أورده يناقض الدستور، مما يفيد بالضرورة انفتاح طريق التظلم لمن صدر ضده الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، فإن ذلك يقتضى تدخلاً تشريعياً لتحديد إجراءات وميعاد وشروط هذا التظلم"^(٢)

من خلال الأحكام السابقة : ترى المحكمة أن القضاء بعدم دستورية نص يحصن الأحكام من الطعن عليها يعنى انفتاح طريق الطعن علي مثل هذه الأحكام، مع دعوة المشرع للتدخل لتحديد الجهات التي سيتم الطعن امامها، وتشكيلها والإجراءات أمامها.

وبمناسبة الطعن بعدم دستورية المادة ٨٩ من قانون تنظيم الجامعات الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ :

حيث دفعت هيئة قضايا الدولة بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر الدعوى لأن المحكمة الدستورية العليا ستحل محل السلطة التشريعية في مجال مباشرتها لولايتها المنصوص عليها في المادة ٨٦ من الدستور، وذلك من خلال إبدال نص قانوني بغيره بما يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا، فردت المحكمة على الدفع بالآتي:

"وحيث إن الدفع بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر الدعوى الماثلة مردود أولاً: بأن المدعى أقرّ في مذكرته التي قدمها إلى هذه المحكمة أنه لا يتوخى بدعواه هذه غير مجرد الحكم بعدم دستورية نص المادة ٨٩ المطعون عليها ليكون إبطالها مؤدياً بالضرورة – ودون تدخل تشريعي – إلى مساواته بمن يتمثلون معه في مراكزهم القانونية وهم العاملون المدنيون في الدولة الذين يُمنحون هذه الإجازة الخاصة دون قيد، أما ماعدا ذلك من طلباته فليس إلا استطراداً غير دقيق يعتذر عنه، ومردود ثانياً: بأن العبرة دائماً بما قصد إليه المدعى حقيقة من دعواه، ولا اعتداد بالعبارات التي أفرغ طلباته فيها،

(١) حكم جلسة ٣ / ٢ / ١٩٩٦ في الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٧ ق "دستورية" الجريدة الرسمية، العدد ٧ مكرراً في ١٩٩٦/٢/١٧

(٢) من حكم جلسة ٦ يناير ٢١ في الدعوى رقم ٩٢ لسنة ٢١ ق دستورية الجريدة الرسمية العدد ٣ في ٢١/١/١٨، وحكمها في الدعوى رقم ١٥٥ لسنة ١٨ ق دستورية بجلصة ١٩٩٩/٣/٦ الجريدة الرسمية العدد ١١ في ١٨/٣/١٩٩٩

إذا كانت مجافية في مبنائها للمعاني التي أراد حملها عليها، ولم يقصد المدعي بدعواه الدستورية غير مجرد إبطال المادة ٨٩ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ الصادر بشأن تنظيم الجامعات، لتحيلها المحكمة الدستورية العليا عدماً بعد تجريدها من قوة نفاذها منذ إقرارها وهو ما يدخل في ولايتها، ومردود ثالثاً: بأن الدستور – وإن خول السلطة التشريعية أصلاً اختصاص إقرار النصوص القانونية باعتبار أن ذلك مما يدخل في نطاق الدائرة الطبيعية لنشاطها، إلا أن إقرار هذه النصوص لا يعصمها من الخضوع للرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن دستوريته، وهي رقابة غايتها إبطال ما يكون منها مخالفاً للدستور، ولو كان ذلك من زاوية الحقوق التي أهدرتها ضمناً سواء كان إخلالها بها مقصوداً ابتداءً أم كان قد وقع عرضاً...

وحيث إن الحكم ببطالان النص المطعون فيه - على ما تقدم - يعنى الرجوع في شأن المسائل التي كان ينظمها إلى القواعد المقررة بصدها في قانون العاملين المدنيين بالدولة..."^(١)

وبمناسبة الطعن بعدم دستورية نص المادة ٧١ من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥:

".... أن القضاء بعدم دستورية المادة ٧١ المشار إليها فيما تضمنته من قصر إضافة الضمان والممدد الإضافية المنصوص عليها في المادتين ٨ و ٩ من هذا القانون على العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام دون غيرهم، يؤدي تلقائياً - ودون تدخل تشريعي - إلى مساواة المدعي بالمخاطبين بأحكامها في مجال انتفاعهم بالحقوق التي كفلتها لهم...."^(٢)

وعليه فقد اشتمل الحكمان السابقان علي مبدئين:

الأول : الرجوع إلي القواعد التشريعية السابقة علي النص المقضي عليه بعدم الدستورية.

الثاني: أن ابطال نص تشريعي يهدم مبدأ المساواة يعني الرجوع إلي مبدأ المساواة.

وبمناسبة حكمها بعدم دستورية ما نصت عليه المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي وبسقوط المادة ٦ منه في مجال تطبيقها في شأن التعويض المقدر على أساس الضريبة العقارية، وبعدم دستورية ما نصت عليه المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ بتعديل أحكام قانون الإصلاح الزراعي وبسقوط المادة الخامسة منه في مجال تطبيقها:

"وحيث إن إلغاء المشرع لنصوص قانونية بذواتها يُفترض أن يكون التنظيم التشريعي الصادر بالغائها صحيحاً وفقاً للدستور، فإذا تقرر بقضاء من هذه المحكمة بطلان هذا التنظيم بكامل أجزائه، اعتبر أثره

(١) من حكم جلسة ٢ ديسمبر ١٩٩٥ في الدعوى رقم ٣٣ لسنة ١٥ ق "دستورية" المجموعة، الجزء ٧ ص ٢٩٧

(٢) من حكم جلسة ١/٢/ ١٩٩٩ في الدعوى رقم ٣١ لسنة ١٧ ق "دستورية" الجريدة الرسمية، العدد ٢ في ١٤/١/ ١٩٩٩

منعماً في شأن النصوص التي عطل سريانها فلا يزول وجودها" (١)

من هذا الحكم نستنتج الآتي:

إلغاء المشرع لتنظيم تشريعي بالمخالفة للدستور يعني إبقاء العمل بهذا التشريع.

، "وحيث إن إبطال هذه المحكمة للنص الطعين يقتضي تدخل السلطة التشريعية لإقرار نص بديل يتلافى العوار الدستوري السابق بيانه، إعمالاً للحجية المطلقة التي أسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها في المسائل الدستورية والتي لازمها نزول الدولة بكامل سلطاتها عليها لتعمل بوسائلها وأدواتها - ومن خلال سلطة التشريع أصلياً أو فرعياً، كلما كان ذلك ضرورياً - على تطبيقها" (٢)

أي يلزم تدخل السلطة التشريعية - عند الضرورة - لإقرار النص البديل الذي يحل محل النص المقضي عليه بعدم الدستورية.

وبمناسبة الطعن بعدم دستورية نص البند الأول من المادة الثانية من القوانين أرقام ٢٤ لسنة ١٩٩٥ و ٣٦ لسنة ١٩٩٦ و ٨٣ لسنة ١٩٩٧ و ٩١ لسنة ١٩٩٨ و ٢٠ لسنة ١٩٩٩ فيما تضمنته من قصر إضافة الزيادة في المعاشات إلى معاش الأجر المتغير على حالات استحقاق المعاش لبلوغه سن الشيخوخة أو العجز أو الوفاة دون حالات انتهاء الخدمة بالاستقالة رغم اشتراكهم جميعاً في سداد الاشتراكات المطلوبة: فإن الحكم بعدم دستورية تلك المادة مفاده استحقاق المؤمن عليهم المنتهي خدمتهم للاستقالة في زيادة المعاشات بإضافة معاش الأجر المتغير بنسبة ٨٠% شأنهم في ذلك شأن من بلغ سن الشيخوخة أو استحق المعاش لعجز أو الوفاة (٣)

وعلى ما تقدم يتبلور موقف المحكمة الدستورية العليا في الآتي:

- لا يجوز إلزام السلطة التشريعية على إصدار تشريع جديد يحل محل التشريع المقضي عليه بعدم الدستورية، ويكون هذا التدخل عند الضرورة فقط.

- العودة إلى التشريع السابق على التشريع الذي حُكم عليه بعدم الدستورية.

- إعمال أسباب الحكم الصادر بعدم الدستورية التي ترتب على الحكم بعدم الدستورية مثل:

أ - انفتاح طريق التظلم إذا كان النص المحكوم عليه بعدم الدستورية كان يقضي بعدم جواز التظلم.

ب - إعمال مبدأ المساواة إذا كان النص المحكوم عليه بعدم الدستورية يقوِّض مبدأ المساواة.

ج - إعمال الآثار الموضوعية للحكم بعدم الدستورية السابق بيانها.

(١) من حكم جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ في الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٦ ق "دستورية"

(٢) من حكم جلسة ٦ / ١١ / ١٩٩٩ في الدعوى رقم ٨٤ لسنة ١٩ ق "دستورية" الجريدة الرسمية العدد ٤٦ في ١٨ / ١١ / ١٩٩٩

(٣) من حكم جلسة ١١ ديسمبر ٢٥ في الدعوى رقم ٢٦ لسنة ٢٥ ق "دستورية" الجريدة الرسمية، العدد ٥٢ تابع في ٢٩ / ١٢ / ٢٥، وكذلك حكمها في الدعوى رقم ٣٣ لسنة ٢٥ ق "دستورية" بجلاسة ٢٥ / ٦ / ١٢ الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ تابع في ٢٣ / ٦ / ٢٥.

وهكذا - كما رأينا في أحكام المحكمة الدستورية العليا - أنه لا يوجد فراغ تشريعي، ولا إلزام واضح ومحدد على المشرع بإصدار نص أو تشريع جديد يتلافى أوجه عدم الدستورية.

الفرع الثاني **محكمة النقض**

بمناسبة صدور حكم من المحكمة العليا في الدعوى رقم ٤ لسنة ١ ق دستورية بجلسة ١٩٧١/٧/٣ بعدم دستورية نص المادة ٦٠ من نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقرار رقم ٨٠٢ لسنة ١٩٦٧:

"... ذلك أنه لما كان قرار فصل الطاعن قد صدر من البنك المطعون ضده إعمالاً لنص المادة ٦٠ من نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقرار رقم ٨٠٢ لسنة ١٩٦٧، وكانت المحكمة العليا قد قضت في الدعوى رقم ٤ لسنة ١ ق (دستورية) بتاريخ ١٩٧١/٧/٣ بعدم دستورية هذه المادة لأنها عدّلت من اختصاص جهات القضاء بقرار جمهوري وهو ما لا يجوز إجراؤه إلا بقانون، وكان لازم ذلك أنه لا محل لتطبيق هذه المادة على قرار فصل الطاعن، فإن هذا القرار يكون خاضعاً للقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ في شأن سريان أحكام النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية على موظفي المؤسسات والهيئات العامة والشركات والجمعيات والهيئات الخاضعة لها؛ الذي كان سارياً قبل العمل بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ المشار إليه، ولما كان مفاده المادة الثامنة عشر - الواردة في الباب الثالث من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية التي أحالت إليها المادة الثالثة من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ آنف البيان - أن الشارع خول المحاكم التأديبية سلطة توقيع بعض الجزاءات..

إلا أنه بصور قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والنص في البند الثالث عشر من المادة العاشرة منه على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في الطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانوناً.. وكان الطعن في قرار فصل الطاعن قد رفع في ١٩٧٣/١٢/٢٤ بعد العمل بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فإن المحكمة التأديبية بمجلس الدولة تكون هي المختصة بنظره، ويكون للحكم الصادر منها في الطعن رقم ٧٠ لسنة ٢ ق بتاريخ ١٩٧٤/١٢/١٥ بإلغاء قرار فصل الطاعن وإعادته إلى عمله - أي كان وجه الرأي فيه - حجيته أمام المحاكم العادية في خصوص استمرار قيام علاقة العمل فيما بين الطاعن والمطعون ضده..."^(١)

أي أن عدم دستورية النص يحل محله النص الملغى السابق عليه؛ وانتهت إلي أن محاكم مجلس الدولة هي المختصة بنظر الطعن في القرار، وذلك بعد العمل بقانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

^(١) من حكم جلسة ١٩٨٥/٢/٤ في الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٨ ق مدني.

وفي حكم لها أيضاً:

"... لما كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بتاريخ ١٩٨٥/٣/٢ في الدعوى رقم ٢٥ لسنة ٢ ق "دستورية" بعدم دستورية القرار بقانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٦٤، ولازم ذلك أنه لا محل لتطبيق أحكام هذا القانون علي أسهم ورؤوس أموال الشركات والمنشآت التي آلت ملكيتها للدولة وفقاً لأحكام قوانين التأمين، وإنما تكون هذه الأموال خاضعة للقرار بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١"^(١)

والقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ هو القانون السابق علي القانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٦٤

إذا محكمة النقض لا تؤمن بوجود فراغ تشريعي كأثر للحكم الصادر بعدم الدستورية، وذلك أن القاضي سيطبق النص أو القانون السابق الملغي.

الفرع الثالث

القضاء الإداري

بمناسبة حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٣ لسنة ٢١ ق دستورية بعدم دستورية القانون رقم

١٥٣ لسنة ١٩٩٩ بشأن الجمعيات والمؤسسات الأهلية^(٢)، تقول محكمة القضاء الإداري :

"مؤدى ذلك الحكم هو إعمال أحكام قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ على النزاع الماثل بحسبان أن الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية الصادر بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ قد بعث الروح من جديد في قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض"^(٣)

إذا محكمة القضاء الإداري ترى أيضاً أن الحكم بعدم دستورية تشريع هو تأشيرة عودة للتشريع السابق ونفخ الروح فيه.

المطلب الثاني

في الفقه

نستطلع آراء بعض الفقه:

رأي أول: يرى أنه لا يترتب على الحكم بعدم الدستورية ثمة فراغ تشريعي:

"إذا كان لا يترتب على القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه فراغ تشريعي بحيث يمكن إرضاء متطلبات الحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية في إطار تطبيق بقية النصوص مقروءة بغير النص

الملغي، كفى منطوق الحكم للإيفاء بالغرض كاملاً بغيرما ضرورة لتدخل تشريعي لاحق"^(٤)

(١) من حكم جلسة ١٩٩٧/٦/١٨ في الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٦١ ق مدني.

(٢) والصادر بجلسته ٣ يونيه ٢٠٠٤، الجريدة الرسمية، العدد ٢٤ في ٢/٦/١٧

(٣) من حكم محكمة القضاء الإداري - دائرة المنوفية في الدعوى رقم ١٤٤٧ لسنة ١ ق، وهذا الحكم غير منشور وأشار إليه أ.د/ محمد عبد الواحد الجميلي - المرجع السابق ص ٥

(٤) أ.د/ محمد فؤاد عبد الباسط - مرجع سابق ص ٩٣٥ وما بعدها.

فهذا الرأي يرى أن علاج الفراغ التشريعي يكون بالآتي:

١- تطبيق النصوص في مجموعها بعد حذف النص المقضي عليه بعدم الدستورية.

٢- الاستناد إلى منطوق الحكم بعدم الدستورية لسد الفراغ التشريعي ^(١)

ومن ثم فإن هذا الرأي لا يرى ثمة فراغ تشريعي كأثر من آثار الحكم بعدم الدستورية رغم أنه أشار إلى أن متطلبات الحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية يعني إلزامية الحكم للجميع ولكافة تنظيمات ومؤسسات الدولة ولا يستثنى من هذا السلطة التشريعية ذاتها.

رأي ثان: بمناسبة حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ١٥٣ لسنة ٢١ ق دستورية بعدم دستورية القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ بشأن الجمعيات والمؤسسات الأهلية – سالف الإشارة، يقول هذا الرأي: "أرى أنه لا يوجد فراغ دستوري أو قانوني على النحو المخيف الذي يظهر، وإنما يعود قانون الجمعيات رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ليحكم أوضاع الجمعيات القائمة، ذلك أن قانون الجمعيات الملغي (المحكوم بعدم دستوريته) رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ يكون قد تم إلغاؤه بكافة مواده، بما في ذلك إلغاء المادة الخاصة بالقانون القديم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ فتعود الحياة إليه" ^(٢)

إذاً يري صاحب هذا الرأي أن الحكم بعدم دستورية تشريع يدب الحياة في التشريع السابق. رأي ثالث: "والحقيقة أن الحكم بعدم دستورية تشريع برمته يترتب عليه اعتبار نسخه للتشريع السابق كأن لم يكن؛ فيعود التشريع السابق إلى الحياة، وأما إذا كان المحكوم بعدم دستوريته نص في تشريع وليس تشريعاً بتمامه فيكون البحث عن القاعدة الواجبة التطبيق على أساس أعمال أصول تفسير النصوص التشريعية بصدد ما هو قائم لم يتقرر عدم دستوريته من نصوص التشريع في ضوء المبادئ العامة وسائر مصادر القواعد القانونية" ^(٣)

كما يري هذا الرأي أن الحكم بعدم الدستورية:

- إذا متعلقاً بتشريع بكامله يؤدي إلى عودة التشريع السابق عليه.

- إذا كان متعلقاً بنص في تشريع، مؤدي ذلك : تطبيق أعمال أصول تفسير باقي نصوص التشريع القائمة.

رأي رابع: بمناسبة حكم محكمة القضاء الإداري المشار إليه:

"والحقيقة أن اتجاه محكمة القضاء الإداري كان يمكن – وبأثر رجعي – قبوله لو أن المشرع كان قد رتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء أو إعدام التشريع المخالف ولكنه لم يرتب هذا الإلغاء أو الإعدام،

^(١) لعل سيادته يقصد بذلك: أعمال الآثار الموضوعية للحكم.

^(٢) أ.د/ إبراهيم درويش – آثار الحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات – جريدة الأهرام ٩ يونيه ٢ مشار إليه في مرجع أ.د/ عصام أنور سليم – سابق الإشارة ص ١٧٤ وما بعدها.

^(٣) أ.د/ عصام أنور سليم – المرجع السابق ص ١٧٥

وكل ما رتبته على نشر الحكم في الجريدة الرسمية "عدم جواز تطبيقه" أي الامتناع عن تطبيق النص، مما يعني أن التشريع أو النص المخالف يظل باقياً إلى أن تلغيه أو تعدله السلطة التشريعية أو التنفيذية حسب طبيعة النص وهي ملتزمة بذلك. .. فبقاء النص رغم فقدانه لقوة نفاذه يقف - في تقديرنا - حائلاً يمنع من إعادة النص القديم إلى الحياة مرة أخرى واعتباره هو القانون الواجب التطبيق ومن ثم ليس أمام القاضي - في مثل هذه الحالة نظراً لأنه يمتنع عليه عدم الفصل في المنازعة المطروحة عليه متى كانت صالحة للحكم وإلا اعتبر "منكراً للعدالة" - سوى اللجوء إلى القواعد التي تنظم الحل في حالة ما إذا لم يجد نصاً يطبقه على ما هو معروض عليه"^(١)

وعليه فإن هذا الرأي يعارض فكرة تطبيق القانون السابق على القانون الذي قُضي عليه بعدم الدستورية، ويرى اللجوء إلى القواعد العامة حتي لا يُتهم القاضي بأنه منكر للعدالة. **رأي خامس:** "يترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم اعتداد السلطة التشريعية (مجلس الشعب) بالنص الذي حكم بعدم دستوريته، ويتعين عليها استبدال نص جديد به يتفق مع أحكام القضاء الدستوري إذا ما رأت موجباً لهذا النص، وإذا شمل الحكم بعدم الدستورية النصوص الكاملة للقانون يتعين إقرار قانون جديد يحل محله والعمل على الحيلولة دون التعرض لأخطار الفراغ القانوني الذي قد ينجم عن ذلك."^(٢)

خلاصة القول عند هذا الرأي:

- في حالة الحكم بعدم دستورية نص في قانون تكون السلطة التشريعية بالخيار بين إصدار نص جديد وبين عدم إصداره، أما في حالة عدم دستورية النصوص القانون بالكامل هنا يلزم علي السلطة التشريعية إصدار تشريع جديد منعاً من أخطار الفراغ التشريعي.

رأي سادس: "الحكم الصادر بعدم الدستورية يفرض على البرلمان التدخل لإلغاء القانون المحكوم بعدم دستوريته من ناحية، وإصدار قانون جديد من ناحية أخرى، ويرجع ذلك إلى أن الحكم بعدم الدستورية يحيي الوضع السابق على القانون المحكوم بعدم دستوريته، وهو ما يخلق - عادةً - فراغاً تشريعياً يجب على البرلمان ملئه، وإذا كان البرلمان ملزماً بأن يخرج من حلبة القانون الوضعي للدولة القانون المحكوم بعدم دستوريته فور نشر الحكم في الجريدة الرسمية فإنه غير ملزم بميعاد محدد يتعين عليه أن يصدر خلاله القانون الجديد"^(٣)

وعند هذا الرأي كذلك: "القاعدة أن السلطة التشريعية تقوم بتنفيذ الحكم الصادر في الدعوى الدستورية اختياراً، وأنه ينبغي الاعتماد على حسن نيتها في هذا المجال، لأنه لا توجد سلطة تستطيع إجبارها على تقديم ولاء الطاعة للمحكمة الدستورية العليا"^(٤)

هذا الرأي صريح جداً في أن الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى فراغ تشريعي، والبرلمان ملزم بإلغاء

(١) أ.د/ محمد عبد الواحد الجميلي - المرجع السابق ص ٥١، وكان رأي سيادته بمناسبة حكم محكمة القضاء الإداري سالف الإشارة.

(٢) أ.د/ أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية - مرجع سابق ص ٣١

(٣) أ.د/ رفعت عيد سيد - المرجع السابق ص ٤٩٤

(٤) المرجع السابق نفس الصفحة، وهذا القول - فضلاً عن غلوه - يري الباحث فيه أنه مناصرة للفصل الجامد بين السلطات، ومؤشر خطير على استبداد السلطة التشريعية، ودعوة صريحة لتجاهل أحكام المحكمة الدستورية.

التشريع أو النص المحكوم عليه بعدم الدستورية، ولكن لا يمكن – من ناحية أخرى- إلزام البرلمان علي إصدار تشريع أو نص جديد لأنه ينفذ حكم المحكمة الدستورية طواعية واختياراً لا كرهاً أو إجباراً.

مما تقدم نستطيع أن نحدد الآراء السابقة في الآتي:

١- إذا كان المحكوم عليه بعدم الدستورية تشريع بكامله:

- تدب الحياة في التشريع السابق عليه في رأي.
- تلتزم السلطة التشريعية إصدار تشريع جديد في رأي آخر.
- اللجوء إلى القواعد العامة لسد الفراغ التشريعي في رأي ثالث.

٢- إذا كان المحكوم عليه بعدم الدستورية نص في تشريع:

- تطبيق النصوص في مجموعها محذوفاً منها النص المحكوم عليه بعدم الدستورية.
- وأن البحث في أسباب الحكم ستفي الحاجة.
- الاعتماد على أعمال أصول تفسير النصوص التشريعية في ضوء المبادئ العامة وسائر مصادر

القواعد القانونية^(١)

(١) وهذا ما قامت به بالفعل وزارة العدل، حيث صدر الكتاب الدوري رقم ١ لسنة ٢٨ في ٢٩ / ١ / ٢٨ بشأن عدم دستورية لجان العمل الخماسية جاء فيه:

أصدرت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٣ / ١ / ٢٨ في القضية رقم ٢٦ لسنة ٢٧ ق دستورية حكمها المنشور بتاريخ ٢٨ / ١ / ٢٧ بعدم دستورية نص المادتين (٧١، ٧٢) من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ٢٣ معدلاً بالقانون رقم ٩ لسنة ٢٥ وبسقوط العبارة الواردة بالمادة ٧، فإذا لم تتم التسوية في موعد أقصاه عشرة أيام من تاريخ تقديم الطلب جاز لكل منهما اللجوء إلى اللجنة القضائية المشار إليها في المادة (٧١) من هذا القانون في موعد أقصاه خمسة وأربعون يوماً من تاريخ النزاع وإلا سقط حقه في عرض الأمر علي اللجنة ولاي منهما التقدم للجهة الإدارية بطلب لعرض النزاع على اللجنة المذكورة خلال الموعد المشار إليه .

وسقوط قرار وزير العدل رقم ٣٥٣٩ لسنة ٢٣ بتشكيل اللجان الخماسية بالمحاكم الابتدائية .

ويترتب على القضاء بعدم دستورية هذه النصوص زوال اللجان الخماسية من الوجود القانوني لا من تاريخ نشر حكم المحكمة الدستورية العليا وإنما تزول ابتداء من تاريخ إقرار النصوص المقضي بعدم دستورتها فالحكم المذكور كاشف عن عوار لحق التنظيم التشريعي لتلك اللجان منذ نشأتها ومن ثم فإن ولايتها تزول بالنسبة لسائر الأنزعة التي كانت تدرج في اختصاصها ويصبح متعبها كل قرار صادر منها إذا لم يكن قد صار باتاً قبل نشر حكم المحكمة الدستورية العليا ويرتد الأمر إلى الأصل العام في اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة وعلى ذلك فإن الاختصاص بالدعوى العمالية الفردية يخضع للقواعد العامة في توزيع الاختصاص بين المحاكم الابتدائية والمحاكم الجزئية نوعياً وقيماً ويخضع الطعن في الأحكام التي تصدر في الدعوى العمالية سواء من المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية للقواعد العامة .

وبالنسبة للدعوى المتداولة أمام اللجان حالياً فاعتباراً من اليوم التالي لنشر حكم المحكمة الدستورية العليا بالجريدة الرسمية يتعين أن تحال فوراً جميع الدعوى المتداولة بالجلسات أمام اللجان إلى المحاكم التي أصبحت مختصة نوعياً وقيماً ومحلياً بنظرها مع تحديد جلسات لنظرها يخطر الخصوم بها بمعرفة قلم الكتاب .

وبالنسبة للدعوى العمالية المحجوزة للقرار أمام اللجان يتعين على اللجان إعمالاً لأثر حكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه أن تعيد للمرافعة جميع الدعوى العمالية المحجوزة للقرار أمامها تمهيداً لإحالتها إلى المحكمة المختصة نوعياً وقيماً ومحلياً على التفصيل الوارد فيما تقدم مع تحديد جلسات لنظرها يخطر الخصوم بها بمعرفة قلم الكتاب .

وحرصاً على سرعة تصفية الأوضاع الناشئة عن القضاء بعدم دستورية النصوص المنشئة للجان الخماسية – إلى أن يصدر التعديل التشريعي المرتقب في هذا الشأن – يصح تعجيل النطق بالقرار إذا كان محدداً للنطق به جلسة بعيدة بحيث تتم في أقرب وقت إعادة جميع الدعوى العمالية المحجوزة للقرار أمام اللجان الخماسية للمرافعة وإحالتها إلى المحكمة المختصة وتحديد جلسات لنظرها وإخطار الخصوم بها واستئناف نظرها .

ونظراً للأهمية المعقودة على دقة وسرعة الفصل في القضايا العمالية في سبيل تحقيق العدالة الناجزة فيها فإننا ندعو السادة القضاة والرؤساء بالمحاكم الابتدائية إلى مراعاة القواعد المتقدم ذكرها في شأن تلك القضايا .

المطلب الثالث

موقف السلطة التشريعية

تشير - في هذا المقام - إلى بعض الحالات التي يقوم مجلس الشعب بإصدار تشريع بديل أو نص بديل لسد الفراغ التشريعي المترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النص أو التشريع، وذلك في الآتي:

(١) بعد الحكم الصادر في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١ ق "دستورية" بجلسة ١٦/٥/١٩٨٢ بعدم دستورية المادة ١/٨٣ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ فيما تضمنته من عدم جواز الطعن في قرارات نقل وندب رجال القضاء والنيابة العامة والقرارات الإدارية النهائية بأي شأن من شئونهم.

صدر القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦ المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٦ تابع في ٢٩/٦/٢٠٠٦.

(٢) وبُعيد حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٢ ق "دستورية" بجلسة ٤/٥/١٩٨٥ بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ "أحوال شخصية"

أصدر مجلس الشعب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد ٢٧ تابع في ٤/٧/١٩٨٥.

(٣) وبعد حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٢ ق دستورية بجلسة ٥/١٠/١٩٩٦ بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ وبسقوط فقرتيها الثانية والثالثة وكذلك المادة ٢٠٨ مكرراً (ب) من هذا القانون ؛

صدر القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل نص المادة ٢٠٨ مكرراً والمادة ٢٠٨ مكرراً (ب) عن مصادرة أموال المتهم وأقاربه بمعرفة النائب العام، ونشر بالجريدة الرسمية العدد ٥١ مكرراً في ٢٠/١٢/١٩٩٨.

(٤) بعد أحكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة في الدعاوى الآتية:

- الدعوى رقم ٦ لسنة ٩ ق "دستورية" بجلسة ١٨/٣/١٩٩٥.

- الدعوى رقم ٤ لسنة ١٥ ق "دستورية" بجلسة ٦/٧/١٩٩٦.

- الدعوى رقم ٣ لسنة ١٨ ق "دستورية" بجلسة ٤/١/١٩٩٧.

- الدعوى رقم ٤٤ لسنة ١٧ ق "دستورية" بجلسة ٢٢/٢/١٩٩٧.

وذلك بعدم دستورية جميع حالات المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن، وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (بفقرتيها الأولى والثانية)

صدر القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧، ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد ١٢ مكرر في ٢٦/٣/١٩٩٧.

(٥) وبعد أحكام المحكمة الصادرة في الدعاوى الآتية:

- الدعوى رقم ١٦٢ لسنة ١٩ ق "دستورية" بجلسة ٧/٣/١٩٩٨.

- الدعوي رقم ١٩٣ لسنة ١٩ ق دستورية بجلسة ٢٠٠٠/٥/٦.

- الدعوي رقم ٥ لسنة ٢٢ ق "منازعة تنفيذ" بجلسة ٢٠٠١/٨/٤.

وذلك بعدم دستورية جميع الحالات التي تضمنتها المادة ٢٥ من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣.

أصدر مجلس الشعب القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ بتعديل بعض أحكام قانون هيئة قضايا الدولة الصادر بالقرار بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣، ونشر بالجريدة الرسمية العدد ٢ مكرر في ٢٠/١/٢٠٠٢. (٦) وبعد حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٥١ لسنة ٢١ بجلسة ٢٠٠٠/٩/٩ بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ٩٨ من قانون السلطة القضائية الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢.

تم استبدال المادة ٩٨ بموجب القانون رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠٦ المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٦ تابع في ٢٩/٦/٢٠٠٦ حيث أصبح نصها كالاتي: "تأديب القضاة بجميع درجاتهم يكون من اختصاص مجلس يشكل من أقدم رؤساء محاكم الاستئناف من غير أعضاء مجلس القضاء الأعلى رئيساً وعضوية أقدم قاضين بمحكمة النقض وأقدم نائبي رئيس محكمة الاستئناف، وعند غياب الرئيس أو أحد الأعضاء أو وجود مانع لديه يحل محله الذي يليه في الأقدمية.

والغرض من ضرب بعض تلك الأمثلة:

هو التدليل علي مدي تمتع السلطة التشريعية فعلاً بحقها في إصدار التشريع أو النص البديل عن ذاك الذي حكم عليه بعدم الدستورية، وبلا معقب عليها من أحد، ومتي تراءى لها، ودليل ذلك المدد المتباعدة بين الحكم بعدم الدستورية وإصدار التشريع البديل فقد تبلغ أكثر من أربعة عشر سنة، وقد تقل إلي شهرين اثنين حسبما تتراءى السلطة التشريعية في ذلك ووفق سلطتها التقديرية، وفي أي وقت شاءت.

المطلب الرابع

موقف الباحث

يري الباحث أن الحكم بعدم الدستورية يخلف وراءه فراغاً تشريعياً لا محالة، وأن السلطة التشريعية وكذلك السلطة التنفيذية (في مجال إصدار اللوائح) يلتزمان التزاماً واضحاً وصريحاً بوجوب إصدار تشريع أو نص تشريعي بديل يحل محل النص المحكوم عليه بعدم الدستورية وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: مقتضيات وفروض الحجية المطلقة:

ما جاء بنص الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة. وعليه فإن:

- مفردات وأبجديات الحجية المطلقة للحكم الصادر في الدعوى الدستورية وإلزاميته لجميع سلطات الدولة ولكافة تفرض علي المشرع إلغاء القانون أو النص المحكوم عليه بعدم الدستورية، وفي الوقت

نفسه إصدار النص البديل يتلافي فيه أوجه عدم الدستورية.

- ولأن نص الحجية المطلقة صادر من السلطة التشريعية ذاتها ؛ فالواجب عليها أن تُلزم نفسها به قبل غيرها ؛ فضلاً علي أنها من المخاطبين بهذا النص باعتبارها إحدى سلطات الدولة.

- القول بأن للسلطة التشريعية السلطة التقديرية في إصدار التشريع البديل يعصف بالحجية المطلقة، ويضع الرقابة القضائية علي دستورية القوانين واللوائح ذاتها في مهب الريح، فلسوف يفتح الباب علي مصراعيه امام السلطتين الأخرتين لمخالفة الحجية المطلقة ؛ فتمسك السلطة القضائية هي الأخرى بحقها في تطبيق أو عدم تطبيق النص المقضي عليه بعدم الدستورية حسبما يترأى لها ذلك، وكذلك تفعل السلطة التنفيذية.

فهل تنفذ الحجية المطلقة في حق السلطة القضائية والسلطة التنفيذية ثم تقف عند أعتاب السلطة التشريعية فتؤصد أمامها الأبواب فستفتح فلا يُفتح لها إلا بمشيئتها !!؟

ثانياً: التوازي مع نظم الرقابة السياسية السابقة علي دستورية القوانين واللوائح :

فإذا كان الأمر في مجال الرقابة السياسية السابقى عند الحكم بعدم دستورية النص أو التشريع أن تقوم الهيئة المنوط بها الرقابة بإعادة التشريع إلي المجلس النيابي مرةً أخرى ليُقدم مشروع قانون بديل يتفادي أوجه عدم الدستورية ؛ فإنه – وبالتوازي مع تلك الرقابة – يلتزم المشرع - في نظم الرقابة القضائية اللاحقة- بإصدار النص أو التشريع البديل ^(١)

ثالثاً: مبدأ الفصل المرن بين السلطات:

من المؤكد علي صعيد الواقع أن الفصل الجامد بين سلطات الدولة مؤداه أن تعمل كل سلطة في محيط منفصل عن الأخرى مما يشلّ معه الحياة في جميع مرافق ومؤسسات الدولة ويعيق التقدم والتنمية في كافة المجالات.

أما الفصل المرن بين تلك السلطات فمعناه أن تعمل كل سلطة وفق المنظومة العامة في الدولة في إطار من التعاون المتبادل بينها، فكل سلطة تعمل وتبدع بل وتغرد ولكن بالتعاون مع السرب كله حتي توتي ثمارها في جميع مناحي الحياة.

ومن أبجديات الفصل المرن أنه عند الحكم الصادر بعدم الدستورية يلزم معه أن تستجيب السلطة التشريعية لهذا الحكم القضائي فتلغي التشريع أو النص المقضي عليه بعدم الدستورية، وفي الوقت ذاته تصدر التشريع أو النص البديل فور صدور الحكم، ومما يؤيد ذلك ما سبق قوله أنه قد جاء في تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الشعب عند مناقشة مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩:

"إن الرقابة على دستورية القوانين وما قد تصل إليه الهيئة المنوط بها الرقابة من إلغاء التشريعات غير

(١) أستاذنا الدكتور/ محمد رفعت عبد الوهاب – رقابة دستورية القوانين – مرجع سابق ص ٢٣١

الدستورية يمكن اعتباره نوعاً من التوزيع الدستوري للوظيفة التشريعية بين البرلمان والهيئة المنوط بها الفصل في دستورية القوانين، وذلك تأسيساً علي أن إلغاء التشريع غير الدستوري هو في حقيقة الأمر مهمة تشريعية وعمل تشريعي تختص به السلطة التشريعية في الأساس، حيث يترتب علي هذا الإلغاء

وضع قاعدة تشريعية جديدة عكس القاعدة التشريعية غير الدستورية الملغاة" (١)

وهذا القول صادر أيضاً عن السلطة التشريعية مما يؤكد علي التزامها الذاتي علي إصدار تشريع جديد يحل محل التشريع السابق الذي قضي عليه بعدم الدستورية.

وفي الجملة: لن يضير مبدأ الفصل بين السلطات شيئاً لو استجابت السلطة التشريعية وأصدرت التشريع البديل فور الحكم بعد الدستورية، تحقيقاً للتعاون المتبادل بين السلطات ، وترسيخاً لدولة القانون بخضوع السلطة التشريعية لنص تشريعي هي التي سنّته لا غيرها.

رابعاً: عدم جدوي استدعاء ظرف "الضرورة" بعد الحكم بعدم الدستورية:

- من غير المقبول عقلاً أن صدور التشريع كان ضرورياً ؛ فإذا ما حكمت عليه المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته، يصبح التشريع البديل غير ضروري.

والسؤال : هل التشريع يكون ضرورياً قبل الحكم بعدم دستوريته، وبعد الحكم لا ضرورة لتشريع بديل؟

وماذا لو لم تحكم المحكمة بعدم دستوريته؟ هل يُضفي عليه رداء الضرورة أم يُنزع عنه؟

خامساً : الحاجة دائماً إلي صدور التشريع البديل:

ما سبق أن قررته المحكمة الدستورية العليا في أحكامها بعدم دستورية التشريع الذي يحصّن بعض الأحكام أو القرارات من الطعن عليها، يلزم معه اصدار تشريع يبين جهة الطعن وميعاده وأحواله وشروطه وغيرها ؛ فضلاً علي وجود مشكلة الفراغ التشريعي بالفعل علي صعيد الواقع العملي.

ففي الفترة ما بين الحكم بعدم دستورية نص أو تشريع وبين إصدار التشريع البديل (طبعاً في الوقت الذي تراه السلطة التشريعية) لن تجد المحاكم ما تطبقه علي المنازعات المعروضة عليها أو التي ستعرض عليها مستقبلاً والتي تتعلق بنص أو تشريع المقضي عليه بعدم الدستورية.

سادساً: رداً علي مقولة السلطة التقديرية للمشرع:

إصدار التشريعات وإلغاؤها هي – بوجه عام – من إطلاقات السلطة التقديرية للمشرع، لكن إلغاء النص أو التشريع – في حالة الحكم بعدم دستوريته – يكون في هذه الحالة علي غير إرادة المشرع أي خارج نطاق سلطته التقديرية، ومن ثم يلزم عليه إصدار النص البديل تفادياً لمشكلة الفراغ التشريعي.

(١) النشرة التشريعية – أغسطس ١٩٧٩ – العدد الثامن – سابق الإشارة إليه - ص ٣٥٦

سابعاً: في الرد علي علاجات القضاء والفقه لمشكلة الفراغ التشريعي :

رأينا كيف عالج القضاء والفقه مشكلة الفراغ التشريعي بنفخ الروح في التشريع السابق وعودته إلي الحياة مرةً أخرى (في حالة عدم دستورية تشريع بكامله)، أو تفسير التشريع بكامله محذوفاً منه النص الغير دستوري وإعمال أسباب حكم المحكمة الدستورية العليا وتطبيق القواعد والمبادئ العامة وغيرها (في حالة عدم دستورية نص في تشريع)^(١)

هذه العلاجات مفيدة جداً واسعافات أولية وعاجلة، لكن فقط لمحكمة الموضوع التي أحالت الدعوي إلي المحكمة الدستورية العليا للنظر في مدي دستورية النص أو التشريع المطعون عليه، لأنها مضطرة إلي ذلك للفصل في النزاع المعروض عليها في الدعوي الموضوعية.

ولكنها لن تجدي نفعاً في المنازعات الأخرى التي تقام لاحقاً والتي تملأ ساحات المحاكم إذا ما ارتبط النزاع بنص حكم عليه بعدم الدستورية.

فهل يُقبل عقلاً أن تجتهد كل محكمة بإعمال قانون معين حسبما يترائي لها ؛ محكمة تطبق قواعد عامة أو مبادئ عامة، وأخرى ستطبق القانون السابق علي القانون المحكوم عليه بعدم الدستورية وأخرى سترجئ الفصل في المنازعة إلي أجل غير مسمي ريثما يصدر التشريع البديل !!؟

ألا يعصف ذلك بمبدأ المساواة باحتكام الجميع إلي نص أو تشريع واحد محدد سلفاً ؟

ثامناً وأخيراً... إذا كانت المحكمة الدستورية تناشد المشرع وتدعوه إلي إصدار التشريع البديل وبطريقة حثيثة، فقد يُقبل منها ذلك نظراً لحساسية موقفها إزاء السلطة التشريعية خشية أن تُتهم بالتعدي علي السلطة التشريعية ؛ فلا يمكن قبول ذلك من الفقه الذي كان عليه أن يناصر المحكمة ويشدّ من أزرها ويطالب - قولاً واحداً- بأن المشرع ملزم بإصدار التشريع البديل وفور صدور الحكم بعدم الدستورية.

لذا يري الباحث :

أنه لا مفر عن إصدار المشرع لنص أو تشريع بديل فور نشر الحكم بعدم الدستورية، وفي فترة زمنية معقولة وهذا علي سبيل الإلزام، لأن الحكم بعدم الدستورية يخلف- بلا ريب - وراءه فراغاً تشريعياً، وهذه هي الحقيقة الواقعية والعملية التي لا يمكن نكرانها أو جحودها، فيجب سدّ هذا الفراغ بإصدار نصوص تشريعية بديلة تتلافى فيه أوجه عدم الدستورية ، وأن ما قال به الفقه والقضاء هي حلول وقتية، فضلاً علي أنها لا تلبي الاحتياجات العملية والواقعية^(٢)

(١) لعلّ ما قصده الفقه هو المصادر الاحتياطية للتشريع المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني والتي تنص علي "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضي العرف ؛ فإذا لم يوجد فيمقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية ؛ فإذا لم يوجد فيمقتضي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"

وهذا إنما يكون عند عدم وجود التشريع الأصلي، ولكننا أمام تشريع كان موجوداً وسارياً ومطبقاً بالفعل وحُكم عليه بعدم الدستورية، وهذا يؤكد أن الاستعانة بالمصادر الاحتياطية تكون بصفة مؤقتة لحين صدور التشريع الأصلي. مع الأخذ بالاعتبار طبعاً أن مبادئ الشريعة الإسلامية أصبحت المصدر الرئيسي للتشريع بموجب التعديلات الدستورية الصادرة في ١٩٨٥/٥/٢٢ علي النحو السابق بيانه في أكثر من موضع من هذا البحث.

(٢) هذا مع التسليم أنه توجد نصوص - بالفعل - لا يلزم معها إصدار نصوصاً بديلة عنها عند الحكم بعدم دستوريته ولا يتخلف عنها أي فراغ تشريعي، ومن أمثلة تلك النصوص:

المبحث الثاني

الأثر القاعدي للحكم بعدم الدستورية

في حكم لمحكمة النقض صرحت بأن الحكم بعدم الدستورية يعد قاعدةً تشريعيةً، وذلك تعقيباً على حكم للمحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٥ لسنة ١ ق دستورية بجلسة ١٦/٥/١٩٨١ والذي قضى بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن أيلولة أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم الحراسة إلى ملكية الدولة طبقاً لقانون الطوارئ، وكذلك عدم دستورية المادة الرابعة من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة رقم ٦٩ لسنة ١٩٨٤ فيما نصت عليه من تعيين حد أقصى لما يُردّ إلى الأشخاص الذين شملتهم الحراسة هم وأسرهم حيث قالت:

".... فإن مفاد ذلك أن هذا الحكم للمحكمة الدستورية قد أورد قاعدةً تشريعيةً مقررّة أن الأموال المملوكة للأفراد المفروض عليها الحراسة استناداً لقانون الطوارئ لازالت باقية على ملك أصحابها وهو ما يترتب عليه انعدام الأساس الذي قام عليه حكم المادة ٢٠ من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ وبذلك تكون هذا القاعدة قد **نسخت ضمناً** حكم المادة آنفة البيان لانعدام محلها، وتضحى الأموال التي خضعت للإجراءات المفروضة بقرارات استندت إلى قانون الطوارئ طليقة من القيد الذي أوردته المادة ٢٠ المشار إليها ولمالكها وحده الحق في التصرف فيها، وينتج تصرفه أثر القانوني فور انعقاده ولو كان بيعاً عرفياً.

لما كان ما سلف وكان الثابت من الأوراق أن فرض الحراسة كان بالأمر الجمهوري رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ علي مورث الطاعنتين ؛ ومنها عقار النزاع، واستند رئيس الجمهورية في إصداره إلي قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ وإذا كان هذا القانون لم يمنحه سلطة فرض الحراسة علي الأشخاص الطبيعيين ؛ فإن الحراسة تكون معدومة وبمثابة عقبة مادية ويظل العقار محتفظاً بمركزه القانوني المتمثل في عدم خضوعه للحراسة الإدارية، لما كان ما تقدم وكان حكم المادة ٢٠ من القانون ٦٩ لسنة ١٩٧٤ قد **نسخ ضمناً** علي النحو السالف تجليته ؛ فإن ملكية عقار النزاع تكون محررةً من أي قيد يحول بين مالكته "مورثة الطاعنين" والتصرف فيه، ويترتب علي ذلك أن بيعها له بالعقد مثار الخلاف قد صدر ممن يملك التصرف فيه، ويكون تصرفاً صحيحاً منتجاً لكافة آثاره...." (١)

وهكذا فإن محكمة النقض في الحكم السابق قد صرحت بأن الحكم بعدم الدستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن أيلولة أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الخاضعين للحراسة للدولة قد أورد قاعدةً تشريعيةً من وجهين أحدهما مباشراً والآخر غير مباشر:

- النصوص التي تنتهك مبدأ المساواة، كما سبق وأن قالت المحكمة الدستورية العليا، يعني تطبيق مبدأ المساواة.
- النصوص التي تهدر أو تلغي استحقاقات أو حقوق معينة، يعني ردّ هذه الاستحقاقات وتلك الحقوق.
ولكنها حالات وأحوال تبقى نادرة، والنادر لا حكم له، وبالتالي فإن المقصود والمعتبر هو الأغلب والأعم من الأحوال.
(١) نقض مدني في الطعن رقم ١٣٤٨ لسنة ٥ ق جلسة ٢٩/٤/١٩٨٤

أما الوجه المباشر فهو : أن الممتلكات المملوكة للأفراد المفروض عليها الحراسة استناداً لقانون الطوارئ لازالت باقية على ملك أصحابها.

أما الوجه الغير مباشر فهو: انعدام الأساس الذي قام عليه حكم المادة ٢٠ من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ أو النسخ الضمني لحكم هذه المادة.

والسؤال المطروح:

هل فعلاً الحكم بعدم الدستورية يعد مصدراً لقاعدة تشريعية؟ أم أن أثره لا يتجاوز التأثير علي نفاذ القاعدة التشريعية؟

والبون شاسع جداً بين الأمرين.

وعليه. .. ننتاول المسألة في الفقه أولاً ثم لرأي الباحث.

المطلب الأول في الفقه

رأي أول:

"يترتب على الحكم بعدم الدستورية الأثر القانوني المترتب على تدرج القواعد القانونية في البيان القانوني الواحد إذا لم تتفق القاعدة الأولى مع القاعدة الأعلى (في الدستور) وهذا هو الأثر القاعدي للحكم بعدم الدستورية لأنه يتعلق بمضمون القاعدة القانونية محل الطعن ويصيبها في وجودها القانوني"^(١) وعلي هذا فإن هذا الرأي يري أن الأثر القاعدي للحكم بعدم الدستورية يقتصر علي نفاذ القاعدة القانونية ليس إلا ؛ حيث يصيبها في وجودها القانوني أي يعدمها أو يلغيها.

رأي ثان (٢)

بعد دراسة مطولة بعنوان "موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون" ينتهي هذا الرأي بالآتي:
أولاً : اعتبار الحجية المطلقة للحكم بعدم الدستورية ملزم لجميع سلطات الدولة ولكافة فهو واجب عام قانوني :

"لما كان الحكم بعدم الدستورية يفرض هذا الواجب العام فهو مصدر إذا لقاعدة قانونية، فلا يجوز لأحد أن يعتذر بالجهل بها، ومن هنا فإن الحكم بعدم الدستورية باعتباره من أحكام المحكمة الدستورية في الدعاوى الدستورية واجب نشره قانوناً في الجريدة الرسمية بحيث لا يجوز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم بالجريدة الرسمية وهذا هو شأن القواعد القانونية"^(٣)

ثانياً : بصدد تعليقه علي حكم محكمة النقض السابق بقولها أن الحكم بعدم الدستورية قد أورد قاعدة

(١) أ.د/ أحمد فتحي سرور – الحماية الدستورية للحقوق والحريات – مرجع سابق ص ٣١٧

(٢) أ.د/ عصام أنور سليم – مرجع سابق الاشارة.

(٣) المصدر نفسه ص ٧٥

تشريعية، يقول:

"لا يجوز أن يقال إن الحكم بعدم الدستورية مصدر لقاعدة تشريعية أوردتها المحكمة الدستورية، لأن القاعدة التشريعية مصدرها فقط السلطة التشريعية العادية أو اللائحية فيما تسنه من قوانين ولوائح، فالحكم بعدم الدستورية مصدر لقاعدة قانونية لكنها ليست قاعدة تشريعية، بل هي قاعدة قضائية ذات حجية مطلقة في مواجهة الكافة، أسفر عنها حكم القضاء الدستوري الذي جعله المشرع مصدراً من مصادر القواعد القانونية"^(١)

ثالثاً : وأخيراً ينتهي صاحب هذا الرأي في ختام دراسته إلى الآتي:

- ١- "القضاء الدستوري مصدر من مصادر القواعد القانونية ينزل منزلة التشريع باعتباره المصدر الرسمي الأصلي للقواعد القانونية ؛ فالقضاء الدستوري يقوم - جنباً إلى جنب - مع التشريع في وجوب الرجوع إليهما أولاً باعتبارهما يشكلان معاً المصدر الرسمي الأصلي للقواعد القانونية"^(٢)
- ٢- "القضاء الدستوري مصدر خلاق للقواعد القانونية في مصر، فهو أولاً مصدر خلاق لقواعد قانونية عامة ومجردة وملزمة. ..."^(٣)
- ٣- وعموماً فإن القضاء الدستوري مصدر غير تشريعي للقواعد القانونية..."^(٤)
- إن أحكام القضاء الدستوري تتضمن القواعد القانونية الكاشفة عن صحة أو بطلان القواعد التشريعية....."^(٥)

ملخص ما انتهى إليه هذا الرأي:

أن الأثر القاعدي للحكم بعدم الدستورية معناه أن الحكم مصدر لقاعدة قانونية لكنها ليست قاعدة تشريعية بل هي قاعدة قضائية.

المطلب الثاني

موقف الباحث

نتعرض أولاً لحكم المحكمة الدستورية العليا، ثم لرأي الباحث، وفقاً لما يلي:

الفرع الأول

حكم المحكمة الدستورية العليا

جاء بحكم المحكمة الدستورية العليا التي اعتبرته محكمة النقض قد أورد قاعدة تشريعية :

"...وحيث إن المدعين يطلبون الحكم بعدم دستورية كل من المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٥٠

لسنة ١٩٦٤ والمادة الرابعة من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة الصادر بالقانون رقم

(١) المصدر نفسه هامش ص ١٦٧

(٢) المصدر نفسه ص ٢٢٧

(٣) المصدر نفسه ص ٢٢٨

(٤) المصدر نفسه ص ٢٢٩

(٥) المصدر نفسه بذات الصفحة.

٦٩ لسنة ١٩٧٤ لأسباب حاصلها أنه بالإضافة إلى أن قانون الطوارئ لا يجيز فرض الحراسة على الأشخاص الطبيعيين، فإن ما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ من أيلولة أموال وممتلكات هؤلاء الأشخاص إلى ملكية الدولة بغير تعويض - عدا مبلغ ثلاثين ألفاً من الجنيئات تُؤدى إليهم بسندات على الدولة لمدة خمس عشرة سنة - تعتبر مصادرة لها بالمخالفة لما تقضى به المادة الخامسة من دستور سنة ١٩٥٨ المؤقت الذى صدر هذا التشريع فى ظله من أن الملكية الخاصة مصنونة، كما أن ما قضت به المادة الرابعة من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة من تحديد ما يُرد من أموال وممتلكات من خضعوا للحراسة بما قيمته ثلاثين ألف جنيه للفرد ومائة ألف جنيه للأسرة ينطوى على مصادرة لما يجاوز هذا المقدار، ويخالف ما تقضى به المواد ٣٤، ٣٥، ٣٦ من دستور سنة ١٩٧١ التى تكفل صون الملكية الخاصة ولا تجيز التأميم إلا بشروط محددة وتحظر المصادرة الخاصة بغير حكم قضائى.

وحيث إن جميع الدساتير المصرية المتعاقبة حرصت على تأكيد حماية الملكية الخاصة وعدم المساس بها إلا على سبيل الاستثناء وفى الحدود وبالقيود التى أوردتها، فنصت المادة الخامسة من دستور سنة ١٩٥٨ على أن الملكية الخاصة مصنونة ولا تُنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون، وهو ما رددته المادة ١٦ من دستور سنة ١٩٦٤ والمادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٨١، كما لم تجز المادة ٣٥ من دستور سنة ١٩٧١ التأميم إلا لا اعتبارات الصالح العام بقانون ومقابل تعويض.

ولما كانت أيلولة أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم الحراسة إلى ملكية الدولة طبقاً للمادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ لا تُعد من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة الذى لا يرد إلا على عقارات معينة بذاتها، فى حين شملت الأيلولة إلى ملكية الدولة أموال وممتلكات من قُضت عليهم الحراسة بما فيها من منقولات، ولم تتبع فى شأنها الإجراءات التى نصت عليها القوانين المنظمة لنزع الملكية التى يترتب على عدم مراعاتها اعتبار الإجراء غصباً لا يُعتمد به ولا ينقل الملكية إلى الدولة، وكانت هذه الأيلولة لا تعتبر تأميراً ذلك أنها تفقر إلى أهم ما يتميز به التأميم وهو انتقال المال المؤمم إلى ملكية الشعب لتسيطر عليه الدولة بعيداً عن مجال الملكية الخاصة بحيث تكون إدارته لصالح الجماعة، بينما امتدت الحراسة - وبالتالي الأيلولة إلى ملكية الدولة - إلى كافة أموال وممتلكات من قُضت عليهم الحراسة بما تشمله من مقتنيات شخصية يستحيل تصور إدارتها لصالح الجماعة، كما أن المادة الرابعة من ذات القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ تنص على تسليم الأراضى الزراعية التى آلت ملكيتها إلى الدولة إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى لإدارتها".....

لما كان ما تقدم وكان لا يحاجّ بأن القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ والقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ المشار إليهما قد تضمنتا تعويض الخاضعين للحراسة عن أموالهم وممتلكاتهم، وأن تقدير هذا التعويض يعد من الملاءمات السياسية التى يستقل بها المشرع، ذلك ان كلا من هذين التشريعين قد تعرض للملكية

الخاصة التي صانها الدستور ووضع حمايتها ضوابط وقواعد محددة، الأمر الذي يحتم إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية، وكان القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ إذ عدل من أحكام كل من القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ التي كانت تقضي بتحديد مبلغ جزافي بحد أقصى مقداره ثلاثون ألف جنيه يؤدي إلى جميع من فرضت عليهم الحراسة بسندات على الدولة لمدة خمسة عشر عاماً، والقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٢ الذي نص على أيلولة هذه السندات إلى بنك ناصر الاجتماعي مقابل معاشات يحددها وزير المالية ويستحقها هؤلاء الخاضعون، واستبدل بها أحكاماً تُسَوَّى بها أوضاعهم جرّد بعض أموالهم عيناً أو ثمن ما تم بيعه منها وذلك في حدود مبلغ ثلاثين ألف جنيه للفرد ومائة ألف جنيه للأسرة، فإنه يكون بما نص عليه من تعيين حد أقصى لما يرد من كافة الأموال والممتلكات التي فرضت عليها الحراسة قد انطوى على مخالفة لأحكام دستور سنة ١٩٧١ الذي لا يجيز تحديد حد أقصى إلا بالنسبة للملكية الزراعية طبقاً للمادة ٣٧ منه الأمر الذي يتضمن بدوره مساساً بالملكية الخاصة بالمخالفة لحكم المادة ٣٤ من الدستور سالف البيان.

وحيث أنه لما تقدم يتعين الحكم بعدم دستورية المادتين المطعون عليهما.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة :

أولاً: بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ فيما نصت عليه من أيلولة أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم الحراسة طبقاً لأحكام قانون الطوارئ إلى ملكية الدولة.

ثانياً: بعدم دستورية المادة الرابعة من قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة الصادر بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ فيما نصت عليه من تعيين حد أقصى لما يُردّ إلى الأشخاص الذين شملتهم الحراسة وأسره، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ ثلاثين ألفاً مقابل أتعاب المحاماة" (١)

إذاً الحكم لم يتعرض لا من قريب ولا من بعيد لنص المادة ٢٠ من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤

بشأن تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة (٢)

ومع ذلك قضت محكمة النقض باعتبارها "منسوخة ضمناً"

وهذا المسلك من محكمة النقض معيب (٣) لأن المحكمة الدستورية العليا – وفقاً للمادة ١٧٥ من الدستور

(١) وذلك في الدعوى رقم ٥ لسنة ١ ق دستورية بجلسة ١٦/٥/١٩٨١ الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ في ١٩٨١/٦/٤
(٢) وقد نقلنا أجزاءً مطولة من الحكم لهذا الغرض، وللعلم كانت هذه المادة تقضي بأن يتولي رئيس جهاز التصفية إدارة الأموال التي تسري عليها أحكام القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤، وكانت تجيز له الإفراج عن كل أو بعض الأموال الثابتة لأصحابها الخاضعين لأحكامه وذلك لإدارتها فقط ودون التصرف فيها، ويقع باطلاً أي إجراء من شأنه التصرف فيها.
(٣) وهذا هو – في الحقيقة – دأب محكمة النقض، فليس هذا هو حكمها الأول ولن يكون الأخير ؛ بل ولا يُنتظر أن تتأى محكمة النقض عن مثل تلك الأحكام التي ليست من اختصاصها، ويراجع في هذا الشأن ما سبق بيانه في الفصل الثالث من الباب الأول بشأن شروط الحكم الدستوري الحائز للحجية المطلقة.

وكذلك المادة ٢٥ / أولاً من قانون إنشائها رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ - هي المنوط بها وحدها ودون غيرها النظر في مدي دستورية القوانين واللوائح، وهي وحدها - بالتالي - التي تستوضح مدي الارتباط بين النص المحكوم عليه بعدم الدستورية ونص آخر.

وكما سبق القول أن حالات الارتباط متعددة وليست كلها واضحة، فقد تكون واضحة في حالة الارتباط بين الأصل والفرع وكذلك بين القاعدة والاستثناء، ومن هنا يلزم أن يكون معيار الارتباط راجع تقديره إلي المحكمة الدستورية العليا ذاتها دون غيرها ^(١) والقول بغير ذلك يخلق أزمة كبيرة، فيمكن لأي محكمة أو جهة قضائية أن تربط بين نص محكوم بعدم دستوريته بنص آخر - دون معايير محددة لهذا الارتباط - وتحكم في الدعوي وفقاً لهذا الارتباط، مما يعد ذلك تدخلاً سافراً في اختصاص المحكمة الدستورية العليا وافتتات عليها.

الفرع الثاني

رأي الباحث

فضلاً علي ما سبق بيانه من عدم تعرض المحكمة الدستورية العليا لنص المادة ٢٠ من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ المشار إليه، يري الباحث أن الرأي الأول القائل بأن التأثير القاعدي للحكم بعدم الدستورية هو بمعنى التأثير علي نفاذ القواعد القانونية فيمنع سريانها ويحبط عملها ليس إلا ؛ هو الرأي الجدير بالاعتبار.

أما الرأي الثاني القائل بأن الحكم بعدم الدستورية وأحكام القضاء الدستوري الفاصلة في موضوع الدعوي الدستورية مصدر للقواعد القانونية هو محل نظر للآتي:

أولاً: مصادر القواعد القانونية (أي المنبع أو الأصل الذي ولدت منه) وهي ^(٢):

المصادر المادية:

وهي مجموعة العوامل التي تساعد علي تحديد مضمون القاعدة القانونية، سواء أكانت عوامل اجتماعية أو سياسية أو دينية أو اقتصادية، أي أن تكون القاعدة القانونية وليدة ظروف وعوامل متعددة. مثال: قاعدة تحديد الحد الأقصى للملكية الزراعية جاءت نتيجة لسوء وانعدام عدالة توزيع الرقعة الزراعية.

ومن هذه المصادر استخلصت قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي.

المصادر التاريخية:

أي الأصل التاريخي الذي استقي منه القانون، فيقال: القانون الروماني يعتبر المصدر التاريخي لكثير من أحكام القانون الفرنسي الحالي، ويقال كذلك: أن القانون الفرنسي والشرعية الإسلامية يعتبران الأصل التاريخي لمعظم أحكام القانون المصري الحالي.

^(١) يراجع ما سبق بشأن الارتباط بين النصوص المحكوم عليها بعدم الدستورية وغيرها، والوارد في الفصل الأول من هذا الباب.

^(٢) يراجع في هذا: أ.د / مصطفى محمد الجمل، أ.د / عبد الحميد محمد الجمل - مرجع مشترك سابق الإشارة ص ١٥١ وما بعدها، وكذلك: أ.د / محمد سامي عبد الصادق - مرجع سابق ص ١٢٦ وما بعدها.

المصادر الرسمية:

وهي القوانين الرسمية للدولة والتي يتعين علي القضاء تطبيقها والرجوع إليها دون غيرها، فتنص المادة الأولى من القانون المدني المصري علي: "تسري النصوص التشريعية علي جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ؛ فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضي العرف ؛ فإذا لم يوجد بمقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية ؛ فإذا لم يوجد بمقتضي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"

وعليه فإن المصادر الرسمية للقاعدة القانونية في مصر هي خمس مصادر:

المصدر الأصلي وهو التشريع بكافة درجاته : الدستور – التشريع العادي – اللوائح.

المصادر الاحتياطية : وهي العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وعلي ما تقدم:

فإن أحكام القضاء الدستوري سواء الحكم بعدم الدستورية أو الحكم برفض الدعوي أي بدستورية القانون أو النص التشريعي المطعون عليه ؛ لا تشكل مصدراً للقاعدة القانونية في مصر لا أصلياً ولا احتياطياً ولا مادياً ولا تاريخياً.

ثانياً: أحكام القضاء عموماً لا تشكل أي مصدر للقواعد القانونية إلا في الدول الأنجلو أمريكية (انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية) وتسمى بالسوابق القضائية، حيث تلتزم المحاكم الأدنى بأحكام المحاكم الأعلى، وذلك باستثناء المبادئ العامة للقانون التي ابتدعها القضاء الإداري، وهي سلطة معترف بها فعلياً بحكم عدم تقنين القانون الإداري.

ثالثاً: الحكم الدستوري الفاصل في موضوع الدعوي الدستورية إما يلغي القاعدة القانونية أو يلغي قوة نفاذها (الحكم بعدم الدستورية) وإما يؤكد دستورية القاعدة القانونية (الحكم برفض الطعن ودستورية القانون أو النص) فكيف – وهذا شأنه- أن يكون مصدراً لقاعدة تشريعية أو قانونية؟!

وفي الجملة: القضاء الدستوري – في مجال الرقابة الدستورية – يراقب صحة القاعدة القانونية دستورياً، ولا يتصور أن ينشئها أو يكون مصدراً لها.

رابعاً: وجوب نشر الأحكام الصادرة في الدعاوي الدستورية في الجريدة الرسمية كوجوب نشر القوانين والقرارات واللوائح لا يدل بذاته علي انها قواعد قانونية أو تشريعية ؛ ومنطقياً ليس كل ما يجب نشره يعتبر في حد ذاته قانوناً أو قاعدة تشريعية أو قانونية ؛ فقرارات المحكمة الدستورية العليا بالتفسير الملزم –مثلاً- يوجب المشرع هي الأخرى علي نشرها في الجريدة الرسمية.

فهل أصبحت هي الأخرى تشريعاً قانوناً أو قاعدة قانونية؟!

خامساً: أن حقيقة ما فسرتة محكمة النقض – والتي استند عليها هذا الرأي – هو من الآثار الموضوعية للحكم بعدم دستورية النصين المطعون عليهما – كما سبق وأن بيّناه بشأن الآثار الموضوعية – والقول بغير ذلك يؤدي بنا إلي الاعتقاد بأن جميع آثار الحكم بعدم الدستورية هو قواعد قانونية أو مصدر لها.

سادساً: لو افترضنا جديلاً أن هذا الحكم قد نسخ ضمناً نص المادة ٢٠ المشار إليها أو أورد قاعدةً تشريعيةً، فهذا تقدير راجع إلي محكمة النقض ؛ فكان لزاماً علي هذا الرأي أن يؤم وجهه شطر محكمة النقض التي قدّرت هذا النسخ الضمني، وليس إلي المحكمة الدستورية العليا التي حكمت في المسألة الدستورية ليس إلا، فلم تربط بين النصوص وتحكم بعدم دستورية أو سقوط النص المرتبط (المادة ٢٠)، ولم تقل بأن حكمها هذا قد أورد قاعدةً تشريعيةً.

وعليه فإن احكام المحكمة الدستورية العليا في تلك المسألة في غير محله تماماً.

سابعاً: تضارب وتناقض هذا الرأي، فيقول:

١- الحكم بعدم الدستورية مصدر لقاعدة قانونية ثم الحكم بعدم الدستورية شأنه شأن القاعدة القانونية.

فكيف يكون الحكم بعدم الدستورية مصدراً للقاعدة القانونية وهو - في الوقت ذاته - قاعدة قانونية؟!؟

٢- ثم يعود فيقول الحكم بعدم الدستورية قاعدة قضائية.

فهل الحكم بعدم الدستورية قاعدة قانونية أم قاعدة قضائية؟!؟

٣- ويقول رداً علي محكمة النقض لا يجوز القول بأن الحكم بعدم الدستورية مصدر لقاعدة تشريعية

لأن القاعدة التشريعية مصدرها فقط السلطة التشريعية العادية أو اللائحية. ..

إلا أنه يرجع ويقول أن أحكام القضاء الدستوري تشكل مع التشريع – جنباً إلي جنب – **المصدر**

الرسمي الأصلي للقواعد القانونية!!

إذاً الاعتراض من جانب هذا الرأي واضح علي كون الحكم بعدم الدستورية مصدراً لقاعدة تشريعية ؛

فكيف - إذاً - يقال أن أحكام القضاء الدستوري تشكل مع التشريع المصدر الرسمي بل والأصلي للقاعدة

القانونية؟

أليس الحكم بعدم الدستورية من أحكام القضاء الدستوري؟!؟

والغرابة يعود فيقول:

وعموماً فإن القضاء الدستوري مصدر **غير تشريعي** للقواعد القانونية.

إذا جملة التناقضات تتلخص في الآتي:

الحكم بعدم الدستورية هو مصدر للقواعد القانونية ثم هو قاعدة قانونية وليس مجرد مصدر.

الحكم بعدم الدستورية مصدر لقاعدة قانونية وليس لقاعدة تشريعية ثم هو قاعدة قضائية وليست

قانونية.

الحكم بعدم الدستورية يشكل المصدر الأصلي والرسمي للقاعدة القانونية لكنه مصدر غير تشريعي.

ويري الباحث – في نهاية المطاف أن:

الحكم بعدم الدستورية يخلف وراءه آثاراً متعددة ومتنوعة مما جعل البعض يري فيه خطب وجلل القواعد القانونية ذاتها ؛ فأعطاه وصف القاعدة القانونية أو مصدر لها، وهو ليس كذلك ؛ إنما هو يهدم القواعد القانونية، ولا يمكن – بالتالي – أن يكون بأي حال من الأحوال هو ذاته قاعدة قانونية أو مصدراً لها.

وعليه: فإن الحكم بعدم الدستورية له تأثير قاعدي أو أثر قاعدي ينصرف معناه إلي التأثير علي القواعد القانونية فيهدمها ويحبط نفاذها ؛ ولا ينصرف هذا الأثر إلي أنه يشكل قاعدة قانونية أو أن يكون مصدراً لتلك القواعد القانونية.

المبحث الثالث الحكم بعدم الدستورية وظاهرة الأمن القانوني

مصطلح الأمن القانوني مصطلح حديث نسبياً في الدراسات القانونية، وقد أقره البعض وأنكره البعض الآخر، وإن كانت ظاهرة الأمن القانوني ذاتها تفرض نفسها بالفعل وتلقي بظلالها علي كافة الأنظمة القانونية الداخلية لأي دولة من دساتير وتشريعات ولوائح، وفي علاقة الدولة بغيرها من الدول في مجال القانون الدولي بشقيه العام والخاص.

إذاً الأمن القانوني موجود وواقع، وإن كان المصطلح نفسه قد جاء متأخراً جداً، ولكن ما صلة تلك الظاهرة بالحكم بعدم الدستورية ؟

وعليه نتناول الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الأمن القانوني ووسائله.

المطلب الثاني: فكرة الأمن القانوني في الدستور وفي القضاء الدستوري.

المطلب الثالث : أثر الحكم بعدم الدستورية علي ظاهرة الأمن القانوني.

وذلك وفقاً للآتي:

المطلب الأول مفهوم الأمن القانوني ووسائله الفرع الأول

مفهوم الأمن القانوني

تعني فكرة الأمن القانوني "ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة" (١)

ومبدأ الأمن القانوني لا يؤدي إلي جمود القواعد والأنظمة القانونية أو غلّ يد السلطات العامة عن التدخل والقيام بالاصلاحات التشريعية والإدارية التي تفرضها المصلحة العامة، ولكن ينبغي تحقيق التوازن بين اعتبارين:

الأول : قابلية الحياة القانونية للتطور والتغير في المجالات السياسية والاجتماعية والاقتصادية وغيرها من المجالات.

الثاني: حق الأفراد في الاعتماد علي قدر كاف من وضوح القواعد القانونية والتزام جميع السلطات العامة : التشريعية والتنفيذية والقضائية بضمان الثبات النسبي والاستقرار للمراكز القانونية لهؤلاء الأفراد واحترام حقوقهم المكتسبة وتوقعاتهم المشروعة المبنية علي أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة والسياسات المعلنة رسمياً من جانب السلطات العامة (٢)

(١) أ.د / يسرى العصار – الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية العدد الثالث، السنة الأولى، ص ٥١

(٢) المرجع السابق ص ٥١ وما بعدها.

إذاً ظاهرة الأمن القانوني في حد ذاتها وُجدت لتحقيق الاستقرار بين الناس جميعهم أفراداً وجماعات، حكاماً ومحكومين، وضبط الحقوق وصيانة المصالح فيما بينهم وهو ما يرنو إليه الجميع. فالقانون ليس هدفاً في حد ذاته، وإنما هو وسيلة لتحقيق استقرار المعاملات والمراكز القانونية بين أفراد المجتمع^(١)

والأمن القانوني غاية تسعى إليها كل الأنظمة القانونية والسياسات التشريعية، ومع ذلك فإن البعض ينكر هذا المصطلح:

"لا نوافق علي هذا المصطلح والذي دخل الحياة السياسية والقانونية من باب البطش بالقانون، واعتبار القانون الصادر من السلطة التشريعية سيفاً في يد السلطة التنفيذية لتحقيق مفاهيم أمنية"^(٢)

الفرع الثاني وسائل الأمن القانوني

الوسائل التي تؤدي إلي تحقيق الأمن القانوني متعددة، منها :

أولاً: مبادئ شرعية أو مشروعية التجريم والعقاب : ويتضمن خمسة مبادئ أساسية:

المبدأ الأول : الأصل في الانسان البراءة.

المبدأ الثاني : العلم بالجريمة والعقاب المترتب عليها، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص سابق.

المبدأ الثالث : شخصية العقوبة. فلا يُعاقب إلا من ارتكب الجريمة، ولا يمكن أن تمتد العقوبة إل غيرهِ.

المبدأ الرابع: عدم رجعية القوانين الجنائية مطلقاً.

المبدأ الخامس : تناسب العقوبة مع الجريمة، فلا يتصور النص علي عقوبة مبالغ فيها لجريمة بسيطة أو هينة.

ثانياً : مبدأ المساواة أمام النصوص القانونية، سواء النصوص العقابية أو غيرها.

ثالثاً : مبدأ الدولة القانونية : أي خضوع الدولة بكافة سلطاتها وأجهزتها وتنظيماتها المختلفة للقانون.

رابعاً: عدم رجعية القوانين غير الجنائية إلا بأحوال معينة وبشروط خاصة.

خامساً: احترام الحقوق المكتسبة للأفراد متي كانت بطريقة مشروعة.

سادساً: عدم مفاجأة الأفراد أو مصادمة توقعاتهم المشروعة المستمدة من الأنظمة القائمة أو السياسات المعلنة وهو ما يسمى بفكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة.

(١) هذا ويختلف مصطلح الأمن القانوني عن مصطلح الأمن القضائي، وإن كانا مترابطين ومتوازيين وأساسين في حياة الأفراد والجماعات. والأمن القضائي يعني " العمل علي تحقيق قدر أكبر من بثّ روح الثقة في القضاء بأن ما يصدر عنه هو الحق والعدل بهدف حماية حقوق وحرّيات الأفراد والجماعات، وإحداث التوازن الكافي بين حق المجتمع في الحماية والأمن، وحق الفرد في محاكمة عادلة"

(٢) أ.د / جابر جاد نصار- الأداء التشريعي لمجلس الشعب والرقابة علي دستورية القوانين في مصر – دار النهضة العربية، بدون تاريخ للنشر ص ١٣٣ وإن كان هذا الإنكار للمصطلح دون المبدأ نفسه.

"وبالنسبة لفكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة على المستوى القومي أو الداخلي في دول الاتحاد الأوروبي فقد ثار نقاش في الفقه والقضاء حول القيمة القانونية لفكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة للأفراد، حيث ذهب اتجاه إلى إسباغ قيمة دستورية عليها، بينما رفض المجلس الدستوري الفرنسي اعتبارها مبدأً دستورياً، وقصر القضاء نطاق التزام السلطات العامة بها على اللوائح التي تصدر تنفيذاً للقانون الأوروبي وحده" (١)

هذه هي الوسائل الكبرى للوصول إلى ظاهرة الأمن القانوني، وإن كانت هناك وسائل أخرى فرعية مثل : ضرورة مراعاة الجانب الديني والنظام العام والآداب السائدة في المجتمع، ووضوح القواعد القانونية وسهولة فهمها، وكفاية العلم بها عن طريق نشرها بطرق يسيرة، ومنها أيضاً : طرح القواعد القانونية في حوار مجتمعي وأخذ رأي بعض الفئات التي تخضع لبعض القوانين الخاصة بهم (٢)

المطلب الثاني

فكرة الأمن القانوني في الدستور وفي القضاء الدستوري

الفرع الأول

الأمن القانوني في الدستور

فكرة الأمن القانوني لم ينص عليها الدستور المصري صراحة، ورغم ذلك نلتمس من بعض النصوص أنها تهدف إلى تحقيق الأمن القانوني، وقد وردت في أكثر من موضع في دستور ١٩٧١ وبحسب ترتيبها في النصوص الآتية، علي النحو التالي:

أولاً: في مبدأ المساواة:

المادة ٤٤ " المواطنون لدي القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة" (مادة ٥٤ من دستور ٢٠١٤)

ثانياً: الدولة القانونية:

المادة ٦٤ : سيادة القانون أساس الحكم في الدولة

المادة ٦٥ : تخضع الدولة للقانون.... (تقابلان المادة ٩٤ من دستور ٢٠١٤)

(١) أ.د / يسري العصار – المرجع السابق ص ٥٢

(٢) وهذه هي وسائل تهدف لتحقيق غاية الأمن القانوني، بينما يراها أستاذنا الدكتور/ يسري العصار – بعضاً منها- صوراً للأمن القانوني، وعندما التأمل نجد أنها في حقيقتها وسائل وليست صورته، لأن الأمن القانوني هذفاً واحداً لا يتصور أن يتعدد أو يتنوع ؛ فمثلاً مبدأ : عدم رجعية القوانين هل هو صورة من صور الأمن القانوني أم هي وسيلة لتحقيق الأمن القانوني، لو قلنا أنها صورة من صوره لأصبح هذا المبدأ غاية في حد ذاته .

مع ملاحظة : أن سيادته يري أن مبادئ مشروعية التجريم والعقاب مجرد أمن مادي فردي علي الرغم من أنها إحدى الوسائل التي تؤدي إلي الأمن القانوني سواء للأفراد أو المجتمع.

وبالتوازي مع وسائل الأمن القانوني هذه ؛ فإن من وسائل الأمن القضائي: استقلال القضاة شخصياً ومهنيّاً، وكفالة حق التقاضي، علانية الجلسات، وسرعة الفصل في القضايا "العدالة الناجزة"، وكفالة حق الدفاع ، والعمل علي سرعة وتنفيذ الأحكام القضائية، والمساواة أمام الأحكام القضائية، وحماية الشهود، وجودة تسبيب الأحكام، وحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء..... إلخ وإن كان هناك بعض المبادئ يمكن اعتبارها ضمن وسائل الأمن القانوني والأمن القضائي مثل مبدأي المساواة والأصل في الانسان البراءة.

ثالثاً : في شرعية التجريم والعقاب:

المادة ٦٦ " العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً علي الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون"
(المادة ٩٥ من دستور ٢٠١٤)

فهذا النص يتضمن عدة مبادئ أساسية:

- ١- شخصية العقوبات، فلا يُعاقب إلا من ارتكب الجريمة دون سواه.
 - ٢- شرعية الجرائم والعقوبات، أي يلزم وجود نصوص تشريعية محددة سلفاً للجرائم والعقوبات.
 - ٣- عدم رجعية القوانين سواء المشرعة للجرائم أو للعقوبات.
- المادة ٦٧ " المتهم برئ حتي تثبت إدانته في محاكمة قانونية يكفل فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه (المادة ٩٦ من دستور ٢٠١٤)
- وهذا النص يتضمن أيضاً عدة مبادئ أساسية، وهي :

- ١- مبدأ افتراض البراءة أو الأصل في الانسان البراءة، وهذا المبدأ يلزم المتهم منذ لحظة وقوع الجريمة حتي الفصل في الدعوي الجنائية بحكم بات.
- ٢- وجود قضاء عادل ومستقل.
- ٣- كفالة حق الدفاع عن المتهم في جميع مراحل الدعوي الجنائية بدءاً من مرحلة جمع الاستدلالات وحتى مرحلة المحاكمة وصدور حكم بات في الدعوي.

رابعاً: في عدم رجعية القوانين وضمان حد أدني من ثبات المعاملات القانونية:

- المادة ١٨٧ : "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" (المادة ٢٢٥ من دستور ٢٠١٤)

وهذه المادة تؤسس لأصل عام وهو عدم رجعية القوانين، والإستثناء جواز هذه الرجعية بشرطين:

- ١- ألا تكون هذه الرجعية في شأن مواد جنائية.
 - ٢- موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب بكامله، وليس أغلبية الحاضرين.
- المادة ١٩١ : "كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل هذا الدستور يبقي صحيحاً وناظراً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في هذا الدستور"
- وهذه المادة تحرص علي ضرورة ثبات واستقرار المعاملات والعلاقات القانونية ؛ فنصت علي صحة ونفاذ كل ما قرره القوانين واللوائح السابقة علي هذا الدستور (المادة ٢٢٤ من دستور ٢٠١٤)

الفرع الثاني

فكرة الأمن القانوني في القضاء الدستوري

مظاهر حماية الأمن القانوني راسخة في وجدان المحكمة الدستورية العليا، ومن أحكامها في ذلك :

أولاً : في شأن تناسب العقوبة مع الجريمة مع ضرورة وضوح النصوص العقابية:

"لا يسوغ للمشرع أن يجعل من نصوصه العقابية شباكاً أو شراكاً يلقىها ليتصيد باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها، وكان الجزاء الجنائي لا يعد مبرراً إلا إذا كان واجباً لمواجهة ضرورة اجتماعية لها وزنها، ومتناسباً مع الفعل المؤثم، فإن جاوز ذلك كان مفرطاً في القسوة مجافياً للعدالة ومنفصلاً عن أهدافه المشروعة"^(١)

ثانياً : قاعدة افتراض البراءة :

"...وحيث إن الدستور كفل الحق في المحاكمة المنصفة بما نص عليه من أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وهو حق نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادتيه العاشرة والحادية عشرة، التي تقرر أولاًهما أن لكل شخص حقاً مكملاً ومتكافئاً مع غيره، في محاكمة علنية ومنصفة، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة، تتولى الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية، أو في التهمة الجنائية الموجهة إليه، وتردد ثانيتهما في فقرتها الأولى حق كل شخص وجهت إليه تهمة جنائية، في أن تفترض براءته، إلى أن تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر له فيها الضمانات الضرورية لدفاعه، وهي قاعدة تعتبر في نطاق الاتهام الجنائي، وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي قضى الدستور بأنها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه...."^(٢)

ثالثاً : في عدم رجعية القواعد القانونية لعدم المساس بالحقوق المكتسبة:

"المبدأ الدستوري الذي يقضي بعدم سريان أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يرتب لها أثراً على ما وقع قبلها، وإن كان يستهدف أساساً احترام الحقوق المكتسبة، ومراعاة الاستقرار الواجب للمعاملات، إلا أن الدساتير المصرية المتعاقبة - منذ دستور ١٩٢٣ وحتى الدستور الحالي - إذا أجازت للمشرع - استثناءً من هذا المبدأ - أن يقرر الأثر الرجعي للقوانين في غير المواد الجنائية، وذلك بشروط محددة تكون قد افترضت بداهة احتمال أن يؤدي هذا الاستثناء إلى المساس بالحقوق المكتسبة، وأثرت عليها ما يحقق الصالح العام للمجتمع"^(٣)

رابعاً : لو أمعنا النظر في شأن ضابطي الرقابة القضائية علي دستورية القوانين واللوائح :

١ - عدم التعرض للمشكلة الدستورية إلا إذا كان ذلك لازماً للفصل في الخصومة الأصلية.

٢ - قرينة الدستورية.

لوجدناهما يصبان - في حقيقة الأمر - في خانة حماية الأمن القانوني^(٤)

(١) من حكم جلسة ٢ يونيو ٢١ في الدعوي رقم ١١٤ لسنة ٢١ ق "دستورية"

(٢) من حكم جلسة ٢١٣/٤/٧ في الدعوي رقم ٢ لسنة ٢٧ ق "دستورية"، ويراجع كذلك : حكم جلسة ١٩٩٥/٧/٣ في الدعوي رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق "دستورية" وحكم جلسة ١٩٩٧/٢/١ في الدعوي رقم ٥٩ لسنة ١٨ ق "دستورية"

(٣) من حكم جلسة ١٩٨٥/٤/٦ في الدعوي رقم ١١٤ لسنة ٥ ق "دستورية"، وكذلك حكمها في الدعوي رقم ٣ لسنة ٩ ق "دستورية" بجلسته ١٩٩١/١٢/٧، وحكمها في الدعوي رقم ٢٢ لسنة ٨ ق "دستورية" بجلسته ١٩٩٢/١/٤، وكذلك حكم جلسة ٢١١/٧/٣١ في الدعوي رقم ١١ لسنة ٢٢ ق "دستورية" وحكم جلسة ٢١٢/١١/٤ في الدعوي رقم ١٣٣ لسنة ٢٦ ق "دستورية" الجريدة الرسمية، العدد ٤٥ مكرر (ب) بتاريخ ٢١٢/١١/١٤

(٤) ويراجع ما سبق بيانه بشأن ضوابط الرقابة الدستورية بالباب التمهيدي.

المطلب الثالث

أثر الحكم بعدم الدستورية علي ظاهرة الأمن القانوني

نتناول وضع هذه المشكلة، وضرورة التوفيق بين أثر الحكم بعدم الدستورية ومتطلبات الأمن القانوني، وموقف المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن.

الفرع الأول

وضع المشكلة

الحكم بعدم الدستورية – كما سبق القول – يعني زوال قاعدة قانونية وردت في قانون أو لائحة، أو زوال قانون بأكمله (حالة الحكم بعدم دستورية تشريع برمته)

هذا النص وذاك القانون استمر لمدة معينة ينظم المعاملات والعلاقات بين كافة أفراد المجتمع وبين هؤلاء الأفراد وسلطات الدولة، بل إن هذه المدة قد تكون استمرت ردياً من الزمن، فتصل إلي عشرات السنين في كثير من الأحيان^(١)

علي حين أن فكرة الأمن القانوني تستند إلي ضرورة توافر حد أدني من الثبات والاستقرار في المعاملات والعلاقات القانونية، سواء بين الأفراد بعضهم البعض أو بين الأفراد والسلطات في الدولة. وهذا هو وجه التصادم بين الحكم بعدم الدستورية وفكرة الأمن القانوني، فعدم دستورية قانون أو نص قانوني يؤثر تأثيراً كبيراً ومباشراً علي ثبات واستقرار المعاملات والعلاقات القانونية 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.

والمفترض أيضاً أن تلك القواعد القانونية هي من وضعها الناس لتحكمهم عن طريق السلطة التشريعية المنتخبة من كافة فئات الشعب، ثم يُحكم عليها بالهدم والزوال بموجب حكم قضائي من المحكمة الدستورية العليا!!

فضلاً عن ذلك أن الحكم بعدم الدستورية يخرج من خصومة ضيقة في دعوي قضائية وإن كانت "دستورية" فهي دعوي قضائية أولاً وآخراً، محددةً بحدود شخصية (الخصوم فيها) وبحدود عينية (النطاق المطعون عليه في قانون أو لائحة)

وهذه الخصومة قد تظل متداولة أمام المحكمة الدستورية العليا ربما لسنوات في أحيان كثيرة، ولا يعلم

(١) فعلي سبيل المثال لا الحصر:

- نصوص قانون الأحوال الشخصية منذ عام ١٩٢
 - نصوص قانون العقوبات منذ عام ١٩٣٧
 - نصوص القانون المدني منذ عام ١٩٤٩
 - نصوص قانون الإجراءات الجنائية منذ عام ١٩٥
 - نصوص قانون المرافعات وكذلك قانون الإثبات منذ عام ١٩٦٨
- مع الأخذ في الاعتبار التعديلات التشريعية التي تطرأ علي النصوص .

عنها الناس شيئاً إلا بعد نشر الحكم بالجريدة الرسمية، ليكونوا أمام حكم صدر - في حقيقة الأمر - في غيبتهم وملتزمين به جميعهم قطعاً وبلا استثناء، عملاً بالحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا في دعاوي الدستورية.

كيف يفاجئون وبالأحري يُباغتوا بزوال قواعد قانونية ضبطت إيقاع حياتهم لفترة زمنية طويلة، ألا يعصف هذا كله بفكرة التوقع المشروع للأفراد.

هذه انعكاسات سلبية وخطيرة تجاه الحياة القانونية للمجتمع بأسره.

ولقد صدق بعض الفقه في قوله:

"إن الحكم بعدم دستورية نصوص التشريع يمكن أن يؤدي إلى نتائج مؤسفة بالنسبة للأمن القانوني"^(١)

الفرع الثاني

التوفيق بين ضرورة الرقابة الدستورية

ومتطلبات الأمن القانوني

لا غني عن حماية الشرعية الدستورية إلا بإتباع سبيل الرقابة الدستورية، صوناً للدستور، وإعلاءً لأحكامه، ضماناً لحماية الحقوق والحريات ضد تعسف السلطات، وحفظاً لمفهوم الدولة القانونية السائد لدي كل النظم الديمقراطية؛ فالرقابة الدستورية الفعالة لا تسود إلا في ظل النظم الديمقراطية دون غيرها، والنظام الدستوري الحقيقي يلزمه رقابة علي دستورية التشريعات المختلفة في قانون أو لائحة وعلي هذا فإن الرقابة الدستورية تلتقي مع فكرة الأمن القانوني في مواطن عديدة :

١ - حماية الدستور وإعلاء قواعده الأمرة.

٢ - قيام الدولة القانونية الديمقراطية.

٣ - قيام نظام دستوري حقيقي.

٤ - حماية الحقوق والحريات.

وعليه فإن الحكم بعدم الدستورية وإن كان من زاوية يهدد الثبات والاستقرار في المعاملات والعلاقات القانونية بين أفراد المجتمع والتي يستند عليها الأمن القانوني، بهدمه القواعد القانونية المستقرة بين الناس لفترة زمنية كبيرة؛ فإنه من زاوية أخرى يحمي فكرة الأمن القانوني من نواح متعددة.

كما أنه لا وجود لظاهرة الأمن القانوني في أي مجتمع لا توجد فيه رقابة دستورية حقيقية وفعالة، فالرقابة تحمي الدستور، والدستور بدوره يحمي الحقوق والحريات، ويضع الخطوط والفواصل بين سلطات الدولة المختلفة وينظم العلاقات فيما بينها، وكذلك فإنه يضبط العلاقة بينها وبين الأفراد في المجتمع.

إذاً العلاقة بين الرقابة الدستورية - وما قد ينشأ عنها من خروج قواعد قانونية غير دستورية من النظام

(١) أ.د / أحمد فتحي سرور - الحماية الدستورية - مرجع سابق ص ٢٤٧

القانوني - وبين الأمن القانوني هي علاقة مطردة، فكلما كانت الرقابة الدستورية فعالة وحقيقية استمرت فكرة الأمن القانوني توتي أكلها، والعكس صحيح كلما كانت الرقابة الدستورية هشة وغير حقيقية تعرض الأمن القانوني للخطر والزوال.

فهل الإبقاء- مثلاً - علي قواعد تنتهك مبدأ المساواة أو مبادئ مشروعية التجريم والعقاب أو تنتهك الحقوق والحريات في صالح الأمن القانوني؟!

وهل تسلب المشرع من اختصاصه الأصلي في التشريع أو تعدي إحدي السلطات علي الأخرى يصب في مصلحة الأمن القانوني؟!!

الخلاصة إذاً:

- إن حماية القواعد الدستورية هو في نهاية المطاف حماية لظاهرة الأمن القانوني وصيانة له.
- الحكم بعدم الدستورية وإن كان يؤثر بالسلب - ظاهرياً - علي الأمن القانوني، لكنه يحمي في - حقيقة الأمر - فكرة الأمن القانوني، ولا يناهضها أو يقيدھا، فما جدوي الأمن القانوني في ظل قاعدة قانونية غير دستورية.

- لا شك أن الامن القانوني يتطلب أيضاً نفاء القواعد القانونية من برائن عدم الدستورية بقدر متطلباته في ثبات واستقرار المعاملات والعلاقات القانونية في المجتمع، والتي يجب أن تقام علي قواعد دستورية سليمة.

- الإبقاء علي قواعد غير دستورية هو - وبلا أدنى شك - تعريض الأمن القانوني إلي الخطر المحدق.

الفرع الثالث

الحكم بعدم الدستورية وحماية الأمن القانوني في

قضاء المحكمة الدستورية العليا

المحكمة الدستورية العليا - بالرغم الحكم بعدم الدستورية - تؤكد علي حمايتها لظاهرة الأمن القانوني،

نقرأ ذلك في الآتي:

أولاً : الحكم بعدم الدستورية لتصادم القانون بفكرة التوقع المشروع للأفراد:

"...وحيث إن المشرع عزز اتجاه الجباية التي استهدفها بالبند المطعون فيه بنظام التحري عن القيمة الحقيقية للعقار المبني بعد تمام عملية الشهر واستكمال إجراءاتها، تمهيدا لإخضاع ماقد يظهر من زيادة في هذه القيمة لرسم تكميلية يكون طلبها من ذوى الشأن مصادما لتوقعهم المشروع، فلا يكون مقدارها معروفا قبل الشهر، ولا عبوها ماثلا في أذهانهم عند التعامل، فلا يزنون خطاهم على ضوء تقديرهم سلفا لها ولا يعرفون بالتالي لأقدامهم مواقعها، بل تباغتهم المصلحة بها، ليكون فرضها نوعا من المداهمة التي تفتقر لمبرراتها" (١)

(١) من حكم جلسة ٢/٦/٣ في الدعوي رقم ١١٦ لسنة ٢١ ق "دستورية" وكذلك حكم جلسة ١٩٩٧/٢/١ في الدعوي رقم

ثانياً : في شأن المجالس الانتخابية رأينا كيف أن المحكمة تجعل القوانين والقرارات والأعمال الصادرة عن هذه المجالس باقية ونافاذة رغم القضاء بعدم دستورية النصوص المطعون عليها بما يؤدي إلي بطلان تلك المجالس منذ تشكيلها، ونتذكر من أحكامها:

"وحيث أنه عما أشار إليه المدعي من أن بطلان تكوين مجلس الشعب لقيامه على انتخابات مخالفة للدستور يترتب عليه عدم دستورية كل ما أقره المجلس من قوانين وقرارات مما يهدد البلاد بانتهيار دستوري كامل , فإن على المحكمة – بحكم رسالتها التي حملت إعانتها بصفتها الهيئة القضائية العليا التي أنشأها الدستور حارساً لأحكامه ونصبها قوامة على صونه وحمايته , وباعتبارها الجهة التي ناط بها القانون دون غيرها سلطة الفصل القضائي في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها – أن تقول كلمتها في هذا الموضوع تجلية لوجه الحق فيه.

لما كان ذلك وكانت انتخابات مجلس الشعب قد أجريت بناءً على نص تشريعي ثبت عدم دستوريته بالحكم الذي انتهت إليه المحكمة في الدعوى الماثلة، فإن مؤدى هذا الحكم ولازمه أن تكوين المجلس المذكور يكون باطلاً منذ انتخابه , إلا أن هذا البطلان لا يؤدي البتة – إلى ما ذهب إليه المدعي – من وقوع انهيار دستوري وما يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات وما اتخذته من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية , بل تظل تلك القوانين والقرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة ومن ثم تبقى صحيحة ونافاذة , وذلك ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستورياً أو يقضي بعدم دستورية نصوصها التشريعية بحكم من المحكمة الدستورية العليا

إن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بني عليه هذا الحكم"^(١)

ثالثاً : رفضت المحكمة الدستورية العليا قبول الطعون بعدم دستورية القوانين والقرارات الصادرة عن تلك المجالس، تأكيداً لمبدأ حماية الأمن القانوني ، من ذلك:

"... وحيث إن قضاء هذه المحكمة في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" سالفه الذكر، قاطع في أن بطلان تكوين هذا المجلس لا يستتبع لزوماً إسقاط القوانين التي أقرها ولا يمسّ الإجراءات التي اتخذها حتى تاريخ نشر الحكم في الجريدة الرسمية، بل تظل جميعها محمولة على أصلها من الصحة وتبقى نافذة مرتبة آثارها إلى أن تقرر الجهة المختصة دستورياً إلغاؤها أو تعديلها أو تقضي هذه المحكمة بعدم دستورية نصوصها التشريعية إن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بني عليه هذا الحكم. ... وكانت هذه النتيجة عينها هي التي خلصت إليها هذه المحكمة وقررتها بالنسبة إلى المجلس ذاته في حكمها الصادر في

٦٥ لسنة ١٧ ق "دستورية"، وحكم جلسة ١٩٩٩/١/٢ في الدعوى رقم ١٢٦ لسنة ٢ "دستورية"
(١) من حكم جلسة ١٩ مايو ١٩٩٩ في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ ق "دستورية" المجموعة، الجزء ٤ ص ٢٥٦، ويراجع كذلك جميع أحكام المحكمة ذات الصلة، والواردة في أكثر من موضع في تلك الرسالة مثل : حجية الأحكام بين المنطوق والأسباب (الفصل الثالث من الباب الأول)، الآثار الموضوعية للحكم بعد الدستورية (الفصل السابق مباشرة) وغيرها.

الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية دستورية السالف الإشارة إليه بما يحول دون تقرير بطلان جديد في شأن مجلس نيابي دمجته هذه المحكمة من قبل بالبطلان ؛ على أساس أن البطلان لا يتنوع بتنوع المخالفة الدستورية التي تؤدي إليه ولا تتمايز أوجهه فيما بينها، بل تتحد جميعها في كونها مفضية إلى بطلان من نوع واحد سواء في طبيعته أو درجته أو مداه، ومن ثم لا يجوز الاستناد إلى ما يثيره المدعي في منعه لتقرير بطلان على بطلان، ولا أن يعتبر نعيه وجهاً جديداً مغايراً في محصلته النهائية للوجه الذي قام عليه قضاء هذه المحكمة في الدعوى رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية المشار إليها، إذ لا يتغيا المدعي - في حقيقة الأمر - إبطال مجلس نيابي لازال قائماً، وإنما إسباغ بطلان مبتدأ على مجلس نيابي سبق أن كشفت هذه المحكمة عن أنه مُشكل بالمخالفة للدستور، ومن ثم باطل التكوين بأثر رجعي يترد إلى اللحظة التي ولد فيها، ولا يتصور أن تكون الآثار القانونية التي قصد المدعي إلى ترتيبها على منعه، سابقة في وجودها من حيث الزمان على هذه اللحظة ذاتها، الأمر الذي يصبح معه هذا الشق من الطعن أيضاً على غير أساس^(١)

رابعاً: قبل تعديل نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانونها، كانت المحكمة الدستورية العليا - وكما سنري لاحقاً - تتبنى فكرة الأثر الرجعي لأحكامها، وبعد التعديل - والذي أعطي لها رخصة تحديد تاريخ أعمال أثر الحكم بعدم الدستورية - فإنه من الملاحظ انحياز المحكمة الكامل إلى ظاهرة الأمن القانوني بتحديد أثر مباشر للحكم بعدم الدستورية للكثير من أحكامها دون الأثر الرجعي، وفي هذا حماية للأمن القانوني، ومن أحكامها في ذلك:

"ولما كان ذلك وكان أعمال 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 أعمال الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانونها، وتحدد لسريان هذا الحكم تاريخاً آخر هو اليوم التالي لنشره"^(٢)

و "وحيث إن هذه المحكمة تقديراً منها للآثار المالية التي ستترتب على الأثر الرجعي للقضاء بعدم دستورية النص المطعون عليه فإنها تقرر أعمال 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"^(٣)

(١) من حكم جلسة ٢٥ سبتمبر ١٩٩٣ في الدعوى رقم ٥ لسنة ١٢ ق "دستورية" المجموعة - الجزء ٦ ص ٥٥ وحكم جلسة ٥ مارس ١٩٩٤ في الدعوى رقم ٩٣ لسنة ١٢ ق "دستورية" المجموعة، الجزء ٦ ص ٢١٣، وحكم جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ في الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٣ ق "دستورية" المجموعة، الجزء السابع ص ٥٤٥
(٢) من حكم جلسة ٢٢/١١/٣ في الدعوى رقم ٧ لسنة ١٨ ق "دستورية"
(٣) من حكم جلسة ٨ يونيو ٢٨ في الدعوى رقم ٢ لسنة ٢٧ ق "دستورية"

و "حفاظاً على استقرار المراكز القانونية.. تحدد لسريان هذا الحكم أعمال أثره تاريخاً آخر هو اليوم

التالي لنشره"^(١)

ومن تلك الأحكام نصل إلي النتائج الآتية:

- الحكم بعدم الدستورية فيه حماية لفكرة الأمن القانوني.
- حرص المحكمة علي إحداث توازن بين الحكم بعدم الدستورية والحفاظ علي الأمن القانوني.
- حفاظ المحكمة علي ضروريات الرقابة الدستورية وبما لا يناهض فكرة الأمن القانوني.

وعلي كل ما تقدم نخلص إلي الآتي:

أولاً : الحكم بعدم الدستورية يؤدي – في الأغلب الأعم من الأحوال – إلي فراغ تشريعي يوجب علي المشرع ملئه، وإلا تعرضت السياسة الشرعية للخطر.

ثانياً: الأثر القاعدي للحكم بعدم الدستورية يعني تأثيره علي نفاذ القواعد المحكوم بعدم دستورتيتها، فيلغيها أو يعطلها أو يوقف قوة نفاذها، ولا يعني – بأي حال من الأحوال – أنه يشكل قاعدةً قانونيةً أو أن يكون مصدراً لها.

ثالثاً: الحكم بعدم الدستورية لا يشكل خطراً علي فكرة الأمن القانوني، ولكنه – عند التأمل – يصونها ويحافظ عليها.

علي أن الباحث يري:

عدم الطعن في شأن دستورية قانون أو أي نص تشريعي أو لائحي بعد مدة زمنية معقولة، فبعد انقضاء تلك المدة يصبح القانون أو النص محصناً ضد الطعن عليه صيانة لظاهرة الأمن القانوني.

^(١) من حكم ٢١/٣/١٤ في الدعوى رقم ١٢٨ لسنة ٣ ق "دستورية"